



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 1322/22

לפני: כבוד השופט י' עמית
כבוד השופטת ע' ברון
כבוד השופט ד' מינץ

העותרת: דיאנה כהן

נגד

המשיבים: 1. כבוד השופט מר שמואל מלמד
2. צבי כהן

עתירה למתן צו על תנאי

בשם העותרת: עו"ד אלון דוידוב

בשם המשיב 2: עו"ד ציון אמיר; עו"ד גיא אלוני

פסק-דין

השופט י' עמית:

עניינה של העתירה שלפנינו בחובות הגילוי והעיון המוטלות על קובל בהליכי קובלנה פלילית.

העובדות הצריכות לעניין

1. הורתה של העתירה דנן בקובלנה פלילית פרטית שהגיש המשיב 2 (להלן: המשיב) נגד העותרת, בת זוגו לשעבר, בה טען כי האחרונה הפרה את פרטיותו. בתמצית שבתמצית, נטען בקובלנה כי המשיב הוא הבעלים של חברה בשם גילת ייזום פרוייקטים בע"מ (להלן: גילת) הנמצאת בהליך משפטי מול חברה מתחרה בשם מפעלי תחנות בע"מ (להלן: החברה המתחרה). במסגרת הליך חלוקת הרכוש המתנהל בין המשיב לבין העותרת בבית המשפט לענייני משפחה, נמסרו לעותרת דוחות עסקיים חסויים של חברת גילת, ואלו הועברו, כך נטען, לידי החברה המתחרה, ובכך הפרה העותרת את פרטיותו של המשיב.

במסגרת הליך הקובלנה בבית משפט השלום, העותרת-הנאשמת ביקשה מבית המשפט כי יורה למשיב להעביר לידיה את תוכן עדויותיהם של העדים שנרשמו כעדי תביעה מטעמו, כשהם ערוכים בתצהיר. בית המשפט (כב' השופטת ת' שחם קינן) קבע כי אין מקור חוקי המחייב קובל להמציא את ראיותיו בתצהיר, ולפיכך אין להורות כן. עם זאת, בית המשפט קבע כי על המשיב להמציא לעותרת הודעות בכתב של העדים שבכוונתו לזמן.

2. על החלטת בית משפט השלום הגיש המשיב ערר לבית המשפט המחוזי, וזה התקבל. בית המשפט (כב' השופט א' מלמד – הוא המשיב 2 בעתירה דנן) קבע כי לפי סעיף 79 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: החסד"פ), על קובל להמציא לנאשם ראיה בכתב שהיתה בידו, אך אין בהוראה זו כדי להטיל על קובל חובה לייצר ראיות. במקרה דנן, כך נקבע, מדובר בראיות שאינן נמצאות בידיו של המשיב-הקובל, ואין להורות לו לפנות לעדי התביעה לשם כך. זאת, בפרט בהינתן טיב הקשר שבין המשיב לעדים (בין היתר, מדובר באחיה, אחותה וגיסתה של העותרת, וכן בעורך דינה). בית המשפט המחוזי קבע אפוא כי המשפט יתנהל בדרך של הגעת עדי התביעה אל דוכן העדים וחקירתם על פי דיני הראיות, תוך מתן אפשרות לבא כוח העותרת לחקור אותם בחקירה נגדית ככל שיתעורר צורך בדבר.

תמצית טענות הצדדים

3. על החלטת בית המשפט המחוזי הגישה העותרת את העתירה שלפניי. בעתירה נטען, בין היתר, כי החלטת כב' השופט מלמד, פירושה כי לדוכן העדים יעלו עדים בטרם נשמעה גרסתם, וזאת בניגוד להוראת סעיף 77(א) לחסד"פ וכן "בניגוד גמור לכל פרוצדורה מוכרת בהליך הפלילי ופסול מדאורייתא". באשר להוראת סעיף 79 לחסד"פ, העותרת טוענת כי סעיף זה "לא בא להכשיר, וממילא אין הוא יכול להכשיר, העדת 'עדי תביעה' שגרסתם אינה ידועה לאיש ומעולם לא נשמעה קודם לכן ואיש לא יודע האם הם בכלל 'עדי תביעה' או עדים למשהו. זה לא".

4. המשיב, מנגד, טען כי ככל שיש לעותרת השגות, עליה לעשות כן במסגרת ערעור על פסק הדין, ולא בדרך של הגשת עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק כנגד החלטת ביניים בהליך פלילי; כי המקרה דנן אינו מצדיק התערבות של בית המשפט הגבוה לצדק; כי אין חובה על קובל פרטי למסור הודעות של עדי תביעה; וכי סעיף 74 לחסד"פ אינו חל כלל על הליך של קובלנה פלילית.

הליך ביניים במשפט פלילי

5. העתירה שבפנינו היא חריגה במוכן זה שהיא מתימרת לתקוף בבג"ץ החלטת ביניים בהליך פלילי ו"הלכה היא כי בית משפט זה לא יתערב בהחלטות ביניים הניתנות במסגרת הליך פלילי אלא במקרים יוצאי דופן בהם עולה חריגה מסמכות או מתגלית תופעה קיצונית של שרירות בתחום מינהלי טהור" (בג"ץ 1747/06 סנקר נ' בית המשפט המחוזי בתל אביב, פסקה 6 והאסמכתאות שם (19.3.2006)).

אילו בהליך פלילי רגיל עסקינן, הרי שהיה מקום לדחות את העתירה על הסף, וכבר נזדמן לי לעמוד על כך ש"עם חלוף השנים והצטברות מאות ההלכות בנושא סעיף 74 לחסד"פ, דומה כי התמעטו השאלות העקרוניות שנותרו 'פתוחות' ואשר מצריכות הבהרה או התערבות של בג"ץ, כחריג לכלל לפיו בג"ץ אינו יושב כערכאת ערעור על החלטות ביניים בהליכים פליליים" (בג"ץ 4922/19 נוה נ' מדינת ישראל-פרקליטות מחוז מרכז (פלילי), פסקה 10 והאסמכתאות שם (9.12.2019)).

6. אלא שהעתירה דנן מעוררת שתי שאלות עקרוניות שיש להן השלכות רוחב, הנוגעות להליכי גילוי והעדת עדים בקובלנה פלילית. האחת נוגעת לעצם תחולת סעיף 74 לחסד"פ בהליכי קובלנה פלילית, והשנייה נוגעת לחובתו של הקובל להמציא לנאשם תצהירים או אמרות של העדים העומדים להעיד מטעמו.

מאחר שהקובלנה הפרטית מתנהלת בבית משפט השלום, ורק מקרים ספורים מגיעים בדרך של רשות ערעור פלילי לבית המשפט המחוזי, קל וחומר לבית המשפט העליון, מצאנו אפוא לדון בעתירה לגופה.

הקובלנה הפלילית – הערה מקדמית

7. העתירה דנן מעלה, לטעמי, בכל חריפותה את השאלה אם יש מקום במשפטנו למוסד הקובלנה הפלילית המעוגן כיום בסעיפים 68-73 לחסד"פ. צא ולמד כי העותרת והמשיב הם בני זוג לשעבר, המנהלים במקביל הליכים בבית המשפט לענייני משפחה. ההליך דנן הוא הסתעפות ישירה של אותם הליכים, הואיל ולטענת המשיב בקובלנה הפלילית שהגיש, העותרת העבירה לצדדים שלישיים סודות מסחריים של חברה שהוא בעל מניות בה, חומר שהגיע לידיה במסגרת ההליכים המתקיימים בבית המשפט לענייני משפחה.

הקובלנה הפלילית כשמה כן היא, הליך פלילי, אך כזה שמתנהל על ידי גורם פרטי ולא על ידי המדינה, אך ורק בעבירות המנויות בתוספת השנייה לחסד"פ וגם

בעבירות מסוימות על פי חוקים אחרים שלא נכללים בתוספת השניה (כמו חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965). אך בעוד שבהליך פלילי רגיל, הזכות להניע את ההליך מסורה לתביעה הכללית, שעומדת לה חזקת ההגינות, המקצועיות והיעדר מניעים זרים, הרי שבקובלנה פרטית האינטרס האישי של הקובל להגשת הקובלנה יכול להיות מונע מרגשי נקם, על מנת להציק לנאשם, להטרידו ולאיים עליו ובכך להביא להליך סרק, המשחית את זמנה של מערכת המשפט לריק (רע"פ 10857/08 אבו סוכון נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (20.8.2009); בג"ץ 4957/08 שורת הדין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 15 (17.10.2010)). זאת ועוד. כתב אישום מוגש על ידי המדינה לאחר שעבר כמה מסוננות של בקרה ופיקוח, ולאחר בדיקת העובדות באופן אובייקטיבי על ידי חוקרי המשטרה והתביעה המשטרית או הפרקליטות. לא כך בהליכי קובלנה פלילית, שאז המושכות מופקדות בידי של אדם או גורם פרטי, שהוא גם החוקר וגם התובע.

הקובל אינו כפוף לביקורת ולבקרה, מניעיו עלולים להיות פסולים, והקובלנה הפלילית היא כלי עוצמתי שניתן להשתמש בו לרדיפה ולהתנכלות. כשלעצמי, אני מתקשה לראות מהו האינטרס הלגיטימי שניתן להשיג בקובלנה הפלילית שלא ניתן להשיג באמצעות תובענה אזרחית רגילה. אף הפסיקה הכירה בכך ש"עיקר עבירות הקובלנה הפרטית נושאות סממנים של סכסוך אזרחי" עבירות שהן בעיקר בתחום היחסים שבין אדם לחברו, ולעיתים הן מתאימות יותר לתחום היחסים האזרחיים מאשר לתחום הפלילי" (ע"פ 2124/91 רון נ' כור תעשיות בע"מ, פ"ד מז(5) 289, 296 (1993); עניין שורת הדין, פסקה 11)). בהקשר הספציפי של קובלנה פלילית מכוח חוק איסור לשון הרע, נאמר:

"בהוסיפו לעוולה האזרחית שבפרסום לשון הרע גם את העבירה הפלילית, לא ביקש המחוקק להשוות בין השתיים אלא להוסיף לעבירה הפלילית מימד נוסף, המצר את היקפה לעומת חברתה, העוולה האזרחית, ולעשותה מכשיר בידי הנפגע רק במקרים קיצוניים" (ע"פ 677/83 בורוכוב נ' יפת, פ"ד לט(3) 205, 212-213 (1985)).

ברם, בהיעדר בקרה ופיקוח על הגורם הפרטי שלידי נמסרה הזכות "להתניע" הליך פלילי במהותו, נראה כי מכשיר הקובלנה הפלילית אינו משמש רק במקרים קיצוניים, אלא גם במקרים שבהם ניתן היה להגיש תובענה אזרחית.

8. הקובלנה הפלילית "מעניקה לפרט מעמד בהליך הפלילי, מכירה באינטרס שיש לו בהעמדת עבריו לדין, ומאפשרת מיצוי הדין במקרים שבהם רשויות התביעה חדלות מכך" (עניין שורת הדין, פסקה 15).

כשלעצמי, אני מתקשה לראות מהו היתרון בהגשת קובלנה פלילית בגין לשון הרע או פגיעה בפרטיות חלף הגשת תביעה אזרחית, מלבד הרצון "לטרטר" את הצד שכנגד, להכתימו ולתייגו כ"נאשם" בהליך פלילי. לעיתים, אף מוגשות במקביל קובלנה פרטית לצד תובענה אזרחית בגין אותו מעשה. לטעמי, גם צווי חיפוש ותפיסה שניתן לבצעם על ידי המשטרה, על בסיס קובלנה פלילית שהוגשה בעבירות של קניין רוחני, כמו חוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007 או פקודת סימני מסחר [נוסח חדש], התשל"ב-1972 – ניתן לבצע באופן אפקטיבי במסגרת הליך אזרחי, מכוח הסעדים הזמניים בתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018 (לקובלנה פלילית שבמסגרתה ננקטו הליכי חיפוש ותפיסה ראו רע"פ 6877/98 דנרוז שיווק טקסטיל (1997) בע"מ נ' זי.זי. גיבור בע"מ (31.5.1999)).

9. מקום שבו מוגשת קובלנה פלילית רצינית, שעולה בקנה אחד עם האינטרס הציבורי הכללי, יש להניח כי הייתה מלכתחילה הצדקה להגשת כתב אישום על ידי המדינה בהליך פלילי רגיל. ואכן, המחוקק מאפשר למדינה ליטול את המושכות לידיה ולנהל את הקובלנה הפלילית (ראו בג"צ 138/56 שפירא נ' שופט שלום ת"א-190, פ"ד י"א 73, 74 (1956), שם נטלה המדינה לידיה את המוסרות לאחר פטירתו של הקובל). זאת, על פי הסמכות המסורה לפרקליט המחוז על פי סעיף 71 לחסד"פ, שאז יש להמיר את כתב הקובלנה בכתב אישום על פי סעיף 72 לחסד"פ. היועץ המשפטי רשאי גם להורות על ביטול או עיכוב הקובלנה הפלילית (ראו בהרחבה בעניין שורת הדין, בפסקאות 19-18), אך השימוש בסמכות זו הוא חריג ונדיר. אף האפשרות לחייב את הקובל לשלם לנאשם שזוכה את הוצאות הגנתו אינה מהווה הרתעה של ממש. השטח נותר אפוא פרוץ לגחמות של קובלים פרטיים, שבמקרים רבים משתמשים בכלי הקובלנה הפרטית על מנת להטריד או להטריל, ולהפעיל לחץ על הצד שכנגד. המחוקק ביקש לאפשר לפרט "לתבוע את עלבונו" (ראו דברי ההסבר להצעת חוק סדר הדין הפלילי, התשכ"ה-1965 בעמ' 191), אך ברבות הימים נעשה שימוש לרעה בכלי הקובלנה הפלילית.

10. כבר לפני שנים רבות, היו שהתרו והתריעו מפני מוסד הקובלנה הפלילית: "כל שופט ששמע קובלנות פרטיות נתקל בודאי בתופעה שלעתים מוגשות קובלנות כאלה כאמצעי לחץ ליישוב סכסוכים בתחום המשפט האזרחי או בתחום דיני האישות" (הדסה בן עתו "הקובלנה הפרטית" הפרקליט כה 521, 522 (1969)). "אין חובה – כבמצב הדברים הרגיל – להגיש לכתחילה תלונה; לא בהכרח מתקיימת חקירה משטרתית, כשם שלא בהכרח נבחן חומר הראיות על ידי התביעה; קיים חשש שתוגש קובלנה שהעובדות שבבסיסה מפוקפקות; יש והקובל מודרך משיקולים של נקם או הטרדה; שרביט הניצוח

על ההליך הפלילי נמסר ביד לא אמונה (בסייגים), והאשם יכול שימצא עצמו בעמדה נחותה; שמו הטוב ייפגע; זכויותיו יקופחו; יכול שיינקטו נגדו אמצעים של חיפוש ואף מעצר" (החלטת כב' השופט נ' סולברג בשבתו כשופט שלום בק"פ (שלום י-ם) 106/99 הרב עובדיה יוסף נ' התנועה למען איכות השלטון בישראל (28.6.1999)). דומה כי מאז המצב אך החמיר.

ראוי אפוא כי המחוקק יחזור ויבחן אם יש מקום להותיר על כנו את מוסד הקובלנה הפלילית. מכל מקום, מוסד זה, בהיותו "יצור כלאיים" של הליך פלילי ואזרחי מבחינת תוכן ומהות ההליך ומיהות יוזם ההליך, מעורר שורה של סוגיות ובעיות:

"זהו מעין 'יצור-כלאיים' – המערב בתוכו מאפיינים של התדיינות פלילית ואזרחית כאחד. כזה הוא המקרה שלפנינו. 'עירוב תחומים' זה, המאפיין את הקובלנה הפלילית הפרטית בעבירת לשון הרע, מוסיף נדבך על הקושי הקיים בהפעלת הסנקציה הפלילית בסוגיית הביטוי הדיבתי. שימוש בכלי הפלילי בתחום זה בידי פרטים עשוי להיות מנוצל לרעה למטרות שאינן עולות בקנה אחד עם האינטרס החברתי הכולל. ראוי שנבחן במקרים אלה אם לא חל בהם עירוב תחומים העולה כדי שימוש לא ראוי בהליך הפלילי" (רע"פ 9818/01 ביטון נ' סולטון, פ"ד נט(6) 618, 554 (2005)).

אכן, מספר הקובלנות הפרטיות המוגשות מדי שנה אינו גדול, ועל פי נתונים שקיבלתי מהנהלת בתי המשפט, מדובר בפחות ממאה קובלנות בשנה (בשנת 2018 – 86 קובלנות, בשנת 2019 – 75 קובלנות ובשנת 2020 – 73 קובלנות). ב-89% מהמקרים הקובלנה נמחקה/הנאשם זוכה/הוחלט על הפסקת הליכים/התיק נסגר טכנית. ב-11% מהקובלנות הוחלט על אשמה ללא הרשעה/הרשעה.

11. עודני כותב שורות אלה, נמצאתי למד כי אך לאחרונה הוגשה הצעת חוק פרטית לביטול מוסד הקובלנה הפלילית (הצעת חוק לביטול קובלנה (תיקוני חקיקה), התשפ"ב-2022 שהוגשה על ידי ח"כ צבי האוזר). אך כל עוד מוסד הקובלנה הפלילית עומד על תילו, ולנוכח הבעיות העקרוניות שהעתירה מעלה, האמור להלן נועד להנחות את הערכאות הדיוניות.

הליכי גילוי בקובלנה פלילית

12. המחוקק העמיד את כלי הקובלנה הפלילית לרשות האזרח, אך מאחר שבגורם פרטי עסקינן, אין באמתחתו את הכלים והסמכויות שעומדות לרשות המדינה. הקובל

אינו יכול לגבות עדויות מראש, לא מהעדים ולא מהנקבל-הנאשם. בכך נמצא הקובל בעמדת נחיתות לעומת המאשימה בהליך פלילי רגיל.

מפסיקת בית המשפט העליון, ניתן לכאורה להסיק כי הוראת סעיף 74 לחסד"פ לא חלה כלל בהליכי קובלנה פלילית. באחד המקרים שנדונו בפסיקה, נדונה השאלה אם ניתן להורות במסגרת קובלנה פלילית על מעצרו של הנאשם עד לתום ההליכים. בהערת אגב אומרת השופטת נתניהו: "לא חלה על הקובל החובה שבסעיף 74 לחוק להעמיד לעיון הנאשם את כל חומר החקירה שבידיו. עליו חלה רק מגבלה על הגשת ראיה בכתב שהייתה בידיו, אלא אם המציא לנאשם העתק ממנה" (בש"פ 3503/91 שוברט נגד צפירי, פ"ד מו(4) 136, 146 (1992) (להלן: עניין שוברט)). אמרת אגב זו זכתה לאזכור באמרת אגב נוספת בפסק דין קצרצר, שבו נאמר על ידי השופט ש' לוין:

"אם כי נוטה אני לחשוב (חרף טענות המבקשות לסתור) כי אין סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב-1982 חל על קובלנות פרטיות: בש"פ 3503/91 פ"ד מו(4) 136, 146, וגם אם אניח (דבר המוטל בספק רב) שהמדובר ב'חומר חקירה' לענין האישומים שבהם הורשע המבקש, אין נושאים אלה טעונים הכרעה; שכן נחה דעתי שנוכח משקל הראיות שהובאו במשפט, לא נגרם למבקש כל עיוות דין עקב אי גילוי החומר האמור" (רע"פ 7602/99 מי צור שלמה נ' ריבוק אינטרנשיונל (15.12.2019), הדגשה הוספה – י"ע).

למעט שתי הערות אגב אלה, איננו מוצאים בפסיקת בית המשפט העליון דיון בשאלה אם יש תחולה לסעיף 74 לחסד"פ בהליכי קובלנה פלילית.

בערכאות הדיוניות היו שהלכו בעקבות אותה הערת אגב בעניין שוברט, ושללו את תחולתו של סעיף 74 לחסד"פ בהליכי קובלנה פלילית (ב"ש (מחוזי י-ם) 8512/09 הרוניאן נ' איזי פורקט בע"מ (22.7.2009); עפ"א (מחוזי ת"א) 80155/02 חוטר ישי נ' גדילזון (20.6.2004); ע"פ (ת"א) 703/94 עו"ד ישראל פרי נ' יפה גולן (לא פורסם)). ברם, במרבית הפסיקה בערכאות הדיוניות, במיוחד בשנים האחרונות, אנו מוצאים כי בתי המשפט קבעו כי הוראת סעיף 74 לחסד"פ חלה גם בהליכי קובלנה פלילית (ראו, לדוגמה, ק"פ (שלום חי) 68506-01-17 אברמובסקי נ' גורבץ (22.6.2017); ק"פ (שלום ת"א) 1620-02-10 מנירב רו"ח נ' הולצברג רו"ח (16.1.2012); ק"פ (שלום כ"ס) 27749-11-10 חדד נ' כרמי (23.1.2011); בע"ח (י-ם) 35563-12-18 סניץ נ' עד כאן צעירים למען ישראל (8.4.2019); ק"פ (שלום פ"ת) 39181-10-19 יצחק נ' ליברמן (15.11.2020); ק"פ (שלום פ"ת) 44316-11-19 יצחק נ' ליברמן (5.8.2020); ניצה מימון שעשוע "גילוי חומר חקירה לנאשם בקובלנה פרטית", הסניגור 56, 3 (2001)).

13. לאור זכות היסוד להליך ראוי והוגן, אף נקבע כי החובה לאפשר לנאשם עיון בחומר שבידי הקובל היא חובה מוגברת. זאת, מאחר שהנאשם נמצא בעמדה נחותה לעומת נאשם שכנגדו הוגש כתב אישום בהליך פלילי רגיל, ומכאן, שיש לחייב את הקובל לפחות באותן החובות החלות על המאשימה במשפט פלילי (ראו, לדוגמה, החלטתו של כב' השופט ש' בנג'ו בק"פ (שלום חי') 15-02-24302 פוגל נגד סולומנוב (26.3.2015); החלטתו של כב' השופט ע' מטארווה בק"פ (שלום ת"א) 19-01-51200 קורן נ' דוידוביץ (3.10.2019)). אף נקבע כי פגיעה ביכולתו של הנאשם בקובלנה פלילית להתגונן, עלולה להביא למחיקת הקובלנה מטעמי הגנה מן הצדק (עק"פ (מחוזי מר') 12209-06-20 אפלבוים נ' מלביצקי (18.12.2020)).

היו שעיגנו תוצאה זאת בסעיף 3 לחסד"פ, שכן עשיית הצדק דורשת לאפשר לנאשם להתגונן כראוי בהליך פלילי (ראו החלטתה של כב' השופטת י' פרדלסקי בצ"א (ת"א) 09-11-35547 שומרון נ' פלונית (2.12.2009)).

14. לדידי, אין צורך להידרש להוראת סעיף 3 לחסד"פ וניתן וראוי לעגן את זכות העיון של נאשם בקובלנה פלילית בהוראת סעיף 70 לחסד"פ, הקובעת כי "הוראות חוק זה הנוגעות לכתב אישום יחולו על קובלנה, בשינויים לפי הענין; בכל מקום שמדובר בכתב אישום גם קובלנה במשמע, ובכל מקום שמדובר בתובע גם קובל במשמע, אם אין כוונה אחרת משתמעת".

על אף שסימן ב לפרק ד' בחסד"פ העוסק בקובלנה מסתיים בסעיף 73 לחסד"פ, אני מוצא בסימן ג' שכותרתו "עיון בראיות התביעה" הוראה מיוחדת העוסקת בקובל. סעיף 79 לחסד"פ קובע כלהלן:

המצאת ראיות שבידי קובל
79. לא יגיש קובל לבית המשפט ראיה שבכתב שהיתה
בידו, אלא אם המציא לנאשם העתק ממנה.

באחד המקרים שהגיעו לפתחו של בית המשפט המחוזי, נקבע כי הוראת סעיף זה באה להוסיף על סעיף 74 ולא לגרוע ממנו (החלטת השופט א' שיף בע"פ (חי') 03/3773 דיוקמן נ. סי.אמ.טי. טכנולוגיות רפואיות בע"מ (8.9.2004)).

כאמור, בפסיקת הערכאות הדיוניות נקבע כי החובה לאפשר עיון בחומר שבידי הקובל היא חובה מוגברת, מאחר שהנאשם נמצא בעמדה נחותה לעומת נאשם שכנגדו

הוגש כתב אישום. קשה להלום כי מעמדו של נאשם בקובלנה פלילית יהיה נחות אפילו מזה של נתבע בתובענה אזרחית. לכן, מדרך של קל וחומר מהוראות הגילוי והעיון על פי תקנות סדר הדין האזרחי, אני סבור כי יש לחייב את הקובל לפחות באותן החובות החלות על המאשימה במשפט פלילי ויש להכיר בזכותו של הנאשם לעיין במסמכיו של הקובל (להרחבה בנושא תחולת סעיף 74 לחסד"פ בהליכי קובלנה פלילית ראו יצחק עמית חסיונות ואינטרסים מוגנים הליכי גילוי ועיון במשפט האזרחי והפלילי 208-206 (2021) (להלן: עמית)).

15. משהגענו למסקנה כי סעיף 74 לחסד"פ חל בהליכי קובלנה פלילית, אנו מגיעים לסוגיה השנייה, הקשורה בטבורה לסעד שנתבקש בעתירה.

הגשת תצהירים או תמצית עדות עדי התביעה על ידי הקובל

16. גם סוגיה זו זכתה להתייחסות הערכאות הדיוניות.

באחד המקרים שבהם דן בית המשפט המחוזי בערר על החלטת בית משפט השלום, נקבע כי יש להחמיר בחובת העיון בחומר החקירה, ולא די בתמצית של העדויות שהועברה לנאשמת. לכן, הורה בית המשפט לקובל להמציא תצהירי עדות ראשית מפורטים של עדי התביעה, על מנת לאפשר לנאשמת להיערך לקראת חקירתם (החלטת כב' השופטת ר' פוקס בע"ח (חי') 27559-02-12 אסייג נ' אסייג (16.4.2012)).

בהחלטה אחרת, הורה בית המשפט לקובל להמציא לנאשם אמרות כתובות של כל עדי התביעה המנויים בכתב הקובלנה (החלטת כב' השופטת ס' שפירא בע"ח (שלום י-ם) 60914-11-18 נענע 10 בע"מ נ' בלוך (7.1.2019)).

17. להחלטות הערכאות הדיוניות יש, לטעמי, עיגון בהוראת סעיף 77(א) לחסד"פ הקובעת כלהלן:

סייג להבאת ראיות

77. (א) לא יגיש תובע לבית המשפט ראיה ולא ישמיע עד, אם לנאשם או לסניגורו לא ניתנה הזדמנות סבירה לעיין בראיה או בהודעת העד בחקירה, וכן להעתיקם, אלא אם ויתרו על כך.

הוראה זו בצירוף הוראת סעיף 79 לחסד"פ, שצוטטה לעיל, מאפשרת להשוות מצבו של נאשם בקובלנה פלילית למצבו של נאשם בהליך פלילי רגיל. במצב הדברים

הרגיל, המאשימה גובה הודעות מעדים והנאשם זכאי לקבל הודעות אלה בהיותם "חומר חקירה". בדומה, יש לחייב את הקובל להגיש הודעה כתובה של עדי התביעה מטעמו.

ברם, לנוכח ההבדלים בין כתב אישום רגיל לבין קובלנה פלילית פרטית, ולנוכח יכולתו המוגבלת של הקובל לגבות הודעות מהעדים, איני סבור כי יש לחייב את הקובל להמציא מראש את תוכן עדותם של עדים שאינם בשליטתו. זה המקרה שלפנינו, באשר רשימת העדים שאותם מבקש המשיב להעיד כוללת את בני משפחתה של העותרת (אחיה, אחותה וגיסתה), עדים אחרים המקורבים לעותרת (רואה החשבון שקיבל חומרים מהעותרת ועורך דינה בהליך בבית המשפט לענייני משפחה) ועדים נוספים, שגם אם אינם בשליטתה של העותרת הם בוודאי אינם בשליטתו של הקובל (עורכי הדין של החברה המתחרה ובעל החברה המתחרה).

במצב דברים זה, צדק בית משפט קמא בקובעו כי לא ניתן לחייב את הקובל לייצר ראיות שאינן ברשותו. ודוק: גם בהליך פלילי רגיל, סעיף 74 לחסד"פ אינו האכסניה הנאותה להצגת דרישה לגורמי החקירה לייצר ראיות חדשות שלא באו לעולם (ראו, לדוגמה, בש"פ 8221/12 אימאם נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (20.11.2012); בש"פ 4804/17 ברמלי נ' מדינת ישראל (9.8.2017); עמית, עמ' 195). ברם, מקום שבו העדים נמצאים בשליטתו של הקובל, או שניתן לצפות כי הקובל יכול לפנות אליהם ולקבל אמרה כתובה או פרפרזה של עדותם – יש מקום לחייב את הקובל לעשות כן, על מנת שהנאשם לא יהא כמגשש באפילה.

18. סוף דבר, שהעתירה נדחית.

מאחר שהעתירה עוררה שאלות עקרוניות הנוגעות למוסד הקובלנה הפלילית, לא ייעשה צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופטת ע' ברון:

אני מסכימה.

ש ו פ ט

השופט ד' מין:

אני מסכים.

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק הדין של השופט י' עמית.

ניתן היום, כ"ח באדר ב' התשפ"ב (31.3.2022).

שופט

שופטת

שופט