



בבית המשפט העליון

בש"פ 6155/21

בש"פ 6413/21

כבוד השופט י' עמית

לפני :

משה זינו

העורר :

נ ג ד

מדינת ישראל

המשיבה :

בש"פ 6155/21: ערר על החלטת בית המשפט המחוזי באר
שבע בתיק בע"ח 3800-04-21 שניתנה ביום 9.8.2021 על
ידי כבוד השופט נ' אבו טהה

בש"פ 6413/21: ערר על החלטת בית המשפט המחוזי באר
שבע בתיק מ"ת 10032-01-21 שניתנה ביום 30.8.2021 על
ידי כבוד השופט נ' אבו טהה

כ"ח בתשרי התשפ"ב (4.10.2021)

תאריך הישיבה :

עו"ד איתמר סיון, עו"ד נועם בונדר
עו"ד חיים שוייצר

בשם העורר :
בשם המשיבה :

החלטה

שני עררים מאוחדים שעניינם בטלפון הסלולרי של העורר-הנאשם ושל מתלוננת
בעבירת מין.

רקע עובדתי

1. כנגד העורר וכנגד ארבעה אחרים, הוגש כתב אישום הכולל שלושה אישומים.
האישום העיקרי בכתב האישום מייחס לחמשת הנאשמים אינוס קבוצתי של המתלוננת.
על פי כתב האישום, המתלוננת קיימה יחסי מין בהסכמה עם העורר, אך לאחר מכן נכנסו
הנאשמים האחרים לחדר, ואנסו אותה בניגוד לרצונה, בעוד העורר שוהה בחדר, מתעד
את האירוע בטלפון הנייד ומעודד את האחרים בקריאות כלפי המתלוננת. לאחר האינוס
הקבוצתי המתואר בכתב האישום, ובמשך כשבועיים ימים, שהתה המתלוננת יחד עם
העורר ונאשם נוסף בדירה ובמקומות נוספים, ופגשה גם שניים מהנאשמים הנוספים.
במהלך אותם שבועיים, העורר ושלושת הנאשמים הנוספים סיפקו למתלוננת סמים מדי
יום ועל כך נסב האישום השני בכתב האישום. על פי האישום השלישי, בתום השבועיים,

כאשר העורר והמתלוננת שהו בדירה אחרת עם שני חברים נוספים, העורר ביצע במתלוננת מעשה סדום בניגוד להסכמתה והכה אותה באגרופיו.

2. האירועים המתוארים לעיל התרחשו בחודש יוני 2020, והמתלוננת הגישה את תלונתה כנגד העורר והנאשמים האחרים בחודש דצמבר 2020, כחצי שנה לאחר מכן. המתלוננת סיפרה במשטרה, בין היתר, כי תכננה לעשות לעורר "כיפה אדומה", אך לבסוף חזרה בה, והסתפקה בכך שהפתיעה את העורר וריססה אותו בגז מדמיע.

באופן חריג, המשטרה עתרה וקיבלה צו לפי סעיף 23 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969, המאפשר לה לחדור לטלפונים הסלולריים של המתלוננת. למרות זאת, החוקרת שחקרה את המתלוננת בחרה שלא לעשות שימוש בצו. במזכר שנכתב על ידי החוקרת, הוסבר כי מאחר שפריקת הטלפון הייתה אמורה לארוך שעות, והמתלוננת כבר סיימה למסור עדות לאחר יום ארוך של חקירות, "החלטתי להשיב לה את מכשיר הפל' חרף העובדה שלא נפרק במלואו וזאת כי המתלוננת הייתה בסערת רגשות עזה בנסיבות המקרה וכן לאחר חקירות ממושכות וביקשה את הפל' לידיה, השיקול היה בין היתר לשמור על יחסי אמון עימה והמשך שיתוף פעולה".

המתלוננת סירבה למסור את הטלפונים הסלולריים שלה לבדיקה בטענה לפגיעה בפרטיותה. עם זאת, במהלך חקירתה, הסכימה למסור צילומי מסך של תכתובות בינה לבין העורר. המתלוננת אף סיפרה בכנות כי ביקשה לפגוע בעורר והמציאה תכתובות בינה לבין חברתה בנוגע לכך. גם לאחר סיום חקירתה במשטרה, המתלוננת שלחה לחוקרת חומר רב מהטלפון הסלולרי שלה, כולל חומר שלכאורה עומד בניגוד לאינטרס שלה, ובין היתר: תמונות שלה עם העורר ועם נאשם אחר, כשהיא חשופת חזה, לאחר שתיית אלכוהול ושימוש בסמים; תמונה שלה מחובקת עם העורר, כשבועיים לאחר האינוס הקבוצתי; הקלטות בינה לבין אחיו של העורר; ותכתובות בינה לבין העורר. כל אלה הועברו לעורר, ובנוסף, המציאה התביעה לעורר מחקרי תקשורת בין הטלפון הסלולרי של המתלוננת לבין הטלפון שלו.

בש"פ 6155/21

3. העורר עתר לקבל, באופן גורף, את כל המידע משלושת הטלפונים הסלולריים של המתלוננת. בית משפט קמא דחה את בקשתו, לאחר שלא מצא כי העורר הצביע על פגיעה קונקרטית שתיגרם להגנתו, שיש בה כדי להצדיק מתן צו חדירה כללי לטלפונים הסלולריים של המתלוננת.

4. על החלטה זו נסב הערר שלפני (בש"פ 6155/21), שבמסגרתו חזר העורר ועתר לקבל את כל החומר שבטלפונים של המתלוננת. לטענת העורר, משעתרה המשטרה וקיבלה צווי חדירה למכשירי הטלפון של המתלוננת, אך נמנעה מלבצע את הצו, יש מקום לבצע כיום את הצו ולמסור לו את כל החומרים שיופקו מהטלפונים. מה גם שהמתלוננת עצמה סירבה למסור למשטרה את הקוד הסודי הנדרש לפתיחת מכשירי הטלפון בטענה לפגיעה בפרטיותה.

לטענת העורר, בהינתן שהמתלוננת התלוננה בעבר פעמיים על אונס, פעם בפני המשטרה ופעם בפני גורם אחר, אך לאחר מכן הודתה כי שיקרה וחזרה בה מתלוננתה; בהינתן כי המתלוננת אישרה כי מחקה את התכתובות בינה לבין העורר; ובהינתן שהמתלוננת המשיכה לבלות עם העורר גם לאחר האינוס הקבוצתי והמשיכה לעמוד עמו בקשר מספר חודשים לאחר מכן עד להגשת התלונה – בהינתן כל אלה, יש כדי להצדיק את בקשתו לקבל את כל החומר שנמצא בטלפונים הסלולריים שברשות המתלוננת.

בש"פ 6413/21

5. העורר עתר להחזיר לו את הטלפון הסלולרי שלו שנתפס על ידי המשיבה. נטען כי המשיבה לא הצליחה לחדור לטלפון שלו, לאחר שסירב למסור את קוד הכניסה למכשיר, כך שאין טעם שהטלפון יישאר ברשות המשיבה כ"ברזל" נטול ערך ראייתי כלשהו, שלא ניתן להפיק ממנו כל ראיה.

בית משפט קמא דחה את בקשת העורר להשבת הטלפון התפוס, מאחר שלטענת המשיבה, בטלפון קיימות ראיות לביצוע העבירות המיוחסות לעורר ולאחרים בכתב האישום. הכוונה בעיקר לאינוס הקבוצתי, שלטענת המתלוננת תועד על ידי העורר בטלפון, כך שגם מדובר בחומרים שאסורים בהחזקה.

6. על החלטה זו נסב הערר דנן (בש"פ 6413/21), שבגדרו חזר העורר וטען כי אין כל תכלית ראייתית להחזקת הטלפון. נטען כי מאחר שניסיונותיה של המשיבה לחדור לטלפון נכשלו, ומאחר שהמכשיר עצמו אינו ראיה, גוברת זכותו הקניינית של העורר. עוד נטען, כי לא ברור כלל באיזה מכשיר צולם האירוע, אם בכלל, וכי גם אם צולם האירוע, לא ברור אם הסרטון נשמר כיוון שחלפה כחצי שנה מאז התרחש האירוע ועד תפיסת המכשיר.

7. הלכה עמנו, כי יש להישמר מפגיעה בפרטיותה של מתלוננת בעבירות מין, וכי הפעלת סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: החסד"פ), בכל הנוגע לחומרים הקשורים למתלוננת בעבירות מין, צריכה להיעשות בזהירות ותוך איזון בין האינטרסים המתנגשים (להרחבה בנושאים אלה ראו יצחק עמית חסיונות ואינטרסים מוגנים – הליכי גילוי ועיון במשפט האזרחי והפלילי שער שלישי בפרק כ': "פסיכותרפיסט/מטפל-נפגעת תקיפה מינית" 675-679, ובפרק כ"א: "פרטיות ונפגעת עבירות מין" 681-700 (2021) (להלן: עמית, חסיונות ואינטרסים)).

ברי, כי הדרישה של העורר לחשיפה של כל החומר בשלושת הטלפונים הסלולריים של המתלוננת, היא בקשה גורפת שאין לה שיעור ואין לה מידה, והיא פוגעת הרבה מעבר לנדרש בפרטיותה של המתלוננת. מכל מקום, וכפי שהובהר על ידי המשיבה, למעשה רק אחד מהטלפונים הוא הרלוונטי לעניינו, כאשר שני הטלפונים האחרים הם טלפונים חדשים שהמתלוננת לא עשתה בהם שימוש בתקופה הרלוונטית.

8. כאמור, אחת הסיבות בגינן מבקש העורר צו גורף לחדור לטלפונים הסלולריים של המתלוננת, היא הטענה שהמתלוננת מחקה התכתבויות בינה לבין העורר. מטבע הדברים, התכתבויות אלה ניתן למצוא בטלפון הסלולרי של העורר, ומכאן התמיהה מדוע מבקש העורר כי החומר ישוחזר דווקא מהטלפון הסלולרי של המתלוננת ולא מהטלפון שלו. למקרא העורר, סברתי תחילה כי טענתו של העורר היא כי כפי שהמתלוננת סירבה למסור את החומר שבטלפון שלה בשל הפגיעה בפרטיותה כך יש לנהוג גם כלפיו. אלא שהעורר הוא הנאשם וככזה מעמדו אינו כשל המתלוננת, ואין מקום ל"שוויון" מלאכותי ביניהם.

בתשובה לתמיהה מדוע העורר אינו ממציא את התכתובות בינו לבין המתלוננת, הסבירו באי כוחו של העורר כי הטלפון הסלולרי של העורר נתפס על ידי המשטרה, אך העורר מסרב למסור את קוד הפתיחה של הטלפון שלו, מחשש מפני הפללה עצמית והפללה של אחרים, בנושאים שאינם נוגעים לאישומים בכתב האישום. במהלך הדיון התברר כי המשטרה אכן לא הצליחה לחדור לטלפון הסלולרי של העורר, אך לטענתה, בדעתה לשוב ולבחון את האפשרות לפרוץ למכשיר.

9. במאמר מוסגר: שני הצדדים יצאו מנקודת הנחה כי חשוד בפלילים רשאי לסרב למסור את הסיסמה למחשב או לטלפון הסלולרי שלו מכוח זכותו לחיסיון מפני הפללה עצמית. משכך, איני רואה לדון בסוגיה זו, הראויה לדיון נפרד, ואפנה לדברים הבאים:

"שאלה שהולכת ותופסת את מקומה בעידן הטכנולוגי של היום היא אם החיסיון מפני הפללה עצמית עומד לחשוד אשר נדרש על ידי החוקרים לפתוח את הנעילה של המכשיר הסלולרי שלו [...] דומה כי יש טעם בטענה שהרציונלים שמצדיקים את החיסיון מפני הפללה עצמית יחולו גם על ראיות שנמצאות בתוך המכשיר הסלולרי של הנחקר, ולכן רשאי הנחקר לסרב לסייע לחוקרים לפתוח את המכשיר הסלולרי שלו – בין אם מדובר במסירת הקוד, בטביעת אצבעו, בהצבת פניו אל מול הטלפון הסלולרי כאשר מנגנון הנעילה מבוסס על זיהוי תווי פנים או במסירת הסיסמה לחשבון הדואר האלקטרוני שלו. הטענה היא שאם החיסיון מפני הפללה עצמית חל על מסמכים המצויים במכשיר הסלולרי, אזי הוא אמור לחול גם על הסיסמה שבאמצעותה ניתן להגיע למסמכים אלה.

מנגד, ניתן לטעון כי הכרה בזכותו של חשוד לסרב לפתוח את נעילת הטלפון הסלולרי שלו נוגדת את שנפסק בעניין חורי ובעניין קריב, כי על הנחקר לשתף פעולה עם חוקריו ולאפשר בדיקת 'טבילת ידיים' או להשתתף במסדר זיהוי. אלא שניתן להבחין בין הדברים. הלכות קריב וחורי עוסקות באמצעים שהם בגדר 'חיפוש חיצוני' כהגדרתו בסעיף 1 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו-1996. חיפוש חיצוני נועד לאתר ראיה שיש לה קיום עצמאי והיא עומדת על רגליה שלה, ואשר מבססת את ביצוע העבירה או קשר אליה. לא כך באשר לקוד הנעילה של הטלפון הסלולרי, שעצם מסירתו יוצר מידע שלא היה ניתן להשגה בדרך אחרת, ושהוא כשלעצמו אינו מוכיח ביצוע עבירה או קשר לעבירה.

אם נקבל את הדעה שחשוד רשאי לסרב לשתף פעולה בפתיחת הטלפון הסלולרי שלו, וכך אנו סבורים, הרי שבית המשפט יוכל לזקוף לחובתו את הסירוב, כפי שהוא רשאי להסיק משתיקת חשוד. לדיון מפורט בסוגיה זו ראו אצל ויסמונסקי ואיתן שם מובאת הטענה כי הדרך הראויה להתמודד עם האתגר הייחודי שמציבה טכנולוגיית ההצפנה של מידע דיגיטלי היא שינוי אופיו של החיסיון מפני הפללה עצמית לחיסיון יחסי, כך שבית המשפט יוכל לקבוע בכל מקרה לגופו אם ראוי לחייב נחקר למסור את הסיסמה או את אמצעי הזיהוי למידע המוצפן שלו" (עמית, חסיונות ואינטרסים, בעמ' 889).

וראו בהקשר זה: הצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – המצאה, חיפוש ותפיסה), התשע"ד-2014; אסף הרדוף "כשאתה אומר כן, למה אתה מתכוון? על טכנולוגיה אינטימית, אוטונומית החשוד ואופורטוניזם משפטי: חדירה לטלפון נייד ב'הסכמת' החשוד" הסניגור 4 224 (2015); יגאל בלפור וגיל שפירא "ונשמרתם לאצבעותיכם: חובתו של חשוד לסייע לחיפוש במכשיר סלולארי ושימוש בכח לשם פתיחת מכשיר הנעול באמצעות טביעת אצבע" הסניגור 4 267, 8-11 (2019); חיים ויסמונסקי ועמוס איתן "השימוש בכוח סביר לשם התגברות על הגנת סיסמה והצפנה: הצדקות וביקורת" הסניגור 4 268 (2019). כן ראו חיים ויסמונסקי חקירה פלילית במרחב הסייבר 216, 265 (2015); חיים ויסמונסקי ועמוס איתן "החיסיון מפני הפללה עצמית: בחינה מחודשת בראי הטכנולוגיה" משפטים נא (צפוי להתפרסם ב-2021). למצב המשפטי בארצות הברית בנוגע לפתיחת המכשיר הסלולרי על ידי זיהוי ביומטרי כמו פניו של החשוד או אצבעו ראו עמית, חסיונות ואינטרסים, בעמ' 906.

10. הנה כי כן, בשל טענה לחיסיון מפני הפללה עצמית מבקש העורר למצוא את החומר המבוקש על ידי חדירה לטלפון של המתלוננת. כאמור, המדובר בבקשה גורפת שלא ניתן להיעתר לה. עם זאת, ברי כי בנסיבות שתוארו לעיל, יש רלוונטיות לתכתובות שבין המתלוננת לבין העורר. לפנינו התנגשות בין החיסיון מפני הפללה עצמית לבין זכות המתלוננת לפרטיות.

11. המשטרה אינה מחזיקה בטלפון של המתלוננת, וככל שיש חומרים רלוונטיים נוספים שהמתלוננת לא המציאה, הם אינם בתיק החקירה. אחד המבחנים לבחינת רלוונטיות של חומר להגנתו של הנאשם, הוא ההבחנה בין חומר שנמצא בתיק החקירה לחומר שאינו בתיק החקירה. כך, בבש"פ 9322/99 מסארווה נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 376, 382 (2000) (להלן: עניין מסארווה), נקבע כי ההנחה היא שכאשר נעשות פעולות חקירה באופן ענייני ובתום לב, החומר אינו נשאר בידי גורמי החקירה מאחר שלא נמצא על ידיהם כרלוונטי לחקירה. משכך, הוא אינו חלק מתשתית האישום שמפניו על הנאשם להתגונן, ועל כן אין לראות בו "חומר חקירה" כמשמעותו בסעיף 74 לחסד"פ. בבש"פ 194/21 יוגב נ' מדינת ישראל (25.1.2021) אף נאמר כי "המדינה חייבת לתת לנאשם רק את מה שיש לה, ולא את מה שאין לה; ולנאשם אין שום זכות להשלמת חקירה". כשלעצמי, אסתייג מאמירה גורפת זו, וגם מעניין מסארווה אין להסיק כי הימצאות החומר בתיק החקירה היא מבחן קונקלוסיבי. ניתן לומר, כי הפסיקה קבעה מעין חזקה, הניתנת לסתירה, שלפיה חומר שאינו בתיק החקירה איננו "חומר חקירה" (עמית, חסיונות ואינטרסים שער שני בפרק ח: "בין חומר שבתיק החקירה לחומר שאינו בתיק החקירה", בעמ' 229-231). מטעם זה, הצענו בבש"פ 8252/13 מדינת ישראל נ' שיינר, פ"ד סו(3)

442, 456 (2014) (להלן: עניין שיינר) מבחן טכני כנקודת מוצא לדיון: אם החומר נמצא בידי התביעה – יחול סעיף 74 לחסד"פ, ואם החומר אינו בידי התביעה – יש להעדיף את המסלול של סעיף 108 לחסד"פ.

12. במקרה דנן, ומבלי לקבוע מסמרות, דומה כי יש ברשות המתלוננת חומר שעשוי להיות רלוונטי להגנת העורר, והדברים עולים מהחומרים שהמתלוננת עצמה העבירה לחוקרת. מכאן, שנסתרה החזקה שאי הימצאות החומר בתיק החקירה מצביעה על כך שאין מדובר ב"חומר חקירה". ברם, אין משמעות הדבר כי מטעם זה המסגרת הראויה לדיון היא סעיף 74 לחסד"פ. בעניין שיינר הצענו מבחן טכני נוסף, ולפיו, כאשר הראיה אינה בתיק החקירה וכנגד זכות העיון של הנאשם ניצבים אינטרס מוגן או חיסיון, אם סטוטורי או יציר הפסיקה, יש להעדיף את המסלול של סעיף 108, ולו על מנת לאפשר זכות טיעון לצד שעלול להיפגע מחשיפת החומר. כל אחד משני אלה וצירופם יחדיו – אי-הימצאות החומר בידי התביעה וקיומו של חיסיון או אינטרס מוגן – אף יוצרים מעין "מכפיל כוח" המביא למסקנה המחייבת את בירור הבקשה בהליך לפי סעיף 108 (בש"פ 2565/17 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 12 (11.5.2017)).

13. בנקודה זו אעיר כי קו התיחום בין סעיף 74 לסעיף 108 לחסד"פ אינו תמיד ברור, ולעיתים קרובות הוא נתון למחלוקת עזה בין ההגנה לתביעה, מטעמים שונים שאיני רואה להרחיב הדיון בהם (להבחנה בין שני הסעיפים ולנפקאויותיה ראו עניין שיינר; עמית, חסיונות ואינטרסים, שער שני בפרק י"ב: "בין סעיף 74 לחסד"פ לבין סעיף 108 לחסד"פ", עמ' 263-280). אחת הנפקאויות להבחנה בין שני הסעיפים, היא העובדה שבבקשות לפי סעיף 74 לחסד"פ דן שופט שאינו דן בתיק. לטעמי, כחלק מהרפורמה הנדרשת בהליך הפלילי, רצוי כי גם בקשות לפי סעיף 74 יידונו בפני השופט שדן בתיק העיקרי, ושלא גם הגיעה העת לאחד בין סעיף 74 לסעיף 108. לכך יתרונות רבים, כגון האפשרות לעיין בחומר על אתר על מנת לבחון את הרלוונטיות של החומר, אם יש מקום להעביר את החומר להגנה, ובמקרים המתאימים אף להורות על השלמות חקירה בדרך של תפיסת חומרים רלוונטיים נוספים. לא נעלם מעיני כי איחוד הסעיפים מעורר קושיות ובעיות שונות, כמו לעניין זכות הערר שאינה קיימת על החלטות שניתנו לפי סעיף 108.

מכל מקום, אם בקשות לפי סעיף 74 לחסד"פ יידונו בפני השופט שדן בתיק, הדבר ימנע את התופעה של עיכוב רבתי בשמיעת התיק העיקרי בשל בעיות הקשורות בסעיף זה, בשל הגמישות שנתונה לבית המשפט שדן בתיק העיקרי. כך, בית המשפט יהיה רשאי לדחות את ההכרעה בבקשה ולהחליט כי הבקשה תידון במסגרת סעיף 108

בתחילת הדיון, או במהלך הדיון או בסופו, לאחר שתישמע עמדת הצד השלישי ולאחר שכל בקעת המחלוקת תעמוד בפני בית המשפט.

14. ומהתם להכא.

המקרה דנן מתאים לדיון במסגרת סעיף 108 לחסד"פ בפני מותב השופטים שדן בתיק העיקרי, ולו על מנת לשמוע תחילה את המתלוננת ואת עמדתה. בדרך זו, גם יתאפשר לבית המשפט לעיין תחילה בחומר על מנת לקבל החלטה מושכלת. בנוסף, וככל שלא יעלה בידי המשטרה "לפצח" את הטלפון הסלולרי של העורר, ייתכן שבמהלך הדיון יעלו הצעות מעשיות שונות שיהא בהן כדי לפתור את הסוגיה. כך, לדוגמה, הצעתי כי גורם נייטרלי יפרוק מהטלפון של העורר כל חומר הקשור לכתב האישום בלבד, הצעה שהייתה מקובלת על העורר.

15. סוף דבר, שבקשת העורר לצו חדירה גורף לטלפונים הסלולריים של המתלוננת דינה להידחות. עם זאת, ביחס לטלפון הרלוונטי של המתלוננת, וביחס לחומר רלוונטי ספציפי, עומדת לעורר הזכות להעלות את בקשותיו לעיין בחומרים כאלה ואחרים במסגרת סעיף 108 לחסד"פ.

16. אני רואה להיעתר לבקשת העורר להשיב לו את הטלפון הסלולרי שלו. ראשית, מאמצי המשטרה לפרוץ לטלפון עדיין נמשכים. שנית, ועיקרו של דבר, קיים חשש כי הסרטון בו הנציח העורר, כטענת המתלוננת, את האינוס הקבוצתי, עדיין נמצא בטלפון. באיזון שבין הזכות הקניינית של העורר ורצונו העז לחזור ולהתאחד בחלוף כשנה עם מכשיר הטלפון שלו, לבין החשש למחיקת ראיה מהותית או חשש להפצת סרטון שיש בו כדי לפגוע אנושות במתלוננת או כדי לאיים עליה ולהפעיל עליה לחץ – כף המאזניים נוטה באופן חד-משמעי לכך שהטלפון יישאר בחזקתה של התביעה, עד להחלטה מה ייעשה בטלפון לאחר הכרעת הדין.

17. אשר על כן, ובכפוף לאמור לעיל לעניין סעיף 108 לחסד"פ – שני העררים נדחים.

ניתנה היום, ד' בחשון התשפ"ב (10.10.2021).

ש ו פ ט