

**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 המוחזי בבא ר שבע  
ב-תפ"ח 19-03-23898 מיום 28.10.2021 שנייתה  
על ידי סג"נ נ' זלוט'ובר והשופטים: ש' פרידלנדר ו-ד'  
כהן

תאריך הישיבה:  
כ"ח בחשוון 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 אוליאל; עו"ד טלי פולדמן

**החלטה**

במוקד הדיון בערר - האם יש להיעתר לביקשת בא-כוח העורר לקבל לידיים חומרית חקירה ביחס לנסיבות  
בדיקת הימצאותו של "סם אונס" בגוף של המתלוננות, אשר דבר קיומן נחשף בפניהם רק לאחר סיום שמיעת הראיות,

עמוד 1

כל הזכויות שמורות לאתר פסק דין - [verdicts.co.il](http://verdicts.co.il)

סיכון בא-כוח הצדדים, ולקראת מתן הכרעת הדין.

**העובדות הضرיריות לעניין**

1. לפניה ערך על החלטת בית המשפט המחויז בבאר-שבע (השופטמן זלוטצ'בר, ש' פרידלנדרוד' כהן) מיום 28.10.2021 ב-תפ"ח 23898-03-19 במסגרת נדחתה, בין היתר, בקשה העורר לקבל לידי חומרិי קירה.

2. כתוב האישום נגד העורר מייחס לו שתי עבירות אינס, לפי סעיף 345(א)(1)-(4) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ונטען בו כי העורר בעל את שתי המטלונות שלא בהסכם החופשית, תוך ניצול מצב של חוסר הכרה בו היו שירות, או מצב אחר, אשר מנע מהן לחתם הסכמה חופשית.

כתב האישום הוגש ביום 24.11.2020; הליך ההוכחות הסתיים ביום 11.3.2019; סיכון הצדדים הוגש עד ליום 2.6.2021

בעוד הצדדים ממתינים לקביעת מועד למתן הכרעת דין, פנמה ביום 18.10.2021 בא-כוח המשיבה לבאת-כוח העורר, ועדכנה אותה כי נודע לה שביום 8.4.2019 (חדש וחץ לאחר האירוע מושא כתוב האישום) נערכו בדיקות לאיור סמ אונס אצל שתי המטלונות, ובידה מצא הבדיקות המלמדים כי המטלונות לא היו תחת השפעת סם אונס במועד האירוע.

בהמשך לאמר לעיל, בא-כוח המשיבה העבירה לבאת-כוח העורר ביום 20.10.2021, תכตอบת דוא"ל בה תקציר תוכאות מעבדה של דגימות שיער, וכן פניות שהועברו על-ידי נציג משרד הבריאות לביצוע בדיקות דגימות שיער לצורך איור סמ אונס במעבדה באיטליה.

3. בעקבות המידע שהובא לידעתם, פנו בא-כוח העורר בדחיפות לבית המשפט המחויז בבקשת 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')

בקשה הסביר, כי מחומר הראיות החדש עולה כי יש ממש להגנת העורר, ו"לא מן הנמנע" שבשל ראיות אלו תתבקשנה "פעולות ובקשות נוספות". בית המשפט המחויז התבקש להשווות את מתן הכרעת הדין על-מנת לאפשר שהות לעמוד על טיבן של אותן הראיות ומשמעותן להליך הפלילי נגד העורר.

4. בית המשפט המחויז דין בבקשת ביום 28.10.2021. במהלך הדיון, הסבירה בא-כוח המשיבה כי התברר להכי לאחר האירוע המפורט בכתב האישום נערכו בדיקות לגילוי סמ אונס אצל המטלונות שנשלחו למעבדה באיטליה,

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

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

כעולה מעיון בפרוטוקול הדיון בבית המשפט (פרו' דיון מיום 28.10.2021, להלן: הפרו') בא-כוח העורר הביעו  
את פלאתם לנוכח המידע שהועבר לידועם בשלב מאוחר זה של המשפט לקראת מתן הכרעת הדיון, וביטהו זאת  
כלהלן:

"... אנו רוצים לשמוע את הגילוי של ראייה כה קריטית שנתיים וחci לאחר תחילת הדיון, 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 שהוא חריג ביותר." (עמוד 627 לפרו', שורות 24-22 – עמוד 628 לפרו', שורות 1-2).

בא-כוח העורר טענו כי למידע זה השלכות מרוחיקות לכת לאופן ניהול משפטו של העורר ובכלל זה חקירתן של  
המתלוננות על דוכן העדים. עוד הפנו, בין היתר, להתבטאות המותב במהלך המשפט לעניין העדר יכולת לביצוע  
בדיקות לאיתורם אונס בגוף של המתלוננות, בשל חלוף הזמן מהאירוע ועד הגשת תלונותן. וזאת מבלי שהמוחב היה  
מודע כלל כי בדיקה שכזו אכן בוצעה.

בנוסף, ציינו בא-כוח העורר כי בעקבות קבלת המידע החדש יבחנו אפשרות להגשת חוות דעת מומחה  
מטרעם; שאליו מידע זה היה מובא לידועם עבורם במהלך המשפט היו מנהלים את חקירתן הנגדית  
באופן שונה; ביקשolkabel לדייהם את תיק הבדיקה שבוצעה, לרבות דף הלואוי ונתונים נוספים ביחס לבדיקה; וכן ביקשו  
שתיינטן להם האפשרות לחקור פעם נוספת את המתלוננות.

5. מנגד, טענה ב"כ המשפט כי בקודת המוצא בכתב האישום הייתה שלא היה סם אונס, ועמדה על  
कרשה הגנה מילא חקרה את המתלוננות גם ביחס לאפשרות הימצאותו של סם אונס. עוד נטען, כי אמנם אחת  
המתלוננות אמרה שלדעתה "שום להஇה סם אונס או חומרים אחרים" אך המתלוננות אין מייחסות זאת לנאים.

ועור, כי כאשר בית המשפט המחויז שאל את הצדדים במהלך הדיון בבקשת האם הם מוכנים להגיש את מסמך  
תקציר תוצאות המעבדה לתיק – המשפט הסכמה לכך, בעוד העורר סירב.

6. בתום הדיון ועוד באותו היום, ניתנה החלטת בית המשפט המחויזעל דעת רוב שני שופטי הרכב (השופטים  
נ' זלוט'בר(אב"ד) ו- ש' פרידלנדר), ולפיו 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 אומרים:

"החוק, אם כך, מאפשר לבית המשפט להפעיל שיקול דעת גם במצב בו אינם מצויים עתה בתיק, לאפשר הגשת ראיות  
עמוד 3

נוספות ולזמן עדים, וזאת כראיות מטעם בית המשפט.

הפעלת שיקול הדעת בעניין זה נדירה יחסית ואני דבר שבשגרה. יש להראות טעמיםכבד משקל ומשמעותיים על מנת להיעתר לבקשת זו" (עמוד 631 לפrox, שורות 29-33).

עוד נקבע, כי מאחר שבמקרה דין לא נתען בכתב האישום כי המתלווננות סומנו בשם אונס, הנחת המוצא של בית המשפט היא כי לא היה שם שכזה, וכי גם לו בית המשפט היה נערר לבקשתו, ומאפשר הבאת חוות דעת שכנגן והשבת המתלווננות לדוכן העדים – לכל היותר התוצאה הייתה כי יש להגיע למסקנה שאין שם אונס, והדבר אינו "משנה מהותית" דבר בתייך (עמוד 623 לפrox, שורות 5-7).

באשר לבקשת העורר לקבל את "תיק העובדה" של המعبدה באיטליה, לרבות בדיקת שרשות המוצגים – נפסק כי אין בבקשת זו ממש, מאחר שבבדיקה מוצגים זו הייתה רלוונטיות ומשמעותית לו היה מאוחר בבדיקה שם אונס, ולא במצב בו שם זה לא נמצא.

באשר לכרש המתלווננות חדש כי ניתן להנ שמן צו"א "אינה מוסיפה דבר", שכן אין חשיבות לגורם שהוביל את המתלווננות למצב בו היו בעת האירוע, אלא לעצם מצבן באותה העת, ובעניין זה המתלווננות נחקרו ארוכות. בנוסף נקבע, כי אין מקום לגורם המתלווננות עגמת נשך לאחר שכבר נחקרו זמן ממושך, כאשר אין בכך כל תועלת – "ולו מזערית" מבחינת הגנת העורר.

לענין אי גילוי הראייה עד עתה, צוין: "... אנו ערים היטב לך שהמדינה, ככל הנראה, לא פעלה כראוי והראייה הגיעו באיחור רב ליד הפרקליות". וצוין כי "...במסגרת הכרעת הדיון גםណון בשאלת אם ועד כמה יש למחדל זה השפעה על הכרעת הדיון".

השופטת ד' כהן, בדעת מייעוט, הצטרפה לעדמת יתר השופטים בכל הנוגע לדוחית בקשה העורר לאפשר לו להעיד מומחה מטעמו לאחר קבלת תיק המعبدה מושא הראייה החדש בשל "העדר רלוונטיות". אולם, ביחס לבקשת הזמן מחדש את המתלווננות להשלמת חקירתן – ציינה שקיים ספק אם יש לכך רלוונטיות, ארנוכח טיעון בא-כוח העורר כי היו מכךלים את חקירותם אחרת לו "הראייה החדשה עמדה לנגד עיניהם", היה מקום להיעתר לבקשתו.

.7. בית המשפט המחויז דחה את בקשה בא-כוח העורר, וקבע כי הכרעת הדיון תינתן ביום 2021.11.4.

טענות הצדדים בערר

.8. בא-כוח העורר הפנו למחדלה של המשיבה אשר לא הביאו לידיים את דבר הבדיקה שבוצעה וכן גם לא את תוכאותיה, והוסיפו כי בית המשפט המחויז שגה משדחה את בקשתם לקבל לידיים את חומר החקירה שתתבקשו לאור גילוי הראייה החדש. לגיטם יהא בכך פגוע בהגנת העורר. בא-כוח העורר משים גם על קביעת בית המשפט המחויז כי במסגרת הכרעת הדיון תידון השאלה אם ועד כמה יש למחדל זה השפעה על הכרעת הדיון".

9. בתגובהה בכתב, לא חלקה ב"כ המשיבה על העובדה כי אכן רك ביום 20.10.2021 העבירה את המידע שברשותה בדבר ביצוע בדיקה לגילוי חומרים היכולים לשמש כ-"סם אונס" לידיות בא-כוח העורר. אולם, לשיטה מהחר שביי כוח העורר הגישלאחר קבלת מידע זה "בקשה לעיכוב מתן הכרעת דין", שנדחתה, מדובר בחילטת ביניים בהליך פלילי אשר אין עליה זכות ערר. כמו כן, נטען כי גם לו הייתה עומדת לעורר זכות ערר, בית המשפט המחויז צדק בהחלטתו שלא לאפשר להעיד את המתלווננות 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, ומילא בית המשפט המחויז צדק בקביעתו שאין בכך כדי לשנות את תוצאות המשפט.

לענין בקשה בא-כוח העורר לקבלת מידע חומרית חקירה נוספים – נטען כי העורר כלל לא הגיע לבית המשפט המחויז בקשה לפי סעיף 74 לחוק, כך שקיים "קושי ניכר" בכך שהוגש עורך לבית משפט זה בהסתמך על הסעיף לעיל. כמו כן, נטען כי מאחר שמדובר לא הזכר סם אונס בכתב האישום, ולא ניתן כי העורר הביא את המתלוונות למצוות מהן התנגדות, אין מקום לבקש כוות את כל החומר המתיחס לבדיקה שהתבצעה להלעכוב את הכרעת הדיון.

10. במסגרת הדיון שהתקיים לפני שבו הצדדים על טיעוניהם, תור שבאי-כוח העורר ביקשו להורות על דחיתת מטען הכרעת הדין, והציגו כי יכולתם לנהל את הגנתו בבית המשפט המחויז נפגמה בשל אי גילוי חומר חקירה רלוונטי (ב>Showcause סם האונס ותוכזאותה), וחזרו על בקשתם להורות לבית המשפט המחויז לעכב את מתן הכרעת הדין ולמשיבה להעביר לידיים את מכלול החומר המתיחס לדיבוקה שובוצעה בהיותו חומר חקירה.

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

11. יוער, כי לנוכח מועד הגשת הערר – ימים ספורים לפני המועד שנקבע להכרעת הדיון – ומאחר שהධין בערר התקיים יום לפניו המועד הקבוע להכרעת הדיון, על-מנת שלא תקופח זכותו שבדין של העורר לפנות לבית משפט זה בערר לפי סעיף 74(ה) בחוק, הורית בהחלטתו ביום 3.11.2021 על דחיתת מועד מתן הכרעת הדיון עד למתן החלטה בערר.

דיון והכרעה

12. לאחר שהוצגו לפני טענות הצדדים, בכתבם ובעל-פה, הגיעו לכל מסקנה כי דין העරר להתקבל בחלוקת.

13. תחילה – אתייחס לטענותה המקדמית של ב"כ המשפט, לפיה משלא הוגשה לבית המשפט המחויז בקשה לפי סעיף 74(ב) בחוק, לא קמה לעורר זכות להגיש עրר לפי סעיף 74(ה) בחוק. בכלל, קיימ טעם בטענה זו של ב"כ המשפט (בש"פ 6921/18 פלוני נ' מדינת ישראל (21.10.2018); בש"פ 3696/11 חנוכה נ' מדינת ישראל, פסקה 7)). עם זאת, המקרה שלפניו חריג גם בהיבט זה.

באי-כוח העורראמנס לא הגישו בקשה לעיון בחומרី חקירה לפי סעיף 74(ב) בחוק, אלא פנו בדחיפות לבית המשפט המחויז ב"בקשת לעיכוב מתן הכרעת הדין"; ואולם, במסגרת הדיון שהתקיים ביום 28.10.2021, ביקשו לקבל לידיהם את "תיק הבדיקה" (עמוד 629 שורה 17 לפ"ז); "חומרី חקירה נוספים" (עמוד 630 שורה 8 לפ"ז); וציוין כי נדרש "דו"ח מפורט" (עמוד 628 שורה 19 לפ"ז).

כעולה מפרוטוקול הדיון, ב"כ המשיבה התקיימה לדרישת בא-כוח העורר לקבלת חומרី החקירהוצינה כי: "את מה שהיא לי, קיבلت ממשרד הבריאות" ו- "[ו] מה שהיא לי ממשרד הבריאות, העברתי" (עמוד 629, שורות 22-23 לפ"ז).

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

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

14. יוצא אפוא- מבחינה "פורמלית" 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 המחויז מושא העරר, הייתה בקשה בא-כוח העורר לקבל לידיהם חומרី חקירה מסוימים.

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

16. באשר ליתר רכיבי הערר - להיות שמדובר בטענות נגד החלטות ביןיהם שאין עליהם זכות ערר לבית משפט זה, הערר בעניינים נדחה על הסוף (בש"פ 3071/11 בן שטרית נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (8.5.2010); בש"פ 8735/09 מרידינגר נ' מדינת ישראל (11.11.2009)).

17. מכאן לגופם של דברים.

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

"הוגש כתוב אישום בפשע או בעוון, רשאים הנאשם וסניגורו, וכן אדם שהסניגור הסמיכו לכך, או, בהסכמה התובע, אדם  
עמוד 6

שהנאשם הסמיכו לכך, לעין בכל זמן סביר בחומר החקירה וכן בראשית כל החומר שנאסף או שנרשם בידי הרשות החקורת, והנוגע לאיושם שבידי התובע ולהעתיקו; "(ההדגשה הוספה - י' א').

18. זכותו של הנאשם לעזון והעתקה של "חומר החקירה" נגזרת מזכות היסוד שלו למשפט הוגן וזכותו לנוהל את הגנתו כאשר עומד לרשותו מלאו חומר החקירה הק"ם בעניינו (ע"פ 5735/18 גודובסקי נ' מדינת ישראל, פסקה 39 לחווות דעתך(9.12.2019); בש"פ 3823/06 מן נ' מדינת ישראל (5.6.2006); בש"פ 6022/96 מדינת ישראל נ'ழור, נ(3) 686, 689 (1996)). זכות העזון באה אף לאין במידת מה את פער הכוחות שבין המדינה להנאשם (בש"פ 40/04 פלוני נ' מדינת ישראל, נת(4) 203 (2004)).

עוד נקבע, כי זכות העזון הננתונה לנאשם משקפת אינטראס ציבורי כלל, שנועד להבטיח כי מערכת המשפט תכريع באשר לגורלו של הנאשם 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 ובעל חשיבות, הנמנית עם זכויות היסוד של הנאשם בפליליים (בש"פ 1408/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 4 (14.4.2014)), שכן אחרת תקופח הגנתו.

19. באשר לשינויו של חומר כ"חומר החקירה", כפי שציינתי בעניין אחר:

"הבחן שאומץ על פי רוב בפסקה הוא מבחן גמיש, אשר במסגרת יש לבחון בכל מקרה לגופו את טיב החומר שלגביו קיימת שאלת אם הוא מהו "חומר החקירה" ואת מידת הרלוונטיות והזיקה ביןו לבין האישום. בפרט, הודגש לא אחת כי יש להעניק למונח זה פרשנות מרחביה, ועל כן אם מתעורר ספק אם אכן חומר מסוים מהו "חומר החקירה", יפעל הספק לטובת הנאשם במובן זה שהחומר יועבר לעיונו. זאת על רקע חשיבותה של הזכות להליך הוגן, והצורך בהציגת מלאו חומר החקירה בפני הנאשם לשם מימוש זכות זו ...

בהתאם לכך, נקבע כי כל חומר "הנוגע לאיושם" יהווה "חומר החקירה" אשר לנאשם זכות לעזין בו, בכפוף לחריגים הקבועים בדיון לגביונות וחומר מודיעיני. זאת, בין אם לחומר המבוקש זיקה ישירה לאיושם ובין אם זיקה עקיפה; בין אם החומר האמור נוגע לplibת האישומים, ובין שיקומו היא ל'פריפריה של האישום'; בין אם החומר נמצא בחזקת רשות החקירה, ובין אם היה עליה לטופסו...") 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 יعيش 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 המחויז, וכן בדיון לפני, הוצגו למעשה שלושה מסמכים או סוגים מסמכים אשר נטען כי הם מהווים "חומר החקירה" שיש להורות על מסירתם: (א) "חומר החקירה" הנוגעים לבדיקה עמוד 7

שבוצעה לגילוי חומרים היכולים לשמש כ"סם אונס"; (ב) "תיק המעבדה" מאייטליה (בה נערכה הבדיקה) ו- "שרשתת המוצג"; (ג) הדוח המפורט שעולה כי התבקש על-ידי נציג משרד הבריאות במסגרת הودעת הדואר האלקטרוני שנחפשה: "בקשתי מהמעבדה דוח מפורט יותר, שיצין איזה חומרים נבדקו ויצאו שליליים" (נספח ג' לעורר, ההדגשה אינה במקור – י' א').

21. אכן, בהירות המתבקשת, כי לאחר שענייתי עין היטב בענות הצדדים על נספחיהן, התרשםתי שיש ממש בענות בא-כוח העורר כי סוגית הימצאותו או העדרו של סם אונס "ריחפה" מעל המשפט אשר התנהל עד כה. הנושא עליה פעמים רבות במהלך שמיית הריאות במשפט, ואפקתרשומות הסובייקטיבית של המתлонנות הייתה ששם אונס הושגראם למצבן בעת האירוע – גם שלא טענו כי לעורר יד בכך. לצד עמדה זו של המתлонנות, הן הביעו ספק בכך שכמות האלכוהול ששטו בליל האירוע היא שהובילה למצבן הנטען.

למעשה המחלוקת העובדתית על טיב מצבן של המתlonנות בעת האירוע היא מבין המחלוקת העובדותיות המרכזיות במשפט. קשה אףוא לטעון כי חומריה החקירה אשר מתבקשים כתען נגדו היזיקה הנדרשת למשפט הפלילי דין, וכן – ב"כ המשיבה לא טענה כך.

ב"כ המשיבה מיקדה את טענותיה בעמדת כי אין חשיבות של ממש לגורם שהוביל את המתlonנות למצבן בו היו נתונות בעת האירועים מושא כתוב האישום, אלא רק לטיב מצבן באותה העת, וביחס לכך לשיטתה קיימות ראיות לכואיות למכביר.

אולם, גרסת ההגנה היא כאמור, בין היתר, כי מצבן של המתlonנות בעת האירועים מושא כתוב האישום היה טוב מכפי שהן טוענות, וכן יש לדחות את גרסתן העובדתית ולאמצץ את גרסתו הנוכחית של העורר. בנסיבות דין, אני מתקשה לקבל עמדה לפיה הממצאים שנחפשו כתען חרשי כל חשיבות.

אמנם, דומה כי גרסת העורר האמורה אינה עולה בקנה אחד עם הנטען מפני בחיקירתו במשטרה, אך מطبع הדברים סתיירות בגרסאות העורר השונות ישוקלו על ידי בית המשפט המחויז בבוואו ליתן את הכרעת דין, ואין בכך להצדיק את מניעת העברת החומרים בשלב זה טרם מתן הכרעת הדין.

כמו כן, אין רואה לקבל את הקביעה לפיה אין כל חשיבותלתיק המעבדה או שרשתת המוצגים המבוקשת, מאחר שמדובר הבדיקה ממילא מלמדים כי לא נמצא סם אונס. טענה זו מתעלמת במידת מה מטענת המשיבה להיפך בהסתמך על ממצאי הבדיקה, לצד אי גילוי סם אונס אוثر חומר מסווג "קודאין", אשר יכול להסביר את התוצאות הפיזיות שתיארו המתlonנות (עמוד 627 לפרק', שורות 16-18); ואף מטענתה כי "קודאין", ברמות גבוהות, עלול לגרום לסתורחות וטשטוש ולהעצים השפעה של אלכוהול (סעיף 3 לתגובה המשיבה לעורר).

הינו – ב"כ המשיבה עצמה עודנה מבקשת לטעון, גם אם לא בפה מלא, כי "יתכן שהסביר למצבן הנטען של המתlonנות בעת האירוע הוא בחומר "זר" אחר אשר נמצא בבדיקה שנחפשה כתען, ולא רק בשתי משקאות אלכוהוליים".

הדברים נכונים גם ביחס לדוח המפורט אשר התבקש כאמור על-ידי המשיבה בפנייה נציגת משרד הבריאותтолמעבדה - מכאן הדעת נתנת כי אם דוח כזה התבקש, כעולה מנספח ג' לעarer, לא ניתן לומר כי הוא חסר חשיבות.

22. יש לזכור, על בית המשפט לבחון את החומר "בעינוי של סניגור המבקש לגלוות כל בدل ראייה שיש בה, ואפילו בדוחך - כשהיא עצמה או עם ראיות אחרות, לשיער לנאים" (בש"פ 9086/01 רביב נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 163, 172); וכן את דבריו הידועים של השופט י' אולשנקי "אין חקר לתבונת סניגור מוכשר, ואין לנחש כיצד היה יכול לנצל את החומר הנמצא לפניו" (ע"פ 35/50 מלכה נ' היוזץ המשפטי, פ"ד ד (1950), 429, 433).

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

ב"כ המשיבה אמונה טענה כי מלאו החומרים המצוים בידי הכביר נמסרו להגנה וצوروו כנספח ג' לעarer, אך בדיון שלפני הودתה כי לא פנתה לכל 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 של התביעה שלו (בש"פ 3831/02 אסף מצרי נ' מדינת ישראל, נ(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 רשות החקירה וההתביעה, אלא עשוי לכלול גם חומר המצוי בשליטתם של גורמים אלה במובן הרחב. בעובדה שהחומר אינו מצוי בידי גורמי התביעה והחקירה, אין כדי לשולל את סמכותו של בית המשפט להורות לתפוס את החומר ולהעבירו לעוננו, ובלבד שיש בסיס לקביעה כי על פי אופיו של החומר מצדוק הדבר. על בית המשפט לשקל בדעתו, האם להפעיל סמכות זו...".

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

25. ער אני לפסקת בית משפט זה לפיה בבחינת בקשה למסירת חומר חקירה על בית המשפט לסת משקל גם בשלב בו מוגשת הבקשה, וכי הנintel 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 נTEL מוגבר שכזה, להיות שאין מחלוקת כי מועד הגשת בקשתו, והערר שלפני, הוא פועל יוצא של מחדר המשיבה.

26. מטיבם הדברים, להחלטתי זו, ככל החלטה המקובל ערך מכוח סעיף 74(ה) לחוק, יהיו שמעויות דיןיות מסוימות על המשפט בבית המשפט המחויז. כך במקרים בהם ערך לפי סעיף 74(ה) לחוק מוגש ומוכרע עוד טרם שמייעת הריאות, וזאת שכן בנסיבות ענייננו, בהינתן השלב המאוחר עד מאד בו נודע לבאי-כחוט העורר המידע על אודות

הבדיקה שבוצעה, וזאת בשל תקלה אצל המשיב.

חזקת על בית המשפט המחויז שיפעל כנדרש ובהתאם לשיקול דעתו באשר להמשך ניהול ההליך תוך בחינתה אפשרות או הצורך בהגשת שלמת טיעון בכתב (בשים לב לחשיפת המידע החדש לאחר הגשת הסיכומים מטעם הצדדים); מתן אפשרות להגשת חוות דעת מומחה; ושמיעות עדויות המתלווננות פעמיים נוספים, באופן מתוחם ומצומצם המוגבל אך למצאים החדשים אשר נחשפו בעת.

סוף דבר

27. התקלה שנפלה במקרה שלפני חמורה עד מאד. משך מספר שנים נוהל משפטפלילי שעוניינו חדשות חמורות ביותר כלפי העורר מתוך נקודת מוצא לפיה לא נעשתה בדיקה לאייתור סם אונס אצל המתלווננות. כך הצדדים כלכלו את צעדיהם וטיעוניהם. כתע, בעוד הצדדים ממתינים להכרעת הדין – התברר כי הנחה זו לא הייתה נכון.

ב"כ המשיב אינה חולקת על כך שנפלה "תקלה ממשמעותית" כלשונה, המצדיקה בירור והסקת מסקנות למניעת השינויה. בכך אין די. בעוד להסקת מסקנות "רווחיות" חשיבות רבה, לצדฯ ישנה חשיבות רבה עד מאד גם להשגת תוכאה צודקת בהליך זה, שטרם הגיע לכך סיום. ובענין זה – בהינתן השתלשות הדברים החrigה דן, אני סבור כי ראוי היה שבנסיבות העניין המשיב תגלה גמישות דיןונית רבה יותר מזו אשר גילתה כלפי העורר.

כפי שהזדמן לי להעיר במאמרי:

"הזכות המקנית לבעל דין להניח לפני משפט את הריאות מטעמו, כמו גם הזכות על פי דין להתמודד עם ראיות הצד שכנגד (ה"יריב"), בין בחקירה שכגד ובין בהבאת ראיות אשר תפרכנה ותשטורנה ראיות אלה, הן עיקרון בסיסי בעשיית משפט, אשר אין בלטן בהליך המשפטי שתכליתו פסיקתאמת" (יוסף אלרון "קבלת ראיות שלא עלפי סדר הדין" המשפטכרך יב, ספר 15, 19 (תשס"ז), הגדשה הוספה – י' א').

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

29. התוצאה היא כי העורר מתקבל בחלוקת – על ב"כ המשיב לפעולiae לאייתור חומרוי החקירה הנוגעים לבדיקה שבוצעה לגילוי חומרים היכולים לשמש כ"סם אונס"; "תיק המעבדה" מאיטליה ו-"שרשרת המוצג"; וה"הדוח המפורט" אשר התבקש כאמור.

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

היה ולאחר מכן יבוצעו מלאה הבדיקות הנדרשות על-ידי ב"כ המשיבה ותברר כי אין אפשרות לקבל חומרים אלו, או כי הם קיימים, עליה להגיש הودעה מנומקת ומפורטת לבית המשפט המחויז ובה תיאור הפעולות שביצעה על- מנת לאותם ותוצאותיהם של פעולות אלו, על מנת שבית המשפט יוכל להשלים את מלאכתו.

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

שפט