**בבית הדין הצבאי לערעורים**

בפני:

**תא"ל אורלי מרקמן –** המשנה לנשיא

בעניין:

**X/XXX רס"ל ח' מ' ר'–** המערער (ע"י ב"כ, עו"ד עידן פסח)

**נ ג ד**

**התובע הצבאי הראשי –** המשיב (ע"י ב"כ, סרן איבון אברמוביץ)

ערעור על החלטה של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי זרוע היבשה שניתנה בתיק ז"י (ב"ש) 15/19 (סא"ל מאיר ויגיסר – שופט) ביום 16.4.2019. הערעור התקבל חלקית.

**ה ח ל ט ה**

**רקע והשתלשלות ההליכים**

1. כנגד המערער, **רס"ל ח' מ' ר'**, הוגש כתב אישום המייחס לו חמש עבירות, שעניינן מעשה מגונה, לפי סעיף 348(ג) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 וכן עבירה של התנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955. על-פי הנטען בכתב האישום, המערער ביקש או דרש מחמש המתלוננות להצטרף אליו לנסיעות בתפקיד, ובשורה של אירועים, עצר בצד הדרך על מנת להטיל את מימיו, תוך שהוא עומד בסמוך לרכב וחושף את איבר מינו, למשך שלוש עד שמונה דקות, בפני כל אחת מן המתלוננות. על-פי פרט האישום הרביעי, בעת האירוע היה איבר מינו של המערער זקור ועל-פי פרטי האישום השלישי והחמישי, הביט המערער במתלוננות בעת שהטיל את מימיו. לאור מעשים אלה יוחסה למערער אף עבירה של התנהגות שאינה הולמת, המפרטת גם אמירות מיניות שאמר, כנטען, לשתיים מן המתלוננות.
2. ההגנה פנתה בבקשה לעיון בחומר חקירה, לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, שבמסגרתה ביקשה כי תועבר לידיה שורה של מסמכים ובהם, בין היתר: תיעוד המידע הרפואי הנפשי של המתלוננות; תכתובות, לרבות הודעות קוליות, שהועברו בין המתלוננות, הנוגעות לאירועים שבכתב האישום, ומצויות ביישומון ה"ווטסאפ" שלהן, וכן הודעות, בכתב ובקול, בין שתיים מן המתלוננות לבין המערער, אשר אינן מצויות עוד במכשיר הטלפון הנייד שברשותו.
3. ביום 31.3.2019 התקיים דיון בבקשת ההגנה, כאשר חלק מהדיון, שעסק בבקשה לקבלת ההודעות שהועברו ב"ווטסאפ", נערך במעמד ההגנה בלבד, על-מנת שלא ייחשף קו הגנתה.
4. בית הדין קמא הורה להעביר לעיונו, טרם מתן החלטתו, את תיקי המתלוננות הקיימים בידי מהו"ת וכן הנחה את ההגנה למקד את בקשתה לחיפוש במכשירי הטלפון הניידים של המתלוננות.
5. ביום 16.4.2019 ניתנה החלטת בית הדין קמא הנכבד, אשר דחתה את בקשת ההגנה לקבלת המידע הרפואי הנפשי הקשור לאחת מן המתלוננות וכן את ההודעות שנשלחו באמצעות יישומון ה"ווטסאפ", כאמור. ההגנה לא השלימה עם ההחלטה, ומכאן, הערעור שלפניי.

**החלטת בית הדין קמא**

1. במהלך הדיון שנערך בבית הדין קמא הועברו חלק מן המסמכים המבוקשים לעיון ההגנה. להלן, אביא את עיקרי הכרעותיו של בית הדין קמא הנכבד, הנוגעים למסמכים שבמוקד ערעור ההגנה שלפניי.
2. תחילה ציין בית הדין קמא, כי "במהלך הדיון הסכימה ההגנה לשמור לשלב מאוחר יותר, בגדרי בקשה לפי סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי, את בקשותיה לקבל את: תיעודי מפגשי התביעה עם המתלוננות, תיעוד פגישות המתלוננות במהו"ת עם עו"ד, מידע על טיפול נפשי שניתן למתלוננות, וסיכומי הראיונות איתן ביחידותיהן", ואולם לאחר שקיבל לידיו את תוכן התיקים של המתלוננות במהו"ת מצא בית הדין קמא, כי קיים בהם תיעוד נוסף, מעבר לתיעוד אשר הועבר בעבר להגנה, ביחס לחלק מן המתלוננות (עדות תביעה 2, 3 ו-5) ואשר נמצא שהוא רלוונטי להגנת המערער. נוכח האמור, נעתרה התביעה להצעת בית הדין קמא הנכבד להעביר את החומרים שנמצאו לידי ההגנה, תוך השחרת פיסקה אחת שאיננה רלוונטית ואשר חשיפתה תפגע, שלא לצורך, בפרטיות מתלוננת. בית הדין ציין גם בהחלטתו, כי התביעה מסרה שבידי מהו"ת קיים מידע רפואי נפשי נוסף הקשור לאחת מן המתלוננות, אך נמנע מלהורות על העברתו מאחר ש"כאמור ההגנה לא ביקשה לחשוף מידע רפואי נפשי במסגרת ההליכים לפי סעיף 74".
3. בית הדין קמא הוסיף וקבע, כי אין מקום להורות על בדיקת מכשירי הטלפון הניידים של המתלוננות, לפי המתווה הקבוע בסעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי, שכן החומר המבוקש אינו מצוי בידי מצ"ח, אלא בידי המתלוננות ואיסוף מכשירי הטלפון הניידים שלהן, בשלב זה של ההליך, עלול לפגוע באופן בלתי מבוטל בפרטיותן ובשגרת חייהן היומיומית. הודגש, כי מסקנה זו מתחזקת לאור העובדה שההגנה לא הצליחה למקד את החיפוש, וכי נקודות האחיזה שעליהן הצביעה אינן מוחשיות דיין.
4. אשר לטענת ההגנה, שלפיה התקיים שיח, באמצעות יישומון ה"ווטסאפ", בין שתיים מן המתלוננות (עדות תביעה 2 ו-3), על אודות האירוע המפורט בפרט האישום הרביעי, נקבע, כי מעדותה של מתלוננת 3 עולה, כי מתלוננת 2 (בהתאם למקומן ברשימת עדי התביעה, בהתאמה) שלחה לה הודעה, שבה ביקשה לשאול בנוגע להתפתחויות. מתלוננת 3 השיבה שהיא "בנסיעה עם הרס"ר ושתדבר איתה כשתגיע הביתה". בואר, כי השיח ביניהן נמשך בעל-פה, במפגש שהתקיים ביניהן בבסיס, ולא באמצעות מכשירי הטלפון הנייד. עוד נקבע, כי אף התכתובות בין מתלוננות 3 ו-4 (שוב, בהתאם למיקומן ברשימת עדי התביעה) נגעו לסיבה שבגינה נסעה מתלוננת 4 עם הרס"ר (המערער) ולא לתלונה עצמה. בית הדין קמא הדגיש, כי צילום השיחה צורף לתיק החקירה; ההקלטה הקולית תומללה וצורפה לתיק; חוקרי מצ"ח ערכו חיפוש אחר המילה "הרס"ר" במכשיר הטלפון הנייד של מתלוננת 3, ולפיכך, אין לקבל את הטענה כי החוקרים התעלמו מן הצורך בעריכת חיפוש במכשירי הטלפון הניידים: "הם ערכו חיפוש – היכן שעלו אינדיקציות הדורשות זאת – וצרפו לחומר החקירה את תוצאות החיפוש שערכו. נפגעות העבירה לא הכחישו את דבר קיומו של קשר ביניהן. נראה, איפוא, כי המידע הנדרש להגנה הועבר אליה במסגרת חומר החקירה הקיים ואין תשתית המצדיקה ביצוע חיפושים נוספים, בשלב זה".
5. בית הדין קמא הוסיף ועמד על כך שקיימות מעורבות נוספות, המשתתפות בקבוצת ה"ווטסאפ" ששמה "חינוכיות בא"ח גבולות", ואשר שתיים מהן ניהלו שיחות עם מתלוננת 1. נקבע בהקשר זה, כי חיפוש בשיחות שהתקיימו בקבוצה זו עלול לפגוע בפרטיותן של יתר חברות הקבוצה, יתר על המידה. נוכח האמור נקבע, כי השלב הדיוני המתאים לבחינת בקשת ההגנה, בהקשר זה, הוא שלב ההליך העיקרי, במסגרת בקשה לפי סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי, שתידון בפני המותב שייקבע לתיק.
6. בשולי ההחלטה ציין בית הדין קמא הנכבד:

"לא אכחד, כי אני נוטה לדעה, כי ההגנה הצליחה, בדיון במעמד צד אחד, להצביע על נקודת אחיזה לטענה אחת – והיא כי קיימת אפשרות לקיומו של מניע קונקרטי של עדת התביעה הראשונה לפגוע בנאשם... משסירבה ההגנה לחשוף את הראיות המבססות את אותו מניע.... לא ניתן למקד את המעבדה במצ"ח לצורך ביצוע החיפוש, ומתייתר הטעם בנטילת המכשיר הסולארי מן המתלוננת הראשונה לצורך החיפוש. עם זאת, להגנה עומדת האפשרות לבקש את החומרים המבוקשים במתווה של סעיף 108, ולאחר שטענות ההגנה תלובנה בהליך העיקרי".

**ערעור ההגנה**

1. תחילה, ביקשה ההגנה בערעורה להעביר לעיונה את תיעוד המידע הרפואי הנפשי הקשור לאחת מן המתלוננות, ואשר מוחזק בידי מהו"ת, כפי שציין בית הדין קמא בהחלטתו. בהמשך, בעקבות הערותיי במהלך הדיון בערעור, נאותה ההגנה לחזור בה מערעורה בנושא זה ולהותיר את בירור את הסוגיה להליך העיקרי, במתווה הקיים בסעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי.
2. ההגנה עתרה לקבל לידיה את התכתובות, לרבות ההודעות הקוליות, המצויות ביישומון ה"ווטסאפ" בין המתלוננות לבין עצמן, ובין שתיים מן המתלוננות לבין המערער. בפועל, מיקדה ההגנה את בקשתה לעיון במידע המצוי במכשירי הטלפון הניידים של שלוש מן המתלוננות – 1, 3 ו-4. לשיטתה, קיימת בחומר הראיות שנאסף נקודת אחיזה ממשית לקיומן של תכתובות ביישומון ה"ווטסאפ", כאמור, במהלך ובסמוך לאירועים המפורטים בפרטי האישום השונים ובסמוך למועדים שבהם נמסרו עדויותיהן של המתלוננות במצ"ח.
3. בדיון שנערך במעמד ההגנה בלבד ובהמשך, אף בנוכחות התביעה, **חשפה** ההגנה כי קיימת ברשותה אינדיקציה לכך שמתלוננת 1 מחקה הודעה קולית ששלחה למערער בסמוך לאחר שמסרה את גרסתה במצ"ח, וכי זו, כנטען, עסקה בדברים שמסרה בחקירה. ההגנה הצביעה על תכתובת בין המערער לבין מתלוננת 1, מיום 10.5.2018, שבמהלכה העיר לה המערער על התרשלותה בתפקיד וציין כי הוא צפוי לערוך בירור בעניין. במהלך אותה שיחה, שלחה מתלוננת 1 למערער הודעה קולית. נטען, כי למיטב זכרונו של המערער, ההודעה הקולית עסקה בתלונתה כנגד המערער במצ"ח, מספר ימים קודם לכן, והיה בה אף כדי להצביע על המניע להגשת התלונה, אלא שהמתלוננת ביצעה פעולת מחיקה להודעה הן ממכשיר הטלפון הנייד שלה והן ממכשיר הטלפון הנייד של המערער, בסמוך לאחר שליחתה, כך שאין ברשות המערער תיעוד שלה במכשיר הטלפון הנייד שברשותו. לדידה של ההגנה, תוכנה של ההודעה ומחיקתה בהמשך, עשויים לסייע בידי ההגנה להשיג על מהימנותה של המתלוננת. נוכח האמור, עתרה ההגנה לערוך חיפוש במכשיר הטלפון הנייד של מתלוננת 1, בניסיון להתחקות אחר אותה הודעה קולית.
4. נטען גם, כי יש לנסות לאתר תכתובות בין מתלוננת 1 לבין החיילת ל' פ', על-ידי שימוש במילות החיפוש "חקירה", "תלונה", "רס"ר", "מצ"ח", וזאת בשים לב לעדותה של ל' פ' מיום 8.5.2018, שבמסגרתה מסרה כי מתלוננת 1 התקשרה אליה באותו היום וביקשה ממנה למסור עדות כנגד המערער. לעמדת ההגנה, קיים סיכוי של ממש לאתר תכתובות הקשורות במאמציה של מתלוננת 1 לשכנע את ל' פ' להגיש תלונה כנגד המערער. עוד ביקשה ההגנה, להורות על חיפוש אחר תכתובות בין מתלוננת 1 לבין החיילת א' ס' באמצעות שימוש במילות החיפוש שלעיל, בשים לב לאמור ביומן החקירות מיום 17.5.2018, שלפיו מתלוננת 1 "פעלה לשם קידום הגשת תלונה על ידי חיילת הכפופה לה, רב"ט א' ס', ואף הבטיחה לחוקרי מצ"ח כי תנסה להשפיע על רב"ט ס' להגיש את התלונה".
5. כמו כן, נטען כי מעדותה של מתלוננת 3 עולה, כי היא יצרה קשר עם מתלוננת 2, והשתיים ניהלו שיחות טלפון ואף תכתובות "ווטסאפ" במהלך האירוע המפורט בפרט האישום הרביעי. נטען גם, כי דבריה של המתלוננת במצ"ח מצביעים על קשר משמעותי בנושא זה עם הסמג"ד והמג"ד, ובכלל זה תיאום הגשת התלונה כנגד המערער. לשיטתה של ההגנה, בחומר החקירה קיימת אינדיקציה ממשית לקיומה של תכתובת "ווטסאפ" בין מתלוננת 3 לבין מתלוננת 4, בנושא פרט האישום הראשון, הן באופן פרטי והן במסגרת קבוצת ה"ווטסאפ" האמורה, שבה חברות השתיים.
6. במהלך הדיון במעמד צד אחד ולאחר מכן, בנוכחות התביעה, פירטה ההגנה גם כי המערער טוען, שביום 12.4.2018, לאחר האירוע המתואר בכתב האישום, בילו המערער ומתלוננת 3 בצוותא, בסיטואציה חברתית שלא במסגרת עבודה משותפת, וכי במהלך המפגש בין השניים שלחה המתלוננת לאמה תמונה משותפת של המערער ושלה. המערער טען כי תיעוד של התמונה עשוי לסייע בידי ההגנה לבסס ספק במהימנות גרסתה של המתלוננת 3 וללמד על הרקע והמניע להגשת תלונתה. נוכח האמור סבורה ההגנה, כי מידע זה קרדינאלי להגנתו של המערער ועתרה להורות לשם כך על עריכת חיפוש במכשיר הטלפון הנייד של מתלוננת 3.
7. ההגנה הפנתה לצילום מסך ממכשיר הטלפון הנייד של מתלוננת 4 ולתמלול ההודעה הקולית ששלחה מתלוננת 4 למתלוננת 3, הקיימים בחומר החקירה. נטען כאמור, כי השתיים ניהלו תכתובות "ווטסאפ" במהלך נסיעה של מתלוננת 4 עם המערער, כמתואר בפרט האישום הראשון. לטענתה, לפי עדותה של מתלוננת 3, השיח בין השתיים ביחס למערער הוסיף להתקיים על פני חודשים רבים, גם לאחר שחרורה של מתלוננת 4 משירות צבאי – מנובמבר 2017 ועד מאי 2018, והשתיים אף נפגשו ושוחחו על הצורך בהגשת תלונה. לפיכך סבורה ההגנה, כי יש להורות על עריכת חיפוש במכשיר הטלפון הנייד של מתלוננת 4 באמצעות מילות החיפוש שלעיל וכן באמצעות המילים "הזוי" ו"דלוק עלייך", בין המועדים 17.11.2017 - 8.5.2018.
8. על יסוד האמור לעיל, סברה ההגנה, כי יש בחומר המבוקש כדי לסייע לה בקידום הגנת המערער מפני ההאשמות המיוחסות לו בכתב האישום, ומשכך יש לקבל את ערעורה.

**עמדת התביעה**

1. התביעה הצבאית ביקשה לדחות את ערעור ההגנה. נטען, כי ככלל, החומר המבוקש אינו מצוי ברשות התביעה ואינו עונה על הגדרת "חומר חקירה".
2. ביחס לשיחותיה של מתלוננת 1 עם החיילת ל' פ' נטען, כי השיחה בין השתיים נערכה בעל-פה, ומשכך אין בנמצא תכתובות "ווטסאפ". אף בנוגע לתכתובות שבין מתלוננת 2 למתלוננת 3 נטען, כי מחומר החקירה עולה שאף השיח בין השתיים נערך בעל-פה, וכי על המערער להפנות, אפוא, את שאלותיו בעניין אל המתלוננות, בהליך העיקרי.
3. התביעה אף הביעה הסכמתה לכך שהמערער יפקיד את מכשיר הטלפון הנייד שברשותו במצ"ח, על מנת שגורמי החקירה יסייעו לנסות ולשחזר את המידע שנמחק על-ידי מתלוננת 1, לטענתו.
4. ביחס למידע מתוך הטלפון הנייד של מתלוננת 3, ציינה התביעה, כי בחקירותיו תיאר המערער את הקשר ביניהם כקשר של יחסי עבודה, והטענה לקשר אינטימי יותר ביניהם עלתה במהלך הדיון בערעור, לראשונה. לעמדת התביעה, לא ניתן להתייחס לטענה זו מבלי לבסס אותה בראיות כלשהן. מכל מקום, נטען על-ידי התביעה, כי אין כל הצדקה, בשלב זה, לערוך חיפוש במכשיר הטלפון הנייד של מתלוננת 3 ולפגוע בפרטיותה.
5. אשר לשיח בין מתלוננת 3 לבין מתלוננת 4, נטען, כי מצ"ח ערכו חיפוש ומצאו שתי תכתובות מנובמבר 2017, וכי חזקה על גורמי החקירה שאם היה נמצא מידע נוסף הוא היה מצורף לתיק החקירה.

**השתלשלות ההליכים בערעור**

1. לאחר הדיון בערעור ובעקבות הערותיי פנה הסנגור לברר האם ניתן, באופן פרטי, לשחזר ממכשיר הטלפון הנייד שברשות המערער מידע שהתקבל ונמחק מרחוק, על-ידי השולח. הוסכם על הצדדים, כי ככל שלא יעלה הדבר, וההגנה תבקש כי החיפוש ייערך גם על-ידי הגורמים המקצועיים במצ"ח, תסייע התביעה בעניין זה. עוד הוסכם, כי התביעה הצבאית תבדוק מול מתלוננת 1 האם קיימות ברשותה תכתובות בנוגע לפניות ולשיחות שקיימה עם חיילות נוספות ביחידה – ל' פ' וא' ס'.
2. בהמשך, הסנגור הודיע, כי בדיקה שערכה מעבדה פרטית, שאליה פנה לצורך שחזור ההודעות שנשלחו למערער על-ידי מתלוננת 1, לא העלתה דבר. נוכח האמור, ביקש הסנגור כי גורמי מצ"ח ינסו לשחזר את הקבצים באמצעות הטכנולוגיה שברשותם. בהודעתו הדגיש הסנגור, כי חלק מן הקבצים המבוקשים בערעור, ממילא אינם ניתנים לשחזור משום שנותרו במכשירי הטלפון הניידים של המתלוננות (בעיקר מתלוננת 3).
3. בד בבד הודיעה התביעה הצבאית, כי במסגרת בירור שערכו גורמי החקירה עם מתלוננת 1, מסרה המתלוננת כי לא התכתבה עם החיילות ל' פ' וא' ס' על פרטי התלונות או על האפשרות להגשת תלונה במצ"ח, באמצעות יישומון ה"ווטסאפ", וכי השיח עמן התקיים בעל-פה. כן הודיעה התביעה, כי המערער התבקש להפקיד את מכשיר הטלפון הנייד שלו במעבדת היאח"ה לצורך ניסיון שחזור הקבצים המבוקשים. ביום 16.6.2019 הודיעה התביעה, כי גורמי החקירה לא הצליחו לשחזר מידע נוסף ממכשיר הטלפון הנייד של המערער.
4. לאור האמור, התבקשו הצדדים להתייחס לאפשרות לפנות אל המתלוננות 1 ו-3, בבקשה להעביר לרשות הצדדים את ההודעות שבכתב ובקול, כאמור בפסקה 13 לעיל ואת התמונות כאמור בפסקה 16 לעיל, בלבד. ההגנה לא התנגדה לכך והתביעה הייתה מוכנה, חרף חלוף הזמן, לפנות שוב אל המתלוננות, כמבוקש.
5. לאחר מכן, הודיעה התביעה הצבאית, כי מתלוננת 1 מסרה כי התכתובות וההקלטות המבוקשות מיום 10.5.2018 נמצאות ברשותה, וכי היא מסכימה להעבירן לעיון ההגנה, תוך שצירפה את התכתובות (צילומי מסך) ואת תמלול ההודעות הקוליות. כן הודיעה התביעה, כי מתלוננת 3 מסרה, כי התמונה המבוקשת מיום 12.4.2018 אינה נמצאת ברשותה, מכיוון שמחקה את תוכן מכשיר הטלפון הנייד שלה.
6. בתגובתו להודעת התביעה הדגיש הסנגור, כי החומר אשר התקבל מאת מתלוננת 1 איננו החומר שהמערער ביקש במסגרת הערעור דנן, וכי חומר זה כבר קיים ברשות ההגנה. הודגש, כי החומר המבוקש הוא הודעה קולית ששלחה מתלוננת 1 למערער ואשר על-פי המידע המצוי במכשיר הטלפון הנייד של המערער, ביישומון ה"ווטסאפ", נמחקה על-ידיה. לשיטתו של המערער, לתוכן ההודעה הקולית משקל רב וכך גם לעצם מחיקתה על-ידי המתלוננת 1. כן שב וציין הסנגור, כי מתלוננת 3 העבירה תצלום משותף שלה ושל המערער, שצולם על-ידיה במכשיר הטלפון הנייד שלה, בעת אירוע חברתי שבו נכחו השניים לבדם, לאחר האירוע המתואר בכתב האישום ביחס למתלוננת זו וכי הצילום ונשלח על-ידיה למכשיר הטלפון הנייד של אמה. לפיכך, נטען, כי על אף שהתביעה מסרה שהמתלוננת 3 מחקה את התוכן ממכשיר הטלפון הנייד שלה, לדידה של ההגנה, קיימת חשיבות לעריכת חיפוש מעמיק אחר תצלום זה, לרבות חיפוש במכשיר הטלפון הנייד של אמה של מתלוננת 3. נוכח האמור עתר הסנגור להורות על השלמת הבדיקות הנדרשות, כמפורט לעיל, או לקביעת דיון משלים לשם השלמת טיעוניו בעל-פה.
7. במהלך הדיון המשלים, שהתנהל לפניי ביום 20.8.2019, הבהירה ההגנה, כי נוכח השתלשלות העניינים בערעור ובשים לב להערותיי, היא מבקשת **למקד** את ערעורה בהודעה הקולית ששלחה מתלוננת 1 למערער ושלטענתו, נמחקה על-ידיה, ובתצלום של מתלוננת 3 עם המערער, שנשלח אל אמה. **ההגנה הבהירה כי היא חוזרת בה מערעורה בנוגע ליתר המסמכים המפורטים לעיל**. לשאלתי, האם ישנה אפשרות טכנית לשחזר הודעה קולית שנשלחה על-ידי המתלוננת אל המערער ונמחקה ממכשיר הטלפון הנייד של מתלוננת 1, מסרה התביעה הצבאית, כי לא ניתן להשיב על השאלה באופן כללי, "אלא רק לאחר הפקה ועיון מעמיק במכשיר", וכי לעמדתה, משהמידע המבוקש לא נאסף במהלך החקירה, הליך לפי סעיף 108 הוא האפיק המתאים לעניין זה.

 **דיון והכרעה**

 **כללי**

1. סעיף 74(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 קובע, כי עם הגשת כתב אישום בעבירה מסוג פשע או עוון "רשאים הנאשם וסנגורו... לעיין... בחומר החקירה וכן ברשימת כל החומר שנאסף או שנרשם בידי הרשות החוקרת, והנוגע לאישום שבידי התובע ולהעתיקו". נקבע, כי התכלית החקיקתית העומדת בבסיס קביעה זו נוגעת לזכותו של הנאשם לנהל את הגנתו, תוך הכרת מלוא חומר החקירה הקיים בעניינו, אך בד בבד נועדה היא להגן על אינטרס ציבורי רחב שעניינו "תקינות ההליך הפלילי, הוגנותו וחשיפת האמת, כך שיתאפשר לבית-המשפט לעשות מלאכתו לאחר שהונחו לפניו גרסת התביעה וגרסת הנאשם במלואן" (בש"פ 91/08 **מדינת ישראל נ' שיבלי** (טרם פורסם, 13.2.2008); ראו גם: עלב"ש/49/12 **טור' פוזיילוב נ' התובע הצבאי הראשי** (2012)).
2. בפסיקה בואר, כי יש לנהוג "גישה מרחיבה אשר להיקף השתרעותו של המונח 'חומר חקירה', כך שיכלול כל חומר הנוגע במישרין או בעקיפין לאישום" (בש"פ 7233/18 **בכיראת נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 24.10.2018)). בהתאם, לאורך השנים, אימצה הפסיקה את **מבחן הרלוונטיות,** שבמסגרתו יש לבחון את מידת זיקתו של החומר המבוקש לאישום וכן האם ישנה אפשרות סבירה כי תהא בחומר תועלת להגנת הנאשם. בעניין **קצב** נקבע:

"'חומר חקירה' הוא חומר המצוי **בגרעין הקשה של תשתית ראיות התביעה**, עליו מבקשת התביעה לבסס את האישום... **המאפיינים העיקריים לסיווג חומר כ'חומר חקירה' כמשמעותו בסעיף 74 לחוק, הם שלושה**: ראשית – **חומר רלבנטי לאישום**; הרלבנטיות מתפרשת בהרחבה; שנית – המושג 'חומר חקירה' מתפרש גם על ראיות השייכות לפריפריה של האישום... שלישית – **אין לכלול בגדר 'חומר החקירה' ראיות שהרלבנטיות שלהן לאישום הפלילי אינה קיימת, או שהיא רחוקה או שולית בלבד**... במצב שבו, מצד אחד, החומר אינו מועיל לקיום משפט הוגן, ומצד שני, הצגתו עלולה לגרום פגיעה בלתי ראויה באדם או בערך ציבורי חשוב, יש למנוע את חשיפתו של החומר לעיון... ככל שהזיקה בין טיב החומר לבין השאלות שבמחלוקת במשפט רופפת יותר, כך עולה משקל הפגיעה הצפויה בזכויותיהם של אחרים או בערכים שונים שבאינטרס ציבורי הכרוכים בהצגתו לעיון" (בש"פ 6507/09 **קצב נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 13.9.2009)).

1. היינו, כאשר הבקשה מתייחסת לחומרים שהרלוונטיות שלהם לאישום היא **רחוקה ושולית**; או כאשר עסקינן **בניסיון ספקולטיבי** בלבד לאיתור ראיות שיסייעו לנאשם בהגנתו, בבחינת "מסע דיג" – אזי המסקנה המתבקשת היא, כי **אין המדובר בחומר חקירה** ואין להורות לתביעה למסור חומרים אלה לרשות ההגנה (בש"פ 2886/16 **גורבאן נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 11.5.2016)). הוטעם, כי על בקשה לעיין בחומר חקירה להישען על **"נקודת אחיזה ממשית**" (הדגשות הוספו: בג"ץ 233/85 **אל הוזייל נ' משטרת ישראל**, פ"ד לט(4) 129, 124 (1985); וראו גם: עלב"ש/60,71/16 **טור' סבן נ' התובע הצבאי הראשי** (2016)).
2. עוד נקבע, כי על בית המשפט לשקול אף את הפגיעה בזכויותיהם של צדדים שלישיים, ככל שהיא עלולה להיגרם כתוצאה מהעברת חומר חקירה לעיונו של נאשם. בעניין זה נפסק, כי:

"ככל שהזיקה בין החומר הנדון לבין השאלות העשויות להיות במחלוקת במשפט רחוקות יותר, כך ניתן להביא בחשבון במסגרת הבדיקה הקונקרטית שיקולים נוספים. יש להביא בגדר השיקולים את מידת הפגיעה שעלולה להיגרם לאחרים - עדים וקורבנות עבירה - ממסירת החומר לנאשם, וכן אינטרסים ציבוריים חיוניים העלולים להיפגע כתוצאה מחשיפת החומר, בעומדם אל מול הזיקה השולית והחלשה שבין החומר לפוטנציאל ההגנה של הנאשם... ניתן להגדיר את הנוסחה ביחס לחובה למסור 'חומר חקירה' כך: **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 וקורבנות העבירה** ולאינטרס הציבורי בקיום הליכי משפט, באכיפת החוק ובחשיפת עבירות" (הדגשות הוספו, בג"ץ 620/02 **התובע הצבאי הראשי נ' בית הדין הצבאי לערעורים**, פ"ד נז(4) 625 (2003)).

1. אשר לבקשות לעיון בתיעוד המצוי במכשירי הטלפון הניידים, בית דין זה עמד, לא פעם, על הפוטנציאל הראייתי הגלום במידע אשר מצוי במכשירי טלפון ניידים של עדים, ועל חשיבות המידע לבחינת מהימנותם של עדים בכלל, ובעבירות מין בפרט:

"כאשר במוקד ניצבת גרסת המתלוננת ומהימנותה, נהיר כי חומר אובייקטיבי שמלמד על טיב היחסים בין השניים ועל אמינות הגרסה שמסרה המתלוננת, הוא רלוונטי להגנת המערער ומהווה חומר חקירה... פלטי השיחות ממכשיר הטלפון של המתלוננת, שהיא עדת התביעה המרכזית בפרשה, ראוי כי יתפרשו כחומר שעל פי טיבו מצוי בשליטת התביעה במובנה הרחב, ומכאן כי האפיק הראוי להעברת החומר האמור לידי ההגנה, הוא בנתיבו של סעיף 74 ולא סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי" (עלב"ש/21,53/13 **התובע הצבאי הראשי נ' טוראי טדסה**, פסקה 28 (2013), וראו גם: עלב"ש/39,47/17 **התובע הצבאי הראשי נ' רס"ל זנו** (2017); עלב"ש/6,7/19 **התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט פחימה** (2019)).

1. בצד זאת הוטעם, כי סוגיית החיפוש במידע האצור במכשיר טלפון נייד של עד מעוררת שני קשיים בולטים. האחד, עניינו בהיקף העצום של המידע ובדרך הראויה לחיפוש במכשיר. השני, עניינו בהשלכות החיפוש במכשיר ובפגיעה הכרוכה בכך בפרטיותו של בעל מכשיר הטלפון הנייד ואף בפרטיותם של צדדים שלישיים, שעמם עמד בקשר טלפוני. יפים לכאן, הדברים הבאים:

"מאפיין נוסף של חומר מחשב, לרבות הטלפון הנייד, הוא שניתן לדלות ממנו חומרים אובייקטיביים מזמן אמת, ראיות עוצמתיות שיכולות לשרת הן את התביעה והן את ההגנה. אך פוטנציאל ראייתי זה הוא בבחינת אליה וקוץ בה. מדובר בחומר רב שדרכו ניתן ללמוד גם על 'סיפור חייו' של המשתמש. למעשה לא מדובר רק בסיפור חיים המשורטט בקווים כלליים, אלא בפרטי הפרטים של חיי היומיום של האדם - מקומו בבוקר ועד לכתו לישון דרך המקומות בהם שהה, האנשים עימם שוחח ותכני השיחה... **רוצה לומר, כי אם 'בעולם הישן' הפגיעה בפרטיות היתה באה, למשל, לידי ביטוי בעיון ביומנה האישי של מתלוננת בעבירת מין, הרי שהפגיעה בפרטיות בעקבות עיון במחשב האישי או בטלפון הנייד של המתלוננת, עלולה להיות קשה ואנושה בהרבה**... בנקודה זו אנו מגיעים למאפיין נוסף של חומרי מחשב וטלפון נייד. הפגיעה בסוד השיח, בפרטיות או בחסיונות ואינטרסים אחרים, אינה רק כלפי העד במשפט שהמחשב או הטלפון הנייד שלו נחשף לגילוי ולעיון. **הפגיעה היא גם של צדדים שלישיים רבים אשר 'נוכחים' שלא בטובתם בחומר**, כמי שעמדו בקשר כזה או אחר עם בעל המחשב" (ההדגשות הוספו, בש"פ 6071/17 **מדינת ישראל נ' פישר** (טרם פורסם, 27.8.2017)).

1. לפיכך נקבע, כי על בית המשפט לבחון בקפידה את מידת הנגיעה של החומר המבוקש לאישום, ולתת דעתו לטיב ולהיקף הפגיעה בפרטיותו של העד, הכרוכה בהעברת המידע המבוקש. ברוב המקרים, תוגבל זכות העיון במידע האצור במכשיר טלפון נייד של עד לפרטים רלוונטיים, על-פי "שאלות קונקרטיות וחיפושים ממוקדים, 'מושכלים'" של גורמי החקירה והתביעה (עניין **פישר** לעיל).

**מן הכלל אל הפרט**

1. בענייננו, כאמור, ההגנה הצביעה על כך שביום 10.5.2018, בסמוך לאחר שנחקרה במצ"ח, מתלוננת 1 שוחחה עם המערער באמצעות חילופי הודעות כתובות והודעות קוליות, ביישומון ה"ווטסאפ". עיון במכשיר הטלפון הנייד של המערער מעלה, כי במהלך השיחה העיר המערער למתלוננת 1 על פגם בעבודתה ונראה, כי היא בתגובה שלחה אליו הודעה קולית, שנמחקה **על-ידיה** זמן קצר לאחר מכן. הגם שקיימות הודעות בעניין זה במכשיר הטלפון הנייד של המתלוננת, התיעוד על ההודעה שנמחקה אינו מופיע בצילומי המסך של מכשיר הטלפון הנייד, שהעבירה לרשות מצ"ח. לטענתו של המערער, ההודעה הקולית שנמחקה נסבה על דברים שמסרה המתלוננת בחקירה בעניינו.
2. ההגנה מבקשת להתחקות אחר ההודעה שנמחקה, לשם ביסוס טענותיה בדבר מניע לתלונת שווא מצידה, ואף על מנת לכרסם בהערכת מהימנותה הכללית של מתלוננת 1.
3. כזכור, בית הדין קמא הנכבד קבע, כי הוא "נוטה לדעה, כי ההגנה הצליחה, בדיון במעמד צד אחד, להצביע על נקודת אחיזה לטענה אחת – והיא כי קיימת אפשרות לקיומו של מניע קונקרטי של עדת התביעה הראשונה לפגוע בנאשם... משסירבה ההגנה לחשוף את הראיות המבססות את אותו מניע.... לא ניתן למקד את המעבדה במצ"ח לצורך ביצוע החיפוש, ומתייתר הטעם בנטילת המכשיר הסולארי מן המתלוננת הראשונה לצורך החיפוש". ואמנם, כעת, משפירטה הגנה בהרחבה את הנימוקים לבקשתה **ומשמיקדה** את בקשתה לחיפוש במכשיר הטלפון הנייד – **יש לקבוע, כי הצביעה על "אחיזה ממשית" בחומר הראיות לרלוונטיות של המידע המבוקש**, **על חשיבותו ותרומתו הפוטנציאלית להגנת המערער**, **ועל צמצום ניכר של הפגיעה האפשרית בפרטיותה של המתלוננת ומניעת הפגיעה בפרטיותם של אחרים שהתכתבו עמה**.
4. למעשה, ההגנה מיקדה את עתירתה לקבלת הודעה קולית **יחידה**, ומסרה **פרטים מדוייקים** על אודות מועד שליחתה (ביום 10.5.2018 בשעה 7:51), על זהות השולח (המתלוננת) ועל זהות הנמען (המערער). השוואה בין המצוי במכשיר הטלפון הנייד של המערער לבין צילומי המסך ששלחה המתלוננת מצביעה על אינדיקציה לכך, שההודעה הקולית נמחקה "פעמיים" – בפעם הראשונה נמחק תוכן ההודעה באופן שהמערער לא יוכל להאזין לה במכשיר הטלפון הנייד שברשותו, ובפעם הנוספת מחקה המתלוננת את האפשרות לראות את התיעוד הקיים בעניינה במכשירה שלה, כיוון שההודעה נמחקה, תוך שהיא מוחקת גם את הכיתוב "הודעה זו נמחקה" ממסך השיחה ביישומון ה"ווטסאפ". כאמור, נטען, כי למיטב זכרונו של המערער נסבה ההודעה הקולית על תלונתה במצ"ח של מתלוננת 1, מספר ימים קודם לכן, ואף על סוגיית המניע להגשת התלונה. במצב דברים זה סברתי, כי חרף חלוף הזמן מאז החקירה ועל אף ההכבדה הכרוכה בפעולת החיפוש על המתלוננת – משעלה בידי הסנגור להצביע על **נקודת אחיזה ממשית** לטענה בדבר אפשרות לקיומו של מניע קונקרטי ונוכח האיזון המתבקש בין זכותו להליך הוגן לבין ההגנה על פרטיות המתלוננת – יש להורות על חיפוש ממוקד, כמבוקש.
5. על פני הדברים נראה, כי ההודעה המבוקשת היא ההודעה היחידה שנמחקה במסגרת רצף של הודעות קוליות ששלחה מתלוננת 1 למערער והדברים מעוררים תהייה. דומה אפוא, כי קיימת אפשרות ממשית שטמונה בהודעה המבוקשת תועלת להגנת המערער, ולפיכך יש לראות בה חומר חקירה שעל התביעה להעבירו לעיון ההגנה, כבר כעת, במסגרת הדיון בבקשה לעיון בחומר חקירה.
6. אשר לטענת המערער על אודות תצלום שצילמה מתלוננת 3 באמצעות הטלפון הנייד שלה, ובו נראים היא והמערער בעת אירוע משותף שבו נכחו השניים לבדם, ואשר נשלח על-ידיה למכשיר הטלפון הנייד של אמה – כזכור, מתלוננת 3 מסרה, כי התמונה המבוקשת על-ידי ההגנה אינה נמצאת ברשותה, מכיוון שמחקה את תוכן מכשיר הטלפון הנייד שלה. הסנגור ביקש לערוך חיפוש מעמיק אחר תצלום זה, לרבות באמצעות חיפוש במכשיר הטלפון הנייד של אמה של מתלוננת 3 או באמצעות פנייה אל האם. לטענתו, יסייע התצלום להתרשם מן הקירבה ששררה בינו לבין המתלוננת 3, גם לאחר האירוע, המפורט בכתב האישום.
7. לאחר שבחנתי את בקשת ההגנה בעניין זה, לא מצאתי להיעתר לה, שעה שאין היא נסמכת על אחיזה ממשית בחומר הראיות ואף נוכח המרחק הרב בינה לבין המסגרת הראייתית הרלוונטית, להוכחת האשמות בעניינו של המערער. יש להבהיר, כי במסגרת אמרתה במצ"ח, מסרה מתלוננת 3, כי בינה לבין המערער היו יחסים חבריים – "בכללי אני והרס"ר עובדים מאוד צמוד הוא גם משרד לידי והיחסים בינינו מאוד טובים, אנחנו עובדים הרבה ביחד..." (עמ' 1, שורות 9-8). המתלוננת מציינת, כי יש לה חבר וכי במהלך הנסיעה עם המערער "דיברתי על חבר שלי, כי זה הרגיש שזה מקנה לי קצת תחושת ביטחון, בשביל להזכיר לו כאילו שיש לי חבר, למרות שהוא יודע שיש לי חבר מלא זמן" (עמ' 4, שורות 63-62). עולה עוד, כי המתלוננת הסבירה, כי לא עמדה על הפסול בהתנהגותו של המערער **מיד** בתום האירוע שיוחס לו בכתב האישום, וכי ההבנה בהקשר זה התגבשה אצלה בהמשך. במצב דברים זה סברתי, כי ההגנה לא הצביעה על "נקודת אחיזה ממשית" בחומר הראיות המבוקש ואף לא על רלוונטיות ותרומה להגנת המערער. בהתאם, מצאתי כי אין להיעתר לבקשה.
8. יש לציין עוד, כי מסקנה זו מתחזקת אף בשים לב לכך שהעברת התצלום המבוקש לעיון ההגנה עשויה לפגוע, מעבר לנדרש, בזכותן של מתלוננת 3 ואמה לפרטיות, שעה שהזיקה בין התצלום המבוקש לבין השאלות השנויות במחלוקת – רופפת וקלושה.

**סוף דבר**

1. ערעור ההגנה מתקבל אפוא, באופן חלקי, כמפורט בסעיפים 43-41 דלעיל. אשר על כן, יש לתאם את העברת מכשיר הטלפון הנייד של מתלוננת 1 לעיון מעמיק במצ"ח ולנסות לשחזר את ההודעה הקולית שלגביה נטען, כי נשלחה למערער ביום 10.5.2018 ונמחקה. על מנת שלא לעכב את ההליכים המשפטיים עוד, יועבר המכשיר לבדיקה במצ"ח עד ליום 1.9.2019. יש להשלים את הבדיקות הנחוצות עד ליום 5.9.2019. ככל ששחזור ההודעה הקולית יעלה יפה, יש להעביר את תוכנה לעיון ההגנה.

ניתנה בלשכה היום, כ"א באב התשע"ט, 22 באוגוסט 2019, המזכירות תעביר ההחלטה לצדדים.

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**תא"ל אורלי מרקמן
המשנה לנשיא בית הדין הצבאי
ל ע ר ע ו ר י ם**

**חתימת המגיה: \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ העתק נאמן למקור
 סגן עמית כהן
תאריך: \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ קצין בית הדין**