

כרך נג(2), טבת התשע"ה, דצמבר 2014

## דבר העורכים

259

פרופ' יורם רבין, ד"ר יניב ואקי, גיא אזולאי, רועי הררי ונירית יונתן

## מאמרים

261

**החופש להסכים: "כשאת אומרת כן, למה את מתכוונת?"**

פרופ' אמנון רובינשטיין

295

**הפוליגרף כמכשיר לגילוי האמת או כראיה מדעית: עיון מחדש בסוגיית קבילות הפוליגרף**

**בהליכים פליליים**

השופטת אפרת פינק ועו"ד רתם רוזנברג רובינס

347

**המרוץ לעברת ההריגה - משמעות הסכמת הקרבן לסיכון עצמי במשפט הפלילי**

ד"ר רוני רוזנברג

393

**התנגדות להסדר פשרה בתובענה ייצוגית - אליה וקוץ בה**

ד"ר ערן טאוסגי

453

**מיסוי רכישה עצמית של מניות בידי תאגיד**

ד"ר תמיר שאנן ועו"ד רועי כהן

501

**העוזר המשפטי לשופט - בין הפן החוקי לפן התעסוקתי**

עו"ד אילנית הלל

525

**עיון הנאשם ב"רשומות אישיות" של קרבנות עברת מין**

עו"ד תומר אורינב

## ביקורת ספרים

559

**החופש האקדמי - בין אתיקה למשפט: ספרם של אמנון רובינשטיין ויצחק פשה "סדקים באקדמיה"**

פרופ' ברק מדינה

571

**האם ישיב "המשפט החקלאי" עטרה ליושנה? על הספר "המשפט החקלאי בישראל" מאת ורד דשא**

פרופ' חיים זנדברג





## Editorial Note

259

Prof. Yoram Rabin, Dr. Yaniv Vaki, Guy Azulay, Roy Harary & Nirit Yonatan

## Articles

261

### The Right to Consent

Prof. Amnon Rubinstein

295

### The Polygraph as a Lie Detector or Scientific Evidence: Rethinking Polygraph Admissibility in Criminal Procedures

Judge Efrat Fink & Adv. Rottem Rosenberg Rubins

347

### The Meaning of Assumption of Risk in Criminal Law

Dr. Rony Rosenberg

393

### Objection to a Class Action Settlement - A Fly in the Ointment

Dr. Eran Taussig

453

### Taxation of Distribution in Redemption of Shareholder's Stock

Dr. Tamir Shanan & Adv. Roy Cohen

501

### Law Clerks: Legal and Employment Aspects

Adv. Ilanit Hilel

525

### Disclosure of Private Filed of Sexual Offence Victims

Adv. Tomer Urinov

## Book Review

559

### Academic Freedom: Between Ethics and Law: On Amnon Rubinstein and Yizhak Pasha's Book "Academic Flaws"

Prof. Barak Medina

571

### Will "Agricultural Law" Regain its Former Glory? on Vered Deshe's Book "The Agricultural Law in Israel"

Prof. Haim Sandberg



# עיון הנאשם ב"רשומות אישיות" של קרבנות עֵבֶרֶת מִיֵּן

תומר אורינוב\*

- א. פתח דבר
- ב. פערי הכוחות בין הצדדים המעורבים
- ג. הוראות החוק והפסיקה
- ד. היקף העיון של הנאשם ב"רשומות אישיות" – המצב הקיים
- ה. על זכות העיון לפי סעיף 74 לחסד"פ
- ו. המתווה לפי סעיף 108 לחסד"פ
  1. אופן יישומו של סעיף 108 על פי הפסיקה
  2. הקשיים המתעוררים מאופן יישומו של סעיף 108
  3. הנימוקים שצינו בבש"פ 8252/13
- ז. על חשיבותה של זכות החקירה הנגדית
- ח. מן התיאוריה אל הפרקטיקה
- ט. תוצאה של ביטול דרישת הסיוע
- י. הזכות להליך הוגן
- יא. מבט מעבר לים – הדין בארצות-הברית
- יב. הפגיעה בפרטיות
- יג. עמידה בתנאי פסקת ההגבלה
- יד. חשיפת רישום פלילי ופלט תלונות קודמות
- טו. רשומות רפואיות וסוציאליות
  1. המודל המוצע
  2. יומנים אישיים
- טז. על יעילות מול תועלת
- יז. סוף דבר

---

\* זה כ-14 שנים אני משמש סנגור ציבורי ומייצג בתיקי פשיעה חמורה; כתבתי ופרסמתי את הספר: **סוגיות שימושיות בסדר דין פלילי** (אוצר המשפט, 2009); אני מרצה בפקולטה למשפטים במכללה האקדמית ספיר בקורסים "דיני ראיות", "חקירת עדים בבית המשפט" ו-"קליניקה למשפט פלילי"; מרצה בקורס "ילדים ונוער במשפט" במחלקה לעבודה סוציאלית באוניברסיטת "בן-גוריון"; ומרצה בקורסים "דיני עונשין" ו-"סוגיות במשפט פלילי" בפקולטה לקרימינולוגיה במכללה האקדמית בית ברל; תודתי נתונה לשופט ד"ר יובל ליברדו, לעו"ד נועה רדין ולמר טל גרבר על הערותיהם לטיוטת המאמר.

## א. פתח דבר

הגשתה של תלונה שעניינה עבֶרת מין, ובעקבותיה הבדיקה הרפואית, חקירת המשטרה, העדות בבית המשפט והחקירה הנגדית, החשיפה הבלתי רצונית לעיני מכרים וקרובים ולעתים אף חשיפה תקשורתית – כל אלה הן בבחינת מסע ייסורים למתלוננת.<sup>1</sup> מסע ייסורים זה מתעצם עוד יותר כל אימת שמתבקשת חשיפתם של מסמכים אישיים הנוגעים למתלוננת, לרוב על ידי ההגנה אבל לא רק על ידיה, כגון תיעוד של טיפולים נפשיים, מידע רפואי אישי ותיקי רווחה. הזכות לפרטיות, מעצם שמה, מגלמת את אינטרס היחיד "להיעזב במנוחה" בלי להיות נתון להתערבותו של גורם זר באוטונומיה שלו ולפיקוחו של הנאשם ובאי כוחו.<sup>2</sup> חשיפת מסמכים אישיים מסוג זה פוגעת בפרטיותה ובכבודה של המתלוננת. יש בה חדירה פולשנית לסודות הכמוסים שלה, לתחושותיה ולחוויותיה האינטימיות ביותר. אבן נגף זו, הניצבת בדרך אל גילוי האמת, עלולה לא פעם להפוך ל"אונס שני" בעיני המתלוננת. תוצאה זו מחייבת את בית המשפט לשמור את כבודה ופרטיותה.<sup>3</sup>

מנגד, מטרת ההליך המשפטי היא למצות את חקר האמת,<sup>4</sup> ולשם השגתה שומה על הצדדים להליך לפעול לאיתורן של תלונות שווא,<sup>5</sup> שהרי הגשת תלונת שווא נגד אדם, ובעקבותיה מעצרו והעמדתו לדין, פוגעים אף הם בזכותו של אותו אדם לכבוד, לשם טוב ולפרטיות. לשם איתורן של תלונות שווא בעברות מין נדרשת חשיפה של מסמכים אישיים השייכים למתלוננת דווקא. חשיפה זו יוצרת התנגשות בין זכות המתלוננת לפרטיות לבין זכותו של הנאשם, שנגדו הוגשה התלונה, להליך משפטי הוגן.

במוקד רשימה זו ייבחן היקפה של זכות העיון של נאשמים במסמכים אישיים של מתלוננת בעברות מין לצורך ביסוס הגנה הולמת במשפט פלילי. בשלהי שנות התשעים ניכרה מגמה לפרש בהרחבה את המונח "חומר חקירה",

<sup>1</sup> ע"פ 5877/99 יאנוס נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(2) 97, 117 (2004) (להלן: עניין יאנוס); בש"פ 8252/13 מדינת ישראל נ' שיינר (פורסם בנבו, 23.1.2014) (להלן: פרשת שיינר).

<sup>2</sup> לדיון בזכות לפרטיות ראו: זאב סגל "הזכות לפרטיות למול הזכות לדעת" עיוני משפט ט 175, 200 (1983).

<sup>3</sup> בג"ץ 9264/04 מדינת ישראל נ' בית משפט השלום בירושלים, פ"ד ס(1) 360, 380 (2005) (להלן: פרשת ירושלים); בש"פ 6695/11 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 27.9.2011).

<sup>4</sup> ע"פ 334/81 הגניזר נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 827, 831 (1982).

<sup>5</sup> מחבר רשימה זו מייצג נאשמת, שהוגש נגדה כתב אישום בעברה של מסירת ידיעות כוזבות משום שמסרה תלונת שווא על מעסיקה בגין אונס. המתלוננת גוללה את הסיפור הבדוי על פני מספר רב של עמודים והגדילה לעשות כאשר רתמה לעזרתה את ארגון הסיוע לנפגעות עברות מין (מסל"ן). הודות לסרטון מצלמות האבטחה עלה בידי החשוד להוכיח כי לא היה כל שחר לתלונה נגדו.

שבסעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי (להלן: ה"חוסד"פ),<sup>6</sup> ולא רק ברמה התיאורטית, אלא גם הלכה למעשה. בין היתר פסק בית המשפט העליון כי חומר המיועד לתקוף את מהימנותו של עד תביעה עשוי אף הוא להיות חלק מחומר החקירה;<sup>8</sup> כי נאשם זכאי לעיין ברשום פלילי של עדי התביעה, אף בלי להוכיח את הרלוונטיות של אותו רישום לאשמות המיוחסות לו;<sup>9</sup> כי נאשם בעברות מין זכאי לעיין בתיעוד של תלונות קודמות על עברות מין, שהגישה המתלוננת נגד אחרים, תלונות שנסגרו על ידי היחידה החוקרת;<sup>10</sup> כי יומן אישי שניהלה מתלוננת בעברת מין, ובו תיעדה את האירועים המיוחסים לנאשם, מהווה חלק מחומר החקירה;<sup>11</sup> וכי במקרים שבהם ההגנה מבקשת לתקוף את מהימנותו של "עד מדינה", יימסרו לה גם חומרי חקירה

<sup>6</sup> ס' 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.

<sup>7</sup> בש"פ 4157/00 נמרודי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 632, 625 (2000), בו נקבע כי "די בנגיעה עקיפה ואף מסופקת כדי להפוך את החומר ל'חומר חקירה', ובלבד שקיים יסוד של ממש להשערה או לתקווה של הנאשם כי החומר אכן ישפיע על בירור האישום נגדו"; בש"פ 5425/01 אל חאק נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(5) 426, 429-430 (2001) (להלן: עניין אל חאק), בו נקבע כי "כבר נאמר בפסיקתנו כי להגדרת 'חומר חקירה' יש לתת פירוש מרחיב כדי ליתן לסנגוריה הזדמנות הוגנת להכין את הגנתה". עוד נקבע באותו עניין כי "חומר חקירה" הוא לא רק חומר המצוי בידי התביעה או בשליטתה, אלא גם חומר שצריך על פי טיבו להימצא בשליטת התביעה. שם, עניין אל חאק, בעמ' 430; בש"פ 5400/01 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.8.2001), שם נקבע באשר לחומר רפואי או פסיכיאטרי הנוגע לעדי תביעה, כי "אם מדובר בחומר שעל פניו יש לו רלוונטיות לעניין הנדון, או שהוא משמעותי כיוון שעשוי הוא להשפיע על קביעת מהימנותו של עד או על הכרעה בעניין כושרו של העד להעיד, הרי בדרך כלל הוא יהווה 'חומר חקירה' והוא יימצא בשליטת התביעה או שצריך הוא להימצא בידיה"; בש"פ 9322/99 מסארווה נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 376 (2000) (להלן: פרשת מסארווה), בו נקבע כי "לכאורה, ובמקרים המתאימים, חומר הנוגע לעד שיש בו כדי לפגוע במהימנות העד כאשר מדובר בעד מרכזי, או חומר הנוגע למצבו הפיזי או הנפשי, עשוי להיות רלוונטי להגנת הנאשם, ואם הוא מצוי בידי התביעה ניתן לחייבה לאפשר לסניגור לעיין בו"; ראו גם: עלאא מסארווה ונגה שמואלי-מאיר "חשיפת חומר חקירה והזכות לפרטיות – האם רוח חדשה נושבת מבית המשפט העליון?" הסניגור 3, 39 (2000). מאמר זה סוקר סדרה של החלטות שניתנו על ידי הערכאות הדיוניות, ושעל פיהן הורו בתי המשפט על חשיפת תיקים רפואיים או סוציאליים של עדי תביעה.

<sup>9</sup> בש"פ 4481/00 יחזקאלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 251, 245 (2000) (להלן: עניין יחזקאלי), שם נקבע כי "לנוכח תכליתיו של חוק המרשם הפלילי ולנוכח משקלם הסגולי של הזכויות ושל האינטרסים המתנגשים, אין מקום לפירוש מצמצם של הוראת חוק המרשם הפלילי הקובעת כי לבתי-דין ולבית-המשפט תינתן גישה לרישומים הפליליים על פי בקשת בעל-דין ולצורך בירור מהימנות עדים. הוראה זו מייצגת אפוא פנייה מצד הנאשם אל רשויות התביעה מכוח סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי, והנאשם, ככל בעל-דין, רשאי לבקש מבית-המשפט לצוות על המצאת גיליונות רישום פלילי של עדים לידי".

<sup>10</sup> ב"ש (מחוזי חי') 2736/99 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"מ התשנ"ח(3) 312 (1999).

<sup>11</sup> ע"פ 5133/96 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 424 (1996).

הנוגעים ל"עניינים צדדיים" הקשורים בעד המדינה.<sup>12</sup>

במאמרה משנת 2003 דנה השופטת עדנה ארבל בזכותם של נאשמים לעיין ברשומות אישיות של קרבנות עברות מין.<sup>13</sup> במונח "רשומות אישיות" השתמשה השופטת ארבל לתיאור מסמכים שמופיעים בהם פרטים אישיים הנוגעים לעדי תביעה. ברשימה זו אשתמש אף אני במונח "רשומות אישיות", אם כי אבקש לחדד שמדובר במסמכים המתעדים פרטים אישיים של עדים ואשר יש בהם כדי לשפוך אור על מאפייני אישיותם, אמינותם, אורחות חייהם וגישתם לאירועים המתוארים בכתב האישום. מטבע הדברים מסמכים אלה כוללים רשומות רפואיות, תיק סוציאלי בלשכת הרווחה או במוסד לביטוח לאומי, תיק אישי בבית הספר ובמקום העבודה, נתוני תקשורת, מסמכים בנקאיים, בדיקות פוליגרף, רישום פלילי, פלט תלונות קודמות, יומן אישי וכדומה. ניתן למצוא מסמכים אלה כמעט בכל תיק שעניינו עברת מין.

במאמרה הנ"ל כתבה השופטת ארבל דברי ביקורת על הרחבת יתר של זכויות הנאשמים לעיין ברשומות אישיות של קרבנות עברות מין באופן הפוגע בזכויותיהם של קרבנות העברה:

"התמונה המצטיירת היא, אם כן, כי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הביא להרחבת זכויות הנאשם הרבה מעבר לדרוש לו למשפטו, תוך פגיעה קשה, לעתים, בזכויותיהם של קורבנות העבירה והעדים בהליך הפלילי, שגם להם זכויות, המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אגב פגיעה זו, נפגעים גם אינטרסים ציבוריים חשובים של אכיפת חוק אפקטיבית, או אינטרסים הקשורים בביטחון המדינה. המגמה המסתמנת הנה, של הפרת האיזון העדין בין האינטרסים המתנגשים, וזניחתו, למעשה, של מבחן רלוונטיות המידע המבוקש לניהול ההליך".<sup>14</sup>

בהמשך לכך קראה השופטת ארבל למחוקק ולבתי המשפט לקבוע הסדר מקיף ומובנה, אשר יצמצם את השימוש לרעה של נאשמים בהליך העיון ברשומות אישיות של קרבנות עברות מין, לשם עריכת "מסע דיג לשמו", ולאמץ תפיסה הנותנת משקל רב יותר לזכויות העדים והקרבנות.<sup>15</sup> בחלוף יותר מעשור ממועד פרסום דעה נחרצת זו, ניתן לומר כי קריאתה של השופטת ארבל לצמצם את השימוש של נאשמים בהליך

<sup>12</sup> בג"ץ 1689/02 נמרודי נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(6) 49, 69-70 (2003).

<sup>13</sup> עדנה ארבל "המהפכה החוקתית במשפט הפלילי – האיזון שבין זכויות נאשם, לבין זכויות קרבנותיו" ספר שמגר – מאמרים ב' כרך 4 255 (אהרון ברק עורך, 2003).

<sup>14</sup> שם, בעמ' 282.

<sup>15</sup> שם, בעמ' 271, 283.

העיון ברשומות אישיות של קרבנות עברות מין, קנתה אחיזה איתנה בפסיקה.<sup>16</sup> אף לאחרונה הביע השופט יצחק עמית תרעומת על שימוש יתר של נאשמים בבקשות לחשיפת חומר חקירה, ובמיוחד רשומות אישיות של מתלוננות בעברות מין, בציינו כדלקמן:

"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".<sup>17</sup>

ברשימה זו אבקש להראות כי קריאתה של השופטת ארבל ויישומה בהחלטות בתי המשפט הביאו להצרה בלתי מוצדקת של זכויות הנאשמים לעיון ברשומות אישיות. כן אבקש להראות כי אימוץ גישה מצרה, כאמור, מקשה את יכולתו של הנאשם להגשים את זכותו להליך הוגן. את טיעוניי באשר לחשיבות המכרעת של זכות הנאשם לעיון ברשומות אישיות של מתלוננות בעברות מין אתמוך בדוגמאות מהחוק ומהפסיקה בערכאות הדיוניות. לאחר מכן אציע מודל להתמודדות עם קשיים מסוגים שונים באשר ליישום זכותו של הנאשם לעיון במסמכים מסוג זה, תוך התמודדות עם טענות הנגד. לבסוף אפרט דרכים אופרטיביות אפשריות ליישום המודל המוצע. ייאמר מיד כי נסיבותיו הייחודיות של כל מקרה ומקרה הן בחזקת ה"מנצח" על "תזמורת" המודל בכל הנוגע לאופן יישומו באותו מקרה.

<sup>16</sup> לפסק דין המתנה את זכות הנאשם לעיון ברישום פלילי של עד תביעה בעמידה במבחן הרלוונטיות, ראו: בש"פ 5881/06 **בניזרי נ' מדינת ישראל**, פ"ד סב(1) 684 (2007) (להלן: עניין **בניזרי**); להחלטה הקובעת כי תיקים אישיים של מתלוננות מכית הספר שבו הן למדו אינם מהווים "חומר חקירה", ראו: בש"פ 9305/08 **פלוני נ' בית הספר אל מאמוניה לבנות** (פורסם בנבו, 3.12.2008). (להלן: עניין **אל מאמוניה**); להחלטה המצמצמת את זכות הנאשם לעיון במסמכים רפואיים פסיכיאטריים על אודות המתלוננת, ראו: בש"פ 9081/12 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פס' 6-9 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 6.1.2013); להחלטה הדוחה את בקשת הנאשם לעיון ברישומים הנוגעים לטיפולים נפשיים שניתנו למתלוננת, ראו: פרשת **שיינר**, לעיל ה"ש 1; להחלטה הקובעת כי תיקי חקירה סגורים בעניינם של עדי תביעה אינם מהווים "חומר חקירה", ראו: בש"פ 1408/14 **פלוני נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 14.4.2014).  
<sup>17</sup> שם, פרשת **שיינר**; על דברים דומים חזר השופט עמית גם בע"פ 3435/13 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פס' 143 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 8.5.2014). הגם שבנסיבות אותו מקרה הורה על זיכוי הנאשם מעברת המין שיוחסה לו, זאת בהסתמך על החומר הרפואי-נפשי הנוגע למתלוננת.

כבר בפתח דבריי אבקש להסתייג מהשימוש של השופטת ארבל במונח "קרבנות", משום שהוא מבטא, לטעמי, הכרה מלכתחילה בכך שבוצעה פגיעה מינית במתלוננת, ולא תמיד אלה הם פני הדברים. לפיכך ברשימה זו אשתמש במונח "מתלוננת".<sup>18</sup>

## ב. פערי הכוחות בין הצדדים המעורבים

לדעתי, בכל הנוגע לזכויות נאשמים לעיין ברשומות אישיות של מתלוננות בעברות מין, בעשור האחרון יש נטייה להעניק משקל יתר לזכויות המתלוננות על חשבון זכויות הנאשמים,<sup>19</sup> באופן הגורם לפגיעה של ממש ביכולתם של הנאשמים להתגונן כראוי, ובאופן המקל על התביעה במלאכת הוכחת אשמתו של הנאשם מעבר לכל ספק סביר.

עברות מין מבוצעות על פי רוב בחדרי חדרים, ובלא נוכחותם של עדים נוספים, זולת מבצע העברה הנטענת והמתלוננת. או אז הראיה היחידה של אותה המתלוננת להוכחת ביצועה של העברה היא עדותה בלבד. בתיקים אלה בית המשפט נדרש להכריע בשאלת מהימנות המעורבים ולקבוע איזו מהגרסאות מהימנה יותר – זו של המתלוננת, או זו של הנאשם.<sup>20</sup> בנסיבות אלה אי־אפשר להפריז בחשיבותה של ההתרשמות הישירה של הערכאה הדיונית מן העדה לצורך ההכרעה איזו גרסה תתקבל.<sup>21</sup> ולפיכך על בית המשפט לבצע הערכה מעמיקה של אישיות המתלוננת. עליו לבחון היטב את האופן שבו מסרה את תלונתה במסירה ואת מניעיה להגשת התלונה, וכן לבחון בדקדקנות את גרסתה, לרבות הפרכות, הסתירות והתמיהות העולות ממנה. דא עקא, שעל הפער הקיים ממילא ביחסי הכוחות שבין הנאשם למאשימה, הנובע מכך שהאמצעים העומדים לרשות הנאשם להוכחת חפותו כמעט תמיד פחותים מאלה של המאשימה,<sup>22</sup> נוספו הסדרים, בדין ובפסיקה, המקלים על

<sup>18</sup> ככל מקום שבו נאמר "מתלוננת" או "עדה" הכוונה היא גם למתלונן או לעד ממין זכר.  
<sup>19</sup> למסקנה זו שותף גם דן ביין, ראו: דן ביין "השינויים בנקודת האיזון שבין ההגנה על קורבן עבירת האינסול לבין השמירה על זכויות הנאשם" הפרקליט מב 281, 285, 294 (1995).  
<sup>20</sup> ע"פ 6643/05 מדינת ישראל נ' פלוני, תק-על 2007(3), 16; ע"פ 6890/04 מדינת ישראל נ' בלאוסוב, תק-על 2005(3), 3264; ע"פ 10049/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 385 (2004).  
<sup>21</sup> ע"פ 269/12 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 23 לפסק דינו של השופט דנצינגר (פורסם בנבו, 18.10.2012): "אכן, התרשמות הערכאה הדיונית מהתנהגות העדים אינה חזות הכל ויש שהיא עלולה להטעות".

<sup>22</sup> גורמי החקירה רשאים לפנות לבית המשפט בעתירה לקבלת צווים להמצאת מסמכים במעמד צד אחד ואילו יכולתה של ההגנה לעשות כן ובכך להימנע מלחשוף את קו ההגנה והראיות שלה לעיני התביעה, בטרם החלה פרשת ההגנה היא מוגבלת מאוד למקרים חריגים ביותר. ראו: בש"פ 3945/13 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.6.2013), שבו ציינה השופטת ארבל כי: "יש להותיר חריגים אלו בצורה מצומצמת ככל שניתן"; כמו כן, בסדרה של החלטות הצר בית



התביעה במלאכת השכנוע שלה, ונותנים עדיפות לגרסת המתלוננת על פני זו של הנאשם.<sup>23</sup>

### ג. הוראות החוק והפסיקה

לפי הוראת סעיף 54א(ב) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, בית המשפט ראוי להרשיע נאשם בביצוע עברת מין על סמך עדות המתלוננת בלבד, בלא צורך בראיית סיוע או חיזוק, שנדרשה בעבר, ודי שינמק מה הניע אותו לרחוש אמון לעדה.<sup>24</sup> לפי הוראת סעיף 2א לחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), התשי"ח-1957, הוגבלה זכות הסנגוריה לחקור על עברה המיני של מתלוננת בעברת מין, למקרים חריגים במיוחד שבהם איסור החקירה עלול לגרום לנאשם עיוות דין.<sup>25</sup> לפי הוראת סעיף 68(ב)(5) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשל"ד-1984, מוענק לבית המשפט שיקול דעת לחרוג מעקרון פומביות הדין המשפטי ולסגור את דלתות בית המשפט בעת דיון בעברות מין. לפי התקנות לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים)

---

המשפט את יכולתו של נאשם להשתמש בס' 43 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969, לשם קבלת צווים להמצאת מסמכים המצויים בידי גורמים שלישיים ואשר עשויים לסייע להגנת הנאשם. מההחלטות עולה כי ס' זה מיועד בעיקר למשטרה או לתביעה; ראו: עניין **אל מאמוניה**, לעיל ה"ש 16; ע"פ 1761/04 **שרון נ' מדינת ישראל**, פ"ד נח(4) 9 (2004).

<sup>23</sup> לסקירת הצמתים בהליך הפלילי שבהם ניתן משקל ממשי לזכויות מתלוננים, ראו: עמנואל גרוס "הזכויות החוקתיות של הקרבן: מחקר השוואתי" **מחקרי משפט** יז 419 (2002).

<sup>24</sup> יש מי שביקרו גם את דרישת ההנמקה המינימלית. ראו: ציפורה האופטמן "אונס – יסוד ההסכמה ודיני הראיות" **מעמד האשה בחברה ובמשפט** 189, 210 (פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן-קובי עורכות, 1995).

<sup>25</sup> המקרים שבהם יותר לנאשם לחקור מתלוננת על עברה המיני מצטמצמים למצבים האלה:  
א. כאשר הסנגוריה מצביעה על קיומן של תלונות חוזרות ונשנות מצד המתלוננת בגין מעשי אונס שבוצעו בה לטענתה בעבר על ידי אחרים, כשהתברר שהתלוננת חסרות בסיס ועיון בתלוננת אלה מלמד על דמיון משמעותי בינן לבין התלונה נושא האישום, עד כי מתעורר חשד רציני בדבר שיטה של עלילה נגד גברים. ראו: ע"פ 5938/00 **אזולאי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(3) 873, 901-902 (2001).

ב. אם המתלוננת טוענת שהייתה בתולה, בתמיכה לגרסתה שלא נתנה הסכמתה לקיום יחסי המין (שהיא מקובלת ההנחה המשפטית שעובדת היות בחורה בתולה יכולה לשמש אינדיקציה לאי-רצונה להיבעל. ראו: ע"פ 1651/10 **פלוני נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 11.11.2010); הנאשם יוכל לסתור טענה זו ולהראות שקיימה יחסי מין בעבר ושלא הייתה בתולה. ראו: ביין, לעיל ה"ש 19, בעמ' 290.

ג. כאשר הגנת הנאשם היא כי טעה טעות כנה בדבר ההסכמה לנוכח הסכמת האישה ליחסי מין בעבר. ראו: שם, ביין.

ד. כאשר העבר המיני יכול להצביע על נטיות מזוכיסטיות של הקרבן. ראו: שם, האופטמן, בעמ' 214.

(גביית עדות מתלונן בשל עבירת מין שלא בפני הנאשם), התשנ"ז-1996, בית המשפט רשאי להורות כי עדות המתלוננת בעברת מין תישמע שלא בנוכחות הנאשם. לפי סעיף 354(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, הוארכה בשנים רבות תקופת ההתיישנות בעברות מין המבוצעות על ידי בני משפחה כלפי קטינים, באופן שמניינה מתחיל מיום שמלאו לקטין עשרים ושמונה שנים.<sup>26</sup> לפי סעיף 7(ב) לחוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001, ההגנה אינה זכאית לקבל מידע על אודות פרטים אישיים של נפגע עברת מין או אלימות חמורה. עוד נקבע בפסיקה כי אין לזקוף מניה וביה לחובת המתלוננת את העובדה שתלונתה לא הייתה סדורה מבחינה כרונולוגית ובנויה לתלפיות, או שנתגלו סתירות בגרסתה.<sup>27</sup> נקבע כי בית המשפט אינו שוקל בפלס ההיגיון את התנהגות קרבן העברה,<sup>28</sup> וכי יש להחיל מבחן גמיש בבוא בית המשפט לבחון את אמינותם של הסברים שנתנה מתלוננת לסתירות שהתגלו בעדותה.<sup>29</sup> עוד נקבע כי כבישת העדות אינה דבר נדיר, וניתן אף לומר כי מהלך זה מאפיין מקרים רבים של חשיפת עברות מין.<sup>30</sup> לנוכח טבעה של עברת המין, ולנוכח טיבם של הנזקים המוסכים למתלוננת בגינה, נראה כי מתלוננות בעברת מין זכות לאמפתיה רבה מצד השופטים, ויהיה זה נכון אף לומר כי הן נהנות מ"חזקת אמינות".

#### ד. היקף העיון של הנאשם ב"רשומות אישיות" – המצב הקיים

כאשר שאלת מהימנות הגרסאות היא שניצבת במרכז ההכרעה, ובחינת אישיותה של המתלוננת היא הרת גורל בהערכת המהימנות; ועל רקע ההנחה המובנת מאליה כי קביעת מהימנות אינה מדע מדויק – ראוי ורצוי שיהיו בידי ההגנה מרב הנתונים על אודות המתלוננת. אלא שחומר הראיות שהמאשימה מוסרת לעיון ההגנה עם הגשת כתב האישום לרוב אינו מספק תמונה מלאה על אודות אישיותה של המתלוננת ועל מניעיה, ועל כן אינו נותן להגנה כלים מספקים לביצוע חקירה נגדית יעילה של המתלוננת, כזו שתאפשר לבית המשפט לבחון כראוי את מהימנותה. חומר החקירה שנמסר לידי ההגנה, הכולל על פי רוב רק את הודעות המתלוננת במשטרה והודעות

<sup>26</sup> הארכת תקופת ההתיישנות בשנים כה רבות פוגעת ביכולתו של הנאשם להתגונן במובן זה שהיא מערימה קושי לאתר ראיות הגנה: הנאשם אינו שומר ראיות שיש בהן כדי לזכותו במשך שנים כה רבות, עדים הולכים לעולמם או שזיכרונם משתבש וראיות אובדות או מתכלות.

<sup>27</sup> ע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי, פ"ד מח(2) 302 (1993); ע"פ 9806/05 פלוני נ' מדינת ישראל, תק-על 2007(1) 109, פס' ה לפסק דינה של השופטת ברלינר; ע"פ 6375/02 בבקוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 419, 424-425 (2004).

<sup>28</sup> ע"פ 2661/12 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 20 לפסק דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 19.11.2012).

<sup>29</sup> ע"פ 2977/06 פלוני נ' מדינת ישראל, תק-על 2008(1) 4483, פס' 2 לפסק דינה של השופטת חיות.

<sup>30</sup> ע"פ 7015/09 פלוני נ' מדינת ישראל, תק-על 2012(4) 5346.

של עדים שלהם סיפרה המתלוננת על האירועים, מספק לכל היותר חלק קטן מהתמונה הכוללת על אודות המתלוננת ומאפייניה.<sup>31</sup> בדרך כלל חומר החקירה אינו כולל את הנתונים האלה:<sup>32</sup>

- א. נתונים על אודות מחלות נפש או מגבלות שכליות המשפיעות על הזיכרון של המתלוננת ו/או על מהימנותה;
- ב. רישום פלילי קודם של המתלוננת;
- ג. פלט תלונות קודמות של המתלוננת;
- ד. נתונים על אודות אפשרויות ל"זיהום" החקירה;
- ה. נתונים על אודות מניעים אפשריים מצד המתלוננת להגשת תלונת שווא;
- ו. מסמכים ו/או נתונים אחרים שיכולים לערער את מהימנות המתלוננת, ובכללם תיק סוציאלי, תיק אישי ממקום העבודה או ממוסד לימודים וכדומה. השגתם של חומרים אלה על ידי ההגנה אינה פשוטה כלל ועיקר.

## ה. על זכות העיון לפי סעיף 74 לחסד"פ

זכותו של נאשם לעיין בחומר חקירה שהביא להגשת כתב אישום נגדו בעברות פשע או עוון, מוסדרת בסעיף 74(א) לחסד"פ.<sup>33</sup> על פני הדברים, המונח "חומר חקירה" זכה לפרשנות נרחבת בפסיקה.<sup>34</sup> נקבע כי כל חומר שקשור לאישום, אף אם מדובר בקשר עקיף, הוא חומר חקירה שיש להעבירו לעיון הנאשם כדי שיוכל להתגונן כראוי מפני המיוחס לו. עוד נקבע כי המונח חומר חקירה כולל לא רק חומר שנמצא פיזית בידי התביעה, אלא גם חומר שנמצא בשליטתה במונח הרחב.<sup>35</sup> המטרה הראשית של הכלל

<sup>31</sup> Amy I. Muth, Creative Discovery Motions in Sex Cases: Getting to 360 Degrees (Oct. 2012) – הרצאה שניתנה במסגרת סמינר שנערך על ידי ארגון ה-NACDL, על אודות הגנת נאשמים בעברות מין, אוקטובר 2012, ניו-אורלינס; עוד ראו: דוד וינר "עברם הפלילי של עדי התביעה: מסע דיג ועיוות דין" **הסניגור** 11, 4–6 (1998).

<sup>32</sup> יוצאים מן הכלל הם אותם מקרים שבהם המשטרה פועלת להגשת רשומות אישיות של מתלוננת, לרבות חומר רפואי, לאחר שחוקר המשטרה התרשם על נקלה כי המתלוננת לוקה בפיגור או במחלת נפש, או שהומצאו לעיונו מסמכים על אודות מחלת נפש, פיגור שכלי או כל ליקוי אחר שהמתלוננת לוקה בו. "אם מדובר בחומר שעל פניו יש לו רלוונטיות לעניין הנדון, או שהוא משמעותי כיוון שעשוי הוא להשפיע על קביעת מהימנותו של עד או על הכרעה בעניין כושרו של העד להעיד, הרי בדרך כלל הוא יהווה 'חומר חקירה' והוא יימצא בשליטת התביעה או **שצריך** הוא להימצא בידיה". בהחלטתו זו בית המשפט העליון רומז שבמקרים מסוימים חומר צריך להימצא בידי התביעה אף שלא נתפס על ידי גורמי החקירה. ראו: בש"פ 5400/01, לעיל ה"ש 8, פ"ס 3 לפסק דינה של השופטת ביניש.

<sup>33</sup> ס' 74(א) לחסד"פ.

<sup>34</sup> פרשת **ירושלים**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 378; בש"פ 91/08 **מדינת ישראל נ' שיבלי** (פורסם בנבו, 13.2.2008); בש"פ 6717/12 **מדינת ישראל נ' אהרון** (פורסם בנבו, 18.12.2012).

<sup>35</sup> ע"פ 1152/91 **סיקסיק נ' מדינת ישראל**, פ"ד מו(5) 8 (1992); בש"פ 3831/02 **מצרי נ' מדינת**

היא להגן על זכות הנאשם למשפט הוגן.<sup>36</sup> המבחן העיקרי לקביעת היקפו של המונח "חומר חקירה" הוא מבחן הרלוונטיות של החומר לאישום, וברשתו נלכדה כל ראיה העשויה להיות רלוונטית לשאלות העומדות להכרעה במשפט, בין במישרין ובין בעקיפין. חומר חקירה כולל גם חומר מודיעיני, ככל שהוא רלוונטי לחקירה, וכן הוא כולל חומר שאינו דרוש לאישום עצמו אך בכוונת התביעה להציגו כחומר רקע או כחיוזוק לאישום.<sup>37</sup> לחומר חקירה ייחשבו גם ראיות השייכות באופן הגיוני לשולי האישום. ודוק, אין מדובר ברלוונטיות שהתביעה מייחסת לחומר. הרלוונטיות נמדדת על פי הקשר של החומר לנושא האישום ולאפשרויות של הנאשם להתגונן מפניו, כפי שהוא מוצא לנכון.<sup>38</sup> מבחן עזר נוסף שנקבע בפסיקה לסיווגו של חומר ראיות כחומר חקירה הוא מבחן חשיבות החומר להגנת הנאשם.<sup>39</sup> בכל מקרה של ספק בנוגע לרלוונטיות, הנטייה היא ליתן פירוש מרחיב לגדרי המונח "חומר חקירה".<sup>40</sup>

בהתאם להגדרות אלה, סבורני כי חומר ראיות שעשוי להשפיע על קביעת מהימנותה של מתלוננת בעבירת מין, כמו חומר הנוגע למצבה הנפשי, לאישיותה או לעברה, הוא רלוונטי לאישום. מכאן שוודאי רלוונטי להגנת הנאשם, וצריך להיות חלק מחומר החקירה.

ניסיון העבר מלמדנו כי לרשומות אישיות של מתלוננות בעברות מין ישנה תרומה ממשית בקביעת חפותו המוחלטת של הנאשם. חשיפת הרשומות הביאה את התביעה, לא אחת, לעיין מחדש בעמדתה ולחזור בה מכתב האישום, או לעתור לזיכויו של הנאשם.<sup>41</sup> כמו כן, בתי המשפט זיכו נאשמים מעברות מין על סמך מידע

**ישראל**, פ"ד נו(5) 337 (2002) (להלן: עניין מצרי).

<sup>36</sup> בג"ץ 11339/05 **מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי בבאר שבע**, פ"ד סא(3) 93, פס' 26 לפסק דינו של השופט לוי (2006) (להלן: פרשת באר שבע); בש"פ 3221/12 **פלוני נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 1.7.2012).

<sup>37</sup> בש"פ 5221/08 **מוחמד נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 1.9.2008).

<sup>38</sup> ב"ש (מחוזי ת"א) 91715/05 **אפל נ' פרקליטות מחוז ת"א – מיסוי וכלכלה**, תק-מח 2005(3) 1542 (להלן: עניין אפל).

<sup>39</sup> בש"פ 3099/08 **אברהמי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 23.2.2009); בג"ץ 620/02 **התובע הצבאי הראשי נ' בית-הדין הצבאי לערעורים**, פ"ד נז(4) 625 (2003) (להלן: עניין התובע הצבאי הראשי).

<sup>40</sup> עניין **אל חאק**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 426; ב"ש (מחוזי חי') 2773/05 **חורי נ' לשכת תביעות חיפה-משטרת ישראל** (פורסם בנבו, 10.11.2005).

<sup>41</sup> מ"ח 10562/04 **היועץ המשפטי לממשלה נ' עזריה** (פורסם באתר בתי המשפט, 14.3.2005). במקרה זה עתר היועץ המשפטי לממשלה לקיים משפט חוזר בעניינו של הנאשם ולהורות על זיכויו המוחלט מביצוע עברות מין במתלוננת קטינה – עברות שבהן הורשע בבית המשפט לנוער לאחר שמיעת ראיות. עתירת היועץ המשפטי לממשלה באה על רקע גילויה של תלונת שווא שהגישה אותה מתלוננת בגין אונס שבוצע בה, לטענתה, על ידי שני בחורים ממוצא ערבי לאחר מועד האירוע שיוחס לנאשם; במאמרם של מסראוה ושמואלי-מאייר מובאת סקירה של שלושה תיקים שהתנהלו בבית המשפט המחוזי בגין עברות מין ושבהם החליטה התביעה לחזור

שהתקבל כתוצאה מחשיפת רשומות אישיות.<sup>42</sup> ברם, בשורה של פסקי דין קבע בית המשפט העליון כי חומר ראיות שנוגע למהימנותן של מתלוננות בעברות מין אינו נחשב לחומר חקירה, שעל התביעה מוטלת החובה להעבירו לעיון ההגנה.<sup>43</sup> לצד קביעה זו צומצמה ההלכה שהותוותה בבש"פ 4481/00,<sup>44</sup> הידועה כהלכת יחזקאלי. בהלכת יחזקאלי נקבע כי נאשם זכאי לקבל לעיונו את הרישום הפלילי של עדי תביעה אף בלי להוכיח את הרלוונטיות של הרישום הפלילי לברור מהימנותם של עדים אלה. הרציונל שבבסיס הלכה זו הוא העדפת זכות הנאשם להליך הוגן על פני הזכות לפרטיות של עבריין מורשע. באותו עניין הסביר בית המשפט העליון כי הכפפת זכות העיון של נאשם ברישומים פליליים לדרישת הרלוונטיות אינה מוצדקת בהתחשב בכך שהזכות לפרטיות של העבריין, שהגשמתה בדרך של מניעת חשיפת רישומו הפלילי מקלה את שיקומו, משקלה נמוך יותר ממשקלה של זכות הנאשם להליך הוגן. עוד הדגיש בית המשפט באותה החלטה כי התניית זכות העיון של נאשם

---

בה מכתב האישום לאחר שנחשפו בפניה, על פי בקשת הסנגוריה, 'רשומות אישיות' של המתלוננות, ובהן מסמכים הנוגעים לטיפולים פסיכיאטריים שניתנו למתלוננת, תלונה קודמת בגין עברת מין שנמחקה בשל חוסר מהימנות המתלוננת ותיק סוציאלי של המתלוננת. ראו: מסרואה ושמואלי-מאייר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 4-5.

<sup>42</sup> בע"פ 3435/13, לעיל ה"ש 17, הורה בית המשפט העליון לזכות נאשם שהורשע בביצוע עברת מין, לאחר שקיבל את טענות ההגנה, לפחות ברמה של ספק סביר, לפיהן יחסי המין בוצעו בהסכמה, במסגרת מה שמכונה "ערב חילופי זוגות". כמו כן, הורה בית המשפט לזכותו הואיל ומקור תלונתה הוא בהשפעת מצבה הנפשי (היותה לוקה בהפרעת אישיות גבולית ובהיותה במצב מאני בעת האירוע) ועל בסיס האופן הסובייקטיבי בו היא חווה ומפרשת מצבים, ואירועים מיניים בפרט. למסקנות אלה הגיע בית המשפט בעקבות חשיפה של החומר הרפואי הנוגע למתלוננת והעברתו לעיון מומחה מטעם ההגנה ובדיקה על ידי מומחה שמונה מטעם בית המשפט; בע"פ 7220/05 נימר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 31.5.2007) הורה, גם כן, בית המשפט העליון לזכות מחמת הספק נאשם שהורשע בביצוע עברות מין במתלוננת הלוקה בנפשה, וזאת, בין היתר, בהסתמך על חומר רפואי-נפשי שהתקבל בעניינה וממנו עולה כי בפיה טענות על שורה ארוכה של התנכלויות מיניות חמורות שבוצעו בה לאורך השנים ובכלל זה גם לאחר הפרשה הנדונה ואשר לא נתבררו באופן אובייקטיבי ויש בהם כדי להשליך על אמיתות גרסתה.

<sup>43</sup> בש"פ 8467/99 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 454 (2000); פרשת מסרואה, לעיל ה"ש 8; עניין מצרי, לעיל ה"ש 35; בש"פ 4318/07 גופמן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.5.2007); בש"פ 141/13 רוטנמר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 7.1.2013) (להלן: עניין רוטנמר); בש"פ 9081/12, לעיל ה"ש 16.

<sup>44</sup> עניין יחזקאלי, לעיל ה"ש 9. החלטה זו קובעת כי נאשם זכאי לקבל רישום פלילי של עדי תביעה גם בלי להוכיח את הרלוונטיות של הרישום לאישום המיוחס לו. בהקשר זה ציין בית המשפט כי: "כנגד הזכות לפרטיות של העבריין עומדת זכותו למשפט הוגן של בעל-דין בכלל ושל נאשם במשפט פלילי בפרט. זכות אחרונה זו גם היא זכות יסוד, ומשקלה הסגולי אף עולה על משקל הזכות לפרטיות של העבריין".

ברישום הפלילי של עדי תביעה, בעמידה במבחני רלוונטיות<sup>45</sup> תקנה יתרון לא ראוי לתביעה במשפט הפלילי על פני ההגנה (שהרי התביעה אינה כפופה לדרישת הרלוונטיות). ואולם כאמור ברבות השנים צומצמה הלכת **יחזקאלי** ונקבע כי זכותו של הנאשם לקבל רישום פלילי של עדי תביעה כפופה אף היא למבחן הרלוונטיות.<sup>46</sup> הלכה נוספת המצרה את היקף העיון של נאשמים במסמכים העשויים לשפוך אור על מהימנות המתלוננות היא ההלכה הקובעת כי חשיפת תיקי חקירה הממתינים לבירור דין (מב"דים) תיבחן לפי אמות מידה נוקשות יותר מאלה שימשו לעניין גילוי פרטים הנכללים במרשם הפלילי שלה (הרשעות קודמות, צווי מבחן, קביעות בדבר היעדר כשירות לעמוד לדין או פטור מאחריות פלילית).<sup>47</sup> על בית המשפט לקחת בחשבון את השיקולים הבאים: האם החומר נכלל מלכתחילה בתיק החקירה; האם הרלוונטיות היא בעצמה גבוהה או שמא מדובר בחומר שהרלוונטיות שלו אינה מובהקת, על אחת כמה וכמה לא רחוקה ושולית; האם מדובר ב"מסע דיג" ספקולטיבי; האם מדובר בתיקים ישנים, מה שמשליך הן על הרלוונטיות והן על משאבי התביעה לאיתור התיקים; הזכות לכבוד, לפרטיות, לשיקום ולרהביליטציה של העד או קרבן העברה ומידת הפגיעה בזכות זו; החשש הכללי כי עדים וקרובות עברה יחששו להעיד במשפט; הפגיעה בזכויותיהם של צדדים שלישיים, שייתכן כי מעורבים בתיקים, ומידת הפגיעה; העקרון של סופיות תשובות העד בעניינים צדדיים, אשר יש בו כדי להחליש את התועלת שיכולה לצמוח להגנה מהחומר. עוד נקבע כי גם לאחר שבחן בית המשפט שיקולים אלה והגיע לכלל מסקנה כי הנאשם צלח את כל המשוכות הללו, שומה על בית המשפט לבחון אם ניתן להסתפק במסירת תוכנם של התיקים שגילויים מתבקש, או שיש להורות על עיון בתיקי החקירה עצמם.

כרסום נוסף בזכות העיון של נאשמים במסמכים העשויים לשפוך אור על מהימנות המתלוננת נקבע אך לאחרונה, בפסיקתו של השופט נועם סולברג, בהתייחס לעיון בתיקי חקירה סגורים.<sup>48</sup> על פי פסיקה זו, תיקי חקירה שנפתחו בעבר נגד עדי תביעה ואחר כך נסגרו מסיבות כאלה ואחרות, כלל אינם מהווים חומר חקירה, שהנאשם זכאי לעיין בהם. פסיקה זו משנה החלטה קודמת שניתנה על ידי בית המשפט העליון (השופט יצחק עמית), ולפיה מוסמך בית המשפט להתיר לנאשם לעיין גם בתיקי חקירה סגורים, זאת בכפוף למבחן הרלוונטיות.<sup>49</sup> ככלל, ולעומת הנטען במאמרה של השופטת ארבל, ניתן לזהות בהחלטות בית המשפט העליון

<sup>45</sup> אמות מידה כגון סוג העברות הרשומות ברישום הפלילי; חלוף הזמן מעת ההרשעה; הקשר בין האישום שהעד מעיד בעניינו לבין הרשעותיו הקודמות של העד.

<sup>46</sup> עניין **בניזרי**, לעיל ה"ש 16; בש"פ 5535/13 **מדינת ישראל נ' שימשילשוילי** (פורסם בנבו, 15.8.13) (להלן: עניין **שימשילשוילי**).

<sup>47</sup> שם, עניין **שימשילשוילי**.

<sup>48</sup> בש"פ 1408/14, לעיל ה"ש 16.

<sup>49</sup> לעיל ה"ש 45.

דווקא מגמה של העלאת קרנה של הזכות לפרטיות של מתלוננות, תוך צמצום ניכר של זכויות הנאשמים לקבל מסמכים העשויים לסייע בקעקוע מהימנותן של מתלוננות אלה.

## ו. המתווה לפי סעיף 108 לחסד"פ

הדרך החוקית העיקרית, ואולי אף היחידה העומדת לרשות ההגנה, להשגת חומר שעשוי לסייע בקביעת מהימנותן של מתלוננות בעברות מין היא הגשת בקשה למתן צו להמצאת מסמכים לפי סעיף 108 לחסד"פ,<sup>50</sup> אלא שגם מסלול זה אינו מספק לנאשם גישה טובה יותר למסמכים שיש בהם כדי לקעקע את מהימנותן של המתלוננות.

### 1. אופן יישומו של סעיף 108 על פי הפסיקה

המבחן שהותווה לסיווגו של חומר ראיות כחומר חקירה, לפי סעיף 74 לחסד"פ, הוחל גם על הליך של המצאת מסמכים לפי סעיף 108 לחסד"פ, כלומר נקבע שגם בהליך לפי סעיף 108 לחסד"פ, על בית המשפט לבחון את הרלוונטיות ואת הערך הראייתי של החומר שגילויו מתבקש. מלבד החלת מבחן זהה לסיווג החומר, הציבה הפסיקה הגבלות נוספות על השימוש במנגנון שבסעיף 108 לחסד"פ לצורך קבלת חומר הנוגע למהימנותן של מתלוננות בעברות מין:

1. נקבע שכאשר מדובר בהליך לפי סעיף 108 לחסד"פ, יינתן משקל רב יותר לזכויותיו של הצד השלישי אשר החומר המבוקש נוגע לו.<sup>51</sup>
2. לצורך הגשת בקשה לפי סעיף 108 לחסד"פ, יש להניח בבית המשפט תשתית עובדתית ומשפטית לביסוס הטענה בדבר חיוניות החומר המבוקש להגנת הנאשם. גם השופטת ארבל, במאמרה הנ"ל, הציעה להטיל על הנאשם נטל מהותי לביסוס בקשה לקבלת רשומות אישיות.<sup>52</sup>

<sup>50</sup> ס' 108 לחסד"פ קובע כדלקמן: "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"; פרשת **שיינר**, לעיל ה"ש 1; פרשת **מסארווה**, לעיל ה"ש 8; בש"פ 5400/01, לעיל ה"ש 8; בש"פ 2103/06 **פרי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 2.4.2006); בש"פ 8555/06 **פלוני נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 13.11.06); עניין **מצרי**, לעיל ה"ש 35.

<sup>51</sup> עניין **אל מאמוניה**, לעיל ה"ש 16; בש"פ 7995/05 **להב נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 10.10.2005).

<sup>52</sup> ארבל, לעיל ה"ש 13, בעמ' 273.

3. בית המשפט קבע מראש כי הסיכוי שקיים מידע רלוונטי להגנת הנאשם ברשומות אישיות מסוגים מסוימים, הוא קלוש.<sup>53</sup>
4. הפסיקה דורשת כי החומרים המסווגים כרשומות אישיות של המתלוננת יועברו תחילה לעיון השופט, לרוב השופט שדן בתיק העיקרי, כדי שיבחן את מידת הרלוונטיות שלהם להגנת הנאשם ואת האפשרות להעבירו לעיון ההגנה.<sup>54</sup>
- עוד יוזכר כי אין לנאשם זכות ערר מידית על החלטה בבקשה לפי סעיף 108 לחסד"פ (להבדיל מזכות ערר המוקנית לו באשר להליך לפי סעיף 74 לחסד"פ).<sup>55</sup>

## 2. הקשיים המתעוררים מאופן יישומו של סעיף 108

כל אחת מהמגבלות המנויות לעיל מעוררת קושי של ממש. ראשית, אין הצדקה להחיל את מבחן הרלוונטיות של החומר גם על הליך לפי סעיף 108 לחסד"פ, שכן להבדיל מסעיף 74 לחסד"פ, החולש על חומר ראיות שעל התביעה מוטלת החובה להמציאו לעיון ההגנה, על כל המשמעויות הלוגיסטיות, הכלכליות והמשפטיות הכרוכות בכך, ואף מאפשר לצדדים להגיש ערר מידי על החלטה בכל הנוגע לעתירת הנאשם לעיין בחומר שבמחלוקת. הרי סעיף 108 לחסד"פ חולש על חומר ראיות שהתביעה אינה מחויבת לפעול להשגתו ולהעבירו לעיון ההגנה. כל שכן שלנאשם אין זכות ערר מידית על החלטה הדוחה את עתירתו מכוח סעיף 108 ועליו להמתין עד מתן פסק דין סופי בתיק. שנית, לא ברור מדוע העובדה שהחומר שגילוייו מתבקש אינו נמצא בידי רשויות החקירה, יש בה כשלעצמה כדי להביא למתן משקל יתר לזכויותיו של העד שהחומר נוגע אליו. לדעתי, צריך להינתן אותו משקל זהה לזכויות העד בין אם החומר נתפס על ידי רשויות החקירה ובין אם לאו, שהרי לעתים קרובות רשומות אישיות של עדי תביעה נתפסות על ידי רשויות החקירה באופן אקראי, ולא דווקא לאחר מחשבה ובחינת הרלוונטיות של המסמכים. כמו כן, מתן משקל יתר לזכויות העד לפרטיות בנוגע לחומר שלא נתפס על ידי רשויות החקירה עלול לגרום לכך שרשויות החקירה תימנענה במכוון מתפיסתו של חומר שכזה, שלעתים עשוי להביא לזיכויו המוחלט של הנאשם מהעברות המיוחסות לו.

<sup>53</sup> כך נקבע, למשל, באשר לחומר המתעד מפגשים טיפוליים של מתלוננת בעברת מין עם פסיכולוג או עובד סוציאלי לאחר האירוע נושא כתב האישום. ראו: בש"פ 9081/12, לעיל ה"ש 16; באשר לחלקים מיומן אישי שנכתבו בתקופה מרוחקת מהתקופה הרלוונטית לאישום, ראו: פרשת ירושלים, לעיל ה"ש 3.

<sup>54</sup> עניין רוטנמר, לעיל ה"ש 43; שם, פרשת ירושלים; עניין אל מאמוניה, לעיל ה"ש 16; בש"פ 6237/06 קלושנדלר נ' מדינת ישראל, תק-על 2006 (4) 4324.

<sup>55</sup> בש"פ 6521/09 פלוני נ' מדינת ישראל, תק-על 2009 (3) 4038.



שלישית, הדרישה המוטלת על הנאשם, לבסס תשתית עובדתית להוכחת חיוניות החומר המבוקש, הינה בלתי סבירה, זאת לא רק בשל העובדה שעל נאשם בהליך פלילי לא מוטלות חובות עשה,<sup>56</sup> אלא גם, ובעיקר, מהטעם שעל פי רוב הנאשם לא יודע אם קיים בחומר שגילויו מתבקש מידע חיוני שיכול לסייע לו בתקיפת מהימנות העד. כיצד יוכל אפוא לבסס את אותה תשתית עובדתית?<sup>57</sup>

קביעה אפריורית שרשומות אישיות מסוימות אינן אוצרות בתוכן מידע רלוונטי להגנת הנאשם, שגויה אף היא, שהרי כיצד יכול בית המשפט להניח מראש הנחה כזו, בלי שעיין תחילה בחומר שבמחלוקת? ולבסוף, גם הדרישה שבית המשפט הוא שיבחן את חיוניות החומר להגנת הנאשם, היא דרישה בעייתית. בכל הכבוד הראוי, הגנת הנאשם מופקדת בידי סנגורו, ורק הוא יודע אם יש בחומר כדי לסייע להגנת הנאשם אם לאו. בראש ובראשונה, לסנגור יש יתרון על פני בית המשפט בהערכת תרומתו של החומר שגילויו מתבקש, שכן להבדיל מבית המשפט, הסנגור נחשף לכל חומר הראיות שבתיק החקירה, ואף לראיות שאינן בידי התביעה, והכוונה היא כמובן לראיות ההגנה ולמידע שבידי הנאשם. שנית, הותרת מלאכת בחינת החומר וההחלטה אם יש בו כדי לסייע להגנת הנאשם אם לאו בידי בית המשפט אינה מתיישבת עם מהותה של שיטת המשפט בישראל שהיא שיטה אדברסרית. שלישית, וזה העיקר, הותרת ההכרעה בדבר חיוניות החומר בידי בית המשפט עלולה לפגוע בעילותה של החקירה הנגדית של עדי התביעה המרכזיים, ובכללם המתלוננות.

### 3. הנימוקים שצוינו בבש"פ 8252/13

בפרשת **שיינר**<sup>58</sup> מנה השופט יצחק עמית נימוקים נוספים לביסוס העמדה שלפיה יש להעדיף את המתווה שבסעיף 108 לחסד"פ לשם חשיפת רשומות אישיות של מתלוננות בעברות מין, על פני המתווה שבסעיף 74 לחסד"פ, והם:

1. חשיפת רשומות אישיות לרוב כרוכה בהסרת חסיון מטפל-מטופל ודורשת אפוא מתן זכות טיעון לבעל החיסיון, דהיינו למתלוננת. סעיף 108 לחסד"פ הוא הסעיף שמאפשר זכות טיעון לצד שעלול להיפגע מחשיפת החומר שבמחלוקת;
2. מתן צו להמצאת רשומות אישיות מכוח סעיף 74, דהיינו עוד לפני שמיעת ראיות התביעה, עלול להתברר כחסר טעם, למשל אם למתלוננת אין כלל רשומות אישיות, או אם הזיקה של המתלוננת לרשומות האישיות היא רופפת.

<sup>56</sup> ע"פ (מחוזי ב"ש) 7267/98 **לגזיאל נ' מדינת ישראל**, פס' 4 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 25.5.1999).

<sup>57</sup> חשש זה הובע גם בעניין **אפל**, לעיל ה"ש 38, פס' ג לפסק דינו של השופט כבוב.

<sup>58</sup> פרשת **שיינר**, לעיל ה"ש 1.

לפיכך ראוי כי סוגיית קיומן של רשומות אישיות תתלבן במהלך המשפט בעת חקירתה של המתלוננת או חקירת העדים הרלוונטיים.

3. בקשה לפי סעיף 108 נדונה בדרך כלל לפני המותב הדין בתיק העיקרי, ומותב זה כבר שמע חלק מהעדויות והוא בקיא בפרטי התיק ובדקויותיו, ולפיכך יש לו יכולת להעריך טוב יותר את הרלוונטיות ואת המשקל של החומר להגנת הנאשם.

גם נימוקים אלה אינם משכנעים דיים: ראשית, גם סעיף 74 מאפשר להעניק זכות טיעון למתלוננת, שאת רישומיה האישיים מבקשים לחשוף, וכבר היו דברים מעולם.<sup>59</sup> לכן לא ברורה קביעת בית המשפט בפרשת **שיינר**, שלפיה סעיף 108 לחסד"פ הוא הסעיף היחיד המאפשר זכות טיעון למתלוננת בטרם ייחשפו הרשומות האישיות. שנית, ההצעה שקיומן של רשומות אישיות של מתלוננת בעברת מין ייבחנו רק במהלך חקירתה של המתלוננת, עלולה לפגוע פגיעה אנושה בחקירתה הנגדית של המתלוננת. אם מראש ידע הסנגור כי יש ברשומות האישיות נתונים בעלי פוטנציאל לזיכוי הנאשם או לגריעה ממהימנותה של המתלוננת, ייתכן שיבקש לפתוח את חקירתו הנגדית דווקא בעימות של המתלוננת עם הנתונים העולים מהרשומות האישיות, במטרה לערער את מהימנותה הכללית, ורק לאחר ששיג את מטרתו זו – יחקור את המתלוננת על נסיבות האירוע עצמו, כשברקע כבר הובהר לבית המשפט כי קשה לתת אמון במתלוננת. הסדר שלפיו יוכל הסנגור לדלות את הנתונים מהרשומות האישיות רק במהלך החקירה הנגדית של המתלוננת הוא בבחינת מאוחר מדי, וימנע מהסנגור להשתמש במהלך חקירתה הנגדית של המתלוננת בטכניקת העימות כדי לסתור את תשובותיה של המתלוננת. אשר לנימוק בדבר יכולתו של המותב הדין בתיק העיקרי להעריך טוב יותר את פוטנציאל ההגנה על הנאשם הטמון בחומר – גם בנימוק זה אין ממש, שהרי לרוב עדות המתלוננת היא העדות הראשונה המושמעת בתיק העיקרי, ולפיכך המותב טרם שמע עדויות אחרות והוא אינו בקיא בנכחי התיק, ודאי לא יותר מהמותב שדין בבקשות לפי סעיף 74 לחסד"פ, שלרוב הוא גם המותב ששמע את בקשת המעצר ונחשף לכל חומר הראיות. לעומת עמדת השופט עמית בפרשת **שיינר**, מעניין לקרוא את הדברים שהוא כתב לפני יותר מעשור, כשופט בית המשפט המחוזי בחיפה, בת"א 688/02:

"לעיתים אין בעל דין יודע מהם המסמכים שבידי הצד שכנגד. דרישה לגילויים של אלה אינו מהווה 'מסע דיג' אסור. 'הדיג' אינו מעשה פסול, אלא אם כן כוונת המבקש היא למצוא חומר שלא לצורך המשפט התלוי ועומד, כי אם לאסוף ראיות להכנת משפט אחר, או למטרה אחרת. ואילו מסמכים מזיקים או מועילים, לצורך המשפט

<sup>59</sup> פרשת **ירושלים**, לעיל ה"ש 3.

התלוי ועומד, שייכים לעניין, וההיפוש אחריו אינו 'דיג'".<sup>60</sup>

## ז. על חשיבותה של זכות החקירה הנגדית

זכותו של הנאשם למשפט הוגן, שבבסיס חובתה של התביעה לגלות לנאשם את חומר החקירה בעניינו, כוללת גם את זכותו של הנאשם לחקור את עדיה של התביעה בחקירה נגדית.<sup>61</sup> החקירה הנגדית היא אמצעי דיוני חשוב להוכחת חפותו של הנאשם, שהרי ההזדמנות להעמיד במבחן את אמינות גרסתם של עדי התביעה ולהעמיד במבחן את אישיותם היא המאפשרת לנאשם להתמודד עם ההאשמות המופנות כלפיו. בישראל הזכות לחקירה נגדית אמנם אינה מוכרת כזכות חוקתית, ואולם היא הוכרה כזכות דיונית מן המעלה הראשונה.<sup>62</sup>

הסנגור הוא שמתכנן את החקירה הנגדית של עדי התביעה ואת מטרות החקירה, אילו שאלות לשאול ובאיזה רצף, אילו שאלות מוטב שלא לשאול כלל, והיכן לשלב שאלות שנועדו לתקוף את מהימנותו הכללית של עד התביעה, כדי למוטט את גרסתו. רק הסנגור יכול להעריך את תרומתו של החומר המבוקש ליצירת חקירה נגדית מועילה, ועל כן אין להותיר את המלאכה בידי בית המשפט.

לא בכדי כבר נאמר לפני יובל כי "אין חקר לתבונת סנגור מוכשר, ואין לנחש כיצד היה יכול לנצל את החומר הנמצא לפניו".<sup>63</sup> על דברים אלה חזרה גם השופטת דליה דורנר בעניין **יחזקאל**<sup>64</sup> בציינה כי "ההחלטה כיצד לעשות שימוש במידע בדבר העכר הפלילי חייבת להיות בידי בעל הדין. בשיטתנו האדברסרית בעל-הדין הוא שקובע את קווי טיעונו בבית-המשפט, וזאת על יסוד חומר הראיות, לרבות – לגבי נאשם בפלילים – ראיות ההגנה שהוא בקיא בהן".<sup>65</sup>

<sup>60</sup> ת"א (מחוזי חי') 688/02 בן הרואה נ' בדיר (פורסם בנוב, 10.12.2002).

<sup>61</sup> פרשת באר שבע, לעיל ה"ש 36, פס' 28–29 לפסק דינו של השופט לוי.

<sup>62</sup> ע"פ 5329/98 דג'אני נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(2) 273 (2003).

<sup>63</sup> דברי השופט יצחק אולשן בע"פ 35/50 מלכה נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ד 429, 433 (1950).

<sup>64</sup> עניין יחזקאל, לעיל ה"ש 9, בעמ' 246.

<sup>65</sup> עוד ראו: דבריו המאלפים של הנשיא בדימוס אהרן ברק בב"ש 838/84 ליבני נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 729, 734 (1984) (להלן: עניין ליבני): "לשם חשיפת האמת יש לחשוף את כל חומר החקירה כולו לנאשם ולבית המשפט. דבר זה חשוב הוא במיוחד בשיטה האדוורסארית שלנו, שבה נטל הבאת חומר החקירה לפני השופט מוטל על הצדדים עצמם [...] על יסוד חומר זה כולו יוכל הנאשם להוכיח את חפותו, אם בדרך הצגת גירסה משלו ואם בדרך חקירת עדי התביעה, תוך ערעור גירסת התביעה. בדרך זו יובטחו אמינותה של מערכת המשפט הפלילי ואמון הציבור בה [...] חשיבותו של חומר חקירה לאינטרס של הנאשם צריכה להיקבע על-ידי הנאשם ועל-ידי בא-כוחו, ולא על-ידי התביעה" (ההדרגשה הוספה).

## ח. מן התיאוריה אל הפרקטיקה

הדוגמה הבאה, הלקוחה מתיק שבו שימשתי סנגורו של נאשם בעברות מין,<sup>66</sup> ממחישה לא רק כמה חיוני לאפשר להגנה לעיין במסמכים רפואיים של מתלוננת בעברת מין, אלא גם עד כמה הותרת ההחלטה בדבר חיוניותו של החומר המבוקש בידי בית המשפט עלולה להיות גורלית ומסוכנת להגנת הנאשם.

נגד הנאשם הוגש כתב אישום המייחס לו עברות מין קשות שבוצעו, לכאורה, כלפי המתלוננת, שעבדה תחת פיקוחו בעבודות ניקיון בסופרמרקט. תוכן כתב האישום לא יפורט מחמת צנעת הפרט, ואולם יצוין שבאישום הראשון יוחסו לנאשם שתי עברות של מעשה סדום, לפי סעיף 347(ב) בנסיבות סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין, ועברה אחת של אינוס לפי סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין, שבוצעו לכאורה בחדר השירותים שבמקום העבודה (להלן: אירוע השירותים); ובאישום השני יוחסו לנאשם שתי עברות נוספות של אינוס, לפי סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין, שבוצעו לכאורה במטבחון שבמקום העבודה (להלן: אירוע המטבח).

הנאשם כפר בעובדות כתב האישום והכחיש מגע מיני כלשהו עם המתלוננת. לטענתו, הרקע לתלונת השווא כלפיו הוא רצונו לפטר את המתלוננת בשל ליקויים בעבודתה. בלי להתעמק בשאלת אמינות גרסתו של הנאשם, ניתן לומר כי המניע שייחס למתלוננת, לטפול עליו האשמת שווא, לא היה משכנע דיו.

חומר הראיות רימז לכך שהמתלוננת סובלת מפיגור קל עד בינוני וכן לוקה באפילפסיה. לפיכך פנתה ההגנה בבקשה, לפי סעיפים 74 ו/או 108 לחסד"פ, לקבל את תיק הרווחה של המתלוננת וכן את התיק הרפואי שלה בקופת חולים ובביטוח הלאומי.

ההגנה נימקה את עתירתה לקבלת החומר הרפואי והסוציאלי בכך שהמתלוננת לא ידעה למסור בחקירותיה במשטרה את המועדים שבהם לטענתה התרחשו המעשים המתוארים בכתב האישום, ומכאן שחשוב לברר, מתוך המסמכים שגילויים מתבקש, אם חוסר יכולתה למסור מועדים נעוץ בלקותה השכלית ובמגבלות הזיכרון שלה, או שמא דווקא בחוסר מהימנותה. עוד נימקה ההגנה את עתירתה לקבלת המסמכים בכך שהמתלוננת מסרה גרסאות סותרות בדבר טיב המעשים שבוצעו בה, לטענתה, ויש לבחון אם ניתן לייחס סתירות אלה למצבה המנטלי-שכלי הלקוי, או שמא לחוסר מהימנותה. כן נטען על ידי ההגנה כי אחת מתופעות הלוואי הידועות של מחלת האפילפסיה, שהמתלוננת לוקה בה כאמור, היא הזיות, ולא מן הנמנע שהיא דמיינה את האירועים המתוארים בכתב האישום בעת שהייתה בעיצומו של התקף אפילפטי. עוד נטען על ידי ההגנה כי מחומר החקירה עולה שהמתלוננת מסרה

<sup>66</sup> תפ"ח (מחוזי ב"ש) 38289-08-10 מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם); פרטי התיק חסויים ומצויים ברשות מחבר רשימה זו.

בהודעתה במשטרה כי בעבר הותקפה מינית על ידי כמה אנשים, אך אין לכך תיעוד ברישומים המשטרתיים הרשמיים. לפיכך ראוי לבחון אם בחומר המבוקש יש כדי לשפוך אור על אירועי העבר. המאשימה התנגדה, באופן עקרוני, לחשיפת החומר לעיון ההגנה.

לאחר עיון בבקשת ההגנה ושמיעת טיעוני הצדדים, הורה בית המשפט להעביר לעיונו את החומר שבמחלוקת (אסופת מסמכים רפואיים מקופת חולים בה חברה המתלוננת ומהמוסד לביטוח לאומי), ולאחר שבחן את החומר החליט להעביר לעיון ההגנה שלושה מסמכים:

1. מסמך, שנערך על ידי רופאת משפחה בעקבות ביקור של המתלוננת בקופת חולים, שבועיים לאחר הגשת התלונה במשטרה.
2. אבחון פסיכודיאגנוסטי שנערך בעניינה של המתלוננת על ידי המוסד לביטוח לאומי שנים מספר לפני האירועים המתוארים בכתב האישום.
3. חוות דעת רפואית שצורפה לאבחון הפסיכודיאגנוסטי ושנערכה גם כן על ידי המוסד לביטוח לאומי.

טעמי בית המשפט להחלטתו להורות על חשיפת המסמכים הנ"ל מרתקים ביותר: **אשר למסמך מקופת חולים** – במסמך זה מוזכרים אירועים מכתב האישום, ומטעם זה סבר בית המשפט כי יש להורות על העברתו לעיון ההגנה.

במאמר מוסגר יצוין כי עיון במסמך מלמד שהמתלוננת הכחישה, באוזני הרופאה המטפלת, פרטים מסוימים באשר לאחד מהמעשים המיניים שיוחסו לנאשם בכתב האישום. אין ספק שקיומה של גרסה סותרת היא עובדה חיונית ביותר להגנת הנאשם ויש לתמוה מדוע מסמך זה לא היה בתוך תיק החקירה מלכתחילה!?

**אשר לאבחון הפסיכודיאגנוסטי** – בית המשפט מצא כי מסמך זה יכול דווקא לסייע לתביעה, שכן הוא מפרט את הלקויות השכליות של המתלוננת, ובכללן העובדה ששיפוט המציאות שלה לקוי, ובכך יש בו כדי להסביר את פשר הסתירות שבעדותה.

**אשר לחוות הדעת הרפואית של המוסד לביטוח לאומי** – בית המשפט מצא במסמך זה תיעוד של אירועי התקיפה המינית שהמתלוננת חוותה, לטענתה, בעברה, ומצא להורות על העברתו דווקא משום שיש בו כדי לסייע לתביעה – לבסס את מהימנות המתלוננת בנוגע לתלונה על אירועי תקיפה מינית בעבר, אף שאינם מתועדים ברישומים משטרתיים.

במילים אחרות, בית המשפט הורה להעביר לעיון ההגנה מסמכים רפואיים של המתלוננת, ושניים מתוך שלושת המסמכים לא היה בהם, להערכתו, כדי לסייע להגנה במלאכתה, אלא בעיקר כדי לסייע לתביעה לבסס את מהימנות המתלוננת.

אולם איפכא מסתברא, עם קבלת המסמכים לעיונה, דווקא מצאה בהם ההגנה נתונים שבדיעבד סייעו לה בגיבוש קו הגנה ובהכנת חקירה נגדית יעילה ומוצלחת שהביאה לערעור מהימנות גרסתה של המתלוננת. מדובר בקביעות רפואיות-

אבחנתיות, שלפיהן המתלוננת סובלת מפוסט טראומה עקב אירועי האונס שחוותה, לטענתה, בעבר, ומפיגור המתבטא בעיקר בפרסברציה (דבקנות), דהיינו חזרה על דברים, רעיונות וגרסאות. על רקע נתונים אלה בחנה ההגנה באמצעות טבלה את גרסאות המתלוננת במשטרה בנוגע לכל אחת מהפרשות המפורטות בכתב האישום, ומצאה כי המתלוננת מסרה גרסאות זהות לחלוטין באשר לאירוע המטבח ובאשר לאירוע השירותים. הזהות באה לידי ביטוי ביותר מ-30 פרמטרים המרכיבים את האירוע, לרבות תגובות פיזיות, אינטראקציות מילוליות, שעות ומועדים ואופן סיום האירוע. למשל, המתלוננת סיפרה כי גם באירוע המטבח וגם באירוע השירותים ביצע הנאשם אותה תקיפה מינית ייחודית (סיפור המעורר תמיהה כשלעצמו). לנוכח ממצא זה, החליטה ההגנה לשנות את קו ההגנה ולטעון שאירוע המטבח הוא בעצם אירוע השירותים, שעליו חזרה המתלוננת בטעות, בשים לב ללקות שלה ולהיותה סובלת מפרסברציה; ואירוע השירותים הוא חזרה על אירועי האונס שחוותה בעברה (ובהקשר זה שינתה ההגנה את עמדתה והניחה שהמתלוננת אכן חוותה אירועי אונס בעבר, אף שאין להם תיעוד משטרת).

בחקירה הנגדית של המתלוננת היא התבקשה, על ידי מחבר רשימה זו, לאשר שבנוגע לכל אותם פרמטרים המרכיבים הן את אירוע השירותים הן את אירוע המטבח, היא מסרה באמרתה במשטרה גרסה זהה. לאחר שאישרה המתלוננת מסירת גרסה זהה כאמור, היא נשאלה אם יש אפשרות שאירוע המטבח הוא חזרה על אירוע השירותים, ועל כך היא השיבה בחיוב, גם לאחר שבית המשפט הקשה עליה וחזר על השאלה פעמים מספר. כמו כן נשאלה המתלוננת כיצד ידעה שבשני האירועים חזר הנאשם על אותה תקיפה מינית, אך לא הייתה בפיה תשובה, זולת העובדה ש"שכפלה" את אירוע השירותים. לנוכח תשובתיה של המתלוננת, ומשעלה ספק שמא אירוע המטבח הוא למעשה חזרה של אירוע השירותים, ועל רקע הערות בית המשפט, החליטה התביעה למחוק את האישום השני, שעניינו האירועים המיניים שאירעו במטבח, וכן החליטה למחוק את מעשי הסדום והאינוס שבאישום הראשון – האירוע בשירותים. עוד סוכם בין הצדדים, כי בכפוף להודאת הנאשם בכתב אישום מתוקן, שייחס לו עברה של מעשה מגונה רגיל, יוטלו עליו עונש של שישה חודשי מאסר לריצוי בעבודות שירות וחובת תשלום פיצוי למתלוננת (שהוא עונש מקל ביחס לאישום המתוקן, ועל אחת כמה וכמה ביחס לכתב האישום המקורי).

דוגמה זו ממחישה עד כמה חיונית חשיפת מסמכים רפואיים של מתלוננת בעברת מין, ועד כמה חיוני כי הסנגור, ולא בית המשפט, הוא שיבחן את נחיצות החומר שגילוי מתבקש לצורך קביעת קו ההגנה וביצוע החקירה הנגדית. הותרת מלאכת ההכרעה בדבר חיוניות החומר בידי בית המשפט עלולה לגרום עיוות דין חמור לנאשם.

## ט. תוצאה של ביטול דרישת הסיוע

נקיטת גישה מרחיבה יותר באשר לזכויות נאשמים לעיין ברשומות אישיות של מתלוננות בעברות מין – כזו שתאפשר זכות עיון מקיפה יותר ותינתן לסנגור עצמו ולא לבחינת בית המשפט – מתחייבת לא רק מן הצורך הבסיסי להגיע לחקר האמת ולמנוע הרשעת חפים מפשע, אלא גם עקב ביטול דרישת הסיוע, שהייתה קיימת בעבר, לצורך הרשעה על סמך עדות יחידה של מתלוננת בעברת מין. דרישת הסיוע בעברות מין שימשה מבטחו של האזרח מפני עלילות שווא<sup>67</sup> ומפני הרשעתו של חף מפשע.<sup>68</sup> דרישה זו בוטלה בשנת 1982,<sup>69</sup> והחליפה אותה דרישת ההנמקה שבסעיף 54א(ב) לפקודת הראיות [נוסח חדש].

לדעתי ראוי לקבוע, מטעמים של הגינות משפטית,<sup>70</sup> כי משבוטלה דרישת הסיוע, ששימשה מסננת מפני תלונות שווא, תתאפשר להגנה זכות עיון רחבה יותר ברשומות אישיות של מתלוננות בעברות מין. על ידי הרחבת זכות העיון יתאפשר להגנה לזהות תלונות שווא ולשכנע את בית המשפט שלא להעדיף את גרסת המתלוננת דווקא.

מטעם זה, כלומר החשש הגובר מפני הרשעות שווא בשל ביטול דרישת הסיוע, קרא השופט אשר גרוניס, בעמדה חריגה, בע"פ 10/3250/71 להרחיב את היקף שיקול הדעת של ערכאת הערעור להתערב בממצאיה של הערכאה הדיונית כאשר מדובר בעברות מין. גישתו זו מנוגדת לגישה השלטת בפסיקת בתי המשפט בדבר שיקול דעת מצומצם מהרגיל של ערכאת הערעור להתערב בממצאי מהימנות של הערכאה הדיונית בעברות מין.<sup>72</sup> בדומה לקריאה זו, ראוי לקרוא גם להרחבת זכויות הנאשמים לעיין ברשומות אישיות של מתלוננות בעברות מין.

## י. הזכות להליך הוגן

הזכות להליך הוגן משמעה שעל המדינה, בבקשה להשתמש בסמכות רבת העוצמה להעמיד אדם לדין, לעשות זאת בהליך נאות, שבגדרו תיבחן ההצדקה לפגיעה בחירויות היסוד של הנאשם. הזכות להליך הוגן מתגשמת בעזרת אגד של אמצעים, הסדרים פרוצדורליים וזכויות מהותיות המתקיימים בצוותא, זה לצד זה, ושנועדו

<sup>67</sup> ע"פ 62/59 ג'מאל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יג 692 (1959); ע"פ 288/88 גנדור נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(4) 45 (1988).

<sup>68</sup> ע"פ 567/07 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 25.5.2011).

<sup>69</sup> חוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 7), התשמ"ב-1982, ס"ח 1057, בעמ' 197.

<sup>70</sup> ס' 140(10) לחסד"פ.

<sup>71</sup> ע"פ 3250/10 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 12.1.2012).

<sup>72</sup> ע"פ 4936/11 ישועה נ' מדינת ישראל, פס' 31 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 31.12.2012).

"לאזן את יחסי-הכוח הבלתי-שוויוניים שבין הנאשם לבין התביעה, הנהנית ברגיל ממעמד דיוני עדיף ומיתרונות נוספים, וכן להבטיח כי לנאשם תינתן הזדמנות מלאה להציג גרסת חפות ולפעול להוכחתה"<sup>73</sup>.

הזכות להליך הוגן נהנית ממעמד רם והוכרה כזכות חוקתית על חוקית.<sup>74</sup> בפרשת **יששכרוב** אף נקבע כי לנוכח השינוי שהביא עמו חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מתבקשת נקודת איזון גמישה המתחשבת בחובה להגן על זכויות הנאשם ועל הגינותו של ההליך הפלילי וטוהרו.

תוכנה המעשי של הזכות להליך הוגן ניזון מהסדרים חקיקתיים ופסיקתיים. בשנים האחרונות היקפה של הזכות להליך הוגן הולך ומתרחב. כך, למשל, בפרשת **יששכרוב** אומצה דוקטרינת פסילה פסיקתית של ראיות שהושגו שלא כדין ושקבלתן במשפט תפגע בזכות להליך הוגן.<sup>75</sup> כמו כן הוחלט בפרשת **שמש**, בדעת רוב<sup>76</sup> (שהפכה לדעת מיעוט בפסק הדין של הדיון הנוסף),<sup>77</sup> להחיל את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית כבר על שלבי החקירה המשטרית.

מעמדה הרם של הזכות להליך הוגן, כמו גם היקפיה ההולכים ומתרחבים, מצדיקים אף הם את הרחבת זכות העיון של נאשם ברשומות אישיות של מתלוננות.

## יא. מבט מעבר לים – הדין בארצות-הברית

עיון בדין האמריקני מחזק גם הוא את המסקנה שצריך להרחיב את היקף העיון ברשומות אישיות של מתלוננות בעברות מין. בארצות-הברית המבחן לסיווגו של חומר ראיות כחומר חקירה שההגנה זכאית לעיין בו, הוא מבחן רחב יותר.

מכוח הזכות החוקתית למשפט הוגן, נקבע שם שההגנה זכאית לקבל גישה לכל ראיה שיש בה כדי לסייע לנאשם והיא נוגעת לאשמה או לעונש.

מבחן זה עוצב בפרשת *Brady*,<sup>78</sup> וכך באו הדברים לידי ביטוי בפסק הדין של בית המשפט העליון האמריקני:

"We now hold that the suppression by the prosecution of evidence favorable to an accused upon request violates due

<sup>73</sup> פרשת **באר שבע**, לעיל ה"ש 36, פס' 24–27.

<sup>74</sup> ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' מדינת ישראל**, פ"ד סא(1) 461, פס' 67 לפסק דינה של השופטת ביניש (2006) (להלן: פרשת **יששכרוב**); רע"פ 851/09 **שמש נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 22.7.2010) (להלן: פרשת **שמש**).

<sup>75</sup> שם, פרשת **יששכרוב**.

<sup>76</sup> פרשת **שמש**, לעיל ה"ש 74.

<sup>77</sup> דנ"פ 5852/10 **מדינת ישראל נ' שמש** (פורסם בנבו, 9.1.2012).

<sup>78</sup> *Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83 (1963).



process where the evidence is material either to guilt or to punishment, irrespective of the good faith or bad faith of the prosecution".<sup>79</sup>

דברים ברוח דומה נאמרו גם בעניין *Kyles*.<sup>80</sup> עוד נקבע כי על התביעה מוטלת החובה לגלות להגנה כל ראיה הנוטה לטובת ההגנה, בכל דרך שהיא, ובמיוחד ראיה שיכולה לסייע לנאשם בחקירה הנגדית של עדי התביעה או להטיל דופי במהימנות עדי התביעה.<sup>81</sup>

וכך באו הדברים לידי ביטוי בעניין *Bagley*:

"In *Brady* and *Agurs*, the prosecutor failed to disclose exculpatory evidence. In the present case, the prosecutor failed to disclose evidence that the defense might have used to impeach the Government's witnesses by showing bias or interest. Impeachment evidence, however, as well as exculpatory evidence, falls within the *Brady* rule [...] The Court of Appeals treated impeachment evidence as constitutionally different from exculpatory evidence. According to that court, failure to disclose impeachment evidence is 'even more egregious' than failure to disclose exculpatory evidence because it threatens the defendant's right to confront adverse witnesses. Relying on *Davis v. Alaska*, 415 U.S. 308 (1974), the Court of Appeals held that the Government's failure to disclose requested impeachment evidence that the defense could use to conduct an effective cross-examination of important prosecution witnesses constitutes 'constitutional error of the first magnitude' requiring automatic reversal".<sup>82</sup>

בכמה החלטות של בתי המשפט המדינתיים לערעורים אף נקבע כי יותר לסנגור לעיין בעצמו, במקום שיוקצה לכך ובדלתיים סגורות, בחומר רפואי-פסיכיאטרי

79 שם, בעמ' 87.

80 *Kyles v. Whitley*, 514 U.S. 419 (1995).

81 *United States v. Bagley*, 473 U.S. 667, 676 (1985); *Giglio v. United States*, 405 U.S.

(1972) 150, 154 (להלן: עניין *Bagley*).

82 שם, עניין *Bagley*.

ובחומר סוציאלי הנוגע למתלוננת בעברת מין, וכי אי-מתן אפשרות לסנגור לעיין בעצמו בחומר נוגד את הזכויות החוקתיות של הנאשמים. הרציונל שביסוד החלטות אלה הוא שהשופט אינו נמצא בעמדה הטובה ביותר לקבוע איזו ראיה חיונית להגנת הנאשם ו/או יכולה להביא לזיכוי.<sup>83</sup> בעניין *Stockhammer* ציטט בית המשפט לערעורים של מדינת מסצ'וסטס דברים שנקבעו על ידי בית המשפט העליון של ארצות-הברית:

“As to the first assumption, the United States Supreme Court has said that ‘it [is] extremely difficult for even the most able and experienced trial judge under the pressures of conducting a trial to pick out all of the [information] that would be useful in impeaching a witness. [...] Nor is it realistic to assume that the trial court’s judgment as to the utility of material for impeachment [...] would exhaust the possibilities. In our adversary system, it is enough for judges to judge. The determination of what may be useful to the defense can properly and effectively be made only by an advocate.’ We have expressed a similar concern: ‘The danger lurking in the practice of [...] in camera review [of privileged documents] by the trial judge is a confusion between the roles of trial judge and the defense counsel. The judge is not necessarily in the best position to know what is necessary to the defense’”.<sup>84</sup>

בעניין *Zaal*, שבו הועמד נאשם לדין בגין עברות מין כלפי נכדתו בת ה-12, קבע בית המשפט, בקשר לבקשת הנאשם לעיין בתיק בית הספר של המתלוננת, כי כאשר שאלת המהימנות של המתלוננת היא השאלה המכרעת בתיק, יש לתת לסנגור לבחון בעצמו את תוכנו של תיק בית הספר כדי לקבוע אם הוא חיוני להגנת מרשו. וכך באו הדברים לידי ביטוי בהחלטת בית המשפט באותו עניין:

“[C]ounsel for the parties could be given access to the records, in the presence of the trial court, or alone, either as officer of the court, or under a court order prohibiting

Commonwealth v. Stockhammer, 409 Mass. 867 (1991); Commonwealth v. Lloyd,<sup>83</sup> 567 A.2d 1357 (Pa. 1989) (להלן: עניין *Stockhammer*).

<sup>84</sup> שם, עניין *Stockhammer*, בעמ' 882.

disclosure to anyone, including the defendant, on anything in the records unless expressly permitted by the court. A well-prepared defense counsel – one who has spoken extensively with his client, developed a strategy for the trial and is familiar, thoroughly with the State's case – would then be able to bring the advocate's eye to the review of the records, thus, protecting the interest of the defendant in the ensuring that relevant, usable exculpatory or impeachment evidence is discovered. On the other hand, both by virtue of the court order restricting dissemination of the information contained in the records and by proceedings to determine admissibility of information defense counsel deems relevant and useable, the victim's right to privacy would be protected. Moreover, by having the benefit of counsel's input on the critical questions of relevance and admissibility, the court is enabled to rule more responsibly. Finally, such proceedings could be potentially avoid unintentional, but harmful, disclosures".<sup>85</sup>

זאת ועוד, הואיל ובהליך הפלילי, לפחות ככל שהדברים נוגעים לקביעת העונש, בית המשפט נדרש לבחינת הנזקים שנגרמו למתלוננת, ראוי ללמוד לענייננו גם מההלכה הנוהגת בתביעות אזרחיות בגין נזקי גוף. לפי הלכה זו, וכדבר שבשגרה, אדם המגיש תביעה בגין נזקי גוף שנגרמו לו, חושף את עצמו לאפשרות שמצבו הרפואי, בכלל ובפרט, יתלבן ויתברר בהליך שהגיש, ומשבחר התובע להגיש את תביעתו, הוא אינו יכול להסתתר מאחורי טענת הפרטיות כדי לפגוע בזכויות הגנתו של הנתבע. קל וחומר שבהליך פלילי לא תוכל המתלוננת לעשות כן.<sup>86</sup>

מכל המקובץ סבורני שיש להרחיב במידה ניכרת את היקף העיון של נאשמים ברשומות אישיות של מתלוננות בעברות מין, עד כדי חשיפה גורפת של רשומות אישיות אלה, ולמצער לאפשר להגנה לעיין בעצמה ברשומות כדי לבחון את הפוטנציאל שלהן לסייע להגנת הנאשם, בטרם ייחשפו.

<sup>85</sup> Zaal v. State, 602 A.2d 1247, 47 (Md. 1992).

<sup>86</sup> ת"א (מחוזי חי') 995/05 ליפניצקי נ' מיקוד אבטחה שמירה שירותים ונקיון בע"מ, תק-מח 6622 (4)2006.

## י.ב. הפגיעה בפרטיות

הרחבת היקף העיון ברשומות אישיות, באופן שתותר חשיפה גורפת שלהן לעיונו הישיר של הסגור, יש בה משום פגיעה של ממש בפרטיות העד, וכידוע, הזכות לפרטיות בישראל היא זכות יסוד.<sup>87</sup>

בית המשפט חייב לשמור על כבודו של כל אדם, לרבות כבודו של המתלונן, של העד ושל נפגע העברה. על הגנה זו להישמר בייחוד כאשר מדובר בנפגעי עברות מין ועברות בעלות אופי מיני, שעצם חשיפתן והצורך להעיד בעניינם הם בגדר חוויה קשה של פגיעה בענייניהם האישיים ובזכותם לפרטיות ולכבוד.<sup>88</sup> לשיקול של שמירה על זכויותיהם של עדים ומתלוננים לכבוד ולפרטיות מצטרף אף האינטרס הציבורי בקיום הליכי משפט, באכיפת החוק ובחשיפת עברות. שיטת המשפט מעוניינת לעודד נפגעות עברות מין לפנות לרשויות האכיפה ולהתלונן כדי להגן על הציבור מפני עברייני מין. לשם כך, שיטת המשפט חייבת לכונן מנגנון שיגונן על המתלוננת, שאם לא כן תירתענה נפגעות מלהתלונן נגד הפוגעים בהן.<sup>89</sup>

זאת ועוד, הפגיעה בפרטיות גוררת בעקבותיה גם פגיעה ביחסי האמון שמתפתחים בין מטפל או בעל מקצוע לבין מטופלו; רצוננו כחברה שהפרט יוכל למצוא מזור למצוקותיו בדרך של טיפול, תוך שיוכל לשים מבטחו במטפל וביחסי האמון שהתפתחו ביניהם. החיסיון המוטל על דברים הנמסרים לרופא, לעובד סוציאלי ולבעלי מקצוע נוספים, מיועד להגן בראש ובראשונה על המטופל ועל מערכת היחסים בין המטופל למטפל, המושתתת כל כולה על יחסי אמון ביניהם. המטופל פותח באוזני המטפל את סגור לבו, וחושף את תחושותיו וחוויותיו האינטימיות ביותר. פתיחת גבולות החיסיון בכל פעם שהמטופל שיתף את המטפל בדברים שחווה הנוגעים להשתלשלות האירועים, משמעה פגיעה ביכולתו או ברצונו של מטופל לדבר בחופשיות עם מטפלו, שכן לעולם יקנן בו החשש כי סודותיו הכמוסים ביותר יהפכו לנחלתם של אחרים. תיתכן אפוא פגיעה במערכת היחסים הרגישה שבין המטפל למטופל, ואף ביעילות הטיפול כולו, והרתעת נפגעי עברה מפני פנייה לטיפול או מפני הגשת תלונה.<sup>90</sup>

משקלם וחשיבותם של השיקולים המנויים לעיל מובנים מאליהם, ואכן יש לעשות כל שניתן כדי להגן על פרטיותן וכבודן של מתלוננות בעברות מין. עם זאת, הזכות לפרטיות איננה זכות מוחלטת והיא איננה חסינה מפני פגיעה כשם שאינטרס ההגנה על ביטחון המדינה, שאינו נופל בחשיבותו מהזכות לפרטיות, אינו מוחלט והוא נסוג כאשר הראיה החסויה מטעמי ביטחון המדינה חיונית להגנת הנאשם, גם

87 ס' 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

88 פרשת **ירושלים**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 380.

89 עניין **יאנוס**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 118–119.

90 בש"פ 8555/06, לעיל ה"ש 50.

אם חובת גילוייה תביא בסופו של דבר לביטולו של ההליך הפלילי ולזיכוי של נאשם, הכל במטרה למנוע חשיפת הראייה בפני נאשם.<sup>91</sup> כבר נאמר לא אחת שהפגיעה בפרטיותם של העדים היא לעתים בלתי נמנעת במהלך המשפט, ובלשון בית המשפט: "בהתנגשות חזיתית, כאשר על כפות המאזניים מונחים זה מול זה זכותו של הנאשם למשפט הוגן אל מול ההגנה על פרטיותם של העדים, משקלה של זכות הנאשם למשפט הוגן יכריע את הכף, ודינם של השיקולים הנוגדים לסגת".<sup>92</sup> גם החיסיון החל על חומר שנמסר על ידי מטופל לרופא, פסיכולוג או עובד סוציאלי הוא חיסיון יחסי, ובית המשפט רשאי להסירו "לשם עשיית הצדק". משמעותו של מבחן זה היא ליברלית מאוד ועניינה: "ניהול הליך פלילי הוגן, שיש בו כדי לחשוף את האמת ולא לגרום עיוות דין לאותו נאשם ספציפי העומד לדין".<sup>93</sup> האיזון הראוי בין השיקולים הנוגדים הוא התניית הפגיעה בזכות לפרטיות של העד עקב הרחבת היקף העיון ברשומות אישיות בעמידה בתנאי פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – היא צריכה להיעשות מכוח חוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, לשרת תכלית ראויה ולהיות מידתית.

## יג. עמידה בתנאי פסקת ההגבלה

להשקפתי, ובכפוף לתנאים שיוצעו בהמשך רשימה זו, הרחבת היקף העיון ברשומות אישיות עומדת בתנאי פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. זכותו של הנאשם לקבל לעיונו מסמכים שעשויים לשרת את הגנתו בהליך פלילי מעוגנת בסעיפים 74 ו-108 לחסד"פ, שהינו חוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל.

הרחבת היקף העיון של נאשם ברשומות אישיות של מתלוננת בעברת מין נועדה לתכלית ראויה, והיא לאפשר לנאשם להתגונן כראוי מפני ההאשמות המיוחסות לו, ובכלל זה לאפשר לו לזהות תלונות שווא ולנהל חקירה נגדית יעילה של המתלוננת, כדי שבית המשפט יוכל לתת החלטה שלמה ומושכלת באשר למהימנותה ולמהימנות תלונתה. הרחבת היקף העיון ברשומות אישיות מגשימה אפוא את זכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן, שהיא זכות יסוד – זכות בעלת מעמד על חוקתי.<sup>94</sup> אמנם יהיו מי שינצלו את הרחבת זכות העיון כדי לגרום למתלוננת לחשוש מפני פגיעה בפרטיותה וכך ללחוץ עליה לחזור בה מהגשת התלונה, או להימנע מהגשת

<sup>91</sup> בש"פ 3811/12 אגבאריה נ' מדינת ישראל, תק-על 2012(3) 781.

<sup>92</sup> עניין התובע הצבאי הראשי, לעיל ה"ש 39, בעמ' 635-636.

<sup>93</sup> עניין ליבני, לעיל ה"ש 65.

<sup>94</sup> מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 354 (2002); פרשת יששכרוב, לעיל ה"ש 74.

התלונה מלכתחילה,<sup>95</sup> אולם דומה כי תרחיש כזה הוא בבחינת חריג ויצטמצם רק לאותם מקרים שבהם תתבקש חשיפת מסמכים שהם סודו הכמוס של אדם, דהיינו מסמכים הכוללים פרטים אינטימיים מאוד שלשום גורם אחר אין גישה אליהם, כגון יומנים אישיים, להבדיל, למשל, מרישום פלילי או מסמכים רפואיים, שהם ממילא נגישים לעיונם של גורמים נוספים. ואולם גם את המקרים החריגים, ניתן למנוע באמצעות מנגנוני הבקרה שיפורטו בהמשך.

עיקר הקושי בהרחבת היקף העיון ברשומות אישיות נוגע לדרישת המידתיות שבפסקת ההגבלה. אין ספק שמתן היתר גורף להעביר לעיונם של נאשמים כל סוג של רשומה אישית שנערכה בעניינה של מתלוננת בעברת מין, יש בו כדי לפגוע יתר על המידה בזכות המתלוננת לפרטיות. אולם לא כל רשומה אישית, הנחשפת לעיונם של צדדים שלישיים, מסבה אותה מידה של פגיעה בזכות העד לפרטיות, ויש להבחין בין הסוגים השונים של הרשומות האישיות.

### יד. חשיפת רישום פלילי ופלט תלונות קודמות

חשיפת רישום פלילי קודם של מתלוננת אינו פוגע בזכותה לפרטיות בעצמה חזקה, שהרי ממילא דיונים בעניינים פליליים לרוב מתקיימים בדלתיים פתוחות ופרסום שמות נאשמים מתחייב מעקרון פומביות הדיון. הדברים מקבלים משנה תוקף בעידן האינטרנט והרשתות החברתיות, כשמידע על אודות עבר פלילי או על קיומם של הליכים משפטיים מפורסם ונגיש בהם לכל בר בי רב. כמו כן, הצורך לשמור על פרטיותו של עבריין נובע מהרצון לאפשר את שיקומו. במצב דברים זה דומה שחשיפת הרישום הפלילי לעיון קומץ מצומצם של אנשים, לצורך הליך משפטי בלבד, ותוך מתן איסור פרסום הרישום הפלילי, לא תפגע בשיקומה של המתלוננת בעלת הרישום הפלילי הקודם. זאת ועוד, כבר נאמר בעניין **יחזקאל**<sup>96</sup> כי הזכות של הנאשם למשפט הוגן עולה, במשקלה הסגולי, על משקל הזכות לפרטיות של העבריין. גם חשיפת פלט תלונות קודמות של מתלוננת אינה גוררת בעקבותיה, לדעתי, פגיעה כלשהי בזכות העדה לפרטיות, שהרי מדובר במרשם שנערך על ידי המשטרה ולא בסוד כמוס של המתלוננת. מכל מקום, חשיפה גורפת של רישום פלילי קודם ופלט תלונות קודמות גם מתבקשת משום שמדובר במידע נגיש לעיונה של התביעה, בלא כל מגבלה, ולדעתי לא ראוי כי יוקנה לה יתרון נוסף זה על פני ההגנה במשפט פלילי. אשר לפגיעה בפרטיות המתלוננים באותן תלונות קודמות, הרי לרוב פרטיהם לא ממש נחוצים להגנת הנאשם, כל שכן שמסירת פרטיהם יכולה להיעשות

<sup>95</sup> חיה זנדברג "על זכות העיון בחומר חקירה: בש"פ 8294/03 מקסימוב נ' מ"י" המשפט י 335, 349 (2005).

<sup>96</sup> עניין **יחזקאל**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 250.

בכפוף לקבלת הסכמתם לכך. לכן, בשים לב לעצמתה הנמוכה של הפגיעה בזכות הפרטיות, סבורני שיש להתיר חשיפה גורפת של רישום פלילי ופלט תלונות קודמות לעיונו של הסנגור, בלא הצבת הגבלות כלשהן של היקף העיון (למעט החובה החוקית לשמירת סודיות המידע, כאמור בסעיף 23 לחוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א-1981).

## טו. רשומות רפואיות וסוציאליות

אשר למסמכים שחשיפתם פוגעת בעצמה גדולה יותר בזכות הפרטיות, כגון מסמכים רפואיים, תיק סוציאלי או תיק בית ספר, ניתן לצמצם את עצמת הפגיעה על ידי הצבת דרישה לנאשם לשכנע את בית המשפט כי הרשומה האישית, שחשיפתה מתבקשת, אכן עשויה לסייע להגנתו. אלא שהצבת דרישה זו, כפי שכבר נאמר לעיל, מערימה קשיים של ממש על הנאשם, שכן לרוב הוא אינו יודע מה מצוי ברשומה האישית שחשיפתה מתבקשת, ועל כן הוא אינו יכול להעריך אל נכון את תרומתה להגנתו. כמו כן, הטלת נטל שכנוע על הנאשם, כל שכן נטל כבד, מנוגדת למהותו של ההליך הפלילי בישראל, שבו נטל השכנוע מוטל על המאשימה. כדי להתמודד עם הקשיים האמורים, מוצע בזאת מודל דו-שלבי ליישום למעשה של זכות הנאשם לעיון ברשומות אישיות. מודל זה בא על רקע ההתפתחויות שנמנו לעיל ולנוכח הקשיים שנאשמים נתקלים בהם בבקשם לברר מידע חיוני להגנתם, אשר היה ראוי כי ייאסף על ידי גורמי החקירה ולא נאסף.

### 1. המודל המוצע

לפי המודל המוצע, בשלב הראשון תחויב היחידה החוקרת לשאול כל מתלוננת בעברת מין סדרה קבועה מראש של שאלות כלליות הנוגעת לענייניה האישיים, ובכללן שאלות הנוגעות למצבה הרפואי, מצבה הנפשי, מצבה הסוציאלית, מפגשים טיפוליים בעבר או בהווה, שיחות שקיימה עם אנשי מקצוע, ובהם פסיכולוגים, עובדים סוציאליים ויועצים חינוכיים, קיומו של רישום פלילי קודם, והגשת תלונות קודמות בעברות מין או באלימות. במאמר מוסגר יוסף ויוער, כי אם יתברר למשטרה כי המתלוננת קיימה שיחות בנוגע לאירוע ולהשפעותיו על חייה עם אנשי מקצוע, ראוי כי היא תחקור אותם אנשי מקצוע ותאסוף מהם ראיות חיוניות.

בשלב השני של המודל, נטל השכנוע שיוטל על הנאשם יהיה ברמה מינימלית, ולפיכך אם תתקבל תשובה חיובית על אחת מהשאלות שנשאלו בשלב הראשון, יהא בכך כדי לספק את התשתית הדרושה לנאשם כדי לעתור להעברת החומר לעיונו. כך, למשל, אם המתלוננת אישרה בהודעתה במשטרה כי היא מאובחנת כלוקה בפיגור שכלי או במחלת נפש, או כי היא טופלה על ידי פסיכיאטר או פסיכולוג בטרם אירע

האירוע נושא כתב האישום ואף לאחרי – תשובתה תזכה את הסנגור לקבל לעיונו את החומר המבוקש.

כאמור, למנגנון הדו-שלבי הנ"ל, מוצע להוסיף שלושה שסתומי בקרה, שתכליתם היא להבטיח פגיעה מידתית בפרטיות של המתלוננות.

סתום אחד הוא מתן הוראה כי החומר יועבר לעיון הסנגור בלבד. מנגנון זה אינו חדש בשיטת המשפט בישראל ונעשה בו שימוש בהקשרים שונים. למשל, בת"פ (מחוזי י-ם) 97/326 התיר בית המשפט להגנה לעיין בחוות דעת שערך הפסיכולוג שטיפל במתלונן, תוך מתן הוראה שהחומר יימסר לעיון הסנגור בלבד, ולא לעיון הנאשם. דוגמה נוספת ניתן למצוא בהנחיות פרקליטות המדינה בנוגע לזכות העיון בחומר חקירה רגיש המצוי בתיקי המכון לרפואה משפטית.<sup>98</sup> על פי הנחיות אלה, המומחה מטעם ההגנה זכאי לעיין במדיה דיגיטלית המתעדת נתיחת גופה, אך זאת בכפוף לחתימה על טופס התחייבות להימנע מהעברת החומר לגורמים שאינם מוסמכים לכך. כשם שניתן לסמוך על יושרו והגינותו של מומחה ההגנה, כך ניתן וצריך לסמוך על הסנגור, שיימנע מחשיפת חומרים רגשים הנוגעים למתלוננות לעיונם של גורמים בלתי מוסמכים. ככלל, יש מקום לסמוך על הגינותו של הסנגור, המשמש גם כקצין בית המשפט.

הסתום השני הוא כי העיון במסמכים ייעשה בחדר מיוחד שיוקצה לכך במשרדי התביעה, או בהיכל בית המשפט. גם מנגנון זה אינו זר לשיטת המשפט בישראל. כך למשל, צפייה בתקליטור חקירת ילדים נעשית במשרדי התביעה.<sup>99</sup>

הסתום השלישי חל במידה ויש בכוונת הסנגור לעשות שימוש ראייתי ישיר במסמכים שהועברו לעיונו, בין בדרך של עימות המתלוננת עם המסמכים במהלך חקירתה הנגדית ובין בדרך של הגשת המסמכים כראיה במשפט. במקרה כזה, יידרש הסנגור להעביר את המסמכים לעיון בית המשפט טרם הגשתם כראיה או טרם השימוש בהם, כדי שבית המשפט יבחן את הפוטנציאל הראייתי שלהם, לרבות קבילותם ומהימנותם. מוצע כי טרם מתן החלטתו, יאפשר בית המשפט למתלוננת להביע עמדה בעניין, בעצמה או באמצעות עורך דין מטעמה, בין בעל-פה ובין בכתב.

## 2. יומנים אישיים

אשר ליומנים אישיים, שאין ספק כי חשיפתם גורמת לפגיעה המשמעותית ביותר בזכותן לפרטיות של המתלוננות, היקף העיון ייקבע בהתאם לקריטריונים של תוכן,

<sup>97</sup> ת"פ (מחוזי י-ם) 326/97 מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם).

<sup>98</sup> "זכות העיון בחומר חקירה רגיש המצוי בתיקי המכון לרפואה משפטית: התחייבות הגורם המבקש לעיין/להעתיק חומר חקירה רגיש" הנחיות פרקליט המדינה 14.19 (התשס"ז).

<sup>99</sup> ס' 25(3) לחוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), התשט"ו-1955.



ובכפוף להצבת שסתומי בקרה, כמפורט להלן:

דפי יומן שבהם מוזכר שמו של הנאשם, או שבהם יש התייחסות למסכת העובדות הנוגעת לאישום – אלה יועברו במישרין לעיון ההגנה, ובכך אין למעשה חידוש, שכן כבר נקבע בפרשת **ירושלים**<sup>100</sup> כי המדובר ב"חומר חקירה" מובהק.

דפי יומן המתעדים אירועים דומים אחרים שקרו למתלוננת בעבר עם גברים אחרים – לא יהא חולק בדבר חיוניותם של מסמכים אלה להגנה, שהרי יש בהם כדי להצביע על חשד להגשת תלונות שווא מצד המתלוננת, או על כך שהיא מפרשת באופן שגוי, ואולי אף מעוות, סיטואציות בעלות גוון מיני. על כן, מסמכים אלה יועברו, אף הם, במישרין לעיון ההגנה, זאת בכפוף למחיקת פרטיהם של הצדדים השלישיים המעורבים, או בכפוף לקבלת הסכמתם של אותם צדדים שלישיים לחשיפת פרטיהם. ככל שהפרטים יושחרו ויהיה בדעת ההגנה לשוחח עם אותם צדדים שלישיים כדי לבחון אפשרות הזמנתם לעדות, תעמוד לרשות ההגנה האפשרות לעתור לבית המשפט להורות על מחיקת ההשחרה, לאחר שמיעת עמדת הצדדים השלישים העלולים להיפגע מהחשיפה.

דפי יומן ממועדים הסמוכים לתקופה הרלוונטית לאישום, בטווח של מספר חודשים עובר לאירוע – ככל שיש בדפים אלה הסבר אחר, שאינו קשור באירוע נושא כתב האישום, לתופעות הפיסיולוגיות והפסיכולוגיות אותן תיארה המתלוננת בעדותה,<sup>101</sup> או תשתית לקיומם של מניעים אפשריים מצדה להגשת תלונת שווא, הם יועברו במישרין להגנה, בכפוף למחיקת פרטים של צדדים שלישיים המוזכרים בדפים אלה.

אשר לדפי היומן הסמוכים למועד האירוע אך שאין בהם הסבר לתופעות פיסיולוגיות או פסיכולוגיות אותן תיארה המתלוננת בעדותה, ואשר לדפי היומן המתייחסים לתקופה מרוחקת מהתקופה הרלוונטית לאישום, לרבות תקופה שבה המתלוננת והנאשם טרם הכירו זה את זה – מוצע כי אלה יועמדו לעיון ההגנה בתוך חדר סגור, בנוכחות המתלוננת ובא כוח התביעה, ותוך התחייבות של הסנגור לשמירה מרבית על סודיות. ככל שיאותרו על ידי הסנגור מסמכים, שלדעתו עשויים לסייע להגנת מרשו, אלה יוכנסו לתוך מעטפה סגורה ויועברו לעיון בית המשפט, שיכריע בדבר הצורך בחשיפת המסמך, לאחר שישמע את כל הצדדים המעורבים, לרבות המתלוננת, ואף במעמד צד אחד. רק אם יוחלט על חשיפת המסמך, יוכל הסנגור להשתמש בו או במידע האצור בתוכו, וגם זאת רק במהלך הדיון בבית המשפט.

באמצעות שסתומי בקרה אלה יהיה אפשר להבטיח פגיעה מזערית בפרטיות המתלוננת מחד גיסא, ולאפשר לנאשם למצות את זכותו להליך הוגן מאידך גיסא.

<sup>100</sup> פרשת **ירושלים**, לעיל ה"ש 3.

<sup>101</sup> ב"ש (מחוזי י-ם) 5093/05 **שרים נ' מדינת ישראל**, תק-מח 2005 (4) 3744.

## טז. על יעילות מול תועלת

לסיום, לא נעלמה מעיניי גם הביקורת שהביע השופט עמית על סרבול ההליך והתארכותו עקב נקיטת הליכי גילוי חומר חקירה, שהשופט מכנה אותם משקולות אדירים המונחים על רגלי ההליך הפלילי.<sup>102</sup> במענה על ביקורת זו אציין ששיקולי חקר האמת וחשיפת תלונות שווא, כמו גם מניעת הרשעת חפים מפשע, גוברים על שיקולי יעילות וזמן. כבר כתב השופט ברנזון בע"א 189/66 דברים מאלפים אלה:

"בדרך כלל, יש לשבח את הרצון לנהל משפט בכל המהירות האפשרית וביעילות רבה ככל האפשר. אבל דחף היעילות אינו צריך ליהפך לבהילות. לעולם אין לשכוח שסדר-הדין אינו אלא אמצעי להשגת המטרה הנעלה של עשיית משפט צדק, ואין להפוך את האמצעי למטרה בפני עצמה".<sup>103</sup>

שנית, השלב הראשון במודל המוצע, המחייב את המשטרה לשאול את המתלוננת, עוד בחקירתה, שאלות כלליות בנוגע למצבה הרפואי, הנפשי והסוציאלי, יש כדי לקצר את ההליך. פשיטא, שאם תשיב המתלוננת בשלילה על השאלות האמורות (ויונה כי יש תשובותיה נכונות), לא יצטרך הסנגור להגיש בקשות לגילוי רשומות אישיות כלשהן. אם המתלוננת תשיב בחיוב על השאלות האמורות, אזי על פי המודל המוצע יועבר החומר השנוי במחלוקת הישר לעיונו של הסנגור. העברה ישירה של החומר לעיון ההגנה תקל את עומס העבודה המוטל על בית המשפט, וממילא פרק זמן לא מבוטל עובר בפועל בין מועד מתן התשובה לכתב האישום לבין מועדי שמיעת הראיות, שההגנה תוכל לנצל פרק זמן זה לעיון ברשומות אישיות שיועברו לידיה.

## יז. סוף דבר

לאורכה של רשימה זו סקרתי את הכשלים המשמעותיים הנובעים מן החוק ומן הפסיקה, הפוגעים ביכולתו של נאשם בעברות מין להגשים את זכותו היסודית להגנה ראויה. ניסיתי להראות מדוע חיונית חשיפה גורפת של רשומות אישיות של המתלוננות, ומדוע הכרחי לאפשר לסנגור לעיין בעצמו בחומר שבמחלוקת, לצורכי הגנתו של נאשם בעברת מין.

<sup>102</sup> בש"פ 7014/12 מדינת ישראל נ' מוחמד, תק-על 2012 (4) 1153 ("עוד טרם יוצא ההליך לדרכו וכבר מונחים על רגליו שתי משקולות אדירים").

<sup>103</sup> ע"א 189/66 ששון נ' "קדמה" בע"מ, פ"ד כ(3) 480, 477 (1966).

לאורה של חיוניות זו, הצעתי להנהיג מבחן רחב יותר בכל הנוגע לחשיפת חומר ראיות שיש בו כדי לסייע בקביעת מהימנותן של מתלוננות בעברות מין, ועל פיו תותר חשיפת כל חומר הנוגע למתלוננת ושיש בו כדי לסייע להגנה בהכנת חקירה נגדית יעילה. עוד הצעתי לאפשר לסנגור לעיין בעצמו בחומר שבמחלוקת, כדי לקבוע את הרלוונטיות שלו, ולא להתיר את מלאכת ההכרעה אך ורק בידי בית המשפט, הכול על פי מודל דו-שלבי, שיכלול גם שסתומי בקרה. לפי מודל זה, תוטל חובה על היחידה החוקרת לשאול כל מתלוננת בעברת מין סדרה של שאלות הנוגעות לענייניה האישיים. אם תשיב המתלוננת בחיוב על אחת מהשאלות שהוצגו לה, יוכל הנאשם לדרוש מהתביעה להעביר לעיונו את החומר שהשאלה נסבה עליו. החומר יועבר לעיון הסנגור בלבד, ותינתן למתלוננת הזדמנות להביע את התנגדותה בעניין על ידי פנייה לבית המשפט, בין בעצמה ובין באמצעות עורך דין מטעמה, בטרם יועבר החומר ממש לעיון הסנגור.

יישומו של המודל נדון בסוף הרשימה, שם סקרתי בקליפת אגוז את החלתו על כמה סוגים של רשומות אישיות, ובהם יומנים אישיים של מתלוננות, שאין ספק כי חשיפתם לעיון ההגנה פוגעת פגיעה קשה בזכותן של המתלוננות לפרטיות. באשר לחלקים מתוך יומן אישי שנכתבו זמן רב לפני מועד האירוע שאין בהם אזכור שמו של הנאשם או אזכור הפרשה שהיא נושא כתב האישום, הצעתי כי העיון בהם על ידי הסנגור ייעשה בחדר סגור בנוכחות התביעה והמתלוננת או מי מטעמה, וככל שיימצא רלוונטי על ידי ההגנה, יוכנס למעטפה ויועבר להכרעת בית המשפט. סבורני כי המודל המוצע הוא מודל ראוי וכי אף אם לא יאומץ ככתבו וכלשונו, הרי במהותו הוא שואף לאיזון ויש לו תכלית ראויה.