



בבית המשפט העליון

בש"פ 5105/20

לפני: כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופטת ע' ברון
כבוד השופט י' אלרון

המבקש: יואל יולי שמעון

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

בקשת רשות לערור על החלטתו של בית המשפט המחוזי בלוד בע"ח 39166-07-20 מיום 21.7.2020 שניתנה על ידי כב' השופט ע' דרויאן-גמליאל

תאריך הישיבה: כ"ט באב התש"ף (19.08.2020)

בשם המבקש: עו"ד קובי סודרי

בשם המשיבה: עו"ד נעמי גרנות; עו"ד סיגל בלום

בשם ידידת בית המשפט: עו"ד גיל שפירא; עו"ד יגאל בלפור

פסק-דין

השופט י' אלרון:

1. למעלה מ-20,000 צווי חיפוש במחשבים – ובכלל זה במכשירי טלפון ניידים חכמים – ניתנים מדי שנה. לרוב, הדבר נעשה לאחר דיון במעמד צד אחד, ובלי שתינתן לבעלי המכשירים הזדמנות נאותה לטעון באשר לנחיצות החיפוש והיקפו בטרם יבוצע.

עניינה של הבקשה שלפנינו בשתי סוגיות כבדות משקל העשויות להשליך על אופן ניהול הליכי החקירה בישראל: האחת, באילו מקרים יתקיים הדיון בבקשה למתן

צו חיפוש במחשב, ובטלפון נייד חכם בפרט, במעמד צד אחד; והאחרת, אם קיימת זכות ערעור או ערר על החלטה בבקשה למתן צו חיפוש מסוג זה.

2. לנוכח חשיבות סוגיות אלו, ולאור קיומן של החלטות סותרות בנושא, הוריתי בהחלטתי מיום 30.7.2020 כי הדיון בבקשה יתקיים בפני מותב תלתא, ובמהלך הדיון החלטנו להיעתר לבקשה ולדון בה לגופה.

עיקרי העובדות והליכים קודמים

3. ביום 25.6.2020 עוכב המבקש לחקירה בחשד לייבוא סם מסוכן. בפתח חקירתו בתחנת המשטרה, נתפס הטלפון הנייד החכם שברשותו. המבקש הכחיש את המיוחס לו ושוחרר למעצר בית בערבות.

4. כעבור ימים מספר, ביום 28.6.2020, פנה המבקש למשיבה בבקשה להשיב לרשותו את מכשיר הטלפון הנייד ולהימנע מביצוע כל פעולה בו. משלא נענה, הגיש למחרת היום בקשה למסירת מכשיר הטלפון הנייד התפוס, לפי סעיף 34 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 (להלן: הפקודה), לבית משפט השלום פתח תקווה.

ביום 30.6.2020, הורה בית משפט השלום (השופט ע' מורנו) בהחלטתו בה"ת 69077-06-20 כי על המשיבה להימנע מביצוע פעולות חיפוש וחדירה במכשיר הטלפון הנייד של המבקש עד להחלטה אחרת, תוך שצוין כי "במידה ויש דחיפות מיוחדת לביצוע הפעולות לעיל, תפנה היחידה החוקרת לבית המשפט".

והנה, למחרת היום הגישה המשיבה בקשה להוצאת צו חיפוש במכשיר הטלפון הנייד של המבקש. בו ביום, נעתר בית משפט השלום (השופט א' לוקשינסקי-גל) לבקשה במעמד צד אחד, ונתן צו חיפוש כמבוקש מבלי שנקבעו בו תנאים לביצוע החיפוש.

5. ביום 2.7.2020 הגישה המשיבה הודעת עדכון לבית משפט השלום אשר דן בבקשה למסירת תפוס, בה צוין כי ניתן צו חיפוש במכשיר הטלפון של המבקש, ונתבקש ביטולה של החלטה מיום 30.6.2020 האוסרת על ביצוע כל פעולה במכשיר.

6. במהלך הדיון בבקשה למסירת תפוס אשר התקיים בבית משפט השלום ביום 5.7.2020, הורה בית משפט השלום (השופט ע' מורנו) למשיבה למסור למבקש עותק מצו

החיפוש שהוצא במכשיר הטלפון הנייד, והמבקש טען כבר במעמד זה כי צו החיפוש אינו מבוסס ואינו מידתי.

בהחלטתו שניתנה בתום הדיון, קיבל בית משפט השלום את השגת המבקש על צו החיפוש והורה על ביטולו, וזאת בגדר בקשה לעיון חוזר בהחלטה על מתן הצו.

במסגרת זאת, נקבע בין היתר כי:

”זכותו של החשוד לעמוד על קיומו של דיון במעמד שני הצדדים בהתייחס לצו שמוצא במעמד צד אחד, הינה זכות יסוד, המהווה חלק מזכותו החוקתית בדמות זכות הגישה לערכאות, וקשורה באופן אינהרנטי לזכותו של כל חשוד לקיומו של הליך הוגן”.

לגופו של עניין, ציין בית משפט השלום כי החשד שלפיו חבילת דואר שמוענה למבקש הכילה סם היה קיים עוד ביום 6.2.2020, ארבעה חודשים קודם למועד בו עוכב המבקש לחקירה; אולם צו החיפוש הוצא רק לאחר שהוגשה בקשת המבקש להשיב לרשותו את מכשיר הטלפון, קרוב לחמישה חודשים לאחר שהתעורר החשד הראשוני באשר להברחת הסם, וזאת אף ש”אין בתיק החקירה כל אינדיקציה, למרות הזמן הרב שחלף, ולו ברמה של חוות דעת ראשונית, כי אכן מדובר בסם”.

בנסיבות אלו, ובשים לב לכך שהמבקש לא נעצר ולא הוצא צו חיפוש בביתו, נקבע כי צו החיפוש הנוכחי ”גורף ופוגע בפרטיות המבקש יתר על המידה” – ויש להגבילו בזמן ובשימוש במילות חיפוש רלוונטיות.

7. בהמשך, הגישה המשיבה ”בקשה חוזרת להוצאת צו חיפוש במכשיר הנייד”, וטענה בין היתר כי אין למבקש זכות להשיג על צו חיפוש במחשב ובטלפון נייד חכם בפרט. לעניין זה, הפנתה המשיבה בין היתר להחלטת בית משפט זה בבש”פ 4705/20 פלונית נ’ מדינת ישראל (8.7.2020) (להלן: ענין פלונית), בגדרה נקבע:

”על פניו סעיף 23 וסעיף 23(א) לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ”ט–1969, הינם סעיפים המקנים סמכות לבית המשפט להורות על עריכת חיפוש בכל בית או מקום או לחדור לחומר מחשב על סמך חומר המוצג בפניו. אין בסעיפים כדי להקנות זכות למבקש להשיג על מתן צווים בעניין זה עובר לביצועם. על כל פנים, אינני סבור כי המקרה הפרטני שלפנינו מצדיק מתן רשות ערר”.

8. בהחלטתו מיום 15.7.2020, בית משפט השלום שב והדגיש כי לשיטתו קיימת לחשוד זכות להשיג על החלטה למתן צו חיפוש, וזאת חרף ההחלטה בעניין פלוני. זאת, בין היתר, בשים לב לכך שבהחלטה בבג"ץ 8183/17 כהנא נ' מדינת ישראל (24.10.2017) נקבע כי:

"ככל שצו החיפוש ניתן מכוח סעיף 23א לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) (נוסח חדש), התשכ"ט – 1969 ... איני משוכנע כי לא היה מקום להגשת בקשה לעיון חוזר לבית משפט השלום או להגשת ערר לבית משפט המחוזי על החלטת בית משפט השלום לאשר את החיפוש במחשב ובמכשיר הטלפון הסלולארי של העותר" (שם, בפסקה 1).

לנוכח החלטות סותרות אלו, אשר ניתנו במותב של דן יחיד, סבר בית משפט השלום כי אין הלכה מחייבת בעניין; וכי חשיבותה הרבה של זכות הטיעון תומכת בקביעה כי ניתן להשיג על החלטה למתן צו חיפוש במחשב, ובטלפון נייד חכם בפרט.

לגופו של עניין, נעתר בית משפט השלום לבקשה למתן צו החיפוש. זאת, תוך שהדגיש כי חלה התפתחות בתיק החקירה והוגשה "חוות דעת סם", בגדרה אובחן החומר החשוד בחבילה שנשלחה אל המבקש כסם מסוג MDMA; וכי צו החיפוש המבוקש ממוקד לתקופה הרלוונטית.

9. ערעור המבקש על החלטה זו נדחה על הסף בהחלטת בית המשפט המחוזי מרכז-לוד (השופט ע' דרויאן-גמליאל) בע"ח 39166-07-20 מיום 21.7.2020, אשר סבר כי אין כל אפשרות להשיג על צו חיפוש במחשב ובטלפון נייד חכם; ואף זכות הטיעון בבקשה למתן צו חיפוש כפופה "לשיקול דעת השופט הדן בבקשת המשטרה".

בהחלטתו, הפנה בית המשפט המחוזי להחלטה שניתנה בעניין פלוני ולהחלטות הערכאות הקודמות באותו עניין (צ"ח (שלום ראש"צ) 29950-05-20 קדוש נ' מדינת ישראל (28.6.2020); ע"ח (מחוזי מר') 74156-06-20 קדוש נ' מדינת ישראל (6.7.2020)), והדגיש כי הפקודה אינה קובעת מנגנון השגה על צו החיפוש – אם כי ייתכן שרשויות החקירה, להבדיל מבעל המחשב או הטלפון הנייד החכם וצדדים שלישיים, רשאיות להשיג על החלטה בבקשה למתן הצו.

בית המשפט המחוזי נימק את עמדתו בין היתר בכך שבשלב מוקדם זה של החקירה אין בפני בית המשפט די מידע על מנת לחלוק על טענות רשויות החקירה באשר

לנחיצות הצו; מתן אפשרות להשגה על צו החיפוש עלולה לעכב את החקירה ולהקשות על מיצויה; מתן האפשרות להשיג על צו שכזה "פותחת את הדלת" להשגות רבות שיוגשו גם על ידי צדדים שלישיים שפרטיותם עלולה להיפגע כתוצאה מהחיפוש; ודי בהכפפת החיפוש לצו שיפוטי בערכאה אחת כדי לאזן את הפגיעה בפרטיות הנחקר עם האינטרס הציבורי הגלום בביצוע החיפוש.

10. מכאן הבקשה שלפנינו למתן רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי.

טענות הצדדים

11. לטענת המבקש והסניגוריה הציבורית, אשר הצטרפה להליך במעמד של "ידיד בית משפט", זכות הטיעון וזכותו של אדם להיות נוכח במשפטו הפלילי הנגזרות שתיהן מהזכות להליך הוגן, הן זכויות חוקתיות, שככלל אין להגבילן אלא בחוק. זאת, בין היתר לנוכח הוראת סעיף 126 לחוק סדר הדין הפלילי, התשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי) שלפיה באין הוראה אחרת "לא יידון אדם בפלילים אלא בפניו". על כן, בהיעדר הסדרה מפורשת בחוק, ברירת המחל היא כי יש לקיים דיון בעניין פלילי בנוכחות הצדדים – אלא אם קיים חשש לשיבוש חקירה.

במסגרת זאת, נטען כי נוכחות הנחקר בדיון בבקשה למתן צו חיפוש במחשב ובטלפון נייד חכם בפרט, נחוצה לביורר הצורך בצו המבוקש; לקביעת תנאים בצו החיפוש, אשר יצמצמו את הפגיעה בזכותו של הנחקר לפרטיות הכרוכה בביצוע החיפוש; ולבחינת פגמים בהתנהלות רשויות החקירה שעשויים להשליך על ההחלטה אם להיעתר לבקשה למתן הצו.

הסניגוריה הציבורית מוסיפה וטוענת כי החשש לשיבוש הליכי חקירה מתאיין במרבית המקרים מרגע שמכשירו הסלולרי של הנחקר נתפס ונמצא בידי המשטרה, ועל כן במקרים אלו אין הצדקה לקיים את הדיון בבקשה למתן צו החיפוש במעמד צד אחד; וכי במקרים שבהם ניתן צו חיפוש במחשב או בטלפון נייד חכם במעמד צד אחד, יש לאפשר לנחקר להגיש בקשה לעיון חוזר בהחלטה למתן הצו מתוקף סמכותו הטבועה של בית המשפט לשנות מהחלטותיו הקודמות.

12. בהתייחס לאפשרות להשיג על החלטה למתן צו חיפוש במחשב או בטלפון נייד חכם, נטען כי בית משפט זה הכיר בעבר בזכות ההשגה על צו חיפוש ועל צו להמצאת מסמכים. בכלל זה, צוין כי ברע"פ 851/09 שמש נ' מדינת ישראל, פ"ד סד (1) 288 (2010)

(להלן: רע"פ שמש) נקבע כי כל צד הרואה עצמו נפגע כתוצאה ממתן צו להמצאת מסמכים קיימת זכות טיעון להשיג על הצו; וכי בבש"פ 7917/19 אוריך נ' מדינת ישראל (25.12.2019) (להלן: עניין אוריך הראשון) נדונו השגותיהם של נחקרים על צווי חיפוש במכשירי הטלפון שלהם. עוד צוין, כי אף המשיבה, אשר מתנגדת כעת לקיומו של מנגנון ערעור על החלטה בבקשה למתן צו חיפוש, מגישה מפעם לפעם ערר על החלטות שלא להיעתר לבקשותיה.

לטענת המבקש והסניגוריה הציבורית, ניתן להשיג על צו החיפוש במסגרת בקשה למסירת תפוס לפי סעיף 34 לפקודה ובערר על החלטה בבקשה מעין זו לפי סעיף 38א לפקודה. זאת, מאחר שבמסגרת הדיון בבקשה על בית המשפט לבחון אם קיימת עילה להמשך תפיסת המחשב או הטלפון הנייד החכם; ובהיעדר הצדקה לביצוע צו החיפוש, נשללת העילה לתפיסתו על ידי המשטרה.

אשר למקורה החוקי של הזכות לערער על ההחלטה בעניין הצו, נטען, בין היתר, כי תוצאותיה והשלכותיה על הזכות לפרטיות הן בלתי הפיכות. על כן, יש לראות בהחלטה בעניין הצו החלטה סופית המהווה "פסק דין" לעניין סעיף 52 לחוק בתי המשפט, התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי המשפט), באופן המקים את הזכות להגיש ערעור על אותה ההחלטה. זאת, בדומה לאפשרות לערער על צו להצגת חפץ לפי סעיף 43 לפקודה ולאפשרות שהוכרה בפסיקה, עוד לפני חקיקת סעיף 38א לפקודה, לערער על החלטה בבקשה למסירת תפוס.

לבסוף, טוענת הסניגוריה הציבורית כי יש לדחות את גישת בית המשפט המחוזי שלפיה ייתכן שניתן לאפשר לרשויות החקירה להשיג על החלטה בבקשה למתן צו חיפוש – אף שלבעל המחשב או הטלפון הנייד עצמו אין זכות כזו. לטענתה, תוצאה מעין זו "אינה חוקתית ויש בה משום הפרה בלתי מידתית של איזון הכוחות בהליך הפלילי". על כן, לשיטתה, בהיעדר הוראה מפורשת בחיקוק, יש להחיל "דין אחד" על רשויות החקירה ועל הנחקר.

13. מנגד, המשיבה מתנגדת לבקשה, וסבורה כי יש לדחותה אף לגופה.

לטענתה, על דרך הכלל יש לקיים דיון בבקשה למתן צו חיפוש במעמד צד אחד; וכי זה המצב המשפטי הנוהג אף במדינות אחרות בעולם, כדוגמת קנדה.

בעניין זה נטען כי אומנם אין בפקודה הוראה מפורשת שלפיה ניתן לקיים דיון בצו חיפוש במחשב או בטלפון נייד חכם במעמד צד אחד, אולם ניתן ללמוד על כך מהוראות סעיפים 17–17 ב לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א–1971 (להלן: חוק הנוער), בגדרם נקבע כי אף שככלל אין לקיים דיון בעניינו של קטין אלא בנוכחותו, הרי שניתן לקיים דיון בעניינו במעמד צד אחד בהחלטה המתייחסת, בין היתר, לצו חיפוש "שהוחלט לתתה שלא בנוכחות הקטין בהתאם להוראות כל דין" (סעיף 17 ב לחוק הנוער). לשיטתה, חריג זה מלמד כי ניתן לקיים דיון בבקשה למתן צו חיפוש במעמד צד אחד.

המשיבה מוסיפה וטוענת כי בניגוד לטענת המבקש, סעיף 126 לחוק סדר הדין הפלילי אינו חל בעניינו של חשוד בטרם הוגש נגדו כתב אישום. על כן, אין ללמוד ממנו כי יש הכרח לקיים דיון בבקשה למתן צו חיפוש בנוכחות החשוד.

14. כמו כן, טוענת המשיבה כי לא ניתן להשיג על צו חיפוש במחשב, ובטלפון נייד חכם בפרט, לאחר שניתן ובטרם יבוצע הצו; וכי את תקינות צו החיפוש ניתן לבחון במסגרת ההליך העיקרי – אם יוחלט על העמדתו לדין של החשוד.

לביסוס עמדה זו טוענת המשיבה כי הפקודה אינה קובעת הוראה מפורשת באשר לזכות להשיג על צו מעין זה; ומנגד, קביעת זכות ערר בפקודה על החלטות בבקשה למסירת תפוס בלבד, מלמדת על הסדר שלילי, שלפיו אין להשיג על החלטות שניתנות בעניינים אחרים המוסדרים בפקודה – ובכלל זה, על החלטות בבקשות למתן צו חיפוש במחשב ובטלפון נייד חכם בפרט. המשיבה אף מתנגדת לאפשרות להשיג על חוקיות צו החיפוש במסגרת הדיון בבקשה להשבת המכשיר לידי בעליו, שכן מדובר לשיטתה בשני הליכים נפרדים.

המשיבה מוסיפה וטוענת כי מתן זכות השגה על צו חיפוש במחשב, ובכלל זה בטלפון נייד חכם, יגרור אחריו פגיעה קשה בהליך חקירה, שהרי יהיה בכך כדי להאריך את הליך החקירה, בעוד שחשודים עלולים לנצל פרק זמן זה לשיבוש החקירה; חשודים אחרים עלולים להיוותר במעצר עד להשלמת החיפוש; ואילו "הרווח האפשרי מקיומה של זכות ערר לנחקר הוא שולי ביותר", מאחר שחומרי החקירה מצויים בשלב זה בידי המשטרה בלבד.

כמו כן, נטען כי גם כאשר המחשב או הטלפון הנייד החכם נתפס על ידי המשטרה, קיים חשש כי מתן זכות טיעון לחשוד, בטרם הוצאת צו החיפוש, עלול להביא

לשיבוש הליכי חקירה. זאת, הן בשל חשש כי ישבש את חומרי חקירה מאתר מרוחק; והן מאחר שעצם הימשכות ההליך תאפשר לחשודים פרק זמן נוסף שבמהלכו יוכלו לתאם גרסאות.

15. לצד זאת, נטען, בין היתר, כי אין בפסיקה אליה הפנה המבקש כדי לתמוך בסברה כי קיימת זכות להשיג על צו חיפוש במחשב, ובטלפון נייד חכם בפרט; כי במסגרת דו"ח ועדה ציבורית שדנה במכלול סמכויות האכיפה שבידי המשטרה, לא הומלץ על קביעת מנגנון השגה של נחקר על צווי חיפוש הניתנים במעמד צד אחד (הוועדה לסדר דין פלילי (אמצעים משטריים) (חיפוש, הצגה, תפיסה וחילוט) דין וחשבון (1996)); וכי הצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – המצאה, חיפוש ותפיסה), התשע"ד–2014, שלא הבשילה לכדי דבר חקיקה מחייב, אף היא אינה קובעת מנגנון השגה של נחקר על צו חיפוש מסוג זה.

16. בדיון שהתקיים לפנינו הוסיפה באת כוח המשיבה וציינה כי על רקע הדיון בבקשה וטענות הסניגוריה הציבורית בעניין, הוחלט שלא יוגשו עוד עררים מטעמה על החלטות בבקשות למתן צו חיפוש במחשב או בטלפון נייד חכם.

עוד צוין, כי בחודשים הקרובים עתיד להיכנס לתוקף נוהל מטעם פרקליט המדינה אשר מטרתו לקבוע אמות מידה ברורות לאופן השימוש בצווי חיפוש במחשבים, ובכלל זה במכשירי טלפון נייד חכם, על מנת לצמצם את היקף הפגיעה בפרטיות הכרוכה בהם.

17. זמן מה לאחר השלמת כתיבת החלטתי זו, ניתן פסק דינו של בית משפט זה (המשנה לנשיאה ח' מלצר והשופטים נ' סולברג ו-ג' קרא) בבש"פ 1758/20 מיום 26.1.2021 (להלן: עניין אוריך השני), בגדרו שב בית המשפט וקבע כי בנסיבות מסוימות, חיפוש שבוצע שלא כדין במחשב – ובכלל זה במכשיר טלפון נייד חכם – עשוי להשליך על החלטה בבקשה למתן צו לחיפוש נוסף בו (ראו גם החלטתי בעניין אוריך הראשון).

אגב כך, התייחסו שניים משופטי ההרכב, בבחינת למעלה מן הצורך ובלי לדון בעניין בהרחבה, בסוגיית ההשגה על צו חיפוש, אשר במוקד הבקשה דנן.

בתמצית ייאמר, כי המשנה לנשיאה ח' מלצר סבר כי אין מניעה להשיג על החלטה למתן צו חיפוש במסגרת בקשה להשבת תפוס ובמסגרת הערר על החלטה בבקשה זו, לפי סעיף 38 לפקודה; ואולם, השופט ג' קרא סבר כי לא ניתן להשיג על

החלטה למתן צו חיפוש במחשב, שכן "עיון בלשון הפקודה מעלה כי אין בה עיגון לזכות ערר על החלטה בדבר צו חיפוש" (שם, בפסקה 4 לחוות דעתו של השופט קרא), וכן מאחר שלשיטתו, אין ללמוד מהזכות לערור על תפיסת מחשב וטלפון נייד, על קיומה של זכות להשיג על צו חיפוש בו.

18. על רקע זה, ניתנה לצדדים בתיק דנן הזדמנות להתייחס בכתב לפסק הדין החדש בעניין.

בהתייחסויותיהם, שבו הצדדים על עיקר טענותיהם כפי שתוארו לעיל, תוך שהפנו לעמדות השופטים בפסק הדין כתימוכין לדבריהם.

כך, באי כוח המשיבה סברו כי עמדת השופט קרא היא הנכונה, תוך שציינו כי לעיתים צו חיפוש במחשב ובטלפון ניתן ללא צורך בתפיסתו. על כן, לשיטתם, אין להתנות את זכות ההשגה על הצו באפשרות להשיג על בקשה להשבת תפוס; וממילא אין לאפשר השגה על צו חיפוש במחשב, ובטלפון נייד חכם בפרט.

מנגד, מטעם הסניגוריה הציבורית והמבקש נטען כי עמדת המשנה לנשיאה מלצר תומכת בגישתם אשר תוארה לעיל בעניין קיומה של זכות השגה על צו חיפוש במחשב. לגישת המבקש, אף עצם קיום הדיון בעניין אוריך השני בפני שלוש ערכאות מלמד כי בית העמדה שהתקבלה לבסוף היא כי קיימת זכות השגה על צו חיפוש במחשב.

נוסף על כך, נטען בין היתר כי משנקבעה הלכה אשר לפיה פגמים שקדמו לבקשה למתן צו חיפוש עלולים למנוע את מתן הצו, הרי שיש לאפשר לצדדים הזדמנות נאותה לטעון את טענותיהם בפני בית המשפט בטרם יכריע בבקשה למתן הצו המבוקש. ממילא, כך נטען, יש לקיים דיון בבקשה למתן צו חיפוש במחשב או בטלפון נייד, וכן, לאפשר לצדדים להשיג על ההחלטה בעניין הצו.

דיון והכרעה

19. הבקשה שלפנינו מעוררת, כאמור, שתי סוגיות מרכזיות: קיום הדיון בבקשה למתן צו חיפוש במחשב – ובכלל זה במכשיר טלפון נייד חכם – במעמד צד אחד; ואופן ההשגה על צו חיפוש מסוג זה (אשר לכך שמכשירי טלפון ניידים חכמים עונים על הגדרתו של המונח "מחשב" לענייננו ראו, למשל, בש"פ 6071/17 מדינת ישראל נ' פישר, פסקה 10 (27.8.2017)).

כפי שפורחב להלן, אני סבור כי בהיעדר יסוד סביר לחשב מפני סיכול החיפוש או שיבוש הליכי חקירה, אין לקיים דיון בבקשה למתן צו חיפוש במחשב, ובטלפון נייד חכם בפרט, במעמד צד אחד; וכי על החלטה בבקשה למתן הצו קיימת זכות ערעור. מסקנה זו נגזרת, בין היתר, מהפגיעה החמורה הכרוכה בפרטיותו של אדם כתוצאה מביצוע חיפוש במחשב ובטלפון נייד; הוראותיו הייחודיות של סעיף 23א המסדיר את אופן ביצוע החיפוש במחשב ובטלפון נייד חכם בפרט; פערי הכוחות שבין בעל המחשב לרשויות החקירה; וחשיבותה של זכות הערעור המעוגנת בחוק-יסוד: השפיטה ובחוק בתי המשפט.

אדון בסוגיות אלה כסדרן.

הכלל: קיום דיון במעמד הצדדים בבקשה למתן צו חיפוש במחשב ובטלפון נייד חכם בפרט

20. לגישת המשיבה, נקודת המוצא לבחינת הסוגיות המתעוררות בבקשה שלפנינו היא שאין לבעל המחשב (ובכלל זה, מכשיר הטלפון הנייד חכם) או למחזיק בו זכות טיעון בעניין הבקשה למתן צו לביצוע חיפוש בו.

21. אין בידי לקבל עמדה זו, בהיותה מנוגדת לעקרון היסוד המושרש בפסיקותיו של בית משפט זה, שלפיו יש להימנע מהחלטה הפוגעת בזכויותיו ובמעמדו של אדם בטרם תינתן לו הזדמנות הוגנת ונאותה להשמיע את טענותיו בעניין (ראו למשל: רע"פ שמש, בעמ' 305 וההפניות שם; בש"פ 496/19 לוי נ' מדינת ישראל (20.1.2019)).

על דרך הכלל, כוחו של עקרון זה יפה אף ביחס לפעולות הנעשות בשלב החקירה, כחלק מהזכות החוקתית להליך הוגן (בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(3) 500, 530–532 (2010)). בהתאם לכך, נקבע למשל, כי לחשוד ולעצור קיימת זכות חוקתית להיות נוכח ולטעון בדיונים בהליכי מעצרו (שם. ראו גם את החלטת השופט א' שטיין בבש"פ 2510/20 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקאות 18–21 (23.4.2020)).

22. פערי הכוחות המובנים בין השוטר לאזרח בכלל, ובין הנחקר לחוקריו בפרט, מבססים את הצורך במתן זכות טיעון לאדם בטרם תבוצע פעולת חקירה הפוגעת בזכותו כחלק מהזכות החוקתית להליך הוגן (ראו גם למשל בש"פ 4586/06 חלידו נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (22.8.2006)).

לא פעם, אדם המתייצב לחקירה משטרתית נפגש לראשונה ברשויות החקירה והאכיפה. הבנתו את אופיו וטיבו של הליך החקירה מועטה, ויכולתו לעמוד על זכויותיו עלולה להיות מוגבלת. החקירה המשטרתית, מעצם טיבה וטבעה, מעמידה את הנחקר במצוקה ובמבוכה, "חודרת לפני ולפנים של ציפור נפשו ויוצרת אצלו לחצים נפשיים חמורים" (יעקב קדמי על הראיות א 28 (1991)). ראו גם למשל רע"פ 7052/18 מדינת ישראל נ' רותם, פסקה 7 לחוות דעתי (5.5.2020); רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(3) 305, 340–341 (2012).

על רקע פערי הכוחות בין המשטרה לאזרח ובין הנחקר לחוקריו, והחשש כי פערים אלו יביאו לפגיעה בזכויות שלא לצורך, קבע המחוקק כי פעולות חקירה מסוימות יבוצעו תחת פיקוח שיפוטי הדוק. אולם, יכולתו של בית המשפט לפקח באופן אפקטיבי על פעולות חקירה אלו נפגעת כאשר הדיון בבקשת רשויות החקירה לבצע פעולה זו או אחרת נעשה במעמד צד אחד. במצב זה, נדרש השופט להיכנס לנעלי האדם שזכויותיו עלולות להיפגע, ולהעלות בשמו את טענותיו. מלאכה זו אינה פשוטה כלל ועיקר – וזאת בפרט לנוכח העומס הרב בו מצויים בתי המשפט.

על כן, ישנה חשיבות רבה לקיים דיון במעמד הצדדים כאשר אין יסוד סביר לחשש כי הדבר יגרור פגיעה בהליכי החקירה.

23. יתירה מזאת, מעמד נציגי רשויות החקירה כ"שחקנים חוזרים" בבית המשפט, המתייצבים פעם אחר פעם לדיון בבקשות למתן צווים במעמד צד אחד, עלול לפגוע במראית פני הצדק, ובמקרים מסוימים אף לפגוע בתקינות ההליך המשפטי.

כעולה מדוח צוות הבדיקה לבחינת ההיבטים המערכתיים של ממשק העבודה בין שופטים הדנים בבקשות לפני הגשת כתב אישום ובין גורמי תביעה, בראשו עמדתי, ושעל חבריו נמנו גם נשיאת בית המשפט המחוזי בבאר-שבע, השופטת ר' יפה-כץ, ונשיאת בתי משפט השלום במחוז מרכז, השופטת ע' רון, חשש זה אינו ערטילאי. במסגרת עבודת הצוות, נמצא כי לעיתים נוצר קשר ישיר ואישי בין השופט הדן בהליכים פליליים במעמד צד אחד, לבין אנשי המשטרה ורשויות האכיפה האחרות הטוענים בפניו (ראו צוות הבדיקה הבכיר לבחינת ההיבטים המערכתיים של ממשק העבודה בין שופטים הדנים בבקשות לפני הגשת כתב אישום ובין גורמי תביעה סיכום ומסקנות 6–14 (אפריל 2018)).

נוהל נשיאת בית המשפט העליון 18-1 "ממשק העבודה בין שופטים ובין גורמי תביעה וחקירה בבקשות לפני הגשת כתב אישום" (תוקן ביום 29.8.2018) ביקש למגר תופעה זו, אולם בכך לא די – וברי כי שיקולים שעניינם במראית פני הצדק מחייבים כי כאשר הדבר אפשרי, הדיון בבית המשפט לא ייעשה במעמד צד אחד.

שיקולים אלו תומכים במסקנה שלפיה יש להימנע ככל הניתן מפגיעה בזכותו של אדם בטרם תינתן לו אפשרות נאותה להשמיע את טענותיו, אף במסגרת פעולות המתבצעות בהליך החקירה.

24. הדברים נכונים גם לעניין בקשות למתן צו חיפוש במחשב – ובכלל זה במכשיר טלפון נייד חכם – אשר יש בהן כדי להביא לפגיעה חמורה בזכות הפרטיות.

אין חולק כי חיפוש במחשב ובמכשיר טלפון נייד חכם עשוי להוביל במקרים רבים לפריצת דרך משמעותית ולקיצור ניכר של הליכי החקירה. כך למשל, התכתבויות הקושרות את הנחקר למעשה העבירה ותמונות השמורות במכשיר הטלפון שברשותו מאפשרות לא אחת "לפצח" את החקירה ולספק בסיס ראיתי מרכזי לצורך העמדתו לדין. כמו כן, לעיתים מידע אשר נחשף במכשירים אלו עשוי דווקא ללמד על חפותו של בעל המכשיר או של חשודים אחרים.

לא בכדי הדגישה המשיבה כי מכשירי הטלפון הניידים משמשים מקור מידע מרכזי ומשמעותי בהליכי חקירה: כ-24,000 צווי חיפוש במכשירי טלפון נייד התבקשו – וניתנו – בשנת 2019, במהלכה נפתחו סך הכול כ-301,000 תיקי חקירה (משטרת ישראל השנתון הסטטיסטי 2019 7 (2020)); ובמקרים נוספים רבים הנחקר הסכים כי חוקרי המשטרה יערכו חיפוש ידני במכשיר הטלפון בהסכמתו וללא צו מתאים, אף שחוקיותו של חיפוש מעין זה לכל הפחות מוטלת בספק (עניין אור"ך הראשון, בפסקה 21. ראו גם דנ"פ 5852/10 מדינת ישראל נ' שמש, פ"ד סה(2) 363, 389 (2012) (להלן: *דנ"פ שמש*); *Riley v. California*, 573 U.S. 373, 386–391 (2014); *Rueda v. Spain*, ; no. 32600/12 ECHR 2017 *Roseanna Sommers & Vanessa K. Bohns, The Voluntariness of Voluntary Consent: Consent Searches and the Psychology of Compliance*, 128 YALE L.J. 1962 (2019)).

25. עם זאת, יש להימנע משימוש לא מידתי באמצעי זה, אשר יש בו כדי לפגוע באופן חמור בזכות הפרטיות של בעל המחשב (ובכלל זה מכשיר הטלפון הנייד החכם) או המחזיק בו, ואף של צדדים שלישיים.

כידוע, מחשבו האישי של אדם ומכשיר הטלפון הנייד החכם שברשותו אוצרים בחובם מידע בלתי נדלה עליו ועל קורותיו. רשימה חלקית של סוגי המידע שניתן לחלץ ממכשירים אלו כוללת תיעוד מדויק של המקומות בהם שהה בעל המכשיר, תמונות והתכתבויות אישיות ואינטימיות, הקלטות שיחותיו הפרטיות, מידע על אודות תחביביו האישיים, ומידע עסקי רגיש אשר לעיתים נאגר במכשיר.

חדירה למחשב או למכשיר הטלפון הנייד החכם של אדם עלולה אפוא לחשוף את נבכי אישיותו ואת פרטי חייו שנשמרים בצנעה ואינם אמורים להיות נגישים לאנשים אחרים, ועל ידי כך לפגוע באופן חמור בזכותו החוקתית לפרטיות, המעוגנת בסעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (עניין אוריך הראשון, בפסקה 19. ראו גם עניין אוריך השני, בפסקה 11 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה ח' מלצר; שם, בפסקה 38 לחוות דעתו של השופט נ' סולברג; ע"פ 8627/14 דביר נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (14.7.2015); בג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל, פסקה 5 (28.5.2012); רע"פ 8873/07 היינץ ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה 17 (2.1.2011) (להלן: עניין היינץ)).

פעמים רבות פגיעה זו בפרטיותו של אדם קשה עשרת מונים אף מהפגיעה הכרוכה בחיפוש המבוצע בביתו. בעוד שהחיפוש בביתו של אדם מוגבל בזמן ובמרחב, החיפוש במחשבו ובמכשיר הטלפון הנייד החכם שברשותו עשוי לחשוף מידע כמעט אינסופי באשר למעשיו ומחשבותיו על פני תקופה ממושכת. המידע נאגר ונצבר במחשבו מבלי משים, ואף לאחר מחיקת פריט מידע זה או אחר הוא עלול, במקרים מסוימים, להיות זמין ונגיש במסגרת החיפוש.

יתירה מזו, החיפוש במחשב ובמכשיר הטלפון חוצה אף מעבר לפגיעה בזכותו האישית לפרטיות של בעליו או של המחזיק בו, וכרוך לרוב גם בפגיעה ניכרת בפרטיותם של צדדים שלישיים.

26. לנוכח רגישותו הרבה והייחודית של המידע השמור במחשבים – ובמכשירי טלפון ניידים חכמים בפרט – ותוך הכרה בחשיבות שעשויה להיות למידע זה במסגרת הליכי חקירה, קבע המחוקק בסעיף 23א לפקודה הסדר מיוחד באשר לאופן ביצוע החיפוש בהם, הכולל מגבלות שאינן חלות על חיפוש בחצרים. זאת, במטרה לאזן בין הפגיעה הקשה והייחודית בזכות לפרטיות הכרוכה בחיפוש בהם, לבין האינטרס הציבורי שבביצוע החיפוש לצרכי חקירה.

כך, חיפוש בחצרים עשוי להתבצע בנסיבות מסוימות ללא צו שיפוטי (סעיף 25 לפקודה); והתנאים למתן צו חיפוש לפי סעיף 23 לפקודה נוגעים בעיקרם לבחינת נחיצות החיפוש. לעומת זאת, סעיף 23א לפקודה קובע כי לא ייעשה חיפוש במחשב, ובמכשיר טלפון נייד חכם בפרט, אלא לפי צו שיפוטי, ומוסיף וקובע לגבי תנאים שאינם חלים לגבי צו חיפוש בחצרים. סעיף זה מורה כי:

”(א) חדירה לחומר מחשב וכן הפקת פלט תוך חדירה כאמור, יראו אותן כחיפוש וייעשו על-ידי בעל תפקיד המיומן לביצוע פעולות כאמור; ...
 (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” (סעיף 23 לפקודה. ההדגשות הוספו – ‘א’).

בהתאם להוראות סעיף זה הדגשתי בעניין אוריך הראשון, כ ישנם שני תנאים מצטברים למתן צו חיפוש במחשב, ובמכשיר טלפון נייד חכם בפרט: האחד, אשר נגזר מהוראות סעיף 23 לפקודה, הוא כי החיפוש נחוץ כדי להבטיח את הצגת ממצאיו במשפט בהליך אחר, או שיש יסוד להניח, בין היתר, כי הוא משמש או עתיד לשמש לביצוע עבירה; והשני, אשר ייחודי לבקשת צו חיפוש במחשב (ובכלל זה במכשיר טלפון נייד חכם), הוא כי מטרות החיפוש ותנאיו ייקבעו בצו עצמו, ויבטיחו כי הפגיעה בפרטיותו של אדם לא תהא “מעבר לנדרש” (עניין אוריך הראשון, בפסקה 24).

תנאי שני זה מוסיף נדבך משמעותי ביחס לאמות המידה שנקבעו בסעיף 23 לפקודה למתן צו חיפוש בחצרים. ככלל, על בית המשפט הדין בבקשה למתן צו חיפוש בחצרים לבחון בעיקרו של דבר את נחיצות הצו, ולאזן מולה את הפגיעה העקרונית בפרטיות הכרוכה בעצם ביצוע חיפוש בביתו של אדם, מבלי לקבוע באופן מפורט את תנאי החיפוש (ראו גם דנ”פ שמש, בעמ’ 388).

מנגד, על שופט הדין בבקשה למתן צו חיפוש במחשב, ובמכשיר טלפון נייד חכם בפרט, מוטלת המלאכה המורכבת לאזן בין זכותו של אדם לפרטיות לבין האינטרס הציבורי שבקידום החקירה, באופן שיבוא לידי ביטוי הן בעצם ההחלטה אם יש צורך בביצוע הצו, והן בתנאי הצו ובמגבלות החלות על החיפוש (עניין אוריך הראשון, שם).

27. על מנת להבטיח כי צו החיפוש המבוקש במחשב – ובכלל זה במכשיר טלפון נייד חכם – לא יפגע בפרטיותו של אדם מעבר לנדרש, על בית המשפט לבחון, בין היתר,

את טיב ואופי המידע שעל בסיסו נטען כי הצו נחוץ; המטרה שלשמה הוא מתבקש; חומרת העבירה שבגינה מתבקש הצו; סוג המידע המצוי על המחשב או הטלפון הנייד; אופי הפעולות המבוקשות; היקף הפגיעה שעלולה להיגרם בפרטיותו או בזכויותיו האחרות של המחזיק במחשב או בטלפון, ובזכויותיו של אדם אחר; ופעולות החקירה שבוצעו עד למועד ההחלטה בבקשה (ראו עניין אוריך הראשון, בפסקאות 27–38). בכלל זה, כפי שקבעתי בעניין אוריך הראשון, חיפוש מוקדם שבוצע שלא כדין במחשב או בטלפון נייד חכם עשוי אף הוא להשליך על החלטת בית המשפט בבקשה למתן צו לחיפוש נוסף בו.

רק לאחר שיעמוד על מכלול השיקולים הרלוונטיים, יוכל בית המשפט להיעתר לבקשה למתן צו החיפוש תוך פגיעה מידתית בפרטיות – ובכלל זה, בזכותו של בעל המכשיר או המחזיק בו לפרטיות.

28. אולם, יכולתו של בית המשפט לעמוד באופן ממצה על מכלול השיקולים שעליו לבחון לאור הוראות סעיף 23א לפקודה, כאשר הדיון מתנהל במעמד צד אחד, מוגבלת.

מעורבות בעל המחשב או הטלפון הנייד, או המחזיק בו, בדיון בבקשה למתן צו חיפוש עשויה לתרום בשני היבטים מרכזיים:

ראשית, במסגרת הדיון בנוכחותו, בעל המחשב או הטלפון (או המחזיק בו) עשוי להביא לידיעת בית המשפט עובדות שלא היו בפניו קודם לכן, אשר ייתכן כי יעוררו ספק בדבר נחיצותו של צו החיפוש. זאת, בין אם יצליח להראות כי החשדות נגדו משוללות כל יסוד; ובין אם באפשרותו להראות כי אין כל זיקה בין העבירה שלגביה הוא נחקר לבין המידע שמצוי במחשב או במכשיר הטלפון הנייד החכם. במסגרת דיון זה, אף רשאי הנחקר לבקש מהשופט הדין בעניינו "לחקור" את השוטר, במגמה לברר אם אכן יש הצדקה למתן הצו" (קדמי, בעמ' 679).

במצבים מסוימים, הנחקר אף יוכל להצביע על כך שהמידע שעליו מבוסס צו החיפוש המבוקש הושג באמצעות חיפוש מוקדם שנעשה שלא כדין, באופן שיביא לדחיית הבקשה למתן צו החיפוש (ראו למשל בעניין אוריך הראשון). מטבע הדברים, ניתן להניח כי טענה בדבר חיפוש בלתי חוקי שקדם לבקשה למתן צו החיפוש, לא תובא בפני בית המשפט אלא אם הדיון בבקשה יתקיים במעמד הצדדים.

שנית, בעל המחשב או הטלפון הנייד החכם (או המחזיק בו) עשוי להביא לידיעת בית המשפט כי אף אם יש מקום לבצע חיפוש, הרי שהיקפו של צו החיפוש המבוקש עולה על הנדרש, וכי הוא עתיד להביא לפגיעה בפרטיותו שלא לצורך. כך, בפרט במקרים שבהם צו החיפוש אינו מוגבל לתקופת זמן מסוימת או לשימוש במילות חיפוש הרלוונטיות לחשדות, כפי שהיה במקרה דנן בצו החיפוש המקורי אותו ביקשה המשיבה (על הקושי להגביל את תנאיו של צו חיפוש במחשב ובטלפון נייד חכם כאשר הדיון בבקשה למתן הצו נעשה במעמד צד אחד ראו למשל Zach Lerner, *A Warrant to Hack: An Analysis of the Proposed Amendments to Rule 41 of the Federal Rules of Criminal Procedure*, 18 YALE J.L. & TECH. 26, 53 (2016)).

29. המקרה שלפנינו ממחיש היטב את התרומה הרבה של נוכחות בעל המכשיר במעמד הדיון בבקשה למתן הצו לצמצום הפגיעה בפרטיות הכרוכה בביצוע החיפוש.

כך, צו החיפוש הראשון ניתן במעמד צד אחד בלי שכלל פירוט כלשהו באשר לתנאי ביצוע החיפוש. רק במעמד הדיון בבקשה להשבת מכשיר הטלפון לידי המבקש, ניתנה לבא כוחו הזדמנות לטעון נגד חוקיות הצו, טענותיו התקבלו, הצו בוטל – ובהמשך הגישה המשיבה ביוזמתה בקשה לאישור צו חיפוש מצומצם בהיקפו, אשר חוקיותו במוקד ההליך שלפנינו.

השתלשלות אירועים זו ממחישה כי עצם ההקפדה על מתן זכות טיעון לבעל המחשב או מכשיר הטלפון הנייד החכם, עשויה להביא להגבלת היקף צו החיפוש המבוקש ולצמצום הפגיעה בפרטיות הכרוכה בביצוע החיפוש.

30. הכלל הוא אפוא כי כאשר מוגשת בקשה לצו חיפוש במחשב או במכשיר טלפון נייד חכם שנתפס זה מכבר במסגרת חקירה גלויה, אין הצדקה לקיום הדיון בבקשה למתן צו החיפוש במחשב או במכשיר הטלפון במעמד צד אחד.

במצבים מעין אלו יתקיים הדיון במעמד הצדדים אלא אם ניתן להצביע על יסוד סביר לחשש מפני סיכול החיפוש או שיבוש הליכי חקירה, אשר לא ניתן לאיינו בדרך אחרת – ככל דיון אחר המתקיים בפני בית משפט (ראו גם בש"פ 8151/18 מדינת ישראל נ' אברמוב, פסקה 9 (31.1.2019); ע"פ 1761/04 שרון נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(4) 9, 21 (2004); רע"פ 837/12 מדינת ישראל נ' גוסקוב, פסקה כד (20.11.2012)).

31. חריג לכלל זה עשוי לחול במצבים שבהם יהיה צורך בצו חיפוש במחשב או במכשיר טלפון נייד חכם במסגרת חקירה סמויה, או כאשר קיים יסוד סביר לחשש מפני סיכול החיפוש או שיבוש הליכי חקירה – שאז זכות הטיעון תיסוג בפני האינטרס הציבורי שבקידום החקירה (ראו גם למשל רע"פ 1230/18 מליניאק נ' משטרת ישראל – יחידת אתג"ר, פסקה 11 (28.5.2018)). זאת, בדומה למצב הנוהג ביחס לצווי חיפוש בחצרים, אשר הדיון במעמד הצדדים עלול לחשוף את החקירה ולאפשר לחשוד לשבש ראיות בטרם יבוצע החיפוש (ראו למשל קדמי, בעמ' 679, 683; משה שלגי וצבי כהן טדר דין הפלילי 61 (מהדורה שניה, 2000)).

אולם, אף באותם מקרים שבהם קיים יסוד סביר לחשש מפני סיכול החיפוש או שיבוש הליכי החקירה כתוצאה מקיום הדיון בבקשה למתן צו החיפוש במעמד הצדדים, אין משמעות הדבר בהכרח כי הדיון יתקיים במלואו במעמד צד אחד.

כך, כאשר קיים יסוד סביר לחשש מפני סיכול החיפוש או שיבוש ראיות המצויות על גבי המחשב באמצעות השתלטות עליו מעמדה מרוחקת, יוכל בית המשפט ליתן בתחילה צו חיפוש מצומצם המאפשר אך ורק את העתקת תוכן המחשב או הטלפון הנייד החכם במעמד צד אחד. זאת, באופן שיאפשר לערוך דיון נפרד בנוכחות הצדדים אשר יבחן את נחיצות החיפוש ואת התנאים לו אשר יצמצמו את הפגיעה בפרטיות הכרוכה בכך (ראו גם אסף הרדוף "להכשיר את הפרץ: בקשת צו חדירה לחומר מחשב לאחר חדירה שלא כדין – צו ניקוי או צו הלבנה?" משפטים על אתר טו 60, 85–87 (2020)).

כמו כן, במקרים שבהם רשויות החקירה תוכנה כי פירוט תנאי הצו או המידע שעליו מבוססת הבקשה למתן הצו, עלולים לחשוף מידע שאינו ידוע באותו שלב לנחקר באופן שיאפשר את סיכול החיפוש או שיבוש החקירה – ניתן יהיה לקיים דיון עקרוני בנחיצות הצו במעמד הצדדים, ולהגיש לעיון בית המשפט, במעמד צד אחד, את המידע שעלול לאפשר את סיכול החיפוש או שיבוש החקירה.

מכל מקום, מקרים אלו הם החריג לכלל, ועל בית המשפט יהיה לתת דעתו כי החששות עליו מצביעות רשויות החקירה מפני סיכול החיפוש או שיבוש הליכי חקירה מעוגנות היטב בפרטי המקרה שלפניו.

32. יודגש, כי בהתאם לעקרונות אלו אף תינתן, במקרים מסוימים, זכות טיעון גם לצד שלישי שפרטיותו עלולה להיפגע כתוצאה מביצוע החיפוש, אם יוכיח ברמה הלכאורית כי פרטיותו תיפגע באופן חמור כתוצאה מביצוע הצו, על לא עוול בכפו. זאת,

בדומה לקביעות בית משפט זה בעניין צו להצגת חפץ לפי סעיף 43 לפקודה (ראו רע"פ שחש, בעמ' 303–308).

33. להשלמת הדיון אדגיש כי בניגוד לטענת המשיבה, איני סבור שניתן להקיש לענייננו מהדין הקנדי או מהדין החל בארצות הברית, שם הדיון בבקשה למתן צו חיפוש במחשב ובטלפון נייד נעשה ככלל במעמד צד אחד.

המשיבה הגישה לעיוננו פסיקה יחידה בנושא של בית המשפט העליון בקנדה בעניין R. v. Vu, [2013] 3 S.C.R 657 (R. v. Vu), אלא שדווקא קביעותיו תומכות לטעמי בכך שלאור הוראותיו הייחודיות של סעיף 23א לפקודה, יש לשאוף לקיים דיון בבקשה למתן צו חיפוש במחשב, ובטלפון נייד חכם בפרט, במעמד הצדדים.

כל שבית המשפט הקנדי קבע באותו עניין הוא שמאחר שהדיון בבקשה למתן צו חיפוש מתנהל במעמד צד אחד, אין צורך לפרט בצו החיפוש את תנאיו. זאת, מכיוון שממילא אין לבעל המחשב או הטלפון הנייד הזדמנות לטעון כי תנאי צו החיפוש רחבים יתר על המידה (עניין R. v. Vu, בעמ' 682–683).

בניגוד לכך, המחוקק הישראלי קבע במפורש בסעיף 23א לפקודה כי צו חיפוש במחשב, ובכלל זה בטלפון נייד חכם, יפרט את "מטרות החיפוש ותנאיו שייקבעו באופן שלא יפגעו בפרטיותו של אדם מעבר לנדרש". משקבע המחוקק כי יש לפרט בצו החיפוש את תנאיו, הרי שיש להעניק לבעל המחשב או הטלפון הנייד החכם (או למחזיק בו) גם זכות טיעון בדיון בעניין על מנת למנוע פגיעה בפרטיותו החורגת מעבר לנדרש (יוער כי אף בארצות הברית בתי המשפט נוטים לאשר צווי חיפוש אשר אינם כוללים פירוט ממשי של תנאי החיפוש, ועל כן קיים קושי להשוות בין הדין הנוהג שם לדין הישראלי. ראו למשל Adam M. Gershowitz, *The Post-Riley Search Warrant: Search Protocols and Particularity in Cell Phone Searches*, 69 VAND. L. REV. 585 (2016).

34. אף הוראת סעיף 17ב לחוק הנוער, שאליה מפנה המשיבה, אינה גורעת במאומה מהעיקרון שלפיו על דרך הכלל אין לקיים דיון במעמד צד אחד, גם במסגרת הליכי חקירה. כל שמורה סעיף זה הוא כי כאשר ניתן לקיים דיון במעמד צד אחד בבקשה למתן צו "בהתאם להוראות כל דין", הרי שניתן לעשות זאת אף בעניינו של קטין. מקביעה זו לא ניתן ללמוד כי הכלל הוא שהחלטה בעניין צו חיפוש תינתן במעמד צד אחד – ואפשר אף כי ניתן ללמוד מכך שדיון במעמד צד אחד הוא החריג, גם כאשר אין מדובר בקטין.

35. סיכומו של דבר, לנוכח הפגיעה המשמעותית בזכות לפרטיות העלולה להיגרם כתוצאה מביצוע חיפוש במחשב ובטלפון נייד חכם, אשר באה לידי ביטוי, בין היתר, בהוראותיו הייחודיות של סעיף 23א לפקודה; ובהתאם לחשיבות זכות הטיעון עליה עמדתי לעיל – אני סבור כי בהיעדר יסוד סביר לחשש מפני סיכול החיפוש או שיבוש הליכי חקירה, יש לאפשר לבעל המחשב או הטלפון הנייד החכם, ולמחזיק בו, הזדמנות נאותה לטעון את טענותיו בטרם יבוצע החיפוש.

זאת ועוד, כפי שיוסבר להלן, החלטת בית המשפט בבקשה למתן צו החיפוש במחשב – ובטלפון נייד חכם בפרט – כפופה לזכות ערעור.

קיומה של זכות ערעור על החלטה בבקשה למתן צו חיפוש במחשב ובטלפון נייד חכם בפרט

36. זכות הערעור על פסק דין המעוגנת, בין היתר, בסעיף 17 לחוק-יסוד: השפיטה, מהווה נדבך מהותי וחשוב למימוש הזכות להליך הוגן (בג"ץ 87/85 ארג'וב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מב(1) 353, 363 (1988) (להלן: עניין ארג'וב)).

מנגנון הערעור מאפשר את תיקונן של טעויות שנפלו בהחלטת הערכאה הדיונית, ומביא באופן עקיף להליך קבלת החלטות מנומק ומדויק אף בערכאה הדיונית עצמה, בשל הידיעה כי קביעותיה נתונות לביקורת שיפוטית (ראו למשל ע"א 3977/07 מדינת ישראל נ' גרנות, אגודה שיתופית חקלאית מרכזית בע"מ, פסקה 12 (18.5.2008)).

אכן, כפי שהודגש בעניין ארג'וב – וכפי שאף אני הדגשתי בדיון שהתקיים לפנינו, כאשר באת כוח המשיבה הזכירה בטיעוניה את קביעות בית משפט זה באותו עניין:

“קיומה של ערכאת ערעור, שתפקידה להעביר את פעולתו של בית-משפט של ערכאה ראשונה תחת שבט הביקורת, משפיע במישרין על אופן תיפקודו של בית-משפט של ערכאה ראשונה, מנתב נושאים במקרים ראויים למסלולם הנכון ומקדם, על-ידי עצם פעולתו בתחומים אלה, את מעמדו ויוקרתו של המוסד השיפוטי ואת האמון שרוחשים לו” (שם, בעמ' 373).

37. חרף חשיבותה, זכות הערעור נולדת מכוחה של הוראה מפורשת בחוק בלבד, “ובהעדרה של הוראת חוק, אין הזכות קיימת” (עניין ארג'וב, בעמ' 361–362. ראו גם

למשל רע"פ 6016/06 קובן נ' מדינת ישראל מע"מ ת"א, פסקה 5 (17.7.2007) (להלן: עניין קובן); ע"פ 426/87 שוקרי נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(1) 732, 735 (1988) (להלן: עניין שוקרי)).

38. בענייננו, הפקודה אומנם אינה קובעת הסדר מיוחד להשגה על צו חיפוש שניתן לפיה, אולם כפי שנקבע בעניין שוקרי:

"שתיקתה של הפקודה אינה מספיקה להענקת זכות ערעור, אבל היא גם אינה מספיקה כדי לשלול את זכות הערעור, שיכולה להיות קיימת על-פי חוק כללי אחר" (שם, בעמ' 736).

בהיעדר הוראה מיוחדת באשר לאופן ההשגה על החלטה, יש להידרש להוראות הדין הכלליות הקבועות, בין היתר, בסעיף 52 לחוק בתי המשפט (ראו גם בש"פ 658/88 חסן נ' מדינת ישראל, מה(1) 670, 693–694 (1991) (להלן: עניין חסן); ע"פ 1982/93 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(3) 238, 247 (1994) (להלן: עניין בנק לאומי). סעיף זה מורה כי:

"(א) פסק דין של בית משפט שלום ניתן לערעור לפני בית משפט מחוזי.
(ב) החלטה אחרת של בית משפט שלום בענין אזרחי ניתנת לערעור לפני בית משפט מחוזי, אם ניתנה רשות לכך מאת שופט של בית המשפט המחוזי".

בהתאם לסעיף זה, אופן ההשגה על החלטה בבקשה למתן צו חיפוש נגזר מסיווגה כ"החלטה אחרת" או כ"פסק דין", כמו גם מסיווגה כהחלטה ב"עניין אזרחי" או עניין פלילי.

כך, אם יש לסווג החלטה למתן צו חיפוש כ"פסק דין", הרי שמוקנית זכות ערעור לכל צד להליך שבמסגרתו ניתן הצו. אולם, אם סיווגה הראוי הוא כ"החלטה אחרת", הרי שהאפשרות להשיג עליה מוגבלת: אם החלטה זו "אזרחית" באופייה, ניתן להשיג עליה ברשות; ואילו אם היא "פלילית" באופייה, ניתן להשיג עליה בנסיבות חריגות בלבד בפני בית משפט זה בשבתו כבג"ץ (ראו למשל בג"ץ 179/17 ביטון נ' שופט בית המשפט המחוזי בירושלים, פסקה 7 (9.1.2017)).

במאמר מוסגר יוער כי בעבר אכן נקבע שהשגה על צו חיפוש בחצרים תיעשה בהליך של עתירה לבג"ץ, אם כי מהטעם שהחלטת בית המשפט בבקשה למתן צו חיפוש

מהווה מעין מעשה מנהלי (בג"ץ 49/62 קלוגר נ' המפקח הכללי של משטרת ישראל, פ"ד טז 1267, 1273 (1962) (להלן: עניין קלוגר)). אולם, גישה זו נזנחה זה מכבר – ודומה כי אופן ההשגה על החלטות מעין אלו תלוי בראש ובראשונה בשאלה אם יש לסווגן כ"פסק דין" (עניין חסן, בעמ' 678, 693. ראו גם בג"ץ 2260/94 *The Scotch Whisky Association* נ' שופט בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו, פסקאות 4–6 (25.10.1994) (להלן: עניין *Scotch Whisky Association*); בג"ץ 583/87 הלפרין נ' סגן נשיא בית המשפט המחוזי בירושלים, פ"ד מא(4) 683, 702 (1987)).

39. כידוע, סיווגה של החלטה כ"החלטה אחרת" או כ"פסק דין" לעניין אופן ההשגה עליה, אינו כפוף לכותרת הפורמאלית של ההחלטה, אלא תלוי במאפייניה.

לצורך סיווג ההחלטה יש לבחון אם בית המשפט הכריע באופן סופי בנוגע לסעדים שהתבקשו בהליך, ואת עוצמת הזיקה שבין ההחלטה לסוגיה העיקרית שבמחלוקת. בכלל זה, במקרים שבהם ההחלטה מסיימת את ההתדיינות בין צדדים להליך, יהא זה שיקול מרכזי התומך בסיווגה כ"פסק דין" אשר ניתן לערער עליו בזכות (ראו למשל רע"פ 6016/06 קובן נ' מדינת ישראל מע"מ ת"א, פסקה 5 (17.7.2007); עניין חסן, בעמ' 693–694).

40. החלטה בבקשה למתן צו חיפוש במחשב, ובמכשיר טלפון נייד חכם בפרט, מכריעה כאמור אם ניתן לפגוע בפרטיות בעליו או המחזיק בו לצורך קידום הליכי החקירה; ואם כן – באיזה היקף. ככלל, בקשה זו תוגש בשלב החקירה, ובטרם הוגש כתב אישום נגד הנחקר – אשר ייתכן כי כלל אינו חשוד בתיק. על כן, הדיון בבקשה נעשה בהליך עצמאי ונפרד, שאינו חלק מההליך הפלילי (ראו גם קלוגר, בעמ' 1273), וסופו של הליך זה בהחלטת בית המשפט בבקשה למתן צו החיפוש.

במקרים רבים מסיימות רשויות החקירה את עבודתן לאחר ביצוע החיפוש ומחליטות על סגירת התיק; ומכל מקום, את הפגיעה בזכותו של הנחקר לפרטיות לא ניתן יהיה עוד לרפא במסגרת ההליך העיקרי אף אם יוחלט להעמידו לדין (ראו גם עניין אוריך הראשון, בפסקה 29; עניין אוריך השני, בפסקה 26(ד); עניין קלוגר, שם; *United States v. Ryan*, 402 U.S. 530 (1971); אסף הרדוף "חזות של זכויות, מהות של צדק: סיפורה הרטורי והמהותי של ההכרעה הפלילית" דין ודברים ח 33, 36 (2014). השוו רע"פ 10622/07 סמורגנטקי נ' מדינת ישראל, פסקה 3 (10.1.2008)).

מכאן, כי לאחר שמתקבלת החלטה בבקשה למתן צו חיפוש, מסתיים הדיון בבקשה, וכלשון השופט (כתוארו אז) א' ברק בעניין חסון, "התיק' הזה – סגור" (שם, בעמ' 693).

אומנם, אם יוחלט לבסוף להעמיד את הנחקר לדין, תעמוד בפניו האפשרות להשמיע את השגותיו על חוקיות צו החיפוש בהליך העיקרי, ולטעון כי יש להתחשב בכך בקביעת משקל ממצאי החיפוש ובגזירת עונשו (ראו למשל דנ"פ שמש, בעמ' 389–392). אולם, בכך אין כדי לשלול את סופיות ההכרעה במתן הצו, שהרי הפגיעה בפרטיות מתרחשת כבר במועד ביצוע החיפוש (ראו גם עניין חסון, שם).

41. אשר על כן, אני סבור כי החלטה בבקשה למתן צו חיפוש מסיימת את ההליך, ומהווה "פסק דין" שניתן לערער עליו בזכות.

ערעור זה יוגש כערעור פלילי עצמאי, ולא במסגרת ערר על החזרת תפוס לפי סעיף 38א לפקודה. כשם שההליך בבקשה למתן צו חיפוש הוא הליך עצמאי ונפרד, כך הערעור עליו ייעשה ככלל באופן עצמאי.

42. על כך יש להוסיף שלוש הערות משלימות:

ראשית, אין בידי לקבל את פרשנות המשיבה שלפיה קיומו של מנגנון ערר בפקודה החל על החלטות בעניין בבקשה למסירת תפוס לפי סעיף 34 לפקודה, מלמד על הסדר שלילי, שלפיו הוראות חוק בתי המשפט לעניין ערעור אינן חלות על סעיפיה.

זכות הערעור על החלטה בבקשה למסירת תפוס לפי סעיף 34 לפקודה הוכרה בפסיקה לאור הוראות הדין הכלליות הקבועות בחוק בתי המשפט באשר לקיומה של זכות ערעור על פסק דין (ראו למשל עניין Scotch Whisky Association, בפסקאות 4–6). סעיף 38א, אשר נחקק לאחר מכן, עיגן קביעה זו בפקודה תוך שעיצב את המסגרת הדיונית להגשת השגה על החלטות בעניין כ"ערר".

פרשנות המשיבה, שלפיה עיגון זה של זכות הערעור שנקבעה בפסיקה על החלטה בבקשה למסירת תפוס מלמדת על הסדר שלילי, אשר מחריג את יתר סעיפי הפקודה מהוראות הדין הכללי לעניין הערעור, חותרת תחת הוראות סעיף 17 לחוק-יסוד: השפיטה, המקנה מעמד מיוחד לזכות הערעור על פסק דין, שאין לבטלה במחי יד. היא אף אינה מביאה לידי ביטוי את הפגיעה הקשה בפרטיותו של אדם הכרוכה בביצוע חיפוש

במחשבו או במכשיר הטלפון הנייד החכם שברשותו, המצדיקה מנגנון השגה על מתן צו חיפוש. לנוכח פגיעה זו, סבורני כי אילו רצה המחוקק לשלול את זכות הערעור על החלטה למתן צו החיפוש, הנלמדת מהוראות הדין הכלליות, היה עליו לקבוע זאת באופן מפורש.

43. שנית, עשויה להתעורר שאלה אם יש לסווג את הליך הערעור על החלטה בבקשה לצו חיפוש כערעור אזרחי או ערעור פלילי (על משמעויות סיווג ההליך על זכויות המערער ראו למשל בש"א 10092/17 צרניק נ' מדינת ישראל, בפסקאות 8–9 (1.2.2018)). ראו גם Matter of 381 Search Warrants Directed to Facebook, Inc., 29 N.Y.3d 231 (2017), שם נפלה מחלוקת, בין היתר, בשאלה אם יש לסווג החלטה למתן צו חיפוש במאגרי מידע של חברה מסחרית, לצורך קבלת פרטים אודות חשודים המשתמשים בשירותיה, כהחלטה בעניין פלילי או בעניין אזרחי).

אומנם, אין בעצם העובדה כי צו החיפוש ניתן במסגרת חקירה פלילית כדי ללמד בהכרח כי אופיו ומהותו פליליים (ראו למשל עניין שוקרי, בעמ' 737–738). עם זאת, ישנם שיקולים מספר התומכים לגישתי בכך שהערעור על החלטה בבקשה למתן חיפוש במחשב ובטלפון נייד חכם ייעשה בהליך פלילי: צו החיפוש מוצא במסגרת חקירה פלילית; החיפוש נעשה לרוב על ידי שוטר; וככלל, החלטה בעניין אף מטילה דופי בבעל המחשב והטלפון הנייד, או במי שהחזיק בו, כמי שקיים חשד שהיה מעורב בפעילות בלתי חוקית המצדיקה את מתן הצו (ראו גם עניין בנק לאומי, בעמ' 247).

44. לבסוף, באותם מקרים חריגים שבהם צו החיפוש במחשב ובטלפון נייד חכם ניתן במעמד צד אחד, ללא ידיעת בעליו או המחזיק בו, הערעור על החלטה למתן הצו עשוי שלא להיות מעשי – שהרי הוא כלל אינו מודע לקיומו של צו החיפוש (ראו גם קדמי, בעמ' 683).

אולם, אם יתגלה בהמשך כי ניתן צו החיפוש במעמד צד אחד – והחיפוש טרם בוצע – אני סבור כי ניתן לפנות לבית המשפט שנתן את צו החיפוש בבקשה לביטול החלטתו בעניין.

זאת, בהתאם לעקרון הכללי המעוגן בחוק סדר הדין הפלילי ובפסיקה, באשר לאפשרות לטעון לביטול החלטות שיפוטיות הניתנות במעמד צד אחד במסגרת ההליך הפלילי (בש"פ 3390/14 ענבל נ' מדינת ישראל, פסקאות 28–29 (11.6.2014)) (להלן: עניין ענבל).

עקרון כללי זה נלמד, בין היתר, מהוראות סעיפים 130 ו-240 לחוק סדר הדין הפלילי, המסמיכות את בית המשפט להורות בנסיבות מסוימות על ביטול הכרעת דינו וגזר דינו של נאשם אשר ניתנו בהיעדרו. בדומה, סעיף 208א לחוק זה קובע כי בית המשפט רשאי להורות על ביטול פסק דין בערעור שניתן שלא בפני הנאשם, אם לא התייצב לדיון בערעור מסיבה מוצדקת או אם הדבר דרוש כדי למנוע עיוות דין (עניין ענבל, שם).

בהתאם לעקרון זה, נקבע למשל כי חרף היעדרה של הוראה מפורשת בחוק, בית המשפט רשאי, בנסיבות מסוימות, להורות על ביטול החלטה לחלוט ערובה שניתנה במעמד צד אחד (עניין ענבל, שם. ראו גם ע"פ 2393/06 חמוד נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (20.11.2007). על הסמכות לעיין מחדש בהחלטות קודמות שהתקבלו במסגרת ההליך הפלילי בנסיבות חריגות, חרף היעדר הסמכה חוקית מפורשת ראו גם בש"פ 5820/16 שם טוב נ' מדינת ישראל – משטרת ישראל, פסקאות 15–20 (25.8.2016); ע"פ 5135/13 יגרמן נ' מדינת ישראל, פסקאות 19–20; בש"פ 7323/98 מדינת ישראל נ' רג'ואן, פ"ד נג(4) 126, 138 (1999)).

לטעמי יש להחיל עקרון זה גם על החלטות למתן צו חיפוש במחשב, ובכלל זה בטלפון נייד חכם, שניתנו במעמד צד אחד, ולאפשר את ביטולן אם אין עוד יסוד סביר לחשש מפני סיכול החיפוש או שיבוש הליכי חקירה. בפרט, כאשר הדבר מתגלה במעמד הדיון בבקשה למסירת תפוס, כבענייננו, קיום דיון בהשגות בעל המכשיר בעניין נחיצות הצו והיקפו כבר באותו מעמד, לא יעורר, ככלל, יסוד סביר לחשש מפני סיכול החיפוש או שיבוש הליכי החקירה. על כן, אין מניעה כי בעל המכשיר יטען כבר באותה הזדמנות לביטול צו החיפוש שניתן במעמד צד אחד – כפי שנעשה במקרה דנן.

מטבע הדברים, במקרים אלו החלטת בית משפט השלום תעסוק בשתי הסוגיות: חוקיות צו החיפוש וטענות הנחקר בעניין הבקשה למסירת תפוס. על מנת למנוע כפל הליכים וסרבול מיותר, אני סבור כי ניתן יהיה לדון יחד בערעור על החלטה למתן צו החיפוש ובערר על החלטה בבקשה למסירת תפוס, לפי סעיף 38א לפקודה (ראו והשוו עניין אור"ח השני, בפסקה 12 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה ח' מלצר).

אחרית דבר

45. כאמור לעיל, אני סבור כי הכלל הוא שבהיעדר יסוד סביר לחשש מפני סיכול החיפוש או שיבוש הליכי חקירה, יש לקיים דיון בבקשה למתן צו חיפוש במחשב, ובכלל

זה בטלפון נייד חכם, בנוכחות הצדדים; ואילו הדיון במעמד צד אחד שמור לנסיבות חריגות שבהן לא ניתן לאיין את החשש האמור מסיכול החיפוש או שיבוש הליכי חקירה בדרך אחרת.

בשני המקרים, קיימת אפשרות להשיג על צו החיפוש. על החלטה בבקשה למתן צו חיפוש במחשב, ובכלל זה בטלפון נייד חכם, ניתן להגיש ערעור; ובמקרה החריג שבו נודע לנחקר בדיעבד על מתן צו החיפוש – והחיפוש טרם בוצע – ניתן גם לבקש את ביטול ההחלטה למתן צו החיפוש שניתן במעמד צד אחד.

46. אומנם, במקרים מסוימים עמידה על זכות הטיעון ועל זכות הערעור של בעל המכשיר, או של האדם שהחזיק בו עובר לתפיסתו, עלולה להאריך במידה מסוימת את הליך החקירה. אף לא נעלמה מעיני טענת המשיבה שלפיה זכות הטיעון וזכות הערעור על החלטה למתן צו חיפוש יהיה בהן כדי "להציף" את בתי המשפט בעשרות אלפי הליכים שהתנהלו קודם לכן במתכונת מצומצמת.

אולם, אין בטיעונים אלה, כשלעצמם, כדי לעמוד למול זכות הטיעון של מי שזכותו לפרטיות תיפגע כתוצאה ממתן הצו, ואף לא למול זכות הערעור המוקנית לצדדים על פי דין.

47. זכות הטיעון וזכות הערעור בעניין צווי חיפוש במחשב, ובטלפון נייד חכם בפרט, הן כאמור זכויות מהמעלה הראשונה, חשיבותן רבה, והן נחוצות שתיהן להבטחת הגנה הולמת לזכות לפרטיות, ולאיוון ראוי של זכות זו למול האינטרס הציבורי שבביצוע החיפוש. בהיעדרן, לא ניתן יהיה להבטיח כי צו החיפוש לא יגרור פגיעה בפרטיותו של אדם מעבר לנדרש, כמצוות המחוקק.

כפי שאף ציינה ברוב הגינותה באת כוח המשיבה בדיון שהתקיים לפנינו, אין מחלוקת כי נעשו בעבר "טעויות" על ידי רשויות החקירה אשר הובילו לשימוש מופרז בצווי חיפוש במחשבים ובמכשירי טלפון ניידים חכמים. על רקע זה, כך נטען, פועלת המשיבה מזה כ-3 שנים להסדיר ולהטמיע נוהל שעתיד להביא לשימוש זהיר ומדוד בצווי חיפוש במחשבים ביחס לאופן הנהוג כיום (עמ' 7-8 לפרוטוקול הדיון מיום 19.8.2020).

אכן, הניסיון מלמדנו כי לא פעם צווי החיפוש כלליים, אינם ממוקדים למטרתם, ולעיתים ניתן למצות דרכי חקירה פחות פולשניים בטרם ייעשה שימוש באמצעי זה (על

הקושי עימו מתמודדים בתי המשפט ראו למשל ת"פ (מחוזי ת"א) 40206/05 מדינת ישראל נ' פילוסוף, פסקה 7(א) (5.2.2007).

הדרך הפשוטה והברורה לצמצם "טעויות" מעין אלו היא לאפשר לצדדים הנוגעים בדבר לממש את זכות הטיעון וזכות הערעור המוקנית להם על פי דין בטרם יבוצע החיפוש. אין משמעות הדבר כי טענותיהם יתקבלו – אולם יש בכך כדי להבטיח, לכל הפחות, כי טענותיהם יישמעו ויישקלו כראוי.

48. במקרה שלפנינו, בית המשפט המחוזי דחה על הסף את ערעור המבקש, תוך שקבע כי אין באפשרותו להשיג על הצו החיפוש במכשיר הטלפון הנייד החכם שברשותו.

מאחר שאני סבור כאמור כי שגה בית המשפט המחוזי בקביעתו זו, אציע לחברי לקבל את הערעור, במובן זה שנורה לבית המשפט המחוזי לשוב ולדון בעניינו של המבקש כבערעור על החלטת בית משפט השלום פתח תקווה בה"ת 69077-06-20, מיום 15.7.2020.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

עניין לנו במפגש בין הליך חקירה פלילית ובין טכנולוגיות חדשות. ביתר פירוט – בין צווי חיפוש וטלפון נייד. חברי, השופט י' אלרון, פרש בהרחבה את חוות דעתו המעניינת והחלוצית, לפיה ככלל יש לדון בבקשה למתן צו חיפוש בטלפון נייד – או בחומר מחשב אחר – בנוכחות שני הצדדים, מלבד נסיבות חריגות שבהן קיים יסוד סביר לחשש מפני שיבוש הליכי חקירה אם יתקיים דיון במעמד בעל המכשיר. בנוסף לכך, נקבע כי ניתן להגיש ערעור על החלטה בבקשה למתן צו חיפוש במחשב, ואף בקשה לעיון חוזר במקום שבו ניתן צו חיפוש במעמד צד אחד ולבעל המכשיר נודע עליו לפני שבוצע החיפוש. חוות דעת זו מעוררת מחשבה, אולם אין בידי להסכים לה. כך בשל נימוקים דיוניים, מהותיים ומדיניות משפטית.

1. בפתח הדברים אתייחס להיבטים הדיוניים. הרקע הדיוני בתיק זה, כפי שיובהר בהמשך, רחוק מלהיות מייצג. לטעמי אף מדובר, בפרפרזה על הפתגם הידוע, במקרה שבו Bad cases make hard law.

זו השתלשלות ההליכים: המשטרה תפסה את הטלפון הנייד של המבקש. בעקבות בקשת המבקש, ולפני שניתן צו חיפוש, הוציא בית משפט השלום צו למניעת חיפוש במכשיר. יום למחרת ניתן, לבקשת המשטרה, צו חיפוש במכשיר בידי שופט אחר. האחרון הוציא את הצו במעמד צד אחד. לאחר מכן פנתה המשטרה לבית משפט השלום לשם ביטול צו המניעה שאסר את החיפוש. נערך דיון במעמד שני הצדדים ובסופו בוטל צו החיפוש. בשלב הבא פנתה המדינה בבקשה חדשה למתן צו חיפוש, ובקשה זו נדונה במעמד שני הצדדים, כשבסוף הדיון ניתן צו החיפוש המבוקש (ה"ת 20-06-69077, כב' השופט ע' מורנו, 15.7.2020).

"סוף סוף" הוגש ערר לבית המשפט המחוזי, אשר נדחה על הסף על יסוד כתבי הטענות של שני הצדדים, ומבלי שנערך דיון. כך מן הטעם שלא הייתה למבקש זכות להגישו (ע"ח 20-07-39166, כב' השופט ע' דרויאן-גמליאל, 21.7.2020).

ההתפתחות הדיונית, רובה בבית משפט השלום, תוארה כדי להצביע על כך שעסקינן בשרשרת של החלטות שונות, שרובן ככולן מעוררות שאלה בדבר הדרך הדיונית שבה העניין טופל. למשל, ניתנו ארבע החלטות שונות של בית משפט השלום, חלקן סותרות זו את זו, בטרם נעשתה פנייה לבית המשפט המחוזי. צו החיפוש נגד המבקש הוצא לאחר שנערך בבית משפט השלום דיון במעמד שני הצדדים. המבקש הגיש ערר על החלטה זו. המדינה הגישה תגובה ובית המשפט המחוזי החליט – על יסוד כתבי הטענות של שני הצדדים ומבלי שנערך דיון – לדחות את הערר על הסף מן הטעם שלא הייתה למבקש זכות ערר.

2. מכאן הבקשה למתן רשות ערר שהוגשה לפנינו. כפי שעולה מהשתלשלות שתוארה, השאלה אם יש לדון בבקשה למתן צו חיפוש בחומר מחשב במעמד שני הצדדים כלל לא נדרשת להכרעה במקרה שלפנינו. המבקש בוודאי לא היה יכול להשיג על עניין זה, שכן בית משפט השלום קיים ממילא דיון במעמד שני הצדדים, ואילו המדינה לא הגישה הליך ערעורי על אופן ניהול הדיון. שאלה זו לא הוצגה בידי הצדדים בבית המשפט המחוזי, שלא דן בה, והבקשה למתן רשות ערר העלתה להכרעתנו שתי שאלות אחרות: ראשית, האם היה רשאי בית המשפט המחוזי לדחות את הערר על יסוד

כתבי הטענות וללא עריכת דיון בנוכחות הצדדים. שנית, האם היה המבקש זכאי להגיש ערר לבית המשפט המחוזי. המבקש, המדינה והסנגוריה הציבורית בבקשתה להצטרף להליך אכן התייחסו במסגרת כתבי טענותיהם גם לשאלה אם ראוי, ככלל, לדון בבקשה למתן צו חיפוש במעמד צד אחד או במעמד שני הצדדים; אך זאת לא כסוגיה עצמאית הנדרשת להכרעתנו, אלא כנתון עזר – אחד מבין כמה – להכרעת קיומה של זכות ערר או העדרה. להשקפתי, יש לתיאור האמור השלכה על השאלה אם ראוי כי בית משפט זה ידון בשאלה החשובה אליה התייחס חברי, כאשר הסוגיה לא הועלתה ולא נדונה בבית משפט קמא, המסגרת היא בקשה למתן רשות ערר, והסוגיה כפי שהוכרעה בידי חברי היא בגדר פסיקה חדשה ורבת השפעה.

השאלה המרכזית שעולה לדיון בהליך זה, בוודאי מבחינה אופרטיבית, היא אם יש זכות ערר על החלטה בבקשה למתן צו חיפוש. כשלעצמי הייתי פותח בה את הדיון. יחד עם זאת, ומכיוון שחברי הקדיש את החלק הראשון של הכרעתו לשאלה אם ראוי לנהל דיון בבקשה למתן צו חיפוש בחומר מחשב במעמד שני הצדדים – אפסע בדרכו, הגם שאין לפנינו הליך ערעורי בעניין זה ואיני סבור שההכרעה בו נדרשת בתיק. דעתי היא כי לא רק שההכרעה אינה נדרשת, אלא אף אינה רצויה, ואסביר זאת בהמשך. ברם, הואיל וחברי פתח ועסק בהרחבה בשאלה זו, ומכיוון שדעתי שונה מדעתו – סבורני כי לא יהא זה נכון שלא להשיב לדברים ולהציג את עמדותי בנדון לגופה. מדובר בסוגיה בעלת השלכות על עשרות תיקים ביום, אם לא מעבר לכך, והואיל ואני חולק על חברי נראה כי לא יהיה זה נכון שלא להביע עמדה בעת הזאת. לאחר מכן אדון בשאלה המרכזית שהעלה המבקש, דהיינו קיומה של זכות ערר על החלטה לתת צו חיפוש. לבסוף אתייחס בקצרה לשאלה השנייה שהציג המבקש בבקשתו למתן רשות ערר: האם רשאי היה בית המשפט המחוזי לדחות את הערר על יסוד כתבי הטענות בלבד. הצדדים לדיון בבקשה למתן צו חיפוש

3. כיצד על בית המשפט לדון בבקשה למתן צו חיפוש בחומר מחשב, כגון חיפוש בטלפון נייד? האם ככלל עליו לקבוע דיון בנוכחות בעל המכשיר (שיכונה להלן לשם הנוחות "הנחקר", הגם שלא תמיד מדובר בחשוד שבעניינו מתנהלת חקירה)? פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 (להלן: הפקודה) אינה מתייחסת לשאלה זו, אלא מסתפקת בהוראות הבאות:

23א. (א) חדירה לחומר מחשב וכן הפקת פלט תוך חדירה כאמור, יראו אותן כחיפוש [...]

(ב) [...] 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".

הגם שהפקודה אינה מציגה בצורה ישירה את סדרי הדין בבקשה למתן צו חיפוש, טרם נקבע במשפטנו כי יש לנחקר זכות לטעון נגד בקשה להוציא צו לחיפוש ברכוש. הפרקטיקה רבת השנים – והפסיקה בעקבותיה, ושמא להפך – היא כי בקשה לצו חיפוש, גם בחומר מחשב, נדונה במעמד צד אחד. כך, ברע"פ 8600/03 מדינת ישראל נ' שרון, פ"ד נח(1), 748 (2003) נקבע במפורש בהרכב מורחב כי "דרך המלך העומדת בפני הרשויות להתחקות אחר מסמכים המצויים ברשותו של אדם, היא הדרך של חיפוש המתבצע לפי הוראות החוק. זו גם הדרך הקצרה והאפקטיבית להגיע אל מסמכים הנמצאים ברשותו של אדם. זאת, משום שהפרוצדורה של השגת מסמכים בעקבות הוצאת צו על פי סעיף 43 הינה ארוכה (לאור זכותו של החשוד לפנות לערכאות בבקשה לבטל צו זה), ובמהלכה אובד אפקט ההפתעה הגלום בחיפוש" (עמוד 767, מפי השופט ת' אור). הפסיקה הכירה אפוא בכך שבשונה מהקשרים אחרים, שבהם העניק הדין זכות לנחקר או לגורם אחר להעלות טענות שקשורות לחקירה, ביחס לצו חיפוש אין זכות עקרונית כזו. עניין זה היה מוסכם אפילו על השופט י' דנציגר, שעל עמדתו מתבסס, בין היתר, חברי השופט אלרון (רע"פ 851/09 שמש נ' מדינת ישראל, פ"ד סד(1) 288, פסקה 17 לפסק דינו של השופט דנציגר (2010)). אף לא נעשתה עד כה בפסיקה הבחנה בין הדין החל על צו חיפוש רגיל לצו חיפוש בחומר מחשב. ודוקו, המדינה הסכימה בטיעוניה כי לא מדובר בסוגיה של סמכות. הטענה – שבאה לידי ביטוי בדין הנוהג – היא כי קיום דיון בבקשה למתן צו חיפוש בנוכחות שני הצדדים אינו תואם את מהות ההליך.

חברי השופט אלרון סבור כי ראוי לקבוע הלכה חדשה ביחס לצו חיפוש בחומר מחשב, תוך יצירת כלל של דיון בבקשה בנוכחות הנחקר. כפי שצוין בפרק הסיכום של חוות דעתו: "הכלל הוא שבהיעדר יסוד סביר לחשש מפני שיבוש הליכי חקירה, יש לקיים דיון בבקשה למתן צו חיפוש במחשב, ובכלל זה בטלפון נייד חכם, בנוכחות הצדדים; ואילו הדיון במעמד צד אחד שמור לנסיבות חריגות שבהן לא ניתן לאיין את החשש האמור משיבוש הליכי חקירה בדרך אחרת". כאמור, דעתי שונה. לעמדתתי, ממכלול דברי החקיקה ומתכליותיהם עולה כי על בית המשפט לדון בבקשה למתן צו חיפוש במעמד צד אחד ולתת את החלטתו לאחר שקילת נימוקי המשטרה והחומר שהוצג לו. כך עולה מלשון החוק במקום אחר, מהליכי החקיקה של הפקודה ומתכליותיו צו

החיפוש והחקירה במרחב הדיגיטלי. זוהי גם התמונה החד כיוונית שמצטיירת מעיון במשפט המשווה.

4. כפי שצוין, הפקודה אינה מציינת בצורה ישירה ומפורשת מהם סדרי הדין בבקשה למתן צו חיפוש. לצד זאת, ישנו דבר חקיקה שממנו עולה כי המחוקק מביט על בקשה למתן צו חיפוש כדוגמא להליך שנערך במעמד צד אחד. סעיפים 17 ו-17א לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971 (להלן: חוק הנוער) קובעים כי יש לתת לקטין הזדמנות להביע את עמדתו לפני קבלת החלטות בעניינו, וכי עליו להיות נוכח בשלבי ההליך השונים אלא אם טובת הקטין עצמו דורשת אחרת והוא מיוצג. ברם, סעיף 17ב קובע סייג, לפיו כללים אלה לא יחולו על:

”החלטה על [...] צו חיפוש בנוגע לקטין, או צו אחר שניתן על פי כל דין במעמד צד אחד או שלא בנוכחות הקטין, שהוחלט לתתה שלא בנוכחות הקטין בהתאם להוראות כל דין”.

במילים אחרות, זכות הטיעון וזכות הנוכחות של הקטין אינן מתפרשות על פני מקרים שבהם ניתן צו נגדו במעמד צד אחד. הסייג הוא כללי, וחל על כל צו שניתן במעמד צד אחד, אך בכל זאת מנה המחוקק כדוגמא לצו שניתן במעמד צד אחד את צו החיפוש. מכאן ניתן לראות כי זוהי תפישתו של המחוקק. נכון הוא כי החוק אינו עוסק בכללים וסדרי דין, ולא ניתן ללמוד ממנו באופן חד משמעי על כלל של הוצאת צו חיפוש במעמד צד אחד. יחד עם זאת, אפשר להבין מן החוק כי אפשרות זו היא לפחות בבחינת “דרך מלך”, כפי שעולה מהבחירה בדוגמא זו ובדוגמאות האחרות. המחוקק, בחפשו דוגמא לצו שניתן לתתו במעמד צד אחד, בחר לציין צו חיפוש ובחירה זו בעלת משמעות. תשומת הלב אף תופנה לתוספת “שהוחלט לתתה שלא בנוכחות הקטין בהתאם להוראות כל דין”. ברם, בפקודה אין הוראת דין לפיה ניתן לקיים דיון בבקשה לצו חיפוש במעמד צד אחד, גם לא ביחס לחומר מחשב. בכל זאת גרס המחוקק בחוק הנוער כי צו חיפוש – חרף העדרה של “הוראת דין” – הוא הפרט שבאמצעותו ניתן להדגים את הכלל של צו שניתן במעמד צד אחד. אין התייחסות נפרדת לצו חיפוש בחומר מחשב. הדבר מלמד כי המחוקק לא סבר שיש לכתוב במפורש כי צו חיפוש ניתן ככלל במעמד צד אחד, שכן הדבר מדבר בעד עצמו. כפי שנראה בהמשך, חיזוק לסברה זו מצוי בהיסטוריה החקיקתית של הפקודה.

לצד זאת, וכפי שהובהר, לשון הפקודה עצמה אינה קובעת את סדרי הדין. גם חוק הנוער אינו עוסק במפורש בכללים וסדרי דין, הגם שמשקפת ממנה העמדה שצו

חיפוש הוא דוגמא לצו שניתן (לפחות כאפשרות שאינה חריגה) במעמד צד אחד. בנסיבות אלה לא ניתן לשלול אפשרויות אחרות על סמך לשון החוק בלבד. נוסף אפוא ונפנה לבחינת תכלית ההסדר כפי שהיא עולה מהליכי החקיקה וממהות ההסדרים הקבועים בה.

5. נתחיל את הדיון עם תכלית דרישת הפיקוח השיפוטי על הוצאת צו חיפוש בחומר מחשב, כפי שהיא עולה מהשתלשלות הליכי החקיקה ומדברי ההסבר לפקודה. נוסחה החדש של הפקודה נחקק בשנת 1969. באותה עת התייחסה הפקודה לצו חיפוש "בכל בית או מקום", מבלי לציין במפורש חומר מחשב. מטבע הדברים, צווי החיפוש דאז עסקו בעיקר בחיפוש בבתים או בחצרות ולא באמצעים דיגיטליים כלשהם. מוסכם גם על חברי (פסקה 29 לחוות דעתו) כי צווים כאלה מוצאים במעמד צד אחד, ולו מן הטעם שצו חיפוש בבית יסוכל הלכה למעשה אם קודם לביצוע החיפוש ייערכו הליכים שונים במעמד שני הצדדים.

בשנת 1995, במסגרת תיקון מספר 6 לפקודה, נחקק סעיף 23 שכותרתו "חדירה לחומר מחשב". הסעיף בנוסחו אז קבע, בין השאר, כי חדירה לחומר מחשב כמותה כחיפוש, וכי חיפוש כזה ייעשה רק לפי צו של בית משפט, "המצייין במפורש את ההיתר לחדור לחומר מחשב או להפיק פלט, לפי הענין, ואת תנאי החיפוש ומטרותיו". תיקון זה, לפי תוכנו ולפי דברי ההסבר, אינו משקף רפורמה בסדרי הדיון שנהגו באותה עת במשך עשרות שנים ביחס לבקשה למתן צו חיפוש, ובטח שלא קיום דיון בבקשה לצו חיפוש במעמד שני הצדדים. הדבר אינו מפתיע, יען כי במסגרת תיקון מספר 6 לפקודה לא הודגשה הפרטיות. ביטוי זה לא נזכר בהצעה לתיקון הפקודה, שנועדה להכניס לראשונה את המחשב לפקודה ולהסדיר את אופן החיפוש בו ותפיסתו, וזאת על פי הכללים העקרוניים החולשים על חיפוש בבית ובחצרים (סעיף 16 להצעת חוק המחשבים, התשנ"ד-1994, ה"ח 478, 484-485) (הצעה לתיקון עקיף של ס' 31 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969). בהקשר של פיקוח שיפוטי (שנדרש בהצעת החוק רק ביחס לתפיסה ולא ביחס לחיפוש), צוין כי הצורך בצו של בית המשפט נעוץ בצורך ב"פיקוח שיפוטי" (שם), ולא בצורך לתת לבעל המחשב להשמיע את טענותיו. כאמור, התיקון כלל לא נעשה על רקע הקשר בין המחשב לפרטיותו של אדם. במוקד עמדה עינו הפקוחה של בית המשפט, ולא עמדתו של נמען הצו.

בשנת 2005 נערך תיקון מספר 12 לפקודה. זהו התיקון שבמסגרתו הופנה הזרקור כלפי פרטיותם של בעלי מחשבים, בשים לב לכך שבמהלך השנים תפס המחשב הביתי תפקיד חשוב יותר ויותר בחייו של הפרט. לפיכך הוצע להוסיף לדרישה שצו החיפוש יפרט את תנאי החיפוש ומטרותיו גם דרישה שתנאי הצו "ייקבעו באופן שלא יפגעו בפרטיותו של אדם מעבר לנדרש". האם תיקון זה ביצע את המהפכה בסדרי הדיון בבקשה למתן צו החיפוש, שעד אז ניתן במעמד צד אחד? תשובה לכך ניתן למצוא בדברי ההסבר, שבהם מוצג הרקע להוספת דרישת המידתיות של צו החיפוש בחומר מחשב:

"בית המשפט בהוציאו צווי חיפוש ממלא טקסט אחד 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" (דברי ההסבר להצעת חוק לתיקון פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) (מס' 11) (חיפוש ותפיסת חומר מחשב), התשס"ה-2005, ה"ח הכנסת 150 (להלן: הצעת תיקון 12 לפקודה)).

אם כן, המחוקק העמיד את פרטיותו של הנחקר לנגד עיניו. ברם, האיזון בינה ובין צורכי החקירה לא התבטא בשינוי סדרי הנהוגים וקביעת כלל של דיון בצו החיפוש במעמד שני הצדדים. השינוי היה מתן "הנחיה ברורה" לבית המשפט לשקול את סוגיית הפרטיות, במקום ציון אוטומטי על גבי טופס הבקשה לצו חיפוש כי יש סמכות לחפש בכל חומר הדרוש לחקירה. ודוק, לא מדובר בתוספת זניחה. הוראה מטעם המחוקק כי על בית המשפט לשקול את רכיב הפגיעה בפרטיות היא בגדר חידוש שמתייחס רק לחיפוש בחומר מחשב, ולא, למשל, בבית או בחצר. ואולם, התיקון מלמד על מה שיש בו ועל מה שאין בו. דהיינו, ניתן להניח כי לו הייתה כוונה לשנות את כלל סדרי הדין הנהוגים היה הדבר מוזכר בדברי ההסבר או בדיונים אחרים אודות תיקון החוק. עולה כי גם בנקודה זו לא התכוון המחוקק לסטות מן ההסדר שנהג עד אז, ולא התכוון להורות על כלל של קיום דיון בנוכחות הצדדים.

לסיכום הנקודה, בעבר לא הייתה מחלוקת על כך שצו חיפוש ניתן במעמד צד אחד. תיקוני החקיקה שהסדירו את החיפוש בחומר מחשב בשנים 1995 ו-2005 לא נועדו, מבחינה היסטורית, לשנות סדרי דין אלה, ותכליתם הייתה לחייב פיקוח של בית המשפט – אך לא של בעל המחשב – על ההליך, תוך הנחיה לשקול את הפגיעה בפרטיות

בעל המחשב. ההנחה של המחוקק כל העת הייתה כי גם צו חיפוש במחשב ניתן במעמד צד אחד ככל צו חיפוש אחר.

6. עד עתה ראינו שהאינדיקציות הפרשניות מצביעות על כך שצו חיפוש מוצא במעמד צד אחד. האם למרות זאת תכליתה האובייקטיבית של הפקודה מובילה לקביעת כלל של דיון במעמד שני הצדדים? סבורני כי התשובה לכך שלילית. התכלית האובייקטיבית תומכת בלשון ובדברי ההסבר. כל אלה משתלבים לכדי מבנה יציב, הקובע כלל של דיון בבקשה למתן צו חיפוש בחומר מחשב במעמד צד אחד.

בשער הדיון ניצבת הבחנה מושרשת בין שני שלבים מרכזיים של ההליך הפלילי: שלב החקירה ושלב המשפט. במרכזם של שני השלבים ניצב אדם, תהא הגדרתו נאשם, חשוד או נחקר: אדם בעל זכויות חוקתיות, מהותיות ודיוניות; אדם שניצב בנחיתות מול כוחה העצום של המדינה, בדמות רשויות החקירה והתביעה; אדם שמסלול חייו, חירותו וכבודו, מוטלים על כף המאזניים. ועם כל זאת, שיטות המשפט הדמוקרטיות המרכזיות מקיימות הליכים פליליים והליכי חקירה. הליכים כאלה כרוכים, מיניה וביה, בפגיעה – פעמים רבות עוצמתית – בזכויותיו של האדם מושא ההליך. ובכל זאת החברה מכירה בהכרח לקיים מערכת פלילית לשם שמירה על קיומה, שמירה על עקרונות הצדק שביסודה, ושמירה על אותן זכויות יסוד עצמן שעלולות להיפגע במסגרת ההליך הפלילי. מאירת עיניים העובדה שכבר בפרשה הראשונה של ספר הספרים, בתוככי גן העדן, התרחשה החקירה הראשונה. בסיפור הראשון במשפט העברי אדם הראשון ואשתו חווה חטאו את החטא הראשון, באכלם מעץ הדעת חרף האיסור שהוטל על כך, ובעקבות זאת נוכחו בעירומם. לפני ה"משפט" מתנהלים מרדף וחקירה: אדם וחווה שומעים את קולו של האל ומתחבאים מפניו. בהמשך הם נמצאים ו"נחקרים", כאשר במסגרת החקירה מוצגת בפני אדם הראשון ראיה נסיבתית נגדו – הידע החדש שצבר, שתומך במסקנה כי אכל מעץ הדעת. בעקבות הצגת הראיה, אדם מודה במעשיו ומאשים גם את חווה, שמאשימה את הנחש:

"וישמעו את קול ה' מתהלך בגן לרוח היום, ויתחבא האדם ואשתו מפני ה' בתוך עץ הגן. ויקרא ה' אל האדם, ויאמר לו: 'איכה?' ויאמר [אדם]: 'את קלך שמעתי בגן, ואירא כי עירם אנכי, ואחבא' ויאמר [ה']: 'מי הגיד לך כי עירום אתה? המן העץ אשר צויתך לבלתי אכל-ממנו אכלת?' ויאמר האדם: 'האשה אשר נתת עימדי – היא נתנה לי מן העץ ואוכל'. ויאמר ה' לאשה: 'מה זאת עשית?' ותאמר האשה: 'הנחש השיאני ואוכל' (בראשית ג, ח-יג).

מפתיעה הבחירה לכלול בסיפור הראשון על מעשיו של אדם הראשון דווקא תיאור של חקירה. ההסבר הוא שלא החקירה כשלעצמה מצויה בלב המורשת היהודית, אלא הבחירה, החטא, השלכותיהם, והיכולת לחזור בתשובה. לפי דברי חכמינו, סיפור זה לא התרחש לאחר בריאת העולם, אלא היה חלק מששת ימי בראשית וממהלך הבריאה עצמו, שנשלמה רק לאחר שגורשו אדם וחוה מגן העדן כעונש על חטאם (ראו תלמוד בבלי, סנהדרין לח, ב). תפישה זו מבטאת הכרה עמוקה בכך שהבחירה ותוצאותיה הם חלק מהטבע האנושי עצמו, גלגל סובב הוא בעולם. החטא, הענישה והתשובה, אם כן, ניצבים במרכז. ואולם, בעולם המרכזי אינו ניצב לבד. החטא והעונש אינם בגדר שתי נקודות צמודות שאין ביניהן נקודה נוספת. אין הליך משפטי וענישה בלא חקירה והליך פלילי, שבו יש לתת לנאשם ללמד סניגוריה על עצמו. כך נהג השופט הראשון, הגם שמלוא התמונה הייתה ידועה לו גם ללא קיומה של חקירה. אך חובה לשאול ולשמוע (שו"ת הרמ"א קח, ד"ה "והנה כבר נתבאר"). מטעם זה זכתה החקירה ליטול חלק בסיפורים הראשונים בתנ"ך (וראו גם ה"חקירה" במסגרת רצח הבל בידי קין – בראשית ד, ג-י. וכן ראו דניאל פרידמן הרצחת וגם ירשת – משפט, מוסר וחברה בסיפורי המקרא 21–43 (2000)). הנה כי כן, החקירה אינה אידיאל נשגב, אך היא עדיין בגדר הכרח שתולדותיו כתולדות המין האנושי עצמו (ראו הקדמתי לספרו של חיים ויסמונסקי חקירה פלילית במרחב הטייבר 15-17 (2015) (להלן: ויסמונסקי, חקירה פלילית במרחב הטייבר)).

בעיני המשפט העברי, חקירה היא שלב שבלעדיו אין צדק. בתורה כתוב "שופטים ושוטרים תתן לך בכל שעריך" (דברים טז, יח). זהו הרקע לשני כללים גדולים. האחד – "ונקי וצדיק אל תהרוג" (שמות כג, ז), שהוא הבסיס לגישה המחמירה של המשפט העברי לגבי הצורך לתור אחר הספק (ע"פ 7915/15 גזבאן נ' מדינת ישראל, פסקה 26 לחוות דעתי (9.7.2017)). הכלל השני הוא "וביערת הרע מקרבך" (דברים יז, ז). יש להגן על החברה מפני פושעה. השילוב בין השניים מוביל לדרישה שהחקירה תשמור על הכללים. כפי שכתוב בפרשת שופטים – "צדק צדק תרדוף" (דברים טז, כ). ומדוע הכפילות? לומר שהציווי מופנה הן כלפי השופטים והן כלפי השוטרים.

7. פתחנו ועמדנו על קיומה של הבחנה בין שלב החקירה לשלב ניהול ההליך הפלילי. לכל אחד מן השלבים מאפיינים ייחודיים שמעצבים את אופיו ואת האיזונים שנעשים במסגרתו. ניתנת האמת להיאמר כי שלב החקירה מציב בפני הרשויות קושי רב יותר, בהיבטים מסוימים, משלב ההליך המשפטי:

"בהליך החקירה ניתן לראות מעין פלא. המידע המצוי בידי המשטרה בראשית החקירה הוא כי בוצעה עברה. מנקודת מוצא זו עליה לגלות ראיות יש מאין. מדובר בהליך קשה ומורכב. יש צורך ביצירתיות שגבולותיה מי יתחמם. שוני זה בולט לעומת ההליך השיפוטי, שבעת עריכתו כבר קיימות ראיות, ויש להודיע עליהן מראש. לא ייפלא אפוא כי הליך החקירה דורש תשומת לב רבה ויצירתיות מתוחכמת. במיוחד נכונים הדברים בשיטת משפט חוקתית. בזו האחרונה נוספת לחקירה מורכבות יתרה, שכן היא כפופה למגבלות נוספות שעומדות בליבת השיטה ומהוות בחינה של מסירותה לעקרונותיה. זאת, בדמות האיסור לפגוע בזכויותיהם של נחקרים. הקושי בהליך החקירה נובע גם מכך שהוא אינו מתבצע בבית המשפט. שופט אינו מפקח על כל צעד ומהלך של הרשות החוקרת. דיני החקירה הקיימים מנסים לתת מענה לצרכים ולקשיים אלה" (הקדמתי לויסמונסקי, חקירה פלילית במרחב הסייבר, עמודים 16-17).

ההליך המשפטי מתנהל לאור השמש, או לפחות לעיניו הבוחנות והמפקחות של בית המשפט, תוך מתן זכות טיעון לנאשם. החקירה, לעומת זאת, מתנהלת פעמים רבות הרחק מעין הציבור ומעין הנחקר. זהו ייחודה. לא מדובר בערך עקרוני אלא באילוץ מעשי. התקדמותה של חקירה תלויה פעמים רבות בחשאיות, במהירות ובהחלטיות. ניהול החקירה תוך מתן שליטה לנחקר על קצב ניהולה עלול לגרום לפגיעה קשה בחקירות רבות.

כמובן, הדרישה להליך הוגן פורשת כנפיה גם על פעולות הרשות החוקרת. זכות השתיקה, למשל, אינה שמורה להליך הפלילי בלבד אלא מתפרשת גם על פני שלב החקירה. דוגמא נוספת היא זכות ההיוועצות בעורך דין, שהוכרה כזכות יסוד מרכזית בשיטת המשפט הישראלית (ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, פ"ד סא(1), 461, 495-498 (2006)). זכות זו עומדת לא רק לנאשם אלא גם לעצור ולחשוד בשלבי החקירה (ראו סעיף 34 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 (לעיל ולהלן: חוק המעצרים); ע"פ 9956/05 שי נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(2), 742, 763-765 (2009)). ועדיין, זכות זו מחדדת את ההבדל בין שלב ההליך הפלילי לשלב החקירה. בעוד שבהליך הפלילי זכותו של נאשם לייצוג בבית המשפט אינה מסויגת, זכותו של נחקר להיוועצות בעורך דין על פי הדין הקיים נסוגה במקרים מסוימים, שהם בגדר חריגים (ראו סעיפים 34(ד)-(ו) לחוק המעצרים). האפשרות למנוע במהלך חקירה את זכות ההיוועצות נעוצה בהכרה ששיקולים מעשיים שונים מצדיקים זאת, כגון סיכול או שיבוש החקירה, שמירה על חיי אדם או מניעת ביצוע פשע (ראו שם). בכך אין לאיין את

זכויותיו של הנחקר. הפגיעה בהן חייבת לעמוד במבחנים של חוקיות ומידתיות. ניתן לומר שבמקרים רבים זכויותיו של הנחקר "נדחות" במובן מסוים, משלב החקירה לשלב המשפט. בשלב האחרון יכול לפרוש הנחקר את טענותיו במלואן, ואם יתברר כי הן נפגעו שלא כדין בית המשפט ייתן לכך את המשקל והנפקות המתאימים (ראו באופן כללי עניין יששכרוב, ויישום ההלכה בע"פ 1301/06 אלזם נ' מדינת ישראל (22.6.2009)). אשר לזכות הנאשם להיות נוכח בדיון בעניינו, כאן נקבע במפורש בסעיף 126 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: ח"ט"פ) כי הזכות קיימת ביחס לשלב המשפט: "באין הוראה אחרת בחוק זה לא יידון אדם בפלילים אלא בפניו". אין סעיף דומה שקובע את זכותו של נחקר להיות נוכח בעת שמתקבלות החלטות שונות במהלך החקירה. ברי כי אין בכך לומר שזכות כזו אינה קיימת בנסיבות שונות, אלא מודגש ההבדל בין קביעה העקרונית והגורפת ביחס לשלב ניהול ההליך הפלילי, לעומת העדרה של קביעה כזו ביחס לשלב החקירה.

8. זו המסגרת הכללית, שעניינה שלב החקירה ומשמעותו. נקודת המוצא היא שלנחקר יש זכויות גם בשלב זה, אך בשונה מן ההליך הפלילי, הדין מכיר בכך שחלק מזכויותיו נסוגות – באופן מידתי או זמני – מפני הצורך לנהל חקירה יעילה ולאפשר למערכת הפלילית לתפקד באופן תקין. גם בתיק זה מסכים חברי השופט אלרון כי כאשר יש יסוד סביר לחשש שהדיון במעמד שני הצדדים ישבש את הליכי החקירה, ניתן לדון בבקשה למתן צו החיפוש במעמד צד אחד. כלומר, יש הסכמה שזכותו של הנחקר להציג את עמדתו לפני מתן צו החיפוש נסוגה מפני החשש לשיבוש החקירה, אלא שחברי סבור כי בפועל חשש כזה אינו הכלל אלא החריג. מנגד, המדינה טענה כי כמעט תמיד קיים חשש מובנה שקיום דיון במעמד שני הצדדים יפגע בחקירה. הטעם לכך הוא, בין היתר, משום שייווצר מצב שבו עצם קיום החקירה ידוע, ובד בבד אין ביכולתה של המשטרה לשים את ידה ואת עיניה על חומר חקירה שעשוי להיות חשוב מבחינה פוטנציאלית. לשון אחר, החשש נעוץ בהתארכות פרק הזמן שבין ידיעת הנחקר על הבקשה לצו חיפוש ובין מועד החיפוש בפועל.

אפשר לטעון בתגובה כי ניתן לאיין את החשש מפני שיבוש בדרכים שונות, כגון תפיסת חומר המחשב בשלב ראשון וחיפוש בו רק לאחר קיום דיון. אפשר להוסיף ולטעון כי לפחות מרגע שחקירה הופכת לגלויה, יכול הנחקר להתארגן ולשבש את כל שביכולתו לשבש. לפי תיזה זאת, אלא אם החיפוש נערך באופן מידי עם המעבר לשלב שבו פורצת חקירה גלויה – חלוף זמן נוסף עד לביצוע החיפוש אינו מעלה, ככלל, את החשש מפני שיבוש החקירה בדרכים שונות. ביחס לטענה זו אעלה חמש נקודות: הפגיעה בחקירה,

הפגיעה בעצור, קשיים ביחס לדיון במעמד צד אחד, קשיים ביחס לדיון במעמד שני הצדדים, והמבט ההשוואתי.

א. הפגיעה בחקירה. ראשית, קיים חשש כי הנחקר או גורם אחר ינצלו את פרק הזמן שבין ידיעתם על צו החיפוש וביצוע החיפוש בפועל, שנוצר כתוצאה מהצורך לקיים דיון במעמד שני הצדדים, כדי למחוק חומר שיש אליו גישה מתוך המחשב. חברי ציין ביחס לכך כי הרשות החוקרת יכולה לתפוס את המחשב ולהכין עותק של החומר שמצוי עליו, וכך למנוע את שיבושו מרחוק בעת קיום הדיון. פתרון זה הוא בגדר קביעה עובדתית שמניחה הנחות שונות. לא שמענו טענות בנושא טכנולוגי סבוך זה, ולטעמי לא עומד לרשותנו די חומר כדי לקבוע שאין חשש כזה. נאמר רק כי שאלה היא אם האפשרות להעתיק את תוכן המכשיר נותנת מענה שלם לחשש מפני שיבוש החקירה באמצעות מחיקת החומר מרחוק, ועניין זה לא התברר לפנינו באופן מלא. למשל, ובגדר "שאלת תם" בלבד, מהו הקשר הטכנולוגי המדויק בין העתקת התוכן השמור על הטלפון הנייד ובין המידע השמור בחשבונות הדוא"ל או ב"שירותי ענן" אחרים שיש אליהם גישה מהטלפון? זאת רק דוגמא אחת, כאשר האפשרויות השונות אינן בתחום מומחיותו של בית המשפט, ויש להניח תשתית הדורשת מומחיות בעניין.

שנית, הטענה כי עברייני שידוע על קיום חקירה מזדרז לשבש את כל שביכולתו לשבש בהקדם האפשרי, ושאינו להניח כי חלוף זמן נוסף משפיע באופן משמעותי על התקדמות החקירה, חייבת להתמודד עם הנחות משני כיוונים שונים. הראשון, אין להניח שעבריינים חסינים מפני "רשלנות מקצועית" ומעלימים באופן מיידי כל חומר שהם יכולים להעלים. השני, עברייני זהיר עשוי לכלכל את צעדיו, לפעול לאט, ולא לבצע פעולות רבות "בבת אחת". הנה מצאנו את המשותף בין העברייני ה"רשלן" לעברייני ה"זהיר": אין להניח כי הם יפעלו מיד, ומתן זמן רב יכול לסייע להם. כך או כך, המציאות מלמדת כי פעמים רבות החקירה מתקדמת בגלל "טעויות" של הנחקר – טעויות שאפשר לתקן אם ניתן לכך פרק זמן ארוך מספיק. יתר על כן, ניתן להעלות על הדעת תרחישים שונים שבהם לחלוף הזמן יש השלכות על אפשרויות החקירה, כגון תיאום גרסאות בין שותפים או עדים שפרטיהם מצויים על חומר המחשב, הימלטותם או העלמת ראיות על ידם. תיאום כזה בין שניים ניתן לעשות בעל פה, בכתב, בטלפון ואף במחשב. לא למותר לציין כי בתיק זה, הדיונים בבית משפט השלום במעמד שני הצדדים הובילו לכך שהבקשה למתן צו חיפוש התקבלה כשבועיים לאחר הגשתה לראשונה.

ב. קשיים ביחס לדיון במעמד צד אחד. מעבר לקושי העקרוני שהוצג, בדמות חשש מפני שיבוש החקירה, המתווה שקבע חברי מעורר קושי ביחס לשלב שבו מוגשת הבקשה במעמד צד אחד. הרשות החוקרת מגישה לבית המשפט בקשה למתן צו חיפוש ומעוניינת לקבלו במעמד צד אחד. בשלב זה קיים חומר חקירה שמהווה את הבסיס לבקשה, ובין היתר קושר בדרך כלשהי בין בעל המכשיר או המכשיר עצמו לעבירה שבוצעה. לפי הכלל שהציב חברי, על הרשות להראות בשלב זה יסוד סביר לחשש מפני שיבוש הליכי חקירה אם יתקיים דיון במעמד שני הצדדים. ברם, פעמים רבות בשלב זה של הדיון נציג הרשות החוקרת אינו יודע מהו החומר שממור על המכשיר. יתכן שממור עליו מידע רב בנוגע לעבירה – לרבות שותפים – ויתכן שלא מצוי בו כל חומר שקשור לעבירה שבוצעה. כיצד על נציג הרשות לשכנע את בית המשפט כי יש הצדקה להוציא את הצו במעמד צד אחד, דהיינו כי קיים יסוד סביר לחשש מפני שיבוש החקירה? לא מצאתי תשובה על שאלה זו, מלבד הסתייגות ביחס לחקירה שעודנה סמויה.

יתכן שהיא הנותנת, וקו הטיעון הוא כי יש להניח שבהיעדר מידע – לכאן או לכאן – ביחס לתוכן המידע שמצוי במכשיר, על שיטת המשפט לקחת את הסיכון של שיבוש החקירה הגלויה ולקיים דיון במעמד שני הצדדים קודם למתן צו החיפוש. קביעה כזו שקולה למעין חזקה עובדתית שלא קיים חשש לשיבוש החקירה עקב הימשכות הדיון בבקשה למתן צו החיפוש. משמע, סוג של העברת נטל. במקרים – שאינם חריגים – שבהם רשויות המשטרה אינן בקיאות מספיק בפרטים כדי לדעת את המצב לאשורו, הכלל קובע שהדיון יהיה במעמד שני הצדדים. לטעמי זוהי מסקנה ללא תשתית מבוססת, שאף עומדת בניגוד לתיאור החקירה המשטרית דלעיל, שלפיו בשלבים המקדמיים רב הנסתר על הגלוי, ובמובנים רבים יש להטות את הכף לקראת טובת החקירה.

אכן, העמדה שהוצגה בדבר כלל של דיון במעמד שני הצדדים מעוררת עניין. היא מבקשת לשנות את נקודת האיזון המושרשת, שככלל נותנת עדיפות בשלב החקירה לחשש מפני שיבושה. הכרעה זו באה לידי ביטוי לא רק ביחס לצווי חיפוש, אלא גם בהקשרים נוספים, כגון האזנות סתר, מעצר חשודים ועוד. שינויה של נקודת איזון זו, שאינה עולה מדיני החיפוש הנוהגים כיום ומדינים קרובים, דורש הכרעה מפורשת של המחוקק. אין זה רק עניין של זהות הגורם המחליט – המחוקק או בית המשפט – אלא מי הגורם שראוי כי יחליט. האיזונים עדינים, ושינוי בהיקף כזה משליך על חוליות רבות בשרשרת החקירה. בית המשפט, לטעמי, אינו אמור ליצור סדרי חקירה חדשים. אם יש מקום לשינוי – ואיני מביע עמדה ביחס לכך – יהיה צורך לשקול שינוי גם בהקשרים נוספים. ואכן, חברי מציע בחוות דעתו הרחבה הצעות שונות כדי לשמור על האיזונים

הראויים. ברם, ומבלי לבקר הצעה זו או אחרת, הליך חקיקה בכגון דא כולל התייעצות של מומחים רבים בתחומים שונים, ומנקודות מבט שונות של ההליך הפלילי: סנגורים, תובעים, נציגי המשטרה ואף מומחים לטכנולוגיה. הליך רב-ממדי כזה משפר את התוצאה על ידי הרחבת זוויות הראייה. אין זה אומר כי פסיקת בית המשפט אינה יכולה לעורר סוגיה, להצביע על חסר וכדומה. כך קרה, למשל, בדיני המעצרים עד לסיום ההליכים, והשינויים בפסיקה קודם לחקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ואף לאחר מכן. אך בסופו של דבר, נדרשה חקיקה. נכון כי סעיף כמו סעיף 21 לחוק המעצרים, על המבחן המשפטי המדויק שנקבע בו, כמו גם רעיונות חדשים נוספים כגון תסקיר מעצר והכללים לגביו – ייעשו בידי המחוקק, ככל שיחליט כי יש בכך צורך.

יצוין בהקשר זה כי בהצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – המצאה, חיפוש ותפיסה), (התשע"ד-2014), ה"ח הממשלה 574) נקבע במפורש שצו לחיפוש בחומר מחשב יינתן במעמד צד אחד, מלבד אפשרות לחריג במקום שבו מדובר במכשיר של "צד שלישי" (סעיף 99 להצעת החוק). המדינה טענה כי גם הסניגוריה הציבורית הייתה שותפה להליכי ניסוח הצעת החוק. הדברים לא הובאו כדי לתת להצעת החוק משקל נורמטיבי שאין לה, או כדי להגביל את טיעוניה של הסניגוריה, אלא כדי להצביע על התפישה המקובלת כיום, שאותה מעוניין המבקש לשנות במסגרת הליך זה.

ג. קשיים ביחס לדיון במעמד שני הצדדים. גם אם ייקבע דיון במעמד שני הצדדים קיים קושי בעמדתו של חברי, הסבור כי תרומתו של בעל המכשיר לדיון מתבטאת, בין היתר, בכך שבעל המכשיר יוכל "להביא לידיעת בית המשפט עובדות שלא היו בפניו קודם לכן, אשר ייתכן כי יעוררו ספק בדבר נחיצותו של צו החיפוש. זאת, בין אם יצליח להראות כי החשדות נגדו משוללות כל יסוד; ובין אם באפשרותו להראות כי אין כל זיקה בין העבירה שלגביה הוא נחקר לבין המידע שמצוי במחשב או במכשיר הטלפון הנייד החכם. במסגרת דיון זה, אף רשאי הנחקר לבקש מהשופט הדין בעניינו "לחקור" את השוטר, במגמה לברר אם אכן יש הצדקה למתן הצו" (פסקה 26 לחוות דעתו של חברי). אין בידי לקבל עמדה זו.

מצויים אנו בשלב החקירה, עוד לפני הגשת כתב האישום וקבלת חומרי החקירה לפי סעיף 74 לחסד"פ. החקירה עצמה טרם הושלמה. איך, למשל, יוכל הנחקר להראות כי "אין זיקה בין העבירה... לבין המידע שמצוי במחשב"? האם הכוונה היא כי נציג הרשות החוקרת יציג במעמד צד אחד לשופט את חומר החקירה, ולאחר מכן יציג הנחקר במעמד צד אחד לשופט את כל החומר שנמצא על גבי המכשיר? וכיצד ידע השופט

שהנחקר אינו מעלים ממנו בדיון זה חלק מן המידע שמצוי במכשיר? נכון יהיה להשוות את המתווה המוצע לדיון שמתקיים בבית משפט השלום בהמשך מעצרו של חשוד לצרכי חקירה: החוקר מגיש חומר לעיונו של בית המשפט בלבד, והסנגור אינו רשאי לקבל תמצית או פרפרזה של התשתית הראייתית הראשונה. השוואה זו מעוררת את השאלה האם הפגיעה שטמונה ב"חיפוש יתר" במכשיר טלפון עולה על הפגיעה שיש במעצרו של אדם. התשובה הנכונה לשאלה זו היא שבשני המצבים – הליך המעצר והליך החיפוש, גם בחומר מחשב – המשפט נותן מרווח לחוקר ולחקירה, כדי שזו תתקדם "יש מאין", וזאת מהנימוקים העקרוניים שפורטו לעיל. זוהי לא רק השיטה במדינתנו, אלא גם במדינות דמוקרטיות רבות נוספות. כללו של דבר, בשלב זה אין מקום לניהול הליך משפטי שוויוני – ולמעשה מעין "משפט זוטא", לרבות חקירה נגדית – ביחס לאשמת הנאשם, מעבר לבסיס שעל הרשות החוקרת להציג בפני בית המשפט במסגרת הבקשה למתן צו החיפוש. ושוב נזכיר כי אף אם יש מקום לשינוי מעין זה – נכון כי המחוקק יקבע ויעשה זאת תוך שמירה על איזונים, בלמים ותכליות שונות שאינן תמיד מתיישבות זו עם זו.

ד. הפגיעה בנחקר, לרבות הנחקר העצור. שיקול זה גם מעשי הוא. המחוקק העניק עדיפות לסיום ההליך הפלילי בהקדם, לרבות שלב החקירה. דוגמא לכך היא העדר יכולת להגיש בקשת רשות ערעור על החלטות ביניים. אתיחס לעניין זה בהמשך, אך כאן הנקודה היא שניתן לחשוב על דוגמאות שונות שמצביעות על החשיבות היתרה בדין הפלילי – לעומת ההליך האזרחי – לסיום מהיר של ההליך. טול לדוגמא החלטה האם לקבל או לא לקבל ראייה. בהליך הפלילי לא ניתן להגיש בקשת רשות ערעור על ההחלטה, אלא המשפט ממשיך להתנהל על יסודה. נדמה כי הטעם לדבר הוא שיש רגישות לסיום ההליך בהקדם. יושם אל לב כי העניין אינו נתון לשיקול דעת הסנגור. הדין מעצב את סוג הבקשות והדיונים, טיבם ואורכם, כדי להשפיע על קצב ההליך. אף בשלב החקירה מוגדרות תקופות המעצר המקסימליות, לרבות, למשל, הזמן שבו ניתן להחזיק חשוד במעצר לאחר הצהרת תובע כי יוגש כתב אישום (סעיף 17(ד) לחוק המעצרים). שיקול זה אינו אמור לפסוח על צווי חיפוש במהלך שלב החקירה, ונציין שוב כי במקרנו ההליכים בבית משפט השלום, מיום הגשת הבקשה הראשונה עד ליום מתן הצו, ארכו כשבועיים. יש לזכור כי לא פעם, מבקשים צו חיפוש נגד אדם שמצוי במעצר לצרכי חקירה. יש להתייחס גם להשלכת קיומו של דיון במעמד שני הצדדים על המשך מעצרו של חשוד לצרכי חקירה. עניין זה בעל משקל. השיקול של סיום הליכי החקירה בהקדם הוא דו-כיווני: גם מניעת חוסר ודאות לגבי חשוד או נאשם בדבר מצבו, וגם מימוש

האינטרס הציבורי בקידום ההליכים, כדי למנוע פגיעה באמון הציבור בהליכי החקירה והמשפט.

כאן יש להבהיר כי אין חולק על כך שהנחקר עשוי להפיק תועלת מדיון במעמד שני הצדדים, וכי במעמד כזה יתכן שניתן יהיה לחדד טוב יותר את הגבולות הראויים של צו החיפוש במקרים מסוימים, ולסייע לבית המשפט לראות תמונה מאוזנת יותר. אין טענה כי דיון במעמד שני הצדדים אינו חשוב או אינו מועיל. הטענה היא שונה: למרות שדיון במעמד שני הצדדים עשוי לסייע, החשש מפני שיבוש החקירה והארכת ההליך מצדיקים לערוך בשלב זה דיון במעמד צד אחד – תוך הקפדה מרבית על הוראות הדין מצד הרשות ומצד בית המשפט – ועם זאת טענות הנחקר שמורות לו לשלב מאוחר יותר. ושוב, ההשוואה להליך המעצר לצרכי חקירה יכולה להבהיר את הנקודה. הזדמנות לעיין בחומר חקירה עוד קודם להגשת כתב האישום עשויה להועיל לחשוד העצור גם בבית המשפט. חרף זאת, הדיון מתקיים כפי שמתקיים וחומר החקירה אינו מוצג לסנגור עד שיוגש כתב אישום, כדי לאפשר חקירה טובה יותר.

ה. משפט משווה וספרות. נוכח השיקולים המשפטיים והמעשיים השזורים בשאלת אופן הדיון בבקשה למתן צו חיפוש בחומר מחשב, והואיל ומאפיינים אלה של החקירה אינם ייחודיים לשיטה הישראלית – יש תועלת בהרחבת המבט למשפט המשווה ולספרות.

בארצות הברית בקשות למתן צו חיפוש נידונות ככלל במעמד צד אחד. כך, למשל, צוין כי "Unlike an ex ante warrant application process in which the government usually appears alone before generalist judges who are not steeped in the art of computer forensics, this ex post review comes with the benefit, too, of the adversarial process where evidence and experts from both sides can be entertained and examined" (United States v. Christie, 717 F.3d 1156, 1164 (10th Cir. 2013) ראו Orin S. Kerr, *Executing Warrants for Digital Evidence: The Case for Use Restrictions on Nonresponsive Data*, 48 TEX. TECH L. REV. 1, 13-14 (2015). מצב דומה ניתן למצוא בקנדה, שם מוצאים צווי החיפוש, גם בחומר מחשב, במעמד צד אחד (R. v. Vu, [2013] 3 SCR 657). באנגליה, בקשות למתן צווי חיפוש – גם בחומר מחשב – מוגשות בהתאם לחוק המשטרה והראיות הפלילית (The Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE); Fitzgerald v Preston Crown Court [2018] EWHC 804 (Admin) at [5]; [2018] EWHC 1534, par. 86 (admin)). הבקשות נבחנות בידי השופט במעמד צד

אחד (ראו במיוחד את סעיפים 8 ו-15 לחוק). בסעיף 15(3) לחוק מצוין מפורשות כי: "An application for such a warrant shall be made ex parte and supported by an information in writing". למעשה, לא הובאה לפנינו דוגמא לשיטת משפט שבה נערך, ככלל, דיון במעמד שני הצדדים לפני החלטה בבקשה למתן צו חיפוש בחומר מחשב.

חברי לא התעלם מהעדרן של דוגמאות התומכות בעמדתו במשפט המשווה. ההסבר שניתן לכך הוא שבישראל קבע המחוקק במפורש כי בצו חיפוש בחומר מחשב יש לפרט תנאים למניעת פגיעה בפרטיות מעבר לנדרש – דרישה שדיון במעמד שני הצדדים יכול לסייע לה – בעוד שבמדינות כמו ארצות הברית וקנדה אין צורך לפרש בצו החיפוש תנאים כאלה. ביחס לכך יש לציין שתיים. ראשית, תיאור זה אינו ממצה את התמונה עד תום. בארצות הברית, לדוגמא, פעמים רבות על הרשות לתאר, במסגרת בקשה לקבלת צו חיפוש באמצעים דיגיטליים, את הקבצים או המידע שהיא מחפשת. בית המשפט יכול לדחות בקשה אם מצא שהיא מקנה לרשות מרחב פעולה רחב מדי, שיש בו כדי לפגוע בזכות החשוד לפרטיות (ראו: *In re iPhone*, 27 F. Supp. 3d 74 (D.D.C. 2014); *United States v. Taylor*, No. 19-10381, U.S. App. (9th Cir. 2020); *United States v. Carey*, ; *United States v. Barbuto*, 60 F. App'x 754 (10th Cir. 2003) (172 F.3d 1268, 1275 (10th Cir. 1999)). בפועל רשויות חקירה אף נוהגות לעיתים להוסיף ולכלול בבקשה למתן צו חיפוש במחשב גם מילות מפתח וערכי חיפוש, אשר מצמצמים מראש את גבולות הרשאת החיפוש (*United States v. Hill*, 459 F.3d 966,) (978 (9th Cir. 2006)).

שנית, אף במדינות האמורות ישנה הכרה בחשיבותה של הזכות לפרטיות, לרבות חיפוש במחשב או בטלפון. חשיבות הזכות שם אינה פחותה מחשיבותה בשיטת המשפט הישראלית (ראו התיקון הרביעי בחוקה האמריקאית וסעיף 8 לחוקה הקנדית). אף ישנה הכרה בכך שחיפוש במחשב עלול לפגוע בפרטיות בעל המכשיר מצד אחד, ובכך שדיון במעמד שני הצדדים עשוי לסייע לו להגן טוב יותר על זכותו. דומה כי האיזונים הנורמטיביים דומים בכל שיטות המשפט, במובן זה שהחשש מפני שיבוש החקירה גובר בשלב זה – בכפוף לדרישה של מידתיות – על החשש מפני הפגיעה בפרטיות. ההשוואה נחוצה אפוא בעיקר כדי לעמוד על התפישה המעשית של שיטות המשפט: היש הכרה בחשש שדיון במעמד שני הצדדים לפני מתן הצו יוביל לשיבושן של חקירות? בראי זה, ניתן להיווכח כי שיטות המשפט השונות מסכימות כי החשש קיים, וכי חרף ההכרה בזכות החוקתית לפרטיות ובזכותו של נחקר להליך הוגן – הכלל הוא שהדיון בבקשה למתן צו חיפוש נערך במעמד צד אחד בלבד.

תמונה דומה ניתן למצוא בספרות המשפטית. גם במישור זה לא הובאה לפנינו דוגמא להצעת חקיקה ברוח העמדה שהוצגה, לפיה יש לקבוע כלל של דיון במעמד שני הצדדים קודם למתן צו חיפוש בחומר מחשב. ניתן למצוא דיונים שונים בעניין היחס בין ההגנה החוקתית על זכויותיהם של נחקרים – לרבות הזכות לפרטיות והזכות להליך הוגן – ובין צורכי החקירה בעידן הטכנולוגי (ראו ויסמונסקי, חקירה פלילית במרחב הסייבר, עמודים 250-284, והאסמכתאות שם). יש גישות שונות שמנסות לפשר באופן הטוב ביותר בין הערכים והצרכים המתנגשים, חלקן מצמצמות יחסית את שלב הביקורת על צו החיפוש לפני ביצועו וחלקן טוענות כי יש להרחיבה (דוגמא לגישה מצמצמת ביחס להטלת מגבלות שיפוטיות מראש על אופן ביצוע החיפוש ראו Orin S. Kerr, *Ex Ante* Regulation of Computer Search and Seizure, 96 VA. L. REV. 1241 (2010)).

לענייננו די בהצבעה על כך שגם הגישות המרחיבות יותר אינן מציעות לקיים, ככלל, דיונים בבקשות לצווי חקירה במעמד שני הצדדים. הצורך בהגנה רבה יותר על זכויותיו החוקתיות של הנחקר מקבל מענה בצורות אחרות: יצירת מנגנונים של ביקורת פנימית עוד לפני הגשת הבקשה לצו חיפוש ביחס לצורך בחיפוש ובמידתיותו, מתן דגש רב יותר על הצורך בהסמכה שיפוטית (ולא מינהלית) ובהכשרת שופטים להתמודדות עם אתגרי הטכנולוגיה בעת קיום דיון במעמד צד אחד, הבנייה רבה יותר בדין של שיקול הדעת השיפוטי, הטלת חובות תיעוד שונות ועוד (ראו למשל ויסמונסקי, חקירה פלילית במרחב הסייבר, עמודים 315-330 והאסמכתאות שם). צורת התמודדות נוספת עם חלק מסוגי המקרים היא לשקול את האפשרות לקיים דיון במעמד שני הצדדים, אך זאת כאשר צו החיפוש המבוקש מתייחס למכשיר של צד שלישי, ולא של החשוד (השוו לסעיף 99 להצעת החוק החדשה הנזכרת לעיל). לא למותר לציין כי גם במאמר שאליו הפנה חברי כדי לבסס את טענתו, בדבר הקשיים הכרוכים בעריכת דיון במעמד צד אחד לעומת דיון במעמד שני הצדדים בבקשה למתן צו חיפוש בחומר מחשב, המחבר אינו מציע לקבוע כלל של דיון במעמד שני הצדדים. הצעותיו לפתרון הקשיים הן ברוח הפתרונות האחרים שהוצגו לעיל (ראו Zach Lerner, *A Warrant to Hack: An Analysis of the Proposed Amendments to Rule 41 of the Federal Rules of Criminal Procedure*, 18 YALE J.L. & TECH. 26 (2016)).

9. המסקנה אליה הגעתי היא כי אין בסיס לכלל של דיון במעמד שני הצדדים לפני הכרעה בבקשה למתן צו חיפוש בחומר מחשב. כלל כזה אינו עולה מלשון הפקודה, אינו מתאים ללשונו של חוק הנוער, מנוגד לנוהג, להתפתחות הדין ולדברי ההסבר של תיקוני

החקיקה ומעורר קשיים רבים בראי תכליות הדין. כל האמור תומך דווקא בקביעת כלל הפוך, לפיו יש לקיים דיונים בבקשת הרשות למתן צו חיפוש – בכלל או בחומר מחשב – במעמד צד אחד בלבד. כאן אפשר להוסיף ולשאול מה עם חריגים לכלל. כפי שתואר, המדינה לא טענה כי אין סמכות לקיים דיון במעמד שני הצדדים, ואף הובאו לפנינו דוגמאות למקרים שבהם נערך בפועל דיון במעמד שני הצדדים ללא התנגדות מטעם נציגי הרשות. אף אין זה ברור האם כיום המדינה מסתייגת מההסכמה שנתנה במקרים אלה או מכירה מלכתחילה באפשרות לערוך במקרים חריגים דיון במעמד שני הצדדים. מכיוון שאיננו נדרשים להכריע בהליך זה בשאלת אופן הדיון בבקשה למתן צו חיפוש בחומר מחשב, אומר רק זאת:

מתן שיקול דעת בלעדי למדינה להסכים לקביעת דיונים במעמד שני הצדדים אינו עולה בקנה אחד עם החששות המובנים מפני שיבוש החקירה והארכת ההליך שהוזכרו לעיל, ועם הכלל של קיום דיון במעמד צד אחד בלבד. יש קושי באפשרות להשאיר את מפתחות ההכרעה אך ורק בידי הרשות, ולתלות את קיומם של המקרים החריגים בהסכמתה בלבד. עניין זה מורכב. לעיתים מוטב לשמור על הכלל מפני החריג. הטיעון לפיו ככל שהדבר אפשרי מוטב לקיים דיון בבקשה למתן צו חיפוש במעמד שני הצדדים מושכת את העין, אך נכון לבחון אותה לעומק. אם נקודת המוצא היא כי המשטרה מחליטה מהם התיקים שבהם היא אינה מתנגדת לעריכת הדיון במעמד שני הצדדים, מה ימנע מצד שלא "זוכה" בכך לפנות לבית משפט זה או אחר בטרוניה כי המדינה נוהגת בחוסר שוויון, ואף באופן שיכול לעלות לכדי הגנה מן הצדק?

ניתן דוגמא לכך: יתכן כי גם בשלב של מעצר ימים, כאשר המדינה מציגה חומר לעיונו של בית המשפט בלבד, יש תיקים שבהם נסיבות התיק אינן מחייבות על הקפדה שלא להעביר את החומר. ואולם, המדינה פועלת לפי הכלל שאין להעביר חומר חקירה לידי הסנגור עד להגשת כתב האישום. גישה אחרת מעוררת שאלות מדוע חשוד אחד יכול לקבל חומר וחשוד אחר לא. טענה זו תתעצם אם יש הבחנה בין שני חשודים באותה עבירה. ההכרעה היא כי בשלב החקירה עדיף לנהוג בדרך דיונית מסוימת, לאו דווקא מתוך הנחה שלא קיימים מקרים שבהם אפשר היה לנהוג אחרת, אלא מתוך הכרה בכך שאין מקום לבחינת כל מקרה לגופו. זאת באופן שיגרור דיונים – לרבות זכות ערר – האם מקרה מסוים שייך לכלל או לחריג. כך או כך, הדיון כעת אינו בסוגית קיומם וטיבם של חריגים לכלל של דיון במעמד צד אחד. לא שמענו טענות בעניין זה, ואין מקום להידרש כעת לשאלה האם המדיניות הנוכחית של התביעה – ואף עניין זה לא הובהר בהליך דנן – ראויה אם לאו. חזקה עליה כי תשקול את העניין. כפי שהסברתי לעיל,

הבנתי היא כי רק שתי שאלות מתעוררות בהליך זה – קיומה של זכות ערר והכרעת ערר על יסוד כתבי הטענות בלבד. השאלה ה"שלישית" לגבי דיון במעמד שני הצדדים נדונה רק מפני שחברי הציג את עמדתו בה, ולא מפני שהעניין נדרש.

ונקודה נוספת בטרם סיום הפרק. חברי השופט אלרון התייחס למקרה הבא: במסגרת חקירה (שיכולה להיות גם סמויה) ניתן במעמד צד אחד צו לחיפוש בטלפון של נחקר. הטלפון נתפס בידי הרשות החוקרת, אך קודם שבוצע החיפוש הגיש הנחקר בקשה לעיון חוזר בצו החיפוש לבית משפט השלום. חברי סבור כי ביד הנחקר לעשות כן, תוך אפשרות לקביעת דיון במעמד שני הצדדים. כמובן, וכפי שציין חברי, אין תועלת בבקשה לעיון חוזר אם החיפוש כבר בוצע. לנוכח כל האמור לעיל, אומר בקיצור כך: סדר דין כזה גובה מחיר. הוא מאפשר, כאמור לעיל, לנסות לשבש את החקירה או לתאם עמדות בין הנאשם וגורמים נוספים. הוא אינו מתיישב, להשקפתי, עם כל הטעמים שהוזכרו לעיל, שמצדיקים לערוך את הדיון מראש ללא נוכחות הנחקר. לכן, לגישתי, הדגש אינו בשאלות של סמכות או העדרה, אלא בכך שקודם לביצוע החיפוש אין מקום – מבחינת הדין הנוהג ומבחינה מהותית – לקיים דיון בנוכחות הנחקר.

10. ומה באשר ליישום על נסיבות המקרה? כפי שפתחתי, אצלנו ממילא התקיים הדיון במעמד שני הצדדים, הערר לבית המשפט המחוזי לא התייחס לעניין זה, ובית המשפט המחוזי לא דן בו אלא דחה את הערר על הסף בהעדר זכות להגישו. בנסיבות אלה אין מקום להידרש בפירוט למהלכם של הדיונים בבית משפט השלום קודם להוצאת צו החיפוש. די להזכיר כי מדובר במקרה לא שגרתי: המבקש עוכב לחקירה ובמועד זה נתפס הטלפון הנייד שברשותו. כעבור חמישה ימים, ועוד בטרם הוצא צו חיפוש, ניתן בעקבות בקשה שהגיש המבקש לעניין התפיסה צו האוסר על ביצוע חיפוש במכשיר. למחרת נעתר שופט אחר, במעמד צד אחד, לבקשת המשטרה להוצאת צו חיפוש במכשיר. לנוכח קיומם של שני צווים "סותרים" שניתנו בידי שופטים שונים בפער של יום – האחד שמתיר את החיפוש והאחר שמונע אותו – פנתה המדינה פעם נוספת לבית המשפט על מנת לבטל את הצו האוסר את החיפוש. הדיון בבקשה זו התקיים במעמד שני הצדדים בפני המותב הראשון, שהוציא את צו המניעה, ובסופו בוטל צו החיפוש. המדינה הגישה "בקשה חוזרת" למתן צו חיפוש, ולאחר דיון נוסף במעמד שני הצדדים ניתן צו החיפוש. לא זוהי הדרך שבה ראוי לו להליך מסוג זה להתנהל. כך או כך, מקרה זה תרם למבוכה הדיונית שנוצרה בכל הנוגע לשאלה האם ראוי לקיים דיון במעמד שני הצדדים בטרם יבוצע צו החיפוש. כפי שצוין, Bad cases make hard law. ברם, אין להפוך את החריג

לכלל, ולא נסיבותיו הייחודיות של מקרה זה הן שיקבעו את מסלולה הדיוני של בקשה למתן צו חיפוש במקרה הרגיל והשגרתי. ונסתפק בכך בנסיבות העניין.

ומכאן לשאלה המרכזית והאופרטיבית שהועמדה במרכז הבקשה למתן רשות ערר, שעניינה ביקורת ערעורית על החלטת בית המשפט בבקשה למתן צו חיפוש בחומר מחשב.

זכות ערר או ערעור על החלטות בענייני צווי חיפוש

11. האם על החלטת בית המשפט בבקשה למתן צו חיפוש זכאים הצדדים להגיש ערר או ערעור? בבקשה שלפנינו טען המבקש כי קיימת זכות ערר, וכך סיווג את ההליך. קו זה מבוסס על קיומה של זכות ערר על החלטה בעניין תפיסת חומר המחשב. המבקש טען כי במסגרת ערר על התפיסה ניתן להעלות גם טענות נגד צו החיפוש. הוא לא העלה את הטענה שקיימת זכות ערעור מכוח הדין הכללי. אף הסנגוריה הציבורית לא העלתה אפשרות זו, הגם שטענה כי ניתן להקיש מההלכות לגבי קיומה של זכות ערעור כי במקרנו עומדת למבקש זכות ערר.

הפקודה, לפי לשונה, אינה קובעת זכות ערר או ערעור ביחס להחלטות בעניין צו חיפוש. האם משמעות הדבר היא שאין זכות כזו או כזו? או שניתן, כפי שסבור המבקש, להעלות טענות נגד החלטת בית המשפט בעניין חיפוש במסגרת הערר שניתן להגיש נגד החלטות העוסקות בתפיסה? והאם, כפי שכתב חברי השופט אלרון, החלטת בית המשפט בבקשה למתן צו חיפוש היא "פסק דין בהליך פלילי", שיש עליו ערעור בזכות כמו על פסק הדין שניתן בסיומו של ההליך הפלילי?

12. נדון תחילה באפשרות להגיש ערר ולאחר מכן בשאלה האם ניתן להגיש ערעור. זהו סדר הדיון הראוי לא רק מפני שזו הטענה שטען המבקש, אלא גם מפני שמבחינה עיונית-דיונית, האפשרות של ערר מתאימה יותר מהאפשרות של זכות ערעור. כך, ככלל, ביחס להחלטות שניתנות במהלך החקירה, כגון ערר בענייני מעצר ותפיסה, וכך גם בשלב ההליך הפלילי, כגון ערר על החלטת בית המשפט בעניין עיון בחומר חקירה לפי סעיף 74(ה) לחסד"פ. מקום בו רצה המחוקק לאפשר הליך ערעורי על החלטות בכגון דא, בחר לעשות כן בצורה של מתן זכות ערר. זו דרך המלך, וטעמים לכך יידונו להלן. נפתח עם לשון הפקודה.

כלל גדול הוא שאין זכות ערר, אלא אם הדבר כתוב בחוק בצורה מפורשת (ראו למשל בש"פ 3403/98 טוויסה נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(2) 620, 625 (1998); בש"פ 6313/07 יקימוב נ' מדינת ישראל (3.12.2007)). חוק מפורש כזה אינו קיים ביחס להחלטה בעניין צו חיפוש. המבקש והסנגוריה טענו אמנם כי ניתן לצלוח מכשול זה מטעמים שונים; אולם כפי שנראה להלן, גם לו הייתי מניח שניתן לצלוח את דרישת המקור החוקי המפורש – ואיני סבור כך – אין מקום לקבוע זכות ערר ביחס להחלטה בעניין צו חיפוש. בכל מקרה, האפשרות המרכזית שהעלו הצדדים ביחס לקיומה של זכות ערר נובעת מזכות הערר שקבועה בסעיף 38א לפקודה ביחס להחלטות שעניינן תפיסה:

"(א) שוטר מוסמך, אדם שהחפץ נלקח ממנו או תובע זכות בחפץ רשאים לערור על החלטת בית המשפט לפי פרק זה, לפני בית המשפט המחוזי אשר ידון בערר בשופט אחד.

(ב) על החלטת בית המשפט המחוזי לפי סעיף קטן (א) ניתן לערור לפני בית המשפט העליון שידון בערר בשופט אחד, אם ניתנה רשות לכך מאת שופט של בית המשפט העליון".

המבקש טוען כי הואיל וקיימת זכות ערר נגד החלטה בעניין תפיסה – אפשר במסגרת ערר כזה להסתייג גם מהחלטה בדבר צו חיפוש. ברם, לשון החוק שוללת מסקנה כזו. הפקודה מציינת במפורש כי מדובר בזכות לערור נגד "החלטת בית המשפט לפי פרק זה". הפרק שבו קבוע סעיף 38א הוא הפרק הרביעי לפקודה, שכותרתו "תפיסת חפצים". מכאן ניתן ללמוד שזכות הערר לפי סעיף 38א לא ניתנה ביחס להחלטות שאינן בפרק הרביעי, ובכלל זאת החלטת בית המשפט לפי הפרק השלישי לפקודה שכותרתו "חיפוש", ובו קבועה המסגרת למתן צווי חיפוש. מסקנה זו עולה מפשט לשונו של סעיף 38א, וכפי שנראה כעת – היא עולה גם מהליכי החקיקה ומתכליות הדין.

13. לפי שמה, פקודת מעצר וחיפוש עוסקת בעיקר בענייני מעצר וחיפוש. אולם במסגרת תיקון מספר 9 בשנת 1997, לאחר חקיקת חוק המעצרים החדש, בוטלו כמעט כל סעיפי הפקודה שעניינם מעצר. כיום הפרקים המרכזיים בפקודה (לצד הפרק "מעצר" שרובו בוטל, פרק ההגדרות ופרק ההוראות הכלליות), הם הפרקים "חיפוש" (פרק שלישי) ו"תפיסת חפצים" (פרק רביעי). מדובר בפרקים "אחים", העוסקים בנושאים קשורים ושמטוקנים לא פעם באותו תיקון חקיקה. עד לשנת 1997 לא התייחסה הפקודה לזכות ערעור או ערר ביחס לחיפוש או תפיסה, אולם בשנה זו, במסגרת תיקון מספר 10 לפקודה, נחקק סעיף 38א. בנוסחו המקורי לא התייחס סעיף 38א לכל החלטות בית המשפט שעניינן תפיסה, אלא לחמישה סעיפים ספציפיים – סעיפים 34-38 לפקודה. כל

הסעיפים עוסקים בענייני תפיסה, כגון מסירת התפוס לפי צו, מתן צו למכירת התפוס וכדומה. דברי ההסבר של תיקון מספר 10, שבו נקבעה זכות ערר ביחס לתפיסה, אינם מסבירים את פשר זכות הערר ואין בהם כדי לתרום לדיונו. עם זאת, תיקון מספר 12 משנת 2005 התייחס הן לנושא של צו חיפוש בחומר מחשב והן לנושא של זכות ערר ביחס לתפיסה, ודברי ההסבר יכולים לסייע לנו ללמוד על כוונת המחוקק.

כזכור, תיקון מספר 12 שנכנס לתוקף בשנת 2005 הוא התיקון שבו הושם הדגש בפרטיות של בעל המחשב ובהגנה עליה. בגדר תיקון זה התייחס המחוקק הן להסדרים בפרק התפיסה והן להסדרים בפרק החיפוש. אשר לתפיסה, תוקנו מספר סעיפים, והמחוקק התייחס במסגרת התיקון לזכויותיו של הנחקר. למשל, תוקן סעיף 32א, שקובע כי "אדם רשאי לבקש מהמשטרה לקבל העתק מחומר מחשב הדרוש לו". בדברי ההסבר לסעיף אחר צוין, בין היתר, כי התיקון הוא "בשל חשיבותו ומרכזיותו של המחשב גם לאדם הפרטי" (הצעת תיקון 12 לפקודה, עמוד 150). במסגרת תיקון זה גם תוקן סעיף 38א לנוסחו הנוכחי, באופן שזכות הערר הורחבה ונפרשה על כל "החלטת בית המשפט לפי פרק זה" (כלומר הפרק "תפיסת חפצים"), במקום על סעיפים ספורים בו. בכל הנוגע לפרק החיפוש, וכפי שתואר לעיל, נוספה ההוראה בדבר חובת בית המשפט לקבוע בצו החיפוש תנאים שלא יפגעו בפרטיותו של הנחקר מעבר לנדרש. למרות זאת, לא נקבעה כל הוראה בדבר זכות ערר על החלטה ביחס לצו חיפוש, יהא זה חפץ יהא זה חומר מחשב.

הנה כי כן, באותו תיקון שבו נקבעו ההגנות על פרטיותו של אדם בעת מתן צו חיפוש בחומר מחשב, הרחיב המחוקק גם את זכות הערר לפי הפקודה, בשים לב לצורך להגן על זכויות של הנחקר. ברם, המחוקק בחר להרחיב את זכות הערר אך ורק ביחס להחלטות בית המשפט לפי פרק התפיסה, ולא להחלטות לפי פרק החיפוש. לא מדובר בתיקוני חקיקה שהם בבחינת "מעשה טלאים", אלא בתיקון חקיקה אחד שתכליתו הגנה על פרטיותו של נחקר במסגרת חיפוש ותפיסה של חומר מחשב, לרבות הרחבת זכות הערר. לו היה חפץ המחוקק לקבוע זכות ערר על החלטות בעניין צו חיפוש, היה קובע כי סעיף 38א חל על "החלטת בית המשפט לפי פרק זה ולפי הפרק השלישי". ניתן ללמוד מכאן ביתר שאת כי המחוקק לא התעלם מהאפשרות של זכות ערר ביחס לצו חיפוש, אלא בחר שלא להעניקה. יוצא כי הכלי הדיוני המתבקש – לו חפץ המחוקק לאפשר בדיקה נוספת של ההחלטה בידי ערכאת הערעור – אינו בנמצא.

מדוע, אם כן, נוצרה הבחנה בין צווי תפיסה, שביחס אליהם יש זכות ערר, ובין החלטות ביחס לצווי חיפוש, שאינן בנות ערר? הסבר אחד נעוץ בשוני הגדול שבין דיון בעניינו של חפץ שנתפס בעבר ויש לקבוע מה ייעשה בו בעתיד, לדיון בעניינה של בקשה לבצע חיפוש שטרם בוצע. ההחלטה מה לעשות בעניינו של חפץ תפוס היא החלטה בעלת אופי אזרחי, שקשורה בעיקר לזכויות הקניין של בעל החפץ (ראו ע"פ 426/87 שוקרי נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(1) 732, 739 (1988); בג"ץ 2260/94 The Scotch Whisky Association נ' שופט בית המשפט המחוזי, פסקאות 4-6 (25.10.1994) (להלן: עניין Scotch Whisky)). לא יפלא שגם קודם לחקיקת סעיף 38 לפקודה הכירו בתי המשפט בזכות הערעור – האזרחי – בהקשר זה. התכלית של מניעת שיבוש החקירה אינה רלוונטית. שונה הוא המצב ביחס לחיפוש שטרם בוצע. כאן מזדקפות ועומדות מאפייניה המיוחדים של החקירה, שנדונו בהרחבה לעיל, ובפרט החשש מפני שיבוש אם יועברו חלק מן המושכות לידי הנחקר והארכת ההליך. אכן, יש קושי בחוסר האפשרות להגיש ערר ולתקן טעויות בהחלטות לעניין צו חיפוש. ברם, וכפי שהובהר, עדיין ניתן – ברמה הכללית – להעלות טענות נגד צו החיפוש והחיפוש בעת ניהול ההליך הפלילי, ככל שיתנהל כזה נגד הנחקר. ובכל מקרה, זה המצב גם כאשר נערך חיפוש במסגרת חקירה סמויה, כפי שמסכים גם חברי השופט אלרון. ישנה הכרה בכך שידן של תכליות אחרות ושל אילוצים מעשיים גוברת בהקשרים אלה.

יש נימוקים נוספים שתומכים במסקנה כי אין זכות ערר על החלטה בעניין צו חיפוש. נתייחס אליהם במסגרת הדיון בשאלת קיומה של זכות ערעור, שאליה נפנה עכשיו.

14. כאמור, הפקודה לא קובעת כי קיימת זכות ערעור או ערר על החלטה בבקשה למתן צו חיפוש. אמרנו עוד כי האפשרות המתבקשת, לו היה המחוקק חפץ להעניק זכות ערעורית, היא לקבוע זכות ערר – ולא ערעור. ערר הוא הליך מהיר ויעיל יותר, שעולה בקנה אחד עם המהירות הנדרשת בהליך הפלילי והליכי החקירה, כפי שעוד נבאר. ערר נדון בדין יחיד ומוגש על פי רוב ישירות לשופט תורן, שיכול לקבוע לדיון במהירות ובקלות יחסית. לא כן ערעור בפני שלושה שופטים, שאינו מתאים להליכי ביניים בהליכים פליליים ובהליכי חקירה. על כל פנים, הדין הכללי מכיר בכך שעל החלטות שמוגדרות כ"פסק דין" ניתן להגיש ערעור, וחברי השופט אלרון סבור כי החלטה בעניין צו חיפוש היא בגדר "פסק דין" שהדין הכללי חל עליו. נבחן עתה אפשרות זו.

באופן כללי, זכות ערעור יכולה להופיע בחוק בשני אופנים. האחד, המחוקק כותב במפורש ביחס לסעיף החוק הרלוונטי כי הזכות קיימת. השני, זכות הערעור נגזרת מכלל רחב שמלמד על קיומה. האפשרות הראשונה – זכות ערעור מפורשת בחוק המסוים – אינה רלוונטית למקרנו. האפשרות השנייה – זכות ערעור מכוח הדין הכללי – צריכה להיבחן כאשר המחוקק נותן דעתו לסוג של הליך. דוגמא מובהקת לכך היא סעיף 52(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, הקובע כי "פסק דין של בית משפט שלום ניתן לערעור לפני בית משפט מחוזי". זה אינו המקרה כאן. כפי שהערתי לעיל, עסקינן בהחלטה בשלב החקירה בעניינו של נחקר, ולכן מוקשה בעיניי לקבל את המסקנה שעסקינן בפסק דין. הדבר אף עשוי להוביל לאנומליה דיונית. בטרם יפורטו הנימוקים לכך, אוסיף ואעיר כי הגם שחברי ניסח את השאלה כ"קיומה של זכות ערעור על החלטה בבקשה למתן צו חיפוש במחשב ובטלפון נייד חכם בפרט" (ההדגשה אינה במקור) – הניתוח של חברי תקף, לכאורה, לצווי חיפוש באשר הם, לרבות צווי חיפוש בבתיים ובמקומות אחרים. אם החלטה לתת צו חיפוש בחומר מחשב היא "פסק דין" שניתן לערער עליו, כך גם החלטה להוציא צו חיפוש במקום מסוים. אם, לדוגמא, יגלה נחקר ממקור כלשהו כי הוצא צו חיפוש בביתו שטרם מומש – יוכל, לפי הבנתי את הגישה האמורה, להגיש ערעור על צו זה, ולצידו בקשה למתן צו ביניים וצו ארעי. לאחר הבהרה זו אפנה לנמק מדוע לעמדתי החלטה בעניין צו חיפוש אינה "פסק דין", ולא ניתן לערער עליה.

15. אשר ללשון החוק ולהיסטוריה החקיקתית – העניין נדון לעיל במסגרת הדיון בקיומה של זכות ערר. כפי שצוין, הפקודה אינה קובעת זכות ערר על החלטה בעניין צו חיפוש, ולשונה ותיקוני החקיקה שוללים את האפשרות לתקוף במסגרת ערר על התפיסה החלטה בעניין צו חיפוש. הואיל וההליך הערעורי המתבקש בכגון דא הוא ערר ולא ערעור – כפי שאכן נקבע ביחס לתפיסה – ניתן ללמוד מכאן בדרך של קל וחומר כי המחוקק התכוון שלא לקבוע זכות ערעור על החלטה בעניין צו חיפוש. לא נשוב כעת על הדברים, אלא נוסיף ונמק מדוע אין מקום לקבוע כי קיימת מכוח הדין הכללי זכות ערעור על החלטה בדבר צו חיפוש. זכות כזו מעוררת מספר בעיות. כדי להמחיש את הבעיה הראשונה נתבונן בהליכי הערר על החלטה לעצור נחקר. הפגיעה במעצר עולה על הפגיעה שבחיפוש, ולמצער אינה פחותה ממנה. סעיף 53 לחוק המעצרים קובע כך:

(א) עצור, משוחרר בערובה ותובע רשאים לערור על החלטת בית משפט בענין הנוגע למעצר, לשחרור, להפרת תנאי ערובה או להחלטה בבקשה לעיון חוזר, וכן רשאי

ערב לערור בענין ערבותו, בפני בית משפט שלערעור, שידון בערר בשופט יחיד.

(1א) (1) על החלטת בית המשפט המחוזי בערר לפי סעיף קטן (א) רשאי כל אחד מהמפורטים באותו סעיף קטן לפנות בבקשה למתן רשות לערור לפני בית המשפט העליון.

(2) בית המשפט העליון ידון בבקשה בשופט יחיד, ואולם רשאי בית המשפט העליון לדחות את הבקשה על הסף, בלא דיון בנוכחות הצדיים; ניתנה רשות לערור כאמור, ידון בו בית המשפט העליון בשופט יחיד ורשאי הוא לדון בבקשת רשות ערר כאילו היתה ערר (ההדגשות הוספו).

ערר על החלטה לעצור אדם נדון בפני שופט יחיד בערכאת הערעור. אם מתקבלת בקשה למתן רשות ערר בבית המשפט העליון, נדונה אף היא בפני שופט אחד. הסדר דומה קבוע גם בסעיף 38א לפקודה, ביחס לערר על החלטה בנוגע לתפיסה. לעומת זאת, ערעור בזכות על החלטה בדבר צו חיפוש מכוח הדין הכללי אמור להתקיים בפני שלושה שופטים בערכאת הערעור. ואם ניתנה רשות לערר בבית המשפט העליון, הדיון בערעור אמור גם הוא להתקיים בפני שלושה שופטים. יש קושי במדרג זה, ויהא זה מפתיע שהשגה על המעצר תזכה לחשיבות דיונית פחותה מהשגה על צו חיפוש. המסקנה המתבקשת היא שאם המחוקק מוצא לנכון להעניק זכות ערר, עניין זה נתון להכרעתו, תוך קביעת זכות ערר מפורשת. כפי שאמרנו, בהליך זה מדובר בהכרעה שיפוטית, ואין זה ראוי לסטות מהכלל הדיוני הקיים באמצעות הגדרת ההחלטה כ"פסק דין", כאשר לתפיסתי היא אינה כזו.

עד כאן ההיבטים הדיוניים, שכוללים גם מרכיבים פורמליים. אך ניתן לשאול מה התכלית שבהגבלת האפשרות לערר (או לערור). הדגש הוא על צווי חיפוש ומהותם. עולה כי המחוקק בחר שלא לאפשר ערר על צווי חיפוש, בניגוד להחלטות אחרות בחקירה, כגון מעצר והחלטות בעניין תפיסה. התשובה נעוצה במתחים שונים במשפט הפלילי. אחד מהם הוא יעילות לעומת זכויות דיוניות פורמליות של חשוד או נאשם. כפי שצוין, ההליך הפלילי מתאפיין בשאיפה למהירות ויעילות מרבית. זו נובעת הן מהאינטרס הציבורי הכללי והן מהרצון לצמצם במידת האפשר את הפגיעה הקשה בנאשם שנגרמת מעצם ניהול ההליך הפלילי. זוהי הסיבה, למשל, שלא ניתן להגיש בקשה למתן רשות ערעור על החלטות ביניים בהליכים פליליים, בשונה מהליכים אזרחיים. והרי ניתן היה לתהות, לנוכח החשיבות והתועלת שבאפשרות לערר, מדוע דווקא בהליכים פליליים תצומצם זכות זו ותימנע מהנאשם. בחירה זו של המחוקק מלמדת על החשיבות הרבה שראה בניהול מהיר ויעיל של ההליך הפלילי. דברים אלה נכונים, בשינויים

המחויבים, גם ביחס לשלב החקירה. יתר על כן – וזהו העיקר – שלב החקירה מתאפיין בדינמיות ובצורך לנהל חקירה מהירה ויעילה, לנוכח החשש מפני האפשרות לשבשה. בחלק הראשון של חוות הדעת עמדנו על כך שקיום דיון במעמד שני הצדדים לפני הוצאת צו החיפוש עלולה לדחות את ביצוע הצו בימים או שבועות, תוך פגיעה אפשרית בחקירה או בנחקר. הדברים שאמרנו לעיל יפים – ואולי ביתר שאת – גם לדיון הנוכחי.

ובעיה נוספת: האפשרות להגיש ערעור (או ערר) עלולה לסכל גם צווי חיפוש שאין מחלוקת כי מוצדק להוציאם מלכתחילה במעמד צד אחד, למשל כשהחקירה סמויה בשלב מתן צו החיפוש ו"פורצת" עם תפיסת הטלפון של החשוד. נניח שבטרם היה סיפק ביד המשטרה לבצע את החיפוש במשרדיה, הזדרז החשוד והגיש ערעור, ולצידו בקשה לעיכוב ביצוע ולמתן צו ארעי במעמד צד אחד. אמנם הערעור והבקשות אינם מעכבים באופן אוטומטי את צו החיפוש שניתן, אך המציאות הדיונית מלמדת שלא פעם בית המשפט נעתר לבקשה למתן צו ארעי, לפחות עד לקבלת תגובת הרשות החוקרת, ולעיתים עד לקיום דיון בנוכחות הצדדים. גם אם הדיון ייקבע בדחיפות, או תוגש תגובה בתוך פרק זמן קצר יחסית – הדבר עלול להוביל, לפחות בחלק מהמקרים, לעיכוב קריטי בחיפוש בטלפון. האפשר להגיש ערעור (או ערר) בזכות אינה מתיישבת אפוא עם מהות ההליך של מתן צו חיפוש – גם בחומר מחשב.

16. במענה לנימוקים מעין אלה, חברי סבור כי ניתן לבסס חריג שיאפשר הגשת ערעור בזכות מכוח בש"פ 658/88 חסן נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(1) 670 (1991) (להלן: עניין חסן). בעיני הנדון אינו דומה לראיה. באותו עניין בית המשפט השית על עד שסירב להעיד עונש מאסר מכוח פקודת בזיון בית משפט. נפסק כי העד המסרב, אשר נדון למאסר, הופך להיות "בעל דין" למעשה, ושמדובר במקרה מיוחד ויוצא דופן. עוד נפסק כי זכות הערעור באותו מקרה אינה פוגעת בתכלית הפקודה, להטיל סנקציה מהירה ויעילה על עד סרבן. מתיאור זה עולה, לדעתי, כי אין זה נכון להחיל את הלכת חסן על מקרנו.

ראשית, הלכת חסן לא באה לאיין את הכלל לפיו אין זכות ערעור אלא מכוח חוק מפורש, או לקבוע שביחס לכל סוג של החלטה שיפוטית יש לבחון אם מדובר ב"פסק דין" או ב"החלטה אחרת" לעניין ערעור מכוח הדין הכללי (ראו למשל שם, בעמודים 678, 697-698). מאפיין דומיננטי של מקרים שבהם הכירה הפסיקה בזכות ערעור בהתאם להלכת חסן הוא קיומו של הליך פלילי בין המדינה ובין הנאשם, שמסתיים בדרך של פסק דין. ברם, לצד ההכרעה הבסיסית – זיכוי או הרשעה – יש הכרעות נלוות בעניינים

צדדיים או משניים, בעיקר נגד צדדים שלישיים כגון עדים, עורכי דין, הטוען לזכות בחפץ שנתפס וכדומה. דוגמאות לכך הן: עניין Scotch Whisky; ע"פ 1982/93 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(3) 238 (1994); ע"פ 5132/93 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה רמת השרון נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(3) 770, 779 (1993). וראו גם גבריאל הלוי תורת הדיון הפלילי כרך ד 70-71 (2011); יעקב קדמי על סדר הדין בפלילים – חלק שני: הליכים שלאחר כתב אישום כרך ב 1828-1834 (מהד' מעודכנת 2009)). מה מאפיין מקרים אלה? החוק קובע זכות ערעור על פסק דין פלילי. ברי כי לצדדים הישירים להליך יש זכות ערעור בהתאם לקבוע בחוק. ומה באשר לצד שלישי, שנפגע כתוצאה מההליך הפלילי שהסתיים בפסק דין? היו מקרים שבהם הצד השלישי רצה להצטרף לערעור על פסק הדין הסופי בהליך שהגיש אחד הצדדים הישירים. אלא שתוצאה כזו עלולה לפגוע ביעילות ההליך הערעורי, שנועד להגן על זכויות הנאשם או האינטרסים של המדינה. לכן נקבע כי במקרים מעין אלה, הערעור לא יישמע ביחד עם הערעור העיקרי, אלא בערעור פלילי נפרד, שיש להגישו לאחר שנגמרה ה"יחידה הדיונית" בעניינו של הצד שנפגע מההחלטה השיפוטית. לאמור, מדובר בפסק דין בפלילים שמקים זכות ערעור ביחס לאדם שלישי שנפגע במהלך ההליך. ניתן להבין התפתחות זו של הפסיקה, שכן מדובר בסיומו של הליך פלילי שמקים זכות ערעור מצד אחד, ואילו מצד שני נותרו צדדים שלישיים שנפגעו.

קבוצה רלוונטית לעניין זה כוללת גם מי שנפגע מהחלטה בעניין תפיסת חפץ, דהיינו החפץ נתפס לצורך הליך פלילי ובסיומו יש להכריע מה ייעשה עמו (ראו עניין Scotch Whisky). הפסיקה בעניינים אלה התייחסה לסעיפים 36-37 לפקודה, שעוסקים במקרים שבהם הראיה הוגשה לבית המשפט או שהחפץ לא הוגש כראיה. מאחר שבעל עניין בחפץ טוען, למשל, כי החפץ שייך לו – המחוקק קבע – מה שלא קבע ביחס להחלטה בעניין צווי חיפוש – כי יש זכות ערר. כפי שפורט לעיל, תחילה נקבע הדבר לגבי סעיפים 34-38 לפקודה, ולאחר מכן הורחבה ההוראה ביחס לכל פרק התפיסה. וזאת בדמות ערר – ולא ערעור. אמנם שני ההליכים בזכות הם, אך המסגרת הדיונית שונה.

מכאן אנו לומדים גם על השוני ביחס לצווי חיפוש. צו כזה נערך ככלל קודם לניהול ההליך הפלילי, בשלב החקירה, ולא במסגרת ההליך ולאחר שניתן פסק דין. זאת בשונה מעררים בענייני תפיסה לפי סעיפים 36-37 לפקודה, שעניינם בשלב המשפט או לאחריו (אמנם ישנו חריג בסעיף 34 לפקודה, אך הוא דן באדם – לאו דווקא חשוד – שתובע זכות בחפץ שנתפס). הנה כי כן, אין בסיס לקבוע זכות ערעור על החלטה בעניין צו חיפוש, גם לא לפי הלכת חסן. קביעה זו מובילה אותי לטעם שני לכך שאין להחיל

את הלכת חסן על מקרנו, וזאת אף לו הייתי מניח כי באופן עקרוני היא מתאימה להחלה גם על החלטה שיפוטית להוציא צו חיפוש – וכאמור איני סבור כך.

לפי הלכת חסן, לא די בכך שניתן להגדיר החלטה שיפוטית מסוימת כ"פסק דין" לעניין זכות הערעור בדין הכללי. יש לבחון גם האם מתאים להחיל את הדין הכללי על ההחלטה השיפוטית, מבחינת תכלית ההסדר וההיסטוריה החקיקתית שלו (עניין חסן, עמודים 696-697. וכן ראו, למשל, רע"פ 9748/11 ארויו נ' בן דוד (31.7.2013), שם נדחתה טענת נפגעי עבירה – על יסוד הלכת חסן – כי יש להם זכות ערעור על גובה הפיצוי שנפסק לזכותם בהליך הפלילי, תוך קביעה כי אין מקום להחלת הדין הכללי בהקשר זה). כבר אמרנו כי ההסתייגות הערעורית מהחלטות ביניים בהליך הפלילי – במקרים שבהם הדבר אפשרי – או מהחלטות בשלב החקירה היא הגשת ערר, ולא ערעור. כך עולה מסעיפים אחרים שעניינם מעצר ותפיסה. מעבר לכך, ראינו כי אופיו של הליך החקירה אינו עולה בקנה אחד עם האפשרות של הגשת עררים – ובטח שלא ערעורים – על החלטות בדבר צווי חיפוש, נוכח הצורך בהליך יעיל ואפקטיבי והחשש מפני פגיעה בחקירה. אף הוסבר כיצד עמדה כזו עולה מהליכי החקירה. בנסיבות אלה, וגם לו הייתה הלכת חסן עשויה לחול באופן עקרוני על ענייננו – אי הזכרת זכות הערר בפקודה משקפת את הכרעת המחוקק שאין זכות ערר או ערעור. לטעמי לא ראוי להתערב בתוצאה זו על ידי סיווג ההחלטה כ"פסק דין", בניגוד לכלל הסיווג לגבי החלטות אחרות במעצר ותפיסה, ואף מעצר לצרכי חקירה, שם הדיון הוא בשאלה אם יש זכות ערר אם לאו.

17. לבסוף, לא הוצגה בהליך זה דוגמא מהמשפט המשווה לשיטת משפט שבה ניתן לערער על החלטה להוציא צו חיפוש עוד לפני שבוצע החיפוש עצמו, לפחות כאשר הצו מתייחס לחומר מחשב שמצוי בידי החשוד בתיק. כך, למשל, ניתן לערער על קבילותם של צווי חיפוש אם הוגש כתב אישום על יסוד ממצאי החיפוש (במסגרת הליך שנקרא "Motion to Suppress". ראו לעניין זה את סעיף 41 לכללים הפדרליים של הפרוצדורה הפלילית (Federal Rules of Criminal Procedure). וכן ראו, Spinelli v. United States, 393 U.S. 410 (1969); United States v. Harris, 403 U.S. 573 (1971); Coolidge v.) (1971) 403 U.S. 443, 449-453 (New Hampshire). לענייננו חשובה העובדה שהליכים מעין אלה נוגעים לתוצרי החיפוש שבוצע, ולא לערעור על צו חיפוש עוד לפני ביצועו. כללים אלה חלים על צווי חיפוש באשר הם, גם בחומר מחשב. בקנדה דרך המלך לפתיחת הליך ערעור על צו חיפוש בטענה שהושג שלא כדין היא רק במסגרת ההליך הפלילי גופו, ולא קודם לכן. היכולת לעשות כן מעוגנת בסעיף (2) 24 לחוקה הקנדית (The Canadian Charter of Rights and Freedoms). באנגליה ישנו מנגנון של ביקורת שיפוטית על

החלטה בדבר מתן צו חיפוש. במסגרת הערעור ניתן לתקוף את עצם הוצאת צו החיפוש או את חוקיות אופן יישומו. בדומה לארצות הברית, ובשונה מקנדה, מדובר בהליך נפרד מההליך הפלילי עצמו. העיקר לצורך דיון זה הוא כי בכל הדוגמאות שהובאו, הכלל הוא שהליכי הערעור נעשים לאחר ביצוע החיפוש, ולא קודם לכן – כלל שחל גם ביחס לצווי חיפוש בחומר מחשב:

"...there is no provision by which a party subject to a search warrant can, prior to its execution, apply to have it stayed or to challenge it in any way" (R (on the application of S and others) v. Chief Constable of the British Transport Police and another, [2014] 1 All ER 268 (Eng.)).

סיכומה של נקודה: ממכלול ההסדרים שבפקודה ומדברי ההסבר לתיקוני החקיקה מצטיירת תמונה ברורה. המחוקק היה ער לזכויות הנחקר, הדיוניות והמהותיות, ואף היה ער לסוגיה של הליכי ערר בהקשרים של תפיסה וחיפוש. בכל זאת ניתנה זכות ערר רק ביחס להחלטות שמתייחסות לתפיסה, אך לא לצווי חיפוש. הכרעה זו נטועה בתכליות הדין ובמהותה של החקירה הפלילית, כפי שעולה גם מהעיון המשווה.

18. נשוב למקרה שלפנינו. בית המשפט המחוזי קבע כי לא עמדה למבקש זכות ערר ובקביעה זו לא נפל כל פגם. לכך יש להוסיף כי אף לא עמדה למבקש זכות ערעור – שממילא לא הוגש – על החלטה להוציא צו חיפוש. בנוסף לכך, אין מקום "לעקוף" את חסרונה של זכות הערר, כפי שרצה המבקש לעשות, באמצעות הגשת ערר נגד התפיסה והעלאת טענות ערעוריות במסגרת זו גם ביחס לצו החיפוש שניתן וטרם בוצע.

לבסוף אתייחס בקצרה לסוגיה השנייה שהציג המבקש בבקשתו למתן רשות ערר – הטענה כי בית המשפט המחוזי נדרש לקיים דיון במעמד הצדדים קודם להכרעת הערר, ולא להכריע רק על סמך עיון בכתבי הטענות. המבקש אינו טוען כי מדובר בסוגיה עקרונית החורגת מעניינו הפרטי. טענתו היא כי נגרם לו עיוות דין נוכח ההתנהלות הדיונית. לשיטתו החובה לקיים דיון ולשמוע טענות בעל פה נובעת מסעיף 126 לחסד"פ, שצוטט לעיל וקובע כי "באין הוראה אחרת בחוק זה לא יידון אדם בפלילים אלא בפניו". אלא שהוראת סעיף 126 לחסד"פ עוסקת בהליך הפלילי, ולא בערר על החלטה לתת צו חיפוש בשלב החקירה. לגופם של דברים, המבקש לא הצביע על מקור חובה לקיים בכל מקרה ומקרה, וללא יוצא מן הכלל, דיון בערר מן הסוג שהגיש בנוכחות הצדדים.

אסביר את כוונתי. ככלל, ראוי לקיים דיון בערר ולשמוע את טענות הצדדים בעל פה. ברם, יתכן מקרה שבו ברור, על פי הפסיקה, כי לא קיימת זכות ערר. במצב כזה לא הייתי שולל את האפשרות שבית המשפט יבקש את תגובת הצד שהגיש את הערר, בדבר מקור הסמכות להגשת הערר. לאחר קבלת תגובה, ואם התשובה לשאלת הסמכות ברורה, יתכנו מקרים שבהם ניתן לדחות את הערר בלי לקיים דיון. עם זאת, אדגיש שתיים. ראשית, היה ומתעורר ספק, על בית המשפט לקיים דיון במעמד שני הצדדים. שנית, האפשרות שהצגתי אינה הכלל אלא חריג מצומצם מאוד. עריכת דיון תלויה, אם כך, בנסיבות הפרטניות של התיק. בכל מקרה, בהליך דנן, על ההשתלשלות המתוארת לעיל ומסקנות הדיון הנוכחי, איני סבור כי נגרם למבקש עיוות דין כתוצאה מאופן ניהול הדיון בבית המשפט המחוזי. לפיכך אין מקום לקבל את הבקשה למתן רשות ערר בנקודה זו, ולא הייתי נדרש לשאלה אם בנסיבות הפרטניות היה על בית המשפט המחוזי להכריע רק לאחר קיום דיון.

19. לפני סיום אבקש להדגיש שוב: אין להמעיט מחשיבותה של הזכות לפרטיות. המחוקק קבע כי ניתן לחפש בחומר מחשב חרף הפגיעה בפרטיות הנחקר, אך לצד זאת ניתנה לרשויות החקירה ולבתי המשפט "תרופה" – הקפדה על בחינת מטרות צו החיפוש ותנאיו, תוך הדגשת דרישת המידתיות. נשמעו טענות כי יש מקום לשיפור ביחס ליישום הוראות המחוקק בידי רשויות החקירה ובתי המשפט. לצד דחיית הבקשה למתן רשות ערר יש להדגיש אפוא, ולהדגיש שוב, את חשיבות ההקפדה על הוראות אלה. אל לנו להתעלם מהמעמד המיוחד של הטלפון הנייד בחברה. מכשיר מיוחד זה מכיל מידע פרטי ופרטים אישיים בהיקף שלא היה כדוגמתו בעבר. הוא הפך למעין יומן טכנולוגי, אנציקלופדיה ביוגרפית מהלכת, תרתי משמע, וצל מלווה לאדם. המכשיר אף שולט בפרטים יותר מהאדם עצמו. כך מן הצד האחד. מהצד האחר, זהו כלי שמסייע מאוד לקידומן של חקירות. דומה הדבר, במובן מסוים, לאפשרות לנתח DNA של אדם ולחשוף את צפונותיו הגנטיות. אין לצפות כי רשויות החקירה לא תוכלנה להיעזר בכלי זה. דעתי היא, מן הטעם שפורטו לעיל, כי לא ראוי שבית המשפט הוא שיקבע את הכללים והמסגרות. מדובר בסוגיה רב-ממדית. מהדין המשווה עולה כי הגם שבקשה לצו חיפוש בחומר מחשב נדונה במעמד צד אחד, יש גישות שונות כלפי ביצוע חיפושים בטלפון ובמחשב. כאמור לעיל, יש גישות מרחיבות וגישות מצמצמות. אביא שתי דוגמאות.

המלומד Orin S. Kerr, שמשמש כפרופסור באוניברסיטת קליפורניה שבברקלי, כתב בעשור שבין 2005 ל-2015 מספר מאמרים בנושא צווי חיפוש בחומר מחשב (ראו למשל Orin S. Kerr, *Searches and Seizures in a Digital World*, 119 HARV. L. REV. 531

(2005); Orin S. Kerr, *Ex Ante Regulation of Computer Search and Seizure*, 96 VA. L. REV. 1241 (2010); Orin S. Kerr, *Executing Warrants for Digital Evidence: The Case for Use Restrictions on Nonresponsive Data*, 48 TEX. TECH L. REV. 1, 13-14 (2015). הוא התייחס לשיטה המשפטית האמריקאית, שמעלה על נס את המגבלות שבמתן צו חיפוש לפי התיקון הרביעי לחוקה, שעניינו חיפוש ותפיסה. התיקון נועד להגן על הפרט מפני צווי חיפוש ותפיסה שאינם סבירים. בתמצית, ניכר כי המחבר יצא במאמריו נגד גישה מסוימת של שופטים פדרליים בבואם להחליט על מתן צו חיפוש בחומר מחשב. חלקם נהגו להתנות את מתן הצו באופן ביצוע כזה או אחר שלו. המחבר תהה האם יש להם סמכות חוקתית להגביל את הצו בצורה כזו והאם יש תבונה בדבר (בנושא זה עוסק המאמר משנת 2010 דלעיל). הודגש לא רק תפקידו של בית המשפט בביקורת החוקתית, אלא גם המקום שיש לתת לחוקרים בשטח. נקודה נוספת היא כי במהלך העשור שחלף בין כתיבת המאמרים שצוינו, הסתייג המחבר מעמדתו הראשונית ביחס ל"דוקטרינת הראייה הפשוטה והגלויה של השטח" (Plain View Doctrine). זו בוחנת האם ניתן להרחיב את צו החיפוש מעבר לאמור בו במפורש, אם הדבר נובע מ"ראייה פשוטה" של החומר במהלך החיפוש. על סמך הנסיון המשפטי, המחבר שינה את דעתו לגבי אופן היישום של דוקטרינה זו בעולם המחשבים ודרך ההתייחסות לחומר שהתגלה במהלך החיפוש, ונימק מדוע אין מקום להחיל את דוקטרינת הראייה הפשוטה בהקשר זה (ראו עמודים 18-35 במאמר משנת 2015 דלעיל). כך מן הטעם שהיא אינה מתאימה לעולם המחשבים ולחומר המשתנה שעולם זה מכיל. הדגש הושם בסבירות החיפוש. הנה, כלל שמתאים לחיפוש פיזי בבית אינו מתאים בהכרח לחיפוש במחשב, אך בד בבד יש לחזור לכללים היסודיים של החיפוש המותר.

הדוגמא השנייה לקוחה מאנגליה, שם הוכן בתקופה האחרונה דו"ח שעוסק בהצעה לרפורמה בנושא של צווי חיפוש, לרבות חיפוש בחומר מחשב. הדו"ח הוא פרי עבודה של ארבע שנים וכולל למעלה מ-550 עמודים. בסופו מוצגות 64 המלצות, שכרבע מהן עוסקות בנושא של חומר אלקטרוני (LAW COMMISSION, SEARCH WARRANTS, p. 510 (Law Com. No. 396, 2020)). לענייננו נזכיר את ההמלצות הבאות: הוצע כי רק שופטים שעברו הכשרה מיוחדת יוכלו להוציא צווי חיפוש (המלצה 19, בעמוד 514). עוד הוצע כי מכשירים אלקטרוניים יכולים להיכלל בצו חיפוש, כל עוד המידע ששמור עליהם עומד בתנאים החקוקים שנקבעו (המלצה 45, בעמוד 523). המלצה נוספת היא כי חוקר שמעוניין לתפוס מכשיר אלקטרוני ולחפש בו, צריך לציין על גבי טופס הבקשה לצו חיפוש, בפירוט האפשרי מבחינה מעשית, מהו סוג המידע המבוקש (המלצה 46,

שם). אף הוצע כי חוקר יידרש להשיב מכשירים אלקטרוניים שנתפסו מהר ככל שניתן מבחינה מעשית (המלצה 58, בעמוד 526).

החשיבות של הדוגמאות שהובאו, לרבות התקופה הארוכה שבה נערך הדו"ח, היא בהדגשה נוספת של האיזונים בין צרכי החקירה ובין האינטרסים והזכויות של בעל חומר המחשב. פירוט רחב של דרכי החיפוש מצוי בליבת המלאכה, ומוטב כי הכנסת תהיה הגורם שיעסוק בה, כולל בחינת המצב במדינות דמוקרטיות שונות הקרובות לשיטתנו, והטכנולוגיה שמשתנה בצורה מסחררת. הבדלי ההשקפות והגישות תומכים במסקנה כי עדיף לקיים הליך חקיקה באמצעות בדיקות שאין בידו של בית המשפט לבצע.

מעבר לכך, וכפי שעולה מהספרות והחקיקה המשווה, השאלה אינה רק האם לקיים את הדיון בבקשה במעמד צד אחד או שני הצדדים, אלא גם אילו כללים נטיל על השופט שדן בבקשה למתן צו חיפוש בחומר מחשב. גם אם ההסדר החוקי העקרוני יישאר על כנו, האם ומהן הדרכים לקבוע מעין מנגנוני הגנה (safeguards)? יתכן שהפתרון הראוי אינו רחוק – וחופף באופן חלקי – להצעות שהציע חברי, השופט אלרון, אך עדיין נדרשת נקודת מבט רחבה יותר ליצירת איזון בין הפגיעה בפרטיות מחד גיסא, ודרישות החקירה במרחב הדיגיטלי מאידך גיסא. נראה שתצמח תועלת מבדיקה כזו ומקבלת עמדות מומחים לטכנולוגיה, גורמים מטעם הפרקליטות, הסניגוריה, המשטרה ומערכת המשפט. לסיכום, גישתי היא כי זוהי הדרך הטובה יותר שבה יש לפסוע, אם יחפוץ המחוקק לשקול כלל של דיון במעמד שני הצדדים בבקשה למתן צו חיפוש בחומר מחשב. ובכל מקרה דרך זו יפה, אם רוצים לשקול את הסוגיה של צווי חיפוש בחומר מחשב בצורה מקיפה יותר, מבחינת המצב בשטח והחקיקה המיטבית. למשל, המחוקק קבע בשנת 2005 כי תנאי צו החיפוש ייקבעו "באופן שלא יפגעו בפרטיותו של אדם מעבר לנדרש". איך מיישמים זאת בפועל? דווקא מפני שהסוגיה כה חשובה ודינמית, הדרך – חיונית לא פחות.

20. סוף דבר, לו הייתה דעתי נשמעת היינו דוחים את הבקשה למתן רשות ערר על שני חלקיה. למבקש לא הייתה זכות שבדין להגיש ערר או ערעור על החלטת בית משפט השלום, ואף לא ניתן היה לבקש לבטל את צו החיפוש או לצמצמו במסגרת הערר נגד המשך תפיסת הטלפון. אף לא מצאתי כי בנסיבות המקרה נגרם למבקש עיוות דין בכך שהערר נדחה על בסיס עיון בכתבי הטענות, ומבלי שנערך דיון בנוכחות הצדדים.

שׁוֹפֵט

1. במחלוקת שנפלה בין חבריי, אני מצרפת את דעתי לתוצאה שאליה הגיע השופט נ' הנדל; ואבאר.

2. במוקד ההליך שלפנינו צו חיפוש בטלפון נייד "חכם". למכשיר החכם יכולות של טלפון סלולרי, אך ללא ספק המאפיין העיקרי שלו הוא היותו מעין מחשב כף יד. מעת פריצתם של הניידים החכמים לחיינו במהלך שנות האלפיים, ועם התקדמותה המואצת של הטכנולוגיה, מכשירים אלה טומנים בחובם מגוון הולך וגובר של אפשרויות שימוש. היצע עשיר של יישומונים עומד לרשות המשתמשים, כל אחד לפי בחירתו, העדפותיו וצרכיו – ובין היתר ניווט, קניה, מדיה חברתית, למידה ופנאי, ניהול זמן, שימושים פיננסיים ועוד כהנה וכהנה – ובהתאם מכשירי הטלפון החכמים אוצרים בתוכם יותר ויותר מידע אישי ופרטי. לא רק תמונות, הודעות דואר אלקטרוני, יומן אישי, מידע רפואי, היסטורית גלישה באינטרנט וכיוצא"ב; אלא גם מידע שנאסף על ידי מפעילי היישומונים השונים, כדוגמת מיקומים גאוגרפיים, העדפות קניה, הרגלי צפייה וכן הלאה. הטלפון הנייד הפך זה מכבר לעולם ומלואו המוחזק בכף היד – ומכאן החשש הכבד מפני חדירה לפרטיות כתוצאה מחיפוש בו.

צו חיפוש במכשיר נייד חכם מהווה "חדירה לחומר מחשב", והוא מוסדר בסעיף 23א לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 (להלן: הפקודה). סעיף זה הוסף לפקודה בשנת 2005 במסגרת תיקון 12, וזו לשונו:

(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.

הסעיף קובע הסדר ייחודי להוצאת צו חיפוש ב"חומר מחשב", שמטרתו ליתן מענה לפגיעה הקשה בפרטיות הגלומה בחיפוש מסוג זה (ראו דברי ההסבר להצעת חוק לתיקון פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) (מס' 11) (חיפוש ותפיסת חומר מחשב),

התשס"ה-2005, ה"ח הכנסת 150 (17.5.2005); (להלן: תיקון 12). על פי הפקודה חיפוש בביתו של אדם, למשל, עשוי להתבצע בנסיבות מסוימות ללא צו חיפוש (ראו סעיף 25 לפקודה); ואולם לא ניתן לערוך חיפוש במחשב (ובטלפון נייד "חכם" בכללו) ללא צו מאת בית משפט. זאת ועוד, נקבע בפקודה כי יש לפרט בצו חיפוש במחשב את מטרות החיפוש ותנאיו, תוך התייחסות למידתיות החיפוש, דרישה שאינה קיימת ביחס לצו חיפוש "רגיל".

3. סעיף 23א מצוי בגדרו של הפרק השלישי לחלק הרביעי לפקודה, המסדיר ביצוע פעולות חיפוש במסגרת חקירה משטרתית – המתנהלת מטבע הדברים בשלב הקודם להגשת כתב אישום. פרק זה מתמקד בהוראות שעניינן אופן הביצוע של פעולות חיפוש, ואין בו כל הוראה המסדירה את אופן הוצאתו של צו החיפוש – ובכלל זה שותקת הפקודה בנוגע לאופן קיום הדיון בבקשה להוצאת צו חיפוש (אם במעמד צד אחד או במעמד שני הצדדים), בשאלת קיומה של זכות טיעון לחשוד או לנחקר (למען הנוחות יכוננו להלן: הנחקר), ובשאלת קיומה של זכות ערר או ערעור למי מהצדדים על החלטה בבקשה לצו חיפוש. עם זאת, הפרקטיקה הנוהגת מאז ומתמיד היא שככלל צו חיפוש "רגיל", כמו גם צו חיפוש בחומר מחשב, ניתנים על ידי בית משפט במעמד צד אחד בלבד; ועוד מקובל ונהוג שאין למי מהצדדים זכות ערעור או ערר על החלטתו של בית המשפט בבקשה לצו חיפוש. ובכל זאת, שתיקתו של המחוקק בסוגיות אלה היא הכר שהצמיח את המחלוקת בין חבריי.

ראשית נחלקו חבריי לעניין אופן הדיון בבקשה להוצאת צו חיפוש בחומר מחשב. לעמדת השופט אלרון, על מנת שבית משפט יוכל לוודא כי הצו המבוקש עומד בדרישות סעיף 23א(ב) לפקודה, ככלל יש לקיים דיון במעמד שני הצדדים שבמהלכו תינתן לנחקר זכות טיעון – בעיקר בנוגע לנחיצותו של הצו והיקפו, ולמידת הפגיעה בפרטיות הגלומה בו, ובלבד שאין יסוד סביר לחשש מפני סיכול החיפוש או שיבוש הליכי חקירה. השופט הנדל, לעומת זאת, סבור כי לשון הפקודה ותכליתה, כמו גם הפרקטיקה רבת השנים והפסיקה שבעקבותיה, מובילות למסקנה כי אין לנחקר זכות שבדין לטעון בנוגע לצו חיפוש, ואין מקום לדון בבקשה להוצאת צו חיפוש בחומר מחשב במעמד שני הצדדים.

עוד נחלקו חבריי בשאלת קיומה של זכות ערר או ערעור על החלטה בבקשה להוצאת צו חיפוש בחומר מחשב. השופט אלרון סבור כי בהיעדר הוראה מיוחדת בדבר אופן ההשגה על הצו, יש להידרש להוראות הדין הכלליות בנדון; ולפי סעיף 52 לחוק

בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, מאחר שהחלטה בבקשה למתן צו חיפוש מסיימת את ההליך הרי שעסקינן ב"פסק דין" שיש עליו זכות ערעור. השופט הנדל, לעומת זאת, בדעה כי מאחר שמדובר בהחלטה הניתנת בשלב החקירה ואינה חלק משלב המשפט עצמו, לא ניתן לראות בה כ"פסק דין".

4. קודם שאביע עמדתי בשתי השאלות העומדות לדיון, אעיר הערה מקדמית. כפי שציין השופט הנדל, בנסיבות המקרה איננו נדרשים לכאורה להכריע בשאלה כיצד יש לדון בבקשה להוצאת צו חיפוש בחומר מחשב – וזאת משבית משפט השלום ערך דיון בבקשה במעמד שני הצדדים, והמדינה מצידה לא השיגה על כך לפני בית המשפט המחוזי. ואולם בשונה מחברי, איני סבורה כי ניתן לדון בבקשת הרשות לערור שלפנינו מבלי להכריע גם בסוגיה זו. שאלת קיומה של זכות ערר או ערעור על החלטה בבקשה להוצאת צו חיפוש בחומר מחשב, קשורה בטבורה באופן ההתדיינות בבקשה עצמה לפני הערכאה הדיונית; והדיון בשאלה השנייה, מבלי להקדים ולתת את הדעת לשאלה הראשונה, עלול להימצא חסר. על כן גם אם לכתחילה הכרעה בשאלת אופן הדיון בבקשה לצו חיפוש לא היתה דרושה, בשלב זה ומשהצדדים טענו בנושא בהרחבה, דעתי היא כי אין להותירה ללא מענה.

5. ועתה לגופם של דברים.

כפי שכבר צוין לעיל, הפקודה שותקת בנוגע לסדרי הדין בבקשה להוצאת צו חיפוש בחומר מחשב; והלכה היא ששתיקתו של חוק בנושא מסוים יכול שתדבר בכמה לשונות. אפשרות אחת, "כי את שהסדיר החוק (במפורש או במשתמע) הוא הסדיר, ועל ששתק החוק הוא לא הסדיר, וממילא לא נקט כלפיו כל עמדה נורמטיבית. מה שמצוי מחוץ לחוק יוסדר על-ידי מערכות נורמטיביות המצויות מחוץ לחוק." אפשרות שנייה, "כי המצבים שעליהם שתק החוק גם הם מוסדרים על-ידי, אם כי בדרך השלילה. זוהי שתיקה מדעת. זהו ההסדר השלילי"; ויוער כי שתיקה מדעת יכולה להעיד גם על הסדר משתמע שהוא חיובי במהותו, כלומר שהסדר שנקבע בחוק באופן מפורש יחול גם על סוגיה שאינה מוסדרת במפורש. ואפשרות נוספת, "כי החוק חסר; כי הסדרו אינו שלם; כי יש בו לאקונה. את שהחוק הסדיר הוא הסדיר, אך הוא עשה כן באופן לא שלם ותוך קיום חסר המצדיק השלמתו על-ידי בית-המשפט." (הנשיא א' ברק ב-רע"א 5768/94 א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289, 453 (1998); כן ראו: בג"ץ 3132/15 מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 6 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור (13.4.2016)).

לשון אחר: שתיקתו של חוק עשויה ללמד על כך שמדובר בהסדר חקיקתי שלם, שבגדרו בחר המחוקק שלא לנקוט עמדה בסוגיה מסוימת; או שנקט עמדה, וקבע הסדר משתמע (שלילי או חיובי); או שקבע הסדר לא שלם, באופן שנוגד את תכלית החקיקה ומחייב השלמה על ידי בית משפט. נמצא אפוא כי שתיקה ותִּסְר (לאקונה) אינם מושגים זהים – שכן תיתכן הסדרה בחוק על דרך השתיקה. וככלל בית משפט יימנע מ"פלישה" לתחום שהוסדר על ידי המחוקק, ועליו לנקוט זהירות שמא ההסדרה היא על דרך השתיקה (אהרון ברק פרשנות במשפט – תורת הפרשנות הכללית 465-470, (1992)).

6. ובחזרה לענייננו, נשאלת השאלה מה המשמעות שנודעת לשתיקתו של המחוקק בכל הנוגע לסדרי הדין בבקשה לצו חיפוש בחומר מחשב. עמדת המדינה היא שהשתיקה מהווה הסדר שלילי – קרי: בהיעדר הוראה כלשהי בפקודה המסדירה במישרין דיון בבקשה לצו חיפוש בחומר מחשב במעמד שני הצדדים, או קובעת אפשרות להשיג על ההחלטה בבקשה, המשמעות היא שהמחוקק ביקש לקבוע כי לא ייערך דיון במעמד שני הצדדים וכי לא תעמוד לצדדים זכות ערר או ערעור על ההחלטה שתתקבל. לעומת זאת, מעמדות המבקש והסניגוריה הציבורית משתמע שמדובר בתִּסְר (לאקונה) – כלומר שהמחוקק כלל לא נתן את דעתו לסוגיות אלה ונדרשת השלמה שיפוטית. יובהר כי השאלה הניצבת לפנינו היא שאלה פרשנית, השמה דגש על כוונת המחוקק; "היא ממוקדת במשמעותה של בחירתו הנורמטיבית של המחוקק להתייחס לעניינים מסוימים ולהימנע מלהתייחס לעניינים אחרים" (דנ"א 2308/15 פקיד השומה רחובות נ' דמארי, פסקה 22 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור (12.9.2017)), להלן: עניין דמארי; וכך ראו: דברי הנשיאה א' חיות ב-דנ"מ 5519/15 יונס נ' מי הגליל תאגיד המים והביוב האזורי בע"מ, פסקה 32 (17.12.2019)).

ויודגש: חסר חקיקתי איננו עניין שבשגרה. הוא נוצר מקום שבו קיים פער בין כוונת המחוקק ובין התוצאה שיצאה תחת ידו:

"בסיטואציה של תִּסְר חקיקתי כוונתו המקורית של המחוקק אינה תואמת את התוצאה החקיקתית שיצאה תחת ידו: בעוד שהמחוקק התכוון לחוקק הסדר שלם שיגשים את תכליתו, בפועל דבר החקיקה שנחקק אינו שלם וקיימת בעיה מסוימת שלא זכתה לפתרון. התִּסְר, אפוא, הוא העדר הפתרון לבעיה שנוצרה, באופן המנוגד לתכליתו של ההסדר החקיקתי. בית-המשפט רשאי להשלים את התִּסְר במטרה להגשים את תכליתו של ההסדר." (עניין דמארי, שם).

7. השופט הנדל העמיק בחוות דעתו במלאכת הפרשנות של הפקודה, ובתוך כך נתן דעתו ללשון החוק, הליכי החקיקה, תכליתה של דרישת הפיקוח השיפוטי על הוצאת צו חיפוש בחומר חקירה, ואף למשפט משווה. היריעה שנפרסה היא רחבה, ואוסיף הערות משלי בקצרה ובתמצית.

מאז חקיקתה של הפקודה בשנת 1969 ועד היום, בקשות להוצאת צו חיפוש "רגיל" נדונות ככלל במעמד צד אחד ולא ניתן להשיג על ההחלטה בהן – וזוהי הפרקטיקה הנוהגת מאז ומתמיד אף ביחס לצווי חיפוש בחומר מחשב. אף על פי כן, לעמדת המבקש שומה על בית משפט לקבוע הסדר יש מאין, שלפיו בקשה לצו חיפוש בחומר מחשב והיא בלבד (וכאמור טלפון נייד חכם בכלל זה) תידון במעמד שני הצדדים, וכן ניתן יהיה להשיג על ההחלטה שתתקבל בבקשה זו – וזאת משום הפגיעה הקשה בפרטיות הגלומה בחיפוש מסוג זה. דעתי כדעתו של השופט הנדל, כי המבוקש עומד בניגוד להסדר שקבע המחוקק בגדרה של הפקודה, שהוא הסדר שלילי מובהק.

כפי שכבר צוין, בשנת 2005 נערך תיקון 12 לפקודה שתכליתו היתה להתמודד עם הפגיעה הממשית בפרטיות הכרוכה בחיפוש בחומר מחשב – שאז נקבע הסדר ייחודי שלפיו בית משפט נדרש לפרט בצו את מטרות החיפוש במחשב ותנאיו, ולשקול את מידת הפגיעה בפרטיות הגלומה בו, תוך איזון מתאים ביניהם. על רקע תיקון 12, ניכר כי אילו סבר המחוקק שהפגיעה בפרטיות מחייבת אף לדון בבקשה לצו חיפוש בחומר מחשב במעמד שני הצדדים, וזאת בניגוד לפרקטיקה הנוהגת באותה עת, הוא היה מורה על כך במפורש במסגרת התיקון; ואולם לא זה המצב. האמור דלעיל כוחו יפה גם בכל הנוגע לשאלת קיומה של זכות ערר על החלטה בבקשה לצו חיפוש בחומר מחשב. במסגרת תיקון 12 לחוק נוספה כאמור דרישה לקבוע ולפרט תנאים בצו שיבטיחו כי הפגיעה בזכות לפרטיות תהא מידתית; ואולם לא נקבעה זכות ערר ביחס להחלטה בנדון. גם בעניין זה שתיקת המחוקק מלמדת על הסדר שלילי – ומסקנה זו מסתברת ביתר שאת שעה שבמסגרת אותו תיקון, בחר המחוקק להרחיב את זכות הערר הנתונה לנחקר בגין פעולות של תפיסת חפצים (ראו בפרק הרביעי לחלק הרביעי לפקודה). כשופט הנדל, אף אני סבורה כי יש ללמוד מכך שהמחוקק לא התעלם מהאפשרות של מתן זכות ערר על החלטה בבקשה למתן צו חיפוש בחומר מחשב – אלא קבע שאין לתתה.

מן הראוי להוסיף ולציין בהקשר זה, כי במסגרת תיקון 12 ניתנה זכות ערר בגין החלטה בדבר השבת חפץ תפוס לבעליו (סעיף 38א לפקודה), שהיא החלטה בעלת אופי אזרחי הנטועה בזכות הקניין של הבעלים בחפץ. בשונה מדיון בבקשה לצו חיפוש בחומר

מחשב, הדיון בבקשה להשבת תפוס מעצם טיבו אינו צפוי לשבש את הליכי החקירה – שכן באופן הרגיל זו נערכת רק לאחר שהחיפוש כבר בוצע והושלם. על רקע הדברים הללו ניתן להבין את בחירתו של המחוקק לאפשר ערר בנושא של השבת תפוס, ולא לאפשרו בנוגע לצו חיפוש בחומר מחשב. ולמען הסדר יצוין, כי אינני מביעה עמדה בדבר האפשרות לטעון במסגרת דיון בבקשה להשבת תפוס טענות אף לעניין עצם החיפוש בתפוס, מקום שבו התפוס הוא חומר מחשב (וראו הערתו של המשנה לנשיאה ח' מלצר ב-בש"פ 1758/20 אור"ח נ' מדינת ישראל, פסקה 12 (26.1.2021)). עניין זה לא נתלבן לפנינו ואינו דרוש להכרעה בבקשת רשות הערר.

אשר לזכות ערעור – מאחר שהבקשה לצו חיפוש בחומר מחשב נדונה בשלב החקירה, גם לדידי יש קושי לקבוע כי החלטה בבקשה מהווה פסק דין שיש עליו זכות ערעור. ויוזכר: בעוד ערר נדון בדין יחיד, לרוב על ידי שופט תורן, באופן שמאפשר דיון מהיר ויעיל – ערעור נדון לפני שלושה שופטים, ועל כן ככלל אינו מתאים להליכי ביניים והליכי חקירה. לצורך השוואה, החלטה בנושא מעצרים ניתנת להשגה במסגרת ערר (ולא ערעור); ואין סיבה לסבור כי החלטה בבקשה לצו חיפוש מקימה זכות ערעור מקום שאפילו החלטת מעצר לא מקימה זכות כזו. ועוד יצוין, כי מתן זכות ערעור על החלטה בבקשה לצו חיפוש בחומר מחשב עלול להוביל לעיכוב משמעותי בחיפוש בחומר המחשב, עד כדי פגיעה ממשית בחקירה.

8. כפי שעוד ביאר השופט הנדל, הדרישה להליך הוגן פורשת כנפיה אף על שלב החקירה ועל פעולותיה של הרשות החוקרת – ואולם האינטרס הציבורי הגלום בצורך לנהל חקירה יעילה משפיע מטבע הדברים על זכויות הנחקר בשלב זה. לא פעם זכויות הנחקר "נדחות" במידה מסוימת, כך שטענותיו לפגיעה בזכויות במהלך החקירה נשמעות רק בשלב ניהול המשפט, שאז בית משפט נותן לנטען את המשקל והנפקות הראויים במסגרת התיק הפלילי. עצם הפיכתה של חקירה מסמויה לגלויה מקים חשש ממשי שהנחקר יפעל לשיבושה, כך כאשר על הפרק פעולות חיפוש "רגילות" וכך גם שעה שהחיפוש הוא בחומר מחשב; ומכאן הקושי העיקרי בקיום דיון בבקשה לצו חיפוש במעמד שני הצדדים. במובן זה, מתן זכות טיעון לנחקר בבקשה לצו חיפוש מהווה "שינוי סדרי עולם", וקיום דיון במעמד שני הצדדים הוא שטר ושובר בצידו. שינוי סדרי הדין הנוהגים כיום עלול להשליך באופן ממשי על יעילותה ותועלתה של החקירה המשטרית; וצעד כזה מעורר שאלות פרקטיות רחבות היקף ובעלות השלכות רוחב, הראויות להתדיינות ולליבון על ידי מומחים והעוסקים בתחום, להבדיל מ"פתרון" על דרך של חקיקה שיפוטית.

אסכם ואומר, כי אין יסוד לקבוע שקיים חסר חקיקתי בכל הנוגע לאופן קיום הדיון בבקשה להוצאת צו חיפוש בחומר מחשב, ומשכך אין מקום שבית משפט יקבע מיוזמתו סדרי דין חדשים שאין להם אחיזה בפקודה; וממילא אף לא ראוי שכך ייעשה בהינתן כובד הסוגיה שעל הפרק. ולמען הסדר יצוין המובן מאליו: בהיעדר זכות ערר או ערעור לנחקר, זכות כזו אינה עומדת אף למדינה; וזוהי גם עמדת המדינה עצמה, כפי שהובהר על ידי באת כוח המשיבה במסגרת הדיון שנערך לפנינו.

9. כפי שציינתי בפתח הדברים, ביסוד סעיף 23א לפקודה ניצבת הכרת המחוקק ברגישות המידע האישי השמור בחומר מחשב וטלפון נייד בכללו. מצד אחד מדובר במידע שעשוי להיות שימושי ביותר ולקדם את החקירה המשטרתית, אך מצד שני החיפוש בחומר מחשב טומן בחובו פגיעה קשה בפרטיות; ויש לכן להבטיח איזון ראוי בין שני אינטרסים אלה המושכים לכיוונים מנוגדים, תוך הקפדה כי ההוראות המתלוות לצו בעת שזה נחתם על ידי שופט יהיו מידתיות. כידוע הזכות לפרטיות היא זכות יסוד שזכתה זה מכבר למעמד חוקתי (סעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו), ומקובל אף לראות בה כאחת הזכויות המעצבות את אופיו של המשטר בישראל (רע"א 2558/16 פלונית נ' קצין התגמולים משרד הביטחון, פסקה 39 (5.11.2017)). בליבת זכות זו ניצבים ההכרה באינדיבידואל, האוטונומיה של אדם על חייו, ויכולת המימוש העצמי שלו. הזכות לפרטיות מאפשרת לאדם לעצב את הגדרתו העצמית ואת יחסיו עם סביבתו, ובתוך כך להכתיב אלו היבטים בחייו לא יהיו חשופים לזולת ויישמרו עימו. וכבר הובהר בפסיקה כי במובן זה, הזכות לפרטיות מצויה בליבת מושג החירות (עת"מ 9341/05 התנועה לחופש המידע נ' רשות החברות הממשלתיות, פסקה 19 (10.5.2009)); וכן ראו דבריי בבג"ץ 6732/20 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת, פסקה 4 (1.3.2021).

על רקע חשיבותה ומעמדה של הזכות לפרטיות אני מסכימה עם השופט אלרון, כי במסגרת הדיון בבקשה לצו חיפוש בחומר מחשב מוטל על בית משפט להיכנס לעובי הקורה על מנת להבטיח כי הצו המבוקש לא יפגע בפרטיותו של אדם מעבר לנדרש – ובכלל זה "לבחון, בין היתר, את טיב ואופי המידע שעל בסיסו נטען כי הצו נחוץ; המטרה שלשמה הוא מתבקש; חומרת העבירה שבגינה מתבקש הצו; סוג המידע המצוי על המחשב או הטלפון הנייד; אופי הפעולות המבוקשות; היקף הפגיעה שעלולה להיגרם בפרטיותו או בזכויותיו האחרות של המחזיק במחשב או בטלפון, ובזכויותיו של אדם אחר; ופעולות חקירה שבוצעו עד למועד ההחלטה בבקשה" (שם, בפסקה 28 לפסק דינו). לא יכול להיות חולק כי דיון בבקשה לצו חיפוש בחומר מחשב במעמד שני הצדדים עשוי לתרום לליבון נושאים אלה – ואולם אין די בכך כדי לאפשר דיון במעמד שני הצדדים מקום שבו ההסדר

שקבע המחוקק מורה אחרת; וכך גם בכל הנוגע למתן זכות ערר או ערעור על ההחלטה בבקשה. המחוקק סמך את ידיו על בית משפט, שירד לעומקם של דברים ככל הניתן באמצעות הכלים העומדים לרשותו במסגרת של דיון במעמד צד אחד – ובתוך כך נקבע בפקודה כי צו חיפוש בחומר מחשב יפרט את "מטרות החיפוש ותנאיו שייקבעו באופן שלא יפגעו בפרטיותו של אדם מעבר לנדרש". בהיעדר דיון במעמד שני הצדדים, מוטלת על בית משפט האחריות להידרש מיוזמתו למידתיות הצו וזו גם דרישת המחוקק – ובכלל זה לבחון אם יש מקום להטלת מגבלות על החיפוש בהיבט של תקופת הזמן הרלוונטית לחיפוש, כמו גם להגבלתו למילות חיפוש מסוימות.

10. סופו של דבר, אני מצטרפת לתוצאה שאליה הגיע השופט נ' הנדל שלפיה יש לדחות את הבקשה למתן רשות ערר.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בחוות דעתו של השופט נ' הנדל, אליו הצטרפה השופטת ע' ברון, כנגד דעתו החולקת של השופט י' אלרון.

ניתן היום, י"ד בסיון התשפ"א (25.5.2021).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט