

בש"פ 2447/16 - פבל נפטלוביץ נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון

בש"פ 2447/16

לפני: כבוד השופט ח' מלצר
העורר: פבל נפטלוביץ

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל

ערר לפי סעיף 74(ה) לחוק סדר הדין הפלילי על החלטתו של בית המשפט המחוזי באר שבע (כב' השופט נ. אבו טהה) ב-ע"ח 21461-03-16 מתאריך 20.03.2016; הודעה מטעם המשיבה מתאריך 19.05.2016; הודעה מטעם העורר תאריך 22.05.2016

בשם העורר: עו"ד ערן צלניקר

בשם המשיבה: עו"ד אופיר טישלר

החלטה

1. לפני ערר לפי סעיף 74(ה) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חסד"פ) על החלטתו של בית המשפט המחוזי באר שבע (כב' השופט נ. אבו טהה) ב-ע"ח 21461-03-16, בגדרה נדחתה בקשת העורר לעיון בחומר חקירה לפי סעיף 74(ג) לחסד"פ.

אביא להלן את הנתונים הנדרשים להכרעה במכלול.

עמוד 1

2. בתאריך 30.07.2015 הוגש נגד העורר כתב אישום, בגדרו פורטו שני אירועים שונים שבהם, על פי הנטען, ביצע העורר עבירות מין בשתי אחיות קטינות, האחת ילידת 2004 (להלן: המתלוננת 1) והשניה ילידת 2011 (להלן: המתלוננת 2). על פי עובדות כתב האישום, בתאריך 17.07.2015, בשעות הערב, העורר ואשתו, אשר לה היכרות מוקדמת עם אמן של המתלוננות, התארחו בבית המתלוננות. בהמשך הערב, העורר ואשתו נענו להזמנה ללון בחדר פנוי בבית, וזאת נוכח השעה המאוחרת. על פי הנטען בכתב האישום, במהלך אותו הלילה ולאחר שיתר בני הבית נרדמו, נותר העורר בסלון הבית כדי לנגן בגיטרה עם המתלוננת 1. בהיותם לבד העורר הציע, על פי הנטען, למתלוננת 1 ללמדה כיצד לאחוז בגיטרה. בתוך כך, נטען כי העורר אמר למתלוננת 1 להצמיד את הגיטרה לגופה, או אז הוא הכניס את ידו לתוך מכנסיה ונגע בישבנה, כל זאת, לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים וללא הסכמתה של המתלוננת 1. על פי המתואר בכתב האישום, בשלב זה המתלוננת 1 אמרה לעורר שהיא עייפה ומעוניינת לישון, וזאת מכיוון שהיא חשה אי נוחות. בתגובה, שאל העורר את המתלוננת 1 אם היא רוצה שישן לידה, ולכך המתלוננת 1 השיבה בשלילה. על פי הנטען, העורר נכנס בהמשך למיטתה של המתלוננת 1, ובעודה שוכבת במיטתה הכניס את ידיו למכנסיה ונגע בישבנה. המתלוננת 1 היזזה את ידו של העורר וניסתה לחמוק ממנו, ולאחר מכן הוציא העורר את ידו ממכנסיה. בעקבות זאת - יצא העורר מהחדר, והמתלוננת 1 ברחה לחדר בו ישנו הוריה והמתלוננת 2, ונכנסה למיטתם, שם ישנה גם המתלוננת 2.

זמן מה לאחר מכן, על פי כתב האישום, העורר נכנס לחדר בו ישנו המתלוננות עם הוריהן, העיר את המתלוננת 2, הוציא אותה ממיטת הוריה, מבלי שאלו שמו לב, נשא אותה לחדר, ממנו ברחה קודם לכן המתלוננת 1 והשכיב אותה על המיטה. לאחר מכן, כך נטען, העורר הפשיט את המתלוננת 2 והחדיר את אצבעו לאיבר מינה ולישבנה כשהוא גורם לה לכאב. בנוסף לכך, העורר חשף בפני המתלוננת 2 את איבר מינו ונגע באמצעותו בפניה. בשלב מסוים נטען כי העורר הוריד את חולצתה של המתלוננת 2. כמו כן נטען כי העורר הפך את המתלוננת 2 על ביטנה, חיכך את איבר מינו על ישבנה, והכה עם איבר מינו בישבנה (לשם השלמת התמונה יצוין כי בכתב האישום המקורי נכתב כי בשלב זה העורר גם "חכך את איבר מינו ו/או את אצבעו והחדיר לאיבר מינה". תיאור זה נמחק, לבקשת המשיבה, מכתב האישום המתוקן שהוגש בתאריך 07.02.2016, ואולם זהו השינוי היחיד בין שני כתבי האישום). על פי הנטען, כתוצאה ממעשיו של העורר, נגרמו למתלוננת 2 אדמומיות, נפיחות ורגישות באזור כיפת הדגדגן.

3. בכתב האישום נטען עוד כי במקרה נפרד, שהתרחש מספר שבועות קודם לכן, בסביבות חודש יוני 2015 או בסמוך לכך, ביקרו המתלוננות יחד עם הוריהן ואחותן הגדולה בבית העורר. במהלך הביקור, נטען כי העורר הציע למתלוננת 1 להתלוות אליו לנסיעה ברכבו והיא נענתה להצעה. על פי הנטען, בדרכם חזרה, העורר הציע למתלוננת 1 לנהוג יחד עמו ברכב ולשבת לצדו במושב הנהג. תוך כדי הנסיעה, כך נטען, העורר הניח את ידו על ירכה של המתלוננת 1 וכן על איבר מינה תוך שהוא מפעיל עליו לחץ באמצעות אצבעו, והוא הסיר את ידו רק לאחר שהמתלוננת 1 ביקשה ממנו לעשות כן.

4. בגין המעשים המתוארים לעיל יוחסו לעורר העבירות הבאות: אינוס (עבירה לפי סעיף 345(ב)(1) לחוק

העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין או: החוק) בנסיבות סעיף 345(א)(1) לחוק; מעשים מגונים (מספר עבירות לפי סעיף 348(ב) לחוק העונשין בנסיבות סעיפים 345(ב)(1) ו-345(א)(1) לחוק; מתן הרשאה לקטין שאינו יכול לקבל רישיון נהיגה לנהוג ברכב (עבירה לפי סעיף 36ב(ג) סיפא לפקודת התעבורה [נוסח חדש], התשכ"א-1961 (להלן: פקודת התעבורה)) וכן הסתייעות ברכב לביצוע עבירת מין (עבירה לפי סעיף 44 לפקודת התעבורה).

5. בדיון שהתקיים בתיק בתאריך 16.02.2016 העורר כפר בעובדות כתב האישום, ונקבעו ארבעה מועדי הוכחות. כמו כן, במסגרת המענה לכתב האישום, שהוגש לבית המשפט המחוזי בתאריך 28.02.2016 - העורר העלה, בין היתר, טענה לפיה העמדתו לדין בגין אינוס, בנסיבות המתוארות בכתב האישום, מהווה אכיפה בררנית. בהמשך לכך, בתאריך 10.03.2016 הגיש העורר לבית המשפט המחוזי הנכבד בקשה לגילוי חומרי חקירה לפי סעיף 74 לחסד"פ, בגדרה נתבקשו חומרי החקירה הבאים:

(א) גיליונות הרישום הפלילי של הוריהן של המתלוננות כמי שהגישו את התלונה הרשמית ונכחו בשלבים השונים של ליל האירוע הנטען והבוקר שלמחרת;

(ב) חוות דעת מפורטת מטעם חוקרת הילדים שערכה ראיונות לשתי המתלוננות;

(ג) מידע על אודות נתוני אכיפה ומדיניות העמדה לדין במקרים בהם הוגש כתב אישום, אשר כלל עבירה של אינוס (ללא חדירה של ממש), וזאת לשם ביסוס של טענת אכיפה בררנית והגנה מן הצדק.

6. לשם השלמת התמונה יצוין כי מלכתחילה בקשתו של העורר כללה גם בקשה לקבל את תוצרי צווי התקשורת שהוצאו ביחס למכשירי הסולולארי של העורר ולמחשבים האישיים שלו, ואולם בקשתו זו התייתרה מכיוון שעובר לדין שהתקיים בפני בית המשפט המחוזי הנכבד - המשיבה מסרה לעורר את החומר המבוקש.

7. בתאריך 20.03.2016 דחה בית המשפט המחוזי הנכבד את שלוש בקשותיו הנ"ל של העורר, זאת מכיון שבית המשפט המחוזי הנכבד מצא כי אין בגיליונות הרישום הפלילי של הוריהן של המתלוננות ולו פוטנציאל כדי לסייע בהגנת העורר. באשר לטענותיו של העורר בכל הנוגע לחוות דעת מטעמה של חוקרת הילדים וטענותיו הנוגעות למדיניות האכיפה וטענת ההגנה מן הצדק - נקבע כי דינן להתברר במסגרת ההליך העיקרי, ועל כן בקשותיו נדחו גם במישורים אלו.

על החלטה זו הוגש הערר שלפני.

נימוקי הערר

8. טענתו העיקרית של העורר בהודעת הערר שהגיש הינה כי החלטתו של בית המשפט המחוזי קצרה ותמציתית ביותר, והיא איננה כוללת הנמקה או התייחסות עובדתית או משפטית. נוסף על כך, העורר חזר על נימוקיו באשר

לחומרי החקירה המבוקשים על ידו. בתמצית, טענות העורר הינן כדלקמן:

(א) גיליונות הרישום הפלילי של הוריהן של המתלוננות: לטענתו של העורר גיליונות הרישום הפלילי של הורי המתלוננות עשויים לחשוף נושאים הקשורים במהותם לתלונה עצמה, למהימנות תלונתם ולמניעים שמאחוריה, וכן למהימנות פנייתם למשטרה בעניין זה. לטענת העורר די בתועלת שולית שעשויה לצמוח מגיליונות הרישום הפלילי כדי לאפשר לו את העיון בהם.

(ב) חוות דעת מפורטת מטעם חוקרת הילדים: לטענת העורר תוצרי עבודתה של חוקרת הילדים, כמו גם התרשמותה והערכתה מהווים חלק טבעי ואינטגרלי מחומר החקירה, וכי ישנה חשיבות מכרעת להעמדת התמונה המלאה בהקשר זה בפני העורר, כדי שיוכל לבסס את הגנתו. לטענת העורר, בהתאם לפרקטיקה הנוהגת, חומר החקירה הנוגע לחקירות הילדים המועבר לנאשמים מסתכם בטופס עדות הילד, הכולל פרמטרים עובדתיים קבועים, התרשמות קצרה מהילד, וקביעת מהימנותו, ואולם בחומרי החקירה לא מופיע החלק העיוני-המקצועי, הכולל, בין היתר, את דרך התשאול, שיטות החקירה, והכלים המקצועיים ששימשו את החוקרת לשם קביעת המהימנות. לשיטתו, מידע זה הינו לב ליבה של חוות הדעת, ועל כן פרקטיקה נוהגת זו פוגעת משמעותית, לגישתו, ביכולתו של הנאשם להתמודד עם ממצאיו של חוקר הילדים. לפיכך, העורר מבקש כי חוקרת הילדים תגיש לעיונו את תוצרי עבודתה בדרך של חוות דעת מומחה, וזאת חרף כך שהעורר עצמו טוען כי הוא מודע לעובדה כי אותו חלק "עיוני-מקצועי", כלשונו, כלל לא הועלה במקרה זה על הכתב.

(ג) נתונים סטטיסטיים ומדיניות אכיפה בתיקים דומים לשם ביסוס טענת אכיפה בררנית: לטענת העורר נתונים אלו נדרשים לו כדי שיוכל לבסס טענה של אכיפה בררנית. העורר טוען בהקשר זה כי בכתב האישום לא יוחסה לו נגיעה בנרתיק עצמו, אלא באזור אחר באיבר המין, ולשיטתו, נסיבות אלו אינן מקימות כלל את עבירת האינוס. לדברי העורר, המשיבה טענה בהקשר זה כי הגשת כתב האישום במקרה דנן בעבירת אינוס עולה בקנה אחד עם מדיניות האכיפה, ולשיטתה בכל מקרה של מגע כללי באיבר המין, אף ללא חדירה לנרתיק - מוגש כתב אישום בעבירה של אינוס. העורר טוען מנגד כי אין בנמצא אף לא כתב אישום אחד שהוגש בעבירה זו בנסיבות דומות, ועל כן, לגישתו, יש להורות למשיבה להעביר את הנתונים הסטטיסטיים ואת נתוני האכיפה שנתבקשו על ידו. לטענתו של העורר בית המשפט המחוזי שגה בכך שביכר את המסלול הדיוני של הגשת בקשה לקבלת חומרים אלו למוטב שדן בתיק העיקרי (למשל בהתאם להוראות סעיף 108 לחסד"פ), חלף הגשת בקשה זו בהתאם לסעיף 74 לחסד"פ - שהיא הדרך הדיונית העדיפה, לשיטתו.

התפתחויות נוספות והדיון בערר

9. לאחר שהועדתי מועד לדיון בערר - המשיבה הגישה בקשה להרחבת המותב שידון בו, וזאת נוכח בקשתו של העורר לעיון במרשם התיקים הסגורים של עדי התביעה, סוגיה שלגביה נטען כי קיימת מחלוקת בפסיקה. לאחר קבלת תגובתו של העורר לעניין זה הוריתי כי דיון בערר יתקיים בפני מותב תלתא, בהקדם האפשרי ובכפוף לאילוצי היומן. עם זאת, סמוך לאחר שנקבע מועד לדיון בערר בפני הרכב, הודיע בא-כוחו של העורר בתאריך 17.04.2016 כי הוא חוזר בו מטענותיו הנוגעות לעיון במרשם התיקים הסגורים. בתגובת המשיבה להודעתו זו מתאריך 18.04.2016 נמסר כי נוכח

חזרת העורר מרכיב זה אין עוד צורך לדון בבקשותיו בהרכב. נוכח חילופי הודעות אלו - הועדתי מועד לדיון בערר בפני, בהתאם להוראות סעיף 74(ה) לחסד"פ.

10. בדיון שקיימתי בתאריך 19.05.2016 חזר בא-כוחו של העורר על טענותיו בערר שהגיש. בא-כוחו של העורר ציין עוד בדיון כי בתקופה שחלפה מאז שהוגש הערר הוא קיבל מהתביעה חוות דעת מורחבת מטעמה של חוקרת הילדים, ואולם הוא הוסיף כי הוא איננו חוזר בו מהטענות העקרוניות, לשיטתו, שהעלה במישור זה.

11. המשיבה טענה מנגד כי דינו של הערר להידחות.

באשר לגיליון הרישום הפלילי של עדי התביעה, הורי המתלוננות, המשיבה גרסה כי אלו אינם רלוונטיים לאישומים, מושאי כתב האישום.

באשר לבקשה לקבלת נתונים סטטיסטים ומדיניות אכיפה ביחס לתיקים בהם הוגש כתב אישום בגין עבירות אינוס - המשיבה טענה כי המבוקש איננו מהווה חומר חקירה, ואין למסור אותו במסגרת בקשה לפי סעיף 74 לחסד"פ, והטעמה כי על טענותיו של העורר בהקשר זה להתברר במסגרת ההליך העיקרי.

12. בתום הדיון הוריתי לבא-כוחו של העורר להגיש את תצלום חוות דעתה של חוקרת הילדים שנשלחה אליו מהתביעה. הוא לא עשה כן, ואולם באותו היום הגישה המשיבה את חוות דעתה של חוקרת הילדים, כפי שהועברה לבא-כוחו של העורר, והדגישה כי הסכמתה להרחבת חוות הדעת במקרה זה ניתנה מטעמי יעילות בלבד, ומבלי שיש בכך כדי לבטא את עמדתה העקרונית במקרים דומים. המשיבה ציינה עוד בהודעתה, שליוותה את הגשת החומר הנ"ל, כי עדותה של חוקרת הילדים אמורה להישמע בבית המשפט המחוזי בבאר שבע בתאריך 24.05.2016.

13. בתאריך 22.05.2016 בא-כוחו של העורר חזר ומסר כי הוא איננו חוזר בו מטענותיו בהקשר לחוות הדעת של חוקרת הילדים.

14. נוכח ההתפתחויות הנ"ל דחיתי בהחלטה מתאריך 22.05.2016 את הערר בכל מה שנוגע למבוקש על ידי העורר ביחס לחומר שהוגש לו מטעמה של חוקרת הילדים, וכדי שלא לעכב עוד את המשך שמיעת הראיות במשפט קבעתי כי הנימוקים להחלטתי זו יינתנו בגדר ההכרעה באשר ליתר טענותיו של העורר, ואגש לפירוט זה עכשיו.

דיון והכרעה

15. לאחר קריאת מכלול החומר, שמיעת טענות באי-כוח הצדדים בדיון שקיימתי בערר ועיון בחומר שהוסיפה המשיבה בתאריך 19.05.2016 - הגעתי לכלל מסקנה כי דינו של הערר להידחות, על כל חלקיו. אביא להלן את נימוקי להחלטתי זו ואתייחס בנפרד לטענותיו של העורר - לפי סדרן.

עמוד 5

16. סעיף 74 לחסד"פ מצווה על התביעה להעביר לידי ההגנה כל מסמך הנכלל במסגרת המונח "חומר חקירה". בבסיסה של זכות העיון, העומדת לנאשם על-פי סעיף 74 לחסד"פ, ניצבת, בין היתר, זכות היסוד למשפט הוגן, המחייבת להעניק לנאשם הזדמנות מלאה להכין כראוי את הגנתו כנגד המיוחס לו. העיון בחומרי החקירה מעוגן בתכליות נוספות, שכן יש בו כדי לקדם את ערך גילוי האמת, ולתרום לצמצום פערי הכוחות המובנים בין התביעה לבין ההגנה (עיינו: בש"פ 3099/08 אברהמי נ' מדינת ישראל (23.02.2009); בש"פ 7585/14 שטרם נ' מדינת ישראל (18.11.2014)).

17. המבחן להגדרת המונח "חומר חקירה", המופיע בסעיף 74 לחסד"פ, מבוסס על תכליותיו של הסעיף, ועל פיו יש לבחון את הנגיעה של החומר לאישום, וצריך להראות שקיים יסוד ממשי "להשערה או לתקווה של הנאשם כי החומר אכן ישפיע על בירור האישום נגדו" (ראו: בש"פ 4157/00 נמרודי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 625, 632 (2000); בש"פ 7064/08 מדינת ישראל נ' ברקו, (13.08.2009)). ודוק: כאשר מדובר בחומר הנוגע לצנעת הפרט - אל מול זכותו של נאשם להליך הוגן עומדת זכותם של עדים ומתלוננים להגנה על פרטיותם (ראו למשל: בש"פ 91/08 מדינת ישראל נ' שיבלי (13.02.2008)). בהקשר זה אוסיף כי הזכות לפרטיות מעוגנת, כידוע, גם בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

18. השאלה האם יש לראות במרשם פלילי של עדים כ"חומר חקירה" לפי סעיף 74 לחסד"פ נדונה רבות בפסיקתו של בית משפט זה (עיינו: בג"ץ 233/85 אל הוזייל נ' משטרת ישראל, פ"ד לט(4) 124 (1985) (להלן: ענין אל הוזייל); בש"פ 4481/00 יחזקאלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 245 (2000); בש"פ 4508/15 סבג נ' מדינת ישראל (09.07.2015) (להלן: ענין סבג)). סוגיה זו הוכרעה ב- בש"פ 5881/06 בניזרי נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(1) 684 (2007) (להלן: הלכת בניזרי), בגדרו נבחן האיזון הראוי בין הזכות למשפט הוגן - לבין הזכות לפרטיות של העדים. בהקשר זה נקבע בהלכת בניזרי כי על בית המשפט לבדוק את גיליונות המרשם שמדובר בהם ולהעמידם במבחן של רלוונטיות ותועלת פוטנציאלית להגנתו של הנאשם (עיינו גם: בש"פ 5535/13 מדינת ישראל נ' שימשילשווילי פסקה 10 (15.08.2013); בש"פ 600/15 הירשמן נ' מדינת ישראל פסקה 5 (01.02.2015) וההפניות שם (להלן: ענין הירשמן)).

עוד נקבע בפסיקה כי ככלל, כאשר עסקינן בהתנגשות חזיתית בין זכותו של הנאשם למשפט הוגן אל מול ההגנה על פרטיותם של העדים - משקלה של זכות הנאשם למשפט הוגן מכריע את הכף, ודינם של השיקולים הנוגדים לסגת (עיינו: בג"ץ 620/02 התובע הצבאי הראשי נ' בית-הדין הצבאי לערעורים, פ"ד נז(4) 625, 635 (2003) עם זאת, זכותו של נאשם להתגונן איננה זכות מוחלטת, וכאשר האפשרות לפגיעה בזכות זו לא קיימת, או אם האפשרות הנ"ל רחוקה ובלתי משמעותית - יש לתת משקל הולם גם לזכויותיהם של עדים ולאינטרסים המוגנים שלהם (ראו: בש"פ 9322/99 מסארווה נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 376, 384 (2000); ענין הירשמן, בפסקה 6). זאת ועוד - בסוגיית חשיפת גיליונות המרשם הפלילי של העדים נקבע כי לא די בקיומה של אפשרות תיאורטית שיהיה ברישום זה כדי לסייע להגנתו של הנאשם כדי להצדיק את הפגיעה בזכויותיהם של העדים, אגב חשיפת רישומם במרשם הפלילי כ"חומר חקירה", אלא יש צורך במהותיות פרטנית, כמבואר מיד (ראו: ענין אל הוזייל; ענין סבג בפסקה 9). ואכן אפילו כאשר מדובר בעדים מרכזיים בהליך - עובדה בעלת משקל בהקשר לתנאי הרלבנטיות - לא די בכך כדי לקבוע כי גיליונות

המרשם הפלילי של העדים הינם "חומר חקירה", מכיוון שנוסף לתנאי הרבלנטיות, נדרשת גם אינדיקציה לכך שיש במרשם הפלילי של העד פוטנציאל ממשי קונקרטי לתרום להגנת הנאשם. בהקשר זה נקבע בעניין סבג כדלקמן:

"...תקווה ספקולטיבית של ההגנה שמא יימצא בפסקי הדין הנזכרים במרשם הפלילי מידע העשוי לסייע בהגנת הנאשם, אינה מצדיקה פגיעה בזכויות עדים, והיא בגדר מה שכונה על ידי בית המשפט בעניין אל הוזייל "מסע דייג" (Fishing expedition), שאינו מצדיק הכרה במרשם הפלילי של העד כ"חומר חקירה" (שם, בעמ' 132)...". (ראו: עניין סבג בפסקה 9; ההדגשות במקור - ח.מ.).

19. בהתחשב במכלול שפורט לעיל ולאחר שעיינתי בגליונות המרשם הפלילי של ההורים, עדי התביעה - לא מצאתי כי נפלה שגגה בהחלטת בית משפט המחוזי הנכבד, שקבע כי לחומר אין רלבנטיות להגנת העורר, ואף לא מצאתי כי גלום בו פוטנציאל ממשי לסייע לעורר בהגנתו. לפיכך אין מקום לקבלת הערר בסוגיה זו.

(ב) חוות דעת מפורטת מטעם חוקרת הילדים

20. בסוגיה זו העורר מבקש, למעשה, להשיג על הפרקטיקה הנוהגת, לפיה בחוות הדעת המוגשות מטעמים של חוקרי הילדים, לא נכללים בדרך כלל פירוטים לגבי הכלים המקצועיים בהם השתמש חוקר הילדים. טענותיו של העורר בהקשר זה מעלות שתי שאלות שלובות:

ראשית, האם יש לראות בחוקרי הילדים המעידים בגדר ההליך הפלילי "עד מומחה", ולהחיל עליהם את הוראותיה של פקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971 בכל הנוגע לאופן בו נערכת חוות דעת מטעמים.

שנית, האם ככל שלא נערכה חוות דעת מטעם חוקרת הילדים - יש להגיש בקשה לעריכת חוות דעת כאמור, בגדר בקשה לגילוי חומרי חקירה מכוח סעיף 74 לחסד"פ.

21. אכן דומה כי הטענות העקרוניות שהעורר מעלה באשר לצורך בעריכת חוות דעת מטעם חוקרי הילדים בכל הנוגע לאופן בו נקבעת על ידם מהימנות הקטינים, וכיצד יושמו עקרונות אלו במקרה העומד לדיון - ראויות להיבחן מבלי שאקבע כאן מסמרות כלשהן בסוגיה זו. עם זאת, שאלות אלו כלל אינן מתעוררות במקרה דנן, שכן לעיונו של בא-כוח העורר נמסרה חוות דעת נרחבת מטעמה של חוקרת הילדים, בגדרה נכלל גם המידע הנוגע לאופן הערכת המהימנות באופן כללי, ויישומו במקרה הקונקרטי.

22. בנסיבות העניין ומכיוון שלמעשה חוות הדעת שנתבקשה הוכנה והועברה לעיונו של העורר קודם לדיון בו נשמעה עדותה של חוקרת הילדים - מתייתרת גם בחינת השאלה השנייה, העולה מטענותיו של העורר בנוגע לאפשרות לחייב בהכנת חוות דעת כזו במסגרת דיון המתנהל על פי סעיף 74 לחסד"פ. עם זאת, למעלה מן הצורך אעיר בהקשר זה כי

בקשה להעברת חומרי חקירה - אין משמעה יצירת חומרי חקירה יש מאין. סעיף 74 לחסד"פ מאפשר, ככלל, לנאשם לעיין בחומרי חקירה שהיו בידי גורמי החקירה, ושהם רלוונטיים לכתב האישום. כאשר עסקינן בחומר שאיננו בנמצא, הרי שלמעט במקרה מיוחד בגדרו יקבע כי קיימת חובה כללית להעלות את המידע המבוקש על הכתב - קיים קושי בשימוש בסעיף 74 לחסד"פ כמקור לחיוב לגלות מה שאיננו קיים, או ליצירתו של החומר הנדרש, בבחינת יש מאין (השוו: בש"פ 7955/13 פלוני נ' מדינת ישראל בפיסקה 15 (31.12.2013)).

23. לבסוף אציין כי מכיוון שהעורר איננו טוען כי קיימים חומרים רלבנטיים נוספים שלא נמסרו לעיונו בכל הנוגע לחוות דעת מטעם חוקרת הילדים שהועברה אליו - בקשתו בנושא זה התייתרה למעשה.

(ג) העברת נתונים סטטיסטיים ומדיניות אכיפה בתיקים דומים

24. בסוגיה זו הדיון בבקשתו של העורר מתמקד בשאלה מהי המסגרת הדיונית הנאותה לדון בבקשה להעברת חומרים שנאשם טוען שהוא נזקק להם לשם הגנתו, כגון נתונים סטטיסטיים לגבי מדיניות האכיפה, והכל לשם ביסוס אפשרי של טענה לאכיפה בררנית. בהקשר זה יש לבחון האם על המבקש לנקוט במסלול של סעיף 74 לחסד"פ (כטענתו של העורר), או במסלול של סעיף 108 לביסוס עילה בגדר סעיף 149(10) לחסד"פ (כטענת המשיבה).

25. הכללים בנושא זה גובשו לאחרונה ב- ע"מ 2668/15 מדינת ישראל - משרד המשפטים נ' פרופ' הלל וייס (18.11.2015) (להלן: עניין וייס). במסגרת זו נפסק כי נאשם הטוען להגנה מן הצדק (לרבות טענה בדבר אכיפה בררנית), רשאי לבקש מסמכים שהוא סבור שיבססו את טענתו הנ"ל, ועל בית המשפט להכריע בשאלת הגילוי בגדרי ההליך הפלילי בלבד, ולא בגדר בקשה המוגשת במסלול מכוחו של חוק חופש המידע, תשנ"ח-1998. בעניין וייס צוין עוד כי דומה שבגדר ההליך הפלילי עצמו - הדרך הטבעית לבקש מסירה חומר כזה (המחייב, לעתים, שעות עבודה רבות של הכנה וליקוט) נטועה בסעיף 149(10) לחסד"פ, יחד עם סעיף 108 לחסד"פ, שעניינו המצאת מסמכים ומוציגים (ראו: עניין וייס, בפיסקאות ד' ו-ח').

26. העורר רוצה להרחיב את המסגרת הנ"ל ולקבל את המבוקש על ידו במסגרת בקשה לפי סעיף 74 לחסד"פ. ענין זה של הבחירה בין הגשת בקשה לפי סעיף 74 לחסד"פ, או על פי סעיף 108 לחסד"פ נדון לאחרונה ב- בש"פ 2242/16 מדינת ישראל נ' מזרחי (31.03.2016) (להלן: עניין מזרחי), שם נתבקשה קבלתם של: "כל תיקי החקירה וכתבי האישום שהוגשו על ידי רשויות האכיפה ב-3 השנים האחרונות בעניין הברחת ביצים מאזורי הרשות לשטחי מדינת ישראל", וזאת לשם ביסוס טענתו בדבר: "קיומה של הגנה מן הצדק בענייננו, לרבות טענה בדבר אכיפה בררנית והתנהלות בלתי תקינה של הרשות". בהקשר זה נקבע בעניין מזרחי כדלקמן:

"בהתאם לאמת המידה האמורה סבורני כי גם אם ננקוט גישה "ליברלית", החומר המבוקש על ידי המשיב אינו יכול להיחשב כ"חומר חקירה" כאמור בסעיף 74 לחסד"פ, באשר אין הוא קשור לתשתית הראייתית שעליה מבוסס האישום. אדגיש כי התייחסותי היא לקטגוריה שבה עסקינן, שבגדרה התבקש החומר הנוגע לסוג מסוים של טענת "אכיפה בררנית" (להבחנה בין סוגים שונים של טענות הפליה בהקשר זה ראו בש"פ 7148/12 כנאנה נ' מדינת ישראל, פסקאות 11-13 (14.10.2012)) - טענה שאינה נוגעת לאישום גופו. ברם פנים רבות לה לטענת הגנה מן הצדק (ראו

על היבטיה השונים של טענה זו ע"פ 6328/12 מדינת ישראל נ' פרץ, פסקה 28 (10.9.2013)), ולא נדרשת במקרה זה הכרעה בהתייחס לקטגוריות אחרות" (ראו: עניין מזרחי, בפסקה 6).

27. מהמקובץ לעיל עולה, איפוא, כי בנסיבות העניין, הדרך הדיונית לנקוט בה לשם קבלת החומרים המבוקשים איננה באמצעות סעיף 74 לחסד"פ, ודין של בקשות כאלו להתברר בגדר ההליך העיקרי ויש לעשות זאת במסגרת של העלאת טענות מקדמיות (כאן בהתאם לסעיף 149(10) לחסד"פ). בשלב זה של ההליך - העורר יכול להגיש את בקשתו בהתאם לסעיף 108 לחסד"פ, שכן סעיף זה, בין היתר, מאפשר להגנה לקבל מסמכים שאינם מצויים בידה (עיינו: בג"ץ 9264/04 מדינת ישראל נ' שרים, פ"ד ס(1) 376, 360 (2005); בש"פ 8252/13 מדינת ישראל נ' שיינר, פסקה 15 (23.01.2014); בש"פ 9305/08 פלוני נ' בית ספר אל מאמוניה לבנות, פסקה 9 (03.12.2008)). כמובן שכל שאכן מוגשת בקשה כאמור - ההכרעה בה נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט שדן בהליך העיקרי.

28. סוף דבר: נוכח כל האמור לעיל - הערר שבפני נדחה על כל חלקיו.

ניתנה היום, ו' באב התשע"ו (10.8.2016).

שׁוֹפֵט