



בתי המשפט

ב"ש 090868/00

בית המשפט המחוזי תל אביב - יפו

בפני סגן הנשיא השופט א. אבן ארי

בעניין: חב' נטוויזן בע"מ
ע"י ב"כ עוה"ד חיים רביה

העוררת

נגד

צבא הגנה לישראל - משטרת צבאית - חקירות - היחידה
הארצית לחקירות מיוחדות
ע"י ב"כ עוה"ד אסף רוזנברג - עוזר לפרקליט
תל-אביב (פלילי)

המשיב

החלטה

- 1 בפנינו ערר על החלטת בית המשפט השלום בתל-אביב מיום 9.2.00 (בש"פ 1265/00), וכן על
2 החלטה מיום 6.4.00 (בש"פ 6703/00).
3
4 עניינו של הערר אשר הגישה העוררת - חברת נטוויזן נגד שלטונות צה"ל, נסוב תחילה סביב
5 סוגיה עקרונית והיא:
6 באיזה אופן יכולה המדינה לצותת או לחדור להודעות הדואר האלקטרוני (e-mail) של
7 מנויי האינטרנט בישראל? האם היא רשאית לעשות כן מכח צו חיפוש שיוציא בימ"ש
8 שלום, או שמא מדובר בהאזנת סתר המחייבת צו מאת נשיא או סגן נשיא מוסמך של
9 בימ"ש מחוזי, לבקשת קצין משטרה בכיר.
10 בהמשך, לאחר הודעה משותפת של הצדדים בפני בית משפט זה, צומצמה המחלוקת כפי
11 שיובהר להלן.
12
13 **רקע:** 2.
14
15 במסגרת חקירה סמויה (בדבר קבלת שוחד ומעשי מרמה), נעתר בימ"ש השלום בת"א,
16 לבקשת נציג המשטרה הצבאית החוקרת, והוציא ביום 9.2.2000 צו המורה
17 לעוררת למסור לידי מצי"ח את כל תכתובות הדואר האלקטרוני של ארבעה ממנוייה כפי
18 שיפורט להלן.



בתי המשפט

ב"ש 090868/00

בית המשפט המחוזי תל אביב - יפו

בפני סגן הנשיא השופט א. אבן ארי

1 לאחר שפנתה העוררת, מספר פעמים לפרקליטות הצבאית בטענה כי הצו פגום ביסודו,
2 משום שלטענתה הצו אשר ניתן הינו בפועל "צו להאזנת סתר", והסמכות לתיתו מסורה
3 לבית המשפט המחוזי, עתרה העוררת לבית משפט השלום בתל - אביב בבקשה לבטל את
4 הצו.

5 ביום 6.4.2000, דחה ביהמ"ש קמא את בקשת העוררת לבטל את הצו שהוציא.
6 ועל כך הערר שלפנינו.

ההחלטה הראשונה:

7
8 ההחלטה מיום 9.2.00 (להלן: "ההחלטה הראשונה"), ניתנה לבקשת היחידה מרכזית
9 לחקירות מיוחדות, מדור תשאול - צבא ההגנה לישראל, וזאת במעמד צד אחד.
10 המדובר בצו להמצאת מסמכים ולחיפוש על פי סעיף 43 וסעיף 23 לחוק סדר הדין הפלילי
11 (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט - 1969.
12 בצו זה, נדרשה העוררת- חברת נטוויזן בע"מ, להמציא למשטרה הצבאית את כל תכתובות
13 הדואר האלקטרוני (e-mail) של ארבעה ממנוייה כפי שפורטו בנספח לצו.

14 עיון בנספח זה מעלה כי המדובר:

15
16
17 "בחיפוש במחשבים ובחומר המחשב הנמצאים ברשותה ובאחזקתה של חברת
18 נטוויזן בע"מ, לרבות מחשב של מוסד, לרבות חדירה נמשכת למחשביה לצורך
19 בדיקה או הפקת פלטים..."

20 המתייחסים לארבעה מנוייה.

21
22 העוררת נצטוותה למסור למבקשת:

- 23 א. את כל תכתובות הדואר האלקטרוני הנכנס למנוייה הנ"ל.
24 ב. תכתובות הדואר האלקטרוני הנוצא מהמנוייה הנ"ל.
25 ג. דואר אלקטרוני מן העבר - השמור במחשביה ו/או בחומר מחשב שברשותה, וזאת
26 ממועד עריכת המנוי ועד לביצועו של הצו.
27 ד. דואר אלקטרוני שיעבור במחשבי העוררת בעתיד - ממועד הצגת הצו - ולמשך 60 יום.
28 (הצו נמסר לעוררת ביום 13.2.2000).



בתי המשפט

ב"ש 090868/00

בית המשפט המחוזי תל אביב - יפו

בפני סגן הנשיא השופט א. אבן ארי

1

2

סעיף 4 לנספח הצו קבע כי העוררת מתבקשת:

3

"למסור למבקשת את כל תכתובת הדואר האלקטרוני (e-mail), הנכנסות

4

והיוצאות, למנויים הנ"ל, או מהמנויים הנ"ל, השמורות במחשביה ו/או בחומר

5

המחשב שברשותה, וזאת ממועד עריכת המנוי ועד לביצועו של צו זה."

6

זאת ועוד, בסעיף 5 לנספח נתבקשה חברת נטוויזן:

7

"לשמור בחומר המחשב שברשותה את כל תכתובות הדואר האלקטרוני הנכנסות

8

והיוצאות למנוייה הנ"ל או ממנוייה הנ"ל וזאת ממועד הצגתו של צו זה לפניה

9

ולמשך 60 יום. (להלן - "התקופה").

10

במהלך התקופה או בתום התקופה" חוייבה חברת נטוויזן - "להציג למבקשת את

11

החומר שנשמר ותקליט או תפיקו כפלט כפי בקשת המבקשת.

12

בתום התקופה יתאפשר לחברת נטוויזן למחוק את תכתובות הדואר האלקטרוני

13

שנתבקשה לשמור."

14

וזאת, לפי סעיף 6 לנספח:

15

"מבלי ליידע את המנויים הנ"ל, או כל גורם בלתי מורשה אחר בדבר ביצועו של צו

16

זה או בדבר פרטיו."

17

18

ההחלטה השניה:

19

ביום 27.3.2000, הגישה העוררת, "בקשה לעיון מחדש בצו להמצאה וחיפוש של מסמכים".

20

בדיון שהתקיים בבימ"ש קמא ביום 6.4.00, בנוכחות ב"כ הצדדים ובדלתיים סגורות,

21

הגיע ביהמ"ש קמא למסקנה כי יש לדחות את הבקשה לביטול או שינוי צו החיפוש וגילוי

22

המסמכים מיום 9.2.00.

23

24

במסקנותיו קבע השופט קמא כי:

25

א. המבקשת השהתה את הגשת הבקשה לביטול הצו במשך למעלה מארבעים יום ועל כן

26

עצם השיהוי מחליש את טיעוניה.

27

ב. לגבי הטענה, לפיה המבקשת איננה שומרת העתקי דואר אלקטרוני במחשביה, לאחר

28

שהדואר נמשך על ידי המנויים, קבע בית המשפט קמא כי טענה זו איננה משכנעת, בשל

29

הפרקטיקה שבהפעלת מחשבים הכוללת גיבוי.



בתי המשפט

ב"ש 090868/00

בית המשפט המחוזי תל אביב - יפו

בפני סגן הנשיא השופט א. אבן ארי

- 1 ג. מההגדרה בסעיף 1 לחוק האזנת סתר, מסיק השופט קמא כי :
 2 "אין לקבל את גישתו של ב"כ המבקשת, לפיה דואר אלקטרוני, שהגיע
 3 למחשביה באמצעות תקשורת בין מחשבים מצוי במחשב שלה בהמתנה
 4 שהנמען ימשוך אותו נכנס להגדרת שיחה". (עמ' 16 להחלטה).
 5 מההגדרה זו מסיק עוד השופט קמא כי :
 6 "המחוקק מגן על "סוד השיח" בעת אמירתו, ואיננו פורש את ההגנה
 7 המיוחדת, גם לזמן שלאחר תום השיחה, או סיום העברת המסר ולמסמכים
 8 שנוצרו בעקבותיו".
- 9 ד. בהחלטתו זו, הבחין השופט קמא בין : ציטוט לאינפורמציה תוך כדי העברתה
 10 ושיגורה, באמצעות האזנה לקווי טלפון, לבין חדירה למחשב שבתוכו אוחסנה כדואר
 11 אלקטרוני.
 12 בעוד שאסור לצוטט לאינפורמציה בזמן העברתה, בין באוזן אנושית ובין בהקלטה
 13 הנעשית סימולטנית להעברה (וזאת על-פי הוראות חוק האזנות סתר), חדירה לחומר
 14 הנמצא במחשב אסורה על-פי הוראות חוק המחשבים. חיפוש במחשבים מותר רק על פי
 15 צו מכח סעיף 23 לפסד"פ (פקודת סדר הדין הפלילי, (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש]
 16 התשכ"ט - 1969 (להלן: הפסד"פ)).
 17
 18 אבחנה זו מתחייבת גם מהאמור בסעיף 4 לחוק המחשבים.
 19
 20 ה. עוד קובע השופט קמא, כי סעיף 23א לפסד"פ מסמיך את בית משפט השלום להתיר
 21 חדירה לחומר מחשב והפקת פלטים תוך כדי כך.
 22 הטענה, כי סמכות החיפוש מוגבלת למסמכים שנוצרו במחשב ואיננה מתירה עיון
 23 במסמכים שהגיעו אליו ממחשב חיצוני, יוצרת לדברי השופט קמא, הבחנה בלתי
 24 סבירה שאיננה מקובלת, במיוחד לאור ס' 23 א' (ג) לפסד"פ, הקובע שאם תוך כדי
 25 חיפוש במחשב מתקבל מידע מתקשורת בין מחשבים, לא תחשב קבלת מידע כזה
 26 להאזנת סתר :
 27 "23א(ג)
 28 קבלת מידע מתקשורת בין מחשבים אגב חיפוש לפי סעיף זה לא תיחשב
 29 כהאזנת סתר לפי חוק האזנת סתר, התשל"ט-1979".



בתי המשפט

ב"ש 090868/00

בית המשפט המחוזי תל אביב - יפו

בפני סגן הנשיא השופט א. אבן ארי

- 1 . השופט קמא, השווה בהחלטתו, בין דואר אלקטרוני, לתיבת דואר של רשות הדואר.
 2 לדעת השופט קמא, עם קבלת צו חיפוש מותר לחדור למחשב המבקשת ולחפש בו דואר
 3 הממתין לנמען אליו נשלח. לדבריו:
 4 " העובדה שהטכנולוגיה המודרנית מאפשרת העברת דואר בקווי טלפון, לא הופכת
 5 את הדואר האלקטרוני לאחר שהתגבש והגיע לתא - למחשב, לשיחה" (עמ' 18
 6 להחלטה).
 7 . השופט קמא, מסתמך על קביעת בית המשפט המחוזי בענין באדיר, (תפ"ח 40250/99,
 8 מדינת ישראל נ' בן קאסם באדיר - לא פורסם), בסעיפים 22-23 לפסק דין.
 9 מהשוואת פסק הדין הנ"ל לנסיבות המקרה, הסיקה השופטת קמא כי המבקשת
 10 (כמו חברת איתורית נותנת שירות של העברת מסר בזק למען הזולת או מטעמו),
 11 מעבירה למנוייה מסרים שהופקדו אצלה ע"י אחרים מבלי שתהיה בעלת שיחה ומבלי
 12 שקיימת הסימולטניות הנדרשת להאזנה. משכך, הדואר האלקטרוני השמור אצל
 13 המבקשת להעברה ללקוחותיה איננו בגדר שיחה המוגנת בחוק האזנת סתר (עמ' 19
 14 להחלטה).
 15 . השופט קמא, קובע עוד בהחלטתו כי חוק האזנת סתר אינו מגן על מי שמעביר
 16 אינפורמציה לאחר בדרך בלתי ישירה. דהיינו: לאחר שהתקבל הדואר האלקטרוני
 17 במחשבי המבקשת, היא מקבלת שליטה על הדואר הזה, וההגנה על פרטיותם של מנויי
 18 המבקשת היא בחוק המחשבים בלבד.
 19 . השופט קמא, דוחה את הטענה לפיה הצו שניתן ביום 9.2.2000 הוא "צו להאזנת סתר"
 20 שניתן ללא סמכות. הפגיעה בפרטיות מתחייבת לשם הגנה על ערכים חברתיים חשובים,
 21 ואין לדעתו בנסיבות המקרה חריגה מהמידתיות הנדרשת.

3. עיקרי טיעוני הצדדים:

- 24 מן הראוי להדגיש, שטענות הצדדים בעיקרי הטיעון אשר נמסרו לבית משפט זה, יוצגו להלן
 25 בקצרה, שכן הצדדים הגישו הודעה בהסכמה בסמוך לדיון האחרון בעניינם בפנינו:
 26
 27 טענתה העיקרית של העוררת, בכתב הערר, היא: שחוק האזנת סתר פורש את הגנתו גם על
 28 הדואר האלקטרוני, דהיינו: הצו אשר ניתן ע"י בית משפט שלום, ניתן שלא בסמכות.
 29 הסמכות הייחודית למתן צו האזנת סתר מסורה לנשיא או סגן נשיא מוסמך של בית משפט



בתי המשפט

ב"ש 090868/00

בית המשפט המחוזי תל אביב - יפו

בפני סגן הנשיא השופט א. אבן ארי

1 מחוזי, לבקשת קצין משטרה בדרגת נצ"מ (לפחות), ולאחר שבית המשפט שקל את הפגיעה
2 בפרטיות כתוצאה ממתן הצו. לפיכך שגה בית משפט קמא כאשר השווה דואר אלקטרוני
3 לדואר פיסי ולא לשיחה טלפונית. לטענת העוררת, העברת המסר אינה מסתיימת עד
4 להגעתה ליעדה הסופי: ל"בעל השיחה" כהגדרתו בחוק האזנת סתר, ולפיכך דואר
5 אלקטרוני המצוי על גבי מחשבי ספק גישה לאינטרנט בהמתינו שהמנוי ימשוך ויקרא
6 אותו, הינו "שיחה", מסוג "בוק", שטרם הסתיימה.

7
8 עוד טוענת העוררת, שבית משפט קמא התעלם כמעט לחלוטין מסוגיית הפרטיות ומעמדה
9 החוקתי.

10
11 לטענת העוררת, הצו נשוא הערר הוצא מכח סעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי, ביחד עם
12 סעיף 23א' לאותה פקודה. מכח סעיפים אלה מוסמך בית המשפט להורות על חיפוש
13 בחומר מחשב. לטענתה, החיפוש הוא מעצם טיבו פעולה חד פעמית, ואינו יכול להתמשך
14 על פני 60 יום כפי שהורה הצו.

15
16 מסקנת העוררת היא כי, הצו הופך אותה, כתברה פרטית, לקבלן ביצוע של גופי חקירה
17 למרות שאינה רשות שלטונית ולמרות שאין תקדים לכך שגוף פרטי נדרש להקדיש
18 משאבים (על חשבוננו) לביצוע האזנת סתר.

4. טענות הצדדים בדיון שלפנינו:

21 עם פתיחת הדיון בפנינו, נמסרה מטעם ב"כ הצדדים ההודעה המשותפת כדלקמן:
22 "המערערת מודיעה כי במועד שנתקבל בידה הצו, לא היה בידה דואר
23 אלקטרוני של המנוי האחד שאיתה. הואיל והמחלוקת בנקודה זו
24 לובשת אופי אקדמי, המערערת מושכת ערעורה בנקודה זו.
25 המשיבה מודיעה שאין לה טענה כלפי המערערת בענין ביצוע הצו בנקודה זו.
26 שני הצדדים שומרים על טענותיהם בסוגיא המשפטית העקרונית כיצד יש
27 לתפוס דואר אלקטרוני המצוי במחשבים של ספק גישה לאינטרנט"
28



בתי המשפט

ב"ש 090868/00

בית המשפט המחוזי תל אביב - יפו

בפני סגן הנשיא השופט א. אבן ארי

- 1 מההודעה אשר נמסרה לבית המשפט ועל פי טיעוניהם של ב"כ הצדדים, נראה כי פרקליטת
 2 המדינה החליטה שבמידה ורשות מרשויות המדינה תבקש צו היתר לתפיסת דואר
 3 אלקטרוני, במחשבים של ספק גישה לאינטרנט כאשר הצו מתייחס לזמן עתיד, הרי שהדרך
 4 הנכונה היא לפנות לנשיא בית המשפט המחוזי או לסגן נשיא המוסמך לכך, כאמור בחוק
 5 האזנת סתר - תשל"ט - 1979. ("פרקליטת המדינה - בענין של מדיניות סוברת (שלגבי) צו ...
 6 שבעתיד, (יש לפנות) לבית המשפט המחוזי לקבל היתר עפ"י חוק "האזנת סתר" - ראה
 7 הצהרת הפרקליטות בעמ' 5 לפרוטוקול)
- 8
- 9 לאור מדיניות זו, נראה כי סוגיית יירוט הדואר האלקטרוני של מנויים, על פי צו של בימ"ש
 10 שלום - בהסתמך על סעיפים 43 ו-231א לחוק הנ"ל, הפכה לסוגייה תאורטית גרידא.
- 11
- 12 באשר לחלקו הראשון של הצו - לפיו נקבע שעל העוררת למסור לידי המשיבה את הדואר
 13 האלקטרוני שנמצא בידה, מהרגע שהצו מגיע אליה (להבדיל משמירתו בעתיד), הודיעה
 14 העוררת כי לא היה בידה חומר כזה בהגיע הצו אליה .
- 15 על כן משכה העוררת את ערעורה בנקודה זו, והמדינה הודיעה כי אינה מבקשת ביצוע צו
 16 חיפוש בנוגע למידע שנאגר על-ידי העוררת, לפי סעיף 5 לנספח צו החיפוש .
- 17
- 18 5. מרגע שכך הסכימו הצדדים, נותרה למעשה רק סוגיה אחת שבית משפט זה צריך להכריע
 19 בה והיא: **המשיבה מבקשת כיום... , לקבל את הדואר האלקטרוני שהעוררת שמרה מכח**
 20 **הצו נשוא הערר.**
- 21 **"וזאת בהתבסס על סעיף 7(ג) ו- 13 לחוק האזנת סתר, התשל"ט 1979**
 22 **ולחלופין בהתבסס על סעיף 23א' ו- 43 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר**
 23 **וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט 1969".**
- 24 (ראה סעיף 3 סיפא להודעת הפרקליטות לבית המשפט, מיום 4.5.2000).
- 25
- 26
- 27 **6. בקשת המשיבה:**



בתי המשפט

ב"ש 090868/00

בית המשפט המחוזי תל אביב - יפו

בפני סגן הנשיא השופט א. אבן ארי

1 לטענת ב"כ המשיבה, הרי הדואר האלקטרוני אשר נאגר במשך 60 יום (עפ"י צו ביהמ"ש
2 קמא) נמצא כיום בידי העוררת, כנאמן עבור המשיבה.
3
4 לגירסת ב"כ המשיבה, האזנה שבוצעה שלא על-פי חוק האזנת סתר, אין לה מעמד של
5 חסיון מוחלט. לטענתה, הדבר היה נכון גם לפני התיקון בשנת 1995 וגם אחריו.
6 לפני התיקון- ניתן לראות זאת בבג"צ גילת (פד"י מה (3) 415), ואילו אחרי התיקון - ניתן
7 לראות שהחסיון אינו מוחלט בסי' 2(ב) לחוק האזנת סתר וכן בסעיפים 13(א)(1), 13(א)(2)
8 לחוק זה.
9

7. טענות העוררת:

11 (א) לטענת העוררת, המדינה הכירה בכך שהיא לא נקטה בהליך הראוי. ועל כן, החומר אשר
12 נאגר על ידה אינו מוחזק בידיה כנאמנה משום שיחס נאמנות אינו יכול להיווצר בכפיה או
13 מכח צו משפט, אלא מכוחו של הסכם בין הצדדים בלבד.
14
15 לטענתה, אילו היתה מקיימת את הצו כלשונו, היא היתה מבצעת מעשה עוולה במישור
16 האזרחי של פגיעה בפרטיות, של האזנת סתר שלא כדין ושל הפרת חובה חקוקה. מעשה זה
17 היה חושף אותה לתביעה מצידם של כל אותם אנשים שהודעותיהם נקלטו, כולל של צדדים
18 שלישיים תמי לב. כמו כן, טוענת העוררת שצו זה חושף אותה לתביעה במישור הפלילי אם
19 תתבע מכח עילה של קובלנה פרטית.
20 אי קיום הצו מאידך, היה מעמיד את המערערת בפני העמדה לדין פלילי.

22 לטענת העוררת, התוצאה היחידה המתבקשת היא השמדה מיידית של חומר זה.

24 (ב) לגבי טענת השיהוי שהועלתה כלפיה ע"י בית משפט קמא, טוענת העוררת כי טענה זו לא
25 נטענה כלל על-ידי המשיבה, וכן כי לא ניתנה לה הזדמנות כלשהיא להשיב, עד אשר גילה
26 בית המשפט קמא את דעתו בהחלטתו.
27



בתי המשפט

ב"ש 090868/00

בית המשפט המחוזי תל אביב - יפו

בפני סגן הנשיא השופט א. אבן ארי

- 1 (ג) לענין ס' 13(א) לחוק האזנת סתר, טוענת העוררת כי מטרתו לחנך את רשויות המדינה
 2 שלא לפגוע בזכות הפרטיות, שלא על דרך של האזנת סתר כדין. לפיכך אין סעיף 13א לחוק
 3 האזנת סתר, מתאים לבקשת המדינה בשל מספר טעמים:
 4 א. לטענתה, סעיף זה דן בקבילות ראיה בהליך פלילי, ואילו כאן לא מתנהל עדיין
 5 הליך כלשהו של שמיעת ראיות.
 6 ב. סעיף 13 מצריך אישור של פרקליטת המדינה, היועץ המשפטי לממשלה או
 7 הפרקליט הצבאי הראשי. אישור כזה לא הוצג בפני בית המשפט.
 8 ג. עוד טוענת העוררת כי לא הובאו הטעמים שיש בהם לשכנע את בית המשפט
 9 לפיהם האינטרס להגיע לחקר האמת גובר על הפגיעה בפרטיות.
 10
 11 מסקנת ב"כ העוררת היא כי לנוכח השתלשלות העניינים אשר הוצגה בפני בית המשפט
 12 לשפע ההזדמנויות שעמדו בפני המשיבה להכיר בכך שיש צורך לקבל צו מכח חוק האזנת
 13 סתר, נראה שמדובר בעצימת עיניים ולא בתום-לב.
 14
 15 לפיכך, מבקשת העוררת שבית משפט זה יתן תוקף של החלטה להסכמה אליה הגיעו
 16 הצדדים בהודעתם המשותפת, וידחה את בקשת המשיבה להעביר אליה את החומר אשר
 17 נאגר במחשבה ממועד מתן הצו, ויורה על השמדת החומר.
 18
 19 8. בטיעון בפנינו, חזר ב"כ הפרקליטות מבקשתו העיקרית - ליתן צו עפ"י חוק האזנת סתר
 20 וצמצם את בקשתו לסעד החלופי, דהיינו: בהסתמך על סעיף 23 א' ו- 43 לפקודת סדר
 21 הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט - 1969 (להלן "הפקודה"), כלשונו של
 22 הפרקליט המלומד עו"ד א. רוזנברג:
 23 " ... למעשה אנו מבקשים מבית המשפט שיוציא צו לתפס את החומר הזה - אם
 24 הוא נמצא על גבי דיסקט... על פי סעיף 23 לחסד"פ ואם הוא נמצא במחשב עדיין -
 25 אז (אבקש) צו חדירה למחשב לפי סעיף 23א' ביחד עם סעיף 43. אני לא רוצה
 26 להיכנס לסעיף 13 לחוק האזנת סתר" (עמ' 8 רישא לפרוטוקול).
 27
 28



בתי המשפט

ב"ש 090868/00

בית המשפט המחוזי תל אביב - יפו

בפני סגן הנשיא השופט א. אבן ארי

1

2

9. הבקשה לתפוס את הדואר האלקטרוני שנאגר מכח הצו נשוא הערר:

3

בטרם נדון בבקשה זו וחרף העובדה כי שאלת תוקפם של ההחלטות של בימ"ש קמא - נשוא הערר, הפך תאורטי, יש מקום להערת אגב.

4

5

לא נראה לנו כי ניתן לצוות על גוף דוגמת העוררת להפוך ל"ידו הארוכה של החוק", ולבצע פעולות שונות למשך פרק זמן ממושך (דוגמת: 60 יום). לכאורה, נראה כי המדובר בפעולות

6

7

הדורשות השקעת משאבים וכספים, ולא ברור לנו מהו הבסיס החוקי לחיוב כזה. אומנם נכון הדבר, כי תפקידה של כל רשות חוקרת - מוסמכת בישראל, לבקש סעדים שונים מבית

8

9

המשפט לצורך התקדמות של חקירה פלילית מכל סוג שהוא. אולם לא נראה לנו כי ניתן לבצע הליך של "הטלת תפקיד" שעניינו ביצוע משימה - פעילה, על מנת לקדם חקירה על

10

11

גוף חיצוני וביצוע חקירה מוטל על כתפי הגוף החוקר, ובהעדר אסמכתא בחוק, אין אפשרות להטיל על האזרח, ולו גם אם מדובר בחברה פרטית או ציבורית - לבצע פעולות במסגרת

12

13

חקירה.

14

למה הדבר דומה? לו ניתן (על ידי בית משפט מחוזי), צו להאזנת סתר המסמיך את משטרת ישראל להאזין לקו טלפון ספציפי. האם במקרה כזה קיימת אפשרות לחייב את חברת בזק,

15

16

חברה ציבורית, לבצע האזנה זו - על חשבונה היא לאורך זמן? ספק רב בעינינו באם אכן ניתן לבצע "הטלת תפקיד" מסוג זה במסגרת החוק הקיים. אומנם קיים בחוק הליך של

17

18

"הטלת תפקיד", אולם משביקש המחוקק להסמיך גוף פרטי לבצע תפקיד, הרי הוא עיגן הליך כזה, במפורש - בספר החוקים (ראה: חוק ההוצאה לפועל תשכ"ז 1967, סעיף 5,

19

20

בדבר הטלת תפקיד).

21

22

10. בקשת המשיבה:

23

בקשתה של המשיבה לתפוס את הדואר האלקטרוני אשר שמרה העוררת מכח הצו נשוא הערר, מעלה שאלות משפטיות, הן באשר לחוקיותה של דרישה זו לנוכח השתלשלות

24

25

העניינים אשר פורטה לעיל, והן באשר לנחיצותה לאור האינטרסים שעל בית המשפט לשקול, כגון: הגנה על הפרטיות מחד, מול האינטרס להגן על שלום הציבור ולהגיע לחקר

26

27

האמת מאידך.

28



בתי המשפט

ב"ש 090868/00

בית המשפט המחוזי תל אביב - יפו

בפני סגן הנשיא השופט א. אבן ארי

1 המשיבה, כאמור לעיל, מבקשת לתפוס את החומר שנאגר מכח סעיף 23א ביחד עם סעיף
2 43 לפקודה וכן מכח סעיף 23 לפקודה, במידה והחומר שמור על דיסקט.

3
4 סעיפים אלה הינם סעיפים שבמסגרתם ניתן לבצע חיפוש או צו להצגת חפץ והרי
5 בענייננו, מדובר בחומר שכבר מצוי בידי העוררת ואשר המשיב מבקש לתפסו.

6
7 סעיף 23 לפקודה שעניינו צווי חיפוש קובע:

8 "רשאי שופט ליתן צו לערוך חיפוש בכל בית או מקום (להלן - צו חיפוש) אם -

9 (1) החיפוש בו נחוץ כדי להבטיח הצגת חפץ לצורך כל חקירה, משפט או הליך אחר..."

10
11
12 סעיף 23 א. לפקודה שעניינו חדירה לחומר מחשב קובע:

13 "חדירה לחומר מחשב וכן הפקת פלט תוך חדירה כאמור, יראו אותן כחיפוש וייעשו

14 על-ידי בעל תפקיד המיומן לביצוע פעולות כאמור; לענין זה, "חדירה לחומר

15 מחשב" - כמשמעותה בסעיף 4 לחוק המחשבים, התשנ"ה - 1995.

16 (ב) על אף הוראות פרק זה, לא ייערך חיפוש כאמור בסעיף קטן (א), אלא על-פי צו

17 של שופט לפי סעיף 23, המציין במפורש את ההיתר לחדור לחומר מחשב או להפיק

18 פלט, לפי הענין, ואת תנאי החיפוש ומטרותיו.

19 (ג) קבלת מידע מתקשורת בין מחשבים אגב חיפוש לפי סעיף זה לא תיחשב

20 כהאזנת סתר לפי חוק האזנת סתר, התשל"ט - 1979."

21
22 ואילו סעיף 43 לפקודה שעניינו הזמנה להציג חפץ קובע:

23 "ראה שופט שהצגת חפץ נחוצה או רצויה לצרכי חקירה או משפט, רשאי הוא

24 להזמין כל אדם, שלפי ההנחה החפץ נמצא בהחזקתו או ברשותו, להתייצב ולהציג

25 את החפץ, או להמציאו, בשעה ובמקום הנקובים בהזמנה".

26
27 ההוראות בדבר סמכות תפיסתם של חפצים, מקובצות בפרק הרביעי לפקודה בסעיפים 32

28 עד 42.

29 הסמכות לתפוס חפצים מצויה בהוראות סעיף 32 לפקודה, סעיף זה קובע:



בתי המשפט

ב"ש 090868/00

בית המשפט המחוזי תל אביב - יפו

בפני סגן הנשיא השופט א. אבן ארי

"סמכות לתפוש חפצים

1
2 (א) רשאי שוטר לתפוס חפץ, אם יש לו יסוד סביר להניח כי באותו חפץ נעברה, או
3 עומדים לעבור, עבירה, או שהוא עשוי לשמש ראיה בהליך משפטי בשל עבירה או
4 שניתן כשכר בעד ביצוע עבירה או כאמצעי לביצועה.

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

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

12
13 11. לאור השתלשלות העניינים לפיה הודיעה פרקליטת המדינה כי צו לתפיסת דואר אלקטרוני
14 המצוי במחשביו של ספק גישה לאנטרנט (כאשר הצו מתייחס לזמן עתיד), ינתן רק מכח
15 חוק האזנת סתר, ולאור העובדה כי במחשביה של העוררת לא נאגר חומר עד למתן הצו,
16 אין אנו נדרשים לבחון את שאלת חוקיות ההליך שהתקבל בבית משפט קמא, כבסיס
17 למתן ההיתר לתפוס את החומר שנאגר.

18 למעלה מהדרוש נציין בהקשר זה, שגם אם נראה בחומר שנאגר, חפץ שנתפס אגב חיפוש -
19 ללא צו - שלא כחוק, עדיין אין בכך כדי לפסלו כראיה.
20 יפים לענין זה דבריו של המלומד י. קדמי :

"ראיות שהושגו בחיפוש שלא כדין

21
22 א. חפץ שנתפס אגב חיפוש-ללא-צו שלא כחוק - אינו פסול, בשל כך בלבד, כראיה :

23 שכידוע, כלל "הפרי המורעל" הנוהג בקשר זה בארה"ב לא אומץ אצלנו.

24 ב. כן אין להחיל לגבי חומר שנתפס במסגרתו של חיפוש-ללא-צו שלא כדין את סעיף 32
25 לחוק הגנת הפרטיות: באשר- "החוק נועד להגן על אספקטים שונים של פרטיות, שלא

26 היו מוגנים קודם לכן, בעוד שההגנה על הרכוש והזכות למנוע כניסה לנכס במסגרת
27 הליכים פליליים, הוסדרה כבר קודם לכן בסעיף 23(1) לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר
28 וחיפוש) [נוסח חדש]". (י. קדמי בספרו על סדר הדין בפלילים, חלק ראשון - 1998, בעמ' 440-441).

29



בתי המשפט

ב"ש 090868/00

בית המשפט המחוזי תל אביב - יפו

בפני סגן הנשיא השופט א. אבן ארי

- 1
2 בפסיקה עניפה של בית משפט עליון, נקבעה ההלכה לפיה, חפץ שנתפס אגב חיפוש ללא צו
3 שלא כחוק - אינו פסול בשל כך כראיה (לענין זה ראה לדוגמא: ע"פ 2286/91, אילוז, פד"י
4 מה(4) 305, וכן ע"פ 1302/92, מדינת ישראל נ. מרדכי בן ריימונד נחמיאס פד"י מט(3) 309).
- 5
6 בפס"ד נחמיאס הנ"ל אומר כב' המשנה לנשיא (כתוארו אז), השופט א' ברק (בעמ' האחרון
7 לפסה"ד), כי עפ"י ההוראה של סעיף 13 לחוק האזנת סתר ניתן יהיה לקבל כראיה גם
8 דברים שנקלטו בניגוד להוראות החוק, ובלבד שנתקיימו התנאים הנדרשים לכך.
9 לדבריו:
- 10 " הסדר חדש זה בא לאזן בין זכות הפרטיות לבין הפגיעה בה: בין אי קבילות הראיה, לבין
11 ההגנה על אינטרס הציבור".
- 12 בעניינינו, אם כן ניראה כי ניתן יהיה לתפוס את החומר שנאגר במחשבי העוררת, גם אם
13 ההליך אשר הוביל לאגירתו התברר מאוחר יותר כהליך לא תקין.
- 14
- 15 **12.** לפיכך, השאלה אשר נותרה בפנינו היא: **האם נסיבות הענין מצדיקות מתן צו תפיסה**
16 **כמבוקש?**
- 17 לענין זה ייאמר, כי החוק מתיר מתן צו לתפיסת חפץ בנסיבות מיוחדות.
18 י. קדמי בספרו על סדר הדין בפלילים, קובע:
- 19 "הסמכות לתפוס חפצים:
- 20 **1.** בהתאם להוראות סעיף 32 לפס"פ מוסמך כל שוטר לתפוס כל חפץ, שלגביו
21 יש לו "יסוד סביר להניח":
- 22 **א. כי באותו חפץ נעברה עבירה, או עומדים לעבור בה עבירה (המדובר בכל**
23 **עבירה שהיא).**
- 24 **ב. כי החפץ עשוי לשמש ראיה בהליך פלילי בקשר לעבירה כלשהי, לאמור:**
- 25 שיש יסוד סביר להניח, שיהיה בכוחו של החפץ "לתרום" להוכחת העובדות
26 השנויות במחלוקת באותו הליך.
- 27 **ג. כי החפץ ניתן כשכר עבור ביצועה של עבירה כלשהי, או כאמצעי לביצועה**
28 **של עבירה כלשהי (ונראה כי המדובר: הן בעבירה שבוצעה, והן בעבירה**
29 **שעומדים לבצע).**"



בתי המשפט

ב"ש 090868/00

בית המשפט המחוזי תל אביב - יפו

בפני סגן הנשיא השופט א. אבן ארי

1 (י. קדמי, על סדר הדין בפלילים, חלק ראשון, 1998, בעמ' 464).

2
3 נטען ע"י ב"כ המשיבה, כי "החפץ" - הדואר האלקטרוני שנאגר במחשבי העוררת, עשוי
4 לשמש ראיה בהליך פלילי, אם וכאשר יוגש כתב אישום. המשיבה מבקשת לקבל לידה את
5 החומר שהוקלט ונשמר, וכן לא להשמיד חומר זה, העשוי להיות חומר ראייתי לביצוע
6 עבירה.

7
8 **13.** אין ספק שהזכות לפרטיות הינה זכות יסוד חוקתית, אשר הפגיעה בה צריכה שתעשה רק

9 לאחר שקילת כל המטרות והאינטרסים שיש בהם כדי לפגוע בזכות זו.
10 משתמשי הדואר האלקטרוני, מצפים לשמירה על פרטיותם וכל שכן האינטרס הציבורי,
11 המבקש לעודד שימוש חופשי בתקשורת מחשבים מודרנית, מחייב שהוראות חוק האזנת
12 סתר יקויימו בקפדנות. כך תקויים גם תכליתו של החוק.
13 מאידך, ריסון זה של הרשויות מפני פגיעה בפרטיות השיח בעידן של תקשורת מודרנית, אינו
14 תמיד אפשרי, גם אם רצוי, כאשר מנגד עלול להפגע אינטרס חיוני אחר של הציבור.

15
16 ב"כ המשיבה הדגיש את עובדת נחיצותו של עיון בחומר שנאגר אם וכאשר יוגש כתב
17 אישום:

18 "אם ובמידה ויוגש כתב אישום נרצה להגיש את הראיות, אנחנו כמובן היום לא
19 יודעים, כיון שאנחנו לא יודעים מה כתוב שם בדואר האלקטרוני. אבל במידה ואכן
20 התביעה הצבאית תהיה מעוניינת להגיש את החומר כראיה, היא כמובן צריכה
21 לעמוד בנטל שקובע החוק בסעיף 13א'(2)" (עמ' 8 לפרוטוקול מיום 7.5.2000,
22 משורה 14).

23
24 **14. סיכום:**

25 לאור כל האמור לעיל, נראה שיש לאשר את ההסכם של הצדדים ולקבוע כי בנסיבות הענין
26 ולצורך קידומה של החקירה הפלילית יש מקום להעתר לבקשה ולאפשר למשיב לקבל את
27 החומר אשר נאגר אצל העוררת. יחד עם זאת, במידה ויוגש כתב אישום, עדיין יהיה על
28 המשיבה לעמוד בדרישות החוק ולהוכיח כי הצורך להגיע לחקר האמת מצדיק פגיעה
29 בפרטיותם של משתמשי האינטרנט, כאמור בסעיף 13 לחוק האזנת סתר תשל"ט-1979.

**בתי המשפט****ב"ש 090868/00****בית המשפט המחוזי תל אביב - יפו****בפני סגן הנשיא השופט א. אבן ארי**

1

2

3

הצו לאיסור פרסום שמות החשודים - יעמוד על כנו.

4

5

6

7

ניתן והודע בפומבי היום יט' בסיון תש"ס, 22.6.2000 בנוכחות ב"כ הצדדים

8

9

10

11

א. אבן ארי, סגן נשיא

12

13

14

15

16