

דנ"פ אוריך : פיקוח שיפוטי במציאות טכנולוגית
שמקדימה את החקירה

הכנס השנתי של לשכת עורכי הדין – 23.5.2022
יוסף ארון – שופט בית המשפט העליון

צהריים טובים,

בתחום המשפט הפלילי ניתנו על ידי בית המשפט העליון
במהלך השנה החולפת מספר פסקי דין בולטים, חלקם
בהרכבים מורחבים.

ביניהם ניתן למנות בפרט את הדיון הנוסף בעניין רפי
רותם, הערעור בעניין ניסו שחם, והדיון הנוסף בעניין
אוריך ועניין שמעון, שניתן בהרכב מורחב המונה תשעה
שופטים. בפסק דין זה, שהוא מבין החשובים שניתנו
בשנה שחלפה, אתמקד בדבריי היום.

במסגרת הדיון בערעורים, נחשפה לפני בית המשפט
העליון תמונת מצב בעייתית בכל הנוגע לאופן בו רשויות

החקירה נוהגות לצורך ביצוע חיפוש בטלפון חכם ובמידת הפיקוח השיפוטי על פעולות אלו.

בתמצית אזכיר, כי אוריך וגולן נחקרו במשטרה בחשד למעורבות בעבירה של הטרדת עד. במהלך החקירה בוצע חיפוש מאולתר במכשירי הטלפון הניידים שלהם ובהסכמתם צולמו מסכי המכשירים.

החוקרים עשו זאת מבלי שניתן צו חיפוש לפי סעיף 23א(ב) לפקודת סדר הדין הפלילי; ואף לא ציינו בפני אוריך וגולן כי הם רשאים לסרב לביצוע החיפוש וכי אם יסרבו לחיפוש – הדבר לא ייזקף לחובתם.

בשלב מסוים, אוריך וגולן ביקשו כי החוקרים יפסיקו את החיפוש, בין היתר משסברו כי החוקרים מעיינים בחומרים שאינם קשורים לעניין החקירה, והחיפוש הופסק.

הסוגיה הונחה לפתחי במסגרת בקשה למתן רשות לערור.

קבעתי, כי בנסיבות שבהן בוצע חיפוש במחשב או בטלפון חכם בטרם ניתן צו חיפוש, בית המשפט הדן

בבקשה יידרש כבר במעמד הדיון בה ולא במסגרת ההליך העיקרי, לבחון את השפעת החיפוש הבלתי-חוקי שבוצע, על הבקשה למתן צו. זאת, באמצעות מבחן דו-שלבי:

בשלב הראשון, יש לבחון אם קיימת זיקה בין המידע שאותר בחיפוש הבלתי-חוקי לבין התשתית העובדתית שעל בסיסה מבוקש הצו; ככל שקיימת זיקה כזו, יש להמשיך ולבחון בשלב שני אם קיימים שיקולים מיוחדים אשר מצדיקים את מתן הצו חרף הפגיעה החמורה בפרטיותו של הנחקר.

משלא היו לפניי די נתונים כדי לקבוע במקרה קונקרטי זה מהי מידת הזיקה שבין החיפוש המוקדם והבלתי חוקי שבוצע ובין צווי החיפוש שנתבקשו – הורתי על החזרת התיק לבית משפט השלום לצורך קיום דיון חוזר בבקשה במעמד הצדדים.

המקרה נדון פעם נוספת על ידי בית משפט השלום, בית המשפט המחוזי ובית משפט העליון, עד אשר נקבע כי יתקיים דיון נוסף.

ניתן לומר, כי תמונת המצב שנחשפה לפנינו מהשתלשלות הדברים העובדתית בעניין אוריך, אינה מחמיאה לגופי החקירה.

מצב הדברים שנחשף בדנ"פ אוריך לימד על העדר פיקוח שיפוטי אפקטיבי בבקשות למתן צו חיפוש בטלפון חכם. משכך, לא היה חולק כי קיים צורך של ממש בשינוי. בסופו של יום, המחלוקת התמקדה בדרך שבה יש לפעול לצורך שינוי זה. פסק הדין שניתן, כאמור, הוא מבין הבולטים והחשובים שניתנו השנה.

לצורך הדיון הנוסף צורף התיק בעניין יולי שמעון אותו הזכרתי בפתח דבריי.

באותו מקרה, המבקש עוכב לחקירה בחשד לייבוא סם מסוכן, והטלפון הנייד שהיה ברשותו נתפס. בשלב מסוים, הגישה היחידה החוקרת בקשה להוצאת צו חיפוש במכשיר.

ערר שהגיש שמעון על החלטה זו נדחה על הסף על-ידי בית המשפט המחוזי, אשר קבע כי אין אפשרות להשיג על החלטה בבקשה למתן צו חיפוש במחשב או בטלפון חכם.

מקרה זה עורר שתי שאלות מהותיות במישור הדיוני – הראשונה, האם יש לקיים דיונים בבקשות לצווי חיפוש במחשב או טלפון חכם במעמד שני הצדדים; והשניה, האם קיימת זכות השגה על החלטה בבקשה לצו חיפוש מסוג זה טרם ביצועו.

בדנ"פ אוריך ושמעון נפסקו, בדעת רוב של 8 חברי ההרכב למול דעתי החולקת מפי הנשיאה חיות, שלוש קביעות מרכזיות:

ראשית, נקבע כי, ככלל, יש לקיים במעמד צד אחד את הדיון בבקשה למתן צו חיפוש במחשב או בטלפון חכם לפי סעיף 23א לפקודת סדר הדין הפלילי.

שנית, נקבע כי על החלטת בית המשפט בבקשה לצו חיפוש בחומר מחשב – אין למי מהצדדים זכות השגה.

ושלישית, נקבע שאם התברר לבית המשפט שדן בבקשה לצו חיפוש במחשב או טלפון חכם כי בוצע חיפוש בלתי-חוקי באותו מחשב קודם שנתבקש צו החיפוש לגביו, פגם זה יהווה שיקול במסגרת ההכרעה בבקשה למתן צו.

אולם, רק במקרים חריגים ונדירים פגם מסוג זה יכול להוות שיקול מכריע לדחיית הבקשה, וככל שבתום החקירה יוחלט על הגשת כתב אישום, ההשלכות הראייתיות של החיפוש הבלתי-חוקי ייבחנו בהליך העיקרי בהתאם לאמות המידה שנקבעו בהלכת יששכרוב בעניינו של כלל הפסילה הפסיקתית שמאפשר לבית המשפט להורות על אי קבילותן של ראיות שהושגו בניגוד לדין.

ביחס לשלוש קביעות אלו של דעת הרוב, דעתי הייתה שונה, ואסביר מדוע.

ככלל, שלוש הסוגיות עוסקות באיזון המורכב שבין שורה של שיקולים, ובפרט שיקולי גמישות דיונית, יעילות ההליך הפלילי והיקף הפיקוח השיפוטי על גופי החקירה.

הטעמים שבבסיס גישת הרוב הם ודאי הגיוניים. ואולם, אם אתמצת את הפער שבין דעתי לאותה גישה – הרי שהם נוגעים לשלושת מישורים אלו.

במישור הפיקוח השיפוטי – היכן שחבריי סברו כי די בהידוק הפיקוח השיפוטי על מתן צו חיפוש שכזה במסגרת דיון במעמד צד אחד – סברתי אחרת.

לגישתי דיון המתנהל במעמד צד אחד הוא, מעצם טיבו, מוגבל. שופט, יסודי וקפדן ככל שיהיה, אינו יכול להיכנס באופן מלא ל"נעלי" הסנגור.

דיון במעמד הצדדים מתחייב לטעמי גם לנוכח מעמדן של זכות הטיעון וזכות החשוד והנאשם להליך הוגן, שמהן נגזרת החובה להעניק לאדם הזדמנות נאותה להשמיע את טענותיו בטרם תיפגענה זכויותיו.

בנוסף, לנוכחות בעל המכשיר בדיון עשויה להיות תרומה משמעותית לשם בחינת נחיצות הצו וקביעת תנאי החיפוש, באופן שלא יביא לפגיעה העולה על הנדרש בפרטיותו ובפרטיות מכריו.

אדגיש, כי אף לטעמי היכן שהדבר מתחייב, כגון במקרים בהם קיים חשש לסיכול או שיבוש החקירה – אין מנוס מקיום דיון במעמד צד אחד. במובן זה, ייתכן שבעולם המעשה ההבדל בין גישתי לגישת הרוב – מצומצם מכפי שנחזה.

לצד זאת, אני סבור שאין לקבל את גישת באי כוח המדינה לפיה נשקף חשש לשיבוש הליכי חקירה מכל חשוד באשר הוא, המצדיק תמיד קיום דיון במעמד צד אחד. דברים אלו נאמרו במפורש בדיון שהתקיים לפנינו מפי ב"כ המדינה, ועליי לציין כי גם היום הם תמוהים בעיניי:

”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 שהמשטרה לא מודעת אליהם, כל חששות אלה קיימים בכל חקירה” (עמ’ 45–46 לפרוטוקול הדיון מיום 27.7.2021).

דברים אלו אינם מקובלים עלי. חשש לשיבוש או סיכול
החקירה, אינו קיים בכל חקירה, ולעניות דעתי אין
להתייחס לכל נחקר כ"משבש" פוטנציאלי.

(מהפיקוח השיפוטי – למישור הדיוני)

במישור הדיוני – היכן שחבריי ביקשו להיצמד למסגרות
וכללים דיוניים, סברתי שנכון להגמישם.

כאשר הדיון בבקשה למתן הצו נעשה במעמד צד אחד;
ומשאין לאותו נחקר זכות להשיג על ההחלטה שהתקבלה
– איזו דרך הדין מותיר בידו להתמודד מול הרשויות ולהגן
על זכויותיו?

(אני שואל:)

מה אמור לעשות אותו נחקר אם בסופו של יום החקירה
נגדו כלל לא מבשילה לכדי כתב אישום? האם הפגיעה
בפרטיותו הייתה כלא הייתה? איני סבור כך.

מכשיר טלפון חכם מצוי כעת בידיו של כמעט כל אדם, והוא אוצר בחובו מידע בלתי נדלה על בעל המכשיר והקרובים לו. במקרים רבים, מדובר במידע אינטימי רגיש.

הלא 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.

על רקע זה, המבקש לאתר מקרה דומה, בו על אף שאין חשש לשיבוש או סיכול החקירה נקבע שאין זכות לקיום דיון במעמד הצדדים, ואף אין זכות להשיג על החלטה שיפוטית, שהתקבלה במעמד צד אחד – יתקשה עד מאוד. לא כל שכן מקום בו אין חולק כי נפגעת זכות בעלת מעמד חוקתי – הזכות לפרטיות.

(ציינתי את הפיקוח השיפוטי – המישור הדיוני ועתה)

במישור יעילות ההליך הפלילי – היכן שחלק מחבריי היו מוטרדים מסרבול ועיכוב ההליך הפלילי בשל העלאת טענות מצדו של הנחקר או החשוד, אני סברתי כי עלינו למקד את הדיון בפגמים שבהתנהלות גופי החקירה, ולבקש לטייב את דרך הילוכם על מנת למנוע את הישנותם.

ככלל, דעת הרוב סברה שההליך העיקרי, הוא-הוא המקום הראוי לדון בפגמים שנפלו באופן בו ניתן צו החיפוש או ביישומו ובשאלת קבילותה של הראייה, וזאת בהתאם לקביעות הלכת יששכרוב.

אולם אני סברתי, ועודני סבור, כי אין בכך לספק מענה ראוי ומספק. זאת מאחר שבמקרים רבים כלל לא מוגש לבסוף כתב אישום כאמור, והיות שכאשר מתבקש צו "חדש" לחיפוש במכשיר טלפון חכם, בית המשפט הדן בבקשה למעשה מתבקש לאפשר לגופי החקירה להעמיק את הפגיעה בפרטיות הנחקר. במקרים של חיפוש בלתי חוקי לנחקר יש אינטרס לגיטימי לעצור פגיעה זו.

אם כך השופט אינו ניצב לפני מקרה שבו הפגיעה, חמורה ככל שתהיה, היא עובדה מוגמרת שכל שנותר הוא לדון במשמעותה.

יוצא אפוא, שלאחר שכבר בוצע חיפוש ללא צו, היחידה החוקרת באה לבית המשפט ומבקשת להתיר פגיעה נוספת בזכויותיו של אותו נחקר או חשוד. זאת כאשר מתעורר ספק באשר לנחיצות צו החיפוש, גם מאחר שייתכן שבסופו של דבר ייקבע כי תוצריו אינם קבילים.

מקרה מסוג זה מצדיק לשיטתי איזון שונה מהקבוע בהלכת יששכרוב, באמצעות מבחן דו שלבי שהזכרתי בתחילת דבריי. אולם, כאמור דעתי בהקשר זה לא התקבלה.

עם זאת ראוי לציין את התיקון שבוצע, בהתאם לחוות דעתה של הנשיאה חיות בדנ"פ אוריך, בנוהל נשיאת בית המשפט העליון 1-18 "ממשק העבודה בין שופטים ובין גורמי תביעה וחקירה בבקשות לפני הגשת כתב אישום" במסגרתו עוגנה רשימת פרטי מידע שנדרש לכלול בבקשה למתן צו חיפוש במחשב או טלפון חכם.

זמן קצר לאחר ההכרעה בדנ"פ אור"ך, ניתן פסק הדין ברע"פ 1089/21 מדינת ישראל נ' אטיאס (14.3.2022).

באותו מקרה, הואשם מפקד פלוגה במשמר הגבול במספר עבירות שביצע בעודו "קצין שטח" במחסום המנהרות ובמחסום עין יעל.

בכתב האישום פורט, בין היתר, כי על רקע קשר רומנטי סייע אטיאס בהעברת תושבי הרשות הפלסטינית לתחומי ישראל, באופן שבו העבירם ללא כל בדיקה, או לחלופין הורה לאחרים תחת פיקודו להעבירם. בגין זאת יוחסה לו עבירה של מרמה והפרת אמונים.

הרשעת אטיאס התבססה בעיקרה על תוצרי האזנות סתר שהתקבלו לאחר שבית המשפט המחוזי התיר את ביצועה, וזאת בשל מידע מודיעיני שהעלה חשד לביצוע עבירות שוחד וגניבת רכב.

בין יתר הסוגיות שעלו שם, נדונה סוגיית היקף הפיקוח השיפוטי במסגרת מתן צו להאזנת סתר. דיון בבקשות

מסוג זה, מתנהל במעמד צד אחד על פי סעיף 6(ב) לחוק האזנת סתר.

בהעדר אפשרות לקיים דיון במעמד הצדדים, ראיתי צורך של ממש להדק את הפיקוח השיפוטי על בקשות מסוג זה.

משכך נקבע, כי מקום בו רשויות האכיפה והחקירה מבקשות לעשות שימוש בתוצרי האזנת הסתר תוך חריגה מהמגבלות שבצו בהתייחס לתמלול והשימוש המותרים, לשם תכלית החורגת מהותית מזו שבגינה הותרה ההאזנה מלכתחילה – עליהן לשוב ולפנות לבית המשפט המחוזי שנתן את הצו, בבקשה להסרת מגבלות.

היה ולא פנו בבקשה כזו – יהיה עליהן ליתן טעם בפני בית המשפט אשר דן בהליך העיקרי ובקבילותם של תוצרי האזנת הסתר, ולנמק לפניו מדוע לא עשו כן.

קביעה זו, וקביעתי בדנ"פ אוריך, משקפות תפיסה המבקשת לשמור בקפדנות, בהתאם להוראות הדין, על זכויותיהם של נחקרים, חשודים ונאשמים, ובפרט על זכותם לפרטיות.

כתבתי בדנ"פ אוריך כי:

מחוייבתו של בית המשפט לשמירת קיומו של הליך הוגן דבר המהווה אבן יסוד עליו נסמך המשפט הפלילי. חובה על בית המשפט למנוע שימוש לרעה בכוח הרב שיש לחוקר אל מול הנחקר, ולאזן כוח רב זה על ידי הקפדה כי חוקרי המשטרה מקיימים את הוראות החוק ככתבן וכלשונן.

היותו של אדם חשוד או נאשם בהליך פלילי – אף אם יש בה כדי להצדיק את שלילת חירותו באופן זמני – אין משמעותה כי הוא מאבד את זכויותיו הבסיסיות, כדוגמת את הזכות לפרטיות. הפגיעה בזכויות אלו נדרשת להיות מידתית, מדודה, מבוקרת, ולהיעשות תוך הקפדה יתרה על הוראות הדין.

על רקע זה, החשש המרכזי המתעורר מהקביעות בדנ"פ אוריך – לשיטתי הוא הפתח שהן מותירות לרשויות החקירה לפעול בשיטה הידועה במחוזותינו כ"שיטת מצליח".

במקרה הקונקרטי של חיפוש בטלפון חכם, החשש הוא כי ייעשה חיפוש שלא כדין. אם החיפוש יניב ממצאים – יתבקש צו חיפוש, ולאחר שיינתן, "יוכשרו" ממצאיו של החיפוש שנעשה שלא כדין.

כתוצאה מקביעת דעת הרוב לפיה, ככלל, השלכותיו של אותו חיפוש פסול יידונו רק בהליך העיקרי, נאשם אשר יבקש להלין על זאת, לכל היותר יזוכה לאחר שכבר היה עליו להתמודד עם הגשת כתב אישום נגדו, על המשמעות הרת הגורל שבדבר.

מכאן אפנה מבט לעתיד לבוא. תפקידו של בית המשפט הוא להציב בפני גופי החקירה משוכה של ממש. על בית המשפט לנהוג ביסודיות ושקדנות, לגלות ספקנות בריאה בעמדות גופי החקירה ולבחון היטב את טענותיהם, טרם ייעתר לבקשה למתן צו המאפשר לבצע חיפוש בטלפון חכם או במחשב אישי של אדם.

במובן זה, ייתכן שלמרות שעמדתי בדנ"פ אוריך לא התקבלה בסופו של יום, צמחה תועלת של ממש מכך

שנושא זה זכה לדיון מעמיק, באופן שהאיר זרקור על הליכים אשר לרוב אינם מגיעים להכרעתו של בית המשפט העליון.

על כן, ונוכח קביעת הנשיאה חיות במסגרת דעת הרוב שלאורה חודדו הנהלים באמצעות נוהל הנשיאה שהזכרתי לעיל, יש לקוות כי מקרים בהם יידרש בית המשפט לדון בחיפושם שבוצעו שלא כדין בטלפון חכם – יהפכו לנדירים.

עוד יש לקוות כי גופי החקירה יפנימו היטב כי עליהם לעשות שימוש מושכל בכלי החקירתו של ביצוע חיפוש בטלפון חכם או מחשב, תוך שמירה על המגבלות שהדין מציב בפניהם.

עם זאת, יש להניח כי בתי המשפט עוד יידרשו לדון פעמים נוספות בסוגיות שהועלו במסגרת דנ"פ אוריך ובאופן הנכון ליישום קביעותיו. על רקע מורכבות הנושא, וחשיבותו, ייתכן בהחלט כי יש מקום לאמירה ברורה של המחוקק, היות שהחקיקה הקיימת נשרכת אחרי המציאות הטכנולוגית המקדימה אותה.

אני מודה לכם על ההקשבה, המשך כנס פורה.