

בתי המשפט

		בבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו	
פח			
03/01/2007		כב' השופטת ס' רוטלוי - ס"נ- אב"ד	
		כב' השופטת ע' צ'רניאק	
		כב' השופט ד"ר ק' ורדי	

		מדינת ישראל	<u>בעניין:</u>
המאשימה	שם טוב	ע"י ב"כ עו"ד	
	נ ג ד		
הנאשם	גבאי-מנדלמן	ע"י ב"כ עו"ד	

החלטה

1. ביום 20/11/06 העלתה ב"כ הנאשם טענה מקדמית לפיה לא קויימה החובה הקבועה בסעיף 60 א' לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב) התשמ"ב-1982 (להלן: "חסד"פ"), לפיכך נמנעה מהנאשם ונפגעה זכותו לשימוע ולכן יש לבטל את כתב האישום.

2. כנגד הנאשם הוגש ביום 19/12/05 כתב אישום בעבירות של אינוס במרמה (שישה עשר מקרים) ומעשה מגונה. עפ"י כתב האישום מדובר בעבירות שביצע הנאשם במתלוננת שקיבלה אצלו טיפולים בבעיות רפואיות, כאבי גב ומיגרנות, במהלך

החודשים 9-2000/11. יש לציין שחומר החקירה שבנדון הועבר למאשימה ביום 9/1/03.

3. ביום 17/1/06 מונה לנאשם סניגור מהסניגוריה הציבורית. ביום 30/3/06 הוגשה לבית המשפט תגובת הנאשם לכתב האישום בה כפר הנאשם בביצוע המעשים המינייים המיוחסים לו. התיק נקבע לשמיעת ראיות ל-20/11/06 ול-21/11/06. ביום 20/9/06 הודע לצדדים על ביטול מועדי הראיות להם נצרכו בתיק אחר בו הנאשם עצור עד תום ההליכים והתיק נקבע לתזכורת ל-20/11/06. ביום 20/11/06 העלתה ב"כ הנאשם את הטענה שלא קויימה חובת היידוע לפי סעיף 60 א' לחסד"פ ולכן יש לאפשר לנאשם לחזור בו מהכפירה ולבטל את כתב האישום כדי לאפשר לנאשם לממש את זכות השימוע בטרם הגשת כתב האישום, זכות שהוא מתכוון וחפץ לממש בלא שיהיה תלוי ועומד כנגדו כתב אישום.

4. המאשימה מתנגדת לביטול כתב האישום. המאשימה לא מתכחשת לכך שלא הודיעה לנאשם על קבלת חומר החקירה בעניינו כנדרש על פי סעיף 60 א' לחסד"פ, כשלטענתה חומר החקירה הועבר אליה ב-9/1/03, שמונה ימים לאחר תחולת סעיף היידוע בחסד"פ ועקב טעות בתום לב לא הועבר חומר החקירה לנאשם.

לטענת המאשימה, הפרת סעיף היידוע בנסיבות מקרה זה אינה מחייבת את ביטול כתב האישום והתרופה המתבקשת בנסיבות המקרה הינה קיום השימוע ללא ביטול כתב האישום ובכך ניתן לטעמה לרפא את הפגם ולתקנו, הגנת הנאשם לא תקופה ואף הנאשם לא טען זאת.

יש לציין, שהמשיבה הודיעה בתגובתה, שהגם שטענה מקדמית זו לא נטענה במועדה, לא תבקש המשיבה לדחות את הטענה מטעם זה בלבד.

5. להלן נוסח סעיף 60 א' לחסד"פ שכותרתו: "יידוע על העברת חומר חקירה לתובע בעבירת פשע".

"(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.

(ב) בהודעה תצוין כתובתה של רשות התביעה שאליה ניתן לפנות בכתב לבירורים ולהצגת טיעונים.

(ג) נשלחה הודעה לפי סעיף זה בדואר רשום, רואים אותה כאילו הומצאה כדין גם בלא חתימה על אישור מסירה.

(ד) חשוד רשאי, 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 פלוגית; פרקליט המדינה, פרקליט המחוז, ראש יחידת התביעות או מי שהם הסמיכו לכך, לפי הענין, רשאים להאריך את המועד האמור.

(ה) החליט פרקליט מחוז או ראש יחידת התביעות, לפי הענין, מטעמים שיירשמו, כי הנסיבות מצדיקות זאת, רשאי הוא להגיש כתב אישום, בטרם חלפו 30 הימים ואף בטרם פנה החשוד כאמור בסעיף קטן (ד).

(ו) אין בהוראות סעיף זה כדי לשנות מהוראות סעיף 74.

(ז) הוראות סעיף קטן (א) לא יחולו על מי שבעת העברת חומר החקירה היה נתון במעצר, והוגש נגדו כתב אישום בתקופת מעצרו.

(ח) הוראות החוק לתיקון סדרי המנהל (החלטות והנמקות), התשי"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 טיעונו בעל פה.

(ט) שר המשפטים, באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, רשאי לקבוע סוגי פשעים שלגביהם לא יחולו הוראות סעיף קטן (א)."

6. הליך השימוע מעוגן היום בדין בסעיף 60 א' לחסד"פ. מדובר בזכות יסוד המוקנית לנחקר המניח אפשרות לנחקר לשטוח את טענותיו במלואן בטרם הגשת כתב אישום. על מהות זכות השימוע נאמר בפסיקת ביהמ"ש העליון ע"י כבוד השופטת חיות:

"בגדר השימוע ניתנת לנפגע זכותו לשטוח את טענותיו במלואן ועל הגורם המחליט להאזין לדברים בנפש חפצה, ומתוך נכונות להשתכנע ככל שבדברים יש ממש. זוהי זכות הטיעון שהיא מן הזכויות היסודיות במשפטנו. היא נמנית עם עקרונות הצדק הטבעי וקשורה בטבורה לחובת ההגינות השלטונית" (בג"צ 554/05 רס"ר אשכנזי נ' מפכ"ל המשטרה תקדין עליון 2005 (3), 3043 ודברים דומים נאמרו בבג"צ 4175/06 הרב ראובן אלבו נ' היועצ המשפטי לממשלה תקדין עליון 2006 (2), 3317 ע"י כבוד השופטת פרוקצ'ה, להלן: "פס"ד אלבו").

כפי שנאמר בבג"צ 1400/06 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממלא מקום ראש הממשלה ואח' תקדין עליון 2006 (1), 3037 ע"י כבוד השופט ריבלין:

"ניתן לומר, שאין לכם החלטה בדבר הגשת כתב אישום כל עוד לא נערך שימוע שאם לא תאמרו כן, יש בכך משום הקדמת אחרית לראשית".

מימושה של אפשרות השימוע, פירושה מתן הזדמנות לנחקר להציג את מלוא הנתונים שבידיו קודם לקבלת החלטה סופית בדבר הגשת כתב אישום (פס"ד אלבו).

היקף וחובת זכות השימוע תלויים בנסיבות הקונקרטיות של הענין. לרשות יש מתחם של סבירות בישום הכללים (בג"צ 4776/03 מלון רגנסי ירושלים בע"מ ואח' נ')

אברהם פורז שר הפנים ואח' תקדין עליון 2005 (2) 1158 פסקה 17 כב' השופט ריבלין).

7. לכאורה ניתן לתקן ואף "לרפא" את הפגם של אי קיום חובת השימוע בעריכת שימוע בדיעבד תוך תקווה שהמאשימה תתעלם מכתב האישום שהוגש ותשמע את הנאשם בנפש חפצה כאילו לא הוגש עדיין כתב אישום ובמידה ותשתכנע כי יש בטענותיו ממש תבטל את כתב האישום, זאת בהסתמך על דוקטרינת הבטלות היחסית המקובלת במשפט המנהלי ונעשה בה שימוש גם בהליכים פליליים.

על פי דוקטרינה זו פגמים הנופלים בהליך מינהלי בו נוקטת רשות מינהלית אינם מביאים בהכרח לתוצאה של פסילתו מדעיקרא, יש לבנות את מידותיו של הסעד לאופי ההפרה בהתחשב בנסיבות המקרה, והדבר נתון במידה רבה לשיקול דעתו של בית המשפט.

בין השיקולים הרלבנטיים יש להעריך את חומרת ההפרה, מהות הגורם התוקף את ההחלטה המינהלית, את אופי הנזק שנגרם לאדם עקב הפגמים שנפלו בהליך, ואת הסיכוי לרפא את הפגם ולתקן את המעוות (בג"צ 9461/00 **אגודת המים בעמק הירדן, אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' שר התשתיות הלאומיות** תקדין עליון 2006 (4) 3772 כבוד השופטת פרוקצ'ה בפסקה 31 לפסק הדין).

כן ברע"פ 4398/99 **הראל נ' מ"י**, פ"ד נד (3) 637 ניתח כבוד השופט זמיר את משמעות הפרת זכות הטיעון/שימוע על רקע תורת הבטלות היחסית, כשהתוצאה תיקבע עפ"י נסיבות המקרה, תוך בחינת האינטרס הציבורי ודרישת הצדק.

כך גם הפרת חובת שימוע, אף שהיא פוגמת, אין היא פוסלת בהכרח החלטה מינהלית, בין היתר, אם ההפרה לא גרמה עוול, אך אין הדבר גורע מחובת הרשות לקיים את הליך השימוע [בג"צ 2911/94 **באקי נ' קלעג'י - מנכ"ל משרד הפנים ואח'** פ"ד מח (5) 291, 302-303].

יחד עם זאת, למרות שניתן ל"רפא" את הפגם באמצעות שימוע בדיעבד, אין הדבר רצוי. יש הבדל גדול בסטטוס של נחקר וחשוד לעומת סטטוס של נאשם. כמו כן, יש חשש שהמאשימה "תינעל" על עמדותיה כפי שהוצגו בכתב האישום ובחינת טענותיו של הנאשם לא תעשה באותה מידה של פתיחות, שהיתה נעשית במקרה שטרם הוגש כתב אישום וגובשה עמדת המאשימה.

כך, בית המשפט בפס"ד אלבוז השתמש בחזקת התקינות המנהלית שלא הופרכה לרפא את הפגם של השימוע הראשון שנעשה בהעדר מסמכים שלאחריו הוחלט על הגשת כתב אישום, בשימוע מאוחר יותר שנעשה בדיעבד, ודחה את העתירה. ביהמ"ש העיר שם:

"6. אוסיף, עם זאת, הערה, ושמה מעבר לנדרש: בנסיבות שלפנינו, אכן לא

קמה עילה משפטית להתערב בשיקול דעתו של היועץ המשפטי, אשר סירב בנסיבות הענין לערוך שימוע נוסף לעותר. עם זאת, משמדובר בדיני נפשות, ומשהתנהלותה הראשונית של הפרקליטות היתה כרוכה בתקלה, הרי גם אם תקלה זו נרפאה מבחינה מוסדית, היא הותירה בלב העותר תחושה סובייקטיבית של קיפוח ואי מיצוי זכותו לדיון הוגן. עריכת שימוע נוסף והערכה מחודשת בענין הגשת אישום בעקבותיו איננה מעמיסה מטלה כבדה במיוחד על רשויות התביעה; מנגד, עריכת שימוע כזה בפני פרקליט המחוז, ולו מוגבל בהיקפו ביחס למסמכים הנוספים שהוגשו, עשויה לתת מענה לתחושתו של העותר כי לא ניתן לו יומו במערכת התביעה; באשר לפרקליטות, שימוע כזה עשוי לתרום היבטים נוספים להבנת הענין שאפשר שטרם הוארו בפניה. באיזון שבין ההכבדה שבעריכת שימוע נוסף, לבין התועלת הטמונה לעותר ולמערכת התביעה במיצוי טיעונו בשימוע, הייתי, כשלעצמי, נותנת משקל מכריע לערך האחרון, שיש בו כדי לחזק את האימון במערכת אכיפת החוק והתביעה הכללית. אולם, כל הנאמר, לפנינו מן הנדרש נאמר, והדברים נתונים לשיקול דעתו של הגורם המוסמך" (שם, בפסקה 6).

להבדיל מ"פס"ד אלבוז" שם נערך שימוע אך שימוע פגום בהעדרם של מסמכים נוספים שהוסכם שהעותר יצרף, הרי במקרה שבפנינו, לא בוצע כלל שימוע לנחקר, כך שהוא הפך לנאשם בלא שניתנה לו הזדמנות של ממש לשכנע את המאשימה שלא להגיש כנגדו כתב אישום, או להגיש כנגדו כתב אישום פחות חמור.

הפסיקה נוקטת היום בגישה של איזון, גמישה מבעבר, המתחשבת בחובה להגן על זכויות הנאשם ועל הגינות ההליך הפלילי וטוהרו עד כדי אימוץ דוקטרינת פסלות יחסית לגבי פסלות ראיות, שהוגשו שלא כדין ו"מודל מניעת" לצורך כך, תוך הדגשת זכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן והבטחת פרוצדורה הוגנת וערובות דיוניות הולמות להגינותו של ההליך הפלילי כלפי הנאשם, תוך בחינת כל מקרה לגופו (ראו ע"פ 5121/98 **טוראי יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי** תקדין עליון 2006 (2) 1093 בפסקאות 66-65 לפסה"ד, כבוד השופטת **בייניש**).

כחלק מגישה זו, על בית המשפט להגן על זכות הנחקר ועל הגינות ההליך הפלילי וטוהרו גם בשלב המהותי של עריכת שימוע לנחקר.

בבוא בית המשפט לבחון את נסיבות המקרה עליו לבחון את התנהגות הצדדים, הפגיעה שתיגרם להם או לאינטרס הציבורי ועליו לשאול האם ניתן לתקן ולרפא את הפגם שנפל, האם ייגרם לנאשם עיוות דין ותיפגע הגנתו מול הפגיעה שתיגרם למאשימה ולאינטרס הציבורי.

כך, ברור שלא דומה המצב בו מועלית הבקשה בשלב ההוכחות במשפט, מקום שביטול כתב האישום עלול לפגוע בצורה קשה באינטרס הציבורי, למקרה שהבקשה מועלית בשלב מקדמי בטרם החל שלב ההוכחות, שלב בו יש ליתן משקל נכבד לזכותו של נחקר לשימוע בטרם יוגש כתב אישום ולא לשימוע בדיעבד.

אמנם, מצפים מהמאשימה שהיא תבוא לשימוע בנפש חפצה גם לאחר כתב אישום, אך נראה שלא דומה שימוע בטרם הגשת כתב אישום או בזמן שלא תלוי ועומד כתב

אישום, לשימוע הנערך בצילו של כתב אישום שכבר הוגש, באשר אפשרות השכנוע של החשוד לכך שיש ממש בטענותיו, עלולה להיתקל במשוכה גבוהה יותר בזמן שתלוי ועומד כנגדו כתב אישום.

אכן, הזכות לשימוע אינה מוחלטת. מדובר על פי החוק בזכות מסוייגת רק לעבירות מסוג פשע בכפוף לכך שהחשוד אינו נתון במעצר בעת העברת חומר החקירה והוגש נגדו כתב אישום בתקופת מעצרו (סעיף 60 א' (ז) לחסד"פ) או בנסיבות המצדיקות זאת, מטעמים מיוחדים שיירשמו, גם ללא שימוע (סעיף 60 א' (ה) לחסד"פ), אך אלו הם החריגים לכלל של עריכת שימוע לנחקר בטרם הגשת כתב אישום, כזכות יסוד מהותית.

בדברי ההסבר להצעת החוק (הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 26) (זכות השימוע) התשנ"ט-1999, הצ"ח פ/2242 מ-4/11/98) נאמר:

"ההחלטה להעמיד אדם לדין, ובעיקר לגבי עבירות חמורות היא החלטה רבת משמעות בחברה שאנו חיים בה. די בכתב אישום, לבטח בעבירות חמורות, כדי לפגוע פגיעה קשה בנאשם. מסיבה זו מוצע להעניק זכות השימוע למי שמרגע ההכרעה בעניינו ישתנה מעמדו בציבור".

עריכת שימוע, בשלב זה, לא תהווה מעמסה כבדה על המאשימה, השימוע עשוי לתרום להארת היבטים וענינים שונים, לתת מענה לתחושה הסובייקטיבית של הנחקר שניתן לו יומו ולהוות חיזוק לאמון הציבור במערכת אכיפת החוק.

8. יש לציין גם, שבענין זה קיימות פסיקות שונות של בתי המשפט השלום והמחוזיים שבחלקם ביטלו את כתב האישום ובחלקם תיקנו את הפגם ע"י שימוע בדיעבד, כשכל מקרה ומקרה יש לבחון לגופו עפ"י נסיבותיו.

מעיון בפסיקה זו, ניתן להיווכח שלא מדובר במעידה חד פעמית של המאשימה אלא במקרים לא מעטים שבהם לא מולאה חובת היידוע עפ"י סעיף 60 א' לחוק.

מן הראוי, שהמאשימה תפנים חובה זו ותתייחס אליה כאל זכות יסוד מהותית של נחקר, כדי למנוע הישנותם של מקרים כאלו, בטרם הגשת כתב אישום, במקום לטעון אח"כ לכך שלא נגרם עיוות דין לנאשם בעריכת שימוע בדיעבד. מדובר בהיפוך סדרי השמיעה וההחלטה ובכך, למעשה, מרוקנת מתוכן, לפחות בחלקה, ובמשמעותה המקורית, זכות השימוע, שהיא זכות יסוד מהותית וחשובה.

9. יישום ההלכות הנ"ל ובחינת נסיבות המקרה שבפנינו מביאים לטעמנו למסקנה, שיש בנסיבות מקרה זה להביא לבטלות כתב האישום. ראשית, מדובר באירועים שנעשו בשנת 2000, החקירה היתה ב-2002, חומר החקירה הועבר למאשימה רק ב-1/03 וכתב האישום הוגש רק ב-19/12/05. כמו כן, הנאשם לא היה מיוצג בתחילה ע"י עו"ד. אמנם התיק נקבע לשמיעת הראיות לאחר כפירת הנאשם, אך מועדי ההוכחות בוטלו.

ב"כ הנאשם הצהירה שביטול האישום יעשה לאחר חזרתו של הנאשם מהכפירה, הדבר לא ייחשב כזיכוי, והמדינה תוכל להגיש כתב אישום חדש לאחר השימוע. המאשימה לא הצביעה מצידה על כל נזק שיגרם לה כתוצאה מביטול כתב האישום ורק ניסתה להצביע על כך שלנאשם לא ייגרם עיוות דין וקיפוח משימוע בדיעבד.

בנסיבות אלו, לא ניתן להצביע על נזק, שייגרם לאינטרס הציבורי במידה וכתב האישום יבוטל, ייערך בדחיפות שימוע לנחקר (במעמדו החדש) ואז יוחלט ע"י המאשימה האם להגיש כתב אישום בכלל או באותה מתכונת כמו כתב האישום הקודם או כתב אישום שונה, בלא שיהיה חשש להשפעה של כתב האישום התלוי ועומד על ההחלטה.

המאשימה, שהגישה את כתב האישום כחמש שנים לאחר האירועים וכשלוש שנים לאחר קבלת חומר החקירה, תתכבד ותמלא אחר חובתה עפ"י הדין, חובה שהופרה, גם אם עקב טעות בתום לב (וזה ההנחה).

ה"נזק", שייגרם למאשימה ו/או לאינטרס הציבורי, הינו דחייה של מספר חודשים, לכל היותר, בהגשת כתב אישום חדש, באם יוגש. זאת, לעומת כיבוד זכות השימוע של נחקר, עפ"י החוק, כזכות יסוד מהותית, היכולה להביא לאי הגשת כתב אישום ו/או להגשת כתב אישום שונה, לאחר מיצוי זכות השימוע, בלא קיום שימוע בדיעבד, שיכול אמנם להיות "הרע במיעוטו" בנסיבות מסויימות, אך עדיף ככלל להימנע ממנו.

אנו סבורים שבמקרה דנן מן הראוי היה לנקוט בצעד של "נשמע ונעשה" ולא של "נעשה ונשמע".

10.10. בנסיבות אלה, ובלא לקבוע מסמרות לתיקים אחרים, אנו סבורים כי יש להורות על ביטול כתב האישום, לאחר חזרת הנאשם מכפירתו, כדי לאפשר לו למצות את הליך השימוע עפ"י החוק, בהנחה שאכן בכוונתו לעשות כן, כפי שהצהירה באת כוחו.

אנו מצפים מהמאשימה, כי תפעל במהירות למיצוי זכות השימוע ולגיבוש החלטה מהירה לגבי עניינו של הנאשם לאחר השימוע באופן שלא תהיה בכך פגיעה באינטרס הציבורי.

ניתנה היום יג' בטבת, תשס"ז (3 בינואר 2007), במעמד הצדדים.

דר' ק' ורדי, שופט

ע' צ'רניאק, שופטת

ס' רוטלוי, שופטת, ס.נ.

- אב"ד

ב"כ הנאשם:

לאחר השמעת החלטה ביהמ"ש ובהמשך לה, אנו חוזרים בנו מהכפירה.

החלטה

בהמשך להחלטה ולאחר שהנאשם חזר בו מכפירתו, אנו מורים על ביטול כתב האישום.

ניתנה היום י"ג בטבת, תשס"ז (3 בינואר 2007) במעמד הצדדים

דר' ק' ורדי, שופט

ע' צ'רניאק, שופטת

ס' רוטלוי, שופטת, ס.ג.

- אב"ד