



בש"פ 3892/16 - פלוני נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון

בש"פ 3892/16

כבוד השופטת ע' ברון
פלוני

לפני:
העורר:

נ ג ד

מדינת ישראל

המשיבה:

ערר על החלטת בית המשפט המחוזי מרכז-לוד בתיק
מ"ת 29517-08-14 שניתנה ביום 20.4.2016 על ידי
כבוד השופטת דנה מרשק-מרום

ח' בסיון התשע"ו (14.06.16)

תאריך הישיבה:

עו"ד שי שקד
עו"ד נעימה חנאווי-כראם

בשם העורר:
בשם המשיבה:

החלטה

לפניי ערר לפי סעיף 74(ה) לחוק סדר הדין הפלילי, התשמ"ב-1982 (להלן: החוק) על החלטת בית המשפט המחוזי מרכז-לוד (כבוד השופטת ד' מרשק מרום) מיום 20.4.2016 ב-מ"ת 29517-08-14, שבמסגרתה נדחתה בקשתו של העורר לעיין בחומרי חקירה.

הרקע לערר

עמוד 1



1. ביום 20.8.2014 הוגש נגד העורר כתב אישום המייחס לו עבירות של חטיפה לפי סעיף 369 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: *חוק העונשין*); מעשה מגונה לפי סעיף 348(א) בנסיבות סעיף 345(א)(4) לחוק העונשין; שוד לפי סעיף 402(א) לחוק העונשין; וסחיטה באיומים לפי סעיף 428 לחוק העונשין. על פי המתואר בכתב האישום, מספר חודשים קודם ליום 4.8.2014 (להלן: *יום האירוע*), העורר הציע למתלוננת טרמפ, וזו הסכימה ועלתה לרכבו. במהלך הנסיעה שאל העורר את המתלוננת במה היא עוסקת, וזו השיבה שהיא עובדת בניקיון בבתי; והעורר מצדו אמר למתלוננת שהוא עוסק בתחום ומשמש כמתווך בין עובדי ניקיון למעסיקים. בהמשך לכך, מסרה המתלוננת את מספר הטלפון שלה לעורר. במשך מספר חודשים נסעה המתלוננת עם העורר כמה פעמים נוספות. כשבוע עובר ליום האירוע העורר התקשר למתלוננת והציע לה עבודה, ולאחר מספר שיחות היא הסכימה. ביום 4.8.2014 בסמוך לשעה 08:30 העורר אסף את המתלוננת ברכבו, ובמהלך הנסיעה עצר את הרכב, קנה למתלוננת קפה ומיץ, והכניס לכאורה לאחת מהכוסות (לפחות) חומר מטשטש. סמוך לשעה 10:47 הגיעו השניים לכפר סבא, המתלוננת הרגישה סחרחורת עזה והתעלפה. העורר הסיע את המתלוננת לבית שמיקומו אינו ידוע למשיבה (להלן: *הבית*). בהגיעם לבית הוציא העורר את המתלוננת מהרכב כאשר היא מטושטשת, הכניסה פנימה, השכיבה על המיטה והפשיטה מבגדיה. בשלב זה נטען כי העורר שכב על המתלוננת ונגע בה, בעודה מטושטשת, בכל חלקי גופה. נוסף על כך, נטל העורר מן המתלוננת סכום של 800 ש"ח וזוג עגילים. בהמשך העורר החזיר את המתלוננת אל הרכב והחל לנסוע. במהלך הנסיעה הוא הורה למתלוננת לדחוף אצבעות לפיה כדי לגרום לה להקיא, והיא עשתה כן; ולאחר שהיא חזרה לאיתנה הוריד אותה מהרכב בסמוך לביתה. יומיים לאחר מכן, ביום 6.8.2014, התקשר העורר למתלוננת ומסר לה כי הוא צילם אותה בעת שהייתה בבית, ודרש ממנה לשלם עבורו חוב בסך 7,500 ש"ח לביטוח לאומי. באותו יום הגישה המתלוננת תלונה במשטרה על שאירע לה. במהלך חקירתה של המתלוננת במשטרה התקשר אליה העורר ודרש ממנה את הכסף. המתלוננת סירבה, ובתגובה העורר איים עליה שיפרסם את התמונות.

2. בד בבד עם הגשת כתב האישום הוגשה בקשה למעצרו של העורר עד תום ההליכים המשפטיים נגדו, וביום 2.11.2014 הורה בית המשפט המחוזי (כבוד השופטת ד' עטר) על מעצרו של העורר עד תום ההליכים במעצר בית מלא בפיקוח אלקטרוני. בהמשך התנאים הוקלו, וכיום הוא נמצא במעצר בית לילי ללא פיקוח אלקטרוני. ביום 14.2.2016 העורר הודיע כי הוא כופר בכל המיוחס לו וכי בינו לבין המתלוננת התקיימה מערכת יחסים אינטימית בהסכמה; ועוד טען, שהסיבה לכבישת גרסתו המאוחרת – כאשר קודם לכן, במהלך חקירתו במשטרה, הכחיש באופן סתמי את המיוחס לו, ואף טען שלא היה כלל בכפר סבא ביום האירוע – נבעה מהחשש לשלומה של המתלוננת לנוכח הרקע התרבותי שממנו היא מגיעה כמו גם העובדה שהיא נשואה.

3. ביום 18.3.2015 ניתן בהסכמת הצדדים צו להמצאת מסמכים (כבוד השופטת ר' לורר), מכוח סעיף 108 לחוק, שאפשר לעורר לקבל פלטי שיחות ממכשירי הטלפון הסלולריים שבבעלותו (להלן: *הבקשה הראשונה*), אך העורר בחר שלא לעשות שימוש בצו. ביום 4.5.2015 הגיש העורר בקשה לעיון בחומרי חקירה (להלן: *הבקשה השנייה*), וביום 25.6.2015 ניתנה החלטה (כבוד השופטת ד' מרשק מרום) שבמסגרתה התקבלה בחלקה בקשתו של העורר, באופן שניתנה הוראה להפיק את פלט השיחות ממכשיר הטלפון הסלולרי של המתלוננת החל מחודש פברואר 2014, ולהעביר לעורר כל חומר רלוונטי שיימצא. לצד זאת נדחתה בקשתו לקבל קלטת שבה נטען כי המתלוננת נראית ללא כיסוי ראש. המדובר בקלטת שתמונה מלקוחה ממנה נמצאת במכשיר הטלפון של העורר. לשיטת העורר, תמונה זו נשלחה אליו על ידי המתלוננת דרך תוכנת ה"וואטסאפ" ביום 2.7.2014 (להלן: *התמונה*). ביום 16.2.2016 הגיש העורר בקשה נוספת למתן צו להמצאת מסמכים לפי סעיף 108 לחוק (להלן: *הבקשה השלישית*); אולם ביום 8.3.2016 בית המשפט (כבוד השופטת מ' ברק נבו) דחה את בקשתו של העורר, כאשר לגבי חלקה נקבע שההליך המתאים הוא בדרך של בקשה לעיון בחומרי חקירה, ועל כן עליה להיות מוגשת מחדש בהתאם.



ביום שבו ניתנה ההחלטה בבקשה השלישית, ובהתאם לאמור בה, הגיש העורר בקשה נוספת לעיון בחומרי חקירה לפי סעיף 74 לחוק (להלן: הבקשה הרביעית). במסגרתה ביקש העורר לעיין בפלט השיחות של המתלוננת החל מחודש אוקטובר 2013 ועד יום האירוע; בפלט הודעות וואטסאפ מחודש יולי 2014, שאז לכאורה נשלחה לו התמונה; ובחומר רפואי הנוגע לטיפול נפשי שלטענתו המתלוננת עברה. ביום 20.4.2016 ניתנה החלטה בבקשה הרביעית, היא ההחלטה נושא הערעור, שבמסגרתה נדחתה הבקשה הרביעית על כל חלקיה (כבוד השופטת ד' מרשק מרום). ביחס לפלטי השיחות נקבע כי העניין כבר הוכרע במסגרת ההחלטה בבקשה השנייה, שבעקבותיה הועברו לעורר חומרי חקירה ואף נערכה למתלוננת השלמת חקירה. בית המשפט קבע כי המשיבה יישמה כראוי את ההחלטה בבקשה השנייה, והעבירה לעורר את כל החומרים הרלוונטיים. באשר לפלט הודעות וואטסאפ נקבע כי הדבר מהווה פגיעה לא נחוצה בפרטיותה של המתלוננת, וזאת מאחר שדוח החדירה למכשירו של העורר מעיד כי התמונה כלל לא נשלחה אליו, וכן מאחר שבלאו הכי לעורר שמורה הזכות לחקור את המתלוננת בחקירה נגדית בסוגיית שליחת התמונה. באשר לחומר הרפואי נקבע שאין להעבירו מאחר שהעורר לא הוכיח כי מדובר בחומר רלוונטי, וכן מאחר שהמידע נחשף במסגרת הליך גישור. לבסוף נקבע כי לפנים משורת הדין וחרף ריבוי הבקשות לא יוטלו על העורר הוצאות בגין הגשת הבקשה הרביעית.

הטענות בערר

4. העורר טוען כי ההחלטה נושא הערר מבוססת על שיקולים שאינם מן העניין לצורך הכרעה בבקשה לעיון בחומרי חקירה לפי סעיף 74 לחוק. בתוך כך מלין העורר על כך שבית המשפט התייחס לגרסתו השקרית במשטרה ולגרסתו הכבושה המאוחרת, לריבוי הבקשות שהוגשו, וכן לכך שהבקשות מהוות ניסיון "דיג" של חומרי חקירה. לגופו של עניין, באשר לפלטי השיחות, העורר טוען כי ההחלטה בבקשה השנייה לא יושמה כהלכה מאחר שבחומר שהועבר לידי יושם פלטי שיחות החל מחודש אפריל 2014, ולא מפברואר 2014 כפי שהורה בית המשפט; ועוד הוא טוען כי לא הועבר כל חומר שמתייחס לשעות שבהן נטען שהמתלוננת הייתה מטושטשת ושבוצעו בה העבירות המיוחסות לו.

באשר לפלט הודעות וואטסאפ של המתלוננת טוען העורר כי ישנה תשתית ראיתית המבססת את הרלוונטיות של חומרים אלו לצורך הגנתו. כך, לטענת העורר, העובדה שהתמונה נמצאת במכשירו מעידה על כך שהיא עשויה הייתה להישלח על ידי המתלוננת; מחקירתה הראשונית של המתלוננת עולה כי התקיים בינה לבין העורר קשר בוואטסאפ; ומחקירתה המשלימה של המתלוננת עולה, לטענת העורר, כי המתלוננת מודה שהיא אכן זו שמופיעה בתמונה. על בסיס כל אלה העורר טוען כי יש להעביר לידי את פלט הודעות וואטסאפ ממכשירה של המתלוננת.

בנוגע למידע על טיפול נפשי שעברה המתלוננת העורר טוען כי המידע הגיע אליו גם מחוץ להליך הגישור, וכי מדובר במידע מהותי שהיה על המשיבה לערוך תרשומת לגביו ולהעביר עותק ממנו לידי העורר. לבסוף, העורר טוען כי לא היה מקום לקבוע שרק "הפעם" לא יוטלו עליו הוצאות בגין הגשת הבקשה; וזאת מאחר שעד כה לא הוגשו על ידו בקשות רבות, ואמירה ממין זה פוגעת לטענתו ביכולתו לנהל באופן מיטבי את הגנתו.

5. בדיון שנערך לפניי חזר העורר על טיעוניו והרחיב את בקשתו לקבלת פלטי שיחות לתקופה שמתחילה באוגוסט 2013, וכן הדגיש את החשיבות של קבלת פלטי השיחות מיום האירוע עצמו. בנוגע לפלטי הודעות וואטסאפ הדגיש העורר כי אלה חשובים לצורך הגנתו, הן על מנת לבסס את טענתו בדבר קיומה של היכרות מוקדמת בינו לבין המתלוננת, הן כדי להפריך את טענת המתלוננת שלפיה לא עשתה כל שימוש בתוכנת וואטסאפ. המשיבה מצידה



טענה לגבי פלט השיחות כי נעשתה בדיקה ממצה המקיפה תקופות שאף קדמו לתקופה שנתבקשה על ידי העורר, וכי כל החומר הרלוונטי הועבר לו, אלא שלפי הבדיקה שנעשתה הקשר הטלפוני בין העורר למתלוננת החל אך ימים ספורים לפני יום האירוע. ביחס לפלט הודעות הוואטסאפ המשיבה טענה כי יש להסתפק בזימונה של המתלוננת להשלמת חקירה, כפי שנעשה, שבמסגרתה הכחישה את שליחת התמונה; וזאת בייחוד מאחר שמדוח החדירה למכשירו של העורר עולה כי התמונה ככל הנראה לא נשלחה אליו על ידי המתלוננת, ושכלל לא התקיימה תקשורת בין העורר למתלוננת באמצעות הוואטסאפ. לבסוף, לענין החומר הרפואי, המשיבה טענה כי מדובר במידע שעלה אך ורק במסגרת הליך גישור; ושמיילא אין בידה כל חומר כזה, אלא רק את אמירתה של המתלוננת, הידועה לעורר, באשר לטיפול שעברה.

דיון והכרעה

6. לאחר שעיינתי בערר שבכתב על נספחיו והטיתי אוזן לטענות הצדדים בדיון שלפניי, הגעתי לידי מסקנה כי דין הערר להידחות ברובו, למעט לענין פלט הודעות הוואטסאפ שלגביו יש להיעתר למבוקש באופן חלקי. בהקשר זה אני מורה כי תיערך בדיקה שתבחן אם המתלוננת עשתה שימוש בתוכנת הוואטסאפ בחודש יולי 2014 לצורך שליחת הודעות בכלל, ובפרט למכשירו של העורר. בתוך כך יבדק גם אם המתלוננת שלחה את התמונה לעורר, ויוזכר שלטענתו זו נשלחה אליו ביום 2.7.2014. למען הסר ספק, על מנת למזער את הפגיעה בפרטיותה של המתלוננת, בשלב זה אין להעביר לידי העורר את תוכן ההודעות עצמן, ככל שיימצאו, אלא רק את הממצא באשר לעצם שליחת הודעות כלשהן במהלך התקופה האמורה באמצעות תוכנת הוואטסאפ, כמו גם לגבי שאלת שליחת התמונה – דהיינו "מידע על המידע".

7. סעיף 74 לחוק מעגן את זכותו של נאשם בהליך פלילי לעיין בחומר חקירה שנאסף על ידי גורמי החקירה והתביעה. זכות העיון עומדת בליבת זכותו של הנאשם להליך הוגן, ותכליתה היא להקנות לנאשם כלים והזדמנות אמיתית להתגונן מפני האישומים נגדו. תכלית נוספת שזכות העיון באה להבטיח, היא האינטרס הציבורי הרחב של תקינות ההליך הפלילי, הוגנות ההליך וחשיפת האמת. המגמה בפסיקה היא לפרש את המונח "חומר חקירה" באופן מרחיב, ככולל כל חומר הקשור במישרין או בעקיפין לאישום. לצורך זה יש לקיים בחינה מהותית וקונקרטית של החומר, שבמסגרתה תיבחן זיקתו של החומר לאישום ולנאשם, ותיבחן גם האפשרות הסבירה כי תהיה בחומר תועלת להגנת הנאשם (ראו בש"פ 6740/13 מדינת ישראל נ' פלוני (21.1.2014)). עם זאת, הזכות לעיון בחומרי חקירה אינה זכות מוחלטת, ולא כל חומר שמצוי בידי התביעה הוא חומר חקירה. המבחן הוא מבחן הרלוונטיות, ובמסגרתו תיבחן הזיקה בין החומר שעיון בו נתבקש לבין האישומים, וכן תיבחן תרומתו הפוטנציאלית של החומר להגנת הנאשם.

8. ומן הכלל אל הפרט. באשר לפלט השיחות של המתלוננת, נחה דעתי כי המשיבה יישמה את ההחלטה בבקשה השנייה באופן מספק ואין מקום להיעתר לבקשתו של העורר לעריכת בדיקה נוספת כלשהי. כעולה ממזכר משטרת ישראל בנדון, מיום 5.9.2015, בשנים שקדמו לאירוע היו בבעלות המתלוננת חמישה טלפונים סלולריים. שלושה מהטלפונים אינם רלוונטיים מאחר שהשימוש בהם הסתיים בשנת 2013, לפני התקופה שבה עסקין. בטלפון הרביעי נעשה שימוש עד ליום 21.5.2014, אולם מבדיקה שנערכה לא נתגלו סימנים לקיומה של תקשורת עם העורר בתקופה שקדמה להפסקת השימוש בו. הטלפון החמישי החל להיות פעיל רק ביום 27.7.2014, ועל כן ברי כי אין פשר לבקשת העורר לבדיקה של התקשורת שבוצעה באמצעותו בתקופה הקודמת למועד שבו הפך לפעיל. כעולה מפלט השיחות שהפיקה חברת הסלולר של המתלוננת, התקשורת עם העורר באמצעות הטלפון החמישי החלה ביום 30.7.2014, ימים ספורים לפני יום האירוע, והסתיימה ביום 6.8.2014; ויוער כי הפלט כולל מידע גם על התקשרויות שבוצעו ביום האירוע עצמו. מהמקובץ עולה כי ההחלטה בבקשה השנייה באשר לפלטי השיחות של המתלוננת יושמה כראוי, כפי שכבר צוין,



ואין מקום להורות על עריכת בדיקות נוספות במסגרת ערר זה. כל מידע מעבר לכך בנוגע לתקשורת טלפונית בין המתלוננת לעורר, במידה שהעורר טוען שקיים, שומה עליו לאסוף בעצמו לצורך הגנתו.

בהתייחס לפלט הודעות הוואטסאפ, מקובלת עלי קביעת בית המשפט המחוזי כי אין מקום להעביר לידי העורר פלט הודעות של המתלוננת, כפי שנתבקש וככל שקיים, וזאת לנוכח הפגיעה בפרטיות שמטבע הדברים נלווית לכך. עם זאת, מצאתי לנכון, כאמור בפסקה 6 לעיל, להורות על עריכתה של בדיקה במתכונת מצומצמת. ראשית, ייבחנו אם המתלוננת עשתה שימוש כלשהו בתוכנת הוואטסאפ במהלך חודש יולי 2014, ומהו היקף השימוש ככל שנעשה, וזאת מן הטעם שהמתלוננת הכחישה שעשתה שימוש כלשהו בתוכנה. שנית, ייבחנו באופן ספציפי אם המתלוננת שלחה לעורר את התמונה באמצעות הוואטסאפ; וזאת מאחר שגם לשיטת המדינה דוח החדירה למכשירו של העורר אינו מספק מענה חד-משמעי בעניין זה, ולנוכח הכחשתה של המתלוננת שבעטייה דחה בית המשפט המחוזי את הבקשה; וזאת מקום שתוצרי הבדיקה שיועברו לידי העורר הם לא המידע עצמו, דהיינו תוכן ההודעות שבמכשירה של המתלוננת, אלא "מידע על המידע" (Metadata), וגם זאת במתכונת מצומצמת וממוקדת.

באשר לחומר הרפואי בדבר טיפול נפשי שעברה המתלוננת, טענת העורר שלפיה בידי המשיבה מצויים חומרי חקירה רלוונטיים להגנתו שלא הועברו לידי, נטענה בעלמא; לא נמצא יסוד לסבור כי המשיבה לא פעלה בעניין זה כראוי, וחזקה עליה כי ככל שיגיעו לידיה חומרי חקירה רלוונטיים שמחובתה להעביר לעורר – היא תעשה כן. לבסוף, בנוגע לטענת העורר ביחס להתבטאות בית המשפט המחוזי בנוגע להימנעות מפסיקת הוצאות – איני רואה כל פסול באופן שבית המשפט התבטא. האמירה נאמרה בהקשר, וחזקה על בית המשפט כי כל מקרה ייבחנו לגופו.

סוף דבר, הערר נדחה, למעט הבדיקה שעליה הוריתי בסעיף 6.

ניתנה היום, כ' בסיון התשע"ו (26.6.2016).

ש ו פ ט ת