

על זכות העיון בחומר חקירה : בש"פ 8294/03 מקסימוב נ' מ"י¹

חיה זנדברג*

- א. עובדות המקרה
- ב. המסגרת המשפטית
 1. טעמיה של הזכות
 2. היקף השתרעותה של הזכות: מהו "חומר חקירה"?
- ג. ההנמקה בפרשת מקסימוב
 1. כללי
 2. עדות הזמה
 3. זכות העיון בראיות "פוטנציאליות"
 - 3.1 הצגת השאלה
 - 3.2 הפסיקה
 - 3.3 ביקורת הפסיקה
 - 3.4 אבחון הפסיקה
- ד. שיקולים זרים בבקשות לעיון בחומר חקירה
 1. כללי
 2. שיקולים זרים ופרשת מקסימוב
- ה. זכות העיון ושיקולים מעשיים

א. עובדות המקרה

פרשת מקסימוב זכתה להד תקשורתי נרחב. עופר מקסימוב, אחותו אתי אלון, ואביהם, אביגדור מקסימוב, הואשמו במעילת ענק בבנק למסחר בע"מ. מעילת

* דוקטור למשפטים, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים; סגן בכיר א לפרקליטת המדינה. העמדות המובאות במאמר זה מבטאות את עמדתה הפרטית של המחברת. תודתי נתונה לחברי מערכת כתב העת המשפט על הערותיהם החשובות לנוסח קודם של המאמר.

1 בש"פ 8294/03 מקסימוב נ' מ"י, פ"ד נח(1) 49 (להלן: פרשת מקסימוב).

הענק — בהיקף של כ-250 מיליון ש"ח — ברצעה בתקופה שבה אתי אלון עבדה בבנק למסחר. משהתגלתה המעילה, היא הביאה לקריסתו של הבנק. המעילה ברצעה, כך נראה, על מנת לכסות את חובות ההימורים של עופר מקסימוב.²

במאמר זה נתמקד באחת מהחלטות הביניים שניתנו במסגרת פרשה זו, החלטה העוסקת בזכות העיון בחומר חקירה. ואלו הן העובדות הנוגעות להחלטה זו:

במסגרת חקירת המשטרה שמר עופר מקסימוב על זכות השתיקה. כמו כן, במהלך המשפט הודיע סנגורו של מקסימוב כי מרשו לא יעיד להגנתו ואף לא יביא עדים שיעידו מטעמו. על כן משסיימה התביעה להביא את ראיותיה, נקבע התיק לסיכומים. אולם אז שינה מקסימוב את טעמו, והחליט להעיד להגנתו. הגרסה שמסר במסגרת עדותו הייתה כי הוא החזיר ללקוחות הבנק חלק ניכר מכספי המעילה באמצעות המחאות בנקאיות ובכסף מזומן, שהופקדו על ידו במשרין לחשבונות הלקוחות.

התביעה ביקשה וקיבלה היתר מבית המשפט להזים³ את דבריו של מקסימוב באמצעות העדתו של רואה החשבון שסייע בידי מפרק הבנק ובידי בנק ישראל. רואה החשבון העיד כי הוחזרו לחשבונות של לקוחות שחשבונותיהם נבזזו, סך של כ-16 מיליון ש"ח.

במסגרת עדותו האמורה של רואה החשבון, ביקש סנגורו של מקסימוב מרואה החשבון "לקבל את כל החומר של הבירור עם הלקוחות". אולם בית המשפט דחה את הבקשה. בעקבות זאת, הגיש הסנגור בקשה לעיון בחומר חקירה לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982.⁴ בבקשה התבקש בית המשפט להורות למדינה להעמיד לעיון הסנגוריה "העתק של 1,289 השיקים הבנקאיים שהופקדו לחשבונות לקוחות הבנק למסחר בין השנים 1997-2000".⁵ בית המשפט המחוזי דחה גם בקשה זו. על ההחלטה האחרונה הוגש ערר לבית המשפט העליון. הערר נדחה, ובית המשפט העליון אישר את הקביעה שלפיה מקסימוב וסנגורו אינם זכאים לעיין בהעתקי המחאות הבנקאיות האמורים. ההחלטה בערר זה, אשר ניתנה על ידי השופט חשין, תעמוד במרכזה של רשימה זו.

ב. המסגרת המשפטית

זכותו של נאשם לעיין בחומר חקירה קבועה בסעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי. סעיף זה, שתוקן ב-1995,⁶ קובע בסעיף קטן (א), בחלקים הנוגעים לענייננו, כדלקמן: "הוגש כתב אישום בפשע או בעוון, רשאים הנאשם וסניגורו [...] לעיין

2 ראו ת"פ (ת"א) 40182/02 מ"י נ' אלון (טרם פורסם), תקדין מחוזי 2003(1) 3160.

3 על עדות הזמה, ראו בהרחבה להלן בפרק ג.2.

4 להלן: "חוק סדר הדין הפלילי" או "החוק".

5 פרשת מקסימוב, לעיל הערה 1, בע' 51.

6 חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 19) תשנ"ה-1995.

בכל זמן סביר בחומר החקירה [...] [ו]הנוגע לאישום, שבידי התובע ולהעתיקו" (ההדגשה שלי – ח.ז.).

אף על פי שלשונו של הסעיף היא "רשאים", אין ספק שהתפיסה המשפטית המקובלת בישראל היא כי עניין לנו בזכות מזכויות הנאשם⁷. יתור על כן, התפיסה המשפטית המקובלת היא שעניין לנו בזכות בעלת מאפיינים חוקתיים מובהקים. כדברי בית המשפט העליון בע"פ 4765/98 אבו סעדה נ' מ"י⁸:

"זכות הנאשם לפרוס את הגנתו בבית-המשפט היא זכות-יסוד⁹. מכוחה – כפי שאף מפורט בסעיף 74(א) לחוק סדר הדין הפלילי [...] זכאי נאשם לעיין בכל חומר החקירה שנאסף נגדו והנוגע לאישום. יתרה מזאת, בין זכות הנאשם לעיין בחומר החקירה לבין האינטרס הציבורי לחשיפת האמת קיימת חפיפה מלאה. שכן, לא ניתן להוציא את האמת לאור אם לנאשם כלל אין ניתנת האפשרות להתייחס לראיה מפלילה ולבחון את מהימנותה בין בדרך של חקירה נגדית, ובין בדרך של הבאת ראיות לסתירתה בשל אי-גילוי חומר חקירה רלוואנטי"¹⁰.

ואכן, כך גם נקבע על ידי בית הדין האירופי לזכויות אדם. בית הדין פסק כי זכות העיון נובעת מזכותו של הנאשם למשפט הוגן, כקבוע בסעיף 6 לאמנה האירופית¹¹. באופן דומה, בארצות-הברית נפסק כי זכות העיון היא זכות חוקתית, כמתחייב מן הזכות להליך הוגן, הקבועה בתיקון החמישי ובתיקון הארבעה-עשר לחוקה¹².

7 ראו יי קרמי על סדר הדין בפלילים (חלק שני, תשס"ג) 708. כן ראו סקירת הפסיקה שתובא להלן.

8 ע"פ 4765/98 אבו סעדה נ' מ"י, פ"ד נג(1) 832 (להלן: פרשת אבו סעדה).

9 מעניין להשוות בין "זכות הנאשם לפרוס את הגנתו" ובין פסקת "ההליך הכפוי" בתיקון השישי לחוקה האמריקנית. וכך קובעת פסקת "ההליך הכפוי": "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right [...] to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor". עם זאת, בארצות-הברית, מן הבחינה החוקתית, זכות העיון אינה נחשבת לזכות הנגזרת מזכות הנאשם לפרוס את הגנתו אלא לזכות הנגזרת מהזכות להליך הוגן (ראו להלן הפסיקה בהערה 10. והשוו לפסק הדין (1988) 400, 403 U.S. *Taylor v. Illinois*. בפרשה זו התקיים דיון בזכות הנאשם לפרוס את הגנתו, אולם זאת במסגרת התייחסות לזכות העיון של התביעה ולא לזכות העיון של הנאשם. השאלה שדנונה שם הייתה אם בדין נמנעה מן הנאשם הזכות להעיד עד להגנתו על שום שלא גילה לתביעה מבעוד מועד על כוונתו להעיד את העד האמור. בית המשפט העליון השיב, ברוב דעות, על שאלה זו בחיוב).

10 פרשת אבו סעדה, לעיל הערה 8, בע' 838.

11 15 EHRR 417; *Edwards v. UK* (1992) 16 '01; 23 EHRR 313; *Saunders v. UK* (1997) 313. לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם קובע, בחלקים הנוגעים לענייננו, לאמור: "In the determination [...] of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair [...] hearing [...] by an independent and impartial tribunal established by law". Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 222, art. 6(1)

12 ראו: *Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83 (1963); *U.S. v. Bagley*, 473 U.S. 667 (1985); *Kyles v. Whitley*, 514 U.S. 419 (1995).

1. טעמיה של הזכות

טעמיה של זכות העיון, שבגללם היא נחשבת לזכות בעלת מאפיינים חוקתיים, הם שניים¹³: הטעם האחד, והוא הטעם המרכזי, עניינו הרצון לאפשר לנאשם למצוא ראיות לחפותו בחומר החקירה. בארצות-הברית מכונות ראיות אלו בשם "Favorable Evidence" ו-"Material Evidence"¹⁴, ובאנגליה מכנים אותן ראיות "which [...] might undermine the case for the prosecution"¹⁵. ניטול, למשל, את המקרה שבו עד תביעה מעיד במשפט כי ראה את הנאשם רוצח את פלוני. הנאשם יוכל להסתייע כראיה לחפותו בהודעה קודמת סותרת של אותו עד, המצויה בחומר החקירה, ולפיה העד לא הצליח לראות מי האיש שרצח את פלוני¹⁶. באופן דומה, עדת תביעה מעידה במשפט כי הנאשם הוא שאמר לה לשמש כבלדרית סמים ולייבא סמים לישראל. הנאשם יוכל להסתייע כראיה לחפותו בהודעה סותרת קודמת של אותה עדה, המצויה בחומר החקירה, ולפיה אדם אחר ולא הנאשם הוא שהורה לה לשמש כבלדרית סמים¹⁷.

הטעם השני המבסס את זכות העיון נוגע לראיות המפלילות את הנאשם. הליך פלילי צריך להתנהל בצורה הוגנת, היינו מבלי שהנאשם יופתע במהלך המשפט מראיות מפלילות הקיימות נגדו. זכות העיון נועדה אפוא למנוע הפתעות מן הנאשם, על מנת להבטיח שההליך הפלילי לא יתנהל על דרך "תרגילים" ולא יהפוך למשחק¹⁸. ניטול, למשל, את המקרה שבו גרסת התביעה היא כי הנאשמת רצחה את המנוחים על רקע עסקות סמים. הנאשמת מעידה במשפטה להגנתה כי לא רק שלא רצחה את המנוחים, אלא שאין היא מעורבת כלל ועיקר בעסקות סמים. בתגובה מגישה התביעה הקלטות של האזנת סתר לשיחותיה של הנאשמת, שמהן עולה לכאורה כי הנאשמת הייתה מעורבת גם מעורבת בעסקות סמים. הקלטות אלו לא הועמדו לעיון הנאשמת, אף שהן היוו חלק מחומר החקירה, ובוודאי הפתיעו אותה עד מאוד¹⁹. אולם משפט פלילי הוגן אינו צריך להתנהל על דרך "תרגילים" כאמור. "תרגילים" מעין אלו מקומם בשלב חקירת המשטרה. על כן, מן הראוי היה שהקלטות אלו יועמדו לעיון הנאשמת מבעוד מועד. יש אמנם הסבורים כי אין

13 ראו ע"פ 179/79 מ"י נ' גברון, פ"ד לד(2) 688 (להלן: עניין גברון).

14 ראו הפסיקה לעיל הערה 11.

15 C. Tapper Cross & The Criminal Procedure and Investigation Act 1996, sec. 3(1)

Tapper on Evidence (London, 9th ed., 1999) 250-254; I.H. Dennis *The Law of Evidence*

(London, 2nd ed., 2002) 292

16 ראו פרשת אבו סעדה, לעיל הערה 8.

17 ראו ע"פ 173/88 אסרף נ' מ"י, פ"ד מד(1) 785.

18 והשוו לדברי בית המשפט העליון בע"פ 1/48 סלוסטר נ' הי"מ, פ"ד א 5, 18, שנאמרו בקשר

ל"תרגילים" של הסנגוריה: "הדין הפלילי אינו צריך לקבל צורת משחק אשקוקי [משחק

שחמט] שבו מהלך אחד בלתי נכון קובע את גורל המשחק. תפקיד הדין הפלילי — להציא

כאור משפט".

19 והשוו ע"פ 633/83 אנג'ל נ' מ"י, פ"ד לז(4) 593; ע"פ 400/84 מ"י נ' אנג'ל, פ"ד מ(3) 481.

הצדקה עניינית למנוע הפתעות מן הנאשם. טעם הדבר: מגיעת הפתעות, פירושה המעשי הוא שהנאשם יכול "להתאים" את גרסתו לראיות התביעה. אולם דעה זו אינה הדעה המקובלת. הדעה המקובלת היא, כאמור בגוף הדברים, כי "הפתעות" הופכות את ההליך הפלילי ל"משחק" לא הוגן. שכן ההפתעה מגדילה את סיכויי הרשעתו של הנאשם ולא בהכרח מן הטעם שהוא ביצע את העברה.²⁰

2. היקף השתרעותה של הזכות: מהו "חומר חקירה"?

אופייה החוקתי של זכות העיון – כמתחייב משני טעמיה הנזכרים – הוביל את הפסיקה למתן פירוש מרחיב בנוגע להיקפה של הזכות: המבחן המשמש את הפסיקה בקביעה מהו "חומר חקירה" הוא מבחן הרלוונטיות, לאמור כל החומר הרלוונטי לעניין נשוא האישום הוא חלק מחומר החקירה.²¹

על פי רוב, מבחינה מעשית²², כל החומר "הנוגע לאישום" מצוי בתיק החקירה. עם זאת, מובן שלא ניתן להסתפק במבחן הטכני של מקום תיוקו של החומר, שכן שיטת התיוק נתונה לשיקול דעתה של המשטרה. על כן כחלק מן המגמה המרחיבה האמורה, נפסק שוב ושוב – בדרך כלל ברטוריקה נמלצת – כי מבחן הרלוונטיות יתפרש ככולל גם "ראיות השייכות באופן הגיוני לפריפריה של האישום", וכי "די בנגיעה עקיפה ואף מסופקת, כדי להפוך את החומר לחומר חקירה", וכן כי "אין לפרש את המונח 'חומר חקירה' פירוש דווקני ומצמצם"²³. כך למשל נפסק כי החומר המפורט להלן הוא חלק מ"חומר החקירה" אף שהחומר לא תויק בתיק החקירה:

(א) פרשיות קשורות – חומר הנוגע לפרשייה הקשורה לפרשייה נשוא כתב האישום, ייחשב אף הוא לחומר חקירה; כגון נאשם המואשם בשיבוש הליכי משפט משום שניסה לכאורה להשיג מחוקרי המשטרה מידע הנוגע לחקירתו הפלילית. לא רק תיק החקירה הכולל התייחסות להשגת מידע מחוקרי המשטרה הנו חלק מחומר החקירה. גם תיק החקירה הנפרד, שהתנהל נגד עובדי הפרקליטות בחדש להדלפות שלהם, ייחשב לחלק מחומר החקירה בעניינו של הנאשם. זאת, אף שהנאשם לא הואשם בהשגת מידע מעובדי הפרקליטות.²⁴

20 והשווה הדין אצל: Y. Kamisar et al. *Modern Criminal Procedure* (St. Paul, Minn., 1994) 1230. כן ראו: W.J. Brennan "The Criminal Prosecution: Sporting Event or Quest for Truth? A Progress Report" 68 *Wash. U. L.Q.* (1990) 1.

21 ראו לשונו המפורשת של המחוקק בס' 74(א) לחוק סדר הדין הפלילי, המדברת בכל החומר "הנוגע לאישום". כן ראו למשל בג"ץ 620/02 התובע הצבאי הראשי נ' בית הדין הצבאי, פ"ד נז(4) 625 (להלן: עניין התצ"ר); בש"פ 1372/96 דרעי נ' מ"י, פ"ד נ(1) 177 (להלן: עניין דרעי).

22 ראו רע"פ 933/95 מאירוביץ נ' מ"י (לא פורסם), תקדין עליון 1995(2) 1453; עניין התצ"ר, לעיל הערה 21.

23 בג"ץ 233/85 אל הווייל נ' משטרת ישראל, פ"ד לט(4) 124, 129 (להלן: עניין אל הווייל). וכן ראו בש"פ 4157/00 נמרודי נ' מ"י, פ"ד נד(3) 625, 633 (להלן: עניין נמרודי); בש"פ 1355/98 בן ארי נ' מ"י, פ"ד נג(2) 1; עניין התצ"ר, לעיל הערה 21.

24 אם כי הפרקליטות התכוונה לדון במשפט במידע שמקורו בפרקליטות ואשר הגיע לכאורה לנאשם. ראו עניין נמרודי, לעיל הערה 23; וראו עניין גברון, לעיל הערה 13.

(ב) תיקי מודיעין — חומר המצוי בתיקי המודיעין של המשטרה ייחשב אף הוא ל"חומר חקירה" אם הוא כולל מידע הרלוונטי לאישום. הכוונה לסיטואציה שהוגש בה כתב אישום נגד מי שהיה יעד מודיעיני של המשטרה. סיטואציה זו אמנם אינה מובילה אוטומטית לכך שכל תיק המודיעין יהפוך ל"חומר חקירה", אולם לא ניתן לקבל את העמדה שלפיה חומר מודיעיני אינו חומר חקירה רק משום שהחומר תוּיַק בתיקי המודיעין. העיקר הוא כאמור מבחן הרלוונטיות²⁵.

(ג) עבר פלילי ותיקי חקירה של עדים — עברם הפלילי של עדי מדינה אף הוא חלק מחומר החקירה, שכן לעבר הפלילי יש רלוונטיות למהימנות העדים²⁶. כמו כן, לעתים קיימת נכונות מסוימת בפסיקה להכיר בתיקים הפליליים עצמם — ולא רק ברשימת התיקים הכלולה במרשם הפלילי — כחלק מחומר החקירה²⁷. ועוד: השופטת דורנר, בהחלטה שנויה במחלוקת²⁸, פסקה כי יש לאפשר לנאשם לעיין במרשם הפלילי של עדי התביעה כולם, ולא רק בעבר הפלילי של מי שהם עדי מדינה.

מנגד, קיים מקרה מובהק שבו חומר שתוּיַק בתיקי החקירה, אינו נחשב לחלק מ"חומר החקירה". כוונתנו כאן לתרשומות פנימיות למיניהן ולסיכומי חקירה, בפרט סיכומים הכוללים הערכות בדבר מהימנותם של עדים וכדבר סיכויי ההרשעה²⁹. מעניין כי דין דומה קיים בארצות-הברית, שבה נקבע — באנלוגיה להליך אזרחי — כי "מסמכים שהוכנו לקראת משפט" (The "Work Product")

25 ראו ע"פ 400/84 מ"י נ' אנגיל, פ"ד מ(3) 481; עניין דרעי, לעיל הערה 21.

26 ראו עניין אל הזוילל, לעיל הערה 23.

27 ראו, למשל, בש"פ 2602/96 זינגר (בן צבי) נ' מ"י, פ"ד נ(3) 231 (להלן: עניין זינגר).

28 בש"פ 4481/00 יחזקאלי נ' מ"י, פ"ד נד(5) 245. לפסיקה המנסה לאבחן ולצמצם את הלכת יחזקאלי בשל 2242/01 מ"י נ' עמר (לא פורסם) (עותק שמור במערכת). מנגד, להתלטות (שלום-ת"א) 2242/01 מ"י נ' עמר (לא פורסם) (עותק שמור במערכת). מנגד, להתלטות המרחיבות את הלכת יחזקאלי, וכוללות בה גם צו לעיון בתיקים הפליליים עצמם, כמו גם בתיקים תלויים ועומדים (מב"דים), ראו ב"ש ת"א) 90249/01 ססטון נ' מ"י (טרם פורסם), לסקירת פסק הדין ראו הסניגור 51 (יוני 2001) 18; ת"פ (שלום-ת"א) 7509/00 מ"י נ' זינגר (טרם פורסם) (עותק שמור במערכת), לגרסה לא רשמית ראו הסניגור 51 (יוני 2001) 18. ייתכן שהלכת יחזקאלי תשונה בעקבות חקיקתו של חוק זכויות נפגעי עבירה, תשס"א-2001. בפרט ראו סעיף 7 לחוק, האוסר, ככלל, לגלות את כתובתו של הקרבן ומספרי הטלפון שלו. אבל ראו דחייתו של טיעון זה על ידי בית המשפט המחוזי בב"ש (נצ') 2971/01 מזודולבסקי נ' מ"י (לא פורסם). תקדין מחוזי 2001(3) 9051.

והשוו לחילוקי הדעות הקיימים בארצות-הברית בעניין זה, כמתואר בספרם של Kamisar et al., *supra* note 20, at p. 1232. מתברר כי בארצות-הברית הועלתה בשנת 1975 הצעה, שלפיה ההגנה תהיה זכאית לעיין ברשימת השמות והכתובות של כל עדי התביעה, כמו גם בעברם הפלילי בעברות מסוג "פשע" (Felony). הצעה זו נתמכה על ידי בית המשפט העליון, אולם היא נדחתה על ידי הקונגרס.

29 ראו לעניין זה בג"ץ 1885/91 צוברי נ' פרקליטות מחוז תל-אביב, פ"ד מה(3) 630; בש"פ 7290/01 עלי נ' מ"י (לא פורסם), תקדין עליון 2001(3) 1707; בש"פ 7008/97 מ"י נ' הורוביץ, פ"ד נש(24) 224; בש"פ 62/02 מ"י נ' נרקיס, פ"ד נו(4) 625.

Exemption) הם מסמכים חסויים, שלא יועמדו לעיון הנאשם³⁰. ואכן, נדמה כי סוגיית התרשומות הפנימיות בהקשר של זכות העיון היא חלק מסוגיית החיסיון. כעולה מסעיף 78 לחוק סדר הדין הפלילי, זכות העיון אינה חלה על ראיות חסויות. אולם ראייה חסויה שלא הועמדה לעיון הנאשם, לא תוגש לבית המשפט³¹.

ג. ההנמקה בפרשת מקסימוב

1. כללי

נוכח הפרשנות המרחיבה שניתנה לביטוי "חומר חקירה", המסקנה שהתבקשה לכאורה בפרשת מקסימוב הייתה כי יש מקום לאפשר לנאשם לעיין בהמחאות שבהן ביקש לעיין. שכן רק כך יוכל הנאשם לבחון את טענת ההזמה של התביעה. טענת התביעה הייתה, כזכור, כי רק חלק זעום מהסכום שנטל הנאשם הוחזר על ידו³². התמיהה האמורה מתחזקת מתוך העיון בהנמקותיו של השופט חשין בהחלטתו לדחות את הערר. ארבעה נימוקים משמשים את השופט חשין בהחלטתו זו. שניים מתוכם עניינם זכות העיון, ובהם נתמקד. שני הנימוקים האחרים אינם עוסקים בזכות העיון, ודומה כי לא היו הנימוקים העיקריים להחלטה³³. נפנה אפוא לדון בנימוקים הנוגעים לזכות העיון.

30 ראו לעניין זה הסקירה המובאת אצל: Kamisar et al., *supra* note 20, at pp. 1238–1239.

31 ראו ס' 77 לחוק סדר הדין הפלילי.

32 וראו דברי הסניגור בפרשת מקסימוב, לעיל הערה 1, בע' 52: "עורך-הדין פלדמן תמה תמיהה גדולה על כך שהתביעה מסרבת לבקשתו לעיין באותם צ'קים שביקש לעיין בהם, ואף הוסיף וציטט אמרות שלפיהן יש ללכת לקראת נאשם ככל שניתן כדי לאפשר לו להגן על עצמו בכל כלי-הגנה שהמשפט מעמיד לרשותו".

33 שני הנימוקים, שאינם עוסקים בזכות העיון, ואשר הביאו לדחיית הערר הם: (1) "מעשה בית-דין" — הנימוק הוא שההחלטה שלא להעביר את החומר לסנגוריה, שניתנה אגב חקירתו של רואה החשבון, בלעה את הבקשה לעיון בחומר חקירה. לפי גישה זו, מדובר בבקשות זהות לעיין בהמחאות. נראה כי נימוק זה היה בעייתי גם בעיני השופט חשין, שניסחו בצורה זהירה ומסויגת (ראו פסקה 11 להחלטה). ואנו נוסיף ונעיר כי לא עלה בדיננו להבין מתוך העיון בהחלטה כיצד זה אירע שהשופט, שדן כתיק גופו, הוא גם השופט שהחליט בבקשה לעיון בחומר חקירה. ראו בעניין זה הוראתו המפורשת של המחוקק בס' 74(ג) לחוק סדר הדין הפלילי, שלפיה בקשה לעיון בחומר חקירה תובא "במידת האפשר [...] בפני שופט שאינו דן באישום". לפירושו של ס' 74(ג) לחוק סדר הדין הפלילי, ראו עניין דרעי, לעיל הערה 21; בש"פ 10344/01 תומר נ' מ"י (לא פורסם), תקדין עליון 2002(1) 304.

(2) דיני עונשין — השופט חשין ציין כי הטענה שהסכספים הוחזרו אינה טענה להרשעה אלא טענה לעונש. אולם השופט חשין הביא נימוק זה בשולי החלטתו (פרשת מקסימוב, לעיל הערה 1, בע' 54), ואכן נראה שהנימוק אינו נקי מספק. וכי מדוע נאשם לא יהיה זכאי לעיין בראיות שיש בהן כדי להקל בעונשו. מה גם שהטיעון המתבסס על דיני העונשין אינו חריג-משמעי (ראו ס' 383 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 אשר מגדיר גנב כמי ש"נוטל ונושא דבר הניתן להיגנב [...] כשהוא מתכוון בשעת הנטילה לשלול את הדבר מבעלו שלילת קבע" (ההדרגה שלי — ח.ז.)).

2. עדות הזמה

הבקשה לעיון בחומר חקירה עלתה בעניינינו במסגרת עדות הזמה. עדות הזמה היא עדות שנועדה "לסתור טענות העולות מראיות ההגנה, ואשר התובע לא יכול היה לצפותן מראש"³⁴. נראה כי לגישת השופט חשין, אין לנאשם זכות עיון בעדויות הזמה³⁵. מכיוון שכך, ראה השופט חשין לנכון לדחות את הערר. את גישתו זו מבסס השופט חשין על סעיף 80 לחוק סדר הדין הפלילי. סעיף 80 קובע כי "הוראות סימן זה [בעניין עיון בראיות התביעה] אינן חלות על ראיות הבאות לסתור טענת הנאשם שהתובע לא יכול היה לצפותה מראש". לדעתי, נימוק זה אינו נקי מספק. די אם נזכיר בהקשר זה את סעיף 166 לחוק סדר הדין הפלילי. סעיף 166 קובע כי "הביא התובע ראיות נוספות [ראיות הזמה], רשאי הנאשם להביא ראיות לסתור אותן". כלומר, לנאשם נתונה הזכות להביא ראיות להגנתו גם בנוגע לראיות הזמה. מכיוון שכך, לנאשם נתונה גם הזכות לעיין בראיות לחפותו, המצויות בשליטת התביעה, ואשר הן נוגעות לטענת ההזמה.

דומה אפוא כי הרציונל שביסוד סעיף 80 לחוק סדר הדין הפלילי הוא הרציונל הבא: ברגיל, המועד שבו קמה זכות העיון של הנאשם הוא מועד הגשת כתב האישום³⁶. במועד זה על התביעה להעמיד לעיונו של הנאשם את כל חומר החקירה. ולא — לא תוכל התביעה להגיש את החומר כראיה בבית המשפט³⁷. יכולה הייתה להישמע הטענה שעדויות ההזמה הן חלק מחומר החקירה כבר מראשיתם של דברים³⁸. סעיף 80 נועד להגן על התביעה ולאפשר לה להתמודד עם טרוניה על

34 ראו ס' 165 לחוק סדר הדין הפלילי. כן ראו א' הרנון דיני ראיות (חלק א, תש"ל) 131.
35 פרשת מקסימוב, לעיל הערה 1, בע' 53-54. לגישה זוהי ראו י' קדמי על סדר הדין בפלילים (חלק שני, חש"ג) 713.

36 ראו ס' 74(א) לחוק סדר הדין הפלילי, אשר קובע כי זכות העיון קמה מש"הוגש כתב אישום". מנגד, לרמזים שלפיהם זכות העיון קמה, גם אם במידה מוגבלת, ב"תחום האפור" שבין שלב סיום החקירה לבין שלב הגשת כתב האישום, ראו בג"ץ 47/91 גיימן נ' פרקליטת המדינה, פ"ד מה(2) 872; בש"פ 1661/91 ציינסקי נ' מ"י, פ"ד מה(3) 145; בש"פ 5831/01 חדיף נ' מ"י, פ"ד נו(1) 167. כן ראו דברי הנשיא ברק ברע"פ 11364/03 פלוני נ' משטרת ישראל (טרם פורסם), תקדין עליון 2004(1) 3527. "זכות החשוד לעיין בחומר חקירה" הסניגור 86 (2004) 17.

כך ראו ס' 15(ג) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה — מעצרים), תשנ"ז-1996. ס' 15(ג) קובע שבבקשות להארכת מעצר לפני הגשת כתב אישום "החומר הנוגע לבקשת המעצר או מידע שעליו מתבססת בקשת המעצר [...] יועמדו [ן] לעיון השופט בלבד". אבל לפירוש ס' 15(ג) ברוח השומרת על זכות העיון בהליכים להארכת מעצר ראו ח' זנדברג "חיסוי ראיות בשלב המעצר לצרכי חקירה" מחקרי משפט טו (תש"ס) 457.

37 ראו ס' 77 לחוק סדר הדין הפלילי.

38 ראו טענת סנגורו של מקסימוב, שלפיה "הוראת סעיף 80 לחסד"פ אינה חלה כלל על עניינינו הוואיל והמדובר היה — מבראשית — בחומר חקירה שהעורר היה זכאי לעיון בו, והעובדה — כשהיא לעצמה — כי נושא החזרת הכסף לבנק עלה על דרך של טענת הגנה והזמתה של טענה זו, אין בה כדי לשנות מאופיין של הראיות, ש'חומר חקירה' הן בגירידי סעיף 74 לחסד"פ". פרשת מקסימוב, לעיל הערה 1, בע' 53.

כך שלא העמידה, מלכתחילה, את עדויות ההזמה לעיון הנאשם. הסעיף מאפשר לתביעה להביא עדויות הזמה, אף על פי שעדויות אלו לא הועברו לידי ההגנה מיד עם הגשת כתב האישום. עם זאת, אין לפרש את הסעיף כפוגע בזכות העיון של הנאשם מן הרגע שבו התבררה הרלוונטיות של טענת ההזמה. לשון אחר, אלמנט ההפתעה הוא המבסס את ההצדקה לאפשר לתביעה להביא ראיות הזמה. התביעה, המופתעת מטענת ההגנה של הנאשם, זכאית להביא ראיות להזמת הטענה³⁹. בשל ממד ההפתעה, אך טבעי הוא כי הראיות הנוגעות להזמת הטענה, לא הועמדו לעיון הנאשם מיד עם הגשת כתב האישום; הרלוונטיות של ראיות אלו לא הייתה ידועה. אולם משהועלתה הטענה על ידי ההגנה, והתביעה מנסה להזימה, התבררה הרלוונטיות של הראיות. על כן קמה ועומדת לנאשם הזכות לעיין בראיות הנוגעות להזמה. וכי מדוע שלא תקום לו הזכות?! הרי הנאשם זכאי לפרוס את הגנתו גם כנגד טענת ההזמה.

הנה כי כן כפי שפתחנו ואמרנו, נימוק טענת ההזמה כבסיס לדחיית הערר אינו נקי מספק. מכיוון שכך, נפנה כעת לדון בנימוקו הנוסף של השופט חשין לדחיית הערר.

3. זכות העיון בראיות "פוטנציאליות"

3.1 הצגת השאלה

אלו הם דבריו של השופט חשין בנימוקו הנוסף לדחיית הערר:

"צמד התיבות 'חומר חקירה' שבהוראת סעיף 74 לחסד"פ [...] עשוי הוא לכלול חומר שאינו מצוי אמנם פיזית בידי המדינה אך למדינה יש שליטה עליו [...] אשר לענייננו [...] אותם צ'קים שמדובר בהם אין הם חומר חקירה שהעורר זכאי לעיין בו [...] החומר שאסף רו"ח איציק היה ברשותו — לא ברשות המשטרה — וחומר זה סייע בידו לעת בירור חיוביו של הבנק כלפי לקוחותיו [...] לא רו"ח איציק ולא כל קומפלקס פירוקו של הבנק, כל אלה לא היו זרועה הארוכה של המשטרה [...] לא רו"ח איציק, לא בנק ישראל ולא כל הבנקים האחרים שהצ'קים אפשר מצויים ברשותם, אף לא אחד מאלה מצויים בשליטתה של המשטרה"⁴⁰.

דבריו אלו של השופט חשין מעלים את אחת השאלות הקשות בתחום זכות העיון, היא השאלה אם זכות העיון חלה אך ורק על ראיות המצויות פיזית בידי רשויות אכיפת החוק, או שמא זכות זו מקנה לנאשם גם זכות לעיין בראיות

39 בהקשר זה מרבים לצטט את הפסיקה האנגלית, שלפיה התביעה תוכל להציג ראיות הזמה רק בנוגע לטענות הגנה "which no human ingenuity can foresee". הציטוט לקוח מפסק הדין בעניין Tapper, *supra* note 14, at p. 259. R. v. Frost [1839] 4 State Tr NS 85, והוא מופיע אצל: Tapper, *supra* note 14, at p. 259. לצמצום הפסיקה האמורה, ראו ההפניות המופיעות שם.

40 פרוטוקול מקסימוב, לעיל הערה 1, בע' 53–54.

"פוטנציאליות". בביטוי ראיות "פוטנציאליות" כוונתנו לראיות שעדיין לא הגיעו לידי רשויות אכיפת החוק, אך בעזרת פעולה חקירתית הראיות יכולות להגיע לידי הרשויות. במילים אחרות, השאלה היא אם מזכותו של הנאשם לעיין בחומר חקירה נגזרת גם זכותו לחייב את המשטרה לבצע פעולות חקירתיות מתבקשות. שאלה זו קשה גם בארצות אחרות. כך למשל בארצות-הברית לא ברור מהו הפירוש שיש ליתן להוראת 18 Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 16(a)(1)(b)(i), הדנה בעניין. הוראה זו קובעת כי יש להעמיד לעיון הנאשם חומר המצוי "within the government's possession, custody, or control"⁴¹. מכל מקום, נפנה כעת ונעיין בפסיקה הישראלית.

3.2 הפסיקה

שאלת הראיות ה"פוטנציאליות" נדונה בכמה החלטות של בית המשפט העליון. בשתי החלטות — בבש"פ 5722/96 דורפמן נ' מ"י ובבש"פ 1153/98 בן-ארי נ' מ"י⁴² — הביע השופט קדמי את עמדתו כי סעיף 74, על פי לשונו, חל אך ורק על חומר המצוי בפועל בידי רשויות אכיפת החוק. אשר לרצונו של הנאשם להורות לרשויות לבצע פעולות חקירה למיניהן, השופט קדמי סבר כי לנאשם נתונים הסעדים הבאים:

ראשית, הנאשם יכול לבקש את זיכויו במהלך המשפט הפלילי בשל המחדלים החקירתיים שעליהם הצביע.
שנית, הנאשם יכול לפעול במישור המנהלי (עתירה לכית המשפט הגבוה לצדק) נגד ההחלטה שלא לחקור.

שלישית, לבית המשפט שבפניו מתנהל ההליך הפלילי נתונה סמכות טבועה להורות לרשות החוקרת, במקרים מתאימים, לבצע פעולות חקירתיות מתבקשות. אולם דומה כי ההלכה, שקנתה לה שבייתה בפסיקה, היא זו שבבש"פ 9322/99 מסארווה נ' מ"י⁴³, שניתנה על ידי השופטת ביניש. בהלכת מסארווה נפסק כי "העובדה, שחומר כלל אינו בידי גורמי החקירה והתביעה, מצביעה בדרך-כלל

41 לחוסר הבהירות בפסיקה האמריקנית, ראו הסקירה המובאת אצל: Kamisar et al., *supra* note 20, at pp. 1236-1237.

42 בבש"פ 5722/96 דורפמן נ' מ"י (לא פורסם), תקדין עליון 1996(3) 1132 (להלן: עניין דורפמן); בבש"פ 1153/98 בן ארי נ' מ"י (לא פורסם), תקדין עליון 1998(1) 439 (להלן: עניין בן ארי).

43 בבש"פ 9322/99 מסארווה נ' מ"י, פ"ד נד(1) 376 (להלן: עניין מסארווה או הלכת מסארווה). להסתמכות על הלכת מסארווה, ראו, למשל, בבש"פ 1078/00 טגר בע"מ נ' מ"י (לא פורסם), תקדין עליון 2000(1) 580; בבש"פ 1523/00 מואטי נ' מ"י (לא פורסם), תקדין עליון 2000(2) 473 (להלן: עניין מואטי); בבש"פ 8467/99 פלוני נ' מ"י, פ"ד נד(2) 454; בבש"פ 00/2632 פלוני נ' מ"י (לא פורסם), תקדין עליון 2000(2) 1287; בבש"פ 5400/01 פלוני נ' מ"י (טרם פורסם), תקדין עליון 2001(3) 244 (להלן: פרשת פלוני); בבש"פ 3831/02 מצרי נ' מ"י, פ"ד גונ(5) 337.

על כך שאין מדובר בחומר חקירה⁴⁴. הסעד העומד לרשותו של נאשם המעוניין בביצוען של פעולות חקירה למיניהן, הוא זימונו של העד הרלוונטי – שאותו הוא מעוניין לחקור – למשפט. במהלך המשפט יוכל הנאשם להציג לעד כל שאלה שירצה, או לדרוש ממנו להציג כל מסמך שירצה. זאת, בהתאם לסעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי⁴⁵.

3.3 ביקורת הפסיקה

הלכת מסארווה, כמו גם ההלכות שקדמו לה, אינה פשוטה. וכי מדוע לא נעניק לנאשם את האפשרות להורות למשטרה – בפיקוח בית המשפט – לבצע פעולות חקירתיות מתבקשות?! אם נסרב לאפשר לנאשם לפנות לבית המשפט ולבקש את סיוע הרשויות בביצועה של חקירה, המשמעות המעשית של הסירוב תהיה כי נאשם בעל ממון יסתייע בחוקרים פרטיים, וכי נאשם חסר אמצעים יבצע חקירה "עצמאית" או – תוך הפלייתו מהנאשם העשיר ותוך פגיעה בשוויון – לא יבצע חקירה כלל⁴⁶. אולם לנאשם אין סמכויות חקירה דוגמת אלו הנתונות לרשויות אכיפת החוק. יתר על כן אין זה ראוי ליתן לנאשם סמכויות חקירה. סמכויות החקירה למיניהן, כגון הסמכות להפנות שאלות⁴⁷ וסמכות החיפוש והתפיסה⁴⁸, פוגעות בפרטיות ובקניין. על כן סמכויות אלו נתונות אך ורק לרשות⁴⁹. מטעמים אלו, כך נראה, פסקו הן השופט קדמי והן השופטת ביניש, כי נאשם אשר מעוניין בקיומן של פעולות חקירה על ידי הרשויות, לא ייוותר בלא סעד⁵⁰. משמע, הנאשם זכאי, במקרים מתאימים, לכפות על הרשויות לבצע פעולות חקירתיות.

44 עניין מסארווה, לעיל הערה 43, בע' 381.

45 ס' 108 לחוק סדר הדין הפלילי קובע כדלקמן: "בית המשפט רשאי, לבקשת בעל דין או מיזמת בית המשפט, לצוות על עד שהוזמן או על כל אדם אחר להמציא לבית המשפט במועד שיקבע בהזמנה או בצו, אותם מסמכים הנמצאים ברשותו ושפורטו בהזמנה או בצו". מעניין לציין שבארצות-הברית התפיסה המשפטית היא שונה. מקובל שם שהנאשם מנהל חקירה "עצמאית" משלו, והוא אף רשאי להיפגש עם עדי התביעה לצורך זה. ראו לעניין זה הסקירה המובאת אצל: Kamisar et al., *supra* note 20, at pp. 1249–1253.

47 לסמכותו של שוטר להפנות שאלות לנחקר, ולחובה להשיב תשובות אמת לשאלות אלו (ככפוף לחיסיון מפני הפללה עצמית), ראו ס' 2 לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות), 1927.

48 לסמכות החיפוש והתפיסה, ראו ס' 23–42 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט–1969 (להלן: "פקודת סדר הדין הפלילי").

49 ראו בג"ץ 4054/95 הוועד הציבורי נגד עיניים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד (4) 817, 831, שם פסק הנשיא ברק כי הסמכות להפנות שאלות, המחייבות את הנשאל ליתן תשובת אמת, יכולה להינתן לרשות רק בחוק (או מכוח חוק) המתיישב עם הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. כן השווה להחלטתו של בית משפט השלום בירושלים: ב"ש 436/91 (לא פורסם), מאוזכר בהסכמה בבש"פ 3503/91 שוברט נ' צפריר, פ"ד (4) 136, 150. בהחלטה זו נפסק כי במסגרת קובלנה פלילית מוסמך בית המשפט ליתן צו חיפוש לבקשת הקובל. עם זאת, צו החיפוש יבוצע אך ורק על ידי המשטרה, ולא על ידי הקובל (שהוא אדם פרטי).

50 עניין דורפמן, לעיל הערה 42, בפסקה 3; עניין מסארווה, לעיל הערה 43, בע' 383.

יתר על כן, כפרשת שרון⁵¹ קבע בית המשפט העליון – תוך מתן פרשנות מרחיבה לסעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי⁵² – כי הנאשם חייב להמציא לידי רשויות אכיפת החוק את כל המסמכים הרלוונטיים לחקירה, גם אלו שאינם מצויים בהחזקתו הפיזית. נמצא כי על מנת שלא ייווצר פער בלתי ראוי בין התביעה לנאשם, עלינו להגיע שוב למסקנה שהנאשם זכאי, ובמקרים מתאימים, לכפות על הרשויות לבצע פעולות חקירתיות. והרי הכלל הרגיל בתחום סדר הדין הפלילי הוא דווקא יצירת פער לטובת הנאשם. זאת, על מנת לאזן את הפער הקיים ממילא בין המדינה לבין הנאשם – “האזרח הקטן”⁵³.

אם כך, השאלה הנשאלת היא איזה בית משפט מוסמך ליתן לנאשם את הסעד המבוקש. יש בעניין זה שלוש אפשרויות: (א) בית המשפט הגבוה לצדק, כבית המשפט המפקח על פעולת הרשות⁵⁴; (ב) בית המשפט שבפניו מתנהל ההליך הפלילי, בין מכוח סמכותו הטבועה ובין במסגרת חקירת העדים והצגת המוצגים בפניו⁵⁵; (ג) בית המשפט המברר את נושא העיון בחומר חקירה לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי. נוכח היתרונות הגלומים בניהולו של הליך בפני בית המשפט לפי סעיף 74 לחוק, קשה להבין מדוע לשלול מבית משפט זה את הסמכות לצוות, במקרים מתאימים, על חקירה. סעיף 74(ג) לחוק קובע כי הליך לפי סעיף 74 לחוק יתקיים בפני בית המשפט שאליו הוגש כתב האישום, אך במידת האפשר, בפני שופט דן יחיד שאינו דן באישום⁵⁶. החלטת השופט בהליך לפי סעיף 74 לחוק נתונה לערר⁵⁷.

יתרונותיה של ערכאה שיפוטית זו הם אלו⁵⁸: ראשית, זמינותה של ערכאת

51 ע"פ 8600/03 מ"י נ' שרון, פ"ד נח(1) 748; ע"פ 1761/04 שרון נ' מ"י (טרם פורסם), תקדין עליון 2914 (1)2004.

52 וזוהי לשונו של ס' 43 לפקודת סדר הדין הפלילי: “ראה שופט שהצגת חפץ נחוצה או רצויה לצרכי חקירה או משפט, רשאי הוא להזמין כל אדם, שלפי ההנחה החפץ נמצא בהחזקתו או ברשותו, להתייצב ולהציג את החפץ, או להמציאו, בשעה ובמקום הנקובים בהזמנה” (ההדגשה שלי – ח.ז.).

53 לצורך באיזון הפער, ראו בהרחבה: A.S. Goldstein “The State and the Accused: Balance of Advantage in Criminal Procedure” 69 *Yale L. J.* (1960) 1149. לפער טיפוסי לטובת הנאשם, מבחינת הזכויות הדיניות, ראו, למשל, זכות העיון רחבת ההיקף של הנאשם בס' 74 לחוק סדר הדין הפלילי לעומת זכות העיון המצומצמת של התביעה בס' 82–84 לחוק סדר הדין הפלילי; זכות הנוכחות הרחבה של הנאשם בס' 126–132 לחוק סדר הדין הפלילי לעומת זכות הנוכחות המוגבלת של התביעה בס' 133 לחוק סדר הדין הפלילי.

54 ראו ס' 115(ד)2 לחוק-יסוד: השפיטה.

55 ראו ס' 108 לחוק סדר הדין הפלילי; ס' 43 לפקודת סדר הדין הפלילי.

56 לפירושו של ס' 74(ג) לחוק סדר הדין הפלילי, ראו, כאמור, את ההפניות לעיל בהערה 33.

57 ראו ס' 74(ה) לחוק סדר הדין הפלילי. הזכות היא לערר אחד בלבד. אין ערר שני, לא בזכות ולא ברשות. ראו רע"פ 4207/96 מ"י נ' פרידן (לא פורסם), תקדין עליון 1997(1) 43; בש"פ 2343/00 כהנא נ' מ"י, פ"ד נד(2) 65; עניין מואטי, לעיל הערה 43.

58 וראו גם ע' מסארה ונ' שמואלי-מאיר “חשיפת חומר חקירה והזכות לפרטיות: האם רוח חדשה נושבת מבית המשפט העליון?” הסניגור 39 (יוני 2000) 3.

ערעור וקיומה. שנית, מניעת הפתעות. ההליך לפי סעיף 74 לחוק מתקיים בנפרד מהתיק העיקרי, ובדרך כלל לפני שלב ההוכחות בתיק העיקרי. עובדה זו מאפשרת לנאשם לכלכל צעדיו ולהחליט אם ברצונו להסתמך במשפט גופו על החומר הנוסף. כך למשל אם יתברר לנאשם שהחומר הנוסף מזיק לו, הנאשם, מן הסתם, לא יציגו במשפט.

שלישית, חשיפה לחומר בלתי קביל. קיומו של ההליך לפי סעיף 74 לחוק כהליך נפרד מההליך העיקרי מאפשרת לשופט להיחשף לחומר בלתי קביל מבלי לחשוש לפסילתו של השופט. החשיפה לחומר הפסול יכולה להיעשות על ידי התביעה, שמעמידה לעיון השופט את החומר השנוי במחלוקת, שהוא, לעתים, בלתי קביל. כמו כן, החשיפה יכולה להיעשות, כמדומה, גם על ידי הנאשם, שמבקש להציג לבית המשפט – בהליך נפרד – את קו הגנתו.⁵⁹

נוכח יתרונות אלו דומה בעינינו כי ניתן וראוי להתבסס על ההליך לפי סעיף 74 לחוק כבסיס לזכותו של הנאשם להורות לרשויות על ביצוע פעולות חקירה. השאלה המרכזית בהליך זה צריכה להיות אם הפעולה החקירתית המדוברת היא פעולה נדרשת ומתבקשת. אין זה ראוי לדחות בקשות מעין אלו על הסף בטיעון של חוסר סמכות. דומה כי ניתן לאבחן את הפסיקה בדרך זו, כפי שנעמוד על כך עתה.

3.4 אבחון הפסיקה

השופטת ביניש בהלכת מסארווה הקפידה לציין כי "בדרך כלל" הכלל יהיה שחומר חקירה הוא אך ורק חומר המצוי בפועל בידי רשויות אכיפת החוק. עוד ציינה השופטת ביניש בהלכת מסארווה כי "למותר להוסיף, כי המשטרה או התביעה אינן רשאיות להימנע במכוון מלתפוס או לאסוף חומר שהוא רלוונטי לאישום רק כדי למנוע את היותו 'חומר חקירה' המובא לידיעת הנאשם"⁶⁰. ומאוחר יותר, בבש"פ 4500/01 פלוני נ' מ"י⁶¹, חזרה השופטת ביניש ביתר שאת על עמדה זו – המגלה נכונות מסוימת להתבסס על סעיף 74 – לאמור:

"הנחת המוצא היא שככלל כאשר גורמי החקירה והתביעה פועלים במסגרת תפקידם, באופן ענייני ובתום לב, יש באי הימצאותו של החומר בידיהם כדי ללמד לכאורה שאין מדובר בחומר חקירה. עם זאת, לא תמיד כך המצב ולעתים חומר שצריך להימצא בידי גורמי התביעה והחקירה והוא חומר חקירה במובהק, אינו מצוי בידיהם. מטעם זה אין די במבחן הפיזי

59 והשוו, לעניין חיסיון קו ההגנה, לב"ש 1062/84 קוסטין נ' מ"י, פ"ד לח(4) 806; בש"פ 1628/90 אבו רקייק נ' מ"י, פ"ד מד(3) 314; בש"פ 2846/96 מ"י נ' גטניו (לא פורסם), תקדין עליון 1996(2) 149, פסקה 8 להחלטה.

60 הלכת מסארווה, לעיל הערה 43, בע' 382.

61 פרשת פלוני, לעיל הערה 43.

והמעשי של החזקת החומר בידי התביעה כדי לקבוע מהו 'חומר חקירה'. כך למשל, כאשר החומר הוא חומר רלוונטי מן הסוג שבדרך הענינים המקובלת והראויה צריך היה להמצא בידי התביעה, כגון: רישום של מהלכי חקירה, או מסמכים ופעולות שיש לתעד והם נוגעים במישרין או בעקיפין לחקירה, הרי אי הימצאותו של החומר בידי התביעה אינה גורעת מעובדת היותו חומר חקירה שיש למסרו לסגוריה"⁶².

דוגמה מובהקת בעינינו למקרה שבו מן הראוי יהיה להורות למשטרה לחקור הוא המקרה שבו הנאשם מעלה טענת אליבי. טענת אליבי היא מן הטענות החשובות שיכולות להשמיט את הקרקע מתחת לכתב האישום. על כן יש להקפיד ולבחון אותן, ככל הניתן בהקדם האפשרי⁶³. דוגמה מובהקת נוספת היא המקרה שנדון בבית המשפט המחוזי בתל-אביב כב"ש 60023/02 אהרון נ' מ"י⁶⁴. בעניין זה דובר בקרבן לעברת מין, ששוחחה עם עובדת סוציאלית מיד לאחר האירוע. התרשומות בדבר השיחה לא היו מצויות פיזית בידי המשטרה. אף על פי כן הורה בית המשפט המחוזי על המצאת התרשומות לידי הנאשם (בכפוף לבחינת קיומו של חיסיון עובד סוציאלי-מטופל⁶⁵). זאת, במסגרת הליך לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי. ואמנם מצבה הנפשי של קרבן עברת מין לאחר האירוע הוא מן הראיות החשובות, המהוות באופן טיפוסי חלק מתיק החקירה⁶⁶.

ועוד: עיון בפסיקה שהבאנו לעיל (עניין דורפמן, עניין בן-ארי, עניין מסארווה) מעלה כי באותם מקרים לא הייתה הצדקה עניינית להיעתר לבקשה להורות על חקירה; הפעולה החקירתית שנתבקשה לא הייתה ררושה⁶⁷. זאת ועוד, דומה בעינינו כי הסיבה האמיתית לדחיית הבקשה להורות על חקירה במקרים אלו הייתה התחושה שהבקשה הוגשה משיקולים זרים. במה דברים אמורים?

- 62 שם, בפסקה 2 לפסק הדין.
 63 לחשיבות החקירה של טענת אליבי, ראו, למשל, כש"פ 10080/01 אפללו נ' מ"י (לא פורסם), תקדין עליון 2001(4) 878; כש"פ 7854/01 מ"י נ' בליב (לא פורסם), תקדין עליון 2001(3) 1594. והשוו ל' 152(ג), (ד) לחוק סדר הדין הפלילי; ע"פ 4006/93 נוראל נ' מ"י (לא פורסם), תקדין עליון 1994(1) 1594.
 64 כ"ש 60023/02 אהרון נ' מ"י (טרם פורסם), לסקירת פסק הדין ראו הסניגור 64 (יולי 2002) 18.
 65 ראו ס' 50 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971.
 66 השוו א' הרנון דיני ראיות (חלק שני, תשל"ז) 23, בטקסט הצמוד להערה 11; ע"פ 7086/93 פלוני נ' מ"י (לא פורסם), תקדין עליון 1994(3) 1506; ע"פ 1121/96 פלוני נ' מ"י, פ"ד 3(3) 353.
 67 ראו דבריו המפורשים של השופט קדמי בעניין דורפמן, לעיל הערה 42, בפסקה 3(ב) להחלטה. כן ראו דבריה המפורשים של השופטת ביניש בסיפה להחלטתה בעניין מסארווה, לעיל הערה 43, בע' 385.

ד. שיקולים זרים בבקשות לעיון בחומר חקירה

1. כללי

תכליתה של זכות העיון בחומר חקירה היא, כאמור, לאפשר לנאשם למצוא ראיות לחפותו ולמנוע הפתעות מן הנאשם. עם זאת, אין לכחד כי בפועל שיקולים זרים יכולים לתמרץ נאשם להגיש בקשה לעיון בחומר חקירה. ואלו הם השיקולים הזרים הטיפוסיים: (א) סחבת – הליכי העיון בחומר חקירה משהים, בדרך כלל, את ניהולו של המשפט העיקרי; (ב) "הילוץ אימים" על עדי תביעה – בקשות לעיון בחומר חקירה, הנוגעות לצנעתם של עדי התביעה, בוודאי אינן מעודדות את עדי התביעה להעיד. (ג) התשת התביעה – בקשות העיון, בעיקר בתיקים רכי-היקף, מתישות את התביעה. התשת התביעה יכולה, לעתים, להוביל להשגת עסקות טיעון מוצלחות מבחינת הנאשם.

דומה, כאמור, שחששות אלו עמדו בבסיס פסיקתו של בית המשפט העליון בסוגייתנו. כך, למשל, בעניין דורפמן ציין השופט קדמי כי יש לדחות את בקשת העיון ובכך למנוע את "דחיית הדיון – המתמשך כבר שנים כשהוא עטור בפניות לבג"ץ ובהחלטות ביניים – לפרק זמן נוסף"⁶⁸. ובעניין מסארווה ציינה השופטת ביניש כי:

"זכותו של הנאשם להליך הוגן שיאפשר לו להתגונן מפני האישום המיוחס לו אינה זכות מוחלטת המאפשרת פגיעה ללא סייג בזכויותיו של עד במשפטו. כאשר אין מדובר בחומר שנתפס במהלך החקירה ישקול בית המשפט את הרלוונטיות של החומר ואת ערכו הראייתי, אל מול זכויות היסוד החוקתיות של העד שאת הפרטים הנוגעים אליו מבקשים לחשוף, ויערוך את האיזון הראוי ביניהם"⁶⁹.

ונבהיר: בעניין מסארווה נדון עניינו של נאשם שהאשם בביצוע עברת מין. הנאשם ביקש לעיין בתיק לשכת הגיוס לצה"ל של המתלוננת ובתיקי בתי הספר שבהם למדה המתלוננת בילדותה. כל זאת, כדי לנסות ולהוכיח ליקוי נפשי שלהערכתו המתלוננת סבלה ממנו. התביעה הצהירה כי המתלוננת לא נזקקה לטיפול נפשי בצעירותה. דומה אפוא כי דבריה אלו של השופטת ביניש, יסודם בחשש מן הניסיון להלך אימים על העדה.

ומשבאנו לכאן, ניתן לנסות ולהידרש להנמקה האמיתית, כך נדמה לנו, שביסוד החלטתו של השופט חשין בפרשת מקסימוב.

68 עניין דורפמן, לעיל הערה 42, בפסקה 3(ב) לפסק הדין.

69 עניין מסארווה, לעיל הערה 43, בע' 385.

2. שיקולים זרים ופרשת מקסימוב

עמדנו על כך ששני הטעמים הגלויים בהחלטתו של השופט חשין – עניין עדות ההזמה ועניין הראיות ה"פוטנציאליות" – אינם פשוטים. כעת ניתן לפנות לטעם הנוסף, הנרמז בין השורות, להחלטתו של השופט חשין, לאמור:

"עורך־דין דרויאן, בא־כוח המדינה, [השיב] כי לא היה מסרב לבקשתו של עורך־הדין פלדמן לו היו אותם צ'קים מקובצים במקום אחד וזמינים לעיון בהם. אותם צ'קים, כך טען עורך־הדין דרויאן, מפוזרים במקומות שונים, ואין אנו יודעים היכן הם נמצאים. חלק מהם הוחזרו לסניפי הבנקים, חלק מהם אפשר מצויים בבנק ישראל, ומשכך הם פני הדברים משימה בלתי אפשרית היא לכנוס את כל הצ'קים למקום אחד. יתר־על־כן: לאחר שייבחנו הצ'קים בידי העורך יש חשש כי תידרשנה חקירות נוספות והדברים יתגלגלו ויילכו עד בלי די. מטעם זה מסרבת המדינה לבקשת העורך, ולולא טעם זה הייתה נענית לבקשתו"⁷⁰.

לדעתי, טעם זה, שעניינו החשש מפני סחבת והחשש מפני ניסיון להתיש את התביעה, הוא הטעם האמיתי שעמד בבסיס החלטתו של השופט חשין. שכן לא בכדי פירט השופט חשין את דבריו הנ"ל של בא כוח המדינה; לא בכדי התייחס השופט חשין בהחלטתו, באריכות־מה, למועד המאוחר (שלב סיכומי ההגנה) שבו התבקשה הבקשה לעיון – הכול כדי לרמז לשיקולים הזרים שעמדו – לתחושתו של השופט חשין – בבסיס הבקשה לעיון בחומר חקירה. אמנם כן, השופט חשין נזהר מלהתייחס לשיקולים הזרים הללו במפורש, ובצדק. פעמים רבות בקשות עיון "טהורות" מביאות לסחבת, להתשת התביעה ולהפחדת עדי התביעה. אף על פי כן, בכך אין, כמוכן, כדי למנוע מן הנאשם את זכות העיון.

דומה אפוא כי פירושה של הלכת מקסימוב הוא כדלקמן: כאשר הראיה שהעיון בה מתבקש, אינה מצויה בידי רשויות אכיפת החוק, או כאשר העיון בראיה מתבקש רק בשלב עדות ההזמה, יש מקום לסברה כי בקשת העיון מוגשת משיקולים זרים. בפרט שכך הוא כאשר השגת הראיה על ידי הרשויות כרוכה במאמצים רבים עד כדי כך שנכון יהיה לומר שאין זה מעשי לצפות כי הרשות תשיג את הראיה. עם זאת, מדובר בסברה בלבד. יש להידרש אליה בזהירות ולזכור כי לעולם נקודת המוצא היא זכות העיון בחומר חקירה. הנושא האחרון מוביל אותנו לשיקולים המעשיים הכרוכים במימושה של זכות העיון. בדין בשיקולים אלו נסיים רשימה זו.

70 פרשת מקסימוב, לעיל הערה 1, בע' 52.

ה. זכות העיון ושיקולים מעשיים

בתיקים פליליים רבי-היקף חומר החקירה והחומר הכרוך בחקירה הוא כה רב, עד שלעתים אין זה אנושי לצפות ממאן שהוא לעיין בכלו. לא התביעה, לא ההגנה ולא בית המשפט מסוגלים לכך. בפרט הדברים אמורים במקרים שבהם החומר הוא בשפה שאינה שגורה בישראל. המציאות היא כזו שבמקרים אלו זכות העיון – למרות הרטוריקה הגבוהה המשמשת ביחס אליה – נסוגה מפני שיקולים מעשיים. כך, למשל, עולה מדבריו הכאים של השופט ריבלין:

"[הנאשמים] מבקשים להורות [למדינה] לערוך רשימה של כל חומר החקירה שנאסף, מסמך במסמך, וכן רשימה דומה לגבי ארבעים האוגדנים שבשפה הגרמנית אשר הועברו לידיהם [...] לא מצאתי כי יש מקום להתערב בהחלטה זו של בית המשפט [המחוזי, הדוחה את הבקשה], שמאזנת כראוי בין השיקולים השונים [...] מה עוד שהמדינה אינה מתעתדת להשתמש בחומר שבאותם אוגדנים, במהלך המשפט, אלא רק בחומר המצוי בתשעה-עשר ארגזים, שלגביהם הועבר פירוט"⁷¹ (ההדגשות שלי – ח.ז.).

כלומר, חובתה של המדינה לערוך רשימה של החומר, שנאסף בידי הרשות החוקרת,⁷² נסוגה מפני שיקולים מעשיים (הכנת רשימה של חומר, המצוי בארבעים אוגדנים בשפה הגרמנית בנוסף לחומר המצוי בתשעה-עשר ארגזים).

ודומה שכך הוא – היינו שזכויות מהותיות נסוגות מפני טעמים מעשיים – גם בהקשרים נוספים, הן כאשר לזכות העיון⁷³ והן כאשר לחיי המשפט בכלל⁷⁴. יהיו שיאמרו כי אין זה ראוי כי טעמים מעשיים יפגעו בזכותם המהותית של הנאשמים להליך הוגן⁷⁵. זוהי בוודאי נקודת המוצא הראויה, וזוהי גם הרטוריקה המשפטית המקובלת. אולם לדעתי במקרים הקיצוניים כל עמדה המתעלמת משיקולים מעשיים היא עמדה מתחסדת, החוטאת לאמת.

71 כש"פ 5856/02 פרי נ' מ"י (טרם פורסם), תקדין עליון 2002(3) 876, בפסקה 6 לפסק הדין.

72 חובתה של התביעה להכין ולהעמיד לעיון הנאשם את "רשימת כל החומר שנאסף או שנרשם בידי הרשות החוקרת והנוגע לאישום" קבועה בס' 74(א) סיפה לחוק סדר הדין הפלילי. הרשימה צריכה לכלול פירוט כללי אך מספק של תוכן המסמכים (ראו עניין זינגר, לעיל הערה 26, בע' 238). עוד בעניין הרשימה ראו ד' ארד-אילון "איך למנוע הפתעות לא נעימות: החובה להכין רשימה של כל החומר שנאסף או שנרשם על ידי הרשות החוקרת" הסניגור 45 (דצמבר 2000) 3.

73 ראו, למשל, החלטתה של השופטת ביניש בבש"פ 1355/98 בן ארי נ' מ"י, פ"ד נג(2) 1, 5. השופטת ביניש קובעת שם כי אמנם ככלל על השופט לעיין בחומר השנוי במחלוקת במסגרת דיון בבקשה לפי סעיף 74. אולם כאשר מדובר בחומר רבי-היקף ונראה כי בקשת הסנגוריה היא בבחינת "מסע דיג", יכול בית המשפט להימנע מן העיון בחומר.

74 כגון במקרה של צירוף נרחב של אישומים ונאשמים, היוצר משפטי ענק המכונים "משפטי ממותה". ראו לעניין זה ח' זנברג זכויות נאשמים: הזכות למשפט נפרד (תשס"א) 93-116.

75 והשוו, בכרך זה, מאמרה המקיף של מ' אגמון-גונן "אי תלות שיפוטית? האיום מבפנים", בפרק ב למאמר.