

בש"פ 6155/21 - משה זינו נגד מדינת ישראל

**בבית המשפט העליון
בש"פ 6155/21
בש"פ 6413/21**

כבוד השופט י' עמיות

לפני:

משה זינו

העורר:

נ ג ד

מדינת ישראל

המשיבת:

בש"פ 6155/21: ערך על החלטת בית המשפט המוחזק באר שבע בתיק בע"ח 3800-04-21 שניתנה ביום 9.8.2021 על ידי כבוד השופט נ' אבו טהה
בש"פ 6413/21: ערך על ההחלטה בית המשפט המוחזק באר שבע בתיק מ"ת 10032-01-21 שניתנה ביום 30.8.2021 על ידי כבוד השופט נ' אבו טהה

כ"ח בתשרי תשפ"ב (4.10.2021)

תאריך הישיבה:

עו"ד איתמר סzion, עו"ד נעם בונדר
עו"ד חיים שייצר

בשם העורר:
בשם המשיבת:

ההחלטה

שני ערכאים מאוחדים שעוניים בטלפון הסלולי של העורר-הנאשם ושל מתלוונת בעבירות מין.

רקע עובדתי

1. כנגד העורר וכנגד ארבעה אחרים, הוגש כתב אישום הכלול לשולה אישומים. האישום העיקרי בכתב האישום מייחס לחמשת הנאשמים אינוס קבוצתי של המתלוונת. על פי כתב האישום, המתלוונת קיימה יחסי מין בהסכמה עם העורר, אך לאחר מכן נכנסו הנאשמים האחרים לחדר, ואנטו אותה בניגוד לרצונה, בעוד העורר שואה בחדר, מטעם עמוד 1

את האירוע בטלפון הנידי ומעודד את האחרים בקריאה כלפי המתלוננת. לאחר האינוס הקבוצתי המתויר בכתב האישום, ובמשך כשבועיים ימים, שהתה המתלוננת יחד עם העורר ונאמש נסף בדירה ובמקומות נוספים, ופגשה גם שנים מהנאשמים הנוספים. במהלך אותן שבועיים, העורר ושלושת הנאשמים הנוספים סייפו למתלוננת סמים מדי יום ועל אף נסב האישום השני בכתב האישום. על פי האישום השלישי, בתום השבועיים, כאשר העורר והמתלוננת שהוא בדירה אחרת עם שני חברים נוספים, העורר ביצע במתלוננת מעשה סדום בנגד להסכמה והכה אותה באגרופיו.

2. האירועים המתוארים לעיל התרחשו בחודש יוני 2020, והמתלוננת הגישה את תלונתה נגד העורר והנאשמים האחרים בחודש דצמבר 2020, חצי שנה לאחר מכן. המתלוננת סיירה במשטרה, בין היתר, כי תכינה לעשות לעורר "כיפה אדומה", אך לבסוף חזרה בה, והסתפקה בכך שהפתיעה את העורר וריססה אותו בגד מדיע.

באופן חריג, המשטרה עטרה וקיבלה צו לפי סעיף 23 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש] התשכ"ט-1969, המאפשר לה לחדר לטלפונים הסלולריים של המתלוננת. למרות זאת, החקירה שחקקרה את המתלוננת בחרה שלא לעשות שימוש בצו. במצר שנכתב על ידי החקירת, הסביר כי מאחר שפריקת הטלפון הייתה אמרה לאורך שעوت, והמתלוננת כבר סיימה למסור עדות לאחר יום ארוך של חקירות, "החליטתי להשיב לה את מכשיר הפל" חרף העובדה שלא נפרק במלואו וזאת כי המתלוננת הייתה בסערה רגשות עזה בנסיבות המקירה וכן לאחר חקירות ממושכות וביקשה את הפל" לדיה, השיקול היה בין היתר לשמור על יחס אמון עימה והמשך שיתוף פעולה".

המתלוננת סיירה למסור את הטלפונים הסלולריים שלה לבדיקה בטענה לפגיעה בפרטיותה. עם זאת, במהלך חקירתה, הסכימה למסור צילומי מסך של תכונות בין העורר. המתלוננת אף סיירה בכנות כי ביקשה לפגוע בעורר והמציאה תכונות בין חברתה בוגר לכך. גם לאחר סיום חקירתה במשטרה, המתלוננת שלחה לחקירתה חומר רב מהטלפון הסלולרי שלה, כולל חומר שלכאורה עומד בニアור לאינטראנס שלה, ובין היתר: תמונה שלה עם העורר ועם נאם אחר, כשהיא חשופת חזיה, לאחר שתית אלכוהול ושימוש בסמים; תמונה שלה מחובקת עם העורר, כשבועיים לאחר האינוס הקבוצתי; הקלטות בין אחיו של העורר; ותכונות בין לבין העורר. כל אלה הועברו לעורר, ובנוסף, המציאה התביעה לעורר מחקרי תקשורת בין הטלפון הסלולרי של המתלוננת לבין הטלפון שלו.

בש"פ 6155/21

3. העורר עתר לקבל, באופן גורף, את כל המידע משלושת הטלפונים הסלולריים של המתלוננת. בית משפט קמא דחה את בקשתו, לאחר שלא מצא כי העורר הצבע על פגעה קונקרטית שתיגרם להגנתו, שיש בה כדי להצדיק מתן צו חידרה כללי לטלפונים הסלולריים של המתלוננת.

4. על החלטה זו נסב העורר לפניי (בש"פ 6155/21), שבמסגרתו חזר העורר ועתר לקבל את כל החומר שבטלפונים של המתלוננת. לטענת העורר, משערת המשטרה וקיבלה צו חידרה למכשיiri הטלפון של המתלוננת, אך למנועה מלבצע את הצו, יש מקום לבצע צו ומסור לו את כל החומר שיפורקו מהטלפונים. מה גם שהמתלוננת עצמה סיירה למסור למשטרה את הקוד הסודי הנדרש לפתחת מכשיiri הטלפון בטענה לפגיעה בפרטיותה.

לטענת העורר, בהינתן שהמתלוננת התלוננה בעבר פעמיים על אונס, פעם בפני המשטרה ופעם בפני גורם אחר, אך לאחר מכן הודהה כי שיקרה וחזרה בה מתלונתה; בהינתן כי המתלוננת אישרה כי מחקה את התכתבות בינה לבין העורר; ובבהתאם שהמתלוננת המשיכה לבנות עם העורר גם לאחר האינס הקבוצתי והמשיכה לעמוד עמו בקשר מספר חדשניים לאחר מכן עד להגשת התלונה - בהינתן כל אלה, יש כדי להצדיק את בקשתו לקבל את כל החומר שנמצא בתלפונים הסולריים שברשوت המתלוננת.

בש"פ 6413/21

5. העורר עתר להחזיר לו את הטלפון הסולרי שלו שנתפס על ידי המשיבה. נטען כי המשיבה לא הצליחה לחזור לטלפון שלו, לאחר שסירב למסור את קוד הכניסה למऋיר, כך שאין טעם שהטלפון יישאר ברשות המשיבה כ"ברזל" נתול ערך ראוי כלשהו, שלא ניתן להפיק ממנו כל ראייה.

בית משפט קמא דחה את בקשת העורר להשבת הטלפון התפוס, לאחר שלטענת המשיבה, בטלפון קיימות ראיות לביצוע העבירות המוחשות לעורר ולאחרים בכתב האישום. הכוונה בעיקר לאינס הקבוצתי, שלטענת המתלוננת תועד על ידי העורר בטלפון, כך שגם מדובר בחומראים שאסורים בהחזקת.

6. על החלטה זו נסב הערר דין (בש"פ 6413/21), שבגדרו חזר העורר וטען כי אין כל תלית ראייתית להחזקת הטלפון. נטען כי לאחר שניסיונותיה של המשיבה לחזור לטלפון נכשלו, ומאחר שהמऋיר עצמו אינו ראייה, גוברת זכותה הקניינית של העורר. עוד נטען, כי לא ברור כלל באיזה מऋיר צולם האירוע, אם בכלל, וכי גם אם צולם האירוע, לא ברור אם הסרטון נשמר כיוון שחלפה חצי שנה מאז התרחש האירוע ועד תפיסת המ�יר.

דין והכרעה

7. הלכה עמנוא, כי יש להישמר מפגיעה בפרטיותה של מתלוננת בעבירות בגין, וכי הפעלת סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: החסד"פ), בכל הנוגע לחומראים הקשורים למתלוננת בעבירות בגין, צריכה להיעשות בזיהירות ותוך איזון בין האינטרסים המתנגשים (להרחבה בנושאים אלה רואו יצחק עמית חסינוט ואינטרסים מוגנים - הילכי גלווי ועיוון במשפט האזרחי והפלילי שער שלישי בפרק כי: "פסיכותרפיסט/Ματέφλ-נפגעת תקיפה מינית" 675-679, ובפרק כי: "פרטיות ונפגעת עבירות בגין" 700-681 (2021) (להלן: עמית, חסינוט ואינטרסים)).

בר依, כי הדרישה של העורר לחשיפה של כל החומר בשלושת הטלפונים הסולריים של המתלוננת, היא בקשה גורפת שאין לה שיעור ואין לה מידת, והיא פוגעת הרבה מעבר לנדרש בפרטיותה של המתלוננת. מכל מקום, וכי ששובهر על ידי המשיבה, למעשה רק אחד מהטלפונים הוא הרלוונטי לעניינו, באשר שני הטלפונים האחרים הם טלפונים חדשים שהמתלוננת לא עשתה בהם שימוש בתקופה הרלוונטית.

8. כאמור, אחת הסיבות בגין מבקש העורר צו גורף לחזור לטלפונים הסולריים של המתלוננת, היא הטענה

שהמתלוננת מחקה התקשורת בין העורר. מطبع הדברים, התקשורת אלה ניתן למצוא בטלפון הסלולרי של העורר, ומכאן התמיהה מדוע מבקש העורר כי החומר ישוחרר דווקא מהטלפון הסלולרי של המתלוננת ולא מהטלפון שלו. למקרא העורר, סברתי תחילה כי טענותו של העורר היא כי כפי שהמתלוננת סיירה למסור את החומר שבטלפון שלה בשל הפגיעה בפרטיותה כך יש לנוהג גם כלפיו. אלא שהעורר הוא הנאשם וככה מעמדו אינו כשל המתלוננת, ואין מקום ל"שוויון" מלאכותי ביניהם.

בתשובה לתמיהה מדוע העורר אינו ממציא את התקשורת בין לבין המתלוננת, הסבירו באי כוחו של העורר כי הטלפון הסלולרי של העורר נתפס על ידי המשטרה, אך העורר מסרב למסור את קוד הפתיחה של הטלפון שלו, מחשש מפני הפללה עצמית והפללה של אחרים, בנושאים שאינם נוגעים לאישומים בכתב האישום. במהלך הדיון התברר כי המשטרה אכן לא הצליחה לחדר לטלפון הסלולרי של העורר, אך לטענתה, בדעתה לשוב ולבוחן את האפשרות לפיצוץ למכשיר.

9. במאמר מוסגר: שני הצדדים יצאו מנוקודת הנחה כי חשוד בפלילים רשאי לסרב למסור את הסיסמה למחשב או לטלפון הסלולרי שלו מכוח זכותו לחיסין מפני הפללה עצמית. משכך, אין ראה לדון בסוגיה זו, הרואה לדון נפרד, ואפנה לדברים הבאים:

"שאלה שהולכת ותופסת את מקומה בעידן הטכנולוגי של היום היא אם החיסין מפני הפללה עצמית עומד לחשוד אשר נדרש על ידי החוקרים לפתח את הנעללה של המכשיר הסלולרי שלו [...] דומה כי יש טעם בטענה שהרצינולים שמצדיקים את החיסין מפני הפללה עצמית יחולו גם על ראיות שנמצאות בתחום המכשיר הסלולרי של הנחקר, וכן רשיי הנחקר לסרב לחוקרים לפתח את המכשיר הסלולרי שלו - בין אם מדובר במסירת הקוד, בטיבעת אצבעו, בהצבת פניו אל מול הטלפון הסלולרי כאשר מגננון הנעללה מבוסס על זהה תווי פנים או במסמכים המציגים במכשיר הסלולרי, או הדואר האלקטרוני שלו. הטענה היא האם החיסין מפני הפללה עצמית חל על מסמכים המציגים במכשיר הסלולרי, או שהוא אמר או לחול גם על הסיסמה שבאמצעותה ניתן להגיע למסמכים אלה.

מנגד, ניתן לטעון כי הכרה בזכותו של חשוד לסרב לפתח את נעילת הטלפון הסלולרי שלו נוגדת את שנפסק בעניין חרוי ובעניין קרייב, כי על הנחקר לשתף פעולה עם חוקריו ולאפשר בדיקת 'טבילת ידים' או להשתתף במסדר זהה. אלא שנית להבחין בין הדברים. הלכות קרייב וחורי עוסקות באמצעותם שהם בגדר 'חיפוש חיצוני' כהגדרתו בסעיף 1 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זהה), התשנ"ו-1996. חיפוש חיצוני נועד לאיתר ראייה שיש לה קיום עצמאי והוא עומדת על רגילה שלה, ואשר מבוססת את ביצוע העבירה או קשר אליה. לא כך באשר לכך הנעללה של הטלפון הסלולרי, שעצם מסירתו יוצר מידע שלא היה ניתן להשגה בדרך אחרת, והוא כשלעצמם אינם מוכיח ביצוע עבירה או קשר לעבירה.

אם קיבל את הדעה שהחשוד רשאי לסרב לשתף פעולה בפתיחת הטלפון הסלולרי שלו, וכך אכן סבורים, הרי שבית המשפט יוכל לזקוף לחובתו את הסירוב, כפי שהוא רשאי להסיק משתייקת חשוד. לדין מפורט בסוגיה זו ראו אצל יסמננסקי ואיתן שם מובאת הטענה כי הדרך הראיה להתמודד עם האתגר הייחודי שמצויה טכנולוגיית ההצפנה של מידע דיגיטלי היא שנייה אופיו של החיסין מפני הפללה עצמית לחיסין יחסית, כך שבית המשפט יוכל לקבוע בכל מקרה לגופו אם ראוי לחיב נחקר למסור את הסיסמה או את אמצעי זההו למידע המוצפן שלו" (עמית, חסינות ואינטרסים, בעמ' 889).

וראו בהקשר זה: הצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכיות אכיפה - המצאה, חיפוש ותפיסה), התשע"ד-2014; אסף הרדו"ף "כשאתה אומר כן, למה אתה מתכוון? על טכנולוגיה אינטימית, אוטונומית החשוד ואופורטוניים משפטים: חדרה לטלפון נייד ב'הסכם' החשוד" הסניגור 224 4 (2015); יגאל בלפור וגיל שפירא "ונשמרתם לאצבועתיכם: חובתו של חשוד לשיער לחיפוש במכשיר סלולרי ושימוש בכך לשם פתיחת מכשיר הנעול באמצעות אצבע" הסניגור 267 4, 11-8 (2019); חיים ויסמןסקי ועמוס איתן "השימוש בכוח סביר לשם הגנה סיסמה והצפנה: הצדקות וביקורת" הסניגור 268 4 (2019). כן ראו חיים ויסמןסקי חקירה פלילית במרחב הסיבר 216, 265 (2015); חיים ויסמןסקי ועמוס איתן "היחסין מפני הפללה עצמית: בחינה מחודשת בראי הטכנולוגיה" משפטים נא צפוי להתפרסם ב-2021). למצב המשפטי בארצות הברית בנוגע לفتיחה המכשיר הסלולרי על ידי זיהוי ביומטרי כמו פניו של החשוד או אצבעו ראו עמית, חסינות ואינטרסים, בעמ' 906.

10. הנה כי כן, בשל טענה לחisisון מפני הפללה עצמית מבקש העורר למצוא את החומר המבוקש על ידי חדרה לטלפון של המתלוננת. כאמור, המדובר בבקשת גורפת שלא ניתן להיעתר לה. עם זאת,ברי כי בנסיבות שתוארו לעיל, יש רלוונטיות לתוצאות שבין המתלוננת לבין העורר. לפניו התעניינות בין החisisון מפני הפללה עצמית לבין זכות המתלוננת לפרטיות.

11. המשטרה אינה מחזיקה בטלפון של המתלוננת, וככל שיש חומרים רלוונטיים נוספים שהמתלוננת לא המציאה, הם אינם בתיק החקירה. אחד המבחנים לבחינת רלוונטיות של חומר להגנתו של הנאשם, הוא הבדיקה בין חומר שנמצא בתיק החקירה לחומר שאינו בתיק החקירה. כך, בבש"פ 9322/99 מסארווה נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 376, 382 (2000) (להלן: עניין מסארווה), נקבע כי ההנחה היא שכאשר נעשות פעולות חקירה באופן ענייני ובתום לב, החומר אינו בשאר ידי גורמי החקירה מאחר שלא נמצא על ידיהם כרלוונטי לחקירה. משכך, הוא אינו חלק מתשתיות האישום שמפניו על הנאשם להתגונן, ועל כן אין לראות בו "חומר חקירה" כמשמעותו בסעיף 74 לחס"פ. בבש"פ 194/21 יוגב נ' מדינת ישראל (25.1.2021) אף נאמר כי "המדינה חייבת לתת לנאשם רק את מה שיש לה, ולא את מה שאין לה; ולנאשם אין שום זכות להשלמת חקירה". כשלעצמו, אסתיג מאמרה גורפת זו, וגם מענין מסארווה אין להסיק כי הימצאות החומר בתיק החקירה היא מבחת קונקלוסיבי. ניתן לומר, כי הפסיכה קבעה מעין חזקה, הניתנת לסתירה, שלפייה חומר שאינו בתיק החקירה אינו "חומר חקירה" (עמיית, חסינות ואינטרסים שער שני בפרק ח: "בין חומר שבתיק החקירה לחומר שאינו בתיק החקירה", בעמ' 229-231). מטעם זה, הצענו בבש"פ 8252/13 מדינת ישראל נ' שיינר, פ"ד סו(3) 456, 442 (2014) (להלן: עניין שיינר) מבחן טכני כנקודות מוצא לדין: אם החומר נמצא בידי התביעה - יחול סעיף 74 לחס"פ, ואם החומר אינו בידי התביעה - יש להעדיף את המסלול של סעיף 108 לחס"פ.

12. במרקחה דן, ומבל' לקבוע מסמורות, דומה כי יש בראשות המתלוננת חומר עשוי להיות רלוונטי להגנת העורר, והדברים עולים מהחומרים שהמתלוננת עצמה העבירה לחוקרת. מכאן, שנסתרה החזקהuai הימצאות החומר בתיק החקירה מצבעה על כך שאין מדובר ב"חומר חקירה". ברם, אין משמעות הדבר כי מטעם זה המסגרת הרואה לדין היא סעיף 74 לחס"פ. בעניין שיינר הצענו מבחן טכני נוספת, ולפיו, כאשר הראה אינה בתיק החקירה וכנגד זכות העינו של הנאשם ניצבים אינטרס מוגן או חיסין, אם סטטוטורי או ייצור הפסיכה, יש להעדיף את המסלול של סעיף 108, וכן על מנת לאפשר זכות טיעון לצד שלול להיפגע מחשיפת החומר. כל אחד משני אלה וצירופם ייחדיו - אי-הימצאות החומר בידי התביעה וקיים של חיסין או אינטרס מוגן - אף יוצרים מעין "מכפיל כוח" המביא למסקנה המחייבת את בירור הבקשה בהליך לפי סעיף 108 (בש"פ 2565/17 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 12 (11.5.2017)).

13. בנקודה זו אעיר כי קו התיחום בין סעיף 74 לחסד"פ אינו תמיד ברור, ולעתים קרובות הוא נתון מחלוקת עזה בין הגנה לתביעה, מטעמים שונים שאינו רואה להרחיב הדיון בהם (הבחנה בין שני הטעמים ולנטוקיות ראו עניין שני; עמיה, חסינות ואינטראסים, שער שני בפרק י"ב: "בין סעיף 74 לחסד"פ לבין סעיף 108 לחסד"פ", עמ' 263-280). אחת הנפקויות לבחנה בין שני הטעמים, היא העובדה שבבקשות לפי סעיף 74 לחסד"פ דין שופט שאינו דין בתיק. לטעמי, חלק מהרפורמה הנדרשת בהליך הפלילי, רצוי כי גם בקשות לפי סעיף 74 יידנו בפני השופט דין בתיק העיקרי, וrema גם הגיעו העת לאחד בין סעיף 74 לסעיף 108. לכך יתרונות רבים, כגון האפשרות לעיין בחומר על מנת לבדוק את הרלוונטיות של החומר, אם יש מקום להעביר את החומר להגנה, ובמקרים המתאים אף להורות על השלמות חקירה בדרך של תפיסת חומרים לרלוונטיים נוספים. לא נעלם מענייני כי איחוד הטעמים מעורר קשיות ובעיות שונות, כמו לעניין זכות הערר שאינה קיימת על החלטות שניתנו לפי סעיף 108.

מכל מקום, אם בקשות לפי סעיף 74 לחסד"פ יידנו בפני השופט דין בתיק, הדבר ימנع את התופעה של עיכוב רבתי בשמיית התקיק העיקרי בשל בעיות הקשורות בסעיף זה, בשל הgemeishot שננתונה לבית המשפט דין בתיק העיקרי.vr, בית המשפט יהיה רשאי לדוחות את ההכרעה בבקשתו ולהחליט כי הבקשה תידן במסגרת סעיף 108 בתחילת הדיון, או במהלך הדיון או בסופו, לאחר שתישמע עדמתה הצד השלישי ולאחר שכל בקעת המחלוקת תעמוד בפני בית המשפט.

14. ומהתאם להכא.

המקרה דין מתאים לדין במסגרת סעיף 108 לחסד"פ בפניהם מותב השופטים דין בתיק העיקרי, ولو על מנת לשמעו תחילת את המתלוננת ואת עדמתה. בדרך זו, גם ניתן לבקש את תחילת החומר על מנת לקבל החלטה מושכלת. בנוסף, וככל שלא יעלה בידי המשטרה "לפצח" את הטלפון הסלולרי של העורר, יתכן שבמהלך הדיון יעלו הצעות מעשיות שונות שהיא בהן כדי לפטור את הסוגיה.vr, לדוגמה, הצעתי כי גורם ניטרלי יפרק מהטלפון של העורר כל חומר הקשור לכטב האישום בלבד, הצעה שהייתה מקובלת על העורר.

15. סוף דבר, שביקשת העורר לצו חדרה גורף לטלפונים הסלולריים של המתלוננת דינה להידחות. עם זאת, ביחס לטלפון הרלוונטי של המתלוננת, וביחס לחומר לרלוונטי ספציפי, עומדת לעורר הזכות להעלות את בקשותיו לעיין בחומרם כאלה ואחרים במסגרת סעיף 108 לחסד"פ.

16. אני רואה להיעתר לבקשת העורר להסביר לו את הטלפון הסלולרי שלו. ראשית, מאמציו המשטרה לפרוץ לטלפון עדין נמשכים. שנית, ועיקרו של דבר, קיים חשש כי הסרטון בו הנציג העורר, קטענות המתלוננת, את האינוס הקבועות, עדין נמצא בטלפון. באיזו שבן הזכות הקניינית של העורר ורצוינו העד לחזור ולהתאחד בחולף כמנה עם מכשיר הטלפון שלו, לבון החשש למחייבת ראייה מהותית או חשש להפצת סרטון שיש בו כדי לפגוע אניותות במתלוננת או כדי לאיים עליה ולהפעיל עליה לחץ - כפ' המאזינים נוטה באופן חד-משמעות לכך שהטלפון ישאר בחזקתה של התביעה, עד להחלטה מה יעשה בטלפון לאחר הכרעת הדיון.

17. אשר על כן, ובכפוף לאמור לעיל לעניין סעיף 108 לחסד"פ - שני העררים נדחפים.

ניתנה היום, ד' בחשוון התשפ"ב (10.10.2021).

עמוד 6

כל הזכויות שמורות לאתר פסקי דין - verdicts.co.il

