

21 בספטמבר 2011

**נייר עמדה בעניין תזכיר חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – המצאה, חיפוש, כניסה ותפיסה), התשע"א-2011**

עו"ד לילה מרגלית ועו"ד אן סוצ'יו

1. אנו מברכים על עצם הניסיון הנעשה בתזכיר לקבוע הוראות מפורטות להסדרת סוגיית החיפוש, ההמצאה והתפיסה במדינת ישראל. דווקא לאור פוטנציאל הפגיעה בזכויות האדם, הטמון בסמכויות אלה, קיימת חשיבות רבה להאחדתן וקביעתן בדבר חקיקה קוהרנטי ומסודר. עיון בתזכיר מעלה, כי נעשה בו ניסיון רציני להתמודד עם הזכויות והאינטרסים המתנגשים, תוך קביעת תנאים פרוצידוראליים משמעותיים, שתכליתם להבנות את שיקול דעת המשטרה ובית המשפט ולהבטיח, כי יישקלו השיקולים הרלוונטיים בעת קבלת החלטה על ביצוע חיפוש.

2. יחד עם זאת אנו סבורים, כי חלק מההסדרים הקבועים בתזכיר הנם רחבים מדי, ואינם כוללים את המגבלות הסטטוטוריות, הדרושות כדי למנוע ניצול לרעה ופגיעה קשה מדי בזכות האזרח לפרטיות, ובזכויות אדם אחרות העמדות על הפרק. כמו כן, ישנם מספר הסדרים אשר לשיטתנו הנם פסולים ובלתי חוקתיים בבסיסם, ואשר עלולים לפתוח פתח לרמיסת זכויות הפרט בידי השלטון. בין הנושאים שמטרידים אותנו באופן מיוחד:

א. סמכות רחבה לנקוט צעדי אכיפה פולשניים שונים – לרבות צו המצאה, חיפוש, וחדירה לחומר מחשב – על סמך חשדות כלליים **לביצוע עבירות בעתיד**. אחד העקרונות הבסיסיים ביותר בחברה דמוקרטית הוא העקרון, כי כל אדם הוא בבחינת "סוכן אוטונומי", הזכאי ואף נדרש לקחת אחריות על מעשיו ולקבל החלטות – מוסריות וחוקיות – באופן חופשי. עקרון מהותי נוסף הוא, שרשויות השלטון אינן רשאיות לפלוש לפרטיותו של אדם, אלא אם הוא עצמו – במעשיו האינדיווידואליים – סיפק הצדקה לכך. ניסיונות לנבא התנהגות עתידית, ולנקוט צעדים נגד בני אדם בשל דברים שהם עלולים לעשות בעתיד – חותרים באופן מסוכן תחת עקרונות חשובים אלה ופותרים פתח רחב לפגיעה שרירותית בזכויות האדם. ייתכנו סיטואציות קיצוניות, בהן תהיה הצדקה להתערבות משטרתית טרם תחילת ביצועה של עבירה – אולם הכלל צריך להיות שאין פולשים לפרטיותו של אדם אלא אם קיים חשד, שהוא כבר החל בביצוע הפעילות הבלתי חוקית. ככל שמבקשים לחרוג מכלל זה, יש לכלל הפחות להחיל מבחן, הכולל ארבע אלמנטים חשובים:

○ **מיידיות** – דרישה לחשד, לא רק שאדם עתיד לעבור עבירה, אלא שהוא עומד לבצע בקרוב. דרישה זו חיונית כדי להבטיח, שלא יהיה מדובר בהערכות או בהשערות בעלמא לגבי מעשיו העתידיים של האדם, אלא תגובה אכיפתית למעשה, אשר עומד

להתבצע באופן מיידי. אנו סבורים, ברוח המלצות ועדת לוי, שיש לעמוד על כך שיהיה מדובר בעבירה, העומדת להתבצע "בהקדם".

○ **הסתברות גבוהה.**

○ **סיכון-** הדרישה, כי החשד יהיה לעבירה העלולה לסכן את ביטחון הציבור או ביטחונו של אדם. דרישה זו חשובה כדי להבטיח, כי השימוש באמצעי הקיצוני יישמר למקרים בהם הדבר נדרש למניעת פגיעה קשה באחר.

○ **חומרת העבירה** - לכל אלה היינו מוסיפים דרישה נוספת, שיהיה מדובר **בעבירה מסוג פשע**, שדינה 7 שנות מאסר ומעלה.

ב. סמכות בעייתית ביותר לבצע **חיפוש על גופו של אדם שאינו חשוד**, בין השאר כדי לבדוק "קשר אפשרי לביצוע עבירה". כפי שיפורט להלן, אנו סבורים שמדובר בסמכות בלתי חוקתית, אשר אינה עומדת במבחן המידתיות.

ג. הסמכות לבצע **חיפושים סמויים** בבתייהם של אנשים – מדובר בהסדר פוגעני במיוחד, הנוטל מהאדם כל אפשרות להתגונן מפני פגיעה בלתי מוצדקת בזכויותיו, והמונע מהציבור יכולת מינימאלית לקיים ביקורת אפקטיבית על אופן הפעלת הסמכות. ספק רב בעינינו אם הסדר, המאפשר כניסה סמויה לביתו של אדם, עומד במבחן החוקתיות. בכל מקרה, ככל שמחוקקים הסדר מעין זה, יש לכל הפחות לקבוע חובה ברורה ליידע את האדם בדיעבד על החיפוש שבוצע.

ד. **סמכות מופרזת לחפש על גופו של אדם**, ללא ערובות מספיקות (כגון חובה למלא דו"ח ביחס לכל חיפוש) כדי למנוע שימוש מפלה או שרירותי בסמכות.

ה. **סמכויות מרחיקות לכת לביצוע פעולות שונות בחומר מחשב**, העלולות לכרסם באופן מסוכן בזכות האדם לפרטיות בעידן הדיגיטלי, מבלי להעניק לאזרח את הכלים המינימאליים הדרושים למניעת פגיעה בלתי מוצדקת בזכויותיו.

ו. **העדר קביעתו של כלל פסלות**, אשר יוכל להבטיח, שהאיזונים וההגבלות החשובים, הכתובים על הנייר, יהיו בעלי נפקות מעשית.

להלן הערותינו הפרטניות לסעיפים השונים :

**הגדרת "חפץ הקשור לעבירה" (סעיף 1):**

3. ההגדרה המוצעת בתזכיר הנה רחבה וכללית ביותר. לצד חפץ שנעברה בו עבירה, ההגדרה משתרעת גם על **אפשרות ערטילאית שהחפץ קשור לעבירה עתידית** שיתכן ותתרחש: חפץ ש"ישמש לביצוע עבירה", "יועד לביצועה", "נועד לשמש לשיבוש חקירת אותה עבירה" או "יועד

להיות שכר ביצוע העבירה". הגדרה רחבה זו, בצירוף ההצעה להתיר חיפוש שונים (או הוצאת צווי המצאה) על סמך חשד לביצוע עבירות בעתיד, פותחת פתח לפעולות אכיפה חודרניות, על בסיס השערות לגבי כוונות עתידיות בלבד.

4. נראה, כי ההגדרה המופיעה בתזכיר מאמצת הגדרות, הקיימות בחוקים אחרים העוסקים בחילוט רכוש, כגון חוק מאבק בארגוני פשיעה התשס"ג-2003 ופקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], תשל"ג-1973. אלא שבעוד חילוט הרכוש מתרחש, ככלל, **לאחר ההרשעה**, בענייננו אומצה הגדרה רחבה וכללית שנועדה לשמש לביצוע פעולות אכיפה מגוונות אף בשלב החשד (או על פי סעיף 16, למשל, אף בשלב שלפני גיבושו של חשד סביר).

#### עקרונות (סעיף 2):

5. נוסף על העקרונות המנויים בסעיף 2, ראוי לאמץ באופן מפורש גם עקרון שישקף את החובה להשתמש בסמכויות האכיפה באופן שוויוני וללא הפליה על בסיס גזע, דת, לאום, ארץ מוצא ועוד. סמכויות החיפוש הרחבות המוקנות לשוטרים, ובמיוחד הסמכות לחפש על גופו של אדם ללא צו, טומנות בחובן פוטנציאל ממשי לשימוש מוגבר בסמכויות אלה כלפי אוכלוסיות הנתפסות בעיניהם הסובייקטיביות כ"בעייתיות". כפי שיפורט בהמשך, הניסיון בעולם אף מוכיח כי חשש זה אכן מתממש ובפועל, השימוש בסמכות החיפוש מתבצע באופן מפלה. על כן חשוב במיוחד לקבוע עקרון מפורש האוסר הפליה על הפעלת סמכות החיפוש.

#### צו המצאה (סעיף 5):

6. התזכיר מרחיב באופן ניכר את השימוש האפשרי בצווי המצאה במסגרת ההליך הפלילי. בדו"ח ועדת לוי מוסבר כי "צו הצגה הינו חידוש חשוב בהצעה זו, מפני שבעבר לא היתה קיימת סמכות מפורשת המסמיכה את בית המשפט לצוות על אדם הנתון להליך חקירה פלילית להתייצב בתחנת משטרה על מנת להמציא מסמכים או חפצים. העדר סמכות זו הביא את המשטרה לבקש צו חיפוש כאשר ניתן היה להסתפק בצו הצגה". הרחבת סמכות השימוש בצווי המצאה נועדה, אם כן, להפחית את הפגיעה בפרטיות הטמונה בחיפוש בצו והיא נועדה להוות תחליף לחיפוש במקרים מסוימים. גם סעיף 21(ב) לתזכיר משקף מטרה זו בקובעו, כי על בית המשפט להעדיף מתן צו המצאה במקום צו חיפוש במקרים בהם המקום נמצא בחזקתו של אדם שאינו חשוד.

7. למרות היתרון הטמון בשימוש בצו המצאה במקום צו חיפוש לאור הפגיעה הפחותה בזכות הפרטיות, לשימוש בצו המצאה יש פוטנציאל לפגיעה מסוג אחר בזכויות הפרט, שכן הוא מטיל על האזרח נטל יוצא דופן, לסייע למשטרה באיסוף ראיות באופן אקטיבי, וזאת אף במקרים שבהם הוא עצמו היעד של החקירה. אין עוררין על כך שלאזרח יש חובה להימנע מהפרעה למשטרה בעת ביצוע תפקידה – ובנסיבות מסוימות אף לשתף איתה פעולה – אולם התזכיר מבקש להטיל חובה נרחבת על הפרט לקחת חלק אקטיבי בעבודת המשטרה. לשימוש נרחב בצווי המצאה יש פוטנציאל פגיעה בזכות להימנע מהפללה עצמית ובזכותו של אדם להיעזב לנפשו, והוא פותח פתח לביצוע מסעי דיג פוגעניים אחר ראיות.

8. לאור פוטנציאל הפגיעה הטמון בהליך ההמצאה, הפסיקה התייחסה להמצאה כהליך ייחודי השמור רק למקרים חריגים שבהם לא ניתן לבצע את החיפוש (רע"פ 8600/03 מדינת ישראל נ' גלעד שרון, פ"ד נח (1) 748, 755 (2003) (להלן - "עניין גלעד שרון")). הפסיקה קבעה כי צו המצאה נועד להחליף את סמכות החיפוש והתפיסה אך ורק במקרים הנדירים שבהם חיפוש אינו ההליך המתאים והיעיל לגילוי ותפיסה של חפץ. בפסיקה נקבע כי:

**ככלל, דרך המלך העומדת למשטרה להתחקות אחר מסמכים המצויים ברשותו של אדם היא הדרך של הפעלת סמכויות "חיפוש ותפיסה".** דרך זו היא הקצרה והאפקטיבית ביותר (ראו למשל בעניין גלעד שרון, בעמ' 767). יחד עם זאת, במקרים מסוימים, שבהם חיפוש אינו אפשרי או אינו אפקטיבי, נדרשת המשטרה לעשות שימוש בסעיף 43 לפקודה.

רע"פ 851/09 מאיר שמש נ' מדינת ישראל (22.7.2010).

9. לאור האמור לעיל, ההתייחסות להמצאה רק כאמצעי שפגיעתו פחותה, אשר עשוי לחסוך את הצורך בביצוע חיפוש חודרני, אינה לוקחת בחשבון את פוטנציאל הפגיעה הייחודי הטמון בו ביחס לזכויות האחרות. בשל פוטנציאל זה, קיימת חשיבות גם בהקשר זה לייצר סעיף צר ומידתי, הכולל ערובות משמעותיות מפני שימוש לרעה.

10. השילוב הקיים בסעיף 5 לתזכיר בין החלת הסמכות להוציא צו המצאה על מגוון רחב של עבירות עתידיות לבין ההגדרה הגורפת של "חפץ הקשור לעבירה" כמפורט לעיל, עלול לאפשר שימוש מופרז בכלי זה לביצוע "מסעי דיג" בלתי ממוקדים. בהקשר זה לא ברורה לנו כיצד התנאי הקבוע בסיפא של הסעיף, שהחפץ יהיה דרוש לאחת המטרות הכלליות המנויות בסעיף, עשוי להטיל מגבלה מהותית כלשהי על השימוש באמצעי.

11. מהטעמים המפורטים לעיל, אנו סבורים שיש להגביל את תחולת הסעיף על עבירות עתידיות בהתאם למבחנים שהצענו: מיידיות, הסתברות גבוהה, סיכון וחומרה. כמו כן, נראה לנו חשוב להבטיח, כי צו המצאה יינתן רק במסגרת חקירה שמתנהלת – ולא ברור לנו אם די בדרישה לקיומו של חשד סביר להבטחת תנאי זה (השוו: סעיף 16(2) לתזכיר).

#### **השגה על צו המצאה (סעיף 11):**

12. קיימת חשיבות רבה להבהיר בתזכיר, כי **סמכות ההמצאה כפופה לחסיון מפני הפללה עצמית**. בית המשפט העליון קבע, כי זכות השתיקה אינה חלה ביחס לחובה לשתף פעולה עם צו להמצאת מסמכים או חפצים, אולם עומדת לאדם זכות **החסיון מפני הפללה עצמית** ואין הוא נדרש למסור חפצים או מסמכים שיש בהם כדי לגרום להפללה עצמית שלו מכוח סעיפים 52 ו-47 לפקודת הראיות (רע"פ 4574/99 מדינת ישראל נ' לגזאל, פ"ד נד(2) 289, 294 (2000); עניין גלעד שרון).

13. בית המשפט קבע עוד, כי בכל מקרה שהאדם שאליו מופנה צו המצאה מעלה טענת חסיון מפני הפללה עצמית, בית המשפט הוא זה שיבחן את הטענה:

במקרה כזה על בית־המשפט לבחון את המסמכים בשני שלבים: ראשית, עליו לבחון את התקיימותו של חשש להפללה עצמית בכל אחד ואחד מן המסמכים אשר נדרש החשוד להמציא על־פי הצו. מסמכים אשר לגביהם אין קיים חשש כאמור – יחויב החשוד למוסרם. לגבי מסמכים שחשד כזה קיים לגביהם מתקיים השלב השני. בשלב הזה על בית־המשפט לשקול אם ראוי בנסיבות העניין להעניק לחשוד "חיסיון שימוש" כך שיוסר מעל מסמכים מסוימים החיסיון מפני הפללה עצמית, אך יובטח לחשוד כי מסמכים אלה לא ישמשו כראיה נגדו בהליכים משפטיים בעתיד. (עניין גלעד שרון, בעמ' 764-763)

14. למרות האמור לעיל, אין בתזכיר כל התייחסות לזכותו של אדם להתנגד למסירת החפץ בטענה של חיסיון מפני הפללה עצמית ולא מוסדר הליך הפניה לבית המשפט לצורך בירור טענה זו. העדר התייחסות זה בולט במיוחד לאור האזכור המפורש של חיסיון בעל מקצוע בסעיף 11(ג) לתזכיר כעילת השגה על הצו. אנו סבורים, ולו למען הסר ספק, כי יש לקבוע מפורשות בתזכיר את עקרון הכפפת הסמכות לחיסיון מפני הפללה עצמית (ולחסינות המקצועיים).
15. כמו כן, יש לקבוע חובת יידוע מפורשת של זכותו של אדם כלפיו מופנה צו ההמצאה להימנע מהפללה עצמית - בדומה לחובת האזהרה המעוגנת בסעיף 28 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה- מעצרים), תשנ"ו-1996 (להלן- "חוק המעצרים").
16. בנוסף, יש לקבוע, במסגרת סעיף 11 לתזכיר, הוראות מיוחדות לעניין הליך ההשגה על צו ההמצאה במקרה של טענת חסיון מפני הפללה עצמית, אשר יוכלו להבטיח כי בית המשפט יוכל לבחון את שאלת הפוטנציאל המפליל הגלום במסמכים או בחפצים, מבלי שהמשטרה תיחשף אליהם.

#### **צו המצאה מנהלי (סעיף 8):**

17. סעיף 8 מסמיך שוטרים לדרוש מאדם להמציא חפץ ללא צו שיפוטי במקרים דחופים "לשם מניעת עבירה מסוג פשע או גילוי מבצעה או לשם הצלת חיי אדם". השימוש בצו המצאה ללא אישור בית משפט, ככלל, אינו ראוי. הפסיקה מדגישה את חשיבות המעורבות של שופט בהוצאת הצו: "הוצאת צווים מכוח סעיף 43 נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט... הוצאת צווים מכוח סעיף זה צריכה להיעשות במקרים נדירים ולא כדבר שבשגרה." (ע"פ 1761/04 גלעד שרון נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(4) 9, 23 (2004)).
18. אכן, במקרים רבים הדין מכיר בכך, שבנסיבות דחופות ניתן לחרוג מדרישת הצו השיפוטי. אולם דווקא בהקשר של צווי המצאה אין זה ברור באילו נסיבות של דחיפות חריגה תהייה עדיפות לשימוש בצו המצאה מנהלי על פני ביצוע חיפוש ללא צו, שהרי סמכות החיפוש במקום ללא צו נועדה בדיוק לאותם מקרים דחופים, שבהם יש צורך למנוע עבירה או לשם הצלת חיי אדם. לא ברור לנו כיצד השימוש בצו המצאה יוכל להוות תחליף לחיפוש באותם מקרים דחופים, בייחוד לאור העובדה שלפי סעיף 11 לתזכיר, גם במקרה של שימוש בצו המצאה מנהלי, שמורה לאדם הזכות להשיג על צו ההמצאה בפני בית משפט ולעכב את ביצוע הצו.

19. סעיף 8(ג) קובע כי ראש אגף החקירות והמודיעין יגיש דו"ח ליועץ המשפטי לממשלה אחת לשלושה חודשים על צווים מנהליים שניתנו. דיווח ליועץ המשפטי הנו אמצעי בקרה חשוב אולם על התזכיר לפרט את הפרטים שיש לכלול בדו"ח כדי להבטיח שיכלול את הפרטים הדרושים לביצוע בקרה מהותית על אופן הפעלת הסמכות. כמו כן, יש לקבוע שפרטי הדו"ח יעמדו לעיון הציבור (כמובן, ללא ציון פרטים מזהים).

#### **חובת סודיות גורפת (סעיף 9):**

20. סעיף 9(ב) קובע חובת סודיות על מי שצו המצאה מכוון אליו (הוראות סעיף 9 מוחלות גם על צווי שמירה או צווי המצאה של חומר מחשב בסעיף 73): "מי שהצו מכוון אליו או מי שנדרש לבצע פעולה לצורך ביצוע הצו **לא יגלה לחשוד או לכל אדם אחר את דבר קיומו של צו המצאה ואת ביצועו**, אלא אם התיר זאת בית המשפט בצו." סעיף 94 קובע כי העובר על הוראות סעיף 9(ב) דינו מאסר שנתיים.

21. ההוראה שבסעיף 9(ב) מטילה נטל בלתי סביר על הפרט והיא מתפרשת על גילוי לכל אדם בכל מקרה. הוראה זו פוגעת באופן קיצוני בחופש הביטוי של הפרט והיא משקפת התערבות בלתי ראויה בחייו הפרטיים. הוראה זו גם עלולה להתפרש כפוגעת בזכותו של האדם להיוועץ עם עורך דין בעניין צו המצאה, כפי שאף נקבע מפורשות בעניין גלעד שרון "קודם מסירת המסמכים על פי דרישה כזו קיימת לחשוד המקבל את הצו הן האפשרות להיוועץ עם סניגור הן האפשרות לפעול לביטול הצו." (עמ' 761).

22. ככל שיש צורך להטיל מגבלות גילוי על אדם שקיבל צו המצאה, יש לקבוע כי ברירת המחדל תהיה הפוכה: במקום בו נדרשת חובת סודיות הנטל יהיה על המשטרה להצדיקה בפני בית המשפט ובהחלטתו יקבע בית המשפט מהו היקף חובת הסודיות (למי בדיוק אסור לגלות את דבר קיומו של הצו).

23. דברי ההסבר מביאים כדוגמה להוראת סודיות דומה את סעיף 5 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה- נתוני תקשורת), תשס"ח-2007 שם נקבע, כי "בעל רשיון בזק או מי מעובדיו לא יגלה למנוי או לכל אדם אחר על העברת נתוני תקשורת לבקשת המשטרה או רשות חוקרת אחרת על פי כל דין, אלא אם כן קבע בית המשפט אחרת." אלא שאין כל דמיון בין חובת סודיות מקצועית המוטלת על בעל רשיון בזק או עובדיו לבין חובה המוטלת על אדם פרטי שלא במסגרת עבודתו, לשמור על סודיות מפני כל אדם אחר, כולל בני משפחתו. בעצם, על פי נוסח הסעיף, אדם שקיבל לידי צו המצאה נדרש לשמור על הדבר בסוד מפני כולי עלמא, אין לו אפשרות להתייעץ באשר לצעדים שרשאי לנקוט ואין הוא רשאי לשתף את הקרובים אליו.

24. בדברי ההסבר נטען כאילו "בהצעת ועדת לוי נקבעה הוראה דומה בנוסח שונה", אלא שאין כל דמיון בין שני הנוסחים. ועדת לוי הציעה לקבוע כי כאשר ניתן צו המצאה "לא ינהג מחזיק החפץ בדרך העלולה לסכל ביצוע הצו".

### השגה על צו המצאה (סעיף 11):

25. על פי סעיף 11(ג) המוצע, "אין בהגשת השגה לפי סעיף זה כדי לדחות את ביצוע הצו על ידי מי שהצו מכוון אליו, אלא אם כן הורה בית משפט מפורשות אחרת, לאחר ששוכנע שלא יהיה בכך כדי לפגוע בחקירה ומנימוקים שירשמו". מבחן זה אינו לוקח בחשבון את הצורך, העשוי להתעורר, לבטל צו המצאה בשל טענת חיסיון – טענה שאמורה לגבור על יעילות החקירה. יש לנסח את הסעיף כך שבמקרה של טענת חיסיון, עצם הגשת ההשגה תביא לדחיית ביצועו. דברים אלה יפים גם לסעיף 13, העוסק בערר על השגה.

### חיפוש על גופו של חשוד (סעיף 15):

26. סעיף 15 לתזכיר מאפשר לשוטר לבצע חיפוש על גופו של אדם, אם הוא "חשוד בביצוע עבירה או שיש יסוד סביר לחשד שהוא עומד לשבש חקירת העבירה שביצע או שקיימת הסתברות גבוהה שהוא עומד לבצע עבירה העלולה לסכן את שלומו או בטחונו של אדם או את שלום הציבור או ביטחון המדינה, ויש חשד סביר שהוא מחזיק או נושא על גופו חפץ הקשור לאותה עבירה או שעל גופו מצוי סימן שיש בו כדי לזהותו או שתיעודו דרוש לצורך חקירת העבירה".

27. בניגוד לחיפוש במקום, חיפוש על גופו של אדם נעשה בדרך כלל באופן ספונטני, על פי שיקול דעתו של השוטר בשטח. פעמים רבות טמון בו מימד מיוחד של השפלה, הן בשל ה-"singling out" הכרוכה בו, והן משום שהוא נעשה לעיני עוברים ושבים. משום כך, אין הוא פוגע רק בזכות הפרטיות, אלא אף בזכות לכבוד. על ההשפלה הקשה והמיוחדת הטמונה בשימוש באמצעי אכיפה כלפי אדם ברשות הרבים התייחס השופט פוגלמן בבג"צ 6824/07 ד"ר עאדל מנאע נ' רשות המסים (20.12.10) ביחס להפעלת סמכויות גבייה מינהלית במחסומי דרכים-בסיטואציה זו מצוי האדם "כשהוא נתון למבטיהם של הנוסעים בכביש, שחלקם מחוג מכריו" (פסקה 21) "חשוף לעיני כל ומצוי בעמדה רגישה ומוחלשת, שבה יכולתו להתגונן פחותה." (פסקה 32).

28. הניסיון בעולם אף מראה, שחיפושים מסוג זה מתבצעים פעמים רבות באופן מפלה, נגד מיעוטים ונגד מי שנתפס בעיני השוטר, באופן סובייקטיבי, כ"אחר". רק לאחרונה, ביום 31.8.11, ניתנה החלטה של בית המשפט הפדראלי המחוזי בניו יורק, הדוחה בקשה לדחייה על הסף של הליך, הטוען לאפליה על רקע גזע ולאום בביצוע חיפוש "Stop and Frisk" בידי משטרת ניו יורק.<sup>1</sup> על פי הנתונים המדאיגים, אשר נכללו בדו"ח מומחה שהוגש לבית המשפט מטעם המרכז לזכויות חוקתיות, בשנים מסוימות שנבדקו, 85% מאלה שעוכבו במסגרת הסמכות היו שחורים או היספאנים, למרות שאלה מהווים רק מעט יותר ממחצית האוכלוסייה.<sup>2</sup> זאת, על אף שסמכות זו כפופה, ברמת העיקרון, לדרישה של חשד סביר. עוד נמצא בדו"ח שפחות מ-6% מהעוכבים הובילו למעצרים ופחות מ-1% הובילו לתפיסת נשק.

<sup>1</sup>ראו: "Judge Declines to Dismiss Case Alleging Racial Profiling by City Police in Street Stops" (31.8.11, New York Times); <http://nyti.ms/nsiguX> – York Times; "The Truth Behind Stop-And-Frisk" (Editorial, 2.9.11, New York Times); <http://nyti.ms/oZpV1P>; להחלטת בית המשפט הפדראלי ראו: <http://bit.ly/qpRxQz>.

<sup>2</sup> לעיון בסיכום דו"ח המומחה של ג'יפרי פייגין, אשר הוגש לבית המשפט מטעם המרכז לזכויות חוקתיות - <http://bit.ly/pyN1In>



29. בדברי ההסבר להצעה נאמר, ש"על פי סעיף 22 לפסד"פ חיפוש על גופו של חשוד יכול להיערך רק אגב מעצר. ברוח המלצות ועדת לוין, מוצע לקבוע סמכות חיפוש על גוף של חשוד, גם אם אינו עצור, על מנת שלא לחייב ביצוע מעצר חשוד לצורך הפעלת סמכות החיפוש, כאשר המעצר עצמו אינו הכרחי". אלא שלא די בחשד לביצוע עבירה כדי להקים עילת מעצר; בנוסף על יסוד זה, נדרשת גם עילת מעצר כגון מסוכנות או חשש לשיבוש הליכי החקירה. לאור האופי הפוגעני של החיפוש על הגוף – על הפגיעה בפרטיות, ההשפלה והסכנה לאפליה הכרוכות בו – אנו סבורים שיש לשקול הכפפת סמכות זו לקיומם של תנאים נוספים, הדומים לאלה המקיימים עילת מעצר.
30. בנוסף, ומבלי לגרוע מהאמור, אנו סבורים שבכל מקרה יש להגביל כל סמכות לחפש על גופו של אדם בשל עבירות "עתידיות", למקרים המיוחדים בהם מתקיימים יסודות המיידיות, ההסתברות, הסיכון והחומרה.
31. לבסוף, גם בהקשר זה ההגדרה הרחבה של "חפץ הקשור לעבירה" עלולה להיות בעייתית. אנו מציעים להגדיר באופן ברור, שהחפץ אחריו מחפשים מהווה ראיה להוכחת ביצוע עבירה או להוכחת הקשר שבין החשוד לבין ביצוע העבירה.

#### **חיפוש על גופו של מי שאינו חשוד לצורך חקירת עבירה (סעיף 16):**

32. התזכיר מעגן סמכות רחבה וגורפת לביצוע חיפוש על גופו של אדם, שאינו חשוד בביצוע עבירה כלשהי. בכך, הוא פותח פתח רחב לשימוש בחיפוש לצורך ביצוע "מסעי דיג" אחר ראיות, תוך פגיעה שרירותית בזכויותיהם של אנשים שאין לגביהם כל חשד.
33. גם בהקשר זה, להגדרה הרחבה של המונח "חפץ הקשור לעבירה" השלכות מרחיקות לכת. כך, ניתן יהיה לחפש על גופו של אדם שאינו חשוד, אם קיים יסוד סביר להניח כי הוא מחזיק חפץ "שישמש לביצוע עבירה" בעתיד, או שיועד לביצוע עבירה. המגבלה היחידה המוטלת על סמכות המשטרה בהקשר זה היא זו המופיעה בסעיף 16(1) – קרי, שלא ניתן להסתפק בנסיבות העניין בדרישת המצאה. סעיף זה עלול, בין השאר, לאפשר פגיעה בכבודם של נפגעי עבירה – העלולים להידרש להבנתנו לעבור חיפוש משפיל בניגוד לרצונם.
34. מדאיגה במיוחד העילה השניה הקבועה בסעיף 16(2), המאפשרת למשטרה לפלוש לפרטיותו של אדם שכלל אינו חשוד ולחפש על גופו, אם "החיפוש נדרש לשם תפיסת חפץ לבדיקת קשר אפשרי של אותו אדם לעבירה הנחקרת". מדובר בסעיף מסוכן ביותר, אשר לפי דעתנו אף אינו צולח את מבחן החוקתיות. הוא מאפשר פגיעה שרירותית בפרטיות האדם, הסותרת באופן מובהק את עקרון המידתיות.
35. בתזכיר נאמר, כי "הוראה דומה מצויה בסעיף 14(א)(2) לחוק החיפוש בגוף והיא נדרשת על מנת לשלול מעורבות של חלק מהחשודים הפוטנציאליים. דבר זה מאפשר להמשיך בחקירה ממוקדת במי שלא נשללה מעורבותו בעבירה." אלא שעיון בסעיף 14 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), תשנ"ו-1996 (להלן – "חוק החיפוש בגוף") מעלה, כי



הסמכות החריגה לערוך חיפוש בגופו של אדם, שאינו חשוד, מותנית שם **בקבלת הסכמה מדעת בכתב**: "לא יערוך שוטר חיפוש לפי הוראות פרק זה אלא לאחר שהסביר לאדם, בלשון המובנת לו, את מטרת החיפוש ואת השימוש שניתן לעשות במה שייתפס בחיפוש, וכן הסביר לו את זכותו שלא להסכים לחיפוש, ואותו אדם נתן את הסכמתו בכתב, לביצוע החיפוש."

36. אין לשיטתנו כל הצדקה לאפשר למשטרה לבצע חיפוש על גופו של אדם, אם הוא כלל אינו חשוד ואין אף יסוד סביר להניח, שהוא נושא עמו חפץ הקשור לעבירה. מהטעמים שיפורטו להלן, בחלק העוסק בחיפוש "בהסכמה", אין בדרישה ל"הסכמה" כדי לרפא את הפגם החמור הטמון בפלישה שרירותית מעין זו לפרטיותו של אדם. אולם, ככל שיוחלט בכל זאת על הותרת הסעיף על קנו, יש לכל הפחות להתנותה בהסכמה מדעת.

37. בהקשר זה נראה, כי התזכיר מבקש "להחזיק את החבל משני קצוותיו" – מצד אחד להימנע מדרישה מפורשת של הסכמה מדעת, ולהימנע מקביעה ברורה, כי אדם שאינו חשוד רשאי לסרב לחיפוש שנועד לבדוק "קשר אפשרי" שלו לביצוע עבירה - אך מצד שני לא לכלול את הסעיף ברשימת המקרים, בהם מוסמכת המשטרה להשתמש בכוח לצורך עריכת החיפוש (סעיף 19 לתזכיר). ברי, שבנסיבות אלה אין מדובר אלא בפיקציה, המבקשת להרוויח מבורותו של האזרח – אשר כלל לא יהיה מודע לחוסר סמכות המשטרה לבצע את החיפוש בכוח, ויצפה לכך שסירובו יוכל לשמש בסיס לצעדים נגדו וכי תהייה לכך נפקות משפטית.

38. בתזכיר נטען עוד, כי הסמכות לבצע חיפוש על גופו של אדם שאינו חשוד, כדי לבדוק קשר אפשרי לביצוע עבירה, נדרשת לצורך ההתמודדות עם הסיטואציה הספציפית, בה ישנו מספר רב של חשודים פוטנציאליים ורצון לשלול מעורבות חלק מהם. ככל שמאמצים סמכות מרחיקת לכת מעין זו, יש לכל הפחות להגדיר בחוק באופן מפורש את סוג המקרים, בהם ניתן יהיה לעשות בה שימוש. בהקשר זה יש לשקול, לצד קביעת עילה ברורה יותר להפעלת הסמכות, הגבלתה גם לעבירות חמורות במיוחד.

#### דו"ח חיפוש על הגוף (סעיף 18(ט)):

39. על פי סעיף 18(ט) המוצע, "נערך חיפוש על גופו של אדם ונתפס דבר בעת החיפוש או נעשה שימוש בכוח יערוך עורך החיפוש דו"ח חיפוש...".

40. לאור הפוטנציאל המיוחד לשימוש לרעה בסמכות זו, כמתואר לעיל, אנו סבורים שיש לחייב מילוי דו"ח בכל מקרה שבו נעשה שימוש בסמכות, ולא רק כאשר נתפס חפץ במהלך החיפוש. מילוי דו"ח חיוני כדי למנוע הפיכת האמצעי לשגרת, וכדי לחייב שוטר המחליט על ביצוע חיפוש לנמק את הבסיס לחשד ולפרט את הנסיבות, אשר הצדיקו את הפגיעה בפרטיות ובכבוד. הנמקה עשויה להוות בהקשר זה הן אמצעי חשוב למניעת אפליה בהפעלת הסמכות והן כלי חיוני לקיומה של ביקורת בדיעבד על חוקיות החיפוש הספציפי ועל אופן השימוש באמצעי באופן כללי. עצם הצורך לנסח את מהות החשד במלים עשוי להוות ערובה חשובה כדי להבטיח שאכן יהיה מדובר

בחדש קונקרטי ולא בתחושה בעלמא. על החשיבות של חובת ההנמקה כחלק מהליך מינהלי תקין של קבלת החלטות, ראוי להביא את דבריו של יצחק זמיר בספרו **הסמכות המנהלית** :

ראשית, ההנמקה דורשת מחשבה סדורה והגיונית. לפיכך הצורך לנמק מוביל לביקורת עצמית של המחליט. **ביקורת כזאת, אגב ההנמקה, מקטינה את החשש מפני החלטות שרירותיות או שגויות.** שנית, הנמקה המתלווה להחלטה, ונשאת בתיק המינהלי, מאפשרת לרשות המינהלית לבדוק את עצמה לאחר מעשה, לפי הצורך, כדי להבטיח עקביות ואחידות בהפעלת הסמכות. שלישית, ההנמקה המצויה בתיק מסייעת גם לממונים על הרשות המינהלית לקיים **ביקורת על הרשות.**

יצחק זמיר, **הסמכות המנהלית**, עמ' 897 (תשנ"ו) (ההדגשה הוספה)

41. על פי סעיף 46(א) לתזכיר, עורך חיפוש במקום אמור לרשום דוח בכתב אף אם לא תפס דבר במהלך החיפוש. על פי דברי ההסבר לסעיף, קביעה זו מתבססת על אחת מהמלצותיה של ועדת לוי, ליצור הסדר מדוקדק של עריכת דוח החיפוש. אותו ההגיון מחייב, אולי אף ביתר שאת, החלת חובת התייעוד הממשי על כל מקרה של חיפוש ספונטני על הגוף בידי שוטר בשטח, בשל חשד לביצוע עבירה.

42. נראה, כי הגבלת הדרישה למלא דו"ח רק לאותם מקרים, בהם נתפס חפץ במהלך החיפוש או נעשה שימוש בכוח משקפת תפיסה שגויה, לפיה חיפוש אשר אינו מעלה ממצאים מפלילים, או אשר אינו נעשה תוך שימוש בכוח, אינו נושא עמו פגיעה משמעותית.

43. יודגש, כי בדו"ח ועדת לוי הוצע להחיל את חובת התייעוד על כל סוגי החיפושים ללא קשר לשאלה אם נתפס דבר במהלך החיפוש או אם נעשה שימוש בכח. בדו"ח הועדה נקבע כי "אחת המגמות הברורות של ההצעה היא להרחיב בצורה משמעותית ביותר את התייעוד של כל הקשור לחיפוש-הבקשה, הקף ותנאי הצו ואופן ביצוע הצו. **לתייעוד זה חשיבות רבה, שכן, הוא מאפשר ביקורת שיפוטית, ביקורת על ידי מי שנתון לחיפוש וביקורת ציבורית. בכוחו של התייעוד להביא לידי בדיקות קפדניות יותר של התשתית להוצאת צווי חיפוש ולביצועם, מה שישפיע בהכרח על מידת השימוש בצווי חיפוש והיקף הביצוע של חיפושים ללא צו.**"

#### חיפוש במקום (סעיף 21) :

44. על פי סעיף 21 המוצע, ניתן להוציא צו חיפוש אם "קיים חשד סביר כי נעברה עבירה או עתידה להיעבר עבירה העלולה לסכן את שלומו או בטחונו של אדם, או את בטחון המדינה, או שקיימת הסתברות גבוהה שתעבר עבירה וחיפוש נדרש לצורך אחד מאלה...: (1) לשם איתורו של אדם שניתן לעצרו כדין; (2) לשם איתורו ותפיסתו של חפץ הקשור לעבירה; (3) לשם איסוף מידע המתייחס לביצוע העבירה."

45. העילות הקבועות בסעיף זה מוגדרות כמטרות כלליות בלבד, מבלי שנדרש קיומו של קשר בין מקום החיפוש לבין תכליתו. בכך נפתח פתח לשימוש יתר באמצעי הפוגעני זה.

46. כך, לדוגמה, העילה בסעיף 21(א)2) "לשם איתורו ותפיסתו של חפץ הקשור לעבירה" מנוסחת כמטרה כללית בלא שקיימת דרישה מפורשת לקיומו של יסוד להניח, שהחפץ נמצא במקום. גם כאן, ההגדרה הרחבה והבעייתית של "חפץ הקשור לעבירה" עלולה להביא לפרשנות מרחיבה מדי של גדרי הסמכות.

47. מטרידה במיוחד העילה בסעיף 21(א)3) "לשם איסוף מידע המתייחס לביצוע העבירה". זו מטרה כללית ביותר וחובקת עולם שאינה יכולה להיחשב כעילת חיפוש. סעיף זה עלול להתפרש כמעניק יד חופשית למשטרה לבצע חיפושים בכל מקום בלי שנדרש קשר הדוק בין מקום החיפוש לעבירה, אותה מבקשים לחקור. יש לקבוע קשר מבוסס כלשהו בין המקום לבין הצורך באיסוף המידע.

48. על חשיבות התקיימותו של קשר מבוסס כלשהו בין מקום החיפוש לצורך בביצוע החיפוש ניתן ללמוד, לדוגמה, מסעיף 23(2) לפסד"פ, הקובע כי צו חיפוש יינתן רק במקרים בהם יש לשופט "יסוד להניח" שבמקום נמצא חפץ שנעברה בו עבירה או שמתכוונים להשתמש בו למטרה לא חוקית.

49. בנוסף אנו סבורים, כאמור, שככל שמבקשים להחיל את הסמכות על עבירות עתידיות, יש להגביל זאת כמפורט לעיל.

#### **חיפוש במקום ללא צו (סעיף 28):**

50. סעיף זה מרחיב את סמכות החיפוש ללא צו לכל מקרה שבו יש חשד סביר שמתבצעת עבירה או שבוצעה עבירה זה מקרוב, לעומת המצב כיום, שמגביל את הסמכות הזו לעבירות מסוג פשע בלבד. בדברי ההסבר לתזכיר מובהר, כי קיימות עבירות שבשל אופיין אין שהות לפנות לבית המשפט כדי למנוע העלמת הראיות (כגון- הימורים, רכוש והונאה). הסבר זה אינו יכול להצדיק הרחבה בלתי מוגבלת של סמכות החיפוש ללא צו לכל סוגי העבירות, אלא לכל היותר למספר עבירות שלגביהן נדרשת סמכות זו (כפי שהדבר מוסדר, לדוגמה, בסעיף 28(א) לפקודת הסמים שמרחיב את סמכות החיפוש ללא צו גם לעבירות סמים מסוג עוון). בכל אופן, יש לבחון לגבי כל עבירה ועבירה את האיזון שבין הפגיעה הצפויה בזכויות לבין הצורך בביצוע חיפוש מיידי.

51. בנוסף על האמור, לא ברור לנו מדוע לא אומץ גם בהקשר זה המבחן המוצע ביחס לצו המצאה מינהלי, בסעיף 8 לתזכיר: "שוכנע כי לשם מניעת עבירה מסוג פשע או גילוי מבצעה או לשם הצלת חיי אדם, יש צורך שאינו סובל דיחוי". לאור הגישה, העולה מהתזכיר, שיש לראות בהמצאה אמצעי פחות בחומרתו מאשר חיפוש, יש מקום לאמץ מבחן מחמיר יותר בהקשר זה.

#### **חיפוש במקום בהסכמה (סעיף 29):**

52. על פי סעיף 29 המוצע, שוטר רשאי לבצע חיפוש במקום בהסכמה ללא צו שופט במקרים בהם התקיימו עילות החיפוש האמורות בסעיף 21 (עילות החיפוש במקום בצו). סעיף זה מעניק לשוטר את שיקול הדעת להחליט אם התקיימו העילות, ללא שום ביקורת חיצונית. כמו כן, לאדם,

הנדרש לשקול הסכמה לחיפוש, אין כלים לבחון אם אכן מתקיימת עילת חיפוש ועל כן, בפועל, דרישת קיומה של עילה מרוקנת מתוכן.

53. דרך המלך לביצוע חיפוש אמורה להיות באמצעות פניה לשופט וקבלת צו חיפוש על פי העילות הפורטות בסעיף 21 לתזכיר. אולם האפשרות הפתוחה בפני שוטר בסעיף זה לקיים חיפוש בהסכמה מבטלת את התמריץ לפניה לשופט לקבלת צו חיפוש. כך, שוטרים יכולים לנסות את מזלם כשלב ראשון בביצוע חיפוש ב"הסכמה" ובמידה ולא תתקבל הסכמה, יכולים לפנות לביהמ"ש לקבלת צו, רק כשלב שני. כבר כיום, קיימת ביקורת על כך ששופטים אינם מבקרים כדבעי בקשות של המשטרה לצווי חיפוש.<sup>3</sup> במקום לחזק מגמה זו, ראוי כי הצעת החוק תחזק דווקא את הביקורת השיפוטית על אישור צווי חיפוש ואת שיקול הדעת שנתון בידי השופטים.

54. סעיף זה מניח כי הסכמת מחזיק המקום לביצוע חיפוש שוות ערך היא לחיפוש בצו שופט. אלא שההסכמה לחיפוש אינה יכולה לרפא את הפגיעה הבלתי מידתית בזכויות הפרט. הסכמה כזו הניתנת במסגרת יחסים בלתי שוויוניים ובנסיבות קיצוניות כל כך של פערי כוח, אינה יכולה להיחשב כהסכמה חופשית ומושכלת.

55. כך, גם ביחסי עובד-מעביד קבע בית המשפט כי ויתור של עובד על זכויותיו נוגד את תקנת הציבור ואחת היא אם הויתור היה מפורש או מכללא. (דב"ע (ארצי) לח/3-59 סילשי - ארכיטקט אהרון דורון ושות' בע"מ, פד"ע יי 32, 43 (1978)). בנוסף לקביעה הערכית שלפיה "הסכמה" שכזו נוגדת את תקנת הציבור, קיימת חזקה עובדתית, שהיא לא ניתנה מרצון חופשי, וזאת אפילו בנסיבות שאינן מעידות על לחץ ישיר. (דב"ע (ארצי) 70-4/97 אוניברסיטת תל אביב - ההסתדרות הכללית החדשה, פד"ע ל 385, 411 (1998)).

56. ההצדקה הניתנת בדברי ההסבר כאילו השימוש בחיפוש בהסכמה עשוי לייתר במקרים המתאימים את הצורך בעיכוב או במעצר החשוד עד להשגת צו ועריכת החיפוש, מעידה על היחס אל ההסכמה כ"אין ברירה". הרי במקרה שבו יש צורך בביצוע חיפוש לצורך מניעת העלמת ראיות או שיבוש חקירה לא ניתן להסתמך על הסכמת הנחפש, שהרי אם הוא אכן זכאי להתנגד לחיפוש תיפגע מטרת החיפוש למנוע העלמת ראיות או שיבוש חקירה. מהדברים עולה כי הצעת החוק מעמידה לנגד עיניה רק אפשרות אחת הפתוחה בפני הנחפש- להסכים לחיפוש.

57. דברי ההסבר מניחים עוד, כי "לעומת חיפוש על הגוף, בחיפוש במקום יש משמעות רבה לאפשרות הסירוב של המחזיק במקום לביצוע החיפוש". הנחה זו אינה אלא השערה שאין לה על מה שתסתמך. אנשים, ככלל, מניחים כי סירוב לאפשר חיפוש יוביל למעצר, לעיכוב או לחיפוש בכוח. הטענה בתזכיר, כאילו במקרה של חיפוש בבית "הצורך בצו שיפוטי וביקורת שיפוטית בהתקיים התנאים המוצעים על עצם השימוש בסמכות פחות" אינה מבוססת על מידע או נתונים כלשהם ועל פניה איננה משכנעת.

<sup>3</sup> ששי גז ומשה רוני, המשפט הפלילי, עמ' 43 (2001).

58. לעניין הנוהל בעריכת חיפוש בהסכמה, סעיף 29 (ב)(1) המוצע קובע, כי "לפני מתן ההסכמה הוסברה לנותן ההסכמה תמצית העילות לביצוע החיפוש, הסמכויות הנלוות לחיפוש... וכן הוסברה לו זכותו לסרב לחיפוש ללא צו שופט או להתנותה בתנאים כאמור בסעיף קטן (ג), וזכותו לחזור בו מהסכמתו, כאמור בסעיף קטן (ה)". אין די בהוראות אלה כדי להבטיח כי ההסכמה הנה מדעת וכי אכן פתוחה בפני הנחפש האפשרות לסרב.

59. ראשית, יש להבהיר לנחפש כי לסירובו לחיפוש לא תהייה נפקות משפטית וסירובו לא ייזקף לחובתו בהמשך ההליכים נגדו. (ראו לשם השוואה, את הוראות סעיף 3(ד) לחוק החיפוש בגוף, הקובע כי יש להסביר לחשוד שלא נתן הסכמתו לחיפוש "את המשמעות המשפטית של סירובו").

60. שנית, יש לקבוע חובה על השוטר למסור לאדם מידע אודות מהות החשד אשר התעורר כלפיו וכן להסביר מהו השימוש שניתן לעשות במה שייתפס במהלך החיפוש (המשמעות המשפטית של ממצאי החיפוש). מידע זה הנו חיוני כדי לאפשר לאדם לקבל החלטה מושכלת ביחס לבקשת השוטר. על עקרון זה עמד בית המשפט הצבאי לערעורים בפסק דין מיום 19.7.2011:

...[ש]מקום בו רשות שלטונית מתעתדת לפגוע בפרטיותו של אזרח ולבצע בגופו חיפוש, המותנה בהסכמתו, יש להבטיח, כי ההסכמה, אשר נתן, תהא מדעת. צריך, שהחשוד יידע את מקור הסמכות החוקית שמכוחה מבקשים לערוך את החיפוש ואת אופי החשד המועלה נגדו. אכן, זהו מידע בסיסי, הדרוש לאדם סביר על מנת להחליט אם להסכים לדרישת המשטרה המופנית אליו, אם לאו. בלא לדעת במה הוא חשוד, לא יוכל החשוד לכלכל צעדיו; הוא לא יידע להעריך, אם החשד אשר הובא נגדו מקים את הסמכות אם לאו.

ערעור (מחוזי) 124/10 סמ"ר מ.א. נ' התובע הצבאי הראשי, (19.7.2011) (ההדגשה הוספה)

61. ביטוי של החובה למסור לנחפש את מלוא המידע כדי להבטיח שההסכמה תהייה מדעת, ניתן למצוא בסעיף 14 לחוק החיפוש בגוף, המסדיר את הנוהל בביצוע חיפוש בגוף. סעיף זה קובע, כי יש להסביר לאדם את מטרת החיפוש וכן את השימוש שניתן לעשות במה שייתפס בחיפוש. תנאים אלה נדרשים כדי להבטיח, כי ההסכמה תינתן על בסיס מידע שלם וברור וכי יהיה בידי הנחפש המידע המלא הנדרש לקבלת החלטה מושכלת. מידע זה נחוץ גם כדי להבטיח את מימוש הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית.

62. הסכמה ליתור על פרטיות של אחר- מנוסחו של סעיף 29(ג) עולה, כי במקרה של מחזיקים במשותף שהם בני משפחה אחת יכולה להתקבל הסכמתו של אחד מבני המשפחה לביצוע חיפוש בכל חלקי הבית ולא רק בתחום המוחזק במשותף. עצם העובדה שאדם מתגורר יחד עם משפחתו אינה מלמדת על ויתור משתמע על פרטיותו ובוודאי שאין ללמוד מכך שכל אחד מבני המשפחה הסמיך את האחרים לוותר על פרטיותו כלפי המשטרה.

63. ההבחנה שמבצעת הצעת החוק בין מחזיקים במשותף שאינם בני משפחה אחת לבין בני משפחה המתגוררים יחדיו אין לה על מה שתסתמך. סעיף זה יאפשר לבצע חיפוש בחדרו הפרטי של אדם

בוגר המתגורר בבית הוריו ללא הסכמתו שלו, וברי כי אפשרות זו אינה סבירה והיא מתעלמת באופן בוטה מזכותו של אדם לממש את פרטיותו בתוך ביתו.

### **חיפוש סמוי במקום (סעיפים 30-32)**

64. אנו מתנגדים באופן חריף להצעה להקנות למשטרה את הסמכות הקיצונית לבצע חיפושים סמויים בבתיים של אנשים. מדובר בסמכות מרחיקת לכת ביותר, הטומנת בתוכה פוטנציאל עצום לניצול לרעה והנוטלת מהאדם כל אפשרות להתנגד לפגיעה בלתי מוצדקת בזכויותיו. מדינה, בה רשאית המשטרה לפלוש לביתו של אדם ללא ידיעתו – ומבלי שהוא מקבל על כך הודעה אף בדיעבד – היא כבר איננה מדינה חופשית.

65. ספק רב בעינינו אם הסדר המאפשר חיפוש סמוי בביתו של אדם עומד במבחן החוקתיות. אולם מבלי לגרוע מהאמור, ככלל שמחוקקים הסדר מעין זה, יש לכל הפחות להכניס בו את הערובות המינימאליות הבאות:

66. **עיכוב במתן הודעה על ביצוע חיפוש במקום חיפוש סמוי** – קיים הבדל מהותי בין הסדר, המאפשר עיכוב קצוב בזמן במתן הודעה לאדם על חיפוש שבוצע בביתו, לבין הסדר המאפשר – מראש, ואף ללא כל בחינה עתית נוספת של הצורך בכך - הסתרת דבר ביצוע החיפוש לצמיתות.

67. כאשר אדם אינו יודע על פגיעה בזכויותיו, נשללת ממנו כל אפשרות להתגונן מפניה. הוא אינו יכול להביאה לבחינתה של ערכאה מוסמכת, הוא אינו יכול לאתגר את חוקיותה והוא אינו יכול לממש את זכותו, ככל שזו קיימת, לקבל פיצוי על פגיעה בלתי מוצדקת. בכך מופרת באופן גס זכותו היסודית לקבל תרופה אפקטיבית מהמדינה על הפרת זכויותיו היסודיות.

68. חובת המדינה לאפשר למי שזכויותיו נפגעו לקבל תרופה אפקטיבית מעוגנת בין השאר בסעיף 2(ג) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, עליה חתומה ישראל: "מדינה שהיא צד באמנה זו מתחייבת (1) נפגעו זכויותיו וחירויותיו של אדם, כפי שהוכרו בזה, תעמוד לו תרופה יעילה, אף על פי שאותה פגיעה בוצעה בידי אישים הפועלים בסמכות רשמית; (2) להבטיח, כי אדם התובע תרופה כזו תיקבע זכותו לכך בידי הרשומות השיפוטיות, המינהליות או המחוקקות המוסמכות, או בידי כל רשות מוסמכת אחרת... ולפתח את האפשרויות של תרופה שיפוטית; (3) להבטיח, כי הרשויות המוסמכות יכפו תרופות כאמור לכשיוענקו."

כפי שהדגיש פרופ' אהרון ברק בספרו, העקרון הינו כי מקום שבו קיימת זכות קיימת גם תרופה:

'מקום שם הזכות- שם הסעד'... עיקרון זה חל לעניין כל הפגיעות החוקתיות, בין נורמטיביות ובין פיזיות. אם זכותו החוקתית של האדם- לכבוד, לחירות, לפרטיות, לתנועה או לקניין- נפגעת פיזית, הוא זכאי לתרופה מתאימה. הזכות החוקתית הולכת בד בבד עם התרופה החוקתית.

אהרון ברק, **פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית**, עמ' 779 (תשנ"ד)

69. כמובן שמתן אפשרות לפרט להעלות טענות בקשר לפגיעה בזכויותיו מהווה גם תנאי הכרחי לקיום ביקורת ציבורית משמעותית על אופן הפעלת הסמכות בידי המשטרה. דיווח תקופתי ליועץ המשפטי לממשלה (אף אם יתפרסם) אינו יכול להוות תחליף ראוי לשיח הציבורי המתאפשר כתוצאה מהצפה ובחינה של מקרים פרטניים. בעניין זה, כבעניינים רבים אחרים, "אור השמש הוא חומר החיטוי הטוב ביותר" ופעילות במחשכים יוצרת סכנה חמורה ומוחשית לשימוש יתר ולניצול לרעה של הסמכות הרגילה. הסתרת דבר החיפוש לעד אף תמנע מבתי המשפט ללבן את הסוגיה לאחר דיון אדברסרי ממשי, ולפתח פסיקה עקרונית המפרשת את הוראות החוק והמתווה את גבולות הפעלת הסמכות.

70. בנוסף, עצם ידיעת המשטרה ובתי המשפט, כי ישנה אפשרות שאדם המקבל הודעה מאוחרת על חיפוש סמוי שבוצע בביתו יאתגר את חוקיותו (אם על ידי הגשת תלונה ואם על ידי פניה לבית המשפט), מהווה ערובה חשובה מפני שימוש יתר בסמכות זו ותמריץ חשוב לשמירה על זהירות.

71. זאת ועוד. עקרון המידתיות מחייב הגבלת כל סייג, המוטל על זכותו של אדם לקבל מידע מלא ומייד על פגיעה בזכויותיו, לנסיבות הקיצוניות וההכרחיות אשר חייבו הטלתו. אין בעובדה, שבית המשפט מצא בעת הוצאת הצו שקיים צורך בחיפוש סמוי, כדי להצדיק אי מתן הודעה במועד מאוחר יותר. יש לזכור, שכאשר החיפוש הסמוי בביתו של אדם מביא להגשת כתב אישום נגדו, הכלל הוא שדבר ביצוע החיפוש יובא לידיעתו במהלך העיון בחומר החקירה בתיק (אלא אם תוצא תעודת חיסיון); אין כל הצדקה לכך שאדם, שלא הוגש נגדו כתב אישום, מעולם לא ידע על החיפוש שנעשה.

72. מדינות דמוקרטיות אחרות, אשר אימצו הסדר מעין זה, בחרו במנגנון עיכוב ההודעה על פני המנגנון הקיצוני הרבה יותר של חיפוש סמוי. כך למשל, ההסדר הרחב יחסית שאומץ בארה"ב במסגרת ה-Patriot Act – הסדר אשר זכה אף הוא לביקורת<sup>4</sup> - מאפשר לבית המשפט להתיר עיכוב ידוע למשך 30 ימים בלבד (עם אפשרויות להאריך את הצו לתקופות נוספות של עד 90 ימים במקרים שונים).<sup>5</sup> באופן דומה, החוק הקנדי מאפשר לבית המשפט להוציא צו חיפוש סמוי, במסגרתו מושהה מתן ההודעה לאדם לתקופה סבירה שנקבעת בצו; תקופה זו ניתנת להארכה, אך היא אינה יכולה לעלות על 3 שנים לכל היותר.<sup>6</sup>

73. **הצורך בהחרגה של בעלי מקצוע** – אנו סבורים, כי יש לאמץ בהקשר זה את המלצת ועדת לוי, לפיה אין מקום לאפשר ביצוע חיפוש סמוי אצל בעל מקצוע, המנוי בפרק ג' לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 – עורך דין, רופא, פסיכולוג, עובד סוציאלי וכהן דת. הסמכות לבצע חיפוש

<sup>4</sup> <http://www.aclu.org/national-security/how-anti-terrorism-bill-expands-law-enforcement-sneak-and-peek-warrants>

<sup>5</sup> Sections 2705(a)(2) and 3103a(b)(1) and (2) of title 18, US Code. בשולי הדברים יוער, כי סמכות רחבה יותר לבצע חיפושים סמויים ביחס לגורמים זרים מוסדרת ב-Foreign Surveillance Intelligence Act – אשר אינו חל על חקירות פליליות רגילות, המתנהלות נגד אזרחי ארצות הברית.

<sup>6</sup> C. C-46 s487.01(1), (5.1) & (5.2) of the Canadian Criminal Code



סמוי אצל בעל מקצוע עלולה להביא לריקון מתוכן של החסיון המהותי ולפגוע עמוקות ביכולת בעל המקצוע לשמור כדבעי על חובת הסודיות המוטלת עליו.

74. **חובה לצקת תוכן ממשי לחובת הדיווח ליועץ המשפטי לממשלה -** סעיף 30(ג) קובע כי המפקח הכללי של המשטרה יגיש מדי חודש דו"ח ליועץ המשפטי על ההיתרים שניתנו לביצוע חיפוש סמוי. על מנת להבטיח בקרה אפקטיבית על הסמכות לבצע חיפוש סמויים, יש לקבוע בחוק את הפרטים שיש לכלול בדו"ח וכן לקבוע כי פרטי הדו"ח יהיו חשופים לעיון הציבור.

#### **חיפוש אצל בעל מקצוע (סעיף 32):**

75. התזכיר מבחין בין הפרוצדורה החלה על חיפושים באזרחים ככלל לבין זו שחלה על חיפושים אצל בעלי מקצוע, אשר חלים על עבודתם חיסיון מקצועי. הבחנה זו הנה ראויה אלא שהיא אינה קובעת מגבלות מהותיות על החיפוש וגם המגבלות הפרוצדוראליות אין בהן די כדי להבטיח את שמירת החסיון. כך, מדאיג במיוחד ההסדר שנקבע בסעיף 32(ג) הקובע כי ברירת המחדל הנה העדרו של החסיון אלא אם יופיע בעל החסיון או בעל המקצוע בפני בית המשפט בתוך 7 ימים ויוכיח אחרת.

76. לצד המגבלות הפרוצדוראליות, יש לקבוע גם הגבלות מהותיות על חיפוש אצל בעל מקצוע. כך, לדוגמה, בסעיף 9א לחוק האזנות סתר נקבע רף דרישות מהותיות גבוה יותר לאישור ביצוע האזנות לבעלי מקצוע. שם נקבע, כי האזנה לשיחות חסויות מותרת רק במקרה ששוכנע נשיא בית משפט מחוזי או סגנו שיש יסוד לחשד שבעל המקצוע עצמו מעורב בעבירה ובתנאי שמדובר בעבירה חמורה במיוחד (עבירת ביטחון או עבירת רצח, הריגה, עסקת סמים). הגבלה דומה קיימת בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה- נתוני תקשורת), התשס"ח-2007, הקובע בסעיף 3(ב), כי ברירת המחדל היא שאין להתיר קבלת נתוני תקשורת כאשר מדובר בבעל מקצוע אלא אם שוכנע בית המשפט שיש יסוד לחשד שבעל המקצוע מעורב בעבירה. מן הראוי לאמץ גם במסגרת הצעת חוק זו מבחן מהותי מסוג זה, המבטיח לפחות שחיפוש אצל בעל מקצוע יתאפשר רק אם החשד לביצוע עבירה מתייחס אליו, ולא רק ללקוחותיו.

77. לעניין המגבלות הפרוצדוראליות - סעיף 32(א) קובע שיש לבעל המקצוע זכות כי נציג הלשכה המקצועית יהיה נוכח בחיפוש ולשם כך יעוכב החיפוש עד להגעתו אלא אם יש צורך בעריכת החיפוש באופן מיידי "מטעמים הנוגעים לחקירה". חריג זה מוגדר באופן מעורפל ולא ברור מהם אותם טעמים הנוגעים לחקירה המאפשרים לחרוג מהכלל. יש לקבוע עילות קונקרטיות יותר כגון החשש מפני שיבוש חקירה.

78. סעיפים 32(ג)-(ד) קובעים כי במידה ולא הוגשה תוך 7 ימים בקשה מצד בעל המקצוע או בעל החסיון לבית המשפט לקבוע כי חל על החפץ שנתפס חסיון, "יראו את החפץ כאילו לא נטענה לגביו טענה כי הוא חסוי". הסדר זה מטיל על בעל החסיון את החובה לעורר את הדיון בבית המשפט בעניין החסיון, לאחר שכבר נטענה על ידו, במעמד החיפוש, טענת חסיון (כפי שעולה מסעיף 32(ב)). ההלכה הפסוקה היא, כי שעה שהעלה בעל המקצוע טענת חסיון, **ברירת המחדל**

היא כי רק בית המשפט יכול להסיר את החסיון תוך ביצוע איזון בין צרכי אכיפת החוק לזכויותיו של בעל החסיון לפרטיות ולהיוועצות. בפסק הדין ברע"פ 8873/07 הינץ ישראל נ' מדינת ישראל (2.1.2011) (להלן- "עניין הינץ"), בסעיף 25 נקבע, לדוגמה, כי הנחת המוצא "ביחס למסמכים שנתפסו אצל עורך הדין היא כי הללו הגיעו לחזקתו לצורך מתן ייעוץ ושירות מקצועי", וכתוצאה מכך "אין רשויות החקירה והתביעה רשאיות לעיין בחומר מבלי שתתברר תחילה טענת החיסיון." לאור זאת, יש לקבוע, כי תוצרי חיפוש שנערך במשרד עורך דין נתונים להכרעת בית המשפט בכל מקרה.

79. ביטוי של החובה לקבל את הכרעת בית המשפט בשאלת תחולת החסיון ניתן למצוא בפקודת המטה הארצי העוסקת בחקירת עורכי דין החשודים בביצוע עבירה. הפקודה קובעת לעניין ביצוע חיפוש אצל עורך דין כי "נתפס במהלך החיפוש מוצג, הקשור לעבודתו של עורך הדין עם לקוח, שחל עליו חיסיון לפי סעיף 48 לפקודת הראיות (נוסח חדש), תשל"א-1971, או כל חומר אחר שעורך הדין טוען שהוא חסוי, יוכנס המוצג למעטפה סגורה וחתומה, ולא ייעשה בו כל שימוש, עד להכרעת בית משפט בשאלת החיסיון."<sup>7</sup> מקל וחומר, שיש לאמץ הסדר דומה בענייננו שכן התזכיר אינו מגביל את החיפוש למקרים שעורך הדין הוא שביצע את העבירה.

80. מהניסוח שאומץ בתזכיר בסעיף 32(ג) עולה החשש, כי החיסיון עשוי לפוג מבלי שבעל החסיון ידע על זכותו לפנות לבית המשפט כדי למנוע את ביטול החסיון – וזאת בייחוד כאשר אין מדובר על עורך דין, אשר יש להניח שמכיר את החוק. ראוי להדגיש, כי בעל החסיון אינו איש המקצוע אלא הלקוח שלו, ועל כן אין לקבוע הוראות פרוצדוראליות מחמירות, שאי העמידה בהן תביא להסרת החיסיון באופן אוטומטי. לאור זאת, אין ללמוד מכך שבעל החסיון או בעל המקצוע לא פנו בתוך 7 ימים לבית המשפט, כאילו ויתר על החיסיון. ברוח דברים אלו נאמר בע"ע 17/86 עו"ד פלונית נ' לשכת עורכי הדין פ"ד מא(4) 770, בעמ' 781 כי מטרת החסיון להבטיח ללקוח כי "אין עליו חשש או מורא כי פרטים או מסמכים שהוא מגלה במהלך ההתייעצות או הטיפול בעניינו ישמשו נגדו ללא הסכמתו..."

81. לסיכום, על תפיסת מסמכים במקום העבודה של בעל המקצוע חלה ברירת המחדל שהמסמכים חסויים ועל בית המשפט לשקול את האיזון בין החובה להגן על בעלי החסיון לבין צרכי אכיפת החוק. השיקול של הימנעות מהטלת נטל בירור על בית המשפט אינו יכול לחול כאשר החיפוש בוצע במשרדו של בעל המקצוע.

82. בנוסף, התזכיר מאפשר ביצוע חיפוש אצל בעל מקצוע גם ללא צו. לשיטתנו, לאור הסבירות הגבוהה שלגבי חלק גדול מהמסמכים המצויים במשרדו של בעל מקצוע חל חיסיון, יש להקפיד במיוחד על קבלת אישור בית משפט מראש לביצוע חיפוש אצל בעל מקצוע. על הסטנדרט המחמיר שיש לאמץ ביחס לחובה לקבל אישור מראש לחיפוש אצל בעל מקצוע ניתן ללמוד מהנחיית היועמ"ש בעניין חקירת עורך דין הקובעת, כי חקירה בנושאים לגביהם עשויה לעלות טענה בדבר חיסיון עורך דין-לקוח, טענה אישור פרקליט המחוז (הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, חקירת

<sup>7</sup> פקודת המטה הארצי 14.01.13, חקירת עורכי דין החשודים בביצוע עבירה, 1.4.1994.

עורכי דין, יולי 2006, הנחיה מס' 4.2202). כך, גם חוק האזנות סתר אינו מתיר בשום מקרה ביצוע האזנה לשיחות של בעל מקצוע ללא קבלת היתר מראש מבית משפט (סעיף 9א לחוק האזנות סתר).

83. ככל שישנם מקרים קיצוניים וחריגים שיהיה בהם צורך בביצוע חיפוש בלא צו אצל בעל מקצוע, מן הראוי לקבוע עילות צרות ומידתיות במיוחד.

84. כמו כן, מנוסח התזכיר עולה, כי סעיף 45 המעגן את הנוהל בעריכת חיפוש במקום ומסדיר את המצבים החריגים בהם ניתן לקיים חיפוש ללא נוכחות מחזיק המקום, חל גם על חיפוש אצל בעל מקצוע. לאור החשש מפני הפרת החיסיון בחיפוש אצל בעל מקצוע, יש לקבוע הוראות מיוחדות לעניין האפשרות לקיים את החיפוש בלא נוכחותו של בעל המקצוע. חיפוש בלא נוכחות בעל המקצוע עשוי לשלול מבעל המקצוע את זכותו לטעון לקיומו של חיסיון ולכן יש לאמץ הסדר נפרד ומחמיר יותר לעניין השאלה האם ו/או מתי ניתן לקיים חיפוש ללא נוכחות בעל מקצוע.

#### **חיפוש בבית לקוח (סעיף 32א):**

85. התזכיר מאמץ הסדר שונה ביחס לחפצים הנתפסים בבית הלקוח, בעל החסיון. על פי הסדר זה, עורך החיפוש צריך ראשית להחליט אם קיים "יסוד סביר להניח שחל על החפץ חסיון מקצועי". במידה והחליט עורך החיפוש שכן, הוא "רשאי" להעביר את החפץ ל"גורם ממייך" לקבלת החלטה בטענת החסיון. הגורם הממייך יכול להיות אחד מאלה שאינו מעורב בחקירה: יועמ"ש המשטרה או עורך דין בכיר בלשכה המשפטית (ובמידה והחקירה היא של גוף חוקר אחר- יועמ"ש הגוף החוקר או עורך דין בכיר).

86. סעיף זה עלול לפגוע יתר על המידה בזכויותיו של בעל החיסיון, לרבות זכות היועצות. בית המשפט בעניין הינץ קבע אמנם כי ניתן להיעזר בגורם ממייך, גורם שלישי בלתי מעורב, שיבחן את החומר ויקבע את מעמדו, אולם הסדר זה הוצע בעניין קבצים אלקטרוניים בלבד לאור הקושי הייחודי הקיים בבירור טענת חיסיון בהקשר זה. בית המשפט אף הדגיש, כי **בניגוד למצב "הרגיל" של ביצוע חיפוש בבית או במשרד של עורך הדין** "הרחבת החיפושים לתכתובת אלקטרונית שבה מתרכזים כיום רוב חילופי הדברים והמסמכים הכרוכים בפעילויות שונות, עלולה לגרום לכך שהבאת התוצרים כולם בפני בית המשפט תיצור מצב בלתי אפשרי ליישום עקב כמויות החומר." (בסעיף 26). לאור זאת, השימוש בגורם ממייך שלישי צריך להיעשות רק במקרים בהם מדובר בחומר מחשב בכמות גדולה במיוחד, ולא בכל מקרה של חיפוש בבית הלקוח.

87. לגופו של עניין, סעיף 32א(א) מטיל על עורך החיפוש את הסמכות לקבוע האם "יש יסוד סביר להניח שחל על החפץ חסיון מקצועי". בפועל, סמכות זו מאיינת את הזכות לחסיון מקצועי שכן היא מאפשרת לעורך החיפוש לעיין במסמך כדי לקבל את ההחלטה ביחס לקיומו של "יסוד סביר" שחל על החפץ חסיון. לכל הפחות, יש לציין כי עורך החיפוש יקבל את החלטתו מבלי לפגוע בחסיון.

88. כמו כן, קובע הסעיף כי עורך החיפוש "רשאי" להעביר את שאלת תחולת החסיון לגורם ממיין. מניסוח הסעיף, לא ברור מהי האלטרנטיבה להעברת החפץ לגורם ממיין לצורך קבלת החלטה.

89. בנוסף, נקבע בסעיף 32א(ב) כי הגורם הממיין "רשאי" לצורך החלטתו בדבר החסיון לשמוע את דברו של הטוען לחסיון. יש לקבוע, כי הגורם הממיין מחויב לשמוע את הטוען לחסיון, אלא אם החליט לאשר את החסיון. על מנת לקיים הליך קבלת החלטות הוגן, יש לאפשר לבעל החסיון את זכות השימוע בטרם תתקבל החלטה בעניין העדר החסיון.

#### **החלטת בית המשפט בדבר חפץ של בעל מקצוע (סעיף 33):**

90. סעיף 33 קובע כי לשם החלטת בית המשפט אם חל על חפץ שנתפס בחיפוש חסיון מקצוע, רשאי השופט או "עובד ציבור אחר שמינהו השופט לעניין זה" לעיין בחפץ. נוסח הסעיף אינו קובע את זהותו של "עובד הציבור" או מגבלות אחרות על עובד הציבור שימנה השופט. כך, יכול השופט למנות אף פרקליט לביצוע תפקיד זה. לאור זאת, ולמען הסר ספק, נראה כי יש להבהיר בהצעה, כי המינוי יהיה מוגבל לעובד ציבור שאינו קשור לחקירה.

#### **כניסה למקום והזדהות (סעיף 40):**

91. סעיף 40(ד) מאפשר לבצע חיפוש במקום גם במקרים בהם ניתן צו חיפוש אולם הצו לא הגיע עדיין לידי עורך החיפוש. להצגת צו החיפוש חשיבות מכרעת ליכולתו של הפרט שמחפשים בביתו לוודא את העמידה של עורכי החיפוש בתנאים שנקבעו בצו ולפקח שלא יעשה שימוש לרעה בחיפוש למטרות שאינן כשרות. לאור זאת, מסירת עותק מצו החיפוש צריכה להיות תנאי בלתי מסויג לביצוע החיפוש. חיזוק לטענה זו ניתן למצוא בסעיף 24 (ב) לחוק המעצרים הקובע, כי חובת מסירת צו מעצר הנה בלתי מסויגת. הסעיף קובע, כי ההוראות שחלות על ביצוע מעצר לא יחולו בנסיבות חריגות המפורטות בסעיף (סיכול ביצוע המעצר, פגיעה בבטחון מבצע המעצר ועוד), למעט החובה "להודיע לחשוד על המעצר ולמסור לו עותק מהצו".

92. בנוסף, התזכיר אינו קובע עילות ברורות המצדיקות את החריגה מהחובה למסור את העתק צו החיפוש, אלא קובע רק שהדבר נדרש "מפאת דחיפות העניין". טענה כללית זו בדבר דחיפות העניין אינה מספקת ויש, לכל הפחות, לקבוע עילות ברורות להתרת ביצוע חיפוש ללא הצגת הצו במועד ביצוע החיפוש (בדומה לעילות המפורטות בסעיף 24(ב) לחוק המעצרים).

93. בנוסף, בדומה לקבוע בסעיף 24(ג) לחוק המעצרים, יש לקבוע גם בתזכיר זה כי מילוי החובות האמורות (לעניין הזדהות, הודעה, מתן הצו) הוא תנאי לחוקיות החיפוש.

#### **נוהל עריכת חיפוש במקום (סעיפים 44-45):**

94. בסעיף 44(ב) נקבע כי "עורך החיפוש רשאי להסתייע במומחה, גם אם אינו עובד ציבור, לצורך עריכת החיפוש, אם לצורך החיפוש נדרש ניסיון...". יש לקבוע רשות זו בצו החיפוש עצמו ולא להותיר את שאלת הצורך בסיוע של מומחה לשיקול דעתו של השוטר וזאת לאור החשיבות

שבהגדרה מראש של גבולות החיפוש ובמיוחד נוכח הפגיעה הקשה בפרטיות הנובעת ממתן סמכות עריכת חיפוש בידי אדם שאינו עובד ציבור.

95. בסעיף 45(ה) נקבע, כי, ככלל, החיפוש יערך בין השעות 5:00 ל- 22:00. ביצוע חיפוש בשעות בוקר מוקדמות כל כך, כאשר אין נסיבות דחופות המצדיקות להפר את שנתם של בני הבית, אינו סביר. יש לקבוע מסגרת שעות סבירה יותר (7:00 עד 22:00, או לפחות 6:00 עד 22:00, כפי שאף הוצע על ידי ועדת לוי) שתפגע באופן פחות בזכויות הפרט. בדברי ההסבר מובהר כי ביצוע חיפוש בשעת מוקדמת כל כך נועדה "למנוע שיבוש או סיכול מטרת החיפוש". אלא שזוהי בדיוק העילה שנועדה לאפשר חריגה משעות החיפוש הרגילות כפי שנקבע בסעיף 45(ה)(5): ניתן לערוך את החיפוש בשעות אחרות אם "עריכת החיפוש בשעות האמורות בלבד תסכל את מטרת החיפוש...".

96. סעיף 45 הקובע את הנוהל בעריכת חיפוש במקום משקף הכרה בחשיבות נוכחותם של מחזיק המקום ועדים מטעמו במהלך החיפוש כדי לאזן את הפגיעה בפרטיות ולאפשר פיקוח אחר ביצוע החיפוש. אלא שסעיף 45(ו) המאפשר לעורך החיפוש להוציא מהמקום את מחזיק המקום או עד בנסיבות מסוימות, פותח רחב ביותר לפגיעה בזכויות הנחפש. סעיף 45(ו) קובע כי עורך החיפוש רשאי להורות לאדם המצוי במקום החיפוש, לרבות מחזיק המקום, או מי מטעמו, או עד לחיפוש, לצאת ממקום החיפוש אם יש לו יסוד סביר לחשוד כי הוא "עלול לפגוע בביטחונו של אדם, או לסכל או להפריע בחיפוש". ראשית, "הפרעה לחיפוש" הנה עילה רחבה ביותר שתאפשר לעורך החיפוש להוציא אדם מהמקום באינספור מקרים. כך, לדוגמה, עורך החיפוש יכול לטעון, כי מחזיק המקום מפריע בכך שהוא מציג שאלות רבות ומאט את החיפוש. יש להעניק לעורך החיפוש סמכות להוציא אדם ממקום החיפוש, ועל אחת כמה וכמה כאשר מדובר במחזיק המקום, רק במקרה הקיצוני שבו נוכחותו עלולה לפגוע בביטחונו של אדם או לסכל את ביצוע החיפוש.

97. הוכחה לכך שחשש מפני הפרעה לחיפוש אינו עילה סבירה למניעת נוכחות מחזיק המקום ניתן למצוא בסעיף 45(א)(2) לתזכיר הקובע, כי בית המשפט רשאי לקבוע שהחיפוש יערך בלא נוכחות מחזיק המקום רק במידה ונוכחותו עלולה "לסכל את מטרת החיפוש או לפגוע בחקירה או לפגוע בביטחונו של אדם לרבות בטחונו של עורך החיפוש".

98. על חוסר סבירות הסמכות למנוע מאדם להיות נוכח בחיפוש בשל החשש כי "יפריע" לחיפוש ניתן ללמוד גם מסעיף 45(ב)(4) המוצע, בו נקבע כי עורך החיפוש יהיה רשאי להורות למחזיק המקום או מי מטעמו לצאת ממקום החיפוש לאחר ששוכנע כי "ישנו יסוד סביר לחשש כי נוכחות המחזיק או מי מטעמו במקום החיפוש עלולה לסכל את מטרת החיפוש או לפגוע בחקירה או לפגוע בביטחונו של אדם לרבות בטחונו של עורך החיפוש, ולא ניתן למנוע את הסיכון האמור אלא על ידי הוצאתו מהמקום". אין הצדקה לכך שהעילות העשויות להצדיק מניעה מראש של נוכחותו של אדם יהיו רחבות יותר מהעילות המצדיקות להוציאו.

99. סעיף 45 מעגן את החובה לקיים את החיפוש בפני "מחזיק המקום". בסעיף ההגדרות נקבע לגבי מקום עבודה כי "מחזיק המקום" הוא "בעל עסק, המעסיק, וכן כל בגיר שמונה על ידו להיות אחראי על המקום". בכדי למלא את התכלית העומדת ביסוד החובה לאפשר את נוכחות מחזיק המקום בעת החיפוש, ראוי לקבוע כי בחיפוש במקום עבודה, אין להסתפק בנוכחות המעסיק אלא גם העובד עצמו יהיה נוכח כאשר החיפוש מתבצע במשרדו/שולחנו/מגירותיו.

100. בדברי ההסבר לתזכיר נקבע כי "על עורך החיפוש לעשות את המאמץ ליידע ולאפשר נוכחות של המחזיק במקום שהוא המתאים ביותר לאותו עניין, לנוכח העובדה שזיקתו למקום עריכת החיפוש היא המשמעותית ביותר. **כך למשל במקרה של עובד ומעביד יש לנסות ולערוך את החיפוש בחדרו האישי של העובד במקום העבודה בנוכחות העובד...**" אלא שאין כל ביטוי להעדפה ראויה זו בתזכיר עצמו.

#### עילות לתפיסת חפץ (סעיף 47):

101. על פי סעיף 47(א) סמכות תפיסת חפץ קיימת על פי טיבו של החפץ, על חפץ העונה להגדרת "חפץ הקשור לעבירה", ובנוסף על פי תכלית התפיסה, בהתאם לעילות שפורטו בסעיף 5(א) לתזכיר לעניין מתן צו המצאה. השילוב בין ההגדרה הרחבה והכוללת של "חפץ הקשור לעבירה" לבין התכליות המעורפלות למתן צו המצאה, כפי שהוסבר לעיל, יוצר הגדרה רחבה כל כך שהיא, בפועל, אינה מציבה מגבלות של ממש בפני סמכות התפיסה. כך, לדוגמה, על פי סעיף זה, תפיסת חפץ מותרת אף במקרה בו החפץ ישמש לביצוע עבירה והוא דרוש לגילוי עבירות מבלי שנדרש כל קשר בין מטרת החיפוש לבין החפצים שנתפסו.

102. סמכות התפיסה צריכה להיות מוגבלת ככלל לתפיסת החפצים שלשמן נערך החיפוש. כך, במידה והחיפוש מבוצע בצו, יש להגביל את סמכות התפיסה רק לאותם סוגי חפצים שפורטו בצו. ככל שקיימת הצדקה לתפוס חפצים החורגים מסוג החפצים שהצו מתיר חיפוש אחריהם או ממטרת החיפוש שבגינה בוצע החיפוש ללא צו, יש לקבוע סמכות זאת כחריג לכלל ולהגדיר עילות ספציפיות ומוגבלות.

#### פרק זמן להחזקת תפוס (סעיף 54):

103. סעיף 54 קובע כי פרק הזמן להחזקת תפוס בטרם הוגש אישום לא יעלה על שנה. אין זה סביר להאריך את התקופה הקבועה כיום בפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 (להלן - "פסד"פ") פי שניים. סעיף 35 לפקודה קובע כי "אם תוך ששה חודשים מיום תפיסת החפץ על ידי המשטרה, או מיום שהגיע לידיה, לא הוגש המשפט אשר בו צריך החפץ לשמש ראיה ולא ניתן צו על אותו חפץ לפי סעיף 34, תחזיר המשטרה את החפץ לאדם אשר מידיו נלקח." בדברי ההסבר מנומקת הארכת משך הזמן להחזקת תפוס מחצי שנה לשנה בכך, שבפועל, פרק הזמן שבמסגרתו מוגשים כתבי אישום הוא שנה, אלא שאין להשלים עם מציאות קשה זו.

**פרק ז' - פעולות בחומר מחשב:**

104. הוראות פרק זה מעניקות למדינה סמכויות רחבות ומרחיקות לכת לפלוש לפרטיותו של אדם ולבצע פעולות שונות בחומר המחשב השייך לו, מבלי לקבוע את הערובות המינימאליות הדרושות, כדי לאפשר לו להתגונן מפני הפגיעה בזכויותיו. בכך היא תורמת תרומה מסוכנת למגמה ההולכת וגוברת בעידן הדיגיטלי, של כרסום בשמירה על צנעת הפרט. דווקא ההתפתחויות הטכנולוגיות, המעוררות את הצורך בהסדרה נפרדת של סמכויות חיפוש וחדירה בחומר מחשב, הן אשר מחייבות נקיטה של גישה זהירה במיוחד. התפתחויות אלה מעמידות בפני כל מי שרוצה בכך – גורמים בממשל ובשוק הפרטי כאחד – אפשרויות בלתי נדלות לפלוש למרחב הפרטי, להתחקות אחר כל צעד ושעל שעושה אדם בחייו, ולאגור את כל עקבות המידע שהוא משאיר אחריו.

105. על אף מעמדה החוקתי של הזכות לפרטיות - זכות המעוגנת כמובן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ומוכרת בידי הפסיקה כאחת "החירויות המעצבות את אופיו של המשטר בישראל כמשטר דמוקרטי והיא אחת מזכויות העל המבססות את הכבוד והחירות להן זכאי אדם כאדם, כערך בפני עצמו" (ע"פ 5026/97 גלעם נ' מדינת ישראל (1999)) - היא נמצאת בימינו בסכנת שחיקה והכחדה. כפי שכותב מיכאל בירנהק:

"בשונה משאר הזכויות, הפרטיות נתונה תחת מתקפה קשה שמאיימת להכריעה. בעידן דיגיטלי שמציע טכנולוגיות של מעקב, בתוספת לחץ ביטחוני עצום מצד המדינה ובמיוחד אחרי אירועי האחד עשר בספטמבר 2001, ובתוספת לחצי השוק התובע יתר-יעילות, הזכות לפרטיות נאבקת על מקומה, ונדמה לפעמים שהמאבק להגנתה הוא מלחמת מאסף... תגובה נפוצה לטענה בדבר פרטיות היא "אין לי מה להסתיר". זו טענה שכופרת בקיומה של הפרטיות..."

מקור האיום הקלאסי הוא המדינה, וכיום, גורם משמעותי נוסף שמאיים על הפרטיות בא מצד השוק. כמובן, האיום האולטימטיבי הוא שיתוף הפעולה שבין המדינה לשוק" (מיכאל בירנהק "שליטה במידע והסכמה מדעת: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" משפט וממשל יא 9 2007 עמ' 10, 14).

106. זאת ועוד. חיפוש בחומר מחשב שונה במהותו מחיפוש אחר חפץ פיזי המצוי בתוך מקום. ייחודיות החיפוש במחשב נובעת ממאפייניו של חומר מחשב: מידע האגור במחשב הוא בעל היקף אדיר וכולל בתוכו מידע בדבר "עולמו האישי, המסחרי והיצירתי, על מכלול התכתבויותיו הפרטיות והעסקיות, הגיגיו, עניינים הנוגעים לעבודתו, ולמחוזות פעילותו, ומראי המקום וההיסטוריה" של משתמשיו (ע"ע (ארצי) 90/08 טלי איסקוב ענבר נ' מדינת ישראל- הממונה על חוק עבודת נשים (8.2.2011), בסעיף 6) (להלן- "עניין איסקוב"). חיפוש בחומר מחשב הנו בעל פוטנציאל מוגבר לחשיפה של חומר פרטי אגב פעולות בחומר מחשב ולפגיעה בפרטיות.

107. בנוסף, חומר מחשב אינו דבר סטטי בדומה לחפץ פיזי, אלא הוא ממשיך לצבור מידע ולהשתנות גם אחרי שהחיפוש החל. על כן, החיפוש בו פוגע פעמים רבות בסוד שיחו של האדם (לעתים אף לפני שהוא עצמו נחשף אליו), בדומה להאזנת סתר. לאור החשש, שסמכויות החיפוש המוצעות יוכלו לשמש בין השאר גם להתקנת תוכנות, אשר יאפשרו מעקב אחר פעולותיו העתידיות של



האדם, הסכנה לפגיעה, לא רק בפרטיות, אלא אף ביחסים הבסיסיים המתקיימים במדינה דמוקרטית בין הפרט ובין השלטון, היא ממשית.

108. כמו כן, חדירה לחומר מחשב – בייחוד כאשר הוא אינו נעשה על גבי העתק החומר – אינו מאפשר רק ביצוע חיפוש בו אלא אף עשיית שינויים בחומר, שעלולים להיות קשים מאד לגילוי בדיעבד. בנסיבות אלה קיימת חשיבות מיוחדת להבטחת פיקוח הדוק, מצד האזרח, על כל פעולה הנעשית בחומר מחשב שלו.

109. בנסיבות אלה – לאור הסכנות המיוחדות העורבות לזכות לפרטיות בעידן הדיגיטלי, והמאפיינים המיוחדים של החדירה לחומר מחשב - קיימת חשיבות מיוחדת שכל הסדר בעניין יהיה צר ומידתי, ויתן בידי האזרח כלים משמעותיים להגן על זכויותיו ולקבל תרופה יעילה במקרה של הפרה בלתי מוצדקת. לצערנו נראה, שאין התזכיר עומד, בהיבטים חשובים, בחובה בסיסית זו, המהווה תנאי לחוקתיות ההסדר. בין הסוגיות המרכזיות שמטרידות אותנו:

- ההגדרה הרחבה של "מחזיק", המשתרעת על גורמים רבים – לרבות ספקי שירות – שאינם בהכרח הבעלים של המידע הכלול בחומר, ואינם הגורם שפרטיותו נפגעת. לאור העובדה, שלא קיימת חובה ליידע בכל מקרה את מי שחומר המחשב שייך אליו, או את החשוד בעבירה, על הפעולה שבוצעה, קיים חשש ממשי שהחוק יאפשר ביצוע פעולות רחבות בחומר מחשב, אשר בפועל אינן גלויות בפני מי שנפגע מהן;

- ההגדרה הרחבה של "חדירה לחומר מחשב", העלולה לאפשר התקנת תוכנות כגון "סוסים טרויאנים", המאפשרות מעקב אחר פעילויות העתידיות של האדם, באופן סמוי;

- הרחבת האפשרות לעקוף את הדינים החלים על האזנות סתר באמצעות חדירה לחומר מחשב.

110. לפני שניגש להתייחסות לסעיפים הספציפיים, נבקש לעמוד על סוגיה כללית נוספת, המטרידה אותנו. מהתייעצות שקיימנו עם מומחה בתחום דיני המידע עולה החשש, שמא ההסדרים הקבועים בהצעה יהיו אפקטיביים, בפועל, רק נגד אזרחים פשוטים, הנחשדים בביצוע עבירות, ולא נגד עבריינים "מקצועיים".

111. כך למשל, קיים חשש שעבריינים כבדים יתגוננו מראש מפני חדירות אפשריות לחומר המחשב שלהם, באמצעות תוכנות הצפנה משוכללות, אשר המשטרה תתקשה בהתמודדות איתן. כתוצאה מכך, החוק עלול לשמש, בפועל, נגד אזרחים, הנחשדים בביצוע עבירות פשוטות יחסית, ולא יהיה אפקטיבי כנגד העבריינות הקשה.

112. באופן דומה, אם יבוצע חיפוש סמוי בחומר מחשב במסגרת חקירה, המובילה בסופו של דבר להגשת כתב אישום (או חיפוש שלא בידיעת המחזיק שהנו החשוד בעבירה), יהיה צורך לגלות במהלך המשפט את הטכניקות ששימשו לביצוע החיפוש, וזאת במסגרת החובה לאפשר עיון בחומר החקירה על פי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח חדש], תשמ"ב-1982 (ונראה

שיכולתו של נאשם להעמיד את הפעולות, שבוצעו בחומר המחשב שלו, לבדיקת מומחה מטעמו, מהווה חלק חיוני מניהול הגנתו). אלא, שמרגע שתתגלה הפרקטיקה בה נעשה חיפוש סמוי, כל עבריין יוכל בנקל לזהות את החיפוש ולהתגונן מפניו.

113. חששות אלה מעלים שאלות כבדות משקל אודות מידתיות ההסדרים, המעניקים למשטרה סמכויות מרחיקות לכת – סמכויות, שעלולות להביא לפגיעה קשה בפרטיותו של כל אחד מאיתנו, אף מבלי שיהיו אפקטיביות דווקא נגד תופעות העבריינות הקשות והמאורגנות.

#### הגדרות (סעיף 64):

114. "חדירה לחומר מחשב" – הסעיף מפנה לתיקון העקיף לחוק המחשבים, התשנ"ה-1995, אשר יתקן את סעיף 4 לחוק המחשבים כך שיאמר: "חדירה לחומר מחשב – חדירה לחומר מחשב הנמצא במחשב או בדבר המגלם חומר מחשב באמצעות התקשרות או התחברות עם מחשב או על ידי הפעלתו או על ידי התקנה או חיבור של דבר המגלם חומר מחשב או אמצעי אחסון של חומר מחשב - אך למעט חדירה לחומר מחשב שהיא האזנה לפי חוק האזנת סתר, תשל"ט-1979". **מסעיף זה עולה, שבמסגרת חדירה לחומר מחשב ניתן, בין השאר, להתקין תוכנות מחשב (דוגמת "סוס טרויאני"), אשר יאפשרו מעקב סמוי ועתידי אחר פעולות, המבוצעות במחשב. לאור סעיף 66 לתזכיר, הקובע שתקשורת בין מחשבים המתרחשת במהלך חדירה לא תיחשב האזנת סתר, ולאור העובדה שחדירה לכאורה יכולה להיות הליך מתמשך, נראה כי "סוס טרויאני" מסוג זה עלול לאפשר גם מעקב אחר שיחות אלקטרוניות. הדבר דומה להתקנת מצלמה בביתו של אדם תוך כדי ביצוע חיפוש בו, המאפשר מעקב מתמיד אודות המתרחש בבית, והמאריך בפועל את משך החיפוש לזמן בלתי מוגבל. לא ברור לנו אם ישנן הוראות כלשהן בתזכיר, האמורות להתמודד עם סוגיה זו ולהטיל מגבלות ממשיות על אפשרות השימוש באמצעים קיצוניים מסוג זה.**

115. "מחזיק בחומר מחשב" – אנו מוטרדים מאד מההגדרה הרחבה של "מחזיק בחומר מחשב", המשתרעת על כל מי ש"מחזיק במקום בו מצוי חומר מחשב", וכל מי שהוא "בעל הרשאה או גישה לחומר המחשב, בכל מקום בו מצוי חומר המחשב, בין בארץ ובין בחו"ל, והכל לרבות ספק שירות". כפי שיתואר להלן, הגדרה גורפת זו, הכוללת גם **גורמים, אשר אינטרס הפרטיות שלהם אינו זה שנפגע, יוצרת קשיים רבים. לדוגמא, ספקית אינטרנט היא "מחזיק בחומר מחשב", אלא שהיא יכולה לתת שירותים ללקוח פלוני, אשר הוא "מחזיק בחומר מחשב" עבור אחרים. במצב כזה, הקשר בין "המחזיק" לגורם בעל אינטרס הפרטיות (אלמוני, שהוא לקוח של פלוני שהוא, בפועל, לקוח של ספקית האינטרנט) מרוחק אף יותר.**

116. בדברי ההסבר להצעה נכתב, כי "ההגדרה המוצעת ל"מחזיק בחומר מחשב" דומה במהותה להגדרת "מחזיק במקום". אלא שבניגוד להגדרת "מחזיק במקום", המגדירה באופן מצומצם את המחזיק על פי זיקתו הממשית והמהותית למקום (אחד מבני הבית הבגירים או בעל העסק, המעסיק או בגיר שמונה על ידו להיות אחראי על המקום), הגדרת "מחזיק בחומר מחשב" נרחבת הרבה יותר וכוללת "מחזיקים" שאינם בעלי אינטרס הפרטיות, הנפגע כתוצאה מהפעולה.

117. ככלל נראה לנו, שראוי להחיל את ההגדרה של "מחזיק" אך ורק על מי שהמידע, הכלול בחומר המחשב, שייך אליו – מי שבפרטיותו פוגעת הפעולה - ולקבוע הסדרים נפרדים להשגת המידע מצדדים שלישיים, לרבות ספקי שירות. משמעות הגדרה רחבה זו, שניתן יהיה לבצע הלכה למעשה חיפוש סמוי בחומר מחשב, השייך לאדם, ללא ידיעתו (ובידיעת "מחזיק" אחר – לרבות ספק שירות – בלבד). בכך נשללת מהאדם, הלכה למעשה, כל אפשרות להתגונן מפני פגיעה בלתי מוצדקת בזכויותיו- לפקח על אופן ביצוע החיפוש, לערער עליו וכו'. הדברים המפורטים, אשר כתבנו לעיל בעניין החומרה שבשלילת הזכות לתרופה אפקטיבית, יפים גם כאן. ברי, שלספק שירות אין את אותו עניין מובהק להתנגד לצו בלתי מוצדק או לפקח באופן הדוק על ביצועו.

118. "חומר מחשב הקשור לעבירה" – הצעת החוק קובעת, כי ההגדרה הגורפת למונח "חפץ הקשור לעבירה" – אשר על הבעייתיות שבה עמדנו לעיל – תחול גם על חומר מחשב. להגדרה גורפת זו (המשתרעת בין השאר על חפץ ש"נעברה בו העבירה, שימש לביצוע העבירה או שימש לביצוע עבירה, אפשר את ביצוע העבירה...") עלולות להיות השלכות קשות במיוחד כשמדובר במידע ובחומר דיגיטאלי.

#### העילות להוצאת צו לביצוע פעולה בחומר מחשב (סעיף 65):

119. סעיף 65(א), המסדיר את העילות להוצאת צו לביצוע פעולות בחומר מחשב, קובע ש"שוכנע שופט, לפי בקשת שוטר, כי קיים חשד סביר כי נעברה עבירה או עתידה להעבר עבירה העלולה לסכן את שלומו או בטחונו של אדם, או את ביטחון המדינה, או שקיימת הסתברות גבוהה שתעבר עבירה וכי בידי מחזיק בחומר מחשב מצוי או עתיד להימצא חומר מחשב הקשור לעבירה, וכי חומר המחשב דרוש לאחת המטרות המפורטות בסעיף 5(א), רשאי הוא להוציא צו לביצוע פעולה בחומר מחשב בתנאים ובסייגים הקבועים בפרק זה, בהתייחס לכל סוג של צו." המטרות הכלליות המנויות בסעיף 5(א) הן: גילוי עבירות, חקירתן או מניעתן; גילוי עבריינים והעמדתם לדין; מניעת שיבוש הליכי חקירה ומשפט; וחילוט רכוש על פי דין.

120. לצד עילות רחבות אלה, בס"ק (ב) ו-(ג) קבועה שורה ארוכה של שיקולים וסדרי עדיפויות, אשר אמורים להנחות שופט, הבא לשקול בקשה לצו לביצוע פעולה בחומר מחשב. כך, למשל, על בית המשפט לשקול בין השאר את תכלית הצו, חומרת העבירה, פעולות החקירה שבוצעו, מידת הפגיעה בפרטיות הצפוייה, וכן "האם המחזיק בחומר המחשב לגביו מתבקש הצו – הוא חשוד; אם אינו חשוד – טיב היחסים שבינו לבין החשוד, לרבות האם הוא ספק שירות" (סעיף 65(ב)(ד)). כן הוא אמור להעדיף צו חדירה לחומר מחשב המוחזק בידי חשוד, על פני חומר מחשב המוחזק על ידי אדם אחר; צו גלוי על פני צו סמוי; צו המאפשר עיון בחלק מהחומר על פני צו המאפשר עיון מלא; ועוד.

121. משמעות הדבר, שבהתקיים אחת העילות הגורפות המנויות בסעיף 65(א) – למשל, הסתברות גבוהה שתיעבר מתישהו בעתיד עבירה מסוג עוון או פשע, וחשד שבידי "מחזיק" כלשהו (לרבות ספק שירות) מצוי חומר ה"קשור" באופן רחב לעבירה זו – רשאי בית המשפט להוציא צו לביצוע פעולה חודרנית בחומר מחשב, מבלי שישנן מגבלות ממשיות כלשהן על שיקול דעתו. אין דין

קביעת שורה של שיקולים, שבית המשפט אמור להתחשב בהם, וסדרי עדיפויות בין סוגי פעולות שונים, כדין קביעת מבחנים מהותיים, המגבילים את סמכות הרשויות. להלן דוגמה לשיקולים שיש לקבוע כמבחנים מהותיים :

א. **ביצוע פעולה בחומר במחשב שאינו גלוי** : על אף הדמיון הרב הקיים בין חיפוש סמוי בביתו של אדם, ובין חיפוש בחומר מחשב שאינה גלויה ובידיעת החשוד בביצוע העבירה (סעיף 65(ג)(2) לתזכיר), לא נקבע מבחן מהותי שונה, עם עילות מוגדרות, לפעולה קיצונית זו.

ב. **פעולה בחומר מחשב אצל מחזיק שאינו החשוד** : באופן דומה, אין כל הסדר מהותי לעניין הנסיבות החריגות, העשויות להצדיק חדירה לחומר מחשב שבידי מחזיק (כגון ספק שירות), אשר אינו החשוד בביצוע העבירה (סעיף 65(ב)(4)(ד)). אמנם נקבע בסעיף 82, כי חדירה שלא בידיעת המחזיק כמוה כהאזנת סתר (על כך בהמשך), אולם כאשר החדירה מבוצעת בידיעת מחזיק אחד, אך מבלי ליידע את מי שהמידע שייך אליו, התוצאה איננה פחות פוגענית.

ג. **פעולה בחומר מחשב עתידי** : על פי סעיף 65(ג)(3), יש להעדיף "מתן צו לפעולה בחומר מחשב האגור במחשב בעת ביצוע הצו על פני מתן צו לביצוע פעולה בחומר מחשב ביחס לחומר מחשב שעתידי להתקבל בעתיד". לגבי שמירה והמצאה נקבעו מבחנים מהותיים לעניין השאלה, מתי ניתן לקבל צו עתידי. אולם לעניין חדירה לא נקבע כל מבחן כאמור. לאור החשש שהעלינו לעיל, כי סמכות החדירה עלולה לכלול את הסמכות להתקין "סוס טרויאני", העדרו של מבחן מהותי לעניין זה חמור במיוחד.

ד. **אפשרות לעיון בחומר המחשב כולו** : על פי סעיף 65(ג)(5), "יש להעדיף צו לפעולה בחומר מחשב המתיר עיון בחלק מחומר המחשב, מבלי שיהיה בכך כדי לפגוע בהשגת מטרת הפעולה, על פני עיון בחומר המחשב כולו". לאור היקף המידע האגור בחומר מחשב ובשל הקלות שבה ניתן לאתר ולאסוף מידע רב במחשב שאינו נוגע בהכרח למידע שאחריו מחפשים, יש לקבוע **חובה** פוזיטיבית להגביל את תחולת הצו לחלקים בחומר המחשב הרלוונטיים לעילות, אשר הצדיקו את הפעולה מלכתחילה. חשיפה לחומר המחשב כולו ועיון בו, מהווה פגיעה רחבה ובלתי מידתית בזכות פרטיות ויש להגבילה רק למקרים החריגים ביותר.

122. נראה, שעל פי הסעיף ניתן למשל להוציא צו לביצוע פעולות רחבות בחומר מחשב המוחזק בידי ספק שירות, אם ישנה הסתברות גבוהה שתעברנה בעתיד עבירות שונות, שאינן בהכרח בין החמורות, בידי לקוחותיו – וזאת אף מבלי שיש חשד קונקרטי נגד מי מהם. אמנם בית המשפט מתבקש לשקול שיקולים כגון חומרת העבירה, מידת הפגיעה בפרטיות ועוד – אך דווקא בעניין רגיש כל כך כמו חדירה לחומר מחשב, ראוי לקבוע עילות ברורות ומוגדרות להגבלת שיקול דעת בית המשפט. החשש הוא, שהחלת כלל ההסדרים, החלים על "מחזיק" חומר מחשב גם על ספקי שירות, יאפשר ביצוע "מסעי דיג" אחר ראיות וחשודים, גם כאשר אין חשד קונקרטי נגד אדם מסוים.

123. בנוסף אנו סבורים, כמפורט לעיל, שיש להכפיף את העילה העוסקת בחשד לביצוע עבירות בעתיד, לדרישות המיידיות, ההסתברות, הסיכון והחומרה. לאור הפגיעה העמוקה כל כך בזכותו של אדם לכבוד ולפרטיות, הכרוכה בפלישה לחומר מחשב השייך לו, קיימת חשיבות מיוחדת להקפדה על מבחנים מחמירים בהקשר זה.

#### תקשורת בין מחשבים אגבית (סעיף 66):

124. על פי סעיף 66 המוצע, קבלת מידע מתקשורת בין מחשבים – לרבות טלפונים סלולאריים – אגב חדירה לחומר מחשב (או לאחר תפיסת המחשב ועד להשלמת החדירה), לא תיחשב האזנת סתר. הדרישה היחידה בהקשר זה היא הדרישה, שהחדירה תבוצע בנוכחות ה"מחזיק" אן בתנאים שיקבע בית המשפט בצו. לאור העובדה, ש"מחזיק" יכול להיות גם מחזיק המקום הפיזי בו המחשב במקרה נמצא, או אף ספק שירות (ולאו דווקא החשוד או מי שאינטרס הפרטיות שלו עלול להיפגע מהחדירה), אין בדרישת הנוכחות כדי לשמש ערובה משמעותית מפני שימוש לרעה בסמכות זו.

125. ראוי להדגיש, כי מסעיף 84(ה) עולה, כי יכול לחלוף זמן רב בין מועד התפיסה של המחשב למועד החדירה אליו שכן "ביצוע החדירה לחומר מחשב שלא במקום החיפוש יכול להיעשות כל משך תקופת תוקפו של צו החדירה לחומר מחשב, אלא אם קבע בית המשפט אחרת." על פי סעיף 95, תוקפו של צו הנו ככלל למשך 30 יום אלא אם הורה בית המשפט אחרת. מכך עולה, כי מידע מתקשורת בין מחשבים עשוי להמשיך להיקלט במחשב התפוס במשך 30 יום או יותר לאחר התפיסה.

126. לעניין הרחבת הסעיף לעומת סעיף 23א(ג) לפסד"פ הקיים, כך שיחול גם על תקשורת המתקבלת "בפרק הזמן מתפיסת המחשב או חומר המחשב ועד להשלמת החדירה" נטען, כי "שינוי זה נובע מההתפתחות שהובילה לכך שמחשבים רבים עשויים להמשיך ולקלוט 'שיחה' גם לאחר תפיסתם, וגם תוך כדי או לאחר החדירה אליהם. כך, למשל, מכשירי טלפון סלולאריים נכללים תחת הגדרת 'מחשב', ובהם כמובן תקשורת בין מחשבים עשויה להיות שכיחה. שיחות טלפון, הודעות טקסט או הודעות דוא"ל עשויות להמשיך להתקבל במכשיר גם לאחר תפיסתו על ידי השוטר ואפילו לאחר כיבויו על ידי שוטר. קבלת מידע כזה נעשה ללא שליטת המשטרה, וללא כוונה מוקדמת לבצע האזנת סתר, שהרי לפי חוק האזנת סתר, התשל"ט-1979, קליטת תקשורת בין מחשבים היא האזנת סתר." אלא שאין בהסבר זה כדי לנמק מדוע **מוצדק** לאפשר עיון גם בתקשורת המתקבלת לאחר התפיסה, כאשר הצו לא התייחס לחומר עתידי. לאור העובדה, שעשוי לעבור פרק זמן משמעותי מרגע התפיסה ועד ביצוע והשלמת החדירה, יש בהוראה זו כדי להכשיר בדרך אגבית האזנת סתר נרחבת, ללא הצדקה עניינית. דברים אלה מקבלים משנה תוקף לאור העובדה, ששיחות טלפוניות רבות היום מתנהלות באמצעות תקשורת אינטרנטית (כגון סקייפ) ולא תקשורת טלפונית.

127. הסעיף המוצע קובע, הלכה למעשה, מסלול עוקף נרחב לחוק האזנת סתר ולחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), התשס"ח-2007. אין בעובדה שהסדר דומה (אך מצומצם

יותר) מעוגן היום בסעיף 23א(ג) לפסד"פ כדי להוות נימוק ענייני להעתקת ההסדר ואף להרחבתו, במסגרת תיקון חקיקה זה.

### **סימן ב – צווים לשמירה והמצאה של חומר מחשב (סעיפים 67-75):**

128. נאמר תחילה, כי ההערות שהובאו לעיל לעניין צו המצאה יפים אף ביתר שאת לעניין צווי המצאה של חומר מחשב לאור החשש הגלום בצווים אלה לפגיעה בפרטיות ובזכות להימנע מהפללה עצמית.

129. לעניין סעיף 67 נשאלת השאלה, אם אין צורך בקביעת הוראות, אשר יסדירו ויגבילו את השימושים המותרים לספק שירות במידע שנשמר על ידו (למשל להבטיח), שלא ייעשה במידע שימוש זר, שימוש מסחרי וכו').

130. לא ברור לנו דיו הבסיס העיוני להבחנה הנעשית בסעיפים 67, 68, ו-69, בין שמירה או המצאה של חומר מחשב, העתיד להתקבל אצל ספק שירות שאינו מעניק שירות אחסון מידע, לבין שמירה או המצאה של חומר מחשב, המתקבל אצל ספק שכן מעניק שירות כזה. בדברי ההסבר נאמר, כי "למניעת ספקות, מוצע לקבוע מפורשות בחוק כי בקשת צו לספק שירות המורה לו לתעד או להקליט חומר מחשב כאמור, העובר או עתיד לעבור בתקשורת בין מחשבים, דינה כבקשת צו האזנת סתר... ואולם ככל שמדובר בחומר אשר אגור במחשבי ספק השירות, או שעתיד להיאגר, כחלק מהשירות שהוא נותן ללקוחותיו או כחלק בלתי נפרד משגרת פעולתו העסקית הרגילה, אין מדובר בהאזנת סתר, וניתן לבקש ביחס אליו צו שמירה או המצאה לרבות צווים עתידיים". אלא שמבחינת הלקוח, שפרטיותו היא אשר נפגעת כתוצאה מצו השמירה או ההמצאה העתידי, השאלה אם המידע נאגר אצל הספק כחלק מעיסוקיו הרגילים אינה הקובעת מהותית, אם הפגיעה מוצדקת בנסיבות העניין, או אם ראוי להחיל עליה את הוראות חוק האזנת סתר.

131. על פי סעיף 71(2), "על אף הוראות סעיף 9(ב), אם צו השמירה או ההמצאה של חומר מחשב מתייחס לחומר מחשב האגור אצל ספק שירות, שאינו החשוד, ישקול בית המשפט בין יתר השיקולים את אפשרות יידוע החשוד בדבר ביצוע הצו." גם כאן אין די בקביעה שבית המשפט ישקול את אפשרות יידוע החשוד בין יתר השיקולים, אלא ראוי לקבוע מבחן מהותי, הקובע מתי ניתן להימנע מכך.

132. הדברים האמורים לעיל, לעניין חוסר סבירות דרישת הסודיות, הקבועה בסעיף 9, יפים אף לעניין סעיף 73 המוצע.

### **סימן ג – צו חדירה לחומר מחשב (סעיפים 76-82):**

133. סעיף 78(6) קובע, ש"אם החדירה היא לחומר מחשב האגור אצל ספק שירות, שאיננו החשוד, ישקול בית המשפט בין יתר השיקולים את אפשרות יידוע החשוד או מקבל השירות מספק השירות בדבר ביצוע החדירה לחומר מחשב". שוב – משמעות סעיף זה הלכה למעשה, שניתן לבצע

חדירה סמויה לחשבון דוא"ל של אדם, המנוהל אצל ספק שירות – בין אם הוא החשוד בעבירה ובין אם לאו – מבלי שמוצב מבחן מהותי משמעותי, המגביל סמכות קיצונית זאת.

134. סעיף 80 מסמך קצין משטרה להתיר חדירה לחומר מחשב ללא צו שיפוטי במקרים דחופים לשם הצלת חיים או במקרה שחדירה נדרשת באופן מיידי לשם מניעת העלמת ראיה. לאור הרגישות הרבה הטמונה בצו חדירה לחומר מחשב, יש לאמץ גם כאן הסדר דיווח דומה לזה שאומץ בתזכיר לעניין צו המצאה מנהלי וחיפוש סמוי ללא צו. יש לקבוע חובת דיווח תקופתי מפורט ליועץ המשפטי לממשלה על ההיתרים שניתנו לחדירה לחומר מחשב ללא צו ולקבוע שהדיווח יפורסם לעיון הציבור.

135. כמו כן, כמפורט לעיל, אנו סבורים שככל שמדובר בבעלי מקצוע, יש להקפיד ביתר שאת על קבלת צו שיפוטי בטרם ביצוע חדירה לחומר מחשב.

136. על פי סעיף 82 להצעה, "בית המשפט רשאי להתיר בצו, ביצוע חדירה לחומר מחשב ללא ידיעת המחזיק בחומר המחשב, וללא נוכחותו, אם מצא כי אין דרך אחרת להשגת מטרת החדירה" – ועל הבקשה יחולו הוראות חוק האזנת סתר. הוראה זו ראויה היא, אלא שלאור ההגדרה הרחבה של "מחזיק", ולאור אי קביעתו של כל מבחן מהותי להסדרת סוג המקרים, בהם ניתן לחדור לחומר מחשב המוחזק בידי ספק, מבלי ליידע את החשוד או את הלקוח – ספק אם יש לה משמעות מעשית. הוראה זו מדגימה היטב את הבעייתיות העמוקה הכרוכה בהגדרה הגורפת של "מחזיק", ובאי יצירת הסדרים שונים ונפרדים לחדירה לחומר מחשב, המוחזק בידי חשוד או בידי מי שהמידע הפרטי שייך אליו, וחדירה לחומר, המוחזק בידי ספק או גורם אחר שאין לו עניין ישיר במידע עצמו.

#### סימן ד – חדירה לחומר מחשב בהסכמה (סעיף 83):

137. מאותם הטעמים, המפורטים בהרחבה לעיל, אנו מתנגדים גם להצעה להסמך שוטר לבצע חדירה לחומר מחשב "בהסכמת" בעל הרשאה וגישה לאותו חומר. דווקא בשל הרגישות הרבה של חומר מחשב והפוטנציאל המיוחד לפגיעה בפרטיות, יש להקפיד ביתר שאת על הכללים, האמורים להגן על האזרח מפני פלישה בלתי מוצדקת לפרטיותו.

138. חוסר השוויון המובנה הקיים ביחסים שבין המשטרה לבין האזרחים אינו מאפשר מתן הסכמה חופשית לחלוטין, ובפועל תמיד יחשוד האזרח שמא יינקטו צעדים נגדו, או שמא יגבר חשד השוטרים, אם לא ישתף פעולה עם בקשתם. "הסכמה" הניתנת לאיש מרות, בנסיבות קיצוניות כל כך של פערי כוחות, אינה אלא "ציות" שקט. לא בכדי מבחין סעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המעגן את הזכות החוקתית לפרטיות, בין "כניסה" לביתו של אדם – אשר כשנעשית בהסכמתו אינה נתפסת כפגיעה בפרטיות ("אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו"), לבין "חיפוש" ("אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו"). גם חיפוש, הנעשה ב"הסכמתו" של אדם, צריך לעמוד במבחן פיסקת ההגבלה, והדרישה לקיומה של "עילת חיפוש", כתנאי לביצוע חיפוש בהסכמה, אמורה לתת ביטוי לכך. אלא, שכפי שהסברנו לעיל, אין בדרישה התיאורטית לקיומה של עילה כל נפקות מעשית, שכן היא תיבחן לפי שיקול דעתו



הבלעדי והבלתי מבוקר של השוטר. אין לאזרח, הנדרש "להסכים" לחזירה לחומר המחשב שברשותו כל יכולת לבחון אם מתקיימת "עילה" כאמור.

139. דווקא בהקשר של חיפוש בחומר מחשב, ההתבססות על הסכמה, תוך ויתור על הפרוצדורות הקפדניות האמורות להבטיח את טוהר הראיות, עלולות לפגוע ביכולתו של חשוד, לאחר מכן, אף אם הסכים לחיפוש, לבחון את הראיות שנתפסו על מנת להשתמש בהן בהליך הפלילי (לעניין זה השווה ת"פ 6961-09-08 מדינת ישראל נ' גורביץ (7.7.2011), בו פעולה רשלנית של המשטרה בחומר המחשב הביאה לכך שנפגעה יכולתו של הנאשם להוכיח כי לא צפה בסרטוני הוידאו וכן את ב"ש 1153/02 מדינת ישראל נ' מיכאל אברגיל, פ"מ תשס"א (2) 728 (2002), בו דן כב' השופט דרורי בפרוצדורה הראויה לחיפוש במחשבים).

140. כידוע, בימים אלה מתנהל בבית המשפט העליון הליך בו נבחנת שאלת החוקתיות של חיפושים, המבוצעים ב"הסכמה" (רע"פ 10141/09 אברהם בן חיים נ' מדינת ישראל). לעיון בטיעונים המפורטים, אשר הגשנו במסגרת בקשה להצטרף כ"ידיד בית המשפט" במסגרת הליך זה, ראו: <http://www.acri.org.il/pdf/petitions/hit10141.pdf>.

141. אנו מברכים על ההצעה להחריג מהסדר בעייתי זה ספקי שירות ומעבידים. לעניין ס"ק (3) אנו סבורים, שיש לבטל את הקביעה, שהחריגה זו לא תחול לגבי מעבידים "אם הדבר הוסכם מפורשות אחרת בין המעביד לעובד במסגרת הסדרי העבודה שנקבעו ביניהם". דרישות מצד מעבידים לויתורים גורפים מצד עובדים על זכויות יסוד הניתנות להם הן פוגעניות במיוחד ואינן עומדות במבחן החוקתיות. ספק רב, אם התניה כללית בהסכם עבודה, במסגרתה מותר העובד מראש על פרטיות חומר המחשב הפרטי שלו, ומאפשר למעסיק להסכים בשמו לחיפוש בהם, יכול להיות חוקי. כך, לדוגמה, נקבע בעניין איסקוב לגבי "ההסכמה מדעת" הנדרשת מצד העובד, כי: "לאור הפער בכושר המיקוח שבין הצדדים... יש לקבוע רף גבוה, המשקף את משמעות ההסכמה והשלכתה על זכויות האדם. הסכמת העובד לפגיעה בפרטיותו מותנית בתנאים מצטברים אלה: על ההסכמה להיות מפורשת, מרצון חופשי ומדעת, לאחר שניתן לעובד המידע הדרוש בנוגע לכוונת המעסיק לפגוע בפרטיותו בכל מקרה ומקרה" (פסקה 30). לאור הפגיעה הקשה בזכות לפרטיות של העובד ובשל פערי הכוחות בין העובד למעביד, קבע פסק הדין כי בנוסף לתנאים אלה, נדרשת הסכמה ספציפית של העובד בגין כל פעולת מעקב וחזירה לתכתובת אישית ואין להסתפק בהסכמה כוללת מראש (פסקה 54). לאור זאת, אין להסתפק בהסכמה שנתן העובד "במסגרת הסדרי העבודה שנקבעו ביניהם" כפי שמוצע בסעיף 83(ב)(3) לתזכיר (כן ראו בהקשר זה גם את הנחיית היועץ המשפטי לממשלה בעניין "שימוש בבדיקות פוליגרף על ידי רשויות המדינה" (מספר 3.1102), אשר קבעה, כי ההסכמה הנדרשת לביצוע בדיקת פוליגרף צריכה להיות מבוססת על מודעות מלאה באשר למהות הבדיקה, התוקף המשפטי של תוצאות הבדיקה, השימוש שניתן לעשות בממצאים וכו').

142. בנוסף על האמור, על פי סעיף 29(ג), המוחל על חדירה לחומר מחשב (מלבד לעניין ספקי שירות ומעבידים), "היה למקום בו יש כוונה לערוך חיפוש, או לחלק ממקום כאמור, מספר מחזיקים במשותף שאינם בני משפחה אחת – ניתן לערוך חיפוש לפי הוראות סעיף זה ביחס לתחום המוחזק במשותף, אם ניתנה הסכמה של אחד המחזיקים במשותף, והכל אם מחזיק אחר במשותף לא הודיע על התנגדותו." ספק רב בעניינו אם יש לגזור גזרה שווה לעניין זה, בין מקום פיזי המוחזק במשותף, ובין חומר מחשב. אם שני אנשים, למשל, משתמשים באותו מחשב, אף אם לשניהם גישה והרשאה פורמאליות לחומר כולו, אין בכך כדי להצביע בהכרח על כך שכל המידע הכלול בו שייך לשניהם באותה מידה. אין הדבר דומה לסלון בדירה משותפת, אלא לחדרים פרטיים בבית משותף. ככל שמבקשים לאפשר חיפוש ב"הסכמה" בחומר מחשב, יש לעמוד לכל הפחות על קבלת הסכמה אמיתית, מדעת, מכל מי שחומר המחשב שייך אליו. בהקשר זה ניתן לאמץ מבחן הדומה לזה שאומץ לעיל בקשר ל"חומר מחשב פרטי" של עובד.

#### **סימן ה – נוהל ביצוע חדירה לחומר מחשב (סעיפים 85-84):**

143. על פי סעיף 84(ג)(1), בנוסף על האדם ממנו נתפס החומר, "תינתן אפשרות להיות נוכח לבעל ההרשאה והגישה לחומר המחשב, אם ביקש להיות נוכח...". לאור ההוראות הרחבות המתוארות לעיל, המאפשרות אי מתן הודעה לבעל הרשאה או גישה, לא ברור כיצד זכות זו אמורה להיות ממומשת. כמובהר על פי סעיף 84(ג)(5), חובת עורך החיפוש היא רק להודיע **למי שנתפס ממנו החומר** על זכויותיו לפי הסעיף. על מנת לממש את זכותו של בעל ההרשאה והגישה, יש לקבוע חובה ליידע אותו על הכוונה לבצע את הליך ההעתקה שכן אין לצפות שהמידע יגיע לאוזנו מהאדם ממנו נתפס חומר המחשב.

144. על פי דברי ההסבר, קיימת הכרה בחשיבות נוכחות בעל ההרשאה והגישה בעת ביצוע ההעתקה "על מנת שיוכל לפקח מקרוב אחר הליך ההעתקה". לא ברור מדוע הכרה זו באה לידי ביטוי רק בשלב ההעתקה של החומר שכן זכותו של בעל ההרשאה והגישה לפקח על ההליך ולהבטיח את זכויותיו קיימת גם בשלבים אחרים של ביצוע פעולות בחומר מחשב כגון החדירה לחומר המחשב, עיון בחומר המחשב ללא העתקה של החומר וכו'. כפי שפירטנו לעיל, קיימת חשיבות רבה שמי שחומר המחשב הרלוונטי שייך אליו – מי שזכותו לפרטיות היא זו שנפגעת – יהיה נוכח לאורך ביצוע הפעולות השונות בחומר המחשב, כדי לפקח על ההליך.

145. על פי סעיף 84(ו) חדירה לעותק של חומר מחשב "יכול שתבוצע בתחנת משטרה או במקום אחר הנתון לשליטת המשטרה אף שלא בנוכחות האדם ממנו נתפס חומר המחשב". על פי דברי ההסבר להצעת החוק הדבר דומה ל"עיון בקלסרים או חפצים אחרים שנתפסו במקום אגב חיפוש, או עריכת בדיקות מז"פ בחפץ שנתפס כדין במסגרת החקירה". אלא שהשוואה זו מתעלמת מהאופי הייחודי של חיפוש בחומר מחשב. בניגוד לחיפוש במקום שבעקבותיו נתפס חפץ כלשהו או מסמכים המובאים לתחנת המשטרה, בהעתקה של חומר מחשב, מועתק מגוון רחב ובלתי ממוקד של מידע ולעיתים אף חומר המחשב כולו (כפי שעולה מסעיף 65(ג)(5)), שממנו רק אחר כך אחר כך שולפים את המידע הרלוונטי. דווקא שלב החדירה לחומר המחשב הוא השלב הקריטי שבו נדרשת נוכחות בעל ההרשאה והגישה לצורך פיקוח על ההליך. אם קיים חשש ששיטות פעולה

ייחשפו בפני גורמים עבריינים ויביאו לפיתוח שיטות התחמקות והסתרה, כפי שעולה מדברי ההסבר, יש לקבוע, כי נוכחות בעל ההרשאה והגישה תיאסר כחריג במקרים בהם נעשה שימוש בשיטות פעולה שלא רצוי לחשוף אותן. בהקשר זה יש לזכור, שכדי לעמוד במבחן המשפט ההוגן – ובוודאי כדי להגיש לבית המשפט ראיות, אשר נמצאו במהלך החדירה - יהיה צורך להעמיד לעיון הנאשם את האמצעים ששימשו לביצוע החדירה, כדי לאפשר לו לפקח, ולו בדיעבד, על תקינות ההליך.

146. סעיף 84(ט) קובע, כי לצורך ביצוע צו חדירה לחומר מחשב מוסמך חוקר המחשבים לדרוש מכל אדם, למעט החשוד, המצוי במקום לסייע בידו לבצע את החדירה לחומר המחשב. סעיף זה הנו כללי ורחב מדי ונראה שהוא עשוי לחייב אישה היודעת את הסיסמה למחשב של בעלה, החשוד בעבירה, למסור את הסיסמה ובכך להפליל את בעלה. סעיף זה מטיל חובה בלתי מתקבלת על הדעת על כל אדם המצוי במקום החיפוש לסייע לחדירה למחשב. בנוסף, מטיל סעיף זה חובת סודיות על כל אדם שלקח חלק בסיוע בדומה לקבוע בסעיף 9(ב). הדברים האמורים לעיל, לעניין חוסר סבירות דרישת הסודיות יפים אף לעניין זה.

#### **פרק ט' - הוראות שונות:**

##### **ביצוע צו שמירה או המצאה (סעיף 95א):**

147. סעיף 95א קובע חובה להתייצבות מיידית של האדם אליו מכוון צו ההמצאה לצורך ביצועו. הסמכות לזמן באופן **מייד** אדם לתחנת משטרה לצורך ביצוע המצאה של חפץ דומה במהותה לסמכות העיכוב, שיש בה פגיעה בחירותו של אדם. על פי חוק המעצרים, הסמכות לחייב עד להגיע לתחנת משטרה מותנית בכך, כי מדובר בתחנה "קרובה", וכי נקבע "מועד סביר" (סעיף 68א). לאור זאת, אין לקבוע כברירת מחדל כי ביצוע צו ההמצאה יהיה מייד, אלא בתוך זמן סביר שייקבע בצו, וזאת בין השאר כדי לתת לאדם אליו הופנה הצו זמן להתארגן וכדי להבטיח שלא תיפגע זכותו היסודית לקבל ייעוץ משפטי טרם ביצוע צו ההמצאה. ככל שיש מצבים חריגים בהם יש צורך בביצוע מייד של הצו, מן הראוי לקבוע הסדר חריג אשר ייתן את הדעת לדמיון הנורמטיבי שיש בין דרישה שאדם יתייצב מיד בתחנת המשטרה לצורך מסירת חפץ, בדומה למסירת עדות, לבין סמכות העיכוב.

#### **פרק י' - תיקונים עקיפים:**

##### **תיקון חוק האזנת סתר (סעיף 98):**

148. סעיף 98 קובע כי סעיף 1 לחוק האזנת סתר יתוקן כך שלהגדרת "האזנה" יתווסף המשפט "תוך כדי התרחשותה". תיקון זה אינו נהיר לנו, ונראה שהוא עלול לצמצם יתר על המידה את משמעותה של האזנת סתר. על הסייג הקיים בסעיף 66 לתזכיר עמדנו לעיל. לא ברורה לנו תכלית תיקון זה וכיצד צמצום עצם ההגדרה של האזנת סתר עלול להשליך על יישום הדין בהקשרים אחרים.

**תיקון חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים) (סעיף 100):**

149. סעיף 100(א) לתזכיר קובע כי יש להוסיף לחוק המעצרים את סעיף 8א "סמכות חיפוש בעת קבלת עצור למשמורת". על פי נוסח הסעיף, שוטר יהיה רשאי כדבר שבשגרה וללא כל חשד "לערוך בחינה חזותית של גופו העירום של עצור בעת קבלתו למשמורת במקום המעצר". האפשרות לדרוש מכל עצור לחשוף את גופו העירום כולל איבריו המוצנעים משקפת פגיעה חמורה ובלתי מידתית בפרטיותו ובצנעתו של אדם. יש להסתפק כדבר שבשגרה בחיפוש על גופו של עצור, הכולל בהגדרתו גם הסרת בגד שאין בו כדי לחשוף איברים מוצנעים, ורק במידה וקיים חשד שהעצור מחזיק חפץ שאסור להכניסו למקום המעצר, ניתן לערוך בחינה חזותית של גופו העירום.

150. סעיף 100 (ב) מציע להוסיף בחוק המעצרים את סעיף 24א אשר יסמך שוטר העוצר אדם לנקוט בכוח לצורך ביצוע המעצר. אנו מוטרדים מהניסוח של סעיף קטן (ג) המסדיר את סמכות השימוש בכוח קטלני לצורך ביצוע המעצר. על פי סעיף זה, רשאי שוטר להשתמש בכוח קטלני אם מתקיימים ארבעה תנאים מצטברים, כאשר התנאי הראשון הוא כי "הפעלת הסמכות נובעת מחשד סביר שבוצעה זה עתה, מבוצעת או עומדת להתבצע עבירת פשע שיש בה כדי לסכן באופן ממשי את חייו של אדם או את שלמות גופו". תנאי זה עלול להתפרש כמשתרע גם על מקרים, בהם אדם ביצע זה עתה מעשה מסוכן, אך מתחמק או מתנגד למעצר בנסיבות, אשר אינן מצביעות על המשך קיומה של סכנה. אין די בכך כי החשוד עבר זה עתה עבירה שסיכנה חיי אדם כדי להצדיק בהכרח שימוש בכוח קטלני נגדו, אלא אם הוא ממשיך להוות סיכון. מן הראוי להבהיר בנוסח הסעיף, שהשימוש בכוח קטלני מוצדק רק כאשר הוא נדרש באופן הכרחי כדי לנטרל סכנה עתידית חמורה.

151. כן, נקבע בסעיף זה, כי על הסיכון הצפוי "ניתן ללמוד גם מהתנהגותו בעבר של מי שמבקשים לעצור". האפשרות ללמוד על הסיכון הטמון באדם מהתנהגותו בעבר ועל סמך התנהגות זו להשתמש נגדו בכוח קטלני שעשוי אף להביא למותו, הנה פסולה לחלוטין. מטבע הדברים, ייתכנו מצבים, בהם הכרות קודמת עם אדם תתרום להערכתו של שוטר, כי נסיבות העניין מצביעות על סיכון מובהק העולה ממנו, אולם אין להעניק משקל יתר לשיקול זה על ידי קביעתו כשיקול נפרד.

152. סעיף 100(ג) קובע תיקון עקיף נוסף לחוק המעצרים, המגביל באופן בלתי ראוי את זכותו של עצור לפנות לבית המשפט בבקשה לעיון חוזר על החלטה הנוגעת למעצר, לשחרור או להפרת תנאי השחרור בערובה. התיקון קובע, כי לא יתקיים דיון בבקשה לעיון חוזר שהגיש עצור, משוחרר בערובה או תובע בעניין הנוגע למעצר, אלא אם כן שוכנע בית המשפט כי התקיימו לכאורה העילות לקיום משפט חוזר. לאור חשיבות הזכות החוקתית לחירות – וזכות הגישה לערכאות כערובה בסיסית להבטחת ההגנה על זכות זו – אין לחסום דרכו של אדם, המבקש לקיים עיון חוזר על ההחלטה לעצרו. בכל מקרה, ככל שתיקון זה מקודם, יש לכלל הפחות להפוך את הנטל ולקבוע כחריג, שבית המשפט יהיה מוסמך לדחות בקשה לעיון חוזר על הסף, אם אין הבקשה מגלה על פניה עילה לקיומו. אנו מתנגדים מכל וכל להצעה הבלתי חוקתית לאפשר דיון מקדמי שלא בנוכחות העצור. על הפסול החוקתי שבקיום דיוני מעצר בהעדר החשוד ראו: בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל (11.2.10).

### חשיבות קביעתו של כלל פסלות לראיות שנתקבלו בחיפוש לא חוקי

153. תזכיר החוק קובע מגבלות ואיסורים על סמכויות החיפוש שבידי המשטרה במטרה לקיים את האיזון הראוי בין זכויות הפרט לכבוד, לפרטיות ולהליך הוגן לבין צרכי אכיפת החוק ומניעת עבירות. אלא שהוראות אלה עלולות להישאר על הנייר בלבד בהעדר תגובה קונקרטית ומשמעותית במקרה של הפרתן.

154. כך, התזכיר אינו מעגן כלל פסלות ראיות, ומשכך המגבלות והאיסורים שנקבעו בתזכיר יהיו, בפועל, חסרי משמעות. בהעדר כלל פסלות, לא קיימת בפני שוטרים כל הרתעה מפני ביצוע חיפושים בלא סמכות ואין כל תמריץ שיחייב אותם לקיים באופן קפדני את הוראות החוק.

155. כלל פסלות לא נועד רק להגן על האדם הספציפי שזכויותיו נפגעו מביצוע החיפוש שלא כדין, אשר במהלכו נתפסו ראיות מפלילות, אלא מטרתו להגן גם על הזכות לפרטיות של כל אותם אזרחים תמימים, שהחיפוש על גופם או בביתם לא הניב כל תוצאה מפלילה. השימוש בכלל פסלות הוא האמצעי האפקטיבי היחיד להרתעת שוטרים מביצוע חיפושים המנוגדים להוראות הקבועות בחוק תוך פגיעה שלא כדין בזכויות יסוד מוגנות. הוא נותן ביטוי לכך, שאינטרס הציבור העומד על הפרק אינו רק אינטרס הציבור בהעמדת פושעים לדין, אלא אינטרס הציבור בשמירה על חברה חופשית, בה המשטרה אינה רשאית לפלוש לפרטיות האזרח ללא הצדקה ספציפית, המעוגנת בדין.

156. עקרון זה קיבל ביטוי, לדוגמה, בסעיף 13(א) לחוק האזנות סתר הקובע את הכלל לפיו "דברים שנקלטו בדרך האזנת סתר בניגוד להוראות חוק זה, לא יהיו קבילים כראיה בבית משפט". בדברי ההסבר לסעיף זה הובהר כי מטרת הסעיף להבטיח שלא תהיה נפקות לפירותיה של עבירה על החוק על מנת לשמש הרתעה בפני ביצוע האזנה בניגוד לחוק.

### חשיבות קביעתו של מנגנון פיצוי

157. אנו סבורים כי ראוי לאמץ במסגרת התזכיר מנגנון פיצוי לאדם שזכויותיו נפגעו כתוצאה משימוש בלתי חוקי בסמכויות החיפוש. הדברים האמורים לעיל (במסגרת ההתייחסות לחיפושים סמויים) לעניין חשיבותה של תרופה יעילה במקרה של פגיעה בזכות יפים אף כאן. זכות, ללא תרופה משמעותית במקרה של הפרתה, איננה מוגנת.

158. ניתן לקבל השראה לעניין זה, בשינויים המחויבים, מההסדר הקיים בסעיף 38 לחוק המעצרים הקובע מנגנון פיצויים בשל מעצר בלתי מוצדק.