



תאריך: 12 פברואר, 2018

אל: עו"ד ליאת בן ארי שוויקי, פרקליטת מחוז ת"א (מיסוי וכלכלה), כאן
מאת: עו"ד עדי אפלבוים גרוזמן, עו"ד יעל שניידר

הנדון: דוד ביטן- חוות דעת ביחס לקבלת נתוני תקשורת

1. ביום 1.2.18 החליט שופט בימ"ש השלום (ראשון לציון), השופט ע' מיכליס (להלן: "בית המשפט") שלא לקבל את בקשת משטרת ישראל לקבל לידיה מחקרי תקשורת ביחס לתקופת כהונתו של דוד ביטן כח"כ, בקובעו כי הוא אינו מוסמך לעשות כן.
מטרת חוות דעת זו לבחון את ההחלטה ואת האופן שבו יש לפעול לאור מסקנת בחינה זו.

רקע:

1. בתאריך 11.1.18, אישר פרקליט המדינה, על דעת היועץ המשפטי לממשלה, להגיש בקשה לבית משפט השלום לקבלת שיחות נכנסות ויוצאות לגבי הטלפונים שבשימושו של ח"כ דוד ביטן (להלן: "ביטן") לרבות נתוני מני למספרי הטלפון שיופיעו בפלט השיחות הנכנסות והיוצאות ולמספרי הטלפון של חבר הכנסת עצמו, וזאת בנוגע לתקופה בה כיהן כחבר כנסת (דהיינו החל מיום 31.3.2015 ועד מועד הפתיחה בחקירה), ובכפוף לתנאים הבאים אשר יפורטו בצו:

א. לאחר קבלת נתוני השיחות הנכנסות והיוצאות, גורם מהמשטרה שאינו חבר בצוות החקירה (להלן: "הגורם הממונה") ישמור ברשותו בלבד את הנתונים.

ב. צוות החקירה יעביר לגורם הממונה, באישור פרקליטת מחוז תל-אביב (מיסוי וכלכלה), בקשות ממוקדות לבדיקת התקשוריות בטווחי זמן ספציפיים או לבדיקת התקשוריות ספציפיות מול גורמים מסוימים, בהתאם לצורכי החקירה.

ג. הגורם הממונה יבצע את הבדיקות האמורות, ומהתוצאות שיתקבלו ימחק את כל נתוני השיחות של חבר הכנסת עם עיתונאים, חברי כנסת אחרים או שרים, ככל שיעלו.

ד. את התוצאות המסוננות יעביר הגורם הממונה לשימוש צוות החקירה, ובתיק החקירה יוותרו התוצרים המסוננים שהועברו לידי צוות החקירה כמפורט לעיל בסעיף ג'.

ה. לאחר תום המשפט, ככל שיתקיים, כלל נתוני השיחות שנשמרו ברשותו של הגורם הממונה – יושמדו.

2. יש לפרט את המגבלות האמורות בפני בית-המשפט שיתבקש לאשר את הצו ולבקש כי תנאים אלה יפורטו גם בצו.
3. האישור לבקשה ניתן לאחר שפרקליט המדינה והיועץ המשפטי לממשלה השתכנעו, בהתבסס על בקשת המשטרה ונימוקיה וכן בהתבסס על המלצתו לאמצה, כי קיים צורך חקירתי בנתוני התקשורת לתקופת כהונתו של ביטן כחבר כנסת (בקשת המשטרה מצ"ב).
4. הבקשה לקבל את צו נתוני התקשורת לכל תקופת כהונתו של ביטן הוגשה, לאחר שכב' השופט מיכליס כבר אישר במהלך החקירה הסמויה שלושה צווי מחקרי תקשורת לטלפון הנייד של ביטן, לתקופה מצטברת של כשלושה חודשים :
- א. 3.9.17 עד 28.10.17.
- ב. 16.4.17 עד 19.5.17.
- ג. 3.12.16 עד 9.12.16.
5. אף האישור האמור ניתן בכפוף לתנאים מגבילים הדומים במהותם לתנאים שהיוו תנאי לאישור הבקשה לקבלת נתוני תקשורת לתקופה רחבה יותר. יודגש, כי לאור התקופה הרחבה הוסף התנאי לפיו פרקליטת המחוז תאשר כל בקשה של צוות החקירה לבדיקת התקשורות בטווחי זמן ספציפיים או לבדיקת התקשורות ספציפיות מול גורמים מסוימים, בהתאם לצורכי החקירה.
6. יובהר, כי התנאים המגבילים שהיוו תנאי לאישור הבקשה נועדו ליצור מנגנון סינון ושמירה של הנתונים מחמת הזהירות ובאופן שיצומצם פוטנציאל הפגיעה העודפת בחבר הכנסת ובפעילותו הפרלמנטרית. מטרת תנאים אלו היתה סינון החומר המתקבל באופן שיגרום לפגיעה מינימלית ככל הניתן בחופש פעולתו של ביטן במילוי תפקידו כח"כ, ועם זאת יאפשר למשטרה לקבל תמונה טובה יותר ביחס לראיות בדבר ביצוע עבירות לכאורה על ידי ביטן
7. עוד יצוין, כי אילו לא היה מדובר בחבר-הכנסת, הרי שבקשה זו הייתה נחשבת לבקשה שגרתית למדי אשר הייתה מוגשת ללא כל המגבלות והסייגים שהיוו תנאי לאישורה.
8. מחמת הזהירות הברורה הננקטת במקרה זה, לא אושרה בקשת המשטרה להגיש בקשה לקבלת איכונים לגבי כלל שיחותיו של ביטן לאורך תקופת כהונתו כחבר כנסת.
9. ביום 28.1.18, לאחר קבלת כל האישורים המפורטים, הגישה המשטרה בקשה לבית משפט השלום לקבלת צו נתוני תקשורת לקו הטלפון הנייד של ביטן לכל תקופת פעילותו של חבר כנסת, בכפוף לתנאים המגבילים שאושרו על ידי היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה כמפורט התאם לתנאי הפרקליטות המפורטים לעיל. **הצו שבית המשפט התבקש לאשר הינו מכח חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), תשס"ח-2007 (להלן: "חוק נתוני תקשורת").**
10. ביום 1.2.18 החליט כב' השופט מיכליס בבית משפט השלום (ראשון לציון), לדחות את הבקשה, וזאת הגם שאישר בעבר את שלושת הצווים המפורטים מעלה.
11. בית המשפט קבע בהחלטתו, כי הוא נעדר סמכות להחליט בעניין, אלא אם יורה על כך שופט בית המשפט העליון. בהחלטה נכתב, כי על אף שקבלת נתוני תקשורת אינה מוזכרת בחוק

חסינות חברי כנסת, זכויותיהם וחובותיהם, תשי"א-1951 (להלן: "חוק החסינות") ניתן לראות קווי דמיון בין נתוני תקשורת ובין נתונים שמקורם בחיפוש שנערך לחשוד שהוא ח"כ. לפיכך, ובהיות הצו גורף ומתייחס לכל תקופת פעילותו כח"כ, סבר בית המשפט כי יש לפעול בהתאם להוראות סעיף 2(ג)(1) לחוק החסינות ולפנות לבית המשפט העליון בבקשה מתאימה.

12. הסיבות שבבסיס הגשת הבקשה

13. בשלב זה, לאחר חקירת המעורבים המרכזיים בפרשה וניתוח חומר ראיות נוסף שהתקבל במסגרת ישראל, ניתן לומר כי החשדות נגד ח"כ ביטן הולכים ומתבססים ומחומר הראיות שנצבר עולים חשדות בנושאים נוספים, המחייבים בדיקה. התפתחויות אלו מצדיקות, לדעת היועמ"ש ופרקליט המדינה, קבלת נתוני השיחות הנכנסות והיוצאות לגבי כל התקופה הרלוונטית לחשד, שבכללה השנתיים וחצי האחרונות שבהם כיהן ביטן כחבר הכנסת. בשל ריבוי הפרשיות שבהן חשוד ביטן ופרישתן לאורך זמן, לא ניתן עוד לבדוד את התקופות הרלוונטיות לשבועות בודדים מתוך כלל התקופה ועל רקע זה הוגשה הבקשה.

יוער, כי במהלך החקירה כבר אישר מותב זה בקשות מחקרי תקשורת שהוגשו על ידי המשטרה ביחס לשלוש תקופות קצרות ומוגדרות בתקופת היותו ח"כ, אף הן בתנאים דומים לתנאים שהותו על ידי פרקליטות המדינה בבקשה זו.

אכן, בענייננו מדובר בבקשה רחבה יותר בהיקפה לעומת הבקשה הקודמת. עם זאת, יצוין כי אילו לא היה מדובר בחבר-הכנסת, הרי שבקשה זו הייתה נחשבת לבקשה שגרתית למדי.

14. ניתוח החלטת בית המשפט:

15. קביעתו כי הבקשה לנתוני תקשורת דומה במהותה לחיפוש אצל חבר כנסת, ומשכך חל על הבקשה חוק החסינות. אף ההפניה לסעיף 2(ג)(1) לחוק החסינות שגויה. אנו סבורות כי בכל הכבוד נפלה טעות בידי בית המשפט בשני מישורים:

16. בהקבלה שערך בית המשפט בין קבלת נתוני תקשורת לבין חיפוש.

17. במסגרת הנורמטיבית שאליה מפנה ביהמ"ש בענייננו- סעיף 2(ג)(1) לחוק החסינות.

18. קבלת נתוני תקשורת- האם ניתן לראות בה חיפוש כהגדרתו בחוק החסינות?

19. אי ההסדרה של סוגיית מחקרי התקשורת לחבר הכנסת בחוק היא בבחינת לאקונה.

20. חוק נתוני תקשורת איננו מגביל הוצאת מחקרי תקשורת לחבר הכנסת.

21. עיון בחוק החסינות מלמד כי החוק מתייחס לחסינות מפני חיפוש, מעצר והאזנת סתר, ואיננו מתייחס לחסינות מפני נתוני תקשורת. גם חוק נתוני תקשורת, הקובע מגבלות מסוימות לגבי נתוני תקשורת של בעלי מקצוע אשר חל לגביהם חיסיון מקצועי חסויים (עורכי-דין וכדומה) וקובע מגבלות מסוימות לגבי נתוני תקשורת ביחס אליהם – אינו מתייחס לחברי כנסת כקבוצה המצריכה אישורים מיוחדים וממילא לא מגביל הוצאת מחקרי תקשורת שלהם. **[אתי – זו**

הכוונה?]

22. בהיעדר התייחסות לעניינם של חברי כנסת בחוק נתוני תקשורת, בחר בית המשפט לראות

בהוצאת הנתונים המבוקשים "חיפוש" כהגדרתו בחוק החסינות.

23. העמדה המקובלת על פרקליטות המדינה, ואשר על בסיסה ניתנו האישורים לבקשות בתיק זה, היא עמדתנו היא כי אין לראות בהוצאת נתוני תקשורת משום חיפוש אשר חל עליה כהגדרתו בסעיף 2 לחוק החסינות חברי הכנסת. סעיף 2 לחוק החסינות עניינו חסינות בפני חיפוש בדירתו, חיפוש בגופו בחפציו ובניירותיו של חבר הכנסת או חיפוש בניירותיו, פתיחתם והחרמתם. יוער עוד כי סעיף 23א לפקודת סדר הדין הפלילי קובע כי חדירה לחומר מחשב יראו אותה כפעולת חיפוש, ומכאן שניתן להסיק שחבר הכנסת גם חסין מפני חיפוש במחשבו. אולם, בכל הנוגע לנתוני תקשורת, אין להסיק שמדובר בחיפוש, כמובנו בחוק החסינות. מבחינה לשונית, "קבלה" של "נתוני תקשורת" אינה מתיישבת עם ההגדרה בחוק החסינות של "חיפוש" ב"גוף", ב"חפצים" או ב"ניירות".

24. בענייננו, נתוני התקשורת המבוקשים נאספים ונאגרים על ידי חברות התקשורת, ולא על ידי חבר הכנסת או מי מטעמולא מדובר בקבלת חומר מחבר הכנסת בעצמו כפי שנעשה כאשר מדובר בחיפוש, אלא מגוף חיצוני ונפרד, שהוא חברות התקשורת, אשר אוספות את הנתונים בעצמן. דומה הדבר לנתונים המתקבלים מהבנקים, באשר לפעילותו הכלכלית של חבר הכנסת, נתונים המתבקשים בהתאם לצו המצאת מסמכים לפי סעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1988. ההקבלה ההגיונית יותר בענייננו היא לקבלת חומר ביחס לחבר הכנסת מבנקים למשל, דבר שהמדינה איננה מנועה בחוק מלעשותו וגם בענייננו הוצאו צווים לבנקים ביחס לתקופת היותו של ביטן חבר כנסת [לודא!!]. אותו מוטב אשר קבע כי קבלת נתוני תקשורת היא בגדר "חיפוש", אישר זה מכבר צו לקבלת נתוני הבנקים של ביטן לאורך שנים, לרבות בתקופת כהונתו כחבר כנסת [אתי – את לא רוצה התייחסות לזה?].

25.

26. המסגרת הנורמטיבית- ס' 2(ג)1 לחוק החסינות

27. בהחלטתו, מפנה בית המשפט לסעיף 2(ג)1 לחוק החסינות, וקובע כי בהתאם לסעיף זה, שופט בית המשפט העליון יכול להתיר "החיפוש" המבוקש (קרי הבקשה לקבלת נתוני תקשורת). אלא שסעיף זה קובע כי שאליו מפנה בית המשפט בהחלטתו, המגדיר את המקרים שבהם שופט בית המשפט העליון יוכל להורות על חיפוש בכליו של חבר כנסת, כאשר מתעורר חשד לביצוע עבירות מתיחס לעבירות לפי סימן ב' או ד' לחוק העונשין, התשל"ז-1977. העבירות הכלולות בסימנים אלו עניינן עבירות. עיון בחוק העונשין מעלה כי מדובר בעבירות בגידה או ריגול, עבירות ביטחוניות במהותן ואין בינן לבין החשדות נשוא תיק זה דבר. אלה אינן העבירות שבהן עסקינן ועל כן הן אינן רלוונטיות לענייננו. מכאן, שאם תיוותר על כנה החלטת בית המשפט לפיה הבקשה היא למעשה בקשת חיפוש עליה חל חוק החסינות, הרי שלא ניתן לקבל אישור מיוחד לביצוע החיפוש.

28. דרכי פעולה מוצעות יצוין עוד, כי קביעת בית המשפט לפיה בקשה לקבלת נתוני תקשורת היא בגדר "חיפוש" שלבית המשפט אין סמכות להתירו, הופכת לכאורה את החלטותיו הקודמות של אותו מוטב, לאשר שלושה צווי מחקרי תקשורת לטלפון הנייד של ביטן (סעיף 4 לעיל), להחלטות

שניתנו בחוסר סמכות. הבקשות הקודמות אמנם היו מצומצמות יותר בהיקפן, אך הפעולה שהתבקש בית המשפט לאשר היא אותה פעולה – קבלת נתוני תקשורת.

29. משהגענו למסקנה כי החלטת בית המשפט שגויה, נשאלת השאלה כיצד ניתן להתמודד עמה. חוק נתוני תקשורת איננו מספק מנגנון השגה על החלטות על פיו, ועל כן לכאורה ישנו קושי לערור על ההחלטה וככל שבוחרים לעשות כן יש לפעול על דרך ההגיון וההיקש מתחומים אחרים.

30. הדרכים האפשריות העומדות בפני המדינה בבואה להשיג על החלטת בית המשפט הן אלה:

א. **פנייה בלתי פורמלית למותב שנתן את ההחלטה** על מנת להסביר לו את הקשיים בהחלטה, ולקבל התייחסותו באשר לדרך הנכונה לטעון נגד ההחלטה – למשל, האם לבקש השלמת טיעון בעל פה, להגיש בקשה לעיון חוזר, להגיש בקשה נוספת ומנומקת יותר או להגיש ערר. דרך פעולה זו מועדפת על ידי היחידה החוקרת, וזאת בשים לב ליחסי העבודה השוטפים בינה לבין המוטב. שיתקן החלטתו. דרך זו מעוררת קושי שכן מטבע הדברים היא איננה מוסדרת בחוק ואנו נתקשה להסביר בהמשך הדרך מה גרם לבית המשפט לשנות מהחלטתו ככל שיקבל החלטה נוספת אחרת.

ב. **הגשת בקשה נוספת ומנומקת יותר לבית משפט השלום. בפועל, מדובר בהליך של "עיון חוזר" בהחלטה, אך זה איננו מוסדר בחוק. במקרה זה, נראה כי אין עילה מספיקה להגשת הבקשה מחדש, מבלי שהיה שינוי נסיבות כלשהו המצדיק זאת.**

ג. **הגשת ערר/ערעור על ההחלטה.** חוק נתוני תקשורת לא מספק מנגנון ספציפי להשגה על החלטות על פיו. עם זאת, לאחר בדיקה שערכנו, אנו סבורות כי אין מניעה להגיש ערר על ההחלטה לבית המשפט המחוזי. כך למשל, בית המשפט המחוזי מרכז קיבל ערר שהגישה המשטרה על החלטת בית משפט השלום לדחות בקשה למתן צו למחקרי תקשורת (החלטה מיום 8.12.10 בערר 12849-12-10).

מבירור שערכנו עם המשטרה עלה שגם על החלטות בעניין צווי המצאת מסמכים, אשר באופן דומה אין לגביהן זכות ערר מפורשת בחוק מוגשים עררים, לעיתים תוך ציון סעיף 40(3) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד – 1984 כמקור חוקי להגשת הערר¹.

דוגמא נוספת היא ע"ח (י-ם) 35991-12-11 **מקור ראשון המאוחד (הצופה) בע"מ נ' מדינת ישראל**, החלטה מיום 3.1.12, דן בית המשפט המחוזי בערעור שהוגש על ידי מקור ראשון, על החלטת בית משפט השלום להורות לעיתון על המצאת מסמכים. אמנם שם דובר בסוגיה סבוכה של תפיסת חומר עיתונאי, אך ניתן להסיק לעניין הפרוצדורה **אני לא בטוחה שיש צורך להתייחס לפסק הדין הזה**

31. נוכח כל המפורט לעיל, נודה להנחייתך באשר לדרך הפעולה המועדפת.

א. [כאן צריך להתייחס לפסיקה שויסמונסקי אמור להעביר]

¹ הסעיף קובע כי בית המשפט המחוזי ידון ב- "ערעורים על פסקי דין ועל החלטות אחרות של בתי משפט השלום

ב. הגשת בג"צ על ההחלטה. מדובר ב"פתרון סל", שבו ניתן לנקוט ככל שאין דרכי פעולה אפשריות אחרות להשיג על ההחלטה. משקבענו כי ניתן, לשיטתנו, להגיש ערר על ההחלטה, יש להימנע מדרך פעולה זו.

יעל / עדי – מציעה שתתקנו את הסוף של הבקשה לאחר שהעברתי לכם את כל המיילים של חיים וגם מייל של יעל הראל.

מה שעומד כרגע על הפרק זה לפנות לשופט ובאופן כללי להסביר לו את עמדתנו כי הוא טעה ולהגיד לו שאנו שוקלים להגיש בקשה להשלמת טיעון בקשר למקור הסמכות או להגיש ערר/ערעור. אני לא חושבת שמדובר בעיון חוזר. אלא אם אנחנו חושבים שבכל מקרה צריך להגיש ערר ואין טעם לפנות אליו בפניה בלתי פורמלית.