

בעניין:

ארתור קרפוב

על ידי ב"כ עוה"ד יגאל בלפור ומיכל עורקבי-דנציגר
מהסניגוריה הציבורית הארצית
הנרייטה סולד 4 תל אביב
טלפון: 073-3923502, פקס: 073-3923511, נייד: 054-5726409

העותר

- נ ג ד -

1. חטיבת התביעות במשטרת ישראל
2. בית משפט השלום בתל אביב (כב' השופט שמאי בקר)
3. בית המשפט המחוזי בתל אביב (כב' השופט שמואל מלמד)

על ידי פרקליטות המדינה
משרד המשפטים ירושלים

המשיבים

עתירה דחופה למתן צו על תנאי

ביום 29.3.2023, בית משפט השלום (משיב 2) הורה למעבדה לזיהוי פלילי במשטרת ישראל (המז"פ) להמציא נהלים הנוגעים לעבודתה מכוח סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982.

עתירה זו מוגשת בעקבות השתלשלות האירועים לאחר החלטה זו:

- בקשה שהגישה המשיבה 1 "לשינוי הדיון מסעיף 108 לחסד"פ לסעיף 74(ג) לחסד"פ" במטרה לאפשר הגשת ערר. כפי שיובהר להלן, לטעמנו התנהלות זו של המשיבה 1 היא חסרת הגיונות ונעדרת סבירות באופן קיצוני, והמדינה אף מושתקת מלטעון במסגרת ההליך הנוכחי כי המסלול הדיוני המתאים הוא של סעיף 74, בפרט לאור עמדתה ההפוכה של המדינה שהוצגה בהליכים קודמים, ואף התקבלה על ידי בית המשפט העליון, לפיה נהלי עבודה של המעבדה לזיהוי פלילי יכולים להתבקש רק מכוח סעיף 108 ולא מכוח סעיף 74;
- החלטה נעדרת סמכות של בית משפט השלום מיום 3.4.2023, לקבל את בקשת המשיבה 1 ולשנות את המסלול הדיוני של הבקשה;
- והחלטתו של בית המשפט המחוזי, מיום 21.4.2023, שלא להכריז על בטלות החלטת בית משפט השלום.

עמדת העותר היא כי משבחרה ההגנה להגיש למותב בפניו מתנהל דיון ההוכחות בקשה לפי סעיף 108, בהתאם למסלול הדיוני שנקבע על ידי בית המשפט העליון לאור עמדת המדינה בהליכים קודמים, אין כל סמכות שבדין לשנות את מסלול הבקשה שהגיש לבקשה לפי סעיף 74, בוודאי בדיעבד, אך על מנת לאפשר למשיבה 1 הגשת ערר על ההחלטה (וכפי שבית משפט השלום קבע, בקשת המשיבה 1 לשנות את המסלול הדיוני נעשתה "על מנת להכין לעצמה פלטפורמה מתאימה לשם הגשת ערר"). בהתאם ללשון החוק ולפסיקתו העקבית של בית משפט נכבד זה, אחד ממאפייניו המרכזיים של סעיף 108 הוא היעדר זכות ערר על החלטת בית המשפט לפי הסעיף.

על כן, נבקש מבית המשפט הנכבד להכריז על בטלות החלטת בית משפט השלום מיום 3.4.2023 לשנות את המסלול הדיוני של בקשת ההגנה לקבלת נהלי המעבדה לזיהוי פלילי, וכפועל יוצא להכריז על בטלות החלטת בית המשפט המחוזי בערר לפי סעיף 74(ה) מיום 21.4.2023.

העותר, הטוען לחפותו, עצור עד לתום ההליכים בעניינו, ודיון ההוכחות בו עתידים להישמע המומחים מן המעבדה לזיהוי פלילי קבוע ליום 3.5.2023. על כן נבקש מבית המשפט הנכבד לקבוע את הדיון בעתירה למועד דחוף ככל האפשר.

מבוא

1. כנגד העותר הוגש כתב אישום המייחס לו עבירות התפרצות וגניבה לפי סעיפים 406(ב) ו-384 לחוק העונשין, המבוסס על ראיה יחידה – דגימת דנ"א.
2. ההגנה ביקשה לקבל לידיה את נהלי והנחיות העבודה של מז"פ בנוגע לבדיקות דנ"א, מכוח סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי. זאת, בהתאם לפסיקתו של בית משפט נכבד זה בבש"פ 6717/12 **מדינת ישראל נ' ברוך אהרון** (18.12.2012) ובבש"פ 3524/18 **מדינת ישראל נ' רדה בלאי** (30.5.2018), בהם התקבלה עמדתה הקודמת של המדינה, ונקבע כי המסלול הדיוני המתאים לקבלת נהלי מז"פ הוא סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי.
3. בית משפט השלום קיבל את בקשת ההגנה, והורה למשיבה 1 להעביר לידי ההגנה את הנהלים האמורים. בעקבות זאת, במקום לקיים את החלטת בית המשפט, משיבה 1 הגישה לבית המשפט "בקשה לשינוי הדיון מסעיף 108 לחסד"פ לסעיף 74(ג) לחסד"פ". הנימוק הפורמאלי להגשת הבקשה היה כי "משקבע בית המשפט הנכבד כי נהלי המז"פ במסגרת התיק דגן רלוונטיים לצורך הגנתו של הנאשם, יש מקום לקיים את הדיון בנדון במסגרת סעיף 74(ג) לחסד"פ". עם זאת, נהיר היה לכל הצדדים – כפי שאף קבע בית משפט השלום – כי מהות הבקשה נועדה לקנות זכות ערר על החלטת בית המשפט השלום לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי.
4. בית משפט השלום נעתר לבקשת התביעה, חרף התנגדות ההגנה, מבלי להבהיר איזו הוראת חוק מסמיכה אותו לעשות כן. לגופו של עניין – בית משפט השלום הורה לתביעה להעביר לידי ההגנה את הנהלים וההנחיות, אף במסגרת המסלול הדיוני של סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי.
5. על החלטה זו הגישה המאשימה ערר לפי סעיף 74(ה) לחוק סדר הדין הפלילי. גם בבית המשפט המחוזי טענה ההגנה כי לא הייתה סמכות לשנות את המסלול הדיוני. בית המשפט המחוזי קיבל את הערר, מבלי להתייחס לסוגיית הסמכות לשנות את המסלול הדיוני (למעט אמירה כללית לפיה "בתחילת הדברים אציין כי שני הצדדים קבלו על ההליך בבית המשפט קמא, לנוכח השינוי בהחלטות ויש מקום להקפיד בניהול ההליך כדי להימנע מהמצב שנוצר במקרה הנוכחי").
6. מכאן עתירה זו.

הצדדים לעתירה

7. המשיבה 1, חטיבת התביעות במשטרת ישראל, היא אשר הגישה את הבקשה לשנות את המסלול הדיוני מסעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי לסעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי.

8. המשיב 2, בית משפט השלום בתל אביב, הוא אשר החליט לקבל את בקשת המשיבה 1 לשינוי המסלול.

9. המשיב 3, בית המשפט המחוזי בתל אביב, הוא אשר דן בערר שהגישה המשיבה 1 על החלטת בית משפט השלום בתל אביב לפי סעיף 74(ה) לחוק סדר הדין הפלילי.

סמכות בג"ץ לדון בעתירה

10. החלטות בית משפט השלום ובית המשפט המחוזי הן אמנם החלטות ביניים, אך כפי שיובהר להלן, המדובר בהחלטות אשר ניתנו בהיעדר סמכות – וכאלו הן ניתנות לתקיפה (בג"ץ 9264/04 מדינת ישראל נ' בית משפט השלום בירושלים, 6.6.2005, פסקה 7).

11. יצוין, כי בית משפט נכבד זה, בשבתו כבג"ץ, נדרש לא אחת גם לעתירות לגופן של החלטות אשר התקבלו לפי סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי (ראו, למשל, בג"ץ 4922/19 אפרים נ' מדינת ישראל (9.12.2019), או לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי (בג"ץ 9264/04 הנ"ל; בג"ץ 620/02 התובע הצבאי הראשי נ' בית הדין הצבאי, פ"ד נז(4) 625; בג"ץ 5207/04 אפל נ' היועץ המשפטי לממשלה (20.5.2010) ועוד).

12. יודגש כי בענייננו העתירה אינה מוגשת כנגד החלטת בית המשפט המחוזי בערר לגופה, אלא בנוגע לשאלת הסמכות בלבד.

הרקע העובדתי הדרוש לעתירה

13. ביום 29.9.2022, הוגש לבית משפט השלום בתל אביב כתב אישום כנגד העותר, המייחס לו עבירות של התפרצות לדירת מגורים וגניבה, לפי סעיפים 406(ב) ו-384 לחוק העונשין.

כתב האישום מבוסס על ראיה יחידה. המדובר בראיית דנ"א מסוג תערובת, אשר מחייבת פענוח מורכב. לשם פענוח הראיה השתמשה המשטרה באופן תקדימי בתוכנה לניתוח סטטיסטי.

- כתב אישום מיום 29.9.2022, מצורף כנספח א' לעתירה.

14. ביום 13.11.2022, ההגנה כפרה בכתב האישום. למרות כפירת ההגנה – הדיונים המשיכו להתנהל בפני שופטת המוקד (כב' השופטת פוזננסקי-כץ).

לבסוף, ביום 29.1.2023, התיק נקבע להוכחות בפני כב' השופט ש' בקר.

- פרוטוקולי הדיונים מיום 13.11.2022 ו-29.1.2023, מצורפים כנספח ב' לעתירה.

15. ביום 5.2.2023, הגישה ההגנה אל כב' השופט בקר בקשה שכותרתה "בקשה לפי סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982", במסגרתה ביקשה, בין היתר, צו המורה למשיבה 1 להמציא לעיון ההגנה את נהלי העבודה וההנחיות של מז"פ בכל הנוגע לגילוי ראית דנ"א, אופן בדיקתה והטיפול בה במעבדה.

- בקשה ההגנה מיום 5.2.2023, מצורפת כנספח ג' לעתירה.

16. ביום 23.2.2023, משיבה 1 הגישה תגובתה לבקשה, במסגרתה התנגדה לגופה של בקשה, וביקשה לדחות את עתירת ההגנה – ולחילופין, עתרה המשיבה לקבוע דיון בבקשה ולזמן אל הדיון נציג מטעם המעבדה.

- תגובת משיבה 1 מיום 23.2.2023, מצורפת כנספח ד' לעתירה.

17. ביום 1.3.2023, התקיים דיון בבקשת ההגנה בפני כב' השופט ש' בקר. במסגרת דיון זה, הבהיר בית המשפט להגנה כי הוא סבור שלא ניתן להורות על העברת הנהלים להגנה בשלב זה, והציע (הצעה לה הגנה הסכימה), כי לדיון ההוכחות ביום 29.3.2023, יתייצבו שני המומחים הרלוונטיים אשר יצטיידו בכל הנהלים הרלוונטיים בהם ההגנה מבקשת לעיין.

- פרוטוקול מיום 1.3.2023, מצורף כנספח ה' לעתירה.

18. ביום 29.3.2023, בפתח דיון ההוכחות – אליו התייצבו המומחים – שיתף בית המשפט את הצדדים בכך שדעתו אינה נוחה מן ההחלטה שהוא עצמו נתן ביום 1.3.2023 (ובלשונו של בית המשפט "מאז מתן אותה החלטה... נדדה שנתי"), והבהיר כי לשיטתו יש להעביר את נהלי המז"פ להגנה לצורך חקירת העדים המומחים.

לאחר דיון במסגרתו משיבה 1 התנגדה להעברת הנהלים (התנגדות לגופו של עניין), החליט בית המשפט לשנות את החלטתו מיום 1.3.2023, והורה על העברת הנהלים לידי ההגנה, "בכפוף לכך שיתקיים דיון במעמד צד אחד, שבמסגרתו תינתן למשטרה ההזדמנות ללמדני אם והיכן קיימת סכנה ספציפית, שלא לומר זיו ספציפי המעיב על בטחון הציבור".

דיון זה נקבע ליום 3.4.2023.

- פרוטוקול מיום 29.3.2023, מצורף כנספח ו' לעתירה.

19. בעקבות החלטה זו – ביום 31.3.2023, הגישה המשיבה 1 בקשה לשינוי הדיון מסעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי לסעיף 74(ג) לחוק סדר הדין הפלילי, וזאת בנימוק לפיו "משקבע בית המשפט הנכבד כי נהלי המז"פ במסגרת התיק דן רלוונטיים לצורך הגנתו של הנאשם, יש מקום לקיים את הדיון בנדון במסגרת סעיף 74(ג) לחסד"פ".

ההגנה התנגדה לבקשה זו של המאשימה – שכן אין לה כל אחיזה בדיון.

- בקשת המשיבה 1 לשנות את המסלול הדיוני מיום 31.3.2023 ותגובת ההגנה מצורפות כנספח ז' לעתירה.

20. ביום 3.4.2023 התקיים דיון בבקשת המשיבה 1, במסגרתו התברר הברור מאליו – בקשת המשיבה 1 הוגשה על מנת לאפשר לה לערור על החלטתו הצפויה של השופט בקר להעביר את הנהלים לידי ההגנה. וכפי שהדבר נוסח על ידי כב' השופט בקר: "אין המדובר בענין נומרולוגי גרידא, ואינך צריך להיות מומחה למשפט על מנת להבין שהמדינה קיבלה בדיון הקודם את החלטת בית המשפט, אשר הודיע כי יש בכוונתו להורות על קבלת הבקשה המקורית, והיא מבקשת עתה לשנות את כותרת הבקשה המקורית, על מנת להכין לעצמה פלטפורמה לשם הגשת ערר על החלטת בית המשפט מיום 29.3.23 ואו על החלטה סופית שתינתן היום. המדינה אינה אופטימית ביחס להחלטה שתימסר בענין זה, ולמצער היא מכינה לעצמה תוכנית חלופית, לגיטימית בעיני, להגיש ערר על החלטה למסור הנהלים האמורים לידי ההגנה".

חרף התנגדות ההגנה לשינוי המסלול הדיוני – בית המשפט קיבל את בקשת התביעה.

לאחר שינוי המסלול הדיוני על ידי בית המשפט – קיים בית המשפט דיון במעמד צד אחד בשאלת חיסוי נהלי מז"פ – לאחריו לא מצא לשנות מהחלטתו מיום 29.3.2023 להעביר את הנהלים לעיון ההגנה.

- פרוטוקול מיום 3.4.2023, מצורף כנספח ח' לעתירה.

21. על החלטה זו הגישה משיבה 1 ערר לבית המשפט המחוזי (לפי סעיף 74(ה) לחוק סדר הדין הפלילי). בתגובתה לערר, טענה ההגנה, בין היתר, כי החלטת בית המשפט לשנות את המסלול הדיוני אינה אפשרית על פי החוק או הפסיקה, ודינה להתבטל.

- ערר המדינה ותשובת ההגנה לערר, מצורפים כנספח ט' לעתירה.

22. בית המשפט המחוזי לא הכריע בטענה זו של ההגנה (לפחות לא מפורשות), וכל שציין בהקשר זה הוא כי "בתחילת הדברים אציין כי שני הצדדים קבלו על ההליך בבית המשפט קמא, לנוכח השינוי בהחלטות ויש מקום להקפיד בניהול ההליך כדי להימנע מהמצב שנוצר במקרה הנוכחי".

לגופו של עניין – הורה בית המשפט המחוזי על קבלת הערר והשבת החלטתו של בית משפט השלום מיום 1.3.2023 על כנה.

- פרוטוקול הדיון בערר מיום 20.4.2023 מצורף כנספח י' לעתירה.

- החלטת בית המשפט המחוזי בערר מיום 21.4.2023 מצורפת כנספח יא' לעתירה.

הטיעון המשפטי

23. בית משפט נכבד זה, לרבות בשבתו כבג"ץ, עסק לא אחת בשאלה באיזה מסלול צריכה ההגנה לפנות על מנת לקבל חומרים הנוגעים להליך פלילי. כך, בעניין **נוה הנ"ל** נקבע כי בקשה לקבלת מידע לצורך הוכחת טענת אכיפה בררנית בהעמדה לדין צריכה להיות מוגשת במסלול של סעיף 108 ולא במסלול של סעיף 74; בבש"פ 8252/13 **מדינת ישראל נ' שינר** (23.1.2014), נקבע כי בקשה לקבלת מידע החוסה תחת חיסיון מטפל-מתלוננת המצוי בידי צדדים שלישיים אמורה להיעשות ככלל במסלול של סעיף 108; ועוד.

24. בכל הנוגע לנהלי המעבדה לזיהוי פלילי – סוגיה אשר עלתה לדיון בפני בית המשפט הנכבד הן בעניין **אהרון והן בעניין בלאי** – התקבלו עררים שהגישה המדינה על החלטות של בתי המשפט המחוזיים להעביר להגנה את נהלי המעבדה לזיהוי פלילי (שהתקבלו בבקשות שהוגשו לפי סעיף 74), ונקבע כי המסלול לקבלת הנהלים הוא של סעיף 108.

יודגש – כי בשני ההליכים האלו – **המדינה היא שטענה כי המסלול הנכון והראוי לקבלת הנהלים הוא של סעיף 108.**

25. בהתאם לקביעות אלו של בית המשפט העליון, ההגנה פנתה אל המותב בפניו מתנהל הליך ההוכחות, בבקשה לפי סעיף 108.

אמנם, הבקשה הוגשה לפני שההוכחות החלו להישמע – אך כפי שנקבע במפורש בבש"פ 9305/08 **פלוגי נ' בית ספר מאמוניה לבנות** (3.12.2008), אין כל מניעה לעשות כן. ראו פסקה 12: "בקשה לפי סעיף 108 לחסד"פ תוגש פעמים רבות לאחר שהתחילה פרשת ההוכחות, אשר במהלכה התגלה לסנגור כי קיים חומר אשר עשוי לעזור להגנת מרשו. הבחנה זו אינה חותכת כמובן אלא רק מאפיינת, וודאי שניתן להגיש בקשות לפי סעיף 74 לחסד"פ לאחר תחילת פרשת ההוכחות, בעוד שבקשות לפי סעיף 108 לחסד"פ ניתן להגיש עוד בטרם התחיל שלב זה של המשפט".

26. הבחירה בפנייה לבית המשפט לפי סעיף 108, אשר נעשתה כאמור בהתאם להלכות בית המשפט העליון בנושא (שהתקבלו לאור עמדת המדינה), כללה בחובה גם הסכמה וקבלה של ההגנה את מגבלותיו של מסלול דיוני זה. כפי שציין בית משפט נכבד זה בבש"פ 6071/17 **מדינת ישראל נ' פישר** (27.8.2017), פנייה אל בית המשפט במסלול של סעיף 108 כוללת בחובה סיכון עבור ההגנה – הן בחשיפת החומרים המבוקשים בפני המותב בפניו מתקיים ההליך ללא אפשרות "צנזורה" מוקדמת, והן בחשיפת קו ההגנה בפני התביעה ובפני המותב בפניו מתקיים ההליך.

גם ברמה הדיונית – המסלול של סעיף 108 כולל מגבלה על האפשרות לתקוף את החלטת בית המשפט, שכן, כפי שיפורט להלן, לא ניתן להגיש ערר על החלטה המתקבלת לפי סעיף זה.

27. לעמדתנו, **במצב דברים בו ההגנה בחרה להגיש את בקשתה במסלול של סעיף 108, תוך "תשלום" המחירים המהותיים והדיוניים הכרוכים בבחירה במסלול זה לעומת המסלול של סעיף 74, אין כל סמכות לבית המשפט להורות על "שינוי" המסלול הדיוני, בוודאי בדיעבד, אך משום שעמדת התביעה לא התקבלה והיא מבקשת להגיש ערר על ההחלטה.**

28. סעיף 108 קובע כי בית המשפט רשאי לצוות על עד להמציא לבית המשפט מסמכים הנמצאים ברשותו. בית המשפט כמובן גם רשאי שלא לצוות זאת ולדחות את בקשת בעל הדין שביקש קבלת המסמכים, או להציע למבקש לשנות את הסעיף שמכוחו הוא מבקש את המידע. אך בכל מקרה – סעיף זה אינו מאפשר לבית המשפט לכפות את שינוי המסלול הדיוני, לא כל שכן לעשות זאת על מנת להקנות לאחד הצדדים זכות ערר על החלטתו. אחד ההבדלים המרכזיים בין המסלול של סעיף 74 למסלול של סעיף 108 נעוץ בדיוק בכך. כפי שציין בית המשפט הנכבד בעניין **שיינר**: "על החלטה במסגרת סעיף 74 יש זכות ערר כקבוע בס"ק (ה). לעומת זאת, החלטה הניתנת על ידי המותב בתיק העיקרי היא החלטת ביניים שאין עליה זכות ערעור אלא במסגרת הערעור בתיק העיקרי (סעיפים 41, 52 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984)".

מטבע הדברים – מאפיין זה חל במידה שווה על שני הצדדים להליך הפלילי – הן התביעה והן ההגנה, אשר בענייננו הייתה מנועה מלתקוף את החלטתו הראשונית של בית המשפט מיום 1.3.2023, במסגרתה כאמור החליט שלא לקבל (נכון לאותו שלב) את בקשת ההגנה לעניין הנהלים.

29. נדמה שאין חולק כי בענייננו הסיבה **היחידה** להגשת הבקשה לשינוי המסלול הדיוני שהגישה משיבה 1, היא על מנת "לזכות" בזכות ערר כנגד החלטת בית משפט השלום – וזאת כמובן לאחר שהתבהר למשיבה 1 כי בית המשפט עתיד להורות על העברת הנהלים לידי העותר.

בהקשר זה, נדמה שאין צורך להכביר במילים על כך שהטיעון אותו הציגה משיבה 1 בבקשתה מיום 31.3.2023 (נספח ז'), לפיו "משקבע בית המשפט הנכבד כי נהלי המז"פ במסגרת התיק דנן רלוונטיים לצורך הגנתו של הנאשם, יש מקום לקיים את הדיון בנדון במסגרת סעיף 74(ג) לחסד"פ" – אינו יכול לעמוד, שהרי נדמה כי גם המשיבה 1 לא תחלוק על כך שגם בקשות לפי סעיף 108 צריכות לעמוד בסטנדרט הרלוונטיות.

30. מעבר לכך שהמשיבה 1 לא הצביעה על מקור הסמכות המאפשר לבית המשפט לשנות את המסלול הדיוני – המדובר בהתנהלות החורגת מכל אמות ההגיוניות והסבירות המצופות מרשות מנהלית – הן לאור התנהלותה בתיק הקונקרטי והן לאור עמדתה בהליכים קודמים.

31. כאמור לעיל, בהליכים קודמים המדינה היא שטענה בתוקף כי נהלי המעבדה לזיהוי פלילי אינם יכולים להיות מוגדרים כ"חומר חקירה" כמשמעותו בסעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי, והמדינה היא שטענה כי המסלול לקבלת נהלי המעבדה לזיהוי פלילי הוא המסלול של סעיף 108.

32. המדינה לא הצביעה על כל טעם המצדיק שינוי עקרוני מעמדתה זו, באופן היוצר תחושה קשה של שרירותיות כלפי העותר בעניינו, ואף מקים טענת השתק, כפי שיפורט בהמשך.

33. יתרה מכך, נזכיר כי בעניינו, עת הגישה ההגנה בקשה לקבלת הנהלים בהתאם לסעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי, המדינה לא העלתה על בדל שפתייה טענה לפיה המסלול הדיוני הנכון הוא של סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי. גם בדיון שהתקיים ביום 1.3.2023, במסגרתו כאמור בית המשפט סבר כי אין להעביר את הנהלים מראש אלא רק במהלך חקירת העדים וככל שיימצא בכך צורך – לא טענה המדינה כי המסלול הדיוני הנכון הוא של סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי. טענה זו נוצרה – יש מאין – רק לאחר החלטת בית המשפט מיום 29.3.2023 (וגם לאחר הגשת הבקשה – נדמה כי המדינה לא שמה את זכויותיו של המבקש לנגד עיניה, ולא ביקשה, למשל, כי הבקשה תידון שלא בפני המותב שדן בתיק כמצוות הוראת סעיף 74(ג) לחוק סדר הדין הפלילי).

לעניין התנהלות המדינה בתיק הקונקרטי, ראו החלטת בית הדין הצבאי לערעורים בעלב"ש 21/18 **התובע הצבאי הראשי נ' סמל ש' נ'** (2.12.2018), במסגרתו הגישה התביעה הצבאית ערר על החלטה של בית הדין הצבאי המחוזי אשר התקבלה לפי סעיף 108, כאשר במסגרת הערר טענה התביעה כי בית הדין המחוזי שגה בסיווג הבקשה וראוי היה לסווגה כבקשה לפי סעיף 74. בית הדין הצבאי לערעורים הביע ביקורת קשה על עמדה זו של התביעה, בצינו כי:

"בקשתו של המשיב הוגשה תחילה מכוח סעיף 74 לחוק ואילו התביעה הצבאית היתה זו שהביעה עמדה, שלפיה אין זה המסלול המתאים לבחינת הבקשה. גם בהמשך, לאחר שבית הדין קמא קיבל את עמדת התביעה – ובהתאם התנהל ההליך לפני המותב (כולו) שלפניו מתנהל משפט ההוכחות, ואף נשמעו עדים לבחינת הטענות שהועלו – לא ביקשה התביעה הצבאית להבהיר כי אין המדובר בפרוצדורה הנכונה. כך, גם כאשר חלה תפנית בבקשתו המקורית של המשיב, וחלף "העתק פורנזי" של הטלפון נתבקש המכשיר עצמו (על-מנת לבדוק היתכנות להפקתו באופן עצמאי), לא ביקשה התביעה כי המשך ההליך יתנהל בהתאם לפרוצדורה הקבועה בסעיף 74 לחוק, דהיינו, לפני "שופט אחד... שאינו דן באישום". כידוע, התביעה כפופה לחובת הגינות כללית הן כלפי נאשמים והן ביחס לאינטרס הציבורי במובנו הרחב (והשוו: דנ"פ 1187/03 מדינת ישראל נ' פרץ, פ"ד נט, (2005) 281 (6) שם נדונה השאלה אימתי תהא רשאית התביעה שלא להגן על הסדר טיעון שבו נקשרה). מחובה זו נגזרת מחויבותה של התביעה שלא לשנות את עמדתה, אשר הוצגה לפני הערכאה קמא, אלא בהתקיים טעמים מיוחדים. במקרה דנן, דומה, כי לא מתקיימים תנאים שכאלו, במיוחד משבית הדין קמא דווקא הלך במתווה שהוצע על-ידי התביעה, ולא העביר עליה את שבט ביקורתו. לדידנו, אין להלום כי תוצאת

ההליך (קבלה או דחיה של הבקשה), היא ממן המקרים אשר יצדיקו דיבור של התביעה בשני קולות, כפי שאירע במקרה זה".

34. במובן זה, לטעמנו לא זאת בלבד שמדוברת בהתנהלות לא ראויה של המדינה, אלא שכאמור לטעמנו המדינה אף הייתה מושתקת מלבקש לשנות את המסלול הדיוני לאור דיבורה בשני קולות – הן בהליך הקונקרטי כאמור לעיל, והן באופן רחב יותר, שכן כאמור הן בעניין אהרון והן בעניין בלאי המדינה היא שטענה שהמסלול הדיוני הנכון לקבלת הנהלים הוא 108 ולא 74.

35. נזכיר כי בהתבסס על עמדת המדינה בעניין אהרון ובעניין בלאי, העותר הגיש את בקשתו לפי סעיף 108 לחוק, כאמור תוך "תשלום" המחירים המהותיים והדיוניים הכרוכים במסלול זה. אלא שלפתע, שינתה המדינה את עמדתה לעניין המסלול הראוי, בסתירה גלויה ומהותית לעמדתה הקודמת. כפי שציין בית המשפט הנכבד בע"פ 1292/06 תורק נ' מדינת ישראל (20.7.2009):

"על מנת שיקום השתק שיפוטי על "הסתירה הפנימית בין שתי עמדותיה של התביעה להיות לא רק גלויה ומזדקרת לעין, אלא שגם לא ניתן יהא ליישב בין שתי העמדות..."

כפי שציין בית משפט זה לא אחת, "התביעה הכללית היא מערכת אחת, בין שהיא מיוצגת בידי פרקליט מפרקליטות המחוז ובין שייצוגה הוא על-ידי הלשכה הראשית של פרקליטות המדינה" (דנ"פ פרץ, פסקה 18 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש). לפיכך, יש לצפות כי עמדתה של התביעה באשר לשיקולים המנחים בניהולו של הליך פלילי נתון – תהא אחידה ועקבית."

36. אין כל דרך ליישב בין עמדת המדינה בהליך זה לבין עמדתה הקודמת לעניין המסלול הדיוני – זולת דרך אחת: המשיבה 1 חרגה מעמדתה העקרונית והעקבית של המדינה אך כדי ל"קנות" זכות ערר כנגד החלטתו של בית משפט השלום, תוך התעלמות בוטה מהפגיעה הכרוכה בזכותו של העותר להליך הוגן כתוצאה מהתנהלותה.

37. במצב דברים זה, סברנו כי משיבה 1 הייתה מושתקת מלבקש את שינוי המסלול הדיוני, וכי הבקשה לשינוי המסלול הדיוני חורגת באופן קיצוני מאמות מידה של סבירות ושוויון להן היא מחויבת.

38. מעבר לכך וכאמור לעיל, לעמדתנו לבית משפט השלום לא הייתה כל סמכות לקבל את בקשת המשיבה 1 לשינוי המסלול הדיוני. משכך, עת הגישה המשיבה 1 ערר על החלטת בית משפט השלום אל בית המשפט המחוזי – היה על בית המשפט המחוזי להכריז על בטלות החלטתו של בית המשפט השלום (כפי שביקשה ההגנה שיעשה). כפי שקבע כב' השופט (כתוארו דאז) שמגר, ב-ע"פ 476/78 בנימין ביטון נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(2) 757: "כלל גדול הוא כי מקום בו נוטל בית משפט סמכות שאינה קנויה לו על פי דין, החלטתו היא כאין וכאפס ובטלה מעיקרה, וכל אימת שיידרשו לביצועו של פסק הדין, תהיה כל רשות שיפוטית מוסמכת להצהיר על בטלותו".

39. בענייננו, כאמור, בית המשפט המחוזי כלל לא נדרש אל שאלת הסמכות (הגם שהטענה הועלתה בפניו במסגרת בקשה לדחיית הערר על הסף), ודן בערר לגופו. ברם, גם החלטת בית המשפט בערר גופו מבהירה את המצב האבסורדי שנוצר בענייננו. כך, בית המשפט המחוזי קבע כי:

"אני סבור כי יש לחזור למתווה שנקבע בהלכת אהרון בבש"פ 6717/12 במסגרתו נקבע מתווה לפיו 'ההגנה תוכל לברר את הדרוש לו בעזרת חקירה נגדית של מומחה המעבדה לזיהוי פלילי'. במסגרת הליך זה יורה בית המשפט ככל שיראה לנכון להעביר מסמכים לפי סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי כפי שקבע בית המשפט קמא בהחלטתו הראשונה. סוף דבר הערר מתקבל. בית המשפט קמא ישמע את הדיון כפי שקבע בהחלטתו הראשונה במסגרת ניהול הליך ההוכחות בתיק".

40. בהחלטה זו, בית המשפט המחוזי אינו קובע כי לא ניתן להעביר את נהלי המעבדה לזיהוי פלילי להגנה, אלא רק קובע כי השלב שבו ניתן יהיה לשיקול זאת הוא במהלך ניהול ההוכחות ולא לפניו. בכך, למעשה, בית המשפט הנחה את בית משפט השלום כיצד להפעיל את שיקול דעתו לעניין סעיף 108.

נוכר כי בתחילה, בהחלטה מיום 1.3.2023, סבר בית משפט השלום, כמו בית המשפט המחוזי, כי המועד לקבלת ההחלטה על העברת הנהלים לידי ההגנה אמור להיות במהלך שמיעת העדים. בהמשך לכך (בהחלטה מיום 29.3.2023), שינה בית משפט השלום מהחלטה זו, וסבר כי ראוי להעביר את הנהלים לידי ההגנה לפני שמיעת העדים.

הן ההחלטה הראשונה של בית המשפט השלום והן ההחלטה השנייה של בית משפט השלום הן החלטות הנתונות לשיקול דעתו ולסמכותו המלאה לפי סעיף 108. כפי שצינו לעיל – החלטות לפי סעיף 108 יכולות להינתן הן לפני ניהול הליך ההוכחות והן במהלכו. על החלטות מסוג זה אין זכות ערר, ולערכאת הערר אין סמכות להורות לבית המשפט לפעול בדרך מסוימת לעניין הפעלת שיקול דעתו.

41. לאור כלל האמור לעיל, נבקש מבית המשפט הנכבד להכריז על בטלות החלטת בית משפט השלום מיום 3.4.2023 לשנות את המסלול הדיוני של בקשת ההגנה לקבלת נהלי המעבדה לזיהוי פלילי, וכפועל יוצא להכריז על בטלות החלטת בית המשפט המחוזי בערר לפי סעיף 74(ה) מיום 21.4.2023.


מיכל עורקבן, עו"ד
מנהלת מחלקת איכות הייצוג
הסניגוריה הציבורית מחוז ת"א


יגאל בלפור, עו"ד
מנהל מחלקת תיקי ביהמ"ש העליון
הסניגוריה הציבורית הארצית

25.4.2023