

האם הסכמת הנחקר יכולה להוות מקור סמכות לחיפוש בטלפון הנייד שלו?

עדי ריטיגשטיין-אייזנר*

המאמר עוסק בפרקטיקה שנהוגה על ידי המשטרה הצבאית החוקרת, ומתפשטת גם לחקירות של משטרת ישראל, והיא עריכת חיפוש בטלפון הנייד של הנחקר, שלא מכוח צו שיפוטי אלא בהתבסס על הסכמתו של הנחקר בלבד.

טענת המאמר היא כי פרקטיקה זו השתרשה שלא כדין, ובניגוד להוראת סעיף 23 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש). חיפוש בטלפון נייד, בשל טיבו וטבעו, חושף את הנחקר לפגיעה משמעותית בזכותו לפרטיות, ואף עלול להוביל לפגיעה בפרטיותם של אלה שעמדו עמו בקשר. הפרט אינו מודע להיקף המידע שניתן לשחזר בחיפוש כאמור, ובנסיבותיה הדוחקות של חקירה פלילית לא כל שכן. הסכמה בסיטואציה של חקירה פלילית, בהינתן פערי הכוחות בין הנחקר לבין חוקריו, אינה הסכמה מדעת.

עוד יצביע המאמר על כך שחיפוש בטלפון נייד בהתבסס על הסכמת הנחקר אינו עולה בקנה אחד עם פסיקת בית המשפט העליון, אשר קבע הגנה מרחיקת לכת למחשבים כקניין מכונן.

מבוא

במאמר זה אעסוק בשאלה האם מוסמכות רשויות החקירה לערוך חיפוש בטלפון נייד של נחקר, בהתבסס על הסכמתו בלבד. זאת, להבדיל מעריכת החיפוש מכוח צו שיפוטי.

הנוהג לערוך חיפוש בטלפון הנייד של הנחקר מכוח הסכמתו בלבד, הכה שורשים בצה"ל כבר לפני שנים. הדבר עולה ברורות ממכתבו של פרקליט המדינה לתובע הצבאי הראשי, ובו נאמר:

במסגרת הדיון [שהתקיים] בלשכתני] הסתבר שיש שוני בפרקטיקה הנוהגת מזה שנים במשטרת ישראל למול זו הנוהגת מזה שנים במצ"ח. בעוד שמצ"ח נוהגת לערוך חיפוש במכשירים סלולאריים או על בסיס הסכמת הנחקר או על בסיס קבלת צו חיפוש שיפוטי, הרי שבמשטרת ישראל נהוג לערוך חיפוש שכזה רק על בסיס צווים שיפויטיים.¹

* תודתי נתונה לחברי המערכת, ד"ר יובל לבנת, עו"ד עידית צימרמן ועו"ד גיא רובינשטיין, אשר הפליאו בעריכת המאמר. אבקש להודות גם לעו"ד עאסם חאמד, עו"ד יגאל בלפור ועו"ד ליאור עייש על הערותיהם המחכימות וסיועם לאורך הדרך. תודה מיוחדת נתונה לאישי, שחר איזנר, על האמון והתמיכה. האחריות לדברים הכתובים במאמר היא שלי בלבד.

המחברת היא סניגורית בהליך המתנהל במערכת המשפטית הצבאית (ראו להלן ה"ש 6). ההליך עוסק בשאלה המשפטית מושא מאמר זה.

האם הסכמת הנחקר יכולה להוות מקור סמכות לחיפוש בטלפון הנייד שלו? | עדי ריטיגשטיין־אייזנר

לאחר שהסוגיה הובאה להתייחסותו (בעקבות החלטת בית הדין הצבאי לערעורים, שביקש לקבל את המדיניות המנחה של פרקליטות המדינה ואת הפרקטיקה הנהוגת במשטרת ישראל בעניין זה),² צידד פרקליט המדינה בעמדת מצ"ח בנושא,³ תוך הדגשה שעל הסכמת הנחקר לחיפוש בטלפון הנייד לעמוד באמות המידה של "הסכמה מדעת".

כשנה מאוחר יותר, נתן המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (פלילי) הנחיות מפורטות יותר למצ"ח באשר לפרוצדורה של עריכת חיפוש בחומר מחשב (לרבות טלפון נייד), ולפיהן יובהר למי שהסכמתו מתבקשת (להלן: "הנחפש") כי עצם סירובו לכיצוע חדירה לחומר מחשב לא ייזקף לחובתו; הנחפש רשאי ואינו חייב למסור נימוקיו לסירוב; כמו כן יובהר לנחפש כי מצ"ח יכולה לערוך את החדירה לכלל חומר המחשב (אלא אם כן יסייג זאת) וכי היא רשאית להפעיל כל אמצעי טכנולוגי שברשותה במהלך החדירה לחומר המחשב והחיפוש בו. כן נקבע באותן הנחיות ש"נימוקים שנמסרו על ידי הנחפש או התנהגותו אגב בקשת ההסכמה עשויים לשמש כנגדו במהלך ההליך המשפטי, באותו אופן שמכלול התנהגותו ושקרי נאשם עשויים להילקח בחשבון על ידי בית המשפט".⁴ נוהל המשקף עקרונות אלה נוסח לאחרונה גם על ידי משטרת ישראל.⁵

לפרקטיקה הצה"לית האמורה – אשר קיבלה בינתיים את ברכת בית הדין הצבאי לערעורים⁶ – יש השלכות מרחיקות לכת על הפגיעה בפרטיותם של חיילים. מנתונים שהועברו לכותבת שורות אלה מדובר צה"ל על פי חוק חופש המידע, עולה שבין החודשים פברואר 2014 למרץ 2015 נבדקו על ידי המשטרה הצבאית 2499 טלפונים ניידים. רק 490 מתוכם נבדקו באמצעות צו שיפוטי.⁷ בשנה העוקבת נערכו חיפושים בטלפונים ניידים בהיקף דומה.⁸

משמספר תיקי החקירה בצבא המתגבשים לכדי כתב אישום מגיע למאות בודדות, מתבקשת המסקנה כי באלפי מקרים נעשו החיפושים שלא לצורך. עריכת אלפי חיפושים בטלפונים ניידים מדי שנה בשנה במערכת האכיפה הצבאית, אשר אוכפת עברות קלות יחסית ואשר כתיב האישום במסגרתה מגיעים למאות בודדות, מחייבת את המסקנה שחיפושים בטלפונים ניידים הפכו להיות אמצעי חקירה שגור, במנותק מטיבו של החשד, מקיומה של עילה לחיפוש בטלפון או מצורכי החקירה הפרטניים. רוצה לומר, פעולת החקירה הפוגענית מתבצעת על ידי גורמי החקירה שלא מתוך צורך אמתי ומשמעותי, המחייב את ביצועה, אלא אך בשל קיומה של היכולת לחפש במכשירים ניידים והאמונה ב"שלח לחמך" במסגרת חקירות פליליות.

עתה, כאמור, הפרקטיקה הבעייתית הזו עלולה להיעשות שגורה גם בחקירות של משטרת ישראל. לאחרונה אף ניתן פסק דין של בית המשפט המחוזי שמאשר את חוקיות הפרקטיקה האמורה.⁹ על כן, רגע לפני שהדבר מגיע להכרעת בית המשפט העליון, אבקש לצאת כנגד העמדה שנעשתה רווחת בקרב גורמי האכיפה והמשפט בישראל, ולטעון שהן על פי הדין המצוי והן על פי הדין הרצוי הסכמה של נחקר אינה יכולה להקנות סמכות לעריכת חיפוש בחומר מחשב שברשותו, לרבות בטלפון הנייד שלו.

הפגיעה בפרטיות: היקפו של החיפוש בטלפון הנייד ואופן שמירת הראיות

בשל תפקידו של הטלפון הנייד בחיי היום־יום ויכולותיו המתקדמות, חיפוש בו מהווה פגיעה חמורה בזכותו של בעליו לפרטיות. אין המדובר על "סוד שיחו וכתביו של אדם" בלבד. המידע האצור במכשיר (או שהמכשיר מהווה אמצעי ישיר לעיון בו) מהווה תיעוד של ממדים רבים של חיי הפרט, חלקם סודיים וחסויים בשל טיבם וחלקם נוגעים לצדדים שלישיים אשר אין להם נגיעה לחקירה הפלילית, אך זכויותיהם עלולות להיפגע כתוצאה מאופן עריכתה.

ההתקדמות הטכנולוגית המואצת, הזרימה המהירה של המידע ואופן העברתו הכתיבו את מיקומו המרכזי של הטלפון הנייד בחייהם של אנשים רבים. כיום, חלק נכבד מהתקשורת הבין־אישית נעשית באמצעות הטלפון הנייד. כך, דברים שבעבר נאמרו בשיחות אישיות או בשיחת טלפון, מועברים היום כמסר כתוב באמצעות יישומונים פשוטים לשימוש, הזמינים לכלל הציבור בחינם או במחיר זניח. הטלפון הנייד מחליף במובנים רבים את הזיכרון האנושי, את יכולת ההתמצאות וכן מגלם את היכולת לשכלל מסרים ולהעבירם הלאה. כל זאת, תוך שהוא מתעד ו"זוכר" כל פעולה שביצענו, כל מסר שהעברנו וכל מקום שהיינו בו. הדברים נכונים אף מקום שבו אנחנו פונים לשם קבלת טיפול רפואי, נפשי, רוחני או לצריכת שירותים משפטיים, בנקאיים, ממשלתיים וכדומה. נוסף על כך, משמש הטלפון הנייד לאגירת מידע מסוגים שונים כדוגמת מספרי טלפון, תמונות, העתקי מסמכים ועוד.

החיפוש בטלפונים ניידים נעשה במעבדה מוסמכת של המשטרה (או, ככל שמדובר בצה"ל, במצ"ח). הלכה למעשה, מייצרת "פעולת החיפוש" העתק מלא של תוכן המכשיר, בכל מקרה ומקרה, וזאת מבלי להתחשב בנושא החקירה או בחשדות המיוחסים לנחקר. בשל טיבו ואופיו של החיפוש, נדרשת הרשות החוקרת לסרוק, באופן ידני, את המידע האצור במכשיר על מנת לאתר ראיות רלוונטיות לנושא החקירה, ככל שישנן.

חיפוש ידני בחומר המצוי בטלפון הנייד עשוי להוביל לאיתור ראיות, אך בהכרח הוא מגלם פגיעה אנושה בפרטיותו של בעל המכשיר. כך, לדוגמה, בעוד שחיפוש במלל יכול שיעשה על ידי מילות מפתח, חיפוש במדיה מחייב בחינה פרטנית של כל אחד מפרטי המדיה. כך, עלולים החוקרים המעורבים בחקירה, ובהמשך התובעים המטפלים בתיק ומעורבים אחרים בפרשה, אם ישנם, להיחשף לתמונות מוצנעות של הנחקר, לרשימת חבריו ולאנשים שעמם הוא בא במגע אינטימי, ליישומונים שבהם הוא בוחר להשתמש ועוד.

אם כן, הטלפון הנייד אוגר עבורנו כמויות עצומות של מידע הנוגע בכל היבט של חיינו הפרטיים ואף בחייהם הפרטיים של האנשים העומדים אתנו בקשר. חלק מן המידע ישן ונשכח מזיכרונו של בעל הטלפון הנייד, אך המכשיר עדיין מאפשר את איתורו בקלות.

אי לכך, הטלפון הנייד מגלם את מאפייניו של בעליו ומהווה שלווחה ישירה שלו, של אופיו, של תכונותיו האישיות, העדפותיו בתחומים שונים ולמעשה – של זהותו. מאפייניו הטכנולוגיים של הטלפון הנייד מאפשרים לו לאגור מידע רב יותר מזה אשר יכול להימצא בכיתו של אדם. מעבר לכך, הוא טומן בחובו גם את "ביתם" וזהותם של אחרים, אשר מקיימים שיח עם אותו אדם. בהתאם, המידע האגור בו אף נוגע לעניינם הפרטי (ולפרטיותם) של אחרים, שאינם קשורים לחקירה הפלילית. כיום, הטלפון הנייד אף אוגר מידע בנוגע לפרט, מבלי שהפרט עצמו מודע לכך כלל ועיקר. כך לדוגמה, הטלפון הנייד משמר קבצים שנמחקו על ידי המשתמש, כמו גם פרטים על העדפות אישיות, חיפושים וקשרים אישיים, הנאגרים במסגרת שימוש ביישומונים שונים המותקנים עליו. שמירת המידע במחשבי הרשות החוקרת מגלם אף הוא פגיעה פוטנציאלית בפרטיות. אגירת המידע הנאסף במסגרתן של חקירות רבות, בדרך המתוארת, מאפשרת לכל האנשים הרשאים לגשת למחשבי הרשות החוקרת נגישות למידע. היא אף חושפת את ה"מאגר" לסיכון של פריצה חיצונית והפצת מידע מתוכו. במצב הדברים המתואר, פוטנציאל הפגיעה בפרטיות הוא עצום. אדם מן היישוב, שאינו בקי בהלכות האיסוף, השמירה וההעברה של ראיות, אינו יכול לשקול את הדברים כשהוא נותן את הסכמתו לחיפוש בטלפון הנייד. קל וחומר אמורים הדברים ביחס לנחקר, הנדרש לשקול את הדברים בנסיבות הדוחקות של חקירתו.

האם הסכמת הנחקר יכולה להוות מקור סמכות לחיפוש בטלפון הנייד שלו? | עדי ריטיגשטיין־איזנר

על רקע ההבנה האמורה בדבר היקף הפגיעה בפרטיות, מצא המחוקק לנכון להעניק הגנה רחבה ל"חומר מחשב" ולהחמיר את הדרישות לחיפוש בו. להבדיל מחיפושים אחרים שאותם מוסמכת הרשות החוקרת לבצע, קבע המחוקק כי חיפוש ב"חומר מחשב" ייערך מכוח צו שיפוטי בלבד ועל ידי חוקר מיומן, באופן שיבטיח את השמירה על המידע.¹⁰ הקשר הגורדי בין זכויות הפרט לבין חומר המחשב הוכר אף על ידי בית המשפט העליון, אשר קרא ליישום שקול ואחראי של חידושי חקיקה, התואמים את ההתקדמות הטכנולוגית תוך שמירה מרבית על זכויות הפרט.¹¹ הדבר נובע גם מסעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שנתן הכרה חוקתית מפורשת לזכות לפרטיות, ומן החשיבות המיוחסת לזכות לפרטיות על ידי בית המשפט העליון.¹²

בקשת ההסכמה מהנחקר נעשית בחדר חקירות, שבו הנחקר משולל זכויות רבות ובעיקר משולל חירות של ממש לבחון האם יהיה מעוניין לתת את הסכמתו. פערי הכוחות בין החוקר לבין הנחקר (שמתעצמים במסגרת צבאית היררכית, אך קיימים גם במסגרת חקירה אזרחית) עלולים ליטול מהנחקר יכולת אמתית להתנגד ל"בקשת" החיפוש. גם היכולת להבין את היקף הפגיעה בפרטיות – בנחקר עצמו ובצדדים שלישיים שקשורים אליו בצורה חזקה או רופפת – נוכח היכולות הטכנולוגיות הנתונות לרשות גורמי החקירה (כמפורט לעיל), עת מפקיד הנחקר את הטלפון הנייד שלו בידיהן, מוגבלת ביותר. זאת, כאמור, במיוחד כאשר ישנו לחץ – גלוי או סמוי – מצד החוקרים על הנחקר לתת את הסכמתו לחיפוש. במצב הדברים האמור, אף אם נקבל את התזה שלפיה הסכמה לחיפוש יכולה להוות מקור סמכות (בניגוד לעמדה שתוצג במאמר זה), הרי שהנסיבות שבהן מתבקשת הסכמתו אינן מצביעות על היכולת לתת הסכמה מדעת.

הפגיעה בזכות הנחקר לפרטיות בעת חיפוש בטלפון הנייד שלו אינה עומדת בתנאי "פסקת ההגבלה" של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראשית, על מנת שפגיעה בזכות תהיה מותרת, עליה להיעשות בחוק או מכוח הסמכה מפורשת בחוק. בעניינו, וכפי שאפרט בהרחבה בפרק הבא, החוק קובע מפורשות שהדרך לאשר חיפוש בחומר מחשב הוא מכוח צו שיפוטי, ודרך זו בלבד. אף אם הפגיעה הייתה מכוח חוק (בניגוד לטענתי בפרק הבא), ולתכלית ראויה, תנאי לחוקתיות הוא היותה מידתית. כאמור, במקרים רבים השימוש שנעשה באמצעי זה אינו עומד במבחני המידתיות, שכן הוא נעשה בהיעדר צורך חקירתי מובהק, ובמסגרת חקירת אירועים או עברות פעוטות, וכן ללא שקילת הפגיעה בפרטיות של צדדים שלישיים.

הסמכות לחפש בטלפון נייד

סמכויות האכיפה המוגדרות בחוק כיום מחולקות, ככלל, לשלושה מקבצים. המקבץ הראשון מתייחס לפעולות אשר לשם ביצוען מתחייבת הסכמתו של הפרט. כך, לדוגמה, מוסדרת ההסכמה כמקור סמכות בסעיפים 11 ו-14 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו-1996 ובסעיף 195 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971, המאפשרים חיפוש ולקחת דגימות מגופו של חשוד או אדם שאינו חשוד ובחינת גופו העירום של כלוא.

המקבץ השני כולל סמכויות אכיפה מכוח קיומו של יסוד סביר לחשוד. במקרים המנויים עם המקבץ השני הגדיר המחוקק את קיומה של דחיפות בביצוע הפעולה ואת הצורך לשמר מצב ראייתי כתנאי סף לעריכת החיפוש. כך, לדוגמה, סעיף 28 לפקודת הסמים המסוכנים, התשל"ג-1973 מאפשר עריכת חיפוש בהתקיים יסוד סביר להניח כי אדם נושא על גופו סם מסוכן. זאת, בכפוף לאמור בסעיף 25 לפקודה, המגדיר את אלמנט הדחיפות ביחס לחיפוש שלא מכוח צו שיפוטי.

המקבץ השלישי מכיל פעולות המחייבות צו שיפוטי לעריכתן. עם קבוצה זו נמנית הסמכות לחפש בחומר מחשב וכן הסמכויות המתייחסות להארכת מעצרו של אדם.

סעיף 23א לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) (להלן: **הפקודה**),¹³ שכותרתו "חרידה לחומר מחשב", והחל אף על חרידה לטלפון נייד,¹⁴ קובע בסעיף קטן (ב), כך:

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

לטענתי, מדובר בהסדר כולל ומקיף. דהיינו, יש לקרוא את הסעיף כך שהחיפוש בחומר מחשב מותר מכוח צו שיפוטי, ומכוח צו שיפוטי בלבד. זהו מקור הסמכות הבלעדי לחיפוש בחומר מחשב, ואין בסיס משפטי לעמדה שלפיה מקורות מקני סמכות אחרים (למשל: הסכמת הנחקר) עומדים לצד המקור השיפוטי, המצוין בסעיף 23א הנ"ל.

לצורך הקביעה האם לשון סעיף 23א(ב) לפקודה מהווה הסדר שלילי ביחס לסמכויות החיפוש בהסכמה, או שמא מדובר בלקונה, אבקש להידרש, תחילה, לניתוח לשון הסעיף. הפקודה מסדירה שלושה סוגי חיפושים: חיפוש על הגוף,¹⁵ חיפוש במקום¹⁶ וחיפוש בחומר מחשב.¹⁷

השוואת סעיף 23א, העוסק בסמכויות החיפוש בחומר מחשב, להוראות העוסקות בחיפוש במקום או על גופו של אדם, מגלה כי החיפוש היחיד אשר ביחס אליו קבע המחוקק כי אין לבצעו "אלא על פי צו שופט" הוא חיפוש במחשב. אם לא די בכך, חידד המחוקק והבהיר כי החיפוש בחומר מחשב יעשה על בסיס צו שיפוטי בלבד "על אף הוראות פרק זה". גם בכך גילה המחוקק דעתו כי הגם שהפרק השלישי לפקודה מאפשר, בסוגי חיפוש מסוימים, את עריכתם בהיעדר צו שיפוטי, אין ללמוד מכך על קיומו של חריג לסעיף 23א(ב). לשון אחר, הסעיף קובע הוראה מפורשת ונטולת סייגים: חיפוש בחומר מחשב – מכוח צו שיפוטי בלבד.

אם כן, אין מקום לטענה שלפיה מדובר בלקונה. החוק אינו "שותק" בשאלת מקור הסמכות לעריכת חיפוש בחומר מחשב. סעיף 23א(ב) מעגן אמירה מפורשת וחד-משמעית של המחוקק, אשר מצא לנכון לקבוע הוראה מחמירה באשר לחיפוש בחומרי מחשב.

בכך אמור המסע הפרשני לבוא אל סופו. די בדברים הללו, הנלמדים מלשון החוק, לצורך המסקנה כי אין לאפשר חריגים לדרישת הצו השיפוטי לצורך ביצוע חיפוש בחומר מחשב. עם זאת, הדיון בסוגיה זו לא יהיה שלם מבלי להתייחס לפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין בן חיים.¹⁸ בעניין בן חיים נדון עניינם של שלושה נאשמים שונים, אשר ביחס לכל אחד מהם נערך חיפוש על גופו או במקום מגוריו. שלושת החיפושים נערכו שלא מכוח צו, ובנסיבות של חשד – שנקבע על ידי בית המשפט שאינו עולה לכדי חשד סביר – לביצוע עברה. מאחר שהבסיס הסטטוטורי לחיפוש בגוף או במקום, כפי שבואר בפסיקה, מאפשר לכאורה חיפוש ללא צו רק בנסיבות של חשד סביר לביצוע עברה, התעוררה השאלה בדבר חוקיות החיפוש בכל אחד משלושת המקרים שנדונו בפרשת בן חיים. הכרעת בית המשפט העליון בסוגיה יצרה מקור סמכות חדש לעריכת החיפוש – על גופו של אדם או בביתו, ללא צו שיפוטי – בשל התקיימותו של חשד (שאינו עולה לכדי חשד סביר), כשמצדו הסכמה לעריכת החיפוש.

פסק דינו של בית המשפט העליון אינו מאפשר חיפוש על גופו של אדם ללא עילה כלשהי או חשד כלשהו. פסק הדין מתיר לעשות שימוש בסמכות החיפוש, מקום שבו סמכות החיפוש ללא צו שיפוטי כבר מעוגנת עלי חוק, כאשר החשד המתעורר אינו עולה לכדי חשד סביר אך אליו מצטרפת הסכמת הפרט, שאותה נתן לאחר שנמסרה לו זכותו לסרב לחיפוש מבלי שיאונה לו כל רע. מכאן, שהסכמת הפרט אינה מייצרת מקור חלופי לעריכת החיפוש אלא נמנית בין הגורמים

האם הסכמת הנחקר יכולה להוות מקור סמכות לחיפוש בטלפון הנייד שלו? | עדי ריטיגשטיין־אייזנר

המבססים את עילת החיפוש, לצד קיומו של חשד כלשהו. קל וחומר שאין בכוחה של הסכמה – כשלעצמה – להוות מקור סמכות עצמאי לעריכת החיפוש מקום שבו קבע המחוקק ברחל בתך הקטנה כי יש לעורכו מכוח צו, בלבד.

במילים אחרות, פסק דינו של בית המשפט העליון מתייחס לפעולות מהמקבץ השני – פעולות המבוצעות מכוח קיומו של יסוד סביר לחשד, אשר עשייתן אינה מחייבת קיומו של צו שיפוטי. אין ללמוד ממנו דבר ביחס לפעולות מהמקבץ השלישי.

הלכת בן חיים לא תוכל לחול על חיפוש בחומר מחשב (הנמנה עם המקבץ השלישי) בשל כמה טעמים. ראשית, בעניין בן חיים, להבריל מענייננו, נדונה סיטואציה שבמסגרתה מכיר החוק בסמכות חיפוש ללא צו. בענייננו דרש המחוקק במפורש כי החיפוש ייערך מכוח צו בלבד. החוק קובע כי על הצו לציין מפורשות את ההיתר לחדור לחומר מחשב או להפיק פלט וכן את מטרת החיפוש ותנאיו, אשר ישקפו את שיקול הדעת השיפוטי באשר לפגיעה המינימלית בפרטיותו של בעל המחשב שבו נערך החיפוש. שנית, בעוד הסירוב לחיפוש בפינת רחוב לא יהא בעל השלכות והפרט יוכל להמשיך בדרכו (בהנחה, כמובן, כי אין מתקיים חשד סביר בעניינו), סירוב לחיפוש בחומר מחשב יכול להוביל להחרמת המחשב למשך התקופה הנדרשת לצורך הוצאת צו ועריכת חיפוש.¹⁹ שלישית, חיפוש בחומר מחשב מהווה פגיעה משמעותית יותר בפרטיותו של בעל המחשב ובפרטיותם של צדדים שלישיים, בהשוואה לחיפוש על גופו. חיפוש על גוף מוגבל לתכולת הכיסים והכלים (לדוגמה, תיק), שלרוב, המודעות אליהם ולתוכנם ודאית. לעומת זאת, גיבוש הסכמה לחיפוש בטלפון נייד בטווח זמנים של דקות אינו מאפשר לפרט להיזכר בכלל המידע האצור בו, גם במקרה הנדיר שבו הפרט מודע לכל המידע שנשמר על המכשיר.²⁰

העובדה, כי הפרט יכול לוותר על פרטיותו ולהסכים לעריכתם של חיפושים מסוגים שונים, אינה מובילה למסקנה כי המשטרה יכולה לבקש ממנו את הסכמתו ולהשתמש בהסכמתו זו כמקור סמכות לעריכת החיפוש בחומר מחשב, כאשר החוק קובע אחרת.²¹ החלת הלכת בן חיים על חיפושים בחומר מחשב תהווה "מסלול עוקף" בכל הנוגע לשאלת הסמכות לערוך חיפוש כאמור. המסגרת הנורמטיבית בענייננו שונה מזו אשר היוותה בסיס לקביעת בית המשפט העליון בעניין בן חיים. נוסף על כך, כפי שהראיתי זה עתה, עוצמת הפגיעה בפרטיות הגלומה בחיפוש בחומר מחשב האצור בטלפון נייד עלולה להיות גבוהה משמעותית מזו הנגרמת כתוצאה מחיפוש בכיסו של אדם. כאמור, המידע האצור בטלפון הנייד רב ומגוון וכולל לא אחת מידע המוגן באמצעות חיסיון ומידע רגיש נוסף. אשר על כן, הסתמכות על הלכת בן חיים לצורך ביסוס העמדה שהסכמה יכולה להחליף צו שיפוטי כמקור סמכות לחיפוש בטלפון נייד – כפי שעשה בית המשפט המחוזי בעניין קורס²² (פסק הדין ה"אזרחי" היחיד שדן בסוגיה זו עד כה) – היא, לעניות דעתי, שגויה.

מכל מקום, בהתאם לדעת הרוב בעניין בן חיים, הסכמתו של אדם לחיפוש יכולה להוות תחליף לקיומו של חשד סביר.²³ לא ניתן להסיק מכך, כלל ועיקר, כי הסכמתו של אדם לחיפוש יכולה להוות תחליף למקור הסמכות בכל סוגי החיפושים האפשריים. במילים אחרות, על אף קיומה (בתנאים מסוימים) של סמכות חוקית לבצע חיפוש על גופו של אדם או בביתו, ללא צו, הרי שסמכות כאמור אינה קיימת ביחס לחיפוש בחומר מחשב. החוק מקים סמכות לבצע חיפוש כאמור אך ורק מכוח צו שיפוטי.

לצורך הוצאת צו, כאמור, על בית המשפט להשתכנע בדבר קיומם של התנאים המפורטים בסעיף 23 לפקודה, היינו החיפוש דרוש לצורך איתור ושימור ראיה או לשם הבטחת חפץ שנעברה באמצעותו עברה או שעומדת להתבצע באמצעותו עברה. הסכמתו של אדם לחיפוש בגופו או בביתו אינה יכולה ליצור מקור סמכות עצמאי לעריכת החיפוש, אלא יכולה לבוא חלק קיומו של חשד סביר

בתנאים הקבועים בחוק לשם עריכת חיפוש זה. ההיקש הנכון לענייננו, אם כן, הוא שהסכמתו של אדם לחיפוש במכשירו הנייד יכולה להוות תחליף לתנאים המפורטים בסעיף 23 לפקודה, אך לא לעצם הצורך בהוצאת צו שיפוטי לשם עריכת החיפוש. כך למשל, יוכל שופט להורות על חיפוש במכשירו הנייד של אדם, תוך שהוא שוקל את הסכמתו לחיפוש, אף אם אין לשופט יסוד להניח כי האדם השתמש או שיש לו כוונה להשתמש בטלפון הנייד למטרה לא חוקית.

פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין בן חיים קבע הגנות פרוצדורליות כתנאי לכחינת הנסיבות שבהן ניתנה ההסכמה. כך, לדוגמה, חייב השופט להבהיר לפרט כי סירובו לחיפוש לא ישמש לרעתו וכי עומדת לו הזכות לסרב בכל שלב וכפי שקבע גם המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (פליין).²⁴ על השופט לתעד את מסירת הדברים לפרט. ברם, הגנות מסוג זה לא תסייענה לפרט עת שהוא שוקל את נכונותו להסכים לחיפוש בטלפון נייד.

כאמור, הטלפון הנייד מכיל מידע רב, חלקו ישן וחלקו נתפס ככזה שנמחק. בשעת לחץ ובסדר הזמנים הקצר אין הפרט יכול להיזכר בכל המידע האצור בטלפון הנייד ובמלוא תוכנו ומשמעותיותו עבורו. משכך, מודעותו של הנחקר לכלל החומרים המצויים על הטלפון הנייד (או נגישים באמצעותו) נמוכה בהכרח ממודעותו לחפצים המצויים בכליו. לצד הדברים האמורים, לצורך מתן הסכמה מרעת צריך הפרט להיות מודע ליכולות הטכניות של המכשיר. הנחקר לא תמיד מודע למלוא יכולותיו הטכניות של המכשיר (וליישומונים המותקנים בו), לאו דווקא בשל מגבלות הזיכרון האנושי, אלא בשל מגבלות ההבנה הטכנית של האופן שבו עובד המכשיר.

כמו כן, הפרט צריך להיות מודע גם לכלל החומרים המצויים בענן, בין שבחר לאחסן מידע בדרך זו ובין שברירת המחדל של הטלפון הנייד מחייבת אותו להשתמש בטכנולוגיה.²⁵

לענייננו נכונה העמדה שהובעה על ידי השופט דנציגר (בדעת מיעוט) בעניין בן חיים, ולפיה אין מקום לעריכת חיפוש שלא מכוח הסמכה מפורשת בחוק ועל פי התנאים והמגבלות של אותה ההסמכה, אשר ניתנה לרשות המבצעת על ידי המחוקק, שלא על מנת להרחיבה בהתאם לנסיבות. כוחם של דברים אלה ניכר במיוחד מקום שבו עסקינן בפעולות הנמנות עם המקבץ השלישי – פעולות המחייבות צו שיפוטי לשם עריכתן.²⁶ מסקנה זו מתבקשת דווקא בשל התניית הפעלת הסמכות בצו שיפוטי ומידת הפגיעה שהיא מגלמת בערכים החשובים ביותר כגון חירות או פרטיות. אשוב ואדגיש: הטעמים העומדים ביסוד פסק דינו של השופט דנציגר לא אומצו על ידי שופטי הרוב ביחס לפעולות המנויות עם המקבץ השני (כפי שהוגדר לעיל). לעומת זאת, חיפוש בטלפון נייד מצוי בלבד של המקבץ השלישי. לזו הטיעון בענייננו הוא כי הטעמים העומדים ביסוד דעת הרוב בעניין בן חיים אינם גוברים על הוראות הפקודה, מאחר שטעמים אלה אינם מתייחסים לחיפוש שיש סמכות לעריכתם ללא צו שיפוטי, בהתקיים תנאים מסוימים. אי לכך, בהקשר המשפטי של המקבץ השלישי, יש לאמץ דווקא את דעתו של השופט דנציגר. בשל השוני המהותי בין הוראות הדין המנויות עם המקבץ השני לאלה הנמנות עם המקבץ השלישי, אף לא ניתן לומר כי לצורך זה עמדת השופט דנציגר מהווה עמדת מיעוט.

הצעת החוק הממשלתית

ביום 19.5.2014 הונחה הצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – המצאה, חיפוש ותפיסה)²⁷ (להלן: הצעת החוק) על שולחן הכנסת. העובדה שהצעת החוק הממשלתית החדשה מעגנת את סמכות החיפוש בהסכמה, מדגישה לדעתי את היעדר הסמכות לערוך חיפוש מכוח הסכמה בלבד, בהתבסס על החקיקה הקיימת.²⁸

האם הסכמת הנחקר יכולה להוות מקור סמכות לחיפוש בטלפון הנייד שלו? | עדי ריטיגשטיין־אייזנר

הצעת החוק מייחדת פרק שלם לעבירות מחשב. במגמה להבטיח את ההגנה על חירויות הפרט, ובכללן הזכות לפרטיות, ביקש המחוקק לקבוע בהצעת החוק מנגנונים נוספים אשר אינם מחייבים החרמה וחיפוש במחשב דווקא. כך, הצעת החוק מאפשרת מתן צו שמירה²⁹ או המצאה³⁰ של חומרים המצויים במחשב, גם אם מדובר בחומרים עתידיים.

הצעת החוק אף מאפשרת מתן הוראה לשמירה או להמצאה של חומר מחשב בלא צו, על ידי קצין משטרה בדרגת סגן ניצב, שתוקפה יהא ל־24 שעות.³¹ סמכות זו נועדה אך לחקירתם של חשדות לביצוע עבירות מסוג פשע, לשם גילוי המבצע או לשם הצלת חיי אדם. סמכות זו מוגבלת למקרים שבהם קיים צורך שאינו סובל דיחוי וכאשר אין אפשרות לקבל, מבעוד מועד, צו שיפוטי. יודגש, כי סמכות זו אינה כוללת את הסמכות לעיין בחומר שהומצא או נשמר והיא נועדה להוות כמעין "גשר" של 24 שעות עד שתתאפשר הפנייה לבית המשפט, לצורך הוצאת צו.

סעיף 81 להצעת החוק, המסדיר את הסמכות לחדור לחומר מחשב, קובע כי העדיפות היא לחיפוש מכוח צו שיפוטי. מודגש בו, כי בכל מקרה לא תיערך חדירה לחומר מחשב ללא צו אלא מכוח הסמכה חוקית מפורשת.³²

בנוגע להסכמה כבסיס לחיפוש, סעיף 90 להצעת החוק, המכיר בבסיס זה, קובע את תנאי הסף לעריכת חיפוש מכוח הסכמה: קיומו של חשד סביר כי נעברה או עומדת להיעבר עברה "העלולה לסכן את שלומו או ביטחונו של אדם, את שלום הציבור או את ביטחון המדינה, או כי קיימת הסתברות גבוהה שתיעבר עבירה, וכי חדירה לחומר מחשב נדרשת לאחת מהמטרות המפורטות בסעיף 14(א), ובכלל זה לשם איתורו של חומר מחשב הקשור לעבירה".

לשון אחר, נדרשת עילה לקיומו של החיפוש, אף אם כוונת המחפש להתבסס על "הסכמת" החשוד לעריכתו.

באשר לטיבה של ההסכמה, קובעת הצעת החוק³³ כי בהינתן עילה לחיפוש, הסכמה יכולה להוות מקור סמכות בכפוף להתקיימותם של שלושה תנאים: ראשית, ההסכמה צריכה להינתן על ידי מי שאין לגביו חשש כי הוא לוקה בנפשו או בשכלו. שנית, ההסכמה תועלה על הכתב ובמסגרתה יפורטו כלל הפרטים באשר למקום החיפוש ולמגבלותיו, בהתאם להסכמת הפרט. שלישית, עורך החיפוש יבהיר לפרט, בלשון המובנת לו, את העילה לביצוע החיפוש, את הסמכויות הנלוות, את זכותו לסרב לעריכת חיפוש בלא צו ואת יכולתו להציב תנאים לעריכת החיפוש, כמו גם את זכותו לחזור בו מהסכמתו בכל שלב.

מרוח החוק ומדברי ההסבר אנו למדים, ראשית, כי סמכות החיפוש בהסכמה כלל אינה קיימת כיום והיא בגדר הצעה לחידוש חקיקתי, אשר אין ערובה לכך כי תצלח את הליכי החקיקה; ושנית, כי חיפוש בחומר מחשב בהתבסס על הסכמה היא חריג לכלל, ולא הכלל עצמו. חריגותה של הסמכות נלמדת גם מדברי ההסבר וגם מהיותה חוסה תחת העיקרון הקבוע בסעיף 81 להצעת החוק, שלפיו ברירת המחדל היא חיפוש מכוח צו שיפוטי.

מקריאת סעיף 21, הקובע תנאים מפורשים לקבלת ההסכמה ואשר מפנה לסעיף העילות, תחת העיקרון המנחה של סעיף 81, מתחייבת המסקנה כי אף בהתקיים עילת חיפוש וגם בהינתן הסכמת הפרט, תהא עדיפות להחרמת הטלפון הנייד לעריכת חיפוש מכוח צו שופט דווקא.

לצד סמכויות החיפוש המגוונות, מבקשת הצעת החוק לקבוע כי סירובו של הפרט למסור מפתח או סיסמה, אשר בלעדיהם לא ניתן יהיה לערוך את החיפוש בחומר המחשב, עלול לחזק את הראיות נגדו. סירובו של אדם למסור מידע המאפשר את החיפוש בחומר המחשב שקול, כך לפי הצעת החוק, לזכותו של אדם לשמור על שתיקה בחקירה. מכאן, קבע המחוקק כי שימוש בזכות הנתונה לפרט גוררת עמה "עלות" של חיזוק אפשרי לראיות בתיק.³⁴

ניתוח הסוגיה בפסיקת בתי המשפט

כאמור, סוגיית החיפוש בחומר מחשב מכוח הסכמת הנחקר נבחנה במסגרת פסקי דין בודדים. ראשון היה פסק הדין בעניין פלח³⁵ שבו נקבע כי הסכמת הנחקר עשויה להוות מקור סמכות לעריכת חיפוש בחומר מחשב, כאשר החיפוש נעשה בנוכחותו ובאמצעותו של הנחקר. פסק הדין בעניין פלח מתיר לרשות החוקרת להתבסס על הסכמת הנחקר לעריכת החיפוש, וזאת כאשר הטלפון הנייד מצוי בידיו של הנחקר והוא, למעשה, מבצע את החיפוש, היינו מציג חומרים מסוימים לבקשת החוקר או על מנת לבסס את הגנתו. חיפוש כאמור נתפש על ידי בית הדין הצבאי לערעורים כפוגעני פחות מחיפוש שנעשה במעבדה. זאת, להערכתו, מכמה טעמים: ראשית, היקפו של החיפוש מוגבל לחומרים שאותם הנחקר מראה לחוקר. מובן, כי מדובר בחשיפה נקודתית ומצומצמת יחסית של חומרים לחוקר. שנית, בסיטואציה זו שליטת הנחקר בטלפון הנייד ובחומרים שהוא מציג היא מקסימלית, בנסיבות המתוארות. הנחקר מציג חומרים לבחירתו, לאחר שעיין בהם ונזכר בתוכנם. בכך הוא מצמצם את הפגיעה בפרטיותו ובפרטיות צדדים שלישיים, אף אם אינו מודע להשפעתה המיידית של הסכמתו כאמור. שלישית, הנחקר מצוי בעמדה שבה הוא יכול להחליט לעצור את החיפוש בכל שלב, לחזור בו מהסכמתו או לקבוע סייגים לחיפוש ולוודא את העמידה בהם. בסיטואציה שבה הטלפון הנייד מצוי בידי הנחקר, והוא יכול לעצור את החיפוש שבו בכל רגע נתון, השליטה הנתונה לו משמעותית במידה רבה.

גם פסק הדין בעניין קורס³⁶ עוסק בחיפוש ידני בטלפון נייד. בעניין קורס, בדומה לעניין פלח, נערך החיפוש על ידי שוטר במסגרת חקירת הנאשם במשטרה. בעניין קורס היו בידי המשטרה צווים להחרמת הטלפון הנייד. לשון אחר, שופט בחן את חומר החקירה ומצא כי ישנו יסוד סביר לחשד שתימצאנה ראיות בחיפוש באותו המכשיר.

סבורתני, שמדובר בפסקי דין שגויים. זאת לאור עמדתי, שהוסברה לעיל, ולפיה הדין הסטטוטורי קובע שחיפוש בחומר מחשב – וטלפון נייד בכללו – ייעשה אך ורק מכוח צו שיפוטי. אך אפילו הייתה עמדתי זו מוטעית, הרי שאין בשני פסקי הדין האמורים – שבמסגרתם נתקבלו כראיות תוצרי חיפוש בטלפון נייד מכוח הסכמת הנחקר, חיפוש אשר התבצע על ידי הנחקר או בנוכחותו – כדי ללמד על כך שהסכמה יכולה להוות מקור סמכות לחיפוש במעבדה, שלא בנוכחות הנחקר. במובנים רבים, החיפושים שנדונו בעניין קורס ובעניין פלח הם גרסה טכנולוגית לחיפוש בכיסו של אדם. במקרים אלה, שבהם החיפוש נעשה בנוכחות הנחקר או אף באמצעותו, לנחקר עומדת אפשרות (מוגבלת אמנם) לממש את האוטונומיה שלו ולקבל החלטות בנוגע לחומר שייחשף בפני הרשות החוקרת, דבר שאינו אפשרי כשהמכשיר מורחק ממנו והוא אינו יודע מתי ובאיזה אופן ייערך החיפוש בו. לשון אחר, בעוד שעניין פלח ועניין קורס עוסקים במקרה שבו לנחקר קיימת מידה מסוימת של שליטה בכלי החקירתי ובהשפעותיו, חיפוש במעבדה, כפי שטענתי לעיל, איננו מאפשר לנחקר אותה מידה של שליטה והשפעה על חקירתו.

אשר על כן, יש להצטער על ההתפתחות הפסיקתית, שהחילה את ההלכה שנפסקה בפסקי דין אלה, על מקרים של חיפוש מעבדתי. כך היה בפסק דינו של ב"ס³⁷ שבו התבסס בית הדין הצבאי המחוזי על פסק הדין בעניין פלח לצורך הקביעה, כי הסכמת הנחקר עשויה להוות מקור סמכות לחיפוש במעבדה. בית הדין הצבאי בעניין ב"ס לא נתן משקל לפער בין טיב והיקף החיפוש שנערך בעניין פלח (ידני) לבין טיב והיקף החיפוש שנערך בעניינו של ב"ס (מעבדתי). כמו כן לא נתן בית הדין את הדעת לחוסר המידתיות הבוטה בין הפגיעה החמורה בפרטיות הנגזרת מחיפוש במעבדה, שעליה הרחבתי לעיל, לבין התכלית של קידום פעולות האכיפה ביחס לעברות שנחקרו על ידי המשטרה הצבאית בעניינו של ב"ס – עברות סמים קלות יחסית.

האם הסכמת הנחקר יכולה להוות מקור סמכות לחיפוש בטלפון הנייד שלו? | עדי ריטיגשטיין־אייזנר

עוד יש לתת את הדעת לכך שהאנלוגיה הבסיסית שערך בית הדין הצבאי המחוזי בעניין ב"ס היא שגויה. בית הדין הצבאי השווה בין חוסר יכולתו של נחקר לשלוט בחיפוש הנערך במעבדה, ולעמוד על היקפו, לבין חוסר היכולת של מטופל, העובר הליך רפואי בהרדמה מלאה, לקלוט בעת הטיפול הרפואי שניתן לו. על בסיס השוואה זו מצא בית הדין הצבאי לקבוע, כי כשם שניתן להתבסס על הסכמתו של מטופל כאמור, נכון יהיה להתבסס על הסכמתו של נחקר לחיפוש במעבדה. לטעמי, ההשוואה שגויה בבסיסה. אין מקום להשוות בין נחקר המצוי בחדר חקירות, בעמדת נחיתות ומתוך חשש להיראות כמי שאינו משתף פעולה עם החקירה, לבין מטופל המחפש מרפא.

בפסק דין נוסף³⁸ הורה בית הדין הצבאי המחוזי על זיכוי של חייל בשל פסילת תוצרי חיפוש שנתקבלו מכוח הסכמתו של הנחקר. בפסק דין זה בחן בית הדין הצבאי את האופן שבו התקבלה הסכמת הנאשם לעריכת החיפוש במעבדה וקבע, כי בנסיבות אותו מקרה להיטותו של החוקר לקבל את ההסכמה מנעה את מסירת כלל המידע לנחקר ושללה מהנחקר את היכולת לקבוע סייגים להסכמתו. למעשה, מצא בית הדין הצבאי כי הסכמת הנאשם באותו מקרה לא הייתה הסכמה מדעת. הגם שפסק דין זה עוסק במקרה פרטני ובנסיבותיו, ובמובן זה הכרעתו היא עובדתית ברובה, אני סבורה כי הוא פותח צוהר לדרכים שבהן מתבקשת ומתקבלת הסכמתם של נחקרים לעריכת החיפוש נוסף המאמר. עוד ראוי לציין, כי במסגרת סקירת הסוגיה הכללית של חיפוש בטלפון נייד מכוח הסכמת הנחקר, מצא השופט להעיר, כי לטעמו אין זה ראוי כי חדירה נמשכת לחומר מחשב, אשר נעשית במעבדה, תתבצע בהיעדר צו שיפוטי.

מהמקובץ ניתן ללמוד כי שאלת היקף החיפוש שניתן לערוך בהתבסס על הסכמת הנחקר נמצאת עדיין בשלבי ליבון ראשוניים מצד הרשות השופטת. החלטת פרקליט המדינה לאפשר חיפוש מכוח הסכמת הנחקר גם בחקירות שנערכות על ידי משטרת ישראל, ודאי תוביל להרחבת עיסוקן של ערכאות אזרחיות בסוגיה.

צדו האחר של המטבע: מתי מכירה המערכת המשפטית בישראל בצורך בהגנה משפטית על חומרי מחשב?

בשנה האחרונה אנו עדים לעליית קרנן של ההגנות על חומר מחשב. בית המשפט העליון מתייחס לחומר מחשב כאל קניין מכונן, אשר טומן בחובו את "סיפור חייו של האדם בהאידנא"³⁹. מתוך הרצון לאפשר הגנה מרחיקת לכת על חומרי מחשב, ומתוך ההכרה בחשיבותם ובפגיעה הפוטנציאלית שבחדירה אליהם, החמיר בית המשפט העליון בענישתם של גנבי טלפונים ניידים,⁴⁰ ואף הרחיב את פרשנות המונחים הפליליים המגדירים עבירות המתייחסות לחומר מחשב, כך שיקיפו מעשים רבים יותר, ובכלל זה הרחבת המונח "חדירה" לחומר מחשב כך שיכלול כל שימוש לא מאושר במחשבו של אחר.⁴¹

בית המשפט העליון מוכן להסתכן בהיעדר ודאות של האזרח באשר לגבולותיו של האיסור הפלילי, וזאת בשם ההגנה המרחיבה על חומרי המחשב. אם כך, הכיצד יוכל ליישב עולם המשפט בין הרחבת ההגנות על חומרי המחשב לבין הקלת הפרוצדורה הנדרשת לצורך חיפוש בו? בהרחבת ההגנות הפליליות על חומרי מחשב, נותן בית המשפט העליון ביטוי לחשיבות פרטיותם של אזרחים החיים את חייהם, כך לשיטתו, יותר ויותר באמצעות שימוש במחשבים. עמדתו זו, כאשר הפרט הוא אזרח מן היישוב, ודאי מחייבת החמרת הפרוצדורה לחדירה לחומר מחשב כאשר אין המדובר באזרח מן היישוב אלא בחשוד בעברה, אשר הראיות שיימצאו אצלו – ככוחן לשמש לחובתו. כך, לדוגמה, שינוי מעמדו של אדם מן היישוב לחשוד, מקנה לו את הזכות לאי-הפללה

עצמית, ובהמשך את זכות השתיקה, כאשר הוא משוחח עם שוטר. הגברת ההגנות מטרתה לשמור על זכויותיו של חשוד במסגרת הליך חקירה הגון, מתוך הרצון לאיין את הסכנה כי אדם מן היישוב ייחשד או יורשע בעברה שלא ביצע. אם כך, הגברת ההגנות על חומר מחשב של אדם מן היישוב על ידי בית המשפט העליון מחייבת, בהתאמה, הגברת ההגנות על חומר מחשב המצוי בידיו של חשוד ואשר יכול להוביל להרשעתו, בסופו של יום.

אם כן, ההכרה בהסכמתו של נחקר לעריכת חיפוש בטלפון הנייד שברשותו כמקור סמכות אינה מתיישבת עם מגמת בית המשפט העליון ביחס להגנה על חומר מחשב שתוארה לעיל. המסקנה אם כך, כי הגנה מרחיקת לכת על חומר מחשב תהא נחלתם של אוכלוסיית האזרחים הזכים והטהורים, שאינם חשודים בדבר ומכאן שזכאים להגנה פלילית ופרוצדורלית, הגם שאינם נזקקים לה בהכרח. במילים אחרות, הסכמה ככלל יכולה להניב ראיות לחובת החשוד. היעדר הסכמתו למחול על פרטיותו אף היא תשמש לחובתו, באשר היא יכולה לעלות לכדי התנהגות מפלילה ואף סירוב לשתף פעולה עם הליכי חקירה, בשל מעמדו כנחקר.

אסף הרדוף כינה מצב דברים זה "אופורטוניזם משפטי"⁴² – מהלך שבמסגרתו משתמשת הרשות באוטונומיית הפרט כנגודו, תוך שהיא מתעלמת מקיומה של פרוצדורה פלילית מפורשת, המחייבת הוצאת צו. גורמי החקירה אינם נוקטים זהירות המתחייבת מהרציונלים שביסוד ההגנות מרחיקות הלכת שנקבעו בפסיקת בית המשפט העליון ביחס לחומרי מחשב, אלא גוזרים את מידת הפגיעה בפרט מנוחות ביצוע הפעולה החקירתית.

סיכום

מטרתו של מאמר זה הייתה להסב את תשומת הלב לפרקטיקת חקירה חדשה, שקנתה שביטה במסגרת חקירות פליליות כצה"ל ומתפשטת כעת גם מחוץ לגרדי מערכת המשפט הצבאית, ואשר אינה מקבלת את תשומת הלב הראויה.

חיפוש בטלפון נייד נעדר את היסוד הפיזי של חדירה למרחב, וייתכן שזו אחת הסיבות להיעדר ההתייחסות למידת הפגיעה שיש בפעולה זו. החיפוש אמנם אינו מוביל לחדירה למרחב פיזי כלשהו, אך עם זאת, בימינו, מאפשרת פעולת החיפוש גישה להוויתו המלאה של הפרט. על רקע זה ביקשתי להאיר על אודות כוונת המחוקק, שלא ייערכו חיפושים פוגעניים, כחיפוש בטלפון נייד, אלא מכוח צו שיפוטי. כפי שלא יעלה על הדעת שאדם "יסכים" להיעצר, לא נוכל לקבל הסכמה כתחליף לצו שיפוטי בהתייחס לחיפוש בחומר מחשב.

הטיעון בנוגע ליכולת הנחקר להסכים או לסרב לחיפוש שובה לב. עם זאת, נוה למדי לשכוח את הנסיבות שבהן מתבקשת – וניתנת – אותה הסכמה המהווה את היסוד לעריכת פעולת החקירה הפוגענית: הפרט המצוי בחקירה אינו אדם חופשי. הוא נמצא בחדר חקירות, מנותק מהעולם, משולל חירויות בסיסיות ומצוי בעיצומו של הליך פלילי בעניינו, שאחריתו אינה ידועה לו. במקרים רבים, הבנתו היא כי חרב המאסר תלויה מעל ראשו. שם, בנקודה הזו, תחת האיום שסירובו ישמש לרעתו, הוא נדרש ליישם את אוטונומיית הפרט ולבחור אם יוותר על פרטיותו בעבור חסדי החוקרים או שמא ישמור עליה ברוקנות, תוך שהוא משים עצמו בסיכון שמא ייחשב כמי שאינו משתף פעולה עם החקירה. על כן, לא רק מבחינת הדין המצוי (מילות החוק המפורשות), אלא גם מבחינת הדין הרצוי, אין מקום לאפשר לחוקרי המשטרה להישען על הסכמת הנחקר כמקור סמכות לחיפוש בטלפון הנייד שלו, ויש לדרוש שהחיפוש ייעשה רק על דרך של צו שיפוטי.

אחרי הדברים האלה

ביום 6.11.2016, סמוך לאחר שהמאמר התפרסם במרשתת, מסר בית הדין הצבאי לערעורים את פסק דינו בערעור בעניין ב"ס, הנזכר לעיל,⁴³ שבמסגרתו מצא לזכות את המערער.

בפסק דינו עמד בית הדין הצבאי לערעורים על תפקידו המרכזי של הטלפון הנייד בימינו ועל היקף השימוש הנרחב בו. באשר להוצאת מידע המצוי בטלפון נייד, קבע בית הדין לערעורים כי ישנן שתי דרכים עיקריות המצריכות ליבון במסגרת הערעור: האחת היא הצגת הטלפון לחוקר, במסגרת חקירת משטרה, כאשר הנחקר משמש ידו הארוכה של החוקר לצורך עריכת החיפוש. חיפוש זה כונה על ידי בית הדין לערעורים "חיפוש ידני". הדרך השנייה היא חיפוש במעבדה באמצעות ערכה מיוחדת לדליית מידע. חיפוש זה, שכונה "חיפוש במעבדה", מבוצע על ידי חוקר שהוכשר לכך והוא מניב תוצאות מפורטות בהרבה ביחס לחיפוש הידני.

בית הדין לערעורים קבע כי אין לערוך אף אחד מהחיפושים בהיעדר סמכות. מכאן, פנה בית הדין לשאלה האם הסכמתו של הנחקר יכולה להוות מקור סמכות כאמור.

לפי פסק דינו של בית הדין לערעורים, חיפוש במעבדה נבדל מחיפוש ידני בכמה היבטים עיקריים. הראשון, ההיבט המהותי, מתייחס להיקף המידע שניתן לאתר באמצעות חיפוש במעבדה. חיפוש במעבדה מאפשר לדלות מידע מפורט בהרבה מאשר החיפוש הידני, לרבות מידע שנמחק. ביחס למידע שנמחק, מצא בית הדין לערעורים כי לא ניתן לקבוע שהנחקר, שסבר כי מחק את המידע האמור, הסכים לעריכת חיפוש בו. ההבדלים הנוספים, אשר יפורטו להלן, הוגדרו על ידי בית הדין כהבדלים מעשיים. ההבדל השני הוא יכולתו של הנחקר לחזור בו מהסכמתו. כאשר הנחקר הוא חלק מפעולת החיפוש, כב"חיפוש הידני", ביכולתו לסרב להמשיך בחיפוש ובכך להפסיקו באופן מיד. לעומת זאת, מקום שבו החיפוש מתבצע במעבדה, ללא נוכחות הנחקר, הרי שחזרתו מהסכמה תלויה בנכונותם של גורמי החקירה להודיע למעבדה על אודות שינוי עמדתו של הנחקר. בהקשר זה העיר בית הדין לערעורים כי יישום האוטונומיה של הפרט, במתן הסכמה לחיפוש, שונה אף הוא בסוגי החיפוש השונים. כאשר הטלפון מצוי בידיו של הנחקר, ביכולתו להיזכר במידע האצור במכשיר תוך כדי החיפוש ולקבל החלטה בדבר הפסקת שיתוף הפעולה עם החוקרים. בחיפוש הנערך במעבדה, אף אם הנחקר ייזכר במידע כאמור – לא תהיה לכך כל משמעות. מכאן, שהסכמה שניתנת מבלי שהנחקר מודע למלוא המידע שאליה ניתן להגיע באמצעות המכשיר, אינה יכולה להיחשב להסכמה מדעת. ההבדל השלישי מתייחס לדחיפות החיפוש: בעוד שחיפוש בנוכחות הנחקר ובאמצעותו כולל מאפיינים של דחיפות מסוימת בקידום החקירה, הרי שחיפוש במעבדה אינו מאופיין בדחיפות, כאשר המכשיר נשלח למיקום אחר שבו מבוצע החיפוש, לא בהכרח מיד עם קבלתו במעבדה.

לאחר שבחן את ההבדלים האמורים, הגיע בית הדין לערעורים למסקנה כי הסכמה אינה יכולה להוות מקור סמכות לעריכת חיפוש במעבדה, אך יש בכוחה להוות מקור סמכות לעריכת חיפוש ידני, בהתאם לפסק הדין בעניין פלח הנזכר לעיל.⁴⁴ בית הדין הטעים, כי כאשר אין דחיפות חקירתית בעריכת החיפוש על אתר, דרך המלך היא הוצאת צו לצורך עריכת חיפוש במעבדה.

כחודש לאחר שניתן פסק הדין בעניין ב"ס, הגישה התביעה הצבאית בקשה למתן רשות לערער על פסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים.⁴⁵ בתמצית, בקשת התביעה הצבאית היא לקבוע כי "שתיקתו" של החוקר כאשר לאפשרות מתן ההסכמה אינה שוללת, מניה וביה, את האפשרות לערוך חיפוש מכוח הסכמת הנחקר. לשיטת התביעה הצבאית, "הסכמה" משמעה היעדר כפייה, ומכאן שהיא עדיפה לנחקר ולחוקר שכן היא מאפשרת לנחקר לבחור האם לשתף פעולה עם החקירה ולאפשר הליך חקירתי נעים יותר.

לשיטת התביעה הצבאית, פסק דינו של בית הדין לערעורים מתבסס על נימוק מעשי, שאינו משפטי, להבחנה בין חיפוש ידני לחיפוש במעבדה. לפיכך, סבורה היא כי לא צריך להיות הברל בין שני סוגי החיפושים בכל הנוגע לאפשרות לעשות שימוש בהסכמת הנחקר כמקור סמכות. אני מסכימה עם טענת התביעה הצבאית, כי לצורכי הדיון אין הברל משפטי בין שני החיפושים. אך המסקנה שיש להסיק מכך, לטעמי, היא הפוכה: הסכמת הנחקר אינה מאפשרת לערוך חיפוש בטלפון הנייד, בין ידני ובין במעבדה.

כאמור, החוק קובע הסדר שלילי המתכתב עם עוצמת הפגיעה הפוטנציאלית הנגרמת בשל עריכת חיפוש בטלפון נייד. לאורה של הפגיעה המסתמנת, אין זה נכון לומר כי הפגיעה מופחתת מכוח הסכמת הנחקר. בשל היקף המידע המצוי בטלפון נייד, הסכמה מדעת אינה אפשרית. הנחקר אינו יכול להסכים לחשוף מידע שהוא אינו זוכר, אינו מודע לקיומו או שהוא סבור כי הוא אינו מצוי עוד בטלפון הנייד.

אף בנסיבות שבהן הנחקר הוא זה שמבצע את החיפוש, לבקשתו של החוקר, יכולתו להיזכר במהלך החיפוש אינה מאשררת את ההסכמה שניתנה עובר לתחילת החיפוש. בנסיבות אלה, סירוב להמשיך בחיפוש עלול להתפרש כהתנהגות מפלילה, כאשר ההנחה תהיה כי הנחקר נזכר במידע מפליל המצוי במכשיר.

בניגוד לעמדתה של התביעה הצבאית, הסכמתו של הנחקר אינה שקולה להיעדר כפייה. ראוי לזכור כי ההסכמה נמסרת במסגרת חקירה פלילית, לאחר אזהרה ומקום שבו נשללה חירותו של הנחקר במידה מסוימת. אין בסיטואציה זו דבר המעיד על היעדר כפייה.

חקירה אינה אמורה להיות אירוע נעים או נינוח. הטענה ביסוד בקשת רשות הערעור, שלפיה הסכמתו של נחקר תהפוך את המאורע לנעים ונוח, מלמדת שהחוקרים עלולים "להפציר" בנחקר לתת את הסכמתו, שמא יבולע לו והחקירה תהפוך לאירוע דורסני, כופה ולא נעים עבורו. זאת ועוד: ההנחה, כי יש לנחקר בחירה בין שמירה על האוטונומיה שלו לבין משך חקירה נעים ונינוח היא בעייתית, בלשון המעטה.

במסגרת בקשתה למתן רשות לערער, מצביעה התביעה הצבאית על החשש מהכבדה על בתי המשפט, הצפויים להיות מוצפים בבקשות רבות להוצאת צווים לחיפושים בטלפונים ניידים. לצורך ביסוס טענה זו מציינת התביעה כי בשנת 2015, שבמהלכה נערכו מעל ל-2000 חיפושים בטלפונים ניידים, נמצאו ממצאים מפלילים ב-56% מהחיפושים. בשנת 2016 נערכו כ-1800 חיפושים, אשר הניבו ממצאים מפלילים ב-50% מהחיפושים. ברם, ראשית, מן הבקשה נעדר הנתון באשר למשמעות הראייתית של הממצאים המפלילים. לא ניתן לדעת בכמה מהמקרים הללו החיפוש בטלפון הניב ראיה בהליך משפטי או הוביל, לצד ראיות אחרות, להגשת כתב אישום. שנית, הנתונים מצביעים בבירור כי במחצית מן המקרים שבהם נערך חיפוש, החיפוש פגע בפרטיותו של הנחקר ללא כל סיבה, שכן החדירה לפרטיותו לא קידמה את גורמי החקירה. שלישית, וחשוב מכול, ייתכן כי החשש מהצפת הערכאות בבקשות להוצאת צו כאמור, דווקא תחייב את גורמי החקירה בצמצום המקרים שבהם יבקשו לקיים חיפוש, ובהתאם יצמצמו את הפגיעה במקרים שבהם הדבר אינו נדרש. נכון לזמן כתיבת עדכון זה, בקשת רשות הערעור עודנה תלויה ועומדת בפני בית המשפט העליון. עוד נכוננו לנו עלילות.

הערות

- 1 מכתב משי ניצן, פרקליט המדינה, לאל"מ אהוד בן אליעזר, התובע הצבאי הראשי (13.11.2014) (העתק בידי המערכת).
- 2 ע/78/14 (ערעורים צה"ל) פלח נ' התובע הצבאי הראשי (פסק דין מיום 13.01.15, פורסם בנבו).
- 3 שם, פסקה 22 לפסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים.
- 4 מכתב מעו"ד אביטל בגין ממחלקת ייעוץ וחקיקה (פלילי) לאל"מ שרון זגגי-פנחס, התובעת הצבאית הראשית ולסרן יואב דגני, יועמ"ש מצ"ח (5.1.2016) (העתק בידי המערכת).
- 5 הוראת שעה "חיפוש בחומר מחשב בהסכמה ושלא על בסיס צו שיפוטי" (03.01.16) (העתק בידי המערכת). על פי סעיף 3 להוראת השעה, ההוראה עתידה להיכלל בנוהל 03.300.035, הנמצא בשלבי גיבוש.
- 6 עניין פלח, לעיל ה"ש 2. ראו עוד עורף (מחוזי) 36/13 התובע הצבאי נ' ב"ס (פסק דין מיום 10/3/2015, לא פורסם) (עותק בידי המערכת). על פסק הדין הוגש ערעור לבית הדין הצבאי לערעורים. ערעור זה תלוי ועומד במועד כתיבת שורות אלה (ע/24/15). למען הגילוי הנאות, ציוין כי המחברת ייצגה את ב"ס בהליכים בפני בית הדין הצבאי המחוזי, ועודנה מייצגת אותו בהליכים בפני בית הדין הצבאי לערעורים.
- 7 מכתב מיום 14.05.2015 (העתק בידי המערכת), וממנו עולה כי בין התאריכים 01.02.2014-15.03.2015 נבדקו 2499 טלפונים ניידים של חיילים: 2009 מהם מכוח הסכמת החייל, ואילו היתרה (490) מכוח צו שיפוטי.
- 8 מכתב מיום 24.02.2016 (העתק בידי המערכת), וממנו עולה כי בין התאריכים 01.03.2015-08.06.2016 נבדקו 2303 טלפונים ניידים של חיילים: 1445 מהם מכוח הסכמת החייל ואילו היתרה (858) מכוח צו שיפוטי.
- 9 ע"פ 61187-06-14 קורס נ' מדינת ישראל (פסק דין מיום 30.03.2015, פורסם בנבו).
- 10 סעיף 23א(ב) לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969.
- 11 רע"פ 8873/07 היינץ ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל (פסק דין מיום 02.02.2011, פורסם בנבו).
- 12 עע"מ 398/07 התנועה לחופש המידע נ' מדינת ישראל – רשות המיסים, סג (1) 284, 324 (2008).
- 13 לעיל ה"ש 10.
- 14 לצורך מאמר זה, התייחסתי לטלפון נייד כאל מחשב. התייחסותי זו נובעת, בראש ובראשונה, מהתאמתו של הטלפון הנייד המודרני להגדרת המונח "מחשב" בחוק המחשבים, התשנ"ה-1955. נראה כי עמדה זו מקובלת גם על גורמי האכיפה (ראו, למשל, המכתבים המוזכרים בה"ש 1 ו-4). זו הייתה גם "הנחת העבודה" של בית המשפט המחוזי בעניין קורס, לעיל ה"ש 9, אף כי הנשיאה ברלינר העלתה ספקות גם בנוגע לסיווג זה (ראו סעיף 7 לפסק דינה).
- 15 ס' 29 לפקודה.
- 16 ס' 25 לפקודה.
- 17 ס' 23א(ב) לפקודה.
- 18 רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל, (פסק דין מיום 09.03.2011, פורסם בנבו).
- 19 ס' 32 לפקודה.
- 20 לשם ההבהרה, נסו להיזכר בעשר השניות הקרובות בכל המידע השמור בטלפון הנייד שלכם. האם הצלחתם להיזכר בכל הודעות ששלחתם, בין כמסרונים ובין באמצעות יישומונים שונים? האם נזכרתם בכלל התמונות האגורות במכשיר? בכלל המסמכים שצילמתם, לרבות מרשמים רפואיים, חשבונות שונים ומכתבים שקיבלתם? האם הצלחתם להיזכר בכל הודעות הדואר האלקטרוני שקיבלתם, או שלחתם, ואשר הטלפון הנייד מאפשר גישה אליהן? ומה בדבר מידע שהתקבל ונשלח באמצעות יישומונים של רשתות חברתיות שונות? כל זאת, עוד לפני ששקללנו את המתח הכרוך בסיטואציה החקירתית.

- 21 אסף הרדוף "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 4, 224 (2015).
- 22 לעיל ה"ש 9.
- 23 עניין בן חיים, לעיל ה"ש 19, פסקה 25 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.
- 24 ראו טקסט להערת שוליים 4.
- 25 שאלת השימוש בטכנולוגיה מסוג ענן לא נדון בפסיקה אך הוא בהחלט מחייב דיון בשאלת הפגיעה בפרטיות הכרוכה בעיון במידע הנמצא בענן, כמו גם דיון בשאלות מתחום האזנת הסתר. מאמר זה אינו עוסק בשאלות אלה.
- 26 סמכות לחפש בחומר מחשב לפי ס' 81 להצעת החוק וכן סמכויות הנוגעות להארכת מעצרו של אדם.
- 27 הצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – המצאה, חיפוש ותפיסה), התשע"ד–2014, ה"ח 574 (להלן: הצעת החוק).
- 28 ראוי לציין, עם זאת, שניתן לנתח את משמעות הצעת החוק (ביחס לדין הקיים) גם בדרך אחרת, כפי שכתבה הנשיאה ברלינר בעניין קורס, לעיל ה"ש 9, בפסקה 9: "צודק הסנגור כאשר הוא מציין כי מדובר בהצעת חוק, והאמור בה מדיגיש היעדר הסדר מסוג זה כרגע, זאת מחד גיסא. מאידך גיסא, החוק לעתים קרובות פוסע לצד המצב הקיים בפועל וניתן לראות בכך אמירה המיישרת קו עמו. הצעת החוק יכולה איפה להוות גושפנקה למציאות בפועל". גם בכירי משרד המשפטים, במכתבים המצוינים לעיל בה"ש 1 ו-4, והנחיית המשטרה, בה"ש 5 לעיל, קובעים שיש לפרש את הדין הקיים לאור הוראות הצעת החוק.
- 29 ס' 74 להצעת החוק.
- 30 ס' 73 להצעת החוק.
- 31 ס' 79 להצעת החוק.
- 32 עמ' 625–626 להצעת החוק.
- 33 ס' 95 להצעת החוק.
- 34 לעניין זה, ראו והשוו להסדרים הקבועים בסעיף 162 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב–1982 ובסעיף 11 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו–1996, שבמסגרתם נקבעה המשמעות הראייתית של סירוב למסור דגימות או דברים במסגרת חקירה.
- 35 ראו לעיל ה"ש 2.
- 36 ראו לעיל ה"ש 9.
- 37 ראו לעיל ה"ש 6.
- 38 מר/166/16 (צבאי מרכז) התובע הצבאי נ' ר"ח ופסק דין מיום 22.6.2016, לא פורסם.
- 39 ע"פ 8627/14 דביר נ' מדינת ישראל (פסק דין מיום 14.7.2015, פורסם בנבו).
- 40 שם.
- 41 רע"פ 8464/14 מדינת ישראל נ' ניר עזרא (פסק דין מיום 21.12.2015, פורסם בנבו).
- 42 שם, בעמוד 8.
- 43 לעיל ה"ש 6.
- 44 לעיל ה"ש 2.
- 45 רע"פ 9446/16 התובעת הצבאית הראשית נ' ב"ס.

