



## בבית המשפט העליון

בש"פ 1286/21

לפני: כבוד השופט י' עמית

המבקש: עמית אלמוג

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערר על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופטת מ' בן ארלי) בע"ח 41821-09-20 מיום 27.12.2020, במסגרתה התקבלה באופן חלקי בקשת העורר לקבלת חומרי חקירה במסגרת בקשה לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב-1982

תאריך הישיבה: ח' בניסן התשפ"א (21.3.2021)

בשם המבקש: עו"ד אורית חיון; עו"ד דין כוכבי

בשם המשיבה: עו"דשרית משגב; עו"ד שירי פרל

### החלטה

ערר על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב (כב' השופטת מ' בן ארלי) מיום 25.1.2021, בגדרה נדחתה בקשת העורר לקבל ולהעתיק "חומרי חקירה" כמשמעותם בסעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] התשמ"ב-1982 (להלן: החס"ד"פ).

1. ביום 11.6.2020 הוגש כנגד העורר כתב אישום המייחס לו עבירות של רצח בנסיבות מחמירות לפי סעיף 301א(א)(1) לחוק העונשין, תשל"ז-1977, ופציעה בנסיבות מחמירות לפי סעיף 335 לחוק האמור. על פי עובדות כתב האישום, בתאריך 16.5.2020, מסיבה שאינה ידועה, עת שהו העורר ומאיה וישניאק ז"ל, שהייתה באותה עת בת זוגו (להלן: המנוחה) בחדרו של העורר, חנק העורר את המנוחה למוות. בסמוך לאחר מכן, לאחר שאמו הגיעה למקום, פצע אותה העורר באמצעות סכין. בהמשך למתואר לעיל, צילם העורר באמצעות מכשיר הפלאפון שלו את גופת המנוחה ואת עצמו כשהוא שר

ומפזר שטרות כסף על גופתה (להלן: הסרטון) ואת הסרטון שלח לחברו באמצעות הווטסאפ.

2. דומה כי על העובדות המפורטות בכתב האישום אין חולק, אך כפי שנאמר בכתב האישום, המניע לרצח המזעזע אינו ידוע. לנוכח התנהגותו חסרת הפשר של העורר הן בעת ביצוע הרצח והן בסמוך לאחר מכן, ביקשה ההגנה לקבל לידיה את החומרים הבאים:

(-) העתק הסרטון – בית המשפט קמא דחה את הבקשה להעברת הסרטון לידי ההגנה, להבדיל מהעיון בסרטון, בשל החשש לפגיעה בצנעת הפרט וברגשות משפחת המנוחה.

(-) חומרים מתוך מכשירי הטלפון שנתפסו (של העורר, של המנוחה ושל אם העורר) לרבות תוכן הודעות הווטסאפ שצולמו ממכשירי הניידים של עדי התביעה ללא השחרת חלקים מהם – בית המשפט קמא הורה כי ככל שההגנה תעביר לתביעה בקשה לחיפוש באמצעות מילות חיפוש, התביעה תבחן אם יש מקום להעביר חומר נוסף. בית המשפט בחן את השורות המושחרות ולא מצא בהן רלוונטיות להגנת העורר, בעוד שחשיפתן תפגע בפרטיות המעורבים שלא לצורך.

(-) הדוחות שהוגשו לבית המשפט במהלך דיוני המעצר – בית המשפט קמא דחה את הבקשה.

(-) הודעות שנגבו על ידי המשטרה במלואן וללא שורות שהושחרו – גם בקשה זו נדחתה למעט מספר מילים בשורות המושחרות, שבית המשפט הורה לחשוף.

3. על החלטת בית המשפט נסב הערר שלפניי.

אבחן להלן את בקשת ההגנה ואפנה לבחינה פרטנית של החומר שנתבקש על ידי העורר על רקע ההלכות הנוהגות בהליכי גילוי ועיון בדין הפלילי (למושכלות היסוד ראו לדוגמה בש"פ 8252/13 מדינת ישראל נ' שיינר (23.1.2014) והאסמכתאות הרבות הנזכרות שם).

4. לטענת ההגנה, לא יכולה להיות מחלוקת כי הסרטון הוא חומר חקירה רלוונטי. המדובר בסרטון שצולם שניות ספורות לאחר ביצוע הרצח, סרטון שיכול ללמד על הלך רוחו ועל מצבו הנפשי של העורר בעת ביצוע הרצח, ומכאן חשיבותו לצוות ההגנה. נטען כי העברת הסרטון לידי ההגנה אינה מטעמי נוחות גרידא, באשר הטלת מגבלה על יכולתה של ההגנה ושל מומחים מטעמה לצפות, ולחזור ולצפות שוב ושוב בכל שניה ושניה של הסרטון, יש בה כדי לפגוע מהותית בהגנתו של העורר. באת כוחו של העורר הצהירה כי היא נכונה לחתום על כתב התחייבות ולנקוט בצעדים על מנת להבטיח שהסרטון לא ידלוף.

5. הסרטון הועמד לעיונה של ההגנה, כך שענייננו הוא בדרישה להעתקתו של הסרטון ולמסירתו לידי ההגנה. סעיף 74(א)(1) רישא לחסד"פ, קובע כדלהלן: "הוגש כתב אישום בפשע או בעוון, רשאים הנאשם וסניגורו [...] לעיין בכל זמן סביר בחומר החקירה וכן ברשימת כל החומר שנאסף או שנרשם בידי הרשות החוקרת, והנוגע לאישום שבידי התובע ולהעתיקו". סעיף 75 שכותרתו "דרכי העיון וההעתקה" קובע כי "עיון בחומר החקירה או העתקה ממנו יהיו במשרד תובע או במקום אחר שתובע הועיד לכך, ובמעמד אדם שתובע מינה, דרך כלל או לענין פלוני, להבטיח שהעיון וההעתקה ייעשו בהתאם לחוק ולהוראות התובע".

ככלל, הזכות להעתיק את חומר החקירה נלווית לזכות העיון (יצחק עמית חסיונות ואינטרסים מוגנים – הליכי גילוי במשפט האזרחי והפילי שער שני פרק י בעמ' 247–254, להלן: עמית חסיונות ואינטרסים). לכך יש כמה חריגים סטטוטוריים כמו סעיף 11(ג) לחוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית), התשס"ו-2005, האוסר מסירת קלטת של חקירת אדם בעל מוגבלות; וסעיף 5(ב3) לחוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), התשט"ו-1955 בנוגע לקלטת של חקירת ילד (וראו בש"פ 19/06 פלוני נ' מדינת ישראל (26.1.2006); בש"פ 2916/12 פלוני נ' מדינת ישראל (25.4.2012)).

6. מהחריגים שנקבעו בחוק לזכות ההעתקה אין להסיק הסדר שלילי. הפסיקה הכירה בכך שיש מצבים שבהם זכות ההעתקה תיסוג אל מול אינטרסים וזכויות אחרים, כמו החשש לפגיעה בפרטיות ובצנעת הפרט של מתלוננים וצדדים שלישיים (בש"פ 6095/96 מדינת ישראל נ' מזור, פ"ד נ(3) 686 (1996), להלן: עניין מזור); בש"פ 6229/18 פלוני נ' מדינת ישראל (19.8.2019); בש"פ 2004/19 פלוני נ' מדינת ישראל (25.3.2019); חשש לפגיעה בסודות מסחריים (ראו, לדוגמה, פרשת "הסוס הטרויאני" (בש"פ 6640/06

קרוכמל נ' מדינת ישראל (7.9.2006); ב"ש (ת"א) 90901/06 מנולוביץ' נ' מדינת ישראל (18.6.2006); חשש לפגיעה בביטחון המדינה (בש"פ 1072/19 זנון נ' מדינת ישראל (13.3.2019)).

7. צפיתי בסרטון המדובר. אמנם אין בסרטון חשיפה של איברים מוצנעים, אך אחזור ואפנה לכתב האישום המתאר את תוכנו של הסרטון, שבו נראה ונשמע העורר כשהוא שר ומפזר שטרות כסף על גופתה של המנוחה. יש בסרטון משום ביזוי והשפלה של המנוחה, שאך זה נחנקה למוות, בעוד העורר צוהל ומפזר עליה שטרי כסף. באת כוחה של משפחת המנוחה הדגישה כי המשפחה, שאיבדה את היקר לה מכל, אינה יכולה לשאת את המחשבה שהסרטון המבזה את יקירתם יעבור מיד אל יד, והחשש כי ידלוף בדרך לא דרך אל המרשתת מדיר שינה מעיניהם. ניתן להבין לרגשות המשפחה באשר הסרטון מכאיב ודוקר את העין ואת הלב. המחוקק הכיר בכך שתצלום תמונת גופה עשוי להוות פגיעה בפרטיות, כשקבע בסעיף 2א(א) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 כי "לעניין חוק זה רואים כפגיעה בפרטיות גם פרסום ברבים של תצלום גופת אדם גלויה באופן שניתן לזהותה, אלא אם כן התקיים אחד מאלה...". אם כך לגבי פרסום תצלום של גופת אדם, על אחת כמה וכמה שסרטון מכאיב ומבזה הוא בבחינת פגיעה בפרטיות.

8. בפסיקה נדונו כמה מקרים שעסקו בסוגיה אם ניתן להעביר למומחה ההגנה תצלום של איבריה המוצנעים של מתלוננת בעבירת מין (בש"פ 8706/07 מדינת ישראל נ' פלוני (27.11.2007) – שם הורה בית המשפט להחזיר את הדיון בבקשה לבית המשפט המחוזי; בש"פ 6695/11 מדינת ישראל נ' פלוני (27.9.2011) ובש"פ 6740/13 מדינת ישראל נ' פלוני (19.1.2014) – שם נדחו הבקשות). לטענת ההגנה, אין להקיש מהחלטות אלה על ענייננו מאחר שאין מדובר בצילום של איברים מוצנעים ואף לא בצילום של גופת המנוחה כשהיא חשופה. נטען כי במצב דברים זה, כאשר קורבן העבירה אינה בחיים, הפגיעה הפוטנציאלית בפרטיות ובצנעת הפרט היא נמוכה בהשוואה לתרומה הפוטנציאלית של הסרטון להגנתו של העורר.

בהחלטות שנזכרו לעיל, ושעסקו בבקשת ההגנה לקבל העתק התצלומים של איבריה המוצנעים של מתלוננת בעבירת מין, נסמכה ההגנה על מומחה מטעמה. באותם מקרים נטען על ידי המומחה כי אין באפשרותו להסתפק בעיון בתצלומים במכון הפתולוגי, מאחר שהוא נדרש לנתח את התמונות בדרך של הגדלה והקטנה ובדרכים אחרות כמיטב מומחיותו והאפשרויות העומדות לרשותו. למרות זאת, נקבע כי אין מקום להיעתר לבקשה (למעט בבש"פ 8706/07 הנ"ל, שבו הוחזר הדיון לבית המשפט המחוזי). במקרה דנן, ההגנה לא תמכה בקשתה בחוות דעת או בהסבר של מומחה

מטעמה על מידת הנחיצות של העברת הסרטון אל מחוץ למשרדי התביעה לשם הכנת חוות דעת. ענייננו בסרטון קצרצר של 11 שניות. תוכנו של הסרטון ידוע. תמונות סטילס מתוך הסרטון הועברו להגנה. התמלול של הסרטון הועבר להגנה. להגנה התאפשר לצפות בסרטון והיא תוכל לעשות כן שוב במשרדי התביעה. התקשיתי להבין מדוע תיפגע באופן ממשי הגנתו של העורר, שקו ההגנה שלו עדיין לא הובהר ולא נחשף, להסתפק בתוכן הסרטון ובצילומי הסטילס שהועברו להגנה ובאפשרות לחזור ולעיין בסרטון במשרדי התביעה.

אין ספור פעמים נאמר בפסיקה כי "אין חקר לתבונת סניגור" (ע"פ 35/50 מלכה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ד(1) 429, 433 (1950)), אך "גם תבונת הסניגור נשענת בדרך כלל על נקודת אחיזה ממשית, ואינה בגדר מעשה קסמים" (בג"ץ 620/02 התובע הצבאי הראשי נ' בית הדין הצבאי, פ"ד נז(4) 625, 635 (2003); בש"פ 6717/12 מדינת ישראל נ' אהרון, פסקה 11 (18.12.2012)). אל מול אפשרויות הגנה ערטילאיות וספקולטיביות יש להעמיד את הפגיעה ברגשות המשפחה והחשש לביזוי כבודה של המנוחה. כאמור, הסרטון הועמד לעיון ההגנה, ולא השתכנעתי כי צמצום הזכות להעתיק את החומר פוגע בזכות היסוד למשפט הוגן, כך שבסופו של דבר, ענייננו בשיקולי נוחות. אכן, הצפייה בסרטון במשרדי התביעה עלולה להכביד על צוות ההגנה, אך גם אם אינה הדרך האופטימאלית, איני רואה כיצד יש בכך כדי לפגוע באופן מהותי בהגנת הנאשם (והשוו בש"פ 4776/18 פלוני נ' מדינת ישראל (12.7.2018)). שיקולי הנוחות והזכות הנלווית להעתקת חומר החקירה, נדחים אפוא לנוכח הסיכון של "דליפת" הסרטון לציבור (השוו עניין מזור לעיל).

#### חומרים מהטלפון הסלולרי

9. בבש"פ 6071/17 מדינת ישראל נ' פישר (27.8.2017) עמדנו על כך שכאשר בחומרים דיגיטליים עסקינן, אין להעביר את החומר as-is להגנה. הסיווג והמיפוי הראשוניים של המידע צריכים להיעשות על ידי התביעה, ולאחר מכן ההגנה זכאית לבקש חיפוש מושכל בחומר על פי חיפוש ממוקד או טכנולוגיה ישימה אחרת, הכול בגבולות הסביר (וראו עמית חסיונות ואינטרסים, בעמ' 319–305).

במקרה דנן, מיפוי כל החומר שנמצא בטלפון הסלולרי של המנוחה הועבר להגנה. התביעה עצמה לא ערכה חיפוש בטלפון הסלולרי של המנוחה, והוצהר כי ככל שההגנה תבקש לעשות חיפוש על פי מילות חיפוש או בדרך אחרת, הבקשה תיבחן לגופה והתביעה תפעל בהתאם להנחיית פרקליט המדינה 7.14 "עקרונות הפעולה בנוגע לאופן

התפיסה, החיפוש, ההעסקה והעיון במחשבים ובחומרי מחשב, תיעודם והעמדת התוצרים המהווים 'חומר חקירה' לעיון ההגנה" (15.11.2020); והנחיית פרקליט המדינה 7.15 "יישום הוראות סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב – 1982, על תוצרי חיפוש בחומרי מחשב – עבודת התובע" (15.11.2020).

משכך, אין מקום להיעתר לבקשת העורר להעביר לידי את תכני הטלפון הסלולרי של המנוחה. אשר לטלפון הסלולרי של האם, הרי שבנושא זה מתנהל הליך של החזרת תפוס.

התכתבויות ווטסאפ בין המנוחה לבין העורר ואחרים

10. בהודעת הפרקליטות מיום 22.3.2021 נמסר כי בעקבות טענות ההגנה בנוגע להשחרות שבוצעו בהתכתבות שבין העורר לבין המנוחה, התביעה בוחנת שוב את החומרים והודעה על כך תוגש בהמשך, כך שאיני רואה להידרש לכך.

אשר להתכתבויות שבין המנוחה לאחרים, גם כאן אין מקום למסירה גורפת של כל ההתכתבויות. עיינתי בחלקים שהושחרו. מה שאינו רלוונטי ממילא אינו בגדר חומר חקירה, על אחת כמה וכמה חומר שגם יש בו פגיעה בצנעת הפרט של המנוחה.

השחרות בהודעות שנגבו

11. עיינתי בחלקים שהושחרו בהודעות שנגבו מאחותה של המנוחה ומאחרים. מעבר למילים שבית המשפט קמא הורה על חשיפתן, אין בשחרות שהושחרו רלוונטיות לענייננו.

דוחות שהוגשו בהליכי המעצר

12. נושא שחוזר ועולה בהליכי גילוי ועיון לפי סעיף 74 לחסד"פ הוא בקשת ההגנה לעיין בחומרים שהוגשו לשופט המעצרים במהלך דיוני המעצר לימים (עמית חסיונות ואינטרסים, בעמ' 287–290). ההלכה המנחה בעניין זה נפסקה בבג"ץ 1885/91 אלי צוברי נ' פרקליטות מחוז תל-אביב, פ"ד מה(3) 630, 633 (1991), שם נאמר כי "רבים הם המסמכים והמידע המוגשים ל'שופט המעצרים', שאין בינם ובין 'חומר חקירה', במובן סעיף 74 לחסד"פ, ולא כלום". ואכן, בדוחות המוגשים לשופט המעצרים אנו מוצאים, על פי רוב, התייחסות לפעולות חקירה שבוצעו, להתקדמות החקירה או לפעולות שיש

עוד לבצע במהלכה, לתרשומות פנימיות ולחומרים שהם בגדר עיבוד של חומר אשר נאסף במהלך החקירה. הדוחות החסויים המוגשים לשופט המעצרים אינם נחשבים לחלק מ"פרוטוקול הדיון" הנמסר לנאשם לפי סעיף 15(ז) לחסד"פ (מעצרים), באשר החומר החסוי אינו "מתקבל" על ידי בית המשפט אלא אך נמסר לעיונו, ולאחר מכן מוחזר לרשות החוקרת (בש"פ 1388/18 מדינת ישראל נ' פלוני (12.3.2018)). ההנחה היא שמסירת דוחות אלה לעיונה של ההגנה עשויה להביא לפגיעה בתפקודה המקצועי של המשטרה, ביכולותיה המבצעיות ובאפשרותה לנהל שגרת עבודה תקינה (ראו, לדוגמה, בש"פ 3071/11 בן שטרית נ' מדינת ישראל, בפסקה 9 (8.5.2010); בש"פ 4776/18 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 13 (12.7.2018)).

זה אפוא הכלל, אך עם זאת, "אין לקבל גישה גורפת, השוללת מראש את היות המזכרים המוגשים לשופט לפי סעיף 15 לחוק המעצרים 'חומר חקירה'. על התביעה לסווג ולמייין את המסמכים שהוגשו לשופט המעצרים בהתאם לכללים הרגילים, הקובעים מה לחומר חקירה ייחשב. ככל שהמסמכים רלוונטיים לנושא האישום, או אף לפריפריה של האישום, יש לראותם כ'חומר חקירה' שחל עליו סעיף 74 לחוק ולהעבירם לעיון ההגנה" (בש"פ 3579/20 אליאס חורי נ' מדינת ישראל (1.7.2020)). עיינתי אפוא בארבעת דוחות החקירה שהוגשו במהלך הליכי המעצר (מיום 17.5.2020; 24.5.2020; 31.5.2020 ו-7.6.2020) ואלה אינם חורגים מדוחות רגילים, שבהם מפורטים פעולות החקירה ומהלכי החקירה שננקטו או שבדעת המשטרה לנקוט, וסיכום החומרים שנאספו עד לאותו מועד. אין בחומרים אלה כדי לקדם את עניינה של ההגנה במקרה דנן, כך שאין מקום להעבירם לעיונה.

13. סוף דבר, לאור האמור לעיל, הערר נדחה.

ניתנה היום, י"ב בניסן התשפ"א (25.3.2021)

ש ו פ ט