



## בית משפט השלום בתל אביב - יפו

צ"ח 19-10-51782 להב 433 נ' .

צ"ח 19-10-51796 להב 433 נ' .

צ"ח 19-10-51791 להב 433 נ' .

צ"ח 19-10-51787 להב 433 נ' .

### לפני כבוד השופט עלאא מסארווה

מדינת ישראל

המבקשת:

#### נגד

המשיבים:

1. עופר גולן
2. יונתן אוריד
3. יוסי שלום
4. ישראל איינהורן

ב"כ המבקשת: עו"ד ד"ר חיים ויסמונסקי  
 ב"כ המשיבים 1 ו-2: עו"ד עמית חדד ונועה מילשטיין  
 ב"כ המשיב 3: עו"ד מאיר ארנפלד  
 ב"כ המשיב 4: עו"ד ליאור אפשטיין

### החלטה

1. מדובר בדיון חוזר עליו הורה כבוד בית המשפט העליון בגדרה של בקשת רשות ערר שהתקבלה ובעקבותיה ערר שהתקבל אף הוא, אך באופן חלקי, כך שהדיון הושב לבית משפט זה לשם "בירור הזיקה בין המידע שהושג בחיפוש המוקדם והלא חוקי לבין ראיות לכאורה לנחיצות הצווים".

2. בתמצית, מדובר בארבע בקשות לקבלת צווי חיפוש בחומר מחשב (מכשירי טלפון) נגד ארבעה חשודים בעבירה של הטרדת עד המדינה בתיק המכונה פרשת 4000 (מר שלמה פילבר). על פי הטענה, החשודים פעלו במסגרת תכנית מוגדרת ומאורגנת להטרדת עד המדינה בקשר עם גרסאותיו שנמסרו במהלך חקירת הפרשה. בנסיבות העניין, הוריתי על קיום דיון במעמד שני הצדדים. בדיון, ההגנה התנגדה לבקשות בטענה שלבקשות החיפוש קדם חיטוט בטלפונים הניידים של החשודים, וזאת ללא קבלת צו שיפוטי ובניגוד להוראות הדין. נטען כי החיפוש הלא חוקי המוקדם מהווה שיקול (מכריע) לחובת המבקשת ומטה את הכף בבירור לעבר דחיית בקשותיה.

3. לאחר דיון, במהלכו נחקרו נציגי היחידה החוקרת, ולאחר עיון בתיק החקירה ושמיעת טענות הצדדים, נעתרתי לבקשות תוך שהבהרתי שהחיפוש יהיה מפקוח,



## בית משפט השלום בתל אביב - יפו

צ"ח 19-10-51782 להב 433 נ' .

צ"ח 19-10-51796 להב 433 נ' .

צ"ח 19-10-51791 להב 433 נ' .

צ"ח 19-10-51787 להב 433 נ' .

מדויק וממוקד, ולאחר קביעת מנגנון מוגדר שעשוי לצמצם את הפגיעה בפרטיות החשודים.

4. ערר שהוגש לבית המשפט המחוזי הנכבד נדחה תוך הפנייה לפסיקה בנושא שיקול דעתו של בית המשפט בדיון בקשות למתן צווים בשלב לפני הגשת כתב אישום במקרים של פגמים חמורים שנפלו בחקירה. בית המשפט המחוזי הנכבד הפנה לפסיקה (בעניין יששכרוב ושמשי) אשר קובעת כי הכלל הוא שטענות בדבר פסילת הראיות שבאיסופן דבקה אי חוקיות יידונו בשלב ניהול המשפט ולא בשלב החקירה.

5. החשודים לא השלימו עם החלטות אלו והגישו בקשה לרשות ערר לבית המשפט העליון. בית המשפט העליון הנכבד קבע כי המקרה מעלה סוגיה בעלת חשיבות ציבורית רבה אשר טרם נדונה והוכרעה, ולכן קיבל את הבקשה לרשות ערר. נפסק כי מתעוררת בנסיבות התיק סוגיה עקרונית באשר להשלכות החיפוש המוקדם שבוצע שלא כדין במכשירי הטלפון הניידים על החלטה מאוחרת ליתן צו חיפוש באותם המכשירים. במילים אחרות, נדון האופן שבו חיפוש, אשר נעשה במחשב או בטלפון נייד שלא כדין ופגע בפרטיות הנחקר, עשוי להשליך על נכונות בית המשפט להיעתר לבקשה מאוחרת למתן צו חיפוש.

6. בית המשפט העליון קבע כי מתן צו חיפוש מבלי להתחשב בהשלכות החיפוש המוקדם על היקף הפגיעה בפרטיות שתיגרם לנחקר כתוצאה ממתן הצו, והותרת הדיון בפגם שנפל להליך העיקרי לא תוכל למנוע את הפגיעה הנוספת בפרטיות הנחקר בטרם התרחשה. משכך, נמצא כי בית המשפט הדן בבקשה לתן צו חיפוש הוא בעל היכולת הטובה ביותר למנוע או לצמצם פגיעה נוספת בפרטיות הנחקר – ויש לדון בהשלכות הפגם כבר במסגרת הבקשה למתן צו חיפוש.

7. עוד נפסק כי דווקא סבלנותו היחסית של המשפט הישראלי לראיות שהושגו שלא כדין במסגרת מחייבת הקפדה על זכויותיהם של נחקרים כבר בשלבי החקירה המוקדמים. האינטרס הציבורי שבמיצוי החקירה אינו חזות הכל – ולהגנה על הזכות לפרטיות של הצדדים והמעורבים בפרשה – חשיבות בלתי מבוטלת.



## בית משפט השלום בתל אביב - יפו

צ"ח 51782-10-19 להב 433 נ' .

צ"ח 51796-10-19 להב 433 נ' .

צ"ח 51791-10-19 להב 433 נ' .

צ"ח 51787-10-19 להב 433 נ' .

8. נקבע כי לנוכח שיקולים אלו יש לבחון את **מידת ההשפעה** של חיפוש מוקדם שלא

כדין על בקשה למתן צו חיפוש נוסף באותו מכשיר, באמצעות מבחן דו שלבי :

**בשלב הראשון** – יש לבחון אם קיימת זיקה בין המידע שאותר בחיפוש המוקדם שלא כדין לבין התשתית העובדתית שעל בסיסה מבוקש הצו. ככל **שהנחיצות** בצו החיפוש במחשב מבוססת על ראיות לכאורה שהושגו במסגרת החיפוש הלא חוקי, כך פוחתת ההצדקה להיעתר לבקשה למתן צו. כלומר, כאשר אין זיקה בין השניים – אין בעצם קיומו של החיפוש המוקדם כדי להשליך על ההחלטה למתן צו החיפוש. זאת מאחר שבמקרים שבהם המידע שהושג במסגרת החיפוש המוקדם שלא כדין, אינו תורם לתשתית הראייתית אשר בבסיס הבקשה למתן צו חיפוש במחשב – אין במתן צו החיפוש כדי להעמיק ולהחמיר את הפגיעה בפרטיות שנגרמה מהחיפוש הקודם. במקרים שבהם **קיימת זיקה** בין השניים, הדבר עלול להביא לפגיעה חמורה מהרגיל בפרטיות הנחקר כתוצאה ממתן הצו.

לשם בחינת הזיקה – ניתן להיעזר במידע שעל בסיסו נומק הצורך בצו החיפוש. ככל שהבקשה מבוססת על מידע אשר הושג בחיפוש שלא כדין, כך הזיקה בין ממצאי החיפוש לבין הצו – הולכת ומתהדקת. נקבע עוד שהנטל לצלוח מבחן זה מוטל על רשויות החקירה המבקשות את מתן הצו. זאת, בשל פערי המידע המשמעותיים. אם ייקבע כי הבקשה למתן צווי החיפוש מבוססת על מידע שהושג במסגרת החיפוש המוקדם, יש להמשיך ולאזן את הפגיעה בפרטיות עם יתר השיקולים התומכים במתן צו חיפוש.

**בשלב השני** – יש לבחון האם קיימים שיקולים מיוחדים המצדיקים את מתן הצו חרף הפגיעה החמורה בפרטיות ועל אף החשש כי ממצאי צו החיפוש לא יהוו ראיה קבילה. אף אם קיימת זיקה הדוקה, אין משמעות הדבר בהכרח כי אין להיעתר לבקשה- את הפגיעה יש לאזן עם האינטרס הציבורי. יישקלו שיקולים שעניינם **חומרת הפגם** שבאופן ביצוע החיפוש המוקדם ו**חומרת החשדות** אשר בבסיס הבקשה למתן צו חיפוש. ככל שהחשדות חמורים יותר כך גובר האינטרס הציבורי שבמיצוי החקירה. שיקול שלישי הוא **מידת נחיצות הצו** להמשך החקירה והיקף יתר הראיות הלכאוריות בתיק. השיקול הרביעי חוזר ל**זיקתו של בעל המחשב/המחזיק בו לחשדות**.



## בית משפט השלום בתל אביב - יפו

צ"ח 19-10-51782 להב 433 נ' .  
צ"ח 19-10-51796 להב 433 נ' .  
צ"ח 19-10-51791 להב 433 נ' .  
צ"ח 19-10-51787 להב 433 נ' .

9. בית המשפט העליון הגיע למסקנה לפיה החיפוש המוקדם נעשה שלא כדין וכי מדובר בפגיעה חמורה בפרטיותם ועל כן יש לבחון מה הן השלכות חיפוש זה על הבקשה למתן צו בהתאם לאמות המידה שנקבעו לעיל.

10. בית המשפט העליון גרס כי לא הובאו די נתונים כדי לקבוע מה היא מידת הזיקה בין החיפוש המוקדם לבין הבקשות למתן הצווים לצורך חיפוש נוסף, וכי קביעת בית משפט זה לא התייחסה באופן פרטני לראיות לכאורה ולנחיצות כל אחד ואחד מהצווים. צוין בהחלטה כי **מידת הזיקה** בין המידע שהושג בחיפוש המוקדם לבין ראיות לכאורה לנחיצות הצווים לא הובהרה דיה – וכי לא ניתן לצלוח את השלב הראשון במבחן הדו שלבי שנקבע. ולכן, בית המשפט העליון החזיר את התיק לבית משפט זה כדי שייקבע ממצאים בשאלה זו. לסיכום נפסק כי הערר התקבל באופן חלקי במובן זה שהבקשות למתן צווי החיפוש תידונה בשנית בפני בית משפט השלום **לשם בירור הזיקה בין המידע שהושג בחיפוש המוקדם לבין ראיות לכאורה לנחיצות הצווים.**

11. הוסיף בית המשפט העליון וקבע כי אם בית משפט זה יקבע כי הבקשות לצווי החיפוש אינן מבוססות על החיפוש המוקדמים, החלטתו המקורית תיוותר על כנה. לעומת זאת, ככל שיתברר כי המידע בחיפוש המוקדמים עמד בבסיס הבקשות, יש לדחותן.

12. בהתאם להחלטת בית המשפט העליון, נקבע דיון בפניי, במעמד הצדדים. במהלך דיון ארוך ואף סוער (כ- 40 עמי פרוטוקול), ולאחר שאפשרתי חקירה נגדית של החוקרת הראשית בתיק, נשמעו טענות הצדדים.

### טיעונים הצדדים

13. הצדדים הציגו בפניי, כל צד על פי שיטתו, פרשנות שונה להחלטת בית המשפט העליון.

14. **המדינה** טענה כי בית המשפט העליון הורה לקיים דיון חוזר בו על בית המשפט לבדוד את תוצרי החיפוש הבלתי חוקי, לעיין אך ורק בחומרי החקירה "הנקיים מזיהום"



## בית משפט השלום בתל אביב - יפו

צ"ח 19-10-51782 להב 433 נ'.

צ"ח 19-10-51796 להב 433 נ'.

צ"ח 19-10-51791 להב 433 נ'.

צ"ח 19-10-51787 להב 433 נ'.

ואז לבחון האם ניתן על בסיס הראיות הנקיות להיעתר לבקשה להוצאת צווי חיפוש אם לאו. המדינה מתבססת בפרשנותה זו על דברי בית המשפט העליון בהחלטה (פסקה 31-32) לפיהם יש לבחון אם קיימת זיקה בין המידע שאותר בחיפוש המוקדם והלא חוקי לבין התשתית העובדתית שעל בסיסה מבוקש הצו, שכן "ככל שהנחיצות בצו החיפוש מבוססת על ראיות לכאורה שהושגו במסגרת החיפוש המוקדם שבוצע שלא כדין, כך פוחתת ההצדקה להיעתר לבקשה למתן צו החיפוש המבוקש".

15. מנגד, ההגנה טענה כי בית המשפט הורה על בחינה מהותית ולא עובדתית-טכנית בלבד. נטען כי נדרשת הכרעה מהותית בשאלה מהי מידת הזיקה בין תוצרי החיפוש הבלתי חוקי לבין הבקשה למתן צווים שיפוטיים, שכן קבע בית המשפט העליון "במקרה דנן, לא הובאו לפניי די נתונים כדי לקבוע מה היא מידת הזיקה בין החיפוש המוקדם שבוצע שלא כדין במכשירי הטלפון הניידים של המבקשים לבין הבקשות למתן הצווים לצורך ביצוע חיפוש נוסף במכשיריהם".

16. ניתן לחדד את המחלוקת בין הצדדים בכך שהמדינה סבורה כי בית המשפט העליון כיוון לכך שבית משפט זה יבחן את הזיקה בין תוצרי החיפוש הבלתי חוקי לבין צווי החיפוש המבוקשים, בעוד שההגנה סבורה שבית המשפט העליון כיוון לבחינת הזיקה בין תוצרי החיפוש לבין עצם ההחלטה לבקש צווי חיפוש (ובכלל זה מטרת הבקשות לצווי חיפוש, הנימוקים בבסיס הבקשה ועוד שיקולים שהשפיעה על שיקול דעתה של היחידה החוקרת בפנותה לבית המשפט).

### הכרעה

17. החלטת בית המשפט העליון הנכבד מדברת בעד עצמה. בית המשפט העליון הביע דעתו באופן ברור בשאלת ההכרעה בין הזכות לפרטיות לבין האינטרס הציבורי בקידום החקירה בתיק זה. נפסק כי נקודת האיזון במקרה הקונקרטי תיקבע לפי פרמטרים מגוונים, כאשר הבחינה בנויה על רבדים שונים לנוכח רגישות העניין ומידת הפגיעה בזכות החשודים לפרטיות. הפרמטרים השונים יכריעו את הכף בקביעת השורה האחרונה, על יסוד נסיבות המקרה ועל בסיס נתונים וממצאים שייקבעו. בהחלטת בית המשפט העליון, הוצגו לבית משפט זה שאלות מוגדרות בצירוף הסברים מפורטים באשר להשלכת המענה לשאלות על התוצאה הסופית.



## בית משפט השלום בתל אביב - יפו

צ"ח 19-10-51782 להב 433 נ' .

צ"ח 19-10-51796 להב 433 נ' .

צ"ח 19-10-51791 להב 433 נ' .

צ"ח 19-10-51787 להב 433 נ' .

18. בטרם הכרעה במחלוקת הפרשנית בין הצדדים, מצאתי להוסיף מספר דברים בסוגיה העקרונית של הדין בבקשת המדינה להוצאת צו חיפוש לאחר ביצוע חיפוש ללא צו ושלא כדין.

שאלה קשה היא אם פעולה חקירתית שבוצעה שלא כדין חוסמת את האפשרות של היחידה החוקרת לגשת לבית המשפט, באותו עניין, בבקשה להוצאת צו שיפוטי.

אכן, בקשה זו חשודה על פניה כבקשה שנועדה להלבין או להכשיר את השרץ. ועוד, בקשה שכזו מציבה בפי בית המשפט קושי לא מבוטל, שכן קבלת הבקשה עלולה לעודד התנהלות בלתי חוקית של גופי החקירה בעתיד. כמו כן, בקשות מסוג זה יובאו לרוב בפני בית המשפט לאחר שנמצא בסיס ראיתי לחשדות (שיכול "לגבור" על הפגם שבאי חוקיות) כך שבפני בית המשפט חשד פלילי ואינטרס ציבורי מובהק לבררו. דחיית הבקשות למתן צווים בשלב זה, עלולה להנחית מכת מוות על החקירה ובהתאמה פגיעה קשה באינטרס הציבורי בבירור האירוע הפלילי. שיקולים אלו מצדיקים גישה שאינה רואה בעין יפה הגשת בקשות מסוג זה. שכן, בקשות כגון דא מעמידות בפני בית המשפט שתי ברירות גרועות.

מנגד, יש שסיברו שדווקא במקרים מסוג זה, נכון לעודד את המדינה לפנות לבית המשפט, לשתפו בפגמים ולבקש ממנו צווים, על מנת שהמשך החקירה יתנהל תחת פיקוח צמוד של בית המשפט ואולי בכך תצומצם פגיעה נוספת בזכויות החשודים. הותרת הפגם על כנו, והמתנה לתיק העיקרי (אם בכלל), הם בבחינת מהלך בלתי רצוי שיש להימנע ממנו. ההחלטה לפנות לבית המשפט אפשר שתתקבל על יסוד נימוקים ושיקולים של שקיפות והגינות, להבדיל ממהלך ציני שנועד לשפר מצבה המשפטית של המדינה בדיון העתידי בשאלת קבילות הראיות. יתרה מזו, גם אם ההחלטה לפנות לבית המשפט נבעה משיקולים תועלתניים, ייתכן שנכון לעודד פנייה לבית המשפט בכל מקרה, שכן הדבר עשוי להגביר את השקיפות וההגינות. גם אם מתוך שלא לשמה, בכוחו של המהלך לתרום להשבחת ההליך המשפטי.

פן נוסף שיש להתייחס אליו הוא החשש הכללי לפגיעה באינטרס הציבורי כתוצאה מכלל לפיו פעולה פסולה או אף בלתי חוקית מצד היחידה החוקרת בתחילת החקירה תוביל לתוצאה שחצרו או מחשבו האישי של החשוד יהיו חסינים מפני חיפוש כדין.



## בית משפט השלום בתל אביב - יפו

צ"ח 19-10-51782 להב 433 נ' .

צ"ח 19-10-51796 להב 433 נ' .

צ"ח 19-10-51791 להב 433 נ' .

צ"ח 19-10-51787 להב 433 נ' .

19. חזרה להחלטת בית המשפט העליון הנכבד, שכאמור, בנושא פרשנותה חלוקים הצדדים ביניהם. עיון בהחלטת בית המשפט העליון מוביל למסקנה שאין לקבל את עמדת המדינה לפיה הבחינה מסתכמת בבידוד הראיות הפסולות והכרעה בבקשה לצווים על בסיס הראיות (או חלקי הראיות) החפות מזיהום. מאידך, אין גם להרחיק עד לעמדת ההגנה שתרגומה הלכה למעשה הוא שאומץ בהחלטה העקרונית מבחן פסיקתי חדש לפיו יש לדחות את הבקשות לצווים אם יימצא כי הבקשה למתן צווי חיפוש הוגשה בזיקה כלשהי לחיפוש הלא חוקי.

20. בית המשפט העליון פסק כי על בית משפט זה לקבוע, בין השאר, מהי מידת הזיקה בין תוצרי החיפוש הלא חוקי (המוקדם), לבין עצם ההחלטה לפנות לבית המשפט בבקשה למתן צו חיפוש (מאוחר). במילים אחרות, מהי מידת השפעת החיפוש הבלתי חוקיים על החלטת היחידה החוקרת להגיש בקשה לצווי חיפוש מאוחר. בהקשר השאלה הזו, אני מתקשה לקבל את עמדת המדינה לפיה די בביצוע הפרדה או ליתר דיוק פירוק לגורמים של תוצרי "החיפוש המוקדמים" ובידודם מהראיות הלגיטימיות האחרות. הקושי חוזר לטיב הבחינה הנדרשת. אילו נדרשתי להכריע האם על בסיס החומר שאינו נגוע באי חוקיות קיימת הצדקה לצווי החיפוש, אני מסכים שדי היה בהפרדה ובפירוק לגורמים המוצעים על ידי המדינה כדי להכריע בבקשות. במצב תיאורטי זה, ההפרדה המוצעת על ידי המדינה היא אפשרית ואף בעלת משמעות. אך, לפי החלטת בית המשפט העליון, בבחינה זו לא סגי. המדינה הכינה דו"ח סודי חדש שכולל פירוט הראיות הלא מזוהמות ואשר יכולות לבסס תשתית ראייתית למתן הצווים. דא עקא שהדו"ח הסודי הישן מיום 29.10.19 כלל התייחסויות והפניות לתוצרי 'החיפוש' הבלתי חוקיים. על פני הדברים נתון זה מקים אינדיקציה לזיקה מסוימת בין החיפוש לבין הבקשה לקבלת הצווים. אלא שזוהי אינדיקציה פשטנית, בעוד שכזכור, ההגנה עצמה טענה (בצדק) שבית המשפט העליון הורה על בחינת מידת הזיקה בהיבטים מהותיים. אבהיר:

בהחלטתי המקורית ציינתי:

"שאלתי את עצמי, האם הייתי נעתר לבקשות בפניי לו היו מובאות לפני שבוצע החיפוש המאוחר במהלך החקירה. אני נוטה להשיב על שאלה זו בחיוב, שכן התשתית הראייתית שהתגבשה באותו שלב, הצדיקה זאת, ויש בסיס להניח שגם



## בית משפט השלום בתל אביב - יפו

צ"ח 19-10-51782 להב 433 נ' .

צ"ח 19-10-51796 להב 433 נ' .

צ"ח 19-10-51791 להב 433 נ' .

צ"ח 19-10-51787 להב 433 נ' .

לולא החיפוש המאולתר במהלך החקירה, התשתית הראייתית הייתה מספקת ביחס לכל אחד ואחד מהחשודים לצורך הוצאת צו חיפוש בחומרי המחשב".

דבריי התייחסו לאלמנטים האובייקטיביים, בדומה לגישת המדינה. עיינתי מחדש בתיק, והגעתי למסקנה "שנטייתי" אז אכן מבוססת מבחינה ראייתית. ביחס לכל אחד ואחד מהחשודים, ללא יוצא מן הכלל, דיון בבקשה למתן צו חיפוש בתנאי 'תרגיל מחשבת' של הסרת הראיות המזוהמות מהתיק, בהחלט היה מוביל למסקנה שראוי היה להיעתר לבקשות, במועד הגשתן, על בסיס החומר שנותר לאחר פעולת הטיהור. סקירת הראיות בדו"ח הסודי (עמ' 2 מיום הדיון) מעלה, באופן חד וברור, כי גם ללא תוצרי החיפוש, מתקיימת תשתית ראייתית טובה המבססת את הצווים במועד הגשת הבקשות.

כאן המקום לחדד ולהבהיר לגבי מועד הבדיקה הנכון. בדבריי לעניין הנטייה לאשר את הצווים במנותק מהחומרים המזוהמים, ציינתי שהמועד הרלוונטי לבדיקה הוא "לפני החיפוש המאולתר" (בלשון יחיד) כאשר כוונת הדברים היא, כמובן, לחיפושים המאולתרים לגבי כל חשוד וחשוד בנפרד. רוצה לומר, שבדבריי כיוונתי שלגבי כל חשוד הייתי נעתר לבקשה להוצאת צווים, גם ללא תוצרי החיפוש המאולתר שנעשה במכשירו שלו כשהמועד הקובע הוא מועד הגשת הבקשה.

21. החלטת בית המשפט העליון מחייבת "הסתכלות" אחרת על התיק. אני מקבל, גם אם באופן חלקי, את טענת ההגנה לפיה פרשנות נכונה של החלטה כבוד בית המשפט העליון מחייבת פן מהותי נוסף בבחינה הדרושה. אינני מקבל את עמדת המדינה לפיה די במבחן האלמלא האמור ועל בית המשפט להמשיך בבדיקה ולהשיב על שאלה נוספת, חשובה לא פחות, והיא שאלת הנביעה או הקשר הסיבתי בין התוצרים הפגומים של החיפוש הבלתי החוקי לבין עצם החלטת היחידה החוקרת לשים את פעמיה לעבר בית המשפט ולהגיש בקשה למתן צווי חיפוש.

22. החלטת בית המשפט העליון הנכבד מחייבת עריכת ניתוח מורכב המשלב בחינה אובייקטיבית-עובדתית (הקרובה "למבחן האלמלא" המוצע על ידי המדינה), עם אלמנטים (משפטיים) מהותיים. אלמנטים אלה עוסקים בצורך לבחון מידת הזיקה או הנביעה או רמת אדיקות הקשר הסיבתי בין התוצרים הפגומים לבין ההחלטה להשיב את הפעולה החקירתית (החיפוש) למסלול החוקי בדמות הגשת בקשות לצווי





## בית משפט השלום בתל אביב - יפו

צ"ח 19-10-51782 להב 433 נ' .

צ"ח 19-10-51796 להב 433 נ' .

צ"ח 19-10-51791 להב 433 נ' .

צ"ח 19-10-51787 להב 433 נ' .

חיפוש שיפוטיים, בין אם מתוך ניסיון בדיעבד להכשרת הפגם ובין אם מתוך שאיפה להעמיק ולהרחיב את החיפוש. לא בכדי ביקש ב"כ המבקשת עו"ד ד"ר חיים ויסמונסקי בסוף הדיון החוזר מיום 8.1.2020, שהות כדי לבדוק נתונים נוספים המשלבים אלמנטים סובייקטיביים של הלך מחשבה של היחידה החוקרת (ראו עמ' 52, שורות 19-24 לפרוטוקול הדיון). המדובר בבירור שהתחייב בשאלה מדוע לא פנו החוקרים בתיק בבקשה לצווי חיפוש והאם סברו (גם אם בשגגה מבחינתם) שהבקשה לא הייתה מבוססת דיה באותו שלב. בהגנות רבה ובפתיחות מחשבתית הוסיף עו"ד ויסמונסקי את הדברים הבאים: "אני מצהיר כך: משום שאנו מפקחים על החקירה, לא אסתפק בכך גם בשל התפקיד שלנו על פיקוח החקירה וגם כי יתכן בסבירות לא מבוטלת שלדבר זה תהיה נפקות על ההחלטה" (עמ' 52, שו' 33-34). הדברים, גם אם נאמרו כטיעון חלופי לעמדה העקרונית, מלמדים על הבנה של המדינה כי לטענות ההגנה אחיזה בהחלטת בית המשפט העליון הנכבד.

23. עוד בהיבט זה, אין לי אלא להסכים עם דברי עו"ד ב"כ המשיב 1 לפיהם: "אילו חברי היה צודק ביהמ"ש העליון היה מוסיף זיקה אבסולוטית ולא סתם זיקה".

24. עו"ד ויסמונסקי הקשה וטען "שהעניין הסובייקטיבי הוא פחות חשוב מכיוון שמי שמחליט, בעל הסמכות, הוא ביהמ"ש. אז מה לי השאלה מה חשב השוטר?" (עמ' 56, שו' 1-2)

טענה זו יש לדחות שכן בית המשפט העליון אמר את דברו עת החזיר את הדיון לבית משפט זה על מנת לברר, בין השאר, מידת ההשפעה של החיפוש הלא חוקי על ההחלטה לבקש צו חיפוש מאוחר. הלך מחשבתו של השוטר שביקש את הצו רלוונטי לשאלת הזיקה בין החיפוש המאוחר ותוצריו לבין הבקשה לצו חיפוש. בהקשר זה, ולמען האיזון, אציין שלא מצאתי כל תימוכין לסברה לפיה הבקשות לצווים נועדו אך להכשיר את תוצרי החקירה (הטענה לצווי הלבנה) אלא מצאתי תימוכין לכך שהבקשות כווננו לראיות חדשות דווקא.

25. ההגנה טענה בעל פה ובכתב (הוגשה תגובה או סיכומים בכתב ביום 17.1.20) לקיומן של זיקות רבות בין תוצרי החיפוש הבלתי חוקי לבין הבקשות לצווים, ואולם המעין היטב בטענות אלו לומד שמדובר באינדיקציות ראשוניות לקיומן של זיקות, להבדיל



## בית משפט השלום בתל אביב - יפו

צ"ח 19-10-51782 להב 433 נ' .

צ"ח 19-10-51796 להב 433 נ' .

צ"ח 19-10-51791 להב 433 נ' .

צ"ח 19-10-51787 להב 433 נ' .

מזיקות מוכחות. אינני מתעלם מסוגיית נטל ההוכחה והשכנוע המוטלים על כתפי המבקשת, ואולם, אינני יכול להתבסס על אינדיקציות וספקולציות בלבד. למשל, ההגנה טענה שהיחידה החוקרת באה על סיפוקה בחיטוט במכשירו של עופר חמו ולכן לא היה לה צורך לבקש צו שיפוטי כהוכחה לזיקה בין החיפוש המאולתר בעניין המשיבים לבין הבקשות שכן הוגשו. בעוד שבענייניו של עופר חמו החיפוש המאולתר היה מקיף וללא התנגדות, בעניין המשיבים החיפוש המאולתר לא היה מספק ולכן ההגנה טוענת שקיימת זיקה בין החיפושים המאולתרים לבקשה לצווים. מדובר בספקולציה בלבד, וכי העיון בתיק מלמד על אבחנות שונות בין עופר חמו לאחרים, לרבות היקף ועומק מעורבותו. כך גם בעניין טענת ההגנה לעניין עצם העובדה שלא התבקשו צווי חיפוש בעניינם של מעורבים נוספים (אם כי מדובר במי שלא נחקרו תחת אזהרה כחשודים).

### האפשרות המעשית להפריד

26. פירוק הראיות לגומרים (הראיות המזוהמות לחוד והראיות החוקיות לחוד), על פי קריטריונים כרונולוגיים או מהותיים, לעתים אינו מאפשר מענה, וודאי לא מענה מדויק, לשאלה שהונחה לפתחי, שכן ככל שהחקירה מתקדמת, הרכיבים השונים מתערבבים להם בתוך קדרת החקירה עד כדי 'סינתזה' שפירוקה לגורמים כרוך בפעולה מורכבת מבחינה ראייתית. בהשאלה מתחומים אחרים, מדובר בתרכובת – להבדיל מתערובת – שאינה מאפשרת אנליזה באמצעים שגורתיים ופשוטים.

27. על פי הגיונה של החלטת בית המשפט העליון, הקושי להפריד בין הראיות המזוהמות (הראיות השחורות) לבין הראיות הנקיות (הראיות הלבנות) הוא כשלעצמו יוצר זיקה הדוקה בין הדברים. לכן, מקום שלא ניתן להפריד, לא ניתן להיעתר לבקשה למתן צווים (כך, ככל הנראה, סברה גם המדינה לאור הדברים שעמ' 56 שו' 10-12).

במקרה שלפניי, הגם שניתן להפריד (ולראיה, הניתוח היפה שבדו"ח הסודי החדש-עמ' 2 והשוואתו לדו"ח הסודי הישן (מיום 29.10.19)), הדבר כרוך בקושי בולט. החיפושים המאולתרים נעשו במהלך גביית ההודעות מהחשודים בתיק זה. תוצרי החיפוש המאולתר הפכו לחלק מההודעות ובשר מבשרן, ואלו עיבו את מערך הראיות והובילו אל החשודים האחרים כאפקט שרשרת. האפשרות להפריד את



## בית משפט השלום בתל אביב - יפו

צ"ח 19-10-51782 להב 433 נ'.

צ"ח 19-10-51796 להב 433 נ'.

צ"ח 19-10-51791 להב 433 נ'.

צ"ח 19-10-51787 להב 433 נ'.

הראיות הלבנות מהשחרות בתוך אותה ראיה (הודעות החשודים), גם אם היא קיימת ברמה הטכנית, היא כרוכה במידה רבה של אילוף ומלאכותיות, ולכן יש לדחותה בהיבט המהותי. קשה לקבוע כי הראיות שהובילו לחשוד השלישי או הרביעי בפרשה אינן תולדה של החקירה בכללותה על חלקיה השונים.

28. כאן המקום להתחבר לעולם הדימויים שהוצע על ידי ב"כ המשיב 4, ובכלל זה השקפה על ריבוי החיפוש המאולתרים ככאלו שיצרו שורשים מזהמים בעץ החקירה, להבדיל מפרי אחד אסור או מורעל. הוסיף וטען ב"כ המשיב 4: "אין דרך לבדד מולקולרית אירוע. השורש מזרים לתוך העץ או אותו זיהום או חטא קדמון, או פגם".

29. לסיכום, עליי לבחון האם תוצרי החיפוש המאולתר והלא חוקי עומדים בבסיס הצווים המבוקשים, כאשר הבחינה היא בחינה מורכבת הכוללת פן עובדתי-אובייקטיבי (האם גם לולא התוצרים הפסולים עדיין היה בסיס לצווים), אך גם פן מהותי (האם קיים קשר סיבתי או זיקה הדוקה בין אופן השגת הראיות הפסולות ותוכן לבין העתירה להצטייד בצווי שיפוטיים לחיפוש).

### יישום המבחנים

30. ככל שעיינתי בהודעות החשודים, לאחר יום 23.10.19 (מועד חקירתו של עופר גולן), הגעתי למסקנה כי הקושי בפירוק לגורמים, לפי המבחן המשולב שנפסק בהחלטת בית המשפט העליון, מחייב מסקנה לפיה קיימת זיקה שאיננה ניתנת לניתוק בין תוצרי החיפוש הבלתי חוקי לבין הבקשות המאוחרות לקבלת צווי חיפוש שיפוטיים. דברים אלו נכונים לגבי כל החשודים, למעט בעניינו של עופר גולן. במקרהו של עופר גולן, ניתן להפריד ולבודד את הפגמים ללא קושי, בעוד שלגבי המשיבים האחרים, תוצרי החיפוש המאולתרים נטמעו בחומר החקירה עד כדי קושי בבידודם בשלבים המתקדמים (מיום 23.10.19 ואילך). דוגמא הממחישה את הקושי בבידוד הפגמים מצאתי בסעיף 17 לדו"ח הסודי (עמ' 12).

31. שמו ומעורבות של עופר גולן עלו בשלבים מוקדמים לחקירתו ואף לפני חקירתו של עופר חמו (שנחקר לפני עופר גולן, וגם במכשירו הסלולארי בוצע חיפוש ללא צו).



## בית משפט השלום בתל אביב - יפו

צ"ח 19-10-51782 להב 433 נ' .

צ"ח 19-10-51796 להב 433 נ' .

צ"ח 19-10-51791 להב 433 נ' .

צ"ח 19-10-51787 להב 433 נ' .

הבסיס הראייתי מפורט היטב בסעיף 4, עמ' 3 לדו"ח הסודי (ובהתאמה לראיה הגולמית אשר סומנה על ידי עמ' 3 מיום 16.1.2020). מדובר בתשתית ראייתית ברורה העוברת את דרישת הסף הנדרשת לשיטתי (חשד סביר). להבדיל מהחשודים האחרים, המדובר בתשתית ראייתית מוקדמת רגילה ונקייה מפגמים בשלב זה. בניסיון להפיס את דעתה או חששה של ההגנה, אוסיף שאין מדובר בגרסתו של עופר חמו או בתוצרים של חיפוש במכשיר הטלפון של האחרון. עוד אוסיף ואומר כי ההצדקה העניינית לחיפוש במכשיר הטלפון של עופר גולן עולה מעצמה לפני שהתקבלו תוצרי החיפוש במכשיר הטלפון של עופר חמו (שהיחידה החוקרת טענה בפניי שהוא זה שהעלה לראשונה את אפשרות "החיפוש" במכשירו – ראו עמ' 2 שוי 24 לחודעה מיום 22.10.19). בהקשר זה אפנה לתשובתה החיובית של עו"ד פקד רינת סבן (להלן: פקד סבן) לשאלה "האם ללא החקירה של חמו הייתם מזמינים את עופר חמו לחקירה" (עמ' 52, שוי 4-5). לתשובתה של פקד סבן סימוכין ברורים בחומר החקירה. המסקנה היא שהתשתית הראייתית בבסיס הצו המבוקש בעניינו של עופר גולן התקיימה במנותק (באופן ברור) מהפגמים המאחרים. טיב התשתית הראייתית לחובת עופר גולן (טרם חקירתו), מבהיר מדוע צו חיפוש במכשיר הטלפון היה נחוץ לחקירה. החיפוש במכשיר הטלפון של עופר גולן הוא תולדה ישירה של תוכן התשתית הראייתית לחובתו. לאור זאת, הגעתי למסקנה המבוססת על נסיבות החקירה, כי בעניינו של עופר גולן, לא מתקיימת זיקה, וודאי לא זיקה הדוקה, בין תוצרי החיפוש הבלתי חוקי במכשיר הטלפון שלו או של החשודים האחרים (לרבות עופר חמו), לבין צו החיפוש שהתבקש. זיקה זו, גם אם קיימת, וודאי שאיננה בעוצמה שתצדיק דחיית הבקשה למתן הצו שכן הבקשה עומדת בכל הקריטריונים האחרים הנדרשים.

32. שונים הם פני הדברים ביחס לחשודים האחרים. לאחר שעופר גולן נחקר ולאחר שבמהלך חקירתו בוצע חיפוש בלתי חוקי במכשיר הטלפון השייך לו, תוצרי החיפוש, גם אם ניתן לבדד אותם (במאמץ מיוחד), השתלבו בחומר החקירה לחובת החשודים האחרים כך שהמערך הראייתי בתיק מכיל זיקה ברורה וקשה לניתוק בין תוצרי החיפוש הבלתי חוקי לבין הראיות הלגיטימיות. בעוד שהתשתית הראייתית לחובת עופר גולן איננה כרוכה אך בתוצרי החיפוש במכשיר שלו או במכשירו של עופר חמו, בהיותה מבוססת על מקור עצמאי ולכן היא מאפשרת קיום ראייתי נפרד, קשה לקבוע זאת ביחס לחשודים האחרים לגביהם הערבוב יוצר 'שלם חדש'.



## בית משפט השלום בתל אביב - יפו

צ"ח 19-10-51782 להב 433 נ' .

צ"ח 19-10-51796 להב 433 נ' .

צ"ח 19-10-51791 להב 433 נ' .

צ"ח 19-10-51787 להב 433 נ' .

33. אינני מתעלם מגרסאותיהם של החשודים עצמם אשר שיתפו פעולה בחקירה ומסרו גרסאות מפורטות באשר למעורבותם באירוע. כידוע, מדובר בראיה בפני עצמה, אך כאמור, ככל שמדובר בשלב מתקדם יותר בחקירה, קשה להבחין בין הדברים, כמשל החיטים והזונים, כשהם שלובים זה בזה ממש ואף מקיימים ביניהם הפרייה הדדית. קיימות ראיות עצמאיות לחובת החשודים ואולם, כפי שיפורט בהמשך, ראיות אלו התמזגו עם הראיות הפסולות.

34. אינני מתעלם מכך שבית המשפט העליון (ואף מותב זה בהחלטתו המקורית) קבע כי בעניינו של עופר נודעת חומרה מיוחדת לנוכח העובדה שהוא נדרש לצאת מחדר החקירה חזרה לרכבו על מנת להביא את מכשיר הטלפון, וזאת בליווי קצין משטרה. חרף האמור, התוצאה לפיה דווקא בעניינו של עופר גולן יתקבל הצו, על אף הפגיעה החמורה יותר בזכויותיו בהשוואה לשאר החשודים, איננה יוצרת קושי כלשהו. השיקול של חומרת הפגם נלקח בחשבון על ידי בית המשפט העליון הנכבד בשלב השני של המבחן הדו שלבי, ובמבחנים דו שלביים אין לעשות שימוש חוזר או כפול באותו שיקול בשני שלבי הבחינה. שחזור או מחזור השיקול בדבר חומרת הפגם גם בשלב הראשון של הבדיקה, על אף הדגש לגבי חומרת הפגם בעניינו של עופר גולן באופן ממוקד, משבש את הבחינה ומערבב שיקולים מהשלב השני של הבחינה שאינם רלוונטיים לשלב הראשון. עיון בהחלטת בית המשפט העליון מלמד על חשיבות ההבחנה בין שני שלבי הבחינה ולכן יש להימנע מערבוב השיקולים לטובת דיוק הבחינה. מידת הפגם משליכה על נוסחת האיזון בשלב השני (לדוגמה, חומרת הפגם אל מול חומרת העבירה), אך איננה מקרינה על מידת הזיקה שנבחנת בשלב הראשון.

35. תמיכה נוספת לעמדתי בנושא האבחנה בין הצווים לגבי המשיבים השונים, מצאתי בתשובתה של פקד סבן בכתב (עמ' 1/ מיום 8.1.2020), שם, ומבלי לחשוף את האמור, נעשתה אבחנה בין החשודים השונים באשר לרמת היכולת של פקד סבן לשחזר חלק מהשתלשלות העניינים בנושא הצווים. בהקשר זה עלי להזכיר שנטל השכנוע מוטל על המדינה, ולא השתכנעתי כי חרף סמיכות הזמנים, והערבוב בין הראיות החוקיות לבין אלו שאינן חוקיות, לא מתקיימת זיקה בין הבקשות ביחס לחשודים (למעט בעניינו של עופר גולן), לבין התוצרים הפגומים.



## בית משפט השלום בתל אביב - יפו

צ"ח 51782-10-19 להב 433 נ' .

צ"ח 51796-10-19 להב 433 נ' .

צ"ח 51791-10-19 להב 433 נ' .

צ"ח 51787-10-19 להב 433 נ' .

36. על חקירתה הנגדית של פקד סבן, ועל יכולתו של בית המשפט לקבוע ממצאים על בסיסה, העיבו מספר דברים, ביניהם: הקושי הנובע מחקירה מתנהלת והחשש לפגיעה בחקירה; הקושי הנובע מהליך שעתיד להתברר במח"ש, בעקבות תלונה שהוגשה למח"ש נגד פקד סבן בנושא הדיון; המחלוקת בין הצדדים באשר לאופן פרשנות החלטת בית המשפט העליון; קושי לשחזר את האירועים שככל הנראה נתפסו בעיניה של פקד סבן, אז, כבעלי חשיבות משנית.

37. פקד סבן השיבה על רוב השאלות באופן מסוייג, וטענה שאיננה זוכרת את הדברים לאשורם וכי היא מנועה מלפרט תשובותיה עקב צרכי חקירה וההליך שעומד להתברר במח"ש. בנסיבות אלה, ובהעדר ממצאים פוזיטיביים ברורים, ומשנטל השכנוע מוטל על כתפי המבקשת, מצאתי לדחות את הבקשות ביחס לחשודים (למעט בעניינו של המשיב 2).

38. בעניינו של עופר גולן, וכמפורט לעיל, מצאתי כי הזיקה, גם אם קיימת, היא רחוקה. בעניינו, ולנוכח ההצדקה המקורית אליה התייחסתי בהרחבה, לא עולה החשש כי הצו המבוקש בעניינו נועד להכשיר בדיעבד חיפוש שבוצע שלא כדין. מנגד, הטלת "וטו" על בקשת צו החיפוש בעניינו במטרה להפיק ראיות חדשות, על רקע הקשר בין מכשיר הטלפון לבין החשדות המיוחסים לו, ועל רקע החשדות והראיות החפות, לפחות באותו שלב, מזיהום, היא החלטה מרחיקת לכת בנסיבות.

39. בתשובתה של פקד סבן לשאלת בית המשפט בעניין הימנעותה מהגשת בקשה לצו חיפוש, מסרה כי: "עובדתית היה צריך להוציא צו, אני לא זוכרת אם זה היה עולה לפני. הלואי וזה היה עולה והייתי מתעקשת על זה" (עמ' 37 שו' 22-20). תשובתה זו של פקד סבן מלמדת כי נושא הצורך בהוצאת הצו, בזמן אמת, לא תפס מקום חשוב בסדרי העדיפות של החקירה שניהלה, וההבנה לגבי חשיבותו הייתה מאוחרת. תשובה זו, שיכולה אולי להסביר (אך לא להצדיק) את אי הוצאת הצו לגבי עופר גולן (כמי נחקר ראשון מבין המשיבים), איננה יכולה להסביר את ההימנעות בהמשך מהוצאת צווי לגבי יתר החשודים, בפרט לנוכח הקושי שהתעורר במהלך חקירתו של עופר גולן. בכך מצאתי עילה נוספת שתצדיק אבחנה בין הבקשות השונות.



## בית משפט השלום בתל אביב - יפו

צ"ח 19-10-51782 להב 433 נ' .

צ"ח 19-10-51796 להב 433 נ' .

צ"ח 19-10-51791 להב 433 נ' .

צ"ח 19-10-51787 להב 433 נ' .

40. מדבריה של פקד סבן עלה כי היא נוהגת לתעד את השיח וההתייעצויות שלה בתיק החקירה 'בהתכתבויות פנימיות' (עמ' 50 שורות 32 ואילך). לאמור, יש לצרף הודעתו המאוחרת של עו"ד ויסמונסקי מיום 13.1.20, לפיה: "לא נמצאו תרשומות פנימיות שעסקו בשאלה האם יש בסיס מספיק לבקש צווי חדירה לחומר מחשב, וכי גורם כלשהו סבר שאין בסיס מספיק". השילוב בין הדברים מוביל למסקנה כי נושא העדר בסיס מספיק לבקשת הוצאת הצו (ברמה הסובייקטיבית), ביחס לעופר גולן, לא עלה בדיונים ובהתייעצויות לפני חקירתו. לעניין זה השלכה מסוימת על השאלה שהונחה לפתחי (האם קיימת זיקה בין תוצרי החיפוש לבין ההחלטה המאוחרת לבקש צו חיפוש). להבדיל ובעניין שאר החשודים, האמור אינו יכול לספק הסבר מניח את הדעת ביחס אליהם, וזאת משני טעמים:

**האחד**, הקשיים בביצוע החיפוש ללא צו במהלך חקירתו של עופר גולן, העלה, או למצער חייב היה להעלות, את המודעות לצורך בהוצאת צו חיפוש מסודר. **השני**, האמור בעמ' 1/ מיום 8.1.20, לעניין האבחנה שנעשתה בין החשודים השונים באשר לרמת היכולת של החוקרת לשחזר חלק מהשתלשלות העניינים בנושא הצווים, מחייבת התייחסות שונה במישור הזיקה בין החיפושים המאולתרים לבין הבקשות לצווי חיפוש ביחס למשיבים האחרים (למעט בעניינו של משיב 2).

41. ההגנה טענה כי המבקשת לא עמדה בהחלטת בית המשפט העליון שקבע שעליה לזמן לדיון את בעלי התפקידים שנטלו חלק בהחלטות החדירה לטלפונים ובהחלטות להגיש בקשות להוצאת צווים. נטען כי על המבקשת היה לזמן גורמים בכירים מפקד סבן. בעניין זה אינני מקבל את הטענה, שכן לשיטתי פקד סבן היא הגורם הרלוונטי ביותר למושא הדיון, בהיותה החוקרת שניהלה את החקירה וזו שאחראית לחיפושים המאולתרים שהם בלב המחלוקת בתיק זה. העובדה שפקד סבן התייעצה (או שלא) עם אחרים בדרגות גבוהות בשרשרת הפיקוד, לא חייבה לשיטתי הבאת אותם גורמים לדיון, בפרט לאחר שפקד סבן נטלה אחריות על מעשיה. אילו פקד סבן הייתה "מגלגלת" את האחריות לפתחם של גורמים בכירים ממנה, ייתכן והיה מקום להרחיב את מעגל המוזמנים לדיון.



## בית משפט השלום בתל אביב - יפו

צ"ח 19-10-51782 להב 433 נ' .  
צ"ח 19-10-51796 להב 433 נ' .  
צ"ח 19-10-51791 להב 433 נ' .  
צ"ח 19-10-51787 להב 433 נ' .

### הערה חשובה לקראת סיום

42. אין בהחלטתי לדחות את הבקשות לצווים או לקבל את הבקשה לצו בעניינו של עופר גולן כדי להשליך על סוגיית נפקות הפגמים וקבילות תוצרי החיפוש המאולתר, שלא חסכתי דברים בגנותו במסגרת החלטתי המקורית. אין גם בתוצרי הצו השיפוטי שיינתן כדי לעמעם את אי חוקיות החיפוש המוקדם או כדי להכשיר את הראיות המזוהמות או אף לייתר דיון עתידי בטענות הגנה בכל מישור אפשרי. עוד אין בדחיית הבקשה לגבי המשיבים 1,3 ו-4 כדי לבטל את הפגיעה הבסיסית (בפועל) בפרטיותם, אלא שהיא נועדה, כמצוות בית המשפט העליון, אך לצמצמם את הפגיעה הנוספת בזכויותיהם. כל טענותיהם של המשיבים שמורות להם, והם יוכלו להעלותן בעתיד במסגרת המתאימה.

### סוף דבר

43. אשר על כן, אני מורה על דחיית הבקשות למתן צווי חיפוש בחומרי מחשב ביחס למשיבים: 1,3 ו-4. בעניין המשיב 2 (עופר גולן), אני נעתר לבקשה ומאשר את צו החיפוש במכשיר הטלפון שלו בתנאים ובמגבלות שקבעתי בהחלטתי המקורית מיום 30.10.19.

ניתנה היום, כ"ב טבת תש"פ, 19 ינואר 2020, בהעדר הצדדים.

עלא מסארווה, שופט

החלטה	19/01/2020
תיק	51782-10-19
שן' עלאא מסארווה	
נפלה טעות, באשר למספור המשיבים והפרוטוקול יתוקן כך שעופר גולן יהיה המשיב 2 לא המשיב 1.	