



בש"פ 7364/21 - פלוני נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון

בש"פ 7364/21

לפני:

כבוד השופט י' אלרון

העורר:

פלוני

נגד

המשיבה:

מדינת ישראל

ערר על החלטתו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע
ב-תפ"ח 19-03-23898 מיום 28.10.2021 שניתנה
על ידי סג"נ נ' זלוצ'ובר והשופטים: ש' פרידלנדר ו-ד'
כהן

תאריך הישיבה:

כ"ח בחשון התשפ"ב (3.11.2021)

בשם העורר:

עו"ד לימור רוט חזן; עו"ד רובי גלבוע;

עו"ד רועי חמו

בשם המשיבה:

עו"ד לינור בן אוליאלי; עו"ד טלי פלדמן

החלטה

במוקד הדיון בערר - האם יש להיעתר לבקשת באי-כוח העורר לקבל לידיהם חומרי חקירה ביחס לתוצאות
בדיקת הימצאותו של "סם אונס" בגופן של המתלוננות, אשר דבר קיומן נחשף בפניהם רק לאחר סיום שמיעת הראיות,

עמוד 1

סיכומי באי-כוח הצדדים, ולקראת מתן הכרעת הדין.

העובדות הצריכות לעניין

1. לפניי ערר על החלטת בית המשפט המחוזי בבאר-שבע (השופטים זלוצ'בר, ש' פרידלנדרוד' כהן) מיום 28.10.2021 ב-תפ"ח 23898-03-19 במסגרתה נדחתה, בין היתר, בקשת העורר לקבל לידי חומרי חקירה.
2. כתב האישום נגד העורר מייחס לו שתי עבירות אינוס, לפי סעיף 345(א)(1) ו-(4) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ונטען בו כי העורר בעל את שתי המתלוננות שלא בהסכמתן החופשית, תוך ניצול מצב של חוסר הכרה בו היו שריויות, או מצב אחר, אשר מנע מהן לתת הסכמה חופשית.
- כתב האישום הוגש ביום 11.3.2019; הליך ההוכחות הסתיים ביום 24.11.2020; סיכומי הצדדים הוגשו עד ליום 2.6.2021.
- בעוד הצדדים ממתינים לקביעת מועד למתן הכרעת דין, פנתה ביום 18.10.2021 באת-כוח המשיבה לבאת-כוח העורר, ועדכנה אותה כי נודע לה שביום 8.4.2019 (כחודש וחצי לאחר האירוע מושא כתב האישום) נערכו בדיקות לאיתור סם אונס אצל שתי המתלוננות, ובידה ממצאי הבדיקות המלמדים כי המתלוננות לא היו תחת השפעת סם אונס במועד האירוע.
- בהמשך לאמור לעיל, באת-כוח המשיבה העבירה לבאת-כוח העורר ביום 20.10.2021, תכתובת דוא"ל בה תקציר תוצאות מעבדה של דגימות שיער, וכן פניות שהועברו על-ידי נציגי משרד הבריאות לביצוע בדיקות דגימות שיער לצורך איתור סם אונס במעבדה באיטליה.
3. בעקבות המידע שהובא לידיעתם, פנו באי-כוח העורר בדחיפות לבית המשפט המחוזי בבקשה שכותרתה: "בקשה לעיכוב מתן הכרעת דין" בזו הלשון:
"ביום 18.10.21 הודיעה באת כח המאשימה ... ברוב הגינותה - כי בתיק קיימות ראיות נוספות, שהיו קיימות כל העת - ולא הועברו לידי הפרקליטות ולא לידי ההגנה. מהות הראיות נודעה זה עתה להגנה." (ההדגשה הוספה -י' א')
- בבקשה הוסבר, כי מחומר הראיות החדש עולה כי יש ממש להגנת העורר, ו"לא מן הנמנע" שבשל ראיות אלו תתבקשנה "פעולות ובקשות נוספות". בית המשפט המחוזי התבקש להשהות את מתן הכרעת הדין על-מנת לאפשר שהות לעמוד על טיבן של אותן הראיות ומשמעותן להליך הפלילי נגד העורר.
4. בית המשפט המחוזי דן בבקשה ביום 28.10.2021. במהלך הדיון, הסבירה באת-כוח המשיבה כי התברר להכי לאחר האירוע המפורט בכתב האישום נערכו בדיקות לגילוי סם אונס אצל המתלוננות שנשלחו למעבדה באיטליה,



וכי מתוצאות הבדיקה שהתקבלו בחודש אוקטובר 2019, עולה שלא נמצא בדמן של המתלוננות סם אונס.

עוד צוין, כי לגבי אחת מהמתלוננות נמצאה כמות גדולה של חומר מסוג "קודאין", אצל המתלוננת השנייה נמצאה כמות פחותה של "קודאין", וכי: "...[ו]לפי המעבדה, זה יכול להתאים לתיאור שלה את התחושה הפיזית - השילוב בין אלכוהול לבין התחושה הפיזית...".

כעולה מעיון בפרוטוקול הדיון בבית המשפט (פרו' דין מיום 28.10.2021, להלן: הפרו') באי-כוח העורר הביע את פליאתם לנוכח המידע שהועבר לידיעתם בשלב מאוחר זה של המשפט לקראת מתן הכרעת הדין, וביטאו זאת כדלקמן:

"... אנו רוצים לשמוע את הגילוי של ראיה כה קריטית שנתיים וחצי לאחר תחילת התיק, כל החומר הזה נמצא איפה שהוא. אנו בתום המשפט. אנו אפילו לא יודעים איך זה הגיע ... אנו בתיק אונס כפול !! אני נרעשת ונרגשת כבר הרבה מאוד ימים. אני באמת חושבת שזה חריג ביותר." (עמוד 627 לפרו', שורות 22-24 - עמוד 628 לפרו', שורות 1-2).

באי-כוח העורר טענו כי למידע זה השלכות מרחיקות לכת לאופן ניהול משפטו של העורר ובכלל זה חקירתן של המתלוננות על דוכן העדים. עוד הפנו, בין היתר, להתבטאויות המותב במהלך המשפט לעניין העדר היכולת לביצוע בדיקה לאיתורסם אונס בגופן של המתלוננות, בשל חלופי הזמן מהאירוע ועד הגשת תלונתן. וזאת מבלי שהמותב היה מודע כלל כי בבדיקה שכזו אכן בוצעה.

בנוסף, ציינו באי-כוח העורר כי בעקבות קבלת המידע החדש יבחנו אפשרות להגשת חוות דעת מומחה מטעמם; שאילו מידע זה היה מובא לידיעתם עובר לעדותן של המתלוננות בבית המשפט היו מנהלים את חקירתן הנגדית באופן שונה; ביקשולקבל לידיהם את תיק הבדיקה שבוצעה, לרבות דף הלוואי ונתונים נוספים ביחס לבדיקה; וכן ביקשו שתינתן להם האפשרות לחקור פעם נוספת את המתלוננות.

5. מנגד, טענה ב"כ המשיבה כי נקודת המוצא בכתב האישום הייתה שלא היה סם אונס, ועמדה על כך שההגנה ממילא חקרה את המתלוננות גם ביחס לאפשרות הימצאותו של סם אונס. עוד נטען, כי אמנם אחת המתלוננות אמרה שלדעתה "שמו לה איזה סם אונס או חומרים אחרים" אך המתלוננות אינן מייחסות זאת לנאשם.

יוער, כי כאשר בית המשפט המחוזי שאל את הצדדים במהלך הדיון בבקשה האם הם מוכנים להגיש את מסמך תקציר תוצאות המעבדה לתיק - המשיבה הסכימה לכך, בעוד העורר סירב.

6. בתום הדיון ועוד באותו היום, ניתנה החלטת בית המשפט המחוזי על דעת רוב שני שופטי ההרכב (השופטים נ' זלוצ'בר(אב"ד) ו- ש' פרידלנדר), ולפיה הבסיס לבחינת טיעוני הצדדים הוא סעיף 167 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: החוק), שכותרתו: "ראיות מטעם בית המשפט". ואם להביא דברים בשם אומרם:

"החוק, אם כך, מאפשר לבית המשפט להפעיל שיקול דעת וגם במצב בו אנו מצויים עתה בתיק, לאפשר הגשת ראיות



נוספות ולזמן עדים, וזאת כראיות מטעם בית המשפט.

הפעלת שיקול הדעת בעניין זה נדירה יחסית ואינה דבר שבשגרה. יש להראות טעמים כבדי משקל ומשמעותיים על מנת להיעתר לבקשה זו" (עמוד 631 לפרו', שורות 29-33).

עוד נקבע, כי מאחר שבמקרה דנן לא נטען בכתב האישום כי המתלוננות סוממו בסם אונס, הנחת המוצא של בית המשפט היא כי לא היה סם שכזה, וכי גם לו בית המשפט היה נעתר לבקשה, ומאפשר הבאת חוות דעת שכנגד והשבת המתלוננות לדוכן העדים – לכל היותר התוצאה הייתה כי יש להגיע למסקנה שאין סם אונס, והדבר אינו "משנה מהותית" דבר בתיק (עמוד 623 לפרו', שורות 5-7).

באשר לבקשת העורר לקבל את "תיק העבודה" של המעבדה באיטליה, לרבות בדיקת שרשרת המוצגים – נפסק כי אין בבקשה זו ממש, מאחר שבדיקת מוצגים זו הייתה רלוונטית ומשמעותית לו היה מאותר בבדיקה סם אונס, ולא במצב בו סם זה לא נמצא.

באשר לכך שהמתלוננות חשדו כי ניתן להן סם אונס, צוין כי עובדה זו "אינה מוסיפה דבר", שכן אין חשיבות לגורם שהוביל את המתלוננות למצב בו היו בעת האירוע, אלא לעצם מצבן באותה העת, ובעניין זה המתלוננות נחקרו ארוכות. בנוסף נקבע, כי אין מקום לגרום למתלוננות עגמת נפש קשה לאחר שכבר נחקרו זמן ממושך, כאשר אין בכך כל תועלת – "ולו מזערית" מבחינת הגנת העורר.

לעניין אי גילוי הראיה עד עתה, צוין: "... אנו ערים היטב לכך שהמדינה, ככל הנראה, לא פעלה כראוי והראיה הגיעה באיחור רב לידי הפרקליטות". וצוין כי "...במסגרת הכרעת הדין גם נדון בשאלה אם ועד כמה יש למחדל זה השפעה על הכרעת-הדין".

השופט ד' כהן, בדעת מיעוט, הצטרפה לעמדת יתר השופטים בכל הנוגע לדחיית בקשת העורר לאפשר לו להעיד מומחה מטעמו לאחר קבלת תיק המעבדה מושא הראיה החדשה בשל "העדר רלוונטיות". אולם, ביחס לבקשה לזמן מחדש את המתלוננות להשלמת חקירתן – ציינה שקיים ספק אם יש לכך רלוונטיות, אך נוכח טיעון באי-כוח העורר כי היו מכלכלים את חקירתם אחרת לו "הראיה החדשה עמדה לנגד עיניהם", היה מקום להיעתר לבקשה.

7. בית המשפט המחוזי דחה את בקשת באי-כוח העורר, וקבע כי הכרעת הדין תינתן ביום 4.11.2021.

טענות הצדדים בערר

8. באי-כוח העורר הפנו למחדלה של המשיבה אשר לא הביאה לידיעתם את דבר הבדיקה שבוצעה וכמו גם לא את תוצאותיה, והוסיפו כי בית המשפט המחוזי שגה משדחה את בקשתם לקבל לידיהם את חומרי החקירה שהתבקשו לאור גילוי הראיה החדשה. לגישתם יהא בכך כדי לפגוע בהגנת העורר. באי-כוח העורר משיגים גם על קביעת בית המשפט המחוזי כי במסגרת הכרעת הדין תידון השאלה "אם ועד כמה יש למחדל זה השפעה על הכרעת הדין".



9. בתגובתה בכתב, לא חלקה ב"כ המשיבה על העובדה כי אכן רק ביום 20.10.2021 העבירה את המידע שברשותה בדבר ביצוע בדיקה לגילוי חומרים היכולים לשמש כ-"סם אונס" לידיעת באי-כוח העורר. אולם, לשיטתהמאחר שבאי כוח העורר הגישולאחר קבלת מידע זה "בקשה לעיכוב מתן הכרעת דין", שנדחתה,מדובר בהחלטת ביניים בהליך פלילי אשר אין עליה זכות ערר. כמו כן, נטען כי גם לו הייתה עומדת לעורר זכות ערר, בית המשפט המחוזי צדק בהחלטתו שלא לאפשר להעיד את המתלוננות פעם נוספת.

ב"כ המשיבה הוסיפה, כי אין מקום להיעתר לבקשת באי כוח העורר לביצוע פעולות חקירה על מנת לברר את מקור התקלה מפני שמדובר בהחלטה אשר גם בעניינה אין זכות ערר, וממילא בית המשפט המחוזי צדק בקביעתו שאין בכך כדי לשנות את תוצאות המשפט.

לעניין בקשת באי-כוח העוררלקבל לידיהם חומרי חקירה נוספים - נטען כי העורר כלל לא הגיש לבית המשפט המחוזי בקשה לפי סעיף 74 לחוק, כך שקיים "קושי ניכר" בכך שהוגש ערר לבית משפט זה בהסתמך על הסעיף לעיל. כמו כן, נטען כי מאחר שממילא לא הוזכר סם אונס בכתב האישום, ולא נטען כי העורר הביא את המתלוננות למצב המונע מהן התנגדות, אין מקום לבקש כעת את כל החומר המתייחס לבדיקה שהתבצעהוולעכב את הכרעת הדין.

10. במסגרת הדיון שהתקיים לפניי שבו הצדדים על טיעוניהם, תוך שבאי-כוח העורר ביקשו להורות על דחיית מועד מתן הכרעת הדין, והדגישו כי יכולתם לנהל את הגנתו בבית המשפט המחוזי נפגמה בשל אי גילוי חומר חקירה רלוונטי (ביצועבדיקת סם האונס ותוצאותיה), וחזרו על בקשתם להורות לבית המשפט המחוזי לעכב את מתן הכרעת הדין ולמשיבה להעביר לידיהם את מכלול החומר המתייחס לבדיקה שבוצעה בהיותו חומר חקירה.

ב"כ המשיבה אף היא שבה על טיעוניה, והתנגדה לבקשות באי כוח העורר ועמדה על כך שאין כל הצדקה לעכב את הכרעת הדין.

11. יוער, כי לנוכח מועד הגשת הערר - ימים ספורים לפני המועד שנקבע להכרעת הדין - ומאחר שהדיון בערר התקיים יום לפני המועד הקבוע להכרעת הדין, על-מנת שלא תקופח זכותו שבדין של העורר לפנות לבית משפט זה בערר לפי סעיף 74(ה) בחוק, הוריתי בהחלטתי מיום 3.11.2021 על דחיית מועד מתן הכרעת הדין עד למתן החלטה בערר.

דיון והכרעה

12. לאחר שהוצגו לפניי טענות הצדדים, בכתובים ובעל-פה, הגעתי לכלל מסקנה כי דין הערר להתקבל בחלקו.

13. תחילה - אתייחס לטענתה המקדמית של ב"כ המשיבה, לפיה משלא הוגשה לבית המשפט המחוזי בקשה לפי סעיף 74(ב) בחוק, לא קמה לעורר זכות להגיש ערר לפי סעיף 74(ה) בחוק. ככלל, קיים טעם בטענה זו של ב"כ המשיבה(בש"פ 6921/18 פלוני נ' מדינת ישראל (21.10.2018); בש"פ 3696/11 חנוכה נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (23.5.2011)). עם זאת, המקרה שלפנינו חריג גם בהיבט זה.



באי-כוח העוררמנם לא הגישו בקשה לעיון בחומרי חקירה לפי סעיף 74(ב) בחוק, אלא פנו בדחיפות לבית המשפט המחוזי ב"ב" בקשה לעיכוב מתן הכרעת הדין; אולם, במסגרת הדיון שהתקיים ביום 28.10.2021, ביקשו לקבל לידיהם את "תיק הבדיקה" (עמוד 629 שורה 17 לפרו'); "חומרי חקירה נוספים" (עמוד 630 שורה 8 לפרו'); וצוין כי נדרש "דו"ח מפורט" (עמוד 628 שורה 19 לפרו').

כעולה מפרוטוקול הדיון, ב"כ המשיבה התייחסה לדרישת באי-כוח העורר לקבלת חומרי החקירה וציינה כי: "את מה שהיה לי, קיבלתי ממשדד הבריאות" ו- "[נ]מה שהיה לי ממשדד הבריאות, העברתי" (עמוד 629, שורות 22-23 לפרו').

לנוכח טיעונים אלה, בהחלטת בית המשפט המחוזי, נכללה הקביעה להלן:

"כאן המקום להוסיף, כי הושמעה עוד טענה, שההגנה רוצה עתה לקבל את תיק העבודה של המעבדה, לרבות בדיקת השרשרת של המוצגים - טענה זו מוטב היה להימנע מלטעון אותה ואין בה ממש. הרי בדיקת מוצגים, לרבות שרשרת, הייתה רלוונטית ומשמעותית לו התוצאה של בדיקת המעבדה היתה שנמצא סם אונס, אך הוא לא נמצא, המשמעות היא שהוא לא נמצא ועל כן, אין גם טעם לבדוק את שרשרת המוצג."

14. יוצא אפוא-מבחינה "פורמאלית" לא הוגשה בקשה מפורשת לעיון בחומר חקירה לפי סעיף 74(ב) בחוק, ואולם מהותם של דברים, היא שבין יתר העניינים שנדונו והוכרעו בהחלטת בית המשפט המחוזי מושא הערר, הייתה בקשת באי-כוח העורר לקבל לידיהם חומרי חקירה מסוימים.

15. בנסיבות אלו, ובמיוחד בשים לב לסד הזמנים אשר נכפה על באי-כוח העורר בשל ה"תקלה" או ה"מחדל" שארע אצל המשיבה, והוביל לכך שהערר הוגש ימים ספורים לפני המועד הקבוע למתן הכרעת הדין; ולנוכח זאת שהלכה למעשה נערך דיון לגופם של דברים התואם דיון מכוח סעיף 74 בחוק, אני סבור כי ניתן לראות בהחלטת בית המשפט המחוזי כהחלטה שניתנה לפי סעיף זה, ועל כן החלטה שיש עליה זכות ערר לפי סעיף 74(ה) בחוק (ראו החלטת השופט (בדימוס) ע' ארבלבש"פ 3945/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (12.6.2013) (להלן: עניין פלוני)).

16. באשר ליתר רכיבי הערר - היות שמדובר בטענות נגד החלטות ביניים שאין עליהן זכות ערר לבית משפט זה, הערר בעניינם נדחה על הסף (בש"פ 3071/11 בן שטרית נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (8.5.2010); בש"פ 8735/09 מרדינגר נ' מדינת ישראל (11.11.2009)).

17. מכאן לגופם של דברים.

סעיף 74(א)(1) בחוק, שכותרתו "עיון בחומר חקירה" קובע:

"הוגש כתב אישום בפשע או בעוון, רשאים הנאשם וסניגורו, וכן אדם שהסניגור הסמיכו לכך, או, בהסכמת התובע, אדם



שהנאשם הסמיכו לכך, לעיין בכל זמן סביר בחומר החקירה וכן ברשימת כל החומר שנאסף או שנרשם בידי הרשות החוקרת, והנוגע לאישום שבידי התובע ולהעתיקו; (ההדגשה הוספה - י' א').

18. זכותו של נאשם לעיין והעתקה של "חומרי החקירה" נגזרת מזכות היסוד שלו למשפט הוגן וזכותו לנהל את הגנתו כאשר עומד לרשותו מלוא חומר החקירה הקיים בעניינו (ע"פ 5735/18 גודובסקי נ' מדינת ישראל, פסקה 39 לחוות דעת (9.12.2019); בש"פ 3823/06 ממנ' מדינת ישראל (5.6.2006); בש"פ 6022/96 מדינת ישראל נ' מזור, נ(3) 689, 686 (1996)). זכות העיין באה אף לאזן במידת מה את פערי הכוחות שבין המדינה לנאשם (בש"פ 11042/04 פלוני נ' מדינת ישראל, נט(4) 203 (2004)).

עוד נקבע, כי זכות העיין הנתונה לנאשם משקפת אינטרס ציבורי כללי, שנועד להבטיח כי מערכת המשפט תכריע באשר לגורלו של נאשם במסגרת משפט הוגן, בו ניתנה לו הזדמנות מלאה להציג את הגנתו (בש"פ 2043/05 מדינת ישראל נ' זאבי, פסקה 12 (15.09.2005)) (להלן: עניין זאבי).

מדובר אפוא בזכות בסיסית, מרכזית ובעלת חשיבות, הנמנית עם זכויות היסוד של נאשם בפלילים (בש"פ 1408/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 4 (14.4.2014)), שכן אחרת תקופח הגנתו.

19. באשר לסיווגו של חומר כ"חומר חקירה", כפי שצינתי בעניין אחר:

"המבחן שאומץ על פי רוב בפסיקה הוא מבחן גמיש, אשר במסגרתו יש לבחון בכל מקרה לגופו את טיב החומר שלגביו קיימת שאלה אם הוא מהווה "חומר חקירה" ואת מידת הרלוונטיות והזיקה בינו לבין האישום. בפרט, הודגש לא אחת כי יש להעניק למונח זה פרשנות מרחיבה, ועל כן אם מתעורר ספק אם אכן חומר מסוים מהווה "חומר חקירה", יפעל הספק לטובת הנאשם במובן זה שהחומר יועבר לעיונו. זאת על רקע חשיבותה של הזכות להליך הוגן, והצורך בהצגת מלוא חומרי החקירה בפני הנאשם לשם מימוש זכות זו ...

בהתאם לכך, נקבע כי כל חומר "הנוגע לאישום" יהווה "חומר חקירה" אשר לנאשם זכות לעיין בו, בכפוף לחריגים הקבועים בדין ביחס לחסיונות וחומר מודיעיני. זאת, בין אם לחומר המבוקש זיקה ישירה לאישום ובין אם זיקה עקיפה; בין אם החומר האמור נוגע לליבת האישומים, ובין שזיקתו היא ל'פריפריה' של האישום; בין אם החומר נמצא בחזקת רשויות החקירה, ובין אם היה עליהן לתופסו..." (בש"פ 9287/20 אלוביץ' נ' מדינת ישראל, פסקאות 11-12 (14.01.2021)).

ראו גם בעניין זאבי, פסקה 13; בש"פ 9275/17 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (14.12.2017); בש"פ 3152/05 בן יעיש נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (10.5.2005); בש"פ 3377/10 עדוי נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (17.5.2010).

20. מן הכלל אל הפרט - בדיון שהתקיים בבית המשפט המחוזי, וכן בדיון לפניי, הוצגו למעשה שלושה מסמכים או סוגי מסמכים אשר נטען כי הם מהווים "חומרי חקירה" שיש להורות על מסירתם: (א) "חומרי החקירה" הנוגעים לבדיקה



שבוצעה לגילוי חומרים היכולים לשמש כ"סם אונס"; (ב) "תיק המעבדה" מאיטליה (בה נערכה הבדיקה) ו-"שרשרת המוצג"; (ג) הדוח המפורט שעולה כי התבקש על-ידי נציגת משרד הבריאות במסגרת הודעת הדואר האלקטרוני שנחשפה: "ביקשתי מהמעבדה דוח מפורט יותר, שיצוין איזה חומרים נבדקו ויצאו שליליים" (נספח ג' לערר, ההדגשה אינה במקור -י' א').

21. אציין, בזהירות המתבקשת, כי לאחר שעיינתי עיין היטב בטענות הצדדים על נספחיהן, התרשמתי שיש ממש בטענות באי-כוח העורר כי סוגיית הימצאותו או העדרו של סם אונס "ריחפה" מעל המשפט אשר התנהל עד כה. הנושא עלה פעמים רבות במהלך שמיעת הראיות במשפט, ואף התרשמותן הסובייקטיבית של המתלוננות הייתה שסם אונס הוא שגרם למצבן בעת האירוע - הגם שלא טענו כי לעורר יד בכך. לצד עמדה זו של המתלוננות, הן הביעו ספק בכך שכמות האלכוהול ששתו בליל האירוע היא שהובילה למצבן הנטען.

למעשה המחלוקת העובדתית על טיב מצבן של המתלוננות בעת האירוע היא מבין המחלוקות העובדתיות המרכזיות במשפט. קשה אפוא לטעון כי חומרי החקירה אשר מתבקשים כעת נעדרי הזיקה הנדרשת למשפט הפלילי דנן, ואכן -ב"כ המשיבה לא טענה כך.

ב"כ המשיבה מיקדה את טענותיה בעמדה כי אין חשיבות של ממש לגורם שהוביל את המתלוננות למצב בו היו נתונות בעת האירועים מושא כתב האישום, אלא רק לטיב מצבן באותה העת, וביחס לכך לשיטתה קיימות ראיות לכאוריות למכביר.

אולם, גרסת ההגנה היא כאמור, בין היתר, כי מצבן של המתלוננות בעת האירועים מושא כתב האישום היה טוב מכפי שהן טוענות, ולכן יש לדחות את גרסתן העובדתית ולאמץ את גרסתו הנוכחית של העורר. בנסיבות דנן, אני מתקשה לקבל עמדה לפיה הממצאים שנחשפו כעת חסרי כל חשיבות.

אמנם, דומה כי גרסת העורר האמורה אינה עולה בקנה אחד עם הנטען מפיו בחקירתו במשטרה, אך מטבע הדברים סתירות בגרסאות העורר השונות ישוקללו על ידי בית המשפט המחוזי בבואו ליתן את הכרעת דינו, ואין בכך כדי להצדיק את מניעת העברת החומרים בשלב זה טרם מתן הכרעת הדין.

כמו כן, אני רואה לקבל את הקביעה לפיה אין כל חשיבות לתיק המעבדה או שרשרת המוצגים המבוקשת, מאחר שממצאי הבדיקה ממילא מלמדים כי לא נמצא סם אונס. טענה זו מתעלמת במידת מה מטענת המשיבה לפיה בהסתמך על ממצאי הבדיקה, לצד אי גילוי סם אונס אותר חומר מסוג "קודאין", אשר יכול להסביר את התחושות הפיזיות שתיארו המתלוננות (עמוד 627 לפרו', שורות 16-18); ואף מטענתה כי "קודאין", ברמות גבוהות, עלול לגרום לסחרחורות וטשטוש ולהעצים השפעה של אלכוהול (סעיף 3 לתגובת המשיבה לערר).

היינו -ב"כ המשיבה עצמה עודנה מבקשת לטעון, גם אם לא בפה מלא, כי ייתכן שההסבר למצבן הנטען של המתלוננות בעת האירוע הוא בחומר "זר" אחר אשר נמצא בבדיקה שנחשפה כעת, ולא רק בשתיית משקאות אלכוהוליים.



הדברים נכונים גם ביחס לדו"ח המפורט אשר התבקש כאמור על-ידי המשיבה בפניית נציגת משרד הבריאות למעבדה - מכאן הדעת נותנת כי אם דו"ח כזה התבקש, כעולה מנספח ג' לערר, לא ניתן לומר כי הוא חסר חשיבות.

22. יש לזכור, על בית המשפט לבחון את החומר "בעיניו של סניגור המבקש לגלות כל בדל ראיה שיש בה, ואפילו בדוחק - כשהיא לעצמה או עם ראיות אחרות, לסייע לנאשם" (בש"פ 9086/01 רביב נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 163, 172); וכן את דבריו הידועים של השופט י' אולשן כי "אין חקר לתבונת סניגור מוכשר, ואין לנחש כיצד היה יכול לנצל את החומר הנמצא לפניו" (ע"פ 35/50 מלכה נ' היועץ המשפטי, פ"ד ד(1950), 433, 429).

23. יצוין עוד, כי ב"כ המשיבה אף לא טענה בתגובתה לערר כי החומרים אשר התבקשו אינם בגדר "חומר חקירה"; או כי קיימים בענייננו "אינטרסים נוגדים" המצדיקים את אי מסירתו (בש"פ 2948/19 טייב נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (15.5.2019)).

ב"כ המשיבה אמנם טענה כי מלוא החומרים המצויים בידיהכבר נמסרו להגנה וצורפו כנספח ג' לערר, אך בדיון שלפני הודתה כי לא פנתה לכלל הגורמים הרלוונטיים ובחנה אילו חומרים הנוגעים לדבר מצויים בידם.

כפי שנקבע, אין לפרש את המילים "שבידי התובע" (בסעיף 74(א)(1) לחוק) באופן מילולי, אלא הכוונה היא לכל חומר המצוי בידי התובע או מצוי במקום שלתביעה שליטה עליו (בש"פ 3831/02 אסף מצרי נ' מדינת ישראל, נו(5) 337 (2002); עניין פלוני, פסקה 8)). וראו גם בעניין בש"פ 8555/06 פלוני נ' מדינת ישראל (13.11.2006):

"חומר חקירה" אינו כולל רק חומר המצוי פיסית בידי רשויות החקירה והתביעה, אלא עשוי לכלול גם חומר המצוי בשליטתם של גורמים אלה במובן הרחב. בעובדה שהחומר אינו מצוי בשלב נוכחי בידי גורמי התביעה והחקירה, אין כדי לשלול את סמכותו של בית המשפט להורות לתביעה לתפוס את החומר ולהעבירו לעיונו, ובלבד שיש בסיס לקביעה כי על פי אופיו של החומר מוצדק הדבר. על בית המשפט לשקול בדעתו, האם להפעיל סמכות זו...".

24. בהינתן כל זאת - אני סבור כי החומרים המבוקשים מהווים "חומר חקירה", וכי ככל שהם ישנם וניתנים להשגה, יש להעבירם לידי ההגנה.

25. ערר אני לפסיקת בית משפט זה לפיה בבחינת בקשה למסירת חומר חקירה על בית המשפט לתת משקל גם לשלב בו מוגשת הבקשה, וכי הנטל על הנאשם כבד יותר ככל שהבקשה מוגשת בשלב מאוחר יותר (בש"פ 2364/21 בן אוליאל נ' מדינת ישראל, פסקה 18 (5.9.2021)). אולם, אין כל מקום בענייננו להטיל על הנאשם נטל מוגבר שכזה, היות שאין מחלוקת כי מועד הגשת בקשתו, והערר שלפני, הוא פועל יוצא של מחדל המשיבה.

26. מטבע הדברים, להחלטתי זו, ככל החלטה המקבלת ערר מכוח סעיף 74(ה) לחוק, יהיו משמעויות דיוניות מסוימות על המשפט בבית המשפט המחוזי. כך במקרים בהם ערר לפי סעיף 74(ה) לחוק מוגש ומוכרע עוד טרם שמיעת הראיות, וודאי שכך בנסיבות ענייננו, בהינתן השלב המאוחר עד מאוד בו נודע לבאי-כוח העורר המידע על אודות



הבדיקה שבוצעה, וזאת בשל תקלה אצל המשיבה.

חזקה על בית המשפט המחוזי שיפעל כנדרש ובהתאם לשיקול דעתו באשר להמשך ניהול ההליך תוך בחינת האפשרות או הצורך בהגשת השלמת טיעון בכתב (בשים לב לחשיפת המידע החדש לאחר הגשת הסיכומים מטעם הצדדים); מתן אפשרות להגשת חוות דעת מומחה; ושמיעת עדויות המתלוננות פעם נוספת, באופן מתוחם ומצומצם המוגבל אך לממצאים החדשים אשר נחשפו כעת.

סוף דבר

27. התקלה שנפלה במקרה שלפניי חמורה עד מאוד. משך מספר שנים נוהל משפט פלילי שעניינו חשדות חמורים ביותר כלפי העוררמתוך נקודת מוצא לפיה לא נעשתה בדיקה לאיתור סם אונס אצל המתלוננות. כך הצדדים כלכלו את צעדיהם וטיעוניהם. כעת, בעוד הצדדים ממתינים להכרעת הדין – התברר כי הנחה זו לא הייתה נכונה.

ב"כ המשיבה אינה חולקת על כך שנפלה "תקלה משמעותית" כלשונה, המצדיקה בירור והסקת מסקנות למניעת הישנותה. בכך אין די. בעוד להסקת מסקנות "רוחביות" חשיבות רבה, לצדה ישנה חשיבות רבה עד מאוד גם להשגת תוצאה צודקת בהליך זה, שטרם הגיע לכדי סיום. ובעניין זה – בהינתן השתלשלות הדברים החריגה דן, אני סבור כי ראוי היה שבנסיבות העניין המשיבה תגלה גמישות דיונית רבה יותר מזו אשר גילתה כלפי העורר.

כפי שהזדמן לי להעיר במאמרי:

"הזכות המוקנית לבעל דין להניח לפני בית משפט את הראיות מטעמו, כמו גם הזכות על פי דין להתמודד עם ראיות הצד שכנגד (ה"יריב"), בין בחקירה שכנגד ובין בהבאת ראיות אשר תפרכנה ותסתורנה ראיות אלה, הן עיקרון בסיסי בעשיית משפט, אשר אין בלתן בהליך המשפטי שתכליתו פסיקת אמת" (יוסף אלרון "קבלת ראיות שלא עלפי סדר הדין" המשפט כרך יב, ספר 15, 19 (תשס"ז), ההדגשה הוספה – י' א').

28. טרם סיום, אבהיר למען הסר ספק – אין באמור בהחלטתי זו כדי לחוות דעה, לכאן או לכאן, באשר למשמעותו של המידע החדש אשר נחשף על חפותו או אשמתו של העורר. ההכרעה בעניין זה מונחת לפתחו של בית המשפט המחוזי.

29. התוצאה היא כי הערר מתקבל בחלקו – על ב"כ המשיבה לפעול לאיתור חומרי החקירה הנוגעים לבדיקה שבוצעה לגילוי חומרים היכולים לשמש כ"סם אונס"; "תיק המעבדה" מאיטליה ו-"שרשרת המוצג"; וה"דוח המפורט" אשר התבקש כאמור.

חומרים אלו ימסרו לבאי-כוח העורר תוך 30 ימים ממועד החלטתי זו.



היה ולאחר שיבוצעו מלוא הבדיקות הנדרשות על-ידי ב"כ המשיבה יתברר כי אין באפשרותה לקבל חומרים אלו, או כי הם אינם קיימים, עליה להגיש הודעה מנומקת ומפורטת לבית המשפט המחוזי ובה תיאור הפעולות שביצעה על-מנת לאתרם ותוצאותיהן של פעולות אלו, על מנת שבית המשפט יוכל להשלים את מלאכתו.

ניתנה היום, ז' בכסלו התשפ"ב (11.11.2021).

ש ו פ ט
