

רע"פ 770/07  
נתקבל 24/1/07

## בבית המשפט העליון בירושלים

### המבקש

בעניין: **משה הלוי**, ת"ז 027819283  
ת"ד 5052, עכו 24406  
טל. 5501374 - 054 פקס. 9818044 - 04

### **ע"י ב"כ עו"ד בועז גוטמן**

מרח' התבור 3 גני תקווה 55900  
טל. 6357444 - 03 פקס. 6357444 - 03  
פלא. 0543041112  
www.4law.co.il

- נ ג ד -

### המשיבה

**היחידה הארצית לחקירות הונאה (יאח"ה)**  
של משטרת ישראל  
באמצעות מפלג עבירות מחשב  
מרח' רזיאל 9, בת ים  
טל. 5555444 - 03 פקס. 5555341 - 03

## בקשת רשות לערור

## לפי סעיף 38א(ב) לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש), התשכ"ט 1969

מוגשת בזה בקשת רשות לערור על החלטתו של בית המשפט המחוזי בתל אביב בתיק ב"ש 93750/06 ביום 10/01/2007, שניתנה על ידי כב' השופטת יהודית שיצר.

בהחלטתו, דחה בית המשפט המחוזי את עררו של המבקש להחזרת תפוס (חומר מחשב).

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת ליתן למבקש רשות לערור ולחילופין לדון בבקשה כבערר גופו.

### א. מעמדו של המבקש

1. המבקש הוא עיתונאי עצמאי, בלוגר (כותב יומן "בלוג" באינטרנט), בעל אתר חדשות באינטרנט ([www.halemo.net](http://www.halemo.net)) הכותב ומסקר תחומים שונים לרבות במגזינים און ליין (בעיקר תחום משפט ואינטרנט).

2. המבקש בהשכלתו הפורמלית הוא איש מחשבים ואינטרנט. המחשבים והמידע התפוס בידי המשיבה, הם כליו של המבקש ומקור פרנסתו העיקרית.

3. המבקש הוא בעל תואר ראשון (BA) במדעי המחשב, של האוניברסיטה הפתוחה, תואר אותו קיבל בשנת 1998.

**נספח א: עותק מתעודת בוגר אוניברסיטה, רצ"ב לבקשה זו.**  
**נספח ב: עותק מגיליון הציונים הסופי, רצ"ב לבקשה זו.**

4. המבקש הוא מוסמך מטעם משרד העבודה והרווחה לעסוק בתחזוקת מחשבים ורשתות תקשורת, מיום 19/12/2001.

**נספח ג: עותק מתעודת סיום לימודים, רצ"ב לבקשה זו.**  
**נספח ד: עותק מגיליון הציונים הסופי, רצ"ב לבקשה זו.**

5. בשנת 2004 פתח המבקש עסק שעניינו שירותי פרסום, עיצוב וכתביה באמצעות מחשב. המבקש נרשם כדין כעוסק זעיר (עוסק פטור) במשרדי מע"מ ופתח תיק ליחיד.

**נספח ה: עותק מהודעה על פתיחת תיק ליחיד, רצ"ב לבקשה זו.**  
**נספח ו: עותק מאישור רישום במע"מ משנת 2004, רצ"ב לבקשה זו.**

6. המבקש מגיש את דוחותיו הכספיים לרשות המסים מדי שנה, ומדינת ישראל מכירה במבקש כעוסק זעיר, ואף מספקת לו אישורים מתאימים על הכנסותיו ועל ניהול פנקסי חשבונות ורשומות.

**נספח ז: עותק מהצהרת עוסק פטור על שנת הכספים 2005, רצ"ב לבקשה זו.**  
**נספח ח: עותק מאישור ניהול ספרים, רצ"ב לבקשה זו.**

7. כפי שניתן לראות, המבקש הוא "מוסד" ו"עסק" על פי הגדרתם בסעיף 35 לפקודת הראיות (נוסח חדש), **התשל"א 1971:**

35. הגדרות (תיקון: תשל"ח, תשנ"ה)

בסימן זה –

"מוסד" – המדינה, רשות מקומית, עסק, או כל מי שמספק שירות

לציבור;

"עסק" – לרבות משלח יד

## **ב. העובדות הצריכות לעניין**

8. ביום 18/09/2006 בשעה 06:45 הגיעו שלושת שוטרי המשיבה לבית הוריו של המבקש הנמצא ברחוב **אברהם בן שושן 78 עכו**, וביקשו לערוך חיפוש בבית ובמשרדו של המבקש.

9. במהלך החיפוש, סירבו שוטרי המשיבה להיענות לבקשת בעלי המקום והמבקש ולהציג בפניהם עותק כלשהו מצו החיפוש, למרות שביקשו לתפוס מחשבים וחומרי מחשב, לפי סעיף 32(ב) **לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש), התשכ"ט 1969**, ולמרות שהעבירה בגינה בוצע החיפוש אינה מסוג פשע (אלא מסוג עוון).

10. במהלך החיפוש נעצר המבקש על ידי שוטרי המשיבה לאחר שהתעקש לראות עותק מצו החיפוש, אשר מכוחו בוצע החיפוש הפולשני.

11. דרישת המבקש משוטרי המשיבה עוגנה גם בצו של **כב' השופט משה אלטר**, מבית המשפט השלום בעכו, ב"ש 2249/06, מיום 23/03/2006, אשר קבע כי אם המשיבה תבקש לערוך בעתיד חיפוש בביתו של המבקש, עליה להציג בפניו עותק מצו החיפוש (וזאת לאחר שבמקרים קודמים סירבה המשיבה להציג צווי חיפוש בפני המבקש) המשיבה לא מציינת לצו השופט מעכו.

**נספח ט: עותק מהחלטת כב' השופט אלטר, רצ"ב לבקשה זו.**

12. במאמר מוסגר יובהר כי כנראה 6 חודשים לפני מתן צו החיפוש הנוכחי נשוא בקשה זו, (אין תאריך על הצו שמספרו ב"ש 651/06, בימ"ש שלום תל אביב. המידע עפ"י חותמת פקס) קיבלה המשיבה לידה צו חיפוש נייד שנמסר **לכב' השופט גיליה רביד** באמצעות משלוח פקס ממשרדי המשיבה (על הצו לא ברור מי החוקר), הצו הוחתם בלשכתה והוחזר למשיבה. באמצעות צו חיפוש מהפכני זה, ביקשה המשיבה לערוך חיפוש אצל המבקש (החיפוש בוצע ללא נוכחות המבקש שלא היה בביתו באותה עת. לא נתפס דבר). המבקש, שנודע לו לאחרונה על הצו נזקק ל-2 החלטות של שופט בעכו כדי למצוא ולקבל הצו הנייד (26/11/06 + 19/12/06) המשיבה בבקשה לגלות הצו הנייד סירבה למסרו ובבקשה השניה סירבה לאפשר צילומו – השופט בעכו כפה עליה בשני המועדים דלעיל למסור הצו הנייד ולאפשר צילומו. המשיבה בצו זה מתאימה ומתכננת העיתוי הנכון "למצב הבהול" שלה. הח"מ לא האמין לגרסה הראשונה שהוצגה לו כי אין לצו הנייד צורה של החלטה של שופט – "חובה להקפיד על מילוי נכון ונאות של הטופס חלה גם על השופט... כדי שהחלטתו תהיה מושכלת ותינתן תוך מתן הדעת לתנאים הנדרשים בחוק ותלבש צורה של החלטה של שופט, כמקובל בתחומים קרובים, כגון מעצר או חיפוש; דהיינו, שיעלה ממנה, מניה וביה, אם הוא אישר את הבקשה או דחה אותה." עפ 91 / 2286 **מדינת ישראל נ' אשר בן אברהם אילוז** מה (4) 289, 298, דברי הנשיא שמגר.

**נספח י: עותק מצו החיפוש הנייד של השופט רביד, רצ"ב לבקשה זו.**

13. כאמור, בסיום החיפוש נשוא בקשה זו, נערך ונחתם דו"ח חיפוש על ידי שוטרי המשיבה, ועותק ממנו ומצו החיפוש נמסר לאמו של המבקש ולא למבקש (שכבר נעצר והורד לניידת המשטרה).

**נספח יא: עותק מצו החיפוש של השופט הימן, רצ"ב לבקשה זו.**

**נספח יב: עותק מדו"ח החיפוש, רצ"ב לבקשה זו.**

14. על פי צו החיפוש, שמספרו בש 6626/06, הוא נחתם על ידי **כב' השופט אברהם הימן** מבית המשפט השלום ראשל"צ, וניתן ביום 12/09/2006, כנגד **יצחק הלוי** וכנגד **משה הלוי** (ללא מספרי תעודת זהות). הצו התיר חיפוש בחצרים **ברח' שושן אברהם 68 עכו**, ולא בחצרים שבהם בוצע החיפוש בפועל, **רח' אברהם בן שושן 78 עכו**. ברחוב מתגוררת משפחה בשם

לוי ואדם בשם יצחק לוי בדומה לשמו של אבי המבקש יצחק הלוי שלא ראה שוטרים בביתו קודם לכן.

15. המשיבה אף ביקשה באותו היום הארכת מעצר כנגד המבקש מבית המשפט השלום תל אביב (מ 18400/06) באמצעות בקשה הכוללת מספר תעודות זהות שגויה (ת"ז 055571285) השייכת לאחר בשם דומה (משה טל דרור, בעבר נחשד בפדופיליה מקוונת) ולא למבקש (שהוא בעל מספר ת"ז 027819283). המבקש נכלא במתקן המעצר אבו כביר, כאשר מחשב בית המעצר קובע כי נעצר בעבר (ביום 21/07/2005, תיק מעצר 13055/05, שלום תל אביב) בחשד להטרדת קטינים באינטרנט.

**נספח יג: עותק מהבקשה למעצרו של המבקש, רצ"ב לבקשה זו.**

16. על פי צו החיפוש ועל פי דו"ח החיפוש, הליך החיפוש והתפיסה נגוע בהפרות מהותיות, וזאת בניגוד **לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש), התשכ"ט 1969:**

- א. צו החיפוש אינו מפרט את מהות החשד לעבירה שביצע לכאורה המבקש.
- ב. צו החיפוש אינו מכיל פירוט מטרות החיפוש בחומר מחשב, בניגוד לסעיף 23א(ב) לפסד"פ (מעצר וחיפוש). (תיקון מס' 12 משנת 2005).
- ג. החיפוש בוצע בכתובת חצרים שגויה שאינה כתובה בצו, בניגוד לסעיף 24א(1) לפסד"פ (מעצר וחיפוש).
- ד. החיפוש, על פי דו"ח החיפוש, לא נערך בפני שני עדים, בניגוד לסעיף 26 לפסד"פ (מעצר וחיפוש). העד השני הוא המבקש עצמו. העד הראשון (אסי בר ששת) הוא שוטר מתנדב.
- ה. על פי דו"ח החיפוש, החיפוש בוצע אצל אשה (ויולט הלוי, אמו של המבקש) על ידי שלושה שוטרים גברים, בניגוד לסעיף 46 לפסד"פ (מעצר וחיפוש).
- ו. צו החיפוש לא נמסר למבקש בעת החיפוש, בניגוד לסעיף 24א(א) לפסד"פ (מעצר וחיפוש), תוך הפרת צו של כב' השופט אלטר (בש 2249/06, שלום עכו).

17. במשך 5 ימים, בין יום 18/09/2006 ל 22/09/2006 (כולל), הובא המבקש **להליכי מעצר** בבית המשפט השלום בתל אביב (מ 18400/06). במהלך כל הימים הללו, המשיבה לא המציאה למבקש ו/או לידי בא כוחו הח"מ כל העתק מצו החיפוש, מה שאפשר לה לטעון בבית המשפט תוך הטעיית שופטי קמא, המבקש ובא כוחו. כ"כ מנע ממנו לממש זכות ערעור בגין הצו.

**נספח יד: עותק מפרוטוקול מעצר מיום 18/09/2006, רצ"ב לבקשה זו.**

**נספח טו: עותק מפרוטוקול מעצר מיום 19/09/2006, רצ"ב לבקשה זו.**

**נספח טז: עותק מפרוטוקול מעצר מיום 20/09/2006, רצ"ב לבקשה זו.**

**נספח יז: עותק מפרוטוקול מעצר מיום 21/09/2006, רצ"ב לבקשה זו.**

**נספח יח: עותק מפרוטוקול מעצר מיום 22/09/2006, רצ"ב לבקשה זו.**

18. רק ביום 22/09/2006, בשעות הערב המאוחרות בערבו של חג ראש השנה, לאחר שחרורו של המבקש ממתקן הכליאה אבו כביר, התאפשר למבקש

ולבא כוחו לעיין בצו החיפוש ובדו"ח החיפוש, ולהיווכח כי מדובר בצו חיפוש פגום מיסודו.

19. ביום 15/11/2006 התלונן המבקש בפני נציבת תלונות הציבור על שופטים כנגד **כב' השופט אברהם הימן** בגין מתן צו חיפוש כלאחר יד, ללא פירוט החשדות כנגד המבקש (תלונה מס' 1093/06).

20. ביום 20/12/2006 השיבה נציבת תלונות הציבור על שופטים, **הגב' טובה שטרסברג כהן**, על תלונתו של המבקש, וקבעה כי תלונת המבקש כנגד כב' השופט הימן היא מוצדקת, מאחר וניתנה בניגוד לחוות דעת מיום 04/09/2005 שהוציאה הנציבה, ועניינה כתיבת החלטות שיפוטיות על גבי טופס.

21. על פי החלטת הנציבה, צו החיפוש נגד המבקש הונפק תוך פגיעה בזכויות היסוד של המבקש, בהם כבודו, פרטיותו ורכושו.

**נספח יט: עותק מחוות דעת הנציבה מיום 04/09/2005, רצ"ב לבקשה זו.**  
**נספח כ: עותק מהחלטת הנציבה, מיום 20/12/2006, רצ"ב לבקשה זו.**

22. על התנהגות מסוג זה, כבר אמר בעבר בית המשפט העליון את דברו לעניין הקפדה על זכויות יסוד, גם לפני 3 עשורים, לא בנסיבות של המבקש שהיו מאוד נוחות למשיבה ובשליטתה המתוכננת, - **בפרשת שמשי (המ' 44/72, ציון שמשי נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1), עמ' 661ה)**:

**"עם כל ההבנה שיש לבתי המשפט לקשיים בהם נתקלים אנשי המשטרה במילוי תפקידם הקשה, הרי כשמדובר בזכות יסוד זו של שמירת חופש הפרט, אין מנוס מן הדרישה כי יקפידו על כל תג ותג מדרישות החוק, גם בנסיבות הקשות בהן הם נתקלים".**

#### ג. מהות החשד נגד המבקש

23. המשיבה מייחסת למבקש חשד לביצוע עבירה לפי סעיף 70(ד) ל **לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד 1984.**

24. לפי טענת המשיבה (פקד ניר אלקבץ בפרוטוקול מעצר מ 14800/06 שלום תל אביב, שופט אביחי דורון, מיום 18/09/2006), החקירה החלה ביום 29/08/2006, לאחר שעל פי החשד, פרסם המבקש באותו היום ברשת האינטרנט את שמה של המתלוננת נגד **השר חיים רמון** (הנאשם בתיק פלילי 5461/06, שלום תל אביב), וזאת בניגוד לצו איסור פרסום שלטענת המשיבה היה קיים באותה עת.

25. לפי הראיות שמחזיקה בהם המשיבה, והוצגו למבקש בחקירתו וגם לכב' השופטים קמא, הפרסום לא היה פרסום פומבי כהגדרתו בסעיף 34כד **לחוק העונשין, התשל"ז 1977**, אלא מדובר ברשימת המנויים של אתר האינטרנט של השר לשעבר חיים רמון ([www.ramon.co.il](http://www.ramon.co.il)), כאשר באחת

הרשומות הופיע שמה של המתלוננת, ללא הקשר כלשהו. הטענה כלפי המבקש היא שהפנה לאותה רשומה בבלוג שלו.

26. מבירור שעשו המבקש ובא כוחו, החקירה נגד השר חיים רמון הסתיימה ביום 23/08/2006, עם הגשת כתב אישום לבית המשפט השלום בתל אביב נגד השר לשעבר (ת"פ 5461/06).

27. רק ביום 03/09/2006 נתן בית המשפט השלום בתל אביב צו איסור פרסום לפי סעיף 70(ד) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], ובו אסר פרסום מזהה כלשהו כנגד המתלוננת נגד השר חיים רמון, כולל שמה (ת"פ 5461/06 שלום ת"א), מ"י נ' רמון, החלטה של כב' השופטת חיותה כוחן).

**נספח כא: עותק מצו איסור הפרסום מיום 03/09/2006, רצ"ב לבקשה זו.**

28. כלומר, אם העבירה שבוצעה לכאורה על ידי המבקש נעשתה ביום 29/08/2006, וצו איסור הפרסום ניתן רק ביום 03/09/2006, הרי **המבקש לא עבר כל עבירה פלילית!**

29. יתר על כן, המשיבה אפילו לא בדקה ולא אימתה האם המבקש קיבל לידיו עותק מצו איסור הפרסום נשוא העבירה. על פי הנחיות משטרת ישראל (מס' הנחיה 03.300.185, "הטיפול בצווי איסור פרסום"), על היחידה החוקרת, להמציא צווי איסור פרסום לעיתונאים ולמפרסמים אחרים באמצעות דוברת היחידה המשטרתית (בהתאם לפקודת מטא"ר 04.01.01 שלא פורסמה ברשומות).

**נספח כב: עותק מהנחיה מס' 03.300.185 של משטרת ישראל, רצ"ב לבקשה זו.**

#### **ד. ההליכים בבית המשפט השלום תל אביב**

30. ביום 04/10/2006 עתר המבקש לבית המשפט השלום בתל אביב לקבלת התפוסים לידיו (ב"ש 4265/06).

31. ביום 29/10/2006, בדיון בפני כב' השופט גלעד נויטל, הוסכם כי המשיבה תחזיר לידי המבקש את מרבית התפוסים. עם זאת, לא הוסכם לגבי פריט 24 בדו"ח החיפוש, הוא דיסק קשיח של המבקש המכיל מידע רב היקף, מוגן בפרטיות, מוגן בסודות מקצועיים, מוגן בחסיון מקורות עיתונאיים, מוגן בחסיון רפואי ומוגן בחסיון עורך דין לקוח.

32. בית המשפט השלום (כב' השופט גלעד נויטל) קבע כי פריט 24, הדיסק הקשיח, יישאר בידי המשיבה. על החלטה זו ערר המבקש לבית המשפט המחוזי.

**נספח כג: עותק מפרוטוקול הדיון וההחלטה מיום 29/10/2006, רצ"ב לבקשה זו.**

#### **ה. ההליכים בבית המשפט המחוזי תל אביב**

33. ביום 01/11/2006 ערר המבקש לבית המשפט המחוזי בתל אביב, וביקש לקבל התפוס, דיסק קשיח (פריט 24) לידיו (בי"ש 93750/06).

34. ביום 11/12/2006 היה אמור להתקיים דיון בפני כב' השופטת נגה אוהד. נציגי המשיבה לא התייצבו לדיון (למרות שנשלחה להם הזמנה כדין ואף יודעו טלפונית ע"י הח"מ) השופטת קבעה בהחלטתה כי יש להקצות ולקבוע כ- 55 דקות לדיון. בשל העדרם נדחה הדיון ליום אחר, בפני שופטת אחרת מסיבה לא ידועה.

35. ביום 28/12/2006 התקיים דיון בפני כב' השופטת יהודית שיצר – המשיבה התייצבה לאחר שהח"מ שלח זימון באמצעות חברה פרטית.

**נספח כד: עותק מפרוטוקול הדיון מיום 28/12/2006, רצ"ב לבקשה זו.**

36. ביום 10/01/2007 מסר בית המשפט קמא החלטתו בנוכחות המבקש ובא כוחו וללא נוכחות המשיבה (שלא הופיעה בשנית אף שהוזמנה כדין- המשיבה לא מצייתת לשופטת בית משפט מחוזי). בית המשפט המחוזי (כב' השופטת יהודית שיצר) קבע העקרונות הללו - בתמצית (סעיף 7 להחלטה):

א. המבקש יעתיק את כל החומר אשר על הדיסק הקשיח שנשאר ברשות המשיבה, והמקור יישאר בידי המשיבה. (עותק כבר נמסר למבקש עפ"י החלטת השופט נויטל מ- 29/10/06 **נספח כג**).

ו/או:

ב. המשיבה תעתיק את כל החומר המצוי על הדיסק הקשיח של המבקש, והמבקש יחתום ובא כוחו יחתמו על התחייבות כי מדובר בהעתק מדויק ומתאים למקור, וכי האחרונים לא יעלו טענות כי אין התאמה בין הדיסק המקורי להעתקו.

**נספח כה: עותק מההחלטה מיום 10/01/2007, רצ"ב לבקשה זו.**

37. כנגד קביעה זו והחלטה זו של בית משפט קמא, מבקש המבקש רשות לערור בפני בית המשפט העליון.

**ו. טעמי הבקשה**

38. המקרה האמור מעורר שאלות משפטיות בעלות חשיבות עקרונית משפטית וציבורית, החורגות מהעניין שיש לצדדים הישירים בהכרעה במחלוקת, שדי בכל אחת מהן כדי להצמיח עילה המצדיקה כשלעצמה מתן רשות לערור. גם לאור המשקל המצטבר של השאלות הללו.

39. המדובר באחד מאותם מקרים בהם גולש אינטרנט מפרסם דבר מה האסור בפרסום לפי סעיף 70(ד) לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), בלא שקיבל לידיו כל עותק מצו איסור פרסום, אם כזה קיים בכלל. כתוצאה מכך הוא "זוכה" לפעולות פוגעניות על ידי המשיבה שנעשים בהליכי משפט פגומים מיסודם, בניגוד לדיון ולפסיקה (למשל: **רע"פ 1127/93, מדינת ישראל נגד יוסי קליין ואח'**, פ"ד מח(3), 485, שם זוכו אנשי העיתון

"חדשות" מפרסום אסור לאחר שנמצא כי תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945, לא פורסמו ברשומות).

40. טעה בית המשפט קמא בסעיף 4 להחלטתו (עמ' 2 להחלטה), כאשר התייחס לפעולת החיפוש שביצעה המשיבה בחצריו של המבקש כאילו זאת בוצעה על פי צו שהוצא על ידי שופט, כאשר בפועל צו חיפוש זה היה פגום במהותו ונקב בכתובת שגויה של החצרים (בצו נכתבה הכתובת "שושן אברהם 68 עכו" במקום הכתובת הנכונה "אברהם בן שושן 78 עכו").

41. על צו החיפוש היה לפרט את כתובת החצרים המדוייקת. ראו ספרו של כב' השופט (בדימוס) קדמי, "סדר הדין בפלילים", חלק ראשון, עמ' 496, מהדורה 2003, סעיף 4:

צו חיפוש מעניק לכל שוטר – או למי שהשופט נקב בשמו בגוף הצו, אם ראה לנכון להסמיך אדם שאינו שוטר לבצע את החיפוש – את שלוש הסמכויות הבאות:  
 1) סמכות כניסה לחצרים להיכנס לחצרים הנקובים בצו. ואם המחזיק בחצרים אינו מסכים ואינו מאפשר כניסה- להשתמש במידת כוח סבירה על מנת להיכנס. ויודגש: צו חיפוש מכון לחצרים המסויימים שפרטיהם נקובים בצו; ונראה שאי אפשר ליתן צו כללי לחיפוש בחצרים כלשהם, שבהם "אפשר" ויימצא חפץ חשוד.

נספח כו: עותק מעמ' 496 מספרו של כב' השופט קדמי, רצ"ב לבקשה זו.

42. לא כך בצו החיפוש בענייננו.

43. על צו החיפוש היה לפרט את מספר הזהות של מחזיק המקום, את מהות החשד לעבירה ואת הכתובת הנכונה, וזאת על מנת להתיר כניסה חוקית ולא כניסה תוך התפרצות, הסגת גבול, הפעלת כוח בלתי סביר, תקיפת דיירי הבית ותפיסת מחשבים וחומרי מחשב על תכולתם, אשר קיבלו מעמד של חפץ מיוחד בסדרי הדין הפלילי ובשאר דברי חקיקה, ולא ניתן לתפסם ללא צו חיפוש חוקי. על צו החיפוש היה לפרט אילו קבצים מבקשים לתפוס, כפי שהחוק דורש וכפי ששופטים קבעו כבר.

44. טעה בית המשפט קמא בסעיף 4 להחלטתו (עמ' 3 להחלטה) כאשר הסתמך על פסק הדין בפרשת אברג'יל (ב"ש 1153/02, מחוזי ירושלים, מדינת ישראל נ' מיכאל אברג'יל, תק-מח 2002 (2) 3784, של כב' השופט משה דרורי) בבואו לשלול מהמבקש את החזרת התפוס לרשותו, ובפרט הסתמך על סעיפים 33 ו 34 לפסה"ד. לא רק בשל כך שערר זה מכיל מסמכים המדברים בעד עצמם.

45. בית המשפט קמא הביא את פסק דין אברג'יל כמשקל נגד לפסק דין בעניין דומה שהציג המבקש כדוגמא לפני הלכת יששכרוב, בפרשת אופיר (בש 91637/03, מחוזי תל אביב, אופיר בני נ' משטרת ישראל ימ"ר ת"א, תק-מח 2003 (2) 7390, מיום 13/07/2003, של כב' השופט ד"ר עודד מודריק), כאשר בפרשת אופיר בחר בית המשפט המחוזי לבטל את תפיסת



המחשבים ולהחזיר את התפוסים לידי המבקש לאחר שהוכיח כי הליכי החיפוש והתפיסה היו פגומים.

46. פסק הדין בפרשת אברג'יל דן במחשב שנתפס במועדון הימורים, שעל פי החשד נעשה בו שימוש לניהול משחקי מזל ולניהול הימורים בלתי חוקיים. המשך החזקת המחשב בידי המדינה נעשה במטרה לחלטו בעתיד לפי סעיפים 234 ו 235 לחוק העונשין, התשל"ז 1977. אין זה המקרה של המבקש כאן. שהרי המדינה מוכנה להחזיר הכונן המקורי תמורת הכרה ו"תעודת ביטוח פתוחה" לכל פעולותיה בדיסק.

47. פסק הדין בפרשת אברג'יל ניתן כ 4 שנים לפני הלכת יששכרוב (ע"פ 5121/98, יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, תק-על 2006 (2) 1093 (2006), פס"ד מיום 04/05/2006) ולפני תיקון מספר 12 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש), התשכ"ט 1969.

48. בהלכת יששכרוב, החל בית המשפט העליון להכיר בתורת "הפסילה הפסיקתית" והסביר כי הגיעה העת לאמץ דוקטרינה זו למציאות הנורמטיבית המשתנה (עמ' 62 לפס"ד יששכרוב, סעיף 54 סיפא). זאת לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

49. הלכת יששכרוב לא היתה מונחת בפני בית המשפט המחוזי בירושלים בפרשת אברג'יל. פסק הדין בפרשת אברג'יל ניתן ביום 25/06/2002, בעוד שפסק הדין בפרשת יששכרוב ניתן ביום 04/05/2006, כ - 4 שנים אח"כ.

50. בשנת 2005 תוקנו סעיפים שונים בפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש), התשכ"ט 1969, הנוגעים לחיפוש ותפיסת מחשב וחומר מחשב. כך תוקנו סעיפים 23א, 26, 32, 38א ואף הוסף סעיף 32א, כולם בהקשר לחיפוש ותפיסת מחשבים וחומרי מחשב.

51. ראו: חוק לתיקון פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) (תיקון מס' 12) (חיפוש ותפיסת מחשב), התשס"ה 2005, ס"ח 2008, עמ' 526, מיום 29/06/2005.

52. ראו דברי הסבר להצעת חוק לתיקון פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) (מס' 11) (חיפוש ותפיסת חומר מחשב), התשס"ה 2005, הצ"ח הכנסת 78, עמ' 149, מיום 17/05/2005.

**נספח כז: עותק מהצעת חוק לתיקון פסד"פ, הצ"ח 78, רצ"ב לבקשה זו.**  
**נספח כח: עותק מהחוק לתיקון פסד"פ, ס"ח 2008, רצ"ב לבקשה זו.**

53. טעה בית המשפט קמא בסעיף 5 להחלטתו (עמ' 4 להחלטה), כאשר קבע כי במקרה דנא מדובר על תפיסת ראיות מחשב על ידי המשיבה בהליך בהול, בלא שהיה לה שהות להתארגן, בשל חשש להשמדת הראיות האלקטרוניות (חומר המחשב) מצד החשוד (המבקש). אי אפשר לעגל הריבוע רק לצורך השבעת רצון החזק.

54. ולא כך היא! על פי המשיבה, עבירת הפרסום בוצעה ביום 29/08/2006, וביום זה נפתחה החקירה (עפ"י דברי פקד ניר אלקבץ בתיק מעצרים מ 18400/06, מיום 18/09/2006, צורף כנספח).

55. צו החיפוש ניתן ע"י כבי' השופט הימן רק ביום 12/09/2006.

56. החיפוש בוצע שבוע לאחר מכן, ביום 18/09/2006. כלומר, החיפוש והתפיסה לא נעשו בבהילות, אלא 16 ימים לאחר ביצוע העבירה לכאורה.

57. כלומר, המשיבה פעלה שלא כדין תוך פגיעה במבקש, כאשר היו לה 16 ימי התארגנות לחיפוש ותפיסה מסודרים, כדין, בלא צורך בהליך פוגעני המלווה בצו חיפוש פגום מיסודו. בית המשפט כבר אמר דברו על "בהילות" כזו ב תפ 92 / 7158 **מדינת ישראל נ' יצחק חבושה** נד(4)25 "יש להקפיד בצווי חיפוש ולדקדק בקלה כבחמורה במילוי הפרטים... אין ספק, שאין מדובר במצב בהול... אי קיומן של הוראות חוק אלה מביא לתוצאה, האחת והיחידה, כי החיפוש שנערך בדירת הנאשמים היה חיפוש בלתי חוקי...". המשיבה יכולה היתה לבקש צו תקין גם משופט בעכו באותו יום.

58. טעה בית המשפט קמא בסעיף 6 להחלטתו (עמ' 4 ו 5 להחלטה), כאשר הסתמך על ההנחיות הפדרליות האמריקאיות לעניין חיפוש ותפיסת מחשב, תוך קביעה כי המבקש ו/או בא כוחו יאשרו את קבילות העותק האלקטרוני של חומר המחשב בידי המשיבה.

59. ההנחיות הפדרליות האמריקאיות רלבנטיות כאשר החיפוש והתפיסה נעשים כדין. באם החיפוש והתפיסה נעשו שלא כדין, בעזרת צו חיפוש פגום מיסודו, חלה בדין האמריקאי דוקטרינת "פרי העץ המורעל" והחפצים שנתפסו מוחזרים לחשוד שזכויותיו נפגעו בהליך הפגום. יתר על כן, הסתמכות בית המשפט קמא על הערה 120 בעמ' 82 מספרו של של נמרוד קוזלובסקי **המחשב וההליך המשפטי ראיות אלקטרוניות וסדרי דין** מתעלמת מדבריו בעמ' 66 שם " צו חיפוש המקנה הרשאה כללית לחפש במערכת מחשב ללא הבחנה בין סוגי קבצים או המידע הוא אפוא רחב ופוגעני יתר על המידה". מאז פרסום הספר המקומי לפני 7 שנים חלה התייחסות שונה בארה"ב להפרות חוקתיות בעת חיפוש במחשב. המחוקק הישראלי אמר דברו בשנת 2005 בתיקוני הפקודה. לבד מכך שכאשר אין חשש לשיבוש החקירה הכונן המקורי מוחזר לבעליו – **חוק חתימה אלקטרונית – התשס"א 2001** סעיף 17 (א)(4) "הרשם יעתיק את חומר המחשב ויתיר את המקור בידי בעליו", קרי, המחוקק למד מה ערכו של כונן קשיח.

60. טעה בית המשפט קמא בסעיף 7 להחלטתו (עמ' 5 להחלטה), כאשר דחה את הערר והציב בפני המבקש ובא כוחו **דרישה בלתי סבירה** לחתום על התחייבות בפני המשיבה כי העתק הדיסק הקשיח שתעשה המשיבה לעצמה, הינו העתק מדויק ומתאים למקור, וחתימה על התחייבות שלא לעלות טענות כי אין התאמה בין הדיסק המקורי להעתקו.

61. המדובר בדרישה בלתי הוגנת, בלתי מיידתית ובלתי חוקתית. אין המדובר בחתימה על ראיות ספציפיות לביצועה של העבירה, אשר יוצגו בפני המבקש, כי אם דרישה לחתימה על זהות של מאגר מידע הכולל 40 מיליארד תווי מידע (דיסק בגודל 40 ג'יגה בייט), כאשר מתוכם 100 תווי

מידע בודדים בלבד (מידע בגודל 100 ביט) הן ראיות לכאורה לביצועה של העבירה. מדובר ב- 28 מליון דפי מידע מתוכם המשיבה נזקקת ל – 4 מכסימום. המבקש לא יכול לאמת המצאותם של כל הקבצים המקוריים בהעתק. למשיבה נסיון מר בהעתקה ובשמירה של כונני מחשב של חשודים ו/או נאשמים. כוננים ניזוקו ברשותה על תכולתם. אין לה האמצעים הנדרשים לשמירת כונן יקר ערך כזה.

62. למבקש ולבא כוחו אין כלים להעריך את נוהלי העבודה והאמצעים של המשיבה בהעתקת חומרי מחשב מכיוון שמדובר בחומר חקירה שלא נחשף בפניהם, וגם לא ייחשף בפניהם עד להגשת כתב אישום נגד המבקש (אם בכלל מוגש) בכל מקרה גם אם המשיבה תגיש כתב אישום שתוצאתו ידועה הכונן יינזק מאחזקתו הרשלנית ברשות המשיבה.

63. יתר על כן, תיקון מס' 12 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש), התשכ"ט 1969, משנת 2005, הוסיף את סעיף קטן (ב) לסעיף 26 לפקודה, והטיל על המפקח הכללי של משטרת ישראל (הוא מפכ"ל המשיבה) לקבוע הוראות ונהלים להעתקת חומרי מחשב, חדירה לחומרי מחשב ושמירה על שלמותם של חומרי המחשב.

64. וכך קובע סעיף 26(ב) לפקודה:

(ב) בלי לפגוע בכלליות האמור בסעיף קטן (א), המפקח הכללי של המשטרה יקבע הוראות נוספות לענין חדירה לחומר מחשב לצורך שמירה על הפרטיות ועל שלמותו של חומר המחשב; קביעה לפי סעיף קטן זה יכול שתיעשה בפקודות משטרת ישראל כהגדרתן בפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971, ויכול שתיעשה בנהלים בידי המפקח הכללי של המשטרה או בידי קצין משטרה שהוא הסמיכו לכך.

65. הוראות ונהלים המפורטים בסעיף 26(ב) לפקודה לא פורסמו ברבים ו/או ברשומות. הללו גם לא נבחנו בהליך משפטי כלשהו, לפי הידוע למבקש ולבא כוחו.

66. יתר על כן, המשיבה בעצמה יודעת כי העתקת דיסק קשיח ממקור להעתק אינה זהה, אלא קיים מידע שלא מועתק מהמקור להעתק. ראו למשל מאמרו של סני"צ מאיר זוהר (לשעבר ראש מפלג עבירות מחשב אצל המשיבה), "מראות המשטרה", גיליון מס' 171, מרץ-אפריל 1999, עמ' 16-17.

67. וכך כותב סני"צ זוהר במאמרו:

#### העתקת מראה

...

בדיסק הקשיח "מסתתר" מידע רב, שאינו נגיש בדרך-כלל למשתמש ו/או למערכת ההפעלה. המידע יכול להיווצר בכוונה תחילה (החבאת המידע באזורים שאינם נגישים בדרך-כלל), במחיקה מכוונת של קבצים המכילים ראיות או

באופן שוטף וללא ידיעת המשתמש. מידע כזה יכול להכיל ראיות, הקושרות את החשוד לביצוע העבירה. העתקת מקור מאפשרת לחוקר לחקור מידע כזה, אשר אינו מתקבל באמצעות העתקת קבצים רגילה.

העתקה רגילה אינה העתקת מידע ראייתי מקבצי מערכת, מקבצים מחוקים, מ- FILE SLACK (גודל פיזי-גודל רשום), מדיסק מפורמט או מ- LANDING ZONE.

נספח כט: עותק ממאמרו של סנ"צ מאיר זוהר, רצ"ב לבקשה זו.

68. מאמרו של סנ"צ מאיר זוהר פורסם באתר האינטרנט של משטרת ישראל בקישור הבא:  
[http://www.police.gov.il/persumim/kitvey\\_et/01\\_172/06\\_172.asp](http://www.police.gov.il/persumim/kitvey_et/01_172/06_172.asp)

69. גליון מס' 171 של "מראות המשטרה" פורסם במלואו באתר האינטרנט של משטרת ישראל, בקישור הבא:  
[http://www.police.gov.il/pdf/04/0403/040301/172\\_book.pdf](http://www.police.gov.il/pdf/04/0403/040301/172_book.pdf)

#### ז. זכות הקניין ותורת פרי העץ המורעל

70. המבקש יטען להחזרת הדיסק הקשיח שלו לידי, מתוקף זכות הקניין הטבועה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

71. חוק יסוד כבוד האדם וחירותו קובע:

#### 3. שמירה על הקניין

אין פוגעים בקניינו של אדם.  
 חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

...

#### 7. פרטיות וצנעת הפרט

(א) כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו.  
 (ב) אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו.  
 (ג) אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו.  
 (ד) אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו.

72. המשיבה, באמצעות צו חיפוש שנוי במחלוקת, פגעה בקניינו של המבקש, פגעה בפרטיותו ופגעה בצנעת חייו. זאת ללא צו חיפוש הולם או חקיקה הולמת המתקנת פגמים פרוצדורליים אצל המשיבה.

73. יתר על כן, המחוקק כבר פסל באמצעות חקיקה ראשית, שימוש בראיות שהושגו תוך פגיעה בפרטיות ובצנעת הפרט. זאת באמצעות חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א 1981, וכן בחוק האזנת סתר, התשל"ט 1979.

74. סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, אוסר על הבאת ראיות במשפט פלילי, ראיות שהושגו תוך פגיעה בפרטיות, ללא הסכמת הנפגע (המבקש).

75. סעיף 13 לחוק האזנת סתר, אוסר על הבאת ראיות במשפט פלילי, ראיות שהושגו תוך שימוש בהאזנת סתר.

76. בית המשפט העליון החל להכיר בתורת "פרי העץ המורעל" במונח העכשווי המתון של "פסילה פסיקתית" והסביר כי הגיע העת לאמץ דוקטרינה זו למציאות הנורמטיבית המשתנה (ראו הלכת יששכרוב שהוזכרה לעיל, סעיף 54 סיפא).

77. כך, דיסק מחשב המכיל מידע מוגן בפרטיות של המבקש ו/או של צדדים שלישיים, ונתפס שלא על פי צו חוקי וקביל, אינו יכול לשמש ראיה קבילה במשפט פלילי, ועל המשיבה להחזיר תפוס זה לידי המבקש, ולא להחזיקו סתם במחסניה, תוך חשש כי יינזק. אין המדובר בחפץ דומם ככל חפץ תפוס, כי אם חפץ שקיבל מעמד מיוחד בחקיקה הישראלית ובסדרי הדין הפלילי. על בית המשפט הנכבד להורות למשיבה להחזיר את הדיסק הקשיח לידי המבקש.

78. מן הראוי היה לחייב את המשיבה להגיש הצהרת תובע ביחס להגשת כתב אישום כנגד המבקש – הצעה שהעלתה כבוד השופטת דורית רייך שפירא בהליכי המעצר, הצעה שלא זכתה להדפסה בפרוטוקול.

79. יתר על כן, יש מצבים בהם תפיסת חפץ של חשוד, אינה פוגעת לכאורה בשגרת חייו, כגון: תפיסת רכב יקר של חשוד תוביל לכך שחשוד יעשה שימוש ברכב אחר כדי להסיעו ממקום למקום; תפיסת שעון יד יקר של חשוד תוביל לכך שחשוד יעשה שימוש בשעון אחר כדי לדעת מה השעה; תפיסת מחשב יקר ורב ערך במידע עצום ויקר כיהלום תוביל לכך שחשוד לא יוכל להשתמש במחשב חליפי זהה.

80. יתר על כן, זכות הקניין של החשוד נפגעת, באם החפץ נתפס בעזרת צו חיפוש פגום. נראה כי הגיעה העת, לאור חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, ולאור הלכת יששכרוב, כי בית המשפט יאמר דברו וימנע מהרשות החוקרת לפגוע בקניינו של אדם ללא הליכי משפט נאותים תוך שימוש בצווי חיפוש פגומים, תוך זלזול בזכות הקניין של האזרח ו/או של צדדים שלישיים שאינם חלק בחשדות כלל.

### ח. עקרון המידתיות

81. המשיבה מייחסת למבקש חשד לביצוע עבירה לפי סעיף 70(ד) ל לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד 1984, עבירה שבצידה עונש של ששה חודשי מאסר, והיא מן העבירות הקלות ביותר בספר החוקים – דברי כבוד השופט אביחי דורון בהליך המעצר (נספח יד עמ' 5).

82. על פי החשד של המשיבה המיוחס למבקש, פרסם המבקש ביום 29/08/2006 את שמה של המתלוננת נגד השר **חיים רמון** (הנאשם בתיק פלילי 5461/06, שלום תל אביב), וזאת בניגוד לצו איסור פרסום שלטענת

המשיבה היה קיים באותה עת (צו איסור הפרסום על שמה של המתלוננת הוא מיום 03/09/2006 כפי שפורט לעיל).

83. הליך משפטי או מנהלי ותוצאותיו צריכים להיות פרופורציונאליים לנוק שמעשה ההפרה גרם. עיקרון המידתיות מטיל חובה על המדינה לשמור על פרופורציה בין מעשה הפרת הדין ובין תגובת המדינה.

84. בענייננו, המבקש לא קיבל לידי כל צו איסור פרסום (דבר שגם לא מוכחש על ידי המשיבה), הדברים "פורסמו" לכאורה באתר אינטרנט נידח כלשהו (ולא בעיתון יומי רב תפוצה), וככל הנראה גם נמחקו לאחר מספר שעות לאחר שהופנה תשומת ליבו של בעל האתר לעניין.

85. האם יעלה על הדעת כי המשיבה תעצור עיתונאי הכותב דבר מה בעיתון יומי נפוץ ומפר צו איסור פרסום, או אזרח שפלט דבר שטות ברשת האינטרנט בלא שהוזהר תחילה, תחרים את ניירותיו, את כלי הכתיבה שלו, את חומרי המחשב שלו, תפגע בקרובים לו, וזאת רק בשל נקמנותה והתלהבות יתר של גורם כלשהו ביחידה החוקרת?

86. התשובה היא לא, וזה בדוק גם מתלונות שהגיש ב"כ המבקש גם לפרקליטות וגם למשטרה:

א. המשיבה לא חיפשה, לא תפסה, לא עצרה ולא חקרה את עיתונאי "מעריב" שהפרו צו איסור פרסום ביודעין ופרסומו את תמונת המתלוננת נגד כב' הנשיא משה קצב (פרסום אסור ביום 29/09/2006 באתר האינטרנט של העיתון [www.nrg.co.il](http://www.nrg.co.il)). תלונה הוגשה באותו יום.

ב. המשיבה לא חיפשה, לא תפסה, לא עצרה ולא חקרה את עיתונאי "הארץ" שהפרו צו איסור פרסום ביודעין ופרסמו בעיתון סופשבוע רב תפוצה את תמלילי עדותה של המתלוננת נגד השר לשעבר חיים רמון (פרסום אסור ביום 17/11/2006 בעיתון המודפס ובאתר האינטרנט [www.haaretz.co.il](http://www.haaretz.co.il)). תלונה הוגשה באותו יום.

ג. המשיבה לא חיפשה, לא תפסה, לא עצרה ולא חקרה את עיתונאי "מעריב" שהפרו צו איסור פרסום ביודעין ופרסמו בעיתון סופשבוע רב תפוצה את שמה של המתלוננת נגד השר לשעבר חיים רמון, שם שהופיע על תמונת דו"ח בדיקת פוליגרף (פרסום אסור ביום 12/01/2007 בעיתון המודפס). תלונה לא הוגשה.

87. האם רק כותבים בעיתון רב תפוצה נהנים מפרוטקציה ו/או מחופש העיתונות ומחופש הביטוי, ואילו כותבים עצמאיים ברשת האינטרנט אינם נהנים מחירויות אלה? האם היה בית משפט ישראלי היה דן באולם בעניינו של עיתונאי מ"מעריב" ו/או מ"הארץ" בשל חשד כזה כשהוא כבול? כפי שנעשה עם המבקש? – אין עריצות גרועה מזו המבוצעת בחסות החוק אמר מונטסקייה. נסיון ההריסה של כל הליך משפטי הוגן של המבקש שאינו בעל עבר פלילי מצד המשיבה תוך גלגול עיניים, בבית משפט קמא, לא מחזקים אמינות בית המשפט שכבוד הנשיאה דיברה בחיוניותה בהלכת יששכרוב.

**ח. עקרון המידתיות בחיפוש האלקטרוני**

88. טעה בית המשפט קמא כשלא נדרש לחיפוש הפרוע ללא גבולות זמן ותחום במחשב המבקש, גם אם הוא חשוד בעבירה על חוק בתי המשפט, אם תיקוני הפקודה אינן "מילים יפות" מן הראוי היה לקבל בערר הטיעון בדבר התפיסה החובקת של הכונן. מדובר בחיפוש כפול. הראשון פיזי – הכניסה הבלתי חוקית. השני – האלקטרוני, החיפוש המתמשך הפרוע בכונן של המבקש. למבקשת קל יותר לחפש בכונן במקום המצאו אחר ראיות מאשר חיפוש פיזי בשטח, יש לה הכלים לכך. היא אינה זקוקה לקחת הכונן כלל.

89. בתאריך 22/11/06 נתקיים דיון במעמד צד אחד בבית המשפט השלום בבאר שבע. עיריית אופקים בקשה צו לתפיסת מחשבים וציודם ההיקפי. **כבוד השופט יעקב שפסר** סירב לתת צו לחדירה למחשבים בכלל – "לא נראה לי כי המדובר במקרה קיצוני כל כך, של נזק העולה כדי הצורך הדחוף להצדקת התערבות דחופה של בית המשפט, תוך פגיעה חריפה בחדירה לפרטיות ופגיעה ברשות הפרט".

**נספח ל: עותק פס"ד עיריית אופקים נגד דראי 22/11/06, רצ"ב לבקשה זו.**

90. בית משפט אמריקני ב- 2004 קבע כי לרשויות החוק קל יותר לחפש במחשב מאשר בשטח פיזי, כאשר הרשויות לא המציאו מה הם רוצים לתפוס בחיפוש הם לא קיבלו צו לחדירה חובקת במחשב של חשודה ברמאות. בית המשפט אומר כי דווקא במחשבים יש לשוטרים אמצעים רבים ומגוונים לצמצם את החיפוש ולמקד אותו להיפך מחיפוש פיזי רגיל שהוא רחב וקשה יותר. במקרה זה השוטרים שבו והלכו מספר פעמים לשופט שסירב לתת הצו הדורסני והציב תנאים שונים שעל השוטרים להציג לו לפני שיאשר את החיפוש החל מפרוטוקול שיפרט באילו אמצעים הם מבקשים לחפש במחשבים וכלה בתוכנות מועדים וקבצים מבוקשים. סופו של דבר – הצו סורב גם בערר.

In re Search of 3817 W. West End, 321 F. Supp. 2d 953 (D. Ill., 91 2004)

92. בין היתר אומר שם בית המשפט:

"The Court told the government that in order to address these concerns, prior to allowing any search of the contents of the computers, the Court would require the government to provide a protocol outlining the methods it would use to ensure that its search was reasonably designed to focus on documents related to the alleged criminal activity. The purpose of this protocol was to provide the Court with assurance that the search of the computer after its seizure would not consist merely of a random or general examination of other documents--which, on a home computer, might contain sensitive information regarding health or other personal and private matters completely unrelated to the alleged criminal activity..."

נספח לא: עותק של פסק הדין הנ"ל 3817 In re Search of רצ"ב לבקשה זו.

י. הלכת יששכרוב

93. גדר השאלה היא עד להיכן משתרעת הלכה זו? האם גם להליכים הפרוצדורליים של המשפט הפלילי או שמא רק לתחום המשפט עצמו? מה הוא טוהר ההליך השיפוטי? מתי הוא מתחיל ומתי מסתיים כש"העם שומע ורואה את הקולות והברקים?" שאלה זו נשאלה על ידי כבוד הנשיאה דורית בייניש בפסק הדין היא קובעת כי "לשאלת תחולתה בזמן של הדוקטרינה הפסיקתית לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין. דוקטרינה זו משתייכת לתחום דיני הראיות בפלילים ותכליתה להגן על זכותם של נאשמים להליך פלילי הוגן... בהתחשב בכל אלה תחול ההלכה שיצאה מלפנינו על כל נאשם שתיקו תלוי ועומד בפני בית המשפט, ככל שיהא מקום ליישומה בנסיבות העניין..." (הלכת יששכרוב שם בעמ' 1151). לעניות דעת הח"מ, מן הראוי שבנסיבות מיוחדות הדוקטרינה הזו תפרוס כנפיה גם על המקרה והנסיבות של בקשה זו. הטעם המרכזי – המסמכים מדברים בעד עצמם. התנהגות המשיבה נגועה בחוסר תום לב בכל הערכאות. אין הפתעה בכך שהמשיבה לא צייתה לצווי ו/או לזימוני בית המשפט ו/או לא מסרה תגובתה בכתב לערר ו/או סיכומיה בכתב, מטעם פשוט – אין לה מה לומר. להחלטת הנציבה אין משמעות ראייתית היא שסתום לצמצום נזקי האמון המצטמצם בשופטים – משבר האמון בבית המשפט לו חרדה הנשיאה בפסק דין יששכרוב. אם החלטת הנציבה שישבה בבית משפט זה יש לה אזכור יבש בהחלטת בית משפט קמא ראוי שבית המשפט כאן ייתן לה את המשקל הנכון. חתימת שופט לא יכולה להוות כיסוי בלנקו לפריצה פיזית וחדירה פרועה למחשבים מלווים במשלוח הדייר (אבי המבקש – ב.ג.) לבית חולים. כזה צו חיפוש הנשיא שמגר מצביע עליו בפס"ד אילוז כתורה שיש ללמוד ממנה כשהוא פוסל שם צו האזנת סתר שלא נערך כדין בבית המשפט המחוזי. העובדות הן עצמים קשים. המבקש אינו בעל עבר פלילי ואינו נאשם. כפי שיתואר להלן גנבים זוכו בשל טוהר ההליך השיפוטי.

94. נמצאו שופטים שכבר החלו ביישום הלכת יששכרוב בשל טוהר ההליך השיפוטי - ביום שנועד לדיון בערר בבית משפט קמא 11/12/06. יישם כבוד השופט מוקי לנדמן בבית משפט השלום בתל אביב את הפסילה הפסיקתית ב – פ 06 / 002399 מדינת ישראל נגד סולטאן מחמיד, 11/12/06, 7 עמודים. בעניינם של שני נאשמים בהחזקת רכוש גנוב וכלי פריצה... "חרף האמור לעיל, יש לזכות את הנאשמים, שכן החיפוש ברכב נערך שלא כדין ובנסיבות שיש בהן כדי לפסול את הראיות שהושגו מכוחו, לאור דוקטרינת הפסלות הפסיקתית, כפי שעלתה בע"פ 98 / 5121 טור' (מיל.) רפאל יששכרוב נגד התובע הצבאי הראשי (טרם פורסם, 4.5.2006) (להלן: "הלכת יששכרוב"). בית המשפט קובע כי קבלת תוצאות החיפוש תיפגע בטוהר ההליך השיפוטי בהתאם להלכת יששכרוב, כן קובע השופט כי קיימת חשיבות רבה כי שוטר יעשה שימוש בסמכויותיו כדין ולא יסבור כי עצם תפקידו מאפשר לו לחדור לפרטיות האחר. זאת בייחוד כשמדובר בעבירה שהיא עבירת רכוש, עבירה קלה יחסית, בגינה יש לתת משקל רב יחסית לאמצעי הפסול. בנוסף, בית המשפט דוחה את הטענה כי הנאשמים הסכימו לחיפוש, שהרי מנסיבות הסיטואציה ברור שהשניים חשבו כי אין להם ברירה אחרת. משכך, ומאחר שלתוצאות החיפוש



משמעות ראייתית, בית המשפט פוסל את הרכוש כראיה ומזכה את שני הנאשמים.

**נספח לב: עותק פס"ד סולטאן מחמיד מתאריך 11/12/06, רצ"ב לבקשה זו.**

95. שופט בית המשפט המחוזי בירושלים יוסף שפירא יישם את הדוקטרינה על תיקים תלויים ועומדים בתאריך 6/12/06.

**נספח לג: עותק פס"ד ירון וול מתאריך 6/12/06, רצ"ב לבקשה זו.**

96. טענת חקירה נגדית במשפט צפוי – בית המשפט קמא מוסר את בחינת טוהר ההליך השיפוטי לרצונה הטוב וזמנה של תובעת במשטרת עכו, האם בחינת טוהר ההליך השיפוטי תלויה במועד הנפקת אישום על ידי התובעת המשטרתית בעכו? זו שסירבה לאפשר צילום של הצו הנייד? לא מדובר בהימורים באינטרנט כבפס"ד אברג'יל אלא בעיתונאי. המסמכים ברורים לכל סטודנט גם של הח"מ.

97. השאלה הרובצת לפתחו של בית משפט נכבד זה – האם בית המשפט הנכבד מוכן ליישם הדוקטרינה שנקבעה בבית משפט נכבד זה בעצמו לנסיבות הללו שתוארו בבקשה או לשלוח המבקש להמתין לחסדי התובעת מעכו? לתוצאה שסופה ידוע מראש.

98. המבקש שלא מרצונו נקלע להליך ארוך ומתיש של לחימה על זכויותיו. הוא אינו חזק ועשיר כמו העיתונאים. הוא נאלץ להלחם על כבודו קניינו וזכויותיו בכל הערכאות. למותר לציין כי אין הפתעה בכך שנאלץ לבקש רשות זו לערור בפני בית משפט נכבד זה. עמיתים משפטנים שעיינו בהליכי המבקש גם מהמדינה סברו כי הוא יאלץ להגיע לכאן. הח"מ סקר ערב הערר בבית משפט קמא בין הסטודנטים שלו 'אידך לדעתך יכריע מחר בית המשפט המחוזי בערר?' התשובות שנתקבלו מהצעירים הללו מטרידות.

## **י. סוף דבר**

99. יהא זה מן הדין ומן הצדק לקבל את הבקשה, ליתן למבקש רשות ערעור, ולהורות למשיבה להחזיר למבקש את הדיסק הקשיח (חומר המחשב, פריט 24) התפוס בידיה.

עו"ד בועז גוטמן  
ב"כ המבקש