



בית המשפט העליון

דנ"פ 1062/21 אוריך נ' מדינת ישראל

ודנ"פ 4072/21 שמעון נ' מדינת ישראל

תאריך מתן פסק הדין: ט' בשבט התשפ"ב (11.1.2022).

הרכב השופטים: הנשיאה א' חיות, המשנה לנשיאה נ' הנדל, השופט ע' פוגלמן, השופט י' עמית, השופט נ' סולברג, השופטת ד' ברק-ארז, השופטת ע' ברון, השופט ג' קרא, השופט י' אלרון.

הרכב מורחב של בית המשפט העליון קבע היום, ברוב דעות, כי הדיון בבקשה לחיפוש בחומר מחשב (לרבות במכשיר טלפון חכם) המוגשת בשלב החקירה המשטרית יתקיים, ככלל, במעמד צד אחד וכי אין מקום לאפשר השגה על החלטת בית המשפט בבקשה מסוג זה. כדי לאזן את הפגיעה בזכות הטיעון, להבטיח את מידתיות הפגיעה בפרטיות ולאפשר ביקורת שיפוטית אפקטיבית על הליך החיפוש בשלבים מאוחרים יותר, קבע בית המשפט שורה של אמות מידה שבהן רשויות החקירה ובתי המשפט נדרשים לעמוד טרם אישור בקשה לחיפוש בחומר מחשב.

עוד נקבע כי חיפוש בלתי-חוקי שביצעו גורמי החקירה במחשב או בטלפון חכם הוא שיקול שיש להתחשב בו אם מוגשת בהמשך בקשה לצו חיפוש באותו המכשיר, אך רק במקרים חריגים ונדירים שיקול זה יהווה שיקול בלעדי לדחיית הבקשה.

בית המשפט עמד על כך שהחקיקה הקיימת בכל הנוגע לחיפוש במחשבים נשרכת אחרי המציאות הטכנולוגית וקרא להסדרה כוללת של הנושא על ידי המחוקק – ויפה שעה אחת קודם.

בית המשפט העליון קיים דיון נוסף בהרכב של תשעה שופטים בשני פסקי דין שהעלו שלוש שאלות עקרוניות ביחס לחיפוש במחשב (ובכלל זאת בטלפונים חכמים) במסגרת חקירות פליליות:

- (1) האם על בית המשפט לקיים את הדיון בבקשה למתן צו חיפוש במחשב במעמד צד אחד, או במעמד שני הצדדים?
- (2) האם קיימת למי מהצדדים זכות השגה על החלטה בבקשה למתן צו חיפוש במחשב?
- (3) מהן המשמעויות של חיפוש בלתי-חוקי שביצעו גורמי החקירה במחשב עוד בטרם הוגשה בקשת החיפוש על ידן?

שתי השאלות הראשונות התעוררו במסגרת הליך שעסק בעניינו של יואל יולי שמעון (הליך המכונה עניין שמעון), אשר נחקר בחשד לייבוא סם מסוכן, ובקשה לחיפוש בטלפון החכם שלו אושרה על ידי בית משפט השלום. ערר שהגיש שמעון על החלטה זו נדחה על הסף על-ידי בית המשפט המחוזי, אשר קבע כי אין אפשרות להשיג על החלטה בבקשה למתן צו חיפוש במחשב. השאלה השלישית התעוררה במסגרת הליך שנוגע לחקירת תלונה שהוגשה נגד יונתן אוריך, עופר גולן, יוסי שלום וישראל איינהורן, בגין הטרדתו של עד המדינה שלמה פילבר בסמוך לביתו (הליך המכונה עניין אוריך). במהלך החקירה בעניין אוריך, בוצע חיפוש בטלפונים החכמים של הנחקרים לאחר



שהתקבלה הסכמתם לכך, אך מבלי שהוצא צו חיפוש במכשירים ומבלי שהובהר להם כי הם רשאים להתנגד לחיפוש וכי התנגדות זו לא תיזקף לחובתם. לאחר מכן הגישה המשטרה בקשה לצווי חיפוש בטלפונים החכמים של הנחקרים, והם התנגדו לבקשה זו.

בפתח הדברים עמדו שופטי ההרכב על כך שבכל שנה מגישות רשויות החקירה עשרות אלפי בקשות לחיפוש במחשבים ובטלפונים חכמים, והדגישו את ההשפעה העצומה של חיפושים מסוג זה על נחקרים וכן על צדדים שלישיים שכלל אינם קשורים לחקירה. בית המשפט ציין כי מאחורי כל חיפוש במחשב, ובפרט בטלפון חכם, ניצב אדם שכל עולמו האישי, העסקי, המשפחתי ולעתים המידע האינטימי ביותר לגביו עלול להיחשף לעיניים זרות. מדובר, אפוא, בפעולת חקירה פולשנית ביותר, שיש לבצעה מתוך תשומת לב מרבית להשלכותיה מרחיקות-הלכת, ועל רשויות החקירה ובתי המשפט לשקול, בכל מקרה ומקרה לגופו, האם פעולה זו אכן נדרשת וכיצד ניתן לצמצם למינימום האפשרי את הפגיעה שתיגרם בעקבותיה בזכויותיהם של הנחקר וצדדים שלישיים. לצד זאת, בית המשפט הדגיש כי שלב החקירה שבו מוגשות בקשות אלו הוא שלב ייחודי בהליך הפלילי, המחייב חשאיות, זריזות ויעילות מכיוון שכל עיכוב בחקירה או חשיפת מידע לגביה עלול ליצור פתח לשיבושה או לסיכולה. בהקשר זה צוין כי חיפוש במחשב או בטלפון חכם עשוי במקרים רבים לקדם את החקירה בצורה משמעותית ולסייע במיצוי הדין עם עבריינים, להגיע לחקר האמת, להביא לסיום שלב החקירה במהירות ולהגן על זכויותיהם של נפגעי העבירה.

בית המשפט ציין כי סעיף 23א לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 קובע שלא ייערך חיפוש בחומר מחשב אלא בהתאם לצו שופט "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". עם זאת, בית המשפט עמד על כך שלא נקבעו בחוק סדרי דין לדיון בבקשה לצו חיפוש בחומר מחשב, ולא נקבעו הוראות ברורות התוחמות את שיקול הדעת השיפוטי באשר לבקשות מסוג זה. שתיקה זו של המחוקק הובילה להתפתחות פרקטיקות שונות בערכאות הדיוניות, וכן למחלוקות לא מעטות לעניין פירוש סעיף 23א הנ"ל. בית המשפט הדגיש, על כן, כי המציאות מחייבת שהכנסת תידרש לגיבוש הסדר כולל ובו הוראות מפורשות הנוגעות לכלל ההיבטים הכרוכים בחיפוש במחשב. עד אשר ייתן המחוקק דעתו להסדרה כאמור, נדרש בית המשפט ליתן מענה לשלוש השאלות שעמדו במוקד הבקשות לדיון נוסף.

השאלה הראשונה: אופן קיום הדיון בבקשה לצו חיפוש בחומר מחשב

בית המשפט קבע בדעת רוב כי הדיון בבקשתה של רשות חוקרת לחיפוש בחומר מחשב יתקיים במעמד צד אחד, וזאת, בין היתר, בשל החשש שדיון במעמד הצדדים יוביל לפגיעה קשה בחקירה הפלילית על דרך של שיבושה וסרבולה. עם זאת, נקבע כי במקרים חריגים ביותר, אשר בהם מצא בית המשפט שנוכחות צד נוסף היא הכרחית לשם קבלת החלטה בבקשה, לבית המשפט תהא סמכות לקיים את הדיון במעמד הצדדים.

על מנת להבטיח את מידתיות הפגיעה בפרטיות ובזכות הטעוין ולאפשר ביקורת שיפוטית על הליך החיפוש בשלבים מאוחרים יותר, פירטה הנשיאה א' חיות בפסק דינה אמות מידה שרשויות החקירה ובתי המשפט יידרשו ליישם בכל הנוגע לבקשות לצווי חיפוש במחשב. במסגרת זו נקבע כי על בקשה לצו חיפוש במחשב שמוגשת לבית המשפט על ידי רשויות החקירה לכלול, לכל הפחות, את פרטי המידע הבאים: עילות החיפוש; מטרות החיפוש; העבירות הנחקרות; פרטים הנוגעים



למכשיר שבו מתבקש החיפוש, לרבות הדרך שבה הגיע לידי המשטרה (אם המכשיר נתפס); פרטים בנוגע לבעלי המכשיר; פרטים בדבר בקשות חיפוש קודמות; הצהרה אם לבקשת החיפוש קדם חיפוש בלתי-חוקי; והיקף החומר שמבוקש לחפש בו.

עוד נקבע כי על בית המשפט הדין בבקשה ליתן את הדעת, בין היתר, לנושאים הבאים: מטרת החיפוש; היקף הפגיעה בפרטיות שתיגרם לנחקר ולצדדים שלישיים; חומרת העבירה; מורכבות החקירה; התנהלות רשויות החקירה בטרם הוגשה הבקשה; ומעמדו של בעל המחשב או המחזיק בו (למשל חשוד, עד או מתלונן) ושאלת היותו בעל מקצוע שחל לגביו חיסיון. ככל שבית המשפט סבור כי יש להיעתר לבקשה לצו חיפוש, עליו לשקול להגביל את החיפוש לפי פרמטרים שונים – ובהם סוגי קבצים; טווח תאריכים; מילות חיפוש והתקשרויות עם גורמים ספציפיים. עוד נקבע כי על בית המשפט לפרט את הנימוקים למתן הצו וכן את כלל המגבלות שהוטלו על העיון בחומר המחשב. לבסוף הבהירה הנשיאה חיות כי במהלך ביצוע החיפוש חלה על רשויות החקירה חובה לתעד את כלל הפעולות שבוצעו, באופן שיאפשר בבוא היום ביקורת על הליך החיפוש.

השופט אלרון סבר, בדעת מיעוט, כי בהיעדר יסוד סביר לחשש שהדבר יביא לסיכול החיפוש או לשיבוש החקירה, יש לדון בבקשה למתן צו חיפוש במעמד הצדדים הנוגעים לדבר. זאת בשים לב למעמדן של זכות הטיעון והזכות להליך הוגן והתרומה המשמעותית שעשויה להיות לנוכחות בעל המכשיר בדיון לשם בחינת נחיצות הצו וקביעת תנאי החיפוש. המשנה לנשיאה נ' הנדל והשופט ג' קרא סברו כי את הדיון בבקשה למתן צו חיפוש במחשב יש לקיים תמיד במעמד צד אחד, וזאת ללא כל חריג. השופטת ד' ברק-ארז סברה כי די בקביעה שדיון במעמד הצדדים יהווה חריג לכלל, ואין צורך לסייג זאת "למקרים חריגים ביותר".

השאלה השנייה: זכות השגה על ההחלטה בבקשת חיפוש בחומר מחשב

בית המשפט קבע בדעת רוב כי ההצדקות המהותיות לכלל שלפיו יש לקיים את הדיון בבקשה לצו חיפוש במחשב במעמד צד אחד – ובהן הצורך בקידום מהיר של החקירה ויעילותה, והחשש מפני פעולות שיבוש – רלוונטיות גם לשאלה אם יש להקנות זכות השגה על צו חיפוש במחשב שטרם בוצע. על כן, נקבע כי אין מקום לאפשר השגה על החלטה בבקשה לצו חיפוש במחשב טרם ביצועו – בין בערעור, בין בערר, בין בהליכי החזרת חפץ תפוס, ובין בבקשה לביטול ההחלטה.

השופט י' אלרון סבר, בדעת מיעוט, כי החלטה בבקשה למתן צו החיפוש במחשב עולה כדי "פסק דין" שעליו ניתן להשיג במסגרת ערעור בזכות, או בדרך של הגשת בקשה לעיון מחדש בהחלטה. עוד סבר השופט י' אלרון כי אי-מתן זכות השגה עלולה להוביל לפגיעה של ממש בזכויותיהם של נחקרים, לעיתים רבות – שלא לצורך. השופטת ד' ברק-ארז סברה כי חשוב להותיר פתח, במקרים חריגים, לדון בעתירות שיוגשו לבג"ץ כנגד החלטות שעניינן צווי חיפוש במחשב.

השאלה השלישית: השלכותיו של חיפוש בלתי-חוקי שקדם לבקשת החיפוש במחשב

באשר לשאלה כיצד, אם בכלל, משליך חיפוש בלתי-חוקי קודם על החלטת בית המשפט בבקשה מאוחרת לצו חיפוש באותו המכשיר, נקבע בדעת רוב כי התנהלותה של הרשות החוקרת טרם הגשת בקשת החיפוש – לרבות עריכת חיפוש בלתי-חוקי – היא סוגיה שעל בית המשפט להביא במניין שיקוליו בבואו להכריע בבקשה לצו החיפוש. ככל שנפל פגם בהתנהלות הרשות החוקרת, יש לאזנו



מול שיקולים נוספים הנבחנים במסגרת הבקשה לצו חיפוש, ובמקרים חריגים ונדירים פגם כאמור אף יכול להוות שיקול מכריע לדחיית הבקשה. עוד נקבע כי במקרים שבהם בית המשפט אישר את ביצוע החיפוש חרף הפגם שקדם לו, ההשלכות הראייתיות של החיפוש הבלתי-חוקי ייבחנו בבוא היום בהליך העיקרי (ככל שיוגש כתב אישום), בהתאם להלכת יששכרוב.

השופט י' אלרון הציע מבחן דו-שלבי לפיו בית המשפט הדן בבקשה לצו חיפוש במחשב יבחן ראשית אם קיימת זיקה בין הפעולה הבלתי-חוקית לבין הצו המבוקש; ואם יימצא כי קיימת זיקה כאמור, יש להמשיך ולבחון אם קיימת הצדקה מיוחדת להיעתר לבקשה. זאת, מאחר שבמקרים אלו אל לבית המשפט לתת ידו לפעילות הבלתי חוקית של רשויות החקירה, ומכיוון שבאותם מקרים עלול להתעורר ספק באשר לנחיצות צו החיפוש, שכן ייתכן שבסופו של דבר ייקבע כי תוצריו אינם קבילים. מנגד, המשנה לנשיאה נ' הנדל, השופט י' עמית והשופט ג' קרא סברו כי בעת הדיון בבקשה לצו חיפוש במחשב אין מקום לבחון קיומה של זיקה בין החיפוש הבלתי-חוקי לבקשה למתן צו חיפוש. השופט ד' ברק-ארז העירה כי יש להותיר לבית המשפט הדן בבקשה מרחב מסוים של שיקול דעת בבואו להכריע בשאלה באיזו מידה משליכה אי-החוקיות, כשהיא לבדה, על הבקשה לצו חיפוש במחשב. השופט נ' סולברג הציע מתווה לבחינת אי-החוקיות בהליך העיקרי, וזאת כאשר תמונת המצב העובדתית לגבי אי-החוקיות ולגבי זיקתה לבקשה לצו החיפוש – חסרה, ומצריכה עוד דרישה וחקירה.

עניינם הפרטני של המבקשים

בכל הנוגע למבקשים שעניינם נדון במסגרת הדיון הנוסף, קבע בית המשפט בדעת רוב, כנגד דעתו החולקת של השופט אלרון, כי אין להתערב בתוצאות האופרטיביות שנקבעו בפסקי הדין של בית המשפט העליון שעליהם ביקשו המבקשים להשיג. בעניין שמעון נקבע כי היה מקום לדחות את הבקשה לרשות ערר שהגיש שמעון, וכי החלטת בית משפט השלום שנעתרה לבקשה לצו חיפוש תיוותר על כנה. בעניין אוריך נקבע כי אף שהחיפוש הראשוני בטלפונים הניידים של המבקשים בוצע ללא צו שיפוטי ובניגוד לדין, בחינת מכלול השיקולים הנוגעים לעניין מלמדת כי פגם זה אינו מצדיק את דחיית הבקשות לחיפוש בטלפונים שלהם. עם זאת, בית המשפט הבהיר כי תוצאה זו אין בה כדי לגרוע מן הפסול בהתנהלות הרשות החוקרת בעניינם של המבקשים בעניין אוריך, וכי יש לצפות שמקרים מסוג זה לא יישנו.