



ת"פ 40462/01/15 - מדינת ישראל נגד יהודה נוקד

בית משפט השלום בטבריה

ת"פ 40462-01-15 מדינת ישראל נ' נוקד
תיק חיצוני: 400388/14

בפני	כב' סגן נשיא, השופט ניר מישורי לב טוב
מאשימה	מדינת ישראל
נגד	
נאשמים	יהודה נוקד

החלטה

1. בפני התנגדות ב"כ הנאשם להמשך עדותו של עד תביעה מס' 12, ד"ר שמשוני מהמכון הווטרינרי בבית דגן בכל הנוגע לממצאי בדיקות שערך בתיק זה והתנגדותו להגשתן של דו"חות הבדיקה כראיה במשפט.

רקע :

בקשה קודמת בכתב וההחלטה מיום 24/5/16 :

2. טרם עלייתו של עד התביעה ד"ר שמשוני לדוכן העדים הוגשה ע"י ב"כ הנאשם בקשה כי תימנע מהתביעה העדתו של עד זה.

3. ב"כ הנאשם נקב במספר טעמים להתנגדותו : נמנעה מההגנה האפשרות לבדוק המוצג לאור השמדתו טרם הגשת כתב האישום, העד אמור להעיד כעד מומחה למרות שלא ערך חוות דעת מומחה, התביעה מסרה חומר חקירה בלתי מספק בגין אופן עריכת הבדיקות ושימור המוצגים ולפי כלל הראיה הטובה לא ניתן יהיה להגיש תוצאות הבדיקה. לציין כי לבקשה זו לא צורפה הפנייה כלשהי לפסיקה מטעם הנאשם.

4. מנגד טענה התביעה כי העד הוא שערך בדיקות המעבדה של הרעל אשר נטען כי הנאשם עשה בו שימוש במסגרת כתב האישום וכי מדובר בראיה שיכולה להיות מוצגת אך ורק באמצעות העד, תרשומת

עמוד 1



העד בגין עריכת הבדיקות הועברה לתביעה, מדובר בעד שצילם הבדיקות וניתן להגישן רק באמצעותו, עדותו נדרשת לגילוי האמת. עוד נטען כי המגמה בפסיקת בית המשפט העליון הינה להסיט הדיון בסוגיות ראייתיות משאלת הקבילות לשאלת המשקל.

5. לאחר שעיינתי בטענות הצדדים מצאתי כי דין הבקשה בכתב להידחות.

6. המסגרת הנורמטיבית בזימון עד על ידי התביעה מעוגן בסעיף 156 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: "החוק") :

"לא הודה הנאשם בעובדות שיש בהן כדי להרשיעו באישום או באחד האישומים שבכתב האישום, או שהודה ובית המשפט לא קיבל את הודייתו, תביא התביעה לפני בית המשפט את ראיותיה לעובדות שלא נתקבלה עליהן הודיה"

לכך יש להוסיף ההוראה המעוגנת בסעיף 106 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 :

"הזמנת עד (א) בית המשפט יזמין, לבקשת בעל דין, כל אדם להעיד במשפט, זולת אם היה סבור שאין בהזמנת אותו אדם להועיל לבירור שאלה הנוגעת למשפט"

7. לאחר עיון בטיעוני ב"כ הנאשם ותגובת המאשימה מצאתי כי עדותו של עד התביעה ד"ר שמשוני הינה רלוונטית להוכחת אשמתו לכאורה של הנאשם על פי עובדות כתב האישום בהן מואשם בכתב האישום.

8. עוד קבעתי בהחלטתי כי הגם שחומר החקירה המלא לרבות הבדיקות אליהם התייחסו הצדדים בבקשה ובתגובה טרם הוגשו לעיון בית המשפט וטרם נערך דיון בקבילותם ומשקלם הרי שאין מוטלת על התביעה החובה להביאם אך ורק בדרך של הגשת חוות דעת מומחה וכי מומחיות אדם ופעולות שערך ניתנות להוכחה אף בדרכים נוספות (ר' לדוג' האמור בע"פ 436/88 - עוזי רבינוביץ נ' מדינת ישראל, פד מג(1), 553). לראיות אלו ודרך הבאתם השלכה אפשרית על משקלן ואולי אך על קבילותן בנסיבות מסוימות אך רק לאחר שישמע בית המשפט עדותו של העד ד"ר שמשוני ניתן יהיה להכריע בסוגיה זו.

9. חסימת דרכה של התביעה מהעדת עד התביעה ד"ר שמשוני בשעה שערך מסמכים בתיק החקירה, גם אם אלו אינם מספקים לגישת ההגנה, עלולה להערים קשיים בלתי סבירים על התביעה לצד אי גרימת עיוות דין לנאשם אשר רשאי לחקור העד בחקירה נגדית מעל דוכן העדים ולטעון לאי קבילות הראיות שתבקש התביעה להגיש באמצעות עד זה.



10. עוד קבעתי כי לשאלת משמעותה הראייתית של השמדת המוצגים בשלב שקדם להגשת כתב האישום, אם בשאלת הקבילות ואם בשלב המשקל, יידרש בית המשפט רק במסגרת שמיעת עדות ד"ר שמשוני ולאחריה.

לאור כל האמור לעיל הוריתי על דחיית הבקשה אשר קדמה לעליית העד ד"ר שמשוני לדוכן העדים.

הבקשה הנוכחית הטעונה הכרעה:

11. לאחר שביקשה ב"כ התביעה לקבל התייחסות העד ד"ר שמשוני לדו"חות הבדיקה שערך בתיק החקירה התנגד שוב ב"כ הנאשם לעדות זו מטעם העד ד"ר שמשוני והפעם גם הפנה בטיעוניו לפסיקה בנושא. לאחר שמיעת טיעוני הצדדים בעל פה, קבלת מספר הבהרות נוספות מהעד ד"ר שמשוני בהתייחס לדרכי עבודתו באופן כללי ואופן הטיפול במוצגים באופן כללי הוריתי על השלמת טיעוני הצדדים בכתב תוך הפניות לפסיקה הרלוונטית לגישתם לצורך הכרעה בשאלת העדות של ד"ר שמשוני בגן דו"חות הבדיקה שערך לכאורה.

12. טיעוני ב"כ הנאשם :

א. ב"כ הנאשם הפנה לסעיף 77(א) לחסד"פ. הסעיף קובע סטטוטורית, שאם להגנה לא ניתנה הזדמנות סבירה לעיין בראייה, אזי התובע לא יגיש את הראייה והוא גם אינו רשאי להעיד את העד לגבי אותה ראייה. הסעיף לא קובע שהמשקל של הראייה יהיה מופחת, אלא הוא קובע פוזיטיבית שלא זו בלבד שהראייה אינה קבילה, אלא שגם העד לא יכול להעיד על אותה ראייה, הוא לא יכול להעיד בפני בית המשפט בנושא הזה.

הוראת החוק החריגה באה לעולם בשל פערי הכוחות המובנים בין המדינה לבין הנאשם והיא מופנית רק כלפי התביעה.

ב. לבקשת ההגנה לקבל לידיה הדגימות לבדיקה ותיק העבודה נמסר כי הדגימות הושמדו. כך גם הקופסא עם החומר שנחזה להיות רעל מסוג טמיק עם החומר. עוד קיבלה ההגנה מסמך מהתביעה, בו הוצהר כי אין בידי המכון לאתר תיעוד לגבי המועד בו הושמדו הדגימות.

ג. ב"כ הנאשם הפנה לע"פ 41835-11-12 (מחוזי חיפה) בעניין אריכה, פסק דין מפרואר 2013 - שנה לפני המקרה שבפנינו, מדובר במקרה כמעט זהה למקרה שבפנינו, אם קיימים הבדלים הרי שהם רק לטובתו של הנאשם שכאן.

ד. במקרה הנוכחי, התביעה הצהירה כי "באופן כללי במעבדה לטוקסיקולוגיה של המכון הווטרנרי,



מקובל לשמור את הדגימות למשך שלושה חודשים בלבד, או אז הן מועברות להשמדה, למעט במקרים חריגים בלבד בהם הן דרושות להמשך ביצוען של פעולות מחקר", כלומר, גם בהצגה של המאשימה ניתן היה לפעול במתווה שעליו הורה בית המשפט המחוזי ולאפשר לחשוד לערוך בדיקה באמצעות מומחה מטעמו.

ה. עוד הפנה ב"כ הנאשם לע"פ 47248-08-11 (חיפה), וכן רע"פ 1103/12 בעליון. בית המשפט המחוזי קובע שאין מתקיימת הגנה מן הצדק אך קובע שלפי סעיף 77(א) אם להגנה לא ניתנה הזכות לראות ולבדוק את המוצג התביעה לא תהא רשאית להציג את הראייה בפני בית המשפט.

ו. בתיק שלפנינו לא הופקו הלקחים, לא נעשה ניסיון למצוא דרך להסדרת העיון, נרמסו זכויותיו של הנאשם, לא ננקטה כלפיו כל הגנות. האירוע מפברואר 2014, הנאשם נחקר באותו יום, 12.2.14, נחקר פעם נוספת בחודש ספטמבר 2014, בכל התקופה הזאת התביעה לא מצאה לנכון לעדכן את החשוד כי נלקחו דגימות, כי החומר נבדק.

לראשונה נודע על כך לנאשם עם הגשת כתב האישום בשנת 2015 ובתוך זמן סביר הוא פעל על מנת לקבל את אותן דגימות לבדיקתו.

במקרה שבפנינו הגויות נלקחו מהשטח בנוב, לא הייתה לנאשם כל אינדיקציה כי הן הולכות לבדיקת מעבדה, בוודאי שלא הייתה לו כל אפשרות לערוך בדיקה מטעמו.

ז. מכאן כי אין מקום לאפשר את הכנסת הראיות הללו, הדבר עלול לגרום עיוות דין לנאשם או לכל הפחות קיפוח של הגנתו. זכותו של הנאשם, גם אם בשלב מאוחר, וודאי לפני פרשת ההגנה, לדעת בפני איזה אישום הוא מתגונן וישנו הבדל מבחינת ההגנה בהתמודדות בין אישום בהרעלה לבין אישום בניסיון להרעלה.

ח. ע"פ 70197/01 בעניין ציון כהן אינו דומה למקרה שבפנינו, לא דובר שם על השמדת ראייה, דגימה.

ט. הפנה לבש"פ 4077/06 בעניינו של אדריאן שוורץ, ממנה עולה כי אם התביעה השלימה את בדיקותיה ואם אין חשש לפגיעה בראייה, יש לאפשר להגנה לבדוק את אותה ראייה.

י. בתגובות ב"כ הנאשם אשר ניתנו בכתב ברשות בית המשפט נטען בנוסף כי העדת עד התביעה משולה להעדת אב נגד בנו או אישה נגד בעלה בעבירות שאינן מותרות בעדות. בהתקיים דרישת קבילות הראייה בחוק, אין טיעון "חקר האמת" הולם המקרה שבפנינו ומצדיק קבלת ראיות בלתי קבילות, מה גם שטיעון "חקר האמת" פועל גם לזכות הנאשם שעה שיכול היה להוכיח כי אין מדובר ברעל הנטען שגרם למות החיות כפי שנטען בכתב האישום.



יא. כמו כן נטען כי הסוגייה הינה סוגייה של קבילות ולא סוגיית מחדלי חקירה שאז ניתן היה לטעון לסוגיה של משקל.

יב. התביעה סבורה בשוגג כי לא חלה עליה חובה לשמור דגימות ומסתמכת על פסיקה מאוסטרליה באשר אין בפסיקה הישראלית תמיכה בטיעוניה.

יג. בהתייחסו לפסיקה אשר הוגש ע"י התביעה נמסר כי ההחלטה בת"פ 5264-11-13 מ"י נ' ג'יסר אל זרקא (שלום חדרה) הינה החלטת ביניים (התיק קבוע להמשך הוכחות) ושונה מהמקרה שבפנינו : בתיק ג'יסר נלקחו הדגימות לפני הפתיחה בחקירה הפלילית, בתיק ג'יסר "נזכר" הנאשם לבקש לבדוק הדגימות בחלוף שנים רבות, הותרע בפני הנאשם כי דגימות הנחל מזהמות ובמקרה דנן לא הוטח בנאשם כי נערכו בדיקות גם בחקירתו, בתיק ג'יסר הוצהר כי שימור הדגימות מסכן חיי אדם בעוד העד ד"ר שמשוני הצהיר כי ניתן לשמור הדגימות 4-5 חודשים ובאמצעות קרח יבש או חנקן נוזלי (המצויים במכון הוטרנרי) ניתן לשמור הדגימות שנים רבות, בת"פ 50074-03-13 (מחוזי ב"ש) אליו הפנתה ההחלטה בתיק ג'יסר דן בהעדת עד אשר לא מסר פרטים בחקירתו אך הוקלט אומר דברים שונים ומכאן כי אין מדובר בסוגיה דומה, בפרשת אדריאן דן בית המשפט בבקשת נאשם לערוך בדיקות עצמאיות טרם הסתיימה בדיקת המאשימה ומכאן היה חשש פן יוסב נזק למוצגים והתביעה תהיה מנועה מעריכת בדיקות נוספות.

יד. בהתייחס לע"פ (ת"א) מ"י נ' ציון כהן, עלתה לראשונה סוגיית בדיקות המעבדה אך בחקירה הנגדית של העד. בית המשפט קבע כי בידי הנאשם היה לקחת דגימה בעצמו או לדרוש לבצע בדיקה בשאריות מטעמו אך לא עשה כן בניגוד למקרה שבפני.

טו. בעוד החלטות בית המשפט העליון מצוות על שמירת דגימות במשך שנים בתיקי רצח (בש"פ 3303/14 בר יוסף נק מ"י) הרי שהנאשם ביקש לשמור הדגימות חודשים ספורים ע"מ שיוכל לבדוקם.

13. טיעוני ב"כ המאשימה :

א. העד ד"ר שמשוני לא תפס הדגימה והמאשימה לא ביקשה באמצעותו להגיש ראייה שהנאשם לא קיבל קודם לכן.

ב. גם לפי סעיף 77(א) לחסד"פ אין כל ראייה שמבקשת התביעה להגיש לבית המשפט שלא הוצגה לב"כ הנאשם על כל ששת העמודים, בכל תעודה ותעודה.

ג. ב"כ המאשימה הפנה לע"פ 3510/10 פלוני נ' מדינת ישראל, שם בית המשפט העליון מכיר באפשרות



שחוות דעת מומחה תעמוד בפני עצמה כראייה עצמאית, גם אם באותו מקרה הושמד המוצג, שם זה היה נשק, בטרם הועבר לעיון ההגנה, תוך שנקבע בהחלטה בתיק ג'יסר כי "רק בנסיבות חריגות ייקבע כי הגנת הנאשם נפגעה כתוצאה מהשמדתה".

ד. בפס"ד אדריאן שוורץ, נקבע כי "זכותו של נאשם להליך הוגן, ככל זכות אחרת, איננה זכות מוחלטת וקיומה ושמירתה נעשים על ידי מציאת האיזון בין האינטרסים הלגיטימיים השונים המונחים על הכף - אלו של הנאשם מחד ואלו של התביעה, של הציבור ושל צדדים נוספים מאידך".

ה. ב"כ המאשימה סבר כי על בית המשפט ליתן החלטתו רק לאחר עדות העד ד"ר שמשוני בגין רמת נדיפות של הדגימות, היכולת של השימור שלהן, מה האפשרות בכלל להוציא אותן אל מחוץ לגדרי המכון אל בדיקה חיצונית של גורם אחר, מה מידת ההשפעה של הוצאת דגימה כזו מהמכון לגורם חיצוני ואפקטיביות אם בכלל של בדיקה על ידי גורם אחר.

ו. התביעה הניחה כי זימון העד ד"ר שמשוני משמעה כי עדותו בגין דו"חות הבדיקה קבילה ויתקיים דיון בהמשך בנוגע למשקלה.

ז. בתגובתו בכתב טען ב"כ המאשימה כי יש להעדיף שיקול "חקר האמת" בקביעת קבילותן של דו"חות הבדיקה. במקרה זה לא הופתע הנאשם ומכאן כי אין לעשות שימוש בסעיף 77(א) לחסד"פ במקרה זה.

ח. זכות ההגנה לקבלת הזדמנות סבירה "לעין בראיה" לא נפגעת שעה שביכולת הנאשם לחקור עד התביעה בחקירה נגדית. גם בתיקי רצח לא ניתנת להגנה האפשרות לרוב לערוך בדיקה עצמאית בראיה הגולמית בעצמה.

ט. לאור הודאת הנאשם בחקירתו הרי שיש להעריך המחדל החקירתי לאור הודאה זו.

י. המאשימה סבורה כי לאור הודאת הנאשם בחקירתו והמצאת דו"חות הבדיקה להגנה אין מדובר במחדל מטעמה כאשר לא העמידה הדגימות לבדיקת ההגנה שכן אין מוטלת עליה חובה בחוק.

יא. ב"כ המאשימה הפנה לע"פ 6761/14 מ"י נ' שכיב רכאב ואח' - שם נדונה טענה למחדל באי בדיקת דגימות דם שנלקחו מהזירה, בע"פ 1826/14 רווית דוד נ' מ"י, שם נדון מחדל אי בדיקת צמיג הרכב, בע"פ 5441/10 פלוני נ' מ"י שם לא נבדקה המתלוננת בבדיקה רפואית, רע"פ 4581/14 אתיאל סיסו נ' מ"י שם הושמד הרכב המעורב בתאונה אך נקבע כי בידי ההגנה היה ניתן לחקור בוחן התנועה שבדק הרכב בחריה נגדית ולהציג בפניו טענותיה אך זו לא עשתה כן ומכאן טענתה לנזק ראיתי נדחתה.



יב. התביעה הפנתה לפסיקה משווה בדין האוסטרלי שם נקבע כי אין לפסול ראייה שעה שלא קוימה הוראת חוק ונמנעה מהנאשם האפשרות הקבועה בחוק להפריך חזקה הקמה כנגדו.

עדות עד התביעה ד"ר שמשוני :

העד ד"ר שמשוני מסר בעדותו כי המכון הוטרינרי מספק את חוות הדעת בגין מחלות בעלי חיים למשטרת ישראל וגופים נוספים אך קיימות מעבדות נוספות בישראל אשר בודקות ומאבחנות רעלים בבעלי חיים.

בהתייחסו למשך שמירת הדגימות העיד ד"ר שמשוני כי בטמפרטורה של מינוס 20 מעלות ניתן לשמר הדגימות כשלושה חודשים, הם נוהגים ליידע הבעלים של החיה כי הדגימות ישמרו שלוש חודשים לאור מקרים בהם הבעלים נמנע מביצוע הבדיקה לאור עלותה ומתחרט אחרי חודש או חודשיים.

לשאלת בית המשפט מדוע שומרים הדגימה לאחר הבדיקה השיב ד"ר שמשוני כי אם כבר בדק, למקרה וירצו לבדוק עוד פעם, כמו מהניסיון של פרופ' שלוסברג כשהגיעו לבית משפט רצו לשמר ולוודא שאפשר לשחזר את הבדיקה אך אין היגיון מדעי לשמור מעבר לחצי שנה, כי החומר מתפרק. מניסיונו ניתן לשמור עוד חודש עד חודש וחצי מעבר לשלושת החודשים ע"מ לערוך בדיקה.

העד אישר לשאלת הסניגור כי בקרח יבש בטמפרטורה של מינוס 80 מעלות ניתן לשמר החומר כשנה ואף שנתיים אך אחסון זה מצוי אך ורק במכון הוטרינרי ולא אצלם ואישר כי לצרכי מחקר מבקש לעיתים לשמור הדגימות בטמפרטורה של מינוס 80 מעלות.

העד אישר לשאלת ב"כ הנאשם כי פרופ' שלוסברג יכול לבדוק הדגימות במכון הוטרינרי, ניתן לערוך הבדיקות במכון בחו"ל וכן במכון "בקתוכם" בישראל.

העד מסר באופן מפורש כי אין מניעה מלקיחת הדגימה לבדיקה במכון אחר ואין השלכות להוצאת הדגימה מהמעבדה והכל בכפוף לתנאי שימורה.

דין והכרעה :

14. המסגרת הנורמטיבית

סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 קובע כי :

"(א) (1) 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

הגם שבתי המשפט שאלו עצמם לא אחת האם קמה לנאשם הזכות לבדוק מוצגי התביעה במסגרת זכותו של הנאשם "לעיון" בחומר חקירה הרי שנראה כי העמדה השלטת בפסיקה מורה כי המוצג עצמו מהווה "חומר חקירה" ומכאן כי קמה לנאשם הזכות לבדוק והכל במסגרת מערכת האיזונים שנקבעו בפסיקה והאינטרסים השונים המשפיעים על ההחלטה מהו היקף זכות זו ומהם הדרכים למימושה. יפים לענייננו דברי כב' השופט ג'ובראן בבש"פ 4077/06 - אדריאן שוורץ נ' מדינת ישראל, פורסם במאגרים המשפטיים (11/06/2006) :

"יש להניח, כי המונח "חומר חקירה", כהוראתו בסעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי, אינו מצומצם לחומרים כתובים בלבד, אלא פורש כנפיו גם על ראיות חפציות נוספות, שנאספו על-ידי הגוף החוקר והועברו לתביעה לצורך הגשת כתב אישום (ראו, י' קדמי "על סדר הדין בפלילים" (חלק שני, תשס"ג) 715). חפצים אלו יכול ויהיו למשל קלטות וידאו או שמע (ראו, בש"פ 6022/96 מדינת ישראל נ' מני מזוז (לא פורסם); בש"פ 2043/05 הנ"ל), וכן מוצגים מוחשיים אחרים, הנמצאים ברשות התביעה. לאור הרציונאלים החשובים העומדים בבסיס הזכות לעיון בחומר החקירה, עליהם עמדתי בפסקה 14, אני רואה כל סיבה שלא לקבוע כי באופן עקרוני ראיות חפציות באות אף הן בגדר המונח "חומר חקירה", וכי יש להעמידן, בכפוף לתנאים שונים שיבטיחו את השמירה עליהן, לבדיקת הנאשם"

סעיף 77 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 קובע סייג להבאת ראיות מטעם התביעה :

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

ההגנה הפנתה בטיעוניה לע"פ (מח' חיפה) 41835-11-12 אברהם אריכה נ' מ"י פורסם במאגרים המשפטיים (13/2/13). בית המשפט דן בפרשה זו במצב עובדתי דומה למדי למקרה שבפני לפיו פנה ב"כ הנאשם בקשה לבדוק הדגימה עליה הסתמכה המאשימה וזו מסרה כי הדגימות הושמדו, טענת הנאשם להגנה מן הצדק נדחתה, דוחות הבדיקה הוגשו בהסכמה תוך שהנאשם טוען כנגד קבילותם. בית משפט קמא הרשיע הנאשם בדין תוך שהסתמך בהרשעתו גם על ממצאי בדיקות הדגימות שהושמדו.

בית המשפט המחוזי קבע בהחלטתו (כב' השופט קיסרי) כי אמנם לא היה מקום לקבל טענת ההגנה מן הצדק במקרה זה אך זאת שעה שהיה מקום לעשות שימוש מידתי יותר לצורך הגנה על זכות הנאשם להליך הוגן וזאת באמצעות עשיית שימוש בסעיף 77(א) לחסד"פ ואי התרת הגשת דו"חות הבדיקה כראיה במשפט :

"20. 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 ראשונים 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."

פסיקתו זו של בית המשפט המחוזי נסמכת אף על הלכת ע"פ (מח' חיפה) 47248-08-11 מ"י נ' דה מאיו, פורסם במאגרים המשפטיים) שם התקבל ערעור המדינה בגין זיכוי הנאשם מטעמי הגנה מן הצדק משלא אפשרה המדינה בידו לבדוק מוצגי הסם בניגוד לסיכום בין הצדדים. יפים לענייננו דבריו של כב' השופט קיסרי בפרשה :

"אכן, מהשתלשלות הנסיבות כפי שזו תוארה בהחלטה, ואין מחלוקת לגביה, מתקבל הרושם של התנהלות שרירותית שהיא בבחינת ליקוי מאורות מצד התביעה אשר - וגם על כך לא יכולה להיות מחלוקת - גרמה לפגיעה של ממש באפשרותו של המשיב להתגונן בפני האישום שהוגש נגדו. עם הגשת כתב האישום קמה למשיב זכות לעיון בחומר החקירה ובכלל זה גם לבדוק כל חומר העשוי לשמש ראיה נגדו (סעיף 74 לחסד"פ). זכות העיון בחומרי החקירה מאפשרת לנאשם לנהל את הגנתו כראוי ומבטיחה מימוש של זכות יסוד של נאשם בפלילים לנהל את הגנתו באופן הוגן (בש"פ 7064/08 מדינת ישראל נ' ליאורה ברקו, פסקה 21 (טרם פורסם, [פורסם בנבו], 13.8.09)). מניעת העברת חומר רלוונטי לעיונו של נאשם עלולה לפגוע בפוטנציאל ההגנה שלו (בש"פ 3099/08 דוד אברהמי נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (טרם פורסם, [פורסם בנבו], 23.2.09)).

עם זאת, דעתי היא שהסנקציה הראויה במקרה של פגיעה בזכות העיון והבדיקה של הנאשם היא זו הקבועה בסעיף 77(א) לחסד"פ, היינו המניעה מלהגיש לבית המשפט ראיות שלנאשם ולסנגורו לא ניתנה הזדמנות סבירה לעיון בהן ולהעתיקן.

יש אפוא ממש בטענותיה של המערערת שביטול כתב האישום מחמת הגנה מן הצדק אינו מתיישב עם ההלכה הפסוקה והוא אינו מידתי, וניתן היה לנקוט צעד מידתי אשר מחד גיסא יבטיח את זכויות המשיב הנאשם בפלילים, ומאידך גיסא יגן על אינטרס הציבור העומד ביסוד האשמתו של המשיב. ואכן, נוכח התנהלותה הבעייתית, שלא לומר המקוממת, של המדינה היה מקום שבית המשפט קמא ישתמש בסמכות הנתונה לו לפי סעיף 77(א) לחסד"פ כדי להגן על זכותו של המשיב להליך הוגן, שכן כפי שנקבע בעניין בורוביץ, בידי בית המשפט הסמכות לנקוט באמצעים שונים לתיקון הפגיעה בהליך הפלילי, ולאו דווקא באמצעות ביטול כתב אישום (פסקה 27)."

פסיקתו זו של בית המשפט המחוזי אומצה על ידי בית המשפט העליון שעה שכב' השופט רובינשטיין (כתוארו אז) דחה ברע"פ 1103/12 דה מאיו נ' מ"י, פורסם במאגרים המשפטיים (16/2/16) בקשתו של המערער לקבלת רשות ערעור תוך שציין כי ניתן לרפא הפגם במקרה זה וכי המדינה מייצגת אינטרס ציבורי של העמדת עבריינים לדין אך "לא פחות גם הוגנות כלפי כולי עלמא".



דעות שונות נשמעו בפסיקה בגין הנפקות הראייתית להשמדת ראיה בידי התביעה ואי העמדתה לבדיקה בידי מומחה מטעם ההגנה שעה שנקבע כי במקרים עובדתיים מסויימים יש מקום להתיר הגשת הראיה המשנית (דו"חות בדיקה או חוות דעת בגין ראיה שהושמדה) או אי היענות לבקשת ההגנה לבדיקת המוצג. דוגמאות לכך מצאתי במצב בו העברת ראיות לבדיקת ההגנה עלולה לפגוע במיצוי בדחקתם של המוצגים בידי התביעה (בש"פ 4077/06 אדריאן שוורץ נ' מ"י, פורסם במאגרים המשפטיים (11/6/06), אי ייחוס משקל ממשי להשמדת המוצג נוכח חוזקת הראיות האחרות וזכות הנאשם להגיש חוות דעת מומחה מטעמו (רע"פ 4581/14 סיסו נ' מ"י, פורסם במאגרים המשפטיים (9/7/14), נאשם שהשתתף משמעותית בפנייה למאשימה בקשה לבדיקת המוצג (ע"פ 70197/01 מ"י נ' ציון כהן, פורסם במאגרים המשפטיים (23/10/02)), זכות הנאשם לחקור מומחה התביעה בחקירה נגדית, להגיש חוות דעתו והעובדה כי ההגנה לא הופתעה מקיומה של הראיה המשנית (ת"פ 5264-11-13 מ"י נ' מ.מ. ג'יסר אל זרקא, פורסם במאגרים המשפטיים (13/6/15)).

מן הכלל אל הפרט :

בהמשך להחלטתי מיום 24/5/16 ולאחר שעיינתי בפסיקה אליה הפנו הצדדים במהלך הדיון מיום 4/7/16, שמיעת עדותו של העד ד"ר שמשוני וטיועוני הצדדים בכתב ובעל פה מצאתי כי יש מקום להיעתר להתנגדות ב"כ הנאשם להגשת דו"חות הבדיקה והעדת עד התביעה ד"ר שמשוני בעניינם לאור הוראות סעיף 77(א) לחסד"פ והכל מהטעמים כדלקמן :

א. התנהלותה של המאשימה בהתייחס לטיפול בהבדיקת הדגימות שנלקחו מפגרי בעלי החיים שנמצאו בזירה וביתר שאת בהשמדת דגימות אלו נגועה בפגיעה קשה וחמורה בהגנת הנאשם שבפני ובקיפוח זכותו לעיין בחומר החקירה ולבדוק מוצגי המאשימה ובמה דברים אמורים ?

(1) לטענת המאשימה לא נפל כל פגם בהתנהלותה שעה שאין כל חובה בחוק לשמר הדגימות. לאחר שמיעת טיועוני הצדדים בנושא מצאתי כי דין טענה זו להידחות. שעה שסעיף 74 לחסד"פ מכיר בראייה הראשית ובמקרה זה החומר הנלקח מתכולת קיבתם של פגרי בעלי החיים כ"חומר חקירה" ושעה שבתי המשפט הכירו בזכות הנאשם לבדוק חומר חקירה זה, גם אם במגבלות ובדרכים שנקבעו בפסיקה, הרי שקמה על המאשימה חובה בדין לשמר ראיות אלו לצורך הצגתם כראיה בבית המשפט ולצורך מתן הזדמנות סבירה לנאשם לבדוקם באמצעות מומחה מטעמו. בהקשר זה אין כל שוני בין מוצג הדגימות ובין מוצגי סם מסוכן שעל התביעה לשמור כראיה ולחילופין להתגבר על הקושי הנעוץ בהרס המוצג המתכלה ע"י מתן אפשרות אמיתית לחשוד/נאשם לבדוק הראיה תוך זמן סביר.

(2) אין מחלוקת עובדתית בין הצדדים כי הדגימות אשר נלקחו מפגרי בעלי החיים שנמצאו ביום פתיחת החקירה נבדקו ימים ספורים לאחר מציאתם בשטח, עוד אין חולק כי דגימות אלו הושמדו בחלוף כשלושה חודשים מיום העברתם לבדיקה. הדבר נעשה, כפי שעולה מעדות ד"ר שמשוני ושעליה לא חולק ב"כ הנאשם, כחלק מנוהל פנימי הנובע מכך שבחלוף שלושה חודשים קיים קושי לעריכת בדיקות נוספות בדגימות לאור התפרקות החומר באופן בו נשמעות (מינוס עשרים מעלות) והעד מאשר כי ניתן לשמרם



חודש עד חודש וחצי נוספים.

(3) המאשימה אף לא טענה בפני כי הודע לנאשם עם הפתיחה בחקירה הפלילית בחקירתו במשטרה בחודש פברואר 2014 ואף לא בתקופה עובר להשמדת הדגימות כי נלקחו דגימות מפגרי בעלי החיים, כי נבדקו הדגימות וכי באפשרותו להגיש בקשה לעריכת בדיקות לדגימות מטעמו.

(4) יתרה מכך, עד התביעה ד"ר שמשוני אישר בהגנותו כי קיימים מצבים בהם דגימות נשמרות בתנאים טובים יותר (מינוס 80 מעלות) לצרכי מחקר למרות גודלן.

(5) בניגוד לטענת ב"כ המאשימה עובר להחלטה מיום 24/5/16 ואף החלטה זו כי הוצאת הדגימות מהמעבדה יסכל בדיקתם שכן החומר נדיף הרי שעד התביעה ד"ר שמשוני שולל חד משמעית טענה זו ומעיד כי אין כל קושי בבדיקת הדגימות במעבדתו שלו, במעבדה חיצונית בישראל או במעבדה בחו"ל וזאת באופן אפקטיבי ותלוי תנאי אחסון מהרגע בו נלקחת הדגימה מרשותו.

(6) החלטת בית המשפט בפרשת אריכה ניתנה שנה תמימה טרם עריכת הבדיקות בתיק שבפני, לא כל שכן השמדתם של הדגימות. עם זאת נראה כי החלטת בית המשפט לרבות דברי כב' השופטת תמר שרון - נתנאל כי ניתן לפתור הצורך בהשמדת הדגימות במתן הודעה בכתב לחשוד עם לקיחת הדגימות תוך העמדתו על זכותו לבקש בדיקתם תוך זמן סביר לא נפלו על אוזן קשבת מצד המאשימה אשר נראה מן העדויות שבפני כי לא יישמה פסיקת בית המשפט בנושא.

ב. עיון בפסיקה אשר הובאה לעיוני בטיעוני הצדדים בעל פה ובכתב מעלה כי בעוד שהעובדות בפרשת אריכה דומות למדי לעובדות שבפני הרי שהפסיקה אליה הפנתה התביעה אינה דומה למקרה שבפני ואין מקום ליישמה בעובדות שנקבעו על ידי לעיל. בהקשר זה אציין כי שונה בתכלית המקרה הנדון בפרשת ג'יסר, שם התיר בית המשפט הגשת דו"חות הבדיקה, שעה שבפרשת ג'יסר נלקחו הדגימות במסגרת הליך מנהלי ולא פלילי (שהרי בהליך פלילי יש לצפות לחקירת חשוד ואפשרות העמדתו לדין על כל המשתמע מכך), הנאשם בפרשה זו התמהמה מאוד בפנייה לעריכת בדיקה מטעמו בניגוד למקרה שבפני בו פעל במהירות עם היוודע עריכת הבדיקות וכן העובדה כי הבדיקות בפרשת ג'יסר נלקחו ונבדקו בשנת 2008 ולפני החלטות בית המשפט בפרשת אריכה ודה מאיו (מחוזי ועליון). בפרשת ג'יסר התריעו הרשויות בפני הנאשמת כי הינה מזהמת השטח כך שהנאשמת לא הופתעה מהצגת בדיקות מעבדה בעניינה - התנהלות שאינה מאופיינת פעילות הרשויות במקרה שבפני שכן יש מקום לקבל טענת הנאשם כי הופתע כאשר נוכח כי נערכו בדיקות וזאת רק לאחר שעין בחומרי החקירה בתיק המאשימה.

ג. כמו כן לא היתה כל מניעה במקרה שבפני להעביר הדגימות לבדיקת ההגנה שכן לפי עדות העד ד"ר שמשוני לא היה לו כל צורך בהמשך החזקת הדגימות וזאת בניגוד לתרחיש העובדתי וטענות התביעה



שהתקבלו בפרשת אדריאן שוורץ. כפי שצינתי הנאשם שבפני לא התמהמה בבקשה לעריכת בדיקה מטעמו כפי שארע בפרשת ציון כהן שם לא פנה המערער בבקשה לבדיקה מטעמו ומעובדות מקרה זה ניכר כי המערער יכול היה לקחת דגימה בעצמו במעמד נטילתה אך לא עשה כן וזאת בניגוד לנאשם שבפני שלא היתה לו כל אפשרות טכנית לעשות כן משנלקחו פגרי בעלי החיים מהשטח למכון הווטרינרי.

יתרה מכך, תמוהה בעיני התנהלות המאשימה שעה שעולה מן העדויות כי אין מוגשים כתבי אישום רבים מאוד בעבירות הרעלת בעלי חיים, קיימת אפשרות טכנית לשמר המוצגים במשך שנה ושנתיים בתנאי קירור מיוחדים (מינוס 80 מעלות) אך קיימת העדפה לעשות בה שימוש לצרכי מחקר ולא להבטחת תקינות ההליך המשפטי ושמירה על זכויות החשוד/נאשם ומן הראוי כי המאשימה תשקול שינוי מדיניות שמירת מוצגיה לצד גיבוש נוהל הודעה לחשוד על זכותו לבדיקת המוצג תוך שלושה חודשים מתפיסתו (ר' בהמשך) והטמעתו של נוהל זה.

ד. לא מצאתי מקום לאמץ הפסיקה מהדין האוסטרלי משלא נפרסה בפני המסגרת הנורמטיבית הנוהגת במדינה זו בנושא מושא המחלוקת שבפני בפן החקיקתי ומשלא נמצא כי קיים קשר ממשי בין הדינים החלים בשתי המדינות.

ה. אכן לא נעלמה מעיני הודאת הנאשם בחקירותיו השונות אך לאור כל האמור לעיל סבורני כי אין מקום במקרה זה להכשיר הפגיעה החמורה בהגנת הנאשם באמצעות תשתית ראייתית נוספת שיכול ותהווה בסופו של יום בסיס להרשעת הנאשם בחלק או בכל עובדות כתב האישום, אם לאו ובטרם נשמעו כלל ראיות הצדדים לרבות פרשת ההגנה ועדות הנאשם אין כמובן לקבוע מסמרות כלשהן בשלב ביניים זה.

ו. מבלי להטיל דופי במומחיות עד התביעה ד"ר שמשוני ומהימנות ממצאיו הרי שהקלות היחסית בה יכול היה הנאשם לבצע בדיקת הדגימות מטעמו באמצעות מעבדה בישראל או מומחה מטעמו ללא כל סיכון כי הדגימות יושמדו או יפגמו, התנהלות המאשימה אשר פגעה ממשית בזכות זו של הנאשם, היעדר אפשרות ממשית בידי הנאשם להוכיח בראיות מדעיות שמא סיבת מותם של כל בעלי החיים שנמצאו או חלקם אינה נעוצה ברעל כלשהו או ברעל הטמיק, מובילה למסקנה כי אין לאפשר במקרה זה הגשת דו"חות המעבדה כראיה במשפט.

ז. לא מצאתי ממש בטיעוני התביעה כי גם בנתיחת גופה בתיק רצח אין מאפשרים להגנה להשתתף באופן פעיל בנתיחה. זאת שכן על פי נהלי המכון לרפואה משפטית עומדת לחשוד הזכות לנוכחות נציג מטעמו בנתיחה בתנאים מוגדרים, זכות שלא הועמדה לנאשם שבפני וכן השוני בין נתיחת גופה לבדיקת דגימות הנעוץ באופייה הבלתי הפיך לא אחת של נתיחת גופה בהגעה אל חקר סיבת המוות ודרך ההמתה להבדיל מהמקרה שבפני שלא יכולה עוד להיות מחלוקת נוכח עדות ד"ר שמשוני כי בנקל ניתן היה לערוך בדיקה מטעם הנאשם מבלי להפריע לבדיקה שנערכה בידי התביעה (וזאת בהתקיים שוני מובנה באספקט השמירה על כבודו של המת באי עריכת נתיחה נוספת על פי רוב).

ח. בניגוד לטענה בגין מחדלי חקירה לה עשויה להיות נפקות ראייתית ובהינתן משקל מכריע לטענה שכזו



אף נפקות מזכה הרי שסעיף 77(א) לחסד"פ עוסק בראיות אשר לא ניתנה לנאשם האפשרות לבדוקם, שעה שהתביעה מבקשת להגיש תוצאות בדיקתם כראיה ואין הדבר דומה למחדל חקירתי בעטיו לא נבדק כלל מוצג שאז אין התביעה מבקשת להגיש הראיה לחובת הנאשם ובמקרה האחרון על בית המשפט לבחון השלכת המחדל על הגנתו של הנאשם בהתייחס לכלל הראיות שהוגשו בפניו. סעיף 77(א) בא לעולם על מנת להגן על זכות יסוד של הנאשם להתגונן בפני ראיות שמגישה התביעה בכלים העומדים לרשותו ובהינתן חוסר האיזון בכוחם של הצדדים בשלב איסוף הראיות טרם המשפט וגיבוש קו הגנה בידי הנאשם נוכח ראיות אלו. הותרת הנאשם עם האפשרות לחקור בנגדית את העד ד"ר שמשוני או להגיש מטעמו חוות דעת מומחה אשר לא בדק הדגימות בעצמו בנסיבות המקרה שבפני תאין הלכה למעשה תכליתה של הוראת סעיף 77(א) לחסד"פ להגן על זכות הנאשם לעיון בחומר החקירה ועל זכותו להליך הוגן באותם מקרים מיוחדים וחריגים כפי שנוכחתי במקרה שבפני.

לאור האמור לעיל איני מתיר הגשתם של דו"חות הבדיקה שערך העד ד"ר שמשוני כראיה במשפט וזאת בהתאם להוראות סעיף 77(א) לחסד"פ ומכאן כי בישיבת ההוכחות הקרובה הקבועה ליום 22/9/16 תישמע פרשת ההגנה.

המזכירות תעביר ההחלטה לצדדים בדחיפות.

ניתנה היום, כ"ז אב תשע"ו, 31 אוגוסט 2016, בהעדר הצדדים.