



ת"פ 54680/10/19 - מדינת ישראל נגד אבי טקלו

בית משפט השלום בנתניה

ת"פ 54680-10-19 מדינת ישראל נ' טקלו
בפני כבוד השופטת מרב גרינברג

בעניין: מדינת ישראל

המאשימה

נגד

אבי טקלו

הנאשם

נוכחים:

ב"כ המאשימה עו"ד תמרה ולדמן מימון

הנאשם ובא כוחו עו"ד גיא עין צבי

הכרעת דין

רקע, עובדות כתב האישום וגדר המחלוקת

1. ביום 30.10.19 הוגש כנגד הנאשם כתב האישום הנפרש על פני חלק כללי וארבעה אישומים, **בניגוד לסעיף 13 + 19 לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש] תשל"ז-1973**. על פיהם נטען כי בארבע הזדמנויות שונות בחודש ספטמבר 2019 מכר הנאשם סמים מסוג חשיש ומריחואנה לארבעה קונים שונים.

את העבירות ביצע באמצעות יישומון ה"טלגרם" שהותקן בטלפון הסלולרי השייך לו. הנאשם פרסם עצמו ביישומון תחת הכינוי "הבן של אדון שוקו", התכתב עם הקונים בצ'טים (בעברית שִיחוֹת- שיחה ע"י החלפת מסרים כתובים בין גולשים במרשתת) בתוכנת טלגרם, וסיכם פרטי העסקאות שכללו בין היתר את סוג הסם, מחירו, משקלו, ומקום המסירה. לאחר שאימת את זהות הקונים, נפגש הנאשם או מי מטעמו עם הקונים ומסר להם את הסם בתמורה לסכום שנקבע.

2. המחלוקת בין הצדדים התמקדה, מלכתחילה, בחוקיות החיפוש הידני שערך החוקר ניר זרביב (להלן: "החוקר זרביב" או "זרביב") במכשיר הטלפון של הנאשם וקבילות תוצריו. ביום 4.1.20, כפר הנאשם במיוחס



לו, ב"כ הנאשם הסכים להגשת כלל ראיות התביעה בהסכמה, בכפוף לחקירתו של החוקר זרביב.

3. ביום 22.4.20, התקיימה ישיבת הוכחות בתיק ונשמעה עדות החוקר. בסיום פרשת התביעה ניתנה להגנה אורכה לבחינת הצעה שהוצעה ע"י התביעה. בהמשך, לאחר שהתברר כי ההגנה עומדת על טענותיה, הוגשו סיכומי המאשימה בכתב. ביום 1.6.20 נשמעו סיכומי ההגנה בע"פ, והתיק נקבע לשימוע הכרעת דין ליום 9.7.20.

4. להשלמת התמונה אציין כי הנאשם נעצר עד תום ההליכים בתיק דנא.

5. ביום 21.6.20, בעיצומה של הכנת הכרעת הדין, עוד טרם הגיע מועד שימוע הכרעת דין מצאתי לקיים דיון תזכורת בתיק, בדיון הובהר לצדדים, כי במהלך בחינת הראיות בתיק מצאתי, כבר באותה עת, שנפלו בו פגמים שיש בכוחם להשליך למצער על רמת הענישה בתיק, ועל כן יש מקום לפעול בהקדם האפשרי לשחרור הנאשם. ביום 29.6.20, לאחר כתשעה חודשי מעצר, הורה כב' השופט מלמד, בהסכמת המאשימה, על שחרורו ממעצרו. מועד הכרעת הדין נדחה ליום 5.8.20.

השתלשלות ההליכים בחקירת התיק;

6. תחילת הפרשה ביום **29.9.19** עת הגישה המשטרה בקשה לצווי חיפוש בחשד לביצוע עבירות התפרצות לדירה ולרכב בבית החשוד (ת/1) ובחומר מחשב (ת/2). ביום 2.10.19 נחתמו הצווים ע"י השופטת כתבי-ריבלין, והגדירו גבולות החיפושים. הצו ת/2, הוצא במעמד צד אחד, באמצעות החוקר ניר זרביב, על בסיס חומר מודיעיני שהוצג לבית המשפט בעילה של "חשד לביצוע עבירות רכוש". בית המשפט הורה שהחיפוש ייערך שלא בנוכחות עדים "מאחר ויבוצע ע"י חוקר מיומן בתחנת המשטרה". עוד נקבע, בין תנאי הצו שאין לעשות בו שימוש למטרה שאינה מפורטת לעיל, ואף אין להשתמש בו שימוש חוזר, יותר מפעם אחת.

7. ביום שלמחרת, **3.10.19**, נערך חיפוש בבית הנאשם במהלכו נתפסו שני מכשירי טלפון סלולריים. האחד מסוג סמסונג מס' 81689604 (להלן: "מכשיר הסמסונג" או "הטלפון") והשני מסוג נוקיה (להלן: "מכשיר הנוקיה"). לצין כי חיפוש זה וחוקיותו אינם במחלוקת (ת/14). באותו היום, עוכב הנאשם לתחנת המשטרה ונחקר, ע"י החוקר זרביב, בחשד לביצוע עבירה של החזקת רכוש החשוד כגנוב - החזקת מכשירי הטלפון שנתפסו במהלך החיפוש. הנאשם הכחיש את המיוחס, אישר שרק הוא משתמש במכשיר זה וסירב למסור קוד הטלפון ולחיפוש בו (ת/5, ש' 14-15), בהמשך שוחרר.

עוד באותו היום, קיבל לידו החוקר חגי משה (להלן: "החוקר המיומן") את מכשיר הסמסונג, ביצע חדירה למכשיר, העתיק את תוכנו, פרק את התוכן לדיסק (ת/23), ובכך השלים את החיפוש שנעשה מכוח הצו ת/2. דוח הפעולה המתעד פעולות אלו, ת/22, נכתב ביום 6.2.20 והוסף לחומר הראיות, לאחר שהוגש כתב אישום.



8. שבוע לאחר מכן, ביום **10.10.19**, נטל זרביב את הדיסק ת/23 ועבר על ממצאי הפריקה. אין חולק, כי, בזמן אמת לא תיעד פעולה זו, ואף לא את החיפוש הידני שערך בטלפון בהמשך. כארבעה חודשים לאחר כן, במהלך ניהול התיק, לבקשת המאשימה ומטעמים שעליהם נעמוד בהמשך, הוסף לחומר החקירה מזכר מטעמו, ת/7 מיום 9.2.20, וזהו לשונו:

"בתאריך 10.10.19 קיבלתי מידי החוקר זיט חגי משה דיסק ובו ממצאי פריקת הטלפון של אבי טקלו פריט 81689604. עברתי על ממצאי ובהם הבחנתי בוואטסאפ וכן בצ'ט בטלגרם ובתמונות בראיות לסחר בסם. מניסיון עבר שלי עם תוכנת הטלגרם אירעו מקרים בהם צ'טים בטלגרם מסוג סיקרט צ'ט לא נסרקו לדיסק, לכן באותו הרגע הוצאתי מרישום התחנה את הטלפון הנייד פריט 81689604 ופתחתי את תוכנת הטלגרם ואכן הבחנתי בשיחות סיקרט צ'ט אשר נמצאים בטלפון ולא בפריקה, צילמתי אותם בטלפון האישי שלי והדפסתי לתיק החקירה ללא שינוי או עריכה".

צילומי מסך אלו, הכוללים תכתובות בין הנאשם לארבעת הקונים, הם, כאמור, הראיה המרכזית עליה מבוסס כתב האישום.

9. בהמשך, ביום **22.10.19** פנתה המשטרה בשנית, באמצעות החוקר רון חדידה, לבית המשפט, וביקשה להוציא צווי חיפוש נוסף לחדירה למחשב, לרבות טלפון הסמסונג, וחיפוש בבית הנאשם בגין חשד לסחר בסמים. בית המשפט נעתר לבקשה בהסתמך על ראיות שהוצגו לפניו וסומנו במ/1, במ/2 - מסמכים מסומנים אלו **לא** נמצאו בתיק החקירה ולא הובהר טיבם, והצווים ניתנו (ת/3 + ת/4) במגבלות הצווים ת/1 ות/2. באותו היום, עבר זרביב גם על דיסק פריקת הנתונים ממכשיר הנוקיה (ת/9).

10. ביום 27.10.19 נערך חיפוש נוסף בביתו של הנאשם (ת/12) שלא העלה דבר. עוד נערך חיפוש נוסף ע"י החוקר רון חדידה במכשיר הסמסונג (ת/11-צילום תכתובות מחודש יוני 19). בהמשך ארבעת הקונים זומנו לחקירה, אישרו את פנייתם ליוזר הנאשם באמצעות היישומון, אימתו את התכתובות והודו כי רכשו הסמים, כמפורט בכתב האישום.

לאחר כל אלה, ביום 27.10.19 הנאשם נעצר ונחקר בחשד לביצוע עבירות סחר בסמים. ביום 30.10.19 הוגש כתב האישום כאמור.

11. פרשת התביעה הייתה כאמור מצומצמת וכללה רק את עדות החוקר זרביב. המאשימה הגישה בהסכמת ב"כ הנאשם את המוצגים ת/1-23, בין היתר הוגשו צווי החיפוש ת/1-4, ת/7 מזכר החוקר זרביב, ת/8 תיעוד צילום מסך של המסרונים, חקירות הנאשם ת/5-6. עוד הוגשו חקירות הקונים ת/17-20, דיסק הפריקה ת/23 ו-21 דו"ח טלגרם מתכלל שנערך ע"י יחידת להב 433.



12. עוד הסכימו הצדדים, שהתכתובות בין הנאשם לקונים, נשוא כתב האישום, התגלו רק בחיפוש הידני שנערך ע"י זרביב ולא כלולים בין תוצרי פריקת הטלפון, ת/23 (פרו', עמ' 13, ש' 21), כשב"כ הנאשם הצהיר, כי ככל שיוכשרו תוצרי החיפוש הידני, אין חולק על כך שמגבשים אשמת הנאשם בביצוע העבירות המיוחסות לו.

הנאשם עצמו נמנע מלהעיד, וההגנה הגישה מטעמה שני מוצגים: פרוטוקול מ"ת 19-10-54700 מיום 12.11.19 - הוגש וסומן נ/1 - לצורך הוכחת אמרת התובעת באשר למטרת הוצאת הצו ת/4, וכן - נוהל מספר 300.08.035 של אגף חקירות מודיעין במשטרה שעניינו "תפיסה וחיפוש במחשב" - הוגש בשלב הסיכומים (נ/2).

עדות החוקר זרביב

13. החוקר זרביב זומן לעדות בהמשך לבקשת ההגנה. בפתח עדותו, התנגד ב"כ הנאשם לחקירתו הראשית וביקש להסתפק בחקירתו הנגדית. בהחלטתי דחיתי בקשתו. העד, חוקר פשעים בתחנת נתניה, סיפר שטיפל בתיק מראשיתו, פנה לבית המשפט לקבלת צווי חיפוש וגבה הודעת הנאשם (ת/5), עבר על ממצאי פריקת טלפון הנאשם ובהמשך (ביום 22.10.19) בדק ממצאי פריקת הטלפון האחר שנתפס, טלפון הנוקיה, וליווה את התיק עד שלב הגשת כתב האישום.

את אשר ארע במהלך בדיקת ממצאי הפריקה, תיאר כך בעדותו:

"..העבירה ראשונית הייתה עבירות רכוש, לכן בעבירות רכוש מה שקודם אני בודק צ'טים ותמונות, תמונות לאתר רכוש, שנראה רכוש גנוב וצ'טים זה סחר ברכוש. אני מתכוון לוואטסאפ, טלגרם, כל מה שקשור, פייסבוק, אינסטגרם כל מה שיש. בגלל שזה רכוש, זה לא סמים ואין מילת קוד..נכנס לצ'טים ועובר על התוכן, קורא את כל השיחה...התחלתי להכנס לצ'טים בוואטסאפ אם אני לא טועה ובטלגרם הבחנתי בסחר בסמים. נכנס לתוך הצ'ט בטלגרם. זה מיד בהתחלה, תחילת הצ'ט אפשר לראות הודעת תפוצה של סחר בסמים..יש פה חד משמעי, רשום גראס חשיש, זו הודעת תפוצה הוא נמצא בקבוצה מסוימת.." (עמ' ש' 30-22).

העד ניסה לשחזר באילו חומרים נתקל בהליך הבדיקה ועוררו חשד למעורבות בביצוע עבירות סמים, והסביר שנתקל בתמונות ותכתובות המלמדים על התכנות לסחר, כך מפנה לתכתובת בין הנאשם לאחר בשם אלירן המציע לו לקנות **"כל אחד 2100 הכי טוב שיש"** (עמוד 17335) ובתכתובת אחרת, שם מדברים **"על הירוק"** (שם, עמ' 18 ש' 10-11), לגביה מבהיר שמדובר **"בהודעה היותר ברורה שמדובר במשהו קשור לסמים"**. עוד מציג תמונות מעמ' 61917 **"של סחר בסמים"** (שם, ש' 13).

בשלב זה, לאחר שנחשף לראיות המקימות חשד לעבירות סחר בסם, ומשעל פי ניסיונו בחלק מהמקרים לא מתבצעת פריקה מלאה של כל חומרי הטלגרם לדיסק, החליט לערוך במכשיר הטלפון חיפוש ידני נוסף. לצורך כך, ניגש למשרד רישום המוצגים בתחנה, הוציא את מכשיר הטלפון התפוס, הפעיל אותו וחיפש בו.



כך מתאר מעשיו בעדותו:

"אני בעצם לוקח את הטלפון פיזית אצלי בידיים ומבצע דפדוף באותן 3 קטגוריות צ'טים, טלגרם, וואטסאפ ותמונות. בעצם מוודא שאין התכתבויות או ראיות נוספות שיש בטלפון פיזית ולא נמצאות על הדיסק. זה דברים שקרו. ממשיך את החיפוש פיזית בטלפון" (שם, עמ' 18 ש' 20-22,24).

עוד הוסיף, שמדובר בשיטת עבודה לפיה פועל, **בכל בדיקה** של מכשיר טלפון במסגרת חקירה, ושסבור שאין מדובר בחיפוש חדש, אלא במיצוי החיפוש המקורי:

"רב הטלפונים החכמים אני לוקח את הטלפון פיזית כדי לחפש בעצמי. הוצאתי אותו מהרישום של התחנה, מצאתי שיחות סיקרט צ'ט, אני פותח תוכנת טלגרם, מדפדף, משווה בין יוזר אותו שם משתמש איך נקרא בטלפון ואיך מופיע פה" (פרו', עמ' 19, ש' 12-14).

ובעמ' 27, ש' 6, במענה לשאלת ב"כ הנאשם, האם בכל תיק עורך חיפוש ידני נוסף, משיב "כן. אני הולך למכשיר ובודק את זה בעצמי".

במהלך החיפוש הידני, הבחין בתכתובות בסיקרט צ'ט (תוכנת הודעות מוצפנות) הקושרות את הנאשם לסחר בסם, על כן צילם אותן במכשיר הטלפון שלו מחשש שתמחקנה (ת/8, ת/17 א' ועוד).

באשר להעדר תיעוד מעשיו, מסביר העד:

"אני מאד יסודי בעבודה שלי, וכל פעולה אני מתעד אותה, גם אם זה שיחת טלפון, בטח חדירה לטלפון נייד של החשוד, אין לי הסבר ולא יודע להגיד אם הכנתי מזכר והוא לא בתיק, אם שכחתי, יכול להיות ששכחתי, לא יודע להסביר מה קרה" (שם, עמ' 28-30). בחקירתו הנגדית מבהיר העד שהיה בהלם שהתברר לו שלא כתב מזכר "ואמרתי שלא יכול להיות שבעצם התביעה הייתה מגישה כתב אישום בלי מזכר" (עמ' 20, ש' 18-19).

ובאשר למטרת צו החדירה הנוסף, מבהיר שהתבקש **"לצורך הכשרת הממצאים שאספתי"** (עמ' 20, ש' 6, עמ' 23). לדבריו, בקשה לקבלת צו לאישור בדיעבד של ממצאי החקירה **"זה הנוהל שאנו עובדים בו. זה הנוהל שעבדנו בו"** (עמ' 23, ש' 23), וכשנשאל מדוע לא הובהרה לבית המשפט מטרת הצו, משיב שאינו יודע מאחר שהצו הוצא ע"י חוקר אחר, וכי מלשונם של הצו, ת/4, ניתן ללמוד שהבקשה היא לחיפוש בטלפון תפוס (עמ' 25 ש' 5-9). בהמשך מוסיף, **"לפי הגישה של התביעות, נניח הוצאנו צו לגבי עבירות רכוש ומצאנו סחר בסמים מוציאים צו נוסף כדי להכשיר את הממצאים"** (עמ' 27, ש' 12-13).

14. **בחקירתו הנגדית** שינה מעט את גרסתו, והסביר שלא היה בטוח שבממצאי הפריקה עלה בהכרח חשד



לעבירת סם "חלקו התפרש משמעותית יותר לסחר בסמים, חלקו לא היה חד משמעי" (עמ' 21, ש' 12). עוד טען שרק דפדף בטלפון, ולא חיפש בו. (עמ' 21, ש' 23, 28 - 29; עמ' 22, ש' 6). העד מאשר שלא ערך חיפוש נוסף בטלפון (שם, ש' 18).

עוד נשאל העד מדוע לא עצר את החיפוש והמתין לקבלת צו, מיד לאחר שנתקל בראיה המפלילה ראשונה בת/23, והסביר שהייתה נחיצות במיצוי החיפוש ותיעוד תוצריו, כדי שהתמונות לא תמחקנה. העד אישר שהחיפוש צריך להתבצע ע"י חוקר מחשב מיומן ושהוא עצמו אינו חוקר מיומן, ולא עבר הכשרה מקצועית לתכנת הטלגרם, לרבות באשר לדרך הורדת הודעות מבלי מחיקתן (עמ' 28). עוד אישר שבזמן שחיפש בו היה במצב טיסה החוסם גישה לרשת האינטרנט ומונע כניסה אליו מרחוק (עמ' 26 ש' 4-1). למותר לציין, כי המאשימה התנגדה שהעד יישאל שאלות נוספות באשר להיבטים הטכניים של החיפוש (שם, ש' 11).

סיכום ביניים

15. העובדות הנוגעות לחיפוש ותוצריו אינן שנויות במחלוקת. גם המסקנה הנגזרת מהן מתבקשת וברורה, המדובר בחיפוש שבוצע שלא כדין וללא סמכות. לשיטתי, היה נכון לקצר בשאלת הפגמים ולהתמקד בדיון על השלכותיהם, זו גם השאלה המשמעותית בתיק זה. אלא שיריעת המחלוקת בין הצדדים רחבה ונוגעת, ברובה, לחוקיות החיפוש הידני עצמו. **אשר על כן, דרך הילוכנו בתיק זה תהיה כדלקמן:** ראשית נבחן תמצית טענות הצדדים, לאחריהן, נסקור את המסגרת הנורמטיבית בהליכי חיפוש במכשיר טלפון ונעמוד על שורת הפגמים שנפלו בהליך החיפוש דנא. בהמשך, נבחן את השלכותיהם ונברר את שאלת קבילותם של הראיות, תוצרי החיפוש, ומה דינן של הראיות הנוספות בתיק, האם הן ראיות נגזרות או שמא ראיות עצמאיות, שבכוחן לשמש בסיס חלופי להרשעת הנאשם. בסופה של החלטה נדון בטענת ההגנה לביטול כתב האישום מחמת הגנה מן הצדק.

תמצית טענות הצדדים

16. סיכומי הצדדים התמקדו, כאמור, בחוקיות החיפוש הידני. סוגיה נוספת שנדונה בהרחבה היא טענת ההגנה לביטול כתב האישום בטענת הגנה מן הצדק, בשל פגיעה נרחבת בזכויות הנאשם להליך הוגן, לרבות ניהול ההליך בסתירה לעקרונות של צדק והגינות משפטית.

בכל הקשור לשאלת חוקיות החיפוש הציגה המאשימה, בסיכומיה, עמדה השוללת בלאו מוחלט כל פגם או דופי שנפל בחקירת התיק, בהליכי החיפוש במכשיר הטלפון ובהתנהלות היחידה החוקרת, ובלשונה:

"המאשימה סבורה כי לא נפל כל דופי באופן החדירה למכשיר הסמסונג והפקת הפלט ממנו לאור העובדה כי פעולות אלה נערכו ע"פ צו בידי חוקר מיומן. עוד סבורה המאשימה כי לא נפל כל פגם בהשלמת החיפוש במכשיר הסמסונג ע"י החוקר זרביב, וזאת כפי שהעיד החוקר, לאור העובדה כי מטרת החיפוש הייתה מיצוי חקירת מעורבות הנאשם בעבירות רכוש בלבד" (שם, עמ' 5).



תמצית סיכומי המאשימה

17. המאשימה, באמצעות ב"כ עו"ד ולדמן ועו"ד ברוך, עתרה להרשעת הנאשם בכל המיוחס לו בכתב האישום. התביעה עומדת בטיעוניה מאחורי חוקיות פעולות החוקר זרביב, וכי החיפוש שנערך בטלפון הנאשם חוקי ופירותיו קבילים על כן, ביקשה לדחות כלל טיעוני ההגנה. באשר לעדות החוקר זרביב, סבורה שמדובר בעדות כנה מקצועית ואמינה וכי החוקר לא ניסה להתחמק מאחריות, על כן מבקשת לאמץ גרסתו המלאה.

טענתה הראשונה נוגעת למהות הפעולות שבוצעו ע"י זרביב במכשיר הטלפון של הנאשם, כשסבורה שאין להגדירן **כחיפוש אלא 'דפדוף'**, זאת משום שמדובר בפעולות פשוטות, שלא נדרשת כל מיומנות מיוחדת לשם ביצוען וכן לאור הדחיפות שחייבה המשך הפעולה והשלמתה. כפועל יוצא מכך אף לא נדרש ביצוע ע"י חוקר מיומן (שם, עמ' 6-10). בסיפא טיעוניה, ובסתירה לטיעונה זה (עמ' 10, ש' 17-19) נטען, שזרביב הוא חוקר מקצועי וותיק וכי די בניסיונו והמיומנות שאוחז בה, כדי לאפשר לו לבצע חיפוש בטלפון, ללא חשש לפגיעה בתוכנו, וללא סיוע בעל תפקיד מיומן. (שם, עמ' 11 סע' 7-8).

הסבר אחר שסיפקה המאשימה בסיכומיה לעריכת החיפוש ללא צו, נעוץ בטענה לדחיפותו. לשיטתה, מקום שהחוק מאפשר לערוך חיפוש בהול בחצרים ללא צו (סעיף 26(א) לפקודה, הרי ניתן "מקל וחומר" לערוך חיפוש במחשב בנסיבות דומות (שם, ש' 12). המאשימה מאשרת שבדיקת תוכן הטלפון נערכה בשיהוי אלא שדחיפות החיפוש עלתה, לטענתה, רק במהלך החיפוש הידני, לאחר איתור הממצאים החשודים, ולא לפני כן. המאשימה מסכימה כי היה מקום לתעד פעולות החיפוש בסמוך למועדו, ולא זמן רב לאחר מכן, אך מבקשת לראות בכך מחדל שנבע משגגה ובהשלמת החקירה, מזכר ת/7, ריפוי הפגם.

18. עוד הציעה בסיכומיה, מקור סמכות חלופי לחיפוש הידני. לשיטתה, תכתובות הסחר הקימו לחוקר סמכות תפיסה נוספת של מכשיר הטלפון, לרבות תוכנו, מכח סעיף 32 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש] תשכ"ט-1969 (להלן: "פסד"פ" או "הפקודה"), וייתרו הצורך בצו חדירה נוסף. כפועל יוצא סבורה, שהצו שהתבקש, ת/4, היה "בבחינת למעלה מן הנדרש". בהמשך, בחנה אפשרות של סמכות תפיסת מכשיר הטלפון לפי סעיף 24(2) לפסד"פ. המאשימה הבהירה, במידה לא מבוטלת של צדק, שהסעיף אינו חל בענייננו, ועל כן לא מצאתי מקום להאריך בעניין זה.

כאמור, המאשימה עמדה בסיכומיה מאחורי חוקיות החיפוש, ואולי מטעם זה בחרה שלא להמשיך ולבחון, כמתבקש, אפשרויות חלופיות וסוגיות הנוגעות לבקשת ההגנה לפסלותו. בסיפת סיכומיה הוסיפה, למען הזהירות, שאם אכן ייקבע כי נפלו מחדלים בביצוע החיפוש, הרי אלו אינם יורדים לשורשו של עניין ואין בהם כדי להביא לפסילת קבילותם.

19. מכאן עברה המאשימה לדון בטענות ההגנה הנוגעות לפגיעה בזכויות הנאשם להליך הוגן. גם בעניין זה סברה שלא נפל בהתנהלות היחידה החוקרת כל דופי. באשר להשלמות ת/7, ת/22, סבורה שעומדות בתנאי הנחיית פרקליט המדינה (6.11) ודוחה טענת ההגנה שנערכו כמקצה שיפורים לאחר שהתביעה נחשפה לטענות



ההגנה. המאשימה מזכירה כי המסמכים הוגשו בהסכמת ב"כ הנאשם.

תמצית סיכומי ההגנה

20. ההגנה, באמצעות עו"ד גיא עין צבי, סבורה שמדובר במקרה פשוט ומובהק של חיפוש לא חוקי, ועתרה בסיכומיה בע"פ ובכתב, לפסילת החיפוש ותוצריו, ולזיכוי הנאשם.

עוד מבקשת לדחות גרסת זרביב שמדובר בהשלמת החיפוש החוקי. לשיטתה, אין מדובר בחיפוש אקראי או דחוף אלא במסע דיג לאיתור ראיות לעבירות נוספות. לכך מוסיפה שהחיפוש שנערך אינו נקודתי אלא ממצה ויסודי, ולראיה בהמשך, גם לאחר שניתן הצו ת/4, לא נזקק החוקר לבצע חיפוש משלים. עוד יוצאת בחריפות כנגד טענת המאשימה שתפיסת הטלפון מכח סעיף 32 לפסד"פ, כוללת גם את תפיסת תוכנו ומתירה החיפוש בו, ללא צו חדירה נוסף.

21. במצטבר לכך, עומדת בסיכומיה על הפגיעה בזכויות הנאשם להליך הוגן. מעבר לפגמים בהליך החקירה, מותחת ביקורת על התנהלות התביעה, שהיה בה כדי להפגיע את ההגנה בניגוד לכללי ההוגנות והצדק, כך בהשלמות החקירה המאוחרות שבוצעו (ת/7, ת/22, ת/23) וכך באימוץ הסברי זרביב בעדותו, שלא מצאו ביטוי בחומר הראיות טרם לכן, ואפשרו לה לנסות להכשיר בדיעבד מהלכי החקירה.

דיני החיפוש-מסגרת נורמטיבית

22. דיני החיפוש, וביניהם הסמכות לבצע חיפוש על גופו של אדם, בכליו, או בחצרו, וכן חיפוש בחומר מחשב וסמכויות החיפוש הנתונות לגורמי אכיפת החוק, מוסדרים במספר הוראת חוק, המרכזיות שביניהן, בסעיפים 23-31 לפסד"פ. מטרת ההסדרה, לצד מתן סמכויות נרחבות למשטרה למלא כנדרש תפקידיה באכיפת החוק, היא לתחום את סמכויותיה, שהפעלתן כרוכה בפגיעה בזכויות הפרט, לרבות פגיעה בזכותו לפרטיות.

שאלת חיפוש בביתו של אדם, או על גופו, או בין חפציו, מעוררת מעצם טיבה, מתח בין שני אינטרסים בעלי משקל. האחד- האינטרס הציבורי בהגנה על שלום הציבור, ומכאן זה ניתנים למשטרה סמכויות אכיפה נרחבות, לעיתים מרחיקות לכת, הפוגעות בהכרח בזכותו לפרטיות. ומאידך, זכותו של אדם לפרטיות. זכות זו הוכרה כזכות חוקתית מנויה בסעיף 7(ג) לחוק יסוד: כבוד אדם וחירותו, לפיו "**אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו**". ככל זכות, המדובר בזכות יחסית, וניתן לפגוע בה בהתאם לאמות המידה הקבועות בפסקת ההגבלה בחוק היסוד. ודוק, שמדובר בזכות חוקתית מפורשת, מצווה המשטרה להקפיד הקפדה יתרה שהחיפוש יערך בהתאם לחוק ויבוצע באופן מידתי, אשר יגשים את תכליתו, מבלי לפגוע בפרטיותו של אדם למעלה מהמידה הנדרשת (לסקירה נוספת באשר לסמכויות החיפוש ומקורותיהם, ראו רע"פ 10141/09 **בן חיים ואח' נ' מדינת ישראל**, פס' 16-17 (להלן "הלכת בן חיים").



היתרה על דרך הפעלת הסמכות השלטונית אינה נובעת רק מנקודת המבט של הגנה על פרטיות הפרט. עריכת חיפוש ע"י שוטר מבוצעת מכח סמכויותיו השלטוניות וכפופה לתנאים שנקבעו בחוק להפעלת סמכויות אלה. עיקרון חוקיות המנהל, קובע את המובן מאליו והוא שאין לרשות מנהלית - השוטר הבודד או כלל השוטרים - אלא את אותן סמכויות שהוענקו להן על פי חוק ואין הם רשאים לפעול ללא הסמכה מפורשת בחוק. מאותם טעמים ממש, כפופים השוטרים גם לנוהלי המשטרה, הנחיות המנהליות, הוראות ופקודות המוצאות ע"פ סעיף 9א לפקודת המשטרה [נוסח חדש] תשל"א - 1971, ומעמדם עוגן בסעיף 9 ג(א) לפקודה שקובע כי יש לראות בהן כדינים.

24. סעיף 23, הפותח את פרק "החיפוש" לפקודה, מסדיר את המסגרת החוקית והתנאים הדרושים ליתן צו חיפוש במקום בהתאם לעילות הקבועות בו. מלשון הסעיף נלמד שדרך המלך תהא ביצוע החיפוש מכח צו שיפוטי. הסעיף קובע כי שופט רשאי ליתן הצו "לפי שיקול דעתו ועל סמך הוכחות לכאורה המובאות לפניו". לצד זאת, בעיקר במקרים שבהם מתעורר צורך דחוף לערוך חיפוש, אשר אינו מאפשר פניה לבית המשפט מבלי שתסוכל תכלית החיפוש, אפשר המחוקק, בנסיבות מסוימות המנויות בסעיף 25, 29 לפקודה, לשוטר, לערוך חיפוש על גופו של אדם או במקום, אף ללא צו שופט. (ראו לעניין זה גם סעיף 28 לפקודת הסמים המסוכנים).

באשר לאופן ביצוע החיפוש ושאלת נוכחות העדים בעת ביצועו, קובע סעיף 26(א) לפקודה, ברירת מחדל, לפיה החיפוש ייערך בפני שני עדים שאינם שוטרים, אך לצד זאת מתיר חלופות נוספות, ובין היתר הסכמת בעל המקום לביצועו ללא עדים או היתר מיוחד, שניתן ע"י בית המשפט.

התנאים לביצוע חיפוש במחשב

סעיף 23א - חיפוש בחומר מחשב יבוצע ע"פ צו שיפוטי, ואין אחר מלבדו

25. נקודת המוצא לבחינת חוקיותו של החיפוש בחומר מחשב (אין חולק להיותם של מכשירי טלפון חכמים, "מחשב"). מצויה בהוראת סעיף 23א' לפסד"פ, וזו לשונו:

(א)

חדירה לחומר מחשב וכן הפקת פלט תוך חדירה כאמור, יראו אותן כחיפוש ויעשו על ידי בעל תפקיד מיומן לביצוע הפעולות כאמור; לעניין זה, "חדירה לחומר מחשב" - כמשמעותה בסעיף 4 לחוק המחשבים התשנ"ה-1995.

(ב)

על אף הוראות פרק זה, לא ייערך חיפוש כאמור בסעיף קטן (א), אלא על פי צו של שופט לפי סעיף 23, המציין במפורש את ההיתר לחדור לחומר מחשב או להפיק פלט, לפי העניין, והמפרט את מטרות החיפוש ותנאיו שייקבעו באופן



שלא יפגע בפרטיותו של אדם מעבר לנדרש.

(ג)

קבלת מידע מתקשורת בין מחשבים אגב חיפוש לפי סעיף זה לא תיחשב כהאזנת סתר לפי חוק האזנת סתר.

"חדירה לחומר מחשב" כמוה כחיפוש, ומוגדרת בסעיף 4 לחוק המחשבים, תשנ"ה-1995, כדלקמן:

"חדירה באמצעות התקשרות או התחברות עם מחשב, או על ידי הפעלתו, אך למעט חדירה לחומר מחשב שהיא האזנה לפי חוק האזנת סתר, תשל"ט-1979".

26. סעיף 23א, מחיל הוראות סעיף 23, ומקים סמכות רחבה מאד להוצאת צו חיפוש במחשב או בטלפון חכם. הצו יכול להתבקש בגין כל עבירה, ע"י כל שוטר ובכל חומר מחשב, לרבות מידע מתקשורת בין מחשבים.

27. שונים פני הדברים, שוני מהותי, ביחס לתנאי החיפוש בחומר מחשב, לרבות במכשיר טלפון נייד. סמכות זו נקבעה בתיקון מס' 6 לפקודה ומוסדרת בסעיף נפרד, מוחרגת ונבדלת מהליכי החיפוש בחצרים. תנאי החיפוש, ולשונו המפורשת של הסעיף, מלמדים אף הם על ההבדלים המהותיים בין החיפוש במרחב הפיזי לחיפוש במרחב הדיגיטלי והווירטואלי.

28. לשון הסעיף ברורה ונחרצת, ולפיה "אין עורכים" חיפוש בחומר מחשב "אלא ע"פ צו של שופט". בהירות הוראותיו אינה מאפשרת מקום לגמישות או לפרשנות מתחכמת. המחוקק מבהיר בלשון דווקנית וחד-משמעית, שבניגוד לחיפוש אחרים ("על אף הוראות פרק זה") חיפוש חומר מחשב יינתן רק מכח צו שיפוטי ובגבולות היתריו, ואסור בכל דרך אחרת.

כך עולה גם מפסיקתו של בית המשפט העליון בסוגיה זו, בבש"פ 7917/19 אוריך ואח' נ' מדינת ישראל (להלן: "פרשת אוריך"), שם נקבע מפורשות, כי **"הכלל הקבוע בפקודה, לפיו אין לבצע חיפוש אלא על פי צו שיפוטי, אינו משתמע לשני פנים"**.

כך בעוד חיפוש במקום יכול להיעשות בין בצו שופט מכח סעיף 23 ובין בהחלטת שוטר, בתנאי סעיף 25 לפקודה, מקור הסמכות הבלעדי לחיפוש בחומר מחשב הוא קיומו של צו שיפוטי המתיר זאת, וביצוע החיפוש בגדרי תנאיו.

29. החרגת החיפוש בחומר מחשב נלמדת גם מהקשחת תנאיו. כך, בניגוד לחיפוש לפי סעיף 23, המתמקד רק בנחיצותו, קובע הכלל שני תנאים מצטברים למתן צו לחיפוש במחשב:

האחד נחיצותו - כפי שמתחייב מהוראת סעיף 23 לחוק, ולפיו קיימת עילה מספקת לחיפוש. **החיפוש "נחוץ"**



להבטחת הצגת ממצאיו לצורך חקירה או הליך אחר,

והשני, הייחודי לו, בבחינת האיזון בין הפגיעה בפרטיות בעליו של חומר המחשב לצרכי החקירה - "כי מטרות החיפוש ותנאיו ייקבעו באופן שלא יפגעו בפרטיותו של אדם מעבר לנדרש".

בפרשת אוריק, שקביעותיה החשובות תהדהדנה לאורכה של החלטה זו, בה נדונה השאלה האם ניתן וראוי להוציא צו לחדירה חוזרת לטלפון לאחר שבוצעה בו חדירה שלא כדין, עומד כב' השופט אלרון על ההבדלים המשמעותיים בין חיפוש בטלפון נייד לבין חיפוש אחרים, כדוגמת צווי חיפוש בחצרים או צווי המצאת מסמכים (סע' 43 לפסד"פ, שם, עמ' 10) ודוחה את עמדת המדינה שביקשה לגזור גזירה שווה בין סוגי חיפוש אלו:

"התנאי השני" - כך מבהיר בדבריו - "מוסיף נדבך משמעותי ביחס לאמות המידה שנקבעו בסעיף 23 לפקודה למתן צו חיפוש לחצרים. בעוד שצו חיפוש בחצרים כפוף ככלל לראיות לכאורה באשר לנחיצותו בלבד, על שופט הדין בבקשה למתן תו חיפוש במחשב מוטלת המלאכה המורכבת לאזן בין זכותו של אדם לפרטיות לבין האינטרס הציבורי בקידום החקירה".

30. הטעמים לכך ברורים ונעוצים במאפייניו של הטלפון החכם, ובהיקפה ועוצמתה של הפגיעה הפוטנציאלית בפרטיות הפרט בעת חדירה למכשיר הטלפון שבבעלותו. ההגנה מפני פגיעה זו מעוגנת בסעיף 7ג' לחוק יסוד: כבוד אדם וחירותו, ומגינה על סוד שיחו של הפרט, כתביו ורשומותיו. התניית החיפוש בהיתר השיפוטי מלמדת על תפיסת המחוקק את החדירה למחשב כחיפוש פולשני, חדירה למרחב האינטימי, המתחם הפרטי ביותר של האדם, חיסוט במידע עצום ורב, הנוגע לכל תחומי חייו, לרבות מידע סודי ורגיש.

בהגדירו את החיפוש בחומר מחשב כסמכות אכיפה הניתנת לביצוע רק מכח צו שיפוטי, ניתן ללמוד על כוונת המחוקק לשייכו לקבוצה מצומצמת של חיפושים הפוגעים פגיעה חמורה בפרטיות. למעשה, סמכות החיפוש היחידה שהוסדרה בדרך דומה היא בדיקה גניקולוגית, המוגדרת כחיפוש פנימי שניתן לבצעו רק באישור בית המשפט (סעיף 4(ו) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי) תשנ"ו-1996).

31. עמד על עוצמת הפגיעה בזכות היסוד הגלומה בחיפוש בחומר מחשב, כב' השופט ריבלין בבש"פ 7368/05, זלוטובסקי ואח' נ' מדינת ישראל (4.9.05) (פרשת הסוס הטרויאני):

"החדירה למחשבו האישי של אדם גרועה לא פחות מן הפריצה לביתו. ביתו של אדם הוא מבצרו, ומחשבו האישי הוא פינת ההסתר החבויה במבצר, הוא המגירה האישית של בעליו, והוא אוצר בתוכו, תכופות, מידע פרטי, אישי, ולעיתים כמס. החדירה אל המחשב האישי כמוה כחיסוט בחפציו האינטימיים. המגירה האישית אינה רק זו המצויה בשולחן העבודה של האדם" (שם, פ' 7).



ומה שהיה נכון למחשב האישי שנת ייצור 2005, נכון שבעתיים בעניינם של הטלפונים החכמים, הסמרטפונים של ימינו:

בפרשת דביר (ע"פ 8627/14 דביר נ' מדינת ישראל)-נקבע בעניין זה כדלקמן:

"לא תהא זו הפרזה לומר, כי הסמרטפון הפך זה מכבר ידידו הטוב של האדם. בטלפון הסוללרי טמון סיפור חייו של האדם בהאיידנא, באשר אצורים בתוכו רגעים וזיכרונות משמעותיים מחייו של אדם לצד מידע ופרטים חיוניים לתפקודו היומיומי- תמונות של עצמו ושל יקיריו, כתובות ומספרי טלפון של קרובים ומכרים, יומן, פתקי זכרונות ולוח שנה, ועוד".

"לא תהא זו הגזמה לומר"- מחרה מחזיק כב' השופט אלרון בפרשת אוריך "כי חדירה למכשיר הטלפון החכם של האדם עשוי לחשוף את נבכי אישיותו וסיפור חייו " (שם, עמ' 12).

וככל שהמידע האצור במכשיר הטלפון רב ומקיף יותר, כך גדלה הסכנה האורבת לפרטיות האדם, בעת חדירה למכשיר הטלפון שלו:

" המידע הרב הנאגר במחשבים האישיים ובמכשירי הטלפון הניידים חושף את בעליהם לפגיעה חמורה בפרטיותם כשמכשירם מגיע לידידו של אדם אחר. לא אחת מכשירי הטלפון הניידים כוללים תיעוד מדויק של המקומות שבהם שהה בעל המכשיר, התכתבויות אישיות ואינטימיות, ומידע על חבריו ועל טיבה קשר עימם, לצד מידע עסקי רגיש. יש אף הנוהגים להקליט את שיחותיהם באמצעות מכשירי הטלפון הנייד באופן תדיר, מבלי להעלות על דעתם כי המידע עלול להגיע לידי צדדים שלישיים. השימוש הרווח במכשירי הטלפון הנייד כאמצעי גישה לאינטרנט(מרשתת) פותח צוהר נוסף לעיון בנסתרות ליבו של בעל המכשיר, בעמדותיו הפוליטיות, בתחביביו ובתכונות לעתיד" (שם, עמ' 13).

32. המידע הרב האצור במכשירי הטלפון הנייד מלמד גם על חשיבותו במסגרת חקירות משטרתיות, מכשיר הטלפון הפך להיות כלי חקירה מרכזי וחשיפה לתוכנו, עשויה, לעיתים קרובות, להביא לאיתור ראיות מפלילות הקושרות את החשוד לביצוע העבירה, או מלמדות על חפוטו. מכשירי הטלפון משמש גם ככלי עבודה לביצוע עבירות פליליות, חלק מיישומיו ידועים כפלטפורמות לביצוע עבירות מסוגים שונים, מעבירות סייבר ומרמה, דרך עבירות סמים ועד עבירות מין ופדופיליה, ועל כן הפיתוי להציץ בו ולו הצצה חטופה ולדלות ממנו ראיות מפלילות, שיובילו לקידום מהיר של החקירה, רב.

33. מצב נתון זה המייצר מתח מובנה בין האינטרסים של גורמי אכיפת החוק ושיקולי קידום החקירה לבין הזכות לפרטיות, הוא שעמד מאחורי החלטת המחוקק לחייב את ביצוע החיפוש במחשב או במכשירי טלפון בצו שיפוטי. אלא שבכך לא היה די, עשור לאחר מכן, בשנת 2005, על רקע ההתקדמות הטכנולוגית המהירה והשימוש הרווח במכשירי הטלפון, סבר המחוקק כי יש לחזק את ההגנה על פרטיות חומר המחשב, ע"י תיקון



הסעיף והוספת נוסחה לצמצום היקף הפגיעה בפרטיות.

על הטעמים לתיקון זה ונחיצותו ניתן ללמוד מדברי ההסבר להצ"ח תיקון מס' 12. כעולה מהם, מטרתו לעבות את ההגנה על פרטיות חומר המחשב, הזכות להליך הגון ועוצמת הפגיעה הפוטנציאלית בזכות הפרטיות הגלומה בחיפוש במחשב או במכשיר טלפון:

"המחוקק מבקש באמצעות תיקון זה לבדל בין נוסחו של הצו המקנה למשטרה סמכות כללית לתפיסה וחיפוש, לבין חומר מחשב. על כן, הוצע לקבוע כי על בית המשפט לפרט את מטרות החיפוש ואת תנאיו "תוך הנחיה ברורה כי בצווי חיפוש הנוגעים למחשב וחומר מחשב, על בית המשפט לשקול באופן מיוחד את הפגיעה בפרטיותו של התופס במחשב וצדדים נוספים" (דברי ההסבר להצ"ח לתיקון פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) (מס' 11) (חיפוש ותפיסת חומר מחשב) התשס"ה-2005, ה"ח 149).

ישאל השואל, מדוע היה צורך להוסיף להוראת החוק הנחיה ברורה בדבר חובת בית המשפט לאזן נכונה, וברוח חוקי היסוד, בין צרכי החיפוש לפרטיות הפרט? הרי זו חובתו של בית משפט ממילא, ובכל צו חיפוש שניתן. הטעם לכך מצוי בחשיבות הפיקוח השיפוטי. המחוקק ביקש לקבוע, בחקיקה לחומרי מחשב באופן מיוחד, מנגנון לבקרה שיפוטית אפקטיבית הנועד לבחון את נחיצות החיפוש והיקפו, ולאזן נכונה בין צרכי החקירה לזכות האדם לפרטיות ומידתיות הפגיעה בה.

34. ליישום הוראות אלו נדרש כאמור בית המשפט העליון בפרשת אורין ויצק, לראשונה, תוכן, לגדר השיקולים שעל בית המשפט לשקול במסגרת האיזון הראוי בין צרכי החקירה לבין הפגיעה הצפויה בפרטיות כתוצאה ממתן צו החיפוש. בין השיקולים השונים, שהתבססו בחלקם על אלו המנויים בסעיף 98(ג) להצעת חוק החיפוש ("הצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה- המצאה, חיפוש ותפיסה), התשע"ד-2014, ניתן למנות את מטרת החיפוש, חומרת העבירה, סוג המידע שעשוי להימצא על המחשב, היקף הפגיעה שעשויה להיגרם לפרטיות בעל הטלפון או צד שלישי ופעולות חקירה שבוצעו עד למועד זה, לרבות חיפוש מוקדמים בחומרים שבוצעו של כדן והזיקה בין תוצריהם לבין צו החיפוש המבוקש (לשיקול זה ניתן משקל מיוחד, ראו בהרחבה, שם, עמ' 16-18).

35. תנאי נוסף שדורש סעיף 23א' הוא כי החיפוש יבוצע ע"י בעל תפקיד מיומן לביצוע פעולות. עיון בהנחיית המשטרה- נוהל אח"מ הדן ב"נוהל תפיסה וחיפוש במחשב" ומספרו 300.08.035 (להלן: "נוהל משטרה תפיסה וחיפוש במחשב") מלמד על נוהל מחייב, המנוסח ברוח החוק ומספק תשובות ברורות באשר להליכי תפיסה וחיפוש במחשב, לרבות דרכי החיפוש וביצועם ע"י חוקר מיומן.

סיכום ביניים;

36. מכל האמור לעיל נמצאנו למדים, כי חדירה לחומר מחשב תעשה ע"י צו שיפוטי ואין אחר מלבדו; החיפוש



ייערך ע"י חוקר מחשב מיומן; כללי החריגים השונים המפורטים בפרק החיפוש, ומתירים חיפוש ללא צו (סע' 25,26) אינם חלים על חדירה לחומר מחשב. ויודגש, אין בכללים אלו כדי ללמד על כוונת המחוקק לעודד צמצום במתן צווי החיפוש, אדרבא, הסמכות להוצאת צו חדירה רחבה ביותר והיא אינה מותנית בטיב החשד. עם זאת, נוסחת האיזון המפורטת מלמדת על חשיבותה של הבקרה השיפוטית, שתפקידה למקד החיפוש ולצמצם ככל שניתן את היקף הפגיעה בפרטיות ועל כך שבניגוד לחיפוש אחרים, שבהם ניתן מרווח גם לשיקול דעת השוט, במקרי חדירה לחומר מחשב האיזון וקביעת היקף הצו, יעשו ע"י בית המשפט בלבד.

מן הכלל אל הפרט,

37. אקדים ואומר, כי לאחר ניתוח טענות הצדדים, חומר הראיות בתיק וברוח החוק והפסיקה, הגעתי לכלל מסקנה ברורה וחדה, כי החיפוש הידני שערך החוקר זרביב במכשיר הטלפון של הנאשם, בוצע שלא כדין ובחוסר סמכות. במצטבר לכך, מדובר בחיפוש שנערך תוך חריגה בוטה מתנאי הצו, שלא ע"י חוקר מחשב מיומן, ללא תיעוד וללא שהופקו כדין תוצריו.

38. נבחן תחילה את מהימנות עדות עורך החיפוש- כזכור, החיפוש בוצע ע"י החוקר זרביב בהמשך ישיר לבדיקת נתוני הדיסק ת/23, שהכיל את נתוני פריקת הטלפון של הנאשם. כעולה מעדות החוקר, היה אחראי על החקירה וליווה את התיק מתחילתו ועד סופו. העד הוא שהוציא את צוים ת/1 ו-ת/2, וגבה אמרתו הראשונה של הנאשם, ת/5, בחשד להחזקת מכשירי טלפון חשודים כגנבים. בהמשך, לאחר פריקת תוכן מכשיר הטלפון סמסונג שנתפס אצל הנאשם ע"י החוקר המיומן חגי משה, עבר על ממצאיו וביצע פעולות נוספות כמפורט בת/7, וכן תיעד את תוצרי החיפוש ת/8, ת/17 א' (תכתובות עם הקונה שי בן יהודה), ת/18 א' (תכתובות עם הקונה דניאל סרגיזוב, ת/19 א' (עם הקונה עופר קרפל ו-ת/20 א' (עם הקונה רועי פקדו). כמו-כן, ביום 22.10.19, המועד שבו הוצא הצו השני, בדק גם את ממצאי דיסק הפריקה של טלפון הנוקיה שנתפס בחיפוש הראשון בבית הנאשם (ת/9).

39. המאשימה ביססה רב טיעוני סיכומיה על גרסת עדותו, מצאה עדותו אמינה ומקצועית, וביקשה לאמץ גרסתו, לפיה הפעולה היחידה שביצע במכשיר הטלפון של הנאשם הייתה דפדוף קצר להשלמת החיפוש בגין חשד לביצוע עבירת רכוש. היתקלותו בראיות מפלילות לסחר בסם הייתה לשיטתם אקראית, המשך החיפוש בגין ראיות נוספות ותיעודן, נבעו משיקולי דחיפות וכדי לסכל היעלמותן. ב"כ הנאשם לא התעלם בסיכומיו מהרושם החיובי שהותיר העד, אך מסתייג מאמינותו ומבקש לדחות גרסתו.

40. אף אני התרשמתי מהעד לחיוב. מדובר בשוט מוקצועי ומנוסה, שניכר שמבצע עבודתו ביסודיות ובמסירות. עם זאת, עולה קושי רב לאמץ מלוא גרסתו בעדותו בכל הקשור להליך החיפוש שערך וטיבו. העד, כזכור, לא תיעד פעולותיו בזמן אמת, אלא כארבעה חודשים לאחר ביצועו, בעקבות בקשת התביעה ועל רקע טענות שכבר עלו וצצו ביחס לאי חוקיות מעשיו.

כעולה מעדותו בעת מעבר על ממצאי הפריקה, הבחין בראיות המקימות חשד לסחר בסם. העד אמר את הדברים



בצורה ברורה וחד משמעית בחקירתו הראשית (עמ' 15, ש' 27).

העד סיפר שערך בדיקה מקיפה בתוכנות הטלפון, "כשהתחלתי להכנס לצ'טים בוואטסאפ אם אני לא טועה ובטלגרם הבחנתי בסחר בסמים. נכנס לתוך הצ'ט בטלגרם. זה מיד בהתחלה, תחילת הצ'ט אפשר לראות הודעת תפוצה של סחר בסמים..יש פה חד משמעי, רשום גראס חשיש, זו הודעת תפוצה הוא נמצא בקבוצה מסויימת.. (שם, ש' 22-30).

גרסתו מתיישבת היטב עם האמור בת/7, מזכר ההשלמה, שם רשם מפורשות שעבר על ממצאי הדיסק והבחין "בוואטסאפ וכן בצ'ט בטלגרם ובתמונות בראיות לסחר בסם".

בחקירתו הנגדית אמנם ניסה לערפל מעט את הדברים, כשטען שלא היה בטוח שממצאי הפריקה עלה בהכרח חשד לעבירת סם (עמ' 21, ש' 12), אך דבריו עומדים בסתירה לממצאים שהציג. טענתו שביצע החיפוש בטלפון כדי לנסות לאתר ראיות לעבירת רכוש ונתקל, כך סתם, באקראי, בראיות לעבירות סם, כבושה ומעוררת אי נוחות.

הראיות שהציג העד מתוך ת/23, במלל ובתמונה, אף הן מאפשרות בקלות יתרה להכריע, שמקימות חשד לסחר בסם ולא לסחר ברכוש גנוב. לא מצאתי סיבה לפקפק בתוכנו של ת/7 ואף להעדיפו על גרסתו הכבושה בחקירתו הנגדית.

41. **עיון בממצאי ת/23 מחזק מסקנה זו.** הדיסק כולל חומרים רבים, לרבות מאות צ'טים ותמונות, שהורדו מקבוצות טלגרם שונות. כמפורט בת/21, דו"ח התכלול הכולל מידע רב על תוכנת הטלגרם, המדובר בתוכנת מתן שירותים ומסרים מיידים המאפשרת לשלוח הודעות, תמונות, סרטונים וכיו"ב. צד המשתמש בטלגרם יכול לעשות שימוש בכינוי בשם משתמש ("יוזר") ייחודי. שירות הטלגרם מספק גם שירותי הצפנה של הודעות, "secret chat", בין שני משתמשים במצב מקוון. בנוסף לכך המשתמש יכול להגדיר זהות אשר מאפשרת לו לשלוח ולקבל הודעות מבלי לחשוף את מספר הטלפון שלו. עוד ניתן למחוק או לערוך הודעות עד 48 שעות מרגע שליחתה משני צדדי השיחה.

עלעול אקראי בצ'טים שונים בתוכנות טלגרם בדיסק (מדובר בשלוש קבוצות שונות), מלמד על עשרות, אם לא מאות צ'טים, בנושאי סמים. כך מעבר למסרונים הוואטסאפ שאליהם הפנה החוקר, כל קבוצות הטלגרם פועלות סביב מכירות סם, ורק סם. לדוגמא, טלגרם (שמסתיים במספרים 99759) כולל מאות צ'טים תחת שם היוזר של הנאשם "הבן של אדון שוקו", ובתוכנו ניתן לאתר בקלות יתרה עשרות צ'טים העוסקים בסחר הסם (ראו לדוגמא צ'ט 198, 136, 139, 142, 208, 212 ועוד ועוד).

42. תימוכין נוסף למסקנה זו, נמצא בנוסח הצו ת/2. עיון בו מלמד שאין מדובר בצו כללי, שנוסחו מעורפל או בצו "שותק", שניתן לפרשו במספר דרכים. אדרבא, מדובר בצו ממוקד ומגודר היטב, שמתיר חיפוש "פעם אחת" בגין חשד לביצוע עבירות רכוש בלבד, על בסיס חומרים שהוצגו לפניו ובהתאם לבקשת המשטרה



לעריכת חיפוש בגין חשד למעורבות בעבירות רכוש ואלו בלבד.

43. **מטעמים אלו, אני דוחה את גרסת "מיצוי החיפוש"**. הסבריו באשר למטרת הצו השני, שאמור היה להכשיר בדיעבד את ממצאי החיפוש שערך, מלמדים אף הם, שבזמן אמת, במהלך החקירה, סבר שביצע חיפוש שאינו חוקי, ודאג שיתקבל צו שני להלבנת תוצרי החיפוש הידני שערך.

44. יתרה מכך, גרסת "מיצוי החיפוש" הכבושה שאומצה בחום ע"י התביעה, מולידה לבדה, הפרה כפולה של תנאי צו ת/2, שלא התיר חדירה מתמשכת ("רק "פעם אחת") ובוצע שלא ע"י חוקר מיומן.

45. אף הטענה שלא נערך 'חיפוש' במכשיר הטלפון אלא 'דפדוף' בלבד - דינה להידחות;

התשובה לשאלה איזו פעולה תחשב "חדירה" למחשב נמצאת בסעיף 23א, ולפיו חדירה לחומר מחשב וכן הפקת פלט תוך חדירה כאמור, יראו אותן כחיפוש; "חדירה לחומר מחשב" מוגדרת בסעיף 4 לחוק המחשבים, תשנ"ה-1995, **"כחדירה באמצעות התקשרות או התחברות עם מחשב, או על ידי הפעלתו. יוצא איפוא, שכל פעולה שמבוצעת במכשיר הטלפון, לרבות לחיצה על כפתור הפעלת המכשיר מהווה חדירה וחיפוש בו.**

כך עולה גם מפסיקתו של בית המשפט העליון, שקבע שיש ליתן למושג "חדירה" פרשנות מרחיבה, ולפיה כל כניסה למחשב ללא רשות מהווה חדירה לחומר מחשב (ראו לעניין זה רע"פ 8464/14, ניר עזרא נ' מדינת ישראל). עוד אפנה לפסק דינו של הש' ליבדרו, ת"פ(ב"ש) 65130-02-18 **מדינת ישראל נ' חזן**. במקרה זה נדונה שאלת קבילותה של הודעת וואטסאפ שנצפתה ע"י שוטר שהוזעק לאירוע שריפה בבניין. השוטר הבחין במכשיר הטלפון בזירת האירוע, פתח אותו- באמצעות החלקת אצבע- במטרה לאתר בעליו, והבחין על מסך הנעילה, בהודעת וואטסאפ, שקשרה את הנאשמת להצתה מכוונת של המבנה. בית המשפט קבע כי גם אותה **"החלקת אצבע על גבי מסך של טלפון נייד באופן שגורם למידע שנמצא בטלפון הנייד להיחשף בפני מי שביצע את פעולת החלקת האצבע, מהווה חדירה אל טלפון הנייד וחיפוש בו הוא חיפוש בלתי חוקי (שם, סע' 28).**

יתר על כן, המונח 'דפדוף' (בדומה למילים מכובסות נוספות כמו 'רפרוף', 'סריקה' שאינה 'חיפוש בחצרים', 'תשאול' תמים שאינו 'חקירה' ועוד כהנה כהנה), אינו מוכר בחוק ואף לא הוכר ע"י הפסיקה.

היקף החיפוש שערך זרביב אף הוא אינו מתיישב עם טענת ה'דפדוף' (עמ' 21, ש' 23, 28 - 29; עמ' 22, ש' 6). אין מדובר בהצצה חטופה למכשיר הטלפון אלא בחיפוש יסודי ומקיף בין יישומיו. העד אישר שבדק ביישומונים שונים ובתכתובות רבות שנפרשו על פני חודשים רבים. מראיות ת/8, ת/17, ת/18, ת/19, ו-ת/20 א' נלמד שתיעד תכתובות של הנאשם מהחודשים מאי, יוני ועד חודש ספטמבר 2019. מדובר כאמור בחוקר יסודי, שערך חיפוש מלא וממצה בניסיון לאתר ראיות מפלילות לסחר בסם, כך שאין פלא שחיפוש נוסף שבוצע מכח צו ת/3 (ת/11 שאף הוא לא תועד), לא הוסיף דבר.



46. המסקנה המתבקשת מממצאים אלו היא שזרביב איתר כבר בשלב פריקת נתוני הדיסק ראיות ברורות ומפורשות לביצוע עבירות סמים, וכי מטרת החיפוש הנוסף שערך במכשיר הטלפון הייתה לאיתור ראיות בגין חשד זה. לא מן הנמנע שבמהלך החיפוש ניסה לאתר גם ראיות לסחר ברכוש גנוב, כמו גם ראיות לביצוע עבירות אחרות, אך זו לא הייתה מטרת החיפוש הנוסף.

לפני החוקר עמדו מספר צמתים להקפאת החיפוש ופנייה מידית לבית המשפט לקבלת היתר להשלימו. כך, לאחר שאיתר ראיות בדיסק הפריקה ובוודאי בהמשך, כשיתר בתוכנת הטלגרם ראיות נוספות, ועוד טרם השלים את החיפוש.

47. טענות המאשימה בסיכומיה, כי מדובר בחיפוש אקראי או דחוף, דינן, אף הן, להידחות. מלכתחילה מדובר בהסגת גבול מושגית, משמונחים של אקראיות ודחיפות רלוונטיים למצבי חיפוש במקום ללא צו (סעיף 25) (הלכת יששכרוב, פ' 25), ולא חלים על חיפושים בחומר מחשב. לגופן של טענות, לא היה דבר אקראי או מפתיע בפעולות זרביב, החיפוש שערך היה מכוון וממוקד לאיתור ראיות נוספות בתוכנות הטלגרם והסיקרט צ'ט, מעבר לראיות שנמצאו בת/23, למעורבות הנאשם בסחר בסם.

48. נוסף על כך, אין מדובר בחיפוש דחוף. אתחיל בציון השיהוי הלא מוסבר בבדיקת ת/23. ככל שסבר זרביב, לאחר שחקר את הנאשם, שקיימת דחיפות בחיפוש במכשיר הטלפון שלו, ברי שלא היה ממתין שבוע עד שעבר על תוכנו. מכך ניתן ללמוד, שהעד לא מצא ליתן קדימות להשלמת החקירה בתיק זה, שבמסגרתו נחקר הנאשם בגין עבירה קלה של החזקת רכוש גנוב. הדחיפות הנטענת לביצוע מידי של חיפוש ידני אף היא אינה מתיישבת עם דרך עבודתו של החוקר. החוקר העיד שמבצע חיפושים ידניים כבדרך קבע, בכל תיק שבדוק את מכשיר הטלפון. שיטת עבודה זו, שאליה אתייחס בהמשך, אינה מתיישבת עם טענת המאשימה ביחס לחריגות החיפוש ובהילותו.

49. הדחיפות הנלמדת ממזכר ת/7 אינה נוגעת למטרת עריכת החיפוש אלא לתיעוד מידי של תוצריו, שהחשש ממחיקתם מרחוק, מקובל גם על ההגנה (ראו לעניין זה ת/21, אם כי העברת הטלפון למצב טיסה נטרלה סיכון זה).

50. התביעה לא הסתפקה בכך, והציעה בסיכומיה מקור סמכות חיפוש חלופי. לשיטתה, לאחר שהחוקר איתר הראיות המפלילות בעבירות סם, קמה לו סמכות תפיסה מחודשת של מכשיר טלפון, לרבות תוכנו, ללא צו ומכח סמכותו לפי סעיף 32 לפקודה. סמכות תפיסת הטלפון, מולידה, לטענתה, גם סמכות חיפוש בו, ומייתרת הצורך בצו שיפוטי, זה התבקש- כך בהתאם לדבריה- מעבר לנדרש.

טענה זו של התביעה קשה להלום.

גם אם אקבל תחילתה, היינו שלשוטר קמה סמכות תפיסה חדשה, לאחר שנתקל בראיות לסחר בסם (ראו בש"פ



8353/09 מגאליק נ' מדינת ישראל (26.11.09), בש"פ 8467/17 מליניאק נ' מדינת ישראל (5.11.17), ולכך גם ב"כ הנאשם אינו מתנגד, מה עניין סמכות תפיסת הטלפון לסמכות החיפוש בו? הכיצד סמכות תפיסת מכשיר הטלפון, מאפשרת לו, מיני וביה, לנהוג בו מנהג בעלים ואף לחטט בו כראות עיניו, ללא צו המתיר את החדירה?

מצער להיווכח שגישתה של התביעה בסוגיה זו אף יותר מקלת ראש, מזו של השוטר זרביב, שהרי האחרון סבר שהיה מקום להוציא צו חיפוש נוסף, כדי להכשיר בדיעבד את תוצרי החיפוש שערך, בעוד התביעה התנגדה לכך (שם, עמ' 18), וסבורה, שבנסיבות המקרה, צו החיפוש שהוצא היה מיותר.

51. בטענות התביעה בעניין זה ניתן למצוא קווי דמיון רבים לעמדת המדינה, בסוגיה אחרת, שנדונה, לאחרונה, ברע"פ 4526/18 בעניין אלוביץ' נ' מדינת ישראל, ובה ביקשה המדינה להכשיר תפיסת חפצים (תכשיטי המבקשים) לצרכי חילוט במהלך חיפוש ובחריגה מגדרי צו שהוצא. במקרה זה, הציגה המדינה עמדה, לפיה ניתן לראות בסמכות התפיסה לסעיף 32, מעין סמכות משלימה. מקום שבו מבוצעים חיפוש או תפיסה בגדרי צו שניתן, תעמוד תמיד לשוטר סמכות משלימה לתפוס חפצים נוספים, כראות עיניו, מכח סמכותו בסעיף 32, וללא צורך בצו.

בית המשפט, כב' השופט עמית, דחה טענה זו, קיבל הערעור והורה להשיב התכשיטים התפוסים לבעליהם. דבריו הנכוחים יפים גם לענייננו:

"לשיטתה של המדינה, די למשטרה לבקש צו חיפוש ותפיסה של חפץ או נכס הדרוש לחקירה, ולהשתמש בצו זה כ"כרטיס פתוח" כדי לרוקן את הבית של החשוד מתכולתו לצורך חילוט עתידי של רכוש בשווי, משל הייתה המשטרה קבלן הוצאה לפועל. תוצאה זו היא קשה בעיני, בלשון המעטה

...

פרשנותה של המדינה כי סעיף 32 לפסד"פ מאפשר גם תפיסת נכס או חפץ לצורך חילוט עתידי של רכוש בשווי ללא צו או בחריגה מצו, נוגדת מושכלות יסוד של שיטתנו המשפטית. את סעיף 32 לפסד"פ יש ליישם על תפיסת רכוש בשווי בשינויים המחויבים, והשינוי המחויב לטעמי הוא שאין לתפוס רכוש בשווי ללא צו". (שם, פ' 20).

ובדרך ההיקש למקרה שבפנינו- פרשנותה של התביעה כי סעיף 32 לפסד"פ, מאפשר גם חדירה לטלפון ללא צורך בצו, ולפי ראות עיניו של החוקר, נוגדת את הדין ופוגעת פגיעה אנושה בזכויות הנחקרים.

52. אין מקום להרחיב במקרה שלפנינו בדיון בסעיף 24 לפקודה, הצדדים אינם חולקים על כך שאינו יכול לשמש מקור סמכות חוקי בענייננו. (עמ' 20-16 לסיכומי המאשימה). מיותר היה גם ניסיונה של התביעה לגלגל לפתחו של בית המשפט שאישר את צו החיפוש הנוסף (ת/3), הכשר ביודעין של תוצרי חיפוש לא חוקי.



התביעה לא הצליחה להוכיח אילו מסמכים הוצגו לשופטת במעמד מתן הצו, ובוודאי שלא ניתן היה ללמוד דבר, בעת ההיא ובהעדר תיעוד, על נסיבות החיפוש.

53. המסקנה המתבקשת, גם לאחר שבחנתי טענותיה הנוספות של המאשימה והצעותיה למקורות סמכות חלופיים נותרה כשהייתה, החיפוש הידני בוצע שלא כדין. זהו גם המקום לציין שהנאשם, במסגרת חקירתו בחשד לעבירת רכוש ת/5, לא נתן הסכמתו לחיפוש במכשיר הטלפון וסירב למסור את קוד הכניסה. גם אם היה עושה כן (וזאת מבלי להידרש לשאלה האם הסכמתו יכולה לשמש מקור סמכות חלופי), ספק אם היה ניתן לעשות בה שימוש לצורך הרחבת החיפוש.

ביצוע החיפוש שלא ע"י חוקר מיומן ובניגוד לתנאי הצו

54. פגם נוסף שנפל בהליכי החיפוש הוא עריכתו שלא ע"י חוקר מחשב מיומן. הוראת סעיף 23א(א) קובעת מפורשות, שחדירה לחומר מחשב תיעשה ע"י בעל תפקיד המיומן לביצוע פעולות כאמור. נוהל אח"מ- תפיסה וחיפוש במחשב, מגדיר את ה"חוקר המיומן" - כ"איש משטרה אשר הוסמך כ"חוקר מחשבים מיומן" ע"י ראש חטיבת החקירות במשטרה, ומבהיר ש"חיפוש בחומר מחשב יעשה ע"י חוקר מיומן בלבד" (סעיף 2(א) לנוהל) ובהמשך, כי רק (ההדגשה במקור) חוקר מיומן רשאי לבדוק את מוצגי המחשב בתחנת המשטרה (סעיף ו(1) לנוהל. עוד מפרט הנוהל את תפקידי החוקר המיומן, וביניהם, בדיקת צו החיפוש המתיר את החיפוש והיקפו, שמירה על שלמות חומר המחשב והעתקתו לדיסק ובסופן של פעולות החקירה, תיעוד מפורט של הפעולות שביצע וממצאי החקירה שנמצאו בחומר המחשב (שם, סעיף ו').

55. **עורך החיפוש, זרביב, לא הוסמך כחוקר מחשב מיומן** בניגוד לתנאי הצו והחוק ובחריגה מנוהלי המשטרה. התביעה לא השכילה להודות בקיומו של פגם זה, וניסתה, להכשירו, בטענות שונות, הסותרות האחת את רעותה. כך טענה תחילה שזרביב ביצע פעולה פשוטה של דפדוף שאינה חיפוש ועל כן אין נחיצות לחוקר מיומן, ומספר משפטים בהמשך, שינתה טעמה, וטענה שזרביב הוא חוקר מקצועי ומיומן דיו במלאכת החיפוש, ועל כן יכול להיחשב כחוקר מחשב מיומן, גם אם לא הוסמך לכך. כך או אחרת, מבלי לפקפק ביושרתו של העד, אין טענה, מתחכמת ככל שתהא, שתוכל לשנות את המציאות, לפיה החיפוש נערך ע"י חוקר שאינו מוסמך, ומכאן שגם מטעם זה, אינו חוקי.

56. ודוק, פגם זה אינו שולי ואינו חד פעמי. הרי זרביב הודה שמבצע חיפוש עצמאי במכשירי הטלפון, בכל תיק. את הטעם לכך מסביר בפריקה חסרה של נתוני הטלפון ע"י החוקר המיומן. התנהלות זו אינה מובנת. ככל שסבור החוקר, שהחיפוש שערך החוקר המיומן אינו מלא, חובתו לפנות אליו לצורך השלמתו או לחילופין לבצע החיפוש בנוכחות אנשי משטרה נוספים. ככל שקם צורך להכשיר גם חוקרים נוספים, כדוגמתו, לחוקר מחשב מיומנים, יש לעשות זאת בדרך הנכונה ובלי קיצורי דרך הנוגדים את החוק.

לכך אוסיף, שתוצרי החיפוש הידני לא הופקו כדין ובהתאם לנוהל, וגם לאחר הצו הנוסף, השתמשו החוקרים



בצילומי המסך שצילם זרביב.

דומה שלא יהיה זה מפתיע לגלות, שגם החיפוש הנוסף בוצע ע"י החוקר חדידה, שאינו חוקר מיומן, וללא שהופקו כדין חומרי החדידה (ת/11).

57. לבסוף, **מדובר בפעולות חקירה שלא תועדו** כדין ובניגוד לנוהל (שם, סעיף ו(6)). למעשה, פעולת החקירה המהותית ביותר בתיק, שהניבה את הראיות המפלילות כנגד הנאשם, לא תועדה בזמן אמת. גם אם מדובר בפגם שנבע משגגה ולא מחוסר תום לב, עדיין מדובר במחדל משמעותי שלא אפשר להגנה, ואף לא לבית המשפט שדן בבקשה להוצאת הצו השני או למותב הדן בבקשת המעצר הנלווית לתיק זה (ראו נ/1 - החלטת כב' השופט מלמד במ"ת), להיחשף, כבר בשלביו הראשונים של ההליך לאופן עריכתו, מהלכו ודרך איתור ממצאיו, לרבות טענות לאי חוקיותו. ת/7, המפרט את פעולות החיפוש, נערך זמן ממושך לאחר שהוגש כתב האישום בתיק הוא בבחינת מעט מדי ומאוחר מדי.

למחדלו של זרביב ניתן לצרף את הפגמים הבאים: **אי תיעוד החיפוש ע"י החוקר המיומן** חגי משה בסמוך לביצוע פעולות החקירה (מזכר, ת/22, הוסף בעיצומו של ההליך (ביום 6.2.20), **הוספת דיסק ת/23**, חרף התנגדות ב"כ הנאשם, (תגובתו בכתב מיום 16.2.20 לבקשה להוספת העד חגי משה, פרו' מיום 22.4.20), וכן **אי תיעוד החיפוש הנוסף** שבוצע ע"י חדידה (ת/11- תמונות מסך שצולמו ולא ניתן להבין מהן דבר).

מסקנות ביניים

58. החיפוש הידני במכשיר הטלפון של הנאשם פגום ובלתי חוקי. **מדובר בחיפוש שבוצע בניגוד לתנאי צו שיפוטי שניתן, בניגוד לתנאי הפסיקה ושלא על פי נוהלי המשטרה.**

מסקנה נוספת, מטרידה, העולה מעדות החוקר היא, שאין מדובר בכשל בודד של שוטר רשולן אלא בשיטת עבודה מפרת חוק ופסולה הנהוגה, ע"י החוקר, כבדרך שגרה.

הגיבוי המלא שקיבלו החוקר ודרכי עבודתו בסיכומי התביעה מעלה שאלה נוספת, מטרידה עוד יותר, והיא האם מדובר בפרקטיקה נהוגה ושיטתית של רשויות החקירה, הזוכה ללגיטימציה מצד התביעה.

בסוגיות אלו, המשליכות גם שאלת קבילות תוצרי החיפוש, נדון בפרק הבא;

השלכות אי חוקיות החיפוש על תוצריו

59. משקבעתי, כי החיפוש הידני נגוע באי חוקיות, מתעוררת השאלה בדבר נפקותו של פגם זה. כדי להכריע בשאלת קבילות תוצרי החיפוש, יש להפעיל שיקול דעת, בהתאם לכללים המנחים שנקבעו בע"פ 5121/98



יששכרוב נ' התוצ"ר, פ"ד סא(1) 406 2006 (להלן: "הלכת יששכרוב" או "עניין יששכרוב").

בעניין יששכרוב, נדחתה תורת 'פירות העץ המורעל', ונקבעה דוקטרינת פסלות יחסית, לפיה מוסמך בית המשפט לפסול ראיות שהושגו שלא כדין, בהתאם לנסיבות כל מקרה לגופו. בבסיס הדוקטרינה ניצב הצורך "להגן על זכות החוקתית של הנאשם להליך הוגן" (עניין בן חיים, פ' 35 לחוות דעתה של כב' הנשיאה (כתוארה אז) הש' בייניש), ונקבע כי, **"לבית המשפט מסור שיקול דעת לפסול קבילותה של ראיה בפלילים, אם הוא נוכח לדעת כי הראיה הושגה שלא כדין וכי קבלתה תיצור פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן החורגת מגדריה של פסקת ההגבלה"** בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (שם, פ' 63).

כפי שנקבע, פסילת קבילותה של ראיה בשל דרך השגתה, מחייבת התקיימותם של שני תנאים מצטברים: האחד, כי הראיה הושגה שלא כדין; והשני, כי קבלת הראיה במשפט תפגע פגיעה ממשית בזכותו של הנאשם להליך הוגן, לתכלית שאינה ראויה ובמידה העולה על הנדרש. לשם הכרעה בתנאי השני, עוצבה נוסחת איזון גמישה, אשר בוחנת מחד את זכותו של הנאשם להליך הוגן, ומהצד השני, ערכים ואינטרסים נוגדים ובהם- ערך גילוי האמת, לחימה בפשע והגנה על שלום הציבור.

60. נוסחת האיזון כוללת קבוצות שיקולים:

הראשון- **אופייה וחומרתה של אי החוקיות** הנוגעת בהשגת הראיה - בהקשר זה תבחן מהות ההפרה, עוצמתה ועוצמת הפגיעה בזכויות הנאשם;

במבחן השני, ישקול בית המשפט את **מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה**- בהקשר זה על בית המשפט לבחון איזו מידה של אי הגינות היה כרוך בהשגת הראיה וכיצד הדבר משפיע על ערכה הראיתי, והאם יש לראיה קיום נפרד ועצמאי מאי חוקיות שהייתה כרוכה בהשגתה;

ולבסוף, בית המשפט נדרש **לאזן בין הנזק מול התועלת החברתית הכרוכים בפסילת הראיה**, תוך בחינת מהות העבירה המיוחסת לנאשם ומידת חומרתה (שם, פ' 74-70). במסגרת קבוצת שיקולים זו נבחנת ההשפעה שתהיה לפסילת הראיה על מלאכת עשיית הצדק במובן הרחב ובין היתר, המחיר החברתי הכרוך בפסילת הראיה אל מול התועלת החברתית העשויה לצמוח ממנה. (רע"פ 3829/15 **קסאי נ' מדינת ישראל**, 20.12.18)

61. באשר לתכליתה המרכזית של ההלכה בחר בית המשפט לאמץ את המודל המניעתי ולא המתקן, ונקבע כי התכלית הדומיננטית תהיה **"הגנה על הגינות ההליך הפלילי וטוהרו"** (פ' 61), ולצדה, התכלית ההרתעתית, שמטרתה להרתיע ולחנך את רשויות החקירה במקרים עתידיים, כתכלית משנית.

על רקע זה נפנה לבחון נתוני המקרה שבפנינו ושאלת קבילות תוצרי החיפוש הבלתי חוקי שבוצע במכשיר



הטלפון של הנאשם. אתחיל ואומר, שלאחר בחינת מכלול הנתונים, בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית ומבחינה, הגעתי למסקנה, כי יש לקבל טענות ההגנה ולהורות על פסילת תוצרי החיפוש הבלתי החוקי. אופייה וחומריתה של אי חוקיות החיפוש נסקרו בהרחבה בפרק הקודם. **מדובר בחיפוש הנגוע במידה חמורה של אי חוקיות. בביצוע החיפוש הייתה גלומה פגיעה משמעותית בזכויות היסוד של הנאשם להליך הוגן ובזכותו לפרטיות. אם לא די בכך, מדובר בחיפוש שבוצע בניגוד לצו שיפוטי, להוראות החוק ולנוהלי המשטרה ופגע פגיעה קשה בקדושת הצו השיפוטי, בערכי שלטון החוק ובאמון הציבור במערכת המשפט.**

עוצמת הפגם נגזרת מכך שמדובר בפגיעה חמורה וגסה בזכויותיו חוקתיות של הנאשם, הזכות להליך הוגן וזכותו לפרטיות, זו אינה מתקחה גם אם הטלפון נתפס כדין.

62. **לחומרת הפגמים מספר פנים:** ראש וראשון - המדובר בביצוע חיפוש ללא הסמכה חוקית, שנבעה מהפרה של הוראת חוק מפורשת. ביצוע פעולת חקירה ללא הסמכה חוקית פוגע פגיעה עוצמתית בזכויות יסוד של הנאשם לפרטיות ולהליך הוגן. חדירה לחומר מחשב שלא כדין, פשוטה כמשמעה, ביצוע לכאורה של עבירה פלילית (סעיף 4 לחוק המחשבים).

עמד על כך כב' השופט דנציגר, בפרשת בן חיים:

"חיפוש לא חוקי, דהיינו חיפוש שבוצע בהיעדר הסמכה בחוק, מהווה הפרה חמורה ביותר של הזכות להליך הוגן באופן שלאחר שקלולם של הנתונים הצריכים לעניין דוקטרינת הפסלות הפסיקתית, התוצאה היא כי הכף נוטה לפסילת ראיות שהושגו בעקבותיו. תוצאה זו מתחייבת מעקרון החוקיות לפיו פעולה שלטונית הפוגעת בזכות אדם מוגנית והנעשית בהיעדר הסמכה בטלה" (שם, סע' 1 לחוות דעתו, עמ' 356).

עוצמת הפגיעה גבוהה ופוגענית יותר ממקרים שבהם בוצעו חיפושים שלא כדין בחריגה מתנאי צו או חוק, כדוגמת ביצוע חיפוש מכח צו שניתן כדין, שלא בנוכחות עדים או אי קיום נוהל משטרתי או הפרה טכנית כלשהי. בעוד אי החוקיות העולה ממקרים אלו נוגעת יותר לאופן יישום הצו או החוק (גם במקרים רבים כאלו, פסלו בתי המשפט ראיות שהושגו בחיפוש פגומים), במקרה שלפנינו בוצע חיפוש ללא הסמכה חוקית.

עוד נקבע בפסיקתנו כי כאשר נבחנת התקיימות דרישת ההסמכה המפורשת, לגבי הפעלת סמכות מסוימת הכרוכה בפגיעה בזכויות אדם, ניתן משקל לשיקולים שונים, ובהם מהות הזכות הנפגעת, עוצמת הפגיעה בזכות ומיהות הרשות הפוגעת. בהקשר זה ציין בית המשפט העליון בבג"ץ 10203/03 ("המפקד הלאומי בע"מ" נ' היועמ"ש ואח', 20.8.08), כי:

"ככל שהזכות הנפגעת קשורה בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם ולחירותו והיא בעלת חשיבות חברתית גבוהה וככל שעוצמת הפגיעה בזכות רבה ומקיפה, כך נפרש ביתר קפדנות את דרישת "ההסמכה המפורשת" בנסיבותיו של המקרה הקונקרטי. בהתאם לכך, בנסיבות בהן מדובר בזכות יסוד מרכזית שעוצמת הפגיעה בה



גבוהה, תידרש הרשאה ברורה בחוק המסמך הקובעת אמות-מידה כלליות למאפיינים המהותיים של הפגיעה המותרת באמצעות חקיקת-משנה. רמת הפרטנות של ההסמכה הנדרשת תיגזר מעוצמת הפגיעה בזכות המוגנת, ממהות העניין ומהקשר הדברים" (פ' 12, לחוות דעת של הנשיאה (כתוארה אז) בייניש).

63. חומרה נוספת נמצא בסוג החיפוש. עמדנו כבר על ההבדלים המשמעותיים בין תנאי חיפוש בחצרים לתנאי החיפוש במכשיר הטלפון. בעוד, חיפוש בחצרים יכול להיערך מכח צו (סעיף 23), ובנסיבות מסוימות, בהעדרו (סעיף 25), ומותר מרווח שיקול דעת לשוטרי עורך החיפוש, חדירה לטלפון תבוצע אך ורק בהיתר שיפוטי, ולשוטר, עורך החיפוש, אין כל הסמכה חוקית לבצעו בדרך אחרת. מהקשחת תנאי בחיפוש בטלפון, אל מול תנאי החיפוש במקום או בגוף, אף למדנו שעוצמת הפגיעה בזכות לפרטיות הנגרמת לאדם בחדירה למידע המצוי במחשבו האישי או מכשיר הטלפון של אדם, קשה וחמורה יותר מחדירה לביתו (ראו בהרחבה סע' 31-35 לעיל), ונקבעה חובת פיקוח שיפוטי לצורך הפעלת סמכות חיפוש זו.

64. חמורה מזו- החיפוש בוצע בניגוד לצו שיפוטי שניתן. כזכור, מדובר בחיפוש שבוצע במסגרת חקירה שבה ניתן צו כדין. צו ברור ובהיר, כך גבולותיו וכך תנאיו. ביצוע חיפוש נוסף, בגין חשד אחר, בסטייה בוטה מגדרי הצו, מעצים את אי חוקיות המעשה. מדובר בפעולות חקירה, שבוצעו תוך זלזול מופגן בגבולות היתריו. החוקר, שהיה מודע היטב לנוסחו של הצו שניתן, הרי הוא שפנה לבית המשפט וביקש לקבלו, המשיך לבצע בתיק פעולות חקירה תוך התעלמות מוחלטת מהוראות בית המשפט.

65. התנהלות זו חמורה שבעתיים דווקא בשל הקלות הרבה שבה היה ניתן לקבל צו חיפוש כדין, ולבצע את פעולות החקירה באופן חוקי. כך במקרה שלפנינו, נעתר בית המשפט לצו המשלים.

בעניין יששכרוב נקבע שיש ליתן גם להיבט זה חשיבות בבחינת עוצמת ההפרה:

"יש לבחון באיזו מידה של קלות ניתן היה להשיג את הראיה באופן חוקי, ככל שהשגת הראיה בדרכים כשרות הייתה אפשרית וקלה, כך ההפרה של כללי החקירה התקינה עשויה להיחשב חמורה יותר" (שם, פ' 70).

ראו לעניין זה, אסף הרדוף "כשאתה אומר כן, למה אתה מתכוון? על טכנולוגיה אינטימית, אוטונומית החשוד ואופורטוניזם משפטי: חדירה לטלפון נייד ב"הסכמת" החשוד- בעקבות פסקי דין פלח וקורס" **הסניגור** 224, עמ' 9.

עוד אזכיר, כי במצטבר לכך הופרו תנאי צו נוספים, לרבות ביצוע חיפוש חוזר הגם שבית המשפט התיר ביצוע חד פעמי, ועריכתו שלא ע"י חוקר מחשב מיומן. מדובר בהפרות מצטברות של הוראות החוק העולות כדי פגיעה ממשית בזכויות המהותית של הנאשם.



טעות מול מדיניות

66. נחזור לתחילת דברנו. עם הגשת כתב האישום, לא הונחו לפני ההגנה ובית המשפט ראיות באשר לאופן ביצוע החיפוש הידני, אלא רק תוצריו. בהשלמת החקירה ת/7 הובהר לראשונה, שמדובר בחיפוש נוסף שביצע החוקר בטלפון. התמונה המלאה הלכה והתבררה רק במהלך עדותו.

בדבריו אישר, כי אין מדובר במקרה יחיד אלא בשיטת עבודה, כשבכל תיק חקירה שבו נתפס מכשיר טלפון, מבצע, כבדרך שגרה, חיפוש ידני נוסף:

"רב הטלפונים החכמים אני לוקח את הטלפון פיזית כדי לחפש בעצמי. הוצאתי אותו מהרישום של התחנה, מצאתי שיחות סיקרט צ'ט, אני פותח תוכנת טלגרם, מדפדף, משווה בין יוזר אותו שם משתמש איך נקרא בטלפון ואיך מופיע פה" (פרו', עמ' 19, ש' 12-14, עמ' 27, ש' 6).

67. דברי החוקר לא מותירים מקום להתלבטות, מדובר בפרקטיקה הנהוגה על ידו כבדרך שגרה: תחילתה בבחינת ממצאי פריקת הטלפון מכח הצו, והמשכה חיפוש עצמאי ונוסף במכשיר הטלפון, ללא קשר להיתר השיפוטי שניתן, ובכל תיק ותיק. מדובר במסע דיג מובהק, לעיתים מתמצה שללו באיתור חומרים מפלילים בגין החשד המקורי, לעיתים באיתור חומרים מפלילים בגין חשדות אחרים. לאחר מכן, כך המשיך והסביר החוקר, פונה לבית המשפט ומבקש צו להכשיר בדיעבד את תוצרי החיפוש שערך.

68. בפרשת אוריר, בין יתר השיקולים לבחינת השפעת הפגם שנפל בחיפוש המקדים הלא חוקי על מתן צו חיפוש מאוחר ("המבחן הדו-שלבי", שם מעמ' 20), ניצב ראשון בחשיבותו- **שיקול חומרת הפגם**. בית המשפט קובע כי חומרת הפגם תבחן, בין היתר, ע"י השאלה האם מדובר במחדל של השוטר הבודד שפעל בניגוד להנחיות ממנו או שמא מדובר בפרקטיקה שיטתית הנהוגה ע"י רשויות החקירה, ובלשונו, האם עניין לנו בטעות או במדיניות (שם, עמ' 20).

האם מדובר במדיניות או שיטת עבודה ייחודית לשוטר שסרח?

69. התשובה לכך אינה ברורה. החוקר זרביב אינו שוטר רשלי, אינו מונע מזדון או חדור מטרה להצליח בכל מחיר. נהפוך הוא, מדובר בשוטר רציני, ותיק ומקצועי, שהתברר מדבריו שפועל, דרך קבע, בניגוד לחוק, להיתרי בית המשפט ולנוהלי המשטרה. אף הסיבה להתנהלות פסולה זו אינה ברורה, האם הממונים עליו אינם מודעים לדרך עבודתו, האם לא קיבל הכשרה מספקת או שלא נעשו במסגרת היחידה בה משרת פעולות מספיקות להטמעת כללי החוק והפסיקה?

70. סימני שאלה נוספים עולים ביחס לגיבוי המלא שקיבל מהתביעה, והמאמץ הרב לנסות להצדיק דרכי התנהלותו ולהכשיר מעשיו ותוצריהם (ראו גם דברי ב"כ המאשימה בדיון שנערך ביום 21.6.20, עמ' 47). אף העובדה שכתב האישום הוגש, בהתבסס על תוצרי החיפוש שערך, אותם צילומי מסך, ללא שנערכה בחינה



רצינית ויסודית של קבילות הראיות ועוצמתן, ומבלי שמי מגורמי התביעה, ולו מתוך סקרנות, ניסה להתחקות אחרי אופן ביצוע החיפוש, אינה מובנת.

עוד תמוה הכיצד התביעה הציגה בסיכומיה עמדות שנוגדות את החוק ואם לא די בכך, גם את נוהלי המשטרה להם היא כפופה.

71. המסקנה המתבקשת היא שהמקרה שבפנינו אינו מחדל בודד או כשל אקראי. אמנם לא ניתן לקבוע, כי מדובר במדיניות מוכתבת שמעודדת ביצוע פעולות חקירה בלתי חוקיות, גם לא כזו המצדיקה התנהלות מפרת חוק והוראות בית המשפט, אך די במעט שאליו נחשפנו, כדי ללמדנו על התנהלות שאינה מקפידה בהגנה על זכויות נחקרים ועל ציות להוראות החוק ובית המשפט.

קשה אף להשתחרר מהרושם, שמדובר במחדל מערכתי שנובע מאי הטמעת הוראות הדין והפסיקה לביצוע צווי חקירה בחומר מחשב, המתבטא, בין היתר בתפיסת החוקר שרשאי לנהוג במכשירי הטלפון התפוסים ע"י המשטרה מנהג בעלים ולבצע בהם חיפושים נוספים, ללא אישור בית המשפט.

72. באשר לשאלת ההשפעה של אי חוקיות החיפוש על תוצריו (מבחן המשנה השני), זהו המקום לציין, כי מלכתחילה לא ערערה ההגנה על אמינות הראיות. זו גם מסקנתי לאחר ששמעתי עדות עורך החיפוש. הגם שהתביעה הסתמכה על צילומי המסך בלבד, ולא הציגה את ראיית המקור, לא מצאה ההגנה לטעון כנגד אמינותם.

73. **האם התועלת החברתית שתצמח מפסילת הראיות גבוהה מהמחיר החברתי, הנזק, הכרוך בפסילתן?** שאלה זו נבחנת באמצעות שני פרמטרים עיקריים, הראשון- חשיבותן של הראיות להוכחת האשמה, והשני- מהות העבירות המיוחסות לנאשם ומידת חומרתן.

מבחן זה אינו נקי מקשיים ולא הוכרע באיזו מידה יש להתחשב בו בעת הכרעת בית המשפט בשאלת קבילות הראיות (יששכרוב פ' 72, דנ"פ 5852/10 **מדינת ישראל נ' מאיר שמש** (9.1.12) (פסקה 13)).

בפסיקה מאוחרת ניתן לו משקל מוגבל. עוד נקבע, כי אין בשיקול זה כדי להכשיר את הראיה אף כשהעבירות המיוחסות לנאשם חמורות, וחיוניות הראיה להרשעתו נכבדת (ע"פ 5956/08 **אל עוקה נ' מדינת ישראל** (23.11.11)), פ' 12 לחוות דעתו של הש' הנדל ופ' 6 לחוות דעתו של הש' דנציגר).

בהקשר זה יפים דבריו של כב' השופט לוי בעניין פרחי (ע"פ 4988/08 **פראי נ' מדינת ישראל** (1.8.11)):

"נמצא, כי קבוצת שיקולים זו משמשת למעשה חרב פיפיות- בעוד שהדעת לא סובלת



זיכיון של מי שביצע מעשה כה חמורים, והחשיבות בהגנה על הוגנות ההליך ועל שמירה על זכויות הנאשם, מתגברת דווקא במקרים אלה. מלאכת עשיית הצדק במובנה הרחב כוללת גם את האינטרס שבכיבוד זכויות נאשמים. קבלת הראיה עקב חשיבותה לתביעה עלולה לפגוע גם באמון הציבור ברשויות השלטון, וליצור תחושה כי האדם הינו כלי משחק בידי השלטון המשנה את הכללים בהתאם לצרכיו. לאור זאת, סבורני כי כאשר הפגיעה בהוגנות ההליך כפי שמשקפת ממכלול השיקולים והנסיבות היא חמורה, אין בקבוצת השיקולים הזו כדי להכשיר את הראיה אף כשהעבירות המיוחסות לנאשם הינן מהחמורות בספר החוקים, וחיונותה להרשעתו היא נכבדת" (שם, פ' 19)

בע"פ 2868/13 אלישע חייבטוב נ' מדינת ישראל (2.8.18), שם זוכה המערער בתיק רצח על רקע פגמים שהתגלו בהליך חקירתו, הלך בית המשפט כברת דרך נוספת וקבע כי "חומרת העבירה לא תהווה שיקול להימנע מפסילת הראיה, בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית, שכן דווקא בעבירות חמורות יש להקפיד על זכותו של הנאשם להליך הוגן, ואין כל היגיון בהפעלת הדוקטרינה בעבירות קלות בלבד".

74. השאלה, במקרה שבפנינו, אינה פשוטה. בכל הקשור לחשיבות הראיות להוכחת האשמה, אין חולק שצילומי המסך שתועדו במהלך החיפוש הן הראיות המרכזיות בתיק. אלמלא איתורן, לא ניתן היה לקשור את הנאשם לביצוע העבירות המיוחסות לו, ולבצע פעולות חקירה משלימות.

75. באשר לטיבם של המעשים- לנאשם יוחסו ארבע עבירות של סחר בסם מסוג קאנביס בכמויות קטנות. אין לכחד, המדובר בעבירות חמורות, אם כי לא "חמורות מאד" שבגינן ראוי להימנע מפסילת ראיות שלא כדין (עניין יששכרוב, פ' 72).

76. עיון בפסיקה מלמד שבמקרים לא מעטים, ועל בסיס פגמים קלים יותר, נפסלו ראיות בתיקי סמים, חלקם סמים קשים ובכמויות לא מבוטלות; כך בת"פ (ת"א) 4663-10-14 מדינת ישראל נ' אבו טאלב מפי הש' אבינור- שם נערך חיפוש ללא נוכחות עדים בבית הנאשם, בניגוד לתנאי צו חיפוש ובית המשפט הורה על פסילת תוצר החיפוש-סם מסוג קוקאין במשקל שכ-28.4 גר'; ת"פ 50516-05-13 מדינת ישראל נ' ביניאשוילי - מפי כב' השופט בקר- החזקת 60 גר' סם חשיש שנמצאו בחיפוש על גופה של הנאשמת שלא בנוכחות עדים (ראו לעניין זה עפ"ג 11347-03-15); ת"פ (ת"א) 13802-07-13 מדינת ישראל נ' זוארץ (כב' השופטת נאור) - שם נפסלה כמות גדולה של סמים מסוגים שונים (בין היתר, יותר מ-200 יחידות של סם מסוג Methoxymethcathinone) שנמצאו בחיפוש ללא עדים וללא צו; ת"פ (ת"א) 36634-07-14 מדינת ישראל נ' בלומנפלד- (כב' השופטת מרגולין-וחדיד)- פסילת ארבעה שתילי קנביס בחיפוש בדירה ללא עילה וללא הסכמה: ת"פ (ת"א) 16795-10-15 מדינת ישראל נ' אהל ואח' (כב' השופט הרמלין)- חיפוש ללא צו ופסילת תוצריו- שלושה שתילי קנביס במשקל 325 גר'; ת"פ 18924-11-17 מדינת ישראל נ' סלטי (רחובות)- חיפוש ללא נוכחות עדים, ופסילת 200 גר' סם (כב' הש' סבחת-חימוביץ').

77. סיכומם של דברים, עוצמת אי החוקיות שהייתה כרוכה בחיפוש הידני שנערך ללא צו או עילה חוקית



אחרת לעריכתו, בצירוף פגמים נוספים תוך הפרה בוטה וגסה של זכויות הנאשם להליך הוגן ולפרטיות, בהתחשב בכך שבלעדי החיפוש שנערך שלא כדין לא היו מתגלות הראיות, ובכך שערכה החברתי של התועלת בהקפדה על כך שחיפושם בטלפון חכם יערכו בסמכות ובפיקוח שיפוטי, בהתאם להוראות החוק, הפסיקה ונוהלי המשטרה, עולה על הנזק מפסילת תוצרי החיפוש, מביאנו למסקנה, כי התקיימו דרישות דוקטרינת הפסילה. המסקנה המתבקשת היא, כי יש לפסול את תוצרי החיפוש.

78. תוצאת הפסילה מתיישבת עם המבחן הבסיסי שנקבע בעניין יששכרוב, והוא כי הראיות שהושגו שלא כדין וכי קבלתן במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכותו של נאשם להליך פלילי הוגן החורגת מגדריה של פסקת ההגבלה.

79. לצד זה יש להדגיש כי הלכת יששכרוב לא פסלה, ככל ועיקר, את התכלית ההרתעתית אלא ראתה בה **בתוצאת לוואי אפשרית, ואף רצויה, של פסילת הראיות במסגרת דוקטרינה זו:**

"אין בתכלית ההרתעתית -חינוכית כדי להוות בסיס איתן לעיצובה של דוקטרינה לפסילת ראיות, שהושגו שלא כדין בשיטתנו המשפטית. נוכח מחויבותו של בית משפט זה מאז ומתמיד להגנה על זכויות אדם ובהשראתם של חוקי יסוד בדבר זכויות אדם, נראה כי התכלית של ההגנה על הגינות ההליך הפלילי וטוהרו, הן התכליות הראשיות שיסייעו בעיצובה של הדוקטרינה הנדונה. התכלית ההרתעתית- חינוכית עשויה להיות תוצאת לוואי אפשרית- ואף רצויה- של פסילת הראיות במסגרת דוקטרינה זו" (שם, פ' 61).

בית המשפט העליון, אף הבהיר בפסיקות נוספות, כי אין מדובר בתכליות מתחרות אלא משלימות, וכי **"אין להתעלם מהחשיבות הרבה הגלומה בהכוונת התנהגותן של רשויות החקירה" (דברי כב' השופט ג'ובראן, בע"פ 6144/10 גטצאו נ' מדינת ישראל).** עוד עמד על חובתן של רשויות התביעה הכפופות לחוק ולכללי המשפט המנהלי, לנהוג בתום לב ובהגינות בראיות שבפניהן ולפעול לשם הגנה על זכותו החוקתית של נאשם להליך הוגן. (ראו גם חוות דעתו של כב' השופט דנציגר בדנ"פ שמש).

80. בענייננו, יש ליתן גם לתכלית זו משקל נכבד בין יתר השיקולים. אין להשלים עם מציאות שבה אנשי אכיפת החוק אינם ממלאים אחרי הוראות החוק בעצמם. גם אם אין זו הפרה מכוונת המונעת מזדון או מחוסר תום לב, אלא התנהלות מפרת חוק הנובעת מאי הטמעה הוראותיו, או אי הפנמה, או זלזול, קלות ראש או סתם רשלנות כדוגמת אי תיעוד פעולות חקירה, השלכותיה עלולות להיות חמורות ולפגוע קשות בתדמית המשטרה ובאמון הציבור בה.

81. הדברים דומים, גם באשר לאמון בית המשפט ברשויות החקירה. התנהלות מקלת ראש בהוראות בית המשפט פוגעת קשות בטוהר ההליך הפלילי, בקדושת הצו השיפוטי ועלולה אף לפגום באמון המלא שנותן בית המשפט ברשויות החוק ונציגיו. ספק אם בית המשפט הדן בבקשות לצווים, כדוגמת צו חיפוש והתפיסה



שבעניינינו, ופועל בהתאם לחובתו, מברר, בוחן, מגביל תנאי הצו ונמנע מפגיעת יתר בזכויות נחקר, מעלה על דעתו כי היתר מוגבל זה ינוצל בהמשך, ע"י היחידה החוקרת, לביצוע פעולות חקירה נוספות כאוות נפשה. בהתחשב בכך שמדובר בצווים שיפוטיים שניתנים במעמד צד אחד, מוטלת חובה מוגברת על המשטרה להקפיד הקפדת יתר ביישום הוראות בית המשפט ככתבן וכשלשונן.

מה באשר להודעות הקונים?

82. לאחר שנפסלו תוצרי החיפוש הידני, נראה היה כי תם הדין. התביעה לא ביקשה להעיד מי מעדיה ואף לא התייחסה בסיכומיה לראיות אחרות המצויות בתיק, לשאלת קבילותן ולערכן הראייתי.

עמדתו של ב"כ הנאשם הייתה ברורה מלכתחילה, ולפיה ככל שבית המשפט יקבע שהחיפוש ופירותיו קבילים, אינו חולק על כך שהראיות בתיק מלמדות על ביצוע עבירות הסחר המיוחסות לנאשם. (פרו' עמ' 37, ש' 27). על בסיס הסכמתו, ובכפוף לחקירת החוקר, הוגשו כלל ראיות התביעה. גם עדותו של זרביב, שביצע רב פעולות החקירה בתיק, התמקדה בעיקר בחיפוש שערך במכשיר הטלפון.

83. אלא שעיון בראיות התביעה העלה, כי בתיק נאספו גם ראיות נוספות, בעיקר לאחר שהתקבל הצו הנוסף ת/3, לרבות הודעות ארבעת קוני הסם המאשרים פרטי העובדות בכתב האישום. לפני משורת הדין, מצאתי, במהלך הכנת הכרעת הדין, להורות על השלמת טיעון בכתב בענייני. בהחלטתי מיום 14.7.20, ביקשתי מהצדדים להתייחס לשאלת קבילותן של הודעות הקונים, לרבות לשאלה האם מדובר בראיה עצמאית או נגזרת. המאשימה, בתגובה קצרה ולקונית (תגובת המאשימה, מיום 20.7.20), ביקשה ליתן להן מלוא משקל הראייתי. לשיטתה, הראיות התקבלו בהסכמת ההגנה, זו לא התייחסה אליהן בטיעוניה, ואין לאפשר לה מקצה שיפורים. משכך נטען שאין לתביעה כל יכולת להגיב על טענות שלא הועלו ופורטו.

84. ההגנה, בתגובה מפורטת (מיום 30.7.20), ביקשה שלא להדרש לראיות, מסיבה דומה, והיא שהמאשימה בעצמה לא ביקשה להתבסס עליהן, וממילא לא טענה שדי בהן. ב"כ הנאשם הבהיר, כי הסכמתו להגשת אינה מלמדת על הסכמתו לקבילותן. לשיטתו, מדובר בראיה נגזרת פסולה של חיפוש בלתי חוקי, וממילא אין די בהן כדי לקשור את הנאשם לביצוע העבירות.

85. אדון בטענות הצדדים אחת לאחת;

ראשית, באשר לעמדת המאשימה. המאשימה נדרשה למסור התייחסותה לבית המשפט בשאלת קבילות ההודעות וערכן הראייתי. תשובתה, כי הסוגיה לא עלתה ע"י ההגנה, ועל כן אינה יכולה למסור התייחסותה, אינה ברורה. החלטתי ניתנה בשלבי הכנת הכרעת הדין, וניתן היה להניח, נוכח מועדה ותוכנה, וללא מאמץ רב, מדוע נחוצה. התביעה, כבר בשלב סיכומיה, נמנעה מלהתייחס לכל טענה חלופית למעט התבצרותה בעמדתה שהחיפוש חוקי ותוצריו קבילים. כך באשר לאפשרות פסילתן מכח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, וכך, בתגובתה להחלטתי.



מצופה היה שתמסור עמדה מפורטת בסוגיות אלו, במישור הראייתי והמשפטי.

שנית, צודקים הצדדים, כי עניין הודעות הקונים לא עלה במסגרת המשפט וסיכומיהם. כל צד טעמו הוא. אלא שחובתו של בית המשפט להדרש לכלל ראיות הצדדים, לעיין בתוכן ולבחון את ערכן ההוכחתי, וכך אכן נעשה. מדובר בראיות חשובות שלא ניתן להתעלם מהן, וחובת בית המשפט לברר קבילותן ומשקלן. ספק אם שתיקת המאשימה בעניינן, נובעת, כטענת ההגנה, מספקותיה באשר למשקלן.

שלישית, אין לראות בהסכמת ההגנה להגשת הראיות, כהסכמה לקבילותן.

86. עתה נדרש לטענות ההגנה לגופן של ראיות. טענתה הראשונה היא במישור הראייתי, ולפיה, בהנחה שנפסלו תוצרי החיפוש, הצ'טים המפלילים ת/17א, ת/18א, ת/19א ו-ת/20א, וגם לו הודעות הקונים היו קבילות, אלו לא זיהו את הנאשם בשמו, פרטיו או תמונתו, ועל כן אין בהן כדי להוכיח את זהותו של סוחר הסמים. במישור המשפטי, סבורה ההגנה, כי מדובר בראיה נגזרת פסולה שלא ניתן לנתק אותה מראיית המקור, ועל כן אינה קבילה.

דיון בקבילותן של ראיות נגזרות

87. בפתח הדיון נזכיר, כי הלכת יששכרוב לא אימצה את דוקטרינת "פירות העץ המורעל", משכך נקודת המוצא היא, ככלל, ראייה נגזרת תהא קבילה במשפט. לצד זאת, נותר לבית המשפט שיקול דעת לגבי פסילת ראיות שהושגו שלא כדין בכל מקרה לפי נסיבותיו (יששכרוב, עמ' 565). כך שגם אם ניתן לפסול את ראיית המקור-תוצרי החיפוש הבלתי חוקי, נשאלת השאלה מה דינן של "ראיות נגזרות", שלא הוצאו כשלעצמן שלא כדין או באמצעים פסולים, אך לא ניתן היה לאתרן אלמלא הראיות הפסולות.

88. בפסק דין בעניין פרחי, פסק הדין הראשון שעסק בנושא זה בהרחבה, קבע כב' השופט לוי, כי גם אם דוקטרינת פירות העץ המורעל לא אומצה בשיטתנו המשפטית, לא ניתן ללמוד מכך כי דוקטרינת הפסלות הפסיקתית לא תחול על ראיות נגזרות. בהמשך ישיר לכך, נקבע כי מקום שהראייה החדשה נבעה מראיית המקור, יש לבחון בהקפדה את הקשר הסיבתי בין השתיים. **"היכן עובר קו הגבול בין ראייה נגזרת קבילה, לראייה שזיקתה לראייה הראשית כה משמעותית עד שהיא מוכתמת בפגם שדבק ברעותה"** (שם, חוות דעת של השופטת חיות (כתוארה אז)). לדוגמא, אם מיד לאחר הודאת נאשם במשטרה שהוחלט על פסילתה, היה מוביל הנאשם את החוקרים לראיית DNA, יש לפסלות ההודאה השפעה חלשה יחסית על קבילות הראיה החדשה (גטסאוו, שם, וראו לעניין זה את האבחנה בין ראייה חפצית לראייה אחרת, עניין יששכרוב, פ' 71, עניין בן חיים. בפסיקה מאוחרת יותר, כך ע"פ (מח"י"ם) 2431-09-14 **ליאת פדר נ' מדינת ישראל**; ע"פ מח-מרכז 28090-02-15 **מדינת ישראל נ' אדרי**; ת"פ (ת"א) 29684-12-16 **מדינת ישראל נ' יקובוב**, נפרמה מעט עוצמת הסיבתיות הנדרשת.



89. בתיק שלפנינו עסקינן בהודעות קונים, שנגבו בהמשך ישיר לחיפוש הבלתי חוקי וכהשלמת חקירה על בסיס תוצריו. מדובר בארבע הודעות, שנגבו ע"י החוקר דניאל שרני ביום 27.10.19. כזכור, ביום 22.10.19 הוצא צו חיפוש כדין בחשד לעבירת סם, אלא שהצ'טים המפלילים לא הופקו מחדש, והפעם כדין, והקונים עומתו עם צילומי הצ'טים שתועדו ע"י זרביב. בכל אחת מהחקירות, הוצג לקונים תצלום צ'ט הסחר, וכולם קשרו עצמם לקניית הסם.
90. הקונים אכן לא ידעו לספק פרטים על זהותו של הסוחר, שמו, פרטיו, מספר טלפון ואף לא הוצגה להם תמונתו. כולם אישרו שביצעו את הסחר, בצ'ט סיקרט, מול סוחר בשם יוזר "הבן של אדון שוקו". עוד סיפרו כיצד פנו לסוחר, איזה סם קנו, מה כמותו ומה מחירו. הקונה בן יהודה, ת/17 סיפר שקנה הסם ביום 13.9.19, ונפגש עם בחור ממוצא אתיופי צעיר בכתובת שניאור 7 בנתניה (ת/17ב'); (ת/17, ש' 15 ואילך); הקונה סרגיזוב ת/18 אף הוא אישר פרטי הקניה (ביום 20.9.19), וכי נפגש עם המוכר באותה הכתובת; הקונה פקדו אישר אף הוא כי קנה את הסם כמפורט בצ'ט ת/20 ביום 13.9.19, באותה הכתובת. הקונה קרפל, אישר אף הוא פרטי הקניה על בסיס צילום צ'ט, 19 א', אך עשה יותר מזאת, ומסר גם את צילומי צ'ט ממכשיר הטלפון שלו, ת/10א'. מדובר בצילומי מסך, שכהגדרת ב"כ הנאשם, הם תמונת ראי לצ'ט ת/19א', למעט שינוי שם הכינוי (לעיתים "הבן של אדון שוקו", לעיתים "אבי הטחול").
91. לטענת ב"כ הנאשם, לא ניתן לקשור אותו לשם המשתמש "הבן של אדון שוקו" העומד מאחורי המכירות. עוד נטען, שאין מדובר בשם משתמש ייחודי, ויכול שאחרים, שאינם הנאשם, עשו שימוש באותו כינוי. מצאתי לדחות שתי הטענות. הראשונה, מאחר שגם מדיסק ת/23 אפשר ללמוד שזהו שם המשתמש של הנאשם (ראו בהרחבה סע' 42 לעיל). הטענה השנייה אף היא אינה מקובלת עליי. ההגנה לא העלתה במהלך ניהול התיק, כל טענה נוספת מלבד טענת הקבילות. כך הסכים ב"כ הנאשם שאם יוכשרו תוצרי החיפוש בטלפון, חזקה שקושרים את הנאשם למעשי הסחר, לא ביקש לחקור את החוקר המיומן ואף לא העלה במסגרת חקירת זרביב אפשרות, שמספר אנשים עושים שימוש ביוזר דומה. על כן מושתקת ההגנה מלטעון טענה ראייתית זו בשלב מאוחר של הדיון.
92. המסקנה, איפוא, שלהודעות הקונים פוטנציאל ראייתי להוכחת אשמת הנאשם במיוחס לו, אך האם מדובר בראיות קבילות? ההודעות כולן נשענות על צילום הצ'טים שנפסל. לא ניתן היה לאתר את הקונים ללא ראיות אלו, ואלו אף לא מסרו מידע על קניית הסם מיוזמתם אלא לאחר שעומתו עם צילומי הצ'ט ואישרו פרטיו. יתרה מזו, המשטרה יכולה הייתה בשלב זה של החקירה, לאחר שהתקבל הצו הנוסף, להפיק מחדש את הצ'טים ממכשיר הטלפון, אך המשיכה להשתמש בראיות שתיעד זרביב. נוכח הזיקה ההדוקה בין הראיות שנפסלו והודעות הקונים ת/17, ת/18, ת/20 אני סבורה שיש מקום לפסול אף את קבילותן.
93. שונה מסקנתי ביחס לסחר מול הקונה קרפל (אישום ראשון). כאמור, ממכשיר הטלפון של קרפל הופקו ההודעות מול הנאשם, ת/10א, ואלו מהווים ראיה עצמאית וקבילה.

טענת ההגנה לפגיעה בהגינות ההליך הפלילי



94. טענתה הנוספת של ההגנה היא לפגיעה בהגינות ההליך הפלילי, בשלב החקירה וניהול התיק. לשיטתה מדובר בהתנהלות העומדת בסתירה לעקרונות של צדק והגינות משפטית וחוסה תחת טענת הגנה מן הצדק מכח סעיף 149(10) לחסד"פ.

95. ביחס שבין הליכי חקירה פסולים להגנה מן הצדק, יש לבחון באיזו מידה השפיעו ההליכים הפסולים על ההרשעה ובין יתר, עד כמה השפיעו ההליכים הפסולים על יכולתו של הנאשם לתכנן הגנתו בהליך הפלילי (ראו ע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוביץ'** פ"ד נט(6) 776,830). עוד נקבע בהקשר זה, כי הטענה אינה מוגבלת רק לשלב גזר הדין וניתן אף ליתן לה משקל במסגרת הכרעת הדין (ע"פ 8894/08 **פלואי נ' מדינת ישראל** (1.9.09)). המשקל שניתן תלוי בעוצמת הפגמים שנפלו בהליך, כך במקרים קיצוניים ניתן יהיה לפסול את ההליך ולבטל את כתב האישום כולו (פלואי לעיל), ובמקרים אחרים להפחית במשקל הראיות הפגומות.

96. סוגיית הפגיעה בזכותו של הנאשם להליך הוגן נדונה בהרחבה וקיבלה משקל מכריע בהחלטתי לפסול את ראיות החיפוש, נותר, איפוא, לבחון האם היה בהתנהלות המשטרה והתביעה במהלך ניהול התיק, כדי לפגוע ביכולת הנאשם לתכנן את הגנתו.

97. אכן יש ממש בטרוניות ההגנה. כתב האישום הוגש ברישול, ללא שבוצעה, כמצופה מהתביעה, הערכת קבילות ראיות ועוצמתן, וללא שבוצעו השלמות חקירה חיוניות. אי אפשר שלא לקשור בין עיתוי העלאת טענות ההגנה, כבר בשלבים המקדמיים של ההליך, למועד השלמות החקירה והרקע לביצוען. ראוי היה שהתביעה הייתה מאשרת את הדברים ומודה במחדליה, הרי ממילא לא היה בהם כדי למנוע ממנה להשלים החקירה כדין ולבקש להוסיף ראיות ועדי תביעה. עם זאת, ב"כ הנאשם הסכים בהגינותו להוספת החומרים. עוד ניתן להסכים עם ב"כ הנאשם, כי גרסת החוקר בעדותו היוותה מקצה שיפורים, ועל כן אומצה ע"י התביעה. עם זאת, ב"כ הנאשם הוא שעמד על חקירתו. כך או אחרת, גם אם נפלו טעויות וחריקות בעבודת התביעה, אין הדבר מעיד על חוסר תום לב או חוסר הגינות. על כן, אין בידי לקבל טענה זו.

טרם נעילה

98. הרשעתו החלקית של הנאשם אינה פוטרת את המשטרה והתביעה מבחינה מעמיקה והסקת מסקנות בנוגע לאופן עריכת חיפוש במכשירי טלפון תפוסים ואופן תיעודם. על המשטרה לפעול להטמעת הוראות החוק ופסיקה בקרב אנשיה, לעמוד על ציות מלא לנוהליה ולמנוע צמיחתן של שיטות עבודה פסולות. על התביעה לעמוד על המשמר, לזהות כשלים בעבודת המשטרה ולהקפיד על תיקונם.

לא ניתן לחתום הדיון בתיק זה, מבלי להביא במלואם דבריו של בית המשפט, בפרשת אוריק- באשר לחשיבותם של הליכי חקירה תקינים:

"האינטרס הציבורי שבמיצוי חקירה ובהעמדת עבריינים לדין הוא שעומד בבסיס ההצדקה להעניק



לרשויות החקירה סמכויות נרחבות המביאות לא אחת לפגיעה בפרטיותם ובזכויותיהם של נחקרים. לסמכויות אלו מגבלות ברורות ונוקשות שאין להקל ראש בהקפדה עליהן, שכן על תפקידן להבטיח כי הפגיעה בזכויות הנחקרים אינה עולה על הנדרש. הפרת מגבלות אלה על-ידי רשויות החקירה במקרים לא מעטים בביצוע עבירות ופעולות אסורות שלא כדין, ומעוררת קושי כפול.

ראשית, עצם ביצוע עבירות על-ידי גורמי אכיפת החוק מהווה תופעה פסולה שאין להשלים עימה. המטרה אינה מקדשת את האמצעים, ואין בעצם השאיפה למיצוי החקירה כדי להותיר לחוקר המשטרה לבצע עבירות האסורות בדין.

על רשויות החקירה להקפיד הקפד היטב על הוראות החוק ועל יישום נהלי החקירה, ולהוות דוגמא לכל אזרח להתנהגות נאותה. לא יעלה על הדעת כי במסגרת מאמצייהן למיגור הפשיעה יבצעו חוקרי המשטרה פעולות המנוגדות לדין, שהרי אין מתקנים עוול בעוול.

אל לחוקרי המשטרה להניח כי פעולותיהם יזכו להכשר מצד בתי המשפט. באותה מידה, על בתי המשפט מוטלת החובה לדקדק בזכויותיהם של נחקרים ולהבטיח כי בקשות המונחות בפניהם אינן נענות כלאחר יד, אף כאשר מתקבל הרושם כי הן נובעות "מניצול השפעתם השלטונית של המשטרה" (ע"פ 532/71 בחמוצקי נ' מדינת ישראל).

שנית, הליכי חקירה בלתי תקינים עלולים להוביל בסופו של יום לחוסר אמון בתוצאות החקירה- הן מצד בתי המשפט הדין בהליך העיקרי והן מצד הציבור. חקירה שאינה מתנהלת בשום שכל זורעת ספקות בליבו של בית המשפט, מקשה עליו לברר את העובדות הדרושות להכרעתו- ופוגמת בהליך הפלילי ובאמון הציבור בו". (שם, עמ' 25).

סוף דבר

99. על יסוד כל האמור לעיל, אני מרשיעה את הנאשם בביצוע עבירה אחת של סחר בסם- עבירה לפי סעיף 13+19 א לפקודת הסמים ומזכה אותו מביצוע העבירות הנוספות המיוחסות לו, 3 עבירות של סחר בסם.

עותק מהכרעת הדין יומצא ליועמ"ש של משטרת ישראל ולראש חטיבת התביעות.



ניתנה היום, ט"ז אב תש"פ, 06 אוגוסט 2020, במעמד הצדדים