



בבית המשפט העליון

בש"פ 6695/11

בפני: כבוד השופט נ' הנדל

העוררת: מדינת ישראל

נגד

המשיב: פלוני

ערר על החלטת בית המשפט המחוזי מרכז מיום 11.09.11
בתפ"ח 46714-02-11 שניתנה על ידי כב' השופטים מ'
פינקלשטיין, ל' ברודי ור' אמיר.

תאריך הישיבה: כ"ג אלול התשע"א (22.09.11)

בשם העוררת: עו"ד אבי וסטרמן
בשם המשיב: עו"ד אשר חן

החלטה

1. מהו האיזון הראוי בין זכות נאשם בהליך פלילי להעתיק לצרכי הגנתו תצלומים של איבריו המוצנעים של נפגע עבירת מין שהוא קטין, לבין זכות נפגע העבירה לשמירה על פרטיותו. זוהי הסוגיה הניצבת לפניי בערר זה.

עובדות והליכים

2. המשיב, הואשם בבית משפט המחוזי מרכז בביצוע עבירות מין רבות בבתו הקטינה, ביניהן אינוס ומעשה סדום במשפחה. על פי כתב האישום אשר הוגש ביום 22.02.11, נכנס המשיב במספר מועדים למיטתה של בתו, בהיותה בת 13 עד 14.5 שנים (להלן: "הקטינה"), הפשיטה מבגדיה, ובעל אותה בניגוד לרצונה. המשיב כפר בכל המיוחס לו. במהלך החקירה המשטרתית ואיסוף הראיות בתיק, צולמו איבריה המוצנעים של הקטינה על-ידי רופא מהמכון לרפואה משפטית באבו-כביר. תצלומים

אלו הועלו על מדיה דיגיטאלית (להלן: "המדיה הדיגיטאלית") שנשמרה במכון, ועל בסיסן נכתבה חוות הדעת הרפואית מטעם המדינה בתפ"ח (מרכז) 46714-02-11 – היא העוררת כאן.

טרם התחיל הדיון בשמיעת הראיות, פנה המשיב לעוררת לקבלת העתק תיק העבודה של המכון הפתולוגי, ובכללו התצלומים הדיגיטאליים של איברי הקטינה, לשם הכנת חוות דעת להגנתו. העוררת הסכימה להעברת התיק, למעט התצלומים האינטימיים, שבהם אפשרה למומחה ההגנה לצפות באמצעות מחשב המצוי במכון לרפואה משפטית. ביום 11.08.11 הגיש המשיב בקשה לבית משפט המחוזי להעברת העתק של המדיה הדיגיטאלית לידי הרופא המומחה מטעמו – ד"ר ח' קוגל (להלן: "ד"ר קוגל"). בין הצדדים לא הייתה מחלוקת שהתצלומים מהווים חלק מחומר החקירה, וכן שלמשיב מוקנית הזכות לעיין בהם. הבקשה דנה אפוא בדרך העיון של ד"ר קוגל במדיה הדיגיטאלית. המומחה הדגיש כי כאשר הועברו לו עותקים מודפסים של התמונות, איכותן הייתה ירודה ועל כן ביקש עותק של המדיה הדיגיטאלית. המשיב הציע לקבל את החומר במסגרת התנאים הבאים: למשך תקופה של שלושה ימים, כאשר המדיה הדיגיטאלית תיחשף לעיני הצוות המקצועי של ד"ר קוגל בלבד, ותוך חתימה על הצהרת סודיות. לבקשת המשיב צורף מכתב מאת ד"ר קוגל, שגרס כי ללא קבלת העתק התמונות, בדגש על העותק הדיגיטאלי, יקשה עליו הדבר מאוד, ואף ייתכן שלא יוכל לכתוב חוות דעתו כלל.

3. הדיון בבקשת המשיב שנערך ביום 08.09.11, התמקד בשאלה במחלוקת והיא – האם יש להעביר למומחה המשיב את המדיה הדיגיטאלית מחוץ למכון לרפואה משפטית לצורך הכנת חוות דעתו, או שיעיין בהם במשמורת המכון. עמדת הקטינה הובאה בפני בית משפט המחוזי באמצעות מרכז נגה. היא מתנגדת בתוקף להעברת התמונות על המדיה הדיגיטאלית, ועומדת על קיום ההבטחה שניתנה לה עת צילמו את איבריה הפרטיים ביותר – שלא יוצאו מדלת אמותיו של המכון המשפטי. ביום 11.09.11 התקבל פסק דינו של בית המשפט המחוזי, שהחליט בדעת רוב לקבל את בקשת המשיב.

מפסק הדין עולים חילוקי הדעות אשר נתגלעו בין השופטים. דעת הרוב (כבוד השופטים מ' פינקלשטיין ור' אמיר) העמידה את האיזון בין זכות הקטינה לפרטיות לבין זכות המשיב לעיין במדיה הדיגיטאלית כשהיא ברשותו, על שני אדנים, אשר הובילו לקבלת הבקשה. האחד, הצורך המקצועי של ד"ר קוגל שהמדיה הדיגיטאלית תהיה בידיו. דעת הרוב מצאה את נימוקיו של ד"ר קוגל משכנעים, והעוררת לא סתרה

נימוקים אלו על-ידי מומחה מטעמה. השני, פרטיותה של הקטינה אינה נפגעת יותר מהנדרש עקב העברת המדיה הדיגיטאלית מחוץ למכון. ממילא מסכימה העוררת שזכות המשיב היא שהתמונות יעמדו לעיונו של רופא ההגנה. על כן, העברת התמונות על בסיס המדיה הדיגיטאלית לד"ר קוגל אינה מרעה את מצבה הרגיש של הקטינה, שכן המדיה תיחשף לעיני הרופא וצוותו בלבד ותישמר תחת תנאים קפדניים של סודיות. מעבר לכך קבעה דעת הרוב, אין יסוד עובדתי מבוסס לחשש שמא ידלפו התמונות הדיגיטאליות או יועברו לידי אחר דווקא ממחשבו של ד"ר קוגל. לעומת זאת, דעת המיעוט (כבוד השופט ל' ברודי) סברה שהוצאת המדיה מאת גבולות המכון לרפואה משפטית אינה פעולה חיונית, כל שכן כאשר היא עומדת לעיונו של ד"ר קוגל במחשב המכון ללא הגבלה. שמירה על פרטיותה של הקטינה, אשר איבריה המוצנעים צולמו בעקבות מעשים שביצע בה אביה לכאורה, היא השיקול המכריע. משכך הציעה לדחות את הבקשה.

לצרכי הגשת הערר, התקבלה בקשת העוררת לעיכוב ביצוע ההחלטה עד ליום 18.9.11 על-ידי בית משפט המחוזי. בהחלטתי מיום 15.9.11 הוריתי לעכב ביצועה עד למתן החלטה אחרת. מכאן הערר לפניי.

טענות הצדדים

4. לטענת העוררת, שגה בית המשפט המחוזי כאשר ביכר את זכותו של המשיב להעתקת חומר החקירה על פני זכות הקטינה לפרטיות. זכות ההעתקה הינה נלווית לזכות העיון. לכן במקרים רגילים, כגון אלו הנוגעים לקטינים ונפגעי עבירות מין, זכות ההעתקה נדחית מפני ההגנה עליהם. כמו כן טוענת העוררת, שהבקשה להעתקה נובעת משיקולי נוחיות בלבד ולא הוכח מדוע עיון במדיה הדיגיטאלית בתחומי המכון יגרום לפגיעה ממשית בזכות המשיב להליך הוגן. רק פגיעה חמורה כזו, יכולה להצדיק נסיגתה של הזכות לפרטיות של הקטינה. עוד גורסת העוררת שבית המשפט קמא לא נתן את המשקל הראוי לפגיעה הוודאית בקטינה בהוצאת המדיה הדיגיטאלית מגדר כותלי המכון. פגיעה זו נגרמת הן מהחשש לדליפה, אך בעיקר מעצם הוצאת התיעוד של איבריה האינטימיים ביותר. מנגד, המשיב סומך ידו על החלטת דעת הרוב בבית משפט המחוזי, ומדגיש את חשיבות העיון במדיה הדיגיטאלית לצורך כתיבת חוות הדעת על-ידי הרופא מטעמו. לעמדתו, משהרופא לא יכול לבחון בעצמו את הקטינה וכל שנותר לו הוא בחינת התיעוד שנעשה בידי מומחה העוררת, יש לאפשר לו להכין חוות דעת המקצועית ביותר, באמצעות התרשמות ישירה וחופשית מכל חומר החקירה.

5. זכותו של נאשם בהליך פלילי לעיין בחומר החקירה נגדו מוסדר בסעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: "החסד"פ"). זכות העיון מקורה בארבעה עקרונות של המשפט הפלילי. כל עיקרון עומד על רגלו שלו אך צועד יחדיו עם יתר העקרונות. האחד, כדי לאפשר לנאשם להיערך כראוי למשפט על מנת שלא יהיה מופתע מן הראיות המפלילות שנאספו נגדו כשאלה תוצגנה במהלך המשפט (ראו: ע"פ 179/79 מדינת ישראל נ' גברון, פ"ד לד(2) 688, 692 (1980); בש"פ 9322/99 מסארווה נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 376, 381 (2000)). השני הוא החתירה להגיע לחקר האמת ולהוציאה לאור בהליך הפלילי (ראו: ע"פ 4765/98 אבו סעדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 832, 838 (1999)). השלישי נוגע לשמירה על קיומו של הליך הוגן, אשר כבר נאמר עליו שהוא בין מסדיו של הנאשם במשפט הפלילי (בש"פ 8555/06 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 13.11.06); ע"פ 1152/91 סעיד בן אסמעיל סיקסיק נ' מדינת ישראל, מו(5) 8, 22 (1992)). הרביעי, מקורו במעמד המיוחד של הנאשם בהליך הפלילי. מעמד זה נעוץ בשיקול המעשי הנובע מפער הכוחות בין שני הצדדים להליך, ובשיקול העקרוני לפיו הנאשם רשאי ליהנות מהספק הסביר שהוא חף מפשע טרם הרשעתו (סעיף 34 כב לחוק העונשין, התשל"ז-1977). שני העקרונות הללו מומחשים בחוסר הסימטריה בין זכותו של נאשם לעיין בחומר החקירה של התביעה לבין זכותה של התביעה לעיין בחומר החקירה של נאשם. האחרון רשאי לעיין בכל חומר החקירה – וכן "ברשימת כל החומר שנאסף או נרשם בידי הרשות החוקרת בנוגע לאישום שבידי התביעה" (סעיף 74 לחסד"פ). לעומת זאת, זכות העיון של התביעה בחומר של הנאשם מוגבלת אך לחוות דעת של מומחה או תעודת רופא אשר בכוונת הנאשם להגיש במהלך המשפט (סעיף 83 לחסד"פ).

יחד עם זאת, הזכות לעיון והזכות להעתקת חומר החקירה שנלווית אליה, עשויות להביא בעקבותיהן פגיעה בזכויות ובאינטרסים של מתלוננים ועדים. פגיעה זו טבועה היא באופי ההליך הפלילי עצמו. הנאשם רשאי כמובן לחקור עדי תביעה, לרבות נפגע העבירה, ולנסות להזים את עדותם. אולם, בעוד שהעיון בחומר החקירה טומן בחובו פגיעה בזכות לפרטיות ולכבוד של נפגע העבירה, יש להקפיד שהפגיעה אינה עולה על הנדרש לצורכי ההגנה על הנאשם (בג"צ 9264/04 מדינת ישראל נ' בית משפט השלום בירושלים, פ"ד ס(1) 360, 379 (2005)). כידוע, הזכות לפרטיות זכות יסוד היא בישראל, המעוגנת כיום בסעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הוראת סעיף 11 לחוק היסוד מחייבת אותנו לתת פירוש דווקני לחוקים הפוגעים בפרטיות (בש"פ 4481/00 יחזקאלי נ' מדינת ישראל פ"ד נד(5) 245, 249 (2000)). חוק זכויות

נפגעי עבירה התשס"א-2001 (להלן: "חוק נפגעי עבירה") מעניק לנפגע העבירה או המתלונן מקום בהליך הפלילי, כאשר הוא אינו צד לו, אך הוא ניזון ממנו ומזין אותו בו בעת. משכך, נקבע זה מכבר כי "כבוד האדם הוא לא רק כבודו של הנאשם אלא גם כבודם של המתלונן, העד הקורבן; ההגינות בהליך, אשר אחריה אנו תרים, היא לא רק הגינות כלפי הנאשם, אלא גם כלפי מי שמבקש את עזרתה של החברה כדי שתסיק מסקנות מביזויו והשפלתו כאדם" (דנ"פ 3750/94 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד מח (4) 621, 630 (1994)). ברוח זו ייאמר שהנפגע בהליך הפלילי זכאי שפרטיותו תישקל כנגד זכות הנאשם. מהו משקל שיש ליתן לזכות הנפגע מול זכות הנאשם? נפנה עתה למלאכת איתור נוסחת האיזון.

6. סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי מקנה לנאשם הזכות "לעיין בכל זמן סביר בחומר החקירה וכן ברשימת כל החומר שנאסף או שנרשם בידי הרשות החוקרת, והנוגע לאישום, שבידי התובע ולהעתיקו". זכותו של הנאשם לעיין ולהעתיק את חומר החקירה – היא נקודת ההתחלה. זכות הנאשם לעיון היווה את עמוד התווך גם בנוסחת האיזון שנצרכה לקביעת היקף החומר שיועמד לרשות הנאשם, וגם בבחינת היקף השימוש של בית המשפט בסמכותו לעיין בחומר שבמחלוקת. כדברי הנשיאה ד' בייניש:

"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. אולם כאשר זכותו של הנאשם להתגונן אינה נפגעת, או כשהאפשרות שהיא תיפגע היא רחוקה ובלתי משמעותית, יש לתת משקל הולם לזכויותיהם של עדים וקרבנות העבירה ולאינטרס הציבורי בקיום הליכי משפט, באכיפת החוק ובחשיפת עבירות" (בג"צ 620/02 התובע הצבאי הראשי נ' בית הדין הצבאי הראשי לערעורים פ"ד נז(4) 625, 635 (להלן: עניין התצ"ר)).

לצד זאת יש לזכור שזכות הנאשם לעיין בחומר החקירה אינה נשענת בעיקרה על שיקול דעתו של בית המשפט. סעיף 74 לחסד"פ טומן בחובו הוראה מפורשת. התביעה מצווה להציג בפני הנאשם את חומר החקירה. הוראה זו מורה על עיון בחומר החקירה והעתקתו, אך לא על הדרך שיש לבצע זאת. סעיף 75 לחסד"פ מצביע על כיוון:

עיון בחומר החקירה או העתקה ממנו יהיו במשרד תובע
או במקום אחר שתובע הועיד לכך, ובמעמד אדם שתובע
מינה, דרך כלל או לענין פלוני, להבטיח שהעיון
וההעתקה ייעשו בהתאם לחוק ולהוראות התובע.

הסיפא של סעיף 75: "ייעשו בהתאם לחוק ולהוראות התובע" מלמד על השוני
בינו לבין סעיף 74. סוגית דרכי הצגת החומר דורשת איזון ושיקול דעת רחב יותר של
בית המשפט, מאשר השאלה בדבר החובה להציג חומר. אבחנה זו חשובה עד מאוד
לענייננו. הצדדים אינם חלוקים בדבר היקף החומר שיש לחשוף בפני המשיב אלא
המחלוקת הינה סביב דרך הצגתה. זוהי שאלה קונקרטית. ברובד העקרוני, נראה ברור
כי התביעה רשאית להגביל את דרך הצגת החומר. למשל, ניתן להניח שסנגור לא
יורשה להעתיק חומר שלא בשעות העבודה של משרדי התביעה. יושם אל לב כי
הדוגמא מתייחסת לתחרות שבין שיקולי נוחות של הסנגוריה לעומת שיקולי נוחות של
התביעה. לעתים אף בהתנגשות זו, שיקולי הנוחות של התביעה ידם על העליונה.

7. בנסיבות המקרה דנא, כיצד בא לידי ביטוי האיזון בין בקשתו של המשיב
להעביר את התצלומים על גבי המדיה הדיגיטאלית למומחה מטעמו, לבין זכותה של
הקטינה לשמירה על פרטיותה? יודגש כי כל צד הציג נוסחת איזון. לעמדת המשיב,
האיזון הראוי מתקיים בדמות ההגבלות שהטיל בית משפט קמא על העתקת התצלומים
והעברתם לעיונו של ד"ר קוגל: מסירתן תהיה לידי ד"ר קוגל בלבד ולמשך שלושה
ימי עבודה; ד"ר קוגל לא יציג התצלומים בפני אף אדם, למעט הצוות המקצועי שלו;
ד"ר קוגל יחתום על התחייבות לסודיות. נוסחא זו התקבלה ואומצה על ידי דעת הרוב
בבית המשפט המחוזי. עוד יצוין כי הדיון בסוגיה בפני מותב תלתא אפשר שיח פורה,
שבו הן דעת הרוב והן דעת המיעוט מנומקות היטב. לעמדת העוררת האיזון הראוי
מצוי בנהלי המכון לרפואה משפטית בהתאם להנחיית המחלקה לאבטחת מידע בבית
חולים "אסף הרופא" אליו הוא משויך. נהלים אלו יוצגו בהמשך.

סבורני כי אין להסתפק בהגבלות המופיעות בדעת הרוב. להשקפתי, נקודת
האיזון הראוי מצויה במקום אחר. זאת משני טעמים. הראשון, האיזון של דעת הרוב
נותן משקל יתר לצורכו החיוני של ד"ר קוגל שהמדיה הדיגיטאלית תהיה בידיו לשם
עריכת חוות הדעת. התשתית הראייתית אשר עולה ממכתבו של ד"ר קוגל מבהירה את
הרווחה המקצועית שבהעתקת התצלומים הדיגיטאליים, אך אינה מבססת באופן
משכנע את הפגיעה הממשית שתגרם בהעדרם. משתמע כי תרומתה העיקרית תהיה
לנוחיותו של הרופא וצוותו. כלשונו:

"במהלך כתיבת חוות הדעת, ישנה פנייה אל מקורות מקצועיים שונים וחזרה לעיון בתמונות וכך חוזר חלילה, עד אשר הדברים מתגבשים לידי חוות דעת מקצועית..."

הסנגור אף הוסיף בדיון לפני בית המשפט המחוזי: "אומר ד"ר קוגל שכדי שהוא יכתוב חוות דעת זה משהו שהוא תהליך שמתגבש אצלו בשעות הלילה, הערב, עושה ישיבות צוות ואז עורך את חוות הדעת... גם אין לו במכון את הספרות שלו ואת האנשים שלו והוא צריך לקבוע עם המכון בשעות של המכון ולא תמיד זה מסתדר ואנו כאן במסגרת של סעד זמנים".

במתח שבין זכות הפרטיות של נפגעת העבירה לבין זכות הנאשם לנהל את הגנתו, שיקול הנוחות אינו יכול להכריע. סוגיה דומה התעוררה בעניין פלוני, שאליו הפנו הצדדים. השופט פוגלמן נדרש לקבוע האם יש להמציא לסנגור הנאשם בעבירה מין את העתקי התמונות של איברי המין של נפגעת העבירה, או שיוגבל לעיין בהן בין כותלי המכון לרפואה משפטית. נפסק שם:

"אין די בשיקולי נוחות, כשהם לעצמם כדי להצדיק פגיעה בפרטיותה וכבודה של המתלוננת בדמותם של העתקת הצילומים והעברתם לידיים "חיצוניות". בצד האמור, כאשר הגבלת האפשרות להעתיק את הצילומים ולהוציאם מחוץ לכותלי המכון עלולה להביא לפגיעה ממשית בהגנה, החורגת מגדרה של פגיעה בנוחות הנאשם או סניגוריו, תינתן הבכורה לזכות היסוד של הנאשם בהליך הפלילי... טענה בדבר קיומה של פגיעה מעין זו אינה יכולה להיטען בעלמא, ונדרשת לה תשתית עובדתית קונקרטית". (בש"פ 8706/07 מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם, 27.11.07)).

יפים לעניין זה גם דבריו של השופט י' קדמי: "הזכות הבסיסית המוענקה לנאשם ולסניגורו על-פי הוראות סעיף 74 לחסד"פ, הינה הזכות "לעיין" בחומר החקירה; הזכות "להעתיק" הינה זכות נלווית לזכות העיון, ועיקרה – נוחיותו של הנאשם או הסניגור" (בש"פ 6022/96 מדינת ישראל נ' מני מזור פ"ד נד (3) 689, 686 (1996) (להלן: עניין מזור). ודוק: שיקול הנוחות של ההגנה אינו בגדר שיקול זר. הוא אכן רלוונטי. ברם כאמור, יש להתחשב בזכות הנפגעת לפרטיות. תנאי העיון שהוצעו על ידי העוררת ושבאו לידי ביטוי בחוות הדעת של דעת המיעוט משקפים את שני השיקולים. תנאים אלו כוללים: צפייה לא מוגבלת בתצלומים הדיגיטאליים במחשב שבמכון; אפשרות להשתמש בספרייה המשפטית במקום; ושימוש במחשב נוסף בעל

חיבור רשתי חיצוני למאגרי מידע מקצועיים. במסגרת תנאים אלו, דומני שהפגיעה בזכותו של הנאשם לעיון הופכת למשנית, וזכות ההעתקה מבקשת להקל על נוחיותו. כמובן, המומחה כמו כל גורם מקצועי, שואף לנוחות גם כדי לבצע עבודתו על הצד המקצועי ביותר - אך שיקולי נוחות עדיין שיקולי נוחות הם.

8. הטעם השני השולל את האיזון שנקבע בבית משפט קמא על פי דעת הרוב, עניינו בפגיעה המסתברת שתיגרם לפרטיות הקטינה עקב העתקת המדיה הדיגיטאלית והעברתה לידי ד"ר קוגל. המשיב טען לפניי שהעברת החומר הרגיש לידי ד"ר קוגל אינה מחמירה את הפגיעה בקטינה מאחר שהרופא היה צופה בתצלומים בין כה וכה. כמו כן, העברתו לידי ד"ר קוגל לבדו ממזערת את החשש מפני דליפתו כיוון שאין להניח שאמצעי שמירת המידע במחשבו פחותים. ואולם, המציאות של העשור האחרון, ובמיוחד השנה האחרונה, טופחת על פניהן של בטוחות מעין אלה. הטכנולוגיה מגלה כל יום מחדש אפשרויות לחדור למחשבים פרטיים, מכשירים סלולאריים ואף למחשבים הנושאים מידע מסווג ברשות המדינה. אין בנדרש לבסס שאמצעי ההגנה על התצלומים במחשבו של ד"ר קוגל אינם מספקים, ואין בהנחה זו משום הטלת ספק באמינותו. את מלאכת ההוכחה ניתן להותיר לפרצני הרשת המומחים שעמלים על כך יומם וליל. המחשב במכון, כפי שפירטה היועצת המשפטית של המכון לרפואה משפטית, הינו מחשב "טיפש" שמאפשר לצפות בתמונות באיכות טובה, אך לא ניתן להעביר ממנו תמונות אפילו בטעות, והוא נטול חיבור רשתי חיצוני. בעת העיון יהיה נוכח איש אבטחת מידע מטעם המכון. כמו כן, המכון מאובטח 24 שעות ביממה, ולא ניתן להיכנס בשעריו ללא תיאום מראש. הותרת הוצאתם של התצלומים הדיגיטליים מכותלי המכון המשפטי יוצר סיכון - אף אם אינו גבוה - שידלפו ושייעשה בהם שימוש שלא במסגרת התיק דנא. שימוש כזה עלול לגרום לנזק, אשר יהא בלתי הפיך ובלתי ניתן לשיפוי לקטינה. בדומה, בעניין מזור נקבע שהסיכון לדליפת קלטות המתעדות מתלוננות במצבים אינטימיים ופרטיים ביותר גובר על זכות ההעתקה של הנאשם, כאשר זכותו נפגמת באופן שולי. ואל תשיבני שאף בניין המכון אינו בלתי חדיר. המטרה היא להקטין את הסיכון. בראי זה, אף הוצאת החומר מהמכון עשוי להביא להתפתחויות לא רצויות, כתוצאה מטעות אנוש.

ההכרעה בסוגיה הנידונה תיערך על רקע מגמת המחוקק להתחשב ולהגן על נפגע העבירה בעבירות מין ככלל, ועל הקטין בפרט. הגשת התלונה במשטרה בעניין עבירות מין וחקירת המשטרה העוקבת אותה מהוות בעצמן ניסיון קשה למתלוננת. אלו עשויות להעלות מחדש תחושות של כאב ופגיעה, שברבות מן הפעמים מקשות על המתלוננת להעיד. בהשתתפותה בהליך הפלילי, וקל וחומר בעניינו כשצולמו איבריה

האינטימיים ביותר, נחשפת המתלוננת בפני הרשויות, בית המשפט, והנאשם באופן הגלוי והרגיש ביותר (רע"פ 5877/99 יאנוס נ' מדינת ישראל פ"ד נט(2) 97, בעמ' 118 (2004) (להלן: עניין יאנוס); עניין התצ"ר בעמ' 640). בשל החומרה היתרה שמייחס המחוקק לעבירות מין במשפחה, נערכו תיקונים מהותיים בדין שמטרתם להגן על הקטינים המעורבים. למשל, חוק סיוע לקטינים נפגעי עבירות מין או אלימות, התשס"ח-2008 נועד לספק סיוע נפשי ורפואי לקטין נפגע עבירה חמורה. סעיף 7(ב) לחוק נפגעי עבירה (תיקון מס' 2 – התשס"ה) מבחין בין נפגעי עבירות כלליות לבין נפגעי עבירות מין, שאותן מונה על העבירות החמורות ביותר. על הרשויות מוטל שלא למסור לאדם, כחלק מחומר החקירה או כתב האישום, את הפרטים האישיים של נפגע עבירת מין, אלא במקרה שהפרטים נדרשים מאוד לצורך ניהול הגנת הנאשם. כמו כן, תיקון 52 לחוק העונשין (תיקון מס' 111 – התשע"א) אוסר על צילום של קטין נפגע עבירה תוך כדי בילוש או התחקות אחריו, אלא אם הסכמתו תינתן לפני בית המשפט.

התמונה החקיקתית המצטיירת מעידה על הכרה בפגיעה הכרוכה בנטילת חלק בהליך הפלילי כנפגע עבירת מין. יש לשער כי עצם תיעוד איבריה המוטמנים ביותר העמידו את הקטינה, בת כארבע עשרה שנה, בפני חוויה קשה מנשוא, לאחר המעשים שבוצעו בה לכאורה. שמירתם של התצלומים בגדרי המכון מרככת אך במעט חוויה זו. אשר על כן, ניתן להבין את התנגדותה הרציונאלית והרגשית גם יחד של הקטינה להעברת התצלומים הדיגיטאליים מחוץ למכון, שעלולים להחמיר את הפגיעה שכבר נעשתה לה, אף אם לא ידלפו. אמנם נכון הוא כי לא קולה יקבע, אך בוודאי יישמע.

לשני הטעמים המתוארים נלווה השיקול המערכתי, של רצון לעודד נפגעות עבירות מין להתלונן. שיטת המשפט המבקשת לעודד נפגעות עבירות מין לפנות לרשויות האכיפה כדי להגן על הציבור מפני עברייני מין, חייבת לכוון מערכת שתגונן על המתלוננת ברמת המיקרו, שאם לא תעשה כן תירתענה נפגעות מלהתלונן כנגד הפוגעים בהן (עניין יאנוס, 117; בש"פ 8555/06 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 9.11.06). אינטרס ההרתעה אינו עומד לבדו וכפוף לכך שזכויות הנאשם תשמרנה. עם זאת, המנגנון המוצע בתיק זה עונה על הדרישה האחרונה. הפרת ההבטחה שניתנה למתלוננת, בין אם ניתנה בכתב או בעל-פה, חותרת נגד אינטרס ההרתעה ומטה גם היא את כפות המאזניים לכיוון זכות הקטינה לפרטיות. ניתן להשיב כי פסיקה ברוח דעת הרוב תביא לכך שהבטחה שתינתן למתלוננת במקרה עתידי תעוצב לפי האיזון החלופי שנקבע על-ידה. אולם, העיקר אינו אינטרס ההסתמכות של המתלוננת אלא ההכרה במסגרת ההליך הפלילי במערבולת הרגשית שהיא מצויה בה בעקבות עבירת המין

שבוצעה בה. שיקול "נוחות" זה שונה בצבעו, עוצמתו וטבעו משיקול הנוחות של המומחה, ועולה עליו לאין שיעור.

9. להשלמת התמונה יוצגו נהלי המכון לרפואה משפטית באשר לאופן הוצאת תיק העבודה של המכון לבדיקה על-ידי מומחה מקצועי. הנהלים מורים שככלל אין להוציא עותק מקורי של תמונות מבדיקה רפואית-משפטית. יחד עם זאת, ישנה הבחנה ברורה: בין תמונות של מנוחים לתמונות של נפגעי עבירות שעודם בחיים; ובין תמונות של נפגעי עבירות מין לעומת נפגעי עבירות אחרות. בעוד שתמונות של מנוחים יימסרו בהתאם לבקשת התביעה תוך חתימה על התחייבות לשמירה על חומר ראיות רגיש, תמונות של נפגעי עבירות חיים לא יימסרו ויהיה ניתן לצפות בהם במחשב המכון, להוציא מקרים שניתנה הסכמת הנבדק להוצאתם מהמכון. תמונות של נפגעי עבירות מין אינן ניתנות להוצאה, אף בהסכמת הנבדק (סעיף 4 לנוהל צילום תיק עבודה, על כל סעיפיו). במקביל, "נוהל עיון מומחה בחומר ראיות רגיש בין כתלי המכון" מבטיח את האמצעים שיועמדו למומחה במכון: עיון באמצעות מיקרוסקופ, מחשב שנועד לעיון בדיסק התמונות ומחשב נוסף שיחובר לקו אינטרנט חיצוני, וגם ספרי המכון. כל אלו מבטיחים את זכותו של הנאשם לעיון בחומר החקירה האינטימי, למשך זמן, ובתנאי עבודה סבירים ומקובלים. עד היום, על פי דברי בא כוח העוררת, לא הוצאו תמונות הנוגעות לעבירות מין מחוץ לגדר המכון. אגב, פסקי הדין של בית משפט המחוזי שהגיש המשיב מחזקים קביעה זו, שכן הם עסקו אך בתמונות של מנוחים לאחר מותם (ראו למשל: מ"ת (מרכז) 10-05-27287 מדינת ישראל נ' מזרחי (לא פורסם, 18.01.11); תפ"ח (מרכז) 10-02-34823 מדינת ישראל נ' בן בסט (לא פורסם, 24.03.10)). נהלי המכון המשפטי משקפים איזון בין זכות הנאשם לעיון בחומר החקירה הרגיש לבין זכות נפגעת העבירה להגנה על פרטיותה. אין בנסיבות המקרה דנא כדי להצדיק סטייה מאיזון זה, וודאי כאשר עסקינן בקטינה.

10. זו היא דרכו של המשפט. הטכנולוגיה החדשה להצגת ראיות ושמירתן מבורכת היא, אך יש להכפיף אותה לעקרונות היסוד של המשפט הפלילי. הנני מורה על ביטול החלטתו של בית המשפט המחוזי בדבר מתן היתר לד"ר קוגל לקבלת העתק של המדיה

הדיגיטאלית, ותחת זאת נשמרת לו הזכות לעיין בה בגדרי המכון לרפואה משפטית על פי התנאים שנקבעו ותוארו לעיל, להם הסכימה המדינה.

ניתנה היום, כ"ח אלול תשע"א (27.09.2011).

ש ו פ ט