

ת"פ 41145/03/14 - מדינת ישראל נגד אליהו אביטן (עציר), דון אוזן (עציר), דוריאן דהן,

בית משפט השלום באילת

ת"פ 41145-03-14 מדינת ישראל נ' אביטן ואח'

בפני המאשימה: כב' השופט יוסי טופף
נגד הנאשמים: מדינת ישראל
1. אליהו אביטן (עציר), ת.ז. 300766060
2. דון אוזן (עציר), ת.ז. 203531744
3. דוריאן דהן, ת.ז. 034757252

החלטה

1. לפני בקשה מטעם הנאשמים לפסול עצמי מלישב בדין בתיק דנא, בהתאם לסעיף 77א לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

הרקע לבקשה

2. הליך זה נפתח בכתב אישום המייחס לנאשמים עבירות של החזקה ושימוש בסמים שלא לצריכה עצמית לפי סעיפים 7(א) ו-7(ג) רישא לפקודת הסמים המסוכנים (נוסח חדש), תשל"ג-1973 וסעיף 29(א) לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (ביחס לנאשמים 1 ו-2); יצוא, יבוא, מסחר, הספקה סמים מסוכנים לפי סעיפים 13 ו-19א לפקודת הסמים המסוכנים (ביחס לנאשם 3); שימוש בכוח או באיומים למנוע מעצר לפי סעיף 47(א) לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח משולב], תשכ"ט-1969 (ביחס לנאשם 2); שיבוש מהלכי משפט לפי סעיף 244 לחוק העונשין (ביחס לנאשם 2).

3. ב"כ הנאשמים עתרו לגילוי ראיה חסויה בהתאם לסעיף 45 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, באשר למקום תצפית, שם נצפה "העברת דבר מה בין הנאשם 3 לנאשם 1 ולאחר מכן לנאשם 2". ב"כ הנאשמים טענו כי יש בחיסיון זה, באשר למקום התצפית, כדי לפגוע בניסיונותיהם להגיע לחקר האמת לשם הגנה על חפות הנאשמים.

4. עם הגשת העתירה לגילוי הראיה החסויה התקיים דיון במעמד הצדדים ולבקשתם אף דיונים במעמד כל צד בנפרד. בנסיבות אלו, שוכנעתי כי יש מקום כי בית המשפט יסור אל נקודת התצפית עצמה, כפי בקשת הסנגורים, על מנת שיהא בידי לתצפת אל נקודת היעד מנקודת התצפית הלוטה בחיסיון, בטרם תתקבל החלטה האם יש בחיסיון האמור פגיעה אפשרית בהגנת הנאשמים (ר' פרוטוקול הדיון מיום 13.5.2014).

5. אי לכך, מסרתי לצדדים, כך בהחלטתי מיום 29.5.2014 כי בית המשפט יקיים סיור בשטח בנוכחות קצין המודיעין וללא התצפיתן.

6. לאחר שסיירתי במקום התצפית, בליווי קצין המודיעין, ביקשו הסנגורים מבית המשפט לקיים סיור נוסף, משנסתבר כי מדפי ברזל שהיו בזמנו במקום המתוצפת סולקו ועל כן ביקשו להציבם מחדש, שמא יש בהימצאותם במקום כדי לצמצם את שדה הראיה המתוצפת. בית המשפט נענה לבקשת הסנגורים וקיים סיור נוסף בנקודת התצפית, לאחר שהוצבו במקום מדפי ברזל. בבואי למקום, במסגרת הסיור הנוסף, נוכחתי לגלות כי מלבד קצין המודיעין הגיעו למקום התצפיתן והתובע. בנסיבות אלה ביקשתי מהתצפיתן להראות לי את נקודת התצפית המדויקת ממנה תצפת בזמנו אל נקודת היעד. מלבד זאת, לא נתקיימה שיחה עניינית בנושא הנדון.

7. בדיון שהתקיים ביום 22.7.2014, מסרתי לב"כ הצדדים את החלטתי, לפיה מצאתי לדחות את העתירה לגילוי ראיה חסויה, לאחר ששוכנעתי שאין בחיסיון החל על נקודת התצפית כדי לפגוע בכל דרך בהגנת הנאשמים, היות ומצאתי כי ניתן לתצפת מנקודת התצפית בה עמד התצפיתן, כפי שמסר לבית המשפט, אל המקום המתואר בכתב האישום, לרבות המקומות המפורטים בדו"ח התצפיתן. הובהר לב"כ הצדדים, כי אין בכך כדי לפגוע בזכותם לחקור את התצפיתן במסגרת הליך ההוכחות.

במעמד האמור, נתבקשתי מאת ב"כ הנאשמים לפסול עצמי מלישב בדיון בתיק זה.

הבקשה והתגובה לה

8. הטענה היחידה בבסיס בקשתם של ב"כ הנאשמים, היא כי בעת שבית המשפט יצא לשטח בקשר עם העתירה לגילוי ראיה חסויה, פגש במקום את התצפיתן, הנמנה על עדי התביעה ובניגוד להחלטה קודמת של בית המשפט, ובכך עלול הדבר ליצור חשש ממשי למשוא פנים בניהול המשפט ולפגיעה במראית פני הצדק.

9. ב"כ המאשימה הביעה התנגדות לבקשה וטענה כי מדובר בבקשה לא ראויה ולא הגונה, שעה שבאי

כוח הנאשמים הם אלה שהגישו את העתירה לגילוי ראייה חסויה ובהתאם לדין ולפסיקה המותב שדן בתיק העיקרי הוא המותב שדן בעתירה לגילוי ראייה חסויה ולצורך כך רשאי לבקש הבהרות מהתצפיתן שקיים את התצפית במקום. נטען כי חזקה שהשופט היושב בדין יודע להבחין בין הראיות השונות ואין בכך כדי להביא לפסילתו. עוד נטען כי הבקשה לפסילת המותב נטענה לאחר שבית המשפט פסק כי העתירה נדחית.

דין והכרעה

10. לאחר ששקלתי את כלל טענות הצדדים, באתי למסקנה כי טוב היה לו הבקשה דנא כלל לא הייתה נשמעת, ומשנטענה דינה להידחות.

11. עילת פסלות שופט מלדון בתיק בשל חשש ממשי למשוא פנים היא העומדת בליבת דיני הפסלות. עובר לחקיקת סעיף 77א לחוק בתי המשפט, הקובע כללי פסלות שופט מלישב בדין, פותחו ועוצבו במשך עשרות שנים - בשורה ארוכה של החלטות ופסקי דין, אשר ניתנו על-ידי נשיאי בית המשפט העליון לדורותיו - העקרונות והכללים בדבר פסלות שופט.

כך פסק הדין המנחה בב"ש 48/75 **רחמים ידיד נ' מדינת ישראל**, פ"ד כט(2) 375, שם עתר המערער לפסילת השופט מלישב בדין בטענה כי לשופט דעה קדומה לגבי נשוא משפט המערער, שהינה פרי ממצאיו במשפט קודם, בעטיה עלול השופט לנהוג בחוסר אובייקטיביות. בהידרשו למבחן, לפיו יש לדון בטענת פסלות שופט בנסיבות של דעה קדומה העלולה להטות המשפט, אימץ הנשיא אגרנט מבחן "האפשרות הממשית", בהעדיפו מבחן זה על-פני מבחן "החשד הסביר", בקובעו בעמוד 381 לפסק הדין לאמור:

"מבחן 'האפשרות הממשית' אין משמעותו, כי כדי להסיק בדבר קיום האפשרות של נגיעה כאמור, יש לתהות לפני ולפנים בהלך מחשבותיו (state of mind) של השופט שמבקשים לפסלו; משמעותו היא, שמן הנסיבות החיצוניות הכרחי להתרשם שקיימת אפשרות מאד מסתברת, שאכן נבצר מהשופט לשפוט את דינם של בעלי הדין באובייקטיביות הדרושה."

(ראו גם: מאיר שמגר "על פסלות שופט - בעקבות ידיד תרתי משמע" **גבורות לשמעון אגרנט** (תשמ"ז) 87, עמודים 106-107).

יתרה מזאת, הלכה פסוקה היא, כי אין די בתחושה סובייקטיבית כדי לבסס עילת פסלות, אלא על העותר לפסילת שופט מלישב בדין, להניח תשתית ראייתית אובייקטיבית, ממנה ניתן יהא להסיק כי דעתו של השופט ננעלה וכי לא יתאפשר לו לשפוט משפט צדק (ראו: ע"א 8743/04 **משה בר נר נ' אשר רוט** (ניתן ביום

16.01.2005); בג"צ 2148/94 **אמנון גלברט נ' יושב ראש ועדת החקירה לבדיקת אירועי הטבח בחברון**, פ"ד מח(3) 573, 585; בג"צ 1923/91 **אדוארד רוזנצויג נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה**, פ"ד מו(2) 1, 17-20; ע"פ 184/85 שרעבי נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(1), 446; ע"א 1013/92 **הרוש נ' הרוש**, פ"ד מו(2), 133; ע"א 8019/03 **בזק נ' אובקיידר**, תק-על 2003 (3), 28).

ויודגש, בחינת אמת המידה בדבר חשש ממשי למשוא פנים הינה תמיד בחינה המיוחדת לנסיבות המקרה הנדון (בג"צ 1622/00 **יואב יצחק נ' נשיא בית המשפט העליון**, פ"ד נד(2) 54, 64).

12. אכן, בהחלטתי מיום 29.5.2014 ציינתי כי הסיור ייערך ללא התצפיתן, ועל אף זאת ומבלי שהדבר הובא לידיעתי מראש, נכחו במקום התצפית התצפיתן והתובע. עם זאת, לאור הצורך לבדוק את הנתון הקשור בעתירה לגילויי ראייה חסויה, מצאתי לבקש מהתצפיתן להצביע על המקום ממנו ביצע בזמנו את התצפית ובזאת למעשה הסתכם השיח עם העד. נוכחות התצפיתן והתובע במקום אינה מקימה כל חשש למשוא פנים או פגיעה במראית פני הצדק. אין המדובר במפגש עם עד תביעה במובן זה שהוחלף מידע, אלא כל המדובר הוא בשאלה פשוטה, מחויבת המציאות, לאור כך שבית המשפט היה צריך לבחון את העניין הקשור בצורך של חשיפת הראייה החסויה, היינו מיקומה המדויק של התצפית.

13. יתר על כן, סבורני כי חששם של ב"כ הנאשמים למשוא פנים או לפגיעה במראית פני הצדק, אינו במקומו. ודוק, ב"כ הנאשמים 1 ו-2 היה ידע והסכים שבית המשפט יפגש עם קצין המודיעין, על אף שעדותו תשמע בשלב ההוכחות, וזאת לצורך בחינת הראייה בגינה הוצאה תעודת החיסיון מאת השר, אשר במוקד העתירה, מסר את הדברים הבאים (ר' פרוטוקול הדיון מיום 13.5.2014):

"קצין המודיעין מעבר לעובדה שצריך לבוא לפה בכובע של קצין מודיעין, הוא אמור לבוא לפה גם בכובע של עד. מאחר שבית המשפט ישמע את העד שלא בנוכחותנו, אבקש שבית המשפט יקפיד לשמוע את דבריו לגבי התצפית".

14. למותר לציין כי בתי המשפט הדנים בהליך הפלילי העיקרי, נדרשים חדשות לבקרים לעיין בחומר חסוי במסגרת עתירה לגילויי ראייה חסויה לפי סעיפים 44-46 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971. במקרה שכזה, עסקינן בחומר ראיות אשר ברגיל נחשף אליו שופט בדיון הנסב על חשיפת חומר סודי ועל פי רוב, מעיין בו ומקבל הבהרות אודותיו, לשם החלטה אם לגלותו אם לאו, כך שאף אם השופט מגיע לכלל מסקנה כי אין לגלות את אותו חומר חסוי, אין בזה כשלעצמו להביא לפסילתו, אך בשל חשיפתו לחומר האמור (ר' הנשיא שמגר בע"פ 65/95 **אחמד איחסן נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(1) 832; ע"פ 5207/00 **ענאבה נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 3.10.2000)).

מכאן, קבלת ההבהרה מהתצפיתן באשר למקום עמידתו בנקודת התצפית, היא לבדה, אין בה מניה וביה כדי להביא לפסילת מותב, שכן בית המשפט לא נחשף למסה ראייתית כלשהי שיש בה כדי חשש

למשוא פנים או שננעלה הדעה ביחס לתוצאות המשפט או לפגיעה במראית פני הצדק, בשים לב לאופי ההליך הדיוני בעתירה לגילוי ראיה חסויה.

15. כפי שצוין, מצאתי בנסיבות אלו לדחות את העתירה לחשיפת הראייה, מששוכנעתי כי אותה ראייה, מקום התצפית, אינה חיונית להגנת הנאשמים, וזאת לאחר שביקרתי במקום עצמו, לפי בקשת באי כוח הנאשמים. הלכה ידועה היא כי החלטות דיוניות שאינן לרוחו של מי מן הצדדים אינן יוצרות, כשלעצמן, עילת פסלות. הדרך לתקיפת החלטות מעין אלו היא במסגרת הסדרי הערעור האחרים הנוהגים, ערעור ברשות או בזכות, לפי העניין. עוד נקבע כי שימוש בדרך של בקשה לפסילת מותב לשם ערעור על החלטות דיוניות בעייתי במיוחד בהליכים פליליים, בהם קיים חשש שמא ייעשה שימוש בטענת פסלות וערעור עליה על מנת לעקוף את הכלל, שאינו מאפשר ערעור על החלטות ביניים בהליך הפלילי (ר' ספרו של השופט יגאל מרזל, **דיני פסלות שופט**, (תשס"ו-2006), עמ' 177; ע"פ 7689/01 מופיד ג'מאל טאהא נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 22.10.2001); ע"א 1427/06 פלוני נ' פלוני (ניתן ביום 23.8.2006)).

16. לסיום, אין לי אלא להפנות להלכה הפסוקה המורה כי כשם שחובה על שופט לפסול עצמו מקום שהתנאים מחייבים זאת, כך חובה עליו שלא לפסול עצמו מקום שהתנאים לפסילה אינם מתקיימים. נפסק כי "חובת השיפוט היא חובת השופט", ובנסיבות אלו לא מצאתי כל עילה שיש בה כדי להביא לפסילתי מלישב בדיון (ע"פ 1816/90 גרשוני נ' מדינת ישראל, פ"ד מד (2), 781; ע"פ 5756/95 עתאמנה נ' מדינת ישראל, תק-על 95(4) 199).

17. על יסוד מקבץ האמור - הנני דוחה את הבקשה.

המזכירות תמציא העתק ההחלטה לב"כ הצדדים.

ניתנה היום, כ"ו תמוז תשע"ד, 24 יולי 2014, בהעדר הצדדים.