



**משרד המשפטים
פרקליטות המדינה
מחלקת הסייבר**

תאריך: 20 בספטמבר 2022
כ"ד באלול התשפ"ב

**הנדון: טיפול במכשירי טלפון סלולריים, מחשבים ומדיה מגנטית שנתפסו
במסגרת חקירה וחדירה אליהם לא צלחה**

רקע כללי

1. מעת לעת נתקלות רשויות החקירה במצבים בהם נתפס מכשיר טלפון סלולרי / מחשב / טאבלט / מדיה מגנטית של חשוד, ונתקבל צו חדירה לחומר מחשב, לפי סעיף 23א לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט – 1969 (להלן: "פסד"פ"), אך המכשיר נעול בסיסמה, החשוד מסרב לפתוח את המכשיר או למסור את סיסמת הכניסה למכשירו, למרות הצו, והיחידה החוקרת אינה מצליחה לפתוח את המכשיר באמצעים טכנולוגיים. בהמשך, החשוד – לעיתים כבר נאשם – עשוי להגיש לבית המשפט בקשה להשבת המכשיר התפוס ותידרש תגובת המדינה. מסמך מדיניות זה נועד להציג את אופן ההתמודדות עם מצב זה ולהתוות את אופן הטיעון מטעם המדינה באותם מצבים.

סקירת החלטות בית המשפט שדנו בסוגיה שלפנינו

2. בש"פ 6155/21 משה זינו נ' מדינת ישראל (נבו 10.10.2021) (להלן: עניין זינו) – העורר עתר להשבת הטלפון הסלולרי שלו, בטענה כי המדינה לא הצליחה לחדור לטלפון שלו, לאחר שסירב למסור לה את סיסמת הכניסה, כך שאין טעם שהטלפון יישאר ברשות המשיבה כ"ברזל" נטול ערך ראייתי. בית משפט קמא דחה הבקשה מאחר שלטענת המדינה, בטלפון קיימות ראיות לביצוע העבירות המיוחסות. בית המשפט העליון דחה את בקשת העורר וקבע כי הוא מאריך את ההחזקה בטלפון עד להכרעת הדין. השופט עמית פירט מספר נימוקים בהחלטתו:

"איני רואה להיעתר לבקשת העורר להשיב לו את הטלפון הסלולרי שלו. ראשית, מאמצי המשטרה לפרוץ לטלפון עדיין נמשכים. שנית, ועיקרו של דבר, קיים חשש כי הסרטון בו הנציח העורר, כטענת המתלוננת, את האינוס הקבוצתי, עדיין נמצא בטלפון. באיזון שבין הזכות הקניינית של העורר ורצונו העז לחזור ולהתאחד בחלוף כשנה עם מכשיר הטלפון שלו, לבין החשש למחיקת ראיה מהותית או חשש

בית הדר דפנה, קומה 11, רח' הנרייטה סולד 1, ת"ד 33475, תל אביב 6492401
טלפון: 073-2934455 פקס: 02-6468009 דוא"ל: cyber-unit@justice.gov.il



משרד המשפטים פרקליטות המדינה מחלקת הסייבר

להפצת סרטון שיש בו כדי לפגוע אנושות במתלוננת או כדי לאיים עליה ולהפעיל עליה לחץ – כף המאזניים נוטה באופן חד-משמעי לכך שהטלפון יישאר בחזקתה של התביעה, עד להחלטה מה ייעשה בטלפון לאחר הכרעת הדין.

כלומר, כב' השופט עמית לקח בחשבון את מאמצי המשטרה המתמשכים להתגבר על סיסמת הכניסה למכשיר, ולבסוף קיבל את החלטתו על בסיס מערך של איזונים בין הזכות הקניינית של העורר לבין פוטנציאל הפגיעה במתלוננת והחשש למחיקת ראיה מהותית.

3. בש"פ 5974/21 אורן קובי נ' מדינת ישראל (נבו 10.01.2022) (להלן: עניין קובי) – קובי הואשם בעבירות כלכליות שביצע בעת שניהל מערך חברות שעסקו בסיחור אופציות לקניית קרקע חקלאית. הטלפונים הסלולריים נתפסו במהלך חיפוש שנערך בביתו של קובי. לאחר שהועמד לדין, פנה קובי לבית המשפט המחוזי בבקשה להורות על שחרור התפוסים בטענה שהם לא הוגשו (ולא עתידים להיות מוגשים) כראיה בהליך. המדינה סירבה להשיב את הטלפונים אשר נותרו חסומים מפניה ולא עלה בידה לחדור אליהם. במסגרת טיעוניה, הדגישה המדינה כי בטלפונים קיים סרטון פוגעני שעלול לשמש את קובי לסחיטת בת זוגו לשעבר שצפויה להעיד נגדו במשפט. בית-המשפט המחוזי דחה את בקשתו של קובי, תוך קביעה שמכשירי הטלפון טומנים בחובם ערך ראייתי, ומסירתם לידי קובי עלולה להביא להעלמת הראיות המצויות בהם. קובי הגיש ערר על ההחלטה. כב' השופט סולברג קיבל את הערר, וציין כי המדינה נמנעה מלפעול בהתאם לסעיף 37 לפסד"פ, לא ביקשה לחלט את הטלפונים ולא ביקשה להמשיך ולהחזיק בהם, אלא רק הגיבה לבקשת העורר. נוסף על כך, כב' השופט סולברג ביקר את התנהלות המדינה, אשר שינתה את נימוקיה וטיעוניה לאורך הדרך, וקבע כי נוכח עוצמת הפגיעה הגלומה בה, תפיסת מכשירי טלפון סלולריים לא תעשה אלא במשורה, כאשר קיים צורך ממשי ולאחר מחשבה קפדנית. על מנת להתגבר על חשש המדינה מפני הסרטון הפוגעני, בית המשפט קבע מתווה לפיו הטלפונים יועברו לידי ב"כ הנאשם, אשר יחדור אליהם ויוודא כי הסרטון המדובר איננו מצוי בהם, ואם ישנו, ימחק אותו לצמיתות. לאחר מכן, יוחזרו המכשירים לרשות העורר.

4. החלטה נוספת הרלוונטית לענייננו ניתנה בבית המשפט השלום בתל אביב, טרם פרסום ההחלטה בעניין קובי – ה"ת 44971-12-21 מוחמד עבאס נ' פרקליטות מחוז תל אביב (פלילי) (30.12.2021) (להלן: עניין עבאס). נגד עבאס הוגש כתב אישום בעבירות של החזקת סם מסוכן שלא לצריכה עצמית והפרעה לשוטר במילוי תפקידו. על פי עובדות כתב האישום, על הנאשם נתפסו באקראי 40 אריזות הירואין במשקל של כ-32 גרם ו-24 אריזות קוקאין במשקל של



משרד המשפטים פרקליטות המדינה מחלקת הסייבר

כמעט 5 גרם. לאחר שהוגש כתב האישום ולא התבקש חילוט הטלפון הסלולרי שנתפס על הנאשם בעת מעצרו, הנאשם הגיש בקשה להשבת הטלפון הסלולרי. המדינה התנגדה להשבת המכשיר בטענה כי המכשיר משמש כראיה בהתאם לסעיף 32 לפסד"פ. ההנחה כי למכשיר התפוס יש ערך ראייתי התגבשה לאחר שהנאשם הפנה את החוקרים בחקירותיו לטלפון הסלולרי שלו, בטענה כי הסמים שנתפסו עליו שייכים לאדם אחר, אשר את מספרו ניתן למצוא בטלפון הסלולרי. יחד עם זאת, בכל פעם שהנאשם התבקש למסור את סיסמת הפתיחה של המכשיר, מסר קוד שגוי.

בית המשפט דחה את בקשת הנאשם, וקבע כי מדובר במקרה חריג בו על אף שאין בקשת חילוט, אין להורות על השבת המכשיר לבעליו. בית המשפט ציין כי המכשיר נתפס כדיון, בידי המשטרה יש צו חדירה, אך המכשול היחיד העומד בפני המשטרה בדרך אל השגת הראיות הוא סירובו של הנאשם למסור את הקוד הנכון. בית המשפט קבע כי זכותו של הנאשם לא למסור את הקוד, אך הוא אינו יכול באותה העת לדחוק במשטרה להשיב לחיקו את המכשיר. בתוך כך, בית המשפט קבע:

"לגבי דידי, כאשר פלוני מסרב למסור קוד לטלפון הנייד שלו, מוטב ידיר רגליו מבית המשפט, ולא יגיש בקשה לקבל את אותו הטלפון הנייד עד לתום ההליך המתנהל בעניינו".

לבסוף, הבקשה נדחתה כך שהתביעה או המשטרה יוכלו להמשיך ולהחזיק בטלפון הסלולרי עד לתום ההליכים.

נקודות עיקריות לטיעון בבית-המשפט בתשובה לבקשה להשבת המכשיר התפוס

5. ראשית, נציג את הטיעונים העקרוניים המצדדים בהמשך החזקת מכשיר תפוס על ידי היחידה החוקרת:

- א. חקר האמת – פוטנציאל הגילוי של ראיות רלוונטיות להליך הפלילי נגד החשוד/הנאשם.
- ב. התפתחות הטכנולוגיה – עולם פריצת המכשירים ופיצוח הסיסמאות הוא דינאמי ומשתנה, מכשירים חדשים המבוססים טכנולוגיות חדשות יוצאים תדיר לשוק ובעקבותיהם גם טכנולוגיות הפריצה מתעדכנות. לפיכך, ייתכן כי מכשיר שאינו ניתן לפריצה היום לא יוותר כאבן שאין לה הופכין, ובעתיד הקרוב עם טכנולוגיות חדשות החדירה למכשיר תעשה אפשרית. כך למשל, בעניין פישור בו בתחילת החקירה הטלפון של הנאשם היה חסום בפני

בית הדר דפנה, קומה 11, רח' הנרייטה סולד 1, ת"ד 33475, תל אביב 6492401
טלפון: 073-2934455 פקס: 02-6468009 דוא"ל: cyber-unit@justice.gov.il



משרד המשפטים פרקליטות המדינה מחלקת הסייבר

החוקרים אשר לא הצליחו לפרוץ אותו באמצעים טכנולוגיים, אך בהמשך בעקבות התקדמות טכנולוגית עלה בידי היחידה החוקרת לפתוח את המכשיר ולחלץ מתוכו ראיות רלוונטיות לחקירה.¹ יתרה מזאת, ראוי לציין כי פיצוח סיסמאות הוא עניין תלוי מכשיר, מערכת הפעלה וציוד "פריצה" שמתעדכן ומזהה "פרצות" חדשות או נוספות. על כן יש להמשיך ולנסות לחדור למכשיר. טיעון זה רצוי לתמוך במזכרים של היחידה החוקרת המצביעים על המשך ניסיונות חדירה, שליחה של המכשיר למומחי תוכן בתחום ברמה המחוזית או הארצית של משטרת-ישראל, או שליחה לחברות חיצוניות. כן ניתן לתמוך את הטיעון במזכר שמסביר כי היחידה החוקרת ממתינה לגרסת תוכנה חדשה וייעשה ניסיון חדירה נוסף מאוחר יותר (מובן, כי המתנה זו אינה יכולה להוביל אוטומטית של התפיסה עד אין קץ, אולם ההמתנה בהחלט לעתים מחויבת המציאות מבחינתה של היחידה החוקרת).

ג. מניעת עבירות – טיעון עקרוני זה נחלק לשניים:

- 1) במקרים המתאימים ניתן להעלות טענה בדבר חשש סביר כי יש במכשיר תוכן שעצם החזקתו עלול לגלם עבירה פלילית, למשל תוכן שהתקבל כתוצאה מעבירת פשע של חדירה לחומר מחשב כדי לעבור עבירה אחרת ופגיעה בפרטיות, תוכן פדופילי שהחזקתו אסורה לפי חוק ועוד.
- 2) במקרים אחרים ניתן להעלות טענה בדבר חשש סביר כי יש במכשיר תוכן שעלול לשמש כאמצעי בידי החשוד/הנאשם לביצוע עבירה, לדוגמה תוכן של תכתובת, סרטון או הקלטה שיוכלו לשמש לצורך ביצוע עבירה של סחיטה באיומים (ראו עוד, בסוגיה זו, את עניין זינו).

ד. המשך החזקת המכשיר לצורך חילוט עתידי – ככל שיש עילה התומכת בכך, וראו פירוט בסעיפים הבאים.

¹ בש"פ 6071/17 מדינת ישראל נ' פישר רונאל, פסקה 2 (נבו 27.08.2017) (להלן: עניין פישר). ראו גם הי"ת 30384-05-22 (שלום ראשלי"צ) מדינת ישראל נ' ליאור סויסה (נבו 02.06.2022). באותו הליך בית המשפט האריך תוקף החזקה בטלפון סלולרי של חשוד ב-180 יום, לאחר שהחשוד נמנע ממסירת הסיסמה לפתיחת המכשיר וניסיונות להעקת תוכנו של הטלפון הסלולרי ללא סיסמה לא צלחו. בית המשפט קבע כי החזקת הטלפון הסלולרי נדרשת לשם מיצוי הראיות האצורות בו, ככל שהאמצעים הטכנולוגיים יוכלו לאפשר זאת.



משרד המשפטים פרקליטות המדינה מחלקת הסייבר

ה. סירוב החשוד למסור את סיסמת הפתיחה מחזק את הפוטנציאל הראייתי שטמון במכשיר התפוס, וכפועל יוצא מכך מתחזקת ההצדקה להותרת המכשיר בידי המשטרה לצורך מיצוי מלא של הפוטנציאל הראייתי – נטען כי כשם ששמירה על זכות השתיקה של נאשם מהווה חיזוק ראייתי לראיות התביעה (סעיף 162(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982),² ואף סירוב להשתתף בהליכי חקירה עולה כדי "דבר לחיזוק",³ כך גם סירובו של נאשם למסור את סיסמת הפתיחה מהווה חיזוק לפוטנציאל הראייתי של המכשיר, שכן הסירוב מחזק את ההערכה שימצאו במכשיר ראיות הדרושות להליך המשפטי.

ו. לחשוד אין זכות לסרב למסור את סיסמת הפתיחה למכשיר – עמדתה העקרונית של המדינה היא כי מעת שניתן צו שיפוטי לחדירה למכשיר שנתפס מידי החשוד, החשוד אינו יכול עוד לסרב למסור את סיסמת הפתיחה או לפתוח בעצמו את המכשיר עבור המשטרה בטיעון של חיסיון מפני הפללה עצמית. גישה זו נסמכת על העיקרים שלהלן:

1) סירוב למסור את סיסמת הפתיחה למכשיר מפר את הוראת סעיף 45 לפסד"פ הקובע כך –

"אדם הגר בבית או במקום שמותר להיכנס אליו מכוח רשות לעצור או לחפש, או הממונה על בית או מקום כאמור, ירשה, לפי הדרישה, כניסה חפשית ויתן כל הקלה סבירה; נדרש וסירב להרשות כניסה כאמור, מי שזכאי להיכנס רשאי לבצע את הכניסה בכוח."

בהתאם לאמור בסעיף, ניתן לטעון כי הסירוב למסור את סיסמת הפתיחה למכשיר או לפתוח את המכשיר עבור החוקרים מונעת מהם "הקלה סבירה".

2) ככלל, אין במסירת הסיסמה למכשיר או בפתיחתו עבור החוקרים משום "הפללה עצמית", שכן המידע הממוחשב – אשר הוא-הוא בעל הפוטנציאל המפליל – נתפס באמצעות צו החיפוש והחדירה לחומרי המחשב, ואילו מסירת הסיסמה או פתיחת המכשיר כמוהם כמסירת מפתח לפתיחת הדלת או פתיחת הדלת עבור המשטרה (ולא מסירת המוצגים המפלילים שיימצאו לאחר פתיחת הדלת).

3) על אף כל האמור, בקטגוריית מצבים אחרת נסכים כי עומדת לחשוד הזכות לאי הפללה עצמית ביחס לסיסמת הכניסה למכשיר התפוס. זאת, במקרה שבו עצם מסירת הסיסמה למכשיר או פתיחתו בידי החשוד עלולה כשלעצמה להפליל אותו. מקרה זה

² ראו גם את ע"פ 230/84 חג'בי נ' מדינת ישראל, פ"ד (ט) 785 (1985), לעניין שתיקה בחקירה כ"דבר לחיזוק".
³ ראו את ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד (סח) 626, פס"י 22 לפסק דינו של השופט לוי (2011), לעניין סירוב להשתתף במסדר זיהוי או בעימות.



משרד המשפטים פרקליטות המדינה מחלקת הסייבר

יכול להתרחש, למשל, כאשר החשוד מכחיש כי המכשיר שנתפס מרשותו הוא בבעלותו או בשימוש, ומסירת הסיסמה או פתיחת מכשיר על-ידי החשוד עשויה להוכיח את הבעלות או השימוש התדיר של החשוד במכשיר. דוגמה נוספת יכולה להתקיים כאשר הסיסמה כוללת כינוי של החשוד שרלוונטי לביסוס החשדות, והחשוד הכחיש בחקירה כי הוא נוהג להשתמש בכינוי זה.⁴

חשוב לציין כי עמדתה זו של המדינה לא נבחנה עד כה במסגרת הליך משפטי עקרוני, לא כל שכן לא ניתן פסק-דין מנחה בסוגיה,⁵ וקיימות עמדות נוגדות לגישה זו של המדינה.⁶ לכן, מוצע להיוועץ בעניין עם מחלקת הסייבר בפרקליטות המדינה.

יצוין, כי אף אם הייתה מתקבלת העמדה לפיה החשוד רשאי לסרב למסור את סיסמת הפתיחה למכשיר התפוס, עדיין ניתן לומר כי לנקיטת הסירוב יש השלכה או "מחיר" בדמות אי החזרת התפוס, בבחינת שטר ושוברו בצדו. כדברי השופט בקר בעניין **עבאס**: "הטלפון הנייד נתפס כדיון, יש בידי המשטרה צו חדירה אליו, אולם המכשול היחיד העומד בפניה בדרך אל תוכנו של הטלפון על ראיותיו – מזכות או מרשיעות – הוא סירובו של הנאשם למסור את הקוד הנכון לשם חדירה אליו. זכותו המלאה של המבקש שלא למסור את הקוד... אולם אין הוא יכול, באותה נשימה, לדחוק במשטרה... להחזיר את הטלפון הנייד לחיקו, בנסיבות אלה".⁷ יצוין כי המדינה מסתייגת מן הגישה שלפיה ככלל לחשוד עומדת זכות שלא למסור את סיסמת הכניסה למכשיר הטלפון שנתפס מרשותו, כאשר קיים צו שיפוטי המתיר את החדירה לטלפון הסלולרי. הציטוט מן ההחלטה בעניין **עבאס** מובא כאן כדי לציין כי אף אילו הייתה עומדת לחשוד זכות שלא למסור את סיסמת הכניסה למכשירו, עדיין לא יכול היה באותה נשימה לממש את אותה "זכות" ולדרוש, בה בעת, את השבת המכשיר לידי.

⁴ ראו דברי ההסבר לסעיף 95 להצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – המצאה, חיפוש ותפיסה), התשע"ד – 2014, ה"ח 867, לפיהם מסירת הסיסמה כשלעצמה אינה פוגעת בחיסיון מפני הפללה עצמית, ככל שהטענה היא כי החומר המוצפן הוא מפליל, שהרי מדובר בחומר שהמשטרה הייתה יכולה לתפוס, לולא היה מוצפן, ועצם ההצפנה אינה משנה את טיב סמכות המשטרה, או את טיבו של החומר. עם זאת, אין במתן הצו כדי למנוע טענות בנוגע לחיסיון מפני הפללה עצמית, ככל שנטען כי עצם מסירת הסיסמה הוא המפליל.

⁵ בצ"ח 49644-06-18 **מדינת ישראל נ' פלוני** (לא פורסם, 21.6.2019) ובע"ח (מחוזי ת"א) 45208-01-19 **תחנת מרחב יפתח נ' רפאלי** (לא פורסם, 18.1.2019) פסקו בתי המשפט כי בסמכותה של הרשות החוקרת להשתמש בכוח סביר כדי להצמיד את האצבע של החשוד לטלפון הסלולרי שלו לשם התגברות על הגנת סיסמה או הצפנה. אולם בתי המשפט לא דנו במסגרת תיקים אלה בהרחבה בתחולת החיסיון מפני הפללה עצמית של החשוד אשר יאפשר לו לסרב.

⁶ לעמדה נוגדת לעמדת המדינה ראו יגאל בלפור וגיל שפירא "ונשמרתם לאצבעותיכם: חובתו של חשוד לסייע לחיפוש במכשיר סלולרי ושימוש בכח לשם פתיחת מכשיר הנעול באמצעות טביעת אצבע" **הסיניגור** 4 (2019).

⁷ עניין **עבאס**, בעמ' 4.



משרד המשפטים פרקליטות המדינה מחלקת הסייבר

6. עתה, נציג את הבסיס החוקי שעל יסודו ניתן לטעון להמשך החזקת המכשיר התפוס על ידי המדינה בנסיבות דנן. הבסיס החוקי נשען על עילות התפיסה לפי סעיף 32(א) לפסד"פ, ועל עילות חילוט והשמדה בהתאם לסעיף 31 לפסד"פ, כפי שיפורט להלן.

7. נביא תחילה את לשונם של שני סעיפי החוק הנ"ל:

א. סעיף 32(א) פסד"פ קובע –

"רשאי שוטר לתפוס חפץ, אם יש לו יסוד סביר להניח כי באותו חפץ נעברה, או עומדים לעבור, עבירה, או שהוא עשוי לשמש ראיה בהליך משפטי בשל עבירה, או שניתן כשכר בעד ביצוע עבירה או כאמצעי לביצועה."

ב. סעיף 31 לפסד"פ קובע –

"הובא לפני שופט, מכוח צו חיפוש, חפץ שאסור להשתמש בו או להחזיקו, ולא הוכיח המחזיק הצדק חוקי, רשאי השופט להורות על החרמתו, השחתתו או השמדתו, אף אם לא יובא אדם לדין בקשר אליו."

המדינה תוכל לטעון כי אחת (או יותר) מן העילות המצוינות בסעיפים אלה מתקיימת במועד בו מוגשת הבקשה להחזרת המכשיר התפוס, ומצדיקה את המשך החזקתו בידי המדינה.

8. בכל הנוגע לעילות התפיסה לפי סעיף 32(א) לפסד"פ – על מנת לבסס טיעון שלפיו אחת מהעילות המנויות בסעיף זה ממשיכה להתקיים ולהצדיק את המשך התפיסה של המכשיר הנעול בסיסמה, יש לבחון האם ישנן **ראיות חיצוניות** (כגון עדות המתלונן/ת, חקירת החשוד, ראיות נסיבתיות וכיו"ב) המצביעות על קיומה של עילה להמשך החזקה במכשיר התפוס:

א. "באותו חפץ נעברה, או עומדים לעבור, עבירה": כך למשל, ייתכן שמחקרי תקשורת (שיחות יוצאות ונכנסות, איכונים) יספקו אינדיקציה טובה לכך שהמכשיר שימש לתקשורת בין מבצעי העבירה לתיאום מעשה העבירה. דוגמה נוספת, למשל, היא תפיסה של תכתובות בקבוצה ברשת חברתית אשר תוכיח לכאורה את מעורבותו של החשוד/נאשם בעבירות פליליות מסוימות, כאשר החשוד/נאשם השתמש במספר מנוי של מכשיר שנתפס על-ידי המשטרה. דוגמה שלישית יכולה להיות תפיסה של מכשיר של "משוחח נגדי" עם החשוד/נאשם והפקת תכתובות מפלילות בין החשוד/הנאשם לבין בעל המכשיר התפוס. לעתים, ייתכן שתקום טענה כי במכשיר התפוס "עומדים לעבור עבירה" עתידית, כגון



משרד המשפטים פרקליטות המדינה מחלקת הסייבר

פרסום סרטון אינטימי של מתלוננת בניגוד לסעיף 3(א5)(א) לחוק למניעת הטרדה מינית ("חוק הסרטונים") (ראו עניין קובי).

ב. "או שהוא עשוי לשמש ראיה בהליך משפטי בשל עבירה": כך, למשל, בעניין **עבאס** ובעניין **היימר** בית המשפט הותיר את המכשיר הסלולרי בחזקת התביעה, לאור אינדיקציה לכך שהמכשיר הסלולרי עשוי לשמש ראיה בתיק.⁸

ג. "או שניתן כשכר בעד ביצוע עבירה או כאמצעי לביצועה": כך, למשל, יכולות להיות עדויות חיצוניות לכך שהמכשיר עצמו הוא השכר שניתן בעד ביצוע עבירה מסוימת, או שהוקצה לחשוד/נאשם מכשיר טלפון סלולרי ייעודי ("טלפון מבצעי") למטרת ביצוע העבירות המיוחסות לו.

9. עשויה להתעורר השאלה האם במקרה שבו מוגש כתב-אישום נדרשת התביעה להגיש בקשות להארכת המכשיר התפוס והנעול בסיסמה.⁹ במענה לשאלה זו ניתן לציין את סעיף 33 לפסד"פ המתיר למשטרה להחזיק חפץ שנתפס לפי סעיף 32 עד אשר יוגש לבית-המשפט כמוצג. וזו לשון הסעיף –

"נתפס חפץ כאמור בסעיף 32, או הגיע לידי המשטרה חפץ שאחד התנאים האמורים בסעיף 32 חל עליו, רשאית המשטרה, בכפוף לאמור בסעיף 34, לשמרו עד אשר יוגש לבית המשפט."

⁸ בש"פ 3154/21 זוהרה היימר נ' מדינת ישראל (נבו 26.05.2021) (להלן: עניין היימר), שם המכשיר הסלולרי נתפס במסגרת תיק של שיבוש הליכי משפט והטרדת עד, תיק הנספח לכתב אישום חמור שעניינו בפרשת אונס קבוצתי בכפר גלעדי. עובדות הרקע להחלטה תחילתן בשחרור הנאשמים לאיזוק אלקטרוני לאחר הגשת כתב האישום. נאשם 3 השתחרר ובאותו שבוע הוא ומשפחתו שלחו את הדודה לשכור דירה בכפר גלעדי, שם גרה המתלוננת. הדודה הגיעה, יצרה קשר עם המתלוננת ואמה, שיקרה שהיא בעצמה עברה תקיפה מינית, ושכנעה את המתלוננת לעזור לה ולדבר איתה על זה בעודה מקליטה אותה ללא ידיעתה. הדודה נעצרה, והוגש כתב האישום הרלוונטי נגדה בגין שיבוש הליכי משפט והטרדת עד. בטלפון הסלולרי שלה נתפסה הקלטה אחת בלבד, כל השאר נמחק. הנאשמת ביקשה את החזרת המכשיר הסלולרי. מנגד, המדינה טענה כי יכול להיות שבעתיד תהיה טכנולוגיה שתאפשר להוציא יותר חומר מהמכשיר. בית המשפט קבע כי המכשיר הסלולרי הוא ראיה מרכזית בתיק השיבוש, ובאיזון האינטרסים בין רצונה של העוררת להתאחד עם המכשיר לבין חשיבותו כראיה, האיזון נוטה להשאר המכשיר ברשות התביעה. בית המשפט הוסיף כי אמנם ההגנה הצהירה שלא תטען לכלל הראיה הטובה ביותר, אך בכך לא די ומאחר שבמהלך הדיון ייתכן כי כן יועלו טענות הקשורות לראיות שהופקו מהמכשיר, יש להותירו בחזקת התביעה.

⁹ השאלה עשויה להתעורר, בין היתר, על רקע הערתו של כב' השופט סולברג בעניין קובי, בסעיף 5 להחלטתו, כי – "אילו סברה המשיבה, באמת ובתמים, כי האינטרס הציבורי מחייב את חילוט מכשירי הטלפון, או את המשך החזקתם על-ידה, מצופה היה כי תגיש בקשות מתאימות מיד עם הגשת כתב האישום, וזאת מיוזמתה".



משרד המשפטים פרקליטות המדינה מחלקת הסייבר

אולם, לפי סעיף 35 לפסד"פ, התפיסה של המכשיר מעבר לשה חודשים טעונה בקשת הארכה שתוגש לבית-משפט השלום, אלא אם הוגש כתב-אישום בתוך תקופה זו. כך קובע הסעיף -

"אם תוך ששה חדשים מיום תפיסת החפץ על ידי המשטרה, או מיום שהגיע לידיה, לא הוגש המשפט אשר בו צריך החפץ לשמש ראיה ולא ניתן צו על אותו חפץ לפי סעיף 34, תחזיר המשטרה את החפץ לאדם אשר מידיו נלקח; אך רשאי בית משפט שלום, על-פי בקשת שוטר מוסמך או אדם מעוניין, להאריך את התקופה בתנאים שיקבע."

10. לנוכח לשונו של סעיף 35 לפסד"פ, המתייחס להארכה אוטומטית של ההחזקה בתפוסים אך ורק במקרה שבו "הוגש המשפט אשר בו צריך חפץ לשמש ראיה", יכולה להתעורר השאלה האם נדרש להגיש בקשת הארכה של המכשיר התפוס והנעול בסיסמה בחלוף ששה חודשים ממועד תפיסתו, אף אם הוגש כבר כתב-אישום בתיק בו נתפס המכשיר. במענה לשאלה זו, יש להבהיר כי כל עוד קיים פוטנציאל ממשי לפתיחת המכשיר בעתיד ולשימוש ראייתי במידע המצוי בו, קרי אותו פוטנציאל מן הסוגים שמקים ועדיין משמר את עילות התפיסה לפי סעיף 32 לפסד"פ, הרי שבנסיבות העניין יש לראות במכשיר משום חפץ שעשוי וצריך לשמש ראיה במשפט. לפיכך, פרשנות מותאמת של סעיף 35 לפסד"פ אמורה להכיר באפשרותה של המדינה להמשיך ולהחזיק את המכשיר התפוס והנעול בסיסמה, ככל שהוגש כתב-אישום בטרם חלפו ששה חודשים ממועד התפיסה הראשונית, ואין עוד צורך לבקש להאריך את משך ההחזקה בחלוף ששה חודשים.

11. כאמור לעיל בסעיף 6, לצד העילות להמשך החזקת המכשיר התפוס לפי סעיף 32 לפסד"פ, ניתן לטעון להתקיימותה של עילת חילוט או השמדה בהתאם לסעיף 31 לפסד"פ. לפי טיעון זה, ככל שקיימות אינדיקציות חיצוניות לקיומו של "מידע אסור בהחזקה או בשימוש" שנמצא במכשיר, הרי שקמה עילה עצמאית להמשך החזקת המכשיר התפוס, כל עוד המכשיר לא נפרץ, וזאת כדי לסכל אפשרות החזרתו של המידע האסור בהחזקה מידי המשטרה. יצוין כי בית המשפט העליון קבע בעבר בעניין הלוי כי לבית המשפט סמכות שלא להשיב חפץ תפוס לבעליו גם כאשר לא הועמד החשוד לדין.¹⁰

¹⁰ בש"פ 5234/14 משה הלוי נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (נבו) 21.12.2014 (להלן: עניין הלוי): "הוראות הפקודה ברורות ומפורשות ועל-פיהן אין מניעה עקרונית לא להשיב לחשוד חפצים תפוסים, ככל שהם אסורים לשימוש או להחזקה, גם כשלא הוגש נגדו כתב אישום".



משרד המשפטים פרקליטות המדינה מחלקת הסייבר

12. מובן כי סעיף 31 לפסד"פ חל על מידע שהחזקתו אסורה על פי דין – כדוגמת פרסומי תועבה ובהם דמותו של קטין (סעיף 214(ב3) לחוק העונשין, התשל"ז – 1977 (להלן: "חוק העונשין"); ידיעות סודיות (סעיף 113(ג) רישא לחוק העונשין); פרסום גזעני לשם הפצה (סעיף 144ד לחוק העונשין); פרסום המסית לאלימות לשם הפצה (סעיף 144ד3 לחוק העונשין); החזקת נכס חשוד כגנוב (סעיף 413 לחוק העונשין); עותק מפר של יצירה לשם מסחר בו (סעיף 61(ה) לחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007); טובין המפרים את פקודת סימני המסחר לשם מסחר בהם (סעיף 60 לפקודת סימני מסחר [נוסח חדש], התשל"ב-1972); החזקת מאגר מידע שלא כדין (סעיף 31א(1) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א – 1981 (להלן: "חוק הגנת הפרטיות").

13. יתרה מזאת, לא זו בלבד שהפסיקה החילה את הוראותיו של סעיף 31 לפסד"פ על מידע שהחזקתו אסורה על פי דין, אלא היא הרחיבה את ההגדרה גם למידע שלמחזיק הספציפי (החשוד/הנאשם) אין זכות להחזיקו או להשתמש בו.

כך, כב' השופט זילברטל קבע בעניין הלוי כי: "יש לאמץ פרשנות מרחיבה ביחס לסעיף 31 לפקודה לעניין 'חפץ שאסור להשתמש בו או להחזיקו', כך שתחולתו תהא לא רק על חפצים שהחזקתם אסורה בהגדרה מעצם טבעם, אלא גם כלפי חפצים שאין למחזיק זכות להחזיקם".¹¹ כב' השופט רובינשטיין קבע בבש"פ 4118/14 שמחה גנה נ' מדינת ישראל (נבו 13.11.2014) כי: "'חפץ שאסור להשתמש בו או להחזיקו' הוא... חפץ שלמחזיק בו אסור להשתמש בו או להחזיקו, שכן הוא רכוש גנוב למשל, ולא רק חפץ שכל אדם אינו רשאי להחזיק בו כמו סמים מסוכנים (הדגשות שלנו)".

בהתאם לכך, ניתן לטעון בין היתר כי גם במקרים הבאים מדובר על "מידע אסור בהחזקה או בשימוש" ואין להשיב את המכשיר לחשוד/נאשם: מסמכים מתוך תיקי בית משפט שאסורים לעיון לפי תקנות בתי המשפט ובתי הדין לעבודה (עיון בתיקים), התשס"ג-2003 (עניין הלוי); סרטונים ותמונות אינטימיים שהמצולמת בהם לא נתנה את הסכמתה להחזקתם או חזרה בה מהסכמתה (עניין פלוני); מסמכים פרטיים שהועתקו ללא רשות מאת מחזיקם באופן שמהווה עבירה על סעיף 5(2) לחוק הגנת הפרטיות.

סיכום

14. במסמך זה פורט "סט הכלים" לשימושו של התובע או החוקר בבואם להתמודד עם טענת חשוד/נאשם כי יש להשיב לו מכשיר התפוס בידי המדינה, הגם שסיסמת הכניסה למכשיר לא

¹¹ ש.ס.



משרד המשפטים
פרקליטות המדינה
מחלקת הסייבר

נמסרה על-ידו והגם שהרשות החוקרת לא הצליחה "לפרוץ" את הסיסמה. מובן כי השימוש בסל הטיעונים והעילות החוקיות שפורטו לעיל תלוי בנסיבותיו הספציפיות של כל מקרה ומקרה.

15. מן הראוי להעלות את הטיעונים השונים בהזדמנות הראשונה, ולא במסגרת הליכי ערעור על החלטות בעניין החזרת התפוס, ובפרט הדברים אמורים כאשר הטיעונים מתבססים על עובדות (טיעונים עובדתיים) ולא רק על הוראות החוק (טיעונים משפטיים).


ד"ר חיים ויסמונסקי, עו"ד

מנהל מחלקת הסייבר בפרקליטות המדינה