

בלמ"ס

ערעור (עלב"ש) 60/11



בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני:

תא"ל דורון פיילס - המשנה לנשיא

בעניין:

התובע הצבאי הראשי - המערער

(ע"י ב"כ, רס"ן סיוון עומר; סרן תום מור; סרן איתי עשהאל)

נגד

סג"ם א.מ. - המשיב 1

(ע"י ב"כ, עו"ד אילן כץ)

סמל א.ש.כ. - המשיב 2

(ע"י ב"כ, עו"ד אופיר סטרשנוב)

ערעור על החלטה של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוט ז"י שניתן בתיק ז"י (ב"ש) 19/10/ (סא"ל נועה זומר – סגנית הנשיא) בתאריך 8/5/2011. הערעור נדחה.

ה ח ל ט ה

המסגרת הדיונית

- מונח לפניי ערעורה של התביעה הצבאית על החלטת בית הדין הצבאי המחוזי להתיר להגנה לעיין בתוכנם של מחשבים ומכשירי טלפון ניידים שהוחרמו במהלך החקירה, בתנאים מסוימים שיפורטו להלן, וזאת במסגרת בקשת ההגנה לעיון בחומר חקירה לפי סעיף 74 [לחוק סדר הדין הפלילי \[נוסח משולב\]](#), התשמ"ב-1982.
- בבסיס ההליך כתב אישום שהוגש כנגד המשיבים, אשר ייחס להם עברות של גניבה בידי עובד הציבור, לפי סעיפים 390 ו-29(ב) [לחוק העונשין](#), התשל"ז-1977 והתנהגות

שאינה הולמת לפי סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955. מדובר באירועים שהתרחשו, לכאורה, בין התאריכים 1 ל-2 ביוני 2010, בנמל אשדוד, על סיפונה של האנייה "מאווי מרמרה". כנטען בכתב האישום, במהלך משימת סריקה על האנייה, המשיב 1 - מפקד מחלקה בפלוגת טירונים, והמשיב 2 - סמל מחלקה באותה פלוגה, נטלו ארבעה מחשבים ניידים חדשים שמקורם באנייה, ובהמשך הציעו אותם למכירה תמורת סכום של כ- 1,200 ש"ח עבור כל מחשב.

3. בבית הדין קמא הוגשה מטעם המשיבים בקשה לעיון בחומר חקירה, לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי. עניינה של הבקשה היה כי בית הדין יורה לתביעה להעמיד לעיון ההגנה, מכשירי טלפון סלולאריים השייכים למשיבים ולעדים המעורבים בפרשה (שנתפסו במהלך החקירה בטענה כי קיימים בהם מסרונים מפלילים בעלי ערך ראייתי) ואת המחשבים הניידים (שכנטען נגנבו מן האנייה ונתפסו גם הם במהלך החקירה), ולא להסתפק בקבלת העתק מתוכם. לפי הנטען, ההעתק, אשר הועבר להגנה, שונה בתוכנו מהתוכן המקורי, ואינו משקף את מלוא התוכן שאותו ניתן היה להפיק מן המחשבים והטלפונים. התביעה התנגדה לבקשה, בהטעמה כי חיפוש "חיי" שכזה עלול להביא למחיקה או לשינוי תוכנו של המידע האגור במוצגים ולכן הציבה תנאים לעריכת החיפוש, שעליהם יפורט להלן. אשר למכשירי הטלפון הסלולארי, לאחר דיון בנושא בבית הדין קמא, התביעה לא עמדה עוד על התנגדותה. הוסכם כי תינתן להגנה האפשרות לעיין בתוכנם בנוכחות מומחה מטעמה, תוך העזרות בחוקר מצ"ח שאיננו מעורב בתיק, כך שמחד גיסא, תובטח שלמות המוצגים ומנגד לא תיפגע הגנתם של המשיבים.

4. בשתי סוגיות נותרה בבית הדין קמא מחלוקת: האחת, התביעה התנגדה לעריכת החיפוש במחשבים הניידים, בטענה כי אין אפשרות להפיק פלט המתעד את מצבם לפני החיפוש של ה"זיכרון הזמני" של המחשב ושל ה"זיכרון הנשמר במערכת ה"קלט פלט" הבסיסית של המחשב המכונה BIOS (התוכנה הראשונה שפועלת בעת הדלקת המחשב), ובשל הטענה כי בהדלקת המחשב ובכיבוי יחול שינוי ברכיבי זיכרון אלה. האחרת, עמידתה של התביעה על כך כי ממצאי החיפוש החי שיערך מטעם ההגנה, יועברו לעיון התביעה. ההגנה התנגדה לכך.

החלטת בית הדין קמא

5. נקודת המוצא לבחינת הדברים היתה כי אין חולק שהמוצגים העומדים בבסיס המחלוקת – מחשבים ניידים אשר גניבתם מהאנייה מיוחסת למשיבים ומכשירי הטלפון הסלולאריים של המשיבים ועדים נוספים בפרשה – הם בבחינת "חומר

חקירה" אשר רלבנטי להגנת המשיבים ומשכך קמה להם הזכות החוקית לעיין בו. לפיכך, נקבע כי עיון בתוכנם של המוצגים, בנוסף לקבלת העתק תוכנם, בא בגדרה של זכות העיון של הנאשם בחומר החקירה שבעניינו. עוד בואר כי כאשר העמדת המוצג לעיון ההגנה עלול להסב נזק לחומר החקירה, יש לחתור לפיתרון מידתי אשר מחד גיסא, יצמצם את הפגיעה בזכותו של הנאשם, ומנגד ישמור על שלמות המוצג, זאת בקביעת דרך מימושה של זכות העיון.

6. בהתייחס לעיון במחשבים הניידים, קבעה הערכאה הנכבדה קמא, כי לאור העובדה שהזיכרון הזמני של המחשבים הוא "נדיף" ונמחק לאחר כיבוי המחשב, ולאור החשש מפגיעה בזיכרון הנשמר ב-BIOS עקב כיבוי והדלקה כאמור, ניתן להעביר את המחשבים הניידים לעיון ההגנה ולמזער את הנזק על ידי עריכת החיפוש באמצעות חוקר מצ"ח, לפי הנחיות הסנגורים; נקבע כי החוקר יתעד את רכיבי הזיכרון הזמני והזיכרון שנמצא ב-BIOS בתחילת החיפוש ובסיומו וכן יתעד כל פעולה הנעשית במהלך החיפוש; אם תעשה ההגנה שימוש בראיה כלשהי שהיא תוצר ממצאי החיפוש האמור, תוכל התביעה להעיד את החוקר וכן מומחה מטעמה בנוגע לחיפושים הללו. הותר, אפוא, להגנה לעיין בתוכן המחשבים הניידים מכוח "זכות עיון" – במגבלות הבאות:

"עריכת החיפוש בידי חוקר מצ"ח; תיעוד תוכנם של רכיבי הזיכרון על ידי החוקר, בתחילת החיפוש ובסיומו; והאפשרות לחקור את החוקר על כך, ועל פעולות החיפוש בכללותן, ולהעיד במידת הצורך מומחים מטעם התביעה, אם תוצג ראיה בעניין זה ע"י הסנגורים".

7. אשר לסוגיה שעניינה זכות התביעה לעיין בראיות שתתקבלנה במהלך חיפוש ההגנה במחשבים הניידים ובטלפונים הסלולאריים, טענה התביעה כי הבסיס המשפטי לדרישה זו נובע מן העובדה כי ראיות חדשות אלה הן בבחינת "חומר חקירה" מובהק, שכן הן תושגנה על ידי הוצאת צווי חיפוש ובאמצעות פעולות חקירה. התביעה הוסיפה כי מאחר שמדובר בראיות חדשות עומדת לה "זכות מוקנית" או "זכות טבועה" לעיין בראיות אלה ולהכיר את השינויים שחלו בתיק החקירה וכי האינטרס הציבורי מחייב זאת. בית הדין קמא דחה טענה זו, בהטעימו כי לתביעה, בניגוד להגנה, אין זכות מוקנית לקבל את הראיות הנאספות על ידי הצד שכנגד. נקבע כי זכות העיון נובעת מזכותו של הפרט להליך הוגן, וכי –

"דווקא דרישתה של התביעה, לקבלת תוצרי אותו עיון גם לעיונה – פוגעת בהוגנות ההליך, וזאת בשים לב לאינטרס ההסתמכות של הנאשמים לגבי תום החקירה, עם הגשת כתב האישום, לפני למעלה משמונה חודשים;

ולעובדה... כי התביעה לא ביקשה לערוך חיפוש נוספים במוצגים ואינה מבקשת זאת גם כעת... חובת הגילוי, אפוא, איננה סימטרית, ואינה מוטלת על ההגנה כלפי התביעה".

נקבע כי עיון ההגנה במוצגים מהווה חלק מן ה"הליך הפנימי" שעניינו הכנת הגנת הנאשם ומטבע הדברים ש"הליך פנימי" זה נהנה מחיסיון. כללו של דבר, נקבע כי התביעה תאפשר להגנה לעיין במוצגים בתנאים ובהגבלות שפורטו בהחלטה. התביעה הצבאית לא השלימה עם ההחלטה, ומכאן הערעור.

טענות התביעה בערעור

8. קו טיעונה המרכזי של התביעה בערעור הוא כי עיון ההגנה במחשבים הניידים, שהותר בהחלטת הערכאה הנכבדה קמא, מהווה למעשה "חיפוש נוסף" במוצגים שנתפסו, שבמהלכו תיווצרנה ראיות חדשות לחלוטין. נוכח קו טיעון זה מעלה התביעה הצבאית טענות בשני מישורים:

ראשית, כי פעולה זו של ההגנה חורגת מגדריה של זכות העיון בחומר חקירה, מכוחו של סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי ומהווה חיפוש חדש שהוא השלמת חקירה שנעשת בחסות התביעה עבור ההגנה. להשקפת התביעה יש לערוך, אפוא, חיפוש שכזה, שהוא בבחינת "חדירה לחומר מחשב" (שכן הוא מחייב את הדלקתם של המחשבים, עיון בהם והעתקת תוכנם) בדרך של הוצאת **צו חיפוש חדש** מכוח סעיף 23א [לפקודת סדר הדין הפלילי](#) (מעצר וחיפוש)[נוסח חדש], התשכ"ט-1969 ולהבטיח כי הפעולה תעשה תוך כיבוד פרטיותם של צדדים שלישיים ותוך הימנעות מגרימת נזק ראייתי לתביעה.

שנית, לנוכח העמדה שמדובר בהשלמת חקירה, עומדת לתביעה זכות מוקנית להיחשף לתוצרי החיפוש האמורים ולעיין בהם. התביעה הצבאית עמדה על זכותה לעיין בתוצרי החיפוש שיתקבלו כתוצאה מעיון ההגנה בחומר, אף כי בדיון שנערך לפניי מיום 15/8/11 הצהירו נציגי התביעה הצבאית "אנו לא מעוניינים לערוך השלמת חקירה מטעמנו" (עמ' 2 ש' 18).

עמדת ההגנה

9. ההגנה טענה, באמצעות עו"ד כץ – סנגורו של המשיב 1; ועו"ד סטרשנוב – סנגורו של המשיב 2, כי אין לה כל עניין במידע חדש אשר נוצר במועד המאוחר למועדים הרלוונטיים לכתב האישום. התביעה העבירה לעיון ההגנה את העתק תוכנם של

מכשירי הטלפון הניידים והמחשבים הניידים שנתפסו באמצעות דיסקים ומזכרים, אולם ההגנה הצביעה על שינויים מהותיים בין העתק התוכן של הראיות אשר נמסר, לבין תוכנם בפועל (בפרוטוקול הדיון בערעור מיום 23/6/11 עמ' 7, ש' 30, הפנתה ההגנה למסמך תגובה שהוגש מטעמה בערכאה קמא, שבו פורטו הבדלים מהותיים בין תוכן המכשירים לתוכן ההעתקים שהופקו מהם. כך, למשל, במכשיר הנוקיה של המשיב 1 נצפו מסרונים אל ומאת המשיב 2 מיום 16/8/10 ו- 18/8/10, בעוד שבהעתק התוכן תועדו שני המסרונים כך שנכתבו לכאורה ב- 18/8/10; במכשיר המירס של המשיב 1 נצפה בחיפוש ה"חיי" מסרון אחד אולם לא בא זכרו בהעתק; במכשיר הנוקיה של תמיר תנעמי (אחד העדים) נצפו מסרונים שונים רלבנטיים להגנת המשיבים, כדברי ההגנה, שלא בא זכרם בדיסק שהעתיק את תוכן המכשיר וכו'). ההגנה טענה כי לאורו של "כלל הראייה הטובה ביותר", יש לעיין בתוכן שבמחשבים ובטלפונים הניידים בדרך של "חיפוש חי", כהגדרתה, וציינה "זה לא רק זכותנו אלא חובתנו להציג את הראייה הטובה ביותר" (פרוטוקול הדיון בערעור מיום 23/6/11, עמ' 7, ש' 29).

התביעה תלתה התנגדותה ל"חיפוש החיי" של ההגנה במוצגים שנתפסו בכך, שחיפוש כאמור עלול לגרום לשינויים בתוכן המכשירים כתוצאה מפתיחתם המחודשת. ההגנה ציינה כי התביעה איננה יכולה להיבנות מהטענה כי קיים חשש לשינוי במוצגים מעצם פתיחת המכשירים מבלי להצביע על מהות השינויים גופם. צוין כי אף אם קיים חשש לשינוי כאמור אין ניתן להבנות מחשש זה, בלא לאפשר להגנה לעיין, ולו פעם אחת בלבד, בראיות הנמצאות במכשירים, שכן במוקדם או במאוחר המכשירים יודלקו ויעשה בהם עיון, למשל במסגרת ההליך גופו בבית הדין. עוד הלינה ההגנה על כך שבמהלך החקירה "כל המכשירים נפתחו בניגוד מוחלט לכל הנהלים" וכי חרף החשש לשינויים כאמור, שבעטיים מתנגדת התביעה להעביר את הראיות לעיון ההגנה, חוקרי מצ"ח לא הקפידו על נהלי הפתיחה בעת שחיפשו הם במכשירים.

ההגנה ציינה כי במסגרת ההליך הפלילי לנאשם הזכות שלא לשתף את התביעה בממצאים ובמידע שייאסף אגב עיון בראיות ובכלל זה בחיפוש שתערוך בטלפונים הסלולאריים ובמחשבים הניידים.

השתלשלות ההליך בערעור

10. במהלך הדיון שנערך בבית הדין לערעורים ביום 23/6/2011 הציעה ההגנה כי יתאפשר לה לעיין במוצגים לבדה, בכפוף לקביעת מנגנון שיבטיח את השמירה על

המידע שקיים בהם וכי החיפוש ייעשה בפיקוח צד שלישי בלתי תלוי שאיננו מעורב בהליך. התביעה הציעה כי החיפוש הנוסף יערך בנוכחות שני הצדדים, תוצריו יועברו לידי שני הצדדים, ובלבד שהתביעה תבחן תחילה האם החומר שהתקבל מהווה "חומר חקירה" שלהגנה הזכות לעיין בו. לאור עמדות הצדדים ולאחר שהשמיעו טענותיהם בדיון, הוצע לצדדים לגבש מתווה מעשי מוסכם שיאפשר לסנגורים לערוך חיפוש במכשירי הטלפון הניידים ובמחשבים, באופן שלא יגרם למכשירים נזק, מחד גיסא, ותשמר חשאיות החיפוש של הסנגורים, מאידך גיסא.

11. בדיון נוסף שהתקיים בבית דין זה, ביום 15/8/11, בניסיון נוסף לגבש מתווה מוסכם לעיון הצדדים בחומר החקירה, הודיע עו"ד כץ - סנגורו של המשיב 1, כי לעניין הטלפונים הסלולאריים הם "מסתלקים מההליך", דהיינו "מה שהתביעה תעשה מקובל"; עם זאת עו"ד כץ הבהיר כי "לגבי המחשבים עמדתי כעמדת חבריי". ביום 29/8/2011 הגישה התביעה הצבאית עמדה כתובה. נכתב בה כי תנאי חוקי לעריכת חיפוש בחומר מחשב הוא צו שיפוטי בר-תוקף; כי סמכות מקבילה לסמכות הנתונה לבית משפט השלום להוצאת צו חיפוש במחשב לפי סעיף 23 לפקודת סדר הדין הפלילי אינה קיימת בחוק השיפוט הצבאי ולפיכך בית משפט השלום בלבד הוא המוסמך לתת הצו. התביעה התנגדה לכך שגורם ניטראלי יערוך החיפוש ונימקה זאת בכך שהמכשור והמומחיות מצויים בידי גופי החקירה, אשר מורגלים בעריכת בדיקות מסוג זה וכן בשל העובדה כי המוצגים מצויים בשליטת מצ"ח ותחת אחריותה. "הוצאת המוצגים תחת ידי מצ"ח", לפי הנטען, "עלולה להוביל לפגיעה במוצגים, במובנם הראייתי, גם אם ביצוע הבדיקה ייעשה על ידי גורם ניטראלי הבקיא בהפעלת המכשירים הניידים עצמם". לפיכך עמדת התביעה היא כי החיפוש ייערך על ידי גורם מטעם מצ"ח שהוא בלתי מעורב בתיק החקירה. ההגנה הגישה תגובה כתובה, שבה הלינה על כך שהתביעה לא נדרשה בתגובתה לסוגיות מהותיות, כגון: מה ההבדל בין פתיחת המכשירים על-ידי התביעה על-מנת להתכונן לדיון לבין פתיחת המכשירים על-ידי ההגנה; ומהם, הלכה למעשה, השינויים שעשויים להיגרם כתוצאה מעיון ההגנה במכשירים. הצדדים לא הגיעו, למתווה מוסכם. נדרש, אפוא, לשאלות גופן.

עיון בחומר חקירה או השלמת חקירה?

12. במהלך החקירה נתפסו, כזכור, מחשבים ניידים וטלפונים ניידים. העתק חלק מתוכנם הועבר לעיון ההגנה. ההגנה ביקשה לערוך "חיפוש חי" בתפוסים. בבית הדין קמא הצדדים הסכימו על דרך העיון בטלפונים הניידים ובית הדין קמא נדרש

בהחלטתו כאמור למחשבים בלבד. בבית הדין לערעורים נתגלעה מחדש המחלוקת לגבי דרך החיפוש והעיון הן בטלפונים הניידים, הן במחשבים. מן העבר האחד, הוצגה גישת ההגנה, שלפיה המחשבים והטלפונים הניידים מהווים ראיות שהן חלק מתיק החקירה ולנאשם עומדת הזכות המלאה לעיין בראיות אלה באופן אותנטי ומדויק (ולא בהעתקים בלתי מדויקים שהופקו מהם). זכות העיון של ההגנה במוצגים בלא נוכחות נציג התביעה, נובע מן הצורך לגבש את קו ההגנה מבלי לחשוף אותו לתביעה הצבאית, וזאת בין היתר, על מנת שתוכל להצביע על מחדלים חקירתיים ואי דיוקים בהתנהלות החוקרים בפרשה. זכות זו עומדת להגנה, להשקפתה, מכוח סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי "עיון בחומר חקירה" –

"(א) הוגש כתב אישום בפשע או בעוון, רשאים הנאשם וסניגורו, וכן אדם שהסניגור הסמיכו לכך, או, בהסכמת התובע, אדם שהנאשם הסמיכו לכך, לעיין בכל זמן סביר בחומר החקירה וכן ברשימת כל החומר שנאסף או שנרשם בידי הרשות החוקרת, והנוגע לאישום, שבידי התובע ולהעתיקו.
(ב) נאשם רשאי לבקש, מבית המשפט שאליו הוגש כתב האישום, להורות לתובע להתיר לו לעיין בחומר שהוא, לטענתו, חומר חקירה ולא הועמד לעיונו."

מן העבר האחר, הוצגה גישת התביעה הצבאית שלפיה פתיחת המחשבים הניידים והטלפונים הניידים מחדש מהווה חיפוש חדש או השלמת חקירה שיש לעשותה מכוח סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי "צו להמצאת מסמכים ומוצגים" –

"בית המשפט רשאי, לבקשת בעל דין או מיזמת בית המשפט, לצוות על עד שהוזמן או על כל אדם אחר להמציא לבית המשפט במועד שיקבע בהזמנה או בצו, אותם מסמכים הנמצאים ברשותו ושפורטו בהזמנה או בצו."

צוין כי כל חיפוש במחשב מחייב צו, שיכול להינתן על ידי ערכאה שיפוטית. הצו מפרט את מגבלות החיפוש ומבטיח פגיעה מינימאלית בפרטיותו של בעל המכשיר וצדדים שלישיים הקשורים אליו. נטען כי יתכן שלאחר הדלקת המכשירים יתקבל בהם מידע חדש, בעקבות חיבורם לרשת הסלולארית וכי אין אפשרות לעריכת חיפוש בדרך שתמנע את קבלתו של המידע החדש למכשיר. מידע זה, בלא שהתקבל צו שיפוטי או בלא הסכמת הבעלים, עלול להוות עברה על הוראות [חוק האזנת סתר](#), התשל"ט-1979, על הוראות [חוק הגנת הפרטיות](#), התשמ"א-1981 ואף על הוראות [חוק מחשבים](#), תשנ"ה-1995. התביעה הצבאית ציינה כי חיפוש כאמור עלול לחשוף את הצבא ואת גורמי החקירה "לביקורת ציבורית ושיפוטית, וכן לתביעות של צדדים שלישיים, ולכך אין להסכים".

אשר לצו חיפוש בחומר מחשב, נטען כי סמכותו של בית דין צבאי לתת צו לפי סעיף 23א לפקודת סדר הדין הפלילי, מוגבלת לסעיף 245 לחוק השיפוט הצבאי, אשר לפיו "לבית דין צבאי, לשופט-חוקר ולקצין שיפוט בכיר יהיו לגבי מקום צבאי הסמכויות הנתונות לשופט שלום לפי סעיפים 23 ו-24 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969". בס"ק (ג) הוגדר כי מקום צבאי, כולל גם מתקן או מפעל של המדינה או דירתו של חייל. לפיכך, ובהעדר הסכמה, טוענת התביעה הצבאית כי על גורמי החקירה לפנות לבית משפט השלום על מנת לקבל צווי חיפוש חדשים.

עוד הוסיפה התביעה כי כדי להכשיר את החיפוש במחשבים ובמכשירי הטלפון הניידים, בדרך של הסכמה, יש להשיג את הסכמתם של כל אחד ואחד מבעליהם, וכי בנסיבות העניין, לא ניתן להשיגה.

התביעה הוסיפה וביקשה ללוות את הליך החיפוש במוצגים על-מנת לפקח על הראיות שאליהן יחשפו המשיבים, כדי למנוע, לשיטתה, אפשרות שחומרים שאינם רלבנטיים לחקירה, ועשויים להתקבל אגב החיפוש, יועברו לידי ההגנה (כגון: מידע אישי שמצוי במחשבים או במסרונים שיפגע בפרטיות הבעלים של המכשיר ושאינו מהווה "חומר חקירה"). כמו כן טענה התביעה, כי ליווי ההליך באמצעות נציג מטעם התביעה נחוץ כדי לוודא כי שלמות הראיות תישמר. נטען כי בהדלקתם של כלל המכשירים קיים סיכון שיגרמו שינויים בתפוסים ותיגרם פגיעה "בראייה במצב בו הייתה במועד תפיסתה". אומנם ניתן להפיק חלק מהנתונים בלא לפגום בראיות, ואולם לשם כך נתבקשה ההגנה להסביר אילו נתונים דרושים לה (בלא לחשוף את השימוש שתעשה בהם, ובאופן שלא ייחשף קו ההגנה), כך שניתן יהיה לבחון את הבקשה פרטנית – האם אכן ניתן להוציא המידע מבלי לפגום במוצגים. נטען, כי אין הדבר שונה ממצב שבו ההגנה מעתיקה מסמכים או ראיות אחרות המצויות בידי התביעה, כאשר נציג התביעה משגיח כי לא פוגעים בראיות המקור. ההגנה מצידה סירבה למתווה זה בטענה כי אין היא מעוניינת לחשוף את קו הגנתה לתביעה.

התביעה הצבאית טענה כי בעריכת חיפוש נוסף אין כדי לפגוע באינטרס ההסתמכות של המשיבים שהחקירה בעניינם הסתיימה, שכן לאורך כל ההליך הבהירה התביעה כי עריכת חיפוש נוסף, לבקשת ההגנה, עשוי להניב ראיות חדשות ולפיכך לא נוצרה כל הסתמכות מצד ההגנה. בנוסף נטען כי בשלב הדיוני הנוכחי, התביעה עדיין יכולה לשקול לערוך השלמות חקירה מיוזמתה, במנותק מההחלטה שזאת הערעור. אף על פי כן, בפניי טענו נציגי התביעה הצבאית, כזכור, כי אינם מעוניינים לערוך השלמת חקירה מטעמם (פרוטוקול מיום 15/8/2011, בעמ' 2 ש' 18).

13. נקודת המוצא להכרעה בסוגיה היא השאלה האם במסגרת הזכות לעיין בחומר חקירה לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי, עומדת להגנה הזכות לעיין במוצגים שנתפסו גופם. ואם כך הוא, האם פעולה זו היא בבחינת עיון בחומר חקירה, שהושג מכוחו של צו החיפוש המקורי שניתן על ידי שופט בית משפט השלום; או שעסקינן בפעולה החורגת מגבולות זכות העיון בחומר חקירה ואשר מהווה חיפוש חדש במוצגים, המחייב הוצאת צו חיפוש חדש.

14. בסעיף 23א לפקודת סדר הדין הפלילי "חדירה לחומר מחשב" נקבע –

"(א) חדירה לחומר מחשב וכן הפקת פלט תוך חדירה כאמור, יראו אותן כחיפוש וייעשו על-ידי בעל תפקיד המיומן לביצוע פעולות כאמור; ...
(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, והמפרט את מטרות החיפוש ותנאיו שייקבעו באופן שלא יפגעו בפרטיותו של אדם מעבר לנדרש."

"שופט" מוגדר בסעיף 1 לפקודה כשופט בית משפט שלום או מחוזי. דומה כי התכלית העומדת בבסיס ההוראה היא כי בית משפט יבחן את מטרת החיפוש ואת ההצדקה לביצועו ויאזן כהלכה בין צרכי החקירה (אמצעי לאיתור חומר חקירה רלבנטי), לבין פרטיותו של החשוד או של צדדים שלישיים, אגב החיפוש האמור.

15. במהלך החקירה פנו חוקרי מצ"ח לבית משפט השלום בבקשה שייתן צווי חיפוש במחשבים ובטלפונים הניידים (בפסיקה נקבע כי דינם של טלפונים ניידים לעניין התנאים הנדרשים לתפישתם ולחיפוש בתוכם, כדין מחשבים: ראו [ת"פ \(מחוזי-ירושלים\) 2077/06 מדינת ישראל נ' אריש](#) (טרם פורסם, [פורסם בנבו], 6.3.2007); כן ראו הצעת [חוק המחשבים](#) (תיקון-הגדרת מחשב), התשע"ב-2011, מיום 21.11.11, שבה הוצע להרחיב את הגדרת המונח "מחשב" שבחוק המחשבים לאביזרי תקשורת שונים, לרבות טלפון סלולארי). צווי חיפוש, כאמור, ניתנו. כבוד השופט ארניה מבית משפט השלום בראשון לציון, נתן צו חיפוש במחשבו הנייד של רב"ט א.מ. על מנת לתפוס בו –

"כל מסמך או חפץ הדרושים לחקירה, לרבות מחשב, דבר המגלם חומר מחשב וחומר מחשב של מוסד הנמצא במקום, וכן חדירה נמשכת לחומר מחשב ולדבר המגלם חומר מחשב לצורך בדיקה או הפקת פלטים".

ברוח זו התירו שופטי בית משפט השלום גם ביום 18/8/2010 (כבוד השופט יקואל – בית משפט השלום בראשון-לציון) וב- 19/8/2010 (כבוד השופטת צור – בית משפט השלום חיפה) לערוך –

”חיפוש במחשב או חומר מחשב, לרבות מכשיר סלולארי וכן חדירה נמשכת לחומר מחשב ולדבר המגלם חומר מחשב לצורך בדיקה או הפקת פלטים”.

נקבע כי החיפוש ייעשה בדרך של בדיקת המחשב והפקת פלטים. פלט מוגדר בסעיף 1 לחוק המחשבים, התשנ"ה 1995- כ"נתונים, סימנים, מושגים או הוראות, המופקים, בכל דרך שהיא, על ידי מחשב". בפסיקת בתי משפט השלום אומצה הפרשנות המקובלת שלפיה:

”הפלט איננו מה שהופק והוצא כבר בעבר מהמחשב, כגון תדפיס, דיסק וכדומה שאליהם הועבר חומר מהמחשב, אלא החומר שעובד על ידי המחשב שיכול להיות מופק ממנו, כך, הפלט הוא החומר השמור במחשב. הפוטנציאל שאותו ניתן להפוך לתדפיס, דיסק וכדומה” (תפ (י-ם) 4733/06 מדינת ישראל נ' רבינוביץ, בפס' 3 (טרם פורסם, [פורסם בנבו], 17.5.2009). הדגשות הוספו).

בספרות ובפסיקה נקבע, כי על דרך ביצועו של חיפוש בתוכנם של מחשבים וטלפונים ניידיים מכוח צו שיפוטי של חדירה לחומר מחשב שבסעיף 23 לפקודת סדר הדין הפלילי, חלות הוראות החיפוש הקבועות בסעיפים 26-28 לפקודה (נוכחות שני עדים במהלך החיפוש; עריכת רשימה; נוכחות התופש) (ראו יעקב קדמי על סדר הדין בפלילים חלק ראשון הליכים שלפני משפט ב 700 (מהדורה מעודכנת, 2008)). בעניין אברג'יל שנדון בבית המשפט המחוזי בי-ם עמד על כך כב' הש' דרורי:

”לאחר תפיסת המחשב, יועתקו קבצי המחשב (בנוכחות מומחה מטעם המשיב), כאשר הדיסק בו מצוי החומר המועתק ייחשב כמקור וניתן יהיה להציגו כראיה בתיק העיקרי, וזאת לאחר שב"כ המשיב מסכים מראש לכך שלא יטען כל טענה כאילו דיסק זה אינו מקור, ולא יטען כל טענה שהבאת דיסק זה כראיה סותר את כלל הראיה הטובה ביותר. לאחר העתקת הקבצים לדיסק, ניתן יהיה להחזיר את המחשב (על התוכנה שבו) לבעליו. ראה בהרחבה על כל הנ"ל, ... בספרו של נמרוד קוזלובסקי, המחשב וההליך המשפטי - ראיות אלקטרוניות וסדרי דין (ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין, תל-אביב, התשס"א - 2000) עמ' 50 ואילך, במיוחד עמ' 85 ואילך” (ב"ש (ירושלים) 1153/02 מדינת ישראל נ' אברג'יל, בפס' 45 (לא פורסם, [פורסם בנבו], 9.6.2002)).

במקרה דנן לא נכח נציג מטעם ההגנה במהלך החיפוש. כפועל יוצא מכך לא הוסכם בין הצדדים כי הדיסק והמזכרים שתעדו את תוכן המחשבים והטלפונים הניידים הם ה"ראיה הטובה ביותר". כזכור, בהמשך, העלתה ההגנה טענות שעניינן אי התאמה בין החומר המצוי במחשבים ובטלפונים לחומר שהועתק לדיסק ועתרה לעיין בהם באופן "חי". בין הצדדים לא התעוררה, כאמור, כל מחלוקת על כי מדובר בחומר חקירה שלהגנה זכות לעיין בו.

16. טוענת התביעה, כאמור, כי עיון זה, שכרוכה בו פתיחה מחדש של המחשבים והטלפונים הניידים, עלול לשנות את התפוסים ומכל מקום אין לעשותו בלא צו חדש שיתיר חדירה אליהם. בין היתר, הסתמכה התביעה הצבאית על פסיקת בית המשפט המחוזי בעניין **פילוסוף** -

"הפרשנות המוצעת על ידי המשיבה לפיה ניתן לבצע חיפוש חוזר ונשנה מכוח אותו צו חיפוש- זאת כאשר מדובר בחבילת סמים, וגם כאשר מדובר בהודעות דוא"ל העתידות להגיע למחשב הספק, פרשנות זו שגויה ביסודה, ומעוותת את הוראת החוק. לא בכדי העלה המחוקק את רף הדרישות והתנאים בהם צריכה הרשות החוקרת לעמוד בבואה לבקש היתר להאזנת סתר למול רף נמוך בהרבה כאשר מבוקש היתר לחיפוש; **בכל הנוגע לחיפוש הצו הוא חד פעמי ורשויות החקירה רשאיות להשתמש בו בהזדמנות אחת בלבד, כל חיפוש מעבר לכך דורש צו נפרד ומפורש.** החיפוש הוא נקודתי ובידיעת החשוד ומתבצע בחשוד וחפציו ואינו משליך לרוב על צדדים שלישיים. מנגד, האזנת סתר מהווה חדירה בוטה בהרבה לאוטונומית הפרט הן בשל משך המעקב הממושך אחר החשוד שלא בידיעתו, הן בשל אופי הפגיעה והיקפה..." (ת"פ (תל-אביב-יפו) 40206/05 מדינת ישראל נ' פילוסוף (טרם פורסם, [פורסם בנבו], 5.2.2007)).

אכן, אין חולק כי, ככלל, חדירה והעתקה של תוכן מחשבים או טלפונים ניידים כרוכה בהוצאת צו שיפוטי (בדומה להוצאת צו חיפוש במקום). אלא שאין הנדון דומה לראיה. בפרשת **פילוסוף**, הדגיש כבוד השופט כאבוב את "חד פעמיותו" של צו חדירה לחומר מחשב, להבדיל ממתן היתר להאזנת סתר שהיא מעצם טיבה מעקב ממושך אחר חשוד בלא ידיעתו. יתרה מכך, במקרה דנן ההגנה אינה מבקשת לערוך חיפוש חדש בראיות, אלא לעיין בחומר חקירה קיים.

17. במסגרת סוגיית העיון בחומר חקירה בהקשר של מסמכים אלקטרוניים או מחשבים עולה, בין היתר, השאלה האם די בהעברת העתק הפלט של המסמך האלקטרוני או שמא ישנה חובה להציג לעיון ההגנה את המקור האלקטרוני גופו המצוי במערכת המחשב או בטלפון הסלולארי.

בדין האזרחי, [תקנות סדר הדין האזרחי](#), התשמ"ד-1984 קובעות כי הזכות לעיין ולהעתיק חומר חקירה היא זכות עיון במקור (תקנה 114). החריג לכך מצוי בתקנה 115(ב) - עיון בפנקסי בנק או בפנקסים עסקיים, שבעניינם ניתן להסתפק בהעתק מהרישום בפנקסים במקום לעיין בפנקסים גופם, ובלבד שההעתק יאושר "בידי מנהל הבנק או העסק או מנהל הסניף שלהם שבו שמורים הפנקסים". בהמשך נקבע כי "מתן העתק כאמור אינו מונע את בית המשפט או את הרשם מהורות כי מי שבדק את ההעתק והשווה אותו למקור יאמת את האישור בתצהיר ... ואינו מונע אותו מהורות על עיון בפנקס גופו" (הדגשה הוספה).

דומה כי גם בדין הפלילי ברור מאלינו כי כך הוא. זכות העיון של הנאשם בחומר החקירה שנאסף על ידי הרשות החוקרת ומצוי בידי התביעה היא זכות עיון בחומר המקורי. סימן לכך ניתן למצוא כבר בלשון החוק. סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי קובע את **זכות העיון** של הנאשם בחומר חקירה ובצידה הזכות להעתיקו ("רשאים הנאשם וסניגורו, ... לעיין בכל זמן סביר בחומר החקירה וכן ברשימת כל החומר שנאסף או שנרשם בידי הרשות החוקרת, והנוגע לאישום, שבידי התובע ולהעתיקו"). בפסיקה חודדה האבחנה שבין זכות העיון לזכות ההעתקה והיחס ביניהן (ראו: [בש"פ 6022/96 מדינת ישראל נ' מזור, פ"ד נ\(3\) 686, 688 \(1996\)](#); יעקב קדמי **על סדר הדין בפלילים** חלק שני 709 (מהדורה מעודכנת, 2003), להתפתחות ההלכה ראו: [בש"פ 6640/06 קרוכמל נ' מדינת ישראל פס' י](#) לפסק דינו של הש' רובינשטיין (לא פורסם, [פורסם בנבו], 7.9.06); [בש"פ 8706/07 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 13](#) (לא פורסם, [פורסם בנבו], 27.11.07)). סעיף 75 לחוק עוסק בדרכי העיון וההעתקה, בזו הלשון –

"עיון בחומר החקירה או העתקה ממנו יהיו **במשרד תובע או במקום אחר שתובע הועיד לכך**, ובמעמד אדם שתובע מינה, דרך כלל או לענין פלוני, להבטיח שהעיון וההעתקה ייעשו **בהתאם לחוק ולהוראות התובע**".

המחוקק הבחין בין שלב העיון בחומר ליצירת עותקים ממנו. עיון ב"משרד התובע" או ב"מקום אחר שתובע הועיד לכך" בליווי אדם שהתובע מינה לכך, מצביע על כך כי מדובר בעיון בחומר המקורי המצוי בידי התובעים. אף-על-פי-כן, שעה שדובר בראיות חפציות ובממצאים פורנזיים הדברים אינם מובנים מאליהם. כך למשל בעניין **שוורץ** עתרה הגנה לקבל לידיה, במסגרת בקשה לעיון בחומר חקירה, ראיות חפציות וממצאים פורנזיים כאשר היה ברור כי הבאתם לבדיקת מומחה במעבדה תוביל, אגב הבדיקה, להשמדתם, וכך נקבע –

"שאלה לעצמה היא, מהו תחום פרישתה של הזכות ל'עיון בחומר החקירה' כהוראת סעיף 74 לחסד"פ, והאם כוללת היא זכות לנאשם לקבל לרשותו חלק מחומר חקירה חפצי תוך מתן היתר להשמידו (שהרי בדיקת חומר במעבדה מביאה על הרוב להשמדתו)? לאמיתם של דברים כאן מונח הקושי שבענייננו; שכן לו מדובר היה אך בחומר-שבכתובים לא היתה מתעוררת כל בעיה. ואולם לא נדון בשאלה זו (אלא בקצה), ונניח לענייננו - בלא להכריע בדבר - כי זכות זו עומדת לו לנאשם" (בש"פ [1781/00 שורץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נה\(4\) 293, 302](#) (2001)).

השאלה האם להגנה הזכות לקבל לידיה ראיות חפציות ולעיון במקור הראייתי לא הוכרעה בפסיקה במישרין. עם זאת, בפסיקה שבה נדרש בית המשפט העליון לאזן בין זכות הנאשם לעיון בחומר החקירה המקורי לבין אינטרסים אחרים, כגון הזכות לפרטיות, בית המשפט העליון הניח כי זכותו של הנאשם לעיון **בחומר המקורי** נבלעת בזכות המהותית לעיון בחומר חקירה. כך נקבע, אך לאחרונה, בעניין **פלוגי**, כאשר בית המשפט העליון איזן בין זכותו של נאשם, באמצעות מומחה מטעמו, לעיון בתצלומים מוצנעים על גבי מדיה אלקטרונית של מתלוננת קטינה, לבין זכות הקטינה לפרטיות. באותו עניין הועברו תחילה לעיון מומחה ההגנה עותקים מודפסים של התמונות, אך בשל איכותן הירודה דרשה ההגנה עותק של המדיה הדיגיטאלית המקורית. בין הצדדים לא היתה מחלוקת שההגנה רשאית לעיון בתמונות במקור, על גבי המדיה הדיגיטאלית, אך נתגלעה מחלוקת אשר לשאלה האם עותק של המדיה הדיגיטאלית יימסר למומחה ההגנה שבו יוכל לעיון על גבי מחשבו שלו (כדרישת ההגנה) או שיידרש להגיע ולצפות בתמונות במקור במחשב המכון לרפואה משפטית – וזאת על מנת להבטיח פגיעה מינימאלית בפרטיות הקטינה (כדרישת התביעה). נקבע כי –

"יש לזכור שזכות הנאשם לעיון בחומר חקירה אינה נשענת בעיקרה על שיקול דעתו של בית המשפט. סעיף 74 לחסד"פ טומן בחובו הוראה מפורשת. **התביעה מצווה להציג בפני הנאשם את חומר החקירה. הוראה זו מורה על עיון בחומר החקירה והעתקתו, אך לא על הדרך שיש לבצע זאת...** הסייפא של סעיף 75 ייעשו בהתאם לחוק ולהוראות התובע' מלמד על השוני בינו ובין סעיף 74. סוגיות דרכי הצגת החומר **דורשת איזון ושיקול דעת רחב יותר של בית המשפט**, מאשר השאלה בדבר החובה להציג חומר. אבחנה זו חשובה עד מאוד לענייננו. הצדדים אינם חלוקים בדבר היקף החומר שיש לחשוף בפני המשיב אלא המחלוקת הינה סביב דרך הצגתה" (בש"פ [6695/11 מדינת ישראל נ' פלוגי](#), פס' 6 (טרם פורסם, [פורסם בנבו], 27.9.2011)).

הדברים יפים אף לכאן. גם בעניין דנן אין בין הצדדים מחלוקת, כי מבחינה מהותית תוכנם של הטלפונים הניידים והמחשבים הוא חומר חקירה שלהגנה הזכות לעיון בו. המחלוקת נתגלעה על אודות השאלה מה תהיה דרך העיון בחומר – האם עיון בראיות החפציות גופן או עיון בעותקים שהופקו מהן. סוגיית דרכי הצגת החומר לעיון ההגנה, משיבנו בית המשפט העליון, מעניקה בידי בית המשפט שיקול דעת רחב יותר, ויסודה באיזון בין מכלול השיקולים הנוגעים בדבר. בנסיבות אותו מקרה, קובע בית המשפט העליון, כי איזון ראוי בין זכותו המהותית של הנאשם לעיון בחומר החקירה המקורי – התמונות על גבי המדיה הדיגיטאלית, לבין זכותה של הקטינה – המתלוננת לפרטיות, מוביל לכך שלמומחה ההגנה תינתן הזכות לעיון בחומר המקורי במחשב המכון לרפואה משפטית תוך שיועמדו לרשותו האמצעים הטכניים הנחוצים לו, למשך הזמן הנדרש, ובתנאי עבודה סבירים ומקובלים. בשולי החלטתו עמד בית המשפט העליון על נהלי המכון לרפואה משפטית בנוגע לאופן הוצאת ראיות חפציות (כגון: תמונות), לידי התביעה ולעיון ההגנה (שם, בפס' 9), שאף מהם ניתן להסיק מכללא כי עיון ההגנה יכול שיתבצע בראיות המקור. ודאי שיש מקום לאזן זכות זו של הנאשם, מקום שהוא מצביע על טעם מהותי שבעטיו ישנה חשיבות לעיון בראיית המקור דווקא להבדיל מעותק שלה, לבין שיקולי התביעה שמתנגדת לעיון כאמור.

18. לסוגיה ייחודית זו, שעניינה זכות העיון בפלט מחשבים במקור או בהעתק מתוכנו נדרש המלומד קוזלובסקי בספרו:

"דומני כי במרבית המקרים יסתפקו בעלי-דין בפלט של המסמכים האלקטרוניים ולא יעמדו על זכותם לעיון במסמך האלקטרוני במקור. בהעדר חשד לשיבוש בתוכנו של המסמך או לשינוי בו לא יטריח עצמו בעל-דין לעיון במערכות המחשב של הצד שכנגד. ואולם, במקרים מסוימים תהא חשיבות לעיון במסמך האלקטרוני המקורי, וצד יעמוד על קיומו של עיון בדרך זו. טעם הדבר הוא שבמסמך האלקטרוני יכול להימצא מידע נוסף על המידע המצוי בפלט המופק מן המסמך האלקטרוני. מידע זה יכול, במקרים מסוימים, להיות בעל חשיבות להליך המשפטי. קרי: קובץ המחשב ממנו מופק הפלט כולל מידע שאינו נכלל בפלט המודפס מן הקובץ, ומידע זה יכול לשפוך אור על טענות שונות הקשורות במסמך." (נמרוד קוזלובסקי **המחשב וההליך המשפטי ראיות אלקטרוניות וסדרי דין** 141-144 (2000)).

אמרו אפוא: כי, ככלל, ניתן להסתפק בהעתק תוכנו של פלט המחשב. אולם מקום שבו העלתה ההגנה טענות שבעטיין עותרת היא לעיין בראיית המקור, דהיינו במחשב, ראוי לו לבית המשפט לבחון את מכלול השיקולים העומדים על הפרק ולאזן ביניהם. יש לבחון את הפגיעה שעלולה להיגרם לבעל המחשב ובכלל זה הפגיעה בפרטיותו, ולאזנה אל מול התועלת, שעליה מצביעה ההגנה, שתופק כתוצאה מעיונה בראיית המקור-המחשב. על מסגרת איזונים זו עומד קוזלובסקי בספרו –

"במובחן מהקניית זכות עיון במסמך פלוני או בקבוצת מסמכים מוגדרת, הקניית זכות עיון במחשב מקנה למעיין אפשרות לצפות גם במסמכים אחרים המצויים במערכת המחשב, ואם מעתיק הוא מסמכים יכול הוא – בשגגה או שלא בשגגה - להעתיק גם חומר שאינו רשאי לעיין בו... אשר-על-כן הכירו בתי המשפט בצורך להגן על בעל המידע מפני עיון והעתקת יתר. לבית המשפט ישנה סמכות ליתן צו לעיון במסמכים 'במקום ובדרך שיראו לו', ובמסגרת סמכותו זו רשאי בית המשפט להתנות תנאים בדבר אופן ביצועו של העיון כך שתוקנה הגנה לבעל המידע מפני חשיפת המעיין לחומר שאינו זכאי להיחשף אליו... כך לדוגמא, רשאי בית המשפט לקבוע, כי העיון ייעשה בנוכחות עורכי הדין של שני הצדדים במועד ובמקום מוגדרים; שילווה לעיון איש טכני בלתי תלוי שיוודא כי לא מבוצעים העתקה או עיון במסמכים בלתי מורשים; שהעתקת הקבצים תבוצע על-ידי צד שלישי בלתי תלוי המקובל על הצדדים... כמו-כן יכול בית המשפט להתנות תנאים אחרים לעיון ולהעתקה ככל שאלה נדרשים בנסיבות העניין" (קוזלובסקי, 145-147).

איזון בין תכליות

19. מן העבר האחד, עומדת זכותו הדיונית של הנאשם לעיין בחומר החקירה, שבבסיסה הזכות "להעניק לנאשם הזדמנות מלאה להכין כראוי את הגנתו נגד האישומים המיוחסים לו" (בש"פ 3099/08 אברהמי נ' מדינת ישראל, פס" 6 (טרם פורסם, [פורסם בנבו], 23.2.2009)). זכות העיון וההעתקה הן, כאמור, זכויות דיוניות במהותן, אך תכליתן שמירה על זכות הנאשם להליך הוגן. מדובר בזכות ראשונה במעלה –

"בית משפט זה עמד לא אחת על מעמדה הרם של זכות העיון ועל החשיבות היתרה הנודעת לה למימוש הזכות למשפט הוגן; ואף נקבע כי מעמדה הנעלה מביא אותה להימנות 'עם זכויות המסד של הנאשם במקומנו'... זכות זו נגזרת מזכות היסוד של הנאשם לחירות אישית, ממנה נובעת זכותו לנהל את הגנתו תוך הכרת מלוא חומר

החקירה הקיים בעניינו כדי להבטיח משפט הוגן. " (עניין **קרוכמל** לעיל).

יש הסוברים כי זכות זו זכתה למעמד של זכות חוקתית, מכוחו של **חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו** (בש"פ 8706/07 **מדינת ישראל נ' פלוני**, פס" 8 (לא פורסם, [פורסם בנבו], 27.11.07) והאסמכתאות שם).

מן העבר האחר, ניצבת הזכות לפרטיות של בעלי המחשבים והטלפונים הניידים. נטען כי זכותם לפרטיות של בעלי המחשבים והטלפונים הניידים עלולה להיות מופרת בעת פתיחת המכשירים וחיבורם לרשת הסלולארית; פתיחתם עלולה גם לגרום לשינויים בראיות ולחשיפת מידע פרטי ואישי. שיקול נוסף שעליו הצביעה התביעה עניינו בצורך לשמור על שלמות הראיות. התביעה טענה, כאמור, כי עם פתיחת המחשבים עלולה להיות פגיעה בזיכרון של המחשבים (זיכרון זמני וזיכרון המצוי במערכת ה"פלט-קלט"); הדלקת הטלפונים הסלולאריים והתחברותם לרשת הסלולארית עשויות להוביל לכניסתם של מסרונים חדשים ובתוך כך למחיקתם של מסרונים קיימים, שינויים שיש בהם כדי לפגוע בחומר הראיות, על-ידי שינויו, לפגוע בשלמות החקירה ובירידה לחקר האמת.

בעניין **להב** עמד בית המשפט העליון בפני הצורך לאזן בין זכותו של נאשם לעיין בחומר חקירה לבין הפגיעה בזכות לפרטיות וכך קבע:

"הלכה היא, כי זכותו של הנאשם למשפט הוגן היא שיקול מכריע כאשר נבחנת בקשתו לחשיפת חומר חקירה. בפני זכות זו של הנאשם נסוגים, בדרך כלל, השיקולים הנוגדים שעניינם ההגנה על פרטיותם של העדים ... על בית המשפט לבחון אם אמנם קיימת פגיעה בזכותו של הנאשם למשפט הוגן ומנגד, מה מידת הפגיעה באינטרסים ובזכויות של צדדים אחרים הראויים להגנה. אמת המידה המרכזית לבחינה זו תהא חשיבות החומר שחשיפתו מתבקשת להגנת הנאשם: '... בכל מקרה תיבחן זיקתו של החומר לאישום ולנאשם ותיבחן האפשרות הסבירה כי תהיה בו תועלת להגנת הנאשם.' (בג"ץ היומנים, פסקה 13 לפסק הדין). " **בש"פ 7995/05 להב נ' מדינת ישראל**, בפס" 12 (לא פורסם, [פורסם בנבו], 10.10.2005); בהקשר זה ראו גם: **בש"פ 2043/05 מדינת ישראל נ' זאבי** (לא פורסם, [פורסם בנבו], 15.9.2005).

בעניין **שוורץ** נדרש, כאמור, בית המשפט העליון לשאלת זכותו של נאשם לעיין בחומר חקירה ובכלל זה חומר חקירה חפצי, אשר קיימת סכנה, כי יתכלה במהלך

בדיקתו במעבדה – בדומה לחשש שמעלה התביעה הצבאית במקרה דנן מפני הפגיעה בשלמות הראיות:

"השאלה העומדת על הפרק כעת, הינה האם זכות העורר לעיון בחומר חקירה מחייבת, כי המוצגים יועברו פיזית לידיו בכדי שיוכל לבדוק אותם באופן עצמאי?
... חרף הפסיקה העניפה שהתפתחה בארץ סביב השאלה מהו 'חומר חקירה', ניתן להצביע על פסקי-דין בודדים בלבד הנוגעים להעברת חומר ראיות, שאינו כתוב או מוקלט, לחזקתו של הנאשם. יש לזכור, כי בניגוד לחומרים מתועדים או לקלטות וידאו ושמע, הניתנים להעתקה ולשכפול, קיים חשש, כי העברת הראיות החפציות המקוריות לידי הנאשם עשויה להביא, אף שלא במתכוון, להשמדת מוצגים אלו, ובכך לפגוע בסיכוי התביעה להוכיח את אשמת הנאשם. דברים אלו ודאי נכונים, מקום בו מועברות ראיות חפציות לחזקתו של הנאשם לזמן ממושך ושלא תחת השגחת נציגי התביעה... יש להניח, כי המונח 'חומר חקירה', כהוראתו בסעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי, אינו מצומצם לחומרים כתובים בלבד, אלא פורש כנפיו גם על ראיות חפציות נוספות, שנאספו על-ידי הגוף החוקר והועברו לתביעה לצורך הגשת כתב אישום... חפצים אלו יכול ויהיו למשל קלטות וידאו או שמע... וכן מוצגים מוחשיים אחרים, הנמצאים ברשות התביעה. לאור הרציונאלים החשובים העומדים בבסיס הזכות לעיון בחומר החקירה, ... איני רואה כל סיבה שלא לקבוע כי באופן עקרוני ראיות חפציות באות אף הן בגדר המונח 'חומר חקירה', וכי יש להעמידן, **בכפוף לתנאים שונים שיבטיחו את השמירה עליהן, לבדיקת הנאשם.**" (בש"פ [4077/06 שורץ נ' מדינת ישראל](#) (טרם פורסם, [פורסם בנבו], 11.6.06).

בעניין **שורץ**, אף הכיר בית המשפט העליון בכך שזכות הנאשם להליך הוגן מצדיקה, כי "תינתן לו האפשרות לבצע בדיקות עצמאיות של המוצגים הנמצאים בידי התביעה". בואר כי ההחלטה האם לאפשר לנאשם ביצוע בדיקות עצמאיות "נבחנת על-פי הנסיבות הפרטניות של כל מקרה ומקרה, וזאת בכפוף לכך שהבדיקה הנדרשת עשויה לתרום להגנת הנאשם". באותו עניין מצא בית המשפט העליון לאזן בין זכות הנאשם לקבל לידיו את חומר החקירה לבדיקה עצמאית, לבין החשש מפגיעה ביכולת התביעה לקיים חקירה נאותה והבטחת איכות הבדיקה ומניעת התכלות המוצגים, בדרך של "חתירה אל פיתרון מידתי". הפתרון המידתי בנסיבות אותו מקרה היה העברת החומר לבדיקה במעבדה חיצונית מקצועית בארצות הברית. נקבע כי "שליחת החומר לבדיקה במעבדה מקצועית ובלתי תלויה מהווה איזון ראוי בין זכות הנאשם להליך הוגן, לבין האינטרסים של המשיבה" (לפסיקה נוספת שבה נמצא פתרון המאזן בין זכות הנאשם להליך הוגן לבין הגנה על

אינטרסים אחרים, כגון הזכות לפרטיות ראו גם: [בש"פ 8706/07 מדינת ישראל נ' פלוני](#) (לא פורסם, [פורסם בנבו], 27.11.07); [בש"פ 6695/11 מדינת ישראל נ' פלוני](#) (טרם פורסם, [פורסם בנבו], 27.9.11).

מן הכלל אל הפרט

20. מהם השיקולים הקונקרטיים שהציגו הצדדים במקרה דנן? הסנגור הדגיש את זכותו לעיין בראיית המקור משום החשש הכבד כי ההעתיקים שהוצגו לו אינם מדויקים. הסנגור הצביע על שורת אי-התאמות בין ההעתיקים שנמסרו לידיו לבין תוכן הראיות, המבססים חשש זה. מבלי לחשוף את קו הגנתו ביקש הסנגור לעיין בראיית המקור משום שהוא סבור שיש בכך כדי לסייע בגילוי האמת ולקעקע את מהימנות הראיות שמהן נבנתה התביעה. אכן, העמדת ראיית המקור לעיון ההגנה, על מנת להבטיח כי ביסוד ההליך עומדות הראיות המהימנות והמדויקות מהווה טעם מהותי. כאן, כזכור, לא הייתה מחלוקת כי העתק התוכן שהועבר להגנה אינו מלא או אינו מדויק. אי-דיוקים ראייתיים או כשלים בתפקוד הרשות החוקרת יכולים לסייע בידי ההגנה להעמיד טענות כבדות משקל שעניינן חוסר מהימנות הראיות או מחדלי חקירה. העובדה כי ה"תוכן המשני" שבראיות שהועבר לעיון ההגנה אינו מלא, מעלה אפשרות כי בחיפוש יתגלו חומרים נוספים שעשויים לסייע בהגנת הנאשמים. משכך ניתן יהיה לטעון, ובצדק, כי אי-מתן אפשרות למבקש לבצע בדיקות עצמאיות בחומר הראיות הגולמי, מביאה לפגיעה בזכות להליך הוגן. התביעה, מצידה, הביעה חשש לפגיעה בפרטיות צדדים שלישיים. ברם, ההגנה הצהירה כי אין לה עניין בהפרת פרטיותם של הנוגעים בדבר ובכלל זה עיון בהודעות חדשות או בשיחות חדשות שעשויות להיכנס אגב ביצוע החיפוש בראיות, כתוצאה מן החיבור לרשת. כמו כן התביעה הצבאית הביעה חששה מפגיעה בראיות – חשש שניתן למזער על-ידי מינוי מומחה נייטרלי שיבצע את החיפוש בראיית המקור.

21. מלאכת האיזונים במקרה דנן מצריכה, אפוא, לחתור **לפתרון מידתי** שיבטיח מחד גיסא- את מימוש זכותם של הנאשמים להליך הוגן; ומאידך גיסא- את זכויותיהם של הצדדים השלישיים בפרשה בדרך של צמצום הפגיעה בפרטיותם וכן את האינטרס הציבורי המיוצג באמצעות התביעה הצבאית להבטיח שלא תהיה פגיעה בראיות וביכולתה של התביעה להביא את מלוא הראיות הצריכות לעניין. את זאת עשה בית הדין קמא בקובעו כי יש לאפשר להגנה עיון בראיות המקור תוך העמדת תנאים שיאינו, או לכל הפחות ימזערו עד מאוד, את החששות שהעלתה התביעה הצבאית. כך נקבע:

א. החיפושים במחשבים הניידים ובמכשירים הסלולאריים ייערכו ע"י חוקר מצ"ח, שאינו מעורב בתיק, ייאסר עליו לחשוף את תוצאותיהם.
 ב. ההגנה תוכל להציב מומחה מטעמה, אשר יהיה נוכח בעת החיפושים.
 ג. החוקר יתעד את תוכנם של רכיבי הזיכרון של המחשבים הניידים, בתחילת החיפוש ובסיומו, וכן יתעד כל פעולה הנעשית על ידו במהלך החיפוש במחשבים.
 ד. התיעוד שיערוך החוקר ותוצרי החיפושים לא יועברו לעיון התביעה."

עוד הוסיפה הערכאה קמא כי כונני המקור של המחשבים יופרדו מהמחשבים הניידים בעת החיפוש, כך ש"יוקפא תוכנם" והם ישוכפלו ויועברו לעיון ההגנה. פיתרון זה אכן מהווה איזון מידתי וראוי בין מכלול השיקולים הנוגעים בדבר ואני מוצא כי אין להתערב בו. למותר להדגיש, כי חזקה על עורכי החיפוש ועל הסנגורים שלא יעשו שימוש בתוצרי החיפוש באופן שיש בו כדי לפגוע בפרטיות הנוגעים בדבר ומעבר לדרוש לצורך הגנת המשיבים. חזקה על עורכי החיפוש כי לא יפיקו עותקים ממידע שהתקבל במכשירים במועד מאוחר למועד הגשת כתב האישום.

22. משנקבע כי ניתן להכיר בזכות ההגנה לעיין בראיות המקור, בתנאים ובהגבלות, כחלק מזכות היסוד של ההגנה לעיין בחומר חקירה; ומשנקבע כי יש להתבונן בהליך העיון וההעתקה של ההגנה במחשבים ובטלפונים הניידים כמצוי בגדריו של סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי, מאליו עולה כי יש להשיב **בשלילה** לטענת התביעה הצבאית בדבר זכותה לקבל לעיונה את תוצרי העיון וההעתקה האמורים. זכות העיון וההעתקה של חומר חקירה היא מזכויות היסוד של הנאשם ולא של התביעה, כך עולה סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי שלפיו "רשאים הנאשם וסניגורו, וכן אדם שהסניגור הסמיכו לכך, או, בהסכמת התובע, אדם שהנאשם הסמיכו לכך" לעיין בחומר החקירה. הזכות הדיונית לעיון בחומר חקירה נגזרת, כאמור, מן הזכות המהותית של הנאשם להליך הוגן (ראו: [בג"ץ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי באר שבע, פ"ד סא \(3\) 93 \(2006\)](#); [ע"פ 5121/98 טור' יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא \(3\) 93 \(2006\)](#); [מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו \(3\) 354, 375 \(2002\)](#); [בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט\(3\) 355, 421 \(1995\)](#); אריאל בנדור "סדר דין פלילי ודיני ראיות: התפתחויות בזכויות היסוד של האדם במשפט הפלילי הדיוני" **ספר השנה של המשפט בישראל 481 (1997)**).

לצד זכות זו של הנאשם לעיין בחומר חקירה, ניצבת דווקא חובת התביעה להעביר לעיונו את חומר החקירה (ראו: [בש"פ 10283/09 לדר נ' מדינת ישראל \(לא פורסם, \[פורסם בנבו\], 19.1.2010\)](#); [בש"פ 6521/09 פלוני נ' מדינת ישראל \(לא פורסם, \[פורסם](#)

בנבו), 7.9.09; [בש"פ 9305/08 פלוני נ' בי"ס אל מאמוניה לבנות](#) (לא פורסם, [פורסם בנבו), 3.12.08; יעקב קדמי **על סדר הדין הפלילי חלק שני 708** (מהדורה מעודכנת, 2003); וראו גם סעיף 77(א) לחוק סדר הדין הפלילי שעניינו דינן של ראיות שהתביעה **לא** העבירה לעיון ההגנה). מקום שהתביעה תבקש לערוך השלמת חקירה או לעיין בחומר, היא תידרש לעשות זאת בדרכה שלה ובמנותק מהליך העיון וההעסקה שתבצע ההגנה.

23. סיכומם של דברים, הרשות החוקרת ערכה חיפוש במחשבים ובטלפונים הניידים לאחר שהוצא צו חדירה לחומר מחשב כדין בידי שופטי בית משפט השלום, שבחנו את מכלול השיקולים הצריכים לעניין ואיזונו ביניהם. החיפוש הניב ראיות רלבנטיות ולכן המחשבים והטלפונים הניידים הועברו לידי התביעה. ברי כי התביעה מעיינת בראיות גופן – במחשבים ובטלפונים הניידים – ו"מדפדת" בהן, בעת ההחלטה האם להגיש כתב אישום, בתהליך עריכת כתב האישום, וכן בהכנות לקראת ניהול המשפט גופו. לפי ש"דפדופים" אלה לא הצריכו הוצאת צו חדש, שכן הם נובעים מן הצו המקורי שהוצא על ידי שופטי בית משפט השלום, כך גם מימוש זכותה של ההגנה לעיין בראיות אלה, במסגרת זכות העיון בחומר חקירה, אינו מחייב הוצאת צו חדש. אין מדובר בחיפוש חדש שמטרתו להניב ראיות חדשות, אלא בעיון במה שמצוי ממילא בידי התביעה, שנתפס קודם, במסגרת הצו שניתן. על כן, אין נדרש לפנות לבית משפט השלום ולקבל צו חיפוש חדש, כדי לאפשר להגנה לעיין במחשבים ובטלפונים.

24. **ערעור התביעה נדחה, אפוא.** החלטת בית הדין קמא תעמוד בעינה.

ניתנה היום, ט"ז בכסלו התשע"ב, 12 בדצמבר 2011, בלשכה ותועבר לצדדים על ידי המזכירות.

דורון פיילס, תא"ל
 המשנה לנשיא בית הדין הצבאי
 לערעורים

חתימת המגיה: _____

העתק נאמן למקור
רס"ן מורן זלקוביץ'

מ"מ ק' בית הדין

תאריך: _____

דורון פילס 54678313-60/11

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה