



בש"פ 7746/18 - לורי שם טוב,מרדכי (מוטי) לייבל נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון

בש"פ 7746/18

בש"פ 8000/18

לפני: כבוד השופט ע' גרוסקופף

העוררים: לורי שם טוב

מרדכי (מוטי) לייבל

נגד

המשיבה 1: מדינת ישראל

עררים על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו
מיום 28.10.2018 בבע"ח 21420-09-18 שניתנה
על ידי כב' השופט אברהם הימן

תאריך הישיבה י' בכסלו התשע"ט (18.11.2018)

בשם העוררת 1: בעצמה

בשם העורר: עו"ד עדן פוליטקין; עו"ד ניר שניידרמן

בשם המשיבה 1: עו"ד נילי פינקלשטיין; עו"ד מירב גבע; עו"ד רותי פאוזנר

החלטה

עמוד 1



לפניי ערר על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כבוד השופט אברהם הימן) בבע"ח 21420-09-18 מיום 28.10.2018 שדחתה את בקשת העוררים לעיון בבקשה לעזרה משפטית שנשלחה על ידי משרד המשפטים הישראלי אל משרד המשפטים האמריקאי (להלן: "בקשת העזרה המשפטית"), ובחומרים נוספים הקשורים לבקשת העזרה המשפטית כגון צווים משפטיים שהוצאו, תכתובות המשך בין הגורמים המדוברים ותכתובות בינם לבין צדדים שלישיים וכו"ב.

רקע והשתלשלות העניינים

1. ביום 6.4.2017 הוגש כתב אישום נגד העוררים (העוררת בבש"פ 7746/18 והעורר בבש"פ 8000/18. להלן: "גב' שם טוב"-ו-"מר לייבל", בהתאמה) ונגד נאשם נוסף, שלישי במספר, שאיננו צד להליך זה (להלן: "הנאשם השלישי"). כתב האישום כולל למעלה מ-90 אישומים נגד העוררים והנאשם הנוסף (ובהמשך תוקן כתב האישום ונוספו עוד אישומים). לפי פרטי כתב האישום, שלושת הנאשמים הפעילו מערך אתרי אינטרנט ודפים ברשת החברתית "פייסבוק", בהם פרסמו באופן קבוע ושיטתי תכנים קשים ובוטים נגד עובדי ציבור, ובהמשך גם נגד אחרים שאינם עובדי ציבור, שהיו מעורבים בצורה כזו או אחרת בהליכים שעניינם הוצאת ילדים ממשמורת הוריהם ובהליכים הנוגעים למשמורת ילדים המנוהלים במערכת הרווחה ובבתי המשפט. בכך, על פי כתב האישום, קשרו יחד הנאשמים קשר לביצוע עבירות פליליות שונות נגד גורמי רווחה, גורמי מערכת המשפט וגורמים נוספים, שעניינם פגיעה בפרטיות, הפרת צווי איסור פרסום, העלבת עובדי ציבור, זילות בית המשפט, ואף הטרדות מיניות. כמו כן, השלושה נאשמים בפגיעה בטובת הקטינים המטופלים במערכות הרווחה והמשפט, בכך שפרסמו את פרטיהם החסויים, תמונותיהם, ואף פרטים של משפחות אומנות ומשפחות מאמצות, והכול במטרה לחבל בהליכי האימוץ של אותם קטינים.

2. ביום 13.9.2018 הגישו גב' שם טוב ומר לייבל לבית המשפט קמא בקשה לעיון בחומר חקירה לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן: "חוק סדר הדין הפלילי"). בבקשה נטען כי במסגרת החקירה שהתקיימה נגד הנאשמים פנה משרד המשפטים הישראלי אל משרד המשפטים האמריקאי בבקשה לעזרה, בהתאם לחוק עזרה משפטית בין מדינות, תשנ"ח-1998 (להלן: "חוק עזרה משפטית"). בבקשה זו ביקש משרד המשפטים הישראלי לקבל נתונים מחברת WordPress האמריקאית, המספקת פלטפורמה לבניית אתרים ובלוגים, אשר באמצעותה, על פי הנטען, הפעילו הנאשמים את מערך אתרי האינטרנט המתואר לעיל. במסגרת בקשת העיון התבקש לעיין בצווים שהוצאו על ידי בית המשפט בישראל ועל ידי בית המשפט בארה"ב לצורך קבלת הראיות מחברת WordPress, וכן לקבל פרפרזות של החומרים שנקבע לגביהם כי הם מהווים תרשומת פנימית. גב' שם טוב הוסיפה כי היא מבקשת לעיין גם בחומרים הבאים: צווים ובקשות הקשורים בהליכים משפטיים במדינות זרות אשר מכוחם חויבו חברת WordPress וחברות אחרות להמציא נתונים; מכתבים, פניות וצווים שהוחלפו בין משרד המשפטים הישראלי או האמריקאי לבין חברת WordPress וחברות אחרות, וכן חוות דעת משפטיות הקשורות בנושא; תכתובות בין המשטרה לבין משרד המשפטים בישראל בהקשר לקבלת הנתונים מהחברות הזרות; מסמכים הקשורים בהליכים משפטיים שנוהלו בישראל בעניין הליך עזרה משפטית בין מדינות; אישורי היועץ המשפטי לממשלה באשר להליכים אלה; פרפרזות של כל חומר מחומרים אלה אשר הוחלט שלא למסור לעיון ההגנה, לרבות פרטי הגורם המחליט בעניין זה ונימוקי החלטתו, וכן רשימה המסודרת באופן כרונולוגי וכוללת פירוט של כל חומרי החקירה המבוקשים.

3. להשלמת התמונה יצוין כי ביום 19.10.2017, ניתנה על ידי בית המשפט קמא החלטה בבקשה שהוגשה על ידי הנאשם השלישי בתיק (שאינו צד להליך זה), בה ביקש לעיין בכל המסמכים הקשורים לאותה בקשה לעזרה משפטית שהעביר משרד



המשפטים הישראלי אל משרד המשפטים האמריקאי. לאחר שעניין במסמכי הבקשה לעזרה משפטית ובנספחיה, בית המשפט קמא דחה בקשה זו תוך שקבע כי אין מדובר בחומר חקירה שלנאשם השלישי זכות עיון בו, שכן בקשה לעזרה משפטית מהווה תכתובת פנימית בין רשויות שאין בה כל פרט מהותי, חדש ורלוונטי לטענה שביקש הנאשם השלישי לבסס, וכי הבקשה לעזרה משפטית כוללת עיבוד של חומרי החקירה שהועברו לידי ההגנה. בקשת ערר על החלטה זו הוגשה לבית משפט זה, נדונה ונדחתה בבש"פ 9275/17 פלוני נ' מדינת ישראל (14.12.2017) (להלן: "עניין פלוני"). בהחלטה נקבע כי הראיות שהועברו על ידי הרשויות האמריקאיות במסגרת בקשת העזרה המשפטית הועברו להגנה. לעומת זאת, ההתכתבות בין הרשויות אינה על פי מהותה בגדר "חומר חקירה", והרצון לעיין בכל ההתכתבות של משרד המשפטים הישראלי עם מקבילו האמריקאי על מנת לאתר סטייה מהוראות החוק היא מקרה מובהק של "מסע דיג".

החלטת בית המשפט קמא

4. בית המשפט קמא דחה את בקשתם של גב' שם טוב ומר לייבל. נקבע כי הצווים השיפוטיים שהוצאו בישראל מצויים זה מכבר בידי ההגנה. אשר לצווים השיפוטיים שהוצאו בארה"ב נקבע כי חזקה שהרשויות האמריקאיות פעלו כחוק, ומשהצווים המבוקשים אינם נמצאים כלל בידי המשיבה, הרי שאין מקום לחייבה בהמצאתם שכן אין מדובר בחומר חקירה כהגדרתו בסעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי. כמו כן, נקבע כי רצונם של גב' שם טוב ומר לייבל לברר את חשדם כי בקשת העזרה המשפטית הוגשה שלא כדין, באמצעות עיון בכל הבקשות לעזרה משפטית שהופנו למדינות זרות, אינו מצדיק עיון בחומר שבהגדרתו ובמהותו אינו חומר חקירה, שכן חשד בלבד אינו מבסס רלוונטיות אלא מהווה ניסיון ל"מסע דיג", שמונע מתוך תקווה בלתי מסוימת וספקולטיבית. יתרה מכך, ניתן לברר אודות חשד זה באמצעות עיון בצווים השיפוטיים שהוצאו בישראל באותו עניין. בהמשך הדברים, דחה בית המשפט גם את בקשותיה של גב' שם טוב לעיין בכל הצווים והבקשות הקשורים בהליכים משפטיים במדינות זרות, במסמכים נוספים הקשורים לבקשת העזרה המשפטית בין ישראל לארה"ב (כגון מכתבים, פניות, צווים וחוות דעת), בפרפרזות של הבקשות לעזרה משפטית אשר עיון בהן לא הותר, בתכתובות בין המשטרה ומשרד המשפטים בישראל, באישורי היועץ המשפטי לממשלה, וכן את בקשתה ליצירת רשימה כרונולוגית של החומרים המבוקשים.

הערר שלפניי

5. ביום 31.10.2018 הגישה גב' שם טוב ערר על החלטה זו במסגרת בש"פ 7746/18, וביום 11.11.2018 הגיש מר לייבל ערר במסגרת בש"פ 8000/18. הדיון בשני התיקים אוחד (בהחלטתו של השופט יצחק עמית מיום 11.11.2018), וביום 18.11.2018 התקיים דיון בעל-פה לפניי. לאחר הדיון התאפשר לצדדים להגיש השלמת טיעון.

להלן יוצגו בקצרה טענות הצדדים, כפי שהובאו הן בכתב והן בעל-פה.

6. לטענת גב' שם טוב שגה בית המשפט קמא משקבע כי צווים שיפוטיים הם תרשומת פנימית שאינה עולה כדי חומר חקירה, שכן לטענתה צו שיפוטי מכל סוג שהוא, בין אם מקורו בישראל או מחוצה לה, אינו יכול להיות מסווג כתרשומת פנימית. כן טוענת גב' שם טוב כי טעה בית המשפט קמא בכך שנימק את סירובו להורות על גילוי הצווים האמריקאים באמצעות החלטה של

עמוד 3



חזקת התקינות המינהלית על הרשויות בארה"ב. נטען כי מקומה של חזקה זו נטוע במשפט המינהלי ולא במשפט הפלילי, וכי החלתה במשפט הפלילי היא פסולה, שכן היא מביאה לשבירת השוויון בין התביעה ובין ההגנה בכך שהתביעה זוכה לעדיפות. בנוסף, נטען כי טעה בית המשפט קמא עת הסתמך על חזקה זו, שכן מדובר על רשות זרה שאיננה כפופה לביקורת שיפוטית בישראל. עוד הוסיפה וטענה גב' שם טוב כי טעה בית המשפט קמא בקביעתו כי מכיוון שהצווים האמריקאים אינם נמצאים ברשות המשיבה, אין מדובר בחומר חקירה. נטען כי היה על בית המשפט להתייחס אל הצווים הללו כאילו ניתנו בישראל ובכלל, היה על המשיבה לפנות באופן אקטיבי אל הרשויות בארה"ב ולדרוש את העברת הצווים כדי שתוכל להעבירם לידי ההגנה. כמו כן, טוענת גב' שם טוב כי טעה בית המשפט כשהתעלם מהדרישה לקבלת השרשרת הראייתית של הפקת הנתונים הדיגיטליים. לשיטתה, נתונים אלה קלים יותר לזיוף מאשר שקיות סמים, ולכן ראיות השרשרת הן חיוניות. עוד הוסיפה הגב' שם טוב, תוך הפנייה לפסיקתו של בית משפט זה ברע"פ 11364/03 פלוני' משטרת ישראל, פ"דנח(5) 583 (2004), כי "האזרח תמיד מפסיד" (פסקה 7 להשלמת טיעוני העוררת); בפסק דין זה דובר בבקשה לעזרה משפטית שכן סווגה כחומר חקירה, אך מכיוון שטרם הוגש כתב האישום, סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי לא חל עליו ולכן לא התאפשר אין לחשווד לעיין בחומר המבוקש בשלב זה. לעומת זאת, במקרה של גב' שם טוב ומר לייבל, אומנם הוגש כתב אישום, כך שיש תחולה לסעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי, אך הבקשה לעזרה משפטית דווקא לא סווגה כחומר חקירה, כך שגם הפעם - לא מתאפשר לעיין בה.

7. מר לייבל טוען, באמצעות באי כוחו, כי טעה בית המשפט משקבע כי ביכולתה של ההגנה לברר את החשד שהועלה על ידי העוררים באמצעות הצווים שהוצאו בישראל, שכן למעשה לא הועברו להגנה צווים הנוגעים לנושא זה, כך שאינם יכולים לברר את החשד. בנוסף, ביקש מר לייבל לציין כי החשד אינו ספקולטיבי גרידא, אלא חשד שמקורו בשכל הישר וההיגיון, שכן מעשים רבים המיוחסים לנאשמים בתיק כלל אינם מהווים עבירות בארה"ב. עוד טען מר לייבל כי טעה בית המשפט משקבע כי משום שהחומר אינו נמצא בידי המשיבה, הרי שאין לסווגו כחומר חקירה. לטענתו, מדובר בחומר חקירה שעל המשיבה להעביר לידיו ולידי גב' שם טוב ואף לפעול באופן אקטיבי לשם כך, וזאת מכיוון שמדובר בחומרים העומדים במבחן הרלוונטיות - הם נוגעים לקבילותן של ראיות מרכזיות באמצעותן תבקש המשיבה להוכיח את הקשר של מר לייבל לתפעול האתרים בגינם הוגש כתב האישום. עוד טוען מר לייבל כי צווים שיפוטיים מועברים דרך קבע במסגרת העברת חומרי חקירה לנאשמים. לסיכום טענותיו, הדגיש מר לייבל כי זכותו לעיין בכל חומרי החקירה נובעת מזכותו הבסיסית למשפט הוגן, והימנעות המשיבה מהעברת החומרים עלולה לגרום עיוות דין חמור.

8. המשיבה טוענת כי יש לאבחן בין חומרי חקירה שנאספו לצורך חקירה, לבין התכתבויות, צווים או כוונות של הרשויות - החוסים תחת ההגדרה של תרשומת פנימית. הבחנה זו תלויה בסוג ההליך ותוכנו, אופן עריכתו ודרישות החוק הרלוונטיות. לשיטת המשיבה, תרשומת פנימית איננה בגדר "חומר גולמי", אלא אך ורק הגיגים, מחשבות, סיכומים ועיבוד של חומרי הגלם. לטענת המשיבה, חשיפה של תרשומות מהסוג המבוקש עשויה לפגוע קשות בשיח פנימי חופשי של רשויות האכיפה שקיומו הכרחי לעבודתן. בנוסף, הסבירה המשיבה כי בקשה לעזרה משפטית שמעבירה הרשות המוסמכת במדינת ישראל למדינה זרה היא בקשה מפורטת המועברת לרוב תוך כדי החקירה, ולעתים אף בשלבים מוקדמים שלה. בקשת הסיוע המשפטי תכלול לרוב סיכום של התשתית הראייתית הקיימת עד מועד שליחת הבקשה, פירוט התוצרים המבוקשים מהמדינה הזרה, הסבר על תרומתם לחקירה, וכן פירוט של סעיפי העבירה מושא החקירה. המשיבה הבהירה כי חומר החקירה שהתקבל בעקבות הבקשה לעזרה משפטית הועבר להגנה, ואילו הבקשה לעזרה משפטית גופה, אותה דורשים העוררים להעביר לעיונם איננה כוללת "חומר גולמי" שניתן להגדירו כ"חומר חקירה", אלא היא בגדר תרשומת פנימית בלבד, ולא קיים הבדל מהותי בין בקשת העזרה המשפטית הפותחת את ההליך לבין התכתבויות הנערכות בהמשכו. עוד טוענת המשיבה כי בקשת עזרה משפטית מעוגנת באמנות וביחסים בינלאומיים המושתתים על אמון בין

רשויות. אילוץ המשיבה לחשוף את מערכת היחסים בין הרשויות עלול לפגוע ביחסי האמון בין המדינות, עליהם מושתתת כל מערכת העזרה המשפטית.

בנוסף, טוענת המשיבה כי מדובר בבקשה זהה לזו שהוגשה על ידי הנאשם השלישי בתיק, ואין מקום לדון בה בשנית. כן הוסיפה המשיבה כי אין בדין הוראה המורה למדינה להעביר בקשות לסיוע משפטי לרשות ההגנה, אלא כל שעליה להעביר הוא את החומר שהתקבל בעקבות הפניה. כמו כן, נטען כי בחומרים המבוקשים אין דבר שיכול לתרום להגנתם של גב' שם טוב ומר לייבל, ולא קיים מידע התומך בחשדות שהעלו. נוסף לכך, טוענת המשיבה כי במקרה שיחפצו בכך, יוכלו גב' שם טוב ומר לייבל לטעון נגד קבילותן של הראיות, ואם בית המשפט יקבל את טענותיהם, ראיות אלה יפסלו.

לסיכום טענותיה, ציינה המשיבה כי קביעת היקף חומר החקירה נמצא בגדר אחריותה, וקיימת חזקת תקינות מינהליתגם על החלטות המשיבה בהקשר זה. עוד ביקשה המשיבה לציין, כי קו ההגנה לפיו רשויות האכיפה הישראליות מרמות את הרשויות בארה"ב הוא מופרך מעיקרו. לעניין הבקשה לעיון בצווים שהוצאו בארה"ב, טוענת המשיבה כי הרשויות בארה"ב נענו לבקשה לעזרה, והעבירו תוצרים יחד עם מכתבי לוואי המפרטים אילו תוצרים נאספו, אך לא העבירו צווים. כפי שנקבע על ידי בית המשפט קמא, לרשויות בארה"ב עומדת חזקת תקינות מינהלית, וממילא נטען כי צווי בית משפט אינם מהווים חומר חקירה, שכן מדובר בהליך שיפוטי.

דיון והכרעה

9. דין הערר להתקבל בחלקו, במובן זה שהמשיבה תעביר את בקשת העזרה המשפטית לידי העוררים. פרט לעניין זה, לא ראיתי מקום להיענות למבוקש בערר.

10. אפתח במכלול הבקשה. העוררים מבקשים לקבל חומרים שונים הנוגעים לבקשת העזרה המשפטית - החל בבקשה עצמה, דרך הצווים השיפוטניים שהוצאו בארץ לגביה, המשך בצווים השיפוטניים שניתנו בחו"ל וכלה בהתכתבויות שהוחלפו בין הגורמים השונים הקשורים להעברת המידע.

11. את המסמכים שהתבקשו על ידי העוררים ניתן לחלק לארבע קבוצות:

- א. מסמכים שאינם קיימים ככל הנראה (כך, למשל, באת-כוח המשיבה הצהירה שלא התבקשו, וממילא לא ניתנו, צווים שיפוטניים בארץ ביחס לבקשה לעזרה משפטית);
- ב. מסמכים אשר אינם נמצאים ברשות המשיבה, ואין זה ברור אם הם קיימים (לדוגמא, צווים שיפוטניים בארה"ב);
- ג. מסמכים שניתן להניח כי הם קיימים, אך אינם מצויים ברשות המשיבה (לדוגמא, התכתבות בין הרשויות האמריקאיות לבין חברת WordPress);

ד. מסמכים קיימים, המצויים בידי המשיבה (זהו המצב ביחס לבקשת העזרה המשפטית וביחס להתכתבויות אחרות מול הרשויותבארה"ב).

12. ככל שהדברים אמורים במסמכים מהקבוצות א'-ג', דין הערר להידחות. פשיטא כי לא ניתן להורות על העברת מסמכים שלא קיימים (קבוצה א'). לעומת זאת, ניתן באופן עקרוני לחייב את המדינה להשקיע מאמצים סבירים בחיפוש ובדרישת מסמכים שיתכן כי הם קיימים, ברמת הסתברות כזו או אחרת, אולם אינם נמצאים ברשות המשיבה (קבוצות ב' ו-ג'), ולהורות כי ככל שיתקבלו מסמכים אלה יועברו עותקים מהם להגנה (ראו בג"ץ 9264/04 מדינת ישראל נ' בית משפט השלום בירושלים, פ"ד ס(1) 360, 374-375 (2005); בש"פ 6237/06 קלושנדלר נ' מדינת ישראל(17.12.2006)). ואולם במה דברים אמורים? במצבים בהם הונחה תשתית עובדתית המלמדת כי קיימת הצדקה עניינית להטיל על המדינה את החובה לחפש ולדרוש את המסמכים האמורים, וזאת בשם לב לעלות הכרוכה במאמצים אלה, ולתועלת הצפויה מהם לבירור אשמת הנאשם.

כך, למשל, בבש"פ 10160/04 גולד נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(3) 373 (2004) דובר, כמו בענייננו, בבקשה שעניינה חומר שהועבר על ידי מדינה זרה (גרמניה באותו מקרה) בעקבות בקשה לעזרה משפטית של מדינת ישראל. באותו מקרה הסתבר כי רשויות גרמניה תפסו בעקבות הבקשה 67 קלסרים של מסמכים, מיינו אותם, והעבירו למשרד המשפטים עשר תיקיות בלבד, שהן פחות מקלסר אחד. הנאשם באותו עניין הגיש בקשה לחייב את הרשויות הישראליות לפנות למקבילותיהן הגרמניות, ולבקש מהן את מכלול החומר שנתפס. בקשתו נדחתה. השופטת (כתוארה אז) דורית בייניש הבהירה כי בשם לב לחזקת התקינות החלה על פעולת הרשות, לכך שהעורר לא הצביע על חומר קונקרטי שלטענתו עשוי להועיל להגנתו ועל כן הוא טוען בשם "זיקה רחוקה וספקולטיבית", לקושי האובייקטיבי הקיים בהשגת החומר האמור, ולהסתברות הנמוכה שיימצא חומר בעל רלוונטיות לאישום - אין מקום להיענות לבקשה.

והדברים יפים גם לענייננו. בקשתם של העוררים מתייחסת למסמכים אשר לא הועברו על ידי הרשויות האמריקאיות עד כה, ואשר אין זה ברור כלל כי יהיו נכונים להעבירם אם יתבקשו. במצב דברים זה, ובהיעדר אינדיקציות קונקרטיות כי למסמכים אלו יש חשיבות לצורך ההליכים המתנהלים בעניינם של העוררים, אינני סבור שהורם הנטל המצדיק הטלת החובה על המדינה לדרוש מסמכים אלו.

ודוק, העוררים טוענים כי חלק מהמסמכים האמורים נחוצים על מנת להוכיח את "שרשרת הראיות" ביחס לחומר שהתקבל בעקבות בקשת העזרה המשפטית, ולפיכך היעדרם פוגע באפשרות להתבסס על המסמכים הללו במסגרת ההליך הפלילי. טענה זו, שאינה מקובלת על המשיבה, ראוי כי תתברר במשפט גופו, ואין לה השלכה ישירה על הבקשה שלפניי. לפיכך, בעניין זה אינני רואה צורך להביע עמדה שלב זה.

13. מוקשים יותר הדברים ביחס למסמכים השייכים לקבוצה ד', ובפרט בקשת העזרה המשפטית. מוכן אני לצאת מנקודת הנחה כי המסמכים הללו, ובכללם גם בקשת העזרה המשפטית גופה, אינם בגדר "חומר חקירה גולמי", וכי מטעם זה אין הם נופלים לגרעין ההגדרה של "חומר חקירה", אותו יש למסור להגנה על פי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי. ודוק, המשיבה מבקשת לסווג חומרים אלה כ"תרשומת פנימית". סיווג זה מעורר קושי לשוני, שכן מבחינה טרמינולוגית קשה לראות בהתכתבות עם רשויות זרות



משום "תרשומת פנימית". יחד עם זאת, צודקת המשיבה בטענתה כי ההצדקה לכך שמסמכי קבוצה ד' אינם חלק מגרעין ההגדרה של "חומר חקירה" דומה להצדקה שאין לראות ב"תרשומת פנימית" חלק גרעיני מחומר החקירה: בשני המקרים אין המדובר ב"חומרי הגלם" (ראיות, לאו דווקא קבילות) הנאספים על ידי פעולות חקירה שונות (עדויות, ראיות חפציות, מזכרים בעניין פעולות חקירה), אלא ב"עיבוד וריכוז של חומר כזה" (בש"פ 2270/06 אל עלווי נ' מדינת ישראל, פ"ד סא(3) 74, פסקה 16 (2006)).

ואולם, גם אם בקשת העזרה המשפטית אינה חלק מגרעין ההגדרה של "חומר חקירה", עדיין ייתכן כי תוטל במקרים מתאימים החובה למסור אותה להגנה (כשם שקיימים סייגים המאפשרים עיון גם בתרשומת פנימית. ראו: בש"פ 6507/09 קצב נ' מדינת ישראל, פסקה 14 והאסמכתאות המובאות שם (13.9.2009)). זאת באותם מצבים בהם מתרשם בית המשפט כי עשויה להיות לה רלוונטיות לצורך הגנת הנאשם. במצבים אלה, ככל שקיימים שיקולים כלליים או פרטניים המצדיקים שלא לחשוף את המסמך להגנה, נדרש בית המשפט להכריע בין השיקולים, ולשם כך הוא רשאי לעיין במסמך המבוקש בטרם יחליט האם יש הצדקה למסור אותו להגנה (סעיף 74(ד) לחוק סדר הדין הפלילי. כן השוולבש"פ 948/16 מדינת ישראל נ' פלוני (24.2.2016)).

ואכן, בבש"פ 2652/14 זונשוילי נ' מדינת ישראל (13.5.2014), המקרה היחיד אליו הופנית בו נדרש בית המשפט העליון לסוגיה של גילוי בקשת עזרה משפטית ישראלית לנאשם לגבי התבקש הסיוע, דחה אומנם השופט ניל הנדל את הבקשה, ואולם זאת לאחר שעיון במסמכים בהם מדובר והבהיר כי "מבדיקת החומר עולה כי מדובר בתרשומות פנימיות שבין משרד המשפטים לבין הרשויות הבלגיות. הבקשות עוסקות ברובן המכריע בפרטים הטכניים של המבצע, כגון האפשרות להחזיר את הסם המדובר לישראל ומסירת פרטי חקירה אודות החשוד. בנסיבות אלו נראה שסעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי אינו מכסה את המקרה. לאמור: לא מדובר בחומר חקירה שזכאי הסנגור לקבל. כמו כן נראה שאין בחומר כדי לסייע לסנגור בהגנת מרשו" (שם, בפסקה 3).

הערה: כפי שצוין בפסקה 3 לעיל, בעניין פלוני נדחתה בקשה של הנאשם השלישי בפרשה בה עסקין לעיין בכל התכתובות מול הרשויות האמריקאיות, מהנימוק שמדובר ב"מקרה מובהק של 'מסע דיג'". יצוין, עם זאת, כי מעיון בבקשה לעזרה משפטית שהוגשה לעיוני עולה כי היא מתייחסת לשני העוררים בלבד, ולא לנאשם השלישי. ממילא קשה להסיק מהתם להכא.

14. במקרה שלפניי מבקשים העוררים לעיין בבקשת העזרה המשפטית שעל בסיסה התקבלו הנתונים מחברת WordPress. העוררים חוששים כי העניין הוצג לפני הרשויות האמריקאיות בצורה מעוותת, ומצביעים על כך שחלק ניכר מהמיוחס להם אינו מהווה כלל עבירה בארה"ב. לשיטתם אם יתברר כי יש ממש בחשדם, הרי שהדבר עשוי להשליך על הגנתם, ובכלל זה על האפשרות לעשות שימוש במידע שהועבר.

ויובהר, הצדדים לא הרחיבו בשאלה מהן ההשלכות האפשריות של פגמים בבקשת העזרה המשפטית על ההליך הפלילי בעניינם. לפיכך, אמנע אף אני מלהתייחס לעניין זה, ואניח לטובת העוררים, מבלי לטעת מסמרות, כי ייתכנו השלכות כאלה, ככל שיוכח כי התקיימו פגמים משמעותיים בבקשת העזרה המשפטית.

15. המשיבה מכחישה מכל וכל את חשד העוררים כי נפלו פגמים בבקשת העזרה המשפטית, וייתכן מאוד כי הצדק עמה. יחד עם זאת, לאחר שעיינתי בבקשה לעזרה משפטית הגעתי למסקנה כי במאזן האינטרסים והשיקולים, יש מקום להיענות למבוקש

בהקשר זה. העוררים חושדים כי המידע שהתקבל בעניינם לא התקבל בעקבות בקשה 'כשרה', והגם שלא התרשמתי מעיון בבקשת העזרה המשפטית כי יש בסיס לחשדם זה, בשים לב לאופיו ומורכבותו של התיק בו עסקינן, יש מקום לאפשר לעוררים להתרשם מכך באופן בלתי אמצעי.

16. מאחורי ההחלטה לאפשר את עיון העוררים בבקשת העזרה המשפטית במקרה שלפניי שני טעמים מצטברים:

ראשית, קיים קושי מובנה בבחינת רלוונטיות של ראיות על ידי בית המשפט במעמד צד אחד, במיוחד בתיק מורכב וסבוך כדוגמת התיק הנוכחי. לעיתים, אין מנוס מכך, וזאת כאשר קיים חשש כי חשיפת החומר שלא לצורך להגנה עלולה לגרום פגיעה בלתי מוצדקת באינטרסים רבי ערך, כגון פרטיות העדים והמתלוננים או חשש לשיבוש חקירה. ואולם מנימוקי המשיבה לא השתכנעתי כי קיימים בענייננו שיקולים כבדי משקל המונעים את חשיפת בקשת העזרה המשפטית לפני ההגנה, ובהיעדר שיקולים כאלה מוטב כי ההגנה תבחן את המידע בעצמה, בגדר "אין חקר לתבונת סנגור מוכשר, ואין לנחש כיצד היה יכול לנצל את החומר הנמצא לפניו" (דברי השופט (כתוארו אז) יצחק אולשן ז"ל בע"פ 35/50 מלכה נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד 433, 429 (1950)).

שיקולי הנגד המרכזיים שהוצג על ידי המשיבה הם החשש לפגיעה "בחופשיות ההתבטאות של הרשויות בכלל הבקשות לעזרה משפטית ובפריסת התמונה המלאה בפני המדינה המתבקשת" והשלכה אפשרית "על שיתופי פעולה עתידיים עם מדינות אחרות", שכן "חשיפה של הבקשה וההתכתבויות הנוגעות לה עלולה להפר את מחויבותה של מדינת ישראל להגנה על אינטרסים של צדדים שלישיים ועל האינטרס הציבורי הכללי בשיתוף פעולה בינלאומי במלחמה בפשיעה" (פסקה 15 להשלמת הטיעון מטעם המשיבה). ככל ששיקולים אלו נוגעים לבקשת עזרה משפטית שהעבירה מדינה זרה (השוו רע"פ 11364/03 פלוני נ' משטרת ישראל, פ"ד נח(5) 583 (2004)) או לתכתובת בין המדינות שבאה בעקבות בקשת העזרה המשפטית, הרי שהם נראים משכנעים. ואולם, ככל שמדובר בחשיפת בקשת העזרה המשפטית עצמה, והיא בלבד, דהיינו מסירת הבקשה הרשמית שיצאה ממשרד המשפטים הישראלי למשרד המשפטים האמריקאי - ספק בעיני. למען האמת, ניתן אף לטעון שיותר משנימוקים אלו מצדיקים את חיסיון בקשת העזרה המשפטית, הם עשויים להצדיק את חשיפתה, וזאת על מנת לוודא כי "חופשיות ההתבטאות" של הרשויות הישראליות לא פגעה בזכויות הנאשם, ובמטרה להבטיח את האינטרס הציבורי באמינות המידע המוצג על ידי מדינת ישראל במסגרת בקשות מסוג זה. מכל מקום, נזק כבד העלול לנבוע מהעברת בקשת העזרה המשפטית שהוגשה מטעם ישראל לעוררים במקרה שלפניי התקשיתי למצוא.

שנית, "מראית פני הצדק", גם אם אינה שיקול עצמאי היכול להצדיק הטלת חובת גילוי כשאינן לכך כל הצדקה עניינית, היא בוודאי בגדר "שובר שוויון", היכול להצדיק חיוב במסירת מידע כאשר כפות המאזניים מעוינות. להתרשמותי, אף אם אניח כי יש לתת משקל מסוים לשיקולי הנגד שהעלתה המדינה בנוגע למסירת בקשת העזרה המשפטית, הרי לכל היותר יש בהם כדי להביא למצב לאיזון בין טיעוני הצדדים. במצב דברים זה מוטב לבחור בגילוי על פני ההסתרה, ולו בשל תרומתו לכך שהצדק לא רק יעשה אלא גם יראה.

סוף דבר

17. לאור האמור לעיל, הערר מתקבל בחלקו, במובן זה שהמשיבה תעביר לעוררים את בקשת העזרה המשפטית על נספחיה. עמוד 8



יתר חלקי הערר נדחים בזאת.

ניתנה היום, כ"הבשבתהשע"ט (31.1.2019).

ש ו פ ט