

האגודה לזכויות האזרח בישראל

המבקשת להצטרף:

ע"י ב"כ עוה"ד אורי סבח ו/או אבנר פינצ'וק
ו/או דן יקיר ו/או עודד פלר ו/או שרון אברהם-
ויס ו/או גיל גן-מור ו/או נסרין עליאן ו/או
משכית בנדל ו/או טל חסין ו/או שרונה
אליהו חי ו/או אן סוצ'יו ו/או רגד גיראיסי ו/או
רעות כהן ו/או רוני פלי ו/או סנא אבן ברי ו/או
שדא עאמר

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל

רחוב נחלת בנימין 75, תל אביב 65154
טלפון: 03-5608185, פקס: 03-5608165

התובעת הצבאית הראשית

המבקשת:

ע"י עוה"ד רס"ן ענת ויינברג ורס"ן ניר שני
מחנה רבין ("הקריה"), תל אביב
טלפון: 03-5696716; פקס: 03-5694643

- נ ג ד -

רב"ט ב. ס.

המשיב:

ע"י עוה"ד רס"ן (מיל') עדי ריטיגשטיין-אייזנר
וסרן עומר קנובלר
מטעם הסנגוריה הצבאית
מחנה רבין ("הקריה"), תל אביב
טלפון: 03-5691729; פקס: 03-5692193

בקשה להצטרף להליך כ"ידידת בית המשפט" (Amicus Curiae)

בית המשפט הנכבד מתבקש לצרף את המבקשת להליך זה במעמד של "ידידת בית המשפט", ולאפשר לה להגיש טיעון בכתב מטעמה ולטעון בעל-פה, במסגרת הדיון שיתקיים ביום 19.6.2017.

ואלה נימוקי הבקשה:

1. בתיק זה מתבקש בית המשפט הנכבד לדון בסוגיית סמכותן של רשויות חקירה לבצע חיפוש בחומר מחשב ללא היזקקות לצו שיפוטי ועל יסוד הסכמת הנחקר בלבד. בפרט, המקרה הנדון עוסק בחיפוש ב"טלפון חכם", שבוצע במעבדה, ללא נוכחותו של הנחקר.
2. המבקשת להצטרף (להלן: "המבקשת") תבקש להציג בפני בית המשפט הנכבד את עמדתה בסוגיה, תוך התמקדות בהיקף הפגיעה בפרטיות הנובעת מביצוע חיפוש בחומר מחשב ובטלפון חכם, וביחס שבין

ההכרעה בתיק זה לבין הדין במקרים אחרים של "הסכמה" לפגיעה בפרטיות בנסיבות של פערי כוחות אינהרנטיים.

בקשת רשות הערעור

3. התביעה הצבאית, בתיאום עם פרקליטות המדינה, הגישה לבית המשפט הנכבד בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים, אשר פסל ראייה שהושגה באמצעות חיפוש חסר סמכות במכשיר טלפון נייד. בית הדין הנכבד קבע, כי לשם עריכת חיפוש במכשיר טלפון נייד, **המבוצע במעבדה וללא נוכחות הנחקר**, נדרשים גופי החקירה להוציא צו שיפוטי, ואינם רשאים להסתמך על הסכמת הנחקר.

4. בית הדין הצבאי לערעורים איבחן בפסק הדין בין "חיפוש מעבדה", כמו זה שבוצע במקרה שלפניו, לבין "חיפוש ידני" שנערך **באופן ידני בנוכחות ובאמצעות הנחקר**. באשר לחיפוש ידני – בית הדין הנכבד פסק כבר בעבר, כי הסכמה **מדעת** של הנחקר עשויה להקנות סמכות חיפוש גם בהעדר צו שיפוטי.¹ בקביעתו זו הסתמך בית הדין על הלכת **בן חיים**,² שהתייחסה לחיפוש בגוף או בחצרים, והחיל אותה על חיפוש ידני בטלפון חכם. קביעה זו וקביעה דומה של בית המשפט המחוזי,³ לא נבחנו עדיין בבית המשפט העליון.

המבקשת ומומחיותה בסוגיות הקשורות לדיון

5. המבקשת פועלת מזה 45 שנים לקידום זכויות אדם באמצעות התדיינות משפטית, חינוך ודיאלוג עם מוסדות השלטון ועם הציבור. במהלך פעילותה רכשה המבקשת מומחיות בכל הקשור להגנה על זכויות היסוד – להלכה ולמעשה – והיכרות רחבה עם סוגיות שונות הנוגעות לדיון דכאן. למבקשת מומחיות וניסיון בכל הנוגע ל**זכות לפרטיות בעידן הדיגיטלי**. בין היתר ניהלה המבקשת התדיינות, שהסתיימה בפסק הדין מנחה בעניין העברת מידע אישי מגוף ציבורי למשנהו, ומגופים ציבוריים לגורמים בשוק הפרטי.⁴ המבקשת עתרה נגד חוק "האח הגדול" המקנה למשטרה גישה לנתוני תקשורת,⁵ ונגד המאגר הביומטרי של משרד הפנים.⁶ כמו כן, השתתפה המבקשת בדיון שנערך בבית המשפט הנכבד בעניין הפרסום הדיגיטלי של פסקי דין והשפעתו על האיזון בין הזכות לפרטיות לבין עקרון פומביות הדיון.⁷ המבקשת צורפה במעמד "ידיד בית משפט" לדיונים שהתקיימו בבית הדין הארצי לעבודה על טכנולוגיות מידע חדשות והשפעתן על הפרטיות במקום העבודה, ובסוגיית ההסכמה לפגיעה בפרטיות, לרבות הסכמה לחיפוש בתיבת הדואר האלקטרוני של עובדת.⁸

¹ ע/78/14 (ערעורים צה"ל) **פלח נ' התובע הצבאי הראשי**, פס' 29-19 (13.1.2015).

² רע"פ 10141/09 **בן חיים נ' מדינת ישראל** (6.3.2012).

³ ע"פ (מחוזי ת"א) 61187-06-14 **קורס נ' מדינת ישראל** (30.3.2015).

⁴ בג"ץ 8070/98 **האגודה לזכויות האזרח נ' משרד הפנים**, פ"ד נח (4) 842 (2004).

⁵ בג"ץ 3809/08 **האגודה לזכויות האזרח נ' משטרת ישראל** (28.5.2012).

⁶ בג"ץ 1516/12 **פרופ' נהון נ' הכנסת** (23.7.2012).

⁷ בג"ץ 5870/14 **חשבים ה.פ.ס. מידע עסקי בע"מ נ' הנהלת בתי המשפט** (12.11.2015).

⁸ ע"ע (ארצי) 90/08 **איסקוב – הממונה על חוק עבודת נשים** (8.2.2011), בפסקה 10 (פסיקה עקרונית בעניין פרטיות בתיבות הדוא"ל במקום העבודה); בר"ע (ארצי) 44667-05-13 **בת-חן שחר – עיריית שדרות** (21.6.2013) (שעון נוכחות ביומטרי); עס"ק (ארצי) 7541-04-14 **הסתדרות העובדים הכללית החדשה מרחב המשולש הדרומי נ' עיריית קלנסווה** (15.3.2017) (שעון נוכחות ביומטרי).

6. בקיאותה של המבקשת בסוגיות הרלבנטיות לדיון אינה מתמצית בשדה המשפטי, ובמרבית המקרים היא נסמכת גם על מעקב וטיפול במקרים פרטניים ובמעורבות בהליכי חקיקה. כך, למשל, המבקשת הגישה עמדה והופיעה בדיון בפרשת **בן חיים**. יש לה גם מבט רחב על הפרקטיקות המשטריות שקדמו לפסיקת בית המשפט הנכבד, כמו גם להשלכות מעשיות שהיו לפסק הדין. בין היתר, המבקשת השתתפה בכל שלבי החקיקה של "חוק המישוש" – הצעת חוק שביקשה להקנות למשטרה סמכויות חיפוש גם בנסיבות שאינן מעוררות "חשד סביר", ושהוצגה כמענה לחלל שהותירה הלכת **בן חיים**.⁹ במהלך הדיונים בוועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת הסתבר, למשל, שיוזמת החקיקה נולדה הרבה לפני פרשת בן חיים, כיוון שעמדת משרד המשפטים הייתה מאז ומתמיד "שמערכת הפעלת סמכות בין שוטר לאזרח צריכה להתבסס על סמכות בחוק ולא יכולה להתבסס על הסכמה שהיא לעולם לא הסכמה בין שוים".¹⁰ בדומה לזה אפשרו הדיונים על "חוק המישוש" ללמוד על ההשלכות המעשיות שהיו להילכת בן חיים על פעולות השיטור.

חשיבות הסוגיה: מקרים אחרים של פערי כוחות אינהרנטיים

7. חשיבותה של הסוגיה העומדת לדיון הובהרה כבר בבקשת רשות הערעור. לטענת התביעה הצבאית, מדובר ב"שאלות עקרוניות, החורגות מדלת אמותיו של המקרה דנן... וקיימת חשיבות מן המעלה הראשונה כי הערכאה הגבוהה ביותר תכריע בהן". כפי שציננה התביעה הצבאית, לקביעות של בית הדין הצבאי לערעורים "השלכות רוחב משמעותיות על חקירות ועל הליכים משפטיים הן במערכת השיפוט האזרחית והן במערכת השיפוט הצבאית".

8. הצדדים להליך מתמקדים בהשלכות שיהיו להכרעה בסוגיות שעומדות לפתחו של בית המשפט הנכבד על הליכים פליליים, והמבקשת תבקש להצביע על השלכות שעלולות או עשויות להיות גם במקרים אחרים של ויתור על פרטיות בנסיבות של פערי כוחות אינהרנטיים, כמו למשל ביחסי עבודה, או במישור היחסים שבין משתמשי רשת האינטרנט לבין חברות פרטיות עתירות עוצמה.

9. הסכמה של נחקר לחיפוש בטלפון הנייד שלו היא רק דוגמא אחת להסכמות "שהן 'חשודות' מטבען", כהגדרתו של פרופ' בירנהק, כיוון שהצדדים "אינם שווי כוח, למשל, המדינה מול האזרח, תאגיד גדול מול צרכן בודד, מעסיק מול עובד...."¹¹ כך, למשל, בנוגע לאפשרות של מעסיק לעיין בתוכן של תיבת דואר אלקטרונית פרטית של העובד, פסק בית הדין הארצי לעבודה כי "חזקה, כי העובד לא ייתן הסכמה לחדירת המעסיק לתיבה הפרטית שלו ולחשיפת מלוא עולמו האישי, לרבות תקשורת עם צדדים שלישיים... גם אם ניתנה הסכמת העובד מדעת, חזקה היא כי הסכמה זו לא ניתנה מרצון חופשי אלא מכורח, ולכן אינה תקפה".¹² קביעה זו והשיקולים שהנחו את בית הדין הארצי לעבודה עשויים להיות רלבנטיים גם לחיפוש במכשיר טלפון חכם, המכיל מידע אישי רב אף יותר מאשר תיבת דואר אלקטרונית, ובה בעת הכרעה בתיק זה עלולה להשליך על הזכות לפרטיות במקום העבודה.

⁹ הצעת חוק סמכויות לשם שמירה על ביטחון הציבור (תיקון מס' 5) (סמכות חיפוש לשוטר לשם מניעת אלימות), התשע"ו-2015, [ה"ח הממשלה 108](#).

¹⁰ פרוטוקול ישיבה מס' 65 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, 5 (11.11.2015).

¹¹ מיכאל בירנהק, **מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה**, ע' 253 (2011).

¹² ע"ע (ארצי) 90/08 **איסקוב - הממונה על חוק עבודת נשים**, בפסקאות 49-52 (8.2.2011).

10. פרופ' בירנהק מסביר, כי "בשונה משאר הזכויות, הפרטיות נתונה תחת מתקפה קשה שמאיימת להכריעה".¹³ המרווח ההולך ונפער בין הטכנולוגיה לבין המשפט מאפשר, בין היתר, לאיין את הזכות לפרטיות באמצעות קביעת עובדות בשטח וניצול של פערי כוח לצורך חילוץ "הסכמה" או "ויתור" על הפרטיות. להכרעה בתיק שבנדון, לאופן ההנמקה שלה, ואף לאמרות-אגב שעשויות להיכלל בה יהיו השלכות על מופעים שונים ומגוונים של הזכות לפרטיות ועל מצבים שבהם קיימת פגיעה בזכות זו.

חשיבות הסוגיה: מידת הפגיעה בפרטיות

11. בעניין **בן חיים** נפסק כי "כאשר מדובר בפגיעה קלה יחסית בזכות לפרטיות, הנעשית בהסכמת האדם שעל גופו, בכליו או בביתו מבקשת המשטרה לערוך חיפוש, יכולה הסכמת האדם מושא החיפוש לשמש תחליף לדרישת החשד הסביר לנשיאת נשק... או לדרישת היסוד להניח כי בוצעה עבירה".¹⁴

12. התביעה הצבאית טוענת כי ניתן להסתמך על הלכת **בן חיים** גם לשם ביצוע חיפוש בהסכמה בחומר מחשב. הסנגוריה הצבאית מעלה מנגד טיעונים כבדי משקל בדבר חוסר הרלבנטיות של הלכת **בן חיים** לאור השוני המהותי בין הוראות החוק שמקנות לשוטר סמכות לבצע חיפוש גופני לבין ההסדר החקיקתי של חיפוש בחומר מחשב, שאין בו סמכות כזו אלא רק חיפוש בהתאם לצו שיפוטי. מכל מקום, גם אם תתקבל טענת התביעה, עדיין יהיה עלינו לבחון את עוצמת הפגיעה בפרטיות.

13. חיפוש במכשיר טלפון חכם, כמו כל חיפוש, מהווה פגיעה בזכות לפרטיות, אך בשל אופי השימוש הנעשה כיום בטלפונים חכמים, היקף הפגיעה משמעותי עוד יותר. עוצמת הפגיעה גדולה עוד יותר ככל שהחיפוש הינו מקיף, מורכב, ומתמשך.¹⁵ כפי שציין בית המשפט הנכבד בעבר, "לא תהא זו הפרזה לומר כי בטלפון הסלולרי טמון סיפור חייו של האדם בהאידנא".¹⁶

14. נבקש להציג בפני בית המשפט הנכבד את עוצמת הפגיעה בפרטיות העולה מחיפוש בטלפון חכם, ואת הקושי לגזור גזירה שווה בין חיפוש בכיסיו של אדם, או בביתו, לבין חיפוש בארכיון ממוחשב או בטלפון חכם.¹⁷ על פער זה עמדה המבקשת גם בהקשרים אחרים, כמו, למשל, בעת שהכנסת דנה בהצעת חוק להגבלת שימוש במקום לשם מניעת עבירות.¹⁸ ואכן, בשל התהום שפעורה בין סגירת אולם המשמש להימורים אסורים או סחר בסמים, לבין הגבלת גישה לאתר אינטרנט המשמש לביצוע אותן עבירות, החליטה הכנסת לפצל את הצעת החוק ולהסדיר כל אחת מן הסמכויות בדבר חקיקה נפרד.

חיפוש אחד כפתח לחיפושים אחרים

¹³ מיכאל בירנהק "שליטה במידע והסכמה מדעת: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" משפט וממשל יא 9 2007 עמ' 10, 14.

¹⁴ פסקה 25 לפסק דינה של כב' הנשיאה (בדימי) (כתוארה אז) ביניש (ההדגשה הוספה).

¹⁵ רע"פ 8873/07 הינץ ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה 17 (2.1.2011).

¹⁶ ע"פ 8627/14 דביר נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (14.7.2015).

¹⁷ על ההבדלים בין המרחב הפיזי למרחב הדיגיטלי והמרחב הווירטואלי, ועל הקושי להסיק על קיומה של סמכות לביצוע חיפוש דיגיטלי או חיפוש וירטואלי מתוקף קיומה של סמכות במרחב הפיזי, ראו למשל ברע"א 129/17 ריחני נ' סטריקובסקי, פסקאות 18-11, 29-24 (7.4.2017).

¹⁸ הצעת חוק הגבלת שימוש במקום לשם מניעת ביצוע עבירות (תיקון מס' 2), התשע"ד-2014, ה"ח הממשלה 338. ההצעה פוצלה לשני דברי חקיקה נפרדים, האחד מרחיב את הסמכות לסגור מקום פיזי והשני מסדיר סמכויות חסימה של אתרי אינטרנט: פרוטוקול ישיבה מס' 261 של ועדת חוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-19, 13 (19.11.2014). ההצעה שמסדירה חסימת גישה למקום פיזי אושרה במסגרת חוק הגבלת שימוש במקום לשם מניעת ביצוע עבירות (תיקון מס' 2), התשע"ו-2016, ס"ח 942. הצעת חוק הגבלת גישה לאתר אינטרנט לשם מניעת ביצוע עבירות, התשע"ז-2017, עדיין נמצאת בדיונים.

15. מחשבים ומכשירי טלפון חכם מהווים מעין שער לשירותי מידע רבים. הטלפון החכם משמש ליצירת מידע, לאגירת מידע ולהעברת מידע. כך, חיפוש בחומר מחשב, ובמיוחד חיפוש מורכב שנערך במעבדה, עשוי לגלות מידע שלא אגור רק על גבי המחשב עצמו, אלא מידע שמועבר בתקשורת למחשבים אחרים, כמו למשל מידע משירותי אינטרנט ("שירותי ענן"). יתר על כן, ההסדר החקיקתי של חיפוש בחומר מחשב, קובע שקבלת מידע מתקשורת בין מחשבים אגב חיפוש לא תיחשב כהאזנת סתר.¹⁹ מכאן, שההכרעה בנוגע לחיפוש בחומר מחשב ובמכשירי טלפון חכם תשפיע גם על האפשרות לקבל מידע מתקשורת בין המחשב שבו נערך החיפוש לבין מחשבים אחרים, מבלי להיזקק לצו האזנת סתר.

16. מכשירי הטלפון החכם משמש בימינו גם כמפתח הצפנה בפני עצמו ואוגר מפתחות וסיסמאות למחשבים אחרים ושירותי מידע אחרים. חיפוש במכשיר טלפון נייד מאפשר גישה לסיסמאות, להרשאות גישה, ליישומי אינטרנט ויישומי מחשב שאמורים להיות מוצפנים, כדוגמת שירותי דואר אלקטרוני, יישומי רשתות חברתיות, שירותי שיתוף קבצים. נבקש להציג בפני בית המשפט הנכבד את המשמעות הרחבות של חיפוש במכשיר טלפון חכם, המהווה למעשה שורה של חיפושים נוספים. הדבר דומה לחיפוש בכליו של אדם ומציאת צרור מפתחות, המאפשרים בהמשך חיפוש בביתו של אותו אדם, במשרדו האישי במקום העבודה, במגרה המוצפנת בשידת המגירות שבמשרד, במכוניתו ובמכונית שבה משתמש בן זוגו.

התפתחויות טכנולוגיות עתידיות

17. הטכנולוגיה מתפתחת באופן מהיר, בלתי צפוי לעתים. לרוב מתקשה המשפט להשיג את קצב התקדמותה ויש להיזהר פן קביעות המתאימות למושגים טכנולוגיים מסוימים, יועתקו וישמשו בנוגע לשימושים טכנולוגיים אחרים.

18. אם בעבר מחשבים היו מכשירים נייחים, מבודדים יחסית, ששימשו למשימות מוגדרות, הרי שכיום מכשירים רבים מכילים "חומר מחשב". אין המדובר רק במכשירי טלפון, שהפכו למחשבים בפני עצמם, אלא גם מכוניות וכלי רכב, מצלמות מרחפות או כלי טיס המצוידים בחיישנים מסוגים שונים, שעונים המסוגלים למדוד את לחץ דמו של העונד אותם או חיישנים המספקים מידע על צריכת החשמל, המים ומצב המקרר בבית. כל אלה מכילים חומרי מחשב, ומחשבים אלה מקושרים לרשת האינטרנט, כלומר מכילים מידע שמגיע ממחשבים אחרים.

19. כמו כן, חיפוש במחשב השייך לאדם אחד עשוי להפיק מידע ממחשבים אחרים של בני אדם אחרים, מעצם היותו של המחשב מקושר למחשבים אחרים ומכיל מידע על התקשורת בין מחשבים. כלומר, לחיפוש בחומר מחשב יש גם השלכות על צדדים שלישיים. השלכות אלה מתעצמות, ככל שמכשירים רבים יותר מכילים רכיבי מחשב המקושרים זה לזה. נבקש להצביע בפני בית המשפט הנכבד על השלכות נוספות שעשויות להיות להכרעה בענייננו על הזכות לפרטיות, לאור ההתפתחויות הטכנולוגיות הצפויות.

צירוף המבקשת להליך

¹⁹ סעיף 23א(ג) לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969.

20. בהילכת **כוזלי**²⁰ הכיר בית המשפט הנכבד במוסד "ידיד בית המשפט" ובתרומתו ל"גיבוש עמדה והלכה המשקפת את מגוון המצבים והבעיות שבסוגיה" שעומדת בפני בית המשפט. מאז צורפו גורמים ציבוריים רבים לדיונים בנושאים שונים – בבית המשפט העליון, בבתי הדין לעבודה ובבתי המשפט המחוזיים. אגב כך, גובשה בפסיקה רשימה לא סגורה של קריטריונים לצירוף "ידיד בית משפט", ובין היתר: מהות הגוף המצטרף ומומחיותו; ניסיונו של הגוף והייצוג שהוא מעניק לאינטרס שבשמו הוא מצטרף; סוג ההליך והפרוצדורה הנוהגת בו; מהות הצדדים הישירים להליך; התרומה הפוטנציאלית לדיון. **מבחנים אלה מתקיימים במקרה שלפנינו** ותומכים בבקשה.

21. על סמך ניסיונה בקידום זכויות אדם ומומחיותה בהיבטים המשפטיים והמעשיים של הסוגיות שבמוקד ההתדיינות, מבקשת **האגודה לזכויות האזרח בישראל** להצטרף לדיון במעמד של ידידת בית המשפט, להציג את הרקע הרלבנטי ולחוות את דעתה בסוגיה הנדונה.

22. שיקולים של מאזן הנוחות נוטים אף הם לטובת צירוף המבקשת במעמד "ידיד בית המשפט", באשר אין בו כדי לסרבל את הדיון, המצוי בראשיתו, או להכביד עליו. המבקשת מעוניינת להציג עמדה שתתמקד בסוגיות שפורטו לעיל, ומידת מעורבותה בהליך תיקבע על ידי בית המשפט הנכבד כפי שזה ימצא לנכון.

תגובות הצדדים:

23. **ב"כ המבקשת**, עוה"ד ענת ויינברג, מסרה כי התביעה הצבאית "תבקש להשיב בצורה מסודרת".

24. **ב"כ המשיב**, עוה"ד עדי ריטיגשטיין-איזנר ועומר קנובלר, מסרו כי הם מסכימים לבקשה.

אשר על כן מתבקש בית המשפט הנכבד לאשר למבקשת להצטרף לדיון דכאן במעמד ידיד בית המשפט.

22 במאי 2017

אורי סבח, עו"ד
ב"כ המבקשת

²⁰ מ"ח 7929/96 **כוזלי נ' מ"י**, פ"ד נג(1) 529, 554 (1999).