

בתי המשפט

פ 040206/05		בית משפט מחוזי תל אביב-יפו	
פ 040197/06			
05/02/2007	תאריך:	כב' השופט כבוב חאלד	בפני:

מדינת ישראל	בעניין:
ע"י ב"כ עו"ד ויסמונסקי, עו"ד רום, עו"ד כאהן ועו"ד מור נ ג ד	המאשימה
1. אליעזר פילוסוף ע"י ב"כ עו"ד נריה-כץ ועו"ד קידרון	
2. אברהם בללי ע"י ב"כ עו"ד בש ועו"ד יצחק	
3. צבי קרוכמל ע"י ב"כ עו"ד סודרי	
4. אסף זלוטובסקי 5. חיים זיסמן	
הנאשמים 4 ו-5 ע"י ב"כ עו"ד קואל ועו"ד גואר	
6. אייל אברמוביץ' 7. רוני ברהום	
הנאשמים 6 ו-7 ע"י ב"כ עו"ד רזניק ועו"ד סהראי	
8. יצחק רט הנאשם 8 ע"י ב"כ עו"ד קואל ועו"ד גואר	הנאשמים

מיני-רציו:

האם תפיסת דו"אל צריכה להיעשות מכוח הוראות הפסד"פ או מכוח [חוק האזנת סתר](#) ?

במסגרת חקירה סמויה שהתנהלה כנגד המבקשים, הורה פרקליט המדינה כי יוצאו צווי חיפוש לצורך קבלת הדואר האלקטרוני שלהם. הוצא צו חיפוש לספק שרותי האינטרנט ברק 013 בו נדרש הספק למסור למשטרה את הדוא"ל הקיים בשרת בעת הוצאת הצו וכל דוא"ל שיגיע לאחסון במשך 30 ימים מיום הוצאת הצו. עוד הודגש בצו כי "לא מדובר בהאזנת סתר, אלא בדוא"ל שמאוחסן בחברה". תוקף הצווים הוארך פעמיים. המבקשים הגישו בקשה לפסילת הראיות שנתפסו בתיבת הדוא"ל שלהם מכוח צווי חיפוש הנ"ל. לטענתם, תפיסת הדו"אל היתה צריכה להיעשות מכוח [חוק האזנת סתר](#) ולא מכוח צו חיפוש.

ביהמ"ש המחוזי קיבל את הבקשה בקובעו:

השאלה העומדת להכרעה היא האם דוא"ל האגור בשרת מחשב ספק השרות בדרכו לנמען הוא בבחינת "חפץ" אשר ניתן לתפיסה מכוח הוראות פסד"פ, או שמא מדובר ב"שיחה" אשר לצורך יירוטה נדרש היתר כדין להאזנת סתר.

אין חולק כי קליטת מידע מתקשורת בין מחשבים, ללא הסכמת אף אחד מבעלי השיחה, מהווה האזנת סתר. כך נלמד מהוראותיו של [חוק האזנת סתר](#) המגדיר "שיחה" גם כבזק בתקשורת בין מחשבים.

פרשת צוברי, בה נקבע מבחן ה"בו זמניות" לצורך בחינת השאלה האם מדובר ב"האזנת סתר", קדמה לתיקון תשנ"ה [בחוק האזנת סתר](#), אשר הרחיב את משמעות המונח "שיחה" גם ל"שיחה" ב"בזק" המתנהלת בתקשורת בין מחשבים, והרחיב את המונח "האזנה" גם "לקליטה או העתקה של שיחת הזולת".

ואולם, גם בהנחה שדרישת הסימולטניות מתקיימת בענייננו, הרי שבחינת מסעה של הודעת הדוא"ל בטווח האלקטרוני ראוי שתיבחן מתוך השקפה כוללת על תהליך תעבורת הדוא"ל מרגע שיגורו מנקודת המוצא ועד להגעתו למחשב היעד. מכאן, שתפיסת המסר על מחשב ספק השרות מהווה תפיסה ב"זמן אמת" במהלך תהליך העברה ולפני שהסתיימה ה"תקשורת בין מחשבים", כהגדרת [חוק האזנת סתר](#) ל"שיחה".

ביהמ"ש סבור, כי הדרך המגשימה את האיזון הראוי בין הזכות לפרטיות לבין האינטרס הציבורי לגילוי עבריינות ומניעת הפשיעה, היא לאפשר לרשויות החקירה גישה להודעות דוא"ל של חשוד באמצעות צווי האזנת סתר. מסקנה זו הינה גם לגבי הודעות הדוא"ל שהיו מצויות בשרת ספק שרות האינטרנט בעת הוצאת צו החיפוש, וגם לגבי הודעות הדוא"ל העתידיות.

משלא הוציאה המשטרה צווי האזנת סתר, ולאור הוראותיו המפורשות של [חוק האזנת סתר](#), דינן של הראיות שהתקבלו מכוח צווי החיפוש – להיפסל.

החלטה בעתירה לפסילת ראיות

1. מהות הבקשה

זוהי בקשה לפסילת ראיות שנתפסו בתיבת הדואר האלקטרוני (להלן: "דוא"ל"), של הנאשמים (להלן: "המבקשים"), מכוח צווי חיפוש שהוציאה המשטרה.

2. השאלה שעומדת להכרעה במסגרת בקשה זו היא: מהו ההליך הראוי להקניית גישה לרשויות החקירה להעתיק הודעות דוא"ל של חשוד משֶׁרֶת מחשב ספק האינטרנט, בטרם נקראה על ידי הנמען, האם רשאית המשטרה לעשות כן מכוח צו חיפוש או שמא יידרש לשם כך צו המתיר האזנת סתר.

3. המצב המשפטי נכון להיום

לצורך הצגת טענות הצדדים וגדר המחלוקת אדרש תחילה לסקירה תמציתית של המצב המשפטי הקיים על בסיסו מושתתת בקשה זו.

א. בבית המשפט המחוזי נדון ת"פ (ת"א) 40250/99 מ"י נ' מונדיר בן קאסם בדיר, תק-מח 2000(3), 11286 (להלן: "פרשת בדיר"), שם נדונה השאלה האם חדירה לתא קולי של אחר, והאזנה להודעות שהושארו שם עבור האחר, שלא בהסכמתו, מהווה האזנת סתר שלא כדין. בית המשפט קיבל את עמדת המדינה דאז, וקבע כי האזנה לתא קולי של אחר ללא הסכמתו היא בגדר האזנת סתר שלא כדין.

בית המשפט לא ראה עוד רלוונטיות לאחר תיקון תשנ"ה לדרישת הסימולטניות אשר נקבעה בע"פ 1497/92 - מדינת ישראל נ' אלי בן משה צוברי ו-3 אח', פ"ד מו(4), 177 (להלן: "הלכת צוברי").

ובלשונה של כב' השופטת רוטלוי:

"שיחה כוללת גם תקשורת בין מחשבים. התקשרות לתא קולי המנוהל באמצעות מחשב, בהחלט יכולה להיכלל כתקשורת בין מחשבים".

לציין כי בטרם ניתנה הכרעת הדין שינתה פרקליטות המדינה עמדתה בנושא, כיוון שככל הנראה, הבינה את ההשלכה הרחבה על רשויות החקירה. בכל עת שיבקשו גורמי החקירה להאזין להודעות שנאגרו בתא קולי של חשוד או לתפוס מידע המאוחסן במחשב ספק אינטרנט, יזקקו לשם כך לצו האזנת סתר. עקב כך עתרה הפרקליטות לביהמ"ש המחוזי בבקשה לשקול את השלכות עמדתו כפי שהובאה בהחלטה ואת השלכת הרשעת המבקשים בהאזנת סתר על סוגיה זו, אלא שביהמ"ש החליט לדחות את הודעת התביעה.

לאחר הכרעת הדין בענין בדיר, הורתה פרקליטת המדינה לרשויות האכיפה **לפעול בהתאם לפסק הדין ולהצטייד בצו האזנת סתר לצורך האזנה לשיחות** שנאגרו בתא קולי או לצורך גישה להודעות דוא"ל של חשוד.

במסגרת תגובת המדינה לערעורו של הנאשם בדיר בבית המשפט העליון הודיעה פרקליטות המדינה כי היא חוזרת בה מעמדתה כפי שהוצגה בבית המשפט המחוזי והסכימה כי יש לזכות את הנאשם מעבירות על חוק האזנת סתר, עם זאת ביקשה כי בית המשפט העליון יכריע בסוגיה תוך שציינה שפרקליטת המדינה הורתה לפעול במסגרת פסק הדין ו"זאת **עד לבחינת הסוגיה בבית המשפט העליון**". אולם, אף שזיכה בית המשפט העליון את הנאשם מעבירות על חוק האזנת סתר, על בסיס הסכמת המדינה, נמנע מלהכריע בסוגיה והשאירה בצריך עיון.

ב. במקביל לפרשת בדיר החלה פרשת נטוויזין (בי"ש (שלום - ת"א) 6703/00 נטוויזין בע"מ נ' צבא הגנה לישראל - היחידה המרכזית לחקירות מיוחדות). שם נדרש בית משפט השלום להכריע בסוגיה זהה לזו שהתעוררה בענייננו. בית המשפט קיבל את עמדת רשויות החקירה וקבע כי בשלב בו נמצאת הודעת הדוא"ל בשרת ספק השרות תמה השיחה, לכן אין המדובר בהאזנת סתר. כב' השופטת רייד שפירא סברה כי האזנת סתר מחייבת סימולטניות בין העברת המידע לבין האזנה, ובהעדר בו זמניות אין אנו באים בגדרו של חוק האזנת סתר. אולם, בנסיבות פרשת נטוויזין הכרעת השלום בוטלה בהסכמה לאור הודעת המדינה לפיה היא מוותרת על צו החיפוש באשר לדואר שנאגר על ידי ספקית

השרות לפני הוצאת הצו שכן, לא היה כזה בנמצא בנסיבות המקרה. אשר לצו החיפוש שהורה על תפיסת דוא"ל עתידי שיגיע במהלך 60 יום מיום הוצאת הצו, הודיעה המדינה לבית המשפט של הערעור כי "בענין דואר אלקטרוני שאמור להגיע למחשב ספק הגישה לאחר קבלת צו בידו, לתקופה שבעתיד, החליטה פרקליטת המדינה לקבוע מדיניות שלפיה תפנה ותבקש היתר להאזנת סתר לפי חוק האזנת סתר, התשל"ט-1979, לצורך תפיסת דואר שכזה שמירתו או העתקתו".

לפיכך, המחלוקת שנותרה בערכאת הערעור התייחסה לשאלה מה יעשה בהודעות הדוא"ל שנאגרו על ידי נטוויז'ן מכוח צו התפיסה העתידי, כאשר המשיב עתר לקבלת המידע. כב' השופט אבן ארי קבע בהתבסס על הצהרת הפרקליטות לפיה תפיסת דוא"ל עתידי תיעשה מכוח חוק האזנת סתר כי יש לאפשר למשיב לקבל את החומר לידי ויחד עם זאת, במידה שיוגש כתב אישום, יבחן בית המשפט האם עמד המשיב בדרישות החריג הקבוע בסעיף 13 לחוק האזנת סתר. (ב"ש (תל-אביב-יפו) 90868/00 – חב' נטוויז'ן נ' צבא הגנה לישראל. תק-מח 2000(2), 57734, עמ' 57740).

ג. בספטמבר 2003 פרסמה פרקליטת המדינה דאז, כב' השופטת עדנה ארבל, הנחיות חדשות בנוגע לסוגיה ואלה ביטלו את ההנחיה שהוצאה בשעתו בעקבות פרשת בדיר. על פי ההנחיה החדשה נקבע כי לצורך שליפת מידע האגור במחשב (ובכלל זה דוא"ל והודעות קוליות) אין צורך עוד להצטייד בצו האזנת סתר אלא בצו חיפוש, יחד עם זאת, מסייגת פרקליטת המדינה את ההנחיה בכל הנוגע לתפיסת דוא"ל עתידי ומציינת לגבי סוג דוא"ל זה: "...לעומת זאת, כאשר מתבקש "יירוט" מסרי דואר אלקטרוני עתידיים, המדובר בפעולה שהיא על פי מהותה האזנת סתר ויש, אפוא, להצטייד בצו המתאים לכך".

ד. ביום 24.2.2005, במסגרת חקירה סמויה שהתנהלה כנגד המבקשים בתיק זה, הורה פרקליט המדינה, עו"ד ערן שנדר, כי יוצאו צווי חיפוש לצורך קבלת הדוא"ל של החשודים. ביום 3.3.05 הוצא צו חיפוש לספק שרותי האינטרנט ברק 013 בו נדרש הספק למסור למשטרה את הדוא"ל הקיים בשרת בעת הוצאת הצו וכל דוא"ל שיגיע לאחסון במשך 30 ימים מיום הוצאת הצו. עוד הודגש בצו כי "לא מדובר בהאזנת סתר, אלא בדוא"ל שמאוחסן בחברה". ביום 31.3.05 חידשה המשטרה את תוקף הצווים וכן ביום 2.5.05 חודש תוקף הצווים פעם נוספת. מכאן, כאמור, הבקשה שבפני.

4. טענות המבקשים

טענתם העיקרית של המבקשים היא כי הדוא"ל שנתפס בשרת ספק האינטרנט אינו קביל, הן הדוא"ל שהיה מצוי בשרת בעת הוצאת הצו והן הדוא"ל שהתקבל בשרת מיום

הוצאת הצו ואילך, זאת מאחר ותפיסתו היתה צריכה להיעשות מכוח [חוק האזנת סתר](#) ולא מכוח צו חיפוש, משכך, המדובר בראיות שנתפסו בהאזנת סתר שלא כדין. עוד העלו המבקשים טענות באשר לחוקיות צווי החיפוש שהוצאו, הכל כפי שיפורט להלן:

א. בראש ובראשונה מפנים המבקשים לפסק הדין שניתן בבית המשפט המחוזי בפרשת בדיר. בהתבסס על השתלשלות העניינים שם, עמדת המבקשים היא כי קביעת פסק הדין של בית המשפט המחוזי בסוגיה עומדת בעינה, זאת לאור העובדה שבית המשפט העליון נמנע מלנקוט עמדה. משכך, נטען כי הניתוח המשפטי בפרשת בדיר באשר להודעות קוליות האגורות בתא קולי, מתאים ביתר שאת לענייננו. עמדת המבקשים היא כי גם בשלב האיחסון של הדוא"ל אצל ספק שרות האינטרנט, בהמתנה למשיכתו על ידי הנמען, מתקיימת ה"שיחה", כאשר ההמתנה אצל ספק השרות היא חלק בלתי נפרד מאותה שיחה. זאת למדים המבקשים מן הפרשנות שניתנה למונח "שיחה" בפרשת בדיר ולפיה אין הכרח לאחר תיקון תשנ"ה כי תתקיים בכל שיחה דרישת הבו זמניות שנקבעה בהלכת צוברי. שיחה יכולה שתתקיים גם כאשר לא מתקיים אלמנט הבו זמניות אלא מדובר בשיחה מתמשכת. חיזוק לכך מצא בית המשפט בהגדרת "בעל שיחה" [בחוק האזנת סתר](#) גם כ"מי שהמסר המועבר בבזק מיועד להיקלט אצלו". לפיכך, סבורה העותרת כי כל עוד המסר שנשלח לא הגיע ליעדו נמשכת השיחה, שהאזנה והעתקתה, ללא הסכמת "בעל השיחה" היא האזנת סתר.

ב. עוד טענה ההגנה כי הנחיית פרקליטת המדינה מספטמבר 2003 פגומה מיסודה הן מן הטעם כי אין זה ראוי כי הפרקליטות תסטה מקביעת בית המשפט בענין בדיר כל עוד לא נהפכה ההחלטה בערכאת הערעור ושלא בהתאם להצהרותיה בפני ביהמ"ש העליון, והן מן הטעם כי הקונסטרוקציה המשפטית הזו, מתעלמת מהמושג "תקשורת בין מחשבים" לפיו כל עוד מצוי הדוא"ל בתהליך העברה מתקיימת ה"תקשורת בין מחשבים".

עוד הוסיף וציין ב"כ נאשם 3, עו"ד סודרי כי עמדה זו מביאה לאבסורד שכן, על פיה גם תוכנות מסרים מיידיים, המועברים באמצעות האינטרנט, אינן בגדר שיחה כיוון שגם אלה עוברות בדרכן מן השולח לנמען דרך שרת ספק השרות.

ג. ב"כ הנאשם 3, סבור כי השוואת מעמדו המשפטי של הדוא"ל לדבר דואר רגיל כפי שנעשתה על ידי המדינה שגויה. לדידו, קיימת הבחנה טכנית בין דואר "חפצי" לבין דואר "הבזקי" עליה למדים מהגדרת [סעיף 1 לחוק רשות הדואר](#) תשמ"ו 1986 הקובע כי:

"דברי דואר" - מכתב, גלויה, עיתון, דבר זפוס, זוגמה, חבילה וכל צרור וחפץ אחרים הניתנים להעברה בדואר ולרבות מברק;
'מברק' - מסר בכתב או בדרך אחרת המועבר, או המיועד להעברה, באמצעי בזק או בדרך מהירה אחרת שיקבע המנהל;"

לענין זה מפנה ב"כ נאשם 3 להגדרת המונח "בזק" בחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 ולפיו:

"בזק" - שידור, העברה או קליטה של סימנים, אותות, כתב, צורות חזותיות, קולות או מידע, באמצעות תיל, אלחוט, מערכת אופטית או מערכות אלקטרומגנטיות אחרות;"

על רקע זה נטען כי בדואר "החפצי" מועברים דברי דואר פסיים/חפצים בעוד שבדואר "ההבזקי" מועברים דברי דואר מסוג "מברק", באופן אלקטרוני ב"אמצעי בזק" ולכך משתייך גם הדוא"ל. המשיך וטען ב"כ נאשם 3 כי אבחנה זו מובילה להבחנה משפטית חשובה, בעוד הדואר "החפצי" הוא "חפץ" כהגדרתו בפסד"פ, הדואר "ההבזקי" הוא "שיחה" כהגדרתה בחוק האזנת סתר, דהיינו, לעמדת עו"ד סודרי "דוא"ל הוא כינוי נרדף ל"שיחה אלקטרונית" ולא ל"דואר רגיל".

בהתייחס לתפקידו של ספק שרות האינטרנט בתהליך תעבורת הדוא"ל, עמדת המבקשים היא כי תפקידו של ספק השרות טכנולוגי גרידא, ולא נדרש שיתוף "ישות אנושית" בתהליך העברת המסר. נטען כי ספק הדוא"ל אינו נוטל שום חלק בתיעוד המסר המועבר ואינו יודע את תוכנו של המסר הסגור במעטפה וירטואלית ומאוחסן בתיבת הדוא"ל ששכר הנמען מן הספק, תיבת הדוא"ל נמצאת בחזקתו הבלעדית של הנמען ומוגנת בשם משתמש וסיסמא הידועים רק לנמען עצמו.

להשקפת עו"ד סודרי, אין כל מקום לאבחנה שנעשתה על ידי ב"כ המשיבה, עו"ד ויסמונסקי, בין נותני שרות בבזק אשר תפקידם מתמצה בהעברה וניתוב המסר לבין נותני שרות בבזק המבצעים בנוסף לפעולת העברה והניתוב פעולת איחסון של המידע, (מה שכונה על ידי המשיבה מוביל "תמים" לעומת מוביל בעל "מוח"). שכן, קיימים נותני שרות כדוגמת שרות הסלולאר אשר לעיתים מבצעים פעולת ניתוב בלבד ולעיתים מבצעים פעולת ניתוב ואחסנה.

ד. עוד נטען על ידי עו"ד סודרי, כי מקום בו לשון החוק סובלת פרשנות המתיישבת עם שתי העמדות צריכה ההכרעה להיעשות על פי פרשנות תכליתית המגשימה את תכלית החקיקה. עו"ד סודרי שטח באריכות את המונחים הרלוונטים בחקיקה, ההיסטוריה של החקיקה, ועקרונות היסוד של השיטה. כך למשל, הפנה לסעיף 23א לפסד"פ העוסק בחדירה לחומר מחשב המתבצעת על ידי רשויות האכיפה. סעיף 23א מפנה לענין הגדרת המונח "חדירה לחומר מחשב" לסעיף 4 לחוק המחשבים ממנו, נטען כי למדים שהמחוקק הכיר בסיטואציה בה "חומר מחשב" המצוי במחשב, יחשב בנסיבות מסוימות, ל"האזנה לפי חוק האזנת סתר" ולשם תפיסתו יידרש צו כנדרש בחוק האזנת סתר. עוד ציין והדגיש עו"ד סודרי כי תכלית חוק האזנת סתר היא הגנה על סוד השיח של אדם,

לתכלית זו נתן המחוקק מעמד חוקתי [בסעיף 47\(4\)](#) [לחוק יסוד כבוד האדם](#) וחירותו. עקרון חשוב נוסף אשר המבקשים סבורים שאינו מתיישב עם עמדת המשיבה הוא הצורך לאפשר תקשורת חופשית ולהעדיף פרשנות המעודדת את משתמשי רשת האינטרנט לעשות שימוש חופשי ללא חשש באמצעי טכנולוגי זה. קבלת עמדת המשיבה, כך טוען עו"ד סודרי, תביא לפגיעה באינטרס הציפיה וההסתמכות של המשתמש בנוגע לטיב ההגנה על סוד השיח בתקשורת בדוא"ל.

לאור כל אלה טענו המבקשים כי הפרשנות היחידה המגשימה את תכלית החקיקה היא זו אשר מעניקה למונח "שיחה" ובכלל זה למונח "תקשורת בין מחשבים", הגדרה רחבה וגורפת הכוללת את אופן העברת מסר הבזק בכל שלביו השונים עד אשר ימשך על ידי הנמען. מסקנה זו מתחזקת לדידם, נוכח העובדה כי פעולת איחסון הדוא"ל על ידי הספק היא פעולה אינהרנטית לתהליך תעבורת ההודעה ובלעדיה לא תוכל להתקיים התקשורת באמצעות הדוא"ל, לאמור, אחסון הדוא"ל מהווה חלק בלתי נפרד מה"תקשורת בין מחשבים" ולא ניתן להפריד בין השניים.

ה. המבקשים הוסיפו והדגישו כי דברים אלה מתחזקים ביחס ליירוט דוא"ל עתידי, אותו לא ביקשה המדינה לתפוס בעת שנאגר על גבי שרת ספק השרות אלא שמיד עם הגעתו למחשב הספק הועתק. אך בכך לא די, המבקשים טענו כי מדיניותה ארוכת השנים של המשיבה כפי שהוצהרה בבתי המשפט ובהנחיות פרקליטת המדינה היא כי לשם יירוט דוא"ל עתידי יש צורך להצטייד בצו להאזנת סתר. מדיניות זו שונתה בעל פה על ידי פרקליט המדינה לצורך תיק זה, בעוד ההנחיה הכללית של משרד המשפטים נותרה בעינה.

בהתייחס למצב המשפטי הקיים בארצות הברית הפנה עו"ד סודרי לפרשת U.S. v. Bradford C. Councilman שם נקבע על ידי בית המשפט הפדרלי לערעורים כי יירוט הודעות דואר אלקטרוני הנמצאות בשרת הנמען מהווה האזנת סתר. יחד עם זאת, נטען כי אין ללמוד מן המשפט האמריקאי לענייננו, זאת מן הטעם שההסדר החוקי שם שונה וכולל הגדרות ספציפיות ל"תקשורת אלקטרונית" ול"אחסון אלקטרוני".

לאור כל האמור טענו המבקשים כי המדובר בראיות שנתפסו בהאזנת סתר שלא כדין ומשכך אינן קבילות. בענין זה הפנו [לסעיף 13 לחוק האזנת סתר](#) וציינו כי הוראת החוק אינה משתמעת לשני פנים ואין המדובר במקרה הנכנס בגדר אחד משני החריגים המצוינים בחוק.

ו. עוד העלו המבקשים טענות חלופיות הנוגעות לחוקיות צווי החיפוש שהוצאו. כך נטען כי צווי החיפוש כוללנים ונדרשת בהם תפיסת כל הדוא"ל של בעל תיבת

הדוא"ל, מבלי לערוך אבחנה בין דוא"ל אישי או עסקי, הרלוונטי לחקירה הפלילית או הבלתי רלוונטי, לא צוין בצו מי רשאי לבצע הצו, האם כל אדם או שמא "בעל תפקיד מיומן", כמו כן הצו הורה כי החיפוש לא יערך בפני עדים מבלי שניתן שום נימוק להוראה זו. נוסף על כך בשני הצווים המאוחרים צוין כי יש לתפוס "דוא"ל" מבלי שניתן להבין לאיזו תקופה, האם הכוונה לדוא"ל אגור בשרת או שמא דוא"ל עתידי, איזה סוג של דוא"ל וכו'. לפיכך, נטען כי מדובר בצווים שאינם חוקים הפוגעים באופן מהותי בזכותם של המבקשים להליך הוגן ומשכך, יש לפסול את הראיות שנתפסו מכוחם.

5. טענות המשיבה

א. המשיבה סבורה כי שני מאפיינים מבדילים בין האזנת סתר לבין תפיסה. ראשית, האזנת סתר היא פעולה המתבצעת בו זמנית לקיום השיחה – כך על פי הלכת צוברי. שנית, האזנת סתר היא פעולה המייצרת תיעוד כאשר התיעוד הוא בו זמני ל"שיחה" בעוד שבמקרה של תפיסה התיעוד קיים ומהווה ביטוי חפצי של השיחה- המדובר בפעולה המעתיקה תיעוד קיים.

ב. המשיכה וטענה המשיבה כי הודעות הדוא"ל המצויות על גבי השרת הן "חומר מחשב" כהגדרתו [בסעיף 1 לחוק המחשבים](#), המהווה "חפץ" בהתאם לפסד"פ. חיזוק לעמדה זו מבקשת למצוא המשיבה בדברי ההסבר [לסעיף 16 בחוק המחשבים](#). לדידה, מנסחי הצעת [חוק המחשבים](#) ביקשו לערוך הבחנה ברורה בין תפיסה לבין האזנת סתר ממנה עולה כי כאשר התפיסה היא ממחשב לעולם אין המדובר בהאזנת סתר.

להשקפת המשיבה התכתבות בדוא"ל כוללת שלושה שלבים: העברת הדוא"ל מהשולח אל שרת ספק האינטרנט, אגירת הדוא"ל אצל ספק השרות, ומשיכת הדוא"ל על ידי הנמען. האזנת סתר תתרחש כאשר מבוקש ליירט דוא"ל במהלך ה"תקשורת בין מחשבים", היינו בשלב המעבר של המסר בקווי התקשורת בין מחשבים.

ג. הוסיף וטען עו"ד ויסמונסקי כי ניתן לסווג את נותני השרות בבזק לשנים; בקבוצה הראשונה יכללו נותני השרות המספקים את שרות העברת השיחה וניתובה מה שמכנה ב"כ המשיבה "מוביל תמים", ובקבוצה השניה יכללו אותם נותני שרות אשר מתאפיינים בשנים: ראשית, פעולת העברה וניתוב השיחה ושנית, פעולת אחסון של הודעות הדוא"ל עבור הנמען, אותם מכנה עו"ד ויסמונסקי "מוביל בעל מוח". לעמדת המשיבה, פעולת האחסון אינהרנטית לעצם התקיימות התקשורת ובלעדיה לא תוכל להתקיים תקשורת באמצעות

דוא"ל, כן נטען כי הן דוא"ל אשר נקרא על ידי הנמען והן דוא"ל אשר הגיע לתיבה אך טרם נקרא על ידי הנמען – שניהם אגורים בתיבת הדוא"ל של ספק השרות.

בהתאם להבחנה זו המשיך וטען ב"כ המשיבה כי שרת ספק השרות מהווה "בעל שיחה" כהגדרתו בחלופה הרביעית של [סעיף 1 לחוק האזנת סתר](#) הקובע כי:

"בעל שיחה – כל אחד מאלה..."

(4) **מי שהמסר המועבר בבזק מיועד להיקלט אצלו; למעט הנותן שרות של העברת מסר בבזק, למען זולתו או מטעם זולתו."**

להשקפת עו"ד ויסמונסקי, הסיפא של החלופה נועדה לחול על "מוביל תמים" כדוגמת חברת טלפוניה, בעוד הרישא נועדה לחול על "מוביל בעל מוח" – צד שלישי בעל יכולת לאגור מידע. עוד נטען כי על פי [חוק האזנת סתר](#), היות ספק השרות "בעל שיחה" המסכים להאזנה מייצרת את הצורך במתן היתר להאזנת סתר ולצורך כך יש צורך בצו חיפוש בלבד.

ד. הוסיפה וטענה המשיבה כי לצורך הרשאת גישה ל"שיחה" המתנהלת באמצעות נותני השרות המשתייכים לקבוצה הראשונה יידרש צו המתיר האזנת סתר, אולם, לצורך תפיסת מידע המועבר באמצעות נותני השרות המשתייכים לקבוצה השניה יידרש צו חיפוש בלבד שכן, נטען כי אין המדובר בהאזנת סתר אלא בתפיסת מידע ניח האגור במחשב. עו"ד ויסמונסקי סקר באריכות את נותני השרות השונים וסיווגם בהתאם לשתי הקבוצות שהוזכרו לעיל. בעוד שאת הדוא"ל שייך לקטגורית אמצעי התקשורת "בעלי המוח", את תוכנות העברת המסרים המיידים כגון: מסנג'ר ו-icq סיווג בגדר קטגורית אמצעי התקשורת "התמימים" וציין כי בתוכנות אלה התמסורת עוברת דרך ספק השרות לצורך ניתוב בלבד, ולא לצורך אחסון.

עו"ד ויסמונסקי ביקש להקביל את תוכנות העברת המסרים המיידים, לשרות הטלפוניה, בעוד שנטען כי הדוא"ל הוא המקבילה האינטרנטית לדואר רגיל.

ה. עוד הפנה ב"כ המדינה לאבחנה הנהוגה במשפט האמריקאי בין האזנה ל"שיחות" המתבצעת בו זמנית לבין תפיסה של "stored communication". בהתאם לאבחנה זו, משתנה סוג הצו הנדרש מרשויות האכיפה. כמו כן הפנה לשורה ארוכה של פסקי דין שניתנו שם ומהם עולה כי תפיסת הודעות דוא"ל האגורות בשרת ספקית השרות מהווה "תפיסה" ואין המדובר בהאזנת סתר. עו"ד ויסמונסקי המשיך וטען כי גישה דומה הנהיגה האמנה האירופית לפשעי מחשב המבחינה בין מידע מאוחסן, על ידי ספק השרות, לבין מידע המצריך יירוט סימולטני.

1. בכל הנוגע לדוא"ל עתידי שהגיע לשרת מיום הוצאת הצו והלאה נטען כי המדובר בפעולת חקירה הוזהרה מבחינה מהותית לזו המתבצעת באשר לדוא"ל הקיים בשרת. עו"ד ויסמונסקי ביקש להקביל סיטואציה זו למצב בו ידוע למשטרה כי חבילת סמים אמורה להגיע לתיבת הדואר של חשוד, המשטרה יודעת כי באמצעות פתיחה עקבית וסמויה של תיבת הדואר ניתן יהיה לתפוס את חבילת הסמים, במקרה כזה המשטרה תוציא צו חיפוש באמצעותו תחדור, חדירות סמויות, חוזרות ונשנות לתיבת הדואר של החשוד. בהקשר זה הוסיף וטען עו"ד ויסמונסקי כי עיון בנוסח הצווים מלמד כי מדובר בתפיסה לאחר שתתבצע פעולת האחסנה להבדיל מקליטה בו זמנית בעת תהליך השיגור, תוך שהוספה הדגשה לגבי כל צו וצו לפיה **"יובהר כי לא מדובר בהאזנת סתר אלא בדוא"ל שמאוחסן אצל צד ג"**.

בהתייחס לטענת ב"כ נאשם 1, עו"ד כץ ציין עו"ד ויסמונסקי כי אין לקבל את העמדה לפיה "חדירה מתמשכת" למחשב מהווה ממילא "האזנת סתר", בענין זה הפנה לסעיף 23(א)ג) לפסד"פ הקובע כי: **"קבלת מידע מתקשורת בין מחשבים אגב חיפוש לפי סעיף זה לא תיחשב כהאזנת סתר לפי חוק האזנת סתר, התשל"ט – 1979"**.

להשקפת המשיבה, אין לראות במידע אף אם הוא נקלט בו זמנית במהלך החיפוש המתמשך – בבחינת האזנת סתר, לפיכך, חדירה מתמשכת, לחומר מחשב שנאגר ושב ונאגר אינה מעשה של האזנת סתר.

2. אשר לטענות בדבר עמדתה המתחלפת של המדינה בסוגיה השיב עו"ד ויסמונסקי כי עמדת המדינה כפי שהוצגה בענין בדיר בבית המשפט העליון לא שונתה כלל מבחינה רעיונית, השינוי בהנחיית פרקליט המדינה הנוכחי, עו"ד ערן שנדר הוא במישור היישומי בלבד, במובן של ביסוס התובנה כי גם דוא"ל עתידי עדין נחשב כ"חפץ", באם נתפס לאחר הגעתו לתיבת הדוא"ל של החשוד. אבן הבוחן מאז ועד היום היתה ונתרה דרישת "הבו זמניות". ככל שקליטת הדוא"ל היא בו זמנית לתהליך השיגור הרי מדובר בהאזנת סתר וככל שמדובר בהעתקת תיעוד של שיחה מאוחסנת הרי שנדרש צו חיפוש בלבד.

3. עו"ד ויסמונסקי הוסיף וציין כי גם בהנחה שהנחיית פרקליט המדינה יש בה משום שינוי מעמדת פרקליטת המדינה לשעבר, אין כל מניעה כי פרקליט המדינה יחליט על שינוי מדיניות כל עוד לא קיימת בכך סתירה לדין מחייב. בענייננו, הכרעת הדין בענין בדיר בוטלה על ידי בית המשפט העליון בהסכמת המדינה, ומבלי שבית המשפט העליון הכריע בסוגיה, משכך, הכרעת הדין של בית המשפט המחוזי בטלה.

כן טען עו"ד ויסמונסקי, כי לצד ההרשעה בעבירות האזנת סתר בפרשת בדיר בבית המשפט המחוזי, הרי שבפרשת נטוויזין ניתנה החלטה סותרת על ידי בית

משפט השלום לפיה אושרה פעולה של תפיסת דוא"ל קיים ועתידי האגור אצל ספק השרות.

ט. בהתייחס לטענות ההגנה בדבר פגמים בצווי החיפוש והתפיסה טען ב"כ המדינה, כי לענין טענות ב"כ המבקשים בדבר פגיעה בלתי מידתית במהלך החיפוש עצמו, והיעדרו של "בעל תפקיד מיומן" לביצוע החיפוש, הרי שבפועל לא בוצע החיפוש על ידי המשטרה. הצווים נמסרו לספקיות שרות הדוא"ל המחזיקות כדין במידע, ואלו ביצעו את פעולת איסוף הדוא"ל בעצמן. בהתייחס לטענה של העדר עדים מטעם המבקשים וניסוחם הגורף של הצווים טען עו"ד ויסמונסקי כי הצווים נתבקשו לגבי דוא"ל נכנס בלבד תוך שננקטה עמת מידה קפדנית ומידתית ולא נתבקש לעיין במידע אחר למעט הדוא"ל הנכנס.

אשר לשני הצווים המאוחרים בהם צוין באופן לקוני כי הצווים מתייחסים ל"דוא"ל", המדובר בפגם טכני, מן הטעם שהבקשות להוצאת הצווים כללו פירוט באשר לדוא"ל הקיים בשרתים ו/או שיגיע לאחסון תוך 30 יום מיום מתן הצו, ואכן נתפס בפועל דוא"ל בהתאם לבקשה ולא מעבר לכך. לפיכך, טען ב"כ המדינה כי אין בפגמים הנטענים על ידי ההגנה כדי להשפיע על משקל הראיות שנאספו באמצעות הצווים או על מהימנותן, ולכן גם אין בהם כדי להביא לפסלות שני הצווים.

6. דיון

האינטרסים המתנגשים - הגנת הפרטיות וצורכי בטחון וחקירה

הצורך בשמירה על הסדר הציבורי לשם ניהול חיי חברה תקינים והגנה על שלום הציבור מקימים את הציודק המוסרי לקיומם של פעולות חיפוש ותפיסה מעקב והאזנה, וזאת על אף הפגיעה בזכויות היסוד של הפרט וביניהן הזכות לפרטיות, הזכות לסוד השיח, הזכות לצנעת הפרט והזכות לחופש הביטוי. הקושי המובנה בין שני האינטרסים מנוגדים ובעלי חשיבות אלה מתחדד במיוחד ויוצר דילמות לא פשוטות בכל מה שקשור למעקב ברשת האינטרנט.

מחד, השימוש באינטרנט בכלל ובדוא"ל בפרט הפך נפוץ בקרב המשתמשים באינטרנט ומשמש כלי מרכזי להעברת מידע ותקשורת בין הפרטים בחברה, ככזו משמשת הרשת בין השאר לזירה להתפתחות הפשיעה המחייבת התייחסות ומענה לצורך סירוס התופעה על ידי רשויות המדינה.

גישה להודעות דוא"ל של חשוד המאוחסנות על גבי שרת ספק השרות בטרם הגיעו ליעדם מהווה אמצעי יעיל לגורמי הביטחון להלחם בפשיעה, לשמור על הסדר הציבורי ובטחון המדינה ולהגיע לחקר האמת. בדרך זו יכולות רשויות החקירה לנהל מעקב וחקירה

סמויה ולהשיג ראיות מבלי שהחשוד יודע על דבר קיום החקירה במיוחד אמורים הדברים נוכח הקלות הבלתי נסבלת להעלים ראיות בעידן המחשב.

אולם, מנגד ניצבות זכויותיהם החוקתיות של המשתמשים המצפים לשמירה על פרטיותם. הזכות לפרטיות מהווה זכות יסוד חוקתית ומעוגנת ב**סעיף 7** לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. על פי חוק היסוד כל רשות מרשויות המדינה מחויבת לכבד זכויות אלה. כל פגיעה בזכות זו חייבת להיעשות בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה.

חוק הגנת הפרטיות עיגן את ההגנה על זכות זו עוד בטרם עוגנה בחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו, אולם חוק הגנת הפרטיות אינו דן בנושא של מעקב ובילוש אחר מסרים ברשת האינטרנט. שימוש בלתי מסויג המקנה גישה לרשויות האכיפה לעיין בדוא"ל הממתין לנמען במחשבי ספק השרות, מבלי ידיעת המשתמש, טומן בחובו פגיעה קשה בזכויות הפרט ובתחושת הבטחון האישי שלו ועלול להביא למצב בו חיי הפרט חשופים במידה שעולה על הנדרש לעינה המפקחת של המדינה, ובמיוחד אמורים הדברים כאשר מדובר בהרשאת גישה לפרק זמן ממושך הצופה פני העתיד.

בנוסף, הצורך לעודד את משתמשי האינטרנט לעשות שימוש בדוא"ל, בהיותו אמצע זמין, מהיר נוח וזול, והצורך לאפשר חיי מסחר תקינים בעידן הטכנולוגי – כל אלה מהווים שיקולים כבדי משקל לשמירה על מתחם הפרטיות של האדם בעידן המחשב.

יש צורך לבחון, איפוא, מהו האיזון הראוי והרצוי בין שני אינטרסים מנוגדים ובעלי חשיבות אלה, מחד האינטרס הציבורי שבמניעת עבריינות וגילוי הפשיעה ומאידך, הצורך בשמירה על זכויות החירות של האדם ובראש ובראשונה הזכות לפרטיות. פועל יוצא מאותו איזון הוא סיווג פעולת הגישה של רשויות האכיפה להודעות דוא"ל של חשוד הנמצאות במחשבי ספק השרות בגדר חיפוש ותפיסה או בגדר האזנת סתר, וזאת תוך בחינת מהות הפעולה, בחינת הוראות **חוק האזנת סתר**, **חוק המחשבים**, פסד"פ, ובחינת התכלית החקיקתית המונחת ביסוד חוקים אלה.

לציין כי בין שתי הגישות האמורות קיים הבדל משמעותי לאור יחסו השונה של הדין להליך קבלת צו חיפוש לעומת הליך קבלת צו האזנת סתר המשליך באופן ישיר על היקף ההגנה המשפטית שתינתן לזכות לפרטיות ולזכות לחופש הביטוי, סיווגה של הפעולה בגדר **חוק האזנת סתר** מקנה הגנה רחבה יותר לזכויות החירות של הפרט הכלל כפי שיפורט להלן.

7. מתן היתר לחיפוש במחשב אל מול מתן היתר להאזנת סתר - הסדרי האיזון

המוסדרים בחקיקה

א. אף שחיפוש בידי המשטרה מהווה חזירה משמעותית לפרטיות האדם, ככלל, הוצאת צווי חיפוש היא ענין שבשגרה. ההסדרים לביצוע חיפוש בכלל וחיפוש במחשב בפרט מעוגנים בפסד"פ ולפיהם שופט שלום הוא שמוסמך להתיר את

החיפוש מכוח סעיפים 23 לפסד"פ (צווי חיפוש), 23א לפסד"פ (חדירה לחומר מחשב), וסעיף 43 לפסד"פ (הזמנה להשיג חפץ), זאת, יש לומר מבלי שמתקיים דיון משפטי של ממש ומבלי שתתקיים בחינה מעמיקה בדבר היקף הפגיעה בפרטיות. לשופט הדן בענין מוגשות מידי יום מאות בקשות להוצאת צווי חיפוש ואין כל אפשרות פרקטית להיכנס לעובי הקורה, לבחון כל בקשה ובקשה לגופה ולקיים דיון מעמיק באשר למטרות החיפוש, קיומה של דרך חלופית להשגת תכלית החיפוש אשר פגיעתה בחשוד פחותה, בחינת היקף החיפוש ונוהל חיפוש שיקטין את הפגיעה ואת החדירה לרשות היחיד.

לא למיותר לציין כי קימת ביקורת רבה כלפי בתי המשפט באשר להפעלת סמכותם בבואם ליתן צווי חיפוש, והקוראת לבתי המשפט שלא לראות בתפקידם זה כמתמחה בתפקיד אדמיניסטרטיבי אלא כתפקיד שיפוטי המצריך הפעלת שיקול דעת. "בית המשפט צריך לשמש בלם בפני שימוש מופרז בסמכות החיפוש ונדרש הוא להשתכנע כי ישנה נחיצות בצו החיפוש" (ראו נמרוד קוזלובסקי "המחשב וההליך המשפטי" התשס"א 2000, 65; כן ראו חיים משגב "הזכות להיכנס לבית כדי לערוך בו חיפוש – זכויות המתגורר בבית מול חובתה של הרשות להילחם לביעור הפשע", משפט פלילי, קרימינולוגיה ומשטרה (פרסומי המכון לקרימינולוגיה ומשפט פלילי, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב, התשמ"ו 1996 כרך א) 219, 225).

ב. על הפגיעה הקשה באוטונומית הפרט ובכבודו בעידן חוקי היסוד ראו ספרו של אהרון ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי המהותי והדיוני" מחקרי משפט יג תשנ"ו 1996, 5: 23

"מרבית החיפושים ומרבית התפיסות פוגעים בזכותו החוקתית של אדם לפרטיות ולצנעת חייו. הם עשויים לפגוע גם בכבודו, בחירותו ובקניינו. מכאן שדיני החיפוש ודיני התפיסה צריכים לקיים את דרישותיה של פסיקת ההגבלה".

לצד דיני החיפוש והתפיסה הכללים הוספו מספר תיקונים ייחודים לענין חיפוש בחומר מחשב. תוקן סעיף ההגדרות כך ש"חפץ" הוגדר לרבות "חומר מחשב", הוספו ההגדרות "מחשב, חומר מחשב ופלט" כהגדרתם ב**חוק המחשבים**, כמו כן הוספה הוראת סעיף 23א אשר קובעת לכאורה נוהל מחמיר יותר לענין חיפוש במחשב וזהו לשונה:

"23. חדירה לחומר מחשב (תיקון: תשנ"ה, תשס"ה):

(א) חדירה לחומר מחשב וכן הפקת פלט תוך חדירה כאמור, יראו אותן כחיפוש וייעשו על-ידי בעל תפקיד המיומן לביצוע פעולות כאמור; לענין זה - "חדירה

לחומר מחשב" - כמשמעותה בסעיף 4 לחוק המחשבים, התשנ"ה-1995.

(ב) על אף הוראות פרק זה, לא ייערך חיפוש כאמור בסעיף קטן (א), אלא על-פי צו של שופט לפי סעיף 23, המציין במפורש את ההיתר לחדור לחומר מחשב או להפיק פלט, לפי הענין, והמפרט את מטרות החיפוש ותנאיו שייקבעו באופן שלא יפגעו בפרטיותו של אדם מעבר לנדרש.

(ג) קבלת מידע מתקשורת בין מחשבים אגב חיפוש לפי סעיף זה לא תיחשב כהאזנת סתר לפי **חוק האזנת סתר, התשל"ט-1979**.

יחד עם זאת, הפרקטיקה הנוהגת כיום מלמדת כי לא נשתנה שינוי של ממש עם חקיקת הוראת סעיף 23 לפסד"פ. אומנם נדרש כי צו החיפוש יציין במפורש "את ההיתר לחדור לחומר מחשב או להפיק פלט, לפי הענין, ואת תנאי החיפוש ומטרותיו" אולם, בפועל מוספת הוראה כללית לטופס צו החיפוש בדבר מטרת החיפוש והסמכות לחפש ולתפוס גם חומר מחשב. אין בהוראה זו כדי להנחות ולהוסיף תוספת של ממש בדבר העילות והשיקולים שיש לשקול בבקשת צו חיפוש או במתן היתר לחיפוש בחומר מחשב. (להרחבה בנושא זה ראו קוזלובסקי, שם 54 - 61).

אשר לקבילות ראיות שהושגו בחיפוש שאינו כדין, אלה לרוב יהיו קבילות, בכפוף לדוקטורינת הפסילה הפסיקתית. (ראו **ע"פ 5121/98 - טור' (מיל') רפאל יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי ואח' . תק-על 2006(2), 1093**).

ג. בעוד שהסדרי החיפוש והתפיסה חלים על "חפץ" כמשמעותו בפסד"פ, **חוק האזנת סתר** דן בציתות ומעקב המתבצעים באמצעות האזנה אלקטרונית לשיחות פרטיות. השימוש באמצעי מעקב אלה על ידי רשויות האכיפה הולך וגובר נוכח התגברות הפשיעה ואופיים המתוחכם של העבירות מחד, ונוכח ההתפתחות הטכנולוגית המתבטאת בפיתוח אמצעי ציתות והאזנה משוכללים וקלים להפעלה ללא מודעות בעל השיחה להאזנה לשיחותיו, מאידך. חיוניות פעולות אלה במקרים מתאימים אינה מוטלת בספק אולם הקניית סמכויות רחבות לרשויות החקירה, שאינן נתונות לביקורת שיפוטית ולקריטריונים מוקפדים ומוגדרים עשויה להביא לפגיעה חמורה שחברה ליברלית אשר חרטה על דגלה את ההגנה על זכויות האדם אינה יכולה להרשות לעצמה. עם זאת אין להפריז בהיקף ההגנה שתינתן לזכויותיו של הפרט על חשבון האינטרס והסדר הציבורי, וכפי שציין פרופ' שטיין במאמרו "האזנת סתר ומעקבים אלקטרוניים נסתרים", משפטים יד תשמ"ד 528 :

"קביעת מתחם פרטיותו של אדם חייבת להיעשות בהתחשב בצורך חברתי לקיים חיי חברה תקינים, ואלה מותנים במידה רבה ביכולתם של הממונים על שמירתם למנוע עבירות ולגלות עבריינים. נעילה הרמטית של מתחם הפרטיות מפני רשויות אכיפת חוק עלולה לסכל הבטחת הסדר הציבורי על ידן ואין צריך לומר כי גישה זו איננה מעשית. יש מקום לאזן בין התביעה ה"פרטית" לפרטיות לבין התביעה ה"ציבורית" להבטחת יעילותם של מנגנוני אכיפת החוק. במרכזו של איזון זה בעידן הטכנולוגי-מודרני עומדת הבעיה של אמצעי ציתות ובלוש אלקטרוניים, זאת בשל הפוטנציאל רב-העוצמה של פגיעה בפרטיות הטמון באמצעים אלה. בעיה זו באה על פתרונה החקיקתי בחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979 ובחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981".

חוק האזנת סתר נועד להבטיח כי פגיעה בפרטיותו של אדם, על ידי ביצוע האזנת סתר, תותר רק כאשר האינטרס הציבורי-חברתי גובר על הזכות לפרטיות.

בהקשר זה נאמר בפרשת צוברי כי:

"מטרתו של חוק האזנת סתר, התשל"ט-1979, כפולה: החוק בא לתת בסיס משפטי ברור וישיר יותר להגנת הפרט מפני התערבות בצנעתו המבוצעת על ידי האזנה לשיחותיו ללא ידיעתו ולהבטיח את ההגנה על ידי הוראה המענישה האזנה אסורה. כן מסדיר החוק את ההליכים להאזנה כשזו מחוייבת מטעמים של בטחון המדינה או מטעמים של מניעת עבירות וגילוי עבריינים (ה"ח 1361, התשל"ח, 301)".

ד. "שיחה" מוגדרת בחוק באופן נרחב ככוללת תקשורת בלתי אמצעית, של דיבור פנים אל פנים, שיחת טלפון, תקשורת בקשר אלחוטי, בפקסמיליה, בטלקס, בטלפרינטר או בתקשורת בין מחשבים. החוק חל על האזנה לשיחת הזולת, קליטתה או העתקתה. האזנה האסורה על פי החוק היא האזנה באמצעות מכשיר וללא הסכמת אף אחד מבעלי השיחה, מכאן שהסכמת אחד מבעלי השיחה להאזנה איננה אסורה. הרציונל שעומד בבסיס הוראה זו מובא בדברי ההסבר לסעיף 1 להצעת חוק דיני העונשין (האזנת סתר) תשל"ח-1978, שם נאמר כי אדם המוסר דבר לחברו נוטל סיכון כי הדברים שמסר לא יישארו בגדר שניהם, וכשם שאדם עשוי להפעיל את זכרונו ולשחזר שיחה ששוחח עם אחר, כך יכול הוא להקליטה ואף יכול לבקש מאחר לעשות זאת.

למעשה, עוסק חוק האזנת סתר מן הפן האחד בעצם האיסור על האזנת סתר. ומן הפן השני, מסייג החוק את האיסור וקובע חריגים לכך.

החריג הראשון מצוי בסעיף 8 לחוק ודן בהאזנות שאינן טעונות היתר מלכתחילה, זאת כאשר השיחה מתנהלת ברשות הרבים, וההאזנה נעשית בידי מי שהסמיכו לכך ראש שרות הביטחון הכללי או ראש אגף המודיעין במטה הכללי של צה"ל, מטעמים של בטחון המדינה או בידי מי שהסמיכו לכך קצין משטרה בדרגת ניצב משנה ומעלה, שמפק"ל המשטרה הסמיכו לכך, לשם מניעת עבירות וגילוי עבריינים.

החריג השני מתייחס להאזנת סתר שלא ברשות הרבים. בהקשר זה הפיקוח והביקורת על האזנה לרשות היחיד מחמירים יותר. האזנת סתר מטעמי בטחון המדינה תתאפשר על פי היתר בכתב של ראש הממשלה או שר הבטחון, ובמקרים דחופים על פי היתר מאת ראש שרות הבטחון הכללי או ראש אגף המודיעין שבמטה הכללי של צה"ל – במקרה כזה יודיע מוציא ההיתר על כך לראש הממשלה או לשר הבטחון אשר רשאים לבטלו. (ראו שטיין שם, 533).

האזנות סתר ברשות היחיד לשם מניעת עבירות וגילוי עבריינים רשאים להתיר נשיא בית המשפט המחוזי או סגנו, לבקשת קצין משטרה מוסמך. ההיתר יינתן בעבירות מסוג פשע ותוקף ההיתר ל- 3 חודשים, אך ניתן להאריך. ההיתר יינתן רק כאשר שוכנע הנשיא או סגנו כי הדבר "דרוש לגילוי, לחקירה או למניעה של עבירות מסוג פשע, או לגילוי או לתפיסה של עבריינים שעברו עבירות כאמור, או לחקירה לצורכי חילוט רכוש הקשור בעבירה שהיא פשע" וזאת לאחר שנשקלה "מידת הפגיעה בפרטיות". ההיתר חייב לכלול תנאים מוגדרים, כגון, זהות האדם אשר האזנה לשיחותיו הותרה או זהות הקו או מתקן שרותי בזק שהאזנה אליהם הותרה, מקום השיחות או סוגן, כאשר אלה ידועים מראש כמו כן, יפרט ההיתר את דרכי האזנה שהותרו. (ראו קוזלובסקי, שם, 97).

ככלל, ראיות שהושגו בהאזנת סתר שלא כדין לא יהיו קבילות אלא אם התקיימו התנאים הקבועים בסעיף 13(א)(1) ו/או (2).

8. הכרעה

כאמור לעיל, השאלה אשר עומדת להכרעה בדיון זה היא האם דוא"ל האגור בשרת מחשב ספק השרות בדרכו לנמען הוא בבחינת "חפץ" אשר ניתן לתפיסה מכוח הוראות פסד"פ או שמא מדובר ב"שיחה" אשר לצורך יירוטה נדרש היתר כדין להאזנת סתר. בהקשר זה נחלקו צווי החיפוש שהוצאו לשנים: צו חיפוש שהורה על תפיסת הדוא"ל שהיה מאוחסן בשרת ביום הוצאת הצו, וצווי חיפוש שהורו על תפיסת כל הדוא"ל שיגיע לשרת תוך 30 יום מיום הוצאת הצווים.

א. דוא"ל שהיה אגור בעת מתן הצו

(1) אין חולק כי קליטת מידע מתקשורת בין מחשבים, ללא הסכמת אף אחד מבעלי השיחה, מהווה האזנת סתר. כך נלמד מהוראותיו של חוק האזנת סתר המגדיר "שיחה" כך:

"בדיבור או בבזק, לרבות בטלפון, בטלפון אלחוטי, ברדיו טלפון נייד, במכשיר קשר אלחוטי, בפקסימליה, בטלקס, בטלפרינטר או בתקשורת בין מחשבים".
(הדגשה שלי – ח"כ).

בהקשר הנדון ה"שיחה" הרלוונטית היא שיחה "בבזק לרבות... תקשורת בין מחשבים".

בזק מוגדר בחוק כ:

"סימנים, אותות, כתב, צורות חזותיות, קולות או מידע, המועברים באמצעות תיל, אלחוטי, מערכת אופטית או מערכות אלקטרומגנטיות אחרות".

לאחר תיקון תשנ"ה, האזנה היא:

"האזנה לשיחת הזולת, קליטה או העתקה של שיחת הזולת, והכל באמצעות מכשיר;
'האזנת סתר' - האזנה ללא הסכמה של אף אחד מבעלי השיחה".

"בעל שיחה" הוא כל אחד מאלה:

- (1) המדבר;
 - (2) מי שהשיחה מיועדת אליו;
 - (3) המשדר בבזק;
 - (4) מי שהמסר המועבר בבזק מיועד להיקלט אצלו;
- למעט הנותן שרות של העברת מסר בבזק, זולתו או מטעם זולתו".

(2) בפרשת צוברי נקבע מבחן ה"בו זמניות" לצורך בחינת השאלה האם מדובר ב"האזנת סתר" וכך נאמר שם:

"פשוטו של מקרא ותכליתו של דבר החקיקה מצביעים על כך שהמדובר בהאזנה לשיחה או בהקלטתה, בעת קיום השיחה, היינו על פעולות המתבצעות בו-זמנית עם קיומה של השיחה... האזנה היא הקשבה לשיחתו של אחר, ואם אין מרחיבים משמעותה (כפי שנעשה למשל בחוק הנ"ל על ידי הוספת המרכיב של ה-"הקלטה", נושא אליו עוד נשוב בהמשך הדברים), אין היא

**מתייחסת להקשבה בשלב מאוחר יותר לדברים
שהוקלטו לפני כן בעת קיומה של השיחה..."**

ראוי לציין, כי הלכת צוברי קדמה לתיקון תשנ"ה [בחוק האזנת סתר](#), תיקון אשר הרחיב את משמעות המונח "שיחה" גם ל"שיחה" ב"בזק" המתנהלת בתקשורת בין מחשבים, תיקון אשר הרחיב את המונח "האזנה" גם "לקליטה או העתקה של שיחת הזולת". בהקשר זה צוין בפרשת בדיר על ידי כב' השופטת רוטלוי כי:

"בעבר כאשר נזקק בית-המשפט להגדרתה של האזנה היה הוא סבור, כי האזנה היא הקשבה לשיחתו של אחר כאשר מדובר בפעולה המתבצעת בו זמנית עם קיומה של השיחה (ע"פ 1497/92 מדינת ישראל נ' צוברי ואח', פ"ד מז 187, 177(4)). אלא שבינתיים שונה החוק, כאמור לעיל, ולפרשנות זו של בית המשפט אין עוד רלוונטיות בהתחשב בהגדרה החדשה של 'שיחה' [בחוק האזנת סתר](#).

ניתן להגיע לאותה מסקנה גם מעיון בהצעת [חוק המחשבים](#) התשנ"ד-1994 האומר בדברי ההסבר כי אחת ממטרות החוק היא 'התאמת החקיקה הקיימת בתחום האזנת הסתר למציאות המיוחדת בתחום המחשבים'."

עוד ראוי להוסיף, כי פרשת צוברי דנה בהאזנות סתר טלפוניות, על כן אין ללמוד ממנה לענין דרישת בו-הזמניות ב"תקשורת בין מחשבים", מונח שהוסף להגדרת "שיחה", לאחר התיקון לחוק.

כמו כן ובהנחה שדרישת הסימולטניות מתקיימת בענייננו, עדיין יש לבחון האם ה"אתנחתא" של הודעת הדוא"ל בדרכה לנמען שוללת את דרישת בו-הזמניות, דהיינו, האם אחסון הודעת הדוא"ל בשרת ספק שרות האינטרנט, בטרם הגיעה ההודעה ליעדה הסופי, שוללת את היות המסר בשלב של "תקשורת בין מחשבים" ומשכך תמה ה"שיחה", או שמא לעת ההיא וכל עוד לא הגיעה הודעת הדוא"ל למחשב היעד, נמשכת ה"שיחה"?

(3) כפי שנלמד, הגדרת המונח "בזק" [בחוק האזנת סתר](#) מדברת ב"סימנים, אותות... [המועברים](#) ... " בעוד "חומר מחשב" מוגדר [בחוק המחשבים](#) כ"תוכנה או מידע".

מידע מוגדר [בחוק המחשבים](#) כ:

"נתונים, סימנים, מושגים או הוראות, למעט תוכנה, המובעים בשפה קריאת מחשב, והמאוחסנים במחשב או באמצעי אחסון אחר, ובלבד שהנתונים, הסימנים, המושגים או ההוראות אינם מיועדים לשימוש במחשב עזר בלבד". (ההדגשות שלי – ח'כ').

מעיון ראשוני בהגדרות החקיקה מתחזקת המסקנה הלכאורית, כי ה"שיחה" אליה מתייחס **חוק האזנת סתר** היא זו אשר נמצאת במצב צבירה של העברה בעוד שחומר מחשב אותו ניתן לתפוס עפ"י פסד"פ **וחוק המחשבים** הוא זה אשר מאוחסן במחשב. יחד עם זאת, עיון בסעיף 4 לחוק המחשבים המגדיר "חדירה לחומר מחשב" מלמדנו, כי המחוקק הכיר בסיטואציה בה תיתכן חדירה לחומר מחשב שתהווה גם האזנת סתר לפי **חוק האזנת סתר**. במצב כזה קובע **חוק המחשבים**, הוראות **חוק האזנת סתר** תגברנה.

(4) יתרה מכך, בדברי ההסבר להצעת התיקון לחוק האזנת סתר (סעיף 15 להצעת **חוק המחשבים**), נאמר כי:

"מידע רב מוזרם במערכות תקשורת בין מחשבים, קליטתו בסתר מהווה למעשה מקרה מיוחד של האזנת סתר. ראוי לכן כי הכללים הנוהגים בענין האזנת סתר יחולו גם על קליטה של מידע כאמור. ההצעה מבחינה בין חדירה למחשב מסוים, המהווה פלישה לתחום פרטיותו של המשתמש במחשב, וכמוה ככניסה לחצריו, לבין האזנה לדרכי תקשורת בין מחשבים... מוצע שהכללים המתירים האזנת סתר על פי **חוק האזנת סתר, התשל"ט-1979, יחולו גם על קליטת המידע המוזרם במערכות תקשורת בין מחשבים. מוצעת, אם כן, הרחבה מתאימה של ההגדרות בחוק האזנת סתר, כך שיכללו דרכי תקשורת חדישות, כגון תקשורת מחשבים.**" (הדגשה שלי – ח'כ').

הנה כי כן, המחוקק התייחס למידע ה"מוזרם במערכות תקשורת בין מחשבים" וביקש להרחיב ולהחיל את הוראות **חוק האזנת סתר** על "דרכי תקשורת חדשות, כגון תקשורת מחשבים", מדברים אלו עולה כי הפרשנות הראויה אשר תגשים את תכלית המחוקק היא זו אשר מעניקה פירוש רחב למונח "תקשורת בין מחשבים" ככוללת את כל שלבי תעבורת הודעת הדוא"ל הן שלבי מעבר ההודעה בטווח האלקטרוני והן השלבים בהם היא מאוחסנת באורח זמני בטרם הגיעה לנמען.

פירוש דווקני של אגד המילים "תקשורת בין מחשבים" ואבחנה בין מידע "נייח" לבין מידע "נייד", (לצורך מענה על השאלה האם מצויים אנו בגדרו של [חוק האזנת סתר](#) או שמדובר ב"חדירה לחומר מחשב" עליה יחולו ההוראות העוסקות בחיפוש ותפיסה של חומר מחשב שבפסד"פ), והאבחנה הנגזרת ממנה - בין שיחה בו זמנית לבין תקשורת סדרתית- אבחנות אלה אינן מתיישבות עם תכלית חוק האזנת סתר שבהגנה על סוד השיח וצנעת הפרט, אבחנות אלה אינן מתיישבות עם דברי ההסבר של תיקון תשנ"ה, אשר הוסיף להגדרת המונח "שיחה" את המילים "תקשורת בין מחשבים", ואבחנות אלה אינן עומדות עוד במבחן הטכנולוגיה המשתנה ומתפתחת ללא הרף. יתרה מכך, אבחנות אלה יש בהן כדי לרוקן מתוכן את הוראת [חוק האזנת סתר](#) ולהפכו לאות מתה, שכן, בכל עת בה יבקשו רשויות החקירה ליירט הודעות דוא"ל של חשוד, יעשו כן בשלב בו ההודעה אגורה על גבי השרת ובטרם הגיעה ליעדה.

(5) לציין, כי הודעת דוא"ל עוברת שלבים שונים במהלך מסעה מהשולח לנמען. היא מתורגמת לפרוטוקול תקשורת (השפה בה נעשה שימוש לצורך יצירת קשר בין מחשבים), ומשוגרת לרשת האינטרנט בחלקי מידע אשר מועברים על ידי מחשבים, כשכל מחשב מאחסן אותה באופן זמני. בנקודות שונות מקובצים חלקי המידע כך שנוצרת ההודעה המקורית, לעיתים מועתקת לפרק זמן קצר, ומשם ממשיכה במסעה ברשת. כאשר מגיעים חלקי המידע לשרת הדואר של ספק שרות האינטרנט הם מקובצים להודעה המקורית ומשם מנותבת ההודעה לתיבת הדוא"ל של הנמען.

יוצא כי מסעה של הודעת הדוא"ל בדרכה לנמען כוללת עצירות ביניים. דומה הדבר לרכב הנוסע מת"א לחיפה ובדרכו עוצר בתחנת דלק לשם תדלוק, האם ניתן לומר כי עצירה זו קוטעת את מסעו של האדם הנוהג ברכב מת"א לחיפה? האם ניתן לומר כי העצירה בתחנת הדלק משמעה סיום המסע ותחילת מסע חדש? אומנם מבחינה טכנית בוצעה עצירה אך מדובר בעצירה הכרחית לשם המשך המסע והגעה ליעד הסופי, כל עת שהרכב לא הגיע לחיפה נאמר כי האדם נמצא בדרכו ליעד שלשמו יצא. ובמילים אחרות, בחינת מסעה של הודעת הדוא"ל בטווח האלקטרוני ראוי שתיבחן מתוך השקפה כוללת על תהליך תעבורת הדוא"ל מרגע שיגורו מנקודת המוצא ועד להגעתו למחשב היעד, מכאן שתפיסת המסר על מחשב ספק השרות מהווה תפיסה ב"זמן אמת" במהלך תהליך

העברה ולפני שהסתיימה ה"תקשורת בין מחשבים", כהגדרת [חוק האזנת סתר](#) ל"שיחה".

רק בחינה שכזו תקיים לטעמי, את המענה הראוי, לקונפליקט המובנה בין הפן הטכנולוגי לבין הפן המשפטי, קונפליקט אשר הולך וגובר כל העת עם ההתקדמות הטכנולוגית העצומה, בעוד המחוקק מתקשה להדביק את הקצב ולהתאים את החקיקה להתפתחות המסחררת של הטכנולוגיה.

(6) זאת ועוד; קבלת עמדת המדינה עלולה להביא לתוצאה לא רצויה, לפיה ספק השרות לא יהיה מנוע מלהעתיק ולקרוא את ההודעות המיועדות ללקוחותיו, שכן, החזירה מתבצעת בשרת המחשב של ספק השרות.

סוגיה דומה התעוררה במשפט האמריקאי (U.S. v. Bradford C. Councilman) באותה פרשה שימש הנאשם, מר קאוונסילמן, סגן נשיא בחברת אינטרלוקי שהפעילה זירה מקוונת למפגש בין סוחרי ספרים נדירים ומשומשים לבין קוראי הספרים. כחלק משרותיה סיפקה החברה ללקוחותיה כתובות דוא"ל. הנאשם הורה לעובדיו לכתוב תוכנה שתיירט ותעתיק את הודעות הדוא"ל שנשלחו מהאתר Amazon.com ללקוחות החברה. יירוט ההודעות התרחש בעת שההודעות נאגרו באחסון זמני במחשבי החברה ולפני שהגיעו לנמען. הנאשם הועמד לדין בגין יירוט מסרים בלתי חוקיים (עבירה המקבילה להאזנת סתר שלא כדין במשפטינו), אך זוכה בערכאה הראשונה. בערעור שהגישה המדינה אישר בית המשפט הפדראלי לערעורים את הזיכוי כאשר קבע כי האזנת סתר תתרחש בעת שהמסר נמצא בתנועה בעוד שבמקרה זה הודעות הדוא"ל היו ב"אחסנה אלקטרונית" בעת שיורטו. אולם, בדיון הנוסף התהפכה ההחלטה ונקבע בדעת רוב של חמישה שופטים כנגד דעתם החולקת של שני שופטי המיעוט, כי סיטואציה זו היא בגדר יירוט שיחה ועל כן על המיירט להצטייד בצו המתיר לו ליירט את המסר.

וכלשונו של ביהמ"ש:

"We conclude that the term "electronic communication" includes transient electronic storage that is intrinsic to the communication process for such communications. That conclusion is consistent with precedent...

Consequently, in this context we reject Councilman's proposed distinction between "in transit" and "in storage". (p. 26)

בהמשך חוזר בית המשפט על אותה מסקנה ומוסיף:

"We therefore conclude that the term 'electronic communication' includes transient electronic storage that is intrinsic to the communication process, and hence that interception of an e-mail message in such storage is an offense under the Wiretap Act".

(p. 40)

למול דעת הרוב סברה דעת המיעוט, כי מדובר בכשלון המחוקק, אשר נמנע משימוש בלשון מודגשת בחוק שעה שהגדיר מה היא "תקשורת אלקטרונית", מה שהצריך מדעת הרוב להגיע לתוצאה שהיא בגדר חקיקה שיפוטית.

עוד הוסיפו שופטי המיעוט כי:

"The lacuna between the definition of 'wire communication' and that of 'electronic communication' can only be bridged by the body that created it, jurisprudential 'body English' does not suffice to fill that vacuum".

לציין כי אף שפרשת Councilman ניתנה בשנת 2005 ונדונה בהרכב מורחב בדיון נוסף - בבית המשפט הפדראלי לערעורים, קיימת במשפט האמריקאי גישה שונה התומכת בעמדת המשיבה ומבחינה בין האזנה לשיחה המתבצעת עם העברת המסר ("transmission of message") לבין תפיסה של "stored communication" ראו: Robert konop v. Hawaiian Airlines, Inc. 302 F3d 868 (9th Cir.2002); Steve Jackson Games ,Inc. 36 F3d 457 (5th Cir.2002); George Theofel v Alwyn Farey, 359 F3d 1066 (2003), אך הגישה הראשונה מקובלת עלי יותר ועולה בקנה אחד עם פרשנות הוראות החוק ותכליתו.

(7) שיקול נוסף המטה את הכף אל עבר אימוץ הגישה המקנה הגנה רחבה יותר לזכויות הפרט נעוץ בעובדה שמבחינה נורמטיבית, שיחה של הפרט המתנהלת באמצעות דוא"ל היא ערך חשוב בחברה. כאשר קיימות שתי פרשנויות אשר שתיהן מתיישבות עם לשון החוק יש להעדיף את הפרשנות המקיימת את ערכי היסוד של המשפט ומתיישבת עם תכלית החקיקה.

סיווג הפעולה בגדר [חוק האזנת סתר](#) מגשימה את נקודת האיזון הראויה בין האינטרס הציבורי לגילוי עבריינות ומניעת הפגיעה לבין זכויות היסוד של האדם בחברה.

דברים אלו מתחזקים נוכח העובדה שאין המדובר בדרך פרשנית השוללת כליל מרשויות החקירה את היכולות לבצע מלאכתם החשובה ולהאזין להודעות דוא"ל – כאשר אלה נחוצות לצורך חקירה, אלא שדרך זו מקטינה ככל האפשר את מידת הפגיעה בזכויות החירות של הפרט ומכפיפה את הליך המעקב לסוד שיחו של הפרט בעידן המחשב לפיקוח וביקורת שיפוטית קפדנית יותר מזו שמתבצעת בהליך החיפוש.

ב. צו חיפוש צופה פני העתיד

אם לגבי צווי החיפוש מן הסוג הראשון התלבטתי לא מעט, הרי שלגבי צווי החיפוש העתידיים, אשר הורו על תפיסת כל הדוא"ל שיגיע במהלך 30 יום מיום הוצאת הצו, דעתי היתה נוחה מהרגע הראשון. בסוג דוא"ל זה לא מבוקש לתפוס מידע המצוי בעת הוצאת הצו על גבי השרת כי אם מידע שטרם נוצר לא כל שכן טרם תועד. משמעות הוצאת צו חיפוש שכזה היא מעקב, בילוש וציתות אחר פעולות ושיחות עתידיות של החשוד, מסע דייג ונסיון לייצר ראיות אשר אינן קיימות ברגע נתון שעה שמתבקש הצו. גם לגישת ב"כ המדינה, עו"ד ויסמונסקי, אשר ערך הבחנה בין תפיסה לבין האזנת סתר בבסיסה ביקש לייחד לפעולת האזנת הסתר אלמנט של תיעוד בעוד לגבי תפיסה נטען כי קיים אלמנט של העתקת המידע, גם לפי גישה זו לא ניתן להגיע למסקנה כי צו הצופה פני העתיד יכול שיינתן מכוח פסד"פ, שהרי במקרה שבפני, הותקנה תיבת "צל" אליה הועברו כל הודעות הדוא"ל מיד עם הגעתן לשרת. פעולה זו היא יצירת תיעוד במובהק ואין היא בגדר העתקה כיוון שההערכות לקליטת ההודעות התבצעה בעוד מועד ולמעשה תיבת הצל המתינה מראש לכל הודעה העתידה להיכנס.

זאת ועוד; הפרשנות המוצעת על ידי המשיבה לפיה ניתן לבצע חיפוש חוזר ונשנה מכוח אותו צו חיפוש- זאת כאשר מדובר בחבילת סמים, וגם כאשר מדובר בהודעות דוא"ל העתידות להגיע למחשב הספק, פרשנות זו שגויה ביסודה, ומעוותת את הוראת החוק. לא בכדי העלה המחוקק את רף הדרישות והתנאים בהם צריכה הרשות החוקרת לעמוד בבואה לבקש היתר להאזנת סתר למול רף נמוך בהרבה כאשר מבוקש היתר לחיפוש; בכל הנוגע לחיפוש הצו הוא חד פעמי

ורשויות החקירה רשאיות להשתמש בו בהזדמנות אחת בלבד, כל חיפוש מעבר לכך דורש צו נפרד ומפורש. החיפוש הוא נקודתי ובידיעת החשוד ומתבצע בחשוד וחפציו ואינו משליך לרוב על צדדים שלישיים. מנגד, האזנת סתר מהווה חדירה בוטה בהרבה לאוטונומית הפרט הן בשל משך המעקב הממושך אחר החשוד שלא בידיעתו, הן בשל אופי הפגיעה והיקפה - לרוב בגדר השיחות להן מאזינים נכללות שיחות רבות אשר אינן רלוונטיות כלל לחקירה. והן בשל הפגיעה הקיימת בהכרח בפרטיותם של צדדים שלישיים המשוחרים עם החשוד. בנוסף, כאשר האזנת הסתר מתבצעת לתיבת דוא"ל של חשוד תוך שיתוף ספק השרות החובר לרשויות החקירה על מנת לבלוש אחר המשתמש מדובר בהפרת אמון קשה של ספק השרות כלפי המשתמש.

יפים לענין זה הדברים שנאמרו מפי כב' השופט אבן ארי בב"ש [90868/00](#) חברת נטוויזין בע"מ נ' צה"ל - משטרה צבאית - חקירות - היחידה הארצית לחקירות מיוחדות:

"לא נראה לנו כי ניתן לצוות על גוף דוגמת העוררת להפוך ל"ידו הארוכה של החוק", ולבצע פעולות שונות למשך פרק זמן ממושך (דוגמת: 60 יום). לכאורה, נראה כי המדובר בפעולות הדורשות השקעת משאבים וכספים, ולא ברור לנו מהו הבסיס החוקי לחיוב כזה. אומנם נכון הדבר, כי תפקידה של כל רשות חוקרת - מוסמכת בישראל, לבקש סעדים שונים מבית המשפט לצורך התקדמות של חקירה פלילית מכל סוג שהוא. אולם לא נראה לנו כי ניתן לבצע הליך של "הטלת תפקיד" שעניינו ביצוע משימה - פעילה, על מנת לקדם חקירה על גוף חיצוני וביצוע חקירה מוטל על כתפי הגוף החוקר, ובהעדר אסמכתא בחוק, אין אפשרות להטיל על האזרח, ולו גם אם מדובר בחברה פרטית או ציבורית - לבצע פעולות במסגרת חקירה".

9. דיןן של הודעות דוא"ל שהושגו שלא כדין

לאחר שהגעתי למסקנה כי הדרך המתאימה אשר מגשימה את האיזון הראוי בין הזכות לפרטיות לבין האינטרס הציבורי, לאפשר גישה לרשויות החקירה להודעות דוא"ל של חשוד היא באמצעות צווי האזנת סתר, נשאלת השאלה מה ייעשה בראיות שהושגו מכוח צווי החיפוש.

בהקשר זה [חוק האזנת סתר](#) ברור ואינו מותיר מקום לפרשנות משפטית.

וזוהי לשונה של הוראת [סעיף 13](#) לחוק:

"דברים שנקלטו בדרך של האזנת סתר בניגוד להוראות חוק זה או להוראות סעיף 2א לחוק חסינות חברי הכנסת, לא יהיו קבילים כראיה בבית משפט, אלא באחד משני אלה:

- (1) בהליך פלילי בשל עבירה לפי חוק זה ;
- (2) בהליך פלילי בשל פשע חמור, אם בית משפט הורה על קבילותה לאחר ששוכנע, מטעמים מיוחדים שיפרט, כי בנסיבות הענין הצורך להגיע לחקר האמת עדיף על הצורך להגן על הפרטיות. האזנת סתר שנעשתה שלא כדין בידי מי שרשאי לקבל היתר להאזנת סתר, לא תהיה קבילה כראייה לפי פסקה זו, אלא אם כן נעשתה בטעות בתום לב, תוך שימוש מדומה בהרשאה חוקית".

בע"פ 1302/92 מדינת ישראל נ' מרדכי בן ריימונד נחמיאס מט (3)309 נאמר :
 "על-פי הוראה זו ניתן יהא לקבל כראיה גם דברים שנקלטו בניגוד להוראות החוק, ובלבד שנתקיימו התנאים הנדרשים לכך. הסדר חדש זה בא לאזן בין זכות הפרטיות לבין הפגיעה בה; בין אי-קבילות הראייה לבין ההגנה על אינטרס הציבור".

יחד עם זאת, ברור כי בענייננו אין מתקיימים דרישות החריג הקבוע בסעיף 13(א)(2), שכן אין מדובר בפשע חמור אלא בעבירות שהעונש המרבי בגינן הוא 5 שנים, כמו כן, גורמי החקירה היו מודעים היטב לקושי הטמון בסוגיה זו ואף צוין במפורש בצווי החיפוש כי "לא מדובר בהאזנת סתר, אלא בדוא"ל שמאוחסן בחברה".

10. התוצאה אליה הגעתי מייתרת את הדיון בטענה החלופית שנטענה על ידי ב"כ המבקשים בדבר פגמים שנפלו בצווי החיפוש אף שלמעלה מן הצורך יוער כי לא מצאתי ממש בטענות המבקשים בסוגיה זו באופן שיש בו כדי להביא לתוצאה של אי קבילות ההודעות.

11. **סוף דבר**
 אשר על כן, מצאתי לקבוע כי ההליך המתאים והראוי להעתקת דוא"ל על ידי המשטרה – הן הודעות הדוא"ל שהיו מצויות בשרת ספק שרות האינטרנט בעת הוצאת צו החיפוש, והן הודעות הדוא"ל העתידיות – הוא צו המתיר האזנת סתר. משלא עשתה כן המשטרה, ולאור הוראותינו המפורשות של [חוק האזנת סתר](#), דינן של הראיות שהתקבלו מכוח צווי החיפוש להיפסל.

יוער כי אף שהגעתי למסקנה שאין בית המשפט רשאי לקבל ראיות אלה לתיק בית המשפט, לאור הוראות [חוק האזנת סתר](#), אין בכך כדי למנוע הכשרת הודעות הדוא"ל אשר הוצגו לגבי רות האפרתי בחקירתה במשטרה ואושרו על ידה – בהתאם להחלטתי הנוספת שניתנה היום לענין קבלת אמרות החוץ של הגב' האפרתי מכוח [סעיף 10א\(א\)](#) [לפקודת הראיות](#).

ניתנה היום י"ז בשבט, תשס"ז (5 בפברואר 2007) בהעדר הצדדים. עותק מההחלטה יישלח לבאי כח הצדדים בדוא"ל.

כבוב חאלד 40206/05-54678313

כבוב חאלד, שופט

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה