

בבית המשפט העליון בירושלים

בש"פ 7995/05

בפני: כבוד השופטת ד' ביניש

העורר: מרדכי להב

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל

ערר על החלטת בית המשפט המחוזי בנצרת מיום 1.8.05 בתיק ב"ש 1745/05 שניתן על ידי כבוד השופט נ' ממן

תאריך הישיבה: כ"ו באב התשס"ה (31.8.2005)

בשם העורר: עו"ד משה מרוז, עו"ד שירה מרוז

בשם המשיבה: עו"ד תמר פרוש

החלטה

בפניי ערר לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן: החסד"פ) על החלטת בית המשפט המחוזי בנצרת (השופט נ' ממן) אשר קיבל באופן חלקי את בקשת באי-כוח העורר והורה למסור לידיהם חלק מהחומר שנאסף על ידי המשטרה, תוך דחיית בקשתם למסור לידיהם את מלוא החומר שנאסף.

הרקע העובדתי וההליך בבית המשפט המחוזי

1. נגד העורר הוגש כתב אישום הכולל 3 אישומים. יצוין, כי חומר הראיות שגילוייו התבקש במסגרת הערר קשור בעיקר לאישום הראשון מבין השלושה. על פי האישום הראשון, בין העורר, יליד 1965, לבין המתלוננת, קטינה ילידת 1990, נוצרה היכרות דרך האינטרנט. העורר והמתלוננת שוחחו באמצעות האינטרנט ולאחר מכן גם באמצעות הטלפון. ביום 15.10.03 נפגשו העורר והמתלוננת לראשונה ועל פי הנטען

בכתב האישום, העורר הורה למתלוננת לעסות את איבר מינו והיא עשתה כן עד שהגיע לסיפוק. למחרת, כך נטען, הגיע העורר למקום מגוריה של המתלוננת והיא הכניסה אותו לחדרה. על פי הנטען, כפה העורר על המתלוננת לקיים עימו יחסי מין אנאליים וכן כפה עליה לבצע בו מין אוראלי. בגין מעשים אלה הואשם העורר בביצוע מעשה סדום בקטינה שטרם מלאו לה 14 שנים, שלא בהסכמתה החופשית, וכן בביצוע מעשה מגונה בקטינה. שני האישומים האחרים שיוחסו לעורר עסקו במערכות יחסים מיניות שניהל העורר עם שני קטינים שונים ואשר במסגרתן ביצע בקטינים, על פי הנטען, מעשי סדום ומעשים מגונים.

2. בעת שנחקרו פרטי האישום הראשון התברר למשטרה כי שיחותיהם הראשונות של העורר והמתלוננת נערכו דרך האינטרנט וכי הקשר ביניהם נוצר באמצעות תוכנת ה-ICQ. לפיכך, המחשב שהיה מצוי בביתה של המתלוננת נתפס והועבר לידי של חוקר מחשב מיומן במשטרת ישראל לצורך הוצאת כל החומר הרלוונטי לחקירה. יצוין, כי גם מחשבו של העורר נתפס ונבדק. לאחר שהסתיימה החקירה הועבר כל החומר שנמצא לפרקליטות. הפרקליטות מצידה העבירה את החומר אשר סברה כי הוא רלוונטי לידי סניגוריו של העורר.

סניגוריו של העורר לא היו מוכנים להסתפק בחומר שהועבר אליהם ועל כן פנו לבית המשפט המחוזי בבקשה לעיין בחומר הראיות המלא שבידי התביעה. בקשת סניגוריו של העורר היתה שיועבר לידיהם הדיסק השלם אליו העתיק חוקר המשטרה את כל שיחותיה של המתלוננת בתוכנת ה-ICQ. טענתם העיקרית של הסניגורים היתה כי כל השיחות שערכה המתלוננת הן בגדר "חומר חקירה" שכן משיחותיה עם אחרים ניתן ללמוד על יחסה של המתלוננת לעורר ועל רגשותיה ביחס לארועים המתוארים בכתב האישום. כן טענו הסניגורים, כי המתלוננת היא זו שיצרה קשר עם העורר וכי תיעוד מלוא השיחות נדרש על מנת להוכיח כי המתלוננת יצרה בעבר קשר מיני דרך האינטרנט עם גברים מבוגרים נוספים.

3. לאחר שהוגשה בקשת הסניגורים לעיין בחומר החקירה ערך בית המשפט המחוזי דיון בבקשה במעמד שני הצדדים ובו השמיע כל צד את טענותיו המשפטיות. לאחר מכן, ערך בית המשפט המחוזי דיון במעמד צד אחד בנוכחות באתר התביעה ואיש המשטרה גלעד האן, אשר שימש כחוקר המחשב המשטרתי בפרשה. בדיון זה הוצגה בפני בית המשפט שיטת החיפוש בה השתמש החוקר וכן הוצג החומר שנמצא בחיפוש שנערך במחשב ולא נמסר לסניגוריה. בתום הדיון הראשוני הורה בית המשפט

המחוזי לתובעת ולחוקר המשטרה לערוך חיפוש נוסף במחשב תוך הרחבת הקריטריונים לפיהם בוצע החיפוש ולבחון פעם נוספת את מלוא החומר, על מנת למצוא אם קיים בו תיעוד לשיחות נוספות הרלוונטיות לאישום. בעקבות הנחיית בית המשפט הדפיסה באתר-כוח התביעה את כל השיחות שערכה המתלוננת בתוכנת ה-ICQ ואשר תועדו במחשב שנתפס ובדקה שוב אם יש חומר רלוונטי נוסף שראוי להעבירו לסניגוריה. בית המשפט אף הוא ערך עיון מדוקדק בחומר ובסופו של דבר הורה על מסירת תיעוד של מספר שיחות נוספות, אותן פרט בהחלטתו, לידי הסניגורים. השיחות שלא נמסרו לסניגורים בתום ההליך היו משני סוגים: הסוג הראשון הוא שיחות אותן ערכה המתלוננת עם אנשים אחרים בתקופה שלפני היכרותה עם העורר והסוג השני הוא שיחות שערכה המתלוננת עם אחרים לאחר הארועים המתוארים בכתב האישום ואשר בהן לא הוזכר העורר או דבר מה אחר הקשור לארוע המתואר בכתב האישום.

טענות הצדדים והשתלשלות העניינים בערר

4. על החלטת בית המשפט המחוזי הוגש הערר שבפניי. בערר זה ביקשו באי-כוח העורר כי יועבר לידיהם התיעוד המלא של כל שיחות המתלוננת שנערכו באמצעות תוכנת ה-ICQ בהדגישם שלושה מאפיינים של השיחות המבוקשות: ראשית, באי-כוח העורר ביקשו לקבל את כל שיחותיה של המתלוננת עם העורר עצמו, בין שנערכו לפני הארוע הנטען בכתב האישום ובין אם נערכו אחריו; שנית, ביקשו באי-כוח העורר לקבל שיחות של המתלוננת עם אנשים אחרים בהן הוזכר העורר או היתה התייחסות כלשהי לארוע הנטען; ושלישית, באי-כוח העורר ביקשו לקבל שיחות של המתלוננת עם אנשים אחרים מהן ניתן לכאורה להסיק על מערכות יחסים שניהלה המתלוננת עם גברים אחרים. באי-כוח העורר טענו כי שיחות הנושאות את המאפיינים הנזכרים לעיל הן בגדר "חומר חקירה" שכן הן נוגעות לארוע בפרט ולאורח חייה של המתלוננת בכלל ועל כן על התביעה למסור אותן לידי ההגנה. עוד הוסיפו באי-כוח העורר וטענו, כי משבחרה המתלוננת לנהל את שיחותיה ברשת האינטרנט היא וויתרה בכך על פרטיות השיחות שכן שיחות אלה, לטענתם, חשופות לכל משתמש.

5. טענה נוספת שהעלו באי-כוח העורר נגעה להליך שהתנהל בבית המשפט המחוזי. לטענתם, שגה בית המשפט המחוזי בכך שערך דיון במעמד התביעה בלבד שכן דיון במעמד צד אחד ניתן לערוך רק בעתירה לגילוי ראיה חסויה לפי סעיף 46 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות) ולא כאשר הבקשה היא לפי סעיף 74 לחסד"פ, כבמקרה דנן.

ייאמר מיד כי דין טענה אחרונה זו להידחות. על אף שמדובר בשתי מערכות דינים נפרדות הרי שהרציונל המונח ביסוד כללי הדיון הקבועים בסעיף 46 לפקודת הראיות מתקיים גם כאשר נערך דיון לפי סעיף 74 לחסד"פ. בשני המקרים מדובר, בדרך כלל, במידע המצוי בידי המדינה והיא מבקשת שלא לחשוף אותו בשל אינטרס ציבורי מוגן. הנימוק בסעיפים 44,45 לפקודת הראיות לאי-חשיפת החומר הוא החיסיון החל עליו מכוח תעודת החיסיון שהוצאה בעניינו בשל אינטרס בטחוני או ציבורי אחר. לעומת זאת, הנימוק לאי-מסירת החומר בדיון לפי סעיף 74 לחסד"פ הוא כפול: ראשית, מבוסס הוא על כך שאין מדובר כלל ב"חומר חקירה" שכן, אין הוא רלוונטי למשפט ומסירתו עלולה לסרב את ההליכים ושנית, לעתים בחשיפתו ובמסירתו של החומר ייפגעו אינטרסים וזכויות מוגנות אחרות, כגון הזכות לפרטיות של נפגע העבירה. השוני בנימוק לאי-חשיפת החומר אינו רלוונטי לאופן בו ינוהל הדיון בבקשה לגילוי החומר שכן בשני המקרים על התביעה להסביר מדוע אין למסור את החומר המבוקש ובשני המקרים רשאי בית המשפט לעיין בחומר כדי להכריע בשאלה. אכן, בסעיף 46 לפקודת הראיות נאמר במפורש כי בית המשפט רשאי לעיין בראיה החסויה ולקבל הסברים בעניינה "אף בהעדר יתר בעלי הדין" בעוד שבסעיף 74 לחסד"פ לא נקבעו סדרי דין ברורים אך, עם זאת, בסעיף 74(ד) נקבעה הוראה שמשמעותה דומה ולפיה, "בעת הדיון בבקשה לעיון בחומר חקירה יעמיד התובע את החומר שבמחלוקת לעיונו של בית המשפט בלבד" (ההדגשה שלי – ד.ב.). מניסוח זה עולה בבירור סמכותו של בית המשפט לעיין בחומר במעמד צד אחד ומיותר לציין שגם לקבל הסברים אודותיו (ראו: פ"פ 3447/96 מדינת ישראל נ' אזולאי, פ"ד נ(3) 309, 320). יתרה מזאת, ברי כי תכלית ההליך לפי סעיף 74 לחסד"פ, בו מכריע בית המשפט בשאלה אם קיימת חובה לחשוף חומר ולמסרו לנאשם, תסוכל אם יתקיים הדיון במעמד שני הצדדים. לנוכח האמור לעיל, ניתן לסכם ולומר כי בית המשפט המחוזי פעל כדין כאשר עיין בחומר במעמד צד אחד ודין טענת בא-כוח העורר בענין זה להידחות.

6. בתשובה לטענות שהעלו באי-כוח העורר מסרה באת-כוח המשיבה בעת הדיון בפניי דיווח מפורט של הפעולות שבוצעו ביחס לאיסוף החומר מתוך המחשב של המתלוננת. באת-כוח המשיבה הסבירה כי במחשב של המתלוננת נמצאו שתי גרסאות של תוכנת ה-ICQ: גרסה מוקדמת משנת 2001 וגרסה מאוחרת משנת 2003. בתוכנה של שנת 2001 נמצאו שיחות של המתלוננת עם אנשים אחרים שנערכו זמן רב לפני שהמתלוננת הכירה את העורר. בתוכנה של שנת 2003 נמצאו שיחות שערכה המתלוננת

בתקופה הסמוכה למועד הארוע הנטען. על רקע חלוקה זו התייחסה באת-כוח המשיבה לשלושת סוגי השיחות אותם ביקשו לקבל באי-כוח העורר.

באשר לשיחות עם העורר עצמו ציינה באת-כוח המשיבה כי כל תיעוד שנמצא לשיחות אלה נמסר לסניגורים וכי לא נמצא במחשב תיעוד לשיחות נוספות שנערכו לכאורה בין המתלוננת לעורר בתקופה שבה הכירו, דהיינו בסמוך לחודש אוקטובר 2003. באת-כוח המשיבה הסבירה כי להעדר התיעוד של שיחות נוספות בתקופה הרלוונטית קיימים מספר הסברים אפשריים. ייתכן, כי בשל האופן בו הוגדרו כללי התיעוד בתוכנת ה-ICQ לא נשמרו שיחות אלה מלכתחילה וייתכן, כי שיחות אלה נמחקו בדיעבד. מכל מקום, באת-כוח המשיבה הדגישה כי השיחה היחידה עם העורר שתיעודה נשמר במחשב של המתלוננת היא מתאריך המאוחר לתאריך הגשת התלונה במשטרה וכאמור, תיעוד של שיחה זו נמסר לסניגורים. כן הוסיפה וציינה באת-כוח המשיבה כי גם במחשבו של העורר, אשר גם הוא נתפס ונערך בו חיפוש, לא נמצא תיעוד לשיחות קודמות המתייחסות לתקופה הרלוונטית, בין משום שלא נשמרו ובין משום שנמחקו בדיעבד.

באשר לסוג השני – שיחות שערכה המתלוננת עם אחרים ואשר מתייחסות לעורר או לארוע – ציינה באת-כוח המשיבה כי הן התובעת בתיק והן בית המשפט המחוזי בחנו את מלוא תיעוד השיחות שנערכו באמצעות התוכנה בגרסתה המאוחרת, דהיינו בסמוך למועד הארוע, וכל שיחה שהיתה עשויה להיחשב, אפילו באופן עקיף, רלוונטית לארוע הוצאה ונמסרה לסניגורים.

באשר לסוג השלישי – שיחות של המתלוננת עם אנשים אחרים בנושאים שאינם קשורים לארוע או לעורר – הרי שבענין זה טענה באת-כוח המשיבה כי אין להעביר תוכן שיחות אלה לסניגור שכן אין מדובר ב"חומר חקירה". כן נטען, כי העברת שיחות אלה תפגע פגיעה אנושה בפרטיותה של המתלוננת. באת-כוח המשיבה טענה כי אפילו ניתן למצוא בשיחות אלה רמזים לכך שעובר לארוע הנטען ניהלה המתלוננת מערכות יחסים דומות עם גברים מבוגרים אחרים הרי שעדיין אין לכך כל קשר ענייני לכתב האישום הנוכחי ואין בכך כדי לסייע בהגנתו של העורר. בתשובה לטענת הסניגורים לפיה המתלוננת וויתרה על פרטיותה בכך שבחרה לנהל את השיחות באמצעות האינטרנט ענתה באת-כוח המשיבה כי אין הדבר נכון מבחינה טכנית שכן השיחות שערכה המתלוננת נערכו תחת חשבון פרטי בתוכנת ה-ICQ והתיעוד של השיחות חסום בפני מי שאין לו גישה לחשבון.

7. בעת הדיון בפניי, ולאחר ששמעו את הסבריה המפורטים של באת-כוח המשיבה, העלו באי-כוח העורר טענה נוספת לפיה, אין לקבל את הטענה בדבר העדר האפשרות למצוא תיעוד נוסף במחשב של המתלוננת לשיחות שערכה בתקופה הסמוכה לארוע הנטען, ובמיוחד שיחות עם העורר. לפיכך, ועל מנת להסיר ספק בענין זה, הוריתי למשיבה להמציא תצהיר התומך בטענה זו מטעם חוקר המחשבים שביצע את החיפוש במחשב של המתלוננת. תצהיר זה הוגש ביום 8.9.05 ובו הצהיר החוקר גלעד האן שאין באפשרותו למצוא תיעוד נוסף, מעבר למה שנמצא, לשיחות שערכה המתלוננת עם העורר או עם אחרים בקשר לעורר או בקשר לארוע הנטען. עוד נמסר בתצהיר כי בחודשים שקדמו לארוע הנטען נמצא תיעוד של כ-18 שיחות בלבד אולם רק ב-9 מתוכן קיים תוכן כלשהו.

לנוכח האמור בתצהיר החוקר בדבר קיומן של 9 שיחות בעלות תוכן בתקופה שלפני הארוע הוריתי למשיבה להגיש הודעה משלימה בה יפורט סוג השיחות שנמצאו ואם יש מניעה למוסרן לידי הסניגורים. בהודעה שהוגשה ביום 19.9.05 נטען כי מתוך 9 השיחות הנדונות, 4 הועברו לידי הסניגורים, ואילו שאר השיחות הן שיחות שאינן רלוונטיות לארוע נשוא כתב האישום ועל כן אין למוסרן לידי הסניגוריה. בהודעה הודגש כי כל השיחות הללו הועברו גם לעיונו של בית המשפט המחוזי במסגרת ההליך שהתנהל בפניו. להודעה צורף התיעוד המלא של 9 השיחות.

8. ביום 20.9.05 הוגשה בקשה להוספת טיעון מטעם העורר. מבקשה זו עולה, כי באי-כוח העורר אינם עומדים עוד על טענתם שניתן למצוא תיעוד של שיחות נוספות במחשב של המתלוננת ועתה הם מבקשים כי השיחות שנערכו בין המתלוננת לעורר ישוחזרו מתוך מחשבו של העורר. על פי הנטען בבקשה, העורר לא מחק את השיחות שערך עם המתלוננת.

דיון

9. בראשית הדברים יש להתייחס לבקשתם האחרונה של באי-כוח העורר. בקשה זו הינה תמוהה בעיני. בדיון שנערך בפניי הסבירה באת-כוח המשיבה כי גם מחשבו של העורר נתפס ונבדק וכי לא נמצא במחשבו תיעוד לשיחות עם המתלוננת. באי-כוח העורר טוענים כי העורר לא מחק את השיחות שערך אולם קיימת, כאמור, אפשרות שבשל הגדרות תוכנת ה-ICQ במחשבו של העורר אין תיעוד השיחות נשמר מלכתחילה. בנסיבות אלה, אין ממש בבקשת באי-כוח העורר. מכל מקום, אם העורר

סבור שביכולתו לחלץ מתוך מחשבו תיעוד של שיחות עם המתלוננת שלא נמצא על ידי המשטרה כי אז הוא רשאי כמובן לבקש כי יינתן לו לעשות כן ובטוחני כי המשיבה תאפשר לו לעשות כן.

10. באשר לאפשרות מציאתן של שיחות נוספות במחשב של המתלוננת הרי שלאחר שעיינתי בתצהירו של חוקר המחשבים נחה דעתי כי כל השיחות שניתן היה למצוא תיעוד להן במחשב של המתלוננת נמצאו וכי אין בסיס לטענת הסניגורים כי ניתן למצוא תיעוד לשיחות נוספות. מכל מקום, כאמור, מהבקשה שהוגשה מטעם הסניגורים לאחר שהוגש תצהיר החוקר, נראה כי אין הם עומדים עוד על טענתם זו.

11. נראה, איפוא, כי בעקבות ההבהרות שנמסרו במסגרת הערר צומצמה עד מאוד יריעת המחלוקת. כמפורט לעיל, המשיבה מסרה לסניגוריה את התיעוד היחיד שנמצא לשיחה שערכה המתלוננת עם העורר וכן מסרה את כל השיחות שערכה המתלוננת עם אחרים אודות העורר ואודות הארוע הנטען. בית המשפט המחוזי בחן בעצמו את כל השיחות שנערכו בתקופת הארוע הנטען ולאחר בחינה יסודית הורה אף להעביר שיחות נוספות שלא הועברו מלכתחילה. בהחלטתו ציין בית המשפט המחוזי את העבודה המקיפה והמעמיקה שנעשתה הן על ידי חוקר המשטרה והן על ידי התובעת אשר עברו על כמות חומר נכבדה ביותר כדי לדלות ממנו כל דבר שיכול לעלות כדי "חומר חקירה". בית המשפט הדגיש כי מסקנותיה של התובעת ביחס לשאלה מה ראוי למסור לסניגוריה היו כמעט זהות לחלוטין למסקנות בית המשפט. ביחס לתקופה הרלוונטית לכתב האישום נראה, איפוא, שהסניגורים קיבלו את כל החומר שבא בגדר "חומר חקירה" ואף מעבר לכך. באשר ל-9 השיחות שנערכו בתקופה שקדמה לארוע הנטען הרי שמהודעת המדינה עולה כי השיחות שהיה בהן תוכן כלשהו (שיחות 3, 4, 9 ו-11) הועברו ממילא לידיהם של הסניגורים.

המחלוקת היחידה שנותרה, איפוא, נוגעת לשיחות שערכה המתלוננת באמצעות תוכנת ה-ICQ עם אחרים החל משנת 1999 ועד ראשית שנת 2003, דהיינו, עד כעשרה חודשים לפני הארוע הנטען. כאמור, באי-כוח העורר ביקשו לקבל תיעוד שיחותיה של המתלוננת עם אחרים לפני שהמתלוננת הכירה את המבקש שכן, לטענתם, המתלוננת יזמה לפני הארוע הנטען מערכות יחסים מיניות דומות עם גברים מבוגרים אחרים. לחלק זה של הערר אפנה כעת.

12. הלכה היא, כי זכותו של הנאשם למשפט הוגן היא שיקול מכריע כאשר נבחנת בקשתו לחשיפת חומר חקירה. בפני זכות זו של הנאשם נסוגים, בדרך כלל, השיקולים הנוגדים שעניינם ההגנה על פרטיותם של העדים (בג"ץ 620/02 התובע הצבאי הראשי נ' בית הדין לערעורים, פ"ד נז(4) 625, 635). יחד עם זאת, כפי שציינו בבג"ץ 9264/04 מדינת ישראל נ' בית משפט השלום בירושלים (טרם פורסם, להלן: בג"ץ היומנים):

"בית המשפט חייב בשמירת כבודו של כל אדם, לרבות כבודו של המתלונן, העד ונפגע העבירה... וכך במיוחד כאשר מדובר בנפגעי עבירות מין ועבירות בעלות אופי מיני, שעצם חשיפתן והצורך להעיד ביחס אליהן מעמידים את נפגעי העבירה בפני חוויה קשה של פגיעה בענייניהם האישיים ובזכותם לפרטיות ולכבוד..." (פסקה 12 לפסק הדין).

על בית המשפט לבחון אם אמנם קיימת פגיעה בזכותו של הנאשם למשפט הוגן ומנגד, מה מידת הפגיעה באינטרסים ובזכויות של צדדים אחרים הראויים להגנה. אמת המידה המרכזית לבחינה זו תהא חשיבות החומר שחשיפתו מתבקשת להגנת הנאשם:

"...בכל מקרה תיבחן זיקתו של החומר לאישום ולנאשם ותיבחן האפשרות הסבירה כי תהיה בו תועלת להגנת הנאשם." (בג"ץ היומנים, פסקה 13 לפסק הדין, ההדגשה במקור).

בבג"ץ היומנים הנזכר לעיל היה החומר שבמחלוקת יומניה האישיים של המתלוננת. נקבע, כי יש לערוך הבחנה ראשונית בין חלקי היומן המתייחסים לנושא האישום או לנאשם – שהם בוודאי בגדר "חומר חקירה" – לבין חלקים שאין להם נגיעה לארועים נושא כתב האישום. לגבי חלקים כאלה נפסק, כי נדרשת בחינה פרטנית על מנת לקבוע אם בכל זאת יש בהם כדי לסייע להגנת הנאשם. בענין זה ציינו כי:

"כאשר מדובר, אפוא, בחלקים ביומן שאינם מתייחסים למסכת העובדות הנוגעות לאישום, ובמיוחד כשמתייחסים הם לתקופה המרוחקת מהתקופה הרלוונטית לאישום, ניתן לומר כי חלקים אלה משתייכים לכאורה לסוג החומר שבית המשפט לא יראה בו "חומר חקירה" מלכתחילה. במקרים כאלה יטה בית המשפט להימנע מלעיין בחומר, והנטל הוא על הסניגור, המבקש כי בית המשפט יעיין בחומר, להראות כי על פני הדברים אמנם קיימת אפשרות שתהיה בחומר תועלת

להגנת הנאשם, וכי אין מדובר רק בתקווה ספקולטיבית ורחוקה. (פסקה 15 לפסק הדין).

על פי כללים אלה נבחן את נסיבות המקרה דנן.

13. בענייננו, החומר שחשיפתו התבקשה הינו שיחות פרטיות שניהלה המתלוננת עם אנשים אחרים בתקופה שהסתיימה כ-10 חודשים לפני שנוצר הקשר בין המתלוננת לבין העורר. ברור, איפוא, כי בשיחות אלה לא תימצא התייחסות כלשהי לעורר. לפיכך, ניתן לקבוע, כי אין מתקיימת למעשה זיקה ישירה כלשהי בין השיחות הנדונות לבין העורר או הארוע נשוא כתב האישום ונדמה, כי מסקנה זו מרחיקה את השיחות הנדונות מגדר החומר שעשוי להיחשב ל"חומר חקירה" שיש למסרו. לא עלה בידי באי-כוח העורר לשכנע בטיעוניהם כי יש לחומר זיקה כלשהי להליך ולהגנה על העורר.

מנגד, אין ספק, כי שיחות פרטיות כגון אלה שחשיפתן מתבקשת הינן מעצם טבען אישיות ואינטימיות. המתלוננת ניהלה שיחות אלה זמן רב לפני שהכירה את העורר ומתוך ציפיה מלאה כי שיחותיה אלה לא ייחשפו בעתיד. מתן היתר לעיין בשיחות אלה טומן בחובו פגיעה קשה בפרטיותה ובצנעת חייה של המתלוננת ומסירתן של השיחות לידי העורר עשויה לפגוע, איפוא, בזכותה של המתלוננת לפרטיות. צדק, איפוא, בית המשפט בציינו כי מסתייג הוא מהגישה לפיה "כל מה שיצא מפיו או תחת עטו של מתלונן לפני המשפט ואחריו הוא חומר חקירה קביל ורלוונטי" (עמוד 15 להחלטה). כן צדק בית המשפט בקבעו כי גישה גורפת כזו פוגעת יתר על המידה בזכויותיהם של מתלוננים כבני-אדם וכנפגעי עבירה. יצוין, כי בנסיבות הענין שבפנינו התקשיתי גם לראות את התועלת שתצמח להגנת הנאשם מחשיפת השיחות הנדונות. כפי שטענה באת-כוח המשיבה בדיון בפניי, גם אם היה עולה מתוך השיחות כי המתלוננת חוותה ארוע מיני קודם אין זה ברור במה יועיל גילוי של פרט זה להגנת העורר, המואשם בביצוע מעשה סדום ומעשה מגונה בקטינה מתחת לגיל 14. יצוין גם, כפי שאף נכתב בהחלטה נשוא הערר, כי מחומר הראיות עולה שאין מדובר בענייננו בדפוס של תלונות שווא חוזרות ונשנות מצד המתלוננת על מעשים מיניים שכביכול בוצעו בה ובהעדר דפוס מעין זה, אין זה ברור מהו הבסיס לדרישת באי-כוח העורר לחשוף בפניהם פרטים אודות עברה של המתלוננת.

ניתן, איפוא, לסכם ולקבוע כי אין בנמצא חומר רלוונטי שהוא בבחינת "חומר חקירה" שטרם נמסר לסניגוריה. משנמצא כי אין מתקיימת זיקה ממשית בין החומר שגילויו מתבקש לבין האישום או הנאשם, ומשנראה כי אין בסיס לטענה כי החומר יועיל להגנת הנאשם, הרי אין מדובר ב"חומר חקירה". בנסיבות אלה, כשאין מדובר בחומר המהווה "חומר חקירה" במובנו המובהק מחד-גיסא ויש טעמים מוצדקים להימנע ממסירת החומר בשל הפגיעה במתלוננת מאידך-גיסא כי אז אין הצדקה למסור את החומר לידי הנאשם.

14. בשולי הדברים יצוין כי באי-כוח העורר ביקשו להסתמך בטענותיהם על ההחלטה בבש"פ 11042/04 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם). לאחר שעיינתי בהחלטה זו הגעתי לכלל מסקנה כי אין ניתן ללמוד גזירה שווה ממנה לענייננו וזאת בשל השוני הניכר בין העובדות והנסיבות באותה פרשה לבין הנסיבות הרלוונטיות בערר זה.

אשר על כן, הערר נדחה.

ניתנה היום, ז' בתשרי התשס"ו (10.10.2005).

ש ו פ ט ת