

בעניין:

בנימין נתניהו

באמצעות עוה"ד בעז בן צור, ישראל וולנרמן,  
דקלה סירקיס, כרמל בן צור ואסנת גולדשמידט-שרייר  
מרח' הארבעה 28, תל אביב  
טל': 03-7155000; פקס': 03-7155001

וכן באמצעות עוה"ד עמית חדד, נועה מילשטיין,  
אביחי יהוסף ויאיר לשם  
מרח' ויצמן 2 (בית אמות), תל אביב  
טל': 03-5333313; פקס': 03-5333314

המבקש;

- נ ג ד -

מדינת ישראל

באמצעות פרקליטות מחוז תל-אביב (מיסוי וכלכלה)  
רחוב מנחם בגין 154, תל אביב 6492107  
טלפון: 073-3924600, פקס': 03-5163093

המשיבה;

## בקשה לפסילת ראיות

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת לקבוע, לבקשת המבקש והמצטרפים הנאשמים 2-3, כי חומרי חקירה אשר הופקו במסגרת חיפושים בלתי חוקיים, כפי שיפורט להלן, אינם בגדר ראיות קבילות, ולא ניתן יהיה להגישם במשפט.

בקשה זו מוגשת עתה, ובכתב – והכל בכפוף להחלטת בית המשפט בבקשות לביטול האישומים הראשון והשלישי והבקשה למחיקת סעיפים – בכדי לקדם ולייעל את הדיון, וכדי להימנע מהצורך להתנגד על פה להגשתן של ראיות הצפויה להתרחש עם עלייתו של עד התביעה הראשון על דוכן העדים – מר אילן ישועה. ממילא אין בבקשה זו כדי לגרוע מן הנטען בבקשת הביטול.

ריכוז הראיות שמבוקש לפוסלן על יסוד בקשה זו מצורף למען הנוחות כנספח 1.

כפי שיפורט להלן, עניינה של בקשה זו בחיפושים נרחבים ובלתי חוקיים בחומרי מחשב, שבוצעו ביחידה החוקרת ביחס לעדים רבים. חיפושים אלה בוצעו עם ראשית החקירה ב"תיק 4000", בכוונת מכוון ובידיעה שהם חיפושים שאינם חוקיים, והם שהקימו את התשתית הראייתית ששימשה לחקירת העדים בהליך זה.

אותם חיפושים בלתי חוקיים ונפסדים הניבו חומרי חקירה מרובים, שהדין מחייב כי לא ניתן יהיה להגישם לבית המשפט הנכבד, שכן אין מפר דין יוצא נשכר.

בית המשפט הנכבד יתבקש אפוא לקבוע, כי כל שנצמח מאותם חיפושים פסולים אינו כשיר לשמש ראיה בהליך משפטי, ובכך להגן על זכויותיהם של הנאשמים ולהעביר מסר ברור לרשויות האכיפה שלפיו יש דין ויש דיין, ואלה מבחינים בין המותר לאסור. גבול זה, בין המותר לאסור, נחצה בפרשה זו – וברגל גסה – ומכאן בקשה זו.<sup>1</sup>

## ואלה נימוקי הבקשה

### א. רקע רלוונטי בתמצית – חקירת פרשת "בזק יס"

1. בחודש יוני 2017 הפכה גלויה חקירה בפרשת "בזק יס". כנלמד מהודעת רשות ניירות ערך שפורסמה עם סיום החקירה ביום 6.11.2017, חקירה זו עסקה בעבירות הבאות: "**עבירות דיווח, קבלת דבר במרמה, מרמה והפרת אמונים בתאגיד ועבירות שיבוש מהלכי משפט**".

העתק הודעת רשות ניירות ערך מיום 6.11.2017 מצורף **כנספח 2**.

2. על פי הודעה זו של הרשות, במסגרת תיק החקירה נחקרו שלוש פרשות:

א. **קבלת כספים במרמה** – נטען כי נושאי משרה בחברות "בזק" ו"יס" היו אמורים לזכות שלא כדין את בעל השליטה בחברת "בזק" בסכומי כסף ניכרים. כך, שכן זכאות בעל השליטה נגזרה מהוראות הסכם עסקת "בזק יס", אשר התנה תשלומים אלה בעמידת חברת "יס" ביעדים פיננסיים שנקבעו – ועל פי הטענה בוצעו פעולות מלאכותיות במערך התשלומים לצורך כך.

ב. **הדלפת חומרי ועדה בלתי תלויה לבעל השליטה בחברה ומקורביו** – נטען כי נושאי משרה בחברת "בזק" "הדליפו" לבעל השליטה ומקורביו מדיוני הוועדות הבלתי תלויות של חברת "בזק" אשר נדרשו לבחינת עסקאות "בזק יס" ו"בזק חלל" ביחסי לשלבי המשא ומתן השונים.

ג. **קידום אינטרסים של "בזק" במשרד התקשורת** – נטען לפעולות שבוצעו מצד מנכ"ל משרד התקשורת ונושאי משרה ועובדים בחברת "בזק", ובין היתר העברה של מסמכים מסווגים, ניירות עמדה פנימיים ותכתובות ומסמכים מדיונים בין-משרדיים. על פי החשד, אנשי "בזק" עברו על המסמכים, נתנו עליהם הערות וכן הלאה.

3. חקירת פרשת "בזק יס" לוותה על ידי מחלקת ניירות ערך בפרקליטות מחוז תל אביב (מיסוי וכלכלה).

4. בחודש נובמבר 2017 הועבר תיק החקירה לפרקליטות להמשך טיפול.

5. ביום 23.12.2020 הוגש כתב האישום בפרשת "בזק יס".

העתק כתב האישום בפרשת בזק יס מצורף **כנספח 3**.

<sup>1</sup> למען הזהירות יצוין, כי אם לא תקבל בקשת הביטול האישומים הראשון והשלישי מחמת היעדר אישור היועץ המשפטי לממשלה כנדרש על פי סעיף 17 לחוק יסוד: הממשלה (ולא כך צריך שיהיה), ובנתון להכרעה בבקשה זו – המבקש שומר על זכותו להגיש בקשה נפרדת בעניין פסלות ראיות שהופקו כתוצאה מפעולות חקירה שבוצעו ללא אישור היועץ המשפטי לממשלה ותוך חריגה מהיתר שניתן.

## ב. רקע רלוונטי בתמצית – חקירת "תיק 4000"

6. בחודש פברואר 2018 הפכה לגלויה החקירה ב"תיק 4000". כנלמד מהודעת משטרת ישראל שפורסמה עם סיום החקירה, "התיק עוסק בעיקרו בחשד לכאורה לביצוע עבירות שוחד, מרמה והפרת אמונים שבוצעו על ידי ראש הממשלה מר בנימין נתניהו ועל ידי מר שאול אלוביץ', בעל השליטה בקבוצת בזק ואתר 'וואלה'".

העתק הודעת המשטרה מיום 2.12.2018 מצורף כנספח 4.

7. על פי הודעת המשטרה, "תמצית הראיות והחשדות" היתה כדלהלן:

א. מערכת היחסים בין ראש הממשלה ומקורביו למר שאול אלוביץ' היתה מערכת יחסים "שוחדית".

ב. הדבר התבטא בהתערבות בתכנים שפורסמו באתר החדשות "וואלה". התערבות זו נועדה לקדם אינטרסים אישיים של ראש הממשלה, באמצעות פרסום כתבות ותמונות מחמיאות.

ג. בני הזוג אלוביץ' השפיעו על פרסומים באתר "וואלה" בעד החלטותיו הרגולטוריות של ראש הממשלה לטובת שאול אלוביץ' וקבוצת "בזק".

8. גם חקירה זו, כעולה מהודעת המשטרה, "לוותה מקרוב" (לשון ההודעה) על ידי צוות פרקליטים מפרקליטות מיסוי וכלכלה.

9. ביום 28.1.2020 הוגש כתב האישום נושא הליך זה.

## ג. מ"פרשת בזק יס" ל"תיק 4000"

10. פרשת "בזק יס" היתה חקירת ניירות ערך קלאסית.

11. מוקד חקירת "בזק יס" היה בעניינים הקשורים בעסקאות "בזק יס" ו"בזק חלל". עיקרה של החקירה שעסקה בפרשה זו ביחסים הפנימיים בתוך קבוצת "בזק" ובחברת "יס" ובאופן ניהול עסקאות בעלי עניין, כמו גם בטענה כי במסגרת "עסקת בזק יס" נקבע שחלק מהתמורה תהיה תלויה בעמידה ביעד תזרים המזומנים החופשי של חברת "יס" ובביצוע מניפולציות נטענות בהקשר זה. בצד זאת, כפי שהוטעם קודם לכן, נחקרו חשדות אשר נגעו לממשק היחסים שבין מנכ"ל משרד התקשורת בשעתו, שלמה פילבר, לבין אנשי "בזק", וזאת ביחס ל"הדלפת" מסמכים לנציגי "בזק".

12. חקירה זו לא היתה קשורה בשום דרך ואופן לסיקור עיתונאי, לעבודת דוברים או לפרסום הודעות לעיתונות. "פרשת בזק יס" לא עסקה בראש הממשלה, לא באתר "וואלה" ולא ב"סיקור אוהד" (או "היענות חריגה", או "פתיחת דלת", או כל מכתם אחר) – וממילא ראש הממשלה לא היה צד לחקירה זו ואף לא נדרש למסור הודעה במסגרתה.

13. כדרכה של חקירה בניירות ערך, חקירת "בזק יס" הולידה כתב אישום שבמוקדו עבירות מקובלות בדיני ניירות הערך – גרם לפרט מטעה בדיווח כדי להטעות את ציבור המשקיעים; מרמה והפרת אמונים בתאגיד; וקבלת דבר בניסבות מחמירות.

14. לעומת זאת, וכמוכר למוותב הנכבד, עניינו של "תיק 4000" אינו בעבירות בניירות ערך כלל.
15. **לאחר חקירת "בזק יס", הופנו הפנים לחקירה חדשה, אחרת, הנוגעת לסיקור ראש הממשלה ב"וואלה".**
16. בהתאם, תוצאתה של חקירת "תיק 4000" היא האישום הראשון בהליך זה, הנוגע למערכת היחסים בין ראש הממשלה לבין בני הזוג אלוביץ', ובמרכזו הטענה כי ראש הממשלה ובני משפחתו הפנו "דרישות" שונות שעניינן אופן הסיקור שלהם באתר "וואלה"; וכי בני הזוג אלוביץ' הפעילו לחץ על מנכ"ל "וואלה" – אילן ישועה – להיענות ל"דרישות" אלו. למול זאת, כך הטענה, הפעיל ראש הממשלה את כוחו כעובד ציבור לקדם נושאים שאלוביץ' היה מעוניין בקידומם.
17. פועל יוצא מהתשתית העובדתית השונה בין שתי הפרשות – "בזק יס" ו"תיק 4000" – הוא סעיפי העבירה הרלוונטיים. בעניין "תיק 4000" נאשם ראש הממשלה בלקיחת שוחד; בני הזוג אלוביץ' נאשמים במתן שוחד; וראש הממשלה מואשם בעבירת מרמה והפרת אמונים על רקע קשריו עם בני הזוג אלוביץ'.
18. השונה בין שתי הפרשות הוא אפוא ברור – המהות. **שתי הפרשות עוסקות באירועים שונים, בתכנים שונים ובחשדות שונים.**
19. כך השונה. ומה בדבר הדומה? ובכן, הדומה בין שתי הפרשות הוא חלק מהנפשות הפועלות, ובעיקר גורמים שונים ב"בזק".
20. בהיותה של החקירה בפרשת "בזק יס" חקירה אשר התמקדה בחברת "בזק", נחקרו בה – מטבע הדברים – גורמים הקשורים בחברה זו, ובהם שאול אלוביץ'; אור אלוביץ'; עמיקם שורר (מנהל הפיתוח העסקי ב"בזק"); לינור יוכלמן (מזכירת הדירקטוריון); ואחרים. בצד זאת, ונוכח חלקה של החקירה אשר עסק ב"הדלפת" מסמכים ל"בזק", נחקר גם מנכ"ל המשרד דאז, מר פילבר, וכן גורמים נוספים במשרד התקשורת. רבים מאלה נחקרו גם במסגרת "תיק 4000".
21. והנה, כפי שנראה להלן, על אף השוני הברור בין שתי הפרשות, **רשויות החקירה** – בליווי נציגי המאשימה כפרקליטות מלווה – **ניצלו את הזהות בין הגורמים השונים** הקשורים בשתי הפרשות, כמו גם את העובדה שבמסגרת חקירת "בזק יס" נתפסו חומרים ונערכו חיפושים שונים, **כדי לחסוך מעצמן את הצורך (המתחייב על פי דין) בהוצאת צווי חיפוש מתאימים ורלוונטיים לחקירת החשדות ב"תיק 4000".**
22. ולמען יהיו הדברים ברורים: רשות ניירות ערך תפסה חומרים רבים (מחשבים, טלפונים ועוד) במסגרת חקירת "בזק יס".
23. חקירה זו הסתיימה (או עמדה בפני סיום), והחלה חקירת "תיק 4000".
24. אולם, על אף החשדות השונים שעמדו במוקד פרשה זו, **לא טרחו רשויות החקירה לעשות את המובן מאליו: להופיע בפני בית משפט, ולנסות ולשכנעו כי יש חשד סביר לביצוע העבירות הנטענות ב"תיק 4000", כדי לקבל צווי חיפוש נדרשים.**<sup>2</sup>

<sup>2</sup> לבד מצו חיפוש אחד, בעניינו של אילן ישועה, שאליו נתייחס להלן.

25. תחת זאת, רשויות האכיפה עשו שימוש – פסול – בעובדה שבמסגרת חקירת "בזק יס" נתפסו חומרי מחשב, תיבות דוא"ל, טלפונים וכו' מן הנחקרים, כדי לחקור גם את "תיק 4000".
26. וכך, הגם שצווי החיפוש שהוצאו ב"פרשת בזק יס" היו תחומים לאותה חקירה בלבד, חוקרי רשות ניירות ערך לא בחלו בעריכת חיפושים מאסיביים, פולשניים וחוזרים ונשנים במכשירי טלפון ניידים, ביומנים ובתיבות דוא"ל – ללא צו מתאים – במסגרת חקירת "תיק 4000".
27. נראה מיד, כי התנהלות זו נוגדת את החוק. היא נוגדת את הדין הפסוק. היא נוגדת את הנחיות פרקליט המדינה. ולמעשה, היא אף נוגדת את התנהלות הרשויות בתיק זה עצמו.
28. כידוע, "תיק 2000" נוגע בין היתר בקלטות של שיחות בין המבקש לבין מר נוני מוזס. שיחות אלו נמצאו בטלפון נייד של עד המדינה ארי הרו, שכבר נתפס על ידי המשטרה במסגרת חקירה אחרת, בלי רלוונטיות – חקירת 3H גלובל. אף שמכשיר הטלפון היה בידי המשטרה, לא נעשה בו חיפוש (שמטרתו לאתר את הקלטות שבמוקד האישום השני) אלא לאחר הוצאת "צו הרחבה" שיפוטי מתאים, שעניינו החשדות שבמוקד "תיק 2000".
29. כך נעשה ב"תיק 2000", ומשום מה – כך לא נעשה ב"תיק 4000".
30. השאלה מדוע נהגה כך הרשות החוקרת חורגת מגדריה של בקשה זו, והיא אינה מעניינה של המבקש. בין אם עשתה זאת מפני שחששה להביא לפתחו של בית המשפט בקשה אשר משמיעה חקירה פלילית בעבירת שוחד המערבת ראש ממשלה מכהן, על כל המשתמע מכך – ובין אם עשתה כן ברשלנות רבתי (ונוכח, כי נציגי המאשימה ליוו "מקורב" חקירה זו), אין בכך כל רבותא. התוצאה זהה.

#### ד. ניסיון ההגנה לקבל את צווי החיפוש שמכוחם פעלה המאשימה

31. שלוש פעמים פנו הח"מ למאשימה בבקשה לקבל צווי חיפוש מתאימים שמכוחם בוצעו החיפושים ב"תיק 4000". כך נעשה, מן הטעם שלא היה זה מתקבל על הדעת כי בחקירה מסוג זה – שנערכת על ידי מיטב החוקרים ומלווה על ידי מיטב הפרקליטים – לא הוצאו צווי חיפוש עובר לעריכת חיפושים נרחבים בחומרי מחשב.
32. שלוש פעמים נערכו פניות (בימים 22.12.2020, 24.1.2021, 27.1.2021) – אך שלוש הפניות לא הועילו.
33. בפניות אלה התבקשה המאשימה למסור את צווי חיפוש שמכוחם הופקו חומרי חקירה, ובפרט הצווים שמכוחם בוצעו חיפושים בטלפון הנייד של שלמה פילבר, בתיבת דוא"ל של שאול אלוביץ' ובטלפון הנייד של עמיקם שורר, בין החודשים אוקטובר 2018 ועד ינואר 2018.
34. בסופו של יום, מסרה המאשימה ביום 27.1.2021 צווי חיפוש שהוצאו בחודשים יוני-יולי 2017, במסגרת החקירה של פרשת "בזק-יס", שעניינם אותה חקירה בגין אותם חשדות הקשורים באותה פרשה – להבדיל מ"פרשת 4000".
35. כפי שיפורט להלן, צווים אלה – אין בהם די, והם אינם אוצרים כוח כדי להתיר את החיפושים המרובים שבוצעו ב"תיק 4000".

36. עתה נעמוד על התשתית הנורמטיבית ההכרחית, המשמיעה פסילתן של הראיות שהופקו באמצעות חיפושים בלתי חוקיים. לאחר מכן נדרש לאותם חיפושים שבוצעו – בפירוט. יוזכר כי למען הנוחות צורף כנספח 1 לבקשה זו מסמך המרכז את כלל הראיות שהופקו ללא צווי חיפוש מתאימים.

### ה. התשתית הנורמטיבית – באין צו, תיפסל הראיה

The poorest man may in his cottage bid defiance to all the forces of the Crown. It may be frail – its roof may shake – the wind may blow through it – the storm may enter – the rain may enter – **but the King of England cannot enter – all his force dares not cross the threshold of the ruined tenement.**

Chic Fashions (West Wales) Ltd v Jones (England and Wales Court of Appeal, 12.12.1967)

37. נקודת המוצא לדיון היא פשוטה וברורה: צו חיפוש, והוא בלבד, הוא המתיר חדירה וחיפוש בחומרי מחשב.

38. חיפוש במחשבו ובמכשיר הטלפון של אדם פוגעים פגיעה קשה בזכותו לפרטיות, כמו גם בזכותם של הקשורים אליו, פגיעה שאליה עוד נדרש להלן. פגיעה זו מקבלת מזור, גם אם חלקי, בכך שחדירה לחומרי מחשב לא תתבצע אלא בהתאם לצו שניתן מראש על ידי בית המשפט. הצו הוא מקור הכוח והסמכות לעריכת חיפוש. חזקה ככל שתהא הרשות, היא אינה יכולה לערוך חיפוש בחומרי מחשב – אלא אם כן הוסמכה לכך קודם לכן על ידי בית המשפט.

39. כלל זה נובע במישרין מהחקיקה החולשת על ענייננו, והכל כקבוע בסעיף 23 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 (להלן: **הפקודה**):

#### **חדירה לחומר מחשב**

23. (א) חדירה לחומר מחשב וכן הפקת פלט תוך חדירה כאמור, יראו אותן כחיפוש וייעשו על-ידי בעל תפקיד המיומן לביצוע פעולות כאמור; לענין זה, "חדירה לחומר מחשב" – כמשמעותה בסעיף 4 לחוק המחשבים, תשנ"ה-1995.

(ב) על אף הוראות פרק זה, לא ייערך חיפוש כאמור בסעיף קטן (א), אלא על-פי צו של שופט לפי סעיף 23, המצוין 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.

40. עמד על כך קדמי: "חיפוש במחשב – קרי: חדירה לחומר מחשב והפקת פלטי מחשב – לא ייעשה אלא על-פי צו של שופט לפי סעיף 23 לפסד"פ". כך, בין היתר, בזוכרנו כי את הוראות החוק מן הראוי לפרש "פירוש דווקני ומצמצם, ההולם כרסום בזכותו של אדם לפרטיותו" (יעקב קדמי **סדר הדין בפלילים** חלק ראשון 486, 512 (2003)).

41. הוראה ייחודית זו ביחס לחיפוש בחומרי מחשב דומה, למיטב הבדיקה, רק להוראה נוספת אחת המחייבת חיפוש מכוח צו שיפוטי – "חיפוש פנימי", שלא ניתן לבצע ללא אישור בית המשפט (סעיף 4(ו) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"א-1996). בכך נבדל החיפוש בחומרי מחשב מחיפושים מוכרים אחרים, שלגביהם קבע המחוקק כי בנסיבות מסוימות מותר לעורכם גם ללא צו שיפוטי.

42. צו חיפוש הוא, אפוא, "המפתח" היחיד לחיפוש בחומרי מחשב.

**ה.1. היקף צו החיפוש בחומרי מחשב והגדרת מטרות החיפוש**

43. על צו החיפוש לגדור את גבולות החיפוש – לקבוע את היקף ההיתר, ולפרט את מטרות ותנאי החיפוש.

44. דברים אלה נזכרים, במפורש, בהוראת החוק המסמיכה.

45. על כלל זה חזר בימים האחרונים גם בית המשפט העליון בבש"פ 1758/20 אוריך נ' מדינת ישראל (26.1.2021) (להלן: עניין אוריך השני). וכך קובע כב' השופט נ' סולברג:

ראשית חכמה ניתן דעתנו על ההוראות המתוות את אמות המידה למתן צו חדירה לחומר מחשב, ונבחן מהו גדר שיקול הדעת הנתון לבית המשפט בבואו לבחון בקשות בכגון דא. בסעיפים 23א(א) ו-23א(ב) לפקודה נקבע, כי חדירה לחומר מחשב תעשה רק על-פי צו של שופט, וכי העילות המצדיקות מתן צו חדירה הן אותן עילות המצדיקות מתן צו חיפוש. עוד נקבע בסעיף, כי במסגרת צו חדירה נדרש בית המשפט לציין "במפורש את ההיתר לחדור לחומר מחשב או להפיק פלט, לפי העניין", ולפרט "את מטרות החיפוש ותנאיו שייקבעו באופן שלא יפגעו בפרטיותו של אדם מעבר לנדרש".

46. מה הדין כאשר מוצא צו חיפוש לעניין חקירה אחת, הנוגעת בחשדות מסוימים, אך לימים מתרחב החשד והרשות מעוניינת לבצע חקירה בנושא אחר?

47. בתי המשפט אשר יישמו כללים אלה הוסיפו והבהירו, כי החיפוש מוגבל לאישור שניתן מראש בבית המשפט, וכי במקרה של התפתחויות בחקירה – על הרשות לשוב ולפנות לבית המשפט, קודם לעריכת חיפוש נוסף.

48. וכך נפסק לאחרונה בה"ת 54789-03-20 אבו רג'וב נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (2.4.2020):

אשר למידת הזהירות והרגישות בו יבוצע החיפוש, זה מוגבל לחקירת החשדות המיוחסים לחשוד, וברי כי החדירה לחומרי המחשב איננה בלתי מוגבלת ואיננה מאפשרת חקירה בנושאים שלא הוצגו בפני בית המשפט ולא קיבלו את אישורו מראש.

אדגיש ואבהיר כי ככל שתחולנה התפתחויות בחקירה, אשר תצדקנה לשיטת המדינה הרחבת צו החיפוש, יהיה עליה לפנות לבית המשפט מבעוד מועד, בבקשה מתאימה.

על החובה לנהוג בהתאם למטרות שהוגדרו בצו ראו באופן כללי גם ה"ת 5443-06-19 גרגאוי נ' ימ"ר נגב (26.6.2019).

49. כללים אלה נשנו גם בהנחיית פרקליט המדינה מס' 7.14 "עקרונות הפעולה בנוגע לאופן התפיסה, החיפוש, ההעמקה והעיון במחשבים ובחומרי מחשב, תיעודם והעמדת התוצרים המהווים 'חומר חקירה' לעיון ההגנה" (15.11.2020).

50. וכך קובעת ההנחיה (בסעיף 7):

לא למיותר לציין, כי במקרה שבו קיבלה הרשות החוקרת צו חדירה לחומר מחשב המגביל מראש את גדרי העיון המותר לה, עשויה הרשות החוקרת להידרש לשוב לבית-המשפט בבקשה להרחבת הצו המקורי,

**וזאת במקרים הבאים: האחד, כאשר במהלך העיון בקבצים עלה הצורך החקירתי להרחיב את גדרי העיון המותר. השני, כאשר התפתחויות אחרות בחקירה שינו או הרחיבו את טיב החשדות ואת היקף המידע הטעון בחינה.**

לכוחה המחייב של ההנחיה גם בתקופת ביניים ראו ת"פ 56624-12-19 מדינת ישראל נ' בעסידן (19.7.2020).

51. לאמור, על פי הנחיית פרקליט המדינה, בשני מצבים תידרש הרשות החוקרת לפנות בשנית לבית המשפט לשם "הרחבת הצו המקורי" – היינו לקבלת צו מתאים:

א. במקרה שבו עקב מידע שהתגלה בקבצים, עולה הצורך "להרחיב את גדרי העיון";

ב. במקרה שבו התפתחויות בחקירה "שינוי או הרחיבו את טיב החשדות".

52. הכלל הנלמד עד כה, הן מהחוק החרות, הן מהוראות הפסיקה, הן מהנחיית פרקליט המדינה – ובראש ובראשונה מכוח עקרונות חוקתיים שהונחו בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לפיו לא פוגעים באלה אלא על פי חוק או מכוחו – הוא כי בכל הקשור בחיפוש בחומרי מחשב, צו החיפוש לעולם גודר את מטרותיו. תפיסת חומרי מחשב מאת חשוד אינה הופכת את התפוס לקניין רשויות החקירה, שברצותן יסרקו במסרקות ברזל את החומרים התפוסים עד שתמצא לה עבירה פלילית. החיפוש בחומרי המחשב ייעשה בהתאם לחשדות שהונחו בפני בית המשפט, אשר השתכנע כי יש ליתן צו חיפוש – שמטרותיו מוגדרות.

53. הרשות אינה רשאית לחרוג מהיתר "שניתן מראש". אם היא סבורה כי יש טעם להרחיב את העיון, נוכח ממצאים שהתגלו או בשל התפתחויות חיצוניות בחקירה ששינו או הרחיבו את טיב החשדות – היא נדרשת לשוב לבית המשפט לשם הרחבת צו החיפוש המקורי ולקבלת צו מתאים.

54. מדובר בפרקטיקה שגורה ומוכרת, ופרשה זו תלמד: כפי שצוין בקצרה קודם לכן, וכידוע למותב הנכבד, ב"תיק 2000" מצאו הרשויות (ובצדק מצאו) לשוב ולפנות לבית המשפט כדי שזה יתיר חיפוש אחר הקלטות המבקש ומוזס בטלפון הנייד של עד המדינה הרו, וזאת לאחר שמכשיר טלפון זה נתפס לצורכי חקירה אחרת.

וראו את תיאור הדברים בפראפרזה שנמסרה למבקש, בה מתוארת הוראתו של היועץ המשפטי להוציא צו הרחבה (צו חיפוש מחודש בטלפון של ארי הרו עבור חקירת "תיק 2000"), בהינתן שצו החיפוש שניתן בעניינו קודם לכן הוצא ונתחם עבור חקירה אחרת, שאינה קשורה בראש הממשלה או במר מוזס:

**פראפרזה פ' 2:**

ביום 3.3.2016 התקיימה ישיבה בראשות היועץ המשפטי לממשלה. הישיבה עסקה במידע שהתקבל אצל רשויות האכיפה כשבועיים קודם, לפיו קיימות שתי הקלטות המתעדות שתי פגישות שהתקיימו ביום 4.12.2014, וביום 18.12.2014 או תאריך בקירוב בין ראש הממשלה מר בנימין נתניהו לבין בעלי ידיעות אחרונות, נוני מוזס. עולה מהמידע כי השיחות הוקלטו על ידי ארי הרו, וכי קיימת אפשרות שהיה בפגישה משתתף נוסף מטעם מוזס. עוד נמסר לנוכחים כי המידע שהתקבל בנוגע לתוכן השיחות מעלה חשד לפלילים. כמו כן נמסר בישיבה כי השיחות המוקלטות מצויות בנייד של ארי הרו אשר נתפס בחקירת יאח"ה והוחזר.

בישיבה נאמר כי צו החיפוש שהוצא בפרשת מדגסקר לגבי הטלפון הנייד של ארי הרו היה ממוקד לחקירה זו. עוד עלה בישיבה כי הטלפון הנייד של הרו אמנם הוחזר, אבל תוכנו הועתק. לא חיפשו שיחות מעין אלה.

בסיכום הישיבה היועץ המשפטי לממשלה הורה למשטרה לפעול להוציא צו מחודש על בסיס המידע שקיבלה.

המשטרה הונחתה להציג לבית המשפט במסגרת בקשת הצו את מלוא התמונה, כל המידע וזהות מוסר המידע הינם מודיעיניים בלבד.

הצו יכלול בקשה לחיפוש בטלפון הנייד עם אפשרות לתפיסה מחודשת וחיפוש, לרבות חיפוש בתוכן שכבר הועתק. החיפוש אחר השיחות יבוצע בתוכן שכבר הועתק ומצוי ביאח"ה, ובמידה והשיחות לא תאותרנה תבוצע תפיסת הנייד מחדש.



55. עינינו הרואות: הצו הראשוני שהוצא היה ממוקד לחקירה בפרשת 3H גלובל, ולפיכך הורה היועץ המשפטי לממשלה על הוצאת צו חדש – שכן לא די היה באותו צו ראשוני.
56. וכך גם מתארת המאשימה עצמה, במסגרת תגובתה לעתירה לגילוי ראיה חסויה:

(א) כך, ידוע להגנה כי בדצמבר 2015 נפתחה חקירה גלויה נגד ארי הרו, בפרשה המכונה "3H גלובל", שהינו תיק חקירה נפרד ובו חשדות שאינם נוגע לתיק דן, וכי במסגרת חקירת 3H גלובל נתפסו חומרי מחשב ומדיה שונים, בהם מכשיר טלפון נייד של הרו, ובוצעה העתקה שלהם על-ידי חוקר מחשב מיומן.

(ב) מהפרפרזה שנמסרה להגנה בנוגע למסמכים 14-18, ידוע להגנה כי בשלהי חודש פברואר 2016, קיבלו רשויות האכיפה מידע על אודות שתי הקלטות המצויות במכשיר הטלפון של ארי הרו שנתפס על ידי המשטרה במסגרת חקירת 3H גלובל - הקלטות, שבהן מתועדות פגישות שהתקיימו בדצמבר 2014 בין נאשם 1 לבין נאשם 4. כאמור בפרפרזה, במועד זה התקבל המידע לראשונה אצל רשויות האכיפה, שלא ידעו על הקלטות עד שקיבלו את המידע האמור.

(ג) בעקבות קבלת המידע האמור, ובאישור היועץ המשפטי לממשלה, הגישה משטרת ישראל ביום 13.3.2016, בקשה לבית משפט השלום בראשון-לציון למתן צו הרחבה לצורך הפרשה שמכונה "2000", בנוגע למכשיר הטלפון הנייד, שהעתק תוכנו כאמור כבר היה מצוי בידי המשטרה, כך שיותר לה "להאזין ולתמלל שיחות אודיו וכל דבר אחר הקשור לחקירה מתוך העתק הטל"ס שברשותנו".

(ד) בעקבות הוצאת הצו, אותרו ההקלטות במכשיר הטלפון של ארי הרו ותומללו.

57. הנה כי כן, המאשימה מתארת את התהליך הבא: התקיימה חקירה בעניינו של ארי הרו בפרשת 3H גלובל, שבה נתפס מכשיר הטלפון הנייד שלו. בהמשך התקבל מידע הנוגע לחשדות אחרים. המשטרה לא עשתה שימוש בטלפון שנתפס במסגרת החקירה הקודמת, אף שכאמור העתק תוכנו של הטלפון "כבר היה מצוי ברשותה", אלא פנתה לבית המשפט וביקשה צו שיפוטי, צו הרחבה לצורך חקירת "תיק 2000".
58. ומנגד – ב"תיק 4000" – משך חודשים ארוכים בוצעו חיפושים נרחבים ביותר, במכשירי טלפון ניידים, בתיבות דוא"ל ובחומרי מחשב שנתפסו במסגרת חקירת "בזק יס". רק לאחר שנאספו חומרים רבים והתגבשה תשתית ראייתית באמצעות תוצרי החיפוש הפסולים, נזכרו הרשויות לפנות ולבקש צווי חיפוש מתאימים.

## 2. חיפוש בחומרי מחשב "בהסכמה" – אינו אפשרי

59. פסיקת בתי המשפט טרם השיבה תשובה ממצה לשאלה אם די בהסכמת הנחקר כדי לאפשר חיפוש בחומרי מחשב. סוגיה זו הועמדה לדיון ברע"פ 9446/16 **התובעת הצבאית הראשית נ' סיגאוי** (19.6.2017), שם הועלתה השאלה אם די בהסכמת חשוד לחיפוש בטלפון הנייד שלו, אולם רשות הערעור לא ניתנה, משבאותו עניין לא ניתנה הסכמה של החשוד לחיפוש, תוך שבית המשפט ציין כי יתכן שיש מקום להסדרת הנושא על ידי המחוקק.
60. עמדת הסנגוריה הציבורית שהוגשה לבית המשפט באותו עניין היתה, כי לא ניתן להחיל את דוקטרינת ההסכמה ביחס לחיפוש בחומרי מחשב. כך, משום שסעיף 23 לפקודה קובע "הסדר כולל וממצה לעניין האפשרות לבצע חיפוש בחומרי מחשב".

61. בנסיבות אלו, הטעימה הסנגוריה הציבורית כי לא ניתן להחיל את פסק הדין בעניין רע"פ 10141/09 **בן חיים נגד מדינת ישראל** (6.3.2012) (להלן: פרשת **בן חיים**) על חיפוש בחומרי מחשב.
62. פסק דין **בן חיים** ניתן בשנת 2012. בפסק דין זה דן בית המשפט העליון בשלוש בקשות רשות ערעור על שלושה פסקי דין, בהם התעוררה שאלה בעניין קבילות ראיות חפציות שנמצאו בחיפושים שנטען כי נערכו שלא כדין, על רקע דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שעוגנה בהלכת **יששכרוב** (ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי**, פ"ד סא(1) 461 (2006) (להלן: הלכת **יששכרוב**)).
63. בית המשפט העליון קבע, כי בהיעדר צו חיפוש, לא די בבקשת הסכמת האדם מושא החיפוש לעריכת החיפוש, אלא יש להבהיר לו במפורש כי נתונה לו הזכות לסרב לביצוע החיפוש וכי הסירוב לא יזקף לחובתו.
64. בפרשת **בן חיים** דן בית המשפט בסיטואציה שבה המחוקק "שתק" בכל הנוגע לעריכת חיפוש על גופו של אדם בהסכמתו בלבד. הסנגוריה הציבורית הבהירה, כי שתיקה זו של המחוקק פורשה על ידי דעת הרוב כלקונה. להבדיל, במקרה של חיפוש בחומרי מחשב, אין מדובר בשתיקה של המחוקק. המחוקק הביע דעתו, ובצורה מפורשת, כי חיפוש בחומרי מחשב "לא ייערך [...] אלא על פי צו של שופט". בהינתן הסדרה מפורשת זו של הסוגייה, לא יהלום לקבוע – בניגוד לחוק ובדרך של "חקיקה שיפוטית" – כי די בהסכמה לצורך עריכת חיפוש בחומרי מחשב.
65. מכל מקום, כך נקבע, גם אם תמצי לומר כי די בהסכמה זו (ולא אלה פני הדברים, נוכח לשונו הברורה של החוק ובהינתן תכליתו), עליה להיות הסכמה "**בתנאי הלכת בן חיים**" (וראו גם עניין **אוריך השני**, פסקה 16 לחוות דעתו של כב' השופט מלצר: "על פי-תפיסה זו נדרשת **הסכמה מדעת** של מי שמוכן שיחדרו לטלפון הסלולרי שלו, לאחר שהחוקר מסביר לו שאין הוא חייב להסכים למשאל החוקר וכי סירובו לא יזקף לחובתו [...]; ההדגשות במקור – הח"מ).
- ה3. צווי "הלבנה" והטעיית בית המשפט**
66. כפי שיתואר בהרחבה להלן, רק לאחר חיפושים ממושכים ביותר שבוצעו ביחידה החוקרת בתקופת החקירה ה"סמויה", ובשלב ה"פרוץ" של חקירת "תיק 4000", נזכרו החוקרים לגשת לבית המשפט, לבקש ולקבל צווי חיפוש.
67. עצם הפנייה המאוחרת לבית המשפט מעידה היטב על כך שהיה ברור לחוקרים, כי נדרש צו. היא משמיעה מאליה כי כל החיפושים שבוצעו קודם לכן – בוצעו ללא צו מתאים. שאחרת, לשם מה נדרש כעת הצו?
68. ניסיון זה "להלבין" את החיפוש הפסול ולהכשיר את השרץ – לא יצלח.
69. תחילה ייאמר, כי עיון בנוסח הבקשות לצווי החיפוש ה"מאוחרים" (מדוי) שהוצאו מעלה, כי הרשות החוקרת לא גילתה לבית המשפט שהוציא מלפניו את צווי החיפוש המאוחרים על החיפושים המאסיביים שנעשו קודם לכן, ללא צו.
70. למעלה מן הצורך נציין, כי אילו היה בית המשפט אשר הוציא את צווי החיפוש המאוחרים ער לכך שהרשויות הסתירו את מהלכיהן הפסולים הקודמים, ולו היה נגלה חוסר ניקיון הכפיים של רשויות האכיפה, יכול שדי היה בכך כדי להוליך לדחיית הבקשה (רע"א 5072/00 **איזי יוגב תעשיות נ' מסגריית האחים אבו**, פ"ד נה(2)

307, 310-309 (2000); רע"א 8113/00 שפר נ' תרבות לעם, פ"ד נה(4) 433 (2001).

71. זאת ועוד; בנסיבות דן חוסר תום הלב של גורמי האכיפה חמור במיוחד, מעת שצווי החיפוש התבקשו וניתנו במעמד צד אחד, באופן שהטיל על גורמי האכיפה חובה מוגברת להנחת מכלול העובדות בפני בית המשפט:

חובת תום הלב הדיוני נגזרת מאופיו של ההליך הנוגע בדבר, ומטיב הנושא הנדון בו. כד, למשל, בהחלטות הניתנות לפי בקשת צד אחד ויש להן השלכה על שני הצדדים, מוטלת חובה מוגברת על הצד הפונה לערכאות להניח בפני בית המשפט כל פרט בעל חשיבות שעשוי להיות לו משקל בשיקולי בית המשפט, בהכריעו לכאן או לכאן. מאחר שבהליך במעמד צד אחד אין דיון אדברסרי, מוטלת על הצד הפונה לבית המשפט האחריות לספק את מלוא הנתונים הרלבנטיים לעניינו של הצד האחר, ככל שהם מצויים בידו (בש"א 2236/06 חממי נ' אוחיון, פס' 10 (5.6.2006); וראו בדומה: ע"א 10015/02 מימוש פרויקטים נ' בביוף (1.12.2003); ע"א 3906/04 אחים שמא נ' עיריית תמרה (7.6.2004)).

72. הלכות אלה, מהתחום האזרחי, יפות – בבחינת קל וחומר – בהליך פלילי, כאשר צו החיפוש ניתן תוך מתן מצג שווא מטעה, ללא שבית משפט עודכן בחיפוש המוקדם והפסול.

73. ממילא, אין בצו "הלבנה", גם אם היה ניתן "כדין", וללא הטעיה מצד רשויות האכיפה, כדי להעלות או להוריד ביחס לשאלת קבילות הראיות הלא חוקיות. סוגיה זו דינה להיבחן – מעיקרה, *De Novo*, במסגרת ההליך הפלילי (ראו: דנ"פ 5852/10 מדינת ישראל נ' שמש, פ"ד סה(2) 377 (2012) (להלן: **דנ"פ שמש**)).

74. ונפנה, בהקשר זה, גם לשני "גלגולים" של עניין אוריך.

75. בעניין זה סיפור המעשה היה כדלקמן: חוקרים ביקשו לבצע חיפוש במכשירי טלפון של נחקרים. משקיבלו את הסכמתם, נערך חיפוש בטלפונים. אלא, שלא הובהר לנחקרים כי הם רשאים להתנגד לחיפוש מבלי שהתנגדות זו תיזקף לחובתם. כשהסתיימו החקירות ביקשה המשטרה לקבל צווי חדירה לטלפונים הניידים של הנחקרים.

76. בפרשת אוריך הראשונה (בש"פ 7917/19 אוריך נ' מדינת ישראל (25.12.2019) נקבע, כי מהוראות סעיף 23 לפקודה יש לגזור את ההתייחסות הראויה ואת המשקל שיש ליתן לחיפוש מוקדם שבוצע שלא כדין בחומרי מחשב (פרשת אוריך, בפסקאות 28-30). בהקשר זה הודגשו שלושה עיקרים:

א. ראשית, כאשר הבקשה למתן צו חיפוש, אשר יכשיר חיפוש נוסף במחשב או בטלפון, מבוססת בעיקרה על מידע שהתגלה בחיפוש המוקדם שבוצע **שלא כדין**, קיים חשש שמא ממצאי החיפוש שבוצע לפי צו החיפוש לא יהיו קבילים בהליך העיקרי, ומשום כד נחיצות הצו מוטלת בספק (שם, בפסקה 28).

ב. שנית, ככל שקיימת זיקה בין המידע שאותר בחיפוש המוקדם שבוצע שלא כדין לבין צו החיפוש המבוקש, יש במתן הצו כדי להרחיב ולהעמיק את הפגיעה שנגרמה כתוצאה מהחיפוש המוקדם (שם, בפסקה 29).

ג. שלישית, במקרים שבהם הבקשה למתן צו חיפוש מבוססת על חיפוש מוקדם שלא היה חוקי, מתעורר החשש כי הרשות החוקרת ביצעה מעין "**מסע דיג**" במכשיר הטלפון הנייד של הנחקר, שכל מטרתו להשיג פיסת מידע לביסוס הבקשה למתן צו חיפוש (שם, בפסקה 30).

77. בשים לב לאלה הובהר, כי "לשם בחינת הזיקה בין ממצאי החיפוש שבוצע שלא כדין לבין הצו המבוקש ניתן להיעזר במידע שעל בסיסו נומק הצורך בצו החיפוש. ככל שהבקשה מבוססת על מידע אשר הושג בחיפוש שבוצע שלא כדין – כך הזיקה בין ממצאי החיפוש לבין הצו המבוקש הולכת ומתהדקת" (שם, בפסקה 32).
78. במקרה זה, ברי הוא כי בעת הגשת הבקשות המאוחרות לצווי חיפוש, התגבש חלק ניכר מהתשתית הראייתית ב"תיק 4000", והוא זה שהיווה את התשתית להגשת הבקשות המאוחרות לצווי החיפוש. כעולה מנספח 1 לבקשה זו, החיפושים המוקדמים הניבו מאות ראיות. ראיות אלו שימשו את החוקרים בחקירותיהם. הן הוטחו, למשל, באילן ישועה, בעמיקם שורר, באור אלוביץ' ובשאל אלוביץ'.
79. המסקנה היא אפוא, כי ראיות שהופקו ללא צו – פסולות, ואין בכוחו של צו שניתן בשלב מאוחר להכשירן, אותן ואת הנגזר מהן.
80. ראוי לציון בנידון דידן גם מאמרו העדכני של ד"ר א' הרדוף, "להכשיר את הפרץ: בקשת צו חדירה לחומר מחשב לאחר חדירה שלא כדין – צו ניקוי או צו הלבנה?" **משפטים על אתר** ט"ו (2020) (להלן: **הרדוף 2020**).<sup>3</sup>
81. במאמר זה סוקר ד"ר הרדוף את הטעמים והכללים שהותוו על ידי בית המשפט העליון בפרשת **אוריך**, ומציע טעמים נוספים שיש להביא בחשבון בעת בחינה משפטית של מקרים דומים, שלמרבה הצער, בעידן המודרני, שבו מידע רב נשמר על גבי מכשירים אלקטרוניים הניתנים לפריצה והעברה בקלות, ובשים לב ל"רוח הגבית" שנתנו עד כה רשויות האכיפה להתנהלות מסוג זה – עלולים להתרחש לא אחת.
82. ד"ר הרדוף מציע במאמרו את המושג "**צו הלבנה**". כך, מקום בו מוגשת בקשה למתן צו חדירה לחומרי מחשב, אשר צפוי להפיק מחדש ראיות שכבר הופקו ומצויות בידי רשויות האכיפה, אך הפעם באופן חוקי (לכאורה) בשל מתן הצו, **יש לדחות את הבקשה, בלי קשר לשיקולים האחרים שיידונו** (הרדוף 2020, בעמ' 76). זאת, משום שאפילו יינתן הצו, לא יהיה בו כדי לרפא את הפגם, שכן הפגיעה בזכויות מושא החקירה כבר נעשתה:
- הדברים אינם בבחינת השערה אקדמית צינית, ויש בסיס לחשש שרשויות האכיפה ינקטו מהלכים להלבנת ראיה מרכזית שהושגה שלא כדין. **מנגד, בא לנקות – ויצא מזהם: בית המשפט, המשתף פעולה עם בקשת הלבנה משפטית של ראיה שהופקה שלא כדין, מאבד מניקיון כפיו, החשוב לו ולמערכת המשפט כולה** (שם, בעמ' 77).
- וכזכור, בענייננו, הטעו רשויות האכיפה את בית המשפט, בכך שלא גילו על אודות החיפושים המוקדמים והבלתי חוקיים – עובדה שאף מותב לא יכול היה להיות ער לה, מבלי שרשויות החקירה חשפו אותה כנדרש מהן.
83. לבסוף מעלה ד"ר הרדוף את שיקול זכויות הפרט והפרטים. לעמדתו, הכשר שיפוטי לבקשות לצווי הלבנה מעודד התנהגות עבריינית שסופה התוויית כאוס חברתי ואנרכיה. לדבריו, יש להכיר בכך שבפועל, נוצר מצב בו האיזון המתבקש בין זכויות מושא החקירה לפרטיות ולהליך הוגן לבין האינטרס הציבורי במיצוי חקירה ואכיפת הדין הפלילי – הוא מהלך שיפוטי שסופו ידוע מראש, ולכן הוא ריק מתוכן ומיותר מלכתחילה.

<sup>3</sup> זמין ב- <https://lawjournal.huji.ac.il/sites/default/files/2020-08/mishpatimonline-15-060.pdf>

84. כל כך למה? הרדוף מסביר, כי כאשר בוצעה חדירה שלא כדין לחומר מחשב של הפרט (בין אם בידי המשטרה ובין אם בידי אזרח) ולא הופקו בעקבותיה תוצרים ראייתיים בעלי נפקות משפטית לחובת אותו פרט, ממילא זו לא תובא כלל לפני בית המשפט (הרדוף 2020, בעמ' 80). במקרים מסוג זה, הפגיעה בזכויות הפרט (שחדרו שלא כדין לחומר המחשב שלו) לעולם לא תירפא, והיא תהיה בבחינת "סיפור שלא סופר".
85. לעומת זאת, במקרים שבהם החיפוש הבלתי חוקי יוביל לחשיפת מידע מפליל, בתי המשפט עשויים להתיר את המשך הפגיעה בזכויות הפרט הנחקר על דרך הלבנת תוצרי החיפוש בשל העדפת אינטרס ציבורי על פני זכויות הפרט. באופן זה מערכת המשפט מייצרת נורמה פרדוקסלית וסטנדרט חברתי כאוטי.
86. והנה, לאחר שפורסם מאמר זה, ניתן – בימים האחרונים – פסק הדין בפרשת **אוריך השנייה**. פסק דין זה בא לעולם לאחר שבפרשת **אוריך הראשונה** הורה בית המשפט העליון לבית משפט השלום לקבוע אם מתקיימת זיקה בין החיפוש המקדים לבין הבקשה לצווי חדירה. בית משפט השלום החליט כפי שהחליט, ולאחריו בית המשפט המחוזי – ובתום סבב ההתדיינות חזר העניין לבית המשפט העליון.
87. עתה, בפרשת **אוריך השנייה**, הדגיש בית המשפט העליון כי – "צו חדירה לחומר מחשב שיינתן בשלב מקדמי – לא יכשיר פגמים ופשלים שנפלו עובר לנתנתנו; לחשוד שמורה הזכות לתקוף את קבילותן של הראיות שיושגו באמצעות צו החדירה בהליך העיקרי, אם וכאשר יוגש נגדו כתב אישום" (שם, פסקה 51).
88. והדברים ברורים.

#### **ה. חיפוש בלתי חוקיים: הסעד**

89. דיני הראיות, ובכללם דיני קבילות הראיה, באים על רקע הדין המהותי ולצידו. דיני הראיות והדין המהותי אינם מנותקים זה מזה, הוראותיהם שלובות זו בזו, מקיימות ומשלימות האחת את רעותה. זו הנחת המוצא וממנה יש להתחיל לבחון כל מקרה לגופו.
90. כפי שמסביר ד"ר הרדוף במאמרו "רעיון בלתי-קביל, אמת לא נוחה: פסילת ראיות בגין אופי השגתן" **משפטים וממשל** כ 142 (2019) (להלן: **הרדוף 2019**):

בהקשרים מסוימים דיני הראיות הם משרתי המשרתים: הם משרתים את הדין המהותי, שבתורו משרת את המדינה, את החברה ואת הפרט. בהקשרים אחרים דיני הראיות גוברים על הדין המהותי או מציבים מחסומים בפניו. בכל ההקשרים כולם המשפט הינו משרת חברתי, המבקש לקדם ערכים שונים ולדכא אחרים.

**על רקע זה ברור שהחיפוש אחר האמת אינו יכול להיות חזות הכל בשלב המשפט, ושקיימות מגמות אחרות, שלעתים נוגדות את האמת. שתי מגמות בולטות כאלה הן יעילות מצד אחד, וערכים, מצד אחר.**

91. תחילת הדיון במקרה זה בסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981. סעיף זה אינו מאפשר, ככלל, לעשות שימוש בראיות בלתי קבילות אשר הושגו תוך פגיעה בפרטיות:

#### **חומר פסול לראיה**

32. **חומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות יהיה פסול לשמש ראיה בבית משפט**, ללא הסכמת הנפגע, זולת אם בית המשפט התיר מטעמים שיירשמו להשתמש בחומר, או אם היו לפוגע, שהיה צד להליך, הגנה או

פטור לפי חוק זה.

92. מסלול הפסילה לפי חוק הגנת הפרטיות קובע ברירת מחדל, ולפיה ראיות שהושגו תוך פגיעה בפרטיות לא תהיינה קבילות במשפט, אלא בהתקיים אחד משלושה חריגים: האחד, הסכמת הנפגע להגשת הראיה; השני, הגנה או פטור לפוגע שהוא בעל דין בהליך; והשלישי, "חריג הסל", "מטעמים שיירשמו".

93. בענייננו חריגים אלה שבסעיף 32 אינם מתקיימים: הנחקרים בפרשה זו לא נתנו את הסכמתם לפגיעה בפרטיותם (על עניינו הנבדל של ישועה – בהמשך); אין הגנה או פטור; ואף החריג "מטעמים שיירשמו" אינו ראוי להחלה במקרה זה, נוכח הפגיעה החריפה בפרטיות שהתבטאה במסע הנרחב שאליו יצאו החוקרים, שכלל חיפושים מרובים בשורה ארוכה של חומרי מחשב (טלפונים ניידים, תיבות דוא"ל, הודעות WhatsApp וכו'), ובזוכרנו כי מדובר לא בשגגה מקרית של חוקר משטרה, אלא בחקירה ענפה שבוצעה על ידי חוקרים רבים ושלוותה "מקרוב" על ידי נציגי המאשימה.

94. בהקשר זה ראוי לעיין היטב בדברים שנכתבו אך לאחרונה במסגרת ת"פ 54680-10-19 **מדינת ישראל נ' טקלו**, בפסקה 45 (6.8.2020), לפיהם חיפוש, מצומצם ככל שיהיה, אשר נעשה ללא צו שיפוטי – הוא בבחינת חיפוש מוקדם שלא כדין:

המונח "דפדוף" (בדומה למילים מכובסות כמו "רפרוף", "סריקה" שאינה "חיפוש בחצרים", "תשאול" תמים שאינה "חקירה" ועוד כהנה וכהנה), אינו מוכר בחוק ואף לא הוכר ע"י הפסיקה.

95. ועוד ראו ת"פ (ב"ש) 65130-02-18 **מדינת ישראל נ' חזן** (20.6.2019), שם נקבע כי "החלקת אצבע על גבי מסך של טלפון נייד באופן שגורם למידע שנמצא בטלפון הנייד להיחשף בפני מי שביצע את פעולת החלקת האצבע, מהווה חדירה אל טלפון הנייד וחיפוש בו הוא חיפוש בלתי חוקי" (שם, בפסקה 28).

96. ואם כך ביחס לחיפושים קצרים, כך ודאי ביחס למסע החיפושים הנרחב שאליו יצאה הרשות החוקרת, ביחס לחומרי מחשב רבים, של עדים מרובים – והכל ללא צווים כדין.

97. כידוע, הזכות לפרטיות היא זכות חוקתית המעוגנת בסעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכותרתו "פרטיות וצנעת הפרט", המורה כך:

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.

98. אם כן, הזכות החוקתית לפרטיות כוללת הגנה על צנעת חייו של אדם. בכלל זה קובע חוק היסוד כי "אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו", וכי "אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו". הדרך היחידה לחרוג מהוראה בסיסית זו – היא תוך עמידה מפורשת בתנאי החוק, ובמקרה זה – פקודת החיפוש. גם רשויות האכיפה נדרשות להגן על הזכות לפרטיות. הן יכולות לפגוע בה רק בהתקיים התנאים שנקבעו לכך בחוק (וראו סעיף 8 לחוק היסוד).

99. והנה ראינו כי במקרה זה, פרטיות הנחקרים היתה למרמס. אלא שפרטיות זו יש לשמור ולשמר, וניתן לפגוע בה רק במסגרת הקבועה לכך בחקיקה. כאשר מדובר בחומרי מחשב – מחייב החוק הוצאת צו חיפוש מתאים, מראש.

100. ודוק; ערכי **צדק ויושרה** מחייבים כי בתי המשפט יתוו נורמות חברתיות וערכיות לפיהן ינהגו רשויות האכיפה והאזרחים כאחד, ושמטרתן למנוע פגיעה, ובוודאי פגיעה חוזרת, בזכויות אדם. בכך יש גם לחזק את אמון הציבור ברשויות האכיפה ובשלטון החוק:

כזכור, **הבסיס הרעיוני לפסילה הערכית הוא הגנה מאוחרת על ערכים שכבר ספגו פגיעה מסוימת. הפגיעה הראשונה בזכות הפרט והעוול שנעשו לו בהשגת הראיות לחובתו לא כדין אינם ניתנים לביטול, אולם ניתן למנוע עוול על עוול ולהגן בכך על רובד אחר בזכות, על ידי מניעת האפשרות להציג את הראיות בבית-המשפט בדרך לביסוס הטענה המהותית נגד הפרט החשוד.**

חשוב להדגיש: **ממש כשם שעברה פלילית אינה רק נגד הקורבן, אלא נתפסת כפגיעה בציבור כולו, גם כללי הפסילה מבקשים לצמצם נורמות בעיתיות. העוול שהפקת ראיה לא כדין גורמת אינו לפרט גרידא, ויש בו גם מימד חברתי ציבורי, במיוחד כאשר העוול משקף פגיעה חוזרת מצד גורם חזק.**

**סירוב של מערכת המשפט להשלים עם הפרות דין של צד אחד בדרך להוכחת הפרות דין של צד אחר מבטא לא רק עקיבות ויושרה, אלא גם צדק** (הרדוף 2019, בעמ' 179).

101. הכשרת הראיות שהושגו תוך הפרת הוראות הדין תעביר אפוא **מסר מטריד ומסוכן**: כי זה בסדר ו"לא נורא" לערוך חיפושים פולשניים ללא צו; וכי הכל ייסלח אם יימצא די מידע ביחס לאנשים "חשובים" דיים.

102. האם זו החברה אותה ראוי לעצב? האם זה המסר שיש להעביר?

103. ודוק; דברים אלה, המתבררים עתה, אינם עומדים כשהם במנותק. הם קשורים בטבורם להתנהלות הכוללת של חקירה זו, שחלקים ממנה הוצגו בפני בית המשפט הנכבד בשלב הטענות המקדמיות ובמסגרת הבקשה למחיקת סעיפים מחמת אי חקירת המבקש על לב ליבה של הטענה בעבירת השוחד – קבלת המתת (וחלק עוד יתברר ויסופר בהליך זה).

104. אף שחקירה צריך שתהא מכוונת חשד, ולא מכוונת חשוד – ראינו כי בחקירה זו נשאלו עדים אם יש ברשותם מידע "מפליל" על ראש הממשלה, יהא אשר יהא; ראינו כי עדים, לרבות עדי מדינה, הבינו כי נעשה ניסיון להביא את "ראשו" של המבקש; וראינו כי כשגרסאות לא תאמו את תזת החוקרים – הם לא בחלו לאיים על נחקרים; וכן הלאה וכן הלאה.

105. אף שהפגיעה המובהקת בפרטיות היתה בזו של הנחקרים שבחומרי המחשב שלהם נערכו חיפושים לא חוקיים – הרי שגם פרטיותו של המבקש נפגעה, נוכח הניסיון להתחקות אחר ענייניו-שלו באמצעות חיפושים בלתי חוקיים. למותר לציין כי המבקש הוא שעמד במוקד חקירה זו, הוא שהיה לנחקר המרכזי בה, והוא גם "נאשם מס' 1" בפרשה זו.

106. ואכן, האינטרס הציבורי כולל בתוכו גם את הצורך להגן על ערכי המשטר הדמוקרטי ושלטון החוק. בכלל זה, בשם האינטרס הציבורי, יש להגן על כל אדם מפני הפרת הדין, ועדיף הגנה מאוחרת מאשר העמקת הפגיעה עד בלי די:

השגת ראיות לא כדין בדרך להוכחת הפרת הדין של הצד שכנגד הינה דיסוננס דמוקרטי ופגיעה בשלטון החוק. קבלה שיפוטית של ראיות שהושגו לא כדין משקפת דיסוננס מצטבר ופגיעה נוספת בפרט שמתקשר גם לחוסר הגינות כלפיו. הדין בא להשיג מטרות רבות, **וכל אדם לא רק מחויב לפעול לפי הדין, אלא גם זכאי להגנת הדין. אין לחטוא כדי למנוע חוטא אחר מלצאת נשכר.**

**פסילת ראיות אינה מבטלת את הפגיעה הראשונית בפרט, אלא באה לבטל או לצמצם את השלכותיה הרעות לחובתו, בבחינת צדק מאוחר לכל-הפחות.**

פסילה כזו שולחת מסר הרתעתי נגד איסוף ראיות עתידי לא כדין, מגינה על זכויות הפרט, מקדמת את הגינות ההליך ומאפשרת לגיטימציה מוסרית של ההכרעה השיפוטית (הרדוף 2019, בעמ' 5).

107. לצד כללי הפסילה הסטטוטוריים הרלוונטיים מחוק הגנת הפרטיות, אימצה ההלכה את "דוקטרינת הפסילה הפסיקתית". ראשיתה של דוקטרינה זו בפסק הדין שניתן בהלכת **יששכרוב**.

108. הלכת **יששכרוב** ביקשה לקבוע נקודת איזון גמישה המתחשבת בחובה להגן על זכויות הנאשם ועל הגינות ההליך הפלילי וטוהרו. בהתאם להלכה זו, נקבע כי אי קבילותה של ראיה בהליך פלילי בשל דרך השגתה, תלויה בהתקיימותם של שני תנאים מצטברים: האחד – כי הראיה השגה שלא כדין, והשני – כי קבלת הראיה במשפט תפגע משמעותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן שלא בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה (הלכת **יששכרוב**, בפסקה 63).

109. בראי זה קבעה הלכת **יששכרוב** את אמות המידה להפעלת שיקול דעתו של בית המשפט במסגרת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, כך:

א. ראשית, יש להביא בחשבון את אופייה וחומריתה של אי החוקיות שהיתה כרוכה בהשגת הראיה (הלכת **יששכרוב**, בפסקה 70). לעניין שיקול זה, פורטו העקרונות המנחים את שיקול דעתו של בית המשפט:

(1) **אין דינה של הפרה טכנית, זניחה או קלת ערך כדין הפרה חמורה הפוגעת משמעותית בזכויות היסוד של הנאשם או הנחקר.**

(2) **יש לבחון האם אי החוקיות בהשגת העבירה, נעשתה בזדון או בתום לב, כאשר התנהגות זדונית ומכוונת תהא נסיבה כבדת משקל לפסילת הראיה גם כאשר הפגם אינו חמור**. אולם, הקביעה כי ההפרה נעשה בתום לב אין בה כדי למנוע את פסילת הראיה כאשר הדבר מתחייב מההגנה על זכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן.

(3) על בית המשפט לבחון האם במקרה הנדון מתקיימות נסיבות מקלות שבכוון להפחית מחומריתה של אי החוקיות שהיתה כרוכה בהשגת הראיה (למשל, במקרים שאי החוקיות נועדה למנוע העלמתה או השמדתה של ראיה חיונית על ידי הנאשם, או כאשר אי החוקיות נבעה מצורך דחוף להגן על בטחון הציבור).

(4) **על בית המשפט לבחון באיזו מידה של קלות ניתן היה להשיג את הראיה באופן חוקי**. ככל שהשגת הראיה בדרכים כשרות היתה אפשרית וקלה, כך ההפרה של כללי החקירה התקינה תיחשב חמורה



יותר – באופן שיתמוך במסקנה כי קבלת הראיה במשפט תיצור פגיעה משמעותית ובלתי מידתית בזכותו של הנאשם להליך הוגן.

ב. שנית, יש לבחון את מידה ההשפעה של אי החוקיות על הראיה שהושגה (הלכת **יששכרוב**, בפסקה 71). לעניין זה יש לבחון מהי מידת ההשפעה של אי החוקיות על מהימנות הראיה שהושגה, וכן האם קיומה של הראיה הוא עצמאי ונפרד מאי החוקיות שהיתה כרוכה בהשגתה.

ג. שלישית, יש לבחון את הנזק אל מול התועלת החברתית שבפסילת הראיה (הלכת **יששכרוב**, בפסקה 72). נקבע כי הפרמטרים העיקריים לבחינה זו הם: חשיבות הראייה להוכחת האשמה; מהות העבירה המיוחסת לנאשם; ומידת חומרת העבירה המיוחסת לנאשם. גישה זו – שהשתנתה בהמשך – קבעה שככל שהעבירות המיוחסות לנאשם חמורות יותר, בית המשפט יטה שלא לפסול את הראיה שהושגה שלא כדין.

110. דוקטרינת הפסילה הפסיקתית השתרשה היטב בפסיקת בתי המשפט במהלך השנים, והמבחנים חודדו בפסיקה מאוחרת יותר (ראו, למשל: ע"פ 1301/06 **עזבון אלזם נ' מדינת ישראל**, פ"ד סג(2) 177 (2009); ע"פ 9956/05 **שי נ' מדינת ישראל**, פ"ד סג(2) 742 (2009); ע"פ 4988/08 **פרחי נ' מדינת ישראל**, פ"ד סה(1) 626 (2011); להלן: פרשת **פרחי**; ע"פ 2869/09 **זינאתי נ' מדינת ישראל** (9.11.2011); ע"פ 5956/08 **אל עוקה נ' מדינת ישראל** (23.11.2011); להלן: פרשת **אל עוקה**; דנ"פ **שמשי**; עניין **בן חיים**).

111. בתוך כך, בתי המשפט הביעו נכונות להצהיר על מחויבות לשמירה על זכותם של חשודים ונאשמים להליך הוגן. בנוסף, **הושמט שיקול חומרת העבירה** כשיקול המביא לכך שלא תפסל ראיה מכוח כלל הפסילה (פרשת **אל עוקה**; פרשת **פרחי**), וכן **הושמט מבחן נחיצות הראיה** (פרשת **אל עוקה**; פרשת **בן חיים**).

112. וראו הדברים החשובים הבאים שנקבעו בפרשת **אל עוקה**:

אם באיזון עסקיני, ניתן לטעון שהפגיעה ברצונו החופשי ובאוטונומיה של הנאשם, שהובילה להודיה בעבירת **רצח** – החמורה שבספר העונשין, הן מבחינת הכתם והן מבחינת התוצאה העונשית – מחייבת מתן משקל נוסף למהות הפגיעה. גישה כזו יוצרת מעין "קניזוז" בין חומרת העבירה לבין הפגיעה באוטונומיה. במילים אחרות, **דווקא בשל חומרת המעשים בהם הודה המערער בפני החוקרים, היה מקום ליתן דגש רב לשמירה על זכויותיו, ובהן זכותו להיוועץ עם באת כוחו** (שם, בפס' 12).

113. נמצאנו למדים: דווקא ביחס למעשים חמורים, נקבע כי יש מקום ליתן דגש רב לשמירה על זכויות הנאשם להליך פלילי הוגן.

114. יישום אמות מידה אלה על נסיבות העניין מחייב לפסול את הראיות שבמוקד בקשה זו.

115. **בשלב הראשון**, כאמור, יש לבחון את אופיה וחומרתה של אי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיות. וכך במקרה זה –

א. **ראשית**, עניין לנו בהפרה **חמורה**, **שיטתית ומתמשכת**, שבוצעה בידי חוקרים רבים המלווים בידי צמרת הפרקליטות. נזכור כי היועץ המשפטי לממשלה הצהיר בהליך שלפנינו, כי ליווה באופן אישי את מרבית פעולות החקירה בהליך זה. בתגובת המאשימה מיום 3.2.2021 לבקשה בעניין השחרת אישורי היועץ אף הוטעם, ובמפורש, כי פעולות שבוצעו – **לרבות חיפוש בחומר מחשב** – "כל הפעולות האלה כולן אושרו על ידי היועץ המשפטי לממשלה" (בסעיף 8 לתגובה).

**עניין לנו אפוא במקרה ייחודי באופיו, שבו מי שעומד בראש התביעה הכללית מצהיר כי אישר ביצוע חיפוש – שמתברר כי הוא חיפוש בלתי חוקי.**

ברי שבנסיבות כאמור לא ניתן לסווג את אי-החוקיות כ"זניחה", "טכנית" או "קלת ערך".

ב. **שנית**, ולמרבה הצער, מעשי החוקרים בוצעו בידועין. לא דובר בשגגה, אלא בהליך עקבי ונמשך, של חקירת תיק חדש לחלוטין – "תיק 4000" – ללא צווי חיפוש, תוך שהרשות החוקרת מנצלת את העובדה שחומרי המחשב מצויים כבר ברשותה (עקב תפיסתם בעניין פרשה אחרת). מצב זה הוביל לכך שהנחקרים לא ידעו כי נעשה חיפוש בחומרי המחשב שלהם, ויצר את אותה מציאות שאפשרה לכתחילה את החיפושים ללא צו. במצב דברים זה, נקבע כי אי החוקיות שמקורה בחוסר תום לב תהא נסיבה כבדת משקל שתוביל לפסילת הראיות שהושגו שלא כדין.

ועוד: בעת קבלת הצווים המאוחרים נמנעו רשויות החקירה לציין את דבר קיומם של החיפושים הבלתי חוקיים. גם נתון זה משליך על בחינות תום הלב (או חוסר תום הלב) בהתנהלות החוקרים.

ג. **שלישית**, אין בנמצא נסיבות מקלות המרככות את אי החוקיות בהשגת הראיות. לא ניתן לומר כי בוצעה פעולה בשל צורך דחוף להגן על הציבור. כידוע, עיקרי הטענות ב"תיק 4000" פורסמו בכתבה של העיתונאי גידי וייץ בשנת 2015. לאחר מכן אף בוצעה בדיקה של מבקר המדינה. החיפושים בהליך זה בוצעו בשלהי שנת 2017 ובשנת 2018. מובן אפוא כי דחיפות שלא אפשרה לבצע פעולה מתחייבת ונדרשת של הוצאת צו בבית משפט (עניין אשר אורך מספר ימים לכל היותר) – לא היתה בנמצא.

ד. **רביעית**, לא היתה במקרה זה כל מגבלה אשר הקשתה על יכולתן של רשויות האכיפה לבצע את תפקידן כהלכה, ולפנות לערכאות המוסמכות לקבלת צווי חיפוש כשרים. הגם שכך, כזאת לא נעשה.

116. יוער, כי פסיקת בית המשפט העליון בעניין **אוריך השני** הבהירה, כי כלל הפסילה הפסיקתי הוא שצריך שיחול בנסיבות העניין – ולא דוקטרינת ההגנה מן הצדק. וכפי שנקבע שם, כלל זה "קונקרטי יותר [...] על פני הדברים יש לתת לו עדיפות כאשר הפסול בהתנהגותן של רשויות התביעה דבק בשלב של איסוף הראיות, להבדיל מפגמים שעניינם עצם ההעמדה לדין וניהול ההליך הפלילי (ע"פ 2868/13 **חייבטוב נ' מדינת ישראל**, פסקה 10 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (2.8.2018)). **כללים אלה, ואחרים כמותם, נקבעו במטרה שצדק יעשה בצדק, כפי שלמדנו מן הכפילות שבציווי 'צדק צדק תרדוף'** (דברים ט"ז, כ); (ראו, רע"פ 7052/18 **מדינת ישראל נ' רותם**, פסקאות 34-35 (5.5.2020))" (שם, בפסקה 28).

117. במסגרת עניין **סיים** (ת"פ (ת"א) 50516-05-13 **מדינת ישראל נ' סיים** (25.10.2016)), ניתן צו חיפוש במעמד צד אחד בדירה של בני זוג. בעוד תנאי לצו היה כי החיפוש ייערך בנוכחות שני עדים, החיפוש בפועל לא עמד בתנאי זה. על רקע זה, בחן בית המשפט את חוקיות החיפוש בהתאם לכללים שהותוו, בין היתר, בהלכת **יששכרוב**, ומצא כי **החיפוש אינו חוקי**. כפועל יוצא, **זיכה בית המשפט את הנאשמת**. בהקשר זה נקבעו הדברים החשובים הבאים (שם, בפסקה 58):

**שוטר שאינו מקפיד על קיום החוק, על קיום הוראות צו חיפוש שקיבל זה עתה מבית המשפט, מבלי שנשמע כלל הצד שכנגד (בלית ברירה) – הרי שיש במעשיו משום פגיעה ביושרתה ובטוהרה של מערכת עשיית הצדק. שוטר, כמו שופט, הוא חלק בלתי נפרד ממערכת עשיית הצדק, ומעשיו ומחדליו – מעשיה ומחדליה.**

ביקורת רבה – ובלתי מוצדקת – מוטחת על שופטי בית המשפט החותמים על צווי חיפוש, כאילו מדובר

ב"חותמת גומי"; זו היא ביקורת חלולה. חובתו של בית המשפט, אל מול ראיות לכאוריות, מודיעיניות ואחרות, המוצגות לפניו, בתוספת הצהרה של שוטר, מבלי יכולת לשמוע צד שני – לאפשר חיפוש. קל מאד לבסס "חשד סביר", בוודאי ראשוני, והחתימה על צווי החיפוש – בהתאם. שומה איפוא על השוטר שיוצא מלשכת השופט וכשבידו צו-חיפוש פולשני, שניתן בהסתמך על "מילתו" שלו, או של חברו – שידקדק ויקיים את הצו כלשונו, ובהתאם לחוק. שוטר "שלא מתייחס" לדרישת החוק והצו גם יחד לבצע חיפוש בנוכחות שני עדים, בלא כל נימוק או טעם, מועל בתפקידו ובשליחותו, והדבר מכתים את מה שכונה בהלכת יששכרוב – "מערכת עשיית הצדק".

118. לעת סיום נזכיר בהקשר זה נשכחות – את דבריו הקולעים של בית המשפט העליון כבר לפני שנים רבות בע"פ 559/77 מאירי נ' מדינת ישראל, פ"ד לב 180, 182 (1978):

אמת נכון הדבר שבפעמים הקודמות אשר בהן עמד בית-משפט זה (לראשונה מפי השופט לנדוי, כתארו אז, ולאחרונה מפי הנשיא אגרנט) על הצורך להזמין את הסניגור שיהא נוכח אף במסדר תמונות ולא רק במסדר חי, הוסיף ואמר שאין במחדל להזמין כדי לפסול את הראיה, אלא יש בו כדי להפחית ממשקלה בלבד [...]. אבל כשמתרבים והולכים המקרים אשר בהם מכלכלת (ומקלקלת) המשטרה את חקירותיה תוך כדי התעלמות מהנחיותיו והוראותיו של בית-משפט זה, הגיע הזמן שנפחית ממשקלן של ראיות אלה שהושגו שלא כהלכה, עד כדי אפס [...].

אולי ילמדו חוקרי המשטרה בדרך זו שלא להוציא זמנם ומרצם לריק, אלא לעשות עבודתם כדרך הוראתו של בית-משפט זה. אין עניננו במתן הוראותינו להתערב בדרכי החקירה של אנשי המקצוע, שכבודם וכשרונם במקומם מונחים. עניננו הוא בשמירה על זכויות האדם ובהבטחת חירויותיו, כפי שהן מנת חלקו בחברה דמוקרטית אשר החוק שולט בה.

ואם אנשי המשטרה, הממונים בתוקף תפקידם על השלטת החוק, אינם מסוגלים, או אינם מוכנים, לקיים נאמנה את המוטל עליהם על-פי דין כהוראת בית-משפט זה, אין הם יכולים לבוא בתרעומת על מפרי החוק, שהם המצווים לתפסם ולעצורם ולמנוע בעדם מלפשוע. תנאי בל יעבור לכל מלחמה בפשע הוא שהלוחמים יהיו שומרי החוק ויקפידו על קלה כחמורה בפעולתם שלהם; ובמידה שהם מזלזלים או מתרשלים בקיום מצוותיהם כלפי האזרחים הנלכדים ברשתם, בה במידה גורמים הם במו ידיהם להכשרת הפשע ולהגברתו. והדברים פשוטים.

119. המסקנה הנלמדת: חיפושים שבוצעו בלי צו מתאים – היו חיפושים בלתי חוקיים. כל שנמצא בעקבות חיפושים אלה הפך לראיות פסולות ובלתי קבילות, וכך מן הדין לקבוע.

120. גם במקרה זה – ואולי במיוחד במקרה זה – יש להעביר מסר ברור לכל אזרח, שוטר ופרקליט – זכויות אדם חוקתיות אינן הפקר. אכן, האינטרס הציבורי בדבר אכיפת החוק הפלילי ראוי להגנה הוא, אך לא בכל מחיר. לא כל מטרה מקדשת את האמצעים להשגתה, יהא מעמדו של הנחקר אשר יהא.

121. אשר על כן, בית המשפט הנכבד יתבקש להורות על פסילתן של הראיות המפורטות בנספח 1 לבקשה. ומכאן – לפירוט מהלך הדברים.

**ו. צווי החיפוש והחדירה: מה שישנו ובעיקר – מה שאינו**

**(1) צו החיפוש בעניינו של שאול אלוביץ'**

122. ביום 19.6.2017 הוגשה בקשה מטעם רשות ניירות ערך להתיר לעובדי רשות ניירות ערך ולעובדי חברת

מיטסי אינטרנשיונל בע"מ לערוך חיפוש אצל שאול אלוביץ' בכתובת רח' יהונתן 33 תל אביב ובכל מקום אחר בו נמצאים חפצים הקשורים לו, לרבות כספות המוחזקות על שמו בבנקים ומכונניות המשמשות אותו או הרשומות על שמו וכן לתפוס על מסמך וחפץ שיש לו קשר לחקירה.

123. בבקשה לצו חיפוש נטען כי נעברו עבירות לפי חוק ניירות ערך התשכ"ח-1968 ובכלל זה עבירת דיווח לפי סעיף 53(א)(4) לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968 וכן חשד לביצוע עבירות לפי חוק העונשין התשל"ז-1977 ובכלל זה עבירות של קבלת דבר במרמה, מרמה והפרת אמונים בתאגיד ועבירות מנהלים ועובדים בתאגיד.

124. בית המשפט התיר בצו החיפוש לחדור לחומר מחשב וכן לתפוס פלטי מידע שיש לו קשר לחקירה. עוד הותר בצו, להעתיק כל רשתות המחשבים והשרתים במקום החיפוש – לצורך קידום החיפוש והחקירה.

125. בצו החיפוש שנחתם על ידי כב' השופטת פוזננסקי-כץ נקבע כי – "מטרת החיפוש במחשב ואופן בדיקת חומר שיתפס או העתיקו, הינה איתור ראיות הקשורות לחקירה".

126. לבסוף נקבע בצו כי – "אין להשתמש בצו זה למטרה שאינה מפורטת לעיל (בכפוף לסעיף 24 לפקודה). אין להשתמש בצו זה יותר מפעם אחת. תוקפו של צו זה הוא 30 ימים מיום הוצאתו".

העתק צו החיפוש בעניינו של אלוביץ' מיום 19.6.2017 מצורף כנספת 5.

#### החיפושים האסורים בעניינו של שאול אלוביץ'

127. צו החיפוש בעניין אלוביץ' הוצא בתקופת חקירת "פרשת בזק יס" (חודש יוני 2017), הרבה לפני שבא לעולם "תיק 4000".

128. כזכור, וכפי שעולה מחוות דעת פרקליטות מיסוי וכלכלה מיום 25.9.2017, טענת המאשימה היא כי "תיק 4000" נולד בעקבות "ממצאים" שאותרו בחקירה זו – ובוודאי שהוא לא קדם בזמן לתיק "בזק יס". צו החיפוש נסב, אפוא, על החשדות בעניין "בזק יס", ובהתאם – על עבירות המתייחסות לחשדות בפרשה זו.

129. זהו החשד שעניינו הוצג בפני בית המשפט שהוציא את הצו (לא יכול להיות אחרת), וחקירה בנושא זה היא החקירה שאושרה, והיא בלבד.

130. הגם שכך, בעניינו של אלוביץ' נערכו חיפושים מרובים בחומרי המחשב שלו, כאשר החיפושים נוגעים כולם לחשדות ב"תיק 4000", כפי שנראה להלן.

131. ביום 23.10.2017 בוצעו חיפושים בתיבת הדוא"ל של שאול אלוביץ' – שנתפסה בהלך חקירת "פרשת בזק יס". במסגרת זו, חיפשו החוקרים ואיתרו תכתובות דוא"ל בין אילן ישועה ושאול אלוביץ' בנוגע ל**סיקור תקשורתי של ראש הממשלה באתר "וואלה"** (ברקודים 95 ו-415).

132. כידוע, לא אתר "וואלה", לא אילן ישועה, לא סיקור תקשורתי ולא ראש הממשלה – קשורים ל"פרשת בזק יס", לגביה הוצאו צווי החיפוש – שמכוחם בוצע חיפוש זה.

133. בהמשך, ביום 5.11.2017, ערכו החוקרים חדירה נוספת לתיבת הדוא"ל של שאול אלוביץ'. באמצעות החדירה לתיבת הדוא"ל האמורה אותרו תכתובות עם **זאב רובינשטיין ואילן ישועה**, וכן תכתובות נוספות

הנוגעות לסיקור ראש הממשלה, רעייתו ובנו יאיר – באתר "וואלה" (ברקודים 39, 41, 80-94, 392 ו-414).

134. במהלך חקירתו של אילן ישועה דרשו החוקרים מישועה שימסור את גרסתו ביחס לאותן תכתובות דוא"ל שאותרו בתיבות הדוא"ל של שאול אלוביץ במהלך החיפוש הבלתי חוקי מיום 5.11.2017. כך נעשה גם במהלך חקירתו של שאול אלוביץ' בחודש פברואר 2018.

135. ביום 11.1.2018 חדרו החוקרים למכשיר הטלפון הנייד של אלוביץ', והוציאו פלטי שיחות ותכתובות של אלוביץ' עם עד המדינה בפרשת "4000" – ניר חפץ (תכתובות 314 ו-315); וכן פלטי שיחות של שאול אלוביץ' עם גורמים נוספים (ברקוד 451).

136. ביום 7.1.2018 נערכה פעולת חדירה ליומנו האלקטרוני של אלוביץ' לצורך איתור תיעוד פגישות עם ראש הממשלה. במסגרת זו נתפס זימון עבור בני זוג אלוביץ' לארוחת ערב ביום 20.1.2015 מטעם לשכת ראש הממשלה (ברקוד 458). גם ביום 1.2.2018 הוסיפו החוקרים לחטט ביומנו של אלוביץ' כדי לאתר פגישות הנוגעות לאירועים הנזכרים בכתב האישום ב"פרשת 4000" (ברקוד 351).

137. ביום 6.2.2018 נערכה פעולת חדירה נוספת לדוא"ל של שאול אלוביץ' לצורך איתור ראיות – תכתובות בעניין אישור משרד התקשורת ל"עסקת יז 2". עסקה זו היא חלק מהנטען ב"תיק 4000", והיא אינה קשורה כהוא זה לחקירה ב"תיק בזק יס" (ברקודים 405-407). אף חדירה זו לתיבת הדוא"ל של שאול אלוביץ' נעשתה כביכול מכוח אותו צו חיפוש ובאמצעות תפיסה מיום 20.6.2017.

138. פעולות חיפוש נוספות בתיבת הדוא"ל של אלוביץ' – בלא צו מתאים – בוצעו בימים 16.1.2018 (ברקוד 404); 21.1.2018 (ברקודים 402-403); ו-4.2.2018 (ברקוד 409).

#### הצו המאוחר בעניינו של אלוביץ'

139. רק ביום 8.2.2018 הטריחו עצמן הרשויות, סוף סוף, לבקש צו חיפוש וחדירה לחומרי מחשב "לצורך בדיקה ו/או הפקת פלטים של מסמכים וחומרים הקשורים לחקירה, לרבות טלפונים ניידים" (כלשון הבקשה). עתה, לאחר שאספו חומר ב"תיק 4000", פנו החוקרים אל בית המשפט שיתן צו שעילתו הוא "חשד סביר לעבירות על פי חוק ניירות ערך, טוהר המידות והלבנת הון. מדובר בחיפוש נוסף על רקע חשדות חדשים שהוצגו בפניי" (כלשון הצו מיום 8.2.2018).

העתק צו החיפוש בעניינו של אלוביץ' מיום 8.2.2018 מצורף כנספח 6.

140. נסב את ליבו של בית המשפט הנכבד לכך, שצו חיפוש זה השמיע גם חשד לעבירות על פי חוק ניירות ערך.

141. ניכר שאם היו באים חוקרי רשות ניירות ערך לבית המשפט, "מדלגים" על חשד בתחום ניירות הערך ומבקשים צו חיפוש לעניין עבירות על טוהר המידות בלבד – מסתמא היה שואל אותם בית המשפט: "ומי אתם?".

142. כדי לבסס סמכות לרשות ניירות ערך, נדרש והכרחי היה לטעון שהחשד נוגע גם לעבירות על פי חוק זה.

143. ואולם, חיפושים שבוצעו מכוחו נגעו הלכה למעשה ל"תיק 4000", שאינו תיק ניירות ערך כלל. תוספת זו לא היתה, אפוא, מקרית; היא נועדה להקנות – באופן מלאכותי – סמכות לרשות לניירות ערך, עניין שאלי

עוד נדרש בהמשך.

144. נעמוד על סדר הדברים כפי שהם עולים מהשתלשלות המתוארת לעיל:

א. במהלך יוני 2017 תפסו החוקרים את חפציו של אלוביץ', ובכלל אלה מכשירי הטלפון שלו וחומרי המחשב (לרבות תיבות דוא"ל ויומנים אלקטרוניים) לצורך איתור ראיות הקשורות בחקירת "בזק יס".

ב. לאחר שהסתיימה חקירת "בזק יס" והחלה חקירת "תיק 4000", שבו החוקרים אל התפוסים שנתפסו לפי צו חיפוש שניתן בעילה של חשד לביצוע עבירות במסגרת פרשת "בזק יס"; וערכו חדירה וחיפוש עבור חקירה אחרת – "תיק 4000", שעניינה בחשדות אחרים (עבירות של טוהר המידות).

ג. כאשר סיימו את מלאכתם זו (לאמור: עריכת חיפושים בלתי חוקיים המפורטים בבקשה זו) ביחס לחשד בעבירות הנטענות ב"תיק 4000", פנו החוקרים אל בית המשפט שייתן צו חיפוש בעילה של חשד (גם) לביצוע עבירות טוהר המידות – אלו הן עבירות שבמרכז "תיק 4000".

ד. כשהם אווזים בידם צווי חיפוש מעודכנים, תפסו החוקרים בשנית את חומרי המחשב של אלוביץ', וביצעו חיפושים חוזרים ונרחבים.

145. סיכומה של הנקודה: צו החיפוש ב"פרשת בזק יס" היה תחום: הוא הוגבל לאיתור "**ראיות הקשורות לחקירה**" (שהוגדרו כעבירות בניירות ערך ועבירות אחרת שאינן ממין העניין), נאסר במפורש להשתמש בו למטרה אחרת ("**אין להשתמש בצו זה למטרה שאינה מפורטת לעיל**"), נאסר להשתמש בו שימוש חוזר ("**אין להשתמש בצו זה יותר מפעם אחת**"), והוא פקע לאחר 30 יום ("**תוקפו של צו זה הוא 30 ימים מיום הוצאתו**").

146. אסור היה להשתמש בצו בלתי רלוונטי לזה לעריכת החיפושים שעניינם "תיק 4000". התוצאה היא כי חיפושים אלה בוצעו ללא צו, ומשכך – הם היו חיפושים בלתי חוקיים.

147. ממילא, תוצרי החיפושים הבלתי חוקיים לא היו יכולים לשמש תשתית ראייתית לבקשה למתן צו חיפוש מאוחר (קל וחומר כאשר לא נמסר לבית המשפט מידע שהיה צריך להימסר).

148. ולבסוף, לא ניתן להשלים את הדיון בחלק זה של הדברים מבלי להזכיר אירועים קודמים שאירעו בהליך זה.

149. בחודש אוגוסט 2018 הכריע בית המשפט העליון, כי פעולת החיפוש והתפיסה שבוצעה לפי צו חיפוש זה שבו אנו עוסקים, צו החיפוש בעניינו של אלוביץ' מיום 8.2.2018 – נעשתה בחריגה מהוראות הצו.

150. כך, בהחלטתו של כב' השופט עמית ברע"פ 4526/18 אלוביץ' נ' **מדינת ישראל** (1.8.2018) נקבע, כי המדינה חרגה מהמטרות שהוגדרו בצו החיפוש עת תפסה חפצים לצרכי חילוט שלא נכללו בצו. בית המשפט העליון הדגיש כי **צו החיפוש אינו "כרטיס פתוח"**, ואין לבצע מכוחו פעולות שלא נועדו למטרה המוגדרת בצו:

המדינה טענה כי די בכך שבבקשה להוצאת צו חיפוש נכתב, בין היתר, כי קיים חשד לעבירות לפי חוק איסור הלבנת הון. בכל מקרה, כך טענה המדינה גם בדיון שנתקיים בפני, כי ממילא יש לשוטר סמכות תפיסה ללא צו, והיא "מסמכויות שהשוטר נושא עליו לכל מקום".

טענה זו של המדינה קשה להלום. הנה כי כן, לשיטתה של המדינה, יכול שוטר להיכנס לבית עם צו חיפוש או בלעדיו, על מנת לאתר חפץ ששימש לביצוע העבירה. והנה, לכדה את עינו של השוטר תמונת פיקאסו מקורית

התלויה על הקיר, או שולחן מהגוני בסגנון לואי ה-14 בסלון הבית, והוא יכול לומר לחברו "מצאתי נכסים שניתן יהיה בעתיד לחלט כרכוש בשווי, קדימה להעמיס". או שיכול שוטר לעצור פלוניית ולתפוס סמים בכיסה, ובאותה הזדמנות לפרוק אותה מתכשיטיה ועגיליה בגדר תפיסה לצורך חילוט של רכוש בשווי. כך נעשה במקרה שלפנינו, ואף גרוע יותר. אף שהמשטרה יכולה הייתה לבקש מראש צו תפיסה של חפצי האומנות והתכשיטים, היא לא עשתה כן [...] **וכל זאת, כאשר בצו החיפוש עצמו נכתב בסעיף ההערות כי "אין להשתמש בצו זה למטרה שאינה מפורטת לעיל [בכפיפות לסעיף 24 לפקודת סדר הדין הפלילי] (מעצר וחיפוש)"** [...]

בנקודה זו אזכיר לקורא כי אנו נמצאים בשלב חקירה, לפני כתב אישום, וכאשר חזקת החפות עדיין מרחפת ממעל. לטעמי, קשה להלום התנהלות מעין זו, והתקשיתי להבין אם מדובר בפרקטיקה הנוהגת על ידי המשטרה. אם אכן כך – יש להפסיקה לאלתר [...].

**לשיטתה של המדינה, די למשטרה לבקש צו חיפוש ותפיסה של חפץ או נכס הדרוש לחקירה, ולהשתמש בצו זה כ"כרטיס פתוח" כדי לרוקן את הבית של החשוד מתכולתו לצורך חילוט עתידי של רכוש בשווי, משל הייתה המשטרה קבלן הוצאה לפועל. תוצאה זו קשה בעיני, בלשון המעטה, אך כאמור, כך ממש נעשה במקרה דנן, תוך חריגה רבתי מנוסח צו החיפוש שאת צילומו הבאתי לעיל, שהסמיך את המשטרה לתפוס [...] אין בצו החיפוש כל התייחסות לתפיסת חפצים "שאינם דרושים לחקירה", כמו תכשיטים וחפצי אומנות.**

151. לבסוף קבע בית המשפט העליון, כי במסגרת החיפוש נתפסו חפצים שלא כדין, "תוך חריגה בוטה (וידועה מראש) מצו החיפוש והתפיסה":

הגענו אפוא למסקנה כי **חפצי האומנות והתכשיטים בביתם של המבקשים נתפסו שלא כדין, תוך חריגה בוטה (וידועה מראש) מצו החיפוש והתפיסה**. הפגם אך מתעצם, בהינתן שלאחר התפיסה, המדינה גם לא פנתה לבית המשפט, ברוח הוראת סעיף 24(ב) לפסד"פ [...].

הגעתי למסקנה כי תפיסת חפצי האומנות והתכשיטים של המבקשים לקתה בפגם כפול: התפיסה נעשתה מלכתחילה שלא כדין, תוך חריגה מצו התפיסה שניתן על ידי בית המשפט לבקשת המשטרה, ולמרות שהמשטרה התכוונה והתכוונה מראש לתפוס את חפצי האומנות. גם בדיעבד, המשטרה לא חזרה לבית המשפט בבקשה לקבל הוראות לגבי המשך החזקת חפצי האומנות והתכשיטים שנתפסו.

152. הנה כי כן, "חריגה בוטה (וידועה מראש) מצו החיפוש והתפיסה" היא דבר שבשגרה בהליך זה.

## (2) צו החיפוש בעניינו של עמיקם שורר

153. ביום 20.6.2017 הוגשה בקשה מטעם רשות ניירות ערך להתיר לעובדי רשות ניירות ערך ולעובדי חברת מיטסי אינטרנשיונל בע"מ לערוך חיפוש אצל כל מנויי הטלפון הרשום על שם עמיקם שורר ו/או כל מכשיר טלפון או מחשב נייד שבחזקתו, בבעלותו או בשימוש.

154. בבקשה לצו חיפוש נטען, כי נעברו עבירות לפי חוק ניירות ערך התשכ"ח-1968 ובכלל זה עבירת דיווח לפי סעיף 53(א)(4) לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968 וכן חשד לביצוע עבירות לפי חוק העונשין התשל"ז-1977 ובכלל זה עבירות של קבלת דבר במרמה, מרמה והפרת אמונים בתאגיד ועבירות מנהלים ועובדים בתאגיד.

155. בצו החיפוש שנחתם על ידי כב' השופטת פוזננסקי-כץ נקבע כי – **"מטרת החיפוש במחשב ואופן בדיקת חומר שייפס או העתקיו, הינה איתור ראיות הקשורות לחקירה"**. עוד נקבע בצו כי – **"אין להשתמש בצו זה למטרה שאינה מפורטת לעיל (בכפוף לסעיף 24 לפקודה)**. אין להשתמש בצו זה יותר מפעם אחת. תוקפו של צו זה הוא 30 ימים מיום הוצאתו".

העתק צו החיפוש בעניינו של עמיקם שורר מיום 20.6.2017 מצורף כנספח 7.

החיפוש האסורים בטלפון הנייד של עמיקם שורר ביום 29.1.2018

156. בדומה לעניין אלוביץ', גם צו החיפוש שהוצא בעניין עמיקם שורר הוגבל לחקירת "בזק יס" ולחשדות שעלו בה. ובדומה לעניין אלוביץ', גם הפעם לא ראו החוקרים קושי לחקור חשדות אחרים בתכלית, תוך שהם מנצלים את העובדה שנתפסו אצלם חפצים לצורך חקירה אחת – כדי לערוך חקירה אחרת.

157. בימים 22.1.2018 ו-29.1.2018, כשלושה שבועות לפני שהחקירה במסגרת "תיק 4000" הפכה לגלויה, נערך חיפוש אסור בטלפון הנייד של עמיקם שורר – שנתפס ביום 29.6.2017 במסגרת פרשת "בזק יס".

158. כפי שעולה מתוצאות החיפוש האסור, החוקרים לא ביקשו לאתר "ראיות הקשורות לחקירה" של "בזק יס", או מידע אחר לצורך חקירת "בזק יס" כפי הוראות צו החיפוש; וממילא, במועד זה, חקירת "בזק יס" מוצתה והועברה זה מכבר לפרקליטות.

159. הלכה למעשה, החיפוש שבוצע בטלפון הנייד של עמיקם שורר, כביכול מכוחו של צו החיפוש שניתן במסגרת חקירת "בזק יס", נועד למטרה אחת ויחידה – איתור ראיות עבור חקירת "תיק 4000". בהתאם, הראיות שאותרו במכשיר הטלפון הנייד של עמיקם שורר נוגעות לאירועים המתוארים בכתב האישום בעניין "תיק 4000":

א. כך, למשל, אותרו תכתובות מהתקופה במהלכה חתם ראש הממשלה על האישור הנדרש במסגרת "עסקת בי קום" – עסקה שאין לה דבר וחצי דבר עם פרשת "בזק יס", אולם היא חלק מהמסכת העובדתית המתוארת בכתב האישום ב"תיק 4000" (ברקודים 259-266);

ב. כך, למשל, אותרה תכתובת של שורר עם היועצת המשפטית של משרד התקשורת בנוגע לחתימה של השר וראש הממשלה שנדרשה במהלך חודש פברואר 2014, וכן תכתובות עוקבות בין שורר ושאלו ואור אלוביץ' בקשר עם אותו עניין (ברקודים 267-269);

ג. כך, למשל, אותרו תכתובות ב"קבוצת יועצים וואלה" – (ברקודים 270-277) בה שותפים אילן ישועה, אור אלוביץ', פליקס כהן, אורנה ושאלו אלוביץ' ועמיקם שורר. תכתובות אלה עסקו באישורים נדרשים ל"עסקת יד 2", ובשאלה האם עסקה מסוג זה טעונה היתר של שר התקשורת ושל ראש הממשלה. יובהר, כי "עסקת יד 2" אינה קשורה כהוא זה לחקירת "בזק יס", אך היא חלק (משונה) מ"תיק 4000" (וממנו בלבד);

ד. ועוד נמצאו תכתובות בעניין פגישה בין עמיקם שורר לבין דוד שרן, ובין דוד שרן לבין יו"ר המועצה לכבלים ולוויין (ברקודים 279-285, 290, 291, 292, 295, 296, 298 ו-301; ראו גם ברקוד 379 – שאותר במסגרת חיפוש מיום 22.1.2018);

ה. ועוד למשל, אותרו תכתובות בקבוצה ששמה "יועצים וואלה" – בתקופת הבחירות בשנת 2015 (ברקודים 286-289);

ו. כן אותרו תכתובות בעניין פגישתה של יו"ר המועצה לכבלים ולוויין עם ראש הממשלה (ברקוד 294);



ז. תכתובות בין דוד שרן לעמיקם שורר (ברקודים, 293, 297, 299 ו-300);

ח. ותכתובות פנימיות בין שורר, שאול ואור אלוביץ' (ברקודים 303, 304 ו-305).

160. והנה, בניגוד מפורש לסייג שנקבע בצו, כל החומר שאותר והופק לא נגע לחשדות בעניין "בזק יס", אלא ל"פרשת 4000".

#### הצו המאוחר בעניינו של עמיקם שורר

161. רק ביום 8.2.2018 פנו החוקרים לבקש צווי חיפוש הן עבור עמיקם שורר, הן עבור איריס, שאול ואור אלוביץ', כאשר טיב החשדות שהוצג בבקשות לצווי חיפוש – עניינו בעבירות הנטענות ב"תיק 4000" (במובחן מהעבירות וטיב החשדות המפורטים בבקשות לצווי החיפוש בפרשת "בזק יס").

העתק צווי החיפוש מיום 8.2.2018 מצורף **כנספח 8**.

162. סיכום הדברים: גם בעניין שורר, צו החיפוש ב"פרשת בזק יס" היה תחום. לא ניתן היה להשתמש בצו בלתי רלוונטי זה לעריכת החיפושים ב"תיק 4000". גם חיפושים אלה בוצעו ללא צו, ומשכך – גם הם היו חיפושים בלתי חוקיים.

#### (3) צו החיפוש בעניינו של שלמה פילבר

163. ביום 10.7.2017 הוגשה בקשה מטעם רשות ניירות ערך להתיר לעובדי רשות ניירות ערך לערוך חיפוש אצל שלמה פילבר, בביתו ובמשרד התקשורת, ובכל מקום אחר בו נמצאים חפצים הקשורים לו, לרבות כספות המוחזקות על שמו בבנקים ומכוניות המשמשות אותו או הרשומות על שמו וכן לתפוס על מסמך וחפץ שיש לו קשר לחקירה.

164. בבקשה לצו חיפוש נטען, כי נעברו עבירות לפי חוק ניירות ערך התשכ"ח-1968 ובכלל זה עבירת דיווח לפי סעיף 53(א)(4) לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968 וכן חשד לביצוע עבירות לפי חוק העונשין התשל"ז-1977 ובכלל זה עבירות של מרמה והפרת אמונים.

165. בית המשפט התיר בצו החיפוש לחדור לחומר מחשב וכן לתפוס פלטי מידע שיש לו קשר לחקירה. עוד הותר בצו, להעתיק כל רשתות המחשבים והשרתים במקום החיפוש – לצורך קידום החיפוש והחקירה.

166. בצו החיפוש שנחתם נקבע כי – "מטרת החיפוש במחשב ואופן בדיקת חומר שיתפס או העתקיו, הינה איתור ראיות הקשורות לחקירה". עוד נקבע בצו כי – "אין להשתמש בצו זה למטרה שאינה מפורטת לעיל (בכפוף לסעיף 24 לפקודה). אין להשתמש בצו זה יותר מפעם אחת. תוקפו של צו זה הוא 30 ימים מיום הוצאתו".

העתק צו החיפוש בעניינו של פילבר מיום 10.7.2017 מצורף **כנספח 9**.

#### החיפושים האסורים בעניינו של שלמה פילבר

167. ביום 3.12.2017 נערך חיפוש בלתי חוקי בטלפון הנייד של פילבר לצורך איתור תכתובות עם **יונתן שכטר**, עוזרו של ראש הממשלה (ברקודים 316 ו-470). זאת בקשר לאירוע במהלכו נטען ששכטר מסר לפילבר מעטפה ובה סקירת הסיקור **באתר "וואלה"**.

168. בהמשך, ביום 13.12.2017, סרקו החוקרים את הטלפון הנייד של פילבר (שנתפס בענייני "בזק יס") לצורך איתור תכתובות בין **חפץ לפילבר** – שני עדי המדינה ב"תיק 4000" (ברקודים 313 ו-468). גם בימים 14.12.2017 וביום 2.1.2018 ביצעו החוקרים חיפוש במכשיר הנייד של פילבר ואיתרו תכתובות בינו לבין ניר חפץ (ברקודים 308-311, 318, 467).

169. לא למותר לציין, כי הקשר בין עדי המדינה פילבר וחפץ – הוא חלק מרכזי מהאישום ב"תיק 4000". לעומת זאת, הוא אינו מצוי, אף לא בשולי הטענות, ב"פרשת בזק יס".

#### הצו המאוחר בעניינו של פילבר

170. גם בעניינו של פילבר, חיפושים לביסוס החשדות שבסיס "תיק 4000" בוצעו בחודשים דצמבר 2017 וינואר 2018 – אולם צו חיפוש על יסוד חשדות אלה, ובכלל זה חשד לביצוע עבירה של טוהר המידות – הוצא רק ביום 8.2.2018.

העתק צו החיפוש בעניינו של פילבר מיום 8.2.2018 מצורף **כנספח 10**.

171. לאחר שהוצא צו חיפוש עבור "תיק 4000" (אף שגם בצו זה דבקה אי חוקיות, נוכח הטעיית הרשויות), בוצעו חיפושים חוזרים במכשירי הטלפון של פילבר לשם איתור ראיות נוספות.

172. התוצאה היא כל החיפושים שבוצעו ביחס לחשדות "תיק 4000" על בסיס "צווי בזק יס", קודם להוצאת צו החיפוש ביום 8.2.2018 – היו חיפושים בלתי חוקיים.

#### ז. המקרה המיוחד (והמוזר) של אילן ישועה

173. אילן ישועה, מנכ"ל אתר "וואלה" בתקופה הרלוונטית לכתב האישום, הוא שחקן חוזר במרבית "אירועי הסיקור התקשורתי" המפורטים בכתב האישום ובנספח לו. אותו ישועה לא נחקר במסגרת "פרשת בזק יס", וזאת מטעם פשוט: ישועה לא היה קשור, והוא עדיין אינו קשור, למסכת העובדתית שבליבת "פרשת בזק יס" (או בשוליה).

174. כידוע, ביום 14.12.2017 אישר היועץ המשפטי לממשלה לגבות גרסה ממר ישועה – כזאת אישר, ולא יותר.

175. ביום 28.12.2017 נחקר ישועה לראשונה.

176. חקירתו זו (שלא תועדה, משום מה, בתיעוד חזותי – ולפיכך היא גם אינה מתומללת; ושבה לא הוזהר – משום מה – אותו ישועה), התמקדה כולה בפניות בעניין סיקור תקשורתי לאתר "וואלה" שמקורן בסביבת ראש הממשלה (חפץ ורובינשטיין).

177. חקירתו של ישועה החלה בשעה 05:09. עוד לפני השעה 30:09, נשאל ישועה כיצד התנהלה התקשורת בינו לבין שאול ואיריס אלוביץ'. ישועה משיב – "שיחות טלפון, מיילים, בוואטספיים". הוא נשאל אם הקבצים שמורים – ומשיב: "שמרתי הכל. אני מוכן להעביר לכם את כל הקבצים".

178. לאחר מכן מתנהלים חילופי הדברים הבאים:

חוקר: תהיה מוכן שנכניס לך את הפלאפון ותשלח לנו את הקבצים?

ישועה : כן. אני אייצא לכם את כל הטקסטים.

חוקר : הפלאפון של הנחקר הוכנס. והוא מבצע שליחה וייצוא של קבצי הוואטספ.

179. הנה כי כן, ישועה התבקש על ידי חוקריו לשלוח קבצי WhatsApp מהטלפון הנייד, והוא הסכים לכך.
180. מה שברור הוא, עם זאת, כי **הסכמה זו לא ניתנה "בתנאי בן חיים"**. וכך מתאר כב' השופט מלצר את ההסכמה הנדרשת מכוח הלכת **בן חיים** (עניין **אוריך השני**, בפסקה 16. ההדגשות במקור):
- על פי תפיסה זו נדרשת **הסכמה מדעת** של מי שמוכן שיחדרו לטלפון הסלולרי שלו, לאחר שהחוקר מסביר לו שאין הוא חייב להסכים למשאלת החוקר וכי סירובו לא יזקף לחובתו.
181. ודוקו; כבר עמדנו על מעמדו התמוה של ישועה בהליך זה. דומה שאפילו המאשימה לא תחלוק על כך שישועה היה חשוף להעמדה לדין פלילי – בהיותו שחקן מרכזי במסכת העובדתית הנטענת ב"תיק 4000" (מבלי לגרוע מכך שלעמדת המבקש, העובדות אינן מגלות מעשה פלילי).
182. ודאי שבנסיבות כאמור, הסכמה שאינה מקיימת את שני תנאי הלכת **בן חיים** (הסבר כי הנחקר אינו חייב להסכים לחדירה + הסבר כי סירוב לא יזקף לחובתו) – **לאו הסכמה כדין היא**.
183. החקירה נמשכת ונמשכת, והשעה היא כבר 17:20. ישועה מסיים את עדותו וקורא אותה. אז נרשמים בהודעה חילופי הדברים הבאים:
- חוקר : אני מציג לך צו חיפוש שמספרו 17-12-61596 לתפיסת מכשיר הפלאפון שלך. המכשיר נתפס וסומן פג. 28/12/17.
- ישועה : אין בעיה תעתיקו אותו, אני אעביר לכם גם תחילת שבוע הבא מיילים רלוונטיים לנושאים [ש]דיברנו עליהם.
184. גם בעניין זה, לא העמידו החוקרים את ישועה על כך שהוא אינו חייב לאפשר להם לעיין בהודעות הדוא"ל שלו, וכי אם לא יעשה כן הדבר לא יזקף לחובתו.
185. ביני לביני, שמו החוקרים פעמיהם – זו הפעם, ובניגוד לנעשה לגבי יתר הנחקרים – לבית המשפט, במטרה לבקש צו חיפוש.
- 28.12.2017 מיום**
186. כאמור, במקביל לחקירתו הארוכה פנו החוקרים לבית המשפט בבקשה לצו חיפוש וחדירה במכשיר הטלפון הניידים של ישועה.
187. ראינו, כי הסכמה שניתנה – לא היתה ההסכמה הדרושה.
188. ממילא, וכפי שתואר בהרחבה קודם לכן, הסכמה כאמור אינה יכולה להכשיר חיפוש בחומרי מחשב.
189. ובכן, האם התקבל צו חיפוש שדי היה בו כדי להתיר את החיפושים שבוצעו?
190. התשובה לשאלה זו – שלילית.

191. אף שישועה נחקר חקירה ארוכה ביחס לחשדות שב"תיק 4000" (פניות ראש הממשלה או אנשיו ל"וואלה" בעניין סיקור, מינויים ב"וואלה", בקשות ישירות מראש הממשלה או רעייתו לשאול ואיריס אלוביץ' בענייני סיקור, "עסקת יד 2" וכן הלאה), ואף שהיה ברור שמטרת החיפוש היא אחת ויחידה: איסוף ראיות ביחס ל"תיק 4000" (שהרי גם חקירותיו הבאות סבבו סביב סוגיית הסיקור התקשורתית), הוגשה לבית המשפט בקשה לצו חיפוש שעניינו איתור ראיות לצורך חקירה בעבירות בניירות ערך, עבירות מנהלים ועובדים בתאגיד ועוד.

192. וראו את נוסח הבקשה:

<b>בקשה להוצאת צו חיפוש</b>			
(לפי סעיף 256 לחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968)			
לכבוד בית משפט השלום ב תל - אביב יפן			
רשות ניירות ערך	חוקר	036763860	אני הח"מ: אוס נאסר
מקום עבודה	תפקיד	מס' זהות	שם המלא
<p>מצהיר בזה כי קיים חשד כי נעברות עבירות לפי חוק ניירות ערך התשכ"ח-1968 ובכלל זה עבירות דיווח לפי סעיף 53(א)4, וכן חשד לביצוע עבירות לפי חוק העונשין התשל"ז-1977 ובכלל זה עבירות של קבלת דבר במרמה, מרמה והפרת אמונים בתאגיד, עבירות מנהלים ועובדים בתאגיד ושיבוש מהלכי חקירה, ונחוץ חיפוש כדי להבטיח הצגת חפץ ומחשב לצורך חקירה ומשפט.</p> <p>החשד מבוסס על: מסמכים שונים</p>			
<p><b>לפיכך הנני מבקש להתיר לעובדי רשות ניירות ערך ולעובדי חברת מיטסי אינטרנשיונל בע"מ לערוך חיפוש אצל כל מנוי טלפון הרשום ע"ש אילן ישועה, ת.ז. 054566112 וא/או למספר 050-8715368 וא/או כל מכשיר טלפון שבחזקתו, בבעלותו או בשימוש.</b></p>			
<p>במסגרת החיפוש כאמור לעיל, הנני מבקש להתיר לחדור לחומר מחשב, לרבות חדירה נמשכת, ולהפיק פלט, וכן לתפוס כל מחשב, מידע האגור במחשב ודבר המגלם חומר מחשב שיש לו קשר לחקירה, לרבות שינוי פרטי הזיהוי וא/או הגישה למחשבים וזאת עד להשלמת ההעתקה וא/או עד להשלמת פעולת התפיסה והעיון.</p> <p>מטרת החיפוש במחשב ואופן בדיקת חומר המחשב שיתפס או העתקו, הינה איתור ראיות הקשורות לחקירה.</p>			

193. ומה ל"תיק 4000" ולעבירות אלו? איך קשור סיקור ב"וואלה" לעבירות דיווח בניירות ערך? מה בין תיק "וואלה" לבין עבירות מנהלים בתאגיד? מה הקשר בין "תיק 4000" לבין קבלת דבר במרמה?

194. והנה, על יסוד בקשה מטעה זו, ניתן צו חיפוש, שנחתם על ידי כב' השופטת פוזננסקי-כץ, המתיר לעובדי רשות הנייר לערוך חיפוש במכשירים הניידים של אילן ישועה.

195. ויודגש: בקשה זו הוגשה חודשיים לאחר שחוקרי רשות ניירות ערך כבר ביצעו חיפושים (בלתי חוקיים) בתיבת הדוא"ל של שאול אלוביץ'. בשלב זה כבר היה ברור, כי הניסיון הוא לגבש תשתית ראייתית שכלל אינה קשורה בעבירות מתחום הניירות ערך, אלא בעבירות שוחד. בשלב זה כבר היה ברור, כי לא מדובר ב"זליגה" של פרשת "בזק יס", אלא בחקירה עצמאית חדשה – היא חקירת "תיק 4000".

196. חרף זאת, כנלמד מהבקשה שהוגשה, החוקרים לא גילו לבית המשפט שעניין להם במסכת של "תיק 4000".

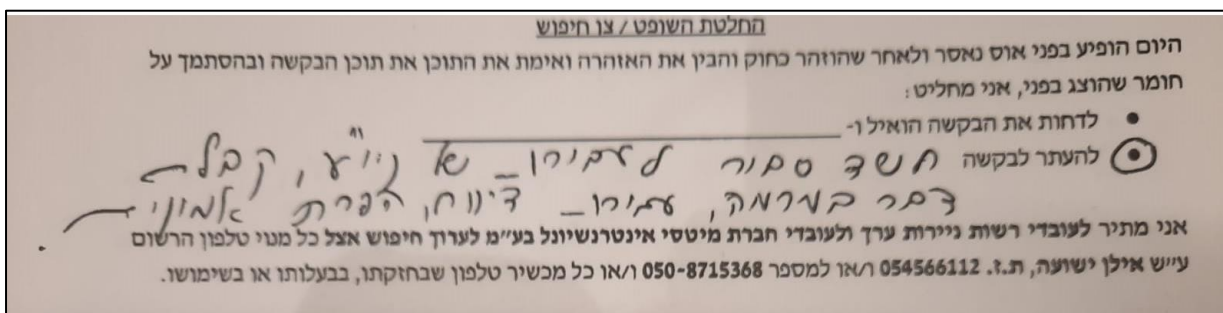
197. זוהי בדיוק "בקשה למתן צו חדירה לחומר מחשב, אשר קופה של שרצים תלויה לה מאחוריה", כלשונו הציורית של כב' השופט סולברג בעניין **אוריך השני**.

198. כפי שהובהר בעניין **אוריך השני**, "בית המשפט הן בבקשה למתן צו חדירה לחומר מחשב, אינו רשא להתעלם מהפגמים שנפלו עובר להגשתה, ועליו לתת דעתו עליהם כבר במהלך הדיון בה" (שם, בפסקה 44).

199. כמובן – אם מעלימים מבית המשפט את העובדות, הוא אינו יכול לדעת דבר, ואף לא להידרש לנפקות הפגמים שנפלו. די בהעלמת עובדת קיומם של חיפויים בלתי חוקיים מרובים כדי להפקיע בדיעבד את תוקפו של צו החיפוש הפגום בעניינו של ישועה.

200. ומכל מקום, גם אם נותר הצו על כנו – צו החיפוש התיר חיפוש לצורך איתור ראיות הקשורות לחקירה (וביחס לכך בלבד).

201. ומה החקירה? ובכן, כנלמד מההחלטה **גופה בבקשה לצו חיפוש**, דובר בחקירה שעסקה ב"חשד סביר לעבירות של ני"ע, קבלת דבר במרמה, עבירות דיווח, הפרת אמונים":



העתק צו החיפוש בעניינו של אילן ישועה מיום 28.12.2017 מצורף **כנספח 11**.

202. ובקיצור, גם הבקשה שהוגשה לצו חיפוש בטלפון הנייד של ישועה, כמו גם ההחלטה שניתנה ביחס לכך – עסקה ב"פרשת בזק יס" ולא ב"תיק 4000", אשר כידוע לכל העבירה העומדת במוקד שלו היא עבירת שוחד.

203. ודוקו; במועד הגשת הבקשה, כמו גם עת נעשתה החדירה למכשיר הטלפון הנייד של אילן ישועה – לא ניתן היה לסבור כי הפעולות נעשות לצורך איתור ראיות הקשורות לחקירה בשל חשד סביר לביצוע עבירות של "ניירות ערך", "עבירות דיווח" או "קבלת דבר במרמה". חקירתו של ישועה לא עסקה בעבירות אלו. הוא לא נשאל בעניין עבירות אלו. זה לא היה החשד שאותו ביקשו החוקרים לברר.

204. ואם נדרשת ראייה נוספת לכך, הרי שהמאשימה עצמה המציאה אותה: כך, בתגובה מטעמה שהוגשה ביום 3.2.2021 לבית המשפט הנכבד, טענה המאשימה כי ביום 14.7.2017 אישר היועץ המשפטי לממשלה לגבות גרסה מאילן ישועה וכן בהמשך לבצע פעולות חיפוש בחומר מחשב, וזאת במסגרת "הרחבת בדיקת המניע של פילבר – שעוסק ביחסי הנאשמים נתניהו – אלוביץ".

205. הנה כי כן, מטרת החיפוש (שעל פניו לא גולתה לבית המשפט בבקשה למתן צו חיפוש) היתה אחת: איתור ראיות המבססות חשד לעבירות הנטענות ב"תיק 4000". לא עבירות מתחום ניירות הערך ולא עבירות דיווח.

206. מדוע לא גולתה לבית המשפט המטרה האמיתית של פעולות החיפוש? אפשר שהיה זה היעדרו של אישור של היועץ המשפטי לממשלה לביצוע פעולות אלה (בניגוד להצהרות המאשימה בתגובה מטעמה), העובדה שחקירה ביחס לראש ממשלה היא עניין כבד משקל או שמא טעם אחר. תתכבד המאשימה ותיתן הסברים. מכל מקום, יהא הסבר המאשימה אשר יהא – דבר אחד ברור: צו החיפוש שניתן ביחס למכשיר הטלפון הניידים של אילן ישועה נועד **למטרה מוגבלת** – איתור ראיות הקשורות **בחקירה של עבירות ניירות ערך** ויתר העבירות המפורטות בבקשה לצו חיפוש.

207. כידוע, בעניין חדירה לחומרי מחשב יש להקפיד על כל תו ותג. אמר על כך בית המשפט העליון בפרשת **אוריך השנייה** את הדברים הנוקבים הבאים:

חדירה לחומר מחשב, כשמו כן הוא, מאפשר חדירה לפרטיותו של אדם, לסוד שיחו, לעיתים אף לנכבי-נפשו, למכמניו. "החדירה למחשבו האישי של אדם גרועה לא פחות מן הפריצה לביתו. ביתו של אדם הוא מבצרו, ומחשבו האישי הוא פינת הסתר החבויה במבצר, הוא המגירה האישית של בעליו, והוא אוצר בתוכו, תכופות, מידע פרטי, אישי, ולעיתים כמס. החדירה אל המחשב האישי כמוה כחיטוט בחפציו האינטימיים" [...]. לא בכדי קבע המחוקק בסעיף 4 לחוק המחשבים, התשנ"ה-1995, כי "החודר שלא כדין לחומר מחשב הנמצא במחשב, דינו – מאסר שלוש שנים". **חשיבותה של ההכרעה בהליך חקירתי זה, רגישותו של העניין, פוטנציאל הפגיעה האצור בו, מחייבים את בית המשפט לנקוט משנה זהירות בטרם יחתוך את הדין. על השופט הזן בבקשה, לעשות משמרת למשמרת, לבל יהפוך המשפט למשפח (ראו, ישעיהו ה, ז) (שם, פסקה 48).**

208. משעה שצו החיפוש נוקט מפורשות **בלשון מגבילה** – **ואסר על חיפוש עבור מטרה או חקירה אחרת** (כלשון הצו – "מטרת החיפוש במחשב ואופן בדיקת חומר שיתפס או העתקיו, הינה איתור ראיות הקשורות לחקירה [...] אין להשתמש בצו זה למטרה שאינה מפורטת לעיל [...]") – הרי שהחיפושים שבוצעו חרגו – חריגה רבתי – ממגבלות הצו.

209. זאת ועוד; צו זה הוצא ביום חקירתו הראשונה של ישועה. התשתית ששימשה יסוד לו היא זו שנגבתה במסגרת אותם חיפושים בלתי חוקיים קודמים שעליהם עמדנו לעיל. בעניין זה נפסק בפרשת **אוריך השנייה**:

כך גם מתן צו שיפוטי המתיר חדירה לפרטיותו של אדם בהסתמך על תשתית שהושגה שלא כדין – פוגע בהגינות ההליך, ובלגיטימיות של ההכרעה השיפוטית. הפגיעה בהוגנות ההליך מתרחשת אפוא כאן ועכשו, כבר במסגרת ההכרעה השיפוטית המקדמית, אשר **נסמכת על מצע ראייתי בלתי-חוקי** (שם, בפסקה 37).

210. יוצא מכך – כי חיפושים אלה הם בלתי חוקיים.

211. אשר על כן, מן הדין לפסול את תוצרי החיפושים הבלתי חוקיים ש"התכסו" בצו מיום 28.12.2017 – כמפורט בנספח 1 לבקשה.

212. לא בכך מתמצים מחדליה ומעשייה של הרשות החוקרת.

213. לאחר חקירתו הראשונה, שב ישועה לביתו. במסגרת הקשר ההדוק שנוצר עם חוקריו – הוא מסר להם כונן קשיח הכולל תיבות דוא"ל שלו. ואכן, ביום 31.12.2017 נמסר הכונן הקשיח לידי החוקרים.

214. חומרי חקירה שונים הופקו כתוצאה מהחיפוש בכונן הקשיח. אלה נאספו כראיות שנועדו לבסס את התזה

המפלילה בכתב האישום ב"תיק 4000".

215. אלא שביחס לכוונן הקשיח – **כלל לא ניתן צו חיפוש**.

216. כעולה מנוסח הצו שזכר קודם לכן, דובר בצו שנועד לביצוע חיפוש במכשיר **הטלפון הנייד** של ישועה. הצו לא הכשיר חיפוש בתיבת הדוא"ל של ישועה, שנמסרה לחוקרים.

217. גם הסכמתו של ישועה למסירת תיבת הדוא"ל לחוקרים לא באה, כנדרש, לאחר שנאמר לו שהוא זכאי שלא למסור את חומרי המחשב הנ"ל, וכי סירוב לעשות כן לא ייזקף לזכותו (אזהרות הכרחיות כדי שתוכל ההסכמה להיחשב ל"הסכמה מדעת", כמצוות בית המשפט העליון).

218. משכך, בהיעדר צו חיפוש ובהיעדר הסכמה בתנאי **בן חיים**, מן הדין לפסול את תוצרי החיפוש בחומרי המחשב של אילן ישועה כמפורט בנספח 1 לבקשה.

### ז. תפיסות וחיפושים בלתי חוקיים מחודש פברואר 2018 ואילך

219. הראינו לעיל, כי במהלך חודשים אוקטובר 2017 עד פברואר 2018, בוצעו חיפושים בלתי חוקיים, שלא נשענו על צו חיפוש מתאים.

220. התשתית הראייתית שנאספה באותם חיפושים בלתי חוקיים היא ששימשה את החוקרים בפנייתם ביום 8.2.2018 אל בית המשפט לשם קבלת צווי חיפוש והמצאת מסמכים ב"תיק 4000". בבחינת הוספת חטא על פשע (או שמא פשע על פשע), העלימו החוקרים מבית המשפט את עובדת היסוד, ולפיה התשתית הראייתית שעליה מבוססת בקשתם למתן הצווים – נאספה באופן בלתי חוקי.

וכלשונו של בית המשפט העליון בעניין **אוריך הראשון**: "במקרים שבהם הבקשה למתן צו חיפוש מבוססת על חיפוש מוקדם שלא היה חוקי, מתעורר חשש כי רשויות החקירה ביצעו מעין 'מסע דיג' במכשיר הטלפון הנייד או המחשב של הנחקר, אשר כל מטרתו להשיג פיסת מידע לביסוס הבקשה למתן צו החיפוש" (פסקה 30).

221. ודוק; בקשות למתן צווי חיפוש והמצאות מסמכים נעשות במעמד צו אחד. במצב דברים זה, על הרשות לבוא בניקיון כפיים ובגילוי מלא אל בית המשפט. מקל וחומר נכונים הדברים, כאשר הסעד המבוקש במעמד צד אחד הוא דורסני וחודרני מיסודו – ויש בו כדי לפגוע בזכויות פרט חוקתיות. ובן בנו של קל וחומר נכונים הדברים שעה שהבקשה מוגשת באישור לא אחר מהיועץ המשפטי לממשלה. ועדיין, כזאת לא נעשה.

222. הנה כי כן, צווי החיפוש וצווי המצאות המסמכים מיום 8.2.2018 – הורתם ולידתם בחטא. הם ניתנו על יסוד מצג מטעה ובהסתמך תשתית שנאספה באופן בלתי חוקי, שהונחה בפני בית המשפט – במעמד צו אחד – עת נדרש ליתן את הצווים. במצב כאמור, שעה שבית המשפט שהוציא מלפניו צווים אלה לא היה מודע לכך שהתשתית והיסוד להם הושגה באופן בלתי חוקי, ושעה שלא גולה דבר ביצועם של חיפושים בלתי חוקיים – אין תוקף לצווים אלה.

223. כפי שראינו, יסודו של החיפוש הפסול אינו בטעות "פרטית" של חוקר זה או אחר. מדובר במדיניות – פסולה – של רשות ניירות ערך, שנשזרה לארוכה ולרוחבה של חקירה זו: תחילה, בביצוע חיפושים ללא צו כדין, בחריגה ממטרות צו החיפוש (בעניינם של פילבר, אלוביץ' ושורר); בהמשך, מהגשת הבקשה למתן צו בעניינו של ישועה תוך אי גילוי בעניין טיב החשדות ומטרת החקירה; ולבסוף – בהגשת בקשות לצווי חיפוש

בחודש פברואר 2018 תוך הטעיית בית המשפט.

224. כפי שאף נקבע בעניין **אוריך הראשון**, כאשר מתברר שחיפוש בלתי חוקי אינו תוצר של טעות מצדו של חוקר בודד, אלא תוצאה של מדיניות פסולה של הרשות החוקרת – יש בכך להשליך על חומרתו של הפגם.

225. בנסיבות אלה, דין צווי החיפוש מיום 8.2.2018 – בטלות (Void).

226. משמעות הדבר כפולה: בכל הקשור לעבר (חיפושים שבוצעו בתקופה שבין אוקטובר 2017 לחודש פברואר 2018), הרי שגם אם בוצעו תפיסות ו"חיפושים חוזרים" לאחר יום 8.2.2018, אין בכוחם של הצווים המאוחרים כדי להכשיר את הפגם שנפל קודם לכן באותם חיפושים בלתי חוקיים. ובכל הקשור לעתיד – משמעות בטלותם של הצווים מיום 8.2.2018 היא כי כל פעולות שבוצעו בתפוסים שנתפסו מכוחם – נעשו ללא צו מתאים, ולמעשה ללא צו בכלל.

227. לפיכך יתבקש בית המשפט הנכבד לפסול גם את הראיות שהופקו מכוח צווים אלה (כמפורט בנספח 1 לבקשה).

### **ח. תפיסת מסמכים וחיפושים מכוח סעיף 56(ג) לחוק ניירות ערך**

228. כעולה מדוח התפוסים שנמסר להגנה, המקור המשפטי שאפשר תפיסת מסמכים שונים ב"תיק 4000" הוא סעיף 56(ג) לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968.

229. ובכן, הוראת סעיף 56(ג) מסמיכה חוקר לבצע פעולות חקירה ולתפוס מסמכים, מקום בו "התעורר חשד לביצוע עבירת ניירות ערך".

230. מאליו מובן, כי עם סיום חקירת "בזק יס" והתקדמות חקירת "תיק 4000", לא היו עוד בנמצא עבירות "ניירות ערך". במצב זה, החקירה ביחס ל"תיק 4000", שבמוקדה עבירת השוחד, לא היתה חקירה בעבירה נלווית לעבירות ניירות ערך, אלא חקירה עצמאית הנוגעת לחשד לביצוע עבירה פלילית "רגילה" הקבועה בחוק העונשין.

231. לא נלאה מלהזכיר, כי תפקידה של רשות ניירות ערך, כפי שזו מעידה על עצמה, הוא "שמירת ענייניו של ציבור המשקיעים בניירות ערך".<sup>4</sup>

232. הרשות עוסקת ב"עריכת חקירות הנוגעות לעבירות על חוק ניירות ערך, חוק השקעות משותפות בנאמנות, חוק הייעוץ וחוקים נוספים, הקשורים להפרת חוקים אלה".<sup>5</sup>

233. במסמך שכותרתו "מדיניות האכיפה של רשות ניירות ערך"<sup>6</sup> מעידה על עצמה הרשות כך:

**רשות ניירות ערך פועלת באמצעות סמכויות האכיפה הפלילית שבידיה על מנת לטפל בעבירות חמורות**

<sup>4</sup> ראו כאן: <https://www.isa.gov.il/ABOUT/Pages/About.aspx>

<sup>5</sup> שם.

<sup>6</sup> זמין כאן: <https://tinyurl.com/y3hehyxg>



**המבוצעות בשוק ההון.** בין היתר, **מדובר בעבירות על חוק ניירות ערך** דוגמת עבירות תרמית בניירות ערך [מסמך בנוגע לעבירה זו מפורסם באתר הרשות], שימוש במידע פנים ועבירות דיווח; עבירות על חוקי ניירות ערך נוספים; **ועבירות שונות על חוק העונשין** ועל חוק איסור הלבנת הון, התש"ס-2000 (להלן: "חוק איסור הלבנת הון") **שנלוות לעבירות כאמור**, דוגמת עבירות מתן ולקייח שוחד, מרמה והפרת אמונים של עובד ציבור, מרמה והפרת אמונים בתאגיד, קבלת דבר במרמה, עבירות מנהלים בתאגיד, רישום כוזב במסמכי תאגיד, שיבוש והדחה בחקירה, ושימוש ברכוש אסור לפי חוק איסור הלבנת הון המוגדרות כ"עבירת ניירות ערך" בחוק.

234. ואכן, חוק ניירות ערך מקים לרשות ניירות ערך סמכות גם בעבירות שאינן קשורות בניירות ערך, ובכלל זאת ביחס לעבירות השוחד, אך זאת **רק כאשר** מדובר בעבירה שנעברה **"בקשר לעבירה** לפי פסקאות (1) או (6)". סעיפים אלה הם "עבירה לפי חוק זה" (סעיף קטן 1 – היינו עבירת ניירות ערך); ו"עבירה לפי כל חיקוק אחר ששר המשפטים והשר לביטחון הפנים קבעו בצו, באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת (סעיף קטן 6).

235. למיטב הבדיקה, פרשנותם של סעיפים אלה טרם התבררה די צורכה בפסיקה. מכל מקום מה שברור הוא, כי רשות ניירות ערך אינה תחליף למשטרה, וכי אם מתגלה חשד לעבירות נוספות שאינן בתחום סמכותה – מפני שהן אינן קשורות בעבירות ניירות ערך – דין החקירה לעבור למשטרת ישראל.

236. בעניין זה ניתן ללמוד היטב מדברי ההסבר לתיקון מס' 38 לחוק ניירות ערך מה עמד בפני המחוקק עת הסמיך את חוקרי הרשות לעסוק גם בעבירות נלוות.

237. וכך נכתב בדברי ההסבר (ס"ח תשס"ט מס' 2189 מיום 16.11.2008 עמ' 70, ה"ח הממשלה תשס"ה מס' 169 עמ' 582):

הניסיון מראה כי **עבירות לפי החוק או לפי חוק להשקעות משותפות, עשויות להיות מעצם טיבן קשורות בעבירות מתחמים אחרים**; כך, למשל, הצגה של פרטים מטעים בתשקיף או בדוח המוגש לרשות נועדה לעתים להסוות עבירות על הוראות מחוק העונשין, כגון מרמה או גניבה. **זאת ועוד, בעבירות לפי החוק כמו שימוש במידע פנים (סעיף 52 לחוק) או תרמית בקשר לניירות ערך (סעיף 54 לחוק), עשוי העבריין להיעזר בגורמים הפועלים במסגרת תאגיד המספק שירות לציבור, למשל תאגיד בנקאי, כך שקבלת דבר תמורת סיועם של גורמים אלה במסגרת תפקידם עשויה להוות אף קבלת שוחד בידם.** במקרים אלה, **העובדות המהוות עבירה לפי החוק מהוות גם עבירה לפי חוק אחר**, ויתבררו ממילא במסגרת בירור יסודות העבירה לפי החוק.

לפיכך מוצע לכלול גם עבירות על חוקים אחרים שנעשות בקשר לעבירה לפי החוק או לפי חוק להשקעות משותפות במסגרת ההגדרה "עבירת ניירות ערך", ולאפשר בכך לחוקרי הרשות להפעיל את הסמכויות הנתונות להם בחוק גם **לגבי עבירות נלוות כאמור**, ובכך למנוע פיצול החקירה **באותה מסכת עובדתית** בין משטרת ישראל והרשות, ופגיעה שלא לצורך בנאשמים תוך חשיפתם לחקירות כפולות כאמור.

238. הנה כי כן, תכליתה של מתן הסמכות לחוקרי רשות ניירות ערך ביחס לעבירת השוחד היה ליתן בידה את הכלים לחקור את עבירת השוחד כאשר מדובר בעבירה **נלוות**, הקשורה **באותה מסכת עובדתית** לעבירות ניירות ערך. **עסקינן במצב שבו אותן עובדות מהוות הן עבירה לפי חוק ניירות ערך, הן עבירה על חוק אחר.**

239. הדוגמה שהובאה לכך בדברי ההסבר היא זו: עבריין מבצע עבירה של שימוש במידע פנים או תרמית בניירות ערך, והוא נעזר בגורמים הפועלים במסגרת תאגיד המספק שירות לציבור (כגון תאגיד בנקאי).

קבלת דבר תמורת סיועם עשויה לעלות כדי קבלת שוחד מצדם. אותן עובדות, אפוא, מקימות עבירות משני סוגים – הן עבירות ניירות ערך, הן עבירות מחוק העונשין.

240. ועתה נשווה את הדברים לענייננו-אנו: במקרה דנן, ראינו כי הרשות עסקה בחקירת ניירות ערך שעניינה המרכזי ועדות בלתי תלויות שהוקמו במסגרת חברת "בזק" כחלק מאישור עסקאות עם חברת "יס" ועם חברת "חלל", כמו גם טענות לביצוע פעולות מלאכותיות בתזרים המזומנים בקשר עם עסקאות אלה. עוד נטען לקשר פסול שהתקיים בין פילבר (מנכ"ל משרד התקשורת) לבין "בזק".

241. ואולם, חקירת "תיק 4000" לא היתה קשורה לעבירות נטענות אלה, היא לא היתה "נלווית" להם ובוודאי שהיא לא נסמכה על אותה מסכת עובדתית. היא עסקה באתר "וואלה", בסיקורו של ראש הממשלה ובני משפחתו ובמערכת היחסים בינו לבין בני הזוג אלוביץ'.

242. והנה, אף כשהחלה הרכבת של "תיק 4000" לנסוע על פסים עצמאיים, והתנתקה כליל מחשד לביצוע עבירות ניירות ערך, הוסיפו החוקרים לעשות שימוש בסמכות לא להם ולבצע תפיסות מכוח חוק ניירות ערך.

243. כך, למשל, ברי כי עת נתפס הכוונן הקשיח של אילן ישועה – לא היה "חשד כי בוצעה עבירה של ניירות ערך", כהגדרתה בסעיף 1 לחוק ניירות ערך. ונזכיר שוב; ישועה לא נחקר בפרשת "בזק יס", עובדה שדי בה כדי ללמד כי עניינו לא היה רלוונטי לחקירה זאת – אלא לחקירת "תיק 4000", שלא נגעה כלל ניירות ערך.

244. משעה שרשויות האכיפה קבעו כי המקור המשפטי לביצוע החיפוש הוא סעיף 56(ג) לחוק ניירות ערך, ומשעה שלא התגבשה לחוקרים סמכות לפעול לפי סעיף זה (בהיעדר חשד לביצוע עבירות בניירות ערך) – הרי שהחיפוש שבוצע בעניינו של ישועה אינו חוקי גם מטעם זה.

245. זאת ועוד; החוקרים עשו, לא אחת, שימוש בסמכות לדרוש מסמכים לפי סעיף 56(ג) לחוק ניירות ערך, אף שאין ולא היה יסוד לחשד לביצוע עבירה בניירות ערך.

246. דוגמה יפה לעניין זה היא האופן שבו ביקשה רשות ניירות ערך לתפוס מסמכים מאחד, אבירם אלעד. אלעד היה עורך אתר "וואלה". וכך נכתב בדרישה להמצאת מסמכים שהופנתה אליו (ברקוד 4136):

לכבוד אבירם אלעד  
א.נ.,

**הנדון: הזמנה למסירת פרטים וידיעות**

1. מתוקף סמכותי לפי סעיף 56(ג) לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968, הינך נדרש בזאת להמציא לידי מחלקת חקירות ברשות ניירות ערך את כל המיילים ו/או תכתובות הנוגעות לעריכה ואישור טקסטים ו/או תכנים הקשורים למשפחת נתניהו במהלך השנים 2016-2017.

2. לידיעתך, סעיף 56(ג) לחוק קובע:  
"התעורר חשד לביצוע עבירת ניירות ערך, רשאי חוקר -  
לדרוש מכל אדם להתייצב לפניו או לפני חוקר אחר לשם מסירת כל פרט, מסמך או ידיעה הנוגעים לאותה עבירה או לשם חקירה, וכן לדרוש מכל אדם להתלוות אליו למקום שבו ייעשו המסירה או החקירה."

247. אלעד התבקש להמציא "את כל המיילים ו/או תכתובות הנוגעות לעריכה ואישור טקסטים ו/או תכנים הקשורים למשפחת נתניהו במהלך השנים 2016-2017", וזאת מתוקף סמכות הקבועה בחוק ניירות ערך, ולאחר ש"התעורר חשד לביצוע עבירת ניירות ערך".

248. פרס יוענק למוצא הישר של עבירת ניירות ערך במקרה דנן.

249. סיכומם של דברים: חוקרי רשות ניירות ערך חרגו מסמכותם, עת במסגרת חקירת "תיק 4000" עסקו בפועל בחקירת שוחד, המנותקת כליל מעבירות ניירות ערך. כל שנתפס במסגרת זו – נתפס ללא סמכות. זוהי, לפיכך, תפיסה בלתי חוקית. מן הדין, אפוא, לפסול כל ראיה שהושגה באמצעים פסולים אלה. פירוט מלא בנושא זה מצוי בנספח 1 לבקשה זו.

### ט. עמדת הנאשמים 3-2

250. משהדברים האמורים בבקשה זו נוגעים בין היתר לחיפושים בלתי חוקיים המשליכים במישרין על עניינם של נאשמים 3-2, לרבות חיפושים בלתי חוקיים בחומרי המחשב של הנאשם 2, פנו הח"מ לקבלת תגובתם של נאשמים אלה קודם להגשת הבקשה.

251. נאשמים 3-2 מסרו כי הם מצטרפים לאמור בבקשה זו.

### י. סוף דבר

הליך פלילי, על הסנקציות הנלוות אליו, מחייב עמידה איתנה בכללים שנקבעו בחוק. הרשות החוקרת אינה רשאית לעשות בהליך הפלילי כבתוך שלה, להתעלם מהוראות, להדחיק כללים, ולרתום את בית המשפט להכריע בהסתמך על מצע עובדתי בלתי-חוקי.

(פרשת אוריך השנייה, בפסקה 39).

252. אשר על כן ונוכח המקובץ, יתבקש בית המשפט הנכבד להורות על פסילתן של הראיות כמפורט בנספח 1 לבקשה זו.

  
דקלה סירקיס, עו"ד

  
ישראל וולנרמן, עו"ד

  
בעז בן צור, עו"ד

  
אסנת גולדשמידט-שרייר, עו"ד

  
קרמל בן צור, עו"ד

באי כוח המבקש