

**בש"פ 7917/19 - יונתן אורין, עופר גולן, יוסי שלום, ישראל איינהוֹן נגד
מדינת ישראל, לשכת עורכי הדין, הסניגוריה הציבורית**

בבית המשפט העליון

בש"פ 7917/19

כבוד השופט יוסף אלרון

לפני:

המבקשים:

1. יונתן אורין
2. עופר גולן
3. יוסי שלום
4. ישראל איינהוֹן

נגד

המשיבת:

מדינת ישראל

המבקשות להצדיף:

1. לשכת עורכי הדין
2. הסניגוריה הציבורית

בקשת רשות לעורר על החלטת בית המשפט המוחזוי
טל אביב-יפו בע"ח 16971-11-19 מיום 19.11.2019
שניתנה על ידי כב' השופט א' הימן

י"ז בכסלו התש"ף (15.12.19)

תאריך הישיבה:

בשם המבקשים 1-2:

עו"ד מאיר ארנפלד

בשם המבקש 3:

עו"ד ליאור אפשטיין

בשם המבקש 4:

עו"ד נעמי גרנות; עו"ד חיים ייסמננסקי

בשם המשיבת:

עו"ד עדי כרמלי

בשם המבקשת להצדיף 1:

עמוד 1

עו"ד גיל שפירא; עו"ד יגאל בלפור

בשם המבוקשת להצהרף 2:

החלטה

1. חוקרי משטרת ביצעו חיפוש שלא כדין במכשיר טלפון נייד חכם של נחקר. האם ובאיזה מידה יש לשקלול זאת במסגרת בקשה למתן צו לחיפוש נוספת במכשיריו?

זו השאלה העומדת במוקד הבקשה שלפני.

במסגרת הבקשה נתבקשה רשות לעורר על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (השופט א' הימן) בע"ח 16971-11-19 מיום 19.11.2019 בגדירה נדחה עירר המבוקשים על ההחלטה בית משפט השלום בתל אביב-יפו (השופט ע' מסארווה) בצ"ח 19-10-2019, צ"ח 51782-10-19, צ"ח 51787-10-19, צ"ח 51791-10-19 וצ"ח 51796-10-19 מיום 30.10.2019, ליתצוו חיפוש במכשירי הטלפון הנידים של המבוקשים - וזאת חרף העובדה כי בוצע חיפוש קודם במכשירים שלא כדין.

רקע והליכים קודמים

2. ביום 4.9.2019 הוגשה תלונה ממי שהוסכם עימם כי ישמש עד מדינה בפרשה המכונה "פרשת 4000". בתלונה נטען כי ביום 29.8.2019 הושמעה מתוך רכבהונה בסמוך לבית המטלון, הקלה חוזרת ונשנית הכללת קריאות המפצרות בו לחזור בו מעדותו, תוך הטלת דופי בהסכםתו לשמש עד מדינה בפרשה.

בעקבות הגשת התלונה נפתחה חקירה משטרתית שבמסגרתה התעורר חשד למעורבות המבוקשים בביצוע עבירה של הטרדה עד לפי סעיף 249 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. משכך, זומנו המבוקשים להិחקר במשטרת בין התאריכים 23.10.2019-27.10.2019

במהלך החקירה, ביצעו החוקרים חיפוש מאולתר במכשירי הטלפון הנידים של המבוקשים בנוכחותם וצלמו את מסכי המכנים בהם השתמשו. אולם, החוקרים לא ציינו בפני המבוקשים כי הם רשאים לבצע לחיפוש החיפוש וכי אם יסרבו לחיפוש הדבר לא יזקף לחובתם; ואף עשו זאתambilי שניית צו חיפוש במכשירים לפי סעיף 23א(ב) לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש), התשכ"ט-1969 (להלן: הפקודה).

יוער כי לצורך החיפוש במכשיר הטלפון הניד של גולן (המבחן 2), נדרש האחרון להביא את המобиль מרכבו במהלך החקירה, תוך שימוש בכך אליו לרכב קצין משטרת.

עוד ניתן, כי אוריק (המבחן 1) וגולן ביקשו בשלב מסוים במהלך החקירה כי החוקרים יפסיקו את החיפוש במכשיר הטלפון הנידים, בין היתר משברו כי החוקרים מעוניינים בחומריהם שאינם קשורים לעניין שבمוקד החקירה, והחיפוש הופסק.

עם התפתחות החקירה, ביום 29.10.2019 הגיע המשיבה לבית משפט השלום בתל אביב-יפו ארבע בקשות למתן צו לחיפוש במכשירי הטלפון הנידים של המבוקשים.

3. למחרת היום התקיים דיון בבקשת התביעה משפט השלום במעמד הצדדים, ובסיומו נעתר בית המשפט לבקשות.

4. בהחלטתו, קבע בית משפט השלום כי נפלו מספר פגמים בהתנהלות היחידה החוקרת בכך שבוצע חיפוש במכשירי הטלפון הנידים של המבוקשים לפני ניתוחם – אף שלא הייתה כל מניעה להגשת הבקשות עוד לפני זומנו המבוקשים לחקירה.

הודגש כי לא היה די בהסכמה המבוקשים לחיפוש שנעשתה במכשיריהם, בין היתר מאחר שלא הוסבר בפניהם כי הם רשאים לסרב לחיפוש וכי הדבר לא יזקף לחובתם; וכי בענייניהם של גולן הפגם משמעותי במיוחד מכך שנדרש לשוב לרכבו בליווי משטרתי על מנת להביא את המכשיר, באופן המלמד על "תכנית חקירה שכונת מראש לחדרה למכשיר" מבלי שניתן צו שיפוטי.

יחד עם זאת, נקבע כי קיימים מספר שיקולים התומכים במתן צו החיפוש חרף פגמים אלו. בכלל זה ציין כי חומר החקירה מלמד על קיומו של "חישוף סביר בעצמה גבוהה כי החשודים היו מעורבים בקשר קשור לעברית הטרדת עד", וכי צו החיפוש נחוצים לקידום החקירה ולבחינת חלקם של המבוקשים בפרשה, כמו גם של מעורבים נוספים-אם הם לא ינתנו, עשוית החקירה להיפגע.

כמו כן נקבע כי החיפוש המוצע "מדויק ומוגדר", וככזה בכוחו לצמצם פגיעה נוספת בפרטיותם של המבוקשים.

בית משפט השלום הוסיף וציין כי הוא "נותה" לקבוע כי מוגדרות בפניהם הבקשות לצו החיפוש לפני בוצוע החיפוש המאוחר יותר, הוא היה נענה להן בשל התשתית הראיתית הלאכoriaית שהונחה בפניהם ובשל חינויו הצעוי של החקירה.

לנוכח שיקולים אלו, ובשים לב לכך שאין בהחלטתו כדי לקבוע מסמורות באשר לקבילות המידע שיופק מכשירי הטלפון הנידים של המבוקשים, נutter בית משפט השלום לבקשת המשיבה למתן צו החיפוש.

הודגש, כי טענות המבוקשים באשר לקבילות הראיות שהושגו כתוצאה מהחיפוש במכשירים ידונו בהמשך ההליך, ככל שיוחלט על הגשת כתב אישום.

בסיכוםו של דבר נקבע כי:

"לנוח השלב הדיוני הנוכחי, וגם לאחר התחשבות בפגיעה בזכויות החשודים ובפוגמים שנפלבו בחקירה, מצאתי, לאחר התלבבות, לקבל את בקשה המבוקשת לצו החיפוש המדודים ואשרມציגים חיפוש 'כירורגי' ומוגדר, תחת פיקוח שיפוטי צמוד".

5. ערך המבוקשים על החלטה זו נדחה בהחלטת בית המשפט המוחזק תל אביב-יפו מיום 19.11.2019.

בית המשפט המוחזק קבע כי אין מקום להתערב בהחלטת בית משפט השלום, המאזנת באופן ראוי בין האינטרסים הציבוריים לבין זכויות המבוקשים לפרטיות. זאת, בשים לב למתווה החיפוש המוצע, הממוקד למידע שנוצר בנסיבות החקירה לבין זכויות האירוע בגינו הוגשה התלונה; ולכך שאין בעצם מתן צו החיפוש כדי לקבוע ממצאים באשר לקבילות הראיות.

בהקשר זה הודגש כי חומר החקירה מלמד כי אף שהחיפוש שבוצע במכשיריהם של המבוקשים נערך שלא כדין, קיימ אינטרסים ציבוריים חיוניים ומהותיים במניע החקירה לנוכח חומרת העבירה של הטרדת עד, אשר המבוקשים חשודים במעורבות בה.

6. מכאן הבקשה שלפניי למתן רשות לעורו על החלטת בית המשפט המוחזק.

טענות הצדדים בבקשת למתן רשות לעורר

7. לטענת המבוקשים, משבוץ חיפוש שלא כדין במכשיר הטלפון הניידם, "מושתקת" המשיבה מלבקש צו חיפוש במכשיריהם אשר עלול להזכיר בדיון את החיפוש המאוחר והלא חוקי שבוצע במהלך החקירה. זאת, בין היתר, לנוכח החובה המוטלת על המדינה לנוהג בהגינות ובתום לב.

בהקשר זה מגדים המבוקשים כי נציג המשטרה אישר בדיון בפני בית משפט השלום כי היה בគונת החוקרים לעין במכשיר הטלפון הנייד של גולן עודטרם הגיעו לחקירה – ואולם אלו נמנעו מלבקש צו חיפוש בהתאם; וכי חקירת המשטרה שביצעה את החיפוש במכשיריו אינה "חקירת מחשב מיומנת" – וזאת בניגוד להוראות הפוקודה.

עוד מוסיפים המבוקשים וטוענים כי קיים חשש שהמשיבה עורכת חיפושים במכשירי טלפון של החוקרים ללא צו חיפוש כענין שבשגרה, ועל בתיה המשפט להבהיר כי אין לתת יד לפגיעה בזכויותיהם של החוקרים אשר נגרמת כתוצאה מכך. על כן, יש להורות כי במכשירים שבהם חוקרי המשטרה מבצעים חיפוש לא חוקי במכשיר טלפון נייד של נחקר, כבעניינו, לא ניתן בהמשך הדרך צו חיפוש במכשיר.

לחלוין טוען כי יש להעניק "משקל מכריע לאו החקיקות בהתנהלות המשיבה במהלך חקירת המבוקשים", באופן המחייב את דוחית הבקשה למתן צו חיפוש במכשירי הטלפון הניידים שברשותם.

תימוכין למסקנה זו מוצאים המבוקשים בטיב החשדות המיוחסים להם אשר לשיטתם "איןם במדרג החומרה הגבוהה", וב貌וי המידע המצוי במכשיריהם על רקע זיקתם לראש הממשלה, לשרים ולחברי הכנסת, לעיתונאים ולעורכי דין של ראש הממשלה. לטענתם, מידע זה אפקטוא בצלו של חיסין פרלמנטרי, חיסין עיתונאי וחיסין עורך דין-ליך החלטים על תכונות רבות המצויות במכשירי הטלפון הניידים.

עוד טוענו כי מתווא החיפוש שהוצע רחב ומאפשר לחוקר המשטרה גישה למידע אישי ולהזמין חסוי באופן שאינו נחוץ לקידום החקירה. זאת, בין היתר, נוכח העובדה שעל-פי המתווא המוצע, המידע המצוי בטלפונים הניידים יוועתק במלואו ושימר בידי המשטרה, וניתן יהיה לעשות בו שימוש עתידי.

לטענת המבוקשים, סוגיות אלה טרם התבררו בבית משפט זה והן בעלות חשיבות ציבורית, ועל כן יש להיעתר לבקשתם למתן רשות לעורר.

8. מנגד, לטענת המשיבה, הבקשה אינה מצדיקה למתן רשות לעורר על החלטת בית המשפט המחויז, מאחר שהיא לא מעוררת כל סוגיה עקרונית חדשה, כנדרש מבקשות לעורר ב"גלאול שלישי".

אשר לסוגיה בדבר האפשרות להסתפק בהסכמה הנחקר לביצוע חיפוש במכשיר הטלפון הנייד שברשותו, טוען כי סוגיה זו לא נדונה לעומקה בפני הערכאות הקודמות, שהרי אף התנאים למתן הסכמה מדעת בהתאם לעניין בין חימפלא התקיימו במרקחה דין (רע"פ 10141/09 בין חיים נ' מדינת ישראל(6.3.2012)). משכך, טוען כי אין מקום להכריע בסוגיה זו במסגרת הדיון בבקשת "גלאול שלישי", אם כי יתכן שהיא מקום להידרש לכך בעתיד במסגרת הדיון בשאלת קביעות הראייה בהליך העיקרי.

עוד טוען כי אף סוגיה אם יש להתחשב באו-חוקיותם של החיפושים המוקדמים בהחלטה להעתר לבקשת למתן צו חיפוש אינה מעוררת שאלת עקרונית חדשה.

בבקשר זה מפנה המשיבה לפסק הדין בדנ"פ 5852/10 מдинיטישראל' שמש, פ"דסה(2) 377(2012) (להלן: עניין) לפיו במסגרת החלטה בבקשתו למתן צו להמצאת מסמכים לפי סעיף 43 לפקודה, אין להידרש כלל לקבילותה של ראייה שנפל פגם בהשגתה.

לשיטת המשיבה, "אין משמעות של ממש להבדל" בין סעיף 43 לבין סעיף 23א לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש), התשכ"ט-1969, הדן בבקשתו למתן צו חיפוש במחשב; וכי בהתאם לעניין שימוש, אין להתחשב בפגמים שנפלו בהתנהלות המשטרה בטרם התבקש צו החיפוש במכשירי הטלפון הנידים של המבוקשים במסגרת ההכרעה בבקשתו למתן צוויים המבוקשים.

לגוף של עניין, נטען כי אין לדון בפגמים שנפלו בהתנהלות הייחודית החקירה בשלב זה של ההליך, אלא במסגרת הדיון בקבילות הריאות בהליך העיקרי; וכי מכל מקום פגמים אלו אינם חמורים. על כן, אין מקום להתערב בהחלטות הערכאות הקודמות אשר שקלו את התנהלות המשטרה, וקבעו כי על אף פגמים אלו יש להיעתר לבקשתו למתן צווי החיפוש.

עוד נטען כי טענות המבוקשים מופנות בעיקרו של דבר לשאלת קבילות הריאות אשר תוכרע בהליך העיקרי על פי אמות המידה שנקבעו בעניין יששכרוב (ע"פ 5121/98 יששכרוב התובעהצבאי, פ"דסא(1) 461(2006)).

לבסוף, טוענת המשיבה כי טענת המבוקשים לפיה היא "מושתקת" מהגשת בקשות לצוויים שיפוטיים בעקבות הפגמים בהתנהלות המשטרה נעדרת כל בסיס משפטי; וכי שם שעל-פי פסיקות בית משפט זה אין מקום להורות על פסולות ראייה בכל מקרה שבו נגעה זכותו של הנאשם להליך הוגן, אך אין מקום לקבוע כי פגם בהליכי החקירה יחסום תמיד את דרכן של רשות החקירה בפניו בבקשתו למתן צו חיפוש.

בקשות הטרפות במעמד של "ידיד בית משפט"

9. הן לשכת עורכי הדין והנסיגוריה הציבורית ביקשו להצטרף להליך במעמד של "ידיד בית משפט", וטענו כי במקרה דין יש להיעתר לבקשתו למתן רשות לעורר על פסק דין של בית המשפט המחויז ואף לקבל את העarra.

בפתח הדיון שהתקיים לפניי קבעתי כי אני נعتר לבקשת הטרפות להליך.

10. טענה המרכזית של לשכת עורכי הדין היא כי הכרה בזכות להליך הוגן בזכות חוקתית, מחייבת כי במקרים שבהם פועלו רשות החקירה שלא כדי באופן מודיע על אף שהיא אפשרות לפעול אחרת, הן תהינה מנועות לפניין בשלב מאוחר יותר לבית המשפט בבקשת סעד.

לשיטה, יש לתמוך את רשות החקירה לפעול להשתתך ראיות על-פני דין, תוך הקפדה על הליכי החקירה הוגנים ועל זכויות נחקרים. לשם כך, יש לקבוע כי כאשר רשות החקירה אין פועלות דין לא יענה בבית המשפט לבקשתו בעניין.

אשר לאי-החוקיות של החיפוש המוקדם במכשירי הטלפון הנידים של המבוקשים, טוענת הלשכה כי לפי הוראות סעיף 23א לפקודה אין לבצע חיפוש במחשב ובטלפון ניד של נחקר אלא בצו שיפוטי – ואין להסתפק בהסכמה של הנחקר לצורך ביצוע החיפוש, כפי שעשו חוקרי המשטרה במקרה דין.

11. הנסיגוריה הציבורית ביקשה אף היא להצטרף לעמדה שלפני אין לעורר חיפוש במכשיר טלפון ניד של נחקר על סמך הסכמתו בלבד, וכי נדרש לשם כך צו שיפוטי בהתאם להוראות סעיף 23א לפקודה.

לטענת הסניגוריה הציבורית שאלת משקלם של פגמים שנפלו בחקירה בעת קבלת החלטה בדבר מתן צו חיפוש מעוררת סוגיה "הנוגעת לעניינים של נחקרים רבים מדי שנה" אשר טרם נתבררה בבית משפט זה, בין היתר מאחר שעלה דרך הכלל בקשות למתן צו חיפוש נדונות במעמד צד אחד ועל כן לא מוגש לבגינה ערך.

לגוףו של עניין, טוענת הסניגוריה הציבורית כי יש לייחס לפגמים שנפלו בהתנהלות רשות החקירה "משקל ממש", אותו יש לאזן מול הצורך החקירתי בהוצאה צו חיפוש. לשיטתה, יש בפגיעה בזכות להיליך הוגן של נחקר כדי להשליך על הכרעוטיו השיפוטיות של בית המשפט עניינו – וזאת במיחוד כאשר לפגמים בהתנהלות רשות החקירה נלוות פגעה בזכויותיו הנוספות של הנחקר כגון זכותו לפרטיות.

הסניגוריה מוסיפה וטוענת כי פגעה בזכויותיו של נחקר, כפי שהתרחשה במקרה זה, פגעה בלגיטימיות של הליך החיפוש, בטוהר ההליך ובאמון הציבור במערכת המשפט. לטענה, שם שנקבע בהחלטת בית משפט זה כי פגעה בזכויותיו של חדש צריכה להיבחן במסגרת בקשות למעצרו – אך יש להתחשב בפגיעה זו במסגרת הכרעה בבקשת למתן צו חיפוש במחשב, אף אם יש בכך כדי להכבד על רשות החקירה.

בاهקשר זה, מבקשת הסניגוריה הציבורית לאבחן בין עניין שמש לבין המקרה שלפניינו. לשיטתה, במסגרת עניין שמשណון סעיף 43 לפקודה המאפשר לבית המשפט להורות "לאדם" להציג ראהו כלשהו לצרכיו החקירה – וזאת להבדיל מסעיף 23א לפקודה המאפשר לבית המשפט ליתקלרשויות החקירה רשות לבצע חיפוש במחשבו. נטען כי מתן רשות לרשות החקירה לעורך חיפוש בחפציו של הנחקר גורר עימיו פגעה משמעותית יותר בפרטיותו בהשווואה להוראה הנינתנת לאדם פרטי כלשהו להמציא בעצמו ראייה לידי רשות החקירה.

עוד טוענת הסניגוריה הציבורית כי במקרה דנן קיימן חשש לפיו הוצאת צו החיפוש עלולה "להכשיר בدىיעבד" את החדירה הלא חוקית למכשורי הטלפון הנידים של המבוקשים אשר כבר נעשתה – ובכך היצו יכשר את קבילותם של חומריהם אלו.

לבסוף נטען כי אלמלא החיפושים המוקדמים במכשורי הטלפון הנידים של המבוקשים שבוצעו שלא כדין, כלל לא היה מתבקש צו חיפוש לשם איתור ראיות חדשות במכשורים.

דין והכרעה

12. לאחר שעניינתי בטענות הצדדים ושמעתי את טיעוניהם בדיון שהתקיים לפני, החלטתי לקבל את הבקשה, לדון בה כבערר, ולקבלו באופן חלקי.

המקרה שלפניינו מעורר סוגיות עקרוניות ומשמעותיות בעלות חשיבות ציבורית רבה אשר טרם נדונו והוכרעו בפסקת בית משפט זה, ועל כן הוא מצדיק מתן רשות לעורר לפי סעיף 38(ב) לפקודה.

13. בית משפט זה טרם קבע מה הם השיקולים אשר יש לבחון במתן צו חיפוש במחשב – ובכלל זה בטלפון נייד חכם – ואף דומה כי אין בהוראות הדיין הקיימות כלל מנחימים העשויים לשׂיע לבתי המשפט בהחלטותיהם למתן צו חיפוש(ראו גם: תזכיר חוקסדרהזהפלוי (סמכוiotאכיפה – המצאה, חיפוש, כנסותותפיסה), התשע"א-2011; נמרוד קוזלובסקי מהחשבה הילר המשפטית 52-50 (2000)).

בפרט, טרם נבחן האופן שבו חיפוש אשר נעשה במחשב או בטלפון נייד שלא כדין ופגע בפרטיות הנחקרעשו להשליך על נוכנות בית המשפט להיעתר לבקשת מאוחרת למתן צו חיפוש באותו מכשור.

14. בנגד לטענת המשיבה, השאלות המתעוררת בנסיבות דין טרם הוכרעו בעניין יששכרוב, אף לא בעניין שמש.
15. בעניין יששכרוב נדונה סוגית קבילהון של ראיות שנפל פגם בהשגתן, ואומצת דוקטרינת הפסילה הפסיכית, לפיה לא כל פגם בהשגת ראייה יביא בהכרח לפסולותה. זאת, בין היתר בכך לב לכך שהפגיעה בזכותו של הנחקר כבר התרחשה, ואין בעצם ההכרזה על פסולות הראייה כדי לתקן את הפגיעה שהייתה למעשה עשי (עניין יששכרוב, בעמ' 554).

לעומת זאת, בנסיבות שלפנינו לא מתעוררת סוגית קבילות ראיות.

הסוגיה המרכזית הדורשת הכרעה בעניינו היא כיצד יש לישם את הוראות הפקודה לפיה במסגרת החלטה לממן צו חיפוש במחשב או בטלפון חכם אין פגוע בפרטיו של אדם מעבר לנדרש; וכי צו חיפוש קודם קודם במחשב או בטלפון אשר בוצע שלא כדין משליך על מנת הצו.

ההילך דכאן צופה את פני העתיד. לפיכך, בנגד לעניין יששכרוב, כאן לא נבחנת קבילות ראייה שהושגה זה מכבר. הדבר העומד להכרעה בנסיבות דין הוא להביא לפגיעה נספת בפרטיו של הנחקר אשר טרם התרחשה, על-ידי ממן צו חיפוש שיאפשר במכשיר הטלפון הניד שלו.

מן צו החיפוש מבלי להתחשב בהשלכות החיפוש המוקדם על היקף הפגיעה בפרטיו שתיגרם לנחקר כתוצאה מממן הצו, והוורת הדין בפגם שנפל להילך העיקרי לא תוכל למנוע את הפגיעה הנוספת בפרטיו הנחקר בטרם התרחשה.

בית המשפט בהילך העיקרי עומד בפני מעשה עשי, וכל שיוכל לקבוע הוא אם יש מקום לפסול את הראייה לאחר מעשה (עניין יששכרוב, בעמ' 554).

משכך, בית המשפט דין בבקשתו לממן צו חיפוש הוא בעל יכולת הטובה ביותר למנוע או לצמצם פגעה נוספת בפרטיו הנחקר - ויש לדון בהשלכות הפגם כבר במסגרת הבקשה לממן צו חיפוש (ראו: ענייניהם, בעמ' 388; והשוו: רע"פ 8340/15 פלוניtan רשותהmisim, אגף המכס והמע"מ, בקרתיואמכסנתב"ג (21.1.2016); רע"פ 9420/16 שמואלן מדינתישראל - המחלוקת החוקית שוטרים, בפסקה 11 (16.1.2017)).

16. אף קביעותיו של בית משפט זה בעניין שימוש אין מסויימת להכרעה בסוגיות המתעוררות בנסיבות דין.

בעניין שמנקבע, כידוע, כי במסגרת בקשה לממן צו להמצאת מסמך לפי סעיף 43 לפקודה אין להתחשב בפגמים בהילך החקירה במסגרת החלטה אם להיעתר לבקשתו לממן צו להמצאת מסמכים.

אולם, אני סבור כי אין להקים שמלענינו ולקבע כי הסוגיה המתעוררת בנסיבות דין כבר הוכרעה בפסקות בית משפט זה. זאת, לאחר שאמותה המידה לממן צו חיפוש במחשב ובטלפון שונים באופן מallow שנקבעו בעניין ממן צו חיפוש בחצרם של עליון צוים להמצאת חפצים.

במסגרת ההחלטה לממן צו להמצאת מסמכים, ככל לא תהא מניעה מסירת החומר למשטרה "כל עוד קיים קשר ענייני בין החקירה" ובלבד שאין הראה אחרת בדיון המונעת זאת (עניין שמש, בעמ' 388); ודומה כי דין דומה חלה אף על חיפושים בחצרם (בג"ץ 49/62 קלוגרני המפקחה הכללית למשטרת ישראל, פ"טז 1267, 1271 (1962) (להלן: עניין קלוגר)).

לעומת זאת, במסגרת ההחלטה בבקשתו לממן צו חיפוש במחשב או בטלפון חכם, כבנסיבות דין, על בית המשפט להבהיר כי תנאי ומטרות החיפוש "יקבעו באופן שלאיפגע בפרטיו של אדם מעבר לנדרש" (סעיף 23א לפקודה).

משמעות, ובניגוד לבקשת שנדנו בעניין שמש, אני סבור כי יש לתת את הדעת על פגמים קודמים שהתרחשו במהלך החקירה, אשר יש בהם כדי להחמיר את הפגיעה בפרטיות הנגמרת כתוצאה ממtan צו החיפוש המבוקש.

זאת ועוד, ככל שקיים חשש שהוא ממצא צו החיפוש במחשב או בטלפון הנידן לא יהיה קבילים במסגרת ההליך העיקרי, פוחתת נחיצותו של צו החיפוש, והוא עשוי לפגוע בפרטיותו של הנחקר באופן שעולה על הנדרש.

משמעות, ככל שగובר החשש כי פגמים בהליך החקירה יביאו לפסולות ממצאי החיפוש שיבוצע בהתאם לצו החיפוש המבוקש, כך פוחתת ההצדקה להיעתר לבקשתה למתן צו החיפוש.

17. לצד זאת, אני סבור כי נסיבותהבקשה שלפניידורשות הכרעה בסוגיה אם ניתן להסתפק בהסכמה של אדם לצורך ביצוע חיפוש במכשיר הטלפון הנידן החכם שברשותו.

כפי שיורחוב בהמשך, במקרה אין חולק כי החיפוש במכשירי הטלפון הנידנים של המבוקשים נעשה שלא על-פי נהלי המשטרה, ובניגוד לתנאים שנקבעו בעניין בין ח"ט למtan "הסכם מדעת" לביצוע חיפוש על גופו של אדם בהסכמה זו. יוצא אפוא, כי לא יכולה להיות מחלוקת על כך שנפל פגם באופן ביצוע החיפוש במכשירי הטלפון הנידנים של המבוקשים – ועיקר השאלה הוא בהשלכותיו של פגם זה על הביקשות למתן צו החיפוש במכשירים.

ממילא, אין צורך להזכיר בשאלת האם ניתן להסתפק בהסכמה המבוקשים אילו הייתה עונה על התנאים למתן "הסכם מדעת" כהגדרתה בעניין בין חיים. מכל מקום, עיר כי מדובר בסוגיה סבוכה ומורכבת, אשר ראוי כי המחוקק יתעלה את דעתו (ראו גם: רע"פ 9446/16 התובעת הצבאית הראשית נ' סיגאוי (19.6.2017) (להלן: עניינSIGAO); וכן ראו סעיף 90 להצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - המצאה, חיפושות פיסיה), התשע"ד-2014, ה"הממשלה (להלן: הצעת חוק המצאה החיפושות פיסיה)).

18. אשר על כן, החלטתי להיעתר לבקשתה ולדזובה כבער בסוגיה העקרונית אותה היא מעוררת, קרי: מה הן השלכות החיפוש המוקדם שבוצע שלא כדי במכשירי הטלפון הנידנים של המבוקשים על החלטה מאוחרת ליתן צו חיפוש באותו המכנים?

פרק - התנאים לביצוע חיפוש במכשיר טלפון נידן חכם

19. מכשירי הטלפון הנידנים הפכו לאמצעים טכנולוגיים רבים בעצמה האוגרים מידע רב, ומשמשים לצורך תכתובות שגרתיות. טלפונים רבים מצויים יומניהם, מצלמות ואינ-ספור אפליקציות (ישומונים) המאפשרות לכל אדם נגישות זמינה ונוחה למידע רב ולשירותים טכנולוגיים מתקדמים.

לנוחות הרבה יש כמובן מחיר. המידע הרוב הנאגר בmachines האישיים ובמכשירי הטלפון הנידנים חושף את בעלייהם לפגיעה חמורה בפרטיותם של מכשירים מגע לידי של אדם אחר. לא אחת מכשירי הטלפון הנידנים כוללים תיעוד מדוייק של המקומות שבהם שחה בעל המכשיר, התקשורת אישיות או אינטימיות, ומידע על חבריו ועל טוב הקשר עימם, לצד מידע עסקי רגיש. יש אף הנוהגים להקליט את שיחותיהם באמצעות מכשיר הטלפון הנידן באופן_TD, מוביל להעלות על דעתם כי המידע עלול להגיע לידי צדדים שלישיים. השימוש במכשיר הטלפון הנידן כאמצעי גישה לאינטרנט (מרשתת) פותח צוהר נוסף לעין בנסתרות ליבו של בעל המכשיר, בעמדותיו הפוליטיות, בתחביבו ובתכניותיו לעתיד.

זאת ועוד, אדםزر עלול לשום את ידו על מכשיר טלפון של אדם אחר ללא מאמץ ממשמעותי, ויכולתו של המשתמש למנוע גישה למידע השמור במכשיר מוגבלת. כך, רבים אינם מקפידים לנקיוט בצדדים כלשהם המונעים מזרים לעין

במידע השמור על מכשיר הטלפון שברשותם; ואחרים עושים שימוש באמצעותו הגנה שונות אשר על-פי רוב ניתן לפרוץ. הנהה כי כן, אין זו הגזמה לומר כי חדרה למיכיר הטלפון החכם של אדם עשוי להשפיע את נבci אישיותו ואת סיפור חייו (ראו גם: ע"פ 8627/14 דבירני מדינתישראל(14.7.2015)).

חישוף פרטיים האישיים של אדם עלולה הגיעו אף כדי פגיעה חמורה בזכותו של פרטיוט – זכות המוגנת בסעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו גם: רע"פ 8873/07 היינץישראל בע"מ ממדינתישראל, בפסקה 17 (2.1.2011) בג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרחים בישראל, בפסקה 5 (28.5.2012)).

20. לנגישות למידע האין-סובי אותו ניתן לדלות ממיכיר הטלפון הנידים השלכות משמעותיות במסגרת חקירות משטרתיות. גישה למיכיר הטלפון הניד של נחקר עשויה להוביל לפריצת דרך משמעותית במסגרת החקירה המשטרתית ולקיים ניכר של הליכי החקירה. לא אחת ניתן לאתר במיכיר הטלפון הניד של חשוד עקבות למשעו, הקשורות אליו למעשה עבירה – או לחלוין, מידע המלמד על חפותו.

הפיתוי העומד בפני חוקרי המשטרה בחדר החקירה להושיט יד אל עבר מיכיר הטלפון הניד של הנחקר ולייען בתוצאותיהם מהימים האחרונים ברורו: תשאול הנחקר על בסיס תוצאות מחשיות עשו להביא לבירור החשודות באופן מהיר ויעיל.

אולם לפוללה זו מחיר כבד: היא פוגעת באופן חמור ביותר בפרטיותו של הנחקר. דפודף בראשית התוצאות שבמיכיר הטלפון הניד חשוף את החומר למידע החומר באופן ניכר מהמידע הנחוץ לחקירה – פרטי מכיריו, טיב הקשר עימם ותמונהיהם עלולים להתגלות בפני החקירה. מעבר לפגיעה העצמאית בפרטיותם של הנחקר ושל מכיריו, הנחקר אף עלול לחוש כי חוקרי המשטרה יעשה שימוש במידע רגש המתגלה בהודעותיו בכך לגורום לו לשטף פעולה בחקירה.

21. ספק אם פגיעה זו בפרטיותו של הנחקר מוציא מיזור בהסתמכו לאפשר לחוקרים לעיין בתוצאות המצויות במכשירו – וזאת אין זה מצב כאשר לא הובהר בפניו כי הוא רשאי לסרב לבקשתו.

אין חולק כי עצם הגעתו של נחקר בחדר החקירה מלאה לא פעם בחוסר נוחות מצד, ועלול לחוש כי הבהירות העומדות בפניו כאשר הוא נדרש להציג את מיכיר הטלפון הניד שברשותו מוגבלות. כתוצאה לכך הוא עשוי להיעונת לדרישת להציג את מכיריו וליעין בו בנסיבות חוקרי המשטרה, לעיתים מבלי לשקל מרأس את טיב המידע אשר עלול להיחשף בפניהם, ואף מבלי שהוא מודע להיקף החומר העצום האוצר במכשירו.

זאת ועוד, יש ממש בטענת הסניגוריה הציבורית כי סיירובו של הנחקר לאפשר לחוקרי המשטרה לעיין במידע השמור במכשיר הטלפון הניד שברשותו עלול להביא למיקוד החקירה לעניין סיירובו ולהגביר את חשודותיהם לגביו – אף אם סיירובו נובע מטעמי פרטיות גרידא.

22. על רקע זה, עמד בית המשפט העליון בארץ הדuria על הפגיעה האנושה בפרטיות אשר עלולה להיגרם כתוצאה מביצוע חיפוש במכשיר טלפון ניד ללא צו שיפוטי, וכך בצע חיפוש במכשיר טלפון ללא צו אלא במקרים שבהם החיפוש נחוץ לצורך מיפויו (Riley v. California, 134 S. Ct. 2473, 2485-2488 (2014); ראו והשו להכרעת בית הדין האירופי לזכויות האדם: Rueda v. Spain, no. 32600/12 ECHR 2017).

23. המחוקק הישראלי נתן אף הוא את דעתו לפגיעה האפשרית בפרטיות העוללה להיגרם כתוצאה מחשיפת מידע השמור על מחשבים, ובכלל זה על מכשירי טלפון ניידים חכמים (להיותם של מכשירי טלפון ניידים חכמים "מחשב" ראו בש"פ 6071/17 מדינתישראל פישר, בפסקה 10 (27.8.2017)).

סעיף 4 לחוק המחשבים קובע כי חדרה למחשב שלא כדין תהווה עבירה פלילית אשר דיןה 3 שנות מאסר. חיפוש במחשב או בטלפון ניד חכם יותר במסגרת חקירה פלילית, כפוף למוגבלות נוקשות, וזאת כחלק מההתפישה הכלכלית החוזרת בהוראות דין שונות, לפיה ישנים עניינים אוטם הפרט במדינה חופשיות זכאי לשומר לעצמו, וכחלק מאותה הגנה על פרטיותו לה הוא זכאי.

סעיף 23 לפకודה קובע כי שופט רשאי ליתן צו חיפוש בחזרים בין היתר אם החיפוש "נחוץ כדי להבטיח הצגת חופשי לצורך כל חקירה, משפט או הליך אחר", וזאת "לפי שיקול דעת שלו ועל סמך הוכחותلقארה המובאות לפניו" (عنيין קלוגר, בעמ' 1271; ראו והשוו: יעקב קדמי על סדר הדין בפלילים חלק ראשון 678 (2008)).

סעיף 23א לפוקודה מחייב הוראות אלה אף על חיפוש במחשב, וקובע הוראות ספציפיות לגביו. הסעיף, אשר כותרתו "חדרה לחומר מחשב", מורה כדלקמן:

"23א. (א) חדרה לחומר מחשב וכן הפתק פלט תוך חדרה כאמור, יראו אותן כחיפוש וייעשו על-ידי בעל תפקוד המימן לביצוע פעולות כאמור; לעניין זה, "חדרה לחומר מחשב" – כמשמעותה בסעיף 4 לחוק המחשבים, תשנ"ה-1995.

(ב) על אף הוראות פרק זה, לא "ערך חיפוש כאמור בסעיף קטן (א), אלא על-פי צו של שופט לפי סעיף 23, המציין במפורש את הצורך לחדר לחומר מחשב או להפיק פלט, לפי העניין, והפרט את מטרות החיפוש ותנאיו שייקבעו באופן שלא יפגעו בפרטיותו של אדם מעבר לנדרש" (ההדגשות הוספו – ו' א').

24. נמצאנו למדים כי על דרך הכלל אין לבצע חיפוש במחשב אלא במקרים שבו ניתן צו חיפוש מתאים; וכי ישנים שני תנאים מצטברים למתן צו חיפוש במחשב, ובטלפון חכם בפרט: האחד, כי החיפוש "נחוץ כדי להבטיח את הצגת ממצאיו במשפט או בהליך אחר; והשני, אשר "יחודי לבקשת צו חיפוש במחשב, והוא כי מטרות החיפוש ותנאיו לא יפגעו בפרטיותו של אדם "מעבר לנדרש". כעולה מדברי ההסביר להצעת החוק בגדירה נקבע תנאי זה, מטרתו להציג כי:

"בצוי חיפוש הנוגעים למחשב וחומר מחשב, על בית המשפט לשקל באופן מיוחד את הפגיעה בפרטיותו של התופס במחשב וצדדים נוספים" (דברי ההסביר להצעת חוק לתיקון פקודת סדר הדין הפלילי (מעצרוחיפוש)(מס' 11) (חיפוש ותפיסת חומר מחשב), התשס"ה-2005, ה"ח 149).

25. יובהר, כי תנאי שני זה מוסיף נדבן משמעותית ביחס לאמות המידה שנקבעו בסעיף 23 לפוקודה למתן צו חיפוש בחזרים. בעוד שצו חיפוש בחזריכספוף ככל לראיות לאשר לנחיצותו בלבד, על שופט הדין בבקשתו למתן צו חיפוש במחשב מוטלת המלאכה המורכבת לאזן בין זכותו של אדם לפרטיות לבין האינטרס הציבורי שבkeitודם החקירה.

האופן שבו יש לעורר איזון זה, והשפעתו של חיפוש מוקדם שבוצע במחשב על כך, עומדים בלבד הדיון שלפנינו.

האיזון בין הפגיעה בפרטיותו של הנחקר לבין צרכו

החקירה

26. הפקודה אינה קובעת במפורש אלו שיקולים ראוי לבחון במסגרת האיזון הנדרש בין צרכי החקירה לבין הפגיעה בפרטיות הנגמרת כתוצאה ממtan צו החיפוש.

"הצעת חוק המצא חיפושותפיסה" אליה הפניתי לעיל, עשויה לספק מענה לעניין זה, הגם שטרם בשלהLCDI דבר חקיקה מחייב.

בגדר הצעת חוק זו מוצע כי בין השיקולים אשר בית המשפט ישוקל במסגרת החלטתו למתן צו חיפוש במחשב, יכולו המטרה שלשמה מותבקש הצו; חומרת העבירה שבגינה מותבקש הצו; סוג המידע המצו依 על המחשב; אופי הפעולות המבוקשות; היקף הפגיעה שעשויה להיגרם בפרטיותו או בזכותו האחרות של האדם המחזיק במחשב או של אדם אחר; ופעולות החקירה שבוצעו עד למועד ההחלטה בבקשתה (סעיף 98 להצעת חוק המצא, חיפושותפיסה).

27. מצאתי טעם רב ברשימה של שיקולים אלו, הגם שמדובר בראשימה שאינה מצאה. בפרט, אני סבור כי במסגרת ההחלטה בבקשתה למtan צו חיפוש יש להתחשב בפעולות החקירה שבוצעו עד למועד מתן ההחלטה בבקשתה, ולטעמי – אף בחוקיותן.

משקל מיוחד יש ליתן לחיפוש מוקדם שבוצע שלא כדין במכשיר טלפון נייד או מחשב, וזאת בשלושה טעמים מרכזים.

28. ראשית, כאשר הבקשתה למtan צו חיפוש אשר יכשיר חיפוש נוספת כדין, קיים חשש שמאמצא חיפוש שבוצע לפני צו החיפוש לא יהיה קבילים בהליך העיקרי, וממילא נחיצות הצו מוטלת בספק (ראו למשל: עניין בן חיים, בפסקה 35). עניין זה יש כМОון השלכה מהותית על השאלה אם הפגיעה בפרטיותו של הנחקר כתוצאה ממtan הצו עולה על הנדרש – שאלת שאותה יש לבחון כאמור לפי הוראות סעיף 23א לפకודה (ראו גם: בש"פ 5612/18 גבאי נ' מדינת ישראל, בפסקה 27 להחלטתי (23.8.2018) (להלן: עניין גבאי)).

29. שנית, ככל שקיים זיקה בין המידע שאотор בחיפוש המוקדם שבוצע שלא כדין לבין צו החיפוש המבוקש, יש במtan הצו כדי להרחיב ולהעמיק את הפגיעה בפרטיותו של בעל המחשב או הטלפון הניד החכם שנגמרת כתוצאה מהחיפוש המוקדם.

כך, במקרים מסוימים יתכן כי אלמלא החיפוש המוקדם במחשבו של הנחקר, רשות החקירה כלל לא היו יכולות לבסס בבקשתה למtan צו חיפוש – ולא הייתה נגרמת כל פגעה בפרטיותו. במקרים אלו, הפגיעה המאוחרת בפרטיותו של הנחקר כתוצאה ממtan הצו מהוות המשך ישיר לפגיעה הראשונה שנגמרת מהחיפוש שבוצע שלא כדין.

מתן צו חיפוש בניסיבות כאלה לא יביא אותה פגעה "רגילה" שהייתה נגרמת בפרטיותו של הנחקר אילו ניתן היה צו החיפוש מראש – אלא לפגיעה מתמשכת בפרטיותו, אשר חמורה ועומקה ביחס למצב הדברים הרגיל.

30. שלישית, במקרים שבהם הבקשתה למtan צו חיפוש מבוססת על חיפוש מוקדם שלא היה חוקי, מתעורר חשש כי רשות החקירה ביצעו מעין "מעש DIG" במכשיר הטלפון הניד או המחשב של הנחקר, אשר כל מטרתו להשיג פיסת מידע לביסוסה בבקשתה למtan צו החיפוש.

הנחה המוצאת היא כי אל לרשות החקירה לבצע "מעש DIG" מסוג זה, החותר תחת הוראות הפקודה המורות באופן

משמעותי אין לעורך חיפוש במחשב אלא על-פי צו שיפוטי, והוא גורר פגעה נרחבת בזכותום של נחקרים שלא לצורך (ראוי והשוו לדברי השופט י' טירקל בגב"ץ 66/81 המפקח הכללי של משטרת ישראל נ' שלום יוסף, פ"דלה(4) 337, 352 (1981)).

היעתרות לבקשת מוביל להתחשב בעובדה כי קודם לה חיפוש בלתי חוקי עלולה לספק תמריץ מסוים לרשות החקירה לעורך "משמעותי" מסווג זה אף אם אין מודיע המידע על צורך ממשי בכך. שהרוי אף אם "פרירות" החיפוש המקורי לא היה ראייה קבילה, יתכן כי יתר המידע שיימצא בחיפוש המאוחר, שיבוצע על-פי צו החיפוש, יתקבלו ככלא (לдинון בתמരיצי רשות החקירה להשגת ראייה באופן בלתי חוקי ראו גם: אלכס שטיין "האזנת-סתור ומעקבים אלקטرونיים נסתרים כאמצעים לקידומה של חקירה פלילית ובטוחנית" משפטיפסיד 527, 553-549 (1984)).

הדברים מקבלים משנה תוקף לנוכח דחיתת דוקטרינת "פרירות העצם המורעל" בשיטת המשפט הישראלית, לפיה ראיות שהושגו כתוצאה מהפרת זכותו החוקית של הנאשם פסולות (ענין יששכרוב, בעמ' 529-530).

דווקא סבלנותו היחסית של המשפט הישראלי לראיות שהושגו שלא כדין במסגרת ההליך העיקרי מחיקבת הקפדה על זכויותיהם של נחקרים כבר בשלב החקירה המקוריים. האינטראס הציבורי שבמיצוי החקירה אינם חזות הכלול – ולהגנה על הזכות לפרטיות של חשודים בביצוע עבירה פלילית ושל גורמים המעורבים בפרשה או צדדים שלישיים שאו להם ולא כלום עם הפרשה המתנהלת, חשיבות בלתי מבוטלת.

31. כפי שאסביר להלן, אני סבור כי לנוכח שיקולים אלו יש לבחון את מידת ההשפעה של חיפוש המקורי שבוצע שלא כדין במחשב או בטלפון הנידי על בקשה למtan צו לחיפוש נוסף בו, באמצעות מבחן דו-שלבי.

בשלב הראשון, יש לבחון אם קיימת זיקה בין המידע שאотор בחיפוש המקורי והלא חוקי לבין התשתיות העובdotית שעל בסיסה מבקש הצו. ככל שהנקודות בצו החיפוש במחשב מבוססות על ראיות לכואה שהושגו במסגרת החיפוש המקורי שבוצע שלא כדין, כך פחותה הרזקודה להיעתר לבקשת למtan צו החיפוש המבוקש.

כאשר אין זיקה בין השניים – אין בעצם קיומו של החיפוש המקורי כדי להשילך על החלטה למtan צו החיפוש במחשב.

זאת, לאחר שבמקרים שבהם המידע שהושג במסגרת החיפוש הראשון, אשר בוצע שלא כדין, אינו תורם לתשתיות הראייתית אשר בסיס הבקשת למtan צו לחיפוש במחשב – אין במtan צו החיפוש כדי להעמיק ולהחמיר את הפגיעה בפרטיות שנגירה כתוצאה מהחיפוש הראשון (ראו גם: Hudson v. Michigan, 547 U.S. 586, 592 (2006)).

במקרים אלו אף החששות כי ממצאי החיפוש שיבוצע לפי צו החיפוש המאוחר לא יהיו קבילים בהליך העיקרי, וכי החיפוש הראשוני הتبצע במסגרת מעין "משמעותי" אחר ראייה אשר תצדיק את מתן צו החיפוש, אינם ממשמעותיים.

מנגד, במקרים שבהם קיימת זיקה בין השניים, הדבר עלול להביא לפגיעה חמורה מהרגיל בפרטיותו של הנחקר כתוצאה ממtan צו החיפוש.

במקרים אלו, יש להמשיך ולבוחן בשלב השניים, הדבר עלול לגרום חמורה מהרגיל בפרטיותו של הנחקר החמורה בפרטיותו של הנחקר, ועל אף החשש כי ממצאי צו החיפוש לא יהיה ראייה קבילה בהליך העיקרי באופן שיפחית מלכתחילה מחשיבותו.

(א) השלב הראשון: בוחנת הזיקה בין המידע שאוטר בחיפוש אשר בוצע שלא כדין לבין הצעה המבוקש

32. לשם בוחנת הזיקה בין ממצא החיפוש שבוצע שלא כדין לבין הצעה המבוקש ניתן להיעזר במידע שעלה בסיסו נומך הצורך בצו החיפוש. ככל שהבקשה מבוססת על מידע אשר הושג בחיפוש שבוצע שלא כדין – כך הזיקה בין ממצא החיפוש לבין הצעה המבוקש הולכת ומתחדקת.

הנטל לצלו מבחן זה ולהראות כי הבקשה לקבלת צו החיפוש אינה מבוססת על מידע שהושג בחיפוש המוקדם שבוצע שלא כדין, מוטל על רשותה החקיריה המבוקשת את מתן הצעה. זאת, בשל פערו המידע המשמעותי עימם הנחקר נאלץ להתמודד בשלב זה של ההליך, ובשים לב לכך שבמקרים רבים הבקשה למתן צו החיפוש תידוע במעטם צד אחד.

כך למשל, אם הבקשה מבוססת בעיקורה על תכנתות שנמצאה במכשיר הטלפון הנידי של הנחקר במסגרת חיפוש מוקדם, אולם החוקר לא הספיק לקרוא אותה במלואה, על רשותה החקיריה להראות כי עוד לפני בוצעת החיפוש עמדה לרשותם תשתיית מספקת למתן צו חיפוש במכשיר.

במקרים שבהם יקבע כי הבקשה למתן צו החיפוש מבוססת על מידע שהושג במסגרת החיפוש המוקדם שבוצע שלא כדין, יש להמשיך ולاذן את הפגיעה בפרטיותו של הנחקר עם יתר השיקולים התומכים במתן צו החיפוש המבוקש.

(ב) השלב השני: האם מؤكد ליתן את צו החיפוש המבוקש חרף הפגם שנפל ביצוע חיפוש מוקדם שלא כדין?

33. כאמור, אף אם קיימת זיקה הדוקה בין החיפוש המוקדם והלא חוקי לבין הבקשה למתן צו החיפוש, אין ממשעות הדבר בהכרח כי אין להיעתר לבקשתה. את הפגיעה בפרטיותו של בעל המכשיר כתוצאה ממתן הצעה יש לאוזן עם האינטרס הציבורי שבמיצוי החקיריה הפלילית.

בכל זה, יש לשקל את חמורת הפגם שבאופן ביצוע החיפוש המוקדם; את חמורת החשדות בגין הוגשה הבקשה למתן צו החיפוש; את נחיצות צו החיפוש להמשך החקירה; וכן את זיקתו של בעל המחשב או בעל הטלפון הנידי לחשודות אלו (ראו לעיל בפסקה **שניאה! ארגומנט בורר לא ידוע**. וסעיף 98 לצעת חוק המצא, חיפושותפיסה. ראו גם: עניין ישחרוב, בעמ' 562-567; בש"פ 05/998 פפיסMANDOBEN מדינתישראל, בפסקה 1 (20.3.2005)).

שיקולים אלו יבואו לידי להלן.

34. השיקול הראשון הוא חמורת הפגם שבאופן ביצוע החיפוש המוקדם. חמורה זו נבחנת על-פי שני קритריונים מרכזיים.

הראשון, הוא מידת הכפיה שהתלוותה לחיפוש המוקדם שבוצע שלא כדין. לא דומה מקרה שבו רשות החקירה נתלו את מכשיר הטלפון הניד שברשות של מאן דהוא חurf התנגדותו, למקורה שבו הן קיבלו את הסכמתוליכן. במקרים שבהם הובעה הסכמה לכך שחוקרי המשטרה ייענו במידע השמור במכשיר ניתן לטען כי היא מבטא תבמיה מסויימת "אתהאותונומיהנתונהלפרטלהסכימלפגעהబזוכותלפרטיות" (ענין בן חיים, בפסקה 25). לא כך הדבר כאשר הנחקר התנגד לביצוע חיפוש במכשיר הטלפון הניד אשר ברשותו.

השני, עניינו בשאלת האם חיפושה מוקדם שבוצע על אקדמי נועד להביזמותה העצמאית של חוקר זה או אחר, החורג מהוראות הממונים עליו – או שמדובר ברכבתו למדיניות ברורה ובקביעה של רשות החקירה. לשון אחר, השאלה היא אם מדובר ב-*מדיניות אובי-טעות*.

סמכיות החיפוש הנרחבות המוקנות לרשות החקירה וחוסר הסימטריה בהיחס הכוחות בין לבין הפרט המצוין בחקירה מקרים לרשות החקירה כוח רב; ואולם אם אין ביכולתן של הרשות לרשון עצמן בהפעלת כוחן – הרי שעלה בית המשפט להגבילן.

כל שהחלה על ביצוע חידה אסורה למחשב או לטלפון הניד נתקבלת על-ידי גורם רם דרג והחדרה עצמה בוצעה מספר פעמים ובאופן שיטתי, כך גובר החשש כי מדובר במדיניות פסולה של רשות החקירה **לביצוע "משמעות דג"** אחר מידע אשר יצדיק מתן צו חיפוש במחשב. מדיניות מסווג זה יש לעקוור משורשה, וככל שהחשש לקיומה גובר, כך גם תגבר הנטייה לסרב לבקשתו לממן צו חיפוש במחשב.

מנגד, כאשר מדובר בפעולה חד-פעמית הנובעת משיקול דעת שגוי של חוקר המשטרה בתיק מסוים, הרי שהפגם הנלווה לחיפוש המוקדם מצומצם יחסית – והאינטרס הציבורי שבמיצוי החקירה עשוי להטוט את הקף. במקרים אלו, האינטרס שבגהנה על זכויות הפרט ובהרתעת חוקרי המשטרה מניצול כוחם שלא כדין, יבוא לידי ביטוי בדין הפלילי או מהמשמעות תורן מיצוי הדין עם האחראים לכך.

35. השיקול השני, עניינובחומרת החשדות אשר בסיס הבקשתו לממן צו חיפוש. ככל שהשודות אלו חמורות יותר, כך גובר האינטרס הציבורי שבמיצוי החקירה. מובן כי המחיר הנלווה לגדיות החקירה פלילית של תיק פשוט, כגון רצח, בעקבות חיפוש בלתי חוקי במחשב או בטלפון נייד חכם כבד عشرות מונים מהמחיר החברתי שפגיעה בחקירה בחשד לביצוע עבירות קלות יותר.

אין משמעות הדבר כי במסגרת החקירה של תיק פשוט המטרת מקדשת את האמצעים. אף במקרים אלו פגעה חמורה וקשה בזכותו של נחקר עשויה להשפיע על החלטות בתי המשפט עניינו במסגרת ההליך הפלילי, ובמסגרת ההחלטה אם ליתן צו חיפוש במחשב או בטלפון נייד בפרט. אולם, ככל שהפגיעה בפרטיותו של אדם כתוצאה מממן צו החיפוש המבוקש קלה יותר – ואילו העבירות אשר במועד החקירה חמורות יותר, בית המשפט ייטה להיעתר לבקשתו לממן צו החיפוש.

36. השיקול השלישי בוחן את מידת נחיצות הצולמה משך החקירה והיקף יתר הראיות הלכאוריות בתיק. ככל שהצזינו הכרחי לשם המשך החקירה ולהגשת כתבי אישום, כך אין באינטרס הציבורי שבעצם קיום החקירה כדי לגבור על הפגיעה בפרטיות של בעל המחשב. אף במקרים שבהם האינטרס הציבורי שבעצם קיום החקירה ממשמעותי על רקע חמורת העבירות, אין לאפשר חיפוש במכשיר הטלפון הניד או המחשב של הנחקר כאשר הדבר אינו נחוץ.

37. לבסוף, במסגרת השיקול הרביעי, יש לבחון אתזיקתו של בעל המחשב או המחזיק בו לחשדות. ככל שאותו אדם מרוחק מהחשדות – כך פוחתת הצדקה לפגוע בפרטיותו במסגרת הצעו.

38. סיכומו של דבר: ככל שמתן צו החיפוש יביא להחרפת הפגיעה בפרטיותו של אדם שנגירה כתוצאה מהחיפוש הראשוני שבוצע שלא כדין; ככל שניכר התריחס שהוא מצא הchiposh שיבוצע בהתאם לצו המבוקש לא יהיה קבילים בהליך העיקרי; ככל שהחשש כי החיפוש המוקדם שימוש כ"מעקב" לאייתור ראיות לכאוריות שיבססו את צו החיפוש המאוחר גובר; ככל שהפגם שבchiposh המוקדם חמוץ; וככל שהחומרה החשודה, נחיצות הצו, וזיקת בעל המחשב או המחזק בו לחשודות פחותות -vruchet להעדיף את הזכות לפרטיות על פני האינטרסים הציבוריים שבמיצוי החקירה ולדוחת את הבקשה למתן צו החיפוש- ולהיפך.

אין מכך השיקולים באופן זה מבטא באופן הולם את האינטרסים הציבוריים שבהעמדת עבריינים לדין, תוך הגנה ממשית על זכותו של אדם לפרטיות והקפדה על חוקיות החקירה.

מן הכלל אל הפרט

39. בעניינו, אין חולק כי החיפוש המוקדם במכשיר הטלפון הנידים של המבוקשים בוצע ללא צו שיפוטי; וכי אף שניתנה הסכמת המבוקשים לעין במכשיריהם, לא הובהר להם כי ביכולתם לסרב לכך וכי הדבר לא יזקיף לחובתם. בהקשר זה אף יודגש כי חוקרי המשטרה חרגו מהנהלים שהמשטרה קבעה לעצמה, ולא החתימו את המבוקשים על טופס "הסכם מדעת" אשר נועד להבטיח כי הנחקר מסכים לביצוע החיפוש במכשיר הטלפון הניד, וכי הוא מודע לזכויותיו ולאפשרות לסרב לחיפוש מבלי שתהיה משמעות ראייתית לחובתו בשל הסירוב.

משכך, אף אם יש מקום לקבוע כי די בהסכמה בעל מכשיר הטלפון הניד בהתאם לתנאים שנקבעו בעניין בין חיים כדי לבצע בו חיפוש, הרישואנו חולק כי התנאים שנקבעו בעניין בין חיים לבין מתקנים בעניינו.

המסקנה המתבקשת היא כי החיפוש המוקדם שבוצע במכשיר הטלפון הנידים של המבוקשים נעשה שלא כדין, וכי מדובר בפגיעה חמורה בפרטיותם. על כן, יש לבחון מה הן השלכות חיפוש זה על הבקשה למתן הצו בהתאם לאמות המידה שנקבעו לעיל.

40. בנסיבות דנן, לא הובאו לפני די נתונים כדי לקבוע מה היא מידת הזיקה בין החיפוש המוקדם שבוצע שלא כדין במכשיר הטלפון הנידים של המבוקשים לבין הבקשות למתן הכווים לצורך ביצוע חיפוש נוספת במכשיריהם.

אמנם, בית משפט השלום ציין כי הוא "נותה" לקבוע שהיה נוענה לבקשת למתן צווי החיפוש אף אם לא היה מוצג בפניו החומר שהושג בחיפוש המוקדם. אולם, קביעה זו לא הייתה התייחסה באופן פרטני לראיות לכואורה ולנחיצות כל אחד ואחד מהכווים.

זאת ועוד, מדובר נציג המשטרה בדיון בפני בית משפט השלום משתמש לכואורה כי יתרן שהבקשות למתן צווי החיפוש הוגשו בעקבות מידע שאוצרו בטלפונים הנידים (ראו עמ' 4-5 לפירוטוקול הדיון בבית משפט השלום מיום 30.10.2019).

41. אשר על כן, אני סבור כי מידת הזיקה בין המידע שהושג בחיפוש המוקדם במכשיריהם של המבוקשים לבין ראיות לכואורה לנחיצות הכווים טרם הובאה דינה- ולא ניתן לצלוח את שלב הראשוב במבחן הדו-שלבי שקבעתי לעיל.

לנוכח זאת, אין מנוס מהחזירת התקיק לבית משפט השלום כדי שיקבע ממצאים בשאלת זו.

42. אם יקבע כי הבקשות למתן צווי החיפוש מבוססות על מידע שהושג בחיפושים המוקדמים במכשיר הטלפון הנידים של המבוקשים, יהא מקום לעברו לשלב השני של המבחן אותו קבעתי בהחלטתי זו, ולازן בין האינטרסים

המתחרים והמנוגדים בהתאם כאמור לעיל.

בנסיבות העניין, אני סבור כי באיזו האמור בין האינטרסים הציבוריים במצוי החקירה לבין מניעת הפגיעה בפרטיות המבקשים כתוצאה מהחיפוש שלא כדין – גברת ידה של האחونة.

43. הפגם שבביצוע החיפושים המוקדמים במקורה דן הוא, כאמור, גם חמור אשר הביא לפגיעה קשה בפרטיותם של המבקשים שלא כדין.

אין להקל ראש בקביעות הערכאות הקודמות לפיהן החלטה לערוך חיפוש במכשיר הטלפון הנידים של המבקשים התגבשה עוד לפני המבקשים התייצבו לחקירותם.

כמו כן, לא ניתן להטעם מהעובדת כי חוקרי המשטרה חרגו מונוהלי המשטרה פעמי אחר פעמי בעניינו של כל אחד ואחד מהמבקשים, ולא בהריו בפניהם כי באפשרותם לסרב לבקש לעין במכשיר הטלפון הנידים שברשותם מבלי שתוטקנה מכך מסקנות לחובתם. בכך יש לכל הפחות כדי לבסס חשש כי מדובר בדבר דפוס פעולה חוזר, אשר יש בו כדי להחמיר את הפגם שבביצוע המוקדם שבוצע ללא צו שיפוטי כדין.

בהקשר זה ניתן בנגד לטענת באת-כח המשיבה, יש לייחס משקל מועט להסכמה המבקשים לכך שחוקרי המשטרה יעיננו במכשירי הטלפון הנידים שלהם כנסيبة שעשויה להצדיק את מתן צו החיפוש. החוקרים ביקשו לעין במכשירים במהלך חקירה משטרתית, במסגרת יחס הכוחות בין הצדדים אינם שווים – וממילא אין בהסכמה של הנחקרים כדי לבטא את בחירתם הינה לאפשר לחוקרי המשטרה לפגוע בפרטיותם (ראו גם: עניין בן חיים, בפסקה 27).

נסיבות העיון במכשירו של גולן – ובפרט, העובדה כי נדרש לצאת מחדר החקירה ולהביא את מכשיר הטלפון הניד שברשותו מרכבו בליווי קצין המשטרה-מדגים את חומרת הפגם ומאינות לחלוין את המשקל שיש לייחס להסכמה זו.

44. כמו כן, אני סבור כי חומרת החשדות המזוהים למבקשים אינה מצדיקה פגעה כה חמורה בפרטיותם.

אמנם, אין להשלים עם ניסיונות להשפיע על עדותם של אדם בבית המשפט, ובהליך פלילי בפרט. אף אין חולק כי במקרים שבהם אדם חווה הטרדות אשר כל מטרתן להדיח את העד מעדותו, על רשותות החקירה לעשות את המוטל עליו ולהביא את האחראים לכך לדין.

ואולם, יש לתת את הדעת על כך שנסיבות האירוע בגינו הוגשה ה תלונה אין מן החמורויות. כך, בדיון לפני הדגשeo בא-כוח המבקשים כי העד אשר הודה לכואיה ציין כי הוא לא חש מוטרד – ובאת-כח המשיבה לא חלקה על כך. אף העובדה כי הדבר באירוע חד-פעמי אשר לא כלל עימות חייתי עם העד, אלא השמעה של הקלה בסמוך לביתו הקוראת לו לחזור בו מעדותו מפחיתה מחומרת המעשה (ראו והשוו: ע"פ 13/2013 מדינתישראל טגבבה (13.8.2013)).

בטרם סיום: על חשיבותם של הליכי חקירה תקינים

45. לא נעלמה מעוני העובדה כי החלטתי זו אין בה כדי להקל על המשך דרכה של החקירה מעורבותם של המבקשים בחשדות לביצוע עבירה של הטרדת ע. אולם ככל שצוי החיפוש המוקדמים על-די המשיבה מבוססים על מידע שהושג בחיפוש מוקדם במכשירי הטלפון הנידים של המבקשים שלא כדין – יתכן כי לא יהא מנוס מכוונת זו.

46. האינטראס הציבורי שבמיצוי החקירה ובהעמדת עבריינים לדין הוא שעומד בסיס ההצדקה להעניק לרשות החקירה סמכויות נרחבות המביאות לא אחת לפגיעה בפרטיותם ובזכויותיהם האחירות של נחקרים. לסמכוויות אלו מגבלות ברורות ונוקשות שאון להקל ראש בהקפה עליהן, שכן כל תפקידן להבטיח כי הפגיעה בזכויות הנחקרים אינה עולה על הנדרש. הפרת מגבלות אלה על-ידי רשות החקירה כרוכה במקרים לא מעתים בביצוע עבירות ופועלות אסורות על-פי דין, ומעוררת קושי כפול.

47. ראשית, עצם ביצוע עבירות על-ידי גורמי אכיפת החוק מהוות תופעה פסולה שאין להשלים עימה. המטרה אינה מקדשת את האמצעים, ואין בעצם השאייפה למיצוי החקירה כדי להתריך לוחקרי המשטרה לבצע עבירות האסורות בדיין.

על רשות החקירה להකפיד הקפד היטב על הוראות החוק ועל יישום נהלי החקירה, ולהוות דוגמה לכל אזרח להתנהגות נאותה. לא יעלה על הדעת כי במסגרת מאמציהן למיגור הפשיעה יבצעו חוקרי המשטרה פעולות המנוגדות לדין, שהרי אין מתקנים עוויל בעוויל.

אל לוחקרי המשטרה להניח כי כל פעולותיהם יזכו להכשר מצד בתי המשפט. באוטה מידה, על בתי המשפט מוטלת החובה לדקדק בזכויותיהם של נחקרים ולהבטיח כי בנסיבות המונחות בפניהם אין נענות לאחר יד, אף כאשר מתќבל הרושם כי הן נובעות "מניצול כוחה השפעת מהשלטונות המשטרה" (ע"פ 71/532 במחוזcki מдинתישראל, פ"דכו(1) 543, 553 (1972)).

48. שניית, הליכי חקירה בלתי תקינים עלולים להוביל בסופו של יوم לחוסר אמון בתוצאות החקירה- הן מצד בית המשפט הדן בהליך העיקרי והן מצד הציבור. חקירה שאינה מתנהלת בשום שכל זורעת ספקות בלבו של בית המשפט, מקשה עליו לברר את העובדות הדרשות להכרעתו- ופגמת בהליך הפלילי ובאמון הציבור בו.

49. בהקשר זה, אני סבור כי עמדת המשיבה, לפיה החיפוש המוקדם במכשירי הטלפון הנידים של המבוקשים אינה מהוות פגם חמור, אינה נכון.

על המשיבה להקפיד על זכויותיהם של נחקרים במללה כבהתורה, ועל לה לאפשר לוחרים הפעלים מטעמה לדריש מנחקרים באופן ספונטני לאפשר להם לעיין במכשירי הטלפון הנידים שברשותם מבלי להבהיר בפניהם את זכויותיהם.

הכל קבוע בפקודה, לפיו אין לבצע חיפוש אלא על-פי צו שיפוטי, אינם משתמש לשני פנים. אף אם יש מקום לקבוע כלל זה סייגים מסוימים בروح הלכת בן חיימ, ברוי כי עיון במכשיר הטלפון הניד של נחקר מבלי להבהיר לו את זכויותיו מהוות פגעה חמורה בזכותו לפרטיותהפרה בוטה של הדיון.

50. חזקה על המשיבה כי תבחן לעומק את הנسبותה הביאו לפגעה בזכויותיהם המבוקשים, תפיקאתן קחיה עומדת יחד עם האחראים כלכן.

יש לקוות כי החלטתי זו תשיע אף בעתיד להבטיח כי רשות החקירה תקפינה על זכויותיהם של נחקרים, ותימנענה משימוש לרעה בכוח הרוב המוקנה להן.

51. סיכום של דברים: העורר מתќבל באופן חלקי במובן זה שהבקשות למתן צווי החיפוש תידונה בשנית בפני בית משפט השלום לשם בירור הזיקה בין המידע שהושג בחיפוש המוקדם והלא חוקי לבין ראיות לכואורה לנחיצות הטענות.

בית משפט השלום יקיים דין נוסף בבקשתה במעמד הצדדים, וכן בנסיבות בעלי התפקידים במשטרה אשר לקחו חלק בהחלטה לבצע את החיפוש המוקדם ובהחלטה להגיש את הבקשות למתן צווי החיפוש במכשורי הטלפון הנידים של המבוקשים.

אם בית משפט השלום יקבע כי הבקשות לצווית החיפוש אינן מבוססות על החיפושים המוקדמים שבוצעו במכשורי הטלפון הנידים של המבוקשים, החלטתו המקורית תיוותר על כנה.

לעומת זאת, ככל שייתברר כי המידע שהתגלה בחיפושים המוקדמים והלא חוקיים עמד בבסיס הבקשות למתן צוויי החיפוש, יש לדחותן.

בשלב זה צו העיקוב יוותר על כנו, בכפוף לכל החלטה אחרת של בית משפט השלום.

ניתנה היום, כ"ז בכסלו התש"ף (25.12.2019).

שפט