



בש"פ 8815/15 - העורר: נור סעד נגד המשיבה: מדינת ישראל

בבית המשפט העליון

בש"פ 8815/15

לפני: כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין

כבוד השופט א' שהם

כבוד השופטת ד' ברק-ארז

העורר: נור סעד

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערר על החלטתו של בית המשפט המחוזי בנצרת (השופט סאב דבור) מיום 22.11.15 בבע"ח 430-55-08-15

תאריך הישיבה: כ"ז באדר א התשע"ו (7.3.16)

בשם העורר: עו"ד איתי פרג'ון; עו"ד טל ענר

בשם המשיבה: עו"ד נעמי גרנות

פסק-דין

המשנה לנשיאה א' רובינשטיין:

א. ערר על החלטתו של בית המשפט המחוזי בנצרת (השופט סאב דבור) מיום 22.11.15 בבע"ח 430-55-08-15.

עמוד 1



עניינו של הערר בפרשנות סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי, תשמ"ב-1982 (להלן חסד"פ) באשר לסמכותו של בית המשפט הדן בבקשה לעיון בחומר חקירה לפי סעיף זה, להחליט בנוגע לחומר ראיות שחל עליו חיסיון. בנושא זה הובעו דעות שונות בבית משפט זה בהחלטות שופטים, ועל כן הועבר להכרעת הרכב.

רקע

ב. ביום 14.7.15 הוגש כנגד העורר כתב אישום המייחס לו עבירה של חבלה בכוונה מחמירה ותקיפה סתם לפי סעיפים 329(א)(1) ו-379 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 בהתאמה. ביום 27.7.15 הגיש העורר בקשה לקבלת חומר חקירה, שבה עתר לקבלת גיליון הרישום הפלילי של המתלונן, לרבות רשימת תיקי מב"ד ורשימת תיקים סגורים. כן התבקש תיקו הרפואי, הסוציאלי והפסיכיאטרי של המתלונן. ביום 5.8.15 הודיעה המשיבה כי הרישום הפלילי של המתלונן, ככל שזה קיים, אינו רלבנטי להגנת העורר, וכי העורר לא הצביע על נימוק המצדיק היעדרות לבקשתו לעיון ברשימת תיקי המב"ד והתיקים הסגורים. באשר לחומר הרפואי, הסוציאלי והפסיכיאטרי נטען, כי מדובר בחומר חסוי שאין הצדקה להתיר חשיפתו, שכן זו עלולה להוביל לפגיעה בזכותו של המתלונן לכבוד ולפרטיות.

ג. ביום 23.8.15 עתר העורר לקבלת חומרים אלה לפי סעיף 74 לחסד"פ. לאחר קיומו של דיון בסוגיה, דחה השופט דבור ביום 22.11.15 את הבקשה. אשר לרישום הפלילי, לרבות רשימת תיקי מב"ד ותיקים סגורים, נקבע, כי אין מדובר בחומר רלבנטי, ומכל מקום, לאחר עיון בו נמצא, כי אין בו כדי לסייע לעורר בהגנתו. הוסבר, כי "באיזון בין זכות המבקש למשפט הוגן ולמתן אפשרות לנהל את הגנתו כדבעי לבין הזכות של המתלונן לשמור על פרטיותו, ידו של המתלונן כאן, על העליונה". באשר לחומר הרפואי, הפסיכיאטרי והסוציאלי נקבע, כי הנתיב הרלבנטי הוא סעיף 108 לחסד"פ הקובע, כי "בית המשפט רשאי, לבקשת בעל דין או מיזמת בית המשפט, לצוות על עד שהוזמן או על כל אדם אחר להמציא לבית המשפט במועד שיקבע בהזמנה או בצו, אותם מסמכים הנמצאים ברשותו ושפורטו בהזמנה או בצו". צוין, כי כדי לחשוף מסמכים, שגילויים עלול להוביל לפגיעה ממשית בזכות לפרטיות, יש להצביע על זיקה ממשית לסוגיות הנדונות בהליך הפלילי ועל היות החומר בלזז המחלוקת. נוכח האמור נקבע, כי חשיפת החומר באמצעותו של מסלול סעיף 74 "תהווה פגיעה קשה בפרטיות המתלונן, שאין להתירה ואין ליתן לה יד, אלא במקרים המתאימים ועל פי הערוצים, כפי שהותוו בדיון".

הערר

ד. מכאן הערר שבפנינו. ביום 4.1.16 הועבר הערר לבקשת המשיבה לדיון בפני הרכב על ידי השופט מלצר. ביום 29.2.16 הודיע העורר, כי לאחר שיקול דעת נוסף אינו עומד על בקשתו בכל הנוגע לרישום הפלילי של המתלונן, וכי הוא חוזר בו מרכיב זה של הערר. השאלה שנותרה לבחינתנו היא איפוא האם לבית המשפט הדן בבקשה לעיון בחומר חקירה לפי סעיף 74 לחסד"פ סמכות לדון ולהכריע בעניינו של חומר ראיות, שעשויה להתעורר לגביו טענת חיסיון. כאמור, נדון נושא זה בעבר, כפי שיפורט, אך לא היתה אחידות בפסיקה.

לשם הנוחות נביא כבר עתה את סעיפי החוק הרלבנטיים. סעיף 74 לחסד"פ כנוסחו כיום מעגן את זכות הנאשם לעיון בחומר חקירה:



"(א) הוגש כתב אישום בפשע או בעוון, רשאים הנאשם וסניגורו, וכן אדם שהסניגור הסמיכו לכך, או, בהסכמת התובע, אדם שהנאשם הסמיכו לכך, לעיין בכל זמן סביר בחומר החקירה וכן ברשימת כל החומר שנאסף או שנרשם בידי הרשות החוקרת, והנוגע לאישום שבידי התובע ולהעתיקו.

(ב) נאשם רשאי לבקש, מבית המשפט שאליו הוגש כתב האישום, להורות לתובע להתיר לו לעיין בחומר שהוא, לטענתו, חומר חקירה ולא הועמד לעיונו.

(ג) בקשה לפי סעיף קטן (ב) תידון לפני שופט אחד ובמידת האפשר היא תובא בפני שופט שאינו דן באישום.

(ד) בעת הדיון בבקשה יעמיד התובע את החומר שבמחלוקת לעיונו של בית המשפט בלבד.

(ה) על החלטת בית משפט לפי סעיף זה ניתן לערור לפני בית המשפט שלערוור שידון בערר בשופט אחד; הערר יוגש בתוך 30 ימים מיום שניתנה החלטת בית המשפט, ואולם בית המשפט רשאי להאריך את המועד להגשת הערר מטעמים שיירשמו.

(ו) אין בסעיף זה כדי לפגוע בהוראות פרק ג' לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971."

סעיף 78 לחסד"פ שעניינו "חומר סודי" קובע כך:

"הוראות סעיף 74 אינן חלות על חומר שאי-גילוי מותר או שגילוי אסור לפי כל דין, אולם הוראות סעיף 77 חלות עליו".

ה. לטענת העורר, המותב הדין בבקשות לחומר חקירה מכוח סעיף 74 לחסד"פ מחזיק בסמכות גם לדון בשאלה האם חומרים שחל עליהם חיסיון מהוים "חומר חקירה" אם לאו. לטענתו, סעיפים 74(ו) ו-78 שהובאו מעלה, אינם מסייגים את סמכות בית המשפט, אלא מייבאים את דיני החיסיון לפרוצדורה הספציפית בסעיף 74. צוין, כי בית המשפט הדין בשאלת הרלבנטיות של החומר לצורך בחינת היותו "חומר חקירה" מוזהר בסעיף 74(ו) שעליו להתחשב גם במגבלת החיסיון; אך אם יתקיימו התנאים המהותיים להסרת חיסיון, וגם ימצא שהחומר רלבנטי להגנת הנאשם, ניתן יהיה להעמידו לעיונו. אשר לסעיף 78 נטען, כי זה מתייחס לנוסח סעיף 74 טרם תיקון החסד"פ במסגרת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 19) תשנ"ה-1995 (להלן תיקון מס' 19), שבו נוסף בין היתר סעיף 74(ו), כי סעיף 78 לא נשמט מן החוק עקב שגגה, וכי יש לפרש את סעיף 78 באופן שבו מפרשים את סעיף 74(ו).

ו. עוד נטען, כי אף התכלית ביסוד סעיף 74 לחסד"פ תומכת בפרשנות העורר, שעיקרה היא מיצויים של הליכי גילוי מסמכים בהליך הפלילי כדי לקדם את עשיית הצדק, תוך שמירה על זכויות הנאשם באמצעות קיום "דין מקדמי, נפרד מההליך העיקרי, ממצה [זכות ערר ייחודית] ומושכל [עיון בחומר שבמחלוקת]". נומק, כי הגיונו הפנימי ומבנהו של החוק תומכים בפרשנות, שלפיה יש לחתור ככל האפשר לבירור ממצה וסופי של סוגיית חומר החקירה בשלב המקדמי של המשפט, ולא תוך כדי ניהולו. נאמר גם, כי ראוי שהבקשה תידון בפני שופט תורן שאינו המותב הדין בתיק העיקרי, וכך תימנע חשיפת הערכאה הדיונית לראיות העלולות להזיק להגנת הנאשם. יתר על כן, על ההחלטה במסגרת סעיף 74 יש זכות ערר, וכך יוכל הנאשם למצות מבחינתו את בירור המחלוקת. לבסוף הוטעם, שסעיף 74 מאפשר לעיין בחומר השנוי במחלוקת ולקבל החלטה מושכלת בדבר סיווגו, שכן שופט הדין במסגרת סעיף זה יכול לקבל תמונה רחבה



בתחילת הדרך. יתר על כן, הדיון במסגרת סעיף 74 נערך בהליך נפרד, כך שבית המשפט יכול לעיין בחומר שגילויין מתבקש, ככל שימצא לעשות כן, ולתת החלטתו ביישוב הדעת.

טענות המשיבה

ז. לטענת המשיבה, סעיפים 74(ו) ו-78 לחסד"פ מוציאים כל חומר חסוי מגדרו של סעיף 74 לחסד"פ; והסמכות לדון ולאפשר עיון בחומרים אלה נתונה אך ורק לבית המשפט הדן בתיק העיקרי בהתאם לסעיף 108 לחסד"פ.

ח. נטען, שפרשנות המבקשת להרחיב את סמכותו של בית המשפט הדן לפי סעיף 74 לחסד"פ גם לבקשות לחומרים שחל עליהם חיסיון, מחייבת את בית המשפט לפעול בניגוד ללשון החוק. בתגובתה מיקדה המשיבה את טיעונה בהתייחס לבש"פ 8252/13 מדינת ישראל נ' שיינר (2014) (להלן עניין שיינר), שבו פרש השופט עמית יריעה רחבה (אליה נשוב) בדבר הרציונלים ביסוד סעיפים 74 ו-108 לחסד"פ, ובא למסקנה שהחוק אינו קובע כי כל אימת שמועלית טענה לחיסיון החומר, על הבדיקה להיעשות במסגרת סעיף 108, וקבע שהיא יכולה להיעשות גם לפי סעיף 74. עם זאת כאשר החומר אינו בידי התביעה, והוא נהנה מחיסיון (סטוטורי או פסיקטי), ראוי לגישה השופט עמית להעדיף את המסלול של סעיף 108 לחסד"פ, ולוא על מנת לאפשר זכות טיעון לצד העלול להיפגע מחשיפת החומר.

ט. לטענת המשיבה, קריאת סעיף 74(א) לחסד"פ יחד עם סעיפים 74(ו) ו-78 לחסד"פ כפשוטם מלמדת, כי בית המשפט הדן במסגרת סעיף 74 אינו מוסמך לדון בחומר שחל עליו חיסיון. עמדה זו "מכבדת את הכרעת המחוקק המבחין בין אינטרסים שונים - אינטרסים הזוכים להגנה מוגברת, מסוג של חיסיון, לעומת אינטרסים אחרים הזוכים להגנה פחותה... היא מייחדת את הדיון בחומרים חסויים לאותו בית משפט שמוכשר לכך. היא מייעלת את ההליכים על ידי מניעת כפילויות בדיונים".

י. לגישת המשיבה, סעיפים 74(ו) ו-78 לחסד"פ משתלבים זה בזה ומכוונים לגישה שלפיה סעיף 74 נסוג בפני חומרים חסויים. הודגש, כי אין זה נהיר מדוע נדרש השופט עמית בעניין שיינר להוציא את הוראות סעיפים 74(ו) ו-78 מידי פשוטן, כאשר הוא עצמו סבור כי ככלל יש עדיפות למסלול של סעיף 108 לחסד"פ. נטען, כי גישת השופט עמית בעניין שיינר אינה עולה בקנה אחד עם הוראות פרק ג' לפקודת הראיות (נוסח חדש) תשל"א-1971 (להלן פקודת הראיות) ועם הפרשנות המקובלת להן, שכן הפסיקה ייעדה לדיונים בעתירות להסרת חיסיון לפי תעודת חיסיון וחסינות לפי חוק את בית המשפט הדן בתיק העיקרי. הוסבר, כי לשופט הדן בתיק העיקרי יש מלוא הכלים להכריע בשאלת חיוניותו של החומר - שהוא המבחן לבחינת חומר חסוי, במובחן ממבחן הרלבנטיות - ולא כך הדבר באשר לשופט שאינו מצוי בתיק, ואף אינו יכול לשמוע את הצד הנפגע מהסרת החיסיון טרם הכרעתו. לבסוף נטען, כי הגישה שננקטה בעניין שיינר מכבידה על המערכת, שכן תחת אשר תידון הבקשה לקבלת חומרים חסויים בהליך אחד בפני בית המשפט הדן בתיק העיקרי, ייערך דיון בגדרי סעיף 74; על ההחלטה ניתן יהיה להגיש ערר, ויש להניח שלבסוף תיערך גם פניה למותב שדן בתיק העיקרי.

יא. לאחר הדיון בפנינו, ביקשה המשיבה להשלים טיעון בכתב. היא הוסיפה, כי קיומם של שני מסלולים דיוניים מקבילים מפחית מן הודאות המשפטית ומרבה התדיינויות. נטען כי בסוגיה שבפנינו, קיומם של שני מסלולים אף מכפיל את הפגיעה באינטרסים של בעל החיסיון. הוסף, שגמישות מחשבתית ומקום לנסיבות ייחודיות, חיוניים במישור שיקול הדעת, אך לא במישור הדיוני, שבו נחוצים כללים ברורים. לגישתה של המשיבה, גם אם ימצאו מקרים, שבדיעבד ניתן יהיה



לומר כי היה מקום שהחומר המבוקש בעניינם ייחשף בשלב מוקדם יותר, אין בכך להצדיק כלל דיוני המאפשר שני מסלולים מקבילים. יתר על כן, משעתירה לגילוי ראיה חסויה על פי תעודת חיסיון אינה נידונה במסגרת סעיף 74 לחסד"פ, והיא נשמעת בפני המותב הדין בתיק העיקרי, קל וחומר שכך ראוי שיהא ביחס לראיה חסויה על פי חוק. בתגובה טען העורר כי אכן יש יתרון לקיומו של מסלול דיוני אחד, אלא שזה צריך שיהא בתחילת ההליך הפלילי, כפי שנהוג בהליך אזרחי. הוטעם, כי בפועל ההתדיינות סביב סעיף 74 מביאה לא פעם לתוצאה של חזרה מכתב האישום על ידי התביעה או לזיכוי. עוד הוסף, שקיום דיון לפי סעיף 74 עשוי לשרת את השאיפה ליעילות, שכן הסרת השאלה של חומר החקירה מן השולחן בשלב המקדמי מאפשרת קידום יעיל של ההליך.

הכרעה

י"ב. הוראת סעיף 74(א) לחסד"פ מעגנת את זכותו של נאשם לעיין בחומר המצוי בידי גורמי החקירה והתביעה הנוגע לאישום. בתי המשפט נתנו למונח "חומר חקירה" פירוש רחב, לרבות חומר ראייתי שיש לו קשר עקיף ליריעה הנפרשת, אם כי נקבע שאין להרחיב מונח זה "לראיות שחשיבותן ונגיעתן לאישום הפלילי הספציפי הינה שולית ורחוקה מדי" (בש"פ 8406/12 אלמוני נ' מדינת ישראל (2012), פסקה 11 (השופט דנציגר); בש"פ 600/15 הירשמן נ' מדינת ישראל (2015)). ענייננו ב"כל ראיה העשויה להיות רלבנטית לשאלות העומדות להכרעה במשפט, במישרין או בעקיפין, בין שהיא תומכת בגירסת התביעה ובין שהיא לכאורה עומדת בסתירה לה, ובין שהיא נראית נייטרלית לגבי השאלות השנויות במחלוקת" (בג"צ 1885/91 אלי צוברי נ' פרקליטות מחוז ת"א, פ"ד מה (3) 630, 634-633 (1991) (השופט בר)). עם זאת ברי, כי הזכות לעיין בחומר חקירה אינה ניצבת בדד, ואינה זכות מוחלטת, שכן "גם אם ככלל יש ליתן פרשנות רחבה למונח 'חומר חקירה', הרי שמונח זה אינו נטול גבולות... מבחן הרלבנטיות, שמתמקד כאמור בזיקה בין החומר שהעין 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 יימסר החומר לנאשם..." (בש"פ 6740/13 מדינת ישראל נ' פלוני (2014), פסקה 8 (השופט ארבל)). הצורך באיזון מורכב זה, המתבקש נוכח הצדדים השונים אשר טעונים התחשבות, ילוונו גם בהכרעה דנא. לפנינו לא אחת התנגשות בין זכויות יסוד מאלה הנזכרות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מקום שבדיני נפשות (כפי שנוהגים להתייחס בשגרת הלשון למשפט הפלילי כיום) עסקינן מזה, בנאשם הצפוי לשלילת חרות, ומזה בקרבן שהנאשם גרם לו נזק ואיני מושה כמובן בין השניים.

י"ג. כאמור השאלה שניצבת לפתחנו היא האם לבית המשפט הדין בבקשה לעיין בחומר חקירה לפי סעיף 74 לחסד"פ, סמכות לדון ולהכריע בעניינו של חומר ראיות, שעשויה להתעורר לגבי טענת חיסיון, או שמא המסלול הבלעדי לכך הוא סעיף 108 לחסד"פ.

י"ד. כשלעצמי סבורני, בהמשך להחלטת השופט עמית בעניין שיינר והחלטות השופט שהם בבש"פ 8685/13 יעקוב נ' מדינת ישראל (2014) (להלן עניין יעקוב) ובבש"פ 5190/14 אבו גנאם נ' מדינת ישראל (2014) (להלן עניין אבו גנאם), כי הכף נוטה לכך שלבית המשפט הדין בבקשה לפי סעיף 74 לחסד"פ סמכות לדון בחומר ראיות שחל עליו חיסיון, אם כי ככלל יש להעדיף את המסלול של סעיף 108, ודלת סעיף 74 תיפתח במשורה, תוך מודעות בית המשפט לעדיפות ותוך הנמקתן של סיבות הבחירה במסלול סעיף 74.

ט"ו. בעניין שיינר עמד השופט עמית בחוות דעת מפורטת ומקיפה, שלא הותירה אבן לא הפוכה, על נפקויות ההבחנה



בין שני המסלולים, ובין היתר התייחס לעיתוי הבקשה (הדיון לפי סעיף 74 נעשה טרם הדיון בתיק העיקרי, ואילו החלטה לפי סעיף 108 ניתנת במהלך הדיון בתיק העיקרי), לפורום הדן בבקשה (סעיף 74 נדון בפני שופט המעצרים, ואילו סעיף 108 נדון בפני בית המשפט הדן בתיק העיקרי), לזכות לערר (על ההחלטה במסגרת סעיף 74 יש זכות ערר, ואילו החלטה הניתנת על ידי המותב בתיק העיקרי לפי סעיף 108, היא החלטת ביניים שאין עליה זכות ערעור, אלא בגדרי התיק העיקרי) ולאפשרות לבחינה מוקדמת של החומר על ידי ההגנה. כן צוין, כי אחת הנפקויות המשמעותיות להבחנה בין שני הסעיפים היא שבמסגרת סעיף 108 נשמע קולם של המתלוננים או של צדדים שלישיים המחזיקים ברישומים הנוגעים למתלוננים. השופט עמית קבע בסופו של יום, כי לבית המשפט סמכות בגדרי סעיף 74, אולם על דרך הכלל בנסיבות של פגיעה פוטנציאלית בפרטיות המתלוננים יש להעדיף את המסלול של סעיף 108, ועמד על השיקולים השונים:

..."

ה. החוק אינו קובע מנדטורית כי כל אימת שמועלית טענה לחיסיון 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 ידיו, ואשר ניתנת לסתירה: כאשר החומר אינו בידי התביעה וכאשר החומר המבוקש נהנה מחיסיון (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 חיסיון מטפל-מתלוננת הוא אמנם יחסי אך אינו פרוץ לכל רוח. הסרת החיסיון 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 לאיינה. עם זאת, זכותה של המתלוננת לפרטיות אינה גוברת א-פריורי על זכותו של הנאשם להליך הוגן, וככל שהנאשם יצביע על קיומו של יסוד סביר להניח שהחומר עשוי לעזור להגנתו - בית המשפט יורה על גילוי... (פסקה 45).

הדרך שהתווה השופט עמית, נראית לי, בכל הכבוד, באשר היא מאזנת לכל אורכה בין האינטרסים השונים שעיקרם זכותו של הנאשם להליך הוגן וזכות המתלוננים לפרטיות ולכבוד. אנמק, אך אומר כאן, כי מובן לי המניע שביסוד עמדת המשיבה, גם אם לא קיבלתיו כולו.



ט"ז. נפנה למישור הסמכות. תחילה יצוין, שלא נעלמו מעינינו ההחלטות שהציגה המשיבה, שמהן למדה כי בית משפט זה פסק באופן עקבי, לשיטתה, שבית המשפט הדין בבקשה לעיון בחומר חקירה לפי סעיף 74 לחסד"פ, נעדר סמכות לדון בחומר שחל עליו חיסיון. אין לחדד, בחלק מן ההחלטות הביע בית המשפט את דעתו באשר לאי תחולתן של הוראות סעיף 74 ביחס לחומר חסוי (וראו למשל, בש"פ 1408/14 פלוני נ' מדינת ישראל (2014) בש"פ 3772/13 פלוני נ' מדינת ישראל (2013)) ואולם, בהחלטות שהובאו לא נדרש בית משפט זה במישרין לשאלת הסמכות ולא ערך דיון בסוגיה, בודאי לא בהרכב.

י"ז. סעיף 74(א) נוקט לשון כללית, ועל פניו יכול חומר שחל עליו חיסיון לבוא בגדרו. כמותי כשופט עמית בעניין שיינר סבורני, שאין בסעיף 74(ו) כדי לשלול את סמכותו של בית המשפט בגדרי סעיף 74, כאשר ענייננו בחומר שחל עליו חיסיון. אף לידי, פרשנות מתקבלת על הדעת היא שכל שמבקש סעיף 74(ו) הוא להבהיר, כי ההליך של מסירת חומרי חקירה מכוח סעיף 74 לא בא לגרוע מן החסינות השונים שבפרק ג' לפקודת הראיות, אולם אין משמעות הדבר כי לא ניתן לבחון חומר חסוי בגדרי. אוסיף, כי עיון בדיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת (27.2.95, עמ' 39-42) לקראת חקיקת תיקון מס' 19 לחסד"פ, שבו כאמור נוסף סעיף 74(ו) מלמד, כי תכליתו של סעיף 74(ו) היתה להיטיב עם הנאשם. החשש שאליו התייחסו העוסקים במלאכה בדיוני הועדה, ואשר היווה במידה רבה הטעם לחקיקת סעיף 74(ו), עניינו חשיפת חומר שעלול לפגוע בנאשם על ידי הצגתו לבית המשפט (לאחר שהתובע סירב להעבירו לסניגור), משל היה ככל חומר אחר שלגביו הוא נדרש להחליט, וזאת מבלי שהסניגור עיין בו קודם לכן. ככל שניתן להבין מן הדיונים בועדה, לא ניתנה הדעת לסיטואציה נשוא ענייננו; אך נזכור כי התיקון התקבל לאחר שנכונן חוקי היסוד של זכויות.

י"ח. קשה אף להלום את הטענה שסעיף 78 לחסד"פ מוציא במובהק חומר חסוי מגדרי סעיף 74. בחוק סדר הדין הפלילי תשכ"ה-1965, שקדם למהדורה הנוכחית של החסד"פ, צוין בסעיף 71, כי הוראות סעיף 67 (המקביל לסעיף 74(א) דהאידינא) אינן חלות על חומר שאי גילוי מותר או שגילוי אסור על פי דין. הוראה זו מצאה את מקומה בחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), תשמ"ב-1982 בסעיף 78. עם תיקון מס' 19 נותרה הוראה זו על כנה, אך נוכח החשש שתואר מעלה בעקבות הדיונים בועדת החוקה, חוק ומשפט וכינון המנגנון של השגה בפני שופט, נוסף גם סעיף 74(ו). קשה איפוא להלום את הטענה שסעיף 78 שולל את סמכות בית המשפט שכן, כטענת העורר, עד תיקון מס' 19 לחסד"פ לא היה נמצא הליך מקדמי של בירור בפני שופט, וסעיף 78 כוון בשעתו ככל הנראה כלפי התביעה.

י"ט. בתי המשפט עמדו ארוכות על התכליות שבבסיס סעיף 74 לחסד"פ, אשר עיקרן לאפשר לנאשם לממש את זכות היסוד שלו להליך משפטי הוגן ולהעניק לו הזדמנות נאותה להתגונן מפני האישומים המיוחסים לו, וכך לאפשר את גילוי האמת: "העיקרון שביסוד סעיף 74 הוא ההגנות כלפי הנאשמים, כדי לאפשר להם להתגונן מפני האישומים, דבר שהוא יסוד מוסד בשיטת משפטנו - אם נרצה, כהמשך לדברי חכמינו (שאמנם נאמרו על 'שאינו יודע לשאול' ולא על המיוצג) 'את פתח לו' (ירושלמי פסחים י', ד')". (בש"פ 5027/14 מדינת ישראל נ' הירשמן (2014), פסקה י"א, וראו גם בש"פ 5881/15 מדינת ישראל נ' פישר (2015)). שיקול בעל משמעות בהקשר זה הוא כי במסלול של סעיף 74 מתוודע הנאשם לחומר הראיות לפני תחילת המשפט ויכול להיערך מבעוד מועד ולכלכל צעדיו והגנתו, ופעמים שאף יוכל לשכנע את התביעה לחזור בה מן האישום, ואילו במסלול של סעיף 108 הוא עשוי להיחשף לראשונה לחומר בשלב מתקדם בהליך. יתר על כן, גילוי החומר במסגרת סעיף 108 מעלה חשש, כי חומר המזיק להגנת הנאשם ייחשף בפני המותב הדין בתיק העיקרי, ובכך יהא כדי להשפיע על המשך ניהול התיק וההכרעה בו. החשש מפני חשיפת חומר עמד לנגד עיני



המחוקק במסגרת תיקון מס' 19, שבו כאמור הוסדרה הסוגיה של עיון בחומר חקירה, ושל השגה על החלטת התביעה שלא לאפשר עיון. בדברי ההסבר צוין, כי "מוצע לקבוע שבמידת האפשר, שופט הדין באישום לא ידון בבקשה לעיון בחומר חקירה, שכן חשיפת החומר לפני אותו שופט עלולה להשפיע על המשך הדיונים" (הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 16) תשנ"ג-1993, הצעות חוק תשנ"ג 273, 276). ועוד, הדיון לפי סעיף 74 נעשה ככלל טרם תחילת הדיון בתיק העיקרי, במובחן מדיון לפי סעיף 108, ובכך יש לקדם את התנהלות ההליך העיקרי, כפי שצוין השופט עמית בעניין שיינר, שכן זה מתעכב לא אחת לנוכח טענת ההגנה כי לא כל חומרי החקירה נמסרו לידיה.

כ. יתר על כן, לידי כעניין שבמהות העיקר בנדון דידן אינו במישור הסמכות אלא במישור שיקול הדעת. דומה, כי הותרת הבחירה בין הנתיבים (סעיף 74 וסעיף 108) לשיקול דעת בית המשפט, תחת נטילת הסמכות לעניין סעיף 74 מעיקרא, תאפשר איזון של האינטרסים שעל הפרק בכל מקרה, מתוך ניסיון להגיע לחשיפת האמת ולהביא לתוצאה צודקת ומאוזנת כלפי הנאשם והמתלוננים כאחד. גישה זו עולה בקנה אחד עם המגמה הכללית בפסיקה, שאולי אינה טעונה אסמכתאות עוד, המבקשת להותיר שיקול דעת לבתי המשפט במאמץ להביא לגילוי האמת ולבחינת נסיבות המקרה, מגמה המוצאת ביטוי גם במעבר מ"קבילות" ל"משקל", נוכח "ההכרה כי לא ניתן להגן על כל הזכויות ועל כל האינטרסים גם יחד באותה מידה ובאותה עוצמה וכי יש לדרג את הזכויות ואת האינטרסים השונים, להעדיף את הערכים יותר ואת הפגיעים יותר ולהעניק לאלה הגנה מועדפת. המגמה בדיני ראיות היא מעבר מכללי פסלות השוללים קבילותן של ראיות, לכללי משקל; מנוקשות ופורמליזם, לגמישות וליתר חופש בהפעלת שיקול הדעת השיפוטי" (בג"צ 6319/95 חכמי נ' שופטת בית משפט השלום, פ"ד נא(3) 750, 760 (1997) (השופטת שטרסברג-כהן) (הדגשה הוספה - א"ר)). מגמה זו תואמת את התמורה מן הנוסחאות הנוקשות והפורמליסטיות במשפט הקלאסי לנוסחאות גמישות יותר, שיש בהן מרחב לשיקול הדעת, כמו במעבר מן המשפט המקובל לדיני היושר; על מגמות בתחום זה אף במשפט העברי בהקשרים אחרים, ראו מה שכתב המלומד פרופ' אהרון קירשנבאום בספרו הרשעה עצמית במשפט העברי (תשס"ה) 446-447; 500-501 וכן רשימתי "על חכם המשפט העברי, הרב פרופ' אהרון קירשנבאום ע"ה ועל תורתו בראי המשפט" שו"ת ועוד, עלון המשפט העברי, מחוז ת"א והמרכז של לשכת עורכי הדין 9 (אדר ב' תשע"ו - מרץ 2016)). פרופ' נינה זלצמן מסבירה במאמרה "אמרה בכתב לפי סעיף 10 לפקודת הראיות (נוסח חדש) - שיקולי מדיניות משפטית מנחים בפירוש ההוראה" משפטים כ"א (תשנ"ב), 353, כי התפישה המודרנית של ההליך הפלילי מפחיתה מחשיבותו של יסוד המאבק או ההתנצחות בין התביעה לבין הנאשם, ומדגישה יותר את התכלית של חשיפת האמת ומניעת עיוות דין. לדבריה:

"את ביטוייה המעשי של השקפת-עולם משפטית זו ניתן למצוא במעורבות אקטיבית יותר של בית המשפט בתהליך הבירור העובדתי ובגישתו העקרונית כלפי כללי הפסילה הראייתיים, כאשר הם מונעים את זרימתו של מידע רלבנטי לבית המשפט ומקימים מכשול על דרך גילוי האמת במשפט. המגמה ההולכת ומתגבשת בבית המשפט העליון היא, לפתוח ככל שיותר את הפתח לקבילותן של ראיות רלבנטיות למשפט, ובכך לאפשר לבתי המשפט לקיים את מלאכת בירור העובדות נושא הסכסוך, לחשוף את האמת ולעשות משפט צדק" (עמ' 355).

כן ראו מאמרו של גבריאל הלוי "מגמות התפתחות במשפט הפלילי הדיוני ובדיני הראיות בישראל" קריית משפט ד (תשס"ד), 109, שם הוסבר כי השינויים בתחומי הדיון הפלילי והראיות נובעים מן הדין המהותי - דיני העונשין; לגישתו



המגמה אשר איפיינה את דיני העונשין בישראל ואשר התעצמה בעקבות רפורמת תיקון מס' 39 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (חוק העונשין) (חלק מקדמי וחלק כללי) (תיקון מס' 39), התשנ"ד-1994), היא מגמת הסובייקטיביזציה והעמדת הסובייקט (הנאשם והקרבן) במרכזו של המשפט הפלילי; תפיסה זו פועלת לשיטתו הן בהיבט של קבלת ראיות בבית המשפט כקבילות ובחינתן לעומקן והן בהיבט של גילוי ראיות לנאשם במסגרת סעיף 74 לחסד"פ. לבסוף, אציין בהקשר זה כי לא ניתן להתייחס לסוגיה שלפנינו כסוגיה דיונית גרידא, שכן הכלל הדיוני במקרה זה כרוך בדין המהותי ומשפיע עליו, כפי שניכר אף מטיעוניה של המשיבה. שיקול הדעת אין פירושו, כמובן, כי המטוטלת תנוע לעבר "שימוש חופשי" בסעיף 74. כמובן שלא; דרך המלך תהא סעיף 108. לכך נשוב, אך לא ניתן לנעול את הדלת לכך שייתכנו מקרים בהם אף תצליח ההגנה לשכנע את התביעה לבטל את האישום בשלב סעיף 74.

כ"א. אשר לטענת המשיבה, כי אם עתירה לגילוי ראיה חסויה על פי תעודת חיסיון אינה נבחנת לפי סעיף 74, כך מקל וחומר ביחס לראיה חסויה על פי הוראות פקודת הראיות. אודה, כי אני בטוח שירדתי לסוף דעתה של המשיבה בהשוואה זו, והתקשיתי ללמוד מן האחד אל האחר. תעודת חיסיון ניתן להוציא בשני מקרים: כאשר מדובר בראיה שגילויה עלול לפגוע בבטחון המדינה או ביחסי החוץ שלה (חיסיון לטובת המדינה - סעיף 44 לפקודת הראיות), או שגילויה עלול לפגוע בעניין ציבורי חשוב (חיסיון לטובת הציבור - סעיף 45). נוכח רגישותם של חסיונות אלה וחשיבותם הציבורית נקבעה בפקודת הראיות פרוצדורה מיוחדת (עתירה לגילוי ראיה לפי סעיף 44 תידון בפני שופט בית המשפט העליון, ועתירה לפי סעיף 45 תידון בפני המותב הדן בתיק העיקרי), מה שאין כן בענייננו. יתר על כן, תכלית החסיונות על פי תעודת חיסיון, וכן האינטרסים המוגנים, שונים ביסודם מאלה העומדים בבסיס חסיונות אחרים. לבסוף, נזכור כי ביחס לראיות חסויות על פי תעודת חיסיון לפי סעיף 44 לפקודת הראיות, קבע המחוקק שהדיון ייערך בפני ערכאה שאינה הדנה בתיק העיקרי כל עיקר - בית המשפט העליון.

כ"ב. כללם של דברים: לבית המשפט הדן בבקשה לעיון בחומר חקירה לפי סעיף 74 לחסד"פ סמכות להחליט בחומר ראיות שחל עליו חיסיון, השאלה עליה איפוא יש לתת את הדעת היא איזה נתיב יש לבכר, ודוק; איזה מן המסלולים ישרת את התכליות העומדות בבסיס ההליך הפלילי, תוך איזון של אלה עם הגנה על המתלוננים ועל כבודם.

כ"ג. בבג"צ 9264/04 מדינת ישראל נ' בית משפט השלום בירושלים, פ"ד ס(1) 360 (2005) (להלן בג"צ 9264/04), שעסק בחשיפת יומנים אישיים של המתלוננת דשם (וידגש, כי לא דובר בחומר שחל עליו חיסיון על פי חוק), הוצע לבחון "אם יש בסיס להטיל את החובה להמציא את החומר לעיונו של בית המשפט על התביעה" (עמ' 376). השופטת (כתארה אז) ביניש סברה:

"במסגרת סעיף 74 הנ"ל התביעה היא שחייבת להמציא את החומר, וזאת כאשר מדובר על פני הדברים ב'חומר חקירה' שלנאשם קיימת זכות לכאורית לעיון בו אף אם לא יבקש להגישו כראיה במשפט. לעומת זאת, מסירת החומר על פי צו לפי סעיף 108 לחסד"פ היא עניין שבשיקול דעת שמפעיל בית המשפט בשלב הבאת הראיות, בכל הנוגע לאופן ניהול המשפט והרלבנטיות של הראיות אשר הצדדים מבקשים להגיש. לפיכך כאשר מדובר בחומר שאינו מצוי בידי התביעה, על בית המשפט לבחון בגדר השיקולים שיפעיל, בין חומר שעל פי טיבו מצוי בשליטתה של התביעה במובן הרחב, בהיות בידי גורמים שיש להם זיקה ישירה לחקירה, או חומר שהיה צריך להימצא בידי התביעה בשל זיקתו לחקירה, לבין חומר אשר אין בו כדי להטיל על התביעה חובה להשיגו גם אם הנאשם או סניגורו מעוניינים בו לצורך הגנתם... במסגרת שיקול זה יביא בית המשפט בחשבון גם את העובדה שבהטלת החובה על התביעה לתפוס את החומר שאינו ברשותה, מטיל הוא עליה לעשות שימוש בסמכויות על פי דין כדי לתפוס את החומר מידי המחזיק בו, אף בניגוד לרצונו" (שם).



בהסתמך על בג"צ 9264/04, הציע השופט עמית בעניין שיינר נקודת מוצא טכנית: אם החומר שבמחלוקת נמצא בידי התביעה, יחול סעיף 74 לחסד"פ, ואם הוא אינו בידי התביעה, יש להעדיף את סעיף 108 לחסד"פ, והוסיף, כי "ככל שהחומר המבוקש נהנה מחיסיון (סטטוטורי או פסיקתי) יש להעדיף את המסלול של סעיף 108 לחסד"פ, ולו על מנת לאפשר זכות טיעון לצד שעלול להיפגע מחשיפת החומר" (פסקה 21).

השופט שהם הביע בבש"פ אבו גנאם ובבש"פ יעקוב עמדה דומה:

"בין היתר, נדונה שאלה זו, על-ידי בבש"פ 8685/13 יעקוב נ' מדינת ישראל (29.1.2014) (להלן: עניין יעקוב), שם ציינתי, כי 'בכל הנוגע לבקשה לעיון בחומרים חסויים, המצויים בידי צדדים שלישיים, יש לבכר את המסלול של סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי'. הטעמים לכך נעוצים ביכולתו של המותב לדון בבקשה על יסוד היכרות מקיפה עם חומר הראיות בתיק, ובאפשרות לשמוע במלואה את עמדתם של הנוגעים בדבר. יחד עם זאת, וכפי שצינתי בעניין יעקוב, סבורני כי העדיפות הנתונה, בהקשר זה, לסעיף 108 לחסד"פ, איננה מוחלטת, ואין מקום לקביעה 'אפריורית', אשר תחייב את בית המשפט לבחור במסלול זה ולא במסלול הקבוע בסעיף 74 לחסד"פ (שם, בפסקה 9). לשיטתי, ייתכנו מקרים מסוימים שנסיונותיהם תצדקנה לערוך את הדיון בהעברת חומר חסוי במסגרת בקשה להעברת חומרי חקירה, לפי סעיף 74 לחסד"פ. חרף טענותיה של המשיבה, לא מצאתי בהן נימוק שבכוחו להצדיק שינוי מעמדתי זו" (בש"פ אבו גנאם, פסקה 14).

כ"ד. אף לדידי ככלל עדיפה פנייה לסעיף 108 לחסד"פ בנסיבות של פגיעה פוטנציאלית בפרטיות המתלוננים, והטעם העיקרי לכך הוא האפשרות לשמוע במסגרת ההליך לפי סעיף זה את המתלוננים וכן גורמי מקצוע המחזיקים בחומר, מה שמגביר את הגינות ההליך. שמיעת אלה היא חלק אינהרנטי מסעיף 108, מה שאין כן מקום שעסקין בסעיף 74 (אם כי ראו בג"צ 9264/04 הנזכר, שם צוין כי כאשר מדובר בפגיעה פוטנציאלית בזכותו של עד או מתלון לפרטיות, יש לאפשר לו זכות טיעון בגדרי סעיף 74 (עמ' 377)). אין להקל ראש בטרונות הגלומים מנקודת מבטו של הנאשם, בהליך לפי סעיף 74, ועל כן אין – כאמור – לשלול את האפשרות לבחינת חומר שחל עליו חיסיון בגדריו, אולם במסגרת סעיף 108 מתאפשר איזון מידתי יותר בין האינטרסים שעל כף המאזניים, ועל כן יהא הוא דרך המלך. כפי שהיטיב לתאר השופט עמית, שמיעת המתלוננים במשפט העיקרי עשויה להביא למתן משקל רב יותר לשיקולי החיסיון ולזכויות המתלוננים, ולא פחות חשוב מכך לתחושה כי בהליך הלא פשוט לשון המעטה, שאליו נדרשים המתלוננים לעתים קרובות, נמצא מקום לחיותיהם ולתחושותיהם, וקולם נשמע. זאת ועוד, דעת לנבון נקל, כי בית המשפט הדן בתיק העיקרי, המכיר את התיק על כל היבטיו ואת השאלות השונות שבמחלוקת, יכול לעמוד היטב יותר על תועלתו של החומר החסוי לתיק למול הפגיעה העלולה להיווצר; ואף בהיבט של יעילות ומשאבי בית המשפט עדיף הנתב של סעיף 108, גם אם – כאמור – אין זו חזות הכל. לשם נקיון הדעת אציין, כי בבש"פ 8555/06 פלוני נ' מדינת ישראל (2006) (להלן עניין פלוני), שניתן לפני כעשור, דנתי בבקשה לחשיפת מסמכים ותרשומות במסגרת סעיף 74 לחסד"פ הנוגעים לשיחות המתלוננת דשם בגדרי הליך טיפולי בפני עובדת סוציאלית. כתבתי שם, כי "בנסיבות אלה, דומני שאף כאן ההליך הנכון הוא על פי סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי...אף לא למותר להזכיר, כי סעיף 74 אינו חל על מצב שבו מדובר בחומר חקירה שחל עליו חיסיון..." (פסקה 4-3)). כעולה מכאן, עמדתי בשעתו היתה קרובה יותר לגישת המשיבה כפי שהוצגה בהליך הנוכחי, אם כי לא נדרשתי שם מפורשות לשאלת הסמכות. ואולם, השתכנעתי כחלוף



השנים כי ראוי לנקוט דרך של הגמשה.

כ"ה. אם כן, השימוש בסעיף 74 לחסד"פ אפשרי במובן המשפטי, אך ראוי שייעשה במשורה, תוך ניסיון למזער ככל הניתן את הפגיעה בפרטיות המתלוננים ותוך שמירה על כבודם. כאשר נדרש בית המשפט לאיזון בין האינטרסים השונים, ייתן דעתו לרציונלים שבבסיס החסיונות השונים ולאנטרסים המוגנים, והכל כמובן בגדרי השכל הישר; כך ציינתי ביחס לתרשומת של הליך טיפולי:

"כשלעצמי סבורני, כי עיון בתרשומות הנוגעות למתלונן או למתלוננת שנערכו במסגרת הליך טיפולי ראוי שיהא אך במקרים חריגים, כאשר ברור לבית המשפט שיש בהן להשליך באופן ממשי על הגנתו של הנאשם. יאמר בהקשר זה, כי בהתחשב ברגישות החומר ובפגיעה בזכותה של המתלונן לפרטיות, על בית המשפט לדון בהסרת החיסיון לאחר ששמע את עמדת המתלוננת..." (פסקה ז (5)) וראו גם נוסחת האיזון בבג"צ 620/02 התובע הצבאי הראשי ואח' נ' בית הדין הצבאי, פ"ד נז(4), 625, 641 (יצוין, כי לא דובר שם בחיסיון חקיקתי או פסיקתי, אלא בחומר שחשיפתו עלול להביא לפגיעה בפרטיות). כן ראו עדנה ארבל, "מעמדו של קרבן העבירה בהליך המשפטי" ספר גבריאלי בך (2011), 197-198.

אוסף, בחינת ברי, כי החסיונות הנוגעים למצב רפואי (סעיף 49 לפקודת הראיות), למצב נפשי (סעיף 50 לפקודת הראיות) ולמצב סוציאלי (סעיף 50 לפקודת הראיות) ודומיהם (למשל, יומנים אישיים כמו בבג"צ 9264/04) הם רגישים ביותר בשל פוטנציאל הפגיעה הרב במתלוננים ובפרטיותם, והם מגלמים את מורכבות מלאכתו של בית המשפט בבחנו את החומר שעליו חל חיסיון:

"כך למשל, שעה שעסקין בחיסיון המוטל על דברים שנמסרו לעובד סוציאלי, מתמודדים מול זכותו של הנאשם למשפט הוגן ערכים וזכויות נוספים ובכללם אלה: זכותה של המתלוננת לפרטיות כחלק מכבודה שלה; רצונו כחברה שהפרט יוכל למצוא מזור למצוקותיו בדרך של טיפול, תוך שיוכל לשים מבטחו במטפל וביחסי האמון שהתפתחו ביניהם. החיסיון המוטל על הנמסר לעובד סוציאלי, כמו גם לרופא ולבעלי מקצוע נוספים, מבקש להגן בראש ובראשונה על המטופל ועל מערכת היחסים בין המטופל למטפל, המושתתת כל כולה על יחסי אמון בין השניים. המטופל פותח בפני המטפל את סגור ליבו, וחושף בפניו את תחושותיו וחוויותיו האינטימיות ביותר. פתיחת גבולות החיסיון בכל מקרה שהמטפל חשף בפני המטפל דברים שחווה ביחס להשתלשלות האירועים, משמעה פגיעה ביכולתו או ברצונו של מטופל לדבר באופן חופשי עם מטפלו, שכן לעולם יקנן בו החשש כי סודותיו הכמוסים ביותר יהפכו לנחלתם של אחרים. עלול להיות בכך כדי לפגוע במערכת היחסים הרגישה בין המטפל למטופל, ואף באפקטיביות הטיפול כולו, ולהרתיע נפגעי עבירה מפני פנייה לטיפול או מפני הגשת תלונה. לפיכך על בית המשפט הדן בבקשה להסרת החיסיון לדון בה בזהירות יתר, תוך איזונים הנבחנים בכל מקרה לגופו, כדי לאפשר הגנה ראויה לנאשם, אך זאת מבלי להרחיק למחוזות שוליים, ומבלי לפגוע פגיעה לא דרושה בזכויות המתלונן; ואין לכך מורה טוב מן השכל הישר. (עניין פלוני, פסקה ז (5))."



לא אחת מוצא בית המשפט בהקשרים אלה שהחלטתו היא בבחינת "אוי לי מיוצרי ואוי לי מיצרי" (בבלי ברכות ס"א, א'), ובהכרעתו נעשה מאמץ לאיזון הוגן כלפי הנאשם ורגיש כלפי המתלוננים.

כ"ו. לשלמות התמונה יצוין, כי בארה"ב החוק הפדרלי מסדיר את זכות העיון של הנאשם בחומרים שנאספו, אך מותיר לבתי המשפט שיקול דעת רחב "to deny, restrict, or defer discovery or inspection, or grant other appropriate relief" בהינתן (1)(d)16 Fed. R. Crim. p.16(d)). בהיבט המדינתי קיים חוסר אחידות באשר לחסינות השונים; כך למשל, מדינות מסוימות מכירות בחסינות מוחלטות שונים (כדוגמת פלורידה, קליפורניה וקולורדו), בפרט ביחס לטיפול נפשי לסוגיו, ובאחרות מתאפשר עיון חלקי בחומר חסוי לאחר שעיון בית המשפט בחומר (כדוגמת ניו מקסיקו, אלבמה ואלסקה).

באיחוד האירופי אומצה במאי 2012 דירקטיבה EU/2012/13 שעניינה "הזכות למידע במסגרת הליכים פליליים". הדירקטיבה מתייחסת לזכות העיון בחומרי חקירה (סעיפים 7(1) - 7(3)) ללא תשלום (סעיף 7(5)). סעיף 7(4) קובע חריגים לזכות זו במקרה של איום על חיו או זכויותיו הבסיסיות של אדם אחר או לצורך הגנה על אינטרס ציבורי חשוב כגון בטחון המדינה. סירוב להעברת חומר כאמור ייקבע על ידי רשות שיפוטית, ולמצער יהא נתון לביקורת שיפוטית.

כ"ז. לחיבת המשפט העברי יוער, כי כלל יסוד בו הוא חובתו של עד להעיד כדי להגיע לחקר האמת: "והוא עד או ראה או ידע, אם לוא יגיד ונשא עונו" (ויקרא ה, א'). הרמב"ם למד חיוב זה מן האיסור לעמוד על דמו של הזולת: "ובאה האזהרה מהמנע להצילו באמרו יתעלה (קדושים יט) לא תעמד על דם רעך. וכבר אמרו שמי שיכבוש עדות תכללהו גם כן זאת האזהרה..." (רמב"ם, ספר המצוות, מצוות לא תעשה, רצ"ז). הראשון לציון הרב בצמ"ח עוזיאל (המאה הכ') מסביר, כי ביסוד החובה להעיד מונחים שני אינטרסים שונים, הראשון - אינטרס היחיד שהעדות עשויה להטות את הכף לטובתו, והשני - אינטרס הציבור: "[החובה להעיד] היא מצוה חברתית שמי שנמנע מלקיימה חוטא לצבור כולו, שהוא מרבה שופכי דמים וגזלנים, ומבחינה זו הוא חוטא גם כלפי יוצר העולם שהוא רוצה בישומו של עולם במדת הצדק והמשפט" (שו"תמשפטי עוזיאל, כרך ד', סימן י"ג). חובה זו אינה מתייחסת אך לגבי עדות בעל פה, אלא גם באשר להגשת ראיות בכתב (שולחן ערוך חושן משפט ט"ז, ד').

כ"ח. אל מול חובה זו להעיד עומדת זכותו של אדם לכבוד ולפרטיות. התלמוד הבבלי במסכת שבועות פוטר תלמיד חכם היודע עדות מעדות בפני בית דין שבו יושבים דיינים זוטרים ממנו, בגלל הפגיעה בכבודו (בבלי, שבועות ל, ע"ב). הגמרא ממשיכה ואומרת כי דין זה חל רק בדיני ממונות, ולא בדיני איסור והיתר, כיון שהאיסור אינו נדחה מפני הכבוד. התוספות מקשים על דין זה מגמרא במסכת ברכות (יט, ע"ב) ומציגים מקור שלפיו כשמדובר ב"שב ואל תעשה", קרי, במחדל ולא במעשה, נדחה איסור מפני הכבוד; אולם הם פותרים קושי זה בהסברים, שבמקרה שבו יש "גנאי גדול", גם איסור יידחה מפני כבוד הבריות. להלכה פוסק הרמב"ם (עדות א', ב') "היה העד חכם גדול והיה בבית דין פחות ממנו בחכמה, הואיל ואין כבודו שילך לפניו, עשה של כבוד תורה עדיף, ויש לו להימנע. במה דברים אמורים, בעדות ממון, אבל בעדות שמפריש בה מן האיסור וכן בעדות נפשות או מכות, הולך ומעיד..." (ראו גם שולחן ערוך חושן משפט כ"ח, ה').

כ"ט. חרף קיומה של הזכות וההכרה בה, ככלל במשפט העברי יחויב בעל דין בהבאת הראיה ככל שזו רלבנטית, גם אם הבאתה פוגעת בפרטיותו של אחד הצדדים, שכן "שיקול צנעת הפרט תופס מקום מועט בלבד לעומת חובת בית הדין



לברר את האמת" (איתמר ורהפטיג, "בירור עובדות במשפט תוך פגיעה בצנעת הפרט" משפטי ארץ- טענות וראיות כרך ב' (תשס"ה) 209, 221). כך למשל נקבע (בבלי, קידושין ס"ו, ע"ב), כי במקרה שבו יש עד אחד הטוען שכהן הוא בעל מום, העד נאמן, על אף הכלל ההלכתי שלפיו יש צורך בשני עדים; זאת מן הטעם שניתן להגיד לאותו כהן "שלח אחוי", כלומר, כפי שמסביר רש"י: "אם אינך בעל מום הפשט בגדיך ונראה". בהתאם לכך פסק הרא"ש (שו"ת הרא"ש (רבינו אשר בן יחיאל, ספרד, המאה ה"ג), כלל לג, סימן ב) לגבי אשה שבעלה ביקש להפסיד כתובתה בטענה שהיא טומטום (אין לה אברי מין), והיא הכחישה את הדברים: "דבר זה יבדק ע"פ נשים הגונות וכשרות יודעות בדבר זה, אם יאמרו שאינה ראויה לאיש, אין לה עליו לא כתובה ולא תנאי כתובה, ואם יאמרו שהיא ראויה לאיש, הרי נתבטלה אותה טענה. וכל זמן שלא נבדקה אינו חייב במזונותיה, מאחר שהוא טוען טענת בריא שאינה ראויה לאיש, וגם דבריו עומדין להתברר לאלתר, ואם כן למה נחייבו מזונות, היא תצוה לבדוק את עצמה, אם היא רוצה להכחישו, ואחר שתבדק תתבטל טענה זו". בשני מקרים אלה חויבו הצדדים להציג ראיה שהיה באפשרותם להביאה, חרף הפגיעה בפרטיותם. עוד ראו על ההתנגשות בין חובת העדות לחסיונות שונים דיונו המעניין של איתמר ורהפטיג בספרו דעת הפרט- הזכות לפרטיות לאור ההלכה (תשס"ט), פרק י"א.

ל. סוף דבר וסיכום: הערר מתקבל. לבית המשפט הדין בבקשה לעיון בחומר חקירה לפי סעיף 74 לחסד"פ, סמכות לדון גם בחומר ראיות שנטען לגביו לחיסיון. סמכות זו אינה לשימוש שגרתי, אלא כחריג. היא מתקיימת בנוסף לסמכות הקבועה בסעיף 108 לחסד"פ, אך ככלל יש עדיפות ברורה למסלול של סעיף 108. התיק מושא הערר ישוב לבית המשפט המחוזי, אשר ידון בבקשה לפי שיקול דעתו בהתאם להחלטה זו.

המשנה-לנשיאה

השופט א' שהם:

אני מצטרף בהסכמה לחוות דעתו של חברי, המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, המשקפת את עמדתי בבש"פ 8685/13 יעקוב נ' מדינת ישראל (29.1.2014), ובבש"פ 5190/14 אבו גנאם נ' מדינת ישראל (26.8.2014).

כאמור, במישור הסמכות אין מניעה כי בית המשפט יזקק לבקשה לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: החסד"פ), גם כאשר מדובר בחומר חקירה שחל עליו חיסיון.

ואולם, יש להעדיף, ככלל, את המסלול הקבוע בסעיף 108 לחסד"פ, מהטעמים שעליהם עמד בהרחבה חברי.

ש ו פ ט

השופטת ד' ברק-ארז:

עמוד 13



1. אני מסכימה עם חבריי, המשנה לנשיאה א' רובינשטיין והשופט א' שהם, כי במסגרת בקשה לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי או החוק) מוסמך בית המשפט גם להכריע בשאלה האם יש לאפשר לנאשם עיון בחומר שמוגן בחיסיון. כמו כן, אני מסכימה עמם כי במישור שיקול הדעת מסלול הבירור לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי צריך להיות החריג לכלל, ואילו דרך המלך להכרעה בבקשות לעיון בחומר המוגן בחיסיון היא זו הקבועה בסעיף 108 לחוק. זאת, בעיקר בשל כך שמסלול זה מאפשר למתלוננים או למי שמחזיק במידע הנוגע אליהם לטעון לפגיעה אפשרית בפרטיות או באינטרס אחר.

2. בהמשך לכך, יש לוודא כי פתיחת הדלת במסגרת סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי תיעשה באופן שמבטיח הגנה על עניינם של צדדים שלישיים ומונע הבדלים שרירותיים במידת ההגנה שלה הם זוכים בהתאם להליך הננקט. לשיקול האמור כבר ניתן ביטוי בהחלטות קודמות של בית משפט זה (ראו: בש"פ 8467/99 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 459, 454 (2000); בג"ץ 9264/04 מדינת ישראל נ' בית משפט השלום בירושלים, פ"ד ס(1) 377, 360 (2004); בש"פ 8555/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה ז(5) (9.11.2006)). אני מבקשת להצטרף לדברים אלה. אני סבורה כי באותם מקרים שבהם סוגיית החיסיון תידון במסגרת הליך לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי יש למצוא את הדרך לאפשר למתלונן להשמיע את עמדתו ביחס לחשיפת חומר שגילוי עשוי לפגוע בו, וביתר שאת כאשר מדובר בחומר שמוגן בחיסיון. למצער, יש לוודא כי הבקשה בעניין זה תובא לידיעתו על-ידי התביעה. עם זאת, בהקשר הנוכחי, איננו צריכים להידרש למלוא ההיבטים היישומיים שהנושא עשוי לעורר (להצגת הבעיה, ראו והשוו: דנה פוגץ' "חשופה לעין כול: על זכותה של נפגעת עבירה לפרטיות בהליך הפלילי" ספר אליהו מצא 524-522, 489 (א' ברק, א' פרוקצ'יה, ש' חנס ו-ר' גלעדי עורכים, 2015)).

3. בנתון לאמור לעיל, אני מסכימה לקבלת הערר במובן זה שהתיק יוחזר לבית המשפט המחוזי.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין.

ניתן היום, ב' באייר התשע"ו (10.5.2016).

המשנה-לנשיאה ש ו פ ט ת ש ו פ ט ת