

שאל אלוביץ'

איריס אלוביץ'

באמצעות עוה"ד ז'ק חן, שי אילון, נעה פירר, יהל דאר ושניר כלימי

רח' ויצמן 2, תל אביב

טל': 03-6392077; פקס': 03-6932082

- נ ג ד -

מדינת ישראל

באמצעות פרקליטות מחוז תל-אביב (מיסוי וכלכלה)

רחוב מנחם בגין 154, תל אביב 6492107

טלפון: 073-3924600, פקס': 03-5163093

טענה מקדמית להגנה מן הצדק

בהתאם להוראת סעיף 149 (10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב – 1982 (להלן: "החוק"), מתכבדים נאשמים 2 ו-3 (להלן: "המבקש"; "המבקשת"; וביחד "המבקשים") להעלות את הטענה לפיה, הגשת כתב האישום וניהול ההליך הפלילי נגדם עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית.

ביום 29.11.2020 הגישו המבקשים לבית המשפט הנכבד את טענותיהם המקדמיות. במסגרת זו, העלו גם טענה של "הגנה מן הצדק", תוך שמירת זכותם להעלותה ב"שלב אחר של המשפט" לאחר הנחת תשתית מספקת לצורך הדיון וההכרעה בה.

המבקשים סבורים שכבר עתה הונחה בפני בית המשפט הנכבד תשתית ראייתית מספקת להכרעה בבקשה. הואיל ותכליתה של ההגנה האמורה היא למנוע עינוי דין קשה ומיותר, בשלה העת להגישה, גם מבלי להזדקק לראיות נוספות שטרם הוצגו בפני בית המשפט אשר מובילות, אף הן, למסקנה המתבקשת כאן.

בקשה זו גם אינה ממצה את כל הפגמים בהתנהלות המאשימה, להם כבר הונחה תשתית, אלא רק את המרכזיים ביותר. באופן דומה, הדוגמאות שמובאות להלן לתמיכה בטענות המבקשים, נבחרו בהיותן מייצגות אף אם לא ממצות.

עוד יובהר שהמבקשת מוסיפה ושומרת את זכותה להעלות את טענתה המקדמית הנפרדת להגנה מן הצדק מטעמים של אכיפה בררנית כלפיה, לשלב אחר של המשפט, היה ובקשה זו לבדה לא תוכרע באופן שיביא לביטול האישום נגדה כבר עתה.

תוכן עניינים

- 5.....א. גדרי הבקשה ועיקריה
- 7.....ב. הגנה מן הצדק – סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי
- 7..... ב.1. פגיעה בזכות החוקתית להליך הוגן.....
- 7..... ב.1.1. זכותם של נאשמים להליך הוגן.....
- 8..... ב.1.2. הזכות להליך הוגן כזכות חוקתית.....
- 9..... ב.1.3. הגנה מן הצדק כסעד חוקתי.....
- 10..... ב.1.4. ביטול כתב האישום מכוח הגנה מן הצדק.....
- 11..... ב.2. תחולת ההגנה מן הצדק על פגמים שנפלו בשלב החקירה.....
- 12..... ב.3. תחולת ההגנה מן הצדק על פעולות אסורות שנעשו כלפי עדים.....
- 13..... ב.4. קבלת טענת הגנה מן הצדק בשל התנהלות הרשויות.....
- 14..... ב.5. תחולתה של הגנה מן הצדק גם בהיעדר מניע זר מצד רשויות אכיפת החוק.....
- 15..... ב.6. העלאת טענת להגנה מן הצדק בשלב ההוכחות.....
- 16..... ב.7. מסקנת הכלל על ענייננו.....
- 17.....ג. להיטות יתר, ראיית מנהרה והטיה מוסדית שהובילו לחקירה סלקטיבית ומוטה
- 17..... ג.1. ראיית מנהרה והטיית האישוש.....
- 30..... ג.2. להיטות יתר.....
- 31..... ג.3. הטיה מוסדית.....
- 32..... ג.4. קבלת טענת הגנה מן הצדק בשל הנזק שנגרם להגנה.....
- 34.....ד. התנהלות שערורייתית של המשטרה בשלב החקירה
- 34..... ד.1. חיפוש ותפיסת רכוש בניגוד לחוק ובאופן משפיל.....
- 37..... ד.2. שיטות תחקור מבזות ובלתי חוקיות.....
- 1.2. ד. איסור השימוש בשיטות תחקור משפילות ובלתי הוגנות שנועדו לשבור את רוחו של הנחקר..... 37

2.2.ד	התעלמות ממצב בריאותי לקוי, מניעת טיפול רפואי וניצול מצוקה רפואית של הנחקר.....	39
3.2.ד	מניעת שינה וחקירה ללא שינה.....	50
4.2.ד	חקירה בתנאי רעב קיצוניים.....	57
5.2.ד	אנה אנו באים – פגיעה קשה בתחושת הצדק וההגינות.....	60
3.ד	תרגילי חקירה פסולים.....	62
1.3.ד	שימוש בבני משפחה ומקורבים לצרכי חקירה.....	62
2.3.ד	עיכוב אסור וחקירה משפילה של "המקורבת".....	72
3.3.ד	שימוש פסול באשתו של חפץ כדי לשבור את רוחו.....	78
4.3.ד	שימוש פסול בבני משפחה בחקירת המבקשים.....	84
4.ד	פגיעה אסורה בזכות הייצוג של החשודים.....	85
1.4.ד	האיסור להתערב במרחב הייצוג של חשודים ונאשמים.....	85
2.4.ד	התערבות פסולה במרחב הייצוג של המבקש.....	87
3.4.ד	התערבות פסולה במרחב הייצוג של חפץ.....	101
5.ד	תשאולים נעלמים.....	106
1.5.ד	על חובת התייעוד ו"תשאולים נעלמים".....	106
2.5.ד	בקשות קודמות של המבקשים לקבל לעיונם תיעוד ממצה של כל המגעים עם עדי המדינה.....	110
3.5.ד	עד המדינה שלמה פילבר.....	112
4.5.ד	עד המדינה ניר חפץ.....	125
ה. אולם המעצרים "הפך לאולם תיאטרון"		132
1.ה	פרשת המסרוניים.....	132
2.ה	שימוש אסור במעצר כאמצעי לחץ על נחקרים.....	137
1.2.ה	כללי.....	137
2.2.ה	המבקשת איריס אלוביץ'.....	141

143.....	ה.3.2. עד המדינה ניר חפץ.....
147.....	<u>ו. התנהלות שערורייתית של התביעה בשלב המשפט</u>
147.....	ו.1. אי-העברת חומר חקירה מהותי להגנה בניגוד לדין.....
163.....	ו.2. אירועים נוספים לדוגמא.....
174.....	ו.3. התנהלות פסולה בראיונות העדים.....
179.....	<u>ז. מכת "הדלפות" חסרת תקדים ותדרוכים אסורים</u>
179.....	ז.1. רקע ומבוא.....
182.....	ז.2. שימוש פסול בתקשורת בשלב החקירה.....
193.....	ז.3. "משפט שדה" בשלב המשפט.....
206.....	<u>ח. השימוש האסור בתוכנת רוגלה והסתרתו</u>
206.....	ח.1. כללי.....
206.....	ח.2. השתלשלות האירועים.....
210.....	ח.3. שימוש תקדימי ואסור בתוכנת רוגלה.....
211.....	ח.4. השימוש בתוכנת רוגלה במסגרת חוק האזנת סתר אינו חוקי.....
213.....	ח.5. המשטרה הסתירה מהמאשימה ומבית המשפט את השימוש בתוכנת הרוגלה.....
216.....	ח.6. התנהלות לא הגונה של המאשימה לאחר שנחשף השימוש ברוגלה.....
217.....	<u>ט. סוף דבר – צבר חסר תקדים של פגמים המחייב את ביטולו של המשפט</u>

א. גדרי הבקשה ועיקריה

1. חקירת "פרשת 4000", נושא האישום הראשון שבכתב האישום, נוהלה באופן פסול ושערורייתי, המנוגד באופן בוטה וחריג לעקרונות בסיסיים של הגינות, צדק וחתירה אחר גילוי האמת.
2. המשך ניהול ההליך הפלילי, אשר מתבסס על החקירה שהביאה להגשת האישום בפרשה ובאופן בו הוא מנוהל על ידי המאשימה, עומד בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית.
3. מראשיתה, התאפיינה החקירה בלהיטות יתר שהביאה ל"ראיית מנהרה" ולכך שלקתה בהטיית אישוש קשה. כתוצאה מכך, לא הועלו ולא נחקרו שאלות מהותיות שהן קריטיות לבירור האמת בסוגיות השנויות במחלוקת יסודית.
4. גם אם באופן אגבי נאסף במהלך החקירה חומר ראיות הנוגע לשאלות מהותיות שבמחלוקת, הוא נזנח ככלי אין חפץ בו ונותר "על רצפת חדר העריכה".
5. לכוד בתפיסה מוקדמת של ביצוע עבירות על ידי המבקשים, יצא צבא החוקרים לדרכו. תחת חיפוש אחר האמת במסגרת חקירה הוגנת שמטרתה איסוף ראיות לאישוש החשד או להפרכתו, הוא הונחה מראש בדבר קיומה של אשמה.
6. הנחה מוקדמת זו הייתה כה קיצונית בחקירה דנו, שכל ראיה או טענה שנדמו בעיני החוקרים ומלוויהם מהפרקליטות כמתאימות לתפיסתם המוקדמת, אומצו ללא פקפוק או בחינה ביקורתית מתחייבת נוכח יריעת המחלוקת. כל טענה וראיה שסתרו את עמדתם המוקדמת האמורה, נדחו. אף הן ללא ניסיון אמיתי לבררן כדבעי.
7. על בסיס ראיות סלקטיביות וחסרות נגבתה גרסתם של הנחקרים. ממילא, גרסתם בחקירה לא כללה התייחסות למכלול העובדות הרלבנטיות ולא עומתה עם נתונים רלבנטיים שבחומר, ודאי לא עם כאלה שלא נאספו. באופן זה, הביאו החוקרים במקרים בולטים להטיית גרסאות ופגעו ביכולת ההגנה להתגונן וביכולתו של בית המשפט לרדת לחקר האמת.
8. הטענות בדבר ראיות מהותיות שלא נאספו וחקירה סלקטיבית אינן נטענות בעלמא. כבר עתה ניתן לקבוע בוודאות הנדרשת לצורך בחינת הבקשה, שההגנה הניחה להן תשתית מספקת.
9. את הנזק הראייתי שנגרם בחקירה לא ניתן לתקן עוד. אין להגנה "משטרה פרטית". ההגנה נעדרת את כוחותיה וסמכויותיה של רשות האכיפה לתפיסת ראיות ולחקירת עדים. מסמכים וראיות חפציות שלא נתפסו, לא ניתן עוד לתפוס.
10. ביטוי קיצוני לחקירה הסלקטיבית שנערכה נמצא בכך, שבאופן עקבי ומכוון נמנעו החוקרים מלהציג לנחקרים מרכזיים חומר חקירה מהותי שנאסף, אשר סתר חזיתית את התזה שהוצגה להם ובמקרים רבים אף את הגרסה שמסרו ואליה הובלו באופן מגמתי על ידי החוקרים עצמם.

11. **התפיסה המוקדמת בדבר אשמתם של החשודים, לצד להיטות היתר של רשויות האכיפה, גרמה לחוקרים גם לחצות את גבול המותר והלגיטימי.**
12. כלפי החשודים הופעלו אמצעים דורסניים שמקומם לא יכירם במדינת חוק. כך בהליכים הקשורים לאיסוף ראיות, בהליכי מעצר, בשטף בלתי פוסק של הדלפות פוגעניות ומגמתיות במהלך החקירה והמשפט, בתפיסת רכוש בניגוד לחוק ובאופן משפיל, בתרגילי חקירה אסורים ומזעזעים, בהתערבות במרחב הייצוג שבין חשודים לסנגוריהם, באיומים ובתנאי מעצר וחקירה קשים באופן מכוון. אלה ננקטו בניסיון להפעיל על החשודים לחץ ולהביאם בדרך פסולה לספק לחוקריהם, בכל מחיר, ראיות מפלילות כלפי החשודים עצמם וכלפי אחרים.
13. לא מדובר במופע חריג או במספר אירועים חריגים שאין קשר ביניהם. חומר החקירה מגלה מאמץ ניכר, מתוכנן, מנוהל ומשולב זירות העולה כדי שיטה מכוונת לשבור את רוחם של חשודים ועדים. המטרה – הפלתם של החשודים – קידשה, למרבה הצער, את האמצעים שהופעלו לשם כך.
14. **לדאבון הלב, התנהלות שערורייתית שמקורה בלהיטות יתר שהובילה לראיית מנהרה ולהטיית אישוש מסוכנת, מצאה את ביטויה החמור, החוזר ונשנה, גם בניהול המשפט על ידי המאשימה.**
15. התוצאות החמורות של התנהלותן השערורייתית של רשויות אכיפת החוק בפרשה, מתעצמות שבעתיים נוכח רגישותה והעובדה שביסודה היא עוסקת בסוגיות תקדימיות שמעוררות שאלות מורכבות ביותר של עובדה ומשפט.
16. לזירה מורכבת זו הגיעו החוקרים עם דעה קדומה מצוידיים בגרזנים, מקום בו נדרשו לאזמל מנתחים, וזיהמו אותה באופן שלא ניתן לתקנו עוד. המאשימה, שנציגיה אף ליוו מקרוב את החקירה, העתיקה למרבה הצער זירה מקולקלת זו למשפט.
17. יש לראות את הבקשה גם באספקלריה של הכרסום המשמעותי שחל במהלך המשפט במסד הראייתי, כפי שהמאשימה ראתה אותו, עת גיבשה את האישום. לא דומה בחינתה של הטענה אל מול הנטען באישום שהוגש לבית המשפט, לבחינתה כעת אל מול מה שהתברר במהלך המשפט.
18. המשך ניהול המשפט על רקע הפגמים שיפורטו להלן, יעמוד לא רק בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית כלפי המבקשים, אלא שהוא מביא ועוד יביא לפגיעה קשה ביותר באמון הציבור במערכות אכיפת החוק. הציבור עומד ומביט במתגלה ובמתרחש במשפט ולא מוצא את נפשו.
19. **התנהלותה השערורייתית של המאשימה בכל אחד מהאירועים הללו מעוררת תחושה קשה. היא חצתה באופן מובהק את גבולות המותר בחקירה פלילית ובניהול המשפט. הצטברותם של האירועים מבהילה. היא עולה כדי מסה קריטית הפוגעת באופן חמור, קיצוני ובוטה בזכויות המבקשים ומקימה עילה לביטול כתב האישום משיקולי הגנה מן הצדק.**

ב. הגנה מן הצדק – סעיף 149(10) לחוק

ב.1. פגיעה בזכות החוקתית להליך הוגן

ב.1.1. זכותם של נאשמים להליך הוגן

20. הזכות להליך הוגן היא זכות מסגרת המהווה בסיס לגזירתן של זכויות מהותיות ודיוניות רבות של החשוד ושל הנאשם וחולשת על כל שלבי ההליך הפלילי.

21. בבסיסה של הזכות להליך הוגן עומדים כמה שיקולים מנחים, ביניהם: שיקולי הגינות, עשיית צדק ומניעת עיוות דין.

22. מדובר בזכות מן המעלה הראשונה. עמד על הדברים כב' השופט הנדל בעניין **ענתאוי** :

"הזכות למשפט הוגן אינה בגדר מותרות, קישוט או פורמליזם גרידא. היא עומדת בליבת מלאכת עשיית הצדק במשפט הפלילי" (ע"פ 1262/08 **ענתאוי נ' מדינת ישראל** (4.8.2014), בפסקה 4 לפסק דינו) (להלן: **"פרשת ענתאוי"**).

23. לצד ייעודה של הזכות להליך הוגן במניעת עיוות דין מהותי במובן של הכרעה שגויה, היא נועדה למנוע גם "עיוות דין פרוצדורלי" במובן של ציות לעקרונות של הוגנות דיונית.

24. מכאן, יש לזכות להליך הוגן שתי תכליות עיקריות. האחת עניינה בשמירה על הצדק הדיוני המגן על טוהר ההליך השיפוטי על כל היבטיו ותוצאותיו. בהקשר זה, מטרתה של הזכות הנדונה היא לכוון הסדרים פרוצדוראליים אשר יבטיחו את הגינותו של ההליך הפלילי כלפי הנאשם :

"מטרתה של הזכות הנדונה הינה להבטיח פרוצדורה הוגנת וערובות דיוניות הולמות להגינותו של ההליך הפלילי כלפי הנאשם. ההגינות הפרוצדוראלית היא, אפוא, הניצבת במרכזה של הזכות האמורה" (ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי**, פ"ד סא(1) 461 (2006), בפסקה 66 לפסק הדין) (להלן: **"פרשת יששכרוב"**).

25. בהתאם, הליך הוגן אמור להעמיד לחשודים ולנאשמים הגנה על זכויות האדם הנתונות לכל אדם באשר הוא אדם (דן ביין "כללי החקירה המשטרית – היש מקום לקודיפיקציה של חוקי הצידי?" **עיוני משפט יב 129 (1988)**).

26. התכלית השנייה, עניינה בשמירה על צדק מהותי, המאפשר קיומו של הליך המצמצם את הסיכון מפני הרשעה שגויה :

"היעד העיקרי של ההליך הפלילי – לקבוע חפות או אשמה, וערך חשיפת האמת שנועד להגשים יעד זה, משליכים בראש וראשונה על זכותו של נאשם להליך הוגן שיביא למשפט צדק וימנע את הרשעתו לשווא. אולם יעד זה אינו מתמצא

בכך. הוא נועד לשרת אינטרס ציבור כולל להביא לתוצאת אמת בהליך הפלילי, ובכלל זה למנוע הרשעת שווא וזיכוי שווא" (בג"ץ 11339-05 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי בבאר-שבע, פ"ד סא(3) 93, 155 (2006)) (להלן: "בג"צ בית המשפט המחוזי בבאר שבע").

27. עמד על כך גם פרופ' אלכס שטיין, באומרו כי ניהול הליך הוגן הוא:

"ביטוי למחויבות החברה הנאורה לפעול במודע, במסגרת האפשרויות הקיימות, למניעת עיוותי דין במשפטיהם של פרטים" (אלכס שטיין "הזכות להליך הוגן" זכויות האדם והאזרח בישראל 355–356 (ט' בן-גל, ד' אלכסנדר, א' בנדור וש' רבין עורכים, כרך ג, 1992)).

28. בפסק הדין החשוב **בפרשת יששכרוב** נקבע שהשמירה על הליך הוגן היא אחת ממטרותיו של ההליך הפלילי לצד גילוי האמת, כאשר זו וגם זו משרתות את מטרת-העל של עשיית צדק ומניעת עיוות דין.

29. על כן, הזכות להליך הוגן אינה רק זכותם של הנאשמים, אלא שהיא ביטוי גם לאינטרס ציבורי כללי בדבר טוהר ההליך המשפטי ותקינות פעולותיהן של מערכות אכיפת החוק (בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(3) 500 (2010), בפסקה 17 לפסק דינו של כב' השופט ריבלין).

30. הדרישה להליך הוגן אינה רק תכלית העומדת בפני עצמה, אלא גם אמצעי אשר נועד לשרת את האינטרס הציבורי לעשיית צדק ולחשיפת האמת (בג"צ בית המשפט המחוזי בבאר-שבע, בפסקה 24 לפסק דינו של כב' השופט א' לוי).

31. בהגנה על הזכות להליך הוגן קיים גם אינטרס ציבורי הנוגע לאמון הציבור בהליך השיפוטי ובצדקת הכרעותיו (שם).

ב.1.2. הזכות להליך הוגן כזכות חוקתית

32. הזכות להליך הוגן היא זכות אדם יסודית. זכות זו הוכרה בשיטתנו כ"זכות יסוד חוקתית ראשונה במעלה" הנגזרת מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (ע"פ 1741/99 יוסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 750, 767 (1999)), ואף הוכרה בפסיקה עוד קודם לחקיקתו של חוק היסוד (ראו, לדוגמה, ע"פ 38/61 יצחק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז 514, 532 (1962)).

33. לאחר חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הזכות להליך הוגן קיבלה משנה תוקף והיא זוכה כיום למעמד חוקתי. עמדו על הדברים גם המלומדים בעז אוקון ועודד שחם:

"חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו שינה את מערך הזכויות הפלילי מיסודו. זכותו של אדם לחירות עוגנה. יש לה השלכה מהותית על הדין הפלילי. זכות זו נאבקה בגדרו, אולי יותר מאשר בכל מגזר אחר של המשפט, על הבכורה. בתוך כך הוכרה זכותו של אדם להליך ראוי. משמעות הדברים היא שינוי הפירמידה הערכית.

סדרי הדין הפליליים 'עלו כיתה'. מענף פרוצדורלי הם הפכו לכלי מרכזי בשירות זכות היסוד החוקתית" (בעז אוקון ועודד שחם "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטי" המשפט ג 265 (1996)) (להלן: "אוקון ושחם").

34. הזכות להליך הוגן נגזרת מזכותו החוקתית של נאשם לחירות (סעיף 5 לחוק היסוד) ולכבוד (סעיף 2 לחוק היסוד) (ע"פ 9956/05 שי נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(2) 742, 780 (2009); ע"פ 5956/08 אל עוקה נ' מדינת ישראל (23.11.2011)), בפסקה 10 לפסק הדין; בג"ץ בית המשפט המחוזי באר שבע, בפסקה 10 לפסק דינו של כב' השופט א' לוי).

35. לאחרונה אשרה הממשלה את הצעת חוק יסוד: זכויות בחקירה ובמשפט הפלילי, בו עוגנה במפורש הזכות להליך הוגן כזכות חוקתית לפיה "כל אדם זכאי לכך שהליך פלילי שהוא צד לו יהיה הוגן". בהתאם לדברי ההסבר להצעת חוק היסוד, הזכות להליך הוגן "מהווה עקרון מרכזי בכל הליך שיפוטי ובכלל זה בהליך הפלילי, שכולל הליך חקירה, הליך מעצר ומשפט פלילי".

36. הזכות להליך הוגן מוכרת גם במסגרת הדין הבין-לאומי והיא עוגנה באמנות ובחוקות של מדינות רבות. כך למשל הזכות להליך הוגן קבועה בסעיף 10 להכרזה האוניברסאלית בדבר זכויות האדם (The Universal Declaration of Human Rights, GA RES.21A (3), UN DOC A/810 AT 71 (1948)); בסעיף 14 לאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות ומדיניות (האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269); ובסעיף 6 לאמנה האירופית להגנה על זכויות האדם וחירויות היסוד (Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, CETS No. 005 (Nov.4, 1950)). נוסף לכך, היא קבועה בתיקון החמישי ובתיקון הארבעה עשר לחוקה האמריקנית; בסעיף 103 לחוק היסוד הגרמני; ובסעיף 7 לחוקה הקנדית – Canadian Charter of Human Rights, 1982.

ב.1.3. הגנה מן הצדק כסעד חוקתי

37. הזכות להליך הוגן היא הבסיס ממנו צמחה טענת ההגנה מן הצדק.

38. הגישה המקובלת בספרות היא כי ההגנה מן הצדק היא הגנה חוקתית שנועדה להגשים את זכות היסוד החוקתית של הנאשם להליך הוגן וראוי (אוקון ושחם, בעמ' 266–267). בהתאם, ההגנה מן הצדק שמביאה לביטול האישום, היא סעד חוקתי, המוענק לנאשם במקרים בהם נפגעה זכותו היסודית להליך הוגן.

39. ההיבט החוקתי של ההגנה מן הצדק מצא את ביטויו גם בפסיקת בית המשפט העליון. בעניין חייבטוב, ציין כב' השופט מלצר כי מכוחו של חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו, נתונה לבית המשפט הסמכות ליישם את ההגנה מן הצדק (ע"פ 2868/13 חייבטוב נ' מדינת ישראל (2.8.2018), בפסקאות 5–8 לפסק דינו (להלן: "פרשת חייבטוב").

40. עוד נקבע שההגנה מן הצדק נשענת על הזכות להליך הוגן הנלמדת אף היא מהזכות לכבוד. על כן, ההגנה מן הצדק מכוונת עצמה לנאשם, להגינות ההליך כלפיו ולצדק, ומקנה עדיפות לערכים אלה על פני הצורך בהרשעה. בעקבות כך נפסק באותה פרשה, שחקירות הפוגעות בזכויות חוקתיות הן פסולות מעיקרן ותוצאתן – ביטול האישום, בין שיש בנמצא ראיות לחובת הנאשם ובין שלא.

ב.1.4. ביטול כתב האישום מכוח הגנה מן הצדק

41. בהתאם לחוק ולפסיקה, מקום בו נקבע שניהול ההליך הפלילי עומד בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית, מתחייבת קבלת הטענה של הגנה מן הצדק ומתחייב ביטול האישומים כנגד הנאשמים.

42. לצורך קבלת הטענה של הגנה מן הצדק נדרש **בעבר** שהגשת כתב האישום ופעולות הרשות כלפי הנאשם יבטאו התנהגות בלתי נסבלת אשר עולה כדי:

**"התנהגות שערורייתית שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם [...]
המדובר במקרים שבהם המצפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסלית נפגעת,
דבר שבית המשפט עומד פעור פה מולו ואין הדעת יכולה לסובלו"** (ע"פ 2910/94
יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221 (1996) (להלן: "פרשת יפת").

43. **כיום**, חל מבחן מקל יותר אשר לפיו יש להעניק לנאשם הגנה מן הצדק:

**"בכל מקרה שבו קיומו של ההליך הפלילי פוגע באופן ממשי בתחושת הצדק
וההגינות כפי שזו נתפסת בעיניו של בית המשפט"** (ע"פ 4855/02 מדינת ישראל
נ' בורוביץ', פ"ד נט(6) 776, 806 (2005) (להלן: "הלכת בורוביץ").

44. בהמשך אומץ המבחן המקל בחקיקה. בסעיף 149(10) לחוק נקבע כי די בכך שניהול ההליך עומד **"בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית"**, על מנת להעמיד את ההגנה לנאשם.

45. גרסאות חלופיות, נוקשות יותר, שהוצעו בתהליך החקיקה - נדחו כולן. כך נדחתה ההצעה לאמץ מבחן הקובע שניהול ההליך הפלילי עומד בסתירה קיצונית לעקרונות של צדק והגינות משפטית. בדומה, גם הצעה שהוצעה מטעם רשויות החקירה והתביעה הדורשת לצורך קבלת ההגנה "פגיעה חמורה בעקרונות של צדק והגינות משפטית", נדחתה (ראו, דברי ההסבר להצעת החוק (תיקון מס' 51) (הגנה מן הצדק), התשס"ז-2007, בעמ' 138).

46. מבחן "הסתירה המהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית", שהוא המחייב כיום, כונה על ידי בית המשפט העליון כ"מבחן מרוכך", והוא מקל יותר ביחס לכל המבחנים האחרים שהוצעו (ונדחו) (ע"פ 5672/05 טגר נ' מדינת ישראל (21.10.2007), בפסקאות 107-111 לפסק הדין).

47. יוצא אם כן, שבהתאם לחוק ולהלכה הפסוקה, לצורך הענקת ההגנה **לא נדרשת** פגיעה קיצונית או פגיעה חמורה בעקרונות של צדק והגינות. בית המשפט גם **לא נדרש** לעמוד פעור פה מול התנהלות

הרשות ואין הוא נדרש לקבוע שמדובר בהתנהלות שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם. כל שנדרש להראות הוא כי הגשת כתב האישום וניהול ההליך עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית.

ב.2. תחולת ההגנה מן הצדק על פגמים שנפלו בשלב החקירה

48. לשונו של סעיף 149(10) לחוק מנוסחת באופן רחב מתוך רצון להחיל את ההגנה מן הצדק על מגוון נסיבות עובדתיות ובכל שלבי הטיפול של הרשויות בקשר לעבירה נושא האישום. זאת, ככל שיש בהן להוביל למסקנה שהגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה לעקרונות של צדק והגינות משפטית.

49. דוקטרינת ההגנה מן הצדק אינה מוגבלת לפגמים שנפלו בשלב המשפט. כפי שצוין בדברי ההסבר להצעת החוק, היא חלה:

“במגוון של נסיבות עובדתיות, ובין היתר מעורבות של הרשות במעשה העבירה נושא האישום; שיהיו בהגשת כתב האישום [...] הפליה בהעמדה לדין; פגמים בשלב החקירה” (דברי ההסבר להצעת החוק (תיקון מס' 51) (הגנה מן הצדק), התשס"ז-2007, בעמ' 138) (הדגשה הוספה – הח"מ).

50. ההגנה על זכויותיו של החשוד והנאשם אינה מתמצה אך לשלב ההעמדה לדין או לשלב המשפט, אלא היא חולשת על כל ההליך הפלילי במובנו הרחב, החל משלב החקירה, לרבות בגין פעולות של חיפוש, תפיסה ומעצר, עבור בשלב ההעמדה לדין וכלה בשלב ניהול המשפט. מהלך חקירה פסול, תוך הפעלת אמצעים פסולים ופוגעניים כלפי עדים וכלפי חשודים, עומד בסתירה לעקרונות של צדק ושל הגינות משפטית וצריך להוביל מניה וביה לביטול כתב האישום.

51. בהתאם להלכה הפסוקה, ההגנה מן הצדק עשויה לקום מכוחו של כל פגם שנפל בטיפול של הרשויות בהליך נושא האישום, לרבות בשלב החקירה. כך למשל נקבע בעניין פרץ:

“הגנה מן הצדק חלה במצב שבו התנהגותה הפסולה של הרשות יוצרת 'מחסום' מפני העמדה לדין. קבלת טענת הגנה מן הצדק מאפשרת לבית המשפט הדין בעניין פלילי לבטל כתב אישום שהגשתו או בירוור עומדים 'בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית' [...] התנהגותה הפסולה של הרשות אינה חייבת להתבטא בעצם ההעמדה לדין; היא יכולה להתייחס גם להתנהלות נפסדת של המשטרה או הפרקליטות בניהול החקירה או המשפט. במובן זה, טענת הגנה מן הצדק היא 'טענת סל'. תחת קורת הגג שהיא מציעה עשויות להסתופף טענות מטענות שונות: טענה לחקירה פסולה; שיהוי בלתי סביר בהגשת כתב אישום; הפרת הבטחה שניתנה על-ידי הרשות; וטענות נוספות” (ע"פ 6328/12 מדינת ישראל נ' פרץ (10.9.2013), בפסקה 28) (ההדגשה הוספה – הח"מ).

52. דברים דומים נקבעו גם בפרשת יששכרוב :

”הזכות להליך פלילי הוגן נוגעת בכל שלביו של ההליך הפלילי [...] ואכן, שלב החקירה המשטרית מהווה הליך מקדים למשפט עצמו, באופן שפגמים שנפלו במסגרתו עשויים להשליך על הגינות ההליך הפלילי בכללותו” (פרשת יששכרוב, בפסקה 66 לפסק הדין).

53. אף הצעת חוק-יסוד : זכויות בחקירה ובמשפט הפלילי, מבקשת לעגן את המובן מאליו (שכבר נקבע להלכה פסוקה) ולקבוע שהזכות להליך הוגן, מכוחה צומחת ההגנה מן הצדק, חלה גם על שלב החקירה :

”[הזכות להליך הוגן. הח”מ] היא הבסיס שממנו צמחו זכויות מהותיות והסדרים פרוצדוראליים שנקבעו בחקיקה או בפסיקה ושנועדו להבטיח את ההגנה על זכויות הנאשם לאורך כל שלבי ההליך הפלילי [...]. המחוקק הישראלי הביא זכות זו לידי ביטוי במסגרת הוראות שונות בחוק סדר הדין הפלילי [...], ביניהן ההוראות הנוגעות לטענות מקדמיות שיכול לטעון להם הנאשם – טענת הגנה מן הצדק” (ההדגשה הוספה – הח”מ).

3.ב. תחולת ההגנה מן הצדק על פעולות אסורות שנעשו כלפי עדים

54. תכליתה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק היא למנוע פגיעה בזכות להליך הוגן ובטוהר ההליך השיפוטי. כפי שפורט לעיל, דוקטרינת ההגנה מן הצדק חלה על כל פגם הפוגע בתחושת הצדק וההגינות המשפטית, לרבות כזה שנפל בחקירה.

55. לצורך הגשמת ייעודה בהגנה על טוהר ההליך, תחולתה של ההגנה מן הצדק אינה מגבילה עצמה אך ורק לפעולות המופנות כלפי החשוד או הנאשם. היא חלה גם מקום שנעשה שימוש באמצעי פסול בחקירתו של עד או כאשר נעשה שימוש באמצעי פסול לצורך השגת ראיה אחרת.

56. במרכז של דוקטרינת ההגנה מן הצדק עומדת התנהלות הנפסדת של רשויות אכיפת החוק בניהול החקירה או המשפט. אין זה מעלה או מוריד אם עסקינן באמצעים פסולים שבוצעו לצורך תפיסת ראיות; פעולות אסורות ופוגעניות שבוצעו כלפי עדים; או פעולות חקירה שהופנו באופן ישיר כלפי חשודים ונאשמים. כל אלה יחד וכל אחד מהם לחוד, עלולים להכתיים את ההליך כולו ולפגוע בו באופן אנוש.

57. הלכה דומה נקבעה גם לעניין דוקטרינת הפסילה הפסיקתית. בהתאם להלכה הפסוקה, דוקטרינת הפסילה הפסיקתית חלה גם היא על מצבים שבהם האמצעי הפסול שימש בגביית אמרתו של עד במשפט, ולא דווקא של הנאשם עצמו (ע”פ 3237/15 יהודה נ’ מדינת ישראל (ניתן ביום 1.6.2016); ע”פ 6932/17 מדינת ישראל נ’ יוסף (ניתן ביום 11.10.2018) (להלן: ”פרשת יוסף”).

58. כמו הדוקטרינה של הגנה מן הצדק, כך גם דוקטרינת הפסילה הפסיקתית נועדה להגן על טוהר ההליך ועל קיומו של הליך הוגן. על כן, לצורך קבלת הטענה, אין כל הבדל אם האמצעים הפסולים שימשו בחקירתו של הנאשם עצמו, או ששימשו בחקירתו של עד שהפליל או סיבך את הנאשם, או שבוצעו לצורך תפיסת ראיה חפצית. כאן וגם שם, טוהר ההליך הוא שעומד למבחן. הוא מוכתם כאשר נופל פגם בכל אחת מהפעולות האמורות.
59. בהתאם לגישה זו, לא סוג הראיה או העדות הם העומדים ביסודה של כל אחת מהדוקטרינות, אלא התנהלות הרשויות והפגיעה בזכויות המוגנות של הנאשם.
60. לעניין דוקטרינת הפסילה הפסיקתית הודגש על ידי בית המשפט העליון, שמחויבותו של בית המשפט להגנה על זכויות האדם מובילה למסקנה שזכותו של נאשם להליך הוגן טומנת בחובה את זכותו שכל החומר הראייתי שהוגש נגדו בבית המשפט ללא יוצא מן הכלל – הושג כדין ובלא שנעשה שימוש באמצעי חקירה בלתי הוגנים או באמצעים הפוגעים שלא כדין בזכות יסוד מוגנת (פרשת יוסף, בפסקה 25 לפסק דינה של כב' הנשיאה חיות; ע"פ 3237/15 יהודה נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 1.6.2016), בפסקה 45).
61. גם בתיקון פקודת הראיות (מס' 19), התשפ"ב-2022, שהתקבל אך לאחרונה ואשר עניינו בסמכות בית המשפט לפסילת ראיה שהושגה שלא כדין, נקבע בסעיף 56 א' (א), כעיון חקיקתי לדין הפסוק: **"בית המשפט הדין במשפט פלילי רשאי שלא לקבל ראיה שהושגה שלא כדין, ובכלל זה הודעת נאשם או עד, חפץ או כל ראיה אחרת, אם שוכנע שקבלתה במשפט תפגע באופן מהותי בזכות להליך הוגן [...]"**.
62. קבלת ראיה שהושגה שלא כדין מכתימה את ההרשעה ופוגעת בלגיטימיות שלה, גם אם אין חשש לאמתותה. הדברים נכונים ביחס לראיה חפצית ולעדות.
63. קבלת ראיה שהושגה באמצעים פסולים והכשרת עדותם של עדים (כל שכן עדי מדינה) שהופעלו כלפיהם אמצעי לחץ אסורים, עלולה לגרום לכך שבית המשפט ייתפש כמי שמכשיר את הפגם ונותן ידו, לאחר מעשה, לאי החוקיות שבהתנהגות החוקרים.
64. הדברים נכונים באותה מידה לדוקטרינה של הגנה מן הצדק, אשר גם תכליתה היא למנוע פגיעה בזכות להליך הוגן ובטוהר ההליך השיפוטי.
- 4. ב. קבלת טענת הגנה מן הצדק בשל התנהלות הרשויות**
65. דוקטרינת ההגנה מן הצדק נשענת על התפיסה לפיה, התנהלות נפסדת של רשויות אכיפת החוק עשויה להביא לביטול כתב האישום כנגד הנאשם, במנותק משאלת אשמתו או חפותו.

66. על רשויות אכיפת החוק מוטלות חובות אמון והגינות מוגברות בכל פעולותיהן. ההגנה מתמקדת במעשיהן ובהחלטותיהן של רשויות אכיפת החוק ובוחנת, אם כתוצאה מאלה נפגעו זכויותיו היסודיות של הנאשם לכבוד, לחירות ולהליך הוגן.

67. בית המשפט העליון שב והדגיש, פעם אחר פעם, שרשויות החקירה והמשטרה חבות בחובה מוגברת של הוגנות כלפי נחקרים. יפים לעניין זה דבריו של כב' השופט אור:

"מדובר על אינטרס חוקיות השלטון, המחייב שפעולות השלטון בהשלטת החוק ובאכיפתו יהיו לא רק אפקטיביות, אלא יעלו בקנה אחד עם עקרונות בסיסיים של השיטה, ובהם העיקרון בדבר שלטון החוק [...] על כן, קיים אינטרס ציבורי כי לא ייוצר הרושם כי אין גבולות לכוח פעולתו של השלטון, וכי כל האמצעים כשרים להשגת האינטרס הציבורי שעליו הוא מופקד" (בג"ץ 5319/97 קוגן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נא(5) 67, 80 (1997)).

68. חובות האמון וההגינות חלות גם על רשויות התביעה. ביטא זאת פרופ' קרמניצר בעומדו על כך שחובתה של התביעה הכללית לייצג את "האינטרס הציבורי במובנו האמיתי והכולל: בירור האמת, תוך שמירת זכויות החשוד, הנאשם והציבור" (מרדכי קרמניצר "תפקידו של התובע בהליך פלילי" פלילים ה 173 (1997)).

69. על חובתה זו של התביעה עמד גם בית המשפט העליון:

"אין התביעה הכללית זכאית לתכסיסנות או לטקטיקה. היא משרתת הציבור, ומה שמתיר לעצמו הפרט העומד לדין אינו יכול להיות נחלתן של רשויות המדינה [...] לא הניצחון בהליך הפלילי הוא עמוד האש ההולך לפני רשויות האכיפה, אלא חיפוש האמת, ההגינות, היושר והיושרה" (ע"פ 10960/03 חסון נ' מדינת ישראל (6.6.2005), בפסקה א לפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין).

5.ב. תחולתה של הגנה מן הצדק גם בהעדר מניע זר מצד רשויות אכיפת החוק

70. בהתאם ללשונה, דוקטרינת ההגנה מן הצדק חלה כל אימת שניהול ההליך עומד בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית. המבחן לקבלת ההגנה מתמקד בתוצאה ולא בסיבותיה.

71. לצורך קבלת הטענה אין צורך להוכיח אפוא, שהתנהלותן של רשויות אכיפת החוק והפגמים שנפלו כתוצאה מכך בהליך הפלילי, נעשו מתוך מניע זר או בחוסר תום לב.

72. בהלכה הפסוקה נקבע שההגנה מן הצדק חלה גם במקרים בהם מדובר בהתנהלות רשלנית של הרשויות, ואפילו במקרים בהם הפגיעה בזכותו של הנאשם להליך הוגן מיוחסת לנסיבות שאינן תלויות ברשויות אכיפת החוק:

**”אין לשלול אפשרות שהפגיעה בתחושת הצדק וההגינות תיחוס לא להתנהגות
שערורייתית של הרשויות, אלא למשל לרשלנותן, או אף לנסיבות שאינן תלויות
ברשויות כל-עיקר אך המחייבות, ומבססות, בבירור את המסקנה כי במקרה
הנתון לא יהיה ניתן להבטיח לנאשם קיום משפט הוגן, או שקיומו של ההליך
הפלילי יפגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות”** (פרשת בורוביץ', בעמ' 807–808).

73. ואכן, טענת ההגנה מן הצדק התקבלה ואישומים בוטלו גם במקומות בהם נקבע במפורש שפעילות הרשות נעשתה בתום לב (ראו למשל, ת”פ (מחוזי י-ם) 1274/00 **מדינת ישראל נ’ מודגל בע”מ** (22.3.2010), בפסקה 277).

74. כך גם בית המשפט העליון בעניין **ורדי** שב והדגיש כי לצורך תחולתה של ההגנה מן הצדק אין צורך להבחין בין מעשה זדון לבין רשלנות בפעולות האכיפה מצד הרשות, וההגנה מן הצדק תיבחן על בסיס התוצאה הפוגענית שנגרמה ולא על בסיס המניע של הרשויות:

**”נוכח אמת המידה התוצאתית של ‘סתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות
משפטית’ בה נוקט המחוקק, אנו למדים איפוא – שאין היא מוגבלת אפריורי
לגבי מניע זה או אחר העומד בבסיס פעולות והחלטות רשויות האכיפה”** (רע”פ 1611/16 **מדינת ישראל נ’ ורדי**, בפסקה 88 (31.10.2018)).

6.ב. העלאת טענה ל”הגנה מן הצדק” בשלב ההוכחות

75. נאשם רשאי להעלות טענה מקדמית של “הגנה מן הצדק” מכוח סעיף 149(10) לחוק, גם לאחר תחילת המשפט. הוראה זו קבועה בסעיף 151 לחוק:

**”לא טען הנאשם טענה מקדמית בשלב זה, אין בכך כדי למנעו מלטעון אותה
בשלב אחר של המשפט, אולם לגבי הטענות המפורטות בפסקאות (1) ו-(3)
לסעיף 149 אין הוא רשאי לעשות כן אלא ברשות בית המשפט”**.

76. הדברים הודגשו גם בדברי ההסבר להצעת החוק (תיקון מס’ 51) (הגנה מן הצדק), התשס”ז-2007:

**”בהתחשב בתוצאות האפשריות של קבלת טענה מקדמית, חוק סדר הדין
הפלילי מתיר לנאשם להעלות גם בשלב אחר של המשפט, ואפילו בשלב
הערעור. בהתאמה, מוצע לקבוע כי גם במהלך ניהול ההליך, רשאי הנאשם
לטעון טענות מקדמיות, ובין היתר שלא רק הגשת כתב האישום אלא גם ניהול
ההליך עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית”** (שם, בעמ’ 138).

77. דברים אלה נקלטו גם בהלכה הפסוקה:

"נמצאנו למדים כי אומנם ראוי שטענות מקדמיות יתבררו מוקדם ככל הניתן; אולם ככלל רשאי הנאשם להעלות טענות מקדמיות בכל שלב [...] ובית המשפט מוסמך לדון בהן בשלבים מאוחרים בהליך. משכך, אין בעצם העובדה שהגנה מן הצדק היא טענה מקדמית כדי למנוע מבית המשפט לדון בה בשלב מאוחר בהליך, לאחר שתיפרס בפניו תשתית עובדתית מתאימה" (רע"פ 7052/18 מדינת ישראל נ' רותם (ניתן ביום 5.5.2020), בפס' 11 לפסק דינו של כב' השופט אלרון).

78. וגם בספרות המשפטית:

"עם זאת הגם שמקומה הטבעי של טענה מקדמית הוא מיד לאחר תחילת המשפט, כלומר מיד לאחר קריאת כתב האישום והבהרת תוכנו, הרי שבהתחשב בתוצאות האפשריות הכרוכות בקבלתה ניתן להעלותה גם בשלב אחר של המשפט ואפילו בשלב הערעור. כך גם לגבי ההגנה מן הצדק. ייתכנו מקרים שבהם יהיה ניתן לקיים את הדיון המקיף בטענה דווקא בשלב מאוחר יותר" (ישגב נקדימון הגנה מן הצדק 412 (מהדורה שלישית, 2021)).

79. בקשה זו הוגשה עם פתיחת המשפט. צוין בה כי היא תועלה ב"שלב אחר של המשפט", לאחר הנחת תשתית מתאימה על-ידי המבקשים. כעת, משגובשה התשתית הראייתית המספקת לביסוסה של ההגנה מן הצדק, בשלה העת לדון בטענה, ובכל הכבוד הראוי, נוכח אשר יפורט להלן - לקבלה.

7.ב. מסקנת הכלל על ענייננו

80. כפי שנראה בהרחבה להלן, בהליך הפלילי המתנהל כנגד המבקשים, על כל שלביו, נפלו פגמים חמורים. הן מבחינת סוגם והן מבחינת עוצמתם.

81. בחינה תלת-שלבית של הטענה להגנה מן הצדק, כנדרש **בהלכת בורוביץ'**, מובילה למסקנה לפיה הסעד שיש להעניק למבקשים בגין הפגמים החמורים שנפלו מתחילת ההליך הוא ביטול האישום נגדם.

82. זיהוי הפגם וסיווג עוצמתו, כנדרש בשלב הבחינה הראשון, מגלה שמדובר בפגמים קשים וחמורים המצויים בליבת זכותם של המבקשים לכבוד ולחירות; בהתאם לשלב השני של המבחן התלת-שלבי, המחייב איזון בין האינטרסים הרלבנטיים הנוגדים, עולה בבירור שיש להעדיף עקרונות של צדק והגינות משפטית על פני הצורך במיצוי הדין עם המבקשים; מסקנות אלה מובילות למסקנה חד משמעית, כנדרש בשלב השלישי לבחינת הטענה, שיש להתאים את הסעד לליקוי ולבטל את האישום נגדם.

83. כאמור בפתחה של הבקשה, די בכל אחד מהפגמים הקשים שנפלו בחקירת הפרשה ובהתנהלות המאשימה במשפט כדי להביא להענקת ההגנה למבקשים. ודאי שכך נדרש מקום שאלה הצטברו לכדי מסה קריטית, באופן שהמשך ניהול המשפט נגדם אינו הוגן ואינו צודק.

ג. להיטות יתר, ראיית מנהרה והטיה מוסדית שהובילו לחקירה סלקטיבית ומוטה

1.ג. ראיית מנהרה והטיית האישוש

84. מטרת העל של החקירה הפלילית היא להגיע לחקר האמת. חקירה פלילית נפתחת בעקבות חשדות לביצוע עבירה, אולם תכליתה אינה מתמצה אך באיסוף ראיות התומכות בחשדות אלא גם באיסוף ראיות המפריכות אותם. היא נועדה לא רק לברר את אשמתו של החשוד אלא גם לבחון את חפותו. היא נועדה לחשוף את האמת.

85. על מושכלות ראשוניים אלה שב וחזר בית המשפט העליון בכמה פרשות. כך לדוגמה בעניין **בשירוב** הודגש:

"מטרתה של החקירה המשטרית אינה מציאת ראיות להרשעתו של חשוד, אלא מציאת ראיות לחשיפת האמת, בין אם אמת זו עשויה להוביל לזיכוי של חשוד, ובין אם היא עשויה להוביל להרשעתו" (ע"פ 10596/03 בשירוב נ' מדינת ישראל (4.6.2006), בפסקה 20; וראו גם ע"פ 721/80 תורג'מן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(2) 466, פסקה 9(ג) (1981); ע"פ 7255/14 אנטקלי נ' מדינת ישראל (11.4.2016), בפסקה 4).

86. אלא שחקירת המשטרה בפרשה זו היתה נגועה מן הרגע הראשון ב"ראיית מנהרה" (tunnel vision). מדובר בהטיית חשיבה קלאסית אשר מתאפיינת, בדיוק כפי שארע כאן, במתן משקל יתר לראיות ולעדויות אשר מאששות את ההיפותזה הראשונית שמגבש צוות החקירה, תוך התעלמות מוחלטת או התייחסות חסרה, לראיות ולנתונים אשר סותרים את אותה היפותזה או, למצער, אינם מתיישבים עימה.

87. בבסיסה של הנטייה הפסיכולוגית-קוגניטיבית ל"ראיית מנהרה" עומדת "הטיית האישוש" (confirmation bias) אשר מתאפיינת בנטייה לאישוש ההשערה הראשונית והתקבעות סביבה גם כאשר מוצגות ראיות המפריכות אותה (ראו למשל, Dan Simon, In Doubt: The Psychology of the Criminal Justice System (2015)).

88. על הסיכון הטמון בהטיות אלה בחקירת משטרה, עמדה לא אחת הספרות המחקרית:

"בחקירה משטרית זוהי הטיה מסוכנת, שכן היא גורמת להתמדתן של אמונות ראשוניות, לייחוס-יתר לראיות שתומכות בה, ולהתעלמות מראיות שסותרות אותה [...] בהליך החקירתי הקונספציה של אשמת החשוד היא השערתו הראשונית של החוקר. מרגע הופעתה קיימת הסכנה שהחוקר יעשה ככל יכולתו על מנת לאושש אותה ויתעלם מכל ראיה הסותרת אותה" (שירלי יהושע-שטרן "ממלכת הצללים של מערכת אכיפת החוק" – הרשעות שווא: היבטים פסיכולוגיים בעבודתו של חוקר משטרה בישראל" קרימינולוגיה ישראלית ו 65, 79 (2017); וראו גם: ע' זליג וי' נחשון "הטיות חשיבה בחקירה המשטרית" בתוך

הרשעות שווא: היבטים פילוסופיים, פסיכולוגיים וארגוניים (פלד-לסקוב, א' שהם ומ' כרמון, עורכים, 2012).

89. על סכנות אלה עמד גם בית המשפט העליון. בעניין **פישר** הזכיר בית המשפט את החשש מפני הינעלות חוקרים על תזה מפלילה, שעלולה להוביל לחקירה חסרה ולא ממצה (בש"פ 6071/17 **מדינת ישראל נ' פישר** (27.8.2017), בפסקה 28 להחלטתו של כב' השופט עמית).
90. מדובר במצב בו החוקרים ננעלו על תסריט אחד המסביר לשיטתם את החשדות הראשוניים, ובכך נפגעה יכולתם לקלוט מידע חדש ונמנעה מהם האפשרות להעריך מידע הסותר את התזה המפלילה ולתת לו משקל ראוי. כפועל יוצא מנוהלת חקירה חסרה ומגמתית, ולא מבוצעים מהלכי חקירה נחוצים ומתבקשים.
91. ראיית המנהרה והטיית האישוש פוגעים במנגנוני עיבוד המידע של חוקרי המשטרה ושל התובעים בתורם, באופן שגורם להם להתעלם באופן מודע ושאינו מודע ממידע רב אשר עשוי היה לשפוך אור על האירועים הנחקרים (S. M. Kassin, I. E. Dror, & J. Kulkuka, "The Forensic confirmation bias: Problems, Perspectives, and Proposed Solutions" **Journal of Applied Research in Memory and Cognition** 242-252 (2013)).
92. בספרות מזהירים מפני מצב בו חוקרי משטרה שרוצים להגיע לתוצאות שיתמכו בחשדותיהם, ילחצו על החשודים וידחקו בעדים לומר את מה שהם רוצים שיאמרו, תוך התעלמות מעדויות, ראיות ומסמכים שאינם תומכים בחשד (א' אלעד **הפסיכולוגיה של השקר ושיטות לחשיפתו** (הוצאת אוניבר-אילן, 2005)).
93. חששות אלה הוטעמו גם בפסיקה, עת נחשפו בתי המשפט לחקירה מוטה מהסוג האמור:
"מסופקני אם חקירה מסוג זה היא הדרך הראויה לגילוי האמת. [...] חקירה שכזו, המבהירה לנחקר שהחוקר אינו מוכן לקבל שום גרסה שאינה תואמת את גרסת התביעה בכתב האישום, עלולה בסופו של יום אף לחתור תחת האינטרס של בירור האמת; והרי כל מטרת החקירה מלכתחילה היא גילוי האמת" (ע"פ 10082/04 **אברמוב נ' מדינת ישראל** (25.10.2006), בפסקה 22).
94. חששות אלה התאמתו במלוא חריפותם גם בתיק זה.
95. באופן שיטתי ונמשך, ובמקרים רבים, חסמו החוקרים כל אפשרות לקבל מהנחקרים, עדים וחשודים, הסברים שאינם מתיישבים עם התזה שגובשה מראש.
96. החוקרים חתרו לאישושה של תזת האשמה עליה הם ננעלו בתחילת הדרך, תוך מתן משקל יתר לראיות שתמכו בה ובהתעלמות מוחלטת מראיות ועדויות אשר סתרו אותה.

97. כך, למשל, בחקירתו של עד המדינה **שלמה פילבר**, כאשר הוא ניסה להסביר לחוקרים, פעם אחר פעם, בעניין מהותי ביותר שיורד לשורש המחלוקת במשפט, שהתנהלותו כמנכ"ל משרד התקשורת בעניינה של בזק לא חרגה, ודאי לא באופן מהותי ומשמעותי, מהאופן בו הוא התנהל ומפעולות אותן ביצע בעניין חברות אחרות, החוקרים שבו והטיחו בו כי "זה לא מעניין". הם לא אפשרו לו לשטוח את מלוא גרסתו ולא הוסיפו וחקרו כלל בעניין, אף שהדבר התבקש נוכח הטענות שנחקרו ושמצאו את ביטוין בכתב האישום ונוכח יריעת המחלוקת הברורה:

פילבר: אני זוכר דבר כזה, אמרתי לך עם הוט... אני זוכר דבר כזה עם סלקום... עם אה פרטנר...

חוקר: לא מעניין אותי. לא מעניין אותי (תמליל חקירה מיום 18.2.2018, ת/608ב, עמ' 54 ש' 29–32)

98. פילבר תיאר את הדברים גם בעדותו בבית המשפט:

"זה מאפיין של מה שאמרתי אתמול ומה שאמרתי בכמה הזדמנויות קודמות, שבסוף כשאני צריך להוכיח שפעלתי בצורה סבירה, מקובלת, שגרתית הדרך היחידה שלי להוכיח זה לבוא ולהגיד מה קורה במקרים אחרים כאילו כדי להוכיח שלא היה פה חריגות בנושא של בזק לצורך העניין. אז אני הרבה פעמים, לא רק פה, בהרבה מאוד הזדמנויות ותאסוף אותם אם אתה רוצה מנסה להציג כמו בהוט אתמול שז'ק חן הציג לי ארוכות את העניין, מנסה להעלות להם את העניין כדי להראות להם תראו באופן סביר, התנהלתי פה אותו דבר כמו פה אז אתם לא יכולים להגיד שזה חריג וזה לא חריג, אותו דבר ניסיתי לעשות פה והם ישר, זה גם מה שאמרתי, הם לא רצו לשמוע. הם בדרך כלל ביטלו את זה, הם סתמו לי את הפה אפילו הייתי אומר, אתה רואה פה משהו דומה לזה" (פרוטוקול הדיון מיום 10.5.2022, עמ' 13771, ש' 6–14)

99. כאמור, על מנת לא להרחיב את היריעה יתר על המידה ומעבר לנחוץ, נביא כאן רק דוגמאות ספורות ומייצגות לתופעות שכוחות.

100. כפי שנהגו החוקרים עם פילבר, הם גם חסמו את תשובותיהם של עדי מפתח אחרים בסוגיות מהותיות שבמחלוקת או שלא פנו למצות הליכי חקירה מתבקשים מעדותם, משום שהם לא עלו בקנה אחד עם התזה המפלילה.

101. ראו, למשל, דוגמא מחקירה של העד **אילן ישועה**. למרות שהעד בחקירתו טען לתמונה מורכבת יותר שנוגעת ללחצים שנטען שהופעלו בעניין סיקורו של נתניהו ולהשפעת הפניות בפועל על הכתיבה באתר, החקירה בעניין מהותי זה לבירור המחלוקת שבליבת האישום, כידוע וכפי שהוכח – כלל לא התבצעה (תמליל חקירה מיום 22.1.2018, נ/54ה, עמ' 28 ש' 15 עד עמ' 29 ש' 22).

102. ראו, למשל, דוגמא מחקירתו של עד המדינה **חפץ** כאשר העד ניסה לספר על האינטרסים האישיים שלו אותם ניסה לקדם מול המבקש. באלה יש להבהיר את מניעיו של העד לקיום המפגשים ולהשליך על התכנים האמיתיים שלהם, שנמצאים במחלוקת מהותית היורדת לשורש העניין:

נחקר, ניר חפץ: הוצע לי לפתוח שווקים חדשים ולהתחיל ברומניה. אז הנקודה... השכר שדובר בו לתקופת ניסיון...

חוקרת מס' 1, רינת סבן: מה זה רלוונטי ניר? חשוב לי לדעת...

נחקר, ניר חפץ: אה, זה לא רלוונטי?

חוקרת מס' 1, רינת סבן לא, לא רלוונטי.

חוקר מס' 2, ניר שוורץ: למה זה רלוונטי לתיק?

נחקר, ניר חפץ: כי אולי לי היה... חלק מהפגישות היה לי אינטרס לעצמי ואז כאילו (מילה לא ברורה) (השלמה מתוך צפייה בהקלטה: "מנקה קצת") קצת.

חוקר מס' 2, ניר שוורץ: (משפט לא ברור) מדברים ביחד: אז אמרת

חוקרת מס' 1, רינת סבן: אז אמרת. אז אמרת.

נחקר, ניר חפץ: אה, או. קי, אז זהו.

חוקר מס' 2, ניר שוורץ: חיפשת לעצמך עבודה.

נחקר, ניר חפץ: אין בעיה, יאללה.

חוקר מס' 2, ניר שוורץ: סבבה

...

נחקר, ניר חפץ: כאילו רוצה להתנקות במונן הזה, אתה מבין? (תמליל חקירה מיום 6.3.2018, עמ' 16 ש' 2) (ההדגשות הוספו – הח"מ)

103. בהתאם לתזה שקודמה בחקירה ושעומדת במרכז האישום, הפעולות שבוצעו מטעמו של **פילבר** בעבור "בזק" היו חריגות ומיטיבות. כל ניסיון לקעקע את התזה המפלילה ולהדגים לחוקרים שפעולות אלה לא היו חריגות ולא נבעו מרצון העד להיטיב עם "בזק", ואף ננקטו בקשר לחברות אחרות ובמקרים דומים של העברת השליטה לחברת תקשורת אחרת – נתקל במחסום בלתי עביר ונדחה על הסף. החוקרים לא ביצעו כל פעולת חקירה כדי לברר אם אכן בוצעו פעולות דומות; הם לא תפסו חומר לצורך אישוש או הפרכת הטענה; וגם במקום שאינדיקציות על פעולות שכאלה צפו בפניהם, החוקרים התעלמו מהן.

104. בהתאם לתזה שקודמה בחקירה ושעומדת אף היא במוקד האישום, פעולותיו של **אילן ישועה** מנכ"ל וואלה בהשפעה על הסיקור באתר, נעשו **באופן חריג** לבקשתו של המבקש, בעניינו של נתניהו ובאופן שביקש להיטיב עמו. החוקרים לא ביצעו כל פעולת חקירה כדי לברר אם אכן בוצעו פעולות דומות גם במקרים אחרים; הם לא תפסו חומר חקירה לצורך אישוש או הפרכת הטענה; וגם במקום שצפו אינדיקציות על פעולות שסתרו את התזה בה היו לכודים, הם התעלמו מהן כליל.
105. בהתאם לתזה שקודמה בחקירה ושאף היא זכתה למקום של כבוד באישום, מפגשיו של **חפץ** עם המבקש נעשו לבקשתו של האחרון, על מנת שהראשון **יפעל אצל נתניהו** בעניינו. למרות אינדיקציות ברורות בחומר החקירה לכך שחפץ נהג לקדם את ענייניו האישיים אצל בעלי הון, ולמרות ניסיונותיו של העד לפרט בפני חוקריו את האינטרסים האישיים שביקש לקדם אצל המבקש – החוקרים חסמו אותו מלפרט על כך והתעלמו מהראיות שהצביעו על מניעיו האישיים בפגישות אלה, שהיה בכוחן לסתור את הטענה שהעד נתבקש לפעול אצל נתניהו בענייניו הרגולטוריים, ולמצער להטיל בה ספק משמעותי. על אף חשיבותו היתירה של כיוון חקירה הכרחי זה וחובתם של החוקרים למצותו, הוא כלל לא נבחן על ידם והוסט הצידה ללא כל התייחסות.
106. אכן, ראיית המנהרה והטיית האישוש בה לקתה החקירה, מודגמת באמצעות מחדליה לחקור ולברר סוגיות שעומדות בליבת האישום והמחלוקת בתיק.
107. סוגיה מרכזית כזו היא הטענה ל"סיקור אוהד", שהפכה בהמשך ל"היענות חריגה" באופן סיקורו של נתניהו באתר "וואלה". מעצם טיבה של החריגות הנטענות, מחייבת טענה מן הסוג הזה עריכה של בדיקה השוואתית לנעשה מול מסוקרים אחרים באתר ובהשוואה לנעשה בכלי תקשורת אחרים.
108. בדיקות פשוטות היו מגלות את שהתגלה **רק** במהלך החקירה הנגדית, לאמור שישועה נהג להתערב בתכני הסיקור ועריכתם באופן מיטיב עם עשרות ומאות דמויות פוליטיות, מסחריות ומעולם התקשורת, בין ביוזמתו ובין כשהוא נענה לבקשות אותם גורמים. עניין זה, הן בכמות הפניות והן באיכות וסוג ההתערבות, הוא רלבנטי מאין כמותו לבירור שאלת 'החריגות' המהותית שבמחלוקת. מדהים, לא פחות, לגלות שהחוקרים, מלווים על ידי מיטב הפרקליטים, כלל לא טרחו לבצע פעולות חקירה אלמנטריות ומתחייבות אלה.
109. גם כאשר הופק חומר שגילה רבות מהתערבויות אלה של ישועה בעניינם של מסוקרים אחרים, הוא סווג על ידי המאשימה לאחר שיריפרפה' עליו, כלשונה, כחומר שאינו רלבנטי להגנה. כזכור, חומר זה התגלה במקרה ובעקבותיו נחשף חומר רב עוד יותר הרלבנטי להגנת הנאשמים בהדיפת הטענות כלפיהם.
110. באותו אופן ובאותה סוגיה, פעולות חקירה פשוטות היו מגלות בקלות איזה מבקשות הסיקור בעניין בני הזוג נתניהו נשלחו לכל כלי התקשורת ואיזה נשלחו רק ל"וואלה". גם זאת חדלה החקירה מלברר. החוקרים נמנעו גם מלברר את טענת הסיקור החריג בהשוואה לנהוג בכלי תקשורת אחרים.
111. בנקודה זו חשוב להדגיש: עניין זה וחשיבותו לבירור האמת, לא חמק מעיני החוקרים בזמן אמת.

112. עד המדינה חפץ נחקר על בקשות הסיקור שהועברו על ידו לכלי התקשורת השונים, ואף נתבקש על ידי חוקריו לערוך אבחנה בין בקשות שנשלחו לאתר וואלה, לאתרים ידידותיים ולאחרים אחרים.
113. החוקרים הציעו לחפץ לסמן באמצעות מרקרים את הסיווג השונה של בקשות הסיקור, אולם הוא הסתייג בפניהם מייעילותו של אמצעי זה להסקת מסקנות (פרוט' בעמוד 8494).
114. הוא ידע שבסיווג שנתבקש לערוך יפלו טעויות משמעותיות וטען שהתקשה לזכור איזה בקשות שלח לאיזה כלי תקשורת:

"יכול להיות מאוד שטעיתי, אני לא רוצה להתחייב על מה שעשיתי שם" (פרוט' בעמוד 8494 בש' 5).

"כן, זה כל כך לא מדויק שזה באמת. בסופו של דבר אחרי שאתה חותם על הסכם עד מדינה, אתה יושב שם בחדר חקירות אתה עושה את מה שאתה מתבקש לעשות אז אני לא סירבתי לזה אבל אין לדבר הזה שום..." (פרוט' בעמוד 8495)

115. החשוב לענייננו הוא שתחת הניסיון הקלוקל לקבל מחפץ, על אף הסתייגויותיו הברורות, תשובה לשאלה חשובה זו שצריכה היתה להיחקר, פעולת חקירה יעילה ופשוטה הייתה מביאה לבירור האמת:

"נורא פשוט. לקרוא לעורך הראשי של NRG - כל דבר שהוא לא, זאת אומרת כל דבר שהפצתי בוא נקרא לזה, לידידותיים ולא רק לוואלה הוא נשלח גם ל NRG. נקודה.

ש. וכשהפצת לכל כלי התקשורת?

ת. זה תמיד היה לעורך הראשי של NRG

ש. וכשהפצת לכל כלי התקשורת?

ת. אז בודקים עם עוד כלי תקשורת.

ש. בודקים, נכון

ת: תבדוק, אם לצורך העניין מאקו קיבל את זה אז אתה יודע שקיבלו כולם (פרוט' בעמוד 8493)

116. כך בדיקות פשוטות שיכולות היו להיעשות, היו מגלות בפשטות ובקלות איזה מבקשות הסיקור נשלחו לאיזה מכלי התקשורת ואילו מתוכן נשלחו רק לאתר וואלה.
117. שבויים תחת תפיסתם כי אתר וואלה קיבל התייחסות חריגה ותחת העדר רצון לערוך בדיקה פשוטה ומהימנה, נאלצו החוקרים לאשר בחקירתם שהם לא עשו שום בדיקה מתחייבת באתרים השונים

על מנת לברר את הסוגיה המהותית (וראו ולעניין זה בחקירתנו של החוקר ניר שוורץ (להלן: "שוורץ", בפרוטוקול הדיון מיום 10.1.2022, מעמ' 9465 ש' 12 עד עמ' 9468 ש' 17).

118. סוגיה מרכזית נוספת במשפט, שבשל ראיית המנהרה והטיית האישוש בה לקתה החקירה, לא זכתה לבירור מתחייב, היא הסוגיה הרגולטורית. גם בעניין זה תקצר היריעה מלפרט את כל מה שהתגלה עד כה בדבר מחדליה של המאשימה.

119. כזכור, במוקד האישוש בנושא זה עומדת הטענה שבעקבות הנחיית נתניהו, פעל פילבר להיטיב עם המבקש וחברת בזק בשליטתו. להלן נפרט מספר דוגמאות, שלא על פי סדר חשיבותן, למחדלי החוקרים והפרקליטות בנושא.

120. למשל, בשים לב לטענה בדבר הכוח הראייתי שיש ביחס החריג והמיטיב שהעניק פילבר לבזק להוכחת 'ההנחיה' הנטענת, בולטת התעלמותם של החוקרים מפעולות רגולטוריות שנקטו כלפי חברות אחרות, בעיקר כלפי חברת הוט.

121. החקירה התמקדה רק ביחסיו של מנכ"ל משרד התקשורת שלמה פילבר עם חברת בזק. כך נחקר לעומק ניסיונו של פילבר להגיע להסכמות עם חברת בזק בכל הקשור להפרדה המבנית, לפיהן, בזק תשקיע בתשתיות ותשדרג את שוק התקשורת, ותמורת זאת משרד התקשורת יבטל את ההפרדה המבנית בחברה.

122. אלא שבמקביל להסכמות אליהן הגיע פילבר עם חברת בזק, הוא הגיע להסכמות דומות גם עם חברת הוט, בשווי של מאות מיליונים לפחות (פרוטוקול הדיון מיום 2.5.2022, בעמ' 13143 ש' 21). הנה, העיקרון הוא אותו עיקרון: חברת הוט תשקיע בתשתיות ותמורת זאת, משרד התקשורת ידחה בשנה לפחות את פריסת התשתיות לה הייתה מחויבת ב-61 יישובים נוספים. פילבר העיד בבית המשפט שמבחינתו היה מדובר במהלך משולב (פרוטוקול הדיון מיום 3.5.2022, עמ' 13325 ש' 10–13).

123. גם המסמכים מזמן אמת מעידים על כך. מסמך המדיניות שכתב פילבר שעניינו מדיניות השקעה בתשתיות (ת/472) עוסק בבזק והוט גם יחד. ביחס למסמך ההתחייבות של בזק נטען שמדובר במסמך חסר משמעות ובוודאי שאין לייחס לו את התחייבותה של בזק להשקיע בתשתיות. ההגנה הראתה שמסמך התחייבות דומה מאוד ניתן על ידי חברת הוט למשרד התקשורת (נ/2571). דא עקא, מהלך דחיית הפריסה בהוט כלל לא נחקר. מסמך ההתחייבות של הוט לא נתפס. באופן זה בקשו החוקרים, ובעקבותיהם המאשימה, להציג את עניינה של בזק כחריג. אם היתה מתנהלת חקירה ראויה לשמה, לא ניתן היה להצביע על חריגות כנטען.

124. כאשר הוצג לפילבר מסמך ההתחייבות של הוט בחקירתו הנגדית, הוא אישר שהחוקרים לא הציגו לו את המסמך. פילבר העיד שהוא ניסה במהלך חקירותיו להפנות את תשומת לב חוקריו להשוואה בין בזק להוט, אולם ניסיונותיו לא מצאו אצלם אוזן כרויה. כל שעניין אותם היו מהלכיו מול חברת בזק בלבד:

ש. כן, אבל אתה יודע חלק מהחובות, כך למדנו, של המשטרה בחקירתה זה חשיפת האמת. חשיפת האמת לא נמצאו רק מסמכים בזק, שאול, ביבי, אלא למצוא מסמכים שמאגרים תזה ראשונית, או מחשבות ראשוניות שמתמשים בספק ככלי עבודה, שהולכים ומחפשים לא רק מה שנוח. עד עכשיו ראינו מסמכים

....

ש. אז במסגרת החיפוש אחר האמת אתה כבר העדת כאן שהתרשמת שהם היו מעוניינים רק בבזק ובנפשות הפועלות כאן נכון?

ת. נכון, זה אמרתי גם לגבי,

ש. אתה לא זוכר מסמך, היית מצפה שהם ימצאו מסמכים שקשורים לבזק כי על בזק אתה דיברת בחקירה, סליחה, סליחה, על הוט, על הוט אתה כן דיברת בחקירה נכון?

ת. דיברתי הרבה כן, עשיתי את ההשוואות האלה כל הזמן. (פרוטוקול הדיון

מיום 9.5.2022, עמ' 13510 ש' 10–23)

125. באותו אופן החוקרים לא בדקו לעומק את הסיבות לעיכוב ביישום "רפורמת ההדדיות". בסעיף 79 לכתב האישום נטען שפילבר פעל בהתאם להנחיית נתניהו על מנת לעכב את יישומה של "רפורמת ההדדיות" שנועדה לחייב את בזק והוט לאפשר שימוש הדדי בתשתיותיהן לצורך הגברת התחרותיות. ממסמכים מזמן אמת עלה, שסיבה מרכזית לעיכוב הייתה עמדת שב"כ, שהטיל מגבלות משמעותיות על הקבלנים שיוכלו לאפשר את השירות ההדדי בתשתיות (פרוטוקול הדיון מיום 9.5.2022, עמ' 13555 ש' 8–20). פילבר אישר בעדותו ששיקולי הביטחון היו מהסיבות המרכזיות לעיכוב ברפורמה, ולא סיבה אחרת שקשורה בבזק (פרוטוקול הדיון מיום 9.5.2022, עמ' 13561 ש' 1–6). לשאלת ב"כ המבקשים מדוע לא העיד על כך עד מועד החקירה הנגדית בה הוצגו לו המסמכים, השיב פילבר שהוא לא נחקר על עניין זה עד כה (פרוט' הדיון מיום 9.5.2022, עמ' 13559 ש' 13–14).

126. אם לא די בכך שהחוקרים לא חקרו כיוונים נוספים אשר יכולים לשפוך אור על החשדות, הם גם התעלמו במפגיע ממסמכים דרמטיים שרלבנטיים לבירור המחלוקת שבמוקד האישום.

127. דוגמה לכך היא המסמכים בעניין תשובת משרד התקשורת לפניית רשות ניירות ערך מאוגוסט 2015 (נ/1876, נ/1877 ו-נ/2316). מסמכים אלו נתפסו בחיפוש בביתו של שלמה פילבר עוד ביום 12.7.2017 (ר' דו"ח חיפוש של החוקר יריב עמיעד, נ/2319).

128. מדובר במסמכים רשמיים וטיוטות שנכתבו על ידי הגורמים המקצועיים במשרד התקשורת שמתארים בצורה מפורטת את השתלשלות העניינים האמיתית באשר לעמדת הגורמים המקצועיים

והמועד בו היא גובשה בקשר לעסקת בזק-יס. מסמכים אלה, אשר מגלים שכבר בחודש מרץ 2015, בתקופת כהונתו של המנכ"ל ברגר, משרד התקשורת לא ראה מניעה באישור המיזוג, גם אם ישקול הוספת תנאים על תנאי הממונה על הגבלים עסקיים (נ/1877, סעיף ו') - לא הוצגו בחקירה ובמשפט (עד החקירה הנגדית על ידי ההגנה) לאף אחד מהנחקרים והעדים.

129. מחדל זה בולט על רקע הזמנתו של מנכ"ל משרד התקשורת לשעבר, אבי ברגר, להעיד בהתאם לדברים שמסר בחקירתו ברשות ני"ע ומבלי שהוצגו לו המסמכים הרלבנטיים הסותרים את עדותו לפיה, בפגישה מיום 19.3.2015 עם מנכ"ל יס רון איילון, הצדדים לא הגיעו להסכמה בנוגע לעסקת בזק-יס, ועמדת המשרד הייתה שיש לבחון את השוק בראייה רחבה (תמליל חקירה מיום 28.1.2018, נ/1858, עמ' 8 ש' 10-15, ופרוטוקול הדיון מיום 26.10.2021, עמ' 6641-6642).

130. כך נהגו החוקרים והתובעים גם עם עורכת הדין דנה נויפלד. היא העידה, בניגוד לעולה מהמסמכים שלא הוצגו לה, שעמדת המשרד בנוגע לעסקת בזק-יס לא השתנתה בתקופת כהונתו של אבי ברגר (פרוטוקול הדיון מיום 7.2.2021 עמ' 10357 ש' 15-16).

131. מסמכים אלה לא הוצגו גם לפילבר בחקירותיו ובעדותו הראשית בבית המשפט. הדברים עלו לראשונה רק בחקירה הנגדית מטעם המבקשים.

132. מסמכים חשובים אלה לא הוצגו לעדים, הגם שהם רלבנטיים מאין כמותם לסוגיה מרכזית נוספת שבמחלוקת. הם שופכים אור על הסיבות שעמדו ביסוד ויתור משרד התקשורת על העמדת תנאים נוספים לאלה של הממונה על הגבלים עסקיים לאישור המיזוג.

133. בטיוטה שכתב הרן לבאות (נ/1877), שאושרה בהמשך על ידי היועצת המשפטית ומנכ"ל המשרד, נכתב כי "בשל משך התהליך הצפוי להחלת תנאים נוספים (שכרוך בין היתר בהליך שימוע) והמשמעויות הכלכליות בעיכוב האישור עבור חברת בזק ויס בעת ההיא לאשר המיזוג ללא תנאים נוספים על התנאים שקבע הממונה. זאת בהינתן העובדה כי החברות מחויבות בהפרדה מבנית, וכי בידי המשרד להחיל תנאים נוספים, ככל שיגובשו, במסגרת סמכותו לבצע תיקוני רישיונות בכל עת".

134. מהכתוב עולה שהתנאים שנשקלו במשרד התקשורת לאישור העסקה, היו לכל היותר תנאים טקטיים שנשקלו למטרה אחרת, זרה לעצם המיזוג. עולה מהמסמכים במפורש שהחלטה לא להחילם התקבלה לאור משך ההליך הצפוי והצורך בשימוע. מסמכים אלה סותרים את עמדת המאשימה לפיה פילבר הורה להוריד את התנאים מיוזמתו שלו כפועל יוצא מפגישה שקיים עם נתניהו. אי הצגתם לעדים בחקירה ובמשפט, תוך מתן האפשרות לעדים להעיד בניגוד לאמור בהם, הוא מעשה אסור שמעיד אף הוא על להיטות היתר שאפיינה את רשויות האכיפה, וכפועל יוצא – את ראיית המנהרה והטיית האישוש בה לקו.

135. תוצאת המחדלים שהודגמו לעיל היא חקירה מגמתית, סלקטיבית ומוטה. נתונים ומסמכים שלא התאימו לתזה המפלילה נזנחו. פעולות חקירה הכרחיות לא בוצעו. כיווני חקירה אחרים לא נבדקו.

136. היוצרות התהפכו: במקום שתערך חקירה מקיפה וממצה אשר תוביל לממצאי אשם או חפות, המסקנה הראשונית בדבר אשם עליה ננעלו החוקרים, הכתיבה את אופייה וטיבה של החקירה שנועדה אך לאישוש התזה המפלילה.
137. לא ניתן לנהל הליך הוגן על בסיסה של חקירה מוטה ופסולה שכזו. אין בידי התביעה, ההגנה, ובראש ובראשונה בידי בית המשפט, את מלוא המידע הדרוש כדי להבטיח שיעשה משפט צדק. ניהול ההליך באופן זה מכשיל את בית המשפט, הוא פוגע קשות בזכויותיהם של המבקשים ומעמיד אותם בסיכון ממשי לעיוות דין.
138. בנוסף לכך, חוקרי המשטרה עשו שימוש בשורה של אמצעים בלתי חוקיים והפעילו על העדים לחצים אסורים מתוך מגמה להביאם לתמוך בתזה המפלילה עליה הם ננעלו כבר בשלביה הראשונים של החקירה.
139. מרגע שדעתם של החוקרים ננעלה על תסריט ההפללה, הם בקשו לאששו וחסמו כל אפשרות לקבלת מידע וראיות הסותרות את אותו תרחיש.
140. חקירתו של ניר חפץ מיום 26.7.2018, חמישה חודשים לאחר האחרונה ברצף חקירותיו במשטרה, ממחישה היטב את דרך הילוכה הפסול של החקירה. מטרתה היחידה היתה למקם בתאריך מדויק את הפגישה הנטענת בין המבקש לנתניהו, כפי שהיא מתוארת בסעיפים 53–55 לאישום.
141. התאריך אותו ביקשו החוקרים לקבל מחפץ, יום 28.11.2014, הוא היחיד שיכול להתאים, נסיבתית, לעדותו בדבר מטרתה ותוכנה.
142. עובר לחקירה המדוברת, החוקרים מצאו עצמם בבעיה: בעדויותיו הקודמות חפץ מיקם את הפגישה במחצית הראשונה של שנת 2015, או לכל הפחות ברבעון הראשון של אותה שנה.
143. שבויים בתפיסתם המוקדמת, קיימו החוקרים את המפגש המאוחר הזה עם העד כשהם מבקשים בכל דרך להביאו לאשר – בניגוד מוחלט לעדויותיו הקודמות ששללו אפשרות כזו – שהפגישה התקיימה ביום 28.11.2014.
144. באמתלה של ריענון זכרונו על מועד קיום הפגישה מדברים שמסר חודשים לפני כן, הם נוקטים בצעד חסר תקדים ומקרינים לעד קטע מדברים שאמר בחקירה קודמת, שם התייחס לקיום "פגישה" ב-2014, תוך שהם מציינים בפניו בכזב שמדובר בפגישה שאת מועדה הם מבקשים לדייק.
145. בחקירה הנגדית התברר שהקטע שהוקרן לעד כלל לא מתייחס לפגישה הנטענת בין המבקש לנתניהו שאת מועדה בקשו לכאורה לברר, אלא שהוא מתייחס לפגישה אחרת, בין חפץ למבקש שאליה הצטרפה סטלה הנדלר, שאכן התקיימה בתחילת נובמבר 2014. את הקטע המלמד על איזו פגישה מדובר, החוקרים השמיטו מההקרנה. חפץ העיד שהאמין לחוקרים ולא זיהה את ההטעיה (פרוטוקול הדין מיום 21.12.2021, עמ' 8891 ש' 12 עד עמ' 8892 ש' 3).

146. מדובר בלא פחות משיבוש הליכי חקירה ומשפט שנעשה על ידי החוקרים.

147. לאחר שניסיונותיהם להביא את חפץ למועד הפגישה בו חפצו עלו בתוהו, החוקרת, פולינה גובזמן, הלכה כברת דרך נוספת והניחה בפניו נתון שלא נכלל בציר הזמנים שהונח לפניו – הפגישה בין חפץ למבקש ביום 23.11.2014 (תמליל חקירה מיום 26.7.2018, נ/1982, עמ' 19 ש' 4–10). נתון זה הוא קריטי להבנת העד מה מצופה ממנו לומר. שהרי, על פי גרסתו, בשבוע בו הוא נפגש עם המבקש, התקיימה אותה פגישה בין המבקש לבין נתניהו.

148. בית המשפט העליון שב והזהיר מפני חקירה שכזו. פעם אחר פעם שבו בתי המשפט והתרו מפני ביצוע חקירה מגמתית ומוטה שמכוונת אך לביסוס התזה המפלילה עליה ננעלו החוקרים. בפרשת חליוה נאמר:

”בית משפט זה חזר והתרה ברשויות החקירה לבל תתמקדנה רק באיסוף ראיות המבססות את אשמתו של החשוד, והזכיר להן את חובתן לאסוף את כל הראיות, אשר יש להן קשר ישיר לפרשה הנחקרת – ובלבד שאיסופן של הראיות הנ”ל איננו כרוך במאמץ יוצא דופן. עצם העובדה שבית משפט זה נאלץ לחזור פעמים כה רבות על דבריו אלה, מעלה חשש כי רשויות האכיפה לא הפנימו באופן מספק את האמירות שהופנו כלפיהן” (ע”פ 5019/09 חליוה נ’ מדינת ישראל (20.8.2013), בפסקה 43) (להלן: **”פרשת חליוה”**).

149. חקירה שכזו היא פסולה מן היסוד. במקרים מסוימים היא אף הובילה לזיכוי של הנאשם. כך למשל, בעניין **חדאד**, שם קבע בית המשפט כי החוקרים היו נתונים במצב של **”ראיית מנהרה”** ביחס לאשמתו של הנאשם, ועל כן נמנעו מלבצע חקירה אפקטיבית וממצה. כתוצאה מכך התמונה העובדתית שנפרשה בפני בית המשפט היתה חלקית מאוד, וחייבה את זיכוי של הנאשם (ע”פ 2697/14 **חדאד נ’ מדינת ישראל** (6.9.2016), בפסקה 89).

150. חקירה חסרה, מוטה ומגמתית, אינה עולה בקנה אחד עם חובתן של רשויות החקירה, והיא פוגעת בזכותו של הנאשם להליך הוגן. זאת, יש להדגיש, בין אם מדובר בהעלמה מכוונת של ראיות מזכות ובין אם מדובר בהתנהלות רשלנית אשר מנעה את חשיפתן.

151. בית המשפט העליון הדגיש לא אחת כי **”החובה למצות עד תום את הליכי החקירה נגזרת מזכותו של הנאשם להליך הוגן”** (ע”פ 4226/11 אבו חדיר נ’ מדינת ישראל (15.2.2016), בפסקה נ”ה).

152. כפועל יוצא עמד גם בית המשפט על הקשר בין חובתם של גורמי האכיפה לביצוע חקירה ממצה וראויה לבין זכותם של הנאשמים להליך הוגן:

”נאמר לא אחת כי בבסיס חובת החקירה, המוטלת על הרשויות, עומדת החובה לפעול לחקר האמת והחובה להביא לדין את האשם האמיתי בביצועה של העבירה. חובת הרשויות למיצוי הליכי חקירה כראוי, מהווה גם חלק מזכות

הנאשם למשפט תקין והוגן, בהיותו אמצעי לחשיפת האמת" (ע"פ 5386/05 אלחורטי נ' מדינת ישראל (18.5.2006), בפסקה ז' לפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין).

153. הדרישה היסודית להליך הוגן מציבה סטנדרט אובייקטיבי לדרך ולאופן שבו צריך להתקיים ההליך. ראיית המנהרה בה לקו החוקרים, הכשילו אותם והביאה אותם להפר את חובתם. כתוצאה מכך זכותם של המבקשים להליך הוגן נפגעה פגיעה אנושה.
154. לצערנו כשלים אלו לא פסחו גם על התביעה. גם היא נשבתה בקונספציה ראשונית בדבר אשמתם של המבקשים. החוליה החשובה שליוותה את חקירת המשטרה, זו אשר הופקדה בידי החובה לבחון ולבקר את החקירה, לבחון את דיותן של הראיות בשלב ההעמדה לדין ולהציג בפני בית המשפט תמונה מהימנה ורחבה של המסד הראייתי – לקתה אף היא בראיית מנהרה ובהטיית אישוש. רק כך ניתן להסביר את מחדליה הקשים.
155. די לנו בנקודה זו אם נפנה בכוח הזיכרון הטרי יחסית לעדותו של עד המדינה פילבר ולמה שהתרחש במהלכה. שומטת לסתות היתה התנהלותה של המאשימה בניסיונה להוכיח את "שלוש האפיזודות" המרכזיות בגינן נחתם עם העד הסכם עד מדינה, נוסח האישום כפי שנוסח, ולשמך הוא הובא לעדות במשפט: "פגישת ההנחיה"; "שיחת הנזיפה"; "שיחת המעקב".
156. מסתבר שחומר חקירה רב שהפריך לחלוטין את הנטען ואשר כלל מסמכים, התכתבויות, איכונים, מחת"ק (מחקרי תקשורת), יומנים וכתבות – נותר על רצפת חדר העריכה. החוקרים לא בדקו, לא חקרו ולא הצליבו חומר חקירה רב, מרביתו אובייקטיבי, עם הדברים שחילצו מפיו של העד בדי עמל ובהכוונה פסולה ומגמתית.
157. המאשימה מצידה עצמה עיניה אף היא נוכח המציאות המתגלה מהראיות שהיו כל העת ברשותה. למרות שהייתה מודעת אליהן, היא התעקשה להביא את העד לחזור בעדותו הראשית על גרסתו המופרכת שנמסרה בהבל פה וללא ראיות תומכות (על 'ראית הזהב' בדמות המחברת בה תיעד כביכול חיזוק לגרסתו והפרכתה בחקירה הנגדית באמצעות ראיות שאף הן היו בידי המאשימה ומהן התעלמה – בהמשך).
158. עד כדי כך הגיעו הדברים, שמשוהופרך המועד הנטען והחשוב של "פגישת ההנחיה" בחקירה הנגדית, בהתבסס על ראיות חפציות שהיו כל העת בידי המאשימה, היא פנתה לבית המשפט, בלא כל הסבר ועילה, וביקשה (בעיוורון אופייני שגם בו יש להדגים היטב את ראיית המנהרה בה נשבתה) לתקן את כתב האישום ו"לסדר מחדש את הכלים". בקשתה נדחתה על ידי בית המשפט הנכבד בהחלטה מפורטת ומנומקת שלא ניתן להפריז בחשיבותה לתיק בכלל, ולבקשה זו בפרט.
159. גם הפרכתן של שתי "האפיזודות" הנותרות על בסיס חומר חקירה שגם ממנו התעלמה המאשימה – לא הביאה אותה לחשב מסלול מחדש. כלואה בראיית המנהרה בה לקתה, היא חשקה שיניים והמשיכה בדרכה כאילו כלום.

160. כך, בסעיף 81 לכתב האישום, מתוארת האפיזודה הקרויה "שיחת המעקב". בהודעותיו במשטרה סיפר פילבר על שיחה עם נתניהו, בה האחרון שאל מה קורה במשרד התקשורת וביקש לוודא שפילבר לא עושה שום דבר חריג במשרד. בחקירותיו, פילבר "נתן סימנים" לקיום השיחה. לפיהם, היא התקיימה ברבעון הראשון של שנת 2016, ביום ראשון, בשעה 09:00 בבוקר, היא נמשכה משך כ-3 דקות והוא קיבל אותה כשעמד בפתח משרד האוצר.
161. שיחה זו, אשר תוארה באופן כללי ביותר על-ידי פילבר מבחינת תוכנה, ולוותה בסימנים אשר ניתן לאמתם מול חומר הראיות, לא נבדקה כלל על-ידי התביעה. מתוך ראיית המנהרה בה היתה שבויה, היא תרגמה את עדותו לטענה בכתב האישום לפיה התקיימה "שיחת מעקב" שבה מבקש נתניהו לוודא "שענייני בזק מטופלים כראוי לפי הנחייתו".
162. לו הייתה התביעה נוהגת כמוטל עליה ובודקת את חומר הראיות על מנת לבסס או להפריך את הנטען, היא הייתה מגלה תמונה אחרת לחלוטין. כך, לפי בדיקת האיכונים בטלפון של פילבר, שנמצאים בחומר הראיות וניתנים היו לבדיקה לו היתה המאשימה נוהגת בשקידה ראויה, נמצאה שיחה אחת בלבד התואמת את תיאורו. היא השיחה מיום 13.3.2016.
163. עוד העלתה בדיקה אלמנטרית, שמספר ימים קודם לכן, ביום 9.3.2016, התפרסמה כתבה שכותרתה "נתניהו בהחלטה דרמטית: ביטול הפרדה המבנית בבזק". לפי עדותו של פילבר, מדובר היה באירוע דרמטי בשוק התקשורת אשר עורר את קצפה של חברת פרטנר. האמור בכתבה וכותרתה אינו נכון, כיוון שלא הוחלט כלל על הפרדה מבנית בבזק. לא אז ולא מאז ועד היום. ההתכתבויות בין פילבר לבין אנשי פרטנר בנושא הכתבה שעוררה את קצפם, שגם הן לא הוצגו לעד בחקירה ובעדותו הראשית (הגם שהיו מצויות בחומר החקירה), נמשכו אותם ימים עד מוצאי שבת, ערב השיחה עם נתניהו.
164. חומר הראיות, שעליו לא ניתן לערער ושלא נבדק כלל על ידי המאשימה, מגלה אפוא תמונה אחרת לחלוטין מזו שהוצגה לעד ונטענה בכתב האישום. לפיה, תוכנה של "שיחת המעקב" בא בעקבות תלונות פרטנר כלפי נתניהו בעקבות כתבה שייחסה לו (בשגגה) את ביטול הפרדה המבנית. נראה שבשיחת הטלפון ביקש נתניהו לברר עם פילבר במה מדובר, ולא, כנטען וללא ביסוס, לעקוב אחר ביצוע הנחייתו (שלא הייתה).
165. בחקירתו במשטרה, פילבר לא ידע לקשר את הדברים הזכורים לו לאירועי זמן אמת, משום שלא הראו לו ולא עמתו אותו עם חומר החקירה. גם באי כוח המאשימה לא טרחו להצליב את אמירותיו אל מול חומר הראיות, ותחת זאת הזמינו אותו להעיד בחקירתו הראשית דברים שאינם נכונים בהתאם לטענה שבאישום.
166. אפיזודה נוספת אשר מתוארת בכתב האישום ונסתרת על-ידי ראיות שלא הוצגו לפילבר במהלך חקירותיו במשטרה, היא "שיחת הנזיפה" המתוארת בסעיף 82 לכתב האישום. בחקירותיו, מיקם פילבר את מועד השיחה בחודשים אפריל-מאי של שנת 2016, במוצאי שבת. פילבר הדגיש שהשיחה

ארכה יותר מהרגיל בינו לבין נתניהו, כלומר שלא היה מדובר בשיחה קצרה של כמה שניות. עוד הוסיף, שהרקע לשיחה היה "פיצוץ" שאירע בין הרן לבאות לבין בזק.

167. מבדיקת האיכונים והצגתם לעד, רק על ידי ההגנה ובמהלך החקירה הנגדית, עלה שאין אפשרות שהשיחה אכן התקיימה בחודשים אפריל או מאי, כיוון שלא התקיימה במוצאי שבת שיחה של יותר מכמה שניות בינו לבין נתניהו במהלך חודשים אלה.

168. בנוסף, לפי השתלשלות האירועים לא היה מדובר בתקופה בה יחסיהם של בזק והרן לבאות עלו על שרטון, אלא דווקא בתקופת 'ירח הדבש' ביחסים בין הניצים. הייתה זו התקופה בה לבאות ניהל מו"מ פורה עם נציגי בזק על מחירי הטלפוניה שבסופה, ביום 30.6.2016, הוא אף כתב את מכתב "בשלה השעה" להפרדה המבנית בבזק.

169. התנהלות שערורייתית זו, שתוארה כאן בצמצום ובלשון המעטה, חוטאת לחובתה של המאשימה בהליך הפלילי. היא מדגימה את הכשלים בהם היא לקתה ומבססת אף היא, את הנטען בבקשה.

170. מבלי שיש צורך להתייחס במסגרת בקשה זו, לניסיונה הכושל של המאשימה לתקן בחקירה החוזרת ולו במקצת את שקלקלה במחדליה בחקירת המשטרה ובחקירה הראשית ואת שהתברר בחקירה הנגדית – עצם הניסיון לעשות כן תוך הצגת נתונים מתוך חומר החקירה אותם זנחה קודם לכן על מנת להביא את העד לאשר עובדות אחרות וסותרות מאלה הנטענות בכתב האישום, מלמד מתוך עצמו על הנזק העצום שגרמה החקירה ודרך הילוכה של המאשימה במשפט להליך ההוגן. הן מהפן המהותי של החיפוש אחר האמת והן מהפן הפרוצדורלי של ניהול משפט תוך הקפדה על זכויות הנאשמים.

171. מעבר לכך הדגימה החקירה החוזרת, אף היא, את אותה ראיית מנהרה שמכתיבה את תפיסותיה ומהלכיה גם כאשר המציאות טופחת על פניה. אין מחשבה שניה. אין פקפוק או היסוס. אין למידה, הסקת מסקנות ולקיחת אחריות. ייקוב הדין את ההר ויהי מה.

ג.2. להיטות יתר

172. מחקרים רבים אשר עוסקים בניתוח גורמים אופייניים להרשעות שווא מצביעים, ללא יוצא מן הכלל, על הבעיה המכונה "אדברסריות-יתר" (adversarial excess) או "להט תביעתי" (prosecutorial zeal). (ראו למשל, C. Ronald Huff and Martin Kiliars Wrongful Conviction: (International Perspectives of Miscarriages of Justice (2008).

173. מדובר במצבים בהם להיטות היתר של גורמי האכיפה והדבקות במטרה מצידם משבשים מנגנוני ספק ובקרה. עולה החשש כי לחץ אשר מופעל על חוקרי המשטרה, אם מצד הממונים עליהם ואם מצד הציבור, מביא אותם לעשות שימוש בטכניקות מיוחדות תוך עקיפת החוק ותוך יצירת הצדקות מופרכות לכדאיות לאותן פעולות. **The Modern** "Policing a Postmodern Society" (R. Reiner *Law Review* 55, 761-781 (1992)).

174. התנהלות גורמי החקירה בתיק, ממחישה כיצד מוטיבציית-יתר והזדהות עם מטרת החקירה, פגמו באופן קשה הן באובייקטיביות והן במקצועיות של גורמי האכיפה, והביאו אותם להתעלם מחומר חקירה שתומך בחפותם של החשודים ובמקרים מסוימים אף לא לגלותו להגנה; להפעיל על עדי התביעה אמצעי לחץ בלתי חוקיים; לאפשר לעדים להעיד עדות שאינה נאמנה למציאות הנגלית מהראיות; להפעיל תוכנות סייבר התקפי לראשונה במדינת ישראל על עדים ועל חשודים, ועוד.

175. הדוגמאות שהבאנו עד כאן מהתנהלות גורמי החקירה והתביעה בחקירתם ועדותם של עדים מרכזיים: ישועה, חפץ ופילבר, והכשלים החמורים הרבים והנוספים שיפורטו להלן – מוסברים גם על רקע זה של להיטות היתר בה לקו גורמי האכיפה והתביעה בתיק.

ג.3. הטיה מוסדית

176. ייתכן וגם ההטיה המוסדית פעלה את פועלה הרע בתיק זה. מדובר בהטיה בקרב בעלי תפקיד המופקדים על שלום הציבור ועל קידום האינטרס הציבורי, שמביאה אותם להיות מושפעים לרעה, עד כדי איבוד הבלמים והאיזונים עליהם הם מופקדים, מתפיסת חשיבות האחריות המוסדית שלהם.

177. כך תיארו פרופ' גזל-אייל ופרופ' רייכמן את ההטיה המוסדית:

”כולנו מאמינים שלנאשם זכויות להליך הוגן, אולם עלינו להגן על הציבור מפני מכת מדינה של גנבת רכבים, והרי המדינה – השלטון – נועדה בדיוק לשם התמודדות עם מכות מדינה מעין אלו. לפיכך בעיני מקבלי החלטות האמונים על שלום הציבור המשקל שיש להעניק להתמודדות עם האיום צפוי להיות רב, והסכנה הטמונה בהתמודדות לקויה צפויה להיות מוערכת כאקוטית לא רק משום שמשמעות התמודדות לקויה כזו היא כי נושא המשרה השלטונית יישא באחריות ויאלץ לספוג ביקורת ואולי אף לאבד משרתו, אלא משום שסביר שנושא המשרה, מנקודת מבטו, אכן יראה בעצמת הסיכון כגוברת על זכות הנאשם” (אורן גזל-אייל ואמנון רייכמן “אינטרסים ציבוריים כזכויות חוקתיות”, משפטים מא 97, 130 (2011)).

178. מחקרים מראים שלתרבות הארגונית במשטרה יש השפעה מכרעת על עיצוב עבודת השיטור (J. P. Crank **Understanding Police Culture** (1998)). תחושת הייעוד בעבודת המשטרה והאתוס הלוחמני במלחמה בפשיעה מעצבים בצורה מכרעת את תפישות השוטרים, ויוצרים סולידריות ארגונית סביב התפישה לפיה, “המטרה מקדשת את האמצעים”. פועל יוצא של תפישה זו, הוא הפרה שיטתית של זכויות אדם (של עדים ושל חשודים כאחד) כפי שארע בתיק זה.

179. יתרה מכך, השפעה זו עשויה לחזק את המועדות הכללית להטיית האישוש, ולשכנוע-יתר של חוקרי המשטרה באשמת החשודים עליה עמדנו לעיל.

180. ככל הנראה, חוקרי המשטרה לא הצליחו להתנתק (למעשה הם לא יכלו להתנתק) מההבנה השגויה בדבר חשיבות המטרה של ביסוס התזה המפלילה באופן שבו היא הוצגה להם וכפי שהיא נתפסה כמקדמת את האינטרס הציבורי, ובכך מצאו לעצמם צידוק ומניע לביצוע פעולות חקירה אסורות, חריגות ויוצאות דופן: R. A. Leo "Rethinking the Study of Miscarriages of Justice: Developing a Criminology of Wrongful Conviction" **Journal of Contemporary Criminal Justice** 21, 201-223 (2005).

181. ביטוי מובהק להטיה זו אצל החוקרים ניתן למצוא בהתבטאויות חוזרות וחרופות שלהם כלפי החשודים. התבטאות אחת מאלה באה מפיה של החוקרת פולינה גובזמן כלפי פילבר. בפרץ של כנות, ככל הנראה בלתי נשלט, גילתה עד כמה היא טעונה בדעה מוקדמת ומסוכנת הנובעת מאותה הטיה מוסדית: טובים מול רעים. "הטובים" הם חבריה שמסרו את חייהם למען המדינה; מולם עומדים "הרעים" - כוחות האופל המושחתים אותם מייצג במקרה זה פילבר - שקמים עליה להחריבה:

חוקרת פולינה קריב: יש לי חברים שמסרו את החיים שלהם בשביל המדינה הזאת וככה אתה מתנהל?

נחקר, שלמה פילבר: זה נורא יפה להגיד את זה.

חוקרת, פולינה קריב: לא זה לא יפה. (תמליל חקירה מיום 17.7.2017, עמ' 82 ש' 19-22)

182. הדיון בין החוקרת לבין פילבר עסק בנושאי רגולציה במשרד התקשורת. מבהיל, לא פחות, שמשם הפליגה החוקרת למחוזות ההגנה על המולדת.

183. הנה כי כן, גם הטיה מסוכנת זו נטרלה את מנגנוני הביקורת הדרושים ומנעה בירור ממצה של ספקות ותרחישי חפות חלופיים, הן מצד החוקרים והממונים על החקירה והן מצד הפרקליטות.

ג.4. קבלת טענת הגנה מן הצדק בשל הנזק שנגרם להגנה

184. כאמור, מושכלות יסוד הן כי החקירה המשטרתית לא נועדה אך ורק לאיסוף ראיות להרשעתו של חשוד, אלא לאיתור ראיות שיובילו לגילוי האמת העובדתית (ע"פ 721/80 תורג'מן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(2) 466 (1981)).

185. חובתן של רשויות החקירה היא לחקור את העובדות ולאסוף את כל הראיות שיש בכוחן לשפוך אור על האירוע הנחקר. החובה למצות את כיווני החקירה הרלבנטיים כראוי, היא חלק מזכותו של הנאשם למשפט תקין והוגן, בהיותה אמצעי לחשיפת האמת ולעשיית צדק (ע"פ 8140/11 אבו עסא נ' מדינת ישראל (3.9.2015), בפסקה 54 לפסק דינו של כב' השופט מלצר).

186. חרף חובתה, בחרה המשטרה כשהיא מלווה בפרקליטים, לערוך חקירה סלקטיבית ומוטה ולהימנע מלחקור סוגיות מהותיות שהיה בכוחן לחשוף את האמת. לא זו בלבד, אלא שהמשטרה חסמה במפגיע עדויות והצניעה ראיות, שהיה בכוחן לשפוך אור על הפרשיות הנחקרות.
187. בחקירת המשטרה נפלו מחדלי חקירה רבים ומשמעותיים אשר פגעו בהגנתם של המבקשים, בשני אופנים: האחד, בכך שהקשו עליהם להתמודד עם הראיות שהובאו נגדם; השני, בכך שנמנעו מהם ראיות המוכיחות את חפותם, למצער – לעורר ספק באשמתם.
188. מחדלי חקירה אלה מחייבים את זיכויים של המבקשים ולו מטעם זה בלבד. על כך עוד יורחב בסוף המשפט ככל שכתב האישום לא יבוטל חלילה כבר עתה כמבוקש. בשלב זה, טענת ההגנה מתמקדת בפגיעה שמחדלים אלה גרמו לזכויותיהם של המבקשים להליך הוגן, אשר מחייבת את קבלתה של ההגנה מן הצדק.
189. לצורך קבלת הטענה של הגנה מן הצדק על רקע זה, נקבע על ידי בית המשפט העליון בעניין חליווה כי השאלה המכרעת אינה אם יש בכוחה של הראיה שלא נאספה כדי לעורר ספק סביר באשמתו של הנאשם, אלא אם עוצמת המחדל שנפל בהליכי החקירה היא כה חמורה עד שניתן לומר שקופחה זכותו החוקתית של הנאשם למשפט הוגן, המצדיק את זיכוי (פרשת חליווה, בפסקה 46).
190. בחקירה שנוהלה בפרשה זו, נפלו מחדלים חקירתיים רבים וקיצוניים עד שניתן לתארה כ"חקירה מחדלית". חקירה סלקטיבית ומוטה שלא שמה את חיפוש האמת לנגד עיניה, אלא אף כיסתה עליה.
191. מחדלי החקירה והפגמים שנפלו בחקירה זיהמו את החקירה ואת ההליך המשפטי שבא בעקבותיה, ופגעו פגיעה אנושה ביכולת לקיים משפט תקין והוגן.

ד. התנהלות שערווייתית של המשטרה בשלב החקירה

ד.1. חיפוש ותפיסת רכוש בניגוד לחוק ובאופן משפיל

192. "המקרה שלפנינו חושף [...] התנהלות של הרשויות אשר סותרת מושכלות יסוד במשפטנו".
193. זו קביעתו הנחרצת של בית המשפט העליון, בהתייחסו לפעולות החיפוש והתפיסה שבוצעו במסגרת חקירת הפרשה נושא האישום כנגד המבקשים (רע"פ 4526/18 אלוביץ' נ' מדינת ישראל (5.8.2018), בפסקה 9 להחלטתו של כב' השופט עמית) (להלן: "רע"פ אלוביץ'").
194. בפרשה נחצו שלא כדין קווים אדומים, בכל היבט ושלב אפשריים של ההליך – בחקירה, במעצר ובמשפט. כפי שנראה כעת, גם במה שהיה סימן מקדים ומעורר דאגה לכל אלה: בחיפוש שנערך אצל המבקשים ובתפיסה הברוטאלית והלא חוקית של רכושם. עניין זה כשלעצמו כבר התברר והוכרע בבית המשפט העליון. קביעותיו חשובות לענייננו.
195. פעולות אלה, עליהן מתחה הערכאה העליונה ביקורת חריפה ביותר, ממחישות את להיטות היתר של גורמי האכיפה בתיק, באופן ששיבש כל אפשרות ל"מחשבה שנייה", להטלת ספק ב"מחשבות ראשונות" ובצורך ב"הוכחות מופתיות".
196. להלן נראה שגם כאן, להיטות היתר בה לקו רשויות האכיפה הביאה אותן לעשות שימוש בפעולות חריגות ואסורות, תוך עקיפת חוק ויצירת הצדקות מופרכות למעשיהן.
197. באופן שתואם את מאפייניו הפסולים של טיפול רשויות האכיפה בפרשה על שלביה וענייניה השונים, גם החיפוש והתפיסה של רכוש המבקשים בוצעו באופן חריג ותקדימי. חלק מרכושם של המבקשים אף נתפס ללא צו מבלי שהמדינה הצליחה "להציג ולו אסמכתא אחת לתפיסת רכוש בשווי ללא צו שיפוטי" (רע"פ אלוביץ', בפסקה 18 להחלטתו של כב' השופט עמית).
198. מוטיבציית-יתר והזדהות עם מטרת החקירה, פגמו באופן קשה הן באובייקטיביות והן במקצועיות של גורמי האכיפה. כפי שגם אירוע זה מדגים, אחת התוצאות המצערות של דרך הילוכן של רשויות האכיפה, היא התנהלות שניטלו ממנה ממדים של הגינות ואנושיות.
199. ברוח התפיסה ששררה בקרב גורמי האכיפה שהיו מעורבים בתיק לפיה המטרה מקדשת את האמצעים, הופרו זכויות אדם יסודיות של המבקשים. אכן, "כך נעשה במקרה שלפנינו, ואף גרוע יותר" (ההדגשה במקור) (רע"פ אלוביץ', בפסקה 15 להחלטתו של כב' השופט עמית).
200. המשטרה פשטה על ביתם של המבקשים ורוקנה את הבית מחפצי אומנות ומתכשיטים שנמצאו בו ואלה שהיו על גופם של המבקשים. פעולה ברוטאלית ומבזה זו נעשתה ללא צו שיפוטי שהתיר לה לתפוס רכוש.

201. גורמי החקירה לא הסתפקו בתכשיטים שנתפסו בביתם של המבקשים, אלא שהוסרו ונלקחו שלא כדין ובאופן משפיל ומבזה שעונייהם של המבקשים מידיהם, טבעות נישואין מאצבעותיהם ועגיליה של המבקשת מאוזניה.

202. כפי שקבע בית המשפט העליון, "אף שהמטרה יכולה הייתה לבקש מראש צו תפיסה של חפצי האומנות והתכשיטים, היא לא עשתה כן" (רע"פ אלוביץ', בפסקה 15 להחלטתו של כב' השופט עמית).

203. פעולות אלה נעשו בניגוד גמור גם להוראת הצו שאחזו אנשי המשטרה בידם שנכתב בו במפורש כי "אין להשתמש בצו זה למטרה שאינה מפורטת לעיל [...]".

204. כפי שעולה מהחלטת בית המשפט העליון, פעולות אלה נעשו בכוונת מכוון ותוך ידיעה ברורה שמדובר בחיפוש ותפיסה אסורים :

"אם סבור הקורא כי המשטרה הופתעה למצוא בביתם של העוררים חפצי אומנות, נספר כי הגיעה לביתם של העוררים עם שתי משאיות ושמאית להערכת החפצים, ורוקנה את הבית מחפצי האומנות. נטען כי באותה הזדמנות, לצד התכשיטים שנתפסו, הורד שעון מידו של העורר, העוררים הסירו טבעות נישואין מאצבעותיהם, והעוררת הסירה עגילים מאוזניה – וכל אלה נתפסו ללא צו תפיסה, ובגדר חילוט זמני של רכוש בשווי. וכל זאת, כאשר בצו החיפוש עצמו נכתב בסעיף ההערות כי 'אין להשתמש בצו זה למטרה שאינה מפורטת לעיל [בכפיפות לסעיף 24 לפקודת סדר הדין הפלילי] (מעצר וחיפוש)' (רע"פ אלוביץ' בפסקה 15 להחלטתו של כב' השופט עמית).

205. בית המשפט העליון לא הסתיר את מורת רוחו מהתנהלות זו של גורמי החקירה :

"[...] קשה להלום התנהלות מעין זו, והתקשיתי להבין אם מדובר בפרקטיקה הנוהגת על ידי המשטרה. אם אכן כך – יש להפסיקה לאלתר" (שם, בפסקה 16).

206. נחזור כעת ונפרט את השתלשלות העניינים שהביאה את בית המשפט העליון לקבוע קביעות חמורות אלה ונוספות כפי שנראה להן.

207. ביום פתיחת החקירה בתיק 4000, בתאריך 18.2.2018, פשטו חוקרי המשטרה על ביתם של המבקשים בשעת בוקר מוקדמת. הם עצרו אותם ותפסו את נכסיהם לצורך הבקשה לחלטם בעתיד היה ויוגש נגדם כתב אישום וחלילה יורשעו.

208. צו החיפוש והתפיסה ניתן על-ידי בית המשפט ביום 8.2.2018. צוינו בו תפיסת נכסים מסוגים שונים, ביניהם, חשבונות בנק, נכסי נדל"ן ורכבים.

209. על אף שהמשטרה לא טרחה לבקש צו מתאים והצו שניתן לא כלל תפיסה של חפצי אומנות ותכשיטים, החוקרים הגיעו מלכתחילה לביצוע המעצר והתפיסה כשבכוונתם לתפוס את הרכוש. הם הצטיידו בשתי משאיות והתלוותה אליהם שמאית אומנות.

210. היה ברור שאם בית המשפט שנתן את הצו היה מעודכן על כוונתם, הוא לא היה נעתר ומתיר להם ביצוע פעולות אלה. כך קבע בית המשפט העליון:

”קשה להלום כי בית המשפט היה מתיר בצו, במסגרת חקירה, חילוט של תכשיטים אישיים ושעונים” (שם, ס' 26א).

211. על פעולותיה אלה של המדינה, מתח בית המשפט העליון ביקורת קשה:

”תוצאה זו קשה בעיני, בלשון המעטה, אך כאמור, כך ממש נעשה במקרה דנן, תוך חריגה רבתי מנוסח צו החיפוש” (שם, ס' 20).

212. גם בכך לא תמו עלילותיה של המשטרה. גם לאחר שתפסה, שלא כדון, את חפצי האומנות והתכשיטים, היא לא טרחה לעדכן בכך את בית המשפט ולפעול בהתאם להוראותיו. על הפגם הכפול של גורמי החקירה עמד בית המשפט העליון:

”תפיסת חפצי האומנות והתכשיטים של המבקשים לקחה בפגם כפול: התפיסה נעשתה מלכתחילה שלא כדון, תוך חריגה מצו התפיסה שניתן על ידי בית המשפט לבקשת המשטרה, ולמרות שהמשטרה התכוונה והתכוונה מראש לתפוס את חפצי האומנות. גם בדיעבד, המשטרה לא חזרה לבית המשפט בבקשה לקבל הוראות לגבי המשך החזקת חפצי האומנות והתכשיטים שנתפסו” (שם, בס' 25).

213. מעבר לאי החוקיות הבוטה בפעולתם של גורמי החקירה, לא ניתן להתעלם לצורך הבקשה דן גם מהעובדה שמעשים אלה היו כרוכים בהשפלתם של המבקשים.

214. זו היתה מסקנתו החמורה של בית המשפט העליון:

”[...] אי חוקיות התפיסה של חלק מהתכשיטים אף הייתה כרוכה בממד נוסף של השפלה, וגובלת בחיפוש על הגוף ללא צו” (שם, ס' 26א).

ואף:

”על אחת כמה וכמה, שהמשטרה לא יכולה הייתה לדרוש מהעוררים להסיר מעל גופם שעונים ותכשיטים, מה שגובל בחיפוש על גופו או בכליו של אדם ללא צו חיפוש שיפוטי” (שם, ס' 20).

215. אם לא די בכך שתפיסת החפצים נעשתה שלא כדין, היא נעשתה תוך השפלה וביזוי של המבקשים תוך פגיעה בזכותם החוקתית לכבוד, אגב עריכת חיפוש לא חוקי על גופם.

216. נדמה שאדם הגון לא זקוק לדמיון רב על מנת לתאר את הפגיעה הקשה והאסורה בכבודם של המבקשים. מה רבה עוצמתה עת באשמורת אחרונה התעוררו המבקשים לקול דפיקות החוקרים שצבאו על דלת ביתם, מוכי הלם ואלם הם צפו בחוקרים ובלשים שערכו בכל פינה בו חיפוש כשהם פושטים על תכולתו, מפשיטים מכתליו כל תמונה ותופסים כל חפץ שנדמה לשמאית האמנות שהתלוותה אליהם כבעל ערך. חומרתה של תפיסה רועשת ואלימה זו הועצמה משנעשתה במעשה בריונות מטלטל ללא צו שיפוטי, והגיעה למחוזות איומים משנלווה אליה ממד של השפלה וביזוי כתוצאה מהפשטתם של בני הזוג גם מטבעות הנישואין שענדו, משעוניהם ומעגיליה של המבקשת.

217. להיטות היתר שאפיינה את גורמי החקירה, שיבשה את שיקול דעתם והביאה אותם לבצע פעולות חריגות תוך עקיפה מודעת של החוק ותוך יצירת הצדקות מופרכות ללגיטימיות של אותן פעולות.

218. קביעותיו של בית המשפט העליון בהחלטתו, לא מותירות מקום לספק שכך ארע במקרה דנן:

“חפצי האומנות והתכשיטים בביתם של המבקשים נתפסו שלא כדין, תוך חריגה בוטה (וידועה מראש) מצו החיפוש והתפיסה. הפגם אך מתעצם, בהינתן שלאחר התפיסה, המדינה גם לא פנתה לבית המשפט” (שם, בס' 23. ההדגשה הוספה. הח"מ).

219. יוצא אפוא שתפיסת הרכוש באופן שבו היא נעשתה, ולצרכים שלשמה היא בוצעה, פגעה בזכותם החוקתית של המבקשים גם לקניין (ראו, בש"פ 342/06 לרגו עבודות עפר בע"מ נ' מדינת ישראל, בעמ' 8 (12.3.2006)).

220. לאירוע זה משמעות רבה בגדרה של הבקשה והסעד המתבקש במסגרתה. ראשית, מדובר בעוד מקרה של התנהלות שערורייתית של רשויות האכיפה ששמה ללעג ולקלס את הוראות הדין תוך שהן מפרות במודע וברגל גסה את זכויותיהם של המבקשים לכבוד ולקניין. שנית, גם אירוע זה מדגים עד כמה לקו רשויות האכיפה באותה להיטות יתר מסוכנת שסימאה את עיניהן עד שהעזו לפעול כפי שפעלו. אותה להיטות יתר הביאה אותן גם לראיית מנהרה שהותירה על רצפת חדר החקירות ראיות הפועלות לטובת המבקשים, והביאה אותן שלא למצות נתיבי חקירה מתבקשים לבחינה ביקורתית של ראיות מסבכות לכאורה וגילויין של ראיות מזכות.

2. ד. שיטות תחקור מבזות ובלתי חוקיות

1.2. ד. איסור השימוש בשיטות תחקור משפילות ובלתי הוגנות שנועדו לשבור את רוחו של הנחקר

221. אין חולק שצורכי החקירה מצדיקים שימוש בתחבולות ובפעולות מתוחכמות על מנת לפענח פשעים ולחשוף את האמת.

222. יחד עם זאת, הפסיקה שבה והדגישה את הצורך והחשיבות בהבחנה שבין תחבולה מותרת לבין תחבולה נפסדת. בין תרגיל חקירה מתוחכם לבין תרגיל חקירה נלוז. בין פעולות חקירה לגיטימיות לבין פעולות אסורות אשר פוגעות בזכויותיו של החשוד.
223. כפי שתואר לעיל ועוד יפורט להלן, חקירת המשטרה בפרשה נוהלה מתוך הלך מחשבה לפיו המטרה מקדשת את האמצעים. כפועל יוצא, פעם אחר פעם, בוצעו פעולות חקירה אסורות, יוצאות דופן בחריפותן, שאינן עולות בקנה אחד עם הדרישות הסטטוטוריות וההלכתיות באשר לסטנדרט החקירה המותר.
224. חקירת המשטרה כללה שימוש חוזר ונשנה בשיטות תחקור בלתי הוגנות שהופעלו כלפי הנחקרים (המבקשים, חשודים אחרים ואף עדים שלא נחקרו באזהרה); יצירת לחצים נפשיים בלתי הוגנים; שימוש בתחבולות פסולות; ושיטות חקירה אחרות, ברוטליות ובלתי אנושיות, אשר פגעו בצלם דמות האדם של הנחקר.
225. ההתנהלות השערורייתית של גורמי החקירה פגעה פגיעה אנושה בזכותם של המבקשים להליך הוגן. המשך ניהול משפט – המושתת על חקירה שכזו – מנוגד לתפיסות הצדק המקובלות.
226. כאמור, אין בכוונתנו לפרט בבקשה את כל פעולות החקירה הפסולות, אלא להתמקד באותן פעולות אסורות שלטענתנו מצדיקות, לבדן, את ביטול המשפט. המשותף לכל אותן פעולות הוא העומד בבסיסן: אותה להיטות יתר שהביאה לראיית מנהרה ולהטיית אישוש בה לקו רשויות החקירה שלוו על ידי התביעה, ואשר הביאו לזיהום ההליך ולפגיעה אנושה בתחושת הצדק וההגינות המשפטית.
227. ממילא לא נעסוק פה בכל אותן פעולות אשר גרמו לאי נוחות לנחקרים, ואף לא בכאלה אשר פגעו בשלוות נפשם וגרמו להם מצוקה נפשית, ונעשו רבות כאלה. בהכירנו את ההלכה הפסוקה אשר מבחינה בין פעולות חקירה "לא נעימות" אך מותרות כהכרח בל יגונה, לבין פעולות חקירה נפסדות ובלתי אנושיות, נביא להלן רק את אותן פעולות אשר נמנות על הקטגוריה השנייה. די באלה על מנת לעמוד אפילו באמות המידה המחמירות שנהוגות היו בעבר לצורך קבלת הטענה להגנה מן הצדק. קל וחומר באמות המידה הקיימות היום.
228. אף מעבר לנחוץ הוכח כבר עתה, שביסוד אותן פעולות חקירה נפסדות ובלתי אנושיות, עמדה מטרה אסורה בתכלית: שבירת רוחם של הנחקרים על מנת להביאם לכך שישתפו פעולה עם החוקרים, יודו במיחוס להם ויפילו אחרים. לצורך כך המטרה קידשה את האמצעים הפסולים.
229. בחקירת הפרשה הופעלו שיטות תחקור בלתי סבירות ובלתי הוגנות אשר באו לידי ביטוי בדרכים שונות. כך, למשל, נערכו **חקירות ממושכות ובתנאים מיוחדים בלא הצדקה עניינית** (על הממד הפסול שבחקירות אלו, ראו לדוגמה: ע"פ 408/79 **אבו עמרה נ' מדינת ישראל**, פ"ד לד(2) 272, 275–274 (1980); ע"פ 251/63 **אבו-ניל נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד יח(1) 253, 267–268 (1964)); לעיתים תוך **מניעת שינה מנחקרים** (ראו, למשל, ע"פ 6613/99 **סמירק נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(3)

529, 551 (2002)). ניתן למנות בין שיטות החקירה הבלתי הוגנות גם חקירה שבה נשללו זכויות יסודיות אחרות של הנחקר כמו **חקירה בתנאי רעב וניצול מצוקה רפואית (פרשת יוסף)**.

230. כל אלה נועדו לגרום למצוקה נפשית של הנחקר ולערפול חושיו. למצער, תוצאה זו – שלה היו ערים החוקרים – נוצלה על ידם באופן פסול בחקירה.

231. בשל ההטיות שתוארו לעיל, וברוח הגישה ששלטה בחקירה לפיה המטרה מקדשת את האמצעים הפסולים, וכאמור – אף בגדר למעלה מן הנחוץ, הגיעו לשיאם הדברים שעה שהוכח שחוקרי המשטרה בקשו לשבור את רוחו של עד המדינה **ניר חפץ**, עת נחקר כחשוד, והפעילו עליו לחצים פסולים במטרה להביאו לחתום עימם על הסכם עד מדינה. תוכנית פעולה שהוכתרה, מבחינת גורמי אכיפת החוק, בהצלחה.

232. אין נפקא מינה אם רשויות החקירה גרמו בכוונת מכוון להרעה במצבו הרפואי של חפץ או אם ביקשו להרעיבו או למנוע ממנו לישון. אלא, וזה העיקר, הם נמנעו מלטפל במפגעים הללו. יתרה מזו, הם ניצלו שלא כדין את המצוקה הגופנית והנפשית שנגרמה לו בשל העדר שינה, תחושת הרעב שהייתה מנת חלקו ימים ארוכים ומצבו הבריאותי הלקוי. עניינו של חפץ אמנם חריג ביחס לעדים אחרים, אלא שגם ביחס לאלה התנהלו חקירות אשר חצו את גבולות המותר והאסור.

233. נוכח חומרת הדברים בעניינו של חפץ, שנחקר בחקירה ש"דגל שחור מתנוסס מעליה", נמקד את המבט על הליכי החקירה בהם היה נתון.

ד.2.2. התעלמות ממצב בריאותי לקוי, מניעת טיפול רפואי וניצול מצוקה רפואית של הנחקר

234. סעיף 9 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996 (להלן: "**חוק המעצרים**") קובע כי:

9. (א) **עצור יוחזק בתנאים הולמים שלא יהיה בהם כדי לפגוע בבריאותו ובכבודו.**

(ב) **עצור יהיה זכאי, בין היתר, לכל אלה:**

(1) **לתנאי תברואה הולמים, לתנאים שיאפשרו לו לשמור על נקיונו האישי, לטיפול רפואי הנדרש לשם שמירה על בריאותו ולתנאי השגחה מתאימים על פי דרישת רופא;**

(2) **למיטה, מזרן ושמיכות לשימוש האישי, ולהחזקת חפצים אישיים כפי שייקבע בתקנות;**

(3) **למי שתייה וכן למזון בכמות ובהרכב המתאימים לשמירה על בריאותו;**

(4) **לתנאי תאורה ואוורור סבירים בתא.**

235. דגש נוסף על אופן ניהול החקירה הושם בנהלים של אגף חקירות ומודיעין של המשטרה בנושא :

3. א. ככלל, אין לתשאל או לחקור חשודים בשעות הלילה (מעבר לשעה 23:00) אלא בנסיבות מיוחדות, שיפורטו בכתב ובאישור הקצין הממונה על החקירה. [...]

ב. בקביעת אופן החקירה ומשכה, יש להביא בחשבון את מצבו הגופני והנפשי של הנחקר, על פי התרשמות החוקר / קצין החקירות, באותה העת.

ג. יש לוודא, כי החשוד יקבל מזון ופרקי מנוחה סבירים, לרבות שעות שינה סבירות (בהתאם לגילו ולמצבו הגופני) במהלך היממה.

ד. יש להקפיד על רישום כל השיחות עם החשוד, בציון מועדי החקירה המדויקים, תוכן השיחה, והטעמים המיוחדים לחקירה ממושכת או לחקירה בשעות חריגות. (נהלי אגף חקירות ומודיעין של משטרת ישראל מס' 300.05.064 "תנאי חקירה הוגנים" (8.11.2015). להלן: "נהלי אגף חקירות ומודיעין").

236. בית המשפט העליון נדרש פעמים רבות לנושא מניעת טיפול רפואי והתריע מפניו. למשל, בע"פ 8332/05 איסקוב נ' מדינת ישראל (26.07.2007) נקבע כי הוראת ס' 9(ב) לחוק המעצרים היא :

"הוראה המבטאת את חובת המדינה לשמור על כבודו של העצור ולספק לו תנאים מתאימים לשמירה על גופו וכבודו" (שם, בפס' 21 לפסק דינו של כב' השופט א' לוי).

237. שמירה על בריאותו של עצור ומתן מענה רפואי הולם את צרכיו, אינה עניין של מה בכך. כפי שראינו, חובה זו ואחרות נקבעו בחקיקה, בתקנות ובנהלי עבודה של רשויות האכיפה.

238. החובה לשמור על בריאותו של עצור קבועה בסעיף 9(ב) לחוק המעצרים, והחובה להביא בחשבון את מצבו הגופני והנפשי של הנחקר בעת חקירה קבועה בסעיף 3(ב) לנהלי אגף חקירות ומודיעין.

239. נוסף על כך, תקנות סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) (תנאי החזקה במעצר), תשנ"ז – 1997 (להלן: "תקנות המעצרים"), קובעות שכל עצור זכאי לטיפול רפואי על פי קביעת רופא :

16. כל עצור המבקש טיפול רפואי זכאי להיבדק בידי חובש או רופא במקום המעצר; כל עצור זכאי לקבל טיפול רפואי הנחוץ לו לשם שמירה על בריאותו, על פי קביעת רופא מקום המעצר, ובדרך שתיקבע בפקודות; בסעיף זה, "חובש" – מי שקצין רפואה ראשי של משטרת ישראל או קצין רפואה ראשי של שירות בתי הסוהר הסמיכו לבדוק עצורים לפי תקנה זו. (תקנות המעצרים, סעיף 16)

240. החקירה והמעצר של חפץ נעשו בחריגה משמעותית מהמקובל והמותר. הן מבחינת יחס הרשויות לנחקר והן מבחינת משך המעצר. הם חצו את הגבול לפי כל אמת מידה מוכרת.

241. כבר בעת חקירותיו, וכן בעדותו בפני בית משפט נכבד זה, סיפר העד שבמשך ימים רבים הוא סבל קשות ממאות עקיבות של פשפשים כתוצאה מההיגיינה הירודה של תאי המעצר. אלה הביאו לגירודים קשים מנשוא ולשלפוחיות שהתפשטו בכל חלקי גופו. למרות תלונותיו החוזרות ונשנות, לא נענו תחנוניו לקבל טיפול על מנת להקל על מצוקתו הרבה.

242. עקיבות הפשפשים היו מנת חלקו במשך ימים ארוכים. הוא התלונן על עקיבות שוב ושוב ובהזדמנויות שונות. בין השאר בחקירתו מיום 20.2.2018 (נ/1915 עמ' 5 ש' 25; שם, עמ' 19 ש' 17–39; שם, עמ' 110 ש' 13–26), בחקירתו מיום 21.2.2018 (נ/1920, עמ' 23 ש' 23–26) ובחקירתו מיום 25.2.2018 (נ/1939 עמ' 24 ש' 11–27).

243. גם אם לא ניתן להטיל על החוקרים את מלוא האחריות למצב הרפואי אליו נקלע העד, בוודאי שמוטלת עליהם אחריות לכך שנמנעו מלתת לו מענה. גרוע מכך, הם ניצלו באופן פסול ואכזרי את המצוקה הרפואית אליה הוא נקלע, ככלי להפעלת לחץ על מנת שישנה מדרכיו וישתף עמם פעולה.

244. החוקרים הגיבו באדישות ובזלזול למצבו הרפואי של חפץ, שסירב באותם שלבים, על פי עצת עורך דינו, לשתף פעולה עמם. על אף תלונותיו הרבות ותחנוניו לקבל טיפול רפואי והסבל הרב והניכר לעין בו היה נתון, הם הקשיחו את לבם והמתינו שיישבר.

245. חרף מצבו הגופני המדרדר, החוקרים עמדו בסירובם לאפשר לחפץ לראות רופא, בתירוצים מתירוצים שונים.

246. תחילה נטען על-ידם שהדבר כלל אינו בתחום אחריותם אלא באחריות שב"ס:

נחקר מס' 1, ניר חפץ: (מילה לא ברורה) אני רק מתישהו אם אפשר שאני יראה את החופש (מילה לא ברורה) כי אני חושב שסקביאס אני צריך תרופה פשוט, זה תולעים כאלה.

חוקר מס' 2, ניר שוורץ: תקשיב, אתה מבחינת התנאים הללו תחת הפיקוח של שב"ס בסדר? לשב"ס יש... (תמליל חקירה מיום 20.2.2018, נ/1915 עמ' 5 ש' 25–30).

247. הם הוסיפו ותירצו את אי מתן הטיפול הרפואי הנדרש בכך שהוא ניתן רק כשיש "באמת מצוקה":

נחקר מס' 1, ניר חפץ: מגרד לי בכל הגוף.

חוקר מס' 2, ניר שוורץ: אני מבין. הרופא פה חופשי אם זה למטרת באמת יש איזו מצוקה...

נחקר מס' 1, ניר חפץ: אולי כדור הרגעה לגירוד.

חוקר מס' 2, ניר שוורץ: לא יודע, אפשר לבדוק את זה.

נחקר מס' 1, ניר חפץ: בסדר. תראה אתה רואה? אני לא ממציא שום דבר

חוקר מס' 2, ניר שוורץ: הצוות הרפואי פה הוא לצורך באמת מצוקה (מילה לא ברורה) מצוקה עכשווית שצריך באמת מבחינה רפואית לפתור אותה כפי שהיה ביום הראשון נבדקת אצל רופא. בסדר. בוא... בוא נעשה כזה דבר.

[...]

חוקר מס' 2, ניר שוורץ: בוא נמשיך הלאה. (תמליל חקירה מיום 20.2.2018, נ/1915 עמ' 5 ש' 30 עד עמ' 6 ש' 6).

248. בהמשך נימק אחד החוקרים את סירובו בתירוץ המופרך לפיו, הפנייה לרופא מוצדקת רק במקרה של "אירוע לב או אם פתחת את הראש":

נחקר מס' 1, ניר חפץ: שאני מודה על האוכל והשתייה ומבקש... ומבקש לראות רופא

חוקר מס' 1, יניב פלג: מה יעזור לך אבל רופא?

נחקר מס' 1, ניר חפץ: אני רוצה... יש לי פריחה פה ופה... אני...

חוקר מס' 1, יניב פלג: אבל פה... פה ניר... פה רופא...

נחקר מס' 1, ניר חפץ: שיתנו לי איזה כדור הרגעה.

חוקר מס' 1, יניב פלג: אם יש לך אירוע לב או פתחת את הראש, אתה יודע זה עזרה ראשונה (מילה לא ברורה). (תמליל חקירה מיום 20.2.2018, נ/1915 עמ' 19 ש' 27 עד ש' 34).

249. בעדותו הראשית בבית-המשפט ההין שוורץ, ראש הצוות שהופקד על חקירת חפץ, לומר שהטיפול הניתן ביחידה הוא על-ידי חובש בלבד, ונחקר יראה רופא רק במקרה שקיים חשש לחייו:

"צריך להבין שביחידה יש חובש, אין רופא ביחידה, יש חובש ואם במהלך החקירה נחקר מסוים יש איזשהו חשש לחייו אז מזמינים אמבולנס ומפנים אותו למיון וככל שזה משהו שחובש יכול לטפל בו אז הוא מטפל בו" (פרוטוקול הדיון מיום 10.1.2022, עמ' 9418 ש' 13–16).

250. החוקרים התעקשו שוב ושוב שלא לשלוח את העד לטיפול של רופא. גם כאשר הואילו החוקרים להפנותו לטיפול של חובש, תיאום הפגישה עם החובש נתקל בקשיים רבים וגם בעקבותיה הוא לא זכה לטיפול לו הוא נזקק:

"וגם לראות את החובש ביחידת 433 עשו לי קשיים גדולים. אני התווכחתי על זה. והחובש הזה זה סתם, הוא נשמע להוראות החוקרים. אמר זה כלום, תקבל

משחה בערב בשב"ס. הוא שיתף פעולה לחלוטין. רופא זה משהו אחר. אתה יודע, שבועת הרופא. הוא גם למד" (פרוטוקול הדין מיום 1.12.2021, עמ' 7760).

251. רס"ר יניב פלג (להלן: "פלג"), אחד מחוקריו של חפץ, הסביר בחקירתו הנגדית שהחלטה לא לשלוח את חפץ לטיפול, נבעה מההוראות שקיבלו מהחובש, לפיהן אין להפנותו אליו אלא אם מדובר בסכנת חיים. פלג לא חשב לערער על עמדת החובש, על אף שחפץ הוחזק במעצר כחשוד תחת אחריותו, ועל אף סבלו הניכר לעין:

ת: אבל טוב, יכול להיות, אני לא אומר שלא היה דבר כזה אבל אם החובש אומר לי אם זה לא סכנת חיים אני לא מגיע אז ידי כבולות, אין לי מה לעשות.

ש: זה מה שהחובש אמר לך?

ת: אני לא יודע אם במקרה הספציפי הזה אבל היה פעם שאני זוכר שהוא אמר לי, הוא אמר לי זה לא סכנת חיים, תתמודד, זה מה שיש, הגירודים

ש: תתמודד, זה מה יש?

ת: כן, במילים אחרות זה פראפרזה למה שהוא אמר לי, הוא אמר לי זה לא סכנת חיים

ש: זה לא סכנת חיים וזה מה ששידרתם למר חפץ?

ת: זה גם מה שאמרתי לו, אין לי מה להסתיר לו

ש: המדד נראה לך לטיפול רפואי שזה משהו של סכנת חיים או שזה חובש שיחליט פה לחרוג מהסמכות או מישהו אמר לו לחרוג מהסמכות, זה נראה לך מתקבל על דעת?

ת: אין לי מושג מה קרה עם החובש, אני רק יודע שבאותו זמן היה ברור שלניר חפץ לא נעים ושמגרד לו ושהוא סובל.

ש: אז אני רוצה רגע להבין את העניין, הוא סובל, היה ברור, אתה אומר את זה בהגינות בעניין הזה והחובש אומר לך תשמע זה לא סכנת חיים, אני מסכים כנראה שזה לא סכנת חיים בעניין הזה וממשיכים הלאה? זה נראה לך, הוא נחקר שלכם, הוא במשמורת שלכם.

ת: אתה צודק, אני זוכר שזה היה שעת ערב מאוחרת בגלל שלא היה חובש ביחידה וחובש אמר לי שהוא לא מגיע לבדוק אותו האופציה הבאה שלי הייתה זה להזמין אמבולנס לפנות אותו לבית חולים, לא הייתה שום אופציה אחרת. (פרוטוקול הדין מיום 18.1.2022, עמ' 10109 ש' 8 עד עמ' 10110 ש' 3).

252. תלונותיו של חפץ על מצבו הרפואי והתעלמות החוקרים מהן, הועלו בפני בית המשפט שדן בהארכת מעצרו :

“לגבי טיפול רפואי [...] התעוררתי בבוקר עם מאות עקיצות של פשפשים וכל גופי מכוסה שלפוחיות. כשהגעתי הבוקר לחקירתי אז ביקשתי רופא כדי שיתנו לי משהו להרגעה ותשובתו הייתה: “לא מתים מזה, אתה תקבל טיפול מהשב”ס”. היו לי מאות שלפוחיות בידיים ובגוף ואני לא מאמין שהקריטריון לראות רופא זה רק כשנשקפת סכנת חיים. קיבלתי טיפול מצוין מהשב”ס רק בלילה וכרגע זה מטופל” (פרוטוקול דיון בהארכת מעצר מיום 22.2.2018, נ/2004, עמ' 6 ש' 9–15).

253. חפץ סיפר לבית המשפט שהאריך את מעצרו שהוא נבדק על ידי החובש רק לאחר שהתמוטט :

“אחרי שכבר טופלתי בשעה 2:00 בלילה בשב”ס, אז קיבלתי את תשובת המרפאה. אבל יום לפני כן, כשביקשתי 5 דקות לראות רופא ובחקירה יש שעות רבות של חקירה וביקשתי מהחובש שהוא כמה קומות מעל שיראה אותי ולא התאפשר. באותו יום שאני מתאר עכשיו, אחרי שהחקירה הסתיימה השאירו אותי עוד 3 שעות והתשישות הזו ששאלו אותי שאלות גרם לזה שהתמוטטתי ורק אז הביאו חובש שמדד לי לחץ דם וכו'. זה נגמר בזה שנפלתי על הרצפה” (פרוטוקול דיון בהארכת מעצר מיום 22.2.2018, נ/2004, עמ' 6 ש' 24–29).

254. במצב שנוצר, בו החוקרים עומדים בסירובם להפנותו לרופא והחובש מסרב לטפל בו כראוי, הוא נותר לסבול במשך ימים ארוכים מעקיצות פשפשים, גירודים ושלפוחיות, כאשר במקביל וללא הפסקה במשך ימים ושעות ארוכות – מפעילים עליו החוקרים מכבש לחצים על מנת להביאו לשתף עמם פעולה.

255. לא יכולה להיות מחלוקת שהתנהלות החוקרים עומדת בניגוד מוחלט לחוק, לתקנות ולנהלים, הקובעים כולם שכל עצור זכאי לקבל טיפול רפואי הנחוץ לו לשם שמירה על בריאותו.

256. כדי להוסיף חטא על פשע, החוקרים אף לעגו לחפץ על מצבו האומלל. כך הוא תיאר את הדברים בחקירתו הנגדית :

ש. נוכל להמשיך. עכשיו החוקרים גם די השתעשעו מהנושא הזה של הגירודים

ת. כן, הריצו בדיחות עלי כל הזמן

ש. הריצו דחקות נכון?

ת. דחקות כל הזמן

ש. דחקות היו כי אולי עפה איזה כינה או

ת. צחקו עלי כל הזמן

ש. זה תקיפת שוטרים אמרו לך נכון?

ת. עזוב, נו, מה אנחנו צריכים להיכנס לתיאורים האלה עכשיו, כל הזמן הסתלבטו עלי על הסבל שלי (פרוטוקול הדיון מיום 1.12.2021 עמ' 7810 ש' 5-13).

257. ההתעקשות שלא להפנותו לרופא ואי-הטיפול של החובש הובילו להתדרדרות במצבו של העד. רק ביום 25.2.2018, שמונה ימים לאחר שנעצר, הוא הופנה לרופא שנתן לו טיפול מתאים.

258. הרופא, ד"ר מזין, מתח ביקורת קשה על חוסר הטיפול בחפץ ועל מצבו. דברים אלו באו לידי ביטוי, בחלקם, במזכר שכתב פלג:

"בשעה 15:57 פגש את ד"ר מזין רופא מחוז ש"י מספר רישיון 29374 מ.א. 1045053, נבדק על ידו, הוסבר לו כיצד לטפל במצבו, הרופא גם צילם תמונות של האזורים שהיו זקוקים לטיפול רפואי בגופו של ניר, בנוסף ד"ר מזין אמר לי לאחר שאני והוא יצאנו מהחדר כי בכוונתו לדווח לקרפ"ר על מצבו של ניר חפץ וגם יעדכן את הרופא בבית המעצר קישון בנוגע למצבו של ניר. הבדיקה הסתיימה בשעה 16:30 לערך" (מזכר מיום 25.2.2018, ת/214, פס' 6).

259. בעדותו בחקירה ראשית פרס פלג תמונה מפורטת יותר, באשר לתגובתו של הרופא:

"באחד מימי החקירה הגיע רופא ליחידה הוא פגש את ניר חפץ, ניר חפץ באותו זמן כבר קיבל תרופות לגירודים ולעקיצות, הרופא הסתכל על ניר הסביר לו איך להשתמש בתרופה, מה לעשות ומתי לעשות ואמר לי בוא אני רוצה רגע לדבר איתך בחוץ. כשהוא יצא החוצה הוא אמר לי שהוא מאוד כועס על המצב הרפואי של ניר חפץ, הוא אמר לי שהוא מתכוון לדווח על זה לקצין רפואה ראשי של המשטרה והוא לא מבין למה הוא הגיע למצב הזה. הוא נתן לי את הפרטים שלו, את מספר הרישיון שלו ואת המספר האישי שלו למקרה ואני אצטרך אותו עוד פעם, הודיתי לו ובזה המפגש שבינינו הסתיים" (פרוטוקול הדיון מיום 17.1.2022, עמ' 9968 ש' 19 עד עמ' 9969 ש' 2).

260. פלג חזר על הדברים גם בעדותו בחקירה נגדית:

"ד"ר מזין נכנס כמו שתיארתי לא היה דוקטור ביחידה, ד"ר הגיע אחת לכמה ימים או כמה שבועות לבדוק מטופלים או אני לא יודע מה, הוא נכנס לחדר של ניר חפץ, בדק אותו ראה את התרופה שהוא קיבל אמר לו שזו תרופה טובה, הוא הסביר לו איך להשתמש בה ואז ביקש ממני לצאת מחדר החקירה. הוא שאל אותי, זה פרפראזה, אני לא זוכר בדיוק את המילים אבל איך או למה הוא הגיע

למצב כזה, הוא היה כעוס. אני לא זוכר אם הוא אמר את המילה שהוא כועס או שהוא זועם או לא, אבל היה ברור שהוא כעוס על המצב איך הוא הגיע למצב כזה, נתן לי את פרטיו האישיים במידה ונצטרך אותו עוד פעם ואמר לי שהוא מתכוון לדווח על כך לקרפ"ר על מצבו הרפואי של ניר חפץ" (פרוטוקול הדיון מיום 18.1.2022, עמ' 10122 ש' 14-21).

261. חומרתי היתירה של העניין לא נעלמה מעיני בית המשפט הנכבד. הוא ביקש להבין האם כעסו של הרופא נבע מביקורת על תנאי החזקתו של חפץ ודרכי הטיפול בו :

כב' השופט מ' בר-עם: אדוני יכול להרחיב ולומר אולי למה הרופא כעס?

ת: הרופא לא היה מרוצה ממצבו, אני זוכר שהוא אמר לי אני לא מבין למה הוא הגיע למצב הזה?

[...]

כבי השופט מ' בר-עם: אם הוא הבין שהוא הגיע למצב הזה ייתכן שאולי, לא רוצה לשים מילים בפי אדוני אבל ייתכן שיש לו איזשהם טענות לגבי דרכי החזקתו במקום, דרכי הטיפול בו, אינני יודע, אדוני יודע, אדוני שוחח עם הרופא לא אני. אדוני יודע לזכור למה הוא לא מבין איך הוא הגיע למצב הזה?

[...]

ת: כן. העקיצות האלה זה היה עניין של כמה ימים, זה לא היה עניין של יום או כמה שעות. אני זוכר שד"ר מזין הגיע כמה ימים לאחר שניר עדיין היה עם, ניר חפץ היה עדיין עם השלפוחיות והוא ראה אותו ובחוף הוא אמר לי אני לא מבין למה הוא הגיע למצב הזה. עכשיו, אני לא היה לי מה להגיד לו כי אני לא רופא, אני לא מבין מצב רפואי של אדם.

כב' השופט מ' בר-עם: אבל הוא כעס שהוא לא קיבל טיפול בזמן, הוא לא קיבל טיפול נאות בזמן, לא עשו פעולה אחרת? אינני יודע, אני שואל. למה שהרופא יכעס.

ת: כן, אני אגיד לאדוני המכובד שאני גם לא יודע, אני מלבד הבקשה היחידה שהייתי יכול, השירות היחידי שהייתי יכול לתת לו שזה להתקשר לחובש וחובש מאשר לי תגיע, אני לוקח אותו מעבר לזה אין לי שום יחד במצבו הרפואי, אני לא רופא, אני לא פרמדיק, אני לא חובש אני רק יכול להתקשר ולהביא אותו מחדר החקירות לחדר החובש, זה הכל (פרוטוקול הדיון מיום 17.1.2022, עמ' 9976 ש' 21 עד עמ' 9978 ש' 2).

262. מהעדויות שנשמעו בבית המשפט, עולה תמונה ברורה ומטרידה ביותר. החוקרים פעלו בניגוד לדין והתעלמו במפגיע ממצבו הרפואי של חפץ. במשך ימים ארוכים הם הניחו לו לסבול, תוך שהם מנצלים את מצבו הגופני והתשישות הנפשית שלו לצרכי חקירה.

263. רופא שראה אותו באיחור רב כעבור כמה ימים, הזדעזע לא רק ממצבו הבריאותי אלא גם מהתנהלות החוקרים ומהעובדה שהתעלמו במשך ימים ארוכים ממצבו המדרדר ולא הפנו אותו לטיפול רפואי הולם.

264. מצב רפואי בלתי נסבל של שלפוחיות, גירודים ופריחות עקב מאות עקיצות פשפשים, שהחלו בלילה הראשון למעצרו של חפץ ביום 18.2.2018, טופלו רק ביום 25.2.2018. במשך למעלה משבוע שלם לא ניתן טיפול ראוי לעצור, בניגוד לחוק ולתקנות המחייבות טיפול רפואי הולם. זאת, תוך שהוא נתון בסבל גדול וניכר לעין ושתלונותיו הרבות נענות באדישות ובלעג.

265. חוקריו של חפץ התעלמו גם ממצוקות רפואיות אחרות שלו, כאלה שאף מסכנות חיים.

266. כבר ביום חקירתו הראשון, העד התלונן על כאבים ועדכן את חוקריו על כך שהוא נזקק לתרופות משום שהוא סובל מלחץ דם גבוה. גם בקשותיו בעניין זה נפלו על אוזניים ערלות. בקשותיו לעזרה זכו להתעלמות מוחלטת (תמליל חקירה מיום 18.2.2018, נ/1910, עמ' 1 ש' 6 עד עמ' 3 ש' 12). על אף שהוא שב וביקש לראות חובש, בקשתו לא נענתה (שם, עמ' 77 ש' 16–37; שם, עמ' 85 ש' 2–13).

267. התעלמות החוקרים ממצבו הרפואי עלולה הייתה להעמיד את חייו בסכנה של ממש. התרופות להן הוא היה זקוק נמנעו ממנו במשך ימים ארוכים. כל אותה עת, חקירותיו הממושכות (בהפעלת לחץ שישתף פעולה וישיב לשאלות החוקרים) נמשכו כרגיל וללא הרף, יום אחר יום, תוך התעלמות מוחלטת מתלונותיו וממצוקתו הבריאותית:

”היו ימים, לא יום, ימים שבהם לא קיבלתי את התרופות האלה והעליתי את זה בפני החוקרים והם אמרו לי תשבור את הראש בלילה מול, בשב”ס, וזהו”
(פרוטוקול הדיון מיום 1.12.2021, עמ' 7790 ש' 5–6).

268. רק לאחר שדבר הזנחתו הרפואית של חפץ פורסם ברבים, ניאותו גורמי החקירה לאפשר לו קבלת טיפול רפואי. כפי שהעיד פלג בחקירתו הנגדית:

ת: אני זוכר זה היה אחרי עניין הפשפשים שיצא לתקשורת ומירי רגב הרימה את זה ואז פיקוד היחידה נכנס לעובי הקורה בסיפור הזה.

ש: פיקוד היחידה נכנס לראשונה אחרי שהנושא הזה הופיע בבית המשפט ואז הבינו שיש בעיה ורק אז כמובן המפקד אמר בואו תבדקו עם החובש נכון? רק אז, רק אחרי שפתאום היה רעש תקשורת בסוגיה הזו רק אז זה נעשה נכון?

ת: כן. אז מפקד היחידה התערב, כן

ש: אז מפקד היחידה התערב ולפני כן כל עוד זה לא יצא לתקשורת לא עשה שום דבר נכון?

ת: אני לא יודע אם... זה נעצר ברמה שאני מדווח לניר שוורץ שהחובש לא מסכים לראות אותו (פרוטוקול הדיון מיום 18.1.2022, עמ' 10120 ש' 1-8).

269. התמונה שהצטיירה בבית המשפט קשה ביותר. משך ימים ארוכים הניחו לו החוקרים לסבול עינוי של ממש ומנעו ממנו תרופות להן היה זקוק. מדובר בהתנהלות אסורה ושערורייתית שפגעה בזכויותיו הבסיסיות ביותר ומטרתה הייתה לנצל את המצוקה בה היה שרוי על מנת לשבור את רוחו ולהביאו לשתף פעולה עם החוקרים.

270. "הלכה היא כי מניעתן של זכויות להן זכאי הנחקר על-פי דין, כאמצעי לחץ שנועד להביאו להודות בביצוע העבירות, היא בבחינת אמצעי פסול" (ע"פ 9808/06 סנקר נ' מדינת ישראל (29.7.2010), בפסקה 20 לפסק דינו של כב' השופט א' לוי). על איסור זה עברו החוקרים במודע ובבוטות.

271. חוקריו של חפץ ניצלו באופן בוטה ומחפיר את מצבו הרפואי ומנעו ממנו טיפול, כאמצעי לחץ בחקירה. כך עולה באופן חד משמעי מדבריו של פלג לעד:

חוקר מס' 1, יניב פלג: יכול להיות שזה היה ראש הממשלה החבר הזה?

נחקר מס' 1, ניר חפץ: תשובה אחד¹

חוקר מס' 1, יניב פלג: תשובה אחד. שווה לך את כל הגירודים האלה והבלאגן הזה והסבל הזה והחוסר שינה הזה?

נחקר מס' 1, ניר חפץ: זה מגרד בטירוף.

חוקר מס' 1, יניב פלג: תשובה מספר אחד שווה לך את זה?

נחקר מס' 1, ניר חפץ: אני מתרכז בדברים שלך..

חוקר מס' 1, יניב פלג: לא לא, אין בעיה, אני רק שואל אם תשובה מספר אחד שווה לך את כל הסבל הזה (תמליל חקירה מיום 20.2.2018, נ/1915, עמ' 75 ש' 14-22).

272. הדברים ברורים כשמש. החוקר פלג מסביר לחפץ שישנו קשר ישיר בין מצבו הרפואי המדרדר לבין התעקשותו שלא לשתף פעולה בחקירה.

¹ בכל פעם שחפץ הפנה לתשובה "אחד" (או מספר אחר או שורה מסוימת), הכוונה היא הפניה לתשובותיו בתחילת החקירה הגלויה, בהן הפנה לייעוץ משפטי שקיבל ולפיו מכיוון שמסר עדות בחקירה, שלא תחת אזהרה, בחקירתו ברשות ני"ע מיום 28.12.17, זכותו שלא להשיב לשאלות ולהסתפק בהפניה לאותה עדות.

273. אגב תשובותיו המזעזעות של החוקר לשאלות בחקירה הנגדית בעניין זה, בית המשפט ביקש לברר את הדברים לעומקם כבר במהלך עדותו של החוקר:

ש: אולי תסביר לא לי, לבית המשפט כי זה מעניין מה הקישור שאתה עושה בין תשובה מס' 1 לסבל? מה יקרה אם לא תהיה תשובה מס' 1?

ת: זה לא עניין של מה יקרה, מר חפץ חשוד בעבירות פליליות, הוא נמצא במצב הזה, בסיטואציה הזאת בגלל החשד הזה, מנגד הוא גם לא מספק גרסה, הוא לא עונה לשאלות, זה הכל.

ש: לא, מה זה זה הכל?

ת: זו הסיטואציה שראינו כרגע.

כב' השופט ע' שחם: השאלה היא מה הקשר בין הסבל הזה לבין תשובה מס' 1? אדוני עשה קשר בין השניים, תוהה עורך הדין מה הקשר? למה יש קשר בין השניים? אם הוא לא ייתן את תשובה מס' 1 אז מה? אז ייתנו לו לישון? אז יטפלו במצבו הרפואי? מה יקרה אם הוא לא ייתן תשובה מס' 1? זה לכאורה מה שמתמע מהאמירה.

ת: אני מקבל את הביקורת ואת השאלה של כבודו

כב' השופט ע' שחם: לא, זה לא ביקורת בכל, זאת אובזרביציה על יסוד דברים שאדוני אמר, זה ההבנה הסבירה לכאורה של הדברים זה מוצג להתייחסותך.

ת: אז אני מקבל, מה שהוא נשאל שמה זה האם כל הסיטואציה שהוא נמצא בה בגלל החשד של מספר עבירות פליליות שהוא עבר

כב' השופט ע' שחם: הסיטואציה שהוא נמצא בה היא מעצר.

ת: נכון

כב' השופט ע' שחם: מה הקשר בין זה לבין אי שינה, מה הקשר בין זה לבין טיפול רפואי, מה הקשר? זה לא שני דברים שחייבים ללכת אחד ביחד עם השני או שאנחנו טועים בהבנה.

ת: לא, חלילה. לא היה שם, העניין הוא אם מנסים להבין האם הוא היה עונה אז היה קורה א' או היה קורה ב',

כב' השופטת ר' פרידמן-פלדמן - אב"ד: אם הוא היה עונה מה יקרה?

ת: אבל זה לא מה, השאלה הייתה פתוחה, זה לא שאלה שלי אם אתה תגייד ככה יקרה ככה, זאת אומרת לא הבטחתי לו כלום, לא אמרתי לו שיכול לקרות,

כב' השופט ע' שחם: לא הבטחת לו במפורש שום דבר, זה נכון אבל יצרת איזשהו קישור בין שני דברים וזה יכול להיות שיש בזה כדי להטריד.

ת: יכול להיות, שוב, אני מקבל את הפידבק של בית המשפט המכובד אבל מנגד הוא היה חשוד בפלילים, הוא לא נתן גרסה, וזה שהוא לא נתן גרסה יש משמעות להמשך המעצר שלו. (פרוטוקול הדיון מיום 18.1.2022, עמ' 10112 ש' 17 עד עמ' 10113 ש' 22) (ההדגשה הוספה – הח"מ).

274. מה נאמר ומה יש להוסיף על עדותו המבישה של חוקר במשטרת ישראל בבית המשפט.

275. ובכן, כפי שהודגש על ידי בית המשפט העליון, מניעת טיפול רפואי מעצור עולה כדי פגיעה בזכותו החוקתית לכבוד (עניין איסקוב, בפס' 21 לפסק דינו של כב' השופט א' לוי). על גורמי החקירה הייתה מוטלת החובה לדאוג לצרכיו של חפץ והם הפרו את חובתם ברגל גסה תוך שהם מתעלמים מזכויותיו הבסיסיות והיסודיות ביותר.

276. נראה שלא ניתן להפריז בתיאור האכזריות בה נקטו החוקרים כלפי חפץ, תוך שהם פורצים כל גבול מקובל וחוקי בחקירה. סירוב למתן טיפול רפואי, זלזול, לעג, ניצול מצב רפואי כמנוף לחץ על חשוד לצרכי חקירה. כל אלה נראים כאילו הם לקוחים ממשטרים אחרים. במדינת חוק מתוקנת לא ניתן לאפשר להתנהלות מכוונת זו להתקיים ולעבור עליה לסדר היום.

277. עדותו המתחמקת והחצופה של חוקר המשטרה במענה לשאלות מפורשות חוזרות ונשנות של בית המשפט, רק מאששת את שאמרנו. מסתבר, שגם בעדותו, כאשר מוטחות בפניו ראיות אותן לא ניתן לסתור, העז החוקר להתחמק מהמשמעות החמורה של דבריו לנחקר, תוך שהוא תולה תקווה בבית המשפט הנכבד שיקבל את ההכחשה האומללה שלו למשמעות מעשי ידיו הבזויים ולהתעללות הנמשכת שלו בנחקר שסירב לשתף עמו פעולה כרצונו.

ד.3.2. מניעת שינה וחקירה ללא שינה

278. כאמור בסעיף 3(ג) לנהלי אגף חקירות ומודיעין, על החוקרים לדאוג שחשוד יקבל פרקי מנוחה סבירים ושעות שינה סבירות.

279. גם כאן, החוקרים פעלו בניגוד להוראות הדין ובסתירה לעקרונות בסיסיים של צדק והגינות, באופן המחייב את ביטולו של ההליך.

280. שעות המנוחה והשינה של חפץ במהלך מעצרו היו מעטות מאוד והביאוהו למצב של תשישות חמורה. הן נמנעו ממנו במטרה להפעיל עליו מנוף לחץ נוסף שיביאו לשתף פעולה עם החוקרים.

281. כאשר ביקש לנוח, נאמר לו על-ידי החוקר שינוח בלילה בתא המעצר:

נחקר, ניר חפץ: מה קורה אם יש בחקירה פשוט עייפות מצטברת ממשיכים בכל זאת?

חוקר, יניב פלג: בוודאי. לעשות הפסקה סייסטה מה שנקרא זה לא יקרה. ואתה תחזור לתא שלך לך לישון (תמליל חקירה מיום 19.2.2018, נ/1912, עמ' 39 ש' 21–23).

282. תשובתו הצינית וערלת הלב של החוקר התעלמה מהידוע לו היטב והוא שיום חקירות אופייני של חפץ (כמו של נחקרים אחרים, ביניהם המבקשים כאן), היה מסתיים סביב חצות, שאחריו החלה נסיעה ארוכה לבית מעצר מרוחק ותהליך קליטה ארוך שרק בסיומם, היה מגיע לתאו.

283. לעיתים הוא ישן בלילה לא יותר משעה וחצי. במקרים אחרים, אם התמזל מזלו, "זכה" לכל היותר לארבע שעות שינה (פרוטוקול הדיון מיום 1.12.2021 עמ' 7767 ש' 1–18).

284. העד סיפר שמדי יום בסיום חקירתו, נהגו החוקרים להשאירו בחדר החקירות זמן רב, ללא צורך ומבלי לתשאלו, למרות שחקירותיו הסתיימו בשעה מאוחרת ועל אף שהתכוונו מראש להביאו חזרה לחקירה למחרת בשעה מוקדמת מאוד.

285. בין אם כך נעשה בכוונת מכוון מתוך מטרה להתישו ולשבור את רוחו לקראת יום החקירות הקשה הבא ובין אם לאו – זו בוודאי התוצאה המסתברת של הדברים. די בעצימת עיניים של החוקרים, כדי להביא למסקנה בדבר אחריותם לתוצאה הפסולה והאכזרית שמצטרפת לרשימת העינויים, לא פחות, שהעד עבר בחקירתו.

286. בחקירתו הנגדית חפץ מתאר :

ת: אז מה שאני רוצה לומר לך זה שבכל יום חקירות, אתה יודע, אולי תמצא איזה אחד שלא היה. ואני מדגיש במיוחד את השבוע הראשון. אחרי שגמרתי לחקור אותי, הייתי יושב בחדר עוד שעה, שעה וחצי סתם מול חוקר ושותק. שאני מניח שזה בשביל למנוע שעות שינה. לפחות, לפחות שעה. פשוט יושבים. אני גם לא יודע אם החקירה תימשך או לא. אבל אני יושב שעה, שעה וחצי בחדר. לא קורה כלום.

ש: באיזה שעות פחות או יותר?

ת: מ 22:00 עד 23:30 בלילה. ואז באים לקחת אותי. כל יום, כל יום. זה כל יום ככה (פרוטוקול הדיון מיום 1.12.2021, עמ' 7763 ש' 7–13).

287. ייתכן שמדובר היה, כפי טענת החוקרים, באילוף לוגיסטי שלא אפשר את העברתו של חפץ לתאו מייד עם סיום חקירתו. ייתכן וסביר יותר, מאידך גיסא, שהעיכובים הללו היו מכוונים ונועדו להקשות עליו ולשבור את רוחו. אולם, וזה העיקר, החוקרים היו מודעים למחסור הקשה שלו בשינה וחסאו בשניים: הם חדלו מלטפל ולתת לכך מענה הולם; הם ניצלו לרעה את מצבו, את תשיותו ואת מצבו הקוגניטיבי הירוד, על מנת ללחוץ עליו לשתף עימם פעולה.

288. התלוונות על מחסור בשעות שינה ותשישות הושמעו לחוקרים על ידי חפץ פעם אחר פעם. הוא התלוונן על 'איבוד פוקוס' כשהוא כמעט ונרדם מול פניהם. הם, כאילו לא אירע דבר, המשיכו משך שעות ארוכות בכל יום, משך ימים רבים, לנסות ולדובב אותו כשהוא שרוי במצב של תשישות קיצונית במאמציהם לגרום לו לשתף עמם פעולה. ראו למשל, תלוונותיו של חפץ בחקירתו מיום 20.2.2018 (נ/1915, עמ' 11 ש' 23 עד עמ' 12 ש' 11), בחקירתו מיום 21.2.2018 (נ/1920, עמ' 19 ש' 34 עד עמ' 20 ש' 9), בחקירתו מיום 25.2.2018 (נ/1939, עמ' 22 ש' 5–14), בחקירתו מיום 27.2.2018 (נ/1942, עמ' 2 ש' 29), בחקירתו מיום 28.2.2018 (נ/1944, עמ' 61 ש' 26–28; שם, עמ' 71 ש' 37–39) ובחקירתו מיום 1.3.2018 (נ/1946, עמ' 35 ש' 17–18).

289. עד כדי כך הגיעו הדברים, שלעיתים הוא אף נאלץ לעמוד כדי לא להירדם תוך כדי חקירה (תמליל חקירה מיום 20.2.2018, נ/1915, עמ' 77 ש' 7 עד עמ' 78 ש' 8; שם, עמ' 81 ש' 14).

290. ביום השביעי למעצרו, העד כבר חווה התמוטטות קוגניטיבית:

נחקר, ניר חפץ: כן, בסדר גמור אין אה... היום היה לי בוקר לא טוב ועכשיו אני מרגיש טוב.

חוקר מס' 1, ניר שוורץ: (מילים לא ברורות) לילה קשה.

נחקר, ניר חפץ: לא, היה לי התמוטטות, אני לא יודע קוגניטיבית כזאת (תמליל חקירה מיום 25.2.2018, נ/1940, עמ' 1 ש' 7–10).

291. חפץ הגיע למצב של תשישות כה חמורה, עד שבמהלך חקירתו מיום 28.2.2018, 10 ימים לאחר שנעצר, הוא פשוט נרדם. הדברים הוקרנו באולם בית המשפט במהלך חקירתו הנגדית:

ש. אני מבין, בסדר. עכשיו אני רוצה להקרין לך, אנחנו בתחילת יום חקירה ותסביר לבית המשפט או תיכף נראה, אתה ישן.

ת. באיזה תאריך?

ש. 28 בפברואר.

ת. מה השעה?

ש. השעה? עשרים דקות אחרי תחילת החקירה

ת. בבוקר? קשה לדעת מהתמליל, יום, תחילת החקירה, עשרים דקות אחרי ואתה נרדם, תשישותך רבה, אמת?

ת. תראה הייתי עייף לפרקים, אתה יודע גם כל מה שקורה סביבי, המחשבות לפעמים מעייפות אבל ב-28 שזה עשרה ימים אחרי שנעצרת אני חד משמעית

הייתי בהתאוששות לגמרי. (פרוטוקול מיום 1.12.2021 עמ' 103 ש' 16-עמ' 104 ש' 4).

292. אמנם בתשובתו ולאחר שמוצגים לו הדברים, עד המדינה מנסה להישאר עקבי בגרסתו, לפיה באותו מועד מתקדם בחקירתו הוא כבר התאושש (במטרה לקעקע את הטענה שחתם על הסכם עד מדינה כשהוא ממוטט ולא צלול), אולם הראיות מוכיחות את ההיפך. במקרה הזה, אין גם טוב ממראה עיניים. על כל פנים, הבקשה דן לא מכוונת להכרעה במחלוקת זו, אלא למהלכי המשטרה האסורים על מנת להשיג את המטרה האסורה.

293. גם חוקריו של חפץ היו מודעים בזמן אמת, איך אפשר אחרת, לכך שחוסר השינה ממנו סבל חפץ היה מוגזם:

”בטח ברור, תשמע גם עם כל הטרטורים והחוסר שינה וזה אני לא מתפלא שאתה נהיה לך סלט אחד שלם בראש, אני ממש מתפלא” (תמליל חקירה מיום 22.2.2018, נ/1924, עמ' 28 ש' 7-8).

294. במהלך מעצרו של חפץ הושם מדובב בתאו, שסיפר על מצבו הקשה של חפץ שגרם לו לאובדן צלילות:

ש: האם זיהית במהלך הימים הללו נקודת תורפה אצל חפץ?

ת: כן זיהיתי אצלו, שהוא, ככל שחולף זמן המעצר הוא נעשה תשוש יותר ומדבר פחות צלול, שהוא ממלמל באמבטיה והולך ישר למיטה והוא דואג לאוכל בצורה אובססיבית, משהו מתוק, ושם בתוך הנעליים כאשר הם היו בפנינת התא את המתוקים. שאל אותו הסוהר למה הוא שם את זה בנעליים והוא ישר הוציא את זה משם, כאשר יצא לחקירה הוא השאיר את המתוקים על המיטה (הודעת המדובב, נ/2005, עמ' 2 ש' 41-45).

295. כאשר הוצגה לשוורץ הודעת המדובב, עמד גם בית המשפט הנכבד על הקושי הטמון בקבלת גרסה אותנטית מאדם שהוא "פחות צלול" ועל חוסר המעש של החוקרים בהקשר זה:

”כב' השופט מ' בר-עם: איך אפשר לקבל גרסה מאדם שהוא פחות צלול? זה קצת מעלה קושי גם במהימנות הגרסה שלו לא? אם הוא באמת פחות צלול? זה מה שהיחידה החוקרת מבקשת לקבל ממנו, גרסה, כך אני מבין כל הזמן מתחילת הדרך אז האם הובא לידיעת אדוני שאותו מדובב סבור, למרות שהוא לא איש מקצוע אבל יש לו מספיק ניסיון אני מניח שמדובר באדם שהוא פחות צלול זה מתחיל כבר לעורר איזשהו סימן שאלה, יש קושי בהיבט הזה של לקבל גרסה אותנטית להימנע?

ת. כן, זה נכון אבל מבחינתנו אנחנו מקבלים את העצור אלינו ליחידה אנחנו לא יודעים כמה זמן הוא ישן, אם הוא ישן

כב' השופט מ' בר-עם: לא, יש פה דיווח של מדובב שראה את העציר כפי שהוא רואה אותו

ת. אני את הדיווח הזה אני לא מכיר, זאת אומרת אני לא עברתי על החקירה הזו של המדובב.

כב' השופט מ' בר-עם: ואין שיחות עם המדובב ביום, לא יודע כמה זמן הוא נמצא בתא אבל מידי פעם לקבל את ההתרשמות?
ת. אלה השיחות.

כב' השופט מ' בר-עם: אלה השיחות

...

כב' השופט מ' בר-עם: לא, בהיבט שהוא פחות צלול מה אדוני היה עושה אם כך היה מתרשם מזמן אמת אם היה מובא לידיעת אדוני?

ת. אני אומר לאדוני חד משמעית, היינו מביאים אותו לחדר החקירה נותנים לו קפה ובוחנים את הצלילות שלו בחדר החקירה (פרוטוקול הדיון מיום 12.1.2022 עמ' 9755 ש' 16-עמ' 9756 ש' 16)

296. לאחר שבא-כוח נתניהו הציג לפלג את דבריו של חפץ בחקירתו במשטרה, לפיהם לא זכר כלל שדיבר עם עורך דינו, הוא העיד ששם לב שהעייפות שחפץ סבל ממנה הייתה כה קשה שהיא פגעה בו פגיעה קוגניטיבית:

ש: בהנחה שהוא, רואים גם את שפת הגוף שלו, נדמה לי עכשיו כשאנחנו קוראים פה יכולים לפענח פה התיאור הוא נכון כי זה גם שיטתי ועקבי, זה עניין מאוד חמור נכון? קוגניטיבית?

ת: קוגניטיבית אני בעצמי מתפלא, זאת אומרת ברור לי שקרה פה מקרה, יש פה פער משמעותי בזיכרון שלו.

ש: אבל זה לא בעיה של הזיכרון

ת: אני לא אומר שהבעיה היא שלו, אני אומר שהבעיה כנראה נובעת מעייפות.

ש: נכון

ת: אני לא אומר שלחפץ יש בעיות זיכרון (פרוטוקול הדיון מיום 18.1.2022, עמ' 10097 ש' 8-15).

297. אמנם, בבית המשפט חפץ הכחיש שאיבד את צלילות דעתו. אולם התמונה הברורה שהוכחה במשפט אומרת אחרת. דבריו של המדובב, עדות חוקריו ואמירות שלו עצמו בשלב החקירה, לא מותירים מקום לספק שעקב התשישות הקיצונית ממנה סבל הוא הגיע למצב של חוסר צלילות.

298. תלונותיו וסבלו של חפץ לא נעלמו מעיני החוקרים. הגיעו הדברים לידי כך שפלג עצמו סבר שאסור להתעלם מהמצב ושהם חייבים לתת לו לנוח. ואולם הצעותיו נדחו:

ת: שוב, הוא היה עייף כמו שראית אפילו הכנסתי לו מזרן לחדר החקירה אני זוכר שגם דיברתי על זה עם ניר שוורץ, אני הצעתי לו לתת אולי לניר חפץ הפסקה להשאיר אותו יום בבית המעצר, אני חושב שלפחות פעם או פעמיים הצעתי לו את זה וההצעה שלי נדחתה.

ש: מה הצעת לו בדיוק?

ת: הצעתי לו לתת לניר קצת הפסקה, אנחנו זימנו אותו וזה היה הרבה שעות והצעתי לתת לו הפסקה זה נדחה, בפעם או פעמיים שהוא כן קיבל הפסקות, פעם זה היה בגלל התרופות כמו שדיברנו אתמול והייתה עוד איזה פעם בערב חג פורים שהוא הגיע רק בערב לחקירה הוא תמיד חזר ואמר שהוא התפקס. שהוא חשב על דברים ואז הוא גם תמיד ביקש לדבר עם גורם בכיר יותר.

ש: אז עכשיו, אתה פנית לניר שוורץ כי זיהית שיש קושי עם העייפות הקשה של חפץ נכון?

ת: העוצמה הייתה קצת גדולה לפי דעתי, זאת אומרת הוא היה עייף מצד אחד, היו הרבה שעות של חקירה מצד שני, ואני חשבתי שיהיה לנכון לתת לו, לא יודע אם כמה שעות, או יום של מנוחה, הצעתי הפסקה.

ש: ושוורץ?

ת: הוא דחה את ההצעה שלי (פרוטוקול הדיון מיום 18.1.2022, עמ' 10093 ש' 2–16).

299. יוצא אפוא שחוקריו של חפץ שהיו מודעים למצבו וזיהו את תשישותו, נמנעו בכוונת מכוון מלשפר את המצב. החקירה נמשכה, תוך שהחוקרים מנצלים את תשישותו ומפעילים עליו לחץ בלתי פוסק שישתף עימם פעולה.

300. מצבו של חפץ, שהיה יעד מרכזי "לפיצוח", היה ידוע לכולם. פרקליטים ודרגי משטרה בכירים צפו בחקירותיו, שמעו את תלונותיו החוזרות ונחשפו למצבו הקשה:

ש: היה איזשהו דיון, שיחה משהו אצלכם בצוות החוקרים אם אתה יודע על המצב, על העייפות של מר חפץ?

ת: לא שזכור לי, גם הבקשה שלי נעצרה אצל ניר שוורץ לפי דעתי.

ש: אבל אנחנו כן יודעים שבחדר הבקרה ישבו כוכבי חדר הבקרה וצפו כל הזמן

ת: כן, היו אנשים בחדר הבקרה

ש: אז הם רואים מה קורה?

ת: כן, גם שומעים

ש: גם שומעים וגם ממשיכים?

ת: כן (פרוטוקול הדיון מיום 18.1.2022, עמ' 10097 ש' 19 עד עמ' 10098 ש' 4).

301. המחסור בשעות שינה הוחרף בשל טרטורו של העד בין בתי מעצר שונים. כך, במהלך השבועיים הראשונים למעצרו, הוא עבר לא פחות מחמישה בתי מעצר: בית המעצר שקמה באשקלון, אבו כביר בתל אביב, קישון (אזור חיפה), מעבר איילון ברמלה ומגרש הרוסים בירושלים.

302. מניעת שינה הוכרה בפסיקת בית המשפט העליון כאמצעי פסול שאינו עומד בתנאים המותרים לחקירה סבירה והוגנת. בפסק הדין בבג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, עשה בית המשפט הבחנה ברורה בין חוסר שינה מספקת ועייפות הנחקר כתוצאה בלתי נמנעת של צרכי החקירה, שהיא מותרת וסבירה, לבין מניעת שינה מכוונת, כמטרה בפני עצמה, שמהווה פגיעה מעבר לנדרש בזכויות הנחקר ולפיכך אסורה:

"חקירה סבירה עלולה לגרום לחוסר נוחות; תוצאתה עלולה להיות חוסר שינה מספיקה; תנאי עריכתה עשויים להיות בלתי נעימים. [...] בסופו של דבר, חוקיות החקירה נגזרת מתכליתה הראויה ומאמצעיה המידתיים. כך, למשל, מניעת שינה לתקופה ארוכה, או מניעת שינה בלילה בלא שצרכי החקירה יחייבו זאת, הוא שימוש באמצעי חקירה מעבר למידה הדרושה.

[...] עייפותו של הנחקר והיותו נתון לשאלות חוקרים במשך זמן ממושך הינם לעתים תוצאה בלתי נמנעת מחקירה או תוצאה נלווית לחקירה. זהו חלק מ'אי-הנוחות' הטבוע בחקירה. על-כן, עצם העובדה כי נמנעת מנחקר היכולת לישון כלולה, לדעתנו, בסמכות הכללית של החוקר [...] שונה הדבר מקום שבו מניעת השינה הופכת מתוצאת לוואי של צרכים חקירתיים אינהרנטיים, למטרה בפני עצמה. אם נמנעת שינה מן הנחקר במכוון, לאורך זמן, וזאת אך בשל מטרה להתישו ולשבור את רוחו – אין הדבר מצוי בגדריה של חקירה הוגנת וסבירה. יש באמצעי זה פגיעה מעבר לנדרש בזכויותיו ובכבודו של הנחקר" (בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999), בפס' 23 ו-31 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק).

303. מחפץ נמנעה שינה משך ימים ארוכים במהלכם הוא נחקר מבוקר עד אישון לילה. כולם ידעו, שתקו, ונתנו ידם להמשך העינוי בו היה נתון. הם נצלו את מצבו הקשה לצורך שבירת רוחו על מנת שישתף עמם פעולה.

ד.2.4. חקירה בתנאי רעב קיצוניים

304. במהלך חקירותיו, חפץ נאלץ להתמודד עם קשיים נוספים שהפכו את תנאי חקירתו ומעצרו לבלתי אנושיים. תנאים אלה מביישים את המדינה הנוקטת כך כלפי אזרחיה, ועומדים בניגוד להוראות החוק ולהלכות העקביות בפסיקה שנועדו להגן עליהם.

305. העד נחקר שעות ארוכות כשהוא סובל מרעב, אוכל בכמויות קטנות מאוד שאינן מספיקות לאדם בוגר, בהיחפז, לעיתים על ברכיו, באופן הפוגע בכבוד האדם שלו.

306. סעיף 9(ב)(3) לחוק המעצרים קובע שעצור יהיה זכאי ל"מי שתייה וכן למזון בכמות ובהרכב המתאימים לשמירה על בריאותו"; סעיף 8(א) לתקנות המעצרים קובע כי "עצור זכאי לקבל שלוש ארוחות ביום לפחות, בשעות סדירות; הארוחות תהינה מורכבות ממזון בכמות ובהרכב הנדרשים לשם שמירה על בריאות העצור"; סעיף 3(ג) לנהלי אגף חקירות ומודיעין קובע "יש לוודא, כי החשוד יקבל מזון ופרקי מנוחה סבירים".

307. תנאי מעצרו של חפץ שמו ללעג ולקלס את הוראות הדין.

308. בחקירתו הנגדית, סיפר חפץ שבמשך כל השבוע הראשון למעצרו הוא ניזון רק מכריכים שניתנו לו בשעות הצהריים ופת לחם בסוף יום החקירה, באמצע הלילה, כשהוא אוכל על ברכיו, ללא סכו"ם:

"למעשה בשבוע הראשון, שהוא היה השבוע הכבד של הלחצים. כל מה שאכלתי זה אך ורק נגיד בלהב 433 סנדוויץ' משולשים, מכונה, קרים כאלה. תמיד הם קרים, זה מתוך המכונה. וקפה שחור. ובבית המעצר, מאחר והייתי מגיע מאוד מאוחר ויוצא מוקדם, אז היו שמים לי 5-6 פרוסות של לחן לבן המפוקח, לא יודע איך קוראים לו, אחיד או whatever וקופסה קטנה של, מאוד קטנה כזאת של גבינה ושל ריבה ושל שוקולד. והייתי יושב על הברכיים, אוכל את זה כמו חומוס. לא היה צלחת, לא היה מזלג, לא היה כלום. כך שבוע שלם, ללא יוצא מן הכלל. אין פירור שבא לפי חוץ ממה שתיארתי לך עכשיו. בוא נגיד ככה, במעצר הזה, אני 20 שנה מנסה להוריד משקל ולא מצליח. ואני ממליץ, שמעתי שאלי אסייג פרש מהשירות, אחלה דיאטנית. ירדתי הרבה במשקל בשבועיים האלה"
(פרוטוקול הדיון מיום 1.12.2021, עמ' 7752 ש' 7-15).

"לא הייתי, שבוע שלם לא ראיתי צלחת, לא ראיתי מזלג, לא ראיתי סכו"ם. כל מה שראיתי זה פרוסות לחם בתצורות כאלה ואחרות שאני אוכל אותן על הברכיים או על שולחן החקירות" (שם, עמ' 7755 ש' 21-23).

309. חפץ כתב מכתב פנייה בנוגע לתנאי מעצרו ביום השני לחקירה (נ/2003). מלבד סוגיית הביטחון האישי ממנה חשש, הוא ביקש להתלונן על כך שאינו מספיק לאכול כראוי. וכך כתב בפנייתו:

“עקב הימשכות החקירות, וריחוק בית המעצר ממתקן החקירות איני מצליח לאכול בצורה מסודרת – על אף השתדלות של הסגל בשני הארגונים. נראה לי שניתן לפתור הבעיה בקלות ע”י תיאומים”.

310. כאשר ביקש לכתוב על כך שאינו אוכל מספיק, פלג הבהיר לו “אני אומר לך שפה אתה יוצא חוצפן” (תמליל חקירה מיום 19.2.2018, נ/1913, עמ’ 4 ש’ 35). גם בחקירתו הנגדית עמד פלג מאחורי הדברים:

ש: שאלתי אותך כרגע על עצם העניין. אתה יודע מה? הוא רוצה לכתוב תלונה שלדעתך היא תלונה לא נכונה למרות שאתה צד מעוניין בנושא הזה, יש קושי, אז אני אומר לך, אני רוצה שתסביר לי למה הוא חוצפן ולמה אתה רוצה למנוע ממנו מלכתוב את המכתב? זה הכל, שאלה פשוטה.

ת: אז עניתי, קודם כל לא מנעתי, הוא כתב את המכתב והמכתב נשלח. שנית כל. בנוגע למזון תיארתי פה את הסיטואציה של המזון ובגלל זה שהוא רצה להלין על המזון, להגיד שמהו לא בסדר התקוממתי כי עשיתי, באמת יצאתי מגדרי בשביל לספק לו את המזון שהוא ביקש ואני מזכיר לכולם בבית המשפט המכובד שמדובר בחשוד בפלילים וחקירה פלילית

ש: מה אתה אומר? לכן אסור לו לאכול?

ת: לא, הוא כתב אבל שוב להתלונן על המזון בעיני זו הייתה חוצפה, זה הכל, אחרי שהוא קיבל את כל מה שהוא ביקש (פרוטוקול הדיון מיום 18.1.2022, עמ’ 10086 ש’ 19 עד עמ’ 10087 ש’ 7).

311. יוצא אפוא, שנוסף על מצבו הרפואי הירוד ואי קבלת טיפול רפואי הולם, מניעת שינה וטרטור, חפץ סבל גם מהרעבה שהתבטאה בכך שאכל שני כריכים במשך 36 שעות הראשונות למעצרו (ר’ תמליל חקירה מיום 19.2.2018, נ/1913, עמ’ 1 ש’ 12–13); איבד באופן ניכר ממשקלו, וכשביקש להתלונן על כך נענה בכך שהוא “חוצפן”. בעיני החוקרים בקשה לתוספת מזון לאדם רעב אינה לגיטימית. מכיוון “שמדובר בחשוד בפלילים וחקירה פלילית” ייחשב לו הדבר לחוצפה אם יעז להתלונן על כך. אם אין זה ליקוי מאורות, לא נדע ליקוי מאורות מה הוא.

312. נוכח המציאות החדשה שנקלע אליה, בה פת לחם אינה דבר מובן מאליו, מצבו התזונתי של חפץ התדרדר והוא פיתח במהלך מעצרו הרגלים מזעזעים לשמור על מזונו. בהודעת המדובר, שאזכרה לעיל, עולה תמונה קשה לפיה הוא הגיע למצב בו אגר מזון בנעליו:

ש: האם זיהית במהלך הימים הללו נקודת תורפה אצל חפץ?

ת: כן זיהיתי אצלו, שהוא, ככל שחולף זמן המעצר הוא נעשה תשוש יותר ומדבר פחות צלול, שהוא ממלמל באמבטיה והולך ישר למיטה והוא דואג לאוכל בצורה אובססיבית, משהו מתוק, ושם בתוך הנעליים כאשר הם היו בפינת התא את המתוקים. שאל אותו הסוהר למה הוא שם את זה בנעליים והוא ישר הוציא את זה משם, כאשר יצא לחקירה הוא השאיר את המתוקים על המיטה (הודעת המדובב, נ/2005, עמ' 2 ש' 41-45, הדגשה שלנו. הח"מ).

313. אם היינו צריכים הוכחה נוספת לכך שהחוקרים כיוונו בתנאי מעצרו הקשים של חפץ להביאו שלא כדין למצב שברירי בו ישמש כחומר בידם, באה השאלה שהופנתה למדובב בדבר איתור ינקודת תורפה' אצל חפץ ותשובתו של המדובב אודות מצבו הקשה כמתואר לעיל. את שהבין המדובב משאלת החוקרים, מבין כל בר דעת.

314. עד כמה צריך להיות גדול חטאו של אדם (וחטאם של הנאשמים אותם בקשו החוקרים להפליל באמצעותו), שנוסף על מכאוביו הפיזיים שלא טופלו, היעדר שעות השינה והאימה שחוה במעצרו, הוא נידון לסיים ימי חקירה ארוכים ומתישים כשהוא רעב ומושפל, אוכל על הרצפה, ושומר אוכל בנעליו?!

315. לא מדובר באסיר במדינת עולם שלישית ולא בשבוי מלחמה, אלא בדובר של ראש ממשלה, העצור בחקירת משטרה במדינת ישראל. האם עצם היותו חשוד בעבירה מצדיק יחס זה? האם זוהי דמותה של מדינה דמוקרטית, המבינה את החשיבות באיזון כוחה האדיר אל מול הפרט ומקדשת את זכויות האדם, גם בהליך הפלילי? מה ערכן של הוראות החוק, הברורות והמאוזנות, ומה ערכה של הפסיקה המחייבת, שהכירו בהגנה על זכויות אלה? נדמה שכל אלה הושלכו על ידי רשויות האכיפה לפח האשפה במסגרת החקירה.

316. נדגיש שהתנאים הקיצוניים מהם סבל חפץ בחקירתו, הוחרפו בשל התנאים הירודים מאוד בבתי המעצר בישראל מהם סובל למרבה הצער כל עציר. כך הוא תיאר את התנאים המחפירים בבתי המעצר בהם שהה, שעומדים בניגוד לחוק הקובע כי עצור יהיה זכאי ל"תנאי תברואה הולמים שיאפשרו לו לשמור על ניקיונו האישי" (ס' 9(ב)(1) לחוק המעצרים):

אם אפשר כמה מילים למשל על מעבר איילון. בשלב הזה כבר הייתי בבידוד, זאת אומרת הייתי לבד. היה איזה עניין. אני חושב שהשרה מירי רגב העלתה את הנושא הזה. אבל זה עלה איפה שהוא בישיבת ממשלה. אולי גם בגלל המכתב הזה שכתבתי. התקבלה החלטה שאני לא אהיה עם עצירים נוספים. ואז מכניסים אותי במעבר איילון, זה סמוך לכלא נדמה לי ניצן, ברמלה. ולחדר גדול, שהוא פשוט יש בו ארבע או חמש מיטות קומותיים. והחדר מפוצץ בזבל, מסריח. ואני פשוט לוקח שם איזה, ביקשתי מאחד העצירים, הופכים אותו לכזה שוויש. אז ביקשתי שיביא לי מגב. אז פשוט עסקתי בלנקות, שאני אוכל לשהות בחדר המטונף והמסריח הזה. הערימות היו בעצם שיירי אוכל שהשאירו עצירים

קודמים בימים קודמים בכמויות בלתי נתפסות. עכשיו, זה התנאים. זה אמנם זה הקיצוני שבהם, מבחינת היגינה. אבל היו גם מקרים נוספים (פרוטוקול הדיון מיום 1.12.2021, עמ' 7758 ש' 14–23).

ד.5.2. אנה אנו באים – פגיעה קשה בתחושת הצדק וההגינות

317. נדמה שלא ניתן להפריז במילים קשות שבאות לתאר את ההתנהלות הבלתי חוקית והבלתי אנושית כלפי חפץ בחקירותיו.

318. על היחידה החוקרת, עימה שהה לכל אורך היום במשך ימים ארוכים, מוטלת האחריות למצבו הגופני והנפשי. לא זו בלבד שחוקריו היו מודעים למצבו הקשה, אלא שהם התעלמו מתלונותיו ומתחנוניו ונמנעו במפגיע מלספק לו את צרכיו הבסיסיים הקבועים בדין.

319. מצבו של חפץ היה כה קשה וניכר לעין, תחנוניו ותלונותיו כה תכופים, תירוציהם של החוקרים בעדותם בבית המשפט כה מבישים – עד שאין מנוס גם מהמסקנה שחוסר הטיפול בעד והותרתו ימים ארוכים במצבו המחפיר, נועדו להפעיל עליו לחץ פסול שישתף עמם פעולה.

320. אכן, הלחצים האסורים שהופעלו כלפיו בעודו שרוי במצב גופני ונפשי ירוד ביותר, פעלו את פועלם. לצד תרגילי החקירה החמורים והבלתי חוקיים שהופעלו עליו, הם הביאוהו להתרצות ולחתום על הסכם עד מדינה. יוער גם כאן שבנסיבות המתוארות, בשים לב למעמדו כעד מדינה שגורלו נתון בידי המאשימה ונוכח הדברים שהתגלו בחקירה הנגדית – לדבריו של העד לפיה חתם על ההסכם מתוך רצון חופשי אין כל משקל. משקלם האפסי דומה למשקלם האפסי של אמירות החוקרים לפרוטוקול "תגיד רק את האמת". וכי מה הציפיה מהעד? שהוא יודה שחתם על ההסכם כתוצאה מלחץ החוקרים ויסתכן בהגשת כתב אישום נגדו? והאם יש ערך כלשהו לאמירה הצדקנית של החוקרים לעד שיאמר 'רק אמת' כשהם עסוקים ימים ארוכים בניסיון לנצל את עינויי הגוף והנפש הלא חוקיים בהם היה נתון? כך או אחרת, לא להכרעה במחלוקת זו, שאינה מחלוקת אמיתית, מכוונת הבקשה. היא מתבססת, בין היתר, על התנהלות החקירה שעשתה שימוש מכוון ונלוז באמצעים בלתי חוקיים ואכזריים כלפי הנחקר.

321. לאורך כל החקירה הבהירו החוקרים לחפץ שתנאי מעצרו והקפדה אחר קיום זכויותיו הבסיסיות, עומדים בזיקה ישירה למידת שיתוף הפעולה שלו עמם ותלויים בה. ברוח זו הוצבה בפניו משוואה ברורה: תשתף פעולה ותזכה לשעות שינה; תשתף פעולה ותזכה לתרופות להן אתה זקוק; תשתף פעולה ותזכה לתוספת מזון.

322. מדובר היה בשיטת פעולה מתמשכת. הבאתו לכלל מצוקה קשה וניצול מצבו הרעוע על מנת לשבור את רוחו ולאלצו לשתף עימם פעולה. כך עשו גם כלפי המבקשים וכך גם בעניינם של נחקרים נוספים.

323. המסקנה הברורה מהדברים היא שגביית ההודעות מחפץ והדרך שבה נאספו ראיות נגד המבקשים, נעשו תוך נקיטת אמצעים פסולים.

324. כאמור, דוקטרינת ההגנה מן הצדק חלה על כל פגם הפוגע בתחושת הצדק וההגינות, לרבות כזה שנפל בחקירתם של עדים.
325. פעולות החקירה האסורות, תרגילי החקירה הפסולים, וההתנהלות השערורייתית והמבזה של החוקרים פגעו בטוהר ההליך השיפוטי ובאמון הציבור בו, והם מחייבים את ביטולו של האישום.
326. בלתי נתפס ממש שהמאשימה בחקירה ראשית, אפשרה לחוקריו של חפץ להלבין את מעשיהם הפסולים ולתת להם תירוצים התלויים על בלימה. באופן זה, היא הדגימה את אשר אנו טוענים לו: להיטות היתר בה לקתה סמאה אף את עיניה. נסתפק כאן רק בהפניה למהלך החקירה הראשית של החוקרים. הדברים מדברים בעד עצמם (פרוטוקול חקירה ראשית של שוורץ בעמ' 9411–9439; פרוטוקול חקירה ראשית של פלג בעמ' 9950–9973).
327. לשיאם הטרגי-קומי הגיעו הדברים, שעה שבחקירתו הראשית של פלג בחרה המאשימה להקרין קטע וידיאו קצר שבו נראה לכאורה חפץ המותש משתעשע עם החוקר (פרוטוקול מיום 17.1.2022 עמ' 9952-9953). ימים ארוכים של חקירה, מניעת שינה, מניעת מזון, מניעת טיפול רפואי – ועוד מילה לא אמרנו על הרס התא המשפחתי, שבוא יבוא – שבירת רוח, פיזית ונפשית, לכל דבר ועניין. והנה כך בוחרת המאשימה לנסות ו"להלבין" את הדברים בבית המשפט. מה שהיה עד כה בושטה של היחידה החוקרת, הפך אפוא במחי שאלות מיתממות בחקירה הראשית לבושטה של המאשימה עצמה. ואת הבושה לאן תוליך?
328. קבלת עדויות וראיות שהושגו באמצעים פסולים והכשרת עדותם של עדים (כל שכן עד מדינה) שהופעלו כלפיהם אמצעי לחץ אסורים, עלולה לגרום לכך שבית המשפט ייתפש כמי שמכשיר את הפגם ונותן ידו, לאחר מעשה, לאי החוקיות שבהתנהגות החוקרים. יש להישמר מפני כך מכל משמר.
329. בנסיבותיו הקיצוניות של העניין, אין די בדברי כיבושין שיישמרו להכרעת הדין. כאמור, לנסיבות אלה בדיוק הוענקה לנאשמים ההגנה מן הצדק. הגנה זו ראוי שתופעל במועד המוקדם ביותר האפשרי בהליך המשפטי, לאחר הנחת תשתית ראייתית מספיקה. כזו הונחה גם הונחה.
330. בפרק זה התמקדנו בשיטות חקירה מבזות ובלתי חוקיות שננקטו כלפי עד המדינה חפץ, כפי שהוכחו כבר בבית המשפט. כפי שציינו בפתח הדברים, שיטות אלה לא היו נחלתו הבלעדית של עד חשוב זה. הן ננקטו, כולן או חלקן, גם כנגד אחרים. בראשם – כנגד המבקשים כאן.
331. התנהלות החוקרים, שלוו על ידי הפרקליטות, בחקירה נגד המבקשים, כפי שתיחשף במלואה במהלך המשפט היה ולא תתקבל בשלב זה בקשתם דנן, תוסיף ותדיר שינה מעיני כל אדם הגון ששלטון החוק ופעילותן התקינה והחוקית של רשויותיו חשובות לו.
332. בני הזוג אלוביץ' עברו התעללות של ממש. כזו אשר אף הביאה, למרבה הצער, מלבד הפגיעה האנושה בזכויותיהם הבסיסיות ביותר, גם לפגיעה קשה ביותר במצבו הבריאותי של המבקש. בשל בחירתה

המודעת של המאשימה שלא להעיד עד כה את חוקרי בני הזוג, עדיין לא הונחה תשתית ראייתית מספקת להתנהלות החקירה בעניינם ולמפגעה (מלבד בעניינים מסוימים המפורטים בבקשה).

333. בבוא העת, בדיון בעל פה שיתקיים בבקשה, יציגו הח"מ בפני בית המשפט הנכבד תעודות רפואיות של המבקש שנבדק על ידי מיטב המומחים בארץ בתחומי רפואה שונים, מיד עם שחרורו מהמעצר הארוך, הקשה והמיותר בו היה נתון. מצבו הרפואי החמור שנגרם בעטיים של החוקרים ושל תנאי החקירה והמעצר, ידבר בעד עצמו ויוסיף על הנטען כאן, בבחינת למעלה מן הצורך.

3.4. תרגילי חקירה פסולים

1.3.4. שימוש בבני משפחה ומקורבים לצרכי חקירה

תשומת הלב מופנית לכך שבפרק זה ובפרק הבא יפורטו עובדות הקשורות במקורבת ומצויות תחת איסור פרסום: כל פרט שעשוי לזהותה וכן כל פרט הנוגע לטיב ומהות הקרבה בינה לבין עד המדינה חפץ. ציטוט מתוך פרוטוקולים בדלתיים סגורות, או פרפרזות על הדברים שעלו שם, הושחרו בגרסה שהוגשה ב"נט-המשפט". לנוחות בית המשפט הנכבד והמשיבה, סומנו כאן הקטעים שהושחרו כאמור בהצללה אפורה.

334. כפי שתואר לעיל, חקירת המשטרה בפרשה נוהלה מתוך הלך מחשבה לפיו המטרה מקדשת את האמצעים. הפללת החשודים הוצבה בראש מעייניה.

335. להיטות היתר של גורמי החקירה, הינעלות על התזה המפלילה והרצון להוכחתה בכל מחיר, הביאו את החוקרים לבצע פעולות חקירה שלא זו בלבד שהן אסורות ובלתי חוקיות, אלא שהן גם יוצאות דופן וחריגות, ביחס לסטנדרט החקירה המקובל בכלל ובתיקים מסוג זה בפרט.

336. לאורך כל החקירה לא בחלו החוקרים באמצעים שונים ומשונים, פסולים ואסורים, מבזים ומשפילים, אשר פגעו פגיעה אנושה בזכויותיהם הבסיסיות של הנחקרים.

337. חקירת המשטרה כללה שימוש חוזר ונשנה בשיטות תחקור בלתי הוגנות שהופעלו כלפי הנחקרים. ביניהן, ובכך נעסוק עתה, שימוש פסול בבני משפחה, החשדת אזרחים תמימים ועיכובם לחקירה, במטרה להביא להפללת הנאשמים.

338. על תופעת להיטות היתר וסכנותיה, עמדנו לעיל. היא משבשת אצל גורמי החקירה את שיקול הדעת ומעבירה אותם על דעתם. עמד על כך בית המשפט העליון:

"הלהיטות לקדם חקירה במהירות מטשטשת לעתים אצל החוקרים את הגבול בין המותר לבין האסור, בין אמצעים שבדוחק מותרים לבין הפעלת דרכי חקירה פסולים, בין תחבולה לבין הערמה וכדומה אמצעים, שדרכי חקירה הוגנים לא יפקדום" (ע"פ 747/86 אייזנמן נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(3) 447, 461 (1988)).

339. להיטות היתר טשטשה אצל גורמי החקירה את ההבחנה בין טוב לרע, בין מותר לפסול, והובילה לכך שבחקירה נחצו כל הקווים האדומים. אלה שנחרתו עלי חוק ואלה שעוצבו בפסיקה.

340. יש להבחין היטב בין שיטות תחקור קשות אבל סבירות המכוונות לגילוי האמת לבין פעולות חקירה שננקטו בפרשה, המכוונות כל כולן לשבירת רוחו של הנחקר ולטמטום חושיו, במטרה להביאו לידי שיתוף פעולה עם גורמי החקירה. הבקשה עוסקת רק באחרונות.
341. כפי שפורט לעיל, חוקריו של חפץ עשו כל שלא ידם כדי לשבור את רוחו ולצורך כך הם לא בחלו באף אמצעי. פעולות אלה כללו שימוש חורג במעצרו לצורך הפעלת לחצים פסולים; אי מתן טיפול רפואי לו נזקק; מניעת שינה; ואף הרעבה. הכל במטרה להפעיל עליו לחצים שישברו את רוחו.
342. פעולות אלה – כל אחת לחוד וכולן ביחד – פגעו פגיעה אנושה בזכויותיו, זיהמו את החקירה כולה ואת ההליך השיפוטי שנסמך עליה, והן עומדות בניגוד חריף לצדק ולהגינות משפטית.
343. בחלק זה של הבקשה נתמקד בשימוש הפסול והנלוז שעשו גורמי החקירה בבני משפחתו של חפץ, באשתו ובמי שכונתה במשפט "המקורבת" (להלן: "המקורבת"). תרגילי חקירה פסולים מן היסוד, משפילים ומבזים, שפגעו לא רק בזכויותיו של העד אלא גם בחירותם ובכבודם של אזרחים חפים מפשע שלא חטאו בדבר, מלבד היותם מקורבים ובני משפחתו של החשוד. היו אלה תרגילי חקירה הדוקרים את העין וצובטים את הלב.
344. איסור השימוש בבני משפחה כאמצעי להפעלת לחץ, הוא איסור גורף ויסודי. בפסיקה הודגש שאסור לעשות כל שימוש בבני משפחה גם אם מדובר בעבירות החמורות ביותר, אפילו רצח ועבירות ביטחוניות קשות (ראו למשל, בג"ץ 3990/14 סויטי נ' היועץ המשפטי לממשלה (3.6.2015)).
345. באחת מפרשיות הרצח המזעזעות שידעה המדינה, רצע הנער דני כץ ז"ל, ביצעה המשטרה תרגיל חקירה במסגרתו הפגישה את אחד מהחשודים עם אשתו. בית המשפט קבע שמדובר ב"אמצעי יוצא דופן בחומרתו" אשר נועד להפעיל לחץ פסול על החשוד (רע"פ 3268/02 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 761, 794 (2005)).
346. לאמור, גם בפשעים החמורים ביותר, במקרים הרגישים ביותר, כאלה שקיים אינטרס ציבורי ראשון במעלה לפענח ולהביא את מבצעייהם לדיון, שבה הפסיקה והזהירה מפני שימוש פסול בבני משפחה לצורכי חקירה.
347. במקרה דנן לא רק שהמשטרה ביצעה תרגיל דומה לזה שבוצע בפרשת קוזלי עת הפגישה את חפץ עם אשתו, אלא שהיא אף עכבה את המקורבת שלא היתה חשודה בדבר שלא כדין, חקרה אותה חקירה מבזה ומשפילה מאין כמותה, וביצעה תרגיל חקירה במסגרתו הפגישה בין השניים במטרה ברורה לאותת לעד על יכולתה של המשטרה לחרב את חייו אם לא ישתף עמה פעולה.
348. כבר ביום הראשון לחקירתו נשאל חפץ אודות קו טלפון נוסף הקיים בחזקתו, תוך שאלות שלא ממך העניין כגון, האם הטלפון הזה מוכר לאשתו או האם הוא מדבר איתה מטלפון זה (נ/1910, עמ' 11 ש' 8 עד עמ' 12 ש' 8).

349. ביום השני למעצרו, הובאה גם אשתו לחקירה. בהיותה בתחנה, יזמו החוקרים מפגש ביניהם, שנחזה להראות מפגש מסדרון אקראי.

350. ביום השלישי לחקירתו, [REDACTED]

לשם כך עוכבה המקורבת והובאה לחדרי החקירות, לחקירת שווא, עליה נעמוד בפירוט בהמשך.

351. החוקרים לא הסתפקו באיום מרומז. החל מהרגע הראשון לחקירה ולכל אורכה, הם הבהירו לו בלשון שאינה משתמעת לשני פנים, כי אם לא ישתף פעולה יבולע לו ולמשפחתו. [REDACTED] יביאו לחורבן משפחתו.

352. מחומר הראיות עולה ללא כל ספק, שמדובר בתרגיל חקירה מתוכנן, המכוון לנקודה הרגישה ביותר של אדם – משפחתו. זאת, על מנת להשיג את מטרתם הפסולה מכל פסול של שבירת רוחו של העד תוך שימוש באמצעים לא חוקיים.

353. נפרט עתה את מהלך תרגיל החקירה, כפי שמשתקף מתמלילי החקירה מזמן אמת. אלה מעידים על כך שהיה זה אירוע חקירתי מתוכנן לפרטי פרטים. [REDACTED] עבור בעיכובה הלא חוקי של המקורבת והבאתה למתקן המשטרה בו הוא היה מצוי, וכלה בהפגשתם.

354. לאורך כל הדרך, שבו החוקרים ואיימו על חפץ שאם לא ישתף עמם פעולה הם יטילו עליו "פצצה" באופן שיפגע קשות בבני משפחתו ויפרק את התא המשפחתי שלו.

355. חוקריו הבהירו לו שהם עקבו אחריו עובר למעצרו, ערכו מחקרי תקשורת, ביצעו פעולות חקירה נוספות, [REDACTED]

חוקר: בוא נגיד שאנחנו די היינו איתך בימים שלפני המעצר שלך. אנחנו יודעים איפה היית ומה עשית.

חפץ: אשכרה?

חוקר: אשכרה. אני יודע איפה היית בלילה לפני שעצרת אותך [...] הם כבר שבועות ארוכים לפני שנעצרת כבר מכירים אותך (תמליל חקירה מיום 1.3.2018, נ/1946, עמ' 37 ש' 26–36).

356. בעוד העד ממשיך לשתוק בחקירתו וממאן לשתף פעולה עם החוקרים (כפי זכותו החוקית), הם הבהירו לו שהם יודעים עליו הכל ואיימו עליו שהולכת "ליפול עליו פצצה שתזעזע את עולמו מהיסוד", כלשונם:

חוקר, יניב פלג: תשובה אחד. ניר אני יכול להגיד לך אני לא יודע אם בשעות ביום יומיים הקרובים הולכת לנחות עליך פה פצצה שתזעזע את ילולמך (צ"ל עולמך) ואני לא ציני ואני לא צוחק, ואני באמת חושב שכדאי לך לשקול את דרכך מחדש.

נחקר, ניר חפץ: אוקי.

חוקר, יניב פלג: ואני עד עכשיו לא שיקרתי לך וגם בזה אני לא משקר לך, אני לא חושב שמישהו פה מהחוקרים שיקר לך כי הבטחנו לך שייכנסו אנשים ואנחנו נראה לך ראיות וכל זה קורה ומתבצע, אבל את הפצצה שאתה עומד לחטוף אני לא יודע אם בשעות או ביום יומיים הקרובים תאמין לי שזה יזעזע את עולמך מהיסוד. זה עלול לשנות את חיך, ואני לא חושב.. אני לא חושב שאתה לוקח בחשבון את הידע שלנו, את היכולת שלנו ומה אנחנו מסוגלים לעשות [...]

נחקר, ניר חפץ: אוקי.

חוקר, יניב פלג: ולכן אני יכול להגיד לך שכל פינה שניסית להסתיר להחביא במהלך חיך אנחנו הפכנו את הפינה הזו וגילינו את מה שאתה החבאת [...]. ואתה צריך לקחת את זה בחשבון כי תשובה מספר אחד ברגע שהפצצה תיפול לא תעזור לך (תמליל חקירה מיום 20.2.2018, נ/1915, עמ' 78 ש' 22–35).

357. החוקרים הבהירו לחפץ ש"בגלל שהוא שומר על זכות השתיקה" הם "יטילו עליו את אותה פצצה עליה הם דיברו איתו קודם". הם איימו עליו ש"התא המשפחתי שלו בסכנה" ושבעקבות הטלת הפצצה "ילדיך לא ירצו להיות איתך בקשר":

חוקר, יניב פלג: ניר אתה צריך להתעורר על החיים שלך, דחוף דחוף דחוף. אתה יודע שמבחינת גיל אני יותר קרוב לילדים שלך מאשר שאני קרוב אליך, ואני אגיד לך משהו עכשיו באמת בצורה הכי כנה בעולם, אין לי אבא, אני לא בקשר איתו כבר המון שנים כי הוא החליט מסיבות כאלו ואחרות לעזוב את הבית. יש מצב גדול מאוד שאחרי כל הסיפור הזה פה הילדים שלך לא ירצו להיות איתך בקשר יותר, וגם אשתך, למה? בגלל שאתה שומר על זכות השתיקה בשביל כמה עסקנים ששומרים על התחת שלהם אבל לא על שלך, אני אומר לך שההשלכה פה מעבר לפלילים וכלא וכל המשתמע מכך והתקשורת שחוגגת מאחורי הגב שלך כרגע, התא המשפחתי שלך נמצא כרגע בסכנה בעקבות אותה פצצה שאמרתי לך שתגיע בזמן הקרוב מאוד.

נחקר, חפץ: אני מקשיב לך... (תמליל חקירה מיום 20.2.2018, נ/1915, עמ' 86 ש' 9–16).

358. באשר לאיום שהופנה כלפי חפץ לפיו "עוד מעט תנחת עליך פצצה", נתן החוקר פלג הסבר מגוחך בעדותו. הוא טען שה"פצצה" המדוברת היא הצגת מסמכים מחקירותיו של חפץ, והקשר בין "פצצה" זו לבין היחסים עם משפחתו הוא שעצם כניסתו למאסר תפגע במשפחתו:

ת: כן. אני חושב שאני עברתי יומיים פלוס - מינוס עם ניר חפץ בחדר החקירות וניר לא סיפק גרסה, ניר חפץ מה שהוא אמר כל הזמן - זה שהוא מפנה אותי לחקירה בניירות ערך ששם הוא נתן כבר את גרסתו. באותו שלב לא הוצגו עדיין הראיות לניר חפץ, כנגד ניר חפץ היו מגוון ראיות בעצם כל ההתכתבויות שלו, התכתבויות שלו עם חשודים נוספים בתיק, איכונים וראיות חד משמעיות בעצם לכיוון פלילי וניר חפץ החליט שהוא לא משתף פעולה לפחות באותה נקודת זמן לכן אמרתי לו שאם הוא ימשיך ככה, בסופו של דבר בכל חקירה ביחידת להב מגיע שלב של הצגת הראיות, בין אם זה שיחות, בין אם זה איכונים, בין אם זה מסמכים וזו בעצם הפצצה שאמרתי לו שתגיע ותונח על השולחן ובעצם את כל מה שניר חשב בינתיים אנחנו יודעים/לא יודעים, הכל יהיה לו מול השולחן, מול העיניים. אנחנו נעבור מסמך מסמך, עמוד עמוד ונבקש את ההתייחסות שלו להתכתבויות שהם חד משמעיות שלו מהטלפון שלו או לאיכונים שמראים שהוא היה במקומות מסוימים, בזמנים מסוימים ולא ניתן להתכחש לזה. זו בעצם הפצצה המדוברת בחקירה הזו.

[...]

ש: אוקי. בסדר. ומה הקשר בין הפצצה לבין זה שמשפחתו לא תהיה איתו בקשר?

ת: כי כשיש ראיות פליליות חד משמעיות כנגד אדם מסוים שהוא אדם נורמטיבי עם קריירה מצליחה, עם מוניטין, עם שם שידוע בציבור ודבר כזה ברגע שאדם כזה נעצר ועלול להישלח למאסר יש סיכוי שהתא המשפחתי שלו טוטל שם פצצה, אני זוכר שבאותו זמן הוא סיפר לי שהבת שלו הייתה בלימודים למשפטים לעריכת דין, אני מניח שיש כאן איזושהי הנחתי באותו זמן שתהיה לו בעיה אולי עם הבת ולימודי עריכת דין. הבן שלו היה שבועיים - שלוש לפני גיוס ליחידת שלדג יחידת שלדג דורשת סיווג ביטחוני גבוה, אני העליתי גם את זה בפניו שדבר כזה גם כן יכול להשפיע אולי על הגיוס של הבן שלו. יש כאן משהו מאוד מאוד גדול לתא המשפחתי שזה תא משפחתי נורמטיבי שיכול להינזק מהמעשים של האבא, של ניר חפץ (פרוטוקול הדיון מיום 17.1.2022, עמ' 9956-9958).

359. מדובר בעדות שקר של חוקר משטרה מתחילתה ועד סופה.

360. החוקרים התכוונו להביא לכך שתרגיל החקירה ישבור את רוחו ואף הבהירו זאת:

חוקר, פלג: [...] ומה שאמרנו לך שיהיה, היה, וימשיך להיות, אנחנו לא משקרים לך בעניינים הללו, אתה ממשיך לדבוק בתשובה מספר אחד. אתה צריך להתחיל להתעורר על החיים שלך [...] כי התוצאות של מה שיקרו פה ישנו את חייך לא רק מהפן הפלילי אלא גם התא המשפחתי והמצב המנטאלי שלך בכלל לפי דעתי יקרוס ממה שיקרה פה בזמן הקרוב מאוד, יקרוס לחלוטין [...] אתה תראה שברגע שאתה תהיה בלי המשפחה אתה כלום ושום דבר, וכל הכסף והכסתוחים והשיחות והתיאומים וכל התחבולות האלה שעשית לא היו שוות את זה, את השנייה האחת שבה הכל קורס, וזה יקרה. אני אומר לך זה יקרה.

אתה יכול להסתכל עליי לגלגל עיניים להמשיך להקשיב לעצת עורך-דיןך. עורך-דיןך עם כל הכבוד חוזר למשפחתו וחי את חייו ועובד ועוסק בעבודתו והכל בסדר, אתה לא עורך-דיןך ועורך-דיןך לא אתה הוא לא בנעליים שלך כרגע, אני אומר לך שאתה עומד בפני סכנה קיומית לתא המשפחתי שלך [...]. (תמליל חקירה מיום 20.2.2018, נ/1915, עמ' 86 ש' 20 עד עמ' 87 ש' 5).

361. החוקרים המשיכו לאיים על חפץ שהתא המשפחתי שלו יתפרק, תוך שהם מציינים לחשיפת הסוד "יהיו השלכות על משפחתו" ו"ילדיו ישארו ללא אבא":

חוקר, יניב פלג: לא, בשמחה, אין שום בעיה עם זה, מה שמגיע מגיע אמרתי לך ואתה תקבל את זה ואנחנו לא פה ה (מילה לא ברורה) באיראן. הכל בסדר. אממ... טוב. אני מבקש ממך רק מה שאמרתי לך עכשיו ואני אומר לך את זה בשיא הכנות ובתור ילד שאין לו אבא וזה טרגדיה שאין לתאר, אני לא יכול לתאר לך דבר כזה... שום דבר לא שווה את זה שום דבר לא שווה את זה ועד היום אני חושב עליו בקטע של למה ואיפה הוא היום ומה הוא עושה היום וכל מיני מחשבות כאלו, ואני בטוח במיליון אחוז שאתה לא רוצה לאבד את המשפחה שלך (מילה לא ברורה), אני בטוח במיליון אחוז ואני לא אומר לך שתם את הדברים הקשים האלו כי זה באמת עלול לקרות בעקבות התוצאות של החקירה הזאת, באמת זה עלול לקרות כי מה לעשות... יש דברים ש (מילה לא ברורה) אותם בסוף, גם אם זה יהיה ברמה של הגשת כתב האישום בסופו של דבר החומרים עוברים אליך ואל עורך - דינך לעיון והם יוצאים החוצה, והם יידעו אותם בסוף אני אומר לך. ואלו דברים לא פשוטים ולא קלים לעיכול ושיהיו להם השלכות, בכנות (תמליל חקירה מיום 20.2.2018, נ/1915, עמ' 88 ש' 11–29).

362. החוקרים קשרו באופן ישיר ומפורש בין התנהלותו של חפץ בחקירה והעובדה שהוא שומר על זכות השתיקה לבין שלמות התא המשפחתי שלו. הם הבהירו לו שהבחירה בידו. יסייע לחקירה ומשפחתו תינצל; לא ישתף פעולה ומשפחתו תתפרק. כדבריהם, "משפחה זה הכי כואב":

חוקר, ליאור שפיץ: אני רוצה שזה יחלחל ויחלחל, לאט לאט טיפין טיפין טיפה טיפה זה יחלחל, כל פעם שאני אומר את זה זה יחלחל אבל המשמעויות לעתיד להמשך, אבל מה שאתה כן יכול לתת לנו לסייע לחקירה הזו מה שאתה יכול לסייע לחקירה לסייע לעצמך לסייע למשפחה, כל פעם נחזור למשפחה למשפחה למשפחה כי זה הכי כואב, הכי כואב להם והכי כואב לך, וזה בידיים שלך זה בחירות שלך (תמליל חקירה מיום 20.2.2018, נ/1915, עמ' 97-98).

363. לא יכול להיות ספק באשר לכוונתם של החוקרים שנאמרו והובהרו לעד באופן מפורש. גם הוא הבין כך את הדברים בזמן אמת. הוא העיד בחקירתו הנגדית שהבין את כוונת החוקרים ולא היה לו ספק בה, גם כי היא נאמרה באופן ברור וגם כי חוקריו שבו וחזרו על אותם איומים עשרות פעמים:

ת: האיום היה ברור שאם אני לא אספק גרסה יחריבו את משפחתי.

ש: אוקיי. עכשיו,

ת: לא, זה פשוט נאמר עשרות פעמים (פרוטוקול הדיון מיום 1.12.2021, עמ' 7650, ש' 12-14).

364. החוקרים מימשו את איומם.

365. לאחר הפגשתו עם המקורבת, לא הותיר החוקר מקום לספק נוסף אם נותר, ואמר לעד שהם חשפו את הסוד שלו שכן המקורבת ענתה על כל דבר שנשאלה (חקירה מיום 21.2.2018, נ/1920, עמ' 2).

366. גם המאשימה הודתה בכך בפה מלא, הגם שטענתה הבלתי נתפסת היא שמדובר בתרגיל חקירה לגיטימי, ובכך העידה על עצמה את שאנו טוענים ללהיטות היתר ולעיוורון החמור בהם לקתה:

”תרגיל החקירה שבוצע נגע אך ורק להפגשה המקרית לכאורה בין עד המדינה לנחקרת” (מתוך תגובת המאשימה לבקשה לעיון בחומר חקירה מיום 21.10.2020, בפסקה 119).

”ראינו את החיפוש החוקי בעינינו, את החקירה שלנו שהייתה. את ההפגשה המקרית במסדרון שלשיטתנו זה תרגיל חקירה לגיטימי וכל מיני דברים שחברנו הראו לנו בשימוע שהם חיברו בין הדברים” (פרוטוקול הדיון מיום 15.11.2020, עמ' 301 ש' 13-15).

367. טרם נמשיך, מן הראוי להתעכב על דברים 'מפעימים' אלה. לא רק שחוקרי המשטרה טורחים לבצע חיפוש אצל המקורבת (תוך הטעיה של בית המשפט, כפי שיפורט להלן); ומביאים ליחידה החוקרת את אותה מקורבת (תוך רמיסת זכויותיה); ושואלים אותה שאלות חודרניות ומבזות (שאין כל קשר, ולו הדחוק ביותר, בינן לבין החקירה); ומביאים למפגש בינה לבין חפץ (שתכליתו היחידה שבירת רוחו של הנחקר) – לא רק זאת מתרחש. אלא שמתברר, כי אם וככל שהדברים לא היו ידועים בזמן

אמת לנציגי המאשימה – שאלה שנותרה לוטה בערפל עד היום ממש – עתה, משהם נחשפו כלפי כולי
עלמא, מהינה המאשימה להגן על הדברים בלהט בפני בית המשפט הנכבד. שום תובנה לא חדרה,
שום מסקנה לא הוסקה, שום לקח לא נלמד. כלום ושום דבר. יעל העיוורון, ממש.

368. ושמא יוותר ספק, פלג העיד שהיה מדובר במהלך חקירה מתוכנן, [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]

369. שוורץ העיד שמטרת התרגיל היה לעורר "אפקט אמוציונלי":

[REDACTED]

[REDACTED]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

370. בית המשפט הנכבד תהה האם תרגיל החקירה הקיצוני הצדיק את המטרה :

[Redacted text block]

371. מדובר היה בשיטה ולא באירוע חד-פעמי. לחץ בזוי בתרגיל 'המקורבת', ננקט כלפי חפץ גם בחקירת "תיק 1270". באופן זה, בימים הראשונים לחקירותיו, הוא היה נתון למסע לחצים אדיר, בשתי

חקירות מקבילות בהן נחקר בו-זמנית.

[REDACTED]

372. תמליל החקירה ב"תיק 1270" מאמת את דבריו של העד, וכך מובאים הדברים:

[REDACTED]

373. על עניין זה הגיב חפץ בחקירתו הנגדית, בדלתיים סגורות:

[REDACTED]

[REDACTED]

374. וכך אמר חפץ בעצמו לגבי האיומים ב"תיק 1270" והקשר שלהם ל"תיק 4000":

[REDACTED]

375. גם אם היה צורך לחקור את אשתו של חפץ ואת המקורבת (ואין כל סיבה לסבור כך. די בעיון בשאלות הבזויות שנשאלה המקורבת, כדי לחשוף על נקלה את מטרתה של 'חקירה' עלובה זו), אין בכך להצדיק את תרגיל החקירה ולהפגישן עם העד, כאשר מטרת התרגיל היא לאיים עליו בקריסת התא המשפחתי שלו אם יתמיד שלא לשתף פעולה עם חוקריו.

376. במקרה דומה, בו עשו החוקרים שימוש באביו של הנחקר כבסיס לאיום עליו, קבע בית המשפט העליון שמדובר בתרגיל חקירה אסור:

"מהצורך החקירתי להביא את האב לתחנת המשטרה ומהאפשרות שהוא ילמד על החשדות נגד מוחמד ברצח ועל עיסוקו, לא נגזר שלחוקרים מותר להשתמש באפשרות חשיפת הדברים בפני האב כבסיס לאיום או להבטחה" (ע"פ 10477/09 מובארק נ' מדינת ישראל (10.4.2013), בפסקה 54).

2.3.ד. עיכוב אסור וחקירה משפילה של "המקורבת"

377. לצורך מהלך החקירה הבזוי, עיכבה המשטרה לחקירה את המקורבת, אזרחית חפה מפשע שלא דבק בה חשד אמיתי, על לא עוול בכפה, ללא כל סיבה או הצדקה, מלבד הצורך להשתמש בה כאמצעי לחץ כלפי חפץ.

378. המקורבת עוכבה והובאה לחקירה בתואנות שווא, אך ורק כדי לשמש ככלי במהלך חקירה אסור.

379. וכאילו לא די בכך, רתמו הרשויות את בית המשפט למהלך זה. כך, בבקשות לצווים ובחלק מהמסמכים בעניינה, נכתבו חשדות שווא. המקורבת הוצגה בכזב בפני בית המשפט כחשודה באותם חשדות, על אף שהלכה למעשה, היא לא היתה חשודה ובחקירתה לא הוזהרה בדבר.

380. כך, בבקשה לצו החיפוש של היחידה החוקרת צוין **"נעברה עבירה של: לקיחת שוחד, שיבוש מהלכי חקירה, מבצע בצוותא"**.

381. בהחלטה על אודות מתן הצו מיום 20.2.2018 נכתב "חשד להלבנת הון", על אף שחפץ מעולם לא נחשד בעבירה זו, לא כל שכן המקורבת.

הבקשה לצו החיפוש וההחלטה הוגשו לבית המשפט הנכבד וסומנו נ/1994.

382. בדו"ח הפעולה של החיפוש והתפיסה של המקורבת מיום 21.2.2018, התייחסו בלשי המשטרה למקורבת כאל "חשודה":

"בתאריך ובשעה הנ"ל לאחר קבלת תדריך מפורט מפי מפקד הצוות אורי יוספי, התבקשתי לבצע חיפוש בכתובת הנ"ל ע"פ צו חיפוש שמספרו 44132-02-18 החתום ע"י בימ"ש השלום ת"א כנגד....[שמה של המקורבת הורד – על פי צו איסור פרסום – הח"מ] בחשד לעבירות הלבנת הון, שוחד ושיבוש.

[...]

בשעה 7:00 לערך עזבתי את המקום ונסעתי עם החשודה הנ"ל ליחידה להמשך חקירה, בשעה 7:30 לערך הגעתי ליחידה" (ההדגשות שלנו. הח"מ).

383. צו החיפוש של המקורבת נוסח בצורה מעורפלת באופן מכוון. בית המשפט הנכבד תהה על הדברים:

[Redacted text block containing multiple lines of blacked-out text]

384. לאחר הבאתה למתקן המשטרתי, המקורבת לא נחקרה באזהרה ולא הוחשדה בדבר. ללמדכם כי מלכתחילה לא ראו בה חוקרי המשטרה חשודה בביצוע עבירה כלשהי.

385. כל שביקשו החוקרים היה לערוך מפגש בין המקורבת לבין העד, במטרה לשבור את רוחו ולהביאו לשתף עימם פעולה. לצורך כך הם לא בחלו באף אמצעי. גם לא בשלילת חירותה של אזרחית חפה מפשע.

386. להיטותם להשיג את מטרתם, הובילה את חוקרי המשטרה גם להטעות את בית המשפט ולהסתיר את הסיבות האמיתיות העומדות ביסוד הבקשה לקבלת צו חיפוש בביתה של המקורבת.

387. לאחר החיפוש שנערך בביתה בשעות הבוקר המוקדמות והבאתה למתקן משטרתי, עברה המקורבת גם חקירה משפילה וחודרנית בדבר טיב הקרבה ומהות מערכת היחסים בינה לבין חפץ.

388. על היחס המשפיל למקורבת שהחל כבר בעת עיכובה, סיפר חפץ בחקירתו הנגדית:

[REDACTED]

389. בניגוד למצג השווא לפיו מדובר בחשודה הדרושה לחקירה בתיק, חקרו חוקרי המשטרה את המקורבת ב"עדות פתוחה", כאשר עיקר חקירתה הוקדש לשאלות חודרניות בדבר טיב ומהות הקשר בינה לבין חפץ.

390. מקצת מהשאלות שהופנו אליה היו

[REDACTED]

[REDACTED]

391. חקירה 'נאה', אולי, למדינה אחרת. חשוכה. לא למדינת ישראל המבקשת לראות עצמה מדינה דמוקרטית שומרת חוק.

392. החוקר שוורץ הודה בעדותו שהשאלות שהמקורבת נשאלה היו ברובן מיותרות: [REDACTED]

393. גם בית המשפט הנכבד לא מצא רלבנטיות לתיק בהבאת המקורבת, וביקר את המעשה:

[REDACTED]

394. מעיון בחקירת המקורבת ומהשאלות שהופנו אליה עולות שלוש מסקנות: האחת, החוקרים לא ראו במקורבת מעורבת או חשודה, בצורה ישירה או עקיפה, בפרשות בהן נחשד חפץ; השנייה, החוקרים התעניינו אך ורק בטיב הקשר בינה לבין חפץ מתוך רצון להפעיל עליו לחץ; השלישית, חקירתה נועדה להשפילה ולבזותה, [REDACTED]

395. עיכובה של המקורבת נעשה אך ורק לצורך הפגשתה עם חפץ, ומתוך רצון, כאמור לעיל, לשבור את רוחו ולא ללץ אותו לשתף פעולה. בדרכם למטרה פסולה זו, הוסיפו החוקרים על פשעיהם והשפילו את המקורבת ללא שום סיבה נראית לעין, לבד מסיפוק צורך סדיסטי ואולי אף לשם השעשוע.

396. על הסבל שנגרם למקורבת בעקבות התנהלות המשטרה כלפיה, העיד חפץ בחקירתו בבית המשפט:

[REDACTED]

397. בעקבות האירועים הקשים האלה, הגישה המקורבת תביעה נגד המדינה. בכתב התביעה היא מגוללת את היחס המשפיל של החוקרים ואת התנהלותם הבזויה:

[REDACTED]



כתב התביעה של המקורבת נגד המדינה הוגש לבית המשפט הנכבד וסומן נ/2071.

398. החוקרים ביקשו להביא את חפץ שישתף עימם פעולה ולצורך כך הם לא בחלו בשום אמצעי. המקורבת שימשה כלי שנועד אך לשרת את מטרתם. לטובת המטרה הפסולה הם שללו את חירותה, רמסו את כבודה, השפילו וביזו אותה.

399. למרות עמדתה השערורייתית של המאשימה לפיה מדובר בתרגיל חקירה לגיטימי, נהין ונקבע אנו שאף ערכאה משפטית במדינת חוק, לא תהסס לדחות טענה הזויה זו. היא תקבע שמדובר במהלך חקירה אסור בכל איסור ופסול מכל פסול, שאי החוקיות זועקת ממנו.

400. עצם העובדה שהמאשימה מוסיפה ומתחפרת בעמדה הבלתי לגיטימית לפיה מדובר בתרגיל חקירה לגיטימי, מעידה כאלף עדים על מסעה העיוור בפרשה זו. להיטות היתר וראיית המנהרה, אשר מסמאות את עיניה מלראות את אשר רואה כל צופה מן הצד במעשיה, ואשר מסבירות את גישתה בגיבוש האישום וההתעקשות היתירה על טענותיה גם כאשר ראיות מהותיות מהן התעלמה, מפריכות את הנטען בו טענה אחר טענה.

401. דווקא בנסיבות אלו, שומה על בית המשפט הנכבד להציב מחדש את הגבולות שדומה שהיטשטשו. אם גבולות אלה אינם נהירים למשטרה, גם לא בדרגיה הבכירים, והם חמקו גם מן המאשימה, על פרקליטיה הבכירים המנהלים את התיק, נותר בית המשפט השומר האחרון בשער.

ד. 3.3. שימוש פסול באשתו של חפץ כדי לשבור את רוחו

402. ביום 25.2.2018, לאחר שבוע במעצר בתנאים קשים, בוצע כלפי חפץ תרגיל נוסף. למרות שהודיעו לו ולעורך דינו שיבקשו להאריך את מעצרו, נכנס חוקר משטרה לחדר החקירה בו היה מצוי חפץ והתקשר בפניו לאשתו והודיע לה שהוא צפוי להשתחרר ממעצר. לאחר מכן, כצפוי ובניגוד למצג השווא שהציגו לאשתו בפניו, הוארך מעצרו בימים נוספים.

403. מדובר היה בפעולה שנעשתה כל כולה על מנת לשבור את רוחו של העד באמצעות שימוש אסור נוסף בבני משפחתו.

404. כך סיפר חפץ על האירוע בחקירתו הנגדית:

ת: [...] והמקרה הזה הוא פשוט בגלל תרגיל החקירה שנעשה עליי הוא היה לא עליי, אלא על משפחתי. אז זה פשוט,

ש: זו השאלה שלי. קודם כל, אולי תסביר מה היה התרגיל.

ת: התרגיל הוא שאמרו לי וגם לעורך הדין שלי, שהולכים לבקש הארכת מעצר. אני לא זוכר באיזה יום האריכו שוב מעצר.

ש: אוקיי.

ת: אבל הודיעו, זה אחרי שאני שבעה ימים במעצר, שזה עוד הולך להיות ארוך. ואז ממש בסמיכות זמנים, אולי זה היה דקות, אולי זה היה חצי שעה, אולי זה היה שעה. נכנס בן אדם שלא הכרתי, חוקר שלא ראיתי מעולם. והתקשר לידי בטלפון נייד, אף פעם לא בוצעה כזאת פעולה, לאשתי, והודיע לה שמחר אני בבית. זה היה פשוט, מה שאמרת לי לו 'למה אתם משחקים ברגשות של המשפחה? בסדר, אתם מפעילים עליי את כל הלחצים האלה, אבל תעזבו את המשפחה'. זה מה שאתה רואה זה פשוט, זה מה ששבר אותי, שהם עברו כבר לשחק במשפחה.

ש: ובוא נשים את הדברים. בעצם זו מניפולציה על הרגשות של המשפחה שלך,

ת: איזה שאלה בכלל?

ש: כדי להשפיע עליך. נכון?

ת: איזה שאלה. הרי ברור לחלוטין. הוא עמד לי מול העיניים. ממתני חוקר מתקשר ומודיע לאשתי מול העיניים שלי בחדר חקירות, לידי בסלולארי, שהוא מודיע לה שמחר אני מגיע. איפה יש דבר כזה? תלמד אותי.

ש: אוקיי, עכשיו, אתה זוכר מי היה החוקר? כי למיטב ידיעתי,

ת: לא הכרתי אותו (פרוטוקול הדיון מיום 1.12.2021, עמ' 7735–7736) (ההדגשות הוספו – הח"מ).

405. לאחר האירוע נראה חפץ בתיעוד מחדר החקירות כשהוא פורץ בבכי מר:

נחקר, ניר חפץ: עכשיו, פשוט ל... לחוקר היה איזה שיח עם אשתי ש... לקחתי אותו (מילה לא ברורה).

חוקר מס' 1, ניר שוורץ: איזה חוקר?

נחקר, ניר חפץ: זה שעכשיו בחוץ.

חוקר מס' 1, ניר שוורץ: זה הבחור (מילה לא ברורה)?

נחקר, ניר חפץ: (הנחקר מהנהן בראשו).

חוקר מס' 1, ניר שוורץ: מה קרה?

נחקר, ניר חפץ: הוא פשוט עכב בתום לב נתן לה להבין שיש סיכוי שאני משתחרר ו... מאוד אה, אני לא רוצה שישחקו ברגשות של המשפחה שלי.

חוקר מס' 1, ניר שוורץ: (מילים לא ברורות).

נחקר, ניר חפץ: (הנחקר בוכה). כאשר ברור שאני לא משתחרר הרי יש עוד פרשיה אז למה צריך להגיד לה את זה.

חוקר מס' 1, ניר שוורץ: אני מניח, אני לא מניח אני בטוח (מילים לא ברורות).

נחקר, ניר חפץ: אם היא (מילה לא ברורה - בוכה) יש עורך דין למה לא מדברים איתו, בשביל מה צריך להעביר את זה אליה, כי אנחנו עוד לא (מילים לא ברורות).

חוקר מס' 1, ניר שוורץ: (מילים לא ברורות).

נחקר, ניר חפץ: היא תעשה כל מה (מילים לא ברורות) אני מת... אני מתבייש אני לא נוהג לבכות אבל... (קם ממקומו).

חוקר מס' 1, ניר שוורץ: אל תתבייש, בוא הנה ניר, קח את זה. קח את זה. (מביא לנחקר בקבוק מים).

נחקר, ניר חפץ: תודה. מה זה, מה זה (מילה לא ברורה) בכוונה אני לא מבין את הדבר הזה, למה זה בכלל ככה. בשביל מה יש עורכי דין בעולם אז בשביל מה אני משלם לו כסף בכלל אם זה ככה.

חוקר מס' 1, ניר שוורץ: (משוחח בטלפון) תביא לפה טישו, תביא לפה נייר טואלט, ביי. (סיום שיחת טלפון). תשמע אני לא יודע בדיוק מה היה אבל בטח לא נעשה פה שום דבר בכוונה (תמליל חקירה מיום 25.2.2018, נ/1940, עמ' 2 ש' 10-36).

406. לאחר התפרקותו בבכי, ניגש אל חפץ החוקר שוורץ, קירב אליו את כיסאו, והחל להפעיל עליו לחץ לשתף פעולה:

נחקר, ניר חפץ: לא, הוא נראה לי בחור על הכיפאק אני לא חושב שהוא עשה את זה בכוונה.

חוקר מס' 1, ניר שוורץ : לא, אני גם מכיר אותו ואני בטוח שזה לא בכוונה, בטח בקטע הטכני של אה, אה... של ההחלטות בעניין התיק השני אהמ... אין לי ספק בכלל, אין לי ספק בכלל. תשתה מהבקבוק.

נחקר, ניר חפץ: מה האנשים האלה גם ככה סובלים מספיק אז אתה יכול או-קיי אה... אה... על זה שאני פה אז אולי זה, זה, הם צריכים לבוא בטענות אליי אבל... עדיין.

חוקר מס' 1, ניר שוורץ : אלה אנשים הכי חשובים בחיים שלך.

נחקר, ניר חפץ: כן.

חוקר מס' 1, ניר שוורץ: אם אני שם את עצמי במקום שלך, אני, ניר, לא הייתי חושב על שום דבר אחר מלבדם. אתה חייב, חייב, חייב בשבילם לשנות את הגישה, חייב ניר. (מילה לא ברורה) אני אומר לך באחריות מה שקרה פה זה לא בכוונה. אבל אני רואה כמה זה קשה לך ואני רואה כמה חשובה לך המשפחה (תמליל חקירה מיום 25.2.2018, נ/1940 עמ' 3 ש' 37 עד עמ' 4 ש' 13).

407. חפץ סיפר בעדותו במילים קשות את שהרגיש לגבי אותו תרגיל, ולגבי "מהלך ההתקרבות" של החוקר:

ת: זה, חתיכת מהלך מנוול.

ש: מנוול. זה במהלך חקירה ראיתי,

כב' השופט ע' שחם: למרות השיחה, הייתה הארכת מעצר באותו יום.

ת: בטח, אני הייתי עוד שמונה ימים במעצר אחר כך. זה היה משהו,

כב' השופט ע' שחם: באותו יום היה הדין?

ת: הם רצו,

כב' השופט ע' שחם: לא, לא, מה הם, עזוב, אני שואל עובדתית.

ת: לא, אתה תגיד מתי האריכו לי את המעצר. האריכו לי שוב.

ש: ברור.

ת: לא, תגיד באיזה יום. זה היה ביום ראשון.

ש: לא, השאלה הייתה מתי הארכת המעצר. נבדוק את המועד של הארכת המעצר.

ת: אבל הוא אמר מול עיניי, הוא הודיע לאורית רעייתי מול עיניי שמחר אני בבית. זה כל התרגיל. הוא פשוט הודיע לי. הוא עמד לי מול העיניים ואמר.

ש: אוקיי. בחקירה שלך אמרת,

ת: ואני ידעתי שהוא משקר אותה.

ש: בחקירה שלך אתה אמרת, לדעתי בגלל שהיית תחת הסטרס והרעיון לשמור על איזה שהוא איפוק, שאתה לא יודע אם זה בחובבנות או בכוונה. מילים שלך. זה מה האמת?

ת: שלא רציתי להתעמת איתם. אמרתי את זה ככה, זה היה ברור לי לחלוטין,

ש: שזה מהלך מנוול, כמו שקראת לזה?

ת: זה בגלל שאני עדין פה, בבית משפט.

ש: בסדר, אוקיי. עכשיו, ואז תראה, החוקר, אנחנו חשבנו שאחרי שאתה בעצם נשבר בגלל מה שקורה עם המשפחה, אז שהוא ככה, אתה יודע, קצת ירגיש לא נוח. אבל בוא נראה מה החוקר עושה. זה בעמוד 3 באותו מקום, שורה 7 עד 13. זה אחרי ההתפרצות. הוא מתקרב אליך.

(מוקרן סרטון באולם בית המשפט)

ש: כאילו להפגין אמפטיה.

(מוקרן סרטון באולם בית המשפט)

ש: טוב. מה שהחוקר, הוא כאילו רואה את ההתפרצות שלך. הוא לוקח את הכיסא, אתה יודע, בדרך כלל באים קצת לעודד.

ת: כן, זה חריג מאוד שהוא ככה התקרב אליי.

ש: זהו. הוא התקרב אליך ומה הוא אמר?

ת: הוא היה בתפקיד זה ששומר על מרחק מאיים.

ש: אוקיי, אבל בוא נראה מה הוא אומר. מה שהוא אומר, הוא אומר לך שהוא מזהה את הקושי.

ת: כן, בסדר.

ש: לא, תגיד מה, תגיד מה המשמעות.

ת: הוא בעצם זיהה פה הזדמנות שהתרגיל עבד והוא מנסה עכשיו לחלץ ממני גרסה כלשהי. כי אני כאמור לא באמת מסרתי גרסה מפורטת. סביב הטיעון המשפחתי, לנגן, לפרוט על המיתר הזה. אני גם רוצה להוסיף משהו שאני מניח שאדוני לא יודע. באיזה שהוא שלב של השבוע הזה, זה השבוע השני, אני הרגשתי בחוויה שלי, שהם כבר התייאשו מלהוציא ממנו גרסה. ואז החוקר הזה, הוא החוקר הראשי שלי, הוא ראש צוות החקירה שלי. טס עם המשפחה לסקי בשוויץ. זאת אומרת, זה רמת הציניות. חקירת ראש ממשלה, הם יושבים עליי בעוצמות האלה. הוא ראש צוות החקירה שלי, הוא טס לסקי בשוויץ. והם אומרים לי את זה (פרוטוקול הדיון מיום 1.12.2021, עמ' 7737 ש' 5 ש' עד עמ' 7738 ש' 23).

408. מדובר בתרגיל חקירה פסול שנועד להפעיל לחצים נפשיים על חפץ ולשבור את רוחו במטרה שישתף פעולה עם חוקריו.
409. לא ניתן לקבל את גרסת המשטרה ובעקבותיה את גרסת התביעה, לפיהן מדובר היה באי הבנה (כן, שוב 'אי הבנה' או 'שגגה' שהגיעו בתיק זה לממדים אינפלציוניים מרקייעי שחקים) עקב בלבול בין שני התיקים בהם נחקר חפץ (תיק 1270 ותיק 4000). העיתוי בו הדבר נעשה והאופן בו הדברים נעשו, מוכיחים ללא כל ספק שמדובר בתרגיל חקירה שנועד ללחוץ את חפץ על מנת שיהפוך לעד מדינה.
410. ראשית, מדרך ההודעה על "שחרורו הצפוי". היינו סנגורים וליווינו לא אחת חקירות משטרה. לא שמענו על חקירה שבה החוקר מתקשר לאשת נחקר ומודיע לה "לבוא לקחת אותו הביתה". בפשטות, זו אינה הצורה בה דברים קורים. כאשר עצור משתחרר לביתו, החוקר מודיע על כך לעורך דינו והתקשורת נעשית בין שני אלה בלבד. לא בשיח פמיליארי בין חוקר לאשת נחקר, כאילו מדובר בתלמיד שאמו צריכה לאסוף אותו מבית הספר.
411. שנית, ההתנהלות של החוקר ניר שוורץ לאחר התרגיל, מוכיחה באופן שאינו משתמע לשני פנים את הטענה שמדובר היה בתרגיל חקירה שכוון להפעיל לחץ על חפץ להפוך לעד מדינה. אם מדובר היה בטעות אומללה לה תוצאות קשות, החוקר לא היה מהין לנצל את מצבו השברירי של חפץ, כשהוא מפעיל עליו לחץ לשתף פעולה. היפוכם של דברים.
412. בהקשר אחרון זה יוער שגם אם ניתן היה לקבל את הגרסה לפיה מדובר ב"שגגה" נוספת ולא בתרגיל חקירה מרושע (וכאמור, נדמה שסל ה"שגגות" בתיק זה ממילא כבר מלא עד להתפקע), העובדה שהחוקר ניצל את המשבר אליו נקלע חפץ כתוצאה מכך על מנת להוסיף וללחוץ עליו שישתף עמו פעולה, מהווה כשלעצמה פגם חמור.
413. מהלכי החקירה הפסולים שהופעלו כלפי חפץ בעודו שרוי בתנאי מעצר קשים ובמצוקה פיסית נוראית, אכן שברו את רוחו. במהלך חקירתו ולאחר שהופעלו עליו לחצים נפשיים בלתי נסבלים, הוא הודה שהוא לא כשיר פיזית ונפשית (תמליל חקירה מיום 22.2.2018, נ/1925, עמ' 6).

414. בסופו של יום, הלחצים הנפשיים והבזויים שהופעלו על חפץ השיגו את מטרתם. הוא סבר שלא נותרה לו כל אפשרות אחרת מלבד לשתף פעולה עם החקירה ולהפוך לעד מדינה. זאת, בניסיון נואש לרצות את החוקרים פן יממשו את איומיהם כלפיו, כלפי בני משפחתו וכלפי המקורבת לו.

415. להיטות היתר שאפיינה את רשויות החקירה, והזדהות עם מטרת החקירה, פגמו באופן קשה בשיקול הדעת של חוקרי המשטרה, והביאה אותם לסחוט את חפץ במטרה להביאו לתמוך בתזה המפלילה עליה הם ננעלו כבר בשלביה הראשוניים של החקירה.

ד.4.3. שימוש פסול בבני משפחה בחקירת המבקשים

416. גם בחקירתם של המבקשים נעשה שימוש פסול ותכוף בבני משפחתם כמנוף לחץ עליהם.

417. כך היה בעניינה של המבקשת. לאחר 2 יממות ללא שינה ובתנאי מעצר מזעזעים, הודיע מי שעמד בראש החקירה, תנ"צ אלי אסייג, למבקשת שדמו של בעלה, המבקש, בראשה:

חוקר מס' 5, אלי אסייג: שהשוויון נפש הזה לא יהיה... שזה לא יתחבר לחוסר רגישות שלך. את יודעת בעלך הוא לא אדם צעיר....

נחקרת, איריס אלוביץ: אני יודעת.

חוקר מס' 5, אלי אסייג: שלא תעשי עוול לאדם לא צעיר.

נחקרת, איריס אלוביץ: אני עושה עוול...

חוקר מס' 5, אלי אסייג: ואנחנו יודעים...

נחקרת, איריס אלוביץ: אני האחרונה שאני יעשה לו עוול.

חוקר מס' 5, אלי אסייג: אנחנו יודעים שהמצב שלו לא טוב. ואנחנו יודעים כמה הייתם במתח, מן הסתם תביני מאיפה אנחנו יודעים. ואני חושב שאת ממש יכולה לגרום לו לנזק בלתי הפיך.

נחקרת, איריס אלוביץ: אני?

חוקר מס' 5, אלי אסייג: כן, כן, את.

נחקרת, איריס אלוביץ: למה אני?

חוקר מס' 5, אלי אסייג: כי אנחנו לא מדברים עם שאול ולא עם אור באותה, באותו, (מילה לא ברורה), אם אנחנו פונים, ואני באתי אלייך ואת יכולה לבדוק... יכולתי להיכנס לשאול, לאור, אנחנו מדברים איתך... (תמליל חקירה מיום 19.2.2022, נ/2269, עמ' 147 ש' 22-37).

418. המשדל והמאיים הוא לא קצין צעיר ולא פרח שיטור. כך נשמע תת ניצב במשטרת ישראל העומד בראש החקירה. אוי לעיניים שכך קוראות ולאוזניים שכך שומעות.

419. בנוסף, כפי שיפורט להלן, נעשה שימוש בזוי ואסור גם בבנו של המבקש, אור אלוביץ', על מנת שיפעיל לחץ על אביו שישתף פעולה עם חוקריו ויהפוך לעד מדינה. על עניין זה נרחיב להלן.

4. ד. פגיעה אסורה בזכות הייצוג של החשודים

ד.1.4. האיסור להתערב במרחב הייצוג של חשודים ונאשמים

420. הזכות לייצוג משפטי מוכרת במשפט הישראלי כזכות יסוד בעלת מעמד חוקתי.

421. בהתאם לכך, כאשר נפגעת זכותו של אדם לקבל ייעוץ משפטי, מדובר בפגיעה בזכות יסוד המחייבת סעד חוקתי.

422. בפסקי דין רבים חזר בית המשפט העליון וקבע שלזכות לייצוג ביסוס חוקתי בזכויות המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובהן זכות החירות האישית, הזכות לאוטונומיה של הרצון הפרטי והזכות להליך הוגן (ראו למשל: בג"ץ 3412/91 סופיאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה, פ"ד מז(2) 843, בפסקה 6 לפסק דינו של כב' השופט אלון (1993); בג"ץ 3239/02 אסחק מחמוד מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נז(2) 349, בפסקה 43 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק (2003)).

423. עוד הודגש בפסיקה, במיוחד זו שניתנה לאחר שנחקק חוק היסוד, שלזכות לייצוג ישנה חשיבות עליונה כזכות השומרת על האינטרס הציבורי להליך הוגן. היא דרושה על-מנת להבטיח שהפגיעה בזכויות היסודיות של החשוד – לחירות, לכבוד, לקניין ועוד – אם תיעשה, לא תיעשה אלא לאחר הליך הוגן ועל-פי הדין (בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746, בפסקה 2 לפסק דינו של כב' השופט ריבלין (2004)).

424. זכות ההיוועצות בעורך-דין הוכרה כזכות חוקתית בשיטות משפט רבות. כך לדוגמה, בארצות-הברית זכות הייצוג קבועה בתיקון השישי לחוקה; בקנדה מעוגנת זכות זו בסעיף 10 לצ'רטר הקנדי בדבר זכויות וחירויות.

425. על חשיבותה של זכות ההיוועצות בחקירה פלילית, עמד גם בית המשפט העליון בעניין **יששכרוב**:

"זכותו של עצור להיות מיוצג על ידי עורך דין ולהיוועץ בו הוכרה כזכות יסוד מרכזית בשיטתנו המשפטית עוד בימי הבראשית של בית משפט זה... חשיבותה של זכות הפגישה וההיוועצות עם סגור בשלב החקירה נובעת מכך שככלל, חקירה על ידי אנשי מרות מהווה סיטואציה מורכבת ולוחצת עבור כל מי שנחקר בתנאי מעצר כשהוא ניצב לבדו אל מול חוקריו. הדעה המקובלת היא כי זכות הייצוג וההיוועצות בעורך דין מסייעת לשמירה על זכויותיהם של נחקרים,

להבטחת הגינותם של הליכי החקירה ולמניעת ניצול לרעה של פערי הכוחות המובנים בין העצור לאנשי המרות החוקרים אותו. בהקשר זה, ניתן להצביע על מספר טעמים המצדדים בזכותו של העצור לייצוג משפטי בשלב החקירה: ראשית, היועצות העצור עם עורך דינו מסייעת לוודא כי העצור מודע למכלול זכויותיו, ובהן הזכות לחקירה הוגנת בלא שיופעלו עליו אמצעי חקירה פסולים, החיסיון מפני הפללה עצמית וכן זכות השתיקה. ההנחה היא כי עורך הדין יקפיד על מתן הסבר לעצור בדבר זכויותיו בחקירה בלשון מובנת ופשוטה, וכן יבאר לו את המשמעויות הנלוות לאי מסירת גירסה בחקירת המשטרה. כבר נאמר בפסיקתו של בית משפט זה כי: 'הזכות לסנגור טומנת בחובה את האפשרות הלגיטימית שעורך דין ייעץ לחשוד או לנאשם לשתוק ולא למסור כל הודעה למשטרה' (ע"פ 747/86 אייזנמן נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(3) 447 (1988), בעמ' 452 לפסק דינו של השופט א' גולדברג). מטעם זה, נהוג לראות בזכות ההיועצות בעורך דין אספקט אחר של זכות השתיקה" (פרשת יששכרוב, בפסקה 14 לפסק דינה של כב' הנשיאה ביניש).

426. בפסק-דין שניתן אך לאחרונה, סמוך ממש לכתובת שורות אלה, פסל בית המשפט העליון ראייה שהושגה תוך פגיעה בזכות ההיועצות. בפסק הדין נקבע והוטעם שההקפדה על זכויות חשודים ונאשמים אינה נחלשת, ואל לרשויות האכיפה והתביעה לאחוז בגישה כזו, גם כאשר מדובר בעבירות חמורות:

"דווקא בעבירות החמורות טמונה הסכנה של מוטיבציית יתר. אל לנו ליצור מצב בו שוטר ינהג אחרת, ובניגוד לדין, מתוך מחשבה כי התנהגות פסולה עשויה לקבל הצדקה נוכח חומרת העבירה. דווקא בעבירות החמורות יש להקפיד על הכללים. הניסיון מלמד כי הקפדה בזכויות נאשמים אף מסייעת ליעדים של המשטרה והפרקליטות להוכיח את אשמת החשוד" (ע"פ 4946/20 אטירסאו אינעלם נ' מדינת ישראל (06.06.2022), בעמ' 8).

427. בהצעת חוק היסוד: זכויות בחקירה ובמשפט פלילי, אף מוצע לעגן במפורש את זכות ההיועצות בעורך דין בחקירה פלילית בה נחקר אדם כחשוד כזכות יסוד חוקתית:

"חקירה על ידי אנשי מרות מהווה אירוע מורכב הכרוך ככלל בלחץ רב עבור חשוד, כשהוא ניצב לבדו אל מול חוקריו. מכאן חשיבותה של זכות ההיועצות בחקירה פלילית בשמירה על זכויותיהם של הנחקרים, בהבטחת הגינותם של הליכי החקירה ובמניעת ניצול לרעה של פערי הכוחות המובנים בין החשוד לאנשי המרות החוקרים אותו ולבקרה על הליך החקירה" (דברי ההסבר להצעת חוק היסוד, בעמ' 18–19).

428. פגיעה בזכות ההיועצות פוגמת הן בהוגנות של הליך החקירה והן בהוגנות של ההליך הפלילי הבא בעקבותיה (ר' דברי ההסבר להצעת חוק היסוד, בעמ' 19).

429. בחקיקה הישראלית, זכות ההיוועצות של עצורים בעורך דין מעוגנת בסעיפים 34–35 לחוק המעצרים.

430. זכות ההיוועצות של עצור הוכרה גם בפסיקה כזכות יסוד מרכזית (ראו למשל: פרשת **יששכרוב**; ע"פ 1301/06 **עזבון המנוח יוני אלזם ז"ל נ' מדינת ישראל**, פ"ד סג(2) 177, 237 (2009); ע"פ 1094/07 **דדון נ' מדינת ישראל** (3.7.2008)).

431. עד כדי כך חשובה זכות זו, שהפסיקה הרחיבה אותה גם לחשוד שנמצא בחקירה אף שאינו עצור.

432. יוצא אפוא, שזכות ההיוועצות נתונה, לעצור, לחשוד ואף למי שנחקר בחקירה פלילית גם אם אינו עצור, ופגיעה בזכות מהווה הפרה יסודית של זכויות אדם חוקתיות.

433. כפי שיפורט להלן, חוקרי המשטרה דרסו ברגל גסה, באופן שיטתי ומכוון, את זכות ההיוועצות של החשודים, ביניהם המבקש כאן.

ד.2.4. התערבות פסולה במרחב הייצוג של המבקש

434. במהלך חקירתו של אור אלוביץ', בנו של המבקש (להלן: **"אור אלוביץ'"**; **"אור"**), בוצע כלפיו וכלפי המבקש מהלך חקירה פסול, לא אנושי ולא חוקי. תרגיל החקירה כלל הפעלת לחץ על בן שישכנע את אביו להחליף ייצוג ולחתום על הסכם עד מדינה. זאת, בניגוד לכל דין, תוך חדירה גסה למרחב הייצוג בין עו"ד ללקוח, וניצול ציני של הקשר המשפחתי בין אב לבנו.

435. בראשית הדברים נעיר שהציטוטים שיובאו להלן אינם במחלוקת. הדברים מובאים מפי אומרם ומופיעים בתיעוד החקירות מזמן אמת. הגם שחלקם טרם הוגש לבית המשפט, הם מובאים כאן אך ורק לצורך ההקשר.

436. ביום 20.8.2019, במהלך חקירתו של אור אלוביץ', נכנס לחדר החקירות החוקר אורי קנר (להלן: **"קנר"**), שאינו החוקר של אור אלוביץ', והחל לדבר אתו על המבקשים (תמליל חקירה מיום 20.2.2018, ברקוד 2360, עמ' 117 מש' 19). לדבריו, המבקשים **"פועלים מהבטן והוא מצפה שיפעלו מהראש"**, וכדי שלא יישארו סימני שאלה לגבי כוונתו, הוא הוסיף ואמר לאור, שהמצב שאליו נכנסו יכול לדרדר את כל משפחת אלוביץ' **"לתהום, גם מאסרים וגם שואה כלכלית"** (כך במקור, שם, עמ' 117 ש' 28–31). עוד הוסיף קנר וציין בפני אור את גילו של אביו, שאינו צעיר, את הסיטואציה המשפילה של חקירות ומעצר, ואמר שהיה מתחלחל לו היה במקומו (שם, עמ' 117 מש' 29 עד עמ' 118 ש' 2).

437. קנר, שסחט את אור באופן רגשי, שאל האם לאור יש השפעה על אביו (שם, עמ' 117, ש' 36; עמ' 118 ש' 11). המסר הובן ואור שאל בפשטות: **"מה אתה רוצה שאני אלך לחדר השני ואגיז לו מה הוא צריך לעשות?"** (שם, עמ' 119 ש' 29–30).

438. מסכת הלחצים המשיכה למחרת, אז החל דין ודברים בין החוקרת סיון סבן (להלן: "החוקרת") לבין אור, בנוגע לאביו. הלחץ מהיום הקודם נתן את אותותיו ואור אמר לחוקרת: "מי שהאיר לי את הנורה הזאתי, זה חבר שלכם שהיה פה אתמול" (תמליל חקירה מיום 21.2.2018, ברקוד 2359, עמ' 32 ש' 20–21).

439. החוקרת המשיכה באותו קו פסול בו הלך קנר, ושידלה אותו לערוך מפגש עם אביו-המבקש, בו הוא יעביר לו מסרים ששתלה אצלו.

440. ביום המפגש, ה-23.2.2018, נערכה שיחה בין אור לחוקרת טרם כניסתם לחדר החקירות. השיחה נקלטה במכשירי ההקלטה, והחוקרת ערכה על כך מזכר באיחור. תמליל השיחה² הועבר להגנה כשהוא חסר בנקודות קריטיות. עובדה זו נתגלתה להגנה רק בשלב מאוחר ולאחר מאמצים רבים. המזכר שנערך באיחור, ביום 8.3.2018, מצורף לבקשה זו ומסומן כנספח א'.

441. החוקרת עשתה שימוש אסור ביחסים שבין אב לבנו. תוך שהיא פורטת על נימי הקשר הרגשי ביניהם, היא שידלה אותו להפעיל לחצים רגשיים על המבקש, במטרה שישתף פעולה בחקירה באופן שישביע את רצון החוקרים:

חוקרת, סיון סבן: עכשיו תגידי לי, לא איכפת לך מהשם שלך?

נחקר, אור אלוביץ': איכפת לי.

חוקרת, סיון סבן: אין לך טענות לאבא שלך?

נחקר, אור אלוביץ': נניח ויש לי...

חוקרת, סיון סבן: לאן הכנסת אותי.

נחקר, אור אלוביץ': מה אני עושה בזה.

חוקרת, סיון סבן: תציל את עצמך.

נחקר, אור אלוביץ': איך אני יכול..

חוקרת, סיון סבן: שידאג לך, תדרוש ממנו לדאוג לך.

נחקר, אור אלוביץ': אני לא יודע איך..

חוקרת, סיון סבן: תדרוש ממנו לדאוג לך אור אם אבא שלי היה יודע שאני יושבת במעצר בגללו הוא היה עושה כל מה שהוא יכול כדי להוציא אותי משם

² תמליל השיחה סומן ברקוד 1673 ונכתב בטעות שהוא מיום 7.3.2018 אך למעשה הוא מיום 23.2.2018.

(תמליל החקירה מיום 23.2.2018, ברקוד 1673, עמ' 11 ש' 25) (ההדגשות הוספו – הח"מ).

442. לאורך כל המפגש בין החוקרת לבין אור, היא הנחתה אותו כיצד יוכל לסחוט את המבקש רגשית:

חוקרת, סיון סבן: ומכל מה שאני יודעת, תקן אותי אם אני טועה, אתה יותר אבא של שאול ממה שהוא אבא שלך.

נחקר, אור אלוביץ': אוקיי בשנים האחרונות.

חוקרת, סיון סבן: בשנים האחרונות אתה לו אוזן קשבת אתה לו כתף אתה לו תמיכה, נכון?

נחקר, אור אלוביץ': נכון.

[...]

חוקרת, סיון סבן: ובלי לשים לב הוא פשוט חשף אותך ולא גונן עליך כמו שהיה צריך לעשות (תמליל החקירה מיום 23.2.2018, ברקוד 1673, עמ' 6 עד עמ' 7 ש' 7).

חוקרת, סיון סבן: אור, העיניים של כולם, של המשפחה שלך, העיניים של כולם נשואות לשאול.

נחקר, אור אלוביץ': נכון (שם, עמ' 10 ש' 37–39).

חוקרת, סיון סבן: אתה תעמוד מולו ותגיד לו אבא אתה הכנסת אותי לזה אתה תוציא אותי מזה (שם, עמ' 13 ש' 37–38).

חוקרת, סיון סבן: אני לא הולך לפרק עכשיו את הבית שלי בגללך, ואני לא הולך להיכנס להוצאות כלכליות כבדות בגללך ולא ייהרסו לי החיים בגללך (שם, עמ' 14, ש' 1–2) (ההדגשות הוספו – הח"מ).

חוקרת, סיון סבן: הוא לא רוצה? לא צריך הוא מכניס את כולכם שם לסיפור שאני לא יודעת איך תצא ממנו, ועוד דקה לא צריך אותו גם, עוד דקה אני לא אשב איתך ואעשה את השיחה הזו. אני לא צריכה, גם אתה לא צריך, אבל אתה לא תדע איך לצאת מזה עוד דקה. זה מירוץ (שם, עמ' 15, ש' 9–13).

443. השימוש בבנו של המבקש כנגד המבקש, במטרה להפעיל על המבקש לחץ נפשי ורגשי על מנת שישתתף במרוץ למעמד של עד מדינה, הוא פסול מעיקרו, בזוי ונקלה.

444. כאמור בפרק הקודם, בפסיקת בית המשפט העליון נקבע שאיסור השימוש בבני משפחה כאמצעי להפעלת לחץ, הוא איסור גורף ויסודי.

445. תרגיל החקירה לא התמצה בכך. נעשה במסגרתו גם שימוש פסול בבן המשפחה שנדרש ללחוץ על המבקש להחליף את עורך דינו.

446. יוצא אפוא, כי תרגיל החקירה בו הופגש אור עם המבקש, פגע פגיעה קשה בשני ערכים. כל אחד מהם הוכר בפסיקה כקודש הקודשים: שימוש בבני משפחה לצרכי חקירה; התערבות במרחב הייצוג של החשוד.

447. פגיעה בכל אחד מאלה עולה כדי פגיעה ממשית בזכות להליך הוגן, כל שכן כאשר הפגיעה, כמו בענייננו, היא כפולה.

448. כניסתה של החוקרת למרחב הייצוג שבין המבקש לעורך דינו, בעת שיחתם טרם הכניסה לחדר החקירות, נראית כך (כפי שיובאו להלן מתוך התמליל המתוקן לאחר השלמות שהושמטו מן התמליל המקורי במקומות קריטיים ביותר; המילים שהושמטו מן התמליל המקורי מסומנות בקו תחתון כפול):

נחקר, אור אלוביץ': אני לא סומך עליו.

חוקרת, סיון סבן: למה אתה לא סומך עליו?

נחקר, אור אלוביץ': לא.. הוא לא סומך עליכם ואז אני לא יכול אמרתי את זה..

חוקרת, סיון סבן: למה..

נחקר, אור אלוביץ': העורך דין של ביבי יכול לעשות משהו

חוקרת, סיון סבן: אבל הוא התפטר מייצוג.

נחקר, אור אלוביץ': יש לו נייר..

חוקרת, סיון סבן: נכון.

נחקר, אור אלוביץ': יש לו נייר תביא את הנייר הנה תעשה ככה וככה אתה מקבל ככה כאילו שזה עובר הלאה, הוא לא יאמין לך.

חוקרת, סיון סבן: מה צריך כדי שהוא יאמין?..

נחקר, אור אלוביץ': הוא לא יאמין לך במאה אחוז לא יאמין ..

חוקרת, סיון סבן: לא אני אני, לא אני, תוציא אותי. מה צריך כדי שהוא יאמין שזה מצב הדברים האמיתי ואף אחד לא עושה לו תרגיל.

נחקר, אור אלוביץ': צריך מישו שידבר איתו שזה לא ז'ק

חוקרת, סיון סבן: מישהו שידבר איתו וזה לא ז'ק

נחקר, אור אלוביץ': אנחנו לא ניסינו לדבר איתו.

חוקרת, סיון סבן: אתם מנסים לשכנע?

נחקר, אור אלוביץ': אני יודע ש.. עורכי הדין שלי דיברו עם ז'ק

חוקרת, סיון סבן: וז'ק לא בדעה שלכם?

נחקר, אור אלוביץ': לא רוצה לערבב אותך בזה אני לא.. לא יודע אני עם ז'ק יש

לי בעיה, העורכי דין שלי, תקשיבי

חוקרת, סיון סבן: יש לך גם רצון.

נחקר, אור אלוביץ': אני לא יודע. אני לא רק יודע שהעורכי דין שלי אמרו לי

שאם תהיה עסקה ז'ק לא יכול לעשות את זה, אז לא יעשו אותה.

חוקרת, סיון סבן: אתה רוצה הזדמנות לדבר עם שאול כדי לדבר על הנושא הזה?

נחקר, אור אלוביץ': אני לא מסוגל.

חוקרת, סיון סבן: למה?

נחקר, אור אלוביץ': אני לא מסוגל (תמליל החקירה מיום 23.2.2018, ברקוד

1673, עמ' 11 ש' 25 עד עמ' 12 ש' 27).

449. הנה שחור על גבי לבן: החוקרת מנסה לעודד את בנו של המבקש להיפרד מעורך דינו המייצגו בהליך. דומה שלא ניתן לצעוד ברגל גסה יותר, באופן לא חוקי ברור יותר, אל תוך מרחב הייצוג של המבקש. כל זאת, מאחורי גבו של המבקש ותוך שימוש – לא פחות ולא יותר – בבנו.

450. אם בכך לא די, השיחה בין החוקרת לבין אור אף זלגה למתחם החיסיון השמור ליחסי עו"ד-לקוח. כפי שניתן להתרשם, החוקרת שאלה גם על דברים שנאמרו בין אור לבין עורכי דינו ואף שאלה אותו על דברים שנמסרו למבקש מפי הח"מ.

451. מאוחר יותר באותו יום, לאחר מסכת הלחצים מצד החוקרת, נערך המפגש בין המבקש לבנו, כפי שתכננו החוקרים מלכתחילה. כאילו לא ראינו די, על כל הפגמים החמורים שמנינו עד כאן, נוספה הפגשת המבקש ולבנו, בכוונת מכוון, בחדר היועצות אשר מיועד למפגש בין חשודים לבין עורכי דינם, במטרה שהמבקש יסבור בטעות שהוא יכול לדבר בחופשיות וללא חשש להאזנה.

452. לאחר הכניסה לחדר ההיועצות וטרם הגעתו של המבקש, החוקרת שוחחה שוב עם אור. בשיחה אור נראה מוטרד וחושש לבצע את תרגיל החקירה כלפי אביו. חששותיו לא הרתיעו את החוקרת. היא המשיכה ולחצה עליו לקיים את שדיברו עליו. מדבריה עולה באופן ברור שלא היה זה מקרי שחוקריו של אור שלחו אותו למפגש עם אביו בחדר השמור להיועצות של הנחקרים עם עורכי דינם.

מדובר בחלק מובנה במהלך החקירה (גם כאן, המילים שהושמטו והתווספו לאחר צפייה בתיעוד, מסומנות בקו תחתון כפול):

חוקרת: (מילים לא ברורות) מה אתה מרגיש?

נחקר מס' 1, אור אלוביץ: אני לא מאמין שנותנים לי [...] אני לא מרגיש שום דבר (מילים לא ברורות) אני מרגיש רע, רע מאוד.

חוקרת: מפחד או (מילים לא ברורות)

נחקר מס' 1, אור אלוביץ: לא רוצה שיפרש את זה שאני יד אחת אתכם...

חוקרת: לא אתה תסביר לו שזה החדר שנועצת עם דרור בכל הפעמים...

[...]

חוקרת: בכל מקרה, תדאג להעביר לו את המסר שלך,

נחקר מס' 1, אור אלוביץ: אם אני יצליח.

חוקרת: אתה חייב, אין עוד הזדמנויות פז כאלה... זו הפעם,

נחקר מס' 1, אור אלוביץ: הוא נועץ בעצמו עם העורך דין פה לא?

חוקרת: יכול מאוד להיות... ויש את הממ"ד שהיית בו היום

נחקר מס' 1, אור אלוביץ: (מילים לא ברורות) פרנואיד...

חוקרת: אה?

נחקר מס' 1, אור אלוביץ: (מילים לא ברורות) פרנואיד..

חוקרת: (מילים לא ברורות) נכון אנחנו עושים מה שאפשר כדי... שהוא לא

ירגיש ככה ולכן, זה החדר... אתה מבין את זה, אתה תנסה... להרגיע כמה

שאתה יכול, אור אתה חייב להבין שזו הפעם האחרונה...

נחקר מס' 1, אור אלוביץ: לא (הנחקר ממלמל)

חוקרת: זו ההזדמנות שלך.

נחקר מס' 1, אור אלוביץ: (מילים לא ברורות) יש לי הזדמנות לדבר איתו על

משהו על (מילה לא ברורה) אני לא רואה את זה כ (מילים לא ברורות) אני לא

יכול לחשוב ככה...

חוקרת: אתה יודע מה אתה רוצה להגיד לו נכון?

נחקר מס' 1, אור אלוביץ: (מילים לא ברורות) כן בסדר,

חוקרת: אתה רוצה שהוא יעזור לך נכון?

נחקר מס' 1, אור אלוביץ: לא... (מילים לא ברורות)

חוקרת: אמרת (מילים לא ברורות)

נחקר מס' 1, אור אלוביץ: כן (מילים לא ברורות) אם הוא חושב שיש בידינו יכול
להיות שהוא יחשוב שאין בידינו,

חוקרת: (מילים לא ברורות)

נחקר מס' 1, אור אלוביץ: (הנחקר ממלמל) לא אתה יודעת... (הנחקר ממלמל)

חוקרת: אתה יודע (מילים לא ברורות)

נחקר מס' 1, אור אלוביץ: (מילים לא ברורות) אני לא יודע כלום,

חוקרת: אתה יודע מה שאתה יודע לגבי עצמך נכון?

נחקר מס' 1, אור אלוביץ: ברור.

חוקרת: ותראה איפה אתה... (תמליל מפגש אור והמבקש מיום 23.2.2018,
ברקוד 2383, עמ' 1 ש' 3 עד עמ' 2 ש' 19).

453. החוקרת מציעה לאור לציין בפני אביו, המבקש, ששיחתם מתקיימת בחדר שבו נועץ המבקש בעבר בעורך דינו על מנת להניח את דעתו בדבר סודיות המפגש שנערך בשטח 'סטריילי' כביכול. היא חוזרת ואומרת לו שזו "ההזדמנות האחרונה" להעברת המסר המבוקשת.

454. וכשלוש של חוקרי המשטרה, פועל אור לנסות ולפעור סדק בין המבקש לבין עורך דינו:

נחקר מס' 1, אור אלוביץ: (מילים לא ברורות) תניח להכל, תניח הכל תניח... הכל
אני יודע, (מילים לא ברורות) תניח שהכל אני יודע והכל הטיחו... זה מה שהם
נוטעים בי, אתה צריך, לא יודע אתה בטח התייעצת עם העורך דין שלך יש דבר
אחרון שחשוב לי שתדע, שאני הבנתי אותו, וגם עורכי הדין שלך אחרים הבינו
אותו אהמ.. (מילה לא ברורה) וגיל, ז'אק יש לו מגבלה איתך, אתה יודע אותה...
יש לו מגבלה, שהייעוץ שלו יכול להגיע עד מקום מסויים, השאלה אם זה לא
נכון, שתיוועץ ב... עוד עורך-דין,

455. אך צרה צרורה. המפגש בין אור לאביו לא הניב את אשר קיוו לו החוקרים. המבקש נראה ונשמע בתיעוד כשהוא מדבר מדם ליבו ובאופן כן כשהוא משיח לפי תומו ואינו יודע שהוא מוקלט. הוא

סיפר לבנו על לחצי החוקרים להפכו לעד מדינה, אמר שלא משנה אם יחליף עו"ד או לא כי הוא יודע את האמת, ושלא התקיימו יחסי שוחד בינו לבין נתניהו:

נחקר מס' 2, שאול אלוביץ': אני יכול להיוועץ בעוד מאה, (מילים לא ברורות) עורכי דין, אבל אני יודע בדיוק מה שרצו ממני ואני יודע שלא היה עוזר לך ולא היה עוזר לי ולא היה עוזר כלום,

[...]

נחקר מס' 2, שאול אלוביץ': אור, אור חמוד שלי מי ש(מילים לא ברורות) זה אדון נתניהו,

נחקר מס' 1, אור אלוביץ': ברור...

נחקר מס' 2, שאול אלוביץ': ובשביל להגיע לאדון נתניהו הם יכולים (מילים לא ברורות) הכל, הם רצו שאני אהיה עד מדינה, ניסו לשכנע אותי ב(מילים לא ברורות) אם היה לי להיות עד מדינה היה לי על מה, אולי הייתי גם מתפטר בסוף, אולי היה, אבל אין לי על מה, אני יכול רק לשקר... אז אז (הנחקר ממלמל) אין לי אין לי, כי לא היה לי כלום... (תמליל מפגש אור והמבקש מיום 23.2.2018, ברקוד 2383, עמ' 3 ש' 26–36 ועמ' 5 ש' 17–24).

456. לאחר המפגש שב ושוחח אור עם החוקרת סיון סבן. לדבריו, הדבר החשוב ביותר שאמר בשיחתו עם אביו, "עצת הזהב" שנתנו לו חוקריו, כלשונו, היא ההמלצה להחליף את עורך הדין (תמליל חקירה מיום 23.2.2018, ברקוד 2346, עמ' 17 ש' 29–30). החוקרת סיכמה: "אז אם יש משהו, תפנה לעורך דין אחר. זה המסר שרצית להעביר לו" (שם, עמ' 18 ש' 8, 10), והוסיפה "בסדר, אני איתך" (שם, ש' 14).

457. השיח בין אור לחוקרת ממחיש כיצד החוקרת הפעילה את אור בעורמה, תוך שהיא מנצלת את חולשותיו, כנחקר באזהרה שנמצא תחת מצוקה גדולה וכבנו של חשוד בשוחד שכל עולמו מיטלטל:

נחקר, אור אלוביץ': אני לא יכול להעיד נגד אבא שלי... אני מה זה לא רוצה לפגוע בו יש לי את המאבק שלי אני אאבק בו עד הסוף ומה שצריך צריך, לא רוצה בטח לפגוע בו.

חוקרת מס' 2, סיון סבן: ולהציל את עצמך אתה רוצה?

נחקר, אור אלוביץ': אני עושה את הכול בשביל להציל את עצמי גם את המפגש הזה עשיתי בשביל לעזור ל... לנסות לעזור לעצמי בכלים ש...

חוקרת מס' 2, סיון סבן: חושב שהיית מספיק ברור?

נחקר, אור אלוביץ': בכלים שאת נתת לי.

חוקרת מס' 2, סיון סבן: אתה חושב שהיית מספיק ברור?

נחקר, אור אלוביץ': אין לי את הכלים, לך את יש הכלים ולו יש את הכלים.

חוקרת מס' 2, סיון סבן: לי אין את הכלים...

נחקר, אור אלוביץ': לא..

חוקרת מס' 2, סיון סבן: זה לא אבא שלי אני לא יודעת מה להגיד לו כ...

נחקר, אור אלוביץ': לא אבל את יודעת, את יודעת...

חוקרת מס' 2, סיון סבן: כבת שלו.

נחקר, אור אלוביץ': את יודעת את ה... מה שיש לו לתת כנראה את יודעת.

חוקרת מס' 2, סיון סבן: כן ואתה יודע...

נחקר, אור אלוביץ': ואני לא יודע מה יש לו לתת.

חוקרת מס' 2, סיון סבן: אבל אתה ה... לא הסכמנו על הנקודה הזו עדיין אבל

בסדר אתה אומר ואני מכבדת.

נחקר, אור אלוביץ': לא, אני אומר ואת שומעת, ברור.

חוקרת מס' 2, סיון סבן: או - קיי אתה אומר ואני מכבדת. ואתה יודע בתוך

המתחם שאתם חיים איך הוא יכול לעזור לך או לא.

נחקר, אור אלוביץ': לא אבל אני לא יכול לדרוש ממנו לשקר כמו שהוא אומר.

חוקרת מס' 1, סיון סבן: אתה יכול לדרוש ממנו להוציא אותך מהבוץ שהוא

הכניס אותך אליו.

נחקר, אור אלוביץ': ולשקר בשביל זה.

חוקרת מס' 1, סיון סבן: אני לא אמרתי את זה.

נחקר, אור אלוביץ': אז זה מה שהוא טוען שבשביל להוציא אותי הוא צריך

לשקר.

חוקרת מס' 1, סיון סבן: או-קיי.

נחקר, אור אלוביץ': במילים האלה הוא אמר לי. הוא אומר לי הם דורשים ממני

לשקר.

חוקרת מס' 1, סיון סבן: אנחנו לא דורשים מאף אחד לשקר (תמליל חקירה מיום 23.2.2018, ברקוד 2346, עמ' 20 מש' 17 עד עמ' 21 ש' 15) (ההדגשות הוספו – הח"מ).

458. חוקרי המשטרה לא בחלו באף אמצעי. כדי להסיר כל מכשלה (כך לתפיסתם) שעלולה למנוע מהמבקש להודות, פעלו החוקרים (באמצעות אור, אותו הפכו לכלי בידם) להביא לפיטוריו של עורך דינו של המבקש, או לכל הפחות, להביאו להתייעץ עם עורכי דין אחרים, "מתאימים" יותר לתפיסת החוקרים. מדובר בחדירה בוטה, גסה ופסולה למרחב הייצוג של חשוד.

459. בעניין אבו עזא הדגיש בית המשפט העליון כי "זכות ההיוועצות היא בריח התיכון ותנאי בלעדיו אין לשם הגשמת מכלול זכויות החשוד והנאשם בהליך הפלילי" (ע"פ 10049/08 אבו עזא נ' מדינת ישראל (23.8.2012), בפסקה 108 לפסק דינו של כב' השופט דנציגר). פגיעה בזכות זו עולה, מניה וביה, כדי פגיעה בזכותו של הנאשם להליך הוגן.

460. בפסיקה הודגש שאחד הרציונלים העומדים בבסיסה של זכות ההיוועצות של הנחקר, נוגע ל"יכולתו של עורך הדין לפקח על הליך החקירה ולהוות גורם מפקח על תקינות החקירה ועל אמינות הראיות המושגות בה, ובמיוחד במניעת הודאות שווא" (ע"פ 7758/04 אלקאדר נ' מדינת ישראל (19.7.2007)). פעולתם של החוקרים, כפי שהיא נלמדת מחומר הראיות, ביקשה במפגיע לנטרל את עורך דינו של המבקש, כדי לסלול את הדרך (כך לשיטתם) לחלץ מהנאשם הודאה שתפליל אותו ואת נתניהו.

461. פגיעה בזכות ההיוועצות של החשוד, עניינה לא רק במניעת היוועצות, אלא גם כאשר מדובר בחדירה למתחם יחסי עורך הדין ולקוחו:

"אסור לרשות החוקרת, ומכאן שגם לא למדובבים המופעלים על ידה, ליתן עצה משפטית לחשוד שכן מתן ייעוץ משפטי לחשוד היא פעולה ייחודית השמורה ליחסים האקסקלוסיביים שבין החשוד לסנגורו... אל להם למדובבים, כמו גם לחוקרים עצמם, לחדור למתחם יחסי עורך הדין ולקוחו... לא זאת אף זאת, גם אם החשוד עצמו פונה למדובבים לשם קבלת עצה משפטית, צריך שהמדובבים יתעלמו מפנייתו זו ולא ינסו לשכנע את החשוד כי פעולה זו או אחרת תיטיב את מצבו במישור המשפטי" (ע"פ 8743/09 מנקין נ' מדינת ישראל (13.2.2013)).

462. יתרה מכך. בעומדו על זכות ההיוועצות וכחלק ממנה, עמד בית המשפט העליון במפורש על האיסור "להשחיר את שמו של הסנגור לפני החשוד, שכן פעולה זו עשויה לפגוע בהגשמת מימושה של זכות ההיוועצות שהיא לא אחת ערובה משמעותית להגשמת יתר זכויות החשוד" (שם).

463. ההתערבות האסורה של חוקרי המשטרה במרחב ההיוועצות של המבקש, באה לידי ביטוי גם במאמציהם של החוקרים להסית את המבקש נגד סנגורו.

464. בעניין אלזם כבי' השופטת חיות (כתוארה אז) ביקרה קשות התנהלות דומה מצד גורמי החקירה. באותו מקרה הפעילו גורמי החקירה לשם כך מדובבים. במקרה שלנו הופעלו בני משפחה. בנו של המבקש, בשר מבשרו, נשלח במצוקתו הרבה להביא לפיטורי עורך הדין של המבקש ולהחלפתו בעורך דין שלסברת היחידה החוקרת יהיה 'נוחי' יותר. הניתן להעלות על הדעת חמור מכך??

465. עיקר הביקורת בעניין אלזם, מכוונת כלפי ניסיונותיהם של גורמי החקירה לשכנע את החשוד שעורך הדין אינו מייצגו נאמנה ושעליו להחליפו באחר.

466. כפי שנקבע באותו עניין כך גם מתבקש לקבוע בענייננו. הדברים שאמר אור למבקש, כשלוח של חוקריו, עולים כדי מעורבות פסולה בסוגיות שעסקו בזכות הייצוג שלו, ויש בהם משום הסגת גבול אסורה למתחם מוגן בו אין לחוקרים דריסת רגל (עניין אלזם, בפסקה 6 לפסק דינה של כבי' השופטת חיות (כתוארה אז)).

467. מתוך חילופי הדברים עולה בברור שהחוקרים עודדו את אור לנסות ולתקוע טריז בין המבקש לסנגורו, בתואנה המופרכת לפיה, האחרון לא שוקל את שיקוליו ואת טובתו של לקוחו בלבד.

468. בפסיקה הודגש הקשר שבין תכליתה של החקירה המשטרית בחשיפת האמת לבין תכליתה של זכות ההיוועצות בקידומה של מטרה זו:

"מטרתה של החקירה המשטרית אינה לחלץ, בכל מחיר, הודאה מפיו של החשוד אלא לתור אחר ראיות לחשיפת האמת [...] והשמירה על זכות ההיוועצות עם עורך דין מסייעת בקידומה של מטרה זו" (עניין אלזם, בפסקה 25).

469. החקירה נוהלה בלהיטות יתר שהביאה לראיית מנהרה ולהטיית אישוש, שבינן לבין ערך גילוי האמת וחובתם של החוקרים למצות כל כיוון חקירה לאישוש או להפרכת החשד, אין ולא כלום. אין זה מפתיע אפוא, שאחד מפירות הבאושים שלה היה שגם זכות ההיוועצות השמורה למבקש נדרסה על ידי חוקרי המשטרה ברגל גסה.

470. בעניין חייבטוב, פגיעה בזכות ההיוועצות של הנחקר הביאה את כבי' השופט מלצר להחיל על המקרה את ההגנה מן הצדק. בעומדו על כך ש"ההגנה מן הצדק [...] מדגישה את ההשלכות של הדבר על התנהלותן של הרשויות בהווה ועל תדמית מערכת המשפט בזמן נתון ובעתיד" (שם, בפסקה 19 לפסק דינו), קבע כבי' השופט מלצר שמדובר בפגם חמור אשר מצדיק לכשעצמו, את זיכוי של הנאשם.

471. בעקבות פרסום המפגש בין אור לבין המבקש, פנה יו"ר לשכת עורכי-הדין, עו"ד אבי חימי (להלן: "יו"ר הלשכה"), בפנייה דחופה ליועץ המשפטי לממשלה לערוך חקירה מקיפה בעניין. יו"ר הלשכה גינה את המעשה החמור של המשטרה באומרו שנחצו כל הגבולות האפשריים בהתערבות בזכות הייצוג של אדם; בפגיעה בזכות החוקתית להליך הוגן הנובעת ממנה; בפגיעה במרחב ההיוועצות בשימוש בחדר המיועד למפגש עורכי דין וכן בהפעלת בן כנגד אביו אותה כינה התנהגות נפסדת.

"הפעם נחצה כל גבול אפשרי. לא יעלה על הדעת שהמשטרה תנסה לפגוע בזכותו של אדם לייצוג משפטי הולם, ותנסה לגרום לפיטוריו של עורך דין כדי להשיג את מטרותיה. בדרכה אל המטרה, המשטרה רמסה ברגל גסה את הזכות החוקתית להליך משפטי הוגן, תוך פגיעה בחופש העיסוק של עורכי הדין ובעצמאותם.

כל אדם זכאי להליך משפטי הוגן. זכותו לבחור את עורך הדין המייצג אותו, וזכותו המלאה שעורך הדין שבחר, ייעץ לו כמיטב חכמתו וייצגו ללא מורא כי אם לא יישא חן בעיני המשטרה יפוטר. אי אפשר להישאר אדישים לניצול תחושת המוגנות של אדם בחדר שיוחד למפגש עורכי דין. זו פגיעה חמורה בהגנתו וניצול ציני ובלתי ראוי של אמונו כי זכויותיו נשמרות. בוודאי שאי אפשר להישאר אדישים לגבולות המוסריים שנחצו, בהפעלת בן כנגד אביו בהיותה התנהגות נפסדת שעלולה להוביל לפגיעה בתא המשפחתי יקר הערך.

אני מגנה בתוקף כל פעולה החותרת תחת ערכי היסוד של הליך משפטי הוגן וזכותו של כל אדם לייצוג משפטי הולם, ומגנה בכל תוקף פעולות החותרות תחת חובתם של עורכי הדין לתת ללקוחותיהם את הייצוג המשפטי הטוב ביותר, ללא מורא ופחד מלבד מורא החוק.

לאור הדברים שציינתי, אני קורא בזאת ליועץ המשפטי לממשלה לערוך בדיקה מקיפה של האירועים החמורים שנחשפו, ולנקוט בפעולות ממשיות שיעקרו תופעות שכאלה מן השורש אחת ולתמיד"³ (ההדגשות הוספו – הח"מ)

הכתבה בה מצוטטים דבריו של יו"ר הלשכה מצורפת לבקשה זו ומסומנת כנספח ב'.

473. ביום 10.9.2019 הגיב היועץ המשפטי לממשלה לפניית יו"ר הלשכה. במכתבו, הוא התייחס הן לתרגיל החקירה בעניינם של אור אלוביץ' והמבקש והן ללחצים אסורים שהופעלו על עד המדינה ניר חפץ. אלה הם הדברים הרלבנטיים לענייננו, בתמצית, מתגובת היועץ המשפטי לממשלה:

"ניסיון להתערב שלא כדין ובאופן לא ראוי במרחב הייצוג של חשוד עם עורך דינו הוא פסול מכל וכל.

[...]

³ מתוך אתר שבע - <https://www.inn.co.il/news/412270> שציטט את דבריו של יו"ר הלשכה כפי שניתנו בעל-פה, ביום 7.9.2019, יממה לאחר פרסום תרגיל החקירה בתכנית "אולפן שישי" בערוץ 12.

אין בכוונתי לגלות כל סובלנות כלפי פעולות פסולות ממין אלה ככל שאכן ארעו. זו אינה דרכה של מערכת אכיפת החוק, אשר מחויבת לחקר האמת תוך שמירה קפדנית על זכויותיהם של חשודים ונאשמים.

[...]

לאחר בחינת הדברים עם יחידת הפרקליטות שלוותה את החקירות והיחידות החוקרות במשטרת ישראל [...] אשר לטענה כאילו אור אלוביץ' נשלח להשפיע על אביו להחליף עורך-דין בשליחות המשטרה, הרי שטענה זו התבססה על ציטוט מהקלטה שבוצעה לאור אלוביץ' ולאביו במהלך החקירה. אלא, שמדובר בציטוט מקוטע שלא משקף נאמנה את פני הדברים. קריאה של כלל חומרי החקירה הרלוונטיים מובילה לתמונה שונה לגמרי.

יתירה מכך, מחומר החקירה עולה בבירור כי הדברים שנטען כי נאמרו מפיו של אור אלוביץ' בשיחה עם אביו שאול אלוביץ' בקשר לעורך דינו של האב, לא נאמרו בהוראת החוקרים או ביוזמתם (ההדגשות הוספו. הח"מ)

474. בתשובתו, התייחס היועץ המשפטי לממשלה לתמלול המפגש בין אור אלוביץ' לאביו ולא לשיחה המקדימה של החוקרת ואור מחוץ לחדר החקירות. בשיחה המקדימה, שתמלולה המלא התגלה להגנה רק כשנה לאחר מכן, התברר, אוי לאותה בושה, שהחוקרת היא זו שעודדה את אור להיפגש עם אביו, לשכנעו להחליף ייצוג ולשתף פעולה באופן שישביע את רצון החוקרים.
475. מסתבר, למרבה הצער והדאגה, שהתייחסותו של היועץ המשפטי לממשלה הייתה שגויה מן היסוד. לימים ובעקבות עתירת המבקשים לגילוי חומר חקירה לפי סעיף 74 לחוק, התברר גם שתמליל המפגש בין אור לבין החוקרת היה ברשות הפרקליטות עת נשלח המכתב.
476. בשולי הדברים אך לא בשולי חשיבותם, יש להתעכב על האירועים הקשורים בהעברת התמליל המלא שהיה ברשות המאשימה לידי ההגנה. עניין זה רלבנטי גם לפרק הדן בתיעוד החסר או באי העברת תיעוד שבידי התביעה להגנה. את אשר נפרט כאן, נקצר שם.
477. כזכור, התמליל שהועבר במסגרת חומר החקירה היה חסר בנקודות קריטיות. פגם זה התגלה רק בחודש ספטמבר 2020 בעקבות האזנה חוזרת של ההגנה להקלטות של החקירות.
478. רק לאחר האזנה להקלטת המפגש והשוואתו לתמליל החסר שבחומר החקירה שהועבר לה, נדהמה ההגנה לגלות שבדיוק במקומות בהם הוא היה חסר, הופיעו פרטים קריטיים להשלמת תמונת המפגש: שמו של ב"כ המבקשים הושמט מן התמליל לא פחות משבע פעמים. ההגנה גם גילתה שהקשר בו הובאו דברי השידול והעידוד הפסולים של החוקרת היה חסר.
479. בית המשפט העליון ביקר באופן קשה את התנהלותה של המאשימה וקבע שהתנהלות זו – קרי, אי-העברת תמלילים מתוקנים שברשותה - גובלת בהטעיה ואינה מתיישבת עם חובת ההגינות המוטלת

על רשויות התביעה. בית המשפט העליון קבע שמרגע שנודע למאשימה על טעות בתמליל, היה עליה להעביר את התמליל המתוקן לידי ההגנה:

"התנהלות מעין זו גובלת בהטעיית הנאשם, עלולה לפגוע בהגנתו, וודאי שאינה מתיישבת עם חובת ההגינות הכללית המוטלת על רשויות התביעה (לעניין חובת ההגינות המוטלת על רשויות התביעה והחקירה ראו למשל ע"פ 1292/06 תורק נ' מדינת ישראל, פסקה 30 (20.7.2009); דנ"פ 1187/03 מדינת ישראל נ' פרץ, פ"ד נט(6) 281, 300 (2005))."

משכך, אני סבור כי במקרים שבהם נודע לרשויות התביעה שנפלה טעות בתמלילים שהוגשו לעיון הנאשם, עליה לעדכנו בעניין בהקדם האפשרי, ולמסור לעיונו את התמלילים המתוקנים.

אין משמעות הדבר כי על רשויות התביעה לשוב ולבחון באופן אקטיבי כל תמליל שהוגש לעיון הנאשם לאורך ההליך. אולם, מרגע שנודע להן כי נפלה טעות בתמליל שהועבר לעיונו, מוטלת עליהן חובה לעדכנו. לדידי, חובה זו חלה על רשויות התביעה בכל שלב עד לסיום ההליך.

בהתאם לכך, אני מורה כי אם בידי המשיבה תמלילים מתוקנים אשר טרם הועברו לידי העוררים, עליה להעבירם לעיונם" (בש"פ 9287/20 אלוביץ' נ' מדינת ישראל, בפסקה 51 להחלטת כב' השופט אלרון).

480. על אף החלטתו של בית המשפט העליון, החליטה המאשימה לעשות דין לעצמה ולסרב להעברת התמלילים שברשותה בתואנה שככל שייערכו על ידה תיקונים משמעותיים, היא תעדכן את ההגנה. בעקבות החלטתו של בית המשפט העליון, גם בית משפט נכבד זה לא השלים עם התנהלותה של המאשימה וקבע שעליה להעביר כל תמליל מתוקן שברשותה להגנה (החלטת בית המשפט הנכבד מיום 3.2.2021).

481. מעבר להתנהלותה הנפסדת של התביעה בפרשיה זו, אי-העברת התמלילים המלאים כנדרש, באופן שפגע ביכולת לעמוד על הנתונים שהיו ידועים למאשימה בזמן אמת אודות טיבו ותכנו של תרגיל החקירה, עולה בעצמו כדי פעולה אסורה.

482. גם אם נקבל שמדובר בשגגה נוספת שנובעת מרשלנות גרידא, ברור שהתייחסות התביעה למהלך החריג והפסול ביטאה אדישות גמורה וניסיון לערפל את שידעה בזמן אמת. כך גם בתשובת היועץ המשפטי לממשלה ליו"ר לשכת עורכי הדין, וכך גם במאבק שניהלה התביעה בבקשות ההגנה לקבל את התמלילים המתוקנים.

483. למאבק התלווה פן מהותי הנוגע למהלך הפסול שבוצע. בהתבסס על התמלילים החסרים, תשובת היועץ המשפטי לממשלה ליו"ר הלשכה ותשובת הפרקליטות לבית המשפט היו חסרות, לשון המעטה. לשיטתם, היוזמה למפגש ולהתערבות במרחב הייצוג הייתה של אור, בעוד שהתמליל המלא

מגלה תמונה של הפעלת לחץ כבד עליו במטרה שישדל את אביו לשנות מדרכיו, לרבות עידודו הפעיל שיעשה זאת על דרך הרעיון להטיל ספק במניעי עורך דינו ובעצותיו.

484. המסקנה היחידה שנובעת מהתנהלות זו, של הכחשה משוללת יסוד למעשים אסורים אלה, אשר פינתה את מקומה בלית ברירה לערפול מכוון והכבדה מיותרת בהעברת החומר במלואו, היא שגם גורמי האכיפה היו מודעים לנפסדותו של תרגיל החקירה ובקשו להרחיק עצמם ממנו.

ד.3.4. התערבות פסולה במרחב הייצוג של ניר חפץ

485. אור אלוביץ' ושאול אלוביץ' לא היו היחידים שזכו "לעצת" החוקרים להחליף את עורך הדין המייצג.

486. במהלך חקירותיו, חפץ לא שיתף פעולה עם החוקרים, סירב לענות על השאלות באופן מלא והפנה לתשובותיו מעדותו הפתוחה שניתנה במסגרת חקירת פרשת 'בזק' בטרם נפתחה החקירה הגלויה בפרשה נושא האישום.

487. החוקרים הפעילו לחצים כבדים על העד שישתף פעולה. הוא סירב ונימק את סירובו בהסתמכות על העצה שקיבל מעורך דינו.

488. את סירובו הסביר חפץ כשהוא ממשיך את עורך דינו לרופא ואת עצמו למטופל שעושה כהוראתו :

חוקר, ניר שוורץ: או קיי. ואתה מבין שהדברים הללו אין בהם, אין בהם כדי לקבל החלטה, אממ שלא לשתף פעולה בחקירה בעצם.

נחקר, ניר חפץ: אני כן משתף פעולה בחקירה ולפני הדיון ב... ב... לפני השופט גם, שוחחתי עם עורך דיני, והוא לגמרי עומד על דעתו הראשונית ש... שזה מה שאני צריך לעשות. ואני כמו שאתה נכנס לניתוח אצל רופא, אתה בסופו של דבר שומע לאנשי המקצוע. אז אני אה, אה יישמע לעצת עורך דיני (תמליל חקירה מיום 19.2.2018, נ/1912 עמ' 5 ש' 32).

489. החוקר מיקו גנדי הבין היטב את המשל והנמשל, והטיח בחפץ שהרופא (עורך הדין) יכול לפגוע בו :

חוקר מס' 1, מיקו גנדי: נטו על הפרוצדורה, זה כל מה שרציתי להגיד לך עם הדוגמא של הרופא, זה נניח והרדימו אותך ועכשיו אתה לא ניתוח אותך בסוף מאיזה שהיא סיבה שלא תהיה, בסדר? והרופא לא שאתה מתעורר ואף אחד לא נגע בך אתה רואה שהרופא התכוון לפתוח אותך לא עם סקלפל כמו שהוא אמור לפתוח אותך אלא לפתוח אותך עם מסור חשמלי בסדר?

נחקר, ניר חפץ: כן.

חוקר מס' 1, מיקו גנדי: אז אתה אומר תשמע בוא הנה מזל שהוא לא נגע בי הרופא הסתום הזה, איזה מפגר. בסדר?

נחקר, ניר חפץ: או-קיי.

חוקר מס' 1, מיקו גנדי: אבל בשורה התחתונה אין לך קייס, לא נגעו בד לא נגרם לך נזק אף אחד לא פתח אותך אין לך מה לתבוע על זה שהרופא התכוון אולי לפתוח אותך עם מסור חשמלי. לא קרה לך נזק אז תתקדם אחי בסדר, למדת עם הרופא הזה לא להתעסק. אתה מבין למה אני מתכוון? במשחק של ההקבלה?

נחקר, ניר חפץ: אני מבין למה אתה מתכוון אבל.

חוקר מס' 1, מיקו גנדי: לא קרה נזק בסך הכל מה שרציתי להגיד.

נחקר, ניר חפץ: אבל זה עניין משפטי אני לא מבין בו כלום.

חוקר מס' 1, מיקו גנדי: לא, בסדר אין בעיה עזוב (תמליל חקירה מיום 20.2.2018, נ/1917, עמ' 12 ש' 3-20) (ההדגשות הוספו – הח"מ).

490. חוקר אחר, יניב פלג, ממשיך ומפליג. הוא אומר לחפץ שהרופא (כלומר, עורך הדין) יכול לגרום למותו(!), ומציע לו להחליפו באחר:

חוקר מס' 1, יניב פלג: מעולה. כמובן כל מה שאתה רואה פה זה אמת, זה זמן אמת, זה לא משהו מבויים, שלא יהיה לך ספק בזה בכלל, זה בדיוק כמו (מילה לא ברורה) נכנס אליך, או שנכנסנו לחדר של שאול... ניר, אבל מה שכן, קח בחשבון, כנראה אתה משווה את העורך דין שלך למנתח, או רופא...

נחקר, ניר חפץ: נכון.

חוקר מס' 1, יניב פלג: אם אותו מנתח או רופא יכול לגרום למותך, או שאתה באיזשהו שלב מבין כי הרופא, האבחנה שלו לא נכונה, אולי צריך להחליף רופא, וזה קורה. בדיוק כמו שהוא יכול להציל אותך, כך הוא גם יכול להרוג אותך.

נחקר, ניר חפץ: אני מסכים איתך ואני...

חוקר מס' 1, יניב פלג: אני מכיר את העורך דין שלך אבל אם הוא רופא אז...

נחקר, ניר חפץ: תזכור, תזכור אבל שבסופו של דבר כשאתה צריך להיכנס לניתוח, אתה צריך רופא.

חוקר מס' 1, יניב פלג: נכון.

נחקר, ניר חפץ: ההוא עוזר... בלי רופא לא תעשה את הניתוח.

חוקר מס' 1, יניב פלג: נכון, נכון, נכון.

נחקר, ניר חפץ: אוקיי.

חוקר מס' 1, יניב פלג: לפעמים יוצאים מהניתוח אתה יודע עם עוד איזשהו משהו שנגרם, עוד איזה תקלה שקרתה, עוד איזה, אתה יודע יש כל כך הרבה תביעות בעולם הזה... שישב לך ככה בראש, שלפעמים אולי הרופא, אותו רופא שאנחנו נעזרים בו, אולי הוא לא טוב בשבילנו (תמליל חקירה מיום 21.2.2018, עמ' 8 ש' 26 עד עמ' 9 ש' 9) (ההדגשות הוספו – הח"מ).

491. חפץ אישר בחקירה הנגדית שהבין את המסר של החוקר:

ש. לא, החוקר אומר. בעצם מה אומר לך החוקר בעניין הזה, בוא תחליף את הרופא הסתום המפגר כלשונו, סליחה, אני פשוט מצטט בעניין הזה, כלומר את עורך הדין בפרקליט אחר נכון?

ת. נכון (פרוטוקול הדיון מיום 6.12.2021, עמ' 7893, ש' 1–4) (ההדגשות הוספו – הח"מ).

492. שוורץ הודה בעדותו שפלג התערב באופן פסול, באמצעות משל הרופא, במרחב ההיוועצות של חפץ בכך שהציע לו להחליף את עורך דינו, ואף הסה אותו כשעשה זאת בנוכחותו:

אני חייב לומר שראיתי שיניב פלג משוחח איתו על ענייני רופא וחולה ושכדאי להחליף רופא ובעיני זה בעייתי, אני גם כשיניב פלג, גם כשאנחנו היינו ביחד בחקירה והיה איזשהו עניין שיניב דיבר על עורך הדין משהו אני מיד השתקתי אותו ואמרתי לו שאנחנו לא נכנסים לשם, זה מקום שאסור להיכנס אליו, זה מקום שלא היינו בו (פרוטוקול הדיון מיום 10.1.2022, עמ' 9417 ש' 12–15) (ההדגשות הוספו – הח"מ).

493. אחר כל אלה, מקומם ממש היה לשמוע את התחפרותו השקרית של פלג וניסיונותיו המגוחכים להסביר שמשל הרופא כוון אליו עצמו (לחוקר). גם בית המשפט העיר שהסברו לא מתאים לאנלוגיה:

ש: אני מבקש שתתייחס לטענה שלחצת על ניר חפץ להחליף את עורך דינו?

ת: אני לא מכיר דבר כזה, אני מעולם לא ביקשתי ממנו להחליף את עורך דינו. הדבר הזה זה פעם ראשונה ששמעתי את זה, זה היה בתקשורת בכלל. אני מניח שאתה מתכוון לשיחה של הרופא וחולה. ניר חפץ במהלך החקירה, במהלך כמה ימים של החקירה השווה את עורך דינו לרופא וחולה, הוא אמר שהרבה פעמים או שהוא לא הבין את הפרוצדורה מה מגיע לו ומה לא מגיע לו, לפעמים הוא אמר שהוא לא כל כך בפוקוס ולכן כמו שחולה מפקיד את גופו בידי רופא כך הוא מפקיד בעצם את החלטתו, את חיינו בידי עורך הדין שלו ואני הקבלתי את עצמי לרופא, אמרתי לו שכדאי לו והוא יכול לנסות גם כן לדבר עם עוד רופא, הרופא הכוונה הייתה אלי שמנסה להשיג גרסה ולפעמים יכול לסייע לנחקר אם הוא שודל או נלחץ לעשות משהו.

כב' השופט מ' בר-עם : הרופא זה אדוני?

ת: הרופא זה אני, ההקבלה הייתה אלי בלבד

כב' השופט מ' בר-עם : אבל זה לא מתאים לאנלוגיה

ת: זה חד משמעית מה שאני התכוונתי, מעולם לא התכוונתי להחליף עורך דין, אני פעם ראשונה שנחשפתי לזה זה היה בתקשורת ואני הייתי בשוק מהדבר הזה, מעולם לא התכוונתי להחליף עורך דין (פרוטוקול הדיון מיום 17.1.2022, עמ' 9958 ש' 21 עד עמ' 9959 ש' 13).

494. גם באירוע זה התנהלה המאשימה באופן פסול בכך שאפשרה לעד התביעה שלה, חוקר משטרה, להעיד באופן זה. אמנם, ישנם מצבים בהם לתביעה אין ואסור שתהיה שליטה על דברי עדיה. זה אינו המצב. מדובר בחוקר משטרה המעיד על עניין חשוב (ניסיון נפסד ופסול ללחוץ על עד מדינה להחליף את עורך דינו באחר – דבר שאכן אירע בהמשך) ומספק הסבר שעל פניו הוא שקרי לפעולותיו האסורות. במצב דברים שכזה, אסור למאשימה לעמוד מאחורי עדות כזו שאז היא הופכת, אפילו בעל כורחה, שותפה להצגת הדברים באופן זה לבית המשפט.

495. העובדה שהמאשימה לא התנערה באופן ברור ונחרץ מעדותו ומעדות שוורץ בחלקים נרחבים ומהותיים שלהם, גם כאשר לא יכולה להיות מחלוקת ששקריהם צפו כשמן על פני המים, מעידה אף היא כאלף עדים על שאמרנו. להיטות היתר, ראיית המנהרה והטיית האישוש לא היתה מנת חלקם של החוקרים לבדם. באלה לקתה גם המאשימה שליוותה את החקירה, הגישה את האישוש ומנהלת את פרשת התביעה באופן זה.

496. פלג התעקש על גרסתו המופרכת גם בחקירה הנגדית, חרף תמיהות השופטים הנכבדים :

ש: אבל תקשיב, אומר לך אדון ניר חפץ ואתה הרופא זה עורך הדין שלי, ואתה אומר לו בוא תחליף את הרופא ואחרי זה זה רופא שאולי הוא רופא לא טוב והרופא שצריך להחליף, מי כל?

ת: עורך הדין שלו

ש: עורך הדין שלו זה הרופא הלא טוב נכון?

ת: נכון

ש: ולכן צריך להחליף את העמדה או את עורך הדין הלא טוב נכון?

ת: לא

ש: מה לא?

ת: לא, לא, ממש לא.

ש: להחליף

ת: אני לא דיברתי ולא התכוונתי לעורך דין מר בן צור, אני התכוונתי אלי. היה ברור לי האסטרטגיה של עורך הדין, לא היה צריך להיות גאון גדול משביל כמו שהוא גם כן מוסר בגרסה שהוא מסר שעורך הדין שלו ייעץ לו לומר א', בי, ג', ד', באותו שלב לא הצגנו לו את הראיות עדיין, הוא לא ידע כנה יש לנו עדיין, הקלפים היו עדיין חבויים, לכן אמרתי לו ושוב, חשוד שלא מדבר, חשוד שלא מדבר ויש ראיות כנגדו, אז אין ראיות אז בסדר, הצליח לו מה שנקרא אבל אם יש ראיות ישנה בעיה עבור החשוד, ניסיתי להגיד לו שתנסה הכוונה להחליף רופא, לדבר איתי, אני אולי יכול להיות גם כן הרופא, אולי אני גם יכול לסייע

ש: למה אתה אומר את זה?

כב' השופטת ר' פרידמן-פלדמן - אב"ד: מה זה אומר לדבר איתך? שבמקום להתייעץ עם עורך הדין מה לעשות בחקירה הוא יתייעץ איתך מה לעשות בחקירה?

ת: חלילה. למסור גרסה, להתחיל לדבר

כב' השופטת ר' פרידמן-פלדמן - אב"ד: לגרום לו במקום לעשות מה שעורך הדין אומר לו לעשות, שימסור לך גרסה? שהוא יעשה מה אתה אומר? מה זה להחליף? להחליף את עורך הדין בד, זה מה שאתה אומר עכשיו?

ת: הכוונה הייתה שהוא ידבר איתי, האסטרטגיה של עורך הדין שלו,

כב' השופטת ר' פרידמן-פלדמן - אב"ד: מה המשמעות להחליף? להחליף את עורך הדין שידבר איתי? מה זה אומר?

ת: שידבר איתי בתור החוקר, שייתן גרסה, כבודו של עורך הדין במקומו מונח אבל לא הייתה שום כוונה או שום רמיזה מצידי להגיד לו תחליף את עורך הדין בעורך דין אחר שלא יודע מה, עובד טוב יותר עם המשטרה. באמת, אני אומר פה בצורה הכי גלויה אני לפני שהגעתי לפה אתמול, שלשום שיתפתי בזה את אשתי פעם ראשונה, אני מדבר פה בצורה הכי כנה וסיפרתי לה את הסיטואציה היא אמרה לי תקשיב זה לא נשמע טוב, אמרתי לה אוקי, אז כנראה בחרתי מילים שלא נכונות אבל ואם פוליגרף היה קביל בבית משפט אני מוכן ללכת לזה ולהסביר שכוונתי הייתה לדבר איתי בלבד ולא להחליף עורך דין ואני עומד על כך וזו אך ורק הייתה כוונתי. אני מבין את גבולות הגזרה בחקירה (פרוטוקול הדין מיום 18.1.2022, עמ' 10062, ש' 9 עד עמ' 10063 ש' 21).

497. נדמה שהדברים אינם דורשים תוספת פירוש והכברת מילים. האירוע חמור ביותר. חומרה יתירה נלווית לו בשים לב לכך שהעד הוא חוקר משטרה אותו זימנה המאשימה למסור גרסה כה מופרכת בבית המשפט כשהיא אינה מתנערת מהדברים ומשמיעה בקול ברור את הסתייגותה מהם.

498. אם לא די בכל אלה, בחקירתו הנגדית של חפץ עלה לראשונה אירוע חריג ופסול נוסף של התערבות במרחב הייצוג שלו.

499. מסתבר שלאחר שבית המשפט המחוזי דחה את הערר שהגיש חפץ על הארכת מעצרו בשבעה ימים, בעת ששהה עם השוטרים ברכב המשטרה, נצפו על ידם עורכי דינו מחוץ לרכב שחלונותיו כהים. הבלשים לעגו לעורכי הדין, והציעו לו שיחשוב שוב על הייצוג:

”במקרה החלונות היו מוחשכים, עמד עורך הדין שלי ירון ... והעוזר שלו והם הסתכלו באתרים בדיוק מה פרסמו על העניין ואז התחילו הבלשים ללחוץ על זה, תראה הם נראים, תראה איזה עורכי דין לקחת, הם נראים מרוצים כל כך אחרי שהם הפסידו בכזה דיון אולי תחשוב שוב אם זה הייצוג [...] סליחה, אני לא דייקתי בדיוק את המילים אבל בוודאות הם אמרו לי את המילים תראה איך הם נראים כל כך מבסוטים אחרי שהם הפסידו ואולי תחשוב פעם שנייה, משהו כזה, לא אמרו את המילים תחליף את עורכי הדין שלך, זה לא” (פרוטוקול הדיון מיום 30.11.2021, עמ' 100 ש' 14 – 22) (ההדגשות הוספו – הח"מ).

500. לא רק שמדובר בדברים חמורים ביותר, ובלחץ נוסף להביא לחילופי עורכי הדין של חפץ (הפעם מצד הבלשים, ולא החוקרים); עניין שכשלעצמו מלמד על 'פרוייקט יחידתי' להביא לחילופי עורכי הדין של חפץ) – אלא שחומרה יתרה ומיוחדת נשקפת מכך שמדובר גם באירוע בלתי מתועד לחלוטין. אין לו לא זכר ולא ביטוי בחומר החקירה שנמסר להגנה. לא רק חלונות הרכב הוחשכו – גם האירוע כולו נותר במסתרים.

501. המסקנה המתבקשת ממכלול הדברים ברורה בתכלית: השוטרים ביקשו לפגוע ברגל גסה בזכות היועצות של המבקש ושל חפץ. הם התערבו באופן אסור ובצורה שיטתית במרחב הייצוג שלו. הם השחירו את שמו של עורך דינו בפניו במטרה לערער את יחסי האמון ביניהם. הם ניסו לגרום לו להרגיש שננטש על ידי הסניגור שאדיש כביכול למצבו הקשה. הם דרשו ממנו שוב ושוב לאורך החקירות להחליף ייצוג. באירוע נפרד חזרו והציעו לו לעשות זאת.

5.ד. תשאולים נעלמים

1.5.ד. על חובת התיעוד ו"תשאולים נעלמים"

502. חובת תיעוד חקירות חשודים קבועה בחוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), תשס"ב-2002 (להלן: "חוק חקירת חשודים"). לפיה, תיעוד החקירה, באופן חזותי או קולי, נדרש בכל מהלך החקירה ובאופן מקיף, כך שיכלול גם מחוות גוף. תיעוד בכתב יכלול את עיקר חילופי הדברים ובאופן שישקף נכונה את המתרחש בחקירה:

4.4. (א) תיעוד חזותי או תיעוד קולי של חקירת חשוד יהיה בכל מהלכה של החקירה מראשיתה ועד סופה ויכלול את חילופי הדברים שנעשו בין חוקר לחשוד או בנוכחותו של החשוד, ובתיעוד חזותי, לרבות תגובות או תנועות גוף.

(ב) תיעוד בכתב של חקירת חשוד יכלול את עיקר חילופי הדברים וכן התגובות או תנועות הגוף שהן תחליף לחילופי דברים, שנעשו בין חוקר לחשוד או בנוכחותו של חשוד, באופן שישקף נכונה את המתרחש בחקירה, מראשיתה ועד סופה; התיעוד בכתב ייערך בו זמנית עם חקירת החשוד או סמוך לה ככל האפשר" (חוק חקירת חשודים, סעיף 4).

503. החובה לתעד חקירה של חשוד באופן חזותי חלה בעבירה שעונשה עשר שנות מאסר או יותר. נדרש שחקירת חשוד בעבירות אחרות תהא מתועדת באחת מהחלופות: חזותית, קולית, או בכתב:

"על תיעוד חקירת חשוד בתחנה יחולו הוראות אלה:

(1) חקירת חשוד בעבירה מן העבירות המנויות בתוספת לתועד בתיעוד חזותי, למעט בנסיבות כאמור בפסקה (2);

(2) הקצין הממונה רשאי, בכפוף להוראות סעיפים 8(2) או (3) או 11(א)(2), להורות על תיעוד חקירת חשוד בעבירה מן העבירות המנויות בתוספת בתיעוד קולי או בתיעוד בכתב במקום בתיעוד חזותי, אם בשל תקלה טכנית או בשל צורך ענייני, לא ניתן לתעד את חקירת החשוד בתיעוד חזותי; הוראה כאמור תינתן בכתב ותכלול את הנימוקים לה; חדלו הנסיבות המונעות את התיעוד החזותי להתקיים, יתועד המשך החקירה בתיעוד חזותי;

(3) חקירת חשוד בעבירה שאינה מנויה בתוספת, ושהוראות סעיפים 8(2) או (3) או 11(א)(2) אינן חלות עליה, תתועד בתיעוד חזותי, בתיעוד קולי או בתיעוד בכתב" (חוק חקירת חשודים, סעיף 7) (ההדגשות הוספו – הח"מ).

504. מכאן, שבכל מקרה, חקירת חשוד צריכה להיות מתועדת באחת משלוש הדרכים המנויות לעיל, ועליה לשקף את המתרחש בחקירה. לכל הפחות – את עיקר חילופי הדברים ומחוות הגוף.

505. חקירת עדים, בשונה מחשודים, קבועה בפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות) ולפיה קצין משטרה רשאי לתעד חקירת עד בכתב (סעיף 2(1) לפקודה). בפסיקה נקבע זה מכבר כי למרות לשון הפקודה, חלה על חוקרים חובת תיעוד גם בעניין עדים:

"כאמור, בפקודה ננקטה לשון "רשאי" ומכאן שהפקודה איננה מקימה חובת תיעוד, אך אין להסיק מכך על היעדרה של חובה זו, שכן כפי שנראה להלן בפסיקותיו לאורך השנים הציב בית משפט זה דרישה ברורה לתיעוד השלבים השונים בחקירת עדים וחשודים" (ע"פ 1361/10 מדינת ישראל נ' זגורי

02.06.2011), בפסקה כ"ג לפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין) (להלן: "עניין זגורי") (ההדגשות הוספו – הח"מ).

506. חובת התייעוד לגבי עדי מדינה, חלה לא רק בשלב ההתחלתי בו עד המדינה חשוד ולאחר חתימת ההסכם כשהוא חשוד שזכה להגנה, אלא גם בשלב הביניים בו מתקיים המשא ומתן בינו לבין הרשויות לקראת כריתתו של הסכם עד מדינה:

"אולם, כשבעד מדינה עסקינן, שחקירתו החלה כחשוד ורק בשלב הבא עבר להיות עד מדינה, חוסה חקירתו תחת כנפיו של חוק התייעוד, כל עוד הוא חשוד ואין מתחיל משא ומתן עמו כדי שיהא עד מדינה; שהרי עד אותו שלב היה כחשוד לכל הדעות. אוסיף, כי כפי שיוסבר, ישנו צורך ממשי בתייעוד חקירתו של עד מדינה גם בשלב שבו חוק חקירת חשודים אינו מקים חובה כזו, קרי, משעת המשא והמתן ואילך" (עניין זגורי, פסקה כ"א לפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין) (ההדגשות הוספו – הח"מ).

507. החובה לתעד את המשא ומתן עם עד המדינה קבועה גם בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה:

"יש לתעד משא ומתן עם המועמד להיות עד מדינה לקראת כריתת הסכם. על תיעוד זה, כמו גם על נוסח ההסכם, יחולו הוראות סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] התשמ"ב-1982, לפי העניין" (סעיף 12א להנחיית היועץ המשפטי לממשלה 4.2201 "עד מדינה" (30.8.2005)) (להלן: "הנחיית היועץ המשפטי לממשלה")."

508. בפסיקת בית המשפט העליון נקבע שחובת התייעוד חלה על כל השיחות שנעשו במסגרת המשא ומתן עם עד המדינה, בין אם מדובר ב"שיחות פורמליות" ובין שמדובר ב"שיחות א-פורמליות":

"חובת תיעוד המשא והמתן גם לפי הנחיות היועץ המשפטי לממשלה חלה גם בשלב זה, ואין נפקא מינה אם גורמי החקירה כינו את המפגשים הבאים כשיחות ולא כחקירות. חובת התייעוד נובעת ממהות המפגשים ולא מכותרתם, וככל שהאמור ב"שיחות" שימש במשא ובמתן בין רשויות האכיפה לעד המדינה הפוטנציאלי - נדרש היה לתעדן" (עניין זגורי, פסקה ל"א לפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין) (ההדגשות הוספו – הח"מ).

509. חשיבות התייעוד נוגעת הן לזכויותיו של עד המדינה, הן להליכי בקרה פנימיים של הרשויות והן להגנת הנאשמים. זו גם עמדתו הברורה של היועץ המשפטי לממשלה בהנחייתו, לפיה מדובר בחומר חקירה רלבנטי שחלות עליו הוראות סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי.

510. כך גם פורשה ההנחיה בפסיקה, תוך שבית המשפט מוסיף ומבהיר שחובת התייעוד באה לשרת את חובת ההגינות כלפי הנאשמים שעלולים להיות מופללים על ידי עד המדינה:

יש בטעמים הללו ללמדנו, כי חובת התיעוד נועדה להגן על זכויותיו של עד המדינה הפוטנציאלי מזה, ולאפשר פיקוח על תקינות ההליך מזה. זאת מעבר להגינות כלפי הנאשמים הפוטנציאליים שיפליל עד המדינה, הבאה לידי ביטוי מובהק בקביעה, שעל תיעוד זה ועל נוסח ההסכם יחול סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי (סעיף 12א להנחיית היועץ המשפטי). כל אלה מטעמים החשיבות שבחשיפת האופן בו התנהל המשא והמתן עם עד המדינה בפני צדדים אחרים העלולים להיות מושפעים מהודעותיו.

[...]

ובאשר להנחיית היועץ המשפטי לממשלה, אף אם החובה על פיהן נועדה לשרת גם הליכי בקרה פנימיים, תיעוד הולם יש בו כדי לקיים את חובת ההגינות, החשובה מכל בחינה, כלפי נאשמים פוטנציאליים. כמו כן, גם אם בסופו של יום העיקר, במישור הראייתי, הוא תיעודן של הודעות עד מדינה שניתנו לאחר חתימת ההסכם עמו - אין הסבר זה מצדיק החלטה מטעם גורמי החקירה לתעד באופן חלקי בלבד את המשא והמתן הראשוני (עניין זגורי, פסקה ל"ד ופס' ל"ו לפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין) (ההדגשות הוספו – הח"מ).

511. זאת ועוד, על התיעוד להיעשות בסמוך ככל הניתן לקיום השיחה או החקירה:

"חקירה זו תהא יעילה יותר ועניינית יותר כשהיא יוצאת מן התרשומת שנעשתה בשעת גביית ההודעה או מיד לאחר מכן, במקום להיות תלוי כל כולה בזכרונו או בשיכחתו של החוקר אשר טיפל בינתיים במאות חקירות אחרות" (ע"פ 400/66 אבו חצירה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כ(4) 787, 797 (1966)).

512. בענייננו, לא קוימה אף אחת מהוראות החוק והפסיקה המחייבות תיעוד הולם של המגעים עם חשודים ועם עדי מדינה.

513. "שיטה" זו, בה גורמי החקירה מקיימים עם חשודים או עם עדי מדינה שיחות הנוגעות לחשדות הנטענים, חקירות "כדרך-אגב", ואגב כך, חרף העובדה שמדובר בשיח בעל חשיבות מהותית, הדבר נעשה ללא תיעוד או ללא תיעוד הולם, היא שיטה פסולה שאינה חוקית.

514. פרקטיקה פסולה זו כינה בית המשפט בשם "תשאולים נעלמים":

"עיון בחומר הרב שנפרש בפנינו מלמד כי הוכחה למעשה בהליך זה שיטת חקירה של צוות החקירה שאינה עולה בקנה אחד עם הוראות החוק והפסיקה. התברר לנו כי קודם לגביית ההודעה בכתב מהחשוד, ככל שנגבית לבסוף הודעה, מתקיימים בדרך כלל שני שלבי תשאול שהם חקירה לכל דבר. הראשון הוא שלב "התשאול הנעלם", היינו חקירת החשוד באופן שלא תועד חזותית כלל (על כן, ניתן להסיר את המרכאות הכפולות)" (תפ"ח (מחוזי מרכז) 10101-11-09 מדינת

ישראל נ' ע' ש' (29.11.2015), בפסקה 343 לפסק דינו של כב' השופט פינקלשטיין (להלן: "עניין ע' ש'") (ההדגשות הוספו – הח"מ).

515. התשאולים הנעלמים מותירים את ההגנה בעלטה כשהיא תוהה מה התרחש, מתי התרחש, כיצד התרחש, ומה משמעות הדברים והשפעתם. הם מעלים חשד שהם מכסים על שיטות חקירה פסולות, על לחצים שונים שהובילו לשינוי גרסאות ועל עוד שלל פגמים. לעולם לא נדע.

516. הפגם העיקרי שנעוץ בפרקטיקה זו הוא חוסר היכולת של ההגנה להתחקות אחר פעולות שנעשו ודברים שנאמרו. מדובר בהתנהלות בלתי נסבלת שפוגעת ביכולת ההגנה להתגונן. עסקינן במשפט פלילי בו דנים בדיני נפשות ולא במשחק מחבואים. התנהלות זו שוללת את חזקת התקינות וההגינות של הרשויות בהתנהלותן (שספק אם ניתן להניחה במשפט פלילי ובכל מקרה, התפוגגה במשפט זה בפרט):

"שיטת חקירה פסולה כזו היא רבת משמעות. מאחר שמדובר בחקירות נעלמות מעינינו – אין אנו יכולים לדעת מה היה אורכן, והאם הופעלו בהן לחצים או איומים, או שמא ננקטו אמצעי פיתוי והשאה על ידי החוקרים. החשש הוא שאם ננקטו אמצעי חקירה פסולים על פניהם, נעשה הדבר בחלק הסמוי מן העין, ולא בחלק הגלוי של החקירה. חשש כזה מתגבר כאשר הנחקר טוען כי באותו שלב נסתר ננקטו נגדו שיטות חקירה קשות ופסולות. ככל שהחוקרים מתבצרים בטענתם שלא היה תשאול נעלם – הדבר משליך על אמינותם לפחות בנוגע לדרך חקירה זו. אכן, חשיפתו של התשאול הנעלם מערערת את ההנחה, או החזקה, בדבר תקינותה של החקירה כולה [...]. אפשר שניתן להקיש לעניין זה של תיעוד החקירה והעדרו במכוון, מהפסיקה בדבר המשמעות הנודעת לאי שמירתו של תיעוד רפואי. פגם זה עשוי לעתים להוביל כשלעצמו למסקנה בדבר רשלנות רפואית, וכן יש לאי הרישום משמעות ראייתית רבה לעניין נטלי הראיה [...]. הוא הדין, ואף מקל וחומר, לתוצאות הנובעות מקיומה המכוון של חקירה נעלמת. וכן ראו לעניין דוקטרינת הנזק הראייתי במשפט פלילי – ע"פ 2869/09 חאמד זינאתי נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (9.11.2011). שם מדובר היה בחומר חקירה חשוב שאבד" (עניין ע' ש', בפס' 343 לפסק דינו של כב' השופט פינקלשטיין) (ההדגשות הוספו – הח"מ).

ד.2.5. בקשות קודמות של המבקשים לקבל לעיונם תיעוד ממצה של כל המגעים עם עדי המדינה

517. בסמוך לאחר קבלת חומר החקירה מידי המאשימה, פנו אליה המבקשים בבקשה לקבל את כל החומר המצוי בידיה בנוגע לעדי המדינה והרלבנטי להגנתם (מכתב מיום 28.6.2020 בשעה 12:07, להלן: "המכתב המוקדם"; מכתב מיום 28.6.2020 בשעה 15:52 להלן: "המכתב המאוחר"). (מסמכים אלה ואחרים הקשורים בבקשות ההגנה לקבלת חומר חקירה מצויים בתיק בית המשפט).

518. בתגובתה מיום 30.6.2020 טענה המאשימה שכל החומר שבידיה הועבר להגנה והוא כולל תיעוד של פעולות החקירה, תיעוד הליכי החקירה ומגעים של רשויות החקירה עם הגורמים השונים.

519. במסגרת בקשה לעיון בחומר חקירה שהגישו המבקשים ביום 13.9.2020 (להלן: "בקשה לעיון בחומר חקירה") ובשל אינדיקציות בחומר לפיהן בניגוד לטענת המשיבה לא הועבר להגנה כל החומר הרלבנטי, נתבקש בין היתר, **כל חומר הנוגע למגעים עם עדי המדינה ובאי כוחם** (פרק ג.1. לבקשה לעיון בחומר חקירה).

520. ביום 21.10.2020 התנגדה המאשימה גם לבקשה ממוקדת זו.

521. בתשובה לבקשת המבקשים לקבל את מסמך ההנחיות לניהול משא ומתן עם פילבר, טענה המאשימה, בין היתר, שהמסמך לא יסייע להגנה "כהוא זה" להתחקות אחר המשא ומתן שנערך עם פילבר משום שבמסגרת חומר החקירה הועבר לה תיעוד חזותי וקולי של חקירת פילבר, במסגרתה מסר את ראשי הפרקים עובר לחתימתו על ההסכם. המאשימה הוסיפה והדגישה שלהגנה הועבר התיעוד הוויזואלי מכלל החקירה של פילבר, אשר מאפשר להגנה להתחקות אחר החקירה במלואה:

"בסעיף 71 א' לבקשה מבקשים נאשמים 2-3 לקבל לידיהם מסמך שכותרתו "עדכונים והנחיות לגבי ניהול משא ומתן עם פילבר". [...] המסמך המבוקש הוא תרשומת פנימית, המתעדת שיחת התייעצות של החוקרים עם גורמים בפרקליטות בנוגע לניהול המו"מ עם פילבר. מסמך זה אינו בגדר חומר חקירה שלנאשם יש זכות לעיין בו. מעבר לכך, אי-העברתו של מסמך זה אינה פוגעת כהוא זה ביכולתם של הנאשמים להתחקות אחר השתלשלות המו"מ או אחר שינויים או התפתחות שחלו, אם בכלל, בגרסתו של פילבר. זאת, משום שבמסגרת חומר החקירה בתיק הועברו לידי ההגנה תיעוד חזותי וקולי של חקירת פילבר, שבמסגרתה מסר את ראשי הפרקים עובר לחתימה על ההסכם; תמלול של תיעוד זה; ההודעות המלאות שמסר לאחר החתימה על ההסכם; והסכם עד המדינה עצמו, המבהיר מהן ההטבות שניתנו לו. כן הועבר לידי ההגנה התיעוד הוויזואלי מכלל חקירותיו של פילבר, המאפשר להם להתחקות אחר החקירה במלואה. בנסיבות אלה, בניגוד לנטען, המסמך המבוקש אינו מסמך שיש בו כדי להשליך על בחינת מהימנותו של עד המדינה פילבר" (תגובת המאשימה לבקשה לעיון בחומר חקירה מיום 21.10.2020, סעיפים 152-153) (ההדגשות הוספו – הח"מ).

522. בזמן אמת, בשלבים המוקדמים של ההליך, כאשר ההגנה הייתה מוצפת בחומר חקירה עצום ממדים, כשהיא מנסה "למצוא בו ידיים ורגליים", היא לא יכולה הייתה לאתגר כדבעי את תשובת המאשימה. ברור שגם בית המשפט הנכבד מצא עצמו נאלץ לסמוך על הצהרותיה של המאשימה.

523. בהחלטת בית המשפט מיום 1.12.2020 בבקשה לגילוי חומר חקירה לפי סעיף 74 לחוק, נקבע שעל המאשימה להעביר לידי המבקשים חלק מהמסמכים שנתבקשו. אולם, בנוגע למסמכים שנוגעים

למגעים עם עדי המדינה במסגרת מו"מ להסכם, קבע בית המשפט הנכבד **שנוכח הצהרות המאשימה אין הוא מוצא לנכון להיעתר לבקשת ההגנה.**

524. ביום 31.12.2020 הגישו המבקשים ערר לבית המשפט העליון, במסגרתו חזרו וביקשו לקבל את כל המסמכים הנוגעים למגעים בין הרשויות לעדי המדינה, ובכללם התכתבויות בין חוקרים לנחקרים.

525. בתגובת המאשימה לערר הוצהר שוב שהשיח המתועד בחדרי החקירות הוא **ממצה עד מאוד**. ביחס למגעים מול עדי המדינה נכתב שהחומר הועבר להגנה:

"ככל שמדובר על מעורבות של גורמי תביעה ביחס למשא ומתן עם נחקר לקראת כריתתו של הסכם עד מדינה, חומרים אלה הועברו להגנה, ואינם נוגעים כלל לאישום העוסק בפרשת 4000" (תגובת המדינה לערר בעניין עיון בחומר חקירה מיום 6.1.2021, ס' 115) (ההדגשה הוספה – הח"מ).

526. ביום 14.1.2021 ניתנה החלטת בית המשפט העליון. בהחלטה נדונה באופן עקרוני סוגיית המגעים עם עדים והקביעות בעניין זה התייחסו לנושא התכתובות של עדים וחוקרים. קביעות אלה אינן רלבנטיות לענייננו כאן.

527. מהמקובץ עולה שההגנה ביקשה, חזרה והפצירה מבעוד מועד לקבל את כל תיעוד המגעים עם עדי המדינה. המאשימה בתורה, הצהירה בפני בית המשפט המחוזי ושבה והצהירה בפני בית המשפט העליון, שאין תיעוד רלבנטי שלא הועבר להגנה. מתברר, שהצהרותיה של המאשימה היו תלויות על בלימה.

528. כפי שיפורט להלן, משהתברר במהלך חקירתו הנגדית של פילבר שחומר החקירה שנמסר להגנה חסר תיעוד חזותי, קולי, או אחר מקטע קריטי בעדותו במהלך המשא ומתן, מתחוור עד כמה בקשתה של ההגנה הייתה צודקת ועד כמה הצהרותיה של המאשימה חסרות כל יסוד.

529. הוכח שחומר חקירה רלבנטי מאין כמותו, הקשור למגעים שבין החוקרים לבין עדי המדינה, בנקודות מהותיות ביותר הנוגעות לליבת המחלוקת בתיק, לא נמסר להגנה. **בין שמהלכים חקירתיים קריטיים אלה לא תועדו כמתחייב ובין שלא נמסרו.**

ד.3.5. עד המדינה שלמה פילבר

530. ביום 20.2.2018, יומיים לאחר שנעצר לראשונה, חתם שלמה פילבר על הסכם עד המדינה. קדם לחתימה משא ומתן על פרטי ההסכם שהתנהל בינו ובין עורכי דינו לבין החוקרים.

531. למרות שמדובר במהלכים הקשורים לכריתתו של הסכם עד מדינה, שעל חשיבותם אין כל צורך להכביר מילים, הפרו החוקרים ונציגי המאשימה את חובתם להעביר תיעוד מהימן וממצה של המשא ומתן ושל חילופי הדברים בין הצדדים.

532. בהמשך לניסיונות חוקרי רשות ני"ע בפרשת בזק להביא את פילבר להתקשר בהסכם עד מדינה שיפליל את נתניהו (בהיעדר אישור היועץ המשפטי לממשלה כנדרש בחוק-יסוד: הממשלה ובאישור לא חוקי של פרקליטת המחוז לבדה, מחדל ומעשה העולים כדי פגם חוקתי – ועל כך יטען נתניהו בבקשה עליה הודיע שתוגש) – כבר ביום 18.2.2018, היום הראשון למעצרו בפרשה, שבו החוקרים ללחוץ עליו להתקשר בהסכם עד מדינה. בין היתר, הם הפצירו בו לעשות כן כשהם אומרים לו: "אל תשכב על הגדר", "תשמור על המשפחה", ועוד שלל הצעות מסוג זה (תמליל חקירה מיום 18.2.2018, ת/608, עמ' 76 ש' 26; עמ' 30 ש' 36 בהתאמה).

533. מזכר מיום 19.2.2018 שערך החוקר שלומי חכמון (נ/2679) מתאר שכבר בסיום יום חקירתו הראשון ביקש פילבר להיוועץ עם עורכי דינו בעניין:

"אתמול בסיום חקירתו של פילבר יצאנו מחדר החקירה. פילבר הסתכל עליי ואמר אם זה מה שאתם אומרים אני מבקש להתייעץ עם עורכי הדין שלי. עניתי לו אין בעיה".

534. כך גם סיפר פילבר בראיון שנערך עמו בפרקליטות עובר לעדותו, אם כי בשינוי מה:

"לדבריו, במהלך ליל המעצר הראשון ערך ניהול סיכונים עבור עצמו, ולמחרת ביקש לקרוא לעורכי דינו. העד ציין כי הגיע להחלטה כי ככל שהמדינה תהא מוכנה "לקבל" שהוא לא עשה דבר ואינו "שותף לכלום" יהיה מוכן לשתף פעולה. לדבריו, הגרסה שמסר לאחר חתימתו על הסכם עד המדינה היא גרסת אמת שהוא עומד מאחוריה" (מזכר רענון מיום 10.1.2022, ת/626, סעיף 6) (ההדגשה הוספה – הח"מ).

535. במהלך יום ה-19.2.2018 התנהל משא ומתן בין עורכי דינו של פילבר לבין חוקרי המשטרה. בערב של אותו יום הוא מסר "ראשי פרקים" לעדותו הצפויה.

536. החוקרים שלא היו מרוצים דיים מהדברים שמסר, הבהירו לפילבר שעליהם להוסיף ולבחון עד כמה הם משנים את מצב הדברים שהיה ידוע לחוקרים קודם לכן ועד כמה הם מסבכים את הנאשמים. הם טענו כלפיו שהיה "מעורפל"; שדיבר על "הבנה" שלו ולא על דברים שנמסרו לו; ו"הציעו" לו להיות "חד יותר":

חוקר מס' 3, יואב תלם: בשמי, אה... אני עוד צריך לראות ולעכל את החומר אה... ואה... לראות כיצד הוא משנה את מצב הדברים כפי שהוא היה גם בחקירה הקודמת של הרשות אה... וגם לראות עד כמה הוא מסבך את הדמויות שעליהם הצבעת כי... זה אירוע מורכב, אירוע מורכב וגם אתה... אני חייב לומר גם איתנו ויכול להיות שזה הסיטואציה, קצת קצת מעורפל ב... בהבנה של הדברים, אה... הבנתי ולא נאמר אני מבין.

[...]

חוקרת מס' 4, ציפי גז: אני רק אצטרף ליואב ואגיד שגם אני מאוד מאוד זהירה אבל בהחלט אתה צריך להיות חד יותר. חד יותר ב... ב...

חוקר מס' 3, יואב תלם: זה מהלך דרמטי.

חוקרת מס' 4, ציפי גז: בתשובות שלך. (תמליל חקירה מיום 19.2.2018, ת/609, עמ' 82 ש' 10-32) (ההדגשות הוספו – הח"מ).

537. החוקרים הדגישו שהם עדיין במסגרת המשא ומתן, ביקשו מפילבר להגיע להמשך התשאול למחרת כשהוא "צלול ועירני", ושהם בהחלט רוצים "לראות איך ניתן להתקדם ולא איך לבוא ולהגיד טוב בולמים":

חוקר מס' 3, יואב תלם: ואנחנו... יכול להיות שאנחנו נקבל החלטות מפיקוד ו... סליחה פרקליטות לבוא ואולי לפתוח פרטים נוספים ולהבין בדיוק איך אפשר לחזק ומה המשמעות של אמירה כזו או אחרת ולכן יש פה חומר אה... שהוא אה... שהוא טעון בחינה, אנחנו מבחינת לוחות הזמנים שנהיה בתיאום ציפיות אנחנו עדיין תחת אותו משא ומתן מרחף. ניפגש מחר בבוקר אחרי שינה טובה אה... ואה... אתה אה... בא לפה אני מניח שאנחנו נצטרך אולי חידודים נוספים אנחנו בעצמנו נחשוב קצת.

(הערת המתמלל: החוקרים מדברים ביחד לא ניתן להבין את הנאמר)

חוקר מס' 3, יואב תלם: מה? לא בבוקר לא לא...

חוקר מס' 1, שלומי חכמון: תן לבן אדם לישון.

חוקר מס' 3, יואב תלם: לא בסדר גמור אני חושב... לא הערה של שלומי מעבר לצחוק היא במקום אנחנו רוצים אותך צלול ועירני וגם אנחנו צריכים להיות צלולים ועירניים,

נחקר, שלמה פילבר: או קיי.

חוקר מס' 3, יואב תלם: יש פה הרבה על כף המוזנים (צ"ל: "המאזניים") יש פה הרבה.

נחקר, שלמה פילבר: ובכל זאת לפחות שיהיה לי קצת יותר... לילה לא כמו הלילה הקודם. יותר בפלוס או יותר במינוס.

חוקר מס' 3, יואב תלם: אני יכול להגיד לך שאחרי השיחה הזאת אנחנו... אני... בהחלט רוצה לראות איך ניתן להתקדם ולא איך לבוא ולהגיד טוב בולמים תודה רבה, אבל איך ניתן להתקדם והאם ניתן להתקדם בוא נחשוב ביחד עם הגורמים

המוסמכים לכך, אה... מומו לאט לאט בסדר? (תמליל חקירה מיום 19.2.2018, ת/609ב, עמ' 83, ש' 4-28) (ההדגשות הוספו – הח"מ).

538. בהמשך החקירה הוסיפו ברוח זו שיטת היטב בלילה כדי שלמחרת ימשיכו "לכאן או לכאן":

נחקר, שלמה פילבר: וכל נושא (מילים לא ברורות) עכשיו אני מעריך שאחרי שני לילות ללא שינה... שני ימים ללא שינה וככה בשלף זה... אני מעריך שאפשר לעבות את הדברים.

חוקר מס' 3, יואב תלם: מומו תישן טוב הלילה, תישן שקט הלילה ככול שאתה יכול כדי שמחר אנחנו ממשיכים לכאן או לכאן בסדר?

נחקר, שלמה פילבר: או קיי.

חוקר מס' 3, יואב תלם: יאלה לילה טוב אה... (מילים לא ברורות)

חוקר מס' 2, יהודה אבוקסיס: לילה טוב. (תמליל חקירה מיום 19.2.2018, ת/609ב, עמ' 84, ש' 18-26) (ההדגשות הוספו – הח"מ).

539. ברור ש'המלצת' החוקרים לפילבר לישון היטב לקראת היום הבא היתה כפל לשון בשפת אנוסים. כוונתם השקופה היתה שכדאי שיחשוב היטב כיצד הוא מסבך את הנאשמים בצורה ישירה וברורה ושעד שיעשה כפי שמצופה ממנו, לא יחתם עמו הסכם עד מדינה.

540. אם אנו נזקקים לראיה נוספת שכך היו פני הדברים, מעידים מאורעות אותו לילה שעמדו בניגוד גמור לאותה "המלצה" לישון היטב. פילבר טורטר בין בתי מעצר ונמנעה ממנו שינה עד השעה ארבע לפנות בוקר, לא לפני שהושפל ונערכה לו בדיקה חודרנית, לא פחות:

ת. אתה מדלג על הלילה?

ש. תשתף אותנו בלילה?

ת. כי הלילה עשו לי הצגה גדולה

ש. מה?

ת. טרטרנו אותי ולקחו אותי בסוף לכלא הדירים,

כב' השופט מ' בר-עם: בלילה של ה- 19?

ת. בלילה של ה- 19,

כב' השופטת ר' פרידמן-פלדמן - אב"ד: בין 19 ל- 20?

ת. כן. אני מגיע, להערכתך זה כבר שתיים וחצי- שלוש לפנות בוקר

כב' השופט מ' בר-עם: סבב שבין בתי המעצר?

ת. כן, זה לא נסיעה ישירה, עשו סיבוב כן, לפחות עם שני מקומות, אני מגיע לכלא הדירים בשרון ובעצם פעם ראשונה לא לוקחים אותי לבית מעצר, לוקחים אותי לבית סוהר. הם מוסרים אותי שם למי שמוסרים אותי ואני מתחיל שרשרת, בשלוש לפנות בוקר, שרשרת קליטה, גם מפקד האגף היה, גם איש המודיעין, גם העובדת הסוציאלית עברתי כמובן את התהליך המשפיל הזה של לעמוד עירום ושיעשו לך בדיקות חודרניות ואז אני בא לשיחה עם מפקד האגף שמסביר לי מה קורה פה, ואיך קורה וכו', ואחרי זה אני הולך לרכז המודיעין שגם כן מסביר לי איך זה עובד וכו', ואחר כך גם אצל העובדת הסוציאלית הקצינה ואז אני מקבל את המבודד, תא נפרד, הלכתי, זה היה כבר ארבע לפנות בוקר או משהו בסגנון הזה, זהו, והולך לישון. צעקות, זה, בית סוהר כמו שבית סוהר צריך להיות, כמו שרוצים שייראה בית סוהר. זהו. ישנתי שם להערכת, שם כן ישנתי איזה אולי ארבע, חמש, שש שעות, חמש-שש שעות אני מעריך, או משהו כזה. התעוררתי לפני הצהריים והחזירו אותי, החזירו אותי רק לקראת הצהריים, לכן אני אומר את כל הסיפור הזה.

אז אני מגיע ללהב בשעות הצהריים.

ש. נניח נסגור עד שעה?

ת. 12.00, 13.00 כן, פלוס מינוס, משהו כזה. אז מגיעים עורכי הדין שלי גם טוב, וממשיכים בעצם את המשא ומתן. אני מחכה בממ"ד בחדר שעל יד והם מנהלים את המשא ומתן, מסכמים אותו, עכשיו הם כבר יודעים על מה מדובר (פרוטוקול הדיון מיום 30.5.2022, עמ' 14812 ש' 19 עד עמ' 14813 ש' 22).

541. כפי שיתואר בהמשך, החוקרים עשו שימוש בכלי המעצר כאמצעי להפעלת לחץ גם על נחקרים אחרים, בהם המבקשת וניר חפץ. לטיפול דומה ואכזרי במיוחד, זכה גם המבקש (שהתשתית בעניינו לא הונחה עדיין ולכן לא נביאה במסגרת הבקשה) וזכתה בו גם המבקשת (שחלק ממה שנעשה לה בהקשר זה תואר לעיל ונוסיף ונתאר אותו גם להלן).

542. לעניין הנדון כאן ודווקא על רקע דברים אלה, בולט בחסרונו תיעוד מלא של המגעים וחילופי הדברים שבין פילבר לחוקריו ביום המחרת, 20.2.2018. שלב קריטי זה במשא ומתן תועד באופן חלקי וחסר ביותר. מה התרחש בדיוק לאחר מאורעות היום והלילה הקודמים נותר לוט באפלה.

543. ביום זה אין כל תיעוד עד לשעה 17:30. זאת, על אף שכפי שהראינו, פילבר העיד שהתעורר לפני הצהריים והוחזר ליחידה החוקרת כבר בצהרי אותו יום.

544. התיעוד הראשון מיום 20.2.2018 מצוי במזכר מאת החוקר שלומי חכמון (להלן: "מזכר מיום 20.2.18"; "המזכר") (ת/610). הוא מתיימר לתעד נקודות עיקריות במסגרת המשא ומתן להסכם

עד המדינה עם פילבר. במזכר, שמתחיל במילים "היום בשעה 30:17", מתוארים אירועים דרמטיים ששנויים במחלוקת יסודית, ביניהם "פגישת ההנחיה" הנטענת (סעיפים 64–65 לכתב האישום), "שיחת הנזיפה" הנטענת (סעיף 82 לכתב האישום) ועוד.

545. בניגוד למזכרים מיום קודם, בהם צוין שנערכו פגישות בין החוקרים לעורכי דינו של פילבר, במזכר מיום 20.2.2018 אין כל מידע בדבר פגישות שנערכו באותו היום, על אף שהתברר שהיו כאלה. המזכר מתאר דברים שלכאורה מסר פילבר, ללא הסבר באיזו מסגרת ניתנו, עם מי, ללא כל תיעוד או תמלול של הדברים.

546. על מה שקרה באותן שעות עלומות, אנו למדים דווקא מהתקשורת. ביום 21.2.2018 פורסמה כתבה באתר YNET, שמתארת את מהלך הדברים באותו יום (נ/2680):

"פילבר, סנגוריו והקצונה הבכירה של המשטרה - ראש אגף החקירות, ניצב גדי סיסו, ומפקד היחידה הארצית למאבק בפשיעה הכלכלית, אלי אסייג, התכנסו במשך שעות ארוכות במשרדי להב 433 כדי לסכם את פרטי ההסכם. פילבר העביר לחוקרים ראשי פרקים וחשף בפניהם את החומרים שעליהם הוא יכול להעיד בקשר למעורבים. פילבר, שיעיד נגד נתניהו, דרש במשא ומתן עמו כי לא יוטל עליו עונש מאסר בפועל - וככל הנראה דרישתו נענתה בחיוב" (אלי סניור "יש הסכם: שלמה פילבר ישמש עד מדינה נגד נתניהו" ynet (21.2.18)

<https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5123644,00.html>

547. לפי האמור בכתבה, באותו היום נערכה פגישה ארוכה של כמה שעות, בין פילבר, סנגוריו, והגורמים הבכירים ביותר במערך החקירות.

548. בחקירתו הנגדית אישר פילבר את הדברים וסיפר על 6–7 שעות של משא ומתן בין הצדדים. כולל נסיעה של החוקרים להתייעצות עם היועץ המשפטי לממשלה. דבר מזה לא תועד:

ש. אני כבר אומר לך שאין לנו, ולבית המשפט אין לנו שום תיעוד על כל מהלך הדברים שהתקיים בין עורכי הדין לבין אותו בכיר שנמשך. כמה שעות נמשך, אני אשאל אותך, כמה שעות נמשך הדין ודברים?

ת. להערכתך הרבה כי אני זוכר שהם חזרו אלי בשעות הערב, שבע, משהו כזה, אמרו לי תשמע הם מתלבשים עכשיו, הם נוסעים ליועץ המשפטי לממשלה לירושלים ואז כשהם חזרו גם חתמנו על ההסכם, זאת אומרת מאוחר בלילה.

ש. אז אנחנו מדברים על סדר גודל אם אני מבין נכון לפני הנסיעה החגיגית ליועץ המשפטי, שבע בערב, על סדר גודל של כשבע שעות של דין ודברים.

ת. ברוטו, כן.

ש. ברוטו, נכון?

ת. עד שהם הגיעו, אני לא זוכר אם הם הגיעו בדיוק באותו רגע, כן, ברוטו

ש. שש-שבע שעות?

ת. כן, שש-שבע שעות של התנהלות הלוך-חזור.

ש. הלוך-חזור נכון?

ת. כן

ש. עכשיו, אתה ועורכי הדין שלך לא ביקשתם כמובן שהפגישה הזאת תהיה חסויה, היא גם לא יכולה להיות חסויה נכון?

ת. נכון

ש. הפגישות הללו.

ת. אני סמכתי עליהם בעניין הזה

אני כבר אומר לכבודם שאין לנו שום תיעוד על כל אותן שש-שבע שעות של דין ודברים בין עורכי הדין לבין גורמי החקירה. גדי סיסו זה באמת שישו ושמחו כי אנחנו לא יודעים שום דבר מה הוא עשה שם בתמונה אבל זה לא נגמר פה מר פילבר, אמרתי בזה אין לי שום טענה כלפיך.

ת. הבנתי

ש. אגב, סליחה, אני רק שואל, באותן שש-שבע שעות כמה פעמים עורכי הדין חוזרים אליך לזיכרון?

ת. פעם או פעמיים

ש. פעם או פעמיים?

ת. כן, זאת אומרת כל פעם זה פגישה, היא מסתיימת אז הם באים להיות איתי

ש. אל תיכנס לתוכן

ת. לא, לא נכנס

ש. רק שנייה, אתה לא צריך להיכנס אבל אני כן מבקש ממך ... את מוחד, מה הם אומרים לך על הצד השני מה אומר בשיחות האלה?

ת. הצד השני בלי להיכנס כמו שאתה אומר,

ש. לא, זה אתה חייב להגיד

ת. לא, אני אומר מה שהם שיקפו לי זה שהם מסכימים להסכם הם רק עכשיו מתווכחים על עונש אם כן יהיה או לא יהיה? אני אמרתי להם אין לי בעיה, אני חושב שעשיתי מכסימום עבירה משמעתית, אתם רוצים תעמידו אותי בבית דין למשמעת של עובדי מדינה וזהו, אני מבחינתי לא מוכן לשום דבר יותר ועל זה היה בעיקר הדיון. היה שם איזה מן, אחד מעורכי הדין שלי אמר ליואב תלם שהתעקש על, כך הוא סיפר לי, על איזשהו מאסר אפילו על תנאי או משהו כזה, הוא אמר לו תקשיב, הוא לא מביא לך את הראש של סגן גזבר מועצה מקומית שדות נגב.

זה עורך הדין שלך אומר לתלם?

ת. כן, במאמץ לשכנע אותו.

ש. במאמץ לשכנע אותו, טוב

ת. והם גם התווכחו על כל הסיפור הזה של החוברת עם המראים של וואלה שכביכול העברתי אז הוא גם אמר ליואב תלם שהיה קצת לפני כן העוזר האישי של המפכ"ל, אומר לו אתה מכיר את המושג הזה, את התופעה הזאת שבן אדם הוא קודם כל איש אימון של מישהו ואז מבקשים ממנו איזושהי טובה והם היו ביחס קרוב הרבה זמן והם מכירים אז הם עושים את זה,

ש. נגיע גם לחוברת ונראה

ת. אז הוא כאילו רצה להציג לו את זה, זה לא איזה, זה מן יחסי אימון בין אנשי ציבור כמו שאתה מכיר בטח כי כשאתה היית עוזר האישי של המפכ"ל. אלה שתי הנקודות שאני זוכר.

ש. אז בוא נדבר על יחסי אימון בין ... לבין מה שנעשה בחקירות, זה יוצר אימון מסוג אחר. אנחנו ב- 20 לפברואר, שש-שבע שעות חור שחור, קופסה שחורה. (פרוטוקול הדיון מיום 30.5.2022, עמ' 14814 ש' 3 עד עמ' 14816 ש' 13).

549. למרות החובה שבדין, לא נעשה כל תיעוד למשא ומתן שקדם לנקודות אותן ציין החוקר שלומי חכמון במזכר מהשעה 17:30. גם לא נעשה תיעוד כנדרש על פי דין, לשיחה שהחלה בשעה 17:30 ושהמזכר מתיימר לתאר אותה. לא בצילום חזותי, לא בהקלטה ולא בכל דרך אחרת.

550. ודוקו; בניגוד למשא ומתן שנוהל עם באי כוחו של מר חפץ, משא ומתן זה שנמשך שעות לא תועד כלל. כך, לא תועדה העובדה שעליה העיד פילבר שלפיה "עמדת הפתיחה" של גורמי האכיפה היתה שעליו לשאת בעונש של מאסר על תנאי, דרישה ממנה מסתמא נסוגו בהמשך מטעמים לא ברורים

(שכן הסכם עד המדינה שעליו חתם אינו כולל סנקציה כאמור); כמו גם המסר שהועבר לחוקרים, שלפיו פילבר "לא מביא לך את הראש של סגן גזבר מועצה מקומית שדות נגב".

551. במהלך עדותו הראשית של פילבר, טענה המאשימה שבשל תקלה שמקורה בהפסקת חשמל שהתרחשה בדיוק ברגע מכריע, אין תמלול מלא של ראשי הפרקים מלבד המזכר:

ש. כבודכם אולי אני אוסיף עוד פרט מידע שאולי לא היה ברור. אולי כדאי שאני אוסיף עוד דבר לגבי המזכר הזה שאולי לא היה ברור. בימים שהיו תמלילים, זאת אומרת שהייתה חקירה היה תמליל ויש גם הודעה. בימים שנגבו ראשי פרקים היו תמלילים ונכתבו מזכרים, לא נכתבו הודעות אז זה המזכרים ששקולים להודעות. בתחילת ראשי הפרקים של היום הזה הייתה תקלה ולכן חלק מהיום הזה בתמליל לא נמצא של ראשי הפרקים ולכן המזכר הזה

עו"ד בועז בן-צור: איזה תקלה הייתה?

ש. אתה תשאל את החוקר כשיגיע לכאן.

עו"ד בועז בן-צור: לא, עכשיו אני רוצה לדעת איזה תקלה הייתה?

ש. אני לא יודעת, הייתה תקלה

עו"ד בועז בן-צור: לפני עד מדינה יש תקלה? מה התקלה?

ש. זה לא התקלה היחידה במדינת ישראל של תמלילים, זה קורה לפעמים. יש מקטע בתמליל של היום הזה שאין אותו בתמליל ויש אותו במזכר.

כב' השופטת ר' פרידמן-פלדמן - אב"ד: זה נמצא בהקלטה?

ש. נכון בהקלטה, זה מתועד שהם עוברים חדר בגלל הפסקת חשמל, לכן המזכר הזה הוא כמו, במובן מסוים כמו הודעה שמתעד את גביית ראשי הפרקים שחלקו מצוי בתמליל וחלקו לא מצוי בתמליל. (פרוטוקול הדיון מיום 28.3.2022 עמ' 12030 ש' 17 עד עמ' 12031 ש' 9) (ההדגשות הוספו – הח"מ).

552. התרחשות מדהימה זו מחייבת אותנו להתעכב על הדברים כפי שהתבררו בהמשך ועל משמעותם.

553. בכותרת המזכר מיום 20.2.2018 נכתב שהאמור בו מתמולל בשני דיסקים: דיסק ראשון שסימונו 1093-G-18 (להלן: "הדיסק הראשון") ודיסק שני שסימונו 1046-G-18 (להלן: "הדיסק השני"). הדיסק הראשון לא מצוי בידי ההגנה ומעולם לא הועבר אליה, והדיסק השני, אליו מצורף תמלול (ת/610ב) נמצא בידי ההגנה ומתעד את חקירת פילבר על ידי החוקרים לאחר שהסתיימה "התקלה".

554. תיעוד החקירה של פילבר באותו הערב מתחיל בדבריו של החוקר יואב תלם:

חוקר מס' 1, יואב תלם : בדיוק, אנחנו, חשוב להבין ש... מומו אנחנו ממשיכים, עברנו חדר בגלל תקלה טכנית.

נחקר, שלמה מומו פילבר : (הנחקר מהנהן בראשו בחיוב).

חוקר מס' 1, יואב תלם : שהמחשבים שלנו כנראה בגלל (מילה לא ברורה) החשמל נפלו. אנחנו ממשיכים מאותה נקודה. (חקירה מיום 20.2.2018, ת/610ב, עמ' 1 ש' 17-21) (ההדגשות הוספו – הח"מ).

555. ביום 31.5.2022, לאחר חקירתו הנגדית של פילבר בעניין ה"תקלה" שמקורה בהפסקת חשמל כנטען, הורה בית המשפט למאשימה למסור לידי ההגנה כל מזכר המתעד את המשא ומתן שנערך עם פילבר. המאשימה נתבקשה על ידי ההגנה להעביר לעיונה גם את יומן המעקב הטכני (להלן: "יומן המ.ט."). ביחידת המשטרה מאותו יום, המתעד את הקלטות החקירה שנערכו ביחידה.

556. ביום 8.6.2022 העבירה המאשימה את יומן המ.ט. להגנה. לפיו, ההקלטה בדיסק הראשון ארכה שש דקות – משעה 17:29 ועד שעה 17:35. ההקלטה בדיסק השני ארכה כארבע שעות – משעה 12:52 ועד שעה 18:42 (מכאן עולה שאמנם ההקלטה פעלה משעה מוקדמת, אך תיעדה חקירה שהחלה רק לאחר הגעתם לחדר בו הופעלה, כלומר, לאחר ההתרחשות שאמורה היתה להיות מתועדת בדיסק הראשון בחדר אחר).

הדפים שהועברו להגנה מיומן המ.ט. מצורפים לבקשה ומסומנים כ**נספח ג'**.

557. **מהמקובץ עולה שדווקא ביום שבו נחקר מרכזי ביותר חותם על הסכם עד מדינה, אין תיעוד מלא ומהימן של האירועים החשובים, שלא לומר הדרמטיים, שהתרחשו בו:**

עד השעה 17:29 - שעות ארוכות של מו"מ בין פילבר, סנגוריו והקצונה הבכירה ביחידה;

מהשעה 17:29 ועד השעה 17:35, בשל תקלה נטענת של 'הפסקת חשמל', של קטע קריטי מהדברים שכביכול פילבר מסר ואותם התיימר החוקר חכמון לסכם בפתח מזכרו (ת/610).

558. רק החל מהשעה 17:35 ישנו תיעוד ראשון ואותנטי של חילופי הדברים בין הצדדים, שאף הוא פוסח, באופן שאינו טבעי, על תיעוד, ולו בדיעבד, של הדברים החשובים שאמר לכאורה פילבר ושמתועדים במזכר חכמון.

559. אירוע "הפסקת החשמל" הנטען נדון בפני בית המשפט הנכבד בחקירה הנגדית של פילבר. בלשון המעטה שבהמעטה, ניתן לקבוע שמדובר בתירוץ בלתי סביר בעליל להיעדר תיעוד כנדרש על פי דין.

560. בחקירתו הנגדית נשאל פילבר על האירוע וטען שאינו זוכר הפסקת חשמל.

561. כיוון שמדובר בחודש פברואר, השמש שוקעת מוקדם. מבדיקת ההגנה עלה שבשעה 17:32 כבר שקעה השמש וחדר החקירות אמור היה להיות לפחות אפלולי, אם אכן 'נפל החשמל' והאור בחדר

כבה. פילבר העיד שהוא לא זוכר שישב בחדר חשוך בשום שלב (פרוטוקול הדיון מיום 30.5.2022, עמ' 14820, ש' 14–20).

562. הדעת גם נותנת שהפסקת חשמל אינה מוגבלת דווקא לחדר המסוים בו שהה פילבר. מבדיקת ההגנה עולה שבאותו יום נחקרו ביחידה החוקרת לא פחות מ-17 נחקרים. אצל אף אחד מהם אין סימן וזכר בחומר החקירה להפסקת חשמל או לתקלה אחרת שהפריעה את מהלך חקירתם התקין (נ/2681).

563. בשעה 17:30 נחקרו גם המבקשים והחשודים סטלה הנדלר, עמיקם שורר, אור אלוביץ' וניר חפץ. תיעוד חקירותיהם, לפני השעה 17:30 ולאחריה, מלמד שבחדרי החקירות שלהם לא היתה הפסקת חשמל או כל תקלה אחרת שהביאה לנפילת מחשבים.

564. הדברים שתוארו לעיל הם אפילו למעלה מן הצורך. אם אכן היתה בחדר בו נחקר פילבר תקלת חשמל שהביאה לנפילת המחשבים ולתיעוד הקולי והחזותי של חקירתו, או כל תקלה אחרת שגרמה לכך, ניתן היה לנקוט בפעולות פשוטות אחרות ומתחייבות על מנת לתעד את חקירתו כנדרש על פי דין.

565. כך, למשל, ניתן (וצריך) היה לעצור מיד את חילופי הדברים בין הנחקר לחוקרו ולעבור לחדר אחר בו לא היתה תקלה באותה שעה, או שניתן היה להיעזר באמצעי הקלטה ניידים. באופן תמוה ביותר אף אחת מהפעולות הללו לא נעשתה.

566. לא זו בלבד, אלא שאפילו תיעוד נאמן אחר, ולו בכתב, לא נעשה: שימוש מקובל בשיטה הישנה, שלמרבה המזל עודנה עובדת, של דף ועט, שאמורה לתעד כל שאלה וכל תשובה של העד בדיוק מירבי שישא גם את חתימתו. חתימת העד אינה עניין טכני; היא נועדה לברר ולוודא שהעד מאשר את הדברים שנרשמו מפיו, שמא השמיטו החוקרים, בהיסח הדעת, שגגה או חלילה מטעמים אחרים, דברים חשובים, הוסיפו עליהם דברים שלא אמר, או שלא דייקו בהם בדרך אחרת. די לעיין בעשרות ומאות ההודעות שנגבו בתיק זה כדי להיווכח, כי תדיר תיקנו נחקרים דברים שנרשמו מפייהם, לעיתים כאלה שאינם בעלי משמעות רבה, ולעיתים דווקא דברים שיש בהם כדי לשנות את התמונה בנקודה מסוימת וחשובה.

567. תחת כל אלה, נולד לו זיכרון דברים של החוקר חכמון (ת/610) בו התיימר לרשום 'עיקרי דברים' לכאורה מדבריו החשובים של פילבר, לאחר התרחשותם וללא בקרה של הנחקר שמאשר את הדברים הרשומים בחתימתו.

568. יתר על כן ובנוסף, פילבר תיאר בחקירתו הנגדית שחלק מהחוקרים נעזרו במחשב נייד. אכן, כך ניתן להיווכח מצפיה בחקירותיו המצולמות. מחשבים ניידים יכולים להמשיך ולעבוד גם ללא חיבור לחשמל:

ש. נכון? באופן כללי אתה זוכר שישבו עם לפ-טופים?

ת. כן. כן

כב' השופטת ר' פרידמן-פלדמן - אב"ד: התקבל וסומן נ/ 2682.

ש. אז לפ-טופים רק שאחרי זה לא יהיו

ת. אודי ופולינה ישבו הרבה פעמים עם לפה-טופים וחוקרי יאל"כ ישבו על המחשב הראשי

ש. ולפ-טופים יש להם סוללה נכון? לא צריך לא חשמל ולא כלום נכון?

ת. כמה שאני מכיר, כן. (פרוטוקול הדיון מיום 30.5.2022, עמ' 14825, ש' 14–20).

569. משהתבררו הדברים בחקירתו הנגדית של פילבר, התבקשה התביעה לבדוק מה אירע באותן שש דקות. רק אז קיבלה ההגנה לידיה, בשלב כה מאוחר, מזכר המתעד תקלה אחרת. לא עוד תקלת חשמל. אמור מעתה נפלה תקלה "במכשיר ה-DVD", כלשון המזכר החדש. גם מזכר זה נותר ללא כל הסבר מניח את הדעת. למשל, מה הגורם לתקלה, מדוע המשיכו לחקור את פילבר בנסיבות אלה ועוד תמיהות שנותרו ללא מענה.

570. העובדה שדבר מכל אלה לא נעשה מובילה לאחת משתי מסקנות אפשריות, שתיהן רעות: האחת, מדובר ב'תשאול נעלם' מכוון מצד החוקרים אשר ביקשו להימנע מתיעוד אותם רגעים קריטיים במשא ומתן עם עד המדינה (דווקא בנקודה שבה הוא מעיד על 'פגישת ההנחיה' הנטענת); השנייה, באותן שש דקות נעלמות לא נאמרו הדברים שלכאורה מתועדים בפתח המזכר של חכמון. אלה הושלמו לאחר מעשה ולאור 'החורים' בגרסתו, לאחר שמסר את ראשי הפרקים המתועדים בדיסק השני החל מהשעה 17:35.

571. הנתונים האובייקטיביים עליהם עמדנו – חשיבותו הקריטית של שלב החקירה במשא ומתן להפיכתו של העד לעד מדינה; חובת התיעוד בדין ובפסיקה של כל מהלכי החקירה המהותיים; קיומן של אלטרנטיבות פשוטות וזמינות לקיום חובה זו (אפילו בהנחה המסופקת שאכן היתה הפסקת חשמל ושהמחשבים 'נפלו' או שמא היתה דווקא תקלה במכשיר ולא הפסקת חשמל) – מלמדים כולם שעצם העובדה שנותרנו ללא תיעוד מחייבת את המסקנה שמדובר במהלך מכוון שהוא אסור.

572. גם בית המשפט הנכבד תמה על כך במהלך הדיון. נוכח הנסיבות שהתבררו כאמור, לא ניתן לקבל את הסברי המאשימה לתמיהות:

עו"ד יהודית תירוש: סליחה, אני מבקשת רגע שהעד יצא אם אפשר כדי שלא ייטען משהו. חברי שב ומהדהד לו את הדבר הזה שאין תיעוד של שעה וחצי, שיש לפ-טופים כשיש לנו מזכר של חוקר שיושב בדיוק עם הלפ-טופ ומתעד את הדבר הזה בלפ-טופ שלו. נכון, אין הקלטה, אין תיעוד חזותי של הדבר הזה ויזואלי בגלל, חברי יחקור את החוקרים מה היה שם בדיוק וזה בסדר גמור אבל יש תיעוד שיושב חוקר, זה בדיוק המזכר שסעיף 1 במזכר שלו הוא כותב כשאין את ההקלטה בחדר ואת יתר הסעיפים הוא ממשיך לכתוב, לכן לבוא ולהגיז אין

תיעוד, יושבים החוקרים מול הלפ-טופים אבל לא יכולים לכתוב וכל הזמן לומר
אין תיעוד, אין תיעוד כשיש תיעוד. יש מזכר, זה התיעוד.

כב' השופטת ר' פרידמן-פלדמן - אב"ד: למה זה מתועד כמזכר באופן כללי ולא
שאלה-תשובה? שאלה-תשובה כמו שהם יודעים לעשות? אנחנו רואים גם
בהקלטות לא פעם ששומעים את ההקלדה המקבילה,

עו"ד יהודית תירוש: אבל יש הבדל, זה גברתי צודקת בכל החקירות שמדובר
בהודעות, כשמדובר בראשי פרקים ורואים את זה לאורך כל התיק, לאורך כל
התיק בראשי פרקים כשמדובר בראשי פרקים המזכרים הם לא מזכרים של
שאלה-תשובה, לא בטוח שיעשו בזה אחר כך שימוש, אחר כך, וזה מתועד בצורה
הזאת במזכר, לא מתועד בשאלה-תשובה.

כב' השופטת ר' פרידמן-פלדמן - אב"ד: אבל עדיין בהנחה שהייתה איזושהי
תקלה שמצאו לנכון להעביר את העד לחדר אחר שבו לכאורה,

עו"ד יהודית תירוש: כשגילו שהייתה תקלה העבירו אותו לחדר אחר.

כב' השופטת ר' פרידמן-פלדמן - אב"ד: מה שאומר שראשי פרקים לא היו
אמורים להספיק אז מה הטענה שלקחתם,

עו"ד יהודית תירוש: אין שאלה שרצו לתעד את הכל בתיעוד ויזואלי ולכן גם יום
קודם וגם באותו יום עשו את זה בתיעוד ויזואלי ובאיזשהו שלב אכן גילו
לשיטתנו והחוקרים יענו על השאלות האלה,

כב' השופטת ר' פרידמן-פלדמן - אב"ד: אתם יודעים באיזה שלב? כתוב לנו
באיזה שלב התגלה שאין תיעוד מוקלט?

עו"ד יהודית תירוש: אנחנו יודעים שזה אחרי סעיף לפי המזכר, אני לא יודעת
מאיפה חברי הביא את השעה שבע, נשמח לדעת. אני לא הבנתי שיש שעה
שאנחנו יכולים (פרוטוקול הדיון מיום 30.5.2022, עמ' 14825 ש' 22 עד עמ' 14827
ש' 4).

573. וכאן ראוי להסב את תשומת הלב לניסיון המאוחר "לגמד" אירוע זה. חוסר תיעוד הולם בשלב שבו
העד מעיד על נקודת מפתח בתיק ובנקודת מפתח בזמן (יום הפיכתו לעד מדינה), גם אם האירוע
נמשך דקות מספר, אינו אירוע של מה בכך. ודאי כאשר גרסתו עוברת תמורה משמעותית – ראו זה
פלא – בדיוק באותה נקודת זמן.

574. נזכיר גם שבמקרים אחרים של תקלה טכנית ולהבדיל ממקרה זה, נערך תיעוד מדויק של התקלה.
כך למשל, בתיעוד מיום 26.2.2018 (נ/2683), נערך מזכר מפורט המתאר את התקלה שקרתה:

1. בפרשייה המכונה "פרשיית 4000" תיעדתי חדרי חקירה.

2. בתאריך 25/02/2018 תיעדתי את חדר החקירה בו נחקר ע"י רפ"ק שרלי הרדן וחוקרת מטעם רשות לני"ע. בשעה 09:27 הבחנתי כי ההקלטה בחדר לא עובדת. ביקשתי משרלי שיצאו מהחדר, והחלפתי דיסק ההקלטה.

3. בתאריך 22/02/2018 תיעדתי את חקירתו של שלמה פילבר שנחקר ע"י רפ"ק שלומי חכמון וחוקרים נוספים מהרשות לני"ע. בשעה 17:15 נפסקה ההקלטה. ביקשתי מהחוקרים לצאת מהחדר, והחלפתי דיסק. (מזכר החוקרת נופר דולב מיום 26.2.2018, נ/2683).

575. הפלא ופלא, האירוע היחיד שמתועד במזכר ואינו מופיע בתמליל באופן הזה, הוא 'פגישת ההנחיה' שנמצאת במחלוקת מהותית שנדמה שאין צורך להרבות מלל בדבר חשיבותה. מתקיימת שיחה בה נדון הנושא הקריטי ביותר באישום ללא תמלול או תיעוד כלשהו, מלבד מזכר חוקר שמתיימר לעשות זאת, בנסיבות שאין לכך הצדקה כלשהי שמתקבלת על הדעת.

576. הדברים אינם מתקבלים על הדעת במיוחד כאשר מדובר על משא ומתן רגיש מאוד בנקודה ארכימדית בתיק, עם עד מדינה חשוב ביותר. משא ומתן שהניב, וזאת חשוב לציין ולהדגיש, תוספת משמעותית בגרסתו של עד המדינה ביחס ל"פגישת ההנחיה" הנטענת.

577. בעניין זגורי, עמד בית המשפט העליון על חשיבות תיעוד החקירה למהימנות גרסת הנחקר ולהגנת הנאשמים:

"תיעוד חקירה ישרת בהמשך הדרך את הצדדים להליך המשפטי גם בכך שיעמיד לרשותם גרסאות נוספות של הנחקר, אשר יאפשרו להתחקות אחר סתירות בהודעותיו או לחלופין להצביע על הלכידות בגרסתו, כל צד לפי צרכיו" (עניין זגורי, פסקה כ"ו לפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין).

578. בענייננו, נפגמה יכולת בית המשפט להעמיד במבחן הביקורת, באופן ממצה ועד תום, את גרסאותיו של עד המדינה בעניין קריטי בכתב האישום, בשל התנהלותן הפגומה של הרשויות.

ד.4.5. עד המדינה ניר חפץ

579. במשפט התברר שגם במהלך חקירתו של עד המדינה חפץ התרחשו מספר אירועים בהם הוא תושאל ללא כל תיעוד, אפילו לא במזכר מאוחר.

580. חפץ תיאר לפחות שלוש "שיחות מסדרון" לא מתועדות עם בכירי החוקרים, שלדבריו נעשו במטרה להפעיל עליו לחץ לשתף פעולה עם חוקריו:

עכשיו, אתה אומר כך, חשבתי בעקבות פגישה שהייתה לי פה במסדרון עם תת ניצב אסייג,

ת כן

ש. תסביר לי את הדבר הבא, כלומר מה היה בפגישה הזו?

ת. מידי פעם הם היו דואגים שאני כביכול אצא סתם, זה כמו טיסה לשום מקום, אתה בעצם יוצא עושה איזה סיבוב בבניין וחוזר אבל אז במקרה הייתי פוגש את אסייג או במסדרון או במעלית ואז הוא היה אומר לי כמה שמצבי קשה, דברים כאלה.

כב' השופט מ' בר-עם: יש מזכר בעניין הזה?

ש. לא. שיחות במסדרון אין, זה כמה מצבך קשה,

ת. כמה ראיות נגדי, זה ממש נותן לי תמונה, היה תמיד מאוד מגוהץ ולפעמים זה היה גם עם יואב תלם, לפעמים היו ביחד והם היו למעשה נותנים לי את התמונה שמצבי אנוש.

ש. אנוש וגם מציעים את ההצעות נכון?

ת. זה אני כרגע לא זוכר להגיד לך, אני לא זוכר

ש אבל אתה זוכר שהיו פגישות כאילו מקריות.

ת. לפחות שלוש

ש. לפחות שלוש, טוב. תיעוד אפס כבודם. (פרוטוקול הדיון מיום 30.11.2021,

עמ' 311–312) (ההדגשות הוספו – הח"מ).

581. בנוסף, לאחר שכבר התקשר בהסכם עד המדינה, פנה חפץ מספר פעמים לנציגי המאשימה בבקשות שונות הקשורות למצבו. חפץ מתאר שבסוף שנת 2019 פנה בשלושה מכתבים ליועץ המשפטי לממשלה ושאל נערכה פגישה בפרקליטות בנושא. גם אלה לא זכו לכל תיעוד שנמסר להגנה:

[REDACTED]



582. גם לתרגיל החקירה הנבזי והפסול שבוצע כלפי חפץ, כאשר חוקר התקשר לאשתו בתואנת שווא שהוא משתחרר ממעצר (המתואר בפרק ד.3.3. לעיל) אין תיעוד קונקרטי בחומר:

ת: איזה שאלה. הרי ברור לחלוטין. הוא עמד לי מול העיניים. ממתי חוקר מתקשר ומודיע לאשתי מול העיניים שלי בחדר חקירות, לידי בסלולארי, שהוא מודיע לה שמחר אני מגיע. איפה יש דבר כזה? תלמד אותי.

ש: אוקיי, עכשיו, אתה זוכר מי היה החוקר? כי למיטב ידיעתי,

ת: לא הכרתי אותו.

ש: אין תיעוד כזה.

ת: זה היה בן אדם שלא זיהיתי. מישהו חדש שפעם אחת בא למופע הזה ולא ראיתי אותו יותר. אני לא יודע מי זה. אין את זה מצולם?

ש: הזיכרון שלך הוא חי שזה היה חוקר שבחדר חקירות, טלפון לאשתך?

ת: הוא חי, אי אפשר לשכוח.

ש: אוקיי.

ת: זה בן אדם שראיתי פעם אחת בתרגיל הזה.

ש: אוקיי, כי התיעוד נשכח. אנא בדקו, כי לא ראינו את זה. אם טעינו, אז כמובן מתנצלים. ואם לא טעינו,

עו"ד אמיר טבנקין: לא, לא, אין תיעוד. (פרוטוקול הדיון מיום 1.12.2021, עמ' 43 ש' 3-17) (ההדגשות הוספו – הח"מ).

583. כפי שכבר תואר לעיל, על חפץ הופעלו לחצים להחליף את עורך דינו, תוך השוואת עורך דינו לרופא שעלול לפגוע בו ולגרום למותו. עמדנו גם על אירוע נוסף של הפעלת לחץ פסול על חפץ להחליף את עורך דינו שהתגלה לראשונה במהלך חקירתנו הנגדית: חפץ העיד שהשוטרים שהיו עמו ברכב המשטרתי ניסו לגרום לו להחליף עו"ד. מדובר באירוע חמור נוסף, ללא כל תיעוד, שהתגלה כדרך-אגב, במהלך חקירתנו הנגדית:

ת. במקרה החלונות היו מוחשכים, עמד עורך הדין שלי ירון ... והעוזר שלו והם הסתכלו באתרים בדיוק מה פרסמו על העניין ואז התחילו הבלשים ללחוץ על זה, תראה הם נראים, תראה איזה עורכי דין לקחת, הם נראים מרוצים כל כך אחרי שהם הפסידו בכזה דיון אולי תחשוב שוב אם זה הייצוג [...] סליחה, אני לא דייקתי בדיוק את המילים אבל בוודאות הם אמרו לי את המילים תראה איך הם נראים כל כך מבסוטים אחרי שהם הפסידו ואולי תחשוב פעם שנייה, משהו כזה, לא אמרו את המילים תחליף את עורכי הדין שלך, זה לא

ש. אני אראה לך אחרי זה שהם דיברו איתך הייתי אומר עשרות פעמים על סוגיית חילופי עורכי הדין. אגב, יש על זה מזכרים בעניין הזה?

עו"ד אמיר טבנקין: אני רק אשיב שכל תיעוד החקירות כפי שנמסר הועבר, שהיווה חומר חקירה הועבר לעיון הנאשמים.

ש. בסדר, אנחנו נראה עכשיו מה היה,

כב' השופט ע' שחם: לא, אבל חילופי דברים, שיחות שהיו מחוץ לחדרי החקירות יש מזכרים?

ש. ככל שיש מזכרים,

כב' השופט ע' שחם: לא, לא ככל

ש. יש, יש מזכרים

כב' השופט ע' שחם: ואז השאלה אם המזכרים האלה הועברו גם להגנה?

ש. ודאי. כל מזכר שהיה, שתיעד שיח מחוץ לחדר החקירות ותועד במסגרת החומר שהועבר שנאסף בתיק הועבר לנאשמים בכפוף כמובן לענייני חיסיון, לתעודות חיסיון וכו', ככלל אני אומר גם זה, כל המזכרים שהיו הועברו.

עו"ד מיכל רוזן-עוזר: רק שיהיה ברור שמזכר כזה אין.

ש. אני אומר לכבודם ככה, אין מזכרים, לא מזכר כזה, יש יציאות מחדר החקירות ואנחנו נראה את זה בעיקר סביב ההתקשרות בהסכם עד המדינה והם יוצאים ונכנסים, ואין תיעודים לכל הכניסות והיציאות ויש שיחות שהוא אומר כמו שאמרתי אתמול לאלי אסייג, אין שיחה שהוא אמר לאלי אסייג, אין תיעוד מהותי לחלקים גדולים בהתקשרות של הסכם עד המדינה, אין לי טענה כמובן כלפי העד, הוא לא מתעד שום דבר אבל יש לי טענה קשה למי שהחליט שלא לתעד בסוגיות מהותיות, בסוגיות שהחובה היא חובה קריטית לתעד כל מגע לגבי הסכם עד מדינה מה מובטח, מה לא מובטח, כיצד הדברים האלה הגיעו, זה לא תועד וזה נעשה במתכוון ואנחנו נראה את זה ואז תתנו את ההסברים שלכם (פרוטוקול הדיון מיום 30.11.2021, עמ' 100–101) (ההדגשות הוספו – החי"מ).

584. במהלך החקירה הנגדית של חפץ התגלו פעולות חקירה נוספות אשר לא נמצא להן כל תיעוד בחומר החקירה. כך למשל, סיפר חפץ על פגישה של החוקרים עם רואה החשבון שלו כדי לבדוק את ענייני הכספיים:

ת. למשל כשאומרים לך משפט כזה אז בדרך כלל אם אתה נחקר אז למשל יענו פרשת שוחד אז תחשוב שחיטטו לך בחשבונות הבנק נכון?

ש. נכון

ת. לא. למרות כשיצאתי רואה החשבון שלי אמר לי שישבו אצלו חוקרים עשרות שעות, סרקו במסרקות ברזל את כל העניינים הכספיים שלי, הוא אמר לי את זה במובן שתראה הוא השקיע הרבה שעות, הוא השקיע בשבילי את השעות האלה הוא גם עובד לפי שעה

ש. הוא גם חייב אותך על זה?

ת. לא, לא, הוא בן אדם כל כך הוגן שהוא הבין את מצבי אבל אני רוצה להזכיר לך שבשום שלב לא בוצע איזשהו עיקול על חשבונות הבנק שלי מאחר ופשוט לא נגעתי בשקל וסרקו אותי ולכן אני הבנתי, מאחר וידעתי שלא נגעתי בשקל ולא היה לי שום עניין כספי אז אני הבנתי מיד שהאיום הזה הוא נוגע לענייני צנעת הפרט.

ש. הבנתי, אני רק רוצה לעמוד על מה שאמרת, אמרת שרואה החשבון שלך אמר שבדקו איתו עשו סריקות,

ת. לא, ישבו אצלו חוקרים

ש. אני אומר את זה בזהירות המתבקשת, אנחנו לא ראינו ואם אני טועה כאן אני מתנצל, לא ראינו תיעוד לסוגיה, אם אני טועה אז כמובן ... אבל אם לא אז אולי אפשר להבהיר למה לא?

עו"ד מיכל רוזן-עוזר: גם אנחנו לא ראינו

כב' השופטת ר' פרידמן-פלדמן - אב"ד: יש תשובה?

עו"ד אמיר טבנקין: שוב, אנחנו כרגע מזיכרוננו לא מכירים תיעוד כזה אבל אנחנו יכולים כמובן לבדוק, שוב אני אומר כל מה שהיה בחומר החקירה והועבר כתיעוד, הועבר לנאשמים

ש. תשמע, את המנטרה הזאת אני מציע לחסוך אותה כבר,

כב' השופטת ר' פרידמן-פלדמן - אב"ד: עו"ד טבנקין תבדוק, תעשו בדיקה תראו אם יש עוד משהו, זה מה שהוא אומר.

ש. אין עוד משהו אצלנו שלא עבר, אנחנו יכולים לחזור לחומר החקירה אם יש משהו שהעד מתכחש אליו שעולה פה (פרוטוקול הדיון הגלוי מיום 30.11.2021 עמ' 111 ש' 9-עמ' 112 ש' 11)

ה. אולם המעצרים "הפך לאולם תיאטרון"

ה.1. פרשת המסרונים

585. במהלך דיוני המעצר של המבקשים, התכתב שלא כדין חבר צוות החקירה המיוחד עו"ד ערן שחם-שביט (להלן: "עו"ד שחם-שביט"; "הפרקליט"), עם השופטת פוזננסקי-כץ (להלן: "השופטת") בעניין ימי המעצר שייקבעו לחשודים ובעניין צו חיפוש שיתבקש למקורבת לעד המדינה ניר חפץ.
586. הפרשה החמורה התגלתה בעקבות פרסום מיום 25.2.2018, של העיתונאי דורון הרמן מחדשות 10. בכתבה הופיעו צילומים ממסך הטלפון של עו"ד שחם-שביט ובהם ההתכתבויות בינו לבין השופטת.
587. ההתכתבויות בין עו"ד שחם-שביט לשופטת התפרסמו רק בחלקן. סורבה בקשת ההגנה לפי סעיף 74 לחוק לקבל את מלוא ההתכתבויות שבין השניים שנותרו שמורות בכספת פרקליט המדינה.
588. די בהתכתבויות שתוכן התפרסם (מבלי שיש צורך לדמיין מה יש בהתכתבויות האחרות שנותרו ספונות בכספת פרקליט המדינה), כדי ללמוד עד כמה פרשה זו עוותה את תפיסת רשויות האכיפה. כך, בהתכתבות מיום 19.2.2018, תיאמו השופטת והפרקליט מועד לדיון בבקשה למתן צו חיפוש, בלשון מתבדחת ואף רכילותית, שעה שזכויות עדים ונחקרים על הכף (זכויות שהופרו בגסות בעקבות אותו צו חיפוש שהתברר שהוצא למקורבת, כפי שפורט בפרק ד.2.3 לעיל):

עו"ד שחם-שביט: האם ניתן לחבור להוצאת צו חיפוש?

הנקבלת: איך אוכל לסרב...

עו"ד שחם-שביט: מתי ואיפה. את תאהבי את הצו הזה.

הנקבלת: אני כבר מתחילה לחשוש.

עו"ד שחם-שביט: מתקשר.

הנקבלת: לא יכולה כעת לשוחח. אודיע לך בהמשך היכן ומתי נחבור לצו (בג"ץ

6301/18 השופטת רונית פוזננסקי כץ נ' שרת המשפטים (27.12.2018), בפסקה

1 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן).

589. בהמשך, בהתכתבות מיום 25.2.2018, החליטו מראש השופטת והפרקליט, בהתכתבות קצרה, ללא דיון בהצדקות הנדרשות להוצאת צו מעצר, ומבלי שנשמעו טענות החשודים ובאי כוחם, לעצור את החשודים(!).

590. התכתבות זו, שנסבה על דיון מעצר עתידי שהיה קבוע למחרת היום של כמה מהחשודים בתיק, התנהלה תוך זלזול מחפיר בחשודים ובזכויות הנתונות להם, בראשן זכותם לחירות ולכבוד.

591. במסגרת ההתכתבות הפרטית, הפרקליט עדכן את השופטת שהחשודים אור אלוביץ' ועמיקם שורר עתידים להשתחרר בתנאים מגבילים, והוסיף וביים איתה את הדיון שעתיד להתקיים בעניין מעצרים של חשודים אחרים. השניים סכמו מראש את משך המעצר שניתן יהיה להאריך למבקשת ולחשודה נוספת, סטלה הנדלר:

עו"ד שחם שביט: סבבה, לפחות הבשורות הטובות שאור ועמיקם ישוחררו מחר בתנאים, תיראי מופתעת.

כב' השופטת: אני מתחילה לעבוד על הבעה הולמת של הפתעה מוחלטת.

עו"ד שחם שביט: לגבי סטלה ואיריס נבקש מחר ימים ספורים. יבקשו שלושה, את בהחלט, אבל בהחלט יכולה לתת יומיים.

כב' השופטת: אתה ממשיך לגלות לי הכל ואני אאלץ להיראות ממש מופתעת.

אז אולי המתווה שחשבנו עליו אינו כה רחוק מהמציאות.

עו"ד שחם שביט: זה עלה לי בדם, כמעט הרביצו לי או עצרו אותי בלהב.

כב' השופטת: נדמה לי שאין דבר מפחיד כמעצר בלהב...

עו"ד שחם שביט: אני בטראומה מזה.

כב' השופטת: אני מתארת לעצמי.

592. התכתבות **מחפירה** זו אינה טעונה פרשנות מורכבת. ראשית, ברור ממנה שהיחידה החוקרת ביקשה, לכתחילה, ימי מעצר מיותרים ובלתי נדרשים ("יבקשו שלושה, את בהחלט, אבל בהחלט יכולה לתת יומיים"). כל זאת, נזכור, כאשר עסקינן ב"מעצר ימים", בשלב בו חזקת החפות צריכה לשאת משקל מירבי. שנית, נקל לראות כיצד נציג רשויות האכיפה מתאם – פשוטו כמשמעו – את משך המעצר המבוקש בצוותא חדא עם בית המשפט היושב לדין. הכל ללא ידיעת אלה שחירותם מוטלת על הכף, מאחורי גבם ובלשון משועשעת.

593. לאחר שדבר ההתכתבות בין השופטת לפרקליט נחשף, והדיון בשאלת המעצר עבר לשופט אחר, החליטה המאשימה לקצר את תקופת המעצר של המבקשת ושל סטלה הנדלר ולשחררן בתנאים מגבילים. ללמדך שמלכתחילה בקשת הארכת מעצרן לא נועדה אלא לתכלית זרה.

594. פרשת ההתכתבויות בין הפרקליט לשופטת התפרסמה ברעש תקשורת גדול. הפרשה נבחנה על-ידי נציב תלונות השופטים, כב' השופט (בדימוס) אליעזר ריבלין, שבהחלטה חריפה, המליץ לנקוט הליכים משמעותיים נגד השופטת. בהמשך להחלטת הנציב, הורתה נשיאת בית המשפט העליון על הקמת צוות מיוחד שיבחן היבטים מערכתיים שעלו בפרשה, ובמקביל הגישה שרת המשפטים קובלנה משמעותית נגד השופטת.

595. השופטת הושעתה מתפקידה עד לסיום ההליך המשמעתי בעניינה, ולאחר הליך בפני בית הדין המשמעתי לשופטים, הורשעה על פי הודאתה ביום 15.4.2018 בהתנהגות שאינה הולמת את מעמדו של שופט בישראל ובהפרה של כללי האתיקה לשופטים (בד"מ 2081/18 שרת המשפטים נ' השופטת רונית פוזנסקי-כץ (18.07.2018) (להלן: "בד"מ פוזנסקי").

596. בפסק הדין בעניינה של השופטת, נמתחה ביקורת חריפה ביותר על התנהלותה בפרשה והוחלט להעבירה מכהונתה. (עונש העברה מכהונה שנגזר על השופטת בוטל בהמשך לאחר שהתקבלה טענה של חוסר-סמכות. ראו בג"ץ 6301/18 השופטת רונית פוזנסקי כץ נ' שרת המשפטים (27.12.2018)).

597. בפסק הדין של בית הדין המשמעתי לשופטים, נקבע:

"אין צורך בדמיון רב כדי לראות כיצד התכתבויות מעין אלה עלולות להשפיע, במודע ושלא במודע, על החלטתו של שופט היושב בדין [...] לא ייפלא כי מה שהתחיל כאופן תקשורת בלתי הולם ובלתי ראוי התדרדר בהמשך הדברים לחשש מפני ההשפעה על ההליך עצמו [...] ראשיתם של דברים עשויה להיות עניינית, אך אחריתם פגיעה בשוויון בין בעלי הדין והטיית משפט" (בד"מ פוזנסקי, בפסקה 5 להחלטת כב' השופט הנדל. ההדגשה הוספה – הח"מ).

598. בית הדין הדגיש בפסק דינו, שמעשיה של השופטת פגעו בשוויון שבין הצדדים להליך:

"נקודה מרכזית שחייבים לזכור לאורך כל הדרך היא שההתכתבות בין הפרקליט לשופטת הייתה התכתבות עם צד אחד להליך, שלא הובאה לידיעת הצד שכנגד, החשודים ופרקליטיהם. ניתן לתמצת את הפסול בהתנהלותה של השופטת בשניים: (א) תקשורת עם צד אחד להליך, שאין לה צידוק או הסבר ענייני; ו- (ב) תוכן התקשורת.

22. אחד הכללים שבשל הפרתם הורשעה השופטת הוא כלל האתיקה שלפיו שופט מחויב "לנהוג שוויון בבעלי הדין ובעורכי הדין המופיעים לפניו" (כלל 12 (א) לכללי האתיקה). דומה שאין צורך להבהיר כי במקרה דנא לא פעלה השופטת באופן שוויוני כלפי הצדדים שבפניה" (שם, בפסקאות 21–22 לפסק דינו של כב' השופט גרוניס) (ההדגשה הוספה – הח"מ).

599. אף שלא נטען להטיה שנגרמה בפועל כתוצאה מההתרחשות החמורה שבין השופטת לפרקליט (יודגש כי עמדתם של החשודים לא הובאה בפני בית הדין ובית המשפט), היא הביאה לפגיעה חמורה באמון הציבור בבית המשפט:

"ראוי אף לבחון את מה שהתרחש בין הפרקליט לבין השופטת מנקודת מבטו של מתבונן מן הצד, שאינו מעורב בהליך (נמנעים אנו מהסתכלות מנקודת מבטם של החשודים, שעניינם נדון על ידי השופטת; כמובן מבחינתם העניין אף חמור בהרבה). נראה שכל מסתכל מן הצד יאמר לעצמו שקיים חשש ממשי

שהשופטת מוטה לכיוון צד אחד, הוא הצד המיוצג על ידי הפרקליט שניהל עימה את ההתכתבות, קרי המדינה. יודגש, כי לא נטען בפנינו שבפועל הייתה הטייה. אנו מתייחסים לחזות או לניראות של מה שאירע בעיניו של המתבונן החיצוני. מהיבט זה, אין ספק שנגרמה פגיעה באמון הציבור בטוהר ההליך שניהלה השופטת (שם, בפסקה 27 להחלטת כב' השופט גרוניס) (ההדגשה הוספה – הח"מ).

600. בית הדין הדגיש את חומרת הדברים וחריגותם. אולם בית משפט שתפקידו לעשות צדק הפך לאולם תיאטרון בו מתרחשת הצגה של מראית פני הצדק:

"ההערה השלישית עניינה חומרתם הרבה של מעשי השופטת, המצדיקים גם סנקציה של העברה מכהונה. המשקל המרכזי בהקשר זה מצוי בפגיעה בטוהר ההליך. המסרונים שהוחלפו בין השופטת לעו"ד שחם שביט עסקו בהליך משפטי תלוי ועומד. הם עסקו לא רק במסגרת הדיונית, אלא גם בתכנים המהותיים של אותו הליך, היינו אורך מעצרו של החשודים. גם אם לא מדובר בקנוניה בדבר תוצאה מוסכמת מראש, הפועל המעשי של התכתובת היה כי דובר על החלטה קונקרטיית בבקשה קונקרטיית, וסוכם גם כיצד להסתיר את אותו תיאום מראש מפני יתר הצדדים להליך, באמצעות עטיית מסכת ההפתעה.

השופטת טענה כי יש לקרוא את המסרונים לאו דווקא כפשוטם, אלא בראיה כוללת. אלא שדווקא מבט כולל מלמד על החומרה היתירה של המעשים. אותה הבעת הפתעה אינה אך מליצת מסרונים. נשווה בנפשנו את אופן התנהלותו של אותו דיון. לא ניתן לשלול את האפשרות כי בדיון כזה המליצות מן ההודעה יקרמו עור וגידים. מה שנכתב הוא שיתממש. הגוף החוקר יבקש הארכת מעצר בת שלושה ימים, ובית המשפט ייעתר לבקשה באופן חלקי, ויאריך את המעצר ביומיים. כך או כך, ובכל מקרה, גם הבעת הפתעה אינה מליצה שלא לתפארת. ניתן להמשיך ולשער שפני השופטת, כפני עו"ד שחם שביט, יישארו חתומים, מבלי לגלות כי תסריט הדיון וההחלטה כבר נכתב - מראש.

אולם המשפט הפך לאולם התיאטרון (שם, בפסקה 5 להחלטת כב' השופט הנדל) (ההדגשה הוספה – הח"מ).

601. אין באמירתו של עו"ד שחם-שביט לשופטת שאמנם הם יבקשו שלושה ימי מעצר נוספים אך היא בהחלט יכולה להסתפק ביומיים, כדי להפחית מחומרת הדברים וכדי להסיט מהעיקר שהוא הפגיעה הקשה בזכותם של המבקשים להליך הוגן. בדיוק להפך. בנכונותם לפעול מאחורי הקלעים פגעו השניים בזכותם של המבקשים להישמע בהליך נקי מול שופטת החפה מדעה מוקדמת, שעמדתה לא זוהמה על-ידי אף גורם קודם לכן. עמד על כך כבוד השופט הנדל בגזר דינה של השופטת:

"ויש לזכור כי ברקע הדיוני מעצר במהלך חקירה. הדיון המלא אינו גלוי. חלק מהבקשות אינן בפני החשוד או – סנגורו והחומר המלא אינו מוצג בפניהם. דווקא בהליך כזה על בית המשפט להקפיד יותר לשמור על השוויון להיות מעין סנגור לצד שאינו נמצא – להיות לו לעיניים ולאוזניים. כך גם אם הוא נמצא אך המידע המועבר אליו מוגבל. לכך יש להוסיף רובד נוסף, והוא כי עסקינן במעצר לצרכי חקירה, קרי שלילת חירותו של אדם שטרם הורשע ואף טרם הוגש נגדו כתב אישום. הכללים חייבים לעמוד במלוא עוצמתם. פגיעה מעין זו שלפנינו קשה וברורה" (שם, בפסקה 6 להחלטת כב' השופט הנדל) (ההדגשות הוספו – הח"מ).

602. יתר על כן. הגם שלפי גרסתו של עו"ד שחם-שביט דובר ב"הטבה" לחשודים, לא היה זה מתפקידו לפעול בשמם והוא לא הוסמך לכך. הוא לא ייצג את החשודים ולא פעל מטעם ההגנה. הוא לא היה מוסמך להחליט כיצד להציג את עמדתם בפני בית המשפט ואסור היה לו להתיימר לדבר בשמם.

603. במעשיהם, פגעו הפרקליט והשופטת בזכותם של החשודים להליך הוגן, בזכותם לייצוג ובאוטונומיה הניתנת להם להחליט על הגנתם המשפטית בעצמם, ללא "עזרת" גורם שלישי, שמייצג את הצד שכנגד.

604. נדגיש את העיקר: כלל לא מדובר בהטבה כלפי החשודים. התכתובות בין עו"ד שחם-שביט לשופטת הובילו ל"החלטת מעצר תפורה". ייתכן שאלמלא אותה השפעה אסורה והטית דעתה של השופטת, החשודים היו משוחררים ממעצר.

605. אף כב' השופט הנדל קבע שבמעשיו של עו"ד שחם-שביט הוא פגע בהגנת החשודים בכך שמנע אפשרויות מקלות יותר:

"אך לא עסקינן בכשל שבנימוסין והליכות. לא זו הנקודה. מעצר בן יומיים קצר אמנם מתקופה של שלושה ימים, אך ההשתתפות בשיח שבו השתתפה השופטת שוללת אפשרויות מקלות יותר. מנקודת מבטם של החשודים והם במוקד התוצאה יכולה – להיות מקלה אף יותר משני ימי מעצר. נדבך נוסף של קושי הוא כי אם בתיק מסוים התובע מגלה לשופטת המעצרים כי חרף בקשתו לשלושה ימי מעצר דעתו נוחה גם משני ימי מעצר, אך לא כך בתיק אחר, בו הוא מבקש, לדוגמא, חמישה ימים עוצמת – הבקשה מושפעת גם מהשיח. לעיתים ההשפעה היא במילים ולעיתים בשתיקה שבין הגורם המבקש, הוא התובע, לגורם המחליט, הוא השופט" (שם, בפסקה 6 להחלטת כב' השופט הנדל) (ההדגשה הוספה – הח"מ).

606. אין חולק שמדובר בפרשה חמורה ביותר, המעידה על כמה פגמים משמעותיים בהליך. הראשון, עצם קיומן של תכתובות שבין צד אחד להליך לבין בית המשפט שאין להן מקום בהליך שיפוטי. השני, פגיעה אנושה בזכות המבקשים להליך תקין והוגן כאשר במקומו נוהל הליך מפוברק ומכור מראש.

607. פגם נוסף שהתגלה בפרשת המסרונים העגומה, עניינו בשימוש שעשתה היחידה החוקרת במעצר כאמצעי להפעיל לחץ ולשבור את רוח הנחקרים, ללא כל צורך חקירתי. לפרקטיקות מעין אלו אין מקום במדינה דמוקרטית.

608. כב' השופט הנדל סיכם את הפרשה בביקורתו החריפה, השאולה, בשינויים המחויבים, משירו של הזמר בוב דילן, לפיה הוא מתבייש לחיות במקום בו הצדק הוא רק הצגה:

**”בוב דילן (Bob Dylan), הזמר והמשורר זוכה פרס נובל לספרות, כתב בשירו
:Hurricane**

**”Couldn’t help but make me feel ashamed to live in a land where
.justice is a game”**

**בפריזמה זו ניתן לומר על הפרשה שלפנינו: “Couldn’t help but make me
feel ashamed to live in a land where justice is a play” (שם, בפסקה 6
להחלטת כב' השופט הנדל).**

609. שופטי בית המשפט העליון מתביישים. כמותם צריך לחוש כל אדם הגון. כיצד אמורים לחוש המבקשים שעל גבם כאילו נחרשה ונצרבה במסרקות ברזל מלובנות, התכתבותם החשאית והבזויה של הפרקליט והשופטת ששיחקו תפקיד מרכזי בהצגה על חשבון חירותם? אם לא די בפגמים הרבים שנפלו לכל אורך ההליך בפרשה זו על ידי גורמי אכיפת החוק, אזי, ועם כל הצער שבדבר ולבושתנו, גם בית משפט השלום נכשל בתפקידו ותרם לפגיעה אנושה בזכויותיהם של המבקשים להליך הגון וצודק, למראית פני הצדק ולהגינות משפטית. הוא גם תרם את תרומתו הנכבדה לפגיעה באמון הציבור בבית המשפט.

610. הליך המעצר בעניינם של המבקשים הוכתם והם נעצרו לשווא. לא הליך משפטי צודק והוגן התקיים בעניינם אלא הצגת תיאטרון שהביאה לטרגדיה של ממש. בל נשכח שהניצבים על הבמה, שאינם מודעים כלל להשתתפותם במחזה, הם אנשים בשר ודם. עבורם לא מדובר רק בדיון עקרוני בקביעת סדרי תיאום דיונים בין היחידה החוקרת לבין בתי המשפט ודיונים משפטיים שמתנהלים מעל לראשם. מדובר בשאלת חירותם ובכבוד האדם שלהם, במובנם הבסיסי ביותר. אלה טומאו וזכו לדיון משועשע בשיח מסרונים במעמד צד אחד בין נציג המדינה לבין בית המשפט.

ה. שימוש אסור במעצר כאמצעי לחץ על הנחקרים

ה.1.2. כללי

611. במסגרת ההליכים שתוארו לעיל, טען עוה"ד שחם-שביט כי היחידה החוקרת ביקשה להשית על החשודים ימי מעצר **מעבר לנדרש לצרכי החקירה**, והוא התנגד לכך. בטענה זו יש להעיד על כך שחוקרי המשטרה ביקשו לעשות שימוש במעצר בניגוד למותר בדיון, ואך ורק כאמצעי לחץ.

612. הנה, גם נציג רשויות החקירה מודה בכך במפורש. השימוש במעצר שנעשה כלפי הנחקרים לא נועד לצרכי חקירה אלא לצורך הפעלת לחץ פסול על העצורים. כאמור, העובדה שלאחר חשיפת הפרשה, חזרה בה המאשימה מהכוונה להוסיף ולבקש את מעצרן של המבקשת ושל סטלה הנדלר, מלמדת על כך אף היא.
613. כפי שתואר לעיל, חקירת המשטרה בפרשה נוהלה מתוך הלך מחשבה לפיו המטרה מקדשת את האמצעים. לצורך השגת המטרה, הפללת הנאשמים בתיק, ביקשו החוקרים לעשות שימוש בכלי המעצר שלא לצרכיו המעוגנים בדין, אלא ככלי להפעלת לחץ על הנחקרים.
614. לחקירת המשטרה הייתה תכלית ברורה: שבירת רוחם של הנחקרים במטרה שישתפו פעולה עם החוקרים, יודו במיוחס להם ויפלילו את האחרים. לצורך כך נערכו מעצרים ממושכים ומיותרים, במסגרתם נקלעו החשודים למצוקה גופנית ונפשית. לדעתנו, הכוונה הפסולה להביא לתוצאה הקשה הוכחה מעבר לכל ספק. למצער, ודי בכך לצורך הבקשה, מצוקת החשודים נוצלה בציניות ובאכזריות על-ידי החוקרים על מנת להביא את הנחקרים לשתף עימם פעולה באופן שיניח את דעתם.
615. כך, למשל, נעשה כלפי המבקשת. כך נעשה כלפי חפץ. כך נעשה גם כלפי פילבר. כך נעשה גם כלפי אחרים, בראשם המבקש, שאת עניינם לא נביא כאן משום שהתשתית לכך עדיין לא הונחה.
616. כשיטת פעולה מתוכננת, איימו השוטרים על הנחקרים במעצרים ממושכים מתוך מטרה שיהיה בכך לשבור את רוחם ולהביא אותם להודות במעשים שיוחסו להם.
617. גם זאת יש לזכור: משך המעצרים בהם היו נתונים החשודים בפרשה הוא חסר תקדים בעבירות בהן נחשדו. החוקרים עשו שימוש במעצר הממושך בניסיון לשכנע את החשודים שגורלם נחרץ ואף ההינו לדבר בשם בית המשפט בנוגע להחלטות צפויות של הארכת מעצר. זו ראייה נוספת לשימוש בכלי המעצר כאמצעי פסול שנועד לשבור את רוחם של החשודים.
618. כך, למשל, בחקירת המבקשת:

חוקר מס' 5, אלי אסייג: בחייאת דינק, איריס. אני אומר אני באתי אליך לחשוב על איזה שהוא מהלך יותר גדול. תפקחו את העיניים, אנחנו סך הכל ביום השני של החקירה. בדרך כלל, אני יגלה לך סוד פטנט של חקירות, לא מציגים את החומר בימים הראשונים, אנחנו מציגים כי אין לנו ברירה זה הדברים שאנחנו רוצים להעניף מאיתנו כי אנחנו חייבים להציג אותם לפני. ההפתעות עוד יגיעו ואז יהיה קצת מאוחר מידי, יהיה קצת מאוחר. ואם את אחראית ואת באמת שאנחנו יודעים דומיננטית ומשפיעה ואכפתניקית, אכפתית, סליחה. אז אני מציע לך שתפגיני את היכולות האלה, אני מציע לך שתפגיני את היכולות האלה. את יכולה לתחרשט כן, הראו לי קטע, לא הראו לי קטע... מה את מצפה? שיראו לך את הכל ו...

נחקרת, איריס אלוביץ: אם אתם רוצים לקבל תשובות אמיתיות אז כן.

חוקר מס' 5, אלי אסייג: כן אבל יש לנו זמן אנחנו... יש לנו עד יום חמישי וביום חמישי אני כבר מודיע לך שאנחנו הולכים להארכת מעצר נוספת...

נחקרת, איריס אלוביץ: אין (מילה לא ברורה) בסדר. בסדר.

חוקר מס' 5, אלי אסייג: כדי שלא תופתעי ביום חמישי.

נחקרת, איריס אלוביץ: לא, בסדר.

חוקר מס' 5, אלי אסייג: שלא חס וחלילה, אל תבזבזי אנרגיות על ה...

נחקרת, איריס אלוביץ: לא, לא אני לא חשבת על זה.

חוקר מס' 5, אלי אסייג: עד שאנחנו לא נסיים את החקירה את תהיי איתנו באופן מלא...

נחקרת, איריס אלוביץ: ברור לי, חודש, חודשיים שלוש...

חוקר מס' 5, אלי אסייג: עם המזרון שקיבלת...

נחקרת, איריס אלוביץ: כמה ש... בסדר, אין בעיה.

חוקר מס' 5, אלי אסייג: באיחור של חודשיים, של שעתיים.

נחקרת, איריס אלוביץ: בסדר.

חוקר מס' 5, אלי אסייג: אנחנו נצטרך

נחקרת, איריס אלוביץ: אני לוקחת בחשבון שזה היכרות ארוכה.

חוקר מס' 5, אלי אסייג: החקירה הזאתי, החקירה הזאתי מאוד משמעותית, היא מאוד משמעותית, יש לה השלכות מאוד גדולות, (מילה לא ברורה). אם מעורבות של כאלה ואחרים, זה לא פשוט, לא הולכים עוצרים את ה... אנשים כמוכם ככה על הדרך זה לא פשוט. מקבלים אישורים, (מילה לא ברורה) אישורים..

נחקרת, איריס אלוביץ: (מילה לא ברורה)

חוקר מס' 5, אלי אסייג: זה לא עוד אחד אם קיבלנו אישורים מן הסתם שהיינו צריכים להציג משהו.

נחקרת, איריס אלוביץ: ברור. (תמליל חקירה מיום 19.2.2018, נ/2269, עמ' 146 ש' 9) (ההדגשות הוספו – הח"מ).

619. וראו גם בחקירתו של עד המדינה שלמה פילבר :

חוקר מס' 6, יואב תלם: רק שתבין למה אתה פה, זה הכל. למה נכנס לפה מפקד היאל"כ. אנחנו לא במשחקי רגולציה. אתה פה כי... הוזהרת על כך, אתה יודע ואתה מודע ואתה חלק ממערכת של שחיתות. אתה צריך לחשוב טוב טוב לספר לנו את האמת, כי יש לנו ראיות. אנחנו לא סתם עוצרים אנשים. לא סתם מגיעים לבית משפט, ולא סתם עוצרים אדם... וואלה נורמטיבי. לא פשוט.

חוקר מס' 5 אלי אסייג: יועץ משפטי לא נותן (מילים לא ברורות). בית משפט לא מאריך מעצר. חבר יקר, תבין. זה לא אני עושה מה שאני רוצה. יכלתי לעצור אותך עשרים וארבע שעות, לגנוב על הדרך... הבאנו אותך לבית משפט. שבית משפט יבחן את הראיות. יראה מה יש מה אין. לא נותנים חמישה ימים... בתיקי רצח מקבלים חמישה ימים. בתיקי רצח... מקבלים חמישה ימים. על תיק חמור. עם כמות אדירה של ראיות (תמליל חקירה מיום 18.2.2018, ת/608, עמ' 77 ש' 10-25) (ההדגשות הוספו – הח"מ).

620. בהקשר זה זכור גם דבר המשך מעצרו חסר התקדים של פילבר למשך 15 ימים נוספים, לאחר שחתם על הסכם עד מדינה(!). מדובר בניצול בוטה, קיצוני ופסול לשימוש בכלי המעצר על מנת להבטיח שהעד ימסור את אשר החוקרים מעוניינים לקבל ממנו תחת מורא המעצר כשהוא נתון בידיהם של החוקרים (פרוטוקול מעצר ימים שלמה פילבר מיום 21.2.2018, נ/2684).

621. גם בית המשפט הנכבד הביע תמיהה מדוע נדרשה הארכת מעצר במשך תקופה כה ארוכה :

ש. אוקי, אגב אני רוצה רגע להבין, אני אומר לך, אתה יודע, לפעמים מופיע, גם לא הרבה במעצרים, בדרך כלל תקופות קצובות, צריכים להראות איזושהי עילה אחרי ארבעה ימים שאתה במעצר, אתה יודע גם לא מאריכים ב-15 יום בבלוק, זה לא עובד כך בדרך כלל אלא אם כן יש סיבות חריגות, למה הסכמת לזה?

ת. אני הסכמתי למה שהתבקשתי לעשות כדי להשלים את החובה שלי בהסכם. אף אחד לא,

ש. אבל למה הסכמת?

ת. כי אני לא הייתי לפני כן עד מדינה, אני לא יודע מה הנהלים, אמרו לי שאלה הנהלים שני צריך להישאר

כב' השופט מ' בר-עם: 15 יום?

ת. לא יודע, שוב, אני לא יודע מה הם רצו.

כב' השופט מ' בר-עם: אפשר בצורה מדורגת, אפשר מספר ימים

ת. זה לשופטת פוזננסקי, לא לי.

ש. בהסכמה, אתה היית מיוצג גם, אני רק רוצה להבין אתה נתת את ההסכמה שלך,

ת. ההסכמה הייתה להישאר, למסור גרסה

ש. מה שהם התעקשו זה שאתה תמשיך למסור את הגרסה,

ת. תחת מעצר

ש. תחת מעצר נכון?

ת. כן, זה כן, זה הם התעקשו, ברור שלא התנדבתי להיות במעצר (פרוטוקול הדיון מיום 30.5.2022 עמ' 14859 ש' 11-עמ' 14860 ש' 5).

ה.2.2. המבקשת איריס אלוביץ'

622. ביום 18.2.2018, יום פרוץ החקירה הגלויה בפרשה, הגיעו החוקרים והבלשים לביתה של המבקשת, בשעה 05:45.

623. מהלך אותו יום, שהתחיל בשעת בוקר מוקדמת במיוחד, מובא כאן בתמצית: לאחר חיפוש ותפיסת רכוש משפילה מאין כמותה (עליה פורט בפרק 1.ד לעיל), המבקשת נלקחה לחקירה ומשם לבית משפט השלום להארכת מעצר. לאחר הארכת מעצרה, היא הובאה בחזרה לחקירה שנסתיימה רק בשעה 22:00 בלילה.

624. יום המעצר והחקירות לא תם. לאחר סיום חקירתה בשעת לילה, כשהיא ערה משעה 05:45, החלו החוקרים לטרטור את המבקשת בכוונת מכוון ובתרגיל שתוכנן מראש, בין בתי מעצר שונים.

625. בתחילתה הובאה לכלא "נווה תרצה" ברמלה. לאחר "בדיקה" נאמר לה שאין מקום לקבלה, ואז היא הועברה באמצע הלילה לבית מעצר בבית שמש. היא נכלאה ביום חורף קר בתא קפוא, מטונף, ללא מזרון, ושורף חולדות.

626. על כך שמדובר בתרגיל מכוון, אנו למדים משני מסמכים חשובים:

מדו"ח כשירות רפואית חתום בידי רופא, על-פיו המבקשת נבדקה על-ידו ביום 18.2.2018 בשעה 14:12 וניתן אישור למעצרה בתחנת בית שמש בשעה 13:15 (נ/2268);

מדו"ח ביצוע הפעלת מ"ט ובו אישור, שניתן בדיעבד, להפעלת הקלטה בתא המעצר בבית שמש אליו הובאה המבקשת ביום 18.2.2018 (נ/2267).

627. האישור הרפואי שהונפק לתחנת המעצר ואמצעי ההקלטה שהושג בתא מראש, מעידים על כך שכבר מבראשית, כוונת החוקרים הייתה להעביר את המבקשת לתא המעצר בבית שמש. ברי, אפוא,

כי ה"סיבוב" דרך כלא נווה תרצה היה תרגיל (גם הוא לא מתועד אגב) שנועד לטעת בה את התחושה השגויה שהגיעה במקרה לתא בו שוכנה (שם חיכתה לה מדובבת). על מנת להוציא לפועל את תוכניתם, החוקרים לא היססו לטרטר את המבקשת, כשהיא תשושה ובמצב קשה נוכח מעצרה ומעצר המבקש. כפי שנראה מיד, רווח משני שקיוו לו היה שבירת רוחה. הדין אינו מתיר מהלך מסוג זה. אם נודה על האמת – גם לא אמות מוסר אנושיות.

628. לא רק הטרטור היה מנת חלקה של המבקשת באותו יום. לאחר המסע בין בתי המעצר היא הובאה לתא שלא ראוי לשהיית אדם.

629. ביום 19.2.2018, לאחר ליל הבלהות אותו עברה ולאחר השכמה מוקדמת ושהייה ממושכת שלה בתא עם מדובבת, המבקשת נלקחה לחקירה נוספת שהחלה בשעות הצהריים המוקדמות והסתיימה בשעה 23:45.

630. ממש לפני סיומה, לאחר יומיים של חקירה קשה ומתישה כשעולמה חרב עליה, כשהיא מוחזקת בתנאים שאינם ראויים לשהיית אדם וכשהיא כמעט ללא שינה, נכנסו לחקור את המבקשת שני קצינים בכירים. ראש היאלי"כ תנ"צ אלי אסייג וראש יאח"ה, תנ"צ יואב תלם. הם לא הותירו כל מקום לספק בדבר "הרווח" שקיוו להשיג ממעצרה ותנאיו הלא אנושיים: הפעלת אמצעי לחץ בלתי חוקי כדי שתשתף פעולה ותמסור גרסה שתספק אותם.

631. מספר מובאות מתוך תמליל החקירה מיום 19.2.2018 (נ/2269), מעידות על ידיעתם של החוקרים על תנאי מעצרה של המבקשת ועל השימוש שעשו בכך לצורך הפעלת לחץ בלתי הוגן עליה (ללחץ אחר שהופעל עליה באותה הזדמנות כאילו דמו של המבקש על ראשה התייחסו בפרק ד.1.3. לעיל).

632. במהלך חקירתה שבו החוקרים ואיימו על המבקשת שאם לא תשתף פעולה היא תיעצר למשך זמן ממושך ועשו שימוש ציני בתנאי המעצר הקשים בהם היא נתונה ובעובדה שאפילו מזרון לא סופק לה בתא המעצר:

"אני לא באתי לחקור, אני באתי להאיר לך באלף עם פנס, את הדרך, את הולכת עוד מעט לישון, אני מקווה שהיום יהיה לך מזרון, ואם לא נדאג שיהיה לך מזרון, אין מצב שאין לך מזרון [...] תקבלו החלטה נבונה שתשרת רק את האינטרסים שלכם, רק של משפחת אלוביץ', איך אתם עושים את זה אתם יודעים [...] את יודעת למה אני מתכוון תחשבי היטב [...] אני באתי אליך לחשוב על איזשהו מהלך יותר גדול [...] כן אבל יש לנו זמן אנחנו...יש לנו עד יום חמישי וביום חמישי אני כבר מודיע לך שאנחנו הולכים להארכת מעצר נוספת [...] עד שאנחנו לא נסיים את החקירה את תהיי אתנו באופן מלא [...] עם המזרון שקבלת" (נ/2269, בעמ' 145–146) (ההדגשות הוספו – הח"מ).

633. לא נתעייף מלהזכיר את הדין המחייב. סעיף 9(2) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 קובע כי עצור יהיה זכאי ל"מיטה, מזרון ושמיכות לשימוש האישי,

ולהחזקת חפצים אישיים כפי שייקבע בתקנות"; חובה זו עוגנה גם בצו מוחלט בבג"ץ 1319/03 לשכת עורכי הדין בישראל נ' השר לבטחון פנים (1.3.2004), כהאי לי שנא :

על יסוד ההודעה המשותפת שהגישו הצדדים לבית משפט זה, ניתן בזה, בהסכמת השר לבטחון פנים, צו מוחלט לפיו לא יאוחר מיום 1.6.04 יינתנו לעצורים בכל מתקני המעצר והכליאה שבאחריות משטרת ישראל ושירות בתי הסוהר, מלוא זכויותיהם על פי סעיף 9 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 והתקנות שהותקנו על פיו.

634. והנה, שוטר בכיר ביותר, מר אסייג, אשר יודע כי נמנע מהמבקשת מזרון לשינה, עושה בעובדה זו שימוש ציני כשהוא טורח לציין בפניה כי "אני מקווה שהיום יהיה לך מזרון" (!), ומוסיף כי "אם לא נדאג שיהיה לך מזרון", ממש כאילו מדובר בדבר חסד שהוא עושה עמה ולא בחובה חוקית ובסיסית ביותר.

635. אם תנאי המעצר לא היו מאיימים מספיק, הרי שגם משך המעצר הפך לשוט מאיים, בהודעת מר אסייג כי "אנחנו הולכים להארכת מעצר נוספת", כך ש"עד שלא תסתיים החקירה" תשהה המבקשת עם היחידה החוקרת "באופן מלא".

636. בהמשך, תלם מזכיר את הכלים שיש ברשותו ולא מותיר גם הוא מקום לספק באשר לשימוש במעצר כאמצעי להפעלת לחץ :

"יש לי ראיות ויש לי מעצרים" (שם, עמ' 149 ש' 1).

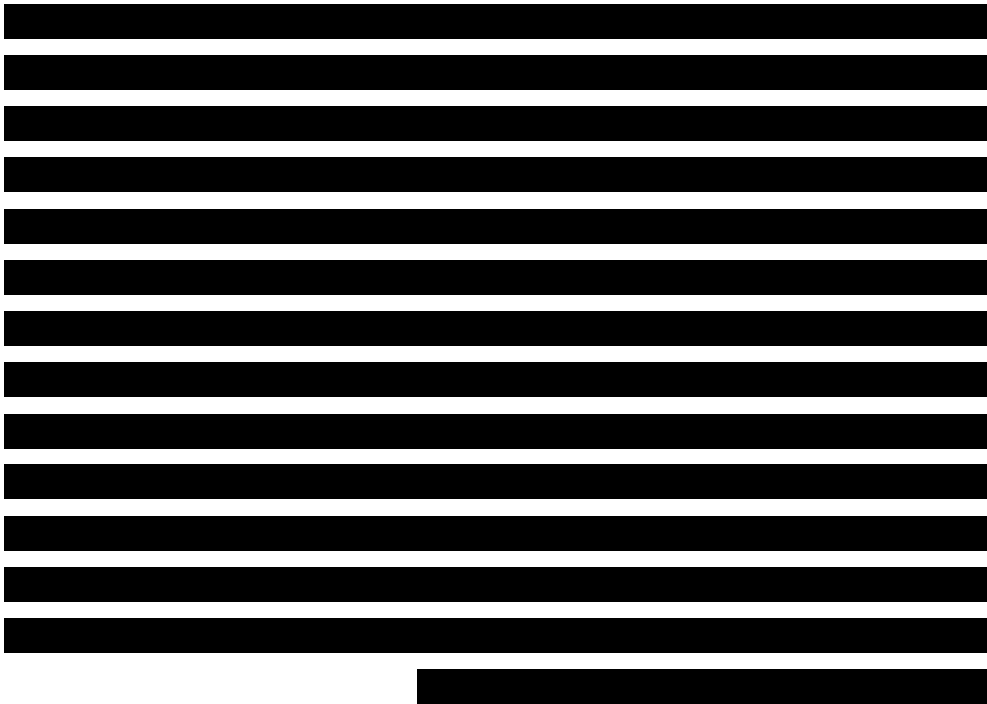
637. דומה שנשתכח גם מהחוקרים הבכירים, כי סמכות המעצר עודנה שמורה לבית המשפט ולא ליחידה החוקרת. אלא, שראינו כי למרבה החרדה, במקרה זה מעצרה של המבקשת סוכם מראש בין עו"ד שחם-שביט והשופטת פוזננסקי. עם פרוץ הפרשה, שחם-שביט הצהיר בריש גלי שבקשת הארכת המעצר על ידי המשטרה היתה מוגזמת. המסקנה הברורה מכל אלה היא שכלי המעצר נועד לצורך הפעלת לחץ אסור על המבקשת. לאחר שהמעשה הפסול נחשף, שוחררה המבקשת ממעצר לאלתר. זאת, לא לפני ששהתה ימים ארוכים ומיותרים במעצר בתנאים קשים ובניגוד לדין.

ה.3.2. עד המדינה ניר חפץ

638. שימוש במעצר ואיום במעצר ממושך ככלי להפעלת לחץ היו גם מנת חלקם של נחקרים נוספים.

639. מהרגע הראשון בו נעצר חפץ ביום 18.2.2018, איימו עליו חוקרי המשטרה שכל ולא ישתף עמם פעולה לשיבועות רצונם, הוא ייעצר לתקופה ארוכה.

640. כך למשל, בעדותו בבית המשפט, סיפר חפץ על החוקר שהלך אחריו בעת שנעצר בביתו כשהוא מאיים עליו שהוא הולך לשהות במעצר ממושך וקשה. זאת, עוד לפני שחפץ אמר מילה בחדרי החקירות, דבר המעיד על כוונתם המוקדמת של החוקרים להשתמש באיום המעצר ובמעצר כאמצעי לחץ :



641. חפץ התייחס לדברים גם בחקירתו הנגדית מיום 6.12.2021 :

"כן, זה החוקר שהיה בבוקר המעצר ואמר לי ולכן הוא מזכיר שם שהם הרשו לי לחבק את הבן שלי לפני שאני הולך, לא הרשו להם להתקרב אלינו, נתנו לי לחבק אותו אז הוא מזכיר את זה, הוא למעשה משרטט שאני בשנים הקרובות אהיה מנותק ממשפחתי, כלומר אשב בכלא ועל המקבילית הזאת הוא שם בצד השני של המאזניים ואני מבין את זה לחלוטין ככה בזמן אמת שאת כל זה אתה עושה בשביל לשמור על ראש הממשלה. זה לא הפעם היחידה" (פרוטוקול הדיון מיום 6.12.2021, עמ' 7880 ש' 16–20).

642. החוקר פלג התייחס לדברים בעדותו בבית המשפט והכחיש את דבריו של חפץ. אולם, הוא אישר שלא תיעד את מה שאמר לחפץ במהלך החיפוש ואישר גם שאמר לאשתו של חפץ להכין תיק למעצר ממושך :

ש. אני אתן לך דוגמא מה אומר חפץ, אומר חפץ בעמוד, לפרוטוקול כאן ב-6 לדצמבר 2021, עמוד 26 שורות 19-22 שאתה היית החוקר בבוקר המעצר שלו ושאתה שרטטת לו שאתה חפץ בשנים הקרובות ... המשפחתי, כלומר יישב בכלא, זה מה שהוא אומר שאתה שרטטת לו. על זה קודם כל אין תיעוד נכון? אין מזכר?

ת. הוא טוען שאמרתי את זה, אני לא זוכר שדיברתי איתו על כלא בשלב המעצר, אני לא זוכר דבר כזה. כמו שאמרתי לך אתמול אני רק אמרתי לאשתו להכין תיק כי יכול להיות שהוא לא יחזור באותו יום הביתה.

[...]

ת. אני לא לחשתי באוזנו ברגע המעצר כלום ושום דבר ובטח שלא כל הזמן, אני כן דיברתי איתו, אני לא זוכר אם זה היה בביתו, בדרך ליחידה או בחדר החקירות, בטח לא לחשתי על אוזנו במהלך החיפוש בביתו כשהתיק הזה, הסאגה הזאת לא תיגמר ביום-יומיים אבל לא אמרתי לו שהוא הולך לכלא ולא לחשתי על אוזנו כל הזמן שהוא ייכנס לכלא, אני לא זוכר סיטואציה כזאת.

[...]

ש. טוב, בהנחה שהיית לוחש את זה היה צריך לתעד את זה?

ת. כן. (פרוטוקול הדיון מיום 18.1.2022, עמ' 10021 ש' 11 עד עמ' 10022 ש' 23).

643. נציין שתמלול הליך המעצר (נ/1908) כולל 3 עמודים שאין בהם את הדברים שייחס חפץ לחוקר בעניין המעצר הארוך שצפוי לו. בהנחה שהמאשימה לא כופרת בדברי עד המדינה שלה ובהנחה שלא כל הדברים שהוחלפו בין החוקר לחפץ הוקלטו, נמצא שוב שהתיעוד חסר.

644. האיומים במעצר ממושך המשיכו להיות מנת חלקו של חפץ גם בהמשך חקירותיו כשהוא נתון במעצר. כך למשל, ביום חקירתו השני:

”חוקר מס’ 1 יניב פלג: אה כן, כן. למרות שאתה כאילו אני מסתכל עליך, אני הרבה מפנים ומקשיב אתה אני רואה, רואים איך הראש שלך עובד והקשב שלך והתשובות שלך. אתה מבין מצוין מה קורה פה, אתה מבין, לפי דעתי אתה אפילו מבין את ההשלכות של מה שאתה אומר. אה אומנם פה לפי עצת עורך דינדך, מר שהוא יגיד זה מה שיקרה כמו מפקד לכל דבר ועניין, אבל אה שזה ייגמר זה. בוא נגיד שבקצב הזה אין לדעת מתי זה יגמר כי, זה שאתה אומר אה מפנה לתשובה הקודמת, זה לא אומר שזה יגמר, זה לא שקיבלנו את התשובה שלנו ואנחנו מפסיקים. אנחנו נמשיך לשאול אנחנו נמשיך לפגוש אותך.

נחקר, ניר חפץ: אני לוקח בחשבון שזה יכול להיות ארוך. זה יימשך ככה (מילים לא ברורות, מדברים יחד)

חוקר מס’ 1, יניב פלג: זה לא, זה לא סיפור של יום יומיים וגם לא שלוש ארבע.

נחקר, ניר חפץ: אני לוקח בחשבון הכול. אם זה היה תלוי בי אבל זה תלוי בי, מה אני יכול לעשות?

חוקר מס’ 1 יניב פלג: המון תלוי בך ואוו כמה שאתה טועה עכשיו ניר באמת אתה טועה ואוו כמה שזה תלוי בך...” (חקירת חפץ מיום 19.2.2018, נ/1912, עמ’

36 ש' 20-37)

645. בפרקים קודמים, תיארנו את התנאים הקשים של מעצר חפץ, שכללו מניעת טיפול רפואי, מניעת שינה ומניעת מזון כנדרש. תיארנו כיצד גרמו לו החוקרים למצב של לחץ נפשי קיצוני בין היתר בשל אלה ובגלל השפעתם של תרגילי חקירה בזויים במסגרתם איימו על שלמות משפחתו. לאלה נוסף כפי שהראינו בפרק זה, גם האיום במעצר ממושך, שנועד להביא אף הוא לשבירה שלא כדין של הנחקר.

646. יוצא אפוא, שהחוקרים שמו לעצמם למטרה להביא את הנחקרים לשיתוף פעולה עימם בכל מחיר, גם במחיר פגיעה קשה ואסורה בזכויותיהם הבסיסיות לכבוד ולחירות.

ו. התנהלות שערורייתית של התביעה בשלב המשפט

1.1. אי-העברת חומר חקירה מהותי להגנה בניגוד לדין

647. "ארבעה רציונלים עיקריים בבסיס הליכי הגילוי והעיון לפי סעיף 74 לחסד"פ והם: זכותו של הנאשם למשפט הוגן; זכותו של הנאשם לערוך את הגנתו ולהיערך כראוי למשפט; הערך של חקר האמת; צמצום פערי הכוחות בין התביעה להגנה" (יצחק עמית חסיונות ואינטרסים מוגנים בהליכי גילוי ועיון במשפט האזרחי והפלילי, 183 (2021)).

648. בפרשה זו סוכל כל אחד מהרציונלים לעיל. סוכלה זכותם של המבקשים למשפט הוגן; נפגעה זכותם לערוך את הגנתם ולהיערך למשפט כראוי; נפגעה יכולתו של המשפט לקדם את ערך האמת; ולא רק שלא צומצמו פערי הכוחות בין התביעה להגנה, אלא שהם התרחבו.

649. זכות העיון של הנאשם בחומר חקירה היא זכות יסוד חוקתית הנמנית על הזכות להליך הוגן (דברי ההסבר להצעת חוק יסוד: זכויות בחקירה ובמשפט פלילי (2022)).

650. זכות העיון נגזרת גם מזכותו של הנאשם לחירות והיא הוכרה כזכות חוקתית הנמנית על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (עמית, שם, בעמ' 183).

651. סעיף 74 לחוק קובע את זכותו של נאשם לעיין בחומר חקירה הנוגע לאישום אשר נאסף או נרשם בידי הרשות החוקרת ולהעתיקו.

652. לאורך השנים, עיגנה פסיקת בית המשפט את הזכות לעיון ולהעתקה של חומר החקירה כנגזרת מזכות היסוד של הנאשם למשפט הוגן. תוך שהודגש שתכליתה – להקנות לנאשם כלים והזדמנות אמיתית להתגונן מפני האישומים נגדו:

"הזכות המוקנית לנאשם לעיין בחומר חקירה ולהעתיקו נועדה לאפשר לו לממש את זכות היסוד שלו להליך המשפטי הוגן ולהעניק לו הזדמנות נאותה להתגונן בפני האישומים המיוחסים לו: 'העיקרון שביסוד סעיף 74 הוא ההגינות כלפי הנאשמים, כדי לאפשר להם להתגונן בפני האישומים, דבר שהוא יסוד מוסד בשיטת משפטנו [...]'" (בש"פ 5881/15 מדינת ישראל נ' פישר (15.12.15)).

653. זכות העיון נועדה לשמור גם על האינטרס הציבורי הרחב בתקינות ההליך הפלילי, ההוגנות שלו ולשמר את היכולת שלו בחשיפת האמת (בש"פ 948/16 מדינת ישראל נ' פלוני, בפסקה 6 (24.2.2016)).

654. המגמה הרווחת בפסיקה היא שבשל כל אלה, אין לפרש את המונח "חומר חקירה" שבסעיף 74 לחוק באופן דווקני ומצמצם, אלא יש לתת לו פירוש רחב הכולל כל חומר הקשור במישרין או בעקיפין

לאישום (בג"צ 233/85 אל הו"ייל נ' משטרת ישראל, פ"ד לט(4) 124, 129 (1985), והפסיקה העקבית שבאה בעקבותיו).

655. נקבע שדי בנגיעה עקיפה לאישום כדי להפוך חומר ל"חומר חקירה", אף אם הוא שייך לפריפריה של האישום. המבחן הקובע הוא מידת הרלבנטיות להליך הנדון, אשר חובק את פוטנציאל ההגנה של הנאשם. ר' בעניין זה, למשל, בש"פ 3099/08 אברהמי נ' מדינת ישראל (23.2.2009); בש"פ 7955/13 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 14 (31.12.2013).

656. בענייננו לא גולה להגנה חומר חקירה רלבנטי ומהותי ביותר בהיקף עצום. חומר שלא יכולה להיות לגביו מחלוקת שהוא "חומר חקירה", כפי שגם הוחלט בסופו של יום על ידי הערכאות השיפוטיות שדנו בנושא.

657. התנהלותם החריגה של גורמי האכיפה פגעה בזכויותיהם של המבקשים להליך הוגן משלוש סיבות עיקריות: ראשית, מדובר בהתנהלות נפסדת הפוגעת בתחושת הצדק וההגינות; שנית, מחדליהן של רשויות האכיפה פגעו בתקינות ההליך; שלישית, אי העברת חומרי החקירה פגעה ביכולתם ובזכותם של המבקשים להתגונן.

658. בבקשה זו ולצורך המחשה, נתמקד בארבע פרשיות עיקריות:

א. פרשיית המסרונים המוסלקים;

ב. פרשיית התמלילים המשובשים;

ג. פרשיית קלסרי החפיפה המוחזרים;

ד. פרשיית העדר התיעוד המלא לדברים שהוחלפו בין עד מדינה ובאי כוחו לבין החוקרים.

659. בנוסף לפעולות ולמחדלים אחרים שנפלו לכל אורך ההליך, גם התנהלותן של רשויות אכיפת החוק בנושא הנדון, ממחישה את להיטות היתר וראיית המנהרה אליהן נקלעו. מתוך הינעלות על התזה המפלילה, התעלמו רשויות החקירה והתביעה מחומר חקירה רלבנטי וחשוב לתיק, חטאו לתפקידן במיונו ובסיווגו, ומנעו מההגנה מלעיין בחומר שהוא חיוני ולקבלו לרשותה.

660. דבריו של כב' השופט עמית, כאילו נכתבו ביחס לאשר התרחש ונחשף בפרשה דנן:

"בשיטת המשפט הישראלית אין להגנה כמעט כל אפשרות לערוך חקירות עצמאיות, והיא נאלצת להסתמך על חומר שנאסף על ידי גורמי החקירה. לא אחת נשמעת טענה מצד ההגנה שהחקירה נעשתה בכיוון אחד מסוים והחוקרים זנחו כיווני חקירה אחרים, חשש הנסמך על תופעות המוכרות על ידי פסיכולוגים וכלכלנים בני זמננו כ"הטיית האישוש" ו"ראיית מנהרה", והדבר עלול לקפח את הגנתו של הנאשם" (עמית, שם בעמ' 184–185).

661. בשל כך הדגיש כב' השופט עמית את "החשיבות היתרה שיש להליכי הגילוי והעיון, שבמסגרתם רשאית לעיתים ההגנה לדרוש גם חומר חקירה שלא נתפס בפועל על ידי רשויות החקירה, אך צריך היה להיות בחומר החקירה" (שם, בעמ' 185).
662. אחד המקרים המדגימים יותר מכל את התנהלותה של התביעה בהקשר הנדון כאן הוא פרשיית המסרונים המוסלקים הקשורים לעד התביעה אילן ישועה.
663. עיקרה של הפרשייה הוא בכך שרק ביום 23.4.2021, בזמן שחקירתו הראשית של ישועה שהחלה ביום 5.4.2021 היתה בעיצומה, גילתה ההגנה במקרה מסרונים רבים שלא היו מוכרים לה עד לאותה עת (להלן: "החומר החדש").
664. החומר החדש כלל התכתבויות שלא פורטו ברשימת החומר שנאסף, והיו מוסלקים בטבלת אקסל שריכזה התכתבויות מסוג i messages. התברר שתחת הלשונית שאמורה הייתה לרכז תכתובות אלה של הגב' טלי בן עובדיה עם אילן ישועה, היו מצויות התכתבויות של האחרון עם עוד כ- 900 אנשי קשר.
665. ביטול הסינון שעשה ב"כ המבקשים על הלשונית, הביא להופעתן ולגילויין של מאות התכתבויות רלבנטיות ביותר עם אנשי קשר נוספים שההגנה לא ידעה עליהן דבר ושהיו ברשותה של המאשימה כל העת.
666. פרשייה זו חמורה במיוחד גם מהסיבה שדבר קיומו של החומר לא גולה להגנה חרף בקשות חוזרות ונשנות שלה למיצוי ולקבלת חומר חקירה מהסוג שהתגלה, עובר לתחילת ההוכחות בתיק וקודם לעדותו של אילן ישועה.
667. מהחומר החדש עלה שבידי התביעה היו מצויות תכתובות עם גורמים רבים. בין היתר, עם פוליטיקאים, אנשים מעולם המסחר והכלכלה, וגורמים מעולם התקשורת שלישועה היה עמם קשר בענייני סיקור באתר וואלה.
668. על קשרים אלה נמנעה המשטרה מלחקור את ישועה. חמור יותר, קשרים אלה עמדו בסתירה חזיתית לגרסת ישועה בחקירתו ובעדותו הראשית לפיה, לא היה זה מתפקידו כמנכ"ל להתערב בעריכה ובתכנים שהתפרסמו באתר וואלה והוא לא עסק בכך. למרות שהחומר שהתגלה היה בידיה, התביעה לא הציגה אותו לישועה בראיון העד שערכה עמו ואף הביאה אותו להעיד בעדותו הראשית שהחריג היחיד לעניין מעורבותו באתר היה במענה לשידולי המבקש בנוגע לסיקור חיובי כביכול שביקש להעניק לנתניהו.
669. כפי שהסתבר למקרא החומר שהתגלה במקרה, מדובר בעדות שאינה אמת הנוגעת לסוגיה מרכזית שבמחלוקת במשפט: הטענה בדבר ההיענות החריגה לה נטען שזכה נתניהו באתר וואלה, המגלמת את טובת ההנאה הנטענת באישום השוחד.

670. מכך נובע שלא רק התמונה שבידי ההגנה הייתה חסרה. גם הנתונים שהוצגו לבית המשפט היו חסרים, שגויים ומטעים.

671. בעקבות גילוייו של החומר החדש ועתירת ההגנה, הורה בית המשפט הנכבד לתביעה לערוך בעצמה מיצוי של מכשיריו הניידים ותיבת הדוא"ל של ישועה בניסיון לאתר חומר נוסף שלא נמסר לה (מלבד התכתבויות דוא"ל, גם התכתבויות סמס ווואטסאפ). בעקבות כך קיבלה ההגנה עוד כמות עצומה של חומר חדש נוסף. הן החומר החדש והן החומר החדש הנוסף שימשו את ההגנה בחקירתו הנגדית של ישועה והאריכו אותה בימים ארוכים.

672. בשל חומרתה של הפרשה, חשוב להביא, ולו בתמצית, את עיקריה.

673. בתחילת עדותו של ישועה, הוחלט להגיש בהסכמה את כלל ההתכתבויות (בוואטסאפ, SMS, וב-i-message) שהופקו מהטלפון הנייד שלו ואוגדו על ידי המאשימה לטבלת אקסל אחת. הקובץ כונה על ידי הצדדים "הרול", ובשם זה נתייחס אליו להלן.

674. במסגרת המגעים להגעה להסכמה הדיונית, הודיעה המאשימה להגנה שהרול מאגד את כל ההתכתבויות של ישועה עם הגורמים הרלבנטיים. כך, למשל, נכתב על-ידי נציג המאשימה במייל מיום 4.4.2021, יממה לפני תחילת עדותו של ישועה ולהגשתו המוסכמת של הרול לבית המשפט:

שלום לכולם,

קובץ התכתובות המלא, עם הפניה למוצגים וצבוע לפי הצדדים לשיחה, מוכן במשרדנו לאיסוף.

הדיסק כולל 3 קבצים –

1. קובץ המקור שהופק

2. קובץ מאוחד וצבוע ממוין לפי סדר כרונולוגי

3. קובץ מאוחד וצבוע שבו הוסתרו חלק מהעמודות פחות רלוונטיות לצורך תצוגה נוחה יותר.

למיטב בדיקתנו, הקובץ מכיל עתה את כל התכתובות של ישועה מול הגורמים הרלוונטיים, כולל קבוצות וואטסאפ. (ההדגשה הוספה. הח"מ)

המייל מיום 4.4.2021 מצורף לבקשה ומסומן נספח ד'.

675. כך גם הוצהר על ידי המאשימה בבית המשפט בעת שהוגש הרול בהסכמה:

"כדי להראות את זה אני רק אגיד שהגענו להסכמה הדיונית עם חברינו לגבי התכתובות וואטסאפ של אילן ישועה, משהו שמיוחד אולי לאילן ישועה לעומת

עדים אחרים, שהוא התכתב עם הגורמים השונים, ולכן ביקשנו, שני הצדדים הגיעו להסכמה שהתכתובות יוצגו לבית המשפט, חוץ מהפליטים שיש באופן פיזי בפני בית המשפט של תכתובת עם כל אדם, שהפליטים יוצגו גם באופן כרונולוגי כדי שמבחינת העד נראה את התמונה שהוא ראה, כמובן, ואני חייבת לומר את זה, וגם הגענו להסכמה דיונית על כך עם חבריי שכל דובר מקבל שם צבע אחר על מנת להמחיש ולדייק את זה שמבחינת העד הוא התכתב עם כולם אבל מבחינת כל דובר, כמובן שהתקשורת הייתה עם העד עצמו ואין טענה לפיה הוואטסאפים שהוא היה שותף לכל הכרונולוגיה בהכרח, אלא אם כן זה עולה מראיות אחרות אבל לא מהוואטסאפים כאן, זה חשוב לי להדגיש" (פרוטוקול הדיון מיום 5.4.2021, עמ' 735, ש' 7-16).

676. בניגוד להצהרות המאשימה ולמצגיה, בעיצומה של עדותו הראשית של ישועה בבית המשפט התגלו להגנה במקרה מסרונים רבים שלא היו מוכרים לה במועד בו הגיעה עם התביעה להסכמה הדיונית האמורה ובמועד בו הוגש הרול בהסכמה.

677. לאחר חשיפת דבר גילוי המקרי של חומר החקירה, התברר להגנה לתדהמתה שהתביעה ידעה על קיומם של המסרונים אך בחרה שלא לגלותם. לטענתה של התביעה, לאחר שהיא "רפרפה" על החומר שהופק על ידי המשטרה ונמסר לה, היא סברה שהוא אינו רלבנטי. גם כאשר נודע לה שהחומר הועבר כשהוא מוסלק תחת סינון רק לחלק מהנאשמים (רק למבקשים) בטעות במסגרת העברת חומר חקירה לקראת השימוע, היא שקלה אם לבקשו חזרה אך לבסוף החליטה לא לעשות כן ובכך להחריש את דבר קיומו.

678. משום שלא יכולה להיות מחלוקת על הרלבנטיות של החומר להגנה (ראו בעניין זה החלטה מיום 9.6.2021, במסגרתה עמד בית המשפט הנכבד על כך שגם לשיטת המאשימה מדובר בחומר חקירה רלבנטי מכיוון שלא התנגדה לחקירה אודותיו); נוכח אי העברת החומר במסגרת חומר החקירה שהועמד לעיון ההגנה עם הגשת כתב האישום; נוכח אי גילוי ברשימת חומר החקירה שנאסף ונרשם בניגוד לחובתה של המאשימה לפי סעיף 74(א1) לחוק; ונוכח החלטת המאשימה שלא לגלות להגנה שלחלק מהמייצגים הועבר החומר בטעות כשהוא 'מוסלק' באמצעות פונקציית הסינון – **מתבקשת המסקנה העצובה שמדובר במעשים ובמחדלים שלא ניתן להפריז בחומרתם.**

679. ודוק: לא היה במזכרים שנמסרו להגנה כל רמז לכך שמכשירי הטלפון הנייד של ישועה כוללים התכתבויות בהיקף עצום נוסף עם גורמים מעולם הפוליטיקה, המסחר, הפרסום או התקשורת. ודאי לא בנושאים שהם בלב המחלוקת בין הצדדים בתיק זה.

680. החומר החדש גילה התכתבויות עם אנשי קשר חדשים, מעולמות תוכן שונים, שלא ניתן היה לשער שעמדו בקשר עם ישועה ולכן גם לא ניתן היה לפנות לתביעה ב'מסע דייג' לבחינת תכתובות מול גורמים שזהותם לא ידועה.

681. במצב דברים זה, לדרוש מההגנה, כפי שטענה המאשימה בהליך לגילוי חומר חקירה כשהיא יודעת שחומר חקירה זה ברשותה בעוד להגנה אין מושג על כך, להעלות שמות ספציפיים את ההתכתבות אתם מבקשת ההגנה לבדוק, לא רק שלא הייתה מציאותית, שהרי ההגנה לא יכולה הייתה לדרוש חומר חקירה שדבר קיומו נעלם מעיניה ואף לא בא זכרו ברשימת החומר – אלא שהוא עולה כדי הטעיה של ממש ופגיעה קשה בחובת ההגנות בה התביעה מחויבת.

682. חמורה עוד יותר, אך למרבה הצער מאפיינת את תגובתה האוטומטית של המאשימה כל אימת שנתגלתה "שגגה" במעשיה, היא טענתה המופרכת משהתגלה דבר קיומו של החומר החדש. במקום לקחת אחריות על מעשיה ועל התקלות הרבות שנפלו בהתנהלותה, היא ביקשה להתנער מאחריות ולגלגלה בעזות מצח, לא פחות, לפתחה של ההגנה.

683. יפים לעניין זה דבריו של כב' השופט אלרון:

"למרבה הצער, לאחרונה נעשה במילה 'שגגה' שימוש באופן חוזר ונשנה, כמילת קסם המחפה על אי קבלת אחריות להתנהלות שאינה תקינה. בנסיבות שלפנינו, המדינה אינה נכונה לשאת בהשלכותיה של 'שגגה' זו, ומבקשת כי המשיב 1 יישא במחירה הכבד [...]. בעניין זה כבר הבעתי את עמדתי, כי יש להיזהר מתיקון שגגות התביעה על חשבון זכויות הנאשם" (ע"פ 6168/20 מדינת ישראל נ' שמבה (9.6.2022)).

684. דרך הטיפול של התביעה בחומר החקירה היתה מושפעת אף היא מראיית המנהרה והטיית האישוש בהן לקתה. גם התביעה, כמו המשטרה, נשבתה כבר בתחילת הדרך בקונספציה מוטעית של אשמת הנאשמים. כתוצאה מכך התביעה העדיפה לעצום את עיניה נוכח חשיבותו היתירה של החומר להגנה ולברור הסוגיות המהותיות שבמחלוקת. עובדה שאף היא, לאחר חשיפתו, לא חלקה עוד על הרלבנטיות שלו.

685. בית המשפט הנכבד הופתע אף הוא מדרך הילוכה של התביעה בפרשה:

כב' השופטת ר' פרידמן-פלדמן - אב"ד: למרות שאתם יודעים מה קו ההגנה? לא חשבתם שזה יכול להיות רלוונטי?

עו"ד יהודית תירוש: אנחנו לא חשבנו שזה יכול להיות רלוונטי. אני גם אומר שמכיוון שזה לא חומר חקירה, עברנו על זה באופן כללי וברפרוף ולא על כל תכתובת ותכתובת, מאחר וזה לא היה חומר חקירה. עברנו לראות אם זה מסייע להגנה, כמו שאנחנו מחויבים לעשות, וזה עבר אלינו. ולא ראינו את זה.

(פרוטוקול הדיון מיום 25.5.2021, עמ' 2612 ש' 17–22).

עו"ד יהודית תירוש: [...] מכיוון שאני רוצה שתשיב לי, אני רוצה להוסיף עוד דבר אחד שיהיה ברור. הסיווג על מהו חומר חקירה כחומר דיגיטלי נעשה על

ידי המשטרה לעולם. גוף הפרקליטות עושה בקרה על זה. הוא לא יכול לעיין בחומרי המחשב מ-א' עד ת'.

כב' השופט מ' בר - עם : אבל אתם הכרתם את השיחות הללו לפני כן?

עו"ד יהודית תירוש: זה בדיוק מה שאני אומרת.

כב' השופט מ' בר - עם : כי איך תוכלו לטעון שהשיחות לא רלוונטיות? זה משהו שנשגב מבינתי.

עו"ד יהודית תירוש : אני אומרת שוב שכשיש טלפון פרטי של אדם, הגוף החוקר הוא זה שמחליט מה מתוכו חומר חקירה ולא חומר חקירה, כדי לשמור על פרטיותו של אדם. גוף הפרקליטות עושה בקרה על זה. איך הוא עושה בקרה על זה? הוא עובר על מזכרי החיפוש שאומר איזה גורמים ביקשו להוציא את החומרים שלהם וכשקיבלנו את הדבר הזה, עברנו על זה ברפרוף. אנחנו לא רשאים, תפיסתנו, לעבור על טלפון פרטי של אדם מ-א' עד ת'. ואת זה צריך להבין בתוך הקונטקסט כשאומרים איך אתם יודעים שיש תזה להגנה או תזה תביעה. אנחנו כן בודקים את תזת התביעה גם לפי הגורמים שהועברו וגם מבררים דברים נוספים, אבל אנחנו לא עוברים לעולם כמו רשות חוקרת על טלפון של אדם.

כב' השופט מ' בר - עם : כשנעשים... זה לא רלוונטי?

עו"ד יהודית תירוש: כל הדבר הזה, אני לא יודעת (פרוטוקול הדיון מיום 25.5.2021, עמ' 2615 ש' 7-23).

686. בעקבות פרשה עגומה זו התברר שבניגוד להצהרת המאשימה כאילו כל חומר החקירה הועבר להגנה, קיים בתיק עוד חומר רב, רלבנטי מאין כמותו, שלא גולה לה.

687. בעקבות גילוי של החומר החדש ובהתאם להחלטה מיום 9.6.2021, נדרשה התביעה למצות את כל חומרי החקירה הרלבנטיים ממכשירו הסלולרי של אילן ישועה :

5. נקודת המוצא העובדתית לדיון היא כי במהלך חקירתו של מר ישועה, עלה כי במכשיר הטלפון של העד מצויות התכתבויות הרלוונטיות לעניין, אשר לא נמסרו להגנה כחומר חקירה. התכתבויות כאמור הוגשו כראיה על ידי ההגנה, בלא מחלוקת כלשהי מצד המאשימה לעניין הרלוונטיות שלהן. בנסיבות אלה, יש יסוד לטענת ההגנה לפיה חומר החקירה שנמסר לידיה הוא חלקי.

6. אין מחלוקת כי מצב דברים זה טעון תיקון בכל ההקדם, והשאלה המתבקשת היא כיצד יש לעשות כן.

7. קיימת תמימות דעים כי לצורך מסירת החומר הרלוונטי הנוסף להגנה, יש צורך לבצע תהליך של חיפוש בחומר לשם איתור החומרים הרלוונטיים. אין גם מחלוקת כי החיפוש צריך להיערך על ידי המדינה. עמדת המדינה היא כי על החיפוש להיעשות על ידי גורמי החקירה. עמדת ההגנה היא כי על גורמי התביעה לבצע את הפעולות האמורות. במחלוקת זו מקובלת עלינו עמדת ההגנה.

[...]

9. אנו ערים לכך שמדובר בכמויות גדולות של חומר, ושבהוראה זו טמונה הכבדה לא מבוטלת על הפרקליטות, בוודאי במהלך ניהולו של הליך מורכב ורחב היקף. ברם, נוכח מצב הדברים שתואר לעיל, איננו רואים מנוס ממתן הוראה זו. (ההדגשות הוספו. הח"מ)

688. בעקבות כך הסתבר שמדובר בחומר בהיקף גדול ומשמעותי נוסף (ועל כך תלמד העובדה שהמאשימה ביקשה דחיות ארוכות ונשנות למועד שנקצב להעברתו) - שהיה צריך להיאסף ולהיות מועבר להגנה מייד לאחר הגשת כתב האישום ובטרם התחיל המשפט. התביעה לא מילאה חובה חשובה זו ומחדלה בולט במיוחד נוכח סירובה העיקש להפצרות ההגנה, בפניות מוקדמות ובמסגרת ההליכים לפי סעיף 74 לחוק, לתור אחר חומר כזה במכשיריו הסלולריים של ישועה.

689. היקפו העצום של חומר החקירה החדש נלמד מהשוואתו לחומר הקודם שנמסר להגנה עד לאותו שלב:

התכתבויות במסרונים (וואטסאפ, SMS, ו-i-message): ה"רול הישן" אחז 26,953 שורות מסרונים וה"רול המאוחד" (קרי, טבלת כל המסרונים, מהחומר הישן והחדש במאוחד) אוהז 50,678 שורות מסרונים. כלומר, תוספת של 23,725 מסרונים מהחומר החדש – **כמעט כפול** מכמות התכתובות שהועברה להגנה טרם גילוי החומר החדש. מדובר בכמות עצומה של מסרונים רלבנטיים חדשים;

התכתבויות מייל: בחומר החקירה הישן הועברו תכתובות מייל באופן שאינו מרוכז, בניגוד למסרונים שרוכזו לטבלה מאוחדת לפני שלב ההוכחות. לפיכך, אין יכולת לאמוד את מספר המיילים שהיו ברשות ההגנה טרם גילוי החומר החדש. לעומת זאת, תכתובות המייל שהועברו להגנה במסגרת החומר החדש הועברו בשתי טבלאות מרוכזות שאוחזות יחדיו כ-2,000 תכתובות מייל רלבנטיות.

690. מעבר להיקפו העצום של החומר שלא נמסר להגנה בניגוד לדין, מדובר בחומר חשוב מאין כמותו.

691. חשיבותו של החומר הנוסף אינה מתמצה בהיותו רלבנטי באופן כלשהו למשפט, אלא בכך שהוא חיוני לחשיפת האמת במשפט ולהכרעה בשאלות שבמחלוקת מהותית בין הצדדים.

692. החומר החדש שנמסר כלל התכתבויות עם גורמים רבים ומגוונים בהיקף עצום, שלא היו ידועים להגנה אלמלא התגלה החומר החדש במקרה. מדובר בהתכתבויות עם פוליטיקאים ממפלגות שונות (רבים מהם יריבים פוליטיים בולטים של נתניהו בתקופה הרלבנטית); בעלי תפקידים אחרים במפלגות שונות; אנשי תקשורת; אנשי עסקים בכירים; אנשי פרסום; גורמים מסחריים ועוד. חומר חדש רב היקף עסק במישרין בעניינים הקשורים לסיקור של פוליטיקאים – נושא שכידוע עומד במרכזו של המשפט והוא רלבנטי לבחינת טענת ההיענות החריגה.
693. החומר החדש כולל גם תכתובות ענפות בתוך מערכת "וואלה", בין כתבי ועורכי המערכת לבין ישועה, ונודעת לו משמעות עצומה לצורך הכרעה בגרסאות שהועלו על ידי העדים בחקירתם ובמשפט. כך, עדים שונים, ובראשם אבירם אלעד ומיכל קליין, עומתו בחקירה נגדית עם החומר החדש שלא הכירו כשמסרו את גרסתם במשטרה ובעת שהעידו בעדותם הראשית. לא ניתן להפריז בחשיבות הדברים. דוגמא אחת, גם אם לא החשובה ביותר אך קלה לתיאור ומייצגת, ניתן למצוא בחקירתה הנגדית של העדה עמית אשל ממערכת החדשות של האתר כפי שהיא מובאת בפרק 2.1 להלן.
694. כדי לסבר את האוזן נזכיר, שלאחר קבלת החומר החדש נוספו לחקירה הנגדית של ישועה עצמו בידי ההגנה לא פחות מתשעה ימי דיונים. כולם הוקדשו אך ורק לחקירה אודות החומר החדש שפתח פתח לכיווני חקירה חדשים ושפך אור חדש על האישום כולו.
695. למרות זאת, וחרף האמור לעיל, גם לאחר גילוי החומר החדש המשיכה המאשימה בשלה, וניסתה להמעיט מחשיבותו ומהיקפו:

כב' השופטת ר' פרידמן-פלדמן - אב"ד: עו"ד תירוש, מה היקף החומרים שלא נמצאים ב-רול?

עו"ד יהודית תירוש: לא רבים.

כב' השופטת ר' פרידמן-פלדמן - אב"ד: יחסית למה שנמצא.

עו"ד יהודית תירוש: לא רבים.

כב' השופט מ' בר - עם: אנחנו לכאורה לא יודעים.

עו"ד יהודית תירוש: לא רבים. אגב, חלקם - בוודאי חבריי לא יחלקו – בוודאי לא רלוונטיים. (פרוטוקול הדיון מיום 25.5.2021, עמ' 2606 ש' 16–21).

696. בניגוד מוחלט לדברים אלה, החומר החדש העצום בהיקפו, בעל משמעות קריטית בתכנון, שהניב ימי חקירה רבים נוספים, פתח כיווני חקירה חדשים ושפך אור חדש על תזת התביעה.

697. כאמור, על בסיס החומר החסר, כאשר ברשותה החומר החדש שהתגלה במקרה עליו 'רפרפה' לטענתה, הביאה המאשימה את ישועה להעיד כעד מרכזי מטעמה, שאף נבחר על ידה להיות עד התביעה הראשון במשפט. החומר החסר אפשר לישועה להעיד בחקירתו הראשית עדות שאינה אמת.

698. כך למשל, בכמה מוקדים עיקריים וחשובים בענייננו, עדותו הראשית של ישועה עמדה בניגוד גמור לתמונה שהתבררה מהחומר החדש ומהחומר החדש הנוסף שהתגלה בהמשך.

699. על מנת להדגים טענה זו, נציג שני חלקים רלבנטיים מעדותו הראשית של העד ונעמידם אל מול העולה מהחומר החדש:

א. עדותו הערמומית של ישועה שאינה נאמנה לאמת לפיה בקשות הסיקור עסקו, מבחינת כמות ואיכות, בעיקר בנתניהו:

כב' השופט מ. בר-עם: אדוני קיבל פניות?

ת. היו פניות כאלה שהן, עוד פעם, מבחינה כמותית ואיכותית היו,

כב' השופט מ. בר-עם: לא, אבל ביחס לפניות שאדוני,

ת. לא, לא בצורה כזאת, עוד פעם, אני יכול לשפוט את זה ברמה הכמותית והאיכותית. כמות, אז אני יכול להגיד שאולי בעשר שנים של כהונה, 13 שנים של כהונה, מה שקיבלתי נניח מכל הפוליטיקאים, אם אנחנו לוקחים את זה כהשוואה, מכל הפוליטיקאים האחרים יחד אולי זה נכנס לשבוע של בקשות שקיבלתי והטלתי מראש הממשלה ואשתו, ומבחינת האיכות, ברור לגמרי שזה לא היה ברמה של האינטנסיביות של מה שהיה פה, כי פוליטיקאי לא מרוצה יכול להגיד 'תשמע, אני רוצה משהו תגובה או תתקן' או שזה נעשה דרך הדובר, אבל אין מכניזם כזה שאני מקבל עריכה מלאה של העיתון מ-א' ועד ת' באותו יום על ידי אותו פוליטיקאי. זאת אומרת בוודאי שיש, אין גוף תקשורת שלא לוחצים עליו, אבל את הפעמים שאני יכול לספור פוליטיקאים שונים שמתקשרים ויש איתם קשר, בלי השוואה (פרוטוקול הדיון מיום 5.4.2021, עמ' 684 ש' 6-17).

ב. עדותו של ישועה שגם היא רחוקה מהאמת לפיה הוא היה מנכ"ל שאינו מתערב בסיקור שנעשה באתר וואלה:

כב' השופט מ. בר-עם: מי זה קובעים? לא הבנתי. אדוני אמר קובעים, מי קובע? ת: בפגישות הבוקר, העורך הראשית יחד עם ראש מערכת החדשות ועוד כמה עורכים וכתבים, אני לא השתתפתי בישיבות האלה, היו עושים את זה בעמידה בדרך כלל כדי שזה יהיה קצר [...] אני לא הייתי שותף לישיבות האלה אף פעם בעצם, אני רק יודע אותן, גם הייתי עובר להגיד 'בוקר טוב' אז הייתי רואה את

זה, והעורך הראשי גם מן הסתם קובע את הכותרת הראשית של האתר כי זה דבר שהוא מאוד חשוב, הוא קובע מה תהיה הכותרת הראשית, דברים אחרים היו נקבעים ברמות יותר נמוכות.

[...]

ש: אוקי. אמרת שאתה לא היית שותף לישיבות בוקר האלה.

ת: לא. אף פעם לא.

ש: אתה יכול להגיד למה?

ת: כי הייתה הפרדה בעצם בין המנכ"ל לבין המערכת והוא לא עסק בניהול השוטף של המערכת.

ש. בוא נגיד, בתקופה שבה, לפני התקופה הרלוונטית, בוא נגיד שאם נוציא רגע את התקופה הרלוונטית של סוף 2012 עד תחילת 2017, מעבר לתקופה הזאת, עד כמה יש לך מעורבות בתהליך הזה שתיארת שהעורכים עושים מול עורכי המשנה ואני לא יודעת מי עוד יושב בישיבות בוקר האלה, כתבים אולי, משהו כזה?

ת. אני לא שם בכלל. אני לא שם (פרוטוקול הדיון מיום 5.4.2021 עמ' 660 ש' 17 עד עמ' 662 ש' 11).

אילן ישועה: [...] המעורבות שלי הייתה, עוד פעם, אני אומר, מינימלית, והיא הייתה בעיקר אבל פה ושם וברמה נמוכה וסבירה שקורית בכל האתרים, לפעמים בשיקולים מסחריים או, יש פה איזו שהיא דוגמה, היו דוגמאות מאוד מאוד קיצוניות שחשבתי, צריך להבין שהאתר אז התחיל רק לבנות את הצוות של הכותבים שלו והצוות בהתחלה היה חלש, חשבתי שהרמה נמוכה, או כשמשו לא וזה, אז התערבתי. אבל,

ש. אז נדרשה יותר התערבות. אוקיי. הפסקה הבאה,

ת. אבל המעורבות שלי לא הייתה אינטנסיבית (פרוטוקול הדיון מיום 4.5.2021 עמ' 1474 ש' 19 עד עמ' 1475 ש' 2).

ת. אני לא חושב שהתערבתי יותר מאשר מנכ"ל אחר.

ש. זו עדיין לא התשובה לשאלה.

ת. השאלה היא לא,

ש. יכול להיות שכל המנכ"לים האחרים הם מנכ"לים שהם בעצם עורכים. זה מה שהוא אומר.

ת. בפירוש לא הייתי עורך (פרוטוקול הדיון מיום 4.5.2021 עמ' 1485 ש' 6-10).

700. בניגוד לאמירותיו של ישועה בעדותו, החומר החדש הוכיח שמדובר בעדות ערמומית הרחוקה מהאמת בנושאים הנמצאים בליבת המחלוקת בין הצדדים הנוגעת לטענת ההיענות החריגה.

701. מסתבר שפניות בנושא סיקור עסקו לא רק בנתניהו, אלא בקשת רחבה ביותר של פוליטיקאים, אנשי עסקים ואנשי מסחר. אלה זכו כדרך קבע לסיקור חיובי ואוהד באתר. ההתכתבויות עם ישועה אשר התגלו בחומר החדש, העידו על כך שפוליטיקאים ואחרים פנו לישועה עשרות ומאות פעמים כשרצו סיקור אוהד יותר או כשדרשו תיקונים לפרסומים אודותיהם.

702. עוד התגלה, בניגוד מוחלט לעדותו של ישועה, שהוא היה העורך בפועל של אתר וואלה ועסק דרך קבע ובאופן אינטנסיבי, ביוזמתו או בעקבות פניות אליו, בענייני סיקור שהגיעו מעשרות ומאות אנשים שונים.

703. כך למשל נאלץ ישועה, בלית ברירה במהלך החקירה הנגדית ולאחר שהתברר לו שתוכן ההתכתבויות שבטלפון שלו התגלה, לאשר שפנו אליו פוליטיקאים, מכל קצוות הקשת הפוליטית, על מנת להיטיב את הסיקור עימם:

ש. או-קי. אני מפנה אותך להתכתבות שלך עם אור אלוביץ' ב-25.12.2014.

כב' הש' ר' פרידמן-פלדמן - אב"ד: נ/1241.

עו"ד בעז בן-צור: ובוא נתעכב על ההתכתבות הזאת. זה כמובן מהחומר החדש מר ישועה. הכל מהחדש, כמעט הכל מהחדש. אנחנו פה שוב בתוך תקופת הבחירות, סוף 2014, 25.12.2014, אני רואה כאן, אני קורא מה שאתה כותב, כותב לך אור אלוביץ' שאתם משמעותיים בספורט. אתה רואה?

ת. כן.

ש. עכשיו לאן אתה לוקח אותנו, אתה אומר לו לא רק שם, היום בוז'י וציפי התקשרו, רוצים לפגוש אותי, בנט התקשר לפני כמה ימים וגם רוצה פגישה וברטל של כחלון כנ"ל. רואה?

ת. כן.

ש. אז אנחנו נמצאים בתוך תקופת הבחירות ואתה מעדכן את אור אלוביץ' שארבעה פוליטיקאים פנו אליך כדי לקיים פגישה. נכון? ארבעה פוליטיקאים זה מר הרצוג הגברת לבני מר בנט והדובר של מר כחלון, נכון?

ת. כן.

ש. או-קי. והמטרה, תאשר לי בטובך, שהמטרה של כל אותם פוליטיקאים שפונים בטח בתוך תקופת בחירות, היא לטייב את הסיקור שלהם.

ת. כן.

ש. נכון. עכשיו, ויש לנו כמובן את כל המפה הפוליטית כמו שאתה רואה פה, נכון?

ת. כן (פרוטוקול הדיון מיום 29.9.2021 עמ' 4554 ש' 14 עד עמ' 4555 ש' 9).

704. התלבטנו אם להביא כאן דוגמאות. ישנן עשרות ומאות כאלה שהוצגו לו בחקירה הנגדית לאחר גילוי של החומר החדש ולאחר גילוי של החומר החדש הנוסף. ההתלבטות נעוצה בכך שדוגמאות ספורות עלולות לגמד את היקף ואיכות מקרי ההתערבות של ישועה שאינם קשורים בנתניהו. בכל זאת ומכיוון שפטורים בלא כלום אי אפשר נסתפק כאן רק במעט שבמעט.

705. כך ורק למשל, מהחומר החדש עולה שישועה נענה לפניו של יו"ר מפלגת הבית היהודי דאז, נפתלי בנט, בענייני סיקור:

כב' הש' ר' פרידמן-פלדמן - אב"ד: נ/1245.

עו"ד בעז בן-צור: בוא נעיין בתכתובת ונבין מה יש פה. אתה כותב לו, היי, חיפשת אותי, אני זמין. אתה רואה?

ת. כן.

ש. או-קי. כלומר הוא חיפש אותך. נכון? אין אחרת.

ת. זה פן אחד.

ש. נכון. או-קי. ואז אתה כותב לו גם, תקוע בדירקטוריון, אנא סמס לי, ביקשתי מאבי אלקלעי לדבר עם האיש שלך, האם דיברו? אז יש פניה של מר בנט אליך, ואתה אומר לו שכבר דיברת עם אלקלעי שצריך לדבר עם האיש של בנט. על מה דיברת עם אלקלעי שדיבר עם האיש של בנט, אנחנו נמצאים פה ממש ממש ממש למעשה יום לפני הבחירות,

ת. אינני זוכר.

ש. אינך זוכר. אנחנו יכולים כולנו להניח בחדוה משהו שכמובן זה אלקלעי האיש שלך יום לפני הבחירות, זה עניין של סיקור.

ת. כן (פרוטוקול הדיון מיום 29.9.2021, עמ' 4559 ש' 7-19).

706. וכך גם זאת רק למשל ועל קצה המזלג ממש, בעניינו של יו"ר האופוזיציה דאז, יצחק הרצוג:

כב' הש' ר' פרידמן-פלדמן - אב"ד: נ/1292.

עו"ד בעז בן-צור: אתה כותב כאן למר הרצוג את הדברים הבאים, טיפלתי מול מיכל קליין ראש מערכת החדשות, כבר מחזקים הכותרת כפי שביקשת. אתה רואה?

ת. כן.

ש. אז הוא פונה אליך, מבקש חיזוק של הכותרת, אתה כותב לו, טיפלתי בכך. נכון?

ת. כן.

ש. ואת זה אתה אומר עשיתי את זה מול הגברת מיכל קליין.

ת. כן.

ש. איך עשית את זה אתה זוכר?

ת. אני מניח שפניתי וביקשתי לעשות את זה.

ש. או-קי, זה נעשה. נכון?

ת. כן.

ש. או-קי. ועכשיו אתה גם כותב שמחר יעשו follow up חזק עם טל שלו.

ת. כן.

ש. אז תפרש.

ת. הוא היה אמור להגיע לאולפן ואז אני מניח שבזמן שדיברתי עם מיכל סוכס על זה שגם יעשו follow up לנקודה הזאת. ייקחו את הראיון לאולפן וימנפו גם את הנושא הזה

ש. באופן פייבוריטי מר הרצוג מטבע הדברים.

ת. יחזקו את הנקודה הזאת שהוא רצה להדגיש

(פרוטוקול הדיון מיום 29.9.2021, עמ' 4602 ש' 9 עד עמ' 4603 ש' 4).

707. עוד עלה בחקירתו של ישועה, למשל, כיצד הוא פעל להיטיב את הסיקור של ח"כ גלעד ארדן לאחר שהאחרון קיבל את תפקיד ראש מטה ההסברה בליכוד:

ש. אז בוא נתקדם, אני רוצה להציג לך את נ/1304, גם זה מהחומר החדש, אותו אמנון ליברמן הדובר של סטס מסישניקוב מעדכן אותך ככל הנראה מתוך מסדרונות הפוליטיקה שגלעד קיבל את מדי ההסברה, אתה רואה? זה למחרת, ב-11.30.

ת. כן.

ש. ובאותו יום, אני מפנה אותך עכשיו ל-נ/1305, אתה מזדרז לכתוב לשר גלעד ארדן ברכות על המינוי בהצלחה, העניין שהעלית לא יהיה בעיה, הבטחה אישית שלי, שבת שלום. הוא קצת יותר סקפטי, הוא כותב יהיה לצערי אבל נדבר. אוקיי?

ת. כן.

ש. הנה הוא מפנה לשיחה שהייתה לכם, הנה הוא אומר אתה אומר לו, העניין שהעלית לא יהיה בעיה. עכשיו זה קצת יותר מרענן את זיכרונו? מה העניין שהיה שהטריד את מנוחתו של השר ארדן שבגיננו הוא התקשר אליך ושוחחתם

ת. אני לא זכרתי שהוא דיבר על טלי, אתה שואל אותי אם זה מופרך שיוצאת הידיעה הזאת ויש שיחה ואז אחרי זה יש את הדבר שיכול להיות שהוא - יכול להיות.

ש. יכול להיות.

ת. אני לא זכרתי את זה.

ש. לא זכרת את זה, בסדר, אתה לא אמור לזכור כל דבר. אבל אתה אומר לו שהעניין שהעלית לא יהיה בעיה, אתה מבטיח לו שלא יהיה בעיה. זה לא מזכיר לך באופן קונקרטי?

ת. לא זכרתי שהוא העלה את זה ושהייתה שיחה על זה, אבל כשאתה מציג את זה בתוך הרצף הזה לא מופרך.

ש. זה לא מופרך.

ת. לא. (פרוטוקול הדיון מיום 4.10.2021, עמ' 4638 ש' 8 עד עמ' 4739 ש' 12).

708. מדובר בדוגמאות בזעיר אנפין. אין בהן אפילו "לגרד" את כמותן ואיכותן של הפניות מגורמים אלה ורבים רבים אחרים מכל קצוות הקשת הפוליטית ועוד עשרות רבות אחרות, בענייני הטבת הסיקור. הן באו להדגים את שנלמד מתוך החומר החדש והוצג לישועה בחקירה הנגדית. חומר זה סותר את עדותו בנקודות מהותיות שבמחלוקת.

709. כתב האישום מייחס לנאשמים עבירת שוחד, כשנטען שיסוד "טובת ההנאה" מצוי בהיענות חריגה לבקשותיו של נתניהו לסיקור. החומר החדש מפריך לשיטתנו את טענת ההיענות החריגה, שהיבטים אחרים שלה לא נחקרו כלל. לצורך בקשה זו, די בקביעה שמדובר בחומר רלבנטי שהוא חיוני להגנת המבקשים שחייב היה להיות בידי סנגוריהם על מנת שיוכלו לכלכל את הגנתם ולהתמודד עם טענות התביעה.
710. גם לאחר שחלק מהחומר הופק על ידי המשטרה והועבר להתביעה, נמנעה המאשימה מלבחון אותו כנדרש ממנה (לטענתה כאמור, רק 'רפרפה' עליו) ולהורות למשטרה להוסיף ולהפיק חומר נוסף, כפי שנעשה לאחר התערבות בית משפט נכבד זה.
711. גם לאחר שנשמעו טענות ההגנה בשימוע בנושאים אלה בדיוק בהם עסק החומר החדש, נמנעה המאשימה מלחשוף את החומר בפני ההגנה.
712. גם כאשר הגיעו הצדדים להסכמה דיונית על הצגת הרול החסר החרישה המאשימה. היא לא גילתה את אוזנה של ההגנה ואת אוזנו של בית המשפט הנכבד בדבר קיומו של החומר הנוסף שהיה בחזקתה והיה מוכר לה.
713. אפילו כשישועה העיד בחקירה ראשית בבית המשפט בניגוד לעובדות העולות מהחומר החדש, החרישה המאשימה ונמנעה מלהעמיד את ההגנה ואת בית המשפט הנכבד על קיומו של החומר החדש.
714. כזכור, בעניין האיכונים וחומר חקירה נוסף הקשור בפילבר, החרישה המאשימה כאשר העידה אותו על מועדה של "פגישת ההנחיה". זו נשללה רק לאחר שההגנה ביצעה בעבודת נמלים קשה את ההצלבות הנדרשות מולם. מקרה החומר המוסלק של ישועה מוקשה עוד יותר. כאן מדובר בחומר שלא נמסר להגנה ביודעין. ברור לחלוטין שאלמלא היה משחק המזל תפקיד משמעותי והתכתבויות ישועה היו נגלות להגנה במקרה, תוך כדי ובמהלך עדותו הראשית של העד – היה נמנע מההגנה קו חקירה אפקטיבי ומשמעותי ביותר להליך זה.
715. ובכן, הליך פלילי אינו צריך להישען על "מזל". זו זכותה של ההגנה, ובמקביל חובתה של התביעה, לוודא שכל חומר חקירה רלוונטי – קל וחומר חקירה רלוונטי בעליל דוגמת חומר החקירה המדובר – נמסר לידי ההגנה.
716. זאת ועוד. העובדה שהמאשימה אפשרה לישועה למסור גרסה שעומדת בסתירה לראיות שחלק משמעותי ממנו היא הכירה ולא מסרה להגנה, היא חמורה. מעבר לפגיעה בזכויותיהם של המבקשים, היא עלולה הייתה להכשיל את בית המשפט ולהביא לעיוות דין.
717. תרכובת קטלנית של להיטות יתר וקונספציה שגויה הובילו את המאשימה לחטוא לתפקידה ולפעול בניגוד לדין, באופן שעלול היה להכשיל את בית המשפט אלמלא התגלה החומר במקרה על ידי ההגנה.

2.1. אירועים נוספים לדוגמא

718. ההתנהלות הנפסדת של אי גילוי מידע רלבנטי וחשוב להגנה, באה לידי ביטוי באירועים נוספים.
719. כך, באירוע שעניינו פרשת התמלילים המשובשים.
720. במהלך חקירתו של בנו של המבקש, אור אלוביץ', לחצו עליו החוקרים לערוך מפגש מבוים עם אביו בו הוא ידרוש ממנו לשתף פעולה עם המשטרה ולשמש עד מדינה נגד נתניהו.
721. ביום המפגש, ה-23.2.2018, נערכה שיחה בין אור לחוקרת טרם כניסתם לחדר החקירות.
722. תמליל השיחה (סומן כברקוד 1673 ונכתב בו בטעות שהוא מיום 7.3.2018 אך צ"ל יום 23.2.2018) הועבר להגנה כשהוא משובש וחסר.
723. החלקים החסרים בתמליל התבררו כקריטיים ביותר. מוזכר בהם שמו של בא-כוחו של המבקש כגורם מפריע ויש בהם ביטוי ללחצים נוספים ולא הוגנים שהפעילה החוקרת על אור. את החלקים החסרים השלימה ההגנה מתוך הקשבה להקלטת השיחה (לא נפרט כאן את הקושי שהיה באיתור השיחה ושיוכה לתמליל החסר שנשא תאריך שגוי, בתוך הררי חומר החקירה במגה תיק זה).
724. התמליל המלא גילה תמונה עגומה ומטרידה. הנתונים שהושמטו שפכו אור על תרגיל חקירה אסור עליו פורט בהרחבה בפרקים ד.1.3 ו-ד.2.4 לעיל.
725. לאחר הכניסה לחדר ההיוועצות, וטרם הגעתו של המבקש, שוחח אור עם החוקרת פעם נוספת. גם מתמליל שיחה זו נשמטו פרטים חשובים.
726. רק לאחר בירור העניין הודתה המאשימה שבידיה תמליל מתוקן. אירוע מטלטל זה הוליד ביום 2.9.2020 דרישה מצד ההגנה, לקבל לידיה את כל התמלילים המתוקנים שיש בידי המאשימה. המאשימה סירבה בטענה שמדובר ב"ניירות עבודה פנימיים"(!). בעקבות סירובה, נדונה הבקשה במסגרת הליך לפי סעיף 74 לחוק.
727. הבקשה הגיעה להכרעת בית המשפט העליון שביקר באופן חריף את התנהלותה של המאשימה. נקבע שאי-העברת תמלילים מתוקנים שברשות המאשימה גובלת בהטעיה ואינה מתיישבת עם חובת ההגינות המוטלת על רשויות התביעה. בית המשפט העליון קבע שמרגע שנודע למאשימה על טעות בתמליל, עליה להעביר את התמליל המתוקן לידי ההגנה.
728. למרות החלטתו של בית המשפט העליון הוסיפה המאשימה ועשתה דין לעצמה. היא סירבה להעביר להגנה את התמלילים בתואנה שככל שייערכו על-ידיה תיקונים משמעותיים, היא תעדכן אותה. גם בית משפט נכבד זה לא קיבל את התנהלות זו וקבע שעליה להעביר כל תמליל מתוקן שברשותה להגנה.

729. רק לאחר מסכת אירועים זו, שהחלה בדרישה בספטמבר 2020 וסופה בפברואר 2021, הואילה המאשימה לבצע את המובן מאליו והמוטל עליה על פי דין, והעבירה את התמלילים המתוקנים לידי ההגנה.
730. יש לעמוד עד תום על משמעותם של הדברים. זוהי הסיטואציה: נחקר עד. ישנו תמליל חקירה. התמליל אמור לשקף את חילופי הדברים שהוחלפו במהלכה. התביעה יודעת שתמליל פלוני אינו משקף כהלכה את מהלך החקירה. אלא שהיא נדרשת להוראות מפורשות של בית המשפט כדי למסור את החומר לידי ההגנה. אלמלא התערבות בית המשפט – לא היתה טורחת התביעה לעשות כן. תיכשל ההגנה עקב חומר חקירה שגוי שנמסר לה (שהרי התמליל המתוקן בידי התביעה) – So be it. לא ניתן לקבל שזו גישה לגיטימית של התביעה הכללית במדינת ישראל.
731. להיטות היתר של התביעה הובילה אותה להפר את חובת ההגינות המוטלת עליה, הן כלפי בית המשפט והן כלפי ההגנה, באופן שפגע בתחושת הצדק וההגינות. להיטות היתר בה נשבתה התביעה, מנעה ממנה לבקר את רשויות האכיפה ולבחון את התנהלותן, כפי שהיא מתוארת בקשר עם פרשיה זו גם בפרקים ד.3.1 ו-ד.4.2 לעיל, באופן שהכשיל אותה ואת בית המשפט.
732. התנהלותה הקלוקלת של המאשימה מצאה את ביטויה באירוע נוסף שהוא "פרשת החזרת קלסרי החפיפה". גם בו לא נמסר להגנה חומר חקירה רלבנטי וחשוב להגנת המבקשים ונדרש מאבק עיקש עד שבית המשפט העליון הורה למאשימה להעבירו.
733. מחקירתו של עד המדינה שלמה פילבר ביום 21.2.2018 עלה, שלאחר שמונה למנכ"ל משרד התקשורת הוא קיבל לידיו "קלסרי חפיפה" אשר נתפסו במשרד התקשורת. כבר משמם של הקלסרים עלתה האפשרות, שיהיה בהם כדי ללמד על המידע שהוצג והונח בפני מר פילבר עת נכנס לתפקידו. נוכח יריעת המחלוקת הידועה בתיק, ברי שמדובר במידע רב משמעות להגנת הנאשמים.
734. ביום 20.8.2020 פנו נציגי המבקשים למאשימה בבקשה לקבל את הקלסרים. לאחר שבקשה זו לא נענתה, פנו המבקשים לקבל את הקלסרים במסגרת בקשה לגילוי חומר חקירה לפי סעיף 74 לחוק.
735. בתגובתה לבקשה, סירבה המאשימה להעביר הקלסרים להגנה בטענה לפיה "כל החומרים הנוגעים לפילבר שנאספו ונתפסו במסגרת החקירה הועברו" (תגובת המאשימה לבקשה לפי סעיף 74 מיום 21.10.2020, סעיף 157).
736. המאשימה הוסיפה וטענה שחוקרי המשטרה עברו על אותם קלסרים והחזירו אותם לעד מימון שמילה, אשר בחזקתו הם נמצאו ונתפסו, משום שהם הגיעו למסקנה שמדובר בחומר שאינו רלבנטי לאישום, שכן הקלסרים כוללים חוקים ותקנות.
737. בית המשפט העליון דחה את עמדת המאשימה שחזרה וטענה שהקלסרים לא בשליטתה ושאינ ביכולתה להעבירם, וקבע שיש להעביר את הקלסרים לידי ההגנה:

"לטעמי, הזיקה עליה הצביעו העוררים בין הקלסרים לאישומים נגדם מצביעה כי יש לראות בהם "חומר חקירה" – ודומה כי אף רשויות החקירה סברו כך בתחילה, ועל כן תפסו קלסרים אלו ועיינו בהם. בנסיבות אלו, על המשיבה לשוב ולתפוס חומרים אלו ולהעמידם לעיון העוררים" (בש"פ 9287/20 אלוביץ' נ' מדינת ישראל, פסקה 35 (14.01.2021)).

738. לאחר שהתקבלו הקלסרים וההגנה עיינה בהם, נמצא, בניגוד לטענת המשטרה והפרקליטות, שהם לא מחזיקים רק חוקים ותקנות. בניגוד מוחלט להצהרות המאשימה, הקלסרים הכילו חומר חקירה חשוב ורלבנטי להגנה שלא יסולא בפז. נשגב מבינתנו כיצד ומדוע הוחלט מלכתחילה, במהלך חריג ביותר, להחזירם בעיצומה של החקירה לרשות הגורם ממנו הם נתפסו.

739. הסתבר שהקלסרים כוללים מידע חשוב הנוגע למחלוקת מהותית בין הצדדים, כפי שהיא באה לידי ביטוי בחקירתם הנגדית של עד התביעה, מנכ"ל משרד התקשורת לשעבר, מר אבי ברגר; עדת התביעה דנה נויפלד; ועד המדינה שלמה פילבר.

740. כך, למשל, ברגר הכחיש בעדותו שעצר את הטיפול באישור עסקת בזק-יס וטען שהורה להרוץ לבאות, סמנכ"ל ההנדסה במשרד התקשורת, לעבוד על התנאים לאישור העסקה תוך שהוא נותן לכך תיעוד נמוך בשל עומס עבודה.

741. בניגוד לעדותו של ברגר, נרשם על ידו בטבלת המשימות שנמצאה בקלסרי החפיפה הסבר אחר לחלוטין מזה שנתן בחקירותיו במשטרה ובעדותו בבית המשפט להוראתו לא לטפל בבקשת יס.

742. תחת לשונית "כלכלה", נכתב לגבי עסקת בזק-יס שקיימת טיוטה (אותה מעולם לא קבלנו), אבל המשך העבודה בנוגע אליה נדחה "לאור החלפת השר וקיום הבחירות במרץ".

743. על פי המתועד בקלסרי החפיפה ובניגוד לגרסת ברגר, הטיפול בבקשה אכן נעצר, אולם בחודש נובמבר 2014 (התאריך בו נכתב הסטטוס האמור לגבי הבקשה), נרשם שהמשך העבודה נדחה לאור החלפת השר עד לאחר הבחירות שאמורות היו להתקיים בחודש מרץ 2015.

744. פרט עובדתי זה חשוב במיוחד בבחינת האישום שבענייננו. עסקת בזק-יס מהווה נדבך משמעותי וחשוב ברכיב "התמורה" והיא בגדר האדן המרכזי של טענות המאשימה בכתב האישום.

745. מכאן, שאופן הטיפול בעסקת בזק-יס במשרד התקשורת ועמדתם של הגורמים השונים במשרד טרם כניסתו של פילבר לתפקיד, עמדו במוקד החקירה וקיבלו מקום של כבוד בכתב האישום ובעדותם הראשית והנגדית במשפט של "עדי הרגולציה".

746. הם בוודאי חשובים להבנת התמונה האמיתית ביחסי משרד התקשורת וחברת בזק ולהבנה של העומד בבסיס העמדות ביחס לאישור המיזוג, במיוחד מקום בו נטען שהעסקה קודמה בניגוד לעמדת הגורמים המקצועיים.

747. חשוב להזכיר שברגר נשאל בחקירתו ברשות ני"ע על קלסרי החפיפה כאשר נחקר בנושא עמדת המשרד בעסקת בזק-יס (תמליל חקירה מיום 28.1.2018, נ/1858, עמ' 14 ש' 29). הוא השיב לשאלת החוקרת שהוא לא זוכר אם הדברים כתובים בתיק החפיפה. אף על פי כן, הנתונים שבתיק לא הוצגו לו. לא בחקירותיו במשטרה, לא ברשות ניירות ערך ולא בעדותו הראשית בבית המשפט. הדבר עלה לראשונה רק בחקירתו הנגדית.
748. מקומו של הניתוח באשר למשמעותה של הראיה והמסקנה העובדתית והמשפטית הנובעת ממנה הוא לא בבקשה דנן. אולם, עצם הדיון בעניינה, מעיד על חשיבותה ועל היותה חומר חקירה רלבנטי ביותר שבנסיבות תמוהות הוצא מחומר החקירה והוחזר לגורם ממנו נתפס ואשר רק לאחר מאבק והוראה מפורשת של בית המשפט העליון חזר ונתפס ונמסר להגנה. אז גם התגלה שבניגוד להצהרות המשטרה ובעקבותיה המאשימה, הקלסרים הכילו חומר חקירה משמעותי.
749. פרשייה נוספת שהתגלתה רק בשלב החקירה הנגדית, שנה לתוך ניהולו של הליך ההוכחות, נוגעת **לתיעוד המשא ומתן שהתנהל בין באי כוחו של עד המדינה פילבר לבין חוקרי המשטרה.**
750. גם כאן הסתבר שלא הועבר להגנה, למרות הפצרותיה והליך שניהלה בעניין, כל התיעוד הנוגע למשא ומתן שנוהל עם באי כוחו של פילבר.
751. בעניין קרוב נגענו בפרק "התשאולים הנעלמים" (ד. 5. 1 לעיל) בקשר עם התיעוד החסר מהמשא ומתן שנוהל עם פילבר ועם עורכי דינו ביום 20.2.2019. כאן נפרט על הכשלים שנפלו בהעברת תיעוד קיים על שהתרחש יום קודם לכן.
752. ביום 19.2.2018, לאחר שפילבר ביקש להתייעץ עם עורכי דינו ולאחר שסוכם שלא ייחקר עד להגעתם, הוא נחקר בקצרה והועבר לידי ההגנה תמליל חקירה של כשעה ורבע (ת/609א).
753. בשעות הצהריים הגיעו ליחידה החוקרת עורכי דינו של פילבר. מאותו רגע ועד לשעה 30: 23, כ-10 שעות לערך, לא היה כל תיעוד לשיחות שנערכו עם פילבר, לתשאול שלו ולמשא ומתן שהתנהל בעניין הסכם עד מדינה עמו או מי מטעמו. זאת, מלבד מזכר לקוני אחד, שחושף טפח ומכסה טפחיים לגבי מה שהתרחש באותו יום.
754. במזכר (סומן 87-צד ת/645) **שנערך ביום 26.2.2018 ומתיימר לתאר את הנעשה ביום 19.2.2018, כשבוע קודם לכן**, נכתב שעורכי דינו של פילבר נפגשו עם גורמי משטרה להנעת תהליך המו"מ לקראת הסכם עד מדינה.
755. סעיף 1 למזכר מתאר פגישה קודמת, שלגביה לא נמסר כל תיעוד עד לימים אלה ממש, בין עורכי דינו של פילבר לראש היאל"כ, תנ"צ אלי אסייג:

"בתאריך 19.2.18 נפגשו הגב' ציפי גז, מנהלת מחלקת מודיעין וחקירות ני"ע והח"מ עם ב"כ של העצור שלמה פילבר, עורכי הדין דרור ארד איילון ויובל נחמני (זאת בהמשך לפגישתם קודם עם ר' היאל"כ)".

756. התייעוד הבא מאותו היום הוא בשעה 30:23 (השעה מצוינת במזכר מיום 19.2.2018, ת/607ג). אז התחיל פילבר למסור את ראשי הפרקים במסגרת הסכם עד המדינה (תמליל חקירה מיום 19.2.2018, ת/609ב).

757. במהלך חקירתו הנגדית של פילבר התבקשה המאשימה לבדוק האם אכן התקיימה פגישה נוספת עם ראש היאל"כ ואם קיים תיעוד למפגש שכזה, כפי שניתן להבין ממזכרו של תנ"צ תלם מיום 26.2.2018 (ר' פרוטוקול הדיון מיום 30.5.2022 בעמוד 14875 ש' 13-22).

758. ביום 8.6.2022 הגיעה תשובתה של המאשימה. מממצאי בדיקתה עלה שקיים מזכר נוסף שלא הועבר עם חומר החקירה בתיק, ואף לא הועבר במסגרת ההליכים הארוכים של בקשות ההגנה לעיון בחומר חקירה (כפי שפורט בפרק ד.2.5 לעיל).

759. מדובר במזכר מיום 19.2.2018 (נ/2782) של החוקרת יעל אהרונוביץ, המתעד פגישה שבין עורכי דינו של עד המדינה פילבר לבין חוקרי היחידה. במזכר מתוארים חילופי הדברים בין הצדדים. המזכר מתעד את הפגישה הנעלמה שבין עורכי דינו של פילבר לבין ראש היאל"כ, תנ"צ אלי אסייג. למזכר חשיבות רבה, מפני שהוא כולל הלכה למעשה את הגרסה הראשונה שנמסרה (בתיווך עורכי הדין) מצד פילבר לרשויות החקירה. והנה, מתברר שהאמור בו סותר אמירות אחרות של העד ביחס ל"פגישת ההנחיה" אותן מסר לתנ"צ יואב תלם. יתרה מכך; לא רק מה שיש במזכר הוא בעל ערך, אלא לא פחות חשוב מכך – מה שאין בו, שהפך לימים לגרסתו של עד המדינה. מכאן חשיבותו.

760. קיומו של המזכר עומד בסתירה גמורה להצהרות המאשימה בפני בית המשפט הנכבד הזה ובפני בית המשפט העליון, לפיהן כל החומר הרלוונטי למשא ומתן שנוהל עם עדי המדינה או באי כוחם הועבר להגנה.

761. העברת חומר חקירה שחשיבותו אינה שנויה במחלוקת, הנוגע למשא ומתן שהתנהל בין עד המדינה או מי מטעמו לבין חוקרי היחידה רק בשלב כה מאוחר של ההליך, לקראת סוף חקירתו הנגדית של עד המדינה, מהווה פגיעה קשה נוספת בזכותם של המבקשים להליך הוגן.

762. המזכר הועבר רק בעקבות דברים שעלו בחקירה הנגדית שבעקבותיהם הורה בית המשפט למאשימה לנסות ולאתרו.

763. גם בהזדמנות זו ועל אף שמדובר בפגם חמור נוסף שרובץ לפתחה, ניסתה המאשימה לגלגל את האחריות למחדלה לפתחה של ההגנה. שום הכאה על חטא ולקיחת אחריות. התנהלות שמבטאת אף היא את ראיית המנהרה וההטיות בהן היא לקתה:

"אני אגיד, חברי אומרים לי ובצדק, גם בית המשפט אמר, כמובן שהיו דברים במהלך הדרך שחברי ידעו לפנות וגם קיבלו תשובות ויכלו גם לפנות לפני היום ולא לעשות רק את הדרמה כאן, בחר לעשות את הדרמה, אנחנו נבדוק"
(פרוטוקול הדיון מיום 30.5.2022 עמ' 14875 ש' 14-16)

764. נתעלם מהתבטאות המאשימה כלפי ההגנה, ונסתפק בציון החשוב: מסירת כל חומר החקירה לידי ההגנה היא בראש ובראשונה חובתה של התביעה. מסירת מסמכים הנוגעים לתהליך הפיכתו של עד לעד מדינה – כל שכן. מסירת המסמך המלמד על גרסתו הראשונה לכאורה של עד המדינה – בראש ובראשונה.

765. העובדה שהמסמך לא נמסר להגנה עד כה – היא אכן דרמה. מדובר בחומר חקירה מובהק הנוגע לגרסתו הראשונה לכאורה של עד מדינה מרכזי, שחובה היה על המאשימה לברר ולוודא שהועבר להגנה מבעוד מועד על מנת שהיא תוכל לכלכל את הגנתה. המזכר לא גולה להגנה ופגע ביכולתם של המבקשים להתגונן.

766. דוגמאות נוספות להתנהלותה השערורייתית של המאשימה בקשר עם אי גילוי של חומר חקירה רלבנטי, שמדגימות אף הן את ראיית המנהרה בה לקתה, הן רבות. רבות מאוד. שתיים מהן, לאו דווקא מרכזיות הגם שמייצגות, פשוטות לתיאור ולכן יובאו להלן אף הן.

767. בחקירתה הנגדית של עדת התביעה עמית אשל (להלן: "אשל"), עורכת באתר "וואלה", התרחש אירוע יוצא דופן, המתייחס לסיקור חקירת שרה נתניהו בפרשת המעונות (פריט 302 בנספח לכתב האישום).

768. אשל סיפרה בחקירתה במשטרה, לאחר שהוצג לה מסמך בנושא על-ידי החוקרים (ת/131), עליו חזרה וסיפרה בראיון העד שנערך לה ועל דוכן העדים, שבאותו מקרה נערכה הידיעה, בניגוד לדעתה, כך שתיטיב עם הזוג נתניהו.

769. "ההטבה" הנטענת הייתה הוספת פסקה לפיה, בכיר המקורב לזוג נתניהו שנחקר בפרשה היה נתון ללחצים מצד החוקרים להפיל את שרה נתניהו. מחומר הראיות שהוצג נראה היה שאכן אלה הם פני הדברים. אשל שלחה את הידיעה ללא הפסקה המדוברת והעורכת החזירה לה אותה ערוכה בתוספת הפסקה. התביעה אפשרה לאשל להעיד, במילים נחרצות, שמדובר בהתערבות חריגה:

"אני, זה איזה שהוא תוכן שמנסה שוב לטעון כאן איזה שהיא טענה, שהחקירה נגד שפר באותו זמן נועדה כדי להפעיל איזה שהוא לחץ על נתניהו. בעיני, בצורה הזאת, זה לא לגיטימי, איך שהיא מובאת. אם היה מביא את זה איזה שהוא כתב, אני לא יודעת, שמצליב את החומרים, יכול לבוא ואני לא יודעת, ולקבל גם תגובה, זה לא, אין, זאת לא צורה שבה מועבר מידע. ומעובד בדסק" (פרוטוקול הדיון מיום 25.10.2021, עמ' 6222 ש' 18–22).

770. בחקירה הנגדית, על יסוד חומר החקירה החדש שנחשף על ידי ההגנה בעיצומה של חקירת ישועה ושלא הוצג לעדה על ידי המאשימה, התגלתה תמונת מציאות הפוכה לחלוטין.

771. בעדותה הראשית המאשימה הציגה לעדה רק את תכתובת המייל מיום 1.12.2016 בשעה 16:04, בו העורכת, מיכל קליין, מוסיפה את הפסקה המדוברת שעוסקת בבכיר לשעבר. על בסיס מצג זה, הזמנה אשל להעיד שנעשתה התערבות חריגה בהוספת מידע המיטיב עם נתניהו.
772. בחומר החדש, שהתגלה במהלך שלב ההוכחות, התגלו שתי תכתובות מייל מוקדמות יותר, המציגות את האירוע בשלמותו: ביום 1.12.2016 בשעה 11:45 העבירה מיכל קליין את הידיעה כפי שהתקבלה בדסק החדשות של "וואלה", **בה נכללת אותה פסקה לגבי הבכיר לשעבר** (נ/1849). בשעה 15:08 מיכל קליין העבירה לישועה את נוסח הידיעה המלא, כולל אותה פסקה (נ/1850). לאחר כשעה, ב-16:04, מופיעה תכתובת המייל המסומנת ת/131, היחידה שהוצגה לאשל בחקירתה ובעדותה הראשית, בה מופיעה הידיעה כשמושמטת ממנה הפסקה המדוברת, כפי שנשלחה למיכל קליין מאשל עצמה.
773. **כלומר, מיכל קליין ערכה מחדש את הידיעה כך שתכלול את הפסקה המקורית שהייתה בה מלכתחילה, אותה אשל השמיטה.**
774. **השתלשלות האירועים האמיתית היא הפוכה מזו שהוצגה לעדה ולבית המשפט על-ידי התביעה. במקום הוספת פסקה המיטיבה עם נתניהו על-ידי עורכים, האירוע שהתרחש הוא השמטת אותה פסקה שהיתה כלולה בידיעה המקורית, על-ידי העורכת עמית אשל.**
775. אם נלך בדרכה של המאשימה, לפיה הוספת הפסקה היא התערבות חריגה לטובת נתניהו, הרי שהשמטת אותה פסקה, שהתקבלה כמידע מאומת על-ידי מערכת החדשות, היא בגדר התערבות חריגה נגד נתניהו. על חשיבות מידע זה, שהתגלה אף הוא רק בזכות החומר החדש שלא נמסר מלכתחילה להגנה, אין צורך להוסיף.
776. במהלך הדיון, תגובתה של נציגת המאשימה לדברים הייתה מעוררת השתאות. לעמדתה, המידע המלא לא הוצג לעדה משום שריענון העד לעדה נערך טרם קבלת החומר החדש (פרוטוקול הדיון מיום 25.10.2021, עמ' 6319 ש' 11–12) וכיוון שהיא מוגבלת במספר המסמכים החדשים שביכולתה להציג לעדה במהלך ריענון העד (פרוטוקול הדיון מיום 25.10.2021, עמ' 6322 ש' 12–15).
777. בהתנהלות המאשימה שעמדה ברקע הדברים נפלו, בין השאר, שני פגמים חמורים. **האחד**, העברת חומר חקירה בעל חשיבות רבה ובהיקף עצום להגנה רק בשלב ההוכחות ולאחר גילוי על ידי ההגנה. **השני**, עריכת רענון עדים באופן שחורג מן המותר, שהוביל להוראת בית-המשפט על הגבלת התביעה בהצגת עשרה מסמכים חדשים בלבד.
778. שני פגמים אלו הפכו בהמשך לתירוץ בידי המאשימה לאי-הצגת התמונה המלאה לעדים והזמנתם להעיד בפני בית המשפט עדות שאינה נאמנה למציאות.
779. וכך מצאה עצמה המאשימה מאפשרת לעדת התביעה מטעמה להעיד עדות שאינה נכונה, כשהיא מתכסה בטיעונים שונים ומשונים. ושוב אילו לא היתה עושה ההגנה מלאכתה, נדמה שהתביעה

הכללית במדינת ישראל לא היתה מוטרת כלל מהאפשרות שחלילה ייקבע ממצא שגוי על ידי בית המשפט הנכבד, כשהיא יודעת את מצב הדברים לאשורו.

780. שוו בנפשכם את המצג שהיה מונח בפני בית המשפט הנכבד אלמלא נאלצה המאשימה להעביר להגנה חומר חקירה רלבנטי ומהותי על פי הוראת בית המשפט הנכבד. כך בדוגמא פשוטה זו, וכך במקרים רבים מספור שהתרחשו במהלך פרשת התביעה עד כה.

781. דוגמא נוספת היא באירוע עליו העיד שלמה פילבר. האישום מתאר את הפעולות הנטענות שנקט פילבר בקשר לענייניו של המבקש, בהן דחיית יישום רפורמת הטלפוניה בשנה, בהתאם לאינטרס של בזק (סעיף 79א' לכתב האישום).

782. בעדותו הראשית של עד המדינה, הציגה בפניו המאשימה את העמדה לפיה הוא קיבל "אור ירוק" מעו"ד אבי ליכט, המשנה ליועמ"ש, לקידום הרפורמה בטלפוניה כבר בחודש אפריל 2016. לצורך תמיכה בטענתה היא הציגה בפניו מייל שסומן ת/544.

783. על פי הטענה, מתוך רצון להיטיב עם "בזק" כנטען באישום, למרות שקיבל "אור ירוק" לקדם את הרפורמה, הוא לא עשה כן. פילבר אישר את הדברים:

ש. אני מציגה לך באמת תכתובת מאפריל 2016 בין משרד התקשורת למחלקה של אבי ליכט לגבי מתווה להחלטה מיידית בריסייל. ת/544, ברקוד 3315,

ת. זה כנראה כבר אופציה 2, זאת אומרת ניסיון שני.

ש. זאת החלטה במחלוקת שנוצרה,

ת. כן.

ש. יש פה החלטה, כתוב כאן 'על דעתו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה הריני להשיבכם', ויש כאן החלטה. בעצם ההחלטה, אם אני מבינה אותה נכון, אפשר לקרוא את כולה, אבל ההחלטה היא שיש לך אור ירוק לצאת ליישום הרפורמה באופן מידי במחירים שהוסכם לגביהם, כשבהמשך יהיה שימוע מאוחר וככל שיהיה צורך, יהיה קיזוז במחירים. זאת אומרת כרגע אומרים לך 'צא לדרך המפתחות בפנים, במחירים שעליהם דובר, ואחר כך תעשו שימוע ובהחלטה בשימוע תתקזזו במחירים'. נכון?

ת. כן. נכון.

ש. אבל תסכים איתי מר פילבר, שבמועד הזה, גם חודשים לאחר מכן,

ת. לא הייתה הסכמה על המחיר.

ש. הרפורמה, אתה לא צריך עכשיו הסכמה. יש לך פה אור ירוק לצאת לדרך עם המחירים שהוסכמו כבר,

ת. נכון.

ש. כשהשימוע, יהיה בהמשך.

ת. נכון.

ש. אבל אתה לא יוצא לדרך בשלב הזה וגם לא חודשים אחר כך, למרות במתווה שכבר אושר, למרות שאתה יכול לעשות את זה. נכון?

ת. נכון. (פרוטוקול הדיון מיום 30.3.2022, עמ' 12344 ש' 4 עד עמ' 12345 ש' 2).

784. למרות שמלוא הנתונים היו מצויים בפניה, המאשימה לא הציגה לעד המדינה את התמונה האמיתית המצטיירת מהמסמכים שהיו ברשותה. היא אף נמנעה מהצגתם באמצעות העד לבית המשפט במהלך עדותו. היא הסתפקה בהצגת מסמך אחד (ת/544) מבין שלל מסמכים קשורים, אשר מציירים תמונה הסותרת לחלוטין את הטענה שהציגה לבית המשפט באמצעותו של העד.

785. כך, בחקירתו הנגדית הוצג לעד שביום 5.5.2016, ימים מספר לאחר המייל שהתקבל מאבי ליכט, התקבלה במחלקה המשפטית במשרד התקשורת טיוטת מייל מאת המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, עו"ד דינה זילבר, ובה טיוטת חוות הדעת בעניין ניגוד העניינים של ראש הממשלה (המסמך הוגש לבית המשפט וסומן נ/2608).

786. בטיוטה נכתב שיש להשהות את הטיפול בנושאים הנוגעים לבזק, בהם רפורמת הטלפוניה, עד שיועברו לטיפולו של שר אחר:

"בנקודת הזמן הנוכחית, ניתן לקבוע כי יהיה צורך להעביר לשר אחר את הטיפול בעניינים הבאים המופיעים בתכנית העבודה של המשרד: א. יישום מדיניות השוק הסיטונאי על חברת בזק (תעריפים, תיק שירות, ביטול הפרדה מבנית)".

787. עוד הסתבר שביום 8.5.2016, שלושה ימים בלבד לאחר המייל מעו"ד דינה זילבר, התקיים דיון במשרד התקשורת, בו הודיע פילבר לנוכחים שרפורמת הטלפוניה מושהית עד לקבלת החלטת משרד המשפטים בנושא ניגוד העניינים (המסמך הוגש לבית המשפט וסומן נ/2609). בסעיף 3 לסיכום הדיון נרשם:

"סוכם כי סט המסמכים יועבר ליועצת המשפטית על מנת שתעביר להחלטת משרד המשפטים בנוגע לסוגיית ניגוד העניינים של השר לעניין זה. המנכ"ל יצרף מכתב נימוקים ליועץ המשפטי לממשלה".

788. ביום 22.5.2016, נשלחה במייל החלטת משרד המשפטים למחלקה המשפטית במשרד התקשורת ולמנכ"ל פילבר, לפיה הטיפול בסוגיית הטלפוניה יעבור לשר יריב לוין (נ/2610). עובדה זו הביאה לעיכוב נוסף בתהליך.

789. הטיפול אכן התעכב, וכך, מתוך המסמכים שהיו מצויים בידי המאשימה, עולה שהתהליך לא התקדם גם נכון ליום 19.6.2016, אז התקיימה ישיבה בעניין במשרד התקשורת. בסיכום הישיבה (נ/2611), נכתב:

"טלפוניה: אם יאשרו במשרד המשפטים תצא ההחלטה והשימוע. במידה ולא תתקבל החלטה, נוציא את השימוע בלבד".

790. בחודש יולי נקבע שהשר צחי הנגבי יקבל את כל הסמכויות הקשורות בעניינה של בזק. כניסתו של השר הנגבי הביאה לעיכוב נוסף לאחר שהיה עליו ללמוד את החומר ולאשר את הרפורמה.

791. בהמשך, ביקש נציג משרד האוצר, מר אסף וסרצוג, לעיין במסמכי הטלפוניה (נ/2614). במענה לבקשתו, כתב פילבר במייל מיום 6.10.2016 את הדברים הבאים:

"המסמכים מוכנים כבר מחודש אפריל ונתקעו רק בגלל סוגיית ניגוד העניינים שמ. המשפטים עיכב".

792. ממסמכים אלה, שהיו כולם בידי המאשימה בחומר החקירה ולא הוצגו לעד ולבית המשפט, עולה תמונה הפוכה לזו שהוצגה לעד ולבית המשפט בעדות הראשית. הסתבר שמייד לאחר המייל מעו"ד אבי ליכט שהוריד את 'בלם היד' שעצר את קידום הרפורמה בטלפוניה, הוא הורס שוב ביוזמת משרד המשפטים בשל עיסוקם בנושא הסדר ניגוד העניינים של נתניהו. למרות זאת, הורה פילבר להיערך לקראת קידומה המהיר של הטלפוניה ברגע שאפשר יהיה לעשות כן עם חילופי השרים.

793. השתלשלות האירועים המלאה הוצגה לפילבר במלואה במהלך החקירה הנגדית. הוא נשאל מדוע אישר בעדותו לתביעה את אשר ביקשה ושעומד בסתירה למסמכים מזמן אמת, וענה שעשה כן על בסיס הניירות שהתובעת הציגה לו:

ש. אני מפנה עכשיו ואת זה אני כן רוצה להקריא לך לעמוד 12,344 לפרוטוקול. בוא תראה את המהלך. יש כאן החלטה אומרת התביעה הכללית, כתוב כאן על דעתו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה הרינו להשיבכם, יש כאן החלטה בעצם ההחלטה אם אני מבינה אותה נכון אפשר לקרוא את כולה אבל ההחלטה היא שיש לך אור ירוק לצאת ליישום הרפורמה באופן מידי במחירים שהוסכם לגביהם שבהמשך יהיה שימוע מאוחר וככל שיהיה צורך יהיה קיזוז במחירים. זאת אומרת, כרגע אומרים לך צא לדרך המפתחות בפנים, במחירים שעליהם דובר אחר כך תעשו שימוע לדלתא שבמחלוקת בסדר? זה תוספת שלי, סליחה, הדלתא שבמחלוקת. בהחלטה בשימוע תקיזוז במחירים, נכון? אבל תסכים איתי מר פילבר שבמועד הזה, גם חודשים לאחר מכן תשובה, לא הייתה הסכמה על

המחיר. שאלה - הרפורמה אתה לא צריך עכשיו הסכמה, יש לך פה אור ירוק לצאת לדרך עם המחירים שהוסכמו כבר. תשובה - נכון. כשהשימוע יהיה בהמשך? תשובה - נכון. שאלה - אבל אתה לא יוצא לדרך בשלב הזה וגם לא חודשים אחר כך למרות שבמתווה שכבר אושר, למרות שאתה יכול לעשות את זה נכון? פרופוזיציה, תביעה, דיוק, למרות שאתה יכול לעשות את זה נכון? תשובה - נכון. ראה זה פלא, הכל נכון. נכון?

ת. מה שהיא מציגה לי פה אז אני אומר שאני מאשר לה את הדברים שהיא הציגה לי פה אבל כמו שאתה אומר,

ש. אבל אני אומר שכל תשובה שנתת לה, על כל פרופוזיציה היא לא נכון והתשובה שלה הייתה צריכה להיות לא נכון ואני אראה לך עכשיו מיד. תתחיל אתה ותיכף אני,

ת. אני אומר שאני אישרתי את הדברים כמו שהם על בסיס הניירות שהציגו לי ומה שאני זכרתי באותו זמן והוויכוח שלי כל הזמן, זאת אומרת, הרוח של החקירה כלפי בנושא של הטלפוניה הייתה אם אתה מעז לעכל, לדחות ביום אחד או להוריד בשקל אחד את המחיר אתה הטבת עם בזק, עכשיו נגד זה אין לך מה להגיב (פרוטוקול הדיון מיום 9.5.2022, עמ' 13636 ש' 8 עד עמ' 13637 ש' 6) (ההדגשות הוספו – הח"מ).

794. שוב נזכיר שעניינה של הבקשה הוא לא במשמעות הראייתית של הדברים שהוצגו לעיל. עניינה הוא, בין היתר, בהתנהלות המאשימה אשר לא פעם הציגה בפני בית המשפט באמצעות עדיה מצגים שחומר החקירה שבידה סותר אותם לחלוטין. החומר לא הוצג על ידה לעדים ולא הוצג על ידה לבית המשפט הנכבד. כזאת לא יעשה.

795. מקרים אלה אותם פירטנו מדגימים אף הם את דרך הילוכם של גורמי אכיפת החוק בפרשה. הם התעלמו מכל ראיה ומכל עובדה שלא התיישבו עם התזה המפלילה. שבויים בקונספציה ולוקים בלהיטות יתר לאשש את אשמת החשודים, הם נמנעו מלבצע חקירה עניינית ומקיפה; לתפוס חומר רלבנטי ומזכה; גם במקרים שחומר כזה היה על שולחנם, הם התעלמו ממנו.

796. כך היה בחקירת המשטרה שלוותה על ידי הפרקליטות, ולמרבה הצער, שבוייה באותה קונספציה ולהיטות יתר, העתיקה הפרקליטות התנהלות שערורייתית ופסולה זו גם למשפט עצמו.

797. במקרה אחד, לא נמסר חומר חקירה מהותי ביותר משום שהמאשימה "רפרפה" עליו והגיעה למסקנה שאין למסור אותו להגנה; או בדוגמא אחרת שהראינו, היא לא מסרה חומר חקירה מהותי עד שקיומו התגלה במהלך החקירה הנגדית. במקרה שני, הוצא מהתיק והוחזר חומר חקירה מהותי ביותר לאדם ממנו הוא נתפס בתואנה שאין בו חומר רלבנטי. צריך היה את התערבות בית המשפט העליון כדי שהחומר יושב לתיק, יימסר להגנה וזו תוכל להציגו לבית המשפט בניסיון לסתור את

טענות התביעה. במקרה שלישי, לא הוצג חומר חקירה מהותי לעדת תביעה בתואנה שלא ניתן היה להציג לה אותו בראיון העדה, עובדה שלא מנעה מהמאשימה להעיד אותה על בסיס נתונים חלקיים שהביאו אותה להעיד עדות שאינה נאמנה למציאות. במקרה רביעי אותו הבאנו כאן, אף זאת רק כדוגמא מייצגת, אפשרה המאשימה לעד מרכזי להעיד בסוגיה מרכזית לאישום, עדות שאינה נכונה, כשהיא מציגה לו מסמך אחד ונמנעת מלהציג לו רשימה ארוכה של מסמכים אחרים שבידה שסותרים את הטענה מכל וכל. במקרה חמישי, הועברו תמלילים חלקיים החסרים במקומות קריטיים כשהמאשימה מסרבת למסור את התמלילים המלאים שברשותה עד שבית המשפט העליון חייב אותה לעשות כן.

798. כאמור, אלה הן רק דוגמאות מייצגות לדרך הילוכה הקלוקל של המאשימה. כאלה יש רבות נוספות. מושכלות יסוד של ההליך הפלילי הן כי על התביעה לגלות בפני ההגנה את כל חומר החקירה הרלבנטי למשפט. מקל וחומר שחובתה של התביעה לגלות להגנה על אודות חומר שהוא חיוני להגנת הנאשמים. מעל כל אלה חובתה של המאשימה לסייע לבית המשפט לעשות משפט ואסור לה, כשהיא חוטאת לחובתה זו, להביא בפניו באמצעות עדיה מצגים לא נכונים שנסתרים על ידי מסמכים שבידה.

3.1. התנהלות פסולה בראיונות עדים

799. בהתאם לנהוג במשפט הישראלי, התביעה רשאית להיפגש עם עדיה בטרם העדתם במשפט, בעיקר במטרה לרענן את זיכרונם.

800. לצד זאת, שבו בתי המשפט והדגישו את הסכנות והחששות הרבים הטמונים במפגש של התובע עם עדיו, בראשם החשש שהמפגש עם העד יגלוש להשלמת חקירה אסורה.

801. כך התייחסה לכך הפסיקה:

"מוסד הראיון נעדר אותם בלמים ומנגנוני איזון מוסדיים (המובנים בדפוסי הפעולה של הרשות החוקרת), שנועדו להבטיח את הליך בירור האמת בשלב המשפט עצמו במעמד הצדדים, כגון: חובת רישום החקירה, חובת חתימת החוקר על ההודעה, חתימת העד על ההודעה, החובה על הנחקר להשיב נכונה [...]". (ת"פ (מחוזי י-ם) 417/97 מדינת ישראל נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ (18.12.2001); ראו גם, ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ', פ"ד נט(6) 776, 845 (2005)).

802. עמד על כך גם ד"ר ואקי בספרו "דיני ראיות":

"במפגש של התובע עם עדיו [טמונות] גם סכנות והוא מעורר שני חששות עיקריים. הראשון, חשש פן יגלוש הראיון להליך חקירה, בהיעדר מנגנוני פיקוח וכללים מרסנים הנוגעים להליך החקירה. השני, עניינו בחשש מפני הדרכת העד או למצער הבניית הזיכרון שלו, באופן שיקשה על בית המשפט

להתרשם נכוחה ממהימנות העדות, ואם נבעה העדות מזכרונו של העד או הושפעה מהריאיון. מעבר לחששות הללו, שעניינם פגיעה אפשרית בחשיפת האמת, טמונה במפגש המוקדם עם העד גם סכנה לפגיעה בזכותו של הנאשם להליך הוגן, ודאי כאשר עולים בריאיון פרטים חדשים ומהותיים שאינם מועברים לידיעת ההגנה" (יניב ואקי דיני ראיות, כרך ב, בעמ' 4444 (2020)).

803. יוצא אם כן, שפעולות שחורגות מגדרי המותר בריאיון, משפיעות לרעה גם על מידת המהימנות שניתן לייחס לעד ועל משקלה של העדות. העיקר לעניין בקשה זו, הוא שיש בפעולות אלה לפגוע בזכותם של המבקשים להליך הוגן.

804. פעולות החורגות מגדר המותר פוגעות ביכולתו של בית המשפט לחשוף את האמת, ובמקרים מסוימים יש בהן אף לסלפה.

805. אחד החששות העיקריים, הוא ערבוב סמכויות של הגוף החוקר ושל הגוף התובע. על כן, אחד מכללי האיסור הברורים ביותר בקשר לפרקטיקה של רענון עד הוא איסור על ביצוע פעולות שהן פעולות חקירה במהותן (בש"פ 687/00 מסיקה נ' מדינת ישראל (3.2.2000)).

806. עמד על כך ד"ר ואקי בספרו:

"ניתן לקבוע באופן קטיגורי את גבולות האסור בריאיון. כך, ניתן לקבוע כי אסור בכל מקרה להדריך את העד באשר לתוכן עדותו, לשים מילים בפיו ולהורות לו את אשר יאמר בעדותו. אסור לתובע לנצל במכוון את הריאיון להשלמת חקירה. ריאיון עד אינו חלק מן החקירה והמפגש לא נועד לאסוף ראיות חדשות" (ואקי, דיני ראיות, שם, בעמ' 3333).

807. חרף זאת, בתיק דנן הפכה התביעה את המפגשים עם עדי תביעה מרכזיים להשלמת חקירה אסורה.

808. הפסיקה שבה והדגישה שריאיון של עד לא נועד להשלמת חקירה, ויש להימנע מהרחבת היריעה אל עבר נושאים, מסמכים וראיות אחרות שהעדים כלל לא נשאלו אודותם בחקירה (פרשת **בורוביץ'**, שם, בעמ' 846; ואקי, **"דיני ראיות"**, שם, בעמ' 333).

809. חרף האמור ובניגוד להלכה הפסוקה, במהלך הריענון שערכה התביעה עם עדיה, היא הציגה להם מסמכים רבים ושאלות שלא הוצגו להם במהלך חקירתם במשטרה.

810. לא מדובר בשאלות בעניינים טכניים או משניים, אלא בנושאים מהותיים לליבת המחלוקת שבין הצדדים.

811. אחד המקרים הבוטים, אך לא היחידים, בהם ריענון העד הפך להשלמת חקירה, היה בעניינו של העד המרכזי אילן ישועה.

812. ישועה נחקר במשטרה תשע פעמים, במשך שנה שלמה. תמלילי הודעותיו מתפרשים על פני 1,361 עמודים. כל תוכן הטלפון הנייד שלו היה פרוש בפני החוקרים. למרות זאת, הוא נחקר במשטרה בסך הכל על כ-34 תכתובות מימים שונים, 5 שיחות מוקלטות ואף לא על כתבת סיקור אחת.
813. כך נהגה המשטרה בליווי הפרקליטות במשפט בו מועלות טענות תקדימיות לפיהן, טובת ההנאה הנטענת היא 'סיקור אוהד' (בשלב חקירת המשטרה) אשר שינתה פניה ל'היענות חריגה' (בכתב האישום).
814. הטענה התקדימית נשענה על עדותו של העד המרכזי אילן ישועה, מנכ"ל וואלה, אותו בחרה התביעה להעלות לעדות כעד התביעה הראשון. הוא היה אמור להניח את התשתית לטענת התביעה בסוגיה.
815. למחדל של אי העברת חומר שהופק וסתר את עדותו התייחסו בפרק קודם. בנקודה זו טענתנו מתמקדת בראיונות שנערכו עם העד במשרדי הפרקליטות, במהלכם ביקשה המאשימה להשלים את חקירתו בנושאים שהם מהותיים לליבת המחלוקת ויורדים לשורשו של עניין.
816. מעדותו עולה שבמשך שבועות ארוכים ניתנה לו האפשרות לקרוא ולשנן את הודעותיו לקראת עדותו. בכך הושלם הליך "רענון הזיכרון" של העד שזו מטרתו העיקרית של ראיון העד. ברם, לאחר מכן ובמשך תקופה נוספת של שבעה ימים, נחקר העד, ממש כך, במשרדי הפרקליטות שלא כדין מבוקר עד ערב.
817. במפגשים אלה הוצגו לו למעלה מ-70 ימי תכתובות, 34 שיחות מוקלטות נוספות וכ-70 מוצגים שונים המכילים כתבות סיקור, תמונות ומיילים, בהיקף של מאות עמודים, שלא הוצגו לו בחקירותיו במשטרה והוא נדרש להתייחס אליהם, לראשונה, במשרדי הפרקליטות.
818. הלכה למעשה, מדובר היה בהשלמת חקירה שבוצעה בניגוד לדין. כאמור לעיל, רענון עד לא נועד להשלמת חקירה. באותו מקרה של עד תביעה מרכזי נערכה השלמת חקירה לא חוקית, שלא לפי הכללים החלים על חקירה: ללא תיעוד מצולם ומוקלט, ללא תמליל מלא של הדברים, ללא תיעוד מסמכים שהוגשו או נערכו במהלך החקירה ובהיעדר מנגנוני פיקוח וכללים מרסנים הנוגעים להליך החקירה.
819. במהלך חקירתו התברר גם שמידע מהותי שעלה מהריענון שנערך עם העד, לא נמסר להגנה.
820. במהלך חקירתו הנגדית של ישועה על-ידי ב"כ נתניהו, התגלה שבמהלך ריענון העד נערך שיח בינו לבין המאשימה בנוגע לקווי הגנה, ואף נערכה תרשומת על ידי העד, בזמן אמת, של קווי ההגנה שהוצגו לו על-ידי המאשימה. מידע זה לא גולה להגנה על-ידי המאשימה.
821. המאשימה מסרה להגנה מזכר ראיון עד באורך של שבעה עמודים בלבד מתוך שבעת ימי חקירתו במשרדה, שלא כולל, ולו במילה, את העובדה שהיא שוחחה עמו על קווי הגנה אפשריים.

822. העניין נודע להגנה רק במקרה, מתוך תשובותיו של העד, וזאת בשלב מתקדם במהלך חקירתו הנגדית.
823. בהתאם להלכה הפסוקה, ככל שהעד מוסיף במהלך המפגש עם התובע פרטים רלבנטיים ומהותיים יש לערוך תרשומת של הפרטים הנוספים ולהביאה לידיעת ההגנה מיד לאחר הריאיון (בש"פ 6507/09 קצב נ' מדינת ישראל (13.9.2009)).
824. לא מדובר בעניינים טכניים או משניים שלא חלה לגביהם חובת גילוי, אלא בנושאים שהם בליבת המחלוקת, כפי שיפורט להלן.
825. חשוב לעמוד על השתלשלות העניינים: רענון העד לישועה נמשך שבעה ימים תמימים ומזכר הרענון נמסר להגנה ביום 21.3.2021; תחילת עדותו של העד ביום 5.4.2021 ותחילת החקירה הנגדית ביום 4.5.2021; העד נחקר על-ידי ב"כ נתניהו, עו"ד בן צור, לאחר חקירותיהם הנגדיות של ב"כ שהחלה ביום 25.5.2021.
826. רק במהלך עדותו ביום 25.5.2021 נודע להגנה לראשונה על שיח קווי ההגנה בין העד לבין המאשימה (פרוטוקול הדיון מיום 25.5.2021, בעמ' 2264–2667).
827. למחרת, בדיון שנערך ביום 26.5.2021, הביא ישועה לבית המשפט, לבקשת ההגנה ובהוראת בית המשפט, את התרשומת שערך בפתק בזמן ראיון העד. לדבריו, הפתק כלל תרשומת לגבי קווי הגנה כפי שהוצגו לו על-ידי נציגי המאשימה וכן הערות שלו לגבי שיח עם עורך דינו. לאחר דין ודברים, הורה בית המשפט הנכבד להעביר את התרשומת הנוגעת לקווי הגנה בלבד לידי ההגנה (החלטת בית המשפט בפרוטוקול הדיון מיום 26.5.2021, עמ' 2752).
828. בדיון שלאחר מכן, שנערך ביום 31.5.2021, הביא העד את התרשומת שערך, ללא החלק שרשם לקראת היוועצות בינו לבין עורכי דינו.
- התרשומת המקורית הוגשה לבית המשפט וסומנה נ/261א.
- המסמך המודפס שהגיש ישועה בנוגע לקווי הגנה בלבד הוגש לבית המשפט וסומן נ/261ב.
829. לאחר הגשת המסמך העד נחקר נגדית על תוכנו, ואישר, בין השאר, שהתביעה שוחחה עימו על קווי הגנה בנוגע לעסקת יד 2 והאינטרס הכספי של ישועה בה; על פערים בהודעות של העד; על פערים בין גרסתו לגרסת המבקש באירוע "הפגישה הלילית"; על מחיקת סמסים על ידו; על דמותו כפי שתוצג על-ידי ההגנה; על כך שהעד החליט להפסיק לשתף פעולה רק כשחשש מחקירה פלילית; שלעד חלק מרכזי יותר בסיפור מכפי שהוא מציג את עצמו בחקירה; שההגנה תאמר לעד שהוא "שמאלני ואנטי ביבי"; שהמבקשים לא רצו להרגיז את רה"מ; ועל קשרים עסקיים עם ניר חפץ.

830. "רענון העד" שהיה הלכה למעשה השלמת חקירה בלתי חוקית, מהווה סימפטום נוסף ללהיטות היתר ותוצאותיה הקשות שמאפיינים את התנהלות המאשימה בפרשה זו, אשר גורמת לה לחצות פעם אחר פעם את גבולות המותר והלגיטימי.
831. השלמת החקירה נערכה במטרה לבצע "מקצה שיפורים" לעדותו במשטרה, לפני שזו באה בפני בית המשפט, בכדי שתתאים לתזת התביעה המשתנה.
832. טעם נוסף של השלמת חקירה זו היה לאפשר למאשימה להעיד את העד על עשרות אירועים שלגביהם לא מסר גרסה במהלך החקירה – שאחרת ברי כי בית המשפט הנכבד לא היה מאפשר למאשימה לגבות לראשונה גרסה מעד תביעה מרכזי על דוכן העדים. אלא, שבניגוד לדרך המלך – גביית הגרסה במהלך חקירה, על כל הערובות הדיוניות שדרך זו מציעה – בחרה המאשימה, בניגוד להנחיה הפסוקה, לבצעה במשרדיה.
833. באי גילוי המידע החיוני להגנה, הוסיפה התביעה וחטאה. לא רק שהתביעה בניגוד לסמכותה ביצעה השלמת חקירה אסורה, אלא שלא גילתה להגנה ולבית המשפט הנכבד שכך נהגה.
834. דרך התנהלותה של התביעה מדגימה את החששות עליהם עמדו שופטים ומלומדים בפסיקה ובספרות המשפטית. חששות שלצערנו התאמתו: ריענון העד גלש להליך חקירה מאולתר ללא מנגנוני פיקוח וכללים מוסדיים; לא דובר היה אך בריענון, אלא בהדרכת העד והבניית הזיכרון שלו באופן שמקשה על בית המשפט להתרשם ממנהימותו; החומר לא גולה להגנה ולבית המשפט ובכך נפגעת ההגנה ונפגעת יכולתו של בית המשפט לרדת לחקר האמת.

ז. מכת "הדלפות" חסרת תקדים ותדרוכים אסורים

1.1. רקע ומבוא

835. מעטות הן הפרשות, אם בכלל, אשר העיסוק התקשורתי בהן היה כה רב ואינטנסיבי כמו בתיק זה.

836. מדובר בסיקור חריג בכל קנה מידה, שמתאפיין בשניים :

א. הדלפות מגמתיות ובלתי פוסקות של חומרי חקירה מצד גורמי האכיפה ;

ב. פרסומים חריגים בהיקפם ובתדירותם, חלק גדול מהם שקרי, אשר יצרו "אווירה ציבורית עוינת" ו"שפיטה מוקדמת" של המבקשים ;

837. כל אחד מאלה מצדיק את ביטולו של כתב האישום מחמת הגנה מן הצדק.

838. על הסכנה שבהשפעת ההדלפות והפרסומים על הליך החקירה ועל ההליך השיפוטי, עמד בית המשפט העליון :

"משפט שדה' עלול ליצור הטיית דעת הקהל נגד מי שעניינו תלוי ועומד בחקירות במשטרה ומי שעניינו תלוי ועומד בבית המשפט וכן עלול הוא להשפיע על בית המשפט [...] [ו] לדרוס ברגל גסה את זכותו של אדם למשפט הוגן" (ע"פ 3372/11 קצב נ' מדינת ישראל (10.11.2011), בפסקה 391 לפסק דינו של כב' השופט ג'ובראן).

839. אמנם טבעי שתיק המתנהל כנגד ראש ממשלה, יעורר עניין ציבורי ויגרור עיסוק תקשורתי רב מאוד. אולם, גם בהינתן העניין הציבורי הרב וההליטימי בחקירה ובמשפט, במקרה דנן נחצה הגבול באופן חסר תקדים. לא רק בנוגע להיקפם ולתדירותם של הפרסומים, אלא גם בניסיונות המכוונים של גורמי אכיפה להשפיע באופן פסול על מקבלי החלטות, על עדים ועל שופטים.

840. ייחודו של הסיקור הוא גם במעורבותם החריגה וחסרת התקדים של גורמי אכיפת החוק ועדים בסיקור התקשורתי, ובתרומתם יוצאת הדופן לליני' התקשורתי שנערך כנגד המבקשים והנאשמים האחרים בתיק.

841. על התנהלות שכזו התריע בעבר בית המשפט העליון :

"אין זה מתקבל על הדעת שגורמי אכיפת החוק יגררו, על כורחם או חלילה בכוונת מכוון, אל הזירה התקשורתית. אכן, נדרשים הם למסור לציבור דין וחשבון על פעולתם. על עשייתם להיות נגישה ומובנת לכלל. עיקר-יסוד הוא בדמוקרטיה הדליברטיבית, זו המבוססת על שיח רחב היקף ומעמיק. הדבר מתחייב מהיותם של פרנסי הציבור – משרתיו. ברם, זאת נדרשים גורמי האכיפה לעשות באורח ענייני ומנומק, במידה הנחוצה בלבד, ובאמצעי שיש בו

לשקף את מעמדם הממלכתי. אל להם ליטול חלק בפולמוס המתנהל מעל גלי האתר, או לשלוח ידם במלחמת גרסאות מכל סוג שהוא, ואפילו ששה העיתונות לתת לכך במה. אין זה מתפקידם לעשות נפשות לעמדתם או לעמתה מול אלו המצויות מעברו השני של המתרס. ונכונים הדברים שבעתיים שעה שענינו של נאשם עודו תלוי ועומד, וטרם הוכרע. אכן, שלא כמתלוננים, אף לא כבאי-כוחם של נאשמים, גורמי התביעה אסורים בכבלים בהם כובל אותם תפקידם" (בג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה (26.2.2008), בפסקה 68 לפסק דינו של כב' השופט לוי).

842. מתחילתה של החקירה, עבור דרך השלב בו התיק עבר לטיפול הבלעדי של התביעה וכלה בשלב המשפט, לרבות לאחרונה ממש – התאפיינה הפרשה בהדלפות בלתי פוסקות ובמסע תדרוכים אינטנסיבי ופסול החורג מרחק ת"ק פרסה מהמקובל והמותר.

843. בפסיקה הודגש כי "הדלפה מחדרי החקירות, בעיקר בחקירות רגישות ומתקשרות, היא רעה חולה. בכך יש לפגוע לא רק בזכות החשוד להליך הוגן, אלא גם באינטרס הציבורי בניהול חקירה תקינה שתניב תוצאות וכן באמון הציבור ברשויות האכיפה והתביעה, שהחקירה היא אובייקטיבית ונטולת משוא פנים, וכי ההליך נקי וחותר לחקר האמת" (בג"ץ 1736/10 ליברמן נ' ראש מח"ש (2.10.2021), בפסקה כ"ג לפסק הדין).

844. בעניין פלונית הוטעם שעריכת "משפט שדה של הציבור" לנאשמים באמצעות תקשורת, עולה כדי פגיעה בטוהר ההליך השיפוטי אשר גוררת עימה פגיעה בזכות של הנאשם להליך הוגן:

"תכליתו של 'משפט שדה' כזה היא הטיית דעת הקהל כנגד מי שעניינו תלוי ועומד בבית-המשפט והשפעה על בית המשפט. יש בו כדי לדרוס ברגל גסה את זכותו של אדם למשפט הוגן" (בג"ץ 1284/99 פלונית נ' ראש המטה הכללי, פ"ד נג(2) 62, 76 (1999)).

845. גם בפרשות אחרות עמד בית המשפט העליון על הסיכון שביצירת דעת קהל עוינת ו"אווירה של לינץ" נגד נאשמים בטרם הוכרע משפטם, ועל כך שנסיבות כאלה עומדות בסתירה לקיומו של הליך הוגן. באותן פרשות הודגש שאין זה משנה מי גרם לכך – דוברים או מדליפים (ע"פ 325/76 סיבוני נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(2) 828, 834 (1977); ע"פ 3372/11 קצב נ' מדינת ישראל (10.11.2011), בפסקה 391 לפסק דינו של כב' השופט ג'ובראן).

846. במשפט קצב נדחתה בקשת ההגנה לביטול כתב האישום מחמת הגנה מן הצדק, אולם מטעמים שאינם תקפים בענייננו.

847. ראשית, מהסיבה ששם דובר בפרסומים שהתייחסו לשלב שקדם למשפט ואשר לא עסקו במשפט עצמו; בעוד שבענייננו, כפי שיתואר להלן, הפרסומים נעשו גם בשלב המשפט ועסקו באופן ספציפי

בהערכת העדויות שנשמעו בו, בטרם נשמעו בבית המשפט ואף הטילו מורא על עדים, כפי שיפורט בהמשך.

848. בשורה של פסקי דין, לרבות בפסק הדין בעניין קצב, עמדו בתי המשפט על הסכנה המיוחדת שיש בפרסומים תקשורתיים הנוגעים למשפט עצמו והודגש שבפרסומים כאלה, בניגוד לפרסומים שקדמו למשפט, יש חשש ממשי להשפעה על בית משפט מקצועי (שם), בפסקה 395 לפסק דינו של כב' השופט ג'ובראן).

849. שנית, מהטעם שהיחס בין הפרסומים לראיות שהוגשו במסגרת המשפט היה כזה שצמצם את החשש להשפעתם על בית המשפט; בענייננו היחס הוא הפוך. כמות הפרסומים ואיכותם עולה לאין שיעור מכמותן ואיכותן של הראיות שהוגשו לבית המשפט.

850. יתר על כן, בשונה מהתיק בענייננו של קצב, ענייננו הוא בהערכה של ראיות נסיבתיות, ובשאלה אם ממכלול הראיות מצטיירת תמונה מפלילה אם לאו. בתיקים מסוג זה, האפשרות להשפעה גדולה יותר.

851. מבוקר עד ערב, כמעט מידי יום, לאורך תקופה ארוכה של שנים, נערכו כתבות והודלפו עדויות, שמטרתן הייתה להשפיע על מהלך החקירה והמשפט ועל דעתם על השופטים ולטעת בראשם מסקנה אחת ויחידה, בעוד הראיות מצביעות על תרחישי חפות רבים.

852. הפרסומים וההדלפות בתיק חריגים לא רק מבחינת כמותם אלא גם מבחינת איכותם. כפי שנראה להלן, הפגיעה בטוהר ההליך השיפוטי והפגיעה בזכות היסודית של המבקשים שלא להיות מורשעים ב"משפט שדה" בטרם נערך משפטם, מתחדדות לא רק בשל כמות הפרסומים העצומה אלא גם בשל תוכנם ומשקלם.

853. הפרסומים וההדלפות בתיק כללו מגוון רב של חומר, לרבות פרטים מוכמנים מחדרי החקירות; פרטים חסויים; הדלפת התייעצויות בין הפרקליטים אשר טיפלו בתיק; הדלפת דעתם והתייחסותם של פרקליטים בכירים באשר לתשתית הראייתית הקיימת לשיטתם בתיק; פרטים מגמתיים מעדותם של עדי מפתח; גרסתם של עדים בטרם נגבתה מהם הודעה; ועוד.

854. השתלשלות העניינים שתואר להלן, מצביעה על כך שרבות מההדלפות בוצעו שעה שהחומר שהודלף היה בחזקתן הבלעדית של רשויות החקירה והתביעה, או בשליטתן הבלעדית דרך חיוב עדיהן, באופן שמוביל למסקנה אחת ויחידה בדבר מקור ההדלפות: רשויות האכיפה ועדיהן.

855. מעבר לצורך, נראה שלהדלפות בענייננו נודעת חומרה יתרה באשר חלקן אף היה מתוזמן ומכוון. אולם ממילא, כפי שפורט לעיל, אין במניעתן של רשויות החקירה כדי לשנות מהתמונה המצטיירת לפיו נוהל (ועודנו מתנהל) נגד המבקשים "משפט שדה" בכיכרה של עיר, אשר פגע באופן משמעותי בזכותם להליך הוגן.

856. רשויות אכיפת החוק הרהיבו עוז והסיגו את גבולו של בית המשפט הנכבד, עת המשיכו להדליף חומר חקירה הקשור לפרשת האישום בטרם נעשה בו שימוש בבית המשפט.
857. החומר שפורסם והמועד שנבחר לצורך הדלפתו, גרם להשפעה אסורה על עדי המדינה בתיק, על עדי תביעה אחרים, ולמרבה הצער עלול להשפיע גם על בית המשפט הנכבד, בין אם באופן מודע ובין שלא.
858. מדובר בהיקף ובתדירות של פרסומים והדלפות אשר חורגים מגדר הסביר בכל קנה מידה אשר מתפרשים על פני תקופה ארוכה. במשפט השדה שנערך למבקשים בכיכר העיר הם כבר נשפטו, הורשעו, ונגזר עונשם.
859. את מלאכת שליחתם למאסר מאחורי סורג וברית, הותירו המדליפים העבריינים, גורמים מוטים שאכלו מכף ידם והקהל צמא הדם שבכיכרות, "ברוב טובם" – לבית המשפט, אף שהתיימרו להורות לו את הדרך בה עליו לנהוג.
860. העונשים הכבדים מנשוא שלא כתובים עלי ספר – כבר הוטלו על המבקשים. הם נקשרו לעמוד הקלון, בשרם נסרק במסרקות ברזל של השמצות וביזוי, הם הפכו ללעג ולקלס בעיני הבריות וכבודם נרמס.
861. פשעים אלה שחוללו המדליפים וסייעניהם לא יסולחו. בבקשה זו, מתבקש בית המשפט הנכבד להעמיד למבקשים את הגנת הצדק המתבקשת גם נוכח התנהלות שערורייתית זו של רשויות האכיפה.
862. להלן נביא אך מקצת מפרסומים מייצגים שנעשו בשלבים השונים של ההליך.

2.ז. שימוש פסול בתקשורת בשלב החקירה

863. החקירה בפרשה התקיימה כל העת תוך הדלפות בלתי פוסקות ומגמתיות מצד רשויות החקירה והתביעה לכלי תקשורת שונים.
864. **חומר החקירה הועמד לראשונה לרשות ההגנה רק ביום 9.3.2020**, בעוד שעובר למועד זה פורסמו כתבות רבות אשר עשו שימוש בחומר החקירה, לאחר שהודלפו לתקשורת על ידי גורמי האכיפה.
865. להלן נביא בתמצית מקצת מן ההדלפות הרבות שבוצעו בשלב החקירה, בטרם הגשת כתב האישום ואף בטרם הועבר חלק מהחומר להגנה עובר לשימוע. בזמן שהתיק היה מצוי באופן בלעדי בחזקת רשויות האכיפה. להן ורק להן היתה מסורה באותו השלב השליטה על חומר חקירה, על מידע מוכמן הנוגע לחקירה, על עמדות גורמי החקירה ועל עדיה.
866. במהלך החקירה, בעוד שורה של עדים נחקרים במשטרה, הודלפו לתקשורת חומרי חקירה, כמו גם מידע שקרי לגבי הנעשה במסדרונות החקירות. כך, למשל, סיפר חפץ בעדותו בפני בית משפט זה:

ש. צירפו שם את הכתבות או את הפרסומים התקשורתיים אז אני מתחיל עמוד בעמוד 1 ו 2- ל- נ/ 2046 הנה תסתכל, תראה, כתוב כאן אלוביץ', זה פרסום מ- 4 במרץ אתה רואה? אתה יכול להסתכל על המסך, אלוביץ' שוחררו למעצר בית, רואה?

ת. כן

ש. זו הכותרת. בוא נסתכל על חלק מהטקסט, תראה במשטרה מעריכים כי אלוביץ' וחפץ סברו שהחקירה הסתיימה ולכן שוחחו חופשי, מה שהוביל ככל הנראה לראיות מוצקות נגדם גם בחשד לשיבוש חקירה. עכשיו, שורה למעלה האזינו, כתוב המשטרה האזינה לאלוביץ' וניר חפץ במשך חודשים גם לאחר שהחקירה, חקירת הרשות לניירות ערך הסתיימה ואז יש את ההערכה של המשטרה, אתה רואה?

ת. כן

ש. אתה לא דיברת עם אף עיתונאי כולל העיתונאי הזה?

ת. מי זה העיתונאי אגב?

ש. ברונו טגניה מחדשות

ת. עם טגניה לא דיברתי אף פעם בחיי לדעתי.

ש. אנחנו יודעים אגב שאין הקלטות

ת. אתה מדבר על ה 4.3.18 אני לא יכולתי לדבר עם איש.

ש. ברור

ת. הייתי עצור או בתנאים מגבילים, לא יכולתי לדבר

ש. נכון, אנחנו גם יודעים שאין הקלטות של שיחות בינד לבין אלוביץ' נכון?

ת. לא, גם מהרגע שנעצרנו לא דיברנו ועד היום לא דיברנו חופשי גם לא שנייה.

ש. ועכשיו בוא נראה בפרסום מה כתוב, שהמשטרה מעריכים שאלוביץ' וחפץ סברו שהחקירה הסתיימה ולכן שוחחו חופשי מה שהוביל ככל הנראה לראיות מוצקות נגדם בחשד גם לשיבוש חקירה. רואה?

ת. כן.

ש. עכשיו שאלה, זה התקופה, זה היום שאתה משתחרר אתה לא משוחח עם אף עיתונאי ונאמנים עלי דבריך בנושא,

ת. אין לי אפשרות טכנית לדבר איתו גם אם אני רוצה

ש. ולכן זה תדרוך של המשטרה

ת. הרי אני מזכיר לאדוני שאני השתחררתי, ירדתי מהארכת מעצר לקומה, לחניון התת קרקעי של בית המשפט, ישבתי ברכב חצי שעה עם אשתי ואז עברתי לרכב של 433 והם לקחו אותי והייתי עד לפנות בוקר, זאת אומרת שאם אתה חושב שבחצי שעה שישבתי עם אשתי ברכב התקשרתי לברנו טגניה, התייעצתי איתה אם להיות עד מדינה או לא, הוא עניין אותי ברנו טגניה כמו,

ש. אני שואל אותך ההיפך, אני אומר לך ואני מבקש את האישור שלך שפה יש הדלפה של המשטרה

ת. בוודאי

ש. בוודאי

ת. בשביל להראות איזה תרגיל מוצלח הם עשו (פרוטוקול הדיון מיום 15.12.2021, עמ' 8577 ש' 13 עד עמ' 8579 ש' 5).

867. נחקרים ועדים ידעו בזמן אמת שרשויות החקירה עוסקות בהדלפות אודות מהלך החקירה שלהם, דבר מעצר ושחרורם הצפוי. כך אמר ניר חפץ בחקירה מיום 5.3.2018, לאחר חתימת הסכם עד המדינה וטרם שוחרר לביתו:

נחקר ניר חפץ: מה המצב התקשורת מתחת לבית שלי

[...]

נחקר ניר חפץ: יש שמה בטח התקהלות (מילים לא ברורות) אם היה לי נייד אז אני הייתי מתקשר, ושואל אותה, זה לא כזה מסובך, יו לא בא לי עכשיו להיכנס עם כל המצלמות האלה, אי אי אי... ממש מיותר ש[השלמה מתוך צפייה בהקלטה - "הדליפו"] לא מבין למה הם עושים את זה. (תמליל חקירה מיום 5.3.2018, נ/1958, עמ' 106 ש' 9-26).

868. על אף מחאותיהם הנמרצות, עדים צולמו בבואם ובצאתם מחדרי החקירות. כך, למשל, אמר לחוקריו בסיום עדותו הפתוחה מנכ"ל משרד ראש הממשלה לשעבר, הראל לוקר:

"אני רוצה להגיד שמהבוקר יש פה חוסר מקצועיות, הפיצו שמועה שנעצרת אחר כך אני בא ומוודאים שאלך מסביב כדי שיצלמו אותי ושיציגו את התמונה שלי ושעליתי שוב אז כן אחרי שצולמתי הסכמתם לפתוח לי את הדלת, זו לא התנהגות של רשות מנהלית הוגנת, אני עובד ציבור נאמן, לא נאשם בכלום ולא חשוד בכלום, וקיבלתי יחס כאילו אני חשוד ואשם במשהו קיבלתי יחס מאוד

לא מנומס שאני חושב שלא מגיע לי, לא פשעתי ולא עשיתי דבר רע, אני לא בטוח שהייתה לי חובה לבוא אולי כן, אמרתי את כל האמת, היה יחס בוטה שקיבלתי ממך [החוקרת עטר יובל] וגם שמעון, ואמרתי לי שאני משקר ואין סיבה להגיד לי את זה והרגשתי שאתם לוחצים עליי לשקר ואני אמרתי את כל האמת ורק האמת. ואין סיבה לעשות לי את תרגילי המנהיגות האלו של להדליף שנעצרת ואז לשלוח אותי לעיתונאים כדי שיצלמו אותי בחוץ ורק אז לפתוח את הדלת. אני מכבד את העבודה שלכם ומאחל לכם בהצלחה לבער את השחיתות. אני מכבד את עבודתך אבל לא הייתם צריכים לקרוא לי ליום שלם לברר על שיחה מסוימת שלי עם אנשים שאתם טוענים שנעשתה" (הודעתו של הראל לוקר מיום 18.2.2018, ברקוד 507, עמ' 27 ש' 7-17).

869. גם פילבר התרעם על ההדלפות הפוגעניות והפסולות:

נחקר, שלמה פילבר: והייתי עונה לך עליהן, סבבה. אבל כשאתם לוקחים אותי בשש וחצי בבוקר מול הפרצוף של הילדים שלי.

חוקרת, פולינה גובזמן: מממ...

נחקר, שלמה פילבר: מכ... מ... מוצ... מ... מ... מכפישים אותי בצורה כל כך נוראית, ולא בכוונה ואני יוצא עם זה סיטואציה כזאת שהורסים לי את כל הקריירה של שלושים שנה של integrity שלי, ומשאירים אותי בבית שלושה חודשים ועושים צו איסור פרסום שאני אפילו לא יכול להגן על שמי הטוב ובסוף כל מה שיש לכם לשאול זה (נכנסים בדיבור)

חוקרת, פולינה גובזמן: בוא נדבר על זה רגע.

נחקר, שלמה פילבר: מה שיש לכם, מה שיש לכם...

חוקרת, פולינה גובזמן: לא לא אבל בוא נדבר על זה רגע. בוא נדבר על זה רגע. אם כבר.

נחקר, שלמה פילבר: כן.

חוקרת, פולינה גובזמן: איך אתה לא... יש צו איסור פרסום ואתה לא יכול להגן על שמך הטוב. אתה רוצה לספר לי משהו? אני רוצה שתספר.

נחקר, שלמה פילבר: לא. אני ממש לא רוצה לדבר על זה.

חוקרת, פולינה גובזמן: אז אני רוצה שנדבר על זה.

נחקר, שלמה פילבר: אני ממש לא רוצה לדבר על זה.

חוקרת, פולינה גובזמן: אני רוצה...

נחקר, שלמה פילבר: לפני שאתם תנקו את ידכם ממה שאתם עשיתם. איך יכול להיות שאני מגיע הביתה ביום שישי ב – 12:00 בצהריים...

חוקרת, פולינה גובזמן: כן.

נחקר, שלמה פילבר: אחרי שתי ימי חקירה פה וגיא פלג כבר יודע את כל מה שקורה בתוך החקירה, צו איסור פרסום וכולם יודעים לתת חוות דעת מלומדות עד אינסוף מה יהיה וכבר כולם יודעים להגיד שאני כבר לא אחזור בחיים למשרד התקשורת ושאני הולך לזה וככה ואחרת. עזבי לא רוצה לדבר על זה. ממש לא רוצה. אתם רוצים, אהה... מצדי קחו אותי עכשיו למעצר על הדבר הזה. לא הולך לדבר עכשיו על התקשורת. אם יש משהו שמוציא אותי מדעתי באמת מעצבן אותי זה הדבר הזה" (חקירתו ברשות ניירות ערך, ת/605, מיום 23.10.2017 בעמודים 31-30)

870. רשויות אכיפת החוק היו משולחות רסן בהתנהלותן מול התקשורת והן לא נרתעו מהדלפת מידע כוזב. מטרתן הייתה כפולה: האחת, הפעלת לחץ על עדים; והשנייה, יצירת מצג שווא של חקירה מוצלחת. בזירה התקשורתית הושקעו מאמצים כבירים וגם בה, כמו בחקירה הפלילית, נחצו כל הגבולות המקובלים.

871. דוגמה מצוינת הן ההדלפות המכוונות שנעשו בעניינו של ראש מטה שר התקשורת לשעבר, עו"ד איתן צפריר. לאחר שתי חקירות במשטרה, פורסמה ידיעה שנועדה להפעיל עליו לחץ לפיה הוא הסכים להיות עד מדינה. ידיעה שקרית וחסרת כל בסיס. צפריר מחה על התנהלות זאת בפני חוקריו, בחקירתו המאוחרת מיום 26.3.2018:

נחקר, איתן צפריר: זה בוודאי לא מסתדר עם, עם הפגיעה הקשה אני קורא לזה, המהותית בשלטון החוק שנעשתה פה לפני שלושה שבועות כאשר אני צופה ביום שישי באולפן שישי בערוץ שתיים ויש הדלפה שקרית ומגמתית מהחקירה שאומרת שאני יוצא ובא במשרדי לה"ב כמה חודשים כבר, כמה שבועות שאני

חוקרת מס' 3, סיוון סבן: זה לא (מילה לא ברורה)

נחקר, איתן צפריר: שאני עד מדינה ושאני מקורב המקורבים.

חוקרת מס' 3, סיוון סבן: טוב אנחנו כמובן לא יכולים לקחת שום אחריות על מה שנאמר בכלי התקשורת.

נחקר, איתן צפריר: או-קיי.

חוקרת מס' 3, סיוון סבן: אתה יודע שהדלפות אם נעשות או לא, יכולות להעשות מכל מיני גורמים.

נחקר מס' 1, איתן צפרייר: זה בטח לא בא ממני ההדלפה הזו.

חוקרת מס' 3, סיוון סבן: ובטח אני לא לוקחת כאן שום אחריות על שום הדלפה אני לא יודעת על מה אתה מדבר וזה גם לא הבמה להשמיע את טענותיך הללו אנחנו כאן. כדי.

נחקר מס' 1, איתן צפרייר: זה בהחלט במה.

חוקרת מס' 3, סיוון סבן: אנחנו כאן

נחקר מס' 1, איתן צפרייר: זה בהחלט במה, אתם, אנחנו, אני איש חוק.

חוקרת מס' 3, סיוון סבן: אז אני, מבינה.

נחקר מס' 1, איתן צפרייר: ואתם אנשי חוק ארקי?!

חוקרת מס' 3, סיוון סבן: כמובן.

נחקר מס' 1, איתן צפרייר: אתם אנשי חוק, רמסתם את השם שלי.

חוקרת מס' 3, סיוון סבן: אף אחד לא.

נחקר מס' 1, איתן צפרייר: רמסתם את הזכויות שלי.

חוקרת מס' 3, סיוון סבן: אתה מאשים כאן האשמות.

נחקר מס' 1, איתן צפרייר: זכויות היסוד.

חוקרת מס' 3, סיוון סבן: מאוד חמורות.

נחקר מס' 1, איתן צפרייר: ארקי? אני.

חוקרת מס' 3, סיוון סבן: אף אחד כאן, אתה, אתה מאשים.

נחקר מס' 1, איתן צפרייר: כן.

חוקרת מס' 3, סיוון סבן: אתה כבר יודע שהדליפו ואתה יודע מי הדליף ו...?

נחקר מס' 1, איתן צפרייר: אז מי הדליף?

חוקרת מס' 3, סיוון סבן: אין לי מושג.

נחקר מס' 1, איתן צפרייר: מי, מי אמר שאני עד מדינה מי?

חוקרת מס' 3, סיוון סבן: אני לא מתעסקת בזה.

נחקר מס' 1, איתן צפירי: אה. (תמליל חקירה מיום 26.3.2018, ברקוד 1645, עמ' 7 ש' 29 עד עמ' 8 ש' 20).

872. בדיוק אותה שיטה פסולה של שימוש באמצעי התקשורת על מנת להפיץ מידע כוזב בדבר הפיכתו של עד לעד מדינה על מנת להפעיל על משפחתו ועליו לחץ, נעשה גם בעניינו של פילבר.

873. בעדותו בבית המשפט עד המדינה התייחס לכתבה שפורסמה בתכנית "אולפן שישי" ביום 14.7.2017 (נ/2569). בכתבה פורסמו תכנים מחקירותיו ברשות ני"ע, לפיהם הוא יכול לשנות את התמונה ולהפליל את נתניהו. מתשובותיו של העד בבית המשפט עולה באופן ברור שמדובר היה בהדלפות מכוונות של החוקרים במטרה להפעיל עליו לחץ לחתום על הסכם עד מדינה:

אני אגיד לך מה הקשר, אני אשאל אותך שאלה נורא פשוטה. אתה לא שוחחת עם עיתונאים למעט שיחה עם עמית סגל בשלב מאוחר שנגיע אליה. אתה לא שוחחת עם עיתונאים נכון?

ת. מהשלב זה לא שוחחתי

ש. ועורכי הדין שלך גם לא שוחחו עם עיתונאים נכון?

ת. בדרך כלל לא, הם תמיד הלכו,

ש. הוא יודע, הם עורכי הדין, הוא יכול להגיד אני לא יודע, אני כן יודע, אני מניח. למיטב ידיעתי אני יודע שהם דחו, למעט ראיונות פומביים שהם נתנו

ש. ובטח עורכי הדין שלך אומרים שיש נגדך ראיות חד משמעיות נכון?

ת. זה ודאי שלא, הם אמרו הפוך בראיונות.

ש. זה הפוך, אז מי שאמר שיש ראיונות חד משמעיות זה מי שיש לו אינטרס להגיד שיש ראיות חד משמעיות נכון?

ת. בהיגיון, אבל אני לא יודע, אין לי מושג

ש. ואחרי זה אומרים לך גם שאתה צריך להפליל את נתניהו, זה מה שאתה ראית וזה מה שרואים כרגע בתקשורת נכון?

ת. בכתבה אתה מדבר?

ש. כן, בכתבה [נ/2569- הח"מ]

ת. בכתבה זה מה שכתוב, כן.

ש. ואחרי זה גם אתה שומע שאתה הולך להיות עד מדינה, בשלב שזה עוד לא על הפרק מבחינתך נכון?

ת. באיזשהו שלב כמו שאמרתי התחילה לרוץ איזושהי שמועה בתקשורת.

ש. בסדר, וצפרייר המקבילה שלך הוא לא עד מדינה אבל הפכו אותו לעד מדינה ורמסו את הזכויות שלו במהלך נתעב של רשויות החקירה במסגרת המירוץ. **נתקדם הלאה.** (פרוטוקול הדיון מיום 24.5.2022, עמ' 14518 ש' 18 עד עמ' 14519 ש' 16).

874. רשויות החקירה והתביעה תדרכו ארוכות ורבות, ובאופן מגמתי, את התקשורת. הדברים הובאו בשם אומרם, למשל: "בכיר במערכת אכיפת החוק"; "גורמים בכירים במשטרה"; "גורמים בכירים בפרקליטות" ועוד.

875. דוגמה מיני רבות עולה ממוזכר שיחה בין ניר חפץ לחוקריו מיום 8.9.2019 המתאר את תלונתו על כך שפורסם בתקשורת שהוא יזם את הפנייה להתקשר בהסכם עד מדינה. חפץ מחה על הפרסום ואמר שכתב החדשות שפרסם את הידיעה סיפר ששלושה קציני משטרה בכירים הם מקור המידע:

ביום ה' 6.9.19, (יום ו') שעה 20:23 לערך שלח אלי ניר חפץ הודעת וואצאפ, בה כתב: "אביעד גליקמן ערוץ 13 שידר לפני כמה דקות שאני יזמתי ופניתי למשטרה להיות עד מדינה, צלצלתי אליו עכשיו והוא אומר לי: 3 קצינים בכירים מהמשטרה אמרו לי את זה היום. אנא מסור תודתי מעומק הלב לבוס שלך על ששוב חובטים בי. שבת שלום, אנא אל תצלצל אלי"

[...]

מיד לאחר שיחתי עם ר' יאל"כ התקשרתי לניר חפץ ואמרתי לו את הדברים הנ"ל, ניר חפץ הסביר לי שמשפחתו בסערת רגשות מכל הפרסומים ושקשה לו עם זה, ואני הסברתי לו שאין לנו שום יכולת למנוע את הפרסומים, כמו כן מדובר בפרסומי אמת, ושלדעתי הפרסומים לא יפסקו, ושהוא חייב לקחת אותם בפרופורציה במיוחד כשהוא מכיר את התחום הזה. (מוזכר מיום 8.9.2019 מאת סני"צ יורם נעמן, נ/2015) (ההדגשה הוספה – הח"מ).

876. אין ספק באשר לזהות הגורמים המדליפים מכמה סיבות: ראשית, מועד ההדלפות – חלקן הגדול והנורא בעת שהעדים נחקרים בחדרי החקירות ממש במהלך שנת 2018; חלקן "עדכון" בדבר שחרור עדים לביתם; חלקן הגדול כלל הדלפות של חומר חקירה עוד טרם העברתו להגנה (נזכיר, שחלק מהחומר הועבר להגנה עובר לשימועים במהלך שנת 2019 וחומר החקירה כמעט בשלמותו (מלבד זה שהתביעה בחרה שלא לגלותו וחלקים נוספים שהועברו טיפין טיפין לאחר מכן) הועבר להגנה ביום 9.3.2020, לאחר הגשת כתב האישום). שנית, אופיין ומועד פרסומן של ידיעות רבות, מצביעים באופן ישיר על בעל האינטרס בפרסומים, ועל כך שמי שעומדות מאחוריהם הן רשויות האכיפה.

877. כך, למשל, סיפר חפץ בעדותו על הדלפות שונות בנוגע לחומרי חקירה בתיק, בעת מערכות הבחירות:
- ”ככל שאתה תראה פרסומים שהם קרובים למועדי בחירות והם עוסקים באג’נדה של החקירות האלה זה לוז, לוז, לוז לבנימין נתניהו, נורא פשוט”**
(פרוטוקול הדיון מיום 15.12.2021, עמ’ 8590, ש’ 22–23).
878. דוגמה אחרת, ניתן למצוא בכתבה מיום 19.2.2018. יממה בלבד לאחר תחילת החקירה הגלויה בתיק, פורסמה כתבה באתר “ישראל היום” תחת הכותרת **”תיק 4000: חוקרי המשטרה הגיעו למסרונים מפלילים”**. בכתבה פורסמה עמדתו של “קצין משטרה בכיר” ביחס לפרשות. הכתבה מאתר “ישראל היום” מצורפת לבקשה ומסומנת כנספח ה’.
879. כתבה נוספת שמשקפת הדלפה שיכולה לבוא ממקור אחד בלבד שהוא רשויות החקירה והתביעה, פורסמה באתר “Ynet” ביום 25.2.2018, בעיצומן של החקירות. כותרתה **”מנכ”ל וואלה העיד 8 פעמים, האזנות הסתר סיבכו את המעורבים בתיק 4000”**. הכתבה פורסמה בסך-הכל שבוע לאחר תחילת החקירה הגלויה, ובה ציטוטים מתוך חומר הראיות והמסרונים בין המעורבים, שסוקרו בצורה מגמתית המבקשת ליצור מצג שווא מטעה. הכתבה מאתר “Ynet” מצורפת לבקשה ומסומנת כנספח ו’.
880. ביום 26.11.2018 שודרה תוכנית “המקור” בערוץ 13 שעסקה בפרשה, תחת הכותרת: **”אתר הבית: ברוך קרא בתחקיר על פרשת 4000 ומביא עדויות, מסמכים והודעות סמס מלב אתר וואלה שעומד במוקד חקירה ליחסי שוחד בין ראש הממשלה לשאול אלוביץ. כך הפך וואלה לאתר הבית של נתניהו ורעייתו”**.
881. לתוכנית התראיינו עובדי אתר “וואלה”, חלקם לאחר חקירתם במשטרה אחרים בטרם מסרו עדות במשטרה, והעידו, מול המצלמות, על הנעשה לטענתם באתר ועל אירועים לגביהם נחקרו במשטרה.
882. אחת המשתתפות בתוכנית, עורכת באתר “וואלה” בשם עמית אשל אליה ולעדויותה התייחסנו בפרק 2.1 לעיל, סיפרה את גרסתה על “ההתערבות החריגה” באתר. היא אף הגדילה לעשות ויום למחרת שידור התוכנית פרסמה מאמר בעיתון “הארץ” שכותרתו **”למה השתתפתי בתחקיר ‘המקור’ על וואלה”** בו היא מתארת את ייסוריה על הנעשה במערכת. המאמר בעיתון “הארץ” מצורף לבקשה זו ומסומן כנספח ז’.
883. עד לאותו מועד, אשל כלל לא נחקרה ולא מסרה עדות במשטרה. היא זומנה למתן עדות לאחר שידור התוכנית, בעקבות האירוע שתיארה ושהתברר על דוכן העדים, על יסוד החומר החדש שהתגלה, כחסרי בסיס. משהוצג לה החומר החדש בחקירה הנגדית, הזדרזה העדה וחזרה בה.

884. לאחר סיום החקירות שטף הכתבות לא פסק. חלקן הפך ל"כתבות תדמית" מחמיאות וצבעוניות לרשויות החקירה והתביעה. דוגמה אחת, היא כתבה גדולה שפורסמה באתר "גלובס", ביום 25.1.2019, שכותרתה **"הכירו את 23 הפרקליטים שמכריעים את גורל נתניהו"**.

885. הכתבה פורסמה לאחר סיום החקירות וטרם ההחלטה על הגשת כתב אישום בכפוף לשימוע. הכתבה פירטה את שמות הפרקליטים המלווים את התיק, עמדותיהם של הפרקליטים בקשר לחשדות וכן הדלפות על חילופי דברים בין הפרקליטים לסנגורים מתוך דיוני המעצר.

הכתבה מאתר "גלובס" מצורפת לבקשה ומסומנת **נספח ח'**.

886. דוגמה שנייה, היא כתבה באתר "כלכליסט" מיום 21.11.2019, שכותרתה הצבעונית היא **"מאחורי הקלעים של תיק 4000: תרגילי החקירה ורגעי השבירה"**, כאילו מדובר בספר מתח ולא בשם הטוב וחירותם של המבקשים אשר מוטלים על כף. בכתבה הובאו ציטוטים מחדרי החקירות וכן פירוט אודות תרגילי חקירה שנעשו בתיק. בכתבה ישנו קישור למקום אחר באתר בו התפרסמו ציטוטים נרחבים מחדרי החקירות של חשודים ועדים.⁴

הכתבה מאתר "כלכליסט" מצורפת לבקשה ומסומנת **נספח ט'**.

887. אלה מקצת מהפרסומים וההדלפות שנעשו בשלב החקירה. די בהם כדי לצייר תמונה מטרידה, מטרידה מאוד, על התנהלותם האסורה של גורמי האכיפה בתדרוכים מגמתיים והדלפות פושעות.

888. נראה שהדברים מפניהם התריע בית המשפט העליון בפרשת קצב כאילו נאמרו בענייננו:

"במציאות של ימינו, עוד קודם שעזב מסמך משפטי את שולחנו של היועץ המשפטי לממשלה, נפרש הוא באותיות של קידוש לבנה מעל דפי העיתון היומי. פרטים מוכמנים מחדרי חקירות נמסרים במהדורות הערב. ראיות, שמקומן בתיקי חקירה, נחשפות בידי כתבים בשמם של "מקורות יודעי-דבר". עדי מפתח נשלחים אחר כבוד, לא בידי רשויות החקירה חלילה כי אם בידי עיתונאים, אל מכשיר הפוליגרף למען יראו הכל אם דוברי אמת הם. בבוקרו של יום עשוי אדם לגלות כי הוא אשם ולעת ערב כי זכאי הוא – הכל תלוי בפרשן, בכתב ובעורך היומי. נגע זה, שפשה במקומותינו בפרט באחרונה, לא פסח גם על הפרשה שבפנינו" (בג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה (26.2.2008), בפסקה 65 לפסק דינו של כב' השופט לוי).

889. תכליתם של הפרסומים היתה להטות את דעת הקהל כנגד המבקשים והנאשמים האחרים, להשפיע על הפרקליטים ולהשפיע בבוא היום על העדים ועל בית המשפט הנכבד.

⁴ התמלילים, כפי שפורסמו באתר, מופיעים בקישור הבא: <https://www.calcalist.co.il/local/home/0,7340,L-5671,00.html>

890. כפי שנקבע בפסיקה, קיום "משפט שדה" שנועד לייצר השפעה פסולה על עדים ולהטות את המשפט, עולה כדי פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם למשפט הוגן.

891. גם בעת שהתיק עבר לטיפול של הפרקליטות לצורך גיבוש עמדתה אם להגיש כתב אישום, המשיכו מי מנציגיה להזין את התקשורת במטרה להטות את דעת הקהל כנגד המבקשים והנאשמים האחרים. התנהלות אשר זכתה לביקורת מצד היועץ המשפטי לממשלה עצמו.

892. כך, לאחר שפרקליט המדינה דאז נאם בוועידת "גלובס" וחשף שהפרקליטות העבירה את המלצותיה בתיק ליועץ המשפטי לממשלה, כאשר בהמשך דווח באמצעי תקשורת רבים שהמלצתה של הפרקליטות היא העמדת נתניהו לדין בגין עבירות שוחד בכל אחת מפרשות האלפים – דווח בגלובס כי "היועץ" ש מנדלבליט ראה את הפרסום וכעס. לטענתו, גורמים בפרקליטות ניסו להכריח אותו ציבורית להתקבע על חוות הדעת של הפרקליטות. [...] מנדלבליט ראה בכך ניסיון לנהל אותו באמצעות התקשורת, ולהגביר עליו את הלחץ הציבורי ערב קבלת ההחלטות".

הכתבה ב"גלובס" מיום 2.9.2020 מצורפת לבקשה ומסומנת נספח י'.

893. התנהלות מעין זו, בה מזינים גורמי התביעה את התקשורת בעמדותיהם ובהמלצותיהם, בטרם ההחלטה על הגשת כתב אישום, זכתה לביקורת חריפה מצד בית המשפט העליון:

"[...] מים רבים חלפו מאז בנהר התביעה הכללית, והנה מצויים אנו בפניה של מציאות חדשה. מראה פניה הוא כשל שרשרת ארוכה, בה מחליפה מעת לעת החוליה הראשית – היא האירוע המכונן בו דיברתי [הגשת כתב אישום – הח"מ] – את מקומה עם זו הקודמת לה, בחתירה מתמדת אל ראשה של השרשרת. הגשתו של כתב אישום נדמית עתה כשלב רחוק ומתקדם בדרך הקשה הנכפית על חשודים בפלילים, בפרט אם עומדים הם במרכז של התענינות ציבורית. כך שמענו זה מכבר, לא כי הוגש כתב אישום בענינו של איש ציבור פלוני, אלא כי התביעה עומדת להגישו בתוך זמן קצר. נדמה היה אז, כי נפל דבר מבחינתו של החשוד- הנאשם לעתיד, וחד הוא אם לבסוף הוגש כתב- האישום כמתוכנן, אם לאו. בשלב הבא, כמו בפרשה שבפנינו, מיקדה עצמה תשומת הלב לא בכתב אישום שהוגש, כי אם בטיוטה, אשר בדעת הקהל נדמתה לכתב אישום לכל דבר. בהמשכו של תהליך שוב לא ייחדו עצמן כותרות ראשיות להחלטות התביעה, אלא עסקו ב"המלצתה" של משטרת ישראל – הליך שלא אדע מה זכר לו בחוק ומאין צץ – כי יש להעמיד אדם לדין. אחר כך שוב הוסט המוקד והקדים, אל הרגע בו פתחה המשטרה בחקירה. כיום מתבשרים אנו מעל גלי האתר, לא על פתיחת החקירה, כי אם על החלטה שגמלה בלבו של תובע להורות על קיומה או למעלה מכך – על כי שוקל הוא לעשות זאת. ומה יהא לעתיד לבוא, זאת אוכל רק לשער" (עניין קצב, בפסקה 68 לפסק דינו של כב' השופט לוי).

894. השערותו של כב' השופט לוי התאמתה בתיק דנן. למרבה הצער, ראשי התביעה הכללית, הזינו ותדרכו את התקשורת ללא הרף, ללא מורא וללא כל רסן וגבול.

895. על ההשלכות של התנהלות זו על זכויותיהם היסודיות של המבקשים עמד בית המשפט העליון:

"תוצאה של גינוי ציבורי היא, של אות קלון המוטבע במצחו של אדם, אף שאינו אלא בגדר חשוד. וככל שמקדים משפט הציבור את ההעמדה לדין, כך מקדימה פגיעה זו ומכה בחשוד. ואימתי מתרחש הדבר? דווקא בשעה שהיקף הראיות שלחובתו הוא המצומצם ביותר. דווקא בשעה שרחוק הוא הרגע בו תינתן לו ההזדמנות להוכיח את חפותו בבית-המשפט. אותו איש ציבור, שעל הכוונה להגיש בענינו כתב אישום מסר תובע בפומבי, שעל קיומה של "המלצת" משטרה להעמידו לדין דווח לכלי התקשורת כולם, שעל נכונות להורות על פתיחתה של חקירה פלילית בענינו התבשר הציבור, מקדים ופוסע בדרך החתחתים של ההליך הפלילי, ומה רבה היא הפגיעה בו, שעה שכל אלה נעשים תוך הבלטת החשדות המיוחסים לו, התלונות שנמסרו נגדו והמעשים שבביצועם יואשם, או שלא, לעתיד לבוא" (עניין קצב, בפסקה 69 לפסק דינו של כב' השופט לוי).

896. התנהלות מסוג זה מובילה להשפעה אסורה על התביעה ולהטיית החלטותיה, בהתאם לרוחות הנושבות בציבור. כך תוארו הדברים בפרשת קצב:

"ואם היה מי שסבר, כי רק חשודים משלמים את מחירו של הסחף אותו תיארתי, או כי תועלתו בצמצום העבריות הציבורית גבוהה ממחירו, אין כפרשה שבפנינו להמחיש כי חרב פיפיות היא, וסופה לפגוע בגורמי התביעה עצמם. על כורחם הופכים אלה למעין שופטים, שעה שאין זה תפקידם, וקולעים הם עצמם לעין הסערה בלא שבידיהם הכלים להתנהל בה. הלחצים להם הם נתונים ממילא, מתעצמים פי כמה. יוצרים הם בקרב הציבור ציפייה, אשר אם לסופה של דרך מתברר כי לא תוגשם, שבה היא לרדוף את יוצריה. האמון הציבורי בתביעה עלול להתערער עקב כך, ועמו גם, חלילה, מעמדה וכוחה המקצועי. המאבק בפשיעה, בפרט זו הציבורית, שכרו עלול לצאת בהפסדו. ולא דיברתי עוד בדוקטרינות משפטיות, מכוחן אפשר שיוכלו נאשמים להעלות טענות כהגנה מן הצדק מחמת "אוירה ציבורית", ודומותיה" (שם)

3.ז. "משפט שדה" בשלב המשפט

897. לאחר תחילת המשפט, שטף הפרסומים וההדלפות האסורות לא פסק.

898. בפסיקה הודגש שקיים חשש גדול שפרסומים עלולים להשפיע ולהטות את דעתו של בית המשפט ועל העדים המעידים במשפט.

899. ההדלפות הרבות והמגמתיות, שנמשכו ביתר שאת גם לאחר הגשת כתב האישום, זיהמו את ההליך השיפוטי.
900. להדלפות שנעשו בשלב המשפט נודעת חומרה יתרה: ראשית, מדובר, כפי שנראה להלן, בהדלפות מגמתיות אשר נעשו על ידי רשויות אכיפת החוק; שנית, מדובר בהדלפות אשר נועדו, בכוונת מכוון, להטות משפט ולהשפיע במישרין על עדים ועל השופטים.
901. כך למשל, ביום 20.5.2020 פורסם בערוץ 13 קדימון לקראת תכנית "המקור" שהתהדרה בכותרת "**המשפט הפומבי של נתניהו נפתח כבר בחמישי בערוץ 13**". בקדימון, הבטיח הערוץ לצופיו מעין תכנית "ריאליטי" של המשפט, המציגה קטעים מחומר הראיות, תמלילים מהחקירות ואף עדויות מצולמות של גורמים שונים, **חלקם עדי תביעה בתיק**.
902. היוצרות התהפכו: לא הנעשה במשפט מסוקר בתקשורת, אלא שמתנהל משפט בתקשורת עובר לעריכתו באולם המשפט, באופן שנועד להשפיע על דעת הקהל ועל בית המשפט.
903. בעקבות פרסום הקדימון, פנו ב"כ המבקשים ליועץ המשפטי לממשלה ביום 20.5.2020 בבקשה לנקוט בפעולות בגדר סמכותו למנוע את השידור. בחלוף יום התקבל מענה לפנייה לפיו "**לאחר שנדרשנו למכלול ההיבטים המשפטיים ולנסיבות העניין, לא מצאנו מקום לפעול כבקשתכם**". הפנייה והמענה מצורפים לבקשה וסומנו נספח י"א.
904. ביום 21.5.2020 שודרה תכנית "המקור" שנשאה את השם "**המשפט הפומבי של נתניהו נפתח**". בתוכנית שודרו ראיונות עם מספר עדי תביעה על גרסאותיהם. בנוסף, הם עומתו עם גרסאות של נחקרים אחרים ומסמכים מחומר החקירה שהודלפו לכתב.
- תכנית "המקור" מיום 21.5.2020 מצורפת על-גבי החסן נייד המצורף לבקשה ומסומן נספח י"ב.
905. נדמה שאין צורך להכביר מילים על חומרת הדברים. על עינוי הדין הנורא של המבקשים נוכח משפט השדה שנערך להם ושלא זכור כדוגמתו; על חציית כל קו אדום בהסכמתם של מספר עדי תביעה להתראיין לתוכנית בנושא עדותם תוך הפרת האיסור המפורש שהוטל עליהם לעשות כן; על ההשפעה הפסולה והאסורה שיכולה להיות לתוכנית על מסריה המגמתיים על יתר עדי התביעה; על מראית פני הצדק; על כבודו של בית המשפט; ובאופן כללי, על הפגיעה האנושה בזכותם של המבקשים להליך הוגן.
906. ביום 24.5.2020 התקיימה ישיבת ההקראה בתיק, בה ביקשו ב"כ המבקשים מבית המשפט שיורה למאשימה להזהיר את עדי התביעה מפני ראיונות לתקשורת בעניין עדותם. נציגי המאשימה השיבו שעוד לפני הפנייה, הם קיבלו החלטה לפנות לכל עדיהם ולהתריע בפניהם כמבוקש. בית המשפט קבע בהחלטתו שהוא רושם לפניו את התחייבות המאשימה:

”רשמנו לפנינו את הודעת ב”כ המאשימה, לפיה בכוונת המאשימה להבהיר לכל עדי התביעה בימים הקרובים כי נאסר עליהם להתראיין לתקשורת”.

907. בכך לא תמה מסכת ההדלפות והפרסומים המגמתיים. להפך, היא רק התעצמה. נביא בקצרה את מקצת מהפרסומים הבוטים בנושא המשפט לאחר החלטתו האמורה של בית המשפט.

908. ביום 24.5.2020, בערבו של יום הדיונים בו ניתנה החלטת בית המשפט בעניין, פרסם עיתונאי אחר מחדשות 13 ידיעה נוספת תחת הכותרת **”הראייה החדשה והמשמעותית בתיק 4000”** ובה פרסם רישומים פנימיים של עד המדינה שלמה פילבר. תקציר הכתבה, כפי שפורסמה ברשתות החברתיות, מבהיר מאין הגיע המידע לידי הכתב:

”לידי הפרקליטות הגיעו בשבועות האחרונים רישומים פנימיים של עד המדינה שלמה פילבר בזמן אמת על נושאים שאתו שוחח ראש הממשלה בנימין נתניהו. באותם רישומים שהגיעו מחקירה אחרת (חקירת בזק) רושם פילבר על אותה פגישה המכונה ‘פגישת הכורסאות’ שבמסגרתה נתניהו הורה לפילבר עם האצבע להיטיב עם אלוביץ’ ובזק, נתניהו הכחיש את דבר קיומה של הפגישה ואותם רישומים מצביעים כי אכן נערכה פגישה שכזו. ברישומים אף נרשם שמו של אלוביץ’. לפני כחודש וחצי בצעד חריג העיד פילבר ואישר את הרישומים ואת העובדה שאכן רשם על אותה פגישה. מדובר בראיה חזקה מאוד לטובת התביעה”.

הפרסום מיום 24.5.2020 באתר חדשות 13 מצורף לבקשה ומסומן נספח י”ג.

909. ביום 2.6.2020 פרסם עיתונאי שלישי מחדשות 13 קטעים מתוך השלמת החקירה שנערכה לעד המדינה פילבר. לדבריו, בהשלמת החקירה הציגו לפילבר רישום שערך בעניין פגישתו עם נתניהו. ברשתות החברתיות תיאר הכתב את הדברים כ”**ראייה שמוגדרת על ידי גורמי החקירה – ראיית זהב”**. בעקבות הפרסום פנו ב”כ המבקשים ליועץ המשפטי לממשלה בשנית והפצירו בו שיורה על חקירת מקור ההדלפה.

הפרסום מיום 2.6.2020 בערוץ 13 מצורף על-גבי החסן נייד המצורף לבקשה ומסומן נספח י”ד.

פנייתם השנייה של ב”כ המבקשים ליועץ המשפטי לממשלה מצורפת לבקשה מסומנת נספח ט”ו.

910. לא יהיה זה מיותר להזכיר שבחקירתו הנגדית של פילבר על אותה “ראיית זהב” - ‘דפדפת צהובה’ - התברר, על יסוד חומר חקירה המצוי בידי המאשימה אותו היא לא טרחה להצליב מול הנטען על ידה בנוגע לרישומים אלה, שלא מניה ולא מקצתיה. אם תרצו, אותה ‘ראיית זהב’ כביכול לה טענה המאשימה בתדרוכיה לעיתונאים, התבררה דווקא כ’ראיית זהב’ המשרתת את ההגנה (בקשר עם קעקוע הטענה בדבר מועד פגישת ההנחיה שלא היתה).

911. אין זה מיותר להוסיף ולהזכיר שאותה הדלפה לא רק שהיתה פסולה, אלא שהיא גם ביקשה להביא לפרסום מסולף של דברי פילבר בחקירתו. על פי הפרסום פילבר כינה "סטינקי" את 'פגישת ההנחיה' הנטענת שכביכול מצאה לה אחיזה ברישום בדפדפת.

912. אולם, כפי שעולה בבירור מהודעתו במשטרה ועל כך פילבר גם העיד בבית המשפט, כוונתו הייתה הפוכה. הוא דיבר על כך שמישהו שיחק עם המספרים בחוות הדעת, שטענותיו של המבקש בהקשר זה היו נכונות ולפיכך הגיע למסקנה כי נעשה שם משהו "מסריח" נגד המבקש:

"ולכן כשבאו והדביקו את החקירה, את ראיית הזהב, ראינו את ראיית הזהב כבר, פח חלול לא מתקרב, את ראיית הזהב הזו שקושרים את זה לדברים שאתה אמרת סטינקי, השתמשת בביטוי סטינקי בחדר החקירות?"

ת. נכון, נכון

ש. אבל השתמשת בהקשר אחר לדרך הפעולה שהייתה שעשו שם איזה פבריקציה מסוימת באקסלים נכון?"

ת. כן, שהתלונה לכאורה על פניו נראית נכונה כי ממה שאני הבנתי עשו איזשהם מניפולציות שבאמת גרמו למחירים לרדת יותר ממה שהיו צריכים לרדת.

ש. ולכן כשכתב פה מי שכתב, כנראה זה מה שמסרו לו שאתה כינית את הפגישה הזו כמשהו, סליחה אני מצטער על הביטוי, סטינקי או מסריח מהיסוד לא היה ולא נברא נכון?"

ת. בדיוק הפוך, לא התייחסתי לפגישה, התייחסתי למה שבדקתי אחר כך ביחס למה שנתבקשתי ובדקתי ביחס למחירים. (פרוטוקול הדיון 20.5.2022 בעמוד 14872 בשורה 6)

913. ביום 10.6.2020 פורסם בערוץ 13 פרק נוסף של תכנית "המקור" תחת הכותרת "ההקלטות שסיבנו את ביבי" ובה שודרו חומרי חקירה שלא היו בידי ההגנה באותה תקופה, וכללו שיחות מוקלטות בין המבקשים לבין עד התביעה, אילן ישועה. בעקבות הקדימון, פנו ב"כ המבקשים כבר באותו יום וטרם שידור התוכנית, פעם נוספת ליועץ המשפטי לממשלה.

תכנית "המקור" מיום 10.6.2020 מצורפת על-גבי החסן נייד המצורף לבקשה ומסומן נספח ט"ז.

פנייתם השלישית של ב"כ המבקשים ליועץ המשפטי לממשלה מצורפת לבקשה מסומנת נספח י"ז.

914. ביום 16.6.2020 ומשפנייתם לא נענתה, הגישו המבקשים עתירה לבג"ץ כנגד סירובו של היועץ המשפטי לפעול בעניין איתור מקור ההדלפות והפסקתן. העתירה מפרטת את הפגיעה החמורה בזכותם של המבקשים להליך הוגן, הפגיעה באמון הציבור ברשות ובפעולותיה והפגיעה באינטרס הציבורי בניהול חקירה ומשפט תקין.

915. בעתירה, התבקשו היועץ המשפטי לממשלה ומ"מ פרקליט המדינה לנמק מדוע לא הורו על חקירה פלילית בעקבות הדלפות אסורות של חומרי חקירה ומדוע אינם משתמשים בכל הכלים החוקיים שבידיהם למניעת התופעה.

העתירה מצורפת לבקשה ומסומנת **נספח י"ח**.

916. בתגובתה מיום 24.7.2020 טענה המדינה שהפגיעה בעותרים אינה קשה משום שמדובר בחומר חקירה אשר ממילא יוצג בבית המשפט במסגרת ניהול ההליך (סעיף 28 לתשובה המקדמית) ושאינן טעם בחקירה לחשיפת המדליף משום שיייתכן ועד התביעה שמסר את ההקלטות למשטרה במסגרת החקירה, מסרן גם לגורמים אחרים, אולי אף טרם החקירה (סעיף 29 לתשובה המקדמית).

תגובתה המקדמית של המדינה מצורפת לבקשה ומסומנת **נספח י"ט**.

917. תשובה זו היא בגדר שינוי סדרי עולם. במקום שההליך יתברר לראשונה בבית המשפט, ההליך עובר לכיכר העיר. לשיטת המדינה בתשובתה, מה למשיבים כי ילינו. הרי ממילא אותם חומרים ייחשפו בבית המשפט בבוא העת והדלפות אינן מצדיקות אפילו פתיחה בחקירה.

918. לאחר דיון בעתירה שהתקיים ביום 14.9.2020, בו ביקש בית המשפט מהמדינה לשקול את עמדתה בשנית, נעשתה בדיקה במשרדי היועץ המשפטי לממשלה והוגשה הודעה מעדכנת ביום 2.10.2020. לפיה, נעשה מיפוי ולאחריו בדיקה של הגורמים האפשריים שהיוו מקור להדלפות, שהניב מספר רב של גורמים. לעמדת המדינה, חקירה פלילית מחייבת קבלת צווים של קבלת נתוני תקשורת של עובדי ציבור רבים, ללא חשד קונקרטי, צעד המהווה פגיעה גדולה מדי שאינה מוצדקת ואינה מתחייבת מן הדין ומהנחיית היועץ המשפטי לממשלה 4.1114 "קווים מנחים למדיניות אכיפה בעבירות הנוגעות למסירת מידע האסור בגילוי" (4.2.2020).

919. לעמדת המבקשים, היועץ המשפטי לממשלה הרחיב שלא לצורך את מעגל הנחקרים הפוטנציאלי, וניתן להצביע על מדליף לפחות בעניין אחד, העברת ההקלטות – עד התביעה אילן ישועה. תגובת היועץ המשפטי לממשלה הייתה שהדבר ישפיע על מהימנותו בהליך הפלילי ובכך יכול להשפיע על עדותו.

ההודעה המעדכנת מטעם המדינה מצורפת לבקשה ומסומנת **נספח כ'**.

תגובת העותרים להודעה המעדכנת מצורפת לבקשה ומסומנת **נספח כ"א**.

920. ביום 5.11.2020 ניתן פסק הדין בעתירה והוחלט לדחותה בשל הגישה הנקוטה לפיה, מידת ההתערבות בהחלטה על העמדה לדין היא מצומצמת וצריכה להיעשות רק במקרים חריגים.

921. יחד עם זאת, בפסיקתו, הביע בית המשפט **ביקורת חריפה** על היועץ המשפטי לממשלה, שאמנם לדבריו, רואה בחומרה רבה את תופעת ההדלפות, אך לא עושה נגדה דבר. בית המשפט ביקר את

פעולות החקירה אותן הזכיר היועץ המשפטי לממשלה כנדרשות לצורך התחקות אחר המדליף כרחבות מדי, וככאלה שלמעשה הכשילו מלכתחילה את הסיכוי לערוך חקירה:

במהלך הדיון בעתירה תהינו אם לא נכון היה להתמקד בפעולות חקירה ראשוניות, מקדמיות, ממוקדות; תחת זאת, במקום להתכנס למעגל מצומצם, קיבלנו מהיועץ המשפטי לממשלה סקירה נרחבת, מעגלים רבים ורחוקים של עובדי רשות ניירות ערך, שוטרים, פרקליטים, ושאר עובדי ציבור – כ-150 מספרם ברשימה ה"מצומצמת", וכ-260 ברשימה ה"מורחבת" – אשר עסקו בקלטות והכירו אותן. תיאור מרחיב שכזה, על שלל הקשיים הנובעים ממנו, כמוהו כ"חומה גבוהה דלתיים ובריח" (דברים ג, ה) מפני חקירה.

אכן, מחד גיסא, רואה היועץ המשפטי לממשלה "בחומרה רבה", כלשונו, מסירת מידע האסור בגילוי; אך מאידך גיסא, חקירה אין, אין מי שנותן את הדין, ורעה חולה זו של 'הדלפות' פוּשָׁה במקומותינו. בנסיבות העניין שעל הפרק, דעתי כדעתו של חברי, השופט ג' קרא, על סמך נימוקיו, כי דינה של העתירה להידחות. חקירת אילן ישועה, שהוא אינו עובד מדינה, והוא, לדעת העותרים, 'החשוד המייד', לא תוכל כנראה לבסס אישום בפלילים. ברם, במבט צופה פני עתיד, שומָה להתריע, שלא תהא אותה "חומרה רבה" שב"מסירת מידע האסור בגילוי", שהכל תמימי-דעים לגביה, מס-שפתיים בלבד: צריך לעשות מעשה. (בג"ץ 3917/20 אלוביץ' נ' היועץ המשפטי לממשלה ומ"מ פרקליט המדינה (05.11.2020), פסק דינו של כב' השופט סולברג).

922. על אף דחיית העתירה, ה"משחק הכפול" של רשויות החקירה והתביעה בעניין ההדלפות לא נסתר מעיני בית המשפט העליון. הוא קבע בריש גלי שהתנהלות זו אינה יכולה להימשך. מדובר בתופעה חמורה אותה יש למגר.

923. לא זו בלבד שהתופעה לא מוגרה, היא נמשכה, ואף החמירה.

924. גם לאחר פסק הדין בעתירה ועד לרגע זה ממש, ממשיך שטף ההדלפות של חומרי חקירה, של פרטים הנאמרים במסגרת ראיונות עדים ובעקבות תדרוכים מגמתיים בכלי התקשורת. לעיתים, לומדת ההגנה על עניין כלשהו מהתקשורת לפני שהיא מעודכנת בו על ידי המאשימה.

925. דוגמה יוצאת דופן, אפילו בסטנדרטים של התנהלות הרשויות בתיק זה, היא הודעה שהתקבלה מהמאשימה ביום 15.11.2021, ערב עדותו של עד המדינה, ניר חפץ, על השלמת חקירה שבוצעה באישום השלישי (להלן: "תיק 1000") לעדת התביעה הגב' הדס קליין (להלן: "הגב' קליין") בעקבות מידע חדש שמסרה.

926. לפי לשון ההודעה, המידע נמסר על-ידי הגב' קליין כבר ביום 11.10.2021, ובגינה הורה היועץ המשפטי לממשלה על ביצוע השלמת חקירה בעניין. הודעתה של הגב' קליין נגבתה ממנה ביום 24.10.2021

ולאחריה אישר היועץ המשפטי לממשלה לבצע מספר פעולות חקירה נוספות. לטענת המאשימה, עדכון בדבר פעולות החקירה בזמן אמת יכול היה להביא לסיכול החקירה או לשיבושה, ולכן ההודעה נמסרה רק במועד מאוחר. המאשימה ציינה בהודעתה שאמנם עדותו של חפץ עוסקת בשלוש האישומים שבכתב האישום, אך חומר החקירה במסגרת השלמת החקירה אינו נוגע ישירות לעדותו. אולם, נוכח עיתוי העברת החומרים היא אינה מתנגדת שעדותו של חפץ, שהייתה צפויה להישמע כבר ביום המחרת, 16.11.2021, תידחה לשבוע לאחר מכן ותחל ביום 22.11.2021.

927. לענייננו, החומרים נמסרו להגנה רק ביום 16.11.2021. הודעת המאשימה נמסרה להגנה ביום 15.11.2021 בשעה 14:38 וכבר בצהרי יום 15.11.2021, דקות אחדות לאחר מתן ההודעה, וכאשר החומרים אינם בידי ההגנה, החל רצף דיווחים בתקשורת בנוגע לתוכנם.

928. כך, בשעה 14:52, 14 דקות בלבד לאחר העברת ההודעה הראשונית להגנה על השלמת החקירה, כבר פורסמה כתבה מקיפה באתר "הארץ" המפרטת אודות העדויות שנגבו, אופן גבייתן בחו"ל ותוכן המלא:

"מקור המצוי בפרטי החקירה אמר כי בעדות שמסרה במשטרה, ב-24 באוקטובר, סיפרה קליין כי המיליארדרים מילצ'ן וג'יימס פאקר העבירו לשרה נתניהו שלושה צמידים, אחד מהם בשווי של כ-45 אלף דולר שנרכש על ידי פאקר. לפי עדותה של קליין, התכשיטים - ולצדם תיקים - נמסרו לבקשת שרה נתניהו, לכבוד אירוע אישי"

הכתבה בעיתון "הארץ" מצורפת לבקשה זו ומסומנת נספח כ"ב.

929. לא עבר זמן רב ובשעה 15:09 פרסם עיתונאי אחר בעמוד הטוויטר שלו את המידע אותו מסרה הגב' קליין למשטרה:

"חשיפה: הדס קליין מסרה למשטרה: מילצ'ן רכש לשרה נתניהו צמיד בשווי 50 אלף דולר" (מתוך עמוד הטוויטר של העיתונאי, ציוץ מיום 15.11.2021, בשעה 15:09).

930. ובהמשך, בשעה 15:44 פרסמה עיתונאית שלישית בעמוד הטוויטר שלה מידע נוסף, לפיו עד התביעה ארנון מילצ'ן (להלן: "מר מילצ'ן") מסר עדות נוספת בפרשה:

"פרסום ראשון: ארנון מילצ'ן מסר שוב עדות בפרשה, בעקבות המידע החדש שמסרה הדס קליין על מתנות ממילצ'ן ופאקר" (מתוך עמוד הטוויטר של העיתונאית, ציוץ מיום 15.11.2021, בשעה 15:44).

931. בשעה 16:04 פרסם עיתונאי מידע נוסף באותו עניין:

"הדס קליין העידה במשטרה כי מילצ'ן ופאקר קנו לשרה נתניהו לפי בקשתה צמידים ותיק במאות אלפי שקלים. מילצ'ן העיד ואישר. גם אנשים נוספים

בסביבת מילצ'ן וקליין (כדוגמת הנהג) העידו" (מתוך עמוד הטוויטר של העיתונאי, ציוץ מיום 15.11.21, בשעה 16:04).

932. בהמשך גברו הפרסומים והמידע הופץ לכלל הציבור. בערבו של אותו יום הנושא "פתח מהדורות", בהן אף הוצגו ראיות שונות שנאספו על-ידי המאשימה בהשלמת החקירה.
933. יצוין שבאותו ערב של יום ה-15.11.2021, פנו נציגי המאשימה להגנה וביקשו להעביר לידיהם את החומר. נציגי ההגנה סירבו לקבל את החומר שהובהל למשרדיהם באופן חריג באמצעות שליח (!).
934. ההגנה סירבה ליפול בפח, היות שלמדה מפי עיתונאים שהם מתכוונים לפרסם פרטים נוספים על הפרשה במהדורה הצפויה, ולא רצו שתיטען טענה שקרית ושקופה לפיה מקור ההדלפה הוא בהגנה. לפיכך, החומרים התקבלו במשרדי ההגנה בבוקר יום ה-16.11.2021, לאחר שהמידע היה פרוש בפני כל, כבר משעות הצהריים של היום הקודם.
935. **אירוע הדלפת השלמת החקירה נועד לזהם את ההליך וליצור רעש תקשורתי עובר לעדותו של עד מפתח בתיק, עד המדינה חפץ.** הפנייה מצד הגב' קליין למאשימה והשלמת החקירה נעשו כבר בחודש אוקטובר, אך ההגנה לא עודכנה על כך. טענת המאשימה שהשלמת החקירה הצריכה פעולות חקירה נוספות, ולכן מועד העדכון נדחה כדי לא לסכל את החקירה, הייתה יכולה להתקבל אילו לא נעשתה כקדימון ערב עדותו של עד מרכזי, ואלמלא הודלפו חומרי חקירה לתקשורת דקות ספורות לאחר מתן ההודעה.
936. בדיון שנערך בבית המשפט ביום 16.11.2021 בבקשת ההגנה לדחיית הדיונים הקבועים לאותו שבוע בשל המידע החדש, הלינה ההגנה על ההדלפות החמורות. בית המשפט הנכבד קבע כך:
- "אשר לטענות בדבר הדלפות חומרי חקירה לתקשורת – אנו סבורים שלא ניתן לעבור על כך לסדר היום, מקום בו הודלפו חומרי חקירה ערב הדין, ואנו מצפים מרשויות החקירה שיפעלו לבירור העניין ושיעשו כל שנדרש למנוע הדלפות בעתיד"** (החלטת בית המשפט מיום 16.11.2021, עמ' 2).
937. כבר באותו יום, ה-16.11.2021, נעשתה פנייה על-ידי ב"כ נתניהו ליועץ המשפטי לממשלה בבקשה לפתוח בחקירה פלילית בנוגע להדלפות חומרי החקירה בעניין זה.
- עותק מן הפנייה מצורף לבקשה ומסומן **נספח כ"ג**.
938. לאחר אירוע השלמת החקירה ובצדו ההדלפות הרבות לתקשורת וה"קרקס התקשורתי" שנוצר סביבו, התברר סופית הסחריר. היועץ המשפטי לממשלה הודיע שהחליט שלא לבצע פעולות חקירה נוספות.

939. חמישה חודשים לאחר מכן החליטה המאשימה לבקש את תיקון כתב האישום, בדרך של הוספת עדים. החלטה שאף היא מעידה על כך שמועד פרסומו של האירוע היה ציני והונע ממניעים שאינם ענייניים באופן שהביא אף הוא לזיהום נוסף של ההליך ערב חקירתו של עד המדינה חפץ.

940. לאחר מינויה של היועצת המשפטית לממשלה, נשלחה אליה פנייה בעניין מטעם ב"כ נתניהו, ובה קריאה נוספת לפתיחה בחקירה של נושא ההדלפות.

941. עד היום טרם התקבל כל מענה לפנייה ולא נעשתה כל פעולת אכיפה בנושא, למרות קריאתו המפורשת של בית משפט נכבד זה לעשות כן.⁵

942. דוגמה נוספת להדלפות ותדרוכים חמורים ואסורים בעוד המשפט בעיצומו, נוגעת לעדותו של עד המדינה שלמה פילבר. ערב עדותו, התפרסמו בשני כלי תקשורת מרכזיים כתבות אודות עדותו הצפויה ובהן התייחסות של הפרקליטות לפיה, אם הוא יסטה מעדותו במשטרה, הפרקליטות לא תהסס לבקש להכריז עליו עד עוין ולהגיש נגדו כתב אישום חמור.

943. למעשה, על פי הפרסום, המאשימה השתמשה בתקשורת להעברת מסר לעד מדינה לפיו, אם לא ייצמד לעדותו, ייענש ויועמד לדין.

944. על כך טען ב"כ המבקשים בדיון, לאחר בקשת המאשימה להכריז על פילבר כעד עוין:

עו"ד ז'ק חן: אנחנו לא יכולים לעצום עינינו אל מול המציאות ואני מבקש להקריא דברים שלהם לא של היושבים בספסל האחורי [...] עוד לא היה עד חצוף כה אמר לאחרונה בכיר במערכת אכיפת החוק בהתייחס לרמזים שפיזר ולפיהם עדותו תשרת דווקא את ההגנה. פסקה שאני מדלג עליה כי אין את מי ואז אני מגיע ככה,

כב' השופטת ר' פרידמן-פלדמן - אב"ד: מאיפה אדוני מקריא.

עו"ד ז'ק חן: אני מקריא מכתבה שהתפרסמה ערב עדותו של העד שמביאה דברים מפי אומרים שאותם לא נותנים לי לומר, אומרים תגיד מי אבל לא נותנים לי להגיע אז אני מגיע למי. ערב החתימה על ההסכם העריך היועץ המשפטי לממשלה לשעבר אביחי מנדלבלית כי אם פילבר יורשע הוא צפוי למאסר בפועל, הוא מבין

[...]

עו"ד בועז בן-צור: והעד לא מתעלם מזה

⁵ יש לציין שעתירה בעניין ההדלפות הוגשה על-ידי ב"כ נתניהו ביום 7.6.2022 (בג"ץ 3823/22 בנימין נתניהו נ' היועצת המשפטית לממשלה) ובה מתואר, בין השאר, אירוע זה.

עו"ד ז'ק חן: בדיוק וזה מעניין את בית המשפט ואנחנו רואים שזה לא דבר שתלוש, הוא אמר את זה עכשיו בקולו לבית המשפט, הוא צריך להבין למה הוא אמר את זה. אז ככה, בפרקליטות, הפרקליטות אני מכיר פרקליטות אחת ראו את ציוציו האחרונים של פילבר זה ערב עדותו ובמידה ופילבר יסתור בעדותו את הודעותיו במשטרה בפרקליטות לא יהססו להכריז עליו עד עוין ולאחר מכן להגיש נגדו כתב אישום חמור.

עו"ד יהודית תירוש: מי אמר את זה?

עו"ד ז'ק חן: בפרקליטות.

כב' השופטת ר' פרידמן-פלדמן - אב"ד: אדוני מקריא שוב מכתבה.

עו"ד ז'ק חן: אבל גברתי אחד משניים, או ששני כתבים מכובדים אחד בשם גידי וייץ והשני שהקראתי בקטע השני בשם אביעד גליקמן המציאו דברים או שהם מדברים בשם אומרים.

כב' השופטת ר' פרידמן-פלדמן - אב"ד: עו"ד חן אמנם אנחנו בתיק של התקשורת בחלק נרחב פה ממה שאנחנו רואים אבל אנחנו לא מסתמכים בהחלטות על פרסומים כאלה. עכשיו נדבר לגופו של עניין. אדוני כבר הסכים לפני ההפסקה

עו"ד ז'ק חן: לגופו של עניין גברתי וזה דבר שצריך להטריד את בית המשפט והעד הכריז בדבריו לאו הכרזה עליו כעד עוין, העד קרא את זה, הוא קרא שמביאים את דברי הפרקליטות והיועץ המשפטי לממשלה ומאיימים עליו, הוא קרא את זה ומכיוון שהוא קרא את זה הוא תחת אימה, האימה הזאת אנחנו יודעים ונראה בחקירה הנגדית מתחרזת ומתחברת לאימה שהוטלה עליו בעת חקירותיו (פרוטוקול הדיון מיום 29.3.2022 עמ' 12242 ש' 4 עד עמ' 12243 ש' 15) (ההדגשות הוספו – הח"מ).

945. אכן, במהלך עדותו, ניכר היה לכל באי אולם בית המשפט שפילבר מעיד כמי שחרב הפרקליטות מתנופפת מעל לראשו. ההשפעה של הדברים הייתה כה גדולה על העד, שלאחר בקשת המאשימה להכריז עליו עד עוין, הוא חזר לדוכן העדים וביקש בקול רועד "למשוך את תשובתו האחרונה".

946. בקשתו של העד הבהירה שלא מדובר בעד המבקש להעיד דברי אמת, אלא בעד אחוז אימה, החושש מפני המאשימה שמא תודיע על ביטול הסכם עד המדינה עמו ותגיש נגדו כתב אישום. ניתן היה להתרשם שלכל אורך עדותו קלה ונחרצה עמו להצמד ויהי מה לדברים שמסר בחקירתו מתוך החשש שאם יסטה מהם יבולע לו ויוגש נגדו כתב אישום. בחקירתו הנגדית העד אף מסר שכך גם הובהר לו על ידי עורכי דינו.

947. התרשמות זו היתה כה עזה עד שבית המשפט עצמו, פעם אחר פעם, חזר ופנה לעד וביקשו להשיב תשובות אמת לשאלות בחקירה הנגדית על סמך זכרוננו ולהניח לדברים שמסר במשטרה.

948. בבוקר תחילת חקירתו הנגדית של פילבר על-ידי ב"כ נתניהו, פורסם ברשת הטוויטר "ציוץ" נוסף של כתב חדשות לפיו כדאי לפילבר "לחשוב טוב טוב" אם הוא מתמסר לנתניהו ויטען שלא קיבל הנחיה או ינסה לטשטש אותה, שאז "בפרקליטות צפויים להגיש נגדו כתב אישום":

"[...] במידה ופילבר יתמסר לנתניהו (כפי שהתמסר לפרקליטו של אלוביץ', ז'ק חן, במספר מקרים) ולשנות מעדותו במשטרה, וכפי שניסה לעיתים לעשות בחקירתו הראשית (ולכן ביקשה התובעת יהודית תירוש להכריז עליו עד עוין) בנוגע לפגישת ההנחיה ומשום מה יטען כי לא קיבל הנחיה כזו או ינסה מאוד לטשטש אותה, בפרקליטות צפויים להגיש נגדו כתב אישום (במידה וזה יקרה הוא יפר את הסכם עד המדינה) ולכן פילבר יצטרך לחשוב טוב טוב אם הוא מתמסר לנתניהו ובכך בעצם מודה כי שיקר לאורך כל הדרך ויסתכן מאוד בהגשת כתב אישום..." (עמוד הטוויטר של הכתב, ציוץ מיום 10.5.2022, בשעה 07:03) (ההדגשה הוספה – הח"מ).

949. בעדותו באותו יום נדרש פילבר לדברים מבלי שנשאל על ידי ההגנה בנושא. פילבר אמר שראה בציוץ הזה מסר מאיים שהגיע מצד התביעה. פילבר הוסיף שלמועד פרסום הציוץ, כשעתיים לפני תחילת חקירתו הנגדית, הייתה השפעה עליו:

ש. איימו עליך בחקירות?

ת. הרבה

ש. תודה רבה. עכשיו אני בעמוד 18

ת. אגב איימו, האיום האחרון המעודכן הגיע היום בבוקר ברשתות החברתיות

ש. שמה?

ת. איום ישיר ומדויק של מה אני צריך ולא צריך להעיד פה היום

ש. אנא פרט

ת. שכתב משפט יכול להיות שגם יושב פה שמקורותיו מוכרים וידועים שטרם היום בבוקר להגיד מה אני צריך להגיד בעדות, מה אני לא צריך להגיד בעדות ומה יקרה לי אם חס וחלילה אני לא אגיד דברים מסוימים.

ש. הכתב הזה הוא כתב שנחשב,

ת. אני יכול להגיד שספציפית הבוקר כי אנחנו כולנו נמצאים פה ביום מאוד מתוח ודרוך, להבדיל אולי מהרבה הזדמנויות אחרות שבהם אני מרגיש שיש לי עור של פיל, אפשר להגיד שזה היה סוג של הטרדה ואולי אפילו איום.

ש. מה שנאמר על ידי אותו כתב תאשר לי שהוא נחשב, כך הטענה, למי שמעביר מסרים של הפרקליטות שאם תסטה במלוא הנימה,

כב' השופטת ר' פרידמן-פלדמן - אב"ד: עו"ד בן צור אדוני עושה פה קישורים. אותו כתב שהוא מעביר מסרים מהפרקליטות,

ש. כן, שהוא נחשב ככה. סליחה, כשאתה קורא את הכתב הזה איזה מסרים אתה חושב שהוא מעביר? מסרים של ההגנה או מסרים של הפרקליטות?

ת. אני לא חושב שהוא אמר את זה אחרי שהוא דיבר איתך הבוקר.

ש. לכן אתה בתודעה שלך,

ת. בתודעה שלי זה הגיע מהצד של התביעה.

ש. תודה. מה שהגיע מהצד של התביעה מכיוון שאתה העלית את זה, אני מבקש לא לסמן שום דבר מולו, מה שהגיע זה מסר שאם תסטה כמלוא הנימה ממה שאמרת במשטרה בשלב מאוחר לגבי פגישת ההנחיה יוגש נגדך כתב אישום נכון?

ת. זה מה שהיה כתוב שם

ש. זה מה שהיה כתוב. אתה מרגיש, ואתה מוטרד כך אמרת לבית המשפט

ת. אני אמרתי שהיום בשונה מהרבה מאוד מקרים אחרים הייתי אומר שזה כן השפיע עלי.

כב' השופט מ' בר-עם: השפיע באיזה מידה השפיע?

ת. יש הבדל אם אתה קורא משהו שנאמר לפני חצי שנה או שעה לפני שאני צריך לעלות פה לדוכן

כב' השופט מ' בר-עם: לא, באיזה מידה זה משפיע?

ת. שבסוף אני רואה בזה סוג של איום או אזהרה בסדר? נברור את המילים. נו, נו, כזה (פרוטוקול הדיון מיום 10.5.2022, עמ' 13712 ש' 19 עד עמ' 13714 ש' 4) (ההדגשות הוספו – הח"מ).

950. הדברים ברורים כשמש ואין מקום להיתממות שלא מחזיקה מים. למן הרגע הראשון החקירה זוהמה. בהמשך זוהמו גם עדויות העדים. הזיהום היה כה עמוק ונרחב ונמשך על פני פרק זמן של

שנים, כך שלעולם לא נדע את מידת ההשפעה של הפרסומים האסורים על העדים, באופן שמשליך באופן מובן על ביטחונם של המבקשים בסיכוי שיוכלו לזכות במשפט צדק.

951. לא מן הנמנע, גם אם לא במודע, שמאות הפרסומים המוטעים בתיק ישפיעו גם על בית המשפט הנכבד. בכל הכבוד הראוי, אפשרות זו הועלתה בפסיקת בית המשפט העליון והיא לא מבית היוצר של ההגנה. החשש שהדלפות ופרסומים מוטעים ישפיעו על שיקול הדעת של השופט, חשש ממשי הוא:

”אפשרות סבירה להשפעה על ההליך השיפוטי קימת גם במקום שהמשפט מתנהל על ידי שופט מקצועי. [...] גם שופט מקצועי אינו אלא בשר ודם. אין צידוק להשליה כאילו מנגנון השיפוט הוא מכונה מדוייקת, אשר תמורת ראייה קבילה שסופקה לה, עשויה להמציא את המסקנה העובדתית הנכונה המתבקשת מן הראיות, וזו בלבד” [...] נרחב הוא התחום, בו יש לשופט שיקול דעת לבחור בין מספר אופציות. בבחירה זו עשוי השופט להיות מושפע מפרסומים ומידיעות, שהגיעו אליו מחוץ לכותלי בית המשפט. [...] השפעה זו פועלת לעתים באופן מודע על השופט. לעתים השפעתה בלתי מודעת [...] גם השופט המקצועי ‘ברצונו או שלא ברצונו הוא יכול להיות מושפע ממנה מעל או מתחת לסף ההכרה’ [...] על-כן יש להכיר בקיומה של אפשרות סבירה להשפעה על השופט המקצועי” (ע”פ 696/81 אזולאי נ’ מדינת ישראל, פ”ד לז(2) 565-576, 577, פסקה 13 לפסק דינו של כב’ השופט ברק (1983)).

952. המכנה המשותף של שלל הפרסומים שנעשו בתיק הוא קיום “משפט שדה” שנערך למבקשים בכיכר העיר, באופן שהציג אותם באופן שלילי והוביל ליצירת דעה קדומה נגדם.

953. בנסיבות אלה לא ניתן לקיים למבקשים משפט הוגן בשל “אווירה ציבורית עוינת” אשר חרצה את דינו של המשפט עוד בטרם החל.

954. האווירה הציבורית העוינת והתנהלות הרשויות שתוארה לעיל, הן כה קיצוניות ומרחיקות לכת – כמותית ואיכותית – עד כדי שנפגעה באופן ממשי זכותם של המבקשים למשפט הוגן.

ח. השימוש האסור בתוכנת רוגלה והסתרתו

ח.1. כללי

955. תוכנת רוגלה היא נשק לא קונבנציונלי. בשל הכוח העצום שיש למי שמחזיק בה ופוטנציאל הפגיעה בזכויות הפרט העלול להיגרם מהשימוש בה, הוגבל השימוש בכלי לסיכול טרור ולמלחמה בארגוני פשיעה.
956. מדובר בכלי איסוף רב עוצמה אשר נועד לרוב לשימוש של מעצמות ושל מדינות במלחמתן בטרור ובסיכונים קיומיים אחרים. מדובר בכלי שנוצר לצורך איסוף מידע על ידי סוכנויות ביון. למרות זאת, הכלי המלחמתי הופעל בפרשה דן באופן חסר תקדים.
957. ייחודיותו של כלי המלחמה בשני עיקרים: האחד, היכולות העצומות הגלומות בו לאיסוף מידע; השני, חשאיות השימוש בו והקושי בגילוי.
958. השימוש החריג שנעשה בתוכנת הרוגלה בתיק, עולה בעצמו כדי פגיעה גסה ובוטה בתחושת הצדק וההגינות.
959. על אחת כמה וכמה כאשר השימוש בו נעשה שלא כחוק, תוך הפרה של צו שיפוטי (שגם חוקיותו מסופקת) ובמשכים.
960. השימוש בתוכנת רוגלה בפרשה מצביע על הלך הרוח של רשויות אכיפת החוק, כפי טענתנו בבקשה, אשר לקו בלהיטות יתר, הסירו מעליהם כל עכבה, ופעלו ללא מעצורים, ללא פיקוח, ללא בקרה ובניגוד לכל נורמה מקובלת.
961. להיטות היתר שאפיינה את גורמי החקירה מנעה מהם מלעמוד בפיתוי ולהימנע מלעשות שימוש בכלי רב העוצמה והחשאי שנפל לידם. אותה להיטות הכשילה את גורמי התביעה בהצבת מנגנוני פיקוח ובקרה על פעולות המשטרה ובכך שנמנעה מלבקר את התנהלותה גם כאשר היא נחשפה במעורומיה.
962. מתוך רצון לנצל את יכולותיו ההתקפיות של כלי המלחמה ומתוך הנחה שדבר השימוש בו לא יתגלה, גורמי האכיפה עשו שימוש לרעה ברוגלה והפעילו אותה בניגוד לחוק.

ח.2. השתלשלות האירועים

963. כבר ביום 6.7.2020, פנו המבקשים למאשימה במכתב מקדים לעתירה לגילוי ראיה החוסה תחת תעודת חסיון, וביקשו מידע לגבי מספר מסמכים חסויים.
964. ביום 15.7.2020 ענו נציגי המאשימה במכתב המתייחס לכל הפריטים החסויים אותם ציינו המבקשים בפנייתם. ביחס למסמכים ק'1, ק'2 ו-ג.ק9 נכתב:

”א.5. ביחס למסמכים המסומנים ק'1, ק'2 - לא ניתן למסור פרטים נוספים מעבר לתעודת החיסיון”

”א.6. ג.ק. 9 - מדובר במסמך שנחסה בשל העובדה שיש בו כדי לחשוף שיטות ואמצעים.”

965. המבקשים, שנאמנה היתה עליהם תשובת המאשימה, החליטו לוותר על הגשת עתירה לגילוי ראייה חסויה.

966. לימים הסתבר, שהמבקשים עשו טעות שהסתפקו בתשובה שקיבלו. אותם מסמכים לגביהם נטען שלא ניתן לגלות ולו פרפרזה אודותם, היו לא פחות מצווי האזנת הסתר שהוציא בית משפט בישראל בעניינם של עד המדינה שלמה פילבר והמבקשת. אותם צווי האזנת סתר שעומדים כעת במוקד פרשת תוכנת הרוגלה.

967. ביום 18.1.2022 התפרסם בעיתון ”כלכליסט” תחקיר שכותרתו ”חברת NSO בשירות משטרת ישראל: פריצות לטלפון של אזרחים ללא פיקוח או בקרה”. לפי פרטי התחקיר, משטרת ישראל עשתה שימוש בתכנת רוגלה של חברת NSO, המאפשרת ”השתלטות מרחוק” על מכשירי טלפון ניידים, וביצוע האזנה לכלל השיחות וצפייה בכלל התכתובות של בעלי המכשיר, כמו גם בשיחות מוקלטות ובתמונות (המסמכים שיפורטו בפרק זה הוגשו לבית המשפט הנכבד במסגרת ההליך לגילוי ראייה חסויה ולגילוי חומר חקירה לפי סעיף 74 לחוק).

968. ביום 20.1.2022 פנה ב”כ נתניהו, על דעת כל הנאשמים ובאי-כוחם, לנציגת המאשימה וביקש לאשר שבתיק לא בוצע שימוש בתכנת רוגלה כלפי אף אחד מן המעורבים.

969. ביום 23.1.2022 התקבלה תגובה מהמאשימה לפה תתקבל תשובה לפנייה ”בהקדם”.

970. ביום 2.2.2022 פורסמה ידיעה ב”חדשות 13”, לפיה המשטרה פרצה ושאבה מידע רב מאחד הטלפונים של מעורב בתיק. באותו יום, מכיוון שלא ניתן מענה בעניין, פנה שוב למאשימה ב”כ נתניהו, בשם הנאשמים ובאי-כוחם, בפנייה מפורטת יותר, לקבלת מידע על כל שימוש שנעשה בתוכנת רוגלה בתיק.

971. ביום 3.2.2022 השיבה המאשימה למבקשים שהנושא נמצא תחת בדיקה מעמיקה וייתכן מענה בהקדם. באותו יום הוגשו בקשות דחופות מטעם המבקשים ומטעם נתניהו להורות למאשימה להשיב בפירוט אודות השימוש בתוכנה.

972. בבוקר יום שני, 7.2.2022, פרסם אתר ”כלכליסט” המשך לתחקיר בעניין ”פרשת הרוגלה”. בתחקיר פורסמו שמות של גורמים שונים שנטען ש”הודבקו” לכאורה בתוכנת רוגלה בה השתמשה המשטרה. בין היתר נטען שהמשטרה השתמשה בתוכנה נגד המבקשת ושלמה פילבר. התחקיר עורר הדים רבים נוכח החשיפה המטרידה.

973. באותו בוקר התקיים דיון בבית המשפט הנכבד. במעמד הדיון חזרו המבקשים על חומרת הדברים וביקשו את תגובת המאשימה בהקדם.
974. ביום 10.2.2022 הגישו המבקשים בקשה לקבלת רשימת חומר שנאסף כשהיא מתוקנת, בהתאם לסעיף 74(א1) לחוק.
975. רק ביום 16.2.2022 הועברה להגנה תגובת המאשימה לבקשת הנאשמים. מהמעט שנחשף בתגובה עלתה תמונה מטרידה ביותר. רשויות האכיפה עשו שימוש לא חוקי בתוכנת רוגלה על חשודים ועל מעורבים אחרים בתיק.
976. מתגובת המאשימה עלה שהמשטרה ביקשה וקיבלה ביום 11.2.2018 צווים להאזנות סתר לתקשורת בין מחשבים בעניינם של המבקשת ושל עד המדינה שלמה פילבר. זאת, לצורך יירוט תקשורת בין מחשבים בתקופה שבין התאריכים 11.2.2018–6.3.2018. לפי התגובה, במסגרת מימוש הצווים עשתה המשטרה שימוש ב"מערכת טכנולוגית".
977. לפי תגובת המאשימה, ביחס למבקשת, ניסיון הפעלת המערכת לא צלח ולכן לא הופק כל תוצר בעניינה. ביחס לעד המדינה פילבר, המערכת פעלה ושאהבה מידע מן הטלפון הנייד שלו במשך כ-27 שעות. תוצרי הפעלת המערכת נבחנו בתחילה על-ידי מפיק סיגינט מהיחידה החוקרת, שסיווג את חלקם כרלבנטיים. בתום החקירה הוחלט על-ידי היחידה החוקרת שכלל החומר אינו רלבנטי לחקירה.
978. עוד עלה, שבזמן הפעלת התוכנה בוצעו פעולות מסוימות נוספות, עלומות, אשר כללו גם העתקה של רשימת אנשי הקשר של פילבר ושאיבת "נתונים עודפים נוספים", שתוכנם נותר חסוי. עוד הוסיפה המאשימה והדגישה שאיסוף הנתונים העודפים לא הובא לידיעתה עד למועד הביורור.
979. לגבי צווי האזנת הסתר, שעצם קיומם כלל לא היה ידוע להגנה עד למועד תגובת המאשימה, נכתב שהללו נכללו ב"רשימת כל החומר" אך הוטל עליהם חיסיון מטעם אינטרס ציבורי חשוב. בתגובת המאשימה לא פורטה הבקשה לצו האזנת הסתר שהוגשה בזמנו לבית המשפט.
980. ברשימת החומר שנאסף שהועברה לידי ההגנה, צווי האזנת הסתר מוזכרים באופן הבא:
- "חומרי חקירה המסומנים ק'1, ק'2, ג.ק.9 – במלואם. נספח לתעודת החיסיון"**
981. מדובר במשפט סתום שאינו מאפשר אפילו קצה חוט לגבי המידע שטומנים בחובם מסמכים אלו.
982. לפיכך, בזמן אמת נותרה ההגנה באפלה מוחלטת, אפילו באשר לעצם קיומם של הצווים. היא לא ידעה על קיומם, ולו ברמז, ומשכך בוודאי שלא יכלה לבקש אותם ואת תוצריהם. עצם חיסיון הצווים שלל מן ההגנה את היכולת לבקר את פעולות החקירה שהתבקשו ושנעשו בתיק.

983. בעקבות בקשת הנאשמים, החליטה המאשימה לצמצם את תעודת החיסיון כך שהיא לא תחול על עצם קיום הצווים, וכן שתינתן לנאשמים פרפראזה בנדון. על פי תעודת החיסיון המעודכנת, הוחלט על הסרה חלקית של החיסיון בנוגע למסמכים המסומנים ק'1 ו-ק'2 והועברה פרפראזה לפיה מדובר בבקשות לצווי האזנת הסתר ואישורן; לגבי המסמכים המסומנים ק'3-ק'6 הוצאה תעודת חיסיון חדשה, מפאת אינטרס ציבורי חשוב, יחד עם תמצית לפיה מדובר בתוצרי הפעלת הרוגלה כלפי מר פילבר.
984. מובן שדי בעובדה שהמאשימה עצמה החליטה על צמצום תעודת החיסיון כדי ללמד על כך שאת המידע שנמסר בדיעבד, ניתן היה למסור גם לכתחילה. מה קושי היה לציין כי מדובר ב"צווי בית משפט", למשל, זאת לא ידענו.
985. ביום 17.2.2022 הגישו המבקשים ונתניהו עתירה לגילוי ראייה חסויה ובקשה לגילוי חומר חקירה. בעתירתם, פירטו המבקשים את טענותיהם. בתמצית נטען שהמאשימה אכן עשתה שימוש ברוגלה, למרות ניסיונותיה לערפל ולטשטש את השימוש על ידי תיאור פעולותיה בשפה מתחכמת כשימוש ב"מערכת טכנולוגית" שמבצעת האזנה לתקשורת בין מחשבים בזמן אמת. כאשר ידוע שמערכת טכנולוגית שמבצעת האזנה לתקשורת בין מחשבים בזמן אמת, היא תוכנת רוגלה.
986. בנוסף נטען שצווי האזנת הסתר הוצאו בידיעת ובאישור הפרקליטות תוך הסתרת עצם קיומם מעיני המבקשים, עד לחשיפת הפרשה, שנתגלתה במקרה עקב תחקיר עיתונאי; ושהמשטרה פעלה בניגוד לחוק ולצו השיפוטי שניתן לה בחדירה לטלפון הנייד של פילבר ואף הסתירה את השימוש הבלתי חוקי ושאיבת החומרים מהפרקליטות ומבית המשפט שאישר את הצו. בשורה התחתונה נטען, שמדובר בפעולה בלתי-חוקית שבוצעה כלפי המבקשת ושלמה פילבר, כאשר רוב המידע בעניינם נותר עלום.
987. המבקשים עתרו לקבלת הצווים ותוצריהם; לקבלת תוצרי השימוש ברוגלה שהופקו במסגרת 27 השעות בהן הופעלה; לקבלת פירוט מדויק של אנשי המשטרה שנתנו את ההוראה לבצע את הפעילות שבשלה הופקו "נתונים עודפים" מן הטלפון הנייד של פילבר, מה היה היקפה, אלו חומרים הופקו במסגרתה ומי הגורמים שהיו מעורבים בכך, וכן פירוט לגבי הפעלת הרוגלה והגורמים המעורבים בה בעניינה של המבקשת.
988. ביום 22.2.2022 עודכנו הנאשמים על-ידי המאשימה שיומיים קודם לכן, פנה בא-כוחו של מר פילבר לנציגי המאשימה וביקש לקבל לידי את "הנתונים העודפים" שהופקו מהטלפון הנייד של מרשו. ביום 22.2.2022 השיבה לו המאשימה שאין ביכולתה להעביר את המידע כיוון שהוצאה לגביו תעודת חיסיון.
989. ביום 24.2.2022 העבירה המאשימה תוספת לתעודת החיסיון הנוגעת לבדיקות נוספות שנערכו לאחר תגובתה שניתנה ביום 16.2.2022 וכן תרשומות פנימיות בעניין שסווגו כחומר חקירה תחת חיסיון (מסמכים ק'7-ק'14). רשימת החומר המעודכנת הועברה לנאשמים ביום 26.2.2022.

990. ביום 28.2.2022 התקיים דיון בעתירה לגילוי ראייה חסויה ובבקשה לגילוי חומר חקירה בפני בית משפט נכבד זה. לאחר הדיון, שארך חצי יום, הוקדש חציו השני של הדיון, וכן שני ימי דיונים נוספים, לדיון במעמד צד אחד בנוכחות המאשימה ונציגיה בלבד.

991. החלטת בית המשפט בעניין ניתנה ביום 10.3.2022. בהחלטתו, הורה בית המשפט למאשימה להעביר לידי ההגנה חלק מן החומר, כשחלקים מסוימים, העלולים לחשוף שיטות ואמצעים, מושחרים; כמו כן, הורה בית המשפט להעביר לידי ההגנה תכתובות בין הפרקליטות ליחידה החוקרת, תוך השחרת פרטים מסוימים, משום שעל אף עמדתה של המאשימה שמדובר בתכתובות פנימיות, נקבע שנסבותיו המיוחדות של המקרה מצדיקות את העברתן; הוחלט כי "הנתונים העודפים" שהופקו מן הטלפון של פילבר לא יועברו בשל היותם לא-רלבנטיים להגנה; והוחלט שיועברו להגנה שמות הגורמים שאישרו בפרקליטות את החלטת המשטרה לבצע האזנות סתר. בהחלטה עצמה פורטו שמות שני בעלי התפקידים שמסרו למאשימה את פירוט הבדיקות שבוצעו.

992. ביום 17.3.2022 העבירו נציגי המאשימה להגנה את המסמכים המפורטים בהחלטה.

993. בנוסף, בהודעת מייל של המאשימה להגנה צוין שבהתאם להחלטת בית המשפט, צווי האזנת הסתר לתקשורת בין מחשבים אושרו טרם הגשתם לבית המשפט על ידי פרקליט המדינה דאז, שי ניצן, בהתייעצות עם פרקליטת מחוז ת"א (מיסוי וכלכלה) דאז, ליאת בן ארי-שוויקי, ועם מנהל יחידת הסייבר בפרקליטות המדינה, עו"ד חיים ויסמונסקי. כמו כן, פורט שהגורמים שביצעו את הפעלת הרוגלה הם טל רואש ויוסי לוי.

994. כפי שיתואר להלן, בכל אחד מהשלבים שפורטו לעיל התנהלו רשויות אכיפת החוק בניגוד לחוק ובניגוד לחובתם ולסמכויותיהם, באופן שפוגע פגיעה קשה וחריגה בזכויותיהם היסודיות של המבקשים, בהליך השיפוטי ובאמון הציבור במערכות אכיפת החוק והמשפט.

3. ח. שימוש תקדימי ואסור בתוכנת רוגלה

995. בניגוד לבקשה שהוגשה מטעם המשטרה ובניגוד לצו שניתן לה (שלפי שיטתה של המאשימה התיר לה לבצע האזנה להודעות וואטסאפ ואימייל שישלחו אונליין) המשטרה שאבה ממכשירו של פילבר "נתונים עודפים" שלא הותרו לה על פי הצו, ושאינן לגביהם מחלוקת שאינם מותרים בהאזנה לפי חוק האזנת סתר.

996. אם נתעלם ממכבסת המילים האמורה, ברי כי אף לעמדת המאשימה, השימוש האמור שנעשה בפועל על ידי המשטרה בתוכנת הרוגלה נעשה בניגוד לחוק וחרג מההיתר שניתן לה במסגרת הצו השיפוטי.

997. המאשימה מודה (הגם שבלשון מעורפלת ועמומה) שהחריגה מן הצו, במסגרתה "המערכת ביצעה" (כאילו שהמערכת לא מופעלת על-ידי בני אדם) פעולות נוספות שלא נכללו בו והניבו את העתקת אנשי הקשר והנתונים העודפים שלא הועברו להגנה מפאת חוסר רלבנטיות לתיק, היא פעולה בלתי חוקית.

998. די בכך כדי לקבוע שהמשטרה פעלה בניגוד לחוק ובחוסר סמכות ופגעה בכך שלא כדין בזכויותיהם של הנאשמים.

999. גם בכך יש להצביע על להיטות היתר של רשויות האכיפה, ועל המוטיבציה שהניעה אותן לכל אורך החקירה להפליל את המבקשים בכל מחיר. לצערנו, פעולות אלה אינן עומדות לבדן, והן המשך ישיר וטבעי להלך הרוח והאופן שבו התנהלו רשויות החקירה למן הרגע הראשון.

1000. רשויות האכיפה הסירו מעליהן כל עכבה או מגבלה, חוקית או מוסרית, ועשו כל שלא ידן, לרבות שימוש בכלי המלחמה שניתן בידן, כדי להפליל את הנאשמים בתיק זה.

1001. אמנם המאשימה הונתה על ידי המשטרה, אולם היא חדלה מלפקח עליה ולא מנעה ממנה לעבור על החוק. בנוסף, המאשימה גם לא טרחה לברר את היקף פעולתה של המשטרה וטיב התוכן שנשאב בטרם אישרה את הוצאת תעודת החיסיון הגורפת בגין הפעלת הרוגלה.

1002. ברוח "המטרה מקדשת את האמצעים", גם לאחר הגילוי המטריד עשתה המאשימה מאמץ לטשטש את דבר השימוש ברוגלה אסורה ואופן הפעלתה בתיק. כפי שיפורט להלן, גם משנדרשה לכך על ידי בית המשפט הנכבד, היא גילתה טפח וכיסתה טפחיים.

ה. השימוש בתוכנת רוגלה במסגרת חוק האזנת סתר אינו חוקי

1003. לעמדת המאשימה, צווי האזנת הסתר ניתנו כדין. הפעולה הבלתי-חוקית היחידה (אף שאינה מוגדרת כך במפורש בתגובת המדינה, אלא במשתמע), היא זו במסגרתה "המערכת ביצעה" פעולות נוספות שלא נכללו בצו והניבו את העתקת אנשי הקשר והנתונים העודפים שלא הועברו להגנה מפאת חוסר רלבנטיות לתיק.

1004. לא ניתן לקבל את עמדתה של המאשימה. נדמה שהיא גם מדברת בשני קולות.

1005. מעמדתה של המאשימה שהוגשה בתיק עולה שחוק האזנת סתר, תש"ט-1979, מאפשר שימוש בתכנת רוגלה, אשר חודרת למחשב (טלפון חכם) מרחוק לצורך יירוט התכתבויות וואטסאפ, מסרונים ומיילים בזמן אמת.

1006. בניגוד לכך, לפי עמדתו של הגורם המוסמך בפרקליטות המדינה, במצב החוקי הקיים כיום אין לגורמי האכיפה כל סמכות חוקית להפעלת תוכנת רוגלה. מסיבה זו ביקש משרד המשפטים לתקן את החוק ולעגן בו סמכויות נוספות שלא קיימות כיום.

1007. עמד על כך ראש מחלקת הסייבר בפרקליטות המדינה, עו"ד ויסמונסקי, בישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת שנערכה ביום 12.2.2018, יום לאחר הוצאת צווי האזנת הסתר בענייננו:

גם הנושא של חדירה סמויה למחשב. אני רוצה להסביר, שיחת טלפון שבועית שמתקבלת, למשל אצלי, כמי שמלווה בהרבה פעולות את המשטרה, אם יש

יכולת היום להאזין לתקשורת בין מחשבים, אבל אין יכולת לחפש חיפוש סמוי במחשב – ובוא נניח שאנחנו בתיקים החמורים ביותר שיש עליהם קונצנזוס רחב, כמובן שיש מקרי קצה, אבל נניח שאנחנו בתיק ארגון פשיעה, ונניח שאנחנו בתיק רצח, ותיק מין חמור, וכו' – פשוט אין את הסמכות. זאת אומרת, זה לא עניין של איזונים ובלמים, הסמכות לא קיימת. ונדמה לי שהיום במצב הקיים, מכיוון שאמצעי ההתקשרות, אמצעי הפעולה, אמצעי השיח, אמצעי ההתנהלות שלנו, הם עוברים לתוך עולם המחשב, אז לא יכול להיות מצב שהסמכות לא קיימת, נקודה. אגב, הסמכות הזאת של חיפוש במחשב קיימת בהרבה מאוד מערכות משפט שונות.

[...]

נראה לנו, כמו שאדוני אמר בפתח הדברים, שלא צריך להשתמש בחקיקה שיפוטית או אולי אפילו בפרשנויות שנעשות בחדרי חדרים בצלמא א-דין או במשרדי או בכל מיני מקומות אחרים, לא בטוח שאנחנו רוצים את זה, אנחנו מעדיפים חקיקה. (פרוטוקול ישיבה של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20 (12.2.2018), עמ' 22–23) (ההדגשות הוספו – הח"מ).

1008. המאשימה מסתמכת בפרשנותה על הגדרת "שיחה" בסעיף 1 לחוק האזנת סתר לפיה היא כוללת גם תקשורת בין מחשבים. אמנם, חוק האזנת סתר תוקן כדי שיכלול תקשורת בין מחשבים, אולם, זאת נעשה בשנת 1995, קרי, לפני למעלה מ-25 שנה, שאז הוא נועד לאפשר תפיסה ושימור של תכתובות מייל ותכתובות אחרות אשר עברו (בעבר) במסגרת תקשורת בין מחשבים.

1009. חוק האזנת סתר, לרבות התיקון האמור, לא מאפשר ניטור מרחוק בזמן אמת של תקשורת בין מחשבים, באמצעות טכנולוגיה שלא הייתה קיימת כלל בזמן התיקון לחוק.

1010. פרשנות אחרת היא גם מרחיקה לכת ותאפשר למשטרה להפעיל כלים רבי עוצמה, באופן שפוגע פגיעה בלתי מידתית בפרטיות של הפרט.

1011. עמדתה של המאשימה בתיק היא בלתי מתקבלת על הדעת. קבלתה תוביל לפריצת גבולות סמכות החדירה של רשויות האכיפה לכל מחשב וטלפון חכם, ללא מנגנוני פיקוח ובקרה שיפוטיים ראויים.

1012. יכולת הניטור ואיסוף המידע של תוכנת הרוגלה מתוך הטלפון החכם, מאפשרת לדעת כל פרט ופרט על אורחות חייו של כל אדם ושל צדדים שלישיים הבאים עימו בקשר.

1013. חוק האזנת סתר לא יועד, וממילא הוא לא מאפשר, הדבקה של הטלפון החכם. חדירה אליו מרחוק, ללא ידיעת בעליו, תוך שאיבת כל המידע המצוי בו וניטור רציף בזמן אמת של כל המידע הזורם דרכו, אינם יכולים להיעשות במסגרת צו האזנת סתר.

1014. כיוון שמלכתחילה לא יועד חוק האזנת סתר לשימוש בתוכנות רוגלה, הוראות החוק המהותיות (מבחינת גבולות סמכות החדירה לטלפון החכם, ההצדקות לחדירה, היקפה ומשכה של החדירה ועוד) והפרוצדוראליות (זהות הגורם המאשר, אופיו וטיבו של ההליך השיפוטי הבוחן הרשאת חדירה, קיומם של מנגנוני פיקוח ובקרה על אופן השימוש ברוגלה, ועוד), אינן נותנות מענה מספק למסגרת ההגנה הראויה על המידע האישי הקיים ונוצר בטלפון החכם.

1015. המאשימה מבקשת להסתמך על חוק שחוקק טרם ההתפתחויות הטכנולוגיות המאפשרות התכתבויות מעין אלו בטלפונים חכמים, וטרם ההתקדמות הטכנולוגית שהתרחשה בעולם המעקבים המקוונים בדמות פיתוח תוכנות רוגלה המשמשות כנשק רב עוצמה למשתמש בהן לאסוף מידע רחב על כל מי שעושה שימוש בטלפון חכם.

1016. במקרה דנן גורמי האכיפה אף לא ניסו לעשות את ההתאמות הנדרשות לצורך השימוש בכלי הלא קונבנציונאלי שניתן בידם.

1017. השימוש בכלי המלחמה נעשה ללא ידיעתה של המאשימה ותוך הסתרתו מעיני בית המשפט והטעייתו.

1018. שימוש תקדימי בכלי החרגי, חייב את המשטרה, לכל הפחות, להעמיד את המאשימה על דיוקם של דברים; לקבל אישור מפורט של היועץ המשפטי לממשלה; לפרט ברחל בתך הקטנה בפני בית המשפט את אופיו של הכלי לגביו מתבקש הצו. אף אחד מאלה לא נעשה.

1019. בעניין זה לא למותר להפנות לדו"ח שפורסם אך לאחרונה על ידי המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, עוה"ד עמית מרין. מבלי להתייחס לכשלים המובנים בעבודת ועדת מרין ולמחלוקת החרפה עמה בשאלות מהותיות של חוק ופרשנותו המאולצת והגמישה עד בלי די במטרה להניח תשתית כלשהי, ולו קלושה ושברירית, לכך שהוצאו צווים כדון, כמו גם לכלים המוגבלים שעמדו לרשותה לבחינה אמיתית ונוקבת של הפרשה – אפילו הדו"ח שיצא תחת ידה מציף אינספור כשלים, שגגות, היעדרם של מנגנוני פיקוח ובקרה על עבודת המשטרה, הפרקליטות והיועץ המשפטי לממשלה.

1020. לכל אורך הדרך הסתירו גורמי האכיפה את השימוש שנעשה ברוגלה. הן בזמן החקירה והן בזמן המשפט, הן מעיני בית המשפט והן מעיני ההגנה. בחלקו, כפי שאנו מבינים מתגובת המאשימה, גם ממנה. אלמלא התחקיר העיתונאי שתואר לעיל, כל האירוע החמור היה נותר במחשכים.

ח.5. המשטרה הסתירה מהמאשימה ומבית המשפט את השימוש בתוכנת רוגלה

1021. כאמור לעיל, המשטרה הסתירה מבית המשפט את השימוש ברוגלה עת ביקשה את הוצאת צווי האזנת הסתר, ולא העמידה אותו על חריגותו של הכלי המצוי בידיה ועל הפעולה שלשמה היא מבקשת היתר הפעלה.

1022. מהחומר שנחשף רק לאחרונה, עולה שהמשטרה גם הסתירה מהמאשימה את השימוש בתוכנת הרוגלה. על בסיס מצג מוטעה זה פעלה המאשימה עת ביקשה להוציא תעודת חיסיון לצווי האזנת הסתר.

1023. בעקבות כך, הוסתר גם מההגנה השימוש בתוכנת הרוגלה. תעודת החיסיון חסתה כל פרט הקשור לשימוש בתוכנה, לרבות עצם קיומם של צווי האזנת הסתר.

1024. למרות דברים אלה, המאשימה הוסיפה לגונן על המשטרה ולא לגלות עובדה חשובה זו להגנה ולבית המשפט הנכבד.

1025. לצד זאת שהמאשימה הודתה בתגובתה שלא היתה מודעת שמפעילי הרוגלה חרגו מהצו ושאו "נתונים עודפים" בניגוד לצו, היא טענה באופן עמום, שהוצאת צווי האזנת הסתר נעשו באישורה.

1026. בתגובת המאשימה מיום 16.2.2022, היא מתארת את "החריגה מהצו", קרי, שאיבת נתונים עודפים מהטלפון של פילבר והעתקת אנשי הקשר שלו, כפעולה שהיא לא הייתה מודעת אליה בזמן אמת, ושהתוודעה אליה רק במעמד הבדיקה שנערכה לאחרונה בעקבות בקשות ההגנה (סעיפים ח' ו-11 לתגובה).

1027. לצד זאת היא מציינת שצווי האזנת הסתר אושרו על-ידי הגורמים המוסמכים בפרקליטות:

"הוצאתם של צווי האזנת סתר לתקשורת בין מחשבים במסגרת חקירת תיק 4000 לטווח הזמנים שצוין בצווים אושרה על ידי הגורמים המוסמכים בפרקליטות המדינה עובר לפנייה לבית המשפט בבקשה למתן הצווים ועל בסיסם" (סעיף 7 לתגובת המאשימה מיום 16.2.2022).

1028. מכאן ניתן היה לכאורה להניח שהמאשימה ידעה על השימוש בתכנה, אישרה אותה במעמד הגשת הבקשה לצווים וביקשה לחסות אותה תחת חיסיון. הפעולה היחידה שנעלמה מעיניה, כך נדמה מהרושם שעולה מתגובתה, היא "השימוש החורג" במערכת שהניב נתונים עודפים.

1029. בניגוד גמור לרושם שנוצר, מהמסמכים שהועברו לידי ההגנה בעקבות החלטת בית המשפט בעתירה לגילוי ראייה חסויה, וככל הנראה זו הסיבה שבית המשפט הורה על העברת ההתכתבות הפנימית המבוקשת, עולה שאותם גורמים בפרקליטות שאישרו את הצווים, לא ידעו ולא הבינו במועד מתן האישור, שהיחידה החוקרת מתכוונת לעשות שימוש בתוכנת הרוגלה. למעשה, הם סברו שעומדת בפניהם בקשה לצו האזנת סתר רגילה, שהיתה מקובלת באותם ימים ואשר הוגשה במקרים רבים.

1030. אותם גורמים בפרקליטות גם לא ידעו על השימוש ברוגלה בעת החלטה על הוצאת תעודת החיסיון על הצווים.

1031. השימוש ברוגלה התגלה למאשימה רק בעקבות הבדיקה שנערכה לאחר תחקיר "כלכליסט" ובעקבות פניות ההגנה בעניין זה. על כך ניתן ללמוד מתוך **מכתבה של עו"ד בן-ארי-שוויקי לראש**

להב מיום 23.1.2022, שהמאשימה ביקשה טענה שאין למסור אותו להגנה משום שהוא בגדר תכתובת פנימית, אך בית המשפט הורה להעבירו להגנה:

"יצוין כי בחומר החקירה שהועבר לעיונו, ובחומר שהוצג לנו במסגרת הבקשה להוצאת תעודות חיסיון בתיק, לא נמצאה אינדיקציה לשימוש בתוכנות כאמור".

1032. מפנייה זו של המשנה לפרקליט המדינה וראש צוות הפרקליטים בתיק זה, לראש יחידת להב במשטרה, שנעשתה בסמוך לאחר שהפרשה "התפוצצה" ונחשפה לעיני כל, מטיחה הפרקליטות במשטרה, באופן מפורש, שהיא לא ידעה על השימוש ברוגלה, לא בזמן אמת ואפילו לא בזמן הוצאת תעודות החיסיון בנושא.

1033. על כך שלא ניתן אישור בפרקליטות לשימוש בתכנת רוגלה ושהיא לא הייתה מודעות לשימוש כאמור, ניתן ללמוד גם מדברי היועץ המשפטי לממשלה לשעבר, אביחי מנדלבליט, בכנס שנערך לאחר חשיפת הפרשה, לפיהם הוא לא ידע כלל על שימוש בתכנת פגסוס, או תוכנה דומה לה בעלת אמצעים פולשניים מעין אלה:

"זה לא רק NSO, תחשבו על תוכנת 'עין הנץ' שהמשטרה משתמשת בה באופן לא חוקי כבר כמה שנים באישור היועץ המשפטי לממשלה", אמרה ד"ר תהילה שוורץ-אלטשולר, מהמומחיות הגדולות לטכנולוגיה ומשפט. לטענתה, "עין הנץ" ו"פגסוס" זה בדיוק אותו הדבר - שתי מערכות פלישה עוצמתיות לאיסוף מידע על אזרחים. ושתיהן מופעלות באישור היועץ המשפטי לממשלה ללא הסמכה בחוק.

את התהייה של שוורץ-אלטשולר כדררתי בהמשך הכנס ליועץ המשפטי לממשלה היוצא אביחי מנדלבליט. **"נראה לך שידעתי מזה בכלל?" השיב לגבי פגסוס, "הדברים האלה מאושרים על ידי הייעוץ המשפטי של המשטרה, ואולי מגיעים למשנים שלי".**

תשובתו מתכתבת עם דברי נציגת משרד המשפטים עו"ד גבי פיסמן בוועדת חוקה בכנסת שאמרה כי **"למיטב ידיעתנו, היועץ לא נתן אישור מפורש להפעלת מערכת פגסוס. זאת לא בקשה שהובאה בפניו"**. (משה גורלי "מנדלבליט: "לא אישרתי פגסוס, לא ידעתי מזה בכלל" כלכליסט (28.3.2022) [.https://www.calcalist.co.il/local_news/article/rj00qgyrz5](https://www.calcalist.co.il/local_news/article/rj00qgyrz5)

1034. אין מנוס מהמסקנה שהיחידה החוקרת ביקשה וקיבלה צווי האזנת סתר מבלי שהיא חשפה בפני הפרקליטות ובפני בית המשפט אליו פנתה, שמדובר בתוכנת ריגול אשר שונה באופן משמעותי מאותם כלים שנעשה בהם שימוש במסגרת חוק האזנת סתר; שהפעילה את הרוגלה אף בניגוד למה שביקשה; ושפעלה להסתיר כל זאת מההגנה ומבית המשפט הנכבד.

1035. במעשיה, משטרת ישראל פעלה באופן בלתי-חוקי, תוך פגיעה קשה בפרטיותם של נחקרים ורמיסת זכויותיהם היסודיות והחוקתיות.

1036. התנהלות המשטרה בפרשה מוכיחה שוב את שנטען לכל אורכה של בקשה זו. להיטות היתר של החוקרים, שמבחינתם היו כל האמצעים כשרים להשגת המטרה, הביאה אותם להפרה גסה של החוק תוך חריגה קשה מסמכותם. התנהלותה מהווה פגיעה חמורה בתחושת הצדק וההגינות באופן ניהול ההליך כלפי הנאשמים.

1037. לצערנו, גם המאשימה אינה חפה מנשיאה באחריות למחדל בענייננו. היא שאישרה את הבקשות לצווים, וכן את בקשות החיסיון, מבלי שביררה את הפרטים המתחייבים. מתוך להיטות היתר, בה גם הפרקליטות היתה נגועה, לא נערכה כל בקרה ולא נעשתה כל ביקורת על עבודת המשטרה.

1038. גם לאחר שהפרשה "התפוצצה" ומתוך דבקות במטרה, ניסתה הפרקליטות להותיר את הדברים ואת חומרת הפרשה עמומים, תוך שהיא מטשטשת את הכשלים החמורים שנפלו בהפעלת הרוגלה.

ח.6. התנהלות לא הגונה של המאשימה לאחר שנחשף השימוש ברוגלה

1039. משנחשפה, הגורמים הבכירים ביותר במערכת היו מעורבים אישית בטיפול בפרשה. מטעם זה, הדעת נותנת שאין לבוא בביקורת פרסונאלית כלפי הפרקליטים המופיעים בתיק. נראה שמדובר בטיפול מערכתי שחייבם לנהוג כפי שנהגו בשם המדינה. אולם, אין הדבר מעלה או מוריד לצורך הבקשה.

1040. חרף העובדה, שלא יכולה להיות שנויה במחלוקת, שמדובר בפעולה משטרתית חריגה ביותר שאי-חוקיותה אינה מוטלת בספק, וחרף העובדה שהמאשימה לא ידעה בזמן אמת על השימוש בתכנה מסוג זה, היא ניסתה לטשטש עובדות אלה.

1041. הדבר לא פורט בתגובתה הראשונה לבקשות ההגנה בנוגע לשאלה האם נעשה שימוש בתכנת רוגלה.

1042. בתגובה מיום 16.2.2022, ציינה המאשימה שנעשה שימוש ב"מערכת טכנולוגית" וכי צווי האזנת הסתר הוצאו באישור הגורמים המוסמכים בפרקליטות (סעיף 7 לתגובה). אך היא לא האירה את עיניי ההגנה בדבר העובדה שהשימוש שעשתה המשטרה במערכת לא היה ידוע לה בעת בקשת הצו, וגם לא לבית המשפט שאישר את הצו, ואף לא בעת הוצאת תעודת החיסיון.

1043. יש להצר על התנהלותה זו של המאשימה, שגם כאשר התברר לה שנעשה שימוש שאינו תואם את אישורה וללא ידיעתה, תוך פגיעה חמורה בזכויות נחקרים וחשודים, היא בחרה לכסות על כך ולא לגלות את התמונה המלאה להגנה, עד אשר חויבה לעשות כן בהחלטת בית המשפט. גם לאחר ההחלטה, עוד נאלצה ההגנה לחבר את הנתונים במאמץ רב כאילו מדובר בפאזל מרובה חלקים ללא תמונה מנחה.

1044. התנהלות זו מהווה אינדיקציה נוספת לדרך הילוכם של גופי האכיפה בניהול התיק. במקום לקיים חקירה הגונה, הם "צופפו שורות" ובקשו להצניע התנהלות בלתי-חוקית בה כשלו.

ט. סוף דבר – צבר חסר תקדים של פגמים המחייב את ביטולו של המשפט

1045. הפגמים שנפלו בחקירת הפרשה ובהתנהלות המאשימה במשפט הם רבים, קשים ומתמשכים. הם דוקרים את העין וצובטים את הלב.

1046. החקירה זוהמה למן ההתחלה. החוקרים לא בחלו באמצעים והפעילו כלים דורסניים כלפי המבקשים וכלפי עדים וחשודים אחרים. בוצעו בחקירה פעולות ותרגילי חקירה פוגעניים ואסורים; נתפס רכושם של המבקשים בניגוד לחוק; נעשה שימוש פסול בכלי המעצר ובבני משפחה לצורך שבירת רוחם של נחקרים; נחקרו חשודים בתנאים קשים ביותר בניגוד לדין; נעשתה חדירה קשה למרחב הייצוג של חשודים; הופעלה כנגד המבקשת ועד מדינה מרכזי תכנת רוגלה בניגוד לחוק ונעשה ניסיון להסתיר ולטשטש את עקבות השימוש האסור בה; כנגד הנאשמים נערך משפט שדה בכיכר העיר שניזון ולובה, משך כל שנות החקירה והמשפט, בתדרוכים ובהדלפות בלתי פוסקות של רשויות אכיפת החוק; גורמי החקירה הסתירו חומר חקירה מהותי מרשויות התביעה, מההגנה ומבית המשפט.

1047. להיטות היתר שהביאה את חוקרי הפרשה לפרוץ כל גבול ולעבור על החוק, הביאה אותם גם לנהל את החקירה באופן סלקטיבי שחוטא לתכליתה בחשיפת האמת.

1048. דווקא אלה האמונים על אכיפת החוק בישראל הפרו את החוק ברגל גסה. בשם הרצון להביא להרשעתם של החשודים, נקטו רשויות החקירה בפעולות נפסדות תוך פגיעה בזכויותיהם החוקתיות ובאופן שפגע ביכולת בית המשפט לברר את האמת.

1049. המאשימה ליוותה את חוקרי המשטרה מקרוב. ראו למשל, עדות ניר שוורץ:

אז יש בכל יום ישיבת סטטוס של ראש היחידה שמקבל את העדכונים ונותן הנחיות להמשך. במקביל יש גם ישיבות בוקר אצל ראש זרוע חקירות יואב תלם ואלה בעצם שתי ישיבות המרכזיות שמתרחשות במהלך השגרתי היום (פרוטוקול הדיון בעמוד 9449 בשי' 17)

[.....]

ש. בישיבות הסטטוס שדיברת עליהם מפעם לפעם גם הפרקליטות נוכחת?

ת. כן

ש. כן?

ת. כן

ש. מי?

ת. היא נוכחת, אני חושב שבכל הישיבות הם נכחו

ש. בכל הישיבות?

ת. אני חושב, אני מדבר על הישיבות אצל ראש היאל"כ. (פרוטוקול הדיון בעמוד

9457 משורה 10)

1050. המאשימה כשלה בפיקוח ובבקרה על חוקרי המשטרה ועל מהלכי החקירה הפסולים. גם היא לקתה באותה להיטות שסימאה את עיניה והביאה אותה, כשהיא לכודה בראיית מנהרה ולוקה בהטיית אישוש חריפה, להותיר על רצפת חדר העריכה כל טענה, כיוון חקירה וראיה שלא הסתדרה עם תזת האשמה.

1051. בתורה, העתיקה המאשימה את זירת החקירה המזוהמת לאולם המשפט. היא הוסיפה ופגעה בזכויותיהם של המבקשים בכך שלא גילתה להם חומר חקירה מהותי; בהצגת טענות ומסד ראייתי חסר ומטעה לבית המשפט באמצעות עדיה; ובקיום השלמות חקירה אסורות בראיונות עדים. מי מנציגי התביעה, תדרך והדליף ללא הרף ותרם למשפט השדה שנערך למבקשים בכיכר העיר.

1052. סוג הפגמים בהם מדובר, היקפם, עוצמתם והצטברותם, עולה כדי התנהגות שערורייתית שיש בה משום רדיפה והתעמרות במבקשים. מדובר בהתנהלות בלתי נסבלת, חריגה ויוצאת דופן בחומרתה, אשר מחייבת את קבלת הטענה להגנה מן הצדק גם לפי המבחנים המחמירים ביותר שנהגו בעבר ושהוצעו ונדחו בהצעת התיקון לחוק. מקל וחומר, ניתן לקבוע שהתנהלות שערורייתית זו עומדת בסתירה לעקרונות של צדק והגינות משפטית, על פי המבחן הנוהג היום.

1053. התנהלותן של רשויות האכיפה בחקירת הפרשה ובניהול המשפט נגד המבקשים מקוממת ומטרידה ביותר. היא עומדת בניגוד גמור לחובות האמון וההגינות המוטלות עליהן כאמור. מעשי רשויות אכיפת החוק עובר להעמדתם של המבקשים לדין, ואף לאחריה, סתרו באופן מהותי את עקרונות הצדק וההגינות.

1054. בכל האירועים הנוגעים להתנהלות רשויות אכיפת החוק עד כה, אשר הגיעו לבחינתן של ערכאות שיפוטיות ומעין שיפוטיות, נמתחה ביקורת חריפה על התנהלותן ברוח הדברים המובאים בבקשה.

1055. כך, נציב תלונות הציבור על שופטים בפרשת המסרוניס, בית הדין למשמעת לשופטים, בית הדין לעובדי מדינה ובית המשפט הגבוה לצדק באותה פרשה; כך גם בית המשפט העליון בפרשת ההדלפות האסורות, בפרשת תפיסות הרכוש של המבקשים ובערר בנושא גילוי חומר חקירה. לכל אלה יש להוסיף את החלטותיו המהותיות של בית המשפט הנכבד בבקשה להורות למאשימה להעביר חומר חקירה בעקבות גילוי חומר חסר במהלך חקירתו של עד התביעה המרכזי אילן ישועה; בהחלטתו בעניין המגבלה על הצגת חומר חקירה לעדים בראיונות עמם; בהחלטה לפיה מצופה מהמאשימה לבדוק את עניין הדלפת השלמת החקירה בעניין האישום הראשון ערב חקירתו של עד המדינה חפץ; בהחלטת בית המשפט בעקבות חשיפת פרשת השימוש בתוכנת הריגול; ובהחלטת בית המשפט בבקשת המאשימה לתיקון כתב האישום במהלך עדותו של עד המדינה פילבר.

1056. בין פסקי דין והחלטות אלה עובר קו רציף ומחבר אחד הקשור בטבורו לנטען בבקשה. מדובר בהליך שעל כל צעד ושעל בו שנחשף עד כה, התגלו קלקולים חמורים שמזעזעים את תחושת הצדק וההגינות. שערוריה רודפת שערוריה, וסופן של שערוריות הקשורות בהתנהלות רשויות אכיפת החוק בפרשה זו, מי ישורנו.

1057. את התנהלות רשויות האכיפה בפרשה אפשר להסביר רק בכך שהן העמידו את 'הניצחון' בהליך הפלילי כעמוד האש ההולך לפניו ומסמא את עיניהן. גם במחיר של פגיעה בזכויות אדם יסודיות (של עדים ונאשמים כאחד) ואף במחיר של פגיעה בהליך שנועד להבטיח את גילוי האמת.

1058. נתונים בקונספציה שגויה אליה הם נקלעו, דימו רשויות אכיפת החוק את המבקשים לארגון פשיעה, באופן שהוביל אותם לפעול ולהפעיל אמצעים קיצוניים, מרחיקי לכת, תקדימיים ופסולים, כשהמטרה מקדשת את האמצעים.

1059. הפעולות שננקטו, ביניהן, הפעלת לחצים פסולים ובזויים למען גיוס עדי מדינה; פעולות חקירה אסורות במטרה לשבור את רוחם של הנחקרים; ביצוע מעצרים שנועדו לאלץ את העצורים לשתף פעולה עם המשטרה; הפעלת תוכנות רוגלה באופן תקדימי תוך פגיעה בזכויות היסוד של הנחקרים; ועוד כפי שפורט לעיל – אינן עולות בקנה אחד עם התפיסות המקובלות של שלטון חוק במדינה דמוקרטית.

1060. בנסיבות קיצוניות אלה שהוכחו, המשך ניהול ההליך הפלילי, יהפוך את ההגנה מן הצדק לפלסטר. לא רק שהוא סותר את תחושת הצדק וההגינות, אלא שהוא יפגע באמון הציבור במערכת כולה, אשר תיתפס כמי שעמדה מנגד נוכח ההתנהלות השערורייתית שאפיינה את הליך החקירה והמשפט.

1061. הנזק אינו בר תיקון והוא מחייב את ביטולו של כתב האישום כבר עתה.

1062. כפי שהזהיר לאחרונה כב' השופט אלרון: "יש להיזהר מתיקון שגגות התביעה על חשבון זכויות הנאשם [...] כאשר זכויות נאשם מונחות על הכף, אין לרופף מסגרות דינוניות יתר על המידה עד כדי פגיעה בהליך הוגן ועיוות דין" (ע"פ 6168/20 מדינת ישראל נ' שמבה, בפסקה 22 (9.6.2022)).

1063. בית המשפט אינו יכול לעמוד מנגד לנוכח התנהלותן השערורייתית של רשויות אכיפת החוק. אי נקיטת עמדה עלולה להעביר מסר שגוי בתכלית לפיו בית המשפט, חלילה, לא עושה כל שלא ידו כדי לא לאפשר התנהלות שכזו.

1064. בית המשפט הנכבד מתבקש לבטל את כתב האישום באופן מידי מכמה סיבות עיקריות:

- א. כפי שהוצג לעיל, הובאה בפני בית המשפט הנכבד תשתית ראייתית מספקת לביסוס קבלת הטענה של הגנה מן הצדק. במצב דברים זה המשך ניהול המשפט חוטא לצדק.
- ב. התנהלותה של המאשימה כפי שהוכחה, מלמדת שהיא הסירה מעליה כל בקרה וביקורת נדרשים, אשר נוכח כל שהתגלה במשפט עד כה, אמורים היו להביאה לחזור בה מכתב האישום

ביוזמתה. למרבה הצער, להיטות היתר וראיית המנהרה המאפיינות אותה בתיק רגיש ומשמעותי זה, כשאחד הנאשמים בו היה ראש ממשלה מכהן בזמן החקירה והגשת כתב האישום, מונעים ממנה לעשות את המתבקש. במצב דברים זה, נדמה שאין מנוס אלא להביא את ההחלטה לפתחו של בית המשפט הנכבד, שמעצם תפקידו הוא רגיש לעוול שנעשה לנאשמים המובאים בפניו ובכוחו להושיעם ולצמצם את הנזק הרב שהוא מנת חלקם.

ג. כפי שהוכח שוב ושוב, התנהלות החקירה הביאה לפגיעה קשה ביכולתו של המשפט לחשוף את האמת כולה. בכך, ניטלה מהמשפט ההצדקה שעומדת ביסוד קיומו. מקום בו החקירה נוהלה מראשיתה באופן מוטע ומתוך ראיית מנהרה ועל נחקרים הופעלו לחצים לא חוקיים וקיצוניים בחומרתם ובהשפעתם הרעה – נדע כי נגרם נזק ראייתי עצום שלא ניתן להשיב עליו, גם אם לא נדע לעולם את מלוא היקפו והשפעתו החמורה על היכולת לעמוד על האמת. ודאי שלא ניתן להוסיף ולנסות לתקן, ללא הועיל, את שנשבר על גבם הדואב של המבקשים.

ד. המשך ניהול המשפט כנגד המבקשים, במצב דברים בו התמונה המצטיירת כה קשה וברורה כשמש, יוביל גם לפגיעה קשה באמון הציבור במערכת המשפט.

1065. מעל לכל וכחוט השני המחבר בין כל הטעמים האמורים ומהווה את עיקרם, מצוי הטעם לפיו המשך ניהול המשפט יוסיף חטא על פשע. הוא יוביל להמשך פגיעה מיותרת במבקשים אשר מוחזקים בהליך כבני ערובה.

1066. למרבה החלחלה, רשויות אכיפת החוק פעלו בפרשה זו בהתאם ל"תורת לחימה" שאומצה כנגד ארגוני פשע והפעילו כנגד המבקשים אמצעים שנחשבים היו לפסולים גם אם מדובר היה בתיק דומה. זכויות יסודיות ניטלו מהם. את שאיימו גורמי חקירה לכל אורך הדרך שיקרה למבקשים ולחשודים אחרים אם יעמדו במרים, לא ישתפו פעולה עם התזה המרשיעה ולא יודו או יפלילו אחרים, מתרחש לנגד עינינו.

1067. ההליך המתנהל נגדם פגע, וממשיך ומעמיק את הפגיעה הקשה והלא מוצדקת במבקשים כל עוד הוא מתנהל. הוא פוגע בשלומם, בבריאותם, בפרנסתם ובכבודם. המשך ניהול המשפט ימיט עליהם חורבן בניגוד זועק לשורת הצדק וההגינות.

1068. מאז פרצה החקירה בפרשה זו חלפו כחמש שנים. לפי כל חישוב שמרני, עד להכרעת דין בפרשה צפויות לחלוף עוד כחמש שנים לכל הפחות. נזכור שהאירועים הנדונים במסגרת התרחשו על פי הטענה עוד שנים קודם לכן. במצב דברים זה, נטלה גם האפקטיביות מההליך הפלילי המתנהל.

1069. כל זאת כשאנו זוכרים שמדובר באישום שהמעט שניתן לומר עליו שהוא מורכב ותקדימי, ובזהירות ובלשון המעטה ניתן אף לקבוע שהתמונה שנפרשה בפני בית המשפט עד כה מגלה שהמסד הראייתי שהתיימר להחזיקו רעוע ביותר.

1070. במצב דברים זה, גם זיכויים המצופה של המבקשים לא יביא מזוור לסבלם המתמשך ולנזק, עד כדי חורבן, שהחקירה והמשפט גרמו להם.

1071. נוכח כל האמור לעיל, ברור גם שאין זה מן הראוי לעכב את מתן ההחלטה על קבלת ההגנה מן הצדק לסוף המשפט. "אין איש אוכל ביצה כולה לראות אם היא מקולקלה" (חנניה רייכמן, ספר הפתגמים והמכתמים). הפגיעה במבקשים מתחדשת ומתעצמת מידי יום ביומו. העוול והסבל הנגרמים להם מהמשך התנהלות המשפט קשים מנשוא. עצם קיומו של ההליך מסב למבקשים נזק המהווה עונש בפני עצמו, ועל כן יש לבטלו מטעמי צדק.

1072. בשולי הדברים נוסיף שלאחרונה התקבלה במשפטנו גישת "תזת הצבירה" בהקשר הפלילי. לפיה, מעשים שכל אחד מהם כשהוא נבחן לבדו לא חוצה את הרף הפלילי יכולים, בהצטברם, לעלות כדי עבירה פלילית.

1073. בפסק דין שניתן בבית המשפט המחוזי בתל-אביב (ע"פ (מחוזי ת"א) 8934-02-19 משה דן נ' פרקליטות מחוז תל אביב מיסוי וכלכלה (06.04.2022)), הרחיב כב' השופט מאור את תחולתה של תזת הצבירה גם לעניין טענה של הגנה מן הצדק. בהתאם לכך, גם אם כל אחד מהפגמים או המחדלים שנפלו בהתנהלותן של רשויות אכיפת החוק אינו עולה לבדו כדי פגיעה בזכות להליך הוגן, ניתן יהיה להחיל את ההגנה מן הצדק אם הצטברותם הכוללת של המחדלים פוגעת בתחושת הצדק וההגינות.

1074. מסקנה זו היא מסקנה משפטית מתבקשת. כלל שעובד לכיוון אחד, ו"לרעת" נאשמים, חייב שיפעל גם בכיוון ההפוך גם לזכותם. אם ניתן "לצבור" אירועים שונים לכדי גיבושה של עבירה פלילית אחת, ודאי שיש לגבש גם "צבר" אירועים לכדי הגנה מן הצדק אחת.

1075. גם בענייננו, החלטה של תזת הצבירה על הטענה של הגנה מן הצדק מתבקשת. כפי שפורט בבקשה, בניהול החקירה והמשפט נגד המבקשים נפלו פגמים רבים ומשמעותיים הפוגעים בזכותם של המבקשים להליך הוגן.

1076. לעמדת המבקשים, כל אחד מהפגמים המשמעותיים והחמורים שנפלו בחקירת הפרשה ובהתנהלות המאשימה במשפט, מקים עילה לקבלת הטענה להגנה מן הצדק. מקל וחומר, הצטברותם של אלה. בן בנו של קל וחומר שההגנה קמה למבקשים עתה, נוכח קבלתה של תזת הצבירה כאמור.

1077. ד"ר נקדימון עמד על חשיבות קבלת ההגנה מן הצדק בנסיבות המתאימות, לא רק בשל הצורך בהגנה על טוהרו של ההליך הספציפי, אלא משום הצורך להגן על מערכת המשפט כולה:

"אמון הציבור ברשות השופטת הוא פועל יוצא של הקפדת בית המשפט על טוהר ההליך המשפטי המתנהל בפניו. במסגרת הקפדה זאת, בית המשפט לא ייתן ידו להליך שיסודו או ניהולו עומדים בסתירה מהותית לעקרונות הצדק וההגינות. יתירה מזאת, במקום שבית המשפט מונע שימוש לרעה בהליך פלילי, אין הוא מגן רק על טוהרו של ההליך הספציפי הנדון בפניו, אלא שומר גם על

טוהרה של מערכת הצדק הפלילי כולה" (ישגב נקדימון הגנה מן הצדק 107
(מהדורה שלישית, 2021)).

1078. על בית המשפט הנכבד מוטלת החובה לעשות צדק, וזאת ניתן לעשות באמצעות דוקטרינת ההגנה מן הצדק. דבריו של כב' השופט א' לוי קולעים לענייננו:

"ההצדקה המרכזית לשימוש בסמכות זו [של ההגנה מן הצדק] הינה הרצון להבטיח, כי רשויות החוק ינהגו באופן ראוי, כמתחייב ממעמדן כגוף שלטוני. היא נועדה לשמש בלם לפעילות אכיפה שלוחת-רסן, עיוורת לאינטרסים זולתה, המתכחשת לזכויות הנאשם ולערכים של שלטון החוק" (ע"פ 4596/05 רוזנשטיין נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(3) 353 (2005), בפסקה 9 לפסק הדין).

1079. נוכח כל אשר פורט לעיל, המסקנה המתבקשת היא שהמשך ניהולו של המשפט לא יגשים את תכליתו בעשיית צדק. ההיפך מכך. הליכי החקירה והמשפט שנוהלו ומתנהלים בפרשה, פגעו וממשיכים לפגוע לא רק בזכויות היסוד של המבקשים להליך הוגן, אלא גם ביכולת להוציא את האמת לאור.

1080. ביטול כתב האישום מכוח דוקטרינת ההגנה מן הצדק הוא התרופה היחידה שבכוחה לרפא את הפגמים שנפלו. סעד זה נדרש לא רק מתוך החובה להגן על הזכויות החוקתיות של המבקשים, אלא גם כדי לשמור על האינטרס הציבורי בשמירה על טוהר ההליך השיפוטי ש"הוא תנאי מוקדם לקיומה של מערכת משפט תקינה, אשר בלעדיה אין" (פרשת יפת, בעמ' 368), לשמר את אמון הציבור במערכת המשפט ולמנוע את האפשרות שיגרם עיוות דין חמור אשר עלול לפגוע בקונצנזוס החברתי ממנו שואב בית המשפט את כוחו.

מכל הטעמים האמורים בבקשה, מן הדין ומן הצדק לקבל את הבקשה ולהורות על ביטול האישום כנגד המבקשים.

שניר כלימי, עו"ד

יהל דאר, עו"ד

נעה פירר, עו"ד

שי אילון, עו"ד

זיק חן, עו"ד

באי כוח המבקשים

י"ג אב תשפ"ב
10 אוגוסט 2022