בש"פ 6071/17 – מדינת ישראל נגד פישר רונאל,מלכה ערן,ע' עדת מדינה,ישראל דוד רות,ביטון יאיר,ברס שי,נחמיאס יוסף,נחמיאס אביב

<u>בבית המשפט העליון</u>
בש"פ 6071/17

לפני:	כבוד השופט י' עמית
העוררת:	מדינת ישראל

נ ג ד

המשיבים:	1. פישר רונאל
	2. מלכה ערן
	3. ע' עדת מדינה
	4. ישראל דוד רות
	5. ביטון יאיר
	6. ברס שי (ישעיהו)
	7. נחמיאס יוסף
	8. נחמיאס אביב

ערר על החלטת בית המשפט המחוזי בירושלים בתיק בע"ח 11344-04-17 שניתנה ביום 9.7.2017 על ידי כבוד השופטת ח' מאק-קלמנוביץ

תאריך הישיבה:	ט"ו באב התשע"ז	(7.8.2017)

בשם העוררת:	עו"ד תמר פרוש ועו"ד נעמי גרנות
בשם המשיב 1:	עו"ד ליזי שובל ועו"ד עמית בר
בשם המשיב 2:	עו"ד דרור ארד-איילון ועו"ד גיא זאבי
בשם המשיבה 4:	עו"ד יאיר גולן ועו"ד נחשון שוחט
בשם המשיב 5:	עו"ד אסף גולן

כל הזכויות שמורות לאתר פסקי דין - judgments.org.il ©

בשם המשיב 6:	עו"ד גליה כהן ועו"ד ויקי ונטורה
בשם המשיבים 7-8:	עו"ד ליה פלוס ועו"ד עמית חדד

החלטה
*

עניינו של ערר זה בסוגית יישומו של סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: החסד"פ) על ראיות דיגיטליות - תוצרי מחשב וטלפונים ניידים.

רקע עובדתי

1. העובדות הצריכות לענייננו פורטו בהחלטתי בבש"פ 6045/17 מדינת ישראל נ' רונאל פישר (8.8.2017), ועל כן אחסוך בדברים ואפנה את הקורא להחלטה זו. בתמצית שבתמצית, כתב האישום כנגד המשיב 1 (להלן: פישר) מייחס לו קשירת קשר עם המשיב 2, רפ"ק ערן מלכה (להלן: מלכה), קצין חקירות ביחידה הארצית למאבק בפשיעה כלכלית ועורך דין בהשכלתו. נטען כי במסגרת הקשר, העביר מלכה לפישר מידע מודיעיני משטרתי רגיש מחקירות שהתנהלו כנגד מספר יעדים. פישר עשה שימוש באותו מידע, וכן יצר מצגי שווא בפני נחקרים פוטנציאליים אחרים בדבר חקירות המתנהלות בעניינם, והכל כדי לקבל סכומי כסף גדולים בתמורה לכך שיסייע לאותם נחקרים פוטנציאליים. המשיבים 3-7 בערר זה, הם הנאשמים הנוספים בכתב האישום.

2. חלק נכבד מהתשתית הראייתית כנגד פישר מבוססת על עדויותיהם של חמישה עדי מדינה, שהמרכזיים בהם הם עדת המדינה ע' שכבר נחקרה, ומלכה, שבמסגרת הסדר הטיעון שנערך עמו, הוטל עליו עונש מאסר של 8 שנים אותו הוא מרצה בימים אלה. עוד נספר כי במסגרת החקירה בוצעו שני סבבים של מעצרים - הראשון בחודש יולי 2014, שבעקבותיו נעצרו-נחקרו-שוחררו חלק מהמעורבים, והשני בחודש אפריל 2015. במסגרת החקירה הופקו חומרים מהמחשב ומהטלפונים הניידים של מלכה, של עדת המדינה ע' ושל פישר עצמו. זאת, לאחר שבין שתי תקופות המעצרים, עלה בידי החוקרים "לפצח" את נעילת הטלפונים הניידים של הנ"ל. בצו שניתן לחיפוש בטלפונים ובמחשב של מלכה, נכתב כי "החדירה והחיפוש בטלפונים הניידים ובמחשבים תערך במעבדה ללא עדים, על ידי חוקר מיומן". המחשב שנתפס בביתו של מלכה נבדק לאחר שנפתחה תיקיית המשתמש (user) ונעשה מעבר על כל התיקיות, המסמכים והתמונות, לרבות מסמכי WORD או PDF. מסמכים אלו נבחנו מסמך אחר מסמך, אך לא כך יתר הקבצים כמו תמונות. החיפוש בטלפונים הניידים של מלכה נעשה באמצעות מילות חיפוש ו"חיתוכים" בהתאם לשמות המעורבים בפרשה ולמספרי הטלפון שלהם. עניינו נסב על החומרים שנתפסו במחשב ובשלושה טלפונים ניידים. האחד מהם שימש את מלכה משך יום אחד בלבד, השני שימש אותו בין שתי תקופות המעצרים, והשלישי - אשר נטען כי בו אמורים להיות פרטי המידע החשובים ביותר, נמסר על ידי מלכה רק לאחר שנחתם עימו הסכם עד מדינה - משקודם לכן טען כי "טבע" וכבר אינו בנמצא.

3. תוך כדי התנהלות ההליך העיקרי, עתר פישר במספר בקשות לפי סעיף 74 לחסד"פ. החשובה לענייננו היא

כל הזכויות שמורות לאתר פסקי דין - judgments.org.il ©

הבקשה השלישית שהוגשה ביום 21.11.2016, במסגרתה עתר פישר לקבל את כל מכשירי הטלפון שנפרצו ונתפסו אצל עדת המדינה ומלכה לצורך בדיקתם על ידי מומחה מטעם ההגנה. פישר אף דרש כי העוררת תמנע מלהגיש ראיות או לשאול את העדים שאלות הנוגעות לתוצרים הקשורים בטלפונים הניידים עד שלא יוצגו להגנה כל התוצרים.

בהחלטתו מיום 20.12.2016 הורה בית המשפט המחוזי (כבוד השופטת ח' מאק-קלמנוביץ) כי ככל שההגנה מבקשת להפיק חומר נוסף מהטלפונים ולבדוק את תוכנם, ההגנה תודיע ותבהיר "אילו חיפושים היא מבקשת לבצע (באילו נושאים, אילו מילות קוד וכד'). הבקשה תועבר לבעלי הטלפונים ולאחר קבלת תגובת בעלי הטלפונים, אם יהיה צורך בכך, תינתן החלטה". כאן ראוי להבהיר כי הטלפונים הניידים והמחשבים עצמם הוחזרו על ידי המשטרה - ודומה כי נקודה זו לא הובהרה קודם למתן ההחלטה - אך כל החומר הועתק מהם טרם החזרתם.

ביום 13.2.2017 נחקר חוקר המחשבים מטעם העוררת, מר אלון שפיצר, והסביר כי קבצי "דאמפ" (DUMP) הם קבצים הכוללים העתק של החומר שהועתק ממכשירי הטלפון שנתפסו. בהמשך לבקשה זו הגיש פישר בקשה נוספת, ביום 20.2.2017, ובה עתר "לקבלת חומרי החקירה המכונים DUMP ולהשבת הטלפונים הניידים של המבקש [פישר - י"ע]" [במאמר מוסגר: אין בדעתי להידרש למחלוקת בין הצדדים מדוע קבצי הדאמפ נתגלו להגנה רק בשלב זה].

עוד טרם נדונה בקשה זו, התעוררה הסוגיה במסגרת התיק העיקרי אשר נדון בפני כבוד השופט מ' סובל. ב"כ מלכה ציינה במהלך הדיון כי מלכה אינו מתנגד למסירת חומרים מתוך הטלפונים הניידים שלו לעיונו של מומחה מטעם ההגנה, אך זאת בתנאים הבאים: העיון יתבצע במשרדי העוררת ובפיקוחה, לא יימסרו חומרים שיש בהם כדי לפגוע בפרטיות או בחיסיון על פי דין או בעבודת המשטרה (בהינתן העובדה שמלכה שימש קצין חקירות במשטרה ושימש גם כעורך דין במהלך התקופה הרלוונטית). העוררת הסכימה לכך שמומחה מטעם ההגנה יגיע למשרד כבר למחרת, וכי ככל שמומחה ההגנה יאתר קבצים רלוונטיים מבחינתו, ייבדקו אלה על ידי העוררת בהתאם לתנאים הנ"ל. השופט סובל הורה אפוא להגנה להגיע כבר למחרת היום למשרדי מח"ש כדי לבדוק את קבצי הדאמפ.

כך נעשה, והועברו לידי ההגנה חומרים שונים. לטענת העוררת, מומחה ההגנה הפיק כ-1,800 תמונות מחומרי המחשב של מלכה, רובן תמונות משפחתיות-פרטיות מובהקות, דבר שאילץ את ב"כ העוררת להקדיש כשלושה ימי עבודה מבוקר עד לילה כדי לבדוק אם יש קשר בין התמונות לבין האישום. רוב התמונות נמצאו לא רלוונטיות לאישום, ורבות אף נמצאו פוגעות בפרטיותם של מלכה ואחרים, והוחזרו על ידי ההגנה.

בשלב זה, נתגלעה מחלוקת בין הצדדים באשר לאופן עריכת החיפוש, וגם הפעם פנו הצדדים בבקשה משותפת לשופט סובל שדן בתיק העיקרי, על מנת לקבוע מנגנון באשר לאופן עריכת החיפוש בקבצים שהועתקו משלושת מכשירי הטלפון הניידים של מלכה. מחלוקת זו גרמה לעיכוב בדיון בתיק העיקרי, ומספר ישיבות הוכחות בוטלו בשל כך. בדיון שהתקיים ביום 20.3.2017 הביע המותב בתיק העיקרי את מורת רוחו על העיכוב והחזיר את הצדדים להתדיין במסלול של סעיף 74 לחסד"פ, בפני השופט המוסמך לכך. ביום 21.3.2017 הוגשה אפוא בקשה נוספת של פישר, חמישית במספר, לפי סעיף 74 לחסד"פ, במסגרתה נתבקש בית המשפט להורות על מסירת כל קובצי הדאמפ שהופקו מהטלפונים הניידים

כל הזכויות שמורות לאתר פסקי דין - judgments.org.il ©

של עדת המדינה ע' ומלכה, כל חומר המחשב של מלכה ושל עדת המדינה, וזאת בנוסף למסירת הטלפון הנייד של פישר עצמו.

4. ביום 24.4.2017 התקיים דיון בבקשה, שבמסגרתו נשמעו באי כוחו של פישר במעמד צד אחד בלבד. ביני לביני חזר בו עד המדינה מלכה מהסכמתו הנזכרת לעיל.

בהחלטת בית המשפט מיום 13.6.2017 (להלן: ההחלטה הראשונה) נקבע כי יש לאפשר להגנה עיון רחב יותר מאשר עיון על סמך חיפוש על פי מילות חיפוש ופילוחים שונים. בחלק האופרטיבי של ההחלטה נקבע כלהלן:

"אני קובעת, איפוא, כי מתוך קבצי ה'דאמפ' יועבר לעיון המבקש והמשיבים המעוניינים בכך כל החומר הנוגע לאנשי קשר, מיקומים, הודעות סמ"ס, הודעות ווטסאפ, דוא"ל ורשימת התכנות (אפליקציות) שהותקנו במכשיר, מלבדחומר שיש מניעה לאפשר עיון בו, או שעל פי מהותו ברור שאינו רלוונטי.

חומר שקיימת מניעה לעיין בו הוא כזה שיש עליו חסיון או שקיימת מניעה אחרת על פי דין, וכן חומר הקשור לעבודתו של העד במשטרה בפרשות שאינן קשורות לתיק שבפני, אשר גילויו עלול לפגוע בעבודת המשטרה.

דוגמאות לחומר שאינו רלוונטי במהותו: התכתבות עם רופאים ואנשי טיפול, התכתבות עם מורים, גננות וכל הקשור למסגרות חינוך, ספאם, וכדומה.

התכתבויות עם בני משפחה שאינן בנושאים הקשורים לחקירה יהיו חסויות, להוציא התכתבויות עם הגיס ש.ח. (אם זהותו של הגיס אינה ברורה לצדדים, יגישו בקשה ותינתן החלטה שבה יופיע השם המלא). התכתבויות עם אשתו של העד לא יועמדו לעיון, מלבד התכתבויות בעניין הבית.

ב"כ הנאשמים הצהירו כי הם מוותרים על עיון בכל התמונות שנתפסו.

ולסיום, בשאלת מקום ביצוע העיון בחומר אני מקבלת את עמדת המאשימה, וקובעת בהתאם לפסיקה שלעיל כי העיון בחומר החקירה, כולל ע"י מומחים מטעם ההגנה, יבוצע במשרדי מח"ש או במקום אחר שייקבע על ידי מח"ש, ובפיקוח מח"ש. ברור כי על מח"ש לשתף פעולה ולאפשר עיון בחומר בתנאים נוחים ובמועדים סבירים" (הדגשה במקור - י"ע).

יומיים לאחר מכן, ביום 15.6.2017, התקיים דיון בתיק העיקרי ונתברר כי קיימת מחלוקת בין הצדדים לגבי המשמעות והנפקות של ההחלטה הראשונה. המותב בתיק העיקרי הורה לעוררת להגיש תוך מספר ימים הודעה לבית המשפט, בה תציין את המועד שבו תעביר להגנה את כל החומר שאין מחלוקת שיש להעבירו על פי ההחלטה הראשונה. לטענת העוררת, מיד לאחר ההחלטה הראשונה, היא פנתה אל לשכת עורכי הדין ואל משטרת ישראל, ואלו הקצו נציגים מטעמם לשם פיקוח על הליך העיון (נציגי לשכת עורכי הדין נדרשו מאחר שמלכה עבד בשלב מסוים כעורך דין). אלא שלטענת פישר, העוררת לא כיבדה את החלטת בית המשפט. ביום 21.6.2017 ניתנה החלטת בית המשפט בתיק העיקרי כהאי לישנא:

כל הזכויות שמורות לאתר פסקי דין - judgments.org.il ©

"1. חקירתו הנגדית של עד המדינה ערן מלכה תתחדש מיום 29.6.2017, ותימשך ברציפות במועדים שנקבעו בשעתו.

2. תנאי לתחילת החקירה הנגדית כאמור, הוא מתן החלטה על ידי המותב שנתן את ההחלטה מיום 13.6.2017 [ההחלטה הראשונה - י"ע], המאשרת כי המאשימה קיימה את ההחלטה במלואה. לשם כך תפנה המאשימה לאלתר בבקשה מתאימה לאותו מותב.

3. אם לא יהיה ניתן להתחיל בחקירה הנגדית של עד המדינה במועד שצוין לעיל - מחמת עיכוב הנעוץ במאשימה - יהיה מקום לשקול את ביטול כתב האישום" (הדגשה הוספה - י"ע).

5. העוררת פנתה אפוא בבקשה לשופטת מאק-קלמנוביץ לאשר את מנגנון העיון כפי שלטעמה מתחייב מההחלטה הראשונה. ואכן, בהחלטותיה מיום 25.6.2017 ומיום 26.6.2017 הורתה השופטת כי העיון בחומר החקירה יבוצע במשרדי מח"ש, בפיקוח מח"ש ועל פי המנגנון שפרטה העוררת. בהתאם לכך הועברו אלפי פריטים לידי ההגנה, והעוררת פנתה לתיק העיקרי וביקשה לחדש את חקירתו הנגדית של עד המדינה מלכה. אך שוב נטען על ידי באי כוחו של פישר כי העוררת לא מילאה אחר הוראות בית המשפט, ועל כן הורה השופט סובל בתיק העיקרי, בהחלטתו מיום 28.6.2017, כי על העוררת לקבל החלטה של השופטת מאק-קלמנוביץ כי קיימה את ההחלטה הראשונה במלואה.

לאחר שהוגשו תגובות מטעם הצדדים ולאחר דיון שהתקיים בפני השופטת מאק-קלמנוביץ, ניתנה החלטתה מיום 9.7.2017 (להלן: ההחלטה השניה) בה נקבע כלהלן:

"במהלך הדיון התבררה הדרך בה בוצע העיון, כאשר נציגי הנאשמים עיינו בחומר שהופק מהמחשבים והטלפונים, וכאשר ביקשו להעתיק קבצים או שהתעורר ספק אם מדובר בחומר שניתן לאפשר עיון בו, נדרש אישורם של נציג לשכת עורכי הדין או המשטרה או של ב"כ המאשימה. אני סבורה שמנגנון כזה אינו עונה על החובה לאפשר עיון סביר ויעיל בחומר החקירה, כפי שאפרט להלן.

החובה לאפשר עיון בחומר היא חובה המוטלת על המשיבה על פי דין, וגם בהחלטה קבעתי בסעיף 11 כי מתוך הקבצים יועבר לעיון המבקש כל החומר המפורט שם. ברור, איפוא, שהאחריות למיון החומר ולהעברת החומר הרלוונטי מוטלת על המאשימה. המנגנון של היעזרות בלשכת עורכי הדין ובמשטרה לפיקוח על העיון הוא אכן דרך אפשרית ואולי אף רצויה למיון החומר, אולם אין בכך כדי להעביר אל הנאשמים את הנטל לבצע תהליך זה.

מיון החומר יכול להיעשות בדרכים שונות, בין על ידי בדיקת כל קובץ וקובץ בפני עצמו, בין על ידי ניתוח החומר באמצעות כלים מחשוביים - מילות חיפוש, חתכים או דו"חות רלוונטיים, ובין בשילוב הדרכים. בהחלטה הנ"ל לא נדרשתי לשאלה כיצד יבוצע המיון, והמאשימה רשאית לבחור בכל דרך סבירה הנראית בעיניה, וכן להיעזר בחוקרי משטרה או בנציגים מלשכת עורכי הדין, ובלבד שתושג המטרה של מסירת החומר הרלוונטי לעיון הנאשמים. אולם לא כך נעשה.

בפועל, המאשימה לא ערכה בעצמה מיון של החומר אלא העבירה, למעשה, את נטל המיון אל כתפי הסניגורים. (לדברי ב"כ המאשימה בעבר נערך חיפוש לפי מילות חיפוש, ותוצאותיו הועברו לסניגורים, אולם מיון זה אינו עונה על הדרישות

כל הזכויות שמורות לאתר פסקי דין - judgments.org.il ©

לחיפוש בהתאם להחלטה הנ"ל ועל כן אינו רלוונטי). חומר החקירה לא הועבר ישירות אלא נוצר מנגנון שבו המשיבים עוברים על החומר בעיון ראשוני, וכל אימת שלא ברור אם מדובר בחומר שיש לאפשר עיון בו, הם מעבירים אותו לבדיקה והחלטה פרטנית של הגורמים נוספים המעורבים - קצינת המשטרה, נציג לשכת עורכי הדין או נציגי המאשימה. הצדדים נחלקו ביניהם בנוגע למידת היעילות שבה פעלו הסניגורים וניצול זמן העיון שהועמד לרשותם, אולם גם מבלי להביע דעה באותה מחלוקת, ברור שמדובר בהליך מסורבל ואיטי המצריך זמן ומשאבים רבים. ספק אם מנגנון כזה מתאים בכלל, ועל אחת כמה וכמה כשמדובר בתיק המצוי בעיצומה של שמיעת הראיות, שהדיון בו הופסק לצורך השלמת הליכי העיון בחומר החקירה. במצב זה נדרש מנגנון שיאפשר השלמת העיון בחומר תוך ימים ספורים. בנוסף, הגם שהדבר אינו נוגע ישירות למחלוקת שבפני, אעיר כי הליך זה מותיר, למעשה, את סמכות הסינון הראשונית של החומר בידי הסניגורים בתיק, ובכך חושף אותם לחומר החסוי שאינו אמור להגיע לידיהם. שכן ב"כ הנאשמים הם העוברים על החומר הגולמי והם המבקשים את אישורם והתערבותם של הגורמים המוסמכים להחליט, ולצורך כך הם נדרשים לעיון, ולו ראשוני ושטחי, באותו חומר חסוי. אינני מטילה ספק לגבי יושרם של הסניגורים והאינטגריטי שלהם, אולם מצב בו ניתנת להגנה גישה ישירה לחומר חסוי, שאינו אמור להגיע לעיונם, ודאי שאינו רצוי.

לנוכח כל האמור, יפעלו הצדדים בהתאם למנגנון שלהלן:

על המאשימה לבצע מיון של החומר ולהעביר לסניגורים את כל החומר שאין מניעה להעבירו, בהתאם לאמות המידה שנקבעו בסעיף 11 להחלטה הנ"ל. לצורך המיון תבחר המאשימה באחת משתי דרכים: האחת - עיון בכל חומר החקירה בעצמה והחלטה פרטנית לגבי כל אחד ואחד מהקבצים אם יש להעבירו אם לאו, או השניה - מיון ממוחשב של החומר בהתאם למילות חיפוש הרלוונטיות לחומר שיש מניעה להעבירו, כך שהחיפוש יגדיר את החומר שאין להעביר. ובמילים אחרות, חיפוש על פי מילות חיפוש על דרך השלילה, כאשר מילות החיפוש אינן באות להגדיר את חומר החקירה הרלוונטי שיועבר לנאשמים, אלא את החומר החסוי שאותו אין להעביר לנאשמים.

אם המאשימה תבחר בדרך השניה של סינון באמצעים מחשוביים, ניתן יהיה להשלים את התהליך לאחר מכן בבדיקה פרטנית של התוצאות שלגביהן יתעורר ספק.

בהחלטה מיום 13.6.17 קבעתי כי העיון בחומר יבוצע במשרדי מח"ש ובפיקוח מח"ש, וכי על מח"ש לאפשר עיון בתנאים נוחים ובמועדים סבירים. יתכן שנושא זה לא הובהר כל צרכו באותה החלטה ובהחלטה מיום 25.6.17, ועל כן אני מבהירה כי דרישה זו חלה אך ורק על החומר העלול לגרום לפגיעה בצנעת הפרט או לחשיפת חומר חסוי. דהיינו: החומר שלגביו יימצא בעקבות המיון שייערך כי אינו בגדר צנעת הפרט ואין עליו חסיון, דינו כדין כל חומר חקירה בכל תיק ואין מניעה שיימסר לסניגורים. המאשימה תוכל לדרוש לקיים את העיון במשרדיה רק לגבי חלק מצומצם מהחומר שנתפס, הנוגע לעניינים חסויים (אם החסיון אינו כזה השולל את זכות העיון) או לצנעת הפרט, אך נכלל בגדר חומר חקירה וקיימת או עשויה להתקיים זכות עיון בו. העיון בחומר זה, ייעשה במשרדי מח"ש ובפיקוחה" (הדגשה הוספה - י"ע).

6. על החלטה זו נסב הערר שבפני. בתמצית, נטען בערר כי הדרך בה הורה בית המשפט על גילוי החומר, אינה

כל הזכויות שמורות לאתר פסקי דין - judgments.org.il ©

אפשרית ומטילה על התביעה נטל כבד מנשוא. עוד נטען, כי על בית משפט זה להתוות את הדרך שיש לנהוג בה לגבי תוצרי מחשב וטלפונים ניידים.

הליכי עיון בהליך הפלילי - כללי

7. הארכתי בתיאור השתלשלות הדברים כדי להמחיש עד כמה הפך נושא העיון והעתקה בסעיף 74 לחסד"פ למשקולת כבדה על רגלי ההליך העיקרי, כדי כך, שבמקרה דנן אף הופסקו הליכי ההוכחות משך מספר חודשים. כבר נזדמן לי לעמוד על תופעה זו:

"התנהלות זו ממחישה עד כמה ההליך הפלילי הפך למסורבל בשל ההליכים הנלווים לתיק העיקרי, ודומה כי הליכים אלה הולכים ותופסים את מרכז הבימה במקום ההליך העיקרי עצמו. הנה כי כן, המחוקק קבע סד זמנים של תשעה חודשים לסיום משפט כאשר הנאשם שוהה במעצר (ולגבי קטין ששה חודשים), אך יש ופרק זמן נכבד מתבזבז לריק בהמתנה עד למתן החלטה בבקשה לפי סעיף 74 לחסד"פ או בהמתנה לתעודת חיסיון או בעתירה לפי סעיף 44-45 לפקודה, והמקרה שבפנינו יוכיח" (בש"פ 120/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקאות 29-30 (24.2.2010) (להלן: בש"פ 120/10)).

בדומה, נאמר על ידי השופט מזוז:

"להרחבת חובת הגילוי השפעה בין היתר על התארכות לא סבירה של השלב שבין הגשת כתב האישום לבין תחילת ניהול המשפט, בעיקר בתיקים גדולים, וכאשר הנאשם עצור עד לתום ההליכים נגדו. כבר נזדמן לנו, לא פעם, לדון בהארכת מעצר של נאשם מעבר ל-9 חודשים כאשר טרם החל למעשה שלב שמיעת הראיות בעניינו בשל דיונים ומחלוקות על העברת חומרי חקירה והוצאת תעודות חסיון. הרחבת הזכות לקבלת חומרי חקירה פריפריאליים, בעלי זיקה רחוקה, שולית או ספקולטיבית, פותחת פתח להתדיינויות מיותרות ולעינוי דין ולהכבדה מיותרת, גם בהליך העיקרי, שאינה תורמת לעשיית הצדק ומונחת כאבן רחיים על צווארו של ההליך הפלילי [...]" (בש"פ 2886/16 גורבאן נ' מדינת ישראל (11.5.2016) (להלן: עניין גורבאן) (הדגשה הוספה - י"ע)).

8. איני רואה להכביר מילים לגבי הוראת סעיף 74 לחסד"פ ואין ספור ההלכות שניתנו בנושא זה, ובין היתר: הרציונלים שבבסיס הסעיף (לרבות חקר האמת, הזכות להליך הוגן, צמצום פערי הכוחות); מבחן הרלוונטיות וזיקתו של החומר להליך; גילוי החומר מול חסיונות ואינטרסים נוגדים כמו פרטיות; תורת שני השלבים; ומקבילית הכוחות הנוהגת בכגון דא. בנושאים אלה ניתנו מאות החלטות בערכאות השונות, ואין טעם לחזור ולשנות את הדברים מבראשית (לסקירה של הנושאים השונים ראו החלטתי בבש"פ 8252/13 מדינת ישראל נ' שיינר, פסקאות 11-12 (23.1.2014) (להלן: עניין שיינר). אביא אפוא מקצת מהדברים הנוגעים לשאלה המקדמית מה ייחשב לחומר חקירה, על מנת שאלה ישמשו כרקע לדיון:

כל הזכויות שמורות לאתר פסקי דין - judgments.org.il ©

"[...] ככלל נקבע כי ההכרעה בשאלה אם חומר פלוני אכן מהווה 'חומר חקירה' לפי סעיף 74 לחסד"פ תיעשה באופן פרטני 'על פי טיבו של החומר ומידת זיקתו לסוגיות הנדונות בהליך הפלילי אשר במסגרתו הוא מבוקש' [...] כאשר המבחן הוא מבחן של רלבנטיות [...].

לאורך השנים ננקטה גישה מרחיבה באשר לתוכנו של המונח 'חומר חקירה' ונפסק שהוא כולל גם חומר הנוגע בעקיפין לאישום, וכי יש לפרש ספק במקרים גבוליים לטובת הנאשם. עם זאת גם לגישה מרחיבה זו נקבעו גבולות. נקבע כי אין להרחיב את גדרו של 'חומר חקירה' על חומרים שהרלבנטיות שלהם להגנת הנאשם היא ערטילאית, רחוקה, שולית או ספקולטיבית, ואל לו לבית המשפט להתיר לסנגור להפליג למרחקים ולערוך 'מסע דיג' (fishing expedition) בלתי מסוים ובלתי ממוקד מתוך תקווה ספקולטיבית שמא יימצא בחומר המבוקש דבר מה העשוי לסייע להגנה [...] כן נפסק כי גם לטיעון ש'אין חקר לתבונת סניגור' יש גבולות ואין לראות בו מפתח לקבלת כל חומר, מקום בו מדובר באפשרויות הגנה ערטילאיות שאינן נראות לעין [...].

יש לזכור כי להרחבה לא מבוקרת של חובת הגילוי יש מחיר, וכי אל מול האינטרס המובן של נאשם לקיומה של חובת גילוי רחבה עשויים לעמוד אינטרסים אחרים נוגדים, כגון שיבוש חקירות, פגיעה במקורות מודיעיניים, הגנת על כבוד האדם והפרטיות של עדים והגנה על זכויותיהם של מתלוננים וצדדים שלישיים [....]. בנוסף, קיים גם האינטרס הציבורי בהגנה על יעילות ההליך הפלילי [...]" (עניין גורבאן, פסקה 11).

וכן:

"חומר שבתיק החקירה: לא כל חומר הנמצא בתיק החקירה הופך להיות מיניה וביה 'חומר חקירה' [...] רק ראיה העשויה להיות רלבנטית לשאלות העומדות להכרעה, בין במישרין ובין בעקיפין, בין שהיא תומכת בגרסת המאשימה ובין אם לאו תיחשב לחומר חקירה [...].

חומר שאינו בתיק החקירה: מנגד, גם חומר שאינו נמצא פיזית בתיק החקירה, אך נמצא בשליטתן ובהישג ידן של רשויות אכיפת החוק, או שצריך להימצא בידי התביעה או הרשות החוקרת יכול וייחשב כ'חומר חקירה' [...].

עם זאת, האפשרות של התביעה להשיג את החומר המבוקש לא די בה כשלעצמה כדי להכריע כי בחומר חקירה מדובר [...] או כי החומר רלבנטי לבירור האשמה [...]. אדרבה, חזקה היא כי רשויות החקירה אספו את כלל החומר הרלבנטי [...] כך שאי הימצאות החומר בידי רשויות התביעה והחקירה, מהווה אינדיקציה לכך שעל פני הדברים אין מדובר ב'חומר חקירה' [...]" (עניין שיינר, פסקה 11).

על רקע דברים אלה, חוזרת השאלה למקומה - מה דרך יבור לו בית המשפט מקום בו ההגנה מבקשת עיון והעתקה של חומרי מחשב ותוצרי טלפון נייד? אבחן את הסוגיה שבפנינו, תחילה באופן כללי, ולאחר מכן, ספציפית לתיק דכאן.

כל הזכויות שמורות לאתר פסקי דין - judgments.org.il ©

תוצרים דיגיטליים

9. אקדים ואדגיש כי אין בסוגיה שבפנינו כדי לגרוע מההלכות המהותיות הנוגעות לדרך הילוכו של בית המשפט במסגרת סעיף 74 לחסד"פ. אלא שהדרך לאיזונים השונים במסגרת מקבילית הכוחות, עוברת תחילה דרך השאלה הטכנית כיצד מגיעים לחומר חקירה רלוונטי מתוך הררי החומר שהופק מתוצרי מחשב וטלפון נייד. רק לאחר שאנו עוברים שלב זה, אנו מגיעים לשלב האיזונים ומקבילית הכוחות.

10. לחומר מחשב מאפיינים יחודיים שהחשוב בהם הוא היקפו העצום של החומר שנתפס, בבחינת "ארכיב כמעט אינסופי" (רע"פ 8873/07, 10573/08 היינץ ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה 17 (2.1.2011) (להלן: עניין היינץ)), או כ"חול הדיגיטאלי על שפת הים הווירטואלית" (השופט גונטובניק בבש"פ (מחוזי ת"א) 38030-03-17 ברמלי נ' מדינת ישראל, פסקה 3 (16.7.2017) (להלן: עניין ברמלי)). כך, בעניין ברמלי נטען להיקף של עשרות מיליוני קבצים, ובמקרה שבפנינו נטען על ידי העוררת כי מדובר ברבבות פריטים. מכאן השאלה - כיצד ניתן ליישם את הוראות סעיף 74 על חומרי מחשב?

על פניו ברי כי לא ניתן לעיין במיליוני מסמכים ופריטים. רגילים אנו לדבר על מחשב, אך גם הטלפון הנייד שברשותנו הוא מחשב, המכיל אלפי ועשרות אלפי קבצים (ראו הגדרת "מחשב" ו"תוכנה" בחוק המחשבים, התשנ"ה-1995). בעיית הכמות אך תחמיר בעתיד הקרוב, כאשר בנוסף לתוכן שהאדם עצמו יוצר (מיילים, גלישה ברשת, רשתות חברתיות, הודעות וואטסאפ וכו'), גם המכשירים השונים יתקשרו בינם לבין עצמם ויצרו תוכן הנוגע לאדם (החל ממקרר שמבצע ניטור של החוסרים ומתקשר בעצמו לסופרמרקט להזמין משלוח, דרך כלי רכב שנוסעים באופן עצמאי באמצעות תקשורת זה עם זה ועם מערכת הרמזורים). עידן זה מכונה WEB 3.0 או The Internet of Things, והוא נמצא כבר על סף דלתנו. אך גם בהתעלם מקפיצה טכנולוגית זו, הסוגיה של כמות המידע במסגרת הליכי סעיף 74 לחסד"פ מונחת כבר כעת לפתחנו, והיא משנה את השיח בתחומים רבים, נוכח הדילמות הקשורות במיצויו של המידע: איתור המידע, כריית המידע (data mining), מיון וסינון המידע.

מאפיין נוסף של חומר מחשב, לרבות הטלפון הנייד, הוא שניתן לדלות ממנו חומרים אובייקטיביים מזמן אמת, ראיות עוצמתיות שיכולות לשרת הן את התביעה והן את ההגנה. אך פוטנציאל ראייתי זה הוא בבחינת אליה וקוץ בה. מדובר בחומר רב שדרכו ניתן ללמוד גם על "סיפור חייו" של המשתמש. למעשה לא מדובר רק בסיפור חיים המשורטט בקווים כלליים, אלא בפרטי הפרטים של חיי היומיום של האדם - מקומו בבוקר ועד לכתו לישון דרך המקומות בהם שהה, האנשים עימם שוחח ותכני השיחה ("סוד השיח"), רעיונות, הגיגים, תחביבים, חברים, ידידים, מידע אינטימי ומידע עסקי, תחומי עניין וסקרנות (האתרים אליהם גולש המשתמש) ועוד. עמדתי על מקצת מן הדברים בע"פ 8627/14 דביר נ' מדינת ישראל (14.7.2015) לגבי הטלפון הסלולרי:

"הסמארטפון הפך זה מכבר לידידו הטוב של האדם. דומה כי לא תהא זו הפרזה לומר כי בטלפון הסלולרי טמון סיפור חייו של האדם בהאידנא, באשר אצורים בתוכו רגעים וזכרונות משמעותיים מחייו של אדם, לצד מידע ופרטים חיוניים לתפקודו

כל הזכויות שמורות לאתר פסקי דין - judgments.org.il ©

היומיומי - תמונות של עצמו ושל יקיריו, כתובות ומספרי טלפון של קרובים ומכרים, יומן, פתקי תזכורות ולוח שנה, ועוד.

[...] הסמארטפון משמש גם כמחשב, גם כמצלמה, גם כטלפון ועוד פונקציות רבות, בגינם נתפס המכשיר בעיני רבים ל'צינור'אל העולם שבחוץ, ואף לפלטפורמה באמצעותה אנשים מנהלים מערכות יחסים חברתיות.

[...] הסמארטפון הוא מעין כספת ניידת המכילה תמונות, לעיתים תמונות רגישות, התכתבויות אישיות ומידע פרטי, ולעיתים אף סודי [...]. מרבית המכשירים הסלולריים הנמכרים כיום, הינם 'מכשירים חכמים', שמהווים לרוב גם שער כניסה לשלל נכסיו הדיגיטליים של האדם - חשבון דואר אלקטרוני, חשבון פייסבוק ורשתות חברתיות נוספות, אפליקציות עם גישה לחשבון הבנק וכיוצא באלה. ההתקדמות הטכנולוגית מן העת האחרונה, אף הופכת את המכשיר הסלולארי לאמצעי תשלום המכונה 'ארנק דיגיטלי', אשר מחליף בהדרגה את כרטיסי האשראי הקשיחים".

רוצה לומר, כי אם "בעולם הישן" הפגיעה בפרטיות היתה באה, למשל, לידי ביטוי בעיון ביומנה האישי של מתלוננת בעבירת מין, הרי שהפגיעה בפרטיות בעקבות עיון במחשב האישי או בטלפון הנייד של המתלוננת, עלולה להיות קשה ואנושה בהרבה (ואזכיר, לדוגמה בלבד, את התופעה הנפוצה לצערנו במקומותינו, של משלוח תמונות אינטימיות באמצעות הטלפון). היסטוריית הגלישה יכולה לספר לא רק על תחומי העניין של המשתמש אלא גם על הנעשה במוחו. המשתמש עצמו אינו מודע לעיתים לכך שהמחשב או הטלפון הנייד משרטטים את סיפור חייו. כך, לדוגמה, הטלפון הנייד יכול לספר לנו היכן היה המשתמש בכל עת, בבחינת "האח הגדול" העוקב אחר תנועותיו, כמעט קרבה מסוכנת להשלכות העידן הטכנולוגי על פי סדרת הטלויזיה "מראה שחורה" (באחד מפרקי הסדרה מתוארת מציאות לפיה לכל אדם יש אפשרות ליצור ארכיון מצולם של כל מה שראה בימי חלדו, מה שמאפשר חדירה למרחב הזכרון הפרטי של כל אדם).

11. בנקודה זו אנו מגיעים למאפיין נוסף של חומרי מחשב וטלפון נייד.

הפגיעה בסוד השיח, בפרטיות או בחסיונות ואינטרסים אחרים, אינה רק כלפי העד במשפט שהמחשב או הטלפון הנייד שלו נחשף לגילוי ולעיון. הפגיעה היא גם של צדדים שלישיים רבים אשר "נוכחים" שלא בטובתם בחומר, כמי שעמדו בקשר כזה או אחר עם בעל המחשב. זאת ועוד. המחשב עצמו יכול שישמש מספר אנשים, עניין השכיח במיוחד במחשבים ביתיים המשמשים כמה בני משפחה (חיים ויסמונסקי חקירה פלילית במרחב הסייבר 225-226 (2015) (להלן: ויסמונסקי)).

12. לסיכום: כמות אדירה של מידע; פוטנציאל ראייתי אובייקטיבי מזמן אמת; ופגיעה קשה בפרטיות, בחסיונות ובערכים מוגנים הן של המשתמש והן של צדדים שלישיים - אלה הם המאפיינים העיקריים של תוצרי מחשב וטלפונים ניידים (להלן: תוצרים דיגיטליים). בהמשך, נעמוד ביתר פירוט על מאפיינים אלה ואחרים.

13. הדברים לא נעלמו מעיניו של המחוקק. נוכח הפגיעה הקשה בפרטיות, מצא המחוקק עוד לפני יותר מעשור לחוקק את פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) (תיקון מספר 12) (חיפוש ותפיסת מחשב), התשס"ה-2005 (להלן: הפסד"פ). כך, בסעיף 23א לפסד"פ נקבעו נהלים מיוחדים לחיפוש ותפיסה של חומר מחשב תוך התחשבות בפגיעה

כל הזכויות שמורות לאתר פסקי דין - judgments.org.il ©

בפרטיות (ראו גם עניין היינץ, פסקה 62 (2.1.2011)). עם חלוף השנים, המחוקק לא שקט על שמריו והוגשה ועברה בקריאה ראשונה הצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - המצאה, חיפוש ותפיסה), התשע"ד-2014 (להלן: הצעת החוק). סעיף 59 להצעת החוק קובע הסדר מיוחד למסירת העתק של חומר מחשב למי שממנו נתפס המחשב, ופרק ו' להצעת החוק עוסק כולו ב"פעולות בחומר מחשב" וקובע הסדרים מיוחדים לחדירה לחומר מחשב, לרבות שיקולים וסדר עדיפויות בקביעת סוג הצו לפעולה בחומר מחשב (סימן ד' בפרק ו' להצעת החוק).

14. אלא שהפסד"פ והצעת החוק עוסקות בשלב החקירה ואיסוף התשתית הראייתית של עבירות שיש להן עקבות במחשב או בתקשורת בין מחשבים (ראו לעניין זה גם אצל ויסמונסקי). לאחר תפיסת המחשב והחדירה אליו, לאחר השלמת החקירה והגשת כתב אישום, נתפס הנושא ברשתו של סעיף 74 לחסד"פ. אציב נגד עינינו את נוסחו של החוק, לאחר תיקון 75, התשע"ו-2016:

עיון בחומר החקירה

74. (א)(1) הוגש כתב אישום בפשע או בעוון, רשאים הנאשם וסניגורו, וכן אדם שהסניגור הסמיכו לכך, או, בהסכמת התובע, אדם שהנאשם הסמיכו לכך, לעיין בכל זמן סביר בחומר החקירה וכן ברשימת כל החומר שנאסף או שנרשם בידי הרשות החוקרת, והנוגע לאישום שבידי התובע ולהעתיקו; בסעיף זה, "רשימת כל החומר" - לרבות ציון קיומו של חומר שנאסף או שנרשם בתיק שאינו חומר חקירה ושל חומר שנאסף או שנרשם בתיק שהוא חסוי על פי כל דין, וכן פירוט של סוג החומר כאמור, נושאו והמועד שבו נאסף או נרשם, ובלבד שאין בפירוט האמור לגבי חומר חסוי כדי לפגוע בחיסיון לפי כל דין; היו בחומר כמה מסמכים מאותו סוג העוסקים באותו עניין, ניתן לפרטם יחד כקבוצה, תוך ציון מספר המסמכים הנכללים בקבוצה;

(2) [...]

(א1) תובע יקבל לעיונו מרשות חוקרת או מרשות מודיעין את כל החומר שנאסף או שנרשם כאמור בסעיף קטן (א), לרבות חומר מודיעין, ויוודא שחומר החקירה ורשימת כל החומר עומדים, בעת הגשת כתב האישום או בסמוך לכך, לרשות הנאשם וסניגורו או אדם אחר כאמור באותו סעיף קטן; היועץ המשפטי לממשלה או פרקליט המדינה יקבע הנחיות לביצוע סעיף זה, לרבות לעניין פיקוח על הליך סיווג החומר.

(ב) נאשם רשאי לבקש, מבית המשפט שאליו הוגש כתב האישום, להורות לתובע להתיר לו לעיין בחומר שהוא, לטענתו, חומר חקירה ולא הועמד לעיונו.

סעיף זה, המחייב את התביעה להכין ולמסור לעיון ההגנה את "רשימת כל החומר", נועד להבטיח כי הנאשם ידע מהו החומר שנאסף על ידי הרשות החוקרת, על מנת שיוכל לבקר באופן מושכל את המיון והסיווג שנעשו על ידי המשטרה והפרקליטות ועל מנת לאפשר לנאשם "לקבל תמונת מצב כוללת של התיק המתנהל נגדו וכפועל יוצא לכלכל בצורה מושכלת את צעדיו בבואו לתכנן את מסלול ההגנה המיטבי עבורו" (השופט פוגלמן בבש"פ 683/15 הירשמן נ' מדינת

כל הזכויות שמורות לאתר פסקי דין - judgments.org.il ©

ישראל, פסקה 6 והאסמכתאות שם (5.2.2015)).

15. נוכח המאפיינים היחודיים של התוצרים הדיגיטליים, עולה השאלה מהי הדרך בה יש לנהוג לגבי תוצרים אלה, ומי הגורם שימיין ויסנן אותם - האם רשויות החקירה והתביעה, או ההגנה, או שמא העד שמחשבו נתפס?

אקדים ואומר כי את הסוגיה של תוצרים דיגיטליים יש לבחון במסגרת הפסיקה הנוגעת לדיני העיון וההעתקה בדין הפלילי, ובשינויים המחוייבים. נקודת המוצא היא כי "הרשות החוקרת היא הגורם המופקד על הטיפול בחומר חקירה שנאסף על ידה" (בש"פ 7064/08 מדינת ישראל נ' ברקו, פ"ד סג(2) 453, 488 (2009) (להלן: עניין ברקו)). סעיף 74 מטיל את מלאכת המיון והסיווג על רשויות החקירה והתביעה, כמי שהחומר נמצא בחזקתן או בשליטתן. זו נקודת המוצא. ממנה נובעת התשובה כי מלאכת המיון והסינון הראשונית מוטלת על רשויות החקירה והתביעה ולא על ההגנה ולא על העד שמחשבו או הטלפון הנייד שלו נתפס. עקרונות היסוד בפסיקה לגבי סעיף 74 ומה לחומר רלוונטי ייחשב, שוללים את עמדת הקצה ההפוכה, לפיה יש להעביר את מלוא החומר שנתפס והועתק כפי שהוא (as-is) לידי ההגנה.

16. בנקודה זו אנו מגיעים לשאלה המקדמית - האם כל חומר המחשב או הטלפון הנייד שהועתקו הם אכן בגדר "החומר שנאסף או שנרשם בידי הרשות החוקרת והנוגע לאישום", כאמור בסעיף 74(א)(1) לחסד"פ? בשאלה זו נחלקו הצדדים.

טרם אגש לבחינת עמדת הצדדים לגופה, אבחן נושא הקרוב לכאורה לענייננו, והוא האזנות סתר. בהאזנת סתר נקלטות כל השיחות הנכנסות והיוצאות בלא אבחנה, לרבות שיחות שאינן נוגעות כלל לפרשה הנחקרת, שיחות שיש בהן פגיעה בפרטיות או בחסיונות או בערכים מוגנים אחרים של הצד הנתון להאזנה ושל צדדים שלישיים. מאפיין זה, דומה למאפיין של תוצרים דיגיטליים שעליו עמדנו לעיל.

בבש"פ 2043/05 מדינת ישראל נ' זאבי, פ"ד ס(2) 446 (2005) (להלן: עניין זאבי) התוותה השופטת פרוקצ'יה את הדרך בה יש לנהוג בהאזנות סתר. נקבע, כי יש לסווג את החומרים שנקלטו בהאזנות הסתר על פי שלוש קטגוריות כלהלן: בקבוצה הראשונה - חומר בו הרשות "נתקלה" באקראי, שלא קשור לאישומים מושא האישום. חומר זה אינו נכלל כלל בגדרו של סעיף 74 לחוק; בקבוצה השניה - חומר שנאסף או נרשם על ידי הרשות החוקרת, שהנגיעה שלו לכתב האישום רחוקה ואינה הופכת אותו לחומר חקירה במובנו של סעיף 74. חומר זה יש לראות כ"נאסף או נרשם", והנאשם זכאי לקבל פירוט שלו ברשימה; בקבוצה השלישית - חומר חקירה שסווג ככזה על ידי גורמי החקירה.

המתווה בעניין זאבי אושרר בפסיקה (ראו, לדוגמה, עניין ברקו; בש"פ 1226/13 אוחיון נ' מדינת ישראל (25.2.2013); בש"פ 3599/13 ז'אן נ' מדינת ישראל (10.6.2013)). בהמשך, נדחתה הטענה כי תיקון 75 לחסד"פ הרחיב את זכות העיון של הנאשם בתוצרי האזנות סתר מעבר לגבולות הגזרה שהותוו בהלכת זאבי (השופטת ברק-ארז בבש"פ 3488/17 ג'רושי נ' מדינת ישראל (22.6.2017)). הלכת זאבי נזכרת בפסיקה כהלכה מנחה לא רק בהקשר של האזנות סתר, אלא גם במקרים אחרים בהם מדובר בכמות גדולה של חומר (ראו, לדוגמה, החלטת השופט מזוז בבש"פ 163/17 מדינת ישראל נ' חג'ג (1.2.2017)).

כל הזכויות שמורות לאתר פסקי דין - judgments.org.il ©

בעניין זאבי נקבע כי אין מנוס מכך שבית המשפט והנאשם יתנו אמון בגורמי החקירה ובפרקליטות, שחזקה עליהם כי יבצעו את המיון והסיווג כהלכה ובאמונה וביושר: "הנחת היסוד היא כי גורמים אלה מבצעים את מלאכתם נאמנה ובאופן מקצועי ונטול פניות [...] חזקה על גורמי התביעה כי יעשו את מלאכתם נאמנה ויעבירו להגנה את מלוא חומר החקירה הנוגע לעניינם" (השופטת חיות בבש"פ 5913/16 אזולאי נ' מדינת ישראל, בפסקה 7 (1.9.2016) (להלן: עניין אזולאי); השופט רובינשטיין בבש"פ 3553/13 מור נ' מדינת ישראל (16.6.2013)). בהיבט זה, חובת התביעה לנהוג במקצועיות ובהגינות, אינה שונה מחובתה להעביר חומר חקירה "פיזי" שאינו ממוחשב.

17. האם המתווה בעניין זאבי יכול לשמש אותנו גם לחומרי מחשב?

ההשוואה בין תוצרים דיגיטליים לתוצרי האזנות סתר היא בערבון מוגבל בלבד. קיים פער כמותי עצום בין תוצרי האזנות סתר המגיעים לעיתים לאלפי שיחות ולכל היותר לעשרות אלפי שיחות, לבין תוצרים דיגיטליים שבאים לידי ביטוי במיליוני קבצים, טרה-בתים (TB) ופטה-בתים (PB) של מידע (טרה-בית אחד שווה ל־1024 גיגה-בתים ו-פטה-בית אחד שווה ל־1024 טרה-בתים).בתחומי חיים רבים כמות עושה איכות, והכמות מחייבת גישה שונה. כך, ככלל, מימון עלויות העיון בחומר חקירה חל על ההגנה, אך לא נשללה האפשרות כי במקרים "חריגים וייחודיים" נוכח היקף החומר, תוטל העלות על התביעה (בש"פ 1956/12 מדינת ישראל נ' אלגמיל (7.8.2012)). במקרה אחר, שעניינו בתפיסה והחזרה של חומרי מחשב, נקבע כי גם נוכח היקף החומר, שכלל כמיליון קבצים, מלאכת הסינון והמיון לצורך החזרת התפוס תיעשה על ידי החשוד (החלטת השופט זילברטל בבש"פ 5234/14 הלוי נ' מדינת ישראל (21.12.2014)).

אך הכמות אינה ההבדל היחיד בין תוצרים דיגיטליים לתוצרי האזנות סתר. הפגיעה בצדדים שלישיים גדולה בהרבה בתוצרי מחשב וטלפונים ניידים. אכן, מי שנתון להאזנה משך תקופה ארוכה, פרטיותו ופרטיותם של צדדים שלישיים המשוחחים עמו נפגעת. אך פגיעה זו מתוחמת לתקופת ההאזנה, בעוד שחומר מחשב כולל תקופה ארוכה הרבה יותר בזמן. זאת ועוד. אין למאזין אלא מה שנאמר על ידי המואזן ובן שיחו, אך כפי שציינו לעיל, בחומרי המחשב והטלפון הנייד, אנו יכולים לחדור כמעט למחשבותיו ולעולמו הפנימי של בעל המחשב והטלפון הנייד.

הבדל נוסף, מהותי ביותר לענייננו, הוא שבהאזנת סתר נעשה כבר סיווג ראשוני על ידי המאזין-המשקלט אשר שומע את השיחה ומסווג אותה מיידית על פי אחת משלוש הקטגוריות דלעיל. לא כך בחומר המחשב, שהרי לא ניתן לצפות שכל קובץ וקובץ ופריט ופריט יסרקו וייבחנו. דהיינו, בהאזנות סתר יש מגע יד אדם, לא כך בתוצרים דיגיטליים.

מאפיינים, תכונות וטכנולוגיות הקשורות לגילוי המידע הדיגיטלי (**e-discovery**)

וההתמודדות עם סוגיה זו במדינות הים

18. עודנו באים להמשיך בדרכנו, נעשה אתנחתה קלה, ונעמוד שוב על מאפייני המידע הדיגיטלי, והפעם ביתר פירוט.

(-) מידע דיגיטלי הוא מגוון - כאשר חושבים על מידע שצורת יצירתו או אחסונו היא דיגיטלית, הנטייה היא

כל הזכויות שמורות לאתר פסקי דין - judgments.org.il ©

לדמיין מסמך וורד (Word), מצגת PowerPoint, התכתבות בדואר אלקטרוני או קובץ תמונה. אולם למעשה, כל מה שמאוחסן על גבי רכיב אלקטרוני, כגון מחשב או טלפון נייד, מהווה מידע דיגיטלי. מידע דיגיטלי כולל תוכנות, אפליקציות סלולר, הודעות צ'אט, מערכות הפעלה, קבצי וידאו ושמע, עמודי אינטרנט, וכן נתונים "שקופים" שהמשתמש מן המניין אינו מודע לקיומם או לאופן פעולתם. אכן, המידע הדיגיטלי אשר נוכח בחיי היומיום של רובנו, הוא בדרך כלל מהסוג של מסמכי וורד, תמונות ועמודי אינטרנט. אולם, יש לזכור כי העולם הדיגיטלי מכיל הרבה מעבר לכך, וכי גם מידע דיגיטלי "שקוף" יכול להיות בעל חשיבות מכרעת בהליך הפלילי, כפי שיוסבר בהמשך.

(-) נפח מידע גדול והמידע ניתן להעתקה בקלות - מידע דיגיטלי מיוצר במהירות רבה ביחס למידע "פיזי" המעוגן בעותק קשיח, ומסיבה זו מידע דיגיטלי אף מצוי בכמויות הגדולות בכמה סדרי גודל ממידע פיזי. בנוסף, נקל להעתיק מידע דיגיטלי. לדוגמה, הודעת דואר אלקטרוני ניתנת להעתקה ולהעברה למספר נמענים בלחיצה פשוטה על "העבר" ובחירה בנמענים. בנוסף ליצירה או העתקה של מידע דיגיטלי שנעשית על-ידי בחירה מודעת של המשתמש, תוכנות רבות מייצרות מידע או מעתיקות אותו לצרכי פעילותן או לטובת יצירת גיבויים.

(-) תפוצה - מידע דיגיטלי יכול להימצא בעותקים במקומות שונים: מחשב, כונן קשיח, שרתים באינטרנט, דיסקים ועוד. אמנם, תוכן המידע לא יהיה זהה בהכרח בין אתרי האחסון השונים, שכן יתכן שבעותק המצוי במקום האחד חלו שינויים, אך תוכנו נותר בעינו בעותק המצוי במקום האחר. גרסאות כאלה מכונות בעגה המקצועית near-duplicates, או near-dupes, ובתרגום חופשי: העתקים-בקירוב או כמעט-העתקים. קושי עמו נדרשות להתמודד תוכנות המסייעות במיצוי המידע הדיגיטלי, עליהן נרחיב בהמשך, הוא איתורם וריכוזם של near-dupes על מנת לחסוך למשתמש את הזמן שיבוזבז במעבר על כל עותק שכזה בנפרד.

(-) עמידות - בחירה באופציה של "מחיקת מסמך" אינה מספיקה בדרך כלל על מנת להעלים אותו באופן מוחלט, שכן גרסה שלו עדיין נשארת בזכרון המכשיר האלקטרוני עד שמידע חדש נשמר על אותו מקום בזכרון. מכאן, שבשיטות טכנולוגיות ניתן לשחזר מידע, אף מבלי שהמשתמש יהיה מודע לכך שהוא עודנו קיים (לעיתים מדובר בהליך פשוט, וכיום מרבית המשתמשים מכירים, למשל, את הדרך בה ניתן לשחזר הודעת מייל שנמחקה). בהקשר של הליך העיון, יש לשקול אם יש לדרוש העברתו של מידע הניתן לשחזור (כלומר, המצוי עדיין על גבי הזכרון על אף שאין לו זכר בקבצים הגלויים למשתמש), או שמא מדובר בהשקעת משאבים בלתי יעילה. עמידותו של המידע נגזרת גם מכך שתוכנות רבות מייצרות גיבויים למסמכים, אף אם המשתמש לא ביצע פעולה של שמירה. קלות ההעתקה של המידע ותפוצתו מסייעות אף הן בשימורו, שכן הגם שמידע עלול להימחק, פעמים רבות ניתן לאתר עותק של מידע זה, אף אם זה אינו זהה לחלוטין לעותק שאבד.

(-) אופיו הדינמי של המידע הדיגיטלי - כאשר המשטרה תופסת ספרי חשבונות פיזיים של בית עסק, הדבר יקשה מאוד על המשך עבודתו הסדירה של בית העסק, ככל שהמשטרה אינה מאפשרת הכנת עותקים של ספרי החשבונות. לעומת זאת, בעולם הדיגיטלי ניתן להעתיק את ספרי החשבונות השמורים בקבצים על המחשב, ובית העסק יכול להמשיך בעסקיו. אולם, יש לקחת בחשבון שאם המשטרה מעתיקה את ספרי החשבונות הממוחשבים בנקודת זמן

כל הזכויות שמורות לאתר פסקי דין - judgments.org.il ©

מסוימת, הרי שהעותק בו עושה שימוש בית העסק ימשיך להשתנות בהתאם לניהול עסקיו של בית העסק. סוגיה זו מציבה אתגר לניהולה של חקירה, וכן לניהולו של הליך עיון.

(-) מטא-נתונים - המכונים גם נתוני מסגרת, ובאנגלית Metadata. אלו הם נתונים המצויים בתוך קובץ או מקושרים אליו, והם בדרך כלל שקופים למשתמש. לעיתים אף אין אפשרות לגשת לנתוני המסגרת אלא באמצעות תוכנה מיוחדת. נתוני המסגרת מכילים מידע על הקובץ, שאינו תוכנו המהותי של הקובץ. לדוגמה, קובץ של תמונה מכיל את התמונה עצמה, ונתונים נוספים כגון משקל הקובץ, גודל התמונה, תאריך יצירת הקובץ על המחשב ועוד. דוגמאות נוספות הן שם יוצר הקובץ, תאריך שינוי הקובץ, תאריך שליחת הקובץ ומיקום הקובץ. למטא-נתונים חשיבות רבה להליך הפלילי. ראשית, היעדרם של נתוני מסגרת מסוימים עשוי להביא לכך שהתוכן המהותי אליו הם מתייחסים יאבד ממשמעותו. כך לדוגמה, אם ההגנה תקבל לידיה רשומות SMS מבלי לקבל נתוני מסגרת כגון שעת משלוח ההודעה ושם השולח והמקבל, לתוכן הרשומה תהיה משמעות מוגבלת ביותר עד כדי אפסית. בנוסף, נתוני מסגרת עשויים להיות חיוניים בפני עצמם - אם המדובר במיקומי GPS הנשמרים במכשיר הסלולר באופן אוטומטי בעת צילום תמונה; אם המדובר בנתונים הנסתרים מעיניו של המשתמש ההדיוט ומגלים מתי נוצרו מסמכים על המחשב ומתי הם נערכו לאחרונה, ועוד כהנה וכהנה דוגמאות.

ניהולם של נתוני מסגרת כחלק מהליך העיון עשוי להיות מורכב: הצדדים אינם בהכרח בקיאים במשמעותם של הנתונים ובשאלת חשיבותם בהקשרים שונים; הנתונים משתנים תדיר נוכח שינויים שנערכים בקבצים אליהם הם קשורים, ולפיכך הניסיון לנתח אותם עשוי להתגלות כמסובך; והם עשויים לא לשקף נכונה את המציאות.

(-) מאגרי מידע (Databases) - במאגרי מידע נשמר מידע רב באופן סיסטמתי בצורת אינדקס, המאפשר פנייה חכמה אל נתונים המצויים בו בעת הצורך. המשתמש ההדיוט פונה למאגר המידע דרך ממשקים ידידותיים מבלי להיות מודע למורכבות שבשמירת המידע ובחילוצו בהתאם לבקשתו של המשתמש. כך לדוגמה, ספר הטלפונים בטלפון נייד מכיל מידע רב: שם, שם משפחה, מספר טלפון בבית, מספר טלפון נייד, כתובת מייל ועוד. כלל אנשי הקשר שמורים באופן חכם במאגר מידע בתוך המכשיר הנייד, ודי שהמשתמש יחל בהקלדת מספר לצורך התקשרות כדי שמכשיר הסלולר יציג השלמות אפשריות מתוך אנשי הקשר השמורים במכשיר. הצגת אנשי קשר שונים במצב זה נעשית על-ידי פנייה לאותו מאגר אנשי קשר ו"שליפה" חכמה של הנתונים הרלוונטיים מתוכו - קרי, "ריצה" על כל מספרי הטלפון השמורים ואיתור המספרים המתחילים בספרות שהוקלדו, הצגת מספרי הטלפון המתאימים באופן מלא בצירוף שמות אנשי הקשר.

ובהקשר לענייננו, קיומם של מאגרי מידע מציג פוטנציאל רב מחד גיסא, נוכח המידע הרב המצוי בהם, ומאידך גיסא טמונים בו קשיים רבים: חשש לבזבוז משאבים בעת ניסיון לאתר את המידע הרלוונטי, הצורך בהבנה טכנולוגית של האופן בו בנוי מאגר המידע על מנת למצות את המידע ממנו באופן יעיל, האפשרות שיעברו חומרים הפוגעים בפרטיות צדדים שלישיים, ועוד.

(-) קשרי תוכנה-תוכן - היכולת של משתמש לעשות שימוש במידע דיגיטלי תלויה בקיומה של תוכנה שיודעת לקרוא את המידע ולהציגו למשתמש. כמו כן, תוכנות שונות מציגות מידע באופן שונה, והדבר עשוי להשפיע על הבנת

כל הזכויות שמורות לאתר פסקי דין - judgments.org.il ©

המידע והשימוש בו. לדוגמה, תוכנה אשר מציגה התכתבות מייל כשרשור מאפשרת להבין את ההקשר של כל אחת מההודעות בשרשור, בעוד שתוכנה אשר מציגה כל התכתבות מייל בנפרד עשויה להקשות על הבנת המכלול. לנושא זה חשיבות בהקשר שבפנינו - האם להציג כל הודעת מייל או כל הודעת ווטסאפ כקובץ נפרד או כשרשור של קבצים? לדוגמה, בתיק שבפנינו, פירטה העוררת בתגובתה המשלימה, כי הועברו להגנה בטלפון אייפון 6 3,164 "הודעות ווטסאפ", אך יש להניח כי קבצים אלה כוללים שרשורים של "שיחות" בין מספר לא גדול של בני שיח. בדומה, תכתובת מייל בין המשתמש לצד שלישי. ניתן להציג את כל שרשרת התכתובת במאוחד, או "לפרק" אותה להודעות דוא"ל נפרדות. לכך חשיבות לא רק באספקלריה של היקף החומר והזמן הנדרש לצורך העיון בחומר, אלא גם בהיבט של הבנת החומר. ניתן להבין, אם כן, כי יש חשיבות רבה לקשר בין הקובץ לבין התוכנה עמה ניגשים לאותו קובץ.

(-) קיומן של טכנולוגיות המאפשרות למצות ולנתח מידע דיגיטלי - עמדנו על הכמות האדירה של המידע הדיגיטלי. אך לעומת תוצרי האזנות סתר, קיימות תוכנות שמטרתן לסייע במעבר על כמויות גדולות של חומרים דיגיטליים ובאיתורם של פרטי מידע רלוונטיים. שיטות נפוצות בהן עושות התוכנות שימוש הן חיפוש מסמכים על פי מילות מפתח או תאריכים מוגדרים, סידור מסמכים באשכולות בהתאם לנושאים בהם הם עוסקים, וסינון "שלילי" אשר פוסל מסמכים שניתן לצפות מראש כי לא יהיו רלוונטיים כלל. האמצעים הזמינים לצורך מעבר על החומר הדיגיטלי תלויים בתוכנה שנבחרה על-ידי המשתמש, שכן תוכנות שונות מציעות למשתמש אפשרויות שונות למיצוי החומר. אספקט חשוב נוסף של תוכנות אלה הוא האופן בו הן מציגות את המידע, כך שהמשתמש יוכל לעבור על המידע בצורה היעילה והמושכלת ביותר (לדוגמה, הצגת שרשור מיילים יחדיו ולא באופן נפרד, כמוסבר לעיל). מיצוי מידע באופן מושכל תלוי במידת הבנתו של המשתמש את טיבו של המידע הדיגיטלי המצוי מולו, או שהוא צופה כי יימצא בחומרי החקירה; במידת בקיאותו באפשרויות אותן מציעה תוכנת מיצוי המידע עמה הוא עובד; וכן ביכולתו לחבר בין אלה לבין המטרות לשמן הוא עובר על המידע - ובעניינו, בהבנת הצדדים את התיק הפלילי המונח בפניהם וכיצד המידע הדיגיטלי יכול לחזק את טיעוניהם.

(-) חשש מפני חשיפת מידע רגיש - נוכח נפח המידע הדיגיטלי שעשוי להיות מנת חלקן של חקירות משטרה, מן הנמנע לבצע סריקה פרטנית של כל מסמך ומסמך על מנת לאתר מידע שאין להעבירו מחמת צנעת הפרט, סודיות, חיסיון, סודות מקצועיים ועוד. שיטות הסינון שהוזכרו לעיל יכולות לסייע באיתור מידע רגיש ובכך למנוע את העברתו לידי ההגנה, אולם אין בכך כדי להבטיח הרמטיות במעבר על המידע, ויתכן כי חומרים רגישים בכל זאת "יסתננו" לידי צוות ההגנה. מן העבר השני, אפשר כי אותם אמצעי סינון יתפסו גם חומרים שאינם רגישים ושיש מקום להעבירם במסגרת זכות העיון. על הצדדים להיות ערים לסוגיות אלה, אשר ישפיעו על קביעת היקף החומר שיועבר לידי ההגנה, וכן יצריכו היערכות למצב בו מידע רגיש בכל זאת מתגלה בין החומרים שהועברו להגנה.

(-) עלויות - המאפיינים שנדונו לעיל גוזרים משמעויות כלכליות לצדדים. אכן, גם למעבר ידני על חומרי חקירה יש השלכה כלכלית המגולמת בשעות העבודה הנדרשות על מנת לקרוא את כל החומר ולהסיק ממנו מסקנות. בהיבט זה השימוש בתוכנות המסייעות במיצוי המידע יכול לייעל את התהליך ולהקטין את מספר שעות העבודה הנחוצות לשם סינון החומר. אולם, גם ההפך יתכן, וזאת נוכח הנפח הרב של המידע הדיגיטלי. היזקקות לתוכנה למיצוי מידע גם היא נושאת

כל הזכויות שמורות לאתר פסקי דין - judgments.org.il ©

עמה עלות כלכלית. כמו כן, הצדדים להתדיינות עשויים להיזקק לעזרה בדמות מומחים לעניינים טכנולוגיים על מנת להתמודד עם העולם הדיגיטלי, שכן יש להניח שעורכי דין רבים אינם מצויים בעולם זה די הצורך על מנת לבצע את מיצוי המידע בעצמם, וכנראה שהבנתם בנושא מצומצמת הרבה יותר מכך. הצדדים עשויים להידרש לסיוע בעניין החל משלביו הראשונים של הליך העיון, כאשר חומר החקירה עוד מצוי בידי התביעה ועליהם להבין מהו הפוטנציאל הגלום בו, ועד שלב מיצוי המידע על-ידי צוות ההגנה, אשר מעבר להיותו מאתגר בפני עצמו (נוכח מאפייניו של המידע והצורך להתמצא בתוכנות שונות), עשוי לעורר סוגיות טכנולוגיות נוספות שיצריכו פתרונות טכנולוגיים. מבחינה זו, ככל שתגבר מסוגלותן של התביעה וההגנה לשחות "באוקיינוס הדיגיטלי", כך יכולתן לרדת לעומקו של התיק תגבר אף היא.

19. הסוגיה של גילוי מידע דיגיטלי (e-discovery) אינה מנת חלקו של הדין הפלילי בלבד, ויש לה השלכות גם בתחום של גילוי מסמכים בהליכים אזרחיים. הגיעו דברים כדי כך, שכיום, בארצות הברית, המלאכה של גילוי מסמכים כבר לא נעשית על ידי עורכי הדין במשרד שמטפל בתביעה, אלא על ידי חברות חיצוניות שתורתן-אומנותן במיון ובסריקה של מידע דיגיטלי. אף ידועה התופעה ההפוכה, של הצפת היריב בהררי מידע דיגיטלי, על מנת שזה לא ימצא את ידיו ואת רגליו בתועפות החומר שנמסר לעיונו.

הצדדים טענו בפני בלהט, והוסיפו והגישו עיקרי טיעון המשתרעים על עשרות עמודים, אך לא טרחו משום מה לבחון מה נעשה במדינות הים בסוגיה זו. בארצות הברית ובקנדה, זיהו זה מכבר את השינויים בעולם הדיגיטלי והשפעותיהם על הליכי העיון והגילוי במשפט הפלילי והאזרחי. בשתי מדינות אלה, הוקמו ועדות מיוחדות לטיפול בסוגיה. מאחר שהמלאכה מרובה והזמן דוחק (ההליך העיקרי עדיין ממתין לכך שנושא העיון והגילוי יסתיים), לא אתיימר למחקר מקיף בנושא, ואציג אך תמצית של עיקרי הדברים. מצאתי לנכון לבחון את הסוגיה גם בהיבט האזרחי, כפי שנעשה בקנדה, בשל סמיכות הנושא לענייננו.

20. ארצות הברית - מסמך המלצות לעיון במידע דיגיטלי בתיקים פדרליים פליליים DEPT. OF JUSTICE & ADMIN. OFFICE OF THE U.S. COURTS JOINT WORKING GRP. ON ELEC. TECH. IN THE CRIM. JUSTICE SYS., RECOMMENDATIONS FOR ELECTRONICALLY STORED INFORMATION (ESI) DISCOVERY PRODUCTION IN FEDERAL CRIMINAL CASES (2012), *available at* https://www.fd.org/docs/litigation-support/final-esi-protocol.pdf (להלן: ההמלצות הפדרליות או הדו"ח הפדרלי).

הדו"ח הפדרלי פורסם בשנת 2012 והוא תוצר של קבוצת עבודה שכללה, בין היתר, נציגים מטעם משרד המשפטים, הסנגוריה הציבורית, מערכת השפיטה והנהלת בתי המשפט האמריקאית (Administrative Office of the U.S Courts). הדו"ח מונה עשר המלצות שנועדו לסייע במקרים בהם אופי החומרים הדיגיטליים מקשים על מלאכת העיון בהם, ולגבי כל המלצה מפרט הדו"ח אסטרטגיות למימושה והערות נוספות. כמו כן, הדו"ח הפדרלי כולל נספח הגדרות למונחים שונים הנחוצים להבנת תחום העיון הדיגיטלי, וכן נספח הכולל רשימת-בדיקה (צ'קליסט) שנועדה לסייע לצדדים בעת ניהול הליך של עיון במידע דיגיטלי.

כל הזכויות שמורות לאתר פסקי דין - judgments.org.il ©

(1) מטרה - ההמלצות נועדו לקדם את יעילות העיון בחומרים דיגיטליים, תוך הפחתת הצורך בפנייה לבית המשפט. הדו"ח הפדרלי חוזר ומדגיש כי יש לדרוש מהתביעה ומההגנה לשתף פעולה ולבסס תקשורת ביניהן סביב סוגית העיון הדיגיטלי. בהקשר זה הדו"ח מעודד פנייה לתוכנות שיסייעו במיצוי המידע הרב (לרבות איתור, אחזור, סידור, הצגה וניהול של המידע) מתוך הבנה שאין ביכולתם של הצדדים לעבור באופן פרטני על כל נפח החומר. דגש חשוב נוסף בדו"ח נוגע להתמודדות עם קיומו של מידע שיש לנקוט לגביו זהירות מיוחדת, כגון מידע חסוי, מידע שנוגע לצנעת הפרט, מסמכים שהוכנו לקראת משפט (work production) ועוד.

(2) ההמלצות אינן רלוונטיות לכל תיק הכולל מידע דיגיטלי - ההמלצות נועדו לתיקים בהם נפח המידע הדיגיטלי או האופי שלו הופכים את ניהול התיק למורכב. כמו כן מובהר כי אין דיסציפלינה אחת המתאימה לכל התיקים המערבים מידע דיגיטלי.

(3) הגבלות שחלות על הצדדים - ההמלצות אינן באות לשנות או לגרוע מחובות הצדדים שמקורן בחוקים העוסקים בעיון בחומרי החקירה. בנוסף, הן אינן מייצרות כשלעצמן זכויות למי מהצדדים או עילות כנגד הצד השני.

(4) ידע וניסיון טכנולוגיים - בתיקים הדורשים עיון דיגיטלי מורכב, על צוות הפרקליטות ועל צוות ההגנה לשלב גורמים בעלי ידע וניסיון טכנולוגיים, אשר יסייעו לצדדים בניהול התיק. כמו כן, על כל עורכי הדין המעורבים בתיק להיות בעלי ידע מספק בנושא עיון דיגיטלי.

(5) תכנון הליך העיון, פגישות ושיח - טרם העיון בחומרים הדיגיטליים, על הצדדים להיפגש ולדון באופי החומרים ובאופן הרצוי למיצויים והפקתם. בתיקים מורכבים במיוחד יש לנהל דיאלוג מתמשך ולקבוע בפגישה הראשונה את האופן בו דיאלוג זה יתנהל. בפרק האסטרטגיות מפורטות סוגיות שונות בהן על הצדדים לדון. הדו"ח מציע לחלק את כלל החומרים הדיגיטליים שבידי התביעה לפי קטגוריות, לדוגמה: תוצרים של חקירת המשטרה, הצהרות עדים, תיעוד שנעשה כחלק מהחקירה, חומרים שהגיעו ממכשירים אלקטרוניים של צדדים שלישיים ועוד. הדו"ח ממליץ על יצירת טבלה על-ידי הפרקליטות ובה פירוט החומרים הדיגיטליים השונים, אשר תשתנה בהתאם לאופי החומרים בתיק. דוגמאות לנושאים נוספים בהם מומלץ שהצדדים ידונו: אופן ההתמודדות עם פורמטים (סוגי הקבצים) המצויים בחומרי החקירה שאינם פורמטים שכיחים; היזקקות אפשרית לתוכנה שכבר אינה נתמכת על-ידי היצרן על מנת לפתוח קבצים מסוימים; היחס למידע מוגן שסביר כי יימצא בין חומרי החקירה והצעדים שיינקטו על-ידי הצדדים על מנת להבטיח את המשך ההגנה עליו; שיעור היקף החומרים הדיגיטליים הצפויים להיות מופקים; מגבלות טכנולוגיות להן כפוף מי מהצדדים; הפקתם של נתוני מסגרת (Metadata) ואופן העברתם; לוח הזמנים להעברת החומרים והמעבר עליהם; ועוד. הדו"ח ממליץ על העלאת ההסכמות על הכתב, לשם סיוע בפתרון מחלוקות עתידיות ככל שאלה יתעוררו. עוד מומלץ כי לאחר הפגישה הצדדים יעדכנו את בית המשפט בקשיים שהם צופים כי יתגלו בהמשך הליך העיון.

(6) הפקת המידע הדיגיטלי - אופי החומרים הדיגיטליים עשוי להשתנות בין תיקים שונים בהתאם לסוגי המכשירים האלקטרוניים שאותרו במהלך החקירה (טלפון נייד, מחשב וכדומה), סוג הקבצים, אופן ניהול הקבצים על-ידי

כל הזכויות שמורות לאתר פסקי דין - judgments.org.il ©

בעליו של המכשיר האלקטרוני או מי שעשה בו שימוש, ההבנה של גורמי החקירה את התיק בעת איסוף החומר ועוד. בהקשר זה מומלץ שהצדדים יידברו ביניהם ויבינו מהם הפורמטים השונים שיש להפיק ומהי יכולתם להפיק את הפורמטים. נקבע כי אין להטיל על צד עלות נוספת ומשמעותית על מנת להפיק פורמטים מסוימים או להמיר אותם לפורמטים ברי-הפקה, מעבר לעלות הגלומה בפעולות שצד נדרש להשקיע בכל מקרה בעבודה על התיק. בפרק האסטרטגיות מפרט הדו"ח עניינים שונים, ביניהם אופנים אפשריים של הפקת מסמכים, כגון הפקה בהתאם לפורמט המקור, המרה לקובץ תמונה וחילוץ הטקסט מתוכה או הפקה בהתאם לפורמט המקור בתוספת מטא-נתונים של הקבצים. על הצדדים להימנע מלהכין עותקים קשיחים מחומרים דיגיטליים אלא אם הצד השני הסכים לכך. עוד נקבע כי אם צד מבצע המרה בין סוגי מסמכים שונים (בין עותק קשיח לעותק רך, בין פורמט אחד לאחר), עליו להבטיח גישה סבירה למסמך המקורי לשם בחינתו או לשם הפקתו המחודשת.

(7) העברת המידע הדיגיטלי - על הצדדים להחליט כיצד יעבירו ביניהם את החומרים הדיגיטליים, באופן היעיל, הבטוח והזול ביותר. יש לתעד אילו חומרים הועברו, ולתייג את האמצעי בו הם אוחסנו. בפרק האסטרטגיות נכתב כי יש לרכז את כל החומרים באמצעי דיגיטלי אחד ככל שהדבר אפשרי, אשר יהיה מסומן באופן ברור, ולתעד באופן נפרד מהם החומרים שהועברו. צוין כי העברת החומרים דרך דואר אלקטרוני עשויה להיות בעייתית, כתלות במידת רגישות החומר המועבר.

(8) עורך דין מתאם - במצב בו יש יותר מנאשם אחד, על הנאשמים לבחור בא-כוח אחד או יותר לשמש כמתאם לצורך העיון בחומרי החקירה, אשר יפעל מול התביעה. לחלופין, ניתן לבקש מינויו של עורך דין מתאם לענייני גילוי (Coordinating discovery attorney) מטעם בית המשפט. אותו גורם יהיה מוסמך לקלוט את חומרי החקירה מידי המדינה. ככלל, הפורמט של הקבצים יהיה זהה לכל הנאשמים, אך על הצדדים להיות רגישים לצרכיהם הייחודיים של נאשמים שונים.

(9) פתרון מחלוקות באופן א-פורמלי - טרם פנייה לבית המשפט בעניינים הנוגעים לעיון, יש לפנות תחילה לצד השני בניסיון אמיתי לפתור את המחלוקת. אם המחלוקת קשורה לסוגיות טכנולוגיות, יש לערב בשיח גם גורם בעל ידע טכנולוגי. ככל שמתעוררת מחלוקת כבדת-משקל, יש לערב בה את "המתאם לענייני גילוי" בפרקליטות הרלוונטית. עורכי דין מטעם הפרקליטות או הסנגוריה הציבורית לא יפנו לבית המשפט בעניינים הנוגעים לעיון בחומר דיגיטלי טרם התייעצות עם עורך הדין האחראי עליהם.

(10) אבטחה והגנה על חומר דיגיטלי רגיש - ניהול של הליך עיון המתמקד בחומרים דיגיטליים גוזר על כלל הצדדים אחריות לטיפול זהיר בחומרים רגישים (צנעת הפרט, חומר חסוי, חומר מסווג ועוד). מטבעו, מידע דיגיטלי מופץ בקלות, והדבר מגביר את החשש כי מידע רגיש ידלוף לגורמים בלתי מורשים והדבר יביא לנזק, החל מפגיעה בפרטיות ועד פגיעה בחיי אדם. על כל הצדדים לצמצם את החשיפה לחומרים הדיגיטליים שבחומר החקירה לצוות המטפל בתיק בלבד, וכן על הצדדים לנקוט צעדים על מנת להגן על החומרים מפני דליפתם לגורמים שאינם מורשים. בעת הפגישה המקדמית שהוזכרה לעיל, בה ידונו הצדדים בטיב החומרים ובאופן העבודה עליהם לאורך הליך העיון, נדרשים הצדדים להתייחס

כל הזכויות שמורות לאתר פסקי דין - judgments.org.il ©

לחומרים רגישים שצפויים להימצא באמצעי האחסון הדיגיטליים, ולאופן שבו יש לפעול ביחס אליהם. על הצדדים לדון גם באפשרות שחומר רגיש יועבר, ומה על הצד השני, אשר קיבל את החומר הרגיש בטעות, לעשות במקרה זה. אם הצדדים לא יגיעו להסכמות באיזה מן הנושאים, עליהם לפנות לבית המשפט לשם הכרעה.

21. קנדה - עקרונות ועידת סדונה לגבי גילוי אלקטרוני (The Sedona Conference, *The Sedona Canada Principles Addressing Electronic Discovery, Second Edition*,17 SEDONA CONF. J. 205 (2016)) (להלן: דו"ח סדונה או עקרונות סדונה).

ועידת סדונה התכנסה לראשונה בשנת 2003 על מנת לדון בשאלות בוערות בתחום הגילוי הדיגיטלי במשפט האזרחי. בשנת 2006 הוועידה התכנסה פעם נוספת במטרה למצוא עקרונות מנחים עבור כל העוסקים בתחום. מהדורה ראשונה של העקרונות התפרסמה בשנת 2008 ומהדורה עדכנית (שהיקפה 170 עמודים!) התפרסמה בשנת 2016. העקרונות הביאו לשינוי של ממש בשיח הקיים בקנדה בתחום הגילוי הדיגיטלי, ומחוזות שונים בקנדה אימצו עקרונות אלה, על דרך חקיקה או על דרך הכרה בהם בפסיקה כמחייבים. נציין כי החוק הפדרלי בארה"ב קבע עקרונות דומים בכל הנוגע לגילוי בהליכים אזרחיים (בדגש על FED. R. CIV. P. R. 26 שתוקן באופן משמעותי בשנת 2006, וראו את דברי ההסבר לתיקון).

העקרון המנחה בדו"ח הוא שהעולם הדיגיטלי דורש שינוי "בתרבות" גילוי המסמכים. מנסחיו סבורים כי אין זה אפשרי להחיל את הדין הקיים בנושא הגילוי של מסמכי-נייר על מידע דיגיטלי, ויש לפתח גישות חדשות לשם כך. הליך הגילוי האלקטרוני מביא עמו שני אתגרים עיקריים שנובעים מאופי המידע הדיגיטלי: נפח המידע והמורכבות שלו. שני העקרונות העיקריים שנועדו להתמודד עם אתגרים אלה הם עקרון הפרופורציה ועקרון שיתוף הפעולה (עקרון 2 ו-4 בהתאמה, שיפורטו בהמשך).

תחת עקרון העל מונה הדו"ח 12 עקרונות מנחים (ואזכיר שוב לקורא כי הדו"ח מתייחסים להליכים אזרחיים):

(1) מידע המאוחסן באופן דיגיטלי הוא בר-גילוי;

(2) עקרון הפרופורציה - בכל תיק יש להעריך מהי כמות המשאבים אותם נדרש כל צד להשקיע בהליך גילוי, נוכח מאפייניו של התיק: חשיבותם ומורכבותם של העניינים הנדונים בתיק והאינטרסים הנוגעים בהם; רלוונטיות המידע הדיגיטלי; העלויות הכרוכות בהליך הגילוי, כאשר הכוונה לא רק לעלויות כספיות, אלא גם עלויות נלוות כמו הנזק שעשוי להיגרם מחשיפתו של מידע הנוגע לצנעת הפרט, מידע חסוי או מסווג, ועוד. צד שמבקש להסתמך על עקרון הפרופורציה על מנת לצמצם או להרחיב את נפח הגילוי, נדרש להביא ראיות שיתמכו בטענותיו. כפי שציינו, עקרון זה זוכה למקום של כבוד בדו"ח.

(3) כאשר צד יכול לצפות קיומו של הליך, עליו לנקוט צעדים סבירים ובתום לב לשמירתם של חומרים דיגיטליים העשויים להיות רלוונטיים להליך. בהקשר זה דן הדו"ח בהרחבה בחשיבותו של ניהול מידע לקראת הליך משפטי, בין היתר

כל הזכויות שמורות לאתר פסקי דין - judgments.org.il ©

נוכח היעילות שבדבר והצורך להוכיח במשפט את שרשרת האחזקה במסמכים.

(4) שיתוף פעולה - במהדורה הראשונה של עקרונות סדונה, ובדומה לדו"ח הפדרלי העוסק בדין הפלילי, עקרון זה נוקט לשון של "פגישות ושיח" (meet and confer). טרמינולוגיה זו שונתה וכעת העקרונות מדברים על שיתוף פעולה של הצדדים. הצדדים ובאי-כוחם נדרשים לשתף פעולה וליצור תכנית גילוי משותפת שתתייחס לכל היבטיו של הגילוי, וכן להמשיך ולשתף פעולה לאורך הליך הגילוי. על הצדדים להיפגש ולהתחיל בשיח בשלב המוקדם ביותר האפשרי, ולהמשיך לקיימו לאורך ההליך. הדו"ח מפרט מהן הסוגיות שעל הצדדים להתייחס אליהן בעת יצירת תכנית הגילוי המשותפת. בדומה לעקרון הפרופורציה, לעקרון שיתוף הפעולה חשיבות יתרה לפי הדו"ח.

(5) על הצדדים להפיק חומר דיגיטלי אשר נגיש להם בצורה סבירה, מבחינת עלות ומאמץ.

(6) אין לדרוש מצד, אלא בצו בית משפט או בהתאם להסכמה בין הצדדים, לחפש או לאסוף חומרים דיגיטליים שנמחקו במהלך הרגיל של העסקים, או נוכח ניהול מידע סביר שננקט על-ידי אותו צד. שחזור של מסמך שנמחק אינו בהכרח מציב קושי טכנולוגי, וככל שמדובר במידע רלוונטי, ייתכן כי בית המשפט יורה על שחזור המידע.

(7) צד יכול לבחור לעשות שימוש בתוכנות שונות על מנת לעמוד בחובות המוטלות עליו כחלק מהליך הגילוי. תחת עקרון זה מוזכרות בדו"ח טכנולוגיות שונות שמאפשרות להתמודד עם נפח רב של חומר ומציאת מידע רלוונטי, כגון מחיקת קבצים כפולים, איתור העתקים-בקירוב, צירוף מיילים שונים המהווים חלק משיחה אחת לכדי שרשור, יצירת דו"חות מסכמים על כלל החומר, חיפוש באמצעות מילות מפתח, ועוד.

(8) על הצדדים להסכים, בשלב המוקדם ביותר האפשרי במהלך ההליך המשפטי, על הפורמט, התוכן והסדר של המידע שיועבר.

(9) על הצדדים להגיע להסכמות בנוגע לאמצעים אותם יש לנקוט על מנת להגן על חומרים חסויים, חומרים הנוגעים לצנעת הפרט, חומרים המגלים סודות מסחריים וכל מידע מסווג אחר שעשוי לעלות במהלך הליך הגילוי - או לפנות לסמכות שיפוטית שתכריע בעניין.

(10) בעת הליך הגילוי על הצדדים לכבד את חוקי הפורום בו הם מתדיינים ולצפות אפשרות של גילוי מסמכים בין פורומים שונים (לדוגמה, מדינתי ובין-מדינתי) או בסוגי הליכים שונים (לדוגמה, פלילי ואזרחי).

(11) על בית המשפט לשקול שימוש בסנקציות במצב בו צד אינו עומד בחובותיו במסגרת הגילוי האלקטרוני, באופן הפוגע באופן מהותי בצד השני. הדו"ח דן באפשרות שצד יחבל במכוון או בשגגה במסמכים שהיו אמורים לעבור לצד השני כחלק מהליך הגילוי, ובאפשרות שצד יימנע מלשתף פעולה עם הליך הגילוי - ודן במשמעויות המשפטיות האפשריות של הדבר. אציין כי הדין הקיים בקנדה בנושא זה הוא מצומצם, אך מצוי במגמת התפתחות.

(12) ככלל, על הצד שמפיק את החומרים הדיגיטליים לשאת בנטל הכספי הסביר הכרוך במלאכת ההפקה.

כל הזכויות שמורות לאתר פסקי דין - judgments.org.il ©

במקרים חריגים תתאפשר הקצאת משאבים שונה, נוכח הסכמה של הצדדים או החלטת בית משפט. הדו"ח מציע רשימת שיקולים הרלוונטיים להחלטה אם יש להעביר את הנטל הכספי לצד שמקבל את תוצרי הגילוי. מחברי הדו"ח מבהירים כי העלויות המגולמות בהליך גילוי דיגיטלי עשויות להיות גבוהות ביותר ביחס להליך גילוי המסמכים הקלאסי, ועל הצדדים ובתי המשפט לקחת את העניין בחשבון.

22. סקרנו בתמצית שבתמצית את דו"ח סדונה וההמלצות הפדרליות, אשר ממחישים עד כמה התחדדה ההבנה כי חלו שינויים משמעותיים בסביבת העבודה המוכרת בכל הנוגע לחומרי החקירה. אציין כי הדו"ח הפדרלי אינו מעמיק לרזולוציות אליהן יידרשו להגיע הצדדים להליך הפלילי בעת מימושה של זכות העיון. כך לדוגמה, הדו"ח אינו מסביר מהי הדרך המעשית לסנן חומרים דיגיטליים, אלא רק מתווה קווי פעולה כלליים שיסייעו לצדדים ולמערכת המשפט בכלל.

הדמיון בין העקרונות המפורטים בדו"ח סדונה לבין ההמלצות הפדרליות בולט לעין, הגם שדו"ח סדונה עוסק בהליך האזרחי. שניהם מדגישים את הקושי בהגנה על מידע חסוי, פרטי או מסווג, את שאלת חלוקת העלויות, את הניסיון לפתרון מחלוקות תוך הימנעות מפנייה לבית המשפט, ואת הדרישה שעורכי הדין יהיו בקיאים בעולם הדיגיטלי. מעל לכול, שניהם מבהירים פעם אחר פעם כי הגשמת תכליות הליך הגילוי לא תצלח בעולם הדיגיטלי ללא שיתוף פעולה בין הצדדים, בין אם המדובר בצדדים להליך אזרחי ובין אם המדובר במדינה וההגנה בהליך פלילי.

מתווה כללי לעיון בחומר דיגיטלי בהליך לפי סעיף 74 לחסד"פ

23. הסקירה הקצרה על הנעשה במדינות הים, פרי עבודתן של ועדות שישבו שנים על המדוכה, מלמדת כי יהא זה יומרני להתוות דפוס אחד ואחיד, כזה שאין בלתו, כדי לפתור את סוגית הגילוי והעיון בתוצרים דיגיטליים בהליך הפלילי. אך כל מסע של אלף מילין מתחיל בצעד ראשון, ואנסה אפוא להתוות צעדים ראשונים בסוגיה שבפנינו.

[במאמר מוסגר: יש לתמוה על כך שהסוגיה של תוצרים דיגיטליים מוצגת על ידי העוררת כשדה בתול שטרם נחרש. אין זו הפעם הראשונה שבקשה לעיון בתוצרים מעין אלה נדונה בבית משפט זה, הגם שלא בהדגשים הנוכחיים. כך, בעניין אזולאי דרשה ההגנה לקבל לידיה את כל הקבצים הרלוונטיים של מסרונים קוליים ב-WhatsApp שנתפסו במכשירו של אחד השותפים לעבירה, ולחלופין להתיר לבאי-כוחם להאזין בעצמם לקבצים במשרדי המאשימה. זאת, על אף שבית המשפט המחוזי עצמו הקדיש שעות לשמיעת מאות קבצים ומצא כי אינם רלוונטיים. הבקשה נדחתה, ובית המשפט (מפי השופטת חיות) קבע:

"אכן, כל אימת שחומר החקירה הוא רב ועצום, עשוי להתעורר החשש כי חומרי חקירה רלוונטיים לא הועברו לידי ההגנה וזאת גם בלא כוונת מכוון אלא מתוך שנשמטו מעיני המשטרה או הפרקליטות, או משום שגורמים אלה לא ידעו לייחס לאותם חומרים את המשמעות הנכונה. ואולם, הפתרון לאותו החשש איננו בשינוי הכלל הנוהג לגבי חומרי חקירה 'אלא בקיום ביקורת שיפוטית אפקטיבית על מיון החומר וסיווגו ובהחלת אמות מידה ליבראליות בכל הנוגע למבחן הרלוונטיות' (עניין ברקו, בעמ' 491). כך נעשה במקרה דנן והדברים נכונים ביתר שאת מקום שבו זכויותיהם של צדדים שלישיים, כגון זכותו של קובלסקי לפרטיות, עשויים להיפגע כתוצאה מחשיפת המידע להגנה [...]. בהקשר זה אציין כי לא מצאתי שנפל

כל הזכויות שמורות לאתר פסקי דין - judgments.org.il ©

פגם בכך שבית המשפט המחוזי דחה את בקשת העוררים לקבלת חומר חקירה לאחר שהאזין 'רק' לחלק מן המסרונים שהתבקשו על-ידי ההגנה וכבר נפסק כי 'להלכה כל בדיקה נוספת עשויה לאתר עוד מסמכים בודדים, אך ברי כי יש להציב [לכך] גבול סביר [...]' (בש"פ 3553/13 מור נ' מדינת ישראל, בפסקה יב (16.6.2013)" (פסקה 8)].

24. לגישת העוררת, היקף החומר וטיבו הן הסיבות בגינן גם המשטרה או הגוף החוקר שתופס את המחשב או הטלפון הנייד אינו בוחן את כל החומר. ראשית, מאחר שהדבר אינו אפשרי; שנית, משום שאין צורך חקירתי בכך; ושלישית, כי המשמעות היא פגיעה בפרטיות ובחסיונות וערכים מוגנים אחרים.

מכאן נובעת עמדתה של העוררת ולפיה כל החומר שחוקר המשטרה לא בדק ולא "נגע בו", אין לראותו מלכתחילה בגדר "חומר שנאסף [...] הנוגע לאישום" על פי סעיף 74 לחסד"פ, ולמצער, ניתן לראות בו מראש כחומר שנמצא ב"פריפריה" של האישום ושאין טעם לבדוק אותו הן נוכח העלויות והן נוכח החשש לפגיעה בחסיונות, באינטרסים מוגנים אחרים כמו פרטיות ובצדדים שלישיים. אף לא ניתן לערוך רשימה ביחס לאותו חומר אשר בהיבט הטכני אמנם נאסף בעצם העתקתו, אלא שמדובר באיסוף להלכה ולא למעשה. לשיטת העוררת, ניתן להקיש לענייננו מחיפוש בזירה הפיזית של מקום ביצוע הפשע. מז"פ מגיעה לזירה, עורכת בה חיפוש, נוטלת טביעות אצבע, דגימות, מצלמת את הזירה ומתעדת אותה, אך כל מה שלא נאסף, לא נרשם, לא תועד, לא צולם - כל אלה אינם נתפסים ברשתו של סעיף 74 לחסד"פ, מן הטעם הפשוט שבחלוף זמן הזירה נפתחת ולא ניתן לשוב אליה. במהלך הדיון בפני, עלתה דוגמה נוספת - נניח כי התביעה תופסת מזבלה ענקית וסוגרת אותה לשבוע ימים על מנת לחפש באתר מסוים במזבלה פריט לבוש של הקורבן. קשה להלום כי כל הפריטים במזבלה, בחלקים שלא נבדקו על ידי המשטרה, הם בבחינת חומר חקירה שיש לתעד ולרשום. בדומה, כך נטען על ידי העוררת, פריטים שלא נבחנו על ידי החוקרים, וממילא הם אינם מודעים לתוכנם, אינם בבחינת חומר "שנאסף או נרשם", הגם שהחומר נמצא פיזית ברשות החוקרים והתביעה.

לגישת העוררת, העתקת כל חומר המחשב היא צעד מקדמי טכני שרק לאחריו מתבצע החיפוש האמיתי, וחיפוש זה נעשה על ידי החוקרים באופן מושכל, על ידי הגעה לקבצים ידועים מראש, תיקיות ידועות מראש, אנשי קשר מסויימים, מילות מפתח מסויימות וכיוצא בזה. כל קובץ ופריט אחר שעינו של החוקר לא סרקה, אין לראותו כנאסף. עצם העובדה שחומר המחשב הועתק על ידי הרשות החוקרת, אינו מקנה זכות עיון בו לנאשם, מה עוד שהחומר שנתפס יכול להתייחס לצדדים שלישיים ואף להיות שייך לצדדים שלישיים.

25. מכאן נובעת דרך העבודה המוצעת על ידי העוררת: החומר שנתפס יישאר בחזקת רשויות החקירה והתביעה. ההגנה תעביר לתביעה מילות מפתח או חתכים מסוימים שברצונה לבדוק, ואלה ייבחנו על פי המבחנים הנוהגים בפסיקה.

מנגד, לטענת ההגנה, גישה זו מעניקה בלעדיות לחיפוש החד-צדדי והסלקטיבי של התביעה, ויש לאפשר להגנה עצמה לערוך בחומר חיפוש נגדי.

26. לפני הצגת המתווה, יש לדחות את ההצעה, כי כל החומר יועבר as-is להגנה ומיצוי המידע והסינון ייעשה על ידי

כל הזכויות שמורות לאתר פסקי דין - judgments.org.il ©

ההגנה. כפי שהובהר לעיל, ברי כי כאשר נתפס התקן דיגיטלי שמכיל מידע ממוחשב, הוא כולל פרטי מידע רבים שאין להם קשר כלשהו להליך הפלילי, וחלק ניכר מן המידע אינו ראוי להיחשף לעיניים זרות. לכן, מהלך כזה הוא מרחיק לכת ועלול לפגוע באופן שאינו מידתי בפרטיות, בחסיונות ובאינטרסים נוגדים אחרים. עמדתי על כך בבש"פ 7289/14 מדינת ישראל נ' אולמרט, פסקה 7 (2.11.2014) (להלן: עניין אולמרט):

"ככלל, נקבע בפסיקה כי חזקה על סניגור שלרשותו נמסרו חומרים חסויים, שהוא זכאי לאמונו של בית המשפט כי לא יפיץ את החומרים ולא יעשה בהם שימוש שלא למטרות המשפט [...]. אלא שכך נעשה במצב הדברים הרגיל, כאשר החומר עבר תחילה דרך מסננת התביעה ולאחר מכן עבר ביקורת של בית המשפט. לא זה מצב הדברים בענייננו".

על אף ההתנגדות רבתי של המשיבים לדרך המוצעת על ידי העוררת, אף הם עצמם מכירים בכך ש"במצבים אחרים - ואפשר שבדרך כלל וברוב המקרים, עשוי בית המשפט לקבוע שזכות העיון תוגבל לשאלות קונקרטיות ולחיפושים ממוקדים, 'מושכלים' כפי שמציעה העוררת" (סעיף 12(ח) לטיעוני המשיבה 4, הדגשה הוספה - י"ע). דומה אפוא כי זו דרך המלך שיש לילך בה. דרך זו עולה בקנה אחד עם סדר הדברים הרגיל, לפיו התביעה היא שמסווגת וממיינת את חומרי החקירה שנאספו על ידה. כשלעצמי, איני רואה בכך חידוש של ממש. גם במצב הדברים הרגיל, מקום בו ההגנה עותרת לגילוי ועיון בחומר חקירה, עליה להראות ולשכנע מה הרלוונטיות של החומר, ומדוע גילויו עדיף על פני חסיונות ואינטרסים נוגדים אחרים. כך, לדוגמה, כאשר ההגנה מבקשת לעיין ברישום הפלילי של מי מעדי התביעה (בש"פ 5881/06 בניזרי נ' מדינת ישראל (7.2.2007)). על אחת כמה וכמה, כאשר ההגנה מבקשת לעיין במידע דיגיטלי של מי מעדי התביעה, על הפגיעה הקשה הכרוכה בפרטיותו של העד.

27. כפי שהוסבר, התהליך של מיצוי המידע הרלוונטי מתוך מכלול פרטי מידע המצויים בחומר שנאסף, מהווה אתגר מקצועי ואינטלקטואלי. תהליך זה מתבצע במסגרת החקירה על ידי רשויות אכיפת החוק, בלי קשר להליכי העיון. אני נכון לקבל טענתה של העוררת, כי לצד החזקה לפיה התביעה נוהגת בהגינות, עומדת גם ההנחה כי רשויות החקירה והתביעה ניסו למצוא בתוך חומר המחשב חומרים רלוונטיים ללא אבחנה בין חומרים שהם לטובת הנאשם או לחובתו.

ככלל, בעת החיפוש המושכל של החוקרים, לא ניתן לדעת מראש מה יעלה בחכתו של החוקר. החיפוש המושכל הוא ניטרלי ו"אדיש" לשאלה אם הוא לטובת הנאשם או לחובתו. מכאן, שמלכתחילה קיימת מעין חזקה הניתנת לסתירה כי החומר שלא "עלה" בעת החיפוש המושכל בקבצי המחשב אינו רלוונטי או שנמצא בשוליים ולא בליבת החומר.

[במאמר מוסגר, מובן כי החיפוש המושכל המתבצע על ידי החוקר צריך להיות מתועד, ובמסגרת זו לא אדרש לאופן התיעוד].

28. כאמור, אני נכון להכיר בחזקת החיפוש המושכל של רשויות התביעה והחקירה, אך אסתייג במידת מה מ"חוזקה" של החזקה. כמו בכל חקירה, יש לבחון חזקה זו על רקע השאלה אם מוצו כיווני חקירה נוספים או שהחקירה "ננעלה" מלכתחילה על כיוון מסוים, והחיפוש בתוצרי המחשב נעשה אך ורק על פי כיוון זה. הדבר מעורר את החשש כי הרשות

כל הזכויות שמורות לאתר פסקי דין - judgments.org.il ©

החוקרת תפסיק לאסוף ראיות בשלב בו היא משוכנעת כי יש בחומר כדי להביא להרשעת הנאשם, ומכאן שאם מצאו החוקרים את מבוקשם בחומר הדיגיטלי, הם לא ימשיכו לחפש חומר נוסף. חשש זה נסמך על תופעות המוכרות על ידי פסיכולוגים וכלכלנים בני זמננו כ"הטיית האישוש" ו"ראיית מנהרה". כפי שנטען על ידי המשיבים, הלכת אין חקר ("אין חקר לתבונתו של סניגור מוכשר" - ע"פ 35/50 מלכה נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ד(1) 429, 433 (1950)) אינה נובעת מכך שתבונתו של הסניגור גדולה מזו של חוקר המשטרה או התובע, אלא כיוון שהיא אחרת ותכליתה אחרת. מילות המפתח של החוקרים והתביעה לצורך חיפוש מושכל אינם כשל אלה של ההגנה. כך, לדוגמה, ייתכן שהצדדים השתמשו במילות קוד, והתביעה אינה מודעת למילת חיפוש קריטית, ויובהר כי הדיבור על "מילת חיפוש" אינו אלא דוגמה לטכניקת מיצוי מידע.

29. חשש זה שהעלתה ההגנה, אורב לפתחה של כל חקירה, ואינו ייחודי לסוגיה שבפנינו. כדי להפיג את החשש, נדרש מנגנון נוסף שיוכל לספק מענה לצרכי ההגנה. לצורך זה ניתן להעלות מספר אפשרויות.

אפשרות ראשונה היא לחייב את התביעה לעבור באופן פרטני על כל המידע ולסנן את המידע שאינו רלוונטי או שקיים אינטרס נוגד לחשיפתו. ברם, נוכח ההיקף העצום של תוצרים דיגיטליים, בחינת כל החומרים תצריך הקצאת משאבים בלתי סבירה בעליל שהתועלת בה מלכתחילה שולית. בהינתן ההנחה כי מה שלא "עלה בחכתו" של החוקר שחיפש במחשב הוא בשולי כתב האישום, יש לקחת בחשבון את השיקולים היחודיים עליהם עמדנו לעיל. ודוק: במצב הדברים הרגיל, מקבילית הכוחות נבחנת לאחר גילוי החומר אל מול האינטרס הנוגד. היחודיות בהליכי הגילוי והעיון בתוצרים דיגיטליים הוא בכך שמקבילית הכוחות נבחנת מבלי שחומר קונקרטי עומד נגד עיני בית המשפט. זאת, מהסיבה הפשוטה שלא ניתן לכרות ולאתר בכל המדיה הדיגיטלית שנאספה.

אני מתקשה גם לקבל כמתווה עקרוני את דרך המיון שנקבעה בהחלטה השניה, ולפיה, החיפוש המושכל ייעשה על דרך השלילה, דהיינו, מילות החיפוש יסננו את החומר שאין למסור להגנה בשל בעיות של חסיון או פרטיות. דרך זו אינה שקולה לדרך ההפוכה של מילות חיפוש "חיוביות". חיפוש על דרך השלילה סותר את העקרון של עיון בחומר שהוא רלוונטי לאישום בלבד. יש הבדל עצום אם ברירת המחדל היא לחשוף את כל החומר למעט חומר שאותר על פי מילות חיפוש מסוימות, לעומת ברירת המחדל שלא להעביר חומר למעט חומר שאותר על פי מילות חיפוש מסוימות. החיפוש "החיובי" ממוקד בשמות, זמנים והקשרים ספציפיים, בעוד שלעיתים קרובות לא ניתן לצפות מראש מה טיב החומרים הרגישים שיימצאו במחשב או מכשיר נייד, ולפיכך חיפוש אחריהם מטבעו אינו מושכל. לכן, איני מקבל את הטענה, שהועלתה בהשלמת הטיעון של המשיבים, כי יש סתירה מובנית בין יכולתה של המדינה לבור את חומרי החקירה הרלוונטיים מתוך המדיה הדיגיטלית לחוסר היכולת לבור באותו אופן את החומרים הפרטיים החסויים.

30. אפשרות נוספת, והיא הרצויה לטעמי, היא לאפשר להגנה להציע אפשרויות חיפוש מטעמה. כדי שאפשרות זו תהיה מעשית ויעילה, כבר בשלב מקדמי יוטל על המאשימה להעביר לידי ההגנה אפיון ראשוני של המידע הדיגיטלי שנתפס. לגישתי, יש לראות את כל החומר שהועתק על ידי החוקרים כ"חומר שנאסף", ועל המאשימה מוטל נטל ראשוני-מקדמי לאפשר בירור יעיל של השאלה אם חומר זה "נוגע לאישום". על מנת לעמוד בנטל זה, המאשימה אינה נדרשת

כל הזכויות שמורות לאתר פסקי דין - judgments.org.il ©

כמובן לעבור על כל החומר ודי בכך שהמאשימה לספק להגנה אפיונים ראשוניים הנוגעים למחשב/טלפון הנייד וסוג המידע שבו, כלהלן:

(-) מי המשתמש במחשב/טלפון נייד. זאת ניתן ללמוד, למשל, מהמשתמש המוגדר במחשב, פרופיל פייסבוק, כתובת מייל עיקרית וכיו"ב.

(-) מעין שרטוט כללי של החומר שנאסף, בדרך של מיפוי ראשוני של כמויות וסוגי הקבצים בחתכים שונים, ומבלי לקבוע מסמרות, כגון: מסמכים (ושמא גם עץ תיקיות המסמכים במחשב וחלק מנתוניOLE אשר מספקים מידע כללי כמו כותרת המסמך, שם יוצר המסמך, העורך האחרון ותאריך העריכה), דוא"ל ועץ תיבות הדוא"ל (תת-תיבות), אנשי קשר, מסרונים, ווטסאפ, קבצי תוכן כמו PDF, אקסל, PowerPoint, תמונות ומיקומים. מיפוי ראשוני זה עשוי לשמש את ההגנה. לעיתים המיון הראשוני יאפשר לפסול חומר שאינו רלוונטי על פניו, או להצביע על חומר שיש בו פוטנציאל לבדיקה מבחינת ההגנה. ייתכן כי המיפוי הראשוני יגלה כי כמות הקבצים בסוג מסויים היא קטנה, וניתן לעבור עליה באופן פרטני.

אמנם, הלכה עמנו כי בגדר סעיף 74 לחסד"פ התביעה או רשויות החקירה אינן נדרשות ליצור ראיות חדשות (ראו, לדוגמה, בש"פ 4804/17 ברמלי נ' מדינת ישראל פסקה 22 והאסמכתאות שם (9.8.2017)). אלא שמיפוי המידע הדיגיטלי בדרך הנ"ל אינו מהווה לטעמי יצירת ראיה, אלא תיאור של ראיות קיימות בדרך מסוימת. אבהיר את המובן מאליו, כי לא כל חקירה ולא כל הליך, מצדיקים מיפוי כאמור.

אציין, כי רק בתגובתה המשלימה של העוררת, נמסר לראשונה לבית המשפט מה מספר הקבצים הכולל בטלפונים הניידים (כ-218,000 פריטים) ובמחשב (כ-206,000 פריטים), ללא כל פירוט ראשוני כאמור לעיל. יש בכך כדי להמחיש עד כמה ההגנה ובית המשפט "מגששים באפלה" בבואם לגבש עמדה לגבי דרכי מיצוי המידע הדיגיטלי, ללא סוג זה של פירוט.

(-) תיעוד החיפוש שנערך על ידי חוקרי המשטרה (וכאמור, במסגרת החלטה זו, איני נדרש לדרך התיעוד).

31. בשלב זה תיפתח בפני ההגנה אפשרות לבקש חיפוש מושכל בחומר הדיגיטלי. ההגנה תוכל להציע אפשרויות חיפוש מטעמה, ובלבד שאפשרויות אלה יהיו סבירות ועומדות במבחן ההיגיון וסבירות המשאבים. ודוק: גם מילות מפתח או תקופות חיפוש אינן תרופות פלא בכל סיטואציה, למשל, כאשר מדובר במילת מפתח או תקופת חיפוש שמובילה למספר רב מאוד של קבצים. עשרות או מאות מילות חיפוש, או מילת חיפוש שעשויה להעלות מספר רב של תשובות יסכלו אפשרות זו. בקשה גורפת או מוגזמת של ההגנה לגבי התוצרים הדיגיטליים, עלולה להעלות חשש למסע דיג לא בכינרת הקטנה אלא באוקיינוס הגדול.

ודוק: הפתרון המוצע אינו מושלם מבחינת ההגנה. אכן יש סיכון כי חיפוש באמצעות מילות מפתח או חתכים אחרים "ישאיר פצועים בשטח", כמטבע הלשון בו השתמשו המשיבים, אך בכך אין כל רבותא. כל מסע דיג עשוי להסתיים בציד לוויתן, אך למרות זאת, ההלכה אינה מתירה מסע דיג: "[...] הגם שאין לשלול באופן מוחלט את האפשרות שההגנה

כל הזכויות שמורות לאתר פסקי דין - judgments.org.il ©

תמצא ביתרת החומר שהועתק דבר מה שיש בו כדי לשרתה, משמדובר באפשרות ערטילאית שאינה נראית לעין [...]" (השופט פוגלמן בבש"פ 7585/14 שטרום נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (18.11.2014). אציין כי גם שם היה מדובר בבקשה לעיון בתוצרי טלפון נייד. כן ראו עניין שיינר, פסקה 11).

כפי שניתן להבין, המתווה המוצע נשען על שתי הנחות עיקריות. ההנחה הראשונה היא כי לאחר סינון ובקרה מושכלים באמצעות מילות חיפוש או באמצעות טכנולוגיות אחרות, החומר שלא יאותר הוא חומר המצוי בפריפריה של הדברים. ההנחה השניה היא, כי השאיפה אינה לחיפוש מושלם, אלא לחיפוש מושכל אופטימלי. מול הסיכון השולי שגם לאחר החיפוש המושכל שערכו רשויות החקירה והתביעה וגם לאחר החיפוש המושכל שתבקש ההגנה עדיין לא יאותר חומר רלוונטי שהוא בליבת האישום, יש להעמיד את המשאבים המוגבלים והעלויות הכרוכות בכך ואת הפוטנציאל הכמעט וודאי של פגיעה בחסיונות, בפרטיות ובערכים מוגנים אחרים.

חשיפה אפשרית של קו הגנה

32. ההגנה העלתה את החשש כי העברת מילות חיפוש, תקופות חיפוש, או כל חיפוש ממוקד אחר, וכן החומר שיתגלה בעקבות אותם חיפושים, עלולים לחשוף את קו ההגנה (טענה זו הועלתה במלוא עוזה על ידי המשיבים-הנאשמים ואתייחס אליה בהקשר הקונקרטי של תיק זה בהמשך). לגישת ההגנה, מלכתחילה קיים פער כוחות בין התביעה לבין ההגנה, והחשש לגילוי קו ההגנה בפני המאשימה עלול ליצור "אפקט מצנן". ככל שהחיפוש שתבקש ההגנה מוגבל וממוקד יותר, כך גדל החשש לחשיפה של קו הגנה אפשרי או קו חקירה נגדית של עדי מפתח, מה שעשוי להזיק להגנתו של הנאשם.

33. אכן, הפסיקה הכירה בכך שיש לאפשר להגנה שלא לחשוף את כל קלפיה "כך שלא יישמט מידיה גורם ההפתעה בו היא מתכוונת להיעזר במהלך המשפט" (בש"פ 1628/90 אבו רקייק נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(3) 314 (1990), כפי שצוטט בהסכמה בבש"פ 2752/06 קרוכמל נ' מדינת ישראל, פ"ד סא(3) 74 (2006)). עם זאת, חסיון קו ההגנה של נאשם אינו זכות דיונית מהמעלה הראשונה, ומכל מקום, יש לאזנה מול זכויות אחרות:

"חסיון קו ההגנה של נאשם מהווה, אומנם, זכות דיונית חשובה. אלא שזכות זאת יש לאזן למול אינטרסים אחרים הכרוכים בהליך הפלילי, ובהם אינטרס הציבור (המיוצג על-ידי התביעה) וזכויות העדים" (בג"ץ 6876/01 ברלאי נ' שופטת בית משפט השלום בתל אביב(18.11.2001)).

על כך שחסיון קו ההגנה של הנאשם אינו זכות דיונית מהמעלה הראשונה, אנו למדים גם מגישת הפסיקה לפיה דיון במעמד ההגנה בלבד, במסגרת בקשה לפי סעיף 74 לחסד"פ, הוא מהלך חריג: "עד שתעתר ערכאה דיונית לבקשת סניגור ותשמע מפיו טענות במעמד צד אחד ללא נוכחות המאשימה, עליה לבחון ולהשתכנע כי יש הצדקה ממשית לנקיטת צעד חריג כזה" (השופטת חיות בבש"פ 4764/06 מדינת ישראל נ' אופנר, פסקה 2 (15.6.2006)), ו"אכן, לכלל זה ישנם חריגים ולעיתים נדרשים איזונים עם אינטרסים אחרים, כגון האינטרס בדבר קידום החקירה, והאינטרס שלא לחשוף פעולות חקירה או חומר שיש בו להשפיע על מהלכה, ומאידך זכותה של ההגנה שלא לחשוף את קו הגנתה. עם זאת,

כל הזכויות שמורות לאתר פסקי דין - judgments.org.il ©

לטעמי, יש להותיר חריגים אלו בצורה מצומצמת ככל שניתן (השופטת ארבל בבש"פ 3945/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (12.6.2013) (הדגשה הוספה - י"ע)).

34. עוד אציין כי לעיתים, ההגנה עצמה פונה לתביעה בבקשה להשלמת חקירה, מבלי לחשוש לחשיפת קו ההגנה. מכל מקום, כשלעצמי, איני סבור כי יש להניח א-פריורי, שהצעות של ההגנה לחיפוש מושכל בחומר - למשל לפי מילה מסוימת או על פי חתך של תאריכים מסוימים - תביא מיניה וביה לחשיפה של קו ההגנה של הנאשם. וגם אם יש חשש כאמור, דומני כי בצדק טענה העוררת בדיון בפני, שאין להניח שאם קו ההגנה ייחשף, התביעה תמהר "לתדרך" בהתאם את עדיה, כדי שיוכלו בבוא היום להתאים את גרסתם לקו ההגנה. אוחזים אנו בחזקת ההגינות של התביעה שלא זו דרכה, ולא כך תעשה. ומכל מקום, במצב הדברים הרגיל, עדי התביעה כבר מסרו הודעות במשטרה והם "כבולים" לגרסה שמסרו, לעומת הנאשם ועדי ההגנה שמוסרים את עדותם מבלי שלתביעה יש ידע קודם לגבי גרסתם. עוד נוסיף כי העוררת הבהירה שככל שהצעות החיפוש מטעם ההגנה לא תיראֶנה על פניהן כמכוונות ליציאה למסע דיג - הרי שלא תדרוש מההגנה לנמק בקשותיה.

35. עם זאת, אני נכון להניח כי המציאות מורכבת יותר מצבעי שחור ולבן, וגם אם מעמידים אנו את התביעה בחזקתה כי לא "תתדרך" את עדי התביעה, הרי שהכרת קו ההגנה, עשויה להשפיע, ולו באופן לא מודע על הכנת עדי התביעה לקראת עדותם.

אלא שהחשש לחשיפת קו הגנה, הוא קושי אינהרנטי הנובע מהיקפו של החומר, ומכך שהמסננת הראשונה בסיווג החומר היא התביעה, וכאמור לעיל, אני מתקשה לקבל את הגישה לפיה ברירת המחדל היא העברת החומר בשלמותו לידי ההגנה. ובכלל, לעיתים אין להגנה מנוס מליטול סיכון מסוים כנגד האפשרות להשיג חומר שיש בו פוטנציאל ראייתי מועיל לנאשם. לדוגמה, כאשר ההגנה מבקשת או נאלצת לאתר חומר במסלול של סעיף 108 לחסד"פ:

"במסלול של סעיף 74 לחסד"פ הנאשם יודע מראש את טיבו של החומר אותו קיבל, והוא יכול לכלכל את הגנתו מראש, בהתאם לחומר.

אם נוקטים אנו במסלול של סעיף 108 לחסד"פ, ועד פלוני המציא במהלך המשפט חומר רלבנטי להגנה, ייתכן כי הדבר יצריך חקירה נוספת של המתלוננת או של עדים אחרים שכבר נשמעו.

ההגנה אינה חייבת כמובן לעשות שימוש בחומר שנמסר לה מכוח החלטה על פי סעיף 74 לחסד"פ, שייתכן כי החומר לא רק שאינו מקדם את הגנתו של הנאשם, אלא אף עלול להזיק לו. המסלול של סעיף 74 מאפשר אפוא להגנה לעשות 'צנזורה' מוקדמת על החומר ולשקול אם לעשות בו שימוש אם לאו. במצב הדברים הרגיל, מקום בו השופט עיין בחומר על פי סמכותו לפי סעיף 74(ד) לחסד"פ ומצא כי הוא עלול להזיק לנאשם, החומר לא ייחשף להגנה באשר אינו יכול להועיל לנאשם, אך ברי כי השופט לא יורה על העברת החומר לתביעה על מנת שתשתמש בו לחובת ההגנה. דהיינו, ההגנה לא נוטלת סיכון בבקשה לפי סעיף 74. לא כך כאשר המותב שיושב בדין בוחן חומר שהובא על ידי עד במסגרת סעיף 108, שאז התביעה רשאית לבקש להגיש את החומר שהביא עמו העד כראיה מטעמה. לכך שתי השלכות הכרוכות זו בזו: האחת

כל הזכויות שמורות לאתר פסקי דין - judgments.org.il ©

- להגנה לא ניתנת אפשרות לעיין בחומר קודם לכן כדי לבחון אם 'הלנו אתה אם לצרינו', השניה - בית המשפט היושב על מדין נחשף לחומר שעשוי להיות לחובת הנאשם ואשר ההגנה אינה מעוניינת כי יוגש לתיק" (עניין שיינר, פסקה 15ו).

חשיפה אפשרית של קו הגנה, היא אפוא "מחיר" מסוים שעל נאשם לקבל על עצמו, מול הסיכוי לאתר חומר שיש בו כדי להועיל להגנה.

36. דווקא אי חשיפת קו הגנה של נאשם יכולה לעמוד לו לרועץ. כך, לדוגמה, בעתירה לגילוי ראיה, נושא קרוב לענייננו:

"על רקע קו הגנה שמציג הנאשם, יכול הנאשם לטעון ולהעלות אפשרויות או היפותזות סבירות לגבי חפותו לאור חומר הראיות הגלוי. רוצה לומר, כי עתירה לגילוי ראיה, המוגשת על ידי הסנגוריה עוד לפני שהנאשם הציג את קו הגנתו היא עתירה מוחלשת מיניה וביה. כפי שנאמר לא אחת בפסיקה, השאלה אם חיסוי ראיות מסוימות עלול לפגוע בזכותו של הנאשם למשפט הוגן אינה שאלה תיאורטית והיא נבחנת, בין היתר, על רקע מיקומה של הראיה בשדה המריבה בין הצדדים ולאחר שבקעת המחלוקת נגלתה לעיני בית המשפט (בש"פ 6392/97 בלביסי נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 176, 181 והאסמכתאות שם)" (בש"פ 120/10, פסקה 23).

לאי חשיפת קו הגנה כבר בשלב המענה להקראת כתב האישום, עשוי להיות מחיר ראייתי נוסף. בדומה לנאשם השומר על זכות השתיקה ואינו מעיד במשפטו, הדבר עלול להוות חיזוק לראיות התביעה, נוכח הוראת סעיף 152(ב) לחסד"פ, הקובעת כלהלן:

תשובת הנאשם לאישום

152. (א) לא בוטל האישום מכוח טענה מקדמית, ישאל בית המשפט את הנאשם מה תשובתו לאישום; הנאשם רשאי שלא להשיב, ואם השיב, רשאי הוא בתשובתו להודות בעובדות הנטענות בכתב האישום, כולן או מקצתן, או לכפור בהן, וכן לטעון עובדות נוספות בין אם הודה כאמור ובין אם לאו; השיב הנאשם באחת הדרכים האמורות, רשאי בית המשפט לשאול אותו שאלות, ובלבד שהשאלות לא יחרגו מהדרוש להבהרת תשובת הנאשם; תגובת הנאשם יכול שתיעשה על ידי סניגורו.

(ב) הימנעות הנאשם להשיב לאישום או לשאלות בית המשפט כאמור בסעיף קטן (א) עשויה לשמש חיזוק למשקל הראיות של התביעה; בית המשפט יסביר לנאשם את תוצאות הימנעותו.

ודוק: אכן, סעיף זה אינו מתייחס ישירות לקו הגנה, אך ברי כי למתן תשובה לאישום ולשאלות הבהרה של בית המשפט יש זיקה קרובה והדוקה לקו ההגנה של הנאשם.

37. כשלעצמי, לא אכחד כי איני מייחס חשיבות כה רבה לזכותו הדיונית של הנאשם שלא לחשוף את קו הגנתו, וזאת מטעם נוסף. נאשם אשר ממתין לסוף שמיעת ראיות התביעה עד להצגת קו הגנתו, מסתכן בכך שבית המשפט יראה בכך

כל הזכויות שמורות לאתר פסקי דין - judgments.org.il ©

ניסיון להתאים את גרסתו בדיעבד לעדויות שנשמעו (וראו: יצחק עמית "על הצורך בשינוי בהליך הפלילי" הסניגור 83 ,5 8 (2004)).

עוד בהקשר זה אציין כי על פי הדין האנגלי, ככל שההגנה מבקשת לעיין בחומר נוסף לזה שהועבר אליה על ידי התביעה, עליה להבהיר את קו ההגנה של הנאשם (Criminal Procedure and Investigations Act, 1996, c.25 § § 7A(5), 8(2) (Eng.); ARCHBOLD: CRIMINAL PLEADING, EVIDENCE AND PRACTICE 1480 (P. J. RICHARDSON ed.,2014); ANDREW ASHWORTH & MIKE REDMAYNE, THE CRIMINAL PROCESS 241-245 (3rd. ed. 2005)) (ביקורת על הכלל)). לצד כלל זה יש לשים לב לכך שהדין האנגלי מתייחס באופן שונה מזה הישראלי לנושא העיון במסמכים, והוא קובע כי יש למנות לצוות החקירה המשטרתי "קצין לענייני גילוי" (Discovery Officer) אשר יהיה אחראי, בין יתר חובותיו, לזהות עוד במהלך החקירה מידע שעשוי לסייע להגנת הנאשם ולדווח עליו לתובע, וכן לבחון פעם נוספת את כלל החומרים בתיק לאחר גילוי קו ההגנה, על מנת לאתר מידע שעשוי לסייע לנאשם (Criminal Procedure and Investigations Act 1996 (Code of Practice) Order 2015 (Eng.)). מכאן, שלצד דרישת גילוי קו ההגנה על-ידי הנאשם, חלות על רשויות החקירה והתביעה חובות שנועדו להבטיח את זכותו של הנאשם לעיין בחומרי החקירה, שאינן קיימות במקומותינו.

סיכום ביניים ו"הערת אזהרה"

38. פרסתי בקווים כלליים את המתווה בו יש לטעמי לפעול לגבי תוצרים דיגיטליים: סיווג ומיפוי ראשוני של הקבצים ייעשה על ידי התביעה, ולאחריו, זכאית ההגנה לבקש חיפוש מושכל על פי חיפוש ממוקד או טכנולוגיה ישימה אחרת, והכל בגבולות הסביר, כאשר בחינת החומר תיעשה במשרדי התביעה. עוד קודם לכן, כבר בשלבים מוקדמים של ההליך, יש מקום לשיתוף פעולה בין הצדדים ברוח הדו"ח הפדרלי, מבלי להטריח כל שני וחמישי את בית המשפט. אף ניתן לשקול היעזרות בגורם "מתווך" שיקדם פתרון פרקטי. האינטרס של קידום ההליך משותף לשני הצדדים, והמקרה הנוכחי הוא דוגמה שלילית שממחישה את העיכובים והקשיים המתעוררים בהיעדר שיתוף פעולה.

39. בנקודה זו אחזור ואדגיש וארשום הערת אזהרה כי איני מתיימר ליצור הלכה כללית וגורפת לגבי אופן גילוי ועיון בתוצרים דיגיטליים.

ראשית, עומדים אנו אך בראשית הדרך בנושא זה, שיש להניח כי בעתיד נידרש לו חדשות לבקרים בתכיפות הולכת וגוברת. כפי שהעידה העוררת על עצמה, היא נוקטת בדרך של "ניסוי, טעיה ותהייה". ימים יגידו, ויש לבחון את הדברים ממקרה למקרה, ושמא התפתחויות טכנולוגיות תאפשרנה דרכים מתוחכמות של מיון וסינון, מה שעשוי להשפיע על היקף העיון והגילוי. לא למותר לציין כי במסגרת הערר דכאן, לא נפרסה בפני התשתית הטכנולוגית הקיימת כיום, למשל, לגבי שחזור קבצים שנמחקו, לגבי אופן הצגת התוצרים הדיגיטליים (האם מיילים מוצגים כשרשור, או האם לצדSMS מוצגים גם המוען, הנמען ומועד השליחה, וכדומה), לא הוגשו חוות דעת מומחים בנדון, ולא נתברר מהן הטכנולוגיות הקיימות לאיתור, מיון וסיווג המידע הדיגיטלי. העוררת עצמה ציינה כי בימים אלה נערכת עבודת מטה בנושא, וכפי שהראיתי לעיל, במדינות

כל הזכויות שמורות לאתר פסקי דין - judgments.org.il ©

הים הוקמו ועדות והוצאו הנחיות בסוגיה זו. יש לקוות כי כך ייעשה, ובהמשך הדרך יגובש נוהל הנוגע למתודת החיפוש, העיון והתיעוד בתוצרים דיגיטליים.

שנית, ועיקרו של דבר. כל תיק ונסיבותיו הקונקרטיות, כל עד ונסיבותיו. כפי שבענייני מעצרים נוהגים אנו ב"תפירה ידנית", כך בנושאי גילוי ועיון בכלל, ובתוצרים דיגיטליים בפרט, יש לנהוג על פי התיק ונסיבותיו, ובהתאם לכך לגזור את ההחלטה. הכל על פי מיהותו של העד שהחומר נתפס והועתק ממחשבו/מהטלפון הנייד שלו, מהותו של החומר, הפוטנציאל שלו להגנתו של הנאשם, זהות המשתמש במחשב ומידת השימוש בו, גדרי המחלוקת, היקף החומר שנתפס והועתק, היקף החומר המתבקש, משאבי התביעה וההגנה ועוד. לא תיק רצח כתיק של חטיפת ארנק, לא עד מדינה כעד תביעה ניטרלי או כנפגע עבירת מין, לא עד מרכזי כעד אחר, לא השימוש של עד פלוני במכשיר הטלפון הנייד או המחשב כשימושו של עד אחר, ועוד. האיזונים השונים, היקף הגילוי והעיון, החשש לפגיעה בהגנה עקב חשיפת קו ההגנה - כל אלה עשויים להשתנות ממקרה למקרה, ואין להיתפס לכלל גורף אחד.

40. והערה נוספת לפני סיום. כפי שציינתי לעיל, לא נפרסה בפני התשתית הטכנולוגית הקיימת כיום לצורך מיצוי המידע. ממילא, לא התייחסתי לשאלת התוכנות והטכנולוגיות העומדות כיום לרשות רשויות החקירה והתביעה לצורך מיצוי המידע הדיגיטלי, ולשאלה אם ההגנה יכולה להציע או "לתרום" טכנולוגיות משל עצמה. לנושאים אלה עשויות להיות השלכות נוספות, כמו לעניין עלויות החיפוש, אופי התיעוד, האם ניתן לחסות טכנולוגיות מסוימות ועוד.

ומהתם להכא

41. הערת האזהרה שרשמתי לעיל, מודגמת היטב בתיק שבפנינו, נוכח הצטברות של נסיבות ייחודיות לתיק זה.

ראשית, ייתכן שהעוררת אחרה את הרכבת, לאחר שלא הגישה ערר במועד על ההחלטה הראשונה, בה כאמור נקבע כי יועברו למשיבים סוגי קבצים שונים, פרט לחומר שיש מניעה מלעיין בו או שאינו רלוונטי, וכי המשיבים יעיינו בחומר במשרדי מח"ש. לגישת העוררת, משתמע כי ההחלטה הראשונה קבעה מה וכיצד יש לחשוף בעוד ההחלטה השנייה קבעה דרך אחרת לגילוי ועיון בחומר. העוררת טענה כי קיבלה עליה את עולה של ההחלטה הראשונה, והצהירה כי בתיק הנוכחי היא משלימה עם ההחלטה. הערר מופנה אפוא הלכה למעשה אך למנגנון המיון הטכני שנקבע על ידי בית משפט קמא בהחלטה השניה.

אך אין זה מדויק לתאר את ההחלטה הראשונה כהחלטה מהותית ואת ההחלטה השניה כהחלטה טכנית בלבד. כבר בהחלטה הראשונה נקבע כי החומר המבוקש כולל אנשי קשר, מסרונים, הודעות ווטסאפ, דוא"ל, מיקומים ורשימת האפליקציות שהותקנו בטלפון. עוד נקבע בהחלטה הראשונה כי לא ניתן לערוך חיפוש על פי מילות חיפוש בנסיבות המקרה המיוחדות בעניינו וקיים חשש שחומר רלוונטי לא יתגלה בחיפוש רגיל על פי מילות חיפוש מקובלות. מכאן, שקו החיתוך שמבקשת העוררת לעשות בין ההחלטה הראשונה לשניה, בין ה"מה" לבין ה"איך", אינו כה חד כפי שנטען. משהשלימה העוררת עם ההחלטה הראשונה, היא מושתקת מלטעון כיום כי ניתן לערוך חיפוש מושכל על פי מילות חיפוש בלבד. ממילא, אף אני איני נדרש לבחון ולבקר את האמור בהחלטה זו.

כל הזכויות שמורות לאתר פסקי דין - judgments.org.il ©

שנית, הזכרנו לעיל כי העוררת ציינה לראשונה בתגובתה המשלימה בכמה פריטים מדובר, מבלי לסווג ולמיין את הפריטים, כך שכיום ידוע כי בשלושת הטלפונים הניידים של מלכה נמצאו כ-218,000 פריטים ובמחשב שלו כ-206,000 פריטים. עוד נטען כי בשמונה ימי עבודה של התביעה ושל ההגנה הועברו מעל 10,000 פריטים שהם פחות מ-5% מהחומר של הטלפונים בלבד. מדובר לכאורה במספר רב של פריטים שעדיין יש לבחון, אך בהיעדר מיון ומיפוי ראשוני, ספק אם אכן כך הדבר. לדוגמה, בהיעדר סיווג של הפריטים לסוגי קבצים ופירוט כמויות הקבצים מכל סוג, אין כל דרך לדעת האם התביעה הכלילה במספרים אלה סוגי קבצים שאינם מכילים תוכן (כמו קבצי מערכת, או קבצי אפליקציות שאינן אפליקציות תוכן). כמו כן, בהנחה שההגנה מעוניינת בהתכתבות בין מלכה לעדת המדינה נוכח הטענה שהשניים הכינו עצמם ל"יום שחור", ראוי להבהיר מה מספר הודעות הווטסאפ והמסרונים בין השניים מתוך כלל הפריטים? שמא מדובר במספר קטן יחסית שעשוי להצדיק הטלת חובה על התביעה למיון וסינון פרטני? ואכן, ההגנה טענה בדיון בפני, כי במקרה שבפנינו אין מדובר בחומר רב היקף. בדיון בפני בית משפט קמא טענה ההגנה כי "הגענו לחלק קטן מהטלפון ואותו צריך להעביר. צריך בשיטת המסננת הגסה תעשה סינון ראשוני תעביר, וכשנישאר עם חלק קטן תעשה עליו סינון במסננת דקה" (עמ' 13 שורות 7-10 לפרוטוקול מיום 4.7.2017).

שלישית, כבר הועברו כעשרת אלפים פריטים להגנה (כולל מיקומים, מסרונים, הודעות ווטסאפ, שיחות והיסטוריית גלישה). בעקבות ההחלטה הראשונה, הגיעו באי כוח הנאשמים למשרדי התביעה ועיינו בכל החומר, ולא תמיד תוך שימוש במילות חיפוש (הודעת העוררת מיום 27.6.2013 לפיה הסניגורים מוזמנים להגיע למשרדי המאשימה מדי יום ברצף בין השעות 08:30 - 22:00 כדי לעיין בתוכן הטלפונים הניידים - סעיף 15 בנספח כו להודעת הערר). אף עולה כי בתחילת הדרך, נתאפשר להגנה לסרוק את החומר מייל אחר מייל, מסמך אחר מסמך: "[...] הם לפחות אתמול עוברים מייל מייל, קוראים אותו" (פרוטוקול מיום 4.7.2017 עמ' 11 שורה 29). כך, ההגנה נחשפה לחומרי המחשב והטלפונים הניידים וסיננה וחיפשה בנוכחות החוקרים מתוך החומר. אציין כי ההגנה אף אישרה בפה מלא כי נחשפה גם לחומרים שיש בהם פגיעה בפרטיותו של מלכה, אך מיהרה להחזירם ולא לעשות בהם שימוש. מכאן, שבחלקו, הערר הפך כבר לתיאורטי. בנוסף, נוכח העבודה שכבר נעשתה בתיק, איני מוצא כי נכון להורות כעת על "השבת הגלגל לאחור" ועל ביצוע אותו אפיון ראשוני שיידרש מעתה ואילך מתיקים המכילים נפח רב של מידע דיגיטלי.

רביעית, בתיק זה כבר נעשו טעויות, שייתכן כי בחלקן אינן הדירות, כמו אי תיעוד בזמן אמת של החיפוש המושכל שביצעה המאשימה והאופן והמתודיקה בהם פעל חוקר המחשבים.

42. לכך יש להוסיף את המאפיינים הייחודיים הבאים:

(-) מלכה הוא עד מדינה שהורשע ונדון. אכן, גם עד מדינה זכאי למתחם ומרחב של פרטיות, וגם לזכותו עומדים החסיונות השונים, והוא אינו נדרש "להתפשט" לחלוטין בפני הנאשם. הדברים נכונים ביתר שאת לגבי צדדים שלישיים שעמם היה עד המדינה בקשר כזה או אחר, ופרטיותם אף היא עשויה להיפגע. כך, בעניין אולמרט, הוריתי להחזיר תיבת הדוא"ל של עדת המדינה שהועברה להגנה בטעות, וכך אמרתי שם:

כל הזכויות שמורות לאתר פסקי דין - judgments.org.il ©

"במסגרת ההליך דנן, איני נדרש לקבוע מסמרות בשאלה מה היקף הגנת הפרטיות לו זכאי עד מדינה בהשוואה, לדוגמה, למתלוננת בעבירת מין. במישור המשפט האזרחי יש הגורסים כי תובע אינו יכול להישמע בטענה כי זכותו לפרטיות גוברת על חובתו לחשוף בפני הנתבע ראיות (רע"א 8551/00 אפרופים שיכון וייזום (1991) בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 102 (2000); רע"א 8019/06 ידיעות אחרונות בע"מ נ' מירב לוין (13.10.2009)). אלא שעד מדינה אינו תובע במשפט אזרחי. קיים אינטרס ציבורי להגן ולעודד עדי מדינה, ועל-כן אין לדוש בעקבינו את אינטרס הפרטיות של עד המדינה.מנגד, לא דומה מתלוננת בעבירת מין שנגררה להליך בעל כורחה לאחר שנפלה קרבן לעבירה פלילית, לעד מדינה שבעצם הסכמתו לשמש כעד מדינה מוותר מראש על חלק מההגנות העומדות לעד רגיל" (הדגשה הוספה - י"ע).

עם זאת, עד מדינה אינו כקרבן עבירה ואינו כעד תביעה רגיל. בהיותו עד מדינה הוא מתחייב מלכתחילה לשקיפות מלאה, כך שהציפיה שלו להגנה מלאה על פרטיותו נמוכה מזו של עד רגיל. עד מדינה הוא נוגע בדבר, ומטבע הדברים, מפלס החשדנות כלפיו גדול יותר, וגם יש בכך כדי להקרין על מידת הנכונות לחשוף יותר חומר שמקורו בתוצרים דיגיטליים, מאשר לגבי עד רגיל.

(-) במסגרת תפקידיו במשטרה מלכה רכש ידע נרחב ומומחיות בכל הנוגע לחיפושים במדיה דיגיטלית, בהצפנה ובשליטה באחסון החומר באופן שיקשה על גילויו. בית משפט קמא ציין בהחלטה הראשונה, כי באי כוח המשיבים פירטו בפניו דרכים אפשריות למנוע איתור החומר בחיפוש רגיל על פי מילות חיפוש, וכי אין מדובר בחשש ערטילאי, נוכח המניפולציות שביצעו הנאשמים ומלכה, ומכאן שייתכן כי חיפוש על פי מילות חיפוש מקובלות לא יצלח.

(-) למכשירי הטלפון מעמד מרכזי בחומרי החקירה.

להבדיל ממקרים אחרים, אין מדובר בראיה אגבית, שיכולה ללמד באופן נקודתי על נתון כזה או אחר, כמו מיקום העד בתאריך מסוים. מערכות היחסים בין המעורבים בפרשה היו מורכבות, התפרסו על פני תקופה ארוכה, והגבולות בין יחסי עבודה-פעילות עבריינית-יחסים אישיים קרובים, היטשטשו. מכשירי הטלפון שימשו לביצוע העבירות כפי שעולה מכתב האישום עצמו. כך, בחלק הכללי של כתב האישום מתוארת שיטת הפעולה של הנאשמים, כלהלן: מלכה יצר כתובת אי-מייל שכונתה 'אלפוניו 7' שאליה העביר את החומרים האסורים לפישר, כאשר בד בבד היה שולח הודעת ווטסאפ לעדת המדינה להיכנס ל-7, וזו הייתה מדפיסה את החומרים החסויים ומעבירה לפישר. כן נהג מלכה להעביר למשיב מידע חסוי באמצעות הודעות ווטסאפ. חלק זה של כתב האישום מדבר בעד עצמו וממנו עולה כי הטלפונים הניידים עומדים במרכז החקירה.

לטענת ההגנה, על מעמדם המרכזי של הטלפונים הניידים ניתן ללמוד גם מכך שהחקירה עצמה התבססה על חיפושים במכשירים הניידים של המעורבים, ובפרט של מלכה ועדת המדינה, כפי שעולה גם מכתב האישום המצטט הודעות ווטסאפ. לטענת ההגנה, במהלך חקירתם של מלכה ועדת המדינה, נעשה גם שימוש בנתונים שהופקו מתוך הטלפונים הניידים שלהם, שאינם קשורים כלל לחקירה, כולל שימוש בפרטים אינטימיים, וזאת על מנת לשבור את רוחם.

כל הזכויות שמורות לאתר פסקי דין - judgments.org.il ©

לגישת ההגנה, מכשירי הטלפון של מלכה ועדת המדינה שימשו לשיבוש הליכי החקירה. גם לכך ישנם תימוכין בכתב האישום, שם נכתב בחלק הכללי כי לאחר פתיחת החקירה, מלכה ופישר פעלו לשיבוש חקירתם, ועקב כך נקלעה החקירה למבוי סתום עד שעלה בידי החוקרים לחדור לטלפונים הניידים שלהם.

טענה זו מתקשרת לרמת התחכום והמומחיות שמייחסת ההגנה למלכה. לשיטת ההגנה, מלכה ביצע ברוב תחכומו פעולות שיבוש ומניפולציה בטלפונים, מאחר שלאחר מעצרו הראשון הוא צפה וחזה את "היום שאחרי", היום בו יעמוד לדין פלילי. מלכה ועדת המדינה עמדו בקשר יומיומי אינטנסיבי בנושאים הקשורים לכתב האישום הן בתקופת ביצוע העבירות, והן בתקופה שבין המעצר הראשון של מלכה בחודש יולי 2014 ועד למעצרו בסוף חודש אפריל 2015, כאשר החקירה חודשה. המשיבים הצביעו על קטעים מעדותה של עדת המדינה בחקירתה ובבית המשפט, ועל עדותו של מלכה בחקירתו במשטרה ובבית המשפט, מהם ניתן ללמוד על כך שהשניים ייחסו חשיבות רבה לחומר בטלפונים הניידים. בתקופה שבין חשיפת הפרשה ועד למעצר בחודש אפריל 2015, משך 8 חודשים, "טחנו את סיפור הפלאפונים" שמרו דברים "ליום שחור" תיאמו גרסאות, ודיברו ביניהם על המיילים שמלכה מחק ועל תיבת הדוא"ל 'אלפוניו 7' שמחק טרם מעצרו, וכן פריטים רבים שנמחקו מהטלפון שלו, שאותם ניתן לשחזר גם לשיטת חוקר המחשב מטעם המאשימה. מכל אלה עולה כי מלכה ביצע פעולות רבות במכשירי הטלפון לאורך חודשים רבים, הן במועד ביצוע העבירות והן בשלב ההכנה לקראת החקירה, וייתכן כי גם הכין עצמו להפליל אחרים על מנת לשפר את מצבו.

לטענת ההגנה, לאור השימוש האינטנסיבי בטלפונים הניידים לביצוע העבירות ולשיבוש החקירה, ניתן לשער כי יש בתוצרים הדיגיטליים תרומה פוטנציאלית להגנתו של פישר והנאשמים הנוספים.

(-) הזכרנו כי החיפוש שנערך על ידי חוקר המחשבים של המשטרה לא תועד כהלכה. החיפוש עצמו לא העלה כמעט דבר. על פניו, דומה כי מדובר בחיפוש לא מעמיק בטלפון הנייד בלבד, חיפוש מינימלי בחתך של מספר שמות שנבחרו על ידי החוקרים, אשר לא הכיל מילות חיפוש שאך טבעי היה להשתמש בהן. לאור המעמד המרכזי של הטלפונים הניידים בביצוע העבירות ובשיבוש החקירה, כפי שעולה מכתב האישום גופו, דומה כי יש ממש בטענת ההגנה שלא נערכו חיפושים כדבעי בתיבת הדוא"ל של מלכה או בווטסאפ, ועשויה להתעורר השאלה אם 'חזקת החיפוש המושכל', שהוזכרה לעיל, עומדת בעינה גם במקרה דנא.

43. על רקע הנסיבות הייחודיות דלעיל, חוזרת השאלה למקומה - כיצד ניתן לצאת מהמבוי הסתום אליו נקלעו הצדדים בעקבות המחלוקת ביניהם לגבי יישום החלטות בית משפט קמא? כל זאת, כאשר ממעל לתביעה מרחפת התראתו של בית המשפט בתיק העיקרי, כי אם לא יהיה ניתן להתחיל בחקירה הנגדית של מלכה מחמת עיכוב הנעוץ במאשימה, יהיה מקום לשקול את ביטול כתב האישום.

44. ההגנה טענה כי היקף החומר אינו כה גדול כפי שנטען, כי מדובר באלפי קבצים לכל היותר, וכי התביעה לא הוכיחה טענתה שמדובר בחומר רב. אכן, בהשלמת תגובתה, ציינה העוררת לראשונה את היקף הפריטים בטלפונים הניידים ובמחשב, אך כפי שציינתי לעיל, יש להניח כי במיפוי ראשוני של סוגי הפריטים ניתן לסלק על הסף חלק נכבד מהם.

כל הזכויות שמורות לאתר פסקי דין - judgments.org.il ©

ואכן, ההגנה טענה כי מבחינתה, החומר כולל לכל היותר אלפי קבצים רלוונטיים, במספר מאגרים וספריות שאליהם התייחסה ההחלטה הראשונה, כך שמדובר בימי עבודה ספורים של עורך דין, מתמחה או חוקר. מה עוד, שביני לביני, נחשפה ההגנה כבר לכ-10,000 פריטים.

אני נכון לקבל אפוא טענת ההגנה כי אין מדובר בחומר רב.

45. אך כיצד לסנן את החומר באופן שיקל עוד יותר על מלאכתה של ההגנה וגם ימנע פגיעה בחסיונות, בפרטיות של מלכה ושל צדדים שלישיים או בערכים מוגנים אחרים?

מלכה הציע כי הוא עצמו יסנן את החומר, והצעה זו הייתה מקובלת בשעתו על העוררת, שביום 20.7.2017 פנתה למשיבים בהצעה זו (נספח 3 לטיעון המשיב 6). לא אכחד כי על פניו יש לכאורה טעם לפגם בהצעה זו, בבחינת הצבת החתול לשמירה על השמנת. אלא שבמחשבה שניה, איני סבור כי מדובר בהצעה מופרכת. בסופו של דבר, החשש העיקרי הוא לפגיעה בחסיון עו"ד מלכה-לקוחותיו, ובפרטיותו של מלכה ושל צדדים שלישיים הקשורים עמו. מכאן הצעת מלכה כי הוא עצמו יגיע למשרדי התביעה, יערוך סינון בכל הקבצים הדיגיטליים ויסמן את אלה שלגישתו-שלו אין לעיין בהם מטעמי חסיון ופרטיות. ודוק: מובן כי מלכה לא יהיה הפוסק האחרון בסוגיה. לאחר מכן, העוררת תבקר את המיון הראשוני שיבוצע על ידי מלכה, תבחן אם אכן היה מקום ל"פסילת" החומר על ידי מלכה, ויתרת החומרים תועבר למשיבים.

נראה כי דרך זו מקובלת גם על ההגנה. בדיון ביום 4.7.2017 הפנתה ההגנה לכך שעדת המדינה ערכה בעצמה סינון ראשוני, והציעה להחיל אותו הסדר גם על מלכה "מכיוון שאלה המסננות שאנחנו קיבלנו מהטלפון של ע' אנחנו חושבים שאנחנו צריכים לקבל את אותם סינונים [...]. כמו שע' יכלה לעשות את זה במשך שעתיים הם יכלו לעשות את זה עד עכשיו. כמו שהיא עשתה את זה יתכבדו ויעשו את זה. בסופו של דבר שנגיע למשהו שאנחנו לא מסכימים עליו נגיע לבית המשפט ויתן החלטה כן או לא".

46. הגיעה אפוא העת לשים קץ לסאגה הבלתי נגמרת שבפנינו. המיון הראשוני של מלכה אינו אמור לארוך זמן. עוד קודם לכן, בדיון שהתקיים בפני בית המשפט הצהיר בא כוחו של מלכה כי הוא מעריך שתוך יום או יומיים יתאפשר לו להשלים את סינון החומר וגם לשיטתו "אין כל כך הרבה חומר בתיק הזה" (פרוטוקול מיום 7.8.2017 עמ' 22 שורות 11-21). לשם הזהירות, מלכה יקבל שלושה ימי עבודה לצורך מלאכת הסינון.

לאחר מכן, התביעה תסיים תוך שלושה ימי עבודה לבקר את מלאכתו של מלכה.

ההגנה תהא רשאית לחפש ולעיין ביתרת החומר במשרדי התביעה, על פי ההסדר אליו הגיעו הצדדים בעבר לגבי שעות העיון ודרך העיון, למשך חמישה ימי עבודה נוספים בלבד. בכך תמצה ההגנה את העיון, והתביעה נדרשת כמובן לשיתוף פעולה מלא. מובן כי אם למרות הסינון והמיון המוקדם ההגנה תתקל בחומרים שיש בהם משום פגיעה בחסיונות, פרטיות ואינטרסים נוגדים אחרים, עליה להחזיר החומר לידי התביעה.

כל הזכויות שמורות לאתר פסקי דין - judgments.org.il ©

בהינתן היקף החומר המועט, לגישת ההגנה עצמה, חזקה כי המועדים שנקצבו לעיל יספיקו לאיתור וגילוי החומר הרלוונטי הנמצא בליבת הדברים, ומה שלא יאותר בתוך פרק זמן זה, נמצא מן הסתם בשוליים ובפריפריה.

הצדדים רשאים להגיע להסדרים נוספים או אחרים בהסכמה ביניהם. ככל שתתגלע מחלוקת בין הצדדים לגבי פריט כזה או אחר, יפנו לבית משפט קמא להכרעה בנושא.

ניתנה היום, ה' באלול התשע"ז (27.8.2017).

ש ו פ ט

כל הזכויות שמורות לאתר פסקי דין - judgments.org.il ©