

העותרת:

ענת גיפשטיין, ת.ז. 028123958

ע"י ב"כ עוה"ד אילן בומבך ו/או יריב רוזן ו/או
מירי בומבך ו/או שמוליק ספיר ו/או מרינה
בראל ו/או שגיא רם ו/או יעקב באירסקי ו/או
יודן קוריצקי ו/או עומר דגן ו/או אסף אברהם
ו/או ניר אייזנברג, ממשרד עוה"ד אילן בומבך
ושות'

מרח' ויצמן 2, מגדל אמות השקעות, קומה 14,
תל אביב 64239

טל': 03-6932090, פקס': 03-6932091

מחלקת בג"צים

22-05-2018

פרקליטות המדינה

- נגד -

המשיבים:

1. בית המשפט לעניינים מקומיים בתל אביב

ע"י פרקליטות המדינה – מחלקת בג"צים
משרד המשפטים ירושלים

מרח' צלאח א-דין 31, ירושלים 9711054

טל': 02-6466590, פקס': 02-6467011

2. הוועדה המקומית תל אביב-יפו

ע"י השירות המשפטי של עיריית תל אביב יפו

רח' אבן גבירול 71, בניין עיריית תל אביב

טל': 03-7242311, פקס': 03-5217024

עתירה למתן צווים על תנאי ובקשה לקיים דיון דחוף

בית המשפט הנכבד מתבקש ליתן צו על תנאי המופנה למשיבים והמורה להם לבוא וליתן טעם:

1. מדוע לא תבוטל החלטתו של המשיב 1 (להלן – "המשיב" או "ביהמ"ש לעניינים מקומיים בת"א"), מיום 17.4.2018 (בתיק 6027-01-16) (להלן – "ההחלטה"), לפיה העותרת (להלן גם – "גב' גיפשטיין"), אינה זכאית למסור את גרסתה במהלך ישיבת השימוע, בנוכחות סנגורה (בהתאם לנוסח הזמנה למסירת גרסה/עדות מטעם המשיבה 2.

העתק הזמנה למסירת גרסה/עדות מטעם המאשימה, מצ"ב כ "נספח 1".

העתק החלטת ביהמ"ש לעניינים מקומיים בת"א, מיום 17.4.18, מצ"ב כ "נספח 2".

2. לחלופין, מדוע לא תבוטל קביעתו של ביהמ"ש לעניינים מקומיים מיום 17.4.18, לפיה הליך שמיעת גרסתה של גב' גיפשטיין, מהווה "חקירה", ולא "שימוע".
3. מדוע לא תבטל המשיבה 2 (להלן – "המאשימה"), את איסורה הגורף על נוכחות סניגור בהליך שימוע לחשודים.

כן יתבקש בית המשפט הנכבד ליתן כל סעד שייראה לו נכון וצודק בנסיבות העניין.

זהות הצדדים בעתירה

4. גב' גיפשטיין ובעלה, דב יצחק גיפשטיין (מס' ת.ז. 029052982) (להלן יחדיו: "הנאשמים" או "בני הזוג גיפשטיין"), הם הנאשמים בכתב אישום בתיק 6027-01-16 שהוגש כנגדם, בגין עבירות בניה ברח' עלומים 34 בת"א (הידוע גם כגוש 6627, חלקה 573) (להלן – "המקרקעין"). בכתב האישום, מיוחס לבני הזוג גיפשטיין, ביצוע עבירות לפי סעיפים 145 ו-204 לחוק התכנון והבנייה, ולפי תקנות התכנון והבנייה (עבודה ושימוש הטעונים היתר), בגין בניית בריכה ופרגולה וכן הגדלת שטח המרתף ב-31.5 מ"ר.

📁 העתק כתב האישום בתיק 6027-01-16, מצ"ב כ "נספח 3".

5. המשיבה 2 היא המאשימה בתיק 6027-01-16, המתנהל בפני המשיב.

תמצית העתירה

6. עתירה זו מכוונת כנגד החלטתו של המשיב, שלא לבטל את איסורה הגורף והדרקוני של המאשימה, לא לאפשר נוכחות עו"ד בעת הליך שמיעת גרסתה של גב' גיפשטיין.

7. עתירה זו, מוגשת, לאחר שבקשתה של גב' גיפשטיין לגבות את גרסתה, בנוכחות סניגורה, נדחתה ע"י המאשימה וע"י ביהמ"ש לעניינים מקומיים.

אקדמת מילין

8. מדובר בעתירה עקרונית, שדנה בזכויות יסוד חוקתיות להליך הוגן ולייצוג הולם, בהליך של שימוע לפני הגשת כתב אישום. יצוין, כי בענייננו, לאחר כתב האישום שהוגש, טענו הנאשמים שלא נערך להם שימוע כדין, ובעקבות זאת, ביהמ"ש לעניינים מקומיים קבע בהחלטתו מיום 29.7.17, כי הנאשמים יוזמנו מחדש לשמיעת גרסתם.

📁 העתק החלטת ביהמ"ש לעניינים מקומיים מיום 29.7.17, מצ"ב כ "נספח 4".

9. הפסיקה קבעה כי אותן זכויות הן בעלות מעמד נורמטיבי עליון, ולפיכך הן מוגנות בחוקי היסוד שנחקקו בכנסת, ולפיכך, ניתן לפגוע בזכויות אלה, אך ורק, בהתאם לתנאים הקבועים בפסקת ההגבלה, שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

10. בענייננו, לא קיימת כל הוראה בחוק, האוסרת על נוכחותו של סניגור בהליכי חקירה ושימוע. למרות זאת, המאשימה קבעה איסור גורף ודרקוני על נוכחותם של עורכי דין בהליכי גביית גרסאות, וזאת, ללא כל נימוק והצדקה. דהיינו – גופי החקירה מגבילים את הזכות החוקתית לייצוג, ואת האוטונומיה של הפרט לבחור את אופניה וביטוייה, ללא כל ביסוס בדין.

11. ביהמ"ש הנכבד פסל בעבר תקנות ששללו את הזכות לייצוג (תקנה 29 לתקנות בתי הסוהר) (בבג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746 (10.2.2004) (להלן – "בג"ץ האגודה לזכויות אדם"), וקבע כי קיימת זכות חוקתית לנוכחות עו"ד במסדרי זיהוי (ע"פ 559/77 משה מאירי נ' מדינת ישראל, פד"י לב(2) 182 (3.4.1978) (להלן – "עניין המאירי"), ואף הרחיב את הזכות לייצוג, גם באמצעות נוכחותו של עו"ד חיצוני, בהליכים משמעתיים הננקטים נגד תלמידים במוסדות להשכלה גבוהה (ע"א 8077/08 אוניברסיטת חיפה נ' לירן בן הרוש (פורסם בנבו, 30.12.2012) (להלן – "עניין אוניברסיטת חיפה").

12. יצוין, כי על בסיס ההלכות הנ"ל, בתי המשפט הרחיבו את ההלכה, וקבעו כי הזכות לייצוג באמצעות נוכחות עו"ד חלה גם בדיונים בפני גופים קולגיאליים (איגודי ספורט) (בה"פ (ת"א) 1667-09 מועדון עירוני להתעמלות, חולון נ' עמותת איגוד ההתעמלות בע"מ (פורסם בנבו, 9.2.2012), וגם בדיונים בהליכי ערר בביטוח לאומי (ב"ל (ת"א) 4994/08 בנישו דני נ' המוסד לביטוח לאומי (22.12.2008) (להלן – "עניין בנישו דני").

על-כן, הדעת נותנת, ומקל וחומר, כי על ההלכה הנ"ל לחול גם בהליכים פליליים, לרבות גביית גרסאות ע"י מפקחים מקרב המאשימה בעבירות תכנון ובנייה, כבענייננו, בהן נדרשים, ברוב המקרים, שת"פ מצד החשודים וידע מקצועי ספציפי שאינו נחלת הציבור הרחב, אשר נמצא בקרב חוקרים-פקחים של המאשימה (ר' גם דבריה של השו' אונגר ביטון בסעי' 47 להחלטה, נספח 2).

13. כמפורט להלן, בענייננו מתקיימים החריגים לכלל אי ההתערבות של ביהמ"ש זה בהחלטות ביניים בהליך הפלילי, הואיל וההחלטה מנוגדת לכללי הצדק הטבעי, וכן היא מעלה שאלות עקרוניות, בעלות השלכות רחבות, אשר טרם קיבלו מענה בדיון ובפסיקת ביהמ"ש הנכבד.

14. קיימת חשיבות יתרה להבהרת עמדתו של ביהמ"ש הנכבד בעתירה דנן, הואיל והיא מעוררת טענות בדבר פגיעה קשה ובלתי הפיכה בזכויות חוקתיות של נאשמים, אשר אינם ניתנים לתיקון במסגרת ערעור על פסק הדין של ביהמ"ש לעניינים מקומיים. בענייננו, ביהמ"ש לעניינים מקומיים קיבל את טענתה של העותרת, ודחה את טענתה של המאשימה כי קיים "הסדר שלילי" בעניין זכות החשוד לנוכחות סניגור, בעת גביית גרסתו. ביהמ"ש לעניינים מקומיים קבע בהחלטתו, כי הזכות לנוכחות סניגור בהליכי חקירה ושימוע היא זכות חוקתית, שניתן להגבילה אך ורק בהתאם לחקיקה ראשית. כל שהעותרת מבקשת מבית המשפט הנכבד הוא, ליישם את העקרונות שנקבעו בהחלטה, ולאפשר לה לממש את זכויותיה החוקתיות בהליך הפלילי המתנהל כנגדה.

ואלו נימוקי העתירה:

א. התשתית העובדתית הצריכה לעניין

15. בני הזוג גיפשטיין רכשו את המקרקעין רק בשנת 2013, ולא היה להם כל מידע אודות עבירות הבנייה הנטענות, שבוצעו לכאורה, בטרם כניסתם לנכס.

☞ העתק נסח טאבו במקרקעין, מצ"ב כ "נספח 5".

16. בדיון שנערך ביום 2.3.17 בפני ביהמ"ש לעניינים מקומיים, הציגו בני הזוג גיפשטיין שתי טענות מקדמיות, הנוגעות לפגמים חמורים בהתנהלותה של המאשימה עובר להגשת כתב האישום. הטענה הראשונה היא שהמאשימה לא גבתה את גרסתם של בני הזוג, בטרם החליטה להגיש כתב אישום. והטענה השנייה, היא שהמאשימה לא פעלה בהתאם לחובתה ולא שקלה כלל, את הפנייתם של בני הזוג להליך של הסדר מותנה.

בסיומו של הדיון הנ"ל, החליטה כב' השופטת אונגר ביטון, כי לבני הזוג גיפשטיין קיימת הזכות להציג פסיקה בעניין הזמנה למסירת גרסה ובעניין הצעה להסדר מותנה.

☞ העתק פרוטוקול הדיון בביהמ"ש לעניינים מקומיים ביום 2.3.17, מצ"ב כ "נספח 6".

17. ביום 23.3.17, הגישו הנאשמים לביהמ"ש לעניינים מקומיים את טיעוניהם המשפטיים המקיפים, הכוללים פסיקה בעניין "אי גביית גרסה", וכן בעניין שיקול דעתה של הרשות המינהלית בדבר הצעת "הסדר מותנה" לנאשמים.

העתק "הפניית הפסיקה" מיום 23.3.17, מצ"ב כ "נספח 7".

18. ביום 8.5.17, הגישה המאשימה הפנייה לפסיקה מטעמה, וטענה בה כי מדובר בשיקול דעתה אם במקרה מסוים להציע הסדר מותנה, או אם לאו, ואין היא מחויבת לפרט את שיקוליה.

העתק "הפניית הפסיקה" מטעם המאשימה מיום 8.5.17, מצ"ב כ "נספח 8".

19. ביום 15.6.17 השיבו הנאשמים לתגובת המאשימה, וצינו בה, כי המאשימה נהגה בניגוד לכוונת המחוקק בתיקונים 66 ו-68 לחסד"פ, כאשר לא הציעה "הסדר מותנה" בעניינם ואף לא שקלה זאת, והראו כי הפסיקה שהובאה מטעם המאשימה בתגובתה אינה רלבנטית לנסיבות דנן. כמו כן, טענו הנאשמים כי המאשימה לא גבתה גרסה בעניינם, בהתאם לדרישות הדין.

העתק התשובה לתגובת המאשימה ביום 15.6.17, מצ"ב כ "נספח 9".

20. ביום 29.7.17, ביהמ"ש לעניינים מקומיים קיבל את טענת בני הזוג גיפשטיין, כי זכותם החוקתית נפגעה, הואיל והמאשימה לא גבתה את גרסתם כדין (ר' נספח 4). כב' השופטת אונגר-ביטון קבעה כי הזכות למסירת גרסה איננה בעלת גוון טכני, כי אם מהותי (סעי' 26 להחלטה), והיא נועדה לשמוע (ולתעד) את עמדתם של נאשמים ביחס לנסיבות ביצוע המעשים המיוחסים להם (סעי' 27). בהחלטה הנ"ל נקבע כי הזכות למסירת גרסה לא קוימה באופן מהותי, הואיל והדו"ח הלקוני של המפקח דימה שטיינברג מיום 20.9.16 איננו מספק את דרישות הדין, משום שלא ברור ממנו - מה הייתה תגובתו של מר גיפשטיין באותה פגישה ומהן הנסיבות האישיות לביצוע העבירה הנטענת, וכן האם נאמר לו שהוא יכול להתייחס למיוחס לו?

ביהמ"ש לעניינים מקומיים קבע כי מדובר ב"פגם של ממש" בהליך שהביא להגשת האישום (סעי' 32). לפיכך, קבע ביהמ"ש לעניינים מקומיים בהחלטתו, כי יש "להחזיר את הגלגל" אל שלב גביית הגרסה, ולהחזיר את התיק "למחלקת הפיקוח, לצורך זימון הנאשמים מחדש, על-מנת לשמוע ולתעד את עמדתם לאישום".

כמו כן, נקבע כי על המאשימה להזמין את הנאשמים למסור את גרסתם בשנית תוך 30 יום, ולאחר שתשקול מחדש את האפשרויות הנוספות, בשים לב לחומר הנוסף המובא לפניה, תודיע על עמדתה לביהמ"ש לעניינים מקומיים, תוך 60 יום נוספים.

21. המאשימה לא פעלה לפי מסגרת הזמנים שקבע ביהמ"ש לעניינים מקומיים בהחלטתו מיום 29.7.17, ושלחה למר גיפשטיין הזמנה למסירת גרסה רק ביום 14.9.2017 (חריגה של כמעט חודש ימים ממסגרת הזמנים שנקבעה).

22. בהזמנה מצוין איסור א-פריורי על נוכחות סניגורו, בעת גביית גרסתו (ר' נספח 1). זאת, ללא כל הסבר. איסור זה, כמפורט להלן, מנוגד לדין ולהלכה הפסוקה.

23. מר גיפשטיין נחקר ביום 19.10.2017 ע"י מפקח הבנייה הבכיר אצל המאשימה, אינג' אהרון מיכאלי.

24. לאחר מכן, העותרת קיבלה זימון למתן גרסה במשרדי המאשימה ביום 14.11.17, אשר מכיל כאמור איסור על נוכחות סניגור בעת גביית גרסתה. לפיכך, פנה הח"מ בבוקר יום ה- 14.11.17 למאשימה, כי זו תאפשר נוכחותו בעת גביית גרסתה של גב' גיפשטיין.

העתק המכתב למאשימה מיום 14.11.17, מצ"ב כ "נספח 10".

25. ביום 29.11.2017 המאשימה שלחה הודעה הנושאת את התאריך 20.11.17, אשר הופנתה לביהמ"ש לעניינים מקומיים, בה הודיעה כי היא עומדת על סירובה לאפשר לסניגורה של גב' גיפשטיין להיות נוכח

בעת גביית גרסתה. המאשימה ציינה בהודעתה כי גב' גיפשטיין תיחקר, ככל שתתייצב לשימוע, ללא סניגורה.

📁 העתק הודעת המאשימה הנושאת את התאריך 20.11.17, מצ"ב כ "נספח 11".

26. בו ביום, הגישה המאשימה הודעה נוספת, הסותרת לחלוטין את הודעתה הקודמת, לפיה "כתב האישום לא השתנה", וזאת, בטרם חקירתה של גב' גיפשטיין. כך שהחלטת המאשימה בדבר הגשת כתב האישום התקבלה בניגוד מוחלט להחלטתו של ביהמ"ש לעניינים מקומיים מיום 29.7.17, הואיל ולא ניתנה כל התייחסות לחקירת מר גיפשטיין, והואיל והתקבלה ללא כל הסבר מדוע בחרה לא להציע לבני הזוג הסדר מותנה. בתגובה להודעה הנ"ל, ביהמ"ש לעניינים מקומיים החליט לקיים דיון ביום 21.12.17.

📁 העתק הודעת המאשימה מיום 29.11.17 והחלטת ביהמ"ש לעניינים מקומיים, מצ"ב כ "נספח 12".

27. ביום 21.12.17 החליט ביהמ"ש לעניינים מקומיים לאפשר לצדדים להגיש את טיעוניהם בכתב, בעניין הזכות לנוכחות סניגור בעת גביית גרסה מנאשמים.

📁 העתק פרוטוקול הדיון בביהמ"ש לעניינים מקומיים ביום 21.12.17, מצ"ב כ "נספח 13".

28. ביום 28.12.17 הגישו הנאשמים את טיעוניהם.

📁 העתק הטיעון בכתב מיום 28.12.17, מצ"ב כ "נספח 14".

29. ביום 4.1.18, הגישה המאשימה את תגובתה, וציינה בה כי נוכחות סניגור במעמד גביית גרסה מנאשמים הנה "הסדר שלילי" – דהיינו, זכות זו מתקיימת, רק כאשר נאמר מפורשות בחוק כי לחשוד קיימת הזכות לנוכחות עו"ד.

📁 העתק תגובת המאשימה מיום 4.1.18, מצ"ב כ "נספח 15".

30. ביום 17.1.18, השיבו הנאשמים לתגובת המאשימה, ובתשובתם הציגו פסיקה ענפה המצביעה על כך, שאין כל 'הסדר שלילי' באשר לנוכחות עו"ד בהליכי חקירה ושימוע.

📁 העתק התשובה לתגובת המאשימה מיום 17.1.18, מצ"ב כ "נספח 16".

31. ביום 17.4.18 ביהמ"ש לעניינים מקומיים דחה את טענת המאשימה בדבר קיומו של 'הסדר שלילי' המונע את נוכחותו של סניגור בהליכי חקירה ושימוע (סעי' 44-46 להחלטה, נספח 2), וקבע כי "יש לקדוא זכות זו כחלק אינהרנטי ממארג זכויותיו של חשוד בעבירה פלילית לייצוג משפטי".

32. למרות שביהמ"ש לעניינים מקומיים קבע בהחלטתו כי האיסור הא-פריורי של המאשימה לנוכחות סניגור מטעמה של העותרת מהווה פגם בהליך, הוא החליט לא לאפשר את נוכחותו של עו"ד בהליך שמיעת גרסתה, הואיל ולא מדובר בפגם חמור דיו כדי "להורות על ביטול כתב האישום" (סעי' 55). זאת, למרות שהסעד לביטול כתב האישום לא התבקש כלל בבקשה.

33. כמפורט להלן, נפלו שגיאות בולטות וקשות בהחלטתו הנ"ל של ביהמ"ש לעניינים מקומיים, אשר פוגעות באופן חמור וקשה בזכויותיה הדיוניות של העותרת.

34. מכאן העתירה.

ב. הטיעון המשפטי

ב.1 הזכות לייצוג משפטי – זכות יסוד

35. הזכות לייצוג משפטי בהליכים פליליים הוכרה בישראל זה מכבר, ובמדינות רבות נוספות, כזכות יסוד חוקתית (בג"ץ 3212/91 סופיאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזח"ע ואח', פ"ד מז(2) 843 (7.6.1993), פסיקתו של השופט אלון בעמ' 847 ו-851 (850-851) (להלן – "עניין סופיאן")).

36. הזכות החוקתית לקבל שירות משפטי ולהיות מיוצג בידי עורך דין, היא זכות יסוד שעוגנה, עוד בראשיתו של המשפט הישראלי, וחרותה בספר החוקים. סעיף 22 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961 (להלן – "חוק הלשכה"), קובע כך:

"אדם שייפה כוחו של עורך דין זכאי להיות מיוצג על ידי בפני כל רשויות המדינה, רשויות מקומיות וגופים ואנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין; אין בהוראה זו כדי לגרוע מכל סמכות לדרוש נוכחותו או פעולה אישית של האדם המיוצג, ואין בה כדי לפגוע בחיקוק המסדיר את הייצוג בפני רשות, גוף או איש כאמור".

דהיינו, הזכות לייצוג ע"י עו"ד מובטחת בסעי' 22 לחוק הלשכה, וזאת עוד לפני כינונה של 'המהפכה החוקתית' (בג"ץ האגודה לזכויות אדם).

37. הזכות לייצוג משפטי נגזרת גם מכללי הצדק הטבעי. בעניין זה, ביהמ"ש הנכבד יופנה לחיבורו המקיף של השופט (בדימוס) א' ברק: "כבוד האדם" המשפט ז' 517, בו כתב כך (בעמ' 872-873):

"ההליך צריך לאפשר כידור הולם והוגן של התובענה. עליו לתת הזדמנות נאותה להשתמש בזכויות הדיוניות. עליו לקיים את כללי הצדק הטבעי. לכל צד צריך שיהיה לו יומו בבית המשפט. ההליך צריך להיות פומבי. פסק הדין צריך להיות מנומק, להינתן בזמן סביר ולהתפרסם. לכל אדם הזכות להופיע בבית המשפט – אם בגופו ואם על ידי שלוחו. מכאן שהזכות להליך הוגן מחייבת לאפשר לכל אדם להיות מיוצג על ידי עורך דין".

38. חשיבותו של הייצוג לנאשם ולחשוד בהליכים פליליים אף הוכחה במחקרים אמפיריים שונים (ר' א' מגן, "הזכות לייצוג בפלילים", הפרקליט מד (תשנ"ח-תש"ס) 243, 244-249), ולא בכדי נקבע בסעיף 15 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] התשמ"ב-1982, כי לא יוטל עונש מאסר על נאשם שאיננו מיוצג (ר' גם רע"פ 8058/12 חוסין אבו לבן נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פסקאות טי-יא' (12.11.2012)).

39. כבר בשנות ה-60, בטרם כינונה של ה'מהפכה החוקתית', פסק בית המשפט הנכבד (בע"פ 307/60 חסין יאסין המכונה ג'רבוני, ו-4 אח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, יז 1541 (28.2.1963)), כי אין למנוע מחשוד את זכותו לייצוג משפטי, אלא במקרים חריגים בלבד:

"משנתבקש עורך דין על-ידי נאשם-עציר (או קרוביו) להושיט לו עזרה משפטית, מחובת המשטרה לאפשר לעורך הדין, אם יבקש רשות, להתראות עם העצור בהקדם האפשרי, כדי שיוכל לייעץ לו בדבר זכויותיו ולעזור לו לערוך את הגנתו. המשטרה רשאית שלא לנהוג בדרך זו רק במקרה יוצא מהכלל ואך כאשר יש בידה סיבה מוצדקת. יודגש, כי החשש פן עשוי עורך הדין להשפיע על העציר לבל ימסור הודעה למשטרה, אינו מהווה סיבה שכזאת. בענייננו לא ניתן כל הסבר לסירובם של קציני המשטרה להיענות לבקשותיו האמורות של עורך דין נקארה לראות את מרשיו בבית-הכלא. ויש לקוות, כי נוכח הערתנו הנ"ל, לא תחזור

עוד תופעה מסוג זה (עמ' 1570, פסיקתו של מ"מ הנשיא אגרנט); בדומה: ע"פ 96/66 דוד טאו
נ' היועץ המשפטי לממשלה, כ (2) 539 (9.6.1966), עמ' 545-546.

40. בתחילת שנות ה-80, לראשונה, הועלתה זכותו של חשוד להיות מיוצג בהליכי שמיעת גרסה על ספר החוקים הישראלי (תיקון מס' 15 לחסד"פ, תשכ"ה-1965, תשמ"א-1981, בו נקבע: "זכותו של החשוד להיפגש עם עו"ד לצורך התייעצות אינה כתובה מפורשות בספר החוקים, אך היא מוכרת כאחת מזכויות היסוד [...]. הסעיף המוצע בא לעגן מפורש בחוק את עקרון היסוד...").

2. הזכות לנוכחות סניגור כלולה בזכות החוקתית לייצוג משפטי

41. הזכות לייצוג היא זכות יסוד בישראל, ובדין הפלילי בפרט, וכבר לפני שנים רבות, נפסק כי היא כוללת "לא רק ייצוג על-ידי עורך-דין כלשהו, אלא על-ידי עורך-דין לפי בחירת המרשה דווקא בהתחשב עם האמון בין עורך-דין למרשו" (בג"ץ 193/67 חביב נופל קהווג'י נ' נציב בתי-הסוהר, ואח', כא(2) 183 (28.8.1967) (להלן – "בג"ץ קהווג'י").

42. כמו כן, נפסק כי לכל נאשם "האוטונומיה של הנאשם להחליט בעצמו על דרך ניהול הגנתו" (ע"פ 5889/01 אלי נחום נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 817, 825 (2.2.2005)). עמד על כך הנשיא ברק בבש"פ 5136/98 נחום מנבר נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (26.8.1998) (סעי' 5):
"נקודת המוצא העקרונית הינה כי חירותו של כל אדם - פרי האוטונומיה של הרצון הפרטי - היא למנות לעצמו שלוח כרצונו. חירות זו היא בעלת חשיבות כאשר השלוח הוא עורך-דין. חשיבות מיוחדת יש לה, לזכות זו, כאשר הפרקליט מייצג את הפרט כנגד השלטון. חשיבותה העליונה מתבטאת בייצוג חשוד או נאשם בהליכים פליליים".

43. בבג"ץ 344/65 מחמוד בכר חג'אזי נ' שר המשפטים (22.12.1965), נפסק כי לזכות הייצוג תחולה רחבה, ולכל חשוד/נאשם החופש להתגונן, לפי בחירתו (פסיקתו של השופט ויתקון, עמ' 213):
"במשטר דמוקרטי זכאי כל נאשם להתגונן באמצעות סניגור לפי בחירתו. כך נאמר בסעיף 3(ג) לטיוטת האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, שהוכנה על-ידי הוועדה לזכויות אדם של האו"ם".

44. על-כן, החלטת המאשימה לפסול באופן גורף נוכחותו של סניגור בהליכי גביית הגרסה, פוגעת באופן חמור באוטונומיית הפרט, להחליט על דרך ניהול הגנתו.

הזכות הקיימת בדין לנוכחות סניגור בהליכי שימוע

45. בשנת 2000 נחקק סעיף 60א לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, המקנה לחשוד זכות לקבל הודעה בדבר העברת חומר חקירה בעניינו לרשות התביעה, וכן מעניק לו זכות להציג את טיעוניו, במסגרת בקשה מנומקת להימנע מכתב אישום נגדו, וזה לשון סעיף 60א (ס"ק א', ד' ו- ח' הרלוונטיים לענייננו):

"(א) רשות התביעה שאליה הועבר חומר חקירה הנוגע לעבירת פשע תשלח לחשוד הודעה על כך לפי הכתובת הידועה לה, אלא אם כן החליט פרקליט מחוז או ראש יחידת התביעות, לפי הענין, כי קיימת מניעה לכך. [...]

(ד) חשוד ראשי, בתוך 30 ימים מיום קבלת ההודעה, לפנות בכתב לרשות התביעה כאמור בסעיף קטן (ב), בבקשה מנומקת, להימנע מהגשת כתב אישום, או מהגשת כתב אישום בעבירה פלונית; פרקליט המדינה, פרקליט המחוז, ראש יחידת התביעות או מי שהם הסמיכו לכך, לפי הענין, רשאים להאריך את המועד האמור. [...]

(ח) הוראות החוק לתיקון סדרי המנהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958, לא יחולו לענין סעיף זה, ואולם תינתן לחשוד הודעה בכתב על החלטת רשות התביעה בהקדם האפשרי ורשאית רשות התביעה להזמין את החשוד להציג בפניה את טיעוניו בעל פה.

46. בדברי ההסבר להצעת החוק, שנועדה להוסיף את סעיף 60א לחסד"פ, עולה תחולתה הרחבה של הזכות לשימוע: יעצם ההחלטה על העמדת אדם לדין ובעיקר כאשר מדובר בעבירות המוגדרות כחמורות, ההחלטה היא רבת משמעות. בחברה שבה אנו חיים די בכתב אישום, לבטח בעבירות חמורות, כדי לפגוע פגיעה קשה בנאשם. מסיבה זו מוצע להעניק את זכות השימוע למי שמרגע ההכרעה בעניינו ישתנה מעמדו בציבור " (ה"ח 2802, תשנ"ט 27.1.1999).

47. למרות שסעי' 60א לחוק הנ"ל מתייחס לעבירות פשע בלבד, בסעיף 21 להנחיית פרקליט המדינה מס' 14.21 ("הליכי ידוע ושימוע בהליכים פליליים"), שהינה הנחייה ספציפית שהמאשימה כפופה לה, מצוין מפורשות, כי גם בעבירות מסוג "חטא" ו"עוון", בנסיבות מיוחדות, כבענייננו, יש ליידע ולאפשר זכות שימוע לנאשמים. פרקליט המדינה מנה בסעי' 21 הנ"ל, מס' שיקולים (שאינם מהווים רשימה ממצה), ליתן זכות שימוע לנאשמים בביצוע עבירות מסוג חטא ועוון, שאחד מהם (ס"ק 2), הוא מאפיינו הייחודיים של החשוד.

48. הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 4.3001 בעניין "טיעון לפני הגשת כתב אישום פלילי (שימוע) (2008)" (להלן – "הנחיית היועץ המשפטי"), קובעת כי שימוע לפי סעי' 60א נועד ליתן הזדמנות לחשוד או לעורך דינו, המבקשים זאת, להציג את טיעוניהם, ולשכנע את רשות החקירה, כי חומר הראיות או אינטרס הציבור איננו מצדיק הגשתו של כתב אישום (סעי' 2-3).

49. בענייננו, בית המשפט לעניינים מקומיים קבע ביום 29.7.2017, כי המאשימה תזמן את בני הזוג גיפשטיין ותשמע את עמדתם ביחס לעובדות המצוינות בכתב האישום, כדי ש"תוכל להשתכנע האם ראוי להמשיך בהליך זה", או לחלופין תציע להם הסדר מותנה, תוך התייחסות לנסיבותיהם האישיות המיוחדות של הנאשמים ולמידת הסתמכותם על אנשי מקצוע, או לחלופי חלופין, תמחק את כתב האישום דנן (סעי' 43 להחלטה הנ"ל). דהיינו, ההחלטה הנ"ל קבעה, כי המאשימה תיתן לגב' גיפשטיין את זכות השימוע, בטרם תחליט אם להגיש כתב אישום בעניינה. לפיכך, על אף כותרת ההזמנה (נספח 1) ששלחה המאשימה לגב' גיפשטיין ("הזמנה למסירת גרסה/עדות"), אין מדובר כאן בהליך חקירה, כפי שמנסה לתאר המאשימה (סעי' 6 לתגובתה מיום 4.1.18, נספח 15), אלא בשימוע, לכל דבר ועניין.

50. המאשימה מבלבלת בין שני מונחים: חקירה ושימוע - שימוע, בניגוד לחקירה, הוא זכות המוענקת לחשוד בשלב מתקדם בסיום החקירה, ומאפשר לחשוד לטעון ולשכנע, כבענייננו, מדוע יש להימנע מהגשת כתב אישום (תו"ב (ר"ג) 14-01-12344 מדינת ישראל נ' רועי שעה (פורסם בנבו, 7.11.2016). הואיל וביהמ"ש לעניינים מקומיים לא ביטל את כתב האישום, בהחלטתו מיום 29.7.17, ברי כי אנו נמצאים בשלבים הסופיים של החקירה הפלילית.

51. בבג"ץ 1400/06 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממלא מקום ראש הממשלה (פורסם בנבו, 6.3.2006), קבע כב' השופט ריבלין בסעי' 15 לפסק-דינו כי: "יתן לומר, שאין לכם החלטה בדבר

הגשת כתב אישום כל עוד לא נערך שימוע – שאם לא תאמרו כן, יש בכך משום הקדמת אחרית לראשית".

52. ביהמ"ש הנכבד יופנה גם לפסיקת ביהמ"ש לעניינים מקומיים בראשל"צ (תו"ב (ראשל"צ) 4410-04-14 נעמי ארז נ' מדינת ישראל עיריית ראשון לציון (פורסם בנבו, 12.7.2015), בה קבע כב' השופט שטיין, בעבירה מסוג עוון – כבעניינו, כי "זכות הנאשם לעניין עריכת הסדר עימו על פי התיקון לחוק, דומה במהותה לזכות היידוע והשימוע המעוגנים בסעיף 60 א' לחסד"פ" (סעי' 23). בהמשך, השופט שטיין ציין כי על המאשימה לשקול הסדר מותנה, וזאת, תוך מתן הזדמנות נאותה לחשודים להשמיע את טענותיהם (סעי' 31):

"הסדר מותנה מאפשר לנאשם, בין היתר להציג את טענותיו לגבי כתב האישום, לאששן או להפריכן, להגדיר את יריעת המחלוקת. אל מול חובתה של הרשות לנהל את החקירה ולאסוף את כל החומר הרלוונטי על מנת להפעיל שיקול דעת בצורה ראויה יותר. לכל חשוד קמה זכות שטענותיו יחקרו כדבעי, שהוא ישמע. זכות זו היא פועל יוצא של הזכות למשפט הוגן שמטרתה להגן על כל אדם, כאשר הוא אדם, מפני פגיעה בכבודו, בחירותו ובקניינו, כמשמעות הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו".

כך, שבין אם מדובר ב"שימוע" או ב"חקירה", יש לערכו בהתאם לסעי' 60 לחסד"פ, ולהנחיות פרקליט המדינה והיועמ"ש החלות עליו, הואיל ובעניינו, על המאשימה היה לאפשר לעותרת להשמיע את טיעוניה בקשר לאפשרות לערוך 'הסדר מותנה', ולפיכך, לעותרת קיימת הזכות להסתייע בנוכחותו של סניגור מטעמה, בזמן גביית גרסתה.

53. בעמ"ק (הרצ' 919/13 הוועדה המקומית לתכנון ובניה הרצליה נ' רונן כהן (פורסם בנבו, 20.7.2016), פסל ביהמ"ש לעניינים מקומיים בהרצליה כתב אישום בעבירות מסוג עוון (שימוש במבנה ללא היתר), ופסק כי אין מניעה לקיום הליך שימוע, בכתב או בעל-פה, גם בתיקי חטא או עוון, ובנסיבות דשם המאשימה הייתה מחויבת לערוך שימוע, בהתאם לקבוע בסעי' 60 א' לחסד"פ (סעי' 33):

"לכל הפחות, צריך היה לתת לנאשמים זכות טיעון פרטני בטרם הגשת כתב האישום כנגדם בהתבסס על המדיניות החדשה. אכן, בהתאם להוראת סעיף 60 א' לחסד"פ החובה ליתן זכות טיעון בטרם הגשת כתב אישום, בהליך המכונה "שימוע", צומצמה לעבירות מסוג פשע בלבד, בעוד שבמקרה זה מדובר בעבירה מסוג עוון [...] ואולם, למצער, גם לפי הנחיות היועץ המשפטי לממשלה (סעיף 11 להנחיה מספר 4.3001 מיום 01.07.91 שכותרתה: "טיעון לפני הגשת כתב אישום פלילי (שימוע)", אין מניעה לקיום הליך שימוע, בכתב או בעל-פה, גם בתיקי חטא או עוון, והדבר יעשה לפי שיקול דעת התביעה, בהתחשב, בין היתר, ברגישות ובמורכבות התיק. במקרה זה, נוכח הנסיבות המפורטות לעיל, שומה היה על המאשימה, לכל הפחות, ליתן לנאשמים זכות טיעון בטרם הגשת כתב האישום כנגדם, אך דבר זה לא נעשה. הנאשם העיד כי הוא אכן זומן למשרדי העירייה לפגישה עם מר בר לב, אך לא היה מדובר בשימוע".

54. אשר על כן, ביהמ"ש לעניינים מקומיים שגה בהחלטתו מיום 17.4.18, הואיל והתעלם מהנחיית פרקליט המדינה הנ"ל ומהחלטתו מיום 29.7.17, אשר קובעות כי לצורך ההחלטה הסופית של

המאשימה בדבר הגשת כתב אישום בעניינם של הנאשמים, יש לבחון את נסיבותיהם האישיות. הנחיית היועץ המשפטי קובעת כי "שימוע בעל-פה ייערך, ככלל, באמצעות בא-כוחו של החשוד". פד, שסירוב המאשימה לאפשר נוכחות סניגור מטעמה של העותרת בעת השימוע, מנוגד לדין.

55. גם אם תידחה טענתה של גב' גיפשטיין כי הליך שמיעת גרסת בני הזוג גיפשטיין הוא בגדר הליך של "שימוע", בו קיימת זכות הקבועה בדין, לנוכחותו של סניגור, קיימים טעמים רבים וכבדים, אשר יפורטו להלן, המתבססים על הדין ועל הפסיקה הענפה בנדון, כי לגב' גיפשטיין זכות חוקתית לנוכחות סניגור מטעמה, גם במקרה דנן.

באותו עניין, אין אלא להפנות לדברי ביהמ"ש לעניינים מקומיים, בסעי' 49 להחלטתו, אשר קבע כי בהליך של גביית גרסה באישומים של תכנון ובנייה בעבירות עוון, קיימת חשיבות יתרה לנוכחות סניגור מטעם הנאשמים.

המלצות דו"ח הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר

56. כבר ב-1994, המליצה ועדה בראשות השופט גולדברג "לפתוח את דלתותיהם של חדרי החקירה לעורכי-דין כבר מן השלב הראשון של החקירה" (עמ' 27 לדו"ח; "נוכחות עורך-דין בחקירת חשוד – סקירה משווה", הכנסת – מרכז המחקר והמידע (21.5.2007), בעמ' 2) (להלן – "דו"ח מרכז המידע").

57. ועדת גולדברג המליצה להתייר נוכחות של עורך דין במהלך הליכי החקירה, במידה שזו אינה מוקלטת ברשמקול או מצולמת בוידאו (עמ' 29-27) [עפ"י רוב, וגם בענייננו, הליך שמיעת גרסה ע"י מפקחי המאשימה איננו מוקלט ברשמקול או מצולם]. על-כן, גם בהתאם להמלצות דו"ח ועדת גולדברג, היה על המאשימה לאפשר נוכחות סניגור מטעמה של גב' גיפשטיין.

הצורך הממשי והחיוני לנוכחות סניגור בהליכי חקירה ושימוע

58. הצורך בהרתעת חוקרים מפני מעשים אסורים - ועדת גולדברג נימקה את המלצתה כאמור בצורך "להרתיע חוקרים מפני מעשים אסורים, להבטיח את אמון הציבור בשלב זה של אכיפת החוק, ולחזק את יכולתו של בית המשפט לקבוע ממצאים מבוססים" (עמ' 27).

59. פערי הכוחות בין מפקח/חוקר המאשימה, שלו ידע רב בתכנון ובנייה, לעומת רוב הנאשמים באותן עבירות. בעניין זה, ביהמ"ש הנכבד יופנה למאמרו של עו"ד יורם סגי-זקס "הצורך בנוכחות סניגור בהליכי חקירה בישראל" (15.1.2003), אשר התייחס לחוסר השוויון האינהרנטי הקיים בין רשויות החקירה לנאשמים, כבענייננו:

"בחדר החקירות קיים כד"כ אי שוויון מוחלט בין הכוחות. מחד עומדים להם החוקרים המנוסים ולהם כל המידע, כל הכוח והזכות להתייעץ עם יועצים משפטיים משלהם ומאידך הנחקר מבוהל, מפוחד ונכעת בייחוד במידה וזו היא חקירתו הראשונה כמשטרה".

60. נוכחות סניגור נחוצה לפעמים גם לשם הרגעת הנחקר והעמדתו על מצבו האמיתי וזכויותיו, והיא עשויה לאפשר לו להתמודד באופן שקול ורציונלי אל מול טענות החוקרים כלפיו.

ביהמ"ש הנכבד מופנה גם למאמרו של ד"ר דן בייך, "זכותו של חשוד הנתון במעצר לסניגור בהליכי החקירה – לקראת פתרונות של פשרה" הפרקליט ל"ט 42 (1991), שלפיו מעורבותו של הסניגור בחקירה היא בעלת חשיבות מיוחדת (עמ' 132, פסקה 10). כזכור, בענייננו, ביהמ"ש לעניינים מקומיים קבע בהחלטתו מיום 29.7.17, שיש לשמוע את נסיבותיהם המיוחדות של בני הזוג גיפשטיין, בהליך של גביית גרסה, שדורש, מטבע הדברים, שת"פ מלא מצידם.

61. בעניין זה, ראוי להפנות לדבריו של השופט חיים כהן: "יבעולם משפטי כשלנו, שכל ההליכים מתנהלים בו לפי סדרי דין נוקשים ובשפת המסתורין של החוק והפרוצדורה, זכותו הראשונית והיסודית של כל נאשם היא או צריכה להיות שהוא מיוצג ע"י מי שיודע את רזי התורה ומדבר לשון הסתר [...] במקרה זה, הוא העו"ד המשמש כתותבת בפי הנחקר המפוחד, וכח"כ מפני שרירות הרשות המבצעת. גישה זו מעמידה את האדם ולא את המדינה כמרכז" (חיים כהן "על זכויות הנאשם" הפרקליט כו 42 (1970), בעמ' 49).

62. לא ברור מדוע המאשימה מתעקש למנוע נוכחותו של סניגור מטעמה של העותרת? ברור כי דווקא פתיחת דלת חדר החקירות בפני עו"ד תיעל ותשפר את מידת הוודאות כי רק מי שאין לו טענות טובות באמתחתו, ייאלץ להתמודד עם כתב אישום. בהקשר זה יצוין, כי בעניין **אוניברסיטת חיפה הוער**, כי עו"ד יכול לסייע לניהול ממוקד ויעיל של ההליך (פסקאות ל"ה-ל"ו ו- ל"ח של כב' השופט רובינשטיין).

דין משווה – הזכות החוקתית לנוכחות סניגור בעת החקירה

63. כמפורט להלן, במדינות רבות לחשוד יש הזכות להסתייע בעורך דין בעת חקירתו (מתוך דו"ח מרכז המידע; תירוש, בעמ' 127-97):

63.1 **ארה"ב** – התיקון השישי לחוקת ארה"ב קובע כי לכל נאשם במשפט פלילי זכות לייצוג משפטי. התיקון החמישי קובע כי לכל אדם הזכות להימנע מהפללה עצמית. זכותו של חשוד לנוכחות עו"ד במהלך חקירתו הוכרה כבר בשנת 1966, בפסה"ד של ביהמ"ש העליון בפרשת **מירנדה** (*Miranda v. Arizona* 384 U.S. 436 (1966)). בהמשך להלכת מירנדה, ב-1990 נקבע בעניין **מיניק** (*Minnick v. Mississippi* 498 U.S. 146 (1990)), כי יש לחקור חשוד - רק בנוכחות סניגורו, אלא אם כן החשוד ויתר במודע על זכות זו. הפסיקה בארה"ב אף הרחיבה את החובה האמורה לאיסור חקירה, ללא נוכחות סניגור, גם כאשר מבוצע שימוש בסוכן סמוי או במדובר (תירוש, בעמ' 124).

63.2 **אנגליה** – זכותו של חשוד לנוכחות עו"ד בחקירתו מעוגנת בחקיקה (Police and Criminal Evidence Act (1984)), ובכללים שנקבעו במסגרת Codes of Practice. עו"ד, אשר נוכח בחקירה, רשאי להתערב כדי להבהיר שאלה או כדי להתמודד עם שאלה שהוצגה באופן לא ראוי ללקוחו, ואף לייעץ ללקוחו לא לענות על שאלות מסוימות (תירוש, בעמ' 107).

63.3 **קנדה** – סעיף 10 (B) לצ'רטר עיגן את הזכות לייצוג משפטי במשפט הקנדי. כמו כן, קבע המשפט הקנדי כי המשטרה רשאית להציע לחשוד עסקת טיעון, רק בנוכחות סניגורו (תירוש, בעמ' 116).

הצעות חוק שהוגשו בנדון בישראל

64. ח"כ זחבה גלאון הניחה על שולחן הכנסת בכנסות ה-16, ה-17, ה-18, ה-19 (פ/2459; פ/155/17; פ/3274/18; פ/1299/19), ובכנסת הנוכחית (הכנסת ה-20), אליה הצטרפו בהצעה הנוכחית חברי-הכנסת נחמן שי ומיקי רוזנטל, הצעת חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים) (תיקון – נוכחות עורך-דין בחקירת חשוד), התשע"ה-2015 (פ/1396/20), שנוסחה דומה לנוסח הקבוע בדין האנגלי ולהמלצות ועדת גולדברג:

"בחוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התשס"ב-2002, אחרי סעיף 3 יבוא:

(א) על אף האמור בסעיף 7 לחוק זה, חקירת חשוד בתחנה תתנהל בנוכחות עורך דין; לא נכח עורך דין בחקירה, תתועד החקירה בתיעוד חזותי.

(ב) אם אין לחשוד אמצעים לשכור עורך דין, ימונה לו עורך דין לפי סעיף 15 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.

(ג) חשוד רשאי לוותר בכתב על הזכות לנוכחות עורך דין בעת חקירתו.

(ד) הודאות החשוד שהתקבלו בחקירה ללא נוכחות עורך דין, ללא תיעוד כאמור בסעיף קטן (א), או הסכמה לפי סעיף קטן (ג), לא יהיו קבילות.

65. בדברי הסבר צוין כך:

"נוכחות עורך דין בעת חקירה היא זכות אשר ראוי כי תהיה מוקנית לחשוד. זכות זו קיימת בבריטניה ומעוגנת בחקיקתה. בנובמבר 1993, כתוצאה מחשיפה של סדרת פרשיות שבהן הודשעו נאשמים על סמך הודאות כחזות, מונתה ועדת גולדברג. אחת ממסקנות הוועדה הייתה כי יש לפתוח את דלתותיהם של חדרי החקירה לעורכי-דין כבר מן השלב הראשון של החקירה (ובכלל זה שלב התשאול)" (הוועדה לענין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולענין העילות למשפט חוזר דוח הוועדה פסקה 46 (1994)).

מטרת הצעת חוק זו להגן על זכותו של החשוד בביצוע עבירה פלילית שלא ליפול קודבן למעשה אלימות משטרתית וכן למנוע פגיעה בכבוד האדם בעת חקירתו. החשש הוא מפני רמיסת החוק בידי מי שמופקדים על אכיפתו, היינו משטרת ישראל [...].

לפיכך, מוצע לעגן את חובת נוכחות עורך דין בעת חקירת חשוד, או לחלופין תיעוד החקירה, כמשמעו בחוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התשס"ב-2002. תיעוד החקירה מהווה חלופה ראויה לשמירה על זכויות החשוד, בהיעדר עורך דין.

66. טרם נערכה הצבעה בהצעות החוק הנ"ל.

67. לאחרונה ממש דווח, כי שרת המשפטים, איילת שקד, מקדמת הצעת חוק שתעגן את זכותם של חשודים לדרוש נוכחות עו"ד בחקירתם (ידיעה מיום 2.4.2018). אצלנו כאמור, הדברים נכונים מקל וחומר, משום שהליך שמיעת גרסתה של העותרת מהווה "שימוע", ולא "חקירה" רגילה.

העתק הכתבה באתר: "גלובס" מיום 2.4.18: "נוכחות עו"ד בחקירות: מהלך קריטי או פגיעה בהליכי החקירה?", מצ"ב כ "נספח 17".

הפסיקה בישראל בנסיבות דומות מאוד

68. ניתן לגזור מפסיקה ענפה בנסיבות דומות ביותר לענייננו, כי לעותרת זכות חוקתית, לנוכחות סניגור מטעמה, בהליכי שמיעת גרסתה בתיק דנן.

69. בבג"ץ קהוג'י, השופט לנדוי קבע כי זכות הייצוג של חשוד, לפי סעי' 22 לחוק לשכת עוה"ד, כוללת גם זכות הופעה של עורך-דינו בפני הוועדה המייעצת, ונציב בתי הסוהר אינו רשאי להגביל את זכות הייצוג של חשוד, בין על-ידי מתן הוראות כלליות או על-ידי הוראה אינדיבידואלית לגבי מקרה מסוים, ללא חיקוק ספציפי שמגביל זאת (עמ' 185).

70. עוד קבעה הפסיקה כי זכות הייצוג לפי סעי' 22 לחוק הלשכה כוללת גם שיתוף והופעת עו"ד בפני רשויות המדינה (רע"פ 2060/97 פלונית נ' הפסיכיאטר המחוזי-תל אביב (11.3.1997)).

71. בה"פ 339/98 טוביה חיים נ' "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ, פ"מ תשנ"ט (2) (4.8.1999), קבע ביהמ"ש המחוזי בירושלים כי לחבר אגודה הזכות לייצוג ע"י עו"ד במוסדותיה. השופט מ' גל הסתמך, בין היתר, על סעי' 22 לחוק הלשכה, וקבע שהזכות לייצוג הקבועה בסעי' זה - מהווה "נורמה שיוורית" (קביעה ההפוכה ב-180 מעלות מטענת המאשימה):

"ככלל משמש סעיף 22 לחוק לשכת עורכי הדין נורמה שיוורית, לאמור: זכות הייצוג היא העיקר ובאין הוראה לסתור בחיקוק אחר רשאי אדם להיות מיוצג על-ידי עורך הדין [...] הנטיה נגד פירוש השולל או מצמצם את זכות הייצוג צריכה להיות חזקה יותר, כאשר מדובר בהליכים שבהם עלולה ליפול החלטה על פגיעה בחירותו של אדם, בגופו או בזכויותיו, מאשר בהליכים שבהם לא נקבע כל דבר לגבי זכויותיהם של בני-אדם".

72. בעניין אוניברסיטת חיפה, הרחיב ביהמ"ש העליון את ההלכה בדבר אי הגבלת דרכי ייצוג ע"י עו"ד בהליכים פליליים, והחיל אותה גם על הליכים משמעתיים שננקטים כנגד תלמידים במוסדות להשכלה גבוהה, וקבע כי על אוניברסיטת חיפה לתקן את תקנונה, באופן שיאפשר ייצוג "על ידי עורך דין חיצוני מבלי להגביל את זכות הייצוג".

73. בעניין מועדון עירוני חולון, ביהמ"ש המחוזי קיבל תביעה של מועדון ספורט, מאמנת וספורטאית, בקובעו, כי הסעיף בתקנון ועדת המשמעת ותקנון ביה"ד העליון של ההתאחדות לספורט השולל מנאשמים את זכות הייצוג בפני ועדת המשמעת של ההתאחדות, נוגד את כללי הצדק הטבעי ופוגע פגיעה בלתי מידתית בזכותם של חברי ההתאחדות [בדומה: ה"פ (ת"א) 37631-08-16 עמותת אשדוד A קריקט קלאב נ' התאחדות הקריקט בישראל (פורסם בנבו, 7.9.2017)].

74. בעמ"מ (ת"א) 45045-05-16 גבריאלי לאטי נ' עיריית תל-אביב-יפו (פורסם בנבו, 13.6.2016), קיבל ביהמ"ש המחוזי את הערעור וביטל את גזר הדין, בקובעו כי לא היה מקום לדיון משמעתי בעניינו של המערער, כאשר המערער לא היה מיוצג על ידי עורך-דין, וזאת בהתחשב בענישה החמורה לה היה צפוי.

75. בע"ב (ת"א) 8444/07 דוד יגר נ' דן חברה לתחבורה ציבורית בע"מ (פורסם בנבו, 28.10.2008), פסק ביה"ד לעבודה, כי במקום בו מואשם חבר בבי"ד פנימי באישומים פליליים, יש ליתן לו זכות ייצוג ע"י עו"ד אף אם הדבר נאסר בתקנון.

76. בעניין בנישו דני נפסק, כי זכותו של מבוטח בביטוח הלאומי להיות מיוצג על ידי עו"ד בפני הועדה לעררים (נכות כללית), והאחרון רשאי להיות נוכח גם בעת ביצוע בדיקה גופנית במבטח.

77. בע"ע (ארצי) 1070/00 אנדרי בנוזי נ' צים חברת השיט הישראלית בע"מ (17.12.2002), התקבל ערעור, ונקבע כי המערער זכאי להיות מיוצג ע"י עו"ד בפני ועדת הערעורים בענייני משמעת בחב' צים - חברת השיט הישראלית בע"מ.

78. אשר על כן, נוכח הפסיקה הענפה, שקבעה כי נוכחותו של עו"ד דרושה ומותרת, גם בהליכים שאף הינם חמורים פחות מן ההליך הפלילי בו מואשמת העותרת, ולנוכח הפגיעה הקשה בזכויות חוקתיות כתוצאה מהרשעה בעניינה, ביהמ"ש מתבקש להחיל הלכה דומה על הליכי חקירה/שימוע שנערכים ע"י מפקחים של רשויות מקומיות.

הפסיקה בעניין מקרה מקביל: מסדרי זיהוי

79. הפסיקה כבר הכירה בזכות הנחקר לנוכחותו של סניגור במעמד ביצוע הליך חקירתי (תירוש, בעמ' 139). בתי המשפט, עמדו על חשיבות נוכחות הסניגור, על מנת לוודא שהמסדר ייערך בהתאם לכללים (שאף

הם יציר הפסיקה), ולהקטין את החשש שגורמי החקירה העורכים את המסדר יפעלו שלא כראוי. נפסק, שעל הגוף החוקר, לעשות כל מאמץ אפשרי על-מנת להבטיח את נוכחותו של הסניגור, ואף נקבע, כי העדרו של הסניגור פוגמת במשקלו של הזיהוי עד כדי אפסיותו (בעניין המאירי, כב' השופט כהן כך קבע (בעמ' 182):

"אבל כשמתרחים והולכים המקרים אשר בהם מכלכלת (ומקלקלת) המשטרה את חקירותיה, תוך כדי התעלמות מהנחיותיו והוראותיו של בית משפט זה, הגיע הזמן שנפחית ממשקלן של ראיות אלה שהושגו שלא כהלכה עד כדי אפס [...] אולי ילמדו חוקרי המשטרה בדרך זו שלא להוציא זמנם ומרצם לריק [...] ענייננו הוא כשמירה על זכויות האדם ובהבטחת חירויותיו, כפי שהן מנת חלקו בחברה דמוקרטית אשר החוק שולט בה".

80. לפיכך, לא עולה כל שוני בין ההליך של מסדר זיהוי לבין הליך החקירה, שמצדיק את אי נוכחותו של עו"ד בעניין הנדון. ההיפך הוא הנכון, ומקל וחומר, ביהמ"ש הנכבד מתבקש לקבוע כי נוכחותו של סניגור בהליכי גביית הגרסה ע"י המאשימה דרושה וחיונית בהרבה מזו ב'מסדר זיהוי', הואיל ובאחרון, על-פי רוב, לא נדרש מידת שיתוף פעולה ויכולת רטורית גבוהות, כפי שנדרשות בענייננו (ר': תירוש, בעמ' 140).

ב.3. הפגיעה בזכות היסוד לייצוג של העותרת מנוגדת להוראות פסקת ההגבלה

81. כפי שנקבע בהחלטה, ה'מהפכה החוקתית' משנת 1992 קבעה כי הזכות לייצוג היא זכות חוקתית, וניתן לפגוע בה, אך ורק, בהתאם לתנאים הקבועים בסעי' 8 לחוק-יסוד כבוד האדם וחירותו (סעי' 42, ו-47-44 להחלטה, נספח 2). 'פסקת הגבלה' קובעת ארבעה תנאים מצטברים, הצריכים להתקיים כדי שהפגיעה בזכות חוקתית תהא כדין (א' ברק פרשנות במשפט (נבו הוצאה לאור, 1995) (להלן – "ברק") בעמ' 488-489):

- (א) הפגיעה חייבת להיעשות בחוק או לפי חוק ומכוח הסמכה מפורשת בו;
- (ב) ההוראה הפוגעת חייבת להלוו את ערכיה של מדינת ישראל;
- (ג) ההוראה הפוגעת נועדה לתכלית ראויה;
- (ד) ההוראה הפוגעת בזכות אדם "במידה שאינה עולה על הנדרש.

ב.3.1 הפגיעה בזכות היסוד לייצוג לא נעשתה "לפי החוק"

82. המאשימה טענה בביהמ"ש לעניינים מקומיים, כי חל 'הסדר שלילי' בעניין נוכחות עו"ד במעמד גביית גרסת נאשמים, הואיל ולטענתה החוק אינו מסדיר את זכויות הנאשמים בעניין זה. ולפיכך, אין לגב' גיפשטיין הזכות לבקש את נוכחותו של סניגורה, בעת גביית גרסתה (ר': דיון בביהמ"ש לעניינים מקומיים ביום 21.12.17 (נספח 13) ובכתב טענתה מיום 4.1.18 (נספח 15). כמפורט להלן, טענה זו מנוגדת באופן קיצוני לסעי' 8 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, שקובע כי הגבלות על זכויות חוקתיות ייעשו, אך ורק, לפי "חוק", או מכוח הסמכה מפורשת, אשר אינן קיימות בענייננו.

83. מראשיתה של המהפכה החוקתית, נקבע כי לא ניתן לפגוע בזכויות יסוד, אלא בהתאם לחקיקה ראשית או הוראה המסמיכה לבצע פגיעה שכזאת (ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (9.11.1995)).

84. בענייננו, לא נקבעה בשום מקום, לא בחקיקה ראשית, ולא בחקיקה משנית, כל הגבלה בדבר נוכחות עו"ד במהלך חקירת חשוד. המאשימה טענה בעצמה כי הנושא טרם הוסדר (בסעי' 4-5 להפניית הפסיקה מטעם המאשימה מיום 4.1.18 – נספח 15); ר' גם עמ' 137 ו- 141 למאמרו של תירוש).

85. בבג"ץ האגודה לזכויות אדם ביטל ביהמ"ש הנכבד את תקנה 29 לתקנות בתי הסוהר, תשל"ח-1978, אשר העניקה לנציב שירות בתי הסוהר ולמנהל בית הסוהר הסמכות למנוע פגישה עם סניגור, או להפסיקה. ביהמ"ש זה קבע, בדעת רוב, כי בטרם בודקים, באופן מהותי, אם דבר חקיקה עומד באמות המידה החוקתיות, יש לבחון אם התקיים הליך החקיקה הנדרש לפני פגיעה בזכות יסוד. ביהמ"ש הנכבד מופנה לדברי השופטת א' חיות בסעיף 4 לפסק-דינה:

"חשיבותה של הסמכה מפורשת ומפורטת בחקיקה ראשית היא בהיותה תוצר של שיג ושיח פרלמנטרי, אשר במהלכו ניתנת הדעת על מכלול השיקולים החוקתיים הצריכים לעניין הספציפי, וכן להסדרים אלטרנטיביים הבאים בחשבון, ובכך היא נבדלת מהסמכה כללית".

86. בעניין יששכרוב, קבע ביהמ"ש הנכבד, כי "שתיקה" בדבר הגבלת זכויות חוקתיות, איננה יכולה להעיד לעולם על קיומו של 'הסדר שלילי', ואי גיבוש סעדים מצד כנסת ישראל, איננה מונעת את התערבות ביהמ"ש לצורך קביעת הסדרים להגנה על זכויות אדם (סעי' 52 לפסיקתה של השופטת ביניש):

"התביעה הצבאית הראשית והיועץ המשפטי לממשלה הוסיפו וצינו לפנינו כי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו קובע הוראה מפורשת בדבר פסילת ראיות שהושגו תוך פגיעה שלא כדין בזכויות המוגנות במסגרתו. לטענתם, שתיקתו של חוק היסוד בעניין זה הינה "שתיקה דועמת" המצביעה על הסדר שלילי, באופן המונע אימוץ שיפוט של דוקטרינה לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין. טענה זו דינה להידחות. חוקי היסוד בדבר זכויות האדם אינם קובעים כל הוראה בדבר תרופות או סעדים בגין פגיעה בזכויות המוגנות במסגרתם. את שתיקתו של חוק היסוד בעניין זה אין לפרש כהסדר שלילי [...] עם זאת, בהעדר קביעה סטטוטורית בעניין זה, מוסמך בית-המשפט לעצב סעדים מתאימים בגין הפרת הזכויות המוגנות בחוקי היסוד. זאת, מכוח חובתו הפוזיטיבית להגן על זכויות אלה ובהתאם לתפיסה הכללית של שיטתנו המשפטית כי במקום שבו הזכות - שם התרופה (ubi ius ibi remedium). [...] ואמנם, במספר פסקי-דין אימץ בית-משפט זה את התפיסה הפרשנית לפיה שתיקתו האמורה של חוק היסוד, אינה מהווה הסדר שלילי לעניין ההכרה בסעדים שתכליתם להגן על הזכויות המוגנות בו".

87. בעניין אוניברסיטת חיפה, השופט רובינשטיין חזר על ההלכה הפסוקה הנ"ל, וקבע בניגוד לעמדת המאשימה כאן, כי הזכות לייצוג היא זכות שיורית, ולא חל לגביה "הסדר שלילי" (פסקה ל'): "זאת ועוד, אפילו סברתי כי לא ניתן לגזור את זכות הייצוג מזכות הטיעון שמעניק החוק, דומה כאמור, כי ניתן להקים אותה מחובת המוסד להעניק לתלמידיו הליך הוגן. לדידי, מעבר לאינדיקציה מסוימת באשר להיקף הזכות לא ניתן איפוא לראות בסעיף זה משום הסדר שלילי לגביה. ההגנות מחויבות, כדי שלא תיפול בארזים שלהבת".

88. לבסוף יצוין, כי גם ביהמ"ש לעניינים מקומיים הגיע למסקנה כי לא קיים 'הסדר שלילי', כפי שטענה המאשימה, הואיל ומדובר בהגבלת זכות חוקתית, שעליה להיעשות, אך ורק, לפי "החוק" (סעי' 45-46):

"נוכח פני הדברים, טענתה של המאשימה דנא על העדר הוראה בחוק המחייבת לאפשר נוכחות סניגור בחקירה פלילית, נכונה היא. ברם, אינני סבורה כי הדין עמה בפירוש שנתנה לחוסר זה. ההתפתחות בנושא זה, הדעות שנשמעו בספרות המשפטית ואף המלצותיה של ועדת גולדברג, כמו גם הסמכות שניתנה לשר, לצד הצעות החוק המדרבנות חקיקה מפורשת מחמירה ועל רקע קביעותיו של בית המשפט העליון כי פגיעה בזכות לייצוג צריכה להיעשות בחקיקה מפורשת, כל אלה מובילים למסקנה שאיסור על נוכחות סניגור בעת שחשוד בעבירה נחקר בביצועה, נוגד את הדין הקיים, ופוגע בזכות לייצוג ממשית. פגיעה שכזו, קל וחומר כשהיא מנותקת ממערך נסיבתי ספציפי, אלא שרירותית וכוללנית, יכולה להתבצע רק כאשר המחוקק (ולאחר מתן הסמכות לשר-מחוקק המשנה) קבע מפורשות כי פגיעה מסוג זה בזכות היסוד אפשרית ומותרת. לטעמי אין זה נכון ואין זה ראוי לפרש את החסר, כהסדר שלילי. המחוקק הסדיר, אמנם, את נושא חקירתם של חשודים בחוק ולא קבע מפורשות את זכות הנוכחות. זאת עשה כאשר המלצה מפורשת וברורה עמדה לנגד עיניו במסגרת דו"ח גולדברג אולם, הוא לא התייחס בחוק זה לזכות לייצוג ככלל. האם מכך ניתן ללמוד כי היא איננה קיימת? ברי כי איש לא יטען זאת. יש לקרוא, אם כן, את הוראות חוק חקירת חשודים באופן שבו המחוקק לא ביקש לאיין את זכות לייצוג, אך הותיר את הסדרתה, על כל רבדיה (מפגש, ייעוץ, נוכחות), למחוקק המשנה. אינני מקבלת אפוא את עמדתה של המאשימה כי עסקינן בהסדר שלילי. לדידי, יש לקרוא זכות זו כחלק אינהרנטי ממארג זכויותיו של חשוד בעבירה פלילית לייצוג משפטי".

ב.2.3 הפגיעה בזכות היסוד לייצוג לא נעשתה לתכלית ראויה

89. בענייננו, המאשימה לא הציגה, עד היום, כל תכלית לאיסור על נוכחות סניגור בשמיעת גרסת העותרת, ובוודאי לא "תכלית ראויה" כפי שהיא נדרשת להראות, בהתאם לסעי' 8 לחו"י כבוד האדם וחירותו.

90. הפסיקה קבעה שנוכחותו של עו"ד בהליכי גביית גרסה איננה מחייבת את סרבולם של ההליכים, ובכל אופן יש להוכיח "חשש" זה, ולא לטעון לו, בעלמא ובאופן גורף. השופט רובינשטיין שלל "חשש" גורף זה, וקבע בעניין אוניברסיטת חיפה, שדן בייצוג ובנוכחות עו"ד בהליכי שימוע של סטודנטים באוניברסיטה, כי לא הונחו בפניו, כבענייננו, נתונים המאששים חשש זה (סעי' ל"ד):

"עוד נציין, כדי להטעים את מורכבות התמונה, כי אף ההנחה, שמעורבות ייצוג מקצועי שקולה תמיד להארכת ההליך וסרבולו אינה יצוקה בסלע בכל מקרה, ודי להזכיר את חובת עורך הדין לעזור "לבית המשפט לעשות משפט" (סעיף 54 לחוק לשכת עורכי הדין), את יכולתם של באי כוח מיומנים - אם רצונם בסיום יעיל של ההליך, להבדיל מטקטיקה של סחבת שאיננה נדירה במקומותינו - להביא לחיסכון בזמן שיפוטי ולמיקוד ההליך בנקודות הרלבנטיות, ובעיקר את תרומתו האפשרית של ייצוג לניהול יעיל ומקצועי של ההגנה ושל

ההליך בכללותו [...] סמכות זו יפה גם כלפי חקירה על ידי עורך דין מקצועי. לשון אחר: אף שאינני חולק על תקפותם של שיקולי המערערת, ייצוג על ידי עורך דין חיצוני אינו שקול תמיד כנגד הארכת ההליך, סרבולו ופגיעה בערכו החינוכי; כך שכבואנו לאזן בין השיקולים לא ניתן להציב כמשוואה את סרבול ההליך (על ידי מתן אפשרות ייצוג) מזה, לעומת הזכות להליך הוגן מזה כשני ערכים מוחלטים; בפנינו סיטואציה של יחסיות מובהקת".

91. יצוין כי רק לאחרונה, קבע בית הדין לעבודה בת"א (ב"ל 63410-10-15 פלונית נ' המוסד לביטוח לאומי (11.1.2017)), בנסיבות הדומות מאד לענייננו, כי כל עוד לא הוכח שנזכרות עורך הדין תפגע בחקירת המבוטח – אין מקום למנוע אותה מראש. נפסק, כי יש לבחון את סירוב המוסד לביטוח לאומי לחקור את התובעת בנוכחות באת כוחה, במתכונת של ביקורת שיפוטית על סבירות ההחלטה, וכי רשות מינהלית איננה יכולה לשלול פוזיטיבית, כפי שעיריית ת"א אוסרת בהזמנותיה לנאשמים, את נוכחות עו"ד בהליכי גביית הגרסה, ללא הוכחה וללא נימוק.

"נוכחות עורכת דינה של התובעת אין משמעה התערבות בחקירה. גם אנו סבורים שכל עוד לא הוכח (ולמעשה גם לא נטען) – קונקרטי – כי נוכחות עורכת הדין של התובעת פוגעת בחקירתה – אין הצדקה לסרב לבקשתה א-פריורי".

92. הנה כי כן, המאשימה לא הציגה כל תכלית לאיסורה הגורף לנוכחות סניגור בחקירותיה. ומשכך, ההזמנה למסירת עדות שנשלחה לגב' גיפשטיין – אינה עומדת בהוראות הדין, ודינה להיפסל.

ב.3.3 הפגיעה בזכות היסוד לייצוג אינה מידתית

93. בענייננו, הפגיעה אינה נדרשת ולא מתאימה להשגת המטרה, הואיל ולא נטענה כל מטרה הטמונה בהגבלת נוכחותו של סניגור בהליכי גביית גרסה.

94. כמו כן, אילו המאשימה חששה לפגיעה ביעילות החקירה הפלילית, היא הייתה יכולה לנקוט אמצעי חמור פחות מאיסור גורף על נוכחותו של עו"ד בהליכי שימוע. כך לדוגמה, המאשימה יכולה לנהוג בהתאם לשיטה הנהוגה באנגליה (ר' פרוט לעיל), בה לרשויות החקירה הסמכות להוציא סניגור מחקירה, כאשר הוא מבצע הפרעות בלתי סבירות בהליך, ובכך מתייטר החשש הבלתי מבוסס הנ"ל (תירוש, בעמ' 107) (בג"ץ 10271/02 אברהם פריד נ' משטרת ישראל מחוז י"ם, פ"ד סב(1) 106 (תירוש, בעמ' 107) (30.7.2006); בג"ץ 3379/03 מוסטקי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נח(3) 865 (18.3.2004), בסעי' 47 לפסיקת המשנה לנשיא השופט אור).

ג. הצורך בהתערבותו של בג"ץ בביטולה של ההחלטה

95. תשומת לב ביהמ"ש הנכבד לכך, שסעד מס' 3, איננו משיג על החלטת הביניים הנתקפת בעתירה דנן, אלא מדובר בסעד המכוון ישירות כלפי מעמדו ותוקפו של טופס ההזמנה למסירת גרסה של המאשימה, המופנה תדיר כנגד נחקרים בהליכים פליליים הננקטים לפי פרק י' לחוק התכנון והבנייה. אין חולק, כי לביהמ"ש הנכבד הסמכות לדון בסעד 3, וזאת, ללא הפעלת אמות המידה המיוחדות הנוגעות לדיון בסעדים 1-2.

96. כעיקרון, בית המשפט הגבוה לצדק אינו יושב כערכאת ערעור על החלטות ביניים המתקבלות בהליך הפלילי שעודנו מתנהל לפני הערכאה הדיונית, ועל הצדדים להמתין לסיום ההליך הפלילי ולהעלות את השגותיהם במסגרת ערעורם (בג"ץ 507/81 ח"כ אהרן אבו חצירא נ' היועץ המשפטי לממשלה, לה(4) 561 (20.11.1981)).

97. אך בענייננו מתקיימים החריגים לכלל זה, הואיל וההחלטה נמנית עם אותם מקרים נדירים - שבהם יש מקום לחרוג מכלל אי-ההתערבות שגוזר על עצמו בית משפט זה - היות שהיא התקבלה שלא כדין ובניגוד לכללי הצדק הטבעי (בג"ץ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי באר שבע, פ"ד סא(3) 93 (8.10.2006) (להלן – "בג"ץ ביהמ"ש המחוזי-ב"ש").

כמפורט להלן, העתירה דנן מעוררת טענות של פגמים בהליך, שגורמים לפגיעה קשה ובלתי הפיכה בזכויות החוקתיות של העותרת, אשר אינם ניתנים לתיקון במסגרת ערעור על פסק הדין של ביהמ"ש לעניינים מקומיים.

יתרה מזאת, העתירה דנן מעלה, כאמור, שאלות עקרוניות, בעלות השלכות רחבות היקף, שחוזרות פעמים רבות, וקיימת חשיבות עליונה לכך שבית משפט זה יבהיר את הדין בסוגיה חשובה זו. ודי לנו אם נפנה זקוק לכך שטופס ההזמנה למסירת גירסה/עדות מטעם המאשימה, הינו טופס סטנדרטי של המאשימה, המופץ תדיר לנחקרים, ובו עצמו מוטמעת הפרה בוטה של זכות יסוד חוקתית.

98. בהתאם לסעי' 15(ג) לח"י השפיטה, לבית משפט זה, בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק, הסמכות הטבועה לדון "בעניינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר"

99. בבג"ץ ביהמ"ש המחוזי-ב"ש, התקבלה עתירה כנגד החלטת ביניים שלא לאפשר העדת נאשם כנגד שותפו, בטרם הסתיים משפטו. הדיון נסב אודות שאלת תוקפה של 'הלכת קינזי': האם רשאית התביעה לזמן נאשם שמשפטו תלוי ועומד, כעד מטעמה במשפט נפרד המתנהל כנגד שותפו לעבירה, בגין אותה פרשה? כב' השופט א' א' לוי קבע כי על אף ההלכה הפסוקה בדבר אי התערבות בהחלטות ביניים, יש לקבל את העתירה הנ"ל, הואיל והיא משקפת מקרה חריג, בו עלה הצורך לבטל את הלכת קינזי, שהנה מאדני דיני העונשין ודיני הראיות של המשפט הישראלי, והמתנה לסיום ההליך הפלילי הייתה מונעת בחינת הטענות העקרוניות בעתירה – נסיבות הזהות לענייננו (סעיף 5):

"על אף כל זאת, נופלת להשקפתנו העתירה הנוכחית לגדד המקרים החריגים בהם יוכל בית-משפט זה להידרש לעתירה הבאה בפניו. נפקותן של הטענות שהועלו לדיון בגדרה של העתירה חורגת הרבה מעבר לעניינם של הצדדים המתדיינים, ולמעשה טענות אלו עשויות להשפיע על כל אירוע עברייני אשר בעשייתו היו מעורבים מבצעים מספר. הלכת קינזי, אותה מבקשת העותרת להביא לבחינה מחודשת, היא מהאדנים עליהם שעונים כיום דיני העונשין ודיני הראיות של משפטנו. ועוד, הספקות שהתעוררו בסוגית התאמתה של ההלכה למציאות המשפטית של ימינו, גם הן מצדיקות להידרש לעתירה זו. ולבסוף, יודגש, דחייתה של העתירה על הסף, מן הטעם כי בית-משפט זה אינו משמש כערכאת ערעור על החלטות ביניים במשפט פלילי, לא הייתה מותרת בידי העותרת כל אפשרות מעשית להביא לבחינה את הטענות העקרוניות שבאמתחתה. אמנם, ההליכים המתנהלים כנגד המעורבים האחרים בפרשה, זולת סנקר עצמו, מצויים, נכון לעת הזו, בחיתוליהם, אולם לאחר שיסתיימו – בין על דרך של הרשעה ובין על דרך של זיכוי – יהפכו טענותיה של העותרת היפותטיות ובלתי רלוונטיות, ועל כן גם לא תמצא בידיה אפשרות לתקוף את ההחלטה. מצב ייחודי זה לא היה

מאפשר לעותרת לשטוח בפנינו את טענותיה, אלא בדרך של הגשת עתירה המכוונת נגד החלטת כיניים".

ג.1 חשיבות העתירה דנן והשלכות הרוחב שלה

100. כפי שמצוין בהחלטה, סוגיית נוכחותו של סניגור בהליכי גביית גרסה כבענייננו, כמעט שלא נדונה, הן בחקיקה והן בפסיקה, ולא נפסק בה כל דין מחייב (סעי' 32 להחלטה).

101. ביהמ"ש לעניינים מקומיים אף תמה כיצד אין פסיקה ברורה וחד משמעית בנושא זה, במיוחד כאשר ביהמ"ש העליון ראה בעבר לנכון לפסול את תקנה 29 לתקנות בתי הסוהר וראה לנכון להרחיב את תחולת הזכות לייצוג ונוכחות עו"ד - גם להליכים משמעתיים (סעי' 35, נספח 2):

"תמוה כי לא ניתן לאתר פסיקה ברורה וחד משמעית בנושא זה. בפרט קושיה היא לנוכח פסיקה נרחבת של בית המשפט העליון בסוגיית חשיבותה של הזכות לייצוג, מעמדה והשלכותיה, במיוחד במישור של הדין הפלילי, ובהיעדר חקיקה מפורשת. בית המשפט העליון אשר ראה לפסול תקנות מחקנות שונות בשל פגיעה בזכות הייצוג, שלא על יסוד חקיקה ראשית מפורשת (ראו: לעיל פרשת בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח' נ' השר לביטחון פנים [פורסם בנבן]), ולהורות לאוניברסיטה ולמוסדות אחרים לתקן תקנותיהם, כך שלא תפגע זכות הסטודנט או החבר להיות מיוצג (פרשת אוניברסיטת חיפה, ופרשת מועדון הספורט דלעיל), לא מצא את ההזדמנות לדון לעומקה בסוגיית נוכחותו של הסניגור בחדר החקירות בהליכים פליליים".

102. יצוין, כי לפי מיטב בדיקתנו, העניין דנן הובא פעמיים לפתחו של ביהמ"ש העליון, אך לא הייתה התייחסות לגופן של הטענות: המקרה הראשון נדון בבג"ץ 6621/99 מגן – למען קידום זכויות הפרט בהליך הפלילי נ' משטרת ישראל והיועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבן, 5.10.1999). באותו עניין, עתרה עמותת מגן להורות למשיבים ליתן טעם מדוע לא יתאפשר לעורך-הדין של החשוד להיות נוכח במהלך חקירתו, כאשר טענה כי התנהגות המשטרה נוגדת את זכותו החוקתית של החשוד ופוגעת ביישום זכות השתיקה שלו. בית המשפט קבע כי העתירה תיאורטית, אינה תלויה על מערכת עובדות או מערכת נסיבות ספציפית ולכן דחה אותה על הסף.

103. המקרה השני, נדון בבג"ץ 7738/02 טל יגרמן ודוד הבי נ' הרשות לניירות ערך ואח' (פורסם בנבן 5.1.03) שם עתרו להורות למשיבים להימנע מחקירתם של העותרים ללא נוכחות באי-כוחם. העותרים חזרו בהם מעתירתם, מבלי שניתנו נימוקים כלשהם. אשר על כן, טרם ניתנה הכרעה לגופן של הטענות, שעולות בעתירה דנן.

104. העתירה דנן מעלה סוגיות רחב, שחורגות מעניינה של גב' גיפשטיין בלבד, הקשורות בזכויות חוקתיות של כלל החשודים והנאשמים בישראל. כאמור, בעתירה דנן, ביהמ"ש הנכבד מתבקש לפסוק הלכה חדשה, בדבר החלת הזכות החוקתית לייצוג, באמצעות נוכחות סניגור מטעם חשודים בהליכי חקירה ושימוע. ביהמ"ש מתבקש בעתירה דנן להחיל את הדין, יציר הפסיקה הקיימת הקיים בעניין 'מסדרי זיהוי' ובעניין ייצוג באמצעות עו"ד בהליכים משמעתיים (עניין אוניברסיטת חיפה), בהם מותרת נוכחותו של עו"ד, על כלל הליכי גביית גרסאות, כבענייננו.

105. יודגש, כי גם ביהמ"ש לעניינים מקומיים קבע בסעי' 49 להחלטתו, כי נוכחות סניגור בעניינינו מוצדקת

וחשובה:

"דומה, כי הדברים שנאמרו לעיל בדבר חשיבות נוכחותו של עורך דין במהלך החקירה מקבלים משנה תוקף מקום בו החשוד אינו זכאי לשימוע, מאחר ומדובר בעבירת עוון. חשיבות זו מתגברת ומתחזקת כאשר עסקינן בעבירות של תכנון ובניה, אשר כרוכ המקרים מערכות ידע מקצועי ספציפי שאינו שגור כפי הציבור הרגיל, להכדיל מהחוקרים-הפקחים, בעלי הידע. משום כך, נוכחותו של סניגור בחקירה מסוג זה, על מנת שהחשוד יוכל באמת להזים את החשדות נגדו, לשכנע כי הכניה כדין, או כי מטעמים אחרים הקשורים בכנייה אין להגיש כתב אישום, חשוכה כפליים. קל וחומר מקום בו לא נשקלה כלל מידת ההפרעה, הסיכון או שיבוש החקירה, בעצם נוכחות הסניגור – אם היא בכלל קיימת".

106. מושכל יסוד הוא, כי הנחלת מדיניות שיפוטית כללית באמצעות ביהמ"ש זה, הנה אחת מהסמכויות הקבועות המרכזיות בדין לבג"ץ, אשר עומד בראש המערכת השיפוטית (א' ברק שיקול דעת שיפוטי (הוצאת פפירוס, 1987), בעמ' 310-312); רענן הר זהב סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק (הוצאת בורסי, 1991), בעמ' 186-188).

107. ביהמ"ש הנכבד יופנה גם לפסיקה בבג"ץ 9264/04 מדינת ישראל נ' בית משפט השלום בירושלים, ס(1) 360 (6.6.2005) (להלן – "בג"ץ ביהמ"ש שלום בירושלים"), בה התקבלה עתירה לביטול החלטת ביניים לדחות עררים שהגישה מתלוננת בדבר חשיפת יומנים לפי סעי' 74 לחסד"פ. כב' השופטת ביניש קבעה שהעתירה מעלה השלכות רחבות, וקיימת חשיבות שביהמ"ש יבהיר את הסוגיה – דברים הנכונים גם לעניינינו (סעי' 7):

"כידוע, הכלל הוא שבית המשפט הגבוה לצדק לא יתערב בהחלטות ביניים של בתי המשפט הרגילים, אלא במקרים [...] וכלל זה יפה כמובן גם להחלטותיהם של בתי המשפט בבקשות לעיין בחומר חקירה במסגרת הליך פלילי [...]. אולם נראה כי המקרה דנן נמנה עם אותם מקרים נדירים שבהם יש מקום לחרוג מכלל אי-ההתערבות שגוזר על עצמו בית משפט זה משום שהעתירה מעוררת טענה של היעדר סמכות וכן טענה של פגמים בהליך, ואליהן מצטרף לכאורה חשש מפני פגיעה קשה ובלתי הפיכה בזכויות חוקתיות של המתלוננת, אשר אינה ניתנת לתיקון במסגרת ערעור על פסק הדין. יתרה מזאת, העתירה שבפנינו מעלה שאלות עקרוניות, בעלות השלכות רחבות טוות, שחוזרות פעמים רבות, ונראה כי קיימת חשיבות לכך שבית משפט זה יבהיר את הדין בסוגיה זו [...] בהקשר זה ניתן אף להעיר כי באי כוח המשיב ציינו גם הם בטענותיהם כי "קיימת חשיבות עקרונית לא מבוטלת" לכך שבית המשפט יבחן (ולשיטתם, אף ידחה) את עמדתה של המדינה בעתירה זו בנוגע לסעיפים 74 ו-108 לחסד"פ (בעמ' 15 לתשובת המשיב)".

108. כך, בדומה, בבג"ץ 620/02 התובע הצבאי הראשי נ' בית-הדין הצבאי לערעורים (כבוד השופט אלוף אילן שיף), נז(4) 625 (29.5.2003) (להלן – "בג"ץ התצ"ר"), התקבלה עתירה התוקפת החלטת ביניים בהליך פלילי, נוכח השלכות הרוחב שעולות ממנה: "העתירה היא עקרונית, שכן השלכותיה של

החלטת בית-הדין הצבאי לערעורים הן "דחבות טווח" וחורגות מגדר התיק הנדון" (סעי' 4 לפסיקתה של השופטת ביניש).

ג.2 נזק בלתי הפיך

109. כפי שנפסק בבג"ץ ביהמ"ש המחוזי-ב"ש (סעי' 5) ובבג"ץ ביהמ"ש ירושלים (סעי' 7), כך גם בענייננו - דחייתה של העתירה דנן תגרום להיווצרותו של נזק בלתי הפיך בזכויותיה הדיוניות של העותרת, שלא ניתן לתיקון באמצעות ערעור על פסק הדין הסופי בביהמ"ש לעניינים מקומיים.

110. ביהמ"ש הנכבד מופנה לפסיקתו בבג"ץ התצ"ר, סעי' 5 לפסיקתה של כב' השופטת ביניש, בעמ' 631-632 :

"זאת ועוד, הסירוב לדון בעתירה לגופה עלול לגרום לתוצאה שנוקה בלתי הפיך. מטעמים אלה סברנו כי עניינה של העתירה מצדיק את כירורה בפנינו, שכן רק בידינו ליתן את הסעד המבוקש".

111. הטעם העיקרי לכלל לפיו אין ערעור על החלטת ביניים במשפט פלילי, טמון בכך שניתן יהיה להעלות את הטענות במסגרת ערעור שיוגש על פסק הדין. הליך ערעורי בענייננו, רק בסופו של ההליך הפלילי, ככל שתורשע חלילה גב' גיפשטיין, לא יהא בו כדי למצות את זכויותיה הדיוניות, ואין בו כדי למלא אחר החלטת ביהמ"ש לעניינים מקומיים מיום 29.7.17, שקבעה כי יתאפשר לנאשמים לשכנע בדבר הצורך בהחלת 'הסדר מותנה' לפי סעי' 67 לחסד"פ.

112. בענייננו, זכויותיה הדיוניות של גב' גיפשטיין נפגעו באופן קשה וניכר, כתוצאה מהחלטת ביהמ"ש לעניינים מקומיים, ולגב' גיפשטיין אין אפשרות ממשית, במסגרת הליך ערעורי על פסה"ד בהליך הפלילי, להיחקר מחדש ולחתום על 'הסדר מותנה'. כך, שעולה צורך מיוחד בקבלת העתירה דנן, וליתן צו המורה למאשימה לחקור את גב' גיפשטיין, בנוכחות סניגורה, בהתאם לדין ובהתאם לכללים שקבע ביהמ"ש לעניינים מקומיים.

ג.3 החלטת ביהמ"ש לעניינים מקומיים חורגת מהעילות שהופיעו בבקשת גב' גיפשטיין ומנוגדת לכללי הצדק הטבעי

113. ביהמ"ש לעניינים מקומיים החליט, כאמור, כי אירע פגם בהליך שמיעת גרסה מצד המאשימה בסירובה הגורף לנוכחות סניגור מטעמה של גב' גיפשטיין, אך הוא אינו חזק דיו, כדי להצדיק את ביטולו של כתב האישום (סעי' 53-51). בכל הכבוד, ביהמ"ש לעניינים מקומיים שגה בהחלטתו. זאת, מן הסיבות שיפורטו להלן :

113.1 חוסר סמכות - בפני ביהמ"ש לעניינים מקומיים לא עמדה כלל בקשה לביטול כתב אישום מחמת 'הגנה מן הצדק', אלא כל שהתבקש הוא, לחייב את המאשימה לאפשר לסניגור להיות נוכח בחקירתה של גב' גיפשטיין (ר' פרוטוקול הדיון בביהמ"ש לעניינים מקומיים ביום 21.12.17 – נספח 13, וכן הבקשות והתגובות של הצדדים בנדון – נספחים 14-16). לפיכך, לא היה על ביהמ"ש לעניינים מקומיים להפעיל כלל את דוקטרינת ה"בטלות היחסית" בנסיבות דנן, הואיל ובקשתה של גב' גיפשטיין היא פרוספקטיבית (צופה פני עתיד), ולא באה לבטל את הגשתו של כתב האישום.

בעניין זה, ביהמ"ש לעניינים מקומיים קבע, בניגוד לסמכותו, התחומה בסעד שהתבקש ע"י העותרת.

113.2 כאמור לעיל, הפגיעה בזכות היסוד החוקתית של העותרת לייצוג, באמצעות עורך דינה, לא נעשתה באמצעות הכללים הקבועים בסעי' 8 לחו"י כבוד האדם וחירותו (פסקת ההגבלה): הפגיעה לא נעשתה לפי "חוק", היא חסרת תכלית ואיננה מידתית. לפיכך, אין מקום להחלתה של דוקטרינת ה"בטלות היחסית", כאשר מתקיימת פגיעה בזכויות חוקתיות בדרך המנוגדת לקבוע בחוק יסוד (דפנה ברק-ארז "בטלות יחסית ושיקול דעת שיפוטי" משפטים כ"ד (1995), בעמ' 522).

113.3 "כללי הצדק הטבעי", כוללים, בין היתר, זכות שימוע וזכות טיעון אפקטיבית למי שצפוי להיפגע מהחלטתה של הרשות המינהלית בג"ץ 2911/94 סאמי עבדול באקי נ' עמרם קלעג'י - מנכ"ל משרד הפנים, פ"ד מח(5) 291 (6.11.1994). המאשימה בענייננו, מונעת מגב' גיפשטיין זכות טיעון אפקטיבית באמצעות סניגורה, וזאת, ללא כל הנמקה והצדקה (ר' גם: בגץ 4914/94 טרנר נ' מבקרת המדינה ואח', פ"ד מט(3) 771 (30.10.1995)).

113.4 החלטת ביהמ"ש לעניינים מקומיים הנה גם חסרת היגיון פנימי, הואיל והיא הייתה רצופה בפסיקה ומקורות ספרותיים - אודות החשיבות לשמירה על זכות הייצוג, ואודות חשיבות נוכחות סניגור בשלביה השונים של החקירה הפלילית. על-כן, הנימוק בסעי' 51 כאילו הצורך בנוכחות עורך-דין "פוחת עד כדי לא קיים" תמוה, וסותר לחלוטין את דברי כב' השופטת אונגר-ביטון בסעי' 49, בדבר החשיבות היתרה לנוכחותו של עו"ד בחקירת עבירות בנייה.

114. אשר על כן, העותרת תטען כי נוכח הטעויות הקשות בהחלטה, אשר מסבות לה נזק דיוני חמור, ונוכח החשיבות ביצירת הלכה בסוגיות הכבדות שמועלות בעתירה דנן, עולה הצורך ומתבלטת ההצדקה לחרוג מכלל אי ההתערבות בהחלטות ביניים בפלילי.

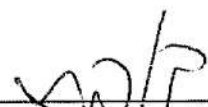
ד. סיכומם של דברים

115. על יסוד כל האמור בעתירה זו, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את העתירה ולהורות כאמור בפתחה.

116. העובדות המפורטות בעתירה נתמכות בתצהירה של גב' גיפשטיין (העותרת).

117. כן מתבקש בית המשפט הנכבד, לחייב את המשיבים בהוצאות משפט ושכ"ט עו"ד בצירוף מע"מ כחוק.


יעקב באירסקי, עו"ד


אילן בומבך, עו"ד

אילן בומבך ושות', משרד עורכי דין
ב"כ העותרת

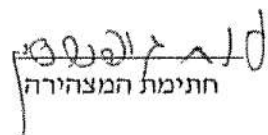
תקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, תשמ"ד-1984

טופס 2

(תקנה 4)

תצהיר העותרת

אני הח"מ, ענת גיפשטיין, נושאת ת"ז מספר 028123958, לאחר שהוזהרתי כי עליי לומר את האמת וכי אהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק, אם לא אעשה כן, מצהירה בזה בכתב, כי החודעות שמסרתי בפסקאות 4-7 ו-15-32 שבעתירתי הנ"ל הן נכונות (נכונות לפי מיטב ידיעתי ואמונתי).

 
חתימת המצהירה

אישור

אני הח"מ, עו"ד יעקב באירסקי, מ.ר. 74611, במשרדי ברחוב ויצמן 2 ת"א, גב' ענת גיפשטיין, ת.ז. 028123958, המוכרת לי אישית, ואחרי שהוזהרתי כי עליה לומר את האמת, וכי תהיה צפויה לעונשים הקבועים בחוק אם לא תעשה כן, אישרה את נכונות הצהרתה הנ"ל, וחתמה עליה בפניי.


עו"ד יעקב באירסקי
מ.ר. 74611

יעקב באירסקי, עו"ד

יפוי כח

אני הח"מ ענת גיפשיין בעל/ת ת"ז/ח.פ. מס' 028123958 נר"ח עלומים 34 בת"א, ממנה בזה את עוה"ד אילן בומבך ו/או יריב רונן ו/או מירי בומבך ו/או שמוליק ספיר ו/או מרינה בראל ו/או שגיא רם ו/או יעקב באירסקי ו/או יודן קוריצקי ו/או עומר דגן ו/או אסף אברהם ו/או ניר אייזנברג, כל אחד מהם לחוד, להיות באי כוחי ובאי כוח בעניין:

עתירה לבג"ץ כנגד החלטות ביהמ"ש לעניינים מקומיים (בתיק 6027-01-16) והוועדה המקומית ת"א, לא לאפשר לי ליתן עדות, בנוכחות סניגור מטעמי.

מבלי לפגוע בכלליות המינוי הנ"ל, יהיה בא כחי רשאי לעשות בשמי ובמקומי בכל הפעולות הבאות, כולן ומקצתן הכל בקשר לעניין הנ"ל והנובע ממנו כדלקמן:

1. לחתום על ולהגיש כל תביעה או תביעה שכנגד, ו/או כל בקשה, הגנה, התנגדות, בקשה למתן רשות לערער, ערעור, הודעה, תובענה או כל הליך אחר הנוגע ו/או הנובע מההליך הנ"ל ללא יוצא מן הכלל, ומבלי לפגוע באמור גם להודות ו/או לכפור מי במשפטים פליליים.
2. לחתום על ו/או לשלוח התראות נוטריוניות או אחרות, לדרוש הכרזת פשיטת רגל, או פרוק גוף משפטי ולעשות את כל הפעולות הקשורות והנובעות מהעניין הנ"ל.
3. לבקש ולקבל חוות דעת רפואית מכל רופא או מוסד שבדק אותי או חוות דעת אחרת הנוגעת לעניין הנ"ל.
4. להופיע בקשר לכל אחת מהפעולות הנ"ל בפני כל בתי המשפט, בתי דין למויניהם או מוסדות אחרים הן ממשלתיים והן אחרים עד לערכאה אחרונה.
5. למסור כל עניין הנוגע מהעניין האמור לעיל לבוררות ולחתום על שטר בוררין כפי שבא כחי ימצא לנכון ולמועיל.
6. להתפשר בכל עניין הנוגע או הנובע מהעניינים האמורים לעיל לפי שקול דעתו של בא כחי ולחתום על פשרה כזו בבהמ"ש או מחוצה לו.
7. לגבות את סכום התביעה או כל סכום אחר בכל עניין מהעניינים הנ"ל לרבות הוצאות בימ"ש ושכר טרחה עו"ד, לקבל בשמי כל מסמך וחפץ ולתת קבלות ושחרורים כפי שבא כחי ימצא לנכון ולמתאים.
8. להוציא לפועל כל פס"ד או החלטה או צו לדרוש צווי מכירה או פקודת מאסר, לעשות כל פעולות המותרות על-פי חוק ההוצאה לפועל.
9. לנקוט בכל הפעולות ולחתום על כל מסמך או כתב בלי יוצא מן הכלל אשר בא כחי ימצא לנכון בכל עניין הנובע מהעניין הנ"ל.
10. להופיע בשמי ולייצגני בפני רשם הקרקעות, בלשכת רישום מקרקעין, לחתום בשמי במקומי על כל בקשה, הצהרה ומסמכים אחרים למויניהם ולבצע בשמי כל עיסקה (דיספוזיציה) המוכרת על-ידי החוק וליתן הצהרות, קבלות ואישורים לקבל כל מסמך שאני רשאי לקבלו על-פי דין.
11. לייצגני ולהופיע בפני רשם החברות, רשם השותפויות ורשם אגודות שיתופיות, לחתום בשמי במקומי על כל בקשה או מסמך אחר בקשר לרשום גוף משפטי, לטפל ברישומי או מחיקתו של כל גוף משפטי ולטפל בכל דבר הנוגע לו ולבצע כל פעולה קשה לאותו גוף משפטי.
12. לטפל בשמי בכל הקשור לרישום פטנט, סימני מסחר וכן בכל זכויות אחרות המוכרות על ידי החוק.
13. להעביר יפוי כח זה על כל הסמכויות שבו או חלק מהן לעו"ד אחר עם זכות העברה לאחרים, לפרסם ולמנות אחרים במקומם לנהל את ענייני הנ"ל לפי ראות עיניו ובכלל לעשות את כל הצעדים שימצא לנכון ומועיל בקשר עם המשפט או עם ענייני הנ"ל מאשר את מעשיו אות מעשי ממלאי המקום בתוקף יפוי כח זה מראש.

המלים הבאות ביחד תכלולנה את הרבים ולהיפך

ולראיה באתי על החתום, היום יום 21 לחודש מאי 2018

חתימה

הנני מאשר/ת את חתימת מרשי/תי הנ"ל.

אילן בומבך, עו"ד