



בבית המשפט העליון

בש"פ 7917/19

לפני: כבוד השופט יוסף אלרון

המבקשים: 1. יונתן אוריך
2. עופר גולן
3. יוסי שלום
4. ישראל איינהורן

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

המבקשות להצטרף: 1. לשכת עורכי הדין
2. הסניגוריה הציבורית

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

תאריך הישיבה: י"ז בכסלו התש"ף (15.12.19)

בשם המבקשים 1-2: עו"ד עמית חדד; עו"ד נועה מילשטיין

בשם המבקש 3: עו"ד מאיר ארנפלד

בשם המבקש 4: עו"ד ליאור אפשטיין

בשם המשיבה: עו"ד נעמי גרנות; עו"ד חיים ויסמונסקי

בשם המבקשת להצטרף 1: עו"ד עדי כרמלי

בשם המבקשת להצטרף 2: עו"ד גיל שפירא; עו"ד יגאל בלפור

החלטה

1. חוקרי משטרה ביצעו חיפוש שלא כדין במכשיר טלפון נייד חכם של נחקר. האם ובאיזו מידה יש לשקול זאת במסגרת בקשה למתן צו לחיפוש נוסף במכשירו?

זו השאלה העומדת במוקד הבקשה שלפניי.

במסגרת הבקשה נתבקשה רשות לערור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (השופט א' הימן) בע"ח 19-11-16971 מיום 19.11.2019 בגדרה נדחה ערר המבקשים על החלטת בית משפט השלום בתל אביב-יפו (השופט ע' מסאדווה) בצ"ח 19-10-51782, צ"ח 19-10-51787, צ"ח 19-10-51791 וצ"ח 19-10-51796 מיום 30.10.2019, ליתן צווי חיפוש במכשירי הטלפון הניידים של המבקשים – וזאת חרף העובדה כי בוצע חיפוש קודם במכשירים שלא כדין.

רקע והליכים קודמים

2. ביום 4.9.2019 הוגשה תלונה ממי שהוסכם עימו כי ישמש עד מדינה בפרשה המכונה "פרשת 4000". בתלונה נטען כי ביום 29.8.2019 הושמעה מתוך רכב חונה בסמוך לבית המתלונן, הקלטה חוזרת ונשנית הכוללת קריאות המפצירות בו לחזור בו מעדותו, תוך הטלת דופי בהסכמתו לשמש עד מדינה בפרשה.

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

במהלך החקירות, ביצעו החוקרים חיפוש מאולתר במכשירי הטלפון הניידים של המבקשים בנוכחותם וצילמו את מסכי המכשירים בהסכמתם. אולם, החוקרים לא ציינו בפני המבקשים כי הם רשאים לסרב לביצוע החיפוש וכי אם יסרבו לחיפוש הדבר לא ייזקף לחובתם; ואף עשו זאת מבלי שניתן צו חיפוש במכשירים לפי סעיף 23א(ב) לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש), התשכ"ט-1969 (להלן: הפקודה).

יוער כי לצורך החיפוש במכשיר הטלפון הנייד של גולן (המבקש 2), נדרש האחרון להביא את המכשיר מרכבו במהלך החקירה, תוך שלצורך כך התלווה אליו לרכב קצין משטרה.

עוד יצוין, כי אוריך (המבקש 1) וגולן ביקשו בשלב מסוים במהלך החקירה כי החוקרים יפסיקו את החיפוש במכשירי הטלפון הניידים, בין היתר משסברו כי החוקרים מעיינים בחומרים שאינם קשורים לעניין שבמוקד החקירה, והחיפוש הופסק.

עם התפתחות החקירה, ביום 29.10.2019 הגישה המשיבה לבית משפט השלום בתל אביב-יפו ארבע בקשות למתן צווי חיפוש במכשירי הטלפון הניידים של המבקשים.

3. למחרת היום התקיים דיון בבקשות בבית משפט השלום במעמד הצדדים, ובסופו נעתר בית המשפט לבקשות.

4. בהחלטתו, קבע בית משפט השלום כי נפלו מספר פגמים בהתנהלות היחידה החוקרת בכך שבוצע חיפוש במכשירי הטלפון הניידים של המבקשים בטרם ניתן צו שיפוטי מתאים – אף שלא הייתה כל מניעה להגשת הבקשות עוד בטרם זומנו המבקשים לחקירה.

הודגש כי לא היה די בהסכמת המבקשים לחיפוש שנעשה במכשיריהם, בין היתר מאחר שלא הוסבר בפניהם כי הם רשאים לסרב לחיפוש וכי הדבר לא ייזקף לחובתם; וכי בענייניו של גולן הפגם משמעותי במיוחד מאחר שנדרש לשוב לרכבו בליווי משטרה על מנת להביא את המכשיר, באופן המלמד על "תכנית חקירה שכוונה מראש לחדירה למכשיר" מבלי שניתן צו שיפוטי.

יחד עם זאת, נקבע כי קיימים מספר שיקולים התומכים במתן צווי החיפוש חרף פגמים אלו. בכלל זה צוין כי חומר החקירה מלמד על קיומו של "חשד סביר בעוצמה גבוהה כי החשודים היו מעורבים בקשירת קשר לעבירת הטרדת עד", וכי צווי החיפוש נחוצים לקידום החקירה ולבחינת חלקם של המבקשים בפרשה, כמו גם של מעורבים נוספים – ואם הם לא יינתנו, עשויה החקירה להיפגע.

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

בית משפט השלום הוסיף וציין כי הוא "נוטה" לקבוע כי לו היו מובאות בפניו הבקשות לצווי החיפוש בטרם בוצע החיפוש המאולתר, הוא היה נענה להן בשל התשתית הראייתית הלכאורית שהונחה בפניו ובשל חיוניות הצווים לחקירה.

לנוכח שיקולים אלו, ובשים לב לכך שאין בהחלטתו כדי לקבוע מסמרות באשר לקבילות המידע שיופק ממכשירי הטלפון הניידים של המבקשים, נעתר בית משפט השלום לבקשות המשיבה למתן צווי החיפוש.

הודגש, כי טענות המבקשים באשר לקבילות הראיות שהושגו כתוצאה מהחיפוש במכשירם יידונו בהמשך ההליך, ככל שיוחלט על הגשת כתב אישום.

בסיכומו של דבר נקבע כי:

”לנוכח השלב הדיוני הנוכחי, וגם לאחר התחשבות בפגיעה בזכויות החשודים ובפגמים שנפלו בחקירה, מצאתי, לאחר התלבטות, לקבל את בקשת המבקשת לצווי החיפוש המדודים ואשר מציעים חיפוש 'כירורגי' ומוגדר, תחת פיקוח שיפוטי צמוד”.

5. ערר המבקשים על החלטה זו נדחה בהחלטת בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו מיום 19.11.2019.

בית המשפט המחוזי קבע כי אין מקום להתערב בהחלטת בית משפט השלום, המאזנת באופן ראוי בין האינטרס הציבורי בקידום החקירה לבין זכויות המבקשים לפרטיות. זאת, בשים לב למתווה החיפוש המוצע, הממוקד למידע שנוצר במועדים סמוכים למועד 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 המבקשים נערך שלא כדין, קיים אינטרס ציבורי חיוני ומהותי במיצוי החקירה לנוכח חומרת העבירה של הטרדת עד, אשר המבקשים חשודים במעורבות בה.

6. מכאן הבקשה שלפניי למתן רשות לערור על החלטת בית המשפט המחוזי.

טענות הצדדים בבקשה למתן רשות לערור

7. לטענת המבקשים, משבוצע חיפוש שלא כדין במכשירי הטלפון הניידים, "מושקת" המשיבה מלבקש צו חיפוש במכשיריהם אשר עלול להכשיר בדיעבד את החיפוש המאולתר והלא חוקי שבוצע במהלך החקירה. זאת, בין היתר, לנוכח החובה המוטלת על המדינה לנהוג בהגינות ובתום לב.

בהקשר זה מדגישים המבקשים כי נציג המשטרה אישר בדיון בפני בית משפט השלום כי היה בכוונת החוקרים לעיין במכשיר הטלפון הנייד של גולן עוד בטרם הגיע

לחקירה – ואולם אלו נמנעו מלבקש צו חיפוש בהתאם; וכי חוקרת המשטרה שביצעה את החיפוש במכשירו אינה "חוקרת מחשב מיומנת" – וזאת בניגוד להוראות הפקודה.

עוד מוסיפים המבקשים וטוענים כי קיים חשש שהמשיבה עורכת חיפושים במכשירי טלפון של נחקרים ללא צו חיפוש כעניין שבשגרה, ועל בתי המשפט להבהיר כי אין לתת יד לפגיעה בזכויותיהם של נחקרים אשר נגרמת כתוצאה מכך. על כן, יש להורות כי במקרים שבהם חוקרי המשטרה מבצעים חיפוש לא חוקי במכשיר טלפון נייד של נחקר, כבענייננו, לא יינתן בהמשך הדרך צו חיפוש במכשיר.

לחלופין נטען כי יש להעניק "משקל מכריע לאי החוקיות בהתנהלות המשיבה במהלך חקירת המבקשים", באופן המחייב את דחיית הבקשה למתן צו חיפוש במכשירי הטלפון הניידים שברשותם.

תימוכין למסקנה זו מוצאים המבקשים בטיב החשדות המיוחסים להם אשר לשיטתם "אינם במדרג החומרה הגבוהה", ובאופי המידע המצוי במכשיריהם על רקע זיקתם לראש הממשלה, לשרים ולחברי כנסת, לעיתונאים ולעורכי דינו של ראש הממשלה. לטענתם, מידע זה אף חוסה בצילו של חיסיון פרלמנטרי, חיסיון עיתונאי וחיסיון עורך דין-לקוח החלים על תכתובות רבות המצויות במכשירי הטלפון הניידים.

עוד נטען כי מתווה החיפוש שהוצע רחב ומאפשר לחוקרי המשטרה גישה למידע אישי ולחומר חסוי באופן שאינו נחוץ לקידום החקירה. זאת, בין היתר, נוכח העובדה שעל-פי המתווה המוצע, המידע המצוי בטלפונים הניידים יועתק במלואו ויישמר בידי המשטרה, וניתן יהיה לעשות בו שימוש עתידי.

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

8. מנגד, לטענת המשיבה, הבקשה אינה מצדיקה מתן רשות לערור על החלטת בית המשפט המחוזי, מאחר שהיא לא מעוררת כל סוגיה עקרונית חדשה, כנדרש מבקשות לערור ב"גלגול שלישי".

אשר לסוגיה בדבר האפשרות להסתפק בהסכמת הנחקר לביצוע חיפוש במכשיר הטלפון הנייד שברשותו, נטען כי סוגיה זו לא נדונה לעומקה בפני הערכאות הקודמות, שהרי אף התנאים למתן הסכמה מדעת בהתאם לעניין בן חיים לא התקיימו במקרה דנן

(רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל (6.3.2012)). משכך, נטען כי אין מקום להכריע בסוגיה זו במסגרת הדיון בבקשה "בגלגול שלישי", אם כי ייתכן שיהיה מקום להידרש לכך בעתיד במסגרת הדיון בשאלת קבילות הראיה בהליך העיקרי.

עוד נטען כי אף הסוגיה אם יש להתחשב באי-חוקיותם של החיפוש המוקדמים בהחלטה להיעתר לבקשה למתן צווי החיפוש אינה מעוררת שאלה עקרונית חדשה.

בהקשר זה מפנה המשיבה לפסק הדין בדנ"פ 5852/10 מדינת ישראל נ' שמש, פ"ד סה(2) 377 (2012) (להלן: עניין שמש), לפיו במסגרת החלטה בבקשה למתן צו להמצאת מסמכים לפי סעיף 43 לפקודה, אין להידרש ככלל 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, הדין בבקשה למתן צו חיפוש במחשב; וכי בהתאם לעניין שמש, אין להתחשב בפגמים שנפלו בהתנהלות המשטרה בטרם התבקש צו החיפוש במכשירי הטלפון הניידים של המבקשים במסגרת ההכרעה בבקשה למתן הצווים המבוקשים.

לגופו של עניין, נטען כי אין לדון בפגמים שנפלו בהתנהלות היחידה החוקרת בשלב זה של ההליך, אלא במסגרת הדיון בקבילות הראיות 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 לבקשות למתן צווי החיפוש.

עוד נטען כי טענות המבקשים מופנות בעיקרו של דבר לשאלת קבילות הראיות אשר תוכרע בהליך העיקרי על פי אמות המידה שנקבעו בעניין יששכרוב (ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, פ"ד סא(1) 461 (2006)).

לבסוף, טוענת המשיבה כי טענת המבקשים לפיה היא "מושקת" מהגשת בקשות לצווים שיפוטיים בעקבות הפגמים בהתנהלות המשטרה נעדרת כל בסיס משפטי; וכי כשם שעל-פי פסיקות בית משפט זה אין מקום להורות על פסלות ראייה בכל מקרה שבו נפגעה זכותו של נאשם להליך הוגן, כך אין מקום לקבוע כי פגם בהליכי החקירה יחסום תמיד את דרכן של רשויות החקירה בפני בקשה למתן צו חיפוש.

9. הן לשכת עורכי הדין והן הסניגוריה הציבורית ביקשו להצטרף להליך במעמד של "ידיד בית משפט", וטענו כי במקרה דנן יש להיעתר לבקשה למתן רשות לערור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי ואף לקבל את הערר.

בפתח הדיון שהתקיים לפניי קבעתי כי אני נעתר לבקשות ההצטרפות להליך.

10. טענתה המרכזית של לשכת עורכי הדין היא כי הכרה בזכות להליך הוגן כזכות חוקתית, מחייבת כי במקרים שבהם פעלו רשויות החקירה שלא כדין באופן מודע על אף שהיה באפשרותן לפעול אחרת, הן תהיינה מנועות לפנות בשלב מאוחר יותר לבית המשפט בבקשת סעד.

לשיטתה, יש לתמרץ את רשויות החקירה לפעול להשגת ראיות על-פי דין, תוך הקפדה על הליכי חקירה הוגנים ועל זכויות נחקרים. לשם כך, יש לקבוע כי כאשר רשויות החקירה אינן פועלות כדין לא ייענה בית המשפט לבקשותיהן בעניין.

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

11. הסניגוריה הציבורית ביקשה אף היא להצטרף לעמדה שלפיה אין לערוך חיפוש במכשיר טלפון נייד של נחקר על סמך הסכמתו לבדה, 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 לעניינם של נחקרים רבים מדי שנה" אשר טרם נתבררה בבית משפט זה, בין היתר מאחר שעל דרך הכלל בקשות למתן צו חיפוש נדונות במעמד צד אחד ועל כן לא מוגש לגביהן ערר.

לגופו של עניין, טוענת הסניגוריה הציבורית כי יש לייחס לפגמים שנפלו בהתנהלות רשויות החקירה "משקל ממש", אותו יש לאזן מול הצורך החקירתי בהוצאת צו חיפוש. לשיטתה, יש בפגיעה בזכות להליך הוגן של נחקר כדי להשליך על הכרעותיו

השיפוטיות של בית המשפט בעניינו – וזאת במיוחד כאשר לפגמים בהתנהלות רשויות החקירה נלווית פגיעה בזכויותיו הנוספות של הנחקר כגון זכותו לפרטיות.

הסניגוריה מוסיפה וטוענת כי פגיעה בזכויותיו של נחקר, כפי שהתרחשה במקרה זה, פוגעת בלגיטימיות של הליך החיפוש, בטוהר ההליך הפלילי ובאמון הציבור במערכת המשפט. לטענתה, כשם שנקבע בהחלטות בית משפט זה כי פגיעה בזכויותיו של חשוד צריכה להיבחן במסגרת בקשות למעצרו – כך יש להתחשב בפגיעה זו במסגרת הכרעה בבקשה למתן צו חיפוש במחשב, אף אם יש בכך כדי להכביד על רשויות החקירה.

בהקשר זה, מבקשת הסניגוריה הציבורית לאבחן בין עניין שמש לבין המקרה שלפנינו. לשיטתה, במסגרת עניין שמש נדון סעיף 43 לפקודה המאפשר לבית המשפט להורות "לאדם" להציג ראיה כלשהי לצרכי חקירה – וזאת להבדיל מסעיף 23א לפקודה המאפשר לבית המשפט ליתן לרשויות החקירה רשות לבצע חיפוש במחשבו. נטען כי מתן רשות לרשויות החקירה לערוך חיפוש בחפציו של הנחקר גורר עימו פגיעה משמעותית יותר בפרטיותו בהשוואה להוראה הניתנת לאדם פרטי כלשהו להמציא בעצמו ראיה לידי רשויות החקירה.

עוד טוענת הסניגוריה הציבורית כי במקרה דנן קיים חשש לפיו הוצאת צו החיפוש עלולה "להכשיר בדיעבד" את החזירה הלא חוקית למכשירי הטלפון הניידים של המבקשים אשר כבר נעשתה – ובכך הצו יכשיר את קבילותם של חומרים אלו.

לבסוף נטען כי אלמלא החיפושים המוקדמים במכשירי הטלפון הניידים של המבקשים שבוצעו שלא כדין, כלל לא היה מתבקש צו חיפוש לשם איתור ראיות חדשות במכשירים.

דיון והכרעה

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

המקרה שלפנינו מעורר סוגיות עקרוניות ומשמעותיות בעלות חשיבות ציבורית רבה אשר טרם נדונו והוכרעו בפסיקת בית משפט זה, ועל כן הוא מצדיק מתן רשות לערור 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 הדין הקיימות כללים מנחים העשויים לסייע לבתי המשפט בהחלטותיהם למתן צו חיפוש (ראו גם: תזכיר חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – המצאה, חיפוש, כניסה ותפיסה), התשע"א-2011; נמרוד קוזלובסקי המחשב וההליך המשפטי 50-52 (2000)).

בפרט, טרם נבחן האופן שבו חיפוש אשר נעשה במחשב או בטלפון נייד שלא כדין ופגע בפרטיות הנחקר עשוי להשליך על נכונות בית המשפט להיעתר לבקשה מאוחרת למתן צו חיפוש באותו מכשיר.

14. בניגוד לטענת המשיבה, השאלות המתעוררת במקרה דנן טרם הוכרעו בעניין יששכרוב, ואף לא בעניין שמש.

15. בעניין יששכרוב נדונה סוגיית קבילותן של ראיות שנפל פגם בהשגתן, ואומצה דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, לפיה לא כל פגם בהשגת ראיה יביא בהכרח לפסלותה. זאת, בין היתר בשים לב לכך שהפגיעה בזכויותיו של הנחקר כבר התרחשה, ואין בעצם ההכרזה על פסלות הראייה כדי לתקן את הפגיעה שהייתה למעשה עשוי (עניין יששכרוב, בעמ' 554).

לעומת זאת, במקרה שלפנינו לא מתעוררת סוגיית קבילות הראיות.

הסוגיה המרכזית הדורשת הכרעה בענייננו היא כיצד יש ליישם את הוראות הפקודה לפיה במסגרת החלטה למתן צו חיפוש במחשב או בטלפון חכם אין לפגוע בפרטיותו של אדם מעבר לנדרש; וכיצד חיפוש קודם במחשב או בטלפון אשר בוצע שלא כדין משליך על מתן הצו.

ההליך דכאן צופה את פני העתיד. לפיכך, בניגוד לעניין יששכרוב, כאן לא נבחנת קבילות הראייה שהושגה זה מכבר. הדבר העומד להכרעה במקרה דנן הוא להביא לפגיעה נוספת בפרטיותו של הנחקר אשר טרם התרחשה, על-ידי מתן צו חיפוש שיאפשר חיפוש במכשיר הטלפון הנייד שלו.

מתן צו החיפוש מבלי להתחשב בהשלכות החיפוש המוקדם על היקף הפגיעה בפרטיותו שתיגרם לנחקר כתוצאה ממתן הצו, והותרת הדיון בפגם שנפל להליך העיקרי לא תוכל למנוע את הפגיעה הנוספת בפרטיות הנחקר בטרם התרחשה.

בית המשפט בהליך העיקרי יעמוד בפני מעשה עשוי, וכל שיוכל לקבוע הוא אם יש מקום לפסול את הראיה לאתר מעשה (עניין יששכרוב, בעמ' 554-555).

משכך, בית המשפט הדן בבקשה למתן צו חיפוש הוא בעל היכולת הטובה ביותר למנוע או לצמצם פגיעה נוספת בפרטיות הנחקר – ויש לדון בהשלכות הפגם כבר במסגרת הבקשה למתן צו חיפוש (ראו: עניין שמש, בעמ' 388; והשוו: רע"פ 8340/15 פלונית נ' רשות המיסים, אגף המכס והמע"מ, בקרת יבוא מכס נתב"ג (21.1.2016); רע"פ 9420/16 שמואל נ' מדינת ישראל - המחלקה לחקירת שוטרים, בפסקה 11 (16.1.2017)).

16. אף קביעותיו של בית משפט זה בעניין שמש אינן מסייעות להכרעה בסוגיות המתעוררות במקרה דנן.

בעניין שמש נקבע, כידוע, כי במסגרת בקשה למתן צו להמצאת מסמך לפי סעיף 43 לפקודה אין להתחשב בפגמים בהליך החקירה במסגרת ההחלטה אם להיעתר לבקשה למתן צו להמצאת מסמכים.

אולם, אני סבור כי אין להקיש מעניין שמש לענייננו ולקבוע כי הסוגיה המתעוררת במקרה דנן כבר הוכרעה בפסיקות בית משפט זה. זאת, מאחר שאמות המידה למתן צו חיפוש במחשב ובטלפון שונות באופן משמעותי מאלו שנקבעו לעניין מתן צווי חיפוש בחצרים ולעניין צוים להמצאת חפצים.

במסגרת החלטה למתן צו להמצאת מסמכים, ככלל לא תהא מניעה ממסירת החומר למשטרה "כל עוד קיים קשר ענייני בינו לבין החקירה" ובלבד שאין הוראה אחרת בדין המונעת זאת (עניין שמש, בעמ' 388); ודומה כי דין דומה חל אף על חיפוש בחצרים (בג"ץ 49/62 קלוגר נ' המפקח הכללי של משטרת ישראל, פ"ד טז 1267, 1271 (1962) (להלן: עניין קלוגר)).

לעומת זאת, במסגרת החלטה בבקשה למתן צו חיפוש במחשב או בטלפון חכם, כבמקרה דנן, על בית המשפט להבטיח כי תנאי ומטרות החיפוש "ייקבעו באופן שלא יפגעו בפרטיותו של אדם מעבר לנדרש" (סעיף 23 לפקודה).

משכך, ובניגוד לבקשות שנדונו בעניין שמש, אני סבור כי יש לתת את הדעת על פגמים קודמים שהתרחשו במהלך החקירה, אשר יש בהם כדי להחמיר את הפגיעה בפרטיות הנגרמת כתוצאה ממתן צו החיפוש המבוקש.

זאת ועוד, ככל שקיים חשש שמא ממצאי צו החיפוש במחשב או בטלפון הנייד לא יהיו קבילים במסגרת ההליך העיקרי, פוחתת נחיצותו של צו החיפוש, והוא עלול לפגוע בפרטיותו של הנחקר באופן שעולה על הנדרש.

משכך, ככל שגובר החשש כי פגמים בהליך החקירה יביאו לפסלות ממצאי החיפוש שיבוצע בהתאם לצו החיפוש המבוקש, כך פוחתת ההצדקה להיעתר לבקשה למתן צו החיפוש.

17. לצד זאת, איני סבור כי נסיבות הבקשה שלפניי דורשות הכרעה בסוגיה אם ניתן להסתפק בהסכמתו של אדם לצורך ביצוע חיפוש במכשיר הטלפון הנייד החכם שברשותו.

כפי שיורחב בהמשך, במקרה דנן אין חולק כי החיפוש במכשירי הטלפון הניידים של המבקשים נעשה שלא על-פי נהלי המשטרה, ובניגוד לתנאים שנקבעו בעניין בן חיים למתן "הסכמה מדעת" לביצוע חיפוש על גופו של אדם בהסכמתו. יוצא אפוא, כי לא יכולה להיות מחלוקת על כך שנפל פגם באופן ביצוע החיפוש במכשירי הטלפון הניידים של המבקשים – ועיקר השאלה הוא בהשלכותיו של פגם זה על הבקשות למתן צווי החיפוש במכשירים.

ממילא, אין צורך להכריע בשאלה אם ניתן היה להסתפק בהסכמת המבקשים אילו הייתה עונה על התנאים למתן "הסכמה מדעת" כהגדרתה בעניין בן חיים. מכל מקום, אעיר כי מדובר בסוגיה סבוכה ומורכבת, אשר ראוי כי המחקר ייתן עליה את דעתו (ראו גם: רע"פ 9446/16 התובעת הצבאית הראשית נ' טיגאוי (19.6.2017) (להלן: עניין טיגאוי); וכן ראו סעיף 90 להצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - המצאה, חיפוש ותפיסה), התשע"ד-2014, ה"ח הממשלה 574 (להלן: הצעת חוק המצאה חיפוש ותפיסה)).

18. אשר על כן, החלטתי להיעתר לבקשה ולדון בה כבערר בסוגיה העקרונית אותה היא מעוררת, קרי: מה הן השלכות החיפוש המוקדם שבוצע שלא כדין במכשירי הטלפון הניידים של המבקשים על החלטה מאוחרת ליתן צו חיפוש באותם המכשירים?

רקע – התנאים לביצוע חיפוש במכשיר טלפון נייד חכם

19. מכשירי הטלפון הניידים הפכו לאמצעים טכנולוגיים רבי עוצמה האוגרים מידע רב, ומשמישים לצורך תכתובות שגרתיות. בטלפונים רבים מצויים יומנים, מצלמות ואין-ספור אפליקציות (יישומונים) המאפשרות לכל אדם נגישות זמינה ונוחה למידע רב ולשירותים טכנולוגיים מתקדמים.

לנוחות הרבה יש כמובן מחיר. המידע הרב הנאגר במחשבים האישיים ובמכשירי הטלפון הניידים חושף את בעליהם לפגיעה חמורה בפרטיותם כשמכשירם מגיע לידי של אדם אחר. לא אחת מכשירי הטלפון הניידים כוללים תיעוד מדויק של המקומות שבהם שהה בעל המכשיר, התכתבויות אישיות ואינטימיות, ומידע על חבריו ועל טיב הקשר עימם, לצד מידע עסקי רגיש. יש אף הנוהגים להקליט את שיחותיהם באמצעות מכשיר הטלפון הנייד באופן תדיר, מבלי להעלות על דעתם כי המידע עלול להגיע לידי צדדים שלישיים. השימוש הרווח במכשיר הטלפון הנייד כאמצעי גישה לאינטרנט (מרשתת) פותח צוהר נוסף לעיון בנסתרות ליבו של בעל המכשיר, בעמדותיו הפוליטיות, בתחביביו ובתכניותיו לעתיד.

זאת ועוד, אדם זר עלול לשים את ידיו על מכשיר טלפון של אדם אחר ללא מאמץ משמעותי, ויכולתו של המשתמש למנוע גישה למידע השמור במכשיר מוגבלת. כך, רבים אינם מקפידים לנקוט בצעדים כלשהם המונעים מזרים לעיין במידע השמור על מכשיר הטלפון שברשותם; ואחרים עושים שימוש באמצעי הגנה שונים אשר על-פי רוב ניתן לפרוץ.

הנה כי כן, אין זו הגזמה לומר כי חדירה למכשיר הטלפון החכם של אדם עשוי לחשוף את נבכי אישיותו ואת סיפור חייו (ראו גם: ע"פ 8627/14 דביר נ' מדינת ישראל (14.7.2015)).

חשיפת פרטיו האישיים של אדם עלולה להגיע אף כדי פגיעה חמורה בזכותו של לפרטיות – זכות המוגנת בסעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו גם: רע"פ 8873/07 היינץ ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל, בפסקה 17 (2.1.2011); בג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל, בפסקה 5 (28.5.2012)).

20. לנגישות למידע האין-סופי אותו ניתן לדלות ממכשירי הטלפון הניידים השלכות משמעותיות במסגרת חקירות משטרתיות. גישה למכשיר הטלפון הנייד של נחקר עשויה

להוביל לפריצת דרך משמעותית במסגרת החקירה המשטרית ולקיצור ניכר של הליכי החקירה. לא אחת ניתן לאתר במכשיר הטלפון הנייד של חשוד עקבות למעשיו, הקושרות אותו למעשה עבירה – או לחלופין, מידע המלמד על חפותו.

הפיתוי העומד בפני חוקרי המשטרה בחדר החקירות להושיט יד אל עבר מכשיר הטלפון הנייד של הנחקר ולעיין בתכתובותיו מהימים האחרונים ברור: תשאל הנחקר על בסיס תכתובות מחשדות עשוי להביא לבידור החשדות באופן מהיר ויעיל.

אולם לפעולה זו מחיר כבד: היא פוגעת באופן חמור ביותר בפרטיותו של הנחקר. דפדוף ברשימת התכתובות שבמכשיר הטלפון הנייד חושף את החוקר למידע החורג באופן ניכר מהמידע הנחוץ לחקירה – פרטי מכריו, טיב הקשר עימם ותמונותיהם עלולים להתגלות בפני החוקר. מעבר לפגיעה העצמאית בפרטיותם של הנחקר ושל מכריו, הנחקר אף עלול לחשוש כי חוקר המשטרה יעשה שימוש במידע רגיש המתגלה בהודעותיו בכדי לגרום לו לשתף פעולה בחקירה.

21. ספק אם פגיעה זו בפרטיותו של הנחקר מוצאת מזור בהסכמתו לאפשר לחוקרים לעיין בתכתובות המצויות במכשירו – וודאי אין זה המצב כאשר לא הובהר בפניו כי הוא רשאי לסרב לבקשה.

אין חולק כי עצם הגעתו של נחקר לחדר החקירות מלווה לא פעם בחוסר נוחות מצדו, ועלול לחוש כי הברירות העומדות בפניו כאשר הוא נדרש להציג את מכשיר הטלפון הנייד שברשותו מוגבלות. כתוצאה מכך הוא עשוי להיענות לדרישה להציג את מכשירו ולעיין בו בנוכחות חוקרי המשטרה, לעיתים מבלי לשקול מראש את טיב המידע אשר עלול להיחשף בפניהם, ואף מבלי שהוא מודע להיקף החומר העצום האצור במכשירו.

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

22. על רקע זה, עמד בית המשפט העליון בארצות הברית על הפגיעה האנושה בפרטיות אשר עלולה להיגרם כתוצאה מביצוע חיפוש במכשיר טלפון נייד ללא צו שיפוטי, וקבע כי אין לבצע חיפוש במכשירי טלפון ללא צו אלא במקרים שבהם החיפוש

Riley v. California, 134 S. Ct. 2473, 2485-2488) נחוץ לצורך מידי וברור (2014); ; ראו והשוו 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 העלולה 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 מדינת ישראל נ' פישר, בפסקה 10 (27.8.2017)).

סעיף 4 לחוק המחשבים קובע כי חדירה למחשב שלא כדין תהווה עבירה פלילית אשר דינה 3 שנות מאסר. חיפוש במחשב או בטלפון נייד חכם יותר במסגרת חקירה פלילית, כפוף למגבלות נוקשות, וזאת כחלק מהתפישה הכללית החוזרת בהוראות דין שונות, לפיה ישנם עניינים אותם הפרט במדינה חופשית זכאי לשמור לעצמו, וכחלק מאותה הגנה על פרטיותו לה הוא זכאי.

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

סעיף 23א לפקודה מחיל הוראות אלה אף על חיפוש במחשב, וקובע הוראות ספציפיות לגביו. הסעיף, אשר כותרתו "חדירה לחומר מחשב", מורה כדלקמן:

23א. (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, המצוין במפורש את ההיתר לחדור לחומר מחשב או להפיק פלט, לפי הענין, והמפרט את מטרת החיפוש ותנאיו שייקבעו באופן שלא יפגעו בפרטיותו של אדם מעבר לנדרש" (ההדגשות הוספו – א').

24. נמצאנו למדים כי על דרך הכלל אין לבצע חיפוש במחשב אלא במקרים שבהם ניתן צו חיפוש מתאים; וכי ישנם 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 ייחודי לבקשת צו חיפוש במחשב, הוא כי מטרת החיפוש ותנאיו לא יפגעו בפרטיותו של אדם "מעבר לנדרש". כעולה מדברי ההסבר להצעת החוק בגדרה נקבע תנאי זה, מטרתו להדגיש 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 149).

25. יובהר, כי תנאי שני זה מוסיף נדבך משמעותי ביחס לאמות המידה שנקבעו בסעיף 23 לפקודה למתן צו חיפוש בחצרים. בעוד שצו חיפוש בחצרים כפוף ככלל לראיות לכאורה באשר לנחיצותו בלבד, על שופט הדין בבקשה למתן צו חיפוש במחשב מוטלת המלאכה המורכבת לאזן בין זכותו של אדם לפרטיות לבין האינטרס הציבורי שבקידום החקירה.

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

האיזון בין הפגיעה בפרטיותו של הנחקר לבין צרכי החקירה

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

"הצעת חוק המצאה חיפוש ותפיסה" אליה הפניתי לעיל, עשויה לספק מענה לעניין זה, הגם שטרם בשלה לכדי דבר חקיקה מחייב.

בגדר הצעת חוק זו מוצע כי בין השיקולים אשר בית המשפט ישקול במסגרת החלטתו לתת צו חיפוש במחשב, יכללו המטרה שלשמה מתבקש הצו; חומרת העבירה שבגינה מתבקש הצו; סוג המידע המצוי על המחשב; אופי הפעולות המבוקשות; היקף הפגיעה שעשויה להיגרם בפרטיותו או בזכויותיו האחרות של האדם המחזיק במחשב או של אדם אחר; ופעולות החקירה שבוצעו עד למועד ההחלטה בבקשה (סעיף 98 להצעת חוק המצאה, חיפוש ותפיסה).

27. מצאתי טעם רב ברשימת שיקולים אלו, הגם שמדובר ברשימה שאינה ממצה. בפרט, אני סבור כי במסגרת ההחלטה בבקשה למתן צו חיפוש יש להתחשב בפעולות החקירה שבוצעו עד למועד מתן ההחלטה בבקשה, ולטעמי – אף בחוקיותן.

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

28. ראשית, כאשר הבקשה למתן צו חיפוש אשר יכשיר חיפוש נוסף במחשב או בטלפון מבוססת בעיקרה על מידע שהתגלה בחיפוש שבוצע שלא כדין, קיים חשש שמא ממצאי החיפוש שבוצע לפי צו החיפוש לא יהיו קבילים בהליך העיקרי, וממילא נחיצות הצו מוטלת בספק (ראו למשל: עניין בן חיים, בפסקה 35). לעניין זה יש כמובן השלכה מהותית על השאלה אם הפגיעה בפרטיותו של הנחקר כתוצאה ממתן הצו עולה על הנדרש – שאלה שאותה יש לבחון כאמור לפי הוראות סעיף 23א לפקודה (ראו גם: בש"פ 5612/18 גבאי נ' מדינת ישראל, בפסקה 27 להחלטתי (23.8.2018) (להלן: עניין גבאי)).

29. שנית, ככל שקיימת זיקה בין המידע שאותר בחיפוש המוקדם שבוצע שלא כדין לבין צו החיפוש המבוקש, יש במתן הצו כדי להרחיב ולהעמיק את הפגיעה בפרטיותו של בעל המחשב או הטלפון הנייד החכם שנגרמה כתוצאה מהחיפוש המוקדם.

כך, במקרים מסוימים ייתכן כי אלמלא החיפוש המוקדם במחשבו של הנחקר, רשויות החקירה כלל לא היו יכולות לבסס בקשה למתן צו חיפוש – ולא הייתה נגרמת כל פגיעה בפרטיותו. במקרים אלו, הפגיעה המאוחרת בפרטיותו של הנחקר כתוצאה ממתן הצו מהווה המשך ישיר לפגיעה הראשונה שנגרמה מהחיפוש שבוצע שלא כדין.

מתן צו חיפוש בנסיבות כאלה לא יביא לאותה פגיעה "רגילה" שהייתה נגרמת בפרטיותו של הנחקר אילו ניתן צו החיפוש מראש – אלא לפגיעה מתמשכת בפרטיותו, אשר חמורה ועמוקה ביחס למצב הדברים הרגיל.

30. שלישית, במקרים שבהם הבקשה למתן צו חיפוש מבוססת על חיפוש מוקדם שלא היה חוקי, מתעורר חשש כי רשויות החקירה ביצעו מעין "מסע דיג" במכשיר הטלפון הנייד או המחשב של הנחקר, אשר כל מטרתו להשיג פיסת מידע לביסוס הבקשה למתן צו החיפוש.

הנחת המוצא היא כי אל לרשויות החקירה לבצע "מסע דיג" מסוג זה, החותר תחת הוראות הפקודה המורות באופן מפורש כי אין לערוך חיפוש במחשב אלא על-פי צו שיפוטי, וגורר פגיעה נרחבת בזכויותיהם של נחקרים שלא לצורך (ראו והשוו לדברי השופט י' טירקל בבג"ץ 66/81 המפקח הכללי של משטרת ישראל נ' שלום יוסף, פ"ד לה(4) 352, 337 (1981)).

היעתרות לבקשה מבלי להתחשב בעובדה כי קדם לה חיפוש בלתי חוקי עלולה לספק תמריץ מסוים לרשויות החקירה לערוך "מסע דיג" מסוג זה אף אם אין מידע המעיד על צורך ממשי בכך. שהרי אף אם "פירות" החיפוש המוקדם לא יהוו ראייה קבילה, יתכן כי יתר המידע שיימצא בחיפוש המאוחר, שיבוצע על-פי צו החיפוש, יתקבלו ככאלה (לדיון בתמריצי רשויות החקירה להשגת ראייה 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 (עניין יששכרוב, בעמ' 529-530).

דווקא סבלנותו היחסית של המשפט הישראלי לראיות שהושגו שלא כדין במסגרת ההליך העיקרי מחייבת הקפדה על זכויותיהם של נחקרים כבר בשלבי החקירה המוקדמים. האינטרס הציבורי שבמיצוי החקירה אינו חזות הכול – ולהגנה על הזכות לפרטיות של חשודים בביצוע עבירה פלילית ושל גורמים אחרים המעורבים בפרשה או צדדים שלישיים שאין 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 מוקדם שבוצע שלא כדין במחשב או בטלפון הנייד על בקשה למתן צו לחיפוש נוסף בו, באמצעות מבחן דו-שלבי.

בשלב הראשון, יש לבחון אם קיימת זיקה בין המידע שאותר בחיפוש המוקדם והלא חוקי לבין התשתית העובדתית שעל בסיסה מבוקש הצו. 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.

כאשר אין זיקה בין השניים – אין בעצם קיומו של החיפוש המוקדם כדי להשליך על ההחלטה למתן צו החיפוש במחשב.

זאת, מאחר שבמקרים שבהם 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 (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 התבצע במסגרת מעין "מסע דיג" אחר ראייה אשר תצדיק את מתן צו החיפוש, אינם משמעותיים.

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

במקרים אלו, יש להמשיך ולבחון בשלב השני האם קיימים שיקולים מיוחדים המצדיקים את מתן הצו חרף הפגיעה החמורה בפרטיותו של הנחקר, ועל אף החשש כי ממצאי צו החיפוש לא יהוו ראייה קבילה בהליך העיקרי באופן שיפחית מלכתחילה מנחיצותו.

(א) השלב הראשון: בחינת הזיקה בין המידע שאותר בחיפוש אשר בוצע שלא כדין לבין הצו המבוקש

32. לשם בחינת הזיקה בין ממצאי החיפוש שבוצע שלא כדין לבין הצו המבוקש ניתן להיעזר במידע שעל בסיסו נומק הצורך בצו החיפוש. ככל שהבקשה מבוססת על מידע אשר הושג בחיפוש שבוצע שלא כדין – כך הזיקה בין ממצאי החיפוש לבין הצו המבוקש הולכת ומתהדקת.

הנטל לצלוח מבחן זה ולהראות כי הבקשה לקבלת צו החיפוש אינה מבוססת על מידע שהושג בחיפוש המוקדם שבוצע שלא כדין, מוטל על רשויות החקירה המבקשות את מתן הצו. זאת, בשל פערי המידע המשמעותיים עימם הנחקר נאלץ להתמודד בשלב זה של ההליך, ובשים לב לכך שבמקרים רבים הבקשה למתן צו החיפוש תידון במעמד צד אחד.

כך למשל, אם הבקשה מבוססת בעיקרה על תכתובת שנמצאה במכשיר הטלפון הנייד של הנחקר במסגרת חיפוש מוקדם, אולם החוקר לא הספיק לקרוא אותה במלואה, על רשויות החקירה להראות כי עוד בטרם בוצע החיפוש עמדה לרשותם תשתית מספקת למתן צו חיפוש במכשיר.

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

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

33. כאמור, אף אם קיימת זיקה הדוקה בין החיפוש המוקדם והלא חוקי לבין הבקשה למתן צו החיפוש, אין משמעות הדבר בהכרח כי אין להיעתר לבקשה. את הפגיעה בפרטיותו של בעל המכשיר כתוצאה ממתן הצו יש לאזן עם האינטרס הציבורי שבמיצוי החקירה הפלילית.

בכלל זה, יש לשקול את חומרת הפגם שבאופן ביצוע החיפוש המוקדם; את חומרת החשדות בגינם הוגשה הבקשה למתן צו החיפוש; את נחיצות צו החיפוש להמשך החקירה; וכן את זיקתו של בעל המחשב או בעל הטלפון הנייד לחשדות אלו (ראו לעיל בפסקה 26 וסעיף 98 להצעת חוק המצאה, חיפוש ותפיסה. ראו גם: עניין יששכרוב, בעמ' 562-567; בש"פ 998/05 פ"פ ימ"ד נ' מדינת ישראל, בפסקה ו (20.3.2005)).

שיקולים אלו יבוארו להלן.

34. השיקול הראשון הוא חומרת הפגם שבאופן ביצוע החיפוש המוקדם. חומרה זו נבחנת על-פי שני קריטריונים מרכזיים.

הראשון, הוא מידת הכפייה שהתלוותה לחיפוש המוקדם שבוצע שלא כדין. לא דומה מקרה שבו רשויות החקירה נטלו את מכשיר הטלפון הנייד שברשות של מאן שהוא חרף התנגדותו, למקרה שבו הן קיבלו את הסכמתו לכך. במקרים שבהם 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, בפסקה 25). לא כך הדבר כאשר הנחקר התנגד לביצוע חיפוש במכשיר הטלפון הנייד אשר ברשותו.

השני, עניינו בשאלה אם החיפוש המוקדם שבוצע שלא כדין נעשה ביוזמתו העצמאית של חוקר זה או אחר, החורג מהוראות הממונים עליו – או שמא מדובר בביטוי למדיניות ברורה ועקבית של רשויות החקירה. לשון אחר, השאלה היא אם מדובר ב-מדיניות או ב-טעות.

סמכויות החיפוש הנרחבות המוקנות לרשויות החקירה וחוסר הסימטריה ביחס הכוחות בינן לבין הפרט המצוי בחקירה מקנים לרשויות החקירה כוח רב; ואולם אם אין ביכולתן של הרשויות לרסן עצמן בהפעלת כוחן – הרי שעל בית המשפט להגבילן.

ככל שהחלטה על ביצוע חדירה אסורה למחשב או לטלפון הנייד נתקבלה על-ידי גורם רם דרג והחדירה עצמה בוצעה מספר פעמים ובאופן שיטתי, כך גובר החשש כי מדובר במדיניות פסולה של רשויות החקירה לביצוע "מסע דיג" אחר מידע אשר יצדיק מתן צו חיפוש במחשב. מדיניות מסוג זה יש לעקור משורשה, וככל שהחשש לקיומה גובר, כך גם תגבר הנטייה לסרב לבקשה למתן 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 להטות את הכף. במקרים אלו, האינטרס שבהגנה על זכויות הפרט ובהרתעת חוקרי המשטרה מניצול כוחם שלא כדין, יבוא לידי ביטוי בדין הפלילי או המשמעתי תוך מיצוי הדין עם האחראים לכך.

35. השיקול השני, עניינו בחומרת החשדות אשר בבסיס הבקשה למתן צו חיפוש. ככל שחשדות אלו חמורים יותר, כך גובר האינטרס הציבורי שבמיצוי החקירה. מובן כי המחיר 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.

אין משמעות הדבר כי במסגרת חקירה של תיק פשע חמור המטרה מקדשת את האמצעים. אף במקרים אלו פגיעה חמורה וקשה בזכויותיו של נחקר עשויה להשפיע על החלטות בתי המשפט בעניינו במסגרת ההליך הפלילי, ובמסגרת ההחלטה אם ליתן צו חיפוש במחשב או בטלפון נייד בפרט. אולם, ככל שהפגיעה בפרטיותו של אדם כתוצאה

ממתן צו החיפוש המבוקש קלה יותר – ואילו העבירות אשר במוקד החקירה חמורות יותר, בית המשפט ייטה להיעתר לבקשה למתן צו החיפוש.

36. השיקול השלישי בוחן את מידת נחיצות הצו להמשך החקירה והיקף יתר הראיות הלכאוריות בתיק. ככל שהצו אינו הכרחי לשם המשך החקירה ולהגשת כתב אישום, כך אין באינטרס הציבורי שבעצם קיום החקירה כדי לגבור על הפגיעה בפרטיות של בעל המחשב. אף במקרים שבהם האינטרס הציבורי שבעצם קיום החקירה משמעותי על רקע חומרת העבירות, אין לאפשר חיפוש במכשיר הטלפון הנייד או המחשב של הנחקר כאשר הדבר אינו נחוץ.

37. לבסוף, במסגרת השיקול הרביעי, יש לבחון את זיקתו של בעל המחשב או המחזיק בו לחשדות. ככל שאותו אדם מרוחק מהחשדות – כך פוחתת ההצדקה לפגוע בפרטיותו במסגרת הצו.

38. סיכומו של דבר: ככל שמתן צו החיפוש יביא להחרפת הפגיעה בפרטיותו של אדם שנגרמה כתוצאה מהחיפוש הראשון שבוצע שלא כדין; ככל שניכר התרחיש שמא ממצאי החיפוש שיבוצע בהתאם לצו המבוקש לא יהיו קבילים בהליך העיקרי; ככל שהחשש כי החיפוש המוקדם שימש כ"מסע דיג" לאיתור ראיות לכאוריות שיבססו את צו החיפוש המאוחר גובר; ככל שהפגם שבחיפוש המוקדם חמור; וככל שחומרת החשדות, נחיצות הצו, וזיקת בעל המחשב או המחזיק בו לחשדות פחותות – כך יש להעדיף את הזכות לפרטיות על פני האינטרס הציבורי שבמיצוי החקירה ולדחות את הבקשה למתן צו החיפוש – ולהיפך.

איזון מכלול השיקולים באופן זה מבטא באופן הולם את האינטרס הציבורי שבהעמדת עבריינים לדין, תוך הגנה ממשית על זכותו של אדם לפרטיות והקפדה על חוקיות החקירה.

מן הכלל אל הפרט

39. בענייננו, אין חולק כי החיפוש המוקדם במכשירי הטלפון הניידים של המבקשים בוצע ללא צו שיפוטי; וכי אף שניתנה הסכמת המבקשים לעיין במכשיריהם, לא הובהר להם כי ביכולתם לסרב לכך וכי הדבר לא ייזקף לחובתם. בהקשר זה אף יודגש כי חוקרי המשטרה חרגו מהנהלים שהמשטרה קבעה לעצמה, ולא החתימו את המבקשים על טופס "הסכמה מדעת" אשר נועד להבטיח כי הנחקר מסכים לביצוע החיפוש במכשיר הטלפון

הנייד, וכי הוא מודע לזכויותיו ולאפשרות לסרב לחיפוש מבלי שתהיה משמעות ראייתית לחובתו בשל הסירוב.

משכך, אף אם יש מקום לקבוע כי די בהסכמת בעל מכשיר הטלפון הנייד בהתאם לתנאים שנקבעו בעניין בן חיים כדי לבצע בו חיפוש, הרי שאין חולק כי התנאים שנקבעו בעניין בן חיים אינם מתקיימים בענייננו.

המסקנה המתבקשת היא כי החיפוש המוקדם שבוצע במכשירי הטלפון הניידים של המבקשים 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. במקרה דנן, לא הובאו לפניי די נתונים כדי לקבוע מה היא מידת הזיקה בין החיפוש המוקדם שבוצע שלא כדין במכשירי הטלפון הניידים של המבקשים לבין הבקשות למתן הצווים לצורך ביצוע חיפוש נוסף במכשיריהם.

אמנם, בית משפט השלום ציין כי הוא "נוטה" לקבוע שהיה נענה לבקשה למתן צווי החיפוש אף אם לא היה מוצג בפניו החומר שהושג בחיפוש המוקדם. אולם, קביעה זו לא התייחסה באופן פרטני לראיות לכאורה ולנחיצות כל אחד ואחד מהצווים.

זאת ועוד, מדברי נציג המשטרה בדיון בפני בית משפט השלום משתמע לכאורה כי יתכן שהבקשות למתן צווי החיפוש הוגשו בעקבות מידע שאותר בטלפונים הניידים (ראו עמ' 4-5 לפרוטוקול הדיון בבית משפט השלום מיום 30.10.2019).

41. אשר על כן, אני סבור כי מידת הזיקה בין המידע שהושג בחיפוש המוקדם במכשיריהם של המבקשים לבין ראיות לכאורה לנחיצות הצווים טרם הובהרה דיה – ולא ניתן לצלוח את השלב הראשון במבחן הדו-שלבי שקבעתי לעיל.

לנוכח זאת, אין מנוס מהחזרת התיק לבית משפט השלום כדי שיקבע ממצאים בשאלה זו.

42. אם ייקבע כי הבקשות למתן צווי החיפוש מבוססות על מידע שהושג בחיפושם המוקדמים במכשירי הטלפון הניידים של המבקשים, יהא מקום לעבור לשלב השני של המבחן אותו קבעתי בהחלטתי זו, ולאזן בין האינטרסים המתחרים והמנוגדים בהתאם לאמור לעיל.

בנסיבות העניין, אני סבור כי באיזון האמור בין האינטרס הציבורי במיצוי החקירה לבין מניעת הפגיעה בפרטיות המבקשים כתוצאה מהחיפוש שלא כדין – גוברת ידה של האחרונה.

43. הפגם שבביצוע החיפוש המוקדמים במקרה דנן הוא, כאמור, פגם חמור אשר הביא לפגיעה קשה בפרטיותם של המבקשים שלא כדין.

אין להקל ראש בקביעות הערכאות הקודמות לפיהן ההחלטה לערוך חיפוש במכשירי הטלפון הניידים של המבקשים התגבשה עוד בטרם המבקשים התייצבו לחקירתם.

כמו כן, לא ניתן להתעלם מהעובדה כי חוקרי המשטרה חרגו מנוהלי המשטרה פעם אחר פעם בעניינו של כל אחד ואחד מהמבקשים, ולא הבהירו בפניהם כי באפשרותם לסרב לבקשה לעיין במכשיר הטלפון הניידים שברשותם מבלי שתוסקנה מכך מסקנות לחובתם. בכך יש לכל הפחות כדי לבסס חשש כי מדובר בדפוס פעולה חוזר, אשר יש בו כדי להחמיר את הפגם שבחיפוש המוקדם שבוצע ללא צו שיפוטי כדין.

בהקשר זה יצוין כי בניגוד לטענת באת-כוח המשיבה, יש לייחס משקל מועט להסכמת המבקשים לכך שחוקרי המשטרה יעינו במכשירי הטלפון הניידים שלהם כנסיבה שעשויה להצדיק את מתן צו החיפוש. החוקרים ביקשו לעיין במכשירים במהלך חקירה משטרתית, במסגרתה יחסי הכוחות בין הצדדים אינם שווים – וממילא אין בהסכמתם של הנחקרים כדי לבטא את בחירתם הכנה 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 הנייד שברשותו מרכבו בליווי קצין המשטרה – מדגישות את חומרת הפגם ומאיינות לחלוטין את המשקל שיש לייחס להסכמתו.

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

אמנם, אין להשלים עם ניסיונות להשפיע על עדותו של אדם בבית המשפט, ובהליך פלילי בפרט. אף אין חולק כי במקרים שבהם אדם חווה הטרדות אשר כל מטרתן

להדיח את העד מעדותו, על רשויות החקירה לעשות את המוטל עליהן ולהביא את האחראים לכך לדין.

ואולם, יש לתת את הדעת על כך שנסיבות האירוע בגינו הוגשה התלונה אינן מן החמורות. כך, בדיון לפניי הדגישו באי-כוח המבקשים כי העד אשר הוטרד לכאורה ציין כי הוא לא חש מוטרד – ובאת-כוח המשיבה לא חלקה על כך. אף העובדה כי המדובר באירוע חד-פעמי אשר לא כלל עימות חזיתי עם העד, אלא השמעה של הקלטה בסמוך לביתו הקוראת לו לחזור בו מעדותו מפחיתה מחומרת המעשה (ראו והשוו: ע"פ 2849/13 מדינת ישראל נ' טגבה (13.8.2013)).

בטרם סיום: על חשיבותם של הליכי חקירה תקינים

45. לא נעלמה מעיני העובדה כי החלטתי זו אין בה כדי להקל על המשך דרכה של חקירת מעורבותם של המבקשים בחשדות לביצוע עבירה של הטרדת עד. אולם ככל שצווי החיפוש המבוקשים על-ידי המשיבה מבוססים על מידע שהושג בחיפוש מוקדם במכשירי הטלפון הניידים של המבקשים שלא כדין – ייתכן כי לא יהא מנוס מתוצאה זו.

46. האינטרס הציבורי שבמיצוי החקירה ובהעמדת עבריינים לדין הוא שעומד בבסיס ההצדקה להעניק לרשויות החקירה סמכויות נרחבות המביאות לא אחת לפגיעה בפרטיותם ובזכויותיהם האחרות של נחקרים. לסמכויות אלו מגבלות ברורות ונוקשות שאין להקל ראש בהקפדה עליהן, שכן כל תפקידן להבטיח כי הפגיעה בזכויות הנחקרים אינה עולה על הנדרש. הפרת מגבלות אלה על-ידי רשויות החקירה כרוכה במקרים לא מעטים בביצוע עבירות ופעולות אסורות על-פי דין, ומעוררת קושי כפול.

47. ראשית, עצם ביצוע עבירות על-ידי גורמי אכיפת החוק מהווה תופעה פסולה שאין להשלים עימה. המטרה אינה מקדשת את האמצעים, ואין בעצם השאיפה למיצוי החקירה כדי להתיר לחוקרי המשטרה לבצע עבירות האסורות בדין.

על רשויות החקירה להקפיד 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 עוול בעוול.

אל לחוקרי המשטרה להניח כי כל פעולותיהם יזכו להכשר מצד בתי המשפט. באותה מידה, על בתי המשפט מוטלת החובה לדקדק בזכויותיהם של נחקרים ולהבטיח כי בקשות המונחות בפניהם אינן נענות כלאחר יד, אף כאשר מתקבל הרושם כי הן נובעות "מניצול כוח השפעתם השלטונית של המשטרה" (ע"פ 532/71 בחמוצקי נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 543, 553 (1972)).

48. שנית, הליכי חקירה בלתי תקינים עלולים להוביל בסופו של יום לחוסר אמון בתוצאות החקירה – הן מצד בית המשפט הדין בהליך העיקרי והן מצד הציבור. חקירה שאינה מתנהלת בשום שכל זורעת ספקות בליבו של בית המשפט, מקשה עליו לברר את העובדות הדרושות להכרעתו – ופוגמת בהליך הפלילי ובאמון הציבור בו.

49. בהקשר זה, אני סבור כי עמדת המשיבה, לפיה החיפוש המוקדם במכשירי הטלפון הניידים של המבקשים אינו מהווה פגם חמור, אינה נכונה.

על המשיבה להקפיד על זכויותיהם של נחקרים בקלה כבחמורה, ואל לה לאפשר לחוקרים הפועלים מטעמה לדרוש מנחקרים באופן ספונטני לאפשר להם לעיין במכשירי הטלפון הניידים שברשותם מבלי להבהיר בפניהם את זכויותיהם.

הכלל הקבוע בפקודה, לפיו אין לבצע חיפוש אלא על-פי צו שיפוטי, אינו משתמע לשני פנים. אף אם יש מקום לקבוע לכלל זה סייגים מסוימים ברוח הלכת בן חיים, ברי כי עיון במכשירי הטלפון הנייד של נחקר מבלי להבהיר לו את זכויותיו מהווה פגיעה חמורה בזכותו לפרטיות והפרה בוטה של הדין.

50. חזקה על המשיבה כי תבחן לעומק את הנסיבות שהביאו לפגיעה בזכויות המבקשים, תפיק את לקחיה ותמצה את הדין עם האחראים לכך.

יש לקוות כי החלטתי זו תסייע אף בעתיד להבטיח כי רשויות החקירה תקפדנה על זכויותיהם של נחקרים, ותימנענה משימוש לרעה בכוח הרב המוקנה להן.

51. סיכומם של דברים: הערר מתקבל 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 לכאורה לנחיצות הצווים.

בית משפט השלום יקיים דיון נוסף בבקשה במעמד הצדדים, וכן בנוכחות בעלי התפקידים במשטרה אשר לקחו חלק בהחלטה לבצע את החיפוש המוקדם ובהחלטה להגיש את הבקשות למתן צווי החיפוש במכשירי הטלפון הניידים של המבקשים.

אם בית משפט השלום יקבע כי הבקשות לצווי החיפוש אינן מבוססות על החיפושים המוקדמים שבוצעו במכשירי הטלפון הניידים של המבקשים, החלטתו המקורית תיוותר על כנה.

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

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

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

ש פ ט