



תפ"ח 10227/09/19 - מדינת ישראל נגד כפיר עטיה

בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

תפ"ח 10227-09-19 מדינת ישראל נ' עטיה(עציר)

לפני כבוד השופטת, סגנית הנשיאה ליאורה ברודי
כבוד השופטת מיכל ברק נבו,
כבוד השופט מיכאל תמיר
המאשימה מדינת ישראל
על ידי ב"כ עו"ד רוני שוהם עידן
נגד הנאשם כפיר עטיה (עציר) על ידי ב"כ עו"ד שירן ברגמן

החלטה (טענת הגנה מן הצדק) הרקע לבקשה

1. לנאשם מיוחסת, בין היתר, עבירה של רצח בנסיבות מחמירות של המנוח, **מר דוד אגייב ז"ל**.
2. במסגרת פרשת התביעה הוגשה לבית המשפט חוות הדעת של מומחית ה-DNA ד"ר בובליל מיום 28.8.19 (ת/75). בחוות הדעת קיימת התייחסות, בין היתר, לדגימת DNA שנלקחה משטר כסף שנמצא בכלי הרכב שעמד בסמוך למקום הימצאו של הנאשם בעת שנעצר, הרשום בבעלות אמו של הנאשם. על פי חוות הדעת, על שטר הכסף התקבלה תערובת של שני פרטים לפחות: המנוח והנאשם יכולים להסביר את כל מרכיבי התערובת. לגבי שטר כסף זה נכתב שחוות דעת סטטיסטית תישלח בנפרד על פי בקשה.
3. בהמשך, עתרה ב"כ המאשימה להוסיף את הניתוח הסטטיסטי כראייה על דרך תוספת לחוות הדעת ת/75. בבקשתה ציינה ב"כ המאשימה, שלאחר שנערך למומחית ה-DNA ריענון לקראת העדتها בבית המשפט, ביום 27.6.21, התברר שחוות הדעת הסטטיסטית לגבי ממצא ה-DNA שעל שטר הכסף לא נתבקשה. ב"כ המאשימה פנתה לפרקליטת המחוז בבקשה לערוך השלמת חקירה, וזאת משהתברר שכיום יש אפשרות לקבלת חוות דעת שכזו באמצעים טכנולוגיים שקיימים במעבדת ה-DNA. בחודש יוני 2020 תוקפה הטכנולוגיה שבה נעשה שימוש כיום לצורך קבלת חוות הדעת בתוך המעבדה עצמה (במכון לרפואה משפטית). פרקליטת המחוז אישרה את השלמת החקירה, וביום 27.6.21 הוכנה תוספת לחוות הדעת ת/75, הכוללת ניתוח סטטיסטי המתייחס ל-DNA שנמצא על שטר הכסף. ב"כ הנאשם התנגד להגשת התוספת לחוות הדעת כראייה.
4. ביום 4.7.21 התרנו להגיש את התוספת לחוות דעת מומחית ה-DNA, ד"ר בובליל, קרי: את הניתוח הסטטיסטי המתייחס ל-DNA שנמצא על שטר הכסף (**חוות הדעת המשלימה: ת/75א**). בית המשפט

שוכנע כי מדובר בראייה משמעותית, החשובה לבירור האמת, בהליך שבו מואשם הנאשם בעבירה של רצח בנסיבות מחמירות. סברנו כי הגנת הנאשם לא תיפגע בצורה משמעותית, כשבכוונתנו לאפשר להגנה כל גמישות שתתבקש בנוגע להחזרת עדים לחקירה נגדית, ונשקול כל בקשה נוספת של ההגנה שתנבע מהחלטתנו להותיר הוספת הראייה, באופן שתצומצם הפגיעה בהגנת הנאשם, ככל שקיימת.

5. ביום 22.11.21 נחקרה ד"ר בובליל בחקירה ראשית, וכן החלה חקירתה הנגדית שטרם הסתיימה. מעדותה של ד"ר בובליל עלה כי ברשותה מצוי חומר נוסף (תיק העבודה) המתייחס לחוות דעת המשלימה (ת/75א).

6. במסגרת בקשת ב"כ המאשימה להורות לד"ר בובליל להתייצב להמשך חקירתה כשהיא מצוידת בתיק העבודה האמור, ציינה ב"כ המאשימה שהיא מבקשת לעדכן את בית המשפט ואת ההגנה בכך שלאור שאלות רוחב שעורר התיק, פרקליטים מפרקליטות המדינה שעוסקים בעבודת מטה בתחום הפורנזי, שוחחו עם היועץ המשפטי של המכון לרפואה משפטית ועם ד"ר בובליל על אודות התוכנה הסטטיסטית לחישוב גנוטיפי הסתברותי (EuroForMix) העומדת לדיון בתיק זה (להלן: "השיחה"). אותם הפרקליטים שפנו ליועמ"ש ולד"ר בובליל לא היו ערים לכך שד"ר בובליל מצויה במהלך חקירתה הנגדית, וממילא הם לא שוחחו על פרטי התיק הקונקרטי, אלא התקיים שיח כללי בנושא התוכנה.

7. לגבי השתלשלות האירועים, הסבירה ב"כ המאשימה בדיון בבית המשפט, שלאחר הדיון שבו העידה ד"ר בובליל בתיק זה, הציפה ב"כ המאשימה סוגיה הקשורה בתיק זה במסגרת ישיבה (מרחוק) שנערכה בין גורמים שונים בפרקליטות, לרבות גורמים מהמטה, פרקליטות מחוז מרכז ופרקליטות המדינה (להלן: "השיחה המקדימה"). השיחה המקדימה היא שיחה פנימית שעסקה הן בתיק זה והן בשאלות רוחב. ב"כ המאשימה אינה זוכרת האם ציינה בשיחה המקדימה מתי והיכן עתידה ד"ר בובליל להשלים את העדות, אך בהתכתבויות שהיו בנושא צוין התאריך שבו עתידה ד"ר בובליל להשלים את עדותה.

לאחר השיחה המקדימה, הגורם שניהל שיחה מקדימה זו פנה לשני פרקליטים מהפורום העוסק בראיות פורנזיות בפרקליטות המדינה, שתפקידם כולל ביצוע עבודה מטה והנחיית פרקליטים בנוגע לתיקים המבוססים על ראיות פורנזיות, והנחה אותם לערוך בירור מול המכון לגבי הסוגיה שעלתה בשיחה המקדימה. לאור הנחיית הגורם, התקיימה השיחה בין שני הפרקליטים הללו ובין יועמ"ש המכון וד"ר בובליל. כאמור, שני הפרקליטים שהשתתפו בשיחה לא היו ערים לכך שד"ר בובליל מצויה בעיצומה של חקירה נגדית בתיק המתנהל בבית המשפט. בהמשך, עודכנה ב"כ המאשימה על אודות שיחה זו.

8. ב"כ הנאשם ביקש להעביר לידי ההגנה כל תרשומת מהשיחה בין ד"ר בובליל לפרקליטים, ובכלל זה כל מידע באשר לשיחות או פעולות שננקטו על ידי ד"ר בובליל מאז הדיון האחרון, שנגעו לחקירתה הנגדית בעניין התוכנה המדוברת. ב"כ המאשימה מסרה הודעה שהיא העבירה את תוכנו של המסמך המתעד את השיחה בין הפרקליטים והעדה במלואו. ב"כ המאשימה הדגישה שהעברת המסמך נעשתה על רקע נסיבות קיום השיחה במהלך החקירה הנגדית של העדה, וחרף העובדה שאין מדובר בחומר חקירה בתיק זה. העברת המסמך נעשתה על מנת להסיר חשש שהיה בשיחה כדי להשפיע על העדה.

9. מטעמי ב"כ הנאשם עולה שהמסמך שהועבר הוא סיכום השיחה בין הפרקליטים ובין העדה שנערך בדיעבד על ידי אחת הפרקליטות שנכחה בפגישה, וכי אין במסמך תרשומת של העדה עצמה. אשר לשיחה המקדימה, לא קיבל ב"כ הנאשם כל חומר, שכן לדברי ב"כ המאשימה מדובר בתרשומת פנימית.

בקשת ההגנה לפסילת חוות הדעת המשלימה ת/75א והפסקת שמיעת עדותה של ד"ר בובליל מכוח טענת "הגנה מן הצדק"

10. ב"כ הנאשם עתר בבקשתו מיום 19/6/22 (מספר 22) להורות על פסילת חוות הדעת המשלימה (ת/75א) והפסקת שמיעת עדותה של ד"ר בובליל, מהנימוקים שיפורטו להלן:

זכות הנאשם להליך הוגן ולחקירה נגדית אפקטיבית של עדי התביעה:

11. ב"כ הנאשם הפנה להצעת חוק יסוד: זכויות בהליך הפלילי, ה"ח הממשלה 1523, התשפ"ב-2022, שעברה בקריאה ראשונה, ממנה ניתן ללמוד על חשיבות זכות הנאשם להליך הוגן כזכות חוקתית. הזכות לחקירה נגדית אפקטיבית היא חלק מהוגנות ההליך. לדברי ב"כ הנאשם, הצעת החוק תומכת בעמדת ההגנה שלפיה הפגם המדובר יורד לשורשו של ההליך ופוגע בזכות החוקתית של הנאשם להליך הוגן.

12. ב"כ הנאשם הפנה להנחיות פרקליט המדינה 7.13 "ראיון עדים" (31.12.17) (להלן: "**הנחיות פרקליט המדינה: ראיון עדים**"). בהנחיה צוין במפורש שלאחר שהחלה חקירה נגדית של עד תביעה, גם אם היא נקטעת, חלה חובה להקפיד על אי יצירת קשר עם העד. במקרה חריג, רשאית התביעה באותו השלב לקיים ראיון עד באישור פרקליט המחוז, וכן להודיע על כך לבית המשפט ולהגנה. ראיון העד יעשה תוך נקיטת זהירות יתרה, לבל יהפוך ל"מקצה שיפורים" של העדות. מהנחיה זו ניתן אפוא ללמוד על הזכות לחקירה נגדית שאין בה השפעה או התערבות מצד התביעה.

13. הואיל ו-ת/75א היא חוות דעת משלימה שהתקבלה במסגרת "השלמת חקירה" לאחר הגשת כתב האישום (ר' הנחיות פרקליט המדינה 6.11 "השלמת חקירה לאחר הגשת כתב אישום" (14.1.21)), מלכתחילה צריך היה להקפיד על כך שחוות הדעת תכלול הסבר ממצה בדבר ההיבט של השימוש בתוכנה על ידי המכון לרפואה משפטית. במקרה דנן לא כך היה הדבר, ובפועל השיחה המדוברת מהווה "השלמת חקירה" נוספת בזמן שהעדה נמצאת במהלך חקירתה הנגדית.

14. סטיית המדינה מהנחיותיה הוכרה בפסיקה כעילה עצמאית להתערבות שיפוטית ולמתן סעדים מכוח הגנה מן הצדק.

זיהוי הפגם ועוצמתו:

15. לעדותה של ד"ר בובליל יש חשיבות של ממש. חקירתה הנגדית של העדה הופסקה לצורך בירור הנוגע לתיק העבודה הקשור לחוות הדעת המשלימה ת/75א. ואולם, העדה כבר החלה להיחקר על ידי ההגנה על אודות נושאים הקשורים בתוכנת הניתוח הסטטיסטי החדשה יחסית: בין היתר, תיקוף התוכנה, השימוש בתוכנה ומומחיותה בסוגיה זו, וכן החלק שלה בהפעלת התוכנה. כבר באותו שלב ניתן היה לעמוד על הסוגיות המורכבות הטעונות הכרעה בעניין זה.

16. לאחר הישיבה שבה העידה העדה כאמור (ובטרם נמשכה חקירתה הנגדית), בעקבות השיחה המקדימה, התקיימה הפגישה בין העדה ובין נציגי הפרקליטות שבמהלכה נשאלה העדה "שאלות רחב" שהתעוררו בתיק שלפנינו, וכן לובנו סוגיות שכבר עלו בחקירה הנגדית.

17. מסיכום השיחה שנערך בדיעבד עולה כי סוגיות רבות שנדונו בשיחה חופפות לחלוטין את אלה שהועלו במסגרת החקירה הנגדית שנערכה עד כה. ניכר כי מטרת השיחה הייתה לנטרל קשיים הנוגעים לשימוש בתוכנה. החשש הוא שהתכנים ישמשו את העדה בהמשך חקירתה הנגדית. גם אם השיחה לא נסבה על תיק ספציפי, קרוב לוודאי שהעדה תוכל לעשות שימוש בתוכן שלה לצורך "מקצה שיפורים" של עדותה. לטענת ההגנה שיחה זו מהווה התנהלות חריגה ופסולה מצד המאשימה והעדה עצמה, ומקימה חשש לשיבוש ולזיהום המשך עדותה של העדה.

18. ב"כ הנאשם הוסיף וטען כי "השיחה הפסולה" היא המשך ישיר להתנהלות הפסולה של המאשימה, שכתוצאה ממנה חוות הדעת ת/75א נערכה באיחור רב (במסגרת השלמת חקירה), וזאת כשנתיים לאחר הגשת כתב האישום.

19. על פי הכלל הדיוני המפורט לעיל, נאסר על גורמי התביעה להיות בקשר עם עדי התביעה במהלך חקירתם הנגדית. ללא קיומו של כלל זה ושמירתו לא תיתכן חקירה נגדית אפקטיבית ותיפגע זכותו של הנאשם להליך הוגן. השתלשלות האירועים כפי שתוארה לעיל, מצביעה על התנהלות חריפה בחומרתה המקימה חשש לשיבוש עדותה של ד"ר בובליל וזיהומה. הפועל היוצא הוא שכבר נגרמה פגיעה ממשית וחרפה בזכות הנאשם להליך הוגן, פגיעה שאינה ניתנת לתיקון ולריפוי.

20. העובדה שמדובר בעדה מומחית אינה מפחיתה מהחשש לזיהום העדות בעקבות השיחה. ההיפך הוא הנכון. דווקא בשל כך שמדובר בעדה מומחית אינטליגנטית, בעלת ניסיון שמתיעצת עם גורמים בפרקליטות, פוטנציאל הזיהום גבוה יותר, מה עוד ששיוצר קושי להבחין אלו תשובות של העדה בחקירתה הנגדית הן אותנטיות ואלו הן תולדה של אותה השיחה.

היקף אי החוקיות:

21. ב"כ הנאשם טען שעל מנת לבחון את היקף אי-החוקיות שנפלה ועד כמה קיימת פגיעה בתחושת

הצדק וההגינות, יש לבחון את התנהלות המאשימה, מניעה וכוונותיה. בפסיקה נקבע שגם פגם שנגרם שלא במכוון והוא משמעותי יכול להקים טענת הגנה מן הצדק שבגינה יורה בית המשפט על ביטול כתב האישום. גם אם המאשימה נהגה בתום לב, יש להעניק להגנה סעד שהוא מידתי. העובדה שהתרחשה "שגגה" אינה פוטרת את המאשימה מאחריותה ומהשלכות מעשיה. לשיטת ההגנה, לא נראה שההתנהלות בכללותה הייתה בתום לב מוחלט. מדובר בעדה מומחית שמעידה רבות בבית המשפט, שקרוב לוודאי מודעת לכך שאינה אמורה לשוחח עם נציגי התביעה במהלך חקירתה הנגדית. העדה הייתה אמורה להפנות את תשומת לב הפרקליטים לכך, או לבקש את אישור בית המשפט למהלך זה.

22. בנוסף, ככל שמדובר בעבירה חמורה יותר, כך תידרש בחינה קפדנית של היקף אי-החוקיות, אך בכל מקרה יש לתת משקל של ממש לקיום הליך הוגן, בוודאי כשאדם נאשם בעבירה כה חמורה של רצח בנסיבות מחמירות.

הסעד המבוקש: פסילת חוות הדעת המשלימה ת/75א והפסקת עדותה של ד"ר בובליל:

24. ב"כ הנאשם טען שעל אף שהפגם משליך על הוגנות ההליך כולו, ההגנה אינה מבקשת סעד מוחלט של ביטול כתב האישום. העברת התרשומת של השיחה לידי ההגנה אינה מרפאת את מחדלה של המאשימה. ההגנה סבורה כי ריפוי הפגם אפשרי באמצעות הסעד היחסי והמבוקש של פסילת חוות הדעת המשלימה והפסקת שמיעת העדה. אומנם מדובר בסעד ייחודי, ואולם רשימת הסעדים האפשריים אינה סגורה, והסעד המבוקש יכול להינתן באופן מיידי, והוא מאזן היטב בין השיקולים השונים. לעומת זאת, אי-פסילת חוות הדעת ובחינת משקלה בסוף ההליך, אינה נותנת מענה הולם לעוצמת הפגיעה בזכות הנאשם להליך הוגן.

תגובת המאשימה

25. ב"כ המאשימה עתרה לדחות באופן מוחלט את עתירת ההגנה, בטענה כי בנסיבות העניין אין תחולה להגנה מן הצדק. עדותה של ד"ר בובליל וחוות הדעת שהוגשו מטעמה הן קבילות ורלוונטיות. אין עילה שלא לאפשר לעדה לסיים את עדותה ולקבל את חוות הדעת המקצועיות שהוגשו מטעמה.

26. מהשיחה לא עולה חשש לזיהום עדות העדה: ב"כ המאשימה המטפלת בתיק זה לא נטלה חלק בשיחה. אופי השיחה היה כללי, עלו בה "שאלות רוחב" לגבי התוכנה החדשה, ותיק זה לא נדון באופן פרטני. לכך יש להוסיף שהעדה כבר השיבה לחלק מהשאלות והדברים רשומים בפרוטוקול, מה שמפחית את החשש לזיהום העדות.

27. בנוסף, בהינתן שד"ר בובליל היא עדה מומחית, לא נראה כי קיים חשש לזיהום עדותה. בהליך המשפטי ההתייחסות לעד מומחה שונה מזו שלגבי העד ה"רגיל". כך למשל, עד מומחה עשוי לעיתים להיות נוכח באולם בית המשפט במהלך עדותו של עד אחר, ומשקל עדותו אינו נפגע. נקבע בפסיקה שכאשר מדובר

בנוכחות עד מומחה במעמד עדותו של עד אחר, ככלל, אין משקל ממשי לחשש מפני זיהום עדותו של העד המומחה.

28. במקרה הנדון עדותה של המומחית הייתה אובייקטיבית ותשובותיה בבית המשפט הן ענייניות ומקצועיות. אין בשיחה המקצועית שניהלה העדה עם הפרקליטים כדי לפגום בעדותה או לפגום ביכולתו של בית המשפט לקבוע ממצאים בדבר מומחיותה ומקצועיותה של העדה. ד"ר בובליל היא הגורם המוביל בהטמעת התוכנה החדשה במכון, ולכן היא זו שהייתה הגורם שענימו התנהלו שיחות בהיבטים שונים הקשורים לתוכנה.

29. בנסיבות שנוצרו, נדחה המשך שמיעת העדות של העדה, ואין זה סביר שבמהלך תקופה זו לא תוכל ד"ר בובליל לנהל שיחות מקצועיות כלליות ולהסביר ולהדריך על אודות התוכנה. לצד זה, אישרה ב"כ המאשימה כי נכון היה שלא לקיים את השיחה בין הפרקליטים ובין העדה במהלך חקירתה הנגדית של העדה. ואולם, היא הדגישה שהשיחה נערכה בתום לב, ולא בזדון או בכוונה. למען השקיפות, בית המשפט וההגנה עודכנו מיד על אודות התקיימות השיחה.

30. הפרקליטים שנכחו בשיחה לא היו מודעים לכך שד"ר בובליל מצויה במהלך חקירה נגדית בתיק זה. ד"ר בובליל "הועלתה" לשיחה שנערכה במשך דקות ספורות, שלא ביוזמתה. העובדה שמדובר בעדה מומחית, אינה אומרת שהיה עליה לדעת האם מותר או אסור לה לשוחח עם פרקליטים במהלך חקירתה הנגדית. במהלך השיחה לא נאמר לעדה שהשיחה קשורה לתיק הנדון, ואין מדובר בשיחה חריגה, אלא כזו המתנהלת עם פרקליטים העוסקים בתחום הפורנזי.

31. טענת ההגנה רלוונטית, אם בכלל, לשאלת משקלה של עדות ד"ר בובליל, שאלה שתוכרע במסגרת הכרעת הדין, לאחר שלהגנה תינתן האפשרות לחקור בחקירה נגדית את העדה. ב"כ המאשימה הפנתה לכך שלפי הפסיקה, שעליה חזר בית המשפט העליון גם בעת האחרונה, בעשורים האחרונים גוברת המגמה בדיני הראיות של מעבר מכללים נוקשים של קבילות ופסילת הראיה על הסף, להערכות של משקל הראיות ומהימנותן, תוך בחינת הראיה לגופה. במקרה זה ההגנה לא הציגה מקרה אחד שבו נפסלה ראיה שהיא קבילה ורלוונטית על רקע טענת הגנה מן הצדק.

32. על בית המשפט לאזן בין הפגם שנפל ובין שיקולים נוספים, ובכללם העובדה שלנאשם מיוחסת עבירה רצח בנסיבות מחמירות.

דוקטרינת

ההגנה מן הצדק שהתפתחה במהלך השנים בפסיקה, עוגנה בחקיקה בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 שקובע כך:

149. לאחר תחילת המשפט רשאי הנאשם לטעון טענות מקדמיות, ובהן:

(...)

(10) הגשת כתב אישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות הצדק והגינות משפטית.

בית המשפט העליון עמד לא אחת על התפתחות דוקטרינת ההגנה מן הצדק בפסיקה.

34. תחילה הוכרה דוקטרינת הגנה מן הצדק בע"פ 2910/94 **יפת נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(2) 221 (1996) (להלן: "**פרשת יפת**"). שם נקלטה הדוקטרינה כאמצעי מגן מפני התעמרות ורדיפה מצד הרשויות כלפי חשודים ונאשמים, תוך שהרשות עשתה שימוש בלתי הוגן בכלי האכיפה הנתונים בידה. נקבע מבחן נוקשה להחלת הדוקטרינה שהוא מבחן "ההתנהגות הבלתי נסבלת של הרשות". לפי מבחן זה נקבע שהדוקטרינה תוחל רק במקרים נדירים ביותר בהם נהגה הרשות באופן שערורייתי, שיש בו משום "רדיפה דיכוי והתעמרות בנאשם", מקרים שבהם "המצפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסלית נפגעת, דבר שבית המשפט עומד פעור פה מולו ואין הדעת יכולה לסובלו" (ר' רע"פ 1611/16 **מדינת ישראל נ' יוסי יוסף ורדי** (31.10.18) (להלן: "**פרשת ורדי**")).

35. בהמשך, רוככה הדוקטרינה והורחבה בע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוביץ'**, פ"ד נט(6) 776 (2005) (להלן: "**פרשת בורוביץ'**"), בגדרו נקבע מבחן "משולש וגמיש" לבחינת הפגמים שנפלו בהתנהלות הרשות. אמות המידה הצרות לתחולת הדוקטרינה הומרו במבחן גמיש ורחב: מבחן "הפגיעה הממשית בתחושת הצדק וההגינות". הדוקטרינה אפשרה לבית המשפט, בכל שלבי ההליך הפלילי, ולא רק כטענה מקדמית, לבקר את אופן פעולת רשויות האכיפה ולאזן בין ערכי הצדק, ההגינות והזכויות הדיוניות של החשוד או הנאשם ובין הערכים, השיקולים והאינטרסים בעצם הניהול (ר' **פרשת ורדי**).

36. בע"פ 5597/19 **פלוני נ' מדינת ישראל** (25.11.20) (להלן: "**ע"פ 5597/19**") הפנה בית המשפט העליון למבחן התלת שלבי, כפי שנקבע בפרשת בורוביץ':

"...שאלת החלטה של הגנה מן הצדק על מקרה נתון טעונה בחינה בת שלושה שלבים. בשלב הראשון על בית-המשפט לזהות את הפגמים שנפלו בהליכים שנקטו בעניינו של הנאשם ולעמוד על עוצמתם, וזאת, במנותק משאלת אשמתו או חפותו. בשלב השני על בית-המשפט לבחון אם בקיומו של ההליך הפלילי חרף הפגמים יש משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק

וההגינות. בשלב זה, נדרש בית-המשפט לאזן בין האינטרסים השונים, שהעיקריים שבהם פורטו לעיל, תוך שהוא נותן דעתו לנסיבותיו הקונקרטיות של ההליך שבפניו. בתוך כך עשוי בית-המשפט לייחס משקל, בין היתר, לחומרת העבירה המיוחסת לנאשם; לעוצמת הראיות (הלכאוריות או המוכחות) המבססות את אשמתו; לנסיבותיהם האישיות של הנאשם ושל קורבן העבירה; למידת הפגיעה ביכולתו של הנאשם להתגונן; לחומרת הפגיעה בזכויות הנאשם ולנסיבות שהביאו לגרימתה; למידת האשם הרובץ על כתפי הרשות שפגעה בהליך או בנאשם, וכן לשאלה אם הרשות פעלה בזדון או בתום-לב. ברי כי בגיבוש האיזון בין השיקולים הנגדיים ייחס בית-המשפט לכל אחד מהשיקולים את המשקל היחסי הראוי לו בנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה הנתון. כך, למשל, ככל שמעשה העבירה חמור יותר, יגבר משקלו של האינטרס הציבורי שבהעמדה לדין; וככל שמעשה הרשות שערורייתי יותר ופגיעתו בנאשם ובזכויותיו חמורה יותר, יגבר משקלו של האינטרס הציבורי שבשמירת זכויותיו של הנאשם ובריסון כוחה של הרשות. בשלב השלישי, מששוכנע בית-המשפט כי קיומו של ההליך אכן כרוך בפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, עליו לבחון האם לא ניתן לרפא את הפגמים שנתגלו באמצעים יותר מתונים ומידתיים מאשר ביטולו של כתב-האישום. בין היתר, עשוי בית-המשפט לקבוע, כי הפגיעה שנגרמה לנאשם, אף שאינה מצדיקה את ביטול כתב האישום שהוגש נגדו, מצדיקה היא את ביטולם של אישומים ספציפיים, או תהא ראויה להישקל לטובתו בקביעת עונשו, אם יורשע. כן עשוי בית המשפט לקבוע, כי תיקון הפגיעה יכול שיעשה במסגרת בירורו של המשפט, כגון בבירור שאלת קבילותה של ראיה שהושגה תוך שימוש באמצעים פסולים...".

זיהוי הפגם ועוצמתו - השמירה על טוהר ההליך:

37.

סעיף

28(4) להנחיות פרקליט המדינה: ראיון עדים קובע כך:

"תובע ימנע מלראיין עד לאחר תום חקירתו הראשית. עם זאת, במקרים שהחקירה הנגדית או המשכה נדחו לישיבה אחרת, הרי שלקראת אותה ישיבה תובע רשאי להציג לעד את פרוטוקול עדותו (ראשית וגם נגדית), לפני המשך עדותו כדי שיוכל לרענן זכרונו באופן עצמאי ומבלי שיקיים כל שיח נוסף עם העד, ובלבד שיוודיע על כך לבית המשפט ולסנגור מראש".

38.

בית

המשפט העליון עמד על החשיבות שבראיון עד על ידי הפרקליט, ואולם הפסיקה לא התעלמה מהחששות בקיום ראיון עד, ובעיקרם החשש מפני טשטוש גבולות בין ראיון עד ובין פעולות שהיו למעשה חקירת העד במעמד צד אחד, הדרכתו ועריכת "מקצה שיפורים" של גרסתו בטרם יציג גרסה זו לבית המשפט. כל אלו מהווים "גורמי סיכון" לפגיעה בזכויות הנאשם ולקיומו של הליך הוגן (ר' בש"פ 6740/13 **מדינת ישראל נ' פלוני** (19.1.14) ובג"ץ 6165/14 **פלוני נ' פרקליט המדינה** (2.1.15)).

.39

מהנחיות

פרקליט המדינה ומפסיקת בית המשפט העליון ניתן ללמוד אפוא על הזהירות הרבה שיש לנקוט בתהליך ריענון הזיכרון שבדרך כלל נעשה לפני שהעד עולה לדוכן העדים, ועל אחת כמה וכמה כשהוא נמצא בעיצומה של החקירה הנגדית. אומנם בענייננו אין מדובר בראיון עד, אך כללי הזהירות שמוכתבים בהנחיות ובפסיקה חלים ביתר שאת על השיחה, שלא הייתה אמורה להתקיים בעיתוי שבו התקיימה.

.40

בשלב

השני, יש להעניק משקל לעובדה כי הרשות פעלה בתום-לב, ללא מניע פסול, או כוונת זדון (ר' **פרשת ורדי**).

בפסיקת בית המשפט העליון נפסק כי "**אין הכרח בקיומו של מניע פסול או כוונת זדון וגם רשלנות או טעות בשיקול דעתה של הרשות, עשויה לבסס הפליה פסולה בהעמדה לדין ולהביא לבחינת הטענה לאורו של המבחן התלת-שלבי... יחד עם זאת, מקום בו הרשות פעלה בתום-לב תוכר טענה של הגנה מן הצדק בשל אכיפה פסולה במקרים נדירים וחריגים בלבד...**" (ר' ע"פ 7391/19 **שלמה כהן נ' מדינת ישראל** (25.8.20) שמפנה לקביעה זו ב**פרשת ורדי**).

.41

השלב

השלישי, נוגע לסעד שאותו מעניק בית המשפט לריפוי הפגמים. ב**פרשת יפת** התרופות להתנהגות הרשות היו מצומצמים בהיקפם, ורק הסעד הדרסטי של ביטול כתב האישום היה נתון בידי בית המשפט שהכיר בטענת הנאשם להגנה מן הצדק. ב**פרשת בורוביץ'** הורחבה הדוקטרינה גם לעניין הסעדים שניתן לפסוק בעקבות הפרת הרשות:

"נקבע, כי לרשות בית המשפט, אשר מצא כי נפל פגם המצדיק את החלת העיקרון של הגנה מן הצדק, עומדים שורה של אמצעים לרפא את הפגם - במידתיות - ובתוך כך ניתן להתחשב בקיומם של טעמים מן הצדק בקשר לקביעת העונש; להביא לביטולם של אישומים ספציפיים, לצד האפשרות להביא לביטול כתב האישום כולו... ואכן, ריבוי הסעדים העומדים לרשות בית המשפט בקובעו כי נידון זכאי להגנה מן הצדק - עד כדי ביטול כתב האישום, משרת ערכים חשובים דוגמת זכותו של אדם לכבוד, לשוויון ולהליך הוגן; הדבר מחזק גם את האינטרס הציבורי של שלטון החוק; ומסייע בגיבושה של מדיניות אכיפה מגובשת, הזוכה לאמון הציבור..." (ר' **פרשת ורדי**).

.42 בבג"ץ 841/19 **מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי בתל אביב** (8.4.19) התייחס בית

המשפט העליון לתוצאות האפשרויות של קיום פגם בהליך ראיון שערך תובע עם עד, וכך קבע:

"...ולבסוף, באשר לתוצאות האפשריות של קיום פגם בהליך ראיון שערך תובע עם עד, נקבע כי -

'עד אינו הופך לבלתי כשר להעיד, וראיה אינה הופכת לבלתי קבילה, בשל כך שניסו להשפיע על עד שלא כדין. אך אם לדעת בית המשפט נשאה ההשפעה פרי, יש בכך כדי להשפיע על משקלה של העדות' (ענין אהרוני, בעמ' 689; וראו גם בענין גבריאלי, בעמ' 376)..."

43. ביחס לזיהום עדות, קבע בית המשפט העליון שזיהום עדות עלול להשפיע על הערכת משקלה של העדות, ולא על קבילות העדות (ר' ע"פ 4121/20 פלוני נ' מדינת ישראל (1.7.21)).

מן הכלל אל הפרט

השלב ראשון: בחינת הפגם ועוצמתו

44.

השיחה

המקדימה שקוימה בין הפרקליטים היא בבחינת היוועצות פנימית כללית שנועדה להציף את השאלות המתעוררות עקב אימוץ השיטה הסטטיסטית החדשה. לשיחה זו אין השלכה ישירה על ההליך הפרטני, והיא מותרת.

45.

לעומת

זאת, ניהול השיחה עם העדה המומחית בעיתוי שבה התקיימה, בהיותה במהלך חקירה נגדית ממש באותו הנושא, היא בבחינת תקלה שלא הייתה אמורה להתרחש, ועל כך לית מאן דפליג. גם אם השיחה לא אזכרה את ההליך הפרטני בתיק שבו עסקינן, הרי שהיא נגעה בסוגיות שהתעוררו בחקירה הנגדית שליבוןן טרם הסתיים. פרטי השיחה לא הועלו על הכתב בזמן אמת, כי אם רק בדיעבד נערכה תרשומת תמציתית.

46.

אומנם ניתן

להבחין בין עד מומחה לבין העד ה"רגיל", אך העניין הוא תלוי נסיבות. לדעתנו, יש הבדל משמעותי בין נוכחותו המפוקחת של העד המומחה בעת העדתם של עדים אחרים (כשלצורך הניתוח המקצועי שלו מסתמך המומחה בחוות דעתו על ראיות שנאספו), ובין המקרה דנן. בענייננו מדובר בשיחה שהתרחשה "מאחורי גבו" של ההליך המשפטי, וזאת כאמור, בטרם לובנה לעומקה סוגיה חדשה ומורכבת יחסית. על כן, החשש המוזכר בהנחיות פרקליט המדינה בכל הנוגע להליך ריענון עד, קיים בעוצמה גבוהה יותר בשיחה המדוברת, שלא הייתה אמורה להתקיים בעיתוי שבו התקיימה. לצד זה, בבחינת עוצמת הפגם יש לקחת בחשבון שב"כ המאשימה המטפלת בתיק לא ידעה על השיחה בזמן קיומה, וכפועל יוצא גם לא נטלה בה חלק. אומנם הוצפו הסוגיות הקשורות לשיטה החדשה, אך לא דובר על מקרה פרטני כלשהו, ובכלל זה ההליך דנן. משהסתבר לב"כ המאשימה דבר קיומה של השיחה, נערכה תרשומת בכתב שהועברה מיד להגנה, וכן נמסר על כך דווח לבית המשפט. עדותה של העדה לא נמשכה, וניתנה להגנה



ארכה לבחון את הנתונים ולגבש את עמדתה. לנתון זה יש משקל גם בבחינת השלב השני של הבדיקה.

השלב השני : האם בקיומו של ההליך הפלילי חרף הפגמים יש משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות

47.

לאחר

שקילת מכלול הנתונים באנו לכלל מסקנה כי חרף התקלה שהתרחשה, לא נגרמה פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות. השיחה המקדימה בין הפרקליטים הובילה לשיחה שבה נטלה חלק המומחית. גם מהתרשומת שנערכה וגם מהעובדה שהפרקליטה המטפלת בתיק לא הייתה שותפה לשיחה, אלא רק הצוות שעוסק בסוגיה בכללותה, עולה שעל פני הדברים הפנייה למומחית נעשתה בתום לב. המומחית לא קיבלה הודעה מראש על השיחה, וכמי שמובילה את הליך ההטמעה של השיטה, נענתה לפנייה, והשתתפה בשיחה (ככל הנראה שיחת ועידה). לגבי השאלות הקשורות בהתנהלות השיחה, מדובר בעניין שבעובדה, שניתן לבררו גם בחקירתה הנגדית של העדה המומחית. אל מול הטענה של הפגיעה בתקינות ההליך ותחושת הצדק, עומד שיקול כבד משקל: כאמור, מואשם הנאשם בעבירת רצח בנסיבות מחמירות. מכאן, שבמבחן האיזון בין השיקולים, אין מקום לפסילת הראיה (מה גם שאין לכך הצדקה).

השלב השלישי: הדרך לריפוי הפגם - מבחן הסעד

48.

בהתחשב

בכל השיקולים שפורטו בהרחבה לעיל, ובהינתן שהנאשם מואשם בעבירת רצח, וכן בכך שמגמת הפסיקה היא לעבור ממבחן של קבילות הראיה למשקלה, נוטה הכף כאמור, באופן ברור, לצד של אי פסילת הראיה והתמקדות בשאלת משקלה. במסגרת החקירה הנגדית ניתן יהיה להציף את כל הסוגיות הרלוונטיות במישור העובדתי, ובהמשך, לאחר שמיעת טענות הצדדים, יכריע בית המשפט בדבר משקלן של חוות הדעת ועדות העדה המומחית.

49.

התוצאה

היא אפוא שהבקשה לפסילת הראיה נדחית.

המזכירות תעביר את ההחלטה לב"כ הצדדים.

ניתנה היום, ו' אב תשפ"ב, 03 אוגוסט 2022, בהעדר הצדדים.



מיכאל תמיר, שופט

מיכל ברק-נבו,
שופטת

ליאורה ברודי, שופטת
סג"נ, אב"ד