

בבית המשפט העליון

דנ"פ 1062/21

דנ"פ 4072/21

לפני :
כבוד הנשיאה א' חיות
כבוד המשנה לנשיאה נ' הנדל
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופטת ד' ברק-ארז
כבוד השופטת ע' ברון
כבוד השופט ג' קרא
כבוד השופט י' אלרון

המבקשים בדנ"פ 1062/21 :
1. יונתן אוריד
2. עופר גולן
3. יוסי שלום
4. ישראל איינהורן

המבקש בדנ"פ 4072/21 : יואל יולי שמעון

נ ג ד

המשיבה : מדינת ישראל

ידידת בית המשפט בדנ"פ
1062/21 ובדנ"פ 4072/21 : הסניגוריה הציבורית

ידידת בית המשפט בדנ"פ
1062/21 : לשכת עורכי הדין

דיון נוסף בפסק דינו של בית המשפט העליון בבש"פ
1758/20 מיום 26.1.2021 אשר ניתן על ידי המשנה
לנשיאה ח' מלצר והשופטים נ' סולברג ו-ג' קרא
ובפסק דינו של בית המשפט העליון בבש"פ 5105/20
מיום 25.5.2021 אשר ניתן על ידי השופט (כתוארו אז)
נ' הנדל והשופטים ע' ברון ו-י' אלרון

תאריך הישיבה : י"ח באב התשפ"א (27.7.2021)

בשם המבקשים בדנ"פ
1062/21 : עו"ד עמית חדד ; עו"ד מאיר ארנפלד ; עו"ד
ליאור אפשטיין ; עו"ד מאור זמיר ; עו"ד נועה
מילשטיין

בשם המבקש בדנ"פ 4072/21 : עו"ד קובי סודרי

בשם המשיבה : עו"ד נעמי גרנות ; עו"ד סיגל בלום ;
עו"ד עינת גדעוני

בשם ידידת בית המשפט
בדנ"פ 1062/21 ובדנ"פ
4072/21 :
עו"ד גיל שפירא ; עו"ד יגאל בלפור ;
עו"ד אקתרינה קוצ'רנקו

בשם ידידת בית המשפט
בדנ"פ 1062/21 :
עו"ד עדי כרמלי ; עו"ד ערן גולן

פסק-דין

הנשיאה א' חיות:

הדיונים הנוספים שלפנינו – דנ"פ 4072/21, על פסק דינו של בית משפט זה בבש"פ 5105/20 (השופט (כתוארו אז) נ' הנדל והשופטים ע' ברון וי' אלרון) מיום 25.5.2021 (להלן, בהתאמה: דיון נוסף שמעון ועניין שמעון); וכן דנ"פ 1062/21, על פסק דינו של בית משפט זה בבש"פ 1758/20 (המשנה לנשיאה ח' מלצר והשופטים נ' סולברג וג' קרא) מיום 26.1.2021 (להלן, בהתאמה: דיון נוסף אור"ך ועניין אור"ך השני) – עניינם בצווי חיפוש במחשבים ובטלפונים ניידים חכמים בשלב החקירה המשטרית, טרם שהוחלט אם להגיש כתב אישום. שני הדיונים הנוספים הללו נדונו במאוחד נוכח הקרבה הנושאת בין הסוגיות המתעוררות בהם (ראו החלטתי מיום 20.6.2021).

פתח דבר

1. מהי תכליתה ומהו היקפה של הוראת סעיף 23א לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 (להלן: הפקודה או פקודת החיפוש), המסדירה את סוגיית החדירה לחומר מחשב לצורך חיפוש בו? זוהי השאלה הפרשנית העולה בהליכים דנן. וזו לשון הסעיף:

חדירה לחומר מחשב

23א. (א) חדירה לחומר מחשב וכן הפקת פלט תוך
חדירה כאמור, יראו אותן כחיפוש ויעשו על-ידי בעל

תפקיד המיומן לביצוע פעולות כאמור; לענין זה, "חדירה לחומר מחשב" – כמשמעותה בסעיף 4 לחוק המחשבים, תשנ"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 בפרטיות של אדם מעבר לנדרש.
(ג) קבלת מידע מתקשורת בין מחשבים אגב חיפוש לפי סעיף זה לא תיחשב כהאזנת סתר לפי חוק האזנת סתר, תשל"ט-1979.

המונח "מחשב" בסעיף 23 לפקודה כולל גם טלפונים חכמים, נוכח סעיף 1 לפקודה, המפנה להגדרת המונח "מחשב" שבסעיף 1 לחוק המחשבים, התשנ"ה-1995 (להלן: חוק המחשבים), ולפיה מחשב הוא "מכשיר הפועל באמצעות תוכנה לביצוע עיבוד אריתמטי או לוגי של נתונים, וצידו ההיקפי, לרבות מערכת מחשבים, אך למעט מחשב עזר" (ראו: בש"פ 6071/17 מדינת ישראל נ' פישר, פסקאות 10-13 (27.8.2017) (להלן: עניין פישר); בש"פ 5079/19 קרונוברג נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (12.9.2019); יצחק עמית חסיונות ואינטרסים מוגנים – הליכי גילוי ועיון במשפט האזרחי והפלילי 113 (2021) (להלן: עמית)). למען הנוחות ייעשה להלן שימוש לסירוגין במונחים "מחשב" ו"טלפון חכם".

2. אף שמדי שנה מגישה המשטרה עשרות אלפי בקשות למתן צווי חיפוש במחשבים ובטלפונים ניידים (ראו פסקה 24 לחוות דעתו של השופט אלרון בעניין שמעון; פסקה 108 להשלמת הטיעון מטעם המדינה בדיון נוסף אורדן), לא נקבעו בפקודה סדרי דין לדיון בבקשה לצו חיפוש בחומר מחשב או באשר לאופן ההשגה על החלטה בבקשה כאמור. כמו כן לא נקבעו בה הוראות ברורות התוחמות את שיקול הדעת השיפוטי, מקום שקדמו לבקשה לצו החיפוש בחומר מחשב פעולות בלתי-חוקיות של הרשויות במחשב שלגביו נתבקש החיפוש. שתיקה זו של הפקודה הובילה להתפתחות פרקטיקות שונות בערכאות הדיוניות, וכן למחלוקות לא מעטות לעניין פירושה של הוראת סעיף 23 הנ"ל, כפי שמעידים הגלגולים השונים של ההליכים שלפנינו. נוכח חשיבות הסוגיה והשלכותיה המעשיות והרחבות, ראינו לנכון ללבן סוגיות אלו ולהעמיד הלכה על מכונה בהרכב מורחב של תשעה שופטים.

3. שלוש הסוגיות העיקריות שתיבחנה להלן הן: (1) האם את הדיון בבקשה למתן צו חיפוש במחשב או בטלפון חכם לפי סעיף 23 לפקודה יש לקיים במעמד צד אחד, או שמא במעמד שני הצדדים? (2) האם יש זכות השגה על החלטה בבקשה

למתן צו חיפוש במחשב או בטלפון חכם, ואם כן, כיצד? (3) מהן נפקויותיו של חיפוש בלתי-חוקי קודם שבוצע באותו מחשב או טלפון חכם, ומהו המועד שבו יש להידרש לכך – האם במעמד הדיון בבקשה לצו החיפוש, או במסגרת ההליך העיקרי, ככל שהחקירה תוביל להגשת כתב האישום?

4. טרם שנפנה לדיון בשאלות האמורות, נעמוד בקצרה על עיקרי העובדות וההליכים הרלוונטיים בכל אחד מן הדיונים הנוספים. אקדים ואציין כי אף שפסק הדין בעניין אור"ך השני קדם בזמן לפסק הדין בעניין שמעון, שאלת היסוד שעליה יש לענות על מנת לגזור ממנה את ההכרעה ביתר השאלות, מתעוררת בעניין שמעון – לפיכך יוצג עניין זה תחילה, לאחריו יוצג עניין אור"ך, ובהמשך יובאו בתמצית ובמאחד טענות הצדדים בהליכי הדיון הנוסף.

רקע עובדתי והשתלשלות ההליכים בעניין שמעון

5. ביום 25.6.2020 עוכב המבקש בדנ"פ 4072/21 (להלן: שמעון) לחקירה בחשד לייבוא סם מסוכן, והטלפון הנייד שהיה ברשותו נתפס. שמעון הכחיש את המיוחס לו, ושוחרר למעצר בית. ביום 29.6.2020 הגיש שמעון בקשה להחזרת הטלפון התפוס, מכוח סעיף 34 לפקודת החיפוש. במסגרת זו, הורה ביום 30.6.2020 בית משפט השלום בפתח תקווה (השופט ע' מורנו) למשטרה להימנע מביצוע פעולות חיפוש וחדירה במכשיר עד להחלטה אחרת, אך הוסיף כי היא רשאית לשוב ולפנות לבית המשפט בעניין זה, ככל שיש דחיפות בביצוע פעולות אלו (להלן: הליך החזרת התפוס). למחרת, הגישה המשטרה בקשה להוצאת צו חיפוש במכשיר, לה נעתר מותב אחר בבית המשפט (השופט א' לוקשינסקי-גל) במעמד צד אחד וניתן צו חיפוש שבו לא נקבעו תנאים לביצוע החיפוש. ביום 2.7.2020 הגישה המשטרה, במסגרת הליך החזרת התפוס, בקשה לביטול ההחלטה מיום 30.6.2020 האוסרת על ביצוע פעולות במכשיר, וביום 5.7.2020 התקיים בבקשה דיון במעמד הצדדים. בתום הדיון הורה השופט מורנו על ביטול צו החיפוש שניתן על ידי השופט לוקשינסקי-גל, אך התיר למשטרה להחזיק בטלפון למשך 21 ימים נוספים שבמהלכם תוכל להגיש בקשה נוספת לצו חיפוש. עוד נקבע כי הצו הגורף שניתן פוגע יתר על המידה בפרטיותו של שמעון, וכי יש להגבילו בזמן ובמילות חיפוש. ביום 14.7.2020 הגישה המשטרה, במסגרת הליך החזרת התפוס, בקשה נוספת להוצאת צו חיפוש במכשיר, וביום 15.7.2020 נעתר בית המשפט (השופט מורנו) לבקשה, בין היתר, נוכח התפתחויות בתיק החקירה.

6. ערר שהגיש שמעון על החלטה זו נדחה על הסף על-ידי בית המשפט המחוזי מרכז-לוד ביום 21.7.2020 (השופט ע' דרויאן-גמליאל), אשר קבע כי אין אפשרות להשיג על החלטה בבקשה למתן צו חיפוש במחשב או בטלפון חכם. בעקבות כך, הגיש שמעון בקשת רשות ערר, אליה הצטרפה גם הסניגוריה הציבורית (להלן גם: הסניגוריה) במעמד של "ידידת בית המשפט", ובית משפט זה החליט להיעתר לבקשה ולדון בה לגופה.

פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין שמעון

7. ביום 25.5.2021 ניתן פסק דינו של בית משפט זה בעניין שמעון (השופט (כתוארו אז) הנדל והשופטים ברון ואלרון). השופט אלרון, אשר כתב את חוות הדעת הראשונה אך נותר בדעת מיעוט, סבר כי יש לקיים דיונים בבקשות לצווי חיפוש במחשב במעמד שני הצדדים – "אלא אם ניתן להצביע על יסוד סביר לחשש מפני סיכול החיפוש או שיבוש הליכי חקירה, אשר לא ניתן לאיינו בדרך אחרת" (בפסקה 30 לחוות דעתו). עוד ציין השופט אלרון כי לגישתו קיימת זכות ערעור על החלטה בבקשה לצו חיפוש טרם ביצועו. השופט אלרון הוסיף וציין כי במקרים שבהם הצו ניתן במעמד צד אחד, האפשרות לערער עלולה להיות לא מעשית, אך ככל שהנחקר מגלה כי קיים צו החיפוש טרם ביצוע הצו, ביכולתו "לפנות לבית המשפט שנתן את צו החיפוש בבקשה לביטול החלטתו בעניין", וזאת מכוח סמכותו של בית המשפט לבטל החלטה שניתנה במעמד צד אחד (בפסקה 44 לחוות דעתו). עוד ציין השופט אלרון כי אין מניעה שהנחקר יעלה את השגותיו על הצו במסגרת הדיון בבקשה להחזרת תפוס – שכן בשלב זה לא יתעורר, ככלל, יסוד סביר לחשש לסיכול החיפוש או לשיבוש החקירה. מטעמים אלה סבר השופט אלרון כי יש להורות לבית המשפט המחוזי לשוב ולדון בעניינו של שמעון במסגרת ערעור.

8. השופט הנדל, מצדו, סבר כי שאלת אופן הדיון בבקשה לצו חיפוש אינה נדרשת להכרעה במקרה דנן, שכן צו החיפוש במכשירו של שמעון הוצא לאחר דיון במעמד שני הצדדים. עם זאת, הוא הביע את עמדתו כי בבקשה למתן צו חיפוש במחשב יש לדון במעמד צד אחד וכי אין מקום ליתן למשטרה את האפשרות להסכים לדיון במעמד הצדדים, שכן מדיניות שכזו עשויה לפתוח פתח לטרוניות מצד נחקרים בדבר חוסר שוויון. השופט הנדל הוסיף וקבע כי לגישתו לא קיימת זכות להשיג על החלטה בבקשה זו בזמן אמת, אלא רק במסגרת ההליך העיקרי. על כן, סבר השופט הנדל כי יש לדחות את הבקשה למתן רשות ערר על שני חלקיה, משלא עמדה

לשמעון זכות שבדין להשיג על החלטת בית משפט השלום בעניין צו החיפוש במחשב.

9. השופטת ברון הצטרפה לעמדתו של השופט הנדל מנימוקים דומים, אך הדגישה כי לשיטתה יש צורך להכריע בענייננו בשתי השאלות שהתעוררו (אופן הדיון בבקשה וקיומה של זכות השגה) – שכן שאלת קיומה של זכות השגה "קשורה בטבורה באופן ההתדיינות בבקשה עצמה" (פסקה 4 לחוות דעתה). השופטת ברון הוסיפה וקבעה כי היעדר ההסדרה בפקודה ביחס לסדרי הדין בבקשה לצו חיפוש, מעיד על הסדר שלילי לפיו דיון בבקשה לצו חיפוש בחומר מחשב יתקיים במעמד צד אחד ולפיו על החלטה זו לא עומדת לנחקר כל זכות ערר או ערעור. עם זאת, השופטת ברון הותירה בצריך עיון את השאלה אם ניתן להעלות טענות בנוגע לצו החיפוש במסגרת בקשה להחזרת תפוס.

רקע עובדתי והשתלשלות ההליכים בעניין אוריך

10. ביום 4.9.2019, הגיש מר שלמה פילבר – עד מדינה בת"פ (מחוזי י-ם) 67104-01-20 (במסגרת הפרשה המכונה "תיק 4000") – תלונה כנגד יונתן אוריך, עופר גולן, יוסי שלום וישראל איינהורן (להלן: המבקשים בדיון נוסף אוריך או המבקשים), שהיו בעת ההיא יועציו של חבר הכנסת (אז ראש הממשלה) בנימין נתניהו – בגין הטרדתו בסמוך לביתו. בעקבות הגשת התלונה נחקרו המבקשים במשטרה. במהלך החקירה בוצע חיפוש בטלפונים הניידים שלהם, לרבות ביצוע מספר "צילומי מסך" מהטלפונים. חיפושים אלה נערכו בנוכחותם של המבקשים ולאחר שהתקבלה הסכמתם לכך, אך מבלי שהוצא צו חיפוש במכשירים בהתאם לסעיף 23א(ב) לפקודה, ומבלי שהובהר למבקשים כי הם רשאים להתנגד לחיפוש וכי התנגדות זו לא תיזקף לחובתם.

ביום 29.10.2019 הגישה המשטרה לבית משפט השלום בתל אביב-יפו בקשה לצווי חיפוש בטלפונים הניידים של המבקשים, בהתאם לסעיף 23א לפקודה. כעולה מהחלטת בית משפט השלום בעניין זה, המשטרה הביאה לידיעת המבקשים את דבר הגשת הבקשה; הם הביעו את התנגדותם לה; והתנגדותם הובאה לידיעת בית המשפט על ידי המשטרה. בעקבות זאת, ביום 30.10.2019 קיים בית המשפט (השופט ע' מטארווה) דיון בבקשה במעמד הצדדים, ובסופו קיבל את הבקשה, תוך שצוין כי "אכן נפלו מספר פגמים בהתנהלות היחידה החוקרת", ובמיוחד בהתנהלות המשטרה ביחס למבקש 2, עופר גולן, אשר נדרש לשוב לרכבו בליווי משטרה על

מנת להביא את המכשיר, באופן המלמד על "תכנית חקירה שכוונה מראש לחדירה למכשיר" מבלי שניתן צו שיפוטי. עם זאת, בית המשפט הדגיש כי השיקולים העומדים מנגד – קרי, האינטרס הציבורי במיצוי החקירה ובחקר האמת – גוברים על הפגמים בהתנהלות המשטרה וכי הצווים שהתבקשו "מציעים חיפוש 'כירורגי' ומוגדר, תחת פיקוח שיפוטי צמוד".

11. על החלטת בית משפט השלום הוגש ערר לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (השופט א' הימן), אשר נדחה ביום 19.11.2019, בין היתר, בשים לב לקיומו של אינטרס ציבורי חיוני במיצוי החקירה נוכח חומרת העבירה של הטרדת עד; נוכח מתווה החיפוש המוצע; ובשים לב לכך שאין בעצם מתן צו החיפוש כדי לקבוע ממצאים באשר לקבילות הראיות. על החלטה זו הגישו המבקשים בקשת רשות לערור לבית משפט זה, אשר נדונה לגופה ונתקבלה על ידי השופט אלרון (בש"פ 7917/19 אור"ך נ' מדינת ישראל (25.12.2019) (להלן: עניין אור"ך הראשון)). באותו עניין, קבע השופט אלרון כי בנסיבות שבהן קדם לבקשה לצו החיפוש חיפוש בלתי-חוקי באותו מחשב או טלפון חכם, יידרש בית המשפט, כבר במעמד הדיון בבקשה ולא במסגרת ההליך העיקרי, לבחינת ההשפעה של החיפוש הבלתי-חוקי במחשב על הבקשה למתן צו לחיפוש נוסף בו. זאת, באמצעות מבחן דו-שלבי: בשלב הראשון, יש לבחון אם קיימת זיקה בין המידע שאותר בחיפוש המוקדם והבלתי-חוקי לתשתית העובדתית שעל בסיסה מבוקש הצו; ככל שמצא בית המשפט כי קיימת זיקה כאמור, יש להמשיך ולבחון בשלב השני אם קיימים שיקולים מיוחדים המצדיקים את מתן הצו חרף הפגיעה החמורה בפרטיותו של הנחקר. ביחס למקרה דנן, השופט אלרון ציין כי באיזון בין האינטרס הציבורי במיצוי החקירה ובין צמצום הפגיעה בפרטיות המבקשים כתוצאה מהחיפוש שבוצע שלא כדין – גובר השיקול השני, אך קבע כי אין לפניו די נתונים כדי לקבוע מהי מידת הזיקה שבין החיפוש המוקדם ובין צווי החיפוש שנתבקשו. על כן הורה השופט אלרון על החזרת התיק לבית משפט השלום לצורך קיום דיון חדש בבקשה במעמד הצדדים, בנוכחות מי מגורמי המשטרה שלקחו חלק בהחלטה לבצע את החיפוש המוקדם ובהחלטה להגיש את הבקשה למתן הצווים.

12. ביום 19.1.2020, לאחר קיום דיון במעמד הצדדים, נעתר בית משפט השלום לבקשה לצו חיפוש במכשירו של המבקש 2 בלבד. בית המשפט קיבל את עמדת המבקשים, לפיה יש לבחון אם קיימת זיקה בין תוצרי החיפוש הבלתי-חוקי ובין עצם ההחלטה לבקש צווי חיפוש, וציין כי לגבי המבקשים 1, 3 ו-4 קיים קושי לבחון את

הראיות ה"נקיות" במנותק מן הראיות ה"מזוהמות" – שכן חקירותיהם התקיימו רק לאחר שכבר בוצע החיפוש הבלתי-חוקי במכשיר הטלפון של המבקש 2. על החלטת בית משפט השלום הגישו המדינה והמבקש 2 עררים לבית המשפט המחוזי (השופט הימן), אשר נעתר לערר שהגישה המדינה וקבע כי "מבחן הזיקה" הינו מבחן אובייקטיבי, שתכליתו לבחון את הזיקה בין תוצרי החיפוש הבלתי-חוקי ובין התשתית העובדתית שבבסיס הבקשה וכי בענייננו, המידע ה"נקי" מהווה בסיס מספק לכל הבקשות לצווי חדירה.

13. על החלטה זו הגישו המבקשים בקשת רשות ערר לבית משפט זה.

פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין אוריך השני

14. ביום 26.1.2021 ניתן פסק דינו של בית משפט זה בעניין אוריך השני (המשנה לנשיאה מלצר והשופטים סולברג וקרא). כלל שופטי ההרכב סברו כי יש מקום ליתן רשות ערר, אך דעותיהם נחלקו ביחס לאמות המידה שלפיהן יבחן בית המשפט את השפעתו של חיפוש בלתי-חוקי קודם על הבקשה לצו חיפוש, וכן ביחס לנקודת הזמן שבה נכון לעמוד על מהותה של אי-החוקיות והשלכותיה. השופט סולברג, אשר כתב את חוות הדעת העיקרית, סבר כי על בית המשפט הדין בבקשה למתן צו החיפוש לבחון, ראשית, האם מתקיים קשר סיבתי עובדתי ומשפטי מובהק בין החיפוש הבלתי-חוקי ובין התשתית העובדתית שעליה נסמכה הבקשה לצו חיפוש. ככל שכך הדבר, ומקום שבו תמונת המצב העובדתית לגבי עצם קיומה של אי-החוקיות, לגבי חומרתה ולגבי זיקתה לבקשה היא מובהקת וברורה – על בית המשפט שדין בבקשה, לגישת השופט סולברג, לבחון את הפגם שנפל בהשגת הראיות לאור המבחנים שנקבעו בע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, פ"ד סא(1) 461 (2006) (להלן: עניין יששכרוב או הלכת יששכרוב), תוך התאמתם לדיון בבקשות לצווי חיפוש בחומר מחשב. על פי גישה זו, בשלב הראשון יבחן בית המשפט את אופייה וחומרתה של אי-החוקיות; בשלב השני יעמוד על מידת השפעתה על החלטת הרשות לבקש את צו החיפוש; ולבסוף, יעמוד בית המשפט על היחס שבין הנזק ובין התועלת שבדחיית הבקשה למתן צו חיפוש. לעומת זאת, כאשר תמונת המצב העובדתית לגבי אי-החוקיות ולגבי זיקתה לבקשה היא עמומה וחלקית, אך מתקיימות העילות המצדיקות את מתן צו החיפוש – יידחה הדיון בפגם ובהשלכותיו להליך העיקרי; או-אז יבוא בית המשפט הדין בהליך העיקרי בנעלי השופט שדין בבקשה לצו חיפוש בחומר מחשב, ויבחן מחדש האם נוכח הפגם נכון היה ליתן את צו החיפוש מלכתחילה. באופן ספציפי וביחס למקרה דנן, סבר השופט סולברג כי

לא נמצאה בהחלטות הערכאות קמא קביעה פוזיטיבית באשר לקיומו של קשר סיבתי עובדתי בין החיפוש הבלתי-חוקי ובין התשתית העובדתית שבבסיס הבקשה, ולפיכך יש להותיר את החלטת בית המשפט המחוזי ואת צווי החיפוש בטלפונים הניידים של המבקשים על כנם.

15. השופט קרא הסכים עם התוצאה האופרטיבית שאליה הגיע השופט סולברג, אך סבר כי ככלל טענות ביחס לאי-חוקיות בגביית ראיות יש לברר בהליך העיקרי, וכי רק במקרים חריגים ונדירים יהיה באי-חוקיות זו כדי להצדיק כשלעצמה את דחיית הבקשה למתן צו חיפוש. המשנה לנשיאה מלצר סבר, מצדו, כי השלב המתאים לעמוד על מהות הפגם שנפל בחיפוש המוקדם ולבחון את השלכותיו הוא בשלב הדיון בבקשה לצו חיפוש, ולשיטתו, "הכלל צריך להיות סירוב לבקשת הרשות החוקרת, אלא אם כן היא תצליח להראות נסיבות חריגות ויוצאות דופן להצדקת הצו" (בפסקה 17 לחוות דעתו). עם זאת, המשנה לנשיאה מלצר דחה את המבחנים שהוצעו על-ידי השופט אלרון והשופט סולברג וקבע כי יש להחיל בהקשר זה את מבחני דוקטרינת ההגנה מן הצדק. ביחס למקרה דנן, קבע המשנה לנשיאה מלצר כי הראיות שעמדו בבסיס הבקשה לצו חיפוש הושגו במהלך או בעקבות החיפושים הבלתי-חוקיים, ולפיכך לא היה מקום להורות על מתן צווי חיפוש בטלפונים הניידים של המבקשים.

16. מבחינה אופרטיבית הוחלט, אפוא, להותיר את החלטת בית המשפט המחוזי על כנה כך שצווי החיפוש לגבי ארבעת המבקשים יעמדו בתוקפם (השופטים סולברג וקרא כנגד דעתו החולקת של המשנה לנשיאה מלצר), ו"באשר לדרך יישום ההלכה מכאן ולהבא, הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט נ' סולברג, שאליו הצטרף המשנה לנשיאה, השופט ח' מלצר, כל אחד מטעמיו, כנגד דעתו החולקת של השופט ג' קרא".

17. למען שלמות התמונה, יצוין כי במסגרת פסק הדין – שניתן טרם מתן פסק הדין בעניין שמעון – התייחסו שניים משופטי ההרכב, בבחינת למעלה מן הצורך, לשאלת זכות ההשגה על צו חיפוש: המשנה לנשיאה מלצר סבר כי ניתן להשיג על החלטה למתן צו חיפוש במסגרת בקשה להשבת תפוס (בפסקה 12 לחוות דעתו), ואילו השופט קרא סבר כי ניתן להעלות טענות בהקשר זה במסגרת ההליך העיקרי (בפסקה 7 לחוות דעתו).

18. ביום 15.2.2021 עתרו המבקשים בדיון נוסף אודות לקיים דיון נוסף בעניינם, וביצוע פסק הדין בעניין אודות השני עוכב עד למתן פסק הדין בדיון הנוסף (ראו החלטות מיום 24.3.2021 ו-20.6.2021). עוד נקבע כי הסניגוריה הציבורית ולשכת עורכי הדין (להלן גם: הלשכה) תצטרפנה כ"ידידות בית המשפט" (ראו החלטות מיום 6.4.2021 ו-18.5.2021), ואילו בקשתה של עמותת "פרטיות ישראל" להצטרף כ"ידידת בית המשפט", נדחתה (החלטה מיום 27.4.2021). כמו כן, הוחלט לבקשת שמעון לקיים דיון נוסף גם בעניינו והסניגוריה הציבורית צורפה, על פי בקשתה, במעמד של "ידידת בית המשפט" גם לדיון הנוסף האמור. עוד נקבע כי המדינה תימנע מביצוע פעולות חדירה או חיפוש במכשיר הטלפון הנייד של שמעון עד למתן פסק הדין בדיון הנוסף (החלטה מיום 20.6.2021).

19. נוכח הקרבה הנושאת בין הסוגיות העקרוניות שהועלו בשתי הבקשות, אוחד הדיון בהן (ראו החלטות מיום 20.6.2021), ובהתאם להחלטת ההרכב מיום 25.7.2021, שודר הדיון, שהתקיים ביום 27.7.2021 לפני הרכב מורחב של תשעה שופטים, בשידור ישיר ובמסגרתו שבו הצדדים על טענותיהם והבהירו את הטענות הבהרה.

תמצית טענות הצדדים בבקשות לדיון נוסף

20. לטענת שמעון, בנסיבות מתאימות יש לקיים דיון בבקשה לצו חיפוש במחשב במעמד שני הצדדים, למשל אם הבקשה הוגשה לאחר שהמחשב נתפס, או באותם מקרים שבהם סבור בית המשפט כי יש הצדקה לקיים דיון במעמד הצדדים. בנוסף סבור שמעון כי שלילה גורפת של האפשרות להשיג על צו חיפוש במחשב עלולה להוביל לעיוות דין, וכי היא פוגעת במיוחד בנפגעי עבירה, במתלוננים ובעדים – ועל כן, לגישתו, יש לאפשר השגה כאמור במסגרת הליכי החזרת תפוס.

21. המבקשים בדיון נוסף אודות סבורים כי, ככלל, מקום שבו קדם לבקשה לצו החיפוש בלתי-חוקי באותו המחשב, על בית המשפט לדון בהשלכות החיפוש הבלתי-חוקי במסגרת ההכרעה בבקשה לצו החיפוש. לצד זאת, לשיטתם, יש לקבוע חריג לכלל ולפיו מקום שבו יש "מחלוקת עובדתית" בשאלה אם אכן בוצע חיפוש בלתי-חוקי טרם הגשת הבקשה לצו חיפוש – ייערך הדיון בנפקויות הפגם בהליך העיקרי, בהתאם למתווה שהוצע על-ידי השופט סולברג. המבקשים בדיון נוסף אודות מוסיפים וטוענים כי יש להטיל על הנחקר את הנטל הראשוני להוכיח שהרשות החוקרת חדרה שלא כדין לטלפון הנייד שלו, וכי ככל שהנחקר יוכיח זאת – הנטל

יעבור אל הרשות החוקרת "להוכיח שאין קשר, ולו מזערי, בין החיפוש הלא חוקי שביצעה בטלפון הנייד של הנחקר, לבין הבקשה המאוחרת שלה לקבל צו חדירה לאותו מכשיר". עם זאת, לשיטתם, בנסיבות מסוימות – למשל ככל שהרשות החוקרת פעלה שלא כדין באופן חוזר ונשנה – תקום חזקה בלתי-ניתנת לסתירה לקיומו של קשר בין הצו המבוקש ובין החיפוש הבלתי-חוקי, אשר מחייב את דחיית הבקשה. לבסוף, המבקשים בדיון נוסף אודות סבורים כי גם אם המדינה לא עמדה בנטל להוכיח היעדר קשר בין החיפוש הבלתי-חוקי ובין הגשת הבקשה למתן צו חיפוש – הדבר אינו מחייב אוטומטית את דחיית הבקשה, אלא על בית המשפט לבחון אם קיימים שיקולים מיוחדים המצדיקים את מתן הצו, והנטל להוכחת הצדקה מעין זו מוטל על המדינה.

22. הסניגוריה הציבורית טוענת כי לשון הפקודה וההיסטוריה החקיקתית של סעיף 23א אינן מספקות תשובה חד-משמעית לשאלה אם יש לקיים דיון בבקשה למתן צו חיפוש במחשב במעמד צד אחד, והיא מדגישה כי בעת התיקון הרלוונטי האחרון של הפקודה בשנת 2005, איש לא יכול היה להעלות על דעתו את השינוי שהטלפונים החכמים ייצרו במציאות החיים. עמדת הסניגוריה היא כי מדובר בלאקונה בחוק, שאותה ניתן להשלים באמצעות הפסיקה והתכליות שבבסיסה. לשיטת הסניגוריה יש לקבוע ברירת מחדל של דיון בנוכחות הצדדים, אלא אם מתקיים "חשש ממשי" לשיבוש החקירה. קיום הדיון במעמד הצדדים, כך הסניגוריה, עשוי לסייע בקבלת החלטות מושכלות ובפיקוח על רשויות האכיפה, ויאפשר לבית המשפט להיחשף למידע שרק בעל המכשיר יכול לספק, ואשר עשוי להשפיע על ההחלטה בבקשה למתן צו החיפוש. זאת ועוד, לגישת הסניגוריה יש הצדקה להכיר בזכות ערר, אם מכוח סעיף 38א לפקודה (ערר על בקשה להחזרת תפוס) ואם מכוח סמכותו הטבועה של בית המשפט. עם זאת, ככל שתקבל עמדת הרוב ולפיה יש לקיים את הדיון בבקשה לצו חיפוש במעמד צד אחד – הגשת ערר הופכת בלתי-מעשית ומשכך, קמה לשיטת הסניגוריה הצדקה לאימוץ עמדתו של חברי השופט אלרון לפיה ניתן להשיג על צו חיפוש במסגרת בקשה להחזרת תפוס (וערר על החלטה בבקשה זו).

23. אשר לנפקויות אי-חוקיות החיפוש הקודם, הסניגוריה הציבורית סבורה כי יש לדון בפגמים שנפלו בהתנהלות רשויות החקירה במהלך הדיון בבקשה להוצאת צו חיפוש, וכי בעת בחינת השלכת הפגמים על הבקשה לצו החיפוש יש לבחון מכלול של שיקולים, ובכלל זה את עוצמת הפגיעה בפרטיות הנחקר; עוצמת הפגם בפעולת

הרשות החוקרת; חומרת החשדות המיוחסים לנחקר; נחיצות הצו להמשך החקירה; זיקת הנחקר לחשדות; והזיקה בין החיפוש הבלתי-חוקי ובין הבקשה לצו חדירה. באותם מקרים שבהם לא ניתן להכריע אם במכשירו של הנחקר נערך חיפוש שלא כדין, סבורה הסניגוריה כי יש לדחות את הדיון בחוקיותו של החיפוש הקודם להליך העיקרי, תוך שהמותב הדין בו ייכנס בהקשר זה בנעלי המותב שדין בצו החיפוש.

24. לשכת עורכי הדין סבורה כי כאשר רשות חוקרת חדרה שלא כדין למכשיר הטלפון של נחקר, "במודע ובמקום שיכלה לפעול אחרת ללא שהייתה מניעה אובייקטיבית", היא תהיה מנועה מהגשת בקשה למתן צו חיפוש מאוחר "כאשר ידיה אינה נקיות", וזאת נוכח אמות המידה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק. עוד סבורה הלשכה כי את נפקות הפגמים שנפלו בהתנהלותה של הרשות יש לבחון כבר במסגרת הדיון בבקשה לצו החיפוש.

25. המדינה, מצדה, סבורה כי דעת הרוב בעניין שמעון נותנת משקל ראוי לאופיו הייחודי של שלב ניהול החקירה, המצריך מהירות וחשאיות, ולגישתה יש לקבוע שהדיון בבקשות לחיפוש בחומר מחשב יהיה במעמד צד אחד, בהתאם לפרקטיקה הנהוגה עד היום. עוד סבורה המדינה שאין מקום לאפשר לנחקר להשיג על צו חיפוש במחשב שניתן בעניינו, והיא מוסיפה שרבות מן הטענות שהועלו בדבר פגיעה בזכויות נחקרים וצדדים שלישיים רלוונטיות גם בנוגע להחלטות ביניים אחרות בפלילים שלגביהן אין זכות השגה, כגון החלטה על קבלת ראייה שהושגה באופן פסול או על דחיית טענה של "אין להשיב לאשמה" (פסקה 25 לתגובת המדינה לבקשה לדיון נוסף בעניין שמעון).

אשר לנפקותיו של חיפוש בלתי-חוקי שלאחריו מוגשת בקשה לצו חיפוש באותו המחשב, המדינה סומכת ידיה על חוות דעתו של השופט קרא לפיה, ככלל, טענות ביחס לאי-חוקיות בגביית ראיות מתבררות בהליך העיקרי. לשיטת המדינה, רק במקרים חריגים ונדירים, למשל כאשר התרחשה הפרה מובהקת של הדין, יהיה בכך כדי להצדיק דחיית בקשה למתן צו חיפוש, וגם זאת רק במקרים שבהם החשד הוא לביצועה של עבירה קלה באופן יחסי, שלא מעורבים בה חשודים נוספים. המדינה מוסיפה ומדגישה כי אין אפשרות להחיל את מבחני הלכת יששכרוב בשלב הבקשה לצו חיפוש במחשב, וכי לשם חשיפת התמונה העובדתית הנוגעת לפגם בהתנהלות הרשויות יש, ככלל, צורך בשמיעת ראיות במסגרת הליך אדברסרי – שאינו מתקיים ככל שהבקשה נדונה במעמד צד אחד.

26. השאלות הטעונות הכרעה בדיונים הנוספים שלפנינו הן, כאמור, שאלות פרשניות הנוגעות להוראת סעיף 23א לפקודה. סעיף זה קובע כי חיפוש במחשב לא יתבצע אלא על פי צו שיפוטי – וזאת להבדיל מחיפושים אחרים, שאותם ניתן לבצע בנסיבות מסוימות ללא צו (ראו סעיף 25 לפקודה). במאמר מוסגר יצוין כי הדעות חלוקות בנוגע לאפשרות להסתפק ב"הסכמה מדעת" של הנחקר לצורך ביצוע חיפוש במחשבו ללא צו (ראו: עניין אוריך הראשון, בפסקה 17), אך שאלה זו חורגת מגדרי הדיון בענייננו, שכן אין חולק כי בשני המקרים נושא הדיון לא ניתנה "הסכמה מדעת" כאמור.

27. ההליכים שלפנינו עניינם בצווי חיפוש שנתבקשו בשלב החקירה, כלומר טרם שהוחלט אם להגיש כתב אישום בפרשה נושא צו החיפוש. ההבחנה בין שלב החקירה ובין ההליך הפלילי שמתנהל לאחר הגשת כתב האישום היא הבחנה מושרשת בשיטתנו וכפי שיפורט בהמשך, היא נושאת משמעות רבה בכל הנוגע לאיזון הראוי בין הזכויות והאינטרסים השונים המונחים על הכף, ובכלל זה לעניין פרשנותו של סעיף 23א לפקודה. בעבר נפסק כי "נקודת המוצא של שלב החקירה היא הצורך בהשלמת החסר [...] מצב זה משליך על החירות היחסית של המשטרה לחקור, לעיין בחומר ולברר לעתים יש מאין מהי התשתית העובדתית והפליליות הטמונה בה" (בש"פ 5796/14 מדינת ישראל נ' ממש, פסקה 11 (6.11.2014) (להלן: עניין ממש)). חופש הפעולה היחסי הניתן למשטרה כגוף חוקר נועד להגשים את האינטרס הציבורי במניעת פשיעה, בחקר האמת ובהבאת עבריינים לדיון (ראו, בין היתר: ע"פ 6613/99 סמירק נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 529, 555 (2002); עמיקם הרפז ומרים גולן משפט ושיטור: זכויות אדם וסמכויות משטרה 219 (2018) (להלן: הרפז וגולן)). בתמצית ייאמר כי שלב החקירה נועד לאיסוף ראיות; הוא מחייב חשאיות, זריזות ויעילות; והוא מתנהל בצל החשש המוגבר לשיבוש החקירה, שעד לסיומה לא ניתן לדעת בוודאות מה יתגלה במסגרתה (על ייחודו של שלב החקירה בהליך הפלילי, ראו, בין היתר: דנ"פ 5852/10 מדינת ישראל נ' שמש, פ"ד סה(2) 377, 386 (2012) (להלן: עניין שמש); יעקב קדמי על סדר הדין בפלילים: חלק ראשון – הליכים שלפני משפט כרך ב 679, 683 (2008); דוד ליבאי "חקירת חשוד והחיסיון מהפללה עצמית" הפרקליט כט 92, 93 (התשל"ד); אסף הרדוף "להכשיר את הפּרָץ: בקשת צו חדירה לחומר מחשב לאחר חדירה שלא כדין – צו ניקוי או צו הלבנה?" משפטים על אתר טו 60, 65 (התש"ף) (להלן: הרדוף); ישגב נקדימון חיסיון עיתונאי

274, 280-281 (2013) (להלן: נקדימון); רון שפירא, איתי ברסלר-גונן ואילנית הלל הליכי מעצר: מורה נבוכים 33, 43-55 (2021) (להלן: שפירא, ברסלר-גונן והלל)).

לפיכך, בשלב ניהול החקירה קיים מתח מובנה בין האינטרס להבטיח חקירה מהירה ויעילה לשם לוחמה בפשיעה והגנה על שלום הציבור ועל מנת להגיע לחקר האמת, ובין הצורך להבטיח את זכויותיהם של נחקרים, חשודים וצדדים שלישיים. שלב זה כרוך מעצם טבעו בפגיעה מסוימת בזכויותיהם של נחקרים ושל גורמים אחרים הנוגעים לחקירה, ובכללן הזכות לפרטיות, הזכות לחירות והזכות לקניין (ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776, 833 (2005) (להלן: עניין בורוביץ); בג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל, פ"ד סה(2) 694, 717 (2012) (להלן: עניין נתוני התקשורת); עמית, בעמ' 309-310), אך אין משמעות הדבר שהמטרה מכשירה את כל האמצעים. מרחב הפעולה של רשויות החקירה לעולם כפוף למגבלות ולסייגים שנועדו להבטיח משפט הוגן ומידתיות של הפגיעה בזכויות נחקרים (לרבות חשודים ועדים) וכן צדדים שלישיים (ראו בהקשר זה גם: סעיף 7(ג) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(3) 305, 334 (2012)).

28. בהקשר זה חשוב להוסיף ולציין כי משוואת הזכויות בכל הנוגע לשלב החקירה אינה חד-ערכית ולמעשה, זכויות האדם מצויות בשני צדי כפות המאזניים. זאת, שכן האינטרס בקיומה של חקירה מדויקת, יעילה והוגנת מגלם הן את זכותם של נחקרים וחשודים לכך שהחקירה בעניינם תסתיים במהירות האפשרית, תוך פגיעה מינימלית בזכויותיהם, והן את זכותם של נפגעי העבירה להגנה ראויה מפני פגיעה בשלומם, בכבודם ובקניינם (ראו והשוו: ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(1) 626, 683-684 (2011) (להלן: עניין פרחי); בג"ץ 6972/96 התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(2) 757, 771-772 (1997); דנ"פ 3750/94 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(4) 621, 630 (1994); דנ"פ 4390/91 מדינת ישראל נ' יחיא, פ"ד מז(3) 661, 679 (1993); ע"פ 5877/99 יאנוס נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(2) 97, 117-118 (2004); יהודית קרפ "המשפט הפלילי - יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מב 64, 116-120 (התשנ"ה) (להלן: קרפ)). וכדברי הנשיא (בדימ') מ' שמגר בדנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 621 (1995):

"חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נושא עמו בשורה חוקתית חקוקה לכל פרט בחברה, אולם בשורה זו נועדה לכל החברה ולא רק לעבריינים שבה. קורבן

העבירה בפועל ובכוח וכל אזרח תמים-דרך זכאים להגנה על כבודם ועל חירותם מפני פחד, אימה ופגיעה, לא פחות מן הנאשם. זכותה של אישה שלא לשוב ולהיות מושא למכות ולהשפלות אינה פחותה מזכות בעלה המכה לחירותו. זכותה של צעירה הנעה לתומה בדרכים שלא להיות קורבן לאונס נוסף, אינה פחותה מזכות הנאשם שלא להיעצר. אין באמור כאן כדי להפחית כהוא זה מן החובה להקפיד באופן דווקני על כך שזכויות הנאשם בשלב הטרם-שיפוטי יוגנו ויובטחו, אולם אין בהקפדה זו בלבד כדי למצות את החובות הקמות ועולות מתוך חוק היסוד."

(ראו גם: חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001, אשר חלק מהוראותיו חל גם בשלב החקירה הפלילית; וכן דברי ההסבר לחוק זה, שבהם צוין כי הוראות החוק מבטאות, בין היתר, "איזון בין זכויות נפגעים לזכויות חשודים ונאשמים" (הצעת חוק זכויות נפגעי עבירות בהליך הפלילי, התשס"א-2001, ה"ח 506)).

29. ההליכים שלפנינו עוסקים בתחום ספציפי של פעילות הרשות החוקרת: חיפוש במחשבים ובטלפונים חכמים – ודומה כי אין צורך להכביר במילים על הפגיעה המשמעותית בפרטיותם של בעלי המחשב (כהגדרתו הרחבה לעיל) ושל צדדים שלישיים, העשויה להיגרם כתוצאה מחיפוש במכשירים אלו. המחשב, ובפרט הטלפון החכם, מהווה למעשה מעין "מאגר" מרוכז של מידע במלל, בתמונות, בהקלטות ובסרטונים, שממנו ניתן ללמוד על מחשבותיו, רגשותיו וחוויותיו של אדם, וכן על ההתקשרויות – לעתים האינטימיות ביותר – שלו עם אחרים (ע"פ 8627/14 דביר נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (14.7.2015)).

מאפייניהם הייחודיים של מכשירים אלה יש בהם כדי להשפיע על הפרשנות הראויה לסעיף 23 לפקודה. חדירה למחשב או לטלפון החכם יכולה לחשוף נפח עצום של פרטים מתוך סיפור חייו של אדם; עובדה זו, בצירוף היכולות הטכנולוגיות שבאמצעותן ניתן להרכיב פרופיל שלם לגבי אדם תוך שימוש במידע המצוי במכשירים אלה, מוליכות אל המסקנה שפוטנציאל הפגיעה בפרטיות עקב חיפוש במחשב הוא, במקרים רבים, גבוה לאין שיעור בהשוואה לחיפוש "המסורתי" בחצרו או בכליו של אדם, והוא נוגע גם לצדדים שלישיים רבים שחיהם נקשרו בצורה כזו או אחרת – ולו לרגע – עם המחזיק במחשב או בטלפון החכם (עניין פישר, בפסקה 10; רע"פ 8873/07 היינץ ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה 17 (2.1.2011) (להלן: עניין היינץ); חיים ויסמונסקי חקירה פלילית במרחב הטייבר 257 (2015) (להלן: ויסמונסקי)).

30. בשל מאפיינים ייחודיים אלה, בחר המחוקק לייחד בסעיף 23א לפקודה הוראה ספציפית לעניין חיפוש בחומר מחשב. אך למרבה הצער החקיקה הקיימת בכל הנוגע לחיפוש במחשבים נשרכת אחרי המציאות הטכנולוגית, המתפתחת בקצב מהיר מאוד. למעשה, הצורך בהתאמת החקיקה והפסיקה לפיתוחים טכנולוגיים הוא צורך תמידי ונמשך (ראו, בהקשרים דומים: ויסמונטקי, בעמ' 175-180). כך היה כאשר החל השימוש המסיבי ברשת האינטרנט, זמן קצר לאחר חקיקת חוק המחשבים בשנת 1995, וכך הוא המצב עתה, נוכח קיומן של טכנולוגיות שבאו אל חיינו בשנים האחרונות ושינו ללא היכר את גישתנו למידע מקוון. אם בעבר היה המידע המקוון נשמר על כוננים פיזיים שהיו מצויים בהישג ידו של בעל המידע, כיום טכנולוגיית ה"ענן" מאפשרת שמירת מידע על שרתים מרוחקים (לרבות כאלו הממוקמים מחוץ לגבולות ישראל), והגישה למידע זה אפשרית ממגוון מקורות, ואף ממספר מחשבים בו-זמנית. נוכח קצב ההתפתחות המעריכי של הטכנולוגיה, ברי כי גם המציאות הטכנולוגית הקיימת בעת כתיבת שורות אלה אינה סוף פסוק, וסביר להניח שבעתיד הנראה לעין תהיינה תמורות משמעותיות נוספות בכל הנוגע לאגירת מידע מקוון ולדרכי הגישה אליו (לדיון בנושא ראו, למשל: עניין פישר, בפסקה 10). לפיכך, בין אם נשקיף על סעיף 23א לפקודת החיפוש (ועל חוק המחשבים, שסעיף 23א לפקודה נכלל במסגרתו כתיקון עקיף) כתוצר של חקיקה הנשרכת אחר מציאות טכנולוגית המשתנה במהירות, ובין אם נראה בו הוראת "מסגרת" שכלליותה נועדה מלכתחילה לאפשר התאמה להתפתחויות טכנולוגיות (לטענה זו ראו: מיגל דויטש "חוק המחשבים במבחן העתים – זווית המבט של מציע החוק" שערך משפט ד 257, 281 (התשס"ו); מיגל דויטש "חקיקת מחשבים בישראל" עיוני משפט כב 427, 432-433 (התשנ"ט)) – הבחינה הפרשנית של הסעיף מחייבת אותנו לייחס משקל להתפתחות הטכנולוגית שאירעה מאז חקיקתו (ולמצער ממועד התיקון האחרון משנת 2005).

31. לשיטתי, נקודת המוצא לדיון כולו והשאלה הראשונה שבה עלינו להכריע במסגרת ההליכים דנן, הינה מתכונת הדיון בבקשה לצו חיפוש במחשב. כפי שיבואר להלן, ההכרעה בשאלה דיונית זו מערבת הכרעות נוספות באשר למהותו של צו החיפוש בחומר מחשב ובאשר לנקודת האיזון הראויה בין הזכויות והאינטרסים הרלוונטיים להכרעה בסוגיות אלה. לפיכך, התשובה לשאלה זו משליכה בהכרח על שתי השאלות הנוספות המצויות במוקד ההליכים דנן. אכן, כפי שציננה בצדק חברתי השופטת ברון בעניין שמעון, הדיון בשאלת זכות ההשגה כרוך ושלוש באופן שבו מתקיים הדיון בהחלטה שעליה מבקשים להשיג; ומצב שבו לבקשה לצו החיפוש קדם חיפוש בלתי-חוקי באותו המכשיר, אינו אלא תרחיש ספציפי שאותו יש לבחון לאור השיקולים שהותוו.

32. לפיכך, אדרש תחילה לשאלת מתכונת הדיון בבקשה למתן צו חיפוש, ואומר מיד כי מתוך ניתוח התכליות העומדות ביסוד הוראת סעיף 23א לפקודה, הגעתי אל המסקנה כי למעט מצבים חריגים ביותר, יש לקיים את הדיון בבקשה לחיפוש בחומר מחשב במעמד צד אחד. עם זאת, בהינתן מאפייניו הייחודיים של חומר המחשב והחשש מפגיעה עודפת בזכויות, מסקנה זו מחייבת התוויה של אמות מידה – אשר תפורטנה להלן – עבור רשויות החקירה בהגשת בקשות ועבור בתי המשפט לעניין הדיון בהן. הסוגיה הבאה נוגעת לשאלת קיומה של זכות השגה על החלטה בבקשה לצו חיפוש במחשב, ואף לגביה אקדים אחרית לראשית ואומר כי ההצדקות לקיום הדיון בבקשת החיפוש במעמד צד אחד מובילות גם למסקנה כי אין מקום לאפשר זכות השגה במהלך שלב החקירה על צו חיפוש במחשב שטרם בוצע. לבסוף, אדון בשאלת הנפקות של חיפוש בלתי-חוקי קודם שבוצע באותו המכשיר אשר לגביו מתבקש עתה החיפוש בצו. בתמצית, אומר כי לגישתי חיפוש בלתי-חוקי קודם במחשב מהווה שיקול שיש להתחשב בו במסגרת הבקשה לצו חיפוש באותו המחשב, ואולם רק במקרים חריגים ונדירים שיקול זה יהווה שיקול בלעדי לדחיית הבקשה. זאת, לצד ההלכה המושרשת לפיה לפגם כזה בהתנהלות רשויות החקירה עשויות להיות השלכות משמעותיות במסגרת הדיון בהליך העיקרי (ראו הלכת יששכרוב).

הדיון בבקשת חיפוש בחומר מחשב – במעמד צד אחד או במעמד הצדדים?

33. הפקודה אינה קובעת, כאמור, סדרי דין בכל הנוגע לדיון בבקשה לצו חיפוש, לרבות חיפוש בחומר מחשב. זאת, בשונה מהסדרים אחרים, דוגמת בקשה לצו האזנת סתר לפי סעיף 6(ב) לחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979 (להלן: חוק האזנת סתר), שלגביה נקבע מפורשות כי היא תידון "במעמד צד אחד בלבד". שתיקת הפקודה בעניין זה שימשה כר פורה לעמדות הפרשניות השונות שהציגו הצדדים בהליכים שלפנינו.

34. הפרקטיקה הנוהגת בעת הזו היא שדיון בבקשות לצו חיפוש במחשב מתקיים, ככלל, במעמד צד אחד, דהיינו מבלי שניתנת לבעל המחשב או למחזיק בו זכות טיעון (עניין אוריך השני, בפסקה 4 לחוות דעתו של השופט קרא). עם זאת, אין מדובר בכלל מוחלט ובמקרים חריגים – דוגמת בקשות החיפוש שנדונו בעניין אוריך השני – מקיים בית המשפט דיון במעמד שני הצדדים (וראו גם את ההחלטות שצורפו כנספח ט"ו לתגובתו של שמעון מיום 25.7.2021 להשלמת הטיעון מטעם המדינה,

ובהן צ"א (שלום ב"ש) 68831-12-20 (31.12.2020) (שמות הצדדים חסויים); צ"ח (שלום ב"ש) 8163-01-21 (6.1.2021) (שמות הצדדים חסויים); ו-צ"ח (שלום ב"ש) 11559-01-21 (10.1.2021) (שמות הצדדים חסויים)).

35. המדינה – אשר נסמכת על דעת הרוב בעניין שמעון – סבורה כי יש לקבוע שהדיון בבקשות לחיפוש בחומר מחשב יהיה במעמד צד אחד, בהתאם לפרקטיקה הנהוגה, וכי שתיקת הפקודה מהווה הסדר שלילי – כלומר, המחוקק בחר במודע שלא לקבוע בחוק אפשרות לדון בבקשה לחיפוש במחשב במעמד הצדדים. הסניגוריה, לעומת זאת, סבורה כי בעניין זה קיים פְּסָד חקיקתי (לאקונה) והיא סומכת ידיה על דעת המיעוט של חברי השופט אלרון בעניין שמעון, אשר לפיה יש לקיים את הדיון במעמד שני הצדדים אלא אם קיים "יסוד סביר לחשש מפני סיכול החיפוש או שיבוש הליכי חקירה" (פסקה 64 לעמדת הסניגוריה בדיון נוסף שמעון). שמעון אף הוא סבור כי לעתים תקום הצדקה לקיים את הדיון במעמד שני הצדדים, למשל אם הבקשה הוגשה לאחר שהמחשב נתפס (פסקה 21 להשלמת הטענות מטעמו).

36. בהתאם לכללי הפרשנות הנוהגים עמנו, מקום שבו לשון החוק מאפשרת פרשנויות שונות, עלינו להעדיף את הפירוש שיש בו כדי להגשים באופן מיטבי את תכליותיו של ההסדר העומד לדיון (ע"פ 8360/19 זיסמן נ' מדינת ישראל, פסקה 14 (18.3.2020)). בענייננו, הפקודה על פי לשונה אינה מספקת תשובה ברורה לשאלות העומדות לדיון, ולפיכך יש לבחון את תכליותיו של סעיף 23 לפקודה.

א. תכליות ההסדר

א.1. התכלית הסובייקטיבית

37. על מנת ללמוד על תכליותיו של ההסדר המאפשר לבצע חיפוש בחומר מחשב, נפנה תחילה לבחינת ההיסטוריה החקיקתית של הסדר זה. מטבע הדברים, במועד חקיקת הפקודה בשנת 1969, לא התייחס הפרק השלישי שלה – שכותרתו "חיפוש" – לחיפוש בחומר מחשב, אלא התמקד בחיפוש בחצרים (חיפוש "בכל בית או מקום", כלשון סעיף 23 לפקודה), והפרקטיקה שהשתרשה בהקשר זה היא כי צווי חיפוש בחצרים ניתנים, ככלל, במעמד צד אחד (הרפז וגולן, בעמ' 174).

38. בשנת 1995 נחקק, כאמור, חוק המחשבים, והוא הוגדר בדברי ההסבר שלו כ"חוק שיאגד בתוכו את מכלול ההיבטים הנוגעים למחשב" (הצעת חוק המחשבים,

התשנ"ד-1994, ה"ח הממשלה 478). עוד צויין שם, בין היתר, כי "לאור אופיו המיוחד של המחשב, על החומרה ועל התוכנה הנוגעות לו, מתבקשים גם תיקונים בדיני החיפוש והתפיסה אשר יהלמו אופי מיוחד זה, ויאפשרו לגופי החקירה לבצע תפקידם כיאות". לכן, כללה הצעת חוק המחשבים גם תיקון עקיף לפקודת החיפוש (תיקון מס' 6), ובמסגרתו הוצע להוסיף לפקודה את סעיף 23א, אשר קבע כי חדירה לחומר מחשב והפקת פלט תוך חדירה כאמור, יראו אותן כחיפוש והן ייעשו על ידי בעל תפקיד המיומן לביצוע פעולות כאמור. סעיף 23א(ב) קבע כי בניגוד לחיפוש בחצרים – שבנסיבות מסוימות ניתן לקיימו גם ללא צו שופט – חיפוש בחומר מחשב יבוצע על פי צו שופט בלבד, לאחר שבית המשפט שוכנע כי מתקיימת אחת או יותר מעילות החיפוש המנויות בסעיף 23 לפקודה. עוד נקבע שיש לציין בצו "במפורש את ההיתר לחדור לחומר מחשב או להפיק פלט, לפי הענין, ואת תנאי החיפוש ומטרותיו".

39. במסגרת הצגת הצעת החוק במליאת הכנסת, הסביר שר המשפטים דאז, ח"כ דוד ליבאי, את ההיגיון שבבסיס תיקון פקודת החיפוש:

"[...] אנו מציעים לתת ביטוי למגבלות בדרכי החיפוש והתפיסה, בהתחשב במהות המיוחדת של הדבר שבו מבקשים לחפש. המגבלות הן לעניין דרך החיפוש ומומחיותו של איש המשטרה שיערוך את החיפוש, והן לעניין דרכי התפיסה ותקופת התפיסה של מחשב וחומר מחשב, המביאות בחשבון את התוצאות הקשות העשויות לנבוע מהפסקת השימוש הרגיל במחשב. מחשב הוא לא עוד כלי או עוד חפץ, וכבר הגיע הזמן שנביא את זה גם לספר החוקים" (פרוטוקול ישיבה 247 של הכנסת ה-13, 255-256, 26.7.1994).

סעיף 23א לפקודה בנוסחו המקורי שם, אפוא, דגש על הצורך בהיתר שיפוטי מפורש לביצוע חיפוש בחומר מחשב, ללא כל התייחסות לזכות הטיעון של בעל המחשב או של המחזיק בו, או לאופן שבו יתקיים הדיון בבקשה.

40. בשנת 2005 נחקק תיקון מספר 12 לפקודה (חוק לתיקון פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) (תיקון מס' 12) (חיפוש ותפיסת מחשב), התשס"ה-2005; להלן: תיקון מס' 12) אשר תיקן, בין היתר, את סעיף 23א(ב). בנוסחו החדש קובע הסעיף כי לחיפוש במחשב נדרש צו של שופט "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" (השינויים ביחס לנוסח

41. בתיקון מס' 12 נוספה, אפוא, לראשונה התייחסות מפורשת לפגיעה בפרטיות הכרוכה בחיפוש בחומר מחשב ובדברי ההסבר להצעת התיקון צוין כך:

"מוצע לבצע תיקונים נוספים [בפקודה] [...] על מנת לאזן בצורה ראויה יותר בין צרכי החקירה לבין זכויות הפרט. האיזון החדש נדרש בעיקר בשל ההתפתחות הטכנולוגית בעולם המחשבים והשימוש הרווח בהם גם בידי אנשים פרטיים [...] בפועל, בית המשפט בהוציאו צווי חיפוש ממלא טקסט אחיד המקנה למשטרה סמכות לערוך חיפוש ולתפוס כל מסמך או חפץ הדרוש לחקירה, לרבות מחשב וחומר מחשב. מוצע לקבוע כי על בית המשפט לפרט את מטרות החיפוש ואת תנאיו, תוך הנחיה ברורה כי בצווי חיפוש הנוגעים למחשב וחומר מחשב, על בית המשפט לשקול באופן מיוחד את הפגיעה בפרטיותו של התופס במחשב וצדדים נוספים" (דברי הסבר להצעת חוק לתיקון פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) (מס' 11) (חיפוש ותפיסת חומר מחשב), התשס"ה-2005, ה"ח הכנסת 149, 150 (להלן: דברי ההסבר להצעת תיקון מס' 12)).

במהלך דיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט (להלן: ועדת החוקה) ציין יו"ר הוועדה, ח"כ מיכאל איתן, כי "לאדם יש את הזכות להסביר לשופט למה הוא לא רוצה שייכנסו לו למחשב" והציע כי "השלב הזה ייעשה במעמד שני צדדים" (פרוטוקול ישיבה 419 של ועדת החוקה, הכנסת ה-16, 11, 14 (21.2.2005) (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 419)). ראש מפלג עבירות מחשב במשטרת ישראל, אשר נכח בדיון, השיב כי "זה יטיל עלינו עומס רב מידי. זה אומר שבמקום לעסוק בחקירות אנחנו נהיה בבתי משפט"; ודברים דומים אמר ח"כ רשף חן, שסבר כי הצעתו של ח"כ איתן "תטיל על המערכת עומס שאין שום סיכוי בעולם שהיא תעמוד בו" (שם, בעמ' 15-16). בסופו של דבר הצעת ח"כ איתן לא התקבלה, ובתיקון מס' 12 לא נכללה כל הוראה הנוגעת לסדרי הדין באשר לבקשות לחיפוש בחומר מחשב.

בעת הצגת הצעת תיקון מס' 12 לקריאה ראשונה במליאת הכנסת ציין ח"כ אילן שלגי כי "החוק אומר לשופט שהוא יצטרך להגדיר בצו מגבלות בהתחשב בנושא הפרטיות. אז השופט יחשוב אם מותר לקחת את כל החומר או רק מכתבים מתאריכים מסוימים [...]". (פרוטוקול ישיבה 249 של הכנסת ה-16, 53 (24.5.2005); ההדגשות הוספו). גם ח"כ איתן הבהיר במליאת הכנסת, במסגרת הדיון בקריאה שנייה ושלישית בנוגע להצעת התיקון, כי הגורם העיקרי שבאחריותו לעמוד על

יישום הוראת סעיף 23א לפקודה הוא בית המשפט: "יש הנחיה ברורה לבית המשפט שבצווי חיפוש שקשורים למחשב או לחומר מחשב על השופט לשקול את הדברים באופן מיוחד לפני שהוא חותם. הוא צריך לשקול באופן מיוחד את הפגיעה בפרטיות של האדם שהמחשב נלקח ממנו [...] על הצו יהיה צריך לציין את תנאי החיפוש ואת מטרותיו. על בית המשפט להקפיד מאוד" (פרוטוקול ישיבה 259 של הכנסת ה-16, 51 (20.6.2005); ההדגשות הוספו).

42. למען שלמות התמונה יצוין כי בשנת 2014 עברה בקריאה ראשונה הצעת חוק הכוללת, בין היתר, הסדרה מפורטת של אופן הדיון בבקשות לצווי חיפוש במחשב (הצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – המצאה, חיפוש ותפיסה), התשע"ד-2014; להלן: הצעת חוק החיפוש והתפוסה). סעיף 99 להצעת חוק החיפוש והתפוסה קובע כי הדיון במספר סוגי בקשות, ובהן צו "לפעולה בחומר מחשב", יתקיים במעמד צד אחד ובדלתיים סגורות. בדברי ההסבר להצעת החוק נכתב בהקשר זה כי "כדי שלא יסוכל החיפוש באמצעות פעולות שינקוט החשוד לשיבוש הראיות או הסתרתן, יש צורך בשלב זה בשמירת סודיות ההליך ואי-חשיפתו לפני החשוד, שמא תיפגע התנהלות החקירה בשלביה המוקדמים" (בעמ' 587). ואולם, הצעת חוק החיפוש והתפוסה לא התקבלה ולא עברה כחוק, ועל כן לא ניתן לייחס לה מעמד נורמטיבי המשליך על ההכרעה בשאלות שבמוקד ההליכים דנן.

43. מן האמור לעיל עולה כי המחוקק היה מודע לכך שהדיון בבקשות לצו חיפוש בחומר מחשב מתקיים, ככלל, במעמד צד אחד והוא בחר שלא לשנות מן הפרקטיקה הזו. לטעמי, ניתן להסיק מכך שהתכלית הסובייקטיבית העומדת בבסיס הוראת סעיף 23א(ב) בנוסחו הנוכחי איננה חיזוק ההגנה על הזכות לפרטיות באמצעות מתן זכות טיעון לבעל המחשב או למחזיק בו במסגרת הדיון בבקשה, אלא באמצעות הבניית שיקול הדעת של בית המשפט, והבהרת החשיבות לשקול ולבחון באופן מיוחד את הפגיעה בפרטיות שתגרום כתוצאה מהצו השיפוטי. בכך יש כדי לתמוך בעמדת המדינה, לפיה שתיקת הפקודה בעניין אופן הדיון בבקשה מהווה הסדר שלילי, ומשקפת הימנעות מודעת של המחוקק מלהורות על קיום הדיון בה במעמד הצדדים.

44. אך כפי שכבר צוין, בעת שנחקק סעיף 23א לפקודה בנוסחו המקורי (שנת 1995), ואף בעת שנחקק תיקון מס' 12 לפקודה, היו דפוסי השימוש במחשב שונים מאלו השגורים כיום. לשם המחשה, הטלפונים החכמים נכנסו לחיינו מספר שנים לאחר חקיקת תיקון מס' 12 לפקודה (דגם ה"אייפון" הראשון הושק בשנת 2007, כשנתיים לאחר חקיקת תיקון מס' 12 (Martin Campbell-Kelly & Daniel D.).

Garcia-Swartz, FROM MAINFRAMES TO SMARTPHONES: A HISTORY OF THE
התפתחות טכנולוגית זו עשויה להשפיע באופן ניכר על האיזון בין השיקולים
השונים הרלוונטיים לענייננו (פסקה 28 לעמדתה בדיון נוסף שמעון). ברי, על כן, כי
לא ניתן להסתפק בבחינת התכלית הסובייקטיבית העומדת בבסיס חקיקת הסדר
החיפוש בחומר מחשב, כפי שזו הובנה על ידי חברי הכנסת בעת חקיקת הסעיף או
תיקון מס' 12. וכבר נפסק כי פרשנות דבר חקיקה היא לעולם דינמית, ויש להתאימה
לתנאי החיים המשתנים (אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה 264-265,
267 (התשנ"ג)). לפיכך, עלינו להעמיק ולבחון את התכלית האובייקטיבית של הסדר
זה בראי המציאות הטכנולוגית הנוכחית (שם, בעמ' 273).

א.2 התכלית האובייקטיבית

45. התכלית האובייקטיבית של דבר חקיקה נגזרת מן המטרות, הערכים,
המדיניות והאינטרסים החברתיים אשר הטקסט המשפטי נועד להגשים בחברה
דמוקרטית מודרנית (בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד
הפנים, פ"ד מז(1) 749, 763 (1993)). ככל שהדבר נוגע לתכלית האובייקטיבית של
הוראת סעיף 23א לפקודה, היא נלמדת הן מן המעגל הקרוב – המתמקד בפקודה
עצמה ובהסדרים שמעוגנים בה – והן מן המעגל הרחב יותר, המבטא את הערכים
הבסיסיים של שיטתנו המשפטית (דנ"פ 7048/97 פלוניס נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1)
721, 739 (2000)).

46. הצורך ליתן בידי רשויות החקירה כלים אשר יסייעו להן להגיע לחקר האמת
ולהביא לסיום שלב החקירה במהירות נובע, כאמור, מן הרצון להגשים את האינטרס
הציבורי במניעת עבריינות ובאכיפת החוק, את זכותם של נפגעי עבירות למיצוי הדין
עם מי שפגע בהם, ואת זכותם של חשודים ונחקרים כי החקירה בעניינם תסתיים מהר
ככל הניתן. אכן, חיפוש במחשב או בטלפון חכם עשוי לקדם את החקירה בצורה
משמעותית ולסייע במיצוי הדין עם עבריינים. זאת נוכח היקף המידע העצום אשר
נשמר כיום במחשבים; משום שבמחשב ניתן לבצע חיפוש יעיל וממוקד בכמות רבה
של מידע, באופן שמאפשר לקדם את החקירה במהירות; ומשום שתוצרי החיפוש
(תכתובות, תמונות, הקלטות וכיוצא באלה) יכולים לשמש ראיות מהימנות אשר להן
ערך ראייתי ניכר (עמית, בעמ' 308). האפשרות לבצע חיפוש במחשב לפי סעיף 23א
לפקודה מעניקה, אם כן, גישה "לאוצר בלום של ראיות מפלילות ומידע רלוונטי
אשר יכול וצריך לשמש את רשויות החקירה במאבקן במפרי חוק ועוברי עבירה"

(עניין היינץ, בפסקה 17). הגבלת גישתן של רשויות החקירה לראיות אלה עלולה להציבן בעמדת נחיתות ממשית מול מפרי החוק, לרבות אלה אשר נעזרים בסכיבה הטכנולוגית המודרנית לצורך ביצוע עבירות, ומותירים אחריהם שובל של נפגעים אך גם שובל של מידע אשר עשוי לסייע בחקר האמת ובאכיפת החוק על מי שעבר עבירה (עניין נתוני התקשורת, בעמ' 714-715; מיכאל בירנהק מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה 88-57, 176-175 (התשע"א); שפירא, ברסלר-גונן והלל, בעמ' 49).

47. עם זאת, וכפי שכבר ציינתי, מתן כלים אלה בידי רשויות החקירה מעורר חשש מוגבר לפגיעה בלתי-מידתית בזכויותיהם של מחזיקי מחשבים וטלפונים חכמים, וכן בזכויותיהם של צדדים שלישיים – ובעיקר בזכות לפרטיות. זכות זו עוגנה בחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, ובהמשך זכתה למעמד חוקתי עם עיגונה בסעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע:

פרטיות וצנעת הפרט
(א) כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו.
(ב) אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו.
(ג) אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו.
(ד) אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו.

48. בית משפט זה עמד בפסיקתו על כך שהזכות לפרטיות היא "מהחשובה שבזכויות האדם" (ע"פ 1302/92 מדינת ישראל נ' נחמיאס, פ"ד מט(3) 309, 353 (1995) (להלן: עניין נחמיאס)) וכי היא "אחת מהחירויות המעצבות את אופיו של המשטר בישראל כמשטר דמוקרטי" (רע"א 2558/16 פלונית נ' קצין התגמולים – משרד הביטחון, פסקה 39 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז (5.11.2017)). בשים לב לפגיעה הקשה בפרטיות שעלולה להיגרם כתוצאה מחיפוש במחשב או בטלפון חכם של אדם, יש להבטיח שחדירה כאמור לא תפגע בפרטיות מעבר לנדרש, כהוראתו המפורשת של סעיף 23א(ב) לפקודה המבטאת, הלכה למעשה, את מבחן המידתיות בפסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

49. הנה כי כן, תכליתה האובייקטיבית של הפקודה היא למצוא נקודת איזון אשר לוקחת בחשבון את האינטרס הציבורי במניעת עבריינות ואת זכותם של נפגעי העבירה, כמו גם של חשודים, לסיום החקירה באופן מהיר ויעיל במציאות המשתנה

תדיר, ומנגד את המחויבות להימנע מפגיעה בלתי-מידתית בפרטיות (השוו: עניין נתוני התקשורת, בעמ' 772). על רקע זה, עלינו לבחון מהו הכלל שיש בו לקדם באופן המיטבי את התכליות הסובייקטיבית והאובייקטיבית העומדות בבסיס סעיף 23א – קיום הדיון בבקשת חיפוש בחומר מחשב במעמד צד אחד או במעמד שני הצדדים? זאת, בין היתר, בשים לב לכך שסעיף 3 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי) מקנה לבית המשפט סמכות לנהוג "בכל ענין של סדר הדין שאין עליו הוראה בחיקוק [...] בדרך הנראית לו טובה ביותר לעשיית צדק".

ב. הכלל המגשים את תכליות ההסדר באופן המיטבי

50. לגישתי, הכלל הראוי בנוגע לבקשות חיפוש בחומר מחשב הוא קיום הדיון במעמד צד אחד. זאת, הן משום שכלל זה מאפשר להגיע לאיזון פנימי מיטבי בין תכליות הסדר החיפוש בחומר מחשב, והן בשל הקשיים הטמונים בקביעת כלל שלפיו הדיון בבקשות חיפוש בחומר מחשב יתקיים במעמד הצדדים.

51. נקודת האיזון שקבע המחוקק מלכתחילה בשלב החקירה יש בה משום פגיעה מוגברת בזכויותיהם של נחקרים וצדדים שלישיים, וזאת בשל הצורך בקיום חקירה חשאית, יעילה ומהירה. הדבר בא לידי ביטוי, בין היתר, בנטלי ההוכחה המוטלים על המדינה בשלב החקירה לעומת שלב המשפט (השוו למשל בין סעיף 13(א) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק המעצרים), המתייחס ל"חשד סביר", ובין סעיף 34(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 המתייחס ל"הוכחה מעבר לספק סביר"); באפשרות לגרוע מן הזכות להיוועצות בעורך דין בשלב החקירה (סעיפים 34(ד)-(ו) לחוק המעצרים); ובזכות לעיון בחומר החקירה, המוקנית רק לאחר הגשת כתב האישום, בין היתר, בשל החשש לשיבוש החקירה (סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי; עמית, בעמ' 193, 815 ו-826-827; רע"פ 1230/18 מליניאק נ' משטרת ישראל – יחידת אתג"ר, פסקה 11 (28.5.2018) (להלן: עניין מליניאק)). כמו כן ובשל צרכי החקירה, היקף ההגנה שקבע המחוקק ביחס לזכות הטיעון של נחקר וביחס לזכותו להיות נוכח בדיון המתקיים בעניינו, הוא מצומצם יותר מזה הניתן לאותו נחקר בהליך העיקרי, ככל שמוגש נגדו כתב אישום. כך, באשר לשלב המשפט נקבע באופן מפורש בחוק סדר הדין הפלילי כי "באין הוראה אחרת בחוק זה לא יידון אדם בפלילים אלא בפניו" (סעיף 126 לחוק), אולם הוראה דומה אינה קיימת ביחס לשלב החקירה (וראו עניין שמעון, בפסקה 7 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) הנדל). ואכן, כפי שצוין לעיל,

בשלב החקירה בקשות הנדונות במעמד צד אחד הן עניין שבשגרה, ורבים מן הצווים המבוקשים ניתנים ללא ידיעתם של החשודים ומבלי שניתן להם פתחון פה (עניין מליניאק, בפסקה 11; ויסמונטקי, בעמ' 278). כך, למשל, רשאי בית המשפט להורות על מעצרו של אדם לפני הגשת כתב אישום שלא בנוכחותו, והדיון בבקשה יתקיים ככלל בדלתיים סגורות – בין היתר, כדי למנוע אפשרות של הכשלת המעצר (סעיפים 12 ו-15(ח) לחוק המעצרים; להרחבה ראו: רינת קיטאי סנג'רו המעצר: שלילת החירות בטרם הכרעת הדין 307-308 (2011) (להלן: קיטאי סנג'רו)).

52. גם ביחס להסדרים הקרובים לענייננו והנוגעים לאיסוף ראיות על ידי רשויות החקירה, רבות מהבקשות נדונות ומוכרעות במעמד צד אחד. כך, הפרקטיקה ביחס לבקשות לצווי חיפוש בחצרים היא של קיום דיון במעמד צד אחד (הרפז וגולן, בעמ' 174; הרדוף, בעמ' 65; בהקשר זה ראו גם את דבריו של השופט (כתוארו אז) הנדל בעניין שמעון (בפסקה 4 לחוות דעתו) ביחס לסעיף 17 ב לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971, שממנו ניתן להסיק כי צווי חיפוש נדונים במעמד צד אחד; אך מנגד ראו את עמדתו של השופט אלרון בנושא (בפסקה 34 לחוות דעתו בעניין שמעון)). כמו כן, צו המופנה לאדם בדרישה להמצאת חפץ או מסמך בהתאם לסעיף 43 לפקודת החיפוש (אשר יכול להתייחס גם לחומר מחשב, בהתאם להגדרת "חפץ" בסעיף 1 לפקודה), מתבקש אף הוא, ככלל, במעמד צד אחד, בלא ידיעתו של החשוד ומבלי שניתן לו פתחון פה (בש"פ 5605/21 שתיווי נ' משטרת ישראל, פסקה 10 (9.9.2021); נקדימון, בעמ' 301); וכך גם בקשות לצווי האזנת סתר ובקשות לצווים לקבלת נתוני תקשורת (ראו, בהתאמה: סעיף 6(ב) לחוק האזנת סתר ועניין נתוני התקשורת, בעמ' 711).

משמע – המחוקק סבר כי הפגיעה בזכות הטיעון נדרשת בשלב החקירה, אך ראה לאזנה באמצעות פיקוח שיפוטי על התנהלות רשויות החקירה הן בשלב הוצאת הצו והן בדיעבד, באופן שנועד להבטיח את מידתיותה של הפגיעה. אכן, עצם קיומה של ביקורת שיפוטית על פעולותיה של רשות חוקרת – גם אם הביקורת מתקיימת במעמד צד אחד – יש בו אלמנט מרסן כלפי הרשות, המסייע בסינון פעולות שחורגות מהסביר (ראו בהקשר זה: עמיר כהנא ויובל שני רגולציה של מעקב מקוון בדין הישראלי ובדין המשווה 284 (מחקר מדיניות 123, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2019)). כך, למשל, חוק האזנת סתר וחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), התשס"ח-2007 (להלן: חוק נתוני תקשורת) קובעים תנאים ומטרות שבהתקיימם יתיר בית המשפט לרשות חוקרת לקבל לידיה נתונים שונים. בהקשרים

אלה על בית המשפט לשקול את מידת הפגיעה בפרטיות (סעיף 6(א) לחוק האזנת סתר וסעיף 3(א) לחוק נתוני תקשורת); ובחוקים עצמם מובאים בפירוט התנאים שעל בית המשפט לציין בצו, ובכללם זהות האדם או המתקן אשר ביחס אליו אושרה הבקשה ותקופת תוקף הצו (סעיפים 6(ד)-(ה) לחוק האזנת סתר וסעיף 3(ח) לחוק נתוני תקשורת). גם באשר לבקשות שבהן החוק אינו קובע מנגנון מפורט לפיקוח השיפוטי, חייב השופט להשתכנע, בהתבסס על מידע מפורט ובמסגרת החלטה מיוחדת, כי הצו אכן נחוץ ואינו פוגע בזכויותיו של אדם מעבר לנדרש (עניין שמש, בעמ' 388; הרפז וגולן, בעמ' 174; ויסמונסקי, בעמ' 278).

53. לצד קיומו של מנגנון פיקוח שיפוטי, נשמרת לנחקר או לצד שלישי האפשרות לטעון בדיעבד נגד פעולות החקירה. ככל שמוגש כתב אישום נגד הטוען לפגמים בשלב החקירה, יכול הנאשם להעלות בהליך הפלילי העיקרי טענות שונות באשר להתנהלות רשויות החקירה בהקשר זה, ובית המשפט שדן בהליך יקבע את נפקותן של טענות אלה, בפרט במישור הראייתי (בג"ץ 9899/17 מליניאק נ' משטרת ישראל, פסקאות 8-9 (4.1.2018); עמית, בעמ' 281). נוסף על כך, וגם בתרחישים שבהם לא הוגש כתב אישום או שהצד שנפגע מפעולת החקירה איננו הנאשם בעבירה, קיימת אפשרות לפנות לערכאה מתאימה לצורך קבלת סעד שיפוטי מחוץ להליך הפלילי (ראו פסקה 83 להשלמת הטיעון מטעם המדינה בדיון נוסף אודיך; לדוגמאות להליכים מסוג זה ראו: ע"א 4584/10 מדינת ישראל נ' שובר (4.12.2012); ת"א (מחוזי מר') 19375-12-09 סלמה נ' משרד לביטחון פנים (6.5.2015); תא"מ (שלום ב"ש) 16375-03-16 גלעד נ' מדינת ישראל (4.12.2018)). האפשרות להשמיע טענות בדיעבד אומנם אינה מעניקה מענה מלא לפגיעה בזכות הטיעון, אך היא תורמת להבטחת מידתיותה.

54. שני ההיבטים הללו – קיומו של פיקוח שיפוטי על פעולת החקירה והאפשרות למצות את זכות טיעון בשלבים מאוחרים יותר של ההליך הפלילי או בהליכים אחרים – רלוונטיים לגישתי גם ביחס לבקשות לצווי חיפוש בחומר מחשב. בהקשר זה קובע סעיף 23א(ב) לפקודה כי בית המשפט הנעתר לבקשה לצו חיפוש, נדרש לציין בצו את "מטרות החיפוש ותנאיו שייקבעו באופן שלא יפגעו בפרטיותו של אדם מעבר לנדרש". קביעת כלל לפיו הדיון בבקשות לחיפוש בחומר מחשב יתקיים במעמד צד אחד – תחת פיקוח שיפוטי הדוק ובכפוף לשמירת הטענות הנוגעות לצו החיפוש ולתוצריו לשלב מאוחר יותר – תאפשר להימנע מפגיעה מופרזת בצרכי החקירה ובה בעת תצמצם את היקף הפגיעה בזכויות נחקרים וצדדים

שלישיים. כך אף ניתן ליישב בין אופן הדיון בבקשות חיפוש בחומר מחשב ובין אופן הדיון בבקשות דומות בשלב החקירה, ולצד זאת להעניק ביטוי להיבטים הייחודיים הנוגעים לבקשות חיפוש בחומר מחשב באמצעות מנגנונים נוספים שיחולו על בקשות מסוג זה, אשר יפורטו להלן.

55. מסקנה זו מתחדדת בהינתן הקשיים הטמונים באימוץ כלל של קיום דיון במעמד הצדדים. אומנם, הבטחת יכולתו של נחקר או צד שלישי להביא מידע נוסף בפני בית המשפט עשויה לסייע לשופט לתחום את החיפוש למינימום ההכרחי ובכך לצמצם את הפגיעה בפרטיות, תוך הענקת ביטוי למקומה המרכזי של זכות הטיעון בשיטתנו בכלל, ובהליך הפלילי בפרט (ראו: בש"פ 4586/06 חלידו נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (22.8.2006)). ואולם, כלל כזה מעורר קשיים ניכרים בשני היבטים: ראשית, יעילות החקירה עשויה להיפגע בשל התארכות ההליכים הצפויה כתוצאה מקיום הדיון במעמד הצדדים; שנית, קיים חשש לסיכול החקירה, שכן עצם חשיפת הכוונה לבצע את החיפוש עשוי לייצר אפשרויות לשיבוש החקירה, למשל דרך פגיעה בחומר המחשב ועריכתו מרחוק (ויסמונסקי, בעמ' 210).

56. אשר לפגיעה ביעילות החקירה. במסגרת השלמת הטיעון מטעמו, טוען שמעון כי הליך החיפוש בחומר מחשב – משלב התפיסה ועד לשלב העיון בחומר – הוא ממושך מעצם טיבו, ומשכך מתן זכות טיעון לא יאריך באופן משמעותי את פרק הזמן שחולף ממילא מהגשת הבקשה ועד לביצוע החיפוש בפועל (בפסקה 4(ד) להשלמת הטיעון). אף אם צודק שמעון בטענתו כי מתן זכות הטיעון יוביל להארכה מתונה בלבד של כל הליך בנפרד – ואינני סבורה כי טענה זו נכונה בהכרח – יש ליתן בהקשר זה את הדעת לעיכוב המצטבר בבירור כל בקשות החיפוש שתוגשנה. בהינתן העובדה שבישראל נפתחים מאות אלפי תיקי חקירה בשנה ומוגשות עשרות אלפי בקשות לצווי חיפוש בחומר מחשב (פסקה 24 לחוות דעתו של השופט אלרון בעניין שמעון), קיום הליך אדברסרי מלא במעמד שני הצדדים בכל בקשה (ולמצער במרביתן) עלול לפגום באופן ניכר ביעילות התפקוד של רשויות החקירה, ולהטיל עליהן עומס שיתקשו לעמוד בו (ראו בהקשר זה את התגובות להצעת ח"כ איתן בפרוטוקול ישיבה מס' 419, שצוטטו בפסקה 41 לעיל). דברים אלה נכונים כמובן וביתר שאת ביחס למתן זכות טיעון לצדדים נוספים הנוגעים לחומר המחשב. האינטרס שבסיוע מהיר ויעיל של החקירה הוא אינטרס של נפגע העבירה ושל הציבור בכללותו, אך הוא גם אינטרס של הנחקרים, של עדים ושל צדדים שלישיים ששמם נקשר בחקירה. הנזק שעלול להיגרם בשל עיכובים מסוג זה הוא, על כן, משמעותי ביותר לכלל הגורמים הנוגעים בדבר.

57. בכל הנוגע לשיבוש החקירה, הצדדים להליכים שלפנינו נחלקו בשאלה עד כמה האפשרות לערוך חומרים מרחוק היא אכן פשוטה וזמינה לנחקרים. זאת, בפרט כאשר לנחקרים שאינם בקיאים ברזי הטכנולוגיה; ביחס לקבצים השמורים על המחשב עצמו ולא בשרת מרוחק; ובמצב שבו החוקרים מנתקים את המחשב מרשת האינטרנט ברגע תפיסתו. בהקשר זה יש, לגיטימי, לקחת בחשבון את העובדה שהטכנולוגיה הנוגעת לאגירת מידע ולגישה אליו מתפתחת ומשתנה במהירות, כך שגם אם בנקודת הזמן הנוכחית קיים קושי לפעול לשינוי ולמחיקת חומרים מרחוק (או שהאפשרות קיימת אך מתי מעט יכולים לעשות בה שימוש), לא מן הנמנע שתמונת המצב תשתנה בעתיד הקרוב. מכל מקום, אף שקיימים אמצעים העשויים להפחית את החשש משיבוש החקירה – ובהם העתקת חומר המחשב מיד לאחר תפיסתו, וניתוק המחשב מהרשת כדי למנוע גישה אליו מרחוק – אין בהם כדי לאיין את החשש לשיבוש החקירה. חשיפת פעולות החקירה טרם ביצוען, כמו גם האפשרות לקיומה של התדיינות ממושכת בנוגע לבקשה לצו חיפוש במחשב – כל אלה מייצרים הזדמנויות שונות לפגיעה בחקירה אף בהיעדר גישה לחומר המחשב, לרבות תיאום גרסאות, העלמת ראיות והתחמקות מן החקירה (השוו: דן ביין "זכותו של חשוד הנתון במעצר לסניגור בהליכי החקירה – לקראת פתרונות של 'פשרה'" הפרקליט לט 108, 112 (התש"ן)).

58. הנה כי כן, קביעת כלל לפיו הדיון בבקשות לצווי חיפוש בחומר מחשב יתקיים במעמד שני הצדדים אינה עולה בקנה אחד עם אופיו של שלב החקירה, והיא מגלמת סטייה מהפרקטיקה הקיימת גם ביחס לבקשות דומות אחרות המוגשות בשלב זה. לא בכדי, אפוא, גם בשיטות משפט אחרות מתקיים הדיון בבקשות לחיפוש בחומר מחשב בשלב החקירה במעמד צד אחד. עמד על כך חברי השופט (כתוארו אז) הנדל בפסק הדין בעניין שמעון (בפסקאות 8(ה) ו-17 לחוות דעתו והאסמכתאות שם), בהפנותו להסדרים שונים בארצות הברית, באנגליה ובקנדה, המאפשרים לנאשם לתקוף את חוקיות צו החיפוש ותוצריו רק לאחר שלב החקירה, כך שהדיון הראשוני בבקשה לחיפוש בחומר מחשב מתקיים במעמד צד אחד (ראו: בארצות הברית – *United States v. Christie*, 717 F.3d 1156, 1164 (10th Cir. 2013); באנגליה *R. v. Vu*, [2013] 3 – בקנדה – *Police and Criminal Evidence Act 1984 §15(3)* – SCR 657; הסניגוריה אף היא אינה חולקת על עובדה זו, כעולה מפסקאות 20-21 לעמדתה בדיון נוסף שמעון).

59. ניתוח ההיסטוריה החקיקתית והתכלית האובייקטיבית של הסדר החיפוש בחומר מחשב מלמד, אם כן, כי הכלל שיגשים את תכלית ההסדר באופן המיטבי הוא קיום הדיון בבקשות חיפוש בחומר מחשב במעמד צד אחד. במובן זה שותפה אני לעמדת דעת הרוב בעניין שמעון לפיה "למרות שדיון במעמד שני הצדדים עשוי לסייע, החשש מפני שיבוש החקירה והארכת ההליך מצדיקים לערוך בשלב זה דיון במעמד צד אחד – תוך הקפדה מרבית על הוראות הדין מצד הרשות ומצד בית המשפט – ועם זאת טענות הנחקר שמורות לו לשלב מאוחר יותר" (בפסקה 8(ד) לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) הנדל).

60. לצד זאת, אני סבורה כי בשל מאפייניו הייחודיים של החיפוש במחשב – ובפרט החשש לפגיעה בלתי-מידתית בזכות הפרטיות – יש טעם בטענת הסניגוריה לפיה ככל שייקבע כי הדיון בבקשות לצווי חיפוש במחשב יתקיים במעמד צד אחד, יש "לעמוד על קיומן של ערובות מהותיות הולמות אחרות בשלב זה, בין היתר באמצעות קביעת מערך איזונים ובלמים אשר יאפשר לבית המשפט לממש את תפקידו בהגנה על זכויות הפרט [...]". (בפסקה 15 לעמדת הסניגוריה בדיון נוסף שמעון). גם המחוקק עצמו סבר כי יש צורך בקביעת הסדר ייחודי לדיון בבקשות לצווי חיפוש אלו, ובפרט עמד על הצורך להבטיח שהפגיעה בפרטיות לא תעלה על הנדרש (סעיף 23א(ב) לפקודה). על כן, לצד המנגנונים הקיימים גם ביחס לבקשות אחרות שנדונות במעמד צד אחד בשלב החקירה, ראיתי מקום לפרט מספר מנגנונים נוספים, הייחודיים לבקשות חיפוש בחומר מחשב, שבאמצעותם ניתן, לשיטתי, להבטיח כי הפגיעה בזכויות הפרט שנובעת מקיום הדיון בבקשה במעמד צד אחד לא תעלה על הנדרש.

ג. מנגנונים להבטחת מידתיות הפגיעה בזכויות הפרט

61. כפי שנפסק בעבר, "בית המשפט הוא המופקד על תהליך גילוי האמת ועשיית הצדק בהליך הפלילי, ומחובתו להשיג מטרות אלה ללא פגיעה בלתי מידתית בזכויות הנאשם" (עניין יששכרוב, בעמ' 542). משכך, בעת קביעת היקפו של הכלל בעניין אופן הדיון בבקשות לצווי חיפוש במחשב – יש להתחשב בעיקרון המידתיות המעוגן מפורשות בסעיף 23א(ב) לפקודה ובאופן כללי יותר בפסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו והשוו: ע"פ 7826/96 רייש נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 481, 491 (1997); בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545, 654 (2009); ע"פ 6026/11 טמטאווי נ' מדינת ישראל, פסקאות 79-80 (24.8.2015); אהרן ברק

"הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג 5, 13-15 (התשנ"ו); קרפ, בעמ' 111-120). יש להבטיח כי במסגרת הכלל שייקבע, הפגיעה בזכויות – שנועדה לתכלית הראויה של קידום החקירה הפלילית, על מכלול האינטרסים והזכויות שכרוכים בכך – לא תעלה על הנדרש בנסיבות העניין.

62. בענייננו, אני סבורה כי לעת הזו ובהיעדר חקיקה קונקרטית בנושא, ניתן לצמצם את הפגיעה בזכויותיהם של נחקרים וצדדים שלישיים בשני אופנים: ראשית, באמצעות קביעת אמות מידה להתנהלות רשויות החקירה ולשיקול הדעת השיפוטי של הערכאות הדיוניות במסגרת הדיון בבקשות לצווי חיפוש בחומר מחשב; ושנית, באמצעות הפעלת סמכותו של בית המשפט הדין בבקשה לצו חיפוש להורות, במקרים חריגים וייחודיים, כי דיון מסוים יתקיים במעמד שני הצדדים.

ג.1. הבניית אמות מידה להתנהלות רשויות החקירה ולהפעלת שיקול הדעת השיפוטי בבקשות לצווי חיפוש בחומר מחשב

63. סעיפים 23 ו-23א לפקודה מנוסחים בלשון לאקונית ואינם כוללים פירוט בדבר השיקולים שעל רשויות החקירה לשקול במסגרת הגשת הבקשה לחיפוש בחומר מחשב, או ביחס לפרטים שעליהן לציין בבקשה (ראו פסקה 24 לחוות דעתו של השופט סולברג בעניין אוריך השני). כמו כן, סעיפים אלה כמעט ואינם מתייחסים למכלול השיקולים שעל בית המשפט לשקול בבואו להכריע בבקשה לחיפוש בחומר מחשב, למעט ציון הצורך לפרט את "מטרות החיפוש ותנאיו שייקבעו באופן שלא יפגעו בפרטיותו של אדם מעבר לנדרש". זאת, כאמור, להבדיל מההסדרים המפורטים הקבועים בחוק נתוני תקשורת ובחוק האזנת סתר, אשר מתייחסים ביתר הרחבה לפרטים שיש לכלול בבקשה וכן לשיקולים שבית המשפט מחויב לשקול במסגרת הדיון בה (עניין נתוני התקשורת, בעמ' 725-729). יוצא, אפוא, כי למרות שחיפוש בחומר מחשב כרוך בדרך כלל בפגיעה חמורה בפרטיות – אשר, בנסיבות מסוימות, עשויה להיות חמורה מזו הנגרמת מהאזנת סתר או מקבלת נתוני תקשורת, בשל פוטנציאל החשיפה למכלול המידע האצור במכשיר האישי – פעולה זו נעשית כיום, הלכה למעשה, כמעט ללא הכוונה מצד המחוקק (ראו פסקה 27 לחוות דעתו של השופט סולברג בעניין אוריך השני).

64. כבר לפני למעלה מעשור עמד בית משפט זה על הצורך בהסדרה כוללת של דיני החיפוש בחומר מחשב, בצינו:

”עקב פוטנציאל הפגיעה בזכויות הפרט בעת ביצוע חדירה לחומר מחשב, הסדרה כזאת הינה חיונית, ומשכך ראוי לה שתסתיים בקרוב [...] מורכבותו של הנושא ורגישותו מחייבות כי התאמתו של הדין לחידושי הטכנולוגיה ולפוטנציאל הפגיעה שהטכנולוגיה גוררת בעקבותיה תעשה לא רק ברצינות ובאחריות אלא גם במהירות הראויה” (עניין היינץ, בפסקה 17; וראו גם: נמרוד קוזלובסקי המחשב וההליך המשפטי 54 (2000), שם הודגש הצורך בחקיקת הוראות אשר יעניקו ”כלים מנחים בידי רשויות אכיפת החוק ובתי המשפט” לעניין דרך ביצועו של חיפוש במחשב).

כאז כן היום, אין ספק שהמציאות מחייבת כי הכנסת תידרש לגיבוש הסדר כולל שיקבע הוראות מפורשות הנוגעות לכלל ההיבטים הכרוכים בחיפוש במחשב. כפי שצוין לעיל, הצעת חוק כזו (הצעת חוק החיפוש והתפיסה) גובשה בעבר לאחר עבודת הכנה ממושכת ואף אושרה בקריאה ראשונה, אך מאז שנת 2018 לא קודמו הליכי החקיקה בנושא. מבלי להביע עמדה לגבי תוכנה של ההצעה, ובהיעדר הסדר כולל כאמור, ההליכים שבפנינו מחדדים ביתר שאת את הצורך בתחימת השיקולים שלאורם על רשויות החקירה ובתי המשפט לפעול, וכפי שנפסק בהקשר דומה: ”הפרשנות היא כלי המצוי בידי בית המשפט והוא מאפשר לנו להבהיר את גבולותיו של החוק, אף אם לא תשונה לשון החוק עצמה” (עניין נתוני התקשורת, בעמ' 736). שימוש בכלים פרשניים לצורך הבהרת אמות המידה שידריכו את רשויות החקירה ואת בתי המשפט יאפשר להבטיח, ככל הניתן, שהפגיעה בפרטיות הנגרמת כתוצאה מחיפוש בחומר מחשב היא אכן מידתית ואינה עולה על הנדרש, כמצוות המחוקק.

65. שלושה צמתים מרכזיים בהליך החיפוש בחומרי מחשב מצריכים, לגישתי, התייחסות על דרך של קביעת אמות מידה ושיקולים מנחים: (1) שלב הגשת בקשת החיפוש על ידי רשויות החקירה; (2) הדיון והחלטת בית המשפט בבקשה; (3) ביצוע צו החיפוש.

בהקשר זה מן הראוי ליתן את הדעת להוראות שעוגנו – בין היתר על פי דרישת המחוקק – בהנחיות ובנהלים שונים אשר משמשים את רשויות החקירה בכל הנוגע להליכי חיפוש (ראו: סעיף 26(ב) לפקודה; ראו והשוו: עניין נתוני התקשורת, בעמ' 734-736; עניין היינץ, בפסקאות 16-17). למעשה, מרבית אמות המידה שיפורטו להלן מתקפות הוראות המופיעות כבר כיום בהנחיות ובנהלים הבאים: (1) נוהל אגף חקירות ומודיעין במשטרה ”בקשה להוצאת צו חיפוש – טופס מ-3097”

(1.2.2014) (להלן: נוהל הבקשה לחיפוש), אשר עוסק בחיפוש בבתים ובחצרים ולא במחשבים, אך הוראותיו שופכות אור על המתכונת הראויה, בעיני המשטרה, לבקשות המוגשות לצווי חיפוש; (2) הנחיית פרקליט המדינה 7.14 "עקרונות הפעולה בנוגע לאופן התפיסה, החיפוש, ההעמדה והעיון במחשבים ובחומרי מחשב, תיעודם והעמדת התוצרים המהווים 'חומר חקירה' לעיון ההגנה" (עדכון אחרון 24.3.2021) (להלן: הנחיית פרקליט המדינה); ו- (3) נוהל של חטיבת החקירות של המשטרה 03.300.035 "נוהל תפיסה וחיפוש במחשב" (להלן: נוהל החיפוש במחשב), אשר נכנס לתוקף ביום 14.11.2020 וחלקים ממנו הותרו לעיון הציבור בחודש פברואר 2021, הכולל הנחיות בנוגע לבקשות לצווי חיפוש במחשב ובנוגע לאופן ביצוע החיפושים בהתאם להוראת סעיף 26(ב) לפקודה.

ג.1.א. שלב הגשת הבקשה על ידי רשויות החקירה

66. בקשה לצו חיפוש במחשב יכול שתוגש באחד מהתרחישים הבאים: טרם שהמחשב נתפס על ידי הרשויות בהתאם לסעיף 32 לפקודה, במטרה שצו החיפוש ישמש בסיס לתפיסה; לאחר שהמחשב נתפס ומצוי בידי הרשויות; או כאשר המחשב לא נתפס והרשויות אינן מתכוונות לתפסו (בהקשר אחרון זה ראו עמ' 3, ה"ש 6 להנחיית פרקליט המדינה, וסעיף 11(ג)(2) לנוהל החיפוש במחשב). הבקשה עשויה להיות מנוסחת בפורמט של מלל חופשי, אך במקרים רבים היא מוגשת בפורמט של טופס מקוון. טופס זה כולל מספר אפשרויות בחירה בנוגע לצורך בחיפוש, כאשר מבקש הצו מסמן אחת או יותר מהאפשרויות, וכן היא כוללת פתח להוספת מלל חופשי בנוגע לפרטי החפץ ולנסיבות המקרה.

67. נוכח ריבוי הבקשות המוגשות לצווי חיפוש במחשב והאתגר השיפוטי הכרוך בבחינתן בסד הזמנים הדחוק הנובע מאילוצי החקירה (ראו ת"פ (מחוזי ת"א) 40206/05 מדינת ישראל נ' פילוסוף, פסקה 7(א) (5.2.2007) (להלן: עניין פילוסוף); ת"פ (שלום קר') 15812-06-13 מדינת ישראל נ' ששון, פסקה 34 (10.2.2014); ראו גם בפסקה 48 לחוות דעתו של השופט סולברג בעניין אוריך השני) – יש להבטיח שבקשת החיפוש תהיה מפורטת ואינפורמטיבית ככל הניתן, על מנת לאפשר קבלת החלטה שיפוטית מיטבית במהירות הנדרשת. מסקנה זו אף עולה בקנה אחד עם האופן שבו תופשת המשטרה עצמה את חובתה בהקשרים דומים: בהתאם לנוהל הבקשה לחיפוש (אשר עוסק, כאמור, בחיפוש בבתים ובחצרים), על הבקשה "להיות נכונה ומדויקת", לפרט "את הראיות או המידע בגיננו מבוקש החיפוש" ו"להימנע

מניסוחים כלליים". כן מודגש בנוהל כי בקשה להוצאת צו חיפוש נערכת "תחת אזהרה", בדומה למתן תצהיר או עדות לבית המשפט (סעיפים 3(א)-(3)-(4) לנוהל).

68. נקודה נוספת אשר נגזרת מהוראות הפקודה ובאה לידי ביטוי כבר כיום בהנחיות ובנהלים, היא שמבקש הצו נדרש לתחום את החיפוש המבוקש ככל הניתן. במילים אחרות, השאיפה לצמצם את הפגיעה בפרטיות צריכה להילקח בחשבון על ידי הרשויות הן בנוגע לעצם ההחלטה להגיש בקשה לצו חיפוש, והן בנוגע להיקף החדירה המבוקשת. כך, בהנחיית פרקליט המדינה מובהר כי "על רשויות החקירה לשקול לבקש צווי חדירה לחומר מחשב שיהיו מסויגים במידת האפשר מבחינת היקף המידע המותר בעיון ובהפקה", כל עוד ניתן לעשות כן "מבלי לפגוע באפקטיביות" של החיפוש (סעיף 5 להנחיית פרקליט המדינה). על הצורך בצמצום החיפוש המבוקש ניתן ללמוד גם מההוראות שמסדירות את האפשרות לפנות לבית המשפט בבקשה לשינוי גודל צו חיפוש, למשל בעקבות התפתחויות בחקירה או בשל חשד לביצוען של עבירות נוספות (סעיף 7 להנחיית פרקליט המדינה; סעיפים 4(א) (11) ו-4(א)(13) לנוהל החיפוש במחשב). לאמור, עצם האפשרות לבקש את הרחבתו של החיפוש בשלב מאוחר, מלמדת על הצורך בצמצום החיפוש מלכתחילה. מדובר, אפוא, במעין "בקרה מקדימה" וסינון פנימי מצד הרשויות החוקרות, וזאת עוד טרם ההכרעה השיפוטית בבקשה (ראו: ויטמונסקי, בעמ' 319).

69. בשים לב לכלל האמור, אני סבורה כי כדי להבטיח את מידתיות הפגיעה בזכות לפרטיות, כנדרש בסעיף 23 לפקודה, על בקשה לצו חיפוש במחשב לכלול, לכל הפחות, את פרטי המידע הבאים:

- התקיימותה של אחת מעילות החיפוש המנויות בסעיף 23 לפקודה (וראו גם: סעיף 4(א)(3) לנוהל החיפוש במחשב);
- מטרת החיפוש (קרי, המידע שאותו סבורים החוקרים כי ימצאו במכשיר, והטעמים שעומדים בבסיס סברה זו);
- העבירות הנחקרות;
- פרטים הנוגעים למחשב או לטלפון החכם שבו מתבקש החיפוש (סוג המכשיר והשימוש שנעשה בו; הדרך שבה הגיע לידי המשטרה ככל שהמכשיר נתפס, ועוד);
- פרטים בנוגע לבעלי המחשב או המחזיק בו ומעמדו ביחס לחקירה (האם מדובר בחשוד, בעד, במתלונן וכיוצא בזאת), ומקום שבו הדבר רלוונטי;

ציון העובדה שהבקשה עוסקת בחיפוש אצל גורמים הנהנים מחיסיון, למשל עורכי דין או פסיכולוגים (ראו סעיף 3(ה)(1) לנוהל הבקשה לחיפוש);

- פרטים בדבר בקשות חיפוש קודמות וההחלטות שניתנו בהן, ואשר בינן ובין הבקשה הנוכחית יש קשר ענייני (השוו: סעיף 3(ו) לחוק נתוני תקשורת);

- הצהרה אם לבקשת החיפוש קדם חיפוש בלתי-חוקי שבוצע באותו מכשיר שבו מתבקש החיפוש, או אם נפל פגם משמעותי אחר בהתנהלות הרשות החוקרת בכל הנוגע לחיפוש המבוקש (ראו פסקה 121 להשלמת הטיעון מטעם המדינה בדיון נוסף אודות, שם צוין כי ככל שנפלו פגמים כאמור בהתנהלות הרשות החוקרת יש "להציג עובדה זו בפני בית המשפט במלוא שקיפותה"; וכן ראו פסקה 72 שם);

- היקף החומר שמבוקש לחפש בו, תוך תחימת החיפוש ככל הניתן (למשל, לפי סוגי קבצים, טווח תאריכים, מילות חיפוש והתקשוריות עם גורמים ספציפיים (סעיף 4(א)(8) לנוהל החיפוש במחשב)), והסבר בדבר הבחירה לתחום כך את החיפוש המבוקש. זאת, בהתחשב, בין היתר, בזהות בעל המחשב, במורכבות החקירה ובצורך שלא לפגוע בפרטיותו של אדם מעבר לנדרש.

וידוגש: אין מדובר רשימה סגורה, ועל המשטרה להביא לידיעת השופט הדן בבקשה כל פרט מידע נוסף שיש לו רלוונטיות לחיפוש שנתבקש אשר עשוי להשפיע על ההחלטה בבקשה, ובכלל זה נתונים רלוונטיים ביחס לתמונת החקירה "המתגלגלת" ולהתפתחויות רלוונטיות בה וכן להתנהלותה של הרשות החוקרת עצמה. ככל שהבקשה שהוגשה לבית המשפט אינה עומדת באמות המידה הללו, על בית המשפט לשקול את מחיקתה מבלי לדון בה לגופה, על מנת לאפשר לרשויות להגישה מחדש בגרסה מתוקנת.

70. פירוט של מרבית הנתונים האלה נדרש, כאמור, כבר כיום בנהלים ובהנחיות הרלוונטיים. עם זאת, בחינה של הפרקטיקה הנוהגת בערכאות הדיוניות מעלה שקיימת תועלת בריכוזם באופן האמור לעיל. הקפדה על קיום בפועל של אמות המידה שעליהן עמדתי, כך שמכלול המידע הדרוש להכרעה בבקשה יועמד בפני בית המשפט, תסייע להבטיח כי בקשות חיפוש בחומר מחשב לא תוגשנה כלאחר יד וכי רשויות החקירה יידרשו לכלל השיקולים והנתונים הרלוונטיים טרם הגשת בקשה לצו חיפוש במחשב.

71. לשון הפקודה וההיסטוריה החקיקתית שעליהן עמדתי לעיל, מלמדים כי המחוקק ביקש להדגיש את החשיבות שבהפעלת שיקול דעת שיפוטי במסגרת בחינת בקשת החיפוש בחומר המחשב. כפי שציינה חברתי השופטת ברון – "בהיעדר דיון במעמד שני הצדדים, מוטלת על בית משפט האחריות להידרש מיוזמתו למידתיות הצו וזו גם דרישת המחוקק" (פסקה 9 לחוות דעתה בעניין שמעון). המותב שדן בבקשת החיפוש בחומר המחשב מחויב, אפוא, לבחון את עצם ההצדקה ליתן את צו החיפוש, וכן לבחון האם הבקשה מתוחמת דיה ומצמצמת את הפגיעה בפרטיות ככל הניתן. אכן, "השופט הוא המופקד על שמירת החוק ועל הגנת הפרטיות. עליו לזכור שאזרחי המדינה צריכים להיות מוגנים מפני מסע דייג הנערך בידי הרשויות לאכיפת החוק" (עניין נתוני התקשורת, בעמ' 742).

72. בפסיקה ובספרות נשמעה בעבר הטענה כי גם לאחר תיקון מס' 12 לפקודת החיפוש, בתי המשפט מוסיפים ליתן צווי חיפוש גורפים שאינם מגבילים במידה מספקת את רשויות החקירה (עניין פילוסוף, בפסקה 7(ב); ויסמונסקי, בעמ' 201). על רקע זה, ועל רקע טענות הצדדים שהובאו לפנינו במסגרת הדיון הנוסף בעניין שמעון, מתעורר הצורך בהדגשת השיקולים אשר ראוי כי ינחו את בית המשפט בבואו להכריע בבקשת חיפוש בחומר מחשב (השוו: עניין נחמיאס, בעמ' 325-326, באשר לשיקולים העיקריים הנוגעים להכרעה בבקשה למתן היתר להאזנת סתר).

73. חברי השופט אלרון מנה בעניין שמעון מספר שיקולים בהקשר זה:

"על מנת להבטיח כי צו החיפוש המבוקש במחשב – ובכלל זה במכשיר טלפון נייד חכם – לא יפגע בפרטיותו של אדם מעבר לנדרש, על בית המשפט לבחון, בין היתר, את טיב ואופי המידע שעל בסיסו נטען כי הצו נחוץ; המטרה שלשמה הוא מתבקש; חומרת העבירה שבגינה מתבקש הצו; סוג המידע המצוי על המחשב או הטלפון הנייד; אופי הפעולות המבוקשות; היקף הפגיעה שעלולה להיגרם בפרטיותו או בזכויותיו האחרות של המחזיק במחשב או בטלפון, ובזכויותיו של אדם אחר; ופעולות החקירה שבוצעו עד למועד ההחלטה בבקשה (ראו עניין אורין הראשון, בפסקאות 27–38). בכלל זה, כפי שקבעתי בעניין אורין הראשון, חיפוש מוקדם שבוצע שלא כדין במחשב או בטלפון נייד חכם עשוי אף הוא להשליך על החלטת בית המשפט בבקשה למתן צו לחיפוש נוסף בו" (שם, בפסקה 27 לחוות דעתו).

74. תמימת דעים אני עם חברי כי על בית המשפט שדן בבקשה למתן צו חיפוש להביא בחשבון את השיקולים המנויים לעיל, ולהלן אעמוד על מספר שיקולים רלוונטיים נוספים. וחשוב להדגיש גם בהקשר זה כי אין מדובר ברשימה סגורה או ממצה, וכי המשקל שיש ליתן לכל אחד מהשיקולים הללו, בנפרד ובמצטבר, נגזר מנסיבות המקרה הקונקרטי ונתון לשיקול דעתו של השופט הדן בבקשה.

75. לגישתי, במסגרת ההכרעה בבקשה לצו חיפוש במחשב יש להתייחס גם למעמדו של בעל המחשב או המחזיק בו (למשל חשוד, יָד או מתלונן); לשאלת היותו בעל מקצוע שחל לגביו חיסיון לפי כל דין (השוו: סעיף 3(ז) לחוק נתוני תקשורת); ולמורכבות החקירה. ככל שבית המשפט סבור כי יש להיעתר לבקשה לצו חיפוש, יש לקחת בחשבון את האפשרות להגביל את החיפוש לפי פרמטרים שונים ובהם סוגי קבצים, טווח תאריכים, מילות חיפוש והתקשוריות עם גורמים ספציפיים (ראו בפסקה 9 לחוות דעתה של השופטת ברוך בעניין שמעון). לצד זאת, על בית המשפט לציין במפורש אם החליט שהחיפוש יתקיים שלא בפני עדים (בהתאם לאמור בסעיף 26(א)(2) לפקודה), וליתן את הדעת לזהות בעל התפקיד שעתיד לבצע את החיפוש, בשים לב לדרישת סעיף 23(א) לפקודה לפיה על החיפוש להתבצע על ידי "בעל תפקיד המיומן לכך".

בהקשר אחרון זה יצוין כי בהתאם לאמור בנוהל החיפוש במחשב, "בעל תפקיד המיומן לכך" הוא שוטר שעבר הכשרה והסמכה מתאימה (סעיף 3(ד) לנוהל), אם כי במספר החלטות של ערכאות דיוניות נקבע בעבר כי "בעל תפקיד מיומן" יכול שיהיה, בנסיבות מסוימות, גם שוטר "רגיל", אם לא נדרשת מיומנות יוצאת דופן לחילוץ סוגי מידע בסיסיים מטלפון נייד (ראו, למשל: ת"פ (מחוזי י-ם) 2077/06 מדינת ישראל נ' אריש, פסקה 6 (6.3.2007); ת"פ (שלום פ"ת) 13-04-24516 מדינת ישראל נ' זצני, פסקה 14 (22.2.2015); ת"פ (שלום י-ם) 19-06-1197 מדינת ישראל נ' קלמן, עמ' 16 (22.12.2019); כן ראו סעיף 3(ד) לנוהל החיפוש במחשב). ככל שבית המשפט סבור כי החיפוש יכול שיתבצע על ידי שוטר "רגיל", הדבר טעון התייחסות בצו החיפוש; כמו כן, יש ליתן את הדעת, במידת הצורך, ליחידה או לרשות החוקרת שראוי כי תבצע את החיפוש (ראו נסיבות העניין בבש"פ 4986/21 פישמן נ' מדינת ישראל (18.7.2021); כן ראו בש"פ 6155/21 זינו נ' מדינת ישראל, פסקה 14 (10.10.2021)).

76. לבסוף, יש לתעד בפרוטוקול את מהלך הדיון בבקשה, אותו יש לשמור עם עותקים מכל המסמכים שהוגשו במהלך הדיון, ולוודא כי ההחלטה מפרטת את הנימוקים למתן הצו וכן את כלל המגבלות שהוטלו על העיון בחומר המחשב. זאת, בהתאם לסעיפים 19 ו-23 לנוהל נשיאת בית המשפט העליון 18-1 "ממשק העבודה בין שופטים ובין גורמי תביעה וחקירה בבקשות לפני הגשת כתב אישום" (1.7.2018), שהוצא על ידי לאחר קבלת המלצות צוות הבדיקה בראשות חברי השופט אלרון.

ג.1.ג ביצוע צו החיפוש

77. לעניין ביצוע החיפוש עצמו, יש להפריד בין שני שלבים: שלב העתקת חומר המחשב ושלב העיון בחומר. ככלל, החדירה המאושרת על ידי בית המשפט נעשית לצורך העתקת חומר המחשב המקורי, וכל פעולות העיון במידע, ובכללן צפייה, סינון וניתוח, נעשות על גבי ההעתק (סעיף 4(ד)(1) לנוהל החיפוש במחשב; ויסמונסקי, בעמ' 200-201). לפי האמור בנוהל החיפוש במחשב, אשר משקף את עמדת חטיבת החקירות של המשטרה, צו החיפוש תוחם את היקף החיפוש שניתן לבצע אך לא את היקף ההעתקה. במילים אחרות, גם אם רשויות החקירה רשאיות להעתיק את כל תוכן המכשיר שנתפס, אין משמעות הדבר כי הן יכולות לעיין בכל החומר שהועתק, ועליהן להקפיד לעיין רק באותו החומר הכלול בצו שניתן (סעיפים 4(א)(12), 4(ג)(6) ו-4(ג)(7) לנוהל החיפוש במחשב). בנוסף, על רשויות החקירה לתעד את כלל הפעולות שביצעו במסגרת החיפוש בחומר המחשב, באופן שיאפשר לקיים בבוא היום ביקורת בדיעבד על תקינותו ועמידתו בתנאים שנקבעו בצו החיפוש ולהעלות טענות נגד הליך החיפוש, ככל שתהיינה (ראו: סעיפים 14-15 להנחיית פרקליט המדינה; סעיף 4(ד)(11) לנוהל החיפוש במחשב). כמו כן, אם מתעורר צורך להרחיב את החיפוש מעבר לגבולות שנקבעו על ידי בית המשפט, יש להגיש בקשה להרחבת החיפוש, אשר תידון במתכונת דומה לזו שבה נדונה בקשה לצו חיפוש חדש (ראו פסקה 68 לעיל וההפניות שם).

ג.2. שיקול דעתו של בית המשפט לקיים במקרים חריגים וייחודיים דיון במעמד הצדדים

78. סעיף 3 לחוק סדר הדין הפלילי קובע כאמור ש"בכל ענין של סדר הדין שאין עליו הוראה בחיקוק, ינהג בית המשפט בדרך הנראית לו טובה ביותר לעשיית צדק". בענייננו, אף המדינה לא חלקה על סמכותו של בית המשפט להורות במקרה ספציפי

על קיום דיון בבקשה לחיפוש בחומר מחשב במעמד הצדדים (פסקה 6 להשלמת הטיעון מטעמה בדיון נוסף שמעון). לפיכך, ואף שנוכח התכליות של שלב החקירה שעליהן עמדתי לעיל, ברוב המקרים יתקיים הדיון במעמד צד אחד, אני סבורה כי אין מקום לשלול באופן גורף את האפשרות שבית המשפט יקיים במקרים מסוימים דיון במעמד הצדדים בבקשות לצווי חיפוש בחומר מחשב (בין מיד לאחר הגשת הבקשה, ובין לאחר שהתקיים תחילה דיון במעמד צד אחד). ואולם, את הפעלתה של סמכות זו יש לייחד למקרים חריגים ונדירים בלבד, שבהם סבור השופט הדן בבקשה כי נסיבותיו המיוחדות של המקרה מחייבות לשמוע את עמדת בעל המחשב או צד אחר, לצורך קבלת ההחלטה השיפוטית.

79. דוגמה למקרה מסוג זה ניתן למצוא בתרחיש שבו רשות חוקרת מבקשת לבצע חיפוש במחשבו של בעל מקצוע הנהנה מחיסיון על פי דין (למשל, עורך דין או עיתונאי), ונמצא כי נוכחותו של אותו בעל מקצוע היא הכרחית על מנת לבחון אם קיימת הצדקה למתן הצו או אם יש צורך בתנאים מקדימים כלשהם לחיפוש. דוגמאות אפשריות נוספות ייתכנו במצבים שבהם בית המשפט מגיע למסקנה כי הוצג בפניו מידע חלקי או בלתי-מדויק, באופן שמונע ממנו לקבל החלטה המבוססת על תשתית עובדתית מלאה; וכן במצבים שבהם נפל פגם בהתנהלות הרשות החוקרת, אשר עשוי להשפיע על ההחלטה בבקשה, ויש קושי ממשי לברר את נסיבות קרות הפגם מבלי לזמן צדדים נוספים לדיון (באשר לנפקות פגמים מסוג זה ראו בהמשך). ויודגש – השאלה אם המדינה מסכימה לקיום הדיון במעמד הצדדים אינה מעלה ואינה מורידה לעניין החלטת בית המשפט בהקשר זה (וראו פסקה 9 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) הנדל בעניין שמעון).

ד. סיכום ביניים

80. ככלל, הדיון בבקשתה של רשות חוקרת לחיפוש בחומר מחשב יתקיים במעמד צד אחד, למעט במקרים חריגים וייחודיים אשר לגביהם מצא בית המשפט כי נוכחות צד נוסף היא הכרחית לשם קבלת החלטה בבקשה. כפועל היוצא מכך, ועל מנת להבטיח את מידתיות הפגיעה בפרטיות ובזכות הטיעון ולאפשר ביקורת על הליך החיפוש בשלבים מאוחרים יותר, הוצגו לעיל מספר אמות מידה שרשויות החקירה ובתי המשפט נדרשים ליישם בהליך החיפוש על שלביו השונים.

שאלה נוספת שהתעוררה בעניין שמעון נוגעת לזכות ההשגה על צו חיפוש במחשב ואליה אפנה עתה.

זכות ההשגה על החלטה בבקשה לצו חיפוש בחומר מחשב

81. לאורך כל ההליך הפלילי – לרבות בשלב החקירה – לא מוקנית לבעלי הדין, ככלל, הזכות להשיג בערר או בערעור על החלטות ביניים, למעט באותם המקרים שבהם קבע החוק במפורש זכות ערר או ערעור (בש"פ 4804/17 ברמלי נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (9.8.2017); בש"פ 3403/98 סוויסה נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(2) 620, 624 (1998); בש"פ 501/09 היועץ המשפטי לממשלה נ' מאיו, פסקה 4 לחוות דעתו של השופט א' א' לוי ופסקאות 2-3 לחוות דעתי (10.5.2009); בש"פ 8922/20 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 3 (13.1.2021); והשוו למנגנוני הערעור והערר שנקבעו, לדוגמה, בסעיף 147 לחוק סדר הדין הפלילי, בסעיף 53 לחוק המעצרים ובסעיף 38 לפקודת החיפוש). פקודת החיפוש אינה מעגנת זכות ערר או ערעור על החלטה בבקשה לצו חיפוש במחשב (אף לא ביחס לצווי חיפוש מסוגים אחרים), ובכך לכאורה ניתן היה לסיים את הדיון בשאלת זכות ההשגה. עם זאת, לאורך השנים חלה שחיקה מסוימת בנקודת המוצא שעליה עמדתי לעיל, ובמספר מקרים הכירה הפסיקה בזכות השגה על החלטה בהליך פלילי, אף שזו לא עוגנה במפורש בדבר חקיקה. על רקע זה, נרשם חוסר אחידות בערכאות הדיוניות בכל הנוגע לאפשרות להשיג על צו חיפוש במחשב: חלק מן הערכאות הכירו בקיומה של זכות השגה כאמור, בין במפורש ובין במשתמע, כלומר באמצעות דיון בהליך לגופו מבלי להידרש לשאלת הסמכות העניינית (ראו למשל: בג"ץ 8183/17 כהנא נ' מדינת ישראל, פסקה 1 (24.10.2017); ה"ת (שלום ת"א) 749-06-18 יקותיאל נ' משטרת ישראל / ימ"ר ת"א, פסקאות 10-14 (2.7.2018)), בעוד שערכאות אחרות סירבו לדון בהשגות שהובאו לפתחן בשלב החקירה וקבעו כי השלב הראוי לדיון בהן הוא בהליך העיקרי (ראו למשל: בש"פ 4705/20 פלונית נ' מדינת ישראל (8.7.2020); צ"ח (שלום ראשל"צ) 29950-05-20 קדוש נ' מדינת ישראל (28.6.2020) (להלן: עניין קדוש); ע"ח (מחוזי מר') 74156-06-20 קדוש נ' מדינת ישראל (6.7.2020); ה"ת (שלום עכו) 39875-08-10 טורוצקי נ' משטרת ישראל-תחנת כרמיאל, פסקה 7 (3.4.2011) – והסוגיה מצריכה ליבון).

82. בפתח הדברים אציין כי מן הטעמים שפורטו בדעת הרוב בעניין שמעון, וכן מטעמים נוספים שאותם אפרט להלן, מקובלת עליי עמדת חבריי השופט (כתוארו אז) הנדל והשופטת ברון לפיה אין מקום להכיר בזכות ערעור או ערר על החלטה בבקשה לצו חיפוש במחשב. כמו כן, בדומה לחברי השופט (כתוארו אז) הנדל, אינני סבורה כי ניתן לעשות שימוש בבקשה להחזרת תפוס או בערר הנוגע להחזרת תפוס

(לפי סעיפים 34 ו-38א לפקודה) כהליך השגה עקיף על צו החיפוש. לבסוף, לגישתי אף אין מקום לאפשר הגשת בקשה לביטול ההחלטה לבית המשפט שנתן את הצו.

83. לשיטתי, כלל הפותח פתח להליכי השגה בהקשר זה אינו עולה בקנה אחד עם התכלית הסובייקטיבית והאובייקטיבית של סעיף 23א לפקודה. ההצדקות המהותיות לכלל שלפיו יש לקיים את הדיון בבקשה לצו חיפוש במחשב במעמד צד אחד – ובהן הצורך בשמירה על מהירות החקירה ויעילותה; החשש מפני פעולות שיבוש; והאפשרות להעלות השגות על הצו במסגרת ההליך העיקרי – כל אלה עומדות בעיני גם בכואנו לבחון אם יש להקנות זכות השגה על צו חיפוש שטרם בוצע. מתן זכות לקיים הליך השגה "בזמן אמת" לבעל המחשב או למחזיק בו, ועל אחת כמה וכמה לכל גורם אחר שרואה עצמו נפגע ממתן צו החיפוש, עלול לגרור עיכובים משמעותיים בביצוע צו החיפוש שניתן, להאט את החקירה ולספק כר פורה לפעולות שיבוש.

א. השגה ישירה באמצעות ערעור או ערר

84. כאמור לעיל, אני תמימת דעים עם דעת הרוב בעניין שמעון כי החלטה בבקשה לצו חיפוש במחשב אינה עולה כדי "פסק דין" שעליו ניתן לערער בזכות, וזאת מן הטעמים שפירטו שופטי הרוב. בבש"פ 658/88 חסן נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(1) 670 (1991) (להלן: הלכת חסן) נקבע אמנם כי ניתן להגיש ערעור בזכות על החלטות המהוות "פסק דין", כמובנו בסעיפים 41(א) ו-52(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, אף אם לא עוגנה לגביהן זכות ערעור מפורשת בחוק. עם זאת, הלכת חסן – שעליה הסתמך חברי השופט אלרון בקבעו כי החלטה בבקשה לצו חיפוש במחשב מהווה "פסק דין" – ביקשה ליתן פתרון לתרחיש הייחודי שבו התקבלה החלטה סופית בהליך פלילי שהתנהל בין המדינה ובין נאשם, אשר כתוצאה ממנה נגרמה פגיעה בזכויותיו של צד שלישי שהיה מעורב בהליך והפך בו ל"בעל דין בפועל". לגישתי, אין מקום להרחיב את תחולתה של הלכה זו ולהחילה בענייננו. אכן, ההחלטה בבקשה לצו חיפוש במחשב מסיימת, מטבע הדברים, את ההתדיינות בסוגיית הצו שנתבקש, והיא עלולה להוביל לפגיעה בזכות לפרטיות של בעל המחשב ושל אחרים הקשורים למידע המופיע בו. כך גם החלטות שיפוטיות רבות מספור, המתקבלות החל משלב החקירה ולכל אורך ההליך העיקרי, מסיימות את ההתדיינות בסוגיה הספציפית שהובאה בפני המותב ועשויות להשפיע באופן מהותי על זכויותיו של החשוד או הנאשם (גיא שני "רשות לערער על בקשת הרשות לערער (ב'גלגול שני')": דין מצוי, דין מוצע ודין רצוי בסוגיית הערעור על

'החלטה אחרת' עיוני משפט ל 71, 120 (2006)). חרף זאת, שיקולים של יעילות ההליך הפלילי, ובכלל זה הרצון "לרכז את העניינים הנידונים במסגרת התיק הפלילי לכדי מסלול אחד, שבבסיסו עומד החשש מפני פיצול הליכים בלתי נסבל, התמשכות הליכים, סרבול והארכת הדיונים וכן עיוני דין נוסף לנאשם בפלילים" (רע"פ 6016/06 קובן נ' מדינת ישראל מע"מ ת"א, פסקה 5 (17.7.2007)) – הובילו לגיבוש הכלל שלפיו אין מקום להגיש ערעור בזכות על החלטות ביניים בהליך הפלילי, בין על ידי הנאשם ובין על ידי המדינה, אלא במקרים מסוימים ומוגדרים (ראו לעניין זה בש"פ 10220/16 ביטון נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (2.1.2017); ע"פ 6907/19 שם טוב נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (11.11.2019); בג"ץ 2029/07 וינברג נ' סגן נשיא בית משפט השלום בעכו (4.3.2007); בג"ץ 3570/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקאות 3-4 (17.4.2008); ע"פ 4345/08 אולמרט נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (20.5.2008)). כך בהליך העיקרי, וכך מקל וחומר בשלב החקירה – שם האינטרס לקדם ולסיים את החקירה במהירות ויעילות יש לו משקל מוגבר.

85. זאת ועוד: ערעור פלילי הוא במידה רבה זר לשלב החקירה הפלילית – והא ראייה שבאותם המקרים שבהם בחר המחוקק להקנות זכות השגה על החלטה שניתנת בשלב החקירה, ההליך שנבחר לשם כך הוא, ככלל, ערר ולא ערעור (ראו, למשל: סעיף 38א לפקודת החיפוש וסעיף 53 לחוק המעצרים; כן ראו פסקה 12 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) הנדל בעניין שמעון). אין מדובר בהבדל סמנטי בלבד. הליך של ערר, להבדיל מהליך של ערעור, נדון בפני דן יחיד והוא מהיר ויעיל יותר, ומשכך מתאים יותר לתכליות של שלב החקירה, מאשר ערעור פלילי שנדון, ככלל, בפני מותב תלתא.

86. כאמור, ביחס לבקשות חיפוש, ובכללן חיפוש במחשב, לא הוקנתה בפקודת החיפוש זכות ערר, בעוד שעל החלטות בעניינים המנויים בפרק הרביעי לפקודה – ובפרט על בקשות להחזרת תפוס – בחר המחוקק להקנות זכות ערר מפורשת במסגרת תיקון מס' 12 לפקודה (ראו סעיף 38א לפקודת החיפוש, וכן ראו דברי ההסבר להצעת תיקון מס' 12, בעמ' 151). לגישתי, יש לייחס משקל לבחירתו של המחוקק למקד באופן זה את זכות הערר, בפרט נוכח העובדה שתיקון מס' 12 כלל תיקונים גם בכל הנוגע להליכי חיפוש. על כן, קשה לטעון כי סוגיית החיפוש נעלמה מעיניו של המחוקק (ראו בהקשר זה עניין קדוש, בפסקה 16).

87. בהתחשב בבחירתו זו של המחוקק ביחס לפרק החיפוש בפקודה, לא ראיתי מקום לקבל את טענתו של שמעון כי יש לגזור גזירה שווה לענייננו מהעובדה שבתי המשפט דנים בפועל בהליכי השגה על החלטות שניתנו מכוח סעיף 43 לפקודה, שענייננו בצו להצגת חפץ או מסמך, אף שפקודת החיפוש אינה מקנה לגביהן זכות ערר (ראו למשל: עניין שמעון; רע"פ 3152/06 צדוק נ' גינת (27.11.2006); ע"פ 1761/04 שרון נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(4) 9 (2004)). זאת ועוד: הדיון בסעיף 43 לפקודה חורג אמנם מענייננו, אך יש להוסיף ולהדגיש כי באותם מקרים שבהם ניאותו בתי המשפט לדון בהליכי השגה על החלטות לפי סעיף 43 לפקודה, הם נמנעו מלדון לגופה בשאלת הסמכות העניינית ובחלק מהמקרים אף העלו ספקות בנוגע לקיומה (ראו, למשל: בש"פ 296/18 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 3 (15.3.2018)). עוד צוין כי הבסיס הנורמטיבי לקיומה של זכות ערר או ערעור על החלטה לפי סעיף 43 לפקודה הוא לכל הפחות מוטל בספק (לדיון ראו: בש"פ Mazar 2529/15 נ' היחידה לעזרה משפטית, פסקה 12 (6.5.2015); דן ביין "התעוררות היפיפייה הנמה: צו להצגת חפץ או מסמך לפי סעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969" מגמות בדיני ראיות ובסדר הדין הפלילי - ספר הרנון 557, 578-579 (ענת הורוויץ ומרדכי קרמניצר עורכים, 2009); עמית, בעמ' 285).

88. סיכומם של דברים: אין מקום לאפשר הליך השגה ישיר – בדמות ערעור פלילי או ערר – על צו חיפוש במחשב. בהקשר זה יש להזכיר כי אף המדינה, אשר נהגה בעבר להגיש עררים על החלטות בבקשות לצווי חיפוש במחשב, הודיעה במסגרת ההליך בעניין שמעון כי היא חדלה מפרקטיקה בעייתית זו (ראו פסקה 16 לחוות דעתו של השופט אלרון).

ב. השגה עקיפה במסגרת הליך החזרת תפוס

89. טענה חלופית בפיהם של שמעון והסניגוריה היא שניתן לאפשר השגה עקיפה על צו חיפוש במחשב אשר טרם בוצע – במסגרת הליכי החזרת תפוס לפי סעיפים 34 ו-38 לפקודת החיפוש. שאלה זו נותרה במחלוקת בפסק הדין בעניין שמעון: בעוד שחברי השופט אלרון השיב עליה בחיוב, חברי השופט (כתוארו אז) הנדל סבר כי אין מקום להיעזר במנגנון החזרת התפוס לצורך השגה על צו חיפוש, ואילו חברתי השופטת ברון הותירה את השאלה בצריך עיון. במסגרת פסק הדין בעניין אוריך השני התייחסו לנושא שניים מחברי ההרכב, בבחינת למעלה מן הצורך: המשנה לנשיאה מלצר סבר כי ניתן להשיג על החלטה למתן צו חיפוש במסגרת הליכי החזרת תפוס

(פסקה 12 לחוות דעתו), בעוד שחברי השופט קרא סבר כי כלל לא ניתן להשיג על החלטה למתן צו חיפוש במחשב טרם ביצועו (פסקאות 4 ו-7 לחוות דעתו).

90. סעיף 34 לפקודת החיפוש מעגן, בין היתר, את זכותו של הטוען לזכות בחפץ שנתפס להגיש לבית המשפט בקשה לקבלו לידי, וסעיף 38א לפקודה מקנה זכות ערר על החלטות שניתנו לפי הפרק הרביעי לפקודה (העוסק בהליכי תפיסה). וזה נוסחם:

מסירת התפוס לפי צו

34. על פי בקשת שוטר שהוסמך לכך על ידי קצין משטרה בדרגת מפקח משנה או בדרגה גבוהה מזו דרך כלל או לענין מסויים (להלן – שוטר מוסמך), או על פי בקשת אדם התובע זכות בחפץ, רשאי בית משפט שלום לצוות כי החפץ יימסר לתובע הזכות או לאדם פלוני, או שינהגו בו אחרת כפי שורה בית המשפט – הכל בתנאים שייקבעו בצו.

ערר

38א. (א) שוטר מוסמך, אדם שהחפץ נלקח ממנו או תובע זכות בחפץ רשאים לערור על החלטת בית המשפט לפי פרק זה, לפני בית המשפט המחוזי אשר ידון בערר בשופט אחד.

(ב) על החלטת בית המשפט המחוזי לפי סעיף קטן (א) ניתן לערור לפני בית המשפט העליון שידון בערר בשופט אחד, אם ניתנה רשות לכך מאת שופט של בית המשפט העליון.

91. שמעון והסניגוריה מעלים שתי חלופות דיוניות אפשריות לשימוש במנגנון החזרת התפוס לשם העלאת השגות על צו חיפוש במחשב טרם ביצועו. הראשונה היא העלאת השגות על צו החיפוש במסגרת בקשה להחזרת תפוס, אשר תוגש בהתאם לסעיף 34 לפקודה לערכאה הדיונית המוסמכת. לגישתם, כאשר העילה לתפיסת המחשב או להמשך החזקתו בידי הרשויות היא הצורך לבצע בו חיפוש, בחינת ההצדקה להמשך התפיסה כמזה כבחינת ההצדקה לצו החיפוש. ככל שהבקשה להחזרת תפוס תידחה, סבורים שמעון והסניגוריה כי ניתן להגיש על כך ערר בהתאם לסעיף 38א לפקודה. החלופה השנייה, אשר הועלתה על ידי הסניגוריה (בפסקה 58 לעמדתה בדיון נוסף שמעון), היא התייחסות להחלטה בבקשה לצו חיפוש כהחלטה "משתמעת" גם בבקשה להחזרת תפוס. לפי חלופה מוצעת זו, ניתן להשיג על צו החיפוש באמצעות ערר לפי סעיף 38א לפקודה – כך שטענותיו של בעל העניין במחשב נגד צו החיפוש תועלינה לראשונה בפני ערכאת הערעור. שמעון מוסיף וטוען כי הליכי החזרת התפוס יכול שיוגשו הן לגבי המחשב התפוס עצמו והן לגבי

המידע ששמור בו. זאת, נוכח הגדרת המונח "חפץ" בסעיף 1 לפקודה, אשר מקיפה גם "חומר מחשב" (לטענה זו הצטרף בא-כוח המבקשים בדיון נוסף אודות; ראו עמ' 8-9 ו-12-14 לפרוטוקול הדיון מיום 27.7.2021; אך ראו והשוו: רע"פ 5295/18 מאור נ' מדינת ישראל - המחלקה הכלכלית בפרקליטות המדינה, פסקה 14(ג) (15.8.2018)).

92. לגישתי, מנגנון החזרת התפוס על כל חלופותיו הדיוניות אינו יכול לשמש אכסניה מתאימה להעלאת השגות על צו חיפוש במחשב. ראשית, אותם טעמים המצדיקים אי-הכרה בזכות להגיש ערעור או ערר על החלטה בבקשה לצו חיפוש במחשב, יפים גם בהקשר זה. משהגעתי למסקנה כי אין מקום לעכב את ביצוע החיפוש באמצעות הליך השגה ישיר, אין מקום לעשות כן גם באופן עקיף, תוך שימוש בהליכים שלא נועדו לאפשר דיון בהשגות על צווי חיפוש, ואשר סדרי הדיון לגביהם מעוגנים בפרקים אחרים בפקודת החיפוש. נוסף על כך, מכיוון שהאדם שממנו נלקח המחשב מודע בדרך כלל לעצם התפיסה, לא מן הנמנע כי מתן אפשרות להשיג על צו החיפוש במסגרת בקשה להחזרת תפוס יפתח רחב למעורבותם של נחקרים וצדדים שלישיים בהליך החיפוש, ובכך יסוכלו, הלכה למעשה, התכליות שעליהן עמדתי לעיל, המצדיקות את קיום הדיון בבקשת החיפוש במעמד צד אחד. במילים אחרות, ניתן להניח כי כל בקשה להשבת תפוס תהפוך גם להשגה על צו חיפוש פוטנציאלי (בין אם הנחקר יודע בשלב זה כי ניתן צו כאמור ובין אם לאו). זאת ועוד: מבחינה פרקטית ובשים לב למספר העצום של צווי חיפוש אשר ניתנים מדי יום בבתי משפט השלום, פתיחת הדלת להשגה עקיפה על צווי חיפוש במחשב במסגרת בקשה להחזרת תפוס, עלולה להוביל לכך שמותבים שונים בבית משפט מסוים ישמשו, כדבר שבשגרה, מעין "ערכאת ערעור בפועל" זה על זה, כפי שאכן אירע בעניין שמעון. וזהו מצב דברים שאינו רצוי ואינו ראוי.

93. שנית, כפי שציין בצדק חברי השופט (כתוארו אז) הנדל בעניין שמעון, "ההחלטה מה לעשות בעניינו של חפץ תפוס היא החלטה בעלת אופי אזרחי, שקשורה בעיקר לזכויות הקניין של בעל החפץ" (בפסקה 13 לחוות דעתו; וראו גם בפסקה 7 לחוות דעתה של השופטת ברון). ובמילים אחרות, מטרתם של הליכי החזרת תפוס היא לקבוע אם יש מקום להוציא חפץ תפוס מחזקתן של הרשויות, ואם כן, מה ייעשה בו – למשל בתרחיש שבו קיימת מחלוקת בשאלה מיהו בעל הזכויות בחפץ (ראו בש"פ 555/07 יחיא נ' משטרת אריאל, פסקה 12 (6.3.2007) (להלן: עניין יחיא)). הליכי חיפוש, לעומת זאת, אינם בעלי אוריינטציה אזרחית ואינם מתמקדים בזכויות הקנייניות בחפץ או בגורם שראוי כי החפץ יימצא בחזקתו. מדובר בהליכים שמצויים בליבת ההליך הפלילי אשר מתמקדים בשאלה אם יש לאפשר לחוקרים

לאסוף מידע מן החפץ במסגרת חקירה – בין אם יש צורך בתפיסת החפץ לצורך כך ובין אם לאו – על מנת לקדם את חקר האמת ולהשלים את התצרף הראייתי. נוכח מטרותיהם השונות ואופיים השונה של שני סוגי ההליכים, אינני סבורה כי יש מקום לעשות שימוש בהליכי החזרת תפוס כמסלול להעלאת השגות ביחס להחלטה בעניין צו חיפוש.

94. שלישית, הנחת המוצא שבבסיס הטיעון של שמעון והסניגוריה היא שקיימת חפיפה מסוימת בין נושאי החיפוש והתפיסה: ככל שאין עילה לחפש במחשב, מכך נובע בהכרח שאין עילה לתפוס, ולפיכך אין מניעה לאחד את הדיון בשתי הסוגיות הללו במסגרת הליכי החזרת תפוס. הנחה זו בטעות יסודה, שכן תפיסת חפץ על ידי רשויות החקירה יכול שתבצע לשם מספר תכליות – ובהן תכלית "ראייתית" ככל שהחפץ עשוי לשמש ראיה בהליך העיקרי; תכלית "מניעתית" ככל שהחפץ עשוי לשמש לביצוע עבירה; ותכלית של חילוט החפץ שנתפס או הבטחת האפשרות לבצע חילוט עתידי (בש"פ 9022/16 גריקה נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (22.12.2016); בש"פ 8151/18 מדינת ישראל נ' אברמוב, פסקה 8 (13.1.2019); עניין יחיאל, בפסקה 12; ולעניין תפיסת מחשבים ראו, למשל: בש"פ 9639/11 דניס נ' מדינת ישראל (5.3.2012); מ"ת (מחוזי ת"א) 9632/09 סבן נ' מ.י. פרקליטות מחוז ת"א – פלילי (26.5.2010)). משכך, עילת תפיסה עשויה להתקיים גם אם לא קיימת עילת חיפוש במחשב. עניינו הרואות, אפוא, כי חיפוש לחוד, ותפיסה לחוד: טענות נגד צו חיפוש מהוות נטע זר בהליכים לפי סעיפים 34 ו-38 לפקודה, ואין מקום לערב מין בשאינו מינו ולאפשר השגה עקיפה על צו חיפוש במחשב במסגרת הליכי החזרת תפוס.

95. משהגעתי למסקנה כי אין מקום לאפשר הגשת הליך השגה על צווי חיפוש במחשב – בין באופן ישיר בדמות ערר או ערעור, ובין באופן עקיף באמצעות הליכי החזרת תפוס – נותרה החלופה האחרונה שהועלתה בטענות הצדדים ובפסק הדין בעניין שמעון. עניינה של חלופה זו בהעלאת השגות על צו חיפוש במחשב במסגרת פנייה לבית משפט שנתן את הצו בבקשה לבטלו.

ג. הגשת בקשה לביטול ההחלטה לבית המשפט שנתן את הצו

96. חברי השופט אלרון סבר כי יש לאפשר פנייה לבית המשפט שנתן את צו החיפוש בבקשה לביטול החלטה שניתנה במעמד צד אחד, מכוח ה"עקרון הכללי המעוגן בחוק סדר הדין הפלילי ובפסיקה, באשר לאפשרות לטעון לביטול החלטות שיפוטיות הניתנות במעמד צד אחד במסגרת ההליך הפלילי" (פסקה 44 לחוות דעתו

בעניין שמעון; וכן ראו סעיפים 126, 130 ו-208 לחוק סדר הדין הפלילי; בש"פ 3390/14 ענבל נ' מדינת ישראל (11.6.2014)).

97. אפיק זה אף הוא מוקשה בעיניי, נוכח העובדה שהסעיפים הרלוונטיים בחוק סדר הדין הפלילי חלים על נאשם – וממילא על השלב שלאחר הגשת כתב אישום, ולא בשלב החקירה (ראו פסקה 7 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) הנדל בעניין שמעון). כמו כן, גם כאשר דבר קיומו של צו חיפוש במחשב שניתן במעמד צד אחד נודע לנחקר, בדרך מקרה, בחלון הזמנים שבין מועד מתן הצו ובין ביצועו – תכליותיו של שלב החקירה, ובפרט הצורך בשמירה על יעילותה והחשש המתמיד מסיכולה, עומדות בעינן. לפיכך אינני סבורה שיש הצדקה לפתוח בפני נחקרים אלו פתח להשגה על צווי חיפוש, אשר אינו עומד בפני נחקרים אחרים. הוא הדין בנוגע לאותם המקרים שבהם המחשב מצוי בידי הרשויות, והנחקר סבור כי התפיסה נעשתה לצורך חיפוש במחשב (וראו פסקה 92 לעיל). יש ממש בטענה כי פתיחת אפיק השגה בדמות הגשת בקשה לביטול צו שניתן במעמד צד אחד, תוביל לריבוי בקשות לביטול צווי חיפוש – בין אם הנחקר מודע לתוכן הצו הקונקרטי שניתן ובין אם לאו. הדבר עלול לעכב את החקירה ולסרבלה בדומה להליכי ההשגה הישירים שעליהם עמדתי לעיל (ערעור וערר), ומשכך אינני סבורה כי מסלול שכזה הוא רצוי גם מבחינה מהותית.

98. לסיכום חלק זה: האינטרס הציבורי בקיום חקירות פליליות מהירות ויעילות ככל הניתן, והחשש המתמיד מפני פעולות לשיבוש החקירה, מובילים למסקנה כי אין מקום לאפשר השגה על החלטה בבקשה לצו חיפוש במחשב טרם ביצועו – בין בערעור, בין בערר, בין בהליכי החזרת תפוס ובין בבקשה לביטול ההחלטה.

נפקותו של חיפוש בלתי חוקי שבוצע במחשב טרם הגשת בקשת החיפוש בו

99. הסוגיה השלישית הטעונה הכרעה בהליכים שלפנינו היא הסוגיה שעמדה במוקד ההליכים בעניין אוריך, ועניינה בבקשות חיפוש שמוגשות בנסיבות ספציפיות – קרי, לאחר שבוצע חיפוש בלתי-חוקי באותו המחשב שבו מתבקש החיפוש. השאלות העומדות לפנינו בהקשר זה הן – מהו המועד המתאים לדון באי-החוקיות האמורה וכיצד, אם בכלל, משליך חיפוש בלתי-חוקי קודם על החלטת בית המשפט בבקשת החיפוש.

100. מן ההחלטות בעניין אוריך הראשון ובעניין אוריך השני, נראה כי קיימת מחלוקת בין שופטי בית משפט זה ביחס לסוגיות אלו: השופט אלרון והמשנה לנשיאה מלצר סברו כי כבר במעמד הדיון בבקשה לחיפוש יש לבחון את השפעתו של החיפוש הבלתי-חוקי הקודם שבוצע במחשב, והם נחלקו לעניין הדוקטרינה והמבחנים שבעזרתם יש לבחון השפעה זו; השופט סולברג סבר כי במצבים שבהם אי-החוקיות ברורה דיה, יעמוד בית המשפט על הפגם שנפל, והשלכתו על הבקשה למתן צו חיפוש, במהלך הדיון בה; ובמצבים שבהם התמונה העובדתית ככל הנוגע לאי-החוקיות חסרה – יידחה הדיון בהשלכותיה להליך העיקרי; ואילו השופט קרא, מצדו, סבר כי מקומן של טענות ביחס לאי-חוקיות בגביית ראיות להתברר ככלל בהליך העיקרי, וכי רק במקרים חריגים ונדירים טענות אלה יוכלו לשמש שיקול בלעדי לדחיית בקשה למתן צו חיפוש.

101. התפלגות זו של דעות השופטים מצריכה עיון וליבון.

עמדתי בסוגיה זו נשענת על ארבע מסקנות עיקריות, בשים לב למאפייניו הייחודיים של שלב החקירה ולהיבטים הייחודיים הנוגעים לחיפוש במחשב: (1) בשלב הדיון בבקשת החיפוש אין מקום לבחון את קבילותן של ראיות שנאספו או ייאספו על ידי הרשות החוקרת; (2) התנהלות הרשות החוקרת טרם הגשת בקשת החיפוש – לרבות עריכת חיפוש בלתי-חוקי – היא שיקול שעל בית המשפט להביא במניין השיקולים בבואו להכריע בבקשת החיפוש; (3) ככל שנפל פגם בהתנהלות הרשות החוקרת, יש לאזנו מול שיקולים נוספים הנבחנים במסגרת בקשה לצו חיפוש, אך כפי שאפרט להלן, במקרים קיצוניים פגם כאמור יכול להוות שיקול מכריע לדחיית הבקשה; (4) ככל שבתום החקירה יוחלט על הגשת כתב אישום, ההשלכות הראייתיות של החיפוש הבלתי-חוקי ייבחנו, ככלל, בהתאם להלכת יששכרוב.

א. ההכרעה בבקשה לצו החיפוש אינה נוגעת לקבילות תוצרי החיפוש הבלתי-חוקי

102. כידוע, במסגרת הלכת יששכרוב אומצה לראשונה בשיטתנו דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, אשר לפיה רשאי בית המשפט לפסול ראיות שהושגו שלא כדין, בהתבסס על איזון בין הצורך בהגנה על זכויות הנאשם, הגינות ההליך הפלילי וטוהרו – ובין ערך גילוי האמת, הלחימה בפשיעה, ההגנה על שלום הציבור וזכויותיהם של נפגעי עבירה (שם, בעמ' 562-564). באותו עניין צוינו שלוש קבוצות של שיקולים אשר בעזרתן יבצע בית המשפט את האיזון הרלוונטי ויקבל החלטה

בנוגע לקבילותה של ראייה שהושגה שלא כדין: אופייה וחומריתה של אי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראייה; מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראייה שהושגה; והנזק מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילת הראייה (שם, בעמ' 567-562).

בעניין שמש – אשר נדון בהרכב מורחב של שבעה שופטים שנים אחדות לאחר הלכת יששכרוב, ובו עמדה לדיון בקשה להמצאת מסמכים לפי סעיף 43 לפקודת החיפוש – הובהר כי אין להכריע בשאלת קבילותן של ראיות במסגרת בקשות המוגשות לבית המשפט בשלב החקירה, וכי יש "לערוך את הבירור השיפוטי בעניין שאלת קבילותן של הראיות, שנטען כי הושגו שלא כדין, בעת ההליך המשפטי העיקרי" (שם, בעמ' 391). עוד נקבע בעניין שמש כי אין מקום לשימוש במבחני האיזון שנקבעו בהלכת יששכרוב – שהיא כלי פסיקתי שיוחד לצורך בחינת קבילות ראיות בהליך העיקרי – במסגרת בקשות בשלב החקירה, אשר לגביהן נדרש בית המשפט לבצע איזונים ייחודיים בהתאם לטיבה של כל בקשה ובקשה. עמדה על כך הנשיאה ביניש בצינה:

"ככל שבית המשפט מעורב בדרך כלשהי בהליך הפלילי לפני תחילת המשפט (כגון בהליכי מעצר וחיפוש או בביקורת שיפוטית על החלטותיהן של רשויות התביעה בדבר העמדה לדיון) עליו להפעיל את שיקול דעתו השיפוטי באופן המותאם לשלב שבו מצוי ההליך הפלילי באותה עת ולאופיו של האמצעי שמתבקש לעשות בו שימוש" (שם, בעמ' 386).

בשים לב לכך נקבע כי "הכרעה בשאלת קבילותה של ראייה, בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית, ככלל, אינה צריכה להיעשות בהליך משפטי מקדמי בשלב שבו מתנהלת חקירה במשטרה [...]" (שם, בעמ' 396).

103. הטעם העיקרי שבבסיס המסקנה כי אין מקום לעשות שימוש במבחני הלכת יששכרוב לבחינת קבילות ראיות במסגרת שלב החקירה, הוא הקושי המשמעותי לקיים באותו השלב את האיזון המורכב הנדרש על פי מבחנים אלה. זאת, שכן בשלב החקירה התמונה שבפני בית המשפט היא, מטבע הדברים, חלקית ביותר והדבר מקשה על בחינת הנזק מול התועלת הכרוכים בפסילת הראייה – אשר נשקלים, בין היתר, על רקע חומרת העבירה המיוחסת לנאשם. החלטה שגויה לעניין קבילות הראיות בשלב החקירה עלולה להכריע את גורל ההליך הפלילי כולו (ראו: עניין שמש, בעמ' 394; עניין אוריך השני, בפסקה 48 לחוות דעתו של השופט סולברג ובפסקה 14 לחוות דעתו של השופט קרא), ואיזון רגיש זה נכון שיעשה לאחר סיום

החקירה, בעת שהתמונה העובדתית והמשפטית שלמה יותר. ראשית, על ידי התביעה אשר מחויבת להתחשב באי-חוקיות, ככל שנפלה כזו, בגביית ראיות שאותן ברצונה להציג, בעת שהיא מקבלת את ההחלטה על העמדת אדם לדין פלילי (ראו פסקה 89 להשלמת הטיעון מטעם המדינה בדיון נוסף אוריך; כן ראו בהקשר זה: עניין שמש, בעמ' 392); ושנית, על ידי בית המשפט הדין בהליך העיקרי, ובפניו מוצגת התמונה המלאה המאפשרת לבחון את מכלול ההיבטים הנוגעים לעניין באופן ממצה ושלם.

104. בהתאם לכך, מתבקשת המסקנה כי יש להבחין בין הכרעה בדבר האפשרות לאסוף ראיות לכתחילה – שאליה נדרש בית המשפט בשלב החקירה, למשל בבקשות לצו חיפוש או לצו להמצאת מסמכים – ובין הכרעה בדיעבד ביחס לקבילותן של ראיות שנאספו, המוגשות בשלב ההליך העיקרי, ככל שהוגש כתב אישום. על הבחנה זו אין למעשה מחלוקת בין הצדדים בדיון הנוסף שלפנינו (בפסקאות 9-10 להשלמת הטיעון של המבקשים בדיון נוסף אוריך; בעמ' 2 להשלמת טיעון מטעם המדינה בדיון נוסף אוריך; בפסקה 35 לעמדת הסניגוריה בדיון נוסף אוריך). ההכרעה השיפוטית הנדרשת בשלב זה מתמקדת, על כן, בשאלה האם לאפשר לרשויות החקירה לבצע פעולת חקירה עתידית, דהיינו – האם ליתן צו חיפוש כמבוקש למרות החיפוש הבלתי-חוקי שקדם להגשת אותה בקשה, אם לאו. זאת, להבדיל מהכרעה בשאלת קבילות הראיות שנאספו במסגרת החיפוש הבלתי-חוקי או שייאספו בהמשך החקירה (ראו: עניין אוריך הראשון, בפסקה 15). ממילא, מבחני הלכת יששכרוב, שנועדו לבחינת קבילות ראיות בשלב ההליך העיקרי, אינם מתאימים – מעצם טבעם וטיבם – לשלב החקירה.

105. הגישה לפיה קבילות הראיות שהוגשו באמצעות חיפוש בחומר מחשב אינה נבחנת בשלב החקירה, נהוגה ומקובלת גם בשיטות משפט אחרות שאליהן התייחסו הצדדים בהליכים דנן. בתמצית ייאמר כי ככלל, כפי שהדגים חברי השופט (כתוארו אז) הנדל במסגרת סקירה מקיפה של הדין המשווה בעניין שמעון – בארצות הברית, באנגליה ובקנדה נבחנות שאלות אלו במסגרת ההליך העיקרי או בהליך מקדמי ייעודי שמתקיים לאחר ההעמדה לדין (שם), בפסקה 17 לחוות דעתו; ראו גם: עניין שמש, בעמ' 397-398), וכל המוסיף גורע.

106. כפועל היוצא מן האמור, אני סבורה שיש לדחות את הטענה שהועלתה בדיון נוסף אוריך, לפיה האפשרות שלא יוגש כתב אישום נגד נחקר משמשת הצדקה להקדמת המועד לבחינת קבילותן של ראיות בהתאם להלכת יששכרוב. המודל לפיו גובשה הלכה זו הוא "המודל המניעתי" – לפיו פסילת הראיה נועדה למנוע פגיעה

בערך מוגן עם קבלת הראיה במשפט – בעוד ש"המודל המתקן", שלפיו פסילת הראיה מהווה סעד בגין הפגיעה בזכויות שנבעה מהשגת הראיה, נדחה בעניין יששכרוב. במסגרת זו אף צוין כי "ניתן להצביע על סעדים חלופיים – פליליים, משמעתיים, נזיקיים ויתכן שגם חוקתיים – בגין הפגיעה הראשונית בזכות מוגנת של הנחקר בעת השגת הראיה" (שם, בעמ' 554; וראו בפסקה 56 לעיל). גישה זו מקובלת עליי ולא ראיתי לסטות ממנה.

107. בהקשר זה יש לשוב ולהדגיש כי הדיון בבקשה לצו חיפוש, עניינו בהכרעה שיפוטית בבקשה נקודתית, המבוססת על נקודת מבט מוגבלת שיש לבית המשפט בעיצומה של החקירה. הכרעה נקודתית זו לא נועדה לשמש "המילה האחרונה" ביחס להתנהלות הרשות החוקרת וביחס לנפקויותיה האפשריות. על כן, עצם מתן צו חיפוש אין בו כדי להכשיר פעולות בלתי-חוקיות שבוצעו על ידי רשויות החקירה לפני נתינתו, ואין בו כדי להשפיע על דיון עתידי שייערך בשאלת קבילות הראיות שהושגו בעקבות חיפוש בלתי-חוקי או בזיקה אליו, ואף לא בשאלת זכאותו של הנחקר לסעד אחר עקב הפעולה הבלתי-חוקית (עניין אוריך השני, בפסקה 51 לחוות דעתו של השופט סולברג; הרדוף, בעמ' 74). במובן זה, אני סבורה כי לא ניתן לומר שעצם מתן צו חיפוש במהלך החקירה בנסיבות שבהן בוצע קודם לכן חיפוש בלתי-חוקי, הופך את בית המשפט "שותף" לפגיעה בזכויות הפרט (לעמדה שונה ראו: אסף הראל וחמדה גור אריה "בין הלכת יששכרוב לדוקטרינת פירות העץ המורעל" משפט מפתח 43, 52 (2021); אלקנה לייסט "על כללי התנהגות, כללי שיפוט, ועל קיום משפט זוטא לבחינת קבילות ראיות חפציות – קריאה חדשה בדנ"פ 5852/10 מדינת ישראל נ' שמש" ספר יורם דנציגר 461, 474 (לימור זר-גוטמן ועידו באום עורכים, 2019)).

מכל מקום, הקביעה כי במישור הקבילות, לא ייבחנו במסגרת בקשת החיפוש ההשלכות הראייתיות של חיפוש בלתי-חוקי במחשב, אינה מונעת את בחינת אי-החוקיות בהתנהלות הרשות החוקרת במסגרת הדיון בבקשה, וזאת באופן הצופה פני פעולות חקירה עתידיות.

ב. חיפוש בלתי-חוקי קודם במחשב – שיקול במסגרת ההחלטה בבקשה לצו החיפוש

108. האפשרות לשקול את אי-החוקיות שנפלה בהתנהלות הרשות החוקרת במסגרת ההכרעה בבקשה, נדונה בעניין שמש, אך הותרה בצריך עיון:

”שאלה שעשויה להתעורר בהקשר זה היא מה דינה של ראייה (כגון הודאה) שנוצרה מלכתחילה תוך הפרה ברורה ומובהקת של החוק והאם הפרת החוק שהייתה כרוכה ביצירת הראייה היא בגדר שיקול שבית המשפט נדרש להפעיל כשהוא נותן צו לפי סעיף 43 [...] איני רואה צורך להכריע בשאלה זו בפרשה שלפנינו וניתן להותירה לעתיד לבוא. זאת, משום שבמקרה דנן הכול מסכימים כי לא נפל פגם בעצם גבייתן של עדויות העובדים על ידי ועדות החקירה הפנימיות של הרכבת, והטענה של פגיעה בזכות להליך הוגן מופנית כלפי מסירת עדויות אלה למשטרה ולא כלפי עצם גבייתן” (שס, בעמ’ 389).

109. מבלי לטעת מסמרות ביחס לבקשות אחרות המוגשות בשלב החקירה, אני סבורה כי במסגרת בקשות חיפוש בחומר מחשב קיימת הצדקה לבחון את השפעת התנהלותה של הרשות החוקרת טרם הגשת הבקשה, בפרט מקום שבו בוצע חיפוש קודם באותו המחשב שלא כדין. לגישתי, הטעמים לכך הם שניים: הטעם הכללי, הרלוונטי לכלל הבקשות המוגשות בשלב החקירה, נובע מן הדרישה כי המדינה תפעל בהגינות במסגרת פניותיה לבית המשפט בשלב החקירה; הטעם השני, הייחודי לחיפוש בחומר מחשב, נובע מתפקידו של בית המשפט בהבטחת מידתיות הפגיעה בפרטיות כפי שקבע המחוקק בסעיף 23א לפקודת החיפוש.

110. לא ניתן להפריז בחשיבות הדרישה להגינות בהתנהלותן של רשויות האכיפה בהליך הפלילי. זאת בייחוד בהינתן פערי הכוחות הקיימים ממילא בין המדינה ובין נחקרים, ובהינתן הסמכויות והכלים רבי-העוצמה הנתונים בידי גופים אלה (ראו: עניין אוריך השני, בפסקה 41 לחוות דעתו של השופט סולברג). אי-התחשבות בפגם שנפל בהתנהלות גופי החקירה טרם הגשת בקשת החיפוש במחשב – אף שקיימות נסיבות שבהן הפגם הוא שהוביל להגשת הבקשה – כמוה כהתעלמות מן החובות המוטלות על המדינה בהליך פלילי (ע”פ 10960/03 חסון נ’ מדינת ישראל, פסקה א לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין (6.6.2005)). בל נשכח – לא הניצחון בהליך הפלילי הוא עמוד האש ההולך לפני רשויות האכיפה, אלא חיפוש האמת, ההגינות, היושר והיושרה, וכמובן החוק על כולנה. לא התוצאה בתיק פלוני עיקר, אלא הגשמתם וכיבודם של עקרונות אלה” (שס).

111. לטעם כללי זה – הנוגע לכלל הבקשות המוגשות על ידי המדינה בשלב החקירה – מצטרף בענייננו טעם נוסף שאותו הדגיש המחוקק בתיקון מס’ 12 לפקודה, בו ייחד לבית המשפט תפקיד חשוב בהליכי חיפוש בחומר מחשב: להבטיח כי החיפוש לא יפגע בפרטיותו של אדם מעבר לנדרש. משזהו אחד הקריטריונים העיקריים שאמורים להנחות את בית המשפט בהחלטתו בבקשה למתן צו חיפוש, אני

סבורה כי העובדה שכבר בוצעה למחשב חדירה שלא בהתאם להוראות הדין, עשויה להשליך על מידתיות הפגיעה בפרטיות, בין היתר, בהינתן ההשפעה המצטברת הנובעת מההיחשפות הכוללת של רשויות החקירה למידע המצוי במחשב שבו מתבקש החיפוש.

112. תובנה זו לפיה התנהלות בלתי-חוקית של רשויות החקירה עשויה להשפיע על מידתיות הפגיעה בזכויות הפרט, זכתה זה מכבר לביטוי בהחלטות הנוגעות למעצרים, שבהן נקבע כי פגם בהתנהלות הרשויות באשר למעצרו של אדם – למשל אם נפגעה זכות ההיוועצות שלו בעורך דין, או אם בוצע מעצר בלתי-חוקי קודם – עשוי להשפיע על הלגיטימיות של המשך המעצר (בש"פ 9220/12 פרץ נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (26.12.2012) (להלן: עניין פרץ); בש"פ 7721/95 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 166, 171 (1995)). לפיכך נפסק כי פגמים מסוג זה יהוו אחד מן השיקולים שבית המשפט ישקול בכואו להחליט על המשך מעצרו של אותו אדם (שם; עניין פרץ, בפסקה 13; בש"פ 9113/12 פלוני נ' שירות הביטחון הכללי, פסקה 5 (21.12.2012) (להלן: בש"פ 9113/12)). באופן דומה, נקבע כי תפיסת חפץ או נכס באופן בלתי-חוקי תהווה שיקול במסגרת בחינת האפשרות להמשיך להחזיקו כחפץ תפוס (רע"פ 4526/18 אלוביץ' נ' מדינת ישראל, פסקה 24 (5.8.2018)). וביחס לבקשות חיפוש בחומר מחשב, ציין חברי השופט אלרון כי: "מתן צו חיפוש בנסיבות כאלה לא יביא לאותה פגיעה 'רגילה' שהייתה נגרמת בפרטיותו של הנחקר אילו ניתן צו חיפוש מראש – אלא לפגיעה מתמשכת בפרטיותו, אשר חמורה ועמוקה ביחס למצב הדברים הרגיל" (פסקה 29 להחלטתו בעניין אורין הראשון). פגיעה חמורה ומתמשכת כזו ראויה, לגישתי, להילקח בחשבון בעת ההכרעה בבקשה לצו חיפוש.

113. השילוב בין הטעם הכללי הנוגע לחובותיה של המדינה בעת הגשת בקשות בשלב החקירה, ובין הטעם הספציפי הנוגע למידתיות הפגיעה בפרטיות במסגרת החיפוש במחשב, מוביל למסקנה כי השופט שדן בבקשה לצו חיפוש במחשב נדרש לבחון את השלכותיו של חיפוש בלתי-חוקי קודם שבוצע באותו המחשב במסגרת הכרעתו בבקשה. בהקשר זה יש להדגיש כי ביחס למסקנה זו שוררת למעשה הסכמה מלאה בין כלל השופטים בבית משפט זה שדנו בהליכים השונים בעניין אורין, ואף הערכאות הנמוכות שדנו בעניין זה בחנו את השפעת החיפוש הבלתי-חוקי במסגרת הכרעתן (עניין אורין השני, בפסקה 17 לחוות דעתו של השופט קרא). הצדדים להליך אף הם לא חלקו על כך שחיפוש בלתי-חוקי קודם הוא שיקול שיש להתייחס

אליו במסגרת ההכרעה בבקשת החיפוש (ראו, בין היתר, פסקה 4 להשלמת הטיעון מטעם המדינה בדיון נוסף אוריך; פסקה 27 לעמדת הסניגוריה בדיון נוסף אוריך). גדר המחלוקת, שאליה נידרש כעת, היא האופן שבו יש להביא שיקול זה במניין השיקולים שעל בית המשפט לבחון כבואו להחליט בבקשת חיפוש בחומר מחשב.

ג. המשקל שיש להעניק לחיפוש בלתי-חוקי קודם במסגרת הדיון בבקשה לצו החיפוש

114. מכלול השיקולים שעל השופט הדין בבקשה לצו חיפוש במחשב לשקול כבואו להכריע בבקשה, הוצג לעיל בפסקאות 71-76, ובשים לב למורכבותו של שלב החקירה אינני סבורה כי ניתן לקבוע מראש נוסחת איזון מדויקת בין כלל השיקולים – לרבות השיקול הנוגע לחיפוש בלתי-חוקי קודם. המבחנים שנקבעו בהלכת יששכרוב נוגעים, כאמור, לקבילות הראיות ואינם רלוונטיים בשלב החקירה; כך, לגישתי, גם דוקטרינת "ההגנה מן הצדק", שבה הציע המשנה לנשיאה מלצר לעשות שימוש ואשר חלה, ככלל, משלב הגשת כתב האישום ואילך ולא קודם לכן (סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי; ראו גם: הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 51) (הגנה מן הצדק), התשס"ז-2007, ה"ח הכנסת 138, שבו הובהר כי טענת ההגנה מן הצדק היא טענה מקדמית שעשויה "לעמוד לרשותו של נאשם בפלילים בפתח הדיון במשפטו").

עם זאת, ואף מבלי לקבוע מתווה מפורט לעריכת האיזון בין אי-חוקיות שקדמה לבקשת החיפוש ליתר השיקולים שיש לשקול במסגרת הדיון בבקשה – ראיתי טעם לעמוד על מספר עקרונות שעל בסיסם יש לקיים איזון כאמור, וזאת בשים לב לסוגיות שעוררו מחלוקת במסגרת ההליכים בעניין אוריך.

115. ראשית, אני שותפה לעמדתו של חברי השופט סולברג כי תנאי לבירור נפקותו של חיפוש בלתי-חוקי קודם במסגרת הדיון בבקשת החיפוש הוא ש"אי-החוקיות וזיקתה לבקשה למתן צו החדירה ברורות דין, ואינן מצריכות בירור ראיתי מעמיק נוסף, הכולל חקירות עדים ומעורבים" (פסקה 50 לחוות דעתו בעניין אוריך השני). זאת, בהינתן מאפייניו של שלב החקירה שעליהם עמדתי לעיל, אשר אינם מאפשרים בירור עובדתי ומשפטי מורכב בהקשר זה, בפרט בהינתן הקביעה לפיה ברוב המוחלט של המקרים יש לערוך את הדיון בבקשה לצו החיפוש במעמד צד אחד. ויודגש – אף אם בית המשפט סבור כי נוכחותו של צד מסוים היא הכרחית ומשכך יש לפעול על פי החריג לכלל ולקיים את הדיון במעמד הצדדים, יש לתחום את הדיון

בעניין אי-החוקיות על מנת למנוע את התמשכותו יתר על המידה, באופן העלול לסכל את המשך החקירה.

116. שנית, ככל שהזיקה בין החיפוש הבלתי-חוקי ובין הגשת בקשת החיפוש היא הדוקה יותר, וככל שנסיבות קרות הפגם חמורות יותר – על בית המשפט להעניק משקל רב יותר לחיפוש הבלתי-חוקי שקדם להגשת הבקשה, בכואו לאזן בין שיקול זה ליתר השיקולים הרלוונטיים להכרעה בבקשה.

בהקשר זה מקובלת עליי טענת הסניגוריה לפיה שאלת הזיקה בין אי-החוקיות לבקשת החיפוש היא שאלה מורכבת ובמסגרתה יש לבחון בהיבט האיכותי עד כמה השפיע החיפוש הבלתי-חוקי על התשתית העובדתית שעמדה בבסיס בקשת החיפוש, וכן על החלטת הרשות החוקרת להגיש את הבקשה (פסקה 50 לעמדת הסניגוריה בדיון נוסף אור"ד). כך למשל, אם בית המשפט ייווכח כי כל מטרת הבקשה היא "להלבין" חומרים שכבר הושגו במסגרת החיפוש הבלתי-חוקי, ברי כי הזיקה בהקשר זה היא הדוקה ביותר (ראו והשוו: הרדוף, בעמ' 76). אשר לחומרת הפגם, ככל שהחיפוש הבלתי-חוקי נעשה בזדון (להבדיל מטעות בתום לב); חזר על עצמו מספר רב של פעמים, או כחלק ממדיניות שיטתית; או בוצע תחת כפייה, איומים או אלימות – תגבר הנטייה לקבוע כי מדובר בפגם חמור שנפל בהתנהלות הרשות החוקרת (ראו: עניין אור"ד הראשון, בפסקה 34; וראו גם: פסקה 28 להשלמת הטיעון מטעם המדינה בדיון נוסף אור"ד).

117. שלישית, איני סבורה כי יש לקבל את עמדת המבקשים בדיון נוסף אור"ד לפיה אם בוצע חיפוש בלתי-חוקי, ברירת המחדל תהיה דחיית הבקשה (דבריו של עו"ד חדד בעמ' 22 לפרוטוקול הדיון מיום 27.7.2021). וכבר נפסק בהקשר זה כי "לא ראוי כי פעולה פסולה שנעשתה נגד חשוד, אפילו פעולה פלילית, תייצר עבורו או עבור מחשבו חסינות מפני כל פעולת חקירה עתידית" (הרדוף, בעמ' 76; והשוו להחלטות שבהן נקבע כי מעצר בלתי-חוקי קודם לא יהווה שיקול מכריע לדחיית בקשת המעצר: בש"פ 1219/12 אלקריץ נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (14.2.2012); בש"פ 9113/12, בפסקה 5). עם זאת, ייתכנו מקרים שבהם עצם קרות החיפוש הבלתי-חוקי עשוי להוות שיקול מכריע שיצדיק לבדו את דחיית הבקשה (ראו עניין אור"ד השני, פסקה 1 לחוות דעתו של השופט קרא). אך תוצאה כזו יש להגביל, לגישתי, למצבים קיצוניים ולנסיבות חריגות ביותר שבהן התנהלותן של רשויות החקירה יש בה משום פגיעה אנושה במיוחד בעיקרון שלטון החוק ובזכות הפרטיות.

118. טיכום ביניים: יש לאפשר לבית המשפט הדן בבקשה לבחון את התמונה (החלקית) העומדת לנגד עיניו בשלב החקירה, ולאזן בכל מקרה לגופו בין הפגם שנפל בהתנהלות הרשות החוקרת ובין שיקולים נוספים דוגמת המטרה שלשמה דרוש הצו, חומרת העבירות הנחקרות ומעמדו של בעל המחשב או המחזיק בו ביחס לחקירה (עניין אוריך הראשון, בפסקאות 32-33).

119. לכאורה, ניתן היה לסיים כאן את הדיון העקרוני בסוגיית אי-חוקיותו של חיפוש קודם במחשב שלגביו מתבקש צו חיפוש. עם זאת, סוגיית נפקותה של אי-החוקיות עשויה לעתים לשוב ולעלות במסגרת ההליך העיקרי, ככל שיוחלט על הגשת כתב אישום. זאת, במצבים שבהם בית המשפט קבע כי חרף חיפוש בלתי-חוקי קודם יש מקום ליתן את צו החיפוש המבוקש במחשב, וכן במצבים שבהם השלכותיה של אי-החוקיות לא נדונו בשלב החקירה, בין מכיוון שטיבה לא היה ברור דיו באותה העת ובין מכיוון שעצם קיומה לא היה ידוע.

ביחס לשאלה כיצד יש לבחון את נפקות אי-החוקיות במסגרת ההליך העיקרי, התעוררה מחלוקת בין שופטי ההרכב בעניין אוריך השני. השופט קרא סבר כי יש ליישם את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שעוגנה בעניין יששכרוב (פסקה 17 לחוות דעתו); המשנה לנשיאה מלצר סבר כי יש להחיל את אמות המידה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק (הגם שלגישתו המועד הראוי לכך הוא בשלב החקירה ולא בשלב ההליך העיקרי; ראו פסקאות 18 ו-25 לחוות דעתו); והשופט סולברג סבר כי ככל שקיימת הצדקה לקיים בהליך העיקרי את הדיון בהשלכות של אי-החוקיות – על המותב הדן בהליך העיקרי לבוא "בנעלי" השופט שדן בבקשה לצו חיפוש, ולבחון מחדש "האם נוכח הפגם שנתגלה, נכון היה ליתן את הצו מלכתחילה" (פסקה 52 לחוות דעתו).

משכך ראיתי מקום להעיר מספר הערות בלתי-ממצות אף לעניין זה.

ד. בחינת ההשלכות של החיפוש הבלתי-חוקי במסגרת ההליך העיקרי

120. ככלל, בבוא בית המשפט הדן בהליך העיקרי לבחון ראיות הוא אינו כבול למסקנות שיפוטיות שאליהן הגיע המותב שדן בתיק בשלב החקירה (ראו, למשל: בש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 133, 146-150 (1996); עניין ממט, בפסקה 9; בש"פ 1572/05 זוארץ נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (10.4.2005); ע"ח (מחוזי חי') 52758-07-21 בן הרוש נ' משטרת ימ"ר חוף, פסקאות 27-31

(1.8.2021); כן ראו קיטאי סנג'רו, בעמ' 302). כמו כן, כאשר מתעורר צורך לבחון החלטות שיפוטיות שניתנו בשלב החקירה או פעולות שביצעו הרשויות באותו השלב, נעשית הבחינה על רקע השיקולים שנבחנו בזמן אמת והמידע שהיה קיים באותה העת, ולא על בסיס מידע שהתגלה בהמשך (ראו למשל: בש"פ 2477/15 גבאי נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (4.5.2015); ע"פ 5104/06 בניירישלויל נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (21.5.2007); ע"פ 5923/07 שתיאווי נ' מדינת ישראל, פסקה 12 (6.4.2009); ע"פ (מחוזי חי') 22379-08-20 שומכר נ' מדינת ישראל, פסקה כ"ו (19.11.2020); ע"פ (מחוזי נצ') 42878-06-16 סכס נ' מדינת ישראל, פסקה 33 (13.12.2016); כן ראו קיטאי-סנג'רו, בעמ' 365).

שני טעמים לדבר: הטעם הראשון הוא ההבנה כי אי-הוודאות השוררת בשלב החקירה מחייבת קבלת החלטות תחת ערפל מסוים, כך שהניסיון לבקר החלטות שניתנו בשלב זה על בסיס מידע שהתגלה מאוחר יותר הוא בבחינת "חוכמה שלאחר מעשה", ועלול להוביל למסקנות מוטעות בנוגע לצדקת ההחלטות שניתנו. הטעם השני נוגע למהותו של ההליך העיקרי ולתפקידו התחום והמוגדר של בית המשפט הדין בו: לקבוע את אשמתו או חפותו של נאשם ולגזור את עונשו בהתאם (יעקב קדמי על סדר הדין בפלילים: חלק שני – הליכים שלאחר כתב אישום כרך א 1498-1496 (מהדורה מעודכנת, 2009); שם, כרך ב, בעמ' 1653-1654). במסגרת זו, גם כאשר נקבע שנפל פגם בהחלטה שיפוטית משלב החקירה, הבחינה שמקיים בית המשפט הדין בהליך העיקרי מתמקדת בהשלכות של אותה ההחלטה על עניינו של הנאשם – למשל, בשאלת הקבילות והמשקל של הראיות שנאספו – ולא בצדקת ההחלטה השיפוטית לגופה (ראו לדוגמא: ע"פ 2996/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקאות נ"ו-נ"ט (11.5.2011); ת"פ (שלום י-ם) 23015-03-15 מדינת ישראל נ' טופולנסקי, פסקה 10 (22.12.2016); ת"פ (שלום י-ם) 1934/05 מדינת ישראל נ' ואנונו (19.2.2006)).

ובענייננו, אי-הוודאות שבפניה ניצב בית המשפט הנדרש להכריע בבקשה לצו חיפוש במחשב, איננה שונה באופן מהותי מאי-הוודאות שאופפת החלטות רבות אחרות שניתנות בשלב החקירה. משכך, גם אם מתעורר ספק בנוגע לחוקיותו של חיפוש קודם שבוצע באותו המחשב – וצו החיפוש ניתן על רקע תמונה "חסרה, עמומה, חלקית" (פסקה 51 לחוות דעתו של השופט סולברג בעניין אוריך השני) – עובדה זו אינה מצדיקה, כשלעצמה, את שינוי אמת המידה המהותית שלאורה בוחן בית המשפט הדין בהליך העיקרי את צו החיפוש. כמו כן, הכניסה "לנעלי" המותב

שדן בבקשה לצו חיפוש, וההכרעה בבקשה "מחדש" תוך התחשבות במידע שלא היה נגיש בזמן אמת – יש בה, לגישתי, משום חוכמה שלאחר מעשה וסטייה מהיחס שבין שלב החקירה ובין שלב ההליך העיקרי.

זאת ועוד – בית המשפט שדן בהליך העיקרי נדרש לבחון את ההצדקות לצו חיפוש במחשב, לרבות צו שקדם לו חיפוש בלתי-חוקי באותו המחשב, ככל שלתוצרי צו החיפוש עשויים להיות השלכות על הכרעת דינו או גזר דינו של נאשם. לשם כך, עליו להשתמש באותם הכלים שעומדים לרשותו בכואו לדון בראיות אחרות אשר נטען כי הושגו שלא כדין. כלים אלו הותוו בדוקטרינת הפסילה הפסיקתית שמקורה בהלכת יששכרוב, וכן באמות המידה שנקבעו בפסיקה שבאה בעקבותיה בכל הנוגע לראיות נגזרות – דהיינו, ראיות שאיתורן התאפשר בשל קיומה של ראיה שדבקה בה אי-חוקיות (עניין פרחי, בעמ' 664).

121. הנה כי כן, בתרחיש שבו חיפוש בלתי-חוקי במחשב קדם לצו חיפוש שניתן באותו המחשב, על המותב הדן בהליך העיקרי להידרש לשתי שאלות עיקריות: תחילה עליו לבחון אם אי-החוקיות שהייתה כרוכה בחיפוש הקודם מובילה, בהתאם למבחני הלכת יששכרוב, לפסילת תוצרי החיפוש הבלתי-חוקי (ראו, למשל: ת"פ (מחוזי ב"ש) 65130-02-18 מדינת ישראל נ' פלונית, פסקאות 25-50 (20.6.2019); ת"פ (מחוזי ת"א) 40074-07 מדינת ישראל נ' ברכה, בעמ' 145-146 (27.5.2008)). ככל שהתשובה לשאלה זו היא חיובית, בשלב השני יש לבחון האם הראיות שהתקבלו כתוצאה מצו החיפוש שניתן לאחר מכן הן ראיות נגזרות אשר יש לפסול אותן. בהקשר זה נקבע בפסיקה כי יש לבחון את "אופייה וחומריתה של אי החוקיות שהובילה להשגת הראיה הראשונה, טיב הראיה הנגזרת בה מדובר, והזיקה בינה לבין אי החוקיות שהייתה כרוכה בניהול החקירה" (עניין יששכרוב, בעמ' 565). על רקע זה הובהר בעניין פרחי כי ראיה נגזרת תהיה, ככלל, קבילה – אך "לא תהיה חסינה לעולם מפני פסילה" (שם, בעמ' 664). עוד נקבע כי בכוא בית המשפט לבחון את טיב הזיקה בין הראיות הנגזרות ובין הראיה הראשית והבלתי-חוקית, עליו לבחון שני שיקולים שהתקיימותם תיבחן בכל מקרה לגופו "ובהתאם למדיניות השיפוטית הראויה ולשכל הישר" (שם, בעמ' 667): האחד הוא קיומו של קשר סיבתי עובדתי – קרי, סיבתיות עובדתית "בין קיומה של הראיה הראשית לבין אפשרות השגתה של הראיה הנגזרת ממנה". השני הוא קשר סיבתי משפטי, שבמסגרתו מיושמים שיקולי מדיניות לשם קביעה "מתי תיחוס התוצאה לפעולה מסוימת בשרשרת העובדתית שהובילה, בסופו של דבר, להתקיימותה" (שם, בעמ' 665-666).

122. אוסיף ואציין עוד שלא ניתן לשלול את האפשרות כי במקרים חריגים שבהם נפל פגם חמור בהתנהלות רשויות האכיפה, עשוי לקום לנאשם גם בסיס לטענה של הגנה מן הצדק (לפירוט ראו, בין היתר: עניין בורוביץ, בעמ' 806-809; ע"פ 10477/09 מובארק נ' מדינת ישראל, פסקה 153 (10.4.2013); רע"פ 1611/16 מדינת ישראל נ' ורדי, פסקאות 55-62 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה מלצר (31.10.2018); כן ראו סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי). אכן, בין דוקטרינת ההגנה מן הצדק ובין דוקטרינת הפסילה הפסיקתית קיימים קשרי-גומלין מובהקים, שכן "התכלית של הוגנות ההליך משמשת להם כמכנה משותף" (עניין פרחי, בעמ' 647). אולם, דוקטרינת הפסילה הפסיקתית היא כלי ספציפי וממוקד יותר, אשר מותאם לתרחיש שבו ראיות שעליהן מסתמכת התביעה הושגו שלא כדין (שם; ראו גם ע"פ 2868/13 חייבטוב נ' מדינת ישראל, פסקה 10 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארז ופסקה 9 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה מלצר (2.8.2018)). משכך, אף שניתן להיעזר בדוקטרינת ההגנה מן הצדק לשם בחינת נפקותו של חיפוש בלתי-חוקי במחשב שקדם לצו חיפוש – דוקטרינת הפסילה הפסיקתית היא, לגישתי, כלי מתאים יותר לענייננו והאמצעי העיקרי שבו על בית המשפט להיעזר בהקשר זה.

מן הכלל אל הפרט

123. לאחר הדברים האלה, יש להידרש לנסיבות הפרטניות של עניין שמעון ועניין אורין. כאמור לעיל, ההליך בענייניו של שמעון הגיע לפתחו של בית משפט זה כבקשה להחזרת תפוס מכוח סעיף 34 לפקודת החיפוש. במסגרת הליך זה הורה בית משפט השלום בפתח תקווה, לאחר דיון שהתקיים במעמד הצדדים, על ביטול צו חיפוש שניתן קודם לכן על ידי מותב אחר באותו בית משפט, ובהמשך – לאחר דיון במעמד הצדדים – נעתר לבקשה מתוקנת של הרשויות והוציא צו חיפוש במכשירו של שמעון. ערר שהגיש שמעון על החלטה זו לבית המשפט המחוזי נדחה על הסף, בנימוק שלא מוקנית לשמעון זכות השגה על החלטה בבקשה לצו חיפוש במחשב – ועל רקע זה הוגשה בקשת רשות ערר אשר הוכרעה בפסק הדין בעניין שמעון. כפי שציין השופט (כתוארו אז) הנדל, מדובר בהשתלשלות אירועים שרחוקה מלהיות שגרתית (בפסקה 10 לחוות דעתו בעניין שמעון).

124. נוכח מסקנותיי שלעיל בדבר היחס בין הליכי חיפוש והליכי החזרת תפוס, אני סבורה כי לכתחילה לא נכון היה לדון בבקשה למתן צו החיפוש המתוקן אגב הליך של החזרת תפוס לפי סעיף 34 לפקודה. בהינתן טבעם של הליכי החזרת תפוס, שעליו עמדתי בהרחבה לעיל, ניתן להבין מדוע הדיונים מיום 5.7.2020 ו-15.7.2020 התקיימו במעמד הצדדים. אולם, אילו הבקשה המתוקנת של המשטרה לצו חיפוש

בעניינו של שמעון (אשר עמדה במוקד הדיון שהתקיים ביום 15.7.2020) הייתה מוגשת כהלכה – קרי, כהליך חדש מסוג בקשה לצו חיפוש ולא כבקשה במסגרת הליך החזרת התפוס – ספק רב בעיניי אם היה מקום לקבוע כי הדיון בבקשה יתקיים במעמד הצדדים, והדבר ממחיש את הצורך בהפרדה דיונית בין בקשת החיפוש ובין הליכי החזרת תפוס. עם זאת, נוכח אי-הבהירות שהייתה קיימת בנוגע לסדרי הדין בבקשה לצו חיפוש, ונוכח חוסר האחידות בפרקטיקה בהקשר זה, אינני סבורה כי יש מקום להורות על ביטול צו החיפוש שהעניק בית משפט השלום במסגרת הליך החזרת התפוס. לגישתי, בנסיבות העניין לא ניתן ולא ראוי להחזיר את הגלגל לאחור, ויש להכריע בעניינו של שמעון על רקע השלב הדיוני שבו אנו מצויים כעת: לאחר שצו החיפוש הראשון בוטל במסגרת הליך החזרת התפוס; לאחר שהמשטרה הגישה בקשה מתוקנת לצו חיפוש במסגרת אותו ההליך; ולאחר שבית משפט השלום נעתר לבקשה והוציא צו חיפוש בטלפון החכם של שמעון.

125. עוד אני סבורה כי צדק בית המשפט המחוזי משקבע כי לא מוקנית לשמעון זכות לפתוח בהליך השגה על מתן צו החיפוש – בין באופן ישיר באמצעות ערר או ערעור, ובין בערר על החלטה בעניין תפיסה לפי סעיף 38א לפקודת החיפוש. מקובלת עליי, אפוא, דעת הרוב בפסק הדין בעניין שמעון לפיה היה מקום לדחות את הבקשה לרשות ערר שהגיש שמעון, כך שהחלטת בית משפט השלום שנעתרה לבקשה לצו חיפוש תיוותר על כנה ועיכוב ביצועה יבוטל. לצד זאת, טענותיו והשגותיו של שמעון בעניין צו החיפוש והראיות שתושגנה מכוחו – שמורות לו, והוא רשאי להעלותן בהליך העיקרי, ככל שיוגש נגדו כתב אישום, או בהליכים אחרים מחוץ למישור הפלילי, והכל בהתאם להוראות הדין (ראו פסקה 53 לעיל).

126. אשר למבקשים בדיון נוסף אודות – החיפוש בטלפונים הניידים שלהם בוצע כאמור ללא צו שיפוטי, בניגוד לדרישה הקבועה בסעיף 23א לפקודה. אף שלא נדרשנו לסוגיה זו בהליכים דנן, אין חולק כי החיפוש בוצע בלא שניתנה "הסכמה מדעת" של בעלי הטלפונים הניידים, משום שלא הובהר להם כי הם רשאים לסרב לחיפוש בלא שסירוב כזה ייזקף לחובתם. לפיכך, אין חולק כי החיפוש בוצע שלא כדין, ובשל כך יש לברר את נפקות אי-החוקיות על ההכרעה בבקשות החיפוש.

במצב הדברים הרגיל, ייתכן שהיה מקום להחזיר את העניין לערכאה הדיונית על מנת שתקבל החלטה חדשה בהתאם לעקרונות שהותוו לעיל, בכל הנוגע להשלכותיו של חיפוש בלתי-חוקי קודם על ההכרעה בבקשה לצו חיפוש. עם זאת, אינני סבורה שיש לעשות כן בעניינו, משנסיבות העניין נדונו בשישה "גלגולים"

שונים, בשלוש ערכאות, בהם נותחה השתלשלות הדברים לפני ולפנים. יש לזכור כי דיון נוסף אינו ערעור נוסף וכי "ההכרעה בדיון הנוסף עצמו צריכה להתבסס ממילא על הממצאים העובדתיים שנקבעו בהליכים הקודמים לדיון הנוסף" (יגאל מרזל "סעיף 18 לחוק-יסוד: השפיטה – 'דיון נוסף' בדיון הנוסף" ספר דורית ביניש 181, 255 (קרן אזולאי, איתי בר סימן טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים, 2018)). לא למותר להוסיף כי בהתאם למסקנות שאליהן הגעתי, למבקשים בדיון נוסף אודות כלל לא הוקנתה לכתחילה זכות ערר לבית המשפט המחוזי. לבסוף, יש לציין כי חלפו למעלה משנתיים ממועד ההחלטה הראשונה ביחס לצווי החיפוש, ובינתיים חל עיכוב ניכר בחקירה הפלילית בעניינם של המבקשים.

127. בשים לב לעקרונות שהותוו בחוות דעתי, אני סבורה כי בצדק קבע חברי השופט קרא כי החלטת בית משפט השלום בתל אביב-יפו בצ"ח 51782-10-19 מיום 30.10.2019 (להלן: ההחלטה הראשונה) "מבטאת שיקול נכון וראוי של מכלול הנסיבות, לרבות אי החוקיות שבחיפוש המוקדם שנערך ומתווה החיפוש המצומצם שהוצע [...] " (בפסקה 17 לחוות דעתו בעניין אודות השני). כך, במסגרת ההחלטה הראשונה הבהיר בית משפט השלום כי בשלב החקירה "לא נקבעים מסמרות בשאלות של קבילות ופסילת ראיות" (שם, בעמ' 29), ונבחנת השפעת החיפוש הבלתי-חוקי על ההכרעה בבקשות החיפוש מבלי שניתן משקל מכריע לפגם שנפל בהתנהלות הרשות החוקרת. בית משפט השלום התייחס לזיקה בין תוצרי החיפוש הבלתי-חוקי ובין התשתית הראייתית ששימשה בסיס להגשת הבקשות, וקבע כי גם ללא החיפוש הבלתי-חוקי בטלפונים הניידים של המבקשים בדיון נוסף אודות, התשתית הראייתית הייתה מספקת לצורך הוצאת צווי החיפוש בעניינם. אשר לחומרת הפגם, צוין כי הפסקת החיפוש מיד לאחר הבעת ההתנגדות של בעלי הטלפונים מלמדת שלא מדובר בפגיעה מכוונת או בפגיעה בחוסר תום לב. לצד זאת, בחן בית משפט השלום שורה של שיקולים נוספים הנוגעים לבקשה ובכלל זאת את חומרת החשדות, נחיצות הצו להמשך החקירה והיקף החיפוש המבוקש, ובסופו של דבר הגיע למסקנה ש"לנוכח השלב הדיוני הנוכחי, וגם לאחר התחשבות בפגיעה בזכויות החשודים ובפגמים שנפלו בחקירה, מצאתי, לאחר התלבטות, לקבל את בקשת [המשטרה] לצווי החיפוש המדודים אשר מציעים חיפוש 'כירורגי' ומוגדר, תחת פיקוח שיפוטי צמוד" (שם, בעמ' 30).

128. אומנם, בעקבות פסק הדין בעניין אודות הראשון, שינה בית משפט השלום את החלטתו המקורית וקבע כי יש לקבל את הבקשה למתן צו חיפוש רק בעניינו של

המבקש 2 בדיון נוסף אודיך, ולדחותה ביחס ליתר המבקשים (להלן: ההחלטה השנייה). בית משפט השלום ציין כי פער זה נובע בעיקרו מכך שבמסגרת ההחלטה הראשונה לא נבחנה הזיקה בין תוצרי החיפוש הבלתי-חוקי ובין עצם החלטת היחידה החוקרת להגיש את הבקשה לצווי החיפוש (שס, בפסקה 21). כפי שצוין בפסקה 116 לעיל, אף אני סבורה שבמסגרת הבחינה המורכבת של שאלת הזיקה יש לבחון את השפעת תוצרי החיפוש הבלתי-חוקי על התנהלותה של הרשות החוקרת ועל בחירתה להגיש את בקשת החיפוש. אולם, יש לזכור ששאלת הזיקה – בדומה ליתר השיקולים שעליהם עמדתי בהקשר זה – אינה מטה את הכף באופן אוטומטי. היא מהווה רק חלק אחד מהמשקל הכולל של הפגם בהתנהלות הרשות החוקרת. לפיכך, ואף בהנחה שהחיפוש הבלתי-חוקי אכן השפיע על פעולות חקירה נוספות (דוגמת ההודעות שנגבו מהנחקרים), אני סבורה שבראי העקרונית שעליהם עמדתי לעיל יש בכך כדי להפוך את המסקנה שאליה הגיע בית משפט השלום בהחלטה הראשונה. זאת, בפרט בשים לב לקביעותיו של בית המשפט בהחלטה השנייה לפיהן [...] גם ללא תוצרי החיפוש [הבלתי-חוקי], מתקיימת תשתית ראייתית טובה המבססת את הצווים במועד הגשת הבקשות" (שס, בפסקה 20); וכן "לא מצאתי כל תימוכין לסברה לפיה הבקשות לצווים נועדו אך להכשיר את תוצרי החקירה (הטענה לצווי הלבנה) אלא מצאתי תימוכין לכך שהבקשות כווננו לראיות חדשות דווקא" (שס, בפסקה 24).

129. בנסיבות אלה, לא ראיתי מקום לשנות מן התוצאה האופרטיבית שנפסקה בדעת רוב בעניין אודיך השני, ואני סבורה כי יש להותיר את צווי החיפוש על כנם וכן להורות על ביטול עיכוב ביצועם.

לפני סיום אשוב ואבהיר כי אין בתוצאה זו כדי לגרוע מן הפסול בהתנהלות הרשות החוקרת בעניינם של המבקשים בדיון נוסף אודיך. יש לצפות כי מקרים מסוג זה לא יישנו וכי גורמי אכיפת החוק יפעלו בהתאם לדין ובגדר הסמכויות המוקנות להם, וישכילו להפיק לקחים מן הפגמים שעליהם עמדו הערכאות השונות במסגרת גלגוליו השונים של עניין אודיך. כפי שציין חברי השופט אלרון – "לא יעלה על הדעת כי במסגרת מאמצייהן למיגור הפשיעה יבצעו חוקרי המשטרה פעולות המנוגדות לדין, שהרי אין מתקנים עוול בעוול" (עניין אודיך הראשון, בפסקה 47).

130. ההליכים שלפנינו נוגעים לשניים מבין עשרות אלפי הליכים מסוג זה המוגשים מדי שנה במסגרת חקירות פליליות, ועניינם בבקשות למתן צו חיפוש שאותו מבקשות רשויות החקירה לבצע במחשבים, ובפרט בטלפונים חכמים. השפעתם של הליכים אלה על נחקרים וכן על צדדים שלישיים שכלל אינם קשורים לחקירה, היא עצומה. אכן, ביצוע חיפוש בחומר מחשב הוא כלי משמעותי בידי רשויות החקירה ובאמצעותו ניתן לקדם את האינטרס הציבורי ללחימה בפשיעה ולזרז ולייעל את החקירות – ואלו מטרות שלא ניתן להפריז בחשיבותן. אך אין לשכוח כי מאחורי כל חיפוש במחשב, ובפרט בטלפון חכם, ניצב אדם שכל עולמו האישי, העסקי, המשפחתי ולעתים המידע האינטימי ביותר לגביו עלול להיחשף לעיניים זרות. מדובר, אפוא, בפעולת חקירה פולשנית ביותר, שיש לבצעה מתוך תשומת לב מרבית להשלכות מרחיקות-הלכת שהיא נושאת עמה, ובטרם יתאפשר ביצועה מחויבים רשויות החקירה וכן בתי המשפט לשקול האם פעולה זו אכן נדרשת וכיצד ניתן לצמצם למינימום האפשרי את הפגיעה שתיגרם בעקבותיה.

131. עד כה אמרנו את שניתן לומר על בסיס הדין הקיים. אך נוכח חשיבותן ומורכבותן של הסוגיות הכרוכות בחיפוש בחומר מחשב, מן הראוי לשוב ולעמוד על הצורך בהסדרה כוללת של היבטים אלה על ידי המחוקק – ויפה שעה אחת קודם. בית משפט זה עמד כבר לפני למעלה מעשור בעניין היינץ על הצורך בהסדרה מקיפה וכוללת של תחום זה, והדברים נכונים וביתר שאת גם כיום, על רקע השינויים הטכנולוגיים המאפשרים לכל אחד מאיתנו לרכז עוד ועוד ממדים של חיינו במרחב הדיגיטלי.

132. סיכומם של דברים – עד אשר יעשה המחוקק להסדרת כלל הסוגיות הרלוונטיות בנושא זה, אציע לחבריי לקבוע כי הדיון בבקשות לחיפוש בחומר מחשב ייערך במעמד צד אחד, בהתאם לאמות המידה שצוינו בפסקאות 66-77 לעיל, וכי לבית המשפט שמורה הסמכות לקיים דיון במעמד הצדדים במקרים חריגים; כי לא תינתן זכות השגה על החלטת בית המשפט בבקשה; וכי במקרים שבהם ידוע כי בוצע חיפוש בלתי-חוקי במחשב קודם שנתבקש צו חיפוש לגביו, הפגם האמור יהווה שיקול במסגרת ההכרעה בבקשה למתן צו חיפוש באותו המחשב, אותו יש לאזן עם מכלול השיקולים הנוגעים לבקשה.

בכל הנוגע לעניינם הפרטני של שמעון והמבקשים בדיון נוסף אודות, אציע לחבריי להותיר על כנן את התוצאות האופרטיביות שנפסקו בעניין שמעון ובעניין

ה נ ש י א ה

השופט י' אלרון:

1. קראתי את חוות דעתה המפורטת של חברתי הנשיאה, א' חיות – ועמדתי שונה.

הדיונים הנוספים שלפנינו מאגדים סוגיות כבדות משקל באשר לאופן הוצאת צו חיפוש במחשב – ובכלל זה במכשיר טלפון נייד חכם.

עד להליכים שבמוקד הדיונים דנן, בית משפט זה טרם נדרש לדיון מקיף באופן הוצאת צווי חיפוש במחשב ובמכשיר טלפון נייד חכם, ובשיקולים הדרושים לשם כך. אף המחוקק לא הסדיר את הנושא בפירוט. זאת, חרף הפגיעה החמורה בפרטיות הכרוכה בביצוע חיפושים במכשירים אלו והשימוש הנרחב והמשמעותי בהם במסגרת חקירות פליליות – למעלה מ-20 אלף בקשות למתן צו חיפוש במכשירי טלפון נייד מוגשות לבתי המשפט מדי שנה ובמקרים רבים נוספים רשויות החקירה מבצעות חיפושים במכשירים אלו ללא צו, לאחר קבלת הסכמת הנחקר לחיפוש, אף שחוקיות חיפושים אלו, לכל הפחות, מוטלת בספק (ראו בש"פ 5105/20 שמעון נ' מדינת ישראל, פסקה 24 לחוות דעתי (25.5.2021) (להלן: בש"פ שמעון)).

כפי שיורחב להלן, סעיף 23א לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט–1969 (להלן: פקודת החיפוש), אשר נוסחו יובא בהמשך, אינו מתייחס לאפשרות לדון בבקשה למתן צו חיפוש במכשירים אלו במעמד צד אחד; ואף לא לשאלה האם קיימת זכות ערעור או ערר על החלטות בבקשות למתן צו חיפוש כאמור; כך גם השיקולים שעל בית המשפט לבחון במסגרת הדיון בבקשה, אינם מנויים בו.

סוגיות אלו הן שבמוקד ההליכים שלפנינו.

כמפורט בהחלטותיי בבש"פ שמעון ובכש"פ 7917/19 אוריך נ' מדינת ישראל (25.12.2019) (להלן: עניין אוריך הראשון), הרי שבניגוד לעמדת חברתי הנשיאה, אני סבור כי יש לקיים את הדיון בבקשה למתן צו חיפוש במחשב במעמד הצדדים, אלא אם קיים יסוד סביר לחשש מפני סיכול החיפוש או שיבוש החקירה כתוצאה מכך; וכי, ככלל, ניתן להשיג על ההחלטה בבקשה למתן צו חיפוש שכזה – בין אם בדרך של ערעור, ובין אם בדרך של בקשה לעיון מחדש בהחלטה, במקרים בהם ניתנה במעמד צד אחד והדבר מתאפשר. בהתייחס לשיקולים הרלוונטיים למתן צו חיפוש במחשב, עודני סבור כי יש להתחשב, בין היתר, בפעולות חקירה אחרות שננקטו – ובכלל זה, בפעולות בלתי חוקיות שעל בסיס תוצריהן הוגשה הבקשה למתן צו החיפוש.

בשל מרכזיותן של סוגיות אלו, אשוב להלן על עיקרי עמדתי, ואתייחס למספר סוגיות שלא התעוררו במסגרת החלטותיי הקודמות.

רקע – חדירה למחשב וצו חיפוש במחשב

2. בעשורים האחרונים הפך השימוש במחשבים לשכיח עד מאוד, וכיום בכיסו של כמעט כל אדם "מחשב קטן" – בדמות מכשיר טלפון נייד חכם. מחשבים משמשים מרכיב הכרחי בחיי היום-יום ובעבודה המקצועית, ומסייעים בחיינו האישיים במגוון רחב של תחומים. לימודים, קשרים חברתיים, כתיבה "למגירה" ותחביבים נוספים מתאפשרים והופכים לזמינים יותר ביחס לעבר, הודות למחשבים שברשותנו והנגישות שהם מאפשרים לרשת האינטרנט ("מרשתת"). אולם, בד בבד עם השימוש במחשבים, נאגר מידע רב ומשמעותי על אודות משתמשיהם, הנחשפים לסיכון שתיגרם פגיעה קשה בפרטיותם אם מידע זה ייחשף לעיני כל בניגוד לרצונם ושלא על דעתם (ראו גם בפסקה 29 בחוות דעתה של חברתי הנשיאה א' חיות).

על רקע זה, ועם התרחבות השימוש במחשבים בראשית שנות ה-90, נחקק חוק המחשבים, התשנ"ה-1995 (להלן: חוק המחשבים), אשר נועד "[ל]אגד בתוכו את מכלול ההיבטים הנוגעים למחשב" (דברי ההסבר להצעת חוק המחשבים, התשנ"ד-1994, ה"ח 478, 478) – ובכלל זה היבטים אשר נועדו להגן על פרטיות משתמשי המחשב. בין היתר, נקבע בחוק המחשבים כי חדירה שלא כדין למחשב תהווה עבירה פלילית שעונשה עד 3 או 5 שנות מאסר בפועל, בהתאם לנסיבות העבירה (סעיפים 4 ו-5 שם).

לצד זאת, קבע המחוקק בחוק המחשבים הוראות ייחודיות באשר לאופן בו ניתן לערוך חיפוש במחשב לצרכי חקירה פלילית, שתכליתן לאזן בין הפגיעה בפרטיות הכרוכה בכך, לבין הערך הראייתי הלכאורי שניתן להפיק מהחיפוש. זאת, באמצעות תיקון עקיף לפקודת החיפוש, במסגרתו נוסף לפקודה סעיף 23א, אשר נוסח תחילה כך:

- (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, תשנ"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, ואת תנאי החיפוש ומטרותיו.
- (ג) קבלת מידע מתקשורת בין מחשבים אגב חיפוש לפי סעיף זה לא תיחשב כהאזנת סתר לפי חוק האזנת סתר, תשל"ט-1979."

סעיף 23 לפקודת החיפוש, אליו מפנה כאמור סעיף 23א לפקודה זו, עוסק בתנאים למתן צו חיפוש בחצרים, ומורה:

- "רשאי שופט ליתן צו לערוך חיפוש בכל בית או מקום (להלן – צו חיפוש) אם –
- (1) החיפוש בו נחוץ כדי להבטיח הצגת חפץ לצורך כל חקירה, משפט או הליך אחר;
 - (2) יש לשופט יסוד להניח שהוא משמש להחסנתו או למכירתו של חפץ גנוב, או שנשמר בו או מוחסן בו חפץ שנעברה בו או לגביו עבירה, או ששימש, או מתכוונים להשתמש בו, למטרה לא-חוקית;
 - (3) יש לשופט יסוד להניח שנעברה עבירה או שמתכוונים לעבור עבירה נגד אדם הנמצא בו."

בכך, קבע המחוקק תחילה כי הדרישות למתן צו חיפוש במחשב תהיינה זהות בעיקרון לאלו הדרושות למתן צו חיפוש בחצרים, ואפֿשר ביצוע חיפוש במחשבים שנתפסו במקומות שלגביהם ניתן צו חיפוש – ובלבד שצוין במפורש על גבי הצו כי החיפוש יבוצע גם במחשב, וכן תנאי החיפוש ומטרותיו.

3. סעיף זה תוקן במסגרת חוק לתיקון פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) (תיקון מס' 12) (חיפוש ותפיסת מחשב), התשס"ה–2005. הטעם לתיקון, כעולה מדברי ההסבר להצעת החוק, היה כי לאור השימוש ההולך וגובר במחשבים והפגיעה הייחודית בפרטיות הכרוכה בחיפוש בהם, יש לערוך איזון שונה עת מתבקש צו חיפוש במחשב, בהשוואה לצו חיפוש בחצרים:

"לפי סעיף 23א לפקודה בנוסחו כיום [עובר לתיקון – 'א'], בכדי לבצע חיפוש במחשב יש צורך בצו של שופט המתיר זאת במפורש. על הצו לציין את ההיתר לחדור לחומר מחשב או להפיק פלט, ואת תנאי החיפוש ומטרותיו. בפועל, בית המשפט בהוציאו צווי חיפוש ממלא טקסט אחד המקנה למשטרה סמכות לערוך חיפוש ולתפוס כל מסמך או הפץ הדרוש לחקירה, לרבות מחשב וחומר מחשב. מוצע לקבוע כי על בית המשפט לפרט את מטרות החיפוש ואת תנאיו, תוך הנחיה ברורה כי בצווי חיפוש הנוגעים למחשב וחומר מחשב, על בית המשפט לשקול באופן מיוחד את הפגיעה בפרטיותו של התופס במחשב וצדדים נוספים" (דברי ההסבר להצעת חוק לתיקון פקודת סדר הדין הפלילי(מעצר וחיפוש) (מס' 11) (חיפוש ותפיסת חומר מחשב), התשס"ה–2005, ה"ח הכנסת 149, 150); (ההדגשה הוספה – 'א').

בהתאם לכך, נוסחו המתוקן של סעיף 23א(ב) בפקודת החיפוש מורה כעת כי יש לקבוע בצו החיפוש מטרות ותנאים שיצמצמו את הפגיעה בפרטיות הכרוכה בחיפוש – חלף הדרישה הכללית בנוסחו הקודם:

"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" (ההדגשה הוספה – 'א').

בכך הציב המחוקק שני תנאים מצטברים למתן צו חיפוש במחשב, ובמכשיר טלפון נייד חכם בפרט – השונים בחלקם מאלו שחלים לגבי חיפוש בחצרים:

התנאי הראשון, הוא כי אחת מעילות החיפוש הקבועות בסעיף 23 לפקודת החיפוש, אשר צוטט לעיל, מתקיימת;

והתנאי השני, הייחודי לצווי חיפוש במחשבים, הוא כי מטרת החיפוש ותנאיו ייקבעו בצו עצמו ויבטיחו כי הפגיעה בפרטיותו של אדם לא תהא "מעבר לנדרש" (חוות דעתי בעניין אוד"ר הראשון, בפסקה 24; ובבש"פ שמעון, בפסקה 26).

4. מאז תוקן סעיף 23א(ב) לפקודת החיפוש בשנת 2005 ועד היום, התחדדה עוד יותר החשיבות של עריכת איזון עדין ומדויק בין הצורך לבצע חיפושים במחשבים לשם קידום חקירות פליליות, לבין הזכות לפרטיות של בעל המחשב ואלו הנמנים עם מעגליו החברתיים. זאת, מאחר שהשימוש במחשבים – ובפרט במכשירי טלפון ניידים חכמים – הפך לנפוץ במיוחד. מכשירים אלו מצויים כעת בידיו של כמעט כל אדם, ואוצרים בחובם מידע בלתי נדלה על בעל המכשיר והקרובים לו.

באמצעות מחשבו ומכשיר הטלפון הנייד החכם של אדם ניתן לא פעם ללמוד על עברו ועל תכניותיו לעתיד, כמו גם על תחביביו, לבטיו, רחשי ליבו, מכריו, אהוביו ושונאיו. מקומות בהם שהה מתועדים עם ציון גיאוגרפי מדויק, לעיתים בליווי תמונות, ונאגרים מידי יום במכשיריו ובחשבונותיו במרשתת; ובמקרים רבים, סודותיו וסודות חבריו שמורים במכשיר הטלפון החכם או במחשב שברשותו.

כפי שהדגשתי גם בבש"פ שמעון:

"חדירה למחשב או למכשיר הטלפון הנייד החכם של אדם עלולה אפוא לחשוף את נבכי אישיותו ואת פרטי חייו שנשמרים בצנעה ואינם אמורים להיות נגישים לאנשים אחרים, ועל ידי כך לפגוע באופן חמור בזכותו החוקתית לפרטיות, המעוגנת בסעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ... פעמים רבות פגיעה זו בפרטיותו של אותו אדם קשה עשרת מונים אף מהפגיעה הכרוכה בחיפוש המבוצע בביתו. בעוד שהחיפוש בביתו של אדם מוגבל בזמן ובמרחב, החיפוש במחשבו ובמכשיר הטלפון הנייד החכם שברשותו עשוי לחשוף מידע כמעט אינסופי באשר למעשיו ומחשבותיו על פני תקופה ממושכת. המידע נאגר ונצבר במחשבו מבלי משים, ואף לאחר מחיקת פריט מידע זה או אחר הוא עלול, במקרים מסוימים, להיות זמין ונגיש במסגרת החיפוש. יתירה מזו, החיפוש במחשב ובמכשיר הטלפון חוצה אף מעבר לפגיעה בזכותו האישית לפרטיות של בעליו או של המחזיק בו, וכרוך לרוב גם בפגיעה ניכרת בפרטיותם של צדדים שלישיים" (שם, בפסקה 25 לחוות דעתי; ראו גם עניין אוד"ר הראשון, בפסקה 19, וההפניות המופיעות שם).

מכאן החשש לפגיעה קשה ומשמעותית בפרטיות העלולה להיגרם כתוצאה מחיפוש במחשבים, ובמכשיר טלפון נייד חכם בפרט; ומכאן גם היעילות המשמעותית שעשויה להיות לביצוע חיפוש במכשירים אלו במסגרת חקירה משטרתית. גישה למכשיר הטלפון הנייד של נחקר עשויה להוביל לפריצת דרך משמעותית בחקירה ולקיצור ניכר של הליכה. לעיתים ניתן לאתר במכשיר הטלפון הנייד של חשוד עקבות למעשיו, הקושרות אותו למעשה עבירה – או לחלופין, מידע המלמד על חפותו.

הערך הרב שניתן להפיק מן המידע המצוי במכשיר הטלפון הנייד של הנחקר מציב פיתוי של ממש בפני חוקרי המשטרה בחדר החקירות ובזירת אירוע, "להושיט יד" אל עבר המכשיר ולעיין בכלול בו, מאחר שתשאול הנחקר על בסיס תכתובות מחשידות עשוי להביא לבירור החשדות באופן מהיר ויעיל (ראו כדוגמה את השתלשלות האירועים בת"פ (מחוזי ב"ש) 65130-02-18 מדינת ישראל נ' פלונית, פסקאות 26–28 (20.6.2019) שנדון בפנינו לאחרונה בערעור בע"פ 240/21 ביום 14.7.2021, וכך אף נחשפתי לסיפור המעשה).

אולם לפעולה זו מחיר כבד בדמות פגיעה חמורה ביותר בפרטיות הנחקר. דפדוף ברשימת התכתובות שבמכשיר הטלפון הנייד חושף בפני החוקר מידע החורג באופן ניכר מהמידע הנחוץ לחקירה – כגון פרטי מכריו, טיב הקשר עימם ותמונותיהם. מלבד הפגיעה העצמאית בפרטיות הנחקר ומכריו, הנחקר אף עלול לחשוש כי יעשה שימוש במידע רגיש המתגלה בהודעותיו בכדי לגרום לו לשתף פעולה בחקירה – באופן שיש בו כדי לפגוע בטוהר ההליך הפלילי. הפגיעה בפרטיות הנחקר עלולה אף להחריף אם המידע ייאגר על גבי שרתי המשטרה שלא לצורך, במיוחד כאשר מדובר במידע אשר מלכתחילה לא נדרש לצורך החקירה.

זאת ועוד, הנחקר אינו מודע תמיד להיקף החומר השמור במחשבו ובמכשיר הטלפון הנייד החכם שברשותו, ויכולתו להסכים לחיפוש מתוחם בלבד, שימנע פגיעה בפרטיותו שלא לצורך, מוגבלת – אם בכלל קיימת. על כן, דומה שהפגיעה בפרטיותו של הנחקר כתוצאה מביצוע חיפוש ראשוני במכשירו במהלך החקירה, אינה מקבלת מענה מספק בהסכמתו לאפשר לחוקרים לעיין בתכתובות המצויות במכשירו; וממילא, ספק בעיני אם ניתן לראות בהסכמתו לביצוע חיפוש במכשירו ללא צו משום "הסכמה מדעת" אשר עשויה להכשיר חיפוש שנעשה ללא צו ובהיעדר מקור סמכות אחר בדין (רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(3) 305

Riley v. California, 134 S. Ct. 348–339 (2012) (להלן: עניין בן חיים); ראו גם 2473, 2485-2488 (2014); ראו והשוו גם להכרעת בית הדין האירופי לזכויות האדם: (Rueda v. Spain, no. 32600/12 ECHR 2017).

5. על אף תיקון החוק האמור, ההתפתחויות הטכנולוגיות והשימוש הגובר במחשבים – לא חל שינוי של ממש באופן הטיפול בבקשות למתן צווי חיפוש.

לא פעם צווים אלו כלליים ביותר, אינם מכילים תנאים להגבלת החיפוש במחשב בו מבוצע החיפוש, תוך שמטרת החיפוש מצוינת באופן כללי בלבד וללא הנמקה מספקת. כפי שאחדים העירו, מאות צווי חיפוש במחשבים ניתנים מדי יום, לעיתים ללא הפעלת שיקול דעת שיפוטי של ממש (ראו למשל ת"פ (מחוזי ת"א) 40206/05 מדינת ישראל נ' פילוסוף, פסקאות 7(א)–(ב) (5.2.2007). ראו גם מאמרו של אסף הרדוף "רעיון בלתי קביל, אמת לא נוחה: פסילת ראיות בגין אופן השגתן" משפט וממשל כ 141, 173 ה"ש 135 (2019)).

פרקטיקה זו, אשר למעשה אינה מבחינה בין צווי חיפוש בחצרים לבין צווי חיפוש במחשבים ובמכשירי טלפון ניידים חכמים בפרט, נלמדת גם מדברי החוקרת בדיון שהתקיים בבית משפט השלום בתל אביב–יפו בעניין עליו נסוב דנ"פ אוריך:

"בד"כ, מניסיוני כאשר אני מזמנת חשוד לחקירה, זה בעיכוב לאחר חיפוש בבית, אז במסגרת הצו גם נכנס חדירה לחומר מחשב ולטלפונים כאשר בצו יש התייחסות לזה" (עמ' 48 לפרוטוקול הדיון בבית משפט השלום בתל אביב–יפו בצ"ח 51787-10-19 מיום 8.1.2020, שורות 33-34).

אף בצו החיפוש שניתן במכשיר הטלפון של שמעון (המבקש בדנ"פ 4072/21; להלן גם: דנ"פ שמעון), לא נכללו תנאים כלשהם לביצוע החיפוש, ונקבע – ללא כל נימוק – כי החיפוש לא ייערך בפני עדים, אלא על-ידי חוקר מיומן (על החובה לנמק מדוע חיפוש במחשב ייעשה שלא בפני עדים ראו גם למשל תמצית החלטת נציב תלונות הציבור על שופטים "על ההנמקה לחיפוש במחשב ובחומרי מחשב שלא בפני עדים" (החלטה מספר 316/18/שלוס מיום 11.7.2018)).

6. הלכה למעשה, הנחת המוצא לפיה אין הבדל של ממש בין דיון בבקשה למתן צו חיפוש בחצרים לבין בקשה למתן צו חיפוש במחשב, הפכה במידה רבה את הדרישה לכלול בצווי החיפוש במחשבים תנאים שיצמצמו את הפגיעה בפרטיות

ל"אות מתה". גישה זו מצויה גם בבסיס עמדות שהובעו בפסיקות בית משפט זה, לפיהן על דרך הכלל אין לערוך דיון בבקשה לצו חיפוש בחצרים במעמד הצדדים ועל כן לא ניתן לערער עליו (ראו גם את דעת הרוב בבש"פ שמעון וכן עניין אוריך השני, בפסקאות 4–5 לפסק דינו של השופט ג' קרא).

אולם כאמור, אני סבור כי הנחת מוצא זו שגויה, וכך גם המסקנות הנובעות ממנה.

היעדרו של פירוט מספק באשר לתנאיהם של צווי חיפוש רבים הניתנים במחשבים – ובמכשירי טלפון ניידים בפרט – מלמד כי התיקון שקבע המחוקק בשנת 2005 לא הופנם על-ידי בתי המשפט, אשר לעיתים אינם מעניקים הגנה מספקת לזכותו של הנחקר לפרטיות, ואינם שוקלים כראוי את מכלול ההיבטים הנוגעים לעניין.

בדומה, המצדדים בגישה לפיה ככלל אין לערוך דיון במעמד הצדדים בבקשה למתן צו חיפוש במחשב ואין לאפשר ערעור או ערר על החלטה למתן הצו – כפי שסברה גם דעת הרוב בבש"פ שמעון – מבקשים לערוך גזירה שווה בין אופן הדיון בבקשה למתן צו חיפוש בחצרים לבין בקשה למתן צו חיפוש במחשב. זאת, חרף ההבחנה שיצר המחוקק בשנת 2005 בין צווי חיפוש אלו, ועל אף קיומם של הבדלים משמעותיים בין החשש לסיכול החיפוש או שיבוש החקירה בהקשרים השונים של צווים אלו.

אל סוגיות אלו אדרש כעת כסדרן.

שיקולים למתן צו חיפוש במחשב

7. סעיף 23א לפקודת החיפוש קובע כאמור, כי יש לציין בצו חיפוש במחשב את מטרותיו ואת תנאיו באופן שיבטיח שהפגיעה בפרטיות הנגרמת כתוצאה מהחיפוש אינה עולה על "הנדרש". אך מובן הוא, כי לשם אישור מטרות הצו ותנאיו, על בית המשפט להפעיל שיקול דעת עצמאי, ולבחון האם מטרותיו ותנאיו אכן מתוחמים באופן מספק – או שמא הם רחבים יתר על הנדרש ועלולים לגרור פגיעה מיותרת בפרטיות.

בכלל זה, על בתי המשפט הדנים בבקשה למתן צו חיפוש במחשב לבחון, בין היתר, את טיב ואופי המידע על בסיסו נטען כי הצו נחוץ; המטרה לשמה הוא

מתבקש; חומרת העבירה בגינה מתבקש הצו; סוג המידע המצוי על המחשב או הטלפון הנייד; אופי הפעולות המבוקשות; היקף הפגיעה שעלולה להיגרם בפרטיותו או בזכויותיו האחרות של המחזיק במחשב או בטלפון, ובזכויותיו של אדם אחר; ופעולות החקירה שבוצעו עד למועד ההחלטה בבקשה (ראו גם בש"פ שמעון, בפסקה 27 לפסק דיני; שם, בפסקה 9 לפסק דינה של השופטת ע' ברון; עניין אוריך הראשון, בפסקאות 26–27; בש"פ 4986/21 פישמן נ' מדינת ישראל (18.7.2021) (להלן: עניין פישמן); סעיף 98 להצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – המצאה, חיפוש ותפיסה), התשע"ד–2014, ה"ח הממשלה 574 (להלן: הצעת חוק ההמצאה, החיפוש והתפיסה); הנחיית פרקליט המדינה 7.14 "עקרונות הפעולה בנוגע לאופן התפיסה, החיפוש, ההעתקה והעיון במחשבים ובחומרי מחשב, תיעודם והעמדת התוצרים המהווים 'חומר חקירה' לעיון ההגנה" פסקה 5 (24.3.2021)).

כפי שאבהיר להלן, לשיקולים אלו עשויים להיות השלכות משמעותיות על החלטת בית המשפט הדין בבקשה למתן צו חיפוש במחשב – ובכלל זה במכשיר טלפון נייד חכם – אשר קדם להגשתה חיפוש בלתי חוקי על ידי רשויות החקירה.

א. המועד לבחינת השלכותיו של חיפוש בלתי חוקי – כבר במועד הדיון בבקשה למתן צו לחיפוש נוסף

8. מבין השיקולים שראוי לבחון במסגרת דיון בבקשה למתן צו חיפוש במחשב, יש לבחון כאמור אילו פעולות חקירה אחרות בוצעו, או עשויות להתבצע, במסגרת החקירה. בכלל זה, יש לבחון הן את החלופות שעומדות בפני רשויות החקירה לביצוע צו החיפוש – במטרה למצוא אמצעי חקירתי שהפגיעה הכרוכה בו בפרטיות פחותה; והן את האפשרות כי צו החיפוש המבוקש נועד "להכשיר" פעולות בלתי חוקיות שננקטו קודם לכן.

הקביעה לפיה יש לבחון כבר במהלך החקירה ובטרם יינתן צו חיפוש במחשב, אם הצו המבוקש נועד "להכשיר" פעולות חקירה בלתי חוקיות כבר במהלך החקירה, אומצה בעניין אוריך השני הן על ידי השופט נ' סולברג, הן על ידי המשנה לנשיאה (כתוארו אז) ח' מלצר, וגם בעמדת חברתי הנשיאה בהליך זה (בפסקה 116 לחוות דעתה). קביעה זו נובעת מכמה טעמים:

ראשית, במקרים בהם הבקשה למתן צו חיפוש אשר יכשיר חיפוש נוסף במחשב או בטלפון החכם מבוססת בעיקרה על מידע שהתגלה בחיפוש שבוצע שלא

כדין, ייתכן כי ממצאי החיפוש שבוצע לפי צו החיפוש לא יהיו קבילים בהליך העיקרי (ראו למשל עניין בן חיים, בעמ' 353), או שהדבר יקים לזכות הנאשם טענה מקדמית להגנה מן הצדק, אשר יהא בה כדי להביא לביטול האישום כלפיו (ראו עניין אוריך השני, בפסקאות 18–19 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (כתוארו אז) ח' מלצר). על כן, במקרים אלו, נחיצות הצו אשר מעצם טיבו יביא לפגיעה נוספת בפרטיות – מוטלת בספק.

לכך יש כמובן השלכה מהותית על השאלה האם הפגיעה בפרטיות כתוצאה ממתן הצו עולה על הנדרש – שאלה אותה יש לבחון כאמור הן לפי הוראות סעיף 23א לפקודה, והן לפי עקרון המידתיות שלפיו אין לפגוע בזכויות יסוד של אדם מעבר לנדרש (ראו גם החלטתי בבש"פ 5612/18 גבאי נ' מדינת ישראל, פסקה 27 (23.8.2018) (להלן: עניין גבאי)).

שנית, במקרים בהם הבקשה למתן צו חיפוש מבוססת על חיפוש מוקדם שבוצע שלא כדין, מתעורר חשש כי רשויות החקירה ביצעו מעין "מסע דיג" במכשיר הטלפון הנייד או המחשב של הנחקר במטרה להשיג פיסת מידע לביסוס הבקשה למתן צו החיפוש. אך מובן הוא, כי התנהלות שכזו חותרת תחת הוראות הפקודה המורות באופן מפורש כי אין לערוך חיפוש במחשב אלא על פי צו שיפוטי, וגוררת פגיעה נרחבת בזכויותיהם של נחקרים שלא לצורך (ראו גם דברי השופט י' טירקל בבג"ץ 66/81 המפקח הכללי של משטרת ישראל נ' שופט בית משפט השלום, פ"ד לה (4) 337, 352 (1981); בג"ץ 4455/19 עמותת טבקה – צדק ושוויון ליוצאי אתיופיה נ' משטרת ישראל, פסקה 34 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות (21.1.2021)).

היעתרות לבקשה למתן צו חיפוש, מבלי להתחשב בעובדה כי קדם לה חיפוש בלתי חוקי עלולה לספק תמריץ מסוים לרשויות החקירה לערוך "מסע דיג" מסוג זה, שהרי אף אם תוצרי החיפוש המוקדם לא יהוו ראיה קבילה, יתכן כי יתר המידע שיימצא בחיפוש המאוחר, שיבוצע על פי צו החיפוש, יתקבל ככזה (לדיון בתמריצי רשויות החקירה להשגת ראיה באופן בלתי חוקי ראו גם: אלכס שטיין "האזנת-סתר ומעקבים אלקטרוניים נסתרים כאמצעים לקידומה של חקירה פלילית ובטחונות" משפטים יד 527, 549-553 (1984)).

הדברים מקבלים משנה תוקף לנוכח דחיית דוקטרינת "פירות העץ המורעל" בשיטת המשפט הישראלית, לפיה ראיות שהושגו כתוצאה מהפרת זכותו החוקתית

של הנאשם פסולות (ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, פ"ד סא(1) 461, 529–530 (2006) (להלן: עניין יששכרוב או הלכת יששכרוב); רע"פ 3199/20 דניס זייצב נ' מדינת ישראל, פסקה 24 (12.8.2021)).

דווקא "סבלנותו" היחסית של המשפט הישראלי במסגרת ההליך העיקרי לראיות שכבר הושגו שלא כדין, מצדיקה הקפדה על זכויותיהם של נחקרים כבר בשלבי החקירה המוקדמים. אומנם, משלב שהפגיעה בזכויותיו של אדם כבר התרחשה, אפשר כי האינטרס הציבורי שבהרשעת עבריינים יאפשר קבלת ראייה שהושגה תוך פגיעה פסולה בזכויותיו, ולא יעלים עין מראיות קיימות (ראו עניין יששכרוב, שם), אולם כאשר בית המשפט מתבקש לאשר פגיעה נוספת בזכויותיו של הנחקר, אין הוא ניצב בפני "מעשה עשוי".

בחינת חוקיות האופן בו הושג המידע שעל בסיסו התבקש צו החיפוש במחשב עוד בטרם מתן הצו, מאפשרת לבית המשפט גמישות לשקול בזמן אמת את האינטרס הציבורי שבמיצוי החקירה למול הפגיעה בזכויות הנחקר. בחינה מוקדמת זו מקנה לבית המשפט הזדמנות למנוע פגיעה מיותרת בפרטיותו של הנחקר (ראו גם אסף הראל וחמדה גור אריה "בין הלכת יששכרוב לדוקטרינת פירות העץ המורעל" משפט מפתח אפריל 2021, 43, 56).

9. על כן, לגישתי, זכויותיו של הנחקר עשויות לגבור על האינטרס הציבורי שבמיצוי החקירה, ולהוביל למסקנה כי על בית המשפט להימנע מלתת ידו לפעולה בלתי חוקית שבוצעה על ידי רשויות החקירה, ולמנוע את העמקת הפגיעה בזכויותיו של הנחקר על ידי מתן היתר לביצוע חיפוש נוסף (ראו גם דנ"פ 5852/10 מדינת ישראל נ' שמע, פ"ד סה(2) 363, 389 (2012) (להלן: דנ"פ שמע); עניין אוריך השני, בפסקאות 43–45 לפסק דינו של השופט נ' סולברג).

10. יודגש – איני מסכים עם גישה לפיה במקרים בהם מתעוררת שאלה עובדתית באשר לחוקיותו של חיפוש מוקדם או לזיקה בינו לבין הצו המבוקש יש לדחות את הדיון בעניין חוקיות צו החיפוש להליך הפלילי העיקרי. איני רואה כל יתרון לבית המשפט הדן בתיק העיקרי לבחון את חוקיות החיפוש המוקדם ואת הזיקה בינו לבין החיפוש המתבקש בשלב מאוחר יותר בצו.

אומנם, משמעות הדבר היא כי במצבים מסוימים יידרש בית המשפט להיכנס לעובי הקורה ולבחון סוגיות עובדתיות מסוימות לצורך הכרעתו. אולם, סוגיות אלו אינן נוגעות לעבירה בגינה מתקיימת החקירה – אלא לפעילויותיהן הבלתי חוקיות לכאורה של רשויות החקירה. מעצם טיבן – מדובר בסוגיות עובדתיות מצומצמות יחסית.

דחיית מועד הדיון בחוקיות החיפוש הראשון ובזיקתו לחיפוש השני, משמעותה השלמה עם האפשרות כי בית המשפט ייתן ידו לפעילותן הבלתי חוקית של רשויות החקירה. היא אף תביא, הלכה למעשה, להתעלמות שאין לה מקום מהוראת סעיף 23א לפקודת החיפוש, לפיה אין להוציא צו חיפוש במחשב הפוגע בפרטיותו של אדם מעבר לנדרש; כמו גם מהעיקרון הכללי שלפיו אין לפגוע בזכות יסוד של אדם מעבר לנדרש, עליו עמדתי לעיל – תוך קיבוע הפעולה הלוקה באי חוקיות ומתן הכשר זמני לכך. סופה של גישה זו, בכך שהיא עלולה, חלילה, לעודד פעילות בלתי חוקית מצד רשויות החקירה.

11. עוד יוער בבחינת למעלה מן הצורך, כי מסקנתי זו אינה מוגבלת למקרים שבהם מתבקש צו חיפוש במחשב דווקא. זאת, שכן עיקרון המידתיות, שלפיו יש להימנע מפגיעה בזכויות יסוד של אדם באופן העולה על הנדרש, אינו ייחודי רק לחיפושים אלו. בדומה, העיקרון שלפיו אל לו לבית המשפט לתת ידו לפעולה בלתי חוקית שנעשתה על ידי הרשויות, עשוי לחול אף בהקשרים אחרים.

בהתאם לכך, לשיטתי, בכל מקרה שבו מבקשות רשויות החקירה לבצע פעולה הפוגעת בזכותו של אדם, ואשר נסמכת על פעולה בלתי חוקית שבוצעה על ידן – אי החוקיות שבפעולותיהן הקודמות עלולה להביא לדחיית הבקשה לביצוע פעולת חקירה נוספת (ראו והשוו לדנ"פ שמש, עמוד 389).

12. מכל מקום, הוראות החוק הייחודיות הקבועות בסעיף 23א לפקודת החיפוש, עליהן עמדתי לעיל, מקנות משקל מיוחד לשיקולי פרטיות בכל הנוגע לצווי חיפוש במחשבים, ויש בהן כדי לבסס ולהדגיש את חשיבותה של הזכות לפרטיות, ואת הצורך להגביל את הפגיעה בה במסגרת חיפושים אלו. זאת – ובלבד שקיימת זיקה בין פעולותיהן הבלתי חוקיות של רשויות החקירה לבין צו החיפוש המבוקש; ושאין הצדקות מיוחדות להיעתר לבקשה למתן צו החיפוש, חרף הפגיעה החמורה

בפרטיותו של הנחקר, ועל אף החשש כי ממצאי צו החיפוש לא יהוו ראייה קבילה בהליך העיקרי באופן שיפחית מלכתחילה מנחיצותו.

על שיקולים אלו, ועל הנסיבות אשר עשויות להצדיק את דחיית הבקשה בשל פעולת חקירה בלתי חוקית שקדמה לה, ארחיב להלן.

ב. השלכותיהן של פעולות חקירה בלתי חוקיות על החלטה בבקשה למתן צו חיפוש במחשב

13. בהחלטתי בעניין אוריך הראשון, קבעתי שבמקרים בהם קדם לבקשה למתן צו חיפוש במחשב חיפוש בלתי חוקי, יש לבחון את השלכותיו של החיפוש הבלתי חוקי על האפשרות להיעתר לבקשה למתן הצו באמצעות מבחן דו-שלבי: בשלב ראשון יש לבחון אם קיימת זיקה בין המידע שאותר בחיפוש המוקדם והלא חוקי לבין התשתית העובדתית שעל בסיסה מבוקש הצו; וכאשר זיקה זו קיימת, יש לבחון אם קיימים שיקולים מיוחדים המצדיקים את מתן הצו – ברוח הלכת יששכרוב.

מנגד, בעניין אוריך השני, חברי השופט נ' סולברג צידד במבחן תלת-שלבי, הדומה אף הוא למבחנים שנקבעו בהלכת יששכרוב – במסגרתו יש לעמוד בשלב ראשון על אי החוקיות שבפעילות רשויות החקירה, ורק לאחר מכן להפעיל את שני השלבים שתוארו לעיל. כשלעצמי, איני רואה פער משמעותי במיוחד בין המבחן הדו-שלבי שהצעתי בעניין אוריך הראשון, לבין המבחן התלת-שלבי עליו עמד השופט סולברג בעניין אוריך השני. זאת, שכן על פי החלטתי, המבחן הדו-שלבי יחול רק במקרים בהם נקבע כי רשויות החקירה נקטו בפעולת חקירה בלתי חוקית. חברתי הנשיאה א' חיות סברה, כי המבחנים שנקבעו בהלכת יששכרוב אינם רלבנטיים בהקשר זה, וחלף קביעת מתווה מפורט לעריכת איזון במקרים אלו, עמדה על מספר עקרונות להם יש להידרש.

מכל מקום, המשותף לגישותינו, הוא כי במקרים בהם בוצע חיפוש בלתי חוקי במחשב – ובכלל זה במכשיר טלפון נייד חכם – יש לבחון את הזיקה בין המידע שאותר בחיפוש המוקדם והלא חוקי לבין התשתית העובדתית שעל בסיסה מבוקש הצו; וכי אף אם קיימת זיקה בין החיפוש הבלתי חוקי לצו המבוקש, אין משמעות הדבר בהכרח כי יש לדחות את הבקשה למתן הצו. על ההצדקות לקביעות אלו, ארחיב כעת.

14. במקרים בהם רשויות החקירה נקטו בפעולת חקירה בלתי חוקית טרם הגשת בקשתן לצו חיפוש במחשב – ובכלל זה במכשיר טלפון נייד חכם – יש לבחון תחילה אם קיימת זיקה בין הפעולה הבלתי חוקית לבין הצו המבוקש.

ככל שהנחיצות בצו החיפוש במחשב מבוססת על ראיות לכאורה שהושגו במסגרת החיפוש המוקדם שבוצע שלא כדין, כך פוחתת ההצדקה להיעתר לבקשה למתן צו החיפוש המבוקש; ואילו כאשר אין זיקה בין השניים – אין בעצם קיומו של החיפוש המוקדם כדי להשליך על ההחלטה למתן צו החיפוש במחשב.

זאת, מאחר שבמקרים בהם המידע שהושג במסגרת החיפוש הראשון, אשר בוצע שלא כדין, אינו תורם לתשתית הראייתית אשר בבסיס הבקשה למתן צו חיפוש במחשב – אין במתן צו החיפוש כדי להעמיק ולהחמיר את הפגיעה בפרטיות שנגרמה כתוצאה מהחיפוש הראשון; החשש כי תוצרי צו החיפוש ייפסלו מצומצם; ואין לראות במתן הצו משום אישור לפעילותן הבלתי חוקית של רשויות החקירה (ראו גם: *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586, 592 (2006)).

זיקה זו יש ללמוד בין היתר מתוך התנהלות גורמי החקירה. לשם כך, ניתן במקרים המתאימים אף להביא לדיון את גורמי החקירה שהחליטו על ביצוע החיפוש המוקדם, על מנת ללמוד אם כבר באותו שלב עמד בפניהם מידע מספק להגשת בקשה לצו חיפוש מתאים; וכן את גורמי החקירה שהחליטו על הגשת הבקשה למתן צו החיפוש לאחר ביצוע החיפוש המוקדם, על מנת שניתן יהיה להבין את היקף הזיקה בין החומר שנמצא בחיפוש המוקדם במחשב או בטלפון הנייד החכם, לבין ההחלטה להגיש את הבקשה לצו שיאפשר חיפוש נוסף.

כמו כן, כפי שהבהרתי בבש"פ שמעון, הנטל להראות כי הבקשה לקבלת צו החיפוש אינה מבוססת על מידע שהושג בחיפוש המוקדם שבוצע שלא כדין, מוטל על רשויות החקירה. זאת, לאור פערי המידע המשמעותיים עימם הנחקר נאלץ להתמודד בשלב זה של ההליך, ובשים לב לכך שבמקרים מסוימים, הבקשה למתן צו החיפוש תידון במעמד צד אחד.

על כן, כאשר בוצע חיפוש מוקדם שלא כדין במחשבו של אדם, והרשויות מעוניינות בצו חיפוש שיאפשר חיפוש נוסף ומעמיק בו, עליהן להראות כי ברשותן

ראיות לכאורה המנותקות מהחיפוש שבוצע שלא כדין, המבססות את הצורך במתן הצו המבוקש.

אם ימצא בית המשפט כי קיימת זיקה כאמור, וכי הבקשה לצו חיפוש במחשב מבוססת על תוצרי פעולות חקירה בלתי חוקיות שנקטו רשויות החקירה, יש להמשיך ולבחון אם חרף כך, קיימת הצדקה מיוחדת להיעתר לבקשה.

בחינת ההצדקות להיעתר לבקשה לצו חיפוש במחשב חרף הזיקה בינה לבין תוצריהן של פעולות חקירה בלתי חוקיות

15. כפי שצוין לעיל, עמדתי בעניין אודיך הראשון, היא כי גם כאשר קיימת זיקה שכזו בין החיפוש המוקדם לצו החיפוש המבוקש, אין משמעות הדבר בהכרח כי הבקשה למתן הצו תידחה – אלא יש לבחון את נסיבותיו של כל מקרה ומקרה ברוח הלכת יששכרוב.

16. בכלל זה, יש לבחון את חומרת הפגם שנפל באופן ביצוע החיפוש המוקדם; חומרת החשדות בבסיס הבקשה למתן צו חיפוש; מידת נחיצות הצו להמשך החקירה; היקף יתר הראיות הלכאוריות בתיק; וזיקתו של בעל המחשב או המחזיק בו לחשדות – וזאת מהטעמים הבאים:

אשר לחומרת הפגם שנלווה לחיפוש המוקדם אשר בוצע שלא כדין, לגישתי יש לבחון, בין היתר, את "מידת הכפייה" שהתלוותה לחיפוש המוקדם שבוצע שלא כדין. לא דומה מקרה בו רשויות החקירה נטלו את מכשיר הטלפון הנייד שברשות של מאן דהוא חרף התנגדותו, למקרה בו ניתנה הסכמתו לכך. במקרים בהם הובעה הסכמה לכך שחוקרי המשטרה יעיינו במידע השמור במכשיר, ניתן לטעון כי היא מבטאת במידה מסוימת "את האוטונומיה הנתונה לפרט להסכים לפגיעה בזכותו לפרטיות" (עניין בן חיים, בעמ' 339). אם כי כאמור, אני סבור כי יש קושי בלתי מבוטל בכך. מובן כי טענה זו לא יכולה לעמוד במקרים שבהם הנחקר התנגד לביצוע חיפוש במכשיר הטלפון הנייד החכם שברשותו.

כמו כן, על חומרת הפגם, והשלכותיו על הצו המבוקש, עשויה להשפיע השאלה אם אי החוקיות היא תוצר של מדיניות או טעות; היינו, האם אי החוקיות

משקפת מדיניות ברורה ופסולה של רשויות החקירה, או שמא מדובר בטעות שבשיקול דעת של חוקר במקרה נקודתי (ראו גם בפסקה 116 לחוות דעתה של הנשיאה). לגישתי, במקרים בהם מדובר במדיניות פסולה של רשויות החקירה, המבקשות לנקוט במעין "שיטת מצליח" ולפעול באופן שיטתי בניגוד לחוק, בניסיון לבחון אם יעלו בחכתם קצה חוט לחקירה, גובר האינטרס הציבורי לגדוע מדיניות זו – ולהימנע ממתן גושפנקא לתוצריה באמצעות מתן צו חיפוש. מנגד, כאשר מדובר בטעות נקודתית, ספק אם סירוב למתן צו החיפוש ימנע את הישנותה, ואילו האינטרס הציבורי שבחקר האמת עשוי להצדיק שימוש בתוצרי הפעולה הבלתי חוקית.

לצד זאת, חומרת החשדות עשויה אף היא להשליך על השאלה אם ראוי להיעתר לבקשה למתן צו החיפוש, על אף החיפוש הבלתי חוקי שקדם לכך – במובן זה שכלל שמדובר בחשדות חמורים יותר, גובר האינטרס הציבורי שבמיצוי החקירה. מובן כי המחיר החברתי הנלווה לגדיעת חקירה פלילית של תיקי פשע חמור, כגון רצח, בעקבות חיפוש בלתי חוקי במחשב או בטלפון נייד חכם, כבד עשרות מונים מהמחיר החברתי שבפגיעה בחקירה בחשד לביצוע עבירות קלות יותר.

יובהר, כי אין משמעות הדבר כי במסגרת חקירת תיק פשע חמור המטרה מקדשת את האמצעים – אף במקרים אלו פגיעה חמורה וקשה בזכויותיו של נחקר עלולה להשפיע על החלטות בתי המשפט בעניינו במסגרת ההליך הפלילי, ובפרט בהחלטה אם ליתן צו חיפוש במחשב או בטלפון נייד. אולם, ככל שהפגיעה בפרטיותו של אדם כתוצאה ממתן צו החיפוש המבוקש קלה יותר – ואילו העבירות במוקד החקירה חמורות יותר, ראוי כי בית המשפט ייטה להיעתר לבקשה למתן צו החיפוש.

באשר למידת נחיצות הצו להמשך החקירה והיקף יתר הראיות הלכאוריות בתיק, הרי שככל שהצו אינו הכרחי לשם המשך החקירה ולהגשת כתב אישום, כך יפחת משקלו של האינטרס הציבורי שבימוש בתוצרי החיפוש הבלתי חוקי במסגרת החקירה.

לבסוף, אני סבור כי ככל שהזיקה בין החשדות שבמוקד החקירה לבין בעל המחשב או מכשיר הטלפון הנייד החכם אינה משמעותית, פוחתת ההצדקה לפגיעה חוזרת ונשנית בפרטיותו ובפרטיותם של אחרים באמצעות צו החיפוש המבוקש.

17. בחינת שיקולים אלו במסגרת הדיון בבקשה למתן צו חיפוש במחשב, שקדם לו חיפוש בלתי חוקי, תאפשר איזון ראוי בין האינטרסים הציבוריים שבאכיפת החוק, לחימה בעבריינות וכן ההגנה על שלום הציבור, המצדדים בכך שקבילותה של ראייה לא תיבחן לפי דרך השגתה; לבין שמירה על הגינות ההליך הפלילי וטוהרו וכן הגנה על זכויות הנאשם (ראו גם בעניין יששכרוב, בעמ' 533–534).

זאת, להבדיל מגישה לפיה בכל מקרה בו מוגשת בקשה למתן צו חיפוש המתבססת על מידע שהושג שלא כדין על ידי רשויות החקירה – יש לדחותה (ראו למשל את עניין אוריך השני, בפסקה 21 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (כתוארו אז) ח' מלצר). גישה נחרצת מעין זו אינה מעניקה משקל מספק לאינטרס הציבורי שבחקר האמת, ועלולה להותיר את רשויות החקירה בפני שוקת שבורה גם במקרים בהם אי החוקיות נעשתה בלא כוונת מכוון, ואף כאשר עומד על הפרק פשע חמור ואילו אי החוקיות אינה חמורה במיוחד. אף קשה בעיניי ליישב בין גישה דווקנית מעין זו לבין דוקטרינת פסלות הראיות הפסיקתית שנקבעה בהלכת יששכרוב. לא ברור לטעמי מדוע דווקא בשלב החקירה ראוי, על פי גישה זו, להתעלם כליל מהאינטרס הציבורי שבקידומה ולגרוע מהגמישות שביקשה הלכת יששכרוב לעגן.

על כן, ראוי לגישתי להותיר לבית המשפט שיקול דעת לאזן בין האינטרס שבקידום החקירה למול זכויות הנחקר, בהתאם לנסיבות המקרה.

18. סיכומם של דברים עד כה: בהתאם לנוסחו הנוכחי של סעיף 23א לפקודת החיפוש, אשר תוקן בשנת 2005, אין להיעתר לבקשה למתן צו חיפוש במחשב, אלא לאחר בחינת מטרותיו ותנאיו – באופן שיבטיח כי הפגיעה בפרטיות הכרוכה במסגרת ביצוע החיפוש אינה עולה על הנדרש. בכך, הטיל המחוקק על בתי המשפט מלאכת איזון מורכבת בין האינטרס הציבורי שבביצוע החיפוש כחלק מניהול החקירה, לבין הזכות לפרטיות.

כחלק ממלאכת איזון זו, על בית המשפט לתת דעתו לטענות לפיהן רשויות החקירה נקטו בפעילות בלתי חוקית עובר לבקשה למתן הצו – ושאלמלא אותן פעולות, הבקשה כלל לא הייתה מוגשת לבית המשפט. במקרים בהם ימצא כי אכן ננקטה פעולה בלתי חוקית; כי תוצרי פעולה זו הם שביסוד הבקשה למתן צו החיפוש במחשב; וכי אין הצדקות מיוחדות להיעתר לבקשה חרף אי חוקיות זו – בית המשפט

יורה על דחיית הבקשה. במוכן זה, דעתי אינה שונה מזו שהבעתי זה מכבר בעניין אוריך הראשון.

בהינתן זאת – קיים קושי של ממש בעריכת איזונים נדרשים אלו, ובכחינת היקף הפגיעה הדרוש בזכותו של אדם לפרטיות, מבלי שתינתן לו האפשרות לעלות את טענותיו בעניין. סוגיה זו היא שבמוקד דנ"פ שמעון – וכעת אדרש אליה.

דיון בבקשה למתן צו חיפוש במחשב במעמד הצדדים

19. נקודת המוצא לבחינת השאלה האם יש לקיים דיון בבקשה למתן צו חיפוש במחשב במעמד הצדדים, היא בעקרון היסוד לפיו אין לפגוע בזכויותיו של אדם בטרם תינתן לו הזדמנות הוגנת ונאותה להשמיע את טענותיו (ראו למשל רע"פ 851/09 שמש נ' מדינת ישראל, פ"ד סד(1) 288, 305 (2010) (להלן: רע"פ שמש); רע"פ 837/12 מדינת ישראל נ' גוסקוב, פסקה כד (20.11.2012); ע"פ 7039/20 בן מיכאל נ' מדינת ישראל פסקה 3 (19.10.2020)).

על כן, בהיעדר הוראה מפורשת בחוק או שיקול משמעותי התומך בצמצום זכות הטיעון – חלה חזקה לפיה אין להגביל או לשלול זכות זו (ראו רע"פ שמש, בעמוד 305, וההפניות המופיעות שם). כך בהתאם לעקרון הכללי שלפיו פגיעה בזכות יסוד תיעשה ככלל לפי הסמכה מפורשת בחוק בלבד (ראו למשל רע"ב 6976/18 שירות בתי הסוהר נ' פרש, פסקה 5 לפסק דיני (16.6.2021); רע"פ 8182/18 מושיא נ' מדינת ישראל, פסקה 7 לפסק דיני (18.2.2020)).

לפיכך, במקרים בהם ביקש המחוקק להגביל את זכות הטיעון של אדם, ולאפשר דיון במעמד צד אחד בעניין המשליך על זכויותיו, הדבר נקבע ככלל באופן מפורש תוך ציון הוראות שונות לאיזון הפגיעה בזכויותיו למול האינטרס הציבורי – ראו למשל סעיף 6 לחוק האזנות סתר, התשל"ט–1979 (להלן: חוק האזנות סתר), המאפשר הוצאת צו האזנת סתר לאחר דיון במעמד צד אחד בחקירות פליליות של עבירות פשע בלבד; סעיפים 12–15 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו–1996 (להלן: חוק המעצרים), הקובעים הוראות שונות באשר לאפשרות לקיים דיון במעמד צד אחד בעניין מעצר חשוד.

20. על רקע חשיבותה של זכות הטיעון להבטחת טוהר ההליך הפלילי ותקינותו, הודגש כי זכות הטיעון של חשוד – ולא רק זו של נאשם – נגזרת גם מהזכות להליך

הוגן, המשתרעת על פני שלביו השונים של ההליך הפלילי (ראו למשל בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(3) 500, 532 (2010); בש"פ 8015/09 קוניוף נ' מדינת ישראל, פסקאות 21–22, 24–25 (20.10.2009); בש"פ 8151/18 מדינת ישראל נ' אברמוב, פסקה 9 (31.1.2019) (להלן: עניין אברמוב)).

חשיבותה של זכות הטיעון של נחקר וחשוד נובעת בין היתר מפערי הכוחות המובנים בין השוטר לאזרח בכלל, ובין הנחקר לחוקריו בפרט. כפי שהדגשתי בבש"פ שמעון:

"לא פעם, אדם המתייצב לחקירה משטרית נפגש לראשונה ברשויות החקירה והאכיפה. הבנתו את אופיו וטיבו של הליך החקירה מועטה, ויכולתו לעמוד על זכויותיו עלולה להיות מוגבלת. החקירה המשטרית, מעצם טיבה וטבעה, מעמידה את הנחקר במצוקה ובמבוכה, "חודרת לפני ולפנים של ציפור נפשו ויוצרת אצלו לחצים נפשיים חמורים" על רקע פערי הכוחות בין המשטרה לאזרח ובין הנחקר לחוקריו, והחשש כי פערים אלו יביאו לפגיעה בזכויות שלא לצורך, קבע המחוקק כי פעולות חקירה מסוימות יבוצעו תחת פיקוח שיפוטי הדוק. אולם, יכולתו של בית המשפט לפקח באופן אפקטיבי על פעולות חקירה אלו נפגעת כאשר הדיון בבקשת רשויות החקירה לבצע פעולה זו או אחרת נעשה במעמד צד אחד. במצב זה, נדרש השופט להיכנס בנעלי האדם שזכויותיו עלולות להיפגע, ולהעלות בשמו את טענותיו. מלאכה זו אינה פשוטה כלל ועיקר – וזאת בפרט לנוכח העומס הרב בו מצויים בתי המשפט" (שם, בפסקה 22).

21. יתירה מזאת, קיום הדיון בבקשה למתן צו חיפוש במחשב במעמד צד אחד – אף כאשר אין בקיומו במעמד הצדדים כדי לפגוע באינטרס הציבורי – עלול לפגום במראית פני הצדק ובאמון הציבור בבתי המשפט.

על הסכנות האורכות להליך ההוגן כתוצאה מקיום דיונים במעמד צד אחד בבקשות למתן צווים במסגרת חקירה פלילית, ניתן ללמוד מדוח צוות הבדיקה לבחינת ההיבטים המערכתיים של ממשק העבודה בין שופטים הדנים בבקשות לפני הגשת כתב אישום ובין גורמי תביעה, שבראשו עמדתי, ושעל חבריו נמנו גם נשיאת בית המשפט המחוזי בבאר-שבע, השופטת ר' יפה-כץ, ונשיאת בתי משפט השלום במחוז מרכז, השופטת ע' דון (צוות הבדיקה לבחינת ההיבטים המערכתיים של

ממשק העבודה בין שופטים הדנים בבקשות לפני הגשת כתב אישום ובין גורמי תביעה "סיכום והמלצות" (אפריל 2018) (להלן: דו"ח צוות הבדיקה)).

כפי שציינתי גם בבש"פ שמעון, במסגרת עבודת הצוות, נמצא כי לא פעם התקיים קשר ישיר ואישי בין השופט הדין בהליכים פליליים בבקשות למתן צווים במעמד צד אחד במסגרת חקירה סמויה, לבין אנשי המשטרה ושאר רשויות החקירה והאכיפה הטוענים בפניו (דו"ח צוות הבדיקה, בעמודים 6-14).

נוהל נשיאת בית המשפט העליון 1-18 "ממשק העבודה בין שופטים ובין גורמי תביעה וחקירה בבקשות לפני הגשת כתב אישום" (תוקן ביום 29.8.2018) שקבעה חברתי הנשיאה, ביקש למגר תופעה זו במטרה "לשמור על תקינות ההליך השיפוטי, על מנת לשמור על השוויון בין בעלי הדין וכדי למנוע פגיעה במראית פני הצדק ובאמון הציבור במערכת בתי המשפט" (שם, בסעיף 3; וראו גם בפסקה 76 לחוות דעתה של הנשיאה).

אולם, עיקר הוראות אלו נועדו אך לצמצם את החשש מאי סדרים העלולים להתרחש כתוצאה מקיום הדיון במעמד צד אחד – וברי כי כאשר ניתן להימנע מכך, מוטב לקיים את הדיון בנוכחות הצדדים. זאת, באופן שיאפשר לשופט הדין בהליך להקפיד "על שקיפות ונראות כלפי כל הצדדים", כמצוות הנוהל (שם, בסעיף 18).

אף בכך יש כדי לתמוך במסקנה שלפיה יש להימנע ככל הניתן מפגיעה בזכותו של נחקר וחשוד לפרטיות בטרם תינתן לו אפשרות נאותה להשמיע את טענותיו.

22. אומנם, ככל זכות אחרת, זכות הטיעון של הנחקר עלולה לסגת מפני אינטרסים ציבוריים אחרים. כך למשל כאשר קיים יסוד סביר לחשש כי עריכת דיון בנוכחות הנחקר או החשוד בעניין בקשה למתן צו חיפוש במחשבו – ובכלל זה במכשיר הטלפון הנייד החכם שברשותו – יביא לסיכול החיפוש או לשיבוש החקירה (ראו גם עניין אברמוב, שם; ע"פ 1761/04 שרון נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(4) 9, 21 (2004); רע"פ 1230/18 מליניאק נ' משטרת ישראל – יחידת אתג"ר, פסקה 11 (28.5.2018) (להלן: עניין מליניאק)).

בהתאם, בתי המשפט נעתרים כעניין שבשגרה לבקשות למתן צו חיפוש במעמד צד אחד, מאחר שהדבר "מתחייב מן הצורך להבטיח את יעילותו של החיפוש; וזו נעוצה, בעיקרון, בגורם ההפתעה" (יעקב קדמי על סדר הדין בפלילים: חלק ראשון – הליכים שלפני משפט 683 (2008) (להלן: קדמי); משה שלגי וצבי כהן סדר דין הפלילי 61 (מהדורה שניה, 2000)).

אולם, יש לנקוט משנה זהירות שמא חריג זה – המאפשר לגרוע מזכות הטיעון בשם האינטרס הציבורי שקידום החקירה – ייהפך לכלל, וזכות הטיעון תיפגע באופן גורף אף כאשר אין כל הכרח כי הדיון בבקשה למתן צו חיפוש ייעשה במעמד צד אחד. יפים לעניין זה דברי המשנה לנשיאה א' ריבלין בבש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(3) 532, 500 (2010):

"אמות המידה המיושמות בשלב החקירה והמעצר הראשוני שונות במובנים מסוימים מאמות המידה המיושמות בשלבים אחרים של ההליך הפלילי, כאשר לצד פגיעה אפשרית ביכולת של החשוד או העצור להתגונן קיימים מנגנוני-הגנה כאלה ואחרים (למשל פרקי הזמן הקצרים שבהם ניתן לעצור אדם בשלב החקירה והפיקוח השיפוטי ההדוק). אולם כל פגיעה נוספת בזכויות החשוד והעצור, בפרט כשהיא מתבטאת בצמצום היכולת לקיים פיקוח שיפוטי, עלולה להפר את האיזון ולשמוט את הקרקע מתחת להגיונותו של ההליך. אדרבא, דווקא בהליך שבו קיימות מגבלות מוגברות על היכולת של החשוד-העצור להתגונן ולהשיב לטענות המועלות נגדו, יש להישמר-ביתר מפני הצבת קשיים נוספים ומפני העצמת הדרתו מן ההליך" [ההדגשה הוספה – י' א'].

23. בענייננו, סעיף 23א לפקודת החיפוש אינו מתייחס כלל לאופן קיום הדיון בבקשה למתן צו חיפוש במחשב – ובמכשיר טלפון נייד בפרט.

בניגוד לחברתי הנשיאה ולעמדה שהובעה בדעת הרוב בבש"פ שמעון, אני סבור כי "שתיקה" זו של המחוקק, אינה מלמדת כאמור על היעדר זכות טיעון של הנחקר – אלא יש בה דווקא כדי לבסס את קיומה. זאת, כאמור, לאור החזקה שלפיה בהיעדר הוראה מפורשת בעניין ושיקולים משמעותיים התומכים בצמצומה של זכות הטיעון, המחוקק לא התכוון לשלול זכות זו; ובשים לב לעיקרון שלפיו ככלל, אין פוגעים בזכות יסוד אלא לפי הסמכה מפורשת בחוק.

בהקשר זה, יש לתת את הדעת על כך שבפני הכנסת הונחה בשנת 2014 הצעת חוק ממשלתית שביקשה לעגן בחוק קביעה מפורשת לפיה ניתן יהיה לדון בבקשה למתן צו חיפוש – ובכלל זה חיפוש במחשב – במעמד צד אחד (הצעת חוק ההמצאה, החיפוש והתפיסה, שהוזכרה לעיל). אולם, משהצעת החוק נזנחה – אין לקרוא את הוראותיה לתוך הדין הקיים, ודאי לא כאשר הדבר כרוך בפגיעה בזכויות יסוד כזכות הטיעון והזכות להליך הוגן – מהן נגזר הכלל כי יש לאפשר דיון במעמד הצדדים להליך אשר זכויותיהם עלולות להיות מושפעות מתוצאותיו, אף אם מדובר בנחקר.

בהיעדר הוראה מפורשת אחרת בחוק, החזקה הפרשנית בדבר קיומה של זכות טיעון לנחקר בטרם יורה בית המשפט על מתן צו חיפוש במחשב אשר יש בו כדי לפגוע בזכותו לפרטיות שרירה וקיימת, אלא במקרים שבהם קיים יסוד סביר לחשש מפני סיכול החיפוש או שיבוש החקירה כתוצאה מכך. ברי כי אין בעצם העובדה כי בתי משפט מקיימים בפועל דיונים בבקשות למתן צווי חיפוש אלו במעמד צד אחד, כדי לסתור חזקה פרשנית זו.

24. זאת ועוד: כפי שהורחב לעיל, המחוקק קבע בשנת 2005 הוראה ייחודית החלה על צווי חיפוש במחשבים בלבד, לפיה צו החיפוש יכלול פירוט של תנאי החיפוש – אשר יגבילו ויצמצמו את הפגיעה בפרטיות הכרוכה בחיפוש.

יישום הבחנה שקבע המחוקק בין צו חיפוש בחצרים לבין צו חיפוש במחשב – שבגדרו יש לכלול את מטרותיו ואת תנאיו באופן שיצמצם את הפגיעה בפרטיות – מחייב בחינה מחודשת של הנוהג שהשתרש בבתי המשפט השלום שלא לקיים דיון בבקשות למתן צווי חיפוש במחשבים במעמד הצדדים. זאת, שהרי לבית המשפט יכולת מוגבלת לעמוד על מכלול השיקולים שעליו לבחון לאור הוראות סעיף 23א לפקודת החיפוש, כאשר הדיון מתנהל במעמד צד אחד. קיום דיון בנוכחות בעל המחשב או המחזיק בו עשוי לתרום הן לבחינת עצם נחיצות החיפוש; הן לבחינת היקפו.

באשר לנחיצות הצו – במהלך הדיון הנחקר עשוי להביא לידיעת בית המשפט עובדות שלא היו בפניו קודם לכן, אשר ייתכן כי יעוררו ספק בדבר נחיצות צו החיפוש. זאת, בין אם יצליח להראות כי החשדות נגדו משוללי כל יסוד; ובין אם יראה כי אין כל זיקה בין העבירה לגביה הוא נחקר לבין המידע המצוי במחשב או

במכשיר הטלפון הנייד החכם. במסגרת דיון זה, אף רשאי הנחקר לבקש מהשופט הדן בעניינו לזמן את חוקר המשטרה ולהציג בפניו שאלות באשר לנחיצות הצו (קדמי, בעמוד 679). במצבים מסוימים, הנחקר יוכל גם להצביע על כך שהמידע שעליו מבוסס צו החיפוש המבוקש הושג באמצעות חיפוש מוקדם שנעשה שלא כדין. זאת, באופן שעשוי כאמור לשיטתי להצדיק את דחיית הבקשה למתן צו החיפוש. מטבע הדברים, ניתן להניח כי טענה בדבר חיפוש בלתי חוקי שקדם לבקשה למתן צו החיפוש, לא תובא בפני בית המשפט אלא אם הדיון בבקשה יתקיים במעמד הצדדים.

בהתייחס להיקף צו החיפוש ותנאיו, הרי שהנחקר או החשוד עשוי להביא לידיעת בית המשפט כי אף אם יש מקום לבצע חיפוש, הרי שהיקפו של צו החיפוש המבוקש עולה על הנדרש, ויש בו כדי להביא לפגיעה בפרטיותו ובפרטיותם של אחרים שלא לצורך. זאת, בפרט במקרים שבהם צו החיפוש אינו מוגבל לתקופת זמן מסוימת או לשימוש במילות חיפוש הרלוונטיות לחשדות, כפי שהיה במקרה דנן בצו החיפוש המקורי אותו ביקשה המדינה בעניין דנ"פ שמעון (על הקושי להגביל את תנאיו של צו חיפוש במחשב ובטלפון נייד חכם כאשר הדיון בבקשה למתן הצו נעשה במעמד צד אחד ראו למשל Zach Lerner, *A Warrant to Hack: An Analysis of the Proposed Amendments to Rule 41 of the Federal Rules of Criminal Procedure*, 18 YALE J.L. & TECH 26, 53 2016). וכפי שצינתי בבש"פ שמעון:

"המקרה שלפנינו ממחיש היטב את התרומה הרבה של נוכחות בעל המכשיר במעמד הדיון בבקשה למתן הצו לצמצום הפגיעה בפרטיות הכרוכה בביצוע החיפוש. כך, צו החיפוש הראשון ניתן במעמד צד אחד בלי שכלל פירוט כלשהו באשר לתנאי ביצוע החיפוש. רק במעמד הדיון בבקשה להשבת מכשיר הטלפון לידי המבקש, ניתנה לבא כוחו הזדמנות לטעון נגד חוקיות הצו, טענותיו התקבלו, הצו בוטל – ובהמשך הגישה המשיבה ביוזמתה בקשה לאישור צו חיפוש מצומצם בהיקפו, אשר חוקיותו במוקד ההליך שלפנינו. השתלשלות אירועים זו ממחישה כי עצם ההקפדה על מתן זכות טיעון לבעל המחשב או מכשיר הטלפון הנייד החכם, עשויה להביא להגבלת היקף צו החיפוש המבוקש ולצמצום הפגיעה בפרטיות הכרוכה בביצוע החיפוש" (בש"פ שמעון, בפסקה 29).

25. יתרה מזאת, מאפייניהם השונים של חומרי מחשב ביחס לחומרים פיזיים הנמצאים במקום מסוים, אינם מאפשרים לערוך גזירה שווה בין החשש לסיכול החיפוש ושיבוש החקירה כתוצאה מקיום דיון במעמד הצדדים בבקשה לצו חיפוש

בחצרים, לבין החשש שעלול להתעורר כתוצאה מקיום דיון בבקשה לצו חיפוש במחשב.

במקרים אלו, חומרים השמורים באופן פיזי על גבי המחשב עצמו מצויים, ככלל, בשליטת רשויות החקירה – בשונה ממקרים שבהם מתבקש צו חיפוש בחצרים. אומנם, כפי שציינה חברתי הנשיאה, קיימת לעיתים אפשרות עקרונית להשחית חומרים השמורים במחשב מנקודה מרוחקת. אולם, יש להניח כי כאשר רשויות החקירה חוששות מכך – הן תפעלנה להוצאת צו החיפוש כבר במסגרת חקירה סמויה, ויהיה בכוחן להצדיק חשש מעין זה בפני השופט הדן בבקשה, באופן שיאפשר את קיום הדיון במעמד צד אחד (ראו עניין מליניאק, שם).

אף כאשר קיים יסוד סביר לחשש מפני סיכול החיפוש, למשל באמצעות השתלטות חומרי המחשב מרחוק, במקרים רבים ניתן לצמצם חשש זה באופן משמעותי באמצעות מתן צו חלקי לחדירה למחשב והעתקת החומר המצוי בו – ורק בשלב מאוחר יותר לערוך חיפוש בו (ראו גם אסף הרדוף "להכשיר את הפרץ: בקשת צו חדירה לחומר מחשב לאחר חדירה שלא כדין – צו ניקוי או צו הלבנה?" משפטים על אתר טו 60, 85–87 (2020)).

אפשרות מעין זו אינה קיימת כלל בחיפוש בחצרים, ואף היא מחדדת את הצורך להבחין בין נוהגים שהתקבעו ביחס לאופן הדיון בצווי חיפוש בחצרים לבין האופן בו ראוי לערוך דיון בצווי חיפוש במחשבים.

26. זאת ועוד: אין לקבל את גישת באי כוח המדינה לפיה קיים חשש לשיבוש הליכי חקירה על-ידי כל חשוד באשר הוא, המצדיק תמיד קיום דיון במעמד צד אחד בבקשה לצו חיפוש במחשב. תמוהים בעיני דברי באת כוח המדינה בדיון שהתקיים לפנינו, שלפיהם:

"אני החשודה, יודעת שנתפס טלפון אני מודיעה לחברתי בצד ימין, תדעי לך החקירה החלה – והיא דואגת לזה להעלים את הטלפון ... דואגת לברוח מפה, אני מודיעה לאחרים שהמטרה לא מודעת אליהם, כל חששות אלה קיימים בכל חקירה" (עמ' 45–46 לפרוטוקול הדיון מיום 27.7.2021; ההדגשה הוספה – 'א').

כפי שהערתי גם במהלך הדיון, גישה מעין זו עלולה להביא לפגיעה בזכויות הנאשם רק בשל חשש תיאורטי כי יפעל לשיבוש החקירה; מבלי להידרש לנסיבותיו האישיות ולמידת מורכבות החקירה; ומבלי להבחין בין סוגי העבירות שבמוקד החקירה וחומרתן. זאת, תוך סטייה ניכרת מעמדתו העקרונית של המחוקק, הנלמדת מחוק המעצרים, לפיה יש להצביע על "יסוד סביר לחשש" מסוג זה, ואין די בחשש ערטילאי מפני שיבוש החקירה; ואף כאשר קיים חשש כאמור, ההצדקה לפגוע בזכויותיו של החשוד פוחתת ככל שהעבירה שבגינה הוא חשוד, קלה (ראו סעיף 13(א) לחוק המעצרים).

קיים קושי של ממש לקבל נקודת מוצא לפיה גם במקרים בהם אדם הנעדר עבר פלילי החשוד בעבירה קלה יחסית שבוצעה על-פי החשד במסגרת זמנים מצומצמת וללא תכנון מקדים, נדרש לקיים דיון במעמד צד אחד בבקשה לצו חיפוש במחשבו או במכשיר הטלפון החכם שברשותו. זאת, בפרט כאשר צו החיפוש מתבקש במסגרת חקירה גלויה – וממילא אין בעצם קיום דיון נקודתי בבקשה למתן צו החיפוש כדי להגביר את החשש מפני שיבוש החקירה.

לשם המחשה, רק לאחרונה נדרשתי למקרה בו התבקש מעצרו של אם ושני ילדיה, אשר הכו על פי הנטען שוטרים שביצעו חיפוש בביתם אשר לא העלה דבר, בעוד בני המשפחה טענו כי השוטרים הם שנקטו נגדם באלימות. בני המשפחה נשלחו למעצר וניתן צו חיפוש במעמד צד אחד במכשיר הטלפון של אחד החשודים אשר צילם את ההתרחשות. רק כאשר נדונה בקשה להארכת מעצרו של בני המשפחה, התרשם בית משפט השלום כי תיעוד ההתרחשות במכשיר הטלפון רלוונטי גם לתלונת החשודים במח"ש נגד המשטרה וכי "מדובר בחשודים נעדרי עבר פלילי, שניים מהם צעירים עד מאוד ואין בפעולות החקירה חשש לשיבוש". לאור ממצאים אלו, בית משפט השלום הורה על שחרור החשודים לביתם וצו החיפוש במכשיר הטלפון הנייד של אחד מן הילדים, הוקפא לבירור סוגיות נוספות (עניין פישמן). אין לקבל את עמדת באת כוח המדינה שלפיה במקרים מעין אלו כלל לא ניתן לדון בבקשה למתן צו החיפוש במעמד הצדדים.

חקירה יש לנהל בשום שכל, בתבונה, מחשבה וראיה עתידית. בכל אלה עשוי להיות מענה הולם לחששות העקרוניים עליהם הצביעה באת כוח המדינה מפני סיכול החקירה – וחלופה ראויה לצעדים דרסטיים אלו ואחרים כבר בתחילת החקירה, הננקטים לעיתים אף ללא צורך ממש. לעניין זה, זכורה לבטח הביקורת

בדבר מעצרים מיותרים בתחילת החקירה, כחלק מובנה ממנה אך בשל חשש עקרוני כי החשודים יפעלו לשיבושה.

27. בהתאם לכך, אני סבור כי על דרך הכלל, יש לאפשר לנחקר להעלות את טענותיו באשר לחוקיות צו החיפוש המבוקש במחשבו ובטלפון החכם בפרט, ולנחיצות תנאיו. זאת, אלא אם רשויות החקירה טוענות שהדבר יביא לסיכול החיפוש או לשיבוש החקירה, ובית המשפט התרשם כי קיים יסוד סביר לחשש זה, המעוגן היטב בפרטי המקרה שמובא בפני בית המשפט, אותו לא ניתן לאיין בדרך אחרת (ראו גם סעיף 13(א) לחוק המעצרים).

אף במקרים בהם קיים חשש מסוים לסיכול החיפוש או לשיבוש החקירה, ספק בעיני אם די בכך כדי להטות את הכף לפגיעה בזכות הטענות של חשוד בביצוע עבירות קלות יחסית, כגון עבירות מסוג "חטא" (ראו גם סעיף 13(א) לחוק המעצרים, וכן בסעיף 6(ב) לחוק האזנות סתר). על פני הדברים, כלל זה כוחו יפה גם ביחס לצד שלישי שפרטיותו עלולה להיפגע כתוצאה מביצוע החיפוש. זאת, ובלבד שיוכיח ברמה הלכאורית כי פרטיותו תיפגע באופן חמור כתוצאה מביצוע הצו, על לא עוול בכפו – בדומה לקביעות בית משפט זה ברע"פ שמש בנוגע לצו להצגת חפץ לפי סעיף 43 לפקודת החיפוש (ראו רע"פ שמש, בעמ' 303–308; ראו גם סעיף 99(א) (6) להצעת חוק ההמצאה, החיפוש והתפיסה).

בהקשר זה, אני נכון לקבל את עמדת חברתי הנשיאה לעניין עיגונם של פרטי מידע מינימליים שנדרש לכלול בבקשה לצו חיפוש במחשב או טלפון נייד חכם (ראו פסקה 69 לחוות דעתה). אולם, איני סבור כי יהא בכך כדי לספק מענה נדרש לקשיים שהצגתי לעיל – פיקוח שיפוטי, חשוב ככל שיהיה, אינו דומה לקיום דיון במעמד שני הצדדים, וכפי שנוכחנו לדעת – גם דרישות פחות מפורטות, אשר הדין מציב בפני רשויות החקירה כעת לצרכי בקשה שכזו, לא מולאו פעמים רבות. כפי שהבהרתי בבש"פ שמעון, וכפי שארחיב להלן, לא זו בלבד שאני סבור כי ברובם של המקרים קיימת לנחקרים – ולעיתים אף לצדדים שלישיים – זכות טענות בדיון בבקשה לצו חיפוש במחשב; אלא שאני סבור כי ככלל, אף יש לאפשר להם להשיג על החלטת בתי המשפט בבקשה למתן צו מסוג זה.

אופן ההשגה על צו חיפוש במחשב

28. רבות נכתב על חשיבות זכות הערעור על פסק דין, המהווה נדבך מהותי וחשוב למימוש הזכות להליך הוגן. זאת, בפרט לאור נחיצותו של מנגנון הערעור לפרשנות מוסמכת של הוראות דין רלבנטיות, לפיתוח המשפט, ולתיקון טעויות שעלולות ליפול בהחלטות הערכאות הדיוניות. וכן לנוכח תרומתו להליך קבלת החלטות בערכאה הדיונית עצמה (ראו בש"פ שמעון, בפסקה 36 לפסק דיני, וההפניות המופיעות שם).

לא בכדי יש הרואים בזכות הערעור זכות חוקתית, וזאת בפרט בשים לב לעיגונה בסעיף 17 לחוק-יסוד: השפיטה, המורה:

"פסק דין של בית משפט בערכאה ראשונה ניתן לערעור בזכות, להוציא פסק דין של בית המשפט העליון".

על רקע זה, חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי המשפט), כולל הוראות שונות באשר לאופן הגשת ערעור על פסק דין, ומוסיף כי בנסיבות מסוימות, ניתן להגיש ערעור אף על החלטות שאינן בגדר "פסק דין".

בפרט, סעיף 52 לחוק בתי המשפט מורה:

"(א) פסק דין של בית משפט שלום ניתן לערעור לפני בית משפט מחוזי.
(ב) החלטה אחרת של בית משפט שלום בענין אזרחי ניתנת לערעור לפני בית משפט מחוזי, אם ניתנה רשות לכך מאת שופט של בית המשפט המחוזי" (ההדגשות הוספו – "א").

לנוכח הוראות אלו, ישנה חשיבות מיוחדת לאופן סיווג ההחלטה שעליה מבוקשת זכות ההשגה כ"החלטה אחרת" או כ"פסק דין", כמו גם לסיווגה כהחלטה כ"עניין אזרחי" או "עניין פלילי".

כך, סיווג החלטה כ"פסק דין" מקנה לצדדים להליך זכות ערעור עליה. אולם, אם תסווג החלטה כ"החלטה אחרת", ניתן יהיה להשיג עליה בערעור רק אם מדובר בהחלטה "אזרחית" באופייה – ואף זאת ברשות בית המשפט בלבד; ואילו אם אופייה של החלטה "פלילי", ולא נקבעו בחוק הוראות מיוחדות באשר לאופן ההשגה עליה, ניתן יהיה להשיג עליה בנסיבות חריגות בלבד בפני בית משפט זה בשבתו כבג"ץ (ראו בג"ץ 233/85 עלי אל החייל נ' משטרת ישראל, לט(4) 124

(1985); בג"ץ 2882/18 פלוני נ' קופת חולים לאומית, פסקאות 11–14 (31.5.2018); רע"פ 6016/06 קובן נ' מדינת ישראל מע"מ ת"א, פסקה 5 (17.7.2007) (להלן: עניין קובן); ע"פ 426/87 שוקרי נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(1) 732, 735 (1988) (להלן: עניין שוקרי)). עם זאת, ראוי לציין כי כבר נשמע מפיה של המשיבה (באמצעות עו"ד גרנות אשר טענה מטעם המשיבה גם בהליך דנן), הטענה כי במקרים חריגים בית המשפט רשאי לחרוג מכלל זה, ולאפשר ערעור על החלטת ביניים בהליך פלילי (ראו ע"פ 3996/15 מדינת ישראל נ' פלוני (10.11.2015)).

על אף חשיבות זכות הערעור, הודגש לא פעם כי היא נולדת מכוחה של הוראה מפורשת בחוק בלבד, "ובהעדרה של הוראת חוק, אין הזכות קיימת" (בג"ץ 87/85 ארג'וב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מב(1) 353, 361–362 (1988)).

לצד זאת נקבע, כי: "נוכח חשיבותה של זכות הערעור נפסק כי יש להעדיף פרשנות המקנה זכות ערעור מפרשנות השוללת אותה..." (ע"פ 111/99 ארנולד שוורץ נ' מדינת ישראל, נד(2) 241, 271 (2000), ההדגשה הוספה – י' א'; רע"פ 3268/02 אחמד מזייד קוזלי נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (5.3.2003); בג"ץ 5580/98 אליהו סופר נ' שר העבודה והרווחה – מר אלי ישי, נד(4) 319, 328 (2000)).

29. בענייננו, סעיף 23 לפקודת החיפוש כאמור שותק באשר לקיומה של זכות ערעור או אפשרות לערור על החלטה בבקשה לצו חיפוש במחשב, ועל כן לא ניתן ללמוד ממנו על קיומה של זכות להשיג על החלטות אלו. אולם, משתיקתה של הפקודה, כשלעצמה, לא ניתן ללמוד על שלילת זכות הערעור הקמה בשל תוצאותיהם האזרחיות או לבר פליליות של צווי חיפוש, מתוקף הוראותיו הכלליות של חוק בתי המשפט, ובכללן סעיף 52 לחוק זה שנוכר לעיל (עניין שוקרי, בעמ' 736. ראו גם בש"פ 658/88 חסן נ' מדינת ישראל, מה(1) 670, 693–694 (1991) (להלן: עניין חסן); ע"פ 1982/93 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(3) 238, 247 (1994) (להלן: עניין בנק לאומי)).

בהתאם לכך, האפשרות להשיג על החלטה בבקשה למתן צו חיפוש במחשב תלויה, במידה רבה, בשאלה אם יש לראות בהחלטה זו משום "פסק דין" לבר פלילי לעניין סעיף 52 לחוק בתי המשפט.

30. כפי שהודגש לא אחת, סיווגה של החלטה כ"החלטה אחרת" או כ"פסק דין" לעניין אופן ההשגה עליה, אינו כפוף לכותרת הפורמאלית של החלטה – אלא נקבע על פי מאפייניה המהותיים והשפעתה על זכויות המעורבים. במסגרת סיווג החלטה, יש לבחון, בעיקרו של דבר, אם יש בה כדי להכריע באופן סופי בנוגע לטענות זכות ולסעדים שהתבקשו בהליך, וכן את עוצמת הזיקה שבין החלטה לבין הסוגיה העיקרית שבמחלוקת (ראו החלטת הנשיא מ' שמגר בב"ש 521/85 שירלי תאומים נ' מנחם רפאל, לט(2) 56 (1985); עניין חסון, בעמ' 693–694; ראו גם בש"פ 4804/17 ברמלי נ' מדינת ישראל, פסקאות 10–13 (9.8.2017) וההפניות המופיעות שם).

על כן, במקרים בהם אין בהחלטה כדי לסיים את ההתדיינות בין הצדדים – ולו במסגרת הליך נוסף הנלווה להליך העיקרי – יהא זה שיקול לסיווגה כ"החלטה אחרת" שעליה אין זכות ערעור. מטעם זה למשל נקבע כי אין לנפגע עבירה זכות ערעור על החלטת בית המשפט הדין בפלילים בעניין גובה הפיצוי שיוענק לו – שהרי באפשרותו לפתוח בתביעה אזרחית "נגררת" נגד מבצע העבירה (רע"פ 9748/11 ארזי נ' בן דוד (31.7.2013); ראו גם תקנה 19 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט–2018).

אולם, כאשר החלטה מביאה לסיום ההתדיינות בין הצדדים להליך, או מכריעה בזכותו של צד שלישי ואין באפשרותם לפנות לערכאה שיפוטית נוספת להמשך הדיון בעניין כדי להגן על זכותם, הדבר יהווה שיקול מכריע לסיווגה כ"פסק דין" עליו ניתן לערער בזכות (רע"פ 6016/06 קובן נ' מדינת ישראל מע"מ ת"א, פסקה 5 (17.7.2007); רע"פ 8274/99 חילף נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 433, 437–436 (2000) (להלן: עניין חילף); עניין חסון, בעמ' 693–694).

31. בחינת מאפייניה של החלטה בבקשה למתן צו חיפוש במחשב (ואף בצו חיפוש בכלל, כאשר הדבר מעשי), מצביעה לטעמי על כך שיש לסווגה כ"פסק דין" לעניין ההשגה עליה. זאת, מאחר שהחלטה מכריעה כאמור אם ניתן לפגוע בפרטיות בעל המחשב או המחזיק בו לצורך קידום הליכי החקירה, ומהו היקף הפגיעה הנחוץ לצורכי החקירה; ההחלטה תינתן בשלב החקירה, ובטרם הוגש כתב אישום נגד הנחקר – אשר ייתכן כי כלל אינו חשוד בתיק; במקרים רבים מסיימות רשויות החקירה את עבודתן לאחר ביצוע החיפוש ומחליטות על סגירת התיק; ומכל מקום, את הפגיעה בפרטיות הנחקר לא ניתן יהיה לרפא במסגרת הליך העיקרי אף אם יוחלט להעמידו לדין – הגם שניתן יהיה להתחשב בהשגותיו על חוקיות צו

בקביעת משקל ממצאי החיפוש ובגזירת עונשו (ראו גם עניין אורדך הראשון, בפסקה 29; עניין אורדך השני, בפסקה 26(ד); בג"ץ 49/62 קלוגר נ' המפקח הכללי של משטרת ישראל, פ"ד טז 1267, 1273 (1962); United States v. Ryan, 402 U.S. 530; (1971); אסף הרדוף "חזות של זכויות, מהות של צדק: סיפורה הרטורי והמהותי של ההכרעה הפלילית" דין ודברים ח 33, 36 (2014); השו"ל רע"פ 10622/07 סמורגנסקי נ' מדינת ישראל, פסקה 3 (10.1.2008)).

על כן, אני סבור כי החלטות כגון אלה מסיימות הליך עצמאי ונפרד, שאינו חלק מהמשפט הפלילי שיפתח כלפי הנחקר אם יוחלט על העמדתו לדין, וקובעות אם יש להיעתר לסעד המבוקש שלשמו נפתח ההליך ניתן וראוי אפוא לראות בהחלטות כאמור יחידה דיונית עצמאית שתוצאותיה תעמודנה לביקורת ערעורית.

מאפייניה של ההחלטה שבה עסקינן מלמדים אפוא באופן מובהק כי מדובר ב"פסק דין" עליו ניתן להגיש ערעור בזכות. יפים לעניין זה, בשינויים המחויבים, דברי השופט י' קדמי בבג"ץ 2260/94 The Scotch Whisky Association נ' שופט בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (25.10.1994) (להלן: עניין Scotch Whisky Association), שם קבע לראשונה כי קיימת זכות ערעור על החלטה בבקשה למסירת תפוס לפי סעיף 36 לפקודת החיפוש – על אף שמדובר בהליך המתנהל לא פעם עוד בשלב החקירה, וחרף העובדה שבאותה עת טרם עוגן בפקודה זו מנגנון ערר על החלטה בבקשה למסירת תפוס:

"לאור פסק הדין שניתן בפרשת חסן ... שוב לא יכולה להיות מחלוקת על כך, שהחלטה שניתנה מכוח הוראות סעיף 36 לפסד"פ [פקודת החיפוש – י' א'] – דוגמת ההחלטה נושא הדין שבפנינו – מהווה 'פסק דין', ככל שמדובר בערעור עליה. ... בהתחשב במעמדה העצמאי והנפרד מפסק הדין המתיחס לאישום, רשאים, אפוא, בעלי דין לערער על החלטה מה יעשה בתפוסים – כפי שמערערים על 'פסק דין' (שם, בפסקה 4).

אומנם, אם יוחלט לבסוף להעמיד את הנחקר לדין, תעמוד בפניו האפשרות להשמיע את השגותיו על חוקיות צו החיפוש בהליך העיקרי, ולטעון כי יש להתחשב בכך בקביעת משקל ממצאי החיפוש ובגזירת עונשו (ראו למשל דנ"פ שמש, בעמ' 389–392). אולם, בכך אין כדי לשלול את סופיות ההכרעה במתן הצו שלדידי מהווה יחידה דיונית עצמאית, שהרי הפגיעה בפרטיות מתרחשת כבר במועד ביצוע החיפוש (ראו גם עניין חסן, שם).

32. לא נעלמה מעיני העמדה לפיה קביעת מנגנון ערר על החלטה בעניין מסירת תפוס לפי סעיף 38א בלבד, ולא על החלטה על מתן צו חיפוש, מלמדת על מעין הסדר שלילי שלפיו לא ניתן להשיג על החלטה מעין זו – אף לא לפי ההסדר הכללי הקבוע בחוק בתי המשפט. כך הוסבר גם בחוות דעתה של הנשיאה (פסקה 86 שם) כמו גם במוקד עמדות דעת הרוב בבש"פ שמעון (שם), בפסקה 12 לפסק דינו של השופט נ' הנדל, וכן בפסקה 7 לפסק דינה של השופטת ע' ברון).

אולם, לגישתי התחקות אחר ההיסטוריה החקיקתית של סעיף זה מלמדת אחרת.

מנגנון הערר על החלטה בעניין מסירת תפוס נקבע במסגרת החוק לתיקון פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) (תיקון מס' 10), התשנ"ז–1997. זאת, בעקבות פסק דינו של בית משפט זה בעניין **Scotch Whisky Association**, אשר קבע כאמור לראשונה כי על החלטה בבקשה למסירת תפוס ניתן לערער בזכות מכוח הוראותיו הכלליות של חוק בתי המשפט. סעיף 38א לפקודת החיפוש אשר נחקק שנים ספורות לאחר מכן, אימץ פסיקה זו ועיגנה באמצעות מנגנון הערר הקבוע בסעיף.

קיים קושי רב להסיק מעצם עיגון פסיקת בית משפט זה בדבר קיומה של זכות להשיג על החלטה בבקשה למסירת תפוס, כי קיים הסדר שלילי ביחס לאפשרות להשיג על החלטות הניתנות ביחס ליתר הנושאים המוסדרים בפקודת החיפוש.

למעשה, דומה כי ההיפך הוא הנכון: המחוקק אימץ את ההיגיון המוביל שקבע בית משפט זה, לפיו ניתן להשיג על החלטות הנלוות להליכים המתקיימים אגב החקירה הפלילית, המסיימים את ההתדיינות בין הצדדים. על כן ראוי שהיגיון זה יובילנו אף ביחס לנושאים נוספים המוסדרים בפקודה.

יישום הדברים שנקבעו באותה פסיקה על ענייננו, מלמד כי יש לאפשר לנחקר שנפגע כתוצאה מצו חיפוש במחשבו – ובטלפון הנייד החכם שברשותו בפרט – לערער על החלטה למתן הצו. אילו רצה המחוקק לצמצם זכות ערעור זו, אני סבור כי היה עליו לכל הפחות לקבוע זאת באופן מפורש בחוק. וכפי שצוין לעיל, לכל הפחות יש להעדיף פרשנות המקנה זכות ערעור מפרשנות השוללת אותה.

33. חברי בדעת הרוב בבש"פ שמעון, ביקשו להצביע על קושי מעשי בקביעת זכות ערעור על החלטה בבקשה לצו חיפוש במחשב, ובמכשיר טלפון נייד חכם בפרט, הנובע מכך שעל פני הדברים, משמעות הדבר היא כי הערעור יישמע בפני שלושה שופטים – ולא בפני שופט אחד, כבערר. אולם, איני סבור כי יש ממש בקושי זה.

כפי שהובהר לא פעם בפסיקות בית משפט זה, אין בעצם סיווגה של החלטה ב"פסק דין" לעניין קיומה של זכות ערעור, כדי ללמד כי יש לסווגה כ"פסק דין" אף לעניין קביעת המותב שידון בה. על כן, נקבע למשל בעניין זינגלוב כי החלטה בבקשה להארכת מועד להגשת ערעור תסווג כ"פסק דין" במובן זה שקיימת זכות ערעור עליה; אולם אין לראות בה כ"פסק דין" לעניין קביעת המותב שידון בערעור:

"תוצאה זו אפשרית מבחינה פורמאלית אם נגדיר את ההחלטה בבקשה להארכת מועד כהחלטת ביניים או כפסק דין בערעור, במובן סעיף 26 לחוק בתי המשפט. אכן, תוצאה זו אינה מתיישבת לכאורה עם הקביעה בעניין חילף שמדובר בפסק דין. אולם כפי שציינת, הלכת חילף התייחסה רק לשאלת קיומה של הזכות להגיש ערעור במובן סעיף 41 לחוק בתי המשפט והתבססה על נימוקים כבדי משקל אשר הצדיקו את המאמץ הפרשני שנעשה באותו עניין. בענייננו, שיקולים אלו לא קיימים. אין צורך להגדיר את ההחלטה כפסק דין. נפתח כבר פתח לשמיעת ערעור. כעת השאלה אינה אלא אם הערעור צריך להישמע בפני הרכב שלושה או בפני שופט יחיד" (ע"פ 2525/05 זינגלוב נ' מדינת ישראל, פסקה 17 (9.6.2005)).

בהמשך, עוגנו הדברים בפסק דין שניתן במותב תלת בעניין פחמאוי, במסגרתו חברי המשנה לנשיאה נ' הנדל שב והבהיר:

"בעניין רע"פ 8274/99 חילף נ' מדינת ישראל (2.2.2000) נסללה הדרך לקיומו של ערעור בזכות בהחלטה בעניין הארכת מועד להגשת ערעור. לצד זאת ראוי כי ערעור זה ישמע בפני דן יחיד. כך עולה מהמבנה של סדר הדין הפלילי, שככלל, מכיר בערעור ברשות רק בגלגול שלישי, אך מוכן להכיר בזכות ערעור גם בגלגול שני במקרים המתאימים, כדי לשמור על זכויות הצדדים בפלילים" (ע"פ 2983/19 פחמאוי נ' מדינת ישראל (11.6.2019)); ההדגשה הוספה – י' א'.

בהתאם לכך, אף שלשיטתי נכון לסווג החלטה בבקשה לצו חיפוש במחשב כ"פסק דין" לעניין סעיף 52 לחוק בתי המשפט – ועל כן ניתן לערער עליה – אין כל מניעה כי יחול לגביה סעיף 37(ג) לחוק זה, והדיון בפני בית המשפט המחוזי בערעור על החלטת בית משפט השלום יתקיים בפני שופט אחד.

34. משפנתי להיבטיה המעשיים של זכות הערעור, אוסיף ואציין כי עשויה להתעורר שאלה אם יש לסווג את הליך הערעור על החלטה בבקשה לצו חיפוש כערעור אזרחי או כערעור פלילי (על משמעויות סיווג ההליך על זכויות המערער ראו למשל בש"א 10092/17 צרניק נ' מדינת ישראל, בפסקאות 8–9 (1.2.2018)). ראו גם Matter of 381 Search Warrants Directed to Facebook, Inc., 29 N.Y.3d 231 (2017), שם נפלה מחלוקת, בין היתר, בשאלה אם יש לסווג החלטה למתן צו חיפוש במאגרי מידע של חברה מסחרית, לצורך קבלת פרטים אודות חשודים המשתמשים בשירותיה, כהחלטה בעניין פלילי או בעניין אזרחי).

כפי שהדגשתי גם בבש"פ שמעון, אין בעצם העובדה כי צו החיפוש ניתן במסגרת חקירה פלילית כדי ללמד בהכרח שאופיו ומהותו פליליים (ראו למשל עניין שוקרי, בעמ' 737–738). עם זאת, ישנם שיקולים שונים התומכים בכך שהערעור על החלטה בבקשה למתן חיפוש במחשב ובטלפון נייד חכם ייעשה בהליך פלילי – צו החיפוש ניתן במסגרת חקירה פלילית; החיפוש נעשה לרוב על ידי איש משטרה; וככלל, החלטה בעניין אף מטילה דופי בבעל המחשב והטלפון הנייד, או במי שהחזיק בו, כמי שקיים חשד שהיה מעורב בפעילות בלתי חוקית המצדיקה את מתן הצו (ראו גם עניין בנק לאומי, בעמ' 247).

35. לבסוף, יש להוסיף ולהבהיר כי עשויים בהחלט להיות מקרים שבהם זכות הערעור על החלטה בבקשה לצו חיפוש במחשב לא תהיה מעשית. זאת, כאשר מתקיימים אותם תנאים עליהם עמדתי לעיל המחייבים כי הדיון בבקשה ייערך במעמד צד אחד. במקרים אלו, בעל המחשב או המחזיק בו כלל לא יהיה מודע לקיומה של החלטה – ומטעם זה אף לא יוכל להשיג עליה.

אולם, אם ייודע בהמשך לנוגעים בדבר כי ניתן צו חיפוש במעמד צד אחד, והחיפוש טרם בוצע – איני רואה כל מניעה לכך שתוגש לבית המשפט שנתן את צו החיפוש בקשה לביטול החלטתו בעניין, וכי הדיון בבקשה זו יתקיים במעמד הצדדים. זאת, ובלבד שאין עוד יסוד סביר לחשש מפני סיכול החיפוש או שיבוש הליכי חקירה.

בפרט, כאשר דבר קיומה של החלטה בבקשה לצו חיפוש במחשב מתגלה במעמד דיון בבקשה למסירת תפוס בערר על ההחלטה בעניין, איני רואה קושי בכך שהמבקש יוסיף ויעלה טענות נגד חוקיות הצו באותו מעמד (ראו והשוו עניין אורין השני, בפסקה 12 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (כתוארו אז) ח' מלצר).

גישתי זו עולה בקנה אחד עם העיקרון הכללי המעוגן בחוק סדר הדין הפלילי ובפסיקה, המאפשר לבקש את ביטולן של החלטות שיפוטיות הניתנות במעמד צד אחד במסגרת ההליך הפלילי (בש"פ 3390/14 ענבל נ' מדינת ישראל, פסקאות 28–29 (11.6.2014); ע"פ 2393/06 חמוד נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (20.11.2007)); היא אף מתיישבת עם פסיקות בית משפט זה המאפשרות עיון מחדש בהחלטות קודמות שהתקבלו במסגרת ההליך הפלילי בנסיבות חריגות, חרף היעדר הסמכה חוקית מפורשת לכך (עניין פישמן; בש"פ 5820/16 שם טוב נ' מדינת ישראל – משטרת ישראל, פסקאות 15–20 (25.8.2016); ע"פ 5135/13 יגרמן נ' מדינת ישראל, פסקאות 19–20 (2.6.2014); בש"פ 7323/98 מדינת ישראל נ' רג'זאן, פ"ד נג(4) 126, 138 (1999)).

בטרם סיום

36. ההליכים שלפנינו חשפו את שבריריות זכותם של נחקרים לפרטיות. זאת, בפרט לנוכח פערי הכוחות שבינם לבין רשויות החקירה, ולאור המידע הרב אשר נצבר במחשביהם, ובמכשירי הטלפון הניידים והחכמים שעמם הם לעיתים מתייצבים לחקירה.

אומנם, אדם הנתון בחקירה חשוף לשאלותיהם החודרניות של חוקריו, באופן אשר יש בו כשלעצמו כדי לפגוע בזכותו לפרטיות. אולם, אין בכניסתו של אדם לחדר החקירות כדי להשיל ממנו לחלוטין את זכותו לפרטיות – ויש להקפיד שלא לגרוע ממנה מעבר לדרוש (ע"פ 6080/20 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 33 לפסק דיני (27.7.2021)). ראו גם בהקשר אחר את האמור בדנ"א 1996/19 קוגן נ' ב.ת.ב – בנייני תעשייה באר-שבט בע"מ, פסקה 5 לפסק דיני (11.1.2021).

למרבה הצער, ההליכים שלפנינו המחישו כיצד לעיתים חוקרי המשטרה עלולים להיחשף בהינף יד להתכתבויות אישיות של נחקר, ללא צו שיפוטי מתאים ובלי שצו החיפוש שניתן יתוחם ויתוכנן מראש על מנת לפגוע בפרטיותו של אדם במידה הדרושה לצורך החקירה בלבד.

כך בהליך שלגביו נסוב דנ"פ אודיך, התגלה כי לכל הפחות חלק מהחוקרים לא קיבלו כל הנחייה או הדרכה באשר לזכותו של הנחקר לסרב לחיפוש ללא צו (ראו עמוד 49 לפרוטוקול הדיון בבית משפט השלום בתל אביב-יפו בצ"ח 51787-10-19, מיום 8.1.2020). צווי החיפוש שהתבקשו בהליך שלגביו נסוב דנ"פ שמועון שיקפו היטב כיצד צווי חיפוש הניתנים במעמד צד אחד לעיתים אינם כוללים תנאים באשר לאופן ביצוע החיפוש – אלא מתירים חיפוש נרחב במכשיר הטלפון הנייד החכם של הנחקר ללא עדים, בלי שתינתן כל הנמקה לכך.

37. מנגד, השתלשלות האירועים החריגה בפרשיות להן אנו נדרשים בדיון זה המחישה גם כיצד ביקורת שיפוטית אפקטיבית על הצו המבוקש עשויה להביא לצמצומו ותיחומו, תוך הגבלת הפגיעה בפרטיותו של הנחקר.

מתן אפשרות למימוש זכות הטיעון והערעור של מי שנפגע מצו החיפוש מהווה צעד ראשון והכרחי לשם כך. זאת, הן בשל האפשרות להעלות בפני הערכאה הדיונית טיעונים שלא היו מועלים בפניה אילו הדיון היה מתקיים במעמד צד אחד בלבד; הן בשל עצם קיומה של ביקורת שיפוטית הכרחית נוספת על ההחלטה למתן צו החיפוש, במסגרת הערעור.

אומנם, אין בעצם קיום הדיון במעמד הצדדים ומימוש זכות הערעור המוקנית להם בעניין כדי להביא לכך שכל טענותיהם תתקבלנה. אולם, במתן זכויות בסיסיות אלו, יש כדי להבטיח, לכל הפחות, כי טענות אלו תישמענה ותישקלנה כראוי – אף אם תידחנה בסופו של יום.

סוף דבר

38. טרם סיום, אתמצת את עמדתי:

על רקע הפגיעה החמורה והקשה בפרטיותו של אדם במסגרת ביצוע חיפוש במחשבו – ובמכשיר הטלפון הנייד החכם שברשותו בפרט – יש להקפיד כי החיפוש ייעשה באופן שימנע פגיעה בפרטיותו מעבר לנדרש. זאת, בהתאם למצוותו המפורשת של המחוקק בסעיף 23א לפקודת החיפוש. על כן, אין לערוך חיפוש במחשבו של אדם או במכשיר הטלפון הנייד החכם – אלא לפי צו חיפוש שיפוטי; ועל צו זה לכלול תנאים ברורים ומפורטים שיגבילו את היקף החיפוש.

על מנת להבטיח את תקינות הליך זה, וכדי לאפשר לאדם לממש את זכות הטיעון בטרם תיפגענה זכויותיו – יש להקפיד כי דיון בבקשה למתן צו חיפוש ייערך ככלל במעמד הצדדים הנוגעים לדבר, אשר יוכלו להעלות את טענותיהם באשר לחוקיות צו החיפוש המבוקש, לנחיצותו ולהיקפו. אולם, חריג לכלל זה עשוי לחול במקרים שבהם קיים יסוד סביר לחשש שהדבר יביא לסיכול החיפוש או לשיבוש החקירה, המעוגן היטב בפרטי אותו מקרה שמובא בפני בית המשפט, ואשר לא ניתן לאיננו בדרך אחרת. במקרים אלו בלבד, ניתן יהיה לערוך את הדיון במעמד צד אחד.

כך או כך – בין אם הדיון יתקיים במעמד הצדדים, ובין אם במעמד צד אחד – הרי שבטרם ייעתר בית המשפט לבקשה למתן צו החיפוש, יבחן את מטרות הצו המבוקש ואת תנאיו, באופן שיבטיח כי הפגיעה בפרטיות הכרוכה בביצוע החיפוש אינה עולה על הנדרש. במסגרת זאת, על בית המשפט להידרש – בין היתר – לטענות שלפיהן רשויות החקירה נקטו בפעילות בלתי חוקית עובר לבקשה למתן הצו, ושאלמלא אותן פעולות, הבקשה כלל לא הייתה מוגשת לבית המשפט. אם ימצא כי אכן ננקטה פעולה הנגועה באי-חוקיות, על רשויות החקירה יוטל הנטל להוכיח כי תוצריה אינם ביסוד הבקשה למתן צו החיפוש. אם לא תעמודנה בנטל זה, ולא תהיינה הצדקות מיוחדות להיעתר לבקשה חרף כך – בית המשפט יורה על דחיית הבקשה.

זאת ועוד, לגישתי, ככלל, על החלטה בבקשה למתן צו החיפוש במחשב ובטלפון נייד חכם, ניתן יהיה להשיג במסגרת ערעור בזכות – אשר אפשר שיידון בפני שופט יחיד. כמו כן, במקרים בהם הוחלט על מתן צו החיפוש במעמד צד אחד, ונודע לבעל המכשיר על כך עוד בטרם בוצע החיפוש – יהיה באפשרותו להגיש בקשה לעיון מחדש בהחלטה. זאת, ובלבד שאין עוד יסוד סביר לחשש מפני סיכול החיפוש או שיבוש הליכי חקירה.

39. החלופה לגישתי, היא כי במעמד צד אחד עלול להינתן צו הפוגע באופן קשה בפרטיותו של נחקר; מבלי שניתנה לו האפשרות להתגונן בפני כך; מבלי שיש ביכולתו להשיג על החלטה המאפשרת צו זה; כאשר ייתכן ומדובר באדם נורמטיבי, אשר הקשר בינו לבין החשדות מושא החקירה אינו רב; ובנסיבות בהן אין כל חשש מפני שיבוש החקירה. לשיטתי אין מקום לקבל חלופה זו – עמדה כזו משלימה עם פגיעה של ממש בזכויותיהם של נחקרים, לעיתים רבות – שלא לצורך.

40. ובענייננו – במסגרת דנ"פ שמעון, בית המשפט המחוזי דחה על הסף את ערעורו של שמעון, וקבע כי אין באפשרותו לערער או לערור על צו החיפוש במכשיר הטלפון הנייד החכם שברשותו. כפי שהבהרתי לעיל, אני סבור כי קביעה זו שגויה – וקיימת זכות ערעור על ההחלטה האמורה. על כן, אילו דעתי הייתה נשמעת, היינו מורים לבית המשפט המחוזי לשוב ולדון בענייניו של המבקש כבערעור על החלטת בית משפט השלום פתח תקווה בה"ת 69077-06-20, מיום 15.7.2020.

41. בהתייחס לדנ"פ אור"ך, הרי שאין בידי להסכים עם עמדת חברתי הנשיאה, אשר אימצה את התוצאה האופרטיבית שנפסקה בדעת הרוב בעניין אור"ך השני, בדבר היעדרו של קשר סיבתי בין החיפוש המוקדם שנערך במכשירים לבין צווי החיפוש שהתבקשו לאחר מכן.

כפי שהבהרתי לעיל, הנטל להראות כי לא מתקיים קשר סיבתי בין החיפוש המוקדם שבוצע שלא כדין לבין צווי החיפוש שהתבקשו לאחריו מוטל על רשויות החקירה. אולם, בעניין אור"ך נמנעו רשויות החקירה מלקיים את החלטתי שלפיה הדיון בבית משפט השלום ייערך "בנוכחות בעלי התפקידים במשטרה אשר לקחו חלק בהחלטה לבצע את החיפוש המוקדם ובהחלטה להגיש את הבקשות למתן צווי החיפוש במכשירי הטלפון הניידים".

בפועל, הדבר נעשה באופן חלקי בלבד: רק חוקרת אחת שהייתה מעורבת בעניין הופיעה בבית משפט השלום, ואף היא נמנעה מלהשיב לחלק מהשאלות שהופנו כלפיה. זאת, באופן המקשה ללמוד על הטעמים להגשת צו החיפוש המבוקש ועל מאפייניו אי החוקיות שהייתה כרוכה בחיפוש המוקדמים. בנסיבות אלו, אני סבור כי המדינה לא עמדה בנטל להראות כי לא מתקיים קשר סיבתי בין החיפוש המוקדמים שבוצעו שלא כדין לבין צווי החיפוש המבוקשים – ועל כן יש להורות על דחייתם (ראו עניין אור"ך השני, בפסקה 9 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (כתוארו אז) ח' מלצר).

הערה משלימה

42. בשלב זה הגיעה לעיוני חוות דעתו של חברי השופט י' עמית.

בפתח חוות דעתו מונה הוא "מושכלות יסוד" במשפט הפלילי, ואז פונה לתרחישי "אימים" של אירועים דרמטיים וקיצוניים. על מנת שלא להאריך בחוות

דעתי המפורטת עד כה, אתייחס בקצרה לאירועים תיאורטיים אלו אשר מהווים לגישתי סטייה מן העיקר משאין בינם לבין ענייננו דבר וחצי דבר.

מלכתחילה נדרשנו להליך שלפנינו בשל אי קיום הוראות החוק כהווייתן ואי הפנמתן כנדרש (ראו עניין אודיך הראשון), ולא בשל תרחישי אירועים תיאורטיים וקיצוניים, כמובאים בחוות דעתו של חברי.

מתיאור תרחישים אלו משתמעת הצדקת ביצועו של חיפוש ("חטיפת" טלפון על ידי שוטר) המגלמת בתוכה מֶסֶר, אם לא הכרה משתמעת, לפיו המטרה מקדשת את האמצעים. זאת כמעין פשרה (רופפות המגבלות המוטלות כיום על ניהול חיפושים ששכרה בצדה), אל מול הבטחה לכאורה להגברה מאסיבית של כמות העבירות שתתגלנה. משכך, מה לנו להקפיד על הכללים והחוק ועל מגבלות סמכותם של החוקרים? ; מה לנו להידרש לטענות על פגיעה בזכויותיהם של נחקרים? ; ולשם מה לנו לפעול להצר את צעדי השוטרים והחוקרים? – הרי אם נרפה את הרסן, נגלה ביתר קלות עבריינות. זאת על חשבון רמיסת זכויות הפרט ופגיעה בפרטיות.

עמדה כזו אין לקבל.

מחויבותו של בית המשפט לשמירת קיומו של הליך הוגן היא מושכל ראשון במעלה המהווה את אבן היסוד עליו נסמך המשפט הפלילי. בהתאם, חובה על בית המשפט למנוע שימוש לרעה בכוח הרב שיש לחוקר אל מול נחקר, ולאזן כוח רב זה על ידי הקפדה כי חוקרי המשטרה מקיימים את הוראות החוק ככתבן וכלשונו.

43. לעניין "סרבול" ההליך הפלילי – חקירה איכותית, שלמה, וסדורה תוך הקפדה על זכויות הנחקר, היא שתבטיח כי ההליך הפלילי יתנהל ביעילות, ובמקביל, תסייע באופן משמעותי ביותר לעשיית משפט צדק. מנגד, הליכי חקירה אשר מעליהם מרחפת עננה של ספק באמינותם, כשרותם, תקינותם וחשש לקיפוח זכויות הנחקר, עלולים להוביל לחוסר אמון בתוצאות החקירה – הן מצד בית המשפט הדן בהליך העיקרי והן מצד הציבור. בפועל, כבמקרה דנן, אנו עדים לפגיעה חוזרת ונשנית בזכויותיהם ובפרטיותם של נחקרים במהלך חקירתם.

המקרה שלפנינו ממחיש זאת. אין חולק שנפל פגם באופן בו נהגו החוקרים, ועל כן איני רואה מדוע פגם זה שהוביל לעיכוב ההליך והתדיינות רבה מצדיק גישה

המרחיבה, הלכה למעשה, את מרחב הפעולה של גופי החקירה; ומנגד, את צמצום זכויותיהם של נחקרים. לדידי, רצוי שבית משפט זה ינקוט בגישה שתתמרץ את מניעת הישנותם של פגמים מסוג זה, וכך יימנע סרבולם של הליכים פליליים.

על כן, לוי דעתי הייתה נשמעת, היינו מורים על דחיית כל ארבע הבקשות למתן צווי חיפוש שהוגשו בהליך זה.

ש ו פ ט

השופט נ' סולברג:

1. חוות דעתה של חברתי הנשיאה א' חיות – ממצה. עמדתה המנומקת במה שנוגע לדנ"פ 4072/21 – מקובלת עלי, מסקנתה נכונה, ואכמ"ל. במה שנוגע לדנ"פ 1062/21 – מקובלים עלי מרבית דבריה, בהתאם לעמדתי בפסק הדין מושא הדיון הנוסף, זולת עניין חשוב, שבו לא ראתה חברתי את מצב הדברים עין בעין עמי. לגבי דידי, היד הקלה שב'חייטוט' במכשירי טלפון במהלך חקירה, תקלה חוזרת ונשנית בעשיית חיפושים בלתי-חוקיים שכאלו – מחייבת לשנס מתניים; אם לא כן, חוששני כי "מה שהיה הוא שיהיה, ומה שנעשה הוא שיעשה" (קהלת א, ט).

2. מכשיר הטלפון הנייד בעידן הנוכחי הריהו כבבת-עינו של בעליו. בחדירה לטלפון, כרוכה פגיעה קשה וממשית בפרטיות. טעמים טובים ישנם להצדקת דיון בפגמים שנפלו בהליך החקירתי, כבר בשלב הדיון בבקשה למתן צו חדירה לטלפון. עיקרם בכך שהפגיעה בהגינות ההליך מתרחשת כאן ועכשו (עמדתי על כך באריכות בפסק הדין מושא הדיון הנוסף); ברם, יש קושי דיוני ישומי בכך. לפיכך, לדעתי, נכון יהיה להבחין בין שני מצבים: האחד – תמונת המצב העובדתית לגבי אי-החוקיות, ולגבי זיקתה לבקשה למתן צו חדירה לטלפון – מובהקת וברורה; השני – תמונת המצב חסרה ומצריכה עוד דרישה וחקירה.

3. במצבים שבהם אי-החוקיות וזיקתה לבקשה למתן צו חדירה ברורות דין, ואינן מצריכות בירור ראייתי מעמיק נוסף, הכולל חקירות עדים ומעורבים, והמצריך תמונה ראייתית רחבה יותר – יעמוד בית המשפט על הפגם שנפל והשלכתו על

הבקשה, כבר במהלך הדיון בה. בנסיבות אלו, יוכל בית המשפט לדחות את הבקשה למתן צו חדירה, אם וכאשר יוכח לדעת שהבקשה נסמכת על תשתית בלתי-חוקית, ויחליט שבאיזון הכולל יש להעדיף את הזכות להליך הוגן על פני שיקולים ואינטרסים אחרים.

4. לעומת זאת, במצבים שבהם סבור בית המשפט הדין בבקשה למתן הצו, כי התמונה הנשקפת לעיניו בנוגע לפגם שנפל חסרה, עמומה, חלקית, ולצד זאת מתקיימות העילות החוקיות שמצדיקות את מתן צו החדירה – ידחה הדיון בפגם ובהשלכותיו להליך העיקרי. שם, יעמדו לו, לבית המשפט, מיטב הכלים המצויים באמתחתו, ויהיה סיפק בידו לאזן אל-נכון בין כלל השיקולים והאינטרסים שעל כפות המאזניים. למותר לציין, כי בנסיבות אלו, צו חדירה לחומר מחשב שיינתן בשלב מקדמי – לא יכשיר פגמים וכשלים שנפלו עובר לנתינתו; לחשוד שמורה הזכות לתקוף את קבילותן של הראיות שיושגו באמצעות צו החדירה בהליך העיקרי, אם וכאשר יוגש נגדו כתב אישום.

5. ודוק. באותם מצבים שבהם יקבע, כי קיימת עמימות עובדתית אשר מצריכה לדחות את הדיון בפגם שנפל ובמשמעויותיו להליך העיקרי, תתמקד הבחינה הנדחית בחוקיותו ובתוקפו של צו החדירה לחומר מחשב גופו, ולא תתמצה רק בבירור קבילותן של הראיות אשר הופקו מכוחו. בית המשפט יבוא בנעלי השופט שדן בבקשה לצו חדירה לחומר מחשב, ויבחן מחדש, האם נוכח הפגם שנתגלה, נכון היה ליתן את הצו מלכתחילה.

6. לא אכביר כאן בנימוקים ובדרכי היישום, כולם מפורטים בפסק הדין מושא הדיון הנוסף (יעויין שם: בש"פ [1758/20](#) יונתן אורין נ' מדינת ישראל (26.1.2021)). מצב הדברים ב'שטח' טעון-תיקון, משום שתקלות בכגון דא, הן חזון נפרץ. חדשים לבקרים אנחנו נוכחים לדעת זאת.

7. העניין שלפנינו ממחיש את הקשיים הכרוכים בחקיקה שיפוטית. דיונים לרוב התקיימו בבית משפט השלום, בבית המשפט המחוזי ובבית המשפט העליון, וחוזר חלילה; ואחרי ככלות הכל, מסופקני אם באנו אל המנוחה והנחלה. הסוגיה מורכבת, יש בה פנים לכאן ולכאן, אינטרסים ושיקולים נוגדים; פער בין הרצוי לבין המצוי; בין הלכה, לבין אפשרות הגשמתה בחיי המעשה; נחוץ להסדיר את ההוראות בחקיקה מפורשת וברורה. אלא שלמרבה הצער, כמתואר שם בפסקאות 25-27 לפסק דיני, הצעת החוק הרלבנטית, משנת 2014 (בעקבות מסקנות ועדה בראשות השופט

ד' לוי'ן משנת 1996) מונחת כאבן שאין לה הופכין משך שנים רבות ולא מקודמת; משלא נחקקה – נאלצנו להכריע, לפי מיטב שיפוטנו.

8. כאמור, אני מצטרף לעמדתה של חברתי הנשיאה א' חיות לגבי דנ"פ 4072/21; לגבי דנ"פ 1062/21 נתונה הסכמתי, בכפוף לאמור לעיל.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

אני מצטרף לפסק דינה של חברתי הנשיאה א' חיות ואוסף מילים מספר משל עצמי על מנת להבהיר מדוע, לדידי, מסקנותיה של חברתי מתחייבות מאופי ההליך הפלילי.

1. מושכלת יסוד מספר אחת: ההליך הפלילי נחלק לשלושה שלבים עיקריים והם: שלב החקירה (והליכים נלווים כמו צווי תפיסה וחיפוש ומעצר ימים); שלב הגשת כתב אישום (והליכים נלווים כמו מעצר עד תום ההליכים ובקשה לעיון בחומרי חקירה); שלב המשפט (שבסיומו הכרעת דין וגזר דין).

מושכלת יסוד מספר שתיים: חקירה יכול שתהא סמויה בשלבים מסוימים ויכול שתהא גלויה בהמשך. בכל מקרה, במהלך החקירה החשוד אינו אמור להיחשף לקו החקירה או לראיות שהחוקרים אספו או מבקשים לאסוף. זו הסיבה שבגינה צווים לפי סעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי [מעצר וחיפוש] התשכ"ט-1969 (להלן: הפ"ד 9) ניתנים, מעשה שבשגרה, במעמד צד אחד, מבלי שניתנת זכות טיעון לחשוד. זאת, על אף שיש בצווים אלה כדי לפגוע בפרטיותו של החשוד (לדוגמה, צו לגילוי חשבונות הבנק של החשוד). זו הסיבה שבגינה קו פרשת המים לעיון בחומרי החקירה הוא עם הגשת כתב האישום, לאחר שהחשוד הפך לנאשם. זו הסיבה שבגינה אפילו לאחר הגשת כתב אישום, פעולות החקירה שהמשטרה ביצעה או עומדת לבצע כפי שהוצהר על ידה לבית משפט של מעצר ימים, אינן בגדר "חומר חקירה" שלנאשם זכות עיון בו (ראו, לדוגמה, בש"פ 1388/18 מדינת ישראל נ' פלוני (12.3.2018); בש"פ 6229/18 פלוני נ' מדינת ישראל (19.8.2019); יצחק עמית

חסיונות ואינטרסים מוגנים – הליכי גילוי ועיון במשפט האזרחי והפלילי 287-290 (2021) (להלן: עמית חסיונות).

מושכלת יסוד מספר שלוש: טענות הנוגעות לקבילותה של ראייה מקומן בשלב המשפט ולא בשלב החקירה (דנ"פ 5852/10 מדינת ישראל נ' שמש, פ"ד סה(2) 377 (2012) (להלן: עניין שמש)). לכן, אפילו במצב הקיצוני ביותר שניתן להעלות על הדעת, כאשר חשוד טוען כי הוכה על ידי החוקר במהלך חקירתו והמשטרה אף מאשרת את טענתו של החשוד – גם אז בית המשפט לא יורה על הפסקת החקירה, ויותר את שאלת קבילות ההודיה לשלב המשפט, שאז ניתן להעלות טענות לפסילה מכוח סעיף 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות) או מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית על פי ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, פ"ד סא(1) 461 (2006) (להלן: עניין יששכרוב). ודוק: טענה לקבילות מקומה בשלב המשפט, בעוד שטענה לחיסיון יכול שתועלה גם במסגרת החקירה (סעיף 52 לפקודת הראיות).

2. רבות נכתב על פוטנציאל הפגיעה בפרטיות ובצדדים שלישיים הכרוכה בחדירה ובחיפוש בטלפון החכם, שהוא "ידידו הטוב של האדם" ובו טמון סיפור חייו של האדם (פסק דיני בע"פ 8627/14 דביר נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (14.7.2015)). האם בשל ייחודיותו של הטלפון החכם, שהוא גם הגוף וגם הנפש, כפי שנטען בדיון שלפנינו, יש לשנות את מושכלות היסוד הנזכרות לעיל ולהפוך סדרי עולם?

איני סבור כך. אכן, אין חולק על פוטנציאל הפגיעה בפרטיות הכרוכה בחיפוש בטלפון החכם, אך כעומק הפוטנציאל לפגיעה בפרטיות כך עומק הפוטנציאל הראייתי הטמון בטלפון החכם (על מאפייני התוצרים הדיגיטליים ראו עמית חסיונות בעמ' 306-310). שני פנים אפוא לטכנולוגיה – פגיעה קשה בפרטיות לצד שיפור היכולת להגיע לחקר האמת. בשורות הבאות אדגים מדוע התוצאה שאליה הגיעה חברתי הנשיאה היא מחוייבת המציאות.

3. שוטר סימן לראובן לעצור את רכבו לצורך בדיקת רשיונות. למרבה הפליאה, ראובן האיץ ונמלט. או-אז החל מרדף משטרתי במהירות גבוהה בדרך בין עירונית, שבמהלכו השליך ראובן מהרכב חפץ כלשהו, שלדעת אחד השוטרים בניידת דומה לאקדח. לבסוף נעצר ראובן והתברר כי הוא נוהג ללא ביטוח וללא רישיון נהיגה.

אחד השוטרים ביקש מראובן את הטלפון שלו. ראובן סרב והשוטר חטף את הטלפון מידיו, "דפדף" בטלפון ל"שיחות אחרונות" וגילה כי שתי דקות לפני מעצרו ראובן שוחח עם מספר טלפון מסוים. בדיקה במאגר המשטרה העלתה כי מספר טלפון זה שייך לשמעון, סוחר אמל"ח ידוע. המשטרה פונה ומבקשת צו חיפוש בטלפון של ראובן על מנת לעיין בתכתובות הווטסאפ בינו לבין שמעון במהלך שבעת הימים האחרונים.

תרחיש א: בית המשפט דוחה את הבקשה לנוכח מידת הכפייה שהתלוותה לחיפוש המוקדם, ומאחר שלחיפוש המוקדם בטלפון של ראובן זיקה הדוקה לתשתית שעל בסיסה מבוקש הצו ולכן פוחתת ההצדקה למתן צו החיפוש המבוקש.

תרחיש ב: בית המשפט נעתר לבקשה במעמד צד אחד. בבדיקת הודעות הווטסאפ בין ראובן לשמעון נמצאות תמונות של ראובן כשהוא מצולם עם שני מקלעי מא"ג ומקלע "נגב" ותכתובת בינו לבין שמעון לגבי מחיר הנשקים האלה. מכאן ממשיכה החקירה, שבסיומה מאותרים כלי הנשק הנ"ל במחסן שבביתו של ראובן, ובחצר ביתו של שמעון מאותר מאגר נשק הכולל עשרה אקדחים, שני מקלעים ושני רובי M-16. נגד השניים מוגש כתב אישום בעבירות נשק.

תרחיש ג: בית המשפט מקיים דיון בבקשה במעמד הצדדים. סניגורו של ראובן דורש להביא לדיון את השוטר שערך את החיפוש המוקדם ושואל אותו מדוע לא הגיש בקשה לצו חיפוש מתאים. בהמשך, הסניגור שואל את החוקר מדוע הוא מבקש לעיין בתכתובות הווטסאפ בין מרשו לבין שמעון. החוקר מסרב להשיב. לטענת הסניגור, השאלות נועדו על מנת להוכיח את הזיקה בין החומר שנמצא בחיפוש המוקדם הבלתי חוקי בטלפון לבין הבקשה לצו שיאפשר חיפוש נוסף. בבית המשפט מתנהל דיון בשאלה אם יש לחייב את החוקר להשיב לשאלה אם לאו. בינתיים, שמעון ששמע על כך שראובן נעצר, מזדרז ומעלים את כלי הנשק מחצרו ומהבית של ראובן.

תרחיש ד: בית המשפט נעתר לבקשה במעמד צד אחד לנוכח החשש לשיבוש הליכי החקירה ולסיכולה. בית המשפט מעלה ביוזמתו את שאלת הקבילות ובוחר את הסוגיה הן על פי הלכת יששכרוב הן במשקפיים של דוקטרינת ההגנה מן הצדק והן על פי דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים. מאחר שמדובר בחשד גרידא, שמקורו

אך ורק בעובדה שראובן שוחח עם שמעון, ומאחר שהשוטר חטף את הטלפון מידי ראובן, בית המשפט דוחה את הבקשה. המשטרה מערערת לבית המשפט המחוזי.

תרחיש ה: בית המשפט נעתר לבקשה. סניגורו של ראובן, שנודע לו על קיומה של הבקשה, מגיש ערעור לבית המשפט המחוזי ומבקש בינתיים צו עיכוב ביצוע, מאחר שלדעתו אין חשש לשיבוש הליכי החקירה ולסיכולה. בית המשפט המחוזי דוחה את הבקשה.

תרחיש ו: בהמשך לתרחיש ה, בית המשפט המחוזי נעתר במעמד צד אחד לבקשה לעיכוב ביצוע. למחרת נערוך דיון במעמד הצדדים בשאלה אם יש חשש לשיבוש הליכי חקירה ולסיכולה. סניגורו של ראובן טוען כי הוא מגשש באפילה ומבקש מבית המשפט המחוזי לעיין בבקשת החדירה לטלפון, על מנת לבחון אם יש זיקה לחיפוש המוקדם הבלתי חוקי. בית המשפט המחוזי מעיין בבקשה ומאשר כי יש זיקה, אך למרות זאת ואף שהשוטר חטף את הטלפון מידי ראובן, הוא מאשר את הצו. החקירה נמשכת וכך מגיעה המשטרה אל כלי הנשק (תרחיש משנה: ביני לביני שמעון העלים כבר את כלי הנשק).

תרחיש ז: בית המשפט המחוזי מקבל את הערעור ואינו מאשר את הצו. כנגד ראובן מוגש כתב אישום על נהיגה ללא ביטוח וללא רישיון ועל נהיגה פוחזת. כנגד שמעון וכלי הנשק – יוק.

תרחיש ח: בהמשך לתרחיש ו, סניגורו של ראובן מגיש בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון. הבקשה נדחית.

תרחיש ט: בהמשך לתרחיש ח, בית המשפט העליון עורך דיון במעמד הצדדים בדין יחיד ומקבל את הבקשה. כנגד שמעון וכלי הנשק – יוק.

מבולבלים? כל התרחישים הנ"ל הם בבחינת טעימה קטנה שיש בה כדי להדגים עד כמה ריסוק של מושכלות היסוד של ההליך הפלילי עלול להוביל אותנו לטרה אינקוגניטה, לארץ לא זרועה ולא ידועה, להתדיינויות משפטיות במהלך חקירה וסופן של חקירות והעמדה לדין מי ישורנו. ולא דיברנו עוד על העומס הנוסף על בית המשפט ורשויות התביעה והחקירה, ולא סיפרנו על סיבוך ההליך הפלילי כבר בשלב החקירה – צא ולמד כי בעוד שאין ערעור על החלטות ביניים במהלך

משפט פלילי, תהא זכות ערעור על החלטות בשלב החקירה. אף לא דיברנו בתרחיש שבו צו החיפוש בטלפון של ראובן גילה שהוא רצח את חברתו וביתר את גופתה, שהרי על פי אחד התרחישים דלעיל לעולם לא נדע זאת, שהרי בית המשפט עצר את החיפוש הנוסף בשל אי החוקיות של החיפוש המוקדם, כאשר לא כל התמונה נגלתה לעינינו וממילא לא ניתן היה להכניס למשוואה את חומרת העבירה.

[במאמר מוסגר: שעה ששורות אלה נכתבות, נדון בפניי מקרה שבו המשטרה ביקשה וקיבלה צו חדירה לטלפון של חשוד, על מנת לחקור עבירת מין כלפי פלונית. לאחר פריקת הטלפון התברר כי החשוד ביצע לכאורה עבירות נוספות של פגיעה בפרטיות של מספר מתלוננות שאותן צילם ללא הסכמתן כשקיימו יחסי מין. לפנינו דוגמה לפוטנציאל הראייתי הטמון בטלפון החכם וכיצד חקירה של עבירה מסוימת מובילה לחשיפה של עבירות נוספות].

4. הטלפון החכם הוא מכשיר ייחודי, אך למרות זאת, אין מנוס אלא מלדבוק במושכלות היסוד של ההליך הפלילי. לא כל התקדמות טכנולוגית מביאה מיניה וביה לערעור מושכלות אלה, ולא בכדי לא נמצא במשפט המשווה אח ורע לפסילת ראיות בשלב החקירה או לעצירת החקירה עודנה בעיצומה, עקב מעשה לא חוקי שנעשה על ידי החוקרים במהלך החקירה.

כיצד ניתן לאזן את פוטנציאל הפגיעה הקשה בפרטיות אל מול הפוטנציאל החקירתי הרב שטמון בטלפון החכם בשלב החקירה והאינטרס הציבורי בחקירה משטרתית יעילה ואפקטיבית?

על כך יש שלוש תשובות: מודעות-מודעות-מודעות. על שופט השלום שנעתר לצו החדירה לטלפון החכם להיות מודע לפוטנציאל הפגיעה בפרטיות, והדיון הנוסף בתיק שלפנינו תורם עד מאוד למודעות זו. ככלל, אין מקום לחתימה על טופס גורף. על בית המשפט לבחון אם מדובר בעבירה קלה או חמורה, ולדרוש מהחוקר לתחם את הצו לתאריכים מסוימים, לדמויות מסוימות, למספרי טלפון מסוימים וכיו"ב. אך ראשית לכול, המודעות צריכה להימצא בצד החוקרים, והיא צריכה לבוא לידי ביטוי גם במבנה הטופס. כפי שרשויות האכיפה למדו ושינו את הטופס הנוגע לתפיסה עבור חילוט בשווי (בעקבות רע"פ 4526/18 אלוביץ נ' מדינת ישראל (5.6.2018)), גם הטופס של צו החיפוש והחדירה למחשב צריך לעבור רענון ושינוי. הטופס צריך להיות מובנה באופן שיכלול מספר אפשרויות שיש בהן כדי לתחם ולצמצם את היקף החיפוש, כגון: במישור הזמן; במישור האפליקציות

(ווטסאפ, אינסטגרם, מסרונים, פייסבוק וכיו"ב); במישור מילות חיפוש ועוד, ומקום שבו אכן מתבקש צו חדירה גורף, יש לסמן את הבקשה באופן בולט על מנת להסב תשומת לב השופט, וכך גם מקום בו יש חשש ממשי לפגיעה בחסיונות. חברתי הנשיאה עמדה על כך בפירוט בסעיף 69 לפסק דינה ולא אחזור על הדברים, שמתחייבים מלשון סעיף 23א(ב) לפסד"פ ולפיה תנאי הצו "ייקבעו באופן שלא יפגעו בפרטיותו של אדם מעבר לנדרש".

בניגוד להאזנת סתר הלוכדת ברשתה גם חומרים לא רלוונטיים לחקירה (ראו שלוש הקטגוריות שנקבעו בבש"פ 2043/05 מדינת ישראל נ' זאבי, פ"ד ס(2) 446 (2005); עמית חסיונות 240-243), הרי שדווקא החיפוש בטלפון החכם יכול שייעשה באופן ממוקד ומושכל. בחיי המעשה, בהתאם לנוהל, החיפוש נעשה לאחר פריקת תוכנו של הטלפון על מנת להימנע מעריכת החיפוש בראיית המקור, ולאחר העתקת החומר, שליפת החומר נעשית באופן ממוקד.

5. רבות נכתב ונאמר על הסתרבלות ההליך המשפטי הפלילי והתארכותו, ועל כך שאין להפוך את היוצרות כך שהמאשימה תהפוך לנאשם כבר בתחילת ההליך ולכל אורכו (ראו דברי בעע"מ 7485/19 קשקוש נ' מדינת ישראל-משרד המשפטים, פסקה 19 (6.7.2020), והחלטתי בבש"פ 6662/19 מדינת ישראל נ' בן עוז, פסקה 11 (24.11.2019)). בדומה, יש להישמר מפני שיבוש הליכי החקירה והסתרבלות ההליך החקירתי הפלילי והתארכותו, תוך שהחוקר הוא שהופך לחשוד. המקרה שלפנינו אך יוכיח. הנה כי כן, חקירה בעבירה של הטרדת עד עדיין תלויה ועומדת, כאשר במהלך החקירה אף נחקרה החוקרת הראשי בחקירה נגדית בבית המשפט, כדי לעמוד על הזיקה בין המידע שאותר באופן בלתי חוקי לתשתית שעל בסיסה נתבקשו צווי החיפוש. הדבר אך ממחיש את הסכנה כי החוקר הוא שיהפוך לחשוד עוד במהלך החקירה, תוך הפעלת מבחני הפסילה הפסיקטיים על פי הלכת יששכרוב או על פי דוקטרינת ההגנה מן הצדק – וכל זאת שעה שהליכי החקירה עדיין בעיצומם.

קשה להלום כי המחוקק אשר שלל את זכות ההשגה על החלטות ביניים בהליך המשפטי הפלילי, התכוון ליתן זכות השגה בהליך החקירתי הפלילי, שמצריך מטיבו ומטבעו מהירות וחשאיות על מנת למצות את החקירה וכדי להשיג את תכליות החקירה: לוחמה בפשיעה, הגנה על שלום הציבור וחקר האמת. לכן, אני שותף למסקנתה של הנשיאה כי רק במקרים חריגים ונדירים השיקול של חיפוש בלתי-חוקי שבוצע בטלפון החכם יהווה שיקול בלעדי לדחיית הבקשה (פסקה 32

לפסק דינה). ארשום הערת אזהרה כי יש להישמר שפתח קטן זה, של התחשבות בחיפוש הבלתי-חוקי בעיצומה של חקירה, גם אם לא כשיקול בלעדי, לא יהפוך לפתח "שיהיו עגלות וקרוניות נכנסות בו" (שיר השירים דבה, ה'). ברירת המחדל היא שפעולה פסולה של הרשות החוקרת במהלך החקירה, אינה מקנה חסינות מפני המשך החקירה. יודגש כי מתן צו לחדירה לטלפון החכם על אף חיפוש בלתי חוקי קודם שנערך בו, אין משמעו "ניקוי" או "הלבנה" או הכשרה בדיעבד של החיפוש הבלתי חוקי, ולכן איני סבור כי על בית המשפט לתור אחר זיקה או קשר סיבתי בין החיפוש הבלתי חוקי לבין הבקשה לצו חיפוש. ובכלל, במסגרת הליכי חקירה, בית המשפט הפלילי אינו מוסמך להכשיר או לפסול ראיות כאמור בהלכת שמעו, ולבית המשפט הפלילי אף אין סמכות להורות על הפסקת חקירה בגין הפרות דין נגד החשוד (אסף הרדוף "להכשיר את הפּרָץ: בקשת צו חדירה לחומר מחשב לאחר חדירה שלא כדין – צו ניקוי או צו הלבנה" משפטים על אתר טו 60, 72, 76 (תש"פ)).

6. ואם ישאל השואל הכיצד נחנך ונרתיע את חוקרי המשטרה מ"יד קלה" על הדק החדירה לטלפון החכם, הרי שהתשובה כבר ניתנה בכללי הפסילה ואי הקבילות. כך נעשה לגבי אלימות בהליכי חקירה וכך ייעשה בעתיד לגבי חיפוש בלתי חוקי בטלפון החכם. מקומם של כל אלה הוא בהליך המשפטי עצמו וימים יגידו כיצד תפתח הפסיקה בנושא.

לא אתיימר בשלב זה לקבוע רשימה ממצה של שיקולים, ולצד קבוצות השיקולים שנמנו בעניין יששכרוב והשיקולים שעליהם עמדה חברתי הנשיאה בפסקה 121 לפסק דינה, אציע כי בבוא בית המשפט לבחון בהליך המשפטי את מידת אי החוקיות, יילקחו בחשבון, בין היתר, השיקולים הבאים: חומרת העבירות והאינטרס הציבורי; היקף החיפוש הבלתי חוקי; אופן תיעוד החיפוש; היקף הפגיעה בפרטיות ובצדדים שלישיים שנגרמה בפועל בשל החיפוש הבלתי חוקי; האם היה מדובר בחקירה דחופה בסמוך לביצוע העבירה או בחקירה שאינה דחופה שאליה זומן הנחקר; האם מדובר ב"דפדוף" או "רפרוף" שנעשה על ידי שוטר בטלפון החכם בסמוך לתפיסת החשוד, או בפריקת המכשיר בניחותא בתחנת המשטרה ובבחינה מעמיקה של תוצריו לאחר העתקתם; אופן ומידת ההסכמה שנתן החשוד לחיפוש; האם החשוד היה מיוצג בעת מתן ההסכמה; האם לחשוד ניסיון וידע קודם בחקירות משטרתיות; האם ניתן היה להשיג את הראיה בדרכים אחרות; ועוד.

7. בשורה התחתונה, ותוך רישום "הערת האזהרה" כאמור בסעיף 5 לעיל, אני מצטרף אפוא לעמדת הנשיאה.

ש ו פ ט

השופט ע' פוגלמן:

הפרשנות שאותה מציעה חברתי הנשיאה א' חיות, תואמת להשקפתי את כללי הפרשנות המקובלים עמנו, את תכלית החקיקה, ואת האיזונים הנדרשים בסוגיות העומדות להכרעה בשלב לו אנו נדרשים – שלב החקירה הפלילית.

אני מסכים אפוא לחוות דעתה המקיפה של חברתי, למסקנותיה ולתוצאה המוצעת על ידה.

ש ו פ ט

השופטת ד' ברק-ארז:

1. השימוש באמצעי של חיפוש בטלפונים ניידים ובמחשבים לצרכי חקירה פלילית חוזר ומעורר שאלות, הן במישור הדיוני והן במישור המהותי. בהליך הנוכחי איננו נדרשים לכולן, אלא רק לפרק אחד מן המסכת כולה – תוך התמקדות במעורבות השיפוטית בהוצאתם של צווי חיפוש מסוג זה, המכונים בפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 (להלן: פקודת סדר הדין הפלילי או הפקודה) "צווי חדירה לחומר מחשב", בשלב החקירה המשטרית.

2. אקדים ואומר, כי בעיקרו של דבר, אני מסכימה לרוב העקרונות שהתוותה חברתי הנשיאה א' חיות בחוות דעתה הסדורה והמקיפה. עם זאת, כפי שאסביר, כשלעצמי אני מחזיקה בגישה פחות מצמצמת באשר להיקף שיקול דעתו של בית המשפט המתבקש להוציא צו חדירה למחשב או לטלפון נייד על רקע אי-חוקיות קודמת. מעבר לכך, מצאתי כי הסוגיה של היעדר זכות לערור על החלטה בנושא של

צווי חדירה מעוררת קושי מיוחד. ואולם, לאחר ששקלתי את מכלול האפשרויות אני מצטרפת בלב כבד למסקנה כי אין מנוס מהותרת הנושא להסדרה חקיקתית.

הדיון בבקשה למתן צו חדירה למחשב או טלפון נייד והיקף ההתחשבות באי-חוקיות בהתנהלות הרשות החוקרת – כללים שחריגים בצדם

3. כמו חברתי הנשיאה, אף אני סבורה שבמקרה הרגיל, המקום הטבעי לביורור טענות הנוגעות לאי-חוקיות של חיפוש הוא בהליך העיקרי. בנוסף לכך, אני מסכימה לקביעה שאת הדיון בבקשה למתן צו חדירה למחשב או למכשיר טלפון נייד יש לקיים ככלל במעמד צד אחד. הכרעות אלה מתחייבות מאופיו ומהותו של השלב החקירתי. זאת ועוד, כחברתי הנשיאה אני סבורה שניתן לסטות מן הכללים האמורים במקרים חריגים. עד כאן התחום המוסכם, ועל כן לא אוסיף באשר לו.

4. יחד עם זאת, כשלעצמי, הייתי נמנעת מלהגדיר כ"נדירים" את המקרים שבהם השיקול של אי-חוקיות בהתנהלות הרשות החוקרת יהווה שיקול בלעדי בדחיית בקשה למתן צו חדירה. דבר זה תלוי לשיטתי בעוצמתה של אי-החוקיות ובהיקפו של הפגם שנפל בחקירה. ממילא השאלה באיזו מידה מקרים אלה – שבהם החיפוש הבלתי חוקי יצדיק לבדו את דחיית הבקשה למתן צו חיפוש – יהיו יוצאי דופן, אמורה להיות תולדה של הפרקטיקה המשטרית עצמה. יש לקוות שיהיו חריגים ונדירים. על כן כשלעצמי הייתי מותירה לבית המשפט הדן בבקשה מרחב מעט גמיש יותר של שיקול דעת, בהשוואה לזה שהתוותה חברתי הנשיאה בחוות דעתה, להכריע בשאלה באיזו מידה משליכה אי-החוקיות, בעמדה לבדה, על הבקשה למתן צו חדירה.

5. מנקודת מבטי, כאשר בית משפט השלום מתבקש ליתן צו חדירה לחומר מחשב במקרה שבו בוצעו פעולות חקירה בניגוד לדין, ההתחשבות באי החוקיות נגזרת משני עקרונות יסוד של המשפט הישראלי: ההגנה על זכויות יסוד חוקתיות והשמירה על טוהר ההליך השיפוטי. בנסיבות שבהן אין חולק על כך שהרשות החוקרת ביצעה פעולת חקירה בניגוד לדין, חסימה מוחלטת של האפשרות העומדת לנחקר או לבעל דין להעלות טענות בקשר לכך כבר בשלב הראשוני של ההליך עלולה לעלות כדי מתן יד להתנהלותה הפסולה של הרשות החוקרת. אין צריך לומר כי הליכה בדרך זו תביא לפגיעה עמוקה הן בהוגנות ההליך המשפטי והן באמון הציבור בבתי המשפט.

6. יש לדברים חשיבות גם מהפן המעשי של יצירת תמריצים להתנהלות נאותה של גורמי החקירה. קבלת העמדה לפיה ניתן להסתפק באפשרות לבחון את קבילות הראיות שהושגו במסגרת החיפוש הבלתי חוקי במסגרת ההליך העיקרי, עלולה להביא לתופעה של "הלבנת" ראיות במקרה של ניהול החקירה באופן בלתי חוקי. זאת, מאחר שתמיד ניתן יהיה לפנות בדיעבד לבית המשפט בבקשה למתן צו חדירה, ובדרך זו "להכשיר את השרץ". אין ספק שפרטיותו של הנחקר חוללה כבר בכך שנערך חיפוש בלתי חוקי במכשיר הטלפון הנייד שלו. דווקא משום כך על בית המשפט למנוע פגיעה נוספת בפרטיותו של הנחקר על דרך מתן צו חדירה בדיעבד, באופן "אוטומטי", שאינו מביא בחשבון את הפעולה הבלתי חוקית שכבר בוצעה. יש לציין כי יצירת תמריצים להתנהלות חוקית של גורמי החקירה היא חשובה גם באותם מקרים שבהם בסופו של דבר לא הוגש כתב אישום, וכך ממילא לא תגיע בו לדיון השאלה של פסילת הראיות בשל הדרך שבה הושגו. כמו כן, היא חשובה אף במקרים שבהם מי שפרטיותו נפגעת אינו צד להליך הפלילי.

7. אף בכל הנוגע לקיום הדיון במעמד שני הצדדים אני תמימת דעים עם חברתי הנשיאה, מלבד העמידה על צמצום הדברים למקרים "נדירים". אכן, הדיון במעמד צד אחד הוא הכלל – כך עולה מן החקיקה, מן המסורת הדיונית ואף מהגיונו של שלב החקירה. עם זאת, אין דבר המונע מבית משפט השלום, בגדר שיקול דעתו הכללי באשר לסדרי הדין, להורות על קיום דיון במעמד שני הצדדים (ראו לעניין זה סעיף 3 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, הקובע כי "בכל ענין של סדר הדין שאין עליו הוראה בחיקוק, ינהג בית המשפט בדרך הנראית לו טובה ביותר לעשיית צדק"). אף בעניין זה, הייתי נזהרת מלקבוע כי על בית המשפט הדין בבקשה לעשות שימוש בסמכותו זו רק "במקרים חריגים ביותר". די לי בקביעה שמדובר בחריג ולא בכלל. על בית המשפט לברר את כל הדרוש קודם שהוא נותן צו שעלול לפגוע בפרטיותו של אדם, וכאשר הוא סבור שנדרש לו לשם כך דיון במעמד שני הצדדים, הוא יכול להורות על כך. מבלי למצות, ניתן להוסיף, כי באותם מקרים אשר בהם עולה מן החומר שהוצג לבית המשפט שנפל פגם בהליך החקירה עובר להגשת הבקשה (למשל, על דרך ביצוע חיפוש בלתי חוקי) עשוי הדבר להצדיק קיום דיון במעמד שני הצדדים.

ביקורת שיפוטית נוספת?

8. אודה ולא אבוש: מבין השאלות שהונחו לפתחנו במסגרת הדיון הנוסף, הסוגיה של ביקורת שיפוטית נוספת על החלטה שניתנה על-ידי בית משפט השלום

בנוגע למתן צו חדירה למחשב או טלפון נייד עוררה אצלי את ההתלבטות הגדולה ביותר. חברתי הנשיאה הצביעה בפסק דינה על כך שפקודת סדר הדין הפלילי לא הסדירה את הנושא של הגשת ערר על החלטה בנושא של מתן צו חדירה. בכך פסעה הפקודה ב"דרך המלך" המבוססת על העיקרון הידוע שזכות ערעור או זכות ערר אמורות להיות מוקנות בחקיקה.

9. זוהי אכן התוצאה המתחייבת מן הדין הנוהג, אולם לשיטתי היא מעוררת קושי מבחינת ההגנה הראויה על הזכות החוקתית לפרטיות. זאת, מאחר שגם אם תתקבל החלטה שמשמעותה פגיעה מפליגה בפרטיותו של החשוד, הנחקר, או בעליו של המכשיר על רקע חיפוש בלתי חוקי קודם, עדיין לא תהיה כל דרך לנסות ולבטל את רוע הגזירה. אכן, בהתאם למתווה שהתווה הנשיאה בפסק דינה, הפגיעה בפרטיות עשויה להשפיע על ההליך הפלילי העיקרי בהמשך הדרך. אולם, בהיעדר אפשרות להשיג על ההחלטה בזמן אמת קיימת השלמה עם עצם הפגיעה בפרטיות – שאותה לא ניתן יהיה למנוע או לצמצם. הדברים אמורים ביתר שאת בהינתן העובדה שאין מדובר באדם שהוא בחזקת נאשם – אלא אדם שהוא חשוד או נחקר בלבד.

10. דומה שאין צורך להכביר מלים על היקף הפגיעה בפרטיות כאשר מדובר בחדירה למחשב או לטלפון נייד. כפי שהדגישו גם חבריי, כיום, מחשב או טלפון נייד טומנים בחובם מידע בהיקף עצום אודות חייו של בעליהם – לרבות תכתובות אישיות, תמונות וסרטונים, פרטי יומן ועוד. לא ניתן להמעיט במשמעות של חשיפת תכנים אלה, שעשויים להיות הפרטיים, הרגישים והאינטימיים ביותר, לעיניהם של גורמים זרים, לא כל שכן גורמי אכיפת החוק. אך לאחרונה דן בית משפט זה, בהרכב מורחב, בסוגיה של איכוני טלפון נייד כחלק מהמאבק במגפת הקורונה (בג"ץ 6732/20 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת (1.3.2021)). כלל שופטי ההרכב עמדו שם על הפגיעה הקשה בפרטיות שכרוכה בהפעלת כלי זה – כאשר משמעות ה"חדירה" הייתה, על פני הדברים, צרה יחסית – קבלת מידע באשר למיקומו של אדם. בחוות דעתי התייחסתי לעניין זה בצייני כך:

"הודעה שמקבל אדם על הימצאותו במקום מסוים בשעה נתונה עשויה להיות בעלת משמעות דרמטית מבחינתו. במובן מסוים, זהו ההיפוך המוחלט לתפיסה הקלאסית של הפרטיות כ"זכות להיעזב במנוחה" (Samuel D. "the right to be let alone". ראו: Warren & Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L.R. 193, 195 (1890)). זהו אף היפוך התפיסה של הפרטיות כשליטה... במובן זה שהוא מבטא אובדן מידי של שליטת האדם עצמו

במידע הנוגע לחייו. הנתונים הנוגעים להימצאותו של אדם במקום מסוים בזמן מסוים עשויים להיות עניין שהוא מבקש לחסות – ממעסיק, מבני משפחה או מחברים, וזו זכותו. יהיו טעמיו לכך אשר יהיו. מבחינה זו, האיכון חושף את חייהם של הנוגעים בדבר (הן מצדו של החולה המאומת והן מצד המאוכנים). וכל זאת – באבחת חרב, ליתר דיוק באבחת איכון" (שם, בפסקה 13 לחוות דעתי).

מבלי להמעיט כלל בפגיעה בפרטיות הכרוכה באיכון טלפוני – חיפוש כללי במחשב או בטלפון של אדם כרוכה בפגיעה גדולה עשרות מונים. אכן, על הפרק ניצב אינטרס ציבורי חשוב – אכיפת החוק, מניעת פעילות עבריינית ושמירה על שלום הציבור ובטחונו. אולם, אינטרס זה לבדו אינו יכול לאפשר פגיעה בלתי מידתית בזכות לפרטיות.

11. מעבר לכך, התוצאה של היעדר זכות ערר נמצאת במתח עם ההנחה שעמדה ביסוד הדיון בעניין אודיך עצמו – שבו הוגש ערר לבית המשפט המחוזי, שנדון לגופו, ולאחר מכן בקשת רשות לערור שנדונה בבית המשפט העליון. התנהלות דיונית זו חזרה על עצמה גם בסבב ההתדיינות הנוסף, אלא שזו הפעם אף המדינה הגישה ערר על החלטת בית משפט השלום לבית המשפט המחוזי. למעשה, עד כה נהגה המדינה, שהיא "שחקנית חוזרת" בהליכים פליליים, להשיג מעת לעת על החלטות בית משפט השלום הנוגעות למתן צו חדירה למחשב או טלפון נייד, כראות עיניה, ומבלי להטיל כלל ספק בזכותה כבעלת דין לעשות כן (ראו סעיפים 3 ו-24(ג) לתגובת המדינה לעתירה לדיון נוסף. כן ראו, מבלי למצות: עמ"י (ת"א) 33814-07-21 מדינת ישראל נ' טבקיין (15.7.2021); צ"א (ת"א) 38322-07-20 משטרת ישראל מחוז ת"א נ' פלוני (17.7.2020); צ"א (ת"א) 38399-07-20 משטרת ישראל נ' מלול (19.7.2020)). למעשה, כאמור לעיל, המדינה היא זו שהגישה את אחד העררים בעניין אודיך לבית המשפט המחוזי, בסבב השני של ההתדיינות (ע"ח 39166-07-20 שמעון נ' תחנת משטרה - פתח תקווה (מרחב שרון) (21.7.2020)). נדמה כי המדינה גם לא נהגה להטיל ספק בזכותם של בעלי דין אחרים להשיג על ההחלטה שנתקבלה, ומכל מקום לא נטען הדבר בפנינו (ראו למשל: ב"ש (ת"א) 90868/00 חברת נטוויזן בע"מ נ' צבא ההגנה לישראל – משטרת צבאית – חקירות – היחידה הארצית לחקירות מיוחדות (22.6.2000); ע"ח (מרכז) 11845-08-20 קופולוביץ נ' מדינת ישראל (9.5.2021)). לא נעלמה מעיניי הצהרתה של המדינה בשלב זה של הדיון כי בהתאם לעמדתה באשר להיעדרה של זכות ערר, לא יוגשו עוד עררים מטעמה בעתיד. ואולם, במידה מסוימת דווקא הצהרה זו מדגישה את משקלו המשמעותי של הנוהג שהיה

מקובל עד כה. ייתכן שזהו אחד מאותם מקרים שבהם היה מקום ללמוד מחכמת המעשה, בבחינת "הנח להן לישראל. אם אין נביאים הן, בני נביאים הן... ראה מעשה ונזכר הלכה" (בבלי פסחים, ס"ו ע"א).

12. האמת ניתנת להיאמר: לנוכח החשיבות הרבה שאני מייחסת לאפשרות של ביקורת שיפוטית בפני ערכאה גבוהה יותר במקרה של מחלוקת קשה ביחס לצו חדירה למחשב או לטלפון נייד, הסוגיה עוררה אצלי התלבטות של ממש, במובן זה שסברתי כי יש מקום למצוא פתרון פסיקטי שיאפשר מסלול של השגה על החלטה מסוג זה ויצמצם את הפגיעה בזכות הפרטיות. אולם, בסופו של דבר הגעתי למסקנה כי פתרון מסוג זה אינו יכול לעמוד במקרה דנן – ואסביר מדוע.

13. תחילה אציין, כי אינני יכולה להצטרף לפתרון המוצע בהקשר זה על-ידי חברי השופט י' אלרון, הסבור כי לבעלי הדין קנויה זכות ערעור. לשיטתי, החלטה בעניין צו חדירה למחשב אינה יכולה להיחשב "פסק דין" לפי המבחנים הנוהגים לעניין זה (ראו והשוו: ע"פ 3164/16 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקאות 29-33 (26.5.2016)). יתר על כן, אפילו היה מדובר בפסק דין, הרי שלפי סעיף 37(2) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 היה מדובר בערעור בזכות שצריך להישמע בפני הרכב של שלושה שופטים, ומכאן שהפתרון שהוצע על-ידי חברי, של ערעור בפני דן יחיד (בהתאם לסעיף 37(ג) לחוק זה) אינו יכול לעמוד.

14. לצד זאת, שקלתי את האפשרות לעשות שימוש בסעד של "קריאה לתוך החוק" (reading in) על מנת לקיים את תוקפה של החקיקה (ראו: בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מה(5) 749, 767-768 (1994); בג"ץ 5771/12 משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, פסקאות 36-38 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות (18.9.2014)). אכן, זהו כלי חוקתי בעל אופי חריג, שבית המשפט עושה בו שימוש אך ורק במקרים נדירים, ובזהירות המתחייבת (ראו: בג"ץ 3437/11 דודיאן נ' כנסת ישראל, פ"ד סו(1) 65, 111 (2012); בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל, פסקה 42 לפסק דינה של הנשיאה חיות (8.7.2021)). אך ניתן לטעון כי הוא מתחייב בנסיבות העניין מן ההכרה ברום מעמדה של הזכות החוקתית לפרטיות ומן המסקנה שמתן צו חדירה תוך סגירה מוחלטת של הדרך לביקורת שיפוטית של ערכאה גבוהה יותר עולה כדי פגיעה בלתי מידתית בזכות זו. ראוי להזכיר בהקשר זה כי הסמכות לבצע חיפוש גם במחשב (מעבר לחיפוש

בחצרים) הוקנתה לראשונה רק בשנת 1995, לאחר שנחקק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 23א נוסף כידוע לפקודת סדר הדין הפלילי במסגרת סעיף 11 לחוק המחשבים, התשנ"ה-1995 (להלן: חוק המחשבים)). זאת ועוד, כפי שתיארה חברתי הנשיאה, תיקון נוסף משנת 2005 הבהיר כי תנאי הצו "ייקבעו באופן שלא יפגעו בפרטיותו של אדם מעבר לנדרש" (כפי שמורה סעיף 23א(ב) לפקודת סדר הדין הפלילי, בנוסחו כיום, בעקבות החוק לתיקון פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) (תיקון מס' 12) (חיפוש ותפיסת מחשב), התשס"ה-2005). אין אפוא ספק שהסדר החל על צווים אלה נדרש לעמוד בסטנדרטים של חוק היסוד.

15. אולם, בסופו של דבר הגעתי למסקנה כי אין מקום להשתמש בכלי זה בענייננו. מעבר לכך שמדובר כאמור בכלי שיפוטי שלא נעשה בו שימוש כעניין שבשגרה, חוסר התאמתו במקרה דנן קשור בעיקרו של דבר למורכבות הרבה של הסוגיה ולעובדה שהמענה לה אינו יכול להימצא ב"קריאה" פשוטה של ההסדר הנוגע לזכות ערר בדיני מעצרים אל תוך ההסדר הנוגע לצווי חדירה במחשב. במה דברים אמורים? האופן שבו יש להסדיר את האפשרות לערור על החלטה בעניין צו חדירה מעורר שאלות דיוניות ומהותיות כאחד.

16. ראשית, מתעוררת השאלה האם יש הצדקה לקבוע בעניין זה הסדר של זכות ערר לבית המשפט המחוזי ורשות ערר לבית המשפט העליון, כפי שנהוג בדיני המעצרים, או להסתפק ברשות ערר בלבד כבר בשלב הראשון. לכאורה, ניתן לסבור כי הגיוני יותר בנסיבות אלה להקנות רק רשות לערור – כך, כשם שלשופט בית משפט השלום ניתן שיקול דעת לקיים דיון במעמד שני הצדדים, אף לשופט בית המשפט המחוזי יוקנה שיקול הדעת לבחון האם זהו מקרה חריג המצדיק ביקורת בפני ערכאה נוספת. אולם, כאמור, מסקנה זו היא שונה מברירת המחלל הקבועה בחוק בכל הנוגע לעררים בהליכי מעצר.

17. שנית, קיים מתח מסוים בין הפרקטיקה לפיה האדם שניתן צו חדירה למחשב או לטלפון שלו אין זכות מוקנית להיות צד לדיון בבקשה (מאחר שהדבר מותנה בשיקול דעתו של בית משפט השלום שדן בבקשה) לבין ההכרה בזכות ערר על ההחלטה לערכאה גבוהה יותר (כאשר הליך הערר הוא בהכרח דו-צדדי). על רקע זה מתעוררת השאלה האם הזכות או הרשות לערור יוקנו רק במקרה שבו בית משפט השלום הורה על דיון במעמד שני הצדדים או גם במקרה שבו התקיים דיון במעמד צד אחד. מחד גיסא, לכאורה, כאשר הדיון מתקיים במעמד צד אחד, אין היגיון במתן

זכות ערר ואף מבחינה מעשית ייתכן כי הצד הנוגע בדבר כלל אינו יודע על מתן ההחלטה. מאידך גיסא, מתן זכות או רשות לערור רק על החלטה שניתנה במעמד שני הצדדים עשויה ליצור "אפקט מצנן" על האפשרות להורות על דיון במעמד הצדדים.

18. שלישית, שאלה נוספת שיש צורך לתת עליה את הדעת בעיצוב ההסדר הרלוונטי היא האם יש מקום להקנות את הזכות או הרשות לערור לשני הצדדים – הן למי שלגביו ניתן הצו (או צד שלישי שהצו פוגע בפרטיותו) והן לרשות החוקרת. מחד גיסא, אם הבקשה למתן צו חדירה נדחתה על-ידי בית המשפט, יכולה הרשות החוקרת להגיש בקשה חדשה בהתאם להתפתחות החקירה ולמידע חדש המצדיק זאת. מאידך גיסא, ככלל, מקובל בשיטתנו המשפטית כי הסדרים הנוגעים להגשת ערר הם סימטריים, ומשעה שאפשרות זו עומדת לבעל דין אחד, אין לשלול אותה מבעל הדין שכנגד.

19. מתן תשובה לשאלות אלה חורגת מגדרו של מתן סעד שיפוטי בדרך של "קריאה לתוך החוק". הצפתן נועדה להבהיר כי הסוגיה היא מורכבת, מורכבת מדי להתערבות שיפוטית, חרף הצורך הממשי להגן על זכויותיהם של נחקרים. נדרשת בעניין זה הסדרה חקיקתית בתהליך שבו יישקלו כלל השיקולים האמורים והאפשרויות השונות, ייבחנו על-ידי גורמי הייעוץ המשפטי ויידונו לעומק בכנסת ובוועדותיה. על כן, לא נותר לי אלא להצטרף לקריאתם הנכוחה של חברתי הנשיאה וחברי השופט נ' טולברג למחוקק להסדיר את הנושא בחקיקה נאותה, מקיפה ומותאמת לרוח התקופה.

20. לקראת סיום אוסיף, כי עד אשר יוסדר הנושא בחקיקה, ובהתחשב במורכבות שהוצגה, לשיטתי יש מקום לנהוג גישה קפדנית פחות בכל הנוגע לעתירות שיוגשו לבית משפט זה בשבתו כבג"ץ כנגד החלטות שעניינן צווי חדירה למחשב. כידוע, חרף העובדה שלבג"ץ מוקנית סמכות ליתן "סעד מן הצדק" (מכוח סעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה), הגישה הנוהגת בכל הנוגע לעתירות שעניינן הליכי ביניים בתחום הפלילי היא מצמצמת מאד, וככלל בית משפט זה אינו נוהג להתערב בהחלטות מסוג זה, מטעמים שהובהרו פעמים רבות (ראו למשל, מני רבים: בג"ץ 7768/12 צ'רני נ' בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו, פסקה 4 (26.10.2012); בג"ץ 1478/15 גבריאלי נ' השופטת מרוז, פסקה 4 (1.3.2015); בג"ץ 4295/18 פלוני נ' בית המשפט המחוזי לנוער בירושלים, פסקה 21 (22.7.2018)). אולם, ייתכן שיש מקום לגישה מחמירה פחות בכל הנוגע לעתירות שיוגשו בהקשר מיוחד זה של צווי חדירה למחשב, ככל

שדרך הערר נותרת חסומה (ראו והשוו: בג"ץ 8183/17 כהנא נ' מדינת ישראל (24.10.2017). כן ראו: בג"ץ 841/19 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי בתל אביב, פסקאות 14-15 (8.4.2019); בג"ץ 4922/19 נוה נ' מדינת ישראל – פרקליטות מחוז מרכז (פלילי), פסקאות 9-10 (9.12.2019)). יש להדגיש: באומרי זאת איני מכוונת ל"פריצת" שעריו של בג"ץ לדיון בעתירה כל אימת שניתן צו חדירה למחשב או לטלפון נייד. כלל וכלל לא. הדברים אמורים אך ורק ביחס למקרים חריגים שבחריגים, שבהם הפגיעה בפרטיות היא קשה במיוחד ולכאורה נפל פגם של ממש בהתנהלות הרשות החוקרת. רק במקרים כאלה הצורך במתן מענה לפגיעה הקונקרטיית בזמן אמת עולה על האינטרסים החשובים העומדים ביסוד הכלל של אי ההתערבות של בג"ץ בהחלטות המתקבלות במסגרת ההליך הפלילי. מדובר במוצא שהוא הרע במיעוטו, ורק כל עוד אין כל מענה חקיקתי לקושי שמעורר הדין הנוהג, שאינו מותאם לימינו אנו.

21. חוק המחשבים נחקק לפני למעלה מ-25 שנים. עידנים שלמים בתחום המחשבים חלפו מאז. המחשבים שעמדו נגד עיניו של המחוקק אז והיום אינם אותם מחשבים, גם אם הם מתוארים באמצעות אותה מילה. די יהיה אם אזכיר, על קצה המזלג, כי בשנים שחלפו השימושים במחשבים הפכו מגוונים יותר, כי היקף הזיכרון של מחשבים הוא נרחב לאין שיעור, וכי במקרים רבים צווי חדירה אף חורגים מגבולותיו הפיזיים של המחשב (למשל, אל קובצי "ענן"). מורכבותו הרבה של הנושא, שבגינה לא מתאפשרת במקרה זה פעולה של "קריאה לתוך החוק" כמענה לאי-ההסדרה של האפשרות לערור, מדגישה את הצורך לעדכן את החוק למחשבים של ימינו אנו ומציאות השימוש בהם, ויפה שעה אחת קודם.

ש ו פ ט ת

-

השופטת ע' ברון:

אני מצרפת את הסכמתי לחוות דעתה המקיפה של חברתי הנשיאה א' חיות, על טעמיה, גם לתוצאה. אוסיף מספר מילים.

ענייננו בשלב החקירה. וכפי שציינתי בחוות דעתי בעניין שמעון, את הדיון בבקשה לחיפוש בחומר מחשב – ובתוך כך טלפון חכם, כבמקרים שבאו לפנינו – יש לקיים, ככלל, במעמד צד אחד. כפי שהובהר, ניכר שזוהי בחירה מודעת של המחוקק

וצידוקה בצידה; זו גם הפרקטיקה הנוהגת מאז ומתמיד. מכאן ובהיעדר הוראה אחרת בחוק, נגזר כי לא קיימת זכות השגה על צו חיפוש שניתן וטרם שבוצע.

עם זאת חשוב לשוב ולהדגיש כי בעת שבית המשפט נדרש להחליט בבקשה למתן צו חיפוש במחשב, עליו לשוות לנגד עיניו את הזכות לפרטיות שהיא זכות יסוד נעלה ואת הפגיעה הקשה בה שטומן בחובו החיפוש; כאשר אל מול שיקול זה, עומד אינטרס הציבור במיצוי החקירה ובחקר האמת. מוטלת על בית המשפט האחריות להידרש מיוזמתו למידתיות הצו, להיכנס לעובי הקורה ובכלל זה לבחון אם יש מקום להטלת מגבלות על החיפוש. כך, בין היתר, בהיבט של תקופת הזמן הרלוונטית לחיפוש, כמו גם הגבלתו של הצו למילות חיפוש מסוימות. שומה על בית המשפט לגלות ערנות ולעמוד על המשמר כדי להבטיח שהחיפוש, ככל שיותר, לא יפגע בפרטיות מעבר לנדרש. כך לעניין עצם ההחלטה אם להתיר חיפוש, כך בנוגע להיקף החיפוש. אמות המידה והשיקולים שפרשה הנשיאה ביריעה רחבה ראוי שידריכו את בית המשפט, גם את רשויות החקירה, בכל הנוגע להליך החיפוש ובכל שלביו. אוסיף את המובן מאליו, והוא שיש להקפיד על טוהר ההליך והוראות הדין בפעולות רשויות החקירה. השלכות הנודעות לסטייה מכך לעניין קבילות הראיות שהושגו ועוד, מקומן להידון במסגרת ההליך המשפטי עצמו, ולא בשלב החקירה.

בעניין שמעון הותרתי בצריך עיון את השאלה אם ניתן להשיג על צו חיפוש במסגרת הליך החזרת תפוס. עתה משנדרש גם עניין זה להכרעה, אני מצטרפת לנשיאה חיות אף בקובעה כי מנגנון החזרת התפוס אינו יכול לשמש אכסניה מתאימה להעלאת השגות על צו חיפוש במחשב. כך מטעמיה, שאיני רואה מקום לחזור עליהם; ומכל מקום, מאחר שלסברתי לא ניתן להשיג באופן ישיר על החלטה בעניין צו חיפוש במחשב טרם ביצועו – לא ניתן להתיר "דרך החלון" את מה שלא מתאפשר "דרך הדלת".

ש ו פ ט ת

-
-

השופט ג' קרא:

1. לאחר שקראתי את פסק דינה של הנשיאה א' חיות מצאתי להצטרף לעמדתה ביחס לתוצאה האופרטיבית ובאופן חלקי לעמדתה, וכפי שיפורט.

2. וזו עמדתי לגופם של דברים. ראשית, דיון בבקשות לחיפוש (חדירה לחומר מחשב) יש לערוך במעמד צד אחד, ללא חריגים; שנית, אין בדין זכות השגה על החלטת בית המשפט בבקשה; ושלישית, חיפוש בלתי חוקי שבוצע על ידי הרשות החוקרת קודם להגשת הבקשה לצו חיפוש הינו שיקול בשיקולי בית המשפט בבואו להכריע בבקשה למתן צו חיפוש (חדירה לחומר מחשב), כשרק במקרים חריגים ונדירים יכול הוא להוות שיקול בלעדי לדחיית בקשה לצו חיפוש, אמות המידה להחלטתו של בית המשפט בנסיבות אלה הן אמות המידה שפורטו בדנ"פ 5852/10 מדינת ישראל נ' שמעו, פ"ד סה(2) 363 (2012) (להלן: עניין שמעו)) ואין להחיל בשלב מקדמי זה את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית.

3. עמדתי זו היא שעמדה בבסיס פסק דיני בבש"פ 1758/20 אוריך נ' מדינת ישראל (26.1.2021) (להלן: עניין אוריך השני)), אשר אף שלא עסק באופן ישיר בהיבטים הדיוניים של ההליך, לא הותיר מנוס מלהידרש להם, ולו בתכלית הקיצור (שם, פסקאות 4, 7, 13 ו-16 לפסק דיני). מעמדה זו לא שיניתי גם כעת, לאחר תום ההליך שלפנינו ולאחר שעיינתי בחוות דעתם של חבריי.

ואלו, בקצרה, נימוקיי.

ההיבט הדיוני

4. ככלל, הפרקטיקה הנוהגת היא כי בקשה לחיפוש (חדירה לחומר מחשב), מתבקשת ונדונה במעמד צד אחד. לא ייפלא איפוא כי הדוגמאות שהוצגו בפנינו מטעם המבקש בדנ"פ שמעון (נספח ט"ו לתגובת המבקש להשלמת הטיעון מטעם המדינה בדנ"פ 4072/21), אשר חלקן הובאו בפסקה 34 לפסק דינה של הנשיאה חיות, כדוגמא למקרים חריגים בהם התקיים הדיון בבקשה במעמד שני הצדדים, ניתנו כמעט כולן לאחר ההחלטה בבש"פ 7917/19 אוריך נ' מדינת ישראל (25.12.2019) (להלן: עניין אוריך הראשון)). כך גם כל הדוגמאות שמנתה הסנגוריה הציבורית בפסקה 9 (הערת שוליים 1) לעמדתה בדנ"פ שמעון, למעט החלטת בית משפט השלום בעניין אוריך (צ"ח (שלום ת"א) 51782-10-19 מיום 29.10.2019)). לטעמי, גם אם ניתנו בעבר החלטות לאחר שמיעת שני הצדדים, בהיעדר התנגדות המדינה לכך (כעולה מפסקה 9 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) נ' הנדל בבש"פ 5105/20 שמעון נ' מדינת ישראל (25.5.2021) (להלן: עניין שמעון)), אין בכך כדי להעיד על שינוי או כרסום בפרקטיקה, הנוהגת באופן גורף, והיא קיום הדיון במעמד צד אחד בלבד.

5. כאשר לביסוס הנורמטיבי של הפרקטיקה הנוהגת, מקובלים עלי הנימוקים התומכים בפרקטיקה זו וההצדקות המהותיות לה, כפי שפורטו בהרחבה בפסק דינה של הנשיאה חיות וכפי שפורטו גם בפסק דינו של חברי המשנה לנשיאה נ' הנדל בעניין שמעון.

6. טעמים אלו שרירים וקיימים, לשיטתי, גם באותם מקרים שהובאו בפסקה 79 לפסק דינה של הנשיאה חיות כדוגמא לחריגים המצדיקים סטייה מן הכלל ולקיום הדיון במעמד שני הצדדים.

כך, העובדה כי המחוקק מצא להבחין בין מערך זכויות החשוד לעומת זכויות המוקנות לנאשם בשל מאפייניו הייחודיים של הליך החקירה, ובייחוד הצורך בשמירה על חשאיות ומהירות (פסקאות 51, 55-58 לפסק דינה של הנשיאה; וראו גם: פסקאות 6-8 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) הנדל בעניין שמעון); ההשלכות שיש לקיומו של דיון במעמד שני הצדדים ביחס להארכת הליכי החקירה ומתן אפשרות לחשוד, ואולי אף לצדדים שלישיים, להתערב בקצב ניהול החקירה, וכך לפגוע ביעילותה ולהעלות את הסיכון לשיבוש החקירה. לכך יש להוסיף, כי עצם האפשרות לקיים דיון בבקשה במעמד שני הצדדים, יביא לקיום דיונים סביב השאלה האם מדובר במקרה חריג המצדיק זאת, גם אם בסופו של יום לא ייעתר בית המשפט לבקשה לקיים את הדיון במעמד שני הצדדים, באופן שיפגע בקצב ניהול החקירה (פסקה 9 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) הנדל בעניין שמעון). גם העדר זכות ההשגה על החלטה בבקשת חיפוש כאמור, תומך בעמדה זו. שכן, הדעת נותנת כי כלל זה יחול גם על בקשות כאמור שיידונו – מכוח החריגים המוצעים – במעמד שני הצדדים. עניין זה מעלה קושי, שכן, על פני הדברים, בנסיבות בהן נמצא חריג המצדיק דיון במעמד שני הצדדים, יש מקום לקיים הליכי ערר גם על החלטה שניתנה בסופו של הדיון, באופן הסותר את הכלל לפיו אין הליכי השגה על החלטות מסוג זה.

7. זאת ועוד, אף כי המקרים שנמנו כחריגים ונדירים נדמים כמקרים המציבים קושי ומורכבות העולה על הרגיל במידה המצדיקה שמיעת שני הצדדים, לטעמי אין הדבר כך. הרי מקום בו בית המשפט מודע לכך שמדובר בבעל חסיון מן הדין או לקיומו של פגם בהתנהלות הרשות – פשיטא שהדברים יהוו שיקול בהכרעתו בבקשה. כך גם מקום בו סבור בית המשפט כי המידע שהוצג בפניו חלקי או שאינו

מדויק – והלא אין הוא מחויב להיעתר לבקשה, וככל שהוא סבור שאין די במידע שלפניו או שהמידע שהוצג לו מטעה, לא יורה על מתן הצו.

8. לפיכך, האינטרס וההצדקות לקיום הדיון במעמד צד אחד מתקיימים גם באותם מקרים חריגים והפיקוח השיפוטי, המתקיים במעמד צד אחד, אפקטיבי גם ביחס אליהם ואין הצדקה לסטות מן הכלל הדיוני הנוהג לקיום הדיון בבקשה לחדירה לחומר מחשב במעמד צד אחד ביחס אליהם או ביחס למקרים חריגים אחרים. יפים ונכוחים כאן דברי חברי השופט (כתוארו אז) הנדל בעניין שמעון "לעיתים מוטב לשמור על הכלל מפני החריג" (שם, פסקה 9).

9. סיכומו של דבר, אני סבור כי אין מקום לקבוע חריגים לכלל לפיו דיון בבקשה למתן צו חיפוש (חדירה לחומר מחשב) יתקיים במעמד צד אחד.

10. באשר לשאלת זכות ההשגה אף אני מחזיק בעמדת הנשיאה חיות, לפיה הדין אינו מקנה זכות להשיג על החלטה בדבר מתן צו חיפוש (חדירה לחומר מחשב). כפי שציינתי בעניין אוריך השני, אין בפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 כל עיגון לזכות ערר על החלטה ועל פי מושכלות היסוד של שיטתנו המשפטית, זכות מסוג זה אפשר שתקבע בחקיקה ראשית בלבד. יתרה מכך, אף הצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה, חיפוש ותפיסה), התשע"ד-2014 (ה"ח הממשלה 867) לא ביקשה להעניק לחשוד זכות זו (שם, פסקאות 4-6 לפסק דיני בעניין אוריך השני).

עוד קבעתי בעניין אוריך השני כי לא ניתן להשיג על החלטה בבקשה לצו חיפוש (חדירה לחומר מחשב) בעקיפין במסגרת הליכי החזרת תפוס, באשר זכותו של חשוד לערור על תפיסת מחשב, וטלפון נייד בכלל זה, מכוח הוראת סעיף 38א לפקודה אינה מאפשרת לו להעלות טענות ביחס לצו חדירה לחומר מחשב (עניין אוריך השני, פסקה 18 לפסק דיני). לכן גם, ומן הטעמים המפורטים בפסקה 97 לפסק דינה של הנשיאה חיות, אני סבור כי אין מקום לאפשר דרך עקיפה להשגה בדמות בקשה לביטול החלטה בדבר מתן צו חיפוש (חדירה לחומר מחשב).

11. לצד זאת, ראיתי להעיר כי ספק בעיני אם יש ללמוד מן הפסיקה הקיימת על שחיקת הכלל בדבר העדר זכות השגה על החלטה כאמור ועל חוסר אחידות בפסיקתן של הערכאות הדיוניות בשאלה זו (ראו לעניין זה פסקה 81 לפסק דינה של הנשיאה).

שכן, אף כי ניתן לאתר החלטות בודדות שבהן מצב הדברים שונה (בג"ץ 8183/17 כהנא נ' מדינת ישראל (24.10.2017); ה"ת (שלום ת"א) 749-06-18 יקותיאל נ' משטרת ישראל/ ימ"ר ת"א (2.7.2018)), הרי שמדובר בהחלטות ספורות, שניתנו ללא כל התייחסות או נימוק ביחס להיבט הדיוני ולשאלת הסמכות ואין בהן כדי להעיד על שחיקה או כרסום בפרקטיקה הנוהגת. הנכון הוא כי הכרסום הממשי בפרקטיקה זו החל לאחר שניתנה החלטת השופט י' אלרון בעניין אוריך הראשון וכפועל יוצא ממנה.

ההיבט המהותי

12. גם ביחס לשאלת השלכות קיומו של חיפוש בלתי חוקי מוקדם על החלטה בבקשה למתן צו חיפוש (חדירה לחומר מחשב), לא שיניתי מעמדתי בפסק דיני בעניין אוריך השני. באותו עניין קבעתי כי "מקומן של טענות ביחס לאי-חוקיות בגביית ראיות להתברר ככלל בהליך העיקרי, וכי רק במקרים חריגים ונדירים טענות אלה יוכלו לשמש שיקול בלעדי לדחיית בקשה למתן צו חיפוש", עמדה שהתקבלה על ידי הנשיאה חיות (פסקאות 32 ו-117 לפסק דינה). עוד קבעתי, כי מכלול השיקולים והרציונלים שעמדו בבסיס פסק הדין בעניין שמש יפים גם לשאלה שלפנינו ומהווים מסגרת שיקולים הולמת לבחינתה (עניין אוריך השני, פסקה 12 לפסק דיני). בגדר שיקולים אלו נודעת חשיבות לשלב של ההליך המשפטי – שלב החקירה; למהות הבקשה; למהות החומר המבוקש ולמידת הקשר הענייני בינו לבין החקירה ולמידת הרלבנטיות שלו; לאופי אי החוקיות; ולמכלול הנסיבות.

13. זאת ועוד, כפי שצינתי באותו עניין, בית משפט השלום בהחלטתו הראשונה בעניין אוריך, ולאחריו בית המשפט המחוזי, לא התעלמו מקיומה של אי החוקיות שנבעה מקיומו של חיפוש ללא צו בטלפונים הניידים ולא נפל כל פגם במערך השיקולים ששמו בתי המשפט לנגד עיניהם בהחלטות אלו בגלגולו הראשון של התיק. במסגרת שיקולים אלו בחן בית משפט השלום את אופי אי החוקיות (מהות הפגם ונסיבותיו), את קיומו של חשד סביר לביצוע העבירה על ידי החשודים, את נחיצות צווי החיפוש, את קיומה של תשתית ראייתית וגילה את דעתו כי היה נעתר לבקשות למתן צווי חיפוש (חדירה לחומר מחשב) גם אם היו מובאות בפניו לפני ביצוע החיפוש הבלתי חוקי, באשר התשתית הראייתית שהתגבשה בשלב זה היתה מספקת. בית המשפט עמד על הצורך לאזן בין האינטרס הציבורי במיצוי החקירה, על החומרה המיוחסת לעבירת הטרדת עד ועל חקר האמת ביחס למעורבים נוספים מחד גיסא, לבין הקפדה על זכויות החשוד מאידך גיסא. כמו כן העמיד בית המשפט

לנגד עיניו גם את העובדה כי בשלב זה לא מתבררות טענות ביחס לקבילות הראיות. בנוסף שקל בית המשפט את מתווה החיפוש שהוצע על ידי הרשות החוקרת ומצא כי יש בו כדי למזער את הפגיעה הנוספת בחשודים.

14. בהתייחס לעקרונות שהוצעו בפסק דינה של הנשיאה בהקשר זה, אציין כי בשנים לב לשלב שבו מתקיים הליך מסוג זה ולאופי הדיון, המתקיים במעמד צד אחד ללא בירור ראיתי, אינני סבור כי יש אפשרות ממשית לעמוד על מידת וטיב הזיקה בין החיפוש הבלתי חוקי לבין הבקשה למתן צו חיפוש (חדירה לחומר מחשב), שהוגשה לאחריו. וכפי שציינתי "העובדה כי בשלב הדיוני הנוכחי, השופט הדן בבקשה ניצב מול תמונה שהיקפה מוגבל ושטרם התבהרה והתבררה במלואה, מצמצמת עוד את היכולת בקבלת הכרעה המשקפת איזון נכון בין מכלול האינטרסים והשיקולים שראוי להביא בחשבון. לטעמי, יש בכך לפגוע פגיעה קשה, ואף אנושה, ביכולת ניהול החקירה ובאינטרס הציבורי בחקר האמת" (עניין אוריך השני, פסקה 14). יתרה מכך, הדבר אף מנוגד למדיניות המשפטית הנוהגת שלא מצאה לאמץ את דוקטרינת פרי העץ המורעל (עניין שמש, פסקאות 11 ו-12 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש).

15. לפיכך, ועל רקע הכללים הדיוניים והמהותיים הנהוגים בפסיקה ביחס לפסלות ראיות, סנקציה חריפה של דחיית הבקשה לצו חיפוש (חדירה לחומר מחשב) ומניעת איסוף הראיות, צריכה להישמר למקרים חריגים ונדירים בלבד. לטעמי, הניסיון לגדור מקרים אלו, לאפיינם ולתת בהם סימנים מראש הינו מוקשה. באופן בלתי נמנע, הדבר מסור לשיקול הדעת השיפוטי לנוכח מכלול נסיבות מסויים, שדווקא חריגותו היא שמונעת הגדרה עקרונית וכללית. אני אף סבור כי עניין אוריך, על כל גלגוליו, מלמד עד כמה הניסיון לקבוע מתווה עקרוני להדרכת שיקול הדעת השיפוטי במקרים מסוג זה אינו מבהיר את הדברים ואינו מפשט את ההכרעה השיפוטית.

הערות לפני טיוט

16. במבט על, שני העניינים המונחים בפנינו משלימים זה את זה, כשהם מעלים הן היבטים דיוניים ביחס לבקשה לצו חיפוש (חדירה לחומר מחשב) והן היבטים מהותיים הכרוכים בבחינת הבקשה לגופה. כך, בעוד דנ"פ אוריך העלה שאלה מהותית והיא – כיצד על בית המשפט לשיקול קיומו של חיפוש בלתי חוקי שבוצע בטלפון נייד, היינו: במחשב, בבואו להכריע בבקשת הרשות החוקרת למתן צו

חיפוש בטלפון הנייד, שהוגשה לאחר החיפוש הבלתי חוקי, דנ"פ שמעון מעלה את ההיבט הדיוני שבא לידי ביטוי הן בשאלה האם יש לקיים דיון בבקשה למתן צו חיפוש (חדירה לחומר מחשב) במעמד שני הצדדים והן בשאלה האם יש זכות השגה על החלטת בית המשפט בבקשה מסוג זה. כפי שציינתי בעניין אוריך השני היבטים אלו כרוכים זה בזה, כאשר ההסדר הדיוני מממש את הדין המהותי, באופן המצדיק גם הוא, לשיטתי, את העמדה שהוצגה בפסק דינה של הנשיאה חיות ושאף אני שותף לה, בכפוף להסתייגויות שפורטו לעיל. היינו, כי המחוקק לא ביקש לקיים את הדיון בבקשה למתן צו חיפוש (חדירה לחומר מחשב) במעמד שני הצדדים ואף לא הקנה זכות ערר למי שנגדו הוצא צו חיפוש זה, וכי כללים דיוניים אלו משקפים ומממשים את הדין המהותי עצמו המותיר בירורן של טענות לאי חוקיות בגביית הראיות להליך העיקרי.

17. זאת ועוד, כפי שמלמדת המחלוקת שנפלה כאן, כמו גם בהליכים הקודמים בעניינים שלפנינו, ההכרעה בשאלות שעלו בשני המקרים עשויה לשנות מן היסוד את הפרקטיקה הנוהגת הן בהיבט סדרי הדין והן בהיבט הדין המהותי. על רקע זה, לא מן הנמנע להידרש לעובדה כי כל אחד משני ההליכים שלפנינו נדון בהליך חריג באופן שיצר "אנומליה דיונית" של ממש. כך בעניין אוריך, עניין שעבר פעמיים, הלוך ושוב, את כל הערכאות השיפוטיות וכעת נדון בפעם השלישית בבית משפט זה, כאשר ההיבט הדיוני כלל לא נדון לגופו באופן ממשי בראשית ההליכים שהתקיימו ב"סיבוב הראשון" ובייחוד מבלי שנדונה השאלה האם כלל עומדת למבקשים הזכות להגיש ערר על החלטתו הראשונה של בית משפט השלום (להשתלשלות ההליכים באותו עניין, ראו: פסקה 3_לפסק דיני בעניין אוריך השני). וכך בעניין שמעון (ראו: פסקה 123 לפסק דינה של הנשיאה; פסקאות 1-2 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) הנדל בעניין שמעון) הליך, שהתאפשר, במידה רבה, על רקע החלטת השופט אלרון בעניין אוריך הראשון, החלטה אשר מהווה נקודת מפנה בפרקטיקה הנוהגת, כאשר עד אז ככלל, למעט מקרים ספורים, לא אפשרה דיון בבקשה לצו חיפוש (חדירה לחומר מחשב) במעמד שני הצדדים ולא אפשרה השגה על החלטות בבקשות מסוג זה בעוד שלאחריה ניתנו החלטות לא מעטות שאפשרו טיעון במעמד שני הצדדים ובחלק מן המקרים אף ניתנה זכות ערר. לטעמי, יש בכך כדי להצביע על חשיבותם המהותית של סדרי הדין בדין הפלילי ועל הצורך לנהוג בזהירות ובהקפדה ביישומם, ולהמחיש כיצד חריגה מסדרי הדין תביא להליכים בגדרם עשויים הפרקטיקה הנוהגת, ואף הדין המהותי, להשתנות מן היסוד.

עניין זה אינו עניין של מה בכך ויש בו כדי להעיד כמה משמעותית ההחלטה בעניינים אלו, עד כמה רחבות השלכותיה ועד כמה נדרש דברו של המחוקק, לאחר קיום הליך חקיקה מסודר, בגדרו יישקלו כלל העמדות של הגורמים הרלוונטיים, הפרקטיקות הנהוגות וההתפתחויות הטכנולוגיות הקיימות והעתידיות.

18. לאור האמור לעיל, אף אני סבור כי יש להותיר על כנן את התוצאות האופרטיביות בעניין שמעון ובעניין אוריך השני.

המשנה לנשיאה נ' הנדל:

חוות דעתה של חברתי, הנשיאה א' חיות, מקיפה ובהירה. מסכים אני עם חלקים מרכזיים בה, כפי שיפורט להלן.

1. בבש"פ 5105/20 (עניין שמעון), שביחס אליו נערך אחד מהדיונים הנוספים שאוחדו בהליך זה, פרשתי את השקפתי בהרחבה. גם לאחר ששמעתי את טיעוני הצדדים בהליך הנוכחי לא מצאתי מקום לשנות ממנה. בעניין שמעון נדונו שתי סוגיות מרכזיות: אופן הדיון בבקשה למתן צו חיפוש – במעמד צד אחד או במעמד שני הצדדים; ושאלת קיומם של הליכים ערעוריים על החלטת בית המשפט בבקשה למתן צו חיפוש.

אשר לסוגיה הראשונה, קבעתי כי הדין הנוהג מימים ימימה הוא דיון בבקשה למתן צו חיפוש במעמד צד אחד בלבד. הגם שנוהג מושרש זה אינו מפורש בחקיקה, ניתן למצוא בה הכרה בכך שזהו המצב (ראו למשל סעיף 17ב לחוק הנוער (שפיטה), ענישה ודרכי טיפול), (התשל"א-1971). הדין הנוהג אף לא הבחין בין אופן הדיון בצווי חיפוש המתייחסים, למשל, לחצרים, וצווי חיפוש בטלפונים חכמים ובמחשבים. עוד ציינתי כי מהתיקונים השונים של פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 אפשר ללמוד כי המחוקק נתן את דעתו

לפגיעה בפרטיות הטמונה בחיפוש במחשב. ברם, ההגנה על הפרטיות במסגרת מתן צו חיפוש התבטאה בדרישה לפיקוח שיפוטי על מידתיות צו החיפוש, ולא בצורה של קיום דיון במעמד שני הצדדים ושמיעת טענות הנחקר בטרם מתן צו החיפוש. ועיקר – עמדתי על כך שדיון במעמד שני הצדדים עוד קודם להחלטה בבקשה למתן צו חיפוש מנוגד באופן חזיתי ליתר הדינים החלים בשלב החקירה, ולצרכים המעשיים במסגרתה, ובעיקר: קיום חקירה יעילה, קיום חקירה מהירה (ובפרט בעת שהנחקר עצור), וקשיים מעשיים הכרוכים בניהול דיון במעמד שני הצדדים. כפי שפורט בחוות דעתי בהרחבה, לא הובאה לעיוננו ולו דוגמא אחת של שיטת משפט שבה נערך, ככלל, דיון במעמד שני הצדדים טרם הוצאתו של צו חיפוש, גם במחשב או בטלפון נייד. אף לא הוצגה עמדה בספרות המשפטית התומכת בניהול ההליך באופן זה. עניין זה מבטא את ההכרה בכך שהוצאת צו החיפוש במעמד צד אחד היא הכרח בל יגונה.

לצד זאת, וכפי שצוין, "הדרישה להליך הוגן פורשת כנפיה גם על פעולות הרשות החוקרת"; אמנם לנחקר אין זכות להשמיע את טענותיו בטרם מתן צו החיפוש, ברם, "בכך אין לאיין את זכויותיו של הנחקר. הפגיעה בהן חייבת לעמוד במבחנים של חוקיות ומידתיות. ניתן לומר שבמקרים רבים זכויותיו של הנחקר 'נדחות' במובן מסוים, משלב החקירה לשלב המשפט. בשלב האחרון יכול לפרוש הנחקר את טענותיו במלואן, ואם יתברר כי הן נפגעו שלא כדין בית המשפט ייתן לכך את המשקל והנפקות המתאימים" (פסקה 7 לחוות דעתי). זה המצב ביחס לחיפוש במחשב ובטלפון, וזה המצב גם בהקשרים אחרים במסגרת חקירה – הקשרים שכרוכים בפגיעה לא פחות חריפה בזכויות חוקתיות, כגון האפשרות להוציא צו מעצר במעמד צד אחד. הכורח והצורך להגן על הציבור ועל זכויותיו מחייב לעיתים נקיטת פעולות שונות. גם אז נדרשת כמובן ביקורת שיפוטית, אולם היא נעשית מלכתחילה במעמד צד אחד, וזכויות וטענותיו הנאשם שמורות לו לשלב הבא של ההליך.

הסוגיה השנייה שעמדה במרכז עניין שמעון היא האפשרות להשיג על החלטה בבקשה למתן צו חיפוש – עוד קודם שבוצע החיפוש – בדרך של ערעור, ערר או בקשה לעיון חוזר. בחוות דעתי הוסבר כי הליכים ערעוריים מעין אלה אינם קבועים בחוק, סותרים את מהלכם של הליכי החקיקה הרלוונטיים, לא עולים בקנה אחד עם יתר דיני החקירה הפלילית, ועלולים לפגוע ביעילותן ומהירותן של חקירות. כך בישראל, וזהו גם המצב במדינות הדמוקרטיות האחרות שנבחנו בפסק הדין.

2. הדיון הנוסף השני בהליך זה הוא בפסק הדין בבש"פ 1758/20 (עניין אור"ך). באותו עניין נדונה השאלה כיצד על בית המשפט לבחון בקשה למתן צו חיפוש במכשיר טלפון, בנסיבות שבהן קודם להגשת הבקשה נערך חיפוש בלתי חוקי בטלפון. מתי יהיה על בית המשפט לדחות בקשה למתן צו חיפוש רק – או לפחות בעיקר – נוכח החיפוש הבלתי חוקי הקודם שנערך במכשיר? בעניין אור"ך ובהליך זה הוצגו מספר תשובות. המשותף לכולן – קיימת הסכמה כי במסגרת בקשה למתן צו חיפוש, ישנה רלוונטיות לכך שבוצע בעבר חיפוש בלתי חוקי, וכי אין לשלול לחלוטין את האפשרות שנתון זה – על רקע יתר נסיבות המקרה – יכריע את גורל הבקשה למתן צו חיפוש. המחלוקת נוגעת לשאלה מהו משקלו של נתון זה, כשלעצמו, ובאיזה אופן יש לבחנו לצידם של שיקולים אחרים. מבין הגישות שהוצגו בהליך הראשון ובהליך זה, מסכים אני לגישתו של השופט ג' קרא על פרטי פרטיה, כפי שהוצגה בפסק הדין הראשון וחודדה כאן – ובענייני גישתם של חברתי הנשיאה וחברי השופט ' עמית קרובות לגישה זו:

ראשית, רק במקרים חריגים ונדירים חיפוש בלתי חוקי שקדם להגשת הבקשה יהיה שיקול בלעדי לדחייתה. שנית, יש לשקול נתון זה, בעת בחינת הבקשה, בהתאם לאמור בדנ"פ 5852/10 מדינת ישראל נ' שמש, פ"ד סה(2) 363 (2012), ובין היתר: בשים לב לכך שמדובר בשלב החקירה, לכך שעסקינן בבקשה למתן צו חיפוש, תוך התייחסות לחומר שאליו מתייחסת הבקשה, "משקלו" של החומר הראייתי במסגרת החקירה, אופי אי החוקיות, נסיבות החקירה ונתונים נוספים שיכולים להיות רלוונטיים בכל מקרה ומקרה (פסקה 12 לחוות דעתו של השופט קרא בעניין אור"ך; פסקאות 12-15 לחוות דעתו בהליך זה). מסכים אני גם כי יש קושי לתת משקל, במסגרת הדיון במעמד צד אחד, לשאלה של מידת הזיקה בין החיפוש הבלתי חוקי שבוצע והבקשה למתן צו חיפוש, נוכח הקושי לעמוד באופן מלא על משמעות נתון זה בהתחשב בשלב בהליך ובאופן הדיון (פסקה 14 לחוות דעתו של חברי בהליך זה). אוסיף כי לשאלות של זיקה בסוגיות מעין אלה רכיב עובדתי אך גם רכיב נורמטיבי – "סיבתיות משפטית" – שבמסגרתו על בית המשפט לשקול שיקולים נוספים מעבר לזיקה העובדתית בין החיפוש הבלתי חוקי לבקשה למתן צו חיפוש, שספק אם ניתן לבחנם באופן מלא במסגרת בקשה למתן צו חיפוש (השוו למשל לע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(1) 626, פסקה 21 לחוות דעתו של השופט א' א' לוי (2011)).

3. על דברים אלה אוסיף כי דגש מרכזי בעיניי הוא סמכותה, תפקידה ויתרונה של הערכאה הדנה בהליך הפלילי, בעת בחינת משמעותו של החיפוש הבלתי חוקי לפי מבחני הלכת יששכרוב, על פני בית המשפט שדן בבקשה למתן צו חיפוש. לערכאת ההליך הפלילי יש נקודת מבט רחבה הרבה יותר, מבחינת הראיות שניתן לפרוש והטענות שניתן להעלות. לא בכדי ישנה "חלוקת עבודה" בין ההליך הפלילי עצמו להליכים "נלווים", כגון הליכי חיפוש או מעצר. כך, למשל, במסגרת הליכי המעצר או החיפוש יכולה ההחלטה להתבסס גם על ראיות שלא ניתן להציג במסגרת ההליך העיקרי, כגון עברו הפלילי של הנאשם, או ראיות בלתי קבילות המבססות בקשה לצו חיפוש. הדבר מבטא את השוני ביחס לתפקידו של בית המשפט בשני ההליכים. ערכאה ערכאה ותפקידה, הליך הליך סדרי דינו ותכליתו. בית משפט מחוזי הדן בהליך פלילי נגד נאשם בעבירות מין, למשל, יושב במושב תלתא, ואילו מעצרו של הנאשם באותו הליך נדון בפני שופט יחיד. כל מותב ותחום עיסוקו. זה עוסק במעצר ושחרור, וזה בניהול המשפט וקביעת האשמה או החפות.

חלוקה זו רצויה היא, ונעוצה בסדרי דין חקוקים ומפורטים. למשל, השופט הדן במעצר עד תום ההליכים יהיה מאותה ערכאה של המותב הדן באשמה. במעצר לצרכי החקירה ובבקשות לצו חיפוש, לעומת זאת, ידון שופט שלום, ללא קשר לשאלה לאיזה בית משפט הסמכות העניינית לדון בכתב האישום שעשוי להיות מוגש – תהא זו עבירת גניבה פשוטה או עבירת רצח. זוהי החלוקה הרלוונטית לענייננו. שופט בית משפט השלום דן בבקשה למתן צו חיפוש, ואילו המותב הדן בכתב האישום אמור לדון בטענות מכוח הלכת יששכרוב. יישומה של הלכה זו דורש איזון מורכב, וכדי לבצעו כראוי הדבר צריך להיעשות בידי בית המשפט ששומע את התיק ומכריע את הדין. לעומת זאת, תפקידו של בית המשפט שדן בבקשה לצווי חיפוש הוא להחליט האם מוצדק לבצע את החיפוש. השיקולים לכך שונים מהשיקולים שיש לשקול במסגרת הכרעת הדין. יש לשמור על תחומי העיסוק של הערכאות השונות ועל ההבחנה בין ההליכים השונים ותפקידם. כשם שהשופט שדן בהליך העיקרי לא אמור לדון בשאלה האם הייתה הצדקה להיענות לבקשה למתן צו חיפוש מלכתחילה, כך השופט הדן בבקשה למתן צו חיפוש לא אמור במסגרת תפקידו להעריך את מעמדם של תוצרי החיפוש במסגרת הכרעת הדין. תפקידו שונה – לדון בנתונים הרלוונטיים בשלב הבקשה למתן צו החיפוש. מכאן שהוא רשאי ואף חייב להפעיל את שיקול דעתו בעניין החיפוש. כמובן, במסגרת זו יש רלוונטיות גם לשיקולים של חוקיות. לכן אם מדובר באי חוקיות מובהקת וברורה, בית המשפט רשאי לשקול את העניין ולתת לכך משקל בלעדי במקרים חריגים ונדירים. כך, לא לעניין פסילת ראיה במשפט, אלא ביחס לשאלה האם ליתן צו חיפוש אם לאו. אין זה מתפקידו להתבונן במבט רחב כמו הערכאה המבררת.

4. כאמור, מסכים אני לחלקים מרכזיים בחוות דעתה של חברתי הנשיאה. חשיבות מיוחדת ועקרונית רואה אני בקביעותיה לעניין הבניית שיקול הדעת השיפוטי והתנהלות רשויות החקירה, שנועדו להבטיח את מידתיות הפגיעה בזכויות הנחקר כבר בשלב מתן צו חיפוש וביצועו, עוד לפני ההגנה על זכויותיו במסגרת ההליך העיקרי. כך, לדוגמא, חידוד האופן שבו יש להגיש בקשה למתן צו חיפוש – תוך פירוט ככל שניתן ותחימה מראש של הבקשה; הבהרת השיקולים שעל בית המשפט לשקול במסגרת החלטתו; והאופן שבו יש לבצע ולתעד את החיפוש עצמו. אין לכחד כי יש קושי בכך שבקשה למתן צו חיפוש נדונה במעמד צד אחד, ומוכרעת על יסוד חומר שמעביר נציג הרשות החוקרת לשופט ללא ביקורת של גורם נוסף. כאמור, מדובר בהכרח מעשי, ומכאן הצדקתו. צווי חיפוש הם כלי לגיטימי והכרחי במסגרת חקירת פשעים. אך קיום הדיון במעמד צד אחד מטיל על הרשות ועל בית המשפט חובה להקפיד בדקדקנות על הוראות הדין. יש אפוא חשיבות רבה לכך שבית המשפט, גם אם הוא מוגבל בידע ה"טכנולוגי" שלו, לא ישמש כ"חותמת גומי" לבקשות למתן צו חיפוש בטלפון ובמחשב. קביעותיה החשובות של חברתי בנושא זה משליטות סדר בתחום שדורש סדר, משתלכות בדרישת החוק לפיקוח שיפוטי על מידתיות הצו, ותואמות את הנחיות ונהלי הרשויות החוקרות.

במובן זה, ארשה לעצמי לומר כי אני רואה בהחלטת הנשיאה כמעין "handbook" או "מורה נבוכים" לבקשת צווי חיפוש וההחלטה בבקשות. על אף כמות הבקשות הרבה למתן צווי חיפוש ותחושת ה"שגרתיות" שיכולה לאפיין אותן, בית המשפט הדין בעניין חייב לשקול אותו היטב על נסיבותיו הקונקרטיים. שני היבטים לקביעה זו. ראשון, עליו להפעיל את שיקול דעתו. המבחן הרלוונטי הוא אמות המידה למתן צו חיפוש. עניין זה אינו נמדד באחוזי הבקשות שהתקבלו למתן צו חיפוש, אלא באופן שבו הבקשות נדונות. בית המשפט חייב לעסוק במלאכה ולשקול את הדברים. שני, יש חשיבות רבה לשיח בין המשטרה לבית המשפט. אם הבקשה למתן צו חסרה – יש לדחותה ולהבהיר למשטרה שיש להגישה מחדש, אם השלמה כזו עשויה לעזור. חשיבות השיח בין בית המשפט והרשות נעוצה בפיקוח השיפוטי שהוא יוצר על המקרה הקונקרטי – פיקוח שאין גורם שיכול לבצעו טוב יותר, בהינתן חוסר האפשרות להשיג על צו חיפוש ולכך שהסנגור ממילא אינו חשוף לתמונה ואינו יכול לטעון בעניין. צא ולמד כי על בית המשפט לשקול את הדברים בעת בקשה למתן צו חיפוש, לרבות דחיית בקשות שאינן ברורות כנדרש, או שאינן כוללות את כל החומר. כאמור, אני רואה בהחלטת הנשיאה צעד חשוב שישמש כלי עזר לבית המשפט לנהל דיון על פי דרישות הדין.

5. נקודה שבה שונה עמדתי מזו של חברתי הנשיאה היא קיומם של מקרים חריגים, שבהם ניתן יהיה לדון בבקשה למתן צו חיפוש – קודם להכרעה בה – במעמד שני הצדדים. בעניין שמעון הבעתי הסתייגות מיצירת חריגים לכלל של דיון במעמד צד אחד, אך לא קבעתי במסמרות בשאלה זו, הואיל ולא שמענו טענות בעניין ולא נדרש היה להכריע בו (פסקה 9 לחוות דעתי). כעת, במסגרת הדיון נוסף, עמדה גם סוגיה זו במרכז הבמה. אבהיר אפוא את עמדתי, לפיה אין מקום לקביעת חריגים לכלל של דיון במעמד צד אחד.

בפתח הדברים יש לציין, כפי שקבע גם חברי, השופט קרא (פסקה 4 לחוות דעתי בהליך זה), כי בניגוד לנטען – לא קיים "מנהג" או "נוהג" לדון לעיתים בבקשות למתן צו חיפוש במעמד שני הצדדים. הוצגו לפנינו חריגים ספורים לכלל של דיון במעמד צד אחד, וגם מקרים אלה הם מן השנתיים האחרונות, שלא הכו שורש. מדובר אפוא בנסיון לשינוי, ולא בנוהג. שנית ולגוף העניין, הבהרתי לעיל כי הדיון בבקשה למתן צו חיפוש אמור להיערך במעמד צד אחד, בהתאם לדברי החקיקה והדינים העוסקים בהחלטות בשלב החקירה, כמו גם תכליות הדין והמשקל שניתן בו לאינטרס בביצוע חקירות מהירות ויעילות. שיקולים אלה ואחרים, שיפורטו כעת, מובילים לטעמי למסקנה שאין מקום לקביעת חריגים לכלל של דיון במעמד צד אחד. הסתייגותי מצויה בשני מישורים – ברמה הכללית, וברמה הפרטנית ביחס לדוגמאות שהובאו בחוות דעתה של חברתי הנשיאה.

6. ברמה הכללית אתיחס לשתי נקודות – הקושי העולה מהכרה במקרים חריגים, והאופן שבו ראוי לעצב את סדרי הדיון בכגון דא.

ראשית, וכפי שצינתי בעניין שמעון, בהקשר של הליכי חקירה יש לשמור על הכלל מפני החריג. הבאתי את הדוגמא של חומר חקירה בשלב של מעצר ימים. הכלל הגורף הוא כי חומר החקירה יוצג לעיונו של בית המשפט בלבד. מעצר כזה בוודאי פוגע בחירותו של החשוד, וניתן להניח כי ישנם מקרים שבהם נסיבות התיק מאפשרות לחשוף את החומר לעיונו של הסנגור. מדוע לא נקבע אפוא שיש לבחון אפשרות זו, ובמקרים חריגים שבהם אין במסירת החומר כדי לפגוע בחקירה לאפשר לסנגור לעיין בו? "ההכרעה היא כי בשלב החקירה עדיף לנהוג בדרך דיונית מסוימת, לאו דווקא מתוך הנחה שלא קיימים מקרים שבהם אפשר היה לנהוג אחרת,

אלא מתוך הכרה בכך שאין מקום לבחינת כל מקרה לגופו. זאת באופן שיגרור דיונים... האם מקרה מסוים שייך לכלל או לחריג" (פסקה 9 לחוות דעתי). גם אם בפועל מספר החריגים יהיה מועט והם יהיו נדירים מבחינה סטטיסטית, עצם קיומם והצורך להכריע האם מדובר בכלל או בחריג עלול – בנסיבות אלה של הצורך בקיום חקירה יעילה ומהירה – לפגוע בתכליות הדין. המחשה נוספת לנקודה זו היא עדרם של הליכי ערר על החלטה בעניין צו חיפוש. אם יש מקרים חריגים שבהם ייערך דיון במעמד שני הצדדים, מדוע לא להכיר בקיומם של הליכי ערר במקרים חריגים? תשובתי לקושי שעליו הצביעה חברתי השופטת ד' ברק-ארז היא כי כשם שהמחוקק לא יצר חריג לעניין זכות הערר (ואיני מסכים כי יש "לעקוף" עניין זה באמצעות הקלה באמות המידה להתערבות בג"ץ בעניין), כך אין מקום ליצירת חריגים לעניין אופן הדיון.

אסכם את הדברים: לא לכלל כלל צריך להיות חריג, ולא כל חריג יש להפוך ל"כלל" בדבר קיומו של חריג.

שנית, בחינת הנושא והסדרתו, לרבות האפשרות של חריגים, ראוי שתהיה שמורה למחוקק. ניתן להציג שתי דוגמאות. האחת לקוחה מאנגליה, שם הוכן בעת האחרונה דו"ח שעניינו הצעה לרפורמה בדיני החיפוש, תוך שימת דגש על חיפוש בחומר מחשב. הדו"ח כולל למעלה מ-550 עמודים, והכנתו ארכה כארבע שנים. מעבר לכך שאין במסגרת עשרות ההמלצות שהוצגו המלצה על קיום דיון במעמד שני הצדדים במקרים חריגים, ניתן למצוא בו המלצות רבות וחשובות, הן לעניין אופן הגשת בקשה למתן צו חיפוש במכשיר אלקטרוני, והן לעניין אופן בחינת הבקשה וביצוע החיפוש (ראו פסקה 19 לחוות דעתי בעניין שמעון). דוגמא שניה היא הצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – המצאה, חיפוש ותפיסה), התשע"ד-2014), ה"ח הממשלה 574, שעודנה מונחת על שולחן המחוקק. במסגרת הצעה זו, שבהכנתה היו מעורבים גורמים רבים, נקבע במפורש כי הדיון בצו חיפוש יהיה במעמד צד אחד (סעיף 99(א)(1) להצעת החוק). לצד זאת, ישנו חריג אחד לכלל זה, ככל שהדברים אמורים בבקשה למתן צווי חיפוש, אך חריג זה אינו נמנה בין החריגים שהציעה חברתי הנשיאה: מקום שבו הצו אינו מופנה כלפי החשוד בעבירה, שאז רשאי בית המשפט להורות על דיון במעמד מי שכלפיו מופנה הצו או מי שעלול להפגע ממנו (שם, סעיף 99(א)(6)). דוגמאות אלה ממחישות את ההבדלים והדקויות הרבות בנושא זה, שכל פרט קטן בו יכול ליצור אדוות נרחבות ולהשפיע על מקרים ועל מערכות רבות. כך, במיוחד בשים לב למצב במשפט המשווה, ולכך שלא הוצג בפנינו הסדר דומה ביחס לחריגים לכלל של דיון

במעמד צד אחד קודם מתן צו החיפוש, ודאי לא כזה שנוצר בידי בית המשפט. כפי שצינתי בעניין שמעון בקשר לכך:

”הבדלי ההשקפות והגישות תומכים במסקנה כי עדיף לקיים הליך חקיקה באמצעות בדיקות שאין בידו של בית המשפט לבצע... יתכן שהפתרון הראוי אינו רחוק – וחופף באופן חלקי – להצעות שהציע חברי, השופט אלרון, אך עדיין נדרשת נקודת מבט רחבה יותר ליצירת איזון בין הפגיעה בפרטיות מחד גיסא, ודרישות החקירה במרחב הדיגיטלי מאידך גיסא. נראה שתצמח תועלת מבדיקה כזו ומקבלת עמדות מומחים לטכנולוגיה, גורמים מטעם הפרקליטות, הסניגוריה, המשטרה ומערכת המשפט. לסיכום, גישתי היא כי זוהי הדרך הטובה יותר שבה יש לפסוע, אם יחפוץ המחוקק לשקול כלל של דיון במעמד שני הצדדים בבקשה למתן צו חיפוש בחומר מחשב” (פסקה 19 לחוות דעתי).

במילים אחרות, גם אם נסתייג מיצירת חריגים וגם אם נכיר בצורך בהם – זהו שינוי שלא מתאים כי בית המשפט ייצור. גם אם הכוונות טובות והתכלית היא לבוא לקראת הנחקר, יש להיזהר ממצב שבו לכלל כלל יש חריג ולכלל חריג יש חריג, ובפרט כאשר מדובר בחריגים שאינם מוגדרים ומתוחמים היטב. עלינו להיות רגישים לצורך של המשטרה לחקור בגבולות האפשר. אם קיימת בעיה חוקתית על בית המשפט להידרש לה כמובן ולתת מענה נקודתי לפגיעה החוקתית, אך אין לגזור מכאן בהכרח שעל בית המשפט לעזור בקביעת סדרי דין למיניהם באופן גורף. יש בעייתיות בכך שבית המשפט יקבע חריגים בעניין כזה. המחוקק בחן את הדברים, ואם יהיה צורך בשינוי – יש לבססו על פירות נסיונם של פרקליטים, סנגורים, אנשי משטרה ומומחים נוספים, ואף שופטים, תוך קיום דיונים בוועדות המתאימות.

7. ברמה הפרוטנטית, חברתי הנשיאה הציגה שלוש דוגמאות למצבים חריגים, שמתאימים לקיום דיון במעמד הנחקר עוד קודם למתן צו החיפוש – כשמדובר בבעל מקצוע שנהנה מחסיון על פי דין, ונוכחותו הכרחית כדי לבדוק האם קיימת הצדקה למתן הצו או לתנאיו; כאשר נפל פגם בהתנהלות הרשות החוקרת שעשוי להשפיע על קבלת הבקשה; או כאשר הבקשה מתבססת על מידע חלקי או בלתי מדויק.

בעל מקצוע שנהנה מחסיון על פי דין. ככל שעסקינן בבעל מקצוע שהוא החשוד בתיק, נראה שהטעמים שהובילו לקביעת הכלל של דיון במעמד צד אחד עומדים בתוקף:

הצורך בחקירה מהירה, יעילה ומניעה של ניצול הדיון במעמד שני הצדדים בידי החשוד. כשם שאין חריג של זכות ערר בהקשר זה, אף אין מקום לטעמי ליצור חריג לכלל הדיון במעמד צד אחד. אף יש קושי בקביעת מעין "מעמד שונה" לחשודים בעלי מקצועות אלה. גם אזרח שאינו בעל מקצוע כזה יכול היה לטעון, לו היה מקבל הזדמנות, כי בטלפון שלו ישנן, למשל, תמונות אינטימיות של אחרים. יתר על כן, אף אפשר לטעון שאם ניתן משקל לחסיון יש לתת משקל גם לאינטרסים אחרים שיש לאזן מול החסיון, למשל חומרת העבירה: האם יש להקל עם עורך דין שחשוד בביצוע עבירה חמורה, לעומת מהנדס שנאשם בעבירה קלה?

אכן, מתן צו חיפוש נגד בעל חסיון, כגון עורך דין או עיתונאי, הופך את מלאכת ההכרעה למורכבת. ברם, ההתמודדות הראויה עם הקושי דומה להתמודדות עם הקושי שבחיפוש בטלפון שיכול להכיל מידע רגיש על צדדים שלישיים או אף על החשוד עצמו: הבנייה של שיקול דעת הרשות החוקרת ושיקול הדעת של בית המשפט, תוך מתן הוראות שיצמצמו את האפשרות לפגוע בזכויות הצדדים השלישיים. כך, לצד האפשרויות שעומדות לחשוד או לצדדים שלישיים לאחר שיבוצע החיפוש. וככל שהכוונה היא לבעלי מקצוע שהם "צדדים שלישיים" ואינם החשודים – אפשר לשאול מדוע יש להבחין בין נחקר שאינו חשוד שהוא גם בעל מקצוע כאמור, לכל נחקר שאינו חשוד? כזכור, לפי הצעת החוק הקיימת, בהקשר האחרון יש לבית המשפט שיקול דעת לקבוע דיון במעמד שני הצדדים, בכפוף לשיקולים שונים, אך אין ייחוד דווקא לבעלי מקצועות הכרוכים בחסיון.

פגם בהתנהלות הרשות. חריג זה עניינו, למעשה, במקרי "ביניים", שהרי אם יש מידע ברור על הפגם שנפל בהתנהלות הרשות – ממילא עריכת הדיון במעמד שני הצדדים אינה נדרשת, ועל בית המשפט להכריע האם לקבל את הבקשה או לדחותה על יסוד החומר שלפניו. עסקינן אפוא במעין מקרה פרטני של חריג השלישי – מחסור במידע – שאליו אתייחס להלן. בתמצית, אם הקושי הוא מחסור במידע, רשאי בית המשפט לדחות את הבקשה כפי שהוגשה ולהורות על פרישת מלוא המידע המצוי בידי הרשות החוקרת במסגרת בקשה מתוקנת. ואם הרשות אינה מחזיקה במידע נוסף, ועדיין מדובר במקרה שאינו מובהק – הרי שכמוסבר לעיל, אין זה מקרה מתאים כי בית המשפט יתחיל לבדוק טענות שונות בדבר קיומה של אי חוקיות. הרי אף אם בית המשפט נותן צו חיפוש, הנחקר יהיה רשאי להעלות את ההסתייגויות החוקתיות במהלך השלב של שמיעת הראיות. לאמור, המקום המתאים לבירור מעין זה הוא ההליך העיקרי, שם יש לבית המשפט כלים טובים יותר להכריע בנפקות החיפוש הבלתי חוקי, לרבות עריכת בירורים עובדתיים.

בנוסף לאמור, גם במסגרת חריג זה מתעוררים החששות שהובילו מלכתחילה ליצירת הכלל של דיון במעמד צד אחד, כגון פגיעה ביעילות החקירה, ונסיבות עניין אור"ך יוכיחו. זוהי הנקודה שבה משתלבת ההסתייגות הכללית מיצירת החריגים בהסתייגות מהחריג הספציפי של פגם בהתנהלות הרשות. ואף לו הייתי מכיר בקיומם של חריגים – וזוהי, כאמור, אינה עמדתי – בל נשכח כי בכל מקרה, אל לכלל המשפטי לסכל את החיפוש או לשבש את הליכי החקירה. זהו "שיקול על". אין לקיים דיון במעמד שני הצדדים אם הדבר עלול לפגוע בחקירה. אף חברי, השופט י' אלרון, שסבור כי ככלל יש לקיים דיון במעמד שני הצדדים – מסכים כי כשיש חשש מפני סיכול או שיבוש החיפוש והחקירה יש לקיים את הדיון במעמד צד אחד.

בקשה המבוססת על מידע חלקי או בלתי מדויק. אודה כי חריג זה הוא הקשה ביותר בעיניי. הוא פותח פתח שעלול להתרחב ולהתרחב. בעוד שני החריגים הראשונים ממוקדים יחסית, ואינם רלוונטיים לכל מקרה ומקרה, החריג הנוכחי עלול להקיף מקרים רבים. כל בקשה למתן צו חיפוש יכולה להתבסס על מידע חלקי, לדעת בית המשפט. בנוסף לסיכון האפשרי, איני סבור כי יש תועלת רבה בקיום דיון במקרה שבו המידע חסר. אם הבקשה חלקית או בלתי מדויקת, על בית המשפט להחליט האם התשתית שהונחה ממלאת את דרישות הדיון. אם אין הדבר כך, ניתן לקיים שיח בעת הדיון במעמד הרשות החוקרת. אפשר לקבוע כי הבקשה כפי שהוגשה חלקית וחסרה, וניתן להגיש בקשה חדשה. כפי שציינתי לעיל, במישור זה מצויה אחת התרומות החשובות של חוות דעתה של חברתי הנשיאה. אף ניתן לדחות בקשה שאינה עומדת בדרישות הדיון.

מדוע יש אפוא צורך בקביעת דיון? סביר להניח שהסנגור יתנגד למתן צו החיפוש ולא יתרום מידע נוסף שיסייע למדינה, ואף אין לצפות לכך ממנו. אפשרות אחרת היא כי בעקבות הדיון, ותוך נסיון להשפיע על התוצאה, הסנגור ימסור מידע או יבהיר נקודות שדווקא יחזקו את הבקשה למתן צו חיפוש, למרות שאין זה מתפקידו לבסס את בקשת הרשות החוקרת. אם בית המשפט מצוי בספק, עליו להחליט בהתאם למידע שהוצג או לבקש השלמות, ולא לקיים דיון ולשמוע את עמדת הנחקר, מתוך תקווה שאולי יוביל הדבר ל"התרת הספקות", במקום להטיל את הנטל אך ורק על הרשות החוקרת. ומזווית נוספת, קיים חשש שעצם האפשרות לקיים דיון, ולו כחריג, "תנתב" לעיתים את בית המשפט לקבוע דיון "למען הזהירות" או כדי לקבל החלטה מבוססת יותר. כאמור, הדבר אינו עולה בקנה אחד עם דיני החקירה

ותכליותיה. כמובן, וכפי שציינתי, חשוב שבית המשפט ידחה את הבקשה למתן צו חיפוש אם היא אינה עומדת באמות המידה של הדין, בהתאם לשיקול הדעת שניתן לו בחוק.

8. והערה לפני סיום. בחוות דעתי בעניין שמעון התייחסתי לגישת המשפט העברי כלפי ההליך הפלילי. כפי שציינתי, ישנו מתח בין שני עקרונות מכוננים. מן הצד האחד, ישנה גישה מחמירה כלפי הצורך למנוע את הרשעתם של חפים מפשע ולתור אחר הספק: "ונקי וצדיק אל תהרוג" (שמות כג, ז). מן הצד השני, יש הכרה בהכרח להגן על החברה מפני הפשיעה: "וביערת הרע מקרבך" (דברים יז, ז). אחת התולדות של המפגש בין שני הכללים הוא גישת הדין העברי כלפי שלב החקירה: "שופטים ושוטרים תתן לך בכל שעריך" (דברים טז, יח). השוטר והשופט – גורם לפי תפקידו – מממשים את עקרונות המשפט העברי ביחס למשפט הפלילי במובנו הרחב: חקירה ומשפט. האחריות לראשונה היא בעיקר על השוטר, והשני הוא מלאכתו של השופט. הייתי מוסיף כי בשלב החקירה על המשטרה ליצור יש מאין. היא נדרשת להפוך, בסיומו של ההליך המשפטי, סימן שאלה גרידא לסימן קריאה מובהק. מעשה כזה אינו פשוט ויש בו מן הבריאה. לכן, הגם שאין לאפשר לשוטר לפעול כרצונו וישנה דרישה להליך הוגן – בשלב החקירה נוטה המטוטלת לטובת מתן אפשרות למשטרה לחקור, לעבוד ביעילות, ולהגיע להחלטה אם לסגור את התיק או להתקדם. לכן הספק הסביר – שחשיבותו אינה מוטלת בספק – מקבל עוצמה רבה יותר בשלב המשפט וההכרעה. בשלב החקירה הצורך ב"ביעור הרע" ובמתן כלי עבודה למשטרה חזק יותר.

בהחלטתי בפסק הדין התייחסתי לצורך האנושי הבסיסי בעריכת חקירות, ולשם כך פניתי לסיפור הראשון במקרא – חטא האדם הראשון, חקירתו ועונשו. סיפורים נוספים בספר בראשית מדגימים גם הם את אתגרי החקירה האנושית, ואת הצורך במתן כלים לרשות החוקרת. בסיפורי המקרא הראשונים החקירה היא מלאכתו של האל, למשל ביחס לחטא האדם הראשון או חטאו של קין (ראו בראשית ד, ג-י). ואילו כאשר נעשה נסיון מצד האדם לחקור, הוא אינו "יודע כל", לא בהכרח מצליח, ולעיתים אף נכשל באופן חרוץ. לדוגמא, יעקב מנסה לחקור מי גנב את התרפים – פסלי האליל – שלהם סגד חמיו, לבן הארמי. רחל, אשתו, שגנבה את התרפים, מוליכה אותו שולל ויעקב נכשל במציאת הגנב. בעקבות כך אף מאשים – לשווא – את לבן הארמי כי האחרון טופל עליו ועל בני ביתו האשמות שווא... (בראשית לא, יט-ג). עוד דוגמא נוגעת גם היא ליעקב, שאינו מצליח לחשוף את השקר שסיפרו לו בניו, כי חיה רעה טרפה את בנו יוסף, תוך הצגת בגדי יוסף המוכתמים בדם של שעיר עיזים (בראשית לז, כג-לה). בפרשה נוספת לא מצליחים

בניו של יעקב לרדת לחקר האמת בעת שיוסף "מפליל" אחד מהם בגניבת הגביע שלו (בראשית מד, א-לד). נראה שהדוגמא המובהקת הראשונה לחקירה מוצלחת שנעשת באמצעות התבונה האנושית היא הסיפור המפורסם על שלמה המלך ושתי הנשים, שכל אחת מהן טענה כי "בני החי ובנך המת" (מלכים א' ג, טז-כח). וראו הקדמתי לספרו של חיים ויסמונסקי חקירה פלילית במרחב הסייבר 16 (2015). וכן ראו דניאל פרידמן הרצחת וגם ירשת – משפט, מוסר וחברה בסיפורי המקרא 21-47 (2000). אך החכם באדם מצויד ב"ארגז כלים" שאינו נחלת הכלל.

סיפורי המשפט העברי הובאו כדי ללמד כמה קשה היא החקירה. אם ברצוננו להלחם נגד הפשע, וזהו רצון חשוב בחייה של כל חברה – יש להכיר בקשיי החקירה ולמצוא את האיזון המתאים בין האסור והמותר בגדרה ובין היעיל והמעכב. מטעם זה, ובשונה משלב המשפט שבו העקרון המוביל הוא הספק הסביר, בשלב החקירה העקרון המוביל הוא חשש מפני סיכול ושיבוש. כך יקודם היעד של חקירת הפשע וביעור הרע.

9. סוף דבר, מסכים אני, כאמור, לעיקרי חוות דעתה של חברתי הנשיאה ולתוצאה האופרטיבית שאליה הגיעה, מלבד ההסתייגויות שהוצגו לעיל, ובעיקר בעניין קיומו של דיון במעמד שני הצדדים בבקשה למתן צו חיפוש.

ה מ ש נ ה ל נ ש י א
ה

אשר על כן:

א. בדנ"פ 4072/21 הוחלט בדעת רוב כאמור בפסק דינה של הנשיאה א' חיות, כי הדיון בבקשות לצווי חיפוש בחומר מחשב בשלב החקירה ייערך במעמד צד אחד, בשים לב לאמות המידה שצוינו בפסקאות 66-77 לחוות דעתה של הנשיאה. זאת, כנגד דעתו החולקת של השופט י' אלרון, לפיה בהיעדר יסוד סביר לחשש שהדבר יביא לסיכול החיפוש או לשיבוש החקירה, יש לדון בבקשה למתן צו חיפוש במעמד הצדדים הנוגעים לדבר.

כן הוחלט בדעת רוב, כנגד דעתם החולקת של המשנה לנשיאה נ' הנדל והשופט ג' קרא, כי במקרים חריגים ביותר לבית המשפט סמכות לקיים דיון כאמור במעמד הצדדים, כמפורט בפסקאות 78-79 לחוות דעתה של הנשיאה. השופטת ד' ברק-ארז סברה בדעת יחיד כי די בקביעה שדיון במעמד הצדדים יהווה חריג לכלל, ואין צורך לסייג זאת "למקרים חריגים ביותר".

כן הוחלט בדעת רוב, כאמור בפסק דינה של הנשיאה א' חיות, כי על החלטת בית המשפט בבקשה לצו חיפוש בחומר מחשב אין למי מהצדדים זכות השגה. זאת, כנגד דעתו החולקת של השופט י' אלרון, לפיה על החלטה בבקשה למתן צו החיפוש במחשב ניתן להשיג במסגרת ערעור בזכות, או בדרך של הגשת בקשה לעיון מחדש בהחלטה. השופטת ד' ברק-ארז סברה, בדעת יחיד, כי חשוב להותיר פתח, במקרים חריגים, לדון בעתירות שיוגשו לבג"ץ כנגד החלטות שעניינן צווי חיפוש במחשב.

ב. בדנ"פ 1062/21 הוחלט בדעת רוב כאמור בפסק דינה של הנשיאה א' חיות, כי אם התברר לבית המשפט שדן בבקשה לצו חיפוש במחשב כי בוצע חיפוש בלתי-חוקי באותו מחשב קודם שנתבקש צו החיפוש לגביו, הפגם האמור יהווה שיקול במסגרת ההכרעה בבקשה למתן צו (פסקאות 114-118 לחוות דעתה של הנשיאה). עוד נקבע כי במקרים חריגים ונדירים, פגם כאמור יכול להוות שיקול מכריע לדחיית הבקשה. כמו כן הובהר כי ככל שבתום החקירה יוחלט על הגשת כתב אישום, ההשלכות הראייתיות של החיפוש הבלתי-חוקי ייבחנו בהליך העיקרי בהתאם לאמות המידה שנקבעו בהלכת יששכרוב.

השופט י' אלרון, בדעת יחיד, הציע מבחן דו-שלבי לעניין השפעתו של חיפוש בלתי חוקי קודם במחשב על ההכרעה בבקשת חיפוש באותו מחשב בשלב החקירה; המשנה לנשיאה נ' הנדל, השופט ג' קרא וכן השופט י' עמית הוסיפו הערות לעניין הקושי בהתחשבות בזיקה שבין חיפוש בלתי-חוקי קודם ובין בקשה לצו חיפוש באותו המחשב; השופטת ד' ברק-ארז העירה כי יש להותיר לבית המשפט הדן בבקשה מרחב מסוים של שיקול דעת בבואו להכריע בשאלה באיזו מידה משליכה אי-החוקיות, כשהיא לבדה, על הבקשה לצו חיפוש במחשב; השופט נ' סולברג, בדעת יחיד, הציע מתווה לבחינת אי-החוקיות בהליך העיקרי, וזאת כאשר תמונת המצב העובדתית לגבי אי-החוקיות ולגבי זיקתה לבקשה לצו החיפוש – חסרה, ומצריכה עוד דרישה וחקירה.

ג. בכל הנוגע לעניינם הפרטני של המבקשים בדנ"פ 4072/21 ובדנ"פ 1062/21 הוחלט בדעת רוב, בניגוד לדעתו החולקת של השופט י' אלרון, להותיר על כנן את התוצאות האופרטיביות שנפסקו בבש"פ 5105/20 ובבש"פ 1758/20, בהתאמה.

ניתן היום, ט' בשבט התשפ"ב (11.1.2022).

ה נ ש י א ה ה מ ש נ ה ל נ ש י א ש ו פ ט
ה

ש ו פ ט ש ו פ ט ש ו פ ט

ש ו פ ט ש ו פ ט ש ו פ ט