בפני כב' השופט אדריס נעמן

המאשימה	**מדינת ישראל**
	נגד
הנאשמים	**1. זוהר עובד**
	2. אבנר שרון

<#2#>

<u>נוכחים:</u>
ב"כ המאשימה – עו"ד רותי כהן ועו"ד זוהר אקרמן
הנאשם 1 בעצמו ובא כוחו עו"ד פרופ' דוד ליבאי ועו"ד דפנה ליבאי
הנאשם 2 בעצמו ובא כוחו עו"ד דרור ארד איילון

<#3#>

<u>החלטה בהתנגדות להשמעת עדותו של מבקר העיריה</u>

<u>רקע וטענות הצדדים</u>

1. בפני התנגדות לשמיעת עדותו של מר בני אליהו – המתלונן בתיק (עד תביעה מס' 5) – בפני בית המשפט, מטעמים של אי קבילות.

2. כנגד הנאשמים – ראש עיריית טבריה בזמנים הרלוונטיים (להלן: "הנאשם 1") ומנכ"ל של חברת מחשבים פרטית (להלן: "הנאשם 2") – הוגש כתב אישום המייחס להם מעורבות בפרשה שעניינה חדירה לחומר מחשב בניסיון להתחקות אחר פעולותיו של מבקר העיריה, הוא המתלונן בתיק זה.

3. טוענת ההגנה, בתמצית, כי יש לאסור על שמיעת עדותו של המתלונן בבית המשפט, מחמת שזו עומדת בניגוד להוראות החיקוק הרלוונטיות, האוסרות באופן גורף על הגשת ראיות שנאספו במהלך עבודתו של מבקר פנים, הן לצורך הוכחת תוכנן והן לצורך הוכחת עצם קיומן. עוד נטען כי היות שהמתלונן לא יוכל להעיד אלא על חומרי הביקורת שנמצאו במחשבו ואשר הם העומדים בלב ליבה של הפרשה, הרי שעדותו תכניס בדלת האחורית ראיות שאינן קבילות ולפיכך אין להתיר את עדותו כלל. מוסיפים הנאשמים וטוענים כי בכל המקרים בהם הועלתה לדיון סוגיה דומה החליטו בתי המשפט שלא לאפשר העדתם של מבקרי הפנים (אלא אם הושגה הסכמת הצדדים) וכי המתואר נועד להגן על מוסד ביקורת הפנים, על עצמאותו של המבקר ועל מניעת חשיפתו ללחצים חיצוניים ולפגיעה במקורותיו.

בנוסף נטען כי מדובר בהוראות מוחלטות של אי קבילות, כך שכל מלאכת איזון אינטרסים אינה רלוונטית בעניינם, וכי בכל מקרה של פרשנות הוראות החוק – אם תעשה כזו – יש לבחור בפרשנות המקלה עם הנאשמים.

4. מנגד טוענת המאשימה כי עיקר עדותו של המתלונן כלל אינה קשורה בתוצרי עבודתו ולפיכך אינה נכנסת בגדר הוראות החיקוק הנזכרות. עוד טוענת היא כי דווקא האיסור על השמעתו של המתלונן בתיק תחטא למוסד ביקורת הפנים, שעה שהנאשמים הם הם שמואשמים בניסיון לחתור תחת עבודת הביקורת הפנימית ולסכלה. לבסוף נטען כי אי הקבילות נדירה בנוף המשפט הפלילי, וכי הקבילות נמדדת בכל מקרה על פי מבחן איזון האינטרסים, אשר בענייננו נוטה באופן גורף לטובת שמיעת עדותו של המתלונן ולהגנה על אינטרס הציבור בשמירה על מוסד הביקורת ועל עצמאותו. בצד האמור נטען כי מדובר בבקשה חריגה שלא הוצגה כל אסמכתא רלוונטית שתתמוך בה.

__המסגרת הנורמטיבית__

5. סעיף 10 לחוק הביקורת הפנימית, תשנ"ב-1992 קובע כי:

> "(א) דו"ח, חוות דעת או כל מסמך אחר שהוציא או הכין המבקר הפנימי במילוי תפקידו לא ישמשו ראיה בכל הליך משפטי, אך לא יהיו פסולים בשל כך לשמש ראיה בהליך משמעתי.
> (ב) הודעה שנתקבלה אגב מילוי תפקידיו של המבקר הפנימי לא תשמש ראיה בהליך משפטי, אך תהא כשרה לשמש ראיה בהליך משמעתי."

6. דברים דומים נקבעו גם בסעיף 170ג1. לפקודת העיריות [נוסח חדש]:

> "דוחות המבקר, חוות דעת או כל מסמך אחר שהוציא או שהכין מבקר העיריה במילוי תפקידו, לא ישמשו ראיה בכל הליך משפטי, אך לא יהיו פסולים בשל כך לשמש ראיה בהליך משמעתי."

(וכן בסעיף 30 לחוק מבקר המדינה, תשי"ח-1958 [נוסח משולב], ממנו שאבו הוראות החיקוק הנזכרות את נוסחן).

7. הרציונל העומד מאחורי הוראות אלה בא לידי ביטוי בהצעת החוק לתיקון פקודת העיריות (תיקון מס' 75) (מבקר העיריה), התשס"ב-2001, במסגרתו הוסף סעיף 170ג1 הנזכר:

"הצעת חוק זו באה לעגן את תפקידיו של מבקר העיריה ולמנוע את תלותו בראש העיריה".

8. רציונל זה נובע מחשיבותו המופלגת של מוסד הביקורת, כפי שבאה לידי ביטוי בשורה ארוכה של החלטות:

"על חשיבותה ועל תפקידה של הביקורת בכל גוף שלטוני דמוקרטי אין צורך להרחיב את הדיבור. הערובה לקיומו של משטר דמוקרטי תקין מצויה בחשיפתו לביקורת. כדי שמשטר דמוקרטי לא ינצל את כוחו לרעה עליו לפעול בגלוי, תוך חשיפת דרכי עבודתו בפני הציבור שהוא נזקק לאמונו. הביקורת על מוסדות השלטון מעוגנת בעקרונות היסוד של השיטה, והיא נשענת על חופש הביטוי ועל זכות הציבור לדעת" (בג"ץ 5743/99 **דואק נ' ראש-עיריית קרית ביאליק**, ניתן ביום 8/8/00, פורסם ב"נבו").

וגם:

"לא אחת עמד בית משפט זה על החשיבות שבקיום ביקורת ובדיקה לגבי פעילותם של גופים ומוסדות ציבוריים ועל תרומתן לקידום ולהטמעה של נורמות ושל ערכים ראויים כגון מינהל תקין, טוהר מידות, יעילות, מקצועיות, חיסכון ועוד" (בג"ץ 844/06 **אוניברסיטת חיפה נ' פרופ' עוז**, ניתן ביום 14/5/08, פורסם ב"נבו", להלן: "עניין עוז").

9. לצורך הגנה על מוסד זה, חיזוקו ושמירה על עצמאותו, נקבעו הוראות שונות המבטיחות את פעולתו, לרבות מתן גישה למסמכים וחובת סודיות בנוגע למידע ולמסמכים שהגיעו אליו עקב מילוי תפקידו:

"לשם ביצור מעמדו של המבקר הפנימי ושמירה על אי-תלותו קובע החוק הוראות שונות, ובכלל זה מוקנות למבקר סמכויות נרחבות בתחום הגישה למידע, למסמכים ולנכסים של הגוף המבוקר" (עת"מ 6013/04 **מדינת ישראל נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ**, ניתן ביום 2/1/06, פורסם ב"נבו").

וכן:

"על מנת להבטיח כי גופי הביקורת והבדיקה יזכו לשיתוף פעולה בעבודתם ויוכלו לאסוף מידע ולקבל ראיות בלא שנותן המידע או מוסר הראיה יחשוש מפני אפשרות שאלה ישמשו כראייה בהליך שיפוטי, קבע המחוקק סייגים באשר לאפשרות לעשות שימוש במידע ובראיות שנמסרו לגופים כאמור בכל הליך שיפוטי" (**עניין עוז** הנזכר).

דיון ומסקנות

10. עינינו הרואות, כי מטרתם של הסייגים הנזכרים היא להגן על מוסד הביקורת, לאפשר פעולה חופשית ובלתי תלויה של המבקר הפנימי ולהבטיח הגנה למקורות המידע ולמוסרי התלונות (ראו והשוו בג"ץ 7805/00 **אלוני נ' מבקרת עיריית ירושלים**, פד"י נז(4) 577).

11. בענייננו מבקשת התביעה להוכיח כי הנאשם 1 – באמצעות הנאשם 2 – ניסה לפגוע במוסד הביקורת ולחתור תחתיו, תוך ניסיון "לשים ידיו" על חומרי הביקורת ותוצריהם. טוענת התביעה כי הנאשמים הם אלה שניסו למנוע קיומה של ביקורת פנימית ראויה, עליה מלכתחילה באו להגן הוראות החיקוק.

12. אף אני סבור כי ענייננו שונה בתכלית מהמקרים שנדונו בפסיקה הקיימת, שם **הוחלו** הסייגים הנזכרים לצורך הגנה על מוסד הביקורת ולשם שמירה על התכלית לשמה נוצרו מלכתחילה. במקרה שבנדון מדובר במצב הפוך, שבו החלת הסייגים כלשונם עלולה לחטוא לתכלית החקיקה ולאפשר פגיעה במוסד הביקורת (אם אכן יוכחו היסודות הנדרשים להוכחת אשמתם של הנאשמים). רוצה לומר, קבלת טענות הסנגורים לפיה תכלית החקיקה צריכה לעמוד לצד הנאשמים במקרה זה, כאשר כתב האישום מייחס להם – הלכה למעשה – חתירה תחת מוסד הביקורת ופגיעה בו, תיצור מצב אבסורדי ובלתי מתקבל על הדעת, שאינו מתיישב עם תכלית החוק.

13. מעבר לכך מעלה עיון בהוראות החיקוק הרלוונטיות ובפסיקה כי הסייגים הקבועים בסעיף 10 לחוק הביקורת הפנימית ובסעיף 170ג1 לפקודת העיריות, עניינם **בחומרי הביקורת ובתוצריהם**, אשר הושגו במסגרת מילוי תפקידו של מבקר הפנים, וכפי שנכתב בהצעת החוק לחוק הביקורת:

"מוצע לקבוע כי **ממצאים** שהכין המבקר לא ישמשו ראיה בהליך משפטי, כפי שהדבר חל לגבי דו"חות וחוות דעת של מבקר המדינה" (ההדגשה אינה במקור).

וראו גם הדברים שנאמרו ברע"א 6546/94 **בנק איגוד לישראל בע"מ נ' אזולאי**, ניתן ביום 6/7/95, פורסם ב"נבו":

> "לשם מתן תשובה לשאלה זו יש לפנות לתכלית המונחת ביסוד הוראת סעיף 10 לחוק הביקורת. **התכלית הייתה "לקבוע כי ממצאים שהכין המבקר** לא ישמשו ראיה בהליך משפטי, כפי שהדבר חל לגבי דו"חות וחוות דעת של מבקר המדינה"...
> מטרת ההוראה הינה להבטיח "שיהיה שיתוף פעולה מלא של העובדים עם המבקר הפנימי, וכדי למנוע ממנו את החובה לדווח על עבודת הביקורת בבתי-המשפט"...
> נראה כי הגשמתן של תכליות אלה הובילה את המחוקק לקביעת הוראה באשר לאי-קבילות **הממצאים**." (ההדגשות אינן במקור).

וכן הדברים שנאמרו בת"א (מחוזי-נצרת) 18020-01-09 **נימצוביץ נ' עיריית קריית שמונה**, ניתן ביום 7/1/13, פורסם ב"נבו" (להלן: "עניין נימצוביץ"):

> "משכך, **ממצאיו העובדתיים של דוח ביקורת ומסקנותיו** אינם מהווים ראיה קבילה בהליך משפטי."

דברים אלו מתיישבים עם תכלית החקיקה ועם הרצון להגן על מוסד הביקורת הפנימית ועל עבודת הביקורת, כעניין שבמהות.

14. בענייננו הבהירה המאשימה כי אין בכוונתה לעסוק בתוכנם של חומרי הביקורת, בתוצריהם או בממצאיהם, אלא **בעצם קיומם ועריכתם**, ואף זאת לא לשם שימוש הקשור בענייני הביקורת גופה, בשונה **מכל** המקרים האחרים בהם נעשה שימוש בהוראות החיקוק הנזכרות.

15. זאת ועוד, בעוד ש:

> "מטרת הוראות סעיף 170ג1 לפקודת העיריות וסעיף 10 לחוק הביקורת הפנימית היא **להבטיח למבקר ולכל מי שמסר לו מידע** אודות מושא הביקורת על פי דרישתו, כי יוכלו לפעול באופן חופשי וללא כל חשש שמא תוכן המידע שנמסר ו/או הדו"ח שהוכן בעקבותיו, ישמשו ראיה **נגדם** בהליך משפטי." (**עניין נימצוביץ** הנזכר לעיל, ההדגשות אינן במקור)

הרי שבענייננו לא חל הרציונל שבנדון, כאשר המבקר ומוסרי המידע ממילא לא יכלו לפעול באופן חופשי – כך על פי האמור בכתב האישום – וכאשר ממילא אין כעת צורך להגן על המבקר או כל מקורות המידע שלו מפני השימוש בחומרי הביקורת **כנגדם**.

16. מכלול המקובץ מעלה כי **במקרה הייחודי שבנדון**, דבקות צרה ופורמאלית בנוגע להוראות החיקוק הקבועות בחוק הביקורת ובפקודת העיריות, **תרוקן מתוכן את התכלית לשמה נקבעו מלכתחילה**. הוראות אלו נועדו להבטיח את פעולתו החופשית והעצמאית של המבקר, ולהגן עליו מפני "הטרדתו" בעקבות תפקידו הבעייתי ממילא. אלא שהעניין שבנדון הפוך, כאשר דווקא איסור העדתו של המבקר באופן גורף עלול להפר את איזון האינטרסים שנקבע בהוראות החיקוק, ולהוביל למצב שבו משמרים את הפגיעה בפעולתו החופשית ואת הטרדתו. ויפים הדברים שנאמרו בעניין דומה (ובשינויים המחויבים) בת"א (מחוזי-תל אביב) 2289/90 **י.מ.ש. השקעות בע"מ נ' כלל אינווסטמנט האוס בע"מ**, ניתן ביום 13/7/97, פורסם ב"נבו":

> "ההוראה בדבר אי קבילות ראיה (שם דובר באי קבילות לפי חוק הביקורת – נ.א) היא חריג לכלל של בירור האמת בהליך משפטי. ככזה, יש לבחנו באופן מצמצם, **על פי מטרתו הדווקנית**, ולא מעבר לה" (ההדגשה אינה במקור).

17. כאמור, מטרתה הדווקנית של קביעת אי הקבילות בהקשר זה, היא שמירה על פעילות חופשית ובלתי תלויה של המבקר הפנימי, כמו גם על מקורותיו. בענייננו מתבקשת הרחבה מופרזת, שאינה מתיישבת עם תכליתן של ההוראות, ואשר תסכל את בירור האמת. בעניין זה כבר נאמר כי בסופו של יום ייעודו של ההליך המשפטי לרדת לחקר האמת, "זו תכליתו ואין בלתה" (דנ"פ 5852/10 **מדינת ישראל נ' שמש**, ניתן ביום 9/1/12, פורסם ב"נבו", להלן: "עניין שמש"). ונכונים הדברים גם לענייננו.

18. בתוך כך אסור לשכוח כי מבקר הפנים הינו המתלונן בתיק זה, ומשכך אין לאסור את עדותו **מראש ובאופן גורף** רק משום שהוא מבקר פנים. אם למשל היה המבקר קורבן לפריצה לביתו, מהלכה נגנב מחשבו האישי ובו **חומרי עבודתו**, האם גם אז הייתה מוגשת התנגדות להעדתו משום שיכול והיה מעיד גם על קיומם של חומרי ביקורת? ברי כי מדובר בתוצאה אבסורדית, החוטאת לכוונת המחוקק ומסכלת אותה.

19. מעבר לנדרש אוסיף כי מסקנותיי שלעיל מתיישבות היטב גם עם המגמות הרווחות בפסיקה בדבר המעבר משאלות של קבילות לשאלות של משקל, וכפי שנאמרו הדברים זה מכבר בבש"פ 1636/13 **קאניאוונג נ' מדינת ישראל**, ניתן ביום 24/3/13, פורסם ב"נבו":

"המגמה הכללית במשפטנו היא 'מעבר מקבילות למשקל, דהיינו התנתקות מכבלים פורמאליים החוסמים את הדרך בפני שימוש בראיה מסוימת, תוך תרגום תמרורי האזהרה המאפיינים אותה, לזהירות יתר בדרך לקביעת ממצא עובדתי על סמך המידע המצוי בה'."

20. בדומה מתיישבת מסקנה זו אף עם התפיסה הדוגלת **בצורך המתמיד** בקיומו של "מערך איזונים" בין אינטרסים מתנגשים ובחתירה לחשיפת האמת, תפיסה גמישה שבאה לידי ביטוי בשורה ארוכה של החלטות בתחומים שונים, ובין היתר **בהלכת יששכרוב** אשר דנה בשאלת קבילותן של ראיות (הגם שבשונה מבענייננו, ראו ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי**, ניתן ביום 4/5/06, פורסם ב"נבו").
וראו לעניין זה את הדברים **הכלליים** שנאמרו **בעניין שמש** הנזכר לעיל:

"... מושכלות יסוד של משפטנו החוקתי, שלפיהן שום זכות אדם, יהא מעמדה אשר יהא, אינה מוחלטת ויש למצוא איזון בינה ובין השיקולים השונים העשויים להצדיק פגיעה בזכות."

21. כאן המקום להעיר כי אף שהלכת יששכרוב עניינה במקרים של השגת ראיות שלא כדין, שלא כבענייננו, הרי שהמגמות והתפיסות שנזכרו לעיל אינן יכולות להישאר מחוץ לגדריה של שאלה פרשנית, אשר בתוכה נשקלות בין השאר גם מטרות העל והעקרונות המקובלים של השיטה המשפטית; מטרות החוק כמגשימות צדק וככאלה המיועדות לקדם את אינטרס הציבור; והחזקה כי כל החוקים מבקשים לקיים ולשמר את זכויות האדם.

<u>סיכום</u>

22. סוף דבר, בהתחשב בתכלית החקיקה ובנסיבות המקרה הייחודי שבנדון, וביתר שאת כאשר אין כוונה לעסוק בתוכנם של חומרי הביקורת, בפירותיהם או בממצאיהם, כי אם בעצם הוכחת קיומם, שוכנעתי כי יש לדחות את ההתנגדות לאסור את העדתו של המבקר-המתלונן באופן גורף. זו תוגבל כאמור לגדרי התכלית המתוארת, ולא תאפשר בחינה עניינית של תוכן חומרי הביקורת,

ממצאיהם או פירותיהם, באופן שיסכן את ההגנה על מוסד הביקורת כפי שנקבעה בהוראות החוק הרלוונטיות.

<#4#>

ניתנה והודעה היום כ"ד אדר ב תשע"ד, 26/03/2014 במעמד הנוכחים.

אדריס נעמן, שופט

<#5#>

<u>החלטה בהתנגדות להגשת ראיה</u>

<u>רקע וטענות הצדדים</u>

1. בפני התנגדות להגשתן של ראיות מסוג תקליטורי DVD, במסגרת ניהול ההוכחות בתיק שבנדון, מטעמים של תפיסה, החזקה וחיפוש שלא כדין ובאופן הנגוע בפגמים מהותיים רבים המחייב את פסילתן על דרך של אי קבילות.

2. כנגד הנאשמים – ראש עיריית טבריה בזמנים הרלוונטיים (להלן: "הנאשם 1") ומנכ"ל של חברת מחשבים פרטית (להלן: "הנאשם 2") – הוגש כתב אישום המייחס להם מעורבות בפרשה שעניינה חדירה לחומר מחשב בניסיון להתחקות אחר פעולותיו של מבקר העיריה, הוא המתלונן בתיק זה.

3. טוען הנאשם 2, בתמצית, כי אין להתיר הגשת ראיות מסוג תקליטורי DVD, מחמת שנתפסו והוחזקו באופן בלתי חוקי ובניגוד להוראות החוק הרלוונטיות (לרבות ההוראה הקבועה בסעיף 32(ב) לפקודת סדר הדין הפלילי שעניינה במחשבים השייכים ל"מוסד"), ובין היתר ללא צו מתאים ותוך שימוש חוזר בצו חד פעמי; בחריגה משמעותית מסד הזמנים הקבוע בהוראות הרלוונטיות; ללא שמולאו כנדרש הוראות הצווים שניתנו; וללא דיווח מתאים לבית המשפט. עוד נטען כי חדירה לתקליטורים נעשתה אף היא בניגוד לחוק וזאת ללא צו מתאים, בחלוף הזמן המוגדר בחוק, ללא שני עדים כנדרש, ותוך פגיעה בפרטיותם של בעלי המידע שאוחסן שם. בנוסף

נטען כי יש לפסול את הגשת התקליטורים ותוצריהם מכוח דוקטרינת הפסילה החוקתית שנקבעה בהלכת יששכרוב, ולאחר שעברו את כל המשוכות שנקבעו במסגרת הלכה זו (ובכלל זה חומרת אי החוקיות בה הושגו הראיות; מידת הפגיעה בזכויות הנאשמים ובהגינותו של ההליך; והאיזון בין פסילת הראיה ובין עשיית הצדק במובנה הרחב). בתוך כך צוין כי המאשימה לא עמדה בכלל הראיה הטובה ביותר, אף לא בחריגים המתירים לחרוג מכלל זה, וכי במסגרת האמור לא ברורה מידת האותנטיות של החומרים המצויים בידה.

לבסוף נטען כי מעשי הרשות החוקרת – שעה שנעשו בחוסר חוקיות, בזלזול ותוך פגיעה בעקרונות ההגינות והצדק – עולים בעצמם כדי עבירות פליליות חמורות, החמורות יותר מאלו המיוחסות לנאשמים, וכי מכלול המתואר מוליך למסקנה המחייבת לפיה אין להתיר את הגשת הראיות שבנדון, ויש לקבוע כי אינן קבילות.

4. מוסיפה וטוענת ההגנה, כי הפגמים המהותיים הרבים והמצטברים מקימים לנאשמים הגנה מן הצדק, המצדיקה את ביטולו של כתב האישום. יחד עם זאת נטען כי משאין בידיה התשתית העובדתית המלאה, אזי היא שומרת על זכותה להגיב לגופו של עניין כאשר זו – לרבות כמות התקליטורים המצויים בידי המאשימה והחומר אותו היא מבקשת להגיש מתוכם – תוצג בפני בית המשפט.

5. מנגד טוענת המאשימה כי ככלל מדובר בבקשה חריגה שאינה הולמת את גישת הפסיקה בדבר קבילותן ומשקלן של ראיות, וכי בכל מקרה אין להורות על פסילה גורפת של ראיה זו או אחרת, גם אם נפלו פגמים בדרך השגתה.

לגופו של עניין נטען כי התקליטורים המדוברים הושגו בהתאם להוראות החוק **הרלוונטיות**, תוך שימוש בצו מתאים ובתוך מסגרת הזמנים המתאימה. עוד נטען כי מדובר בשני תקליטורים זהים – שהינם העתק האחד של השני – ולכן תפיסתם והחיפוש בהם אחד הוא, ולא הצריך פעולות נפרדות.

בעניין זה נטען גם כי התקליטורים הנזכרים הם הראיה הטובה ביותר להוכחת טענות המאשימה בדבר **החומר שנתפס בידי הנאשמים**, וזאת להבדיל מהחומר **שהיה ברשות העיריה** או מחשביה.

בצד האמור הובהר כי החזקת התקליטורים ברשות המאשימה אינה – במהותה – בבחינת "החזקת תפוס", היות שאינה מובילה לכל פגיעה בזכויותיו של בעל ה"חפץ" ובייחוד כאשר החפץ הושג תוך ביצוע עבירה ופגיעה בזכותם של אחרים. כך הדבר גם לגבי הכללים החלים על אופן ביצוע החיפוש, כאשר התקליטורים ממילא אינם מכילים חומר השייך לנאשמים, אלא חומר שהנאשמים השיגו תוך כדי ביצוע עבירה.

אשר להחלתה של הלכת יששכרוב נטען כי זו אינה מדברת על פסילה אוטומטית כי אם על עריכת איזון נכון בין זכויות, כאשר בענייננו לא נפגעה כל זכות של הנאשמים מדרך תפיסתם של

התקליטורים ובכל מקרה יש לזכור את חשיבותו של האינטרס הציבורי בבירור האמת במקרה כגון זה. בנוסף נטען כי יש לדחות כל טענה שעניינה בהתנהגות שערורייתית של הרשות – קרי בביצוען של עבירות על ידי הרשות החוקרת – כאשר השימוש שעשתה המשטרה בראיות נועד להוכיח ביצוען של עבירות, ולא ניתן לטעון כלפיה לביצוע עבירות נוספות בתוך כך.

מכל מקום נטען כי גם אם תתקבל הטענה כי נפלו פגמים בטיפול בראיות הנזכרות, הרי שמדובר בפגמים טכניים בלבד, אשר אינם מצדיקים את פסלות הראיות באופן גורף, ובוודאי שלא את ביטולו של כתב האישום.

__דיון ומסקנות__

6. ביום 5/11/06 הוגשה לבית משפט השלום בטבריה בקשה למתן צו להמציא מסמכים/חפצים לפי סעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969 (להלן: "הפסד"פ" או "הפקודה"). עוד באותו היום ניתנה החלטה לקבל את הבקשה (עליה חתום כב' השופט ג' אזולאי, סגן הנשיא דאז), כך שניתן צו כנגד מנכ"ל עיריית טבריה וראש העיר, להמציא את כל המסמכים שנאספו בעניין "סקר אבטחת מידע" לרבות **תקליטורי DVD מקוריים**.
נטען כי באמצעות צו זה תפסה הרשות החוקרת שני תקליטורים: האחד ביום 9/11/06 מידי מנכ"ל העיריה (להלן: "תקליטור מס' 1"), והשני ביום 12/11/06 מידי ראש העיר (להלן: "תקליטור מס' 2").

7. בהתאם נטען כי צו התפיסה צריך היה להינתן מכח סעיף 32(ב) לפסד"פ, ובתנאים המנויים בו, ובכלל זה כי מדובר בצו לשימוש חד פעמי (ולא דו פעמי, כפי שארע), אשר תוקפו ל-48 שעות בלבד.

8. ראשית יש להבהיר כי שני התקליטורים הינם העתק האחד של השני (לפי טענות הצדדים, תקליטור מס' 1 הינו העתק של תקליטור מס' 2, כאשר העתקים אלו נעשו על ידי הנאשמים ולא על ידי המאשימה).
משכך, באופן עקרוני וככל שלא הוכח אחרת לעת הזאת, הרי שמבחינה מעשית אין כל הבדל בין דיסק "מקורי" לבין זה שעליו הועתק החומר מאותו דיסק (ראו והשוו ע"ח (מחוזי-תל אביב) 44634-11-11 **מדינת ישראל נ' הרבט**, ניתן ביום 23/11/11, פורסם ב"נבו").

9. מכל מקום, בחינת מהותם של התקליטורים, ביחד ולחוד, מעלה כי אינם נכנסים לגדר הוראת סעיף 32(ב) לפקודה, ובהתאם אינם נהנים מההגנות המנויות שם. ובמה דברים אמורים?

10. סעיף 32, המצוי בפרק הרביעי לפקודה תחת הכותרת "תפיסת חפצים", קובע כך:

"(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 בשימושו של מוסד** כהגדרתו בסעיף 35 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"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.

(ב1) **נתפס מחשב שאינו בשימושו של מוסד** כהגדרתו בסעיף קטן (ב) וניתן להפרידו מדבר המגלם חומר מחשב, והמחשב אינו דרוש לצורך חילוטו או הגשתו כראיה לבית המשפט, תחזיר המשטרה את המחשב לאדם שממנו נלקח בתוך 30 ימים מיום תפיסתו, ואולם רשאי בית משפט שלום לצוות על הארכת התקופה האמורה לתקופה שלא תעלה על 30 ימים, ולחזור ולצוות על כך מעת לעת.

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

11. "מוסד" מוגדר בסעיף 35 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971 כאחד מאלה: "המדינה, רשות מקומית, עסק או כל מי שמספק שירות לציבור".

12. הנה כי כן, סעיף 32(ב) לפקודה קובע הגנות מיוחדות לתפיסתם של מחשב או חומר מחשב השייכים למוסד המספק שירות לציבור, בשל הרציונל שפורט בדברי ההסבר לסעיף זה:

"מוצע להקנות הגנה מיוחדת מפני תפיסה לגבי מחשב או חומר מחשב, אשר משרת עסק או רשות ציבורית, **זאת כדי למנוע שיבושים בפעילות העסק או הגוף הציבורי**; התפיסה של מחשב או חומר מחשב כאמור תיעשה רק בפיקוח שיפוטי ולתקופה מוגבלת." (מתוך הצעת חוק המחשבים, תשנ"ד-1994, ה"ח 2278 מיום 13/6/94, ההדגשה אינה במקור).

וכך הוסברו הדברים באחת משורת החלטות בעניין זה :

"ניתן לומר כי כוונת המחוקק היתה **להגן על תלותם של "מוסדות"**, כמשמעות מושג זה בסעיף 35 של פקודת הראיות [נוסח חדש] תשל"א – 1971, **במחשבים**. המחוקק הכיר בכך **שמרבית המוסדות ובתי העסק מנהלים את עסקיהם השוטפים באמצעות מחשבים וניתוקו של המחשב מן העסק עלול לשבש ולפגוע בפעילות השוטפת של העסק** באופן הפוגע מעבר למידה הנדרשת, כאשר מדובר בשלב מקדמי של חקירה. כדי לצמצם פגיעה שכזו, הגביל המחוקק את משך זמן האחזקה בתפוס שכזה ל-48 שעות שלאחריה, אם מבקשת המשטרה להמשיך ולהחזיק במחשבים היא נדרשת לחזור לבית המשפט ולבקש את המשך ההחזקה בדיון שמתקיים במעמד שני הצדדים.
מן האמור לעיל, עולה כי הוראת סעיף 32(ב) נועדה **כדי למנוע פגיעה בתפעולם השוטף של העסקים**, עד כמה שהדבר ניתן. משמע, כי אותם מחשבים המנהלים את רישומי הפעילות השוטפת של העסק כגון : מערך הנהלת החשבונות, יומני עבודה, או מידע אחר על פעילות העסק, הם ורק הם יזכו להכנס לגדר הוראת סעיף 32(ב) לחוק.
כל מחשב אחר המצוי בבית עסק, בין אם נועד לתת שירותי אינטרנט לקהל לקוחות ובין אם מוחזק כמלאי עסקי של העסק, לא יזכה לחסות תחת המטריה של סעיף 32(ב). **יפים הדברים שבעתיים כאשר מדובר במכונות מזל אשר הפשילו את מדיהן המיכניים ולבשו כסות דיגיטלית, "כשרה" לכאורה, בדמות מחשב**. מכונות מזל אלו, אשר לבשו כסות דיגיטלית, לא יוכלו לחסות תחת הוראת סעיף 32(ב) לפקודה." (ע"פ (מחוזי-באר שבע) 20223/04 **מדינת ישראל נ' שמיר**, ניתן ביום 18/4/04, פורסם ב"נבו", ההדגשות אינן במקור).

ועוד ראו הדברים שנאמרו בע"ח (מחוזי-חיפה) 11668-01-11 **מדינת ישראל נ' בוסקילא**, ניתן ביום 9/1/11, פורסם ב"נבו" :

"בית המשפט עמד לא אחת על הפרשנות הראויה לסעיף 32(ב) הנ"ל בקבעו, כי כוונת המחוקק הייתה להגן על אותם מחשבים המנהלים את רישומי הפעילות השוטפת של בית עסק. **לא הייתה כל כוונה להגן בהוראה מיוחדת לגבי חיפוש ותפיסה על מחשב שאינו משמש לניהולו השוטף של עסק**.
...
כאמור, הוראתו של סעיף זה נועדה **לחסן מפני תפיסה** ללא צו שיפוטי **מחשב שנועד למטרות לגיטימיות והאוצר מידע הדרוש לניהולו של העסק**."

(וראו גם בש"פ 9639/11 **דניס נ' מדינת ישראל**, ניתן ביום 5/3/12, פורסם ב"נבו" וגם ב"ש (מחוזי-חיפה) 3707/01 **יגודייב נ' מדינת ישראל**, ניתן ביום 8/8/01, פורסם ב"נבו").

13. רוצה לומר, ההגנה ניתנת למוסדות ולעסקים אשר פעילותם השוטפת מבוססת על מיחשובם, ואינה ניתנת למוסדות ולעסקים (ובוודאי שלא לאנשים פרטיים) אשר עסקם אינו נשען באופן אינהרנטי על מיחשובם, ועל אחת כמה וכמה כשמדובר בפעילות שאינה חוקית (ראו בעניין זה ה"ת (שלום-קריות) 45863-12-10 **ביטון נ' מדינת ישראל**, ניתן ביום 22/2/11, פורסם ב"נבו").

14. בענייננו חשוב להדגיש כי כל מחשב או חומר מחשב אשר שימשו את העיריה בזמן הרלוונטי לא נלקחו ולא נתפסו, וכי הרשות החוקרת לא ביקשה לתפוס, להחזיק, לחפש או להעתיק את מחשבי העיריה/שרת העיריה/תקליטורים של העיריה או כל חומר אחר **ששייך לעיריה או משמש לעבודתה השוטפת**.
טענות הסנגורים בעניין זה, ככל שעל פניו הן שובות את הלב, אינן יכולות להישמע מקום שהתקליטורים נשוא החלטה זו הינם העתקים נוספים (לא חוקיים לכאורה), של חומרי העיריה המקוריים, אשר הועתקו לצורך עשיית שימוש שאינו קשור בפעילות השוטפת של ענייני העיריה (לכאורה), ואשר תפיסתם הלכה למעשה לא הייתה קשורה לניהול השוטף של המוסד ולא השפיעה על פעילותו השגרתית.
רוצה לומר שבנסיבות המתוארות, אין התקליטורים הנזכרים יכולים לחסות תחת ההגנה הניתנת למחשבים או חומרי מחשב שתפיסתם עלולה לסכל את פעילותו של המוסד, כאשר פעילותו של המוסד נמשכה כסדרה, לא הופרעה בשום שלב ובוודאי שלא "שותקה" עקב תפיסת התקליטורים (השוו ב"ש (מחוזי-ירושלים) 4642/05 **דויטש נ' מדינת ישראל**, ניתן ביום 16/8/05, פורסם ב"נבו"). כך על אחת כמה וכמה כאשר מדובר בחומרים אשר מטרת השימוש בהם, כפי הנטען, לא הייתה לגיטימית.

15. הנה כי כן, **אני קובע כי התקליטורים אינם נכנסים בגדר הוראת סעיף 32(ב)**, על כל המשתמע מכך (לרבות צו שיפוטי התקף ל-48 שעות בלבד). בדומה אינם נכנסים לגדר סעיף 32(בב) לפקודה, שעניינו במחשב עצמו ולא בחומר מחשב (י' קדמי **על סדר הדין בפלילים** חלק ראשון הליכים שלפני משפט ב, 2008, עמ' 703, להלן: "קדמי"), וזאת בשונה מענייננו.

16. נוכח המתואר הרי שהצו שנתבקש והוצא בהתאם לסעיף 43 לפקודה, נעשה בסמכות, ולאחר שנשקלו השיקולים הרלוונטיים המאפשרים הוצאתו (ראו והשוו דנ"פ 5852/10 **מדינת ישראל נ' שמש**, ניתן ביום 9/1/12, פורסם ב"נבו" (להלן: "עניין שמש").
כאן המקום להבהיר כי בצו שניתן ביום 5/11/06 לא מופיעה הגבלה לעניין שימוש חד פעמי (כפי שהיא מופיעה על צווים שהוצאו מכח סעיף 23 לפקודה), ומכל מקום – משנכתב כי הצו מיועד למנכ"ל העיריה **וגם** לראש העיר – ממילא ברור כי מלכתחילה היה מכוון לשני אנשים שונים, קרי לשימוש "כפול". מעבר לנדרש אעיר בעניין זה כי שורת ההיגיון מלמדת שחד פעמיותו של צו מכוונת לתחום אותו לעניין נקודתי ומוגבל, ועל מנת שלא להכשיר עשיית fishing באמצעותו, או עריכת חיפושים מתמשכים שאינם עומדים תחת ביקורת שיפוטית. אלא שאם המטרה הנקודתית צוינה בצו במפורש, והשימוש בצו לא חרג ממנה באופן מהותי (ובשונה מחריגה דווקנית המגיעה כדי אבסורד), הרי שלא עלה כל פגם, גם כאשר מדובר בצו לשימוש חד פעמי.
סיכומו של דבר, כי התקליטורים נתפסו מכח צו מתאים ומשכך לא נפל פגם בהליך תפיסתם.

17. עניין נוסף מתעורר בנוגע לתקופת החזקת התקליטורים בידי המאשימה.
סעיף 35 לפקודה קובע כי אם לא הוגש כתב אישום בתוך 6 חודשים מיום תפיסת החפץ אשר אמור לשמש ראיה במשפט (ואם לא ניתנה בעניינו כל החלטה אחרת לבקשת שוטר או אדם שתבע זכות בחפץ לפי סעיף 34 לפקודה), תחזיר אותו המשטרה לאדם אשר מידיו נלקח, אלא אם הוארכה התקופה. בענייננו אין מחלוקת כי התקליטורים נתפסו בשנת 2006 ואילו כתב האישום בתיק הוגש כעבור שנים (2011). יחד עם זאת לא הונחו בפני כל ראיות בעניין זה, ובית היתר לא ברור אם הוגשו בקשות בהקשר זה מצד מי מהצדדים (כאשר גם לנאשמים עמדה זכות כזו).

18. נכון אמנם, כי הרשות החוקרת אינה יכולה "לשבת על הגדר" ולהחזיק בתפוסים עד אין קץ (בש"פ 6686/99 **עובדיה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(2) 464). יחד עם זאת נקבע כי החזרת התפוסים בתום ששת החודשים אינה אוטומטית והיא ניתנת **להארכה רטרואקטיבית**:

> "תוצאת פרשנותו של העותר, כי סעיף 35 לפקודה מחייב החזרה "אוטומטית" של החפץ התפוס לידי מי שמידיו נלקח, בתום ששת החודשים, משמעה, כי על המשטרה חלה החובה להחזיר גם חפצים שהחזקתם אסורה על-פי דין. פרשנות המביאה לתוצאה אבסורדית אשר כזו ודאי שאין ליתן לסעיף 35 לפקודה...
> על-פי האמור בסעיף 35 לפקודה רשאי בית המשפט להאריך את התקופה תנאים שייקבעו, והארכה בדיעבד אף היא במשמע..." (בג"ץ 2393/91 **פרידנברג נ' פרקליטות המדינה**, פ"ד מה(4) 490).

וכן:

"הארכת התקופה יכול שתיעשה גם <u>לאחר</u> שתמה וחלפה תקופת שישה החודשים הקבועים בסעיף 35 לפסד"פ; **ואפילו רק בתגובה לדרישה להחזרת החפץ** או למסירתו למי שתובע בו זכות" (קדמי, עמ' 721), ההדגשה הראשונה במקור).

19. עוד נקבע בעניין דומה כי למרות החשיבות הרבה הנודעת לדבקות בהוראות החוק, על מנת שאלה לא יהפכו ל"אות מתה", הרי ש:

"פורמליות אינה חזות הכל ויש להידרש למהות... אך את המהות יש לבדוק בכל מקרה היטב, ובוודאי כשבפלילים ובזכויות חוקתיות עסקינן. מאידך גיסא, אין מקום לויתור על אינטרס ציבורי אך בשל מחדל הרשויות...
אכן, רשאי בית המשפט להאריך את מועד ששת החודשים אף בדיעבד, ורשאי הוא שלא לעשות כן, הכל לפי נסיבות המקרה. ואכן, בפרשת פרידנברג נמצא שיש מקום להארכה, ולא כן בפרשת עובדיה; השאלה היא יישומן של ההלכות הקיימות." (בש"פ 998/05 **פפיסמדוב נ' מדינת ישראל**, ניתן ביום 20/3/05, פורסם ב"נבו").

20. המתואר מלמד כי תפוסים אשר הוחזקו מעבר לזמן הנקוב ללא פיקוח של בית המשפט, לא הפכו מיניה וביה לראיות בלתי קבילות, ובכל מקרה נערך בעניינם מבחן איזון, גם אם באופן רטראוקטיבי:

"תפיסת נכס לצורך הליך פלילי כרוכה בפגיעה בזכות בעל הקנין שכנגדה עומד אינטרס הציבור לאפשר חקירת עבירות והעמדת עבריינים לדין. בהקשר זה, מתחייב איזון הולם בין קנין הפרט לבין צרכי הציבור" (רע"פ 7600/08 **אברם נ' מדינת ישראל**, ניתן ביום 7/4/09, פורסם ב"נבו").

21. בענייננו יש לזכור כי בינתיים כבר הוגש כתב אישום בתיק; כי ככל הנראה לא הוגשה כל בקשה בעניין התפוסים מטעם הנאשמים, על כל המשתמע מכך (ובשונה מרוב רובן של ההחלטות שעסקו במקרים דומים); וכי מידת הפגיעה בנאשמים מעצם החזקת התפוסים הייתה, אם בכלל, מועטה ביותר (ככל שהדבר נוגע לזכות הקניין, ומבלי להביע דעה בשלב זה באשר **לבעלות** הנאשמים בחומר המחשב המצוי על התקליטורים).

בעניין זה כבר צוין לא אחת כי ניתן לאזן את הפגיעה בזכויות הנאשם שחפציו תפוסים, על ידי החזקה של **העתק** של חומר המחשב, באופן שלא יפגע במהלך הפעילות התקינה של בעליו (וראו בעניין זה נמרוד קוזלובסקי **המחשב וההליך המשפטי ראיות אלקטרוניות וסדרי דין** 2000, עמ' 85-86, להלן: "קוזלובסקי"). בענייננו יש לזכור כי מדובר בתקליטורים שהינם העתק של חומר שהיה מצוי על שרת העיריה ואשר תפיסתם לא פגעה הלכה למעשה בתפקודו של אף גורם, בוודאי שלא בתפקודם של הנאשמים. רוצה לומר כי גם אם נפל פגם באשר **להמשך** החזקת התקליטורים מעבר לזמן הקצוב (ובשונה מתפיסתם והחזקתם **מלכתחילה**), הרי שבחינת מכלול הנסיבות מלמדת כי מידת הפגיעה בנאשמים, אם בכלל, לא הייתה מן הרף הגבוה.

הווה אומר, כי גם אם נפל פגם בהתנהלות הרשות החוקרת בעניין זה, אין בו כדי להוביל לפסילת הראיות.

22. טענות נוספות הועלו בקשר לחדירה לתקליטורים התפוסים.

ביום 9/11/06 הוגשה בקשה להוצאת צו חיפוש לפי סעיף 23 לפקודה, לצורך חדירה לחומר המצוי על גבי התקליטור שנתפס מידי מנכ"ל העיריה (תקליטור מס' 1). ביום 12/11/06 ניתנה החלטה לאפשר את החיפוש בתקליטור הנזכר תוך "חדירה לחומר מחשב" ו"לצורך הפקת פלטים, קבצים, וכל מידע הקשור לחקירה" (כך מתוך הצו המקורי).

טוענים הנאשמים כי צו זה שימש לביצוע חדירה לחומר המצוי על גבי התקליטור שנתפס מידי ראש העיר (תקליטור מס' 2 שלא נכלל בצו הנזכר), וכי ממילא בוצעה החדירה חודשים רבים מאוחר יותר, כאשר הצו תקף ל-30 יום בלבד, אף זאת ללא שני עדים כנדרש. עוד נטען כי משלא בוצעה החדירה לתקליטור הרלוונטי, כי אם לתקליטור השני – וזאת ללא צו מתאים, ושלא כדין – היה על הרשות החוקרת להחזיר את הצו לבית המשפט בתוך 60 יום, בצירוף הסבר לסיבת אי ביצועו.

23. תחילה יודגש כי הטענות בדבר ביצוע החיפוש בחומר המחשב לא גובו במסמכים, כך שלמעט טענות הנאשמים בעניין זה, לא הוצגה כל ראיה. בכלל זה לא ברור מי ביצע את החדירה לתקליטורים (או למי מהם), מתי, וכיצד. משכך ניתן לקבל בעניין זה החלטה עקרונית בלבד.

24. ראשית, כאמור, מדובר בשני תקליטורים שאמורים להיות זהים – ככל שהדבר ידוע בשלב זה – ומשכך החיפוש בכל אחד מהם נכנס, **מהותית**, בגדר אותו הצו.

בבוא בית המשפט ליתן צו המאפשר חיפוש וחדירה לחומר מחשב, הוא מניח על כף המאזניים את הצורך בהגנה על זכויות הפרט (לרבות זכותו הקניינית) מחד, ואת האינטרס הציבורי ובכלל זה הצורך במניעת ביצוע עבירות, מאידך. כשמדובר בשני העתקים של אותו תקליטור, הרי שמדובר באותם האינטרסים ובאותה מלאכת איזון בדיוק.

25. למעלה מכך, בענייננו הוצא צו לפי סעיף 43 לפסד"פ לתפוס חומר המחשב שהוחזק על ידי מנכ"ל העיריה וראש העיר, ובמסגרתו נתפסו שני תקליטורי DVD. לאחר מכן הוצא צו נוסף לפי סעיף 23 לפסד"פ, צו המשך – על ידי אותו שופט – המאפשר חדירה לאחד התקליטורים, שהובהר כי הם זהים. לפיכך אני סבור כי אין הבדל מהותי בין השניים, וכי החיפוש בהם (אשר איננו יודעים בשלב זה אם ואיך נערך), יכול לחסות תחת אותו הצו, על אחת כמה וכמה כאשר הובהר (על ידי הנאשמים) כי התקליטור שבו נערך החיפוש הלכה למעשה (תקליטור מס' 2) הוא המקורי מבין השניים.

דומה המצב למחשב שנתפס תחת צו חיפוש מתאים, ולאחר מכן – במסגרת הניסיון להקטין את הפגיעה בזכויות בעליו – תוכנו מועתק והוא מושב למחזיקו (קוזלובסקי, עמ' 48). האם לצורך המשך תפיסתו של ההעתק והחיפוש בו מבקשת הרשות החוקרת צו חדש? התשובה, ככל הנראה, שלילית.

26. יפים לכאן הדברים שהוספתי לעיל בעניין חד פעמיותו של צו, כאשר אין מחלוקת שעל הצו שהוצא מתוקף סעיף 23 לפקודה מופיעה הערה בדבר היותו לשימוש חד פעמי. זו כאמור מכוונת לתחום אותו לעניין נקודתי ומוגבל, ועל מנת שלא להכשיר באמצעותו חיפושים שאינם עומדים תחת ביקורת שיפוטית. אלא שכאשר החיפוש נמצא ראוי על ידי בית המשפט ו"עבר" את ביקורתו השיפוטית, ונתחם על ידו לעניין נקודתי, אין לאפשר בחינה דווקנית המגיעה כדי אבסורד, משום שלכל אחד מהתקליטורים ניתן שם שונה.

בהתאם למכלול המתואר אני קובע איפוא כי לא נפל פגם, ולמצער לא נפל פגם מהותי, בחדירה לשני התקליטורים תחת אותו הצו.

27. עניין נוסף הינו עריכת החיפוש בתקליטורים (או במי מהם) ללא שני עדים. כאמור, טענות אלה לא גובו במסמכים ואין בפני כל ראיה אודות אופן עריכת החדירה אליהם. מכל מקום, גם אם בוצע החיפוש בחומר המחשב ללא שני עדים, **אין בפגם זה כדי להוביל בהכרח לפסילת הראיה** (ראו והשוו תפ"ח (מחוזי-תל אביב) 35192-06-12 **מדינת ישראל נ' צרפתי**, ניתן ביום 23/5/13, פורסם ב"נבו" וגם ב"ש (שלום-ראשון לציון) 8001/06 **מדינת ישראל נ' רבינוביץ**, ניתן ביום 23/11/06, פורסם ב"נבו").

28. מעבר לכל האמור מתיישבים הדברים עם ההלכות שנקבעו בנוגע לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית (שתחילתה בע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי**, ניתן ביום 4/5/06, פורסם ב"נבו"). בחינת הטיעונים נשוא החלטה זו בקריטריונים שנקבעו שם ובהחלטות ההמשך (ובין היתר

רע״פ 19141/09 **בן חיים נ' מדינת ישראל**, ניתן ביום 6/3/12, פורסם ב״נבו״, להלן: ״עניין בן חיים״), מוליכה אף היא למסקנה כי אין לפסול את קבלת התקליטורים כראיה בהליך שבנדון ולקבוע כי אינם קבילים.

29. בענייננו יש לזכור כי אין מדובר במקרה הקיצוני של ראיות **שהושגו** שלא כדין, היות והתקליטורים נתפסו והוחזקו מתוקף צו שיפוטי (בשונה, למשל, משלושת המקרים שהוצגו **בעניין בן חיים**). ודוק, אין עניינן של ראיות שנתפסו ללא מקור סמכות כלל (**כבעניין בן חיים**) ובין ראיות שנתפסו **מכח צו שיפוטי**, לאחר שבית המשפט שקל וערך את האיזון הנדרש בין האינטרסים השונים. רוצה לומר, גם אם נמצאו פגמים שונים בטיפול בראיות אלה – כגון החזקתן מעבר לזמן המוקצב לכך והעדרם של שני עדים במהלך החדירה לחומר המחשב – הרי שאופיים של הפגמים אינו מן הרף הגבוה; אלה, ככל שהדבר נראה בשלב זה, לא נבעו מכוונות זדון; מדובר בראיות בעלות קיום עצמאי ונפרד מהפגמים שיתכן וליוו את החזקתם (הגם שלא את עצם השגתם); ולא נראה בשלב זה כי פגמים אלו השפיעו על מהימנותן או ערכן ההוכחתי של הראיות.

30. בנוסף, בחינת סוגיית ״מלאכת עשיית הצדק במובנה הרחב״ (**עניין בן חיים**), קרי, האיזון בין המחיר החברתי הכרוך בפסילת הראיות ובין התועלת החברתית שבפסילתן, מעלה כי הפרמטר הראשון גובר. לעבירות המיוחסות לנאשמים, בנסיבותיהן המיוחדות (ובשונה מהסתכלות צרה דרך פריזמת העונש הצמוד להן), יש היבט ציבורי מן המעלה הראשונה (ראו החלטתי בעניין שמיעת עדותו של מבקר העיריה), בעוד שמן העבר השני לא שוכנעתי כי הצגת הראיות במשפטם של הנאשמים תגרום לפגיעה מהותית – שלא לתכלית ראויה ובמידה העולה על הנדרש – בזכותם להליך הוגן. על כך יש להוסיף את העובדה כי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית היא סעד מניעתי שנועד למנוע פגיעה עתידית בערך מוגן, ולא סעד מתקן שנועד להרתיע את רשויות החקירה (זו נמצאה כתכלית משנית, ראו **עניין שמש** הנזכר לעיל).

סופו של דבר, בחינת טענות הנאשמים במסגרת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית מוליכה אף היא למסקנה כי אין לפסול את קבלת התקליטורים כראיה במסגרת משפטם של הנאשמים.

31. לבסוף אוסיף כי **יש לדחות גם את הטענה בדבר ״כלל הראיה הטובה״.**

ראשית, התקליטורים שנתפסו מידי ראש העיר (תקליטור מס' 2) ומידי מנכ״ל העיריה (תקליטור מס' 1) הם העותקים המקוריים של החומר **שהיה מצוי בידם**, והינם ההוכחה הטובה ביותר לביצוע העבירות המיוחסות לנאשמים. עניינו של כתב האישום שבפנינו אינו עוסק בחומרים שכן או לא נמצאו ברשותה של העיריה, אלא באלו שנמצאו בידיהם של הנאשמים. מכאן שלמחשבי העיריה או שרתיה אין רלוונטיות לעניין. בהחלט יתכן כי על התקליטורים הנזכרים הועתק רק חלק מהחומר

שהיה מאוחסן במחשבי העיריה, או חומר ספציפי בלבד, וזו היא הראיה הטובה ביותר להוכיח את מעשי הנאשמים, כאמור.
מעבר לכך חשוב להוסיף כי בשל הפגיעה הקשה העלולה להיגרם כתוצאת תפיסת מחשבים גופם, ממילא מומלץ (בלשון המעטה) להותיר בידי הרשות החוקרת עותקים בלבד:

"מקום שניתן להסתפק בהעתקת קבצים רלוונטיים אין להתיר תפיסה פיזית של המחשב (רשויות החקירה חוששות שבית המשפט לא יסתפק בהליך משפטי בהעתק הקובץ וידרוש את הקובץ ה"מקורי"; מטעם זה שכיחה עמידתן של רשויות החקירה על תפיסתו הפיזית של המחשב. נדמה שזו תקלה חקיקתית הדורשת תיקון מיידי: אין כל סיבה מדוע רשויות החקירה תתפוסנה מחשבים שאין הן נדרשות להם, רק מן החשש שבית המשפט לא יכיר ב"העתק"; יש להכיר ב"העתק" הקובץ האמור כשווה-ערך ל"מקור")" (**קוזלובסקי**, עמ' 48).

רוצה לומר, גם אם היה מחשב העיריה בבחינת הראיה הטובה ביותר – וכאמור, הוא לא – הרי שהעתקים שלו היו אף הם לגיטימיים. לא כל שכן כאשר ההעתקים הינם הלכה למעשה התוצר המקורי של פעולות הנאשמים (כפי הנטען) וככזה, הינו הראיה הטובה ביותר כשלעצמו.

<u>סיכום</u>

32. מכלול המפורט מעלה כי לא מצאתי לקבל את הטענה בדבר פסילתם של התקליטורים כראיות. זאת משום ששוכנעתי כי במרבית הרכיבים ביצעה הרשות החוקרת את תפקידה כדין, וכי הפגמים שנפלו (אם נפלו, שכן לא הובאו בפני כל הראיות הרלוונטיות) אינם מצדיקים את פסילת הראיות. כך גם משום שהחלתה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית מוליכה לאותה התוצאה, ולאחר ששוכנעתי כי באיזון האינטרסים הנכון אין לפסול את הראיות ולקבוע כי אינן קבילות.

33. בסיום אוסיף כי לא מצאתי לקבל את הטענות שהועלו באשר לפעילות פלילית מטעם הרשות החוקרת, אף לא את הטענות בדבר ביטול כתב האישום מחמת הגנה מן הצדק.
אומר בקצרה כי לא כל פגם שנופל בהתנהלות הרשות הופך מיניה וביה לפעילות פלילית (האם חיפוש שלא כדין במהלכו נתפסת סכין (כבעניין בן חיים, למשל) הופך את השוטר למחזיק סכין? האם תפיסה לא חוקית של סמים מוליכה לכתב אישום כנגד שוטרים בגין החזקת סמים? האם כל מעצר לא חוקי הופך לעבירת כליאת שווא מטעם השוטרים? התשובה שלילית).

רק אירועים יוצאי דופן – שימוש באלימות קיצונית וכו' – מתגבשים לכדי עבירה פלילית המיוחסת לשוטרים (גם זאת לאחר מעבר במסננות המתאימות, כגון מח"ש), וזאת מתוך נקודת המוצא כי **מתוקף תפקידם** נדרשים השוטרים לעיסוק בחומרים לא לגיטימיים, על מנת לטפל בהם. בענייננו ולפי טענות הנאשמים, גם אם כל הוראות החוק הרלוונטיות היו מתבצעות בדבקות, היו השוטרים "אשמים" בחדירה לפרטיות, משלא ביקשו את הסכמתו של כל אחד ואחד מהאנשים שמידע אודותיהם אוחסן בתקליטורים. ברי כי הדבר מגיע לכדי אבסורד, שעה שמטרת רשויות החקירה היא להוכיח ביצוע עבירות אלה על ידי הנאשמים.

מכל מקום לא מצאתי כי מבחני ההגנה מן הצדק שנקבעו בשורה ארוכה של החלטות (ובכלל זה ע"פ 2910/94 **יפת נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(2), 221 וע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' ד"ר בורוביץ**, תק-על 2005(1), 4756) מתקיימים בענייננו, לאחר שלא מצאתי כי אין באפשרותו של בית המשפט להעניק לנאשמים משפט הוגן או כי יש בניהולו משום פגיעה קשה בחוש הצדק וההגינות. בתוך כך לא מצאתי כי הרשות החוקרת עשתה שימוש פרוע, לא הוגן ובלתי חוקי בסמכויות שניתנו לה או כי יש צורך לרסן עוצמתה (ראו **עניין יפת** הנזכר, עמ' 359-360). לבסוף לא מצאתי כי לא ניתן לרפא את הפגמים שנתגלו (בהנחה כי לא יובאו ראיות נוספות בעניינם) באמצעים מתונים ומידתיים יותר מאשר ביטולו של כתב האישום כולו.

34. הנה כי כן, בהתחשב בתכליות החקיקה והפסיקה ובאיזון האינטרסים בנסיבות המקרה, אני דוחה את ההתנגדות להגשת התקליטורים ואת הבקשה להכריז עליהם כלא קבילים.

<#6#>

ניתנה והודעה היום כ"ד אדר ב תשע"ד, 26/03/2014 במעמד הנוכחים.

אדריס נעמן, שופט

בית משפט השלום בנצרת

ת"פ 45458-06-11 מדינת ישראל נ' עובד ואח' **26 מרץ 2014**

ב"כ הצדדים: נבקש לקבוע מועדים להמשך שמיעת התיק.

ביהמ"ש מציע את ה- 13/5/14 – המועד אינו מתאים לעו"ד ליבאי.

14/5/14 - המועד אינו מתאים לעו"ד ליבאי.

8/7/14 – המועד אינו מתאים לשני הסנגורים.

13/7/14 – המועד אינו מתאים לעו"ד ליבאי.

14/7/14 – המועד אינו מתאים לעו"ד ליבאי.

4/9/14 – המועד אינו מתאים לעו"ד ליבאי.

<#7#>

החלטה

נדחה להוכחות ליום 2/9/14 משעה 10:00 ועד סוף היום;

ליום 9/9/14 משעה 10:00 ועד סוף היום;

ליום 21/9/14 משעה 10:00 ועד סוף היום;

ליום 29/9/14 משעה 10:00 ועד סוף היום;

וכן ליום 1/10/14 משעה 10:00 ועד סוף היום.

המאשימה תגיש בקשות לזימון עדים בהתאם למועדים שנקבעו לעיל, וזאת זמן סביר לפני כל מועד.

הנאשמים מוזהרים בדבר חובת התייצבותם ובתוצאות אי התייצבותם.

<#8#>

ניתנה והודעה היום כ"ד אדר ב תשע"ד, 26/03/2014 במעמד הנוכחים.

אדריס נעמן, שופט

הוקלד על ידי סנא חאמד