

ה"ת 16911/03/23 - בילאל אבו כף נגד מדינת ישראל

בית משפט השלום בבאר שבע

ה"ת 16911-03-23 אבו כף נ' מדינת ישראל
תיק חיצוני:

בפני כבוד השופט אריה דורני-דורון
מבקש בילאל אבו כף
נגד
משיבה מדינת ישראל
החלטה

1. לפניי בקשה להשבת תפוסים שני ניידים מסוג " אייפון" שנתפסו ביום 1.3.23 .

2. לטענות המבקש חלפו למעלה מ-4 וחצי חודשים פרק זמן מספיק כדי למצות פעולות חקירה, שנוגעות לנייד סלולארי, זכותו של המבקש שלא ליתן הקוד לפריצת הנייד הסלולארי, פעולת התפיסה הייתה בחוסר תום לב ושלא כדון, עת נחקר על עבירה אחת מינורית, ומתברר כי מנסים לייחס לו עבירה אחרת בשל אדם אחר החשוד בה ללא כל ביסוס ראיתי. המאזן נוטה להשבה כי מדובר בקניינו של המבקש וכלי לניהול חייו. עם סיום חקירתו שוחרר כבר בתחנה ללא תיק פל"א ונלקחו הניידים.

3. עוד לטענתו, הדרך בה נלקחו שני הניידים הסלולאריים בתואנה לחשד של העסקת שב"ח רק כדי ליטול הניידים הסלולאריים לצורך חקירה אחרת כנגד אחיו של המשיב בגין עבירות אמל"ח אינה חוקית. המשיבה גם לא יכולה להצביע על צפי להצלחת הפריקה ואין סיכוי לכך. לו היה במידע המובא בפני בית המשפט ולו ראיה מינורית לעבירות האמל"ח היה המבקש כבר נחקר על כך, ומן הראוי שזו הייתה אמורה להיות הדרך מלכתחילה והוא היה כבר נעצר, מה שלא קרה ומכאן שאין כל בסיס ראיתי לחשד נגדו.

4. מנגד טענה המשיבה, כי ישנו תיק חקירה לפי כל דין ונוהל, הוא עדיין פתוח. המשיב נחקר באזהרה ושוחרר, החקירה התפתחה בתיק אחר של האח הנחקר בעבירות אמל"ח, גם המשיב חשוד, פעולות החקירה אינן במחשכים כל חקירה מתועדת ונעשה בימים האחרונים ניסיון טכנולוגי נוסף. המשיבה הציגה את התיק וכן דו"ח סודי לעיון בית המשפט. החקירה בעיצומה. זכותה של היחידה שלא להיות שקופה בכל מהלכי החקירה, גם אם זה לא המקרה דנן.

5. הצדדים קיימו הידברות ובמסגרתן וגם בהמלצות בית המשפט והכוונותיו, הגיעו להסכמות להארכות התפיסה תוך דרישה להידוק הפיקוח בהקשר זה. בהעדר צפי לפריקת הניידים הסלולאריים מבקש בא כוח המבקש המלומד ליתן החלטה להשבה.

6. השאלות הנשאלות הינן, האם התפיסה הייתה כדין, האם צורכי החקירה מצדיקים החזקת התפוסים, והאם ישנה חלופה סבירה ומידתית. האם סירוב למתן קוד לניידים הסלולאריים מצדיק תפיסה ללא גבול? האם יכולה היחידה החוקרת שלא לפרט כל חשדותיה עת נתפסים ניידים סלולאריים או לתפוס נייד של אדם בעבור חקירת אחר.

7. לאחר שעיינתי בתיק החקירה ובמסמכיה, בטענות הצדדים הגעתי למסקנה כי יש לקבל את הבקשה באופן חלקי דהיינו לתחם את המועד הסופי לפריקת הניידים הסלולאריים עד לסיומם של 180 ימי החקירה ממועד התפיסה, וזאת מן הנימוקים הבאים:

א. התפיסה של הניידים הסלולאריים בהתאם לסעיף 32 לפקודת סדר הדין הפלילי בתחילת החקירה הייתה כדין לתכלית החקירתית. תכלית זו עדיין קיימת ומתקיימת. כעולה מהמסמכים שסומנו במ 1-5 מתיק החקירה, קיים בסיס ראייתי והצדק לפעולה זו במאפייניה.

ב. מבמ 1-5 במסמכי היחידה החוקרת, קיים יסוד סביר לחשדות שהאינטרס הציבורי בהקשרם גובר על תחושת הנחקר המשוחרר אודות העדר "שקיפות החקירה" לצורך ביצועה. לו הייתה מוגשת "בקשה בהעדר" בחשד זה או אחר, כלפי המשיב הייתה זו דרך המלך. לו הייתה מוגשת הבקשה בתיק האחר ביחס לניידים אלו גם זו הייתה מתקבלת. סיכון הציבור בהשבת הניידים בעלי הפוטנציאל הראייתי המהותי המכריע בדרך כלל, בשל העדר שקיפות מלאה בשלב התפיסה, מטה הכף עדיין במכלול השיקולים לטובת האינטרס הציבורי במיוחד בכל הנוגע לעבירות חמורות מסכנות חיים, שהפכו ליעד אכיפתי עליון כי "מלאה הארץ דמים".

ג. גם אם פורמאלית היה אמור להיות מושם "סוף" לניסיון פריקת הניידים בשל חקירה ראשונה, קמה הזכות הפורמאלית לפריקת ניידים אלה פרק זמן מהותי פורמאלי בשל "החקירה השנייה" המקבילה. שיקולי היחידה החוקרת בתכנונה חקירה הם אינטרס מרכזי בניהול חקירות בדרך שאינה פוגעת באזרחים אלא במידתיות ולתכלית ייעודית. גם ולו היו מושבים הניידים היום בטענות הסנגור, היה צורך מחודש כפי שהוא היום לתפיסתם מחדש.

ד. לצד הזכות של חשוד, שלא ליתן קוד אישי לנייד הסלולארי, קמה במקביל הזכות לרכז מאמץ מקצועי לפי צו לפתוח ולצפות באותן תכנים מושא החקירה והחשד. קמה קורלצייה לפיה סירוב גם אם מוצדק מצד חשוד, מצדיק מתן האפשרות להיעזר בגורמי מקצוע והאתגר המקצועי התוצאה פגיעה מידתית שהחשוד מודע לה. מה שהיה בהסכמה ובהבנה לאורך

חודשיים חושף רק עתה את ההצדקה. על כפות המאזניים חשד לעבירות הטומנות בחובן סיכון הציבור.

ה. כעקרון וככלל, חקירה אינה מחויבת בשקיפות, וככל שהיא אמורה להתמודד עם תחכום, הסתרה, קודים ושפה מעולם אחר, חייבת היא לשכלל כליה להתמודד עם פשיעה בת זמננו ובכללה ניידים סלולאריים, אינטרנט אתרים מוצפנים ועוד. נדרשת זהירות בכל הנוגע לדליפת מידע העובר בתקופתנו ברגע אחד לכל גורם שיבוש. קטונתי מהכביר במלים אודות תרגילי חקירה והגבול בין המותר לאסור. במקרה זה גם אם ניתן היה אחרת, לא חרגה היחידה החוקרת מגבולות המותר.

ו. בהתאם לסעיף 4 לבמ1 עולה כי קם בסיס עצמאי לחשד, כי המשיב מסיע שב"חים. לפיכך כבר בשלב זה ניתן לומר כי התפיסה אינה באמתלה שאין לה בסיס. מבמ 1 סעיפים 9,10,11 מתברר כי החקירה התפתחה, כך שהחקירה דינאמית ככל חקירה ומה שמוצדק היה לצמצום ומידתיות שונה בתחילת הדרך, ראוי להרחבה בהתקדמותה.

ז. פיצוח מכשירי "אייפון" ארוך משאר מכשירים, וסירובו של המשיב ליתן הקוד, אמנם לא מאריך במקרה זה את "מעצרו", בשל כך, שהריהו משוחרר, אך עדיין מצדיק הותרת מכשירי הנייד הסלולארי לצורכי חקירה, בהיותם הם "עצורים" - "תפוסים".

ח. מדובר ביותר מהשערה, כי טמונות בניידים הסלולאריים ראיות משמעותיות לחשדות המיוחסים מושא החקירה בפרשה כולה, ולכן אין מדובר בדייג של דייג סומא באפילה אלא המתנה דרוכה של היחידה החוקרת להצלחת הגורמים המקצועיים בפריקת הניידים הסלולאריים.

ט. נייד סלולארי אינו רכב משפחתי, ותפיסתו היא תפיסת תוכנו הגלום לא רק כחפץ. לו יצויר כי ניתן לפצל בין תוכנו למכשיר הרי היו מושבים המכשירים בחלוף זמן סביר ובהתאם לצורכי החקירה בכל מקרה ומקרה. ביצוע עבירה במיטלטלין מאפשר גם חילוט אותו כלי בו בוצעה עבירה, ואין לניידים סלולאריים חלופה. לתוכן אין חלופה והחשש לשיבוש הליכי חקירה בהשיב הניידים מובהק מטעמים מובנים.

י. גם לשיטת הסנגור המלומד לו היו לפניו המסמכים

במסגרת 1-5 ספק אם היה דבק בטענתו, ואכן מלאכתו של סגור קשה היא בידי הקשורות מאחור ועיניו המכוסות מראות תכני חקירה. מנגד ועדיין מבקש הסגור תיחום זמן והחלטה כי מקץ אותו זמן הכף תיטה להשבה של ניידים סלולאריים שהם תכני וצרכי חייו של אדם ועולמו בתקופה בת זמנו .

יא. אם נבחן את הטענה "החפצית" של זכות הקניין בכל הנוגע לנייד סלולארי, הרי שאין מדובר בערך כספי גדול יחסית, ובשונה מתפיסת רכב ניתן לרכוש מכשיר נייד סלולארי חלופי לצורכי תקשורת, ולתפקד וחזקה על כל אדם, שמכשירו "אבד", שהוא לא נותר דקות רבות בנות זמנו ללא מכשיר חלופי. לעומת זאת, אם מדובר בזכות הקניין בנוגע ל"תוכן" בנייד, הרי שקניין זה בדרך כלל לא אבד ורובו מצוי בגיבוי "ענן" וכשישוב הנייד למשיב יוכל לשחזר צפונותיו. מנגד אם נדבר בזכות הקניין לנוחות השבת השימוש בנייד הסלולארי הרי שדווקא בשל הצבת המבקש האתגר ליחידה החוקרת לפרוק הסלולאר ללא שיתוף פעולה ובהכבדה מודעת מצדו, קמה הזכות כי האיזון המידתי ייטה לטובת האינטרס הציבורי לחקר האמת ומיגור פשיעה .

יב. הפגיעה שבעיכוב האמור היחסית והזמנית אינה גוברת על צורכי החקירה של עבירות חמורות. כשבידו האחת מעכב חשוד החקירה, ובידו השנייה זועק זעקת הפגיעה החוקתית, האיזון מחייב מתן הכלים למיצוי אתגר זה, במסגרת מיצוי הימים על פי חוק.

יג. בשתי זכויות עסקינן. כל זכות אוחזת בכנפי החוק. המבקש עצמו כאילו הוליד עבור המשיבה הזכות להתעכב באמצעי חקירה מקצועיים יותר ויותר. כל זכות מושכת בשטר החובה כלפי הציבור לשמור על זכויות נחקרים ומנגד לחקור ולמגר פשיעה.

יד. לא בכדי נחקק סעיף 35 לפקודת סדר הדין הפלילי במסגרתו מוקצה פרק זמן של 6 חודשים לצורכי תפיסה שהוא נאמד כזמן סביר ומידתי מבלי לפגוע באפשרות לבחון מוקדם יותר האיזון והאפשרות לחלופה. משאין החלופה רלוונטית לתפיסת ניידים סלולאריים בהם תוכן מוצפן, והחקירה בעיצומה ובהתפתחותה כבר עתה, האינטרס הציבורי גובר, והכף נוטה לצרכי החקירה, יש להעמיד בשלב זה את 180 הימים הניתנים על פי דין לצורך הפריקה של תוכן הניידים הסלולאריים.

טו. יש לזכור כי הועמדו 180 הימים בסעיף 35 לפסד"פ כמידתיים וסבירים לזכות התפיסה לצורכי חקירה בשונה מהתקופה אחר כך,

והחריג הוא אפשרויות החלופה והתנאים מוקדם יותר בהתאם לסעיף 34 לפס"ד, שכן אחרת תוצף היחידה החוקרת בבקשות ל"איזון" כבר מרגע התפיסה והשבה בכל תפיסה, וזאת כאשר המחוקק נתן דעתו לפרק הזמן שניתן לראותו מידתי וסביר ביחס לתפיסת תפוס מבלי לפגוע בחובה לבחון חלופות בהתאמה ובשיקול מכלול של פרמטרים.

טז. נכון הוא כי בתי המשפט ובכלל זה בית משפט זה נוטים לשקול כל בקשה לגופה אל מול הפרמטרים, שצוינו בפסיקה בכל הנוגע לפתח ההחלטה לבקשות השבה בהתאם לסעיף 34 לפס"ד, אלא שיש לזכור כי גם זו הפסיקה מציינת את שיקול הדעת השונה טרם חלוף 180 הימים לעומת זה שלאחריהם, ואף היא מציינת כי מקום שישנה חלופה יש לשקול חלופת התפיסה אולם בנייד סולוארי החלופה אינה קיימת בעיצומו של ניסיון פריקה לצורכי חקירה.

יז. דווקא המרדף אחר ניסיון ההשבה כאשר קיים יסוד סביר לחשד, גורם לתמיהה גם מן העבר השני של המתרחש וכן לנחישות מבצעית לפריקת הניידים הסולואריים, אך יש לזכור כי הערת הסנגור במקומה בנוגע למידתיות וסבירות תפיסה, ללא הערכת גורמי המקצוע עד מתי. גם לא הובא כל מסמך המציין כי ישנה פריצת דרך. יחד עם זאת ניכר עתה, כי עם בקשות ההשבה, ישנו מאמץ לקדם החקירה בהקשר זה, ומחומר החקירה שהונח לעיוני, אכן ניכר כי פעולה זו חיונית מהותית משמעותית, אם כי לא היחידה אין בלתי, בכל הנוגע לכלל החשדות.

יח. ביחס לסעיף 3 לבמ" 1 שסומן על ידי, נכון הוא לקבוע כי 180 הימים לתפיסת תפוס לצורכי חקירה, יימנו ממועד התפיסה. פרשנות זו, עולה בקנה אחד עם טענות הסנגור המלומד. אין אני סבור כי ישנה חלופת תפיסה לעת הזו או כל פתרון חלופי. נהיר כי השבה היום כמוה כפגיעה מהותית בחקירה והאינטרס הציבורי מחייב ומצדיק המשכה של החקירה, בכל הקשור בתפוסים בהמשך תפיסתם עד 180 הימים ממועד התפיסה.

ראוי לצטט את בש"פ 302/06 חברת לרגו עבודות עפר בע"מ נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (12.3.2006):

"קיומו של מקור סמכות לתפיסת החפץ מלכתחילה אינו מצדיק בהכרח את המשך החזקתו לאורך זמן, ויש לבחון האם מתקיימת עילה להמשך תפיסתו בחלוף זמן ואם כן, האם קיימת "חלופת תפיסה" נאותה, העשויה להגשים בעת ובעונה אחת להגשים את תכלית התפיסה בלא פגיעה בלתי מידתית בבעל הקניין. מקום בו ניתן למצוא נוסחת איזון נאותה כאמור, ראוי להחילה, תוך שחרור התפוס אגב קביעת תנאים מידתיים הולמים להגשמת תכלית משולבת של הגנה על האינטרס הציבורי ושמירה על זכויות הפרט."

יט. באיזונים הנדרשים ביחס לזכות הקניין ומנגד האינטרס הציבורי ולעת הזו לאחר ששקלתי היטב ובחנתי משקלי כל הפרמטרים הרלוונטיים, לא מצאתי נכון להשיב התפוסים נכון להיום. אולם כן ראיתי ראוי להגביל התפיסה עד לסיום יתרת 180 הימים, שהיא קרובה יחסית, וככל שלא יידרשו הניידים הסלולאריים עם פריקתם וקבלת החומר הראייתי מושא החקירה, תשקול המשיבה עוד קודם לכן השבתם.

8. לאור כל האמור, הריני מורה בזה כדלקמן :

- תפיסת התפוסים תהא עד לסיום 180 הימים כאשר מדובר ביתרת פרק זמן לא ארוך ועדיין חובה למצותו.
- בסוף 180 הימים, וככל שלא תוגש כל בקשה אחרת, יושבו הניידים הסלולאריים.
- ככל שתוגש בקשה להארכה מעבר ל180 הימים, מטעם מבורר, ובמסד ראייתי מעבר למונח לפניי היום, אדרש בפרמטרים השונים והמכבידים הנדרשים בכל הנוגע לתקופה שמעבר ל180 הימים.
- בשל טענות כבדות משקל של הסנגור ובהתאם להחלטות קודמות וגישתו הפרגמטית והמקצועית ומנגד צרכי החקירה שאינה ידועה לו בהתפתחויותיה, ובתוצאות ההחלטה ושאר שיקולים דיוניים לעידוד ההידברות בין הצדדים לקראת סיום תקופת הימים, איני עושה צו להוצאות.

זכות ערר כחוק .

ניתנה היום, ג' אב תשפ"ג, 21 יולי 2023, בהעדר הצדדים.