



ת"פ 28760/01/17 - מדינת ישראל נגד ג'יי.בי.בי. אינטרנשיונל בע"מ, יהושע בן בסט, שניהם

בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"פ 28760-01-17 מדינת ישראל נ' ג'יי.בי.בי. אינטרנשיונל בע"מ ואח'

לפני כבוד השופט איתי הרמלין

המאשימה:

מדינת ישראל

ע"י עו"ד תמר נבו

נגד

הנאשמים:

1. ג'יי.בי.בי. אינטרנשיונל בע"מ

2. יהושע בן בסט

שניהם ע"י עו"ד רם קאין

החלטה בטענת אין להשיב לאשמה

1. כתב האישום מייחס לנאשמים עבירות רבות של זיהום מים לפי חוק המים, תשי"ט-1959, הזרמת מזהמים למערכת הביוב העירונית שלא כדין לפי תקנות המים (מניעת זיהום מים) (מתכות ומזהמים אחרים), התשס"א - 2000 (להלן: תקנות המים) וחוק המים, והפרה של תנאי רישיון העסק של הנאשמת 1 לפי חוק רישוי עסקים, תשכ"ח-1968.

2. לפי הטענה, בביקורות שנערכו במפעל הרלוונטי במספר תאריכים בין השנים 2010-2016 נדגמו שפכי התעשייתיים של המפעל המוזרמים למערכת הביוב העירונית. על פי כתב האישום, בתוצאות בדיקות דגימות השפכים נמצא כי הנאשמת 1 מזרימה שפכים לא מטופלים למערכת הביוב העירונית תוך חריגות מריכוזי המזהמים המותרים לפי תקנות המים.

3. לאחר סיום פרשת התביעה, העלה הסניגור טענת אין להשיב לאשמה לפי סעיף 158 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] התשמ"ב-1982 (החסד"פ), בנוגע לכל העבירות הנכללות בכתב האישום.

טענות ההגנה

4. טענת ההגנה כי אין להשיב לאשמה מבוססת בעיקרה על השמדת דגימות השפכים על ידי הרשויות, ועל היעדר בדיקה של מי הרקע (המים המסופקים למפעל).



5. ראשית, לטענת ההגנה, הדגימות שנלקחו מהמפעל לא נשמרו ולא הוצגו לב"כ הנאשמים על אף דרישותיו אשר הופנו למאשימה עוד לפני פתיחת שלב ההוכחות. כתוצאה מכך ההגנה התנגדה לכל אורך הדיונים לקבילות חוות הדעת ובהן ממצאי בדיקת הדגימות. במהלך דיוני ההוכחות התברר לכאורה כי

הדגימות נשמרות למשך כחודש, ולאחר מכן נשפכות לביוב.^[1] מאחר שהדגימות עצמן הושמדו, לטענת ההגנה אין שום ראיה לכך שהמים שהוזרמו לביוב הכילו שפכים אסורים, שכן תוצאות בדיקת המעבדה הן חסרות כל משמעות ראייתית במצב שבו הדגימה עצמה לא עומדת בפני בית המשפט. השמדת הדגימות פגעה גם ביכולתם של הנאשמים להעביר את הדגימות לבדיקה של מומחה מטעמם, עניין שלטענת ההגנה הוא בעל חשיבות מיוחדת מאחר שהמעבדה שביצעה את בדיקות המעבדה היא מעבדה של "אקודן" אשר נמצאת בבעלות זהה לשפד"ן, ולכן לפי הטענה היא בעלת אינטרס לזהות הזרמת שפכים חריגים שבגינה ניתן לחייב את המפעל בתשלום לפי כללי הביוב.

6. עוד הדגישה ההגנה כי אין מדובר במחדל חקירתי מסוג של אבדן ראיות, אלא השמדה מכוונת שלהן, זמן רב לפני תחילת המשפט. הסיגור הדגיש כי כל דגימה שנלקחת היא בנפח של 2 ליטר, ובמעבדה משתמשים בכחצי ליטר לבדיקות. לטענתו, ניתן היה להסתפק אף בשמירה של ליטר מכל דגימה, וכאשר מדובר ב-23 דגימות סך הכל, אין כל קושי לשמור את הדגימות מבחינת היקפן. עוד טען הסיגור כי אם לטענת התביעה אין צורך או אין אפשרות לשמור את הדגימות, היה עליה להציג נוהל התומך בכך, ואף להעיד מומחה בעניין זה.

7. הסיגור הפנה בטיעונו לת"פ (רמלה) **28923-10-12 מדינת ישראל נ' בני סובחי א.ש בע"מ** (2015) (להלן: **ת"פ סובחי**), שעסק אף הוא במקרה שבו הושמדו דגימות, ובפסק הדין המזכה נכתב: "בנסיבות אלה, ברור שהנאשמים לא יכולים לבדוק את הדגימה על מנת לנסות לעמוד על נכונות תוצאות הבדיקה שנערכה באמינות. מדובר ב-'מחדל חקירתי' מהשורה הראשונה, אשר לא ניתן לתיקון בדיעבד". הוא הוסיף כי במקרה שבפני לא ניתן לטעון כי מדובר במחדל חקירתי שכן מדובר בהשמדה מכוונת של ראיות לפני תחילת המשפט. בנוסף הפנה הסיגור לת"פ (מחוזי ירושלים) **37060-04-17 מדינת ישראל נ' פאדי סלימאן ואח'** (לא פורסם, 30.3.2020) שבו זכו לדבריו הנאשמים מעבירה של ייצור, הכנה והפקה של 930 קילוגרם קנאביס בשל המחדלים של המשטרה הקשורים להשמדה של הקנאביס. על כך יש להעיר כי מעבר להשמדת הסמים באותו מקרה התגלו תקלות וכשלים באופן הטיפול בחומר הצמחי מרגע הגעתו עד להשמדתו ולהעברת מקצתו למעבדה, כך שנוטר ספק אם החומר אשר הגיע למעבדה מז"פ הוא אכן החומר שנתפס בחיפוש.

8. אשר לשלב במשפט שבו הועלתה הטענה הפנה ב"כ הנאשמים לע"פ **732/76 מדינת ישראל נ' רפאל כחלון** (1977), וטען כי הטענה מתאימה כטענת אין להשיב לאשמה משום שלא הובאה עדות כלשהי להוכחת יסוד חיוני ומרכזי של האשמה. השמדת הדגימות מהווה לטענתו "חסר ראייתי שורשי מהותי", שלא ניתן לחפות עליו או לתקנו בדיעבד.

9. עוד טען הסיגור כי לא הוצג בפני בית המשפט כתב הסמכה המעיד על כך שתאגיד המים, המוסמך



לבצע את הדגימות לפי כללי תאגידי מים (שפכי מפעלים המוזרמים למערכת הביוב), התשע"ד-2014 (להלן: **כללי המים**), הסמיך את אנשי "אקודן" לבצע את הביקורות בעצמם. בכך יש לטענתו כדי להטיל מום כבד בתוצאות הבדיקות, גם אם יתקבלו על אף השמדת הדגימות המקוריות. כמו כן, הדיגום לא נעשה בזרם התעשייתי האחוד, מבלי שהוצג לכך אישור של מהנדס תאגיד המים, וזאת בניגוד לסעיף 6.3 לכללי המים.

10. אשר ל"מי הרקע", טען הסניגור כי בניגוד לנדרש בפרט 26 לתוספת הראשונה של כללי הביוב (אשר זהה לטבלה המופיעה גם בתקנות המים) לשם בדיקת חריגות של נחושת ואבץ יש לבצע בדיקה של מי רקע, ובדיקה זו לא בוצעה. לכן, לטענת הסניגור, לתוצאות בדיקת מתכות אלה אין כל ערך, שכן לא נבדקה רמת המתכות במים המסופקים למפעל. זאת, במיוחד כיוון שמדובר במבנה ישן בעל צנרת ישנה.

11. הסניגור הזכיר עוד בטיעוניו שדוחות הסוירים אשר בוצעו במפעל הרלוונטי חתומים בחתימתו של מר דניאל סלמון אף על פי שלא נכח בסוירים בעצמו. גם בכך, לטענתו, "יש כדי להצביע על הפגמים בראיותיה של התביעה".

12. לטענת הסניגור, הסתכלות על מכלול "הפגמים השורשיים" בהתנהלות התביעה, אנשי "אקודן" והמשטרה הירוקה מעוררת "ספק רציני ביותר" באשמה המיוחסת לנאשמים, כבר בשלב סיום פרשת התביעה.

תגובת התביעה

13. התובעת טענה כי יש לדחות את טענות הנאשמים. זאת, כיוון שזיכוי בשלב שלאחר סיום פרשת התביעה יעשה רק אם הראיות שהתביעה הביאה בפני בית המשפט אינן יכולות לבסס אפילו לכאורה הרשעה בעבירות המיוחסות לנאשמים. בשלב זה די לדבריה בראיות דלות ביותר ואף ב"שברי עדויות", ובית המשפט אינו בוחן בשלב זה שיקולי מהימנות או משקל, אלא בודק אם בהנחה שכל החומר שהובא בפניו יזכה במלוא האמון והמשקל, יהיה בכך כדי לבסס הרשעה בעבירות המיוחסות לנאשמים או בעבירות אחרות. בעניין זה הפנתה גם התובעת לע"פ כחלון הנזכר לעיל. התובעת סבורה כי בשלב זה הראיות שהוגשו על ידה מהוות, לכל הפחות, תשתית לכאורית בסיסית להוכחת אשמתם של הנאשמים.

14. אשר להשמדת הדגימות טוענת התובעת כי עדויות עדי התביעה אשר העידו על נטילת הדגימות, על עריכת הבדיקות ועל תוצאותיהן, מהוות ראיות לביצוע עבירות זיהום מים ולכל הפחות חשש לזיהום מים, וכן להפרת תנאי רישיון העסק. בהקשר זה התובעת התייחסה לכך שעבירת זיהום המים היא עבירה של אחריות קפידה המנוסחת באופן כללי ורחב, ואף אינה דורשת הוכחה כי נגרם זיהום מים בפועל.

15. לגופה של טענת אי-קבילות חוות הדעת אודות ממצאי הדגימות השיבה התובעת^[2] כי חוות הדעת וממצאי



בדיקת הדגימות קבילים על אף השמדת הדגימות עצמן. כתימוכין לטענה זו הפנתה התובעת לבש"פ 4077/06 **אדריאן שוורץ נ' מדינת ישראל** (החלטה מיום 12.6.2006) שם נקבע כי זכות העיון יכולה להתממש באופנים שונים, ואין היא מחייבת בהכרח כי הראיות החפציות יועברו פיזית לידי הנאשם (יש לציין כי שם מדובר היה בבקשה שהוגשה לקראת הגשת בקשה למשפט חוזר, זמן רב לאחר המשפט). התובעת הפנתה גם לע"פ 3355/10 **פלוגי נ' מדינת ישראל** (2011), שם הכיר בית המשפט העליון באפשרות לקבל חוות דעת מומחה כראיה עצמאית גם אם מושא אותה חוות דעת (שם - נשק) הושמד בטרם הועבר לעיון ההגנה, וקבע שאי העברת הראיה החפצית עצמה לעיון ההגנה לא פוגע בקבילותה למעט בנסיבות חריגות. על כך יש להעיר שההחלטה באותו פסק דין התבססה על סעיף ספציפי בחוק העונשין המתייחס לנשק (סעיף 144(ה)), ושלהשמדת נשק (שם רימון רסס מסוכן) עשוי להיות רציונאל הקשור בסכנה שבשמירתו שאינו קיים כאשר מדובר בדגימות מים. לבסוף הפנתה התובעת לע"פ (תל-אביב) 70197/01 **מדינת ישראל נ' ציון כהן** (2002). באותו פסק דין ישן נדון מקרה שבו זוכה הנאשם בערכאה הראשונה בשל הפרת הנחיה ליטול שתי דגימות דלק מכל משאבה, ולהשאיר אחת מהן בידי מנהל התחנה למשמורת למשך שלושה שבועות, כאשר בפועל נלקחה רק דגימה אחת, ולא הושארה דגימה אצל הנדגם. הזיכוי בוטל על רקע העובדה שהנאשם לא פנה בשום שלב אל המעבדה כדי לבדוק אפשרות לביצוע בדיקה מטעמו בדגימות. בית המשפט המחוזי קבע שבהיעדר ראיה לעיוות דין שנגרם לנאשם במקרה הספציפי לא היה מקום למסקנת בית המשפט קמא אשר זיכה את הנאשם.

16. עוד טענה התובעת שבמקרה שבפניי ידעו הנאשמים על נטילת הדגימות מהמפעל בזמן אמת, ותוצאות הדיגומים הוצגו בפניהם בשימוע שנערך להם. למרות זאת, הם לא חלקו על תוצאות הדיגומים, לא ביקשו לערוך בדיקה מטעמם, ואף התעלמו מהצעת המשרד להגנת הסביבה לערוך בעצמם דיגומים בעסק כדי לא להסתמך רק על דיגומי המשרד. בנוסף, התובעת הבהירה כי בת"פ **סובחי**, שאליו הפנה ב"כ הנאשמים, התבסס הזיכוי על ספק שהתעורר באמינות הבדיקות שבוצעו לאור פגמים בשרשרת המוצג ובמיקום נטילת הדגימות, כאשר השמדת הדגימה הייתה בשולי ההחלטה בלבד.

17. אשר לבדיקת מי הרקע טענה התובעת כי בדיקה כזו נדרשת רק לפי תקנות הביוב, ואילו הנאשמים כאן נאשמים בעבירות לפי תקנות המים.

18. רק לאחר שהוריתי לה לעשות כן, התייחסה התובעת גם להחלטת בית המשפט המחוזי בחיפה בע"פ 41835-11-12 **אברהם אריכה נ' מדינת ישראל** (2013). בהחלטה זו נקבע לכאורה שבהתאם להוראות סעיף 77(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (החסד"פ) לא ניתן להגיש את ממצאי בדיקת הדגימות אם הדגימות עצמן הושמדו. התובעת הבהירה מיזמתה כי הכירה את ההחלטה ובמודע לא התייחסה אליה. לטענתה, החלטת בית המשפט בע"פ **אריכה** לא מהווה הלכה מחייבת מאחר שמדובר בהחלטה של בית משפט מחוזי ולא של בית המשפט העליון. עוד טענה שההחלטה אינה רלוונטית לדין בטענת אין להשיב לאשמה מאחר שמדובר בערעור על הכרעת דין לאחר שנשמעו כלל הראיות במשפט. התובעת הוסיפה כי באותו עניין בית המשפט לא זיכה את הנאשמים, אלא ביטל את הרשעתם והחזיר את הדין לבית משפט השלום, שבו הם הורשעו בכל העבירות שיוחסו להם, ביניהן עבירות של זיהום מים.



19. עוד התייחסה התובעת לת"פ (חדרה) 5264-11-13 **מדינת ישראל נ' מ.מ. ג'יסר אל זרקא ואח'** (החלטה מיום 13.6.2015), שבו נדחתה טענה דומה בעניין השמדת דגימות תוך התייחסות להחלטה בע"פ **אריכה**. התובעת הפנתה גם להפניה המופיעה באותה החלטה לספרו של יעקב קדמי "על הדין בפלילים" חלק שני א (2009), שם נכתב כי "הסנקציה הקבועה בסעיף 77(א) לחסד"פ לפיה אין התביעה רשאית לעשות שימוש בראיה שלא עמדה לרשות הנאשם וסנגורו לעיון - אינה התוצאה הבלעדית של אי כיבוד הזכות; ואפשר שהקיפוח שקופח הנאשם בשל אי כיבוד הזכות ועיוות הדין האפשרי שנגרם בשל כך, יביאו לזיכוי בדיון".

20. לבסוף טענה התובעת כי קיימות חוות דעת שלפיהן יש קושי בשימורן של דגימות כפי שניטלו בתיק זה מעבר לפרק זמן מסוים. לטענתה, העניין "עלה במהלך הליך ההוכחות (עמ' 92 לפרוטוקול)". יצוין כי לתגובתה האחרונה צירפה התובעת, מבלי שביקשה רשות לעשות כן, שתי חוות דעת של מומחים, הנוגעות לסוגיה זו. הואיל וחוות הדעת צורפו לתגובה ללא רשות, ולא הוגשו בדרך המקובלת במשפט, לא עיינתי בהן.

דיון והכרעה

21. נקודת המוצא להכרעה היא כי הרף הראייתי, שבו צריכה התביעה לעמוד על מנת שתדחה טענת אין להשיב לאשמה, נמוך בהרבה מהרף הנדרש לשם הרשעת הנאשם בסיום המשפט. כדברי השופט מאיר שמגר בע"פ **כחלון** שאליו הפנו שני הצדדים:

"בית-המשפט לא יטה אוזן קשבת לטענה שלפיה אין להשיב לאשמה אם הובאו ראיות בסיסיות, אם כי דלות, להוכחת יסודותיה של העבירה שפרטיה הובאו בכתב-האישום ראיות בסיסיות לענין זה אין משמען כאמור ראיות שמשקלן והיקפן מאפשר הרשעה על אתר, אלא כדברי בית-המשפט העליון ב-ע"פ 28/49 הנ"ל, ראיות במידה היוצרת אותה מערכת הוכחות ראשונית, המעבירה את הנטל של הבאת ראיות (להבדיל מנטל השכנוע) מן התביעה לנאשם. לענין משקלן של הראיות ובחינת אמינותן מן הראוי להוסיף, למען שלמות התמונה, כי ייתכנו נסיבות קיצוניות שבהן תעלה שאלה זו כבר בשלב הדיוני האמור: כך נקבע בשעתו, באנגליה, בגדר ככלל של פרקטיקה (Note Practice), כי את הטענה אשר לפיה אין להשיב לאשמה ניתן להעלות, בעיקר, בהתקיים אחד משניים אלה: א. כאשר לא הובאה עדות כלשהי כדי להוכיח יסוד חיוני ומרכזי של האשמה, או ב. כאשר הסתבר בעליל, על פניו, כי כל הראיות שהובאו על-ידי התביעה הן כה בלתי-אמינות עד כי אף ערכאה שיפוטית בת-דעת לא היתה מסתמכת עליהן (1 (1962) E.R. 448 (All)). אך מובן הוא כי נסיבות מן הסוג השני, שבהן ייזקק בית-המשפט בשלב של תום פרשת-התביעה לענין האמינות, הן חריגות ומכאן גם שההזדמנויות אשר בהן ייעשה יישום מעשי של כלל הפרקטיקה הזו, יהיו נדירות. אין לדקדק בשלב דיוני זה כחוט השערה ולערוך בדיקה מסועפת כדי להסיק אם אכן הוכח לכאורה כל פרט שולי וכל יסוד מישני מאלה שהוזכרו באישום. די בכך שיהיו ראיות לכאורה לגבי היסודות המרכזיים של האישום (ראה ע"פ 48/42)".



22. בפרשת התביעה הוגשו ראיות והושמעו עדויות על כך שנלקחו דגימות של שפכי המפעל הרלוונטי, הדגימות נלקחו למעבדה, ובבדיקות שנערכו לדגימות נמצא כי המפעל זיהם מים בהתאם לאמור בכתב האישום. לכאורה די בראיות אלה על מנת שהתביעה תחצה את הרף הראייתי הנמוך שבו עליה לעמוד בשלב זה.

23. ואולם, בפרשת התביעה התברר כי הדגימות שנלקחו מן המפעל לא נשמרו כראיות, אלא הושמדו באופן יזום, ולנאשמים לא ניתנה הזדמנות לבדוק. בעניין זה אין להקל ראש כלל. כפי שכתב השופט אדמונד לוי בע"פ 4117/06 **שניר מקייטן נ' מדינת ישראל** (2010):

"חובתן של רשויות התביעה לשמר בידיהן את המוצגים ששימשו בסיס לחוות-דעת שהוגשו הן בבחינת מושכלות יסוד. הנאשם אינו חייב לסמוך על הבדיקות שנערכו על-ידי התביעה, וזכאי לשלוח את המוצגים לבדיקות מטעמו, בדיקות שיבוצעו על-ידי מומחה שהוא בחר. מניעתה של אפשרות זו עלולה לפגוע ביכולתו של נאשם להעמיד את חוות-הדעת במבחנה של ביקורת. משכך, עלול הדבר אף להביא לפגיעה בהגנתו של הנאשם..."

24. הסניגור טען לאורך פרשת התביעה כי בשל השמדת הדגימות על ידי הרשויות, חוות הדעת והעדויות אודות ממצאי בדיקת הדגימות אינן קבילות. בזמנו קבעתי ששאלת קבילותן של ראיות אלה תוכרע בהמשך המשפט, אך כעת כאשר הסניגור העלה טענת אין להשיב לאשמה, מתחייבת התייחסות לטענה בדבר אי קבילות הראיות. זאת, שכן אם חוות הדעת אודות ממצאי הבדיקות אינן קבילות, נשמטת הקרקע מתחת עיקרו של כתב האישום, ואולי אף מתחת כולו.

25. הסניגור לא הזכיר בטיעונו את ע"פ (חיפה) 41835-11-12 **אברהם אריכה נ' מדינת ישראל** (2013) ככל הנראה כיוון שלא הכיר את פסק הדין. כאמור לעיל, אף התובעת לא התייחסה בטיעונה לפסק דין זה ולפסקי הדין שהתייחסו אליו, אף על פי שלאחר שביקשתי את התייחסותה אליו, הבהירה מיזמתה כי הכירה את פסק הדין. התובעת הסבירה שבמכוון לא התייחסה לפסק הדין משום שפסקי הדין של בית המשפט המחוזי אינם בגדר הלכה מחייבת. פסק דין זה חשוב במיוחד לענייננו שכן לפחות על פי קריאה מסוימת של פסק הדין, אם מאמצים את העמדה שהתקבלה בו הרי שחוות הדעת אודות ממצאי הדגימה הן ראיות פסולות מראש, וללא כל שיקול דעת לבית המשפט, ואם זה המצב, כאמור לעיל, נשמטת הקרקע מתחת עיקרו של כתב האישום.

26. **ע"פ אריכה** עסק במקרה דומה לענייננו של כתב אישום בגין זיהום מים על בסיס ממצאי בדיקת דגימות שהושמדו מבלי להעבירן לבדיקת ההגנה. שופטי בית המשפט המחוזי קבעו כי השמדת הראיות אינה יכולה להוות בסיס לביטול כתב האישום מכוח הגנה מן הצדק, וביססו את החלטתם על הוראותיו של סעיף 77(א) לחסד"פ הקובע:

77. סייג להבאת ראיות



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

השופטים כתבו:

"שלא כטענת המערער, מחדלה של המשיבה להעמיד לעיונו - ולבדיקת מומחה מטעמו - את הדגימות אינו מקים לו עילה לטעון לביטול כתב האישום מטעמים של הגנה מן הצדק... אי העמדת חומר חקירה לבדיקת הנאשם אינו עולה כדי עילה לביטול כתב האישום מטעמים של הגנה מן הצדק, וכי ההגנה הנתונה לנאשם בנסיבות אלה היא זו הקבועה בסעיף 77(א) לחסד"פ... על רקע הוראת סעיף 77(א) האמור, כמו גם דבריו של קדמי (והאסמכתאות המובאות בספרו), אין קושי לקבוע שהתנהגות המשיבה בכל הנוגע לדגימה ולהכללתה בכתב האישום ובראיותיה היא בבחינת ליקוי מאורות והפרה של מושכלות ראשוניים בכל הקשור לזכויות נאשם בהליך פלילי. מקורה של חובת המאשימה לאפשר עיון בראיות התביעה הוא בחובה רחבה יותר, המוטלת עליה גם כן והיא לנהל הליך הוגן וראוי (קדמי, שם, בעמ' 1017) ואין ספק שמחדל המשיבה במקרה זה הוא הפרה של חובה זו".

יתר על כן, מפסק הדין ניתן להבין שלדעת השופטים במצב דברים שכזה, לא רק שלא ניתן להתייחס לדגימות עצמן כראייה, אלא שגם ממצאי בדיקתן אינם קבילים:

"טענתה של המשיבה בתשובתה לטענות המערער, כי ניתן היה להרשיע את המערער אף ללא הדגימות וממצאי בדיקתן, היא טענה בלתי מתקבלת על הדעת ומוטב היה אלמלא נטענה. העובדה שניטלו דגימות, שדגימות אלה נבדקו ובבדיקות נקבעו ממצאים מתוארת בהרחבה בכתב האישום, וכאמור לעיל הוגשו הראיות המתייחסות לכך בעת הדיון שהתקיים ביום 16.11.11 (ת/5 ות/10). אם, כטענת המשיבה, ניתן היה להרשיע את המערער אף ללא ראיות אלה - לא היה מקום לציין את העובדות בכתב האישום ולא היה מקום להגיש את דו"חות נטילת הדגימות ותעודת הבדיקה שלהן כראיות מטעמה של התביעה. עיון בפסק הדין מלמד שגם בית המשפט קמא סבר שראיות אלה רלוונטיות להרשעתו של המערער, והוא התייחס אליהן במישורין כשציין (בעמ' 16 של הכרעת הדין) את עובדת נטילת הדגימות וממצאי הבדיקות שנעשו בהן".

27. בשתי החלטות בתיקים דומים התקבלה בעקבות ע"פ אריכה הגישה שלפיה אין לאפשר הגשה של חוות הדעת כאשר הדגימות עצמן הושמדו על ידי הרשויות (ראו ת"פ (טבריה) 40462-01-15 **מדינת ישראל נ' יהודה נוקד** (החלטה מיום 31.8.2016) ות"פ (טבריה) 33543-10-16 **מדינת ישראל נ' בני בוגנים** (החלטה מיום 23.7.2017)). מנגד, התובעת הפנתה כאמור לעיל להחלטה שבה הובעה דעה שונה (ת"פ (חדרה) 5264-11-13 **מדינת ישראל נ' מ. מ. ג'יסר אל זרקא** (החלטה מיום 13.6.2015)).

28. לאחר שבחנתי את ההנמקה בע"פ אריכה שניתנה על ידי ערכאה שפסיקתה מנחה את בית משפט השלום, אני מקבל את ההתייחסות העקרונית של שופטי בית המשפט המחוזי בחיפה לחובה הכללית לשמור עמוד 7



ראיות שעליהן מתכוונים להתבסס במשפט. עם זאת, אינני סבור שסוגיית קבילות חוות הדעת והעדויות אודות ממצאי הדגימות נשלטת על ידי סעיף 77 לחסד"פ.

29. אין כל מחלוקת שבמקרה שבפניי חוות הדעת בעניין ממצאי בדיקת הדגימות שהוגשו על ידי התביעה, הועברו מראש לעיון ההגנה. בשל כך סעיף 77 לחסד"פ אינו חוסם את הגשתן של חוות הדעת כראיה. ניתן להשוות את המצב בתיק שבפניי למקרה שבו שוטר כתב דו"ח פעולה שלפיו תפס סכין מידי של חשוד, ועד למשפט מאבדת המשטרה את הסכין שנתפס. במצב שכזה סעיף 77 לחסד"פ אינו חוסם את מסירת עדותו של השוטר אם דו"ח הפעולה שלו נכלל בחומר החקירה.

30. השמדת הדגימות על ידי הרשויות מבלי לאפשר לנאשם לערוך בהן בדיקות באופן עצמאי פוגעת על פני הדברים בהגנת הנאשם. ראו בעניין זה המובאה בפסקה 23 לעיל מע"פ מקייטן וכן כדוגמה מן העת האחרונה בפסק דינה של השופטת דפנה ברק-ארז בע"פ 4039/19 דניאל נחמני נ' מדינת ישראל (2021):

"מכל טענותיו של המערער, זו הנוגעת לסוגיה של מיצוי חומר ה-דנ"א בחלק מן הממצאים היא המטרידה ביותר לשיטתי. זאת, מאחר שחוסר אפשרות לבצע בדיקות מטעם ההגנה עלול לחבל בהגנתו של הנאשם. מנקודת מבטי, ברגיל זו אמורה להיות טענה נכבדה..."

31. הפגיעה בהגנת הנאשם ובזכותו להליך הוגן כתוצאה מפעולת הרשויות, עולה במקרים מסוימים עד כדי פגיעה בכבוד האדם שלו, שהוא זכות חוקתית המוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ככזו יכולה פגיעה שכזו להוות בסיס לטענת הגנה מן הצדק. פגיעה בזכות להליך הוגן העולה כדי פגיעה בכבוד האדם אף עשויה להיות בסיס לפסילתן של ראיות (כך לעניין ראיות שהושגו שלא כחוק לפי ע"פ 5121/98 טור' רפאל יששכרוב נ' התובע הצבאי (2006)). כמובן, בסיכומיו בתום המשפט יוכל הסניגור גם לטעון שבהיעדר הדגימות נפגם משקלן של חוות הדעת, ולנסות לשכנע (כפי שטען בשלב זה של המשפט) שאשמת הנאשמים לא הוכחה בשל כך מעבר לספק סביר. כפי שנכתב לעניין פגמים בחקירה בע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' ד"ר איתמר בורוביץ (2005):

טענות "... על אודות פגמיה של החקירה... נמנות עם סוגי הטענות שככלל ראוי לבחון לאורם של שני מבחנים נפרדים: עניינו של האחד הוא בשאלה, אם לנוכח הפגמים שבהם לקו הליכי החקירה היה מוצדק והוגן לפתוח (או להוסיף ולנהל) את ההליך הפלילי נגד המערערים, ואילו עניינו של השני הוא בשאלה אם, ועד כמה, השפיעו פגמי החקירה על הוכחת העבירות שיוחסו למערערים ברמה הנדרשת בפלילים... האינטרסים שבשמירת שורת הצדק וההגינות עשויים אף להצדיק את פסילת קבילותן של ראיות מסוימות משיקולים החורגים במוצהר מחקר האמת העובדתית... זוהי תוצאת הפעלתה של דוקטרינת פרי העץ המורעל באותן שיטות משפט המכירות בה, וזוהי גם אחת מתוצאות הפעלתה האפשריות של דוקטרינת ההגנה מן הצדק... זאת ועוד, בחינת פגמים שבהם לקתה חקירה פלילית, בעזרת שילובם של שני



המבחנים האמורים עשויה להביא להכרעות אפשריות שונות בהליך הפלילי. כך למשל אפשר שיימצא כי הפגמים פוגעים באופן כה חריף בתחושת הצדק וההגנות עד שיש בהם כדי לערער את ההצדקה החברתית שבעצם קיומו של ההליך. במקרים קיצוניים כאלה אפשר שמסקנה כזאת תצדיק את ביטול כתב-האישום מטעמי הגנה מן הצדק גם אם הפגמים לא גרעו מערכן ההוכחתי של הראיות המפלילות. לעומת זאת ייתכנו מקרים... שבהם לא יהיה בפגמים כשלעצמם כדי להוביל למסקנה כי המשך קיומו של ההליך יפגע בשורת הצדק וההגנות, אך יהיה בהם כדי להקים יסוד לספק סביר בהוכחת העבירה ולהוביל לזיכוי".

32. בניגוד לעמדתם של השופטים בע"פ אריכה, עיון במשפט המשווה מלמד כי המסגרת המשפטית שעל ידה נשלטת בו הסוגיה הכללית של השמדה של ראיות על ידי הרשויות היא של הפגיעה בזכות למשפט הוגן והגנה מן הצדק. במדינות השונות נוהגים מבחנים שונים אשר לאופן התנהגות הרשויות שיצדיק את עיכוב ההליכים השיפוטי בנסיבות כאלה, כגון: Bad Faith, Serious Fault, Unacceptable Negligence.

33. לנוכח הדמיון בין הבסיס החוקתי הרלוונטי בקנדה (סעיף 7 למגילת הזכויות והחירויות הקנדית, שעניינו הזכות לחיים, לחירות ולבטחון) להוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אביא כאן כדוגמה את סיכום הכללים הרלוונטיים מתוך ((R. v. F.C.B., 2000 NSCA 35 (CanLII) -

(1) The Crown has an obligation to disclose all relevant information in its possession

(2) The Crown's duty to disclose gives rise to a duty to preserve relevant evidence

(3) There is no absolute right to have originals of documents produced. If the Crown no longer has original documents in its possession, it must explain their absence

(4) If the explanation establishes that the evidence has not been destroyed or lost owing to unacceptable negligence, the duty to disclose has not been breached

(5) In its determination of whether there is a satisfactory explanation by the Crown, the Court should consider the circumstances surrounding its loss, including whether the evidence was perceived to be relevant at the time it was lost and whether the police acted reasonably in attempting to preserve it. The more relevant the evidence, the more care that should be taken to preserve it

(6) If the Crown does not establish that the file was not lost through unacceptable negligence, there has been a breach of the accused's s. 7 Charter rights

(7) In addition to a breach of s. 7 of the Charter, a failure to produce evidence may be found to be an abuse of process, if for example, the conduct leading to the destruction



.of evidence was deliberately for the purpose of defeating the disclosure obligation

In either case, a s. 7 breach because of failure to disclose, or an abuse of process, a (8) stay is the appropriate remedy, only if it is one of those rare cases that meets the criteria set out in **O'Connor**

Even if the Crown has shown that there was no unacceptable negligence resulting in (9) the loss of evidence, in some extraordinary case, there may still be a s. 7 breach if the loss can be shown to be so prejudicial to the right to make a full answer and defence .that it impairs the right to a fair trial. In this case, a stay may be an appropriate remedy

In order to assess the degree of prejudice resulting from the lost evidence, it is (10) usually preferable to rule on the stay application after hearing all of the evidence

כפי שניתן לראות בפסק דין זה (פסקה 10) הדעה במשפט הקנדי היא כי עדיף לפסוק בסוגיה לאחר הבאת כל הראיות.

לדוגמה מן המשפט האנגלי ראו: R (Ebrahim) v Feltham Magistrates' Court; Mouat v DPP [2001] 2 Cr. App. R, 23, DC וכדוגמה מן המשפט האמריקאי ראו **Arizona v. Youngblood**, 488 U.S. 511 (1988)

34. אשר לפסילה "חוקתית" של ראיות, קבע בית המשפט המחוזי לפחות באחד המקרים (ע"פ (תל-אביב) 11347-03-15 **מדינת ישראל נ' בינאשוילי** (2015)) שסוגיה זו ראויה להתברר בתום המשפט ולא בתום פרשת התביעה. במקרה שבפני לא מדובר בבקשה לפסול ראיה שנתפסה שלא כדין כזו שנדונה בע"פ **יששכרוב**. גם אם נניח שניתן לפסול ראיות בפסילה חוקתית בשל פגיעה בזכותו של הנאשם למשפט הוגן שאינה נובעת מאי חוקיות תפיסתן, וגם אם נניח כי אין כלל גורף שלפיו פסילה חוקתית של ראיות תעשה תמיד בסוף המשפט, הרי שבמקרה שבפני שבו נטען על ידי התביעה על בסיס עדותו של מנהל המעבדה רוני חזן (עמודים 148-150 לפרוטוקול) כי לא ניתן היה לשמור את הדגימות באופן שיאפשר את בדיקתן בעתיד, מן הראוי לקבל התייחסות של ההגנה לעניין זה במסגרת פרשת ההגנה בטרם הכרעה.

35. לסיכום האמור לעיל - אינני סבור שסעיף 77 לחסד"פ מונע את הגשתן של חוות הדעת בעניין ממצאי בדיקת הדגימות, שכן חוות דעת אלה הועברו להגנה בטרם המשפט. פסילה חוקתית של חוות דעת אלה על רקע השמדתן של הדגימות על ידי הרשויות מחייבת בחינה של מכלול שיקולים, שניתן יהיה להעריכם לאחר פרשת ההגנה ולא בשלב זה. כך גם בכל הנוגע לטענה אפשרית שיש לבטל את כתב האישום מכוחה של הגנה מן הצדק בשל השמדת הדגימות. כפי שצינתי לעיל, הסיגור גם יוכל לטעון בסיכומים שבהיעדר הדגימות משקלן של ראיות התביעה אינו מבסס את אשמת הנאשמים מעבר לספק סביר.



36. הואיל וסעיף 77 לחסד"פ אינו מונע את הגשתן של חוות הדעת, ומקומו של דיון בטענה לפסילה חוקתית של חוות הדעת טרם הגיע, הרי שהתביעה עומדת ברף הראייתי הנדרש ממנה בשלב זה של המשפט (ראו בעניין זה פסקה 22 לעיל).

37. לעניין טענותיו הנוספות של הסניגור - התביעה הציגה חוות דעת המלמדות לכאורה על חריגות מריכוזי המתכות המותרים בשפכי המפעל, ובכך עמדה כאמור לעיל ברף הראייתי הנמוך הנדרש ממנה בשלב זה. הסניגור יוכל לטעון כי בהיעדר בדיקה של מי הרקע אין הוכחה מעבר לספק סביר שהמפעל הוא שאחראי לחריגה, אך מקומה של טענה זו הוא בסיכומים. כך הם פני הדברים גם בקשר לשאר הפגמים שעליהם הצביע הסניגור - כגון אלה הנוגעים להסמכות השונות ולחתימות המופיעות על דוחות הסיורים.

38. **לנוכח כל האמור לעיל, אני דוחה את טענת אין להשיב לאשמה שהעלו הנאשמים.**

39. בטרם סיום אציין שבניגוד לעמדת התובעת, הרי שכעורכת דין, כמי שמייצגת כתובעת את האינטרס הציבורי וכ-Officer of the Court, ראוי היה שתתייחס בתגובתה מיזמתה לפסק דינו של בית המשפט המחוזי בע"פ **אריכה**, שהוא פסק דין מנחה עבור בית משפט השלום, ותבחין בינו לבין תיק זה או תשכנעני כי אין מקום לאמץ את אשר נפסק בו. כמו כן, לא היה כל מקום שתצרף לתגובה לטענת אין להשיב לאשמה, שהגישה לאחר סיום פרשת התביעה, ראיות ללא רשות ובניגוד לדין.

40. מועדים לשמיעת פרשת ההגנה יתואמו עם הצדדים.

41. המזכירות תשלח החלטה זו לצדדים.

ניתנה היום, כ' אייר תשפ"א, 02 מאי 2021, בהעדר הצדדים.

[1] עמ' 87, 90-91, 148-149 לפרוטוקול.

[2] בתגובתה המשלימה מיום 5.5.21 שהוגשה לאחר שחייבתי אותה להתייחס לטענות לגופן, אחרי שבשתי תגובותיה הראשונה לא עשתה כן.