



ק"פ 12019/09/16 - רמפל סלולר סטוקמרקט בע"מ נגד טיבריו לוי, יהושע לבנברג, מונדאו דיאמונדס בע"מ

בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ק"פ 12019-09-16 רמפל סלולר סטוקמרקט בע"מ נ' לוי ואח'
לפני כבוד השופטת נעה תבור
הקובלת:
נגד
הנאשמים:
1. טיבריו לוי
2. יהושע לבנברג
3. מונדאו דיאמונדס בע"מ ע"י ב"כ עו"ד יורם סגי-זקס

פסק - דין

בפתח הדברים וכמצוות סעיף 182 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, אני מודיעה על זיכויים של הנאשמים.

הקובלנה

1. הקובלת היא חברה לסחר בינלאומי ובתקופה הרלוונטית לכתב הקובלנה היה עיקר עיסוקה באיתור ביקוש והיצע של מכשירים סלולריים על ידי קונים וספקים סיטונאים ותיווך בין הצדדים לעסקאות מכירת מכשירים סלולריים וציוד נלווה. בעת ביצוע העסקה רק הקובלת יודעת מיהו המוכר ומיהו הקונה מבלי שהצדדים יודעים זה על זהותו של זה. רווחיה של הקובלת מקורם בהפרש המחירים בין הקנייה מהספק למחיר המכירה לקונה. על פי האמור בכתב הקובלנה נאספו לאורך השנים בעמל רב סודות מקצועיים הכוללים רשימת אנשי קשר של ספקים וקונים אמינים, מידע בדבר עסקאות לרבות היצע וביקוש בזמן אמת וכן תפסים ומסמכים משפטיים ייעודיים לאותן עסקאות.
2. נאשם 1 (טיבריו - **טיבי לוי**) היה עובד של הקובלת למעלה משש שנים עד נובמבר 2010. הנאשם שימש סוכן מכירות בכיר והיה אחראי על פעילות הקובלת במזרח אירופה.
3. הקובלת טוענת כי בשנת 2010 החליט נאשם 2 (**יהושע לבנברג**), שעד אז עסק בתחום היהלומים, להרחיב את עסקיו לתחום הסלולר וזאת באמצעות נאשמת 3 (**חברת מונדיאו דיאמונדס בע"מ**) שהיתה בבעלותו הבלעדית. נטען כי במחצית השניה של שנת 2010, בעודו מועסק על ידי הקובלת העביר נאשם 1 לנאשם 2 מידע עסקי סודי של הקובלת במסרונים ובהודעות דואר אלקטרוני. כן נטען כי במהלך התקופה הרלוונטית פנה נאשם 2 פעמים רבות לנאשם 1 ושידל אותו להעביר אליו מידע סודי על עסקי הקובלת.
4. ביום 06.09.16 הגישה הקובלת (**חברת רמפל סלולר סטוק מרקט בע"מ**) קובלנה פלילית נגד שלושת הנאשמים. כתב הקובלנה ייחס לשלושה עבירה של גילוי מידע סודי מקצועי לפי סעיף 496 לחוק העונשין תשל"ז-1977.



5. ביום 02.01.17 בטרם הקראה, תוקן כתב הקובלנה כך שלנאשמים 2 ו-3 יוחס שידול של נאשם 1 לאותה עבירה וביצוע בצוותא עמו.

ההליכים המקדמיים והתשובה לכתב הקובלנה

6. קודם למתן תשובה לכתב הקובלנה העלו הנאשמים טענת התיישנות אך זו נדחתה בהחלטה מיום 31.01.17 בה קבעתי כי הקובלנה הוגשה ביום האחרון טרם התיישנות.
7. בשלב זה העלה הסנגור טענת הגנה מן הצדק. לב הטענה הוא כי הקובלת מנהלת מסע רדיפה ונקמה כלפי הנאשמים בשל תחרות מקצועית ביניהם. ביטוי לכך מצא בשיהוי הניכר ובכך שהקובלנה הוגשה כחודשיים לאחר שנאשם 2 שילם לקובלת פיצוי בסך 550,000 ₪ בעקבות הליך אזרחי באותו עניין. כן ציין כי מדובר בקובלנה שהוגשה לאחר שתיק החקירה נגנז על ידי הפרקליטות וערר על הסגירה נדחה (ראו פירוט הטענות בישיבה מתאריך 07.09.17 ובקשות לביטול הקובלנה).
8. לגופה של הקובלנה, טען הסנגור שלא ניתן להגישה בגין עבירות נגזרות של שידול וביצוע בצוותא וכן שלא ניתן לייחס לנאשמים 2 ו-3 גילוי סוד מקצועי מאחר ושני אלו לא היו עובדים של הקובלת. בנוסף טען שלא מדובר בסוד מקצועי אלא במידע שניתן להשיג באינטרנט. הסנגור הוסיף והרחיב כי הראיות המבססות את הקובלנה הושגו בדרך פסולה, תוך ביצוע האזנת סתר ועל כן אין קבילות. בסיכומים חזר הסנגור על טענות אלו והוסיף טענה לפיה לא ניתן להגיש קובלנה על ידי חברה וגם מטעם זה יש להורות על ביטולה.

הגשת קובלנה על ידי תאגיד

9. לטענת ב"כ הנאשמים רק "אדם" יכול להגיש קובלנה ולא חברה המאוגדת בע"מ כמו הקובלת. הסנגור הסתמך על לשון סעיף 68 הקובע: **"על אף האמור בסעיף 11 רשאי כל אדם להאשים בעבירה מן המנויות בתוספת השנייה על ידי הגשת קובלנה לבית המשפט"**.
10. הטענה היא מסוג אלו המתייחסות לפסול או לפגם בכתב אישום בהתאם לסעיף 149(3) לחסד"פ. טענה זו יש להעלות עם תחילת המשפט או בשלב מאוחר יותר בכפוף לקבלת אישור בית המשפט. בענייננו הושמעה הטענה לראשונה במסגרת הסיכומים ואגב כך התבקש אישור בית המשפט מבלי שנשמעה עמדת הקובלת ומבלי שניתנה החלטה. די בכך כדי לדחות את הטענה על הסף.
11. למעלה מן הצורך אוסיף כי אני דוחה את הטענה לגופה. כוונת מחוקק כפי שהיא נלמדת מדברי ההסבר להצעת החוק מס' 161 לחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ג-1963 היתה לפתוח דלת לסעד עבור מי שנפגע באופן ישיר מביצוע עבירה (ראו בעניין זה ק"פ (שלום-ים) 1747/95 וויל נ' כהן ואח' (החלטה מיום 6.02.97) וק"פ (שלום - עכו) 40928-07-11 אמא"ד - אראביה מיוזיק לניהול והפצה בע"מ נ' דאמוני ואח' (הכרעת דין מיום 11.05.14) וההפניות שם. בפרשנות המונח כל אדם יש מקום לבחינת העבירה הקונקרטית. בעבירה של גילוי סוג מקצועי כמו בענייננו, הנפגע המתבקש והמייד הוא העסק שסודו נחשף. סוד מקצועי יוחזק על פי טבעו ביד תאגיד ולא על ידי אדם פרטי. ניתן היה לעקוף את המכשול בדרך של הגשת קובלנה על ידי בעל ענין בתאגיד אך דווקא סוג כזה של קובלנה היה מלאכותי וחוטא לשיקוף המציאות כהוויתה.



ייחוס עבירות נגזרות בקובלנה

12. ב"כ הנאשמים טען כי בהתאם להוראת סעיף 68 לחסד"פ ולתוספת השניה לא ניתן להאשים בקובלנה בעבירות נגזרות כגון שידול וביצוע בצוותא אלא רק בעבירות המפורטות בתוספת.
13. אין חולק כי רשימת העבירות בגינן ניתן להגיש קובלנה בתוספת השניה היא רשימה סגורה, ראו בעניין זה ע"פ 2124/91 **אשר רון נ' כור תעשיות בע"מ ואח'**, פ"ד מז(5) 289. כמו כן אין חולק כי ברשימה לא מוזכרים סעיפי החוק המתייחסים לעבירות הנגזרות הנקובות בפרק ה' לחוק העונשין כמו שידול או ביצוע בצוותא. עם זאת אין בסיס לטענת ההגנה.
- עבירה נגזרת כשמה כן היא נגזרת מביצוע העבירה העיקרית. הוראות החוק הרלוונטיות לעבירות הנגזרות מצויות בחלק הכללי של חוק העונשין ואלו חלות על עבירות ספציפיות הקבועות בחוק העונשין ומחוצה לו. **פרופ' ש"ז פלר ז"ל** בספרו "יסודות בדיני עונשין" ב' בעמ' 4 כותב כי "**בצד העבירה המוגדרת באורח ספציפי על ביצוע העיקרי והמושלים - העבירה הטיפוסית - תעמודנה הצורות של התנהגות ענישה הנגזרות ממנה - העבירות הנגזרות - המוגדרות באורח כללי**".
14. סעיף 34ד לחוק העונשין הנמצא בחלק הכללי בסימן ג' שכותרתו: "הוראות משותפות" קובע באופן מפורט לעניין שידול: "**מלבד אם נאמר בחיקוק או משתמע ממנו אחרת, כל דין החל על הביצוע העיקרי של העבירה המושלמת חל גם על נסיון, שידול, נסיון לשידול או סיוע, לאותה עבירה**".
15. מאחר ועבירה לפי סעיף 496 מצויה בתוספת השניה, הרי שבהעדר הוראה מפורשת אחרת או משמעות סותרת, ניתן להגיש קובלנה גם על עבירה נגזרת לעבירת המקור.
16. אני דוחה טענת הסנגור כי לא ניתן להאשים את נאשמים 2 ו-3 משום שאינם עובדים של הקובלת. נפסק כבר לפני שנות דור כי די בכך שהרכיב 'עובד' התקיים במבצע אחד, כדי שישליך על כל המעורבים בביצוע העבירה. ראו בעניין זה ע"פ 472/74 אבוטבול נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(2) 301; וכן: ע"פ 261/79 סורג'ון ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(1) 361 וכן לאחרונה גם בע"פ 257/14 **אוחנה נ' מדינת ישראל** (מיום 12.05.14).
17. לאחר שהוסרו מן הדיון הנושאים הטכניים ניתן לעבור לדיון בנקודה העיקרית המצויה במחלוקת והיא קבילות הראיות.

קבילות ראיות - האם האזנת סתר?

18. בתאריך 3.11.10 לאחר חודשים בהם התגבש חשד אצל הקובלת כי נאשם 1 מעביר לאחרים סודות מקצועיים של החברה החליט מנהל החברה, מר רמי פלר, לעשות מעשה. מר פלר תיאר כיצד עבר במחלקת המכירות בה עבד נאשם 1, ביקש לאסוף את כל מכשירי הטלפון הניידים לתוך סלסלה ובכלל זה לקח משולחנו של הנאשם את מכשיר הטלפון שלו במטרה למצוא במכשיר ראיות להעברת הסודות. על מנת לסבר אוזני העובדים נאמר להם ש"אוספים את המכשירים כדי לעשות בדיקות מסוימות" (עמ' 40 ש' 29, עמ' 57 ש' 1). מר פלר העיד כי "לא היתה התנגדות" לכך שלקח את הטלפון מן השולחן וכאשר נאשם 1 הביע התנגדות בשלב מאוחר יותר וביקש לקבל לידיו את המכשיר, סירב לבקשתו (עמ' 92 ש' 9).



לאחר שהמכשיר היה בידו תיאר מר פלר כך: **"עשיתי חיפוש תחת יהושע לבנברג ומיד חשכו עיני מכמות המיילים שראיתי"** (עמ' 38 ש' 20). בעודו אוחז בטלפון של נאשם 1 העביר מר פלר אי-מיילים ששלח נאשם 1 לנאשם 2 אל תיבת הדוא"ל שלו עצמו. באופן זה תפס מר פלר לפחות 150 מסמכים (עדותו בעמ' 59 ש' 25).

19. בחקירתו הנגדית השיב מר פלר כי באותו חיפוש ראשוני ומידי שביצע נכנס לתיבת הדוא"ל הפרטית של נאשם 1 (עמ' 53 ש' 28) והסביר בהמשך שעשה חיפוש במכשיר כולו לפי מילת מפתח, היינו שמו של נאשם 2, ללא אבחנה בין תיבת אי-מייל פרטית לבין תיבת אי-מייל של החברה (עמ' 54 ש' 10, עמ' 57 ש' 10). באותה שיטה איתר מר פלר גם מסרונים בטלפון הנייד (עמ' 68 ש' 13, עמ' 69 ש' 26 ו/22 ש' 28).

20. מספר חודשים לאחר תפיסת הטלפון והוצאת המידע מתוכו, בינואר 2011, הגיש מר פלר תלונה במשטרה. בעת החקירה המשטרתית הוצאו צווי חדירה לטלפון ולמחשבים ובעקבותיהם התקבל מידע נוסף הכולל אף הוא תכתובות אי-מייל ומסרונים בין הנאשמים.

21. עיקר הראיות שהוגשו על ידי הקובלת ונועדו להוכיח העברת סודותיה המקצועיים מנאשם 1 לנאשם 2 הוא אותן תכתובות דואר אלקטרוני שהוחלפו בין נאשם 1 לנאשם 2 ומסרונים שנמסרו בטלפון הנייד.

ב"כ הנאשמים ביקש לפסול את הראיות וטען כי מעשיו של מר פלר מהווים האזנת סתר אסורה והראיות שהפיק אינן קבילות לשמש ראיה. בעת ניהול ההליך התקבלו הראיות בכפוף לטענות ההגנה והכרעה בשאלת הקבילות והמשקל הושארה להכרעת הדין.

22. לביסוס הטענה כי מדובר בהאזנת סתר, הוגשה מטעם ההגנה חוות דעת מומחה (נ/36) שנערכה על ידי מומחה לראיות דיגיטליות מר רן לוינסון. בעמ' 8 לחוות הדעת התייחס המומחה למעשיו של מר פלר כך:

"החדירה המכוונת לתיבת הדוא"ל הפרטית, ביצוע החיפוש בתיבה, פתיחת הצרופות ובעיקר העברת ההתכתבויות (Forward) מהתיבה הפרטית של טיבי לתיבת הדוא"ל של מר פלר עונים להגדרה של "האזנה" באמצעות "מכשיר" (הוא הסמארטפון) כפי שהיא כתובה בחוק האזנות סתר. במקרה דנן ה"שיחה" היא התקשורת בין המחשבים:
- **פעם אחת התקיימה שיחה בין מכשיר האיפון של טיבי לשרת Gmail בו שמורה תיבת הדוא"ל של טיבי לנוכח פעולות החיפוש ופתיחת וקריאת פרטי הדוא"ל והצרופות שהעלו תוצאות החיפוש שביצע מר פלר.**

- **פעם נוספת התקיימה "שיחה" כאשר העביר (Forward) מר פלר את ההתכתבויות משרת ה-Gmail המרוחק אל שרת הדוא"ל שלו..."**

23. הטענה היא אם כן כי לשם העברת תכתובות המייל של נאשם 1 למר פלר היה מכשיר הטלפון הנייד של נאשם 1 במצב מקוון ובמצב זה נעשתה תקשורת בין מחשבים, שהיא "שיחה" כמובנה בחוק, בין מכשיר הטלפון של נאשם 1 לבין השרת בו מאוחסן המידע ו"שיחה" נוספת בין מכשיר הטלפון של נאשם 1 לבין מכשיר הטלפון של מר פלר.

24. בטרם אתייחס לגופה של חוות הדעת אציין כי האזנה כמובנה בחוק האזנת סתר צריכה להיעשות באמצעות "מכשיר". אין הכוונה להפעלה פשוטה של המכשיר בו בוצעה השיחה מלכתחילה לשם צפיה במה שכבר נאגר באותו מכשיר אלא למכשיר חיצוני לשם פריצה, יירוט, או השגת הראיה. בענייננו החדירה אל השיחות והעברתן לתיבת הדוא"ל של מר פלר נעשתה באמצעות אותו מכשיר טלפון נייד שבו בוצעו השיחות ללא פעולת פריצה או



שימוש בטכנולוגיה כלשהי לעקוף סיסמה או להתגבר על מחסומים. משכך כבר בשלב ראשוני זה, לא מדובר בהאזנה "באמצעות מכשיר" ולכן אין מדובר בהאזנת סתר (ראו ת"א (מרכז) 63160-11-15 **חברת יב חמיאס טכנולוגיות (1990) בע"מ נ' ברנר** (20.3.16) בפסקה 15 וההפניות שם והערת האגב של כב' השופט סולברג באותו ענין רע"א 2552/16 **זינגר נ' חברת יב חמיאס טכנולוגיות (1990) בע"מ** שניתן ביום 10.5.16).

25. לגופה של חוות הדעת, ולגבי השיחה בין מכשיר הטלפון של נאשם 1 לבין השרת - טען המומחה כי בלעדי תקשורת מקוונת לא ניתן לקרוא מכתבים אלא רק כאלו שנקראו בעבר באמצעות אותו מכשיר הטלפון. שיחות שנפתחו באמצעות מכשירים אחרים או במחשב אחר יותירו במכשיר הנייד רק כותרת ללא תוכן ההודעה וללא צרופות (עמ' 6 לחוות הדעת).

26. ראשית אציין כי גם לו קיבלתי את הקביעה התאורטית (משום שהמומחה לא נחקר על כך בחקירה נגדית ועל אף שמדובר בקביעה בעייתית), המומחה הסתמך על מוצגים **ת/40, ת/41** שהם חומר שהוצא על ידי המשטרה. דא עקא, אין מחלוקת כי המשטרה הפיקה את החומר כאשר המכשיר לא היה מקוון (עדויות של רפ"ק הינדי עמ' 205 ש' 21) ועל כן האמור בחוות דעתו אינו רלוונטי כלל וכלל לצרופות אלו.

שנית, במישור המעשי, לא הצביע מומחה ההגנה על שיחות קונקרטיות לגביהן ניתן לקבוע שלא נפתחו בעבר באמצעות מכשיר הטלפון וקריאתן חייבה תקשורת ויצרה "שיחה" חדשה. להיפך, הראיות עליהן הסתמך המומחה (**ת/40 ו-ת/41**) מצביעות על הודעות רבות לגביהן נכתב מפורשות "sent from my iphone", באופן המצביע על כך שהתקשורת המקורית נעשתה באמצעות המכשיר הנייד. לפיכך גם לשיטת מומחה ההגנה מדובר בתכתובת שכבר נאגרה ונשמרה במכשיר עצמו ולא היה צורך ביצירת "שיחה" חדשה והאזנה לה. על מנת לבסס עובדתית טענה שהשיחות הקונקרטיות לא היו שמורות במכשיר או שמסמכים לא נפתחו בעבר באמצעות מכשיר הטלפון צריך היה לשמוע עדות הנאשם. הנאשם בחר שלא להעיד ועל כן לא הונחה תשתית עובדתית הכרחית לביסוס הטענה המקצועית.

שלישית, גם לו התייחסה טענת המומחה לצרופות שהוגשו יחד עם התלונה המקורית (**ת/22**), שהן שיחות שהעביר מר פלר בזמן אמת ובעת שהמכשיר היה מקוון, לא היה בכך להצביע על האזנת סתר שכן לא הוכח שמדובר בתכתובת מייל או במסרונים שעדיין לא הגיעו ליעדם. בפסק הדין הראשון התקדימי והמקיף שניתן בסוגיה זו בת"פ (מחוזי-ת"א) **מדינת ישראל נ' פילוסוף** (05.02.07) ערך כב' השופט כבוב אבחנה בין חומר מחשב המצוי בסטטוס של העברה לבין חומר מחשב האגור במחשב ופסק כי כאשר עסקינן בתכתובת מייל שטרם הגיעה ליעדה והיא מאוחסנת בשרת של ספק, הרי לשם העתקתה והכשרתה כראיה יש להצטייד בצו המתיר האזנת סתר. לעומת זאת כאשר תכתובת המייל הגיעה ליעדה, תמה "השיחה" והסתיימה התקשורת בין המחשבים. גם המומחה מטעם ההגנה אישר זאת למעשה כאשר הסכים כי בזמן שמר פלר ביצע העברת המיילים מתיבת הדוא"ל של נאשם 1 לתיבת הדוא"ל שלו לא היה קשר לתיבת הדואר של נאשם 2 לא באופן ישיר ולא באופן עקיף (ראו תשובתו בעמ' 211 ש' 23).

27. עמדתו של כב' השופט כבוב יושמה בפסיקה מאוחרת ראו למשל ת"א (מחוזי-ת"א) 1477/09 **רויכמן שיש ואבן בע"מ נ' שחף אבל ושיש בע"מ** (16.03.11) שם קבע כב' השופט גייפמן בפסקאות 9 ו-10 כדלקמן:

"תקשורת מסרונים SMS נעשית באמצעות ספק השירות - חברת הסלולאר. שיחה בשלב מסוים היא תקשורת ובשלב מסוים היא בגדר חפץ. כאשר האזנה היא לשיחה המצויה בשלב תקשורת - יכול והמדובר בהאזנת סתר. כאשר השיחה היא בגדר מידע תקשורתי אגור [תיעוד] - השיחה התגבשה לגדר חפץ, ובשלב זה פעולות עיון וצילום המידע שתועד אינן בגדר האזנת סתר. הבחנה זו עומדת על כנה גם לאחר התיקון לחוק האזנת סתר משנת



1995. הבחנה זו ישימה גם לעניין השוני בין צו חיפוש לבין צו האזנת סתר. קריאת מסרונים שנשמרו ונאגרו בזיכרון מכשיר הטלפון הנייד, לאחר שהמסרון נשלח לנמען, אינה בגדר האזנת סתר, וכך הוא הדין ביחס לצילום מסרונים מסוג זה. העיון והצילום נעשה בענייננו לאחר עיון במסרונים שהיו מצויים ונאגרו בזיכרון המכשיר הנייד וללא כל זיקה לשלב בו הועברו המסרונים מהשולח לנמען. אין המדובר בציתות או ביירוט של שיחה בעת ביצועה אלא בצילום ובעיון במידע תקשורתי אגור שהינו בגדר חפץ. לפיכך פעולות אינם בגדר האזנת סתר שלא כדין."

כמו בענין **רויכמן** גם בענייננו, הצפייה היתה במסרונים שנשלחו. במקרה שלנו יש ראייה פוזיטיבית לכך שהמסרונים גם הגיעו ליעדם (שכן ניתן לראות רצף בתקשורת ותגובה להודעה שנשלחה) ועל כן מסלול המעבר של המסרון הושלם ומדובר בתיעוד של ראייה חפצית להבדיל מתקשורת בהתהוות. העובדה שהתיעוד נעשה בדרך של תקשורת נוספת ומשלוח נוסף של אותה ראייה חפצית שכבר התגבשה אינה רלוונטית להחלטה בדבר טיבה של הראייה הראשונית.

ראו עוד בעניין זה ת"א (מחוזי-ת"א) 4559-09-07 **א.ע ואח' נ' ק.פ. בע"מ** (09.06.11) ולאחרונה גם בת"א (מחוזי- מרכז) 63160-11-15 **חברת יהב חמיאס טכנולוגיות (1990) בע"מ נ' ברגר ואח'** (20.03.16).

עניין **חברת יהב חמיאס** שהוזכר לעיל דומה מאוד לענייננו. באותו עניין נודע לחברה כי עובד שהועסק אצלה בעבר שימש "סוס טרויאני" והעביר חלק ניכר מפעילותה העסקית (לקוחות, ספקים, הזדמנויות עסקיות וקשרים) למיזם של בנו. לתמיכה בטענה זו צורפו לכתב התביעה מטעם החברה עשרות העתקי הודעות דוא"ל. בשלב מקדמי של הליך הועלו טענות באשר לקבילותן של הודעות הדוא"ל ונטען שהושגו, בין היתר, בהאזנת סתר פסולה. בית המשפט המחוזי (כב' השופטת סילש) דחה את הבקשה לפסילת ראיות כטענה מקדמית. על סמך התשתית העובדתית שנטענה בכתב התביעה פסק בית המשפט שהודעות המייל אותרו בדיעבד ולאחר שנשלחו וכי לא מדובר ביירוט של תשדורת או בעיון בהודעה שנשלחה וטרם נקראה ומשכך לא מדובר בהאזנת סתר. בקשת רשות ערעור שנדונה ברע"א **זינגר** שהוזכר לעיל התקבלה לענין חוק הגנת הפרטיות אך לא בנוגע להאזנת הסתר.

28. לגבי סוג "השיחה" השנייה הנזכר בחוות הדעת, השיחה בין מכשיר הטלפון של נאשם 1 לבין המכשיר של מר פלר, וודאי שאין מדובר בהאזנת סתר, ראשית מפני שמר פלר הוא צד לשיחה ושנית מפני שלא זו השיחה הרלוונטית שעליה מבקשים להסתמך כראיה. העברת השיחות למר פלר היא תיעוד של חיפוש שעשה ולא החיפוש עצמו. השיחה המואזנת היא זו שבין הנאשמים לבין עצמם.

29. אני קובעת שהודעות הדוא"ל והמסרונים אינם ראיות שהושגו בהאזנת סתר.

קבילות ראיות - ראיות שהושגו תוך פגיעה בפרטיות

פגיעה בפרטיות

30. סעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות מגדיר פגיעה בפרטיות כך:

" 2. פגיעה בפרטיות היא אחת מאלה:

עמוד 6



...

(5) העתק תוכן של מכתב או כתב אחר שלא נועד לפרסום, או שימוש בתכנו, בלי רשות מאת הנמען או הכותב, והכל אם אין הכתב בעל ערך היסטורי ולא עברו חמש עשרה שנים ממועד כתיבתו; לעניין זה "כתב" - לרבות מסר אלקטרוני כהגדרתו בחוק חתימה אלקטרונית, התשס"א 2001.

...

(8) הפרה של חובת סודיות לגבי ענייני הפרטיים של אדם, שנקבעה בהסכם מפורש או משתמע;
(9) שימוש בידעה על ענייני הפרטיים של אדם או מסירתה לאחר, שלא למטרה שלשמה נמסרה".

31. חדירה לתיבת דוא"ל פרטית המותקנת במכשיר הנייד שהיה בשימוש נאשם 1 נעשתה באופן יזום ואקטיבי על ידי מר פלר (להבדיל מגילוי אקראי). מעשה כזה מהווה פגיעה בפרטיות לכל הפחות על פי החלופה בסעיף 2(5) לחוק. בע"פ 8627/14 דביר נ' מדינת ישראל (14.07.15) התייחס כב' השופט עמית לטלפון הסלולרי בהקשר של פגיעה פרטיות ופסק:

"הסמארטפון הפך זה מכבר לידידו הטוב של האדם. דומה כי לא תהא זו הפרזה לומר כי בטלפון הסלולרי טמון סיפור חייו של האדם בהאידינא, באשר אצורים בתוכו רגעים וזכרונות משמעותיים מחייו של אדם, לצד מידע ופרטים חיוניים לתפקודו היומיומי - תמונות של עצמו ושל יקיריו, כתובות ומספרי טלפון של קרובים ומכרים, יומן, פתקי תזכורות ולוח שנה, ועוד. [...] הסמארטפון משמש גם כמחשב, גם כמצלמה, גם כטלפון ועוד פונקציות רבות, בגינם נתפס המכשיר בעיני רבים ל'צינור' אל העולם שבחוץ, ואף לפלטפורמה באמצעותה אנשים מנהלים מערכות יחסים חברתיות.

[...] הסמארטפון הוא מעין כספת ניידת המכילה תמונות, לעיתים תמונות רגישות, התכתבויות אישיות ומידע פרטי, ולעיתים אף סודי [...]. מרבית המכשירים הסלולריים הנמכרים כיום, הינם 'מכשירים חכמים', שמהווים לרוב גם שער כניסה לשלל נכסיו הדיגיטליים של האדם - חשבון דואר אלקטרוני, חשבון פייסבוק ורשתות חברתיות נוספות, אפליקציות עם גישה לחשבון הבנק וכיוצא באלה. ההתקדמות הטכנולוגית מן העת האחרונה, אף הופכת את המכשיר הסלולארי לאמצעי תשלום המכונה 'ארנק דיגיטלי', אשר מחליף בהדרגה את כרטיסי האשראי הקשיחים".

העדר הסכמה מדעת לחיפוש ולפגיעה בפרטיות

32. נאשם 1 לא נתן הסכמה מדעת לחיפוש בטלפון הנייד שברשותו לא במפורש ולא מכללא. אפילו לגרסת נציג הקובלת, מכשיר הטלפון נלקח מן השולחן ולא נמסר על ידי הנאשם. עדותו של מר פלר הותירה מעורפלת את השאלה האם ההסבר בדבר איסוף המכשירים נעשה לאוזני הנאשם והאם הנאשם נכח בחדר ברגע לקיחת המכשיר משולחנו. בבית המשפט המחוזי שם העיד נאשם 1, מסר בחקירתו הנגדית שמר פלר גנב לו את הטלפון מהיד (ת/21). תהא הדרך בה נלקח המכשיר אשר תהא, אין מחלוקת כי כעבור זמן קצר מאד ביקש נאשם 1 לקבל את המכשיר בחזרה לרשותו וסורב על ידי מר פלר, שכן זה שקד אותה עת על הוצאת החומר מתוך המכשיר (עמ' 56 ש' 11 ואילך). לא כך נראית הסכמה.



33. ב"כ הקובלת ביקש להסיק הסכמה לחיפוש במכשיר הטלפון הנייד ממקור אחר הוא אחד המסמכים עליהם חתם נאשם 1 בעת שהתקבל לעבודה (עמ' 4 ב-ת/14). מדובר בסעיף שתרגומו החופשי קובע כי משיקולי אבטחה ומדיניות שיווק החברה רשאית לבדוק מעת לעת תוכן אי-מייל של המשתמשים ומסמכים שמאוחסנים במחשבים ובשרתים. עיון במסמך ת/14 בשלמותו מגלה כי מדובר במסמך (באנגלית) המסביר לעובדים מהן סכנות הגלישה באינטרנט מתוך מחשבי החברה. המסמך כולל הוראות שתכליתן מניעת הסיכונים. הסעיף אליו הפנה ב"כ הקובלת מופיע לאחר שני עמודים ונועד לאפשר בדיקה שתכליתה מעקב אחר קיום הוראות הגלישה הבטוחה. לא מדובר בסעיף שניתן לקרוא במנותק מן ההקשר ולשאוב ממנו הסכמה לבילוש אחר תיבת אי-מייל לכל צורך שהוא. שנית, הסעיף אינו מתייחס לתיבת דוא"ל פרטית של העובד. שלישית, דרושה מידה גדושה של גמישות פרשנית כדי לקבוע שהכוונה גם לאפשרות בדיקת גלישה במכשירי הטלפון הנייד, להבדיל ממחשבי החברה. ראשיתו של סעיף 4 עוסקת מפורשות במחשב ומתייחסת לשימושי מחשב ולא לשימושים המבוצעים באמצעות טלפון נייד וכך גם הפסקה השניה לאחר הסעיף המודגש בעמ' 4 שעוסקת אף היא במחשב PC. אחרונה, לא ניתן לפגוע באופן גורף בזכות העובד לפרטיות כפי שגובשה בחוק ובפסיקה באמצעות משפט המשורבב בין נבכי הסכם עבודה אחיד. בשים לב לפערי הכוחות המובנים בין המעסיק לעובד קיים הכרח לעגן את הדרישה ל"הסכמה מראש ומדעת של העובד" בהסכם מפורש ובנהלים שיגדירו בבירור את גבולות המעקב שבכוונת המעסיק לקיים על פעילות העובד במחשב ויישומיו בכלל ובתכתובת אישית בתיבות דואר אלקטרוניות שהוקצו לעובד במקום העבודה בפרט, ראו בעניין זה פסקה 29 לפסק הדין בענין **איסקוב**, ע"ע (ארצי) 90/08 **איסקוב נ' מדינת ישראל - הממונה על חוק** עבודת נשים (8.2.2011).

34. מר פלר טען שלא מדובר בפגיעה בפרטיות שכן מכשיר הטלפון שבו בוצע החיפוש נמצא בבעלותו ועל כן הוא זכאי לערוך בו חיפוש (עמ' 37 ש' 12). טענה זו שגויה מבחינה רעיונית שכן החיפוש אינו במכשיר כחפץ אלא בתוכן שנמצא בתיבת דוא"ל פרטית ורק הגישה אליה נעשתה באמצעות המכשיר. תיבת דואר פרטית וודאי אינה בבעלות הקובלת. יתר על כן, לטענה לא הונחה תשתית ראייתית מספקת. נאשם 1 העיד בהליך שהתקיים בבית המשפט המחוזי על כך שמדובר בטלפון פרטי שלו שקיבל במתנה מן המעסיק (ת/21). מצד הקובלת לא הוגשה כל ראיה ביחס לטיב הבעלות במכשיר המדובר. למרות שני ארגזי מסמכים שהוגשו כראיות מטעם הקובלת נפקד דווקא מסמך שיש בו להוכיח בעלות החברה בטלפון. על רקע שפע המסמכים שרבים מהם עודפים ומיותרים החסרון בולט. מעשי הקובלת מעידים שאף הקובלת עצמה לא סברה שהיא זכאית לחיפוש מכוח הבעלות ולראיה השתמשה בתירוץ כלשהו לאיסוף המכשירים ולאחר מעשה ביקשה צווים המתירים חדירה למכשיר.

קיומה של הגנה על פי חוק

35. סעיף 18 לחוק הגנת הפרטיות מסדיר הגנות ובין היתר קובע כך:

"במשפט פלילי או אזרחי בשל פגיעה בפרטיות תהא זו הגנה טובה אם נתקיימה אחת מאלה:

...

(2) הנתבע או הנאשם עשה את הפגיעה בתום לב באחת הנסיבות האלה:

...

(ג) הפגיעה נעשתה לשם הגנה על עניין אישי כשר של הפוגע;



36. לשון הסעיף מציבה בשער הכניסה להגנה את תום הלב. רק מי שחוצה את השער זכאי לבחינת הנסיבות בהן בוצעה הפגיעה הספציפית בפרטיות (השופט אריאל בע"פ 2963/98 **גלעם נ' מדינת ישראל** (בעמ' 1153)). תום הלב המדובר הוא סוביקטיבי אולם עצימת עיניים בפני אפשרות שהפגיעה בפרטיות אינה כדין שוללת קיומו (בג"צ 6650/04 **פלונית נ' בית הדין הרבני האיזורי נתניה** (14.05.06)). מר פלר לקח את הטלפון משולחנו של נאשם 1 ועשה בו חיפוש מידי תוך התעלמות מפני אפשרות שהובאה לפתחו (באופן מילולי) כי הדברים מהווים פגיעה בפרטיות. העובדה שנאשם 1 דפק על הדלת וביקש את הטלפון בחזרה לא השפיעה עליו כלל ואולי אף דרבנה אותו ביתר שאת (ראו עדותו עמ' 56 ש' 31) ולא גרמה לו לעצור ולבדוק אפשרות לקיומה של פגיעה עם יועציו המשפטיים.

37. יתר על כן, גם לו היה תום לב בחיפוש (וכאמור אינני קובעת כך), הרי שהחיפוש אינו חוסה תחת אף אחת מן ההגנות הקבועות בסעיף 18. הקובלת ביקשה לקבוע כי עומדת לה הגנת סעיף 18(2)(ג) היינו הגנה על עניין אישי כשר בדמות שמירה על סודותיה העסקיים.

38. אין זה מתקבל על הדעת כי כל אימת שיעלה חשד אצל מעביד בדבר ביצוע עבירה על ידי עובד יהיה רשאי בשם ההגנה על עניינו ליטול לעצמו חירות לביצוע חיפוש בתיבת דוא"ל פרטית של עובדו מבלי לבקש צו שיפוטי ותוך עשיית דין עצמי. כך נקבע במפורש בעניין **איסקוב**.

בית הדין ערך הבחנה בין תיבת דוא"ל שסופקה לעובד במסגרת העבודה, ובין תיבת דוא"ל אישית-פרטית. בכל הנוגע לתיבה העסקית, נקבע כי למעסיק יש אפשרות מסוימת, מצומצמת, לנטר ולעקוב אחרי הודעות המצויות בה, בכפוף לעקרונות של שקיפות ומידתיות. לעומת זאת בכל הקשור לתיבת דוא"ל חיצונית-פרטית של העובד אין המעסיק רשאי לערוך ניטור או מעקב. כן נפסק כי במקרה כזה על המעסיק לפנות לבית הדין האזורי לעבודה בבקשה לסעד הולם מסוג צו אנטון פילר לחיפוש ולתפיסה. ככלל, נוכח הפוגעות הטמונה בסעד מעין זה, יינתן הצו במקרים נדירים ויוצאי דופן בלבד ובהתקיים התנאים הנדרשים לכך בדין (שם בפסקה 54(ט)).

בהעדר צו אין לראות בתפיסה כזו משום הגנה על עניין אישי כשר של הפוגע. בעניין **איסקוב** הוסיף בית המשפט ופסק:

על האמור נוסף, כי אין להתיר קבילותן של הראיות לפי סעיף 32 סיפא לחוק הגנת הפרטיות. מכלול נסיבות העניין, לרבות טענות החברה כי החדירה לתכתובות האי-מייל האישיות של המערער נועדה להשגת ראיות המבססות אמיתות גרסתה, אין בהן כדי להוות "טעמים שיירשמו להשתמש בחומר" הפסול לפי שיקול דעתו של בית הדין, ללא הסכמה ובהעדר ההגנות והפטורים המצדיקים פגיעה בפרטיות לפי עקרונות הדין החל והמשפט המשווה. זאת, משלא הוכח צורך דחוף אשר חייב חדירה לתוכן תכתובות האי-מייל של המערער בכלל, ולתכתובות האישיות שלה, בפרט. מה גם, שניתן היה להשיג את הראיות בדרכי אחרת ובאמצעים אחרים פוגעניים פחות". (הדגש שלי - נ.ת.).

ראו גם תע"א (ת"א) 2723/09 **ג'ובני נ' שיא סוירים (1986) בע"מ** (בפירוק), פסקה 13 לפסק הדין מתאריך 20.3.2013.

המיילים שצורפו לתלונה **ת/22** כולם לקוחים מתיבת הדוא"ל הפרטית של נאשם 1.

39. באשר לצורך להצטייד בצו שיפוטי מתאים התייחס כב' השופט סולברג בעניין **יהב חמיאס** וחידד כדלקמן:



"במצב זה של חשיפה מקרית להודעת דוא"ל, לא מן הנמנע כי די בעצם החשיפה על מנת לבסס את הצורך בהגנה על עניין אישי כשר של הנחשף, ללא צורך בבקשה לצו שיפוטי, ומי שנחשף אליהן יהיה רשאי בשל כך להעתיקן ולהשתמש בהן כראיה.

[...]

ודוק: כל אשר אמרתי מתייחס לחשיפה מקרית ופאסיבית להודעת דוא"ל, כפי שארע כאן, לגרסתה של החברה. אינני קובע מסמרות בנוגע לשאלה אם רשאי מי שנחשף להודעה כאמור, ליזום חיפוש וחיטוט בתיבת הדוא"ל מבלי לבקש צו שיפוטי הולם; על פני הדברים, ולאור הרציונלים שבבסיס הלכת איסקוב, התשובה לשאלה זו היא בשלילה, אלא שאיני נדרש להכריע בכך בשלב זה."

40. בענייננו אין מדובר בחשיפה אקראית אלא בחיפוש יזום. בעת החיפוש כבר אחזה הקובלת בבסיס ראייתי מסוים נגד נאשם 1. היה זה לאחר שביצעה עסקה מבויתת וגילתה כי העסקה הודלפה לנאשם 2 על ידי נאשם 1 ולאחר שגילתה כי בין השניים תקשורת טלפונים אינטנסיבית. על פי הדין, היה על הקובלת בשלב זה לפנות לבית הדין ולבקש צו שיפוטי מתאים שיתיר לה חיפוש בטלפון.

41. העובדה שהקובלת אינה זכאית לעשות חיפוש במכשיר אינה דורשת ניתוח תיאורטי שכן השאלה נבחנה מעשית על ידי בית הדין לעבודה (בכל ערכאותיו) בתיק זה. בית הדין שבחן את הסוגיה בזמן אמת קבע שמתן צו מסוג אנטון פילר נעשה בזירות רבה באותם מקרים בהם הוכח באופן ברור קיומו של חשש ממשי להשמדת ראיות (סעיף 30 להחלטה). בית הדין לא השתכנע מקיומו של חשש וזאת אף מבלי לדעת שהוסתרה מעיניו העובדה שהמכשיר מוחזק כל העת בידי הקובלת ולכן אין כל חשש או צלו של חשש לשיבוש ראיות. לגבי נאשמים 2 ו-3 לא מצא בית הדין כל ראיה כי יש ברשותם מידע השייך לקובלת ובפרט מידע שבכוונתם להעלים.

42. אני מוצאת טעם לפגם בכך שהקובלת פנתה לבית הדין, בתאריך 14.11.10, רק לאחר שמר פלר כבר ביצע חיפוש בעצמו ללא צו בתאריך 3.11.10. חמור מכך, משהוגשה עתירה לבית הדין ואף שהוגשה לאחר מעשה, לא צוין בה כי בפועל כבר הוצאו מתוך מכשיר הטלפון הנייד עשרות מסמכים ללא צו. בסעיפים 60-61 לבקשה (נ/1) פסח נציג הקובלת על תיאור העובדה כי לאחר שאספו את הטלפונים הניידים - הוציא מידע מתוך המכשיר. אי גילוי מידע חשוב זה לבית הדין השפיע גם על ההחלטה כפי שעולה מסקירת העובדות בהחלטה המעלה שבית הדין כלל לא היה ער לעובדה זו (נ/4 סעיף 22 להחלטה). הניגוד בולט אף יותר על רקע העובדה שהבקשה כן מפרטת תוצרי חיפוש שנעשה על ידי הקובלת במחשב האישי שבעבודה (סעיף 64 ב-נ/1). האבחנה בין התעלמות מהחיפוש שנעשה במכשיר הנייד לבין פירוט תוצאות החיפוש שנעשה במחשב יכולה להיות מוסברת רק מחמת הערכת ההבדל המשפטי בין שני החיפושים. האחד בלתי חוקי והשני חוקי. על התצהיר בתמיכה לבקשה, זה שאינו מפרט את מלוא הנתונים, חתום מר פלר. בבקשת רשות ערעור על אותה החלטה (נ/2) לא נמסר מידע מתקן. יתר על כן, באותו מסמך הקדישה הקובלת פרק לסכנה של השמדת ראיות (סעיפים 59 ואילך) אף הפעם בלי לציין שהמכשיר מוחזק כל העת בידה.

43. תשובותיו של העד בענין הפניה המאוחרת לבית הדין ללא ציון מלוא העובדות, היו מיתממות ולא ענייניות (עמ' 50 ש' 27) והן משליכות במידה רבה גם על בחינת תום לבו.

44. החיפוש ללא צו אינו זוכה אפוא להגנות הקבועות בחוק הגנת הפרטיות.



השלכת הפגיעה בפרטיות על קבילות הראיות - החומר שהושג על ידי מר פלר

45. בדיקת תחולת הגנת הפרטיות והשפעתה על קבילות הראיות מחולקת לשניים. השפעת הפגיעה בפרטיות על החומר שהוצא על ידי מר פלר ולאחר מכן השפעתה על החומר שהוציאה המשטרה על פי צווים שיפוטיים.

46. סעיף 32 לחוק קובע כלל בטלות יחסי:

"חומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות יהיה פסול לשמש ראיה בבית משפט, ללא הסכמת הנפגע, זולת אם בית המשפט התיר מטעמים שיירשמו להשתמש בחומר, או אם היו לפוגע, שהיה צד להליך, הגנה או פטור לפי חוק זה".

נקודת המוצא היא כי חומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות פסול מלשמש ראיה. עם זאת, ניתן לערכאה השיפוטית שיקול הדעת להתיר שימוש בחומר הפוגע מטעמים מיוחדים שיירשמו.

47. בשורה של פסקי דין של בית המשפט העליון (עוד קודם להלכת יששכרוב) נקבע כי במסגרת השיקולים שעל בית המשפט להביא בחשבון עליו להתייחס בין היתר, לכוחה ההוכחתי של הראיה, למידת הפגיעה בפרטיות מצד החוקרים, האם קבלת הראיה תעודד התנהגות בלתי רצויה, האם הפגיעה נעשתה בתום-לב או בכוונה, האם מדובר בהפרת זכות בסיסית או פורמלית, האם ההפרות הן חלק ממדיניות, האם היה צורך דחוף שחייב את הפגיעה, באיזו מידה של קלות ניתן היה להשיג את הראיה ללא פגיעה כאמור, ולבסוף - חומרת העבירה, וראו בעניין זה: בג"ץ 249/82 ועקנין נ' ביה"ד הצבאי לערעורים, פ"ד לז(2) 393, 436 (1983); ע"פ 480/85 קורטאם נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 673, 690-691 (1986).

48. בבג"צ 6650/04 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בנתניה ואח' (מיום 14.05.06) לאחר פסה"ד בענין יששכרוב) תמצת הנשיא ברק את שלושת הערכים העיקריים אותם נועד להגשים סעיף 32 הנ"ל ואלו הם:

"השמירה על הפרטיות; השמירה על זכויות האדם שפגיעה בפרטיות נועדה להגן עליהם; וקיומו של הליך הוגן, אשר במרכזו היכולת של בית המשפט לגלות את האמת ובכך לאפשר משפט צדק".

כן צוטטו בהסכמה באותו ענין דברי כב' השופטת א' פרוקצ'יה לפיהם ביסוד תכלית הוראת סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות עומדים, מחד גיסא, "חשיבותה של ההגנה על הפרטיות", ומאידך גיסא, "האינטרס החברתי הכרוך בעשיית צדק" (בע"מ 3542/04 פלוני נ' פלונית (מיום 20.06.05)).

49. בע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, פ"ד סא(1) 461 (2006) קבע בית המשפט העליון לראשונה במשפט הפלילי דוקטרינת פסילה כללית ורחבה יותר, הנוגעת לראיות שהושגו בניגוד לדין ושקבלתן כראיה תוביל לפגיעה בהוגנות ההליך. כמו בסעיף 32, גם כלל הפסילה הרחב יותר הוא יחסי ולבית המשפט שיקול דעת אם לפסול ראיה. בהלכת יששכרוב הותוו השיקולים בהפעלת שיקול הדעת השיפוט. על בית המשפט לקחת בחשבון את זכותו של הנאשם להליך הוגן לצד האינטרס הציבורי במאבק בפשיעה, את הצורך להגן על שלום הציבור לרבות שלום חשודים מול הצורך להגן על זכויות נפגעי העבירה, את הדרישה מגורמי האכיפה למקצועיות בלתי מתפשרת



מול השאלה אם פסילת ראיות אכן תביא לשיפור המקצועיות. כך הגדיר בית המשפט את הנתונים שיש להציב בנוסחת האיזון (פסקה 76 לפסה"ד):

א. אופיה וחומרתה של אי החוקיות שהיתה כרוכה בהשגת הראיה.

ב. מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה.

ג. הנזק מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילת הראיה.

וראו לאחרונה בע"פ 3239/14 **חמאסה נ' מדינת ישראל** (8.11.16).

50. פסק הדין בע"פ 4988/08 **פרחי נ' מדינת ישראל** (01.08.11) הוא פיתוח של דוקטרינת פסילת הראיות הפסיקתית שנוצרה בהלכת יששכרוב והוא מתייחס באופן ישיר לשאלת היחס בין כלל הפסילה החקוק בסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות לבין כלל הפסילה הפסיקתית שנקבע בענין יששכרוב. בענין זה פסק כב' השופט לוי בענין פרחי (פסקה 18 לפסק הדין) כדלקמן:

"כאשר מדובר בהליך פלילי, אין עוד מקום לבחינה מלאכותית נפרדת של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית לצד כלל הפסילה הקבוע בסעיף 32. שיקול הדעת הנתון לבית-המשפט במסגרת כלל הפסילה יבוא לידי ביטוי בבחינת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, המשקפת נקודת איזון עקרונית בין הערכים המתחרים בדיני קבילות הראיות במשפט הפלילי. ודוק: יישום זה אינו מפשיט את כלל הפסילה החקוק מהמאפיינים הייחודיים שנתן לו המחוקק. היקף ההגנה הראוי על הזכות לפרטיות במסגרת חוק הגנת הפרטיות, נקבע בהתאם לכלל הוראות החוק בקרבן מוקם כלל הפסילה.

[...] לאור זאת, בהיעדר טענה אודות פטור או הגנה מוקנים לפגיעה בפרטיות, בחינת קבילותה של ראיית DNA לנוכח הפגיעה הכפולה הכרוכה בהשגתה, תיעשה במאוחד במסגרת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית".

51. בחינת מכלול השיקולים, הן אלו שגובשו על פי חוק הגנת הפרטיות והן הרחבים יותר שהותוו בענין יששכרוב, מובילים לפסילת הראיות שהושגו על ידי מר פלר בחיפוש שערך במכשיר הטלפון הנייד של נאשם 1.

יש המצביעים על כך שתכלית פסילת ראיות הפוגעות בפרטיות היא לחנך את הפוגע ולהרתיעו מפני פגיעה נוספת בזכויות. אחרים טוענים כי תכלית הפסילה היא כדי למנוע פגיעה נוספת וחמורה יותר שנוצרת כאשר החומר הפוגע מוצג בבית המשפט. החינוך וההרתעה מפני רמיסת זכויות חיוניים כאשר מבקשים לעודד דרך פעולה תקינה בגוף החקירה המשמעותי ביותר הוא המשטרה. החינוך וההרתעה חשובים שבעתים כאשר מדובר באדם פרטי שמבצע חקירה. חקירות מסוג זה מטבען רואות את צדו של הפוגע בלבד וחדורות מטרה להשיג את יעדיו שלו. בשום אופן אין לעודד מעסיקים לעשות דין עצמי בדרך של פגיעה כה גסה בפרטיות עובדיהם בדרך של הכשרת ראיות פסולות. אינטרס המעסיק בשמירה על זכויותיו אינו מספיק כדי לדלג על הדרך החוקית להתמודדות עם חשדות כלפי עובד והצורך לפנות לערכאות שיפוטיות. מקום שהפוגע בזכות לפרטיות הוא אדם פרטי יש לשים גבולות ברורים וחדים מפני מי שיש לו ענין אישי בחיפוש ובתוצאותיו, להבדיל מרשויות החקירה, שאמורות להיות נטולות ענין אישי וזרוע ביצוע של הציבור הרחב.

חיפוש האמת על ידי הקובלת היא מטרה שלא כל האמצעים כשרים להשגתה. בהעדר הסכמה מדעת של הנאשם, ניתן וצריך היה לפנות ולקבל צו שיפוטי. לא התעורר כל צורך דחוף באותו רגע שכן לטענת הקובלת מדובר היה בפגיעה מתמשכת בסודותיה (ראו א.כ. 1 ל-22/ת). בראיה שקולה של הדברים, ברגע תפיסת המכשיר לא ארע דבר דחוף



שהצדיק התנפלות על מכשיר הטלפון. לא ניתן כל הסבר מדוע במקום לפנות לחוקר פרטי או לצד הפניה אליו, לא נעשתה פניה לרשויות החקירה או לבית הדין לעבודה לקבלת אישור מראש.

חומרתה של אי החוקיות היא בעוצמה גבוהה. מר פלר פגע באופן מכוון בזכות הפרטיות שהיא זכות יסוד חוקתית. באמצעות תפיסת מכשיר הטלפון הנייד שעליו יישום של תיבת דואר פרטית, עקף מר פלר צורך בסיסמה, עקף צורך בצו, ונכנס ישירות אל לב המידע השמור בתיבת דואר פרטית. העובדה שבמעשיו אכן גילה ראיות שיכולות לשמש אותו בתביעתו אינה מכשירה את הכניסה לקודש הקודשים של המידע הפרטי.

כמובן תכתובות המייל שהשיג מר פלר הן ראיות חפציות והפסול **שדבק בחיפוש ואי החוקיות לא השפיעו על טיב הראיה** ועל מהותהחומר האגור בטלפון או מהימנות הראיות (ראו פסקה 71 בהלכת **יששכרוב** וגם ע"פ (מרכז) 46081-08-11 **מדינת ישראל נ' חבושה** (26.02.12) בפסקה 33 לפסק הדין. עוד בדבר היחס ה"מיוחד" שניתן לראיות חפציות, כראיות המדברות בעד עצמן ראו **י. קדמי**, "על סדר הדין בפלילים", חלק ראשון, הליכים שלפני משפט, ב, תשס"ח, עמ' 671].

אף על פי שהראיות עצמן מהימנות, אני מייחסת משקל רב לבחינת **הנזק מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילת הראיה** (המבחן השלישי על פי הלכת יששכרוב). השיקולים המרכזיים שצריך להביא בחשבון בהקשר זה הם חשיבות הראיה להוכחת האשמה, מהות העבירה המיוחסת לנאשם ומידת חומרתה. הנזק החברתי הכרוך בפסילת הראיה נמוך ביותר, אם בכלל קיים נזק כזה. הנזק בפסילת הראיות הוא נזק אישי לקובלת. במישור הרחב יותר לא נגרם נזק למעסיקים אחרים, שכן החוק כבר צייד את המעסיק הפוטנציאלי בכלים חוקיים לרבות אפשרות פניה לבית הדין או למשטרה. במישור בחינת התועלת החברתית, דווקא פסילת הראיות היא שתגן על עובדים אחרים מפני פגיעת מעסיקים בזכויותיהם בשם שמירה על עסקם.

התפיסה שהאינטרס הציבורי לא נפגע יתר על המידה מפסילת הראיות נתמכת בעמדת הפרקליטות אשר החליטה לסגור את התיק בדיוק מחמת הפגם באיסוף הראיות על ידי מר פלר (ראו החלטה הממונה בפרקליטות המדינה **נ/24**). יתר על כן, העבירה המיוחסת לנאשמים היא עבירת עוון שהעונש הקבוע לצדה הוא עד 6 חודשי מאסר. לכל הדעות לא מדובר בעבירה חמורה בידי עונשין, לא מדובר במלחמת חורמה בפשיעה או במכת מדינה המשתוללת ברחובות וקשה להצביע על אינטרס ציבורי רחב במיגור העבירה אשר בשמו מוצדק להכשיר ראיות פסולות.

קביעותיה של הנשיאה דאז השופטת בייניש בפסקה 74 לפסק דינה יפים בדיוק לענייננו:

"ככל שעוצמת ההפרה של כללי החקירה התקינה חמורה יותר ובלעדיה לא היתה מושגת הראיה, וככל שהעבירה המיוחסת לנאשם קלה יותר, כך יפחת משקלם של האינטרסים המצדדים בקבלת הראיה במשפט. בנסיבות אלה, ההגנה על זכותו של הנאשם להליך הוגן עשויה להוביל לפסילת הראיה".

עבירה של גילוי סוד עסקי קשורה בטבורה לסכסוכים עסקיים ולצדדים שמור סעד אזרחי. אפשרות זו היתה גלויה לקובלת והיא עשתה בה שימוש מלא.

יישום כל העקרונות הללו תוך שאנו זוכרים את עיקרון השיירות של המשפט הפלילי מוביל לדחיית הראיות שהושגו באמצעים פסולים.

לטעמי בענייננו ניתן אף להרחיק לכת ולומר שפסילת הראיות היא שמתיישבת עם עשיית הצדק והגנה על האינטרס הציבורי הרחב, בדמות שמירה על זכויות יסוד חוקתיות וכנגזרת מכך חיזוק אמון הציבור בבתי-המשפט. בבג"צ 6650/04 **פלונית** שהוזכר לעיל קבע כב' הנשיא ברק בפסקה 30 לפסק דינו:



"הליך הוגן הוא גם הליך הנזקק לחומרים שהושגו כדין. הליך הוגן הוא הליך המכבד זכויות יסוד. הליך הוגן הוא הליך השולל מבעל דין יתרונות שצמחו לו עקב הפרת זכויות יסוד. שימוש בחומר שהושג תוך כדי הפרת הזכות לפרטיות עשוי לפגוע בטוהר ההליך השיפוטי, ובאמון הציבור בבתי המשפט".

52. לשם השלמות אוסיף כי עיינתי בהחלטתו של כב' השופט גרוסקופף אשר במסגרת התביעה האזרחית בין הקובלת לבין נאשם 2 החליט לקבל את הודעות המייל בהתאם לחריג הקבוע בסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות. אין בהחלטה זו לשנות ממסקנתי. הפעלת שיקול הדעת השיפוטי שונה בין הליך אזרחי לפלילי. ראו דברי כב' הנשיא ברק (כתוארו אז) בבג"צ 6650/04 **פלונית** לעיל (פסקאות 32-33) כדלקמן:

"כלל הפסילה היחסי מבוסס על ההנחה שחומר שהושג תוך כדי פגיעה בפרטיות פסול לשמש כראיה גם אם יש לו ערך ראיתי לקביעת האמת. עצם התרומה לקביעת האמת אינה מספיקה כדי להתיר את השימוש בחומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות. אין להעניק לקביעת האמת את המשקל המכריע באיזון, תוך שלילת כל משקל לפגיעה בפרטיות ולערכים האחרים שכלל הפסילה נועד להגן עליהם. נמצא, כי סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות מבוסס על איזון עדין בין הערכים המתחרים. איזון זה מותנה, מעצם טיבעו, במשקל שניתן לערכים השונים. כיצד נקבע משקל זה?

התשובה הינה, כי משקלם של הערכים השונים מותנה במספר שיקולים שיש להתחשב בהם... משקלם של שיקולים אלה עשוי להשתנות על פי מהותו של ההליך, אם הוא פלילי או אזרחי. כן עשויים הם להשתנות על פי זהותו של הפוגע, אם הוא עובד ציבור או אדם פרטי."

החלטת כב' השופט גרוסקופף מנומקת בשניים - חשיבות הראיות לצורך הכרעה במחלוקת העובדתית וענישתו של צד ממנו התרשם השופט כי ניסה במכוון להעלים ראיות. שני הנימוקים אינם רלוונטיים להליך שהתנהל לפני. השאלה העובדתית שדרשה הכרעה בהליך האזרחי היתה אם מדובר במידע עסקי סודי ולשם הכרעה היתה חשיבות לתוכן התכתובת שנאספה. בהליך הפלילי שאלת סודיות המידע לא עמדה במרכז המחלוקת והצדדים כמעט לא נדרשו לה. למותר לציין כי הבסיס העובדתי שעמד מאחורי מסקנת בית המשפט האזרחי כי נעשה ניסיון להעלים ראיות התחולל בפני בית המשפט המחוזי. החומר שעמד נגד עיני בית המשפט אינו בפני ובסיס עצמאי לטענת העלמת ראיות לא הוכח בהליך הנוכחי. כאן המקום לציין כי למרות שהקובלת ביקשה להסתמך על החלטת בית המשפט המחוזי, הציגה מידע חלקי בלבד מתוך ההליך האזרחי. לא הוצגה הבקשה לפסילת הראיות והתגובה לה, לא הוצג "נספח א" האוחז בראיות שבמחלוקת כך שלא ניתן להשוות בינו לבין החומר שלפני, ולא ברור האם הצדדים התייחסו בטיעוניהם למחלוקת המשפטית כפי שעשו לפני. בנוסף לא הוגש פסק הדין הסופי כך שאינני יודעת אלו ממצאים עובדתיים נקבעו בסופו של יום והאם ניתן משקל כלשהו לראיות הפסולות אם לאו. מאחר וההליך האזרחי חסוי הרי מה שלא הגישו הצדדים נותר בידיעתם בלבד.

53. לסיכום פרק זה - אני קובעת כי הראיות שהושגו על ידי מר פלר ואשר צורפו לתלונתו **ת/22** פסולות מלשמש כראיה.

השלכת הפגיעה בפרטיות על קבילות הראיות - החומר שהושג על ידי המשטרה

54. לבחינת הראיות שהפיקה המשטרה באמצעות צווי חיפוש יש להקדים ולשאול האם ניתן להפריד



בין החומר שהשיג מר פלר ואינו קביל לבין החומר שהתקבל על פי צווים. אם לא ניתן לקבוע בוודאות מהו היקף החומר הפסול, לא ניתן להכשיר בוודאות דבר מכל היתר. שאלה שניה היא האם ראוי להפריד בין שני סוגי הראיות. הראשונה היא שאלה עובדתית השניה היא שאלה ערכית-משפטית.

55. בחינת הראיות מלמדת על כך שכיום שוב לא ניתן להפריד בין הראיות שהושגו על ידי מר פלר לבין אלו שהושגו על ידי המשטרה. הצווים שהתקבלו על ידי המשטרה כוללים גם את החומר שהציגה הקובלת בעת הגשת התלונה. מה מתוך התוצרים הוא בעל ערך ראיתי מפליל לאחר שמנקים מתוכם את החומר שאינו קביל? הקובלת לא עשתה את המיון הנ"ל וסמכה ידיה על המכלול. גם לו ביקשתי לעשות את מלאכתה של הקובלת עבודה (ואיני סבורה שזהו תפקידו של בית המשפט) לא ניתן בפועל להפריד בין החומר שנפסל לבין החומר שהתקבל על פי צווים. קיימת בחומר הראיות אינדיקציה ברורה לכך שהיקף הפגיעה הראשונית בפרטיות על ידי מר פלר רחב בהרבה מן הצרופות שהוגשו יחד עם התלונה **ת/22**. כך למשל בתמליל השיחה עם החוקר הפרטי מזכיר מר פלר את המכתב שהוציא משרד עו"ד אלטר (בתמליל נכתב "אלפר"). מכתב זה לא צורף בין הנספחים של **ת/22** אבל השיחה מגלה שתוכנו היה ידוע למר פלר מיד לאחר שעשה חיפוש במכשיר הטלפון של נאשם 1. מדובר במסמך שהוחלף בין עו"ד ולקוח ולא בכדי לא צורף על ידי מר פלר לתלונה. קיומו בידו ביום החשיפה מדגים שהיקף הפגיעה בפרטיות גדול ממה שנראה במבט גלוי על הצרופות. בנוסף, בחקירתה הנגדית של החוקרת נטלי צפירי התברר ששוחחה עם מזכירתו של מר פלר בתאריך 13.4.11 וקיבלה חומרים מאותה מזכירה בתאריך 23.6.11 (נ/25). כמו כן בתלונה **ת/22** מצוין מר פלר "**מבדיקת המחשב והטלפון הסלולרי של טיבי גילינו כי נשלחו אס אמ אסים...**" (ש' 28). בחומר שצורף לתלונה לא היו מסרונים, אך החוקר נסים עלוואן לא שלל אפשרות שמר פלר צירף מסרונים כאלה (עמ' 188 ש' 11). המסרונים שהוגשו לבית המשפט (נ/12) אינם מסומנים בסימון משטרתי ולא ברור כיצד השתרבבו לתיק החקירה. מדובר במסרונים שצירופם לתיק מהווה פלישה גסה לפרטיות ללא כל קשר לעבירה שנחקרה.

56. הקובלת מצדה לא עשתה כל ניסיון למיין את החומרים אלא להיפך, התמידה בטשטוש הגבולות בין מותר לאסור בין מה שהוצא על ידי לבין מה שהוצא על ידי המשטרה. כאשר נשאל מר פלר בחקירתו הנגדית איזה חומרים הוציא ותפס בעצמו השיב שיש לשאול את המשפטנים (עמ' 74 ש' 7) או לפנות להליך האזרחי. כאשר נשאל מהם המסרונים שהעביר למשטרה לא ידע להשיב (עמ' 80 ש' 10). הנספחים מתוך ההליך האזרחי אליהם התייחס לא הוגשו (נספח 35 ועד נספח 62 וראו עמ' 66 ש' 14, עמ' 67 ש' 30). ניסיונות חוזרים של בית המשפט לאורך ההליך לבקש הבהרות ולפרק את התמהיל לגורמיו לא זכו למענה של ממש. החוקר הפרטי שהוזמן מטעם ההגנה, יכול היה לתרום להבהרת הדברים בעדותו שכן יכול היה להעיד על החומר שהיה מונח בפניו ביום תפיסת הטלפון של הנאשם ובעת החקירה שערך לו. דא עקא עדותו הוכשלה על ידי מר פלר אשר שוחח איתו בטרם עדותו, אף שידע שמדובר בעד שהוזמן מטעם ההגנה.

הקובלת אינה יכולה ליהנות אם כן מן ההנחה שדי בחומר שהוציאה המשטרה מבלי להבהיר מה כולל חומר זה בנפרד מן החומר הפסול.

57. המשטרה אף היא לא ניסתה להפריד ולמיין מחדש את החומרים. בחקירתה הנגדית של החוקרת נטלי צפירי לא ידעה להבחין מה מתוך החומר התקבל בעקבות צו וכאשר הוצגו לה מסמכים, לא ידעה האם מדובר במסמכים מתוך תיק החקירה או לא (עמ' 131 ש' 24). גם החוקר רוני הינדי לא יכול היה להשיב בבירור על השאלה למעט תיאור כללי שמה שמוצג על ידי מתלון מסומן (עמ' 200 ש' 28).

58. חקירות החשודים מלמדות על כך שהחוקרים חזרו ועשו שימוש בחומרי החקירה הפסולים שהוצאו על ידי מר פלר ולא בשפע החומר שהתקבל על פי הצווים. בחקירה של נאשם 1 (**ת/24**) הוצגו לו תכתובות מייל



שהתקבלו על פי צווי המשטרה. מתוך היקפו הרחב של החומר שהתקבל, הנתונים שהוצגו הם אלו שהציג מר פלר ביום הגשת התלונה על בסיס החיפוש שעשה בעצמו ושלא כדין. כך למשל **נ.צ 2** תכתובת מייל עם נציגה בשם קלי מיום 6.7.10 ותכתובת עם אדם בשם כריסטינו פדוג'ה מאותו תאריך. שני אלו מופיעים בתלונה **ת/22**.

בחקירה הבאה (**ת/25**) שבים ומופיעים אותם מיילים שהציג מר פלר בתלונה המקורית **ת/22**, אותה ההתכתבות עם קלי מיום 6.7.10 ואותה התכתבות עם כריסטינו פדוג'ה. כן נחקר הנאשם על רשימת לקוחות כמו זו שהופיעה ב-**ת/22** ועל רשימת קונטקטים שצירף מר פלר ואודות מסמך ההתקשרות עם משרד עוה"ד אלטר. גם אם החוקרת נטלי צפיר לא זכרה בעדותה קשר בין החומר הפסול לבין החומר שהציגה בחקירה (עמ' 125 ש' 12), המציאות מצביעה על קשר הדוק ובלתי ניתן להפרדה.

59. אותה תופעה נמצא גם בחקירתו של נאשם 2 (**ת/28**). לנאשם הוצג מסמך נ.ע 5 14.6.11 שמכיל אי-מיילים אליהם הפנה מר פלר בתלונתו והעביר לעצמו, כפי שעולה בבירור מהתיעוד (למשל 194, 196, 198, 207, 214, 215, 216, 217, 222, 231, 235).

60. אי החוקיות שדבק בחומר שצורף לתלונה הראשונה **ת/22** עובר כחוט השני לכל אורך החקירה. הנה גם בהודעתו המאוחרת של מר פלר ממאי 2011, כאשר הוא מופנה למסמכים שהוצאו על פי צו בית המשפט (**ת/40 ו-ת/41**), חוזרים ומופיעים אותם אי-מיילים בדיוק. המייל לכריסטינו פדוג'ה מיום 6.7.10 (מספר 22 **ת/41**) ושוב התכתובת עם קלי מיום 6.7.10 (מספר 18 **ת/41**). המשטרה בחקירתה חזרה לאותם עוגנים שהונחו בראשית על ידי פלר והובאו באמצעות ראיות פסולות. גם אם קיים מידע מפליל אחר בחומר הראיות שהתקבל על פי צווים שיפוטיים, הרי החשודים נדרשו להתייחס בחקירותיהם דווקא לחומר הפסול ומשכך זיהם החומר הפסול את חקירותיהם וממילא אין משקל לחומר אחר אליו לא נדרשו להתייחס.

61. גם לו ניתן היה להפריד ולמיין, גם לו היה החומר המופרד מוצג לעיון החשודים במשטרה ואפילו הוצג רק החומר המסונן, נשאלת השאלה השניה והיא האם ראוי להתעלם מאי החוקיות שבחומר שהביא לפתיחת החקירה. ביום הגשת התלונה הוצג החומר הפסול למשטרה ובהסתמך עליו נפתחה החקירה והתבקשו צווים. האם נכון מבחינה תאורטית ליצור חיץ ראייתי ולקבוע שהפסול שדבק בראיות הראשוניות נשאר מצדו האחד של החיץ ובחינת התקינות תתחיל מבראשית מצידו השני של החיץ בנוגע למעשי המשטרה? גם לשאלה זו התשובה השלילית כפולה. ראשית אין זה ראוי ליצור גבול מלאכותי ושנית גם לו בחנתי את תקינות הצווים רק מעת לידתם במשטרה הרי דבקו בהם פגמים שמביאים לפסולותם בנפרד מפסילת הדרך שהובילה להוצאתם.

השפעת הפסול על הראיה הנגזרת

62. הכשרת ראיות פסולות שהשיג המתלונן בפעולה משטרתית פשוטה תעביר מסר מסוכן המעודד עשיית דין עצמי. מה שלא ניתן לעשיה על ידי המשטרה יעשה על ידי אזרחים ואם ימצא בו כוח ראייתי מפליל, יוכשר לאחר מכן על ידי המשטרה. יש בכך לעקוף מנגנונים ששוכללו משך שנים רבות בחוק ובפסיקה ונועדו להבטיח חקירות הגונות והוגנות השומרות על זכויות החשודים. הפקעת החקירה מגופים שמחויבים בכך והעברתה ללא כל בלמים לידי אזרחים על מנת שאלו יאספו את הראיות ויצגו אותן להכשרת המשטרה, עלולה חלילה לעודד בריונות ולחזק ידיו של מי שאין לו כל ענין בזכויות חשודים ונחקרים והוא חסר ידע משפטי נחוץ לעריכת חקירה כהלכתה.

63. המקרה דנן ממחיש את הדרגה הבאה של סכנה הכרוכה בכך, שכן לא זו בלבד שהחקירה נוהלה תחילה על ידי הקובלת תוך התעלמות מן הזכות לפרטיות, אלא שברגע העברת החומר לידי המשטרה, הסתירה הקובלת את האופן שבו נהגה והדרך שהביאה לאיתור הראיות העומדות בבסיס התלונה. לא רק שנעשתה פגיעה



בפרטיות, אלא שהיא הוסתרה והועלמה כך שנוצר רושם שמדובר בפניה ראשונית למשטרה כאשר הקובלת מגיעה בתמימות ומבקשת לחקור, ולא היא. אני רואה פסול בהכשרת ראיות שהושגו מבלי שהקובלת ציינה שנעשתה חדירה עצמאית לטלפון ולתיבת הדואר הפרטית ללא צו וללא הסכמה. לא זו אף זו, הקובלת הרחיקה לכת ולא ציינה שכבר ניסתה "להלבין" את אותה חדירה לטלפון באמצעות בקשה של צו חדירה לטלפון מבית הדין לעבודה, גם זה לאחר שהמעשה כבר נעשה, וגם שם מבלי להביא את הדברים במלואם לידיעת בית הדין. כמובן שהקובלת לא ציינה כי בקשתה נדחתה בבית הדין האזורי ואף בבית הדין הארצי לעבודה. הנעת החקירה המשטרית תוך הסתרת המידע אינה ראויה ל"פרס" בדמות הכשרת הראיות שלידתן בחטא.

64. שאלת הקשר בין ראיה פסולה לראיות שבאו בעקבותיה נדונה בהרחבה בענין **פרחי** שהוזכר לעיל. המקרה שלנו שונה במידה מסוימת שכן המשטרה לא היתה מודעת לפסול הראשוני משום שלא נעשה על ידה ולא דווח לה. עם זאת, קיומו של פגם צריך היה להיות בידיעת המשטרה ולהיבדק שכן המתלונן הציג את הפלטים האסורים בעת הגשת התלונה וקיומה של סוגית פרטיות עלה מהמכתב המלווה שצורף לתלונה ונחתם ע"י עו"ד.

65. כך או כך, מאחר והראיה הראשית שבעקבותיה החלה החקירה פסולה, יש לבחון מה השפעתה על הראיות שהושגו בעקבותיה. פסק הדין בענין **פרחי** התייחס בהרחבה לקבילותן של ראיות כשרות שנובעות מראיות שהושגו באמצעים פסולים או בלתי חוקיים. בענין **פרחי** כזכור הסכים הנאשם למסור דגימת ד.נ.א על סמך הבטחת המשטרה לפיה יעשה שימוש באותה דגימה אך ורק לחקירת פרשיית רצח מסוימת. לאחר שנמצא כי **פרחי** אינו קשור לאותה פרשייה בניגוד להבטחה ערכה המשטרה השוואה בין הדגימה שמסר **פרחי** לדגימות שנמצאו בשלוש זירות בהן התרחשו עבירות מין חמורות ומצאה התאמה. לאחר מעצרו ותוך כדי החקירה, הופקה דגימת ד.נ.א נוספת מבדל סיגריה של **פרחי** ונאספו ראיות נוספות כגון איכון טלפון ואמרות שהיה בהן ראשית הודאה מצדו. בית המשפט בחן את השפעת אי-החוקיות שדבקה בראיה הראשית על הראיות שנגזרו ממנה והשפעתה על תוצרי חקירה שהושגו כדין בחקירה שלא היתה באה לעולם אלמלא הפרה המשטרה התחייבותה.

מבחינה מסוימת המקרה שלנו הוא בבחינת קל וחומר לענין **פרחי** שכן התיק מנוהל כקובלנה פרטית והתובע שמבקש ליהנות היום מתוצרי החקירה הוא אותו גוף פרטי שעומד מאחורי השגת הראיה הפסולה הראשונית. אם מצא בית המשפט בענין **פרחי** לפסול ראיה שהמדינה, כגוף חסר ענין אישי בתוצאה עמד מאחורי השגתה ועשה כן בתום לב, וודאי כך בענייננו.

66. בענין **פרחי** חזר בית המשפט העליון על נקודת המוצא לפיה אין לאמץ את דוקטרינת פירות העץ המורעל הנהוגה בשיטת המשפט האמריקאי, וככלל ראיה נגזרת תהא ראיה קבילה.

עם זאת כבר בהלכת יששכרוב (פסקה 71 לפסק הדין) נפסק כי ראייה נגזרת לא תהיה חסינה לעולם מפני פסילה ושאלת קבילותה תיבחן על פי נסיבותיו של כל מקרה לגופו ובשים לב להשפעה שתהיה לקבלת הראיה הנגזרת על זכותו של הנאשם להליך הוגן. בענין **פרחי** הרחיב כב' השופט לוי באשר לזיקה בין הראיה הנגזרת לבין אי החוקיות בהליך החקירה וקבע בפסקה 20 לפסק דינו כי:

"ככל שהזיקה בין הראיות חזקה יותר, עשויה אי החוקיות שדבקה בראיה הראשית להכתיים גם את הראיה הנגזרת, וכך תגבר הנטייה לפוסלה. התכלית של מבחן הזיקה נוגעת בעיקרה להוגנות ההליך. קבלתה של ראיה נגזרת, בעקבות אבחנה טכנית בינה לבין זו הראשית, עשויה לחטוא למטרה זו כאשר הראיות קשורות זו לזו באופן הדוק.

[...]

ומהי הזיקה אשר תוביל לקביעה כי אי-החוקיות שבראיה הראשית הפסולה דבקה גם בראיה

עמוד 17



הנגזרת? מבחינה עובדתית נדרש קשר של סיבתיות בין קיומה של הראיה הראשית לאפשרות השגתה של הראיה הנגזרת ממנה [...]. לכך יש להוסיף דרישה של סיבתיות משפטית, הטומנת בחובה שיקול דעת שיפוטי באשר לנסיבות התומכות בפסילת הראיה הנגזרת."

67. שופטי הרוב בפסק דין פרחי - השופט לוי והשופט דנציגר - קבעו כי יש לפסול גם את ראיית הד.נ.א השניה, זו שהושגה כדין מבדל סיגריה במהלך החקירה. בהחלטה לפסול את ראיית הד.נ.א השניה קבע השופט לוי בפסקה 21 לפסק דינו כך:

"שוכנעתי כי זיקתה לראיה הפסולה הינה כה הדוקה, עד שהפסול שבה יורד לשורשה. אופייה ותוכנה כה זהים לזו של הראיה הפסולה, עד שלמעשה מדובר באותה ראיה ממש. הגם שאופן השגתה לא היה מעורר קושי בדרך כלל, הרי שבנסיבות פרשה זו, יש בקבלתה כדי להכשיר את הפסול שנפל בראיה הראשית, ולזאת לא אוכל להסכים [...]. העובדה שחוקרי המשטרה מצאו טעם בהשגת ראיה זהה לראיית ה-DNA מתיק הרצח, שאין בה תרומה נוספת להבהרת התמונה המפלילה, מעידה כשלעצמה על הצורך שהתעורר "להלבין" את הראיה הראשית, אשר השגתה הייתה כרוכה באמצעי פסול [...]. הכשרת ראיית ה-DNA בנסיבות אלה, משמעה השלמה עם מציאות שבה פגם מהותי שנפל בהליכי החקירה "מולבן" באמצעות תחבולה פשוטה. במקרה זה, קבלת הראיה שהולבנה תותיר על כנה את הפגיעה בהוגנות ההליך שנוצרה בעקבות הראיה הראשית, הבאה לידי ביטוי בשלילת יכולתו של המערער להגן על חזקת חפותו, ובשלילת זכותו לפרטיות החלה על נתוני הזיהוי האישיים שלו. תוצאה זו אינה ראויה".

השופט דנציגר הצטרף לדברים (פסקה 10 לפסק דינו).

68. במקרה שלפני הראיות ממכשיר הטלפון של נאשם 1 שהתקבלו בעקבות צווים שיפוטיים הן אותן ראיות כמו אלו שנפסלו (עם תוספות). בהסתמך על התלונה והחומר שצורף פעלה המשטרה לקבלת צווים והשיגה פעם נוספת אותן ראיות ממש. כמו בעניין פרחי, גם כאן נעשה ניסיון "להלבין" ראיות שהושגו באופן פסול.

69. הזיקה בין הפסול לבין הראיות הנגזרות פחות מובהקת בכל הנוגע לצווים בנוגע למכשירי הטלפון הנייד של נאשם 2. הקובלת לא אחזה במידע עצמאי שהושג מן הטלפון או מן המחשב של נאשם 2 ולא ניתן לומר כי הראיות שהוגשו בעת הגשת התלונה הן אותן ראיות שהוצאו לאחר קבלת הצווים. אמנם השיחות הפסולות שהפיק מר פלר מן הטלפון של נאשם 1 היו אל נאשם 2 כך שהעתירה לקבלת צווים דווקא לגבי נאשם 2 לא היתה פרי מאמץ חקירתי עצמאי של המשטרה אלא תולדה ישירה של הראיה הפסולה ואף על פי כן מדובר בראיה מרוחקת שלב נוסף מן הפסול הראשוני.

70. בשל זהות הראיות ועל פי המבחן שנקבע בעניין פרחי אני פוסלת את הראיות שהתקבלו מכוח הצווים בנוגע לנאשם 1 ומתירה קבלת הראיות שהופקו על פי צו ממכשירי הטלפון והמחשבים של נאשם 2.

פסלות הראיות בשל פגמים בעבודת המשטרה

71. גם לו התעלמתי כליל מן הרקע להוצאת הצווים, דבקו פגמים בצווים שהתבקשו על ידי המשטרה באופן שפוסל את תוצריהם גם לו היו לבדם בעולם. בעת שהיחידה החוקרת עתרה לקבלת צו, לא הציגה את המידע המלא לבית המשפט ולא דיווחה על כך שצווים התבקשו בעבר וסורבו. העובדה שאי הדיווח על ידי המשטרה מקורו בכך שהקובלת לא דיווחה על כך, אינה ממין העניין. בפועל, התוצאה היא שבית המשפט נעתר והורה על צו מבלי שכל הנתונים הצריכים לענין היו בידיעתו בטרם החלטה. טופס הבקשה לצו חיפוש כולל משבצת למילוי על ידי



החוקר בה הוא נדרש לציין כי "לפי מיטב ידיעתי לא היתה פניה להוצאת צו חיפוש לגבי אותו בית או מקום או אדם בשלושת החודשים האחרונים באותו ענין". באף אחת מן הבקשות לא היתה במשבצת זו אינדיקציה לכך שהוגשו בקשות קודמות לצווים מבית הדין לעבודה ונדחו. קצין החקירה מר אשר הינריך העיד אמנם שהמטרה מחויבת להודיע לבימ"ש רק אם הוציאה צו קודם כמטרה (עמ' 159 ש' 6), אולם הטופס עצמו אינו מסייג את המידע לצווים פלייט בלבד. החוקר נסים עלוואן העיד שלו ידע שהתבקשו צווים מבית הדין לעבודה ובית הדין דחה את הבקשות היה מביא זאת לידיעת בית המשפט בעל פה, גם אם לא היה ממלא זאת במשבצת שבגוף הטופס (עמ' 181 ש' 14 וראו אותם דברים בעדותה של נטלי צפירי עמ' 128 ש' 27 וגישה פחות נחרצת של רוני הינדי עמ' 202 ש' 9).

72. הקובלת טוענת שמסירת המידע לא היתה משנה את התוצאה. בכך מבקשת הקובלת להכניס אל עולם ההשערות הלא נודע ואל שאלת "מה היה קורה אילו". לעולם לא נדע התשובה לאשורה. מאחר והקובלת לא מסרה את הפרטים למטרה לא התקבלה החלטה מודעת של המטרה שלא להביא את הדבר לידיעת בית המשפט ולעולם לא ניתן לדעת מה היה מחליט בית המשפט לו היו מונחות בפניו מלוא העובדות. אישור צווים שהתקבלו על בסיס מידע חלקי ומגמתי פוגע קשות בהוגנות ההליך המשפטי. אי גילוי מידע שנמצא בידיעתה המלאה של הקובלת ויש לה ענין בהסתרתו ולא נמסר טעם סביר להשמטתו מהתלונה, הוא נימוק המצדיק פסילת מלוא התוצרים שהתקבלו בעקבות הצו. וודאי כך כאשר התלונה הוגשה בליווי של יעוץ משפטי ולתלונה מצורף אף מכתב של עו"ד מטעם הקובלת ואשר אף בו מושמטים הפרטים הנוגעים לדחיית הבקשה על ידי בית משפט מוסמך.

73. פגם נוסף נמצא בנימוקי המטרה בתמיכה לבקשה לקבלת צו (ת/43). בבקשה לצו חדירה לטלפון הנייד של נאשם 1 צוין שמדובר ב"אייפון של החברה שהיה בשימוש החשוד". הצגת הדברים באופן הזה מקלה מאד על קבלת הצו. אין קושי של ממש במתן צו המתייחס למכשיר של הקובלת המתלוננת וניתן בהסכמתה. אלא שהצגה מקלה זו של הדברים היא אימוץ גרסת מר פלר בלי להרהר אחריה. לא הוצג כל נסיון שנעשה על ידי המטרה לבדוק נכונות הטענה וכאמור עד היום בסיום ההליך, לא הוכחה הטענה שמדובר בטלפון של החברה. ביומן המסמכים שבתיק החקירה (נ/32) מצוין קיומו של מסמך 12 הוא "מכתב מרמפל-בעלות טלפון". המסמך לא הוצג כך שלא ברור מה טיבו ומכל מקום לא התבקשה התייחסות הנאשמים לאותו מסמך בעת חקירתם. החוקר נסים עלוואן לא ידע להסביר מדוע הציגו כך את העובדות לבית המשפט מבלי לבחון את הדברים (עמ' 183 ש' 19, ראו גם דברי החוקרת נטלי צפירי עמ' 129 ש' 30, עמ' 130 ש' 14). קצין החקירה מר הינריך אישר בחקירתו כי מדובר בטעות מצד המטרה (עמ' 149 ש' 28 ועמ' 152 ש' 20).

74. בעקבות הנוסח הנ"ל שיש בו להטעות ניתן הצו ביום 31.1.11 (ת/43) תוך ציון שמדובר בחיפוש אצל RCS (הקובלת). הוצאת מסרונים אישיים ותכנים מתיבת הדואר הפרטית של הנאשם 1 אינה עונה להגדרה של חיפוש בחברה. במהלך שמיעת הראיות התברר שהיחידה החוקרת חרגה באופן ניכר מהיקף הצווים שניתנו לבקשתה. הצו שניתן ביום 9.6.11 (ת/48) התייחס לתפיסת כל מסמך או חפץ לרבות מחשב, תוך שהשוטף הוסיף בכתב ידו "לגבי מידע עסקי מחב' RC". צו נוסף מאותו יום (ת/49) ניתן אף הוא על ידי השופט לנדמן ז"ל והתייחס לגבי כל מסמך או חפץ לרבות מחשב והתוספת בכתב ידו של השופט "לגבי מידע עסקי מחב' RC".

בפועל, הופק מן המכשירים כל המידע האגור בהם תוך התעלמות מנוסח הצו המוגבל למידע עסקי. בין היתר הופק שפע מידע אישי של נאשם 1 ושל בני משפחתו, של נאשם 2 ושל בני משפחתו ושל עסקיו מבלי שיש לאלו שמץ נגיעה לחשדות שנחקרו. החוקר משה זילברשטיין שהוא חוקר המחשבים המיומן שביצע את החיפושים במחשבים השונים העיד שלא נעשה סינון של החומר שהפיק מתוך המחשבים (עמ' 111 ש' 5) מפני שאינו יכול לדעת מראש מה רלוונטי אף שהוא ער להגבלה בצו (נ/23) ומפני שצוות החקירה הוא שאמור לסנן (עמ' 112 ש' 3 ואילך). דא עקא, צוות החקירה לא עשה שום סינון (ראו עדותו המפורשת של נסים עלוואן בעמ' 188 ש' 27).



75. הצו שניתן על ידי בית המשפט ברור ונוקט לשון צמצום ברורה. על מנת לעמוד בהוראות בית המשפט צריכה היתה המשטרה לערוך חיפוש הדרגתי שמתייחס קודם כל לשם החברה. חיפוש במחשב שאוגר בתוכו חיים שלמים, צריך להיות ממוקד וכירורגי ורק ככל שעולה צורך להרחיב את החיפוש לאחר פגיעה ממוקדת בפרטיות, יש להוסיף ולהתקדם ובמידת הצורך להצטייד בצו מרחיב מבית המשפט. הפקת חומר פרטי ותוכן שאין אישי ממנו רחוקה מאד מקיום הצו שניתן על ידי בית המשפט. המיילים והמסרונים שצורפו לחקירה של נאשם 2 (ת/28) כוללים תכתובות אישיות ביותר בין נאשם 1 לבין אשתו וכוללים מידע פרטי וחסר כל קשר לחקירה, מידע כלכלי וראו גם נ.ע. 1 15.6.11 (א)(ב) ו-ת/57 שנוגע לשנת 2009 כלומר הרבה לפני התלונה וללא כל קשר לנאשמים. אין איש שלוקח על עצמו אחריות לרמיסת הפרטיות הנובעת מחשיפת הנתונים האישיים והפיכתם כלי בידי צדדים לסכסוך. על כך הוסיפה המשטרה פגם נוסף והוא העברת מלוא החומר לידי הקובלת ללא סינון וללא מיון. פגיעה כה גסה בפרטיותם של צדדים שלישיים שכלל אינם צד להליך הפלילי אינה יכולה להתיישב עם הכשרת הראיות, ראו בהקשר זה דבריו הנכוחים של כב' השופט עמית בעניין זה בפסקאות 10-14 לפסק דינו בבש"פ 6071/17 **מדינת ישראל נ' פישר** (מיום 27.08.17).

76. כן יצוין כי במסגרת החומר שהופק והועבר לקובלת נכללת תכתובת עם עו"ד שהופקה מהמחשב של נאשם 2. החוקר מר עלוואן השיב בחקירה נגדית שאינו מכיר את הסיווג הנדרש לצורך הכרעה בשאלת חסיון עו"ד-לקוח ולא עשה שום מאמץ לבחון את טיבו של המסמך בטרם הוכנס לחומר החקירה וממנו הועבר לרשות הקובלת (עמ' 190 ש' 7, 13).

77. לסיכום פרק זה אני קובעת כי הראיות שהושגו בעקבות קבלת הצווים בכל הנוגע לנאשם 1 פסולות מכוח חוק הגנת הפרטיות ובשל הפגמים בעבודת המשטרה והראיות שהתקבלו כתוצאה מצווים לגבי נאשם 2 קבילות על פי חוק הגנת הפרטיות אף שבהוצאתן ובדרך הטיפול בהן על ידי המשטרה נפלו פגמים חמורים.

בחינת האשמה לאור הראיות הקבילות

78. אחזור עתה לבחינת העבירה המיוחסת לנאשמים ואשקול אותה על רקע הראיות הקבילות. הקובלנה מפנה בסעיף החיקוק להוראת סעיף 496 גילוי סוד מקצועי שזו לשונה:

"המגלה מידע סודי שנמסר לו אגב מקצועו או מלאכתו... דינו מאסר שישה חודשים".

"סוד מקצועי"

מר פלר הוא היזם שהקים את הקובלת והבעלים ב- 75% בחברה מאז הוקמה בשנת 1998. מר פלר העיד על פעילות הקובלת במסחר בינלאומי בשוק הטלפונים הסלולריים ובמיוחד על השיטות שפיתחה לביצוע עסקאות. בעדותו סיפר על המאמץ שהושקע בבחירת הספקים, על הדרך הארוכה עד לבחירת אנשי קשר לביצוע עסקאות ועל זיקוק מאגר אנשי הקשר כך שיכיל את הטובים והמתאימים בלבד (עמ' 21-17). מר פלר אישר כי ניתן למצוא את פרטי הספקים האמורים בחיפוש כללי באינטרנט אך הדגיש כי הרשימה הספציפית גובשה לאחר מיון וסינון כך שתכלול "שגעות" של כל איש קשר, דרישות ייחודיות וקשרים אמינים ואותה לא ניתן למצוא במאגרים (עמ' 23 ש' 17-18). רשימה זו ייחודית לקובלת וביצירתה הושקעו שנים וכסף רב.

79. אני נותנת אמון בעדותו של מר פלר בכל הנוגע לכך שמדובר בסודות מקצועיים כמובנם בחוק העונשין וכי הסינון והזיקוק של רשימת הלקוחות לכלל רשימה מצומצמת וכן מידע "חם" על עסקאות הכולל מחירים עמוד 20



וצדדים הוא מידע שאינו זמין לכל. דברים אלו מתיישבים עם השכל הישר ונסיון החיים ולא עלה בידי הנאשמים להוכיח אחרת. כמו כן הוכח כי המידע האמור היה ידוע לנאשם 1 בעקבות עבודתו אצל הקובלת ואגב מקצועו. קיומם של קשרים קודמים עם מי מאנשי הקשר, אינו מהווה הגנה כאשר מדובר בהעברת מידע בנוגע לאנשי קשר נוספים, מידע אודות טפסים של הקובלת ומידע על עסקאות בעת התרחשותן.

80. טענת ההגנה כי מדובר בחומר שאיננו סודי וניתן להשיגו ברשת האינטרנט לא הוכחה ולו בראשית ראיה ונותרה טענה בעלמא בלבד. בסיכומיו לא התייחס ב"כ הנאשמים לטענה באופן שמלמד כי נזנחה כליל.

81. אני קובעת כי החומר שבמוקד המחלוקת הוא מידע סודי שנמסר לנאשם 1 אגב מלאכתו.

הוכחת העבירה לגבי נאשם 1

82. השאלה הבאה היא האם קיימות ראיות קבילות לכך שנאשם 1 גילה את המידע הסודי.

83. עדותו של מר פלר בדבר העברת נתונים על ידי נאשם 1 נותרה בגדר עדות מפי השמועה. מר פלר העיד על "תרגיל" שעשו לנאשם לאחר שהתעורר החשד נגדו בכך שהזינו למערכת הפנימית עסקה פיקטיבית וראו כיצד סמוך לאחר מכן התקשר נאשם 2 למוכר הפוטנציאלי שהשתתף בביום העסקה אך בעצם לא רצה למכור דבר ונועד לשמש פתיון בלבד. הוצאתו לפועל של רעיון ביום העסקה לא נעשה על ידי העד אלא על ידי עובדת בשם אסתר שלא זומנה לעדות. לגבי הפניה של נאשם 2 לחברה צרפתית בעקבות המידע המדומה שנמסר לו, לא הובא איש מטעם אותה חברה. מסמכים שנטען על ידי העד כי מתעדים את מסלול הביצוע וההתרחשות - לא הוגשו (עמ' 38 ש' 12). הברור הראשוני בדבר חשד שהתעורר כלפי נאשם 1 נותר אף הוא בגדר עדות מפי השמועה, שכן נערך על ידי עובד בשם ג'רום שלא הוזמן לעדות (עמ' 36 ש' 7). משקלו של פלט השיחות שאמור היה להוכיח קשר טלפוני בין נאשם 1 לבין נאשם 2 (ת/17) נמוך עד מאד. אין אינדיקציה לכך שמדובר במסמך רשמי של חברת סלקום, המסמך אינו חתום ואינו נושא לוגו, לא ברור ממי התקבל ומהו המצג ששימש לקבלתו. למותר לציין כי לא מדובר בפלט שהתקבל על פי צו בית משפט.

84. משנפסלו תכתובות הדואר האלקטרוני והמסרונים ובהעדר עדות ישירה של אדם שיעיד על העברת הסודות המקצועיים נותרו במנין הראיות רק תלונת המתלונן, הודעות הנאשם במשטרה ועדותו בבית המשפט המחוזי במסגרת ההליך האזרחי.

85. נאשם 1 הודה בחקירתו בשליחת מיילים לנאשם 2. בהודעה ת/24 מתאריך 14.06.11 בחר תחילה לשמור על זכות השתיקה. כך עשה גם לאחר שהוצגו לו מיילים שהעביר לנאשם 2 וצורפו לתלונה ת/22. בהמשך אישר כי העביר מיילים לנאשם 2 אשר כללו שמות של לקוחות אולם טען שלא מדובר בסוד מסחרי אלא במידע שניתן להשיג ברשת האינטרנט. לשאלה למה העביר לנאשם 2 רשימת לקוחות ומסמכים סודיים של הקובלת בזמן שעבד שם לא מצא תשובה (ת/24 ש' 81). בהמשך החקירה הודה: **"העברתי ליהושע רשימת ספקים וקונטקטים וכן דילים ועוד מסמכים שונים אבל לא היתה לי כוונה ולא נעשה בהם שימוש אף פעם"** (ת/24 ש' 88).

86. בהודעה ת/25 מתאריך 15.06.11 הודה נאשם 1 באופן ברור ומפורש בהעברת חומר סודי של הקובלת לנאשם 2 (ת/25 ש' 103). נאשם 1 אישר שהיה בקשר רציף עם נאשם 2 בזמן שעבד אצל הקובלת והודה **"עשיתי טעות ולא הייתי חוזר על זה"** (ת/25 ש' 85). כן הודה שהעביר סודות של חברה לחברה מתחרה (ש' 103), שהעביר פרטי שלושה אנשי קשר והודה שהעביר מסמך של החתמת לקוחות.



87. בהודעה **ת/26** מתאריך 06.09.11 הוצג לנאשם הסכם עם משרד עו"ד אלטר נושא תאריך 2.8.10 ומסדיר שכר טרחתו של המשרד במיזם של שני הנאשמים גם יחד. הנאשם אישר שמדובר בחתימתו.
88. בעת חקירתו הנגדית בבית המשפט המחוזי מיום 12.11.12 (**ת/21**) שב נאשם 1 ואישר ששלח מאה וחמישים מיילים לרבות רשימות אנשי קשר והעבירים לנאשם 2 וזאת תוך כדי תקופת עבודתו אצל הקובלת. יצוין כי נאשם 1 אישר בחקירתו שהעביר לנאשם 2 את נספח 46 אלא שהנספח לא הוצג כראיה בהליך שלפני ותוכנו לא ידוע.
89. מן המקובץ עולה שנאשם 1 הודה בביצוע העבירה מושא כתב הקובלנה. להודאתו של נאשם 1 נלווה דבר מה לחיזוק בדמות התלונה שהוגשה על ידי המתלונן והעובדה שאינה במחלוקת כי מיד לאחר פיטוריו מן הקובלת החל לעבוד אצל נאשם 2 בעסק של סחר בינלאומי במכשירי טלפון נייד, עסק שנאשם 2 לא עסק בו קודם לכן.

הוכחת העבירה לגבי נאשם 2

90. לנאשם 2 מיוחס שידול לעבירה של גילוי סוד מקצועי ולחילופין ביצוע בצוותא עם נאשם 1. בפתח חקירתו הראשונה **ת/27** מתאריך 14.06.11 אישר נאשם 2 שקיבל מיילים ומידע בתחום הסלולר מנאשם 1. כן אישר כי ייתכן ואלו הכילו רשימות, אנשי קשר ועסקאות שבוצעו בתחום הסלולר. עם זאת נמנע נאשם 2 מלאשר שמדובר במידע עסקי סודי וטען שאת רשימת הקונטקטים ניתן להשיג באתרי מסחר באינטרנט (ש' 87, ש' 103, ש' 107, ש' 129). לשאלה מדוע העביר לו נאשם 1 רשימת עסקאות ענה (ש' 66): "**אני לא עשיתי שום עסקאות, אין לי תשובות, יכול להיות שרצה להרשים אותי...**". על תשובה זו חזר פעם אחר פעם לאורך החקירה. כשנשאל מדוע ירצה נאשם 2 להרשים אותו לא היתה בפיו תשובה (ש' 69). לשאלה אם ביקש מנאשם 1 לשלוח אליו חומרים השיב שאינו זוכר (ש' 96 וש' 98).
91. בפתח החקירה השניה **ת/28** מתאריך 15.11.11 הוטח בנאשם 2 מסרון שהופק ממכשיר הטלפון הנייד של נאשם 1 ובו ביקש ממנו להעביר לו קובץ אקסל עם עסקאות. כשהתבקש להתייחס לכך ענה שאינו זוכר על איזה עסקאות מדובר (ש' 6). במהלך החקירה חזר ועומת עם חומר רב של הקובלת שנשלח אליו על ידי נאשם 1. נאשם 2 עמד על גרסתו שאינו יודע מדוע נשלחו אליו החומרים מעבר להשערות בדבר ניסיון להרשים אותו (ש' 41).
92. בחקירתו השלישית **ת/29** מתאריך 04.09.11 התייחס נאשם 2 לשיטה שנוקט בה לגישתו מר פלר כלפי עובדיו ובכללם נאשם 1 במטרה להימנע מלשלם כסף שמגיע להם בהתאם לחוקי העבודה. כן התייחס להליך האזרחי המקביל שהתנהל בינו לבין מר פלר ולרדיפה שרודף מר פלר אותו ואת נאשם 1 במטרה למנוע מהם לעסוק בתחום הסלולר. נאשם 2 חזר וטען לאורך החקירה כי לא ביצע עסקאות בתחום הסלולר ועשה כן רק לאחר שנאשם 1 סיים לעבוד אצל הקובלת.
93. בעת ניהול ההוכחות הוגשה חקירתו הנגדית של נאשם 2 שנערכה בהליך אזרחי במסגרת דיון בבקשה לקבלת צו זמני (**ת/20**). הפרוטוקול חתום על ידי המזכירות ומשכך המסמך עונה להגדרת תעודה ציבורית וקביל בהתאם להוראות סעיפים 11 ו-23 לפקודת הראיות. עם זאת, אציין כי הבקשה לצו זמני לא הוגשה וכן לא הוגש התצהיר שהיווה חקירתו הראשית של העד ועליו נחקר כך שמדובר בהגשה חלקית של הראיות. באותה חקירה אישר נאשם 2 שקיבל מנאשם 1 מסמכים הנוגעים לאנשי קשר וחלקם נושא לוגו של הקובלת.



94. החומר הגולמי שהופק על ידי המשטרה ממכשירי הטלפון של נאשם 2 ומן המחשבים לא הוסיף דבר להוכחת אשמתו. החומר שהוצג לנאשם בחקירות המשטרה הוא חומר ראיות שהופק מתוך מכשיר הטלפון הנייד של נאשם 1 וחומר ראיות זה נפסל. לגבי חומרים שנאגרו במחשבים ובטלפונים הניידים של נאשם 2 הפנו עורכי הדין בסיכומיהם לדיסקים **ת/31א** ו-**ת/33**. עיון בחומר הגולמי (שרבים מן המסמכים בו אינם ניתנים לפתיחה) מעלה כי הקבצים אליהם הפנו הסנגורים לא הוצגו לנאשם בחקירתו.

95. בחינת מכלול הראיות מצביעה על כך שלא הובאה כל ראיה ביחס לביצוע עבירה של שידול. סעיף 30 לחוק העונשין מגדיר משדל כמי ש"**מביא אחר לידי עשיית עבירה בשכנוע, בעידוד, בדרישה, בהפצרה או בכל דרך שיש בה משום הפעלת לחץ**". לא הובאה קצה קציה של ראיה לשכנוע או להפצרה שיש עמם הפעלת לחץ.

96. בחקירתו הנגדית בהליך האזרחי אמר נאשם 1 שהיה זה נאשם 2 שיזם הקמת חברה לסחר בטלפונים ואישר מייל אחד ששלח אליו נאשם 2 בו ביקש פרטי התקשרות עם ספק מסוים ומבוקשו ניתן לו. אמרות אלו, שגם הן אינן מספיקות להוכחת עבירת שידול, ממילא אינן יכולות לשמש ראיה נגד נאשם 2, מאחר ונאשם 1 בחר שלא העיד ועל כן האמרות קבילות לחובתו בלבד.

97. להבדיל משידול, ביצוע בצוותא עולה ברורות מן ההודעות. אמרות נאשם 2 מלמדות על שילוב כוחות בינו לבין נאשם 1, קבלת מיילים ממנו שכוללים סודות מקצועיים ותגובה להם באופן שלא הותירה אותו בגדר צופה פסיבי אלא שותף פעיל, שואל ומשיב. כן אישר נאשם 2 שבאותה תקופה הקים את החברה נאשמת 3 לצורך סחר בטלפונים ניידים (**ת/27** ש' 100), תחום שלא עסק בו בעבר. כן הוכח שנאשם 1 החל לעבוד אצלו מיד לאחר פיטוריו מעבודתו אצל הקובלת. הצטברותן של האמרות אל ראיות נסיבתיות מצביע על כך שהנאשמים פעלו על פי תוכנית משותפת לביצוע העבירה.

קבילות הודאות הנאשמים

98. הודעות הנאשמים במשטרה נגבו בשלב בו ידעו השניים כי מר פלר והיחידה החוקרת אוחזים בחליפת מכתבי אי-מייל ביניהם, במסרונים ובמסמכים שהועברו ביניהם ואלו מהווים חומר מפליל מאד נגדם. להבדיל מתפיסה שלא כדין של ראיות חפציות אחרות כמו סכין או סמים או רכוש שעדיין מותר קו הגנה מעשי לא כן תפיסת תכתובת מייל בעבירה דנן. תפיסת סכין מותרת מקום לטענות בדבר העדר מודעות או טענות לטעם חוקי להחזקתו. תפיסת סמים מותרת מקום לטענות בענין מודעות, בעלות, ונגישות של אחרים. לא כן כאשר כל יסודות העבירה מוכחים באמצעות הראיה הפסולה כמו במקרה שלפני. תכתובת מייל ממחשב של הנאשם כוללת את שמות השולח והנמען, מועד המשלוח ותוכן השיחה. הראיה הפסולה נותנת מענה לכל השאלות הטעונות בירור בהליך הפלילי ולא מותרת קו הגנה ממשי כלשהו. פסלות הראיה אינה מאפשרת הודעה אמיתית פתוחה ביחס לאותה ראיה שכן היא מקבעת מצב עובדתי בלתי ניתן להכחשה.

99. מצוקת ניהול הגנה בה מצאו עצמם הנאשמים בחקירותיהם היא כל כולה תולדה של הראיות הפסולות שהוצגו להם. הנאשמים מצאו עצמם "לכודים" במצב עובדתי בו לא יכלו להתכחש לשליחת החומרים ולקבלתם אחד מן השני ומשום כך לא יכלו להתכחש לביצוע העבירה. מלכוד זה שבבסיסו ראיות פסולות שהופקו ממכשיר הטלפון ומן המחשב של נאשם 1, שולל את כוחן הראייתי המפליל של ההודעות שנגבו במשטרה.

100. בבחינת כוחן הראייתי של הודעות נאשם 2 אין חשיבות לכך שלא הוריתי על פסילת החומר



הגולמי שהפיקה המשטרה בצווים, שכן מה שהוצג לנאשם בחקירתו הן דווקא אותן ראיות פסולות שנלקחו מנאשם 1 (ת/27) נספח נ.ע. 3. 14.6.11 ושוב בחקירה הבאה ת/28 נ.צ. 2. 14.6.11). גרסתו ניתנה תוך התייחסות ישירה לחומר המפליל הפסול.

101. ערכן הראייתי של אמרות הנאשמים שהתקבלו אגב ההליך האזרחי (שהובאו כאמור באופן חלקי בלבד על ידי הקובלת) נמוך אף יותר. בשלב זה כבר היו הנאשמים כבולים היטב בגרסאות שמסרו במשטרה ולא היתה עוד דרך חזרה מהדברים מבלי להותיר חותם שלילי על מהימנותם. יתר על כן, סדר ניהול ההליך, כך שזה האזרחי קדם להגשת הקובלנה הפלילית, שלל מנאשם 2 בפועל את זכות השתיקה המוקנית לו בהליך הפלילי. שתיקה בהליך האזרחי היתה מובילה מניה וביה לקבלת התביעה נגדו.

102. השפעת הפסול בראיה על היקף גרסת הגנה, משתנה על פי סוג הראיה, סוג הפסולות ותלויה בעבירה המיוחסת. כך פסק בית המשפט המחוזי בסיטואציה דומה בהקשר להודעה שנגבתה מחשוד לאחר שבוצע תשאול בלתי חוקי בשטח. בע"פ (מרכז) 28090-02-15 מדינת ישראל נ' אדרי (מיום 15.05.16) פסק בית המשפט (פסקה 32) כדלקמן:

"אנו סבורים כי בחינת הפגמים, מחד, והראיות המפלילות, מאידך (הן אלה שהושגו בזיקה ישירה לאותם פגמים והן אלה שהושגו בזיקה עקיפה להם), ראוי שתעשה כמכלול אחד שלם, בהתחשב בכך כי מדובר ברצף אירועים הבנוי חוליות הכרוכות זו בזו. לפיכך נראה לנו כי גישת המערערת, המבקשת להפריד את האירוע לשלבים שונים שכל אחד מהם עומד בפני עצמו - העיכוב, החיפוש, מציאת הסכין, התשאול, החקירה במשטרה והעדות בבית המשפט - היא הפרדה מלאכותית החוטאת למציאות. לפגמים שנפלו בעיכובו של המשיב, ובעיקר, לפגמים שנפלו בתשאולו בשטח, יש בוודאי השפעה על יתר הראיות, שכן העיכוב והתשאול מהווים רק חוליה אחת בשרשרת האירועים הכוללת."

בהמשך פסק הדין הוסיף וקבע בית המשפט כי על סמך התשאול הבלתי חוקי יש לפסול גם את הדברים שנמסרו בעת החקירה במשטרה. וכך נפסק (פסקה 35):

"אמת, כי במועד זה המשיב הוזר כנדרש, והיה רשאי, לכאורה, למסור גרסה אחרת - שאינה מפלילה - ושאינה קשורה לגרסה הראשונה, אלא שספק אם הוא אכן היה חופשי לעשות זאת, שכן לא ניתן לשלול את האפשרות כי המשיב ראה עצמו כבול בגרסה שמסר במהלך תשאולו בשטח, דהיינו, כי הסכין הוחזקה להגנה עצמית."

ראו גם ע"פ (מחוזיים) 2431-09-14 פדר נ' מדינת ישראל (04.06.15) שם פסק בית המשפט המחוזי מפורשות כי כאשר נפסלת ראיה חפצית ממילא נשמט היסוד תחת הודאתו של המשיב אשר נגבתה בתחנת המשטרה.

103. פסקי הדין הנ"ל מיישמים הלכה למעשה את גישתו של השופט דנציגר בעניין פרחי בכל הקשור לבחינת הראיות הנגזרות מן הראיה הפסולה בהתאם למבחן הרצון החופשי. כך פסק כב' השופט דנציגר בפסקה 9 בעניין פרחי:

"סבורני כי במסגרת יישום דוקטרינת הפסילה הפסיקתית יש לאמץ את המבחן הנ"ל ג' דין הקנדי לפיו הדגש מושם על הפרת "הרצון החופשי" של החשוד והנאשם, שכן זהו מבחן הנגזר מאחת מתכליותיה של הזכות להליך הוגן - הגנה על רצונו החופשי של החשוד



והנאשם, באופן ששיתוף הפעולה שלו עם רשויות אכיפת החוק צריך להיות פרי בחירתו החופשית, גם אם לאי שיתוף פעולה עשוי להיות מחיר ראיתי."

104. בפועל בענין פרחי החליטו השופט דנצינגר וגם השופט לוי שלא לפסול את הראיות הנגזרות הנוספות שעיקרן אמירות מפלילות שאמר תוך כדי החקירה. השופט דנצינגר השתכנע שם כי בעת מתן האמירות הרצון החופשי של פרחי לא נפגע, ענין שלגביו לא שוכנעתי במקרה שלפני.
105. במקרה דנן שבו טיב הפסול בראיה מכתוב גרסה אחת בלבד של הודאה בעבירה המיוחסת - לא ניתן להתייחס להודאה ככזו שניתנה באופן חופשי ומרצון.
106. בנוגע לנאשם 1 - משנפסלו התכתובות ובעקבותיהן נפסלה ההודאה נותרה עדות נציג הקובלת לבדה ללא תימוכין ולא די בה לבדה ובנסיבות שפורטו בהרחבה בענין אופן מסירתה, לעמוד ברף הנחוץ להרשעה בפלילים. בנוגע לנאשם 2 - משנפסלו ההודאות נותרו שברירי חומר גולמי פגומים בשל הפסול שקדם ליצירתם, פסולים מחמת הטיפול המשטרתי הלקוי ובעלי משקל עצמי נמוך מאחר ולא הוצגו לנאשם בחקירות. לא די בכך להביא להרשעה.
107. למען שלמות ההחלטה אומר מפורשות כי גם אלמלא פסלתי את ההודעות שנגבו מן הנאשמים במשטרה ואת הדברים שמסרו בעקבותיהם בהליך האזרחי וגם לו קבעתי כמו בענין פרחי כי להודעות משקל ראיתי מספיק, מצאתי כי מכלול הנסיבות בתיק זה מצדיק ביטול הקובלנה מטעמים של הגנה מן הצדק.

הגנה מן הצדק

כללי

108. סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] תשמ"ד-1984 הכניס את ההגנה מן הצדק להיכל הטענות המקדמיות בהליך הפלילי. טענה על פיה "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגנות משפטית" ניתן להשמיע גם כאשר מדובר בקובלנה פלילית פרטית.
109. לאחר ששמעתי את העדים, בחנתי את המוצגים והאזנתי לטיעונים המשפטיים אני קובעת שעלה בידי הנאשמים להוכיח ברמה של מאזן הסתברויות (ואף למעלה מכך) כי הגשת הקובלנה ואופן ניהולה במקרה דנן עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגנות משפטית מכל אחת מן הסיבות שיופרטו ובוודאי מכוחן המצטבר של כולן יחד (לנטל ההוכחה ראו עפ"א (מרכז) 48057-03-10 **אולמי כינור דוד (נתניה) בע"מ נ' עיריית נתניה** (17.6.10) שאף מחמיר ביחס לגישה לפיה ניתן להסתפק בספק סביר כפי שנעשה ביישום הגנות בדין הפלילי).
110. התרשמתי כי ההליך שלפני, מיום לידתו במשרדי הקובלת בעריכת חיפוש לא חוקי ותפיסת ראיות שלא כדיון, עבור בטשטוש פרטים לא נוחים בעת הגשת התלונה במשטרה וכלה באופן ניהול ההליך בבית המשפט, נועד לשרת אינטרס צר של הקובלת, המונע במידה רבה מתחושת נקם כלפי עובד שמעל באמון ומחישובי כדאיות כלכלית מבלי שנלווה לאלו אינטרס ציבורי רחב. גם לו נותרו ראיות קבילות שדי בהן



להרשעה, אחת דינו של ההליך להתבטל מטעמים של הגנה מן הצדק.

גניזת התיק על ידי המשטרה והפרקליטות מן הטעם של העדר ראיות מספיקות

111. בתאריך 1.9.13 החליטה הפרקליטות לגנוז את תיק החקירה בעילה של חוסר ראיות מספיקות (נ/9) והודעה נשלחה אל מר פלר בתאריך 30.10.13 (נ/10). ערר על החלטה זו נדחה ביום 09.03.15 (נ/24).
112. יש טעם רב בטיעון כי גניזת התיק ודחיית ערר צריכות היו להביא לביטול הקובלנה על הסף ללא צורך בבירור עובדתי של המחלוקת, כאשר לא היתה כל התפתחות ראייתית לאחר גניזת התיק.
113. הקשיים במוסד הקובלנה נבחנו בעבודתה של הועדה המייעצת לענין סדר הדין הפלילי בראשות כב' השופט מצא אשר פרסמה המלצותיה בשנת 1997. בעקבות עבודת הועדה הועלתה הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 67) (ביטול קובלנה) תשע"א- 2011 (הצ"ח 615 1.8.11 בעמ' 1552) ופעם נוספת כתיקון 74 תשע"ו-2016 (הצ"ח 1017 בעמ' 500). בדברי ההסבר להצעות החוק נכתב כי הנסיון שהצטבר בעשרות השנים בהן קיים מוסד הקובלנה הפלילית עורר צורך לבחון מחדש הצדקה לקיומה. בין היתר נכתב כי "הוועדה קבעה כי הקובלנה מהווה חריג לתפיסת היסוד בדין הישראלי שלפיה אכיפת הדין הפלילי היא בסמכות ובאחריות המדינה. תפיסת יסוד זו נועדה להבטיח אחידות באכיפת הדין, מניעת התנכלויות וניהול מקצועי ומיומן של ההליך הפלילי". כן צוין כי להתפתחויות חוקתיות כנגזרת מחוק יסוד כבוד האדם וחירותו השפעה התומכת בביטול מוסד הקובלנה שכן העמדת אדם בסיכון של הרשעה פלילית בידי אדם אחר עלולה להוות פגיעה בזכותו להליך הוגן. עוד נאמר כי הצורך בקובלנה פחת כאשר פתוח מסלול אזרחי חלופי. בתחום עבירות הקנין הרוחני נכתב שלאחר הקמת יחידות משטרתיות שזה עיסוקן אין עוד מניעה לבטל את הקובלנות שניהולן על ידי בעלי ענין "לוקה לא פעם בניצול לרעה של ההליך". בדברי ההסבר צוין מפורשות כי "הקובלנה הפרטית אף שהיא מוגשת על ידי פרט, המונע על פי רוב מאינטרס אישי מהווה הליך פלילי האמור לשקף אינטרס ציבורי ראוי".
114. דברי ההסבר להצעת החוק נכתבו כמו ראו הכותבים נגד עיניהם את ההליך דנן. ניהול הקובלנה שאב כוחו ממנוע שחומר הבערה בו היה שמירה על אינטרסים של הקובלת כפי שנאמר מפורשות על ידי מר פלר. כמו כן, התברר כי הפגמים באיסוף הראיות, שהביאו לגניזת התיק על ידי המדינה, לא היוו שיקול בעיני הקובלת וזאת על אף קיומו של מסלול אזרחי חלופי.
115. בית המשפט העליון הביע אף הוא תמיכה בביטול מוסד הקובלנה, ראו רע"פ 1955/12 נמרי נ' בנימיני (9.5.13), בדיוק מאותם טעמים שנחשפו בענין שלפני. נפסק שם:
- "נדגיש: כשמוגש כתב אישום על ידי המדינה נשקלות כל נסיבות העניין. מותר למדינה להביא בחשבון בהחלטתה גם שיקולים כמו מידת אשמו של המתלונן, והאם הוא עצמו פגע במי שהוא מבקש שיוגש נגדו כתב אישום. אחד מחסרונותיה הרבים של הקובלנה הפלילית הפרטית הוא היעדר שיקול דעת כזה."**

ובנוגע להליך אחר בין אותם צדדים:



"אין לאפשר הגשת קובלנה פלילית פרטית על אף שהפרקליטות הגיעה לכלל מסקנה שראוי לסגור את התיק. ראוי ששיקול דעתה של הפרקליטות יכולד ולא יאופשר לקובל הפרטי לפתוח בכל זאת בהליכים. כך ככלל, וכך בנסיבות עניינו בפרט, כשהסיבה לסגירת ההליך היתה קשיים ראייתיים בעקבות עדותו של נמרי".

הוסיפה השופטת כב' ברק-ארז באותו ענין:

"קובל פרטי אינו יכול "לעקוף" את שיקול דעתה של הפרקליטות ולשוב וליזום הליך סרק לאחר שזו כבר הגישה כתב אישום שהסתיים בלא הרשעה ואם עשה כן, הרי שהשימוש בטענה של הגנה מן הצדק הוא דבר במקומו".

116. לאחר שנשמעו הראיות התברר כי לא מדובר בגניזת התיק מפני חוסר בראיות (חוסר שאולי ניתן להשלים), אלא בשל אי חוקיות שדבקה בדרך השגת הראיות. אי החוקיות מקורה בהתנהגות הקובלת עצמה ולאחר מכן כפל פגמים בהסתרת אי החוקיות מבית הדין ושילושם בהסתרה נוספת מן המשטרה ומבית המשפט בעת הבקשה לקבלת צווים (עמ' 49 ש' 32). אין זה מתקבל על הדעת שאי החוקיות שהביאה לסגירת התיק על ידי הגורם המקצועי שהגשת כתבי אישום מסורה לשיקול דעתו, תשכח וההליך ינוהל תוך התעלמות מכך, ראו לאחרונה החלטתו המנומקת של כב' השופט ירון גת בק"פ 24874-02-17 **מזרחי נ' דלרהיים** (6.11.17).

שיהוי

117. הקובלנה הוגשה ביום האחרון להתיישנות (ראו החלטתי מיום 31.1.17) היינו בחלוף 5 שנים מהחקירה האחרונה ובחלוף 7 שנים מעת ביצוע העבירה הנטענת.

118. הסברים שהושמעו על ידי נציג הקובלת לא הניחו את דעתי כי מדובר בשיהוי שבבסיסו טעמים סבירים ומוצדקים. מר פלר טען שביקש להמתין לסיום ההליך האזרחי ומיד בסיומו הגיש את הקובלנה. לטענתו לא רצה לערב בין ההליכים ולנהל הליכים מקבילים שהיו משדרים רדיפה (עמ' 64 ש' 27). דא עקא התלונה למשטרה הוגשה בראשית שנת 2011 וכך גם התביעה האזרחית. לו היתה הפרקליטות בוחרת להגיש כתב אישום או לו היה מתקבל הערר שהגיש מר פלר על הגניזה הרי שההליך הפלילי היה מתנהל במקביל לזה האזרחי וזאת לבקשתה המפורשת של הקובלת שלא השלימה עם גניזת התיק. התנהלות זו מלמדת על כך שניהול הליכים מקבילים היה לה לקובלת לרצון ולא שיקול רלוונטי נגד בירור התלונה. לא הוצג טעם אחר לשיהוי. התוצאה היא רצף הליכים עוקבים זה לזה, כך שאחד מסתיים (אזרחי) ושני מתחיל (פלילי) בעוד שלישי (בי"ד לעבודה) ממתינ לסיומו של השני כדי להמשיך מאותה נקודה. הנאשמים טרודים בתביעות באותו ענין משך שנים ארוכות, אף שיחסי העבודה חדלו לפני למעלה משבע שנים. יעילות וודאי אין פה והרושם המתקבל הוא של רדיפה והתשה.

119. למותר לציין כי השיהוי ארוך השנים עמד בעוכרי ניהול ההליך הפלילי שכן חוקרי המשטרה לא יכלו לזכור את הדברים לאשורם ובוודאי שלא מתוך זיכרון חי של החקירה ושל פעולותיהם לפני שנים כה רבות (ראו ביטוי מוחשי בחקירות נטלי צפריר עמ' 124 ש' 24, עמ' 129 ש' 29, עדותו של רס"ב זילבשטיין עמ' 113 ש' 24, רפ"ק קרבט עמ' 103 ש' 21 ועמ' 105 ש' 21, החוקר עלואן עמ' 157 ש' 29 ועמ' 159 ש' 32).



העדר אינטרס ציבורי רחב מן האינטרס של הקובלת

120. בעק"פ (מרכז) 53255-06-16 **מצליח נ' שפירא** (30.4.17) אישר בית המשפט ביטול קובלנה מטעמים של הגנה מן הצדק במקרה בו התרשם שהקובלים:

"נעו לסירוגין באופן פתלתל ובמידה מסוימת מתעתע, בין המישור הפלילי למישור האזרחי, כך שנראה ששני אלה כרוכים זה בזה באופן שלא ניתן לנתקם, והכל כדי לשרת את רצונם למקסום תועלתם..."

דברים אלו מתארים היטב את התנהגות הקובלת. הגשת תביעה בבית הדין והקפאתה, שימוש בחלקי ראיות מתוך הליך אזרחי בזה הפלילי והעיתוי של ניהול ההליכים מעורר חשש כבד שהפרדה בין ההליכים נועדה להשיג יתרונות משפטיים עבור הקובלת ללא שום אינטרס ציבורי בכך. בענין **מצליח** נפסק כי:

"... בפסיקה הודגש לא אחת החשש מפני נקמנות אישית ושימוש בקובלנה ככלי ניגוח במאבק אזרחי... אף אנו .. סבורים כי הרושם העולה מהתנהלותם של המערערים הוא שההליך הפלילי שימש בידם כמנוף לקידום טענותיהם הכספיות."

כן קבע בית המשפט (בהפנותו לע"פ 2124/91 רון נ' כור תעשיות בע"מ פדי מז(5) 289, 294) כי:

"הגם שעבירות שבגינן ניתן להגיש קובלנה פלילית נושאות סממנים של סכסוך אזרחי, במובן זה שלעיתים לנפגע יש אינטרס רב יותר בהשלטת החוק מאשר לרשות הציבורית, עדיין חייב הליך זה לשקף אינטרס ציבורי ראוי."

אינטרס ציבורי ראוי, רחב מן האינטרס של הקובלת, לא מצאתי. מדובר בעבירה מסוג עוון ואשר הענין האזרחי הקשור אליו לגבי הנתבע נגדו בחרה הקובלת לנהל הליך, הסתיים זה מכבר.

121. בישיבה הראשונה שהתקיימה הבהיר ב"כ הקובלת כי המטרה היא "הרתעה" (עמ' 3 ש' 6). אולם לא הרתעה של הציבור מפני ביצוע עבירות אלא הרתעת העובדים בחברה של הקובלת שידעו לא להסתבך עם בעל החברה (דברי מר פלר בעמ' 6 ש' 25). אותם דברים אמר מר פלר כבר בישיבה הראשונה שנערכה עם הנאשם 1 בנוכחות חוקר פרטי. באותה שיחה נשמע אומר **"ברוך השם יש לנו פה למען יראו ויראו בחברה, הסיפור של טיבי ילווה את כולם, סוף סוף יש לנו קייס כזה"** (עמ' 62 ש' 3). מר פלר לא הכחיש את הדברים ואף אישר ש"יש משהו" בכך שהקובלנה נועדה להלך אימים על עובדי החברה (עמ' 62 ש' 18). הרתעת העובדים של הקובלת אינה מצדיקה ניהול הליך פלילי בדרך של קובלנה.

אכיפה בררנית ביחס לעובדים אחרים

122. מר פלר העיד שעוד שבעה עובדים נוספים **"עשו את מה שעשה נאשם 1 ולקחו איתם קונטקטים"** (עמ' 1 ש' 16). לדברי העד קיימים הליכים בבתי משפט נגד שניים מהם אך נגד איש לא הוגשה קובלנה פלילית (עמ' 83 ש' 5). הטענה בדבר היקף גניבה שונה המיוחס לנאשם 1 נותרה מפי העד בלבד ללא תימוכין בראיות חיצוניות (עמ' 41 ש' 20). לפחות לגבי עובדת אחת שצוינה בשמה (עמ' 87 ש' 1) העיד מר פלר כי הוגשה תלונה במשטרה ומדובר בהעברת "מאות מיילים" מהמחשב שלה בעבודה אל המחשב הביתי וגניבת סודות (עמ' 87 ש' 7). לא היה בפיו של מר פלר הסבר להבדל בין נאשם 1 לבין אותה עובדת



באופן שהצדיק ניהול קובלנה דווקא נגדו (שם בש' 27).

123. לו היתה המדינה מנהלת את ההליך היתה נדרשת להסביר מדוע נגד אחרים במצבו של הנאשם לא הוגש כתב אישום. כאשר קובלת פרטית מנהלת את ההליך, נטל ההסבר מוטל על כתפיה ובנטל זה לא עמדה, ראו בהקשר זה פסק הדין המנחה בע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוביץ'** נט' (6) 776.

שימוש באמצעים בלתי הוגנים

124. את ראשיתה של החקירה ערכה הקובלת בעצמה באמצעות חוקר פרטי ובאמצעות מר פלר שתפס את מכשיר הטלפון הנייד ללא צו. שני הדברים קרו באותו יום. על הפסול שבתפיסה פירטתי בהרחבה. לכך מצטרפת עתה החקירה באמצעות החוקר הפרטי. מר פלר העיד שביום בו אספו את מכשירי הטלפון הנייד, זימן את נאשם 1 לחדרו ושם המתין לו יחד עם חוקר פרטי. המטרה היתה להוציא הודאה "על המקום" (עמ' 43 ש' 17). מיד בפתח המפגש אמר החוקר הפרטי לנאשם 1 שאם ילכו לבית משפט "**אתה תפסיד את כל מה שלא חשבת שיהיה לך אי פעם**". בהמשך אומר החוקר "**שבע שנות עד שבע שנות מאסר זה העונש הכי כבד בספר החוקים**". החוקר משליך לחלל השיחה את ה-"סיקוריטטה" בידעו שנאשם 1 נולד ברומניה והוסיף שמצבו הכלכלי של הנאשם ידוע לו. ברי כי לו היה מדובר בחוקר משטרה, חקירה מעין זו היתה נפסלת תוך השמעת ביקורת חריפה על החוקרים. מר פלר הכחיש שהשיחה היתה בעלת אופי מאיים אולם עיון בתמליל השיחה מגלה שנלווה לה מרכיב מאיים גלוי וברור.

125. עדותו של מר פלר בכל הנוגע לתמליל השיחה היתה מתחמקת. בעוד שבעדותו הראשית השיב מתוך זכרון חד ובהיר בחקירתו הנגדית בגד בו זכרונו בכל הנוגע לתוכן השיחה האמורה ולהכנות לקראתה כך והוא התחמק באופן בולט מכל מענה ענייני (עמ' 45 ש' 6, עמ' 46 ש' 2, עמ' 47 ש' 3 ואילך). בנוסף ניסה להתכחש לתמליל אף שמתוכנו עולה בבירור זהות המשתתפים ועצם קיומה של שיחה אושר על ידו (עמ' 43 ש' 5 והשווה ש' 15) מה גם שהתמליל הוגש על ידו יחד עם הגשת תלונתו (ת/22).

126. בניגוד לחוקרי המשטרה המחויבים בכללי התנהגות ברורים, לומדים את הכללים וצריכים לתת דין וחשבון על הפרתם, החוקר הפרטי ראה עצמו משוחרר מכל אלו בשם המטרה שהציב לפניו מזמין השירות, היינו השגת הודאה. לא ניתן לשלול שעריכת החקירה הראשונה והדברים אותם אמר נאשם 1 לחוקר הפרטי, ללא ייצוג, מבלי שהועמד על זכותו לשתיקה, קיבעה את גרסתו מאותו רגע ואילך.

127. במאמר מוסגר אציין כי הקובלת המציאה כחלק מחומר החקירה דיסק ובו הקלטה השיחה. הדיסק חלקי וכולל שני קטעים מן השיחה ללא תחילתה וללא סופה. לא ניתן כל הסבר לחלקיות ההקלטה אף שהיא אמורה להימצא בידי הקובלת. לא יכול להיות ספק שרגעיה הראשונים של אותה חקירה ראשונה, אז נודע לנאשם לראשונה דבר החשדות נגדו, הם בעלי משמעות רבה.

התנהלות בלתי ראויה של הקובלת תוך כדי ניהול ההליך

128. בעת שמיעת הראיות הודיע הסנגור כי בכוונתו להזמין את החוקר הפרטי כעד הגנה. הצורך בעדותו עלה בשל התנגדות הקובלת להגשת תמליל החקירה (עמ' 43 ש' 23). אף שהצורך נולד בעקבות התנגדות הקובלת, ואף שהדברים נאמרו מפורשות באולם בית המשפט, שוחח מר פלר עם החוקר הפרטי לאחר שידע כי מדובר בעד הגנה ובטרם זמן לעדות על ידי הסנגור (עמ' 166 ש' 12). שיחה כזו עם עד הגנה על ידי מי שבמקור שילם לו עבור השירות וכעת מוזמן כעד לטובת הצד השני, היא בעייתית וזאת בלשון



המעטה שבהמעטה. במקרה שלפני לעדותו של החוקר הפרטי יכולה היתה להיות משמעות ראייתית של ממש, שכן הוא יכול היה לשפוך אור על החומר שהיה מונח לפניו לפני הפגישה עם נאשם 1 ובכך לשפוך אור על היקף הראיות הפסולות, על עוצמת הפגיעה בפרטיות והיקפה. פניה לעד הגנה משמעותי לתיק תוך כדי ניהול ההליך ומתוך מודעות לכל אלו, פוגעת קשות בתחושת הוגנות ההליך הפלילי.

129. לא זאת אף זאת, בישיבת 6.7.17 הודיע הסנגור שקיבל התראה על נקיטת הליכים משמעותיים ומשפטיים נגדו באופן אישי בשל מסמך שהוצג תוך כדי ניהול ההליך (אף שתוך כדי הצגתו בחקירה הנגדית לא הועלו בענין זה טענות הנוגעות לקבילות אלא רק לחסיון המוצג עצמו בהליך הנוכחי וניתנה החלטה המתירה לסנגור לשאלות שאלות שלא יהיה בהן משום גילוי סודות מקצועיים (ראו החלטתי בעמ' 88 לפרוטוקול). כה חריג היה הצעד האישי שננקט עד כי עורכי הדין מטעם הקובלת התנערו מקשר לאותה התראה ואף אמרו מפורשות שלהם עצמם אין טענות כלפי הסנגור (עמ' 141 ש' 13). לא הוצג טעם לעיתוי שבו בחרה הקובלת לברר ענין זה זולת הפגנת כוח והרחבת מעגל השפעתו המרתיעה כלפי מי שמייצג את הנאשמים.

סוף דבר

130. תיק זה ייצר מתח חריף בין ראיות חפציות אשר מצביעות על אשמת הנאשמים ויכלו לבסס הרשעתם אפילו בעבירה חמורה מזו שיוחסה בקובלנה לבין פסול עמוק ויסודי שדבק בהשגת אותן ראיות וניהול רב פגמים וליקויים של ההליך מרגע חשיפת הראיות ועד עצם היום הזה. בחנתי את האיזון והערכים המתנגשים בכל שלב ושלב של ההליך ופעם נוספת לגבי התיק כמכלול. המסקנה ברורה אחת ויחידה שיש לזכות את הנאשמים תוך מתן משקל בכורה לזכות להליך הוגן שהוא לב לבו של ההליך הפלילי.

131. זיכיון של נאשמים 1 ו-2 מוביל כמובן לזיכיון של נאשמת 3 שלגביה לא הוכח דבר באופן עצמאי ומנותק מנאשם 2.

132. אני מזכה את הנאשמים מן המיוחס להם בכתב הקובלנה ובנוסף קובעת שהגשת הקובלנה וניהולה מצדיקים ביטולה מחמת הגנה מן הצדק.

הוראות לגבי המוצגים

בעת ניהול ההליך הועלו טענות לענין סודיות מוצגים. בחלק מן המקרים הוגשו מוצגים מושחרים ובכך נפתר הקושי ולגבי אחרים הוריתי בהחלטת ביניים שלא לסרוק לתיק. עם סיום ההליך ולאחר שנחשפתי למוצגים שאינם רלוונטים כלל להליך, אינם בגדר חומר חקירה וכוללים מידע אישי, משפטי ומסחרי שגילוי עלול להסב נזק ואף נוגע לצדדים שלישיים אני רואה חשיבות במתן הוראות כיצד לנהוג במוצגים:

ת/8 - יסרק כמוצג שהוא חסוי פרט לשופט וצוותו.

ת/24 - ההודעה תיסרק כרגיל אך הצרופות לה יסרקו תחת סיווג שהן חסויות פרט לשופט ולצוותו.



ת/25 - ההודעה תיסקר כרגיל אך הצרופות לה יסקרו תחת סיווג שהן חסויות פרט לשופט ולצוותו.

ת/26 - ההודעה תיסקר כרגיל אך הצרופות לה יסקרו תחת סיווג שהן חסויות פרט לשופט ולצוותו.

ת/27 - ההודעה תיסקר כרגיל אך הצרופות לה יסקרו תחת סיווג שהן חסויות פרט לשופט ולצוותו.

ת/28 - ההודעה תיסקר כרגיל אך הצרופות לה יסקרו תחת סיווג שהן חסויות פרט לשופט ולצוותו.

ת/29 - ההודעה תיסקר כרגיל אך הצרופות לה יסקרו תחת סיווג שהן חסויות פרט לשופט ולצוותו.

נ/12 - יסקר כמוצג חסוי פרט לשופט ולצוותו.

נ/27 - יסקר כמוצג חסוי פרט לשופט ולצוותו.

נ/28 - יסקר כמוצג חסוי פרט לשופט ולצוותו.

נ/29 - יסקר כמוצג חסוי פרט לשופט ולצוותו.

כל הדיסקים - יצוינו כמוצג מבלי להעתיקם ויוחזרו למשמורת **המשטרה** עד מתן פסק דין חלוט.

המזכירות תעביר את ההחלטה בענין המוצגים למשטרת ישראל -הונאה ת"א על מנת שנציג מטעמם יקבל את הדיסקים למשמורת.

זכות ערעור לבית המשפט המחוזי בתוך 45 ימים.

ניתן היום, כ"ט טבת תשע"ח, 16 ינואר 2018, במעמד הצדדים.