



בש"פ 5974/21 - אורן קובי נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון

בש"פ 5974/21

לפני:

כבוד השופט נ' סולברג

העורר:

אורן קובי

נגד

המשיבה:

מדינת ישראל

ערר על החלטתו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו
מיום 16.8.2021 בצ"א 14155-02-21 שניתנה על ידי
כבוד השופט ש' מלמד

תאריכי הישיבות:

ג' בתשרי התשפ"ב (9.9.2021)
כ' בחשון התשפ"ב (26.10.2021)

בשם העורר:

עו"ד ערן ערבה

בשם המשיבה:

עו"ד יובל קדר

החלטה

1. ערר על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו, מיום 16.8.2021, בצ"א 14155-02-21 (השופט ש' מלמד), שבה נדחתה בקשת העורר, אורן קובי, להורות על שחרור 3 מכשירי טלפון נייד, המוחזקים בידי המשיבה.

2. נגד אורן הוגש כתב אישום, המייחס לו שורת עבירות כלכליות, שאותן ביצע בעת שניהל מערך חברות שעסקו בסיחור אופציות לקניית קרקע חקלאית. ביום 15.10.2020 נערך חיפוש בביתו של אורן, ובמהלכו נתפסו מספר מכשירי טלפון ומחשבים השייכים לו. ביום 14.7.2021, לאחר שהועמד לדין, ומשלא הוגשו מכשירי הטלפון



כראיה בהליך, פנה אורן לבית המשפט המחוזי, בבקשה להורות על שחרור התפוסים. בעת הדיון בבקשה, נאותה המשיבה לשחרר את המחשבים שנתפסו, בהבהירה כי עלה בידיה לחדור אליהם, ולהעתיק את תוכנם. מנגד, לגבי מכשירי הטלפון, אשר נותרו חסומים מפניה, עמדה המשיבה על סירובה להשיבם. לאחר שדן בדבר, דחה בית המשפט המחוזי את הבקשה, בקובעו כי לא ניתן להשיב לאורן את מכשירי הטלפון, משום שהם טומנים בחובם ערך ראייתי למשיבה, כאשר מסירתם לידי, עלולה להביא להעלמת הראיות המצויות בהם.

מכאן הערר שלפני.

3. במסגרת הערר, וכן בדיונים שהתקיימו בעל-פה, טען ב"כשלאורן כי המשיבה לא סיפקה הצדקה מספקת להמשך החזקת מכשירי הטלפון, וכי גם הנמקת בית המשפט המחוזי, לגבי החשיבות הראייתית של מכשירי הטלפון, מבוססת על טענות שכלל לא נטענו לפניו. לדבריו, "אפילו המשיבה [...] לא ההינה לטעון כי אין להחזיר ל[אורן] את המכשירים 'נוכח העובדה שקיימות ראיות בטלפונים' כפי קביעתו של בית המשפט קמא. זאת, היות שאפילו המשיבה מודה כאמור שהיא אינה יודעת מה תוכנם של הטלפונים". המשיבה מנגד, עמדה על כך שמתקיימות כמה וכמה עילות להמשך החזקת מכשירי הטלפון, וסברה כי אין מקום להורות על השבתם לאורן, אלא לאחר שיעלה בידה לגשת אליהם פנימה, ולחלץ את תוכנם.

4. לאחר שנדרשתי לטענות ב"כ הצדדים מזה ומזה, בכתב ובעל-פה, גם קיימתי דיון משלים בעניין, סבורני כי דין הערר - להתקבל.

5. אציין תחילה, כי בעת הגשת כתב האישום לא פעלה המשיבה בהתאם להוראות סעיף 37 לפקודה, לא ביקשה לחלט את מכשירי הטלפון, ואף לא ביקשה להמשיך ולהחזיק בהם, כנדרש. המשיבה שקטה אל שמריה; רק כשפנה אורן, בבקשה לקבל את מכשירי הטלפון לידי, ראתה המשיבה להידרש אל העניין, וזאת על דרך של סירוב לשחרר את הטלפונים. נוכח התוצאה שאליה הגעתי, אינני רואה צורך להיכנס בעובי הקורה בעניין זה, אך דומה כי בנסיבות המתאימות, חדילת המשיבה והעדר מעש מצדה, עשויים כשלעצמם להביא לשחרור מכשירי הטלפון התפוסים (ראו והשוו: בג"ץ 2393/91 פרידנברג' שופטתהשלוםבתל-אביב, הגב' מריםסוקולוב, פ"ד מה(4) 490 (1991); בש"פ 6686/99 עובדיה' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 464 (2000); בש"פ 998/05 פפיסמדובנ' מדינת ישראל (20.3.2005)). כך או כך, גם בהתעלם מן הפגם החוקי האמור, יש בהתנהגותה של המשיבה כדי לעורר ספק בטענותיה, משעה שבחרה להעלותן רק במענה לבקשתו של אורן; לא קודם לכן. אילו סברה המשיבה, באמת ובתמים, כי האינטרס הציבורי מחייב את חילוט מכשירי הטלפון, או את המשך החזקתם על-ידה, מצופה היה כי תגיש בקשות מתאימות מיד עם הגשת כתב האישום, וזאת מיוזמתה.

6. מכאן - לגופו של עניין. סמכות המשיבה לתפוס חפצים אגב חיפוש, מעוגנת בסעיף 32 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצרוחיפוש) [נוסחחדש], התשכ"ט-1969(להלן: הפקודה). על-פי לשון הפקודה, ישנן 4 עילות לתפיסת חפץ: (1) כאשר קיים יסוד סביר להניח שבאותו חפץ נעברה עבירה; (2) אם יש יסוד סביר להניח שאותו חפץ עומד לשמש לביצוע עבירה; (3) אם החפץ עשוי לשמש ראיה בהליך משפטי בשל עבירה שנעברה; (4) כאשר החפץ ניתן כשכר בעד ביצוע עבירה, או כאמצעי לביצועה. סעיף 26(א) לחוק איסור הלבנת הון, התש"ס-2000, מוסיף עילה חמישית, המאפשרת לתפוס רכוש "שביחסאליוניתןלתתצוחילוטלפיחוקזה". אם כן, לפנינו 5 עילות תפיסה, ברורות ומפורטות. דא עקא, המשיבה כמו ביקשה לקיים את דברי הפסוק "טובאשרתאחזבזהגםמזהאלתנחאיתך" (קהלת ז, יח), ולאורן



הדרך טוענת המשיבה בכה ובכה, לקיומן של עילות תפיסה שונות, מבלי לתת דעתה על כך שההסברים שסיפקה, אינם יכולים לדור בכפיפה אחת זה עם זה.

7. בראשית הדרך, בשעה שאורן פנה למשיבה, בניסיון להשיב את מכשירי הטלפון לרשותו, נדחתה בקשתו, בטענה כי המכשירים "שימשו כאמצעי לביצוע עבירות וכשכר לביצוען", תוך שימוש בעילות 1 ו-4 שפורטו לעיל. לעומת זאת, ביום 20.7.2021, בעת שהמשיבה הגיבה לבקשת אורן לשחרור התפוסים, התפתחה הגרסה קמעא; בשלב זה טענה המשיבה, כי התפיסה נעשתה במטרה לחלט את התפוסים עם תום ההליך, הן מכוח העילה שלפי חוק איסור הלבנת הון, הן משום שמדובר בחפץ "אשר שימש אמצעי לביצוע עבירה או עומדים לעבור בו עבירה". כלומר, בפעם הזאת עשתה המשיבה שימוש בעילות 1, 2, ו-5. דא עקא, לצד עילות אלה הוסיפה המשיבה וציינה, כי "במידה ויחול שינוי בתנאיו של המשיב [העורר] ולאחר ברור הסכמת המשיב ל'מיצוי חומרי חקירה' מכלל המבוקש השבה [...], תסכים [המשיבה] לשקול מחדש עמדתה". אמירה זו מעוררת תמיהה, שכן התכליות שנמנו לעיל, על-ידי המשיבה, אינן עוסקות כלל בתוכן המכשירים; נדמה כי הצד השווה שבהן הוא רצונה של המשיבה לשמר את האפשרות לחלט את המכשירים בתום ההליך, ולא דווקא לאפשר מיצוי חומרי חקירה ואיסוף ראיות חדשות.

8. בדיון שנערך בבית המשפט המחוזי, ניסתה אפוא המשיבה לתת מענה לסתירה זו. לטענתה, התפיסה הכרחית "הן בשל העובדה שהמכשירים שימשו לביצוע עבירות והן [...] מהחשש שאותם מכשירים עשויים לשמש לביצוע עבירות נוספות"; אך לצד זאת הביעה המשיבה הסכמתה לכך שהמחשבים, שאליהם הצליחה לחדור ולהעתיק את תוכנם – יושבו לידי אורן. בניסיון להסביר את הפער בין ההנמקה למעשה, הבהירה המשיבה כי במקרה זה קיים חשש ממשי מפני ביצוע עבירה עתידית במכשירי הטלפון (עילה 2), מחמת תוכן שעשוי להיות בהם. שכן, לדבריה, קיים חשש באחד ממכשירי הטלפון מצוי סרטון פוגעני, אשר עשוי לשמש את אורן לסחיטת בת-זוגו לשעבר, המשמשת כעת מפתח מטעם המשיבה בגדרי ההליך הפלילי. משכך, נטען כי תוכן הטלפונים רלבנטי גם לגבי עילה 2.

9. חרף האמור, הכרעת בית המשפט המחוזי בבקשתו של אורן, נשענת על העילה היחידה שלא נמצא לה זכר בטענות המשיבה – המשך החזקת החפץ משום שהוא עשוי לשמש ראייה בהליך המשפטי, בשל עבירה שנעברה (עילה 3). לדברי בית המשפט המחוזי: "בנסיבות אלו, כאשר [המשיבה] לא הצליחה לחדור בשלב הנוכחי לטלפונים, הרי שברור על פניו כי קיימות ראיות הקשורות במשפט בתוך הטלפונים. העברת הטלפונים בשלב הנוכחי של הדיון לידי [אורן] יכולה לחבל בניהול המשפט עצמו ויכולה להביא להעלמת ראיות המצויות בתוך הטלפונים. [...] אינני סבור כי בשלב הנוכחי של הדיון, ניתן להשיב את הטלפונים ל[אורן] וזאת נוכח העובדה כי קיימות ראיות בטלפונים".

10. בדיון שהתקיים לפני ביום 9.9.2021, הודה ב"כ המשיבה, כי עד כה לא טענה המשיבה שהתפוסים דרושים לצורך ראייתי (חרף האמור בהחלטת בית המשפט המחוזי), אף שהוא סבור כי עומדת לה האפשרות לטעון כך בעתיד, אם יעלה בידי החוקרים לחדור למכשירי הטלפון, ולהפיק מהם ראיות חדשות. לצד זאת, הוסיף ב"כ המשיבה לאחוז בחבל משתי קצותיו. מחד גיסא טען, כי "בראש ובראשונה אנחנו תופסים כדי לחלט, וזאת לפי סעיף 39, וזה כולל להשמיד, ולכך אנחנו מכוונים"; ומאידך גיסא שב והבהיר, כי "החשש המרכזי שלנו, ובגללו היינו מוכנים להגיע להסכמה, הוא סרטון בו איים על עדת המדינה [...] אם נמחק [את הסרטון], נסכים להחזיר".

11. בדיון משלים מיום 26.10.2021, לאחר שנתתי למשיבה שהות נוספת לנסות ולחדור למכשירי הטלפון – הזדמנות שאותה לא ניצלה המשיבה, הוצע לצדדים מתווה שלפיו מכשירי הטלפון יועברו לצד שלישי מוסכם, אשר יודא



את מחיקת הסרטון המדובר, ככל שהוא אכן קיים בהם. אז, טען ב"כ המשיבה, לקיומן של תכליות נוספות, ואלו מצדיקות לשיטתו את המשך התפיסה; כאלה שאינן מאפשרות להסתפק במתווה למחיקת הסרטון בלבד. לדבריו, עצם העובדה שבוצעה עבירה במכשירי הטלפון, מצדיקה גם כשלעצמה את המשך ההחזקה, "כמו שהיה אם מדובר בסכין – היינו מחלטים אותה או כל דבר אחר". מעבר לכך טען ב"כ המשיבה, כי יש לאפשר את המשך החזקת המכשירים, גם מנימוקי בית המשפט המחוזי, משום שעשוי להימצא בהם חומר ראיתי מפליל נוסף; משכך, השבת המכשירים לידי אורן, עלולה להביא להעלמת הראיות הקיימות בהם, ולחבל בהליך הפלילי. בהקשר זה ציין ב"כ המשיבה, כי אף שלא בוצעו עד כה פעולות חדירה למכשירי הטלפון, מעוניינת המשיבה להותיר את מכשירי הטלפון ברשותה, על מנת לאפשר לה לנסות ולחלץ מהם ראיות בעתיד. לדבריו: "לטעמנו לא נסתם הגולל על האפשרות להשתמש בטלפון הנייד, כל עוד קיים פוטנציאל לטעמנו מוצדק להשאיר את הפוטנציאל הזה. [...] אם יתקבל אישור פרקליט מחוז ויש מערכת חדשה שפורצת את האייפון אז מחרתיים הוא יוגש כראייה, ולכן, כל עוד לא הוגש יש פוטנציאל להיות מוגש, אני לא יודע מה המועד הסופי המועד שבו אנו היום אז יש עוד דרך, פוטנציאל קיים עדיין".

12. להווי ידוע, כי תפיסת חפצים אינה פעולה של מה בכך – קל וחומר מקום שבו מדובר בתפיסת מכשירי טלפון ניידים, אשר מדור לדור הולכים ומשתכללים, ומכילים מידע אישי רב על האדם, על זהותו, על מחשבותיו, הגיגיו ורעיונותיו; עולם ומלואו בכף יד אחת (ראו למשל: ע"פ 8627/14 דביר נ' מדינת ישראל (14.7.2015); בש"פ 6071/17 מדינת ישראל נ' פישר (27.8.2017)). כפועל יוצא, נוכח עוצמת הפגיעה הגלומה בה, תפיסת מכשירי טלפון ניידים לא תעשה אלא במידה ובמשורה, כאשר נמצא כי קיים צורך ממשי בכך, ולאחר מחשבה קפדנית. בהתאם, שומה על בית המשפט לשקול בקשה להחזרת תפוס שכזה בזירות רבה, בדקדקנות, מתוך התחשבות בפגיעה הקשה הנובעת הימנה. כלל זה, כוחו יפה לעניין דנן, ובפרט מקום שבו מצהיר אורן בבקשתו, כי הוא מעוניין בהשבת התפוסים, בראש ובראשונה לצורך הגנתו בהליך הפלילי המתנהל נגדו, באמצעות שימוש בחומרים שונים המצויים בהם. אמנם כן, יתכן שניתן היה להעלות בראשית הדרך נימוקים עקביים וכבדי-משקל, אשר יכול שהיה בכוחם להצדיק את המשך הותרת מכשירי הטלפון בידי המשיבה, עלאף הפגיעה הקשה באורן. ברם, המשיבה בחרה להתנהל אחרת, כפי שפורט לעיל. במעלה הדרך, החליפה המשיבה את טעמיה; פעם טענה כך ופעם אחרת. אף לאחר שהוצע מתווה, שנראה כי יש בו כדי להתגבר על החשש המוצהר של המשיבה, מפני סרטון פוגעני, שיכול להיות כי הוא טמון במכשירי הטלפון – מצאה לה המשיבה אילן אחר להיתלות בו, ובלבד שלא להשיב את הטלפונים לאורן. התנהלות שכזו – אין לקבל.

13. אשר על כן, הערר מתקבל בזאת, על-פי המתווה שהוצע בדיון המשלים. מכשירי הטלפון יועברו לאלתר לידי ב"כ של אורן, עו"ד ערבה, אשר יחדור אליהם ויוודא כי הסרטון המדובר אינו מצוי בהם. אם ימצא הסרטון, יוודא עו"ד ערבה את מחיקתו באופן בלתי-הפיך. לאחר מכן, יוחזרו מכשירי הטלפון לרשותו של אורן, וזה יוכל לעשות בהם שימוש, בהתאם למגבלות שהטיל עליו בית המשפט.

ניתנה היום, ח' בשבט התשפ"ב (10.1.2022).

ש ו פ ט