 

**בבית הדין הצבאי לערעורים**

בפני:

**אל"ם מאיה גולדשמידט** - שופטת

בעניין:

**ח/\*\*\*\*\*\*\* סמל (מיל') ב' ב' -** המערער (ע"י ב"כ, רס"ן מאי ארבל; רס"ן עמית שוחנצקי; סגן אהרן פופקו)

**נ ג ד**

**התובע הצבאי הראשי -** המשיב (ע"י ב"כ, סרן אוהד מנור; קמ"ש ליטל הרטמן)

ערעור על החלטה של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי המטכ"ל שניתן בתיק מטכ"ל (ב"ש) 3/23 (סא"ל סיגל טורג'מן-חזן - סגנית הנשיא) ביום 16.2.2023. הערעור נדחה.

**ה ח ל ט ה**

**רקע**

1. בעניינו של המערער, סמל (מיל') ב' ב', התקבלה ביום 16 בפברואר 2023 החלטת בית הדין המחוזי (כב' סגנית הנשיאה, סא"ל סיגל טורג'מן - חזן) לדחות את בקשת ההגנה, לקבלת חומר חקירה, בהתאם לסעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982. ההגנה לא השלימה עם החלטה זו, ומכאן הערעור שבפניי.
2. יבואר, כי כתב האישום שהוגש כנגד המערער מייחס לו עבירה של מעשה מגונה לפי סעיף 348(ג) לחוק העונשין, התשל"ז-1977. בכתב האישום נטען, כי לאחר היכרות קצרה בחודש מארס 2021, בין המערער למתלוננת, אשר שירתו במועד האירוע בחיל המשטרה הצבאית, ניתק ביניהם הקשר, עד שביום 4 ביוני 2021, הגיבה המתלוננת על "סטורי" שפרסם המערער בחשבון ה"אינסטגרם" שלו והשניים החלו להתכתב. במהלך התכתבותם שאל המערער את המתלוננת על תחביביה, והאם היא "יודעת לנשק", אך היא לא השיבה. במהלך השיחה קבעו השניים להיפגש בעיר מגוריו של המערער והמתלוננת הגיעה אל המקום באוטובוס. על אף שהמתלוננת ציינה בפני המערער כי אינה מעוניינת להגיע אל ביתו, הרי שלאחר הליכה ברחובות העיר הוביל אותה המערער אל ביתו. בזמן שהשניים עלו במעלית, הם התנשקו ולאחר מכן נכנסו לבית המערער.

נטען כי לאחר מכן, בעודם יושבים על מיטת המערער בחדרו ומשוחחים, נישק המערער את המתלוננת בפיה מספר פעמים נוספות, ובשלב מסוים הרים את רגליה על המיטה והשכיב אותה, פיסק את רגליה, רכן מעליה, פשט את בגדיו עד שנשאר בתחתוניו, ונשכב מעל המתלוננת בעודה מרגישה את כובד משקל גופו. בתגובה למעשיו אלו, מסרה לו המתלוננת כי היא לא מעוניינת לקיים יחסי מין, כי היא לא רוצה להיכנס להיריון ושהיא בטראומה ובחרדות.

בהמשך לכך הרים המערער את חולצת המתלוננת נישק את בטנה וצווארה, נגע בחזהּ, נישק את שדיה ומצץ את פטמותיה. במהלך דברים אלה, המתלוננת רעדה, התנשפה, וביקשה מהמערער לחדול את מעשיו. כן סירבה לבקשת המערער לפשוט את מכנסיה ולאפשר לו לגעת באיבר מינה, והוא נמנע מלעשות כן, אך מיד לאחר מכן הסיר את תחתוניו באופן חלקי, חשף את איבר מינו למתלוננת ואמר לה: "אל תפחדי, תסתכלי". על אף שהמתלוננת הסיטה את עיניה, עצמה אותן והסבירה למערער כי היא נתונה בחרדות, נטל המערער את ידיה, וביקש ממנה לגעת באיבר מינו, אך היא סירבה ומשכה את ידיה. פורט עוד, כי במהלך האירוע אמרה המתלוננת למערער מספר פעמים כי היא מעוניינת לעזוב ושעליה ללכת לביתה, אך הוא הוסיף לשכב מעליה ולגעת בה. לאחר מספר בקשות כאלה, אמרה המתלוננת למערער כי היא מוכרחה ללכת, קמה ועזבה את ביתו.

1. המערער כפר כפירה כללית בכתב האישום, וטרם נמסר גדר כפירה מפורט. לטענת ההגנה, העיכוב בפירוט גדר הכפירה נעוץ בהיעדרם של חומרי החקירה שהיא מבקשת להעביר לעיונה קודם לכן, וזאת כפי שיוסבר להלן.

**בקשת ההגנה והחלטת בית הדין המחוזי**

1. ההגנה ביקשה מבית הדין קמא לקבל לידיה רשימה ארוכה של חומרי חקירה, בהתאם לסעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב]. במהלך הדיון הושגו הסכמות באשר לחלק מן המידע שהתבקש. בהחלטתו דן בית הדין קמא בנושאים שנותרו במחלוקת בין הצדדים, ודחה את בקשת ההגנה לקבלת טפסי תלונה כנגד המתלוננת המתעדים את העמדתה לדין משמעתי ביחידתה וכן את בקשת ההגנה לקבל לידיה את האבחנה הרפואית (נפשית) של המתלוננת לרבות פירוט הפרופיל הרפואי, סעיפי הליקוי שהותאמו לה ופירוט על תנאים מקלים שנקבעו לה. בבסיס הבקשה, עמדה טענת ההגנה, שלפיה עולה מעדות המפקדת של המתלוננת, כי המתלוננת מתקשה בהבנת סיטואציות חברתיות, מצויה על "הספקטרום" ובשל כך גם למדה בחינוך מיוחד והותאמו לה תנאים מיוחדים לשירות הצבאי. כאמור החלטתו של בית הדין קמא בבקשה זו היא זו שעומדת במוקד ערעור ההגנה כעת.
2. אשר לטפסי התלונה בעניינה של המתלוננת, בית הדין קמא דחה את בקשת ההגנה כי יעיין בהם בטרם קבלת החלטה, על מנת להכריע האם הם מהווים חומר חקירה רלוונטי בנסיבות העניין. צוין, כי לא הוכח הצורך בעיון בטפסים אלה, וכי ההגנה לא הצליחה לבאר כיצד יש בהם כדי לבסס את טענתה שלפיה המתלוננת מתקשה בהבנת סיטואציות חברתיות. על כן סבר בית הדין קמא כי ראוי שטענה זו תתברר בפני המותב שידון בהליך העיקרי, אשר יכריע האם אכן יש צורך לעיין בטפסים האמורים, במסגרת דיון לפי סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי.
3. אשר לבקשת ההגנה לקבל לידיה את האבחנה הרפואית בעניינה של המתלוננת ופירוט על הפרופיל הרפואי שלה, בית הדין קמא ציין, כי לאחר שעיין בעדויותיה של המתלוננת, בעדות המפקדת שלה, ובדברי ממונת היוהל"ם ביחידה, לא מצא שיש בעדויות אלה, כדי לתמוך בטענת ההגנה באופן המצדיק את העברת המידע המבוקש לעיונה עוד קודם לשמיעת עדות המתלוננת במסגרת ההליך העיקרי. הוטעם, כי יש לקיים את הדיון בנושא בהתאם לסעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי, כפי שנקבע בפסיקה לא אחת, באופן שיאפשר בחינה מהותית של התשתית הראייתית, של גדר המחלוקת בין הצדדים ושל מידת הפגיעה בפרטיות הכרוכה בחשיפת המסמכים, תוך איזון בין זכותו של המערער להליך הוגן אל מול זכותה של המתלוננת לפרטיות.

**טענות הצדדים בערעור**

1. לטענת ההגנה, עסקינן בתיק של "מילה נגד מילה", שבו המערער אינו כופר בחלק משמעותי מעובדות כתב האישום, ועיקר המחלוקת בין הצדדים קשור, כנטען "לביטויי חוסר ההסכמה מצד המתלוננת ויכולת העורר להבין ביטוי זה. משסבורה ההגנה כי ההכרעה בתיק תקום ותיפול בהתאם לבחינת מהימנותה של המתלוננת, ויכולתה להבין סיטואציות חברתיות ולבטא חוסר הסכמה באופן ברור, נדרשת ההגנה באופן ממשי לכל מידע שיש בו כדי ללמד על יכולת קריאת המציאות שלה ויכולת ההבעה שלה של מסרים חברתיים". עוד נטען, כי משהניחה ההגנה בסיס ראשוני מספק להוכחת הרלוונטיות של המידע המבוקש להגנת המערער, היה על בית הדין קמא לכל הפחות לבחון את המידע המבוקש ואת הרלוונטיות שלו בטרם קבלת החלטה, בדומה לאיזון שנערך בעלב"ש 21,53/13 **התובע הצבאי הראשי נ' טדסה** (2013)).
2. ההגנה הפנתה לאמור באמרתה של מפקדתה של המתלוננת, כמפורט בסעיף 4 לעיל וכן להודעתה של ממונת היוהל"ם היחידתית שתיארה את המתלוננת כ"חיילת שלא איתנו". נטען, כי טפסי התלונה עשויים לשקף את קשייה של המתלוננת בהבנת סיטואציות, אם בדרך שבה היא מתארת אירועים, אם בדרך שבה היא מתייחסת להתנהגותה, ואם בהיבטים אחרים הנוגעים לפרשנות המציאות.
3. אשר למסמכים הרפואיים המבוקשים, נטען כי נוכח האינדיקציות הקיימות בחומר הראיות לקשייה של המתלוננת, יש להעביר להגנה מידע שכזה עוד בטרם תחילת המשפט, ולא לדחות את הדיון לשלב שמיעת הראיות; שכן על ההגנה לקבל את המידע עוד טרם חקירתה הנגדית של המתלוננת ובטרם שמיעת עדים אחרים הרלוונטיים לסוגיה זו. ההגנה הטעימה, כי דווקא בתיקים שעניינם עבירות מין, המבוססים על עדות יחידה, כאשר הכלים העומדים בפני ההגנה מוגבלים, יש לתת לצוות ההגנה את מלוא האמצעים להתמודד עם עדות יחידה ולהפריכה (עלב"ש 120/17 **כהן נ' התובע הצבאי הראשי** (2017)).
4. יתר על כן, נטען כי חומר החקירה המבוקש עשוי להשליך גם על גיבוש גדר הכפירה המפורט. כך למשל טענה ההגנה, כי ככל שיצביעו המסמכים על כך שהמתלוננת אכן מצויה על הספקטרום האוטיסטי, יש בכך כדי להשליך על טיעונה בנוגע לקיומם של מחדלי חקירה, נוכח אי קיום הוראות חוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית), תשס"ו 2005; וכי חקירתה של המתלוננת בהתאם להוראות החוק יכולה הייתה להוביל לבירור נכון ומותאם יותר של הסוגיות שבמחלוקת.
5. עוד טוענת ההגנה, כי עולה מהעדויות בתיק החקירה שהמערערת אינה מצליחה להבחין בין מצבים שבהם מבקשים ממנה לעשות דבר מה, מתי דורשים ממנה לעשות כן ומתי מכריחים אותה לעשות כן. נטען, כי לאור גרסת המערער, שלפיה היא כלל לא הביעה התנגדות למעשים (עד לסוף האירוע - אז, לדבריו, משנתקל בביטוי ההתנגדות הראשון שלה חדל את מעשיו), הרי שיש רלוונטיות למידע שעשוי לשפוך אור על השאלה האם היה ביכולתה להתבטא ולאפשר למערער להבין את ביטויי ההתנגדות שלה. ההגנה הדגישה כי מדובר בבקשה מתוחמת על מנת להבין את טיב האבחנה של המתלוננת, וכי אינה מבקשת את כלל המסמכים הנפשיים בעניינה. כן שבה על עתירתה, לפיה בטרם קבלת החלטה יעיין בית הדין במידע המבוקש ויבחן את הרלוונטיות שלו.
6. התביעה התנגדה לערעור ההגנה. בתשובתה הטעימה כי החומרים שהתבקשו על ידי ההגנה לא נאספו על ידי גורמי החקירה ואינם מצויים בידיה; וכי גם אין כל אינדיקציה לקיומו של אבחון רפואי בעניינה של המתלוננת, למעט בדבריה של המפקדת, הנסמכים על עדות שמועה, ומכאן שאין בהם כדי להקים תשתית ראייתית ראשונית לתמיכה בבקשת ההגנה. התביעה טענה, כי מדברי המתלוננת עלה כי הביעה התנגדות למעשיו של המערער, וכי המחלוקת ביניהם היא עובדתית באשר לעצם קיומם של גילויי התנגדות. לכן השאלה כיצד היא מתנהלת בסיטואציות חברתיות אינה רלוונטית לבירור המחלוקת. לעניין זה הודגש עוד, כי מקום שבו טרם נמסר גדר כפירה מפורט יקשה לדעת באופן ברור מה קו ההגנה הנטען.
7. בשל כל האמור, סבורה התביעה, כי הדרך הראויה לדון בבקשת ההגנה היא במסגרת דיון לפי סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי, אז ניתן יהיה לדון גם במידת הפגיעה שיש בהעברת החומרים המבוקשים, אשר אף חוסים בחלקם תחת חיסיון סטטוטורי, בפרטיותה של המתלוננת. לאור האמור התנגדה התביעה גם לכך שבית הדין יעיין במידע המבוקש, משגם בעיון זה יש כדי לפגוע בחיסיון הסטטוטורי ובאינטרסים של המתלוננת.

**דיון והכרעה**

1. אין צורך להכביר מילים בדבר חשיבותה של הזכות לעיון בחומר חקירה. יוזכר, כי הפרשנות שניתנה למונח "חומר חקירה" בפסיקתנו היא רחבה, ונקבע כי יש לכלול בגדרי מונח זה כל חומר הנוגע במישרין או בעקיפין לאישום (בש"פ 6520/21 **פלוני נ' מדינת ישראל**,בפסקה 6 (2021)). הזכות לקבלת חומר חקירה מצויה בליבת הזכות להליך הוגן, במטרה לתת כלים בידי הנאשם להתגונן כראוי מפני האישומים נגדו, ומכאן שהיא משרתת גם אינטרס ציבורי רחב של שמירה על תקינות והוגנות ההליך הפלילי, לצד חשיפת האמת (ראה בש"פ 5763/21 **פלוני נ' מדינת ישראל** בפסקה 5 (2021)). לפיכך אומץ בפסיקה מבחן גמיש יחסית, ובמסגרתו יש לבחון את מידת הרלוונטיות והזיקה בין החומר המבוקש לבין האישומים (בש"פ 8100/21 **טראבין נ' מדינת ישראל** בפסקה 16 (2021)); אך זאת תוך שהובהר כי על הבקשה לחומר חקירה להישען על "נקודת אחיזה ממשית" (בג"ץ 233/85 **אל הוזייל נ' משטרת ישראל**,פ"ד לט(4) 124, 129 (1985)). בהתאם לכך נבחן את בקשות ההגנה, כמובא להלן.

בקשת ההגנה לקבל טפסי תלונה בעניינה של המתלוננת

1. את בקשתה לקבל לעיונה טפסי תלונה, שבמסגרתם עמדה המתלוננת לדין משמעתי, נימקה ההגנה כאמור, בהתרשמות מן המתלוננת, כפי שהיא עולה מעדויות הסובבים אותה (ובעיקר המפקדת שלה וממונת היוהל"ם) ובסברה שלפיה יש בטפסי התלונה האמורים כדי לאשש התרשמות זו.
2. לא מצאתי ממש בערעורה של ההגנה, אשר כפי שקבע גם בית הדין קמא בהחלטתו, לא הצליחה להבהיר מדוע יש בטפסי התלונה האמורים כדי להועיל להגנת המערער. בע/120/17 בעניין **כהן** שאליו הפנתה ההגנה, אמנם מצא בית דין זה לאשר העברת טופס תלונה בעניינה של המתלוננת, מקום שבו היה בכך כדי לבסס פגיעה מסוימת במהימנותה נוכח דחיית גרסתה בהליך המשמעתי (אם כי תוך הבעת הסתייגות נוכח אופיו של ההליך המשמעתי, שבמסגרתו קצין השיפוט אינו כפוף לדיני הראיות); לעומת זאת בענייננו, הטענה המרכזית אינה נוגעת לשאלת מהימנותה של המתלוננת דווקא, אלא לקושי שלה בהבנת סיטואציות חברתיות וביטוי רצונותיה כלפי חוץ - גם בפני המערער, במהלך האירוע. לפי הגיון זה, הרי שאירועים שבהם הועמדה המתלוננת לדין, הם רק חלק מאותו רצף התנהגותי שלה, שביחס אליו קיימות ראיות גלויות בחומר החקירה הקיים.
3. לכך יש להוסיף, כי טופסי התלונה האמורים אינם מצויים בידי התביעה ולא נאספו כלל על ידי גורמי החקירה - וגם אינם מהווים, מבחינת טיבם, מידע שצריך היה להיאסף. נפסק לא אחת, כי מקום שבו החומר המבוקש אינו מצוי בידי התביעה יש להבחין בגדר השיקולים בין חומר שעל פי טיבו צריך היה להימצא בידי התביעה בשל זיקתו לחקירה, לבין חומר שאינו בליבת האישום, אשר ביחס אליו אין להטיל על התביעה חובה להשיגו גם אם הנאשם או סנגורו מעוניינים בו לצורך הגנתם (בג"ץ 9264/04 **מדינת ישראל נ' בית המשפט השלום בירושלים**, פ"ד ס(1) 360, 372-373 (2005)). כן ראוי להעיר, כי העברת המידע המבוקש יש בו משום פגיעה מסוימת בפרטיותה של המתלוננת, אף אם המידע אינו חוסה תחת חיסיון סטטוטורי.
4. בשל מגוון שיקולים אלה, הדרך המתאימה לקבלת המידע האמור, ככל שתסבור ההגנה כי הוא נדרש לה במהלך שמיעת הראיות, היא באופן של הגשת בקשה מתאימה לפי סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי, שבו נקבע כי: "בית המשפט רשאי, לבקשת בעל דין או מיזמת בית המשפט, לצוות על עד שהוזמן או על כל אדם אחר להמציא לבית המשפט במועד שיקבע בהזמנה או בצו, אותם מסמכים הנמצאים ברשותו ושפורטו בהזמנה או בצו". מדובר אפוא בדיון הנערך, בדרך כלל, בפני המותב הדן בתיק העיקרי, בשונה מהדיון הנערך בפני שופט הדן בבקשה לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי. ההנחה היא כי המותב שדן בתיק העיקרי כבר שמע חלק מהעדויות, בקיא בפרטי התיק ויתכן שגם קו ההגנה של הנאשם כבר נחשף בפניו - דהיינו המותב יכול להעריך טוב יותר את הרלוונטיות ואת משקל החומר המבוקש להגנת הנאשם (בש"פ 8252/13 **מדינת ישראל נ' שיינר**, פסקה 15 (2014)). כן ר' בש"פ 9305/08 **פלוני נ' בית ספר אל מאמוניה לבנות,** פסקה 12 (3.12.2008); ע"פ 2196/22 **פלונית נ' פרקליטות המדינה**, פסקה 8 (3.5.2022)). על כן בקשת ההגנה לעניין זה נדחית.

בקשת ההגנה לקבל מידע בדבר אבחון המתלוננת

1. הטעם אותו הציגה ההגנה לבקשתה לקבל לידיה את אבחונה הרפואי של המתלוננת, סעיפי הליקוי שלה וכיו"ב, נעוץ אף הוא ברצונה לאשש את הטענה שלפיה המתלוננת נעדרת יכולת להבנת סיטואציות חברתיות. מכאן שלא הבינה נכונה את האינטראקציה עם המערער ואת התנהגותו כלפיה, ואף לא הצליחה לבטא את התנגדותה, באופן שיוביל להתגבשות ההבנה אצלו כי היא אינה מעוניינת במעשים.
2. כוחם של השיקולים שנמנו לעיל, באשר להעברת טופסי התלונה, רלוונטי ואף משמעותי יותר, מקום שבו המידע המבוקש הוא כזה שיש בו פוטנציאל ברור לפגיעה בפרטיותה של המתלוננת ובחיסיון הרפואי הנתון לה על פי דין. גישתה העקבית של הפסיקה בשנים האחרונות, היא כי מקום שבו נדרשת בחינה של שיקולים הנוגעים לצדדים שלישיים, וודאי כאשר הבקשה היא לקבלת חומר החוסה תחת חיסיון - יש להעדיף את המסלול הדיוני הקבוע בסעיף 108 לחוק, על פני המסלול של גילוי חומר חקירה לפי סעיף 74 לחוק (ר' עלב"ש 19/21 **טור' קבסה נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקאות 13 - 14 והאסמכתאות המפורטות שם (2022)).
3. מעבר לשיקולים שנמנו לעיל, שעניינם יכולתו של המותב השומע את הראיות להעריך באופן נכון יותר את הרלוונטיות של החומר המבוקש, הרי שלא כמו בהליך המתנהל לפי סעיף 74 הנ"ל, במשולש של תביעה - נאשם - בית משפט, מבלי שלבעל הדבר ניתנת אפשרות להביע את עמדתו, הרי שכאשר המתלוננת ניצבת על דוכן העדים, יש ביכולתה להגיב ולהסביר את משמעותה של חשיפת התיעוד עבורה; ועצם מתן זכות הטיעון למתלוננת עולה בקנה אחד עם המגמה לשמוע את קולם של נפגעי העבירה, וגם מאפשר לתת משקל רב יותר לשיקולי החיסיון ולזכות המתלוננת לפרטיות ולכבוד (ראו עניין **שיינר** לעיל, בפסקה 15; עלב"ש 24/19 **סרן חיר נ' התובע הצבאי הראשי**, בפסקה 13 (2019)); מכאן שרק במקרים חריגים יתקיים הדיון בבקשה לעיון בחומרים חסויים במסגרת סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי. כך, למשל, מקום שבו נמסרה תלונתו של נפגע בעבירת מין, במהלך הטיפול הנפשי ובעקבותיו. בנסיבות אלה, לרוב גם נאסף החומר כבר בשלב החקירה, לאחר שנפגע העבירה התבקש לוותר על סודיות רפואית (עלב"ש 14/19 **סמ"ר יפרח נ' התובע הצבאי הראשי** בפסקה 17 (2019); עלב"ש 39/17 **רס"ל זנו נ' התובע הצבאי הראשי** (2017)). ראוי לומר, כי אמנם גם בהליכים לפי סעיף 74 לחוק ניתן לאפשר זכות טיעון למתלוננת, מקום שבו יש פוטנציאל לפגיעה בפרטיות; אך הובהר, כי אין זה מהלך הדברים הרגיל בדיון שנערך במסלול לפי סעיף זה (ר' עניין **שיינר** לעיל, בפסקה 15). כן נקבע כי גם בעצם מסירת החומר המבוקש לעיון בית המשפט יש משום פגיעה בפרטיות המתלוננת וכבודה, גם אם היא קטנה יותר מאשר הפגיעה הנוצרת מהעברת החומר לעיון הנאשם וההגנה; ואף את הצורך בפגיעה זו יש לבחון בזהירות רבה, ורק מקום בו יש לכך הצדקה (עניין **שיינר** פסקה 22).
4. לכך יש להוסיף כי ביום 10 ביולי 2022 נפל דבר, עת התקבל חוק חסיון ראיות (טיפול נפשי בהליכים פליליים שעניינם עבירות מין או עבירות אלימות חמורה במשפחה) (תיקוני חקיקה), התשפ"ב - 2022, שבמסגרתו תוקנה פקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א - 1971, והותוותה לראשונה בחקיקה הדרך בה יש לילך, עת מתבקש מידע באשר לנפגע העבירה, הנתון לחיסיון בהיבט הנפשי או הטיפולי. נקבע בו, כי לפקודת הראיות יתווסף סעיף 50ב', שבו נקבע המתווה לקבלת מידע כאמור, בדרך של עתירה לגילוי ראיה חסויה; תוך שבואר, כי גילוי הראיה ייעשה רק במקום שבו הראיה חיונית להוכחת האישום או שהיא עשויה להועיל להגנת הנאשם ומידת התועלת שבה להגנה עולה על העניין שלא לגלותה, ובכלל זה על הפגיעה שעלולה להיגרם מגילויה לנפגע העבירה או לשיקומה או שהיא חיונית להגנת הנאשם. כן נקבע, כי בטרם יחליט בית המשפט לגלות ראיה שכזו ייתן לנפגע העבירה זכות להביע את עמדתו, וגם לבעל המקצוע המטפל, וכן ישקול את הפגיעה שעלולה להיגרם מגילוי הראיה לנפגע העבירה ולשיקומו. עוד תוקן בהתאמה גם חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א - 2001 (ותיקון מקביל נערך גם בדרך הוספת סעיף 513יג1 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו - 1955).
5. מטרת התיקון האמור היא לחזק את מעמד החיסיון על עדויותיהם של בעלי המקצוע מתחום הטיפול - הרפואי או הנפשי, תוך שצוין בהצעת החוק כי: "ההצדקה לתיקון המוצע נעוצה בייחודיות של החסיונות הטיפוליים בעבירות אלו, שתוכנם רגיש ביותר בשל פוטנציאל הפגיעה הרב בבעלי החיסיון ובפרטיותם אם יוסרו..." (הצעת חוק חסיון ראיות (טיפול נפשי בהליכים פליליים שעניינם עבירות מין או אלימות חמורה) (תיקוני חקיקה), התשפ"ב - 2022, הצעות חוק 884 מיום 14 בפברואר 2022, עמ' 28).
6. נוכח סעיף התחולה שנקבע לתיקון החוק האמור, הוא אינו חל על עניינו של המערער; עם זאת, נראה כי יש בו כדי להקרין גם על ענייננו וללמדנו ביתר שאת על החשיבות שרואה המחוקק בצורך לשמור על פרטיותם של נפגעי העבירה ועל האופן המדוקדק שבו יש לבחון כל פגיעה המתבקשת בחיסיון הנתון להם על פי דין. מכאן שנדרש כי כל בקשה שיש בה פוטנציאל לפגיעה כזו, תיבחן באופן מקיף על ידי המותב הדן בתיק, תוך קבלת עמדה מטעם נפגע העבירה ועריכת בחינה מהותית שתאזן בין חיוניות המידע המבוקש להגנת הנאשם לבין מידת הפגיעה בפרטיותו של נפגע העבירה.
7. ביישום לענייננו, ראוי להטעים, כי אכן עולה, בעיקר מעדות המפקדת של המתלוננת, אינדיקציה לקשיים כאלה ואחרים, שיתכן שהם נתמכים באבחון רפואי. עם זאת דבריה של המפקדת, בשלב הזה, אינם אלא, עדות שמועה; ומכל מקום, הימצאות המידע האמור בחומר החקירה הגלוי, כשלעצמו עשוי לסייע להגנה לעשות בו שימוש במהלך המשפט, בשלבים המתאימים, במסגרת דיון לפי סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי, שאז ניתן יהיה להעריך את הרלוונטיות של המידע המבוקש (ככל שהוא קיים), את עמדתה של המתלוננת ביחס לחשיפתו ואת מידת התועלת שלו להגנת המערער.
8. יש לציין עוד כי מעיון בעדויות המתלוננת והמערער, עולה כי קיים ביניהם פער עובדתי באשר לתיאור האירוע, שאינו מתיישב עם טענות ההגנה בדבר פער שמקורו אך בהבנת המתלוננת את הסיטואציה. כך למשל באשר לשאלה של מי הייתה היוזמה שהמתלוננת תעבור מישיבה לשכיבה על מיטת המערער; ביחס לטענת המערער לפיה קיבל את הסכמת המתלוננת להורדת חולצתו; באשר לטענת המתלוננת, המוכחשת על ידי המערער, כי נטל את ידה וביקש ממנה לגעת באיבר המין שלו; באשר לטענת המתלוננת כי המערער הוריד את חולצתה בניגוד לרצונה, בעוד שלטענתו היא אישרה כי הוא יכול לעשות כן; וביחס לסוגיה של הבעת התנגדות מצד המתלוננת לאורך שלבים שונים באירוע (המתלוננת מפרטת מספר הזדמנויות שבהן ביקשה מהמערער להפסיק, בעוד הוא טוען כי גילתה התלהבות ואקטיביות לאורך הדרך, וכי הפסיק את המגע ביניהם ברגע שהתבקש על ידה לעשות כן).
9. מכאן שנדרש יהיה לבחון את הדברים גם ביחס לקו ההגנה של המערער - אשר, כאמור, טרם הובהר דיו, בהעדר גדר כפירה מפורט בשלב זה. כך או כך, לאור מצב הדברים האמור, לא השתכנעתי כי עניין זה נמנה עם אחד מאותם מקרים חריגים שבהם ראוי להידרש לסוגיית העיון בחומרים הנתונים לחיסיון, כבר במסגרת דיון לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי.
10. לאור האמור, ערעור ההגנה נדחה.

ניתנה היום, י"ג בניסן תשפ"ג, 4 באפריל 2023, בלשכה, ותועבר לצדדים על-ידי המזכירות.

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

 **אל"ם מאיה גולדשמידט**

**שופטת בית הדין הצבאי**

**ל ע ר ע ו ר י ם**

**חתימת המגיה: \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ העתק נאמן למקור**

 **סרן כפיר לב תאריך: \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ קצין בית הדין**