

בירושלים

קבוע לדיון בפני הרכב מורחב בראשות כב' הנשיאה א' חיות

ביום 24.6.21

המבקשת;

לשכת עורכי הדין

ע"י ב"כ עוה"ד עדי כרמלי
שדרות ירושלים 1, יבנה
טלפון: 08-9955575 פקס: 08-9955574
adi@ac-law.net

בעניין:

וכן ע"י ב"כ עו"ד ערן גולן
מרחוב הירקון 113 תל אביב
טל': 077-2112212 פקס: 03-5161198
Email: egolan@gmail.com

המבקשים;

1. יונתן אוריך

2. עופר גולן

שניהם ע"י ב"כ עוה"ד עמית חדד ו/או נועה מילשטיין
ממשרד חדד רוט שנהר ושות'
טל: 03-5333313; פקס: 03-5333314

3. יוסי שלום

ע"י ב"כ עוה"ד מאיר ארנפלד
מרח' אבא הלל 7, רמת גן
טל: 050-5073552; פקס: 03-6361057

4. ישראל איינהורן

ע"י ב"כ עוה"ד ליאור אפשטיין
ממשרד מאיר- ליאור עורכי דין
דרך מנחם בגין 55, קומה 5, ת"א 67138
טל: 03-5650000; פקס: 03-5650001
-נגד-

המשיבה;

מדינת ישראל

ע"י ב"כ מפרקליטות המדינה- ירושלים
טל: 02-6466715; פקס: 02-6467011

בקשה להצטרפות כידיד בית משפט

בית המשפט הנכבד מתבקש להתיר למבקשת - לשכת עורכי הדין בישראל (להלן: **הלשכה**) - להצטרף
כידיד בית המשפט בדנ"פ 1062/21 על בשי"פ 1758/20 ולהגיש את עמדתה העקרונית בסוגיה ולטעון בפני
בית המשפט הנכבד, וזאת מן הטעמים המפורטים להלן.

ואלו נימוקי הבקשה

א. פתח דבר;

1. בבית המשפט הנכבד קבוע דיון נוסף פלילי בבש"פ 1758/20 **אוריך נ' מדינת ישראל**, בתאריך 24.6.21.
2. הסוגיה המונחת בפני בית משפט נכבד זה היא 'בגלגול שביעי' כאשר המבקשת הצטרפה 'כידידת בית המשפט' במסגרת בש"פ 7917/19 בפני כב' השופט אלרון.
3. לאור החלטת הנשיאה מיום 6.4.21 לפיה על הסניגוריה הציבורית אשר ביקשה להצטרף להליך "כידידת בית המשפט" להגיש עמדה בכתב שלא יותר מ-20 עמודים הרי שהמבקשת 'גזרה' על עצמה בדומה כי עמדתה בכתב לא יעלה מ-20 עמודים.
4. דיון נוסף זה, בהרכב מורחב, מעלה שאלות וסוגיות עקרוניות וחוקתיות המשפיעות על כל אזרח ונחקר במדינה דמוקרטית. ומן הראוי כי בסוגיות אלו ישמע קולה של הלשכה.
5. השאלות שעתידות לקבל הכרעה שיפוטית הינן: (1) האם פעולות בלתי חוקיות שביצעה המשטרה כדי לחדור לטלפונים הניידים של המבקשים, מונעות ממנה לקבל, בדיעבד, צו חיפוש לאותם הטלפונים. (2) מתי יש לבחון את הפגמים שעלו בחיפוש הראשוני הבלתי חוקי- האם בעת הדיון בבקשה להוצאת צו החדירה המאוחר או שמא בשלב מאוחר של ההליך- ככל שיוחלט על הגשת כתב אישום או בהליך עצמו לאחר הגשת כתב האישום. (3) האם ההסכמה של החשוד יכולה לשמש כמקור סמכות לחדירת טל"ס חלף הוצאת צו שיפוטי.
6. לשיטת הלשכה, בתמצית, הכרה בזכות להליך הוגן כזכות חוקתית מחייבת תוצאה משפטית לפיה בנסיבות מתאימות כאשר הרשות פעלה שלא כדין, **במודע ובמקום שיכלה לפעול אחרת ללא שהייתה מניעה אובייקטיבית**, הרי שהיא תהיה מנועה לפנות לאחר מכן לבית המשפט בבקשת סעד כאשר ידיה אינן נקיות. תוצאה זו הינה כעניין שבמדיניות משפטית, על בסיס אמות המידה שנקבעו בהגנה מן הצדק. לשיטת הלשכה במקרים ספורים מיוחדים, חריגים ויוצאי דופן ניתן יהיה לטעון לחריג במניעות זו ואולם הדיון בכך חייב להיערך בתחילת ההליך ולא בסופו.
7. לשיטת הלשכה, בתמצית, **הגנה על טוהר ההליך החקירתי, הליך השיפוטי והגינותו** מחייבת לבחון את הפגמים שעלו בחיפוש הראשוני הבלתי חוקי "כאן ועכשיו". זאת, נוכח מהותו ותפקידו של המותב היושב בדיון המשמש כביקורת שיפוטית על התנהלות היחידה החוקרת. תוצאה זו עולה בקנה אחד עם הגנה על זכויות של חשודים בחקירתם וכן הצורך לחנך ולהרתיע את גורמי החקירה מהפרות של הוראות החוק והנהלים. כמו כן, חקירה "נקיה" תוך שמירה על זכויות חשודים תחסוך זמן שיפוטי בהתדיינות אודות מחדלי חקירה ופגיעה בזכויות חשודים. התרת הסוגיה להליך העיקרי, הינה בבחינת "דרך קצרה" שהיא ארוכה"- קיצור דרך שבסופו של יום יביא להארכתה, לבזבז משאבי הזמן של בית המשפט ומשאביהם של המאשימה. כמו כן, **אחוז גדול מהתיקים אינם מתנהלים ונסגרים בהסדרי טיעון משכך, עלול להיווצר מצב שהפרות מתרחשות תדיר אך בירורן, לאור הסדרי הטיעון, לא יתבררו כלל**. לא פרקטי לנהל שמיעת ראיות מקום שהיחידה החוקרת ביצעה הפרות שעניינן פגיעה קשה בפרטיות, מחיר ניהול הליך הפלילי לא פחות טראומתי עבור הנאשם, ומשפחתו, ולעתים כפי שהשופט סולברג הגדיר זאת בפרשת רפי רותם (המצויה אף היא בדיון נוסף) "ההליך הפלילי מהווה אמצעי שדרכו יכול הנאשם להביט על מעשיו, ולעמוד על חוסר המוסריות הטבוע בהם". הנאשם נתפס כמשתתף

פעיל בהליך העונשני, אשר מקבל את המסר המופנה אליו ומגיב עליו) "נתנאל דגן והדר דנציג-רוזנברג
"גמול רך" (משפט ומחש' 101, 112 תשע"ט)"

8. לשיטת הלשכה, בתמצית, הכרה בזכות להליך הוגן כזכות חוקתית מחייבת כי חדירה למכשיר טל"ס יהיה בהתאם להוראות החוק ולא ניתן לעקוף הוראות החוק בהסכמת הנחקר בהתאם למתווה שנקבע ברע"פ 10141-09 **אברהם בן חיים נ' מדינת ישראל** (להלן: הלכת בן חיים).

9. תחילה נפתח בבקשה לצירוף הלשכה כידידת בית המשפט. לאחר מכן, נעמוד על התשתית העובדתית הצריכה לעניין. בהמשך, נסקור את הפגמים שנפלו במהלך החקירה וקביעותיהן של בתי משפט קמא. נתייחס להתנהלות המשטרה והשלכותיה על זכויות חשודים תוך שתוצג בפרק זה עמדת הלשכה באשר לשתי השאלות הראשונות: אחת, האם פעולות בלתי חוקיות שביצעה המשטרה כדי לחדור לטלפונים הניידים של חשודים, מונעת ממנה לקבל, בדיעבד, צו חיפוש לאותם הטלפונים. שתיים, מתי יש לבחון את הפגמים שעלו בחיפוש הראשונים הבלתי חוקי. אחרי זה נסקור את סמכויות החיפוש בכלל ובפרט החדירה למכשיר הטל"ס. נעמוד על תכונותיו של מכשיר הטל"ס ונבחן את השאלה האם הסכמת הנחקר בהתאם למתווה בן חיים תכשיר חדירה למכשיר הטל"ס ללא צו שיפוטי.

ב. צירוף הלשכה כידידת בית המשפט;

10. ההלכה בישראל הכירה זה מכבר במוסד "ידיד בית המשפט" ובנחיצותו. כך הורו בתי המשפט על צירופם להליך משפטי של גופים ציבוריים בעלי אינטרס רחב בפתרון ההליך והיכרות עם המטריה הנדונה. לגופים אלו האמונים על המטריה העומדת לדיון יכולת לסייע לבית המשפט בגיבוש עמדה והלכה המשקפת נאמנה את מגוון המצבים והבעיות בסוגיה שבפניו.

11. פסק הדין המנחה לענין זה מ"ח 7929/96 **אחמד כוזלי ואח' נ' מדינת ישראל**, פ"ד נג(1), 529, עמ' 555-556 (להלן: "**פרשת כוזלי**"), עמד כבוד הנשיא (בדימוס) א' ברק על מהותו של מוסד "ידיד בית המשפט":
"בצד הכלל העקרוני לפיו בפני בית המשפט מצויים בעלי הדין הנוגעים בסכסוך הספציפי... מצווה בית המשפט הדן בסכסוך ליתן דעתו - במקרים המתאימים לכך - גם להיבטים כוללניים יותר של הסכסוך שבפניו. מטעם זה, מוסמך לעתים בית המשפט לצרף צדדים להליך עצמו מיזמתו שלו, בכדי להכריע בסכסוך באופן יעיל ושלם... כך, מקום בו ישנו גוף ציבורי - שאמנם אינו צד ישיר להליך - אך יש לו אינטרס רחב בפתרון ההליך והיכרות עם המטריה הנדונה, הרי שיינתן לאותו הגוף להשמיע עמדתו בנדון בצד המשיב, לו יש נגיעה אישית או ישירה לעניין... בכך, יינתן ביטוי לאותם הגורמים המייצגים והמומחים, שיש להם עניין בנושא הדיון ויש בידיהם, בה בעת, לסייע לבית המשפט בגיבוש עמדה והלכה המשקפת נאמנה את מגוון המצבים והבעיות שבסוגיה שבפניו."

12. בפרשת כוזלי האמורה אף עמד כב' הנשיא ברק על השיקולים הנוגעים לצירופו של "ידיד בית המשפט" להליך שהם בתמצית: תרומתו הפוטנציאלית, מהות הגוף המבקש להצטרף, מומחיותו, ניסיונו, הייצוג שהוא מעניק, השלב בו הוגשה בקשת ההצטרפות. (עמ' 555).

13. יצוין כי לשכת עורכי הדין הוכרה במספר הליכים כידיד בית המשפט. ראו למשל ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי ואח'.** וכך למשל ממש לאחרונה, 'בגלגול שלישי' בהליך אשר התקיים בפני כב' השופט אלרון במסגרת בש"פ 7917/19 **יונתן אוריך ואח' נגד מדינת ישראל**, ולפני ימים אחדים בעניין היעדר מינוי שר משפטים.

14. לשכת עורכי הדין היא גוף סטטוטורי הפועל מכוח חוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א - 1961 (להלן גם: **"חוק לשכת עורכי הדין"**). למותר לציין כי עוד טרם התיקון משנת 2016 הלשכה אינה מתפקדת רק כאיגוד מקצועי המייצג את ציבור עורכי הדין, אלא **היא מהווה גוף ציבורי הפועל למען הציבור בכללותו בתחום המשפט**. ראו בג"צ 2832/96 יוסף בנאי נ' המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין, עמ' 593-594.

15. החל משנת 2016 קבע המחוקק כי תפקידה הסטטוטורי של הלשכה הוא **"תשקוד על רמתו וטהרו של מקצוע עריכת הדין וכן תפעל למען הגנה על שלטון החוק, זכויות האדם וערכי היסוד של מדינת ישראל"**.

16. הלשכה אף עומדת, כמפורט להלן, במבחנים שנקבעו לעניין זה:

א. מהותה של השאלה העומדת להכרעה- זה למעשה המבחן העיקרי. השאלות העומדות להכרעה (שטרם זכו להכרעה מפורשת בפסיקת בית המשפט העליון) הן בעלות חשיבות כללית החורגת מעניינים הפרטי של הצדדים. כפי שפורט לעיל ולהלן, בין יתר השאלות שעומדות לפתחו של בית המשפט הנכבד, ניצבת שאלה עקרונית משפטית והיא – האם המשטרה זכאית לפנות לבית המשפט בבקשה לקבלת צו חדירה לטל"ס לאחר שהודתה כי חדרה לפני כן שלא כדין (ללא צו שיפוטי ומבלי שניתנה הסכמה מדעת מצד החשודים) לטלפונים הניידים של החשודים ללא כל הצדקה ומבלי שהייתה כל דחיפות להתנהלות זו – הינה שאלה עקרונית, בעלת השלכות רוחב על כלל החשודים והנאשמים, שטרם לובנה על ידי בית המשפט הנכבד והדעות לגביה חלוקות ומאופיינת בשני זרמים שהם 'קיצונים' אחד מן השני.

ב. מהות הגוף המבקש להצטרף- הלשכה היא גוף סטטוטורי, שהמחוקק הורה לו לפעול למען הגנה על שלטון החוק וזכויות אדם. אין עוד גוף במדינת ישראל שאינו גוף השייך למדינה שהמחוקק הטיל עליו חובות אלו בחקיקה ראשית.

ג. מומחיותו של הגוף המבקש להצטרף, ניסיונו והייצוג שהוא מעניק לאינטרס בשמו הוא מצטרף להליך- ללשכה מומחיות וניסיון מובהק בסוגיה הנדונה במסגרת הבקשה.

ד. סוג ההליך והפרוצדורה הנוהגת בו- בקשה לדיון נוסף פלילי, המתנהלת על דרך של שמיעת טענות, הליך מתאים לצירוף גוף ציבורי כדוגמת הלשכה, וזאת במטרה להאיר מנקודת מבט אובייקטיבית את הצדדים העקרוניים של הסכסוך הספציפי.

ה. הצדדים להליך- בענייננו, הצדדים הינם מצד אחד חשודים שלהם אינטרס ספציפי ברור, ומצד שני משטרת ישראל המהווה חלק מן הרשות המבצעת. על אף שייצוגה נעשה על ידי פרקליטות המדינה, הרי שבסופו של דבר קו הטעון מושפע משיקולי הרשות המבצעת. על כן, צירופו של גוף עצמאי ומקצועי, המייצג אינטרס ציבורי אך אינו כפוף לרשות המבצעת, יאפשר נקודת מבט נוספת ויסייע לבית המשפט הנכבד לעשות משפט.

ו. השלב בו הוגשה בקשת ההצטרפות ויעילות ההליך- בקשה זו מוגשת לפני שהחל הדיון בבקשה לדיון נוסף פלילי, והיא מוגבלת להצגת עמדה עקרונית מטעם הלשכה. משכך, אין בהצטרפות הלשכה כל פגיעה ביעילות הדיון.

17. אם כן, אין ספק כי מתקיימים התנאים שנקבעו על ידי הפסיקה להצטרפות של הלשכה להליך כידידת בית המשפט. אין ספק כי לעמדתה של הלשכה יש חשיבות ומשמעות רבה בסוגיות הנבחנות, הן כמייצגת את עורכי הדין והן כמייצגת אינטרס ציבורי והפועלת למען שלטון החוק וזכויות אדם.

ג. התשתית העובדתית;

18. ביום 4.9.19 הגיש עד המדינה, בפרשה שכונתה פרשת 4000, תלונה במשטרה לפיה רכב הגיע בסמיכות לביתו והשמיע קריאות במערכת הכריזה שיחזור מעדותו כמו גם השמעת מילים בגנות התנהלותו. לאחר הגשת התלונה החלה חקירה אשר הובילה למעורבים שונים. במהלך חקירתו של מבקש 2 ובהסכמתו, עיינה החוקרת שאינה חוקרת מחשב מיומנת במכשיר הטל"ס (וידגש, אין מחלוקת שחיפוש במכשיר טל"ס כמוהו חיפוש בחומר מחשב לכל דבר ועניין). כמו כן, כאשר מבקש 2 התייצב לחקירה לא החזיק בידו את מכשיר הטל"ס ולכן התבקש ע"י היחידה החוקרת להביא מרכבו את מכשיר הטל"ס, לשם כך התלווה אליו קצין בכיר. בהמשך, מבקש 2 התנגד להמשך החיפוש והחיפוש הופסק. אולם, צולמו צילומי מסך של המכשיר.

19. בהמשך, נחקר מבקש 4, ובעניינו התבקש חיפוש בהסכמתו במכשיר הטל"ס. כך גם בעניינו של מבקשים 1 ו-3.

20. הגם שהחיפושים נערכו בהסכמת העוררים (ודוק: בניגוד למתווה שנקבע בהלכת בן חיים) נפלו פגמים רבים בהליך החיפוש כפי שיפורטו בפרק הבא.

ד. הפגמים שנפלו במהלך החקירה וקביעותיהן של בתי המשפט - 'שישה גלגולים';

21. בית משפט השלום, קבע בהחלטתו מיום 30.10.19 כי אכן נפלו פגמים בהתנהלות היחידה החוקרת אל מול העוררים. בית משפט קמא סקר את הפגמים והם:

(א) חיפוש ותפיסה של מכשירי הטל"ס ללא צו שיפוטי הוא פגם משמעותי. (ב) חלוף זמן משמעותי מיום הגשת התלונה ליום חקירת העוררים במועד זה היה על היחידה החוקרת לבקש צו שיפוטי שיתיר לה לחדור למכשירי הטל"ס. (ג) הדרישה לבקש מהעורר לחזור על עקבותיו, בליווי שוטר, כדי לחזור עם מכשיר הטל"ס לחקירה מעצימה את הפגם ומלמדת על תכנית חקירה שכוונה מראש לחדירה למכשיר הטל"ס מבלי צו שיפוטי. כאן יובהר, כי החיפוש אשר נערך לא היה חוקי שכן לא הוסבר לו הזכות לסירוב לביצוע החיפוש ושיש לו הזכות לסרב למסור את מכשיר הטל"ס והסירוב לחיפוש לא ייזקף לחובתו. (ד) הסכמת החשודים מבלי שהוסבר להם הזכות להתנגד לחיפוש וכי התנגדות לחיפוש לא תשמש כראיה לחובתם, לאו הסכמה היא. (ו) אופן החיפוש שנעשה במכשירי הטל"ס לא הוגדר לגבי פונקציות החיפוש וגבולותיו. החוקרת, שאינה חוקרת מחשב מיומנת, עיינה בחומרים כאשר החיפוש היה בלתי מאורגן ומאולתר.

22. בית משפט השלום עוד קבע כך:

"היה על היחידה החוקרת להצטייד בצו שיפוטי בטרם ביצוע פעולות החיפוש. בהעדר צו שיפוטי, ולמצער, היה על היחידה החוקרת לקבל מהחשודים הסכמה מדעת, במובנה לפי הלכת בן חיים" (ההדגשות אינן במקור).

23. למול הפגמים, פירט בית משפט השלום את העובדות שיש בהן כדי לתמוך בבקשה להוצאת צו החיפוש בדיעבד והגיע למסקנה כי יש לקבל את בקשת המשיבה להוצאת צו חדירה למכשירי הטל"ס.

24. על החלטה זו הוגש ערר והדיון התקיים בפני בית משפט המחוזי בפני כב' השופט אברהם היימן.

25. בית המשפט המחוזי קבע כי החלטת בית משפט השלום מפורטת ומנומקת היטב. עוד נקבע כי מדובר בהליך חקירה אשר קיים חשד סביר לביצוע העבירה ומכאן התעורר הצורך לבצע פעולות חקירה שונות, בין היתר, חדירה למכשירי הטל"ס. יחד עם זאת, נקבע שחשד שכזה לא מתיר למשטרה לפעול בניגוד לחוק או לדין, וכי על המשטרה להקפיד הקפדה יתירה על זכויות החשודים מה שלא קרה במקרנו.

26. בית משפט המחוזי דחה את הטענה שהוראות חוק הגנת הפרטיות בדבר הסכמה לפגיעה בפרטיות גוברות על הוראותיו הברורות של פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) (נוסח חדש), תשכ"ט-969 (להלן: **הפקודה**); וקבע שהוראות סעיף 23א(ב) לפקודה מיוחדות הן לחיפוש בחומר מחשב. על כן, כך קבע בית המשפט המחוזי, המשטרה הייתה חייבת לפנות לבית המשפט ולקבל צו שיפוטי לפני שחדרה לטלפונים הניידים של המבקשים. עוד נקבע כי למרות שקים טופס שהחותם עליו מסכים מדעת לביצוע החיפוש העוררים לא חתמו עליו, וזאת בניגוד לנוהל של פרקליט המדינה.

27. עוד צין בית המשפט המחוזי כי:

"הסכמה גרידא של חשוד בעיצומה של חקירה פלילית, אינה הסכמה. יחד עם זאת, נראה כי הסכמה מדעת, על פי המתווה שנקבע בהלכת בין חיים היה בא כדי להכשיר את החיפוש" (ההדגשה אינה במקור).

28. לבסוף, בית המשפט המחוזי הפנה לשלב שבו מצוי החקירה וקבע כי בשלב זה אין מדובר בקביעת ממצאים או מסמרות באשר לקבילות הראיות שכן השלב הראוי לבחינה זו הוא בהליך העיקרי תוך הזכרת דנ"פ 5852/10 **מדינת ישראל נ' שמש** (9.1.2012) (להלן: עניין שמש) ולכן דחה את העררים.

29. על החלטה זו הוגשה בקשת רשות ערעור לבית משפט נכבד זה אשר ניתנה הרשות ע"י כב' השופט אלרון (בש"פ 7917/19) והערר התקבל בחלקו.

30. כב' השופט אלרון קבע, בתמצית, כי בנסיבות שבהן קדם לבקשת החדירה חיפוש בלתי חוקי, ידרש בית המשפט לבחון את השלכת אי החוקיות בחיפוש המקדים על בקשת צו החדירה כבר במעמד הדיון בבקשה להוצאת צו. עוד נקבע, מבחן דו שלבי לצורך בחינת השפעת אי החוקיות בחיפוש על בקשת צו החדירה. בשלב הראשון, יבחן בית המשפט אם קיימת זיקה בין המידע שנתגלה בחיפוש המוקדם והבלתי חוקי לבין התשתית העובדתית שבהסתמך עליה הוגשה הבקשה למתן צו חדירה. ככל ומסקנת בית המשפט היא כי קיימת זיקה הרי שעליו להמשיך לשלב השני ולבחון האם חרף הפגיעה בחמורה בפרטיות של הנחקר, קיימים שיקולים מיוחדים המצדיקים את מתן צו החדירה.

31. כב' שופט אלרון קבע כי החיפוש המוקדם שבוצע במכשירי הטלפון הניידים נעשו שלא כדין אולם מאחר שלא הובאו לפניו די נתונים לקבוע מהי מידת הזיקה שבין החיפוש המוקדם, לבין צווי החדירה שנתבקשו, קבע כי יוחזר התיק לבית המשפט השלום לצורך קיום דיון במעמד הצדדים בנוכחות בעלי התפקידים במשטרה אשר לקחו חלק בהחלטה לבצע את החיפוש המוקדם ובהחלטה להגיש את הבקשות למתן צווי החיפוש במכשירי הטלפונים הניידים של המבקשים.

32. בית משפט השלום, במחלקות הפרשנית שנתגלעה בין הצדדים לגבי משמעות מבחן הזיקה דחה את הפרשנות אשר הציעה המשיבה כי לפיה על בחינה להיעשות באופן אובייקטיבי. בית המשפט השלום קבע כי השאלה שיש לבחון הינה כיצד השפיע החיפוש הבלתי חוקי על ההחלטה שקיבלה המשטרה לבקש צווי חדירה. לבסוף, קבע בית משפט השלום, כי ישנו קושי לבחון את הראיות הנקיות במנותק מן

הראיות המזוהמות ולהסתמך עליה בכל הנוגע למבקשים 1, 3 ו-4. אולם הדין שונה באשר למבקש 2 שלגביו ניתן להפריד בין הראיות הנקיות לראיות המזוהמות והגיע למסקנה כי בעניינו הראיות שהוגשו לעיונו מבססות את בקשת המשטרה והורה על הוצאת צו חדירה למכשיר הטל"ס שלו.

33. על החלטה זו הוגשו עררים לבית המשפט המחוזי, מצד שני הצדדים. בית המשפט המחוזי נעתר לערר שהגישה המדינה ודחה את הערר שהגיש מבקש 2. באשר למבחן הזיקה, בית המשפט המחוזי קבע, בניגוד לקביעת בית משפט השלום, כי עסקינן במבחן אובייקטיבי ואינו מחייב בחינה של הלך מחשבה של היחידה החוקרת, מעבר לבחינה ראייתית, מהותית, של החומר עליו מבססת היחידה החוקרת את הבקשות למתן צווי חיפוש. לבסוף, הגיע למסקנה כי המידע הנקי אשר הוצג לעיונו מבססות את ארבע הבקשות לצווי חדירה. בנוגע לערר של מבקש 2, כאמור, הותיר בית המשפט המחוזי את צו החדירה על ענו.

34. על החלטת בית המשפט המחוזי המבקשים הגישו בקשה למתן רשות לערור לבית משפט נכבד זה. מתן רשות ערעור ניתן אך הערר לגבי צווי חדירה נדחה ואולם, נקבעה בדעת רוב, דרך יישום ההלכה מכאן ולהבא בניגוד לדעתו החולקת של כב' השופט קרא.

35. למעשה, בפס"ד הנ"ל הוצגו מספר גישות ולכל גישה טעמים משלה ובהינתן ההנמקות השונות ובינתן דעתו של כב' השופט אלרון הוצע ע"י כב' השופט מלצר למבקשים לעתור לקיום דיון נוסף.

36. בפסק הדין נקבע ע"י כב' השופט סולברג כי על בית המשפט הדין בבקשה למתן צו חדירה, ליתן דעתו על הפעולות הבלתי חוקיות שקדמו להגשת הבקשה, ועל השפעתן עליה, בהתאם למבחני יששכרוב. אם קיים קשר סיבתי בין החיפוש הבלתי חוקי שבוצע לבין התשתית הראייתית שכליה נסמכה המשטרה בבקשתה. מאחר וקשר סיבתי עובדתי ומשפטי לא הוכח בשלב זה באופן מובהק, הרי שלא נדרש להמשיך ולעבור אל המבחנים הנוספים שנקבעו במסגרת הלכת יששכרוב. משכך, כב' השופט סולברג פסק כי יש להותיר את החלטת בית המשפט המחוזי על כנה.

כב' השופט קרא, הצטרף למסקנת השופט סולברג כי יש להותיר על כנה את החלטת בית המשפט המחוזי למתן צווי חדירה. עם זאת, לדעת השופט קרא יש מקום לקבוע כי ככלל מקומן של טענות ביחס לאי חוקיות בגביית ראיות להתברר בהליך העיקרי ובמקרים חריגים ונדירים בלבד יהיה בהן כדי לשמש שיקול בלעדי המצדיק דחיית בקשה למתן צו חיפוש.

כב' השופט מלצר, סבר כי אין מקום להורות על מתן צווי חדירה לטלפונים הניידים. עם זאת, הסכים עם השופט סולברג כי מצב שבו בית המשפט מתבקש להוציא צו חדירה מאוחר על בית המשפט להכריע בנושא מיד עם בקשת צו החדירה המאוחר. אולם, למסקנה זו הגיעה לאור הקריטריונים של הגנה מן הצדק בניגוד לשופט סולברג שהעדיף את מבחני הלכת יששכרוב.

כאמור, לאור העבודה שהתגלו פיצולים נכבדים בהנמקות של כב' ההרכב כמו גם בהחלטתו של כב' השופט אלרון הומלץ למבקשים, ע"י כב' השופט מלצר, למצות זכויותיהם וטענותיהם ולעתור לקיום דיון נוסף. ואכן כך פעלו המבקשים.

א. **חדירה לטלפונים הניידים של המבקשים ללא צו שיפוטי בניגוד להוראת המחוקק וללא כל הצדקה:** היחידה החוקרת חדרה לטל"ס והפיקה מהם ראיות ורק לאחר מכן פנתה לקבלת צו שיפוטי בדיעבד. בעשותה כך, חדרה לטל"ס מבלי שקדמה לכך בקשה מבית המשפט להוצאת צו שיפוטי- כנדרש בחוק.

העובדה כי מדובר בעבירה מיום 29.8.19 והתלונה הוגשה ביום 4.9.19 ואילו המבקשים נחקרו בסוף אוקטובר. מדובר בחלוף זמן משמעותי שבזמן זה לא הייתה מניעה מצד היחידה החוקרת לפנות לבית המשפט בבקשה להוצאת צו שיפוטי כדין.

אם בכך לא די, כאשר מבקש 2 הגיע לחקירה, ועוד בטרם החלה החקירה, הוא התבקש לחזור על עקבותיו, בליווי שוטר, כדי להביא את מכשיר הטל"ס לחקירה. יש בהתנהלות זו להעצים את הפגם. ביצוע פעולה זו מלמדת על הלך רוח החקירה ומודעות של היחידה החוקרת לחזור לטל"ס ללא צו שיפוטי כדין.

המשטרה הייתה יכולה לתפוס את הטלפונים הניידים של המבקשים ולאחר מכן לפנות לבית המשפט בבקשה לקבלת צו חדירה. בכך הייתה המשטרה מאיינת את החשש לשיבוש ולפגיעה בחקירה, ובמקביל פועלת כמצוות המחוקק כפי שרשות סבירה צריכה הייתה להתנהל. **פעולות אלה של המשטרה מנוגדות להוראת חוק ספציפית וברורה - סעיף 23א לפקודה.**

אם כן, אי החוקיות בהתנהלות המשטרה נובעת מהפרה של הוראת חוק המעוגנת בסעיף 23א לפקודה אשר נועדה להגן על זכויותיהם של חשודים. לא מדובר בהפרה טכנית או זניחה. סעיף 23א לפקודה משמיע לנו כי החיפוש יבוצע על ידי חוקר מיומן והחיפוש יערך על פי צו שיפוטי שיגדיר בדיוק את גבולות החיפוש, וזאת כדי להגן על זכויותיהם היסודיות של הנחקרים.

ב. **גם אם ניתן היה להסתפק ב"הסכמה מדעת" בהתאם להלכת בן חיים, בעניינם של המבקשים המשיבה הודתה כי החוקרים לא הסבירו למבקשים שיש להם זכות לסרב לחיפוש בטלפון, ושהסירוב לא ייזקף לחובתם. למעשה, החדירה לטלפונים הניידים של המבקשים נעשה מבלי לקבל את הסכמתם.**

יתרה מזו, בניגוד לנוהל פרקליט המדינה – החוקרים חדרו לטלפונים הניידים של המבקשים מבלי שהחתימו את המבקשים מראש על טופס הסכמה לחדירה לטלפון. בכך יש כדי להעצים את הפגם.

ג. **החיפוש בטלפונים הניידים של המבקשים היה מאולתר ולא ממוקד ובכך פגע פגיעה קשה בזכותם לפרטיות:** החיפוש שנעשה בטל"ס של המבקשים היה כרוך בתיחום שאינו מוגדר לגבי פונקציות החיפוש וגבולותיו. בית משפט השלום קבע שבמהלך החקירה, עיינה החוקרת, שאינה חוקרת מחשב מיומנת, בחומרים ממכשיר הטל"ס כאשר מדובר בחיפוש בלתי מאורגן ומאולתר.

ד. **נערך חיפוש שלא כדין ברכבו של מבקש 2 ואף מבלי שהוסבר לו כי יש לו זכות לסרב לחיפוש ברכבו, וזאת בניגוד להוראות סעיף 26 לפקודה.**

לאחר התנהלות קלוקלת זו מצד היחידה החוקרת אשר עשתה דין לעצמה, פנתה לבית המשפט

בבקשה לסעד

למעשה, "קיצור הדרך" אשר ביקשה לילך בו היחידה החוקרת, בניגוד להוראת חוק מפורשת נהירה וברורה, הביאה לדרך ארוכה וכידוע "הדרך הקצרה לעיתים היא הדרך הארוכה". "קיצור דרך" שבסופו של יום האריך את הדרך והמקרה דנא אך מוכיח זאת.

כמאמר תינוק (ילד) חכם שנשאל על ידי התנא רבי יהושע בן חנניה (בבלי עירובין נ"ג, ב') על פרשת דרכים, באיזה דרך נלך לעיר, והשיב "זו קצרה וארוכה וזו ארוכה וקצרה", קרי, יש דרך הנראית כקצרה והיא במהות ארוכה. ויש להיפך, נראית כארוכה ובמהות קצר ההיא. על כן, ראוי שתאחז היחידה החוקרת בדרך שהיא "ארוכה וקצרה", תתכבד ותוציא בקשה לצו חדירה לטל"ס ותהא זו דרך המלך, ואידך זיל גמור.

התנהלות היחידה החוקרת, גרמה בהתנהלותה "לשבעה גלגולים", התכוננות לדיונים, משאבים שיפוטיים יקרים (משטרה, בית משפט, קלדנית, פרקליטות ועוד) כאשר יש להניח כי אם רק הייתה פועלת על פי החוק הרי שהתנהלות זו הייתה נחסכת, וצו החדירה המיוחל היה מתקבל על פי בקשתה.

ה. התנהלות המשטרה, השלכותיה על זכויות חשודים ועמדת הלשכה;

38. הלשכה ערה להלכה שנקבעה בעניין דנ"פ 5852/10 **מדינת ישראל נ' מאיר שמש** (להלן: הלכת שמש) ואולם לדידה, ישנו שוני מהותי והשוני הוא כי לא סוגית קבילות הראיות על הפרק (סוגיה שעל פי הלכת שמש תתברר לאחר הגשת כתב אישום, אם יוגש) אלא השאלה האם רשות האמונה על אכיפת החוק זכאית לקבל צו שיפוטי לחדירה למכשירי טל"ס לאחר שביצעה חדירה לאותם מכשירי הטל"ס ללא צו שיפוטי, בניגוד לפסיקת בית משפט העליון ולחוק – והכל במודע וללא דחיפות מיוחדת.

39. יצוין כי גם בפרשת שמש הרי נקבעו הדברים הבאים על ידי כב' הנשיאה בייניש בסע' 12 לפסק דינה שעניינם פעילות בלתי חוקית של הרשות החוקרת במהלך החקירה:

"שאלה שעשויה להתעורר בהקשר זה היא מה דינה של ראייה (כגון הודאה) שנוצרה מלכתחילה תוך הפרה ברורה ומובהקת של החוק והאם הפרת החוק שהייתה כרוכה ביצירת הראייה היא בגדר שיקול שבית המשפט נדרש להפעיל כשהוא נותן צו לפי סעיף 43. כיוון שבית המשפט ככלל אינו נותן ידו לעידוד מעשה בלתי חוקי, אפשר שבנסיבות מתאימות יהיה גם על בית המשפט הדין במסגרת הליך לפי סעיף 43 לפקודה להתחשב בכך שהראייה שרשויות החקירה מבקשות כי תימסר להן נוצרה תוך הפרת חוק ברורה ומובהקת; שאלה זו אינה פשוטה, היא טעונה הכרעה בהתאם לאופייה של אי החוקיות ומכלול הנסיבות, ומביאה בחשבון גם את העובדה שדוקטרינת "פירות העץ המורעל" לא אומצה בשיטתנו. אולם איני רואה צורך להכריע בשאלה זו בפרשה שלפנינו **וניתן להותירה לעתיד לבוא.**"

40. בפס"ד שמש השאירה הנשיאה בייניש בצריך עיון מספר חריגים. "זאת, משום שבמקרה דנן הכול מסכימים כי לא נפל פגם בעצם גביית עדויות העובדים על ידי ועדות החקירה הפנימיות של הרכבת והטענה של פגיעה בזכות להליך הוגן מופנית כנגד מסירת עדויות אלה למשטרה ולא כנגד עצם גבייתן." הרי שלא כך במקרה שלפנינו.

41. לשיטת הלשכה, הכרה בזכות להליך הוגן כזכות חוקתית מחייבת תוצאה משפטית לפיה בנסיבות מתאימות כאשר הרשות פעלה שלא כדין, **במודע ובמקום שיכלה לפעול אחרת ללא שהייתה לכך מניעה אובייקטיבית**, הרי שהיא תהיה מנועה לפנות לאחר מכן לבית המשפט בבקשת סעד, שאחרת קיים תמריץ לא מבוטל לרשות החוקרת לפעול בניגוד לחוק במהלך החקירה, כפי שאכן התברר במרוצת העשור שחלף.

42. הזכות להליך הוגן אינה מתמצה בשלב של הגשת כתב אישום. זכותו של אדם להליך הוגן מתחילה מן שלב החקירה. וחקירת משטרה צריכה להתבצע בהתאם להוראות החוק בכפוף לכללים שנקבעו בפסיקה ובנהלים וכן עליה לעלות בקנה אחד עם **נורמות של הוגנות ותום הלב**.

43. עמדת הלשכה הנה שבחלופ עשור להלכת שמש, הרי שדבריו של כב' השופט דנציגר שהיה במיעוט ראויים להישמע מחדש ולהישקל שנית הן על רקע השימוש לרעה שנעשה באותה תקופה והן לאור הפגיעה של אמון הציבור עליו עמד, ובוודאי ובעיקר לאור הנזק לנחקר:

” קביעה נורמטיבית לפיה קמה לנחקר הזכות להגן על תקינות והוגנות ההליך בעניינו רק לאחר הגשת כתב אישום משמעותה הלכה למעשה עיקור מתוכן ממשי של הזכות המהותית להליך הוגן בשלב החקירה המשטרית, זאת נוכח העובדה כי במהלך החקירה המשטרית עלולים להיגרם לנחקר נזקים כבדים ובלתי הפיכים אשר התערבות שיפוטית בדיעבד לא תוכל לפצות על אי מניעתם מראש ובוודאי שלא להשיב את המצב לקדמותו, זאת גם אם בסופו של יום יושיט בית המשפט סעד של פסילת ראייה. יתר על כן, התערבות שיפוטית בדיעבד תוביל לפגיעה באמון הציבור במערכת השיפוטית כמובהר להלן.”

44. יתר על כן, יש לבחון את התנהלות הכוללת של רשויות החקירה לאחר פרשת יששכרוב ופרשת שמש. במבחן הרציונאליות התנהלות הגופים החוקרים היתה אמורה להשתנות לאחר פרשת יששכרוב שם נקבע כלל פסילה חוקתית, שכן נוצרה אפשרות כי ראיות שהושגו שלא כדין ייפסלו בהליך השיפוטי.

45. הנחה רציונאלית באשר להתנהלות רשויות האכיפה לאחר פרשת יששכרוב היתה מניחה כי אלו ינקטו בעקרון הזהירות המונעת (Precautionary Principle) שבנסיבות מסוימות הוא בבחינת הרע במיעוטו, שהרי מוטב להישמר מאשר להצטער (כלל זה מנוסח באנגלית במילים Better safe than sorry) – ראו את דבריו של כב' המשנה לנשיאה ח' מלצר **בבגץ 2109/20 עו"ד שחר בן מאיר נ' ראש הממשלה** ואת האזכורים שם, ביחס להתנהלות לא חוקית שלהן.

46. ואולם, דה פקטו הן בבית משפט זה והן בערכאות הדיוניות לאחר פרשת יששכרוב לא מעט פעמים נשמעה ביקורת חריפה על התנהלות רשויות האכיפה לאחר פרשת יששכרוב, כך שנראה בפועל שהנחת הרציונליות לא מתקיימת ואף לא השימוש בעקרון הזהירות המונעת.

47. כידוע, שלב החקירה המשטרית או כל גוף חקירתי אחר הוא אחד מן השלבים האקוטיים, בו האזרח נמצא מול השלטון, פעמים רבים ללא ידיעה על זכויותיו, או ייצוג. החקירה אינה אלא הליך הכנה למשפט, וכאשר המשטרה פועלת שלא כדין ולא בהתאם לחוק, לפסיקה ולנהלים הרי שיש בכך כדי להטיל צל כבד על הליכי המשפט הבאים בעקבותיה.

48. בענייננו, כאמור, הפגמים שנפלו הם: (א) המשיבה עוד בטרם חקירת המבקשים גיבשה החלטתה לחדור למכשירי הטל"ס. (ב) במעמד החקירה לא היה ליחידה החוקרת צו שיפוטי המתיר לה לחדור למכשירי הטל"ס. (ג) ליחידה החוקרת היה זמן ממושך לגשת לבית משפט השלום בבקשה לצו שיפוטי שיתיר לה לחדור למכשירי הטל"ס. (ד) כאשר המבקש 2 הגיע לחקירה ללא מכשיר הטל"ס הוא התבקש לחזור לעקבותיו, בליווי שוטר, ולהביא עמו את מכשיר הטל"ס. (ה) היחידה החוקרת "השיגה" הסכמה שהתקבלה מבלי להסביר על הסירוב לחיפוש ושהסירוב לא ייזקף לחובה.

49. הלשכה סבורה כי על בית המשפט לדקדק בזכויותיהם של נחקרים, שעל פי רוב, הדיון מתקיים במעמד צד אחד ואין הסנגור בהליך זה משמש להם כפה. גישה זו, מצד אחד, מבכרת הגנה על זכויות של חשודים בחקירתם. מצד השני, מחנכת ומרתיעה את גורמי החקירה מפגיעה בזכויותיהם של נחקרים, שגם אם בסופו של דבר עניינם לא יבשיל לידי כתב אישום, וכאמור לכך יש להוסיף את הניסיון המצטבר בדבר אי הפנמת העקרונות שנקבעו בפרשת יששכרוב והביקורות השיפוטיות לדוגמא במקרים הבאים, **עפ 2868/13 אלישע חייבטוב נ' מדינת ישראל**, תפ"ח 15711-01-17 **מדינת ישראל נ' ג'רושי ות"פ 12876-06-18 מדינת ישראל נגד פלוני**.

50. ניתן אף לצורך העניין להקיש מתחום משפטי אחר והוא דיני המכרזים. בית המשפט הנכבד ככל שחלפו השנים יצר כללי פסילה נוקשים של הצעות במכרז בין היתר על מנת להכווין את התנהלות המציעים – ראו לדוגמא את דבריה של כב' השופטת ברק ארז

20. "נקודת המוצא: הגישה המחמירה לדרישת הערבויות במכרז – נקודת המוצא לדיון במקרה שבפנינו היא אכן גישתה המחמירה של הפסיקה ביחס לפגמים שנפלו בערבויות שצורפו להצעות במכרזים. לפי גישה זו, פגמים בערבות יביאו, על דרך הכלל, לפסילת הצעה שהוגשה במסגרת מכרז, וזאת ללא תלות במהות הפגם או בכוונתו של המציע"

51. בבחירה בין חלופות פרשניות אפשריות לכלל המשפטי כיצד על בית המשפט לנהוג כאשר מובאת בפניו הפרת חוק של היחידה החוקרת בנסיבות האמורות, הלשכה סבורה כי יש להחיל גישה מחמירה, ייתכן שבמרוצת השנים יהיה ניתן לרככה אך כעת זהו צו השעה. ככל שעמדת הלשכה בדבר נוקשות הכוונת התנהגות היחידה החוקרת לא תתקבל, הרי שהלשכה סבורה כי המקודם הגיאומטי לעריכת ביקורת שיפוטית אינו במהלך ההליך העיקרי אלא בנפרד וכהליך מקדים וזאת נוכח הפרת החוק על ידי היחידה החוקרת, ועוצמת הפגיעה בפרטיות של החשוד.

52. כמו כן, טיפול 'כאן ועכשיו' ישתרש היטב אצל היחידה החוקרת מאחר והיא אמונה בשלב זה של ההליך. מקום שהטיפול בהפרות ידחה לשלב ניהול המשפטי, עניין שעלול לקחת חודשים רבים ולפעמים גם למעל משנה, החוקר אשר ביצע את ההפרה לעיתים אינו משמש יותר חוקר באותה יחידה חוקרת ואולי אף סיים תפקידו במשטרת ישראל. למעשה, דחיית בירור ההפרות לשלב מאוחר – כאשר היחידה החוקרת "מחוץ" לתמונה יאבד מן האפקט בבחינת "להכות בברזל שהוא חם", בירור ההפרות לאחר מספר חודשים מקרות התרחשותן עלול להביא להפרות נוספות בין אם שהיחידה החוקרת מודעת להפרות אשר ביצעה, ובין אם לאו.

53. הלשכה סבורה, כי החלטה הדוחה בקשה להוצאת צו חדירה למכשירי הטל"ס לאור התנהלות היחידה החוקרת, כפי שפורט לעיל, **תתמרץ את רשויות החקירה להשקיע משאבים ומאמצים באיתור ראיות**

שהשגתן תיעשה בהתאם לפסיקה ולחוק תוך שמירה על הוגנות החקירה וזכויות חשודים. כך, תדע הרשות כי במהלך חקירת משטרה בית משפט יתן הגנה אופרטיבית מקום שהמשטרה פעלה בניגוד לחוק. בהקשר הזה חשוב לציין, כי עולה מתוך דברי המשיבה עצמה שהגם שיש לחדירה לטלפונים חשיבות מסוימת לחקירה, אין לכך חשיבות מרכזית והיא אינה מפתח "לפיצוח" התיק. כל המבקשים ענו לשאלות החוקרים ושיתפו פעולה עימם, ובפני המשיבה תמונה שלמה ועגולה ביחס לאירועים ולמעורבים. בנסיבות כאלה, סירוב למתן צו לא יפגע פגיעה של ממש בחקירה, אך יעביר מסר חד, ברור וחשוב ביותר לפיו בית המשפט הנכבד לא יתן יד לפגיעה מודעת ומכוונת בזכויות נחקרים, ואף לא להתנהלות לא חוקית של רשויות האכיפה- אותה סוגיה שבית המשפט הנכבד הותיר בצריך עיון כאמור בסעי' 12 לפסקה דינה של הנשיאה ביינוש בדיון הנוסף.

ו. סמכויות החיפוש והדין המצוי לחדירה למכשיר הטל"ס;

54. עניינם של המבקשים מעלה סוגיה עקרונית נוספת שטרם לובנה בפסיקה – סמכותה של המשטרה לערוך חיפוש בטלפון הנייד של נחקר מבלי לקבל מראש צו שיפוטי. לשון אחר, האם ניתן להחיל על חיפוש בטלפון הנייד את העקרונות שקבע בית המשפט הנכבד בהלכת בן חיים לעניין הסכמה מדעת.

55. סמכויות החיפוש בדין הישראלי אינן מסודרות בדבר חקירה אחד. למען הדיון נעמוד בקצרה על סמכויות החיפוש והמקור הנורמטיבי.

56. ככלל, ביצוע חיפוש יעשה באמצעות צו שיפוטי. סעיף 23 לפקודה מסמיך את בית המשפט ליתן צווי חיפוש בהתאם לעילות הקבועות בסעיף.

"צווי חיפוש

23. רשאי שופט ליתן צו לערוך חיפוש בכל בית או מקום (להלן – צו חיפוש) אם –

(1) החיפוש בו נחוץ כדי להבטיח הצגת חפץ לצורך כל חקירה, משפט או הליך אחר ;

(2) יש לשופט יסוד להניח שהוא משמש להחסנתו או למכירתו של חפץ גנוב, או שנשמר בו או מוחסן בו חפץ שנעברה בו או לגביו עבירה, או ששימש, או מתכוונים להשתמש בו, למטרה לא-חוקית ;

(תיקון מס' 4) תש"ס-1980

(3) יש לשופט יסוד להניח שנעברה עבירה או שמתכוונים לעבור עבירה נגד אדם הנמצא בו".

57. המחוקק קבע במפורש כי ישנם סוגי חיפוש שיוכלו להתבצע רק באמצעות צו שיפוטי מבית המשפט :

א. **האחד**, בדיקה גניקולוגית לפי סעיף 4(ו) חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), תשנ"ו-1996 :

"חיפוש פנימי

4. (א) היה לקצין משטרה יסוד סביר לחשוד שבגופו של חשוד נמצאת ראייה להוכחת ביצועה של עבירה מסוג פשע או להוכחת הקשר שבין החשוד לבין ביצוע עבירה כאמור, רשאי הוא להורות שייערך בחשוד חיפוש פנימי אם החשוד נתן את הסכמתו לכך כאמור בסעיף קטן (ה).

(ב) על אף הוראות סעיף קטן (א), ניתן לערוך חיפוש פנימי כהגדרתו בפסקה (1) גם בשל עבירה מסוג עוון.

(ג) קצין משטרה יסביר לחשוד בלשון המובנת לו את מטרת החיפוש הפנימי, סוגו ודרכי עריכתו, וכן יסביר לו את זכותו שלא להסכים לחיפוש, את האפשרות למתן היתר לעריכת החיפוש על ידי בית המשפט ואת המשמעות המשפטית של סירובו כאמור בסעיף 11.

(ד) לא ייערך חיפוש, ולא תוגש בקשה להיתר לעריכת חיפוש לפי סעיף זה, אלא אם כן נתן רופא אישור שאין מניעה בריאותית לערוך את החיפוש; לא יינתן אישור אלא לאחר שהרופא בירר עם החשוד את מצב בריאותו ככל שהדבר נוגע לחיפוש; סירב החשוד להיפגש עם הרופא לקבלת אישור, יסביר לו קצין המשטרה את המשמעות המשפטית של סירובו כאמור בסעיף 11.

(ה) מצא הרופא שאין מניעה בריאותית לעריכת החיפוש הפנימי, יסביר זאת לחשוד וישאל אותו אם הוא מסכים לחיפוש.

(ו) אישור הרופא, שאין מניעה בריאותית לערוך את החיפוש בחשוד, והסכמת החשוד לחיפוש, שניתנו בחתימתם, יהיו אסמכתה לערוך החיפוש לערוך את החיפוש על פי הפירוט שיקבע הרופא באישורו; אולם לא ייערך חיפוש פנימי כהגדרתו בפסקה (5) אלא בהיתר של בית משפט.

ב. השני, חיפוש בחומר מחשב לפי סעיף 23א(ב) לפקודה:

"חדירה לחומר מחשב (תיקון מס' 6) תשנ"ה-1995

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.

(תיקון מס' 12) תשס"ה-2005

(ב) על אף הוראות פרק זה, לא ייערך חיפוש כאמור בסעיף קטן (א), אלא על-פי צו של שופט לפי סעיף 23, המציין במפורש את ההיתר לחדור לחומר מחשב או להפיק פלט, לפי הענין, והמפרט את מטרות החיפוש ותנאיו שייקבעו באופן שלא יפגעו בפרטיותו של אדם מעבר לנדרש.

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

58. ביחס לשני סוגי חיפוש אלה הביע המחוקק את דעתו בצורה ברורה ובהירה – כאשר המשטרה מעוניינת לערוך חיפוש בטלפון הנייד של נחקר (או לבצע בנחקרת בדיקה גניקולוגית), עליה לקבל צו שיפוטי מראש, שיפרט את מטרת החיפוש ותנאיו באופן שיגן על פרטיותם של הנחקרים. בניגוד לסוגי חיפוש אחרים, אליהם נתייחס להלן, ביחס לחדירה לטלפון הנייד המחוקק לא החריג מצבים שבהם ניתן יהיה לבצע את החדירה ללא צו שיפוטי. הנחיית המחוקק מפורשת ודורשת צו שיפוטי בכל מקרה של חדירה לטלפון הנייד. כאשר המחוקק רצה להחריג מקרים מסוימים הוא ידע לעשות כן.

59. ביתר סוגי החיפוש, ישנה עדיפות לביצוע החיפוש באמצעות צו אך המחוקק הכיר בכך שנוכח עבודות המשטרה במקרים דחופים יש צורך לבצע חיפוש מבלי להמתין להוצאתו של צו חיפוש שיפוטי, וזאת בכפוף למספר מגבלות.

60. בעניין זה נקבע על ידי המחוקק שתי סמכויות חיפוש בהיעדר צו והן:

א. חיפוש אגב מעצר, הקבוע בסעיף 22 לפקודה:

"חיפוש בעצור (תיקון מס' 7) תשנ"ו-1996 (תיקון מס' 11) תשס"ה-2005

22. (א) שוטר העוצר אדם, או המקבל עצור או אסיר למשמורתו, רשאי לערוך חיפוש על גופו; בסעיף זה, "חיפוש על גוף האדם" – חיפוש על פני גופו של אדם, בבגדיו או בכליו, שאינו חיפוש חיצוני או פנימי כהגדרתם בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), תשנ"ו-1996.

(ב) אין בהוראות סעיף קטן (א) כדי לגרוע מסמכות חיפוש על פי חוק בגופו של עצור או אסיר.

(ג) דברים שנתפסו בחיפוש לפי סעיף קטן (א) יוחזקו במשמורת, תיערך רשימה של הדברים שנתפסו שתיחתם בידי המחפש ומי שחיפשו על גופו; עותק של הרשימה יימסר למי שחיפשו על גופו".

ב. חיפוש בשל חשד סביר של השוטר, הקבוע בסעיף 25 לפקודה:

"חיפוש שלא על פי צו חיפוש

25. שוטר רשאי, בלא צו חיפוש, להיכנס ולחפש בכל בית או מקום אם –

(1) יש לשוטר יסוד להניח שמבצעים שם פשע, או שפשע בוצע שם זה מקרוב;

(2) תופש הבית או המקום פונה לעזרת המשטרה;

(3) אדם המצוי שם פונה לעזרת המשטרה ויש יסוד להניח שמבוצעת שם עבירה;

(4) השוטר רודף אחרי אדם המתחמק ממעצר או נמלט ממשמורת חוקית".

61. סמכות נוספת ואחרונה היא סמכות המוסדרת בפסיקה והיא חיפוש המבוסס על הסכמה, בהתאם למתווה שנקבע בהלכת בן חיים- כפי שיפורט בהרחבה בהמשך.

62. בענייננו, וכאן העיקר, אין רלוונטיות להסכמת החשוד לצורך חדירה למכשיר טל"ס. ישנו חוק ספציפי המסדיר סוגיה זו. עסקינן באפשרות אחת ויחידה לחדור למכשיר טל"ס רק באמצעות צו שיפוטי. בלעדי צו רשויות החקירה אינן יכולות לבצע חיפוש.

63. אם כן, כיום, האפשרות של המשטרה לחדור למכשיר הטל"ס של הנחקר אינו מסובך. סעיף 23 לפקודה מורה כי צריך לבקש צו חיפוש שיכול לתת שופט ועליו להסיק מהחומר בפניו כי החיפוש במכשיר נחוץ להבטחת חפץ לחקירה או משפט. על בית המשפט לציין במפורש בצו את ההיתר לחדירה ולפרט את מטרות החיפוש ותנאיו באופן שלא ייפגע בפרטיות מעבר לנדרש. החדירה תיערך בידי בעל תפקיד מיומן, בפני שני עדים שאינם שוטרים, אלא אם בית המשפט קבע אחרת.

64. הליך החיפוש כפוף למנגנון בקרה שיפוטי. די בהוכחת "יסוד להניח" במסגרת בקשה לצו חיפוש במחשב. כאמור, לא מדובר בהליך מסובך למדי בקבלת צו שיפוטי. עוד יצוין כי דיני החיפוש במחשבים אינם מוגבלים לרף עבירה מסוים להבדיל, למשל, בצו להאזנת סתר שמוגבל רק לעברות מסוג פשע.
65. ניתן לסכם ולומר כי החוק בולט בהיעדר של סייגים ואין בו חריגים המתירים חדירה למכשיר הטל"ס מבלי צו שיפוטי.

66. המחוקק העניק הגנה רחבה לחומר מחשב ולא בכדי החמיר את הדרישות לחיפוש בו.

ז. חדירה למכשיר הטל"ס בהסכמת הנחקר בהתאם למתווה בן חיים ובלי צו שיפוטי;

67. כזכור, בית משפט השלום ובית משפט המחוזי סברו כי היה על היחידה החוקרת לפנות לבית המשפט לקבלת צו שיפוטי מראש; ורק בלית ברירה קבעו בתי המשפט שניתן היה להסתפק לקבל מהחשודים הסכמה מדעת במובנה לפי הלכת בן חיים (ראו פסקאות 20 ו-27 לעיל).
68. נקדים אחרית לראשית ונציין כי לכך אין להסכים. הנימוקים יובאו מיד ובסמוך. בטרם שנצלול לשאלה האם הסכמת הנחקר בהתאם למתווה בן חיים יאפשר למשטרה לחדור למכשיר הטל"ס נפתח עם תכונותיו של הטלפון החכם – סמארטפון בלעז.
69. כיום, מכשיר הטל"ס אינו רק מכשיר לדיבור אלא אוצר בתוכו חומר רב ואישי של אדם. כפי שהטיב לתאר זאת כב' השופט עמית בע"פ 8627/14 נתן דבראש נ' מדינת ישראל:
- "הסמארטפון הפך זה מכבר לידידו הטוב של האדם. דומה כי לא תהא זו הפרזה לומר כי בטלפון הסלולרי טמון סיפור חייו של האדם בהאידנא, באשר אצורים בתוכו רגעים וזכרונות משמעותיים מחייו של אדם, לצד מידע ופרטים חיוניים לתפקודו היומיומי – תמונות של עצמו ושל יקיריו, כתובות ומספרי טלפון של קרובים ומכרים, יומן, פתקי תזכורות ולוח שנה, ועוד. לא כל אדם מגבה את תוכן המכשיר "בענן" ושחזור הפרטים לעיתים אינו אפשרי ולעיתים כרוך במשאבי זמן וממון."
- "בין אם הדבר רצוי ובין אם לאו, לא ניתן להתכחש למעמד שתפס הסמארטפון בחיי חלקים נכבדים בציבור. כאמור, הסמארטפון משמש גם כמחשב, גם כמצלמה, גם כטלפון ועוד פונקציות רבות, בגינם נתפס המכשיר בעיני רבים ל"צינור" אל העולם שבחוץ, ואף לפלטפורמה באמצעותה אנשים מנהלים מערכות יחסים חברתיות. מכאן הקשר העמוק, לעיתים עד כדי תלות, בין בעל המכשיר לסמארטפון שלו. לא ייפלא כי מחקרים עדכניים מלמדים כי חלקים ניכרים באוכלוסייה סובלים מרמות משתנות של חרדה מאובדן המגע עם הטלפון הסלולארי, מהפחד שלא להיות זמין. התופעה מוכרת כיום כ"נומופוביה" ("No-Mobile-Phone Phobia"), וזכתה כבר לערך ב"ויקיפדיה". גם אם אין הדברים מגיעים כדי פוביה או חרדה כהגדרתם ב-DSM (ספר האבחנות הפסיכיאטריות האמריקאי), יש להכיר בכך שאובדן טלפון סלולארי, על אחת כמה וכמה גניבה של טלפון סלולרי, עשויה לגרום לקורבן תופעות של אי שקט ודחק."
- "הסמארטפון הוא מעין כספת ניידת המכילה תמונות, לעיתים תמונות רגישות, התכתבויות אישיות ומידע פרטי, ולעיתים אף סודי"
- "מרבית המכשירים הסלולריים הנמכרים כיום, הינם "מכשירים חכמים", שמהווים לרוב גם שער כניסה לשלל נכסיו הדיגיטליים של האדם – חשבון דואר אלקטרוני, חשבון פייסבוק ורשתות חברתיות נוספות, אפליקציות עם גישה לחשבון הבנק וכיוצא באלה. ההתקדמות הטכנולוגית מן העת

האחרונה, אף הופכת את המכשיר הסלולארי לאמצעי תשלום המכונה "ארנק דיגיטלי", אשר מחליף בהדרגה את כרטיסי האשראי הקשיחים

70. דבריו הנכוחים של כב' השופט עמית נכתבו לפני מעלה מארבע שנים ונדמה כי הם רלוונטיים עתה יותר מתמיד נוכח קצב ההשתכללות של הסמארטפון, הפיכתו למכונת עיבוד משוכללת במיוחד, היקף היישומונים ואופיים, והגדלת הזיכרון כך שהמידע הנאסף במכשיר ואשר הינו מידע החוסה תחת הגנת הפרטיות הינו רב ומשמעותי.

71. רק נזכיר כי התפתחויות טכנולוגיות אלו מאפשרות גם עבירות מסוג חדש ושימוש לרעה בטלפון החכם [**עפ 5090/18 מדינת ישראל נ' פלוני** מיום 18.11.18 וכן תיקון 10 לחוק למניעת הטרדה מינית] מכאן שיש צורך בפיתוח ההלכה של בית המשפט הנכבד בהתחשב במאפיינים הטכנולוגיים המיוחדים של מכשיר הטלפון החכם, ולאור הסוגיות שנוותרו בצריך עיון בהלכת שמש, ועל רקע הנסיבות העובדתיות בהן ניתנה הלכת בן חיים.

72. **לאורם עלינו לבחון האם הסכמת הנחקר בהתאם למתווה בן חיים תכשיר חיפוש במכשיר הטל"ס של הנחקר ללא צו שיפוטי.**

73. **מדבריהם של בתי המשפט קמא משתמע כי הסכמה על פי המתווה שנקבע בהלכת בן חיים היתה מכשירה את החיפוש (ראו פסקאות 20 ו-27 לעיל). לקביעות יסוד אלה, לא ניתן להסכים.**

74. כב' השופט מלצר השאיר בצריך עיון את הסוגיה ודעתו היא כי היא נוגדת לכאורה את פסקת ההגבלה ומצרך דעתו לדעת המיעוט של השופט דנציגר בהלכת בן חיים- מקום ששאלת ההסכמה כמקור סמכות תיפתח מחדש. **לדעת הלשכה, יש להידרש לשאלה זו אשר טרם הוכרעה על ידי בית משפט נכבד זה.**

75. עמדת הלשכה היא כי חיפוש במכשיר טל"ס ללא צו שיפוטי, בשל תכונותיו, חושף את החשוד לפגיעה משמעותית בזכותו לפרטיות כמו גם לפגיעה בפרטיות של אלה שעמדו עמו בקשר, ועל פי רוב, אין להם נגיעה לחקירה הפלילית אך זכויותיהם עלולות להיפגע.

76. השאלה העקרונית האם רשויות החקירה יכולות לבצע חיפוש המבוסס על הסכמה מדעת של נחקר בלא צו שיפוטי, והאם הסכמה שכזו יכולה להוות תחליף לדרישת סעיף 23א לפקודה לקיומה של עילת חיפוש, **טרם הוכרעה על ידי בית משפט נכבד זה.**

77. בעניין זה ישנן פסיקות סותרות בבתי משפט קמא. כך למשל, בפרשת פלח (ע 78/14 טור' **שניר פלח נ' התובע הצבאי הראשי**) נקבע כי ניתן להתבסס על הסכמה מדעת אף בהיעדר צו שיפוטי. עמדה דומה ניתן בע"פ (מחוזי ת"א) 61187-06-17 **קורס נ' מדינת ישראל**, שם נטען כי לא ניתן לשלול לחלוטין את האפשרות לערוך חיפוש במכשיר הטל"ס מכוח הסכמתו של הנחקר. ואילו בפס"ד סיגאווי (ע 24/15 **רב"ט ס' נ' התובע הצבאי הראשי**) קבע בית הדין הצבאי לערעורים כי לצורך עריכת חיפוש נרחב במכשיר טל"ס, המבוצע במעבדת הרשות החוקרת בלא נוכחות הנחקר, יש צורך בצו שיפוטי מפורש והסכמת החקר אינה יכולה לשמש מקור סמכות לצורך כך.

78. על פס"ד סיגאווי הגישה התביעה הצבאית הראשית בקשת רשות ערעור (רע"פ 9446/16 **התובעת הצבאית הראשית נ' רב"ט ברק סיגאווי** מיום 19.6.17) אולם מטעמים פרוצדוראליים בית המשפט הנכבד נמנע מלדון בסוגיה זו. וזו הייתה החלטה:

1. לא ראינו מקום ליתן רשות ערעור בנושא שלפנינו. בית הדין הצבאי לערעורים קבע כי לא ניתנה הסכמה של המשיב כי יערך חיפוש בטלפון הנייד שלו ועל כן, תהא אשר תהא הכרעתנו, השאלה העקרונית שהונחה בפנינו והיא האם הסכמתו של החשוד מספקת על מנת להסמין חוקרים לערוך חיפוש בטלפון הנייד- שאלה זו תישאר תיאורטית ולא תשפיע על תוצאות ההליך.

2. טענות הצדדים כולם שמורות להם בשאלה ורשמנו בפנינו שהתביעה הצבאית ניסתה להביא הליך זה לפתחו של בית המשפט ובית המשפט לא איפשר זאת מטעמים פרוצדורליים.

3. לא מן המותר להרהר גם בשאלה האם אין זה ראוי להסדיר את הנושא הספציפי בחקיקה.

4. יהא הדבר אשר יהא, לא ראינו מקום לתת רשות ערעור".

79. עמדת הלשכה וללא הרהור כי ראוי להסדיר את הסוגיה בחקיקה עם חזרתה של הכנסת לפעילות ובכוונתה אף להוביל הסדרה של הסוגיה ככל שיתאפשר לה, ואולם עד שהכנסת תחזור לפעילות הרי שהמציאות מקדימה את המחוקק, והסוגיה עולה שוב ושוב בפני בית המשפט הנכבד, ובפני הערכאות הנמוכות בצורה תכופה יותר ונראה כי היא מצריכה הכרעה עקרונית בעניין.

80. כפי שהובהר במהלך החקירה הנגדית בבית משפט השלום, כי לא אחת נוהגים השוטרים או בעלי תפקיד מיחידות חקירה אחרות לחדור למכשירי הטל"ס של נחקרים ללא קבלת צו שיפוטי מראש ולאור עמדת בית משפט קמא כי היה, למצער, לקבל הסכמת הנחקר לחדירה למכשיר הטל"ס, ונוכח פסיקות הסותרות בעניין עתה יש הזדמנות להעמיד את הדברים על דיוקם.

81. על פניו, ובשונה מהמתרחש "בשטח", משטרת ישראל פירשה את לשון החוק כך שלא ניתן לבצע חיפוש בחומר מחשב אלא בצו שיפוטי. ראו בהקשר זה את סעיף 3(ג)(2)(ד) לנוהל תפיסה וחיפוש במחשב מס' 03.300.035, אשר פורסם בפברואר 2014, לפיו "אין לערוך חיפוש בחומר מחשב ללא צו של שופט לפי סעיף 23א(2)(ב)". כמו כן ראו את סעיף 4(ב) לפיו משמעות סעיף 23א "הינה כי תפיסת מחשב, דבר המגלם חומר מחשב וכן חדירה למחשב דינם כחיפוש והם מצריכים צו מפורש מבית המשפט".

82. הלשכה תטען כי גם אם החשוד יתן הסכמתו, בהתאם למתווה של הלכת בן חיים, לחדירה למכשיר הטל"ס מבלי שיש ברשות המשיבה צו שיפוטי כנדרש בחוק, הסכמה של החשוד לא מכשירה את החדירה למכשיר הטל"ס. **להלן הנימוקים העיקריים:**

א. כאמור, החדירה לטלפון הנייד האישי של אדם היא ככל הנראה אחת מהחדירות הקשות והפוגעניות ביותר לפרטיותו של אדם. הטלפון הנייד של האדם הוא הצוהר לכל חייו, רצונותיו וחלומותיו של האדם. בנסיבות אלה הפגיעה בזכות היסוד של האדם לפרטיות, שעוגנה בסעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הינה פגיעה קשה מנשוא והיא לא משתווה לפגיעה בפרטיות שישנה בסוגים אחרים של חיפוש. מכאן גם השוני המהותי בין הוראות החוק המסדירות חיפושים מסוג אחר לבין הוראות החוק המסדירות חיפוש בטלפון הנייד (ראו: סעיף 7(ג) שמתייחס מפורשות לזכותו של הפרט שלא להיות נתון לחיפוש, ומעגנה בזכות בעלת מעמד חוקתי וכחלק מן הזכות לפרטיות; וכן אהרן ברק "כבודו של האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא 271 (1994)).

המלומד הרדוף במאמרו (אסף הרדוף "כשאתה אומר כן, למה אתה מתכוון? על טכנולוגיה אינטימית, אוטונומית החשוד ואופורטוניזם משפטי: חדירה לטלפון נייד ב"הסכמת" החשוד- בעקבות פסקי

הדין פלח וקורס" **הסניגור** 224, 4 (2015)) טוען כי עוצמת הפגיעה בזכותו של אדם לפרטיות כתוצאה מחיפוש במכשיר סלולארי חורגת בהרבה ממידת הפגיעה בזכות לפרטיות כתוצאה מחיפוש בביתו או על גופו. הפשטות בשימוש במכשיר הטל"ס, מעצימה את הפגיעה בפרטיות ואת הקלות שלה, להבדיל למשל, מחיפוש במשרד.

מאפיינו הטכנולוגיים של מכשיר הטל"ס מאפשרים לו לאגור מידע רב יותר מזה אשר יכול להימצא בביתו של החשוד. נפחי הזיכרון של מכשיר הטל"ס עומדים על נפח זיכרון שהיקפו 256 ג'יגהבייט.

חיפוש במכשיר הטל"ס של אדם מהווה פגיעה קשה בזכותו לפרטיותו ובשל אופיו של המידע המצוי במכשירים הסלולאריים, לעיתים המדובר בפגיעה אנושה. כפי שעמד כב' השופט עמית על תכונותיו של מכשיר הטל"ס, כיום, מדובר במידע הנפרש לאורך שנים ארוכות לאחור. מידע זה כולל, כאמור, תמונות, תמונות אינטימיות, מסמכים, מסמכים רפואיים לרבות של בני המשפחה, תכתובות דואר אלקטרוני, מסרונים ותכתובות שונות, מידע אודות היסטוריית הגלישה באינטרנט, מידע אודות כל המקומות בהם היה ועוד.

ב. הנחקר יכול להסכים ולאפשר לשוטר לערוך חיפוש במכשיר הטל"ס אולם השוטר אינו מוסמך לחפש על נחקר שכן, בהתאם לעקרון חוקיות המנהל, למשטרה אסור לעשות כל דבר שהמחוקק לא הסמיך אותה במפורש לעשות. בעניינו המחוקק קבע הסדר חוקי לפיו על המשטרה להוציא צו שיפוטי. המשטרה לא מוסמכת לחרוג מהסמכה זו.

ג. יתרה מזו, הסכמת החשוד במהלך החקירה אינה הסכמה היא נוכח פערי הכוחות בין הנחקר לחוקריו. עוד בעניין זה ראו האם הסכמת הנחקר יכולה להוות מקור סמכות לחיפוש בטלפון הנייד שלו? עדי ריטיגשטיין- אייזנר, **מעשי משפטי**, כרך ח 2016.

ישאל השואל ויקשה ולפי הלכת בן חיים ההסכמה חזקה יותר? לטעמנו התשובה כן ונסביר. עניין בן חיים עוסק במפגש בין שוטר לבין אזרח ברחוב מחוץ לחדר החקירות, כשהאזרח אינו עצור, לעיתים בסביבתו הקרובה, ואף אין כנגדו חשד ברמה גבוהה לשם ביצוע חיפוש שלא בהסכמתו. השוטר מבקש לבצע חיפוש קצר ונדרש להבהיר לאזרח כי נתונה לו הזכות לסרב לחיפוש, וסירוב זה לא ייזקף לחובתו. אם מחליט האזרח לסרב לחיפוש בכך מסתיים המפגש עם השוטר. השוטר אינו יכול לעכבו לחקירה בשל הסירוב לחיפוש, אינו יכול לעצור אותו ואף לכפות עליו את החיפוש.

לעומת זאת, בעניינו עסקין בנחקר המצוי לבדו בחדר החקירות, לא מקומו הטבעי, לא אדם חופשי, מנותק מהעולם, לעיתים בסטטוס של עצור, כשהוא נאלץ להתמודד עם חוקריו ועם חשדות לביצוען של עבירות פליליות ולעיתים חמורות למדי. חרב המאסר שמרחפת מעל ראשו ברורה ומידית. ועכשיו הוא נדרש לבחור אם יוותר על פרטיותו או ישמור עליה בדווקנות, תוך שהוא משים עצמו בסיכון כמי שאינו משתף פעולה עם החקירה.

וכאן העיקר, סירוב הנחקר לביצוע חיפוש במכשיר הטל"ס אינו מביא לסיום המפגש עם החוקר. אלא להיפך, הוא מביא לכדי "התנגשות" עם החוקר.

ד. חשוב מכך, בעניין בן חיים בית המשפט עסק במקרה שלא נקבעה הסדרה מפורשת בחוק. להיפך, במקרה בו עסק עניין בן חיים, המחוקק הכיר בסמכותו של שוטר לבצע חיפוש בהעדר צו שיפוטי, בהתקיים אחת מן העילות הקבועות בחוק. בית המשפט קבע כי כחלופה לסמכותו של השוטר לחפש בכליו של אדם ללא צו שיפוטי, אם התקיימו אחת הנסיבות המנויות בחוק, ניתן להסתפק ב"הסכמה מדעת". ודוק; גם במקרים בהם הפסיקה הכירה ב"הסכמה מדעת" כמקור חוקי לחיפוש, הבהירו בתי המשפט כי מדובר בחריג, וכי תמיד ישנה עדיפות לקבל צו שיפוטי מראש וכי יש לעשות שימוש בסמכויות האחרות רק במצבים שבהם אין ברירה.

בעניינו, כאמור, מדובר בהפעלת סמכות אכיפה שלא ניתן לבצע בהיעדר צו שיפוטי ויש, כאמור, הסדרה מפורשת בחוק. סמכות החיפוש היחידה שזכתה להסדרה דומה היא בדיקה גניקולוגית, המוגדרת כחיפוש פנימי שלא ניתן לבצעו אלא באישור בית המשפט, היעלה על הדעת כי תבוצע בדיקה כזאת מבלי לקבל אישורו של בית המשפט? דוגמה נוספת, כידוע, הארכת מעצר מעבר ל-24 שעות ניתנת ע"י בית משפט השלום היעלה על הדעת כי המשטרה תאריך את מעצרו של חשוד מעבר ל-24 שעות לאור הסכמתו של הנחקר מבלי להביאו לבית המשפט? התשובה ברורה וידועה.

ה. עוד נדגיש כי, לנחקר אין אפשרות לקיים בקרה על פעולותיה של המשטרה, הוא לעולם לא יידע מה הצורך בחדירה לחומר במכשיר הטל"ס, לא יידע מה היקף החיפוש שיאפשר לקיים את דרישת המחוקק לכך שהפגיעה בפרטיות לא תהא מעבר לנדרש וכיו"ב. לכן, בקרה זו נעשית על ידי בית המשפט. בעניין בן חיים החיפוש מוגבל למה שיש לאדם בכיסו כך שהרציונל לבקרה של הנחקר על פעולותיה של המשטרה לא מתקיים במתווה של בן חיים.

ד"ר שרון אהרונזון גולדנברג מדגישה במאמרה כי התניית הליך החיפוש בבקשה משפטית ולהתנייתו בקבלת צו שיפוטי יאפשר בקרה אובייקטיבית של הצורך לחדור למרחבו הווירטואלי של הפרט ושל היקף החיפוש, אשר תהווה מחסום חיוני בפני חיפושים נמהרים ומיותרים (שרון אהרונזון-גולדנברג "חדירה למערכות מחשב – היקפה הרצוי והמצוי של העברה" ספר דייויד וינר – על משפט פלילי ואתיקה 429 (2009)).

אם כן, וויתור על צו שיפוטי מטעמי חקירה עלול, כפי שציננה המלומדת ד"ר אהרונזון, להביא לחיפושים מיותרים ולא תמיד בהתאם לצורך.

ו. שיקול נוסף הינו קלות החלופה, אליה התייחס גם המלומד אסף הרדוף במאמרו. כלומר, הקלות שבה יכולות רשויות החקירה להצטייד בצו שיפוטי לשם ביצוע חיפוש במכשיר הטל"ס, לעומת הסיטואציה בפרשת בן חיים. בפרשת בן חיים, סיטואציה דחופה שבה השוטר בשטח נדרש בשניות להפעיל שיקול דעת ולקבוע האם אדם שעומד מולו עומד בתנאי החיפוש שבחוק. לעומת זאת, בעניינו, אין כל דחיפות. לגורמי החקירה הסמכות לתפוס את מכשיר הטל"ס. מרגע שמכשיר הטל"ס נתפס על ידי הרשויות החקירה, הנחקר אינו יכול לעשות שימוש במכשיר ואין כל חשש לשיבוש או לפגיעה בחקירה. למשטרה יש שהות מספקת לפנות לבית המשפט לצורך קבלת צו חדירה שיפוטי.

היעדר דחיפות שבביצוע חיפוש בחומר מחשב הייתה אחת ההנמקות המרכזיות שהובילו להוספת הדרישה לצו חיפוש לסעיף 23א לפקודה. ראו את דבריו של חבר הכנסת מרידור בדיון בנושא חוק המחשבים בועדת החוקה חוק ומשפט, ביום 3.7.1995.

"אפשר לתפוס את המחשב ואף אחד לא יוכל כבר לשנות שום דבר, ואין דחיפות לחפש בתוך המחשב בלי צו של שופט. אין בזה דחיפות כמו שתופסים עברייני שזה עתה ביצע עבירה והוא בורח. אפשר לסבור את חדר המחשב או את הבנין, ולא לחדור למחשב בלי צו של שופט. בצו השופט צריך לציין במפורש את ההיתר לחדור לחומר מחשב, את תנאי החיפוש ומטרותיו."

בענייננו כאמור, המשיבה הודתה בבית משפט השלום שלא הייתה כל דחיפות בחדירה לטלפונים ולמעשה בכל הערכאות לא העניקה המשיבה הצדקה אחת לכך שחדרה לטלפונים הניידים של המבקשים מבלי לקבל צו מראש (לא דחיפות, לא חשש לשיבוש, לא פגיעה בחקירה ולא בכלל).

ז. כאשר החיפוש נעשה על ידי שוטר רגיל ולא באמצעות חוקר מיומן ועל פי רוב מכשירי הטל"ס יכולים להיות עם סיסמאות הדורשות פיצוח ובהינתן שהמידע המצוי במכשיר הטל"ס עשוי לאחסן מידע אישי רגיש הנפרש לאורך שנים, ישנו חשש כי מידע זה עלול להינזק במהלך חיפוש בלתי מיומן כאשר השוטר ינסה לפצח את הסיסמא. בצו כתוב במפורש כי החיפוש יהיה על ידי חוקר מיומן וזה משמש כהערת אזהרה כל פעם מחדש.

83. לאור כל המקובץ לעיל, הלשכה סבורה כי לא ניתן להחיל את המתווה שנקבע בהלכת בן חיים ולהסתפק ב"הסכמה מדעת" כמקור סמכות לחדירה לטלפונים הניידים, ועל המשטרה בטרם חדירה למכשיר הטל"ס להוציא צו שיפוטי כנדרש בחוק, ולא להשיג מהנחקר, במהלך החקירה, את הסכמתו לחיפוש במכשיר הטל"ס.

ח. לסיכום:

84. עסקינן בפרשה אשר מעוררת שאלות משפטיות נכבדות ובעלות חשיבות עקרונית, החורגות מעניינם הפרטי של הצדדים, בית משפט נכבד זה טרם דן בסוגיות אלה הותיר אותן לאורך השנים בצריך עיון, ישנן פסיקות סותרות של בתי משפט קמא ומשכך מתבקש בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע כללים ברורים באשר ליכולת היחידה החוקרת לחדור לטלפון הסלולרי של נחקר ללא צו שיפוטי ועל התוצאות של התנהלות מעין זו בשימת לב להתפתחויות הטכנולוגיות ולדבריהם של כב' הנשיאה דאז בייניש וכב' השופט דנציגר בדיון הנוסף בעניין שמש וכב' השופט מלצר.

85. בנסיבות אלה, בית המשפט הנכבד יתבקש להתיר ללשכה להצטרף להליך כידיד בית המשפט ולהציג את עמדתה לאור החובה החוקית שהטיל עליה המחוקק בעניין הגנה על שלטון החוק ושמירה על זכויות אדם, ואף בשים לב לכך שהצטרפה להליך בגלגולו הראשון בבית המשפט הנכבד בפני כב' השופט אלרון. המבקשים, וכן הסנגוריה הציבורית הסכימו להצטרפות, המדינה הודיעה כי תגיב לבקשה בהתאם להחלטת בית המשפט ככל שתידרש.

86. יהא זה מן הדין ומן הצדק להיעתר לבקשה.

ערן גולן, ע"ד
ב"ב הלשכה

עדי כרמלי, ע"ד
ב"ב הלשכה

יום חמישי 29 אפריל 2021