

## בש"פ 5796/14 - מדינת ישראל נגד דורון ממת

בבית המשפט העליון  
בש"פ 5796/14

לפני: כבוד השופט נ' הנדל

המבקשת: מדינת ישראל

נגד

המשיב: דורון ממת

בקשת רשות ערר על החלטת בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו בע"ח 14-01-1408 שניתנה על ידי כבוד השופט צ' קאפח

בשם המבקשת: עו"ד הילה גורני

בשם המשיב: עו"ד פרופ' קנת מן; עו"ד דנה וייס

### החלטה

1. בקשה זו מעוררת מתח בין מתן היתר למשטרה לתפוס ולעיין בחומרי חקירה נחוצים לבין פגיעה בפרטיותם של צדדים שלישיים, על רקע המחלוקת האם מעשיו של המשיב עולים כדי עבירה. בחינת הפלילות של המעשים דורשת התייחסות לתחומים הרגישים של הליכי פונדקאות חו"ל, אימוץ וחיסיון. המדינה מסתייגת מהחלטתו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (ע"ח 14-01-1408, שניתנה על ידי כבוד השופט צ' קאפח), בגדרה התקבל הערר שהגיש המשיב על החלטת בית משפט השלום בתל אביב-יפו (פ"ש 13-11-23982, שניתנה על ידי כבוד השופט ש' מלמד) ונאסר על המשטרה לעיין בתיקים שנתפסו במשרדו של המשיב.

רקע והליכים קודמים

2. המשטרה פתחה בחקירה כנגד המשיב, מנהלה של חברת "תמוז" (להלן: החברה), סוכנות תיווך המקשרת בין זוגות ויחידים המעוניינים להביא ילד לעולם לבין גורמים בארצות הברית וייתכן גם במדינות אחרות לשם מימוש רצונם.

עמוד 1

החקירה נפתחה בעקבות מקרה שהגיע לפתחן של רשויות הרווחה, במהלכו נתגלה כי בין האם עליה דווח לבין שלושת ילדיה אין קשר גנטי, וכי היא הוכרה כאם ילדיה בתיווכו של המשיב. מחקירתו של המשיב עולה כי אין זה המקרה היחיד בו הוא פעל באופן דומה, קרי תיווך ב"יצירת תינוקות" עבור לקוחותיו באמצעות תרומת זרע וביצית והשתלת הביצית המופרית באם פונדקאית. המשטרה פנתה לבית משפט השלום וקיבלה צו חיפוש במשרדי החברה בגין החשד כי המשיב ביצע במעשיו עבירה של קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות לפי סעיף 415 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. במסגרת החיפוש נתפסו מחשבים ניידים, זיכרון נייד ומסמכים שונים, בהם תיעוד ההתקשרויות שנערכו בין המשיב ללקוחותיו ופרטי כלל הלקוחות.

המשיב הגיש בקשה למתן צו מניעה קבוע שיאסור על המשטרה להשתמש בחומרי החקירה שנתפסו במשרדי החברה ולהחזירם לידי, שכן מדובר במסמכים בעלי פוטנציאל ממשי לפגיעה בפרטיותם של לקוחותיו ולחשיפת מידע רפואי וגנטי רגיש אודותיהם ואודות ילדיהם הקטינים. בנוסף טען המשיב כי מבחינה משפטית, אף אם העובדות המיוחסות לו נכונות – הן אינן מהוות עבירה פלילית. בד בבד הגיש המשיב בקשה דחופה למתן צו מניעה זמני עד להכרעה בבקשה העיקרית למתן הצו הקבוע. הבקשה העיקרית נקבעה לדיון מבלי שהוצא צו מניעה זמני על ידי בית משפט השלום בתל אביב (כבוד השופט מלמד). המשיב ערר לבית המשפט המחוזי בטענה כי דחיית הדיון בצו המניעה הקבוע, מבלי שניתן צו מניעה זמני, תסכל את מטרתו. בית המשפט המחוזי בתל אביב (כבוד השופט קאפח) קיבל את הערר וניתן צו מניעה זמני.

בית משפט השלום דחה את בקשתו העיקרית של המשיב. נקבע כי בשלב זה לא ניתן לקבוע ממצאים בדבר שאלת חוקיות מעשיו של המשיב, אולם מחומר הראיות הראשוני עולה שקיים חשד ממשי כי המשיב מעורב בביצוע העבירה המיוחסת לו. בנוסף, דחה בית משפט השלום את הטענה בדבר חיסיון החל על החומרים האמורים. נפסק כי עסקין בבקשה ליצור חיסיון חדש בשל פגיעה בפרטיות הלקוחות, ובלאו הכי המשיב מעורב לכאורה בביצוע העבירה עצמה.

עררו של המשיב התקבל על ידי בית המשפט המחוזי. הוחלט כי לנוכח חוק הגנת הפרטיות וההכרה בזכות הפרטיות כזכות חוקתית המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – פגיעה בה, גם לעניין חיסיון, תיעשה במשורה ורק בכפוף לקיומו של חשד ממשי להתקיימות עבירה. באשר לתחולת החיסיון הרפואי המעוגן בסעיף 49 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 על המקרה, בית המשפט המחוזי קבע כי המידע האמור, הקשר שבין הלקוחות למשיב ותכלית מסירת המידע לידי מתיישבים עם תכליות החיסיון הרפואי. לסיום, משקבע בית המשפט המחוזי כי קיים חיסיון על המידע, הואיל ועסקין בחיסיון יחסי, נדרש הוא לשאלת מידתיות הפגיעה וקבע כי נדרש להראות שיש חשד ממשי כי המשיב ביצע עבירה פלילית. נפסק כי עסקין בהליך של פונדקאות חו"ל, אשר אינו מוסדר בחוק ההסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק ההסכמים), ולא נקבע בדיון הישראלי כי הליך פונדקאות חו"ל ללא זיקה גנטית מהווה עבירה פלילית. לפיכך, קבע בית המשפט המחוזי כי אף "עוצמת החשד הסביר עמומה עד מאוד". לסיכום, נאסר על המשטרה לעת הזו לעיין בתיקים שנתפסו במשרדי החברה. על מנת שזו תוכל לעיין בהם, עליה למצות את החקירה עם המידע שברשותה, ואז למסור לבית המשפט מהו המידע הקונקרטי הנחוץ לה. מידע זה יבחן על ידי בית המשפט לפני שיועבר לידי המשטרה, תוך איזון בין פרטיות הלקוחות לבין האינטרסים המחייבים את מסירתו. זאת בשים לב לעוצמת החשד הסביר שנקבעה על ידו. להשלמת התמונה יצויין כי המשיב הציע שיעביר את מלוא המסמכים למבקשת לאחר שישחיר את שמות לקוחותיו והמבקשת סירבה להצעה זו. מכאן הבקשה למתן רשות ערר בגלגול שלישי.

3. בקצרה יתואר כי במסגרת בקשת רשות הערר שלפני טענה המבקשת מספר טענות. הראשונה, לא ניתן להסיק קיומו של חיסיון במסגרת חקירה או הליך משפטי מחוק הגנת הפרטיות או מהוראות חוק המעגנות חובות פרטיות. מקום בו לא קיים חיסיון מפורש בחוק, יש להכיר בו רק במקרים חריגים לנוכח היותו חריג לכלל של גילוי ומסירת ראיות רלוונטיות. השניה, הרחבתו של החיסיון הרפואי במקרה דנא היא שגויה, משהמשיב אינו רופא ואינו נכנס בגדר החלופות המנויות בסעיף החוק ומשום שתכליות החיסיון אינן מתקיימות במקרה שלפניי. השלישית, המנגנון להסרת החיסיון שקבע בית המשפט המחוזי, קרי חשד ממשי לביצועה של עבירה, הינו מחמיר בהתחשב בשלב המקדמי בו מצוי ההליך, בייחוד לאחר שבית המשפט המחוזי הביע את דעתו כי המעשים אינם עולים לכדי עבירה פלילית. אי לכך, בפועל לא ניתן יהא לקבל את הבקשות להסרת החיסיון במקרה דנא. בהמשך לדרישה זו לקיומו של חשד לביצועה של עבירה, טוענת המבקשת כי ההליך שהתקיים לכאורה אצל חלק מלקוחותיו של המשיב מהווה הליך אימוץ דה-פקטו, בשל העדר הקשר הגנטי. לכן הוא מנוגד לסעיף 33 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 (להלן: חוק האימוץ). סעיף זה אוסר על מסירה פרטית שאינה מפוקחת כנדרש בחוק, בין אם נעשתה בישראל ובין אם מחוצה לה, כל עוד הילדים הובאו לישראל והלקוחות היו באותה העת אזרחים ישראלים המבקשים לקבל לידיהם ילד שלא לפי הדין הישראלי.

מנגד, בא כוחו של המשיב סמך ידו על החלטת בית המשפט המחוזי וטען, ראשית, כי חיסיון מכוח הגנת הפרטיות מעוגן בדין והחוק חל גם על המשטרה. שנית, לקוחותיו של המשיב מסרו לידיו מידע רפואי אישי על מנת שיעבירו למרפאות ולרופאים לצרכי הליך ההפריה, ולכן נכנס הוא בגדרי סעיף 49 לפקודת הראיות כ"צוות מקצועי העובד עם הרופא". שלישית, לעניין פליליות מעשיו של המשיב, חוזר הוא על הטענות כי עסקינן בהליך של פונדקאות חו"ל ולא בהליך של אימוץ. זאת משום שכתוצאה מן התהליך נוצר היילוד ואין מדובר בילד קיים. לגרסתו, הליכי הפונדקאות התקיימו על פי הדין בארצות-הברית, ואין להבדיל בין מקרים בהם אחד מההורים סובל מבעיית פוריות ומבקש להסתייע באם נושאת לבין מקרים בהם שני בני הזוג או הורה יחידני סובלים מבעיית פוריות ולא יכולים להביא לעולם צאצא בעל קשר גנטי. לפיכך אין להחיל על המקרה דנא את חוק האימוץ, ומעשיו של המשיב ולקוחותיו אינם מהווים עבירה פלילית, אלא ביצוע הליך פונדקאות חו"ל כאמור.

#### דיון והכרעה

4. אקדים ואומר כי לאחר עיון בבקשה ובתגובת המשיב שהונחו לפניי, ולאחר ששמעתי את הצדדים בדיון שהתקיים בפניי - מצאתי כי יש להעניק רשות ערר משום שהבקשה מעלה מספר שאלות משפטיות חשובות וכלליות. שאלות אלו חורגות מן המקרה הפרטני דנא, ומתעוררות בעוצמות שונות בהתחשב בשלבה המוקדם של החקירה ובמידע המוגבל המצוי בידי המבקשת ואף בידי בית המשפט. זאת ועוד, הגם שמדובר בגלגול שלישי על החלטת ביניים, בה בית משפט זה נוטה להתערב עוד פחות מאשר בפסקי דין (רע"א 5711/12 מצה נ' דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ (25.2.2013)) - נפקותה של דחיית הבקשה היא עצירתה או למצער פגיעה ממשית בחקירה משטרתית המצויה בשלביה הראשונים. מן העבר האחר, לקבלת הבקשה השלכות ישירות רבות על המשיב ונפקות ברורה גם כלפי לקוחותיו. העניין יידון אפוא לגופו.

על רקע המסגרת הדיונית, המחלוקות בין הצדדים והסוגיות המשפטיות שמתעוררות, הדיון יתמקד בסוגיות הבאות: הראשונה, קיומה של פגיעה בפרטיות וטיבה. השנייה, קיומו של חיסיון מפני פגיעה זו. השלישית, פליליות המעשים. הרביעית, כיצד יש לנהוג בחומר היה ומטריית החיסיון לא חלה על המשטרה במקרה דנא. החמישית, שלב

ההליך הפלילי בו אנו מצויים.

הפגיעה

5. המסמכים הרלוונטיים במקרה שבפניי כוללים את שמותיהם של הלקוחות שפנו אל המשיב. על פני הדברים מכילים הם פירוט בדבר בעיות הפוריות שיש למי מהם ואת ההליך שנדרשו לו כדי להביא לעולם צאצא בתיווכו של המשיב. בהקשר זה של הליכים בהם נדרשים הלקוחות לסיוע של אם נושאת וייתכן גם לתרומות זרע, ביצית או שניהם - מעצם חשיפת שמות הלקוחות יש פגיעה בפרטיותם (י' קדמי על הראיות (כרך ב') 970 (2003)). ניכר שמידע זה, ועל כך דומה כי אין מחלוקת, נכנס בגדרי סעיף 2(9) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, הקובע כי:

"2. פגיעה בפרטיות היא אחת מאלה:

...

(9) שימוש בדיעה על עניניו הפרטיים של אדם או מסירתה לאחר, שלא למטרה שלשמה נמסרה."

דהיינו, מדובר במסירת המידע על ענייניהם הפרטיים של לקוחותיו של המשיב שלא למטרה שלשמו נמסר - סיוע בהבאת צאצאים לעולם. ייתכן אף כי נכנס הוא בגדרי תת סעיף (8):

"(8) הפרה של חובת סודיות לגבי עניניו הפרטיים של אדם, שנקבעה בהסכם מפורש או משתמע;"

קרי, ייתכן שחשיפתו של מידע זה על ידי המשיב מהווה הפרת חובת סודיות הקיימת לגבי ענייניהם הפרטיים של הלקוחות - בין אם מכוח הסכם מפורש שאין בשלב זה בידיי ובין אם במשתמע מעצם טיבו של ההסכם. אולם, השאלה הצריכה לענייננו היא האם לאחר שנקבע כי חשיפת המידע תוביל לפגיעה בפרטיותם של לקוחות המשיב - מידע זה חוסה תחת חיסיון מתוקף פגיעה זו?

החיסיון

6. ישנם שלושה מועמדים שבכוחם לבסס טענת חיסיון במקרה זה: הראשון, חוק הגנת הפרטיות. השני, חיסיון רפואי. השלישי, חיסיון חדש פרי הפסיקה. באשר לשלישי, בא כוח המשיב הודיע במהלך הדיון כי אינו טוען לכיוון זה ודי בעמדה זו לצורך הכרעה בבקשה. לנוכח הנגזרות מהטלת חיסיון, יש לנקוט בזהירות רבה טרם בית המשפט יקבע חיסיון מקום בו המחוקק נמנע מכך.

באשר לחוק הגנת הפרטיות, עיון בו מעלה כי הוא אינו דן ואינו מסדיר את סוגיית גישתה של המשטרה, במסגרת חקירה והליך משפטי, לחומרים מעין אלו. החוק אמנם חל על המדינה (ראו סעיף 24 לחוק הגנת הפרטיות), אך מנגד

המשטרה ועובדים מטעמה לא יישאו באחריות לפי חוק זה בגין פגיעה שנעשתה "באופן סביר במסגרת תפקידם ולשם מילוי" או במקרים בהם הפגיעה נעשתה בנסיבות בהן "הייתה מוטלת על הפוגע חובה חוקית, מוסרית, חברתית או מקצועית לעשותה" (ראו סעיפים 18(2)(ב) ו-19 לחוק הגנת הפרטיות). עינינו הרואות כי אין בסעיפים אלו התייחסות לעניין זכות העיון במסמכים כגון דא. לפיכך, חיסיון מעין זה אינו מעוגן בו. בהקשר זה יוער כי המסמכים נלקחו ממושרדי החברה לאחר שהוצא צו חיפוש כדין ולא כתוצאה ממסירת המידע באופן וולונטרי על ידי המשיב.

לא למותר לציין כי לקביעה לפיה ישנו חיסיון על כל מידע הפוגע בפרטיות לפי חוק הגנת הפרטיות תהיינה השלכות משפטיות ומעשיות רבות מאוד. כפי שציינה באת כוח המבקשת, ככלל צו חיפוש פוגע מטבעו בפרטיות האדם אשר נזכרים בחפציו האישיים. כך גם כאשר נדרשים במסגרת חקירה לקרוא יומנים אישיים של קרבנות עבירה או חשודים. סבורני כי אף מבחינה נורמטיבית לא ניתן להסיק מחוק הגנת הפרטיות באופן אוטומטי קיומו של חיסיון. הכרה גורפת שכזו תהפוך את החיסיון, מהחריג לכלל של גילוי ראיות בשל האינטרס הציבורי שבחקר האמת ובשמירה על הסדר הציבורי באמצעות נקיטת הליכים משפטיים כנגד אנשים העוברים על החוק - לכלל.

יתרה מזאת, יוער כי בחוק האימוץ, בחוק ההסכמים ובחוקים אחרים המסדירים דרכים שונות להקניית הורות בדין הישראלי, ישנם איסורים פליליים שונים. כך למשל, כאמור, חוק האימוץ אוסר על מסירה פרטית שלא לפי הוראות החוק (סעיף 33 לחוק האימוץ) וחוק ההסכמים אוסר על ביצוע הליך או מסירת יילוד שלא בהתאם להוראותיו (סעיף 19 לחוק ההסכמים). חוקים אלו, מטבעם, עניינם באופן מובנה במידע רגיש ואישי באשר לאנשים המבקשים לפעול על פיהם. קביעה גורפת כי קיים חיסיון על מידע בדבר פוריות אנשים המבקשים להיהפך להורים באמצעות אם נושאת או תרומת חומר גנטי, או למשל חיסיון על אופן אימוצו של קטין והמניעים למסירתו לאימוץ - משמעותה הכבדה ממשית על רשויות החקירה מלבדוק חשדות בדבר הפרת חוקים אלה, עד לכדי אינום של איסורים אלו בשל הקשיים בחקירתם ללא המידע הנחוץ.

7. אגב, באופן דומה אין ללמוד על חיסיון המידע הרלוונטי מחובות הסודיות הקיימות בחוקים השונים בתחום ההורות, כגון תקנה 8 לתקנות הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (רישום בפנקס), התשנ"ח-1998, סעיפים 28כט, 28לב ו-34א) לחוק האימוץ וסעיפים 38 ו-40 לחוק תרומת ביציות, התש"ע-2010. חובות סודיות אלו חלות כלפי אנשים פרטיים החפצים במידע או בעמותות, ואף נקבע למשל בסעיף 38 לחוק תרומת ביציות כי "לא יגלה אותו לאחר... אלא לפי הוראות חוק זה או על פי צו של בית משפט" (ההדגשה לא במקור).

בעניין זה הפנה בית המשפט המחוזי בהחלטתו להצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד)(תיקון מס' 2), התשע"ד-2014, ה"ח 886. סעיף 17יז להצעת החוק קובע כי:

"... חברת תיווך מוכרת, וכן בעליה, מנהליה, עובדיה או מי שפועל מטעמה, לא ימסרו ולא יגלו כל מידע או מסמך אשר הגיעו אליהם בקשר לפעילות החברה בעניין הליכים לנשיאת עוברים מחוץ לישראל, אלא למי שמוסמך לקבל את המידע או את המסמך לשם ביצוע תפקידיו לפי הוראות כל דין ולשם ביצוע ההליך".

ברם אף לפי הצעת החוק, חיסיון שכזה יחול רק כלפי חברות תיווך מורשות, הפועלות לפי הוראות החוק, קרי לרבות לפי סעיף 19 להצעת החוק המחייב זיקה גנטית. כמו כן, יודגש כי סעיף זה הוא רלוונטי ככל שההליך האמור יסווג כפונדקאות חו"ל ולא כהליך אימוץ, סיווג שיידון בהמשך.

8. באשר לתחולת החיסיון הרפואי על המקרה, סעיף 49 לפקודת הראיות מהווה את המסגרת הנורמטיבית לכך, וזוהי לשונו:

"רופא אינו חייב למסור ראייה על דבר הנוגע לאדם שנזקק לשירותו והדבר הגיע אליו תוך עבודתו כרופא והוא מן הדברים שלפי טיבם נמסרים לרופא בדרך כלל מתוך אמון שישמרם בסוד, אלא אם ויתר האדם על החיסיון או שמצא בית המשפט כי הצורך לגלות את הראייה לשם עשיית צדק עדיף מן הענין שיש לא לגלותה; והוא הדין באדם שאגב עבודתו בשירות הרופא או בשירותו של מוסד רפואי או בצוות המקצועי העובד עם הרופא, תוך טיפול בחולים, הגיע אליו דבר שנמסר לרופא" (ההדגשה לא במקור).

אין חולק כי המשיב אינו רופא ואינו עובד בשירות רופא או בשירותו של מוסד רפואי. עולה אם כן, השאלה האם חלקו של המשיב בשרשרת הטיפול והבאתם של הילדים לעולם בהליך הפרייה רפואית מהווה עבודה "בצוות המקצועי העובד עם הרופא". בסוגייה נקודתית זו תוצגנה עמדות הצדדים: לגישת המשיב, מדובר במידע שנמסר לו על ידי לקוחותיו, כדי שזה יועבר לגורמים הרפואיים הרלוונטיים ומתוקף עבודת התיווך שעשה, שכללה מגעים עם מרפאות שונות ובנקי זרע וביציות. לעמדת המבקשת, מדובר בהרחבה לא ראויה של המונח, משום שהחיסיון נועד להגן אך מפני המידע אותו אדם מוסר לרופאו לצורך טיפול רפואי, ולא כאשר מדובר בשרשרת מסועפת הכוללת אנשים שאינם רופאים או שאינם עובדים ישירות עם רופאים ומטפלים בחולים. הצדדים התייחסו גם לתכלית החיסיון הרפואי - לאפשר לאדם לדבר באופן חופשי עם רופאיו, לרבות בעניינים האינטימיים ביותר, מבלי לחשוש פן הרופא יגלה מידע זה לאחרים (בג"ץ 447/72 ישמחוביץ נ' ברוך, פ"ד כז(2) 253, 264 (1973)). לטענת בא כוח המשיב המקרה דנא תואם רציונל זה, משום שבכך לא יירתעו אנשים הסובלים מבעיות פוריות מלפנות לדרכי הולדה שונות, כגון פונדקאות חו"ל. מנגד, לעמדת באת כוח המבקשת מדובר בחברת תיווך פרטית, לא מאושרת, שלקוחותיה אינם נדרשים לפרט על אודות קשיי הפוריות שלהם. החברה מספקת שירותי תיווך, ולשם כך הגורמים הרפואיים לא זקוקים למידע רפואי אודות הלקוחות, אלא רק לדעת איזה הליך הם מתבקשים לבצע.

דעתי היא כי המקרה דנא אינו נכנס בגדר החיסיון הרפואי. מבחינה פרשנית, לשונית ותכליתית, קשה לקבוע שעיסוקו של המשיב עולה בגדר "צוות מקצועי העובד עם הרופא". יהיה זה מלאכותי להשוות את המשיב בעניין זה לגורמים אחרים כגון אחיות, סטאז'רים או קרימינולוג קליני העובד בבית חולים פסיכיאטרי והתבקש על ידי פסיכיאטר לבצע ראיון פסיכיאטרי (ביחס לדוגמה האחרונה ראו: ע"פ 8974/07 לין נ' מדינת ישראל (3.11.2010)). על פי מהותה של עבודת המשיב, מנהל חברת תיווך, לא עולה שהוא חלק מצוות מקצועי העובד עם הרופא. הגדרה זו אינה כוללת כל גורם אשר בא במגע עם רופא במסגרת עבודתו. באורח כללי, המונח "בצוות המקצועי העובד עם הרופא" מתאר גורם שמהווה במובן מסוים את ידו הארוכה של הרופא במסגרת עבודתו, דהיינו מעין כלי עזר עבורו. במקרה שלפניי אף ניתן לומר כי בפועל הרופאים מהווים מעין כלי עזר לעבודת המשיב. בנוסף, לא בכדי המונח כולל את המילה "מקצועי". זאת בנבדל מגורם שעל אף שעובד עם הרופא, הוא אינו מקצועי. בענייננו נראה כי המשיב אינו עונה על שתי הדרישות המצויות בתיבה "צוות מקצועי". ניתוח זה תומך במסקנה כי אין לסווג את עבודתו של המשיב ככזו החוסה תחת החיסיון הרפואי גם מבחינה תכליתית של חיסיון זה. כך עולה בבירור מהתנאים אשר קבע המחוקק בסעיף 49 לפקודת הראיות.

אכן, ייתכנו מקרי גבול. במסגרת ערר זה אין צורך ואין זה רצוי להביע עמדה לגבי מלוא קשת המקרים האפשריים, ובוודאי לא לגבי מקרים עתידיים השונים בנסיבותיהם או באשר להצעת החוק האמורה, שכאמור צפויה לחול על חברות דומות במהותן לחברה של המשיב. נסתפק במסקנה שעל פי התמונה שהוצגה, חיסיון רפואי אינו חל

על המסמכים הרלוונטיים שהגיעו לידי המשיב במסגרת עבודתו.

## פליליות המעשה

9. אף אם אין מקור בדין המאפשר לסווג את החומר כחוסה תחת חיסיון - כחלק מהליך החקירה, פליליות המעשה עדיין עשויה להיות רלוונטית. טול מקרה בו עולה במובהק כי החקירה אינה עוסקת בעבירה פלילית והיא מלווה בפגיעה בפרטיותם של צדדים שלישיים. אמנם, שופט בית משפט השלום אינו משמש כשופט חוקר המוכר היטב בשיטות משפטיות אחרות, אשר רשאי להורות על חקירה או על הפסקתה. ואולם, היה וניתן להגיע למסקנה בשלב זה כי המעשים נטולים ממד פלילי, כי אז עמדת המשיב - לפיה אין מקום לאפשר למשטרה לעיין במסמכים - תתחזק. לכן אדרש במסגרת בקשה זו לשאלה באשר לפליליות המעשה המיוחס למשיב. הכוונה בהקשר זה איננה לבדוק את טיב הראיות המבססות את החשד כנגד המשיב, אלא את העבירה מושא החשד בהנחה שהראיות בנמצא. קרי, האם קיים פוטנציאל פליליות במעשיהם של המשיב ולקוחותיו אשר הביאו לעולם צאצאים ללא קשר גנטי ומחזיקים בהם בישראל.

באשר לפליליות המעשה, מסקנתי היא טנטטיבית ונכונה לשלב זה. בא כוח המשיב, עוה"ד פרופ' קנת מן, היטיב לעורר שאלות מכל עבר בסוגייה זו. השאלה שעומדת לפניי מתייחסת לשלב החקירה. מסקנה שמכירה בפוטנציאל הפלילי במעשיו של המשיב וחלק מלקוחותיו אינה מחייבת לגבי שלבים שונים של המשפט, אם יתקיימו, כגון בקשה למעצר, אין להשיב לאשמה או הכרעת הדין. כפי שהרף הראייתי להוכחת העבירה נמוך יותר בשלב זה ביחס לשלבים אחרים - כך גם הרף לביסוס פליליות המעשה. מצויים אנו בשלב מקדמי מאוד בהליך הפלילי. החקירה לא רק דורשת את בחינת העושה, אלא לעתים גם את בחינת המעשה. זהו מצב לגיטימי. חקירה משטרית כשמה כן היא. לנוכח האמור, מצאתי כי אין זה מקרה שבאופן מובהק ניתן לשלול את פליליותו בשלב זה.

בא כוח המשיב שם דגש על כך שחוק ההסכמים אינו מסדיר הליך פונדקאות המתבצע בחו"ל. לכן, לגישתו חוק זה אינו חל על המקרה וביצוע הליך פונדקאות חו"ל שלא לפי הוראות חוק ההסכמים אינו מהווה עבירה פלילית לפי החוק הישראלי. על פי גישה זו, יש לסווג את המעשה תחת הכותרת "פונדקאות חו"ל". מנגד, באת כוח המדינה, עו"ד הילה גורני, טענה בטוב טעם כי חוק האימוץ הוא שעומד בלב המקרה. עמדה זו היא בעלת משקל רב משום שחוק האימוץ מסדיר הליך אימוץ מדינתי ובין-מדינתי ואוסר על מסירה פרטית שלא לפי הוראות חוק זה (סעיף 33 לחוק האימוץ). לפיכך ייתכן שהמשיב עבר על החוק.

טענות הצדדים מחדדות את המחלוקת המשפטית. ניתן לומר כי מדובר במקרה מורכב שאינו "קלאסי" או מוכר. מצד אחד, עולה מדגשי הסנגור כי קיימים בהליכים שבוצעו יסודות המושכים אל עבר סיווג ההליך כהליך פונדקאות חו"ל, כגון עצם יצירת התינוק על ידי מי שמבקש להיות ההורה ושימוש באם נושאת. מן העבר האחר, התובעת מעלה על נס את העובדה כי בין המבקשים להיות הורים לבין התינוק אין קשר גנטי. קשר זה נדרש לפי חוק ההסכמים בהליך של פונדקאות ישראלית ואף יידרש בעתיד בפונדקאות חו"ל ככל שהצעת החוק התלויה ועומדת תתקבל. פסק הדין בעניין ממט (בג"ץ 566/11 ממט מגד נ' משרד הפנים (28.1.2014)), שניתן לאחר שנפתחה החקירה כנגד המשיב בתיק זה, אף קבע כי לעניין הקניית מעמד ליילוד כילדם של הוריו הישראלים בהליך של פונדקאות חו"ל יש להוכיח זיקה גנטית לאחד מהוריו.

אם זוהי המחלוקת בין הצדדים, הקו נוטה לטובת המדינה בשלב זה. ראשית, אין לשלול במסגרת החקירה את

הקו המשפטי שיוצג על ידה. שנית, על מנת לסווג הליכים מורכבים וחדושים מעין אלו, יש להידרש למידע מספק באשר לאופן ביצועם של ההליכים הקונקרטיים. כך למשל, איך התנהלו המגעים בין המשיב לבין לקוחותיו, מה טיב ההסכמים עליהם חתמו הצדדים ומהם תנאיהם. כמו כן ייתכן שיש חשיבות לדרך ניהול הדברים בארצות הברית. ייתכן אף שאין לצבוע את כל המקרים באותו הצבע. כך לדוגמה ייתכן ויתגלה בעקבות העיון במסמכים כי האם הנושאת בחלק מן המקרים אף הייתה האם הגנטית. אין בכך לקבוע כל עמדה באשר לחשיבותן של תוצאות הבירור. העיקר הוא כי נדמה שבחינת תוכן המסמכים היא חיונית לבדיקת העניין ועשויה לעצב את החקירה ואף את עמדת המדינה בעקבותיה. יש לזכור שמעשיו של המשיב עדיין אינם ברורים דיים, אלא רק ידועה העובדה, שאינה שנויה במחלוקת, כי במספר מקרים תיווך המשיב ליצירת תינוקות ומסירתם להורים שלהם אין זיקה גנטית ליילוד.

ועדיין לא מיצינו את מורכבות העניין. הקושי בגיבוש המסקנה המשפטית ממשיך ועשוי להחריף. מניעת גישה של המבקשת לשמות לקוחותיו של המשיב, וכפועל יוצא חסימת האפשרות לאתר את אותם לקוחות הנעדרים קשר גנטי לילדיהם, לא מאפשרת לרשויות החקירה לבחון את פסקי הדין האמריקאים שניתנו בעניינם. כך גם ביחס לנסיבות רישומם של הלקוחות כהורי התינוקות, על אף הנוהל המחייב קשר גנטי לשם הקניית מעמד לתינוקות שנולדו מחוץ לישראל. באת כוח המבקשת סבורה כי ייתכן שבדיקה מעמיקה של פסקי הדין בעניינם יוביל למסקנה כי אלו ניתנו על בסיס מידע מוטעה, ובכך תיוחס למעורבים עבירה של קבלת דבר במרמה. בנוסף, המקרה דנא מעלה שאלות בדבר היחס שבין פסקי הדין שניתנו בארצות הברית לבין הדין הישראלי ואופן קליטתם של פסקי דין אלו. מדובר בסוגייה משפטית מורכבת נוספת, אשר על מנת להכריע בה נדרשים נתונים נוספים ובחינה מעמיקה הן במסגרת החקירה והן בשלב ההליך המשפטי העיקרי בתיק, באם החקירה תוביל להגשת כתבי אישום ולהליך משפטי.

לסיכום, מצאתי כי בשלב זה קיים לכאורה יסוד פלילי במעשים האמורים. יסוד זה מצדיק את עמדת המדינה כי זכותה לקבל את החומר על מנת להמשיך בחקירה. חקירה זו תוכל למצות את עצמה רק לאחר עיון במסמכים, קבלת שמות הלקוחות הרלוונטיים ובירור אופן התנהלות ההליך בישראל, בארצות הברית ובמדינות אחרות ככל שהחקירה תעלה כאלו. ייתכן שחקירה זו תחזק או תפריך את החשדות, אך לעת עתה יש להכיר בנחיצותה.

אופן הטיפול בחומרים

10. המסקנה לפיה יש להתיר את העיון - שאלת האם, מפנה את הזרקור לדרך שבה יתבצע העיון - שאלת האיך. עסקינן כאמור בחומרים רגישים הכוללים מידע אישי. חשיפתם עלולה להוביל לפגיעה קשה בפרטיות הלקוחות, ביניהם אנשים שיתכן ופנו למשיב על מנת שיתווך בהליך פונדקאות חו"ל בו יש בינם לבין ילדיהם זיקה גנטית. כמו כן תתכן פגיעה קשה בילדי הלקוחות. כך או כך, וביחס לכל המקרים, נכון להקפיד כי פרטיות הצדדים תישמר ככל הניתן במסגרת החקירה. זאת בדומה לטיפול בחומרי חקירה רגישים אחרים. יש לוודא כי החומר יימצא במקום שמור ולא יודלף לגורמים חיצוניים.

הצדדים נחלקו אף בנקודה זו - שאלת האיך. בא כוח המשיב הציע תחילה, כאמור, כי המשיב יעביר לידי המשטרה את החומרים המצויים במשרדו לאחר השחרת שמות לקוחותיו. בצדק דחתה המדינה אפשרות זו. עם כל ההבנה לכך שהמשיב הוא בגדר נחקר בשלב זה, ובוודאי נהנה הוא מחזקת החפות - אין להתיר לו לנהל את החקירה במובן של שליטה, ולו חלקית, על אופן וקצב זרימת המידע. הוא אינו זכאי לשמש כצנזור. במהלך הדיון הבהירה באת כוח המבקשת כי השחרה זו אף אינה עולה בקנה אחד עם האפשרות כי חלק מלקוחותיו עשויים להיהפך לחשודים



אפשרות נוספת שהועלתה על ידו היא כי כל החומר יועבר לפני שופט בית משפט השלום, אשר יחליט בעניין תוך בדיקה פרטנית של המסמכים השונים. הקושי בהצעה זו, על אף יתרונותיה, הוא כי היא אינה תואמת את מבנה "חלוקת המסגרות" על פי הדין. לאמור: בחקירות רבות ומגוונות ישנו חומר שנוגע לצדדים שלישיים כגון יומנים של מתלוננות בעבירות מין. כך גם לגבי האזנות סתר לחשודים בהיקף נרחב, של כמאות שעות. קביעה לפיה בית המשפט הוא שיעשה את מלאכת הסינון הראשונית, בנבדל מהפיקוח השיפוטי בהליכים המתאימים, מטשטשת את חלוקת העבודה הראויה בין בית המשפט לבין גופי החקירה והתביעה. היא עשויה גם להוסיף עומס של ממש על כתפיהם של שופטי בית משפט השלום שעמוסים עד מאוד גם בהליכים הקשורים לשלב החקירה - האזנות סתר, מעצרים, צווי חיפוש ועוד. אף אין עיגון בדין הקיים להצעה מעין זו.

באת כוח המבקשת הודיעה במהלך הדיון כי היה והמסמכים יועברו לידי המשטרה, זו תנהג בהם ברגישות המתחייבת ומתוך הבנה כי דליפת המידע צפויה לפגוע הן בלקוחותיו שפעלו כדין והן בקטינים הנוגעים בדבר. לכן, הציעה המבקשת שימונה קצין משטרה יחיד והוא לבדו יעיין במלוא החומר, יסווג אותו ויוציא ממנו רק את התיקים הרלוונטיים, בעוד היתר יונחו בצד. אמנם במסגרת בקשה זו אין מקום להורות על מנגנון כזה, אך יש לראות בו כצעד חיובי וראוי.

## שלב ההליך

11. טרם סיום יש להדגיש כי הדיון נסוב סביב חקירה משטרית. זהו שלב מקדמי. נתון זה עובר כחוט השני בהחלטה זו על הנושאים השונים שנידונו. הוא משפיע אף על יחסי הכוחות בין הצדדים. לא בכדי טרם יורשע נאשם על התביעה להוכיח את אשמתו מעל לכל ספק סביר, ואילו המבחן הראיתי במרבית שלבי החקירה, ובפרט לעניין תפיסת חפצים, הוא קיומו של יסוד סביר בלבד (ראו סעיף 32 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969, וכן השוו לסעיף 3(א) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו-1996, ולסעיף 13 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996, המסתפקים אף הם בחשד סביר בלבד על מנת לבצע חיפוש בגופו של חשוד או לעוצרו). המשפט הישראלי מכיר את האתגרים המיוחדים שעומדים בפני המשטרה בביצוע מלאכת החקירה. קל וחומר הוא המצב בביצוע חקירה בנושא חדש. כמובן, הדין יודע להגביל היטב את המשטרה גם בשלב זה, וטוב שכך. לנחקר זכויות חוקתיות ויש לשמור עליהן בקפדנות.

ברם, יש הבדל בין שלב החקירה לבין שלב שמיעת הראיות. נקודת המוצא של שלב החקירה היא הצורך בהשלמת החסר, ואילו בשלב המשפט על המדינה להציג את ראיותיה. האינטרס הציבורי בהשלמה האמורה ובניהול חקירה יעילה היורדת לשורש האמת רב הוא. מצב זה משליך על החירות היחסית של המשטרה לחקור, לעיין בחומר ולברר לעתים יש מאין מהי התשתית העובדתית והפליליות הטמונה בה. העניין הודגש משום שהתוצאה אליה הגעתי שזורה בשלב של ההליך הפלילי בו אנו מצויים.

12. הערר מתקבל. הנני מורה על ביטול החלטת בית המשפט המחוזי ותחת זאת קובע כי חומרי החקירה שנתפסו במשרדו של המשיב יועברו אל המשטרה, אשר רשאית לעיין בהם ולעשות בהם שימוש על פי דין לצרכי החקירה. רשמתי את עמדת באת כוח המדינה באשר לדרך בה החומר יטופל על ידי המשטרה.

ניתנה היום, י"ג בחשון התשע"ה (6.11.2014).

שׁוֹפֵט

---