

הסניגוריה הציבורית
ע"י ב"כ עוה"ד יגאל בלפור וגיל שפירא
מהסניגוריה הציבורית הארצית
רח' הנרייטה סולד 4, תל אביב
טל' 073-3923502, 054-5726409 פקס 073-3923511

ידידת בית המשפט

בעניין:

יולי יואל שמעון
באמצעות עו"ד קובי סודרי
טלפון: 03-6449542; פקס: 03-6179058; נייד: 054-3106606

המבקש

נ ג ד

מדינת ישראל
ע"י פרקליטות המדינה
משרד המשפטים, ירושלים

המשיבה

עמדת הסניגוריה הציבורית כ"ידידת בית המשפט"

בהמשך להחלטת כב' השופט אלרון מיום 30.7.2020, הסניגוריה הציבורית מתכבדת להגיש את עמדתה כ"ידידת בית המשפט".

השאלות המשפטיות המתעוררות בהליך

1. הרקע הדייוני להליך זה נסקר בהרחבה בעמדות המבקש והמשיבה. בתמצית, המבקש הגיש לבית המשפט הנכבד בקשת רשות ערר על החלטת בית המשפט המחוזי לדחות על הסף, ללא דיון לגופו של עניין, ערר שהוגש נגד החלטתו של בית משפט השלום שלא להחזיר למבקש את הטלפון הנייד שלו, ולהשאירו אצל המשיבה בכדי שתוכל לחפש בו, לפי צו חיפוש שהתיר לה בית המשפט במסגרת אותה החלטה.

במסגרתה החלטת בית המשפט המחוזי, קבע בית המשפט כי להגנה אין אפשרות להגיש ערר על החלטה הנוגעת להוצאת צו חיפוש, תוך שהוא מבהיר כי החלטתו נוגעת להיעדר אפשרות של ההגנה בלבד, מבלי להידרש לשאלה האם למשטרה קיימת אפשרות להגיש ערר על החלטות מסוג זה.

עוד ציין בית המשפט המחוזי כי אין חולק על כך שלבית המשפט יש סמכות לקיים דיון בבקשה להוצאת צו חיפוש במכשיר סלולארי, מלכתחילה, במעמד שני הצדדים. אלא, שמכך לא ניתן ללמוד, לשיטתו, כי לאחר החלטה בבקשה להוצאת צו חיפוש (בין אם ניתנה במעמד

צד אחד ובין אם במעמד הצדדים) – ניתן להשיג עליה בדרך כלשהי (ערר או בקשה לעיון חוזר).

2. על החלטה זו הוגשה בקשת רשות ערר, במסגרתה טוען המבקש כי הבקשה עומדת באמות המידה הנדרשות למתן רשות לערור, הן בשים לב לכך שלמבקש נגרם עיוות דין כתוצאה מהפגמים שנפלו בהליך שנוהל בבית המשפט המחוזי; והן בשים לב לכך שהבקשה מעוררת שאלה בעלת חשיבות משפטית החורגת מעניינו הפרטני של המבקש – בדבר היקפה של זכות ההשגה על החלטה המתירה לערוך חיפוש במחשב, והאפשרות לדון בה במסגרת בקשה להחזרת המחשב התפוס.

3. המשיבה, מצידה, מתנגדת למתן רשות ערר. בעמדתה, טוענת המשיבה כי חוק סדר הדין הפלילי אינו מאפשר להשיג על החלטה ליתן צו חיפוש בחומר מחשב, בין באמצעות ערר ובין באמצעות בקשה לעיון חוזר מקום בו הצו ניתן במעמד צד אחד. המשיבה אינה חולקת על האפשרות להגיש ערר לעניין תפיסת המחשב כשלעצמו, לפי סעיף 38א לפקודת סדר הדין הפלילי – אך טוענת כי אין אפשרות לדון, אגב ערר זה, בשאלות הנוגעות לחיפוש בחומר מחשב. לטענתה, המדובר בשני מסלולים נפרדים שלא ניתן ולא ראוי לכרוך ביניהם.

עוד טוענת המשיבה כי דיון בבקשת המשטרה להוציא צו חיפוש בחומר מחשב אמור להתקיים, מלכתחילה, במעמד צד אחד בלבד (המשטרה) – ולמעשה, ש"אין אפשרות ריאלית" לקיים דיונים בבקשות להוצאת צווי חיפוש בחומר מחשב במעמד הצדדים, או לאפשר השגה על החלטות להוצאת צווי חיפוש, מחשש לשיבוש החקירה על ידי החשודים "שהאינטרס שלהם הוא העלמתם והוצאתם מתוך החקירה". המשיבה אמנם מכירה בכך שלאחר שהחקירה הופכת לגלויה ומכשירו של החשוד נתפס והוא אינו מוחזק בידי אלא בידי המשטרה, ככלל אין לו יכולת לשבש את החקירה (באמצעות העלמת ראיות), אך זאת "באופן חלקי ושולי בלבד", שכן לשיטתה במקרה כזה יוכלו חשודים "לתאם גרסאותיהם בנוגע לתכתובת טלפונית ביניהם, לפני שהמשטרה תספיק לחדור לטלפון ולהטיח את התכתובת בפני החשוד".

עוד מכירה המשיבה בכך שבמקרים מסוימים ניתן לפנות בהשגה על החלטות שיפוטיות בשלב החקירה אף אם אפשרות זו אינה מעוגנת בחוק עצמו (כאשר מדובר בהחלטות שניתנו לפי סעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי). עם זאת, לשיטתה, לא ניתן ללמוד מכך לענייננו דבר, שכן ההליך לפי סעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי אינו דומה להליך בעניין צו חיפוש בחומר מחשב, בין היתר משום שדיונים לפי סעיף 43 מתקיימים במעמד שני הצדדים.

המשיבה אינה מבהירה בעמדתה האם, לשיטתה, על פי הדין **המצוי** קיימת למשטרה אפשרות להשיג על החלטה שלא ליתן צו חיפוש בחומר מחשב (או ליתן צו חיפוש בהיקף מצומצם מזה שהתבקש על ידי המשטרה), אך מתייחסת לדין **הרצוי** בהקשר זה. לשיטתה, האינטרס החברתי שבמצוי החקירה מצדיק אפשרות להגשת ערר על ידי המשטרה. זאת, בניגוד למתן אפשרות כזו להגנה, אפשרות שתביא ל"קריסת ההליך הפלילי במדינת ישראל".

עוד סבורה המשיבה כי הרווח החברתי מן האפשרות להעניק לנחקר אפשרות להשיג על החלטה להוציא צו חיפוש הוא "שולי ביותר", לעומת "הרווח החברתי המשמעותי" העולה מהענקת אפשרות זו לרשויות החקירה.

4. עמדת הסניגוריה תתחלק, אפוא, למספר חלקים: **בחלק הראשון** של עמדתה, תבהיר הסניגוריה הציבורית מדוע לשיטתה ראוי להעניק רשות ערר במקרה זה, בשל חשיבותן של הסוגיות העקרוניות שעל הפרק; **בחלק השני** של עמדתה תבהיר הסניגוריה הציבורית מדוע ראוי **ככלל** לקיים דיונים בבקשות להוצאת צווי חיפוש בחומר מחשב במעמד הצדדים, במקרים בהם חומר המחשב כבר נתפס על ידי רשויות החקירה ולנחקר אין אפשרות להשפיע על תוצרי החיפוש ומדוע, במקרים בהם הדיון בבקשה להוצאת צו חיפוש בחומר מחשב התקיים במעמד צד אחד בלבד, ראוי **ככלל** לאפשר להגנה להשיג על החלטה שניתנה;¹ **בחלק השלישי** של עמדתה, תעמוד הסניגוריה הציבורית על הטעמים המהותיים המצדיקים מתן אפשרות להגיש ערר על החלטה בבקשה להוציא צו חיפוש בחומר מחשב, ותציע מתווה דיוני לאפשרות זו – בין מכוח סמכותו הטבעה של בית המשפט ובין במסלול הדיוני של סעיף 38א לפקודת סדר הדין הפלילי; **בחלק הרביעי** תציג הסניגוריה הציבורית את עמדתה ביחס להבחנה בין אפשרות המשטרה להגיש ערר על החלטה להוצאת צו חיפוש בחומר מחשב לבין אפשרות החשוד לעשות זאת.

חלק ראשון: הסניגוריה הציבורית סבורה כי יש להעניק רשות ערר בתיק זה

5. במקרה זה מתעוררות מספר סוגיות עקרוניות וחשובות,² אשר טרם הוכרעו מפורשות על ידי בית משפט נכבד זה, ונוגעות לליבת זכויותיהם של נחקרים רבים מדי שנה:

- א. האם בקשות להוצאת צווי חיפוש בחומר מחשב אמורות להידון, ככלל, במעמד שני הצדדים (הרשות החוקרת והחשוד), או שמא, כעמדת המדינה, אך במעמד צד אחד?
- ב. האם ניתן להשיג על החלטות בבקשות להוצאת צווי חיפוש בחומר מחשב – ואם כן, מהי הדרך הדיונית לעשות זאת?

ג. האם ניתן וראוי ליצור הבחנה בין אפשרות ההגנה להשיג על החלטות בבקשות להוצאת צווי חיפוש בחומר מחשב לאפשרות הרשות החוקרת לעשות זאת?

6. **לטעמנו, ישנם מספר נימוקים כבדי משקל המצדיקים דיון בשאלות אלו: ראשית, לחיפוש בחומר מחשב ישנם מאפיינים ייחודיים המבחינים בינו לבין סוגי חיפושים אחרים (על גוף, בגוף ובמקום), ואשר מצדיקים דיון והסדרה ייחודית; שנית, משום שכיום אין הסדרה מספקת של המסגרת הדיונית בבקשות לחיפוש בחומר מחשב בחקיקה; שלישית, בשים לב לאמירות הסותרות בפסיקת בית המשפט העליון ופרקטיקות סותרות של הערכאות הדיוניות. להלן יפורטו נימוקים אלו:**

¹ **הבהרה מינוחית:** במסגרת עמדה זו, במונח "השגה" ייעשה שימוש כאשר הכוונה היא להשגה על צו חיפוש אשר ניתן במעמד צד אחד בלבד, וזאת באמצעות עיון חוזר בהחלטה ליתן צו חיפוש בפני בית משפט השלום, או באמצעות הגשת ערר לבית המשפט המחוזי. כפי שיובהר בפרק השלישי לעמדה, הגם ששני המסלולים הדיוניים הם אפשריים כדי להשיג על החלטה שניתנה במעמד צד אחד, הסניגוריה הציבורית סבורה כי ככלל, המסלול הדיוני הראוי להשגה זו (על החלטה שניתנה במעמד צד אחד בלבד) הוא באמצעות עיון חוזר בפני בית משפט השלום; בעוד ערר לבית המשפט המחוזי אמור להיות מוגש על החלטה של בית משפט השלום שניתנה במעמד שני הצדדים.

² תחילה סברה הסניגוריה הציבורית כי הסוגיות המתעוררות בהליך זה נוגעות לאפשרות להגיש ערר על החלטה בבקשה להוצאת צו חיפוש במכשיר סלולארי (וחומר מחשב בכלל), ועל ההבחנה (ככל שקיימת) בין ההגנה לרשות החוקרת בהקשר הזה. אולם, למקרא תגובת המשיבה לבקשת רשות הערר – נראה כי הסוגיות שעל הפרק הן רחבות יותר, שכן כמפורט לעיל המשיבה כופרת אף בכך שככלל דיונים בבקשות להוצאת צווי חיפוש אמורים להתקיים, מלכתחילה, במעמד שני הצדדים.

מאפייניו הייחודיים של חיפוש בחומר מחשב בכלל, ובמכשירים סלולאריים בפרט

7. הליכי חיפוש במכשירים סלולאריים הם הליכים ייחודיים, והם מחייבים עריכתו של איזון מורכב ביותר בין צרכי החקירה לבין זכות היסוד לפרטיות, שכן המתח בין שני אינטרסים אלה בא לידי ביטוי בהליכי חיפוש בחומר מחשב בעוצמה רבה ומשמעותית, בהשוואה להליכי חיפוש אחרים. הליכי חיפוש בחומר מחשב מתאפיינים גם בכך שבמרבית המקרים הם אינם ניתנים לשיבוש או לסיכול מעת שהמחשב עצמו נתפס ומוחזק בידי המשטרה, ועל כן, ככלל, גם אין דחיפות מיוחדת בביצועם. מאפיין ייחודי חשוב נוסף של הליכי חיפוש במחשב הוא העובדה שביחס להליכים אלו ישנה קביעה מפורשת של המחוקק לפיה על בית המשפט להידרש לאיזון בין זכותו של הפרט לפרטיות לבין צרכי החקירה כך שתנאי החיפוש "לא יפגעו בפרטיותו של אדם מעבר לנדרש" (סעיף 23א(ב) לפקודת סדר הדין הפלילי).

8. האיזון המורכב המתחייב בין צרכי החקירה לבין זכות היסוד לפרטיות מבוסס על ההכרה בייחודיות החיפוש בחומר מחשב (ובכלל זה, כמובן, מכשיר סלולארי) בהיבט של הפגיעה המוגברת הטמונה בחיפוש זה בזכות לפרטיות. דומה, שכיום אין עוד צורך להרחיב על עוצמת הפגיעה בזכות לפרטיות כתוצאה מחיפוש במכשירי הסלולארי של נחקר. ניתן להפנות, בהקשר זה, אל פסיקתו של בית המשפט העליון בע"פ 8627/14 נתן דבראש דביר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 14.07.2015), וכן בבש"פ 6071/17 מדינת ישראל נ' רונאל פישר (פורסם בנבו, 27.08.2017), שם ציין כב' השופט עמית כי היקף החומרים במכשירים הסלולאריים מאפשר ללמוד על "סיפור חייו" של המשתמש:

"לא מדובר רק בסיפור חיים המשורטט בקווים כלליים, אלא בפרטי הפרטים של חיי היומיום של האדם – מקומו בבוקר ועד לכתו לישון דרך המקומות בהם שהה, האנשים עימם שוחח ותכני השיחה ("סוד השיח"), רעיונות, הגיגים, תחביבים, חברים, ידידים, מידע אינטימי ומידע עסקי, תחומי עניין וסקרנות (האתרים אליהם גולש המשתמש) ועוד.

...

היסטוריית הגלישה יכולה לספר לא רק על תחומי העניין של המשתמש אלא גם על הנעשה במוחו. המשתמש עצמו אינו מודע לעיתים לכך שהמחשב או הטלפון הנייד משרטטים את סיפור חייו. כך, לדוגמה, הטלפון הנייד יכול לספר לנו היכן היה המשתמש בכל עת, בבחינת "האח הגדול" העוקב אחר תנועותיו..."

9. דברים דומים הובאו אך לאחרונה על-ידי כב' השופט י' אלרון בבש"פ 7917/20 אוריך ואח' נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 25.12.2019; פסקה 19 להחלטה):

"מכשירי הטלפון הניידים הפכו לאמצעים טכנולוגיים רבי עוצמה האוגרים מידע רב, ומשמשים לצורך תכתובות שגרתיות. בטלפונים רבים מצויים יומנים, מצלמות ואין-ספור אפליקציות (יישומונים) המאפשרות לכל אדם נגישות זמינה ונוחה למידע רב ולשירותים טכנולוגיים מתקדמים.

...

לנוחות הרבה יש כמובן מחיר. המידע הרב הנאגר במחשבים האישיים ובמכשירי הטלפון הניידים חושף את בעליהם לפגיעה חמורה בפרטיותם כשמכשירם מגיע לידי של אדם אחר. לא אחת מכשירי הטלפון הניידים כוללים תיעוד מדויק של המקומות שבהם שהה בעל המכשיר, התכתבויות אישיות ואינטימיות, ומידע על חבריו ועל טיב הקשר עימם, לצד מידע עסקי רגיש. יש אף הנוהגים להקליט את שיחותיהם באמצעות מכשיר הטלפון הנייד באופן תדיר, מבלי להעלות על דעתם כי המידע עלול להגיע לידי צדדים שלישיים. השימוש הרווח במכשיר הטלפון הנייד כאמצעי גישה לאינטרנט (מרשתת) פותח צוהר נוסף לעיון בנסתרות ליבו של בעל המכשיר, בעמדותיו הפוליטיות, בתחביביו ובתכניותיו לעתיד.”

10. לנוכח היקף המידע העצום האגור במחשבים ובמכשירים סלולאריים ולנוכח העובדה שהמשתמש הסביר אינו מודע במרבית המקרים להיקף המידע האגור בהם, הרי שהחיפוש במחשב כרוך בפגיעה חריפה בזכות הפרטיות שעוצמתה עולה בהרבה על הפגיעה בפרטיות הקיימת בהליכי חיפוש אחרים. לא בכדי נמצא כי החיפוש בחומר מחשב הוא אחד משני סוגי החיפושים היחידים (לצד חיפוש פנימי בדרך של בדיקה גניקולוגית) שניתן לבצעם מכוח צו שיפוטי בלבד, ואין די לצורך ביצועם בשיקול דעתן של רשויות החקירה.³

11. נדמה כי קשה לחלוק על כך שהיקף ועוצמת הפגיעה בזכות הפרטיות כתוצאה מהחיפוש במכשיר סלולארי של אדם הינם חמורים פי כמה וכמה מאשר סוגי חיפושים אחרים. בהקשר זה, ראוי להפנות אל פסק דינו של בית המשפט העליון בארצות הברית ב- Riley v. California, 573 U.S. (2014) (להלן: פרשת Riley) שעסק בשאלה האם לרשויות החקירה נתונה הסמכות לבצע חיפוש במכשיר סלולארי אגב מעצרו של אדם (כפי שניתן לחפש במיטלטלין אחרים שעל גופו), או שמא על הרשויות להצטייד בצו ייחודי לשם כך. במסגרת פסק הדין, ניסח בית המשפט העליון בארצות הברית את האבחנה בין סוגי החיפושים באופן חד ומדויק (ההדגשות אינן במקור – ג.ש., י.ב.).

כך בהשוואה לחיפוש על גוף:

The United States asserts that a search of all data stored on a cell phone is "materially indistinguishable" from searches of these sorts of physical items. That is like saying a ride on horseback is materially indistinguishable from a flight to the moon. Both are ways of getting from point A to point B, but little else justifies lumping them together. Modern cell phones, as a category, implicate privacy concerns far beyond those implicated by the search of a cigarette pack, a wallet, or a purse. A conclusion that

³ יוער, בהקשר זה, כי בסעיף 30(ב) לתגובתה, מתייחסת המשיבה לאפשרות לערוך חיפוש בחומר מחשב בהתבסס על "הסכמה מדעת". עמדתה של הסניגוריה הציבורית היא כי אין כל אפשרות חוקית לבצע חיפוש בחומר מחשב שלא בהתבסס על צו שיפוטי. עמדה זו נפרסה בהרחבה בעמדת הידיד שהוגשה בעניין סיגאווי (רע"פ 9446/16 התובעת הצבאית הראשית נ' רב"ט ברק סיגאווי), וכן בעמדת הידיד שהוגשה בעניין אוריך ומצויה במחלוקת שלא הוכרעה על ידי בית משפט נכבד זה. כיוון שהסוגיה לא מתעוררת במקרה דנן – לא נרחיב אודותיה.

inspecting the contents of an arrestee's pockets works no substantial additional intrusion on privacy beyond the arrest itself may make sense as applied to physical items, but any extension of that reasoning to digital data has to rest on its own bottom."

וכך בהשוואה לחיפוש בביתו של אדם :

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

12. חיפוש במכשיר סלולארי פוגע לא רק בזכות הפרטיות של הנחקר עצמו, כי אם בזכותם לפרטיות של צדדים שלישיים רבים. כפי שציין כב' השופט עמית בפרשת **פישר** לעיל :

"הפגיעה בסוד השיח, בפרטיות או בחסיונות ואינטרסים אחרים, אינה רק כלפי העד במשפט שהמחשב או הטלפון הנייד שלו נחשף לגילוי ולעיון. הפגיעה היא גם של צדדים שלישיים רבים אשר "נוכחים" שלא בטובתם בחומר, כמי שעמדו בקשר כזה או אחר עם בעל המחשב. זאת ועוד. המחשב עצמו יכול שימש מספר אנשים, עניין השכיח במיוחד במחשבים ביתיים המשמשים כמה בני משפחה (חיים ויסמונסקי חקירה פלילית במרחב הסייבר 225-226 (2015) (להלן : ויסמונסקי))."

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

14. בנוסף, וכאמור לעיל, הליכי חיפוש בחומר מחשב מתאפיינים גם בכך שבמרבית המקרים הם אינם ניתנים לשיבוש או לסיכול מעת שהמחשב עצמו נתפס ומוחזק בידי המשטרה, ועל כן, ככלל, גם אין דחיפות מיוחדת בביצועם.

בפרשת Riley, התייחס בית המשפט העליון אף להיבטים אלו. המדינה טענה כי מידע הקיים במכשירים סלולאריים ניתן לשיבוש מרחוק (בדומה לטענה שמעלה המשיבה בפסקה 38 לתגובתה). טענה זו נדחתה על ידי בית המשפט העליון, הן בשים לב לכך שנטענה בעלמה וללא ביסוס מספק, והן בשים לב לפתרונות הטכנולוגיים הקיימים להתמודדות עם בעיה זו :

"Remote wiping can be fully prevented by disconnecting a phone from the network. There are at least two simple ways to do this: First, law enforcement officers can turn the phone off or remove its battery. Second, if they are concerned about encryption or other potential problems, they can leave a phone powered on and place it in an enclosure that isolates the phone from radio waves".

15. מאפיינים ייחודיים אלו (ובעיקר עוצמת הפגיעה בפרטיות כתוצאה מחיפוש במכשיר סולארי), הביאו את המחוקק לקבוע כי על בית המשפט להידרש לאיזון בין זכותו של הפרט לפרטיות לבין צרכי החקירה כך שתנאי החיפוש "לא יפגעו בפרטיותו של אדם מעבר לנדרש" (סעיף 23א(ב) לפקודת סדר הדין הפלילי).

בפרשת **אוריך** התייחס כב' השופט אלרון לחשיבותו של תנאי זה, המבחין את החיפוש בחומר מחשב מסוגי חיפושים אחרים. לדבריו, תנאי זה "מוסיף נדבך משמעותי ביחס לאמות המידה שנקבעו בסעיף 23 לפקודה למתן צו חיפוש בחצרים. בעוד שצו חיפוש בחצרים כפוף ככלל לראיות לכאורה באשר לנחיצותו בלבד, על שופט הדין בבקשה למתן צו חיפוש במחשב מוטלת המלאכה המורכבת לאזן בין זכותו של אדם לפרטיות לבין האינטרס הציבורי שבקידום החקירה" (פסקה 25 לפסק הדין). כפי שנבהיר בהמשך דברינו – מציאת האיזון הנכון אפשרית רק מקום בו מתקיים דיון במעמד שני הצדדים.

היעדר ההסדרה של המסגרת הדיונית בצווי חיפוש בחומר מחשב על ידי המחוקק

16. הגם שלא ניתן לחלוק על המאפיינים הייחודיים של הליכי חיפוש בחומר מחשב, לעומת סוגי חיפוש אחרים, עד כה לא נדרש המחוקק להסדרתן של הסוגיות הדיוניות הרבות המתעוררות בהליכים אלו.

17. ניסיון כזה אמנם נעשה במסגרת הצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – המצאה, חיפוש ותפיסה), התשע"ד-2014 – אך הצעת חוק זו לא הבשילה לכדי חקיקה (בשש השנים שחלפו מאז הונחה על שולחנה של הכנסת), ובשים לב לכך שדין הרציפות אינו חל עליה – ספק אם ניתן ללמוד ממנה דבר על הדין המהותי שייקבע בסופו של דבר. כל שניתן ללמוד ממנה, אולי, הוא את הדין הרצוי לשיטת המשיבה. בהקשר זה, תבקש הסניגוריה הציבורית לחדד כי טענת המשיבה (בפסקה 53 לתגובתה) לפיה הצעת חוק זו גובשה "בעקבות עבודה של שנים, ולאחר דיונים עם כל הגורמים הרלוונטיים לרבות הסניגוריה הציבורית" – היא אמנם נכונה, אך עם זאת אין ללמוד ממנה כי ההסדרים המנויים בהצעת החוק **מקובלים במלואם** על הסניגוריה הציבורית. כבכל הליך חקיקה אחר, הסניגוריה הציבורית לקחה חלק בדיונים **הפנימיים** בתוך משרד המשפטים על הצעת החוק, אך אין להסיק מכך כי ניתנה הסכמה של הסניגוריה הציבורית לכל ההסדרים שהוצעו בה. הסניגוריה הציבורית מסתייגת מחלק מההסדרים הכלולים בהצעת חוק זו והדברים יתבררו בהמשך, אם יחודש הליך החקיקה. בהקשר זה יודגש כי עם חלוף הזמן, ספק אם ההסדרים הדיוניים המוצעים במסגרת הצעת החוק, המבוססת על דוח משנת 1996, הם עדיין רלוונטיים במתכונתם זו גם כיום בחלוף כ-24 שנים. לטעמנו, התמורות הטכנולוגיות והמשפטיות שחלו בשנים אלו, כמו גם הבנת משמעותן של הפרקטיקות השונות המוצעות במסגרת הצעת החוק – מחייבות חשיבה מחדשת ועדכנית

אף מצד המדינה, והדעת נותנת כי גם אם תקודם חקיקה זו מחדש כיום, ייעשה הדבר לאחר בחינה עדכנית של הצעת החוק המקורית ולא מן הנמנע שיחולו בה שינויים לא מבוטלים.

18. כך או כך, החוק הקיים אינו מסדיר סוגיות דיוניות רבות הנוגעות להליכים אלו. כך למשל, אין כל קביעה כי הליכים מסוג זה צריכים להתקיים במעמד צד אחד או במעמד שני הצדדים; ואין כל הסדרה מפורשת של האפשרות של מי מהצדדים להשיג על החלטות בהליכים אלו (בין אם ניתנו במעמד צד אחד ובין אם ניתנו במעמד הצדדים), בין בדרך של בקשה לעיון מחודש ובין בדרך של ערר, ואף לא הוכרעה עד כה בפסיקה השאלה האם אי-ההסדרה מהווה לאקונה, או שמא מדובר בהסדר שלילי.

19. למותר לציין כי בשנים האחרונות, הטכנולוגיה התפתחה בקצב מסחרר, והמידע השמור כיום בכל מכשיר סלולארי אינו דומה למידע שהיה שמור במחשבים אך לפני שנים אחדות. עוצמת הפגיעה בזכות הפרטיות, הגלומה בחיפוש במכשירים סלולאריים, היא גבוהה בסדרי גודל מזו שעמדה לעיני המחוקק עת חוקק סעיף 23א לפקודת סדר הדין הפלילי, וגם מזו שעמדה לנגד עיני המדינה בדיונים על הצעת חוק החיפוש. כפי שקורה לא אחת, המחוקק אינו מספיק לעמוד בקצב ההתפתחויות הטכנולוגיות, ותפקידו של בית המשפט הוא לקבוע ערובות פרוצדוראליות לכך שההתקדמות הטכנולוגית לא תביא לפגיעה בלתי מידתית בזכויות חוקתיות.

20. יודגש כי הצורך בהסדרה של סוגיות אלו אינו אינטרס של ההגנה בלבד. גם למדינה אמור להיות אינטרס להסדיר את הסוגיות, שכן במצב החוקי דהיום – החוק הוא ניטרלי לגמרי ביחס לשאלות שעל הפרק.

21. כך, המדינה סבורה כי דיונים בבקשות להוצאת צווי חיפוש במכשירים סלולאריים אמורים להתקיים במעמד הרשות חוקרת בלבד. אולם, לעמדה זו של המדינה אין כל עיגון בחוק.

המדינה סבורה כי בפניה אמורה להיות האפשרות להשיג על החלטות בצווי חיפוש – בין באמצעות הגשת בקשה מחודשת לבית המשפט לאחר שינוי בנסיבות מההחלטה הראשונה (כפי, שאגב, עשתה בהליך זה, עת פנתה אל כב' השופט מורנו בשנית בטענה שחלה התפתחות חקירתית המצדיקה הוצאת צו חיפוש לאחר שבקשתה הראשונית נדחתה), ובין באמצעות הגשת ערר לבית המשפט המחוזי. אולם, גם לעמדה זו של המדינה אין כל עיגון בחוק.

22. מכאן חשיבותן של הסוגיות המתעוררות בהליך הנוכחי המצדיקות, לטעמנו, מתן רשות לערור.

אמירות אגב סותרות של בית המשפט העליון ופרקטיקות דיוניות בערכאות הנמוכות

23. הגם ששאלות אלו לא זכו למענה מצד המחוקק – הן מתעוררות מעת לעת בפני בתי המשפט, אשר נדרשים ליתן עליהן מענה. עד כה, המענה לא ניתן באמצעות עריכת דיון מסודר בשאלות אלו, אלא באמירות אגב של בית המשפט העליון, או באמצעות פרקטיקות דיוניות שהתפתחו בערכאות הנמוכות ללא דיון לגופו של עניין.

24. אשר לאמירות האגב הסותרות של בית משפט נכבד זה: בבג"ץ 8183/17 **מרדכי כהנא נ' מדינת ישראל ואח'** (החלטה מיום 24.10.2017), הוגשה עתירה לבג"ץ כנגד צו חיפוש במכשיר סלולארי שהוצא במעמד צד אחד. כב' השופט עמית ציין כי: "ככל שצו החיפוש ניתן מכוח סעיף 23א לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) (נוסח חדש), התשכ"ט-1969 (להלן: הפקודה), 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". בהיבט האופרטיבי, הורה כב' השופט עמית באותו מקרה על הקפאה חלקית של יישום צו החיפוש והחזיר את הדיון לבית משפט השלום לשם קיום דיון בבקשה למתן צו חיפוש במעמד שני הצדדים. לעומת זאת, בבש"פ 4705/20 **פלונית נ' מדינת ישראל**, ציין כב' השופט מינץ כי: "על פניו סעיף 23 וסעיף 23א 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."

25. הנה כי כן, בשני הליכים שונים שנדונו בפני בית משפט נכבד זה הוצגו, באמרות אגב, שתי גישות סותרות לגבי קיומה של אפשרות להשיג בדרך של ערר על החלטה בבקשה למתן צו חיפוש.

26. יצוין כי המשיבה ערה לכך שפסיקתו של בית המשפט העליון בסוגיה אינה אחידה. אולם, לטענתה, פסיקת כב' השופט עמית בעניין **כהנא** לא מהווה הכרעה שיפוטית בסוגיה; בעוד כב' השופט מינץ, בעניין **פלונית**, הכריע בשאלה לגופה (פסקה 45).

למעשה, נראה שמבחינת המשיבה, פסק הדין בעניין **פלונית** הוא-הוא שמשקף את עמדתו של בית המשפט העליון בסוגיה שעל הפרק. לשיטתה, כדי שבית המשפט הנכבד ייתן רשות ערר בהליך זה, על המבקש מוטל נטל "לשכנע שהחלטתו של בית המשפט הנכבד בנושא זה עצמו, בעניין **פלונית**, היא בלתי סבירה" (פסקה 10).

27. עמדה זו של המשיבה תמוהה בעינינו, הן בשל היחס השונה בתכלית לאמרות האגב של כב' השופט עמית ושל כב' השופט מינץ – בבחינת "אמרת אגב התואמת את עמדתנו היא הלכה המשקפת את עמדתו של בית המשפט העליון ואמרת אגב הסותרת את עמדתנו אינה הכרעה שיפוטית בסוגיה" – והן לנוכח עמדה שונה בתכלית שהציגה המשיבה בסוגיה דומה בהליך אחר: בעניין **אוריך** הגישה המשיבה לבית משפט זה את עמדתה בסוגיה במסגרת תגובתה לבקשה למתן רשות ערר בסבב השני בהליך (רע"פ 1758/20). בתגובתה זו התייחסה המשיבה למעמדה ותוקפה המחייב של החלטת כב' השופט אלרון בעניין **אוריך**.

לעניין משמעות החלטתו של כב' השופט אלרון ביחס לערכאות נמוכות יותר, ציינה המדינה כי ככל שתידחה בקשת רשות הערעור "המשיבה מצידה תשמור לעצמה את הזכות להשיג על החלטתו המחודשת של כב' השופט אלרון בבוא העת, בהקשר אחר. במקרה זה אף יתבקש בית המשפט הנכבד לרשום בהחלטתו, כי זו כוונתה של המשיבה, כדי שהערכאות הנמוכות לא תסבורנה – בטעות – כי החלטתו של כב' השופט אלרון היא בגדר "הלכה פסוקה" ומחייבת" (פסקה 22 לתגובתה מיום 25.3.2020; הדגשה שלנו – ג.ש. ו-י.ב.).

ולעניין משמעות החלטתו של כב' השופט אלרון ביחס לבית המשפט העליון עצמו, ציינה המדינה כי "ההחלטה אינה מחייבת ואף אינה מנחה את בית המשפט הנכבד עצמו – לא בשבתו כדן יחיד (אחר), ובוודאי לא בשבתו במותב תלתא" (פסקה 24 לתגובה).

28. לנוכח האמור, נראה כי די באמירות הסותרות שהובאו בפסיקת בית משפט זה ובאי-הבהירות העולה אף לשיטת המשיבה ביחס למעמדן ותוקפן המחייב של החלטות בית משפט אלה, כדי להצדיק עניינית מתן רשות לערור במקרה זה, על מנת להעמיד הלכה על מכונה באופן בהיר וסדור.

29. לכך מתווספת העובדה שבפועל קיימת פרקטיקה שאינה מוגדרת די הצורך, במסגרתה מוגשים גם כיום עררים על החלטות הנוגעות לצווי חיפוש בחומר מחשב, הן על ידי המדינה והן על ידי ההגנה, והם נדונים ללא הכוונה דיונית אחידה. כך, בחלק מן המקרים בתי המשפט לא נדרשו לשאלת הסמכות, ובמקרים אחרים – סברו כי הסמכות לדון בערר על החלטה להוציא צו חיפוש נובעת מהסמכות להגיש ערר בנוגע לתפוסים (וזאת בדומה לתזה המשפטית המוצגת על ידי המבקש במסגרת בקשת רשות הערר דנא). כך למשל, בעניין **אוריך**: על החלטתו הראשונית של בית משפט השלום בתל אביב להוציא צווי חיפוש לארבעת החשודים הוגש ערר על ידי ההגנה. בית המשפט המחוזי דן בערר לגופו של עניין והורה על דחייתו לגופו מבלי להידרש לשאלת הסמכות לדון בו. על החלטת בית המשפט הוגשה בקשת רשות ערר לבית המשפט העליון על ידי ההגנה, אשר סבר כי הסמכות לדון בערר נגזרת מסעיף 38א לפקודת סדר הדין הפלילי (סעיף 12 להחלטת כב' השופט אלרון). לאחר החזרת ההליך לבית משפט השלום והחלטת בית המשפט לדחות חלק מהבקשות לצווי חיפוש, הוגש ערר הן על ידי המדינה והן על ידי ההגנה לבית המשפט המחוזי. בית המשפט המחוזי דן בעררים לגופם, תוך שהוא מצייין כי הוא בוחר להתייחס לערר "כאל "ערר" כפי ההליך הקבוע בסעיף 38א". ערר המדינה התקבל וערר ההגנה נדחה. על החלטת בית המשפט המחוזי הוגשה בקשת רשות ערר אשר כאמור נדונה בפני מותב תלתא. ראוי לציין כי המדינה לא העלתה בעניין זה טענה להיעדר אפשרות לערור על ההחלטה באף אחת מן העמדות שהוגשו מטעמה לבית המשפט. גם בעניין **כהנא**, אשר הוזכר לעיל, נדון ערר אשר הוגש על ידי ההגנה על החלטת בית משפט השלום להוציא צו חיפוש (ההחלטה שניתנה לאחר שבג"ץ הורה על החזרת הדיון לבית משפט השלום וקיום הדיון שם במעמד הצדדים). דוגמא נוספת לדיון מהותי בערר על החלטה למתן צו חיפוש ניתן למצוא בצ"ח (שלום תל אביב) 38126-07-20 **מדינת ישראל נ' עדי מלול ואח'** (החלטה מיום 17.7.2020). במקרה זה, דחה בית משפט השלום את בקשת המדינה להוציא צווי חיפוש במכשירי הסלולארי של שני חשודים (לאחר קיום דיון במעמד הצדדים). המדינה הגישה ערר על החלטה זו, אשר נדון לגופו של עניין על ידי בית המשפט המחוזי, שהורה על דחיית הערר, מבלי להידרש לשאלת סמכות המדינה להגיש ערר (צ"א 38399-07-20; החלטה מיום 19.7.2020).

30. כך לעניין עררים וכך לעניין בקשות לעיון חוזר. כאמור לעיל, לשיטת המשיבה, מקום בו בקשה להוצאת צו חיפוש בחומר מחשב נדחתה מהטעם שאין די ראיות המצדיקות היעדרות לבקשה – ניתן להגיש בקשה **נוספת** להוצאת צו חיפוש אם חלה התפתחות חקירתית המצדיקה זאת. כך קרה במקרה שלפנינו. לאחר שכב' השופט מורנו ביטל את צו החיפוש שניתן, במעמד צד אחד, במכשירי הסלולארי של המבקש ביום 5.7.2020, משטרת ישראל

המשיכה את החקירה, ובהמשך פנתה אל בית המשפט פעם נוספת בטענה שהחשד כנגד המבקש התחזק. כב' השופט מורנו קיים דיון בבקשה זו של המשטרה, וביום 15.7.2020 נעתר לבקשתה המחודשת של המשטרה.

31. דהיינו, במצב דהיום, המדינה עצמה עושה שימוש נרחב⁴ באפשרות להשיג על החלטות של בתי משפט בבקשות להוצאת צווי חיפוש בחומר מחשב. בהקשר זה יודגש, כי החלטות בית המשפט המחוזי העומדת בבסיסה של הבקשה למתן רשות ערר בהליך זה, ממחישה היטב את הבעייתיות שבהיעדר הסדרה מספקת של השאלות המתעוררות בהליך זה, שכן בית המשפט המחוזי קבע למעשה אבחנה חריגה בדין הישראלי, בין אפשרות המדינה להשיג על החלטה להוצאת צו חיפוש בחומר מחשב לבין אפשרות ההגנה לעשות זאת (אנו נידרש להבחנה זו בהמשך דברינו, בחלק הרביעי של עמדה זו).

32. לנוכח האמור, הסניגוריה הציבורית סבורה כי מקרה זה מעורר סוגיות עקרוניות בעלות השלכה החורגת מגדרו של המקרה הפרטני. על כן, ולנוכח ייחודיות המאטריה של חיפוש בחומר מחשב, היעדר ההסדרה המספקת של המסגרת הדיונית בבקשות מסוג זה לחיפוש בחומר מחשב, האמירות הסותרות בפסיקת בית משפט זה והפרקטיקה הקיימת המעידה על היעדר אחידות ביחסם של בתי המשפט השונים לסוגיות אלה – מן הראוי לקיים דיון עקרוני ולהכריע בהן.

חלק שני: קיום דיונים בבקשה להוצאת צווי חיפוש בחומר מחשב במעמד הצדדים והאפשרות להשיג על החלטה שניתנה במעמד צד אחד

33. הסניגוריה הציבורית סבורה כי **ככלל**, דיון בבקשה להוצאת צו חיפוש בחומר מחשב אמור להתקיים במעמד שני הצדדים, בכפוף לאפשרות ההכרה בחריגים כגון: מקרים בהם קיים חשש ממשי לשיבוש החקירה או צורך חקירתי חיוני אחר המצדיק דיון במעמד צד אחד בלבד. כפי שיובהר להלן, עמדה זו מבוססת הן על זכויותיו הכלליות של נחקר ובהן: הזכות להליך הוגן, הזכות לנוכחות בהליכים משפטיים בעניינו, וזכות הטיעון; והן על מאפייניו הייחודיים של החיפוש בחומר מחשב.

במקרים בהם הדיון התקיים במעמד צד אחד בלבד, סבורה הסניגוריה הציבורית כי ככלל ראוי לאפשר להגנה להשיג על החלטה שניתנה.

34. טרם פריסת נימוקי הסניגוריה הציבורית בהקשר זה, נשוב ונזכיר כי המחוקק שותק בנוגע לשאלה האם דיונים בבקשה להוצאת צו חיפוש בחומר מחשב אמורים להתקיים במעמד צד אחד בלבד או במעמד שני הצדדים.

35. המשיבה אינה מצביעה בדבריה על מקור חוקי התומך בטענה לפיה ראוי לקיים דיונים בבקשה להוציא צו חיפוש בחומר מחשב במעמד הרשות החוקרת בלבד. הגם שהדבר לא נכתב במפורש, נדמה כי טיעון המדינה הוא כדלקמן:

⁴ איננו יודעים עד כמה נרחב שכן במסגרת תגובתה לבקשת רשות הערר, המדינה אינה מביאה נתונים על מספר ההשגות שהגישה על החלטות בבקשות להוצאת צווי חיפוש.

המחוקק לא קבע כי דיונים בבקשה להוציא צו חיפוש בחומר מחשב אמורים להתקיים במעמד צד אחד. עם זאת, ראוי לקבוע כי זוהי הדרך הדיונית בשים לב לפרשנות הראויה של הדין.

כך, לשיטת המשיבה, אמנם סעיף 126 לחוק סדר הדין הפלילי קובע כי "באין הוראה אחרת בחוק זה לא יידון אדם בפלילים אלא בפניו", אך מכותרת הסעיף ("נוכחות הנאשם") יש ללמוד כי המחוקק התכוון לאפשר דיון במעמד ההגנה רק לאחר כתב אישום. באשר לשלב שלפני הגשת כתב האישום – קיימת לאקונה, אותה יש למלא באמצעות פרשנות תכליתית. הפרשנות הראויה, לשיטת המשיבה, היא שבשים לב לכך שבשלב החקירה ההליך הפלילי הוא אינקוויזיטורי באופיו, לא ראוי לתת מעמד לחשוד בבקשה להוציא צו חיפוש במכשירו הסלולארי, הן משום שהדבר יוביל לסרבול ההליך והן מחשש לשיבושו על ידי החשוד.

36. הסניגוריה הציבורית כמובן חולקת על עמדה פרשנית זו. אך עוד לפני פריסת נימוקיה – תבקש הסניגוריה להדגיש כי **אין כל ברירת מחדל אשר נקבעה על ידי המחוקק בהקשר זה**. הן המדינה והן הסניגוריה הציבורית נדרשות, בעמדתן, לפרשנות תכליתית, הנגזרת מערכי היסוד של השיטה המשפטית בכלל, וההליך הפלילי בפרט.

דהיינו, בקשת הסניגוריה הציבורית ובקשת המדינה מבית משפט נכבד זה היא דומה במהותה: שני הצדדים מכירים בכך שקיימת לאקונה באשר לשאלת נוכחותו של חשוד בדיון בבקשה להוציא צו חיפוש, ושני הצדדים סבורים כי פרשנות תכליתית מצדיקה מילוי הלאקונה בהסדר נורמטיבי ראוי. דא עקא, הצדדים חלוקים על מהות ההסדר הנורמטיבי.

על חשיבות קיום דיון בהליך פלילי במעמד שני הצדדים – באופן כללי

37. הסניגוריה הציבורית סבורה כי בהיעדר קביעה מפורשת אחרת מצד המחוקק, ברירת המחדל לקיום דיון בהליך פלילי אמורה להיות דיון במעמד הצדדים בפני בית המשפט. זאת, הן בשלב שלאחר הגשת כתב האישום והן בשלב שלפני הגשתו. עם זאת, וכפי שיובהר בהמשך, ניתן לסטות מברירת מחדל זו במקרים חריגים בהם קיים חשש ממשי לשיבוש החקירה (ובמקרים בהם החשש הממשי לשיבוש הוא אינהרנטי, כמו בבקשה להוצאת צו חיפוש במקום, הרי שברירת המחדל תהיה קיום הדיון במעמד צד אחד בלבד).

38. עמדה זו מבוססת על הן על זכות הנוכחות בהליך הפלילי והן על זכות הטיעון. שתי זכויות אלו, לטעמנו, הן חלק מהזכות להליך הוגן. כל אלו הן זכויות יסוד חוקתיות, וככאלו יש לפעול לאורן בכל מקרה ומקרה, אף אם הדבר לא הוסדר מפורשות על ידי המחוקק (כמובן, בהיעדר קביעה מפורשת אחרת מצד המחוקק).

39. הזכות להליך הוגן הוכרה זה מכבר כזכות חוקתית של חשוד ונאשם. זכות זו נובעת הן מהזכות החוקתית לחירות והן מהזכות החוקתית לכבוד. ראו למשל: בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 17-16 לפסק דינו של כבוד המשנה לנשיאה ריבלין, 11.2.2010; ע"פ 431/08 ג'ורג' גואברה נ' מדינת ישראל, פס' 32, 13.4.2010; ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פס' 67 והאסמכתאות המובאות שם, 4.5.2006. לעניין זה יפים דברי הנשיאה בינייש בעניין יששכרוב הנ"ל, פס' 67:

"הזכות להליך הוגן קשורה בקשר הדוק לזכות לכבוד, שכן פגיעה בהליך ההוגן עלולה היא לפגום בהערכתו העצמית של הנאשם וליצור אצלו תחושה של ביזוי וחוסר אונים כאילו היה כלי משחק בידיהם של אחרים, עד כדי פגיעה בזכותו החוקתית לכבוד לפי סעיפים 2 ו-4 לחוק היסוד".

40. מטרתה של הזכות להליך הוגן, בין היתר, היא להבטיח פרוצדורה הוגנת וערובות דינויות הולמות להגנותו של ההליך כלפי הנאשם או החשוד. הזכות להליך הוגן היא זכות מסגרת, שעשויה לשמש בסיס לגזירתן של זכויות דינויות רבות והיא משתרעת על כל שלביו של ההליך הפלילי למן החקירה ועד סיום המשפט. היא אינה מתמצה בבחינת השפעתם הפוטנציאלית של פגמים דינויים על תוצאות המשפט דווקא, אלא מחייבת ראייה רחבה המתבססת על שיקולים כלליים של הגינות, צדק ומניעת עיוות דין.

41. הזכות להליך הוגן כוללת, בין היתר, גם את זכותו של אדם להיות נוכח בהליך המשפטי בעניינו. הזכות להיות נוכח בהליך משפטי בפלילים היא "זכות יסוד, המבטיחה כי נאשם לא יישפט 'מאחורי גבו' וכי תינתן לו ההזדמנות להתמודד עם ראיות התביעה ולפרוס את הגנתו. קיומו של משפט הוגן אינו עניינו של הנאשם בלבד, אלא הוא גם "אינטרס ציבורי" (בג"ץ 7357/95 ברקי פטה המפריס (ישראל) בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 769, 776 (1996)).

42. זכותו של אדם להיות נוכח בהליך המשפטי בעניינו, בפרט כאשר מדובר בהליך הפלילי, חלה לא רק על נאשמים אלא גם על חשודים. כך כאשר מדובר בדיון בעניינו של עצור; וכך כאשר מדובר בעניינו של משוחרר. כאשר מדובר בדיון הנעשה מכוח חוק המעצרים, הדבר מעוגן מפורשות בסעיף 57 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996 (להלן: חוק המעצרים). אולם, כפי שהדגיש בית המשפט העליון בבש"פ 4586/06 ניסים חלידו נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 22.8.2006), סעיף זה הוא רק עיגון של עיקרון יסוד רחב יותר:

"ההוראה בדבר חובת עריכת דיון במעמד הצדדים, הקבועה בסעיף 57 לחוק המעצרים, מבטאת עיקרון יסוד בשיטתנו המשפטית לפיו זכאי נאשם וכמוהו חשוד, להליך הוגן שיאפשר לו, בכפוף לסייגים הקבועים בחוק, להשמיע את דברו ולהתגונן כראוי נגד הטענות המועלות נגדו. הוראות דומות המיועדות להגשים את אותו העיקרון נקבעו בסדר הדין הפלילי לגבי הליכים שונים נוספים. סעיף 126 לחוק סדר הדין הפלילי קובע הוראת-בסיס לפיה "באין הוראה אחרת בחוק זה לא יידון אדם בפלילים אלא בפניו", וכבר נפסק כי זכותו של הנאשם להיות נוכח במשפטו הינה "זכות יסוד, המבטיחה כי נאשם לא יישפט 'מאחורי גבו' וכי תינתן לו ההזדמנות להתמודד עם ראיות התביעה ולפרוס את הגנתו. קיומו של משפט הוגן אינו עניינו של הנאשם בלבד, אלא הוא גם אינטרס ציבורי" (בג"ץ 7357/95 ברקי פטה המפריס (ישראל) בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 769, 776 (1996); לעניין חשיבותה של החובה לקיים דיון במעמד הצדדים בכל הקשור ליכולתה של התביעה לשטוח את טענותיה ראו בש"פ 2989/97 מדינת ישראל נ' חורי, תק על 177 (2) 1997, ולעניין החובה לקיים דיון במעמד הצדדים בבקשה לעיכוב ביצועו של עונש ראו ע"פ 2653/05 צדקה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 21.3.05)). הוראה דומה נוספת נקבעה בסעיף 16(2) לחוק המעצרים המורה לעניין בקשה

להארכת מעצרו של חשוד או נאשם, כי על הדיון להיערך "בפני החשוד", אלא אם כן נוכח בית המשפט, על יסוד חוות דעת של רופא, שהחשוד אינו מסוגל להשתתף בדיון מפאת מצב בריאותו, ובמקרה כזה יש לקיים את הדיון בנוכחות סניגורו. במקרים מסוימים אשר בהם סטתה הערכאה הדיונית (בבקשות לעיון חוזר שאף אליהן מתייחס סעיף 57 לחוק המעצרים) מן החובה לקיים דיון במעמד שני הצדדים, הורה בית משפט זה כי יש לשוב ולהידרש לבקשה ולערוך בה דיון כנדרש (ראו והשוו: ע"פ 1626/91 דקה נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(5) 76, 81-82 (1991); ב"ש 37/86 דרעי נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(1) 393, 395-396 (1986); בש"פ 1097/06 בינייב נ' מדינת ישראל, פסקה ד (טרם פורסם, 9.2.06) (להלן: פרשת בינייב)).

עיקרון יסוד זה מעוגן בהסדרים חוקיים נוספים, ובהם מקרים בהם בית המשפט מתבקש להורות על מתן צו לחיפוש פנימי בחשוד (סעיפים 7 ו-8 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), תשנ"ו-1996), ובזיקה הדוקה יותר לענייננו – בקשה להחזרת תפוס (לפי סעיף 34 לפקודת סדר הדין הפלילי).

43. לצד זאת, הזכות להליך הוגן כוללת בתוכה גם את זכות הטיעון, שהיא זכות עצמאית ונפרדת מזכות הנוכחות בהליך הפלילי. זכות הטיעון היא זכות מהותית המוכרת במשפט המנהלי, וחובת הרשות לממשה אינה תלויה בעיגונה עלי חוק. בהתאם לזכות זו, כאשר רשות מנהלית מבקשת לשנות לרעה את מצבו של הפרט, או לפגוע בזכויותיו – עליה לאפשר לו לפרוס בפניה את טענותיו. כך כאשר מדובר בהליכים פליליים (בש"פ 8015/09 גורגי קוניוף נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.10.2009)); וכך גם באופן רחב יותר (ראו למשל: פסק דינו של כבוד השופט י' אולשן (כתוארו אז) בבג"ץ 113/52 ליזי זקס נ' שר המסחר והתעשייה פ"ד(ו) 696, 703 (1952); פסק דינו של כבוד השופט מ' זילברג (כתוארו אז) בבג"ץ 3/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב(2) 1493, 1508 (1968); פסק דינו של כבוד השופט י' זוסמן (כתוארו אז) בבג"ץ 185/64 פלוני נ' שר הבריאות, פ"ד יט(1) 122, 126 (1965)).

במסגרת תת הפרק הבא, נבהיר כיצד שמיעת עמדת הנחקר תסייע בעריכת האיזון הנכון בין הפגיעה בזכות לפרטיות לבין האינטרס שבקידום החקירה.

44. זכות הטיעון והזכות לנוכחות בהליך פלילי בעניינו של אדם הן כמובן אינן זכויות מוחלטות, וניתן להגבילן. אלא, שלעמדת הסניגוריה הציבורית, הגבלתן צריכה להיעשות על ידי המחוקק. כך נעשה, למשל, בחוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), תשל"ט-1979, שם סעיף 6(ג) קובע מפורשות את סמכות בית המשפט לקיים דיון בלא נוכחותו של עצור מנהלי: "...רשאי נשיא בית המשפט המחוזי לקבל ראייה אף שלא בנוכחות העציר או בא-כוחו או בלי גלוחה להם אם, אחרי שעיין בראיה או שמע טענות, אף שלא בנוכחות העציר ובא כוחו, שוכנע שגילוי הראיה לעציר או לבא כוחו עלול לפגוע בבטחון המדינה או בבטחון הציבור" (ראו גם הוראות סעיף 8 לחוק, המבהירה כי בכפוף לאמור בסעיף 6(ג) רשאי עציר להיות נוכח בדיון בעניינו).

ראו גם סעיף 6(ב) לחוק האזנת סתר, תשל"ט-1979, הקובע כי בקשה לביצוע האזנת סתר תידון על ידי בית המשפט "במעמד צד אחד בלבד"; ראו גם הוראת סעיף 57(א) לחוק

המעצרים, לפיה "מותר לדון בבקשת תובע שלא בפני המשוחרר בערובה אם הומצאה למשוחרר בערובה הודעה על הדיון 48 שעות מראש".

45. ודוק – הסניגוריה הציבורית אינה מחזיקה בעמדה מקסימליסטית, לפיה בהיעדר קביעה מפורשת אחרת מצד המחוקק כל דיון בהליך הפלילי חייב להיעשות במעמד שני הצדדים. קיימים מקרים בהם ניתן לקיים דיונים במעמד צד אחד אף בהיעדר קביעה מפורשת מצד המחוקק. כך למשל לענין עיון בחומר חסוי על ידי בית המשפט העליון בעתירות לבג"ץ; כך לענין הוצאת צווי חיפוש במקום; ועוד. עמדת הסניגוריה היא כי ככלל הדיונים אמורים להתקיים במעמד שני הצדדים, אולם ניתן לסטות מכלל זה במקרים המצדיקים זאת – בין אם בקביעה מפורשת של המחוקק, ובין אם במקרים בהם קיום הדיון במעמד שני הצדדים אינו אפשרי שכן הוא יסכל את מטרת ההליך. כך למשל, לטעמנו ניתן לקיים דיונים במעמד צד אחד במקרים בהם קיים חשש ממשי לשיבוש החקירה. יתרה מכך, במקרים בהם החשש הממשי לשיבוש הוא אינהרנטי, כמו בבקשה להוצאת צו חיפוש במקום, הרי שברירת המחדל אמורה להיות קיום הדיון במעמד צד אחד בלבד. גם כאשר מדובר בדיון בבקשה להוצאת צו חיפוש בחומר מחשב – הסניגוריה הציבורית אינה חולקת על כך שניתן לסטות מכלל זה במקרים חריגים בהם קיים חשש ממשי לשיבוש החקירה או צורך חקירתי חיוני אחר המצדיק דיון במעמד צד אחד בלבד, כפי שיפורט להלן.

על חשיבות קיום דיון במעמד שני הצדדים בבקשה להוצאת צו חיפוש בחומר מחשב

46. בדברינו לעיל, הרחבנו אודות הפגיעה הקשה בפרטיות הנחקר כתוצאה מחיפוש במכשירו הסלולארי על ידי הרשות החוקרת. למותר להדגיש כי פגיעה זו נגרמת בעצם ביצוע החיפוש, קרי – בכך שרשויות החקירה נחשפות אל תכניו האישיים ביותר והאינטימיים ביותר של הפרט. פגיעה זו מתרחשת בין אם יוגש נגדו כתב אישום בין אם לא; בין אם החומרים שנמצאו במכשירו הסלולארי יוגשו לבית המשפט במהלך ניהול ההוכחות ובין אם לאו.

47. מטעם זה, כאמור, הוספה לסעיף 23א ההוראה שנועדה לצמצם את היקף הפגיעה בפרטיות. על חשיבותו של סעיף זה עמד לאחרונה בית משפט השלום בת"פ (שלום נתניה) 19-10-19-54680. **מדינת ישראל נ' טקלו (6.8.2020):**

"ישאל השואל, מדוע היה צורך להוסיף להוראת החוק הנחיה ברורה בדבר חובת בית המשפט לאזן נכונה, וברוח חוקי היסוד, בין צרכי החיפוש לפרטיות הפרט? הרי זו חובתו של בית משפט ממילא, ובכל צו חיפוש שניתן. הטעם לכך מצוי בחשיבות הפיקוח השיפוטי. המחוקק ביקש לקבוע, בחדירות לחומרי מחשב באופן מיוחד, מנגנון לבקרה שיפוטית אפקטיבית הנועד לבחון את נחיצות החיפוש והיקפו, ולאזן נכונה בין צרכי החקירה לזכות האדם לפרטיות ומידתיות הפגיעה בה"

48. עוצמת הפגיעה בפרטיות בחדירה למכשירו הסלולארי של אדם מעצימה ומחדדת את חשיבותן של הזכויות עליהן הרחבנו לעיל: זכותו של אדם להיות נוכח בהליך המשפטי בעניינו וזכות הטיעון, שתיהן נגזרות של הזכות הרחבה יותר להליך הוגן. כך, כאשר מבקשת

המשטרה לפגוע פגיעה אנושה בזכותו של הפרט לפרטיות, ראוי לאפשר לו להיות נוכח בדיון בו בית המשפט נדרש לבקשה זו; וראוי לאפשר לו לשטוח את טענותיו בפני בית המשפט, על מנת לפרוס בפני בית המשפט את התמונה העובדתית והמשפטית המלאה בנוגע לשלושת השיקולים שעל בית המשפט לשקול בבואו להחליט האם להוציא צו חיפוש ובקביעת מטרות ותנאי צו החיפוש:

א. **עילה** – כעולה מהוראות סעיפים 23א ו-23 לפקודת סדר הדין הפלילי, וכפי שציין כב' השופט אלרון בעניין **אוריך**, בית משפט רשאי ליתן צו חיפוש אם החיפוש נחוץ לצורך הבטחת הצגת חפץ לצורך הליך החקירה, וזאת על סמך הוכחות לכאורה המובאות לפניו.

קיום דיון במעמד הצדדים יאפשר לחדד את שאלת קיומה של התשתית הראייתית הלכאורית הנדרשת לצורך הוצאת צו חיפוש במכשיר הסלולארי.

ב. **צמצום הפגיעה בפרטיות למינימום** – בהתאם להוראת סעיף 23א לפקודת סדר הדין הפלילי, על בית המשפט לקבוע את מטרות ותנאי החיפוש "באופן שלא יפגעו בפרטיותו של אדם מעבר לנדרש"; כפי שציין כב' השופט אלרון בעניין **אוריך**, על שופט הדן בבקשה להוצאת צו חיפוש במכשיר סלולארי "מוטלת המלאכה המורכבת לאזן בין זכותו של אדם לפרטיות לבין האינטרס הציבורי שבקידום החקירה".

קיום דיון במעמד הצדדים יאפשר להגנה להבהיר מדוע עצם הוצאת צו החיפוש במקרה מסוים תביא לפגיעה בלתי מידתית בזכותו של החשוד לפרטיות; להבהיר לבית המשפט טרם מתן הצו מהו המתווה אשר יוכל להביא לצמצום הפגיעה בפרטיות למינימום; ולהניח בפני בית המשפט את התשתית העובדתית או המשפטית המלאה שתבטיח את טיבה של ההחלטה השיפוטית.

כך, החשוד יוכל להצביע על סוגי קבצים שחיפוש בהם יביא לפגיעה בלתי מידתית בזכותו לפרטיות, או בזכותם של צדדים שלישיים לפרטיות (למשל, חיפוש בתמונות שיביא לאיתור תמונות אינטימיות שלו או של צדדים שלישיים); להגביל את טווח התאריכים של החיפוש; להגביל את מחוזות החיפוש (למשל, חיפוש בהודעות טקסט ולא בתכתובות דוא"ל); להחריג מגדרי החיפוש מידע מסוים (למשל, לאפשר למשטרה לחפש בכלל תכתובות הטקסט של חשוד, למעט תכתובות עם בן/בת זוגו); ועוד.

ג. **פגמים שנפלו בהתנהלות רשויות החקירה עובר להגשת הבקשה להוצאת הצו** – בהתאם להחלטת כב' השופט אלרון בעניין **אוריך**, על בית המשפט המתבקש להוציא צו חיפוש במכשיר סלולארי לשקול את ההשלכות של פגמים שנפלו בהתנהלות רשויות החקירה עובר לבקשה להוציא את צו החיפוש, וזאת באמצעות מתווה דו-שלבי.

קיום דיון במעמד הצדדים יאפשר לבית המשפט לבחון את התמונה המלאה בכל הנוגע למהלכים קודמים של רשות החקירה עובר להגשת הבקשה למתן צו חיפוש, ובתוך כך יאפשר להגנה להעלות בפני בית המשפט הנכבד פגמים שנפלו בהתנהלות רשות החקירה באופן המגשים על הצד הטוב ביותר את תכליתו של המבחן הדו-שלבי שנקבע בהחלטת כב' השופט אלרון בעניין **אוריך**.

49. על כן, קיום דיון במעמד הצדדים יוכל לסייע לבית המשפט באופן המיטבי והראוי ביותר למצוא את נקודת האיזון ההולמת בין צרכי החקירה לבין ההגנה על זכותו החוקתית של הנחקר לפרטיות, ועל זכותם לפרטיות של צדדים שלישיים. זוהי הדרך הראויה ביותר למלא את התכלית אליה כיוון המחוקק בסעיף 23א(ב) לפקודת סדר הדין הפלילי בדבר קביעת חובתו של בית המשפט לוודא כי תנאי החיפוש "לא יפגעו בפרטיותו של אדם מעבר לנדרש".
50. נזכיר כי בענייננו, גם בית המשפט המחוזי אינו חולק על עצם האפשרות לקיים דיון בבקשה להוצאת צו חיפוש, מלכתחילה, במעמד שני הצדדים. המחלוקת, איפוא, היא עם המשיבה בלבד – אשר כאמור סבורה שהליכים אלו צריכים להתקיים במעמד צד אחד.
51. נדמה כי הטעם המרכזי בו נתלית המשיבה הוא החשש לשיבוש הליכי חקירה. אלא, שכאמור לעיל, חשש זה מתאיין במרבית המקרים מרגע שמכשירו הסלולארי של הנחקר נמצא בידו המשטרה – זאת הן בשים לב לכך שלחשוד עצמו אין עוד אפשרות להעלים ראיות ממכשירו, והן בשים לב לפתרונות הטכנולוגיים הפשוטים ביותר בהם ניתן לנקוט כדי להתגבר על חשש זה (כמפורט בציטוט המובא מפסק דין Riley).
- בכך, כמובן, שונה חיפוש במכשיר סלולארי מחיפוש במקום. כאשר מדובר בחיפוש במקום, ברי כי ברובם המוחלט של המקרים, קיום דיון בהוצאת צו חיפוש במעמד הצדדים עובר לביצוע החיפוש עצמו מקים חשש ממשי לשיבוש החקירה והעלמת הראיות. מטעם זה, כאמור, סבורה הסניגוריה הציבורית כי ככלל, קיימת הצדקה מהותית לכך שבקשות להוצאת צו חיפוש במקום תידונה במעמד צד אחד בלבד.
52. המשיבה אמנם מכירה בכך שתפיסת המכשיר הסלולארי על ידי המשטרה מפחיתה את החשש משיבוש הליכי החקירה, אך לדבריה הדבר נעשה באופן חלקי ושולי בלבד, שכן, למשל, חשודים יוכלו לתאם גרסאותיהם בנוגע לתכתובת הטלפונית ביניהם.
53. למעט דוגמא תיאורטית זו, המשיבה אינה מציגה כל תסריט נוסף בו קיים חשש לשיבוש הליכי חקירה כתוצאה מקיום דיון בבקשה להוצאת צו חיפוש בחומר מחשב במעמד הצדדים. אך גם דוגמא זו אינה תומכת בעמדת המדינה. ראשית, השאלה הפרוצדוראלית כיצד יתקיים הדיון בבקשה לבצע חיפוש במכשיר הסלולארי אינה משפיעה כלל ועיקר על אפשרות השיבוש התיאורטית והרחוקה, אשר קיימת בכל מקרה שבו מכשירו הסלולארי של חשוד נתפס והוא אינו נתון במעצר. נחקר המבקש להסתכן ולעבור על החוק יוכל לתאם גרסאות בכל מקרה ומקרה, בין אם יהיה נוכח בדיון בו מבקשת המשטרה לערוך חיפוש במכשיר הסלולארי, בין אם לאו. שנית, כאמור לעיל, הסניגוריה הציבורית אינה חולקת על כך שבמקרים חריגים בהם אכן קיים חשש ממשי לשיבוש הליכי חקירה, לבית המשפט נתונה הסמכות להורות על קיום הדיון במעמד צד אחד בלבד. הדעת נותנת כי כך ייעשה בעיקר במקרים בהם מחשבו של החשוד טרם נתפס, אך ככל שבידי המשטרה יהיו נימוקים כבדי משקל לכך שגם לאחר תפיסת המחשב החשוד עלול לשבש את החקירה אם הדיון בבקשה להוצאת צו החיפוש ייערך במעמדו (נימוקים שלא הוצגו במסגרת תגובת המשיבה), הרי שגם אז ניתן יהיה לקיים את הדיון במעמד צד אחד בלבד.

54. אלא, שלצד מקרים אלו קיימים מקרים רבים נוספים – בהם אין חשש אמיתי לשיבוש מהלכי החקירה ובהם החשוד כבר מודע לכוונת רשויות החקירה לבקש הוצאת צו חיפוש בעניינו. כך היה, למשל, בעניין **אוריך**. בתיק זה, בתחילת הדרך ביקשה המשטרה לקיים דיון בבקשותיה להוצאת צו חיפוש במעמד צד אחד בלבד. כבי' השופט מסארווה דחה את הבקשה, והורה על קיום דיון במעמד הצדדים, "משלא מצאתי כל הצדקה לקיים את הדיון במעמד צד אחד, ולאחר שהחשודים היו מודעים לבקשה ובהיעדר חשש לשיבוש" (צ"ח (שלום תל אביב) 51782-10-19 להב 433 נ' **עופר גולן ואח'** (החלטה מיום 30.10.2019)).

כך היה גם במקרים הנוספים המוזכרים בבקשת רשות הערר: בצ"ח (שלום תל אביב) 38120-07-20 **מדינת ישראל נ' פלוני**, נדחתה בקשת המשטרה להוצאת צו חיפוש במחשב במעמד צד אחד, ובית המשפט השלום קבע כי המשטרה תוכל לחזור על בקשתה במעמד שני הצדדים, במסגרת דיון המעצר. ערר שהגישה המשטרה על החלטה זו נדחה, תוך שבית המשפט המחוזי הדגיש כי אין כל הצדקה שלא לקיים את הדיון במעמד שני הצדדים (צ"א (מחוזי תל אביב) 38322-07-20 **משטרת ישראל מחוז ת"א נ' פלוני**). בהמשך לכך, נערך דיון במעמד שני הצדדים, בבית המשפט השלום בבקשה להוצאת צו חיפוש.

במקרה אחר, צ"ח (שלום תל אביב) 38126-07-20 **מדינת ישראל נ' עדי מלול ואח'**, דחה בית משפט השלום בקשה של המשטרה למתן צו חיפוש במכשירים סלולאריים במעמד צד אחד וקבע גם כאן כי המשטרה תוכל לחזור על בקשתה במעמד שני הצדדים, במסגרת דיון המעצר. גם במקרה זה נדחה ערר שהגישה המשטרה (צ"א 38399/07/20 **משטרת ישראל נ' עדי מלול ואח'**).

55. חשש נוסף המוצג על ידי המשיבה בעמדתה הוא החשש מהצפת רשויות מערכת המשפט באלפי דיונים, עד כדי "קריסת ההליך הפלילי במדינת ישראל". חשש זה מוצג באופן כללי – הן בנוגע לקיום דיונים במעמד שני הצדדים והן בנוגע לאפשרות להשיג על החלטות שניתנו על ידי בתי המשפט.

הסניגוריה הציבורית סבורה כי המדינה מפריזה, הפרזת מה, בחשש זה. ראשית, בהתאם לנוהל נשיאת בית המשפט העליון 1-18 "ממשק העבודה בין שופטים ובין גורמי תביעה וחקירה בבקשות לפני הגשת כתב אישום" (מיום 1.7.2018), דיון בבקשה למתן צו חיפוש בחומר מחשב נעשה באולם בית המשפט, ולא בלשכת השופט, גם כאשר דיון זה מתקיים במעמד צד אחד. גם בדיונים אלו מתנהל פרוטוקול, מתועדים כל המסמכים המוגשים לבית המשפט במהלך הדיון וכיו"ב. יתרה מכך, בשים לב להוראות סעיף 23א, ממילא בדיונים אלו על בית המשפט להידרש לאיזון מהותי שבין צרכי החקירה לבין זכותו של הפרט לפרטיות – כך שכלל לא ברור מהי "תוספת הזמן" שתידרש לכל דיון כזה לצורך שמיעת עמדת החשוד.

שנית, וכאמור לעיל – ניתן להניח כי חלק מסוים מן הבקשות להוצאת צווי חיפוש תידונה במעמד צד אחד בלבד מטעמים חקירתיים המצדיקים זאת; ובמקרים אחרים החשוד לא יעמוד על זכותו לנוכחות בדיון (לא כל שכן על אפשרותו להשיג על ההחלטה).

שלישית, בידי בתי המשפט נתונה הסמכות המלאה לקבוע הוראות דיוניות ומהותיות שיבטיחו את יעילות הדיונים. זאת הן ביחס למועד קיומם, הן ביחס לעיכוב ביצוע החלטותיהם (במקרים בהם אחד הצדדים מבקש להשיג על ההחלטה), והן בעניינים אחרים.

כך למשל, במקרים בהם ממילא מתקיים דיון מעצר בעניינו של החשוד – אין כל מניעה לדון בבקשה להוצאת צו חיפוש אגב דיון המעצר, מבלי לקיים דיון נפרד בכך (ראו ההחלטות בעניין **עדי מלול** המובאות לעיל).

56. יתרה מכך – בתגובתה, מציינת המשיבה כי בשנת 2019 הוצאו **24,000** צווי חיפוש בחומר מחשב. נתון זה לא יכול להיות טיעון נגד קיומו של הליך הוגן, אלא להפך – הפגיעה הגוברת והולכת בפרטיותם של אזרחי המדינה, אשר באה לידי ביטוי בהגשת עשרות אלפי בקשות לחיפוש במכשירים סלולאריים מדי שנה, מחייבת את בית המשפט לקבוע ערובות דיוניות הולמות לכך שהפגיעה לא תהיה בלתי מידתית. קיום הדיון בבקשות אלו במעמד הצדדים הוא אחת הערבויות המרכזיות להבטחת מידתיות הפגיעה. כך ניתן יהיה לוודא, למשל, שלא בכל תיק קל ערך יתבקש צו לחיפוש בחומר מחשב; כי בקשות לצווי חיפוש בחומר מחשב לא תתבקשנה בהיעדר עילת חיפוש; כי צווי החיפוש לא יהיו גורפים ביחס לכלל המידע הקיים במכשיר הסלולארי וכו'.

קיים טעם לפגם בניסיון המשיבה להיאחז במספר האדיר של בקשות צווי החיפוש המוגשות מדי שנה, בקשות בהן מבקשת משטרת ישראל לפגוע בזכותו החוקתית של אדם לפרטיות, כנימוק לכך שהבקשות אמורות להידון במעמד צד אחד. הדבר דומה לטיעון לפיו בכל שנה מגישה המשטרה למעלה מ-50,000 בקשות מעצר לבית המשפט, ומטעם זה ראוי לקיים דיונים בבקשות מעצר אלו ללא נוכחות העצור, מחשש שהדבר יביא להצפת מערכת המשפט באלפי דיונים.

על האפשרות להשיג על החלטות שניתנו במעמד צד אחד בלבד

57. הטעמים המצדיקים, לשיטתה של הסניגוריה הציבורית, את האפשרות להשיג על החלטה שיפוטית להוצאת צו חיפוש שניתנה במעמד צד אחד בלבד – הם למעשה אותם הטעמים המצדיקים דיון בבקשה להוצאת צו חיפוש במעמד שני הצדדים מלכתחילה, וכמובן שגם החרגיגים הם אותם חריגים. דהיינו, הסניגוריה הציבורית סבורה כי ככלל ראוי לאפשר להגנה להשיג על החלטות בבקשה להוצאת צווי חיפוש שניתנו במעמד צד אחד, אלא בהתקיים טעמים מהותיים אשר הצדיקו את קיום הדיון במעמד צד אחד מלכתחילה.

58. לצד הטעמים שנמנו לעיל, בהקשר של האפשרות להשיג על החלטה שניתנה במעמד צד אחד ראוי להזכיר גם את זכות הגישה לערכאות. זכות זו היא זכות עצמאית ונפרדת מזכותו של אדם להיות נוכח בהליך פלילי בעניינו ומזכות הטיעון. בהתאם לזכות זו, לאדם אשר נפגע מצו שיפוטי הקשור בעניינו נתונה זכות עצמאית לפנות אל בית המשפט בהשגה על מתן הצו, אף בהיעדר הסדרה מפורשת בחוק. למעשה – קיימת חזקה פרשנית לפיה המחוקק לא התכוון לשלול או לצמצם זכות זו, אלא מקום שהדבר נועד להשיג תכלית בעלת משקל נכבד (ראו פסקה 22 לרע"פ 851/09 **מאיר שמש ואח' נ' מדינת ישראל**).

59. דהיינו, הסניגוריה הציבורית סבורה כי מקום בו כבר ניתנה החלטה המאפשרת לבצע חיפוש במכשירו הסלולארי של נחקר – והחלטה ניתנה במעמד צד אחד – זכות הגישה לערכאות מאפשרת לו להשיג על החלטה שניתנה בעניינו.

60. עמדה זו מתייחסת, כמובן, למצבים בהם ראוי היה לקיים את הדיון בבקשה להוצאת צו חיפוש בחומר מחשב במעמד שני הצדדים מלכתחילה, ולא למצב בו קיים טעם מהותי אשר הצדיק את קיום הדיון במעמד צד אחד. עם זאת, ראוי לציין כי יכולים להיות מצבים בהם קיימת הצדקה לקיים דיון ראשוני במעמד צד אחד בלבד, ולאחר מכן ניתן לקיים דיון המשך במעמד שני הצדדים.

61. כך עשוי לקרות, למשל, במקרים בהם המשטרה מציגה בפני בית המשפט חשש אמיתי לכך שהחשוד יעלים ראיות ממכשירו הסלולארי גם לאחר שהמכשיר ייתפס על ידי הרשות החוקרת (למשל – מקום בו לא ניתן לעשות שימוש באמצעים טכנולוגיים כדי למנוע את החשש מגישה מרחוק למכשיר). במקרים אלו, אין כל מניעה כי בית המשפט יוציא, במעמד צד אחד, צו המאפשר למשטרה לתפוס את המכשיר הסלולארי (סמכות שממילא נתונה לה מכוח סעיף 32 לפקודת סדר הדין הפלילי, אף ללא צו שיפוטי), ולהעתיק את תוכנו מבלי לעיין בו. עצם העתקת התוכן מן המכשיר עולה לכדי "חיפוש" בחומר מחשב, אך מדובר בחיפוש שפגיעתו בפרט היא נמוכה יחסית, שכן הפגיעה הקשה בפרטיותו נובעת מכך שגורמי החקירה מעיינים בחומר המחשב ולא רק מעתיקים אותו.

לאחר העתקת התוכן, ניתן לקיים דיון בבית המשפט במעמד שני הצדדים, בשאלה האם מותר למשטרה לעיין בתוכן המחשב המועתק, ובאילו חלקים ממנו.

62. מנגנון זה דומה בעיקרו למנגנון הקיים בחוק המעצרים, המאפשר לבית משפט להוציא צו מעצר במעמד צד אחד, ולאחר מימושו לקיים דיון נוסף בפני בית המשפט במעמד שני הצדדים. בשני המקרים – הדיון במעמד צד אחד מלכתחילה נועד למנוע חשש לפגיעה בחקירה (באמצעות הימלטות מן הדין או שיבוש ראיות), אך מרגע שטעם זה אינו חל עוד – יש לקיים דיון נוסף במעמד הצדדים, על מנת לאפשר לחשוד לממש את זכויותיו.

63. יוער, כי במסגרת תת-פרק זה עשינו שימוש במונח הרחב "השגה" – הטומן בחובו הן אפשרות להגיש ערר על החלטה שניתנה במעמד צד אחד והן אפשרות להגיש בקשה לעיון חוזר ביחס להחלטה שניתנה במעמד צד אחד. הסניגוריה הציבורית סבורה כי ככלל, המתווה הדיוני הנכון והיעיל להשיג על החלטות שניתנו במעמד צד אחד הוא בקשה לעיון חוזר בפני הערכאה הדיונית. נדמה כי מסלול זה גם אינו מעורר את הקושי שעשוי לעורר מסלול הערר – שהרי גם בהיעדר הוראת חוק מפורשת המאפשרת להגיש בקשה לעיון חוזר, חל הכלל לפיו "הפה שאסר הוא הפה שהתיר" – המאפשר לבית המשפט לשנות מהחלטותיו מכוח סמכותו הטבועה (דנג"ץ 5967/10 המוסד לביטוח לאומי נ' אסתר כהן (פורסם בנבו, 14.4.2013); עע"מ 317/10 אהוד שפר נ' מורן סקאל יניב (פורסם בנבו, 23.8.2012); ע"פ 4914/14 שמעון אזולאי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.3.2017)). זאת, בדומה לבקשה לעיון מחודש שבסמכות המשטרה להגיש על החלטה הדוחה בקשה להוצאת צו חיפוש, באמצעות הגשה בקשה מחודשת להוצאת צו חיפוש, במקרים בהם ארע שינוי במארג הראייתי.

חלק שלישי: האפשרות להגיש ערר על החלטות הנוגעות לצווי חיפוש בחומר מחשב – הצדקות

ומתווה דיוני

64. בדברינו עד כה, סקרנו את ההצדקות לקיום דיון בבקשה להוצאת צו חיפוש בחומר מחשב במעמד שני הצדדים, ועמדנו על כך שבמקרים בהם הדיון התקיים במעמד צד אחד, ראוי לאפשר להגנה להשיג על החלטה שניתנה במעמד צד אחד. כל זאת, בהינתן שבמקרה הקונקרטי אין טעמים המצדיקים קיום דיון במעמד צד אחד בלבד.

65. דברינו בפרק זה מניחים, בהגדרה, כי בית המשפט הנכבד יקבל את טענותינו בנוגע לחשיבות קיום הדיון במעמד הצדדים. ברי כי אם בית המשפט סבור כי דיונים בבקשות להוצאת צווי חיפוש בחומר מחשב אמורים תמיד להתקיים במעמד צד אחד בלבד, הרי שממילא לא ניתן לדון בערר על החלטה להוציא צו חיפוש, בהיעדר זכות עמידה של ההגנה בהליך. בהקשר לאפשרות זו נעיר כי ככל שאלו הם פני הדברים – הרי שראוי לשיטתנו לקבוע כי גם לתביעה אין זכות להגיש ערר על החלטת בית המשפט בהוצאת צו חיפוש, מן הנימוקים שיפורטו בחלק הרביעי לעמדתנו.

66. אם, לעומת זאת, להגנה קיימת זכות עמידה בפני הערכאה הדיונית – הרי שראוי להידרש גם לשאלה האם ניתן להגיש ערר על החלטות הנוגעות לצווי חיפוש בחומר מחשב, או שמא החלטה בבקשה להוצאת צו חיפוש אמורה להינתן על ידי ערכאה אחת בלבד (בית משפט השלום).

67. **בתמצית, עמדתה של הסניגוריה הציבורית היא כי ראוי לאפשר לצדדים להגיש ערר על החלטה בבקשה להוצאת צו חיפוש, וזאת בשים לב למעמדה הרם של זכות הערעור ולכך שעצם ביצוע החיפוש בחומר מחשב מביא לפגיעה קשה בזכות הפרטיות אותה לא ניתן יהיה לרפא במסגרת ההליך העיקרי. את האפשרות להגיש ערר ניתן לממש באמצעות אחד משני מתווים דיוניים: סמכותו הטבועה של בית המשפט, או במסגרת ערר על החזרת תפוס לפי סעיף 38 לפקודת סדר הדין הפלילי.**

ההצדקות המהותיות לקיום ערר על החלטה להוצאת צו חיפוש

68. מעמדה של זכות הערעור התפתח עם השנים. אם בעבר, התפיסה המקובלת הייתה שזכות הערעור אמנם לא נמנית עם זכויות היסוד במשפט, אך מדובר ב"מרכיב מהותי של שפיטה הוגנת" (בג"צ 87/85 ארג'וב ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל לאיזור יו"ש, פ"ד מב(1) 353, בעמ' 362), הרי שכיום, אין עוד חולק על מעמדה הרם של הזכות, והיא אף נתפסת כזכות בעלת מעמד חוקתי, ככל שמדובר בערעור על פסק דין של ערכאה ראשונה. ראו בהקשר זה את דבריו של כב' השופט רובינשטיין בבג"ץ 2442/11 עו"ד חיים שטנגר נ' יו"ר הכנסת (26.06.2013, פורסם בנבו):

"לזכות הערעור כשלעצמה מעמד נכבד (ראו סעיף 17 לחוק יסוד: השפיטה לעניין ערעור – ולענייננו ערר – על פסק הדין של בית משפט כערכאה ראשונה, שזכה למעמד חוקתי; עוד ראו י' בן נון וט' חבקין הערעור האזרחי (מה' 3, 2013) עמ' 35; י' מרזל "זכות הערעור או ערעור בזכות: סעיף 17 לחוק יסוד השפיטה ומהותו של ערעור" ספר שלמה לויין [פורסם בנבו] (2013) 141; האסמכתאות בחוות דעתי ברע"א 5208/06 דיויס נ' מלכה [פורסם בנבו] (29.6.2006) ובבע"מ 8194/08 פלוני נ' פלוני [פורסם בנבו] (10.12.2008))"

69. כמו כן ראו דבריו של כב' הרשם (כתוארו דאז) מרזל ברע"א 9041/05 "אמרי חיים" עמותה רשומה נ' אהרון ויזל (30.01.2006, פורסם בנבו):

"ההוראה שבסעיף 17 לחוק יסוד: השפיטה היא הוראה חוקתית על-חוקית. אכן, בצדק צוין כי עיגונה של זכות הערעור בסעיף 17 לחוק יסוד: השפיטה הביא להכרה חוקתית בזכות זו".

70. אמנם, אפשר שסוגיית מעמדה החוקתי של הזכות לערער טרם הוכרע באופן מוחלט בדין הישראלי, אולם עם זאת מובן כי לא ניתן להתעלם מכך שסעיף 17 לחוק יסוד: השפיטה מהווה עיגון חוקתי של האפשרות לערער בזכות לערכאה גבוהה, כך שיש מקום להכיר "בזכות לערער בזכות, ולביטוי חוקתי זה משמעויות נורמטיביות ומעשיות" (יגאל מרזל, **זכות הערעור או ערעור בזכות? סעיף 7 לחוק יסוד: השפיטה ומהותו של הערעור**, ספר שלמה לוי (א' גרוניס, א' ריבלין, מ' קרייני-עורכים; נבו הוצאה לאור (2013) 141, בעמ' 169). לטעמנו, בין המשמעויות הנורמטיביות והמעשיות שיש לגזור מהכרה זו נמנית גם האפשרות להגיש ערר על החלטה לגבי מתן צו חדירה לחומר מחשב בהיותה החלטה שבמהותה היא בלתי הפיכה הן כלפי הנחקר הפרטני והן כלפי צדדים שלישיים שענייניהם אגורים במחשבו, שכן החלטה זו למעשה מסיימת את הדיון בכל הנוגע לשאלת הפגיעה החריפה בפרטיות מבלי שניתן יהיה לרפאה בהמשך, אם לא תינתן האפשרות להביאה לבחינה על ידי ערכאת הערעור (ראו הרחבה בהמשך תת פרק זה).

כמו כן, ההכרה ב"ערעור בזכות" כעיקרון חוקתי בעל משמעות רחבה עולה בקנה אחד עם המגמה המשפטית העדכנית שלא להותיר הכרעה שיפוטית או החלטה מנהלית בלא ביקורת שיפוטית אפקטיבית (שם, 168). מתן אפשרות להגיש ערר על החלטה של בית משפט שלום ביחס להוצאת צו חיפוש בחומר מחשב, עשוי לחזק את יסודות ההגינות והסבירות של ההליך המשפטי, לאפשר פתח נוסף לגילוי טעויות (דברי השופט רובינשטיין בפרשת **שטנגר**), להביא לאחידות בדין ולחזק את אמון הציבור בבית המשפט.

71. יודגש כי אף המשיבה אינה חולקת על כך שבמקרים מסוימים – ניתן להגיש ערר (או ערעור) על החלטה שיפוטית המתקבלת בשלב החקירה אף בהיעדר הסדרה מפורשת בחוק. המשיבה מכירה בכך, למשל, לעניין הגשת ערר על החלטה לפי סעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי, ואף מציינת כי בשים לב לכך שדיון לפי סעיף זה אמור להתקיים במעמד הצדדים, הרי שסביר ליתן זכות לערער על הצו.

72. הסניגוריה סבורה כי **בהקשר זה** דינו של צו חיפוש לפי סעיף 23א כדין צו המצאה לפי סעיף 43. גם כאן, אין לנו אלא להביא את נימוקיה של המשיבה עצמה כפי שנפרסו בעמדתה בסבב השני בעניין **אוריך** (בפסקה 120), לעניין הדמיון בין שתי הוראות אלו: "שתי ההוראות הן הוראות לאיסוף חומר בשלב החקירה המשטרית – קרי, שתיהן ניתנות באותו השלב עצמו; בשתיהן בית המשפט הדין הוא בית משפט השלום, המוסמך להוציא צווים שכאלה; ביחס לשתיהן תמונת הראיות שיכולה להיות מוצגת בפני בית המשפט היא חלקית ביותר; ביחס לשתיהן אין מקום לבירור עומק הכרוך בשמיעת ראיות; וכו' וכו'".

ובהמשך, בפסקה 121: "גם חומר מחשב ניתן להמציא לפי סעיף 43 לפסד"פ. לא סביר שהמצאת חומר מחשב בהתאם לסעיף 43 לפסד"פ תיעשה באמצעות מבחן מסוים, ואילו המצאתו בהתאם לסעיף 23 לפסד"פ תיערך באמצעות מבחן אחר, מחמיר יותר. אם ייחודו של החומר כחומר מחשב הוא המכריע, סביר שהוא יכריע בכל דרך של איסופו".

בפראפרזה לדברים אלו של המשיבה עצמה: לא סביר שלצדדים תוענק זכות ערר על החלטה לפי סעיף 43 לפסד"פ, ותישלל על החלטה לפי סעיף 23 לפסד"פ.

73. מעבר לטעמים הכלליים המצדיקים מתן אפשרות להגיש ערר על החלטה הנוגעת להוצאת צו חיפוש בחומר מחשב – יש לזכור כי מימוש צו החיפוש על ידי הרשות החוקרת מהווה "מעשה עשוי" בכל הנוגע לפגיעה בפרטיות הנחקר ופרטיותם של צדדים שלישיים. כאמור לעיל, הפגיעה בפרטיות תיגרם מעצם ביצוע החיפוש, בין אם יוגש נגד החשוד כתב אישום בין אם לאו; בין אם החומרים שנמצאו במכשירו הסלולארי יוגשו לבית המשפט במהלך ניהול ההוכחות ובין אם לאו.

על כן, נחקר המבקש לקבל סעד כנגד מימוש צו חיפוש כנגדו לא יוכל להסתפק בהעלאת טענות הנוגעות לצו החיפוש שניתן במסגרת ההליך העיקרי (ככל שיתקיים), כפי שמציעה לו המשיבה לעשות (בסעיף 20 לעמדתה).

74. משמעותה של החלטה למתן צו חדירה לחומר מחשב היא למעשה בגדר הכרעה סופית בכל הנוגע לפגיעה בפרטיותו של בעל המכשיר והצדדים השלישיים שאפשר שנוגעים בדבר. תוצאה זו מצדיקה הכרה באפשרות להשיג על החלטה זו, ויפים לעניין זה דבריה של כבי' השופטת ד' דורנר בבש"פ 3049/95 סאלמה אבו עזרה נ' מדינת ישראל (פ"ד מט(4) 146 (1995)) שם נדונה שאלת זכות הערעור בעניין דומה במאפייניו לגבי זכות ערעור על החלטה בבקשה להחזרת תפוס (פסקאות 6-7 להחלטה, ההדגשות אינן במקור – ג.ש., י.ב.).

"העמדה המקובלת היום בפסיקת בית-משפט זה היא כי "פסק דין" הוא כל החלטה שהכריעה סופית בעניין מסוים, כך שלאותו עניין התיק נסגר. ראו בש"פ 658/88 חסן נ' מדינת ישראל, בעמ' 676, 699. עם זאת, כאשר זכות הערעור אינה מוסדרת בחוק שבגדרו התקיים ההליך המשפטי המקורי, מתעוררת השאלה מהי הדרך הראויה להשיג על פסק הדין שניתן בו. בעניין זה נפסק כי סוג הערעור נקבע על-פי מהות העניין שהוכרע בהליך. כלומר, כאשר העניין שהוכרע בהליך הוא אזרחי, יש להשיג על פסק הדין בערעור אזרחי, ואילו פסק-דין בהליך בעניין פלילי יש לתקוף בערעור פלילי

...

ההחלטה המתקבלת על-פי סעיף 34 מכריעה אפוא סופית בדבר הזכות להחזיק בחפץ שנתפס, במובן זה שאם לא יינקט הליך משפטי נפרד (כגון הגשת תביעה), יישאר החפץ בידי הצד שלו הוא נמסר מכוח ההחלטה. על-כן, מסקנתי היא כי החלטה על-פי סעיף 34 לפקודה היא בגדר "פסק-דין" שניתן לערעור בזכות."

75. יוער כי פסק הדין בעניין **סאלמה אבו אדרה** ניתן בשנת 1995, לפני חקיקת תיקון מס' 10 לפקודת סדר הדין הפלילי (ס"ח תשנ"ז מס' 1634 מיום 5.8.1997 עמ' 210), במסגרתו עוגנה האפשרות להגיש ערר על החלטה לעניין החזרת תפוס. אף בכך יש כדי לתמוך בעמדתנו לפיה במקרים המתאימים, הכירו בתי המשפט באפשרות להגיש ערר במסגרת ההליך הפלילי אף בהיעדר עיגון חוקי מפורש.

76. בהקשר זה, ועל רקע הדברים האמורים לעיל, סבורה הסניגוריה הציבורית כי ניתן וראוי להקיש מפסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת **חסן** (בש"פ 658/88 **מחמוד סארי חסן נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 10.1.1991)), שם נקבע כי גם כאשר מדובר בהחלטת ביניים בהליך הפלילי, אך כזו המסיימת את המחלוקת המשפטית ביחס לנקודה מסוימת בין הצדדים (אף אם מדובר במי שלא היה צד פורמאלי להליך המשפטי), מדובר ב"פסק דין" עליו ניתן לערער מכוח הדין הכללי (סעיפים 41 ו-52 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב]). בדומה, ראו גם ע"פ 10317/08 **טל קורקוס נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו; 11.12.2008) שם צוין כי קיימת זכות ערעור על החלטה המורה על מאסרו של עד לפי סעיף 5 לפקודת ביזיון בית המשפט, על אף שתיקת המחוקק, תוך שנדחתה העמדה לפיה אין להכיר בזכות ערעור מאחר שמדובר בהחלטת ביניים בהליך פלילי.

77. על מאפייניהם של המקרים בהם תוכר זכות ערעור שכזו עמד כבי' השופט א' א' לוי בע"פ 2393/06 **כאמל סאלח חמוד ז"ל נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו; 20.11.2007, בפסקה 6):

"הדין מציע, אמנם, למי שאינו צד להליך אפשרות נוספת להשיג על החלטות שנתקבלו במסגרתו, אך זו מצומצמת למדי ותלויה בקיומן של נסיבות מתאימות. הכוונה היא לכוחו של אדם, אשר זכות מזכויותיו המוכרות נפגעה כתוצאה מן ההליך, להביא את השגותיו בפני בית-המשפט אף שאין הוא נמנה עם בעלי-הדין. הפסיקה עסקה בכך בכל הנוגע לזכות הערעור, אך איני רואה כל מניעה לגזור מן הדברים גזירה שווה אף באשר לבקשות המוגשות לערכאה הדיונית, במאמץ לשכנעה לחזור בה מהחלטה שקיבלה... כל אלה, ואחרים, עונים לדרישתו של מבחן פונקציונאלי העוסק בשאלה כלום השפיע ההליך בפועל על זכות מזכויותיו של המבקש להשיג עליו (בג"ץ 188/96 צירינסקי נ' סגן נשיא בית-משפט השלום בחדרה, פ"ד נב(3) 721, 750 (1998))."

78. דברים אלה, אשר מתייחסים לאפשרותו של מי שאינו צד להליך המשפטי להשיג על החלטה שניתנה במסגרת ההליך, יפים מכח קל וחומר לענייננו: החדירה לחומר מחשב והפגיעה החריפה בזכות לפרטיות הגלומה בכך מהוות כמובן פגיעה בזכויות מוכרות, ומובן כי מתקיים גם "המבחן הפונקציונאלי" בדבר ההשפעה בפועל על זכותו של בעל המכשיר או של צדדים שלישיים שפרטיותם עלולה להיפגע קשות.

מתווים דיוניים אפשריים למימוש אפשרות הערר על החלטה להוצאת צו חיפוש

79. בהינתן הטעמים המובאים לעיל לעניין ההצדקה המהותית לאפשר הגשת ערר על החלטה להוצאת צו חיפוש בחומר מחשב, הסניגוריה הציבורית סבורה כי ניתן לעשות שימוש באחד

משני מסלולים דיוניים למימוש אפשרות זו – מכוח סמכותו הטבועה של בית המשפט, או במסגרת ערר על החזרת תפוס לפי סעיף 38א לפקודת סדר הדין הפלילי.

80. **אשר לשימוש בסמכותו הטבועה של בית המשפט** – כמבואר לעיל, במקרים מסוימים הכירה הפסיקה באפשרות לדון בערר המוגש על החלטה המתקבלת בשלב החקירה אף בהיעדר עיגון מפורש לכך במסגרת החוק. אין כל קושי לעשות זאת גם במקרה דנן, בין אם במסלול של סעיף 17 לחוק יסוד: השפיטה, ובין אם במסלול של סעיף 3 לחוק סדר הדין הפלילי (בכל ענין של סדר הדין שאין עליו הוראה בחיקוק, ינהג בית המשפט בדרך הנראית לו טובה ביותר לעשיית צדק).

81. **אשר למסלול של סעיף 38א לפקודת סדר הדין הפלילי** – כמצוין לעיל, בפרשת **אוריך** הן בית המשפט העליון והן בית המשפט המחוזי סברו כי ניתן להידרש לדיון בהחלטה לגבי הוצאת צו חיפוש באמצעות דיון בערר לפי סעיף 38א לפקודת סדר הדין הפלילי.

82. הסניגוריה הציבורית סבורה כי גם במסלול זה אין כל קושי. אכן, כטענת המשיבה, שאלת החזרת התפוס היא נפרדת מהשאלה האם להתיר חיפוש בתפוס. אך להבדיל מטענת המשיבה, הסניגוריה הציבורית סבורה כי לא ניתן להתעלם מהקשר בין שתי השאלות, שהרי בענייננו ההצדקה להחזקת התפוס (המכשיר הסלולארי) על ידי משטרת ישראל היא-היא ביצוע החיפוש בו. באם אין הצדקה לבצע חיפוש במכשיר (שאלה שעל בית המשפט להכריע בה), הרי שאין גם הצדקה להמשך תפיסתו. ולהפך – בהינתן היתר לבצע חיפוש במכשיר, הרי שמינייה וביה שמוצדק לאפשר למשטרה להמשיך בתפיסת המכשיר.

83. בהתאם לפסיקת בית המשפט העליון, כדי להכריע בשאלת המשך החזקת חפץ תפוס "יש לבחון האם מתקיימת עילה להמשך תפיסתו בידי המשטרה" (בש"פ 342/06 חב' **לרגו עבודת עפר נ' מדינת ישראל**). כיוון שבענייננו העילה הנטענת לתפיסה היא הצורך בביצוע חיפוש במכשיר הסלולארי, הרי שלמעשה על בית המשפט לבחון האם מתקיימת הצדקה לביצוע חיפוש במכשיר הסלולארי – כלומר, האם מוצדק להוציא צו חיפוש במכשיר הסלולארי. בחינה זו אמורה להיעשות, כמובן, בהתאם להוראות סעיף 23א לפקודת סדר הדין הפלילי ולפסיקתו של בית משפט זה בעניין **אוריך**.

84. ובמילים אחרות, בשים לב לקשר הגורדי בין שאלת החיפוש לשאלת התפיסה – הסניגוריה הציבורית סבורה כי ניתן לדון בכל אחת מהשאלות האלו אגב דיון בשאלה השניה, בהיותן כרוכות זו בזו, ודיון כזה אף יהיה יעיל.

85. אף כאן ניתן לערוך הקבלה לדיוני המעצר. כלל ידוע, אשר אף עוגן בחוק המעצרים, הוא שלבית משפט הדין בשאלת המעצר יש סמכות לדון בכל "עניין הנוגע למעצר", ולצדדים נתונה אפשרות להגיש ערר על כל "עניין הנוגע למעצר". כפי שנקבע בפסיקת בית המשפט העליון, "יש לפרש את התיבה "נגיעה" למעצר בצורה מרחיבה" (בש"פ 6393/10 **פלוני נ' מדינת ישראל** (22.9.2010)). כך למשל, כעניין שבשגרה, מוגשים עררים על החלטות של בתי משפט שלום שלא להורות על שליחת החשוד לבדיקה פסיכיאטרית, גם במקרים בהם ההגנה אינה חולקת על עצם החלטת המעצר (ראו, למשל, עמ"י (מחוזי באר שבע) 37942-07-20 **אסתר ציאני (עציר) נ' מדינת ישראל** (החלטה מיום 16.7.2020)).

חלק רביעי: האם ניתן להבחין בין אפשרות המשטרה להגיש ערר על החלטה הנוגעת לצו חיפוש בחומר מחשב לבין אפשרות ההגנה לעשות זאת?

86. כאמור לעיל, בהחלטה נשוא בקשת רשות ערר זו, בית המשפט המחוזי נדרש רק לזכותה של ההגנה להגיש ערר על החלטה בהוצאת צו חיפוש במכשיר סלולארי. לעניין האפשרות של רשויות החקירה לעשות זאת צוין כי "אפשר ועניינם שונה".

המשיבה, מצידה, סבורה כי אכן דינה של המדינה צריך להיות שונה מדינו של החשוד. המשיבה אמנם לא מבהירה בעמדתה האם, לשיטתה, על פי הדין המצוי קיימת למשטרה אפשרות להשיג על החלטה שלא ליתן צו חיפוש בחומר מחשב (או ליתן צו חיפוש בהיקף מצומצם מזה שהתבקש על ידי המשטרה), אך מתייחסת לדין הרצוי בהקשר זה. לשיטתה, האינטרס החברתי שבמיצוי החקירה מצדיק אפשרות להגשת ערר על ידי המשטרה. זאת, בניגוד למתן אפשרות כזו להגנה, אפשרות שתביא ל"קריסת ההליך הפלילי במדינת ישראל". כמו כן, וכמבואר לעיל – דה פקטו המדינה מגישה הן עררים על החלטות בנוגע לצווי חיפוש, והן בקשות לעיון מחודש בהחלטות אלו (כך עשתה גם במקרה דנן).

87. הסניגוריה הציבורית סבורה כי הבחנה זו בין הצדדים להליך הפלילי היא תוצאה קשה ובלתי סבירה. בחוקקו את סעיף 23א לפקודת סדר הדין הפלילי, מטרת המחוקק הייתה להגביל את כוחה העודף של המדינה, הנתון לה ממילא במסגרת ההליך הפלילי, באמצעות דרישת בקרה שיפוטית על הוצאת צווי חיפוש, ובאמצעות הבניית שיקול דעתו של בית המשפט כך שישקול את צמצום הפגיעה בזכות הפרטיות של הפרט למינימום הנדרש.

88. הבחנה בין יכולתה של המדינה להגיש ערר על החלטה של בית משפט להגן על זכויות של נחקר (באמצעות דחיית הבקשה לצו חיפוש או צמצום היקפו), לבין יכולתה של ההגנה להגיש ערר על החלטה שלשיטתה פוגעת בזכויות הנחקר, אינה עולה בקנה אחד עם כוונת המחוקק, ולטעמנו אינה חוקתית ויש בה משום הפרה בלתי מידתית של איזון הכוחות בהליך הפלילי.

89. כאמור, המחוקק שותק בסוגיית זכות הערר על החלטה בבקשה למתן צו חדירה לחומר מחשב, ושתיקה זו עשויה להתפרש כלאקונה או כהסדר שלילי. אם המדובר בהסדר שלילי, אזי ממילא מדובר בהסדר שלילי כלפי כל הצדדים ובכלל זאת המדינה. אם המדובר בלאקונה, הרי שספק אם השלמתה בדרך של פרשנות שיפוטית יכולה להיעשות בדרך מרחיקת לכת המפירה את עקרונות היסוד של שיטת המשפט האדברסרית ופוגעת באיזון המתחייב בין הצדדים בהליך הפלילי, בפרט כאשר מלכתחילה קיים פער כוחות בולט לטובת המדינה. עמדתה של המדינה המבקשת להשלים את שתיקת המחוקק בהענקת זכות ערר לה בלבד משקפת את עמדתה באשר לדין הרצוי לטעמה, אך בוודאי אינה משקפת את המצב המשפטי הקיים, וממילא השלמת לאקונה בדרך שיפוטית לא נועדה לתקן את הדין המצוי לשם הגשמת הדין הרצוי (אהרן ברק, **החסר (לאקונה) במשפט וחוק יסודות המשפט**, משפטים כ' תשנ"א (1991), 233, 254). מכל מקום, ברור כי מתן זכות ערר לצד אחד בלבד הוא הסדר חריג ביותר בדין הישראלי, וככזה הוא מחייב עיגון נורמטיבי מפורש.

על כן, הסניגוריה הציבורית סבורה כי דין אחד אמור לחול הן על המדינה והן על ההגנה. קביעה אחרת תפר באופן בוטה את האיזון הראוי שבין הצרכים החקירתיים לבין הזכות

לפרטיות בכך שתאפשר לרשויות החקירה שני נסיונות לשכנע את בתי המשפט בצורך להוציא צו חיפוש, מבלי שלהגנה תהיה הזדמנות דומה לשכנע באשר לפגיעה העודפת בפרטיות.

90. דוק – לטעמנו קביעה זו מתחייבת בכל תוצאה אליה יגיע בית המשפט הנכבד ביחס לשאלה הדיונית כיצד יש לקיים את הדיון בבקשה להוצאת צו חיפוש במכשיר סלולארי בבית משפט השלום. כלומר, גם אם בית המשפט יסבור כי להגנה אין זכות עמידה בדיון בבקשה להוצאת צו חיפוש במכשיר סלולארי (ולכן, מטבע הדברים, גם אין לה אפשרות להגיש ערר על החלטה זו) – הרי שאין לאפשר לרשויות החקירה להגיש ערר על החלטה זו. כל אפשרות אחרת תביא להעמקה בלתי סבירה של הפער בין רשויות החקירה לבין החשוד. לא זאת בלבד שלחשוד לא יתאפשר להביע עמדתו, כלל, ביחס לפגיעת הרשויות בזכותו החוקתית לפרטיות, אלא שבידי רשויות החקירה תהיה הזדמנות לשכנע שתי ערכאות כי ראוי לפגוע בזכות חוקתית זו בשם צורכי החקירה.


יגאל בלפור, עו"ד
מנהל תחום בכיר (משפט מנהלי)
הסניגוריה הציבורית הארצית


גיל שפירא, עו"ד
מנהל מחלקה וממונה ארצי על ייצוג אסירים

כ"ו באב תש"פ
16 באוגוסט 2020