



בש"פ 2565/17 - מדינת ישראל נגד פלוני

בבית המשפט העליון

בש"פ 2565/17

לפני: כבוד השופט מ' מזוז

העוררת: מדינת ישראל

נ ג ד

המשיב: פלוני

ערר לפי סעיף 74(ה) לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב-1982 על החלטת בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופט א' רון) מיום 7.3.2017 בבע"ח 2175-03-17

בשם העוררת: עו"ד רחלי זוארץ-לוי

בשם המשיב: עו"ד אסתר בר-ציון

החלטה

1. ערר לפי סעיף 74(ה) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: החוק או החסד"פ) על החלטת בית המשפט המחוזי בירושלים (השופט א' רון) מיום 7.3.2017 בבע"ח 2175-03-17, בבקשתו של המשיב "לעיון וגילוי חומר חקירה".

2. ביום 18.12.2016 הוגש לבית המשפט המחוזי בירושלים כתב אישום נגד המשיב המייחס לו שורה ארוכה של עבירות מין ואלימות רבות וקשות (אינוס, מעשי סדום, מעשים מגונים, תקיפה ואיומים) שביצע במתלוננת בשנים

עמוד 1



2009-2010 בעת שהמתלוננת הייתה כבת 14-15 שנים, תלמידה בבית הספר בו שימש כרב. על-פי האמור בכתב האישום, המשיב ביצע את העבירות המיוחסות לו במהלך מפגשים בין השניים שהתקיימו ביוזמתו במקומות שונים בבית הספר, בתדירות של 2-4 פעמים בשבוע. המתלוננת התייצבה למפגשים אלה ומילאה את הוראותיו של המשיב בשל חששה ממנו.

3. לאחר הגשת כתב האישום העבירה התביעה להגנה את חומרי החקירה שבידה, וכן הועברו במלואם חומרים הנוגעים לטיפול שעברה המתלוננת - טיפול שבמסגרתו סיפרה על דבר הפגיעה בה על-ידי המשיב - לאחר שהמתלוננת ויתרה על החיסיון לגביהם, וזאת בהתייחס לטיפולים עד למועד הגשת התלונה במשטרה.

4. ביום 1.3.2017 הגיש המשיב "בקשה דחופה לעיון וגילוי חומר חקירה" לבית המשפט המחוזי, בהתאם לסעיף 74 לחסד"פ, במסגרתה טען כי חומר החקירה שקיבל "לוקה בחסר" וכי לצורך הגנתו יש לאפשר לו לקבל חומרי חקירה "מהותיים" נוספים. הבקשה כללה רשימה ארוכה מאוד של חומרים שנתבקשו, ובין היתר:

- א. חומרים רפואיים - "כל מסמך מגורם רפואי במסגרתו תועד מצבה הבריאותי/נפשי של המתלוננת במהלך כל השנים לרבות פסיכולוגים, פסיכיאטרים, רופאי קופת חולים ו/או כל ביקור/טיפול רפואי אחר";
- ב. חומרי טיפול - כל מסמך הקיים אצל המטפלת של המתלוננת, לרבות תכתובות של פגישות שהתקיימו לאחר הגשת התלונה במשטרה, וכן סיכום כל הפגישות של הורי המתלוננת עם המטפלת וכל התרשומות הפנימיות של המטפלת לרבות חומרי טיוטה;
- ג. התיק האישי של המתלוננת בהיותה תלמידה בבית הספר היסודי, וכן התיק האישי של המתלוננת מבית הספר התיכון, לרבות יומן נוכחות, גיליון ציונים, גיליון התנהגות ועוד; ראיון הקבלה לבית הספר התיכון, מערכת השעות של הכיתה בה למדה ומערכת השעות של מורים בבית הספר, פרטי אב או אם הבית והמזכירות שעבדו בתקופה הרלבנטית בבית הספר.
- ד. תיק הרווחה של משפחת המתלוננת;
- ה. תלונות קודמות של המתלוננת בגין פגיעות מיניות בשנים שקדמו להגשת תלונתה נגד המשיב.

בבקשה נטען כי חומרים אלה "נוגעים לליבת האישומים" ונדרשים למשיב לצורך חיזוק וביסוס הגנתו, שכן בתיק זה "מלאכת ההגנה הינה מורכבת ביותר". עוד נטען באשר לחומרים הקשורים לטיפול של המתלוננת, כי אלו ממילא הועברו על-ידי המדינה, כך שלמעשה המתלוננת כבר ויתרה הלכה למעשה על פרטיותה וחסינותה הרפואית.

5. ביום 7.3.2017 התקיים דיון בבקשה בפני בית משפט קמא, במסגרתו הביעה המדינה את התנגדותה לבקשה וטענה כי מרבית החומרים המבוקשים אינם רלבנטיים, כי החומרים המבוקשים אינם בידה וכי מכל מקום על ההגנה לפעול במסלול של בקשה לפי סעיף 108 לחוק, ולא בהליך לפי סעיף 74 לחוק. התביעה הבהירה כי לא היו תלונות קודמות של המתלוננת בגין פגיעות מיניות בשנים שקדמו להגשת תלונתה נגד המשיב. עוד ציינה המדינה כי בא



כוחה של המתלוננת מתנגד נחרצות לבקשה, וביקשה לקבוע מועד אחר לדיון במהלכו תשמע עמדת המתלוננת באופן מפורט בטרם החלטה.

בתום דיון קצר נמסרה במקום החלטתו התמציתית של בית המשפט. לגבי עיקר החומרים שנתבקשו, כולל כל החומר הרפואי והטיפול וכן התיקים האישיים ושאר החומרים מבתי הספר בהן למדה המתלוננת, הורה בית המשפט לתביעה לתפוס את החומרים ולהעבירם לבית המשפט, אשר יבחן אותם ויחליט אם להעבירם להגנה. לגבי מקצת החומרים שנתבקשו (מערכת השעות של הכיתה ושל המורים ותיק הרווחה של משפחת המתלוננת) הורה בית המשפט לאסוף ולרכז את החומר בשלב זה להחלטה בהמשך.

6. על החלטה זו הגישה המדינה את הערר שלפני, במסגרתו היא מבקשת כי תבוטל החלטתו של בית משפט קמא בכל הנוגע לחומרים הרפואיים והטיפולים. לטענתה, המדובר בחומר עליו חל חיסיון ושאינו מצוי בידי התביעה, וכי בהחלטתו חרג בית משפט קמא מההלכה שנקבעה בפסק הדין בבש"פ 8815/15 סעד נ' מדינת ישראל (10.5.2016), שניתן בהרכב שלושה (להלן: עניןסעד), בה נקבע כי ככלל בקשות מעין אלה, צריכות לידון בהליך לפי סעיף 108 לחסד"פ, בפני המותב הדן בתיק, וכי סטייה מכלל זה ודיון במסגרת הליך לפי סעיף 74 לחוק תיעשה רק במקרים חריגים, תוך הנמקה להצדקת ההליך החריג ותוך מתן אפשרות למתלוננים ולמחזיקים בחומר להביע עמדתם. נטען כי בית משפט קמא חרג מהכללים שהתווה הפסיקה, שכן הוא לא ערך כל הבחנה בין החומרים השונים שביקשה ההגנה לקבל, לא נימק את החלטתו ולא פירט מהן הנסיבות החריגות שהצדיקו לקיים דיון בבקשת ההגנה במסלול לפי סעיף 74 לחוק דווקא, נמנע מלאפשר למתלוננת להביע את עמדתה ולא נתן כל משקל לחובה למזער את הפגיעה בה, וכן דן בבקשה מבלי שיש בפניו תמונה בנוגע למצב הראייתי בתיק.

עוד טוענת המדינה כי בקשת ההגנה היא כללית וגורפת וכי קשה לעמוד על הרלבנטיות של כל החומר שהתבקש על-ידה. למעשה, נטען, כי כבר בעצם הוראתו של בית משפט קמא על איסוף החומרים האמורים והעברתם לבחינתו יש משום פגיעה במתלוננת, מבלי לשמוע את עמדתה. המדינה סבורה כי יש להקפיד במיוחד בכל הנוגע לחומר טיפולי שנוצר לאחר הגשת תלונה שכן הטיפול נועד לעזור לנפגע עבירה להתמודד עם השלכות האירוע הקשה שחווה או עם חשיפתו, וקיים אינטרס כבד-משקל לאפשר לנפגע עבירה לקבל טיפול בשלב זה, במהלכו יוכלו להתבטא באופן חופשי בפני מטפליהם תוך מתן אמון שהדבר יישמר חסוי.

7. בדיון לפני חזרה באת כוח המדינה על עיקרי טענותיה דלעיל. הודגש כי הערר מתמקד בחומרים הרפואיים והטיפולים שנתבקשו, וכי מדובר בחומרים שאינם מצויים בידי התביעה. נטען כי הבקשה לגופה היא רחבה מאוד וכוללת, כי בית משפט קמא התעלם בהחלטתו לחלוטין מהנחיות בית משפט זה בענין סעד ללא כל הנמקה, וכן כי החלטת בית המשפט מהווה פגיעה נוספת ומיותרת במתלוננת, העלולה גם להרתיע מתלוננות אחרות. לטענת המדינה, בשלב זה לפחות אין החומרים המבוקשים עונים על הגדרת "חומר חקירה" לפי סעיף 74 לחוק, וככל שבהמשך, במסגרת ההליך העיקרי, יעלה צורך באלו מן החומרים שנתבקשו, תוכל ההגנה אז להגיש בקשה בהליך לפי סעיף 108 לחוק. לבסוף עדכנה באת כוח המדינה כי בבדיקה הסתבר שהחומרים הנוגעים לבית הספר היסודי (התיק האישי, יומן נוכחות וכו') אינם קיימים, ואילו התיק האישי בבית הספר התיכון והחומרים האחרים הכרוכים בכך הועברו לבית המשפט אשר לאחר עיון בהם החליט שאין בהם חומר רלבנטי.

מנגד, טענה באת כוחו של המשיב כי החומרים המבוקשים הם "בליבת כתב האישום" ולכן מדובר בחומר חקירה



לפי סעיף 74 לחוק. אשר לחומר הרפואי, נמסר כי עיקר עניינה של ההגנה בחומר רפואי הנוגע למצבה הנפשי של המתלוננת, ולטיפולים שקיבלה בהיבט זה, לרבות תרופות. אשר לחומר הטיפולי, נטען כי ההגנה מאמינה שהוא כולל חומרים רלבנטיים ביותר, וכי העובדה שהתביעה מסרה חומרים אלה, בהסכמת המתלוננת, לגבי התקופה שעד להגשת התלונה, מוכיחה שגם החומר הטיפולי שאחרי הגשת התלונה הוא רלבנטי.

8. בהחלטתי מיום 22.3.2017 הוריתי על עיכוב ביצוע החלטת בית משפט קמא עד להחלטה בערר.

דיון והכרעה

9. ערר זה בדין יסודו.

10. הסוגיה של האופן בו יש לבחון בקשות הסנגוריה לקבלת חומרים לגביהם עולה שאלה של חיסיון נדונה בהרכב באופן נרחב והוכרעה בעניןסעד, שניתן אך לפני כשנה, לאחר פסקי דין לא מעטים שניתנו במותב של דן יחיד בסוגיה זו. בית משפט זה קבע בענין סעד כללים ועקרונות ברורים לענין זה. וכך סוכם הדברים שם -

"סוף דבר וסיכומי: ...לבית המשפט הדין בבקשה לעיון בחומר חקירה לפי סעיף 74 לחסד"פ, סמכות לדון גם בחומר ראיות שנטען לגבי חיסיון. סמכות זו אינה לשימוש שגרת, אלא כחריג. היא מתקיימת בנוסף לסמכות הקבועה בסעיף 108 לחסד"פ, אך ככלל יש עדיפות ברורה למסלול של סעיף 108" (פסקה ל' לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין).

יודגש כי העדפה זו של ההליך לפי סעיף 108 אינה בגדר חידוש של פסק הדין בענין סעד. העדפה זו קיבלה ביטוי לא פעם כבר בפסיקה קודמת (ראו למשל: בג"ץ 9264/04 מדינת ישראל נ' בית משפט השלום בירושלים, פ"ד ס(1) 360 (2005); בש"פ 8252/13 מדינת ישראל נ' שיינר (2014), להלן ענין שיינר; בש"פ 8685/13 יעקוב נ' מדינת ישראל (29.1.2014); ובש"פ 5190/14 אבו גנאם נ' מדינת ישראל (26.8.2014), להלן: ענין אבו גנאם). השאלה בה נתבקש בית משפט זה להכריע בענין סעד הייתה, אם קיימת כלל סמכות לדון בחומר שחל עליו חיסיון בגדר סעיף 74, וזאת על רקע דעות שונות שהועלו בפסיקה קודמת.

11. בענין סעד ובפסיקה קודמת נמנו טעמים שונים לגישה לפיה דרך המלך להכרעה בבקשות לעיון בחומר המוגן בחיסיון היא זו הקבועה בסעיף 108 לחסד"פ, למרות קיומה של סמכות פורמלית גם לפי סעיף 74. דומה שהטעם העיקרי שהודגש להעדפת המסלול לפי סעיף 108 הוא, "שמסלול זה מאפשר למתלוננים או למי שמחזיק במידע הנוגע אליהם לטעון לפגיעה אפשרית בפרטיות או באינטרס אחר" (ענין סעד, דברי השופטת ד' ברק-ארז). ואולם, כאמור אין זה הטעם היחיד. וכך סוכם הדברים בענין שיינר:

"ד. השיקולים הנדרשים לצורך איזון האינטרסים במסלול של סעיף 74 לחסד"פ ובמסלול של סעיף 108 לחסד"פ דומים. עם זאת, לשוני בין שני המסלולים יש נפקויות רבות, ובין היתר, לגבי עיתוי הבקשה, הפורום הדין בבקשה (המותב בתיק העיקרי או השופט התורן), הזכות לערר, והאפשרות לבחינה מוקדמת של החומר על ידי ההגנה. אחת הנפקויות החשובות היא, שבמסגרת סעיף 108 נשמע קולה של המתלוננת או של צדדים שלישיים המחזיקים ברישומים הנוגעים למתלוננת (כמו פסיכולוג או עו"ס).



ה. החוק אינו קובע מנדטורית כי כל אימת שמועלית טענה לחסיון החומר, הבדיקה חייבת להיעשות במסגרת סעיף 108 לחסד"פ. הנטייה כיום בפסיקה היא להעדיף את המסלול של סעיף 108 לחסד"פ, תוך הבחנה בין חומר הנמצא בליבת המחלוקת ואשר צריך להיות בידי התביעה או בשליטתה - שאז יידון במסגרת סעיף 74 לחסד"פ - לבין חומר שאינו בליבת המחלוקת ולא מצוי או צריך להיות מצוי בידי התביעה, שאז המסלול הוא על פי סעיף 108 לחסד"פ.

ו. נקודת המוצא המוצעת על ידינו, ואשר ניתנת לסתירה: כאשר החומר אינו בידי התביעה וכאשר החומר המבוקש נהנה מחסיון (סטטוטורי או פסיקתי), ראוי להעדיף את המסלול של סעיף 108 לחסד"פ, ולו על מנת לאפשר זכות טיעון לצד שעלול להיפגע מחשיפת החומר.

ז. יש לבחון את כנות הבקשה לחשיפת החומר הנוגע למתלוננת, שמא מדובר בצעד טקטי או בבקשה המעוגנת בסטריאוטיפים ובדעות קדומות. ראוי כי השופט היושב על מדין יבחן זאת.

ח. הסודיות והדיסקרטיות של טיפול נפשי הם ביסוד הטיפול. חשיפה של סוד שיח מתלוננת-מטפל, עלולה לפגוע באינטרס החברתי החשוב של עידוד תלונות על עבירות מין ושל שיקום הקרבן.

ט. באיזון האינטרסים יש לקחת בחשבון כי חסיון מטפל-מתלוננת הוא אמנם יחסי אך אינו פרוץ לכל רוח. הסרת החסיון צריכה להיעשות בזירות וברגישות ובמידתיות, בהתחשב בכך שזכותה של המתלוננת לכבוד ולפרטיות היא זכות יסוד חוקתית. בחשיפת החומר לעיני בית המשפט בלבד, יש כדי להפחית בעוצמת הפגיעה אך לא לאינה... (ענין שיינר, פסקה 45).

12. בהחלטה באשר למסלול הנכון לבחינת בקשה לחומר חקירה יש לתת את הדעת לשלוש אבחנות רלבנטיות: האחת, אבחנה בין חומר חקירה המצוי בידי התביעה או גורמי החקירה לבין חומר המצוי בידי גורם חיצוני; השניה, אבחנה בין חומרים שהרלבנטיות שלהם לכתב האישום היא ישירה ומובהקת לבין חומרים המצויים בפריפריה הרחוקה של הזיקה לכתב האישום אם בכלל; שלישית, אבחנה בין חומר חקירה "רגיל" לבין חומר חקירה לגביו מתעוררת שאלה של חיסיון, סטטוטורי או פסיקתי, שחשיפתו עלולה לפגוע בחיסיון, בזכויות קורבן העבירה ובאינטרסים מוגנים של צדדים שלישיים.

לדעתי, כל אחד מהשיקולים הנ"ל - שאין מדובר בחומר שבידי התביעה או בשליטתה, שמדובר בחומר שזיקתו לאישום רחוקה אם בכלל, ובמיוחד השיקול שמדובר בחומר המעלה שאלות של חיסיון - עשוי להצדיק ולחייב, כשלעצמו, בירור הבקשה בהליך לפי סעיף 108 דווקא, ובוודאי צירוף יחד של כמה מהשיקולים האמורים.

13. בענייננו דומה כי נתקבצו יחדיו כל המאפיינים והשיקולים המובילים למסקנה ברורה ומובהקת שמקומה של בקשת ההגנה לחשיפת המסמכים הרפואיים ומסמכי הטיפול במתלוננת הוא בהליך לפי סעיף 108 לחסד"פ, ולא בהליך לפי סעיף 74.

ראשית, כפי שהובהר ואין על כך מחלוקת, מדובר בחומרים שאינם מצויים בידי התביעה או בשליטתה (בידי גורמי החקירה), וממילא מדובר בחומרים המעלים שאלות הנוגעות לאינטרסים של בעל המידע ושל מי שמופקד על שמירתו. בנסיבות כאלה נקודת המוצא היא כאמור שיש לנקוט בהליך לפי סעיף 108 המאפשר לאותם צדדים שלישיים להציג את עמדתם (ענין שיינר; ענין סעד; ענין אבו גנאם, פסקה 14).

שנית, מלכתחילה בקשת ההגנה הייתה רחבה מאוד וכללית מאוד, מעין "ירי עיוור לכל הכיוונים" בתקווה לפגוע במשהו בעל רלבנטיות. בקשה כזו אינה עומדת לדעתי בדרישה המינימלית לבקשת חומרי חקירה, וזאת אף אם נתעלם



מהרגישות הייחודית של חומרים רפואיים וטיפולים. כבר נפסק לא פעם כי -

"אין להרחיב את גדרו של 'חומר חקירה' על חומרים שהרלבנטיות שלהם להגנת הנאשם היא ערטילאית, רחוקה, שולית או ספקולטיבית, ואל לו לבית המשפט להתיר לסנגור להפליג למרחקים ולערוך 'מסע דיג' (fishing expedition) בלתי מסוים ובלתי ממוקד מתוך תקווה ספקולטיבית שמא ימצא בחומר המבוקש דבר מה העשוי לסייע להגנה" (בש"פ 2886/16 גורבאן נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (11.5.2016), להלן: ענין גורבאן; בש"פ 2463/17 עבדאללה נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (3.4.2017); בג"ץ 233/85 אל הוזייל נ' משטרת ישראל, פ"ד לט(4) 124 (1985)).

שלישית, הבקשה מתייחסת לחומרים רגישים - רפואיים וטיפולים - המעלים שאלות של חיסיון וצורך בעריכת איזון בין הזכויות של בעל המידע הרפואי והטיפולי, שהוא בענייננו גם נפגע העבירה, לבין האינטרס של הנאשם לאפשר לו הגנה אפקטיבית. כמצוין כבר לעיל, הבקשה של המשיב בענייננו, גם לגבי חומרים רפואיים וטיפולים, הייתה רחבה מאוד ובלתי מסוימת והשתרעה על "כל מסמך מגורם רפואי במסגרתו תועד מצבה הבריאותי/נפשי של המתלוננת במהלך כל השנים לרבות פסיכולוגים, פסיכיאטרים, רופאי קופת חולים ו/או כל ביקור/טיפול רפואי אחר", וכן על כל מסמך או הקלטה של הטיפול שעברה המתלוננת לאחר התלונה, לרבות תרשומות של המטפלת מפגישות אלה, ולרבות חומרי טיטה, וכן סיכום כל הפגישות של הורי המתלוננת עם המטפלת. בקשה כזו מציפה במלוא עוצמתו את השיקול להעדפת ההליך לפי סעיף 108, המאפשר לנפגעים מחשיפת החומר - ובהם המתלוננת, הוריה וכן המטפלת - להשמיע את עמדתם בפני בית המשפט. לכך יש להוסיף כי יתרון נוסף בהליך לפי סעיף 108 נעוץ בכך שהוא מתקיים בפני המותב הדין בתיק העיקרי ובשלב בו לבית המשפט תמונה טובה יותר של התיק וחומר הראיות, וממילא באפשרותו לבצע בחינה טובה יותר באשר לרלבנטיות של החומר ובאשר לאיזון האינטרסים העדין הנדרש בין האינטרס של הנאשם בניהול הגנתו לבין האינטרסים של מי שעלול להיפגע מחשיפת החומר.

14. למרות כל האמור, בית משפט קמא לא מצא לקבל את טענת המדינה כי מקומה של הבקשה הוא בהליך לפי סעיף 108, ואף לא להיענות לבקשה לדחות את המשך הדיון על מנת לאפשר למתלוננת להסביר את נימוקי התנגדותה לחשיפת החומרים. החלטת בית המשפט היא תמציתית ביותר, ואינה כוללת כל הנמקה מדוע מצא בית משפט קמא לנכון להתעלם מן ההלכה של בית משפט זה, לפיה בקשות מעין אלה מקומן ככלל בהליך לפי סעיף 108 ולא בהליך לפי סעיף 74, וזאת בנסיבות בהן על פני הדברים מתקיימים כל השיקולים לנקיטה בהליך לפי סעיף 108 דווקא.

15. אשר על כן, הערר מתקבל, והחלטת בית משפט קמא מבטלת בזה בכל הנוגע לחומרים הרפואיים והטיפולים אותם הורה בית המשפט לאסוף ולהעביר לעיונו.

ניתנה היום, ט"ו באייר התשע"ז (11.5.2017).

ש ו פ ט