



ע"פ 75519/12/19 - אליצור אטיאס נגד מחלקה לחקירות שוטרים - מח"ש

בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

03 ינואר 2021

ע"פ 75519-12-19 אטיאס נ' מחלקה לחקירות שוטרים - מח"ש

לפני כבוד השופט רם וינוגרד

כבוד השופטת שושנה ליבוביץ

כבוד השופטת תמר בר-אשר

המערער	אליצור אטיאס ע"י ב"כ עו"ד אבשלום גיספאן
נגד המשיבה	מחלקה לחקירות שוטרים - מח"ש ע"י ב"כ עו"ד בתיה קוליץ

פסק דין

1. ערעור על הכרעת הדין מיום 3.7.2019 ועל גזר הדין מיום 20.11.2019 של בית משפט השלום בירושלים (כבוד השופטת ג'ויה סקפה שפירא) בת"פ 37134-10-17.

על-פי הכרעת הדין, הראיה העיקרית שעליה התבססה הרשעת המערער הייתה תוצרי האזנת סתר. השאלה העומדת להכרעה בפסק דין זה היא, אם ניתן היה להרשיע את המערער בעבירות מסוג עוון שבהן הורשע, על יסוד תוצרי האזנת הסתר, לנוכח העובדה שההיתר להאזנת סתר ניתן לגבי עבירות מסוג פשע, השונות במהותן מהעבירות שבהן הורשע.

2. בהכרעת הדין שניתנה לאחר שמיעת ראיות, זוכה המערער מחלק מהעבירות שבהן הואשם והורשע באחרות, כלהלן: בעניין האישום הראשון - המערער הורשע בעבירת מרמה והפרת אמונים (לפי סעיף 284 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, להלן - **חוק העונשין**); בעניין האישום השני - המשיבה חזרה בה מן האישום; בעניין האישום השלישי - המערער זוכה מעבירת איסור תיקון רכב בשטחי הרשות הפלסטינית לפי סעיפים 10(א) ו-18א(ב1)(1) לחוק בהגבלת השימוש ורישום פעולות בחלקי רכב משומשים (מניעת גניבות), תשנ"ח-1998 (להלן - **חוק מניעת גניבות**), והורשע בעבירה של ניסיון שימוש במוצרי תעבורה משומשים לפי סעיף 10(א)5) בנסיבות סעיף 18א(ב) לחוק מניעת גניבות, על-פי העובדות שהוכחו ביחס לאישום זה; בעניין האישום הרביעי - המערער זוכה מעבירת קבלת מידע לפי סעיף 22(א) לחוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א-1981 (להלן - **חוק המרשם הפלילי**); בעניין האישום החמישי -



המערער הורשע בעבירה של קבלת מידע לפי סעיף 22(א) לחוק המרשם הפלילי; בעניין האישום השישי - המערער הורשע בעבירה של קבלת מידע לפי סעיף 22(א) לחוק המרשם הפלילי וזוכה מעבירה של הפרת סודיות, לפי 16 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (להלן - **חוק הגנת הפרטיות**).

בגזר הדין הושתו על המערער ארבעה חודשי מאסר בעבודות שירות וכן מאסרים מותנים.

עיקרי הכרעת הדין

3. במועד הרלוונטי לאישומים היה המערער שוטר במשטרת ישראל, ששימש בתפקיד קצין שטח ומפקד במחסום המנהרות הסמוך לשכונת מלחה ובמחסום עין יעל. מפקדי המחסומים שעשו את פעולות הבידוק היו נתונים למרותו ולהוראותיו.

4. **באישום הראשון** הואשם המערער בכך שבמהלך שנת 2016, על רקע ניסיונו לקדם קשר אישי עם הנאשמת (להלן - **הנאשמת**), הוא סייע לה במספר אירועים להעביר מקורבים במחסום. מבין אותם אירועים שתוארו באישום הראשון, נקבע כי בשלושה אירועים פעל המערער מתוך מטרה לסייע לנאשמת: אירוע כניסת הנאשמת לישראל; אירוע העברת נוסעת חולה לישראל; ואירוע שבו עבר לשטח ישראל אוטובוס עם נוסעים.

לגבי אירוע כניסת הנאשמת (שלה היה אישור כניסה לישראל), נקבע כי נסיבותיו אינן עולות לכדי עבירה פלילית.

בעניין שני האירועים האחרים נקבע, כי אמנם לא הוכח כי לנסעים לא היו היתרי כניסה לישראל, אך למרות זאת, סטיית התנהגות המערער מן השורה באה לידי ביטוי בכך שבשל ניגוד העניינים שבו היה נתון, נמנעו הוא ופקודיו מהפעלת שיקול דעת מקצועי לגבי אותם עוברים. כך מאחר שהסתפקו בהסתמכותם על דברי הנאשמת כי לאותם נוסעים היו היתרי כניסה לישראל. בהתאם לכך, בכל הנוגע לשני אירועים אלו, הורשע המערער בעבירה של מרמה והפרת אמונים.

הראיות העיקריות שעליהן התבססה הרשעה זו היו תוצרי האזנות סתר, שלצדן גם הראיות הבאות: עדותה של הנאשמת, אשר בהיותה שותפה של המערער, טענה חיזוק ולנוכח מסקנות בית המשפט קמא בעניין המשקל שיש להעניק לעדותה, נקבע כי הצריכה "חיזוק מוגבר"; חילופי מסרונים (ביישומן "וואטסאפ") בין המערער לבין הנאשמת; עדות המערער, אשר לגביה קבע בית המשפט, כי "יש בה כדי לחזק במידת מה את ראיות התביעה". בעניין עדויותיהם של שוטרים ששירתו במחסומים והודעות של שוטרים נוספים אשר הוגשו בהסכמה, מבלי שהעידו, נקבע כי רובן היו בגדר עדות שמיעה, ומכל מקום, לא נמצא כי יש בהן כדי לחזק את ראיות התביעה. גם בעניין עדותו של ידיד של הנאשמת נקבע, כי לא ניתן לבסס עליה דבר, בין לחובת המערער ובין לזכותו.

5. **באישום השלישי** הורשע המערער בעבירה של ניסיון שימוש במוצרי תעבורה משומשים לפי חוק מניעת גניבות. על-פי הנטען בכתב האישום, המערער הביא את רכבו ואת רכביהם של אחרים לתיקון במוסך המצוי סמוך למחסום שבו שירת.



בהכרעת הדין נקבע כי לא הוכח שהמוסך מצוי בשטחי האחריות האזרחית הפלסטינית (להלן - **שטחי הרשות**), ומטעם זה זוכה המערער מעבירת מסירת רכב לתיקון בשטחי הרשות. לעומת זאת נקבע, כי המערער ידע או עצם את עיניו לגבי האפשרות שתיקון רכבו במוסך ייעשה באמצעות חלקים משומשים שהובאו משטחי הרשות. לפיכך נקבע כי מעשיו הם בגדר ניסיון לעשיית עבירה של פעולה במוצר תעבורה משומש ובהתאם לכך, הורשע בעבירה זו.

הרשעה זו של המערער מבוססת בעיקר על תוצרי האזנות הסתר. אמנם גם בעל המוסך העיד, אך בעניין עדותו נקבע כי ניתן לה משקל נמוך, ולכן קביעת עובדות על סמך תוכנה אפשרית רק אם תימצא להן תמיכה ממקור נפרד. מקור זה היה תוצרי האזנות הסתר.

6. עניינם של **האישומים החמישי והשישי**, אשר לגביהם הורשע המערער בעבירות לפי חוק המרשם הפלילי, הוא בכך שבדק עבור אחרים מידע הנוגע לפרטי בעלות על כלי רכב, הרשומים במרשם המשטרתי.

הראיות העיקריות שעליהן התבססה הרשעה זו היו תוצרי האזנות הסתר (שיחות טלפון ומסרונים). אמנם העידו גם עדים נוספים, בהם אותם בני משפחת המערער שלהם סייע בבדיקת המידע האמור, אך עדויות אלו בעיקר חיזקו את הראיות העיקריות, אשר כאמור, היו תוצרי האזנות סתר.

7. בהכרעת הדין גם נדחו טענות המערער כי יש לזכותו מטעמי הגנה מן הצדק. את טענתו הנשענת על כך שחלק מהנחקרים המעורבים לא הועמדו לדין, דחה בית המשפט קמא לנוכח השונות בין חלקם של האחרים לבין חלקו של המערער. כך גם קבע כי מאחר שהמערער קיבל לידיו את מלוא חומר החקירה, אין מקום לטענתו בדבר הפגמים לכאורה, שנפלו בכל הנוגע לאופן העברת חומרי החקירה לידי ההגנה.

הדין בערעור - שאלת אפשרות השימוש בתוצרי האזנות הסתר

רקע והצגת השאלה העיקרית שתידון

8. הדיון הראשון בערעור התקיים ביום 23.11.2020. בדיון זה העלנו לראשונה את שאלת אפשרות הרשעת המערער על סמך תוצרי האזנות הסתר, לנוכח העובדה שמלכתחילה ההיתר להאזנת סתר ניתן על יסוד חשד שהמערער עבר עבירות שוחד וגניבת רכב ולשם חקירת עבירות אלו, השונות מאלו שבהן הואשם ושבעניין הורשע. כפי שהטעימה באת-כוח המשיבה, עניין זה אמנם הועלה לראשונה בדיון בערעור וביוזמת בית המשפט (להבדיל מטענות אחרות בעניין קבילות האזנות הסתר, שנכללו בהודעת הערעור). מטעם זה נקבע מועד נוסף לדיון, ביום 28.12.2020, אשר לקראתו הגישה המשיבה את תגובתה בכתב בעניין השאלה האמורה, כמו גם בעניין שתי שאלות נוספות שעלו: השאלה אם די בראיות שהובאו בבית המשפט קמא לשם הרשעת המערער באישום הראשון; מידת פלילות האירועים אשר בקשר אליהם הורשע המערער באישומים החמישי והשישי (אם מלכתחילה לא התאימו להליך משמעותי).

9. עצם העמדת המערער לדין בעבירות שבהן הורשע ובעיקר בעבירות לפי חוק מניעת גניבות (האישום השלישי) ולפי חוק המרשם הפלילי (האישומים החמישי והשישי), והרשעתו בעבירות אלו, נשענה רובה ככולה, כמפורט בתמצית



לעיל, על ראיות שהן פרי של האזנות סתר מכוח צו שהתיר את האזנת הסתר (ת/62). צו זה ניתן לבקשת המשיבה על יסוד חשדות שעלו בעקבות מידע מודיעיני שהתקבל, שלפיו המערער עבר שתי עבירות מסוג פשע במדרג חומרה גבוה: עבירת לקיחת שוחד, שעונשה עשר שנות מאסר (סעיף 290 לחוק העונשין) ועבירה של גניבת רכב, שעונשה שבע שנות מאסר (סעיף 413 לחוק העונשין).

בסופו של דבר לא הואשם המערער בעבירות אשר לגביהן התבקש וניתן הצו המתיר את האזנת הסתר. מכאן שהרשות החוקרת הגיעה לכלל מסקנה כי חשדות אלה לא היו מבוססים דיים. חלף העבירות שבהן נחשד ואשר על יסוד אותן חשדות ניתן הצו המתיר את האזנות הסתר, הואשם המערער והורשע בעבירות מרמה והפרת אמונים, שעונשה המרבי שלוש שנות מאסר (סעיף 284 בחוק העונשין), בעבירה לפי חוק מניעת גניבות, שאף עונשה המרבי הוא שלוש שנות מאסר וכן בעבירה לפי חוק המרשם הפלילי, שעונשה המרבי הוא שנת מאסר. עבירות אלה כולן הן עבירות מסוג עוון ("עבירה שנקבע לה עונש מאסר לתקופה העולה על שלושה חודשים ושאינה עולה על שלוש שנים" - סעיף 24(2) לחוק העונשין).

נסיבות אלו מעלות את השאלה שתידון עתה, אם לנוכח העובדה שההיתר להאזנת סתר ניתן לשם חקירת עבירות שוחד וגניבת רכב (עבירות מסוג פשע), ניתן היה להשתמש בתוצרי האזנת הסתר לשם העמדה לדין והרשעה בעבירות שונות בתכלית (מסוג עוון), שדרגת חומרתן פחותה באופן משמעותי.

דין

10. בחינת שאלות הנוגעות להאזנות סתר, נעשית על יסוד נקודת המוצא שלפיה האזנת סתר היא פגיעה חמורה בפרטיות, בעוד ההגנה על הפרטיות היא בגדר זכות יסוד המעוגנת כיום בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. עוד קודם לחקיקת חוק היסוד נקבע בחוק הגנת הפרטיות כי פגיעה בפרטיות כוללת גם "האזנה האסורה על פי חוק" (סעיף 2(2)), וקביעה זו מצאה דרכה לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בו נקבע כי איסור הפגיעה בפרטיות כולל גם את הכלל שלפיו, "אין פוגעים בסוד שיחו של אדם" (סעיף 7(ד)). על רקע הוראות אלה נקבע, גם בהקשר של האזנת סתר, כי הזכות לפרטיות "היא מהחשובה שבזכויות האדם" (ע"פ 1302/92 **מדינת ישראל נ' נחמיאס**, פ"ד מט(3) 309, 353 (1995); בג"צ 5207/04 **אפל נ' היועץ המשפטי לממשלה**, בפסקה 8 לפסק-הדין (20.5.10)), וכי "הזכות לפרטיות היא מהחשובות שבזכויות האדם בישראל... היא אחת החירויות המעצבות את אופיו של המשטר בישראל כמשטר דמוקרטי" (בג"צ 6824/07 **ד"ר מנאע נ' רשות המסים**, פ"ד סד(2) 479 (2010) בפסקה 34 לפסק-הדין ובאסמכתאות המפורטות שם; ע"א 1697/11 **א. גוטסמן אדריכלות בע"מ נ' ורדי**, בפסקה 12 לפסק-הדין (23.1.13); והשוו רע"פ 1492/19 **מזרחי נ' מדינת ישראל**, בפסקה 8 להחלטה (16.4.20)). בעת שזכות חוקתית זו מתנגשת בזכויות מוגנות אחרות, יש להקפיד על כך שכל פגיעה בה תיעשה במידתית (ראו בהרחבה בג"צ 5870/14 **חשבים ה.פ.ס. מידע עסקי בע"מ נ' הנהלת בתי המשפט** (12.11.15)) ומתוך שאיפה לפגיעה ש"היא המינימאלית ההכרחית" (בע"מ 6169/17 **פלונית נ' פלוני**, בפסקה 13 להחלטה (14.9.17)).

רציונלים אלה עמדו בבסיס הצעת החוק בעניין חוק האזנת סתר, התשל"ט-1979 (להלן - **חוק האזנת סתר**), שהובאה לשולחן הכנסת בטרם נחקקו חוק הגנת הפרטיות וחוק היסוד. כך, בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר כי "מטרתו של החוק המוצע היא מצד אחד לתת בסיס משפטי איתן להגנת הפרט מפני התערבות בצנעתו על-ידי האזנה לשיחותיו ללא



ידיעתו ולהבטיח את ההגנה על ידי הוראה המענישה האזנה אסורה, ומן הצד השני להסדיר את ההליכים להאזנה כשזו מחויבת מטעמים של בטחון המדינה או מטעמים של מניעת עבירות וגילוי עבריינים" (מתוך המבוא לדברי ההסבר של הצעת חוק דיני העונשין (האזנת סתר), התשל"ח-1978, ה"ח תשל"ח מס' 1362, 31.7.1978, עמ' 301 (להלן - **הצעת חוק האזנת סתר**)).

11. בנוסח המקורי של חוק האזנת נקבע כי הסמכות להתיר האזנת סתר תינתן לנשיא בית המשפט המחוזי או לנשיא התורן, אשר יהיה רשאי להתיר האזנת סתר לבקשת קצין משטרה מוסמך, "אם שוכנע שהדבר דרוש **למניעת עבירות או גילוי עבריינים**" (סעיף 6(א) בנוסח המקורי של חוק האזנת סתר. ראו גם את דברי ההסבר בהצעת החוק). הוראה זו עברה שינוי של ממש במסגרת תיקון מס' 1 לחוק האזנת סתר, משנת 1995, אשר כלל מספר תיקונים מהותיים להסדרים הקבועים בחוק (ס"ח תשנ"ה מס' 1517, 11.4.1995, עמ' 180; ה"ח תשנ"ד מס' 2292, 13.7.1994, עמ' 544 (להלן - **הצעת התיקון לחוק**)). התיקונים הנוגעים לענייננו נוספו בסעיפים 6 ו-13:

בסעיף 6(א) ו-6(ב) בחוק, בענין מתן היתר האזנת סתר, אשר לפיו הסמכות למתן היתר להאזנת סתר הוקנתה לנשיא בית המשפט המחוזי או לסגנו שהוסמך לכך, נקבע כי הבקשה תהיה לבקשת קצין משטרה מוסמך, על-פי טופס מיוחד שנקבע לשם כך, וכי היתר להאזנת סתר יינתן אם הנשיא או סגנו "שוכנע, לאחר ששקל את מידת הפגיעה בפרטיות, שהדבר דרוש לגילוי, לחקירה או למניעה של עבירות מסוג **פשע**, או לגילוי או לתפיסה של עבריינים שעברו **עבירות כאמור**, או לחקירה לצרכי חילוט רכוש הקשור בעבירה שהיא **פשע**".

כפי שהוסבר בהצעת התיקון לחוק, תכלית התיקון שהוצע והתקבל היה "לצמצם את האפשרות לעשות שימוש בהאזנת סתר בחקירות פליליות של עבירות פשע בלבד. השיקול של חומרת העבירה מצדיק את השימוש בכלי חקירתי בעייתי זה" (דברי ההסבר לסעיף 6(1) בהצעת התיקון לחוק). בעוד שקודם לתיקון ניתן היה להתיר האזנת סתר בעניין כל עבירה, לאחר התיקון הוגבלה אפשרות מתן צו המתיר האזנת סתר רק בעניין עבירות מסוג פשע. כך גם נוספה ההוראה המחייבת לשקול את מידת הפגיעה בפרטיות.

בסעיף 13, שעניינו קבילות תוצרי האזנות סתר, נוסף סעיף 13(ג), הקובע כי "דברים שנקלטו כדין בדרך האזנת סתר יהיו קבילים כראיה בהליך פלילי להוכחת **כל עבירה**". בדברי ההסבר של הצעת התיקון לחוק הוסבר, כי "למען הסר ספק מוצע להבהיר שדברים שנקלטו בדרך של האזנת סתר כדין יהיו קבילים כראיה בהליך פלילי **להוכחת כל עבירה, ולא רק להוכחת פשע**" (דברי ההסבר לסעיף 11(3) בהצעת התיקון לחוק; ההדגשות הוספו).

מכל האמור עולה אפוא, כי על-פי התיקון לחוק, צו המתיר האזנת סתר יינתן רק בקשר לעבירות מסוג פשע. כך לשם חקירה, למניעת עבירה, לגילוי או תפיסת עבריינים או לחקירה לצרכי חילוט רכוש (סעיף 6(א)). עם זאת, תוצרי האזנת סתר שנעשתה כדין מכוח צו המתיר את האזנת סתר, יהיו קבילים להוכחת "כל עבירה" (סעיף 13(ג)), כאשר בדברי ההסבר נאמר כי הכוונה היא "ולא רק להוכחת פשע". לנוכח הוראות אלו, עולה שאלת משמעות הצירוף "**כל עבירה**", בסעיף 13(ג).



12. סוגית פרשנות הוראת סעיף 13(ג1) לחוק נדונה בעניין ע"פ 10532/09 **סמהדאן נ' מדינת ישראל** (5.8.2010) (להלן - עניין **סמהדאן**), אשר בקשה לדיון נוסף בעניינו נדחתה בדנ"פ 6143/10 **סמהדאן נ' מדינת ישראל** (28.10.2010) (להלן - דנ"פ **סמהדאן**). כפי שיובהר להלן, בעניין זה אומצה הפרשנות שלפיה ניתן יהיה לעשות שימוש בתוצרי האזנת סתר שנעשתה כדיון, רק לצורך הוכחת עבירות מסוג פשע.

בעניין **סמהדאן** נדון מקרה שבו על רקע חקירת פרשת רצח, ניתן היתר להאזנות סתר הקשורות לפרשה בקשר ל"עבירות מסוג פשע". במועד מאוחר יותר, ניתן לבקשת המשטרה "צו הרחבה" להיתר להאזנת הסתר שניתן, שעל-פיו הורחב ההיתר להאזנות הסתר גם לעבירות סמים. בנסיבות אלו נקבע בפסק הדין, כי מאחר שהצו המקורי שניתן בעניין "עבירות מסוג פשע" לא הוגבל לנושאי החקירה, ההיתר שניתן כלל גם היתר להאזנת סתר בעניין עבירות הסמים. לפיכך נקבע, כי כלל לא נדרש צו הרחבה להיתר המקורי, וכי צו זה התבקש מעבר לנדרש ומטעמי זהירות בלבד. עוד נקבע, כי לנוכח הוראת סעיף 13(ג1) והדברים שנאמרו בדברי ההסבר לסעיף זה (שצוטטו לעיל), "הנחת המחוקק הייתה שגם כאשר ההיתר להאזנת סתר התבקש לגבי עניין אחר, הרי **שכאשר מדובר בעבירות מסוג פשע**, קיומו של היתר מכשיר קבילותן של האזנות הסתר כראיות - באין מגבלה בצו המתיר - אף בלא צו נוסף מבית המשפט" (כבוד השופט [כתוארה אז] מ' נאור, בפסקה 9 לפסק-הדין). יודגש שהן העבירה המקורית הן העבירה החלופית היו עבירות מסוג פשע, ומכאן טיב ההכרעה שנעשתה לגוף העניין.

על פסק-הדין בעניין **סמהדאן** הוגשה בקשה לדיון נוסף. בהחלטתו בדנ"פ **סמהדאן** קבע כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין כי לנוכח הנסיבות באותו עניין, "ניתן היה, לכאורה, להסתפק בהוראת סעיף 13(ג1) לחוק האזנות סתר בכדי להשתמש בהאזנות סתר ותמלולן שהוקלטו מכוח צו שניתן לגבי עבירה פלוגית, ואשר במהלך ההאזנה התגלה עבירה אלמונית, אם היא מסוג **פשע** - אף בלא צו נוסף" (ההדגשה במקור). כך כאמור, מהטעם שההיתר המקורי להאזנת הסתר שניתן באותו עניין, היתר האזנת סתר בקשר לכל עבירה מסוג פשע. לפיכך נקבע, כי מאחר שהצו המקורי באותו עניין ניתן כדיון, הרי שדברים שנקלטו מכוחו, "גם אם לא לשמם ניתן הצו המתיר את האזנת הסתר, יהיו, כמאמר סעיף 13(ג1) ... 'קבילים כראיה בהליך הפלילי להוכחת כל עבירה'".

מכאן שהאמירה בסעיף 13(ג1) לחוק, שלפיה ניתן להשתמש בתוצרי האזנת הסתר "להוכחת כל עבירה", פורשה על ידי כבוד המשנה לנשיאה ריבלין ככזו המאפשרת שימוש רק לצורך עבירה "מסוג **פשע**" ללא צו נוסף.

13. המשיבה, שהופנתה לאמירה זו של כבוד המשנה לנשיאה ריבלין, טענה כי מדובר ב"אמרת אגב" וכי אין להעניק לה משקל. אנו סבורים אחרת. אמירה זו הייתה חלק משמעותי מההנמקה מדוע אין מקום להיעתר לבקשה לדיון נוסף. כמו כן, **ההדגשה** שלפיה ניתן להשתמש בתוצרי האזנת הסתר רק לעבירה "מסוג **פשע**" בוודאי שאינה מקרית. נעיר כי בטיעונה מבקשת המשיבה לשכנע, כי כבוד המשנה לנשיאה לא דק פורתא בהבנת ההנמקה שעמדה בבסיס פסק-הדין בעניין **סמהדאן**. דומה, כי דווקא המשיבה לא דייקה בפרשנות פסק הדין בעניין **סמהדאן** וכי דווקא הפרשנות שניתנה בדיון הנוסף בעניין זה, היא זו העולה בקנה אחד עם רוח החוק ועם כוונת המחוקק להעלות על נס את זכות האדם לפרטיות, כפי שזו באה לידי ביטוי הן בחוק הגנת הפרטיות ובחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הן בדיונים בוועדות הכנסת.



14. שאלת פרשנות סעיף 13(ג1) לחוק האזנת סתר נדונה במרוצת השנים במספר פסקי-דין והחלטות של בתי המשפט. כך, בת"פ (שלום י-ם) 30558-10-15 **מדינת ישראל נ' כהן** (כבוד השופט א' גורדון, החלטה בעניין האזנות סתר מיום 10.1.2016, הכרעת דין מיום 26.3.2016), נקבע כי ניתן היה להרשיע את הנאשם בעבירות איזונים שעבר כלפי שוטרים במסגרת שיחות שנקלטו בהאזנות סתר, הגם שההיתר להאזנת סתר ניתן לעניין עבירות ניסיון רצח, עבירות נשק, סחר וייבוא סמים וקשירת קשר (הערעור נדחה ובמסגרתו גם אושרה ההחלטה בעניין תוצרי האזנות הסתר: ע"פ (מחוזי י-ם) 6338-06-16 **כהן נ' מדינת ישראל** (17.7.2016)). לקביעות דומות ראו עמ"ת (י-ם) 40724-10-15 **מדינת ישראל נ' כהן** (26.10.15) [בגדרה לא נזכרה ההחלטה בדנ"פ **סמהדאן**] וההחלטה בת"פ (רמלה) 9852-09-20 **מדינת ישראל נ' אל גרושי** (17.12.20) [שהפנתה להחלטה בדנ"פ **סמהדאן**, אך לא לאמירה שנזכרה לעיל].

פרשנות דומה הועלתה בע"פ 4757-09-12 (מחוזי חיפה) **דהן נ' מדינת ישראל** (21.3.2013) (כבוד השופטת ת' שרון-נתנאל, בהסכמת השופטים ע' גרשון וא' קיסרי). בעניין זה, ההיתר להאזנות סתר ניתן לגבי "הפרשיות הנחקרות", אשר על-פי נוסח הבקשה כללו עבירות ייבוא סמים, הברחת נכסים וקשירת קשר לפשע. בסופו של דבר, ההרשעה על סמך תוצרי האזנות הסתר הייתה בעבירות של החזקת סמים. אלא שבאותו עניין הסתייג בית המשפט המחוזי מקביעה זו, תוך שהוא מפנה לקביעות כבוד המשנה לנשיאה ריבלין שנזכרו לעיל ומציין כי "דומה, איפוא, שיש בהחלט מקום למחשבה ולדין בשאלה, שמא, האמירה בסעיף 13(ג1) לחוק, לפיה הדברים יהיו קבילים כראיה להוכחת כל עבירה, נכון יהיה לפרש את הדברים באופן מצומצם ולקבוע, כי התרת שימוש בתוצרי האזנת סתר לגבי עבירות שאינן פשע, היינו - עבירות מסוג עוון וחטא, אינה עולה בקנה אחד עם האיזון הנדרש בין צנעת הפרט ובין הערך של הגנה על שלום הציבור" (פסקה 21 לפסק-הדין).

למסקנה הפוכה הגיע בית המשפט המחוזי בתל-אביב בת"פ (מחוזי תל-אביב) 43256-08-10 **מדינת ישראל נ' לוי** (החלטת כבוד השופט צ' גורפינקל מיום 16.1.2011). נקבע כי לא ניתן להשתמש בתוצרי האזנת סתר לשם הרשעת הנאשם בעבירה שונה מהעבירה שלשם חקירתה ניתן היתר האזנת הסתר. ההיתר ניתן בקשר לעבירות ניסיון רצח, ניסיון שימוש בחומר נפיץ, קשירת קשר לפשע וחבלה בכוונה מחמירה, בעוד כתב האישום הוגש בעניין עבירה של סחיטה באיומים והפרת הוראה חוקית. באותו עניין נקבע, כי מעת שנתגלו עבירות אחרות, חלה חובה לפנות לבית המשפט לקבלת צו הרחבה להיתר האזנת הסתר שניתן, באופן שיאפשר לבית המשפט לשקול, "אם העבירות הנוספות שיתגלו מצדיקות לתת הרחבה או אינן מצדיקות זאת, ואין אפשרות להסתמך על הפיסקה הכללית של 'מניעת פשע' על מנת להכשיר בדיעבד האזנות סתר מסוג כלשהו". הודגש כי, "האזנת סתר הינה חריג לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, ויש להשתמש בזהירות כאשר מבקשים להציגה בבית המשפט. לאחר שסוג העבירות המיוחסות לנאשם בתיק זה שונה לחלוטין מסוג העבירות בגין נתבקשו האזנות סתר, לא ניתן יהיה להגיש את האזנות סתר עצמן כראיה לבית המשפט".

15. כאמור, אנו סבורים שיש מקום למתן פרשנות מצמצמת להוראת סעיף 13(ג1) לחוק האזנת סתר, בדומה לקביעתו של כבוד המשנה לנשיאה ריבלין. מסקנה זו עולה בקנה אחד גם עם הרקע החקיקתי לתיקון לחוק האזנת סתר, שבא לידי ביטוי בהדגשת חשיבות הזכות לפרטיות בחקיקה שקדמה לו, ולדיונים בוועדות הכנסת שסבו כולם את סוגיית "פירות העץ המורעל" והרצון להקטין, עד כמה שניתן, את הפגיעה בפרטיות.



עיון בדברי הכנסת מעלה כי בעת שהוצגו "ההוראות המרכזיות" שבתיקון לחוק עובר לקריאה הראשונה, לא הוצג כלל התיקון שבסעיף 13(ג1) לחוק. הדגש בדיונים הנוגעים לתיקון החוק ניתן לאיזון הנדרש בין הפגיעה בפרטיות לבין פגיעה חמורה אפשרית בציבור, איזון שמצא ביטוי בקביעה שלפיה ניתן יהיה לאשר שימוש בהאזנה לא חוקית רק במקרים חמורים של פשע (ראו הצגת החוק על ידי השר דוד ליבאי, דברי הכנסת, פרוטוקול ישיבה 247 של הכנסת השלוש-עשרה, מיום 26.7.1994, בעמ' 221-227). הוראת סעיף 13 לחוק לא נדונה כמעט, למעט הסתייגותו של ח"כ אליעזר זנדברג מהאפשרות כי תיקון סעיף 13 לחוק עלול ליצור "פיתוי לחוקרים לבצע האזנות סתר" לא חוקיות, בשל האפשרות כי אלה תאושרנה בסופו של יום על ידי בתי המשפט, וכי הדבר יוביל להסגה לאחר של חירויות הפרט ולפגיעה חמורה בזכויות הפרט" (שם, בעמ' 251).

בדיון לקראת הקריאה השנייה והשלישית של התיקון המוצע, הבהיר יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט, ח"כ דדי צוקר, כי "יש לעתים, לדאבוננו ולהוותנו, צורך לפגוע בסוד שיחו של אדם ובצנעת חייו ובפרטיותו, כדי לפענח, למשל, עסקת סמים גדולה... יש טעם לעתים לפגוע בפרטיותו של אדם כדי לפגוע בעברייני כבד המטיל חתתו וסכנתו על קהילה גדולה. זה איזון נאות" (דברי הכנסת, פרוטוקול ישיבה 333 של הכנסת השלוש-עשרה, מיום 4.4.1995, בעמ' 158 לפרוטוקול). בישיבה שניה זו לא הועלו הסתייגויות כלשהן הנוגעות לתיקונים המוצעים בסעיף 13 לחוק.

באף לא אחת מהישיבות נדונה במפורש שאלת השימוש בתוצרי האזנה שנעשתה כדין, לאחר שבוצע "האיזון הנאות" בין החומרה המופלגת הנשקפת מהעברייני לבין זכותו לפרטיות. מכאן שדברי ההסבר שנזכרו לעיל לא שימשו בסיס לשיח פרלמנטרי, והם משקפים אך את עמדת מנסחם.

הדיונים בוועדות הכנסת מצביעים על חשש המחוקק מפני הפגיעה החמורה בזכותו של אדם לפרטיות, הנתפסת כחלק מאגד זכויותיו לחירות הפרט, כאחת "מהחשובות שבזכויות האדם בישראל" וכ"אחת החירויות המעצבות את אופיו של המשטר בישראל כמשטר דמוקרטי". תפיסה זו, העולה ובוקעת מהדיונים, מתיישבת גם על הרקע החקיקתי לשוניים בחוק. היא תומכת בפרשנות שלפיה שעה שניתנה האפשרות להאזין לשיחו ורבעו של מי שנחשד בהיותו "עברייני כבד המטיל חתתו וסכנתו על קהילה גדולה", ניתן לפגוע בפרטיותו ואף בחירותו. לא נובעת מכאן ההנחה כי כל מי שנחשד בהיותו עברייני שביצע פשע כלשהו (דהינו: כל עבירה שהעונש בצידה עולה על שלוש שנים), חשוף לכך שתוצרי האזנת הסתר - שהושגו תוך פגיעה קשה בפרטיותו - יוכלו לשמש לכל עבירה שהיא, לרבות עבירה שדרגת חומרתה פחותה.

פסיעה בעקבות הפרשנות המוצעת על ידי המשיבה תביא למסקנה כי ניתן היה לכלול בכתב האישום נגד המערער גם עבירות של חניה שלא כדין, אילו נמצא בתמלול האזנת הסתר כי הודה לפני בן-שיחו כי חנה ליד חנות ללא תשלום עבור החניה, או כל עבירה קלה אחרת. פרשנות מעין זו סוטה, לשיטתנו, סטייה של ממש מהאיזון הראוי שראה המחוקק לנגד עיניו. נראה כי לנוכח טיב הפגיעה בזכויות הנאשם, העולה כדי "פסילה ערכית מהותית" (השוו, אסף הרדוף "רעיון בלתי קביל, אמת לא-נוחה: פסילת ראיות בגין אופן השגתן" **משפט וממשל** כ 141, 148-149, 185-186 (התשע"ט)), אין לאפשר תוצאה מעין זו. נראה אפוא, כי איזון זה אף אומץ בדנ"פ **סמהדאן**.

16. לכל האמור לעיל ניתן להוסיף את הפרקטיקה שאימצה המשטרה, המחייבת הוצאת צו הרחבה להאזנת הסתר לצורך הכללת עבירות נוספות בצו. לשיטתנו, אף אם לא תתקבל הפרשנות שלפיה הוראת סעיף 13(ג1) לחוק מונעת



את השימוש בתוצרי ההאזנה לעבירות שאינן בגדר "פשע", נראה כי בהיעדר "צו הרחבה", המשיבה הייתה מנועה משימוש בתוצרי האזנת הסתר במקרה דנא.

סוגייה זו נדונה בעניין **סמהדאן**. בהקשר זה נזכרה ההתנהלות הנהוגה בכל הנוגע להוצאת צו הרחבה לצו המתיר האזנת סתר, אשר נכון להיום אינה מעוגנת בחוק. כאמור שם (עניין **סמהדאן**, פסקאות 10-12), בעקבות פסק הדין בבג"ץ 10243/03 **ארדן נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נט(2) 306 (2004) (המכונה "**פרשת מזרחי**"), אשר במסגרתו נדונה סוגיית המגבלות המוטלות בצווי היתר להאזנות סתר, המגבילות את האזנת הסתר לנושאי החקירות בלבד, הוקם צוות ברשות המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, עורכת הדין לבנת משיח, לשם הפקת לקחים בכל הנוגע להאזנות סתר. אחת מהמלצות הצוות הייתה, כי בבקשה למתן היתר האזנת סתר יפורטו העבירות אשר לגביהן מבוקש ההיתר וכי ככלל, למעט מקרים חריגים אשר יחייבו הנמקה מיוחדת, לא תתבקש האזנת סתר הנוקטת לשון כללית (דו"ח צוות הבדיקה בנושא האזנות סתר, אפריל 2005, חלק ה(2)).

בעקבות הדו"ח הוגשו מטעם הממשלה שתי הצעות חוק, דומות בעיקרן, לתיקון חוק האזנת סתר (הצעת חוק האזנת סתר (תיקון מס' 5), התשס"ח-2008 (ה"ח התשס"ח מס' 397, 1.7.2008, עמ' 652); הצעת חוק האזנת סתר (תיקון מס' 6), התש"ע-2009 (ה"ח התשס"ח מס' 455, 13.10.2009, עמ' 10)). בהצעה המאוחרת הוצע לעגן בחוק את הנוהג של קבלת צו הרחבה להיתר להאזנת סתר. בהתאם להצעה זו, אם תוצרי האזנת הסתר כוללים שיחות שבהן דברים אשר "דרושים לגילוי לחקירה או למניעה של עבירות, או לגילוי או לתפיסה של עבריינים, או לחקירה לצורכי חילוט רכוש הקשור בעבירה", כי אז קצין משטרה בדרגת סגן ניצב ומעלה יהיה רשאי לבקש את הרחבת הצו המקורי המתיר את האזנות הסתר (סעיף 77 המוצע). בדברי ההסבר הובהר, כי הצורך לעגן את הנוהג הקיים של קבלת צו הרחבה להיתר המקורי שניתן, נובע מכך שנכון להיום "מידע זה אינו מותר בתמלול לפי המגבלות המנויות בהיתר שמכוחו מבוצעת ההאזנה" (דברי ההסבר לסעיף 77 המוצע (סעיף 5 בהצעת החוק)).

קיומה של אותה פרקטיקה נזכר גם בהחלטה בדנ"פ **סמהדאן**, תוך קביעה שהסטייה ממנה אינה שוללת את חוקיות האזנת הסתר וכי "הרשות החוקרת הטילה על עצמה מגבלות חמורות יותר מן הנדרש ממנה על ידי המחוקק" (פסקה 7 להחלטה). אלא שדברים אלה נאמרו בהקשר ל"הרחבה" מעבירת פשע אחת לרעותה.

אף אם ניתן היה לסבור שאפשר להשתמש בתוצרי האזנת הסתר ל"כל עבירה", היה הדבר כפוף לכך שהרשות החוקרת תנקוט, למצער, הגשת בקשה ברורה ומפורשת בהקשר זה. שעה שמדובר ב"הרחבה" שעניינה **בשינוי מדרג מהותי**, מתוך רצון לעשות שימוש בתוצרי ההאזנה גם לעבירות שהן מסוג עוון בלבד, חייב הדבר לא רק הגשת בקשה לצו הרחבה, אלא מתן הבהרה ברורה וחד משמעית לבית המשפט המחוזי האמון על מתן ההיתר, כי המשיבה מבקשת להשתמש בתוצרי ההאזנה לכל עבירה שתתגלה מהם. הדבר לא נעשה, ויש בכך משום סטייה מדרך ההתנהלות הראויה של הרשות החוקרת באופן הגורם לפגיעה מהותית בזכויות הנאשם. גם מטעם זה איננו סבורים שיש לאפשר את השימוש בתוצרי האזנת הסתר.

מהכלל אל המקרה הנדון



17. בענייננו וכאמור, ניתן היתר להאזנת סתר בקשר לעבירות מסוג פשע של לקיחת שוחד ושל גניבת רכב. בסופו של דבר המערער כלל לא הואשם בעבירות אלו, אלא הואשם בעבירות מסוג עוון, בעוד תוצרי האזנות הסתר היו הראיה היחידה או למצער העיקרית, שעל יסודה הורשע. אף אין מחלוקת על כך שלא התבקש צו הרחבה, אשר יתיר את השימוש בתוצרי האזנת הסתר לשם הרשעת המערער בעבירות שבהן הורשע. בנסיבות אלו, ולנוכח המסקנה שאלה הגענו לעיל, אנו סבורים שלא ניתן היה להסתמך על תוצרי האזנת הסתר לשם הרשעתו בעבירות מסוג עוון שלפיהן הואשם בסופו של דבר.

לנוכח הפגיעה המשמעותית בפרטיות, העומדת בניגוד לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, יש אפוא, לפרש את הצירוף "כל עבירה" שבסעיף 13(ג1) בצמצום. בהתאם לכך, תוצרי האזנת סתר מכוח צו המתיר האזנת סתר, יהיו קבילים כראיה להוכחת כל עבירה מסוג פשע. נראה כי פירוש אחר, שלפיו תוצרי האזנת סתר מכוח צו המתיר זאת, יאפשרו הרשעה בכל עבירה, לרבות עבירה קלה בהרבה (דוגמת עבירה מסוג עוון), שאינה קשורה לעבירה אשר בקשר אליה התבקש ההיתר להאזנת סתר, יחטא לעיקרון שלפיו בדרך כלל, צו המתיר האזנת סתר ינתן רק בקשר לעבירה מסוג פשע ורק לאחר שבית המשפט איזן בין "מידת הפגיעה בפרטיות" לבין הצורך בגילוי עבירות חמורות (כמתחייב מסעיף 6 בחוק האזנת סתר).

סיכום ותוצאה

18. הרשעת המערער בכל האישומים נסמכה בעיקרה וכמפורט לעיל, על תוצרי האזנות הסתר. בלעדיהם, כך עולה מהכרעת הדין של בית המשפט קמא, לא היה המערער מורשע בעבירות שבהן הורשע.

לכך אף מצטרף קושי נוסף הנוגע להרשעת המערער בעבירות לפי חוק מניעת גניבות ולהרשעתו לפי חוק המרשם הפלילי. מבדיקה שערכנו וככל שידיעתנו מגעת, מאז נחקק חוק מניעת גניבות בשנת 1998, היו שניים או שלושה מקרים בלבד של הרשעות בעבירות לפי חוק זה. בדומה, הרשעה בהליך פלילי בעבירה לפי חוק המרשם הפלילי - בשונה מהרשעה בהליך משמעתי - נדירה עוד יותר (לא מצאנו מקרה נוסף של הרשעה בהליך פלילי). נדירות המקרים שבהם מועמדים לדין בשל העבירות האמורות, ועל אחת כמה וכמה במקום שבו העמדת המערער לדין בעבירות האמורות והרשעתו בהן נסמכה על תוצרי היתר להאזנות סתר, אשר ניתן רק בעניין עבירות שונות, עבירות מסוג פשע החמורות בהרבה (שוחד וגניבת רכב), מצדיקות אף את זיכוי המערער מחמת הגנה מן הצדק.

19. תוצאת הדברים היא אפוא, כי ראינו לנכון לבטל את הכרעת הדין של בית המשפט קמא ולזכות את המערער מהעבירות שבהן הורשע. לפיכך אנו מקבלים את הערעור ומורים על זיכוי המערער מהעבירות שבהן הורשע.

המזכירות תשלח העתק מפסק-הדין לב"כ הצדדים.

ניתן היום, י"ט בטבת התשפ"א, 3 בינואר 2021, בהעדר.

תמר בר-אשר, שופטת

**שושנה ליבוביץ,
שופטת**

רם וינוגרד, שופט

עמוד 10

