

בית המשפט העליון בירושלים

רע"פ 9446/16
קבוע לדיון ביום 19.6.17

התובעת הצבאית הראשית
ע"י התביעה הצבאית הראשית
הקריה, תל אביב

המבקשת

- נ ג ד -

ע"י הסניגוריה הצבאית הראשית
הקריה, תל אביב

המשיב

הסניגוריה הציבורית הארצית
רחוב הנרייטה סולד 4, תל אביב

ידידת בית המשפט

היועץ המשפטי לממשלה
ע"י פרקליטות המדינה
משרד המשפטים, ירושלים

מתייצב להליךעמדת היועץ המשפטי לממשלהפתח דבר

1. הליך זה מעורר שאלה עקרוניות, והיא: האם הסכמת נחקר לעריכת חיפוש (וליתר דיוק, "חדירה") במעבדה לטלפון חכם שברשותו, יש בה כדי לאפשר חיפוש כאמור גם בהיעדר צו שיפוטי? או שמא הפגיעה הפוטנציאלית בצנעת הפרט של הנחקר היא כה עמוקה עד כדי כך שיש לפרש את הדין כך שהסכמת הנחקר הינה חסרת תוקף משפטי והדרך האקסקלוסיבית להכשיר חיפוש של טלפון חכם במעבדה היא באמצעות צו שיפוטי המתיר זאת?

2. בית הדין הצבאי לערעורים קבע בפסק דינו בפרשה זו כי "הסכמת הנחקר [בחקירה פלילית, אי פ' אינה מעניקה סמכות לערוך בטלפון נייד חיפוש במעבדה" (פסק הדין, פסקה 66), וכי חיפוש כזה מותר אך ורק מכוח צו חדירה לחומר מחשב שיוציא בית משפט מוסמך, בהתאם לסעיף 23א לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969 (להלן: פסד"פ).

3. עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי בית הדין הצבאי לערעורים שגה שגיאה מהותית במסקנתו המשפטית האמורה, וכי שגיאה זו בפרשנות הדין מצדיקה מתן רשות ערעור לתובעת הצבאית הראשית ואף קבלת הערעור לגופו. בקליפת האגוז, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי הסכמה מדעת הניתנת ע"י נחקר (הן חשוד בעבירה, והן עד שאינו חשוד בדבר) לביצוע חיפוש בטלפון חכם (לרבות מחשב) במעבדה, מקימה סמכות חיפוש לרשויות החקירה גם בהיעדר צו שיפוטי; הווה אומר, עריכת חיפוש מכוח צו שיפוטי אינה הדרך האקסקלוסיבית לעשות כן על-פי דין. שני רציונאלים שונים מבססים את עמדת היועץ המשפטי לממשלה, לפיה חיפוש שנערך בהסכמת נחקר - מקום בו הסכמה זו ניתנת באופן מודע, וולונטארי ובהתאם למגבלות שהנחקר עצמו קובע מראש - הינו חיפוש כדין:

א. חיפוש המתבצע על-פי הסכמה הניתנת באופן מודע, וולונטארי ובהתאם למגבלות שהנחקר עצמו קובע מראש, הינו "חיפוש סביר" עפ"י דין וגם עומד בדרישות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: "חוק היסוד"); ר-1

ב. הסכמת נחקר לעריכת חיפוש כאמור יש בה משום וויתור על הזכות לצנעת הפרט במסגרת המגבלות שהוא עצמו קבע מראש, והכלל הוא כי כל אדם - לרבות חשוד הנתון לחקירה משטרתית - רשאי לוותר על זכויותיו בדין, לרבות זכויות יסוד חוקתיות, כגון הזכות לצנעת הפרט.

עיקרי פסק הדין של בית הדין הצבאי לערעורים

4. כאמור, בית הדין הצבאי לערעורים קבע כי "הסכמת הנחקר אינה מעניקה סמכות לערוך בטלפון נייד חיפוש במעבדה" (פסק הדין, פסקה 66). בקביעה זו, אבתן בית הדין הצבאי לערעורים בין "חיפוש ידני" - כהגדרתו - בטלפון חכם, לבין "חיפוש במעבדה". לדעתו, "חיפוש ידני וחיפוש במעבדה שונים זה מזה" ו"השוני ביניהם מהותי" (פסק הדין, פסקה 29); לכן, מוצדק לקבוע כי הסכמת נחקר לביצוע חיפוש ידני - מועילה, אך הסכמתו לחיפוש במעבדה - אינה מועילה, שכן הסכמתו אינה נכנסת לגדר "הסכמה", במובן המשפטי, כל עיקר.

5. לעניין זה, הסביר בית הדין הצבאי לערעורים כי חיפוש במעבדה טומן בחובו שני קשיים מרכזיים שיש בהם כדי לשלול מהנחקר את יכולתו להסכים באופן מודע לביצוע חיפוש בטלפון חכם במעבדה:

"חיפוש במעבדה עלול לפגוע באוטונומיה של הנחקר (ולכן – ביכולתו לתת הסכמה מדעת) בשני היבטים: ההיבט האחד מתקיים במקרים שבהם הנחקר אינו מודע להיקף החיפוש בטלפון הנייד שלו...ההיבט השני עניינה הפגיעה ביכולת של הנחקר לחזור בו מהסכמתו או לסייג אותה" (שם, פסקה 48).

6. באשר להיבט הראשון – קרי, היעדר מודעות ל"היקף החיפוש" בטלפון הנייד – הטעים בית הדין לערעורים כי "בחיפוש במעבדה אפשר למצוא מידע רב על הנחקר, עד כדי ידיעת כל צפונותיו, הרגליו, דעותיו, עסקיו וענייניו. זהו חיפוש חודרני ופולשני. הוא קרוב יותר לחיפוש בגוף...לכן נדרשת הסמכה מפורשת בחוק לחיפוש בהסכמה בטלפון נייד במעבדה" (שם, פסקה 47). עוד קבע בית הדין, כי בנסיבות אלו "טבעי שהנחקר לא יזכור כל מה שנמצא [בטלפון]. טבעי עוד יותר שהוא ישכח דברים מסוימים, כשהוא נתון ללחץ החקירה וללחץ נוסף של בקשה-דרישה להסכים לחיפוש, בתוך פרק זמן קצר...חיפוש במעבדה עלול להיות מבוסס על ירצון ועל 'אוטונומיה' שבסיסם מוטעה" (שם, פסקה 36). משכך, "במקרים אלה הנחקר אינו מודע לתוצאות האפשריות המלאות של החלטתו. ספק אם הסכמתו לחיפוש בטלפון הנייד, לפחות הסכמה ירגילה, היא הסכמה מדעת. באין הסכמה מדעת הנחקר לא מימש את האוטונומיה שלו. לא התקיים הטעם להסתפק בהסכמתו כדי להקנות סמכות חיפוש" (פסקה 39).

7. באשר להיבט השני, בית הדין הצבאי לערעורים הביע חשש כי אם נחקר ייתן את הסכמתו לחיפוש במעבדה ולאחר מכן יחזור בו מן ההסכמה, אזי קיימת אפשרות שהחוקר לא יקבל את ההודעה ו"גם בכך עלול הנחקר להיפגע, משום שלא היה סיפק בידו לחזור מהסכמתו" (שם, פסקה 35). בית הדין הוסיף, כי גם אם בית משפט יפסול את אותן ראיות שהושגו לאחר שביקש הנחקר לבטל את הסכמתו, הרי ש"כדי להימנע מכך – וכדי להימנע מהשגת ראיות בדרך פסולה – רצוי למנוע מראש את השגת הראיות בניגוד להסכמת הנחקר" (שם, פסקה 35). משמע, בית הדין התליט להציב כאן, הלכה למעשה, "סייג לתורה", במובן זה שהפוטנציאל להיווצרות "נתק" בין הנחקר לחוקר המחשבים – כך שביטול הסכמתו של הראשון לא ייודע ב"זמן אמת" לאחרון – מצדיק אף הוא "חסימה הרמטית" של מסלול החיפוש בהסכמה.

8. אלא שבסופו של דבר, נדמה כי הכרעתנו הסופית של בית הדין לערעורים, לפיה אין לאפשר חיפוש במעבדה מכוח הסכמת הנחקר, מבוססת בעיקר על שיקולי "דחיפות". שכן, בית הדין לערעורים ציין בסוף פסק דינו כי "הסכמה מעניקה סמכות חיפוש בעיקר כאשר החיפוש נדרש בדחיפות" ו"טעם זה אינו מתקיים בחיפוש במעבדה" (שם, פסקה 66). דברים דומים מופיעים גם מוקדם יותר בפסק הדין, שם הוטעם כי "באין בהילות בחיפוש,

מדוע לא תפנה [המשטרה, א' פ'] להשיג צו חיפוש? כך יבחן בית המשפט את הצורך האמיתי בחיפוש בטלפון נייד, בנסיבות המקרה" (שם, פסקה 38).

בקשת רשות הערעור של התובעת הצבאית הראשית

9. בתאריך 6.12.16 הגישה התובעת הצבאית הראשית בקשה למתן רשות ערעור לבית משפט נכבד זה העליון על פסק הדין של בית הדין הצבאי לערעורים (להלן: "הבקשה"). הטענה המרכזית של המבקשת היא כי הקביעה, לפיה נדרשת הסמכה מפורשת בחוק לחיפוש בהסכמה בטלפון נייד במעבדה, הינה שגויה. עוד נטען, כי פסק הדין של ערכאת הערעור שוללת, הלכה למעשה, את האוטונומיה של הנחקר ליתן הסכמה מדעת, במסגרת הגבולות שהוא עצמו מציב מראש לרשויות החקירה. וכך נכתב בבקשה:

"קביעה אחרת, לפיה הימצאותו של אדם בחקירה שוללת את יכולתו לקבל החלטות מושכלות, להסכים או לסרב למסירת מידע לגורמי החקירה, ולקחת חלק פעיל בחקירה – משמעה: שלילת האוטונומיה של אותו אדם. קביעה כזו אף אינה מתיישבת עם עצם קיומה של חקירה פרונטאלית של נחקרים, שבה הם נדרשים להחליט אם לשמור על זכות השתיקה אם לאו" (כתב הבקשה, פסקה 35).

בהקשר זה הפנתה המבקשת, בין היתר, לדבריו של המלומד נ' קוזלובסקי (המצוטטים בחלקם בפסקה 43 לבקשה):

"המחוקק לא עמד על אפשרות זו של חיפוש בהסכמה. אך אין בכך, לדעתי, לשלול קיומו של חיפוש בהסכמה. אפשרות זו עומדת גם בלי הוראת חוק מפורשת. מקום שהחיפוש מבוצע בהסכמה מנוטרלת הפגיעה בפרטיות... יחד עם זאת, דומני, כי ראוי להקפיד שההסכמה תהא 'הסכמה מודעת' לאחר שהובהר לחשוד כי יש ביכולתו שלא להסכים..." (נ' קוזלובסקי, המחשב וההליך המשפטי – ראיות אלקטרוניות וסדרי דין (2000) (עמ' 63-64 ה"ש 56).

10. עוד טוענת המבקשת בבקשתה כי "אף לא באחד מפסקי הדין שקבעו את ההסכמה כמקור סמכות, נקבעו תנאי או דרישה של דחיפות", וכי "נימוק היעדר הדחיפות, עליו תלה בית הדין הצבאי את הכרעתו בין האפשרויות, כלל אינו רלוונטי לשאלת הקניית הסמכות לחיפוש בהסכמה" (כתב הבקשה, פסקאות 84-85).

11. לבסוף, באשר לשני הקשיים שעמדו במרכז פסק הדין בערעור – קרי, היעדר מודעות ל"היקף החיפוש" בטלפון הנייד והאפשרות כי נחקר לא יצליח להודיע לחוקר על ביטול הסכמתו הראשונית – נטען בבקשת התביעה הצבאית כי "ניתן להתגבר ללא קושי על כל

אחד מהם באמצעות הסבר מתאים לנחקר...[ומסירות] פרטי התקשרות עם בסיס החקירות ואף עם מעבדת היחידה הארצית לחקירות הונאה במצ"ח" (שם, פסקה 88).

תגובת המשיב לבקשה למתן רשות ערעור

12. המשיב מבקש, כצפוי, לאמץ את עיקרי פסק הדין של בית הדין הצבאי לערעורים ולדחות את הבקשה למתן רשות ערעור. לטענת המשיב, סעיף 23 לפסד"פ יוצר "הסדר שלילי מובהק", ולכן "החיפוש היחיד שאותו קבע המחוקק כי אין לבצע 'אלא על פי צו שופט' הוא חיפוש במחשב" (כתב תשובה, סעיפים 33-37). עוד טוען המשיב, כי כפי שהסכמת אדם לחיפוש בגופו או בביתו אינה יוצרת "מקור סמכות עצמאי לעריכת החיפוש", הרי שגם הסכמת חשוד לביצוע חיפוש בטלפון נייד במעבדה יכולה רק "להוות תחליף לתנאים המפורטים בסעיף 23 לפסד"פ, אך לא לעצם הצורך בהוצאת צו שיפוטי לשם עריכת החיפוש" (שם, סעיף 64). שלישית, נטען כי מבט משווה לדין בארה"ב ובקנדה מלמד כי גם במדינות אלו אין לערוך חיפוש במכשירי טלפון ניידים ללא צו, אלא אם כן מתקיימות "נסיבות דוחקות" (שם, סעיפים 69-91). רביעית, נטען כי נחקר אינו מסוגל ליתן "הסכמה מדעת" לחיפוש במעבדה, שכן "לא ניתן לצפות להסכמת אמת מיודעת ומושכלת של נחקר אשר מצוי בסיטואציה מלחיצה של חקירה ואשר נדרש בעיצומה ללמוד ולפענח את כלל המידע המורכב שדרוש לצורך קבלת ההחלטה" (שם, סעיף 134).

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

הסכמת נחקר לביצוע חיפוש בטלפון החכם שברשותו במעבדה מכשירה את החיפוש

13. כאמור לעיל, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי חיפוש שנערך בהסכמת נחקר - מקום בו הסכמה זו ניתנת באופן מודע, וולונטארי ובהתאם למגבלות שהנחקר עצמו קובע מראש - הינו חיפוש כדין. זאת, מכוח שני הרציונאליים הבאים:

א. חיפוש המתבצע על-פי הסכמה הניתנת באופן מודע, וולונטארי ובהתאם למגבלות שהנחקר עצמו קובע מראש, הינו "חיפוש סביר" עפ"י דין וגם עומד בדרישותיו של חוק היסוד; ו-

ב. הסכמת נחקר לעריכת חיפוש כאמור יש בה משום וויתור על הזכות לצנעת הפרט במסגרת המגבלות שהוא עצמו קבע מראש, והכלל הוא כי כל אדם - לרבות חשוד הנתון לחקירה משטרתית - רשאי לוותר על זכויותיו בדין, לרבות זכויות יסוד חוקתיות, כגון הזכות לצנעת הפרט.

נציג עתה את עמדתו המשפטית של היועץ המשפטי לממשלה בהרחבה.

סעיף 23 לפסד"פ אינו יוצר חריג לכלל לפיו חשוד/נאשם רשאי לוותר על זכויותיו בדין

14. השאלה המרכזית המתעוררת בענייננו היא האם יש לפרש את סעיף 23 לפסד"פ כהוראת חוק אשר יוצרת הסדר שלילי באשר לסמכות החיפוש של רשויות האכיפה במחשב (או טלפון נייד) במעבדה, כך שהחוק אינו נותן תוקף משפטי לחיפוש כאמור שאינו מכוח צו שיפוטי – אף לא בדרך של הסכמת הנחקר. התשובה שנתן בית הדין לערעורים היא שבלא הסמכה מפורשת בחוק, לא ניתן לערוך חיפוש בטלפון נייד של נחקר במעבדה (להבדיל מחיפוש "ידני" בנוכחות הנחקר, שניתן לבצעו גם בלא הסמכה מפורשת בחוק), וכי דרוש אפוא צו שיפוטי. אלא שבכל הכבוד וההערכה, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי אין לקבל מסקנה משפטית זו מן הטעמים המגוונים שיפורטו להלן.

15. ראשית לכל, הכלל הוא - כפי שנקבע בפרשת רע"פ 10141/09, 617/10, 5758 בן חיים ואח' נ' מדינת ישראל (מיום 6.3.12) (להלן: "פרשת בן חיים"), בדעת רוב - כי "בהעדר מקור סמכות אחר ובנסיבות המצדיקות זאת, הסכמתו של אדם לעריכת חיפוש על גופו, בכליו או בביתו עשויה להוות מקור סמכות עצמאי לביצוע החיפוש" (שם, פסקה 31 לפסק הדין של הנשיאה [בדימי] ד' ביניש; כן ראה פסקה 3 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל). כלומר, גם בהיעדר עילת חיפוש בדין, וכן בהיעדר הסמכה מפורשת בחוק למתן תוקף להסכמת אדם, הרי שמתן "הסכמה מדעת" ע"י אותו אדם יש בו משום "מקור סמכות עצמאי לביצוע החיפוש".

16. מכאן עולה אפוא כי הגישה המשפטית של בית הדין הצבאי לערעורים הנכבד, כמו גם של המשיב, נסמכת על עמדתו – בדעת יחיד - של כב' השופט דנציגר בפרשת בן חיים, לפיה "גם אם אדם מוותר על פרטיותו הרי שהוויתור כשלעצמו אינו מקים מקור הסמכה סטטוטורי כמתחייב מעקרון חוקיות המינהל" (פרשת בן חיים, פסקה 3א) לפסק הדין של השופט דנציגר)). ברם, לא זו בלבד שעמדה זו של השופט דנציגר לא אומצה ע"י יתר שופטי בית המשפט העליון, אלא שנדמה כי גם השופט דנציגר עצמו נסוג קמעא מההשקפה הגורפת כי וויתורו של אדם על הזכות לפרטיות – כמו גם וויתור על יתר זכויות האדם המוגנות לפי חוק היסוד (שם, שם) - אינו בר תוקף בהיעדר מקור הסמכה סטטוטורי. זאת, למדים אנו מדברי השופט דנציגר ביחס לשאלה האם עצור רשאי לוותר מכללא על זכותו להיועץ בעורך דין, נושא שכידוע אינו מוסדר במפורש בחוק המעצרים; ובאותו עניין, הטעים השופט דנציגר כי "גם אם ויתור על זכות ההיועצות הוא אפשרי צריך שהוויתור יעשה מדעת ובאופן מפורש" (ע"פ 10049/08 אבו עזא נ' מדינת ישראל (מיום 23.8.12) (פסקה 108)); משמע, אפוא כנראה לוותר על זכות חוקתית, אך הוויתור חייב להיות "מדעת" ו"באופן מפורש". אלא שגם עמדה זו של השופט דנציגר אינה חד-משמעית, שכן בפרשת ע"פ 6414/11 נאהד חמיד נ' מדינת ישראל (מיום 23.12.13) (פסקה 12), הכשיר

השופט דנציגר הודאת נאשם על אף שוויתורו על זכויותיו כנחקר לא היה מפורש, אלא נלמד מכך ש"חתם בחתימת ידו על הצהרת לפיה הוזהר כדין בטרם נחקר". וצריך עיון.

17. יהא הדבר אשר יהא, עיון בהלכה הפסוקה מלמד בבירור כי הכלל הוא כי חשוד או נאשם רשאי לוותר על זכויות שונות הנתונות לו בדין - הן זכויות דיוניות והן זכויות מהותיות ואף חוקתיות. שהרי, בית משפט נכבד זה הכיר פעמים רבות בעבר בתוקפו של וויתור של חשוד או נאשם - לרבות וויתור מכללא - גם במצבים שבהם נעדרת "הסמכה מפורשת בחוק" לתוקפו של הוויתור, ואף במקרים שבהם לשון החוק שוללת על פניה וויתור על אותה זכות. לשם המחשת הכלל, לפיו חשוד או נאשם רשאי לוותר על זכויות גם בלא הסמכה מפורשת בחוק, די אם נצביע על רשימת הדוגמאות (החלקית) הבאה:

א. וויתורו של נאשם על הזכות שעונשו לא יוחמר בערכאת הערעור מבלי שהוגש ערעור ע"י התביעה: ברע"פ 483/14 אמסלם נ' מדינת ישראל (מיום 15.7.14) (פיסקה 18), נדחתה טענת המבקש כי עונשו הוחמר בבית המשפט המחוזי מבלי שהתביעה הגישה ערעור על קולת העונש, וזאת בניגוד מפורש לסעיף 217 לחסד"פ שאף נושא כותרת "תנאי להגדלת העונש" (ההדגשה שלי, א' פ'). נקבע, כי הוראת החוק האמורה "על פי אפשרות אחת... היא הוראה דיספוזיטיבית, ולכן הסכמת הצדדים מקנה לבית המשפט את הסמכות להאריך את תקופת המאסר...". כן ראו: רע"פ 4944/14 פינקס נ' מדינת ישראל (פיסקה 9), שם נקבע כי המבקש נתן "הסכמה משתמעת" להארכת תקופת מאסרו חרף הוראת סעיף 217 הנ"ל, ומשכך אין עילה להתערב בעונש שנגזר עליו בערכאת הערעור.

ב. וויתורו של משוחרר בערובה על זכות הנוכחות בדיון בנוגע לחילוט ערבויות: בבש"פ 7323/98 מדינת ישראל נ' ברוך רג'ואן, פ"ד נגד (4) 126, נקבע כי על אף לשון החוק דאז - לפיה משוחרר בערובה "יובא לפני" בית המשפט בטרם תחולטנה ערבויות בשל הפרת תנאי שחרור - במקרה שבו המשוחרר בערובה נמלט מן הארץ, ובכך סיכל את האפשרות לקיים דיון בנוכחותו, יש לראותו כמי ש"וויתר" על הזכות להיות נוכח בדיון עפ"י הוראת סעיף 51 לחוק המעצרים (כנוסחו לפני התיקון).

ג. וויתורו של עצור על הזכות להשמיע טענות בדבר קיומן של ראיות לכאורה: בבש"פ 6292/96 חזן נ' מדינת ישראל (מיום 22.9.96), נקבע כי על אף לשונו המפורשת של סעיף 21(ב) לחוק המעצרים - לפיה "בית המשפט לא ייתן צו מעצר... אלא אם כן נוכח, לאחד ששמע את הצדדים, שיש ראיות לכאורה להוכחת האשמה..." (ההדגשה אינה במקור, א' פ'), הרי שמקום בו הנאשם או סניגורו אינו מתכוון לדיון ומסרב לטעון לגוף העניין, יש לראותו כמי שוויתר על "ה[זכות ו]האפשרות להשמיע טענותיו" (שם, פסקה 7).

ד. הסכמה מכללא של עצור להארכת עיכוב ביצוע מעבר ל- 48 שעות: בבש"פ 5273/16 מדינת ישראל נ' אוזיפה ואח' (מיום 30.6.16), האריך בית משפט נכבד זה - מבלי

לקיים דיון במעמד הצדדים - את עיכוב ביצועה של החלטת השחרור בעניינם של שלושת המשיבים מעבר למגבלת 48 השעות שבסעיף 55(א) לחוק המעצרים, וזאת מכוח "הסכמה מכללא" של המשיבים להמשך עיכוב הביצוע. וראו עוד בהקשר זה: בש"פ 8080/15 שמחי נ' מדינת ישראל (מיום 26.11.15).

ת. **הסכמת עצור להארכת מעצרו מעבר לתשעה חודשים בלא קיום דיון בנוכחותו:** כידוע, בית משפט נכבד זה נוהג להאריך כמעט מדי יום ביומו, בהסכמת נאשמים העצורים עד תום ההליכים, מעצרים מעבר לתשעה חודשים מבלי לקיים דיון במעמד הצדדים. אמנם, המחוקק לא הסמיך באפון מפורש את בית המשפט העליון שלא לקיים דיון במעמד הצדדים בבקשה לפי סעיף 62(א) לחוק המעצרים, אך איש אינו חולק על סמכות זו אשר נגזרת, מן הסתם, מוויתורו של העצור על קיום דיון בנוכחותו.

ו. **וויתורו של עצור על הזכות שבית המשפט לא ייחשף לפלט מחשב של תיקי מב"דים:** בבש"פ 6718/06, 6793 פלוני ואח' נ' מדינת ישראל (מיום 10.9.06) (פסקה ד6)), נקבע כי על אף הכלל הרגיל שלפיו שופט מעצרים לא יקבל לעיונו פלט מב"דים, הרי שניתן לקבלו בהסכמת העצור.

ז. **וויתורו של נאשם על הזכות שבית המשפט לא ייחשף להרשעותיו הקודמות:** בע"פ 816/16 ברינג ואח' נ' מדינת ישראל (מיום 23.2.16) (פסקה 6), נדחתה בקשת המערערים לפסול את השופט היושב בדין "בשל היחשפותו להרשעות קודמות רלוונטיות". נקבע, כי "המערערים חשפו מיוזמתם את בית המשפט להרשעתם הקודמת במסגרת הטענות המקדמיות", ובכך וויתרו על הזכות לאי-חשיפת מידע זה.

ח. **וויתורו של נאשם על הזכות לקבל ייצוג משפטי בלא ניגוד עניינים:** בדנ"פ 3688/14 אליאור חן נ' מדינת ישראל (מיום 6.8.14) (פסקה 14), קבע כב' נשיא בית המשפט העליון (בדימו') א' גרוניס, כי יש לדחות את טענת העותר בדבר פגיעה בזכותו לייצוג חופשי מניגוד עניינים, כיוון שהעותר הותיר את עצמו במצב של ניגוד עניינים "מתוך בחירה והבנה מלאה שלו את נסיבות העניין", ו"הבחירה בקו ההגנה נעשתה תוך שהעותר מבין היטב את הסיכונים הרובצים לפתחו, ועל-פי הנחייתו". משמע, העותר וויתר ביודעין על הזכות לקבל ייצוג משפטי בלא ניגוד עניינים.

ט. **וויתור מכללא של נאשם על טענת התיישנות:** בע"פ 4209/14 קרן נ' מדינת ישראל (מיום 15.11.15), נקבע כי העלאת טענת התיישנות ע"י נאשם לאחר הכרעת הדין מובילה למסקנה כי "המערער ויתר מכללא על טענת ההתיישנות" (שם, פסקה 59 לפסק הדין השופט דנציגר). כן ראו לעניין זה: ע"פ 6629/98 הלר נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 346, 352 [מול האות ה'] (2002).

- י. **וויתורו של נאשם על הזכות להעיד עדים מחדש לאחר החלפת מותב:** ברע"פ 8599/11 שרון נ' מדינת ישראל, נדחתה טענת המבקש כי זכותו להליך הוגן נפגעה בעקבות הסכמתו, לאחר החלפת השופט היושב בדין, שלא להעיד את כל העדים מראשיתם.
- יא. **וויתורו של נאשם על הזכות להשמיע את טיעונו בעל-פה:** ברע"פ 11160/03 זכריא נ' מדינת ישראל (מיום 3.11.04), נדחתה טענת המבקש כי קיום הליך של ערעור על דרך סיכומים בכתב בלבד - אף בהסכמתו - נכנס לגדר פגם מהותי המצדיק ביטול ההליך מעיקרו. נקבע, כי על אף הוראת סעיף 208 לחסד"פ - לפיו "הדיון בערעור יהיה בפני בעלי הדין" - הרי ש"מפרוטוקול הדיון עולה כי המבקש בחר להסתפק בהפניה לנימוקיה של הודעת הערעור שהגיש מבלי להוסיף עליה דבר", ומכאן כי "לא נפל פגם בהליכים שהתקיימו בפני [בית המשפט המחוזי, א' פ']" (שם, פסקה 4 להחלטה).
- יב. **הסכמת נאשם לחרוג מהוראה חוקית המגבילה סמכות בית משפט להטיל צו מבחן:** בע"פ 3412/07, 3669 קרר ואח' נ' מדינת ישראל (מיום 19.9.07) (פסקה 6), נקבע ע"י בית משפט נכבד זה - תוך הפנייה לע"פ 2793/06 קלימוב ואח' נ' מדינת ישראל (מיום 19.8.07) - כי חרף הוראת החוק שאינה מאפשרת הטלת צו מבחן על נאשם שנגזר עליו עונש מאסר בפועל שאינו בעבודות שירות, ניתן לעשות כן בהסכמת הנאשם, כיוון ש"הסמכות להורות על העמדת נאשם במבחן בנוסף להטלת עונש מאסר בפועל קמה מכוח הסכמת הצדדים".
- יג. **וויתור משתמע של נאשם על פגם דינוי בהליכי חילוט:** ברע"פ 7819/15 סלור נ' מדינת ישראל (מיום 22.5.16) (פסקה 15), נדחתה טענת המבקש כי נפל פגם בהכרזתו כ"סותר סמים" עקב כך שהתביעה לא ביקשה הכרזה כאמור במסגרת הכרעת הדין, כנדרש בסעיף 36א(ב) לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], תשל"ג-1973, אלא רק בשלב הטיעונים לעונש. בית משפט נכבד זה דחה את טענת המבקש, בין היתר, משום שהתביעה העלתה את בקשתה במסגרת הטיעונים לעונש ו"ב"כ של המבקש לא טענו בדיון זה כנגד בקשת החילוט הנ"ל ולא הצביעו על כך שהתנאי המוקדם לחילוט לא התקיים". משמע, יש לראות את שתיקת הנאשם בשלב הטיעונים לעונש כוויתור מכללא על הטענה בדבר קיומו של פגם כאמור.
- יד. **וויתור מכללא של נאשם על ביצוע עונש מאסר בפועל בעבודות שירות:** ברע"פ 2263/12 אבו עראר נ' מדינת ישראל (מיום 20.3.12), נדחתה טענת המבקש כי יש לאפשר לו ביצוע מאסר בעבודות שירות, כיוון ש"פעם אחר פעם חדל מביצוע חלקו במימוש הזדמנויות אלו", ומשכך יש לראותו כמי שוויתר על האפשרות לשאת בעונש המאסר בפועל בעבודות שירות.

- טו. וויתור על זכות הפניה לוועדת השחרורים: בע"פ 1182/15 פרחומנקו נ' מדינת ישראל (מיום 25.2.16) (פסקה 3), נעתר בית משפט נכבד זה לערעורו של המערער וקיצר את תקופת המאסר, בין היתר, בהתחשב בכך ש"המערער ויתר על פניה לוועדת השחרורים לצורך השלמת ההליך הטיפולי, והסכים שלא לפנות במסלול זה". משמע, נידון רשאי לוותר מראש על זכותו לבקש שחרור מוקדם מוועדת השחרורים.
- טז. וויתור מראש על זכות הערעור: בע"פ 5653/13, 6092, 6617 ביידון ואח' נ' מדינת ישראל (מיום 2.1.14) (פסקה 16), לא נשללה מיניה וביה הסכמת הצדדים בדבר וויתור מראש על זכות הערעור על גזר דין חדש שהיה ניתן, אילו התיק היה תווז לדיון בית המשפט המחוזי; אלא, העונש נגזר ע"י בית משפט נכבד זה – בהסכמת הצדדים - כאינסטציה ראשונה.
- יז. וויתור מכללא של מערער על הזכות להיות מיוצג ע"י סניגור בהליכי ערעור: ברע"פ 1561/14 כהן נ' מדינת ישראל (מיום 25.6.14), נדחתה טענת המבקש כי הגנתו קופחה כיוון שלא היה מיוצג ע"י סניגור בהליכי הערעור בבית המשפט המחוזי. נקבע, כי "השתלשלות העניינים מלמדת כי המבקש ויתר באופן מודע על זכותו לייצוג כאשר הסכים שעורך דינו ישוחרר מהייצוג", וזאת על אף שסעיף 15(ב) לחסד"פ קובע כי "בית המשפט שלערעור רשאי לא למנות סניגור אם הנאשם ביקש זאת...". (ההדגשה שלי, א' פ'), ובמקרה דנא לא היתה בקשה מפורשת כזו מצד הנאשם.
- יח. הסכמת נאשם להגשת ראיות בלתי-קבילות במהלך המשפט: בע"פ 5073/11 תנוכה נ' מדינת ישראל (מיום 12.11.14) (פסקה 17), נדחתה טענת המערער כי דו"ח המעבדה שהוגש במשפטו אינו בגדר ראיה קבילה, וזאת בין היתר "בהתחשב בעובדה שדו"ח המעבדה הוגש לבית המשפט המחוזי בהסכמה ובלא חקירת ד"ר בובליל...". ראו גם: ע"פ 3217/14 שמיים נ' מדינת ישראל (מיום 31.7.16) (פסקה 32), שם נדחתה אותה טענה ממש.
- יט. וויתור מכללא של נאשם על טענות נגד דיוקן של ראיות שהוגשו בהסכמה במהלך המשפט: בע"פ 5808/14 מדינת ישראל נ' אבו ראס (פסקה 27), נדחתה טענת המערער נגד דיוקן של הודעותיו במשטרה, כיוון ש"בחר להסכים להגשת[ן]...לאחר שידע מה תוכנו, ועל כן אין הוא יכול להלין כעת".
- כ. הסכמה מכללא לקיום דיון משפטי במקום פרטי שמחוץ למקום מושבו הרגיל של בית המשפט: בע"פ 2595/13 רחל סופר נ' ארז איתן עו"ד ואח' (מיום 29.9.14) (פסקאות 18-19) נקבע כי על אף הוראת סעיף 34 לחוק בתי המשפט שלפיה בית המשפט המחוזי "ישב במקום מושבו" - ולמצער ישב "במקום בעל מאפיינים ציבוריים" - הרי שאפשר בנסיבות חריגות לסטות מהוראת החוק ולקיים דיון

במקום פרטי "במקרה בו בעלי הדין ובעל הנכס (או המחזיק בו) מיוצגים, ובאי-כוחם הסכימו, או לא התנגדו, לקיום הדין בשטח הפרטי".

18. זוהי, כאמור, רק רשימה חלקית של החלטות ופסקי דין שבהם אימץ בית משפט נכבד זה, הלכה למעשה, את "דוקטרינת הויתור" (Doctrine of Waiver) המאפשרת לחשוד או נאשם לוותר על זכויותיו גם בהיעדר הסמכה מפורשת לכך בחוק; ושוב יודגש, כי בחלק נכבד מן המקרים הכיר בית המשפט בויתורים שאף ניתנו מכללא ולכאורה בניגוד מובהק ללשון החוק (וראו למשל: פרשת אמסלם, פרשת רגיואן, פרשת תזן, פרשת קרב, פרשת סלור, פרשת כהן, ופרשת זכריא). לכן, ברי כי אין להסיק – כקביעת בית הדין הצבאי לערעורים וכטענת המשיב – כי "שתיקתו" של סעיף 23א לפסד"פ יוצרת כביכול "הסדר שלילי" השולל מחשוד את יכולתו ליתן הסכמה מדעת לעריכת חיפוש בטלפון חכם במעבדה.

פרשנות בית הדין הצבאי לערעורים – האמנם פרשנות תכליתית וסבירה?

19. ראינו כי חשוד רשאי לוותר על זכויות חשובות ומגוונות, לרבות זכויות שניתן אף לסווגן כזכויות יסוד חוקתיות, כגון זכות הטיעון בהליכי מעצר (פרשת תזן); זכות הנוכחות בהליכי מעצר (פרשת אוזיפה); זכות הנוכחות בהליך שבו מתבקש חילוט ערבויות (פרשת רגיואן); זכות הערעור (פרשת ביידון); זכות הייצוג ע"י סניגור בערעור (פרשת כהן); זכות הטיעון בעל-פה בערעור (פרשת זכריא); זכות הייצוג ע"י סניגור שאינו מצוי בניגוד עניינים עם לקוחו (פרשת אליאור חן); ועוד. אכן, בכל המקרים הללו נקבע כי נאשם רשאי לוותר – ובחלק מהמקרים, אף רשאי לוותר מכללא – על הזכות הפרטיקולרית העומדת על הפרק.

20. זאת ועוד: הלכה היא כי אדם רשאי לוותר על זכותו לפרטיות – אף בהיעדר הסמכה מפורשת בחוק – באופן זה שייתן הסכמה מדעת לעריכת חיפוש פיסוי על 1971 (פרשת בן חיים, פסקאות 16, 25-21) בבי"ח (וראו שם, בעניינו של המבקש ברע"פ 617/10, יגאל גיבלי. כן ראו: (14 paragraph) H.C.J.A.C. [2012] 135 (Freeburn v. HM Advocate), או חדירה "ידנית" לטלפון החכם שברשותו (וראו פסקאות 27-29 לפסק הדין של בית הדין הצבאי לערעורים. כן ראו החלטת כבי הנשיאה מ' נאור בפרשת רע"פ 536/16 רחל בניזרי נ' התובע הצבאי הראשי (מיום 1.2.16) (פסקה 9), ממנה עולה לכאורה כי הפקה "ידנית" של מידע פשוט – כגון שליפת מסרונים – מטלפון נייד, אינה נכנסת כלל לגדר "חדירה" או "חיפוש" במחשב).

21. נוכח האמור, יש לתהות האם גישת בית הדין הצבאי לערעורים והמשיב – לפיה המחוקק הכשיר וויתורים מצד חשוד/נאשם על זכויות חשובות ומגוונות, אך בחר בסעיף 23א לפסד"פ בדרך של שתיקה להחריג דווקא חיפוש בטלפון חכם במעבדה מקשת המקרים שבהם וויתור תקף – מבוססת על רציונאליים איתנים? ואם יטען הטוען כי אבחנה זו

מתחייבת נוכח העובדה שחיפוש בטלפון נייד יש בו כדי לחשוף בפני עורך החיפוש את "סיפור חייו של האדם בהאידינא" ו"לחדור למתחם פרטי ביותר של האדם" (מדברי כבי' השופט י' עמית בפרשת ע"פ 8627/14 דביר נ' מדינת ישראל (מיום 14.7.15)), אזי נשיב לכך כי גם חיפוש פיסי בביתו של חשוד (חיפוש שעשוי להתבצע גם בארון התרופות, בחדר המיטות, במגירות שבחדר העבודה ועוד ועוד), יש בו כדי ו"לחדור למתחם פרטי ביותר של האדם" – ובמקרים רבים אף במידה העולה על חיפוש בטלפון נייד; ברם, איש אינו יכול לחלוק על כך כי מותר לבצע חיפוש בבית מכוח הסכמה מדעת של חשוד, גם בלא צו שיפוטי, למרות ש"הסכמה" לכך אינה כתובה בדבר חקיקה כלשהו. משכך, והואיל וברי כי שתיקת המחוקק ביחס לחיפוש פיסי בביתו של אדם אינה מלמדת על "הסדר שלילי" כאמור, נדמה כי נשמט הקרקע מתחת למסקנה המשפטית של בית הדין הצבאי לערעורים בדבר קיומו של "הסדר שלילי" כביכול בסעיף 23 לפסד"פ ביחס לחיפוש בטלפון נייד.

22. זאת ואף זאת: עיון בהוראות חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו-1996 (להלן: "חוק החיפוש בגוף האדם") מלמד, כי חשוד רשאי להסכים - בכל סוגי החיפוש החיצוניים, וכמעט בכל סוגי החיפוש הפנימיים – לעריכת חיפוש בגופו (וראו שם, סעיפים 2(ג), 3(א) ו-4(ו) לחוק החיפוש בגוף האדם). ליתר דיוק, החיפוש היחיד שלא ניתן לבצעו בהסכמת החשוד ומחייב "היתר של בית משפט" הוא חיפוש פנימי מסוג בדיקה גינקולוגית (וראו שם, סעיף 4(ו) סיפא המפנה לסעיף 1 ולהגדרה של "חיפוש פנימי", פסקה 5). כלומר, בכל יתר המקרים הסכמת חשוד מהווה, יחד עם אישור רופא, "אסמכתה לעורך החיפוש לערוך את החיפוש" (שם, סעיף 4(ו)), גם בלא היתר של בית משפט.

23. ובנקודה זו, נזכיר כי המשיב מבסס את טענותיו המשפטיות גם על פסק הדין של בית המשפט העליון בקנדה בפרשת *R v. Fearon*, [2014] 3 S.C.R. 621 (להלן: פרשת *Fearon*) (ראו כתב התגובה, פסקה 87 ואילך), אך עיון בפסק הדין מלמד כי לאמיתו של דבר אין בו דבר כדי לסייע למשיב בנידון דידן. שכן, על אף שבפרשת *Fearon* עמד השופט Cromwell על הפגיעה המשמעותית בצנעת הפרט שעלולה להיגרם מחיפוש בטלפון נייד (וראו שם, פסקה 51), הרי שבסופו של דבר מסקנתו היתה כי ככלל עוצמתה של הפגיעה המתוארת תהא נמוכה יותר מזו שנובעת מחיפוש חיצוני בגוף (קרי, חיפוש בעירום) או מחיפוש פנימי בגוף (כגון נטילת דגימת דם): וכך לדבריו:

"[W]e must keep in mind that the real issue is the potentially broad invasion of privacy that may, *but not inevitably will*, result from law enforcement searches of cell phones.

In this respect, a cell phone is completely different from the seizure of bodily samples in *Stillman* and the strip search in *Golden*. Such searches are *invariably* and *inherently* very great invasions of privacy and are, in addition, a significant affront to human dignity.

"That cannot be said of cell phone searches incident to arrest"
(paragraphs 54-55).

והעולה מן המקובץ הוא כי המחוקק הישראלי לא התכוון ליצור "הסדר שלילי" בסעיף 23 לפסד"פ. נהפוך הוא: המחוקק הסתמך על העיקרון הכללי שלפיו הסכמת חשוד מהווה – כלשון סעיף 4(ו) לחוק החיפוש בגוף האדם – "אסמכתה לעורך החיפוש לערוך את החיפוש", גם בלא צו שיפוטי. הא ראייה, המחוקק הוכיח שהוא יודע להחריג במפורש חיפוש המהווה "עלבון משמעותי לכבוד האדם" ("significant affront to human dignity" – ולענייננו, בדיקה גינקולוגית – מהעיקרון האמור, כפי שעשה בסעיף 4(ו) הנ"ל, אך הוא לא נטח כן בסעיף 23 לפסד"פ (סעיף שתוקן חודשים אחדים בלבד לפני חקיקת חוק החיפוש בגוף האדם). ולסיכום: דין טענת המשיב בדבר קיומו של "הסדר שלילי" כביכול בסעיף 23 הנ"ל – להידחות.

המשפט המשווה אינו תומך במסקנות בית הדין הצבאי לערעורים ועמדת המשיב

24. המשיב טוען בכתב תגובתו, בהרחבה רבה, כי המשפט המשווה תומך במסקנה המשפטית של בית הדין הצבאי לערעורים, לפיה אין לבצע חדירה לטלפון נייד במעבדה בלא צו שיפוטי. לדעת המשיב, מסקנה זו נלמדת מפסיקת בית המשפט העליון בארה"ב הקובעת כי בהיעדר נסיבות דוחקות ("exigent circumstances"), "אין לערוך חיפוש במכשירי טלפון ניידים ללא צו, בוודאי לא מקום בו ניתן להחרים את הטלפון ולהוציאו משליטתו של החשוד ובכך לשמר את הראיות" (כתב התגובה, סעיף 78). עוד טוען המשיב, כי גם בדין הקנדי "אלמנט הנסיבות הדוחקות – אליו התייחסנו בסקירת הדין בארה"ב – קיים, במידת מה" (שם, סעיף 90). אלא שבכל הכבוד וההערכה, טענות המשיב בדבר המצב המשפטי בארה"ב אינן מדויקות ואינן משקפות את הדין בארצות אלו, כמו גם במדינות נוספות בעולם המשפט האנגלו-אמריקאי. ועתה, נסקור את המשפט המשווה בסוגיית ההסכמה מדעת, בכלל, וביצוע חיפוש/חדירה למחשב או טלפון נייד בהסכמה, בפרט.

"דוקטרינת הווייתור" ("Doctrine of Waiver") והחזקה כי נאשם רשאי לוותר על זכויותיו

25. כמו בישראל, גם בארה"ב קיימת פסיקה ענפה לפיה נאשם רשאי לוותר על זכויותיו השונות - לרבות זכויות יסוד חוקתיות. מעבר לכך, בארה"ב אף קיימת חזקה בד"ן שגם בהיעדר הסמכה מפורשת בדין, וויתור כאמור הוא בעל תוקף ואינו פוגע בעקרונות היסוד של השיטה. עמד על כך בית המשפט העליון בארה"ב בפרשת *United States v. Mezzanatto*, 513 U.S. 196, 200-201 (1985):

"Rather than deeming waiver presumptively unavailable absent some sort of express enabling clause, we instead have adhered to the opposite presumption. See...*Peretz v. United States*, 501 U.S. 923, 936...('The most basic rights of criminal defendants are ... subject to waiver'). A criminal defendant may knowingly and voluntarily waive many of the most fundamental protections afforded by the Constitution. See, e.g., *Ricketts v. Adamson*, 483 U.S. 1, 10 (1987) (double jeopardy defense waivable by pretrial agreement); *Boykin v. Alabama*, 395 U.S. 238, 243 (1969) (knowing and voluntary guilty plea waives privilege against compulsory self-incrimination, right to jury trial, and right to confront one's accusers); *Johnson v. Zerbst*, 304 U.S. 458, 465 (1938) (Sixth Amendment right to counsel may be waived). Likewise, absent some affirmative indication of Congress' intent to preclude waiver, we have presumed that statutory provisions are subject to waiver by voluntary agreement of the parties..."

(ההדגשה שלי, א' פ')

ואם ישאל השואל "היכן הגבול?", אזי תשובה ציורית לכך ניתנה בפסק דין של בית המשפט לערעורים במחוז השביעי בפרשת *United States v. Josefik*, 753 F. 2d 585 (1985) שם נטען כי המערער לא היה רשאי לוותר על פגם בהרכב חבר המושבעים שהרשיעו במשפט :

"No doubt there are limits to waiver; if the parties stipulated to trial by 12 orangutans the defendant's conviction would be invalid notwithstanding his consent, because some minimum of civilized procedure is required by community feeling regardless of what the defendant wants or is willing to accept. But nothing in the procedure used in this case shocks our consciences."

C. Harker, "Consent Searches and - ברוח דומה, ראו את מאמרו של המלומד הניו זילנדי - Section 21 of the New Zealand Bill of Rights Act 1990" 9 *N.Z.J. Pub. & Int'l L.* ADAMS ON (להלן: *Harker*), 137, 141 (2011) בו מצוטטים הדברים הבאים מהספר

: CRIMINAL LAW

"It is doubtful that all of the substantive rights of the Bill of Rights can be forgone by consent; society would certainly refuse to countenance waivers of such things as the right not to be subject to torture, or to be discriminated against because of colour. Typically, issues of waiver arise in the context of procedural protections, like the right to refrain from making a statement to the police, or the right to retain and instruct counsel. **Even the substantive right to be free from unreasonable search can be waived.**"

(ההדגשה שלי, א' פ')

וראו עוד, בממלכה המאוחדת: 1 [2015] *R. (M) v. Chief Constable of Hampshire*, Cr.App.R. 20 (2014) (להלן: "פרשת Hampshire"), שם הטעים ה- Lord Justice Martin Moore-Bick כי חשוד רשאי להסכים לפגיעה בזכויותיו - הן זכויות הנתונות לו במשפט המקובל, הן זכויות הנתונות לו באמנה האירופית לזכויות אדם (שם, פסקה 13).

עינינו הרואות, איפוא, כי "דוקטרינת הוויתור" משמעה כי חשוד או נאשם רשאי לוותר על זכויותיו השונות, הן במישור הדיוני-פרוצדורלי והן במישור המהותי-חוקתי. הדוגמאות המובאות במשפט המשווה לזכויות קוגנטיות שלא ניתן לוותר עליהן הן הזכות להישפט בפני חבר מושבעים המורכב מבני אנוש (להבדיל מאורגנוטים); הזכות שלא להיות נתון לעינויים; הזכות שלא להיות נתון להפליה על רקע צבע עור; ובדין המקומי, זכותה של אישה שלא להיות נתונה לבדיקה גינקולוגית פולשנית. ודוק: מבלי לערוך רשימה מדוקדקת של הזכויות שלא ניתן לוותר עליהן עפ"י דין, ברי כי הזכות שלא להיות נתון לחיפוש – לרבות חיפוש המתבצע בלא קיומו של חשד סביר לביצוע עבירה – אינה כלולה ברשימה צרה זו.

המשיב מסתמך על פסיקה שאינה רלוונטית לסוגיה העומדת לדיון

26. כאן נזכיר כי בית הדין הצבאי לערעורים הפנה בפסק דינו (שם, פסקה 16) לשלושה פסקי דין זרים – האחד של בית המשפט העליון בארה"ב (*Riley v. California*, 134 S. Ct. (2014) 2473), והשניים האחרים של בית המשפט העליון בקנדה (*R. v. Vu* [2013] 3 S.C.R. 657 ו- *R. v. Fearon*, [2014] 3 S.C.R. 621). גם המשיב, בכתב תגובתו לבקשת המבקשת למתן רשות ערעור, מסתמך על שלושת פסקי הדין הללו (שם, סעיפים 73-81, 87-91). דא עקא, שלושת פסקי הדין אינם עוסקים כלל בחריג ה"הסכמה" ("consent") לחובה הכללית שלפיה יש לבצע חיפוש מכוח צו שיפוטי, אלא הם עוסקים בחריג אחר במשפט המקובל – קרי, חריג ה"חיפוש בתכוף למעצר" (*"search incident to an arrest"*); ולא הרי זה כהרי זה.

27. עוד יוער, כי הבסיס שעליו מושתת הניתוח המשפטי של המשיב על אודות המשפט האמריקאי (וראו לעניין זה עמ' 20-14 לכתב התגובה) אינו מדוייק. לטענתו, ישנם רק "שני" חריגים" לכלל המחייב קבלת צו שיפוטי ("warrant") בטרם ביצוע חיפוש (או תפיסה), והם "קיומן של נסיבות דוחקות וחיפוש תכוף למעצר" (שם, עמ' 15 פסקה 70). אלא שבכל הכבוד וההערכה, טענה זו הינה שגויה; שכן, לאמיתו של דבר קיימים חריגים נוספים לכלל המחייב קבלת warrant, כגון "חריג כלי הרכב" ("automobile exception"), חריג "דוקטרינת מקום הגלוי לעין" ("plain view doctrine"), והחשוב לענייננו – חריג ההסכמה ("consent search"). מכאן, כי אין מקום להשוות בין חריג ה"חיפוש בתכוף למעצר" לחריג ה"הסכמה".

28. ואכן, נוכח השוני המהותי בין שני החריגים הללו, לא יכולה להיות מחלוקת על כך שההלכה בארה"ב בסוגיית החיפוש במחשב בהסכמת חשוד אינה רלוונטית כלל לנושא ה-"search incident to arrest" שנדון בפרשת *Riley v. California* דלעיל. אלא, אמות המידה של ה"חיפוש בתכוף למעצר" לחוד, ואמות המידה של "חיפוש בהסכמה" לחוד. כך, למשל, מוצגת ההלכה הספציפית בדבר חיפוש במחשב בהסכמתו של חשוד ב- 15B :Am. Jur. 2d, *Computers and the Internet* §35 ("Consent to Search")

"Voluntary consent may validate an otherwise illegal search or seizure. **Thus, a warrantless police search or seizure of an individual's computer or computer equipment performed pursuant to the individual's consent does not violate the Fourth Amendment.** Conversely, a warrantless police search or seizure of an individual's computer or computer equipment not performed pursuant to the individual's consent violates the Fourth Amendment" (ההדגשה שלי, אי פי).

כן ראו:

- פסק הדין של בית הדין הצבאי לערעורים בארה"ב בפרשת *United States v. Rittenhouse*, 62 M. J. 509 (2005), שם הורשע סמל בצבא ארה"ב בעבירות של החזקת פרסומי תועבה לאחר שנתגלו במחשב האישי שלו – שבו נערך בהסכמתו חיפוש במעבדה של ה-Criminal Investigation Division - תמונות מפלילות. נקבע, כי הנאשם הסכים בחתימתו על טופס ההסכמה (Consent to Search Form) לביצוע חיפוש במחשב שמטרתו איתור קבצים "containing material related to the sexual exploitation of minors", ומשכך החיפוש נערך כדין.
- *United States v. Miller*, 450 F. Supp. 2d 1321 (M.D. Fla. 2006) (להלן: "פרשת Miller"), שם נקבע כי חתימת הנאשם על טופס הסכמה לעריכת חיפוש במחשב שלו במעבדה הכשירה את החיפוש גם בלא צו שיפוטי, וכי טענתו כי לא הבין את מהות ההסכמה אינה מהימנה כיוון ש-"The fact of the matter is that the Consent To Search Form is a one page document that anyone with an average level of intelligence could read and understand in less than one minute." *United States v. Roberts*, 86 F. Supp. 2d 678 (S.D. Tex. : וראו עוד: 2000).
- P. W. Grimm & A. W. Major, "Legal Standards Governing the Collection of Admissible Electronic Evidence in Criminal Cases in the United States;

Balancing Privacy Interests with Law Enforcement Interests" 2 *SKKU J. SCI. & TECH. L* 1, 13 (2008).

29. זאת ואף זאת: גם הדין בקנדה אינו תומך במסקנתו המשפטית של בית הדין הצבאי לערעורים ועמדת המשיב בהליך דנא, כמפורט להלן.

א. ראשית לכל, ישנם מלומדים הסבורים כי גישת בית המשפט העליון בקנדה היא כי חיפוש בהסכמה אינו בגדר "חיפוש" כל עיקר במובנו של סעיף 8 לצ'רטר הקנדי (וראו למשל מאמרו של *Harker*, עמ' 145-146); ולמותר לציין, כי השקפה כזו וודאי אינה מתיישבת עם קביעת בית הדין הצבאי לערעורים כי חיפוש במעבדה מותר אך ורק מכוח צו שיפוטי, שכן אם לא עסקינן כלל ב"חיפוש" במובן החוקתי, אין זה מעניינו של בית המשפט כל עיקר.

ב. שנית, גם אם חיפוש בהסכמה הוא אכן "חיפוש" בדין הקנדי, הרי שהסתמכות בית הדין הצבאי לערעורים על שיקול ה"דחיפות" (קרי, "exigent circumstances") כשיקול המכריע בפסק דינו, נשללה במפורש בפרשת *Fearon* (אותו פסק דין שהוזכר ע"י בית הדין עצמו). ויובהר, כי השופט *Cromwell* קבע בפסק דין *Fearon* כי דוקטרינת ה-"exigent circumstances" אינה מתאימה כלל לחיפוש בטלפון נייד בזמן מעצר, בין היתר, משום שאין הצדקה לדרוש "יסוד סביר ומסתבר" לביצוע החיפוש בשלב כה מוקדם של החקירה (וראו שם, פסקאות 69-73):

"[The exigent circumstances] standard requires too much knowledge on the part of the police, given the very early point in an investigation at which a search incident to arrest will often occur... This approach, in my view, gives almost no weight to the law enforcement objectives served by the ability to promptly search a cell phone incidental to a lawful arrest. If, as in my view, importing a standard of reasonable and probable grounds would significantly undermine these objectives, then imposing a requirement of urgency and restricting the purposes for which the search may be conducted would effectively gut them" (paragraph 70).

כלומר, אליבא דבית המשפט העליון בקנדה, שיקולי "דחיפות" אינם מתאימים לחריג ה"חיפוש בתכופ למעצר", ולא כל שכן שהם אינם רלוונטיים כלל לחריג ה"חיפוש בהסכמה".

(לעניין חריג ה-"exigent circumstances", ראו גם פסק דין חדש של בית המשפט העליון בקנדה בפרשת *R. v. Paterson*, 2017 SCC 15 (מיום 17.3.17) (פסקאות

26-41 לפסק הדין של שופט הרוב, Russell Brown; פסקאות 68-70 לפסק הדין של שופט המיעוט, Michael Moldaver).

ג. שלישית, כעולה מפסק דין נוסף של בית המשפט העליון בקנדה שניתן לאחרונה, ביצוע חיפוש בהסכמת חשוד לדף מביצועו מכוח חריג ה"חיפוש בתכוף למעצר". באותו מקרה - *R. v. Saeed*, 2016 S.C.C. 24 - העותר הורשע בעבירות מין לאחר שה-DNA של המתלוננת נמצא, לאחר עריכת "משטח פיני" ("penile swab"), על איבר מינו. "משטח הפיני" בוצע מכוח חריג ה-"search incident to arrest", וזאת מבלי שהוצא צו חיפוש ע"י בית משפט או שניתנה הסכמת העותר לעריכת החיפוש. עיון בפסק הדין מלמד כי קיימת עדיפות ברורה בדין הקנדי לביצוע חיפוש מכוח "הסכמה או צו חיפוש" ("consent or a warrant"), וזאת בהשוואה לחיפוש המבוסס על חריג ה-"search incident to arrest" (וראו למשל פסקה 61 לפסק הדין של השופט Michael Moldaver). עתירת העותר נדחתה לבסוף ברוב של 8-1.

והעולה מן המקובץ הוא כי גם בדין הקנדי לא ניתן למצוא סיוע למסקנת בית הדין הצבאי לערעורים ולעמדת המשיב.

30. גם בממלכה המאוחדת דין הוא כי הסכמתו של חשוד לעריכת חיפוש על גופו או בביתו שוללת את הצורך לקבל צו חיפוש מבית משפט (וראו: *Renton and Brown*, CRIMINAL PROCEDURE (6th Ed., 2017) §7-27.1; *Freeburn v. HM Advocate*, [2012]; H.C.J.A.C. 135 (paragraph 14); פרשת *Hampshire* דלעיל). יתר על כן, באשר ל"דגימות אינטימיות" ("intimate samples") בגוף האדם, אף נאסר על המשטרה בחוק לבצען מכוח החריגים המוכרים במשפט המקובל (כגון "search incident to arrest") אלא דרושה הסכמת הנבדק (וראו סעיפים 62(1) ו-65 ל- *Police and Criminal Evidence Act 1984*). הנה כי כן, לא זו בלבד שבדין האנגלי חשוד רשאי להסכים לעריכת חיפוש על גופו, בכליו ובביתו, אלא שביחס לחיפוש אינטימי, המחוקק האנגלי אף רואה ב"הסכמה" תנאי-בלעדיו-אין לביצועו. וכך או כך, גם בממלכה המאוחדת אין מגבלה חוקית על מתן הסכמה ע"י נחקר לעריכת חיפוש במחשב במעבדה.

31. לקראת סיום פרק זה, לא למיותר לציין כי כוחה של הסכמה לעריכת חיפוש מוכר גם באוסטרליה וניו זילנד, וגם במדינות אלו לא מצאנו בסיס לטענה כי סוגיית החיפוש במחשב במעבדה הנוחרגה מהכלל האמור.

כך למשל, במחוז ניו סאות' ווילס נקבע בעבר כי מתן הסכמה לכשעצמו שולל את הטענה כי החיפוש אינו חוקי, וראו: *R. v. Moussa*, [2001] NSWCCA 427 (paragraph 19) ("If (the appellant did in fact consent to the search, then it could not be illegal").

בניו זילנד, הגישה המקובלת היא כי הסכמת חשוד לעריכת חיפוש מעידה על כך שהחיפוש הוא בגדר "חיפוש סביר", וראו לעניין זה מאמרו הנ"ל של *Harker*, עמ' 139-142 (שם מפנה המחבר המלומד לפרשת *R. v. Fletcher*, (2002) CRNZ 399 (CA)).

32. נוכח כל האמור לעיל, ברור כשמש כי טענת המשיב, לפיה המשפט המשווה תומך בעמדתו המשפטית כי אין לבצע חדירה לטלפון נייד במעבדה בלא צו שיפוטי, אין לה על מה שתסמוך. אלא, כפי שראינו בהרחבה, ניתוח מדויק של המשפט המשווה מוכיח כי באף לא אחת מהמדינות הרלוונטיות – ארה"ב, קנדה, הממלכה המאוחדת, אוסטרליה וניו זילנד – קיימת חובה בדין לערוך חיפוש במכשירי טלפון ניידים עפ"י צו שיפוטי, ובלבד שניתנה הסכמה מדעת ע"י החשוד לביצוע החיפוש.

נחקר הנתון לחקירה במשטרה בהחלט מסוגל ליתן "הסכמה מדעת"

33. קביעה עקרונית נוספת בפסק הדין של בית הדין הצבאי לערעורים עניינה בכך שיש להטיל ספק ביכולתו של נחקר לתת "הסכמה מדעת" לחיפוש במעבדה כשהוא "נתון ללחץ החקירה וללחץ נוסף של בקשה-דרישה להסכים לחיפוש, בתוך פרק זמן קצר...[לכן], חיפוש במעבדה עלול להיות מבוסס על 'רצון' ועל 'אוטונומיה' שבסיסם מוטעה" (פסק הדין, פסקה 36. כן ראו לעניין זה כתב התגובה של המשיב, סעיף 134). ואולם, בכל הכבוד, גם הערכה אמפירית זו אינה מצדיקה את הקביעה הגורפת בדבר שלילה אבסולוטית של האפשרות לבצע חיפוש בטלפון חכם במעבדה על בסיס הסכמת הנחקר.

34. ויודגש: לאורך כל החקירה הפלילית והמשפט שעשוי לבוא בעקבותיה, נתקל החשוד/הנאשם בדילמות שונות – ואולי אף "פיתויים" שונים – שיש להם השפעה רבה, ואולי אף מכרעת, על אופן קבלת החלטותיו השונות, הן ה"טקטיות" והן ה"אסטרטגיות". כך, למשל, התביעה עשויה להציע לנאשם הסדר טיעון "מפתה", הסדר שבמסגרתו מוותר הנאשם על זכותו החוקתית כי אשמתו תוכח מעל לספק סביר, וברי כי אין בכך כל "לחץ פסול" אשר "שולל" כביכול את יכולתו של הנאשם ליתן "הסכמה מדעת". עמד על כך בית המשפט העליון בארה"ב, מפי השופט Thomas, בפרשת *Mezzanatto* שהוזכרה לעיל:

"Respondent asserts that there is a 'gross disparity' in the relative bargaining power of the parties to a plea agreement and suggests that a waiver agreement is 'inherently unfair and coercive.' ... Because the prosecutor retains the discretion to 'reward defendants for their substantial assistance' under the Sentencing Guidelines, respondent argues that defendants face an 'incredible dilemma' when they are asked to accept waiver as the price of entering plea discussions...**The dilemma flagged by respondent is indistinguishable from any of a number of difficult choices that criminal defendants face every day.** The plea bargaining process necessarily exerts pressure on defendants to plead guilty and to

abandon a series of fundamental rights, but we have repeatedly held that the government 'may encourage a guilty plea by offering substantial benefits in return for the plea.' ... The mere potential for abuse of prosecutorial bargaining power is an insufficient basis for foreclosing negotiation altogether... **Thus, although some waiver agreements 'may not be the product of an informed and voluntary decision,' this possibility 'does not justify invalidating all such agreements.'** Newton, supra, 480 U.S. at 393, 107 S.Ct. at 1192 (majority opinion). **Instead, the appropriate response to respondent's predictions of abuse is to permit case-by-case inquiries into whether waiver agreements are the product of fraud or coercion.** We hold that absent some affirmative indication that the agreement was entered into unknowingly or involuntarily, an agreement to waive the exclusionary provisions of the plea-statement Rules is valid and enforceable" (paragraphs 12-13).

וברוח דומה, ראו אצלנו: רע"פ 1528/16 פלח נ' מדינת ישראל (מיום 12.12.16) (אין לאפשר לנאשם לחזור בו מהודייתו במשפט, הודיה שניתנה באופן חופשי ומרצון, גם אם לטענתו הסניגור המליץ לו להודות בכתב האישום "תוך הבהרה שאם לא יודה צפוי לו עונש כבד יותר" (שם, פסקה 13)). כן ראו: רע"פ 6512/16 המאירי נ' מדינת ישראל (מיום 17.11.16) (כני"ל).

זאת ואף זאת: בית המשפט לערעורים בממלכה המאוחדת הגיע לאותה מסקנה ממש בפרשת *Hampshire* דלעיל, שם טען העותר כי הסכמתו לכניסת השוטרים לביתו לא היתה הסכמה "אמיתית", כיוון ש"רוחו נשברה" עקב הידיעה כי אם לא יסכים לכניסתם, אזי אנשי המשטרה יוכלו להשיג צו חיפוש בבית משפט. טענה זו נדחתה מכל וכל ע"י ה-Lord Justice Moore-Bick, בציינו:

"[I]t is not possible to accept Mr. Southey's broad proposition that in all cases section 96B [of the Sexual Offences Act 2003, אי פ] robs the offender of the ability to make a free and informed decision. **All that can be said is that the question whether entry by the police involved an unlawful interference with the offender's rights must be determined by reference to the facts of the particular case**" (paragraph 14) (ההדגשה שלי, אי פ).

דברים אלה יפים אף לענייננו. ומכאן עולה, כמובן, כי כל מקרה ומקרה לפי נסיבותיו, ובוודאי שאין מקום לשלול באופן קטיגורי יכולתו של נחקר ליתן הסכמה לעריכת חיפוש בטלפון נייד במעבדה, בדיוק כפי שאין מקום לשלול באופן קטיגורי יכולתו של חשוד להסכים לביצוע חיפוש בביתו או חיפוש חיצוני או פנימי בגופו (בכפוף לחריג המופיע בסעיף 4(ו) לחוק החיפוש בגוף האדם, כאמור לעיל). והדברים פשוטים.

35. לשלמות התמונה יובהר כי היועץ המשפטי לממשלה מכיר בכך, כמובן, שקיימים הבדלים בין חיפוש פיסי לחיפוש בטלפון חכם או מחשב. אין חולק, למשל, כי טלפון חכם עשוי לאגור מידע אישי רב ורגיש - הגם שמטבע הדברים לא כל מחזיק בטלפון חכם אכן משמר בו מידע כזה (וראו לעניין זה דבריו של השופט Cromwell בפרשת *Fearon*, פסקה 23 לעיל) - וכן כי דרכי החיפוש בטלפון חכם עשויות להיות משוכללות יותר מחיפוש במרחב הפיסי. נוכח ההבדלים הללו, החליט היועץ המשפטי לממשלה לקבוע נוהל ספציפי, הכולל גם טופס הסכמה מפורט יותר מזה שהמשיב חתום עליו, על מנת שזכויותיו המלאות של החשוד - כגון זכותו לחזור בו מהסכמתו בכל עת ו/או להגבילו - תובהרנה לו.

מנ הכלל אל הפרט

36. בנסיבות מקרה דנא, המשיב חתם על מסמך הנושא כותרת "הסכמה לביצוע חיפוש וחדירה נמשכת לחומר מחשב והחרמת מכשיר סלולארי". למען הסר ספק, בסעיף 7 רישא לטופס ההסכמה אישר המשיב כי "לאחר שהובהר ל[נ] כי אינ[נ] מחויב לכך", הרי שהוא נותן את הסכמתו לכך שהמשטרה הצבאית "תתפוס ותחזיק את המחשב או את החפץ המגלם חומר מחשב" ואף "תבצע חדירה למחשב ודבר המגלם חומר מחשב, לרבות חדירה נמשכת לצורך עיון, הפקת פלטים וכל פעולה אחרות [צ"ל אחרת] שתיראה לנכון לצורך הבטחת מיצוי ראיות בהליך משפטי". עיון בטופס ההסכמה מלמד, כפי שציין בית המשפט הפדראלי בארה"ב בפרשת *Miller*, כי "The fact of the matter is that the Consent To Search Form is a one page document that anyone with an average level of intelligence could read and understand in less than one minute".

37. בעקבות הסכמת המשיב לעריכת החיפוש בטלפון הנייד שלו, נערך חיפוש ע"י חוקר עבירות מחשב ונמצאו ממצאים מפלילים שהובילו להרשעתו בבית הדין הצבאי המחוזי.

38. בית הדין הצבאי לערעורים קבע - בטעות - כי עצם העובדה שהמשטרה הצבאית "הסתפקה בהסכמת המערער [המשיב בהליך דנא, א' פ'ן] ולא ביקשה (וכמובן לא קיבלה) צו מבית משפט" מובילה למסקנה כי "החיפוש פסולי" ותוצאה זו "מביאה לזיכויו של המערער מהעבירות שייחסה לו התביעה" (ראו סעיף 67 לפסק הדין).

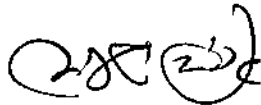
39. כאן יודגש, כי בית הדין הצבאי לערעורים קבע כי חרף חתימת המשיב על טופס ההסכמה בכתב, הרי ש"נטל התוכחה בעניין ההבנה רובץ על התביעה" ו"היא שהייתה אמורה להביא ראיות בדבר הבנתו של המערער [המשיב בעניינו, א' פ'ן] את מהות החיפוש במעבדה ואת תוצאותיו". אלא שגם קביעה זו אינה מבוססת בדין, שכן טופס ההסכמה שהוגש לבית הדין הצבאי וודאי עמד ב"חובת הראיה" (או "החובה המשנית") להעברת ה"נטל הטקטי" למשיב להפרכת החזקה כי אכן ידע והבין את תוכנו של טופס ההסכמה שעליו חתם (וראו למשל: ע"א 1266/91 קרן נ' בנק איגוד לישראל בע"מ ואח', פ"ד מו(4) 197 [מול האות ב'] ("חזקה על מי שחתם על יפוי-כוח כי ידע את תוכנו")). זאת, בייחוד על רקע העובדה

שטענט "חוסר ההבנה" שבפי המשיב היא טענה המצויה לחלוטין בידיעתנו המיוחדת והיא אף בעלת יסוד שלילי (וראו לעניין זה: רע"פ 6831/09 טורשאן נ' מדינת ישראל (מיום 18.7.11)). משכך, לא יכולה להיות מחלוקת של ממש שהמבקשת עמדה בנטל הראשוני שהוטל עליה, ומאחר והמשיב "לא הפריך את טענתה, בין אם בשל שתיקה, בין אם בשל טענה חלשה ובין אם בשל כפירה כללית – הרי שעמדת [המבקשת, א' פ'] נותרת בעינה" (מדברי כב' השופט ס' גובראן בפרשת ע"פ 4111/14 קורד ואח' נ' מדינת ישראל (מיום 20.8.15) (פסקה 101)). המסקנה היא אפוא כי המשיב אכן נתן "הסכמה מדעת" לעריכת החיפוש בטלפון הנייד שברשותו; החיפוש היה כדן; ממצאי החיפוש קבילים; ודינו של המשיב הוא הרשעה.

40. אשר על כן, מתבקש בית משפט נכבד זה לבטל את פסק הדין של בית הדין הצבאי לערעורים ולהחזיר על כנו את פסק הדין של בית הדין הצבאי המחוזי.

היום: 07 יוני 2017

י"ג סיון תשע"ז



אריה פטר

סגן מנהל המחלקה הפלילית
בפרקליטות המדינה