



בש"פ 4452/24 - אריאל קבט נ' מדינת ישראל

בבית המשפט העליון

בש"פ 4452/24

לפני:

כבוד השופט א' שטיין

העורר:

אריאל קבט

נגד

המשיבה:

מדינת ישראל

ערר לפי סעיף 74(ה) לחוק סדר הדין הפלילי

[נוסח משולב], התשמ"ב-1982, על החלטת

בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו (השופט ש'

מלמד) אשר ניתנה ביום 9.5.2024 בבע"ח

20913-03-24

בשם העורר:

עו"ד מיכל בלומנטל

בשם המשיבה:

החלטה

הערר

1. לפני ערר לפי סעיף 74(ה) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: החסד"פ), על החלטתו של בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו (השופט ש' מלמד) אשר ניתנה ביום 9.5.2024 בבע"ח 20913-03-24, ואשר במסגרתה נדחתה בקשת העורר לקבלת מסמכים טיפוליים המתייחסים למצבה הנפשי של המתלוננת (להלן: המסמכים הטיפוליים) בהליך המתנהל נגדו בגין עבירות מין בתפ"ח (מחוזי ת"א) 21192-07-23 (להלן: ההליך העיקרי). העורר טוען כי המסמכים הטיפוליים נחוצים להגנתו ומבקש כי אורה על גילויים.

הרקע לערר והליכים קודמים

2. כתב האישום מיום 10.7.2023 שהוגש נגד העורר בהליך העיקרי מייחס לו אינוס (ריבוי עבירות) - עבירה לפי סעיף 345(א)(2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין או החוק); מעשה סדום בנסיבות אינוס (ריבוי עבירות) - עבירה לפי סעיפים 347(ב) ו-345(א)(2) לחוק העונשין; מעשה

מגונה בנסיבות אינוס (ריבוי עבירות) - עבירה לפי סעיפים 348(א) ו-345(א)(2) לחוק העונשין; ניסיון למעשה סדום בנסיבות אינוס - עבירה לפי סעיפים 347(ב) ו-345(א)(2) לחוק העונשין בצירוף סעיף 25 לחוק; וכן גרם מעשה מגונה (ריבוי עבירות) - עבירה לפי סעיפים 348(א)(2) ו-350 לחוק העונשין.

3. בכתב האישום נטען כי העורר כיהן כמנכ"ל עמותה שמשרדיה מצויים בתל אביב-יפו (להלן: משרדי העמותה). כמו כן נטען כי עובר לחודש יולי 2019 נפגש העורר עם בני משפחתה של המתלוננת והציג את עצמו בפניהם, במרמה, כמהפנט וכפסיכולוג העוסק במתן טיפולים נפשיים. בהסתמך על מצג כוזב זה, הפנו בני משפחתה של המתלוננת את המתלוננת למפגשי "טיפול" אצל העורר. העורר ניצל את האמון שנתנה בו המתלוננת וביצע בה, במסווה של טיפול, עבירות מין רבות וחמורות, אשר נמשכו עד חודש אוקטובר 2020. עבירות אלה בוצעו במסגרת המפגשים "הטיפוליים" שקוימו במשרדי העמותה ופעם אחת בדירת המתלוננת. בחלק מהמפגשים, המתלוננת התנגדה למעשים המיניים שביצע בה העורר. במקרים אחרים, היא לא התנגדה למעשים בהאמינה בנחיצותם לטיפול במצוקותיה הרגשיות והנפשיות - בהתאם למצג הכוזב שהציג בפניה העורר.

4. במסגרת הליכי העיון בחומרי החקירה, אשר התקיימו במסגרתו של סעיף 74 לחסד"פ, העורר קיבל לעיונו מסמכים שונים, מבלי שהתאפשר לו לעיין במסמכים הטיפוליים - למרות טענתו כי מסמכים אלו עשויים להועיל להגנתו. חלק ממסמכים אלו הגיעו לידי המשטרה במסגרת חקירת הפרשה - זאת, אחרי שהמתלוננת חתמה על טופס ויתור על סודיות רפואית וסודיות טיפולית (להלן, במאוחד: טופס הווס"ר) ואחרי שבית משפט השלום תל אביב-יפו הוציא מלפניו צווים אשר הורו למוסדות רפואיים ולמטפלים שטיפלו במתלוננת להמציא למשטרת ישראל מידע רפואי וטיפולי אודותיה (כאמור בהחלטת השופטת ע' יהב מיום 20.12.2020 ובהחלטת השופטת א' אמסלם-גלבוע מיום 26.6.2022). העורר דרש אפוא כי המסמכים הטיפוליים שבידי המשטרה יועברו לעיונו. כמו כן דרש העורר כי בית המשפט המחוזי יחייב את המדינה לדאוג לכך שכל גורמי הטיפול - רופאים, עובדים סוציאליים ופסיכולוגים, אשר טיפלו במתלוננת - ימציאו לעיונו מסמכים נוספים הקשורים לטיפול הרפואי והנפשי שהעניקו לה (להלן: החומרים הנוספים).

5. בהחלטתו מיום 9.5.2024 - היא ההחלטה מושא הערר - דחה בית המשפט המחוזי (השופט ש' מלמד) בקשה זו מטעמי חיסיון. בתוך כך, דחה בית המשפט את טענת העורר כי חתימת המתלוננת על טופס הווס"ר במסגרתה של חקירת המשטרה מהווה ויתור על החיסיון והסכמה להסרתו. טענה זו נדחתה ממספר טעמים. טעם אחד הוא האפקט המצנן על נפגעי עבירות מין, שימאנו לשתף פעולה עם המשטרה אם המידע הרפואי והטיפולי אודותיהם - רגיש ופרטי ככל שיהיה - יגולה לנאשם ללא שום סינון. טעם נוסף נעוץ בטופס הווס"ר גופו: בטופס זה, המתלוננת הסכימה לכך שהמשטרה תאסוף מסמכים רפואיים וטיפוליים מסוימים במסגרת חקירת תלונתה - ולא מעבר לכך. אין בטופס זה שום ויתור ביחס למסמכים נוספים, וממילא אין בו שום הסכמה להסרת החסיונות המעוגנים בסעיפים 49, 50, 50א ו-50ב לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות). כמו כן ציין

בית המשפט כי האופן בו מפרש העורר את טופס הווס"ר חותר תחת תכליתו של החוק, כשהכוונה, כפי הנראה, להוראות סעיף 13א לחוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001 (להלן: חזנ"ע); ובאופן כללי יותר, לחוק חסיון ראיות (טיפול נפשי בהליכים פליליים שעניינם עבירות מין או עבירות אלימות חמורה במשפחה) (תיקוני חקיקה), התשפ"ב-2022 (ס"ח התשפ"ב 1050) (להלן: חוק החסיונות החדש), אשר מסדיר את עניינם של חסיונות טיפוליים המגנים על פרטיותם ועל רווחתם הנפשית של נפגעי עבירות מין וקורבנות אלימות במשפחה.

6. בית המשפט המחוזי עיין במסמכים הטיפוליים וקבע כי מסמכים אלו אינם רלבנטיים להגנה ומרביתם כלל אינם נוגעים לבריאות הנפש של המתלוננת. עוד קבע בית המשפט כי אין מקום לאפשר להגנה לעיין בטופס הווס"ר, עליו חתמה המתלוננת, מאחר והדבר עלול לפגוע בפרטיותה. לבסוף, ציין בית המשפט כי אם העורר עומד על הצגת המסמכים הטיפוליים בהליך העיקרי, עליו לפעול בהליך מתאים, כשהכוונה לדרכים שהותוו בסעיף 108 לחסד"פ ובסעיף 50 לפקודת הראיות.

7. מכאן הערר שלפניי.

טענות הצדדים

8. העורר מבקש כי אבטל את ההחלטה מושא הערר ואורה על המצאת המסמכים הטיפוליים והחומרים הנוספים לעיונו.

9. העורר טוען כי קבלת התמונה המלאה אודות מצבה הנפשי של המתלוננת הינה חיונית להגנתו. לטענת העורר, מידע זה אמור, בין היתר, לאפשר לו להתמודד עם הטענה כי המתלוננת סובלת מפוסט-טראומה כתוצאה מהמעשים המיוחסים לו בכתב האישום. כמו כן טוען העורר כי מידע זה אמור לאפשר למומחה פסיכיאטרי מטעמו לערוך חוות-דעת אודות המתלוננת. העורר מוסיף וטוען כי זכותו לעיין במסמכים הטיפוליים ובחומרים הנוספים מעוגנת בסעיף 74 לחסד"פ, כפי שפורש ויושם בבג"ץ 9264/04 מדינת ישראל נ' בית משפט השלום בירושלים, פ"ד ס(1) 360 (2005) (להלן: בג"ץ בית משפט השלום), וכי בית המשפט המחוזי שגה בקבעו כי על העורר לפעול בדרכים הקבועות בסעיף 108 לחסד"פ ובסעיף 50 לפקודת הראיות. עוד טוען העורר כי בית המשפט המחוזי אמור היה לחייב את המדינה לאפשר לו לעיין במסמכים הטיפוליים ובחומרים הנוספים, שכן המתלוננת ויתרה ויתור כללי על הסודיות והחיסיון כאשר חתמה על טופס הווס"ר. לחלופין, טוען העורר כי בית המשפט חייב היה לאזן בין זכות המתלוננת לחיסיון, על רקע טופס הווס"ר עליו חתמה, לבין זכותו לנהל הגנה - איזון שמוביל למסקנה כי יש לבכר את זכותו כנאשם להגנה מפני הרשעת שווא. לבסוף, טוען העורר לזכותו לעיין בטופס הווס"ר גופו, שלדבריו רלבנטי להגנתו ואינו מוגן על ידי חיסיון.

10. מנגד, המדינה טוענת שהמסמכים הטיפוליים והחומרים הנוספים מוגנים על ידי הסדר תחקיקתי מיוחד שבמרכזו זכויות נפגעים מעבירות מין: הסדר הכולל את סעיף 13א לחזנ"ע ואת חוק החסיונות

החדש. לטענת המדינה, הסדר מיוחד זה מטיל על העורר את הנטל לבקש מבית המשפט להורות על גילויים של המסמכים והחומרים המבוקשים ובמסגרת זו לשכנע את בית המשפט כי מדובר במידע החיוני להגנה או, למצער, במידע שחשיבותו לניהול ההגנה עולה על זכות המתלוננת לסודיות. בהקשר זה, מפנה המדינה לאמור בסעיפים 50(ב)(1) ו-50(ב)(2) לפקודת הראיות.

דיון והכרעה

11. לאחר ששקלתי את טענות הצדדים, הגעתי למסקנה כי דין הערר להידחות - זאת, מטעמים שונים מאלו שהועלו על ידי המדינה.

12. סעיף 74(ו) לחסד"פ מצמצם את זכות העיון של הנאשם המעוגנת בסעיף-משנה (א), בקבעו כי "אין בסעיף זה כדי לפגוע בהוראות פרק ג' לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971". פרק ג' לפקודת הראיות עניינו ראיות חסויות, והוא מכיל בתוכו, בין היתר, את כל החסיונות מושא דיוננו: חיסיון רופא-פציינט (סעיף 49 לפקודת הראיות); חיסיון פסיכולוג-מטופל (סעיף 50 לפקודת הראיות); חיסיון עובד סוציאלי (סעיף 50א לפקודת הראיות); וחיסיון בעל מקצוע בהליכים פליליים שעניינם עבירת מין או עבירת אלימות חמורה במשפחה (סעיף 50ב לפקודת הראיות). בנוסף לאמור בסעיף 74(ו) לחסד"פ, בא סעיף 78 לחוק ומבהיר כי "הוראות סעיף 74 אינן חלות על חומר שאי-גילוי מותר או שגילוי אסור לפי כל דין [...]". הווה אומר: נאשם אינו זכאי לעיין בחומר חסוי בבואו לממש את זכות העיון הכללית המוקנית לו בסעיף 74(א) לחסד"פ.

כדי לעיין בחומר חסוי, נאשם נדרש לפעול להסרת החיסיון בדרכים שנקבעו בפרק ג' לפקודת הראיות בעניינם של חסיונות יחסיים - אלו שבית המשפט רשאי להסיר אם ראה שהצורך בבירור האמת באמצעות הראיה החסויה גובר על אינטרס הסודיות המוגן על ידי החיסיון (ראו: ע"פ 687/96 גיל נ' מדינת ישראל, פ"ד נ"ג(3) 804, 811-812 (1999) (להלן: עניין גיל)). בהקשר זה חשוב לדייק ולהדגיש כי "בית המשפט" אשר מוסמך להסיר את החסיונות היחסיים הנזכרים לעיל הוא אותו בית משפט שמנהל את ההליך העיקרי, ואליו מוגשת הראיה המוגנת על ידי החיסיון (ראו: סעיפים 49(א), 50(א), 50א(א), 50ב(ב)(1) סיפא ו-50ב(ב)(4) לפקודת הראיות) - זאת, להבדיל מההסדרים המיוחדים שנקבעו ביחס לחיסיון המגן על בטחון המדינה ויחסי חוץ שלה ולחיסיון המגן על טובת הציבור (ראו: סעיפים 44(א) סיפא ו-45(ג) לפקודת הראיות). בית המשפט שמנהל את ההליך העיקרי הוא, מן הסתם, המחליט הטוב ביותר בשאלה אם להסיר את החיסיון ואם לאו, בהיותו מעורה בפרטי המחלוקת שמתבררות לפניו במסגרת ההליך העיקרי.

13. בהקשר זה, יש להבחין בין עצם קיומו של חיסיון לבין העילה להסרתו. בגדרי הליך המתקיים לפי סעיף 74 לחסד"פ, נאשם רשאי לטעון שהחיסיון המיוחס לחומרי החקירה בהם הוא מבקש לעיין אינו מתקיים מעיקרו; ואם כך יטען - בית המשפט שמנהל את ההליך בגדרו של סעיף 74 לחסד"פ יהא חייב

להכריע בטענה זו לכאן או לכאן. אולם, בהתקיים חיסיון, בדיקת העילה להסרתו לא תהא מסורה לבית המשפט שמנהל את ההליך לפי סעיף 74 לחסד"פ - זאת, מאחר שעצם קיומו של החיסיון שולל את זכות העיון, כמצווה בסעיפים 74(ו) ו-78 לחסד"פ; ומאחר שההחלטה אם להסיר את החיסיון ואם לאו מסורה לבית המשפט שמנהל את ההליך העיקרי, שכאמור מעורה בפרטיו של אותו הליך. במילים אחרות: לא הרי בדיקת החיסיון של חומר חקירה לגביו הועלתה טענת חיסיון, כהרי הסרת חיסיון קיים: סעיפים 74(ו) ו-78 לחסד"פ אינם אוסרים על בדיקתן של טענות חיסיון במסגרת הליכי העיון המתקיימים בגדרו של סעיף 74 לחוק. האפשרות לקיים בדיקה זו כדי למנוע הקמת חסינות בהבל-פה הינה הכרחית לאכיפתה של זכות העיון הנתונה לנאשם (ראו והשוו: בש"פ 8252/13 מדינת ישראל נ' שיינר, פ"ד סו(3) 442, פסקה 16 להחלטת השופט י' עמית (2014) (להלן: עניין שיינר)).

14. מסיבה זו, למרות שהפסיקה בעניין שבו עסקינן לא תמיד שמרה על אחדות (ראו: עניין גיל, בעמ' 812-811; עניין שיינר, בפסקאות 13-21 להחלטה; וכן יצחק עמית חסינות ואינטרסים מוגנים: הליכי גילוי ועיון במשפט האזרחי והפלילי 276-279 (2021)), היא סימנה זה מכבר את דרך המלך: הגשת בקשה לקבלת צו בדבר הבאת החומרים החסויים לבית המשפט שמנהל את ההליך העיקרי- כאמור בסעיף 108 לחסד"פ, אשר קובע כי "בית המשפט רשאי, לבקשת בעל דין [...] 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" (ראו: עניין שיינר, בפסקה 20 להחלטה). אותו בית משפט, בבואו להכריע בבקשת הצו, יוכל לדון ולהכריע בהסרת החיסיון במסגרתו של שיקול הדעת שניתן לו בסעיפים 49(א) סיפא, 50(א) סיפא, 50(א) סיפא, ו-50(ב) סיפא (1) סיפא לפקודת הראיות (לתמיכה עדכנית בעמדה זו, ראו: בש"פ 7170/23 וייטחוביץ' נ' מדינת ישראל, פסקאות 4-6 להחלטת השופט י' עמית (10.12.2023)).

15. כללים אלו חלים על כל מידע חסוי באשר הוא - וזאת, גם כאשר המידע נאסף על ידי המשטרה ונמצא בחזקתה. חיסיון גובר על זכות העיון של הנאשם. כאשר קיימת אפשרות להסיר את החיסיון, ההחלטה אם להסירו ואם לאו מסורה לבית המשפט אשר דן בהליך העיקרי ושומע ראיות, כאמור בסעיף 108 לחסד"פ.

16. אשר על כן, בדין קבע בית המשפט המחוזי כי אם העורר מעוניין בהצגת המסמכים הטיפוליים אשר נאספו על ידי המשטרה, עליו לפעול לפי המתווה הקבוע בסעיף 108 לחסד"פ ובמסגרת זו לבקש את הסרת החיסיון מבית המשפט שמנהל את ההליך העיקרי. טענת העורר כי המתלוננת ויתרה על החיסיון כאשר חתמה על טופס הווס"ר לבקשת המשטרה - לאו טענה היא. ויתור על חיסיון שנעשה אל-מול חוקרי המשטרה ניתן בכפיפות להגנה על החיסיון בגבולותיו הוא, כאמור בסעיף 50(ב) (2) לפקודת הראיות. סעיף זה קובע מפורשות כי אף במקרים בהם הראיות החסויות גולו במסגרת חקירת העבירה, בין היתר, על סמך ויתור נפגעת העבירה על החיסיון - עם הגשת כתב האישום יחזור ויעמוד החיסיון על כנו (כפי שהוגדר מלכתחילה כחיסיון יחסי).

זאת ועוד: בעל חיסיון מוותר עליו רק כאשר הוא מסכים, במפורש או מכללא, לגילוי המידע החסוי ולהצגתו בבית משפט - מצב דברים השונה בתכלית מהמצב שבו קא עסקינן, בו מדובר בגילוי מידע חסוי במסגרתה של חקירת משטרה כאשר הגילוי גופו מוגן על ידי חיסיון (ראו: סעיף 13א(ג)-(3)-(4) לחז"ע; כמו כן, ראו והשוו: יניב ואקי, דיני ראיות - כרך ג' 1774 (2021) (ויתור על חיסיון טיפולי משתכלל רק כאשר בעל החיסיון מודע והסכים לו ויתור); RONALD J. ALLEN, DAVID S. SCHWARTZ, MICHAEL S. PARDO & ALEX STEIN, AN ANALYTICAL APPROACH TO EVIDENCE 832 (7th ed. 2022) ("Voluntary disclosure of a confidential communication in the context of another privileged communication will not result in waiver"). באומרי את אשר אמרתי, איני שולל מראש את האפשרות שטופס הווס"ר ימצא רלבנטי כשיקול - שיקול אחד מני רבים - להסרת החיסיון על ידי בית המשפט שמנהל את ההליך העיקרי.

17. באשר לחומרים הנוספים - אלו שאינם בידי המדינה - כפי שהובהר על ידי השופט י' עמית בעניין שיינר,

"נקודת המוצא לדין צריכה להיות טכנית: אם החומר נמצא בידי התביעה יחול סעיף 74 לחסד"פ, ואם החומר אינו בידי התביעה יש להעדיף את סעיף 108 לחסד"פ. עם זאת, אין מדובר בכלל בלתי עביר, ותיתכן גם בדיקה מהותית של החומר המבוקש במסגרת דיון לפי סעיף 74 לחסד"פ, על מנת לבחון אם מדובר בחומר שנמצא בליבת המחלוקת ואם החומר צריך היה להיות בשליטתה של התביעה" (ראו שם, בפסקה 21 להחלטה).

18. החלטת השופט י' עמית בעניין שיינר ניתנה לפני תיקון מס' 75 לחסד"פ, אשר נעשה בשנת 2016 ואשר צמצם את ההגדרה של "חומר חקירה" ל"חומר שנאסף או שנרשם בידי הרשות החוקרת, והנוגע לאישום שבידי התובע" (ראו: סעיף 74(א)(1) לחסד"פ וכן בש"פ 1378/20 זגורי נ' מדינת ישראל, פסקאות 17-18 להחלטתי (7.4.2020) (להלן: עניין זגורי)). תיקון זה שולל את ההגדרה הרחבה של "חומר חקירה" - ככולל מסמכים שהרשות החוקרת יכולה להשיג, אף שלא עשתה כן - אשר אומצה על ידי בית משפט זה בבג"ץ בית משפט השלום. להגדרה רחבה זו של "חומר חקירה" אין עוד מקום. "חומר חקירה" לגביו יש לנאשם זכות עיון לפי סעיף 74(א) לחסד"פ הוא חומר שמצוי בידי המשטרה או רשות חוקרת אחרת, לרבות השלמות חקירה שנעשו ביוזמת הפרקליטות (ראו: עניין זגורי, בפסקאות 17-18 ו-22-24 להחלטה). נאשם שנזקק בהגנתו למסמכים נוספים - אלו שאינם מצויים בידי הרשות החוקרת - צריך לעתור לבית המשפט שמנהל את ההליך העיקרי לקבלת הצו המתאים לפי סעיף 108 לחסד"פ (ראו: עניין זגורי, בפסקאות 17-18 להחלטה).

19. העורר אינו משלים עם תוצאה זו ומבקשני לחזור ולאמץ הגדרה רחבה של "חומר חקירה" על-מנת להבטיח לו הליך הוגן. זאת לא אוכל, וממילא לא ארצה, לעשות. המחוקק הגדיר "חומר חקירה", בו זכאי הנאשם לעיון, כפי שהגדיר, ודברו מחייבנו. זאת ועוד: בעניין זגורי, הזדמן לי להסביר את מעלותיה של ההבחנה בין גילוי-ועיון "סיטוני", אשר בא בגדרו של סעיף 74 לחסד"פ, לבין גילוי-ועיון

"קמעונאי" במסגרתו של סעיף 108 לחוק. הדברים שאמרתי שם יפים גם לעניינינו-שלנו:

"זכות העיון הסיטונית תינתן לנאשם רק במצב של "ברי", ולא במצב של "שמא" [...] לא עלה בידי הנאשם להרים את הנטל שמוטל עליו, יתכבד נא וידרוש את הצגתם של פרטים כאלה או אחרים מהחומר המבוקש במסגרת "הקמעונאית" אשר נקבעה בסעיף 108 לחסד"פ ובסעיף 1 לפקודת הראיות - זאת, לאחר שיראה לבית המשפט אשר דן בענייניו את נחיצותו הספציפית של החומר המבוקש להגנתו.

לגישה זו יש שלושה יתרונות על פני כל גישה אפשרית אחרת, צרה יותר או רחבה יותר. ראשית, גישה זו עושה סדר והבנייה של שיקול הדעת השיפוטי בגדרה של דוקטרינת הגילוי. שנית, גישה זו ממזערת את העלות החברתית של טעויות אשר יכול שתיפולנה בהחלטות השופטים בכגון דא. הרחבת יתר של היקף הגילוי הסיטוני בגדרו של סעיף 74 לחסד"פ עלולה להיות מנוצלת לרעה על ידי "מסעות דייג" מטעם הנאשמים - דבר אשר עלול לפגוע ביעילות ההליך הפלילי ובמקרי קצה, אף לגרום לעיוות דין מהותי. מאידך, החלטת השופט כי חומר כלשהו שדינו להיכלל בגילוי הסיטוני אשר נעשה במסגרתו של סעיף 74 לחסד"פ, לא יגולה לנאשם, איננה פוגעת בהגינותו של ההליך הפלילי מאחר שלנאשם עומדת עדיין הזכות "הקמעונאית" לדרוש את הצגת החומר כראיה מכוחו של סעיף 108 לחסד"פ. הנאשם, כמובן, תמיד יהא מעוניין לעיין בחומר מחוץ לכותלי בית המשפט בטרם יציגו בפני המותב שדן בענייניו. ברם, העובדה שהנאשם נאלץ לשחק משחק גלוי, שבמסגרתו החומר מוגש כראיה ונשקל על ידי בית המשפט בהכרעת הדין במטרה להגיע לחקר האמת, אינה מערערת את יסודותיו של ההליך ההוגן: כפי שנקבע זה מכבר, הליך פלילי הוגן המכוון אל בירור האמת "אינו [...] משחק אשקוקי" (ע"פ 1/48 סילוסטר נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד א 5, 18 (1948)). שלישית, ואף בזאת אין להקל ראש: הגישה שאותה אני מציע לאמץ נגזרת ממילותיו של סעיף 74 לחסד"פ ומהיחס שבינן לבין האמור בסעיף 108 לחסד"פ. אימוצה של גישה זו יקיים אפוא את דבר המחוקק נאמנה, כפי שאנו מצווים לעשות תמיד" (ראו: עניין זגורי, בפסקאות 13-14 להחלטה).

20. באשר לטופס הווס"ר שהעורר דרש את גילוי - גם ביחס אליו יש ללכת במסלול הקבוע בסעיף 108 לחסד"פ, שעניינו "גילוי קמעונאי" כהגדרתו בהחלטת בעניין זגורי. אחרי שידענו כי הטענה בדבר חיסיון טיפולי לפי סעיף 50 לפקודת הראיות הועלתה גם בנוגע לאמור בטופס הווס"ר גופו, וכי בטענה זו יש לכאורה ממש - תוצאה זו הינה מתבקשת מאליה.

21. בתוך כך, אין בידי לקבל את טענת המדינה המבקשת לסגור את המסלול של סעיף 108 לחסד"פ בפני העורר ונאשמים אחרים שמצבם דומה למצבו. לטענת המדינה, ההליך הנכון כאן הוא בקשה ישירה להסרת החיסיון, אותה יש להגיש לבית המשפט שמנהל את ההליך העיקרי לפי סעיף 50(ב)(4) לפקודת הראיות. אני סבור שבקשת הצו בגדרו של סעיף 108 לחסד"פ קודמת להגשת הבקשה

להסרת החיסיון. בקשת הצו לפי סעיף 108 לחסד"פ יוצרת מסגרת דיונית להעלאתה ולבדיקתה של כל טענה בדבר חיסיון ולהחלטה אם להסיר את החיסיון ואם לאו, כאשר מדובר בחיסיון יחסי. באין מסגרת כאמור ובאין דרישה פורמלית להצגתה של ראיה, חסיונה של ראיה כלל אינו עומד על הפרק. רק אחרי שהראיה נדרשה כדין, ניתן להתנגד לגילוייה ולהצגתה במשפט מטעמי חיסיון. כמו כן, ניתן יהיה להתנגד להצגת הראיה בשל היותה בלתי רלבנטית או בלתי קבילה; ואם יתברר כי הראיה אכן אינה קבילה או אינה רלבנטית מסיבה כזאת או אחרת, הראיה תיפסל מבלי שיהא צורך לדון בחיסיון (ראו: סעיף 1 לפקודת הראיות).

22. סוף דבר: העורר רשאי לבקש את גילויים ואת הצגתם של המסמכים הטיפוליים, של טופס הווס"ר ושל החומרים הנוספים במסגרתו של הליך לפי סעיף 108 לחסד"פ. ככל שתוגש בקשה כאמור, ייבדק עניין החיסיון ותידון האפשרות להסירו. בכפוף לאמור, הערר נדחה.

ניתנה היום, י"א בסיון התשפ"ד (17.6.2024).

שׁוֹפֵט