



ע"פ 3600/18 - פלוני נ' מדינת ישראל

ע"פ 3600/18 - פלוני נ' מדינת ישראל ואח'עליון

ע"פ 3600/18

פלוני

נגד

1. מדינת ישראל

2. פלונית

3. פלונית

4. פלונית

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

[20.06.2019]

לפני: כבוד השופטת ד' ברק-ארז

כבוד השופטת ע' ברון

כבוד השופט ע' גרוסקופף

ערעור על פסק דין של בית המשפט המחוזי בירושלים בתפ"ח 14200-08-16 מיום 21.3.2018 שניתן על ידי כב'

סגן הנשיא י' נועם והשופטים ר' פרידמן-פלדמן ו-א' אברבנאל

בשם המערער - עו"ד אריאל עטרי

בשם המשיבה 1 - עו"ד אושרה פטל-רוזנברג

בשם המשיבה 2 - עו"ד יוהנה לרמן

בשם המשיבה 3 - עו"ד אפרת לופו מוסקוביץ'

בשם המשיבה 4 - עו"ד ורד אנוך

תאריך הישיבה: כ"ג באדר א התשע"ט (28.2.2019)

פסק-דין

השופטת ד' ברק-ארז:



1. המערער, שנאשם בשורה של עבירות מין חמורות, נמנע במהלך משפטו מלהביא עדים מטעמו, לחקור עדים מטעם התביעה ולהגיש סיכומים. המערער היה מיוצג ומשפטו נוהל כך מתוך בחירה, לאחר שנדחתה טענתו כי בקשותיו לקבל חומרים לפי סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי) צריכות להיות נדונות בפני מותב שונה, וכי על החומרים להיות מועברים אליו במה שכינה "מעמד צד אחד" - כלומר בלא שייחשפו בפני התביעה. לאחר שהורשע ונגזר עונשו, המערער גורס כעת כי יש לקבל את טענותיו בכל הנוגע לסעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי, ובהתאם לכך לבטל את הרשעתו ולהתיר לו לנהל את משפטו מחדש. מסכת זו עוררה בפנינו שאלות שעניינן פרשנותו ומאפייניו של סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי, כמו גם סוגיות עקרוניות הנוגעות לדרישה לנהל מחדש משפט בנסיבות שבהן הנאשם "שבר את הכלים" לאחר שבקשותיו נדחו. שאלות אלה הן העומדות ביסוד ההליך שבפנינו. במוקד הדיון: סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי
2. המחלוקת בערעור שבפנינו, ועוד קודם לכן בדיון שהתקיים בבית המשפט המחוזי, נסבה בעיקרה על תחומי פריסתו ואופן החלתו של סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי, המסדיר את סמכותו של בית המשפט להורות על המצאת מסמכים לבקשתו של בעל דין במשפט פלילי. וזה נוסחו:
"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".
3. לכאורה - סמכות ברורה ופשוטה, שנעשה בה שימוש יומיומי בבתי המשפט הדנים בנושאים פליליים. אולם, המציאות מלמדת שמתכונת יישומה מעוררת לעתים שאלות. לשיטתו של בא-כוחו של המערער במקרה דנן שאלות אלה הן בבחינת "הרת עולם" - במובן זה שעליהן קם ונפל משפטו של המערער. הכול - כמפורט להלן. עיקרי התשתית העובדתית וכתב האישום
4. ביום 7.8.2016 הוגש לבית המשפט המחוזי בירושלים כתב האישום נגד המערער (תפ"ח 14200-08-16). כתב האישום מגולל פרשה מורכבת וקשה שעניינה, על-פי הנטען, בשורה של עבירות מין חמורות שבוצעו בין השנים 2006-2015 בשלוש אחיות שגדלו בבית חרדי. המערער הוא יליד שנת 1965, והוא היה ידיד המשפחה שבה גדלו המתלוננות.
5. עובדות המקרה מובאות בכתב האישום והדיון כאן אינו מחייב לחזור עליהן בפירוט. בעיקרם של דברים, על-פי הנטען, בכל התקופה הרלוונטית לכתב האישום המערער שימש כ"מטפל נפשי" בדרך של ייעוץ וניהול שיחות, לרבות באמצעות הטכניקה המכונה "דמיון מודרך". בכתב האישום לא צוין כי למערער הכשרה מקצועית בתחום, מלבד לימודי הכשרה בשיטת ה-NLP (Neuro-linguistic programming) שבהם השתתף בשנת 2013 למשך חצי שנה.



6. בתקופה הרלוונטית לכתב האישום, כך נטען, קיימו כאמור המערער ומשפחתו קשרים הדוקים עם משפחתו של ב', שבנותיו הן המתלוננות במקרה זה - ג', ילידת 1989, ד', ילידת 1991, ו-ה', ילידת 1997. שלושת האישומים מגוללים מסכת קשה של מעשים שאירעו במהלך מה שכונה "טיפול" של המערער בשלוש המתלוננות, שנוקו על-פי המתואר לתמיכה נפשית ורגשית על רקע קשיים שחוו בחייהן. בתמצית ייאמר כי על-פי הנתען בכתב האישום, המערער ניצל את תלותן הרגשית של המתלוננות בו, נטע בהן את המחשבה כי הן סובלות מ"בעיה של משיכה מינית" ותעתע בהן לחשוב כי ביכולתו לסייע להן ב"פתרונה". אם כן, בהתאם לנתען, בשורה ארוכה של מקרים ניצל המערער את ה"טיפול" לצורך ביצוע עבירות מין חמורות במתלוננות, ובכלל זה אינוס. האישום הראשון מייחס למערער עבירות מין כלפי ג', האישום השני מייחס לו עבירות מין כלפי ד', והאישום השלישי מייחס לו עבירות מין כלפי ה', שבעת ביצוע המעשים הנתענים הייתה עדיין קטינה. הפרשה נחשפה לאחר ש-ה', צעירת האחיות, סיפרה על מעשיו של המערער ל-ד' ובהמשך לכך גם ל-ג', וזו שיתפה בדברים את אביהן. התרחשויות אלה הובילו בסופו של יום להגשת התלונה נגד המערער.

7. בכתב האישום בנוסחו המקורי יוחסו למערער העבירות הבאות: בגין המעשים המתוארים באישום הראשון - אינוס לפי סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין); יחסי מין בין מטפל נפשי למטופל לפי סעיף 347(ב) לחוק העונשין (ריבוי עבירות); יחסי מין בין מטפל נפשי למטופל לפי סעיף 347(א)(ב) בצירוף סעיף 350 לחוק העונשין; וכן מעשים מגונים לפי סעיף 348(ד1) בנסיבות סעיף 347(א)(ב) לחוק העונשין (ריבוי עבירות); בגין המעשים המתוארים באישום השני - אינוס לפי סעיף 345(א)(2) לחוק העונשין (שעניינו הסכמה שהושגה במרמה) ומעשים מגונים לפי סעיף 348(א) בנסיבות סעיף 345(א)(2) לחוק העונשין; ובגין המעשים המתוארים באישום השלישי - בעילה אסורה בהסכמה לפי סעיף 346(א)(1) לחוק העונשין ומעשים מגונים לפי סעיף 348(ד1) לחוק העונשין.

8. ביום 10.8.2016, עוד קודם למועד הקראתו של כתב האישום וטרם שהוסדר ייצוגו של המערער, ביקשה המדינה לתקן בכתב האישום את גילה של ה' (שביחס אליה נכתב תחילה בטעות כי היא ילידת 2016) וכן לערוך בו כמה תיקוני הגהה נוספים. בית המשפט המחוזי נעתר לכך.

9. זה המקום לציין כי בהמשך הוגשו בקשות נוספות לתיקונו של כתב האישום - אחת שהתקבלה ואחת שנדחתה. מאחר שיש לדברים משמעות ביחס לאחד מהיבטיה של הכרעת הדין, יובאו כאן פרטי הבקשות. עם זאת, חשוב להקדים ולהעמיד דברים בהקשרם הנכון: הבקשות נוגעות לפרט אחד באישום הראשון, שיש לו חשיבות לדיון, אך הוא אינו מקיף את אישום זה בכללותו. כך, ביום 14.3.2017, במהלך דיוני ההוכחות וכפי שעוד יפורט בהמשך, המדינה חזרה בה מן האישומים בעבירות שעניינן יחסי מין בין מטפל נפשי למטופל ומעשים מגונים בנסיבות של יחסים אלו, מטעמים משפטיים שעניינם הגדרת המונח "מטפל" (בתקופה אשר עליה נסב כתב האישום הגדרה זו לא כללה אנשי מקצוע מסוגו של המערער, וזו תוקנה רק בהמשך בחוק העונשין (תיקון מס' 115), התשע"ב-2012). בהמשך לכך, המדינה ביקשה לייחס למערער את העבירה של קבלת דבר במרמה לפי סעיף 415 רישא לחוק העונשין. בית המשפט קיבל את בקשת התיקון בין היתר מאחר שהמתלוננת באישום הרלוונטי טרם העידה. בהתאם לכך, ביום 9.5.2017 הוגש כתב האישום המתוקן. ארבעה חודשים לאחר מכן, ביום 5.9.2017, הגישה המדינה בקשה לתיקון כתב האישום כך שתיוחס למערער העבירה של קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות לפי סעיף 415 סיפא לחוק העונשין (בהתחשב בכך שהעבירה שהוספה קודם לכן לכתב האישום - לפי סעיף 415 רישא לכתב העונשין - התיישנה). כפי שיוסבר בהמשך, בקשה זו נדחתה במסגרת הכרעת הדין.

ההליך בבית המשפט המחוזי



10. כאמור בפתח הדברים, ערעור זה מתמקד בהיבטים שעניינם ניהול ההליך בבית המשפט המחוזי. על כן, נפתח בהצגת הפרטים הנוגעים בכך. תיאור ההיבטים הדיוניים יובא באריכות יחסית, בשל חשיבותו לטענות שבהן התמקד המערער.
11. ביום 11.8.2016 הוקרא למערער כתב האישום נגדו, ובית המשפט המחוזי (השופטים ר' יעקובי, א' רומנוב ו-מ' בר-עם) הודיע כי המועד למתן תשובה לאישום ייקבע לאחר שהתיק יוקצה למותב שידון בו. יצוין כי החל מיום 27.7.2016 ולאורך כל ההליך בבית המשפט המחוזי היה המערער במעצר מאחורי סורג ובריא. במהלך התקופה ניתנו החלטות בדבר הארכת מעצרו מעבר לתשעה חודשים, חלקן בהסכמתו.
12. לאחר שנקבע המותב שידון בתיק (סגן הנשיא י' נועם והשופטים ר' פרידמן-פלדמן ו-א' אברבנאל), ביום 27.10.2016, אישר בית המשפט המחוזי חילופי גברי בייצוגו של המערער. בשלב זה, בא-כוחו החדש של המערער, המייצג אותו גם בהליך שבפניו, ביקש מספר פעמים לדחות את הדיונים לטובת צילום החומר בתיק ולימודו.
13. ביום 21.12.2016 הגיש בא-כוחו של המערער שורה של בקשות שעניינן הצגת מסמכים וחפצים (שיכנו להלן ביחד: בקשות העיון). בקשות אלה הוכתרו על-ידו כמוגשות לפי סעיפים 108 לחוק סדר הדין הפלילי ו-43 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 (להלן: פקודת החיפוש). המדינה לא צורפה כמשיבה לבקשות העיון, ובא-כוחו של המערער ביקש כי הדיון בהן יתקיים במעמד צד אחד ולא בפני המותב שדן בתיק העיקרי. בו ביום הורה בית המשפט המחוזי על מחיקת בקשות העיון מאחר שבכותרתן נחשפו שמותיהן ופרטיהן של המתלוננות, לרבות מספרי הזהות וכתובות המגורים שלהן. עם זאת, בית המשפט המחוזי הורה על קיום דיון בשאלת מתכונת הגשת בקשות העיון וזהות המותב שידון בהן.
14. ביום 4.1.2017 התקיים דיון כאמור, ובמהלכו שב בא-כוחו של המערער על בקשותיו. שלוש מהן נסבו על כך שיותר למערער לעיין בכל חומר הגלם והתרשומות שנוגעים לטיפול שהעניקו נשות מקצוע אחרות למתלוננות לאחר קרות האירועים (להלן: המטפלות), הכוללים שיחות שקיימו איתן ועם בני משפחתן. בקשה נוספת (רביעית) נסבה על קבלת מידע מאתר ההיכרויות Loveme הנוגע למתלוננות. עוד בקשה (חמישית) הופנתה כלפי חברת Skype ובה התבקשו התכתבויות שנערכו בין המערער ל-ג'. בקשה אחרונה (ששית) כוונה כלפי ההתקשרויות הסלולריות של שלוש המתלוננות עם המערער. הבקשה הופנתה למספר חברות סלולר (סלקום, פרטנר, פלאפון, גולן טלקום, 012 Smile-ו-הוט מובייל) והתבקשו במסגרתה הן רשימת התכתובות בין הצדדים והן תוכן. בא-כוחו של המערער ביקש בדיון כי יינתן לו להגיש השלמת טיעון בנוגע לבקשותיו במעמד צד אחד.



15. במהלך אותו דיון הסכימה המדינה למסירתם של פרטי ההתקשרות הסלולרית של המתלוננות עם המערער, שעליהם נסבה הבקשה הששית, והצדדים הסכימו להגיש יחד בקשה למתן צו פורמלי בעניין. באשר לבקשות העיון האחרות לא הושגה הסכמה (מה גם שבנוגע לחלקן טענה המדינה שמדובר ב"מסע דיג" שנועד לברר את עברן המיני של המתלוננות). כן לא הושגה הסכמה ביחס לבקשתו של בא-כוח המערער בדבר הגבלת הצדדים לדיון (למעשה, לקיומו במעמד צד אחד) וזהות המותב (דהיינו, קיום הדיון בפני הרכב שונה מן המותב שידון בתיק העיקרי), שנגעה לכלל בקשות העיון. המדינה התייחסה גם להוראת סעיף 46(א1) שנוספה בפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות), ולפיה בדיון בעתירה לגילוי ראיה חסויה בית המשפט רשאי לקבל הסברים מהעותר אף בהיעדר שאר בעלי הדין, וציינה כי אינה מתנגדת לכך שהמערער יגיש השלמת טיעון לעיונו של בית המשפט במעמד צד אחד. היא סייגה זאת רק בכך שתקבל פרפרזה של הדברים, וטענה כי ראוי שבית המשפט יתיר עיון כאמור במשורה.
16. כפי שכבר צוין, בא-כוחו של המערער טען כי הוא זכאי לעיון בחומר במעמד צד אחד מבלי שזה יוצג למדינה, וגרס כי הבסיס לכך מצוי בסעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי ובסעיף 43 לפקודת החיפוש. בתמצית, טענתו הייתה כי כשם שלתביעה אין זכות לעיון בראיות שנמצאות אצל צד שלישי וההגנה מעוניינת בהן, כך גם אינה זכאית לכך כאשר נדרש להשגתו צו שיפוטי. המדינה מצדה התנגדה וגרסה כי אין כל בסיס לטענה שהיא אינה זכאית להיות צד לבקשות הנדונות מכוח סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי.
17. בשלב זה התיר בית המשפט המחוזי למערער להגיש השלמת טיעון בכתב בכל הנוגע לבקשות העיון, וכן הורה למדינה להודיע מה עמדתה באשר לחיסיון החל על עדויותיהן של המטפלות. כמו כן, בית המשפט המחוזי הבהיר כי ישנה אפשרות שהמותב יתחלף מאילוצי בית המשפט (החלפה שלא אירעה בסופו של דבר, כמפורט בהמשך). בהמשך לכך הגיש בא-כוח המערער לעיונו של בית המשפט במעמד צד אחד מעטפה חתומה ובה השלמת הטיעון מטעמו.
18. ביום 15.1.2017 הודיעה המדינה כי לנוכח הסכמת המתלוננות, אין לה התנגדות להסרת החיסיון מעל חומרים הנוגעים לטיפול בהן ככל שאלה עוסקים ביחסים שבין המערער למתלוננות. עם זאת, המדינה ביקשה כי בית המשפט המחוזי יורה על העברת החומרים מן המטפלות לצורך סיווג ומיון כך שיימסרו למערער רק החלקים הרלוונטיים, שבהם יש לראות חומר חקירה, ולא מעבר לכך, על-מנת למנוע פגיעה בלתי מידתית בפרטיותן של המתלוננות. ביום 17.1.2017 השיב בא-כוחו של המערער כי החומרים העוסקים ביחסים שבין המערער למתלוננות מהווים חלק קטן בלבד מן החומר הרלוונטי לשיטתו, וכי הוא אינו מסתפק בכך. בא-כוח המערער שב על בקשתו להעלות את טיעוניו ביחס לכך במעמד צד אחד.
19. ביום 2.2.2017 הורה בית המשפט המחוזי כי בדיון הבא שיתקיים בפניו בנוכחות הצדדים המערער ישיב לאישום, וכן קבע מועדים לדיוני ההוכחות שנועדו להתחיל במחצית חודש פברואר 2017.
20. ביום 8.2.2017 התקיים הדיון, ובמהלכו בא-כוחו של המערער שב והעלה את שתי טענותיו הדיוניות: כי ההרכב שיבחן את בקשות העיון לפי סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי לא יהיה המותב שדן בתיק לגופו, וכי על בקשות אלה להישמע במעמד צד אחד במובן זה שהחומרים יועברו אליו מבלי שהמדינה תעיין בהם. המדינה חזרה על התנגדותה לכך.



21. לנוכח הטענות שהועלו באשר לכך שההרכב שיבחן את בקשות העיון לפי סעיף 108 צריך להיות מובחן מן המותב שיישב בתיק העיקרי, החזיר בית המשפט המחוזי את המעטפה שהוגשה על-ידי בא-כוחו של המערער וכללה את הבקשה שהוגשה לפי סעיף 108 (כמצוין בפסקה 17 לעיל). בעשותו כן הבהיר המותב כי אף שהמעטפה הושבה כשהיא אינה חתומה, איש מהשופטים לא עיין בתוכנה.
22. בשלב זה הודיע המערער כי אין בכוונתו להשיב לאישום מאחר שאינו יכול להיערך לניהול משפטו מבלי לקבל את החומרים שבהם ביקש לעיין. המערער עמד על עמדתו זו באמצעות בא-כוחו, אף לאחר שבית המשפט המחוזי הסביר לו את משמעות הדברים. ראוי להביא דברים בשם אומרם, כפי שתועדו בפרוטוקול הדיון: "בית המשפט: האם הבנת את דברי עורך דרך? (כך במקור - ד' ב' א') המערער: כן. אני הבנתי את דברי עורך דיני. בית המשפט: מה אתה הבנת לגבי המשמעות של החלטתך שלא להשיב לאישום? המערער: שזה יכול לשמש כחיזוק לראיות של התביעה. בית המשפט: ולמרות זאת אתה בוחר שלא לתת תשובה לאישום היום? המערער: כן. משום שאני חושב שאנחנו לא מוכנים לתשובה. בית המשפט פונה לבא-כוחו של המערער: אתה לא ציינת שאתה לא משיב לאישום שאתה לא מוכן עדיין. בא-כוחו של המערער פונה למערער: הבנת שאנו לא מוכנים לתת תשובה? המערער: אני אמרתי שאני מבין ולא שהוא אמר. אמרתי שאנחנו לא מוכנים. בית המשפט: לא מוכנים מבחינת הכנה או לא מוכנים מבחינת נכונות? המערער: מבחינת הנכונות שלי לתת תשובה לאישום" (פרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי, עמ' 22-23).
23. ביום 15.2.2017 הגיש בא-כוחו של המערער בקשה להעברת הדיון בתיק העיקרי למותב אחר. בבקשה נטען כי משעה שהמעטפה שהגיש הושבה אליו כשהיא פתוחה, ובשים לב לזמן שחלף מאז הוגשה ועד שהוחזרה, ישנו חשש כי המותב בכל זאת עיין בה, ומשכך, למצער מטעמים של מראית פני הצדק, יש להחליפו. בנסיבות אלה הודיע בא-כוח המערער כי יסכים להארכת המעצר אם לא תימצא למערער חלופת מעצר מתאימה.
24. ביום 20.2.2017 ניתנה החלטתו של בית המשפט המחוזי בבקשת המערער לדון בבקשות העיון בפני מותב שאינו דן בתיק העיקרי, לקיים את הדיון בבקשות אלה במעמד צד אחד, ולהעביר את התיק למותב אחר (בשל חשיפתו לכאורה לתוכנה של השלמת הטיעון שהוגשה מטעמו ביחס לבקשות העיון). שלוש הבקשות נדחו.



25. בכל הנוגע לבקשה שנסבה על העברתו של התיק העיקרי למותב אחר קבע בית המשפט המחוזי כי לא קמה כל עילה לכך - ולא כל שכן משהובהר במהלך הדיון כי המותב הנוכחי נמנע מלעניין בתוכנה של המעטפה. באשר לדיון בבקשות העיון בפני מותב אחר, בית המשפט המחוזי שב והזכיר כי על דרך הכלל בקשות לפי סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי נדונות לפני המותב הדין בתיק העיקרי, וצוין כי הדבר נכון ביתר שאת כאשר המשפט כבר החל, כמו במקרה דנן. בית המשפט המחוזי צוין כי במקרים שבהם המותב מעיין בחומר המבוקש וסבור כי המשך העיון בו יחשוף אותו ל"מסה קריטית של ראיות בלתי קבילות" הוא יטה שלא לעסוק בכך אלא להעביר את הדיון בבקשה לשופט תורן. בהתייחסו לנסיבות העניין בית המשפט המחוזי הצביע על החשיבות הנודעת לכך ששמיעת המשפט עצמו תחל, גם מהיבטו של המערער שבאותה עת כבר היה מצוי במעצר במשך כחצי שנה, מבלי שנמצאה לו חלופת מעצר, מה גם שאף בא-כוחו צוין כי הדיון בבקשות העיון צפוי להימשך "שבועות ארוכים". בית המשפט המחוזי צוין כי בקשות אלה יוכרעו במהלך שמיעת הראיות תוך מתן אפשרות למתלוננות ולמטפלות להשמיע את עמדתן בעניין החומרים ששאלת העיון בהם שנויה במחלוקת. המערער לא הגיש ערעור על ההחלטה שלא להעביר את הדיון בתיק העיקרי למותב אחר.
26. באשר לסוגיה של מתכונת הדיון בבקשות העיון והבקשה כי זה יתקיים במעמד צד אחד, בית המשפט המחוזי הבהיר כי מדובר בניסיון ליצור פרקטיקה שאין לה כל עיגון חוקי, כזו שתאפשר לנאשמים בהליך פלילי לנהל באמצעות סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי מעין "חקירה פרטית" במקביל להליך העיקרי, דבר שאין להסכים לו. בית המשפט המחוזי הוסיף וצוין כי סעיף 43 לפקודת החיפוש אינו רלוונטי כלל לעניין בהתחשב בכך שתחולתו מוגבלת לשלב הקודם למשפט (כמפורט בהמשך). בסיכומו של דבר, אפוא, בית המשפט המחוזי קבע כי הדיון בבקשות העיון לפי סעיף 108 יתקיים לפניו במהלך שמיעת הראיות.
27. ביום 6.3.2017 התקיים דיון ההוכחות הראשון בתיק והחלה שמיעתם של עדי התביעה. במהלך הדיון העידה, בין היתר, אחת המטפלות. בא-כוחו של המערער הבהיר, על דעת מרשו, כי הוא לא יציג שאלות לעדה מאחר שמהחלטותיו של בית המשפט עד כה ברור "שהצגת שאלות תוביל לפגיעה אנושה ולא הפיכה בהגנת הנאשם" (פרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי, בעמ' 44). בהמשך לכך אמר כי "לנאשם הובהרו ההשלכות המשפטיות של אי חקירת עדים [...] הנאשם אף מודיע שלא יטען לכשל בייצוג" (שם, בעמ' 45). לאחר מכן וידא בית המשפט המחוזי כי המערער מבין את משמעות הדברים לעמקם:
- "[...] אתה שמעת מה אמר לך עורך הדין? כן יש כבר פסיקה של בית המשפט העליון למה קורה בסיטואציות כאלה [...] המשמעות שאתה היום בוחר שלא לחקור את העדים בהחלט יכולה להיות שאתה תורשע רק בגלל העובדה שאתה לא חוקר את העדים ובוחר לא להעיד, שהעדים ימסרו גרסה ולך יש גרסה נוגדת ואנחנו לא נשמע אותה ואז לא תוכל לבוא בטענות כלשהן, בשלב מאוחר יותר, גם לא ב... שקיבלת עצה לא נכונה כי משפטים מתנהלים בדרך אחרת, באותו פסק דין בית המשפט העליון כתב שהנאשם לא כופה על בית המשפט כיצד לנהל משפט ושאלם יש החלטות, כאלה או אחרות, יש דרך לערער עליהן ושנאשם לא יכול, בעצם, לומר לבית המשפט: 'אם לא תעזרו לבקשה זו או אחרת אז אני בוחר שלא להעיד', אתה מודע לזה שאם לא תעיד יש סיכון שאתה תורשע ואם לא תחקור עדים אז רק בשל הסירוב? כן? ומדוע אתה עושה את זה?" (שם, בעמ' 48)
28. לאחר מכן התקיים דין ודברים נוסף בנושא בין המותב לבין בא-כוחו של המערער. בשלב זה הבהיר בא-כוחו של המערער כי "הבעיה שלנו, בכל מה שקשור לניהול ההגנה, קשורה לכל הטענות שפרסנו בהרחבה במשך שעות עד היום, לגבי הדרך והיכולת שלנו לקבל ראיות שקשורות לעדי הגנה לפני תחילת המשפט" (שם, בעמ' 50). לדברים אלה השיב ראש המותב, סגן הנשיא נועם:



"הנאשם ואתה לא יכולים להכתיב לבית המשפט שאם זה לא עובר להרכב אחר אז אנחנו עושים, במירכאות מרד וזה על חשבון הנאשם" (שם, בעמ' 51).

29. על מנת לוודא כי המערער מבין את משמעות הדברים, פנה בית המשפט המחוזי במישרין גם למערער. גם הפעם הדברים מובאים מפרוטוקול הדיון כלשונם:

"סגן הנשיא נועם: אני רוצה לשאול את הנאשם, אתה קראת את החלטת בית המשפט? כן, מה הבנת מההחלטה? קום רגע אני חושב שהוא לא הבין את ההחלטה, מה הבנת? אני רוצה לראות עד כמה ההחלטה שלו מושכלת, מה הבנת? זה לא קשור לעו"ד, כשקראת מה הבנת ממנה? [...]

המערער: חומרים.

סגן הנשיא נועם: איזה חומרים? אני רוצה לראות מה הוא הבין.

המערער: חומרים שנמצאים אצל עדי התביעה.

סגן הנשיא נועם: איזה עדי תביעה?

המערער: כמו המטפלות, כמו עוד.

סגן הנשיא נועם: גמרנו.

המערער: אני לא זוכר בע"פ אני מצטער.

סגן הנשיא נועם: איזה עדים, איזה עדים?

המערער: אני לא זוכר בעל-פה.

סגן הנשיא נועם: איזה סוג, מה אתה כן זוכר?

המערער: חומרים שביקשנו מהאנשים של העדים.

סגן הנשיא נועם: כן? ממי?

המערער: מכל המטפלים, מכל המטפלות.

סגן הנשיא נועם: חומר מהמטפלות, אוקי."

השופטת פרידמן-פלדמן: ומה הייתה ההחלטה של בית המשפט?

סגן הנשיא נועם: אם קראת אז אני רוצה להבין אם הבנת.

המערער: אם אני זוכר נכון, בית המשפט אמר שידונו בזה בזמן הדיון (פרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי, בעמ' 54-56).

30. בשלב זה הציע בית המשפט המחוזי כי ההתקדמות בתיק העיקרי תושהה עד שיתקיים בפניו הדיון בבקשות העיון, אך בא-כוחו של המערער השיב על כך בשלילה. בנוסף, במענה לשאלת בית המשפט המחוזי מדוע טרם הוגשה

בקשה למתן צו בדבר שיחות הטלפון, עניין שביחס אליו הושגה כבר הסכמה, השיב בא-כוחו של המערער כי "זה חומר חשוב כשמשפט מתנהל בצורה מסוימת ולא בצורה אחרת, שלא מאפשרת לעשות שימוש בזה, מה גם שבינתיים דייקנו

דברים מסוימים, שבגללם הבנו שיכול להיות שנצטרך להגיש בקשה מתוקנת אז אנחנו הנחנו את זה בצד בינתיים"

(שם, בעמ' 62).



31. ביום 14.3.2017 התקיים דיון הוכחות נוסף שבמהלכו נחקרו, גם כן בחקירה ראשית בלבד, המתלוננת ד' ואחת המטפלות. המערער מצדו שב על סירובו להשיב לאישום, וכן על החלטתו שלא לחקור בשלב זה בחקירה נגדית את עדי התביעה. יוער כי זה היה השלב שבו המדינה ביקשה לתקן את האישום הראשון כך שלא ייוחסו למערער עבירות של יחסי מין ומעשים מגונים בין מטפל נפשי למטופל (כמפורט בפסקה 9 לעיל). חלף זאת, ביקשה המדינה להוסיף לאישום זה את העבירה של קבלת דבר במרמה לפי סעיף 415 רישא לחוק העונשין. המדינה הסבירה בקשר לכך כי עובדות כתב האישום, שאותן היא אינה מבקשת לתקן, עשויות להקים מנעד רחב של עבירות, ואף את העבירה של אינוס במרמה, אלא שעל רקע הגישות השונות ביחס להבחנה בין עבירה זו לבין העבירה של קבלת דבר במרמה, הוחלט לייחס למערער את העבירה האחרונה. בא-כוחו של המערער ביקש כי תינתן לו שהות להשיב לבקשת התיקון, ובית המשפט המחוזי נעתר לכך. למחרת נערך דיון הוכחות נוסף שבו העידה המתלוננת ה'. המערער נשאר בעמדתו, וכך גם ה' לא נחקרה בחקירה נגדית.
32. ביום 6.4.2017 הגיש בא-כוח המערער את התייחסותו לבקשת המדינה לתקן את כתב האישום. בהודעה הובהר כי ההימנעות מלייחס למערער את העבירות שעניין יחסי מין בין מטפל נפשי ומטופל היא מתחייבת בנסיבות העניין, כי יסודותיה של העבירה של קבלת דבר במרמה שונים בתכלית מאלה של יחסי מין בין מטפל נפשי למטופל ולפיכך אין מקום להוסיף עבירה זו כעת, וכי מכל מקום אין הצדקה להוסיף ולייחס למערער עבירה נוספת בחלוף למעלה מתשעה חודשים מהגשת כתב האישום.
33. בדיון שהתקיים ביום 9.5.2017 טענו הצדדים בכל הנוגע לבקשת התיקון. המדינה הבהירה שבנסיבות העניין הוחלט שלא לייחס למערער עבירה שהעונש הקבוע בצידה חמור יותר מזה של העבירה שהופיעה בכתב האישום המקורי, הגם שעובדות המקרה מקימות גם עבירה של קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות (לפי הסיפא של סעיף 415). במענה לשאלת בית המשפט הבהיר בא-כוחו של המערער שכך או אחרת אין בכוונתו לחקור את ג', שהיא המתלוננת באישום מושא בקשת התיקון, ולאחר מכן בית המשפט המחוזי התיר את התיקון האמור. בית המשפט המחוזי הבהיר בהחלטתו מאותו יום כי התיקון לא יפגע באפשרותו של המערער להתגונן, מה גם ש-ג' טרם העידה. יצוין כי לאחר ההחלטה נחקרה ג' בחקירה ראשית, ובמהלכה שאל בית המשפט פעם נוספת את המערער ובא-כוחו אם בכוונתם לחקור אותה בחקירה נגדית, והם השיבו בשלילה.
34. ביום 15.5.2017 התקיים דיון הוכחות נוסף ואחרון, ובו נחקרו מספר עדים מטעם התביעה: רב שאביהן של המתלוננות פנה אליו לאחר שנודעו לו המעשים שיוחסו בסוף למערער (להלן: הרב), אמן של המתלוננות, וכן בעלה של ג' - כולם בחקירה ראשית בלבד. כמו כן, הוגש כתב האישום המתוקן בהתאם להחלטת בית המשפט המחוזי.
35. בסופו של יום, התקיימו במשפט חמישה דיוני הוכחות שבמהלכם העידו שלוש המתלוננות והוריהן, נשות מקצוע שטיפלו בהן, שוטרים, בעלה של ג' והרב - כולם בחקירה ראשית בלבד.



36. ביום 1.6.2017 נשמעו סיכומי המדינה, ובמסגרתם ביקשה באת-כוחה להרשיע את המערער בכל העבירות המיוחסות לו בכתב האישום על סמך חומר הראיות בתיק. חרף השלב המתקדם שבו עמד ההליך, בית המשפט המחוזי הציע למערער להזמין שוב את כל עדי התביעה לחקירה נגדית. גם בשלב זה בא-כוחו של המערער עמד על סירובו באמרו: "במקום שבו בקשות לגילוי ראיות מרוקנות מתוכן באופן שמאפשר פגיעה בעצם ההגנה של הנאשם [...] אנו רואים את האפשרות לשמור על זכות הנאשם" (פרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי, בעמ' 395-396). בסיום הדיון הודיע בא-כוחו של המערער שאין בכוונתו להגיש סיכומים. בהמשך לכך, קבע בית המשפט המחוזי כי תימסר לצדדים הודעה על מועד מתן הכרעת הדין.
37. בהחלטתו מיום 18.8.2017 הורה בית המשפט המחוזי לצדדים להתייחס לאפשרות שהעבירה שיוחסה למערער במסגרת תיקון כתב האישום, לפי סעיף 415 רישא לחוק העונשין, התיישנה. בהחלטה נכתב כי הצדדים מוזמנים להגיש השלמת סיכומים בעניין זה, וכי הכרעת הדין תינתן ביום 9.9.2017.
38. ביום 5.9.2017 הגישה המדינה את בקשתה הנוספת לתקן את כתב האישום כך שתיוחס למערער עבירה של קבלת דבר במרמה לפי סעיף 415 סיפא, שהיא כאמור החלופה המחמירה יותר של עבירה זו, מאחר שהעבירה לפי סעיף 415 רישא התיישנה. לחלופין, טענה המדינה כי אם יוחלט שלא להיעתר לבקשה, יש להרשיע את המערער בעבירה זו תוך שימוש בסמכות המוקנית לבית המשפט להרשיע בעבירה שהוכחה בפניו לפי סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי.
39. בו ביום הורה בית המשפט המחוזי על קיום דיון בשאלת ההתיישנות של העבירה של קבלת דבר במרמה לפי סעיף 415 רישא. דיון כאמור התקיים ביום 6.9.2017 וביום 11.9.2017. זו הפעם השתתף בא-כוחו של המערער באופן פעיל בדיונים והביע את התנגדותו לבקשת התיקון הנוספת של המדינה, וכן את ביקורתו על כך שבית המשפט המחוזי יזם דיון בשאלת ההתיישנות במקום לזכות את המערער מן העבירה.
40. על רקע טענות אלה בית המשפט המחוזי חזר והציע למערער - לא רק לטעון בעניינה של הרשעה זו, אלא גם להתגונן מפני העבירות כולן על דרך זימון מחדש של עדי התביעה לחקירה נגדית, זימון עדים מטעמו והשמעת סיכומים. בא-כוחו של המערער חזר על סירובו לעשות כן.
41. בסכמו את הדיון הודיע בית המשפט המחוזי כי אם בקשתה של המדינה לחזור ולתקן את כתב האישום תתקבל, תינתן בכך החלטה עצמאית, וכי אם זו תידחה - ההתייחסות לכך תיעשה בפסק הדין עצמו, כמו גם ההתייחסות לאפשרות של הרשעת הנאשם בעבירה לפי סעיף 415 סיפא ללא תיקון של כתב אישום אלא על סמך סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי.
42. להשלמת התמונה יוזכר כי בהחלטתו מיום 20.2.2017 קבע בית המשפט המחוזי שהדיון בבקשות העיון ייעשה כחלק משמיעת הראיות (כאשר העדים הרלוונטיים להן יעידו). מטבע הדברים, מאחר שהמערער בחר שלא לחקור את העדים מטעם התביעה ואף לא להביא עדים מטעמו, לא הגיעו בקשות העיון לכלל דיון.



פסק דינו של בית המשפט המחוזי

43. ביום 19.9.2017 הרשיע בית המשפט המחוזי את המערער פה-אחד במרבית העבירות שיוחסו לו בכתב האישום: במסגרת האישום הראשון הורשע המערער בעבירה של אינוס (בגין מקרה של חדירה ללא הסכמה); במסגרת האישום השני הוא הורשע בעבירות של אינוס ובמעשים מגונים על יסוד הקביעה שההסכמה למעשיו ניתנה במרמה (בגין "בדיקה" שביצע המערער ב-ד' וכללה צילום של איבר מינה והחדרת אצבעות); במסגרת האישום השלישי הורשע בבעילה אסורה בהסכמה (של קטינה) ובמעשים מגונים (בגין אירוע שהתרחש באחד הטיפולים). בנוסף, במסגרת האישום הראשון הורשע המערער גם בעבירה של קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות לפי סעיף 415 סיפא באשר למעשים אחרים שאירעו במהלך הטיפול, ושבעטיים התבקשה במקור הרשעה בעבירות שעניינן יחסי מין ומעשים מגונים בין מטפל נפשי ומטופל. בית המשפט המחוזי הסביר כי לא קיבל את בקשת התיקון של המדינה, אך עשה שימוש בסמכות המוקנית לו מכוח סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי, בהתחשב בכך שבנסיבותיו הקונקרטיות של תיק זה, שבהן התאפשר למערער להתייחס לאפשרות להרשיעו בגין העבירה האמורה ולטעון את טענותיו בנוגע לכך, הגנתו לא נפגעה.

44. בית המשפט המחוזי נדרש בהכרעת דינו בפירוט להתנהלותם של המערער ובא-כוחו לאורך ההליך, ובכלל זאת הדגיש כי פעם אחר פעם לאורך הדיונים הוא המליץ להם לשקול אותה מחדש. בית המשפט המחוזי אף הטעים באופן ספציפי כי הציע למערער לקיים דיון בכל בקשות העיון ולהכריע בהן קודם שיחלו החקירות הנגדיות של עדי התביעה, אלא שבא-כוחו של המערער דחה את הצעה זו. כמו כן, בית המשפט המחוזי קבע כי אף אם מניעי ההגנה היו ענייניים, אין להשלים עם התנהלותה. לצד זאת הוא הטיל ספק בטוהר המניעים בציינו כי המערער בחר שלא להגיב לדברי המתלוננות בשום שלב - החל בחקירתו במשטרה שבה בחר בזכות השתיקה בנוגע לחלק גדול מן השאלות שהוצגו בפניו, והמשך בעימותים שנערכו בינו לבין המתלוננות, שאף בהם שתק.

45. בית המשפט המחוזי עמד על כך שההגנה בחרה שלא לערער על דחיית טענת הפסלות של המותב, ועל כן היה עליה להמשיך בניהול המשפט בדרך המקובלת ועל פי כללי הדיון הפלילי. בית המשפט המחוזי הוסיף והבהיר כי ברי שיש להקפיד הקפדה יתרה על יכולתו של נאשם לממש את זכותו להשמיע את גרסתו, אך הדגיש שאין בכך כדי לאפשר לנאשם להכתיב לבית המשפט כיצד לנהל את ההליך כל אימת שהחלטותיו לא נושאות חן בעיניו. בית המשפט המחוזי הזכיר בהקשר זה כי "התנהלות חריגה זו" ננקטה גם בתיק אחר שבו ייצג בא-כוחו של המערער (ושהערעור עליו נדון בבית משפט זה בע"פ 2950/11 חן נ' מדינת ישראל (8.5.2014) (להלן: עניין חן)). עוד הוסיף בית המשפט המחוזי כי לשיטתו אין לאפשר למערער להסתתר מאחורי בחירת סנגורו, בנסיבות שבהן בחירתו להימנע מעשיית שימוש בזכויותיו הדיוניות הייתה מושכלת. בית המשפט המחוזי ציין עוד את התרשמותו מכך שהמערער שלט בפרטי הגנתו וידע להסביר את התנהלותו.



46. על בסיס זה, פנה בית המשפט המחוזי לבחינת הראיות שהציגה המדינה, וקבע כי נמצא בהן בסיס מספק להרשעת המערער. בית המשפט המחוזי קבע כי המערער ניצל באופן שיטתי את תפקידו כ"מטפל" במתלוננות, את פערי הכוחות והגיל ביניהם ואת ההיכרות המוקדמת והאמון שניתן בו, כדי להציג בפניהן "את אבחנותיו המופרכות בנושאים הנוגעים למיניות" (פסקה 75 להכרעת הדין). המערער, כך נקבע, הסיט את הטיפול שהתבקש לתת, שכלל לא נועד לעסוק במיניות, למחוזות חפץ אישיים שיובילו לסיפוק צרכיו. די בכך שאביא קטע קצר מקביעותיו של בית המשפט המחוזי בעניין זה:

"על אחת מהן הוא הטיל לשרטט את איבר מינה ובנוסף הורה לה לדרג את מידת משיכתה לגברים במקביל לתקופת המחזור החודשי שלה; על השנייה הוא הטיל לצלם את איבר מינה כדי לבדוק אם קרום הבתולין שלה שלם, ושכנע אותה כי לבירור זה חשיבות גבוהה להצלחת הטיפול ולמצבה הרגשי; ועל השלישית הוא הטיל לערוך רשימה של פנטזיות מיניות המעסיקות אותה ולמסור אותה לידי. עם שתיים מהן הנאשם אף יצר ביוזמתו דינמיקה שהובילה אותו לקבל את הצעתו לקיים עמן מגעים מיניים כמפורט לעיל, וזאת כדי להקל כביכול על מצבן הרגשי" (שם).

47. בית המשפט המחוזי ציין כי מצא את עדויות המתלוננות בהירות, סדורות ומהימנות, וקבע כי גרסתן מקובלת עליו. בהקשר זה צוין כי אף שהיה בעדויותיהן של המתלוננות פוטנציאל לכך שתיגרם להן מבוכה אישית, בין היתר לנוכח אופי המעשים ויחסה של החברה שממנה הן מגיעות למעשים כאלה, המתלוננות מסרו את גרסאותיהן בגילוי לב ובפירוט שאותות האמת נגלים מהם, הגם שניכר היה כי הדבר גורם להן לקושי רב וכי הן נסערות ממנו. בית המשפט המחוזי עמד בפירוט על האמון שהמתלוננות נתנו במערער, על היכרותן עמו מאז ילדותן, ועל כך שהן ומשפחתן רחשו לו כבוד. כל אלה אפשרו לו, כך נקבע, להציג כלפיהן מצג שווא ביחס לקשיים שעמם הן לכאורה מתמודדות וביחס למתרחש ב"טיפול" - לשם סיפוק צרכיו האישיים. בהקשר זה הטעים בית המשפט המחוזי כי לנוכח גילן הצעיר של המתלוננות כמו גם מאפייניהן החברתיים, הן היו חסרות ידע והבנה בתחום המיני והמערער השתמש בכך כדי להתל בהן. בית המשפט עמד כך בין היתר בתארו את עדותה של ה', שהייתה תלמידת תיכון בעת קרות האירועים:

"העדה סיימה את עדותה באומרה כי כמטופלת היא קיבלה את הסבריו של הנאשם כי מקור בעיותיה במשיכה המינית המופרזת שממנה היא סובלת, וכי קיום יחסי המין עמו הוא חלק מהטיפול" (פסקה 61 להכרעת הדין).

48. בית המשפט המחוזי הוסיף ותיאר את המקרים שבהם אירעו המעשים בהסכמה שהושגה במרמה, כמו גם את המקרה באישום הראשון שבו נעשו הדברים ללא הסכמה, ואף חרף התנגדות. בית המשפט המחוזי הצביע על כך שעדויותיהן של המתלוננות מגבשות "עדות שיטה" ו"מעשים דומים", באופן שמחזק את דבריה של כל אחת מהן. בית המשפט המחוזי עמד גם על מצבן הנפשי של המתלוננות בעת שהבינו את שאירע להן, וכן את התנהלותן במהלך העימותים במשטרה ובמתן העדות במשפט. הוא סבר שכל אלה תומכים בטענותיהן. לאחר דברים אלה, שיוזגש כי הובאו כאן אך בתמצית, בית המשפט המחוזי הרשיע את המערער.



49. לקראת הדיון בגזר דינו של המערער, ביום 28.9.2017 הגישה המדינה בקשה להורות על עריכת תסקירי נפגעות עבירה למתלוננות. המערער התנגד לבקשה וטען בתגובתו מיום 2.10.2017 כי אין לכך מקום במקרה שבו נפגעות העבירה מוסרות בעצמן עדויות בבית המשפט, מאחר שלפי סעיף 187 לחוק סדר הדין הפלילי לא מוקנית לנאשם זכות לחקור את נפגע העבירה על האמור בתסקיר. ביום 19.10.2017 קיים בית המשפט המחוזי בעניין זה דיון במעמד הצדדים, ובסופו קיבל את בקשת המדינה. בהמשך לכך, ביום 16.11.2017 הגיש המערער בקשה לחקור בחקירה נגדית את עורכות התסקירים. ביום 2.1.2018 התקיים דיון בבקשה זו במעמד הצדדים, ובסופו דחה אותה בית המשפט המחוזי. עם זאת, בית המשפט המחוזי התיר למערער להגיש שאלות הבהרה והשלמות שברצונו להציג לעורכות התסקירים. ביום 10.1.2018 וביום 14.1.2018 העביר המערער 130 שאלות לאישורו של בית המשפט. המדינה התנגדה להצגת השאלות. בעניין זה נטען כי מרבית השאלות אינן רלוונטיות וכי הן מיועדות לשמש תחליף לחקירה נגדית של המתלוננות (שהמערער כזכור ויתר עליה) ואמצעי לליקוט מידע. ביום 29.1.2018 התיר בית המשפט המחוזי למערער להציג 17 שאלות בלבד. בא-כוחו של המערער לא הפנה שאלות אלה לעורכות התסקיר. ביום 5.2.2018 התקיים דיון בטיעונים לעונש, ובמהלכו טען בא-כוחו של המערער כי על בית המשפט להתמקד במכלול הנסיבות המצביעות על הצורך בהקלה בעונש, וכן העלה טענות שונות נגד פסיקת פיצויים ואופן חישובם, כמפורט בהמשך. בין היתר נטען כי עניינו של המערער שונה מהרשעות אחרות בעבירות מין, וזאת בין היתר לנוכח טיב הקשר שלו עם המתלוננות ואופיין.

50. ביום 21.3.2018 גזר בית המשפט המחוזי את דינו של המערער. בעשותו כן נדרש בית המשפט המחוזי לתסקירי נפגעות העבירה שהוגשו בעניינן של המתלוננות, וציין שתוצאת המעשים הקשים ניכרת בהן עד היום. בית המשפט המחוזי עמד על כך ששלוש המתלוננות נפלו קרבן בידי המערער שהונה אותן בשיטתיות כדי לספק את רצונותיו, באצטלה של טיפול. בית המשפט המחוזי ציין כי הגם שהמערער לא הורשע בעבירה שבין יסודותיה נמנה ניצול טיפול נפשי, יש לזקוף לחובתו כנסיבה מחמירה את השימוש שעשה בתפקידו כדי לקבל את הסכמתן של המתלוננות למעשים מיניים. בית המשפט המחוזי קבע מתחמי ענישה ביחס לכל אחד מן האישומים כדלקמן: חמש עד שמונה שנות מאסר בכל הנוגע לאישום הראשון; שנתיים עד ארבע שנות מאסר בכל הנוגע לאישום השני; שנה וחצי עד שלוש שנות מאסר בגין האישום השלישי. בסופו של יום, החליט בית המשפט המחוזי להעמיד את עונשו של המערער בקרבת אמצע המתחמים וגזר על המערער תשע שנות מאסר בפועל שתחילתן עם מעצרו מיום 27.7.2016, ועשרה חודשי מאסר על תנאי כשהתנאי הוא שלא יעבור בתוך שלוש שנים מיום שחרורו עבירה שבה הורשע בתיק או עבירת מין כלשהי מסוג פשע. כמו כן, בית המשפט המחוזי חייב את המערער בתשלום פיצויים למתלוננות, כדלקמן: 100,000 שקל ל-ג', 60,000 שקל ל-ד', ו-60,000 שקל ל-ה'.

הטענות בערעור

51. הערעור נסב, כאמור, הן על הכרעת הדין והן על גזר הדין. בכל הנוגע להכרעת הדין, עיקר טענותיו של המערער מבוסס על ההיבט הדיוני ומכוון כלפי ההחלטות שבהן דחה בית המשפט המחוזי את בקשות העיון לפי סעיפים 108 לחוק סדר הדין הפלילי ו-43 לפקודת החיפוש, בהתחשב בכך שלא יכול היה לערער עליהן במהלך ההליך. לצד זאת, המערער מעלה טענות נגד הרשעתו גם לגוף הדברים, כמפורט להלן. כמו כן, ולחלופין, המערער סבור כי בית המשפט המחוזי החמיר בעונשו.



52. בראש ובראשונה, המערער סבור כי נקודת המוצא לדיון בעניינו צריכה להיות זכותו של כל נאשם לכך שחומר הראיות יהיה בפניו בתחילת משפטו. המערער מטעים כי זכות זו מקבלת משנה משקל לנוכח עמדת הנחיתות המובנית של הנאשם בהליך הפלילי. על כן, כך נטען, יש להבטיח את יכולתו של הנאשם "להפתיע" עדים בחקירה נגדית, ולא לחשוף את קו ההגנה שלו מבעוד מועד - לא בפני הצד השני ולא בפני המותב שדן בעניינו. מטעם זה, טוען המערער, יש לאפשר לו לקיים דיון בבקשות לגילוי ראיות המצויות בידי צדדים שלישיים במעמד צד אחד, ללא נוכחותם של באי-כוח המדינה, ואף בפני מותב שונה מזה שידון בעניינו.
53. המערער מוסיף וטוען כי עמדתו נתמכת בהיקש מסעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי - הן במובן זה שבקשות המוגשות במסגרתו נדונות ברגיל בפני שופט תורן, והן במובן זה שמוקנית זכות ערעור על ההחלטות המתקבלות מכוחו. לשיטת המערער אין הבדל משמעותי בין סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי מצד אחד לבין סעיף 108 לחוק זה וסעיף 43 לפקודת החיפוש מצד אחר, ולכן אין מקום להבחנה ביניהם בכל הנוגע למתן אפשרות לערער על ההחלטות המתקבלות מכוחם עוד לפני תום ההליך. המערער מסביר כי השגה על החלטות המתקבלות בגדרם של הסעיפים האחרונים רק במסגרת הערעור על פסק הדין למעשה מייתרת אותו, לנוכח הסיכוי הנמוך שבשלב הערעור תתקבל החלטה המורה על השבת עדים לדוכן.
54. לטענת המערער, בית המשפט המחוזי לא נהג בו באופן ניטרלי ואובייקטיבי אלא נקט כלפיו גישה לעומתית. גישה זו באה לידי ביטוי, לדידו, בכך שבית המשפט המחוזי לא היה נכון להורות על דיון בבקשות העיון במעמד צד אחד, ואף לא התיר לקיים את הדיון בהן בפני מותב אחר. לשיטתו, משלא נענו בקשותיו, ולנוכח הסיכון הטבוע בחקירת עדים מבלי שמלוא התמונה תהיה בפניו, היה עליו "להקטין את נזקו" ולא לחקור את העדים.
55. כמו כן, מלין המערער על פרק הזמן שחלף בין המועד שבו הושלמו הסיכומים מטעם המדינה לבין המועד שבו ניתנה הכרעת הדין - העומד על למעלה משלושה חודשים - וכן על כך שבית המשפט המחוזי לא התיר לו לחקור את מי שערכו את תסקירי נפגעות העבירה.
56. המערער אף טוען כי לא היה מקום להתיר את תיקון האישום הראשון לאחר שהחלה שמיעת הראיות ביחס אליו (כך שבמקום העבירה של יחסי מין בין מטפל נפשי למטופל תיכלל בו העבירה של קבלת דבר במרמה), זמן קצר לפני שהעידה המתלוננת הרלוונטית. בנוסף, טוען המערער נגד הדיון שיזם בית המשפט המחוזי בשאלת ההתיישנות של העבירה לפי סעיף 415 רישא לחוק העונשין, לאחר שהושלמו הסיכומים. לטענתו, משנמצא כי לא ניתן להרשיע את המערער בעבירה זו מטעמי התיישנות, היה על בית המשפט המחוזי לזכות אותו ולא לסלול את הדרך להרשיעו בעבירה שבה כלל לא הואשם - קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות. עוד הוא מוסיף בהקשר זה כי הסמכות להרשיע מכוח סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי קמה לבית המשפט רק כאשר הוכחו בפניו עובדות חדשות שלא פורטו בכתב האישום ומגלות את אשמתו, להבדיל ממצב שבו העובדות הובאו בכתב האישום, אך זה הפנה לסעיף עבירה אחר.
57. שאר טענותיו של המערער נוגעות לממצאים העובדתיים ולמסקנות המשפטיות שנכללו בהכרעת הדין. לשיטת המערער, הראיות מטעם התביעה אינן מספיקות להרשעתו. אביא כאן את עיקרי הטענות בהקשר זה, הגם שהחזרה על חלק מהן היא קשה ומכבידה, כפי שיובהר להלן.



58. בנוגע ל-ג' - המערער טוען כי הקשר המיני ביניהם החל כאשר לא היה המטפל שלה וכי בין השניים התקיימה למעשה מערכת יחסים זוגית. לטענת המערער, ניתן למצוא חיזוקים לכך בעדותה של ג' ממנה עולות "חוויות מיניות קודמות עם אחרים שאיתם לא היה לה קשר 'טיפולי'" (עמ' 11 לעיקרי הטיעון מטעמו), וכן הודאתה בכך שהציגה כלפיו הנאה מן המעשים, הגם שלא זו הייתה תחושתה (עמ' 13 לעיקרי הטיעון מטעמו). על כן, כך נטען, לא מדובר כלל בקבלת דבר במרמה, מה עוד שלא התגבשה אצל המערער מחשבה פלילית, בהתחשב בכך שביקש את הסכמתה של ג' קודם שבוצעו המעשים. באשר לעבירת האינוס, נטען בין היתר כי "גם כאשר במסגרת קשר זוגי אחד מבני הזוג עובר 'קו אדום' שהציב זולתו - אין להעביר זאת למישור הפלילי" (עמ' 13 לעיקרי הטיעון מטעמו). כך במקור.
59. בנוגע ל-ד' - נטען כי העובדה שלא "צייטה" לכל בקשותיו של המערער, ובהן כי תרשום את מחשבותיה במישור המיני, מלמדת כי בחרה להסכים לכך שהמערער יערוך לה "בדיקה גניקולוגית" וזאת מ"שיקולים תועלתניים, רציונליים מובהקים" מאחר שרצתה לדעת אם היא בתולה (עמ' 16 לעיקרי הטיעון מטעמו). בנוסף, נטען כי ברקע המפגשים בינה לבין המערער "קיימה ד' קשרים מיניים חריגים". המערער אף טוען כי לא ניתן היה להרשעו גם בעבירה של אינוס וגם בעבירה של מעשים מגונים מאחר שמדובר באותה מסכת עובדתית, וכי מכל מקום לא התקיימו היסודות הנדרשים לעבירה של אינוס במרמה, מאחר ש-ד' "ידעה היטב שהמערער אינו גניקולוג, בפרט כאשר הטיפול בה היה בדרך של דיבור ובשום אופן לא פיזי" (שם).
60. בנוגע ל-ה' - טוען המערער כי "חמישה מפגשים בני שעה לא יוצרים תלות", וכי "יחסי מין הנובעים מהערצה לאדם - אינם יכולים לשמש בסיס לעבירה" (עמ' 16 לעיקרי הטיעון מטעמו). בנוסף הוא מלין על ההפניה שערך בית המשפט לפסק הדין שניתן בע"פ 8271/14 רצון נ' מדינת ישראל (18.7.2016) לנוכח השונוות הנטענת בין המקרים.
61. בהתייחס לכלל האישומים טוען המערער כי לא היה בסיס לקביעה כי מעשיו מקימים "עדות שיטה" ואף לא "מעשים דומים". הוא עומד על כך שהמתלוננות הן שפנו אליו, וכן טוען כי המסכת העובדתית שרלוונטית לכל אחת מהן שונה לגמרי וכי "על כך שההתנהלות המינית של האחיות - יוצאת דופן, לאור הרקע החרדי שלהן, קשה לחלוק" (עמ' 15 לעיקרי הטיעון מטעמו).
62. באשר לגזר הדין, טוען המערער כי העונש שהוטל עליו חורג באופן משמעותי מרמת הענישה המקובלת במקרים דומים. המערער מדגיש כי פסקי הדין שהמדינה הסתמכה עליהם עוסקים ברופאים שהורשעו בשל פגיעות מיניות במטופלים, בעוד "המערער אינו רופא ואינו 'מטפל' ולא ניתן להקיש ממקרים אלה לענייננו" (עמ' 16 לעיקרי הטיעון). בנוסף, המערער טוען כי, מכל מקום, אם יתקבל ערעורו ביחס לכך שיש לבטל את הרשעתו בעבירה של קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות יהיה מקום להפחית את עונשו בהתאם לכך.



63. בעניין הפיצויים טוען המערער כי לא היה מקום לחייבו בהם ללא דיון ממצה הכולל הצגת ראיות וחקירות נגדיות. ביתר פירוט, המערער מזכיר כי התנגד לבקשת המדינה לערוך תסקירי נפגעות עבירה בשל כך שהגשתם כרוכה לשיטתו ב"פגיעה חמורה בזכותו להליך הוגן", מאחר שאינו יכול לחקור את המתלוננות על תוכנם. בנוסף, המערער מלין על דחיית בקשתו לזמן את עורכות התסקיר לחקירה נגדית, וכן על כך שהותר לו להציג להן רק כעשירית מכלל השאלות שהכין. עוד הוא טוען כי הפיצויים נפסקו בעניין זה מבלי לערוך כל חישוב וסבור כי הדבר אינו עולה בקנה אחד עם לשון החוק ופסיקתו של בית משפט זה (בהפניה לע"פ 3491/13 טוויק נ' מדינת ישראל (15.11.2013) ודנ"פ 5625/16 אסרף נ' טווק בוקובזה (13.9.2017) (להלן: עניין דנ"פ טווק).

טענות המדינה

64. המדינה סבורה כי דין הערעור להידחות. בפתח טיעוניה מדגישה המדינה כי התנהלותה של ההגנה בתיק הייתה חריגה מכל בחינה, כי הבקשה להשיב את התיק לשמיעה חוזרת בבית המשפט המחוזי היא בלתי סבירה, וכי היעדרות לה למעשה תיתן "פרס" למי שאילץ את בית המשפט המחוזי ליתן פסק דין לאחר שההליך התנהל מבלי שההגנה נטלה בו חלק פעיל. בנוסף מציינת המדינה כי אם התיק אכן יושב לשמיעה חוזרת בבית המשפט המחוזי, יאלצו שלוש המתלוננות להעיד מחדש כשנתיים לאחר שעשו כן, באופן שימנע מהן להותיר פרק כאוב זה בחייהן מאחור. המדינה מבהירה כי ניהול ההליך באופן חריג כל כך נזקף כולו לחובתו של המערער, וכי בתפקודו של בית המשפט המחוזי לא נפל כל פגם, אלא להיפך: ניכר שזה עשה כל שביכולתו כדי לשכנע את המערער לנהל את המשפט כראוי. זאת, כאמור, ללא הועיל.

65. באשר לעמדתו המשפטית של המערער ביחס לסעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי טוענת המדינה כי בית המשפט המחוזי פעל בהתאם לדין ולנוהג כאשר קבע שהמותב שידון בבקשות העיון מכוחו יהא זה שדן בתיק העיקרי. המדינה מטעימה כי דיון בחומרים מן הסוג שהתבקש - קרי כאלה שאינם עומדים בליבת האישום וחלקם אף חסויים - צריך להישמע דווקא בפני המותב בתיק העיקרי שרק לו הכלים המיטביים להכריע באשר לרלוונטיות של החומרים להליך. המדינה מבהירה עוד כי אין להסכים עם טענתו של המערער לפיה קמה לו זכות לקבל את החומרים שביקש במעמד צד אחד. המדינה מציינת כי מתן אפשרות שכזו לנאשם עשויה להוביל לשיבוש הליכי משפט ולפגיעה בזכויותיהם של צדדים שלישיים, בחסיונות ובאינטרסים מוגנים אחרים. בהקשר זה טוענת המדינה אף כי גורם ה"הפתעה" שהמערער נאחז בו כדי להצדיק את עמדתו אינו זכות במובנו המלא של הביטוי, וכי לא ניתן "לעקם" בשמו את הדין ולפתוח בפני ההגנה מסלול חשאי לדיון בראיות פוטנציאליות נוספות.

66. לגוף הדברים, המדינה טוענת כי אין כל מקום להתערב בקביעות העובדתיות והמשפטיות של בית המשפט המחוזי. המדינה סבורה כי בית המשפט המחוזי נימק נכונה את הרשעת המערער בשלושת האישומים - על בסיס עדויותיהן של המתלוננות שנמצאו מהימנות ועל סמך ראיות נוספות.



67. המדינה מודה כי התנהלותה לא הייתה מיטבית בכל הנוגע לחלק של כתב האישום שתיקונו התבקש, אך טוענת כי הרשעתו של המערער בעבירה של קבלת דבר במרמה לפי סעיף 415 סיפא לחוק העונשין שבה לא הואשם מלכתחילה - מכוח סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי - היא מבוססת. המדינה אף מציינת כי לשיטתה, בכל הנוגע לסוגיית המרמה, היא אף הקלה עם המערער בכך שלא ייחסה לו בגין מעשים אלה עבירה של אינוס במרמה. המדינה מציינת כי בית המשפט המחוזי נתן למערער הזדמנות להתגונן מפני הרשעתו בעבירה של קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות, ומדגישה כי מכל מקום ההבדלים בין סעיף 415 רישא (שנכלל בכתב האישום המתוקן) לסעיף 415 סיפא (שבו הורשע המערער) אינם "דרמטיים" או מפתיעים מבחינת ההגנה.

68. לבסוף, המדינה סבורה כי דין הערער להידחות גם בכל הנוגע לגזר הדין, בהתחשב בחומרת העבירות ובמדיניות הענישה הנוהגת.

עמדת המתלוננות

69. מאחר שהערער נסב אף על שאלת גובה הפיצוי, צורפו גם המתלוננות כמשיבות לערעור. המתלוננות, שיוצגו בנפרד על-ידי עורכות דין מטעם הסיוע המשפטי, טוענות כולן כי אין מקום להפחית מן הפיצויים שנפסקו להן, והן מפנות בהקשר זה לפסיקה המנחה בדבר תכליות הפיצוי בהליך הפלילי ובהן סיוע לקרבנות העבירה, באופן שיקל עליהן במעט את ההתמודדות עם נזקיהן ויבטא הכרה בפגיעה בהן. עוד מציינות המתלוננות כי הפסיקה הבהירה שהכלים המצויים בידי בית המשפט שדן בפיצויים במסגרתו של הליך פלילי הם מטבע הדברים מוגבלים, ואין לצפות ממנו לנהל "הליך נזיקי זוטא" לצורך פסיקת הפיצויים.

70. המתלוננות מוסיפות וטוענות כי הן זקוקות לכספי הפיצויים לצורך שיקומן, וכי העדויות והתסקירים בעניינן מלמדים כי אלה הם פני הדברים. כך, ג' טוענת כי את המעשים החמורים כלפיה החל המערער לבצע בעת שהייתה בת 17 בלבד, וכי לא היה בידה לעצור את הפגיעה המתמשכת בה. היא מדגישה כי נגרמו לה נזקים קשים בכל תחומי חייה וכי צפויות לה עוד שנים ארוכות של שיקום וטיפול ממושך. ד' מציינת כי מעשה האינוס הסב לה כאב פיזי של ממש ומציינת כי נגרמו לה שורה של נזקים נפשיים המשליכים על כלל מישורי חייה ושעמם היא מתמודדת עד היום. ה' מצדה מדגישה את הגיל הצעיר שבו בוצעו בה העבירות, ומציינת כי הייתה להם השפעה מכרעת על עיצוב אישיותה ועל הנזקים שנגרמו לה. גם היא מבהירה כי הפיצוי אמור לשמש אבן דרך בשיקומה, ומדגישה כי בניגוד לטענות המערער, בית המשפט המחוזי שקל את מכלול הראיות שהובאו בפניו בבואו לפסוק את הפיצוי ועשה כן בהתאם למקובל במקרים דומים.

71. יוער כי המתלוננות התייצבו לדיון בפנינו וביקשו לומר מספר מלים לבית המשפט. הן התייחסו לפגיעה הקשה והנמשכת בהן, ואף לתחושת הזעזוע שנגרמה להן בהבין שכל אחת מהן נפלה, בנפרד, קורבן למערער. הן ביטאו כאב רב ותחושת פגיעה קשה, שהמילה הכתובה אינה מסוגלת לשקף באופן מלא. השלמות טיעון



72. הדיון בערעור התקיים בפנינו ביום 28.2.2019 ובו שבו הצדדים על עמדותיהם. המדינה הבהירה כי דין הערעור להידחות כבר בשל כך שהמערער לא ניהל את הגנתו בבית המשפט המחוזי, וציינה כי תשובתה לגופו של הערעור בכל מה שנוגע לממצאי הכרעת הדין נעשתה אך למעלה מן הצורך ולמען הזהירות. בא-כוחו של המערער השליך את עיקר יתרונו על הדיון בסעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי, כמפורט לעיל.
73. ביום 14.3.2019 הגיש המערער בקשה להגיש השלמת טיעון מטעמו, וביום 3.4.2019 היא אכן הוגשה. במסגרת זו ציין המערער כי בחירתו שלא להגיש סיכומים מטעמו בערכאה הדיונית אינה צריכה לשלול את זכותו להעלות טענות בערעור. על כן, כך נטען, יש לדון גם בטענותיו במישור העונש, אף שאלה לא הועלו קודם לכן.
74. ביום 16.4.2019 הגיבה המדינה לדברים והודיעה כי אין מחלוקת על כך שנאשם אינו מחויב להגיש סיכומים. עם זאת, היא הוסיפה וציינה כי אם נאשם נמנע מהעלאת טענות בשלב הסיכומים במכוון, בית המשפט של ערעור אינו מחויב לשמוע טענות אלה לראשונה.
- דיון והכרעה
75. לאחר שעיינתי בערעור, בתגובה לו ובנספחים, ובחנתי את טענות הצדדים בעל-פה, לרבות את השלמת הטיעון, הגעתי לכלל מסקנה כי דין הערעור להידחות, הן ביחס להכרעת הדין והן ביחס לגזר הדין.
- השאלות המשפטיות-דיוניות
76. הערעור שבפנינו מתמקד במספר שאלות דיוניות הנוגעות להחלטתו והפעלתו של סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי: באלו מקרים יש לחרוג מן הכלל ולהורות על כך שהדין וההכרעה בבקשות העיון לפי סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי לא ייעשו בפני המותב שדן בהליך העיקרי? האם בקשות מעין אלה יכול שיידונו במעמד צד אחד? כמו כן, האם במקרים שבהם נדחות בקשות שמגיש נאשם לפי סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי רשאי הנאשם לחדול מלשתף פעולה עם ההליך המתנהל נגדו?
77. בהגישו את בקשות העיון, הבהיר כאמור בא-כוחו של המערער כי עליהן להיות נדונות בפני מותב שונה מזה שהוקצה לדיון בתיק העיקרי ו"במעמד צד אחד". אני תמימת דעים עם בית המשפט המחוזי כי לא היה מקום לקבל עמדה זו. אפתח בהתייחסות לסוגיית המותב שידון בבקשה.
- שאלה ראשונה: הדיון בבקשה לפי סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי - בפני המותב בתיק העיקרי או שופט תורן?



78. סדר הדין הפלילי בישראל מכיר בשלושה מסלולים שעניינם עיון בחומרים מטעם ההגנה: סעיף 43 לפקודת החיפוש, סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי וסעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי. כאמור, המערער טען כי בקשות העיון מבוססות על סעיף 43 לפקודת החיפוש ועל סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי. אולם, לאמיתו של דבר, סעיף 43 לפקודת החיפוש כלל לא רלוונטי בעניינו, ועל כן הדין להלן לא יעסוק בו כלל. בשונה מסעיפים 74 ו-108 לחוק סדר הדין הפלילי - סעיף 43 לפקודת החיפוש חל בתקופה הקודמת להגשת כתב האישום (ראו: בג"ץ 47/91 ניימן נ' פרקליטת המדינה, פ"ד מה(2) 872 (1991); בג"ץ 4388/08 שמואל נ' היועץ המשפטי לממשלה (11.6.2008); בש"פ 9305/08 פלוני נ' בית ספר מאמוניה לבנות, פסקאות 8-9 (3.12.2008) (להלן: עניין מאמוניה); בש"פ 3945/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (12.6.2013); בש"פ 8252/13 מדינת ישראל נ' שינר, פסקה 14 (23.1.2014) (להלן: עניין שינר); בש"פ 296/18 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 9 וההפניות שם (15.3.2018) (להלן: בש"פ 296/18)).

79. במאמר מוסגר יאמר עוד, כי המערער אמנם עמד על כך שבקשותיו אינן מבוססות על סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי, אך למעשה "צלו" הארוך של סעיף זה היה מוטל על ההליך כולו. בית המשפט המחוזי התבקש למעשה לשלב בין סעיפים 74 ו-108 לחוק סדר הדין הפלילי - קרי לנהוג בחומרים המצויים בידי צדדים שלישיים הלכה למעשה כאילו הם "חומרי חקירה" - אף שאינם כאלה - ובכך ליצור בריאה חדשה שלא יצאה תחת ידי המחוקק.

80. כידוע, סעיפים 74 ו-108 לחוק סדר הדין הפלילי עוסקים שניהם בבקשות לקבלת חומרים מטעם ההגנה. אולם, הם מובחנים זה מזה באופן מובהק בכל הנוגע לטיב החומרים שניתן לבקש מכוחם, ובהתאם לכך גם בסדרי הדין שחלים עליהם, כפי שהוסבר בעניין שינר. "לב העניין" הוא במהותם של החומרים המבוקשים. סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי נסב על חומרי חקירה, קרי על חומרים המצויים בידי התביעה, או שיש בידה להשיגם, ואשר נוגעים במישרין או בעקיפין לאישום (ראו: בש"פ 7233/18 בכיראת נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (24.10.2018); בש"פ 8762/18 שם טוב נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (29.01.2019); בש"פ 2948/19 טייב נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (15.5.2019)). לעומת זאת, סעיף 108 לאותו חוק מכון כלפי חומרים אחרים, חיצוניים לחקירה, שאחד הצדדים להליך מעוניין בהם - ההגנה או התביעה - וממילא אינם נחשבים חומרי חקירה (ראו: בש"פ 9322/99 מסארווה נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 376, 382 (2000) (להלן: עניין מסארווה); בג"ץ 9264/04 מדינת ישראל נ' בית משפט השלום בירושלים, פ"ד ס(1) 360, 373-374; 386-390 (2005) (להלן: עניין שרים); עניין מאמוניה, בפסקה 8).

81. ברבות השנים הרחיבה הפסיקה את מעגל החומרים שניתן לבקש מכוח סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי מהיבט הקרבה שלהם ל"ליבת" האישום. ההכרה בכך שהעיון בחומרי החקירה חיוני להגנת הנאשם והוא בגדר זכות לכל דבר ועניין, הובילה לחיוב התביעה בהעברתם גם כאשר אלו מצויים באופן יחסי בפריפריה של האישום, אך לא כאשר מדובר בחומרים שנגיעתם לאישום שולית ורחוקה (ראו: בש"פ 91/08 מדינת ישראל נ' שיבלי, פסקה 6 (13.2.2008); בש"פ 3099/08 אברהמי נ' מדינת ישראל, פסקאות 6-7 (23.2.2009)). היחס לסעיף 108, עם זאת, הוא שונה מלכתחילה. עניינו של סעיף זה בחומר שעשוי לסייע לצדדים ומצוי בידי צדדים שלישיים, שלא שימשו כ"חומרי חקירה" ולא הובילו לגיבוש האישום. בכך אין כדי לומר שההסדר הקבוע בסעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי אינו חשוב להגנת הנאשם - הוא מיועד לתרום לצמצום הפער המובנה הקיים בהליך הפלילי בין המדינה לבינו, וכפי שנכתב עוד קודם לכן, שני הצדדים להליך יכולים לעשות בו שימוש. עם זאת, קיומו של החומר בידי צדדים שלישיים והעובדה כי חומר זה נוגע אליהם באופן ישיר, מחייב התחשבות אחרת בזכויותיהם ובראשן בזכות לפרטיות (ראו למשל: עניין מסארווה, בפסקה 5; עניין שרים, בעמ' 386-387; עניין שינר, בפסקה 45). לא בכדי מסורה ההכרעה בעניין הרלוונטיות של החומרים והיקפם המבוקש בידי בית המשפט ש"רשאי" לצוות בעניין זה.



82. בהתאמה, גם השלב בהליך שבו מוגשות הבקשות דרך קבע הוא שונה, וכך גם המותב שדן בהן. ככלל, הדיון בבקשות המוגשות לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי אמור להיעשות קודם שהחל הדיון בתיק העיקרי (אף שהן יכולות להיות מוגשות גם במהלכו כפי שקורה לא אחת). ממילא הדיון בהן נעשה ברגיל בפני השופט התורן. מנגד, בקשות לפי סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי מוגשות לאחר שהחל הדיון בתיק העיקרי (אם כי אין מניעה להגשתן גם בתחילתו. ראו: עניין מאמוניה, בפסקאות 9 ו-12), והדיון בהן נעשה במהלכו. בית משפט זה הסביר כי כך קטן החשש שהחומר מתבקש הלכה למעשה מתוך שיקולים טקטיים של ההגנה (ראו: עניין שינר, בפסקאות 14 ו-25). אחד הביטויים המשמעותיים לתפיסה הרואה בדיון מכוח סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי חלק בלתי נפרד מן ההליך העיקרי - שלא כמו הדיון המתקיים בגדרו של סעיף 74 לחוק זה - הוא העדרה של הזכות להגיש ערר על החלטה הנוגעת אליו, כפי שהוסבר בעניין שינר (שם), בפסקה 15. ראו גם: בג"ץ 2882/18 פלוני נ' קופת חולים לאומית, פסקה 11 (31.5.2018).

83. ניתן לחשוב על מספר טעמים שעומדים בבסיסה של בחירה זו של המחוקק, לפיה המותב שדן בתיק העיקרי ישמש כ"בית" גם לדיון מכוח סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי. ראשית, כמי שמכיר את התיק, היכולת של המותב הדן בו לנווט בתוכו ולקבוע ממצאים בדבר רלוונטיות החומרים המבוקשים היא בהכרח טובה יותר מזו של שופט תורן שאינו מצוי בהליך. לנוכח הצורך לאזן בין הרלוונטיות הנטענת לבין אינטרסים וזכויות של צדדים שלישיים - חשיבותו של יתרון זה היא רבה. לא בכדי עמדה הפסיקה על היתרון הגלום בכך שבקשות שעניינן עיון בחומרים חסויים המצויים בידי מטפלים (כגון פסיכולוגים, רופאים ועובדים סוציאליים) יידונו בגדרו של סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי בפני המותב הדן בתיק (ראו: בש"פ 8685/13 יעקוב נ' מדינת ישראל (29.1.2014) (להלן: עניין יעקוב); בש"פ 5190/14 אבו גנאם נ' מדינת ישראל, פסקה 14 (26.8.2014); בש"פ 8815/15 סעד נ' מדינת ישראל, פסקאות י"ד, י"ז ו-ל' לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין (10.5.2016) (להלן: עניין סעד); בש"פ 296/18, בפסקה 3; וכן בש"פ 4194/18 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 15 (26.6.2018)). הטעם לכך הוא מניעת שימוש בבקשות לקבלת חומרים כאמור כמעין "מסע דיג", שלא מונח ביסודו כל מידע קונקרטי בעל רלוונטיות לתיק, אך כרוך בו פוטנציאל פגיעה רב במתלוננות. ככלל, המותב שדן בתיק העיקרי מצויד בידע הדרוש כדי לקבל את ההחלטות המיטביות בקשר לכך. בנוסף, מתעורר החשש שהכרעה בעניין על-ידי שופט תורן תהיה כרוכה בפגיעה נוספת בפרטיותם של צדדים מעורבים ובשלוות הנפש שלהם, בעיקר כאשר מדובר במתלוננות בעבירות מין ואלימות. כך, השיקול אינו רק מוסדי אלא נובע גם משיקולים של אנושיות והגינות.

84. לצד זאת, הפסיקה הכירה באפשרות לפיה במקרים מסוימים, מיוחדים, תתאפשר העברה של בקשה לפי סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי למותב אחר, בהתאם לנסיבות. בהקשר זה צוינו כרלוונטיים השיקולים הבאים: השלב שבו מצוי ההליך; החשש כי עיון המותב בחומר המבוקש "ישחיר" את הנאשם; וכן השאלה אם המותב שדן בתיק העיקרי ממילא ידרש לעיין בחומר המבוקש על-מנת להכריע בבקשה להסרת חיסיון (ראו למשל: עניין יעקוב, בפסקה 9(א)). אולם, "דרך המלך" היא עודנה דיון בבקשות מכוח סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי בפני המותב שדן בתיק העיקרי. העברתן למותב אחר היא החריג.



85. בענייננו, איני סבורה כי היה מקום לחרוג מדרך המלך. אכן, במקרה שבו הבקשה מוגשת בתחילת המשפט היתרון המוקנה למותב העיקרי משמעותי פחות. עם זאת, מדובר בשיקול אחד מבין רבים ברשימה שאיננה סגורה, וברי כי הגשת הבקשה בשלב דיוני זה אינה הופכת את העברת הדין לחובה. למעשה, המערער לא הציג טעמים של ממש שבגינם היה על בית המשפט המחוזי להיעתר לבקשתו. בדיון שנערך בפנינו שאלנו את בא-כוח המערער איזה נזק היה נגרם אילו השופטים היו מעיינים בחומרים שביקש, והוא התקשה לומר דבר מה קונקרטי מעבר לחשש עמום בדבר השחרת פניו של מרשו - סוגיה שהיא בבחינת סיכון אינהרנטי למי שמבקש לעיין בתרשומות פרטיות של מתלוננת בעבירת מין. בזירות המתבקשת יש להכיר בכך שכל פעולה שבה נוקטת ההגנה, ובכלל זה הצגת שאלות בחקירה נגדית, כרוכה ב"סיכון מחושב" (כפי שציין בא-כוח המערער עצמו בהסבירו מדוע בחר שלא להעיד עדים במשפטו). על כן, לא מן הנמנע כי אף בהגישו בקשה לעיון מכוח סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי יתהה הנאשם אם בתוכן המבוקש יש גם כדי לפגוע בו. יחד עם זאת, הנאשם אינו יכול לצאת מנקודת הנחה שהמותב אשר ידון בבקשה מכוח סעיף זה יהיה שונה מהמותב שנקבע לתיק העיקרי. על רקע זה, ההחלטה שלא להעביר את הדין בבקשות העיון שהגיש המערער למותב אחר נראית סבירה בהחלט, ואיני רואה מקום להתערב בה. יש לזכור: החלטה להעביר לשופט תורן דיון בבקשות שעתידות להידון לאורך זמן, בעוד הנאשם נתון במעצר מאחורי סורג ובריח (כפי שהזהיר בא-כוחו של המערער בבית המשפט המחוזי), אינה עניין של מה בכך. זאת ועוד, לדיון בבקשה נודעת כאמור השלכה ישירה על חייהם של צדדים שלישיים, ובהם קורבנות עבירה לכאורה, כאשר העברתו למותב אחר עלולה להסב פגיעה נוספת להם ולפרטיותם. החומרים שביקש המערער, ובהם פרופיל באתר היכריות ותרשומות מטיפול נפשי - נמנים בדיוק עם קבוצת החומרים שהעברת הדין בבקשה בעניינם מעצימה חשש זה. מנגד, ראוי להדגיש שוב כי בא-כוחו של המערער לא הראה כלל כיצד היה מרשו נפגע מדיון כאמור בפני המותב בתיק העיקרי.

86. בהמשך לכך, לא ניתן שלא להתייחס לשאלה שריחפה ברקעו של הדיון, הגם שהצדדים לא עסקו בה במישרין - זו שעניינה היקף העיון הראוי בחומרים הנוגעים למתלוננים והם אינם חומרי חקירה. השאלה עלתה למעשה רק בין השיטין ואולם נראה כי יש בה כדי לשפוך אור על ההליך כולו, וראוי לפיכך להתייחס גם אליה.

87. בתיקים רבים של עבירות מין שהובאו בגלגול זה או אחר בפני בית משפט זה פרסו הצדדים להליך מגוון רחב של בקשות לקבלת חומרים. כך בין היתר ביקשו נאשמים תרשומות של טיפולים פסיכולוגיים, פסיכיאטריים ואחרים, יומנים אישיים, פרופילים באתרי היכריות, וכן פירוט של התקשרויות טלפוניות עם צדדים שלישיים ותוכן. פעמים רבות אין הבקשות מנסות להאיר בזרקור נדבכים שונים שנוגעים למערכת היחסים בין המתלוננת לנאשם, ומוקדיה אינם רלוונטיים כלל וכלל לעובדות כתב האישום. להיפך. החומרים מבוקשים לא אחת על מנת להצביע על דפוסים אישיותיים "בעייתיים" של המתלוננת, וכן על עברה המיני. בקשות מן הסוג הזה, כמו גם ניסיונות חקירה אודותיהן, ייבלמו על-ידי בתי המשפט לנוכח קיומו של סעיף 2 לחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), התשי"ח-1957, האוסר על חקירת נפגע בעבירת מין על עברו אלא בנסיבות חריגות. עצם קיומן "מלכלך" את הדין ומסיט אותו למקומות שאינם רלוונטיים (ראו גם: ליאת לבנון "הצגת ראיות בדבר עברה המיני של מתלוננת בעברות מין לצורך הוכחת הסכמה" עלי משפט יא 323 (2014)). בית משפט זה עמד לא אחת על המניע שניצב בבסיסן של בקשות מעין אלה, וביקר את המטרה שהן באות לשרת. יפים לעניין זה דברי השופט י' עמית בעניין שינר:



"אנו עדים לתופעה גוברת והולכת של בקשות נאשמים לגילוי ועיון בחומרים הנוגעים למידע אישי ופרטי הקשור למתלוננת, החל במידע שהמתלוננת עצמה 'יצרה' (כמו יומנים אישיים, מיילים, צ'טים באינטרנט, פייסבוק), דרך מידע שנמצא ברשויות שונות (כמו תיקים אישיים בלשכת הרווחה, רישומי יועצת חינוכית בבית הספר) וכלה ברישומים הנוגעים לטיפולים נפשיים של המתלוננת, הן לפני האירוע והן לאחריו. על רקע תופעה זו, הייחודית לעבירות מין, ניתן לתמוה, מדוע נדירים המקרים בהם מבקשת ההגנה חומר הנוגע למצב נפשי של עד ראיה למעשה שוד, או למצב נפשי של מתלונן בעבירות רכוש? מדוע דווקא בעבירות מין ההתמקדות היא במצבה הנפשי של המתלוננת, כדי כך, שלעיתים מוקד הדיון עובר מהנאשם אל המתלוננת? [...] בבוא בית המשפט לבחון את בקשת הנאשם לקבל חומר הנוגע לטיפול הנפשי שעברה המתלוננת, שומא עליו לזהות אם בבסיס הבקשה עומדים שיקולים טקטיים ומיתוסים ודעות קדומות, או אינטרס אמיתי ובתום לב של הנאשם, שאז, ורק אז, אנו מגיעים למבחני הרלבנטיות ואיזון האינטרסים בין הנאשם למתלוננת" (שם, בפסקה 25).

88. מובן כי אין בדברים אלה כדי לבטא ולו בדל של הסכמה לגישה המזהה מיניות ועבר מיני עם בושה (להרחבה, ראו למשל: שולמית אלמוג וקארין כרמית יפת "מיניות, מגדר ומשפט - חלק א: בין כלכלת מין לקלקלת מין" משפטים מה 385, 413-427 (2016)), אלא רק התחשבות לגיטימית בזכותן של המתלוננות לשלום במידע שיש להן זכות לפרטיות ביחס אליו (ראו עוד: דנה פוגץ' "זכותה של נפגעת עבירה לפרטיות בהליך הפלילי" ספר אליהו מצא 489 (אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, שרון חנס ורענן ג' די עורכים, 2015); הדר דנציגר-רוזן ג' דנה פוגץ' "הדור הבא' של זכויות נפגעי עברה: הזכות החוקתית להליך הוגן" עיוני משפט לו 549 (2015)).

שאלה שנייה: במעמד צד אחד?

89. מיקומו של הדיון בבקשות לפי סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי בהליך העיקרי מוביל ממילא למסקנה כי על דיון זה להתקיים כפי שמתנהל משפט פלילי - במעמד שני הצדדים.

90. על הנחת היסוד הזו ניתן ללמוד מהבחירה בסעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי כמקום לדון בו בבקשות שמערבות חסיונות של צדדים שלישיים, כפי שהוסבר לעיל. בית משפט זה עמד לא אחת על כך שדיון בסעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי יקנה זכות טיעון לצד שעלול להיפגע מחשיפת החומר (ראו: עניין שיינר, בפסקה 20; עניין סעד, בפסקה ט"ו לחוות דעתו של המשנה לנשיאה רובינשטיין). ברי כי דיון במעמד צד אחד, וביתר שאת העברת חומרים במעמד שכזה פוגעים באיזון בין הצדדים להליך (ראו והשוו: עניין שרים, בעמ' 387-388. כן ראו: בש"פ 8576/17 גאלו נ' מדינת ישראל, פסקאות 2-3 (3.12.2017), שבו דיון לקבלת ראיות במעמד צד אחד ללא ידיעת התביעה הוגדר כ"תקלה").



91. במבט רחב יותר, יש להוסיף, כי שיטת הדיון שלנו היא אדברסרית, דהיינו כזו המבוססת על "מאבק" בין הצדדים, כך שההתנגשות ביניהם אמורה לסייע בחשיפת האמת (באופן כללי, ראו: Lon L. Fuller, The Forms and Limits: (of Adjudication, 92 HARV. L. REV. 353 (1978)). בהתאם לכך - במקרה הרגיל - הדיון מתקיים במעמד שני הצדדים. למבנה דיוני זה יכולים להיות חריגים (ראו למשל: סעיפים 46(א) ו-46(א1) לפקודת הראיות בעניין ראיות חסויות; סעיף 15(ה) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים) התשנ"ו-1996 המתיר הגשת חומר במעמד צד אחד כאשר ישנו חשש לשיבוש החקירה או לפגיעה באינטרס ציבורי; סעיף 8(ד) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו-1996, המאפשר גם כן הגשת חומר לעיונו של בית המשפט במעמד צד אחד בדיון בדבר חיפוש פנימי בגוף מאותם טעמים). ואולם, הסדר כזה לא נקבע ביחס לסעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי.

92. למעשה, הדיון בטענותיו של המערער בעניין זה מחייב הבחנה בין שתי תת-שאלות: ראשית, האם הנאשם זכאי להציג את טענותיו לעניין קבלת חומרים נוספים לעיון במעמד צד אחד? שנית, וללא קשר לשאלה הקודמת, האם הנאשם זכאי לקבל את החומרים הנוספים במעמד צד אחד, במובן זה שהתביעה לא תיחשף אליהם, אלא אם כן יבחר לעשות שימוש בהם כראיות.

93. במישור המעשי, המחלוקת במקרה זה נסבה בעיקר על השאלה האם המערער יוכל לקבל את החומרים הנוספים לידיו - מבלי שהתביעה תוכן לעיין בהם, דהיינו על תת-השאלה השנייה. לעומת זאת, במידה מסוימת הייתה נכונות לאפשר למבקש להציג את טענותיו באשר לקבלת חומרים נוספים במעמד צד אחד, באמצעות הגשתן במעטפה סגורה. זאת, מאחר שהתביעה הביאה בחשבון את חקיקתו של סעיף 46(א1) לפקודת הראיות בכל הנוגע לדיון בעתירה להסרת חיסיון במעמד צד אחד. אשר על כן, במישור המעשי, די יהיה בכך שאצטרף לבית המשפט המחוזי בקביעה כי המערער לא היה זכאי לקבל חומרים לידיו, בהליך המבוסס על סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי, במעמד צד אחד, כמוסבר להלן. עם זאת, אקדים ואומר, כי לשיטתי אף את הטענות בעניין זה לא היה מקום לכך שהמערער יציג במעמד צד אחד. אין בסיס חוקי למסגרת דיונית כמו זו שהתבקשה כאן, וממילא גם אין לה כל הצדקה. הכול כמפורט להלן.

94. בכל הנוגע לקבלת החומרים (תת השאלה השנייה), המערער שב וניסה לטעון כי לכאורה לא אמור להיות כל הבדל בין מצב שבו נאשם משיג חומרים מצדדים שלישיים "בכוחות עצמו", לבין אלה שהוא מבקש לשים עליהם את ידו באמצעות הגשת בקשות לבית המשפט. אלה ואלה צריכים, לשיטתו, להישמר אצלו בלא שייחשפו לצד שכנגד, על מנת שיוכל לבסס את קו ההגנה שלו ו"להפתיע" את המתלוננות במהלך החקירה הנגדית. אולם, למעשה, ההבדל בין המצבים הוא ברור. השוני בין חומרים שמושגים בידי הצדדים לבין אלה שמושגים באמצעות צוים הוא - בראש ובראשונה - בעצם קיומם של צוים שיפוטיים. חומרים המצויים בידי צדדים שלישיים הם קניינם, ובמקרים רבים ההגנה עליהם כרוכה בזכויות ואינטרסים נוספים - פרטיות, אוטונומיה, חיסיון רפואי ועוד. כפיית הצגתם של חומרים אלה כרוכה מטבע הדברים בפגיעה בזכויות.



95. לאמיתו של דבר, שיקולים אלה יפים גם בכל הנוגע להצגת הטעמים לקבלת החומרים הנוספים במעמד שני הצדדים (תת השאלה הראשונה). תפקידו של ההליך המשפטי בהקשר הזה הוא לאזן בין רצונו של הנאשם וקיומו של הליך הוגן בעניינו לבין ההגנה על אותן זכויות, וכן ההגנה על זכות הטיעון שאמורה להיות מוקנית לצדדים שלישיים כחלק מן ההגנה על זכויותיהם המהותיות. הדברים מקבלים משנה חיזוק כאשר ברור שזכות הטיעון האמורה והזכויות האחרות שבשמן היא ניתנת היא של נפגעי עבירה. כיצד תוכל המדינה להגן על זכויותיהם ללא נוכחותה באולם הדיונים? במובן זה, החלטתו של בית המשפט המחוזי לאפשר למערער להגיש השלמת טיעון מטעמו במעמד צד אחד כללה הליכה של כבדת דרך לא מבוטלת לעברו, לפני משורת הדין. ההפניה שערכה המדינה בדיון לסעיף 46(א) לפקודת הראיות היא היקש שאינו מובן מאליו. סעיף 46(א) מתייחס לעתירה לגילוי ראיה שכבר מצויה בידי התביעה, להבדיל מאשר הליך המכוון להשגת חומרים נוספים המצויים בידיהם של צדדים שלישיים.
- שאלה שלישית: מה המשמעות של הימנעות חד-צדדית מניהול ההליך בשל דחיית בקשות דיוניות?
96. מעבר לכל אלה, נראה כי יש לומר את המובן מאליו: אפילו ניתן היה להחליט אחרת בבקשות העיון שהגיש המערער, וכאמור אינני סבורה כן, אין בכך כדי להקנות זכויות נוספות לנאשם שבחר שלא לקבל את מרות בית המשפט ו"לשבור את הכלים". הנאשם זכאי כמובן לנהל את ההליך לפי בחירתו, ובכלל זה לנקוט גישה פאסיבית: לשתוק, לא לחקור, לא לסכם. אולם, התנהלות כזו אינה מקימה כל ציפייה סבירה, וכל שכן זכות, לכך שערכאת הערעור תתערב בהכרעת הדין, ובכלל זה בהחלטות שקדמו לה.
97. כידוע, זולת חריגים, אין זכות ערעור על החלטות ביניים בהליך הפלילי, אלא במסגרת פסק הדין הסופי. ההחלטות שהורגו הן מטבע הדברים אלה שמובן כי הן קריטיות לניהול ההליך ושיש בהן כדי להשפיע באופן מהותי על תוצאתו (על החלטות אלה ועל הכלל בעניין, ראו למשל: ע"פ 1549/15 מדינת ישראל נ' רדאי, פסקה 3 (23.7.2015)).
- הפסיקה והספרות פרטו לאורך השנים את שיקולי המדיניות הרלוונטיים שהנחו את המחוקק בקבעו כך, שעיקרם בצורך שההליך הפלילי יתנהל ברציפות וביעילות, ללא הפסקות, וכן שההחלטות שניתנות במסגרתו, בשים לב להיבטן הערכי, יהיו סופיות (ראו: 3233/12 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 4 (28.4.2013)). אם כן, "שיגור" הצדדים לסיום ההליך אינו בגדר מילים ריקות. קריאת תיגר על ההליך כולו והפסקה של שיתוף פעולה עם הנעשה במסגרתו מרגע שהתקבלה החלטה שאינה לרוחו של אחד הצדדים אינה אופציה. משמעותה היא עשיית דין עצמית וכפיית זכות ערעור על החלטת ביניים במקום שבו זו אינה קיימת.
98. הדברים מקבלים משנה תוקף במקרה דנן שבו בית המשפט המחוזי שב והבהיר למערער ולבא-כוחו את ההשלכות שעלולות להיות להתנהלותם, ואף הציע להם - גם בשלבים מאוחרים בהליך - לחזור בהם מ"החרמתם" את ההליך ולמצות את זכויותיו הדיוניות של המערער. הם מצדם שבו ועמדו על סירובם לנקוט צעדים אקטיביים בהליך. יפים לעניין זה דבריו של השופט עמית בע"פ 2068/16 פלוני נ' מדינת ישראל (1.1.2018):
- "אומר בקצרה כי הטקטיקה בה בוחרת ההגנה לנקוט היא עניין המסור להגנה, בעוד שתפקידו המרכזי של בית המשפט הוא לחתור לחקר האמת" (שם, בפסקה 40).



99. המערער, כפי שמשקף מפרוטוקולי הדיונים, קיבל את החלטותיו באופן מודע ומושכל ולא ניתן לומר כי "נשבה" בידי סנגורו (ראו והשוו: עניין חן, בפסקאות 53-68 לפסק דינה של המשנה לנשיא (כתוארה אז) מ' נאור). כפי שהובהר, בית המשפט המחוזי שב ווידא כי המערער עצמו מבין את המתרחש ועומד מאחוריו. דומה כי יפים אף לכאן דבריו של השופט נ' סולברג באותו עניין שציין כי זכויותיו של נאשם, שבהן יש לדקדק, "אינן מגיעות עד כדי סיכול ההליך השיפוטי" (שם, בפסקה 5). אם כן, נקודת המוצא להמשך הדיון היא שאין כל מקום להורות על "פתיחה מחודשת" של עניינו של המערער, ואמת המידה להתערבות בפסק דינו של בית המשפט המחוזי היא זו של ערכאת הערעור.

הערעור על הכרעת הדין לגופה

100. גם את טענותיו של המערער כלפי הכרעת הדין שהובאו בפסקאות 56-60 לעיל אין לקבל, וזאת משני טעמים הכרוכים במידת מה זה בזה: ראשית, גרסתו זו של המערער מוצגת למעשה לראשונה בשלב זה, לאחר שלא העיד במשפטו ולא הציג כל גרסה אחרת מטעמו בשלבים קודמים של הליך. במצב דברים זה, לטענותיו לא הונח בסיס עובדתי מספק - וקשה לכן לבחון או לאמוד אותן. שנית, טענותיו של המערער מופנות כלפי ממצאי עובדה, ומטבע הדברים, אין ביכולתה של ערכאת הערעור להתרשם מהעדים והעדויות שבפניה כמו הערכאה הדיונית. משום כך, ככלל, ערכאת הערעור אינה מתערבת בממצאי מהימנות אלא במקרים חריגים (ראו למשל: ע"פ 3021/17 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 20 (11.1.2018); ע"פ 9741/16 אסלן נ' מדינת ישראל, פסקה 15 (19.7.2018); ע"פ 6773/17 זליג נ' מדינת ישראל, פסקה 12 וההפניות שם (3.4.2019)). מקרה זה, על כל נסיבותיו שפורטו, אינו נמנה עם חריגים אלה.

101. לכך יש להוסיף, כפי שכבר נרמז קודם לכן, שחלק מן הטענות שהעלה המערער - טוב היה להן שלא היו מוצגות. כך למשל, ניתן לתהות על כך שבשנת 2019, לאחר שניתנו בנושא פסקי דין מפורשים ותקדימיים, סבור המערער כי קו הגנה ראוי הוא כזה המתייחס לעברן המיני של מתלוננות. המערער אף הגדיל לעשות וטען כי בעצם קיומן של "חוויית מיניות קודמות" עם מי שאינם "מטפלים" (נושא שכמובן לא התקיימה חקירה בעניינו, וטוב שכך) יש כדי לשפוך אור על האישומים. הטיעונים כולם אף מתעלמים מיחסי המרות הברורים שהיו קיימים, במובן המהותי, בין המתלוננות, נערות צעירות, למערער, ידיד המשפחה המבוגר מהן, שאליו הן הופנו כדי שייסע להן ובו הן נתנו את אמונן. ההכפשות הרבות שהוטחו במתלוננות לאורך ההליך, מוסיפות עוד יותר לתחושה הקשה שאופפת את התיק כולו.

102. לבסוף, גם את טענותיו של המערער נגד הרשעתו בעבירה של קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות במסגרת האישום הראשון אין לקבל. כפי שצוין לעיל, בית המשפט המחוזי הרשיע בעבירה זו לפי סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי, שזו לשונו:

"בית המשפט רשאי להרשיע נאשם בעבירה שאשמתו בה נתגלתה מן העובדות שהוכחו לפניו, אף אם עובדות אלה לא נטענו בכתב האישום, ובלבד שניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן; אולם לא יוטל עליו בשל כך עונש חמור מזה שאפשר היה להטיל עליו אילו הוכחו העובדות כפי שנטענו בכתב האישום" (ההדגשה לא במקור - ד' ב' א').



103. אם כן, על אף החשיבות הנודעת לנוסחו של כתב האישום, המחוקק העניק לבתי המשפט סמכות להרשיע גם בעבירות שלא נמנו בו. התנאי להרשעה כאמור, שבית משפט זה עמד עליו יותר מפעם, הוא "ההזדמנות הסבירה להתגונן". בניגוד לפרשנות שמצדד בה המערער, אין צורך כי יהיו אלה עובדות שכלל לא נטענו בכתב האישום, הגם שאפשרות זו כמובן קיימת: בשורה של פסקי דין צוין כי ניתן להרשיע נאשם לפי סעיף 184 הן על בסיס עובדות שלא נכללו בכתב האישום אם הללו הוכחו בפניו, והן בעבירה שלא נזכרה בכתב האישום - אך עובדותיה נזכרו בו (ראו: ע"פ 9256/04 נוי נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(2) 172, 182-183 (2005); ע"פ 2456/06 בוכמן נ' מדינת ישראל, פסקה 25 (20.9.2007); רע"פ 2581/14 יקותיאל נ' מדינת ישראל, פסקה 27 לפסק דינו של השופט י' דנציגר וההפניות שם (12.2.2015); ע"פ 4415/16 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 7 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) א' חיות (15.10.2017)). כפי שיובהר להלן, למערער בהחלט ניתנה אפשרות סבירה להתגונן. הוא, עם זאת, בחר שלא לנצל אותה.

104. אכן, התנהלותה של התביעה בהיבט זה לא הייתה מיטבית, בכמה נקודות ציון - ראשית, בהסתמכות על עבירה שהגדרותיה בשנים הרלוונטיות לא חלו על נאשם כדוגמת המערער שלא היה "מטפל" כמובנו של המונח באותו סעיף; שנית, בתיקון שהתייחס לעבירה שהתיישנה. בנסיבות אלה, משהתברר כי החלופה המחמירה פחות של סעיף 415 לחוק העונשין התיישנה, לא היה מקום לבקש לתקן את כתב האישום לחלופה המחמירה יותר של סעיף זה, בשלב מאוחר של המשפט - ארבעה ימים בלבד לפני המועד שנקבע למתן הכרעת הדין. צדק אפוא בית המשפט המחוזי כאשר לא נעתר לבקשה. אולם, אין לומר שלא ניתנה למערער אפשרות סבירה להתגונן. כפי שצוין קודם לכן, בדיון שבו הועלתה האפשרות להרשעתו של המערער לפי סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי, פנה בית המשפט המחוזי לבא-כוחו והציע לו לזמן בשנית את כלל העדים לחקירה, וזאת בנוגע לכלל האישומים שהמערער ובא-כוחו בחרו כאמור שלא להתייחס אליהם. דברי סגן הנשיא נועם מהדיון ביום 11.9.2017 יובאו פעם נוספת כלשונם: "סגן הנשיא נועם: אם יש לכם כוונות בעניין האפשרות להתגונן, להשמיע עדים, או לחקור עדים, או להשלים סיכומים, זו ההזדמנות. ראה, למעשה, את בקשתה החלופית של התובעת למעשה כ"תמרור" לפני האפשרות העומדת בבית המשפט להיעתר לבקשה החלופית או לדחות בהכרעת הדין. בעניין הבקשה לפי סעיף 184 בלבד עומדת לפניך ההזדמנות, פעם נוספת, לפעול כהבנתך, בעניין השמעת עדים, חקירת עדים שכבר העידו וכדו'. זו הערה אחת. הערה שנייה - בעבר, בכל בקשה שהגישה המאשימה, אם אינני טועה, התגובה שהובעה מצד ההגנה הן הסנגור והן הנאשם, הייתה היעדר טיעון ענייני לגופה של בקשה כלשהו או עדות כלשהי מהטעמים שציינתם בהרחבה, ולא אחזור עליהם. היום, לראשונה, אתה מגיב עניינית לבקשה שהגישה המאשימה, מבלי שאתייחס לתוצאות הבקשה, וזו מבחינתו הזדמנות נוספת לומר לך, גם בשלב הזה, כפי שהצענו לך בעבר, ניתן "לפתוח את התיק" בהיבט זה שיתאפשר להגנה לחקור את העדים שכבר העידו, להשמיע עדין וטיעונים, והפעם, אני מדגיש, ביחס לכלל האישומים. תפעלו כהבנתכם. עו"ד עטרי: אדוני הציג. שמענו. הצעה זו חוזרת על הצעות קודמות. נמתין להחלטת בית המשפט בבקשה שהגישה התביעה.



- סגן הנשיא נועם: אשתדל להדגיש. הבקשה לתיקון כתב אישום תוכרע כהחלטה נפרדת, ככל שתתקבל, ובמסגרת הכרעת הדין, ככל שתידחה. החלטה האם להרשיע נאשם בעבירה אחרת, לפי סעיף 184 מטבעה ניתנת בהכרעת הדין ולא בהכרעת ביניים. ולכן, בעניין האפשרויות העומדות לפניך היום בכל הנוגע לבקשה לפי סעיף 184 שתוכרע בהכרעת הדין תפעל כהבנתך או יש לך מה להודיע.
- עו"ד עטרי: אין לי מה להודיע" (פרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי, עמ' 461-462). ההדגשות הוספו - ד' ב' א').
105. אם כן, לא זו בלבד שבית המשפט המחוזי אפשר למערער לטעון את טענותיו ביחס לאישום שהורשע בו בסופו של יום מכוח סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי, אלא שהוא אף אפשר לו "לפתוח את המשפט מחדש" ולזמן את כל העדים לחקירה נגדית, חרף המשמעות הכרוכות בכך - עבור בית המשפט עצמו, וחשוב מכך - עבור המתלוננות. המערער ובא-כוחו סירבו, וטעמיהם עמם. בנסיבות אלה, בכל הכבוד, אין לומר כי נפגעה זכותו של המערער להתגונן מפני הרשעתו, וזו בעינה עומדת.
106. בצד זאת, להתנהלותה של התביעה עשויות, בנסיבות המתאימות, להיות השלכות במישור העונשי. אולם, כפי שיובהר להלן, לא כך במקרה שלפנינו. הערעור על גזר הדין
107. ועתה לערעור על גזר הדין. לערעור זה שני מוקדים - זה שעניינו עונש המאסר בפועל וזה שנוגע לסוגיית הפיצויים. בשני הקשרים אלה טוען המערער כי בית המשפט המחוזי החמיר אתו, ובשניהם דין הטענה להידחות.
108. אפתח ואזכיר כי נקודת המוצא היא הכלל הנוהג בערעורים על חומרת העונש, ולפיו ערכאת הערעור תתערב בעונש שנגזר על-ידי הערכאה הדיונית כאשר הוא חורג ממדיניות הענישה הראויה או כאשר נפלה טעות משמעותית בגזר הדין (ראו: ע"פ 2433/18 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (2.12.2018); ע"פ 7519/18 אבו סנינה נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (14.2.2019)).



109. עונש המאסר בפועל - חרף ניסיונותיו של המערער לטעון אחרת, עונשו של המערער אינו נוטה כלל לצד המחמיר. ההיפך הוא הנכון: המערער הורשע בעבירות מין חמורות כלפי שלוש מתלוננות. מדובר אפוא בריבוי מקרים שבהם נקבע כי המערער ניצל את כוחו, את מעמדו ואת חולשתן של המתלוננות, במסגרת סיטואציה של "טיפול" על רקע קרבתו למשפחתו, והכל בכדי לטעת בהן מחשבות שווא בדבר בעיה שלכאורה יש להן, ואז לאתר "פתרון קסם" שנועד לסיפוקו הפרטי. כפי שציין בית המשפט המחוזי, מנעד הענישה בתיקים מעין אלה המערבים עבירות מין במרמה הוא רחב. הטעם לכך הוא השונות בין המקרים - הן בכל הנוגע לטיב העבירות, הן באשר לאופי המעשים, הן באשר ליחסים בין הצדדים, הן בשכיחותם של המקרים והן במספר הקרבנות. כך למשל, בע"פ 2085/07 פלח נ' מדינת ישראל (15.6.2009) הושת על המערער עונש של שמונה שנות מאסר בפועל לאחר שהורשע בעבירות מין ובהן מעשה סדום, במטופלת אחת. בע"פ 30/13 פלוני נ' מדינת ישראל (17.6.2013) נגזר על המערער עונש מאסר בפועל של 57 חודשים בגין ביצוע עבירות מין רבות במרמה באישה אחת במסגרת טיפול בתחום "המיסטיקה והקבלה". בע"פ 465/06 אביבי נ' מדינת ישראל (6.2.2008) נגזר על המערער, צייר שהורשע בשורה של עבירות מין בנשים שדיגמנו עבורו, עונש מאסר בפועל של שמונה שנים. המעשים שביצע המערער הם חמורים ביותר כשלעצמם, והדברים נאמרים ביתר שאת בהתחשב בגילן של המתלוננות ובפגיעותן הרבה על רקע ההקשר החברתי וקשרי הידידות שרקם המערער עם משפחתו. על פני הדברים, נראה כי ניתן היה לגזור על המערער עונש חמור אף יותר. לא מן הנמנע להזכיר כי בית המשפט המחוזי ביקש בפסק דין להעמיד את עונשו של המערער במרכזם של המתחמים שקבע עבור שלושת האישומים. אם כלל זה היה מיושם כהווייתו הרי שעונשו של המערער היה צריך לעמוד על כ-11 שנות מאסר. העונש שהשית בית המשפט המחוזי - תשע שנות מאסר - נוטה אפוא לצד המקל לפי אמת מידה זו, ואיני סבורה שיש מקום להקל עמו מעבר לכך.
110. אני רואה להעיר, וצייתי זאת עוד קודם, כי בנסיבות אחרות, שבהן עונשו של המערער לא היה כה מקל, לא מן הנמנע כי בקשות חוזרות ונשנות לתיקון כתב האישום יכולות היו להביא להפחתה בעונש. זאת, מטעמי צדק והגינות, ולנוכח הציפייה ביחס לרף ההתנהלות של התביעה, כמו גם הרגישות והדקדוק הנדרשים ממנה בבואה להגיש כתב אישום (השוו: רע"פ 3829/15 קסאי נ' מדינת ישראל, פסקה 32 וההפניות שם (20.12.2018)). העמדה לדין - בכל עבירה, ולבטח בעבירות שחומרתן רבה כל כך - היא עניין שיש לנהוג בו בכושר ראש. כיצד שלא נשקיף על דברים - בין מנקודת המבט של החשש מפני העמדה לדין נטולת בסיס, ובין מנקודת המוצא ההפוכה, של חשש מפני אי-מיצוי הדין עם מי שראוי לכך - המשימה המוטלת על כתפי התביעה היא כבדה וקשה, ובהתאם לכך גם הציפייה ממנה גבוהה ומחייבת. טעויות הן אנושיות כמובן, אך יש לפעול ככל הניתן לצמצומן. מכל מקום, בענייננו אין כאמור מקום להקל בעונשו של מי שבית המשפט כבר הקל עמו מאוד, מבלי לשלול את האפשרות שכך יעשה במקרים מתאימים אחרים.
111. החיוב בפיצויים - כפי שנכתב מעלה, בעניין זה מתקדודות טענותיו של המערער ברף הראייתי הדרוש לצורך חיוב בפיצויים בהליך הפלילי. לשיטת המערער לא היה מקום לחייבו בפיצוי מבלי "לעמוד בסדרי הדין של המשפט האזרחי". אין בידי לקבל אף טענה זו.
112. ראשית, כפי שכבר הובהר מספר פעמים, המערער נמנע מלחקור עדים. הוא בחר, חרף ניסיונותיו של בית המשפט המחוזי, שלא לעשות כן אף כאשר ניצבו המתלוננות על דוכן העדים ופירוט את גרסתן. כל אלה היו הזדמנויות עבורו להתמודד עם הראיות בדבר מצבן ולפרט את עמדתו בדבר הפיצוי. הוא בחר שלא לעשות בהן שימוש. כאשר ביקשה התביעה לערוך תסקיר לנפגעות העבירה לאומדן הפיצוי המערער התנגד לכך, ולאחר מכן הגיש שורה ארוכה של שאלות עבור עורכות התסקיר, ורק מיעוטן אושר בידי בית המשפט המחוזי שקבע כי יתר השאלות אינן רלוונטיות. המערער סירב לשאול את השאלות שהותרו לו, ולמעשה התנהלותו בעניין זה דמתה לזו שהשתקפה לאורך הדיון כולו - כאשר בית המשפט לא נעתר לרצונותיו, הוא מפסיק לשתף פעולה, ועתה מבקש לפתוח בערעורו את הסוגיות כולן מחדש. לכך אין להיעתר. בהקשר זה נראה כי ראוי להזכיר שאין למערער זכות קנויה להציג שאלות לעורכות התסקיר. סעיף 191א לחוק סדר הדין הפלילי העוסק בכך מקנה לבית המשפט שיקול דעת בנושא, כמו גם ביחס לשאלה אם עותק של התסקיר ימסר לנאשם כמות שהוא או אם בנסיבות העניין תהיה זו רק תמצית מן המידע העובדתי הכלול בו.



113. מעבר לכך יצוין - והמערער עצמו אינו חולק על כך - כי חרף זיקתו של המשפט האזרחי לפסיקת פיצויים בהליך הפלילי, בית משפט זה קבע שלא נדרשת בהקשר זה הוכחה מפורטת הניתנת לחישוב מדויק, וכי לא יתנהל בסוגיה משפט אזרחי "זוטא" (ראו: עניין דנ"פ טווק, בפסקה 15; ע"פ 961/16 אלהרוש נ' מדינת ישראל, פסקה 17 (25.11.2018)). לצד זאת, בעבר הדגשתי כי אין בכך כדי לפטור את המדינה מחובתה להציג בפני בית המשפט תשתית עובדתית מסוימת על מנת לאפשר לו להעריך מהו סכום הפיצויים שראוי לפסוק לנפגעים. אולם, על כך הוספתי כי הכלי המרכזי העומד לרשותו של בית המשפט בהקשר זה הוא תסקירי נפגעי העבירה (ראו: ע"א 6925/16 מדינת ישראל נ' ג'רחי, פסקה 25 (12.5.2019)). לשם כך בדיוק נדרשו התסקירים גם כאן. טיעוניו של המערער במישור זה לא הבהירו כיצד לא עמד ההליך ברף האמור, ודבריו ביחס ל"פגיעה בזכותו להליך הוגן" הובאו באופן כוללני, כהמשך ישיר על ביקורתו ביחס להליך כולו, שכאמור זכתה למענה מעלה.
114. סיכומו של דבר: לא מצאתי כי יש מקום להתערב בגזר דינו של בית המשפט המחוזי, על כל חלקיו.
- סוף דבר - על פגיעות ניצול ותעצומות נפש
115. אף זו הפעם חשף ההליך הפלילי אזור אפל, שבו אדם מבוגר ומתוחכם, נטול עכבות, ניצל חוסר ניסיון ותמימות של נשים צעירות שגדלו בסביבה מגוננת, ללא מודעות לסכנה של פגיעה מינית, וללא ידע מוקדם שאפשר להן לזהותה מבעוד מועד.
116. בסופו של דבר, השותפות בין נשים אלה, התקשורת ביניהן והפתיחות שהיו נכונות לה, היא שהושיעה אותן. לא אוכל לסיים מבלי להביע את הערכתי לעוז נפשן של המתלוננות שאזרו אומץ להגשת התלונה בתנאים משפחתיים וחברתיים לא פשוטים, העידו בבית המשפט ואף התייצבו לדיון בערעור חרף הדברים הקשים שהופנו כלפיהן לאורך הדרך. גם משפחתן שעמדה לצדן ראויה לכל שבח, וניתן לקוות כי גם מתלוננות אחרות יקבלו תמיכה מסוג זה.
117. סוף דבר: לו דעתי תישמע, הערעור הן על הכרעת הדין והן על גזר הדין יידחה.
- ש ו פ ט ת
השופטת ע' ברון:
אני מסכימה.
ש ו פ ט ת
השופט ע' גרוסקופף:
אני מסכים.
ש ו פ ט
הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז.
ניתן היום, י"ז בסיון התשע"ט (20.6.2019).