

תפ"ח 17506/10/17 - מדינת ישראל נגד שקד דרור

בית המשפט המחויזי בבאר שבע

תפ"ח 17506-10-17

בפני כב' סגן הנשיאה, השופט אריאל אגנו - אב"ד

כב' השופט אלון אינפלד

כב' השופט אריאל חזק

המאשימה
על ידי ב"כ עוזן חן עסיס
מדינת ישראל

נגד
הנאשם
החלטה

כב' השופט א. אינפלד:

זהה ההחלטה בבקשת הסגנון לפסול את חוות דעתו של מומחה להשוואת טביעות אצבע, רפ"ק עידו חפץ, מיום 19/90, המבוסס על תיק העבודה ת/90א). התזה של הסגנון נובעת מכוח כלל הפסילה הפסיכתי, בטענה שראיתם תביעה זו הוכנה תוך הפרה של זכויות הנאשם להליך הוגן, על יסוד הלכת **יששכרוב** ובונתה, עד הלכת **חייבת** 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי** סא(1) 461 (2006), וע"פ 13/2868 **חייבת נ' מדינת ישראל** (2.8.18)).

ההפרה הנטענת מתבטאת בכך חוות הדעת הוכנה זמן רב לאחר שהוגש כתב האישום. זאת, בניגוד להנחות פרקליט המדינה, לפיהן אין לעורר השלמת חקירה לאחר הגשת כתב האישום, אלא באישור פרקליט מוחוץ. Natürlich, כי מעבר לעצם הפרת הנחות נגרם עיוות דין לנאים, המככל את מעשי ומתכוון את מהלכיו לקראת ניהול ההליך, על יסוד חומר החקירה כפי שהתגבש בעת הגשת כתב האישום. הטענה היא כי הוספה ראיות חדשות, על ידי שימוש התביעה בחומר החקירה שנוצרו מאוחר יותר, משנה בפועל את חוות המריבה תוך כדי המשפט, מכשילה את מהלכי ההגנה כפי שהוכנה על יסוד החומר המקורי, ובכך נפגעות זכויות היסוד של הנאשם.

כתב האישום מייחס לנאים מספר עבירות, בהן עבירה רצח. עבירה, אשר לטענת התביעה בוצעה על ידי רוכב אופנוע. המנוח שהוא במכונית שעמדה ברמזור. Natürlich כי רוכב האופנוע נעמד ליד המכונית, ירד מהאופנוע, ירה במנוח שלוש ריות מאחד שח札ק שלא כדין, ונסע מהמקום. המאשימה טוענת כי הנאשם הוא רוכב האופנוע אשר ירה. פרשת התביעה מבוססת על מכלול ראיות, בהן ראיות פורנងיות הקשורות לכואורה את הנאשם אל אופנוע מסוים ואל אקדח מסוים, אשר Natürlich כי באמצעות בוצע הרצח.

חוות דעת המומחה, נשא ההחלטה זו, מתיימרת לקשור בין האופנוע האמור לבין הנאשם. לפי חוות הדעת כמה טביעות בין הטביעות הרבות שפותחו על האופנוע נמצאו ראיות להשוואה, מהן שתיים המתאימות לנאים (לפי הבדיקה שנערכה לו לכואורה במסגרת החקירה בתיק דן). האחת, טביעה מס' 6, המתאימה לכואורה לאגדל שמאל של הנאשם. השנייה, טביעה מס' 9, המתאימה לכף יד שמאל של הנאשם.

מכיוון שטענת הסגנור היא טענה שהזמן גרמה, יזכרו התאריכים החשובים להחלטה זו:

7.9.17 - מעשה הרצת.

19.9.17 - העברת מעתקים מהאופנוו, ממעבדת פיתוח ט"א אל המעבדה לשוואות ט"א.

2.10.17 - הودעת גילוי התאמה (איתי בן שמעון) (ת/88א) - אודות טביעה מס' 9 (וקביעה כי מעתק מס' 6 אינו בר השוואה).

2.10.17 - הודעת היחידה החוקרת למעבדה כי החשוד "אינו מודה", וכי לפיכך מתבקשת חוות דעת באופן "בhol".

9.10.17 - הבקשה לחוות הדעת נרשמת במעבדה.

13.10.17 - כתוב האישום מוגש ללא חוות דעת. איתי בן שמעון, שדיוח על גילוי, אך לא כתוב חוות דעת, נרשם עד תביעה.

---- המשפט מתנהל, כאשר הנאשם מיוצג על ידי עו"ד פרטி, ללא תשובה חדה לאישום למעט כפירה כללית. קוו ההגנה אינם מלמדים על מחלוקת אודות הממצאים הפורנזיים.

21.5.19 - לאחר החלטת "צוג, עו"ד סימון, מטעם הסגנoriaה הציבורית, מבקש לראשונה את תיקי העבודה של כל המומחים.

---- הפרקליטות (לא פרקליט המחווז) מבינה כי אין חוות דעת ט"א, למורת שהתבקשה, ומבקשת כי תוכן חוות דעת.

5.6.19 - מומחה חדש, שהוסמך לאחרונה, רפ"ק עידו חוץ, בודק המעתקים אותם ראה לראשונה, ומcin חוות דעת, לפיה מצא התאמה לשני מעתקים, טביעה מס' 9 וגם טביעה מס' 6.

לפני 15.7.19 - חוות הדעת החדשה מועברת להגנה עם תיקי העבודה.

3.5.20 - לאחר החלטת "צוג נספת וڌיית המשפט, מוגשת בקשה לתיקון כתוב אישום להוספה עדים. בין השאר, מתבקש להוסיף את המומחה החדש לשוואות ט"א, רפ"ק חוץ. בבקשת מושבר כי "חו"ד לא הושלמה טרם הגשת כתוב האישום, ולפיכך נרשם בעתו רק הבודק שהודיע על הגילוי".

6.5.20 - הסגנור החדש, עו"ד דיגי, מודיע כי אינו מתנגד לתיקון כתוב האישום, והמומחה רפ"ק חוץ נרשם עד תביעה.

26.10.20 - המומחה רפ"ק עידו חוץ מעיד. במהלך עדותו הסגנור מבקש לפסול את חוות הדעת.

28.12.20 - ראש שלוחת לכיש, אשר נטען כי לה סמכויות כפרקליט המחווז, מאשרת בדייעד את השלמת החקירה.

טענות הצדדים

טענות הסגנו בוטאו בפרוטוקול מיום 26.10.20, ומיום 20.12.20, וכן במסמכי השלם טיעון בכתב מיום 5.11.20 ומיום 30.12.20. יצוין שחלק מפרטיו הטענות נטענו בטרם הובילו העבודות במלואן, ואין רלוונטיות עוד. אולם, הטענה העיקרית, לפיה מדובר בהשלמת חקירה שנערכה לאחר הגשת כתב האישום, שלא כדין, במקומה עומדת.

הסגנו מפנה לנוהל האגף לחקירות ומודיעין במשטרה מס' 03.300.187 (נ/3) לפיו על היחידה החקירתת לפנות לביקש חוות דעת בשלב החקירה. כן הפנה להנחיות פרקליט המדינה מס' 6.11, בדבר השלמת חקירה לאחר הגשת כתב אישום (נ/4). הנחיה זו נוגעת לאופן יישום סעיף 61 לחוק סדר הדין הפלילי, המאפשר לתובע להוראות על השלמת חקירה במהלך המשפט "לשם ניהול עיל של המשפט". ההנחיה קובעת, מעבר לתיאור נסיבות המצדיקות השלמת חקירה לאחר הגשת כתב האישום, כי הגורם המושמע להוראות על כך הוא רק פרקליט מחוז, או ראש לשכת תביעות.

הסגנו הביע מחהה על כך שבית המשפט מתיר למשפט הפלילי להתנהל כמשחק "פינג פונג". הינו, בשלב ראשון האישום מוגש על סמך ראיות מסוימות; בשלב שני הנאשם, בהסתמך על ראיות אלה, מכין קו הגנה; בשלב שלישי, המדינה מבצעת פעולה חקירה נוספת נספota כדי להתמודד עם קו הגנה; לבסוף בית המשפט מרשה לתביעה לפגוע בהגנה על ידי יותר לתקן כתב האישום, החזרת עדים או הבאת עדי זהמה. כך, במקרה זה, לטענת הסגנו, יש לנאשם טענות טובות נגד טביעה האצבע שנמצאה בשלב הראשון, טביעה כף יד (טביעה 9). אולם, אם בית המשפט יתרגם גם הגשה של טביעה האגדול (טביעה 6), שלא הייתה קיימת לפני תביעה חוות הדעת של רפ"ק חפץ, הרי שהדבר יפגע בהגנת הנאשם, כפי שהוכנה.

הסגנו סבור עוד כי המדינה פعلاה שלא כדין, בנגד להנחיותיה שלה. פעולה זו פגעה באופן מוחשי בהגנת הנאשם. לפיכך, טוען הסגנו שיש לפסול את חוות הדעת של המומחה אשר הוכנה באיחור, מכוח הלכת **"ישכروب"**. הסגנו הזכיר כי בהלכת **חייבת** נאמר שאין הצדקה להימנע מהפעלת כלל הפסילה הפסיכתי בעבירות חמורות, נהפוך הוא.

המדינה השיבה כי לא נפל כל פגם בהתנהלות התביעה. לשיטה, במקרה זה אין מדובר בהשלמת חקירה אסורה, לפי הנחיות פרקליט המדינה. שכן, לפי הנחיות עצמן, בסעיף 10, ראייה שנתבקשה טרם הגשת כתב האישום והתקבלה לאחר מכן, "לרבות תמלילים, חוות דעת ודומה" לא תחשב כ"השלמת חקירה". הפרקליטה אף הצבעה על הנחיות אח"ם הנ"ל, המלמדות על כך שצפויים להיות מוצבים בהם חוות הדעת תידרש בטוווח זמינים קצר, לקראת משפט (סעיף ח. 3).

במהלך הדיון מיום 20.12.20 **הרchipba הפלקליטה** המלומדת והסבירה כי נוכח עומס ופיקרים גדולים בהכנות חוות דעת, כפי שעלו בבדיקה מבקר המדינה בשנת 2017, נקבע שלא בכל תיק ותיק תוכן חוות דעת ט"א. נטען כי נקבע נוהל על ידי המשנה לפרקליט המדינה, כי הדבר יעשה רק במקרה של החלטת טביעה האצבע בגרסת הנאשם או במקרה בו הוא חוזר בו מהודאה בטביעה האצבע. יעיר, כי הוראה מפורשת של המשנה לפרקליט המדינה בהקשר זה לא הוצאה לנו. אף כי אינדיקציה להתגשות הוראה דומה עלתה בדי"ח מבקר המדינה, אליה הפנתה ב"כ המאשימה.

המדינה טוענת עוד כי בפועל, לא זו בלבד שהතבקשה חוות דעת לפני הגשת כתב האישום, אך בבד בוצעה הבדיקה נוספת לקרהת הכנת חוות הדעת. הבדיקה יי"ודית, הנדרשת לפי הנהלים לקרהת הכנת חוות דעת. הבדיקה השנייה אף הועברה למעבדה, עוד לפני הגשת כתב האישום, מתוך מגמה שתוכן חוות דעת. שמע, ההחלטה להכין חוות דעת לא התקבלה לאחר הגשת כתב האישום, אלא לפניו. מילא אין מדובר בהשלמת חקירה. העשיה לקרהת חוות הדעת

החולה, כך שرك המעשה עצמו לא בוצע מיד, אלא בשלב מאוחר יותר. כן הוזכר, כי הסגנור לא התנגד לתיקון כתוב האישום על ידי הוספת המומחה.

במישור המשפטי טענת המאשימה כי לא נפל כל פגם בהתנהלות, כאמור. אולם אפילו היה פגם, אין זה פגם יכול להצדיק פסילת ראייה. שכן, אפילו אם יקבע בית המשפט כי המדינה פעלה בגין הנחיות פרקליט המדינה, אין זו פעולה בגין דין עצמה. לשיטת המאשימה, אין בחירga מהנחיות פנימיות כדי להביא לפסילת הראייה. כן נטען כי, לפי החלטת **יששכרוב**, ההחלטה בדבר פסילת ראייה תלואה בגרימת פגעה מהותית בזכויות של נאשם, שלא התרחשה. כן נטען, כי אף אם מתקיימת פגעה בזכות, עדין מסור לבית המשפט שיקול הדעת אם לפסול הראייה, לפי עצמת הפגיעה בזכות, דרגת אי החוקיות בהשגת הראייה, מידת "עצמאות" הראייה מהפעולה הפוגمة, וכן הנזק מול התועלות החברתיות בפסילת הראייה. כן הוזכר כי, ככל שנדרש אישור, הרוי התקבל אישור בדייעבד.

לטיעונים אחרים אלה **הшиб הסגנור** כי עצם הידרשות התביעה לקבלת אישור בדייעבד מלמדת על הסכמה לכך שנדרש אישור. כן טען להעדר אסמכתא לטענה כי ראש שלוחת לכיש מחזיקה בסמכויות פרקליט מחוץ לעניין זה. הסגנור הסביר גם, כי הסכמתו לתיקון כתוב האישום נעשתה לפני שהתבררה לו התמונה, לפיה מדובר בחווית דעת שהוא עצמה הוכנה בשלב מאוחר. לשיטתו, אין לזקוף לחובות הנאשם הסכמה טכנית של הסגנור, כדי להזכיר ראייה שהוא פסולה מהותית. פסולה, משום הפגיעה המשמעותית בנאשם, בהוספה ראייה פורנזית ממשמעותית לחובתו, אותה לאלקח בחשבון בעת קבלת החלטות האסטרטגיות בניהול ההגנה. הסגנור ביקש גם לדוחות הטענה כי הזמנת חוות הדעת לפניו הגשת כתוב האישום, מכירה חוות דעת שהוכנה ונכתבה שנתיים מאוחר יותר, על ידי מי שעדיין לא היה כלל מומחה בעת ההזמנה. לשיטתו, מדובר בפער זמן משמעותי, המנתק את פעולות החקירה שנעשתה בסוף לפי בקשה חוזרת, מהזמנה המקורית שנעשתה בתחילת, ולמעשה נזנחה.

דין

לאחר עיון בטענות הצדדים, אין בידנו לקבל את בקשה הסגנור לפסול הראייה.

מקובלת علينا טענת המדינה כי אין בלשון סעיף 61 לחוק סדר הדין הפלילי או בלשון הנחיתת פרקליט המדינה כדי למנוע את הכנת חוות הדעת בשלב בו הוכנה. מבחינת סעיף 61 לחוק, הרי שאין בו כל מגבלה על בקשות להשלמת החקירה, היכולות להיעשות בכל עת, על ידי כל טובע, לשם ניהולiesel של המשפט. לעניין הנחיתת פרקליט המדינה (נ/4), מבחינת לשון סעיף 10 להנחייה, אין היא חלה במקרה זה. זאת, באשר מדובר בראייה אשר הכנהה התקבשה עוד בטרם הוגש כתוב האישום, על ידי היחידה החוקרת. לפיכך, הכנת חוות הדעת, אף באיחור גדול, אינה נחשבת "השלמת החקירה". לא ניתן לטען כי הכנת חוות הדעת "נזנחה", בהעדר החלטה מודעת לוותר עליה, שלא יכולה להתקבל בהעדר הודהה מפורשת בטביעת האצבע.

יתרה מזו,عرب כתוב האישום, לקרהת הכנת חוות הדעת, נערכה הבדיקה נוספת של ידי הנאשם ואצבעו, והבדיקה נשלהה למעבדה. פעולה, שלא היה בה צורך אלא לשם הכנת חוות דעת. כן, שלמעשה המשטרה הchallenge בהכנת חוות הדעת, עוד בטרם הגשת כתוב האישום. אלא, שמחמת תקללה, התקיק לא הובא לעיון מומחה באותו עת. משמע, אפילו בהנחה כי הפרת הנחיתות פרקליט המדינה עלולה להקים טענה של אי חוקיות, יש לקבוע שלא נפלת כל אי חוקיות במקרה זה.

יאמר עוד, כי עצם הטענה כי הפרת הנחיות פרקליט המדינה מקימה אי חוקיות כה חמורה שאולי תצדיק פסילה פסיקתית של ראייה שהושגה, היא חידוש מפליג. חידוש, שעל פניו אינו משכנע, אם אין פגעה בוטה וברורה בזכות מוגדרת שהוונקה לנאים. אולם, אין צורך להזכיר בטענה לעת זו, שכן ההנחה לא הופרה. בהעדר אי חוקיות, אין מקום לפסול הראייה בפסילה פסיקתית לפי הלכת **ישכרוב**.

חשיבות להציג כי אפילו אם נאמר כי יש לראות את ההזמנה המקורית של חוות הדעת כמוזנחת ואת ההזמנה החדשה כהשלמת חקירה, עדין אין פגעה ממשית בזכויות הנאשם. הרי, אילו פרקליט המחזז היה מורה על כך, לא היה נופל במעשה כל פגם. פשוט, שגם פרקליט המחזז עצמו אינו רשאי להורות על פגעה מהותית בזכויות הנאשם. משמעו, כל הפגם יכול אינו אלא שההחלטה שהתקבלה, התקבלה על ידי דרג נמוך מן המוגדר בהנחיות (אך מוסמך לפי החוק). קשה למצוא במקרה נפוגעה הגנת הנאשם עקב זהות מקבל ההחלטה. אם כן, אפילו בהנחה (הנדית) כי הנחיות פרקליט המדינה הופרו, הפגעה בזכויות הנאשם, בעצם ההוראה בדבר השלמת חקירה על ידי גורם לא מוסמך, אפסית.

יחד עם זאת, **לא ניתן לומר שלא נפלת תקלת**. העיקוב בהכנות חוות הדעת אינם מוסבר, ובשלבים הראשונים אף לא היה ברור כיצד "התעוררה" המعبدת להורות למומחה להכין את חוות הדעת. מעין מתברר כי בקשת היחידה החוקרת להכנות חוות הדעת מצויה בתיק החקירה. ממציע המעתקים הייעודים נרשמו כudy תביעה בכתב האישום. מכאן חוות הדעת הייתה צפוייה להגיע, וכך לא ניתן היה לגלוות את החסר בעת הכנות כתב האישום. למורת זאת, הכשל הוא כפול. כשל מצד הפרקליטות שלא עקבה לוודא את קבלת חוות הדעת, וכשל מצד המعبدת שלא דאגה להכנות חוות הדעת למורות שנותבקשה לעשות כן באופן "בહול". החסר בחוות הדעת היה צפוי להתגלות בשלב זה או אחר, אלא אם הייתה ניתנת הסכמה לממצאים הפורנזיים, כפי שנראה היה צפוי לקרות, לפי אסטרטגיית ניהול התקן על ידי הסגנו הראשון. לפיכך אין תימה שהענין לא התעורר עד החלטת הייצוג.

עם זאת, יודגש כי הסגנו הראשון נזהר לא לוותר מפורשות על טענותיו בהקשר זה, בשום שלב. כן יודגש שאין לזקוף לחובת הסגנו, וכל שכן שלא לחובת הנאשם, ההסכמה להוספת עד התביעה, שכן הסגנו ה nich שرك שם המומחה נשפט מכתב האישום, ולא ידע עדין, כי חוות הדעת הוכנה אך לאחרונה (ברוח סעיף 56 לפקודת הראיות).

מכל מקום, החסר של חוות הדעת עצמה הוא חסר טכני, שבודאי לא נעשה בזדון. יתרה מכך, הראייה עצמה, הינה המעתקים העומדים בסיס חוות הדעת, היו קיימים ועומדים בתיק החקירה, ורק פרשנות המומחה הייתה חסраה. אם כן, אפילו היה מדובר במצב של "אי חוקיות", לא היה מקרה זה עומד בתנאי השני שנקבע בהחלט **ישכרוב**, שהוא של קיום פגעה מהותית בזכות להיליך הוגן, שלא על פי תנאי "פסקת הגבלה" החוקתית.

נראה כי לפי מבחן המשנה הראשון, השני והחמישי לבחינת חומרת ההפירה (סעיף 70 להלכת **ישכרוב**), מקרה זה נופל עמוק במקרים בהם אי החוקיות הייתה נתפסת כבלתי חמורה, אילו הייתה אי חוקיות. לשאלת השפעת "האמצעי" הפסול" על מהימנות הראייה או עצם קיומה (סעיף 71 להלכת **ישכרוב**), התשובה ברורה. לא היה כל "אמצעי פסול" מכוון, אלא רק שכחה תמיינה. אמנם צודק הסגנו כי ביחס לשאלת השלישית בהחלט **ישכרוב**, שאלת הנזק החברתי מול התועלת בעת פסילת הראייה, חלה התפתחות מסוימת בחלק מן הפסיכה, המתבטאת בין השאר בהחלט **חייבת**, ובנסיבות פסוקים ציבורי מובהק בעמדת לדין. אולם, אין לנו מוגעים לבחינת השלב הזה, בהעדר פגעה מהותית בזכויות הנחקר, ופטורים אנו מהנכנתו ראשינו בין הרים הגדולים בהקשר זה.

למרות כל האמור, אין לקבוע בשלב זה שאין ממש טענה של הסגנור לפיה נגעה זכותו של הנאשם לכלכל את מעשיו בתבונה ולתכנן את הגנתו. אין לשלול את מהachat הסגנור אודות התנהלות בדרך "פינג פונג", קלשונו, קטענה עניינית, היכולה להשפיע על הערכת הראיות בסוף הדרך. אולם, המסדרת הנורומטיבית שמצוע הסגנור לדון בתחום עול זו אינה מתאימה. זאת, באשר אין מדובר בפגיעה מהותית נחרך נחקר אשר יכול להביא לפסילת ראייה, אלא מדובר **למעשה במחדר חקירה או מחדר מאשימה**. המחדל מתבטא בכך שנטבקשה חוות דעת וזה לא הגיעו לתיק בעתה, היינו זמן קצר לאחר הגשת כתב האישום. כך, הסגנור לא ראה את חוות הדעת עד לאחר ניהול מחצית המשפט. אולם, לא ניתנה מטעם הנאשם תשובה חדה לכתב האישום בשלב הראשון, אלא כפירה כללית. אולם, יתכן שייתבררו נסיבות, שיאפשרו לטעון, כי אולי הייתה מונחת לפני הנאשם ובעי' כוח חוות דעת מלאה, הכולת התיחסות לשני המעתקים ולא רק לאחד מהם, אפשר שהיא הנאשם מתנהל אחרת.

דא עקא, הדרך לבחון מחדר חקירה, או פגם בהתחנות המשפט, אינם באמצעות כלל הפסילה הפסיקתי, שנועד בעיקר למקרים של הפרה חמורה, ובדרך כלל ישירה, של זכויות הנחקר, ולא נועדה לטיפול בשכחה ומחדלים. גם מחדרי חקירה חמורים ביותר, כגון אי בדיקת אלבי, אינם נבחנים במקרים של פסילת ראיות. הבדיקה של שימושות המחדל נעשית בדיעד, בתום המשפט. בהגיע השלב המתאים תבחן הטענה, בשים לב לכל הידע כי "עצם קיומם של מחדרי חקירה אינם מהווים טעם מספיק לזכו של הנאשם. השאלה שעל בית המשפט לשאול את עצמו היא אם מחדרי החקירה עולים כדי הותרת ספק סביר באשר לאשמו של הנאשם" (ע"פ 4414/05 **אבו-חטב נ' מדינת ישראל** (20.11.2006)).

משמעות, אם במסגרת הסיכון יכול הסגנור להראות כי למחדר זה, של המשטרה ושל הפרקליטות, הייתה באמת השפעה מוחשית על הגנתו של הנאשם, כגון שלילת אפשרות לאטרר ראייה מזכה, אפשר שהייה לדבר משקל גדול בהערכת מכלול הראיות. אם ניתן היה להראות כי מחמת האיחור בהעברת הראייה להגנה, נגרעה בפועל יכולת הנאשם להתגונן, במידה היכולת לעורר ספק מוחשי באשמה, ניתן לדבר משקל מלא. אם ניתן היה להראות כי העיכוב במغان חוות הדעת עיוזת בפועל את התמונה הריאיתית המתknבלת בסוף המשפט, אפשר היה לתת לדבר משקל מתאים. אולם, בהעדר אי חוקיות, ובHUDR התחנות פסולה ממש, אין מקום לפסול הראייה כשלעצמה.

לפיכך, בקשה הסגנור לפסל חוות דעת המומחה, רפ"ק עידו חף, נדחתה.

המציאות תעבור החלטה זו לב"כ הצדדים.

ניתנה היום, כ"ח טבת
תשפ"א, 12 ינואר 2021,
בהעדר הצדדים.
אלון אינפלד, שופט **אריאל חזק, שופט**
אריאל ואגו,
סגן נשיאה, אב"ד