



בש"פ 2235/24 - גלעד פלד נ' מדינת ישראל

בבית המשפט העליון

בש"פ 2235/24

לפני: כבוד השופט יחיאל כשר

המבקש: גלעד פלד
נגד

המשיבה: מדינת ישראל
בקשת רשות לערור על החלטת בית המשפט
המחוזי בתל אביב-יפו (השופט ש' מלמד) ב-ע"ח
64837-02-24 מיום 8.2.2024

בשם המבקש: עו"ד עודד ציון
בשם המשיבה:

החלטה

לפניי בקשה למתן רשות לערור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו (השופט ש' מלמד), מיום 8.3.2024, בע"ח 64837-02-24, במסגרתה נדחה ערר שהוגש על החלטת בית משפט השלום בתל אביב - יפו (השופט י' גת), מיום 16.2.2024, ב-ת"פ 39087-05-22, אשר בגדרה נדחתה בקשה להחזרת חומר מחשב שהוגשה לפי סעיף 37 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 (להלן: פקודת סדר הדין הפלילי).

רקע עובדתי

1. במסגרת חקירה סמויה שהתנהלה נגד המבקש, ניתן ביום 11.2.2021 צו האזנת סתר (להלן: הצו). בתקופה שמיום מתן הצו ועד ליום 8.3.2021, הופעלה מכוח הצו "מערכת טכנולוגית" להאזנת סתר לתקשורת בין מחשבים, על הטלפון הנייד של המבקש. המערכת הטכנולוגית הניבה תוצרים בדמות האזנת סתר לשיחותיו של המבקש, אך לצד זאת התקבלו גם פרטי מידע נוספים שהיו אגורים בטלפון הסלולרי של המבקש. להשלמת התמונה יצוין כי ביום 22.2.2021 החקירה הפכה לחקירה גלויה עם מעצרו של המבקש.



בהמשך, ביום 18.5.2022, הוגש נגד המבקש כתב אישום המייחס לו עבירה של ניסיון לצריכת מעשה זנות מקטין לפי סעיף 203ג וסעיף 25 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. עם הגשת כתב האישום הועמד חומר החקירה לעיון ההגנה.

ביום 15.1.2023 גילתה המשיבה למבקש כי קיים חומר נוסף שלא הועמד לעיונו, ואשר לגביו נחתמה ביום 11.1.2023 תעודת חיסיון בהתאם להוראת סעיף 45 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות). תעודת החיסיון, על פי נוסחה, חלה על:

"כל פרט או מידע שעניינו השיטה, האמצעים ואופן הביצוע הטכני ששימשו בביצוע ההקלטות וההאזנות לשיחות במהלך החקירה בתיק זה, למעט מידע המתייחס לתקינות מכשיר ההקלטה, לתקינות מדיית ההקלטה ולפעולות שנעשו בקשר אליהם.

כל פרט או מידע שיש בו כדי לגלות תוכנו המלא של חומר חקירה המסומן ג1 לרבות פעולות החקירה המתועדות בו ותוצריהן, למעט תמצית המסמך המתועדת במסמך המסומן פ'1.

כל פרט או מידע שיש בו כדי לגלות תוכנו המלא של חומר חקירה המסומן ג2 לרבות פעולות החקירה המתועדות בו ותוצריהן".

בפרפרזה שמסרה המשיבה למבקש, ציינה המשיבה כי:

"במסגרת מימוש הצו ביצעה המערכת פעולות מסוימות, הכוללות - נוסף על האזנת סתר לתקשורת בין מחשבים - גם קבלת מס' פרטי מידע נוספים שהיו אגורים בטלפון הסלולרי של [המבקש]. מידע נוסף זה לא הועבר לצוות החקירה".

בעקבות זאת הגיש המבקש בקשה לפי סעיף 37 לפקודת סדר הדין הפלילי להחזרת החומר שהופק מהטלפון הסלולרי שלו באמצעות "המערכת הטכנולוגית" שאינו מהווה ראיה בהליך נגדו.

החלטת בית משפט השלום

2. בהחלטתו מיום 16.2.2024 דחה בית משפט השלום את בקשתו של המבקש.

אשר לאכסניה הדיונית, קבע בית משפט השלום כי לנוכח קיומה של תעודת חיסיון ביחס לחומר המוחזק, הרי שהמתווה הדיוני המתאים הבלעדי הוא עתירה לגילוי ראיה חסויה, שכן: "כלל הוא כי



מעת שנחתמה תעודת חיסיון על ידי הגורם המוסמך על פי דין, ומעת שנטען על ידי המאשימה כי חומר מסוים חוסה תחת תעודת החיסיון, הדרך הדיונית **היחידה** לבחון את מסירתו של חומר זה הנה הדרך של עתירה לגילוי ראיה חסויה, וזאת גם אם ישנה מחלוקת בנוגע לשאלת עצם תחולת תעודת החיסיון לגבי אותו חומר" (פסקה 21 לפסק הדין, ההדגשה במקור - י' כ'). בית המשפט קבע כי בענייננו אין חולק כי ביום 11.1.2023 נחתמה תעודת חיסיון כדין, על ידי הגורם המוסמך, החוסה, בין היתר, את הצו שהוצא, האמצעים ושיטות הפעולה, וכן כל התוצרים שהופקו, ומשכך החומר המוחזק שאת מסירתו מבקש המבקש, חוסה תחת תעודת החיסיון.

בית המשפט ציין כי מסקנתו שלפיה הדרך היחידה לעתור למסירת חומר שהוצאה לגביו תעודת חיסיון היא במסגרת עתירה לגילוי ראיה חסויה, עולה מפסיקת בית המשפט העליון בבש"פ 687/96 גיל נ' מדינת ישראל, פד נג(3) 804 (1999) (להלן: עניין גיל), שם נקבע כי: "מעת שהוצאה תעודת חיסיון, הדרך היחידה הפתוחה בפני הנאשם המבקש לעיין בחומר שהתעודה אוסרת את מסירתו, היא הגשת עתירה לגילוי ראיה חסויה", וכן גם מפסק הדין שניתן בבש"פ 6831/08 אלוג' נגד מדינת ישראל (18.11.2008) (להלן: עניין אלוג').

3. ביחס לתחולת החיסיון כלפי המבקש, קבע בית משפט השלום, בהתאם לפרשנות לשונית ותכליתית, כי יש לפרש את סעיף 45 לפקודת הראיות כחל על כל דבר שיש לו פוטנציאל לשמש ככלי להוכחת נתון כלשהו במסגרת הליך משפטי, בהתעלם ממגבלות משפטיות כגון קבילות או רלוונטיות. לשיטתו של בית המשפט, תכלית סעיף 45 לפקודת הראיות, בדומה ליתר הוראות החיסיון, היא הגנה על עניין ציבורי חשוב שעשוי להיפגע מחשיפת הראיה, ותכלית זו מחייבת נקיטה בפרשנות רחבה כך שתתאפשר הגנה מלאה ואפקטיבית על העניין הציבורי.

משכך, בית משפט השלום קיבל את פרשנות המשיבה שלפיה תעודת החיסיון אוסרת הן על הגשת החומר שלגביו הוצאה התעודה כראיה לבית המשפט, הן על מסירת החומר לכולי עלמא. בית המשפט הוסיף וקבע כי פרשנות זו מתחייבת גם מההבחנה שבין הוראה של חיסיון לעומת הוראה של אי-קבילות: בעוד שהוראת אי-קבילות אוסרת על הגשת החומר כראיה בהליך בבית משפט, הוראת חיסיון רחבה יותר וכוללת גם איסור על מסירת החומר לכולי עלמא.

נוכח האמור, קבע בית המשפט, כי אף אם החומר המוחזק הינו בגדר "חפץ תפוס" שחובה למסרו לידי המבקש בהתאם לסעיף 37 לפקודת סדר הדין הפלילי, הרי שתעודת החיסיון גוברת ומחייבת כי בירור טענות הצדדים ייעשה אך ורק במסגרת עתירה לגילוי ראיה חסויה.

4. בית משפט השלום המשיך ודן, לשיטתו למעלה מן הצורך, בטענות נוספות שטען המבקש. כך, ביחס לטענה כי חומר המחשב המוחזק הוא "חפץ תפוס", במשמעות פקודת סדר הדין הפלילי, שלמבקש זכות קניינית בו, קבע בית המשפט כי יש להבחין בין חלקיו השונים של החומר המוחזק:



ביחס לחומר הכולל "האזנת סתר לשיחות בתקשורת בין מחשבים", קבע בית המשפט כי הפסיקה הכריעה שאין לראות בו כקניינו של הנאשם או כ-"חפץ תפוס" שלו, אלא כתוצר חקירתי של פעולות החקירה שהמשטרה רשאית להמשיך להחזיק בו.

לעומת זאת, בית המשפט קבע כי קשה לראות ב-"חומר שעניינו פרטי מידע נוספים שהיו אגורים בטלפון של הנאשם קודם לכן", תוצר של פעולת חקירה, שכן העתקת פרטי מידע אלו אינה בגדר "האזנת סתר" שנכללה בפעולות המותרות בצו האזנת הסתר שניתן, אלא בגדר פעולת חדירה, חיפוש והעתקה, שלא נכללה בפעולות המותרות במסגרת הצו שניתן, ושנעשתה ללא סמכות חוקית. עם זאת, גם ביחס לחומר זה דחה בית המשפט את טענת המבקש כי יש לראות בפרטי מידע אלו משום "תפוס" וכקניינו של המבקש אשר יש לבחון את השבתו בהתאם לפקודת סדר הדין הפלילי.

בית המשפט נימק זאת בשני נימוקים: הראשון - להשקפת בית המשפט, מדובר בחומר שהוא העתק דיגיטלי של חומר מחשב אשר מקורו הוחזר למבקש, ובהתאם לפסיקה העתקת קבצים דיגיטליים מתוך מחשב אינה בגדר "תפיסת חפץ", כל עוד המשטרה לא נטלה את העותק המקורי. השני - להשקפת בית המשפט, בהתאם להלכה שנקבעה בדנ"פ 1062/21 אור"י נ' מדינת ישראל (11.1.2022), מנגנון "החזרת תפוס" אינו האכסניה להעלאת השגות כנגד חוקיות חיפוש במחשב, והמקום המתאים לכך הוא בהליך הפלילי עצמו, במסגרת טענת הגנה מן הצדק. בית המשפט ציין כי לשם ביסוס טענת הגנה מן הצדק ניתן לבקש לקבל את החומר במסגרת עתירה לגילוי ראווה חסויה ובעילה לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן, בהתאמה: סעיף 74, ו-חוק סדר הדין הפלילי).

5. נוסף על כך, בית משפט השלום דחה את טענת המבקש שלפיה תעודת החיסיון אינה מעניקה למשטרה זכות להמשיך ולהחזיק אצלה, תוך פגיעה בקניינו ובפרטיותו, את החומר המוחזק שאינו משמש כראיה, ובפרט את החומר שהושג באופן לא חוקי. זאת, כיוון שהחומר המוחזק על ידי המשטרה הינו חלק מחומר החקירה בתיק ואינו קניינו של המבקש, וכי אף אם יש בהחזקת החומר פגיעה בקניינו של המבקש, הרי שמידת הפגיעה בקניינו אינה ניכרת היות שהמבקש קיבל חזרה את מכשיר הטלפון הסלולרי, יחד עם כל המידע האגור בו.

אשר לפגיעה בפרטיות, בית משפט השלום ציין, ביחס לחומר שהינו תוצר של העתקת פרטי מידע, לכאורה ללא סמכות חוקית, כי המשך החזקתו עשוי לבסס פגיעה בלתי מוצדקת בפרטיות המבקש, אלא שכנגדה עומד העניין הציבורי החשוב המוגן בתעודת החיסיון, כך שהמסגרת לבחינת טענה זו היא בעתירה לגילוי ראווה חסויה. עוד העיר בית המשפט כי ייתכנו דרכי ביניים כגון מחיקת החומר על ידי המשטרה.



החלטת בית המשפט המחוזי

6. על החלטת בית משפט השלום הגיש המבקש ערר לפי סעיף 38א לפקודת סדר הדין הפלילי. ביום 7.3.2024 התקיים דיון בערר בפני בית המשפט המחוזי, ולמחרת, ביום 8.3.2024, ניתנה החלטת בית המשפט המחוזי (השופט ש' מלמד), בה נדחה הערר.

7. בית המשפט המחוזי קבע כי מצא בטענותיו של המבקש שני כשלים עיקריים שאינם מאפשרים את קבלת הבקשה:

הכשל הראשון עליו הצביע בית המשפט המחוזי הוא "העדר מסוימות של התפוס המבוקש להשבה", שכן המבקש לא ידע להצביע איזה חומרים הוא מבקש לקבל והסתפק בדרישה כללית לקבלת החומר שנשאב ממכשיר הטלפון הסלולרי שלו. בית המשפט ציין כי הבעייתיות הנובעת מכשל זה, הינה כי בקשתו של המבקש נשענת על פגיעה בזכויותיו, אך משעה שאינו יודע מהו החומר המוחזק, ייתכן כי החומר אינו חוסה תחת הגנת הפרטיות וכי אין מדובר בחומר שמהווה קניינו של המבקש. בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע כי לא כל הפעלה שלא כדין של המערכת הטכנולוגית בה נעשה שימוש בעניינו של המבקש, מחייבת בהכרח השבה של החומר, וייתכן שתינתן תרופה אחרת תוך איזון בין אי-החוקיות לבין הנזק שעלול להיגרם לציבור. על כן, קבע בית המשפט המחוזי, בהיעדר מסוימות ביחס למידע שנשאב, טענתו של המבקש כי זכויותיו נפגעו הינה טענה בלתי מבוססת.

לצד זאת, בית המשפט המחוזי עמד על כך שבשלב ראשון הופעלה המערכת הטכנולוגית ושאבה מידע ממכשירו הסלולרי של המבקש, ואילו בשלב שני נתפס מכשירו של המבקש והמשיבה חדרה אליו כדין ויכלה להעתיק את המידע שבמכשיר בשלמותו. בית המשפט המחוזי הסיק מדרישתו של המבקש לקבל דווקא את החומר שנשאב ממכשירו בשלב הראשון שבו הופעלה המערכת הטכנולוגית, כי מטרת היחידה של המבקש היא ללמוד על דרכי העבודה של המערכת המשטרתית החוסה תחת החיסיון. זאת, כיוון שעל פניו אין הבדל בין המידע שהושג בשלב הראשון לבין המידע שהושג בשלב השני, ועל כן אין סיבה לתת למבקש דווקא את העותק של החומר המוחזק מהשלב הראשון ולא את החומר המועתק מהשלב השני.

8. הכשל השני בבקשה שהגיש המבקש, עליו הצביע בית המשפט המחוזי, הוא ניסיונו של המבקש לדלג מעל המשוכה שמציבה תעודת החיסיון. בית המשפט המחוזי דחה את הטענה כי תעודת חיסיון חלה רק בין כותלי בית המשפט, בשלב שמיעת הראיות, במסגרת ההליך שלמטרתו תעודת החיסיון הוצאה. בית המשפט המחוזי קבע כי תעודת החיסיון נועדה לשמור על אינטרסים ציבוריים שיאפשרו את המשך התפקוד התקין של המשטרה, קרי - המשך הפעלת האמצעים העומדים לרשותה מבלי לגלות לציבור את שיטות העבודה שלה, ומשכך התעודה חוסה את המידע לא רק כלפי בית המשפט



אלא כלפי כלל הציבור. בית המשפט הדגיש כי צמצום תחולתה של תעודת החיסיון רק לשלב שמיעת הראיות חוטאת, במקרה הנוכחי, למטרתה של תעודת החיסיון. בית המשפט הוסיף כי מסעיף 45 לפקודת הראיות, הקובע כי "אין אדם חייב למסור, ובית המשפט לא יקבל" ראיה שהוצאה לגביה תעודת חיסיון, עולה כי תחולת החיסיון אינה תחומה אך ורק להגשת הראיות לבית המשפט.

בהמשך לכך, דחה בית המשפט המחוזי את טענת המבקש שלפיה תעודת החיסיון אינה יכולה לחסות חומרים שהשבתם נדרשת לפי סעיף 37 לפקודת סדר הדין הפלילי. טענה זו חותרת, לפי קביעת בית המשפט המחוזי, תחת תעודת החיסיון. בית המשפט קבע כי כלל טענותיו של המבקש מופנות כנגד תעודת החיסיון, ולכן מקומן בבקשה להסרת חיסיון ולא בבקשה להשבת תפוס.

בקשת הרשות לערור

9. על החלטת בית המשפט המחוזי הגיש המבקש את בקשת הרשות לערור שלפני (לפי סעיף 38א(ב) לפקודת סדר הדין הפלילי).

ביום 7.5.2024 התקיים לפני דיון בבקשת הרשות לערור. בתום הדיון הוריתי על מתן אפשרות למשיבה, לבקשתה, להגיש השלמת טיעון בכתב ביחס לשאלת היקף תחולתו, במישור העקרוני, של חיסיון לטובת הציבור שהוצא מכוח סעיף 45 לפקודת הראיות על הליך החזרת תפוס מכוח סעיף 37 לפקודת סדר הדין הפלילי, בייחוד בראי הוראת סעיף 52 לפקודת הראיות. כן הוריתי כי למבקש תינתן אפשרות להגיש תגובה להשלמת הטיעון מטעם המשיבה. הצדדים הגישו תגובות כאמור.

10. בבקשת הרשות לערור, טוען המבקש כי בקשתו עומדת באמות המידה הנדרשות לדיון ב-"גלגול שלישי", שכן היא מעוררת מספר שאלות בעלות חשיבות משפטית החורגת מעניינו הפרטני. כך, לשיטתו, בעניינו מתעוררת השאלה האם תעודת חיסיון לפי סעיף 45 לפקודת הראיות מאפשרת למשטרה להמשיך להחזיק בחפץ שנתפס שלא כדין ושלא מוגש כראיה במשפט, והאם זכותו של אדם לקבל חזרה את החפץ התפוס נסוגה בפני תעודת החיסיון. נוסף על כך, עניינו מעורר, לטענת המבקש, שאלת רוחב בדבר היקף הגדרתו של "חפץ" לפי פקודת סדר הדין הפלילי.

לצד זאת, המבקש סבור כי החלטת בית המשפט המחוזי פוגעת בו באופן בלתי מוצדק. זאת, כיוון שבית המשפט התבסס על טענות שהמשיבה לא טענה, והפגין דעה מוטה לרעה כלפי בא-כוחו של המבקש, תוך שייחס לו מניע פסול של רצון לחשוף את שיטות העבודה של המשטרה.

11. לגוף הבקשה, המבקש טוען כי החומר התפוס שהשבתו מבוקשת על ידו, עומד בתנאי סעיף 37



לפקודת סדר הדין הפלילי, שכן הוא אינו משמש כראיה במשפט ולכן בהתאם להוראת הסעיף על המשטרה להחזיר את החפץ התפוס לאדם שמידיו נלקח, קרי - למבקש.

לצד זאת, המבקש מלין על קביעתו של בית המשפט המחוזי שלפיה בקשתו אינה מסוימת דיה, שכן לשיטתו החומר המוחזק מוגדר באופן מסוים מספיק לצורך הבקשה, וכולל את כל חומר המחשב שנתפס ממכשיר הטלפון הנייד של המבקש שלא כדין.

12. המבקש מוסיף וטוען כי תעודת החיסיון אינה יכולה לשמש מקור סמכות להחזקת התפוס שהשבתו מבוקשת, אשר נתפס באופן לא חוקי. זאת, כיוון שהמשך החזקת חפץ בידי המשטרה מחייבת כי מקור הסמכות לתפיסת החפץ לא פקע.

לטענתו, אי-החוקיות שבתפיסת החומר בנסיבות המקרה דנן חריגה ומשמעותית מכמה סיבות: הדין כלל לא מתיר "חיפוש סמוי" בטלפון הנייד אלא מתיר רק האזנה ממועד מתן הצו ואילך; התפיסה הלא חוקית נעשתה בכוונה ובהפעלה אקטיבית של המערכת הטכנולוגית; התפיסה נעשתה ללא צורך חקירתי וללא עילה מוצדקת אחרת; התפיסה נעשתה תוך שנעברו מספר עבירות פליליות; תפיסת החומר התפוס הוסתרה בתחילה מהמבקש; תפיסת החומר והחזקתו פוגעות פגיעה משמעותית בזכות היסוד לפרטיות.

13. עוד טוען המבקש כי תעודת חיסיון, כשלעצמה, אינה גוברת על זכותו לקבל חזרה את התפוס שנתפס באופן לא חוקי ושאינו משמש כראיה במשפט. לטענתו, בית משפט השלום ובית המשפט המחוזי שגו בקביעותיהם בעניין תחולתה של תעודת החיסיון. לטענתו, הפסיקה קובעת כי תעודת החיסיון אין משמעה איסור גורף על מסירת החומר לכולי עלמא, ותחולת החיסיון מוגבלת רק להליך גביית ראיות בבית משפט. כך, לטענתו, סעיף 52 לפקודת הראיות, תוחם את תחולת סעיף 45 למסירת ראיות בפני בית משפט, בית דין ובפני רשות או גוף או אדם המוסמכים על פי דין לגבות ראיות. לטענתו, סעיף 45 לפקודת הראיות אינו קובע "איסור" על מסירת ראיה חסויה, אלא רק "פטור" ממסירת הראיה בהליך גביית ראיות בבית משפט, וכאשר בעל החיסיון אינו מעוניין להשתמש ב"פטור" זה, חלה ההוראה השנייה בסעיף שלפיה "בית המשפט לא יקבל" ראיה זו. לטענת המבקש, יש להבחין בין "חיסיון" לבין "סודיות" - בעוד חיסיון מהווה חריג לעיקרון שלפיו עד חייב לגלות את כל הידוע לו, "סודיות" מהווה חריג לעיקרון הפומביות ותכליתה למנוע חשיפתו של מידע "סודי" בפני הציבור.

לטענת המבקש, חיסיון לפי סעיף 45 לפקודת הראיות אינו גובר על הוראת דין שעניינה מסירת החומר הסודי מחוץ להליך גביית הראיות, ובפרט לא גובר על הוראת סעיף 37 לפקודת סדר הדין הפלילי. לטענתו, בניגוד להוראות חוק אחרות שבהן המחוקק קבע כי הן חלות לא רק על הליך גביית הראיות, בסעיף 45 לפקודת הראיות לא נקבע כך. לשיטתו, סעיף 45 לפקודת הראיות כלל לא חל על מצב



הדברים העומד בבסיס הוראת סעיף 37 לפקודת סדר הדין הפלילי, קרי - "חפץ" שנתפס מאדם. המבקש טוען כי זכותו של אדם לקבל חזרה חפץ שניטל ממנו קמה עוד לפני שמתנהל נגדו הליך משפטי, וקיימת גם כשמתנהל נגדו הליך שבו החפץ לא מוגש כראיה. זכות זו קמה, לטענתו של המבקש, מכוח זכויות היסוד שלו לקניין ולפרטיות בחומר התפוס, ועתירה להסרת חיסיון מתאימה רק אילו רצה המבקש שבית המשפט יורה על הגשת החומר התפוס כראיה.

14. טענה נוספת אותה מעלה המבקש היא כי התפוס שהשבתו מבוקשת הוא "חפץ" כהגדרתו בפקודת סדר הדין הפלילי. לטענתו, אף אם מדובר בהעתק בלבד, הרי שגם "העתק" של החומר הדיגיטלי הוא "חפץ". המבקש טוען כי כך עולה מהגדרת "חפץ" בסעיף 1 לפקודת סדר הדין הפלילי, הכולל גם חומר מחשב כהגדרתו בחוק המחשבים, התשנ"ה-1995 (להלן: חוק המחשבים). לטענת המבקש, ניתוח הוראות הדין מעלה כי הגדרת "חפץ" אינה מבחינה בין חומר מחשב "מקורי" לבין העתקו; כי הגדרת "חפץ" אינה כוללת רשימה סגורה כעולה מהמונח "לרבות" שבהגדרת "חפץ"; וכי העתק של חומר מחשב הוא לכל הפחות "פלט" כהגדרתו בחוק המחשבים, המוגדר לשיטתו כ"חפץ".

עוד טוען המבקש, ביחס להגדרת החומר התפוס כ-"חפץ", כי אין בפסק הדין ב-רע"פ 5295/18 מאור נ' מדינת ישראל (15.8.2018) (להלן: עניין מאור), ממנו עולה כי העתקת קבצים דיגיטליים אגב חיפוש אינה מהווה "תפיסת חפץ", כדי ללמד לענייננו, וזאת מכמה טעמים: ראשית, מדובר בהחלטה שניתנה בדין יחיד ובקביעה שצוינה "למעלה מהדרוש" בלבד, כך שאין לה כל תוקף מחייב. שנית, הקביעה בעניין מאור לא נגעה לסיווג העתק מחומר דיגיטלי לעניין החזרת תפוס, אלא רק לעניין חובת הכללת החומר ברשימת החפצים שנמצאו בהתאם לסעיפים 27-28 לפקודת סדר הדין הפלילי. שלישית, בעניין מאור דובר בהעתק דיגיטלי שנעשה כדין, ואילו בנסיבות העניין דן מדובר בהעתק של חומר שנתפס שלא כדין ומבלי שניתן לדעת אם למבקש יש את המקור.

15. לצד זאת, בתגובתו המשלימה, מוסיף המבקש וטוען כי החומר שהשבתו מבוקשת אינו בגדר "חומר חקירה", שכן רק חומר שיש לו רלוונטיות לשאלות העומדות להכרעה במשפט נחשב "חומר חקירה". בענייננו, לטענת המבקש, אין מדובר בחומר חקירה שכן החומר המוחזק לא נתפס במסגרת צורך חקירתי; החומר כלל לא הועבר ליחידה החוקרת; החומר לא הובא לידיעת בית המשפט שממנו התבקש צו לחיפוש "גלוי"; במועד הגשת כתב האישום, כלל לא הוצאה תעודת חיסיון והחומר כלל לא הובא לידיעת המבקש; והחומר אינו משמש כראיה במשפט. בנוסף, לשיטתו של המבקש, בכל מקרה אין לשאלה אם מדובר בחומר חקירה כל נפקות, שכן המבקש לא ביקש לעיין בו כחומר חקירה בהתאם לסעיף 74, אלא ביקש את החזרתו לפי סעיף 37 לפקודת סדר הדין הפלילי, כחפץ תפוס.

תשובת המשיבה



16. בתשובתה, המשיבה התנגדה לבקשת הרשות לערור. כך, לשיטת המשיבה, החומר המוחזק כלל אינו בגדר "חפץ תפוס" במובנו בפקודת סדר הדין הפלילי. זאת, כיוון שהחומר האמור אינו אלא העתק של מידע שמצוי במכשיר הטלפון הסלולרי של המבקש, אשר הושב אליו. לטענת המשיבה, בעניין מאור קבע השופט ע'גרוסקופף כי העתקת קובץ דיגיטלי, להבדיל מהעברת קובץ דיגיטלי, אינה מהווה "תפיסת חפץ".

בהמשך לכך, טוענת המשיבה כי בפסיקה נקבע שאין לנאשם זכות קניינית בתוצרי האזנת סתר, גם אם בוצעה שלא כדין, וזכותו לקבל תוצרים אלו מבוססת על האפשרות שהחומר רלוונטי ויסייע לנאשם בהגנתו.

עוד טוענת המשיבה, מעבר לצורך לשיטתה, כי אין ממש בטענת המבקש שלפיה העובדה שהמידע נאסף תוך חריגה מהצו אינה מאפשרת את המשך החזקתו. לטענתה, בפסיקה נקבע כי כאשר עולה טענה בדבר אי-חוקיות האזנת סתר, ראוי שהרשות תימנע מביעור החומר, נוכח האפשרות שיידרש כראיה באותו עניין.

17. המשיבה מוסיפה וטוענת, כי אין זה מתפקידו של בית המשפט הדין בבקשה להשבת תפוס לדון בטענות התוקפות באופן עקיף את תעודת החיסיון והיקפה. לטענתה, כדי לדון בטענת המבקש שאין להותיר את המידע תחת החיסיון, יצטרך בית המשפט לעיין בחומר החסוי בעצמו ולקבל הסברים מגורמי המשטרה הרלוונטיים, וברי כי המסלול המתאים לכך הוא עתירה לגילוי ראיה. המשיבה אף סבורה כי מטרתה האמתית של הבקשה היא ניסיון להתחקות אחר דרך הפעולה של המערכת הטכנולוגית.

לשיטת המשיבה, בהתאם לפסיקה בעניין גיל, כל טענה נגד הוצאת תעודת חיסיון, היקפה ותוקפה, צריכה להתברר במסגרת עתירה לגילוי ראיה ובמסגרת זו בלבד. בנוסף, לטענתה, ייתכן כי המבקש ירצה להשתמש בחומר המוחזק כתמיכה אפשרית במשפטו, כך שאין מדובר בבקשה "קניינית" אלא בניסיון לעקוף את הוראת סעיף 45 לפקודת הראיות.

עוד מדגישה המשיבה כי גילוי החומר עלול לחשוף שיטות ואמצעים של המשטרה, באופן שעשוי לגרום נזק משמעותי לאינטרס הציבורי. בהקשר זה, ההפרדה בין תוצרי האזנות הסתר שהופקו כדין לבין התוצרים שהופקו שלא כדין, היא הפרדה מלאכותית שאין בה מענה לאינטרס הציבורי.

לבסוף, טוענת המשיבה כי אין ממש בטענה שתעודת החיסיון חלה רק על ראיות שעשויות להתקבל כראיה בבית המשפט במסגרת ההליך. לשון החוק ותכלית החיסיון מלמדות, לשיטתה, כי תעודת



החיסיון חלה גם על חומר חקירה בלתי קביל.

18. בהשלמת הטיעון מטעמה, הוסיפה המשיבה, כי לשיטתה סעיף 52 לפקודת הראיות אינו מלמד שתעודת החיסיון חלה רק ביחס לחומר שעשוי להתקבל כראיה בבית משפט. לטענתה, סעיף 52 לפקודת הראיות מרחיב את תוקפו של החיסיון כך שיחול לא רק על מסירת ראיות לבית משפט אלא גם על מסירתן לרשויות החקירה השונות. הרחבה זו אינה מתייחסת לראיות שכבר מצויות בידי הרשות החוקרת שהוצאה לגביהן תעודת חיסיון.

לטענת המשיבה, נקודת הזמן שבו משתכללת זכותו של נאשם לעיין בחומר החקירה היא בעת הגשת כתב אישום, וממילא בנקודת זמן זו נבחנת השאלה אם יש לחסות את החומר, במנותק מסוגיית קבילות החומר. בענייננו, החומר המוחזק, אף אם התקבל תוך חריגה מהצו, נמצא במועד הקובע כחומר חקירה שלנאשם עשויה לקום זכות לעיין בו, ועל כן נדרשת עתירה לגילוי ראיה חסויה לשם גילוי.

עוד טוענת המשיבה, בהשלמת הטיעון מטעמה, כי כל עוד ההליך הפלילי לא הסתיים הרי שסעיף 37 לפקודת סדר הדין הפלילי אינו רלוונטי, שכן חומר החקירה, ובכלל זאת החומר החוסה תחת החיסיון, עשוי לשמש כראיה במשפט. בענייננו, לטענת המשיבה, המבקש גילה דעתו כי ייתכן שיחפוץ להשתמש בחומר המוחזק כראיה במסגרת ההליך הפלילי המתנהל נגדו.

19. עוד מדגישה המשיבה, בהשלמת הטיעון מטעמה, כי השאלה העקרונית שמעלה המבקש - האם המשטרה מוסמכת להחזיק בחפץ שנתפס רק מכוחה של תעודת חיסיון - היא תיאורטית, וכלל אינה מתעוררת בענייננו, שכן, כאמור לעיל, אין מדובר ב-"חפץ תפוס".

לבסוף, טוענת המשיבה כי על הפרוצדורה לשרת את המהות, ובענייננו מול האינטרסים הציבוריים כבדי המשקל ניצבת טענה קניינית חלשה, ואף תיאורטית.

דיון והכרעה

20. הסוגיה העומדת לפתחי היא האם המבקש זכאי לקבל את העתק החומר הדיגיטלי, אשר הוצאה לגביו תעודת חיסיון, במסגרת בקשה להשבת תפוס לפי פקודת סדר הדין הפלילי. יריעת המחלוקת בין המבקש למשיבה, ביחס לסוגיה זו, רחבה ומשתרעת על פני מספר שאלות עקרוניות התלויות, במידה מסוימת, זו בזו. להבנתי, מדובר בארבע שאלות מרכזיות, שתפורטנה להלן.

שתי השאלות הראשונות המתעוררות בעניין דנן, עניינן, בדיני השבת תפוס: הראשונה - האם העתק



חומר דיגיטלי הינו "חפץ" כהגדרתו בפקודת סדר הדין הפלילי? ככל שהתשובה לשאלה זו הינה בחיוב, מתעוררת השאלה השנייה - האם במסגרת בקשה להשבת תפוס ניתן לבקש את העתק החומר הדיגיטלי שיצרה המשטרה (במנותק משאלת קיומה של תעודת חיסיון)?

עניינן של שתי השאלות האחרות הוא בדיני החסיונות: הראשונה - האם יש לברר כל טענה ביחס לתחולת החיסיון (ובכלל זאת את השאלה השנייה המפורטת בסמוך), רק במסגרת עתירה לגילוי ראיה, כך שאין בידי המבקש להגיש בקשה להשבת תפוס? השנייה - האם חיסיון חל רק על מסירת ראיות בפני בית משפט, או שמא חל כלפי כולי עלמא, ובכלל זאת כלפי מבקש השבת העתק החומר הדיגיטלי?

אעבור אפוא לדון בסוגיות אלה לפי סדרן, ראשון ראשון ואחרון אחרון.

א. האם העתק חומר דיגיטלי הוא בגדר "חפץ" כהגדרתו בפקודת סדר הדין הפלילי?

21. כאמור, המבקש הגיש את בקשתו לפי סעיף 37 לפקודת סדר הדין הפלילי. בשל חשיבות סעיף זה אביאו כלשונו:

"הוגש משפט ולא הוגש החפץ כראיה לבית המשפט, הרי אם היה המשפט נגד אדם על עבירה שעבר באותו חפץ או לגביו, רשאי בית המשפט לצוות כאמור בסעיף 34; לא ניתן צו לפי סעיף 34 או שלא היה משפט נגד אדם על עבירה כאמור, תחזיר המשטרה את החפץ לאדם שמידיו נלקח."

אין חולק כי הליך של בקשה להשבת תפוס, מתאים רק להשבת "חפץ". על כן, בטרם אבחן האם הליך זה מתאים לענייננו, עליי להכריע בשאלה הראשונה שאזכרה לעיל: האם העתק של חומר דיגיטלי הוא בגדר "חפץ" לעניין פקודת סדר הדין הפלילי? ככל שאכן מדובר ב"חפץ" יהא עליי לדון בשאלה השנייה שאזכרה לעיל (האם הליך של בקשה להשבת תפוס מתאים כאשר עסקינן בחפץ תפוס מסוג זה?).

22. אשר לשאלה הראשונה - האם העתק חומר דיגיטלי הוא בגדר "חפץ" - יש לבחון את הגדרת המונח "חפץ", ובעקבות כך גם את המונח "חומר מחשב", בסעיף 1 לפקודת סדר הדין הפלילי:

"חפץ" - לרבות תעודה, מסמך, חומר מחשב או בעל חיים;

'מחשב', 'חומר מחשב' ו'פלט' - כהגדרתם בחוק המחשבים, התשנ"ה-1995.



בסעיף 1 לחוק המחשבים, אליו מפנה פקודת סדר הדין הפלילי, נקבעו ההגדרות הבאות:

"חומר מחשב" - תוכנה או מידע;

[...]

"מידע" - נתונים, סימנים, מושגים או הוראות, למעט תוכנה, המובעים בשפה קריאת מחשב, והמאוחסנים במחשב או באמצעי אחסון אחר, ובלבד שהנתונים, הסימנים, המושגים או ההוראות אינם מיועדים לשימוש במחשב עזר בלבד;

[...]

"תוכנה" - קבוצת הוראות המובעות בשפה קריאת מחשב, המסוגלת לגרום לתיפקוד של מחשב או לביצוע פעולה על ידי מחשב, והיא מגולמת, מוטבעת או מסומנת במכשיר או בחפץ, באמצעים אלקטרוניים, אלקטרומגנטיים, אלקטרוכימיים, אלקטרואופטיים או באמצעים אחרים, או שהיא טבועה או אחודה עם המחשב באופן כלשהו או שהיא נפרדת ממנו, והכל אם אינה מיועדת לשימוש במחשב עזר בלבד."

העולה מההגדרות שצוטטו לעיל הינו שאין ספק כי החומר הדיגיטלי המקורי שהיה במכשיר בטלפון הסלולרי של המבקש, כלול בהגדרת "חומר מחשב" לפי חוק המחשבים. ממילא החומר המקורי חוסה תחת הגדרת "חפץ" לפי פקודת סדר הדין הפלילי.

כמו כן, על פניו, אין בהגדרות אלו כדי לשלול את היכללותו של העתק חומר דיגיטלי בהגדרת "חפץ" רק משום היותו "העתק", שכן אף העתק החומר הדיגיטלי הינו בגדר "תוכנה או מידע", וממילא אף בגדר "חפץ". כך, כאשר במחשבו של פלוני מצוי העתק של חומר דיגיטלי, אותו תפסה המשטרה בהתאם לתנאי סעיף 32 לפקודת סדר הדין הפלילי, דומה כי ההעתק שנתפס הוא "חפץ" כהגדרתו בפקודת סדר הדין הפלילי.

ב. האם בקשה להשבת תפוס היא האכסניה המתאימה לקבלת העתק חומר דיגיטלי?

23. בהנחה כי העתק חומר דיגיטלי הינו "חפץ", וכאמור לעיל דעתי כי כך הדבר, יש לבחון האם הליך של בקשה להשבת תפוס הוא ההליך המתאים כאשר עסקינן בהעתק של חומר דיגיטלי שיצרה



המשטרה. עניינו, בהקשר זה, בפרשנות סעיף 37 לפקודת סדר הדין הפלילי, והשאלה היא: האם העתק חומר דיגיטלי, שנוצר על ידי המשטרה, הוא בגדר "חפץ תפוס" שניתן להגיש בקשה להשבתו?

כידוע, השלב הראשון בפרשנות דבר חקיקה הוא לשון החוק אשר תוחמת את מתחם הפרשנויות האפשריות. כאשר לשון החוק "סובלת" יותר מפרשנות אחת, יש לבחור, מבין הפרשנויות אותן סובלת הלשון, בפרשנות המגשימה את תכלית החקיקה בצורה מיטבית (ראו: בג"ץ 5158/21 גורטלר נ' שר הרווחה, פסקה 19 (28.12.2023), (להלן: עניין גורטלר); ע"מ 4846/20 פז חברת נפט בע"מ נ' יושב ראש מועצת שמאי מקרקעין, פסקה 13 (30.8.2022), (להלן: עניין פז)).

רכיב הלשון

24. נוסחו של סעיף 37 לפקודת סדר הדין הפלילי הובא לעיל בשלמותו. ההוראה האופרטיבית שבסעיף היא כי בהתקיים נסיבות הסעיף "תחזיר המשטרה את החפץ לאדם שמידיו נלקח". לשיטתי, מבחינה לשונית, הפרשנות שמתיישבת באופן פשוט עם הוראה זו, היא כי על המשטרה להשיב רק את החפץ אשר נלקח מידיו של מבקש ההשבה, ולא את ההעתק אשר יצרה המשטרה (שכן ההעתק לא "נלקח" מידי מבקש ההשבה). עם זאת, לשונה של הוראה זו עשויה לסבול גם פירוש פחות דווקני שלפיו השבת תפוס מתאימה גם ביחס להעתק החומר הדיגיטלי שיצרה המשטרה.

סבורני כי בחינת סעיף 37 לפקודת סדר הדין הפלילי לאור הוראת החוק הקשורות בו, יש בה כדי לחזק את הפירוש המצמצם. לעניין זה אזכיר כי הפסיקה עמדה על כך שבמסגרת הבחינה הלשונית של דבר החקיקה יש לעמוד על משמעותו בהקשר שבו הוא מופיע בחוק, שכן "דיבור שבחוק הוא יצור חי בסביבתו. הוא מקבל צביונו מהקשר הדברים" (בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477, 513 (1970); עניין גורטלר; בג"ץ 310/82 בן צבי נ' ראש הממשלה, פ"ד לו(4) 191, 194 (1982); בג"ץ 7583/22 המרכז לקידום מעמד האישה ע"ש רות ועמנואל רקמן באוניברסיטת בר-אילן נ' הרבנים הראשיים לישראל, פס' 7-8 (14.1.2024); אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 145-146 (2003)).

עיון בפרק הרביעי לפקודת סדר הדין הפלילי, מלמד כי בקשה להשבת תפוס לפי סעיף 37 לפקודת הסדר הדין הפלילי, הינה חלק ממארג חקיקתי המסדיר תפיסת חפצים בידי המשטרה. על הקשר ההדוק שבין ההוראות השונות של הפרק הרביעי לפקודת סדר הדין הפלילי, עמד השופט נ' סולברג ב- בש"פ 5894/20 מדינת ישראל נ' דיבא, פסקאות 16-17 (16.9.2020):

"עיון בסעיפי הפקודה מעלה, כי הפרק הרביעי בנוי לפי סדר ההשתלשלות הכרונולוגית של האירועים. סעיף 32 מסמך את המשטרה לתפוס חפצים, ופורט את העילות שעל סמך היא רשאית לעשות כן. סעיף 33 מוסיף, כי המשטרה רשאית - בכפוף לאמור בסעיף 34 - להחזיק בחפץ התפוס, עד להגשתו



לבית המשפט. בסעיף 34 נקבע חריג לכלל המעוגן בסעיף 33; על-פיו, רשאי בית משפט השלום להורות כי ינהגו בתפוס אחרת. סעיף 35 מוסיף, כי אין המשטרה רשאית להחזיק את החפץ ללא מצרים, וכי אם לא הוגש כתב אישום בתוך 6 חודשים מיום התפיסה, יוחזר החפץ לבעליו, אלא אם האריך בית משפט השלום את תקופת החזקתו [...] סעיף 36 מתייחס לשלב שבו הגיע החפץ ליעדו, והוגש כראיה לבית המשפט [...] סעיף 37 לפקודה מוסיף, כי גם במצב שבו לא יוגש החפץ כראיה במשפט, רשאית הערכאה המבררת להכריע בגורלו".

הקשר הרחב של הוראת סעיף 37 לפקודת סדר הדין הפלילי, בעניין השבת חפץ תפוס, מלמד כי הוראה זו אינה צומחת יש-מאין ביחס לכל חפץ המצוי בידי המשטרה, אלא אך ביחס לחפץ שנתפס, שכן החפץ אליו מתייחס סעיף 37 הוא החפץ אשר נתפס וניטל מבעליו, תפיסה המוסדרת בסעיף 32 לפקודת סדר הדין הפלילי. המסקנה המתבקשת הינה שהוראת השבת ה-"חפץ תפוס" חלה רק כאשר אכן מדובר ב-"חפץ תפוס" שניטל מידי בעליו. לעומת זאת, פרשנות המחילה את הוראת סעיף 37 גם על חפץ שכלל לא ניטל מבעליו, וכדוגמת ענייננו - העתק שיצרה המשטרה - אינה נראית כמתיישבת היטב עם ההקשר הטקסטואלי של הפרק בו מצוי דבר החקיקה הנדון.

הקשר ההדוק בין סעיף 37 לפקודת סדר הדין הפלילי לבין שאר הוראות הפרק בדבר החקיקה הנ"ל, קנה לו שביטה בפסיקה. כך, למשל, ב-בש"פ 9469/09 זיאדנה נ' מדינת ישראל, פסקה 4 (3.12.2009), במסגרת דיונו בערר בעניין החזרת רכב תפוס, ציין השופט ע' פוגלמן כי: "הוראת סעיף 37 לפקודה **דנה במקרה בו נתפס חפץ כאמור מכוח הוראת סעיף 32(א) לפקודה**, ולאחר מכן הוגש משפט נגד אדם "על עבירה שעבר באותו חפץ או לגביו", אך אותו חפץ לא הוגש כראיה במשפט" (ההדגשה הוספה - י' כ'). בדומה, בפרשה אחרת (בש"פ 10284/03 סמארה נ' משטרת ישראל (23.11.2003)), בית משפט זה עמד על כך, כי תפיסה לפי סעיף 32 היא שמצמיחה את ההליכים הנלווים שבפרק הרביעי לפקודת סדר הדין הפלילי, וכי כאשר המשטרה מעולם לא תפסה את החפץ שהשבתו מבוקשת הרי שמסגרת הליכים זו, בעניין חפצים תפוסים, כלל אינה ישימה.

אם כן, יש בפסיקה שעסקה בסעיף 37 לפקודת סדר הדין הפלילי ובהקשר החקיקתי העוטף סעיף זה, חיזוק לפרשנות שלפיה בקשה להשבת תפוס לפי סעיף 37, מתאימה רק ביחס לחפץ שהוא "חפץ תפוס", אשר ניטל מבעליו על ידי המשטרה. משכך, הפרשנות העולה מלשון הסעיף ומהקשרו הטקסטואלי היא כי העתק החומר הדיגיטלי אשר יצרה המשטרה אינו חפץ תפוס שניטל מהמבקש, ושלגביו ניתן להגיש בקשה להשבת תפוס (להבדיל מהחומר הדיגיטלי המקורי).

ברם, אף שמבחינה לשונית הדעת נוטה, כמבואר לעיל, למסקנה כי הפירוש המצמצם הוא המסתבר יותר, לשון הסעיף אינה מספקת, לדעתי, תשובה חותכת לשאלה העומדת בפנינו, ואין לקבוע כי הפרשנות המרחיבה מצויה מחוץ למתחם האפשרויות הלשוניות. משכך, בחירת הפרשנות המתאימה



תיגזר לאור תכליתו של ההסדר החקיקתי.

רכיב התכלית

25. המשכו של המסע הפרשני אם כן הוא בעמידה על תכליתו של דבר החקיקה. אקדים ואציין כי לשיטתי תכלית הוראת סעיף 37 לפקודת סדר הדין הפלילי היא להשיב את הקניין שנלקח מידי בעליו, בהתאם לסמכות המשטרה לפי סעיף 32 לפקודת סדר הדין הפלילי, ולהגן על זכות הקניין של הבעלים שנפגעה מתפיסת החפץ. ואפרט.

כפי שהובהר לא אחת בפסיקת בית משפט זה, גם על תכלית ההסדר ניתן ללמוד, בין היתר, מהמישור הטקסטואלי, קרי - לשון הסעיף, כותרת הסעיף, מיקומו בדבר החקיקה וכדומה, וכן מהאינדיקציות החיצוניות ללשון החוק ובהן ההיסטוריה החקיקתית, הרקע להצעת החוק, הקשר הדברים ועקרונות היסוד של השיטה (ראו למשל: בג"ץ 9632/17 עמותת הזכיינים למען זכייני הפיס והטוטו בישראל נ' שר האוצר, פסקה 22 (20.2.2019); עניין פז, פסקה 22).

דומה כי תכלית הפרק הרביעי לפקודת סדר הדין הפלילי, בכללותו, כפי שמשקף מהמישור הטקסטואלי, היא הגנה על האינטרס הציבורי תוך שמירה על הזכויות החוקתיות של הנאשם, ובפרט על זכות הקניין. תכלית זו, מעצם טבעה, היא תכלית המבקשת לאזן בין שתי תכליות שונות העומדות בסתירה מסוימת זו לזו, וממילא אין בה ביטוי מלא לאף אחת מהתכליות.

26. תכלית איזונית זו עולה גם מהאינדיקציות החיצוניות ללשון החוק:

הרקע ההיסטורי של פקודת סדר הדין הפלילי הוא בפקודה המנדטורית - פקודת הפרוצידורה הפלילית (מאסר וחיפושים), משנת 1924 - שהינה קודיפיקציה של סמכויות המעצר של המשטרה על פי המשפט המקובל (ראו: בג"ץ 465/75 דגני נ' שר המשטרה, פ"ד ל(1) 337, 344 (1975)). בהמשך, בשנת 1969, פורסמה הפקודה בנוסחה החדש (הנוסח העברי), לפי סעיף 16 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948.

הפקודה המנדטורית, במקורה, לא כללה הוראה לעניין תפיסת חפצים, אך המשטרה נהגה, ללא הסמכה בחוק, לתפוס חפצים הקשורים לעבירות שנעברו (כמפורט ב-רע"פ 1792/99 גאלי נ' משטרת ישראל, פ"ד נג(3) 312, 319 (1999)). פרקטיקה זו הועמדה למבחן בבג"ץ 35/58 ברמן נ' ראש הנפה הצפונית, משטרת ישראל (26.2.1958), ובית המשפט קבע באותה פרשה כי: "שלילת רכוש כלשהו מידי אזרח, אפילו זמנית, טעונה הוראה מפורשת מטעם המחוקק" (שם, בעמ' 918; להלן:

עמוד 15



עניין ברמן). בעקבות פרשה זו, חוקקה הכנסת את החוק לתיקון פקודת הפרוצדורה הפלילית (מעצר וחיפושים), התשכ"ה-1964, במסגרתו נוספו לפקודה הסעיפים המסדירים את הסמכות לתפוס חפצים ואת הפרוצדורה סביב החזקת החפצים והשבתם. סעיפים אלו עוגנו בנוסח העברי של הפקודה במסגרת הפרק הרביעי שעניינו תפיסת חפצים (סעיפים 32-42), העומדים בבסיס ענייננו.

בדיון במליאת הכנסת מיום 16.12.1963, בו הונחה הצעת החוק לקריאה ראשונה, עמד שר המשפטים ד' יוסף, אשר הציג את החוק המוצע, על כך שהתיקונים המוצעים מאזנים בין זכויותיו של האזרח לבין האינטרס הציבורי:

"הנסיון הממושך בהפעלת הפקודה, ובכלל זה תקופה של כחמש-עשרה שנה במדינת ישראל, מעידים עליה שהוראותיה הולמות את המושגים הדמוקרטיים שלנו בדבר חופש האזרח מצד אחד והאינטרס של הכלל בהגנה מפני עבריינים ובהעמדתם לדין מצד שני [...] גם שני התיקונים החשובים המוצעים עתה מיוסדים על הבסיס הזה, אינם סוטים ממנו ואינם פוגעים בו" (פרוטוקול דברי הכנסת, 16.12.1963, עמ' 493-494).

בהמשך דבריו, הוסיף שר המשפטים ד' יוסף כי הפיקוח של בית המשפט על תפיסת החפץ והחזקתו (כפי שהוסדר בסעיפי הצעת החוק), יחד עם התנהלותה של המשטרה "הם ערובה לכך שלא תהיינה פגיעות שרירותיות באזרח וברכושו ושיימצא שיווי המשקל המתאים בין זכותו של האדם על רכושו ונכסיו ובין ענינה של המדינה במניעת עבירות ובהבאתם לדין והרשעתם של עבריינים" (שם, עמוד 497).

היסטוריה חקיקתית זו מלמדת כי תכלית הפרק הרביעי של פקודת סדר הדין הפלילי היא אכן תכלית איזונית הטומנת בחובה הן את התכלית של הגנה על זכויות הפרט (ובפרט זכות הקניין) והן את התכלית של שמירה על האינטרס הציבורי שבביטחון הציבור. כמו כן, ההיסטוריה החקיקתית מלמדת כי סעיפי הפרק הרביעי לפקודת סדר הדין הפלילי, אשר נחקקו מקשה אחת, הם חלק ממארג חקיקתי הדוק שבו ההוראות בעניין השבת התפוס (כמו גם שאר הוראות הפרק) משלימות את ההוראה בדבר סמכות המשטרה לתפוס חפץ מידי בעליו.

למותר לציין כי מלבד האינדיקציות החיצוניות הללו, גם עקרונות היסוד של השיטה תומכות בתכלית זו.

27. בבואנו לפרש את סעיף 37 לפקודת סדר הדין הפלילי עלינו להתחשב באיזון האמור בין השמירה על האינטרס הציבורי שבביטחון הציבור לבין ההגנה על זכות הקניין, במובן הספציפי עליו מגן סעיף זה.

ברי כי ההקשר הטקסטואלי מלמד שתפקידו של סעיף 37 לפקודת סדר הדין הפלילי בתוך מארג



הוראות הפרק הוא לרפא את הפגיעה שנוצרה בהתאם לסעיף 32 - בעוד סעיף 32 מבכר את האינטרס הציבורי ומתיר תפיסת חפצים ופגיעה בזכות הקניין בהם לשם הגשמת התכליות הציבוריות האמורות בו, בא סעיף 37 ומגביל את התפיסה, או ליתר דיוק את המשך ההחזקה בחפץ התפוס, וקובע כי משלא הוגש החפץ כראיה יש להחזירו לאדם שמידיו נלקח.

על כן, התכלית הקניינית אותה מגשים סעיף זה היא ההגנה על זכות הקניין אשר נפגעה בשל נטילת החפץ בהתאם לסעיף 32. כלומר, הפגיעה בזכות הקניין בשל הנטילה בהתאם לסעיף 32 לפקודת סדר הדין הפלילי (לצורך הגנה על האינטרס הציבורי), היא שזוכה להגנה במסגרת סעיף 37 (וראו לעניין זה דבריה של השופטת א' פרוקצ'יה ב-בש"פ 342/06 חב' לרגו עבודות עפר בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (12.3.2006)).

28. לאחר שזיהינו כי תכלית הפרק הרביעי לפקודת סדר הדין הפלילי היא איזון בין ההגנה על האינטרס הציבורי לבין ההגנה על זכות הקניין של הפרט שנפגעה מנטילת החפץ התפוס, עלינו לבחור בפרשנות המגשימה תכלית זו בצורה מיטבית.

לשיטתי, יש לפרש את סעיף 37 לפקודת סדר הדין הפלילי כמגשים היבט מסוים של זכות הקניין, הקשור בטבורו בפגיעה שנוצרה מתפיסת החפץ התפוס, ולא כמעניק הגנה בלתי מוגבלת לזכות הקניין. זאת, נוכח התכלית האיזונית שבבסיס הסדר השבת התפוס ולנוכח הקשר המובהק שבין הסמכת המשטרה לפגוע בזכות הקניין בהתאם להוראת סעיף 32 לפקודת סדר הדין הפלילי, לבין חובתה להשיב את שתפסה, בהתאם להוראת סעיף 37.

בהתאם, דעתי היא כי הפרשנות העולה בקנה אחד עם תכלית הוראת סעיף 37 לפקודת סדר הדין הפלילי היא שסעיף זה מגן על זכותו של מבקש ההשבה לקבל לידיו את החפץ המקורי שניטל ממנו, אך כי סעיף זה אינו האכסניה המתאימה לקבלת ההעתק שיצרה המשטרה מהחומר הדיגיטלי המקורי שנתפס על ידה.

29. בהקשר זה, אוסיף ואציין כי זכות הקניין עשויה, ככלל, ללבוש צורה חיובית, כלומר זכות לעשות שימוש בחפץ או במשאב, ועשויה ללבוש גם צורה שלילית, כלומר זכות למנוע מאחרים לעשות שימוש במשאב. בניגוד למשאבים בלעדיים (שרק פרט אחד יכול להשתמש בהם בעת ובעונה אחת), שבהם הכרה בזכות השימוש מחייבת הכרה בזכות למנוע שימוש מאחרים, במשאבים היכולים לשמש מספר פרטים בעת ובעונה אחת אין הכרח כי להכרה בזכות השימוש תתלווה גם הכרה בזכות למנוע שימוש (ראו: דנ"א 5679/21 SANOFI S.A נ' אוניפארם בע"מ, פסקה 77 לפסק דינו של השופט נ' סולברג (26.12.2023); עופר גרוסקופף אופקים חדשים במשפט - הגנה על כללי תחרות באמצעות דיני עשיית עושר ולא במשפט עמ' 21-10 (תשס"ב)).



יישום ההבחנה בין ההיבט החיובי להיבט השלילי של הזכות הקניינית של הבעלים בחפץ התפוס, על ענייננו, מעלה כי הגשמת ההיבט החיובי של זכות הקניין משמעותה השבה של החומר הדיגיטלי המקורי, לידיו של המבקש, ואילו הגשמת ההיבט השלילי של זכות הקניין משמעותה שלילת השימוש בו מאחרים, ובהם המשטרה.

לשיטתי, נוכח תכלית החקיקה, יש לפרש את הוראת ההשבה שבסעיף 37 לפקודת סדר הדין הפלילי כמקנה למבקש ההשבה זכות להשבת חפץ המקור שניטל מידי, אך לא זכות לקבלת העתק החומר שיצרה המשטרה. כך, ברי כי הסעיף מגן על ההיבט החיובי של זכות הקניין של המבקש בחומר הדיגיטלי המקורי. היבט זה, מטבעו, מצוי בליבת הזכות הקניינית של מבקש ההשבה. בנוסף, ההיסטוריה החקיקתית, מלמדת כי הזכות הקניינית שראה המחוקק לנגד עיניו, עת נדרש לעגן מקור סמכות לתפיסת חפצים בעקבות פסק הדין בעניין ברמן, היא ההגנה על האינטרס הקנייני שבשימוש בחפץ שנתפס. כך, בעניין ברמן, קבע בית המשפט כי שלילת רכוש טעונה הסמכה מפורשת, ונימק זאת בתמיהה: "ואם הנכס המעוכב על-ידי המשטרה הוא, למשל, מכונית שפרנסת האדם, ממנו היא נשללת, עליה" - תמיהה שנוגעת במובהק לפגיעה בזכות השימוש של הבעלים בחפץ התפוס.

30. עוד אציין כי במסגרת ההליך עלתה הטענה כי המבקש כלל אינו מעוניין בקבלת העתק החומר הדיגיטלי כדי ליהנות מזכות הקניין שלו, אלא כדי ללמוד אודות דרך הפעולה של המערכת הטכנולוגית המשטרית. ברי כי אינטרס זה של המבקש, להבדיל מהאינטרס הקנייני האמיתי שלו, אינו זוכה להגנת סעיף 37 לפקודת סדר הדין הפלילי.

חיזוקים נוספים להעדפת הפרשנות המצמצמת של סעיף 37 לפקודת סדר הדין הפלילי

31. כאמור, לשיטתי, גם הלשון וההקשר החקיקתי של סעיף 37 לפקודת סדר הדין הפלילי, וגם תכלית הסעיף, תומכים בפרשנות המצמצמת שלפיה העתק החומר הדיגיטלי שיצרה המשטרה אינו בגדר "חפץ תפוס" לעניין הסדר השבת תפוס שבפקודת סדר הדין הפלילי. אף שניתן היה לסיים את המסע הפרשני בשלב זה, אפנה לאינדיקציות נוספות המאששות כי פרשנות זו היא הפרשנות העדיפה.

32. ראשית, בעניין מאור, ביחס לחובה מכוח פקודת סדר הדין הפלילי לערוך רשימה של "כל החפצים שנתפסו אגב חיפוש" הבהיר השופט ע' גרוסקופף כי לשיטתו העתקת קבצים דיגיטליים, להבדיל מהעברתם, אינה בגדר "תפיסת חפץ":

"קבצים דיגיטליים המועתקים מתוך מחשב (ובכלל זה טלפון נייד) אגב חיפוש אינם מהווים "חפצים שנתפסו אגב חיפוש" לעניין סעיפים 27-28 לפקודת סדר הדין הפלילי. אכן, סעיף 1 לפקודה כולל



"חומר מחשב" בהגדרת "חפץ", ואולם "תפיסת חפץ" משמעה נטילתו מבעליו. לפיכך, כשם שצילום תעודה (שאף היא בגדר "חפץ" לעניין סעיף 1 לפקודה), אינה מהווה "תפיסת חפץ", כל עוד המשטרה אינה נוטלת את העותק המקורי, כך גם העתקת קובץ דיגיטלי (Copy), להבדיל מהעברת קובץ דיגיטלי (Transfer), אינה מהווה "תפיסת חפץ". לפיכך אין בסיס לחייב את המשטרה למסור את רשימת הקבצים שהעתיקה לידיעת בעלי המחשב, כשם שאין לדרוש ממנה למסור לתופש הבית רשימה של צילומים שערכה במהלך החיפוש.

קביעתו של השופט גרוסקופף אינה כי העתק חומר דיגיטלי כלל אינו בגדר "חפץ", אלא כי העתק החומר הדיגיטלי, שנוצר על ידי המשטרה, אינו בגדר "חפץ **שנתפס** אגב חיפוש" שניטל על ידי המשטרה. ההבחנה שערך השופט גרוסקופף היא בין חומר דיגיטלי שניטל על ידי המבקש, המהווה "חפץ שנתפס", לבין העתק של חומר דיגיטלי שיצרה המשטרה וכלל לא ניטל מהמבקש, כך שאינו מהווה "חפץ שנתפס". דומה כי הבחנה זו, לעניין החובה לערוך רשימה של החפצים התפוסים, בין העתק שיצרה המשטרה, תוך הותרת המקור בידי בעליו, לבין חפץ שניטל מבעליו כך שאין בידיו את המקור, יפה גם לעניין בקשה להשבת תפוס. אמנם, הערתו של השופט גרוסקופף אינה הלכה, שעה שנאמרה "למעלה מהדרוש" ובמסגרת דן יחיד (בע"מ 8152/19 פלוני נ' פלונית, פסקה 12 (16.1.2020)), אך יש בה כדי לתמוך בפרשנות המצמצמת האמורה לעיל.

33. שנית, גם בדברי ההסבר להצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - המצאה, חיפוש ותפיסה), התשע"ד-2014 (הצעות חוק הממשלה 867, מיום 19.5.2014, להלן: הצעת החוק), ניתן למצוא חיזוק לכך שהעתק מחומר דיגיטלי, שיצרה המשטרה, אינו בגדר "תפוס" שיש להשיבו לבעל החומר המקורי.

אף שהצעת החוק (הממשלתית) לא הבשילה לכדי חקיקה ראשית, יש בדברי ההסבר להצעת החוק משום צוהר לאופן שבו הבינו יוזמי הצעת החוק את הדין החל. זאת, בפרט ביחס להסברים שאינם נוגעים ישירות לשינויים בדין המוצעים בהצעת החוק, אלא, לפחות במשתמע, לדין הקיים.

כך, בהצעת החוק הוצע לקבוע כי יש לאפשר למי שממנו נתפס מחשב (או בעל הרשאת הגישה לחומר המחשב), לקבל, לבקשתו, העתק מחומר המחשב (סעיף 59 להצעת החוק). אגב הדיון בסעיף זה הובהר בדברי ההסבר (עמ' 614), כי העתק שיצרה המשטרה מחומר מחשב (כלומר הסיטואציה ההפוכה מזו המוסדרת בסעיף 59 להצעת החוק) אינו בבחינת "תפוס":

"יוער כי העתק שיצרה המשטרה מחומר המחשב שתפסה אינו בבחינת תפוס שיש להחזירו לבעליו, שהרי החזרת תפוס (בהתאם להוראות סעיפים 62 ו-63 כנוסחם המוצע) משרתת את המטרה של



צמצום הפגיעה בזכות הקניין של החשוד. לעומת זאת, העתק שיצרה המשטרה הוא יציר המשטרה, אינו פוגע בקניינו של איש ואינו משבש את התנהלותו ועסקיו של איש. התפוס במקרה כזה הוא חומר המקור שנתפס.

יושם אל לב, כי הבהרה זו, אשר מנסחי הצעת החוק מצאו לנכון להבהיר במסגרת דברי ההסבר לסעיף המסדיר את הסיטואציה ה"הפוכה" (קרי - המקור נותר בידי המשטרה, ואילו למבקש יימסר העתק), אינה מוסבת על שינוי בדין שביקשה הצעת החוק לערוך, אלא משקפת את הדין הקיים, לשיטת מנסחי הצעת החוק.

34. שלישית, גם בספרות שעסקה בנושא, הובעה העמדה כי הוראות הפרק הרביעי לפקודת סדר הדין הפלילי, ובהן ההוראות בדבר החזרת התפוס לבעליו, אינן חלות על העתק החומר הדיגיטלי שיצרה המשטרה, כפי שעולה מדבריו של המלומד חיים ויסמונקי:

"החוק הישראלי אף אינו מתייחס כלל לטיפול במידע הדיגיטלי המועתק לאחר תום ההליכים בתיק החקירה (החלטה לגנוז את התיק או לאחר העמדה לדין ותום המשפט). הפסד"פ כולל הוראות לעניין טיפול במוצגים, וכל הוראות הטיפול במוצגים מגלמות גישה "חפצית": ניתן להחזיר את התפוס לבעליו או למחזיקו על פי דין (סעיפים 35 ו-37 לפסד"פ), ניתן למכרו אם מדובר במוצג מתכלה (סעיף 38 לפסד"פ), ניתן לחלט את התפוס אם שימש לביצוע עברה (סעיף 39 לפסד"פ), לחלטו לטובת אוצר המדינה בהיעדר בעלים (סעיף 42 לפסד"פ) או לחלטו על פי כל דין אחר (ראו סעיפים 35 ו-36, 36א-36 לפקודת הסמים המסוכנים; סעיפים 21-23 לחוק איסור הלבנת הון, התש"ס-2000); פרקים ג-ה לחוק מאבק בארגוני פשיעה, התשס"ג-2003). עם זאת העתק מכל סוג שהוא של החפץ שנתפס אינו זוכה להתייחסות המחוקק. מכאן שאין חובה להשמיד את ההעתק או להחזיר לבעליו. אין מניעה חוקית מפורשת מהמשטרה מלאגור את המידע העצום שהיא מעתיקה כדין במסגרת רבבות חקירות הכוללות חדירה לחומר מחשב." (חיים ויסמונסקי, חקירה פלילית במרחב הסייבר (2015), עמ' 201 (פרק ד), הערת שוליים 98; ההדגשות אינן במקור, י' כ').

35. אם כן, הפרשנות המצמצמת לסעיף 37 לפקודת סדר הדין הפלילי, שלפיה לא קמה למבקש זכות, בהוראת חוק זו, לקבלת העתק החומר הדיגיטלי שיצרה המשטרה, ושעולה מלשון הסעיף ותכליתו, עולה בקנה אחד גם עם עמדת בית משפט זה בעניין מאור; עם עמדת מנסחי הצעת החוק הממשלתית ביחס לדין הנוהג; ועם עמדתו של המלומד ויסמונסקי.

הבהרה טרם סיום הדיון ברלוונטיות האכסניה של בקשה להשבת תפוס לענייננו

36. גבולות הגזרה של דיוננו לעיל נגעו לזכותו של המבקש לקבל לידי, בתורת השבת תפוס, את



העתק החומר הדיגיטלי שיצרה במשטרה. הסעד לו עתר המבקש, הוא הסעד הקבוע בסעיף 37 לפקודת סדר הדין הפלילי - החזרת התפוס לידיו. מסגרת זו אף חותכת את הסמכות העניינית - סעיף 38א לפקודת סדר הדין הפלילי מתיר לערור לפני בית המשפט המחוזי, ומאפשר לבקש רשות לערור על החלטת בית המשפט המחוזי.

כפי שפירטתי לעיל, סבורני כי ההליך של בקשה להשבת תפוס אינו ההליך המתאים כדי להקנות זכות לקבלת העתק החומר הדיגיטלי שיצרה המשטרה מהחומר המקורי שניטל. בניסוח אחר: ההליך הנוכחי אינו מכיר בזכות של המבקש המקימה את הסעד לו עתר. עם זאת, יש להדגיש כי איני שולל שבמסגרת אחרת עשויה, בנסיבות מסוימות, להתגבש זכות לסעד אחר ביחס להעתק חומר דיגיטלי שיצרה המשטרה אגב תפיסת החומר הדיגיטלי המקורי.

כך, על פניו, ככל שסבור פלוני, אשר המשטרה יצרה העתק מהחומר הדיגיטלי המקורי שתפסה מידיו, כי המשטרה נעדרת סמכות להמשיך להחזיק בידה העתק זה, פתוחה בפניו הדלת לשטוח את טענותיו במסגרת המתאימה (כגון בדרך של עתירה). עם זאת, יש לתת את הדעת על כך כי אף אם המשטרה נעדרת סמכות להחזיק בהעתק החומר הדיגיטלי, ואיני קובע מסמרות בכך לכאן או לכאן, הסעד המתאים עשוי להיות שונה מהסעד לו עתר המבקש דן בבקשתו להשבת התפוס - קבלת ההעתק לידיו. כך, למשל, לא מן הנמנע כי הסעד המתאים, ככל שייקבע כי המשטרה נעדרת סמכות להחזיק את ההעתק שיצרה, אינו העברת ההעתק לידי בעלי החומר המקורי, אלא השמדתו של ההעתק. מטבע הדברים שאלה זו אינה מתעוררת במסגרת הדיונית הנוכחית, בעניין הבקשה להשבת תפוס, ועל כן איני נדרש להכריע בה.

יצוין בהקשר זה כי המשיבה הסכימה, למצער בשלבים מסוימים של ההליך (כפי שעולה מתגובת המשיבה מיום 28.3.2024 בפני בית משפט השלום), כי היא לא תתנגד להשמדת ההעתקים ובלבד שבא-כוח המבקש יצהיר כי לא תהיה לו כל טענה או תביעה כלפי המשיבה בכל עניין הנוגע לחיפוש שבוצע בחומרי המחשב של המבקש, שאלמלא כן השמדת ההעתקים עלולה לפגוע באופן ממשי ביכולתה של המשיבה, לטענתה, להתמודד עם טענות מסוג זה בעתיד.

37. די בקביעה לפיה, לעניין הוראת סעיף 37 לפקודת סדר הדין הפלילי, העתק החומר הדיגיטלי שיצרה המשטרה אינו בגדר "חפץ תפוס" שיש להשיבו בהתאם להוראת הדין הנ"ל כדי לדחות את בקשת המבקש. עם זאת, למעלה מן הצורך, אתייחס לשתי השאלות הנוספות שהועלו בפניי.

ג. האם מעת שהוצאה תעודת חיסיון הדרך היחידה לעיין בחומר החסוי היא במסגרת עתירה לגילוי ראייה ולא ניתן להגיש בקשה להשבת תפוס?

38. שאלה נוספת שלגביה הצדדים חלוקים בענייננו נוגעת ליחס שבין עתירה לגילוי ראייה לבין בקשה



להשבת תפוס. אף אם במקרה הרגיל, ניתן היה לקבל את העתק החומר הדיגיטלי שיצרה המשטרה במסגרת בקשה להשבת תפוס, וכאמור לעיל דעתי היא שאין זה המצב, יש לבחון האם הוצאת תעודת חיסיון שוללת את האפשרות להגיש בקשת להשבת תפוס.

המשיבה סבורה כי משעה שהוצאה תעודת חיסיון הדרך היחידה הפתוחה בפניו של המבקש לקבל לידיו את העתק החומר הדיגיטלי היא במסגרת עתירה לגילוי ראיה חסויה בהתאם להוראות סעיף 45 לפקודת הראיות. לשיטתה של המשיבה, בנסיבות אלו אין להגיש בקשה להשבת תפוס בהיותה "תקיפה עקיפה" של תעודת החיסיון. כאמור לעיל, הערכאות מטה אימצו עמדה זו, בהתבסס על החלטות בית משפט זה בעניין גיל ובעניין אלוג'.³⁹

אכן, ככלל, מעת שהוצאה תעודת חיסיון יש להעלות טענות בדבר היקף תחולת החיסיון רק במסגרת עתירה לגילוי ראיה, כפי שנקבע בפסקי הדין בעניין גיל ובעניין אלוג'. עם זאת, לדעתי, עיון בפסקי הדין הנ"ל מלמד כי אין זה ברור כי ניתן להסיק מהם שגם בנסיבות ענייננו, יש לברר את טענות המבקש רק במסגרת עתירה לגילוי ראיה, ואפרט.

39. אקדים בתיאור קצר של הכרעת בית המשפט בעניין גיל: בעניין זה נדונה, בין היתר, השאלה האם הזכות לערור על החלטה בבקשה לעיון בחומר חקירה, מכוח סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי, חלה אף מקום שבו מניעת זכות העיון נובעת מקיומה של תעודת חיסיון. בית המשפט (מפי השופט א' מצא) השיב בשלילה לשאלה זו. בהתבסס על הוראת סעיף 78 רישה לחוק סדר הדין הפלילי שלפיה "הוראות סעיף 74 אינן חלות על חומר שאי-גילוי מותר או שגילוי אסור לפי כל דין", ועל הוראת סעיף 74(ו) לחוק סדר הדין הפלילי שלפיה "אין בסעיף זה כדי לפגוע בהוראות פרק ג' לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971", קבע בית המשפט כי חומר שהוצא לגביו חיסיון כלל אינו נכלל ב"חומר חקירה" שלגביו קמה לנאשם זכות עיון, וזכות לערור על החלטה בעניין העיון, בהתאם לסעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי. בית המשפט הוסיף וקבע כי:

"בקשה לעיון בחומר חקירה שהוצאה בגינו תעודת חיסיון, אינה אלא עתירה לגילוי ראיה [...] אין בכך כלום, שעתירה לגילוי ראיה אינה מתגדרת בטענה (לפי סעיף 45 סיפה לפקודת הראיות [נוסח חדש]), "כי הצורך לגלותה לשם עשיית צדק עדיף מן הענין שיש לא לגלותה", אלא מעגנת את עצמה בהשגות על סמכותו של השר, או על סבירות החלטתו, להטיל את החיסיון. מעת שהוצאה תעודת חיסיון, הדרך היחידה הפתוחה בפני נאשם המבקש לעיין בחומר שהתעודה אוסרת את מסירתו, היא הגשת עתירה לגילוי הראיה" (שם, פסקה 10).

בהמשך, אגב דיון בטענה כי תעודת חיסיון שהוצאה רק לאחר הגשת כתב האישום בטלה מעיקרה, הוסיף בית המשפט כי: "לדידי, גם בקשה לעיון בחומר חקירה שיש לגביו תעודת חיסיון, הסומכת על



היותה של התעודה בטלה מעיקרה, אף היא בגדר עתירה לגילוי ראיה" (שם, פסקה 11).

לטעמי, ההסתמכות על פסק הדין בעניין גיל, לענייננו, אינה נקיה מספקות, וזאת משני טעמים:

40. ראשית, ייתכן כי קביעת בית המשפט שלפיה מעת שהוצאה תעודת חיסיון הדרך היחידה לעיין בחומר החסוי על ידי תעודת החיסיון היא הגשת עתירה לגילוי ראיה, באה לשלול את האפשרות להגיש בקשה לעיין בחומרי חקירה לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי בלבד, ואין בה קביעה גורפת השוללת הליכים אחרים כגון בקשה להשבת תפוס.

כך, דומה כי הנמקת בית המשפט מבוססת על ההוראות הספציפיות הנוגעות ליחס שבין עיין בחומר חקירה לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי, לבין הסדרי פקודת הראיות בעניין חסיונות. בית המשפט התבסס על הוראות חוק סדר הדין הפלילי המחריגות את זכות העיין לפי סעיף 74 מחומר שאי-גילוי מותר או שגילוי אסור על פי דין, והמכפיפות את זכות העיין להוראות פקודת הראיות בעניין חסיונות (פרק ג' לפקודת הראיות). על סמך הוראות אלו הסיק בית המשפט כי חומר שהוצאה ביחס אליו תעודת חיסיון "אינו נכלל בחומר החקירה שלפי סעיף 74 לחוק העורר זכאי לעיין בו", ומשכך יש לפנות לאפיק של עתירה לגילוי ראיה.

ברם, בעוד בחוק סדר הדין הפלילי קיימות הוראות המכפיפות את זכות העיין בחומר חקירה להוראות החיסיון שבפקודת הראיות, הרי בפקודת סדר הדין הפלילי, בהקשר בקשה לשחרור תפוס, לא קיימת הוראה דומה. האמור מקשה על ההיקש מההסדר החוקי האחד (עיין בחומר חקירה) להסדר החוקי השני (בקשה לשחרור תפוס).

41. שנית, אף אם נקבל את ההיקש מההחלטה בעניין עיין בחומר חקירה לעניין בקשה להשבת תפוס, יש להתחשב בכך כי הקביעה בדבר בלעדיות האפיק של עתירה לגילוי ראיה, אינה עומדת לבדה: בד בבד עם קביעה זו, קבע בית המשפט כי יש לראות בבקשה שהוגשה מכוח סעיף 74, משום עתירה לגילוי ראיה. כך, בית המשפט (מפי השופט א' מצא) קבע כי: "בקשה לעיין בחומר חקירה שהוצאה בגינו תעודת חיסיון, אינה אלא עתירה לגילוי ראיה", וחזר והדגיש כי: "סיווגה של עתירה לגילוי ראיה, בתורת שכזאת, איננו נגזר מן הכותרת המתנוססת בראשה, או מסוג הטענות שעליהן היא נסמכת". גם השופט י' קדמי אשר הצטרף לחוות דעתו של השופט א' מצא, בכפוף להערות המפורטות בחוות דעתו, הדגיש כי יש לדון בבקשה שהוגשה לפי סעיף 74 כאילו הייתה עתירה להסרת חיסיון:

"גם לדידי, בקשה לעיין בחומר חקירה שהוצאה לגבי תעודת חיסיון, משקפת למעשה עתירה להסרת החיסיון, שהרי כל עוד תעודת החיסיון בתוקפה - אין מקום לעיין. בבקשה כזו יש לדון אפוא כאילו



הייתה מלכתחילה עתירה להסרת חיסיון. כך הם פני הדברים כאשר תעודת החיסיון מוצאת לפני הגשת כתב-האישום, וכך הם פני הדברים, כאשר מדובר בתעודת חיסיון שהוצאה במועד מאוחר יותר. הכותרת "בקשה לעיון בחומר חקירה" אינה משנה את אופייה האמיתי של הבקשה" (הערה א' לחוות דעתו של השופט י' קדמי, ההדגשות הוספו, י' כ').

אם כן, אף אם מקבלים את הקביעה לפיה משעה שהוצאה תעודת חיסיון האכסניה הדיונית (היחידה) המתאימה היא עתירה לגילוי ראיה, הרי שעל פניו יש לדון בבקשה להשבת תפוס שהגיש המבקש כאילו הייתה מלכתחילה עתירה להסרת חיסיון.

בהקשר זה, דומני כי יש קושי לאחוז את המקל בשני קצותיו: לקבוע מצד אחד כי כשם שלא ניתן להגיש בקשה לעיון בחומר חקירה אלא יש להעלות את הטענות במסגרת עתירה לגילוי ראיה, כך לא ניתן להגיש בקשה להשבת תפוס; ומצד שני להבחין בין בקשה לעיון בחומר חקירה אשר יש לדון בה כאילו הייתה עתירה לגילוי ראיה, לבין בקשה להשבת תפוס אשר אין לדון בה ככזו. על כן, לכאורה, ככל שיש ללמוד מעניין גיל כי משהוצאה תעודת החיסיון על המבקש להגיש עתירה לגילוי ראיה, הרי שיש לראות בבקשתו של המבקש להשבת תפוס כעתירה לגילוי ראיה.

יוזכר בהקשר זה כי תעודת החיסיון שהוצאה בענייננו הינה תעודת חיסיון לטובת הציבור, מכוח סעיף 45 לפקודת הראיות, ולא תעודת חיסיון לטובת המדינה מכוח סעיף 44 לפקודת הראיות. על כן, את העתירה לגילוי ראיה יש להגיש לבית המשפט הדין בתיק, ולא לבית המשפט העליון, כך שלא מתעורר קושי במישור הסמכות העניינית.

42. כאמור, קביעת הערכאות מטה כי הדרך היחידה הפתוחה בפני המבקש היא עתירה לגילוי ראיה, נסמכת גם על קביעת בית משפט זה בעניין אלוג', שלפיה מקום בו הוצאה תעודת חיסיון, ההליך הנכון לבחון אם חומר מסוים חוסה תחת החיסיון הוא עתירה לגילוי ראיה. אולם לשיטתי גם עיון בהחלטה זו מלמד כי יש קושי להסיק ממנה לענייננו: בעניין אלוג', בדומה לעניין גיל, קביעתו של בית המשפט התבססה על הוראת סעיף 78 לחוק סדר הדין הפלילי המחריגה את זכות העיון שבסעיף 74 לגבי חומר שאי-גילוי מותר או שגילוי אסור לפי כל דין. להוראה זו אין כאמור מקבילה בפקודת סדר הדין הפלילי ביחס לבקשה להשבת תפוס. להשלמת התמונה יצוין כי גם ב-בש"פ 7468/08 חוסין נ' מדינת ישראל (14.9.2028), אליו הפנה בית המשפט בעניין אלוג', מצויה הנמקה דומה.

43. לסיום חלק זה, יש מקום להתלבט, מטעם נוסף, אם יש בפסקי הדין בעניין גיל ובעניין אלוג' כדי להכריע בענייננו: מפסקי דין אלו עולה, על פניו, כי האכסניה המתאימה לבירור שאלות הנוגעות לתוקפה של תעודת חיסיון מסוימת, או להיקף התפרשותה על חומר חקירה מסוים, היא עתירה לגילוי ראיה. בענייננו, לעומת זאת, השאלה העומדת לדיון אינה נוגעת לתעודת החיסיון המסוימת שהוצאה,



ולחייב התפרשותה או לתוקפה, אלא נוגעת למהות המכשיר המשפטי של תעודת חיסיון לטובת הציבור - האם כוחה של תעודת חיסיון זו יפה אף כלפי מבקש החזרת התפוס, אם לאו. יש רגליים לדבר, כי אין הכרח שגם שאלות מסוג זה תתבררנה דווקא במסגרת עתירה לגילוי ראייה.

ד. האם כוחה של תעודת חיסיון לטובת הציבור יפה גם כלפי מבקש החזרת תפוס?

44. אקדים ואזכיר כי הדין בשאלה שבכותרת, בענייננו, נעשה למעלה מן הצורך. עם זאת, משעה שהערכאות מטה קבעו כי כוחה של תעודת חיסיון לטובת הציבור יפה כלפי כולי עלמא (בהתבסס על פרשנות תכליתית להוראות סעיף 45 לפקודת הראיות), ומשכך קבעו כי ניתן לדחות מטעם זה את הבקשה להחזרת תפוס, אבהיר כי לשיטתי דחיית הבקשה להחזרת תפוס על בסיס נימוק זה, אינה נקיה מספקות, ויש בשאלה זו צדדים לכאן ולכאן.
45. מצד אחד, כפי שצינו הערכאות מטה בצדק רב, התכלית הניצבת בבסיס החיסיון - הגנה על עניין ציבורי חשוב שעלול להיפגע מחשיפת הראיות - רלוונטית גם ביחס להשבת חפץ לפי סעיף 37 לפקודת סדר הדין הפלילי, שלא במסגרת הליך משפטי. זאת, כיוון שהחשש כי מסירת המידע החסוי לגורמים אחרים תפגע באינטרס הציבורי קיים הן ביחס למסירת המידע במסגרת ההליך בבית המשפט והן ביחס למסירת המידע למבקש מחוץ לגבולות ההליך המשפטי.
- ניטול לדוגמה מקרה שבו המשטרה תפסה חפץ, אשר לא הוגש כראיה במשפט, והשבתו לבעלים תחשוף מידע קריטי בעניין שיטות ואמצעי פעולה של הרשויות, שלגביו הוצאה תעודת חיסיון. במצב זה (להבדיל מענייננו), אין חולק כי החפץ הוא בגדר "חפץ תפוס" לעניין סעיף 37 לפקודת סדר הדין הפלילי, ומשכך קמה, לכאורה, למשיבה, חובה להשיבו. עם זאת, ברי כי השבת החפץ לבעליו חותרת תחת התכלית שבהגנה על העניין הציבורי שביסוד החיסיון, ומסכלת אותה: התוצאה שלפיה המשיבה חייבת להשיב את החפץ לבעליו, חרף קיומו של החיסיון, פוגעת בעניין הציבורי שביסוד החיסיון ומצדיקה מתן פרשנות מרחיבה לחיסיון, כנטען על ידי המשיבה. כך לעניין הדין **הרצוי**.
46. מנגד, כעניין שבדין **המצוי**, יש קושי מסוים בקביעה כי החיסיון חל גם מחוץ לכותלי בית המשפט, וזאת נוכח מה שנראה כתפיסה הבסיסית למהותם של החסיונות בשיטתנו המשפטית.

נקודת המוצא היא כי מטרתם המרכזית של דיני הראיות היא לשרת את תכלית גילוי האמת הניצבת בליבת מטרת ההליך המשפטי ובשל כך הדין מטיל חובה למסור מידע במסגרת עדות. עם זאת, דיני הראיות מכירים בכך כי ערך גילוי האמת בהליך המשפטי אינו ערך בלעדי, וכי הוא נסוג לעיתים בשל אינטרסים ושיקולים אחרים אשר ראוי להגן עליהם, ובהם ביטחון המדינה, שלום הציבור, וכן שמירה על



סוד-השיח של בעלי מקצוע עם לקוחותיהם (ראו: ענין ההסתדרות המדיצינית, פסקה 5; רע"א 6546/94 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' אזולאי, פ"ד מט(4) 05 (1995); בג"ץ 844/06 אוניברסיטת חיפה נ' עוז, פסקה 9, פ"ד סב(4) 167 (2008); יצחק עמית, חסיונות ואינטרסים מוגנים - הליכי גילוי ועיון במשפט האזרחי והפלילי (2021), עמ' 345-352 (להלן: חסיונות ואינטרסים מוגנים)). במקרים אלו מכיר הדין, במסגרת פקודת הראיות (והפסיקה), בחיסיון כחריג לעיקרון הגילוי בהליך המשפטי, המעניק למעשה פטור מהחובה למסור מידע במסגרת מסירת עדות בבית משפט (ראו: חסיונות ואינטרסים מוגנים, עמ' 407; יעקב קדמי על הראיות - חלק שלישי - הדין בראי הפסיקה, 1007 (2009) (להלן: קדמי); רע"א 6557/20 ערוץ 10 החדש בע"מ נ' שרת התרבות והספורט - ח"כ מירי רגב, פסקה 26 לפסק דינו של השופט סולברג (13.3.2024); רע"פ 751/15 אברג'יל נ' מדינת ישראל, פסקה 16 לפסק דינו של השופט שהם (9.12.2015); רע"פ 761/12 מדינת ישראל נ' מקור ראשון המאוחד (הצופה) בע"מ, פסקה פ"ד לפסק דינו של השופט רובינשטיין (29.11.2012)).

לצד ההכרה בחסיונות, שעניין בנסיגה מסוימת של ערך גילוי האמת בהליך המשפטי (ובהליכים דומים) לשם הגשמת ערכים אחרים, הדין מכיר במצבים מסוימים בהגנה על חשיפת מידע סודי בפני הציבור או בפני צדדים שלישיים, מחוץ להליך המשפטי, באמצעות הטלת חובת סודיות (ראו: רע"א 8943/06 יוחנן נ' סלקום ישראל בע"מ, פסקה 18, פ"ד סג(3) 88 (2009)).

על חשיבות ההבחנה בין סודיות לחיסיון עמד לא אחת בית משפט זה תוך שציין כי הסודיות חלה כלפי כולי עלמא, אף מחוץ לכותלי בית המשפט, ולעומתה החיסיון חל בהליכי משפט וחקירה (עע"מ 452/21 התנועה לחופש המידע נ' משרד ראש הממשלה, פסקה 34 לפסק דינו השופט י' עמית (7.9.2022), להלן: ענין התנועה לחופש המידע; עע"מ 5089/16 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' בנק ישראל, פסקה 8 לפסק דינו של השופט י' עמית (30.5.2018)). אף המלומדים השונים שעסקו בתחום, הבחינו בין חיסיון כחריג לערך גילוי האמת ולחובה להעיד, לבין הסודיות כחריג לעיקרון הפומביות, ועמדו על כך כי החיסיון חל בין כותלי בית המשפט, ואילו חובת הסודיות חלה גם מחוץ לאולם בית המשפט (ראו: לימור זר-גוטמן "חובת הסודיות של עורך הדין וחיסיון עורך דין-לקוח: הגיעה השעה להפרד" הפרקליט מו, א, עמ' 168; עמית, חסיונות ואינטרסים מוגנים, עמ' 407-408, 413; ישגב נקדימון, חיסיון עיתונאי, עמ' 26, ה"ש 16 (2013); אסף הרדוף, חיסיון מרחוק או רחוק מחיסיון? חיסיון עורך-דין וירטואלי, משפט ועסקים יט, 305, עמ' 327-328 (וראו ה"ש 76 שם), תשע"ו (דצמבר 2015)).

על פניו, ההבחנה האמורה, בין חיסיון לבין סודיות, יוצרת קושי מסוים בהרחבת תחולת החיסיון גם מחוץ להליכי חקירה ומשפט, כלפי כולי עלמא, ובכלל זאת כלפי מבקש השבת התפוס.

עם זאת, כפי שצינתי לעיל, נוכח הכרעתי כי בקשה להשבת תפוס אינה אכסניה מתאימה לקבלת



העתק החומר הדיגיטלי שיצרה המשטרה, הרי שאיני נדרש להכריע בשאלה דלעיל, ויש להותירה לעת מצוא.

סוף דבר

47. דין הבקשה למתן רשות לערור להידחות.

ניתנה היום, י"ד כסלו תשפ"ה (15 דצמבר 2024).

יחיאל כשר
שופט