

ת"פ 17577/02/18 - מדינת ישראל נגד זאב כהן, אביתר חיים

בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"פ 17577-02-18 מדינת ישראל נ' כהן ואח'

בפני המאשימה כבוד השופטת אפרת פינק
מדינת ישראל ע"י פרקליטות המדינה, המחלקה הכלכלית
באמצעות עו"ד ערן זלר

נגד
הנאשמים

1. זאב כהן ע"י ב"כ עו"ד ניר לזר
2. אביתר חיים ע"י ב"כ עו"ד עדי ברקאי

החלטה

לפניי בקשת הנאשמים לקבוע כי עדותו של עד תביעה מס' 95, מנהל חטיבת יבוא במחלקת אכיפה ויבוא, במנהל התרופות והמזון האמריקאי, אינה קבילה בהיותה עדות סברה.

מבוא

1. התביעה ביקשה לייתר הבאת שורה של עדים מחו"ל לישראל, באמצעות הסכמות דיוניות. בין היתר, ביקשה לייתר את עדותו של עד תביעה מס' 95, מר ג'ון ורבטן (John Verbeten), מנהל חטיבת יבוא במחלקת אכיפה ויבוא במנהל התרופות והמזון האמריקאי (FDA) (להלן - "**העד**"). חלף זאת ביקשה להסתפק בהגשת הצהרה שערך העד לבית המשפט, באשר להגבלות החלות על הכנסת תרופות לארצות הברית לפי חוק. נוכח טענת ההגנה לפיה ההצהרה אינה קבילה בהיותה עדות סברה, ביקשה התביעה לחלופין להעיד את העד בבית המשפט. ההגנה טוענת כי גם לא ניתן להעיד העד בבית המשפט, בהיות העדות כולה עדות סברה.

2. לטענת התביעה, הצהרת העד רלוונטית וקבילה, ויש לאפשר הגשתה כראיה לאמיתות תוכנה. לטענתה, בתפקידו כמנהל חטיבת יבוא ב-FDA, רכש העד ידע בדיני יבוא תרופות לארצות הברית. עוד טענה התביעה, כי ניתן להוכיח דין זר באמצעות העדת מומחה למשפט או הגשת חוות דעת מטעמו, לרבות מי שרכש מומחיות מהותית מכוח עיסוקו, ומכאן שניתן להוכיח הדין הזר באמצעות עדותו של העד. התביעה אינה מבקשת להגיש ההצהרה כחוות דעת מומחה, ומכאן, שלעמדתה, אין חובה לעמוד בדרישות הצורניות להגשת חוות דעת.

התביעה הוסיפה, שככל שהצהרה לא תוגש כראיה לאמיתות תוכנה, יש לאפשר את עדותו של העד. לעניין זה הדגישה, כי הואיל וההצהרה הועברה להגנה כחלק מחומר החקירה, לא יהיה בעדותו של העד כדי להפגיעה. מכל מקום, לטענת התביעה, אין איסור להעיד אדם על עובדות הידועות לו מתחום עיסוקו, אף ללא חוות דעת מומחה.

3. באי כוח הנאשמים טענו, כי ההצהרה אינה קבילה ומכאן שאין להתיר את הגשתה וגם אין להתיר

עמוד 1

הבאת העד לעדות. לטענתם, יש להוכיח דין זר באמצעות חוות דעת ערוכה כדין של עד מומחה. ההצהרה, לעומת זאת, נערכה בחו"ל, מבלי שהעד הוזהר, חסרה אישור של נציג קונסולרי או דיפלומטי ישראלי, ואינה כוללת את פרטי ניסיונו של העד או את "תיק העבודה" שלו. כן הוסיפו, כי אם אין מדובר בעד מומחה, כעמדת התביעה, הרי שלא ניתן לקבל ההצהרה משום שהיא כוללת את מסקנותיו ביחס לחוקיות ייבוא תרופות, שהן בגדר עדות סברה. עוד טענו, כי ההצהרה אינה קבילה גם משום שאינה מציגה את הדין האמריקאי באופן ברור וחד משמעי, אינה מפרטת התנאים לאי-חוקיות בייבוא תרופה, ואינה מפרטת תשתית עובדתית כלשהי הנוגעת לתיק.

4. הצדדים נתנו הסכמתם כי בית המשפט יעיין בהצהרה על מנת להכריע בקבילותה.

דין והכרעה

העדות שבמחלוקת

5. כאמור, העד, מנהל חטיבת יבוא במחלקת אכיפה וייבוא ב-FDA, העביר הצהרה מיום 23.6.17, באשר להגבלות החלות על הכנסת תרופות לארצות הברית לפי חוק.

לפי ההצהרה בתמצית, חוק המזון, התרופות והקוסמטיקה הפדרלי (The Federal Food, Drug, and Cosmetic Act) ופסיקת בתי המשפט, מגבילים את סוגי התרופות שניתן להכניס לשטח ארצות הברית. הקונגרס חוקק הוראות לעניין יבוא תרופות על מנת ליצור מערכת "סגורה" להפצת תרופות, המסייעת להבטחת אספקת תרופות בטוחה ויעילה. לפי סעיף 801(a) לחוק, לא ניתן להכניס לארצות הברית תרופות שאינן מאושרות או ממותגות כנדרש. תרופות חדשות דורשות אישור ה-FDA לפני שניתן למכרן בארצות הברית. אישור ה-FDA ניתן ליצרן מסויים ולתרופה מסוימת ואך לתרופות המיוצרות לשיווק בארצות הברית, וכתנאי לאישור התרופות נדרשות לעמוד בתנאים רבים שיבטיחו את בטיחות התרופה ויעילותה. לפיכך, ייבוא תרופות שיוצרו לצורך שיווק מחוץ לארצות הברית אסור בהתאם לחוק. יבוא תרופות לא מאושרות או לא ממותגות לתוך ארצות הברית, אסור לפי הדין האמריקאי והעונש עליו הוא עד שלוש שנות מאסר. אסור גם לאדם או ליצרן, שאינו היצרן של התרופה, לייבא תרופות לתוך ארצות הברית, אפילו אם יוצרו מראש בארצות הברית.

אופן הוכחת דין זר - התשתית הנורמטיבית

6. כיצד יש להוכיח את הדין הזר? כידוע, הדין הזר הוא עניין שבועובדה, הטעון הוכחה באמצעות הצגת ראיות. הדרך המקובלת להוכחת הדין הזר, היא באמצעות מומחה (רע"א 7470/20 **Facebook Ireland Limited נ' גל** בפסקה 15 (3.1.22); ע"א 3773/16 **עו"ד איתן ארז בתפקידו כנאמן לנכסי החייבת רחל סופר נ' סופר**, בפסקה 61 לחוות דעתו של השופט שהם (3.10.18); ע"פ 1548/13 **מלכה נ' היועץ המשפטי לממשלה**, בפסקה 33 לחוות דעתו של השופט מלצר (27.1.14); ע"א 6726/05 **הידרולה בע"מ נ' פקיד שומה ת"א 1**, בפסקה י"ד לחוות דעתו של השופט רובינשטיין (5.6.08); רע"א 3924/01 **Hess Form Licht Company נ' הנדסת חשמל כללית בע"מ** (10.2.02); ע"פ 8019/96 **עמיר נ' מדינת ישראל** פ"ד נג(4) 459, 472 - 473 (1999); בג"צ 4562/94 **אבו דקה נ' בית המשפט הצבאי בלוד** פ"ד מח(4) 742 (1994)).

7. מיהו המומחה לעניין הדין הזר? הפסיקה אימצה, לעניין זה, את עמדתו של המלומד פרופ' מנשה שאוה, במאמרו "טיבו ואופן הוכחתו של הדין הזר במשפט האנגלו-אמריקאי ובמשפט הישראלי" **עיני**

עמוד 2

משפט ג 725 (1974), שלפיה המומחה, שבאמצעותו מוכח הדין הזר, יכול להיות אדם בעל השכלה משפטית, או אדם אחר שאינו משפטן, אשר מפאת מקצועו או עיסוקו ניתנה לו ההזדמנות לרכוש ידיעות בדין הזר (**עניין פייסבוק**, לעיל; **עניין מלכה**, לעיל; ע"א 5664/93 **כנען נ' United States of America**, בפסקה 3 לחוות דעתה של השופטת שטרסברג-כהן, פ"ד נא(1) 114 (1997)).

8. כיצד יש להביא בפני בית המשפט את דברי העד המומחה?

לפי סעיף 20 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א - 1971:

"בית המשפט רשאי, אם אין הוא רואה חשש לעיוות דין, לקבל כראיה, בכתב, חוות דעתו של מומחה בשאלה שבמדע, שבמחקר, שבאמנות או שבידיעה מקצועית..."

חוות דעת מומחה מהווה, אפוא, חריג לכלל לפיו עדות המציגה פרשנות, הסברים ומסקנות, היא עדות סברה שאינה קבילה (ע"פ 5672/15 **דיומנקו נ' מדינת ישראל**, בפסקה 16 לחוות דעתו של השופט סולברג (17.12.15); ע"פ 9608/11 **מדינת ישראל נ' פלוני**, בפסקה 10 לחוות דעתו של השופט הנדל (7.7.14); ע"פ 1620/10 **מצנורה נ' מדינת ישראל** בפסקה 13 לחוות דעתו של השופט הנדל (3.12.13)).

סעיף 26(א) ממשיך וקובע כך:

"הוראות סימן זה אינן גורעות מכוחו של בית המשפט לצוות כי מומחה או רופא או עובד ציבור יחקרו בבית המשפט, ובית המשפט ייעתר לבקשתו של בעל דין לצוות על כך".

מהשילוב בין הסעיפים עולה, שבעניינו של עד מומחה נקבע חריג לכלל, לפיו יש לשמוע עדויות בעל פה, המאפשר הגשת חוות דעת מטעם המומחה באופן המייתר עדותו, ככל שבית המשפט לא ציווה על שמיעת העדות וככל שמי מהצדדים לא עתר לשמיעתה (ע"פ 2842/10 **קלדרון נ' מדינת ישראל** (23.1.12); ע"פ 5582/09 **פלוני נ' מדינת ישראל** (20.10.10); ע"פ 141/04 **פלוני נ' מדינת ישראל** (15.3.06)).

9. האם החריג המאפשר הגשת חוות דעת מומחה בלא שמיעת עדותו משמעו כי לא ניתן לשמוע העדות ללא חוות דעת?

תקנה 87 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט - 2018, מחייבת הגשת חוות דעת מומחה בכתב עוד לפני שמיעת הראיות. עם זאת, נפסק כי אף שראוי כי חוות דעת מומחה לדין הזר תיערך כחוות דעת, כפי שנקבע בסעיף 24(א) לפקודה, הגשתו בתצהיר מהווה פגם פרוצדוראלי הניתן לתיקון (רע"א 9745/16 **Comverse Technology Inc נ' דויטש** בפסקה 15 (8.8.17)).

בתחום הפלילי נפסק, כי החובה המוטלת על התביעה להעביר חוות דעת מומחה קודם לעדות המומחה היא חלק מהחובה, לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב - 1982, להעביר להגנה את כל החומר החקירה, כחלק מהזכות להליך הוגן, ועל מנת שלא להפגיע את ההגנה (ע"פ 5582/09, הנזכר; **עניין קלדרון**, הנזכר). גם ביחס להוכחת הדין הזר נקבע, כי התביעה נדרשת להעמיד לעיון ההגנה את חוות דעת המומחה הנדרשת, כחלק מחומר החקירה (**עניין אבו דקה**, הנזכר).

עם זאת, הפסיקה הכירה באפשרות לקבל עדות עד מומחה גם אם לא הוגשה חוות דעת, במצבים בהם המידע הנוגע לעדותו של העד הועבר להגנה כנדרש, הגם שלא בדרך של חוות דעת ערוכה כדין. נקבע בהקשר זה, כי

אף אם שגתה התביעה באי העברה של חוות דעת מומחה כדין, הגשת חוות הדעת שלא בדרך הצורנית המקובלת אינה פוגמת כשלעצמה בחובה להעביר את החומר, לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי, ובלבד שהעד העיד בסופו של דבר (**עניין קלדרון**, לעיל, בפסקה 18(א) לחוות דעתו של השופט ג'ובראן). כן נקבע, כי ניתן לתקן את הפגם שבאי הגשת חוות דעת, בנסיבות אלו, ולו בדיעבד (**ע"פ 141/04**, הנזכר).

10. מכאן, הכלל באשר למומחה - שהוא למעשה החריג לכלל הנוגע לכל עד אחר - ובכלל זאת מומחה לעניין הדין הזר, הוא בהגשת חוות דעת. עם זאת, החריג המאפשר הגשת חוות דעת מומחה באופן שעשוי לייתר את עדותו, אין משמעו, כי לא ניתן לשמוע עדות מומחה בלא שהוגשה חוות דעת מטעמו, ובלבד שתישמר הזכות המהותית למשפט הוגן ולא יהיה בכך כדי להפגיע את הצד שכנגד.

קבילות הצהרת העד

11. העד משמש, כאמור, כמנהל חטיבת יבוא במחלקת אכיפה ויבוא במנהל התרופות והמזון האמריקאי. הואיל וניתן להוכיח את הדין הזר על ידי אדם אחר שאינו משפטן, ושמפאת עיסוקו, קנה מומחיות בדין הזר הרלוונטי להליך זה, על פני הדברים, לעד יש מומחיות בנוגע לדין האמריקאי בתחום יבוא תרופות לארצות הברית. לפיכך, דבריו שמהווים לטענת באי כוח הנאשמים עדות סברה - קבילים, והדין יתמקד באופן הבאת העדות.

12. כאמור, התביעה מבקשת לקבל את הצהרת העד כראיה קבילה להוכחת הדין הזר, המייתרת את עדותו, ולחלופין, להתיר את העדתו כעד מומחה. הבקשה הוגשה בעיצומה של פרשת התביעה, ולאחר שכבר נשמעה עדותם של עשרות עדים.

13. ראשית - לבקשה להגיש הצהרת העד כעדות קבילה חלף עדותו.

הואיל ותכלית עדות העד היא הוכחת הדין הזר, יש להגישה ככלל במסגרת חוות דעת מומחה. עריכת העדות במסגרת הצהרה ולא בחוות דעת מומחה היא בגדר מחדל, שכן הוכחת הדין הזר צריכה להיעשות באמצעות מומחה. כאן המקום להדגיש, כי התביעה אינה טוענת שההצהרה מהווה חוות דעת. מן הראוי היה כי עדותו של העד תיערך במסגרת חוות דעת והיה על התביעה להעבירה לעיון ההגנה עם העברת כלל חומר החקירה, על מנת למלא אחר החובה הקבועה בסעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי.

כאן המקום להעיר, כי התביעה כבר ניסתה להוכיח את הדין הזר באמצעות מומחה למשפט האמריקאי, בדרך של הגשת בקשה חמישית לתיקון כתב האישום, אלא שבקשה זו נדחתה, משום השלב בו הוגשה והחידוש המהותי בחוות הדעת שלא הועברה כחלק מחומר החקירה.

יתר על כן, הכלל שבסעיף 20 לפקודת הראיות, המתיר קבלת חוות דעת מומחה ללא עדות, לא זו בלבד שעניינו בחוות דעת בלבד ולא בהצהרה, אלא שניתן לחרוג ממנו, לפי סעיף 26(א) אם בעל דין ביקש זאת. הואיל ולא הוגשה חוות דעת מומחה במקרה הנדון לא ניתן לייתר את העדות במסגרת הגשת הצהרה, וממילא ההגנה לא מוכנה להסתפק בהצהרה חלף העדות.

מכאן, שלא ניתן לקבל את הצהרת העד כראיה קבילה המייתרת את עדותו.

14. שנית - לבקשה להעיד את העד כעד מומחה, למרות שלא הגיש חוות דעת.

כאמור, היה על התביעה מלכתחילה לערוך את עדות המומחה בחוות דעת, ובכך נפל מחדל. עם זאת, אין בהעדת העד ללא חוות דעת במקרה הנדון כדי לפגוע בזכותם של הנאשמים להליך הוגן, שכן תוכן עדותו הובאה

בפני ההגנה במסגרת חומר החקירה.

ההצהרה שהוגשה לבית המשפט והועברה להגנה כחלק מחומר החקירה כוללת, כאמור, את התייחסות העד למצב המשפטי באשר לייבוא תרופות לארצות הברית, ולענישה המוטלת על המפרים את החוק בעניין זה. תוכן עדותו של העד צפויה לכלול מידע זה, ומכאן, כי באי כוח הנאשמים נחשפו במסגרת העיון בחומר החקירה למידע הנדרש לגיבוש קו ההגנה, וזכותם לחקירה נגדית אפקטיבית לא נפגעת אך בשל הפגם הצורני שנפל.

15. לא נעלמו מעיני טענותיהם של באי כוח הנאשמים בדבר היעדר הפירוט והקושי להסיק מסקנות חד משמעיות מתוך האמור בהצהרה, ומכאן גם מהצפוי להיכלל בעדות. אולם, טענות אלו אינן משליכות על קבילות העדות, אלא על המשקל שיש לייחס לתוכנה - גם אם המשקל יתברר כ"אפסי", כטענתם - ומקומן בהמשך ההליך (ע"פ 1620/10 **מצגורה נ' מדינת ישראל** (3.12.13)). מכל מקום, ברי כי ניתן יהיה לחקור העד לעניין פרטים נוספים החסרים בהצהרה, במהלך עדותו, ככל שתמצא ההגנה לנכון לעשות זאת.

ההגנה גם רשאית לבקש את "תיק העבודה" של המומחה, ככל שישנו, מכוח זכות העיון בחומר חקירה.

סיכום

16. הנה כי כן, אין מקום לאפשר הגשת הצהרת העד כתחליף לעדות קבילה בבית המשפט. עם זאת, ניתן לאפשר עדותו של העד כעד מומחה, משום שרכש במסגרת עיסוקו את המומחיות הנדרשת להצגת דין זר רלוונטי, ותוכן ההצהרה הועבר מבעוד מועד להגנה כחלק מחומר החקירה.

ההחלטה תומצא לצדדים.

ניתנה היום, כ"ג אדר תשפ"ג, 16 מרץ 2023, בהעדר הצדדים.