



בש"פ 6740/13 - מדינת ישראל נגד פלוני

בבית המשפט העליון

בש"פ 6740/13

לפני: כבוד השופטת ע' ארבל

העוררת: מדינת ישראל

נ ג ד

המשיב: פלוני

ערר על החלטת בית המשט המחוזי בתל אביב-יפו
מיום 30.9.13 בע"ח 45174-07-13 שניתן על ידי כבוד
השופט צ' קאפח

תאריך הישיבה: י"א בחשון תשע"ד (15.10.13)

בשם העוררת: עו"ד א' גלבפיש

בשם המשיב: עו"ד ש' סגל; עו"ד ש' ברגמן

החלטה

לפניי ערר על החלטת בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (כב' השופט צ' קאפח) בע"ח 45174-07-12 מיום 30.9.2013, בגדרה הורה בית המשפט לעוררת להעביר לבאי כוח המשיב חומרים מתיק החקירה בעניינו.

1. ביום 29.5.2013 הוגש נגד המשיב כתב אישום לבית המשפט המחוזי, המייחס לו שני אישומים בעבירות אינוס. לפי המתואר בכתב האישום, ביום 15.5.2013 או בסמוך לכך, התארח אהת המתלוננות (להלן: המתלוננת ז') בדירת חברתה (להלן: המתלוננת ז'), ברמת גן. השתיים יצאו למועדון בתל-אביב, שם פגשו במשיב, אשר בינו לבין המתלוננת ז' היכרות קודמת. נטען כי במהלך הערב, בנוכחות המשיב, שתו המתלוננות משקאות אלכוהוליים. בסמוך לשעה 4:00 לפנות בוקר, שבו המתלוננות, ועימן המשיב, לדירת המתלוננת ז'. המשיב נשאר לישון על ספה בסלון הדירה בהסכמת המתלוננת ז', בעוד שהיא והמתלוננת ז' ישנו במיטה בחדר השינה. על-פי כתב האישום, בסמוך לשעה 6:00 בבוקר, נשכב המשיב לצידה של המתלוננת ז' על מיטתה כשמכנסיו מופשלים, והוריד את מכנסיה ותחתוניה, מבלי לקבל את הסכמתה לכך ותוך ניצול מצבה הגופני וחוסר יכולתה לתת הסכמה חופשית או להתנגד. בשלב מסוים קמה המתלוננת ז' מהמיטה ועברה לישון על הספה בסלון. או-אז, פנה המשיב למתלוננת ז', שהייתה שרויה בשינה עמוקה, הוריד את תחתוניה והחדיר את איבר מינו לאיבר מינה בלא הסכמתה או מודעותה למעשים. המתלוננת ז' התעוררה במהלך המעשה ודחפה מעליה את המשיב. לאחר מכן ניגש המשיב בשנית אל המתלוננת ז', אשר ישנה באותה עת על הספה בסלון כשפלג גופה התחתון חשוף, והחדיר את איבר מינו לאיבר מינה בעודה שרויה בשינה עמוקה ואין באפשרותה להביע הסכמה או התנגדות למעשים. בשלב מסוים היא התעוררה, דחפה מעליה את המשיב ופרצה בבכי. ככל הנראה בשלב זה עזב המשיב את הדירה.

2. עוד ביום האירוע התלוננו המתלוננות במשטרה על המעשים המתוארים ונגבו מהן הודעות ראשונות. כמו כן, נבדקו שתי המתלוננות על-ידי ד"ר גיפס במרכז הרפואי "וולפסון", ונערך תיעוד ויזואלי של הבדיקה בהסכמת המתלוננות. ביום 27.5.2013 נערכו למתלוננות ראיונות עד בפרקליטות, במסגרתם הן נשאלו שאלות בנושא האירוע (להלן: ראיונות עד). עיקרי הדברים הועלו על הכתב בתרשומות שנערכו על ידי הפרקליטה. ביום 15.7.2013 הגישו באי כוח המשיב בקשה לגילוי חומר חקירה לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: החסד"פ), במסגרתה ביקשו לעיין בתרשומות העוררת מראיונות העד עם המתלוננות, להעתיקן ולעיין בתיק המכון לרפואה משפטית, לרבות בתיעוד הוויזואלי של הבדיקות שנערכו למתלוננות, אותו ביקשו לקבל לידם (להלן: התמונות). יצוין כי בדיון הראשון שנערך בבקשה בבית המשפט המחוזי, הצהירה באת כוח העוררת כי בהתאם לנוהל הרלבנטי של המכון לרפואה משפטית אין לה התנגדות שמומחה מטעם המשיב יעיין בתמונות, אולם היא מתנגדת להעברתן לבאי כוח המשיב.

3. בית המשפט המחוזי קיבל את בקשות המשיב בהחלטה מיום 30.9.2013. לעניין התמונות נקבע כי נוהל המכון לרפואה משפטית, אשר עוסק ב"עיון מומחה בחומר חקירה רגיש בין כותלי המכון" (אוגוסט 2003) (להלן: הנוהל או נוהל המכון), אינו מסדיר את שאלת זכות העיון של הסנגור, והדעת נותנת שלסנגור זכות עיון בתמונות בטרם יחליט אם יש צורך במינוי מומחה מטעמו. לפיכך, קיבל בית המשפט את בקשת באי כוח המשיב לעיין בתמונות, ככל שהעיון יעשה על-פי הכללים שבנוהל האמור ביחס לעיון על-ידי מומחה. באשר לראיונות העד קבע בית המשפט כי מדובר בחומר חקירה לכל דבר ועניין, שכן החומר מתייחס לשאלות עובדתיות בנוגע לאירוע. לפיכך, גם אם ישנה חפיפה בין האמור בראיונות אלו לבין הודעות המתלוננות במשטרה, התועלת בשימוש בהם נתונה לשיקול דעת הסנגור ואין מקום למנוע את גילויים מן המשיב.

מכאן הערר שבפניי.

טענות הצדדים

4. טענות העוררת מתחלקות לשני ראשים. ראשית, לעניין תרשומת ראיונות העד, נטען כי הכלל שקבעה הפסיקה הוא שלא מדובר בחומר חקירה כהגדרתו בסעיף 74 לחסד"פ, כי אם בתרשומות פנימיות באשר להתרשומות פרקליט מעד. משכך, כלל הוא כי אין לנאשם זכות עיון בהם, אלא אם מהראיונות עולה פרט עובדתי חדש ומהותי. העוררת סבורה כי חריג זה אינו מתקיים במקרה דנן, למעט פרט אחד, אותו הסכימה להעביר לידי המשיב בדרך של פרפראזה או כקטע מן התרשומת (כשיתר המידע יושחר ויוסתר). העוררת טוענת כי החלטת בית המשפט קמא עומדת בסתירה לפסיקה העקבית של בית משפט זה שהכירה בחשיבות ראיונות העד לצורך בירור האמת וניהול תקין של המשפט, וכן בחיוניות השיח החופשי והאמון בין העד לפרקליט לצורך עריכת ראיונות אלו. העוררת מבהירה כי אין בתרשומות הראיונות כדי להוסיף על האמור בחקירות הקודמות של המתלוננות (למעט אותו פרט בודד). במצב דברים זה היא סבורה כי יש להימנע מלפגוע בתכלית הראיונות, ומלהעביר את התרשומות המבוקשות למשיב.

5. לעניין התמונות, העוררת אינה חולקת על כך שמדובר בחומר חקירה, אלא שזכות הנאשם לעיון בו אינה מוחלטת, ובענייננו מתעוררים, לטעמה של העוררת, אינטרסים המצדיקים את הגבלתה. העוררת מעלה שלוש הצדקות למניעת עיון בתמונות על-ידי באי כוח המשיב. הראשון הוא הפגיעה הקשה בזכותן של המתלוננות לפרטיות. נטען כי צילום התמונות הינו אקט פולשני במיוחד, וחשיפתן מהווה חדירה חמורה ביותר לפרטיותן של המתלוננות, וזאת מבלי שקיימת תועלת משמעותית בכך, כפי שיפורט להלן. הצדקה נוספת נוגעת לפגיעה באינטרס ההסתמכות של המתלוננות, אשר חתמו טרם ביצוע הבדיקה על טופס הסכמה לתיעוד, הסכמה שהיא הכרחית לצורך התיעוד, ואשר בהתבסס עליו יכלו להניח כי התיעוד לא יועבר לידי הנאשם ובאי כוחו. שלישית, בהיבט רחב יותר, נטען כי החלטת בית המשפט עלולה להרתיע נפגעות ונפגעי עבירות מין מלהתלונן או מלהיבדק במכון לרפואה משפטית, ובכך להביא לפגיעה באינטרס הציבורי בחשיפת עבירות ובהעמדה לדין של עברייני מין.

לשיטת העוררת, זכותו של המשיב למשפט הוגן אינה נפגעת במקרה זה, נוכח ההסדר המאפשר למומחה מטעמו לעיון בתמונות, ולאור העובדה כי הבדיקות לא גילו ממצאים פתולוגיים. כמו כן נטען כי אין הצדקה אמיתית למתן זכות עיון לבאי כוח המשיב שנעדרים מומחיות כלשהי לבחינת התמונות ולהפקת ממצאים מהן. בהקשר זה, מבקש בא כוח העוררת להבחין בין חוות דעת מומחה המנתח את התמונות, שהיא ראייה רלוונטית להליך ולהגנת הנאשם, לבין התמונות עצמן שמהוות חומר עזר בלבד בעריכת חוות הדעת של מומחה בתחום. לפיכך נטען כי העיון שמבוקש הוא עיון "סתמי", כלשון בא כוח העוררת, שעיקרו בפגיעה בפרטיות, שאין לה הצדקה, היות שהגנתו של המשיב לא תפגע כתוצאה מאי-חשיפת התמונות לבאי כוחו.

6. לטענת המשיב אין מקום לשנות מהחלטת בית המשפט המחוזי. לעניין ראיונות העד נטען כי על-פי הפסיקה, גם כשאין מדובר במידע עובדתי חדש אלא במידע שנמסר במהלך הראיון באופן אחר, יש לשקול האם להעבירו לעיון הנאשם. עוד נטען שבמהלך הדיון בבית המשפט המחוזי קיבלו באי כוח המשיב רשם כי אכן עלו בראיון של אחת המתלוננות פרטים עובדתיים חדשים ומהותיים. כמו-כן, סבורים הם כי מאחר שהראיונות נערכו בטרם הגשת כתב האישום, הדבר מקנה להם נופך של "חומר חקירה". המשיב ביקש מבית המשפט שלא להותיר את ההחלטה בנושא לשיקול דעת התביעה ולבחון בעצמו את תרשומות הראיונות.



7. לענין התמונות הסבירו באי כוח המשיב כי מרשם מבקש לעיין בהן על-מנת להיווכח אם מופיעים בהן פרטים הרלוונטיים להגנתו. פירוט קונקרטי בהקשר זה העבירו באי כוח המשיב בכתב לעיני בלבד, על-מנת להימנע מחשיפת קו ההגנה של המשיב. כן הטעימו כי לצורך הקונקרטי עברו מבקשים הם לעיין בתמונות יכול שלא יידרש מינוי מומחה. מכל מקום, נטען, גם אם יהיה מקום למינוי מומחה מטעם המשיב, אין הוא מהווה תחליף לבאי כוח המשיב, ואין זה מתקבל על הדעת שהללו לא יהיו חשופים לחומר שעומד בבסיס חוות הדעת שמוגשת מטעם מרשם. לשיטתם, הנוהל שותק לענין זכות העיון של סנגור, ומאחר שמדובר במשפט פלילי נקודת המוצא היא שאם לתביעה, לבית המשפט ולמומחים האפשרות לעיין בראיות, גם הנאשם ובאי כוחו זכאים לכך. לכך מוסיפים באי כוח המשיב כי טענת ההסתמכות של המתלוננות על טופס ההסכמה לא נטענה בבית המשפט המחוזי.

דיון והכרעה

8. הערר שלפניי חוסה תחת סעיף 74 לחסד"פ. סעיף זה מעגן את זכותו של נאשם בהליך פלילי לעיין בחומר חקירה שנאסף על ידי גורמי חקירה והתביעה, ואשר עומד בבסיס האישומים נגדו. זכות העיון עומדת בליבת זכותו של הנאשם להליך הוגן. תכליתה של זכות העיון היא להקנות לנאשם כלים והזדמנות אמיתית להתגונן מפני האישומים נגדו, וזו מותנית, מטבע הדברים, בראש ובראשונה באפשרות לבחון את חומר הראיות המצוי בידי התביעה. ככזו, זכות העיון היא בבחינת תנאי בלעדיו אין להליך פלילי תקין. תכלית נוספת שבאה זכות העיון להבטיח הינה האינטרס הציבורי הרחב של תקינות ההליך הפלילי, הוגנותו וחשיפת האמת.

נוכח מהותה ותכליתה של זכות העיון, מגמתה העקבית של הפסיקה היא לפרש את המונח "חומר חקירה" באופן מרחיב, ככולל כל חומר הקשור במישרין או בעקיפין לאישום (ראו בין היתר: בש"פ 9322/99 מסראווה נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 376, 381 (2000); בש"פ 6507/09 קצב נ' מדינת ישראל (13.9.2009) (להלן: פרשת קצב); ע"פ 79/73 לביא ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2) 505, 510 (1974); ע"פ 1152/91 סיקסיק ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(5) 8, 22 (1992); בג"צ 233/85 אל הוזייל נ' משטרת ישראל, פ"ד לט(4) 124, 129 (1985)). לפיכך, תחת המונח "חומר חקירה" יבואו, כמובן, ראיות המצויות ב"גרעין הקשה" של האישום, אך גם ראיות המצויות ב"פריפריה" שלו (בג"ץ התובע הצבאי הראשי נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד נז(4) 625, 633 (2003) (להלן: עניין תצ"ר)); פרשת קצב, פס' 8-9; בש"פ 3152/05 בן יעיש נ' מדינת ישראל (10.5.2005); בש"פ 3221/12 פלוני נ' מדינת ישראל (1.7.2012) (להלן: פרשת פלוני מ-2012)). נדרשת, אם כן, בחינה מהותית וקונקרטית של החומר, כאשר "...תיבחן זיקתו של החומר לאישום ולנאשם, ותיבחן גם האפשרות הסבירה כי תהיה בו תועלת להגנת הנאשם. כל ראייה שיימצא כי עשויה היא להיות רלוונטית לעניין המתברר במשפט, תיכלל בגדר 'חומר חקירה' שחובה למוסרו לעיון הסניגוריה" (עניין התצ"ר, עמ' 635; פרשת קצב, פס' 9).

יחד עם זאת, ברי כי הזכות לעיון בחומר חקירה אינה זכות מוחלטת ולא כל חומר שמצוי בידי התביעה הוא חומר חקירה. גם אם ככלל יש ליתן פרשנות רחבה למונח "חומר חקירה", הרי שמונח זה אינו נטול גבולות. לעניין זה נקבע בפסיקת בית משפט זה מבחן הרלוונטיות, שמתמקד כאמור בזיקה בין החומר שהעיון בו מתבקש, לבין האישום, ומבטיח בכך, לצד יכולת הנאשם להתגונן, גם מיקוד בשאלות הצריכות הוכחה או בירור ושמירה על זכויותיהם של עדים ומתלוננים, כמו-גם על אינטרסים ציבוריים חיוניים אחרים, מקום שאלה עלולות להיפגע אם ימסר החומר לנאשם. מבחן הרלוונטיות מבטא את הבכורה הנתונה לזכות הנאשם לעיין בחומר, אך משקף גם את האיזון הנדרש, מקום שתרומת החומר להגנת הנאשם אינה משמעותית, אך מסירתו לעיונו תביא לפגיעה באינטרסים חשובים אחרים. מסכמים זאת היטב הדברים הבאים:



"חומר חקירה" הוא חומר המצוי בגרעין הקשה של תשתית ראיות התביעה, עליו מבקשת התביעה לבסס את האישום (פרשת זאבי, שם, פסקה 13). המאפיינים העיקריים לסיווג חומר כ"חומר חקירה" כמשמעותו בסעיף 74 לחוק, הם שלושה: ראשית - חומר רלבנטי לאישום; הרלבנטיות מתפרשת בהרחבה; שנית - המושג "חומר חקירה" מתפרש גם על ראיות השייכות לפריפריה של האישום (בש"פ 4157/00 נמרודי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 625 632-3; בג"ץ 233/85 אל הוזייל נ' משטרת ישראל, פ"ד לט(4) 124 129). שלישית - אין לכלול בגדר "חומר החקירה" ראיות שהרלבנטיות שלהן לאישום הפלילי אינה קיימת, או שהיא רחוקה או שולית בלבד (פרשת זאבי, שם; פרשת אל הוזייל, שם, עמ' 129; בש"פ 1372/96 חה"כ הרב אריה דרעי נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1) 177; בש"פ 1355/98 בן ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(2) 1, פסקה 3). לסייג האחרון ישנה חשיבות מיוחדת מקום שחומר מסוים נצבר או נערך במהלך החקירה, אך הוא אינו רלבנטי לאישום, והצגתו לעיון ההגנה עלולה לפגוע בזכויותיהם של אחרים, או להסב נזק לערכים שונים שבאינטרס הציבור (פרשת זאבי, פסקה 13). במצב שבו, מצד אחד, החומר אינו מועיל לקיום משפט הוגן, ומצד שני, הצגתו עלולה לגרום פגיעה בלתי ראויה באדם או בערך ציבורי חשוב, יש למנוע את חשיפתו של החומר לעיון (בג"ץ 620/02 התובע הצבאי הראשי נ' בית הדין הצבאי, פ"ד נז(4) 625). ככל שהזיקה בין טיב החומר לבין השאלות שבמחלוקת במשפט רופפת יותר, כך עולה משקל הפגיעה הצפויה בזכויותיהם של אחרים או בערכים שונים שבאינטרס ציבורי הכרוכים בהצגתו לעיון" (בש"פ 6022/96 מדינת ישראל נ' מזור, פס' 3 (4.9.1996) (להלן: פרשת מזור)).

עקרונות אלו, אשר הוכרו בפסיקה כעקרונות מנחים לבחינת קיומה והיקפה של זכות העיון של הנאשם מכוח סעיף 74 לחסד"פ, הביאוני לכלל מסקנה כי במקרה זה יש לקבל את הערר. הכל כפי שיפורט להלן.

א. תרשומות ראיון עד

9. על דרך השגרה מקיימת התביעה ראיונות עם עדים מטעמה, בין אם כהכנה לעדותם בבית המשפט ובין אם לצורך החלטה אם להגיש כתב אישום. "ראיון העד מסייע לפרקליט במלאכתו בהכנת חומר הראיות שבכוונתו להציג בבית המשפט: הראיון מאפשר לפרקליט לרענן את זכרונו של העד באשר לדברים שמסר בחקירה, ובפרט כאשר בין מועד מסירת העדות בחקירה למועד מסירת העדות במשפט חלף זמן רב. הראיון מאפשר לפרקליט להתרשם במו עיניו מן העד אותו הוא מבקש להעלות על דוכן העדים, בטרם יעלה זה להעיד ובטרם יבקש הפרקליט מבית המשפט ליתן אמון בעדותו של אותו עד. כמו-כן מאפשר הראיון להכין את העד לעדות במובן הרחב כך שידע את הצפוי לו במשפט ובכדי להבטיח כי בעדותו ימסור עדות אמת מלאה, מפורטת ובהירה ככל הניתן" (פרשת קצב, פס' 11; עניין בורוביץ, בעמ' 845). בשינויים המתבקשים, יפים דברים אלה גם לראיון עד שנערך עובר להגשת כתב אישום. כפי שעמדתי על כך בעניין קצב, במצב זה מיועד ראיון העד בעיקר על-מנת לאפשר לפרקליט להתרשם מן העד, מעדותו, ממהימנותו, ומהאופן בו יעמוד בחקירה בבית משפט. חשיבות יתרה יש להתרשמות הבלתי-אמצעית מן העד בשלב זה בתיקים המוכרעים במידה רבה על סוגיות שבמהימנות כתיקי עבירות מין, שבהם לעיתים רבות הראיה המרכזית היא עדות המתלונן.

10. ברגיל, מנהל עורך ראיון העד תרשומת במהלך הראיון. תרשומת זו אינה בגדר פרוטוקול של הראיון. מדובר לרוב בתרשומת



בנוגע להתייחסות העד לנקודות מסוימות בקשר לגרסתו כפי שעלתה בהודעות שנגבו ממנו במהלך החקירה, להתרשמות הפרקליט מן העד ומן האופן בו זכורים לו הדברים, מן האופן בו הוא מוסר אותם ומהתמודדותו עם שאלות שהוצגו לו, ועוד. עוד יכולה להתרשמות לכלול הערות של הפרקליט ביחס לעד או ביחס לאופן ולסוגיות אליהן יידרש בחקירתו, או בחקירתם של עדים אחרים.

11. פסיקת בית משפט זה הכירה בכך שתרשומות פנימיות בתיק החקירה ובתיק המשטרה הן ככלל בגדר תרשומות פנימיות שנועדה לסייע לפרקליט להכין ולעבד את חומר הראיות המצוי בידיו. זאת, כל עוד אינן מכילות מידע מהותי בנוגע לאישום. בכך הכירה הפסיקה באינטרס הציבורי כי עובדי ציבור יוכלו להביע דעתם ולבצע תפקידם באופן חופשי, כך שיתאפשר להם לגבש החלטה מקצועית על פי מיטב הכרתם וניסיונם, ללא מורא.

אם כן, תרשומות של ראיונות עד, ברגיל, אינן מסווגות כחומר חקירה לגביו עומדת לנאשם זכות עיון (פרשת פלוני מ-2012, פס' 4). כמובן, מדובר בחריג לכלל העיון, שכן סביר ככלל שבתרשומות אלו תהיה רלוונטיות לאישום. מעמדן זה של התרשומות כ"תרשומות פנימיות" המוחרגת מזכות הטיעון מלמד על החשיבות שמייחסת הפסיקה לשימור מוסד ראיונות העד, אשר עוד מימים ימימה הוכרה חיוניותו לעבודת התביעה. אכן, קיום ראיון עד אינו רק בגדר זכותה אלא חובתה של התביעה, בהיותה גוף הפועל למען הגשמת אינטרסים ציבוריים של קיום משפט תקין והוגן וירידה לחקר האמת (ע"פ 226/54 אלופי נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ט(3) 1345, 1348 (1955); עניין בורוביץ, בעמ' 845).

ואולם, לצד ההכרה בחשיבות ראיון העד, לא התעלמה הפסיקה מהחששות הכרוכים בקיומו של ראיון עד, ועיקרם בחשש מפני טשטוש גבולות בין ראיון עד, בהתאם לתכליותיו האמורות, לבין פעולות שהיוו למעשה חקירת העד במעמד צד אחד, הדרכתו ועריכת "מקצה שיפורים" של גרסתו בטרם יציגה לבית המשפט, פעולות שלהן כמובן אין מקום (פרשת קצב, פסק 11; פרשת בורוביץ', עמ' 846). כל אלו מהווים "גורמי סיכון" לפגיעה בזכויות הנאשם ולקיומו של הליך הוגן. מכאן, הבהירה הפסיקה כי בניהול ראיון עד, על התביעה מוטלת החובה והאחריות להקפיד בזירות כפולה ומכופלת על גבולות הראיון בהתאם לתכליותיו האמורות. ככל כלל, גם לכלל הגורס כי תרשומות ראיון העד היא תרשומת פנימית יש חריג, כאשר במקרה דנן קיומו של החריג אינו אלא חזרה לכלל המנחה ברגיל: במקרה בו עולה מהראיון פרט עובדתי חדש ומהותי, שלא עלה מגרסת העד במשטרה, יועבר פרט זה לעיון הנאשם. וכפי שהדברים סוכמו בעניין בורוביץ':

"איננו סבורים כי בנסיבות ההליך שלפנינו, יהיה זה נכון לקבוע כללים נוקשים בדבר האופן שבו מוטל על תובע לנהל את הראיונות עם עדיו. די שנאמר כי מחובתו של תובע לשקול ולקבוע, לאור נסיבותיו הקונקרטיות של המקרה הנתון, את גבול המותר והאסור בראיונות שיקיים עם עדיו; תוך שיקפיד להגביל את עצמו לגדר התכליות הלגיטימיות של מוסד הראיון וישמר מפני יצירת חשש לפגיעה בהליך בירור האמת במשפט ובהגנת הנאשם. בקביעת גבול המותר בכל ראיון מוטל על התובע להתחשב, בין היתר, באופיו של העד, בתוכן גרסתו ובחשיבותה לצורך בירור המשפט, במידת החידוש שיש בגרסתו ביחס לאשר מסר בשלב החקירה וכן בשאלה כיצד תשפענה בשאלות שתוצגנה לעד בראיון על תוכן תשובותיו במסגרת עדותו במשפט. למותר להדגיש, כי על התובע להישמר מפני הדרכת העד ביחס לתוכן גרסתו וחלילה לו מלשים דברים בפיו. כן שומה עליו להיזהר מפני הרחבת מסגרתו של הראיון מרענון זיכרון לכדי "השלמת חקירה" יזומה; ואם העד מוסיף בראיון, מיזמתו, פרטים עובדתיים חדשים, העשויים להיות רלוונטיים לכתב האישום ומהותיים, בין לחיזוק עמדת



התביעה ובין לתמיכה בהגנת הנאשם, מוטל על התובע לשקול אם בנסיבות העניין מן הראוי להפנות את העד להשלמת החקירה. מכל מקום, מוטל על התובע לתעד את אותם פרטים נוספים ומהותיים שמוסר העד בראיונו, ולהעבירם, מבעוד מועד, לידיעת הסנגוריה" (עניין בורוביץ, פסקה 61; והשוו לעניין שיבלי).

12. מה טיבה של הדרישה להיות המידע "חדש ומהותי"? בפסיקה נקבע כי לא כל גרסה שתוצג בראיון העד באופן מעט שונה מהאופן בו נמסרו הדברים על ידי העד בחקירה, מקנה לראיון נופך של חקירה והופכת את תרשומת הראיון לחומר חקירה. אכן, אין לצפות מהעד לחזור על המילים בהן השתמש בחקירותיו, או לחוש את אותן התחושות שהובילו להצגה כזו או אחרת של העובדות בעת החקירה (ראו פרשת קצב, פס' 16; פרשת פלוני מ-2012, פס' 4). מנגד, יכול שדווקא בחלוף הזמן יהיו פרטים שיתחדדו ויתבהרו בזיכרוננו של העד, בין פרטים זניחים ושוליים ובין פרטים שיש להם משמעות מבחינת האישום. החריג בו הכירה הפסיקה עניינו אך בפרט עובדתי בעל ערך מבחינת הנאשם, כזה שלא עלה מדברים שמסר העד קודם לראיון או שעלה בקונטקסט אחר המאיר את הדברים באור אחר.

אם כן, ככל שבראיון העד הועלו פרטים חדשים שבנסיבות או על פי טבעם מהותיים הם לאישום ולהגנת הנאשם, יחויב הפרקליט להעבירם לעיונו. וכך כתבתי בפרשת קצב -

"לטעמי אין ספק כי כאשר מדובר בשינויים זניחים, אין התביעה נדרשת לתעד הגרסה ולהעבירה לסנגוריה. בה בעת, איני סבורה כי חובת התיעוד על פרטים שמסר עד בראיון עד והבאתם לידיעת הסנגוריה חלה רק על פרטים עובדתיים חדשים ומהותיים אלא על כל פרט שהתובע סבור על בסיס מומחיותו המקצועית, ניסיונו והשכל הישר, כי על פניו הוא עשוי לסייע לנאשם. כך, תחויב התביעה בתיעוד ובמסירה של חומר שכבר נמסר אולי, אך במהלך הראיון יש לאופן בו הוא נמסר חשיבות להגנת הנאשם, שכן הוא משנה שינוי של ממש, ולא שינוי של מה בכך, פרטים שנמסרו כבר או מעמיד אותם בקונטקסט שונה" (פרשת קצב, פס' 16).

ודוק: העובדה כי בראיון העד מצוי פרט אשר נכנס לגדרי החריג המחייב העברתו לנאשם, אין בה כדי להפוך את התרשומות בכללותן לחומר חקירה. הרציונאל שבאי-מסירת תרשומת פנימית עומד בעינו ואין במסירת פרט חדש, כזה או אחר, כדי לשנות את מהותה של התרשומת כולה. עוד יובהר כי גם אם במקרה מסוים מצאה הפרקליטות לנכון להעביר את התרשומת כולה לנאשם, אין בכך לחיובה לפעול באופן דומה במקרים אחרים.

13. הצדדים נחלקו בשאלת השפעתו של העיתוי בו נערך ראיון העד, על ציר הזמן של ההליך הפלילי, על הגדרת התרשומות מראיון העד כ"חומר חקירה". עיקר המחלוקת נוגע לטענת באי כוח המשיב, כי עריכת ראיון עד בטרם הגשת כתב אישום, כבענייננו, מהווה לכל הפחות אינדיקציה לכך שמדובר בחומר חקירה. טענה זו אין לקבל.

הצורך לערוך ראיון עד עשוי להתעורר בנקודות זמן שונות לאורך ההליך הפלילי. ככלל, ייערך הראיון עובר לעדותו של העד בבית המשפט, אך הוא יכול להידרש גם במהלך הדיונים, בין עדות לעדות, והוא יכול אף להידרש, כאמור, בטרם הוחלט על הגשת עמוד 7



כתב אישום נגד הנאשם, ולצורך החלטה זו, כמו בענייננו. כך או כך, ראיון ייערך תמיד לאחר שהחקירה כבר הושלמה, ומטרתו לעולם אינה חקירה ואיסוף מידע, כי אם סיוע לפרקליט במילוי תפקידו, ובענייננו בחינת גרסתו של העד והאופן בו הוא מוסר אותה, בין היתר לצורך החלטה אם קיים סיכוי סביר להרשעה (בש"פ 687/00 מסיקה נ' מדינת ישראל (3.2.2000) (להלן: פרשת מסיקה); פרשת קצב, פס' 12).

כפי שעמדתי על-כך לעיל, הגדרתו של חומר כ"חומר חקירה" נקבעת, כמתחייב ממהות העניין, אך ורק לאור תוכנו ומהותו של החומר ומידת הרלוונטיות שלו לאישום. אין מדובר בהגדרה "טכנית" כי אם מהותית. ראיון עד שמבוצע בטרם הגשת כתב אישום, נערך ככלל לאחר שהחקירה נסתיימה, על בסיס התשתית הראייתית שגובשה בידי גורמי החקירה והועברה לידי התביעה לצורך קבלת החלטה אם להגיש כתב אישום. כאשר ראיון העד נערך לפני הגשת כתב אישום, מטרתו אינה איסוף ראיות, אלא גיבוש התרשמות הפרקליט מן העד וליבון החומר המצוי בידיו. גם בשלב זה, בדיוק כמו בשלב שלאחר הגשת כתב אישום, הראיון נערך במסגרת ביצוע תפקידה של התביעה. סיכומה של נקודה זו: תכליתו של הראיון ואופיו אינם תלויים במועד בו הוא נערך ואינם משתנים על פיו. כמובן, גם בשלב זה, אם עלה במהלך הראיון פרט עובדתי חדש ומהותי, שומה על התביעה לקבל החלטה האם נדרשת השלמת חקירה, ואם לאו, לתעד המידע ולהביאו לידיעת ההגנה.

יצוין כי משלא עומדת למשיב זכות עיון בתרשומות, מתייתרת ממילא בקשתו להעתקת התרשומות, שכאמור אינן בגדר "חומר חקירה" כהגדרתו בחוק, שכן זכות זו אינה אלא נגזרת של זכות העיון ובהכרח מצומצמת ממנה (ראו לעניין זה פרשת מזור, פס' 4; והשווה בש"פ 6640/06 קרוכמל נ' מדינת ישראל, פס' ט'-י"א (7.9.2006)); בש"פ 19/06 פלוני ואח' נ' מדינת ישראל, פס' 11 (21.6.2006)).

מן הכלל אל הפרט.

14. משהובהר כי תרשומות ראיונות העד אינן באות תחת זכות העיון של הנאשם, אבחן האם ישנם פרטים בתרשומות הראיונות של המתלוננות שהיה על העוררת להעבירם לעיונו של המשיב מפאת שהם בגדר פרט "חדש ומהותי".

15. בדיון בפניי, ציין בא כוח העוררת כי בתרשומות העד ניתן למצוא נתון אחד בלבד אשר, לעמדת העוררת, מחייב העברתו לעיון המשיב בהתאם לעקרונות הפסוקים, ואותו הסכימה העוררת למסור לידיעת המשיב. באי כוח המשיב דחו עמדה זו וביקשו מבית המשפט שלא להותיר את שיקול הדעת בידי התביעה בלבד, ולבחון בעצמו את התרשומות מכוח סמכותו להפעלת ביקורת שיפוטית על החלטות ופעולות העוררת (ראו פרשת קצב, פס' 18). בהסכמת הצדדים, בחנתי את התרשומות תוך השוואתן לחקירות שנערכו למתלוננות. קראתי בעיון רב את תרשומות הראיונות עם המתלוננות, את הודעות המתלוננות בחקירותיהן ובחזרה לתרשומות. מצאתי כי על-פי אמות המידה שנקבעו באשר לעיון בתרשומות פנימיות אלו, בנוסף לאותו פרט שהעוררת הסכימה כבר להעביר לבאי כוח המשיב מלכתחילה (ואשר מצוי בסיפא של פסקה 4 בתרשומת הראיון של המתלוננת צ'), על העוררת להעביר למשיב את האמור בשורה האחרונה בתרשומת הראיון של המתלוננת ז', המתחילה במילה "ידעתי" ומסתיימת במילה "בכלא", וכן את האמור בעמוד 2 לראיון המתלוננת צ', בפסקה המתחילה במילים "בשלב זה" ומסתיימת במילים "בטוחה לגבי".

מעבר לפרטים אלו, מצאתי כי אין בתרשומות דבר חדש ומהותי מעבר לאמור בחקירותיהן של המתלוננות, שנמסרו לעיונם

של המשיב ובאי כוחו. להנחת דעתם של באי כוח המשיב אציין כי בראיון שנערך למתלוננת אשר לגביה נטען כי הפרקליטה סברה שישנם "חורים בזיכרון" (אמירה שככל הנראה הוזכרה על ידי בית המשפט המחוזי ועוררה את חששם), אין כל חידוש מהותי ביחס להודעות שמסרה בחקירתה.

סוף דבר, התביעה תעביר לבאי כוח המשיב את שני הפרטים שצוינו בפסקה 15 לעיל.

א. תיעוד ויזואלי של הבדיקה במכון לרפואה משפטית

16. בכל הנוגע לעיון המבוקש בתמונות, נקודת המוצא היא שונה, שכן אין חולק כי מדובר בחומר חקירה. הדיון בהקשר זה נוגע אפוא לשאלת קיומן של הצדקות לצמצום זכותו של המשיב לעיון בחומר חקירה. הצדקות שכאלה יכולות להיות החשש מפני פגיעה בזכויות של משתתפים נוספים בהליך או באינטרסים אחרים, כאמור. במצבים אלו, מתעורר קושי המחייב את בית המשפט לתור אחר האיזון הראוי בין הזכויות והאינטרסים העלולים להיפגע מעיון בחומר, לבין זכותו של הנאשם למשפט הוגן (פרשת מזור, פס' 3; בג"צ 9264/04 מדינת ישראל נ' בית משפט השלום בירושלים, פס' 12 (6.6.2005) (להלן: בג"צ היומנים); פרשת פלוני מ-2007, פס' 10). איזון נכון יבכר את זכות העיון של הנאשם על פני פגיעה באינטרסים של משתתפים אחרים בהליך, וביניהם מתלוננים, כל עוד נמצא כי מדובר בחומר רלוונטי להגנת הנאשם. ואולם, ככל שהפגיעה ביכולתו של הנאשם להתגונן היא רחוקה ומינורית יותר, תיטה הכף לטובת הגנה על האינטרסים האחרים ובהם הגנת הפרטיות של קורבנות עבירה, חשש לפגיעה בביטחונם של עדים וכדומה (בש"פ 7995/05 להב נ' מדינת ישראל, פס' 12 (10.10.2005); פרשת קצב; עניין תצ"ר, עמ' 636-635).

בענייננו, מוסדר היקף העיון בתמונות המתעדות בדיקות שנערכות במכון לנפגעי עבירה, במסגרת נוהל המכון. כן קיימת התייחסות לנושא זה בטופס ההסכמה עליו חתמו המתלוננות בטרם ביצעו הבדיקות ותיעודן. על פי נוהל המכון, מומחה מטעם התביעה או ההגנה יעיין בתמונות שנלקחו במסגרת בדיקה רפואית-משפטית של נפגעי עבירה בין כתלי המכון וזאת "..." בהסתמך על חוק הגנת הפרטיות, חוק זכויות החולה וחוק נפגעי עבירה, על מנת לשמור על פרטיות קרבן העבירה ובהתאם להבטחה שניתנה לנבדק, טרם בדיקתו" (סעיף 2.2 לנוהל). כן מחייב הנוהל, בסעיף 4.7, חתימה על התחייבות לעיון בחומר ראיות רגיש, על-ידי המעיין. אם כן, הנוהל מאפשר עיון על-ידי מומחה מטעם מי מהצדדים, תוך שהוא מציג איזון – שלטעמי הוא ראוי – בין זכות הנאשם להיחשף לראיות אלה לצורך הגנתו מזה, ולזכותו של המתלוננות לפרטיות מזה.

17. כפי שהוסבר, בקשה מעין זו שבפניי מצריכה בחינת הזיקה של חומר החקירה שהעיון בו מתבקש להגנת המשיב, ואת התועלת להגנתו שתצמח מעיון בחומר (ראו בג"צ היומנים, פס' 13 והפסיקה המוזכרת שם). באי כוח המשיב, בענייננו, מבקשים לעיין בתמונות בעצמם. במענה לתהייה שהועלתה בדבר המסקנות אותן יוכלו להפיק מאותן תמונות, הגישו לי תשובה בכתב, לעיני בלבד, על מנת לא לחשוף את קו ההגנה של המשיב בהליך העיקרי. לפיכך, לא אפרט את טעמי בקשתם, אך אציין כי העיון המבוקש דרוש להם בקשר לסוגיית המהימנות של אחד המעורבים בפרשה. שקלתי הדברים ואני סבורה כי גם אם ימצאו באי כוח המשיב בתמונות את שהם מצפים למצוא, לא יהא בכך כדי להצביע על חפות הנאשם, ביחס לאישומים המיוחסים לו. מעבר לכך, לא שוכנעתי כי מעיון בתמונות על-ידי באי כוחו יצליחו הללו להפיק מידע אשר לא ניתן להשיגו באמצעות חקירת המתלוננות, חקירת המומחה מטעם העוררת, או מומחה מטעמם, בנוסף לחקירת המשיב. משכך, איני סבורה כי הרלוונטיות של העיון בתמונות אלו להגנת הנאשם היא משמעותית, אם בכלל.

18. זאת ועוד. אל מול זכותו של המשיב לעיין בחומר חקירה עומדת, במקרה זה, זכותן של המתלוננות לפרטיות, שכידוע הינה זכות יסוד חוקתית במשפטנו (סעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). כזכור, החומר שהעברתו לעיין המשיב מתבקשת הוא תמונות של אברי המין של המתלוננות, שנלקחו במסגרת תיעוד הבדיקות שנערכו להן בעקבות האירועים מושא כתב האישום. דומני כי לא ניתן לחלוק על כך שהפגיעה בזכות לפרטיות של המתלוננות עם חשיפת התמונות לעיין באי כוח המשיב תהיה חמורה ביותר. הפגיעה בפרטיותן של המתלוננות במקרה דנן מתווספת לפגיעה הבלתי-נמנעת בנפגעות עבירות מין, אשר כרוכה בעצם קיומו של ההליך המשפטי (ראו פרשת פלוני מ-2007, פס' 10; רע"פ 5877/99 יאנוס נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(2) 97, 118 (2004); תצ"ר, עמ' 640; בג"צ היומנים, פס' 12). ברי בהקשר זה כי את הפגיעה בקורבנות העבירה אין להתיר מעבר למתחייב מן הצורך לנהל הליך פלילי תקין.

לכך, מתווספת הפגיעה באינטרס ההסתמכות של המתלוננות. תיעוד הבדיקות הוא פעולה חודרנית ופולשנית אשר כפופה להסכמת הנבדק, אשר ניתנת על גבי טופס הסכמה של המכון. טופס ההסכמה כולל דף הסבר בו נאמר מפורשות כי תמונות אלו יעמדו לעיונו של רופא מומחה, ולעיתים לעינו של בית המשפט, אולם לא יועברו, בשום מצב, לעיין המשיב או באי כוחו. הנחת המוצא הינה כי המתלוננות הסתמכו על האמור בטופס זה בטרם ניתנה הסכמתן ועל כן ממילא ציפיתן היא לקיום האמור בו. (ראו פרשת פלוני מ-2007, פס' 15; והשוו בש"פ 6695/11 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 8 (27.0.2011) (להלן: פרשת פלוני מ-2011)). כאשר עצם הרלוונטיות של החומר המבוקש לאישום - שכאמור אינה חזקה וספק רב אם יהיה בה לסייע למשיב - מקבל שיקול זה משמעות יתרה.

בנקודה זו ראוי לעמוד גם על השלכות הרוחב האפשריות של חריגה מההסכמה שניתנה על-ידי מתלוננות לתיעוד הבדיקות שעברו. ברי כי מתן אפשרות עיון בתמונות מעין אלו, שחשיבותן בתיקי עבירות מין אינה מצריכה הסבר, עלול לעורר חוסר אמון במערכת, להרתיע נפגעות עבירות מין מלשתף פעולה עם גורמי החקירה והאכיפה - שיתוף פעולה שהינו קשה ורגיש ממילא - ובסופו של יום לפגוע באפשרות גורמי האכיפה והמשפט לרדת לחקר האמת ולהביא למיצוי הדין עם עבריינים. זהו אינטרס ציבורי כבד משקל אשר תומך גם הוא באי-מסירת התיעוד לעיונם של באי כוח המשיב, ובפרט בהינתן חלופות שונות לבירור הסוגיה שלשמה מתבקש העיון בתמונות (ראו פרשת פלוני מ-2007, פס' 11).

19. הקביעה כי נוכח ההסדר השלילי הקבוע בנוהל, יש לגזור גזירה שווה מההסדר החל ביחס לעיין על-ידי מומחה מטעם ההגנה לעיין על-ידי באי כוח המשיב, אינה מקובלת עליי. ברי כי לא הנוהל הוא שייקבע את זכות העיון של נאשם, ואולם הנוהל מאזן היטב, כאמור, בין מכלול הזכויות והאינטרסים שעל הפרק. ברי כי בהיבט הפגיעה בפרטיות המתלוננות אין דומה עיון על ידי גורם מקצועי, שנעשה לצורך גיבוש חוות דעתו, לעיין על-ידי באי כוח הנאשם, המבקשים לעיין בתיעוד לצורך אישוש תזה כזו או אחרת. בהינתן הפגיעה הקשה בפרטיות המתלוננות, ובפרט מקום שלא נמצא ממצא פתולוגי כבענייננו, העיקר הינו בכך שלנאשם תהא אפשרות להתמודד עם ממצאי התיעוד במסגרת הגנתו ואף לעשות בהם שימוש. פרטים נוספים שניתן ללמוד מן התיעוד ואינם מלמדים במישרין על ביצוע המעשים המיוחסים באפשרות ההגנה לקבל, כאמור, באמצעות מומחה מטעמה, או באמצעות חקירת המומחה מטעם המדינה או אף חקירת המתלוננות עצמן. באופן זה אין לתביעה יתרון בלתי-הוגן, אין הגנת הנאשם נפגעת וגם הפגיעה בפרטיות המתלוננות אינה עולה על המתחייב.

20. אם כן, מסקנתי היא כי בהתחשב בפגיעה במתלוננות ובאינטרס הציבורי כאמור, ומשלא נוכחתי כי העיון בתמונות נוגע לסוגיות שהרלוונטיות שלהן לאישום מובהקת, ובשים לב לאפשרות מינוי מומחה מטעמו של המשיב שיוכל לעיין בתמונות אם ימצא לנכון, יש



להימנע בנסיבות ממסירת החומר המבוקש לעיון באי כוח המשיב.

לסיכום, דין הערר להתקבל במלואו בכפוף לאמור בפסקה 15 לעיל. החלטתו של בית המשפט המחוזי מבוטלת. העוררת לא תעביר למשיב את החומר הנדרש, לא לשם עיון בו ולא לשם העתקתו.

תוקנה היום, כ' בשבט התשע"ד (21.1.2014).

ניתנה ביום, י"ח בשבט התשע"ד (19.1.2014).