



בש"פ 5913/16 - מקסים אזולאי, יובל זנזורי נגד מדינת ישראל

בית המשפט העליון

בש"פ 5913/16

לפני: כבוד השופטת א' חיות

העוררים: 1. מקסים אזולאי

2. יובל זנזורי

נגד

מדינת ישראל

המשיבה:

ערר על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו מיום 24.7.2016 במ"ת 10258-03-16 שניתנה על ידי כבוד השופט ב' שגיא.

בשם העורר 1: עו"ד שמעון חוג'ה; עו"ד ירון ברזילי

בשם העורר 2: עו"ד משה מרוז; עו"ד חיים לנקרי

בשם המשיבה: עו"ד יעל שרף; עו"ד שרית שמש

החלטה

ערר על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (השופט ב' שגיא) במ"ת 10258-03-16 מיום 24.7.2016 בה נדחתה בקשת העוררים לקבלת חומרי חקירה לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי).

1. ביום 6.3.2016 הוגש נגד העוררים, מקסים אזולאי (להלן: אזולאי) ויובל זנזורי (להלן: זנזורי), כתב אישום המייחס להם עבירות של קשירת קשר לביצוע פשע; ניסיון לייבוא סמים מסוכנים; וייבוא סמים מסוכנים. כמו כן מייחס כתב האישום לזנזורי בלבד



עבירות של הריגה; השמדת ראייה; ושיבוש הליכי משפט. על פי האישום הראשון העוררים ויריב קובלסקי (להלן: קובלסקי) קשרו קשר עם רפי פיראואנדי (להלן: רפי) המתגורר בהולנד במטרה לייבא קוקאין מאמסטרדם לישראל. במסגרת הקשר הוסכם כי קובלסקי יטוס לאמסטרדם על מנת להיפגש עם רפי ואחרים שימסרו לו סמים וכן הוסכם כי את הסמים שיקבל יעביר קובלסקי לאחר (להלן: הבלדר) שיכניס אותם לישראל. כעבור מספר ימים, ולאחר שקובלסקי נפגש עם רפי באמסטרדם וסיכם עמו כי ימסור לו קוקאין במשקל של 200 גרם, התחרט הבלדר ולא היה מעוניין עוד להכניס את הסמים לישראל. משכך ומשניסיונות לייבא את הקוקאין ארצה בדרך אחרת כשלו חזר קובלסקי לישראל. על פי האישום השני, לאחר שובו לישראל נפגש קובלסקי עם העוררים מספר פעמים על מנת לנסות ולהוציא את הקשר לפועל. באחד מן המפגשים פגש זנזורי את חברו של קובלסקי (להלן: המנוח) אשר שיתף אותו בקשייו הכלכליים ובחובות שצבר ובמועד כלשהו שידל זנזורי את המנוח לטוס לאמסטרדם ולייבא את הסמים ארצה על-ידי בליעתם ונשיאתם בגופו תמורת סך של 50,000 ש"ח. המנוח וקובלסקי טסו לאמסטרדם שם נפגש קובלסקי עם רפי ואחרים אשר העבירו לו קוקאין במשקל של כ-468 גרם. את הקוקאין שקיבל העביר קובלסקי למנוח אשר ארז את הקוקאין ב-69 חבילות ובלע אותן קודם טיסתו חזרה לישראל. בסמוך לאחר שובו ארצה נפגש המנוח עם זנזורי וקובלסקי במשרדו של קובלסקי וכעבור זמן מה חש ברע והחל לפרס. מספר ימים לאחר מכן נקבע מותו של המנוח כתוצאה מדליפת קוקאין בגופו. על פי האישום השלישי, בעת שהמנוח קיבל טיפול רפואי לקחו זנזורי וקובלסקי מזוודה שעמה שב המנוח מאמסטרדם ונסעו לבית חברו של זנזורי ממנו ביקשו להחביא את המזוודה במטרה לשבש הליכי משפט. חברו של זנזורי סירב לבקשה זו ועל כן, נסעו קובלסקי וזנזורי לביתו של אדם אחר אשר הסכים להותיר בביתו את בגדיו של המנוח בלבד. בסמוך לאחר מכן לקחו קובלסקי וזנזורי חפצים אחרים של המנוח וטמנו אותם באדמה ואת המזוודה השליך זנזורי לפח. לבסוף השמיד קובלסקי את כל החפצים שבהם נגע המנוח בעת ששהה במשרדו. להשלמת התמונה יצוין כי נגד קובלסקי הגישה המדינה כתב אישום נפרד.

2. בד בבד עם הגשת כתב האישום נגד העוררים הגישה המדינה בקשה לעצורם עד תום ההליכים. ביום 29.3.2016 נעתר בית המשפט לבקשת המדינה והורה על מעצרו של אזולאי עד תום ההליכים וביום 8.5.2016 הורה על מעצרו של זנזורי עד תום ההליכים. בין חומרי החקירה שהועברו להגנה נמסר לה דיסק המכיל קבצים שונים ובהם מסרונים קוליים (הודעות שמע) שהופקו ב-WhatsApp והועתקו על-ידי המשטרה מטלפון סלולארי מסוג Samsung Galaxy S5 שבו השתמש קובלסקי (להלן: הדיסק). ביום 7.6.2016 הגיש אזולאי בקשה לקבלת חומרי חקירה לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי בה עתר, בין היתר, לקבלת החומרים שנתפסו בשלושה טלפונים סלולאריים אשר שימשו את קובלסקי העשויים, לטענתו, להיות רלוונטיים להגנה. בבקשה נטען כי הקבצים המצויים בדיסק שהועבר להגנה הינם קבצים חלקיים וקטועים של מסרונים קוליים שהעביר קובלסקי לאחרים וכי מסרונים כתובים שיש להניח שקובלסקי שלח באמצעות ה-WhatsApp כלל לא נמצאים בו. כמו כן נטען כי המסקנה לפיה חומר החקירה שהועבר לידי ההגנה הינו חלקי וחסר, מסתברת גם בשים לב לכך שבטבלת המ.ט. שהעבירה המדינה להגנה צוין כי קיימים 9 דיסקים המכילים חומר שנתפס בשלושת המכשירים הסלולאריים ששימשו את קובלסקי, ואילו להגנה נמסר דיסק אחד בלבד.

3. ביום 29.6.2016 התקיים דיון בבקשה לקבלת חומרי החקירה ובסופו קבע בית המשפט המחוזי דיון במעמד התביעה בלבד ליום 24.7.2016. באותו מועד האזין בית המשפט במשך מספר שעות למאות מסרונים קוליים ובסופו של יום החליט לדחות את הבקשה בקבעו כי המסרונים שלא הועברו להגנה אינם מהווים "חומר חקירה" כהגדרתו של מונח זה בפסיקה. בית המשפט ציין כי המסרונים הקוליים שהאזין להם נוגעים ברובם לעבודתו של קובלסקי כמתקין קירות גבס ואינם רלוונטיים ולו בדוחק להגנה. בית המשפט הוסיף וקבע כי חלק אחר של המסרונים הם אישיים ונוגעים לשיחות חולין של קובלסקי עם גורמים שאינם מעורבים או קשורים בדרך כלשהי לפרשה. עוד ציין בית המשפט כי האזין במשך שעות למאות מתוך למעלה מאלף מסרונים וקבע כי לצורך



הכרעה בבקשה הוא אינו נדרש להאזין לכל אחד ואחד מהמסרונים שהתבקשו, משום שאלו עברו סינון על-ידי המשטרה והתביעה ואילו בית המשפט משמש בהקשר זה "חגורת ביטחון שלישית".

4. מכאן הערר דנן בו טוענים העוררים כי בית המשפט שגה משקבע כי המסרונים שהתבקשו על-ידי ההגנה אינם מהווים חומר חקירה בהסתמך על האזנה חלקית בלבד לחלק מהמסרונים הקוליים שהתבקשו על-ידה. לטענתם המסרונים שנתפסו על מכשירי הטלפון השונים ששימשו את קובלסקי, עשויים להיות בעלי חשיבות מכרעת להגנה בהינתן העובדה שקובלסקי היה ה"רוח החיה" בפרשה ובשים לב לכך שמן הקבצים שהועברו להגנה עולה כי הוא יצר קשר עם אנשים נוספים (שאינם העוררים) בעת ששהה באמסטרדם לצורך הברחת הקוקאין ארצה. כמו כן נטען כי בית המשפט שגה בהתעלמו מבקשת העוררים להעביר לידם דיסקים נוספים הנמצאים ברשות המדינה אשר כוללים חומרים שנתפסו על מכשיר מסוג Samsung Galaxy S4 ומכשיר מסוג Nokia 10s שגם בהם השתמש קובלסקי, לטענתם. בהקשר זה נטען כי ההגנה לא קיבלה לידיה את הדיסקים הנזכרים וכן כי בית המשפט כלל לא ראה אותם או האזין לחומרים המצויים בהם. כמו כן נטען כי לדיסקים הללו יש חשיבות רבה להגנת העוררים בשים לב לכך שקובלסקי הודה כי שוחח עם רפי באמצעות ה-WhatsApp אך לשיחות אלו אין זכר בחומרים שהופקו ממכשיר ה-Samsung Galaxy S5 והועברו להגנה. מטעמים אלו מבקשים העוררים להורות למדינה להעביר לידם את קבצי ה-WhatsApp הרלוונטיים ולחלופין להתיר לבאי-כוחם להאזין בעצמם לקבצים במשרדי המאשימה. עוד מבקשים העוררים להורות למדינה להעביר לידם את הדיסקים הכוללים חומרים שאותרו על מכשירי ה-Samsung Galaxy S4 וה-Nokia 10s.

5. המדינה מצדה סומכת ידיה על החלטתו של בית המשפט המחוזי וטוענת כי היא עברה על כל החומרים שביקשה ההגנה ומצאה אותם בלתי רלוונטיים. כמו כן נטען כי העברת החומר המבוקש לידי ההגנה מהווה פגיעה בפרטיותו של קובלסקי. בנוסף מצהירה המדינה כי אין במסרונים שנתפסו על מכשירי הטלפון השונים שיחות כלשהן של קובלסקי עם רפי אשר לא הועברו לרשות ההגנה. לבסוף טוענת המדינה כי מכשיר ה-Samsung Galaxy S4 שימש את אשתו של קובלסקי ועל כן אין פלא שלא נמצא בו חומר רלוונטי לפרשה. לבסוף נטען כי על מכשירי ה-Nokia 10s לא נמצאו מסרונים כלל.

6. ביום 9.8.2016 התקיים דיון בערר דנן שבסופו התבקשה המדינה להגיש הודעה מעדכנת בנוגע לאפשרות הטכנית להפריד בין המסרונים הקוליים שנשלחו על-ידי קובלסקי ובין יתר המסרונים שאותרו על-ידי המדינה. כמו כן התבקשה המדינה לברר מה עמדתו של קובלסקי בכל הנוגע לאפשרות שמסרונים קוליים אלו יועברו לידי ההגנה. בהודעה המעדכנת שהגישה ציינה המדינה, בין היתר, כי מבדיקה שערכה עולה כי מבחינה טכנית לא ניתן לשייך קובץ שמע ספציפי לקובלסקי (אלא על ידי זיהוי קולו בכל אחד מן הקבצים) וכן לא ניתן להפריד בין מסרונים קוליים שנשלחו על-ידי קובלסקי ובין מסרונים קוליים שהתקבלו אצלו, אלא על-ידי מעבר על כל אחד מקבצי השמע בנפרד. עוד ציינה המדינה כי פנתה לקובלסקי בנוגע לאפשרות להעביר את המסרונים הקוליים שנשלחו על-ידו במלואם להגנה וכי הוא – באמצעות בא-כוחו – הביע התנגדות נחרצת לאפשרות זו, בין היתר, נוכח הפגיעה בפרטיותו.

7. דין הערר להידחות.

לנאשם בפלילים עומדת הזכות לקבל חומרי חקירה על מנת לאפשר לו לנהל את הגנתו כראוי תוך הכרת מלוא חומר החקירה הנוגע לעניינו (בש"פ 5124/13 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 6 (11.8.2013); בש"פ 2745/13 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה



6 (13.5.2013) (להלן: עניין פלוני)), וכבר נפסק כי הביטוי "חומרי החקירה" משמעו - כל חומר הקשור במישרין או בעקיפין לאישום וליריעה הנפרשת בהליך הפלילי נגד הנאשם (בש"פ 7990/14 מקונן נ' מדינת ישראל, בפסקה 7 והאסמכתאות הנזכרות שם (29.12.2014)). עם זאת נפסק כי הזכות לקבל חומרי חקירה אינה משתרעת על "ראיות שחשיבותן ונגיעתן לאישום הפלילי הספציפי הינה שולית ורחוקה מדי" (בש"פ 8406/12 אלמוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 11 (3.12.2012)) וכי על הנאשם להצביע על כך "שיש בחומר אשר בו הוא מבקש לעיין כדי להועיל להגנתו" (עניין פלוני, שם)). עוד נפסק כי "מלאכת מיון החומר שנאסף בתיק החקירה מסורה [...] בידי המשטרה והפרקליטות. הנחת היסוד היא כי גורמים אלה מבצעים את מלאכתם נאמנה ובאופן מקצועי ונטול פניות [...]". (בש"פ 7064/08 מדינת ישראל נ' ברקו, פ"ד סג(2) 453, 483 (2009) והאסמכתאות הרבות הנזכרות שם (להלן: עניין ברקו)) וכן נפסק כי לא כל חומר המצוי פיסית בידי התביעה מהווה בהכרח "חומר חקירה" (בש"פ 3642/04 סרפו נ' מדינת ישראל, בפסקה 6 (12.5.2004) (להלן: עניין סרפו)).

במקרה דנן לא שוכנעתי כי יש הצדקה לסטות מנקודת המוצא לפיה חזקה על גורמי התביעה כי עשו את מלאכתם נאמנה והעבירו להגנה את מלוא חומר החקירה הנוגע לעניינם. המשטרה ולאחר מכן הפרקליטות עברו על כל החומרים שנמצאו במכשירי הטלפון השונים אשר שימשו את קובלסקי והעבירו מתוכם לעוררים את מלוא החומרים שאותם מצאו רלוונטיים לאישומים דנן. בית המשפט המחוזי אף מצא לנכון - באופן חריג יש לומר - להאזין למאות מסרונים קוליים והגיע אל המסקנה כי אכן מדובר במסרונים שאינם רלוונטיים אף לא בדוחק לאישומים דנן וכי המשטרה והפרקליטות עשו את מלאכתם נאמנה במיון וסינון מלוא החומרים הללו.

8. 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 (ראו והשוו: בש"פ 10787/06 שחאדה נ' מדינת ישראל, בפסקה 6 ואסמכתאות הנזכרות שם (17.1.2007); עניין סרפו, בפסקה 6; עניין ברקו, בעמ' 489). בהקשר זה אציין כי לא מצאתי שנפל 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) (להלן: עניין מור)).

9. אשר לטענת העוררים כי קובלסקי העיד בחקירתו ששוחח עם רפי באמצעות ה-WhatsApp אך חומרים אלו לא הועברו לידי ההגנה. המדינה הצהירה בדיון שהתקיים בערר (פרוטוקול הדיון מיום 9.8.2016, בעמ' 4) - וככל הנראה גם בפני בית המשפט קמא - כי אין זכר לשיחות כאלו בחומרים שנתפסו על-ידה ובנסיבות אלה, לא ראיתי להורות למדינה להעביר לידי העוררים את החומר המבוקש על-ידם על מנת שיבחנו את הדבר בעצמם פעם נוספת (השוו: עניין מור, שם)). הוא הדין לגבי החומרים שנתפסו על מכשיר ה-Samsung Galaxy S4 אשר שימש את אשתו של קובלסקי, אותו בחנה המדינה ומצאה כי אין בו דבר רלוונטי להליך דנן, וכן ולדיסק המכיל את החומרים שנמצאו על מכשיר ה-Nokia 10s אשר עליו לפי הצהרת המדינה לא נמצאו מסרונים כלל (פרוטוקול הדיון מיום 9.8.2016, בעמ' 4). לבסוף לא מצאתי להיעתר לבקשתם החלופית של העוררים להאזין בעצמם למסרונים הקוליים במשרדי המדינה. כפי שכבר נפסק "עמדה זו יש בה משום היפוך תפקידים ויצרות ללא כל הצדקה עניינית, בזכרנו את נקודת המוצא



לפיה הרשות החוקרת היא הגורם המופקד על הטיפול בחומר חקירה שנאסף על ידה" (עניין ברקו, בעמ' 488).

מטעמים אלו כולם, הערר נדחה.

ניתנה היום, כ"ח באב התשע"ו (1.9.2016).

ש ו פ ט ת