

## ע"פ 8691/21 - פלוני נגד מדינת ישראל

### בית המשפט העליון

ע"פ 8691/21

לפני: כבוד הנשיאה א' חיות

המערער: פלוני

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בבאר שבע  
מיום 12.12.2021 בתפ"ח 23898-03-19 אשר  
ניתנה על ידי כבוד השופטים נ' זלוצ'ובר וש' פרידלנדר

בשם המערער: עו"ד לימור רוט-חזן; עו"ד רובי גלבוע; עו"ד רועי חמו

### פסק-דין

ערעור על החלטת בית משפט המחוזי בבאר שבע (השופטים נ' זלוצ'ובר וש' פרידלנדר; להלן: חברי ההרכב שפסילתם התבקשה) מיום 12.12.2021 בתפ"ח 23898-03-19 (להלן: ההליך) שלא לפסול עצמו מלדון בעניינו של המערער.

1. ביום 11.3.2019 הוגש נגד המערער כתב אישום המייחס לו שתי עבירות של אינוס לפי סעיפים 345(א)(1) ו-345(א)(4) לחוק העונשין, התשל"ז-1977. לפי הנטען בכתב האישום, המערער עבד במועדון שבו בילו המתלוננות עם חבריהן, כאשר במהלך הביוליו החלו המתלוננות לחוש ברע ובין היתר התקשו לעמוד ביציבות ולדבר. לפי המיוחס למערער, הוא ליווה את המתלוננות בחזרה למלון שבו שהו, ושם בעל אותן ללא הסכמתן החופשית ותוך ניצול מצב של

עמוד 1

2. הליך ההוכחות הסתיים ביום 24.11.2020 וסיכומי הצדדים הוגשו עד ליום 2.6.2021. טרם שנקבע מועד למתן הכרעת הדין, ביום 18.10.2021 פנתה ב"כ המשיבה לב"כ המערער ועדכנה כי ביום 8.4.2019 נערכה בדיקת מעבדה לאיתור סם אונס אצל שתי המתלוננות וכי ממצאי הבדיקות מעלים כי המתלוננות לא היו תחת השפעת סם אונס במועד האירוע. כמו כן, ביום 20.10.2021 העבירה ב"כ המשיבה לידי ב"כ המערער תכתובת דוא"ל ובה תקציר תוצאות מעבדה ופניו שהועברו על-ידי נציגי משרד הבריאות לביצוע דגימות לאיתור סם אונס במעבדה באיטליה (להלן ביחד: המידע החדש).

בעקבות התפתחות זו, פנה המערער לבית המשפט קמא בבקשה לעיכוב מתן הכרעת הדין וטען כי מתברר שבתיק היו קיימות ראיות נוספות כל העת, אך אלה לא הועברו לידי הפרקליטות או לידי ההגנה. המערער טען כי לא מן הנמנע שבעקבות גילוי זה תתבקשנה "פעולות ובקשות נוספות".

3. ביום 28.10.2021 התקיים דיון בהליך שבו טענו ב"כ המערער כי למידע החדש השלכות מרחיקות לכת על אופן ניהול המשפט לרבות ביחס לחקירת המתלוננות. לטענת ב"כ המערער לו היה בידיהם המידע החדש היו מנהלים אחרת את החקירה הנגדית, ולפיכך ביקשו, בין היתר, אפשרות לחקור את המתלוננות פעם נוספת. כמו כן ביקשו ב"כ המערער לקבל לידיהם את תיק הבדיקה שבוצעה במעבדה באיטליה וכן ביקשו לבדוק את שרשרת המוצגים שנבדקו בבדיקת המעבדה באיטליה.

המשיבה טענה כי נקודת המוצא בכתב האישום הייתה שלא נעשה שימוש בסם אונס, וציינה כי מכל מקום ב"כ המערער חקרו את המתלוננות גם ביחס לאפשרות הימצאותו של סם אונס. המשיבה הוסיפה כי אף שאחת המתלוננות אמרה שלדעתה "שמו לה איזה סם אונס או חומרים אחרים", המתלוננות כלל לא ייחסו זאת למערער.

4. בתום הדיון נתנו חברי ההרכב שפסילתם התבקשה החלטה, ובה נדחו בקשות המערער ונקבע, בין היתר, כי מאחר שבכתב האישום לא נטען כי המתלוננות סוממו בסם אונס הנחת המוצא של בית המשפט הייתה כי אכן לא היה סם כזה. חברי ההרכב שפסילתם התבקשה הוסיפו כי אפילו לו יתירו למערער להגיש חוות דעת מטעמו ולחקור את המתלוננות פעם נוספת, לכל היותר תהיה התוצאה כי לא היה סם אונס, והדבר אינו "משנה מהותית" דבר בתיק. בהקשר זה הוסיף בית המשפט כי אין מקום לגרום למתלוננות את עוגמת הנפש שבחקירה נוספת כאשר "אין בכך כל תועלת, ולו מזערית, מבחינת הגנת [המערער]". אשר לבקשת המערער לבדוק את שרשרת המוצגים שבבדיקת המעבדה באיטליה נקבע כי בדיקה כאמור הייתה עשויה להיות רלוונטית לו היה מאותר סם אונס בבדיקה, אך משלא נמצא סם כאמור - אין בבקשה ממש. חברי ההרכב שפסילתם התבקשה הוסיפו כי הם "ערים לכך ש[המשיבה], ככל הנראה, לא פעלה כראוי והראיה הגיעה באיחור רב לידי הפרקליטות" והוסיפו כי "במסגרת הכרעת הדין גם נדון בשאלה אם ועד כמה יש למחדל זה השפעה על הכרעת הדין".

חברת ההרכב השלישית, השופטת ד' כהן, סברה בדעת מיעוט כי היה מקום להתיר למערער לזמן את המתלוננות להשלמת חקירתן. זאת, נוכח טענת ב"כ המערער כי היו מכלכלים את חקירת המתלוננות אחרת לו עמד בפניהם המידע החדש. ביחס לבקשה להבאת ראיות נוספות הצטרפה השופטת כהן לדעת חבריה להרכב (להלן: ההחלטה בבקשה להבאת ראיות נוספות).

5. ביום 1.11.2021 הגיש המערער ערר לבית משפט זה על ההחלטה בבקשה להבאת ראיות נוספות וטען כי שגה בית המשפט קמא בדחותו את הבקשה להעביר לידי את החומרים שביקש (בש"פ 7364/21).

ביום 11.11.2021 קיבל בית משפט זה (השופט י' אלרון) את הערר באופן חלקי. נקבע, בין היתר, כי סוגיית הימצאותו או היעדרו של סם אונס "ריחפה" מעל המשפט, והנושא עלה פעמים רבות במהלך שמיעת הראיות בהליך. כן צוין, בין היתר, כי ישנה מחלוקת עובדתית באשר למצב בו היו נתונות המתלוננות בעת האירוע וכי הממצאים החדשים אינם "חסרי כל חשיבות" ביחס לשאלה זו. אשר על כן, בית משפט זה הורה למשיבה לפעול לאיתור חומרי החקירה הנוגעים לבדיקה שבוצעה לגילוי סם אונס ולהעברתם לידי ב"כ המערער; את תיק המעבדה מאיטליה ושרשרת המוצג; וכן דו"ח מפורט אשר עלה כי התבקש מהמעבדה באיטליה (להלן: ההחלטה בערר).

6. ביום 5.12.2021 הגיש המערער בקשה לפסילת השופטים זלוצ'ובר ופרידלנדר. לטענתו, נוכח טענות המתלוננות באשר לחוסר זיכרון וערפול חושים, בשל חשד שלא הופרך שניתן להן סם אונס, ריחפה מעליו "עננה מחשידה כבדת משקל [...]" שהגבילה באופן ממשי את הגנתו לאורך כל המשפט". המערער ציין כי חברי ההרכב שפסילתם התבקשה דחו את הבקשה להבאת ראיות נוספות וקבעו כי הן אינן רלוונטיות ואין בהן כדי להשליך על תוצאת ההליך. ואולם משנקבע בערר שהגיש כי הראיות שהתבקשו הן רלוונטיות להליך, סבור המערער כי לא ברור כיצד יהא בכוחן של ראיות אלה להשפיע על תוצאות ההליך בעיני המותב שקבע כי הן אינן רלוונטיות. בנסיבות אלה, טען המערער כי מתקיים חשש ממשי למשוא פנים מצד חברי ההרכב שפסילתם התבקשה, וכי דעתם באשר לראיות החדשות "נעולה". לפיכך, לטענתו, עליהם לפסול את עצמם.

המשיבה טענה מצידה כי דין הבקשה להידחות, בין היתר, משום שלעתים גם במקרים שבהם בית המשפט מביע את דעתו מפורשות במתן הכרעת דין או גזר דין, ערכאת הערעור מחזירה את ההליך לבית המשפט לשמיעת ראייה חדשה מתוך "נקודת מוצא כי בשיטתנו יושב על כס המשפט שופט מקצועי, וכי יש ביכולתו לשנות את דעתו".

7. ביום 8.12.2021 ביקש המערער מבית המשפט קמא להשלים טיעון בבקשת הפסלות והוסיף כי יש לפסול את חברי ההרכב שפסילתם התבקשה גם מטעמים של מראית פני הצדק, וכן הוסיף והפנה לפסק-דין בע"א 6858/21 אביוב גולד בע"מ נ' רשות המסים - אגף המכס והמע"מ (2.12.2021) (להלן: עניין אביוב גולד), ובפרט לדברים שנאמרו באותו עניין ולפיהם:

"[המותב] נדרש במסגרת ההחלטה בעניין צירוף הראיות לפוטנציאל של ראיות אלה להשפיע על פסק דינו, והביע בהקשר זה עמדה נחרצת ומנומקת שלפיה אף אם יצורפו הראיות הללו לא יהיה בהן כדי להביא לשינוי התוצאה [...]. אני סבורה כי עמדה נחרצת זו, ובלשון בית המשפט - "אף אם אניח כי יש בראיות החדשות את כל מה שהמערערות מבקשות למצוא בהן, לא יהיה בצירופן כדי לשנות מפסק דיני" - מצדיקה ולו משיקולים של מראית פני הצדק, כי המותב יימנע מלהמשיך לדון בהליך ובראיות שלגביהן כבר הביע מראש דעה נחרצת" (פסקה 7).

8. ביום 12.12.2021 דחו חברי ההרכב שפסילתם התבקשה את הבקשה, וקבעו, בין היתר, כי הגם שהתנהלות המשיבה הייתה בעייתית "אין חידוש בכך שהמעבדה מצאה שלא היה סם אונס, שהרי, למרות חשדות המתלוננות, קיומו של סם אונס לא נטען בכתב האישום וגם לא הוכח בראיות שהובאו לפנינו". משכך הודגש כי ההחלטה בבקשה להבאת ראיות חדשות ניתנה רק ביחס לנושא זה ואף נאמר בה "גם לו נעתרנו לבקשה ו[...] היינו

מתירים מומחים והחזרת המתלוננות לדוכן העדים, לכל היותר היינו מגיעים לתוצאה שאין סם אונס, כי לא היה סם אונס, ואין הדבר משנה מהותית את התוצאות במשפט זה וגם לא משפיע עליהן". חברי ההרכב שפסילתם התבקשה ציינו כי בכך שונה ההליך מעניין אביוב גולד שם קביעות המותב התייחסו לראיות חדשות התומכות בבקשה חדשה שלא נידונה בהליך, וביחס לכך התבטא המותב באופן נחרץ. לעומת זאת בענייננו, כך נקבע, עסקינן בראיה שאינה חדשה "מבחינה מהותית" שכן נקודת המוצא הייתה, כאמור, כי הסיבה למצבן ההכרתי הנטען של המתלוננות לא הוכחה.

חברי ההרכב שפסילתם התבקשה הוסיפו כי אין להתעלם מכך שפסילת שניים מחברי ההרכב בשלב שבו נשמעו הראיות והוגשו הסיכומים עלולה להצריך את שמיעת המשפט המורכב מההתחלה על-ידי הרכב אחר. עוד צוין כי לא ברור מדוע לא התבקשה פסילת ההרכב כולו לפי ההיגיון שבבקשה, וכן הוטעם כי נוכח ההחלטה בערר יישמעו טענות הצדדים גם "בשים לב לדברי בית המשפט העליון שלפיהם לראיות החדשות תתכנה השלכות לא רק בשאלת ההוכחה שלא היה סם אונס אלא גם בנושאים נוספים".

9. מכאן הערעור שלפניי בו חוזר המערער, בעיקרם של דברים, על טענותיו בבקשת הפסלות ובהשלמת הטיעון שהגיש לבית המשפט קמא. לטענתו, הקביעה כי הראיות הנוספת שהבאתן התבקשה אינן רלוונטיות, היא קביעה נחרצת הנוגעת "לנקודת המחלוקת המרכזית השנויה במחלוקת", אשר מאיינת את משקל הראיות הללו טרם שאלה הוגשו. המערער מפנה לקביעה בהחלטה בבקשת הפסלות שלפיה אין מדובר ב"ראיה חדשה מבחינה מהותית", וטוען כי בכך מתגלה דעתם ה"נעולה" של חברי ההרכב שפסילתם התבקשה וכי הדבר מנוגד להחלטת בית משפט זה בערר.

באשר לתמיהת חברי ההרכב שפסילתם התבקשה בנוגע לכך שלא התבקשה פסילת ההרכב כולו טוען המערער כי "לאור המבחנים הכלל כך מחמירים והמצומצמים בעניין פסילת מותב" התבקשה פסילת רק שניים מחברי ההרכב, שכן השופטת כהן "התירה את העדתן החוזרת של המתלוננות. בכך, לדעת המערער, על אף השתייכותה לדעת [הרוב] בעניין התרת הבאת מומחה מטעם ההגנה - טרם ננעלה דעתה".

10. עיינתי בערעור על נספחיו, ובאתי לידי מסקנה כי דינו להידחות. המבחן לפסילת שופט מלשבת בדין קבוע בסעיף 77א(א) (לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ולפיו יש לבחון אם קיימות נסיבות שיש בהן כדי ליצור חשש ממשי למשוא פנים מצד המותב. בענייננו, לא מצאתי כי קיים חשש ממשי למשוא פנים מצד מי מחברי ההרכב. בית המשפט קמא, על דעת שלושת חברי ההרכב, קבע כי אין מקום לאפשר את הבאת הראיות החדשות שהתבקשו ושהוכיחו כי לא היה שימוש בסם אונס - מאחר שנקודת המוצא של בית המשפט קמא הניחה ממילא לטובת המערער שאכן לא נעשה שימוש בסם אונס. בכך נבדל ענייננו מעניין אביוב גולד - שם, במסגרת ההחלטה בבקשת המערערות לצירוף ראיות חדשות דחה המותב את טענתן לאכיפה בררנית וקבע כי גם הראיות החדשות לא יוכלו לשנות ממסקנתו זו. בהליך דנן לעומת זאת התקבלה, כאמור, עמדתו המהותית של המערער, ולפיה אכן לא נעשה שימוש בסם אונס ומשכך, אין ממש בטענה כי קביעת בית המשפט קמא לפיה הבאת ראיות נוספות בעניין זה מיותרת, מקימה חשש למשוא פנים נגד המערער. בהחלטה בערר קבע אמנם בית משפט זה כי יש מקום להתיר את צירוף הראיות, בין היתר, משום שהן אינן "חסרי כל חשיבות" לנקודות המחלוקת בהליך, אך לא מצאתי כי די בעובדה זו כדי לסטות מן הכלל לפיו אין בהתערבות ערכאת הערעור ובהחזרת הדיון למותב כדי להצדיק מניה וביה את פסילת המותב (ראו: ע"פ 6119/20 בושרי נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (8.9.2020)), ואכן חברי ההרכב שפסילתם התבקשה, הבהירו כי החלטתם בבקשה להבאת ראיות נוספות התייחסה רק לעניין האפשרות להוכחת הימצאותו של סם אונס, וכי טענות הצדדים יישמעו כולן בשים לב לדברי בית משפט זה בהחלטה בערר.

11. העובדה שהמערער עתר לפסילת שניים בלבד מחברי ההרכב, חרף העובדה שגם השופטת כהן הסכימה כי יש לדחות את הבקשה להבאת ראיות נוספות (עליה נסב הערר), תומכת אף היא במסקנה זו. הסברו של המערער כי לא ביקש את פסילת השופטת כהן מאחר שסברה כי יש לקבל את עמדתו בסוגיה אחרת, מעורר תמיהה. אם אמנם סבור המערער כי בית המשפט קמא הביע עמדה נחרצת בשאלת הבאת הראיות הנוספות וממנה לא יוכל להשתחרר גם לאחר התערבות ערכאת הערעור, אין רלוונטיות לכך שאחת מחברות ההרכב צידדה בעמדת המערער בסוגיה האחרת.

מן הטעמים המפורטים לעיל, הערעור נדחה.

ניתן היום, י"ז בשבט התשפ"ב (19.1.2022).

ה נ ש י א ה

---