 

**בבית הדין הצבאי לערעורים**

בפני:

**אל"ם מאיה גולדשמידט** - שופטת

בעניין:

**ב/\*\*\*\*\*\*\* טור' א' ח' נ' –** המערער (ע"י ב"כ, רס"ן (במיל') אורן ליבר; סרן אילון גונן)

**נ ג ד**

**התובע הצבאי הראשי –** המשיב (ע"י ב"כ, סרן יובל האן)

ערעור על החלטה בבקשה לעיון בחומר חקירה של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי חיל האוויר שניתן בתיק ח"א (ב"ש) 35/22 (סא"ל שאול ארבל – אב"ד) ביום 11.1.2023. הערעור נדחה.

**ה ח ל ט ה**

**רקע**

1. כנגד המערער, טור' א' ח' נ', הוגש ביום 29 בספטמבר 2022 כתב אישום המייחס לו עבירה מסוג פשע שעניינה ניסיון להצתה, לפי סעיפים 25 ו-488 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. בכתב האישום נטען, כי ביום 3 ביולי 2022, בעת ששירת כחייל בבסיס חצרים בחיל האוויר, ניסה להצית ארון בגדים של חברו ליחידה, בתגובה לכך שהאחרון נטל ממנו את המצית שלו.
2. בטרם תמסור את תשובתה לאשמה, מבקשת ההגנה להעלות טענה טרומית, בהתאם לסעיף 351(ב) לחש"ץ, ולפיה יש לבטל את כתב האישום שהוגש כנגד המערער, בשל הפרת חובת השימוע. בתמצית טוענת ההגנה, כי המערער מתגורר בפנימייה ואינו מקבל את הדואר באופן ישיר, אלא באמצעות חלוקתו לתאים; וכי מכתב היידוע מטעם התביעה הצבאית, בדבר הכוונה לערוך לו שימוע, נמסר בפועל לנציג מהפנימייה ולא אליו ישירות. באופן זה, כך נטען, נודע למערער על הכוונה להגיש כתב אישום נגדו רק זמן קצר לפני הגשתו בפועל, כך שבפועל, נמנעה ממנו האפשרות לקיים את השימוע טרם הגשתו של האישום. כך, כאשר פנתה מטעמו הסניגוריה הצבאית, ביום 24 בנובמבר 2022 וביקשה מן התביעה לקיים בעניינו שימוע, נענתה כי כתב האישום כבר הוגש, והוצע לה לקיים שימוע בדיעבד. הצעה זו נדחתה על ידיה.
3. לצורך העלאת הטענה המקדמית, בדבר אי קיום השימוע במועדו, פנתה ההגנה אל התביעה בבקשה לקבלת מידע בנוגע להעברת מסמך היידוע אל המערער. בתגובה, העבירה אליה התביעה את מסמך היידוע על אודות הזכות לשימוע, מיום 11 באוגוסט 2022. כמו כן, לאחר בדיקה באתר דואר ישראל, צירפה התביעה את מדבקת הדואר הרשום בדף הדואר שבו פרטי הנאשם, וכן את אישור קבלת הדואר הרשום מדואר ישראל, שממנו עולה כי נציג מטעם המערער קיבל את מכתב היידוע ביום 25 באוגוסט 2022. התביעה מסרה, כי אין ברשותה מידע נוסף בעניין.

**ההליכים בבית הדין המחוזי**

1. לאור האמור הגישה ההגנה לבית הדין המחוזי בקשה לקבלת חומר חקירה לפי ס' 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, ובה ביקשה לקבל לידיה מהתביעה מידע כדלקמן: שם הנציג שעל פי הנטען קיבל את מכתב היידוע; אישור המסירה של הדואר; ההעתק החתום שנשאר בידי הדואר; שם הדוור שהעביר את הפריט וכל מסמך אחר המתעד מסירה זו. התביעה מצידה השיבה כי לשיטתה, המידע המבוקש אינו רלוונטי להוכחת האישום, וכן לא מצוי בידי התביעה. על כן ביקשה לדחות את הבקשה, תוך שצוין כי מדובר במידע שהדרך המתאימה לקבלתו היא באמצעות פניה לפי סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי.
2. בית הדין המחוזי (כב' השופט, סא"ל שאול ארבל), מצא, לאחר שמיעת טענות הצדדים, לדחות את בקשת ההגנה לקבלת חומר חקירה. בהחלטתו עמד על כך שבסעיף 60א(ג) לחוק סדר הדין הפלילי, הקובע את חובת היידוע בדבר שימוע, נקבע כי יש לשלוח את מכתב היידוע בדואר רשום, ולא נקבעה חובה על התביעה לוודא את דבר קבלת הדואר; ומקל וחומר הדברים אמורים מקום שבו דבר הדואר אכן הגיע למען הידוע (כפי שגם היה במקרה זה, שכן המערער אישר את כי הוא מתגורר בכתובת שאליה נשלח דבר הדואר). בואר, כי התכלית בבסיס סעיף 60א(ג) הנ"ל, היא להתמודד עם מקרים שבהם יימנעו הנמענים מלקחת את דבר הדואר, או יסתייעו באדם אחר לצורך התחמקות מהדין. בהיעדר דרישה מן התביעה לוודא את מסירת דבר הדואר בפועל - הרי שטענות ההגנה הן ספקולטיביות וערטילאיות, ומהוות "מסע דייג" שאינו רלוונטי לאישום לגופו או להגנת המערער. כן עמד בית הדין קמא על כך שמדובר בחומר שלא נאסף, ולא צריך היה להיאסף, על ידי התביעה או גורמי החקירה. על כן נדחתה, כאמור, בקשת ההגנה.
3. ההגנה לא השלימה עם החלטת בית הדין קמא ומכאן הערעור שלפניי.

**ערעור ההגנה וטענות הצדדים**:

1. בפי ההגנה מספר טענות מרכזיות: בראש ובראשונה הטעימה כי בראייתה, טענת המערער בדבר פגיעה בזכותו לעריכת שימוע, והאופן שבו התנהלה הרשות, עשויים להביא לביטול כתב האישום או להשפיע באופן אחר על ההליך, והמסמכים שהתבקשו הם חלק מהתשתית הראייתית העומדת בבסיס הטענה המקדמית האמורה; על כן נטען, כי החומר המבוקש הוא בעל זיקה ישירה להליך המתנהל בפני בית הדין. הוסבר, כי אף שמכתב היידוע נשלח אל המערער בחודש אוגוסט 2022, בפועל הוא הגיע לידיו רק ביום 13 בספטמבר 2022, כשבועיים טרם הגשת כתב האישום, ובתקופת חגי תשרי, באופן שעיכב את הפניה לסניגוריה לצורך עריכת שימוע. הוטעם, כי הפנימיה שבה מתגורר המערער, ממוקמת במבנה המושכר לעמותה שמכוחה הוא פועל. במקום יש עובדים רבים, ואין כל דרך להתחקות אחר השאלה מי העובד שקיבל בפועל את המכתב, ללא קבלת המידע מהתביעה.

ההגנה סבורה, כי על התביעה כרשות, מוטלת החובה לבחון האם הגיע מכתב היידוע לרשות המערער – ולראיה, בעקבות פנייתה, אכן פעלה התביעה כדי לקבל חומרים נוספים בדבר שליחת מכתב היידוע, כגון מדבקת הדואר הרשום. מכאן שהתביעה הייתה סבורה כי מדובר אכן בחומרים רלוונטיים לאישום, והיה עליה להשיג את כלל החומרים הרלוונטיים ולא רק את חלקם. עוד ציינה ההגנה בהקשר זה, כי גם דואר ישראל הוא בבחינת רשות הפועלת מטעם המדינה, ועל כן אך הגיוני הוא כי התביעה תעמוד עימו בקשר.

ההגנה הדגישה, כי בפיה טענות משמעותיות ביותר באשר למצבו הנפשי של המערער, שעמד, כנטען, בבסיס המעשים המיוחסים לו, בבסיס פיטוריו משירות - וכן בבסיס החלטתו לשוב ולהתנדב לשירות. על כן ראוי היה לאפשר לה עריכת שימוע בנפש חפצה ולא כפי שמוצע לה כעת – לאחר שכתב האישום הוא בבחינת עובדה קיימת.

1. מנגד טוענת התביעה, כי החומר המבוקש אינו נוגע בליבת המחלוקת, וכן אינו מצוי בידיה. צוין, כי התשובה שנמסרה להגנה בעקבות פנייתה היא פרי חיפוש באתר הדואר, ואינה מהווה פעולת חקירה עצמאית לאיתור מידע, כפי שמבקשת ההגנה עתה. התביעה הדגישה, כי פעלה בכל הנוגע למשלוח מכתב היידוע בהתאם לכללים שנקבעו בהנחיית התביעה הצבאית הראשית, מס' 3.01 "שימוע לפני הגשת כתב אישום פלילי". להשקפתה, כיוון שבקשת ההגנה מתייחסת לחומר המצוי בידיו של צד ג' – רשות הדואר – על ההגנה לפנות בבקשה מתאימה לפי סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי.
2. בהמשך לדיון שהתקיים בפניי, ניסו הצדדים לגבש מתווה עובדתי מוסכם, שיעמוד בבסיס טענתה המקדמית של ההגנה, ויתבסס על תצהיר שימסור המערער בדבר נסיבות קבלת מכתב היידוע לידיו. עם זאת, הניסיון לא צלח ולפיכך ביקשו הצדדים כי תינתן החלטה בערעור.

**דיון והכרעה**

1. דין הערעור להידחות.
2. כידוע, לזכות העיון בחומר חקירה, שנקבעה בסעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי, ניתנה פרשנות מרחיבה בפסיקה, ונקבע כי יש לכלול בגדריו כל חומר הנוגע במישרין או בעקיפין לאישום (בש"פ 6520/21 **פלוני נ' מדינת ישראל**, בפסקה 6 (2021)). הזכות לעיון בחומר חקירה נחשבת ככזו המצויה בליבת הזכות להליך הוגן, משנועדה לתת לנאשם כלים להתגונן כראוי מפני האישומים נגדו. מכאן, כי זכות זו משרתת גם אינטרס ציבורי רחב בשמירה על תקינות והוגנות ההליך הפלילי, לצד חשיפת האמת (ראה בש"פ 5763/21 **פלוני נ' מדינת ישראל** בפסקה 5 (2021)). לפיכך, אומץ בפסיקה מבחן גמיש יחסית, שבמסגרתו יש לבחון את מידת הרלוונטיות והזיקה בין החומר המבוקש לבין האישומים (בש"פ 8100/21 **טראבין נ' מדינת ישראל** בפסקה 16 (2021). לצד זאת נפסק, כי אין להרחיב את הגדרתו של 'חומר חקירה' לחומר שהרלוונטיות שלו להגנת הנאשם היא רחוקה, שולית או ספקולטיבית, וחסרת "נקודת אחיזה ממשית", ואל לבית המשפט להתיר 'מסע דיג', בתקווה למציאתו של חומר חקירה העשוי לסייע להגנה (עלב"ש/3/19 **רנ"ג ישראלי נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 20 (2019)).
3. בענייננו, מבקשת ההגנה לקבל מידע שאינו נוגע לאישום כנגד המערער, אלא כזה שנועד לסייע לה בהעלאת טענה מקדמית של הגנה מן הצדק, שעניינה אי עריכת שימוע כדין (בש"פ 2778/10 **סאלם נ' מדינת ישראל,** פסקה 7 (18.4.2010)). החומר המבוקש לא נאסף על ידי גורמי החקירה ואינו מצוי בשליטת התביעה, ומכאן חזקה כי אינו "חומר חקירה"; ואף אם קיימת אפשרות של התביעה להשיג את החומר המבוקש, לא די בכך, כדי להכריע כי מדובר בחומר חקירה או כי החומר רלוונטי לבירור האשמה (בש"פ 82852/13 **מדינת ישראל נ' שיינר**, פסקה 11(23.1.2014)). על פני הדברים, גם רלוונטיות החומר המבוקש לטענת ההגנה אינה ברורה די צרכה, בשים לב לכך שאין חולק כי מכתב היידוע אכן הגיע לנציג של המערער ולא אליו ישירות, ומשם נמסר למערער. המחלוקת העיקרית בין הצדדים היא לגבי **מועד המסירה** למערער, בתא הדואר המיועד לו בתוך הפנימיה עצמה; לא בואר אפוא, במה יועילו לשם כך דווקא המסמכים המצויים בדואר ישראל.
4. כפי שנפסק, מקום שבו מבקשת ההגנה לקבל מידע הדרוש לה לשם העלאת טענה מקדמית, עליה לפנות למותב הדן בתיק, במסגרת סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי (בג"ץ 4922/19 **נוה נ' מדינת ישראל** (9.12.2019)). הדברים אמורים ודאי, מקום שבו הטעם לבקשת ההגנה הוא באירוע מאוחר לקיומה של החקירה, כבענייננו (ר' עלב"ש 10/18 **סמל ארגואטי נ' התובע הצבאי הראשי,** פסקה 22 (2018)).
5. כידוע מאפשר סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי לערכאה השיפוטית להורות לעד שהוזמן, או לכל אדם אחר, להמציא לבית המשפט מידע בדבר מסמכים המצויים ברשותו. החומר המבוקש על ידי ההגנה הוא חומר המצוי בידי רשות הדואר, שהיא אמנם חברה ממשלתית אך אינה מהווה "רשות של המדינה", בניגוד לטענת ההגנה. זאת ועוד, הן לפי הנחיית התביעה הצבאית הראשית שפורטה לעיל, והן לפי סעיפים 24 ו-28 להנחיית פרקליט המדינה 14.21 "הליכי יידוע ושימוע בהליכים פליליים", לא מוטלת על התביעה החובה לברר מי קיבל לידיו את מכתב היידוע, מקום שבו נמסר לתעודתו. במצב דברים זה, אין כל מקום להורות לתביעה לתפוס חומר שאינו ברשותה (ר' עניין **שיינר** הנ"ל בפסקה 18; בש"פ 5400/01 **פלוני נ' מדינת ישראל** (6.8.2001)).
6. לאור האמור, מצאתי לדחות את הערעור על החלטתו של בית הדין קמא. כאמור, בידי ההגנה פתוחה הדרך להגיש בקשה מתאימה למותב הדן בתיק, בהתאם לסעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי, והוא יחליט בה כחוכמתו.

ניתנה היום, ט' באדר התשפ"ג, 2 במארס 2023, בלשכה ותועבר לצדדים על ידי הקבי"ד.

 **\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

 **אל"ם מאיה גולדשמידט**

 **שופטת בית הדין הצבאי**

 **ל ע ר ע ו ר י ם**

**חתימת המגיה: \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ העתק נאמן למקור**

 **סרן כפיר לב תאריך: \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ קצין בית הדין**