

בתי המשפט

ב"ש 004642/05	בית המשפט המחוזי בירושלים
	בפני כבוד השופטת אורית אפעל-גבאי

בעניין:

דויטש רוברט

ע"י ב"כ עוה"ד שפאר, סיטון, הניג ושות'

העורר

- נגד -

1. **מדינת ישראל**

2. **רשות העתיקות ירושלים**

ע"י פרקליטות מחוז ירושלים

המשיבה

החלטה

1. החלטה זו ניתנת בהמשך להחלטתי מיום 14.7.05, בה התבקשו הצדדים להשלים טיעוניהם בנוגע למספר שאלות עובדתיות ומשפטיות שהתעוררו במהלך הדיון בערר. הדיון המשלים התקיים בתאריכים 1.8.05 ו- 4.8.05, טענות הצדדים נשמעו והוגש מצדם חומר נוסף.
 2. ביסוד ערר זה עומדת החלטת בית משפט השלום (כבוד סגן הנשיא, השופטת דותן), אשר דחתה בקשה של העורר לפי סעיף 35 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969 (להלן: הפקודה), להשיב פריטים שונים שנתפסו בחיפוש שבוצע בביתו של העורר ובחנותו. העורר, הוא סוחר עתיקות מורשה על-פי חוק העתיקות, התשל"ח-1978 (להלן: חוק העתיקות) ובעלים של חנות עתיקות.
 3. השתלשלות העובדות הובאה בחלקה בהחלטה מיום 14.7.05. לא למותר לשוב ולהציג את המהלך העובדתי במלואו.
- בתאריך 26.8.04 נערך חיפוש ברשות העורר על-פי צו שניתן בבית משפט השלום במסגרת חקירה שנערכה נגד העורר, בין היתר, בחשד להברחת עתיקות מישראל ואי רישום נכון וחוקי של מצאי עתיקות. החיפוש נערך בחנות העתיקות של העורר ברח' מזל דגים 7, תל-אביב ובבית העורר ברח' קפלן 26, הרצליה. במהלך החיפוש נתפסו מספר פריטים ובכללם עתיקות שונות, מסמכים, מחשבים וחומרי מחשב (דיסקים קשיחים, דיסקטים ותקליטורים).
- יצויין כבר עתה, כי רק תפיסתם והחזקתם של הדיסקים הקשיחים שנתפסו, האחד בבית העורר והשני בחנותו, היא זו שעומדת לדיון והכרעה, בסופו של יום, בערר זה (להלן: הדיסקים). הדיסקים מכילים, בין השאר, את רשימת הלקוחות והספקים של העורר, פירוט המכירות שערך ומחירי העסקאות שביצע.

עוד יצויין, כי בסמוך למועד החיפוש והתפיסה נמנעה המשיבה מלפנות לבית המשפט בבקשה לקיים

דיון במעמד שני הצדדים, כהוראת סעיף 32(ב) לפקודה, אף שמוסכם על בא-כוחה כי לפחות אחד הדיסקים שנתפסו - זה שנתפס בחנותו של העורר - הינו מחשב או חומר מחשב "הנמצא בשימוש של מוסד" כהוראת הסעיף האמור.

בתאריך 9.9.04 פנתה המשיבה (באמצעות המפקח רון קהתי, מטעם רשות העתיקות) לבית משפט השלום וביקשה צו חיפוש "בחומר מחשב", מכוח סעיף 23 לפקודה. בהחלטה שהתקבלה באותו יום, נעתר בית המשפט לבקשה (כבוד השופט מילנוב) והעניק למשיבה צו "**לביצוע חזירה נמשכת למחשבים שנתפסו בצו חיפוש ב"ש 6227/04, לרבות הפקת פלטים וכל חפץ/מסמך הקשור בחקירה**" (החלטת כבוד השופט מילנוב מיום 9.9.04).

ככל הנראה בסמוך למועד זה, יצרה המשיבה העתקים מהדיסקים הקשיחים שנתפסו בבית העורר ובחנותו. העתקים אלה, הזהים בתוכנם לדיסקים המקוריים, הועברו על-ידי המשיבה לעורר, תוך שהיא שומרת את הדיסקים המקוריים ברשותה. מן המסמכים שהציגו הצדדים בפני עולה, כי המחשב שנתפס בבית העורר, ובו העתק הדיסק המקורי, הוחזר לעורר בתאריך 21.9.04. לטענת המשיבה, המחשב שנתפס בחנות העורר הוחזר בסמוך למועד זה.

בתאריך 29.12.04 הוגש נגד העורר ואחרים כתב אישום בבית המשפט המחוזי (ת.פ. 482/04 **מדינת ישראל נ' גולן ואח'**). כתב האישום מייחס לעורר, בין השאר, עבירות הקשורות לפעילותו כסוחר עתיקות, ובהן עבירות של זיוף עתיקות, ניסיון לקבלת דבר במרמה הקשור במכירת עתיקות ועבירות נוספות על חוק העתיקות (מכירת חיקוי עתיקה או עתיקה מורכבת ואחרות). יצויין, כי עד כה טרם ניתנה תשובת הנאשמים לכתב האישום ב-ת.פ. 482/04 והדיון בו מצוי בשלב ראשוני ביותר.

עם הגשת כתב האישום, בתאריך 29.12.04, הגישה המשיבה לבית המשפט המחוזי בקשה "להארכת תקופת החזקת חפצים תפוסים" (ב"ש 7242/04). בבקשה צויין הנאשם מספר 1 ב-ת.פ. 482/04, עודד גולן, כמשיב יחיד ולגביו ביקשה המשיבה את המשך החזקתם של תפוסים רבים שנתפסו ברשותו. בשולי הבקשה (בפסקה 10 שבה) ביקשה המשיבה: "**להורות ביחס לתפוסים אשר נתפסו מידי מעורבים אחרים בחקירה, ואשר לגביהם לא התבקשו כל בקשות מצד אותם מעורבים עד כה...**". בדיון שהתקיים בבקשה בתאריך 17.1.05 (בפני כבוד השופט זילברטל) הגיעו הצדדים להסכמה דיונית לפיה לא יתקיים דיון בבקשה, אלא אם כן יבקש זאת אחד הצדדים בעתיד. בית המשפט אישר את הסכמת הצדדים "כמבוקש". אזכיר, כי העורר לא היה צד להחלטה זו.

בתאריך 21.3.05 הגיש העורר לבית משפט השלום את הבקשה להחזרת חפצים תפוסים העומדת ביסוד ערר זה. הבקשה נדונה בפני כבוד השופטת ש' דותן בתאריך 1.6.05 והוחלט בה, בכל הנוגע לדיסקים, כי אלו נתפסו כדין על-פי צו החיפוש שהורה, בין השאר, על תפיסתם, וכי יש להשאירם ברשות המשיבה, שכן ייתכן והיא תבקש לעשות בהם שימוש כראיה במשפט המתנהל נגד העורר (סעיף 29 להחלטה).

4. עוד התייחסו הצדדים בטיעוניהם לשאלת הכללתם של המסמכים הקשורים עם החיפוש והתפיסה, לרבות הדיסקים עצמם, ב"חומר החקירה" שהועבר לעיונו של העורר כנאשם ב-ת.פ. 482/04. אשר לכך התברר, כי בתאריך 9.5.05, לבקשת אחד הנאשמים ב-ת.פ. 482/04 העבירה המשיבה לכל הנאשמים רשימה תמציתית של כל חומר החקירה הנמצא בידה. בסעיף ע"ה לרשימה צויין כדלקמן: "**21.9.04 - בדיקת מחשב דויטש- מסמכים**" (עמ' 8, סעיף 14, סעיף קטן ע"ה). בתאריך 17.5.05, בדיון שהתקיים בתיק העיקרי, הצהיר ב"כ המשיבה כי כל חומר החקירה הועבר לעיון הנאשמים, ובהם העורר. דא עקא, בעת הדיון בערר התברר, כי לא כל חומר החקירה הקשור בחיפוש ובתפיסה הועבר לב"כ העורר בעתו, וחלק מן המסמכים אף נמסרו לעורר במעמד הדיון בערר. בפי ב"כ המשיבה

ניתן הסבר לכך (בעמ' 12 לפרוטוקול), הכרוך בעובדה שחלק מן החומר נמצא בהחזקת אנשי רשות העתיקות ולא נמצא פיסית במשרדי ב"כ המשיבה, עת נמסר חומר החקירה לעיון ב"כ העורר.

5. כפי שצוין לעיל ונזכר בהחלטה מיום 14.7.05, בקשת העורר המקורית נסבה סביב החזרתם של כ- 9 פריטים שנתפסו ברשות העורר בחיפוש שנערך בתאריך 26.8.04. במהלך הדיונים בערר הצטמצמה המחלוקת בין הצדדים רק לסוגיית חוקיות התפיסה וההחזקה של המשיבה בשני הדיסקים שנתפסו ברשות העורר. כאמור, אחד הדיסקים נתפס בחנות העורר ברח' מזל דגים 7, תל-אביב והדיסק השני נתפס בבית העורר ברח' קפלן 26, הרצליה.

יוזכר, כי בסמוך למועד תפיסת הדיסקים העבירה המשיבה לעורר העתקים של הדיסקים, בעוד שאת הדיסקים המקוריים שמרה ברשותה.

6. העורר טוען שתי טענות עיקריות: האחת, על המשיבה להשיב לו את הדיסקים, שכן הם אינם נדרשים כראיה במשפט המתנהל נגדו. טענה זו מבסס העורר על כך, כי בקשת המשיבה למתן צו חיפוש התבססה על חשדות לביצוע עבירות שאינן קשורות, לדעתו, לתפיסת הדיסקים או לכתב-האישום שהוגש בסופו של יום. כמו כן, הדיסקים והפליטים שהופקו מהם, כמו גם חומר נוסף הקשור לחיפוש ולתפיסה, לא הועברו במלואם לעיון העורר עם הגשת כתב האישום נגדו וקיומם לא הוזכר במלואו במסגרת רשימת חומר החקירה שהועברה לעיונו. זאת, למרות הצהרת ב"כ המשיבה בפני בית המשפט כי כל חומר החקירה הועבר לעיון העורר. בנוסף נטען, כי המשיבה לא כללה באופן מפורש את הדיסקים במסגרת הבקשה להמשך החזקת תפוס שנדונה בסמוך למועד הגשת כתב האישום בפני כבוד השופט זילברטל. כך או כך, העורר לא היה צד לבקשה זו, הוא לא ידע על קיומה ולכן החלטת כבוד השופט זילברטל אינה חלה לגביו. לפיכך, היה על המשיבה להחזיר את הדיסקים לכל המאוחר כעבור ששה חודשים ממועד תפיסתם (על-פי הוראת סעיף 35 לפקודה). הטענה השנייה שבפי העורר היא, כי המשיבה מחזיקה בשני הדיסקים שלא כדין, שכן היא נמנעה מלפנות לבית המשפט בבקשה להארכת החזקה בתפוסים תוך 48 שעות מרגע תפיסת הדיסקים, בניגוד להוראת סעיף 32(ב) לפקודה. בדיון שהתקיים בתאריך 1.8.05 טען ב"כ העורר לראשונה, כי הדיסק שנתפס בבית העורר נמצא אף הוא "בשימושו של מוסד", כהגדרת סעיף 32(ב) לפקודה, שכן המחשב בבית העורר והמחשב בחנותו מחוברים באמצעות מכשיר מודם ושניהם משמשים את העורר לצורך ניהול חנותו. בנוסף טוען העורר, כי פועל יוצא מכך שהמשיבה אינה מחזיקה בדיסקים כדין הוא, כי אין לה סמכות, על-פי סעיף 23 לפקודה, ליצור מהדיסקים העתקים, אלא רק להפיק מן המחשב פליטים.

לסיכום, טוען העורר כי אין בידי המשיבה סמכות להחזיק בדיסקים או בהעתקיהם ועליה להשיב אותם לרשותו.

7. המשיבה טוענת, כי יש להשאיר בידיה את הדיסקים שכן, כפי שהצהירה בעת הדיון (בעמ' 1 ו-12 לפרוטוקול), בדעתה לבקש הגשתם כראיה במשפט המתנהל נגד העורר ואחרים. ב"כ המשיבה הדגיש, כי הדיסקים עשויים לשמש כראיה הן לחובת העורר או לזכותו והן לשימושם של הנאשמים האחרים ב-ת.פ. 482/04. כמו-כן, ב"כ המשיבה הודה כי אכן לא הועבר לעורר כל חומר החקירה הקיים, ובכלל זה פלטי הדיסקים, וזאת בשל טעות שחלה במשרדי המשיבה באיתור הפיסי של חומר החקירה, שחלקו נמצא במשרדי המשיבה וחלקו היה במשרדי הרשות החוקרת. ואולם, כתב האישום ב-ת.פ. 482/04 הוגש בטרם חלפו ששה חודשים מיום תפיסת הדיסקים, ולכן אין המשיבה מחוייבת להחזירם מכוח סעיף 35 לפקודה. עוד נטען בהקשר זה כי מבחינה פורמלית, חרף העובדה שלא כל חומר החקירה הועבר לעיון העורר, החלטת כבוד השופט זילברטל בבקשה להארכת תוקף החזקת תפוסים מתירה למשיבה להחזיק בדיסקים יחד עם שאר התפוסים שצוינו בבקשה.

כמו-כן אישר ב"כ המשיבה, כי ככל שהדבר נוגע לדיסק שנתפס בחנות העורר, המשיבה אכן לא פעלה כנדרש על-פי הוראת סעיף 32(ב) לפקודה, בכך שלא פנתה אל בית המשפט תוך 48 שעות בבקשה להארכת תוקף החזקה בדיסק. בכך, הסכימה המשיבה כי חנות העורר עונה להגדרת המונח "מוסד" כאמור בסעיף 32(ב) לפקודה. אולם, באשר לדיסק שנתפס בבית העורר נטען, כי אין מדובר במחשב "הנמצא בשימוש של מוסד" ומכאן אין תחולה להוראות המגבילות שבסעיף 32(ב) לפקודה, היינו, המשיבה מחזיקה בדיסק זה כדין. עוד נטען בהקשר זה, כי טענת העורר שהדיסק שנתפס בביתו נמצא בשימוש של "מוסד", הועלתה בשיהוי רב וכי אם תתקבל הטענה, אזי יש לקצוב למשיבה פרק זמן של 48 שעות מעת קביעה זו, בו תוכל לפנות לבית המשפט ולבקש הארכת החזקה, שכן לא היה על המשיבה לצפות כי הוראות סעיף 32(ב) לפקודה יחולו אף על דיסק זה. אשר לתוצאות המשפטיות המתבקשות כיום מהחזקה שלא כדין של הדיסק שנתפס בחנות העורר, נטען, כי על-ידי החזרת העתק הדיסק לעורר בסמוך למועד התפיסה הוגשמה ממילא תכלית סעיף 32(ב) לפקודה, ולכן אין להורות על החזרתו של הדיסק המקורי. בכל הנוגע ליצירת העתקי הדיסקים והעברתם לעורר, טוענת המשיבה כי בסמכותה לעשות כן מכוח צו ה"חיפוש בחומר מחשב" אותו קיבלה בתאריך 9.9.04 על-פי הוראות סעיף 23א לפקודה.

עד כאן טענות הצדדים.

8. טענתו הראשונה של העורר נסמכת על הוראות סעיף 35 לפקודה, שזו לשונו: **"אם תוך ששה חדשים מיום תפיסת החפץ על ידי המשטרה, או מיום שהגיע לידיה, לא הוגש המשפט אשר בו צריך החפץ לשמש ראיה ולא ניתן צו על אותו חפץ לפי סעיף 34, תחזיר המשטרה את החפץ לאדם אשר מידי נלקח; אך רשאי בית משפט שלום, על-פי בקשת שוטר מוסמך או אדם מעוניין, להאריך את התקופה בתנאים שיקבע"**. בכל הנוגע לטענת העורר בדבר היעדר הצורך בהגשת הדיסקים כראיה במשפט המתנהל נגד העורר ואחרים, נראה כי די בהצהרת ב"כ המשיבה בבית המשפט לפיה המשיבה מתעתדת לעשות שימוש בדיסקים כראיה במהלך המשפט. חזקה על המשיבה, כי בטרם הצהירה בפני בית המשפט על כוונותיה, היא בחנה כראוי את הראיות שבידיה והעריכה כי בבוא העת אכן תבקש לעשות כן.

זאת ועוד. כפי שנקבע בהחלטת כבוד השופטת דותן, עיון בצו החיפוש מתאריך 26.8.04 מעלה, כי אכן נרשמו בו במפורש ההיתרים לתפיסת ה"מחשב" ו"חומר המחשב". לכך יש להוסיף כי, על פני הדברים, קיים קשר הגיוני בין החשדות שצויינו בבקשה לצו חיפוש (חשדות להברחת עתיקות מישראל ואי רישום מצאי עתיקות) לבין הדיסקים שנתפסו, המתארים את פעילותו העסקית של העורר בתחום הסחר בעתיקות. מכאן גם ברור הקשר בין ההצהרה כי ייעשה בדיסקים שימוש כראיה במהלך ניהול המשפט לבין תוכנו של כתב האישום המייחס לעורר ולאחרים ביצוע של עבירות הקשורות, בין השאר, לעסקאות מכירה, קנייה ותיווך בעתיקות. אך מובן, כי אין הכרח שתתקיים זהות מוחלטת בין החשדות על בסיסם התבקש צו החיפוש לבין העבירות בהן מואשם העורר בכתב האישום בסופו של דבר.

9. אשר לתקלות שנפלו במסירת חומר החקירה לעיון העורר, הרי שלצורך ענייננו די בכך שתוצאות החיפוש במחשבו של העורר נכללו ברשימת חומר החקירה שהועברה לב"כ העורר לפני הדיון בבקשה להחזרת תפוסים בבית משפט השלום. כמו כן, מדברי ב"כ המשיבה בדיון בערר עולה, כי הסיבה שבעטיה לא הועבר כל חומר החקירה לעיון ב"כ העורר מקורה בטעות טכנית שאירעה במשרדי המשיבה, מכאן, שאין בהימנעות המשיבה מלהעביר את כל החומר לעיון העורר כדי להעיד על היעדר הצורך לעשות שימוש בדיסקים כראיה במשפט. בנוסף לכל האמור יש לחזור ולציין, כי משפטו של העורר טרם החל, ואפילו תשובת הנאשמים לכתב האישום לא נמסרה עדיין.

10. המשיבה הפנתה להליך שהתקיים בפני כבוד השופט זילברטל בבקשת המשיבה להארכת תקופת החזקת חפצים תפוסים (ב"ש 7242/04). נראה, לכאורה, שלפחות בכל הנוגע לדיסקים מושא דיונו, לא נדרשה המשיבה להגיש את הבקשה: סעיף 33 לפקודה מסמיך את המשיבה להחזיק בחפץ תפוס עד אשר יוגש כראיה, ואילו סעיף 35 לפקודה קובע כי במקרה בו תוך ששה חודשים מיום התפיסה לא מוגש כתב אישום במשפט בו צריך החפץ לשמש ראיה, על המשיבה להחזיר את התפוס לאדם אשר מידי נלקח. בענייננו, כאמור, הדיסקים נתפסו בחיפוש שנערך בתאריך 26.8.04. כתב האישום הוגש בתאריך 29.12.04, היינו, פחות מששה חודשים ממועד התפיסה. בנסיבות אלה, לא היה למשיבה כל צורך לפנות לבית המשפט בבקשה להארכת תקופת החזקת התפוסים, שכן, בהיעדר החלטה אחרת (על-פי הוראת סעיף 34 לפקודה), היא החזיקה בתפוסים כדין, עד להגשתם כראיה במשפט (בכפוף לאמור להלן באשר לתחולת סעיף 32(ב) לפקודה על הדיסקים).

למעלה מהנדרש אוסיף, כי על פני הדברים ממילא לא היה להחלטת כבוד השופט זילברטל תוקף מחייב כלפי העורר. זאת, בין משום שהעורר לא צויין כמשיב לבקשה (הוא לא זומן לדיונים ולא ניתנה לו כל הזדמנות להגיב לבקשה), בין משום שהבקשה בכל הנוגע לתפוסים שנתפסו שלא ברשות הנאשם עודד גולן, נוסחה באופן כללי וגורף, ובין משום שבסופו של דבר לא התקיים דיון בבקשה, אלא נקבע בהסכמה כי דיון בהמשך החזקת התפוסים ייערך רק אם יבקש זאת אחד הצדדים בעתיד.

11. לאור האמור לעיל, יש לדחות את טענתו הראשונה של העורר, לפיה יש להחזיר לעורר את הדיסקים, על-פי הוראות סעיף 35 לפקודה, בטענה כי אין בכוונת המשיבה להשתמש בהם כראיה במשפט.

12. אשר לטענתו השנייה של העורר הנסמכת על הוראותיו של סעיף 32(ב) לפקודה, בהחלטה מיום 14.7.05 הצגתי בהרחבה את הפרשנות המקובלת בפסיקה לסעיף 32(ב) הנ"ל. למען הנוחות, יובא להלן נוסחו של סעיף 32 כלשונו:

"סמכות לתפוס חפצים"

(א) רשאי שוטר לתפוס חפץ, אם יש לו יסוד סביר להניח כי באותו חפץ נעברה, או עומדים לעבור, עבירה, או שהוא עשוי לשמש ראיה בהליך משפטי בשל עבירה או שניתן כשכר בעד ביצוע עבירה או כאמצעי לביצועה.

(ב) על אף הוראות פרק זה, לא ייתפס מחשב או דבר המגלם חומר מחשב, אם הוא נמצא בשימוש של מוסד כהגדרתו בסעיף 35 לפקודת הראיות (נוסח חדש), התשל"א-1971, אלא על-פי צו של בית משפט; צו שניתן שלא במעמד המחזיק במחשב או בדבר המגלם חומר מחשב, יינתן לתקופה שאינה עולה על 48 שעות; לענין זה לא יובאו שבתות ומועדים במנין השעות; בית משפט רשאי להאריך את הצו לאחר שניתנה למחזיק הזדמנות להשמיע טענותיו.

(ג) שר המשפטים רשאי להתקין תקנות לענין סעיף זה."

תמצית הפרשנות המקובלת בפסיקה לסעיף 32(ב) לפקודה היא, כי במקרה בו נתפס על-פי צו שיפוטי "מחשב" או "חומר מחשב" הנמצא בשימוש של "מוסד", הגביל המחוקק את החזקת התפוס לפרק זמן קצר של 48 שעות, בסיומו נדרשת המשטרה להחזיר את התפוס למחזיק בו, או, לחלופין, לפנות לבית המשפט בבקשה לקיים דיון במעמד שני הצדדים לצורך הארכת משך החזקה בו. הרציונל העומד ביסוד הסדר זה, כאמור שם, הוא רצון המחוקק להגן על פעילותם של "מוסדות" המנהלים את עסקיהם השוטפים באמצעות מחשבים וההכרה בכך כי ניתוק ממושך של המחשב מהעסק בו הוא פועל עלול לשבש את הפעילות השוטפת של העסק ולפגוע בה מעבר לנדרש (ראה סעיף 8 להחלטה מיום 14.7.05).

בדיון שהתקיים בתאריך 1.8.05 הבהירה המשיבה, כי פרשנות זו של סעיף 32(ב) לפקודה מקובלת עליה וכי, ברגיל, נוהגת המשטרה על-פיה (לטענתה נוהגת המשטרה למסור למחזיק העתק של הדיסק במטרה למנוע פגיעה בשגרת עסקיו ובמקביל היא פונה בבקשה לפי סעיף 32(ב) לפקודה לבית המשפט כשבידיה הדיסקים המקוריים). ב"כ המשיבה הודה, כי בענייננו נמנעה המשיבה מלפנות אל בית המשפט בבקשה לקיים דיון במעמד שני הצדדים, וזאת למרות שהמשיכה להחזיק בדיסקים המקוריים. יש להדגיש, כי המשיבה מודה שנמנעה מלפעול בהתאם להוראות סעיף 32(ב) רק בכל הנוגע לדיסק שנתפס בחנות העורר, אולם היא כופרת בצורך לעשות כן באשר לדיסק השני, שנתפס בבית העורר.

13. ייאמר כבר עתה, כי לאור התוצאה המשפטית אליה הגעתי באשר לדיסק שנתפס בחנות העורר, אין צורך להרחיב את הדיון בשאלה האם הדיסק שנתפס בבית העורר חוסה תחת הגדרת סעיף 32(ב) לפקודה, אם לאו. זאת, מאחר שאף אם נקבל את טענת ב"כ העורר בעניין זה (לפיה היה על המשיבה לפעול על-פי הוראת סעיף 32(ב) לפקודה גם באשר לדיסק שנתפס בבית העורר) - טענה אשר נטענה לראשונה בעת השלמת הטיעון בתאריך 4.8.05 - לא יהיה בכך כדי לשנות את התוצאה הסופית.

לגופה של הטענה אציין, כי סעיף 32(ב) לפקודה הוא חריג לכלל לפיו במקרה בו נתפס "חפץ" רשאית המשיבה להחזיק בו עד להגשתו כראיה בהליך העיקרי (על-פי סעיף 33 לפקודה) או עד חלוף ששה חודשים מעת תפיסתו (סעיף 35 לפקודה), לפי המוקדם מביניהם. חריג זה, המטיל מעמסה לא קלה על כתפי הרשות החוקרת, מוצדק רק במקרה בו הרציונל שביסוד ההסדר מתקיים, היינו, במקרה בו תפיסת "המחשב" או "חומר המחשב" עלולה לשתק את פעילות המוסד או לפגוע פגיעה של ממש בשגרת עסקיו. כך, נעשתה בפסיקה אף האבחנה בין מחשב "הנמצא בשימוש של מוסד", לבין מחשב אחר הנמצא, פיסית, במוסד אך אינו משרת את המוסד בפעילותו השוטפת. מחשב אחרון זה לא יהנה מההגנה הקבועה בסעיף 32(ב) לפקודה (ראה הציטוט מתוך פסק-הדין ב-ע"פ (באר-שבע) 20223/04 **מדינת ישראל נ' שמיר יונתן**, תק-מח 2004(2), 833, שהובא בהחלטה מיום 14.7.05). מכאן נראה, שאין מקום לקבוע, כי מחשב העורר הנמצא בביתו, הגם שיתכן והוא עושה בו שימוש לצרכי ניהול חנותו, חוסה תחת ההסדר הקבוע בסעיף 32(ב) לפקודה, שכן בתפיסתו אין כדי לגרום ל"שיתוק" חנות העורר או לפגיעה של ממש בשגרת פעילותה.

זאת ועוד. מבחינה פורמלית, ישנו ספק של ממש האם ביתו של העורר עונה להגדרת המונח "מוסד" האמורה בסעיף 32(ב) לפקודה. לעניין זה אביא את הגדרת המונח "מוסד" בסעיף 35 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971, וכן את הוראות סעיף 16 לחוק העתיקות, שכותרתו "מקום עיסוקו של סוחר". סעיף 35 לפקודת הראיות מגדיר "מוסד" כ"המדינה, רשות מקומית, עסק או כל מי שמספק שירות לציבור". "עסק" מוגדר "לרבות משלח יד". סעיף 16(א) לחוק העתיקות קובע כי "ברשיון למסחר בעתיקות יצוין מקום העסק; תקפו של הרשיון יהיה למקום זה בלבד ויוצג שם במקום בולט".

מן המסמכים שהגיש העורר בדיון שהתקיים בתאריך 1.8.05 (תעודת עוסק מורשה לשנת 2003, רישיון למסחר בעתיקות לשנת 2005, ואישורי רשויות המס לשנת 2003) עולה, כי מקום ניהול העסקים היחיד של העורר הוא במקום בו שוכנת חנותו ברח' מזל דגים 7, תל-אביב. מאף אחד מהמסמכים הנ"ל לא ניתן להסיק כי לעורר "עסק", "משלח יד" או שהוא "מספק שירות לציבור" מביתו הנמצא ברח' קפלן 26, הרצליה. כך גם עולה מהאמור בסעיף 16 לחוק העתיקות, לפיו רישיון העיסוק של הסוחר מוגבל לכתובת המצוינת ברישיון בלבד – בענייננו, כתובת חנות העורר.

לאור האמור לעיל, נראה, על פני הדברים, כי אין תחולה להוראות סעיף 32(ב) לפקודה על הדיסק

שנתפס בבית העורר, והמשיבה הייתה רשאית להחזיק בדיסק כבכל "חפץ", מבלי לפנות לבית המשפט תוך 48 שעות מרגע התפיסה.

14. מהאמור לעיל עולה גם, כי המשיבה מחזיקה בדיסק שנתפס **בחנות** העורר שלא כדין ובניגוד להוראות סעיף 32(ב) לפקודה.

בשאלה מהי הנפקות המשפטית של החזקה שלא כדין זו בשלב הנוכחי, סבור העורר כי על המשיבה להשיב לו את הדיסק וכל העתק שנעשה ממנו, לאלתר. המשיבה גורסת, כי אין להורות לה לעשות כן, מאחר וממילא תכלית סעיף 32(ב) הוגשמה בכך שבסמוך למועד תפיסת הדיסק היא סיפקה לעורר דיסק קשיח חלופי עם העתק זהה, מבחינת תוכנו, לדיסק המקורי. בכך איפשרה המשיבה את המשך פעילות עסקו של העורר ונמנעה מלהביא לשיתוקו או מלגרורם לו פגיעה בניהול השוטף.

לאחר ששקלתי את טענות הצדדים בעניין זה הגעתי לכלל מסקנה, כי על אף הפגם שנפל בהליך תפיסת הדיסק והחזקתו, אין להורות על השבתו לידי העורר. מסקנה זו וטעמיה יפים הן באשר לדיסק שנתפס בחנותו של העורר והן לגבי הדיסק שנתפס בביתו, לו אימצנו את פרשנות העורר בעניין זה, המוטלת, כאמור, בספק רב. במה דברים אמורים.

המשמעות המעשית של החזרת הדיסקים לעורר היא, מבחינת המשיבה, אובדן מוחלט של היכולת להגישם כראיה במשפט. זאת, בהיעדר יכולת פיקוח ושליטה על הנעשה בדיסקים מרגע החזרתם לעורר. תוצאה זו, היינו, שלילה אפריורית של היכולת לעשות שימוש בראיות שנאספו במהלך החקירה, אינה מתיישבת עם האינטרס הציבורי לאפשר למשיבה לנהל את המשפט נגד העורר ושאר הנאשמים על יסוד הראיות שנאספו נגדם.

שיקול זה תואם את מגמת הפסיקה באשר לפסלות ראיות שהושגו שלא כדין. כך, חפץ שנתפס אגב חיפוש שלא כדין אינו פסול בשל כך בלבד כראיה (י' קדמי **על סדר הדין בפלילים**, חלק ראשון, תשס"ג-2003, בעמ' 493; וראה, למשל, ע"פ 2286/91 **מדינת ישראל נ' אשר בן אברהם אילון ו-5 אח'**, פ"ד מה(4), 289 וכן ע"פ 1302/92 **מדינת ישראל נ. מרדכי בן ריימונד נחמיאס**, פד"י מט (3) 309). המגמה העולה מתוך עיון בפסיקה היא, כי בית המשפט העליון נמנע מלפסול ראיות במשפט רק בשל כך שהושגו שלא כדין, ובכך, למעשה, דחה את דוקטרינת "פירות העץ המורעל" המקובלת, למשל, במשפט האמריקאי. באותו אופן לא נקבע כלל פסילה של ראיות מקום בו מתקיימת פגיעה בזכות חוקתית של נאשם (בש"פ 6689/01 **מאהר מגדלאני נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(1) 173). כך גם לא אומץ כלל פסילה גורף האוסר על המדינה לעשות שימוש בראיות הנובעות ממעשה לא חוקי שביצעו האורגנים שלה (ע"פ 398/04 **מדינת ישראל נ' דני בניאשווילי**, תק-על 2004(4) 2831). יתרה מכך, הפסיקה אף סירבה לאמץ כלל פסילה מרוכב, בדומה לזה הנוהג באנגליה, המקנה שיקול דעת לבית המשפט לגבי קבילות ראיות שהתקבלו באמצעים בלתי חוקיים (ראה: ד"נ 9/83 **בית הדין הצבאי לערעורים ו-2 אח' נ' משה ועקנין**, פ"ד מב(3), 837, ע"פ 476/79 **בולוס נ' מדינת ישראל**, פ"ד לה(1) 785). מכאן, מכוח קל וחומר, ניתן לומר כי הגם שאין ההליך שבפני עוסק בשאלת קבילות ראיות שהושגו שלא כדין, הרי שבהתאם למגמת הפסיקה ראוי להימנע מן התוצאה שמשמעותה "פסילה" אפריורית של ראיות בשלב כה מוקדם, בטרם החל המשפט, מן הטעם שהושגו שלא כדין.

שיקול מרכזי נוסף נעוץ בעובדה כי באופן התנהלותה, היינו, בכך שסיפקה לעורר את העתקי הדיסקים בסמוך לתפיסתם השיגה, למעשה, המשיבה את התכלית העומדת ביסוד סעיף 32(ב) לפקודה, אף כי בדרך פסולה. יש להדגיש, כי טענה עובדתית זו לא נסתרה על-ידי העורר בטיעונו, והוא לא טען בשום שלב כי אי החזרת הדיסקים המקוריים לרשותו גרמה נזק לעסקו.

לאמור לעיל יש להוסיף את השיהוי הרב שחל בהעלאת הטענה מצד העורר, הן בשל חלוף הזמן ממועד התפיסה (26.8.04), והן לאור העובדה שטענה זו הועלתה לראשונה בערר, ולא הובאה בהליך שהתנהל בבית משפט קמא.

סיכומה של נקודה זו. באיזון בין הטעמים שהובאו לעיל לבין טענת העורר, לפיה החזקת הדיסקים שלא כדין מחייבת החזרתם לידי, ללא כחל ושרק, ראוי להעדיף את הראשונים.

יובהר, כי אין באמור לעיל כדי להצדיק את התנהלות המשיבה בעניין זה. על המשיבה היה לפעול על-פי הוראות סעיף 32(ב) לפקודה, במיוחד בשים לב לכך כי פרשנות הסעיף הייתה ידועה ומקובלת עליה, וכדברי ב"כ המשיבה, נהוגה על-פיה בדרך כלל. ואולם נראה, כי על אף שהמשיבה לא פעלה על פי הוראות הדין בענייננו, לא יהיה זה נכון "להענישה" על-ידי שלילת האפשרות, מראש, לבקש את הגשת הדיסקים כראיה במשפט.

15. טענה נוספת של העורר מתייחסת לסמכות המשיבה ליצור העתקים של הדיסקים שנתפסו. מהתיאור העובדתי שהבאתי לעיל עולה, בתמצית, כי לאחר תפיסת הדיסקים ברשות העורר בתאריך 26.8.04, יצרה המשיבה העתקים הזהים בתוכנם לדיסקים והעבירה אותם לעורר, תוך שהיא שומרת את הדיסקים המקוריים ברשותה. בתאריך 9.9.04 פנתה המשיבה לבית משפט השלום בירושלים, ביקשה וקיבלה צו חיפוש "בחומר מחשב", מכוח סעיף 23א לפקודה. לטענת ב"כ המשיבה, בעשותה כן פעלה המשיבה על יסוד ההנחה, שהתבררה כמוטעית, לפיה היא מחזיקה בדיסקים כדין ורשאית, על כן, לבקש את הצו האמור.

טענת העורר בעניין זה, כפי שהובאה לעיל, היא כי סעיף 23א לפקודה אינו מעניק למשיבה סמכות ליצור העתק מ"חומר המחשב" אלא רק "לחדור לחומר המחשב" ולהפיק ממנו פלטים. מנגד, סבורה המשיבה כי הסמכות המוקנית בסעיף 23א לפקודה כוללת גם את הסמכות ליצור העתקים.

בטרם נכריע בשאלה זו, מן הראוי להביא את נוסחם של סעיפי החוק הרלוונטיים. סעיף 23א לפקודה קובע כדלקמן:

"חדירה לחומר מחשב

(א) חדירה לחומר מחשב וכן הפקת פלט תוך חדירה כאמור, יראו אותן כחיפוש וייעשו על-ידי בעל תפקיד המיומן לביצוע פעולות כאמור; לענין זה, "חדירה לחומר מחשב" - כמשמעותה בסעיף 4 לחוק המחשבים, התשנ"ה-1995.
(ב) על אף הוראות פרק זה, לא ייערך חיפוש כאמור בסעיף קטן (א), אלא על-פי צו של שופט לפי סעיף 23, המציין במפורש את ההיתר לחדור לחומר מחשב או להפיק פלט, לפי הענין, ואת תנאי החיפוש ומטרותיו.
(ג) קבלת מידע מתקשורת בין מחשבים אגב חיפוש לפי סעיף זה לא תיחשב כהאזנת סתר לפי חוק האזנת סתר, התשל"ט - 1979."

סעיף 4 לחוק המחשבים, התשנ"ה-1995, מגדיר מהי "חדירה לחומר מחשב", כדלקמן:

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

עיון בהוראות הנ"ל מעלה, כי הסמכות המוקנית למשיבה היא הסמכות לחדור אל "חומר המחשב"

ולחפיק ממנו "פלט" בלבד. הוראות סעיפים אלה אינן מקנות למשיבה סמכות ליצור העתק מחומר המחשב עצמו (וראה גם: קדמי, שם, בעמ' 512).

16. אם כך, מדוע פעלה המשיבה כפי שפעלה, שהרי, לכאורה, לו הייתה נצמדת להוראות הפקודה, כלל לא היה לה צורך ביצירתם של העתקי הדיסקים: האפשרות האחת היא, שהמשיבה הייתה מחזיקה בדיסקים המקוריים מכוח החלטת בית המשפט (לפי סעיף 32(ב) לפקודה) או מכוח סמכות התפיסה הכללית (לפי סעיף 32(א) לפקודה) – במקרה זה לא הייתה המשיבה נדרשת על-פי הדין לספק לעורר דיסקים חלופיים. האפשרות השנייה היא, שהמשיבה הייתה נדרשת להחזיר לעורר את הדיסקים המקוריים על-פי החלטת בית המשפט (לפי סעיף 32(ב) לפקודה) או בתום 48 שעות ממועד התפיסה. במקרה זה לא הייתה למשיבה כל סמכות להחזיק בידה את הדיסקים או העתקיהם.

מדברי ב"כ המשיבה עולה, כי נוהג זה של המשטרה ליצור העתק מהדיסק המקורי ולהעבירו למחזיק במקום הדיסק המקורי (לגביו מבקשת המשטרה מבית המשפט המשך החזקה) הוא נוהג בלתי פורמלי, שכל מטרתו להקל על המחזיק ולהימנע מלפגוע בשגרת יומו, בין אם מדובר במחשב הנמצא בשירותו של "מוסד" ובין אם מדובר במחשב פרטי.

נראה, איפא, כי על אף שאין בנמצא עיגון חוקי לאפשרות ליצור העתקים של חומר המחשב לשם החזרתו, חלף החומר המקורי, הפעילה המשיבה בענייננו את שיקול דעתה באופן רצוי ומידתי, במטרה להקטין ככל הניתן את הפגיעה האפשרית בעורר. יפים לעניין זה דברי המלומד נ' קוזלובסקי בספרו: **המחשב וההליך המשפטי-ראיות אלקטרוניות וסדרי דין** (הוצאת לשכת עורכי הדין, התשס"א 2000), בעמ' 85:

"אף שרשאית המשטרה להחזיק את המחשב או את חומר המחשב, עליה להפעיל שיקול-דעתה האם יש צורך בהמשך החזקתו או שניתן להשיג את מטרת החזקתו גם בדרך חלופית. כאשר בחומר מחשב עסקינן די יהא לרוב בהחזקת העתק של חומר המחשב, שהחשוד מאשר בחתימתו שזהה הוא למקור. כאשר לא ניתן להגיע להסדר מעין זה – בשל סירוב החשוד או כל טעם אחר – ניתן להמציא לבעל המחשב – החשוד או צד שלישי – העתק מחומר המחשב שיאפשר המשך פעילות תקינה..."

כהערת אגב יצויין, כי דרך פעולה זו של המשיבה תואמת אף את המלצת ועדת השופט ד' לוי, ועדה שמטרת דיוניה הייתה לבחון את האיזון הראוי בין סמכויות החקירה של המשטרה לבין זכות האדם לפרטיות על-פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. כסיכום לעבודת הועדה היא הגישה את הצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש, תפיסה וחילוט), התשנ"ו-1996. בסעיף 35 להצעה זו המליצה הועדה, כדלקמן:

"החזקת התפוס: חפץ שנתפס לפי פרק זה יוחזק בידי המשטרה, אולם אם אין בכך כדי לסכל חקירה ניתן להפקיד את החפץ אצל מי שהוא נלקח ממנו או אצל אדם אחר או להמציא לאותו אדם העתק או צילום ממנו ככל האפשר על פי בקשתו".

בנסיבות אלה, בהן העתקת הדיסקים המקוריים נעשתה במטרה להקל על העורר ולמנוע הכבדה על שגרת יומו (הפרטית והעסקית), אולי אף לפני משורת הדין, נראה כי אין מקום להורות על השבת הדיסקים המקוריים מטעם זה.

17. לאור כל האמור לעיל יש להשאיר את הדיסקים ברשות המשיבה, ובכך לדחות את הערר על כל חלקיו.

הערר נדחה.

ניתנה היום י"א באב תשס"ה (16 באוגוסט 2005), בהיעדר הצדדים
המזכירות תמציא העתק ההחלטה לבאי כוח הצדדים.

אורית אפעל-גבאי, שופטת