

ידידת בית המשפט:

הסניגוריה הציבורית
ע"י עוה"ד גיל שפירא ויגאל בלפור
מהסניגוריה הציבורית הארצית
רח' הנרייטה סולד 4, תל אביב
טל' 03-6932627, 054-5726409 פקס 03-6932617

בעניין:

התובעת הצבאית הראשית
ע"י עוה"ד רס"ן ענת ויינברג ורס"ן ניר שני
מחנה רבין ("הקריה"), תל אביב
טל' 03-5696716; פקס 03-5694643

המבקשת

נ ג ד

רב"ט ב' ס'
ע"י עוה"ד רס"ן (במיל') עדי ריטיגשטיין-אייזנר וסרן עומר קנובלר
מטעם הסניגוריה הצבאית
מחנה רבין ("הקריה"), תל אביב
טל' 03-5691729; פקס: 03-5692193

המשיב

עמדת הסניגוריה הציבורית כ"ידידת בית המשפט"

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 21.05.2017, הסניגוריה הציבורית מתכבדת להגיש את עמדתה כ"ידידת בית המשפט", בבקשת רשות הערעור שהגישה התביעה הצבאית על פסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים ב-ע/24/15, שניתן ביום 06.11.2016, ע"י כב' נשיא בית הדין, האלוף דורון פייליס, וכב' השופטים אל"ם ארז פורת ואל"ם אילן ממון.

הסוגיה המתעוררת במסגרת בקשת רשות הערעור

1. התובעת הצבאית הראשית, בתיאום עם פרקליט המדינה ועל דעתו, הגישה לבית המשפט הנכבד בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים ב-ע/24/15. בפסק הדין, קבע בית הדין הצבאי לערעורים כי לצורך עריכת חיפוש נרחב במכשיר סלולארי, המבוצע במעבדה ובלא נוכחות הנחקר, יש צורך בהוצאת צו בית משפט המאפשר את עריכת החיפוש, וכי הסכמה של הנחקר אינה יכולה לשמש מקור סמכות לצורך כך.

עם זאת, במסגרת פסק הדין, אישרר בית הדין הצבאי לערעורים את קביעתו ב-ע/78/14 ש**ניר פלח נ' התובע הצבאי הראשי** (להלן: פסק דין פלח), שם נקבע כי ניתן להתבסס על הסכמת הנחקר לשם ביצוע חיפוש ידני במכשיר סלולארי, במעמד הנחקר ובאמצעותו, אף בהיעדר צו שיפוטי.

2. במסגרת בקשת רשות הערעור, מעוררת התביעה הצבאית שתי שאלות משפטיות עקרוניות :
- א. האם מוסמכות רשויות החקירה לערוך חיפוש במכשיר סלולארי (שתוכנו הוא חומר מחשב) על יסוד הסכמה של הנחקר, ובלא היזקקות לצו שיפוטי.
- ב. אם קיימת סמכות כאמור בסעיף קטן א', אילו נתונים יש להביא לידיעת הנחקר כדי שהסכמתו תהיה "הסכמה מדעת".
3. בתשובתה לבקשת רשות הערעור, טענה הסנגוריה הצבאית כי אין מקום ליתן לתביעה הצבאית רשות ערעור על רקע הוראות הדין ונסיבותיו הספציפיות והייחודיות של המקרה, ולחילופין, אם תינתן רשות ערעור ותידון הסוגיה, יש לקבוע כי אין סמכות לערוך חיפוש בחומר מחשב בהיעדר צו שיפוטי.
4. בהחלטתה מיום 06.04.2017, קבעה נשיאת בית המשפט העליון כי בקשת רשות הערעור תידון בפני מותב תלתא בראשותה.
5. ככל שתינתן רשות הערעור בסוגיה, הרי שלראשונה יידרש בית המשפט העליון לתנאים הדרושים לביצוע חיפוש בחומרי מחשב בכלל, וחיפוש במכשירים סלולאריים בפרט.
6. מדובר בסוגיה בעלת חשיבות ציבורית, ומטעם זה הסניגוריה הציבורית ביקשה להצטרף להליך, במעמד ידידת בית המשפט, בהסכמת הצדדים להליך. הרשות לעשות כן ניתנה על ידי בית המשפט הנכבד ביום 21.05.2017. להשלמת התמונה יצוין, כי ביום 22.05.2017 הודיע היועץ המשפטי לממשלה על התייצבותו בהליך זה, מכח סמכותו לפי סעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה)(נוסח חדש).
7. כבר בפתח הדבר, ראוי לציין כי פסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים התמקד בהיבט אחד של סוגיית החיפוש בחומר מחשב, והוא חיפוש במכשיר סלולארי המבוצע במעבדה ובלא נוכחות הנחקר. לפסק דין זה קדם פסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים בעניין **פלא**, אשר עסק בהיבט שני, והוא חיפוש ידני במכשיר סלולארי המבוצע במעמד הנחקר ובאמצעותו. היבטים נוספים של הסוגיה, כדוגמת חיפוש ידני שמבוצע על ידי החוקר בנוכחות הנחקר (אך לא באמצעות הנחקר), טרם נדונו והוכרעו בפסיקת בתי הדין הצבאיים (ראו פסקה 43 לפסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים).
8. עם זאת, נראה כי גם התביעה הצבאית וגם הסניגוריה הצבאית ממקדות את טיעוניהן לא רק בשאלת המקרה הפרטני של סוגיית החיפוש המבוצע במעבדה. טיעוני הצדדים עוסקים **בעצם הסמכות** לבצע חיפוש בחומר מחשב המבוסס על הסכמת הנחקר – ויהא זה חיפוש ידני או חיפוש במעבדה. זאת, כאמור, בשל היות הסוגיה בעלת חשיבות משפטית-עקרונית, אשר טרם נדונה בבית משפט נכבד זה ושמן הראוי להעמיד בעניינה הלכה על מכונה.
9. על רקע זה, גם הסניגוריה הציבורית תבקש לפרוש בפני בית המשפט הנכבד תמונה רחבה בנושא סוגיית החיפוש המבוצעים בהסכמת הנחקר. כפי שנבהיר להלן, לטעמנו פסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים בפרשת **פלא** הינו מוטעה, ולרשויות החקירה אין סמכות לבצע חיפוש

בחומר מחשב בהתבסס על הסכמת הנחקר בהיעדר צו שיפוטי, וזאת אף במקרים בהם מדובר בחיפוש ידני, המבוצע במעמד הנחקר ובאמצעותו.

בנוסף לכך, מכיוון שפסק הדין בפרשת פלח ופסק הדין נשוא בקשת רשות ערעור זו מתבססים במידה רבה על פסק דינו של בית המשפט העליון ברע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 06.03.2012) (להלן: פרשת בן חיים), תתייחס הסניגוריה הציבורית גם לסמכותה של רשות חקירה לבצע חיפוש המבוסס על הסכמת הנחקר, בסיטואציות שאינן עוסקות בחיפוש בחומר מחשב.

פסקי הדין בפרשת פלח ובפרשת ס' ועיקרי עמדתה של הסניגוריה הציבורית

10. בפרשת פלח, נדון ערעור על הרשעתו של המערער בעבירת סחר בסמים. הבריח התיכון בהכרעת הדין במסגרתה הורשע המערער היתה הודיית חוץ שמסר בחקירתו. אחת מן הראיות המאמתות את ההודאה היו ממצאי חיפוש שנערך במכשירו הסלולארי, הקושרים את המערער לעולם הסמים. חיפוש זה נערך לא מכוח צו שיפוטי, אלא בהתבסס על הסכמה של המערער לעריכתו.

11. בית הדין הצבאי לערעורים נדרש לשאלה האם חיפוש כאמור הוא כדין, כאשר חיפוש זה נערך במעמד הנחקר ובאמצעותו. את השאלה באשר לחיפוש במעבדה שלא במעמד הנחקר, הותר בית הדין בצריך עיון. לשאלה זו נדרש בית הדין, כאמור, בפרשת ס' שהיא מושא בקשה זו; שאלות אחרות, כגון חיפוש ידני על ידי החוקר במעמד הנחקר, נותרו בצריך עיון גם בפרשת ס'.

12. בפסק דינו, נסמך בית הדין הצבאי לערעורים על הלכת בן חיים, ממנה למד בית הדין כי ניתן לבצע חיפוש בהסכמתו של אדם, בהיעדר עילה חוקית אחרת לחיפוש, וזאת בהתבסס על הרציונל של אוטונומיית הפרט (פסקה 20 לפסק דין פלח).

בית הדין סבר כי חרף היקף המידע הנשמר במכשיר הסלולארי, עדיין רשאי "בעל המידע" (הנחקר) לוותר על זכותו לפרטיות, ולהסכים לחשיפת המידע בפני הרשות החוקרת. בית הדין סבר כי גישה זו מתיישבת עם סעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות – התשמ"א – 1981, הקובע איסור על פגיעה בפרטיות הזולת "ללא הסכמתו". עוד ציין בית הדין כי דברי ההסבר להצעת החוק שקדמה להוספת הוראת סעיף 23 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש] התשכ"ט-1969 (להלן: פסד"פ) אינם מלמדים על כוונה לשלול את האוטונומיה של הפרט להסכים לחיפוש (פסקה 21 לפסק דין פלח).

בית הדין ציין כי קבלת הפרשנות לפיה סעיף 23א(ב) לפסד"פ מונע את יכולתו של בעל המידע להסכים לחשיפתו תביא לפגיעה באוטונומיה של הפרט ובזכויותיו באופן בלתי מידתי (פסקה 25 לפסק דין פלח).

בהמשך פסק הדין, נקבעו התנאים לכך שהסכמת הנחקר תהא "הסכמה מדעת", ובהם הצגת תמונה עובדתית ברורה המבהירה לנחקר כי אינו מחויב ליתן את הסכמתו לחיפוש המבוקש, תוך הבהרה מפורשת כי סירובו לחיפוש לא יפעל לחובתו, בכל אופן שהוא; כי יש לערוך רישום מפורט על אודות ההסכמה, באופן שיבהיר כי מדובר בהסכמה חד-משמעית, אחר שהובהרו לנחקר משמעות הסכמתו וזכותו לסרב לעריכת החיפוש; וכי הנחקר רשאי בכל עת, לסייג או לבטל את הסכמתו לעריכת החיפוש.

13. בפרשת ס', אישרר בית הדין הצבאי לערעורים את קביעתו בפרשת פלח. בית הדין ציין כי לכל אדם יש אוטונומיה להחליט החלטות שנוגעות לו. על כן, אם אדם מחליט מרצונו החופשי ובהבינו את השפעות החלטתו לוותר על הזכות, ובכלל זה – להסכים לחיפוש בטלפון הנייד שלו, יש לכבד את החלטתו.

עם זאת, בית הדין קבע כי לאור ההבדלים שמנה בין חיפוש במעבדה לבין חיפוש ידני המתבצע באמצעות הנחקר ובנוכחותו, לא ניתן לבצע חיפוש במעבדה בהיעדר צו שיפוטי.

14. כפי שנבהיר להלן, לטעמנו קביעתו של בית הדין הצבאי לערעורים אודות האפשרות לבצע חיפוש במכשיר סלולארי, המבוסס על הסכמת הנחקר ובהיעדר צו שיפוטי, היא קביעה **מוטעית**, שכן לא ניתן להחיל את הלכת **בן חיים** על חיפושים בחומר מחשב בכלל, ובמכשירים סלולאריים בפרט.

15. **ראשית**, לא ניתן להחיל את הלכת **בן חיים** לעניין חיפושים בחומר מחשב, משום שבפרשת **בן חיים** עסק בית המשפט בסיטואציה בה **אין הסדרה חוקית מפורשת** של הסמכות לבצע חיפוש בהסכמה; לעומת זאת, בכל הנוגע לחיפוש בחומר מחשב ובמכשירים סלולאריים, **המחוקק בחר במודע לשלול כל אפשרות של ביצוע חיפוש שלא על דרך של צו שיפוטי**. כפי שיפורט בהמשך, הדבר נלמד הן מלשונו של החוק והן מן ההיסטוריה החקיקתית שקדמה לו.

16. **שנית**, בפרשת **בן חיים** עסק בית המשפט בסיטואציה בה המחוקק הכיר, ככלל, בסמכותו של שוטר לבצע חיפוש בהיעדר צו שיפוטי, בהתקיים אחת העילות הקבועות בחוק. לעומת זאת, בענייננו, עסקינן באחת מסמכויות האכיפה הבודדות שלא ניתן לבצע בהיעדר צו שיפוטי. התבססות על הסכמת הנחקר תעקוף את דרישת המחוקק לקיים בקרה שיפוטית אודות עילת החיפוש (הסיבה בגינה מבקשת הרשות החוקרת לחפש בחומר הסלולארי) ואת הדרישה כי בית המשפט יוודא כי הפגיעה בפרטיות הנחקר במהלך החיפוש לא תעלה על הנדרש.

17. **שלישית**, הרציונלים עליהם נסמך בית המשפט בפרשת **בן חיים** אינם חלים על חיפוש במכשירים סלולאריים:

א. **עוצמת הפגיעה והיקף הפגיעה בזכות לפרטיות**: אחד הרציונלים המרכזיים של פרשת **בן חיים** הוא עוצמתה הנמוכה יחסית של הפגיעה בזכויות הפרט כתוצאה מחיפוש על גופו או בביתו של אדם. עוצמת הפגיעה בזכויות הפרט בעת חיפוש במכשירו הסלולארי של אדם היא חמורה פי כמה וכמה. יתרה מכך, במכשירו הסלולארי של אדם קיימים, בדרך כלל, חומרים רבים השייכים לצדדים שלישיים, שזכותם לפרטיות עלולה להיפגע בצורה חריפה בעת החיפוש.

ב. **אוטונומיית הפרט**: בפרשת **בן חיים** דן בית המשפט במפגש בין שוטר לבין אזרח מחוץ לחדר החקירות, כשהאזרח אינו עצור ואף אין כנגדו חשד ברמה גבוהה דיה לשם ביצוע חיפוש שלא בהסכמה; לעומת זאת, בענייננו, עסקינן בנחקר המצוי לבדו בחדר החקירות, לעיתים בסטטוס של עצור, כשהוא נאלץ להתמודד עם חוקריו ועם חשדות לביצוען של עבירות פליליות. מדובר בסיטואציה בה הסכמתו של הפרט לעולם לא תוכל להיות הסכמה חופשית ואוטונומית.

ג. **היעדר אפשרות למתן הסכמה מדעת**: בפרשת **בן חיים**, יצא בית המשפט מנקודת הנחה כי פערי המידע בין השוטר לבין האזרח הם מצומצמים למדי, וממילא הם ניתנים לאיזון

בכך שהשוטר יבהיר לנחקר שאין לו חובה להסכים לחיפוש וכי סירוב לא יפעל לחובתו; לעומת זאת, בענייננו, ישנם פערי מידע אינהרנטיים שאינם ניתנים לגישור. פערי מידע אלו נוגעים לסיבות בגינן מבקשות הרשויות לבצע חיפוש (סיבות אלו, כמו גם המידע העומד בבסיסן, ככלל לא יהיו ידועים לנחקר); להשלכות האמיתיות של הסירוב לחיפוש (הן משום שלשיטת התביעה נימוקי הסירוב של נחקר יכולים לשמש לחובתו, והן משום שסירוב יכול להוביל לפניה לבית משפט בבקשה למתן צו); להיקפי המידע המצוי במכשיר הסלולארי (היקפים שאין כל אפשרות לזכור); ולהשלכות האפשריות של איתור מידע השמור במכשיר.

ד. קיומה של חלופה פשוטה והיעדר הדחיפות: בפרשת **בן חיים**, עסק בית המשפט בסיטואציה המשקפת מעין "מצוקה משטרתית", בה שוטר הפועל בשטח נדרש, בתנאים דוחקים, לקבוע האם האדם שמולו עומד בתנאי החיפוש שבחוק; לעומת זאת, בענייננו, עסקינן בסיטואציה שבה אין כל דחיפות, שכן לרשויות החקירה נתונה הסמכות לתפוס את המכשיר כך שהנחקר לא יוכל לבצע בו כל שימוש נוסף – לא לשם ביצוע עבירות באמצעותו ולא לשם השמדת ראיות מתוכו.

18. בהמשך, נצביע על השלכות הרוחב האפשריות הנובעות מביצוע חיפושים המבוססים על הסכמת הנחקר. ולבסוף, נעמוד על ההבדלים המשמעותיים שבין חיפוש ידני לבין חיפוש במעבדה המבוסס על הסכמת הנחקר, ונטען שאף אם בית משפט נכבד זה יקבל את עמדת בית הדין בעניין **פלח**, ויקבע שניתן לבצע חיפוש ללא צו בהסכמת הנחקר במכשיר סלולארי, הרי שלמצער יש לאמץ גם את עמדת בית הדין בפרשת **ס'**, ולדחות את עמדת המבקשת לפיה ניתן לבצע חיפוש שכזה גם במעבדה.

19. נימוקים אלו יוצגו בהרחבה בחלק השלישי והרביעי של עמדת הסניגוריה הציבורית. אך על מנת להבנות את סדר הצגת הדברים, בחלק הראשון של עמדתנו נתייחס באופן כללי אל סוגיית החיפושים ואל האופן שבו סוגיה זו הוסדרה בחוק ובפסיקה; לאחר מכן, בחלק השני, נתייחס בקצרה אל הקשיים העקרוניים בחיפוש המבוסס על הסכמת הנחקר, ונצביע על ההצדקות לעיין מחדש בהלכת **בן חיים** לאור תיקון מס' 5 לחוק סמכויות לשם שמירה על ביטחון הציבור, תשס"ה – 2005, אשר חוקק לאחרונה.

חלק ראשון – אודות חיפושים בכלל

1א) על הזכות לפרטיות ועל המכשיר הסלולארי

20. כל חיפוש הנערך על ידי גורמי האכיפה פוגע בזכות היסוד של הפרט לפרטיות, אשר עוגנה בזכות חוקתית בסעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: חוק היסוד):

7. (א) כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו.

(ב) אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו.

(ג) אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו.

(ד) אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו.

21. סעיף 7(ג) מתייחס מפורשות אל זכותו של הפרט שלא להיות נתון לחיפוש, ומעגנה בזכות בעלת מעמד חוקתי וכחלק מן הזכות לפרטיות. בזכותו של הפרט שלא להיות נתון לחיפוש ניתן לפגוע אך בתנאי פסקת ההגבלה – בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.

22. על חשיבותה של הזכות לפרטיות עמד בית משפט נכבד זה פעמים רבות. כדוגמא אחת מיני רבות ניתן להפנות אל דבריו של כב' השופט ברק (כתוארו דאז) על הזכות לפרטיות כבעלת מעמד חוקתי על-חוקי, בבג"ץ 2481/93 ד"ר נ' ניצב וילק, **מפקד מחוז ירושלים**, פ"ד מח(2) 456 (1994):

*"כל אדם בישראל זכאי לפרטיות" (סעיף 7א) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו)...
עתה, משניתן לה בסיס חוקתי חקוק, יש לפרשה מתוך 'מבט רחב' ומתוך הבנה כי
עניין לנו בהוראה הקובעת אורחות חיים'... יש לפרש הוראה חוקתית 'מתוך תפיסה
רחבה, ולא באופן טכני'".*

23. סוגיית החיפוש בחומרי מחשב בכלל, ובמכשירים סלולאריים בפרט, עוסקת במקרה פרטי, אך ייחודי, של פגיעה בזכות לפרטיות ובזכות שלא להיות נתון לחיפוש (זאת בפרט בשים לב לסעיף 7(ד) לחוק היסוד, המגן על סוד שיחו, כתביו ורשומותיו של הפרט). ייחודיות זו נעוצה בכך שהמכשירים הסלולאריים מתאפיינים בשילוב של אגירת כמויות מידע אדירות ומסוגים רבים, יחד עם כך שלרוב הם מצויים על גופו של האדם בכל עת (להרחבה על הזכות לפרטיות והאיזון העדין שבינה לבין צורכי רשויות החקירה בעידן הטכנולוגי ראו מיכאל בירנהק **מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה** (2010); חיים ויסמונסקי **חקירה פלילית במרחב הסייבר** (2015)).

24. בית משפט נכבד זה עמד על מרכזיותו של המכשיר הסלולארי בחיי האדם. יפים לענייננו דבריו של כב' השופט עמית בע"פ 8627/14 **נתן זבראש דביר נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 14.07.2015):

"הסמארטפון הפך זה מכבר לידידו הטוב של האדם. דומה כי לא תהא זו הפרזה לומר כי בטלפון הסלולרי טמון סיפור חייו של האדם בהאידנא, באשר אצורים בתוכו רגעים וזכרונות משמעותיים מחייו של אדם, לצד מידע ופרטים חיוניים לתפקודו היומיומי – תמונות של עצמו ושל יקיריו, כתובות ומספרי טלפון של קרובים ומכרים, יומן, פתקי תזכורות ולוח שנה, ועוד".

ובהמשך דבריו :

"בין אם הדבר רצוי ובין אם לאו, לא ניתן להתכחש למעמד שתפס הסמארטפון בחיי חלקים נכבדים בציבור. כאמור, הסמארטפון משמש גם כמחשב, גם כמצלמה, גם כטלפון ועוד פונקציות רבות, בגינם נתפס המכשיר בעיני רבים ל"צינור" אל העולם שבחוץ, ואף לפלטפורמה באמצעותה אנשים מנהלים מערכות יחסים חברתיות. מכאן הקשר העמוק, לעיתים עד כדי תלות, בין בעל המכשיר לסמארטפון שלו."

השופט עמית עמד גם על הפגיעה החמורה בפרטיות אשר נגרמת מחדירה למכשירו הסלולארי של אדם :

"גניבת טלפון סלולרי מהווה גם חדירה למתחם פרטי ביותר של האדם. הסמארטפון הוא מעין כספת ניידת המכילה תמונות, לעיתים תמונות רגישות, התכתבויות אישיות ומידע פרטי, ולעיתים אף סודי, אשר מעצימים את החרדה מן הגניבה. מרבית המכשירים הסלולריים הנמכרים כיום, הינם "מכשירים חכמים", שמהווים לרוב גם שער כניסה לשלל נכסיו הדיגיטליים של האדם – חשבון דואר אלקטרוני, חשבון פייסבוק ורשתות חברתיות נוספות, אפליקציות עם גישה לחשבון הבנק וכיוצא באלה. ההתקדמות הטכנולוגית מן העת האחרונה, אף הופכת את המכשיר הסלולארי לאמצעי תשלום המכונה "ארנק דיגיטלי", אשר מחליף בהדרגה את כרטיסי האשראי הקשיחים."

דברים נכוחים אלו של כב' השופט עמית נכתבו לפני כשנתיים. המכשירים הסלולאריים והשימושים בהם משתכללים בקצב מסחרר, וככל שחולף הזמן הם אוגרים מידע רב יותר, מאפשרים שימושים רבים יותר, ובוודאי שגם הפגיעה בפרטיות כתוצאה מחיפוש בהם הולכת וגדלה.

25. העיסוק בחיפוש במכשירים סלולאריים אינו ייחודי אך לפסיקה הישראלית. בשנת 2014 ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון בארצות הברית ב- *Riley v. California*, 573 U.S. (2014) (להלן: פרשת **Riley**) שעסק בשאלה האם לרשויות החקירה נתונה הסמכות לבצע חיפוש במכשיר סלולארי אגב מעצרו של אדם (כפי שניתן לחפש במיטלטלין אחרים שעל גופו), או שמא על הרשויות להצטייד בצו ייחודי לשם כך. הייחודיות של המכשיר הסלולארי הביאה את בית המשפט העליון להחריג את החיפוש במכשיר סלולארי מסוגי חיפוש אחרים :

"Modern cell phones are not just another technological convenience. With all they contain and all they may reveal, they hold for many

Americans "the privacies of life," Boyd, supra, at 630. The fact that technology now allows an individual to carry such information in his hand does not make the information any less worthy of the protection for which the Founders fought. Our answer to the question of what police must do before searching a cell phone seized incident to an arrest is accordingly simple— get a warrant."

26. בהקשר זה, ראו גם את פסק הדין שניתן לאחרונה בבית הדין האירופי לזכויות אדם בפרשת *Trabajo Rueda V. Spain* (ECHR 171 (2017) 30.05.2017), שם נפסל חיפוש שנערך בחומר מחשב משום שבוצע בהיעדר צו שיפוטי.

27. היקפו ואופיו של המידע המצוי במכשירים סלולאריים, המתפרש על כל תחומי החיים, כולל האישיים והאינטימיים ביותר, משליך באופן ישיר על היקפה ועוצמתה של הפגיעה הפוטנציאלית בפרטיות של נחקרים בחדירה למכשירים הסלולארי.

מנגד, היבטים אלו הם שעומדים ביסוד כוונתן של רשויות החקירה בעת ביצוע חיפוש במכשיר הסלולארי: הלכה למעשה, כמעט כל אדם המגיע כיום לחדר החקירות מחזיק בכיסו תיעוד מקיף לאורחות חייו, ולעיתים, גם להיבטים הפליליים של אורחות חייו. לא ייפלא, איפוא, כי רב הפיתוי לחיפוש במכשיר הסלולארי ככלי לאיתור ראיות לביצוע עבירות פליליות.

מתח זה, שבין הזכות לפרטיות לבין האינטרסים של גורמי אכיפת החוק, עתיד רק להתגבר בעתיד, ככל שההתפתחויות הטכנולוגיות תבאנה להגדלת היקף המידע הנשמר במכשירים הסלולאריים, מידע אשר צפוי להקיף יותר ויותר תחומים בחיינו.

28. מכאן גם הצורך כי בית המשפט הנכבד יידרש לסוגיה.

1(ב) הסדרת החיפושים בחוק ובפסיקה

29. סמכויות החיפוש בדין הישראלי אינן מוסדרות בדבר חקיקה אחד. הן פזורות בדברי חקיקה שונים המתייחסים לסוגי חיפושים שונים. נעמוד בקצרה על סמכויות החיפוש במשפט הישראלי והמקור הנורמטיבי של סמכויות אלה. בהקשר זה נפריד בין שלושה סוגי סמכויות: חיפוש על פי צו שיפוטי, חיפוש על בסיס שיקול דעתו של השוטר ללא צו, וחיפוש על בסיס הסכמה.

30. דרך המלך לביצוע חיפוש היא **באמצעות צו שיפוטי**. סעיף 23 לפסד"פ מסמיק את בית המשפט ליתן צווי חיפוש בהתאם לעילות הקבועות בסעיף:

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

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

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

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

31. ביחס לשני סוגי חיפושים בלבד קבע המחוקק כי יוכלו להתבצע רק באמצעות צו שיפוטי. הסוג הראשון הוא בדיקה גניקולוגית המוגדרת כחיפוש פנימי שלא ניתן לבצע אלא באישור בית המשפט (סעיף 4(ו) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), תשנ"א – 1996 (להלן: חוק החיפושים)); הסוג השני הוא חיפוש בחומר במחשב (סעיף 23א לפסד"פ), אליו נתייחס בהרחבה בהמשך דברינו.

32. ביתר סוגי החיפושים, אמנם ישנה עדיפות וקדימות לביצועם בצו, אך המחוקק מכיר בכך שלעתים קיים צורך לבצע חיפוש בסיטואציות שאינן "סטריליות" ואינן מאפשרות המתנה להוצאתו של צו חיפוש שיפוטי. לצורך זה, קבע המחוקק שתי סמכויות חיפוש מרכזיות בהיעדר צו חיפוש – חיפוש אגב מעצר וחיפוש על בסיס חשד סביר, על פי שיקול דעתו של השוטר.

33. סמכות החיפוש כסמכות נלווית למעצר, המעוגנת בסעיף 22 לפסד"פ, מאפשרת לשוטר העוצר אדם או המקבל עצור או אסיר למשמורתו, לבצע חיפוש על העצור.

גם סעיף 5(5) לפקודת המשטרה [נוסח חדש], תשל"א - 1971, קובע סמכות חיפוש כסמכות נלווית למעצר, כחלק מהגדרת תפקידי השוטר.

34. בהיעדר צו שיפוטי או עילת מעצר, סעיף 25 לפסד"פ מסדיר את סמכויות החיפוש בבית או במקום. סעיף זה מונה מספר עילות, שבהתקיים אחת מהן, רשאי שוטר לבצע חיפוש:

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

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

(2) תופש הבית או המקום פונה לעזרת המשטרה;

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

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

35. הוראה חשובה נוספת הקבועה בפקודת סדר הדין הפלילי נוגעת לסמכות לערוך חיפוש על גופו של אדם במסגרת חיפוש שנערך במקום זה או אחר. הוראה זו קבועה בסעיף 29 לפסד"פ, וגם היא מתנה את ביצוע החיפוש בקיומה של עילה *(יש יסוד סביר לחשוד שהוא מסתיר אצלו חפץ שמחפשים, או שרשאים לחפש אחריו)*.

36. החשד הסביר הוא הרף העובר כחוט השני בין הוראות החוק השונות המעניקות סמכות חיפוש לשוטר בהיעדר צו שיפוטי או עילת מעצר. כך גם בסעיף 3 לחוק סמכויות לשם שמירה על ביטחון הציבור, התשס"ה-2005 (להלן: חוק השמירה על ביטחון הציבור), המקנה סמכות לבצע חיפוש על גופו של אדם אם מתקיים חשד סביר כי הוא מחזיק שלא כדין או עומד לעשות שימוש כאמור בנשק, נשמר הרף הקבוע בחוק להיווצרות סמכות חיפוש בלא צו – החשד הסביר.

כפי שיפורט בהמשך, לאחרונה תוקן חוק סמכויות לשם שמירה על ביטחון הציבור (תיקון מס' 5), תוך הרחבת המקרים בהם ניתן לבצע חיפוש על גופו של אדם אף בהיעדר חשד סביר, וזאת במקום שהוגדר כמקום מועד לפעילות חבלנית עוינת (סעיף 66 לחוק).

37. לבסוף, הסוג השלישי של ההסכמה לביצוע חיפוש הוא חיפוש המבוסס על הסכמה. בהקשר זה, ראוי להבהיר את ההבחנה הקיימת בין שני התפקידים הפונקציונאליים של הסכמה בהקשר של סמכויות חיפוש:

א. הסכמה שנועדה להפחית את מידת הפגיעה בפרט במקרים בהם הרשות החוקרת יכולה ממילא לבצע חיפוש בכוח (קרי, הסכמה שהיא חלק מדרישת המידתיות).

ב. הסכמה היוצרת את הסמכות לחיפוש, ובלעדיה החיפוש הופך לבלתי חוקי, בהיעדר צו שיפוטי. זהו סוג ההסכמה שבו עסק בית המשפט בפרשת **בן חיים**.

38. הסכמה מן הסוג הראשון אינה רלוונטית לענייננו כלל ועיקר. כדוגמא למקרים הנמנים על הסכמה מסוג זה ניתן להביא חלק מן החיפושים החיצוניים בגוף אליהם מתייחס חוק החיפושים. החוק מאפשר למשטרה לבצע מספר סוגי חיפושים בגופו של אדם בהתקיים חשד סביר, אך קובע כי ראשית יש לבקש את הסכמת הנחקר לשם ביצוע החיפוש. אם הנחקר מסרב, לרשויות החקירה נתונה הסמכות לבצעם בכוח.

39. כב' הנשיאה ביניש התייחסה בקצרה גם אל הסכמה מן הסוג הראשון בפסקה 27 לפרשת **בן חיים** (ההדגשות אינן במקור – ג.ש., י.ב.):

"עצם בקשת ההסכמה לעריכת החיפוש אין משמעותה בהכרח כי לאזרח יש זכות לסרב לביצוע החיפוש. כך למשל, ניתן להניח כי במקרים רבים שבהם המשטרה מוסמכת לערוך חיפוש ללא צו שיפוטי וללא הסכמת האדם מושא החיפוש עדיין תתבקש ההסכמה, וזאת כדי להפחית את החשש מפני עימות סביב עריכת החיפוש וכדי להימנע מהפעלת כוח פיזי בלתי הכרחי כלפי האזרח. אכן, הפגיעה בזכות לפרטיות של האדם מושא החיפוש היא מידתית יותר כשמתבקשת הסכמתו לחיפוש, אף אם ניתן לערוך את החיפוש גם ללא הסכמתו. ביטוי לגישה זו ניתן למצוא בסעיף 2(ג) לחוק סמכויות אכיפה המתייחס לחיפוש בגופו של אדם שיש בו פגיעה קשה יותר מהחיפוש הנדונים לפנינו ונאמר בו כי "אין עורכים חיפוש בגופו של חשוד אלא לאחר שנתבקשה הסכמתו לכך..."

40. בהבחנה זו שבין שני סוגי ההסכמה נעוץ גם המענה לטענת התביעה הצבאית, לפיה חיפוש המבוצע בהסכמה הינו פוגעני פחות מאשר חיפוש הנעשה ב"כפייה". טענה זו היא כמובן נכונה כשהיא מתייחסת לחיפושים כוחניים, שניתן לבצעם גם בהיעדר הסכמה של הפרט ובהיעדר צו שיפוטי.

41. אלא, שבענייננו, איננו עוסקים בסוג ההסכמה שנועדה למתן את הפגיעה הטמונה בחיפוש שרשות החקירה יכולה לכפות על הפרט. **אנו עוסקים בהסכמה מן הסוג השני – הסכמה שבלעדיה רשויות החקירה אינן יכולות לבצע חיפוש כלל ועיקר**, אלא אם כן יינתן צו שיפוטי.

42. המחוקק התייחס להסכמה מסוג זה בחוק החיפושים, ביחס לחלק מן החיפושים הפנימיים, אותם ניתן לבצע בהתבסס על הסכמת הנחקר. ככל שלא ניתנת הסכמה כאמור, רשויות החקירה אינן יכולות לבצע חיפוש בכח, אלא עליהן לפנות לבית המשפט בבקשה להוצאת צו שיפוטי.

האפשרות להתבסס על הסכמה מסוג זה **בהיעדר הסמכה מפורשת בחוק** הוכרה לראשונה על ידי בית המשפט בפסק הדין בפרשת **בן חיים**. בפרשה זו, עסק לראשונה בית המשפט באפשרות להכיר בהסכמתו של הפרט כמקור סמכות עצמאי לעריכת חיפוש, וזאת ביחס לחיפוש על גופו של אדם או בביתו, במקרים בהם לא מתקיימת אחת מעילת החיפוש המעוגנות בחוק.

43. הנחת המוצא של דעת הרוב בפסק הדין הייתה שהמחוקק שתק בכל הנוגע לאפשרות לערוך חיפוש על גופו או בביתו של אדם, המבוסס על הסכמה בלבד. מכאן, המשיך בית המשפט לקביעה כי לאור הפגיעה הקלה יחסית בזכות לפרטיות בחיפושים אלו, ולאור עקרון אוטונומיית הפרט, ראוי לאפשר להסכמתו של אדם לשמש תחליף לדרישת החשד הסביר. זאת, לאחר שטענת הסניגוריה הציבורית לפיה יש לראות בשתיקת המחוקק משום הסדר שלילי לעניין זה נדחתה, כמו גם הטענות בדבר הצורך בהסמכה מפורשת בחוק או על פי חוק לשם פגיעה בזכות חוקתית, ובדבר היעדר האוטונומיה של הפרט בסיטואציה בה מתבקשת הסכמתו על ידי גורמי אכיפת החוק. אל טענות אלו נתייחס בחלק הבא.

חלק שני: הצעה לבחינה מחודשת של הלכת בן חיים

44. פסקי הדין בפרשת **פלאח וס'** מבססים את קביעתם בעניין מקור הסמכות לחיפוש במכשיר הסלולארי על ההלכה שנקבעה בפרשת **בן חיים**. ברי כי בהיעדר סמכות לבצע חיפוש המבוסס על הסכמה על גופו או בביתו של אדם, לא ניתן לבצע חיפוש המבוסס על הסכמתו במכשירו הסלולארי.

45. בפרשת **בן חיים**, העלתה הסניגוריה הציבורית שני טיעונים מרכזיים כנגד האפשרות להסתמך על הסכמתו של הפרט לצורך ביצוע חיפוש, בהיעדר מקור סמכות אחר. הראשון הוא ההסתמכות על פסקת ההגבלה החוקתית, לפיה לא ניתן לפגוע בזכות חוקתית ללא הסמכה מפורשת בחוק או על פי חוק. השני הוא שלפרט אליו פונה שוטר בבקשה לבצע חיפוש כלל לא נתונה אוטונומיה לסרב לחיפוש.

46. שני הנימוקים הללו התקבלו במלואם על ידי כב' השופט דנציגר, אשר נותר בדעת מיעוט.

כך לעניין היעדר ההסמכה החוקתית המפורשת:

"נראה כי אין מי שיחלוק על כך שחיפוש על אדם או בכליו פוגע בחירותו, בצנעת הפרט שלו, בכבודו ובאוטונומיה שלו. לא בכדי נקבע בסעיף 7(ג) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כי "אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו" אלא – כאמור בסעיף 8 לחוק היסוד – "בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש" נראו גם: מרדכי קרמניצר "המשטרה וזכויות האדם" משפט וממשל ב 159 (1995)). דהיינו, חיפוש

מטבעו פוגע בזכויות אדם מוגנות לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. משכך, נדרש כי החיפוש ופעולות המבוצעות במהלכו יוסדרו בחוק ובאופן מפורש".

וכך לעניין אוטונומיית הפרט:

"לאור פערי הכוחות עליהם הצביעה הנשיאה, סבורני כי לא ניתן לצפות שהסכמתו של האדם לחיפוש תהא הסכמה אמיתית המבטאת בחירה חופשית ורצונית. אלא שלשיטת הנשיאה ניתן לאיין חשש זה באמצעות הסבר שימסור השוטר לאזרח כי הוא רשאי לסרב לעריכת החיפוש וכי הסירוב לא יעמוד לחובתו. ודוק, אינני סבור כי רשאים אנו להניח כמובן מאליו כי מתן ההסבר על ידי השוטר יאפשר לאזרח להפעיל שיקול דעת חופשי ומשוחרר מלחצים ולסרב לבקשת השוטר. נוכח פערי הכוחות המובנים בסיטואציה בה עסקינן (השוו: עניין ועד נגד עינויים, בעמ' 835-834 והאסמכתאות הנזכרות שם) ישנו יותר מחשש סביר להניח כי במקרים רבים יתן האזרח את הסכמתו לבקשת השוטר בשל החשש שיאחז בו על תוצאות סירובו להיעתר לבקשה. לטעמי, הסכמה בנסיבות כאלה לאו הסכמה היא... הדברים נכונים ביתר שאת בנוגע לאנשים המשתייכים לקבוצות אוכלוסיה מוחלשות כגון קטינים, עובדים זרים, מהגרי עבודה וכן אלו הלוקים בשכלם ובנפשם..."

47. עמדה דומה הובעה גם בספרות המשפטית: ראו, למשל, אסף הרדוף, במאמרו "כשאתה אומר כן, למה אתה מתכוון? על טכנולוגיה אינטימית, אוטונומיית החשוד ואופורטוניזם משפטי: חדירה לטלפון נייד ב"הסכמת" החשוד – בעקבות פסקי הדין פלח וקורס" **הסניגור** 224, 4 (2015) (הלן: אסף הרדוף), וכן יניב בן הרוש, במאמרו "מה הבעיה בהסכמה לחיפוש משטרתית?" **הפרקליט** נד, 43 תשע"ו (להלן: בן הרוש).

48. יוער כי בפסיקה מאוחרת יותר, כבי' השופט ג'ובראן ציין כי בפרשת **בן חיים**, הדין בשאלה האם יכולה הסכמה מדעת להכשיר חיפוש נעדר סמכות נדונה בבחינת למעלה מן הצורך, שכן לא התעוררה כל מחלוקת שבנסיבות המקרה לא התקיימה הסכמה כאמור (רע"פ 229/12 **צבי כהן נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 16.10.2012), פסקה 9 לפסק דינו של כבי' השופט ג'ובראן).

49. לטעמנו, הבקשה לרשות ערעור דגן מצדיקה לבחון מחדש באופן רחב יותר את הלכת **בן חיים**, תוך אימוץ דעת המיעוט של כבי' השופט דנציגר בפסק הדין.

50. **ראשית**, כנכתב לעיל, הזכות לפרטיות היא זכות יסוד חוקתית. כך גם הזכות שלא להיות נתון לחיפוש. הדרך היחידה לפגוע בזכויות חוקתיות אלו היא לפי התנאים הקבועים בפסקת ההגבלה.

מכאן, שאין לפגוע בזכותו של אדם לפרטיות, בדרך של עריכת חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו, אלא בחוק או מכוח הסמכה מפורשת בחוק.

בהקשר זה, יש להזכיר גם את עקרון חוקיות המנהל, המהווה עקרון יסודי ובסיסי בשיטת משפטנו. לפי עיקרון זה, רשות מנהלית רשאית לעשות רק את אותן הפעולות שהחוק הסמיך אותה לעשותן (ראו, בהקשר זה, דפנה ברק ארז, המשפט המנהלי, כרך א' 97 (2010); פרופ' זמיר, הסמכות המנהלית, תשנ"ו – 1996, כרך א', עמ' 56-57). עקרון זה מקבל משנה תוקף

כאשר מדובר בפעולות הפוגעות בזכויות הפרט. יתרה מכך – ככל שעוצמת הפגיעה בזכות מתגברת, כך מתגבר תוקפו של עקרון חוקיות המנהל (ראו דבריה של כב' הנשיאה ביניש בפסקה 12 לבג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 20.08.2008)).

לדעתה של הסניגוריה הציבורית, די בכך כדי לפסול את הפרקטיקה של חיפוש ללא מקור סמכות מפורש בחוק.

51. שנית, במפגש שבין אזרח לשוטר, כאשר שוטר מבקש מאזרח לבצע חיפוש על גופו או בכליו, הסכמתו של הפרט אינה יכולה להיות הסכמה אמיתית וחופשית.

הדבר אינו אפשרי בשים לב לפערי הידע שבין השוטר לבין האזרח. הפרט שהסכמתו מתבקשת אינו יודע במרבית המקרים מדוע מבקש השוטר לבצע את החיפוש (כך, למשל, עלול הפרט לחשוש שהסכמתו לחיפוש מתבקשת על רקע השתייכותו לקבוצת מיעוט; משום שהוא מסתובב באזור "בעייתית"; או משום שמתנהלת נגדו חקירה סמויה); הוא אינו יודע מה ההשלכות של הסכמה לחיפוש (והאם הדבר עלול להביא לעיכובו, למעצרו או לחקירתו ולהעמדתו לדין). הוא גם אינו יודע את ההשלכות האמיתיות של סירוב לחיפוש (אמנם נאמר לו שסירוב לא יפעל לחובתו – אבל האם משמעות הדבר היא שהשוטר יוכל להמשיך לשוחח איתו או לזמנו לחקירה משטרתית?). אין די בכך שהשוטר יבהיר לפרט שסירוב לא יפעל לחובתו כדי לגשר על פערי הידע הללו (וראו, לשם השוואה, את החובות שהמשפט הישראלי מקים במקרים אחרים של פערי מידע – כגון סעיף 13 לחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996).

הדבר אינו אפשרי אף בשים לב לפערי הכוחות שבין השוטר לאזרח, פערי כוחות שגורמים לכך שעיתים קרובות בקשתו של השוטר לחיפוש נתפסת כדרישה מנומסת ולא כבקשה שניתן לסרב לה (בדומה לבקשת ההסכמה לחיפוש חיצוני בגופו של אדם, בקשה שגם סירוב לה לא יביא בהכרח להימנעות מעריכת החיפוש). (ראו בן הרוש, בעמ' 68 – 69).

במשפט הישראלי, לעיתים פערי כוחות בין הצדדים כלל אינם מאפשרים לצד החלש "להסכים" לויתור על זכויותיו (כך, למשל, בחוקי המגן בדיני העבודה). אך גם במקרים בהם הפרט יכול להסכים לויתור על זכויותיו, ספק רב אם הסכמתו של אזרח אליו פונה השוטר הינה הסכמה חופשית עליה ניתן להתבסס, הן בשים לב לפערי המידע אליהם התייחסנו לעיל והן בשים לנטייה הטבעית של הפרט לציית לגורמי אכיפת החוק. בהקשר זה ניתן להבחין גם בין "אוטונומיה אקטיבית" שהיא ייזום של פעולה כלשהי על ידי הפרט, לבין "אוטונומיה פסיבית" שהיא מתן הסכמה. פעולה של הפרט תבטא אוטונומיה מלאה כאשר הפרט הוא שיוזם אותה (אוטונומיה אקטיבית), ולא כאשר גורם בעל סמכות מבקש את הסכמתו (אוטונומיה פסיבית). בדומה, ככל שאוטונומיה נתפסת כביטוי לטווח האפשרויות העומדות בפני הפרט (ראו בהקשר זה (JOSEPH RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM 205 (1986)), הרי שבעצם הפנייה של השוטר לאזרח, צומצם טווח האפשרויות של האזרח ממצב של אוטונומיה רחבה בדמות חופש תנועה וטווח חלופות רחב מאוד, לשתי חלופות בלבד (להסכים לחיפוש או לסרב לו), אשר בעיני האדם, וייתכן מאוד שגם באופן אובייקטיבי, בשתייהן הוא יוצא נפסד (ראו מאמרו של בן הרוש, עמ' 81).

52. לצד כל אלו, יש לזכור כי התבססות על הסכמת הפרט עלולה לפגוע בעיקר באוכלוסיות מוחלשות ופגיעות, אשר הנמנים עליהן אינם מודעים לזכויותיהם ואינם מסוגלים לעמוד על מימוש זכויות אלו, ואשר ממילא נתונות לשיטור יתר.

53. על הטעמים הללו נרחיב בהמשך דברינו, כאשר נעסוק בשאלה האם הסכמה לחיפוש במכשיר הסלולארי יכולה להיות הסכמה חופשית והסכמה מדעת, וכאשר נעסוק בהשלכות הרותב האפשריות של התבססות על הסכמת הנחקר. עם זאת, העיון מחדש בהלכת **בן חיים** אינו נדרש אך מטעמים משפטיים ולנוכח הביקורת שהובעה על פסק הדין בספרות. הדבר הכרחי, לטעמנו, על רקע שינוי חקיקתי מרכזי בתחום מאז מתן פסק הדין - חוק סמכויות לשם שמירה על ביטחון הציבור (תיקון מס' 5 והוראת שעה), התשע"ו-2016, אשר עבר בקריאה שנייה ושלישית במליאת הכנסת ביום 01.02.2016.

54. כאמור לעיל, תיקון זה עיגן את האפשרות לבצע חיפוש **שלא על בסיס חשד סביר** במקום שהוגדר כמקום מועד לפעילות חבלנית עוינת (סעיף 36 לחוק). כמו כן, התיקון הרחיב את סמכות החיפוש כדי לבדוק נשיאת נשק, על דרך של הרחבת המקרים בהם יוכר קיומו של חשד סביר שאדם עומד לבצע עבירת אלימות נגד אחר (סעיף 3(ב1) לחוק). כפי שנבהיר להלן, תיקון זה נועד להרחיב את אפשרויות החיפוש הנתונות לשוטרי במטרה להחליף את האפשרות לבצע חיפוש המבוסס על הסכמתו של הפרט.

55. בהציגו את הצעת החוק במליאה (פרוטוקול ישיבה מס' 96 של הכנסת ה-20, 116-120 (01.02.2016)), יו"ר ועדת החוקה חוק ומשפט, ח"כ ניסן סלומינסקי, התייחס לפרקטיקה של חיפוש בהסכמה בהיעדר צו שיפוטי או חשד סביר:

"ואז מה עושים? – מה שנקרא במשטרה חיפוש בהסכמה. פירוש הדבר, שהשוטר, שלא יכול לחפש עליך, אבל הוא חושד, אומר לך: אתה מסכים שאני אחפש עליך? האיש המסכן, הצעיר, אין לו ברירה, הוא אומר כן, כי הוא מפחד שאם הוא יגיד לא, עוד יאשימו אותו בדברים אחרים. זה נקרא כביכול חיפוש בהסכמה, דבר שגם אליו אנחנו מאוד לא רוצים – כי באמת זאת לא הסכמה אמיתית. רק למי ששוטר או ששוטרים מגיעים אליו – נראה אותו עומדים ואומרים שאנחנו לא מוכנים; מייד יגידו עלינו: אתם בטח מסתירים וכו'. לכן האיש על-כורחו מסכים, אבל זאת לא הסכמה באמת, ואנחנו לא רוצים שזה יהיה. מה עושים, אם כך, כדי כן לתת למשטרה את היכולת, מצד אחד, לנסות לעצור, ומצד אחר לא להשתמש בטריק של חיפוש בהסכמה, שאנחנו יודעים שהוא לא בהסכמה? לכן השתכנעתי גם אני, וגם רוב חברי הוועדה, שחיוני שהמחוקק יהיה זה שיקבע את גדרי הסמכות לחיפוש על הגוף."

56. כפי שניתן לראות, המחוקק היה מודע לפרקטיקה המשטרית של חיפוש בהסכמה, ומשום שחשב שפרקטיקה זו אינה ראויה, הוא ביקש לבצע איזון מחודש של הערכים המתנגשים שיאינו את הפרקטיקה הפסולה בעינינו, באמצעות יצירת כלים חלופיים לגופי אכיפת החוק.

57. בדיון להכנת הצעת החוק לקריאה שנייה ושלישית, אשר התקיים ביום 18.01.2016 בוועדת החוקה חוק ומשפט (פרוטוקול ישיבה מס' 100 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, עמ' 2 (18.01.2016)), היועצת המשפטית של הוועדה, התייחסה לסוגיה (ההדגשות אינן במקור – ג.ש., י.ב.):

"נשאלתי שאלות על ידי חברי אופוזיציה וגם קואליציה האם החוק הזה באופן חד משמעי מבטל את הנוהגים שהיו נוהגים, לרבות מה שאושר בבית המשפט, של חיפוש בהסכמה, האם החוק הזה אכן ייתן מזור לנוהגים צדדיים שלא לפי חוק שהתפתחו בגלל צוק העיתים, ועכשיו, אחרי שהמחוקק מגדיר בדיוק את סמכות החיפוש לצורך הגנה על הציבור, לא יהיו יותר חיפושים אחרים ונהלים אחרים שמסדירים חיפוש בהסכמה. מבחינתנו זאת אחת המטרות המרכזיות של החוק. רצינו רק שהדברים יוצהרו על ידי המשטרה שאכן כך הדבר."

ובהמשך הדיון, המשנה ליועץ המשפטי של משטרת ישראל, אלעזר כהנא, לאחר שהבחין בין מקרים בהם קיים חשד סביר למקרים של חיפוש על גוף ללא חשד, הצהיר שהפרקטיקה של חיפוש בהסכמה בהיעדר חשד סביר תיפסק:

"הסיטואציה שמדובר בה בתיקון הנוכחי היא סיטואציה של חיפוש על גוף ללא חשד בכלל. כששוטרים במסגרת של סיור היום נתקלים באנשים שלא מתאים להם, הם נראים להם חשודים, אז הם יכולים לומר: בואו, אנחנו רוצים לחפש עליכם, תוציאו מה שיש לכם בכיסים. החיפוש הזה מוחלף בהצעה הנוכחית. החיפוש הזה ישתנה."

58. בהמשך דבריו במליאת הכנסת, יו"ר ועדת החוקה חוק ומשפט, חבר הכנסת סלומינסקי, הבהיר בצורה שאינה משתמעת לשתי פנים את מטרת תיקון החוק:

"אחד ההישגים הגדולים שאני חושב שיש בהצעת החוק שאנחנו מגישים עכשיו זה דווקא הנושא הזה, שהגענו להסכמה שכשהחוק הזה יעבור – הממשלה התחייבה בוועדה שיותר אין חיפוש בהסכמה, נקודה. אין מושג כזה... ברגע שהוא יתקבל, המשרד לביטחון הפנים, המשטרה, כולם התחייבו שיותר אין חיפוש בהסכמה, נקודה."

59. דהיינו – בחוקו את חוק סמכויות לשם שמירה על ביטחון הציבור (תיקון מס' 5 והוראת שעה), התשע"ו–2016, המחוקק ביקש לקבוע איזון מחדש בדבר סמכויות החיפוש, מתוך כוונה מוצהרת לבטל את הפרקטיקה של חיפושים בהסכמה ולהבהיר את אי חוקיותה של פרקטיקה זו.

60. יתרה מכך – בחוק זה ביקש המחוקק להעניק לגורמי האכיפה את הכלים הראויים והמידתיים הנחוצים להם לשם ביצוע תפקידם. בכך ישנו מענה לטיעון שהציגה כב' השופטת ארבל בחוות דעתה בפרשת **בן חיים**, לפיו על מנת להילחם בתופעות הסכינאות והאלימות, יש להעניק למשטרה סמכויות לבצע חיפוש בהסכמה אף בסיטואציות שאינן עולות לכדי "חשד סביר".

61. על כן, סברנו שעל בית המשפט נכבד זה לתת דעתו מחדש לסוגיה חשובה זו, ולאמץ את עמדת המיעוט של כב' השופט דניצגר.

חלק שלישי: היעדר אפשרות להחיל את הלכת בן חיים על חיפוש במכשירים

סולאריים

62. דיון מחודש בהלכת בן חיים די בו כדי להביא למסקנה לפיה לא ניתן להחיל את דוקטרינת ההסכמה ביחס לחיפוש בחומר מחשב. אולם בענייננו מסקנה מתחייבת לא רק מדיון מחודש בהלכת בן חיים אלא גם מכך שכלל לא ניתן להחיל הלכה זו על חיפוש בחומר מחשב, מן הנימוקים שיפורטו במסגרת חלק זה.

3(א) סעיף 23א – הסדר כולל וממצה

63. לטעמנו, העיון המחודש בהלכת בן חיים אינו הכרחי לצורך הכרעה בסוגיה הניצבת לפתחו של בית משפט, ולצורך קביעה כי חיפוש בחומר מחשב יכול להתבצע רק בצו שיפוטי. זאת בשים לב לכך שסעיף 23א לפסד"פ, העוסק בחיפוש בחומר מחשב (ואין חולק שגם מכשיר סולארי הינו מחשב לעניין זה), מהווה ממילא הסדר כולל וממצה לעניין האפשרות לבצע חיפוש בחומר מחשב.

64. וזו לשונו של סעיף 23א לפסד"פ, העוסק בחדירה לחומר מחשב :

”חדירה לחומר מחשב

23א. (א) חדירה לחומר מחשב וכן הפקת פלט תוך חדירה כאמור, יראו אותן כחיפוש וייעשו על-ידי בעל תפקיד המיומן לביצוע פעולות כאמור; לענין זה, ”חדירה לחומר מחשב” – כמשמעותה בסעיף 4 לחוק המחשבים, תשנ”ה-1995.

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

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

65. כאמור לעיל, בפרשת בן חיים, דן בית המשפט בסיטואציה שבה המחוקק שתק בכל הנוגע לאפשרות של עריכת חיפוש על גופו של אדם בהסכמתו בלבד (פס' 23 לפסק דינה של כב' השופטת ביניש). שתיקה זו של המחוקק פורשה על ידי דעת הרוב כלקונה (תוך דחיית טענת הסניגוריה הציבורית לפיה מדובר בהסדר שלילי). מכאן המשיכה דעת הרוב לקביעה כי לאור הפגיעה הקלה יחסית בזכות הפרטיות, ראוי לאפשר להסכמתו של אדם לשמש תחליף לדרישת החשד הסביר (פס' 25 לפסק דינה של כב' השופטת ביניש).

66. ואולם, במקרה דנן, באשר לחיפוש בחומר מחשב, אין המדובר בשתיקה של המחוקק. המחוקק הביע דעתו, באופן מפורש, צלול וברור, כי חיפוש בחומר מחשב "לא ייערך... אלא על פי צו של שופט". קרי, אין המדובר במקום בו המחוקק שתק, כי אם בהסדרה מפורשת של הסוגיה, שאינה מותירה כל מקום לספק. הכרעה נורמטיבית חד משמעית זו עולה הן מלשון החוק והן מההיסטוריה החקיקתית, והיא גם מתחייבת מפרשנות תכליתית של דבר החקיקה.

3(א)(1) לשון החוק

67. סעיף 23א(ב) נוקט במילים "על אף הוראות פרק זה, לא ייערך חיפוש כאמור בסעיף קטן (א), אלא על פי צו של שופט לפי סעיף 23".

68. זוהי אמירה מפורשת של המחוקק, האוסרת על ביצוע חיפוש בחומר מחשב בהיעדר צו שיפוטי. בכך שונה ענייננו מפרשת **בן חיים**, שם דן בית המשפט בסיטואציה בה המחוקק שתק לגבי המקרים בהם אסור לבצע חיפוש, ובכלל זה חיפוש בהסכמה.

ואכן, סעיף 25 לפסד"פ ויתר הסעיפים העוסקים בסמכות חיפוש בגוף או ברכוש ללא צו (אשר נסקרו לעיל), לא קובעים מתי אסור לבצע חיפוש ללא צו, אלא מתי מותר לבצעו. מוסכם היה אם כן כי המחוקק שתק לגבי המקרים בהם אסור לבצע חיפוש. טענת הסניגוריה הייתה שאת השתיקה יש לפרש כהסדר שלילי (דהיינו – מה שלא מותר – אסור). טענה זו נדחתה על ידי דעת הרוב, אשר קבעה כי השתיקה היא לאקונה (דהיינו, המחוקק לא ביקש לאסור מפורשות את מה שלא התיר).

69. אלו הם אינם פני הדברים בענייננו. המחוקק אינו שותק לגבי המקרים בהם אסור לבצע חיפוש בחומר מחשב, אלא מביע את דעתו באופן חד משמעי ונחרץ. להבדיל מסעיפי החוק שנדונו בפרשת **בן חיים**, סעיף 23א לפסד"פ קובע **איסור לבצע חיפוש בחומר מחשב, ובצד האיסור הגורף, חריג בודד ויחיד – חיפוש בהינתן צו שופט**. דומה כי לא ניתן לפרש את לשונו הברורה של המחוקק בכל דרך אחרת (ראו בהקשר זה גם את מאמרו של הרדוף, בעמ' 7).

70. בכך גם המענה לטענת התביעה הצבאית, לפיה בסעיף 23א מטרת המחוקק הייתה לקבוע שלא ניתן לבצע את החיפוש על בסיס שיקול הדעת של גורמי אכיפת החוק, אך הוא לא ביקש להביע את עמדתו ביחס לאפשרותו של אדם להסכים לחיפוש. טענה זו אינה מתיישבת עם הניסוח הגורף של המחוקק, שביקש לשלול כל מקור סמכות לביצוע חיפוש, למעט צו שיפוטי.

71. לא למותר להעיר כי עד לאחרונה, אף משטרת ישראל פירשה את לשון החוק כך שלא ניתן לבצע חיפוש בחומר מחשב אלא בצו שיפוטי. ראו בהקשר זה את סעיף 3(ג)(2)(ד) לנוהל תפיסה וחיפוש במחשב מס' 03.300.035, אשר עודכן בנובמבר 2011 (מצורף כנספח א' לעמדה זו), לפיו "אין לערוך חיפוש בחומר מחשב ללא צו של שופט לפי סעיף 23א(2)(ב)". כמו כן ראו את סעיף 4(ב) לנוהל תפיסה וחיפוש במחשב מס' 300.08.035 מיום 01.02.2014, לפיו משמעות הוספת סעיף 23א ותיקון סעיף 32 לפסד"פ "הינה כי תפיסת מחשב, דבר המגלם חומר מחשב וכן חדירה למחשב דינם כחיפוש והם מצריכים צו מפורש מבית המשפט" (מצורף כנספח ב' לעמדה זו).

בהתאם לאמור בבקשת רשות הערעור, אך לאחרונה הפסיקה משטרת ישראל לעשות שימוש בנוהל זה, ואימצה את הנוהל של המשטרה הצבאית החוקרת, המאפשר חיפוש בהסכמה בחומר

מחשב (נראה שמכאן ניתן ללמוד אף על כך שעד כה לא התעורר צורך פרקטי של ממש בהתבססות על חיפוש בהסכמה כחלופה לקבלת צו).

72. כפי שנבהיר להלן, הרקע לקביעת המחוקק בסעיף 23א לפסד"פ נעוץ ברצונו המפורש להגן על הזכות החוקתית לפרטיות, שהיא בעלת מאפיינים ייחודיים, כאמור, בכל הנוגע לחומר מחשב הכולל היקף גדול של מידע פרטי, וזאת על דרך של החרגת חיפוש בחומר מחשב מכל יתר סוגי החיפושים.

3(א)(2) ההיסטוריה החקיקתית

73. סעיף 23א הוסף לפקודת סדר הדין הפלילי במסגרת תיקון מס' 6, בשנת 1995. תיקון זה היה חלק מחקיקתו של חוק המחשבים, תשנ"ה – 1995. נוסחה המקורי של הצעת חוק המחשבים התייחס אל חיפוש בחומר מחשב כאל חיפוש רגיל, למעט במקרים בהם החדירה למחשב מהווה "האזנת סתר"¹:

31א(א). חדירה למחשב, וכן הפקת פלט תוך חדירה כאמור, יראו אותם כחיפוש; וייעשו על ידי בעל תפקיד המיומן לביצוע פעולות כאמור; לעניין זה, "חדירה למחשב" – התקשרות או התחברות עם מחשב, אך למעט חדירה למחשב שהיא "האזנה" לפי חוק האזנת סתר, התשל"ט – 1979.

(ב) הוראות חוק האזנת סתר, התשל"ט – 1979, לא יחולו על מה שנקלט מתקשורת בין מחשבים אגב חיפוש לפי סעיף זה.

74. אולם, זה אינו הנוסח שאומץ על ידי המחוקק בסופו של יום. המחוקק בחר במודע להוסיף לנוסח הצעת החוק המקורית תת סעיף נוסף, הקובע מפורשות כי חיפוש בחומר מחשב ייעשה אך ורק בהתאם לצו שיפוטי. וכך נוסח סעיף 23א כאשר חוקק על ידי הכנסת בשנת 1995:

23א. (א) חדירה לחומר מחשב וכן הפקת פלט תוך חדירה כאמור, יראו אותן כחיפוש וייעשו על ידי בעל תפקיד המיומן לביצוע פעולות כאמור; לענין זה, "חדירה לחומר מחשב" – כמשמעותה בסעיף 4 לחוק המחשבים, התשנ"ה – 1995.

(ב) על אף הוראות פרק זה, לא ייערך חיפוש כאמור בסעיף קטן (א), אלא על פי צו של שופט לפי סעיף 23, המציין במפורש את ההיתר לחדור לחומר מחשב או להפיק פלט, לפי הענין, ואת תנאי החיפוש ומטרותיו.

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

75. על הרציונלים שעמדו בבסיס הוספת 23א(ב) ניתן ללמוד מן הדיונים שהתקיימו בוועדות הכנסת ביחס להצעת חוק המחשבים. ראו בהקשר זה את דבריו של חבר הכנסת דן מרידור, בדיון של

¹ ה"ח תשנ"ד מס' 2278 עמ' 478, כפי שפורסמה ברשומות ביום 13.06.1994.

ועדת המשנה לעניין חוק המחשבים של ועדת חוקה חוק ומשפט, מיום 14.03.1995, בעמ' 51 לפרוטוקול (מפאת אורכו, מצורפים החלקים הרלוונטיים בלבד, **כנספח ג'** לעמדה זו):

"במחשב אין דרך אחרת לחפש. אני רוצה לגמור את החוק. אני רוצה לומר לענין הזה – יכול להיות שצריך לעשות דבר אחד – שלא יהיה חיפוש במחשב בלי צו מפורש לחיפוש במחשב. לי נדמה ששוטר לא יכול לחפש במחשב בלי צו. הוא יכול לקחת את המחשב, לתפוס אותו, אבל לחפש בתוכו רק עם צו. אני מציע שתתקנו את זה. א. שופט יתן צו ספציפי לחיפוש במחשב, ויסבירו לו למה צריך. אולי השופט יגיד להם – אולי תזהרו, יש עוד חומר כללי, הגנת הפרטיות, צנעת הפרט וכו'. ב. אין חיפוש בתוך מחשב ע"י שוטר בלי צו. התרנו לשוטר לתפוס חומר גם בלי צו."

ובהמשך (עמ' 52):

"לא יהיו חיפוש או תפיסה בלי צו לפי הדין הרגיל של התפיסה. חיפוש בתוך המחשב רק עם צו. כל חיפוש במחשב יהיה עם צו ספציפי."

76. כן ראו את דבריו של חבר הכנסת מרידור בדיון בנושא חוק המחשבים בוועדת החוקה חוק ומשפט, ביום 03.07.1995, עמ' 11 לפרוטוקול (מצורף **כנספח ד'** לעמדה זו):

"אפשר לתפוס את המחשב ואף אחד לא יוכל כבר לשנות שום דבר, ואין דחיפות לחפש בתוך המחשב בלי צו של שופט. אין בזה דחיפות כמו כשתופסים עבריין שזה עתה ביצע עבירה והוא בורח. אפשר לסגור את חדר המחשב או את הבנין, ולא לחדור למחשב בלי צו של שופט"

77. סעיף 23א לפסד"פ תוקן על ידי המחוקק פעם נוספת, בשנת 2005, במסגרת תיקון 12.² השינוי המרכזי הרלוונטי לענייננו הוא החלפת התיבה "ואת תנאי החיפוש ומטרותיו" בתיבה "והמפרט את מטרות החיפוש ותנאיו שייקבעו באופן שלא יפגע בפרטיותו של אדם מעבר לנדרש". הצעה זו התקבלה על ידי המחוקק והיא שהביאה לנוסחו העדכני של סעיף 23א לפקודה. מן הראוי לצטט מתוך דברי ההסבר להצעת התיקון:

"חיפוש ותפיסת מחשב הם פעמים תדירות כלי מרכזי בהליך החקירה הפלילי, הן כאשר מערכת המחשב היא כלי לביצוע העבירה והן כאשר במערכת המחשב מצוי מידע מרכזי לניהולה של החקירה. אולם, חיפוש ותפיסת מחשב עלולים לפגוע קשות בפרטיות המחזיק במחשב ובפרטיות צדדים שלישיים, וכן עלולה התפיסה להביא לנוק כבד למשתמש במחשב התלוי בו. לאור מערכת האיזונים המורכבת בנוגע לחיפוש ולתפיסת מחשב, קבע המחוקק עוד ב-1995, עם חקיקת חוק המחשבים, התשנ"ה – 1995 (ס"ח התשנ"ה, עמ' 366), דינים מיוחדים למצבים אלה. לגבי חיפוש

² ס"ח תשס"ה מס' 2008 מיום 29.6.2005 עמ' 526 (ה"ח הכנסת תשס"ה מס' 78 עמ' 149) – תיקון מס' 12.

במחשב ובחומר מחשב, נקבע כי אין לבצע חיפוש אלא בצו שופט המציין במפורש את ההיתר לחדור מחשב ואת תנאי החיפוש ומטרותיו.

הצורך בשינוי נוסחו של סעיף 23א נומק כך :

"לפי סעיף 23א לפקודה בנוסחו כיום, בכדי לבצע חיפוש במחשב יש צורך בצו של שופט המתיר זאת במפורש. על הצו לציין את ההיתר לחדור לחומר מחשב או להפיק פלט, ואת תנאי החיפוש ומטרותיו. בפועל, בית המשפט בהוציאו צווי חיפוש ממלא אחר טקסט אחיד המקנה למשטרה סמכות לערוך חיפוש ולתפוס כל מסמך או חפץ הדרוש לחקירה, לרבות מחשב וחומר מחשב. מוצע לקבוע כי על בית המשפט לפרט את מטרות החיפוש ואת תנאיו, תוך הנחיה ברורה כי בצווי חיפוש הנוגעים למחשב וחומר מחשב, על בית המשפט לשקול באופן מיוחד את הפגיעה בפרטיותו של התופס במחשב וצדדים נוספים".

78. תיקון מס' 12 עבר בקריאה שנייה ושלישית ביום 20.06.2005. בהצגת התיקון במליאת הכנסת (פרוטוקול ישיבה מס' 259 של הכנסת ה-16, עמ' 50 (20.06.2005)), על ידי יושב ראש ועדת החוקה חוק ומשפט דאז, חבר הכנסת מיכאל איתן, הודגשה שוב עמדת המחוקק בעניין חיפוש במחשב או בחומר מחשב וחשיבותה המוגברת לזכות לפרטיות בהקשר זה :

"בני-אדם שומרים במחשב את הדברים החשובים להם ביותר, דברים שהם רוצים לאחסן ואינם רוצים שמישהו ידע – בין דברים שקשורים לעולמם הפנימי, לקשרים האינטימיים שלהם, ובין מידע עסקי בעל חשיבות רבה, גם מבחינת הסודיות וגם מהבחינה הזאת, שנטלת להם את המחשב, כאילו נטלת להם חלק מהמוח... כתבנו בהצעת החוק, שכאשר בית-המשפט צריך להוציא צו חיפוש שקשור למחשב או לחומר מחשב – כי בניגוד לצו חיפוש רגיל, יש הנחיה ברורה לבית-המשפט שבצווי חיפוש שקשורים למחשב או לחומר מחשב על השופט לשקול את הדברים באופן מיוחד לפני שהוא חותם. הוא צריך לשקול באופן מיוחד את הפגיעה בפרטיות של האדם שהמחשב נלקח ממנו. יש צורך בצו מיוחד של שופט כדי לערוך חיפוש במחשב."

79. לא ניתן להשלים את סקירת ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 23א לפקודה מבלי להתייחס אל הצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – המצאה, חיפוש ותפיסה), התשע"ד – 2014. המדובר בהצעת חוק ממשלתית אשר נועדה להסדיר בצורה מקיפה את כלל דיני החיפוש, תוך שינוי המצב החוקי הקיים היום. מבלי להידרש להשערה המוצגת על ידי התביעה הצבאית בבקשת רשות הערעור, לפיה הצעת החוק צפויה להידון בוועדת החוקה, חוק ומשפט במושב הקיץ הקרוב (יוער כי גם בפרשת **בן חיים**, טענה המדינה כי סוגיית החיפוש עתידה להיות מוסדרת בחקיקה בטווח זמנים קרוב), נדמה כי נוסחה של הצעת חוק החיפוש עולה בקנה אחד עם טענותינו בנוגע למצב החוקי הקיים **כיום**.

וכך מנוסחים דברי ההסבר לפרק ו' להצעת החוק, שעניינו "פעולות בחומר מחשב" (הדגשות שלנו – הח"מ) :

"פרק זה שעניינו פעולות אכיפה שנעשות בקשר לחומר מחשב, הוא השינוי המשמעותי ביותר של הצעת חוק זה לעומת המלצות ועדת לוין, שכן דוח הוועדה אינו כולל המלצות מיוחדות לעניין חומר מחשב, למעט הוראות הדומות לסעיפים 23 א ו-32 לפסד"פ. במצב החוקי הקיים, ההוראות הנוגעות לסמכויות בקשר למחשבים קבועות בעיקרן בסעיפים 23 א, 32 ו-32 לפסד"פ. הוראות אלה נוגעות לכמה נושאים: סמכות החדירה לחומר מחשב, בצו בלבד (סעיף 23 א) ו-(ב) לפסד"פ)..."

כן ראו בהמשך את דברי ההסבר לסעיף 82 להצעת החוק, שעניינו "עילות למתן צו חדירה לחומר מחשב" (הדגשות שלנו – הח"מ):

"כיום, סעיף 23 א(ב) לפסד"פ קובע כי חדירה לחומר מחשב תיעשה רק לאחר קבלת צו המציין במפורש את ההיתר לחדור לחומר מחשב או להפיק פלט ומפרט את מטרות החיפוש ותנאיו שייקבעו באופן שלא יפגע בפרטיותו של אדם מעבר לנדרש."

וכן את דברי ההסבר לסעיף 90 להצעת החוק, שעניינו "חדירה לחומר מחשב בהסכמה" (הדגשות שלנו – הח"מ):

"הסעיף המוצע מסדיר את נושא החדירה של המשטרה לחומר מחשב בהתבסס על הסכמה, כחריג המאפשר ביצוע חדירה לחומר מחשב בלא צו שיפוטי..."

80. דהיינו – הצעת חוק החיפוש היא-היא שמלמדת שבהתאם למצב החוקי **כיום**, חיפוש בחומר מחשב יכול להיעשות באמצעות צו שיפוטי **בלבד**. הצעת החוק אמנם מבקשת לקבוע כי חיפוש בהסכמה בחומר מחשב יהיה **חריג** המאפשר חדירה לחומר מחשב בלא צו שיפוטי, אך דווקא נוסח דברי ההסבר להצעת החוק מבהיר כי אין המדובר בתיקון דקלרטיבי, שנועד אך לעגן את המצב החוקי הקיים ממילא, כי אם בתיקון קונסטיטוטיובי, שנועד לשנות את המצב דהיום.

81. ניתן לראות, אפוא, כי כוונתו החד משמעית של המחוקק הייתה כי חיפוש בחומר מחשב יבוצע באמצעות צו שיפוטי **בלבד**. בכך, המחוקק נתן דגש לחשיבותה של ביקורת שיפוטית, שנועדה לבחון את הצורך בביצוע החיפוש ולהגביל את היקף החיפוש על מנת למנוע פגיעה בפרטיות הנחקר ובפרטיותם של צדדים שלישיים.

3(ב) הרחבת בן חיים – מתחליף עילה לביטול בקרה שיפוטית

82. סיבה מרכזית נוספת בגינה לא ניתן להחיל את הלכת **בן חיים** על ענייננו היא ששם עסק בית המשפט בסיטואציה בה המחוקק הכיר ככלל בסמכותו של שוטר לבצע חיפוש בהיעדר צו שיפוטי, וזאת בהתקיים אחת העילות הקבועות בחוק (חשד סביר לביצוע עבירת פשע; אדם המבקש את עזרת המשטרה; חיפוש על אדם הנמצא במקום בו מתבצע חיפוש ועוד).

לעומת זאת, בענייננו, המדובר בהפעלת סמכות אכיפה שלא ניתן לבצע בהיעדר צו שיפוטי (בדומה לסמכות המעצר מעל 24 שעות, למשל). סמכות החיפוש היחידה שזכתה להסדרה דומה

היא בדיקה גניקולוגית, המוגדרת כחיפוש פנימי שלא ניתן לבצעו אלא באישור בית המשפט (סעיף 4(ו) לחוק החיפושים).

83. בדעת הרוב בפרשת **בן חיים**, הדגישה כב' השופטת ביניש כי הסכמת האדם יכולה להוות תחליף לעילת החיפוש עצמה, רק בהינתן העובדה שהמחוקק העניק לשוטר עוד קודם לכן מקור סמכות כללי לביצוע חיפוש ללא צו על סמך שיקול דעתו הפרטני. בנסיבות אלה, הסכמת האדם תוכל להחליף את הפעלת שיקול הדעת על ידי השוטר בשטח. דהיינו: הסכמת הנחקר אינה יוצרת מקור סמכות עצמאי לביצוע החיפוש, אלא מהווה אך תחליף לעילת החיפוש. כאמור שם (ההדגשות אינן במקור – ג.ש., י.ב.):

"על כן, כאשר מדובר בפגיעה קלה יחסית בזכות הפרטיות, הנעשית בהסכמת האדם שעל גופו, בכליו או בביתו מבקשת המשטרה לערוך חיפוש, יכולה הסכמת האדם מושא החיפוש לשמש תחליף לדרישת החשד הסביר לנשיאת נשק...

ההסכמה לביצוע החיפוש יכולה גם לשמש תחליף לדרישת ה"יסוד להניח" כי בוצעה עבירה בהתאם לסעיף 25(1) לפקודת סדר הדין הפלילי...

נוכח אופייה וטיבה של הסמכות לעריכת חיפוש על גופו של אדם, בכליו או בביתו כשאינן מדובר בחיפוש "פולשני", הותיר המחוקק את ההחלטה על עריכת חיפוש מסוג זה לשיקול דעתו הפרטני של השוטר. הרף שנקבע לכך הינו, כאמור, "חשד סביר" או "יסוד להניח". יש לזכור כי ההחלטה האם התקיים הרף הנדרש מתקבלת בנסיבות של מילוי תפקיד, בלחץ זמן ובדרך כלל בנסיבות אשר עלולות לעורר חשד; כאשר ההחלטה בדבר עוצמת החשד מתחייבת על אתר. במצבים אלה תחת שיקול דעתו של השוטר, בהתאם למידע הקיים בפניו באשר לקיומה של עילת חיפוש ללא צו, תבוא הסכמת האדם מושא החיפוש. הסכמה זו מבטאת את האוטונומיה הנתונה לפרט להסכים לפגיעה בזכותו הפרטיות. בהקשר זה יש להביא בחשבון כי שתי הוראות החוק הנזכרות תולדות את הסמכות לעריכת החיפוש ללא צו שיפוטי בשיקול דעתו הפרטני של השוטר בנסיבות עניין. שיקול דעת זה צריך, כמובן, להיות מופעל באופן סביר ומיושם במידתיות ובשוויוניות. לפיכך, נראה שכאשר בהתאם לשיקול דעתו של שוטר בנסיבות מחשידות, שאינן עולות כדי "חשד סביר" או "יסוד להניח", מתבקשת הסכמה לביצוע חיפוש והסכמה זו היא אכן הסכמת אמת, שניתנת בתנאים שיפורטו בהמשך על ידי האדם מושא החיפוש, הרי ניתן לקיים את החיפוש; ובלבד שמתקיימים יתר התנאים הקבועים בחוק לעריכת חיפוש ללא צו שיפוטי.

84. ניתן לראות כי בפרשת **בן חיים** הושם דגש על כך שמדובר בסיטואציה בה הפגיעה בזכות הפרטיות הינה מצומצמת יחסית מלכתחילה, כך שההחלטה על הפגיעה בה מסורה בידי של השוטר בשטח. במקרה מעין זה, הסכמת הנחקר אינה יוצרת מקור סמכות עצמאי לביצוע החיפוש, אלא מהווה אך תחליף לעילת החיפוש. דהיינו, פרשת **בן חיים** עסקה מלכתחילה בסיטואציה בה המחוקק לא סבר שיש צורך בהפעלת שיקול דעת שיפוטי.

85. ואולם, כאמור לעיל, בענייננו המחוקק בחר שלא להעניק סמכות חיפוש על בסיס שיקול דעתו של השוטר בשטח, וקבע שקיים צורך בהפעלת בקרה שיפוטית לצורך הפעלת סמכות החיפוש

בחומר מחשב. זאת, נוכח הפגיעה החמורה בפרטיות הטמונה בחיפוש זה (להבדיל מ"הפגיעה הקלה יחסית בזכות לפרטיות" שנדונה **בבן חיים**). הסתמכות על הסכמת הנחקר בסיטואציה מעין זו תהווה הרחבה ממשית של פסק הדין בפרשת **בן חיים**, שכן היא תאפשר לגורמי החקירה לעקוף את דרישת המחוקק לבקרה שיפוטית על שיקול הדעת של רשות האכיפה. ברי כי לא לכך כיוונה הלכת **בן חיים**.

86. הדרישה לקיומו של צו שיפוטי לצורך חיפוש בחומר מחשב נועדה לבחון את הנסיבות והשיקולים המצדיקים את החיפוש בשני היבטים מרכזיים:

א. קיומה של עילה מספקת לחיפוש, בהתאם לסעיף 23 לפסד"פ.

ב. צמצום היקף הפגיעה בפרטיות: הצו השיפוטי צריך לפרט את מטרות החיפוש ואת תנאיו, כך שהחיפוש לא יפגע בפרטיותו של אדם מעבר לנדרש, בהתאם לסעיף 23א(ב) לפסד"פ.

87. על מנת להבהיר מדוע הסכמה לא תוכל להחליף את שיקול הדעת השיפוטי לצורך הגשתם של שני היבטים אלו, ניטול לדוגמא את פלוני, הנחשד בעבירת סחר בסמים. בידי רשויות החקירה קיים מידע מודיעיני לפיו פלוני התכתב עם אלמוני בהודעות טקסט לגבי רכישת סמים. במקרה זה, יהא על רשויות החקירה המבקשות לבצע חיפוש במכשירו הסלולארי של פלוני להציג בפני בית המשפט את המידע המודיעיני, כך שבית המשפט יוכל להתרשם מאמינות המידע והאם די בו כדי להצדיק את הפגיעה הקשה בפרטיותו של הנחקר. כמו כן, במקרה זה בית המשפט יוכל לציין כי מטרת החיפוש היא איתור התכתובות בין פלוני לאלמוני, כך שיש להגביל את היקף החיפוש להודעות הטקסט בין פלוני ואלמוני בלבד, או כל מגבלה ראויה אחרת בנסיבות העניין.

88. התביעה הצבאית אינה חולקת על כך שתנאי מקדמי לביצוע חיפוש, גם כאשר מדובר בחיפוש המתבסס על הסכמת הנחקר, הוא קיומה של עילת חיפוש לפי סעיף 23 לפסד"פ, והדבר מעוגן מפורשות בסעיף 3 להנחיית מפקד מצ"ח בנושא חיפושים שעודכנה ביום 17.03.2016, המצורפת כנספח ט'2 לבקשת רשות הערעור (כאמור), בכך שונה ענייננו מעניין **בן חיים**, שכן שם ההסכמה מהווה תחליף לדרישת העילה לביצוע חיפוש, בעוד בענייננו אין חולק על כך שחייבת להתקיים עילה לביצוע החיפוש).

זאת ועוד, גם במקרה בו מתבקשת הסכמת הנחקר לביצוע החיפוש, באפשרות הנחקר להגביל את הסכמתו לסוג מסוים של חומר מחשב (סעיף 65 לבקשת רשות הערעור).

89. מכאן, לכאורה, שגם בבקשת הסכמתו של פלוני לחיפוש נשמרת ההקפדה על עילת החיפוש ועל הגבלת היקף הפגיעה בפרטיות. ואולם, זאת רק למראית עין. כך, רשויות החקירה המעוניינות לבצע חיפוש במכשירו הסלולארי יבקשו את הסכמתו, אך כמובן שהמידע המודיעיני עליו מתבססות הרשויות לא יוצג לפלוני, כך שלפלוני, להבדיל מבית המשפט, לא תהיה כל דרך לבחון את השאלה האם **מוצדק** לאפשר לרשויות החקירה לבצע חיפוש במכשיר הסלולארי מבחינת קיומה של עילה מספקת לחיפוש. יתרה מכך – כיוון שפלוני לא יודע שבידי רשויות החקירה מידע על התכתובות בינו לבין אלמוני – הוא גם לא יוכל להגביל את הסכמתו רק

לתכתובת ההודעות הרלוונטית. במקרה מעין זה, ניתן להניח שגדרי הסכמתו של פלוני יהיו רחבים מאלו שהיו ניתנים לרשויות החקירה בצו בית משפט.

90. דוגמא זו אינה אך בגדר דוגמא תיאורטית. היא משקפת את מצב הדברים הקיים ברובן המוחלט של החקירות, שהרי רשויות החקירה אינן יכולות לחשוף בפני הנחקר את מלוא המידע הקיים בידיהן. בהיעדר המידע הרלוונטי, ממילא אין באפשרותו של פלוני לבקר את שיקול דעתן של רשויות החקירה. התבססות על הסכמת הנחקר בלבד מובילה, אפוא, לאיון רצונו של המחוקק לקיים בקרה שיפוטית על גדר המקרים בהם יתאפשר לרשויות החקירה לבצע חיפוש במכשיר הסלולארי ועל היקף החיפוש.

91. רק בקרה שיפוטית אובייקטיבית תוכל להוות מחסום חיוני מחיפושים נמהרים ומיותרים (ראו שרון אהרוני-גולדנברג "חדירה למערכות מחשב – היקפה הרצוי והמצוי של העברה" **ספר דיני וינר – על משפט פלילי ואתיקה** 429 (2009), עמ' 449).

92. כאמור, לנחקר אין כל אפשרות לקיים בקרה אובייקטיבית על רשויות החקירה. הוא לעולם לא יידע מה הצורך בחדירה לחומר המחשב שברשותו, ולעולם לא יידע מה היקף החיפוש שיאפשר לקיים את דרישת המחוקק לכך שהפגיעה בפרטיות לא תהא מעבר לנדרש.

יתרה מכך – ניתן להניח שעקיפת הדרישה לבקרה שיפוטית, באמצעות הסכמת הנחקר לחיפוש, לעולם תביא לחיפוש בהיקף רחב יותר מזה שהיה מתאפשר בצו שיפוטי. נשוב אל דוגמתו של פלוני. בשלב הראשון, תתבקש הסכמתו של פלוני לביצוע חיפוש במכשיר, וגורמי החקירה יצינו כי באפשרותו לסייג את הסכמתו לחיפוש כך שהחיפוש יוגבל לחלק מן החומרים השמורים במכשיר. נניח שפלוני יבקש להגביל את החיפוש לתמונות השמורות במכשירו הסלולארי בלבד, ולא יאפשר לגורמי החקירה לבצע חיפוש בתכתובות ההודעות. במקרה כזה, בשלב השני, תוכלנה רשויות החקירה לפנות אל בית המשפט ולבקש ממנו ליתן צו ביחס לתכתובות ההודעות. בהנחה שמוצדק ליתן צו כזה – יוכלו רשויות החקירה לחפש הן בתכתובות ההודעות (בהתאם לצו שניתן בשלב השני) והן בכלל התמונות שבמכשיר הסלולארי (בהתאם להסכמה שניתנה בשלב הראשון). לו גורמי החקירה היו פונים מלכתחילה לבית המשפט, צו החיפוש היה מוגבל לתכתובות ההודעות בלבד.

93. בהמשך, נתייחס אל השלכות הרחב שעלולות להיות להיעדר ביקורת שיפוטית על פעולת רשויות החקירה.

3(ג) התכליות המצדיקות כי חיפוש בחומר מחשב יבוצע בצו שיפוטי בלבד ולא על בסיס הסכמה

94. עד כה התייחסנו אל לשונו של סעיף 23 לפסד"פ, ואל ההיסטוריה החקיקתית שקדמה לו, המלמדת על החשיבות הרבה שראה המחוקק בהגנה על זכותו של הפרט לפרטיות. כן הבהרנו מדוע לא ניתן ללמוד מפסק הדין בפרשת **בן חיים** לענייננו, שכן שם עסק בית המשפט בסיטואציה בה המחוקק לא סבר שקיים צורך בבקרה שיפוטית על ביצוע החיפוש.

95. לצד נימוקים אלו, נבקש להציג שורה של רציונלים מהותיים, המבחינים את ענייננו מעניין **בן חיים**, ומבהירים מדוע ישנה עדיפות לביצוע חיפוש המבוסס על צו שיפוטי על פני הסכמה של נחקר.

3(ג1) עוצמת הפגיעה והיקף הפגיעה בזכות לפרטיות

96. על עוצמת הפגיעה בזכותו של הנחקר לפרטיות, הנובעת מחיפוש במכשירו הסלולארי, עמדנו בראשית דברינו. אף עמדנו על כך שלאור עוצמת הפגיעה בזכות לפרטיות, מדובר באחד משני סוגי החיפוש היחידים (לצד חיפוש פנימי שהינו בדיקה גניקולוגית) שניתן לבצעם מכוח צו שיפוטי בלבד, ואין די בשיקול דעתן של רשויות החקירה לשם ביצועם.

97. אף מטעם זה לא ניתן להקיש מהלכת **בן חיים** לענייננו, שכן דעת הרוב שם הדגישה, חזור והדגש, כי קביעתם מוגבלת אך לסוגי החיפוש שעוצמת הפגיעה בזכויות הפרט שבהם היא מצומצמת (הדגשות אינן במקור – ג.ש., י.ב.):

"חשוב לציין עוד כי הסדרי חיפוש נוספים ומפורטים קבועים בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק סמכויות אכיפה). בחוק סמכויות אכיפה הסדיר המחוקק את אופן עריכתם של "חיפוש חיצוני" ו"חיפוש פנימי" בגוף האדם. שני סוגי חיפוש אלה נוגעים לאיסוף ראיות פיזיות מגופו של אדם, ולפיכך ככלל הם פוגעים יותר בזכות לפרטיות בהשוואה לחיפוש הנערכים על גופו של אדם, בכליו או אף בביתו, שהם העומדים לבחינה בבקשות רשות הערעור שלפנינו (ראו לעניין זה ע"פ 1641/04 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(3) 785 (2004))."

ובהמשך:

"נציין עוד, כי במקרים שלפנינו איננו עוסקים ב"חיפוש חיצוני" או ב"חיפוש פנימי" בגוף האדם כהגדרתם בחוק סמכויות אכיפה. התנאים לקבלת הסכמה לעריכתם של חיפושים כאלה בגופו של אדם שאינו חשוד בביצוע עבירה מסוימת קבועים בפרק ו' לחוק סמכויות אכיפה. הסנגוריה טוענת כי הסדר זה הוא למעשה הסדר שלילי, המלמד על היעדר סמכות לערוך חיפוש בהסכמה במקרים אחרים. טענה זו על פניה היא מרחיקת לכת בעיני. ראשית, החיפוש המוסדר בחוק סמכויות אכיפה (בין אם מדובר ב"חיפוש חיצוני" ובין אם מדובר ב"חיפוש פנימי" כהגדרתם בחוק) הוא ככלל פוגעני יותר בהשוואה לחיפוש הנערכים בנסיבות שבהם עוסקות בקשות רשות הערעור שלפנינו. שנית, להסדר המיוחד הקבוע בפרק ו' לחוק סמכויות אכיפה יש תכלית ברורה וממוקדת; והיא לענות על הצורך שמתעורר לעתים לערוך במסגרת חקירתה של עבירה מסוימת חיפוש על אנשים (כגון קורבן העבירה או עדים) אף שאינם חשודים בביצוע העבירה."

ובהמשך:

"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... ההסכמה לביצוע

החיפוש יכולה גם לשמש תחליף לדרישת ה"יסוד להניח" כי בוצעה עבירה בהתאם
לסעיף 125(1) לפקודת סדר הדין הפלילי..."

ובהמשך :

"נוכח אופייה וטיבה של הסמכות לעריכת חיפוש על גופו של אדם, בכליו או בביתו
כשאין מדובר בחיפוש "פולשני", הותיר המחוקק את ההחלטה על עריכת חיפוש
מסוג זה לשיקול דעתו הפרטני של השוטר..."

98. נדמה כי קשה לחלוק על כך שהיקף ועוצמת הפגיעה בזכות לפרטיות כתוצאה מהחיפוש
במכשיר סלולארי של אדם הינם חמורים פי כמה וכמה מאשר סוגי חיפושים אחרים. בפרשת
Riley, ניסח בית המשפט העליון בארצות הברית את האבחנה בין סוגי החיפושים באופן חד
ומדויק (ההדגשות אינן במקור – ג.ש., י.ב.).
כך בהשוואה לחיפוש על גוף :

The United States asserts that a search of all data stored on a cell phone is "materially indistinguishable" from searches of these sorts of physical items. That is like saying a ride on horseback is materially indistinguishable from a flight to the moon. Both are ways of getting from point A to point B, but little else justifies lumping them together. Modern cell phones, as a category, implicate privacy concerns far beyond those implicated by the search of a cigarette pack, a wallet, or a purse. A conclusion that inspecting the contents of an arrestee's pockets works no substantial additional intrusion on privacy beyond the arrest itself may make sense as applied to physical items, but any extension of that reasoning to digital data has to rest on its own bottom."

וכך בהשוואה לחיפוש בביתו של אדם :

"Indeed, a cell phone search would typically expose to the government far more than the most exhaustive search of a house: A phone not only contains in digital form many sensitive records previously found in the home; it also contains a broad array of private information never found in a home in any form – unless the phone is."

99. דברים אלה, של בית המשפט העליון של ארה"ב, לעניין עוצמת הפגיעה בזכות היסוד הגלומה
בחיפוש במכשיר טלפון סלולארי יפים אף לענייננו. בית המשפט הדגיש, פעם אחר פעם, את
עוצמת הפגיעה בזכות לפרטיות הנגרמת לאדם כתוצאה מחיפוש בחומר מחשב ובמכשירו
הסלולארי.

100. כפי שכבר ציינו, חיפוש במכשירו הסלולארי של אדם מהווה פגיעה בזכותו לפרטיות, ובשל אופיו של המידע המצוי במכשירים הסלולאריים, לעיתים המדובר בפגיעה אנושה. כיום, כמעט כל המידע הנוגע לאדם, לרבות המידע הפרטי ביותר, מצוי במכשירו הסלולארי. זהו מידע הנפרש לאורך שנים ארוכות לאחור. מידע זה כולל תמונות (ולעיתים, תמונות אינטימיות, שלו ושל צדדים שלישיים), מסמכים (ולעיתים קרובות, גם מסמכים רפואיים, בנקאיים ועוד), יומנים, פרטי אנשי קשר, תכתובות דואר אלקטרוני, מסרונים ותכתובות שונות, מידע אודות היסטוריית הגלישה באינטרנט, מידע אודות כל המקומות בהם היה ועוד. נפח המידע המצוי במכשיר הסלולארי מאפשר לשמור מיליוני עמודי טקסט, אלפי תמונות ומאות סרטי וידאו. זאת ועוד, המכשיר הסלולארי מאפשר גם גישה למאגרי מידע אדירים על דרך של גישה למחשבים מרוחקים (שמירה ב"ענן"), גישה לרשתות חברתיות וכיוצא ב. בהקשר זה יצוין כי רבים מן היישומים הרלוונטיים מופעלים באמצעות שרתי מחשב המצויים במדינות אחרות. חיפוש במכשיר סלולארי הכולל הפעלה וכניסה למידע המצוי ביישומים אלו עשוי לעורר שאלות מורכבות נוספות הנוגעות לסמכות החיפוש מחוץ לגבולות ישראל (ראו חיים ויסמונסקי).

101. הריכוז של המידע המגוון במקום אחד, המקיים זיקה בין סוגי המידע, מעצים עוד יותר את הפגיעה בפרטיות מאשר כל פרט או סוג מידע כשהוא מצוי בנפרד (שכן, שילוב סוגי המידע מגלה הרבה יותר מאשר כל אחד מסוגי המידע בנפרד). כל אלה יוצרים תמונה של העדפותיו, סגנונו, מערכות היחסים שלו, ערכיו ולעיתים אף של נבכי נפשו של הפרט – בעל המכשיר או המחזיק בו. כל זאת, לצד יכולות החיפוש הפשוטות במכשיר הסלולארי, המעצימות את הפגיעה בפרטיות ואת הקלות שלה, להבדיל, למשל, מנבירה מאלפי קלסרים, אלבומי תמונות, יומנים וכו'.

102. מכאן, שעוצמת הפגיעה בזכותו של אדם לפרטיות כתוצאה מחיפוש על גופו או בביתו אינה דומה, כלל ועיקר, למידת הפגיעה בזכות לפרטיות כתוצאה מחיפוש במכשירו הסלולארי. כפי שציין בית המשפט העליון של ארה"ב בפרשת **Riley**, מרבית האנשים אינם מחזיקים על גופם או בביתם את כל הדואר שקיבלו בחודשים (או בשנים) האחרונות, כל תמונה שצילמו, כל ספר או מאמר שקראו (ובהתאם אף לא תיעוד של חילופי הדברים שלהם עם הסובבים אותם, של מוקדי העניין שלהם וכן הלאה).

103. על כן, ולהבדיל מן האמור בפרשת **בן חיים**, הפגיעה בזכות לפרטיות כתוצאה מחיפוש במכשיר סלולארי, אינה "פגיעה קלה יחסית בזכות לפרטיות". המדובר בפגיעה אנושה, שקשה להעלות על הדעת חמורה ממנה. בהיעדר מקור סמכות חוקי מפורש (לא כל שכן, כאשר מקור הסמכות החוקי קובע חד משמעית כי ההפך הוא הנכון והחיפוש ייעשה על בסיס צו בלבד), לא ניתן לאפשר חיפוש בהסכמה במכשירו הסלולארי של אדם, בשל עוצמת הפגיעה בזכות לפרטיות.

3(ג)(2) פגיעה בזכות לפרטיות של צדדים שלישיים

104. חיפוש במכשיר סלולארי פוגע לא רק בזכות לפרטיות של הנחקר עצמו, כי אם בזכותם לפרטיות של צדדים שלישיים רבים.

105. סוגיית זכותם לפרטיות של צדדים שלישיים אמנם אינה ייחודית אך לחיפוש במכשיר הסלולארי, שכן לא מן הנמנע כי גם על גופו של אדם או בביתו יימצאו חומרים שלצד שלישי קיים אינטרס למנוע חשיפתם לגורמים אחרים. אולם, דומה כי קשה לחלוק על כך שהיקף החומרים השייכים לצדדים שלישיים המצויים במכשירים סלולאריים (ובחומר מחשב בכלל), כמו גם עוצמת האינטרס של הצדדים השלישיים שחומרים אלו ייחשפו לעיניו של בעל המכשיר הסלולארי בלבד, מצדיקים התייחסות נפרדת לנושא.

המכשיר הסלולארי מהווה, בימינו, כלי מרכזי לשם קיום תקשורת עם הזולת. תקשורת זו נעשית באמצעות שיחות טלפון, הודעות כתובות (SMS), תכתובות דואר אלקטרוני וכן תכתובות באמצעות יישומונים שונים כגון WhatsApp, Snapchat, יישומוני היכרויות ורשתות חברתיות כגון Facebook, Instagram ועוד.

106. חלק ניכר מהתקשורת בין בעל המכשיר לבין זולתו נעשה מתוך הנחה כי המידע לא ייחשף לעיניו של גורם חיצוני כלשהו. תכתובות אישיות, ולעיתים אינטימיות, הן חלק בלתי נפרד מהשימוש במכשיר הסלולארי. לעיתים תכתובות אלו מלוות בתמונות וסרטונים, שנועדו לעיניו של בעל המכשיר בלבד.

107. התפתחות טכנולוגית זו אף הצריכה התייחסות ייחודית של המחוקק, אשר ביקש להגן על אינטרס הפרטיות של צדדים שלישיים בתיקון חקיקה ייעודי – תיקון מס' 10 לחוק למניעת הטרדה מינית, התשע"ד – 2014 (המכונה גם "חוק הסרטונים"). לחוק זה התווסף, במסגרת התיקון, סעיף 3(א5), הקובע כי "פרסום תצלום, סרט או הקלטה של אדם, המתמקד במיניו, בנסיבות שבהן הפרסום עלול להשפיל את האדם או לבזותו, ולא ניתנה הסכמתו לפרסום" יהו הטרדה מינית. כך הוסברו הדברים בהצעת החוק:³

"בשנים האחרונות, עם ההתפתחות הטכנולוגית, הולכת ומתפשטת תופעה של פרסום תצלומים, סרטים או הקלטות בעלי אופי מיני, שלא בהסכמת המצולמים. מקרים אלה נתפסים, על פי רוב, כפגיעה בפרטיות בלבד, אולם, ככלל, מן הראוי להתייחס למעשים אלה גם כאל פגיעה מינית".

108. טלו דוגמתו של פלוני שזוגתו, אלמונית, שלחה אליו באמצעות המכשיר הסלולארי תמונות אינטימיות, אשר נועדו לעיניו בלבד. אם פלוני יציג תמונות אלה לכל אדם שהוא, ניתן יהיה להרשיעו בעבירות פליליות של פגיעה בפרטיות והטרדה מינית, וזאת לאור החשיבות שמייחס המחוקק להגנה על זכויותיה של אלמונית.

109. כאשר פלוני נתון בחקירה משטרתית, גם אם נניח לצורך הדיון כי הוא יכול לוותר על זכותו שלו לפרטיות באופן חופשי ומושכל (וכפי שיובהר בהמשך, איננו סבורים כי זה המצב), עדיין אין הוא יכול לוותר על זכותה של אלמונית. את הפגיעה בזכויותיה של אלמונית כתוצאה מחיפוש במכשירו הסלולארי של פלוני ראוי כי ישקול בית המשפט, והוא בלבד. על כן, לא בכדי

³ ה"ח הכנסת תשע"ד מס' 516, עמ' 58.

הדרישה לשקילת הפגיעה בצדדים שלישיים היוותה אחת ההצדקות לתיקון סעיף 23א לפסד"פ בשנת 2005, כפי שפורט לעיל.

וידגש – אין המדובר בדוגמא תיאורטית או ייחודית. כפי שעולה מדו"ח מקצועי של חברת התקשורת "בזק" לסיכום שנת 2016, למעלה ממחצית מבני הנוער, וכ-30% מבני ה-18 - 34, שומרים במכשיריהם הסלולאריים תמונות מביכות.

3(ג)3 אוטונומיית הפרט

111. הנימוק העיקרי בו נאחזת התביעה הצבאית לצורך הצדקת עמדתה, העובר כחוט השני לאורך כל נימוקי בקשת רשות הערעור, הוא אוטונומיית הפרט של הנחקר (ראו סעיפים 26, 34, 49, 73, 81 ו-95 לבקשת רשות הערעור). על מנת להתייחס לטיעון זה של התביעה הצבאית, נבחן ראשית את הגדרת המונח "אוטונומיית הפרט".

112. בית משפט נכבד זה התייחס לא אחת אל ערך אוטונומיית הפרט. ראו, למשל, את דבריו של כב' השופט א' לוי בבג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, סא (1) 619 (11.05.2006):

"עקרון האוטונומיה מיוסד על ההכרה בקיומה של יכולת בחירה חופשית, בכוחו של אדם לטוות את סיפור חייו על-פי השקפותיו ואמונתו, בכוחו להכריע בין חלופות על-פי העדפותיו, ובאפשרותו להביא הכרעה זו לכלל מימוש (דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני ואח', פ"ד נ(4) 661, 740; ע"א 10064/02 "מגדל" בע"מ ואח' נ' אבו חנא ואח' (טרם פורסם, 27.9.05, בפסקה 33 לפסק-הדין; וכן, "Autonomy, Tolerance, and the Harm Principle" in Issues in Contemporary Legal Philosophy (R. Gavison ed., Oxford 1987) 313, 314). בבסיס הדברים מונחת התפישה כי הגשמתו, הלכה למעשה, של עקרון זה, תקנה לחייו של אדם ערך מוסף ותהפכם לטובים יותר וראויים יותר".

113. אם כן, תנאי בסיסי לקיומה של אוטונומיה, הוא יכולת הבחירה החופשית. הבחירה בין החלופות צריכה להתבסס על העדפותיו של הפרט, ולא על לחץ המופעל עליו.

114. דרך אחרת לבחון את אוטונומיית הפרט היא באמצעות השקפה על האוטונומיה כביטוי לטווח החלופות העומדות בפני האזרח והיכולת שלו לבחון בין החלופות, והבחנה הקיימת בין אוטונומיה אקטיבית, שהיא ייזום של פעולה כלשהי, לבין אוטונומיה פסיבית, שהיא מתן הסכמה.

רק אוטונומיה אקטיבית היא ביטוי לבחירה חופשית אמיתית. מבין מגוון רחב של אפשרויות שעמדו בפני האדם, הוא בחר באפשרות מסוימת. בכך הוא ביטא את רצונו האמיתי. לעומת זאת, כאשר בפני אדם עומדות שתי אפשרויות בלבד, בחירה באחת מהן אינה משקפת בהכרח את רצונו האמיתי, אלא אך את אפשרות הבחירה המצומצמת שניתנה לו.

115. כמובן שככל שאכן קיימת בחירה חופשית אמיתית של הפרט, איננו חולקים על אפשרותו לוותר על זכותו לפרטיות, ולאפשר לאחר לעיין במידע אישי ואינטימי המצוי במכשירו

הסלולארי. במקרים רבים יהיה בכך כדי להגשים את רצונותיו ושאיפותיו של הפרט (כך למשל, במקרה בו אדם המבקש מזוגתו לעיין ברישומים האישיים שבמכשירו הסלולארי).

116. אלא, שכפי שהבהרנו לעיל, איננו עוסקים במפגש בין אנשים שווי כוחות. רובם המוחלט של הנחקרים המצויים בחקירה משטרתית, פעמים רבות אף במעמד של עצורים, אינם מעוניינים כי גורמי האכיפה יבצעו חיפוש במכשירם הסלולארי, תוך קבלת גישה מלאה לחייהם הפרטיים ולמידע האינטימי ביותר עליהם ועל היקרים להם.

117. הסכמה שאינה משקפת רצון, או שאינה בהכרח משקפת רצון, היא הסכמה שיש להתייחס אליה בחשד (מעבר לחשד הטבעי שאמור להתעורר כאשר דווקא המדינה, ולא הפרט עצמו, היא שמבקשת להיאחז בטיעוני אוטונומיית הפרט (ראו אסף הרדוף, עמ' 8)). חשד זה הוביל את המחוקק לקבוע כי במקרים בהם מתקיימים יחסי מרות, כגון יחסי עובד ומעביד, המאופיינים בפערי כוחות מובנים, לעיתים לא ניתן לראות בהסכמה כהרשאה לביצוע פעולה. זו גם הסיבה שחוקי מגן הם בבחינת "דין כופה" (קוגנט), אשר לא ניתן להתנות עליו.

118. יתרה מכך, ככל שהאוטונומיה נתפסת כביטוי לטווח החלופות העומדות בפני האזרח והיכולת שלו לבחון ביניהן, הרי שבעצם בקשת השוטר מהאדם לבצע חיפוש, מצמצם השוטר את האוטונומיה של האדם ממצב של אוטונומיה רחבה לשתי חלופות בלבד (להסכים לחיפוש או לסרב לו), אשר בעיני האדם, וייתכן מאוד שגם באופן אובייקטיבי, בשתייהן הוא יוצא נפסד (ראו מאמרו של בן הרוש, עמ' 81). במצב דברים זה לא ניתן לדבר על אוטונומיה אמיתית של הפרט, אלא על אוטונומיה פסיבית לכל היותר (אוטונומיה אקטיבית בהקשר זה תתקיים כאשר האזרח הוא שיפנה מיוזמתו לשוטר ויציע לו לחפש בכליו).

119. פערי הכוח והידע שבין השוטר לבין הפרט מצדיקים, לטעמנו, אימוץ עמדתו של כב' השופט דנציגר בפרשת **בן חיים**, לפיה הסכמתו של אדם לחיפוש אינה מבטאת בחירה חופשית ורצונית. ברם, גם אם דעת הרוב בפרשת **בן חיים** תיוותר בעינה – עדיין ההבדלים בין הסיטואציה שנדונה בפרשת **בן חיים** לבין זו שנדונה בענייננו מחייבים נקודת מבט שונה לחלוטין על ערך אוטונומיית הפרט (וזאת לצד הבחינה של דרישת המידע הדרוש לצורך הסכמה לביצוע חיפוש במכשיר הסלולארי, אליו נתייחס בתת הפרק הבא).

120. פרשת **בן חיים** עוסקת במפגש בין שוטר לבין אזרח מחוץ לחדר החקירות, כשהאזרח אינו עצור ואף אין כנגדו חשד ברמה גבוהה דיה לשם ביצוע חיפוש שלא בהסכמה. השוטר מבקש לבצע חיפוש קצר, מוגבל בהיקפו, ונדרש להבהיר לאזרח כי נתונה לו הזכות לסרב לחיפוש, וסירוב זה לא ייזקף לחובתו. אם מחליט האזרח לסרב לחיפוש – בכך מסתיימת האינטראקציה בינו לבין השוטר. השוטר אינו יכול לעכבו לחקירה בשל הסירוב לחיפוש, אינו יכול לעצור אותו ואינו יכול לכפות עליו את החיפוש (הגם שהאזרח שהסכמתו מתבקשת אינו מודע לכך בהכרח). לעומת זאת, בענייננו עסקינן בנחקר המצוי לבדו בחדר החקירות, לעיתים בסטטוס של עצור, כשהוא נאלץ להתמודד עם חוקריו ועם חשדות לביצוען של עבירות פליליות. בשלב זה, לחוקרים גם מותר להפעיל כנגדו אמצעי חקירה רבים, לרבות תחבולות חקירה שונות שנועדו לחתור תחת רצונו של הנחקר לנצור את לשונו או להמנע מהפללתו העצמית בכל דרך אחרת:

"תחושת החופש, שהתמעטה במפגש הרחוב עם השוטר – מוחלפת בתא חקירות סגור ומלחיץ, באזיקים ובמחשבות על תא המעצר; העזרה הפוטנציאלית, דוגמת חברים מלווים, עדי ראייה לאינטראקציה עם השוטר, מתעדים אפשריים שלה – מוחלפת בסביבה שכולה משטרה. החופש לסרב לבקשת המשטרה, הופך ממעשי-דל לעיוני קלוש. ה"כן" של החשוד זועק "לאו", זעקה שאינה מצליחה לחצות את קירות המעצר". (אסף הרדוף, עמ' 9).

122. זאת ועוד, סירוב הנחקר לביצוע חיפוש במכשירו הסלולארי אינו מביא לסיום האינטראקציה בינו לבין חוקריו, אלא להפך – הוא מביא למיקוד החקירה בשאלה מדוע מסרב הנחקר לחיפוש (שכן בהתאם להנחיית מפקד מצ"ח, יש למלא את טעמי הסירוב לחיפוש), שאלות שהן כשלעצמן פוגעות בפרטיות הנחקר (כך, למשל, בעניינו של נחקר השומר במכשירו הסלולארי תמונות אינטימיות של זוגתו. במקרה מעין זה, עצם הצגת הנימוק לסירוב לחיפוש פוגעת קשות בפרטיות הנחקר).

123. החוקרים אף מבהירים לנחקר כי בהינתן סירוב, או הסכמה מסויגת לביצוע חיפוש רק בחלק מחומר המחשב, "באפשרות יחידת מצ"ח לפנות בבקשה לקבלת צו שיפוטי לשם עריכת פעולות אלו ללא צורך בהסכמתו ובית המשפט יכריע בבקשה לאחר שתובא בקשת מצ"ח בפניו ועמדתו" (כך בהתאם לסעיף 6 לטופס ההסכמה העדכני, שצורף כנספח ט'2 לבקשת רשות הערעור). כמובן שגם אם עצם הפניה לבית המשפט אינה נחשבת כ"סנקציה" פורמאלית, עדיין יש בה כדי להשפיע על יכולת הבחירה החופשית של הנחקר. למעשה, אין מדובר בבחירה חופשית, אלא בבחירה בין שתי אפשרויות: הסכמה לחיפוש או פניה של רשות החקירה לבית המשפט בבקשה להוציא צו חיפוש.

124. בהקשר זה, ככל שאוטונומיה נתפסת כביטוי לטווח חלופות, הרי שטווח החלופות של הנחקר שמתבקש להסכים לחיפוש במכשיר הסלולארי מצומצם עוד יותר מזה של האזרח הנתקל בשוטר ברחוב ומתבקש להסכים לחיפוש על גופו. בעוד שטווח האפשרויות של האחרון עדיין מאפשר לו להימנע מכך שיבוצע חיפוש על גופו (אם יסרב לבקשת השוטר), אין בכוחו של הראשון להביא לכך שלא יבוצע חיפוש (שכן סירוב יביא לפניה לבית המשפט, שיוכל לכפות את ביצוע חיפוש אף בהיעדר הסכמה. אמנם בית המשפט יכול לסרב לבקשת רשויות החקירה, אך אין בכוחו של הנחקר להשפיע על כך, ואין לו כל דרך לדעת או להעריך כיצד יפעל בית המשפט).

125. לא ניתן אף לומר שסירוב הנחקר לא ישמש לחובתו, הגם שגורמי החקירה מציינים כך בפני הנחקר, מבחינה פורמאלית. בהתאם לטיעוני התביעה הצבאית בבית הדין הצבאי לערעורים (בעמ' 16-17 לפרוטוקול הדיון מיום 03.02.2016, שצורף כנספח ב' לתשובת הסנגוריה הצבאית לבקשת רשות הערעור), טעמי הסירוב של הנחקר לחיפוש יכולים לשמש לחובתו:

"עצם הסירוב לא אמור לחזק את ראיות התביעה. אני כן סבורה שלצורך העניין התנהגות של נחקר, הסברים של נחקר, יכולים לבוא לידיעת השופט בהליך העיקרי על מנת שיעריך אותם במסגרת מכלול הראיות. הדבר רלוונטי בשאלת מהימנות שקובע השופט".

ובהמשך:

"אני חושבת שאפשר ללמוד מההתנהגות שלו. אדם יכול לומר לי יש דברים אישיים, אני לא מסכים. מוצא צו ומתברר שאין שום דבר לצורך העניין. אני חושבת שלא נכון לקבוע אפריורית שסירוב בהכרח ישמש לחובת אדם. אני כן חושבת ששופט שהוא דן בהליך עיקרי, זכאי לשמוע או את ההסברים שלו, ויכול שההסברים יניחו את דעתו של השופט."

ובהמשך :

"העמדה היא כי עצם הסירוב לא נזקף לחובתו כי הוא רשאי ולא חייב למסור נימוקים וכי הנימוקים שמסרו על ידי הנחפש או התנגדותו אגב בקשת ההסכמה עשויים לשמש כנגדו בהליך המשפטי באותו האופן ששיקרי נאשם ומכלול ההתנהגות בחקירה עשויים להילקח בחשבון על ידי בית המשפט."

126. אף בכל אלו יש כדי להעצים את הפגמים בחופשיות ההסכמה לחיפוש משטרתי (ראו בן הרוש, בעמ' 67-74) :

- א. נטייה מוגברת לציית לסמכות – טבעי כי נחקר המצוי בתחנת משטרה, ומתמודד לבד אל מול חוקריו, ייטה לתפוס את סמכות השוטרים כלפיו כמוגברת לעומת אדם המצוי בסביבה "ניטרלית" כגון קרן רחוב (הגם שבכל מקרה, ואף מחוץ לחדר החקירות, נטייתם הטבעית של אזרחים היא לציות למי שהם תופסים כבעלי סמכות).⁴
- ב. היעדר תחושת חופש – גם במקרים בהם אין המדובר בנחקר המצוי בסטטוס של עצור (וניתן להניח כי במקרים רבים ההסכמה תתבקש ממי שמצויים בחקירה כעצורים), ברי כי נחקר המצוי בחדר החקירות אינו מרגיש חופשי לעזוב את המקום (למעשה, במקרים בהם הנחקר אינו נמצא בסטטוס של עצור, אלא מעוכב, ניסיון לעזוב את חדר החקירות יביא במרבית המקרים למעצרו המידי).
- ג. פערי מידע – בדברינו לעיל, התייחסנו לכך שנחקר אינו יודע אילו נתונים ידועים למשטרה. כל שהוא יודע הוא שקיים כנגדו חשד לביצוע עבירה מסוימת. אך טבעי כי במצב מעין זה יחשוש הנחקר שבידי הרשויות מצוי מידע שאם יוצג לשופט יצדיק הוצאת צו שיפוטי לחיפוש במכשיר הסלולארי.
- ד. פערי כוח – הסמכויות שיש לגורמי האכיפה כלפי נחקר המצוי בחדר החקירות הן נרחבות בהרבה מן הסמכויות שיש לשוטר כלפי אזרח בקרן הרחוב.
- ה. השפעות הסירוב – בהתאם לאמור לעיל, ההסברים שמוסר הנחקר לסירובו עלולים לשמש לחובתו, וסירוב אף עשוי להוביל לפניה לבית משפט. חשוב להדגיש שאיננו עוסקים אך ורק באופן שבו הסירוב ישפיע בפועל על הנחקר (דהיינו, השפעתו האובייקטיבית של הסירוב), אלא על האופן שבו הנחקר תופס את השפעת סירובו

⁴ ראו מחקר שהתבצע על ידי החוקר לאונרד ביקמן התבקשו אנשים לבצע פעולות לבצע פעולות על ידי אזרחים ועל ידי לובשי מדים. נמצא כי שיעור הציות ללובשי מדים היה גבוה מאוד. יש לקחת בחשבון שלובשי המדים אפילו לא היו שוטרים כך שיתכן ששיעור הציות לשוטרים היה גבוה עוד יותר - ראו Leonard Bickman, The Social Power of a Uniform, 4 J. Applied Soc. Psychol. 47 (1974)

(תפיסתו הסובייקטיבית של הנחקר את השפעת הסיורב). אך טבעי כי נחקר המצוי בחקירה משטרתית, על הלחצים האינהרנטיים שבה, יעדיף במקרים רבים להיתפס כמי שמשתף פעולה עם גורמי החקירה, מחשש שיבולע לו אם יסרב לעשות כן.

לא למותר להזכיר בהקשר זה, כי אף לשיטת התביעה הצבאית, הסכמתו של אדם לחיפוש "מאפשרת דינמיקה חקירתית נינוחה יותר ופרודוקטיבית יותר, מונעת חיכוכים עם נחקרים, ומאפשרת להם להביע את שיתוף הפעולה שלהם" (פסקה 92 לבקשת רשות הערעור). דברים אלו מלמדים שאף לשיטת התביעה הצבאית – עדיף לו לנחקר להסכים לביצוע החיפוש, משום שאם לא יסכים, הדינמיקה החקירתית לא תהיה נינוחה ופרודוקטיבית, אלא מאופיינת ב"חיכוכים", וזאת בניגוד לדרישה כי הסכמתו של הפרט לא תשמש לחובתו.

127. הנתונים המוצגים בבקשת רשות הערעור מדגימים היטב את הפגמים בחופשיות הסכמת הנחקרים. בשנת 2015 נערכו על-ידי המשטרה הצבאית החוקרת 1,513 חיפושים המתבססים על הסכמת הנחקר (מתוך 2,207 חיפושים בסך הכל). אמנם בבקשה לא מצוין כמה חקירות נערכו בשנה זו בסך הכל, ובכמה מתוכן התבקשה הסכמת הנחקר, אך בהינתן העובדה שבשנה זו הועברו לפרקליטות הצבאית 2,733 תיקי חקירה בסך הכל (לכלל החוליות המרחביות בפרקליטות וכן לחוליה לעניינים מבצעיים), והוגשו 1,047 כתבי אישום,⁵ נראה כי מדובר בשיעור ניכר מסך התיקים שנחקרו על ידי המשטרה הצבאית החוקרת. דהיינו – חלק ניכר מכלל הנחקרים שנחקרו על ידי המשטרה הצבאית נתבקשו לתת את הסכמתם לחיפוש במכשיר הסלולארי. חלק ניכר מהנחקרים שנשאלו אף הסכים לכך. מהנתונים עולה החשש שחדירה למידע פרטי שבטלפון סלולרי הפכה כמעט לברירת מחדל חקירתית, וזאת בשל המידע הרב האגור במכשיר מחד גיסא, וקלות השגת המידע באמצעות "הסכמה" של הנחקר, מאידך גיסא.

יתרה מכך – בהתאם לנתונים המוצגים בבקשת רשות הערעור, כ-56% מהחיפושים שנערכו בהסכמה הניבו ממצאים מפלילים. נעיר בהקשר זה כי התביעה הצבאית אינה מבהירה את מהות ה"ממצאים המפלילים" (האם רק כאלו שמעוררים חשד לביצוע עבירה או ראיות ממשיות לכך שבוצעה עבירה פלילית וכיו"ב), אך כך או כך, **מדובר בנתון מטריד המלמד על כך שבקרב למחצית מן המקרים נפגעה פרטיותם של נחקרים שלא לצורך**. זאת ועוד, גם במקרים בהם נמצאו ממצאים מפלילים של ממש, ניתן להניח כי נחקר המודע לכך שבמכשירו הסלולארי מצוי מידע מפליל לא יעדיף למסור אותו לידי החוקרים אם נתונה לו האפשרות להימנע מכך. העובדה שנחקרים רבים הסכימו לחיפוש שהוביל לממצאים מפלילים כנגדם ממחישה את הקושי הטמון בפרקטיקה זו ומבהירה היטב כי לנחקר המצוי בחקירה משטרתית לא נתונה יכולת בחירה חופשית אמיתית.

128. נתונים אלו מלמדים על אי האפקטיביות של האזהרות שמוסרות רשויות האכיפה, ואשר אמורות להביא לכך שההסכמה תהיה "מדעת". סביר להניח שמרבית הנחקרים אינם מבינים את האזהרות, או שאינם מאמינים להן. ראו בהקשר זה את הממצאים אליהם מפנה בן הרוש

⁵ דו"ח סיכום פעילות הפרקליטות הצבאית לשנת 2015, עמ' 8. הדו"ח זמין ב: http://www.law.idf.il/sip_storage/FILES/4/1794.pdf

במאמרו – לפיהם מחקרים מצביעים על שיעור הסכמה גבוה ביותר לחיפוש משטרתי, נתון שיש בו כדי להעלות תהייה בדבר עצם היכולת של הפרט לסרב לחיפוש (ראו ה"ש 151 בעמ' 69 במאמרו). ראו בהקשר זה גם את דבריו של אסף הרדוף בעמ' 6 למאמרו, לפיהם אדם היודע שחיפוש יוביל לממצאים מפלילים כנגדו ומסכים לחיפוש הוא אינו רציונאלי, ולחילופין, מניח שהשוטר ימצא דרך אחרת להגיע אל הממצאים המפלילים.

129. בשולי הדברים יוער, כי הדברים האמורים כאן מבוססים על ההנחה לפיה גורמי האכיפה יפעלו כחוק, וימנעו מנקיטה באיומים, בהטעה או בתחבולות פסולות (ראו, למשל, את המקרים המוזכרים בפסקה 62 לפסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים – אמירה לנחקר כי אם יסרב לחיפוש ישאירו החוקרים ברשותם את מכשיר הטלפון הנייד שלו). אולם, אף על בסיס הנחה זו לפיה החוקרים יפעלו בכל המקרים בתום לב בעת הבקשה לבצע חיפוש במכשיר הסלולארי, לעיתים די ברמיזה תמימה מצד החוקר כי לדעתו קיים סיכוי סביר שבית משפט ייעתר לבקשה לחיפוש, באמירה לפיה בית המשפט עלול לשיקול את סירובו של הנחקר לחיפוש לחובתו או באמירה הרומזת כי היענות לבקשת החיפוש תתרום לאופיה הנינוח של החקירה – כדי להשפיע באופן פסול על שיקול דעתו של הנחקר ולהביאו לידי הסכמה לחיפוש במכשירו הסלולארי, גם אם אינו מעוניין בכך.

130. לסיום הדיון בסוגיה זו נעיר, כי כל האמור לעיל לענין השיקול של אוטונומיית הפרט הוא רלוונטי, כמובן, רק לפגיעה בפרטיות הנחקר עצמו. הדברים אינם רלוונטיים לגבי השיקול הנפרד של פגיעה בפרטיותם של צדדים שלישיים, ועל כן מובן ששיקול אוטונומיית הפרט, כשלעצמו, ממילא אינו יכול להצדיק חיפוש במכשיר הסלולארי של הנחקר.

3(ג)4 היעדר אפשרות למתן הסכמה מדעת

131. גם אם נניח שסיטואציית החקירה המשטרתית אינה שוללת את חופש הבחירה של הנחקר להסכים לחיפוש (ואלו אינם פני הדברים לטעמנו), הרי שכדי שנראה בהסכמה זו הסכמת אמת, על הנחקר לדעת את מלוא הנתונים הרלוונטיים לשם קבלת ההחלטה אודות החיפוש. כפי שציין בן הרוש במאמרו (עמ' 64):

"ידע הוא תנאי נוסף להסכמה אפקטיבית, לכל הפחות באשר למהות ההסכמה, לזהות הצד האחר להסכמה ולתוצאות ההסכמה. תנאי זה נועד להבטיח מודעות למצע העובדתי של ההסכמה, באופן שלמסכים תהיה לכל הפחות האפשרות לקבל החלטה רציונלית."

132. את הנתונים הרלוונטיים ניתן לחלק לכמה סוגים עיקריים:

- א. מידע אודות הסיבות בגינן מבקשים גורמי החקירה לבצע חיפוש במכשיר הסלולארי.
- ב. מידע אודות היקף המידע השמור במכשיר הסלולארי.
- ג. מידע אודות ההשלכות של איתור המידע השמור במכשיר הסלולארי.
- ד. מידע אודות ההשלכות של סירוב לחיפוש במכשיר.

133. בתני הפרקים הקודמים, התייחסנו לכך שנחקר לעולם לא יוכל לדעת את מלוא המידע אודות הסיבות בגינן מבקשים גורמי החקירה לבצע חיפוש במכשירו הסלולארי.

התייחסנו אף להשלכות של סירוב לחיפוש במכשיר. גם אם פורמאלית נאמר לנחקר שסירובו לא יפעל לחובתו, הרי שלשיטת התביעה הצבאית, טעמי הסירוב בהחלט יכולים לשמש לחובתו. יתרה מכך – מובהר לנחקר כי סירוב (או הסכמה מסויגת) יכולים להוביל לפניה לבית משפט בבקשה למתן צו חיפוש. כמובן שאין באפשרות הנחקר לדעת, או אפילו להעריך, האם בית המשפט ייעתר לבקשה להוצאת צו, הן משום שאינו משפטן והן משום שאינו יודע מה המידע שקיים בידי רשות החקירה שעשוי להצדיק מתן צו כאמור. יוצא אפוא שנחקר לעולם לא יוכל להיות מודע, באופן מלא, לתוצאות ולהשלכות של סירוב לחיפוש.

די בשני הטעמים הללו כדי לאיין את יכולתו של הנחקר למסור הסכמה אמיתית ומודעת לבקשה לערוך חיפוש במכשירו הסלולארי.

134. אולם, פערי הידע של הנחקר אינם מסתכמים בכך. בשים לב להיקף המידע השמור במכשיר הסלולארי, אדם סביר מן היישוב, לא כל שכן אדם המצוי בתנאי חקירה, לא יוכל להיות מודע למלוא המידע אשר עשוי להיות מאותר במהלך החיפוש, אך לא פחות חשוב מכך – הוא לעולם לא יוכל לדעת מהן ההשלכות של איתור המידע השמור במכשיר הסלולארי.

135. במכשיר הסלולארי נשמרות כלל התכתובות שהאדם ניהל באמצעות המכשיר הסלולארי בשלל אמצעים (הודעות כתובות, WhatsApp, Facebook, דואר אלקטרוני ועוד),⁶ כלל התמונות שאדם צילם וכלל התמונות שנשלחו אליו, כלל אתרי האינטרנט בהם ביקר, כלל המסמכים שקרא באמצעות המכשיר, כלל המיקומים בהם ביקר ועוד. אל היקף המידע שניתן לשמור במכשיר הסלולארי התייחס בית המשפט העליון בארצות הברית בפרשת **Riley** :

"The current top-selling smart phone has a standard capacity of 16 gigabytes (and is available with up to 64 gigabytes). Sixteen gigabytes translates to millions of pages of text, thousands of pictures, or hundreds of videos. See Kerr, supra, at 404; Brief for Center for Democracy & Technology et al. as Amici Curiae 7–8. Cell phones couple that capacity with the ability to store many different types of information: Even the most basic phones that sell for less than \$20 might hold photographs, picture messages, text messages, Internet browsing history, a calendar, a thousandentry phone book, and so on. See id., at 30; United States v. Flores-Lopez, 670 F. 3d 803, 806 (CA7 2012). We expect that the gulf between physical practicability and digital capacity will only continue to widen in the future"

למותר להזכיר כי מאז מתן פסק דין זה, נפחי הזיכרון של המכשירים הסלולאריים גדלו ללא היכר (כך, למשל, מכשירים נפוצים כדוגמת מכשיר ה-iPhone 7 או מכשיר ה-Galaxy S8 טומנים בחובם אפשרות אכסון של נפח זיכרון שהיקפו עד 128 גיגהבייט או 256 גיגהבייט, בהתאמה).

136. לצד היקפי המידע העצומים השמורים במכשיר, אותם אין כל אפשרות לזכור, המידע המצוי במכשיר כולל גם מידע שנשמר על ידי המכשיר באופן אוטומטי (כגון היסטוריית המיקומים בהם היה הנחקר, לרבות הזמן המדויק בהם הנחקר היה במקום), מידע שנמחק על ידי המשתמש ועוד.

137. בהיעדר מודעות לתוכן המידע השמור במכשיר הסלולארי, הסכמתו של אדם לחיפוש במכשיר אינה יכולה להוות הסכמת אמת.

138. בהקשר זה, טוענת התביעה הצבאית במסגרת בקשת רשות הערעור כי בעל המכשיר הסלולארי כלל אינו נדרש לזכור את כלל המידע המצוי במכשיר, שכן "המידע שגורמי החקירה

⁶ ובשים לב להתפתחויות הטכנולוגיות – לעיתים קרובות מדובר בכלל התכתובות שאדם ניהל **אי פעם**, שכן כיום המידע מועבר באופן אוטומטי ממכשיר סלולארי אחד למשנהו בשלל אמצעים טכנולוגיים, וכן נשמר באמצעי איחסון וירטואליים ("ענן").

מתעניינים בו ומבקשים לאתר הוא מידע שיש בו כדי לתמוך את החשדות בגינם מתנהלת החקירה כנגד בעל המכשיר החשוד", ו"אין כל יסוד להניח שהנחקר אינו מודע לקיומן של אותן ראיות מפלילות במכשירו הסלולארי" (פסקה 89 לבקשת רשות הערעור).

139. ברם, על מנת שהסכמת הנחקר תהא הסכמת אמת, עליו לזכור לא רק קיומו של מידע הקשור לחקירה הפלילית המתנהלת נגדו, אלא קיומו של כל מידע שעשוי להיות לו אינטרס שלא לחשוף בפני רשויות החקירה. כך למשל, נחקר עשוי לרצות שלא לחשוף בפני גורמי החקירה תמונות אינטימיות השמורות במכשיר הסלולארי, אודותיהן שכח משום שצולמו זמן רב לפני החקירה, גם אם אין בתמונות אלו שום דבר מפליל. הסכמה לחיפוש הסלולארי שביא לחשיפת התמונות שאת קיומן הוא כלל אינו זוכר אינה יכולה להוות הסכמת אמת. ובמילים אחרות – עצם החיפוש במידע שהנחקר אינו מודע לקיומו פוגע ביכולת הנחקר ליתן הסכמת אמת, גם אם מדובר במידע אישי ואינטימי שאין בו כדי להפליל את הנחקר.

140. יתרה מכך, יש לזכור כי גורמי החקירה אינם מחפשים אך ראיות הרלוונטיות לחקירה הפרטנית, אלא גם ראיות "לעבירות אחרות/נוספות שיעלה חשד לגביהן במהלך החיפוש" (כך לפי נוסח טופס ההסכמה עליו מתבקש לחתום הנחקר). על כן, אין די שהנחקר יזכור האם עלולות במכשירו הסלולארי ראיות לעבירה הספציפית בה הוא נחקר, אלא עליו לזכור האם עלולות להיות במכשיר ראיות לכל עבירה שהיא, שלו או של צדדים שלישיים שאינו מעוניין שהסכמתו תפליל.

141. ראוי להזכיר בהקשר זה כי במקרים רבים, חומרים השמורים על גבי המכשיר הסלולארי הינם חומרים הנתונים לפרשנות. כך למשל, תכתובת בה מוזכרות המילים "חוס", "ירוק" או "שלג" עשויה להיות תכתובת תמימה, ועלולה להיות תכתובת המתייחסת לעולם הסמים; לעיתים שליחה של תמונה אינטימית לאחר עשויה להיות מותרת, ולעיתים עלולה להוות עבירה פלילית; תכתובת אודות פעילות צבאית עשויה להיות מותרת, ועלולה להוות עבירה על נהלי ביטחון מידע; מספרי כרטיסי אשראי השמורים במכשיר הסלולארי עשויים להיות של בעל המכשיר הסלולארי ושל קרוביו שניתנו לו בהסכמה, ועלולים להוות עבירה לפי חוק כרטיסי חיוב ועוד.

עוד נזכיר כי חלק מן המידע המצוי במכשיר הסלולארי לא נוצר על ידי המשתמש עצמו, אלא נשלח אליו על ידי גורמים אחרים. וכך, תמונה שנשלחה לנחקר בקבוצת WhatsApp על ידי אדם אחר עלולה להוביל להחשדת הנחקר בעבירות חדשות (כך למשל, תמונה של כלי לשימוש בסמים שצולמה ונשלחה על ידי אחר עלולה להוליד חשדות לביצוע עבירות סמים על ידי הנחקר עצמו).

142. על כן, כאשר נחקר מתבקש ליתן הסכמה לחיפוש, עליו לזכור לא רק איזה מידע מצוי במכשירו, אלא כיצד המידע המצוי במכשיר עלול להתפרש על ידי גורם חיצוני המעיין בו. דהיינו, עליו לתת את הדעת האם יש מידע אשר עשוי להתפרש כמפליל, הן ביחס לעבירה שבה הוא נחקר והן ביחס לכל עבירה אחרת.

כך למשל, אדם הנחקר ביחס לעבירות של הטרדה מינית כלפי מתלוננת ספציפית שהתלוננה נגדו, עלול למצוא עצמו נחקר בחשד לביצוע עבירות של פגיעה בפרטיות אך משום שבמכשירו הסלולארי נמצאו תמונות עירום שונות (שאינן רלוונטיות למתלוננת הספציפית כלל ועיקר).

חייל שאינו חשוד בפגיעה בביטחון המדינה, עלול למצוא עצמו חשוד בעבירה זו, אך משום שבמכשירו הסלולארי נמצאו תכתובות הנוגעות לפעילות מבצעית בה השתתף.

דוגמאות אלו אינן אך דוגמאות תיאורטיות, אלא מבוססות על מקרים פרטניים שבהם ייצגו הח"מ.

143. דברים אלו קשורים קשר בל ינתק לכך שעל מנת שהסכמתו של הפרט תהא הסכמה מדעת, עליו להיות מודע לא רק להיקף המידע השמור במכשיר הסלולארי, אלא גם להשלכות האפשריות של איתור מידע השמור במכשירו. בשים לב לכך שחלק מהמידע המצוי במכשיר הסלולארי עלול להוות ראיה לעבירה פלילית ועלול להיות מידע תמים לחלוטין, כתלות בהקשר הדברים ובפעולות שנעשו במידע, הרי שנחקר לא יוכל להיות מודע להשלכות המלאות של הסכמה לחיפוש במכשירו הסלולארי.

3(ג)5 קלות החלופה והיעדר הדחיפות

144. סוגיה נוספת אליה מתייחס אסף הרדוף במאמרו (בעמ' 9) היא **קלות החלופה**, דהיינו, הקלות שבה יכולות רשויות החקירה להצטייד בצו שיפוטי לשם ביצוע חיפוש במכשיר הסלולארי, לעומת הסיטואציה שנדונה בפרשת **בן חיים**.

145. הסיטואציה שנדונה בפרשת **בן חיים** משקפת מעין "מצוקה משטרית", שבה השוטר בשטח נדרש, בתנאים דוחקים, לקבוע האם האדם שמולו עומד בתנאי החיפוש שבחוק. כבי הנשיאה ביניש התייחסה לכך בפסק דינה (פסקה 25 לפסק הדין) :

"יש לזכור כי ההחלטה האם התקיים הרף הנדרש מתקבלת בנסיבות של מילוי תפקיד, בלחץ זמן ובדרך כלל בנסיבות אשר עלולות לעורר חשד; כאשר ההחלטה בדבר עוצמת החשד מתחייבת על אתר. במצבים אלה תחת שיקול דעתו של השוטר, בהתאם למידע הקיים בפניו באשר לקיומה של עילת חיפוש ללא צו, תבוא הסכמת האדם מושא החיפוש."

146. יתרה מכך, הנשיאה ביניש הדגישה מפורשות (בהמשך פסקה 25) כי הסיטואציה שבה דן בית המשפט היא זו שבה מתקיימות נסיבות מחשידות המצדיקות את החיפוש, אך כאלו שאינן עולות כדי "חשד סביר" או "יסוד להניח". במקרים מעין אלו, "המחיר" של אי עריכת החיפוש הוא שהאזרח ימשיך בדרכו, כאשר קיימת אפשרות שהוא נושא על גופו כלי נשק, סמים או דבר מה אחר שעלול לסכן את הציבור.

147. לעומת זאת, בענייננו, עסקינן בסיטואציה בה אין כל דחיפות. לגורמי החקירה הסמכות **לתפוס** את המכשיר הסלולארי (ובהגדרה – חיפוש במכשיר סלולארי יכול להיעשות אך אחרי שנתפס). מרגע שהמכשיר נתפס על ידי רשויות החקירה, הנחקר אינו יכול לעשות שימוש במכשיר הסלולארי – לא לשם ביצוע עבירות באמצעותו ולא לשם השמדת ראיות מתוכו.

אל היעדר הדחיפות בסיטואציה שבה המכשיר כבר נמצא בידי הרשויות התייחס בית המשפט העליון בארצות הברית בפרשת **Riley** :

Digital data stored on a cell phone cannot itself be used as a weapon to harm an arresting officer or to effectuate the arrestee's escape. Law enforcement officers remain free to examine the physical aspects of a phone to ensure that it will not be used as a weapon—say, to determine whether there is a razor blade hidden between the phone and its case. Once an officer has secured a phone and eliminated any potential physical threats, however, data on the phone can endanger no one.

....

And once law enforcement officers have secured a cell phone, there is no longer any risk that the arrestee himself will be able to delete incriminating data from the phone.

148. כפי שהבהרנו לעיל, היעדר הדחיפות שבביצוע חיפוש בחומר מחשב הייתה אחת ההנמקות המרכזיות שהובילו להוספת הדרישה לצו חיפוש לסעיף 23א (ראו דבריו של חבר הכנסת מרידור בדיון בנושא חוק המחשבים בוועדת החוקה חוק ומשפט, ביום 03.07.1995, אליהם הפננו לעיל ואשר צורפו כנספח ו' לעמדה זו).

149. למעשה, סוגיית הדחיפות שבביצוע החיפוש הינה אחת ההבחנות שהובילו את בית הדין הצבאי לערעורים לקבוע כי חיפוש במעבדה יוכל להתבצע באמצעות צו שיפוטי בלבד :

".. חיפוש ידני עשוי להיות אפשרות עדיפה, כאשר יש צורך מייד בהשגת המידע. אם המשטרה הצבאית ממילא מעבירה את הטלפון הנייד למעבדה, היא מעידה על עצמה שאינה רואה דחיפות בחיפוש. עד שיגיע הטלפון למעבדה ועד שיחפשו בו, יחלוף פרק זמן של ממש. באין בהילות בחיפוש, מדוע לא תפנה להשיג צו שיפוטי? כך יבחן בית המשפט את הצורך האמיתי בחיפוש בטלפון נייד, בנסיבות המקרה"

150. בבקשת רשות הערעור, משיגה התביעה הצבאית על הנחת המוצא של בית הדין הצבאי לערעורים, לפיה חיפוש ידני נעשה במקרי דחיפות ואילו חיפוש במעבדה נעשה באופן שאינו דחוף (פסקה 86 לבקשת רשות הערעור).

בהיבט זה, אנו מסכימים עם התביעה הצבאית. אכן אין כל הבחנה מבחינת הדחיפות בין חיפוש ידני לבין חיפוש המבוצע במעבדה. שני סוגי החיפושים אינם דחופים כלל ועיקר, ואין כל מניעה להצטייד בצו שיפוטי לשם ביצועם.

151. אלא, שבניגוד לטענת התביעה הצבאית בבקשת רשות הערעור, אנו סבורים כי שיקול הדחיפות הוא אחד השיקולים הרלוונטיים לבחינת ההצדקה להקניית סמכות לחיפוש בהסכמה. שיקול זה, של הסיטואציה הלוחצת והדוחקת כפי שתוארה בפרשת **בן חיים** היווה את אחת ההנמקות המרכזיות בחוות דעתה של כב' הנשיאה ביניש, ומן הצד השני – היעדר הדחיפות בנוגע לחיפוש בחומר מחשב הייתה אחת מהנמקות המחוקק לחיוב הרשויות להצטייד בצו שיפוטי (כמובן שיכולים להתעורר מקרים בהם קיימת דחיפות לביצוע חיפוש במכשיר סלולארי, אך המקרים הללו הינם חריגים ונדירים, להבדיל מן הסיטואציה שנדונה בפרשת **בן חיים** – שם מקרים אלו היו הכלל).

3(ד) השלכות הרוחב של מתן אפשרות לבצע חיפושים בהסכמה במכשיר סלולארי

152. מתן האפשרות לבצע חיפושים המבוססים על הסכמת הנחקר במכשירים סלולאריים טומן בחובו השלכות רוחב ייחודיות, וזאת לצד השלכות הרוחב הכלליות של ביצוע חיפושים המבוססים על הסכמה. ראו גם בן הרוש במאמרו, המתייחס לחשש שבהיעדר קריטריונים אובייקטיביים, חיפושים יבוצעו על בסיס דעות קדומות והטיות קוגניטיביות, ולחשש שחיפושים המבוצעים על בסיס צו שיפוטי או על בסיס חשד סביר יהפכו להיות חריג, בעוד חיפושים המבוססים על הסכמה (במקרים בהם אין עילה המצדיקה את החיפוש) יהפכו לכלל.

153. כפי שהבהרנו לעיל, הסתמכות על הסכמתו של נחקר מהווה, הלכה למעשה, "מסלול עוקף" לדרישת המחוקק לקיומה של בקרה שיפוטית אפקטיבית, שאחד מתפקידיה הוא להוות "מחסום חיוני מחיפושים נמהרים ומיותרים ובפני רדיפה שלטונית של האזרח" (ראו שרון אהרוני-גולדנברג, עמ' 449).

154. בהיעדר בקרה שיפוטית אפקטיבית על קיומן של עילות המצדיקות חיפוש במכשיר הסלולארי (בהתאם לסעיף 23 לפסד"פ), קיים חשש ממשי להרחבת היריעה וביצוע חיפושים במקרים בהם צו חיפוש לא היה ניתן על ידי בית משפט (לו היו פונים אליו). נדמה כי היקף החיפושים המבוצע כבר כיום על ידי המשטרה הצבאית החוקרת תומך בחשש זה.

155. יטען הטוען, כי בשים לב לכך שאין חולק כי עצם בקשת החיפוש (גם אם הבקשה ממוענת לנחקר ולא לבית המשפט) מחייבת קיומה של עילה, הרי שבמקרים המתאימים ניתן יהיה לקיים ביקורת שיפוטית בדיעבד. דהיינו – במקרים בהם לא היה מוצדק לבקש לבצע חיפוש במכשיר הסלולארי מלכתחילה, משום שלא התקיימה עילה שהצדיקה זאת, תוכל ההגנה לבקש לפסול את הראיות שהושגו במסגרת החיפוש.

156. לטענה אפשרית זו נשיב בשתיים. ראשית, ביקורת שיפוטית בדיעבד תיערך אך ורק אחרי שנגרם הנזק אותו אנו מעוניינים למנוע – פגיעה קשה בפרטיות הנחקר ובפרטיותם של צדדים שלישיים, באופן בלתי מידתי. על כן, גם אם תיפסלנה הראיות שהושגו במסגרת החיפוש, לא יהיה בכך כדי לרפא את הנזק שנגרם לנחקר. זאת ניתן יהיה לעשות אך ורק אם חיפוש לא ראוי לא ייערך מלכתחילה.

שנית, ביקורת שיפוטית בדיעבד, אפקטיבית ככל שתהא, תיערך רק בשיעור זניח מן המקרים.⁷ ראשית, מטבע הדברים שלא בכל תיק חקירה שבו בוצע חיפוש יתגלו ממצאים מפלילים במכשיר הסלולארי. בתיקים בהם לא נתגלו ממצאים שכאלו, ממילא לא יכולה להתבצע ביקורת שיפוטית כלל ועיקר. כך גם בתיקים בהם נמצאו ממצאים מפלילים, אך לא הוגש בהם כתב אישום. שנית, גם במקרים בהם נמצאו ממצאים מפלילים והוגשו כתבי אישום, סביר להניח שבמקרים רבים לא תגיע סוגיה זו לבירור במסגרת ההליך המשפטי מנסיבות שונות, כגון: סיום התיקים בדרך שמייתרת את שמיעת הראיות, או קיומם של שיקולים אחרים שבגינם תמונע העלאת טענה לפסלות הראיות שהושגו (למשל, בשל ראיות מפלילות אחרות שממילא יביאו להרשעת הנחקר וכיו"ב).

157. חשש ממשי נוסף הנובע מהסתמכות על הסכמת הנחקר כמקור סמכות לביצוע חיפוש במכשירים סלולאריים הוא הרחבת קשת המקרים בהם יבקשו רשויות החקירה לבצע חיפושים שכאלה.

158. כך למשל, בדברינו לעיל התייחסנו לכך שהתביעה הצבאית אינה חולקת על הצורך בקיום עילת חיפוש גם במקרים בהם מתבקשת הסכמתו של נחקר. עמדה זו היא במידה רבה הרחבה וולונטרית, שאינה נגזרת מן הכלל שנקבע בפרשת **בן חיים**. אך לכאורה, ככל שלנחקר קיימת אוטונומיה להסכים לחיפוש במכשירו הסלולארי, הוא יכול לעשות כן אף במקרה שבו אין כל עילה המצדיקה חיפוש במכשיר (למעשה, זו המסקנה המתבקשת מהרחבת הלכת **בן חיים** לחיפושים במכשירים סלולאריים).

דומה כי רב הפיתוי של רשויות החקירה לבצע חיפוש במכשירים סלולאריים, לנוכח היקף המידע השמור במכשיר, המתעד במידה כזו או אחרת כל פעולה שעושה האדם (בין בתיעוד חזותי, בין בתיעוד המקומות בהם היה, בין בתיעוד האנשים עימם שוחח ותוכן השיחות שקיים וכיו"ב). סביר להניח, איפוא, שביצוע חיפוש במכשיר סלולארי יכול לקדם במידה זו או אחרת כמעט כל חקירה, גם במקרים בהם אין לרשויות החקירה מידע ממוקד מקדים בדבר קיומן של ראיות לביצוע עבירה השמורות על המכשיר הסלולארי.

על כן, מתן היתר לבצע חיפוש המבוסס על הסכמת הנחקר עלול להביא לביטול מוחלט של דרישת העילה לביצוע חיפוש במכשיר הסלולארי (ככל שזה אינו המצב כבר כיום, בשים לב להיעדר האפשרות לקיים ביקורת שיפוטית אפקטיבית, אליו התייחסנו לעיל).

159. זאת ועוד, באם תתקבל עמדת התביעה הצבאית, וייקבע שהכלל המשפטי הנכון הוא שהסכמה גוברת על דרישת המחוקק לצו שיפוטי, הרי שכלל משפטי זה אמור לחול לא רק בסיטואציה של חקירה משטרתית בתחנת המשטרה, אלא הלכה למעשה יחול הכלל בכל מפגש בין שוטר לאזרח בקרן הרחוב.

אמנם בסיטואציה מעין זו לא ניתן לבצע חיפוש מעמיק במעבדה, אך אין כל מניעה לבצע חיפוש ידני. שוטר המעוניין בכך, יוכל לפנות אל האדם ולבקש לעיין בהודעות האחרונות ששלח,

⁷ לתפיסה לפיה ביקורת שיפוטית בדיעבד אינה אפקטיבית בעניינם של נאשמים – ראו את מאמרו של אסף הרדוף, בעמ' 6.

ברשימת אנשי הקשר שלו, ברשימת השיחות האחרונות שקיים, התמונות האחרונות שצילם וכיוצא באלו.

חלק רביעי: ההבדל בין חיפוש ידני לחיפוש במעבדה

160. הנימוקים אותם מנינו לעיל מצדיקים, לטעמנו, מסקנה חד משמעית ברורה לפיה לא ניתן לבצע חיפוש בחומר מחשב על יסוד הסכמת הנחקר, ובהיעדר צו שיפוטי. קביעה זו אמורה לחול הן ביחס לחיפוש ידני, המתבצע במעמד הנחקר ובאמצעותו (הסיטואציה שבה עסק פסק הדין בפרשת פלח), במהלכו הנחקר מציג בעצמו לחוקר מידע מתוך המכשיר הסלולארי; והן ביחס לחיפוש במעבדה, במהלכו מופק כלל המידע המצוי במכשיר (אלא אם הנחקר מגביל זאת), לרבות מידע שנמחק מהמכשיר, כאשר הוצאת המידע, כמו גם העיון בו, מתבצעים שלא בפני הנחקר.

161. כפי שנבהיר להלן, ההבדל המרכזי בין שני סוגי החיפושים נעוץ במידת השליטה של הנחקר על ביצוע החיפוש. מדובר אמנם בהבדל משמעותי, המצדיק התייחסות שונה אל שני סוגי החיפושים (כפי שנפרט להלן), אך לטעמנו השמירה המסוימת על מימד השליטה במהלך ביצוע החיפוש הידני אינה יכולה להצדיק היתר לביצוע חיפוש ידני המבוסס על הסכמת הנחקר. רוב הנימוקים אותם מנינו לעיל תקפים באותה המידה הן כאשר המדובר בחיפוש ידני והן כאשר מדובר בחיפוש במעבדה:

- א. נוסחו המפורש של סעיף 23א לפסד"פ, ופרשנותו התכליתית כפי שעולה גם מהליכי חקירתו;
- ב. הצורך בביקורת שיפוטית על רשויות החקירה;
- ג. עוצמת והיקף הפגיעה בפרטיות, שאמנם הם מצומצמים במידת מה בחיפוש ידני, אך עדיין חמורים עשרות מונים מסוגי חיפושים אחרים;
- ד. הפגיעה החריפה בזכות לפרטיות של צדדים שלישיים;
- ה. אוטונומיית הפרט המצוי בחקירה משטרתית;
- ו. היעדר האפשרות למתן הסכמה מדעת.
- ז. השלכות הרוחב של מתן היתר לבצע חיפושים המבוססים על הסכמת הנחקר.

162. עם זאת (ובכך אנו מסכימים עם עמדת בית הדין הצבאי לערעורים בענייננו) קיימים הבדלים מהותיים בין חיפוש ידני במכשיר סלולארי לבין חיפוש מעמיק המתבצע במעבדה. להלן ההבדלים העיקריים אותם מנה בית הדין הצבאי לערעורים:

- א. מחוזות החיפוש – חיפוש במעבדה מגיע למידע שלא ניתן לגלותו במהלך החיפוש הידני, לרבות מידע שנמחק מהתיקיות שזמינות על פני מסך המכשיר הסלולארי.

ב. היקף החיפוש – חיפוש במעבדה מאפשר לחפש בכלל המידע הנמצא במכשיר, דבר שאינו אפשרי בחיפוש ידני.

ג. היעדר אפשרות לחזור מן ההסכמה בחיפוש הנערך במעבדה - בית הדין הצבאי לערעורים התייחס באופן פרטני לנוסח הנחיית מצ"ח בעניין חיפושים במכשירים סלולאריים, לפיה אם לאחר ביצוע החדירה לחומר מחשב במעבדה עצמה הנחקר חזר בו מהסכמתו, אין מכבדים עוד את רצונו.

ד. חיפוש ידני משקף בצורה נכונה יותר את הסכמת הנחקר, שכן הוא מאפשר לנחקר להביע את רצונו המדויק תוך כדי החיפוש, דבר שאינו מתאפשר בעת חיפוש במעבדה.

ה. היקפה של הסכמת הנחקר – לאור היקף החומר המצוי במכשיר הסלולארי, כאשר מדובר בחיפוש במעבדה, סביר להניח שנחקר אינו מודע לתוצאות האפשריות המלאות של החלטתו.

יוער כי נימוק נוסף שמנה בית הדין הצבאי לערעורים הוא היעדר הדחיפות שבביצוע חיפוש במעבדה לעומת חיפוש ידני. כפי שצינו לעיל, איננו סבורים כי שאלת הדחיפות מהווה הבחנה בין חיפוש ידני לבין חיפוש במעבדה – שכן בשני סוגי החיפושים אין כל דחיפות.

163. לטעמנו, ההבדלים שקיימים בין שני החיפושים אכן מצדיקים התייחסות שונה לחיפוש ידני ולחיפוש הנערך במעבדה, בפרט בכל הנוגע למימד השליטה של הנחקר בעת חיפוש ידני, אליו התייחסנו לעיל. בעת חיפוש ידני, הנחקר בוחר איזה מידע להציג לחוקריו ואיזה מידע הוא מבקש שלא להציג להם. אין באפשרותו לעשות כן בחיפוש במעבדה.

164. וידגש: הדבר אינו נוגע אך לקושי הטכני שבהעברת שינוי עמדתו של הנחקר אל המעבדה. בית הדין הצבאי לערעורים התייחס אל מימד השליטה בפסקה 36 לפסק דינו:

"הטלפון הנייד מכיל מידע רב. טבעי שהנחקר לא יזכור כל מה שנמצא בו. טבעי עוד יותר שהוא ישכח דברים מסוימים, כשהוא נתון ללחץ החקירה וללחץ נוסף של בקשה-דרישה להסכים לחיפוש, בתוך פרק זמן קצר. אילו הוא היה סורק את הטלפון הנייד מראש וברוגע, הוא היה מסוגל לקבוע היטב את גבולות החיפוש שהוא מתיר. זה רצונו האמיתי, ובו אמורה להתבטא האוטונומיה שלו. בחיפוש ידני יש לנחקר הזדמנות להביע את רצונו המדויק תוך כדי החיפוש. חיפוש במעבדה עלול להיות מבוסס על "רצון" ועל "אוטונומיה", שבסיסם מוטעה".

165. הסניגוריה הציבורית חולקת אמנם על כך שרצונו ה"אמיתי" של נחקר הוא להסכים לחיפוש, ובכלל זה חיפוש ידני, במכשירו הסלולארי. עם זאת, אין ספק שהפגיעה ביכולתו של נחקר לתת הסכמה אמיתית עת המדובר בחיפוש במעבדה היא פגיעה חמורה במידה רבה מן הפגיעה נגרמת בחיפוש ידני, בו נשמר מימד מסוים של שליטה על החיפוש בידי הנחקר.

166. ההתייחסות שונה לחיפוש ידני ולחיפוש במעבדה אינה יכולה לבוא לידי ביטוי אך בהתאמת טופס ההסכמה עליו מתבקש לחתום הנחקר, או בשינויים הפרוצדוראליים אותם מציעה

התביעה הצבאית במסגרת בקשת רשות הערעור. זאת, בעיקר מפני שאין כל דרך לשמר את מימד השליטה (המצומצם למדי מלכתחילה) שבחיפוש ידני בעת חיפוש במעבדה.

167. לסיכום האמור לעיל, עמדת הסניגוריה הציבורית היא כי הן חיפוש ידני והן חיפוש במעבדה מחייבים צו שיפוטי. ההבדלים בין חיפוש ידני לבין חיפוש מעמיק במעבדה צריכים לבוא לידי ביטוי בצו השיפוטי המאפשר חיפוש במכשיר הסלולארי. דהיינו, כיוון שחיפוש ידני הוא פוגעני פחות מאשר חיפוש במעבדה, הרי שבמקרים המתאימים על בית המשפט המוציא צו חיפוש להגביל את החיפוש לחיפוש ידני בלבד, תוך פירוט מטרות החיפוש ותנאיו. ככל שניתן צו לחיפוש מעבדה, צריך הצו לפרט את מטרותיו וגדריו של חיפוש זה.

168. ברם, אם בית משפט נכבד זה יקבל את עמדת בית הדין הצבאי לערעורים בעניין **פלת**, הרי שלמצער סבורה הסניגוריה הציבורית שיש לאמץ את עמדת בית הדין בפרשת **ס'**, ולדחות את עמדת התביעה הצבאית לפיה ניתן לבצע חיפוש שכזה גם במעבדה.

לסיכום

169. לאור כל האמור לעיל, תבקש הסניגוריה הציבורית כי בית המשפט יקבע שלרשויות החקירה אין סמכות לבצע חיפוש בחומר מחשב בהתבסס על הסכמת הנחקר בהיעדר צו שיפוטי.

170. בנוסף, הסניגוריה הציבורית סבורה כי לאור תיקון מס' 5 לחוק סמכויות לשם שמירה על ביטחון הציבור, תשס"ה – 2005, אשר חוקק לאחרונה, יש לבחון מחדש את הלכת **בן חיים**, תוך אימוץ דעת המיעוט של כב' השופט דנציגר.

יגאל בלפור, עו"ד

גיל שפירא, עו"ד

מנהל מחלקה וממונה ארצי על ייצוג אסירים

הסניגוריה הציבורית הארצית

ז' בסיון תשע"ז

01 ביוני 2017