



בתי המשפט

פ 040107/08

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו

29/10/2008

בפני: כבוד השופטת יהודית שיצר

בעניין:

פרקליטות מחוז ת"א - פלילי

הנאשמה

ע"י ב"כ עו"ד עופרה קרמני

נ ג ד

1. פטימר איתי

2. שויחט איגור

3. אוחנה דני

4. וקנין עומר

הנאשמים

ע"י ב"כ עו"ד ב"כ הנאשם 1 – עו"ד ליטן

ב"כ הנאשם 2 – עו"ד שחר חצרוני

ב"כ הנאשם 3 – עו"ד דרור מקרין

ב"כ הנאשם 4 – עו"ד איילת דואן

החלטה

ההליך והרקע:

1. ב"כ הנאשם מס' 2 טוען נגד קבילותו של דו"ח סריקת הפלאפונים ת/94 (להלן: "דו"ח סריקת הפלאפונים"), שנערך מהחומר שהוצא מתוך הטלפונים הניידים של נאשם מספר 2 (אשר נתפסו במסגרת צו חיפוש מיום 26/3/08 שהוגש לביהמ"ש ביום 15/9/08 וסומן ת/93. דו"ח החיפוש עצמו לעניין תפיסת חמשת הטלפונים הניידים, טרם הוגש כראיה בתיק (להלן: "דו"ח החיפוש").

2. ואלה העובדות הצריכות לעניין:

ביום 26/3/08 נחתם צו חיפוש ע"י ביהמ"ש השלום בת"א, שזה לשונו:

"אני מתיר למשטרת ישראל לערוך חיפוש אצל יגאל שויחט...ולתפוס את

החפצים הבאים: כל חפץ או מסמך הקשורים לדבר עבירה, לרבות מחשב ודבר

המגלם חומר מחשב של מוסד...לציין כי החדירה למחשב תעשה ללא עדים.

החיפוש יערך בפני שני עדים שאינם שוטרים..."



בתי המשפט

פ 040107/08

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו

29/10/2008

בפני: כבוד השופטת יהודית שיצר

באותו יום, נערך חיפוש בביתו של הנאשם 2 ובין השאר נתפסו חמישה טלפונים ניידים אשר תפישתם תועדה בדו"ח החיפוש, שכאמור, עדיין לא הוגש. לטענת ב"כ המאשימה, דו"ח החיפוש יוגש בהמשך ונרשם בו כי החיפוש נערך ללא עדים, לפי בקשת מחזיק המקום, ומופיעה בו חתימת הנאשם 2 כמחזיק המקום.

הטלפונים הניידים הועברו לידי סמ"ש יונתן בלושטיין (ע.ת/ 23) אשר סרק ותיעד המידע הנמצא בהם, היינו ערך רישום של המסרונים וספר הטלפונים, השמורים במכשירים אלו. פעולה זו הועלתה על הכתב בדו"ח סריקת הפלאפונים ת/94, נשוא המחלוקת.

טענות ב"כ הנאשם:

3. לטענת ב"כ הנאשם, טלפון נייד אינו נכלל בגדרת "מחשב" ועל כן לא חל עליו החרג של חיפוש ללא עדים, משכך החיפוש והתפיסה של הטלפונים הניידים נערך ללא סמכות ושלא עפ"י דין. הסכמת הנאשם, כי החיפוש שיערך בדירתו יהיה ללא נוכחות שני עדים שאינם שוטרים, אלא רק בנוכחותו מתייחסת לדירתו בלבד. באשר לחיפוש בטלפון הנייד הנאשם לא וויתר על נוכחותו במהלך החיפוש בטלפון.

עוד נטען, כי גם אם נראה את הסכמתו של הנאשם לערוך את החיפוש בדירתו ללא נוכחות שני עדים שאינם שוטרים כהסכמה לערוך חיפוש בטלפון הנייד שלו, הרי שגם בחיפוש זה נדרשת נוכחותו, כפי שנדרשה לחיפוש בדירה.

ב"כ הנאשם מוסיף, כי כאשר המשטרה, ובמיוחד היחידה החוקרת בתיק הנ"ל, מבקשת מביהמ"ש צווי חיפוש היא נוהגת לציין במפורש ובמודגש את רצונה לחדור למכשירי הטלפון הסלולאריים. כראיה לטענתו, צירף ב"כ הנאשם בקשות לצווי חיפוש בתיקים אחרים שהוציאה בעבר אותה יחידה חוקרת שפעלה בתיק דנן.

טענת ב"כ המאשימה:

4. ב"כ המאשימה התבססה בטענותיה על סעיף 23א לחוק סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) התשכ"ט 1969 (להלן: "החסד"פ") המסדיר את סוגיית החיפוש במחשב ועל חוק המחשבים התשנ"ה 1995 (להלן: "חוק המחשבים") המגדיר "חדירה לחומר מחשב" ו- "מחשב".



בתי המשפט

פ 040107/08

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו

29/10/2008

בפני: כבוד השופטת יהודית שיצר

ב"כ המאשימה טוענת, כי החיפוש בטלפונים הניידים הינו בבחינת חיפוש במחשב, אי לכך לא נדרשת נוכחות שני עדים, לאור צו החיפוש שהוציא בית השפט. לשיטתה טלפון נייד נכלל בהגדרת מחשב, עפ"י חוק המחשבים, והפנתה לת"פ (מחוזי-ירושלים) 2077/06 מד"י נ' אליהו הריש ואח', תק-מח(1) 2007, 10109.

לחלופין, טוענת המאשימה כי גם אם נראה בטלפון הנייד "חפץ", הרי שניתן לערוך את החיפוש בחפץ ללא עדים לאור הסכמתו המפורשת של הנאשם בדו"ח החיפוש.

דיון ומסקנות:

5. סעיף 23 לחסד"פ מסמיך את ביהמ"ש ליתן צו לחיפוש חפצים, כאשר "חפץ" מוגדר בסעיף 1 לחסד"פ:

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

מחשב מוגדר בחוק המחשבים :

1. מחשב - מכשיר הפועל באמצעות תוכנה לביצוע עיבוד אריתמטי או לוגי של

נתונים וצידו ההיקפי...

סעיף 23 לחסד"פ מרחיב את סמכות ביהמ"ש ליתן צו חדירה לחומר מחשב, כהגדרתו בסעיף 4 לחוק המחשבים.

4. חדירה לחומר מחשב - חדירה באמצעות התקשרות או התחברות עם מחשב,

או על ידי הפעלתו..."

השאלה המרכזית הדורשת הכרעה הינה, האם טלפון נייד הינו בגדר "מחשב", אם לאו.

6. חוק המחשבים לא נתן הגדרה צרה למונח "מחשב" וההתפתחויות והטכנולוגיות המדעיות מלמדות שיש לנקוט בדרך של פרשנות תכליתית הן של סעיף 23(א) והן של חוק המחשבים. ככלל, סמכויות החיפוש נועדו לגילוי מידע, לצורך חקירה וקיום הליך משפטי. חיפוש מתאפיין באלמנט של הפתעה ככל שנוגע למחזיק המקום בו נערך החיפוש, וזאת טרם תהיה בידי המחזיק הזדמנות להסתרתו, השמדתו או פגיעה אחרת בערך הראייתי שיש בו. עקרונות אלה חלים הן על ראיות



בתי המשפט

פ 040107/08

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו

29/10/2008

בפני: כבוד השופטת יהודית שיצר

רגילות והן על ראיות הקשורות למחשב, שהשימוש בו גבר והתפשט לכל תחומי החיים במהירות, שקשה היה לצפות מראש.

7. בהתייחסות לטלפון הנייד ניתן להבחין בין:

א) מכשיר הטלפון הנייד עצמו היינו: החומרה הכוללת את הקופסה, החוטים, האנטנה ושאר המרכיבים הפיזיים שלו. ב) ה"מוח" של הטלפון הנייד, היינו: התוכנה שמפעילה אותו, ואת הזיכרון השומר על המידע המצוי בו, וכן יתר האלמנטים המאפשרים פונקציות מסוימות המצויות במכשיר, שהן מעבר לדיבור המיידית הישיר.

באשר למכשיר הטלפון הנייד עצמו והמרכיבים הפיזיים שלו, רכיבים אילו הם לכאורה בעלי אופי חפצי ועל כן אפשרית התייחסות אליהם באופן שתחול עליהם הגדרת המושג "חפץ". לפיכך, משניתן למשטרה צו חיפוש לפי סעיף 23 לחוק, כי אז רשאית המשטרה לחפש ולתפוס את המרכיבים הפיזיים/החומריים של מכשיר הנייד עצמו, אשר צריך שייערכו בפני שני עדים שאינם שוטרים, זולת אם תופש הבית שבו שבו נערך החיפוש ביקש לעורכו שלא בפני עדים.

ואולם, מבחינה מהותית מכשיר זה פועל באמצעות "מוח" של הטלפון הנייד והרכיבים המקיימים פונקציות כמו אגירה, איבוד נתונים לצורך שמירתם והעלאתם מחדש על ידי הפעלת המערכות המיועדות לכך. כל אלה חיוניים לפעילות המכשיר המודרני המצוי בשוק כיום. בכל אלה מתקיים אלמנט של "מחשב" אשר אוחסן בו חומר, יתר על כן אין להעלות על הדעת בניית מכשיר כמו טלפון אלחוטי מתקדם ללא שימוש בידע ואלמנטים של מחשב.

לפיכך נראית לי גישת בית המשפט בת"פ 40250/99 (מחוזי-ת"א) **מדינת ישראל נ' מונדיר** (פורסם בנבו) בו נידונה שאלה דומה לעניינו והיא האם מרכזייה טלפונית, המשתייכת לעולם התקשורת, הינה בגדר "מחשב". ביהמ"ש בחן את הגדרת המונח "מחשב" וענה על השאלה בחיוב:

"מרכזיות התקשורת הפרטיות...נכנסות לגדר הפרשנות הלשונית של הגדרת

'מחשב' המצויה בחוק המחשבים...

בפנינו מצב בו ההיסטוריה הטרומ חקיקתית מצביעה על רצונו המפורש של המחוקק לכלול את מערכת התקשורת כחלק אינטגרלי מן האובייקטים נשואי הגנת חוק המחשבים, זאת לאור המודעות המתגברת לתפקיד המכריע, שממלא המחשב בעידן המודרני בכל תחומי החיים, בכלל זה בתחום התקשורת...עוד יוזכר, כי הגנת חוק המחשבים על האובייקט הממוחשב משתרעת על פני מגוון רחב מאוד של מכשירים הפועלים באמצעות מחשב...



בתי המשפט

פ 040107/08

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו

29/10/2008

בפני: כבוד השופטת יהודית שיצר

עולם התקשורת, במיוחד בשנים האחרונות, עבר שינויים רבים ובכללם הטמעתו בקרב כלל האוכלוסיה בעולם המודרני...בהקשר זה ניתן אף לומר כי קיימת ידיעה שיפוטית באשר לשילובו של מחשב, כחלק מהותי הנדרש להפעלתה של מרכזיית תקשורת מודרנית..."

יצויין, שחוק המחשבים הוא משנת 1995, מאז ועד היום עולם התקשורת המודרנית, התפתח מאוד והביא עימו את מכשירי הטלפון הניידים המשוכללים אשר כוללים בתוכם אלמנטים רבים המצויים במחשב או מופעלים ע"י תוכנת מחשב. לפיכך ניתן לומר כי הפלטים שהוצאו מהמכשיר הנייד במקרה דנא כגון: ספר הטלפונים והמיסרונים-הודעות S.M.S, שבמהותם הם חומרים שנאגרו במכשיר הפלאפון באמצעות אמצעי "זיכרון", מקיימים את אותם יסודות ורציונלים החלים על חומר מחשב. משכך, ולוא אף על דרך ההיקש ניתן לקבוע כי הם הוצאו באמצעות "חדירה לחומר מחשב". חדירה כזו צריך שתיערך ע"י בעל תפקיד מיומן, כאמור בסעיף 23א.

למסקנה דומה הגיעה גם השופטת בן עמי בת"פ 2077/06 (מחוזי- ירושלים) מד"י נ' אליהו אריש תק-מח 2007(1) 10109 (פורסם 6.3.07):

"אומנם, לא הוכח בפניי כי מכשיר הטלפון הסלולארי ממנו הופק המידע אכן פועל באמצעות תוכנה כאמור בהגדרת "מחשב" דלעיל, או כי הוא מאפשר ביצוע פעולות שמדרך הטבע ניתן לעשותן באמצעות מחשב (כגון: שליחת דואר אלקטרוני). עם זאת, ומבלי לקבוע מסמרות בעניין, קיים דמיון רב, מבחינת הרציונל בבסיס הדין המיוחד למחשבים, בין מחשב לבין טלפון סלולארי, מבחינת המידע המאוחסן בהם ודרך פעולתם. מכל מקום ברי כי קיימים טלפונים סלולאריים הפועלים באמצעות תוכנות כאמור..." (פיסקה 5 לפסה"ד).

8. לאור האמור לעיל במצטבר, מסקנתי היא שמכשיר הטלפון הנייד יכול להכנס לגדר הגדרת "מחשב" ולפיכך פעולת הסריקה שבוצעה ע"י ע.ת/23 חוסה תחת צילו של צו חדירה לחומר מחשב, שניתן מכוח סעיף 23א לחוק, ומשהוכח כי פעולה זו בוצעה ע"י בעל תפקיד מיומן הרי שבוצעה כדין ובסמכות והחומר שהופק ממנה קביל כראיה. יתרה מכך, צו החיפוש קבע מפורשות, כי "החדירה למחשב תעשה ללא עדים" ומשבוצע חיפוש במכשיר ונקבע שדינו כמחשב, הצו פוטר מצורך בעדים.

גם אם נלך לשיטה פרשנית מחמירה יותר, שמפרידה בין המכשיר כרכיב פיזי לבין ה"מוח", הרי שתפיסת מכשיר הטלפון הנייד עצמו (הרכיב הפיזי), חוסה תחת צילו של הצו לחיפוש חפצים שניתן



בתי המשפט

פ 040107/08

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו

29/10/2008

בפני: כבוד השופטת יהודית שיצר

מכוח סעיף 23 לחוק, ולפיכך נותר לתביעה להוכיח שתפיסה זו בוצעה או בנוכחות שני עדים, שאינם שוטרים, או בהסכמת הנאשם, ואילו לגבי התוכן – דו"ח סריקת הפלאפונים, חלה ההגדרה של חדירה לחמרי מחשב.

ניתנה היום, כ"ח בתשרי, תשס"ט (27 באוקטובר 2008), בהעדר הצדדים.

המזכירות תמציא עותקים לצדדים.

יהודית שיצר, שופטת

לפרסום מיום 29.10.08

אסתר