



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 8298/22

לפני: כבוד הנשיא יצחק עמית
כבוד המשנה לנשיא נעם סולברג
כבוד השופט דוד מינץ

העותרת: הסנגוריה הציבורית

נגד

המשיבים: 1. היועצת המשפטית לממשלה
2. פרקליט המדינה
3. משטרת ישראל

דיון בהתנגדות למתן צו על-תנאי

תאריכי ישיבות: ג' אדר התשפ"ה (3.3.2025)
ז' תמוז התשפ"ג (26.6.2023)

בשם העותרת: עו"ד יגאל בלפור; עו"ד גיל שפירא

בשם המשיבים: עו"ד מיטל בוכמן-שינדל; עו"ד נועה רוזנברג רכטר

פסק-דין

המשנה לנשיא נעם סולברג:

1. האם המשטרה רשאית לבצע חיפוש בחומר מחשב של נחקרים – בכלל זאת, במכשירי הטלפון הנייד שלהם – ללא צו שיפוטי, בהסתמך על הסכמת הנחקר? זו השאלה העומדת על הפרק.

רקע דלבנטי

2. סעיף 23א לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 (להלן: הפקודה), מסדיר את סמכות המשיבה 3, משטרת ישראל, לערוך חיפוש בחומר מחשב. כך קובע הסעיף, תחת הכותרת "חדירה לחומר מחשב":

(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, התשנ"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, התשל"ט-1979.

לב הדיון שלהלן יתמקד בפרשנות סעיף 23א(ב), ובפרט בשאלה אם ההוראה שלפיה "לא ייערך חיפוש כאמור בסעיף קטן (א), אלא על-פי צו של שופט", שוללת את סמכותה של המשטרה לערוך חיפוש בחומר מחשב בהסכמת הנחקר, גם בהעדר צו שיפוטי.

3. ביום 3.1.2016 פרסמה חטיבת החקירות במשטרת ישראל הנחיה – שהוגדרה כ'הוראת שעה', עד להתקנת נוהל קבוע – בעניין חיפוש בחומר מחשב בהסכמה, שלא על בסיס צו שיפוטי. בהנחיה נקבע שככלל, חיפוש בחומר מחשב יבוצע בהתאם לאמור בסעיף 23א(ב) לפקודה, קרי – בהתבסס על צו שיפוטי. לצד זאת נקבע, כי המשטרה רשאית לבצע חיפוש בחומר מחשב בהסכמת המחזיק בו, בהתקיים כמה תנאים מצטברים, ביניהם: קיומה של עילת חיפוש; קיומה של הרשאת גישה כדין; קיומה של הסכמה מדעת; וקיומה של הרשאה בכתב על גבי המסמך שצורף להנחיה.

4. ביום 15.11.2020, פורסמה הנחיית פרקליט המדינה 7.14, כותרתה – "עקרונות הפעולה בנוגע לאופן התפיסה, החיפוש, ההעתקה והעיון במחשבים ובחומרי מחשב, תיעודם והעמדת התוצרים המהווים 'חומר חקירה' לעיון ההגנה" (עדכון אחרון 24.5.2022). סעיף 3 להנחיה קובע, כי לצד האמור בסעיף 23א לפקודה, "יכול להתבצע חיפוש בחומרי מחשב על בסיס הסכמה מדעת של הנחפש, אף אם לא ניתן צו חדירה לחומר מחשב". זאת, כפי שצוין שם, בהתבסס על עקרונות ההסכמה מדעת, כפי שנקבעו ברע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל (6.3.2012) (להלן: עניין בן חיים).

5. בהמשך להנחיית פרקליט המדינה ולהנחיה הקודמת של משטרת ישראל, כאמור לעיל, ובהסתמך על האמור בהן, פורסם בחודש פברואר 2021 נוהל חטיבת החקירות של משטרת ישראל מס' 03.300.035, כותרתו – "נוהל תפיסה וחיפוש במחשב" (זאת לאחר כניסתו לתוקף ביום 14.11.2020). הנוהל הסדיר באופן מפורט ומקיף את כלל ההיבטים הנוגעים לחיפוש בחומר מחשב על בסיס הסכמה, ללא צו שיפוטי.

העתירה שלפנינו מבקשת לתקוף את חוקיותה של הנחיית פרקליט המדינה ושל נוהל חטיבת החקירות (לשם הנוחות, אכנה את השניים להלן ביחד: הנוהל).

6. למען שלמות התמונה אציין, כי בעניין בן חיים, עליו עוד ארחיב בהמשך, ושעל עקרונותיו מתבסס, במידה רבה, הנוהל מושא העתירה, נקבע, בדעת רוב, כי בכל הנוגע לעריכת חיפוש בגופו של אדם, בביתו ובכליו – די בהסכמתו של אדם כדי להקים סמכות לביצוע החיפוש. עוד אזכיר, כי ביום 19.5.2014, התפרסמה ברשומות הצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – המצאה, חיפוש ותפיסה), התשע"ד-2014, שאמורה היתה להסדיר גם את הסוגיה דנן, אולם הצעה זו לא קודמה מעבר לקריאה ראשונה.

7. עוד אציין, כי שאלת הסמכות לבצע חיפוש בחומר מחשב מכוח הסכמה, ללא צו שיפוטי, עלתה אגב הדיון בכמה וכמה תיקים שנדונו בבית משפט זה – אולם לא הוכרעה (ראו: רע"פ 9446/16 התובעת הצבאית הראשית נ' סיגאוי (19.6.2017) (להלן: עניין סיגאוי); בש"פ 7917/19 אור"י נ' מדינת ישראל, פסקה 17 (25.12.2019) (להלן: בש"פ 7917/19); דנ"פ 1062/21 אור"י נ' מדינת ישראל, פסקה 26 (11.1.2022) (להלן: דנ"פ אור"י)). הגיעה אפוא עת הכרעה.

תמצית טענות הצדדים והתפתחות ההליך

8. העותרת, הסנגוריה הציבורית, טוענת כי די בכך שהוראות הנוהל סותרות את לשונו הברורה של סעיף 23א(ב) לפקודה, כדי להביא לקבלת העתירה. עוד טוענת הסנגוריה, כי חיפוש בחומר מחשב מביא לפגיעה קשה ביותר בזכות הפרטיות, הן של החשוד, הן של צדדים שלישיים; משכך, נקבעו בפסיקה ערובות להגנה עליה, בדמות שיקולים מנחים שעל בית המשפט להביא בחשבון בשעה שהוא שוקל את מתן צו החיפוש. ואולם, "ברי כי בחינה של שאלות אלו תתאפשר אך ורק מקום בו הרשות החוקרת תפנה אל בית המשפט בבקשה להוציא צו חיפוש בחומר מחשב, וכי לנחקר אין כל אפשרות לבחון שאלות אלו, על מנת למנוע פגיעה עודפת בפרטיותו ובפרטיותם של גורמים נוספים אשר כלל לא מודעים לחיפוש". מה גם, ש"ספק רב אם בעל המכשיר יכול לוותר על זכותם לפרטיות של צדדים שלישיים".

9. לדברים אלה, כך נטען, השפעה קשה גם על התנהלותן של רשויות החקירה, שכן להבדיל ממקרה שבו נדרשת פניה לבית משפט לשם הוצאת צו, כאשר היחידה החוקרת פונה אל הנחקר עצמו, היא אינה נדרשת "להציג בפניו את ההצדקות לבקשתה, ראיות

חסויות התומכות בה, לגדר את היקף החיפוש כדי שיצמצם את פגיעתו בפרט למינימום הנדרש, להבהיר כיצד תצומצם הפגיעה בצדדים שלישיים בעת ביצוע החיפוש וכיו"ב". זאת ועוד, עצם הסיטואציה, שבה החוקר פונה אל נחקר בחדר החקירות, "לעיתים בסטטוס של עצור (ולעיתים אף כשהנחקר אזוק), ומבקש ממנו לעיין במידע המצוי במכשיר הטלפון הנייד שלו" – מעלה חשש ממשי כי אף מקום שבו ניתנת הסכמה, אין מדובר על הסכמה מדעת. לשיטת הסנגוריה, הניסיון מלמד כי במקרים רבים, זהו אכן מצב הדברים, כך שההסכמה הניתנת – לאו הסכמה היא.

10. עוד טוענת הסנגוריה, כי לא רק שביצוע חיפוש בהסכמה בחומר מחשב אינו חוקי, אלא שהוא אינו חוקתי, שכן מדובר בפגיעה בזכויות חוקתיות, שאינה נעשית על פי חוק או מכוח הסמכה מפורשת בו, ואינה מידתית, בין היתר מכיוון שהיא "עולה בצורה ממשית על הנדרש". כמו כן נטען, כי לא ניתן להסתמך על עניין בן חיים לשם קביעה כי די בהסכמה לשם עריכת חיפוש בחומר מחשב, שכן קיים שוני רלבנטי בין המקרים, בין היתר לגבי הרקע הנורמטיבי, אופי הפגיעה ועוצמתה, וטיבה של ההסכמה.

11. המשיבים, מנגד, סבורים כי דין העתירה להידחות, בראש ובראשונה, בשים לב ל"שיקול הדעת הרחב המוקנה לרשויות החקירה והתביעה, בסוגיות המצויות באחריותן". עוד טוענים המשיבים, כי סעיף 23א(ב) לפקודה אינו בגדר הסדר שלילי, שיש בו כדי לשלול את "זכותו של אדם לוותר על זכות הנתונה לו בדין, לרבות הזכות לצנעת הפרט". זאת בפרט, בהתחשב בהוראת סעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הפרטיות), הקובע כי "לא יפגע אדם בפרטיות של זולתו ללא הסכמתו". כך, סעיף 23א(ב) מבקש להתנות אך על הוראות הפרק הרלבנטי בפקודה, ולא על "העיקרון הכללי לפיו אדם רשאי לוותר מדעת על זכויותיו". עוד נטען בהקשר זה, כי מסעיף 4(ו) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק סמכויות אכיפה) – שבו נקבע במפורש כי לצורך חיפוש גניקולוגי, אין די בהסכמת החשודה, אלא נדרש היתר מבית משפט לשם ביצוע החיפוש – ניתן ללמוד כי "מקום שהמחוקק סבר כי לא די בהסכמה, וכי עדיין נדרש צו שיפוטי בנוסף לה, קבע כן ברחל בתך הקטנה". משכך, ובהינתן שבסעיף 23א(ב) לפקודה לא נקבע במפורש כי אין די בהסכמה, אין לראותו כהסדר שלילי.

12. אם כן, לשיטת המשיבים, "חיפוש המתבצע על פי הסכמה הניתנת באופן מודע, וולונטארי ובהתאם למגבלות שהנחקר עצמו קובע מראש, הוא חיפוש סביר על פי דין". מה גם, שחומרי המחשב מכילים, במקרים רבים, ראיות משמעותיות לחקירה, ומשכך, הם

נדרשים על מנת שמשטרת ישראל תוכל לבצע את תפקידה במניעת עבריינות ושמירה על הסדר הציבורי. עוד נטען, כי בלאו הכי, מקום שבו מדובר בחיפוש המתבצע בהסכמה, הפגיעה בפרטיות "מינימאלית", שכן "אז ניתנת לאדם האפשרות להסכים לחיפוש בהתאם לתנאים ולמגבלות שיקבע בעצמו ולוותר בהקשר זה על פרטיותו, לא פעם על מנת לקדם אינטרס שלו – סיום החקירה באופן מהיר ויעיל". בהמשך לכך נטען, כי אין לקבל מצב שבו חשוד בביצוע עבירה, שבידו ראיות מזופות המצויות בטלפון הנייד שלו, לא יוכל לאפשר לחוקריו לחפש ראיות אלו, שכן אלה יִדְרְשוּ לבקש צו חיפוש – מה שיביא לכך שסיום החקירה יתעכב לשווא, וזכויותיו של החשוד יפגעו שלא לצורך.

13. כמו כן נטען, כי אף אם פרטיותם של צדדים שלישיים עשויה להיפגע כתוצאה ממתן הסכמה כאמור – אין בכך כל קושי, שכן מסירת המידע מתבצעת כדין; יתרה מזאת, "קבלת טענות העותרת בעניין זה עשויה ליצור חסיון לכל אדם ביחס לחומר המחשב שלו שאגור אצל אחר". עוד הודגש בהקשר זה, כי ממילא, בהתאם לנוהל, משנמצא כי מידע מסוים המצוי במחשב אינו דרוש לצורך החקירה, יִמְנְעוּ גופי החקירה מעיון בו. בנוסף הדגישו המשיבים, כי הנוהל כולל הוראות שיש בהן כדי להבטיח כי ההסכמה הניתנת היא אכן הסכמה מדעת.

14. הסנגוריה לא מצאה מענה מספק בתגובת המשיבים. בתשובתה לתגובה נטען, כי אין בנימוקי המשיבים כדי להצדיק חריגה מלשונו המפורשת של סעיף 23א(ב) לפקודה, בניגוד לעקרון חוקיות המינהל; מה גם, שהלכה למעשה, המשיבים מבקשים מבית המשפט סעד של 'קריאה לתוך החוק' (reading in), אשר כלל אין מקום להיזקק לו בנסיבות העניין. עוד טוענת הסנגוריה, כי פערי הכוח בין האזרח לבין המדינה מחייבים לנקוט משנה זהירות בכל הנוגע למונח 'הסכמה'; זאת בפרט, מקום שבו מדובר על הסכמה לווייתור על זכות חוקתית, ומקל וחומר, "כאשר מדובר במפגש של האזרח עם המשטרה – שאז בהגדרה הסכמתו של אדם לא יכולה להיתפס כהסכמה 'חופשית', גם אם היא 'הסכמה מדעת'". כמו כן נטען, כי בניגוד לעמדת המשיבים, המתמקדת רק בהתמודדות עם הפגיעה בפרטיות, "ההגנה על הפרט מפני חיפוש אותו מבצעת המדינה במסגרת חקירה פלילית אינה מגנה רק על הזכות לפרטיות, אלא גם על זכויות יסוד נוספות, ובהן הזכות לכבוד, זכות הקניין, והזכות להליך משפטי הוגן (ובכלל זה היבטים מסוימים הנוגעים לזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית)".

15. עוד טענה הסנגוריה, כי פרשנות המשיבים, שלפיה "בכל מקרה ומקרה די בהסכמה של הפרט לשם פגיעה של המדינה בזכות היסוד לפרטיות, ללא הסמכה חוקית

מפורשת", היא פרשנות מרחיקת לכת, שלא אומצה מעולם על-ידי בתי משפט, וגם לא ניתן להסיקה מעניין בן חיים. בנוסף נטען, כי אמות המידה שמתווה הנוהל – כגון קיומה של עילת חיפוש – אינן מקהות את הפגם, שכן לפי סעיף 23א(ב), כמו גם בהתאם לקביעות בית משפט זה בדנ"פ אור"ך, הגורם המוסמך לבחון שיקולים אלה הוא בית המשפט – והוא בלבד. כן נטען, כי המשיבים העלו טענות עובדתיות, הנוגעות לכך שחיפוש בחומר מחשב בהסכמה מייעל את עבודת המשטרה, ולכך שקיימים מקרים שבהם קיימת דחיפות בביצוע החיפוש, שאינה מאפשרת שהות לפנות אל בית המשפט לשם קבלת צו; ואולם, המשיבים לא תמכו טענות אלה בתשתית עובדתית הולמת. מה גם, שברי כי אין בטענות בדבר יעילות ודחיפות כדי לגבור על הוראות החוק.

16. הסנגוריה ביקשה גם לחדד ולדייק את גדר המחלוקת, והבהירה כי העתירה אינה עוסקת במקרים שבהם החשוד מבקש, מיוזמתו, להציג לחוקריו ראיות מחומרי המחשב שברשותו; וכי העתירה ממקדת עצמה בעניינם של חשודים בעבירות פליליות הנחקרים על-ידי משטרת ישראל, כך שאינה עוסקת בחיפוש בחומר מחשב של מתלוננים ועדים.

17. ביום 26.6.2023 התקיים דיון ראשון בעתירה, לפני השופטים י' עמית, ד' ברק-ארז ו-ד' מינץ. לאחריו, ניתן צו על-תנאי, "המורה למשיבים להתייבב ולתת טעם מדוע לא יבוטלו או ישונו הסעיפים המתירים חיפוש בחומר מחשב בהתבסס על הסכמת הנחקר בהנחיית פרקליט המדינה מס' 7.14 ובפרק 'חיפוש בהסכמה' בנוהל חטיבת החקירות מס' 03.300.035".

18. בתצהיר התשובה שהוגש, הודיעו המשיבים על עדכון הנוהל, "באופן שנועד להסיר כל ספק כי ההסכמה שתינתן על ידי אדם לחיפוש בחומרי המחשב בהם הוא מחזיק, תהא הסכמה מדעת". כך, הנוהל כולל התוויה של שיקול הדעת שעל גורמי החקירה להפעיל בבואם להחליט אם לערוך חיפוש בחומר מחשב על בסיס הסכמה; כמו גם עקרונות וכללים לחיפוש בחומרי מחשב בהסכמה, בכלל זאת, הוראות שונות שתכליתן לצמצם ככל הניתן את הפגיעה בפרטיות, וכן הוראות שמטרתן להבטיח כי ההסכמה היא הסכמה מדעת. עיקר העדכון שבוצע בנוהל כלל את שינוי טופס ההסכמה אותו ממלא המסכים לחיפוש בחומר המחשב, כך שהתווספו לו סעיפים שונים המבהירים לחשוד את זכויותיו, וכן את טיב והיקף החיפוש שלגביו הוא מסכים.

19. במישור העובדתי צוין, כי מנתוני מערכות המשטרה עולה שבשנת 2023, הופקו כ-43,430 בקשות לצווים שיפוטיים לחיפוש בחומרי מחשב, לעומת 3,710 טפסי בקשה

להסכמה לחיפוש בחומרי מחשב. בשנת 2024, היחס עמד על 42,274 בקשות לצווים שיפוטיים לחיפוש בחומרי מחשב, לעומת 3,928 טפסי בקשה להסכמה לחיפוש בחומרי מחשב. בשני המקרים, למעלה מ-91% מן הבקשות הוגשו לפי צו שיפוטי (יש לציין כי הנתונים אינם מוגבלים לחשודים בלבד, כך שמדובר על בקשות וטפסים שהוזנו גם לגבי עדים או נפגעי עבירה).

20. לבד מן האמור, שבו המשיבים, בעיקרו של דבר, על הטענות שהעלו בתגובתם המקדמית, תוך שהודגש כי "חיפוש במחשב הוא אמצעי בסיסי לאכיפת החוק, לחשיפת עבירות וללכידת עבריינים"; וכי הנוהל מבטא "איזון ראוי בין הצורך של רשויות אכיפת החוק בכלי חיוני בדינמיקה של חקירה, בהתאם לדין, לשם ביצוע תפקידן ובירור האמת, ובין הקפדה על זכויות חשודים. ללא כלי זה תיגרע יכולת מהותית במלאכת החקירה ויפגעו יכולות המשטרה עד מאוד בתקופה בה מכשירי טלפון מהווים חפץ וכלי מרכזי בחקירות".

21. ביום 3.3.2025 קיימנו, בהרכב הנוכחי, דיון על-פה בהתנגדות לצו על-תנאי. הטענות נשמעו כולן, ובשלב זה אין לנו אלא לפנות להכרעה.

דיון

22. לאחר שעיינתי בכתבי הטענות שהוגשו מטעם הצדדים, ושקלתי בכובד ראש את האמור בהם, כמו גם את טענות הצדדים שהועלו בעל-פה, באתי לכלל מסקנה כי דין העתירה – להתקבל, וכי עלינו להפוך את הצו על-תנאי למוחלט. כך אציע אפוא לחברי כי נורה.

23. להלן אפרט את הטעמים לקביעתי זו, אולם טרם אפנה לדיון לגופו, הערה מקדימה: המשיבים ביקשו למסגר את הדיון תחת אמת המידה המחמירה להתערבות בשיקול הדעת הרחב המוקנה לרשויות החקירה והתביעה (ראו למשל: בג"ץ 474/21 מחאמיד נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 30 והאסמכתאות שם (4.12.2022)). אמת מידה זו חלה, לשיטתם, אף ביתר שאת בענייננו, שכן "עסקינן בהנחיות פרקליט המדינה, שהן תוצר של עבודת מטה מקדימה, ואושרו על ידי הגורם הבכיר ביותר בפרקליטות". טענה זו – אין בידי לקבל. הכלל המחמיר הנוגע להתערבות בשיקול דעתן של רשויות החקירה והתביעה, כשמו כן הוא, נוגע למישור שיקול הדעת. העתירה דנן, לעומת זאת, עוסקת במישור הסמכות. הכלל האמור אינו רלבנטי אפוא לנדון דידן; ואיני רואה כל טעם מבורר לצמצם את היקף הביקורת, מעבר לזהירות הרגילה שבה אנו נוקטים.

24. השלב הראשון בדרך הילוכנו יהא עמידה על 5 היסודות הנורמטיביים הנדרשים להכרעה בעתירה שלפנינו: הרקע הרלבנטי הנוגע לסמכויות חקירה וחיפוש, ובכלל זאת חיפוש בחומר מחשב; עקרון חוקיות המינהל, בפרט בכל הנוגע לסמכויות חקירה וחיפוש; סעיף 23א(ב) לפקודה, על פרשנותו, גלגוליו וההיסטוריה החקיקתית שלו; היחס בין עקרון ההסכמה לבין הזכות לפרטיות; והלכת בן חיים. אפנה אפוא להצגת יסודות אלו, על-פי סדרם.

היסוד הראשון: סמכויות חקירה וחיפוש בחומר מחשב – רקע תמציתי

25. כידוע, החיפוש המשטרתי הוא חלק משלב ניהול החקירה. בשלב זה, "קיים מתח מובנה בין האינטרס להבטיח חקירה מהירה ויעילה לשם לוחמה בפשיעה והגנה על שלום הציבור ועל מנת להגיע לחקר האמת, ובין הצורך להבטיח את זכויותיהם של נחקרים, חשודים וצדדים שלישיים" (דנ"פ אורין, פסקה 27 (ההדגשות במקור); ראו גם: ע"פ 183/78 אבו מידג'ס נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(4) 533, 546 (1980)). כך, מחד גיסא, שלב החקירה כרוך, מעצם טבעו, בפגיעה בזכויות – בכלל זאת, הזכות לחירות, הזכות לפרטיות והזכות לקניין – הן של נחקרים, הן של גורמים אחרים המושפעים מן החקירה (ראו למשל: בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 831 (1999) (להלן: עניין הוועד הציבורי נגד עינויים); ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776, 833 (2005); על החשש מפגיעה בצדדים שלישיים בשלב החקירה, בפרט בהקשר של חיפוש בחומר מחשב או בטלפון חכם, ראו יצחק עמית חסינות ואינטרסים מוגנים – הליכי גילוי ועיון במשפט האזרחי והפלילי 310-309 (2021); חיים ויסמונסקי חקירה פלילית במרחב הסייבר 225-226 (2015)).

26. מאידך גיסא, ברי כי "אין משמעות הדבר שהמטרה מכשירה את כל האמצעים. מרחב הפעולה של רשויות החקירה לעולם כפוף למגבלות ולסייגים שנועדו להבטיח משפט הוגן ומידתיות של הפגיעה בזכויות נחקרים (לרבות חשודים ועדים) וכן צדדים שלישיים" (דנ"פ אורין, פסקה 27). בהמשך לכך, לא למותר לציין כי בכל הנוגע להגנה על זכויות בשלב החקירה, עלינו לשוות לנגד עינינו לא רק את זכויותיו של הנחקר, אלא גם את האינטרס של נפגעי העבירה והחברה כולה בהגנה ראויה על זכויותיהם וביטחונם: "ההגנות בהליך, אשר אחריה אנו תרים, היא לא רק הגינות כלפי הנאשם, אלא גם כלפי מי שמבקש את עזרתה של החברה כדי שתסיק מסקנות מביזוי ומהשפלתו כאדם" (דנ"פ 3750/94 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(4) 621, 630 (1994); ראו גם, והשוו: דנ"פ 4390/91 מדינת ישראל נ' יחיא, פ"ד מז(3) 661, 679 (1993); דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 621 (1995); דנ"פ אורין, פסקה 28).

27. המתח האמור מתקיים, ככלל, בכל הליכי החקירה, ובפרט גם בכל הנוגע לחיפוש (על כך ראו: עניין בן חיים, פסקה 16). בענייננו עסקינן, כזכור, בחיפוש במחשבים ובטלפונים חכמים, שלגביו כבר נקבע בפסיקת בית משפט זה, כי נוכח כמויות המידע העצומות המאוחסנות במכשירים אלה, והיכולת לגבש באמצעות מידע זה תמונה מקיפה לגבי היבטים רבים בחייו של אדם – גם האינטימיים שבהם – הרי ש"פוטנציאל הפגיעה בפרטיות עקב חיפוש במחשב הוא, במקרים רבים, גבוה לאין שיעור בהשוואה לחיפוש 'המסורתי' בחצרו או בכליו של אדם, והוא נוגע גם לצדדים שלישיים רבים שחייהם נקשרו בצורה כזו או אחרת – ולו לרגע – עם המחזיק במחשב או בטלפון החכם" (דנ"פ אורין, פסקה 29; ראו גם: בש"פ 6071/17 מדינת ישראל נ' פישר, פסקה 10 להחלטתו של חברי, השופט (כתוארו אז) י' עמית (27.8.2017) (להלן: עניין פישר); בש"פ 7368/05 זלוטובסקי נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (4.9.2005); בש"פ 1758/20 אורין נ' מדינת ישראל, פסקה 38 לפסק-דין (26.1.2021) (להלן: בש"פ 1758/20)).

28. עם זאת, גם בהקשר זה, 'שני צדדים למטבע', שכן המאפיינים האמורים מביאים לכך ש"השימוש האינטנסיבי במחשבים הופך אותם גם לאוצר בלום של ראיות מפלילות ומידע רלוונטי אשר יכול וצריך לשמש את רשויות החקירה במאבקן במפרי חוק ועוברי עבירה" (רע"פ 8873/07 היינץ ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה 17 (2.1.2011) (להלן: עניין היינץ); על המתח האמור, משני צדדיו, ראו גם: עניין פישר, פסקה 10; בש"פ 7917/19, פסקאות 19-20; בש"פ 5105/20 שמעון נ' מדינת ישראל, פסקאות 24-25 לחוות הדעת של השופט י' אלרון, ופסקה 9 לחוות הדעת של השופטת ע' ברוך (25.5.2021); דנ"פ אורין, פסקאות 46-47 לפסק הדין של הנשיאה חיות, ופסקה 2 לחוות הדעת של חברי, השופט (כתוארו אז) עמית).

היסוד השני: סמכויות חקירה וחיפוש – עקרון חוקיות המינהל

29. הלכה ידועה במקומותינו, עוד מימי הבראשית של המשפט הישראלי, כי רשות מינהלית מוסמכת לפעול רק בתוך דל"ת אמות שגדר לה המחוקק. בעוד הפרט חופשי לעשות כל שליבו חפץ, כל עוד הדבר לא נאסר עליו בדין, לגבי הרשות המינהלית – ההפך הוא הנכון; מה שלא הותר לה – אין רשאית לבצע (יצחק זמיר הסמכות המינהלית 76-73 (2010); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי 97-98 (2010) (להלן: ברק-ארז)). בתוך כך, לשם ביצוע פעולה הכרוכה בפגיעה בזכויות יסוד, אין די בהוראת חוק כללית שיכולה להתפרש כמקור הסמכה, אלא שהרשות נדרשת להסמכה ברורה ומפורשת (ראו למשל: בג"ץ 1/49 ב'דנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80 (1949); בג"ץ 144/50 שייב נ' שר הבטחון,

פ"ד ה' 399, 411 (1951) (להלן: עניין שייב); בג"ץ 337/81 מיטריני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337, 358-360 (1983); בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שרות בתי הסוהר, פסקה 16 (13.6.2006); בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים, פסקה 14 (20.12.2010) (להלן: עניין מנאע).

30. הפגיעה בזכויות יסוד הכרוכה בפעולות חקירה בכלל – וחיפוש בפרט – משמיעה אפוא, כי לשם הפעלתן של סמכויות אלה, נדרשת הסמכה מפורשת: "החקירה נעשית לרוב במקום שהנחקר עצור בו. חקירה זו – אפילו אם אין היא נעשית תוך כדי שימוש באמצעים פיזיים – פוגעת בחירותו של הנחקר. היא פוגעת לעתים בכבודו ובצנעת הפרט שלו. במדינת חוק אין סמכות לבצע חקירה כזו בלא הסמכה בחקיקה ראשית, או בחקיקת משנה מכוח הסמכה מפורשת לכך בחקיקה ראשית" (עניין הוועד הציבורי נגד עינויים, עמוד 831; ההדגשה הוספה – נ' ס'; ראו גם, בפרט ביחס לחדירה לחומרי מחשב: עניין היינן, פסקה 17; בש"פ 1758/20, פסקאות 11-14 לחוות הדעת של המשנה לנשיאה ח' מלצר).

31. טעם נוסף שבגיניו נדרש כי הפעלת הסמכויות האמורות תתבצע בהתאם להסמכתו המפורשת של המחקר, נוסף על הפגיעה המובנית בזכויות, הוא שכפי שעולה מן המתואר לעיל, הסדרתן של סוגיות אלה כרוכה במתח אינהרנטי בין שיקולים נוגדים, כבדי-משקל, ובהתאם לכך – נדרשים לגביה איזונים נורמטיביים מורכבים ורגישים ביותר (על כך ראו למשל, והשוו: עניין בן חיים, פסקה 16; בג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל, פסקה 42 (28.5.2012); ובהקשר לסוגיה דנן: בש"פ 7917/19, פסקה 17; עניין טיגאוי, פסקה 3; דנ"פ אוריך, פסקה 7 לחוות-דעתי).

32. אמנם, בהקשרים מסוימים, אין זה מן הנמנע כי בית המשפט יקבע 'איזון עקרוני', בבחינת עקרון רציונלי מנחה להכרעה במקרים של זכויות או ערכים מתנגשים (ראו: בג"ץ 73/53 חברת 'קול העם' בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז' 871, 881-882 (1953); ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עתון "הארץ" בע"מ, פ"ד לב(3) 337, 361 (1978); בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393, 400-401 (1984); נעם סולברג ועמרי גולדוין "מועט המחזיק את המרובה: על היקף התפרשותן של הזכויות החוקתיות" משפטים נה 30-34 (עתיד להתפרסם)).

33. ברם, דרך הכלל, בפרט בסוגיות מהותיות ורגישות כגון העניין דנן, הדורשות איזון בין זכויות לבין ערכי יסוד או אינטרסים ציבוריים חשובים, היא כי "שאלות אלה

והתשובות להן צריכות להיקבע על ידי הרשות המחוקקת. כך מתבקש מעקרון הפרדת הרשויות ומעקרון שלטון החוק. כך מתבקש מתפיסת הדמוקרטיה עצמה" (עניין הוועד הציבורי נגד עינויים, עמוד 844; ראו גם: עניין שייב, עמוד 411; ע"א 524/88 פרי העמק – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב – מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ, פ"ד מה(4) 529, 553 (1991); בג"ץ 5004/14 ג'קלין נ' משרד החינוך, פסקה 97 לפסק הדין של חברי, השופט (כתוארו אז) עמית, ופסקאות 4-2 לחוות הדעת של השופט א' שטיין (7.8.2019)). אכן, "כאשר מדובר בהכרעות ערכיות קשות במיוחד, [...] קיימת הצדקה רבה יותר להקשחת דרישת ההסמכה המפורשת" (בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 45 לחוות-דעתי (27.3.2016)).

34. נמצאנו למדים, כי הן מטעמי הגנה על זכויות, הן מטעמי הפרדת רשויות ושלטון החוק, בכל הנוגע להסדרת סמכויות החיפוש עלינו להקפיד, הקפדה יתרה, על עקרון חוקיות המינהל, כך שכלל, לא יתאפשר ביצוע חיפוש בהעדר הסמכה מפורשת (ראו גם, והשוו: בג"ץ 35/58 ברמן נ' ראש הנפה הצפונית, משטרת ישראל, פ"ד יב(2) 914, 916-918 (1958) (להלן: עניין ברמן); עניין בן חיים, פסקה 3(א) לחוות הדעת של השופט י' דנציגר; אסף הרדוף "דין פלילי בלתי מוסמך: עקרון חוקיות המנהל פוגש את המשפט הפלילי" ספר דנציגר 389 (לימור זר-גוטמן ועידו באום עורכים, 2019)).

היסוד השלישי: סעיף החוק דנן

35. כפי שצוין לעיל, סעיף 23א(ב) לפקודה קובע כך:

"על אף הוראות פרק זה, לא ייערך חיפוש כאמור בסעיף קטן (א) [חיפוש בחומר מחשב – נ' ס'], 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".

בתחילה, בהצעת החוק שכללה גם את סעיף זה, הכוונה היתה שכלל, על חיפוש בחומר מחשב יחולו דיני החיפוש הרגילים; זאת, למעט מחשב או חומר מחשב המשרת עסק או רשות ציבורית, אשר רק לגביו הוצע כי תפיסתו תהא מותנית בצו של בית משפט (ראו: הצעת חוק המחשבים, התשנ"ד-1994, ה"ח 2278, 484-485). ואולם, במסגרת הליך החקיקה הורחבה ההתניה האמורה; נקבע, כי כל חיפוש בחומר מחשב יותנה בצו שיפוטי (ראו: פרוטוקול ישיבה של ועדת משנה (של ועדת חוקה, חוק ומשפט) להצעת חוק המחשבים, הכנסת ה-13, 51-52 (14.3.1995); פרוטוקול ישיבה 361 של ועדת

החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-13, 11 (3.7.1995); פרוטוקול ישיבה 364 של הכנסת ה-13, 50 (17.7.1995)). אם כן, לפי התיקון האמור, "בניגוד לחיפוש בחצרים – שבנסיבות מסוימות ניתן לקיימו גם ללא צו שופט – חיפוש בחומר מחשב יבוצע על פי צו שופט בלבד, לאחר שבית המשפט שוכנע כי מתקיימת אחת או יותר מעילות החיפוש המנויות בסעיף 23 לפקודה" (דנ"פ אור"י, פסקה 38; ההדגשה הוספה – נ' ס').

36. בנוסחו המקורי של הסעיף, כפי שנחקק בשנת 1995, נקבע כי יש לציין בצו "במפורש את ההיתר לחדור לחומר מחשב או להפיק פלט, לפי הענין, ואת תנאי החיפוש ומטרותיו". בשנת 2005, במסגרת החוק לתיקון פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) (תיקון מס' 12) (חיפוש ותפיסת מחשב), התשס"ה-2005, תוקן הסעיף, כך שנקבע כי בנוסף לאמור, על הצו שיפוט לפרט את "מטרות החיפוש ותנאיו שייקבעו באופן שלא יפגעו בפרטיותו של אדם מעבר לנדרש". בדברי הסבר לתיקון, צוין כך:

"מוצע לבצע תיקונים נוספים [בפקודה] [...] על מנת לאזן בצורה ראויה יותר בין צרכי החקירה לבין זכויות הפרט. האיזון החדש נדרש בעיקר בשל ההתפתחות הטכנולוגית בעולם המחשבים והשימוש הרווח בהם גם בידי אנשים פרטיים [...] בפועל, בית המשפט בהוציאו צווי חיפוש ממלא טקסט אחיד 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 הסבר להצעת חוק לתיקון פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) (מס' 11) (חיפוש ותפיסת חומר מחשב), התשס"ה-2005, ה"ח הכנסת 149, 150; ההדגשות הוספו – נ' ס'; להרחבה על ההיסטוריה החקיקתית, ראו דנ"פ אור"י, פסקה 41).

37. הנה כי כן, כפי שעולה מן האמור, וכפי שפירש אותו מורחב של בית משפט זה, הסעיף קובע במפורש כי תנאי בלעדיו אין לשם ביצוע חיפוש בחומר מחשב, הוא קיומו של צו שיפוטי, הממלא את הדרישות המפורטות לעיל. תכליתה של תניה זו, אשר התחזקה ביתר שאת לאחר התיקון האמור, היא חיזוק ההגנה על הזכות לפרטיות, באמצעות יצירת 'חיץ שיפוטי' בין המשטרה לבין האדם מושא החיפוש, והבניית שיקול הדעת של בית המשפט בכל הנוגע למתן הצו (דנ"פ אור"י, פסקאות 43 ו-52).

38. בהמשך לאמור, יש להוסיף ולהדגיש כי הדרישה לצו שיפוטי אינה תנאי טכני-פרוצדורלי; מדובר בדרישה מהותית, שנועדה להבטיח, באמצעות בחינה של גורם אובייקטיבי, חיצוני לחקירה, כי אכן מתקיימת עילת חיפוש, וכי היקף החיפוש, על

הפגיעה הנגזרת ממנו, אינו עולה על הנדרש. משמעותה הישירה של דרישה זו, היא כי שיקול הדעת באשר להתקיימותם של התנאים האמורים הוקנה על-ידי המחוקק, באופן בלעדי, לבית המשפט (כפי שהובהר, תכלית התיקון משנת 2005 היתה לוודא כי בית המשפט אכן מפעיל שיקול דעת כאמור, ואינו מאשר את צווי החיפוש מוכנית). זאת ועוד, דרישה זו לא נועדה רק להבטיח את מידתיות החיפוש בדיעבד, לאחר שהתבקש; יש לה גם היבט מכווין התנהגות, אקס-אנטה: "אכן, עצם קיומה של ביקורת שיפוטית על פעולותיה של רשות חוקרת – גם אם הביקורת מתקיימת במעמד צד אחד – יש בו אלמנט מרסן כלפי הרשות, המסייע בסינון פעולות שחורגות מהסביר" (דנ"פ אורין, פסקה 52).

39. הדיון לעיל מלמד אפוא כי לשונו של סעיף 23א(ב) לפקודה – מפורשת וברורה; גם תכליתו של הסעיף – אינה משתמעת לשני פנים. זו וגם זו, מצביעות על כך שלמצער על דרך הכלל, אין לבצע חיפוש בחומר מחשב, אלא בהתבסס על צו שיפוטי.

היסוד הרביעי: הסכמה לוותר על הזכות לפרטיות

40. בכל הנוגע ליחס בין הזכות לפרטיות לבין עקרון ההסכמה, העלו המשיבים שתי טענות מרכזיות. הראשונה, נוגעת לקיומו של 'עקרון כללי', שלפיו אדם "רשאי לוותר מדעת על זכויותיו"; השנייה, קונקרטית יותר, עניינה ביכולתו של אדם לוותר על הזכות לפרטיות, בהתאם לחוק הגנת הפרטיות. אשר לטענה הראשונה, בדבר אפשרות קטגורית של אדם לוותר מדעת על זכויותיו, סבורני כי היא מעוררת קושי ניכר, שכן עקרון כללי כאמור – אינו קיים במשפטנו. אך לשם האינטואיציה, פשיטא כי אדם אינו רשאי 'לוותר מדעת' על זכותו לחירות, ולהסכים ליהפך לעבד. כך, יש להבחין בהקשר זה בין זכויות המגינות על ערכי ליבה או אינטרסים חשובים במיוחד, לבין כאלה שאינן. אף אם על אלה המשתייכות לקטגוריה האחרונה ניתן לוותר באמצעות הסכמה (ולו בהקשרים מסוימים), הרי שלגבי הראשונות – הדברים אינם פשוטים כלל וכלל (על המורכבות שמעוררת סוגיה זו, כמו גם על כך שטרם זכתה לפיתוח מספק, הן בספרות, הן בפסיקה, ראו: אהרן ברק מידתיות במשפט 140-141 (2010)). למצער בחלק מהמקרים, מובן כי לא ניתן לוותר על זכויות אלה, גם באמצעות הסכמה (ראו: ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 91-92 (2016); זכויות מסוג זה מכונות לעתים בספרות העיונית Inalienable rights או Nonwaivable rights). אם כן, אין בידי לקבל את הטענות המתבססות על אותו 'עקרון כללי'.

41. אשר לטענה השנייה, הנוגעת להסכמה לוותר על הזכות לפרטיות, הדברים מורכבים יותר. ככלל, הסכמה היא יסוד מרכזי בדיני הפרטיות, המבטא את יכולת

שליטתו של האדם במידע הקיים על אודותיו; ואף מקבל מקום של כבוד בסעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות, הקובע כי "לא יפגע אדם בפרטיות של זולתו ללא הסכמתו" (ההדגשה הוספה – נ' ס'; להרחבה, ראו: מיכאל בירנהק מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה 106-99 (2010)). על הסכמה זו להיות הסכמה מדעת, והיא יכולה להיות מפורשת או משתמעת (סעיף 3 לחוק הגנת הפרטיות; בג"ץ 6650/04 פלונית נ' בית הדין הרבני האיזורי בנתניה, פ"ד סא(1) 581, 606 (2006); ע"א 1697/11 א. גוטסמן אדריכלות בע"מ נ' ורדי, פסקה 30 (23.1.2013)).

42. הדברים יפים, ככלל, במישור האופקי, שבין אדם לחברו. גם במישור האנכי, שבין המדינה לבין הפרט, נראה כי לפחות בחלק מן ההקשרים, נודעת נפקות לעקרון ההסכמה. כך, סעיף 7(ב) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע, כי "אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו" (ההדגשות הוספו – נ' ס'). ואולם, ההסקה מן המישור האופקי למישור האנכי, מעוררת קשיים בלתי מבוטלים: "במצבים של פערי כוח בין האזרח לבין המדינה, פערים שמתקיימים כמעט תמיד, הסכמה של אדם לויתור על פרטיותו היא הסכמה חשודה, גם אם היא הסכמה מודעת ומדעת, ולכן, ברוב המקרים, אין לראות בה הסכמה תקפה. [...] לכן, אין להקיש מהאפשרות לוותר על הפרטיות במישור דיני הפרטיות הקלטית אל המישור החוקתי" (מיכאל בירנהק פרטיות חוקתית 383 (2023) (להלן: בירנהק); לביקורת על הכללתה של דרישת אי-ההסכמה כחלק מהיקף התפרשות הזכות החוקתית לפרטיות, ראו: אהרן ברק "הזכות החוקתית לפרטיות וצנעת הפרט: תכליתה, חשיבותה והיקפה" ספר עדנה ארבל 401, 434-435 (שלי אביב ייני, דורית ביניש, אריאל בנדור, הדר דנציג רוזנברג וקרן מילר עורכים, 2022) (להלן: ברק)). מכיוון אחר, במישור היחסים שבין המדינה לבין הפרט, גם מקום שבו מדובר בהסכמה מדעת, אין מדובר בהכרח בהסכמה חופשית (בירנהק, שם), מה שמשפיע, מיניה וביה, על מעמדה הנורמטיבי של אותה הסכמה.

43. בין כה ובין כה, בכל הנוגע לחיפוש, המחוקק-המכונן לא ראה להגדיר את יסוד אי-ההסכמה כחלק מהיקף התפרשות הזכות. כך, סעיף 7(ג) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע, בפשטות, כי "אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו" (ראו גם: ע"פ 1641/04 לוין נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(3) 785, 795 (2004)). מבלי לטעת מסמרות, נראה כי ניתן לחשוב על שני טעמים אפשריים לכך: ראשית, יתכן כי חיפוש מקים פגיעה אינהרנטית בפרטיות, בעוצמה כזו שגם אם ניתנה הסכמה לביצועו, היא אינה מאיינת את הפגיעה. שנית, במפגש בין המשטרה לבין האזרח, מתעצמים פערי הכוח – הקיימים ממילא – בין המדינה לבינו, הן משום ש'האזרח הסביר' עשוי להימצא

במצוקה במפגש עם גורמי אכיפת החוק, הן לנוכח עוצמתם וסמכויותיהם הנרחבות של גורמים אלה. כפי שנרמז לעיל, מצב דברים זה עשוי להשפיע, לעתים גם באופן משמעותי, על המשקל שיש לייחס להסכמת האזרח לביצוע החיפוש (ראו למשל: עניין בן חיים, פסקה 3(ב) לחוות הדעת של השופט דנציגר; יניב בן הרוש "מה הבעיה בהסכמה לחיפוש משטרתי" הפרקליט נד 43 (2016) (להלן: בן הרוש); אסף הרדוף "חזות של זכויות, מהות של צדק: סיפורה הרטורי והמהותי של ההכרעה הפלילית" דין ודברים 33, 52-53, 97 (2014) (להלן: הרדוף)).

44. נוכח האמור, בדגש על לשון חוק היסוד, נקבע בפסיקה כי אין בהסכמה לחיפוש כדי לשלול את עצם הפגיעה בזכות לפרטיות (ובזכויות נוספות הרלבנטיות בהקשר זה). ה'מיקום הגיאומטרי' שבו מקבלת ההסכמה נפקות נורמטיבית – בהתאם לטיב ההסכמה, הקשר הדברים ועוד כיוצא באלה – הוא אך בשלב בחינת ההצדקה לפגיעה (עניין בן חיים, פסקה 23; ראו גם, והשוו: בש"פ 2145/92 מדינת ישראל נ' גואטה, פ"ד מו(5) 704, 724-725 (1992); ברק, עמודים 442-443; עמיקם הרפז ומרים גולן משפט ושיטור – זכויות אדם וסמכויות המשטרה 35-36 (2018)). עוד אציין, כי בהינתן שקשה לחלוק על כך שהמכשירים שבהם מאוחסנים חומרי המחשב הם חלק מ'כליו' של אדם, לפי סעיף 7(ג) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; ובהתחשב בכך שככלל, הפגיעה בפרטיות כתוצאה מחיפוש בחומר מחשב אינה פחותה מזו שבחיפוש אחרים (ראו פסקה 27 לעיל) – מובן כי האמור עד כה רלבנטי גם לגבי חיפוש בחומר מחשב.

45. סיכום ביניים: מן האמור עד כה נמצאנו למדים, כי לעקרון חוקיות המינהל – ובהתאם לכך, לדרישת ההסמכה המפורשת – נודע משנה חשיבות, מקום שבו עסקינן בסמכויות חיפוש; כי לשון סעיף 23א(ב) לפקודה, כמו גם תכליתו, מלמדות כי הכלל שקבע המחוקק הוא שחיפוש בחומר מחשב יתבצע רק בהסתמך על צו שיפוטי; וכי הסכמה לביצוע חיפוש אינה שוללת בהכרח פגיעה בזכות החוקתית לפרטיות, אלא באה לידי ביטוי, ככלל, במסגרת בחינת ההצדקה לפגיעה.

היסוד החמישי: הלכת בן חיים

46. כפי שצוין לעיל, עניין בן חיים עומד בלב העתירה דנן, כאשר השאלה המשפטית הניצבת לפתחנו היא אם יש להרחיב את תחולתה של ההלכה גם למקרים של חיפוש בחומר מחשב. לשם כך, אעמוד בקצרה על עיקרי הקביעות הרלבנטיות לנדון דנן. תחילה, במישור העקרוני, נקבע כי אמנם, "קשה [...] לחלוק על כך שעצם עריכתו של חיפוש על גופו של אדם, בביתו או בכליו פוגעת בזכותו לפרטיות – גם כאשר מדובר בחיפוש

שנערך בהסכמה; ואולם, "יחד עם זאת, יש להתחשב בכך שכאשר מדובר בחיפוש בהסכמה וההסכמה היא הסכמת אמת [...] עוצמת הפגיעה בזכות לפרטיות היא נמוכה ביותר". **בהמשך לכך צוין, כי** "בבואנו לבחון את דרישת ההסכמה המפורשת ככל שזו נוגעת לעריכת חיפוש בהסכמה, עלינו להתחשב גם במיהות הרשות הפוגעת בזכות לפרטיות, ובכך שההסכמה מתבקשת על ידי שוטר פועל לאכיפת החוק ולהגנה על שלום הציבור. [...] עצם העובדה שהשוטר פועל לשם מטרת אלה ולשם קידום האינטרס הציבורי כמובן שאינה מכשירה את חריגת השוטר מסמכויותיו, אך יש בה כדי להשפיע על פרשנות סמכויות אלה" (שם, **פסקאות 23-24**).

47. **בהתחשב באמור, נקבע כי כאשר** "מדובר בפגיעה קלה יחסית בזכות לפרטיות, הנעשית בהסכמת האדם שעל גופו, בכליו או בביתו מבקשת המשטרה לערוך חיפוש" – הסכמת האדם מושא החיפוש יכולה לשמש תחליף לדרישות שונות הקבועות בחוק כתנאי לביצוע חיפוש, כגון דרישת ה'חשד הסביר' לנשיאת נשק, או דרישת ה'יסוד להניח' כי בוצעה עבירה (ראו בהתאמה: סעיף 3(ב) לחוק סמכויות שמירה על ביטחון הציבור, התשס"ה-2005; סעיף 25(1) לפקודה). זאת, בהתקיים נסיבות מחשידות, הגם שאינן עולות כדי 'חשד סביר' או 'יסוד להניח'.

48. **הרקע לקביעה זו, הוא ש**"נוכח אופייה וטיבה של הסמכות לעריכת חיפוש על גופו של אדם, בכליו או בביתו כשאינו מדובר בחיפוש 'פולשני', הותיר המחוקק את ההחלטה על עריכת חיפוש מסוג זה לשיקול דעתו הפרטני של השוטר" (ההדגשה הוספה – נ' ס'). כך, "בהקשר זה יש להביא בחשבון כי שתי הוראות החוק הנזכרות תולדות את הסמכות לעריכת החיפוש ללא צו שיפוטי בשיקול דעתו הפרטני של השוטר בנסיבות עניין. [...] לפיכך, נראה שכאשר בהתאם לשיקול דעתו של שוטר בנסיבות מחשידות, שאינן עולות כדי 'חשד סביר' או 'יסוד להניח', מתבקשת הסכמה לביצוע חיפוש והסכמה זו היא אכן הסכמת אמת, שניתנת בתנאים שיפורטו בהמשך על ידי האדם מושא החיפוש, הרי ניתן לקיים את החיפוש; ובלבד שמתקיימים יתר התנאים הקבועים בחוק לעריכת חיפוש ללא צו שיפוטי" (שם, **פסקה 25**; ההדגשות הוספו – נ' ס').

הכרעה

49. **כעת, משהצטיידנו ב'כלי העבודה' הנדרשים, נוכל לפנות להכרעה בשאלה** שבמוקד: האם המשטרה רשאית לבצע חיפוש בחומר מחשב ללא צו שיפוטי, בהתבסס על הסכמת הנחקר? בפתח הדברים יש להדגיש, כי לשאלה זו שני ראשים: הראשון, עניינו בנקודת המבט של הרשות המינהלית הרלבנטית, קרי – השוטר המבקש לערוך את החיפוש; השני, נוגע לנקודת המבט של האדם שהסכמתו לעריכת החיפוש מתבקשת,

ולסוגיות הנלוות לכך (ראו והשוו: עניין בן חיים, פסקה 21). כך, במשיכת מכחול עבה ניתן לומר, כי הראש הראשון נוגע לשאלת הסמכות, בעוד שהשני עניינו בשאלת ההסכמה. להלן אתמקד בראשון.

האם ניתן להרחיב את הלכת בן חיים לחיפוש בחומר מחשב?

50. נקודת המוצא בשאלת הסמכות היא, כמובן, הוראות החוק. כפי שהבהרתי לעיל, לשונו הברורה של סעיף 23א(ב) לפקודה, כמו גם תכליתו – כעולה מן ההיסטוריה החקיקתית, גם היא אינה משתמעת לשני פנים – מלמדות כי "בניגוד לחיפוש בחצרים – שבנסיבות מסוימות ניתן לקיימו גם ללא צו שופט – חיפוש בחומר מחשב יבוצע על פי צו שופט בלבד", לאחר שבית המשפט שוכנע כי מתקיימת אחת או יותר מעילות החיפוש המנויות בסעיף 23 לפקודה" (דנ"פ אוריך, פסקה 38; ההדגשה הוספה – נ' ס'). על כן, ובשים לב לחשיבותו המיוחדת של עקרון חוקיות המינהל בהקשר דנן, כמפורט לעיל, בפני המשיבים, המבקשים לסטות מנקודת המוצא האמורה – ניצבת משוכה שלא בנקל ניתן לגבור עליה.

51. טענתם העיקרית של המשיבים בהקשר זה, היא שהלכת בן חיים "יפה גם לענייננו, כך שהסכמה מדעת מקימה מקור סמכות חוקי לעריכת חיפוש בחומר מחשב". טענה זו – אין בידי לקבל. תחילה אציין, כי הלכת בן חיים, כשלעצמה, אינה מובנת מאליה כלל, ובכל הנוגע להלימה עם עקרון חוקיות המינהל בפרט; היא אף זכתה לביקורות חריפות למדי במישור זה; הן בפסיקה, הן בספרות (ראו למשל: בש"פ 1758/20, פסקה 16 לחוות הדעת של המשנה לנשיאה מלצר; בן הרוש, עמודים 76-77; הרדוף, עמודים 53-55; אהרן ברק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק 1807 (2023)). על כל פנים, הלכה זו אינה עומדת כאן ל'בחינה מחדש'; השאלה שעלינו להכריע בה נוגעת אך להרחבתה, והחלתה על הנדון דידן.

52. סבורני, כי גם אם מקבלים את הלכת בן חיים ככתבה וכלשוונה, ההיקש שמבקשים המשיבים לעשות בהתבסס עליה – אינו עומד במבחן הביקורת. 2 טעמים לדבר, אחד קשור בשני. ראשית, אמנם בפתח ההכרעה בעניין בן חיים, צוין בכלליות כי "הסכמה של האדם שהוא עצמו מושא החיפוש או שבביתו מבקשת המשטרה לערוך חיפוש, שהיא הסכמה מדעת, עשויה להכשיר חיפוש שאין לו מקור סמכות אחר בדין"; אולם הלכה למעשה, לא נקבע שם כי הסכמת האדם מושא החיפוש מקימה הסמכה כשלעצמה (ארחיב לגבי נקודה זו בהמשך), אלא שבהתקיים נסיבות מחשירות, היא יכולה לשמש תחליף לדרישת ה'חדש הסביר' ולדרישת ה'יסוד להניח' המעוגנות בחוק (ראו בהתאמה שם, פסקאות 21 ו-25).

בית המשפט הסתמך אפוא על עוגנים חקיקתיים, שניתן היה להיתלות בהם – ולו בעקיפין – לשם ביסוס הסמכות. בענייננו, לעומת זאת, לא רק ש'אין לנו על מה להישען' – שכן אין כל סעיף חוק המסמך שוטר לבצע חיפוש בחומר מחשב ללא צו שיפוטי – אלא שהחוק אף קובע במפורש, כי החיפוש בחומר מחשב לא יתבצע "אלא על-פי צו של שופט" (נסיבה שלא התקיימה לגבי הסוגיה שנדונה בעניין בן חיים).

53. בהמשך לזה, המשיבים אינם חולקים על כך שחיפוש בחומר מחשב, גם בהסכמה, פוגע בזכות לפרטיות (הגם שלשיתתם מדובר בפגיעה "מינימלית"). אף לא למותר לציין, כי הזכות לפרטיות אינה הזכות היחידה המושפעת מביצוע החיפוש בחומר מחשב, וכרוכים בה גם היבטים שונים של הזכות להליך הוגן, ולעתים אף של זכויות נוספות. משאלה הם פני הדברים, הרי שלפי סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הפגיעה אינה יכולה להתבצע "אלא בחוק", או "לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו" (להרחבה על היחס בין דרישה זו לבין עקרון חוקיות המינהל, ראו: יואב דותן ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מינהלי 362-359 (2022); אורן גזל-אייל "פגיעה בזכויות יסוד 'בחוק' או 'לפי החוק'" משפט וממשל ד 381 (1998)). בין אם ננקוט בגישה מחמירה לגבי דרישה זו, בין אם ננקוט בגישה מקלה – בלאו הכי, ובניגוד לעניין בן חיים, איני סבור כי המשיבים הצביעו – ולו בדוחק – על עוגן חקיקתי שעליו ניתן להיתלות, על מנת להסיק הסמכה מפורשת המאפשרת ביצוע חיפוש כאמור.

54. אף לא למותר לציין, באשר לשאלה אם הלכת בן חיים אכן קבעה עקרון כללי שלפיו הסכמה יכולה להקים סמכות עצמאית לביצוע חיפוש, כי בפסק דין מאוחר יותר צוין, מבלי שהתעוררה מחלוקת באשר לכך, כי "הדיון בשאלה האם יכולה הסכמה מדעת להכשיר חיפוש נעדר סמכות נדונה באותה פרשה בבחינת למעלה מן הצורך, שכן לא התעוררה כל מחלוקת שבנסיבות המקרה לא התקיימה הסכמה כאמור" (רע"פ 229/12 כהן נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (16.10.2012)); לקריאה נוספת של פסק הדין, אולי אף מצמצמת יותר, ראו: אלקנה לייסט "פס"ד בן חיים: מהפך בסדר הדין הפלילי ובדיני הראיות" שורשים במשפט 843, 845-846 (דינה זילבר עורכת, 2020)). אם כן, בין כה ובין כה, אין מדובר בהלכה מחייבת בהקשר זה.

55. שנית, כפי שצוין לעיל, ההכרעה בעניין בן חיים הסתמכה על כך שהמחוקק הותיר את ההחלטה על עריכת החיפוש, בהתאם לשתי העילות האמורות, לשיקול דעתו הפרטני של השוטר, כך שמלכתחילה לא נדרש באותם מצבים צו שיפוטי לשם עריכת החיפוש. בכל הנוגע לחיפוש בחומר מחשב, לעומת זאת, הפקיד המחוקק את שיקול הדעת לגבי

קיומה של עילת חיפוש בידיו הבלעדיות של בית המשפט, ואף גילה דעתו באופן מפורש, בתיקון מאוחר לסעיף, כי על בית המשפט להפעיל שיקול דעת לגבי מידתיות החיפוש, ואף לפרט באופן אקטיבי את מטרות החיפוש ותנאיו (ראו לעיל, פסקאות 35-38). אם כן, אחד מן הראציונלים המרכזיים הניצבים בבסיס הלכת בן חיים – אינו מתקיים בענייננו, מה שמשליך ישירות על תוקפו של ההיקש שמבקשים המשיבים לעשות.

56. מן האמור עולה, אפוא, כי בכל הנוגע לאפשרות להקיש מעניין בן חיים לעניין דנן – אין הנדון דומה לראיה (ראו גם: עדי ריטיגשטיין-אייזנר "האם הסכמת הנחקר יכולה להוות מקור סמכות לחיפוש בטלפון הנייד שלו?" מעשי משפט ח 131, 135-137 (להלן: ריטיגשטיין-אייזנר); אסף הרדוף "כשאתה אומר כן, למה אתה מתכוון? על טכנולוגיה אינטימית, אוטונומית החשוד ואופורטוניזם משפטי: חדירה לטלפון נייד בהסכמת החשוד – בעקבות פסקי הדין פלח וקורס" הסניגור 224, 4, 9-7 (2015)). ההבדלים בין המקרים – מהותיים וברורים, יורדים לשורש ההכרעה; די בהם כדי לשלול את האפשרות להרחיב את הלכת בן חיים לחיפוש בחומר מחשב.

האם הסכמתו של אדם לוותר על זכותו לפרטיות גוברת על הוראות סעיף 23א(ב)?

57. טענה מרכזית נוספת שהעלו המשיבים, היא שסעיף 23א(ב) לפקודה אינו מהווה הסדר שלילי, שיש בו כדי לסתור את העקרון הכללי, המעוגן בסעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות, שלפיו אדם רשאי לוותר על זכותו לפרטיות. בכל הנוגע למישור הסמכות, דינה של טענה זו, גם הוא – להידחות. אף אם אניח כי העקרון האמור אכן חל, כפשוטו, במישור היחסים שבין המדינה לאזרח – וכפי שהבהרתי, הדברים אינם פשוטים כלל ועיקר (ראו פסקאות 42-44 לעיל) – בכך לא סגי. זאת, מן הטעם הפשוט, שאף בפרשנות המרחיבה ביותר שלו, אין כל דרך להבין עקרון זה כעקרון מסמיך. לכל היותר, יש בו כדי לאפשר לרשות לבצע פעולה מסוימת שהיא מוסמכת מלכתחילה לבצעה, או מכיוון אחר, לשכך מעט את מידת הדווקנות שבה יפורש היקף הסמכות, בהינתן שיש בהסכמה כדי להפחית את מידה הפגיעה.

58. כך למשל, מובן כי הסכמתו של אזרח לכך שרשות מסוימת תעקוב אחריו, תאזין לשיחותיו, או תצלם אותו בביתו באופן מתמשך (השוו: סעיפים 2(1)-2(3) לחוק הגנת הפרטיות), אינה מקימה, כשלעצמה, סמכות לאותה רשות לעשות כן. הדבר נובע – באופן טריוויאלי למדי – מעקרון חוקיות המינהל, שלגביו הרחבתי לעיל, ואשר לפיו הרשות המינהלית אינה רשאית לעשות אלא פעולות שהחוק הסמיך אותה לעשות (ראו לעיל, פסקה 29; כן ראו: בג"ץ 4455/19 עמותת טבקה – צדק ושוויון ליוצאי אתיופיה נ' משטרת

ישראל, פסקה 15 לפסק הדין של הנשיאה חיות, ופסקאות 12-13 לחוות הדעת של השופט שטיין (25.1.2021) (להלן: עניין טבקה)). בהמשך לכך, ומכיוון מעט אחר, מעקרון חוקיות המינהל נובע גם, ישירות, כי לאזרח כלל אין את הכוח הנורמטיבי לכוונן סמכות; בין אם בהסכמה, בין בדרך אחרת. הגורם היחיד שיכול לעשות כן, הוא המחוקק.

59. טענה נוספת שעלתה בהקשר זה, היא שאין לראות את סעיף 23א(ב) לפקודה כהסדר שלילי ביחס לאפשרותו של אדם לוותר בהסכמה על זכותו לפרטיות, אלא רק לגבי יתר הוראות הפקודה. זאת, בהתבסס על הרישא של הסעיף, שלפיה "על אף הוראות פרק זה, לא ייערך חיפוש כאמור בסעיף קטן (א), אלא על-פי צו של שופט" (ההדגשה הוספה – נ' ס'). כך, לשיטת המשיבים, כל שנועד לקבוע סעיף זה הוא שהוראות שונות באותו פרק בפקודה, הנוגעות לחיפוש שלא בהסתמך על צו שיפוטי, לא יחולו על חיפוש בחומר מחשב; אך לא מעבר לכך.

60. מדובר בטענה מוקשית. תחילה אציין, כי בהינתן עמדתי שלפיה לא ניתן להבין את העקרון בדבר אפשרותו של אדם לוותר על פרטיותו כעקרון המקים סמכות מינהלית, בלאו הכי, אין בטענה זו כדי לסייע למשיבים במישור הסמכות. אף לגופם של דברים, הפרק הנדון בפקודה, הפרק השלישי, הוא ההסדר החקיקתי הקובע בדין הישראלי את סמכויות החיפוש במסגרת ההליך הפלילי – זהו סוג החיפוש הרלבנטי לדנן. משכך, הדעת נותנת כי המחוקק כלל לא ראה לנגד עיניו אפשרות כי יתבצעו חיפושים בחומר מחשב במסגרת הליך פלילי מכוח מקור סמכות אחר, ובהתאם לכך, סבר כי באמצעות הרישא לסעיף, הוא שולל כליל את האפשרות לבצע חיפוש בחומר מחשב של נחקר ללא צו שיפוטי. מה גם, שלגבי דידי, הקריאה הטבעית והמתבקשת של הרישא לסעיף, מצביעה על כך שמטרתה להבהיר כי דרכי החיפוש האחרות אינן רלבנטיות בהקשר זה; לא לצמצם את תחולת הסעיף.

האם ניתן ללמוד מחוק סמכויות אכיפה כי קיימת סמכות?

61. טענה נוספת שהעלו המשיבים במישור הסמכות, מבוססת על סעיף 4(ו) לחוק סמכויות אכיפה. לשונו:

"אישור הרופא, שאין מניעה בריאותית לערוך את החיפוש בחשוד, והסכמת החשוד לחיפוש, שניתנו בחתימתם, יהיו אסמכתה לערוך החיפוש לערוך את החיפוש על פי הפירוט שיקבע הרופא באישורו; אולם לא ייערך חיפוש פנימי כהגדרתו בפסקה (5) [חיפוש גניקולוגי – נ' ס'] אלא בהיתר של בית משפט".

לשיטת המשיבים, "דווקא זהו הסדר שלילי המלמד כי מקום שהמחוקק סבר כי לא די בהסכמה, וכי עדיין נדרש צו שיפוטי בנוסף לה, קבע כן ברחל בתך הקטנה". לגבי חיפוש בחומר מחשב, לעומת זאת, לא נקבעה הוראה דומה, כך שהמחוקק בחר "שלא להחריג מפורשות חיפוש בחומרי מחשב מהעיקרון הכללי לפיו אדם רשאי לוותר מדעת על זכויותיו".

62. דינה של טענה זו – להידחות. ככלל, בפסיקה נקבע כי יש לנקוט זהירות יתרה בקבלת טענות מסוג זה (להרחבה על הטעמים לכך, ראו: עניין מנאע, פסקה 21 והאסמכתאות שם). אף לגוף הדברים, איני סבור כי יש מקום להסקה שמבקשים המשיבים לעשות. עוד מקדמת דנא למדנו, כי "דיבור שבחיקוק הוא יצור החי בסביבתו. הוא מקבל צביונו מהקשר הדברים, ומכאן שיש לפרשנו לפי המטרה שאותו חיקוק – הוא ולא אחר – בא לשרת" (בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477, 513 (1970)). כך, את סעיף 4(ו) לחוק סמכויות אכיפה יש להבין באופן תלוי-הקשר, בהתייחס ל'סביבתו' החקיקתית'.

63. סעיף 4(א) לחוק זה קובע, כי קצין משטרה רשאי, בנסיבות המפורטות שם, להורות שייערך בחשוד חיפוש פנימי "אם החשוד נתן את הסכמתו לכך כאמור בסעיף קטן (ה)"; באותו סעיף-קטן נקבע, כי אם "מצא הרופא שאין מניעה בריאותית לעריכת החיפוש הפנימי, יסביר זאת לחשוד וישאל אותו אם הוא מסכים לחיפוש". הנה כי כן, סעיף 4(א) לחוק סמכויות אכיפה קבע את דרך הכלל, שלפיה בהינתן קיומו של "יסוד סביר לחשוד שבגופו של חשוד נמצאת ראיה להוכחת ביצועה של עבירה מסוג פשע או להוכחת הקשר שבין החשוד לבין ביצוע עבירה כאמור" – ניתן לבצע חיפוש פנימי בהתבסס על הסכמת החשוד. על רקע זה, בא סעיף 4(ו) וקבע כי במקרה של בדיקה גניקולוגית, יחול חריג לכלל, ולא ניתן יהיה לערוך את החיפוש ללא צו שיפוטי.

64. מובן, כי לא ניתן להסיק מהתם להכא. סעיף 4(ו) לחוק סמכויות אכיפה לא קבע חריג לעקרון כללי הנוגע לחיפוש בהסכמה, אלא לכלל ברור שנקבע בסעיף 4, שבו הוא עצמו מצוי. בענייננו, המחוקק לא קבע בפקודה, אף לא לגבי אחד מסוגי החיפוש המפורטים בה, כלל שלפיו ניתן לבצע את החיפוש בהסכמה. משלא נקבע כלל כאמור, ברי כי לא היה למחוקק כל טעם לקבוע לו חריג; והדברים ברורים.

65. זאת ועוד, ובהמשך לאמור, נדמה כי ניתן להפוך את טענת המשיבים בהקשר זה – ולמצער, את הגיונה – ולהפנותה דווקא נגד הפרשנות שאותה הם מבקשים לבסס. כך, מעיון בחוק סמכויות אכיפה ניתן ללמוד, כי מקום שבו ראה המחוקק להחיל ביצוע חיפוש בהתבסס על הסכמת האדם מושא החיפוש, עשה כן 'ברחל בתך הקטנה', לגבי כל הקשר והקשר (ראו סעיפים 2(ג), 3(א), 4(א), 4א(א), 14(ב); ולגבי מקרים מיוחדים, ראו גם: סעיפים 6 ו-14ג). אילו סבר המחוקק כי אכן קיים עקרון כללי המאפשר ביצוע חיפוש בהסכמת האדם מושא החיפוש, ללא הסמכה מפורשת, מה ראה לעגן סמכות זו באופן כה מפורט, לגבי כל הקשר בנפרד?

פרשנות בהתאם להתפתחות הטכנולוגית

66. טענה נוספת שהמשיבים העלו לפנינו, היא כי עלינו לפרש את סעיף 23א לפקודה בהתאם להתפתחות הטכנולוגית. כך, לדידם, השינוי באופיו ובחשיבותו של חומר המחשב בעידן הטלפון הנייד, והעובדה שמכשיר זה מכיל "מידע רב שעשוי להיות מידע חיוני לחקירה", מחייב לפרש את הסעיף באופן שנותן ביטוי לתמורות שחלו, מה שמחזק את עמדתם הפרשנית באשר לשאלת הסמכות.

67. אמנם, במישור העקרוני, מסכים אני לכך שבבואנו לפרש דבר חקיקה, בפרט כזה הקשור מעצם טבעו בעולם הטכנולוגיה, עלינו לאמץ גישה גמישה, וליתן משקל במסגרת מלאכת הפרשנות להתפתחויות טכנולוגיות רלבנטיות שחלו בהקשר של אותו דבר חקיקה. זוהי אחת מדרכי המשפט המקובל לגשר על הפערים – הקיימים תמיד – בין קצב התפתחותו של הדין לבין קצב השינויים הטכנולוגיים (לדיון בהיבטים שונים של סוגיה זו, ראו למשל, והשוו: ע"מ 3782/12 מפקד מחוז תל אביב-יפו במשטרת ישראל נ' איגוד האינטרנט הישראלי, פסקאות 23-29 לחוות-דעתי (24.3.2013)). זאת ועוד, אף אין לכחד כי דבר החקיקה הנדון, שנחקק לפני כ-30 שנה, ותוקן לאחרונה לפני כ-20 שנה, אינו מותאם למציאות הטכנולוגית הקיימת (ראו גם: ד"ר פאוריך, פסקאות 30 ו-44).

68. ואולם, אין באמור כדי להשפיע על פרשנותו של סעיף 23א(ב) לפקודה, שכן גם פרשנות גמישה היא, ובכן, פרשנות; וכידוע, גבולות הפרשנות הם גבולות הלשון (ראו למשל: ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד נ(3) 133, 171-172 (1996); בג"ץ 8987-22 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פסקה 29 לחוות-דעתי (2.1.2025)). כלל זה נכון בכל הקשר, אולם יפה ביתר שאת בענייננו, נוכח החשיבות היתרה הנובעת להקפדה על עקרון חוקיות המינהל בהקשר דנן, כמפורט לעיל. בנדון דידן, כפי

שהבהרתי, כבר מבחינה לשונית לא ניתן לפרש את סעיף 23א(ב) לפקודה, באופן שמאפשר להקנות למשטרה סמכות לעריכת חיפושים בחומר מחשב ללא צו שיפוטי. משאלה הם פני הדברים, אין בעקרון בדבר פרשנות גמישה, מותאמת לשינויים הטכנולוגיים, כדי לסייע למשיבים.

69. מכלל האמור עד כה עולה מסקנה ברורה: המשטרה נעדרת סמכות לבצע חיפוש בחומר מחשב ללא צו שיפוטי; ואין בהסכמת האדם מושא החיפוש כדי להקים סמכות כאמור, בניגוד ללשונו המפורשת של סעיף 23א(ב) לפקודה. במידה רבה, ניתן היה לחתום את הדיון כבר בשלב זה. ואולם, על מנת שהתמונה לא תימצא חסרה, ובהתחשב בכך שהעתירה דנן מעוררת כמה סוגיות מורכבות נוספות, ראיתי להידרש אל סוגיות אלה, בקיצור המתבקש.

על סמכות מיטיבה ועקרון חוקיות המינהל

70. טענה מרכזית שהעלו המשיבים, היא כי אין לקבל מצב שבו חשוד בביצוע עבירה, שבידו ראיות מזכרות המצויות בטלפון הנייד שלו, לא יוכל לאפשר לחוקריו לבצע חיפוש בו ללא צו, שכן הדבר יביא לכך שסיום החקירה יתעכב לשווא, וזכויותיו של החשוד יפגעו שלא לצורך. לא אכחד, המחשבה כי חשוד חף מפשע יעוכב לשווא בחקירה או במעצר, כאשר ניתן למנוע אותו עיכוב – מעוררת אי-נחת של ממש. ואולם, סבורני כי לא די בכך כדי לשנות מן הקביעה כי אין בנמצא מקור סמכות לעריכת חיפוש מוסכם בחומר מחשב.

71. תחילה אציין בהקשר זה, כי העותרים טענו בתגובה לטענה האמורה, שעתירתם אינה מכוונת כלפי מקרים שבהם החשוד מציע מיוזמתו כי יערך חיפוש בחומר המחשב שברשותו, אלא רק למקרים שבהם הגורם היוזם הוא השוטר. אמנם, ניתן להניח כי למצער לגבי אותם מקרים, יש בכך כדי לצמצם את הקושי האמור. אולם בכך לא סגי, שכן עלולים להתעורר בהקשר זה אתגרים מעשיים, הנוגעים ליכולת לדעת לאחר מעשה מי היה הגורם היוזם, ככל שיעלו טענות באשר לכך (אף עשויות להתעורר טענות לגבי הפגיעה בצדדים שלישיים כתוצאה מן החיפוש). איני סבור כי מדובר בהכרח בקשיים בלתי-פתירים, אולם לא הוצגו לנו טיעונים מספקים באשר לכך, ועל כן, אותיר את ההכרעה לגבי מקרים אלה – ובפרט בשאלה אם חל לגביהם דין שונה ממקרים שבהם השוטר הוא זה שיזם את החיפוש המוסכם – לעת מצוא. בין כה ובין כה, כפי שאבהיר להלן, איננו נדרשים לבסס הכרעתנו בטענה האמורה על אותה הבחנה הנוגעת לאופי הגורם היוזם את החיפוש.

72. הטעם העיקרי לכך שחרף הקושי, אין בחשש האמור כדי לשנות מן ההכרעה במישור הסמכות, נובע בפשטות מכך שעקרון חוקיות המינהל חל גם לגבי פעולות מיטיבות (ראו למשל: ברק-ארז, עמודים 153-155; בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746, 767-768 (2004) (להלן: עניין האגודה לזכויות האזרח)). כך, כפי שצוין, הרשות המינהלית רשאית ומוסמכת לעשות רק אותן פעולות שהחוק הסמיך אותה לעשותן; והדברים יפים בין אם מדובר בפעולות פוגעניות, בין אם מדובר בפעולות מיטיבות, ובין אם מדובר בפעולות אחרות. בכך יש, במידה רבה, כדי לחתום את הדיון לגבי טענה זו.

73. ודוק: בענייננו הדברים מקבלים משנה תוקף, שכן הסמכות הנדונה אינה אך סמכות מיטיבה, אלא סמכות שעשויה להיות פוגענית לפחות באותה מידה שבה היא עשויה להיטיב, בהתאם להקשר הדברים. כך, המשיבים לא טענו כי בכוונתם להגביל את השימוש בחיפוש מוסכם בחומר מחשב, אך למקרים שבהם החשוד מבקש להוכיח את חפותו במהירות; למעשה, מובן כי הם לא יחילו על עצמם מגבלה כאמור, שכן עולה בבירור מהקשר הדברים, כי התכלית העיקרית העומדת בבסיס השימוש בכלי זה היא דווקא התכלית החקירתית (עדות חזקה לכך, המעיבה כצל על טענת המשיבים באשר לתכלית המיטיבה, היא שתכלית זו לא הוזכרה כלל בנוהל, על כל גלגוליו, ובכלל זאת בסעיפים העוסקים בתכליות ובשיקולים שעל הפרק). במובן זה, הטיעון של המשיבים כלל אינו תקף; אפילו הייתי מניח כי די בעובדה שחיפוש מוסכם בחומר מחשב יכול להיטיב עם האזרח בחלק מהמקרים, כדי להקים סמכות לבצעו באותם מקרים; ברי כי אין בכך כדי להקים סמכות לבצע פעולה זו בכל מקרה, ובפרט כאשר יש לפעולה זו השלכות פוגעניות במונחי זכויות.

74. אוסיף עוד שלוש הערות בהקשר זה. ראשית, המשיבים לא הציגו כלל נתונים שיש בהם כדי ללמד על היקף המקרים שבהם החיפוש המוסכם בחומר מחשב מאפשר שחרור מהיר של חשודים חפים מפשע. העדרם של נתונים כאמור נזקף, מטבע הדברים, לחובתם; ומשפיע באופן מהותי על בחינת הטענה, שכן ברי כי משקלה נגזר גם משכיחותם של אותם מקרים, כשיעור מבין כלל החיפושים המוסכמים בחומר מחשב. שנית, אל לנו לשכוח כי מדובר, בסופו של דבר, בפגיעה מתוחמת מעצם הגדרתה, במובן זה שהיא מגודרת לשעות הספורות החולפות עד למתן הצו המתיר את החיפוש. הגם שאין להקל ראש בפגיעה זו כלל וכלל, דומני, במלוא הזהירות, כי גם אין להפריז בה יתר על המידה.

75. שלישית, הטענה שלפיה הפעלת סמכות משטרתית שעשויה להביא לפגיעה בזכויות יסוד היא חוקית, שכן היא עשויה גם להיטיב עם חפים מפשע, מגלמת היגיון מטריד קמעא; שאף אינו מתיישב עם ההיגיון המנחה את הדין לגבי סמכויות המשטרה בהליך הפלילי. מבלי למצות, אציין כי אימוץ נקודת מבט זו, של האזרח החף מפשע המעוניין לסיים את ההליך במהירות האפשרית, באופן שבו מציגים המשיבים את הדברים, עשוי להכשיר גם שימוש בסמכות דרקונית ביותר מצד המשטרה, אף ללא הסמכה מפורשת, שכן יהיה בכך כדי לזרז את החקירה, ו'להיטיב' – מנקודת המבט האמורה – עם החשוד החף מפשע. למעשה, קבלת היגיון זה אף עשויה לטלטל את כללי סדר הדין הפלילי – למצער אלה הנוגעים לשלב שטרם הגשת כתב אישום – מן היסוד, שכן הדעת נותנת כי הפעלתן של מרבית סמכויות החקירה, חרף פגיעתן בזכויות, עשויה לזרז גם את סיום החקירה של חשוד חף מפשע. סמכויות אלה, והכללים החלים לגביהן, נקבעים תוך שרטוט איזון עדין בין מגוון שיקולים כבדי-משקל (ראו לעיל, פסקאות 28-25), מתוך הנחה – ברורה למדי – כי בשלב זה לא ניתן לדעת אם החשוד אשם או חף מפשע. אי-ודאות מובנית זו, שנמצאת בבסיס מערכת הנורמות שבה עסקינן, ואשר בהסתמך עליה נקבעות הזכויות וההגנות המוקנות לחשודים, אינה מקבלת כל ביטוי בנקודת המבט שמציעים המשיבים. הקושי בכך – ברור ומובן.

מתח בסיסי: העדר סמכות של גורמי אכיפת החוק לביצוע פעולות המקדמות את האינטרס הציבורי

76. המשיבים טענו, בכמה וכמה הזדמנויות, כי חיפוש בחומר מחשב הוא "אמצעי בסיסי לאכיפת החוק, לחשיפת עבירות וללכידת עבריינים"; כי מדובר באמצעי חיוני לצורך יכולתה של המשטרה לבצע את התפקידים המוטלים עליה במהירות וביעילות; וכי "ללא כלי זה, תיגרע יכולת מהותית במלאכת החקירה ויפגעו יכולות המשטרה עד מאוד בתקופה בה מכשירי טלפון מהווים חפץ וכלי מרכזי בחקירות".

77. אציין תחילה בהקשר זה, כי אמנם, אין חולק על חשיבותו של חיפוש בחומר מחשב לשם ביצוע תפקידי המשטרה, אולם אל לנו לשכוח, כי לפי הנתונים שהמשיבים בעצמם הציגו, החיפושים המוסכמים מהווים אך 8%-9% מסך החיפושים בחומר מחשב, כאשר בנתון זה נכללים גם חיפושים מוסכמים בחומר מחשב שאינם של נחקרים וחשודים (כך שהנתון הרלבנטי לגבי החיפושים מושא העתירה, הלכה למעשה, נמוך יותר). זאת ועוד, המשיבים לא הציגו נתונים לגבי שיעור המקרים מתוך אותם חיפושים מוסכמים, שבהם היתה נפגעת חקירה באופן ממשי כתוצאה מן הצורך להמתין לצו שיפוטי, חלף

התבססות על הסכמה; גם כאן, הדבר מעורר קושי, ועומד להם לרועץ. על כל פנים, נדמה כי אין זה מרחיק לכת לסבור כי מדובר אך בחלק מכל אותם חיפויים מוסכמים הנוגעים לחשודים, מה שמקטין עוד יותר את היקף המקרים שעל הפרק. אם כן, הגם שמובן כי אין לבטל את הפגיעה בעבודת המשטרה, כפועל יוצא מכך שלא תוכל לערוך חיפויים מוסכמים בחומר מחשב ללא צו שיפוטי, בהעדר חקיקה מסמיכה – נדמה, בכפוף לסייגים המתחייבים, ומבלי לטעת מסמרות, כי למצער על בסיס הנתונים שהוצגו לנו, גם אין מקום להרחיק לכת לגבי היקפה.

78. חשוב מכך, אפילו הייתי מקבל את טענת המשיבים לגבי היקף הפגיעה בעבודת המשטרה – ובהתאם לכך, באינטרס הציבורי – ככתבה וכלשונה, הרי שלפנינו מתח בסיסי, המתעורר במקרה שבו גורמי אכיפת החוק נעדרים סמכות לביצוע פעולות הנדרשות לשם מילוי תפקידם באופן מיטבי; אם תרצו, התנגשות בין עקרון חוקיות המינהל לבין האינטרס הציבורי באכיפת החוק. ההתנגשות קשה, אולם אינה תקדימית; ההכרעה בה, בשיטת משפטנו, עוד מקדמת דנא – נוטה בעקביות לעקרון חוקיות המינהל.

79. כך, עוד בשנת 1958, נדונה בבית משפט זה שאלת סמכותה של המשטרה לעיכוב חפצים הנדרשים לצורך הבאתם כראיה במשפט פלילי. באותו עניין נקבע, כי חרף האינטרס הציבורי בעיכוב ותפיסת חפץ הדרוש כראיה, בהעדר הסמכה מפורשת לעשות כן ללא צו שיפוטי – המשטרה אינה רשאית לתפוס ולעכב חפצים כאמור (ראו: עניין ברמן; ראו גם: רע"פ 1792/99 גאלי נ' משטרת ישראל, פ"ד נג(3) 312, 318 (1999)).

80. כ-14 שנים לאחר מכן, דן בית המשפט במתח האמור באופן מפורש, וקבע כדברים האלה:

"כאן רוצה אני רק להתעכב על טענה הנשמעת לא פעם, לפיה עלולים בתי-המשפט בשל מנהגם זה [לפרש את סמכויות המשטרה באופן דווקני – נ' ס'], לפגוע ביעילות מלחמתה של המשטרה בעבריינות. לפי דעה זו אין זה נכון להכביד יתר על המידה על פעולות המשטרה שכל תכליתן לגלות את הפשע ומבצעיו, וכי לכן אין לעמוד על קוצו של יוד בפירוש החוקים המעניקים למשטרה או לפרט את סמכויות המעצר. [...] עם כל ההבנה שיש לבתי-המשפט לקשיים בהם נתקלים אנשי המשטרה במילוי תפקידם הקשה, הרי כשמדובר בזכות יסוד זו של שמירת חופש הפרט, אין מנוס מן הדרישה כי יקפידו על כל תג ותג מדרישות החוק, גם בנסיבות הקשות בהן הם נתקלים" (המ' 44/72 שמשי נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 654, 660-661 (1972)).

81. מגמה זו נמשכה, כאשר דן בית משפט זה בשאלה אם שירות בתי הסוהר מוסמך להורות על ביצוע חוקן בעצור, מבלי שנתן הסכמתו לכך. הרקע לדיון, היה שעקב הברחת כמויות ניכרות של סמים מסוכנים לבית המעצר ברמלה, ושלל השלכות שליליות שנבעו מכך, קבע שירות בתי הסוהר נוהל, המתיר לבצע חוקן בגופו של עצור, אם יש יסוד ממשי לחשד כי העצור נושא סם בגופו. כתוצאה מיישום הנוהל, ירד שיעור השימוש באותם סמים בבית המעצר באופן דרמטי, מ-70% ל-2% בלבד; בהתאם פחתו גם תופעות האלימות ושאר ההשלכות הכרוכות בכך.

82. בפסק הדין, שהפך ברבות הימים לאחד מן הקאנוניים שבמשפט הישראלי, נקבע כי בהעדר הסמכה מפורשת, הנוהל האמור – אינו חוקי. נוכח חשיבותם לענייננו, אביא את הדברים כלשונם:

”אמת הדבר, המניע של המשיב מס’ 2 הוא טוב וראוי, אך האמצעי שננקט על-ידו אינו מעוגן בחוק. ההכרעה אליה הגענו לא היתה קלה, שכן שני אינטרסים חשובים מתנגשים בענייננו ללא אפשרות של פשרה. האחד, הוא האינטרס של כל אדם – לרבות עצור ואסיר – לשלמות גופו ולכבודו כאדם; האחר, האינטרסים של האסירים ושל המדינה לניהול תקין של בית הסוהר, ולשחרור בתי הסוהר מנגע הסמים המסוכנים. שני אינטרסים אלה חשובים לנו. אילו עלה הדבר בידינו היינו מבקשים לאזן ביניהם תוך מציאת שיווי משקל נאות. אך העובדות כפי שהוצגו לנו – והמהוות על כן תשתית עובדתית להכרעתנו השיפוטית – אינן מאפשרות לנו איזון זה. על כן אין מנוס מהכרעה חדה וברורה. הכרעתנו זו באה על יסוד המצב המשפטי הקיים. ראינו כי סמכות החיפוש מזה, וסמכות השלטת הסדר מזה, אינם מכשיר משפטי ראוי להסדרת הבעיה הקשה שעתירה זו הציבה לפנינו [...] לא רק שהביטוי ‘חיפוש’ על-פי מובנו הרגיל אינו מאפשר חדירה לגופו של אדם פנימה, אלא אף מדיניות משפטית ראויה, הערה לתוצאות החמורות אליהן תוביל הפרשנות המוצעת על-ידי המדינה, אינה מאפשרת הסקת מסקנה זו” (בג”ץ 355/79 קטלן נ’ שירות בתי הסוהר, פ”ד לד(3) 294, 303 (1980) (להלן: עניין קטלן); ההדגשות הוספו – נ’ ס’).

83. הפסיקה המשיכה ועמדה, לא אחת, על עקרון זה, שלפיו גם אם הפגיעה בזכות על-ידי גורמי אכיפת החוק נועדה לתכלית ראויה, ותוצאותיה עשויות להיטיב עם האינטרס הציבורי, עליה להיעשות אך ורק מכוח הסמכה מפורשת (לדוגמאות מובהקות, ראו: בש”פ 11109/03 שקארנה נ’ מדינת ישראל, פ”ד נח(2) 350, 354 (2004); עניין האגודה לזכויות האזרח; רע”ב 6976/18 שירות בתי הסוהר נ’ פרש (16.6.2021); עניין טבקה, פסקאות 34-36 ו-38-40 לפסק הדין של הנשיאה חיות; אציין כי בכל אותם

מקרים, אף אם התעוררה מחלוקת בין חברי ההרכב, היתה זו מחלוקת באשר לשאלה אם ההסמכה באותו הקשר מפורשת דיה, לא לגבי השאלה אם נדרשת הסמכה מפורשת).

84. ודוק: ער אני לקביעה בעניין בן חיים, שלפיה "עצם העובדה שהשוטר פועל לשם מטרת אלה [אכיפת החוק, הגנה על שלום הציבור, מניעת עבירות ותפיסת עבריינים – נ' ס' ולשם קידום האינטרס הציבורי כמובן שאינה מכשירה את חריגת השוטר מסמכויותיו, אך יש בה כדי להשפיע על פרשנות סמכויות אלה" (שם, פסקה 24). ואולם, ככל שכוונתה של קביעה זו, היא כי בהתחשב באינטרס הציבורי שמקדמות פעולותיה של המשטרה, יש לפרש דווקא בהרחבה את סמכויותיה, גם מקום שהיא כרוכה בפגיעה בזכויות – סבורני כי קביעה זו אינה הכלל, אלא חריג לכלל השזור בפסיקתנו, אשר כפי שהראיתי לעיל, יושם פעמים רבות במשך יובל שנים לפני הלכת בן חיים; גם אחריה (ואכן, לא בנקל ניתן למצוא הדים לקביעה זו בפסיקה מאוחרת יותר, אם בכלל).

85. אם כן, העתירה דנן מעוררת מתח קשה, הנובע מכך שהמשטרה נעדרת סמכות לבצע פעולות שיש בהן, ככל הנראה – לצד פגיעה מסוימת בזכויות – כדי לתרום באופן ממשי לפעילותה האפקטיבית, ובהתאם לכך לאינטרס הציבורי. אין לכחד, ההתנגשות קשה; מעוררת אי-נחת. ואולם, דברה של הפסיקה לגביה – ברור למדי; בהעדר הסמכה מפורשת, פעולתה של המשטרה, ככל שהיא כרוכה בפגיעה בזכויות – לא תסכון.

הערות נוספות במישור התוצאתי

86. הדיון בחלק האחרון התבסס על הנחת מוצא שמקבלת את עמדת המשיבים, כי אכן, ביצוע חיפוש מוסכמים בחומר מחשב של חשוד תורם רבות ליכולתה של המשטרה לבצע את תפקידה ביעילות, בהיבטי אכיפת החוק, חשיפת עבירות ולכידת עבריינים. אמנם, המשטרה היא הרשות המוסמכת המפקדת על היבטים אלו, ולה נתון שיקול הדעת המקצועי לגביהם. אף על-פי כן, תהיות קטנות אחדות.

87. קיימים חשודים משני סוגים: אשמים וחפים מפשע. מאליו מובן, כי לחשוד האשם אין כל טעם טוב להסכים לביצוע החיפוש, ולאפשר למשטרה מרצונו החופשי לאסוף ראיות מפלילות נגדו. בנסיבות אלו, ככל שתינתן הסכמתו, נדמה כי ניתן למצוא לכך שלושה הסברים מרכזיים: מדובר בחשוד שאינו רציונלי או מודע באופן מספק; החשוד אינו שם מבטחו בשוטר כי לא יבצע את החיפוש בלאו הכי, גם בהעדר צו שיפוטי; או שהוא חושש כי סירובו לביצוע החיפוש ישמש נגדו (ראו והשוו: עניין בן

חיים, פסקה 3(ב) לחוות הדעת של השופט דנציגר; הרדוף, עמוד 53). בין כה ובין כה, הסכמה חופשית, כזו שניתן לכנותה הסכמה מדעת – אין כאן. אמנם, קיימת אפשרות נוספת, שהחשוד האשם סבור – בשגגה – כי לא יהיה בחיפוש בחומר המחשב שלו כדי להפלילו, אולם ניתן להניח כי מדובר בנתח מקרים שולי למדי. הגם שברי כי הלכה למעשה, אנשים אינם מתנהגים בפועל בדיוק כפי שמלמד ניתוח התמריצים הרציונלי, נדמה כי בכל זאת, יש באמור כדי לעורר סימני שאלה לגבי התועלת, במונחי חשיפת עבירות ולכידת עבריינים, שיש בפרקטיקה האמורה, ככל שאכן נדרשת לגביה הסכמה אמיתית.

88. תהייה נוספת במישור התועלת, נוגעת לשאלת הערך המוסף המתקבל כתוצאה מחיפושים מוסכמים בחומר מחשב. ניתן להניח – ולמצער, יש לקוות – כי החיפושים המוסכמים המתבצעים בחשודים, הם כאלה שניתן היה להשיג עבורם צו שיפוטי (גם לפי הנוהל, נדרשת עמידה בקריטריונים למתן צו חיפוש לשם ביצוע חיפוש מוסכם). ככל שאלה הם פני הדברים, נדמה כי הערך המוסף העיקרי מחיפושים מוסכמים, במונחי תועלת חקירתית, מתקבל במקרים שבהם ישנה חשיבות מיוחדת להפרשי הזמנים בין מתן ההסכמה לבין קבלת הצו השיפוטי. כפי שצינתי לעיל, לא הוצגו לנו על-ידי המשיבים נתונים באשר לשיעור המקרים שבהם זהו אכן מצב הדברים; אף לא הערכה מקצועית. על כל פנים, הדעת נותנת כי מדובר אך בחלק מסוים מסך החיפושים המוסכמים המתבצעים בחומרי מחשב, מה שתוחם עוד יותר את היקף ומידת התועלת הגלומה בחיפושים אלה (ומן הצד שני, מגביל את מידת הפגיעה הנוצרת כתוצאה מן הקביעה כי המשטרה נעדרת סמכות לבצעם).

89. בהמשך לאמור אציין, כי מצאתי קושי של ממש בתשתית העובדתית שהונחה לפנינו. כפי שעולה מהערותי לעיל, המשיבים העלו במסגרת ההתדיינות כמה וכמה טענות, שביסודן ניצבות הנחות עובדתיות שונות, שלא זכו לביסוס של ממש. הדבר מעורר קושי, בידענו כי הדין נגזר, במידה רבה, מן העובדות; ובהינתן שהנתונים הרלבנטיים למרבית השאלות שעל הפרק מצויים, באופן בלעדי, אצל המשיבים. ודוק: אפילו לא ניתן היה להביא נתונים 'קשיחים' באשר לחלק מן הסוגיות, ניתן היה לתמוך את הטענות בחוות דעת מקצועיות של הגורמים הרלבנטיים אצל המשיבים, ועוד כיוצא באלה. על כל פנים, הדברים נאמרים כאן במבט צופה פני עתיד: על משיבי המדינה (כמו גם על העותרים) מוטלת חובה לפרוס תשתית עובדתית מלאה ככל הניתן לפני בית המשפט; והדברים הם בבחינת קל וחומר, מקום שבו מדובר בטענות המתבססות באופן מובהק על הנחות עובדתיות (להרחבה על החשיבות והתועלות המרובות הגלומות בטיוב

הממד האמפירי-עובדתי במשפט הציבורי, ראו למשל: נטע ברק-קורן "כלים אמפיריים במשפט החוקתי" משפטים על אתר יט 1 (2024); דפנה ברק-ארז "משפט ציבורי ונתונים אמפיריים: בימים ההם ובזמן הזה" משפטים על אתר יט 40 (2024)).

השלכות רוחב

90. בעמודים האחרונים, התמקדתי בהיבטים שונים של הפגיעה הפוטנציאלית ביכולתה של המשטרה לבצע את תפקידיה, ולשמור על האינטרס הציבורי בתחומים שעליהם היא אמונה, בעקבות הקביעה כי היא נעדרת סמכות לבצע חיפוש מוסכם בחומר מחשב ללא צו שיפוטי. ואולם, מדובר רק בצד אחד של הבחינה התוצאתית. סוגיה נוספת שיש מקום לתת עליה את הדעת, נוגעת להשלכות הרוחב הפוטנציאליות אשר עלולות לנבוע מאשרור הפרקטיקה של ביצוע חיפוש מוסכמים בחומר מחשב, בהעדר הסמכה מפורשת (ובניגוד ללשון החוק). אעמוד על שתיים כאלה.

91. השלכה אפשרית ראשונה, נוגעת ליחס בין חיפוש מוסכם צו שיפוטי לחיפוש מוסכמים. אף לשיטת מי שסבור כי המשטרה אכן מוסמכת לבצע, בנסיבות מסוימות, חיפוש מוסכם בחומר מחשב, ברי כי על חיפוש מוסכם זה להיות חריג, לא הכלל (כך מורה גם הנוהל); הדבר נובע ישירות מסעיף 23א(ב) לפקודה, כמפורט לעיל. נכון להיום, כפי שעולה מנתוני המשיבים – זהו אכן מצב הדברים. ואולם, לא ניתן להתעלם מן החשש כי אשרור הפרקטיקה האמורה על-ידינו עלול להוביל לשחיקה בהיבט זה, ולהגברת השימוש בחיפוש שאינם מסתמכים על צו שיפוטי. הדברים אף מקבלים משנה חשיבות, בהינתן שלמגמה כאמור עשויה להיות השפעה גם על טיב החיפוש המתבצעים מלכתחילה; זאת, בזכרנו כי "עצם קיומה של ביקורת שיפוטית על פעולותיה של רשות חוקרת [...] יש בו אלמנט מרסן כלפי הרשות, המסייע בסינון פעולות שחורגות מהסביר" (דנ"פ אוריך, פסקה 52).

92. המחשה לכך שהמגמה האמורה איננה אך בבחינת חשש תיאורטי, ניתן למצוא במערכת האכיפה הצבאית, שגם בה הונהגה פרקטיקה זו (ואף בשלב מוקדם יותר). כך, בשנת 2014, רק 490 מתוך 2499 חיפוש בטלפונים ניידים שנעשו במערכת זו, בוצעו בהסתמך על צו שיפוטי (כ-20%); בשנת 2015 נרשם יחס דומה (ראו: ריטיגשטיין-אייזנר, עמוד 132 והאסמכתאות שם). עלינו לעמוד על המשמר אפוא מפני יצירת מצב דברים דומה.

93. השלכה אפשרית שניה, עניינה במשמעות של אשרור הפרקטיקה דנן על התנהגות רשויות האכיפה, במבט צופה פני-עתידי (ראו והשוו לדיון בעניין קטלן, עמודים 299-301). באשרור זה מגולם מסר שעשוי להשתמע כמעין 'העלמת עין' מצד בית המשפט, באשר לאפשרותן של רשויות האכיפה לפעול בהעדר סמכות, כל עוד יש תועלת בפעולה, ובהנחה שלגופם של דברים, מתבצע 'איזון סביר' בין השיקולים שעל הפרק. המדרון בהקשר זה – חלקלק; אחריתו – מי ישורנה. גם בהקשר זה, החשש אינו תיאורטי כלל, ולמעשה, המקרה שלנו יוכיח: הלכת בן חיים נקטה בגישה האמורה, ואשררה ביצוע חיפוש נעדר סמכות מפורשת. ראו גורמי האכיפה כי טוב, והרחיבו את העקרון גם לחיפוש בחומר מחשב, חרף לשונה הברורה של הפקודה. כל המשך של מגמה זו, מעורר קושי של ממש, ועלול להביא לפגיעה הולכת וגוברת; הן בזכויות יסוד, הן בעקרון שלטון החוק.

94. סיכומם של דברים: מכלל האמור עולה, כי למשטרה אין סמכות לערוך חיפוש מוסכמים בחומר מחשב, ללא צו שיפוטי; וכי אף אם הייתי מניח כי טעמים אחרים יכולים להצדיק הכרה בסמכות כאמור, חרף העדרה של הסמכה מפורשת – כלל אין זה ברור כי בנדון דידן, במכלול השיקולים, יהיה מוצדק לעשות כן. משאלה הם פני הדברים, שוב אין צורך לדון בראש השני של העתירה, הנוגע לנקודת המבט של האדם שמתבקשת הסכמתו לעריכת החיפוש, ובכלל זאת, לשלל השאלות המורכבות המתעוררות בבואנו לבחון הסכמה כזו. את הדיון בשאלות אלה – כמו גם אחרות, כגון שאלת הפגיעה בפרטיות של צדדים שלישיים כתוצאה מביצוע חיפוש כאמור – אותיר אפוא לעת מצוא.

טרם סיום: הערה על היחסים בין הרשויות בהקשר דנן

95. עוד בפסק הדין בעניין היינץ, שניתן בשנת 2011, צוין כי "המדינה מסרה בבקשתה לרשות ערעור מיום 14.12.2008 כי מחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים שוקדת על הסדר כולל בדיני החיפוש שבו יינתן מקום נכבד לחיפוש במחשב"; כי "הסדרה כזאת הינה חיונית, ומשכך ראוי לה שתסתיים בקרוב"; וכי "מורכבותו של הנושא ורגישותו מחייבות כי התאמתו של הדין לחידושי הטכנולוגיה ולפוטנציאל הפגיעה שהטכנולוגיה גוררת בעקבותיה תעשה לא רק ברצינות ובאחריות אלא גם במהירות הראויה".

96. כעשור לאחר מכן, בפסק הדין בדנ"פ אוריר, שבנו ועמדנו על הצורך הדוחק בהסדרת הסוגיה של חיפוש בחומר מחשב על-ידי המחוקק, והתאמת הדין למציאות הטכנולוגית המשתנה ולצרכי השעה (ראו שם, פסקה 131 לפסק הדין של הנשיאה חיות; פסקה 7 לחוות דעתי; פסקה 21 לחוות הדעת של השופטת ד' ברק-ארז; פסקה 17 לחוות

הדעת של השופט ג' קדא). הדברים לא נאמרו בחלל ריק; מלאכה מרובה נעשתה, הצעת חוק מקיפה הונחה על שולחן הכנסת, אולם כפי שצינתי שם, למרבה הצער, "הצעת החוק הרלבנטית, משנת 2014 (בעקבות מסקנות ועדה בראשות השופט ד' לוין משנת 1996) מונחת כאבן שאין לה הופכין משך שנים רבות ולא מקודמת" (ראו גם: בש"פ 1758/20, פסקאות 25-27 לפסק-דין).

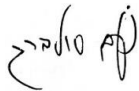
97. הלכה למעשה, בקשת המשיבים – קרי, הרשות המבצעת – בהליך זה, היא ש'נוציא את הערמונים מהאש' עבור הרשות המחוקקת, שנמנעת מלמלא אחר תפקידה בהסדרת הנושא כבר שנים רבות, וניתן אנחנו בידיהם את הכלים הדרושים להם לטובת מילוי תפקידיהם נוכח צרכי השעה. אף אם היה ביכולתנו לעשות כן במסגרת הדין הקיים – וכפי שהבהרתי, סבורני כי אין זה מצב הדברים – כלל אין זה מובן מאליו כי היה זה רצוי כי נעשה כן.

98. אמנם, הקביעה כי המשטרה נעדרת סמכות לבצע פעולה שהיא סבורה שמסייעת לה במילוי תפקידיה, היא קביעה שאינה פשוטה כלל ועיקר. ואולם, לעתים 'קיצורי דרך' מובילים לבסוף לאובדן דרך. ככל שלא נמתח קו ברור, עלולים אנו להמשיך באותו מסלול, טלאי על גבי טלאי; הרשות המבצעת תמשיך לפנות בדרך הקצרה, לבקש – ולעתים גם למצוא – מזור בבית המשפט, תוך שהנושא לא יוסדר בראייה רחבה על-ידי המחוקק, כנדרש לסוגיה כה מורכבת ורגישה. בראייה רחבה, ארוכת-טווח, נזקה של דרך זו – עולה על תועלתה; אין לדעת לאן היא עלולה עוד להוביל.

99. חלף קיצורי דרך, וחרף הקושי שבהכרעה זו – הגם שמבחינה משפטית, סבורני כי היא היחידה האפשרית בנסיבות העניין – נדמה כי מוטב להסיט את הספינה לכיוון דרך המלך; אין מנוס מלהציב גבול. גם בהקשר זה, יש טעם רב בדברים שצוינו בעניין קטלן, בשינויים המחויבים לענייננו:

"אם למרות זאת סבורה הממשלה כי התוצאה אליה הגענו אינה מניחה את הדעת בכל הנוגע למצב בבתי הסוהר, הכוח בידה לפנות בעניין זה לכנסת לשם הסדרת הבעיה, ויתכן אף כי יהיה צורך בחקיקה דחופה לעניין זה. אכן, לדעתנו הדרך הראויה להסדרת הסוגיה כולה היא בדרך של חקיקה ראשית" (שם, עמוד 303).

100. משבאתי לכלל מסקנה כי המשטרה נעדרת סמכות לעריכת חיפוש מוסכם בחומר מחשב, בהעדר צו שיפוטי, סבורני כי אין מנוס מהפיכת הצו על-תנאי למוחלט; אציע אפוא לחברי כי כך נעשה, ונורה על ביטול הסעיפים בנוהל המתירים חיפוש בחומר מחשב בהתבסס על הסכמת הנחקר. לצד זאת, בשים לב לטענות המשיבים באשר לחשיבותו של כלי זה לשם ביצוע תפקידיהם, ומתוך כוונה לאפשר שהות מספקת להסדרת הסוגיה בחקיקה, על כל המשתמע מכך (ככל שיראה המחוקק לנכון לעשות כן), אציע כי הביטול לא יכנס לתוקפו באופן מיידי, אלא לאחר תקופת מעבר של 18 חודשים (ראו למשל, והשוו: עניין האגודה לזכויות האזרח, עמודים 763 ו-768; בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 530-531 (1998); בג"ץ 10296/02 ארגון המורים בבתי הספר העל-יסודיים, בסמינרים ובמכללות נ' שרת החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נט(3) 224, 240 (2004)). למען הסר ספק אבהיר, כי לאורך תקופת המעבר, על המשיבים למלא את חובותיהם המתוקנות של הנוהל, שמטרתן להבטיח, ככל הניתן, כי הסכמת הנחקר לביצוע החיפוש בחומר המחשב היא אכן הסכמה מדעת.



נעם סולברג
משנה לנשיא

הנשיא יצחק עמית:

אני מסכים לפסק דינו של חברי, המשנה לנשיא, השופט נ' סולברג.

1. הטלפון החכם "הפך זה מכבר לידידו הטוב של האדם" אשר "משמש גם כמחשב, גם כמצלמה, גם כטלפון ועוד פונקציות רבות, בגינם נתפס המכשיר בעיני רבים ל'צינור' אל העולם שבחוץ, ואף לפלטפורמה באמצעותה אנשים מנהלים מערכות יחסים חברתיות" (ע"פ 8627/14 דביר נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (14.7.2015)). על רקע זה, ברורה עוצמת הפגיעה – בכוח ובפועל – בזכות לפרטיות של החשוד-הנחפש ושל צדדים שלישיים, הטמונה בחיפוש במכשיר הטלפון החכם. בשל הפוטנציאל המשמעותי לפגיעה בפרטיות הנלוות לחיפוש, אף אני סבור כי נדרשת הסמכה מפורשת לעריכת החיפוש וזאת גם בנסיבות שבהן ניתנת הסכמת החשוד לכך. כל זאת בפרט נוכח הלשון

בה נקט המחוקק בסעיף 23א(ב) לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 (להלן: הפקודה): "[...] לא ייערך חיפוש כאמור בסעיף קטן (א), אלא על-פי צו של שופט [...]".

2. החיפוש בטלפון החכם נעשה כחלק מהשלב הקריטי של החקירה, שלב שמתמקד באיסוף הראיות שנדרשות לצורך גילוי האמת ולגיבוש התשתית העובדתית הנחוצה לבירור פוטנציאל ההעמדה לדין בנסיבות העניין (ע"פ 10596/03 בשירוב נ' מדינת ישראל, פסקה 20 (4.6.2006); דנ"פ 5852/10 מדינת ישראל נ' שמש, פ"ד סה(2) 363, 408 (2012) (להלן: עניין שמש)). ראו גם: מאיר גלבוש "חקירה ומחקר מדעי – או האחריות המוגברת על החוקר לחשיפת האמת בהליך הפלילי" הרשעות שווא: היבטים פילוסופיים, פסיכולוגיים וארגוניים 3, 9 (רונית פלד-לסקוב ואח' עורכים, 2012); עמיקם הרפז ומרים גולן משפט ושיטור – זכויות אדם וסמכויות משטרה 219 (2018)). ככלל, לגורמי החקירה מוקנות סמכויות רבות על מנת להגשים את האינטרסים הציבוריים שבמיצוי הדין עם עבריינים, מניעת פשיעה, הגנה על שלום הציבור וחקר האמת (דנ"פ 1062/21 אורין נ' מדינת ישראל, פסקה 27 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות (11.1.2022); בג"ץ 8987/22 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פסקה 80 לפסק דינו של ממלא מקום הנשיא (בדימ') ע' פוגלמן ופסקאות 3-4 לפסק דינה של השופטת י' וילנר (2.1.2025)). לצד האמור, חופש הפעולה של גורמי החקירה הוא לא בלתי מוגבל, והמטרה אינה מכשירה את כל האמצעים. על כללי ניהול החקירה לאזן אפוא בין חקר האמת והרצון למנוע עבירות ולגלותן, ובין הרצון להגן על זכויות הנחקר ובהן הזכויות לכבוד, לחירות, לקניין ולפרטיות (ראו: סעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; עניין שמש, בעמ' 416-417; בג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל, פ"ד סה(2) 694, 717 (2012)).

3. יש להצר על כך שהמחוקק עדיין "לא הרים את הכפפה" בנושא החיפוש בטלפונים חכמים, חרף הערות בית משפט זה. כך, כבר לפני למעלה משמונה שנים, ברע"פ 9446/16 התובעת הצבאית הראשית נ' סיגאוי (19.6.2017), העיר בית משפט זה כי "לא מן המותר להרהר גם בשאלה האם אין זה ראוי להסדיר את הנושא הספציפי בחקיקה".

החיפוש בטלפון החכם הוא כיום כלי שאין בלתו בלחימה בפשיעה, דווקא בשל כמות ואיכות המידע שנצבר בו. עושר הנתונים שעשוי להיחשף כתוצאה מחיפוש בחומר מחשב עשוי לתרום בצורה משמעותית לקידום מטרות הליך החקירה: "השימוש

האינטנסיבי במחשבים הופך אותם גם לאוצר בלום של ראיות מפליליות ומידע רלוונטי אשר יכול וצריך לשמש את רשויות החקירה במאבקן במפרי חוק ועוברי עבירה" (רע"פ 8873/07 היינץ ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה 17 (2.1.2011)). הגבלת השימוש בכלי החיפוש בטלפון הנייד מחייבת אפוא איזון עדין, שאם לא כן ייאלצו גופי החקירה להתמודד עם אתגרי הפשיעה – בין פשיעה קלה ובין פשיעה מתוחכמת – ללא מלוא הכלים הנחוצים בידיהם. חברי המשנה לנשיא סולברג העמיד לרשות המחוקק והרשות המבצעת פרק זמן של 18 חודשים כדי להסדיר את הנושא בחקיקה, ויש לקוות כי לא יידרש פרק זמן כה ממושך כדי להוסיף ללשון סעיף 23א(ב) לפקודה לכל הפחות את המילים "או מכוח הסכמה מדעת".

4. כפי שציין חברי המשנה לנשיא סולברג בפסק דינו, וכפי שהדגישה העותרת העתירה "אינה עוסקת בסיטואציות שבהן חשוד מבקש – מיוזמתו הוא – להציג בפני חוקריו ראיות ממכשיר הטלפון הנייד שלו" (סעיף 11 לתשובת העותרת לתגובה מיום 19.6.2023). בנוסף, ולאור התוצאה אליה הגענו, של היעדר הסמכה ללא צו שופט, איני רואה להידרש להבחנה האפשרית בין חיפוש שהוא בגדר "דפדוף" בטלפון בסמוך לאירוע או בנוכחות החשוד, לבין חיפוש במעבדה, לאחר פריקה והעתקה של כל תוכן הטלפון. לחיפוש מהסוג האחרון מתייחס סעיף ד(6) לנוהל המעודכן הקובע כי: "בטרם מתן הסכמה לחיפוש, החוקר יבהיר לבעל הרשאת הגישה והשימוש כי במסגרת החדירה והחיפוש בחומרי המחשב, ייתכן שתתבצע העתקה מלאה של כלל חומרי המחשב הנמצאים במחשב, בטלפון הנייד או בהתקן האחסון שבו אגורים חומרי המחשב שפורטו לעיל, ויתכן שיבוצע שימוש באמצעים טכנולוגיים לצורך פיענוח ועיון במידע המצוי בחומר המחשב הנ"ל, לרבות שחזור של קבצים מחוקים ופתיחת הצפנות וסיסמאות". ברי כי חיפוש מעבדתי הוא משמעותי יותר ומכאן מחייב דרישות מחמירות על מנת לוודא כי ההסכמה אכן תהיה מדעת.



יצחק עמית
נשיא

השופט דוד מינץ:

אני מסכים למסקנתו של חברי המשנה לנשיא נ' סולברג. הערה אחת בפי.

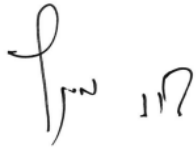
הלכת בן חיים (רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(3) 305 (2012)) כוחה במותניה. אלא שכפי שציין חברי, אותה הלכה דנה בהוראות דין המקנות סמכות לערוך חיפוש שלא על פי צו שיפוטי (ובין היתר סעיף 25 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 (להלן: הפקודה)), ובמסגרתה הכיר בית משפט זה בהסכמה מדעת כמעין תחליף לדרישת 'החשד הסביר' שנקבעה באותן הוראות דין כתנאי לביצוע חיפוש ללא צו. ברם בענייננו, לא רק שלא קיים בדין מסלול המאפשר חיפוש בחומר מחשב ללא צו שיפוטי, אלא שהמחוקק קבע ב"רחל בתך הקטנה" כי "לא ייערך חיפוש [בחומר מחשב – ד.מ.], אלא על-פי צו של שופט..." (סעיף 23א(ב) לפקודה; ההדגשה הוספה). שתי הוראות הפקודה דנות אפוא במציאות הפוכה זו מזו. נוכח לשונו הברורה והמפורשת של סעיף 23א(ב) לפקודה, ובהינתן עיקרון חוקיות המינהל עליו הרחיב חברי בחוות דעתו, אין מנוס אם כן מקבלת העתירה.



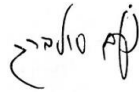
דוד מינץ
שופט

הוחלט כאמור בפסק הדין של המשנה לנשיא, נעם סולברג.

ניתן היום, ז' אלול תשפ"ה (31 אוגוסט 2025).



דוד מינץ
שופט



נעם סולברג
משנה לנשיא



יצחק עמית
נשיא