



בבית המשפט העליון

בש"פ 1758/20

לפני: כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופט ג' קרא

המבקשים: 1. יונתן אוריד
2. עופר גולן
3. יוסי שלום
4. ישראל איינהורן

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

המבקשת להצטרף כידידת בית המשפט': הסנגוריה הציבורית

בקשת רשות ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו מיום 20.2.2020 (ע"ח 57398-01-20, ע"ח 59679-01-20 וע"ח 57518-01-20) שניתנה על ידי כבוד השופט א' הימן

תאריך הישיבה: כ"ט בניסן התש"ף (23.4.2020)

בשם המבקשים 1 ו-2: עו"ד עמית חדד; עו"ד נועה מילשטיין

בשם המבקש 3: עו"ד מאיר ארנפלד

בשם המבקש 4: עו"ד ליאור אפשטיין; עו"ד מאור זמיר

בשם המשיבה: עו"ד נעמי גרנות

בשם המבקשת להצטרף כידידת בית המשפט': עו"ד גיל שפירא; עו"ד יגאל בלפור

פסק-דין

השופט נ' סולברג:

1. בקשת רשות לערור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו מיום 20.2.2020 בע"ח 57398-01-20 (השופט א' הימן), בגדרה נעתר בית המשפט לבקשת המדינה והורה על מתן צווי חדירה לטלפונים הניידים של ארבעת המבקשים, בהתאם לסעיף 23א לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 (להלן: הפקודה).

2. נדרשנו לסבב התדיינות נוסף בשאלה, כיצד יבחן בית המשפט בקשה למתן צו חדירה למכשיר טלפון, מקום שבו קדם לבקשה חיפוש בלתי-חוקי באותו מכשיר? סבב ההתדיינות הראשון בפרשה זו תואר בפירוט בהחלטתו של השופט י' אלרון (בש"פ 7917/19); אסתפק אפוא בתיאור תמציתי של השתלשלות העניינים עד הנה.

3. בעקבות תלונה על הטרדת עד המדינה, שלמה פילבר, בפרשה הידועה בכינויה 'תיק 4000', זומנו המבקשים 1-4 להחקר במשטרה במועדים שונים. במהלך חקירות המבקשים, ביקשו החוקרים לבצע חיפוש במכשירי הטלפון שלהם; משקיבלו את הסכמתם, נעשה חיפוש בטלפונים ובוצעו מספר 'צילומי מסך'. החיפוש במכשירי הטלפון נערך מבלי שהוצא צו חדירה למכשירים, וגם לא הובהר למבקשים כי הם רשאים להתנגד לחיפוש, מבלי שהתנגדות זו תיזקף לחובתם. אציין, כי משהבינו המבקשים 1 ו-2 במהלך החיפוש, שהחוקרים מעיינים בחומרים שאינם רלבנטיים לעניין מושא החקירה, ביקשו להפסיק את החיפוש, והוא נפסק. עוד אציין, כי המבקש 2, עופר גולן (להלן: גולן), התייצב לחקירה ללא מכשיר הטלפון שברשותו, ומשכך נתבקש לגשת למכונתו בליווי שוטר, כדי להביא את מכשירו משם; וכך עשה.

4. כשהסתיימו החקירות, הגישה המשטרה בקשה לקבלת צווי חדירה לטלפונים הניידים של המבקשים 1-4, בהתאם לסעיף 23א לפקודה. לאחר דיון במעמד הצדדים בבית משפט השלום, דיון שבמהלכו נחקרו נציגי המשטרה על-ידי ב"כ המבקשים בחקירה נגדית, הוצאו הצווים המבוקשים. בהחלטתו, התייחס בית משפט השלום לפגמים שנפלו בהתנהלותה של היחידה החוקרת, בכך שחוקרים עיינו בחומרי הטלפון מבלי שניתן צו, וללא הודעה למבקשים כי עומדת להם זכות לסרב לחיפוש. בייחוד הודגש הפגם שנפל בהתנהלות המשטרה אל מול גולן: "הדרישה מאחד החשודים שהתייצב לחקירתו מבלי מכשיר הטלפון הנייד לחזור על עקבותיו ועוד בליווי שוטר, רק כדי לחזור לחקירה עם המכשיר, מעצימה את הפגם בהימנעות המשטרה מבקשה להוצאת צו שיפוטי. עובדה זו מלמדת על תכנית חקירה שכוונה מראש לחדירה למכשיר הטלפון (מבלי צו

שיפוטי). ברם, חרף אותם פגמים, קבע בית משפט השלום, כי השיקולים העומדים מנגד, האינטרס הציבורי במיצוי החקירה, וחקר האמת, גוברים על הפגמים בהתנהלות המשטרה, ומטים את הכף לקבלת הבקשות למתן צווי החדירה. בהקשר זה ציין בית המשפט, כי הוא נוטה לומר שגם אלמלא בוצע החיפוש המאולתר תחילה, היה מחליט על מתן צווי החדירה – "שכן התשתית הראייתית שהתגבשה באותו שלב, הצדיקה זאת [...] כמו כן, ולנוכח העדויות, ברור כי מכשיר הטלפון היווה אמצעי תקשורת מרכזי בין המעורבים השונים, ומכאן חיוניות הצווים לחקירה". לבסוף קבע בית המשפט, כי "לנוכח השלב הדיוני הנוכחי, וגם לאחר התחשבות בפגיעה בזכויות החשודים ובפגמים שנפלו בחקירה, מצאתי, לאחר התלבטות, לקבל את בקשת המבקשת לצווי החיפוש המדודים ואשר מציעים חיפוש 'כירורגי' ומוגדר, תחת פיקוח שיפוטי צמוד".

5. על החלטת בית משפט השלום הוגש ערר לבית המשפט המחוזי, ובהחלטה מיום 19.11.2019 – נדחה הערר. בית המשפט המחוזי עיין בנספח סודי שהגישה המשטרה, ומצא כי "במתווה המצוי בנספח יש ללא ספק, ליתן מענה הולם באיזון שבין צורכי החקירה לבין אי-הפגיעה בפרטיות הנחקרים, או בחשיפה לנושאים שאינם קשורים לחקירה הנוכחית". עוד הוסיף בית המשפט, כי "בשלב זה, שלב החקירה, אין מדובר בקביעת ממצאים או מסמרות באשר לקבילות הראיות. נושא זה, כפי שקבע בית משפט קמא, מקומו בהליך שבתיק העיקרי, אם יהיה הליך כזה, דהיינו בניהול המשפט לאחר הגשת כתב אישום".

6. משנדחה הערר, הגישו המבקשים בקשת רשות לערור לבית משפט זה (בש"פ 7917/19); בהחלטת השופט אלרון מיום 25.12.2019, ניתנה הרשות, והערר התקבל בחלקו. בהחלטה נקבע, כי בנסיבות שבהן קדם לבקשת החדירה חיפוש בלתי-חוקי, ידרש בית המשפט לבחון את השלכת אי-החוקיות בחיפוש המקדים על בקשת צו החדירה, כבר במעמד הדיון בבקשה. השופט אלרון הדגיש, כי אין מקום לדחות את הביורור הנ"ל להליך העיקרי: "הדבר העומד להכרעה במקרה דנן הוא להביא לפגיעה נוספת בפרטיותו של הנחקר אשר טרם התרחשה, על-ידי מתן צו חיפוש שיאפשר חיפוש במכשיר הטלפון הנייד שלו. מתן צו החיפוש מבלי להתחשב בהשלכות החיפוש המוקדם על היקף הפגיעה בפרטיות שתיגרם לנחקר כתוצאה ממתן הצו, והותרת הדיון בפגם שנפל להליך העיקרי, לא תוכל למנוע את הפגיעה הנוספת בפרטיות הנחקר בטרם התרחשה. בית המשפט בהליך העיקרי יעמוד בפני מעשה עשוי, וכל שיוכל לקבוע הוא אם יש מקום לפסול את הראיה לאחר מעשה" (ההדגשות במקור).

מן הטעם הזה ראה השופט אלרון להבחין בין העניין דנן לבין ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, פ"ד סא(1) 461 (2006) (להלן: הלכת יששכרוב), שכן בעוד שבהלכת יששכרוב דובר על פגיעה שהתרחשה בעבר, בענייננו – בפגיעה צופה פני עתיד

עסקינן. משכך, נכון יהיה לבחנה כבר בשלב הדיון בבקשה לצו חדירה, ובנסיבות המצדיקות זאת, בית המשפט יוכל למנעה.

7. לצורך בחינת השפעת אי-החוקיות בחיפוש על בקשת צו החדירה, קבע השופט אלרון מבחן דו-שלבי: בשלב הראשון, יבחן בית המשפט אם קיימת זיקה בין המידע שנתגלה בחיפוש המוקדם והבלתי-חוקי, לבין התשתית העובדתית שבהסתמך עליה הוגשה הבקשה למתן צו חדירה. היה ויגיע בית המשפט למסקנה, כי קיימת זיקה שכזו, ימשיך אל השלב השני ויבחן האם חרף הפגיעה החמורה בפרטיותו של הנחקר, קיימים שיקולים מיוחדים המצדיקים את מתן צו החדירה.

8. בהתייחס לעניין דנן קבע השופט אלרון, כי "החיפוש המוקדם שבוצע במכשירי הטלפון הניידים של המבקשים נעשה שלא כדין, וכי מדובר בפגיעה חמורה בפרטיותם". לצד זאת הוסיף, כי משלא הובאו לפניו די נתונים כדי לקבוע מהי מידת הזיקה שבין החיפוש המוקדם, לבין צווי החדירה שנתבקשו, יוחזר התיק לבית משפט השלום לצורך קיום "דיון נוסף בבקשה במעמד הצדדים, וכן בנוכחות בעלי התפקידים במשטרה אשר לקחו חלק בהחלטה לבצע את החיפוש המוקדם ובהחלטה להגיש את הבקשות למתן צווי החיפוש במכשירי הטלפון הניידים של המבקשים". השופט אלרון החליט, כי ככל שבית משפט השלום יקבע, שמתקיימת זיקה בין החיפוש המקדים לבין הבקשה לצווי חדירה, יהיה עליו לעבור לשלב השני ולאזן בין האינטרסים המתחרים. לדברי השופט אלרון, איזון בין הערכים השונים המתנגשים בעניין דנן, מוביל למסקנה כי ידה של הפגיעה בפרטיות על העליונה: "בנסיבות העניין, אני סבור כי באיזון האמור בין האינטרס הציבורי במיצוי החקירה לבין מניעת הפגיעה בפרטיות המבקשים כתוצאה מהחיפוש שלא כדין – גוברת ידה של האחרונה".

בכך נפתח סבב התדיינות נוסף בהליך דנא.

9. במוקד הדיון שהתקיים בבית משפט השלום, מחלוקת פרשנית שנתגלעה בנוגע למשמעות 'מבחן הזיקה' שקבע השופט אלרון. המדינה סברה, כי במסגרת 'מבחן הזיקה' יעמוד בית המשפט על "הזיקה בין המידע שאותר בחיפוש המוקדם והלא חוקי לבין התשתית העובדתית שעל בסיסה מבוקש הצו" (פסקה 14 להחלטת בית משפט השלום); בחינה זו תעשה באופן אובייקטיבי. מנגד סברה ההגנה, כי בשלב זה יעמוד בית המשפט על "הזיקה בין תוצרי החיפוש לבין עצם ההחלטה לבקש צווי חיפוש (ובכלל זה מטרת הבקשות לצווי חיפוש, הנימוקים בבסיס הבקשה ועוד שיקולים שהשפיעו על שיקול דעתה של היחידה החוקרת בפנותה לבית המשפט)" (פסקה 16 להחלטת בית משפט השלום). בית משפט השלום הכריע, כי יש לבחון כיצד השפיע החיפוש הבלתי-חוקי על ההחלטה שקיבלה

המשטרה להתייצב בבית המשפט ולבקש צווי חדירה. לצורך בחינה זו, אין אפשרות להסתמך אך על התשתית העובדתית ה'נקייה' שהגישה המשטרה בתמיכה לבקשתה ולשאול אם יש בה, כשלעצמה, כדי להצדיק את מתן הצו. בית משפט השלום קבע, כי בהתאם להחלטת השופט אלרון, יש לבחון אם החלטת המשטרה לבקש את צווי החדירה, נבעה מן החיפושים המקדימים והבלתי-חוקיים שביצעה: "אינני מקבל את עמדת המדינה לפיה די במבחן האלמלא האמור ועל בית המשפט להמשיך בבדיקה ולהשיב על שאלה נוספת, חשובה לא פחות, והיא שאלת הנביעה או הקשר הסיבתי בין התוצרים הפגומים של החיפוש הבלתי חוקי לבין עצם החלטת היחידה החוקרת לשים את פעמיה לעבר בית המשפט ולהגיש בקשה למתן צווי חיפוש".

10. לאחר "דיון ארוך ואף סוער (כ-40 עמודי פרוטוקול), ולאחר [...] חקירה נגדית של החוקרת הראשית בתיק" קבע בית משפט השלום, כי באשר לבקשות החדירה שהוגשו לגבי המבקשים 1, 3 ו-4, קיים קושי לבחון את הראיות ה'נקיות' במנותק מן הראיות ה'מזוהמות', ולהסתמך עליהן. הראיות ה'נקיות' הופקו מחקירותיהם של המבקשים 1, 3 ו-4, אשר התקיימו רק לאחר שכבר בוצע חיפוש בלתי-חוקי במכשיר הטלפון של גולן. במצב דברים זה, קשה יהיה לקבוע כי ההודעות שגבו מהם החוקרים, מנותקות מן החיפוש הבלתי-חוקי שבוצע קודם לכן במכשירו של גולן. לא כך, באשר לבקשה בעניינו של גולן. בית המשפט קבע, כי כיוון שגולן נחקר ראשון, ניתן להפריד בנקל בין הראיות ה'נקיות', לבין הראיות ה'מזוהמות'. משבחן את הראיות שהוגשו בעניינו של גולן, קבע בית משפט השלום, כי הן מבססות את בקשת המשטרה, והוציא צו חדירה למכשיר הטלפון שלו.

11. על החלטת בית משפט השלום הוגשו עררים לבית המשפט המחוזי; המדינה מזה והמבקשים מזה. בית המשפט המחוזי נעתר לערר שהגישה המדינה, ודחה את הערר שהגיש גולן. בניגוד להחלטת בית משפט השלום, קבע בית המשפט המחוזי, כי מבחן הזיקה הריהו מבחן אובייקטיבי, אשר אינו מחייב "בחינה של הלך מחשבתה של היחידה החוקרת, מעבר לבחינה ראייתית, מהותית, של החומר עליו מבססת היחידה החוקרת את הבקשות למתן צווי חיפוש". בנדון דנן קבע בית המשפט המחוזי, כי בחינה שכזו מובילה למסקנה כי המידע ה'נקי' שהוצג לפני בית המשפט מבסס את 4 הבקשות לצווי חדירה. בית המשפט המחוזי הגיע למסקנתו-זו לאחר שעייין בחומר הסודי שהוצג לגבי המבקשים השונים. ביחס למבקשים 1, 3 ו-4, קבע בית המשפט המחוזי: "לאחר שעיינתי בהודעות [המבקשים 1, 3 ו-4], בשים לב לכך שנחקרו בטרם נעשה החיפוש הבלתי חוקי בטלפונים שלהם, ומתוך בחינת אמרותיהם לגופן, במענה לשאלות שנשאלו בחקירתם. אני סבור כי אין זיקה בין אמרותיהם לבין החומר הבלתי חוקי בחיפוש המוקדם שהושג מהטלפון של [גולן]".

בכל הנוגע לגולן, הותר בית המשפט המחוזי את צו החדירה על כנו.

מכאן הבקשה שלפנינו.

12. לטענת ב"כ המבקשים, שגה בית המשפט המחוזי בקובעו כי לצורך מבחן הזיקה אין צורך להידרש "להיבט טובייקטיבי של הלך מחשבתה של היחידה החוקרת". קבלת עמדת המדינה, לפיה די בבחינה אובייקטיבית של הראיות שהוגשו על-ידי המשטרה, עלולה להוביל להלבנת ראיות 'מזוהמות'. כך, עשוי חוקר לחטט שלא כדין במכשיר טלפון של חשוד, ועל יסוד דברים שיתגלו לעיניו, לחקור את החשודים בתיק. בהמשך יגיש החוקר לבית המשפט בקשה לצווי חדירה בהסתמך על אותן הודעות שגבה בחקירה, אשר מבחינה אובייקטיבית הן 'נקיות'.

13. כמו כן טוען ב"כ המבקשים, כי לא היה מקום להגיש במסגרת ה'סבב השני' דוח סודי מעודכן, אשר אינו כולל את הראיות ה'מזוהמות' שהופיעו בדוח שהוגש בתחילה. לדבריו, השופט אלרון "לא הורה להחזיר את הדיון לבית משפט השלום כדי שהמשיבה תגיש בקשה מחודשת להוצאת צווי חדירה. [השופט אלרון] הורה לבית משפט השלום לבחון האם לבקשה שהונחה בפניו זה מכבר יש זיקה לחיפושים הלא חוקיים".

14. עוד טוען ב"כ המבקשים, כי המשטרה לא מילאה אחר החלטת השופט אלרון, שכן לדיון שהתקיים בבית משפט השלום, לא התייצבו כל בעלי התפקידים שלקחו חלק בהחלטות לבצע את החיפוש המוקדם, ולהגיש את בקשות החדירה. "במקום בעלי התפקידים שקיבלו את ההחלטות, הגיעה הזוטרטה שבהם שלא קיבלה כל החלטה – פקד רינת סבן". החלטת השופט אלרון, לפיה על בעלי התפקידים להתייצב לדיון, מלמדת כי מבחן הזיקה אינו יכול להתעלם מהלך-מחשבתם של החוקרים מבקשי הצו. לגופם של דברים נטען, כי בדברי עדותה של פקד סבן נמצאו כמה וכמה סתירות. אשר לעניינו של גולן, טען ב"כ המבקשים, כי הגם שלא היתה זיקה קרובה בין החיפוש שנעשה בעניינו, לבין התשתית העובדתית שהוגשה לצורך ביסוס הצו – נדרש היה לדחות את הבקשה, בשל הפגם החמור שנפל בחיפוש שבוצע במכשירו.

15. לבסוף טוען ב"כ המבקשים, כי המחלוקת שנתגלעה בין הערכאות השונות ביחס ל'מבחן הזיקה' שקבע השופט אלרון, מצדיקה דיון ב'גלגול שלישי': "המחלוקת הפרשנית שניצבת להכרעתו של בית המשפט הנכבד חורגת מן העניין שיש לצדדים הישירים והיא נוגעת ללב ליבה של הסוגיה העקרונית – מהן השלכות החיפוש המוקדם שבוצע שלא כדין במכשירי הטלפון הניידים של נחקרים על החלטה מאוחרת ליתן צו חיפוש באותם מכשירים".

16. בתגובתה לבקשת הרשות לערור טוענת המדינה, כי ענייננו מעורר קושי דיוני. טענות המבקשים מתמקדות באופן שבו נדרש ליישם את החלטת השופט אלרון, אולם טענות אלו כשלעצמן אינן מצדיקות דיון ב'גלגול שלישי'. בנדון דידן קיימות שתי אפשרויות דיוניות בלבד: האחת – לדחות את הבקשה, כיוון שהיא מתמקדת ביישומה של החלטת השופט אלרון, ואינה מצדיקה דיון ב'גלגול שלישי'; השנייה – לדון בשאלה העקרונית שהובאה לפתחו של השופט אלרון מראשיתה, נוכח חשיבותה.

17. לשיטת המדינה, מוטב לדון בסוגיה העקרונית מראשיתה כבר כעת, שכן החלטת השופט אלרון, שניתנה בדין יחיד, סוטה מהלכת יששכרוב ומן ההלכה שנפסקה בדנ"פ 5852/10 מדינת ישראל נ' שמח, פ"ד סה (2) 377 (2012) (להלן: דנ"פ שמח). באותן הלכות נקבע, כי על דרך הכלל יש לדון בטענות הנוגעות להשגתן של ראיות לפני המותב שדין בתיק העיקרי. בהקשר זה מוסיפה המדינה, כי "אין שום שיטת משפט רלוונטית, שמחילה דוקטרינה כלשהי ל'פסילתן' של ראיות (או אי-איסופן) בשלב המוקדם של החקירה. בפרט, לא קיימת מקבילה לחידושו של כב' השופט אלרון בשיטות המשפט – באנגליה, קנדה, אוסטרליה – שמהן שאבה הלכת יששכרוב את השראתה". לגישת המדינה, פסילתה של ראיה מחייבת הליך של שמיעת עדים והבאת ראיות. לשם כך, לא די להעיד את החוקרים לבדם, אלא יש להעיד גם את החשודים. כמו כן, פסילתה של ראיה מחייבת השקפה על התמונה בכללותה, כך שניתן יהיה לאזן אל-נכון בין השיקולים השונים הניצבים זה מול זה. בחינה מעין זו והשקפה שכזו, אינן מתאפשרות במסגרת הליך מקדמי של בקשה לצו חדירה.

18. לצד האמור מדגישה המדינה, כי במצב שבו תובא לפתחו של בית משפט שלום בקשה למתן צו חדירה לחומר מחשב, מקום שבו פעלה הרשות בזדון, "ולמסקנה זו ניתן יהיה להגיע מבלי לקיים בירור הכרוך בשמיעת ראיות – ישכיל בית משפט השלום לסרב לבקשה למתן צו שיפוטי להמשך החקירה, גם ללא שימוש במבחנים נוסח יששכרוב". המדינה שוללת את ההבחנה שעשה השופט אלרון בין הלכת יששכרוב הצופה פני עבר, לבין העניין דנן העוסק בפגיעה הצופה פני עתיד. לשיטתה, גם הלכת יששכרוב גובשה כהליך צופה פני עתיד, אשר מטרתו למנוע פגיעה בהגינות ההליך נגד נאשם. הודגש, כי הערכאה המתאימה לערוך את האיזון בין הערכים המתחרים, היא זו שדנה בהליך העיקרי, ו"לא בית המשפט השלום, המוסמך לדון בהוצאת צווים שיפוטיים לצרכי חקירה".

19. כמו כן ציינה המדינה, כי בדנ"פ שמח דן בית משפט זה בהרכב מורחב בשאלה הנדונה כאן, מהו השלב הדיוני המתאים להכרעה בטענה של פסילת ראיות נוכח אי-חוקיות שנפלה בהשגתן. לדברי ב"כ המדינה, מסקנת בית המשפט באותה פרשה היתה, כי השלב המתאים לכך הריהו "במסגרת טענות לקבילותה של אותה ראיה, ובפני המותב

הדן בתיק העיקרי, שבפניו ניתן לפרוש את מכלול השיקולים הרלוונטיים, ושבפניו נפרשת התמונה המלאה ביותר. לטענת ב"כ המדינה, הנימוקים והרציונלים שעליהם נסמך בית המשפט בדג"פ שמש, יפים ותקפים גם לעניין דגן.

20. לבסוף טוענת המדינה, כי בהחלטת השופט אלרון ניכר חסרונה של קבוצת השיקולים השניה שעוגנה בהלכת יששכרוב, היינו – מידת השפעתה של אי-החוקיות על הראיה שהושגה. "בהקשר זה עשויה להיות חשיבות רבה לאופייה של הראיה הנדונה, ובנסיבות מתאימות ניתן להבחין בין ראייה מילולית, חפצית או אחרת". לעמדת המדינה, מצב דברים זה עשוי להביא לתוצאה אבסורדית, שבה ראייה חפצית מסוימת תהיה קבילה בהליך העיקרי, אולם לאור המבחן הדו-שלבי שנקבע, היא כלל לא תאסף על-ידי המשטרה.

דיון והכרעה

21. תחילה יש לבחון האם הנסיבות דנא מצדיקות מתן רשות לערור. ב"כ המדינה עמדה בטיעוניה בכתב ובעל-פה על הקושי הדיוני המתעורר בענייננו. הקושי אכן אינו מבוטל. יחד עם זאת, משנתגלעה מחלוקת בין הערכאות קמא בשאלת פרשנותה של החלטת השופט אלרון, ומשהביעה ב"כ המדינה הסכמה לבחון את הסוגיה, וחזרה וטענה, כי בשל חשיבות העניין ביקשה עוד בדיון לפני השופט אלרון לקיים את הדיון לפני מותב תלתא, סבורני כי בנסיבות, יש ליתן רשות לערור.

המחלוקת הניטשת בין הצדדים בהליך שלפנינו, והשאלה המעסיקה את בתי המשפט לערכאותיהם מאז נפתח ההליך לראשונה בשלהי חודש אוקטובר 2019, היא כיצד ינהג בית המשפט בבוחנו בקשה לצו חדירה לחומר מחשב, כאשר קדמו לה חיפוש או פעולה בלתי-חוקיים מצד הרשות החוקרת?

צו חדירה לחומר מחשב

22. ראשית חכמה ניתן דעתנו על ההוראות המתוות את אמות המידה למתן צו חדירה לחומר מחשב, ונבחן מהו גדר שיקול הדעת הנתון לבית המשפט בבואו לבחון בקשות בכגון דא. בסעיפים 23א(א) ו-23א(ב) לפקודה נקבע, כי חדירה לחומר מחשב תעשה רק על-פי צו של שופט, וכי העילות המצדיקות מתן צו חדירה הן אותן עילות המצדיקות מתן צו חיפוש. עוד נקבע בסעיף, כי במסגרת צו חדירה נדרש בית המשפט לציין "במפורש את ההיתר לחדור לחומר מחשב או להפיק פלט, לפי העניין", ולפרט "את מטרות החיפוש ותנאיו שייקבעו באופן שלא יפגעו בפרטיותו של אדם מעבר לנדרש".

23. העילות המצדיקות מתן צו חיפוש, עוגנו בסעיף 23 לפקודה:

“רשאי שופט ליתן צו לערוך חיפוש בכל בית או מקום (להלן

– צו חיפוש) אם –

(1) החיפוש בו נחוץ כדי להבטיח הצגת חפץ לצורך כל חקירה, משפט או הליך אחר;

(2) יש לשופט יסוד להניח שהוא משמש להחסנתו או למכירתו של חפץ גנוב, או שנשמר בו או מוחסן בו חפץ שנעברה בו או לגביו עבירה, או ששימש, או מתכוונים להשתמש בו, למטרה לא-חוקית;

(3) יש לשופט יסוד להניח שנעברה עבירה או שמתכוונים לעבור עבירה נגד אדם הנמצא בו”.

24. הסעיף האמור מתייחס אפוא לעילות שונות, שבהתקיימן רשאי שופט ליתן צו חיפוש, וכאמור, גם צו חדירה לחומר מחשב. עילות אלו נועדו לאפשר חיפוש בחצרו של אדם, וכן גם במחשבו – על מנת לסייע לחקירה, כדי להביא למניעת עבירה, או במטרה לאתר חפץ שנגנב. דא עקא, הסעיף אינו מתייחס לתשתית העובדתית שתוצג לשופט לשם ביסוס אותן עילות, ולפרטים שיכללו בבקשה למתן צו (עמיקם הרפז, מרים גולן משפט ושיטור: זכויות אדם וסמכויות משטרה 175 (2018) (להלן: משפט ושיטור)). בפסיקה נקבע אמנם, כי בקשות לצווי חיפוש תוכרענה לפי שיקול דעתו של השופט הדן בבקשה “ועל סמך הוכחות לכאורה המובאות לפניו” (בג”ץ 49/62 קלוגר נ’ המפקח הכללי של משטרת ישראל, פ”ד טז 1267, 1271 (1962)). אלא שגם בהלכה פסוקה זו, אין כדי לקבוע מהו המצע הראייתי שנדרשת המשטרה להגיש לביסוס בקשותיה למתן צווי חיפוש וצווי חדירה; מהו נטל ההוכחה הרובץ לפתחה; ומהם השיקולים שצריכים להנחות את בית המשפט בבוחנו בקשות אלו, לבד מהעילות שנתפרשו בפקודה. לבטח, אין בסעיפים האמורים, כדי להנחותנו כיצד לפעול, במצבים שבהם נסמכת המשטרה בבקשתה על תשתית עובדתית שהושגה בניגוד לדין. אמנם, בסעיף 23א(ב) לפקודה נקבע, כאמור, כי בעת מתן צו חדירה יפרט השופט, “את מטרות החיפוש ותנאיו שייקבעו באופן שלא יפגעו בפרטיותו של אדם מעבר לנדרש”. אלא שהאמור אינו מתייחס לתשתית ולרקע שעל סמכם מתבקש הצו, אלא להיקפו של הצו שינתן.

ניכר אפוא, כי הפקודה הותירה שיקול דעת רחב למדי לבתי המשפט הדנים בבקשות למתן צווי חיפוש וצווי חדירה, מבלי שקבעה גדרים ברורים שבהם נדרשת המשטרה לעמוד בהגישה בקשות אלו (ראו, אסף הרדוף “להכשיר את הפּרָץ: בקשת צו חדירה לחומר מחשב לאחר חדירה שלא כדין – צו ניקוי או צו הלכנה?” משפטים על אתר טו, 3 (תש”ף)).

25. אכן, במסגרת דוח שהוכן בשנת 1996 על-ידי ועדה בראשות השופט ד' לוין, הומלץ לקבוע בחוק תנאים ברורים בנוגע להגשת בקשה לצו חיפוש: "אחד השיפורים העיקריים בהצעה הנדונה בהשוואה לדין הקיים הוא יצירת מסגרת ברורה להליכים הקשורים להגשת בקשות להוצאת צווי חיפוש [...] הוגדרו דרישות מפורשות לפרטים אשר חייבים להיכלל בבקשה להוצאת צו חיפוש. בין הפרטים כלולים תמצית העובדות, המידע עליו מבוססת הבקשה וטיבו, והגדרת האנשים, החפצים והמקומות לגביהם מתבקש הצו [...] אין בפקודה הקיימת כל דרישה לציון הפרטים הללו [...] סעיף נוסף הקשור להליכי הטיפול בבקשות מאפשר לשופט לעיין בחומר החקירה העומד בבסיס הבקשה. זו סמכות שלמעשה מזמינה את השופט לדרוש לראות את החומר עליו מבסס המבקש את דבריו כי ימצא מה שהוא מבקש למצוא במקום בו הוא מבקש לחפש" (משרד המשפטים דין וחשבון הוועדה לסדר דין פלילי (אמצעים משטריים) (חיפוש, הצגה, תפיסה וחילוט) 4-5 (1996)).

26. בעקבות מסקנות ועדת השופט לוין, הונחה על שולחן הכנסת בחודש מאי 2014 הצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – המצאה, חיפוש ותפיסה), התשע"ד-2014, ה"ח 867 (להלן: הצעת חוק סמכויות אכיפה), שבמסגרתה הוצע לעגן את המלצות הוועדה בחקיקה. כך, "סעיף 15 להצעת החוק כולל פרטים רבים המחייבים את מגיש הבקשה לעבודת הכנה יסודית שתכליתה (על פי ההצעה) להבנות את שיקול דעתו של מגיש הבקשה ולבחון את הצדקתה" (משפט ושיטור, עמוד 175). כמו כן, הוצע לצמצם את מרחב שיקול הדעת של השופט הדין בבקשות לצווי חיפוש: "על פי המוצע, השופט שנעתר לבקשה למתן צו חיפוש צריך להשתכנע כי התקיימו העילות המנויות בחוק. בשונה מחוק המעצרים ומהפסד"פ שלפיהם בית המשפט 'רשאי' לתת צו, מבקש החוק המוצע לשים דגש על חובתו של השופט להפעיל באופן זהיר את שיקול דעתו לאחר בחינת המידע שהובא לפניו בדבר הצורך בביצוע החיפוש. לפיכך, החוק המוצע נוקט לשון 'שוכנע'" (דברי ההסבר להצעת חוק סמכויות אכיפה, עמוד 585).

27. ברם, הצעה לחוד וחקיקה לחוד. בשלב זה טרם נחקק חוק המחליף את ההוראות המעוגנות כיום בפקודה, עדיין לא נקבעו תבחינים ברורים שעל סמכם יוגשו בקשות לצווי חיפוש ולצווי חדירה, ולא גדרים אשר ינחו את בית המשפט בבחון בקשות אלו. שיקול הדעת של השופט הדין בבקשות לצווי חיפוש ולצווי חדירה – עודנו רחב למדי; התשתית שעל סמכה תבסס המשטרה את בקשותיה – כמעט שאינה מוגבלת.

משלא מצאנו בפקודה הוראות ברורות התוחמות את שיקול הדעת השיפוטי, מקום שקדמו לבקשה לצו חדירה לחומר מחשב פעולות בלתי-חוקיות, נבחן האם על סמך ההלכה הפסוקה ניתן לגדור את שיקול דעתו של שופט הדין בבקשות לצו חדירה במצבים שכאלה.

הלכת יששכרוב

28. מאז נחקק חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כמה קרנה של הזכות להליך הוגן במשפטנו, הודקה ההקפדה על זכויות חשודים ונאשמים בהליך הפלילי. בשנת 2007 עוגנה בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: החסד"פ) – דוקטרינת ה'הגנה מן הצדק'; עוד קודם לכן, בשנת 2006, נקבע בהלכת יששכרוב כלל הפסילה הפסיקתי. דוקטרינת ה'הגנה מן הצדק' מתייחסת בעיקרה לפגמים שנפלו בכתב האישום או בניהול ההליך הפלילי, ואילו כלל הפסילה הפסיקתי "קונקרטי יותר [...] על פני הדברים יש לתת לו עדיפות כאשר הפסול בהתנהגותן של רשויות התביעה דבק בשלב של איסוף הראיות, להבדיל מפגמים שעניינם עצם ההעמדה לדין וניהול ההליך הפלילי" (ע"פ 2868/13 חייבטוב נ' מדינת ישראל, פסקה 10 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוך (2.8.2018)). כללים אלה, ואחרים כמותם, נקבעו במטרה שצדק יעשה בצדק, כפי שלמדנו מן הכפילות שבציווי "צדק צדק תרדוף" (דברים ט"ז, כ); (ראו, רע"פ 7052/18 מדינת ישראל נ' רותם, פסקאות 34-35 (5.5.2020)).

29. בהלכת יששכרוב נקבע, כי בית משפט רשאי לפסול ראיות שהושגו שלא כדין, גם כשיש בהן כדי לתרום לחקר האמת. בית המשפט הטעים, כי הסתמכות על ראיות שכאלו לצורך הרשעת נאשם – תפגע בזכותו להליך הוגן: "עשיית הצדק מבוססת גם על הדרך באמצעותה מגיע בית-המשפט להכרעה בנסיבות העניין שבפניו [...] קבלת ראיה כאמור עלולה להצטייר כמתן גושפנקא מצד בית-המשפט לאי-החוקיות האמורה וכמתן יד, גם אם לאחר מעשה, להתנהגותם הבלתי כשרה של גורמי החקירה" (הלכת יששכרוב, עמוד 534). בפסק הדין גובשו מספר מבחנים, אשר באמצעותם יבחן בית המשפט אם קבלת הראיה שהושגה שלא כדין "תיצור פגיעה מהותית בזכות להליך הוגן שלא על-פי גזרית של פיסקת ההגבלה" (הלכת יששכרוב, עמוד 562). לשם בחינת מידתיות הפגיעה בהגינות ההליך נקבעו המבחנים הבאים: (א) אופיה וחומריתה של אי-החוקיות שהיתה כרוכה בהשגת הראיה; (ב) מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה; (ג) הנזק אל מול התועלת החברתית הכרוכה בפסילת הראיה. כל אחד משלושת המבחנים הנ"ל, מתפרט לתתי-מבחנים נוספים ומערב בתוכם שיקולים מגוונים (ראו, הלכת יששכרוב, עמודים 562-567).

30. אשר להיקף התפרשותה של הלכת יששכרוב נקבע, כי היא משתרעת על כל שלבי ההליך הפלילי, החל משלב החקירה וכלה בגזר הדין (הלכת יששכרוב, עמוד 559). נמצא, כי הלכת יששכרוב, על מבחניה ואיזוניה, חלה גם על הנדון דידן – ראיות שהופקו מכוחו של צו חדירה לחומר מחשב. ברם, הגם שנקבע כי הגינות ההליך וטוהרו ישמרו בכל שלבי ההליך הפלילי, לרבות בשלבי החקירה ואיסוף הראיות, מתעוררת השאלה באיזו

נקודה על ציר הזמן יהיה זה נכון לעמוד על מהות הפגם שנפל, ולבחון את השלכותיו? האם ראוי שבירור זה יעשה כבר במהלך הדיון בבקשה למתן צו חדירה, או שמא נכון לדחותו להליך העיקרי?

31. לעמדת המדינה, העיתוי המתאים לבירור מבחני הפסלות שנקבעו בהלכת יששכרוב, הריהו בהליך העיקרי; לא קודם. בהקשר זה נסמכת המדינה על קביעותיה של הנשיאה ביניש בדנ"פ שמש: "ככלל מן הראוי לערוך את הבירור השיפוטי של שאלת קבילות הראיות, שנטען כי הושגו שלא כדין, במסגרת ההליך המשפטי העיקרי. דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שנקבעה בעניין יששכרוב מחייבת את בית המשפט שבפניו מועלית טענת אי-הקבילות לבחון את חומרת הפגמים הנטענים באופן השגת הראיה. כן נדרש בית המשפט לערוך איזון בהתאם להוראות פסקת ההגבלה בין זכותו של הנאשם להליך הוגן לבין אינטרסים ציבוריים נוגדים, שעשויים להצדיק את קבלת הראיה על אף הפגם שנפל בהשגתה [...] איזון מורכב זה מן הראוי שייעשה על ידי בית המשפט שדן בהליך העיקרי, שכן בפניו ניצבת התמונה העובדתית והמשפטית המלאה ביותר בנוגע למקרה הנדון בפניו" (דנ"פ שמש, עמודים 391-392).

32. אכן כך. במסגרת שלבי החקירה ואיסוף הראיות על-ידי הרשות החוקרת, קיים קושי של ממש לעמוד על מהות הפגם וחומרתו מן העבר האחד, ולרדת חקר האמת ולהבטיח את האינטרס הציבורי מן העבר השני. בשלבים מקדמיים אלו, התמונה הראייתית הכוללת טרם התייצבה, עדיין לא התבהרה; גם לא נסיבות ביצוע העבירה, ולא חומרתה. זאת ועוד, הכלים העומדים לרשות השופט הדין בשלביו המקדמיים של ההליך, כגון בבקשות לצווי חיפוש ולצווי חדירה, או בבקשות להצגת חפץ בהתאם לסעיף 43 לפקודה – מצומצמים למדי. דיונים אלו מתאפיינים ביעילות ובתכליתיות. מטרתם לאפשר לרשות החוקרת לקדם במהירות את פעולות החקירה, החיפוש והתפיסה, לבל ישובשו וכדי שלא להחמיץ את השעה.

33. הקושי הדיוני המתואר בדנ"פ שמש, לפיו מוטב להמתין עם בירור הפגם שנפל והשלכותיו עד להליך העיקרי, אכן רלבנטי ומשמעותי גם לענייננו. בקשה לצו חדירה לחומר מחשב, על-פי טבעה, מוגשת בשלב מוקדם בהליך הפלילי. לא פעם תוגש בקשה מעין זו עוד בטרם נחקרו החשודים בתיק, ועוד לפני שנודע מהן הראיות העומדות לרשות המשטרה. כיצד יוכל בית המשפט בשלב מקדמי שכזה לאמוד את ערכה של הראיה המבוקשת? איך יעריך את חומרתן של העבירות שבוצעו במסגרת אותה פרשיה? על דרך הכלל, תחשף התמונה בכללותה רק בהגיענו אל ההליך העיקרי.

בין עניין שמח לבין העניין דנן

34. אלא שלצד הקושי הדיוני המתואר, המתקיים הן בנסיבותיו של דנ"פ שמח, הן בנסיבות העניין דנן, דומה כי קיימת הבחנה של ממש בין שני ההליכים, ויש בה כדי להשליך על שאלת תחולתו של דנ"פ שמח על ענייננו.

בדנ"פ שמח דובר על חומר ראיתי שהיה מצוי ברשותה של רכבת ישראל, והמשרה ביקשה לתפסו ולצרפו לתיק החקירה, בהתאם לסעיף 43 לפקודה. רכבת ישראל התנגדה להעבירו, משום שנכללו בו הודעות שגבתה מעובדיה במסגרת בדיקה פנימית, כשלא עמדו להם מלוא הזכויות הניתנות לחשוד הנחקר במשרה (זכות היועצות עם עו"ד, זכות השתיקה, ועוד). רכבת ישראל העלתה אפוא טענות בנוגע לקבילותו העתידית של חומר החקירה המבוקש, ונטען כי בית המשפט נדרש לדון בקבילותו כבר בשלב מקדמי זה, עוד בטרם החל ההליך העיקרי (ראו, אלקנה לייסט "על כללי התנהגות, כללי שיפוט, ועל קיום משפט זוטא לבחינת קבילות ראיות חפציות" 190 דנציגר 461, 473 (לימור זר גוטמן ועידו באום עורכים, התשע"ט)). בית המשפט קבע, כי את הדיון בקבילותן של הראיות יש לקיים לכשיוגשו, אם יוגשו, במסגרת ההליך העיקרי. הוכרע, כי יהיה לה להגנה יומה בהליך העיקרי.

35. דנ"פ שמח עסק אפוא בשאלה, אם במצב שמתעורר בו חשש כי חומר החקירה שהמשרה מבקשת לקבלו, לא יהיה קביל בהליך העיקרי נוכח פגמים שדבקו בו, יש להקדים אחרית לראשית, ולדון בקבילותו כבר בשלב המקדמי שבו מבוקש להורות על קבלתו. שאלה זו מתעוררת במידה רבה אף בענייננו – בקשה להפקתן של ראיות ממכשיר טלפון, אשר יכול ובעתיד יועלו טענות לגבי קבילותן, נוכח פעולות בלתי-חוקיות שקדמו לבקשה למתן הצו. אלא שלצד הדמיון בין המקרים קיים גם שוני. החשש בענייננו הוא, כי המשרה נסמכה בבקשתה לצו חדירה לחומר מחשב על תשתית עובדתית שהושגה שלא כדין. נטען, כי המשרה ביקשה לרתום את בית המשפט לקבל הכרעה שיפוטית בהסתמך על תשתית עובדתית בלתי-חוקית, בהתבסס על חיפושים בלתי-חוקיים שביצעה. נסיבות אלו נבדלות מאלו שבדנ"פ שמח, שבו לא הועלתה טענה לגבי אופן הגשת הבקשה, וחוקיותה, אלא אך בנוגע לקבילותו העתידית של חומר החקירה שייאסף במסגרת הצו. תקינותו של חומר החקירה המבוקש, וקבילותו העתידית במשפט, הן שעמדו במוקד, ולא חוקיותם של הרקע והמצע שעל סמכם התבקש בית המשפט ליתן את הצו השיפוטי. גבי דידי, להבחנה זו, יש נפקא מינה. החשש לפגיעה בזכות ההליך הוגן כבר בשלב זה, מצדיק לדון בפגמים שנפלו ברקע להגשת הבקשה לצו חדירה, עוד במהלך הדיון בה. אסביר.

הליך הוגן

36. בהלכת יששכרוב סקר בית המשפט גישות שונות המצדיקות לפסול ראיות שהושגו שלא כדין: האחת – גישה חינוכית-הרתעתית, שנועדה להרתיע את ראיות החקירה מלפעול בניגוד לדין; השנייה – גישה פרוטקטיבית, שתכליתה להגן על זכויותיהם של חשודים; השלישית – גישת ההליך ההוגן, שמטרתה לשמור על לגיטימיות ההכרעה השיפוטית (שם, עמודים 546-547). לאחר שעמד על אופיין של שלוש הגישות, ועל הנפקויות המעשיות ביניהן, ביפר בית המשפט את גישת ההליך ההוגן על פני הגישות האחרות (שם, עמוד 554). בית המשפט הדגיש, כי עניינה של גישת ההליך ההוגן, הוא למנוע פגיעות עתידיות בהגינות ההליך (שם, עמוד 548). הוסבר, כי קבלת ראיה שהושגה בניגוד לדין במסגרת הליך פלילי וביסוס הרשעה על סמכה – תפגע בלגיטימיות של ההכרעה השיפוטית ובאמון הציבור במערכת המשפט:

“עיקר הדגש בפסילת ראיה שהושגה שלא כדין מושם על המימד המוסרי של ההליך הפלילי. לפי גישה זו, החלטה שיפוטית בדבר הרשעתו של אדם והענשתו, אינה מטילה עליו סנקציה משפטית בלבד – מאסר או קנס – אלא גם סנקציה מוסרית המתבטאת בסטיגמה הנלווית להרשעתו בפלילים. עשיית שימוש בראיה שהושגה בדרך בלתי כשרה על-ידי ראיות אכיפת החוק, עלולה בנסיבות מסוימות להכתים את ההרשעה בפלילים ולפגום בלגיטימיות שלה. בין היתר, עלול בית-המשפט להיתפס כמי שמכשיר את הפגם ונותן ידו לאחר מעשה לאי-החוקיות שבהתנהגות החוקרים. זאת ועוד; מאחר ושלב החקירה המשטרית מהווה חלק מהמערכת הכוללת של עשיית הצדק, הרי קבלתה במשפט של ראיה שהושגה בדרכי חקירה בלתי חוקיות, עלולה לפגוע בטוהר ההליך השיפוטי ובאמון הציבור בו. בהתאם לגישה זו, פסילת הראיה נועדה להגן על ערכים שעיקרם טוהר ההליך הפלילי והגינותו, והיא נדרשת כחלק ממלאכת עשיית הצדק במובנה הרחב וכתנאי לאמון הציבור במערכת השיפוטית” (שם, עמוד 547).

37. התכלית שנקבעה בהלכת יששכרוב – מניעת פגיעה בטוהר ההליך השיפוטי – מתקיימת בענייננו כבר בשלב הדיון המקדמי בבקשה למתן צו חדירה לחומר מחשב. כך, כשם שבהלכת יששכרוב נקבע, כי ביסוס הרשעה על ראיות שהושגו שלא כדין – פוגע בלגיטימיות של ההכרעה השיפוטית; כך גם מתן צו שיפוטי המתיר חדירה לפרטיותו של אדם בהסתמך על תשתית שהושגה שלא כדין – פוגע בהגינות ההליך, ובלגיטימיות של

ההכרעה השיפוטית. הפגיעה בהוגנות ההליך מתרחשת אפוא כאן ועכשו, כבר במסגרת ההכרעה השיפוטית המקדמית, אשר נסמכת על מצע ראייתי בלתי-חוקי. אמנם, לא ראי הרשעה בפלילים, כמתן צו חדירה לחומר מחשב. ברם, בהרשאה לחדור למחשבו של אדם, למכשיר הטלפון שברשותו – לעיתים הוא כבבת עינו – כרוכה פגיעה ממשית בפרטיות.

38. צו חדירה לחומר מחשב, כשמו כן הוא, מאפשר חדירה לפרטיותו של אדם, לסוד שיחו, לעיתים אף לנבכי-נפשו, למכמניו. "החדירה למחשבו האישי של אדם גרועה לא פחות מן הפריצה לביתו. ביתו של אדם הוא מבצרו, ומחשבו האישי הוא פינת הסתר החבויה במבצר, הוא המגירה האישית של בעליו, והוא אוצר בתוכו, תכופות, מידע פרטי, אישי, ולעיתים כמוס. החדירה אל המחשב האישי כמוה כחיתוט בחפציו האינטימיים" (דברי השופט (כתוארו אז) א' ריבלין בבש"פ 7368/05 זלוטובסקי נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (4.9.2005)). לא בכדי קבע המחוקק בסעיף 4 לחוק המחשבים, התשנ"ה-1995, כי "החודר שלא כדין לחומר מחשב הנמצא במחשב, דינו – מאסר שלוש שנים". השיבותה של ההכרעה בהליך חקירתי זה, רגישותו של העניין, פוטנציאל הפגיעה האצור בו, מחייבים את בית המשפט לנקוט משנה זהירות בטרם יחתוך את הדין. על השופט הדין בבקשה, לעשות משמרת למשמרת, לבל יהפוך המשפט למשפח (ראו, ישעיהו ה, ז). נוכח האמור, במצבים שבהם נפלו פגמים עובר להגשת הבקשה לצו חדירה, על השופט ליתן דעתו עליהם כבר בשלב הדיון בה; לא לדחות זאת לעתיד לבוא, ובנסיבות המצדיקות תוצאה זו – לדחות את הבקשה.

39. ודוק: בהלכת יששכרוב נקבע כלל פסילה ראייתי, בעוד שכאמור, בקשה לצו חדירה לחומר מחשב – אינה נדונה לפי פקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, ולא צריכה להתבסס על ראיות קבילות. יחד עם זאת, הדרישה להגינות ההליך, אינה מוגבלת אך לתחומי שיפוטה של פקודת הראיות. מצודתה של דרישה זו פרושה, והיא רחבה, ומשתרעת על כל אותם מצבים שבהם הלגיטימיות של ההכרעה השיפוטית יכולה להתערער. הליך פלילי, על הסנקציות הנלוות אליו, מחייב עמידה איתנה בכללים שנקבעו בחוק. הרשות החוקרת אינה רשאית לעשות בהליך הפלילי כבתוך שלה, להתעלם מהוראות, להדחיק כללים, ולרתום את בית המשפט להכריע בהסתמך על מצע עובדתי בלתי-חוקי. בהקשר זה יצוין, כי גם בהליך מעצר, אשר הראיות המובאות במסגרתו אינן כפופות למגבלות החלות על ראיות המוגשות בהליך העיקרי, קבעה השופטת ע' ארבל, כי פגמים שנפלו במהלכו וברקעו, ישקלו בעת ההחלטה אם להורות על מעצר, או על שחרור: "התכליות העומדות בבסיס דוקטרינת הפסילה הפסיקתית בפרשת יששכרוב חלות גם בנוגע לשלב הליך המעצר. המשך מעצרו של עצור שנפל פגם משמעותי ומהותי בזכויותיו הבסיסיות כעצור, עלולה בנסיבות המתאימות לפגוע בלגיטימיות של הליך

המעצר, בטוהר ההליך הפלילי ובאמון הציבור במערכת המשפט" (בש"פ 9220/12 פרץ נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (26.12.2012)).

40. גם במשפט העברי מצאנו כלל הקובע, כי מצווה שלשם עשייתה בוצעה עבירה – עשויה להיפסל: "מצווה הבאה בעבירה – אינה מצווה" (רמב"ם, פירוש המשניות, מסכת סוכה ג, א). בתלמוד הבבלי נאמר: "הרי שגזל סאה של חיטין, טחנה לשה ואפאה, והפריש ממנה חלה, כיצד מברך? אין זה מברך, אלא מנאץ! ועל זה נאמר (תהלים י, ג) 'בוצע בך נאץ ה'" (בבלי, בבא קמא צד, א). היינו, אדם הגוזל חיטים ואופה מהן חלה – אינו יכול לברך על מצוות הפרשת חלה, שכן זוהי מצווה הבאה בעבירה. בכגון דא קובע התלמוד, כי הברכה הריהי נאצה. הא למדנו, כי ביצועה של עבירה לשם עשיית מצווה, פוגם במצווה, מטביע בה את חותמו, ועשוי להביא לפסילתה. ודוק. ניתן היה להבחין בין השניים; עבירה לחוד, ומצווה לחוד. על קיום המצווה יטול אדם את שכרו, ואילו על העבירה ישא את עונשו. אך לא כך מלמדנו התלמוד. כאשר המצווה והעבירה כרוכות זו בזו, הוכתמה המצווה וכאילו לא נעשתה. אעיר עוד, כי בדומה לעניין דנן, גם ביחס למצווה הבאה בעבירה קבעו בעלי התוספות, כי המצווה תיפסל רק במצבים שבהם קיום המצווה מתאפשר כתוצאה מביצוע העבירה שקדמה לה, ולא במצבים שבהם אין קשר סיבתי ביניהם (ראו, תוספות, סוכה ל, א, ד"ה "משום").

41. זאת ועוד. פגיעה בהגינות ההליך החקירתי אינה פוגעת בלגיטימיות ההחלטה השיפוטית לבדה, אלא גם ביחסי הכוחות בין הצדדים בהתדיינות. ההליך הפלילי בנוי כללים, הוראות ופרטים. הללו נועדו, בין היתר, לאזן את יחסי הכוחות בין עוצמתה של הרשות החוקרת לבין החשוד והנאשם בפלילים: "אל נוכח חוסר הסימטריה המובנה בין הצדדים להליך הפלילי מתעורר הצורך באמצעי הגנה פרוצדורליים מוטים לטובת הנאשם, באופן שישיב את האיזון בין הצדדים להליך על כנו" (יששכר רוזן צבי וטליה פישר "מעבר לאזרחי ולפלילי: סדר חדש לסדרי הדין" משפטים לח(3) 489, 499 (התשס"ט); ראו גם, בג"ץ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית-המשפט המחוזי באר-שבט, פ"ד סא(3) 93, 125 (8.10.06)). לחוקר נמרץ יתר על המידה נאמר, כי יכול ש"כוונתך רצויה, אבל מעשיך אינם רצויים" (כוזרי, מאמר א, פתיחה). אי-עמידת הרשות החוקרת בכללים החלים עליה, מקנה לה יתרון בלתי הוגן בהליך הפלילי, ופוגעת באיזון שבינה לבין החשוד או הנאשם.

42. בעניין דנן, בבקשה למתן צו חדירה לחומר מחשב, אשר קופה של שרצים תלויה לה מאחוריה, עסקינן. ברקע לבקשה – פעולות בלתי-חוקיות שנקטה בהן הרשות. אם יוכח דבר קיומה של זיקה בין הפעולות הבלתי-חוקיות שבוצעו, לבין הגשת הבקשה למתן צו חדירה, ואף על-פי כן ינתן הצו – תיפגע הגינות ההליך על היבטיו השונים.

לגיטימיות ההחלטה השיפוטית תיפגע, משום שמתן הצו נעשה בהסתמך על תשתית בלתי-חוקית; האיזון שבין החשוד ובין הרשות יפגע, מחמת חריגתה של הרשות מ'כללי המשחק' המחייבים. הפגיעות הללו מתרחשות כבר בשלב מקדמי זה – ההכרעה בבקשה למתן צו חדירה – גם מבלי שהראיות תוגשנה לבית המשפט הדין בהליך העיקרי. כאמור, בכך נבדל העניין דנן מזה שנדון בדנ"פ שמש, שבו לא דובר בצו שיפוטי שנתינתו כרוכה בהסתמכות על מצע ראייתי בלתי-חוקי ובפגיעה בהגינות ההליך. במוקד הדיון בדנ"פ שמש נדונה השאלה אם יש לאפשר לאסוף חומר ראייתי, אשר קבילותו העתידית כמשפט – מוטלת בספק; אם נכון יהיה לבחון את קבילות הראיות כבר בשלב שבו מתבקש לצרפן לתיק החקירה. להבדיל משם, בעניין דנן, לא קבילות העתידית של הראיות הפגומות היא שעומדת במוקד, אלא השלכת הפגמים על טוהרה של ההכרעה השיפוטית בבקשה לצו חדירה לחומר מחשב.

43. יתרה מזאת. בין דנ"פ שמש, לבין העניין דנן קיימת הבחנה נוספת ואף היא משליכה על השאלה, אימתי נכון יהיה לדון בפגמים שנפלו בדרך השגת הראיות. כך, בעוד שבדנ"פ שמש דובר על ראייה שנוצרה כדין, ורק העברתה לידי המשטרה – עוררה חשש לפגיעה בזכויות חשודים; בעניין דנן עסקינן בראיות אשר לגביהן יש חשש, כי תחילת ברייתן בפעולה בלתי-חוקית של הרשות. שכן, אם יוכח לבסוף שהחיפוש הבלתי-חוקי, הוא אשר הניע את החוקרים לבקש את צו החדירה, הרי שיסודו של צו זה בחטא. בדנ"פ שמש הבהירה הנשיאה ביניש, כי אופן יצירת הראייה עשוי להשליך על העיתוי שבו יתקיים הדיון בפגמים:

"שאלה שעשויה להתעורר בהקשר זה היא מה דינה של ראייה (כגון הודאה) שנוצרה מלכתחילה תוך הפרה ברורה ומובהקת של החוק והאם הפרת החוק שהייתה כרוכה ביצירת הראייה היא בגדר שיקול שבית המשפט נדרש להפעיל כשהוא נותן צו לפי סעיף 43. כיוון שבית המשפט ככלל אינו נותן ידו לעידוד מעשה בלתי חוקי, אפשר שבנסיבות מתאימות יהיה גם על בית המשפט הדין במסגרת הליך לפי סעיף 43 לפקודה להתחשב בכך שהראייה שרשויות החקירה מבקשות כי תימסר להן נוצרה תוך הפרת חוק ברורה ומובהקת; שאלה זו אינה פשוטה, היא טעונה הכרעה בהתאם לאופיה של אי החוקיות ומכלול הנסיבות, ומביאה בחשבון גם את העובדה שדוקטרינת 'פירות העץ המורעל' לא אומצה בשיטתנו. אולם איני רואה צורך להכריע בשאלה זו בפרשה שלפנינו וניתן להותירה לעתיד לבוא. זאת, משום שבמקרה דנן הכול מסכימים כי לא נפל פגם בעצם גביית

עדויות העובדים על ידי ועדות החקירה הפנימיות של הרכבת, והטענה של פגיעה בזכות להליך הוגן מופנית כנגד מסירת עדויות אלה למשטרה ולא כנגד עצם גבייתן" (עמוד 389).

44. בענייננו, ככל שיוכת, כי המשטרה נסמכה בבקשתה למתן צו חדירה, על פעולות בלתי-חוקיות שביצעה, או אז ימָצא בית המשפט כמי "שנותן ידו לעידוד מעשה בלתי חוקי", והראיות שיופקו מכוח אותו צו יתפסו ככאלו שהורתן ולידתן בחטא. נמצאנו למדים, כי כבר במסגרת ההכרעה בדנ"פ שמש, הכיר בית המשפט בכך שהכרעתו אינה מתייחסת, בהכרח, למצבים שבהם נוצרה הראיה בפעולה בלתי-חוקית מובהקת. לגישתי, נסיבות העניין דנן, קרי – תחילת יצירת הראיה בניגוד לדין, והסתמכות על תשתית בלתי-חוקית לשם קבלת צו שיפוטי, מחייבות מסקנה כי בית המשפט הדין בבקשה למתן צו חדירה לחומר מחשב, אינו רשאי להתעלם מהפגמים שנפלו עובר להגשתה, ועליו לתת דעתו עליהם כבר במהלך הדיון בה.

45. אציין, כי אף לעמדת המדינה, בנסיבות מסוימות, שבהן קדמו לבקשה למתן צו חדירה לחומר מחשב פעולות בלתי-חוקיות, עשויה הבקשה להידחות: "אם יובא בפני בית משפט השלום מקרה 'זועק לשמיים', שבו פעלו הרשויות בזדון – ולמסקנה זו ניתן יהיה להגיע מבלי לקיים בירור הכרוך בשמיעת ראיות – ישכיל בית משפט השלום לטרב לבקשה למתן צו שיפוטי להמשך החקירה" (פסקה 101). אלא שאמות המידה המוצעות על-ידי המדינה לדחיית הבקשה – מקרים 'זועקים לשמיים', וכשפעולת הרשות נעשית בזדון ובכוונת מכוון – אינן מספקות.

46. לדעתי, מפינן שמטרתנו לבחון את מידת הפגיעה בזכות להליך הוגן, אל מול אינטרסים וערכים אחרים הניצבים מנגד, אין צורך 'להמציא את הגלגל' מחדש. המבחנים שנקבעו בהלכת יששכרוב על-ידי הרכב מורחב של שופטי בית משפט זה, נועדו להכווין מלאכת איזון דומה עד מאד, לזו הניצבת לפנינו עתה. עלינו להתאים מבחנים אלו, לדיון בבקשות לצווי חדירה לחומר מחשב. כך, בשלב הראשון, יבחן בית המשפט את אופיה וחומריתה של אי-החוקיות שנפלה; בשלב השני יעמוד על מידת השפעתה של אי-החוקיות שנתגלתה על החלטת הרשות לבקש צו חדירה לחומר מחשב; לבסוף, במסגרת השלב השלישי, יעמוד בית המשפט על היחס שבין הנזק, לבין התועלת שכרוכים בדחיית הבקשה למתן צו חדירה. היה ובתום הבדיקה ימצא בית המשפט כי אי-החוקיות שנתגלתה – ממשית, וכי האינטרסים החברתיים המצדיקים את דחיית הבקשה – גוברים על אלו המצדיקים את קבלתה, יהא עליו לדחות את הבקשה ולמנוע את הפקת הראיה המבוקשת.

47. כמובן, אל השיקולים הנשקלים על-ידי בית המשפט ברגיל, במסגרת ההליך העיקרי, יתווספו גם שיקולים נוספים, שהם רלבנטיים לשלב הדיוני שבו מתקיים הדיון. כך, למשל, יתן בית המשפט דעתו על כך, שדחיית הבקשה בשלב זה עשויה לסתום את הגולל על ההליך החקירתי כולו, לכסות על גילוי אותה ראייה, ולמנוע ירידה לחקר האמת. במצבים מסויימים, שבהם נועד צו החדירה לחומר מחשב למנוע את ביצועה של עבירה עתידית, משמעותה של דחיית הבקשה עשויה להיות קשה אף יותר. בית המשפט יתן דעתו על אלה, ועל שאר השיקולים הצריכים לעניין.

קושי דיוני-ישומי

48. לצד האמור לא נוכל להתעלם מהקושי הדיוני-ישומי שתואר בדנ"פ שמש, ואשר מקשה על בירור מבחני יששכרוב כבר בשלב מקדמי זה. הכלים המצויים ברשותו של שופט הדן בשלבי החקירה – מוגבלים; היריעה הנפרשת לפניו – חלקית; השאלות הטעונות בירור והכרעה במסגרת כלל הפסילה הפסיקתית – רבות ומורכבות. כך, למשל, פעמים רבות ימנע מבית המשפט, בשלב ראשוני זה, לעמוד על חומרת העבירה שעל הפרק, על הדרכים האחרות שבאמצעותן ניתן להשיג את המידע העובדתי, ועל היסוד הנפשי של חוקרי המשטרה בפעולתם הבלתי-חוקית. עמד על כך השופט ח' כבוב באחת הפרשות: "אף שחיפוש בידי המשטרה מהווה חדירה משמעותית לפרטיות האדם, ככלל, הוצאת צווי חיפוש היא ענין שבשגרה. ההסדרים לביצוע חיפוש בכלל וחיפוש במחשב בפרט מעוגנים בפסד"פ ולפיהם שופט שלום הוא שמוסמך להתיר את החיפוש מכוח סעיפים 23 לפסד"פ (צווי חיפוש), 23 לפסד"פ (חדירה לחומר מחשב) [...] מבלי שמתקיים דיון משפטי של ממש ומבלי שתתקיים בחינה מעמיקה בדבר היקף הפגיעה בפרטיות. לשופט הדן בענין מוגשות מידי יום מאות בקשות להוצאת צווי חיפוש ואין כל אפשרות פרקטית להיכנס לעובי הקורה, לבחון כל בקשה ובקשה לגופה ולקיים דיון מעמיק באשר למטרות החיפוש, קיומה של דרך חלופית להשגת תכלית החיפוש אשר פגיעתה בחשוד פחותה, בחינת היקף החיפוש ונוהל חיפוש שיקטין את הפגיעה ואת החדירה לרשות היחיד" (ת"פ 40206/05 מדינת ישראל נ' פילוסוף, פסקה 7 (5.2.2007)).

49. נוכח ההצדקות לקיום דיון בפגמים שנפלו בהליך החקירתי כבר בשלב הדיון בבקשה לצו חדירה מן העבר האחד, והקושי הדיוני-ישומי מן העבר השני, נכון יהיה להבחין בין שני מצבים: האחד – תמונת המצב העובדתית לגבי אי-החוקיות ולגבי זיקתה לבקשה – מובהקת וברורה; השני – תמונת המצב חסרה ומצריכה עוד דרישה וחקירה.

50. במצבים שבהם אי-החוקיות וזיקתה לבקשה למתן צו החדירה ברורות דגן, ואינן מצריכות בירור ראייתי מעמיק נוסף, הכולל חקירות עדים ומעורבים, והמצריך תמונה

ראייתית רחבה יותר – יעמוד בית המשפט על הפגם שנפל והשלכתו על הבקשה, כבר במהלך הדיון בה. בנסיבות אלו, יוכל בית המשפט לדחות את הבקשה למתן צו חדירה, אם וכאשר יווכח לדעת שהבקשה נסמכה על תשתית בלתי-חוקית, ויחליט שבאיוון הכולל יש להעדיף את הזכות להליך הוגן על פני שיקולים ואינטרסים אחרים.

51. לעומת זאת, במצבים שבהם סבור בית המשפט הדין בבקשה למתן צו החדירה, כי התמונה הנשקפת לעיניו בנוגע לפגם שנפל חסרה, עמומה, חלקית, ולצד זאת מתקיימות העילות החוקיות שמצדיקות את מתן צו החדירה – ידחה הדיון בפגם ובהשלכותיו להליך העיקרי. שם, יעמדו לו, לבית המשפט, מיטב הכלים המצויים באמתחתו, ויהיה סיפק בידו לאזן אל-נכון בין כלל השיקולים והאינטרסים שעל כפות המאזניים. למותר לציין, כי בנסיבות אלו, צו חדירה לחומר מחשב שיינתן בשלב מקדמי – לא יכשיר פגמים ופגמים שנפלו עובר לנתינתו; לחשוד שמורה הזכות לתקוף את קבילותן של הראיות שיושגו באמצעות צו החדירה בהליך העיקרי, אם וכאשר יוגש נגדו כתב אישום.

52. ודוק. באותם מצבים שבהם יִקְבַּע, כי קיימת עמימות עובדתית אשר מצריכה לדחות את הדיון בפגם שנפל ובמשמעויותיו להליך העיקרי, תתמקד הבחינה הנדחית בחוקיותו ובתוקפו של צו החדירה לחומר מחשב גופו, ולא תתמצה רק בבירור קבילותן של הראיות אשר הופקו מכוחו. בית המשפט יבוא בנעלי השופט שדין בבקשה לצו חדירה לחומר מחשב, ויבחן מחדש, האם נוכח הפגם שנתגלה, נכון היה ליתן את הצו מלכתחילה. להבחנה זו ישנה השלכה מעשית, שכן היה והבירור הנדחה יתמקד בקבילותן ובחוקיותן של הראיות שהופקו מכוח צו החדירה לחומר מחשב, עשויות להישמע טענות כי בראיות נגזרות עסקינן, אשר טענות לגבי קבילותן, ככלל, לא תישמענה (ראו, הלכת יששכרוב, עמוד 529). תטען התביעה, כי אמנם פעולה בלתי-חוקית שביצעה המשטרה, היא אשר העמידה את החוקרים על קיומם של חומרים מפלילים במכשירי הטלפון של הנחקרים, אלא שמאז בוצעו פעולות חקירה נוספות, שעליהן נסמך הצו שניתן. מאז שבוצע החיפוש הבלתי-חוקי, גבתה המשטרה הודעות מהמבקשים; ניתן צו חדירה לחומר מחשב; הופקו ראיות חדשות, ואלה הן העומדות במוקד הדיון. הראיות הללו, כך עשויה התביעה לטעון, הריהן 'פירות העץ המורעל', אשר 'אכילתן', ככלל, אינה אסורה במשפטנו (ראו, למשל, ע"פ 6613/99 סמירק נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 529, 555 (1999)). תולדותיהן, תאמר התביעה, לאו כיוצא בהן. ברם, כשבמוקד הדיון, בחינת חוקיותו של צו החדירה לחומר מחשב, ולא קבילותן של הראיות שהופקו מכוחו, הטענה כי בראיות נגזרות עסקינן – לא תספון. בירור שכזה לא יתמצה אך בחוקיותן של הראיות שהתביעה תבקש להגיש לבית המשפט, אלא יתמקד בשאלה, האם בנסיבות, הצו שמכוחו

הן הופקו, האם הוא חוקי? היה ויתברר, כי הצו שניתן נסמך על ראיות בלתי-חוקיות, ואינו עומד במבחני כלל הפסילה – יבוטל הצו, והראיות שהופקו מכוחו תיפסלנה.

53. אציין עוד, כי בנסיבות שבהן התמונה שתגלה לפני השופט הדין בבקשה למתן הצו, תהא עמומה, דחיית הדיון בפגמים הנטענים, לא תתבסס על טעמים דיוניים בלבד, אלא גם על נימוקים שבמהות. כפי שהראנו לדעת, הסתמכותו של בית המשפט על מצע ראייתי שהושג שלא כדין, פוגמת בלגיטימיות של ההחלטה השיפוטית ובהגינותו של ההליך. ברם, זאת בהינתן שבית המשפט היה מודע לכך שהראיות שעליהן הוא נסמך – הושגו שלא כדין. עם זאת, בנסיבות שבהן התמונה אינה בהירה דיה, ולא הוכח כדבעי הקשר הסיבתי שבין אי-החוקיות בהתנהלות הרשות, לבין המצע הראייתי שהוגש לבית המשפט, קשה יהיה לטעון כי ההכרעה השיפוטית אינה לגיטימית, מחמת אותו ספק לבדו.

סיכום ביניים

54. אמנם כן, קיים דמיון רב בין דנ"פ שמש, לבין העניין דנן. בשני המקרים עסקינן בשאלה, אם נכון לדון בפגמים שנפלו בהשגת הראיות כבר בשלב מקדמי של ההליך; בשניהם מתעורר קושי דיוני לרדת לשורשו של הפגם, כבר באותו שלב ראשוני. יחד עם זאת, שלושה טעמים עיקריים הביאוני לכלל מסקנה, כי לא זרחה השמש עליו, על העניין דנן:

(א) בעוד שבדנ"פ שמש נקבע, כי הפגיעה בהגינות ההליך תתרחש רק עם הגשת ראיות התביעה לבית המשפט, הרי שבענייננו, עלולה הפגיעה להתרחש כבר בשלב המקדמי, עם מתן הכרעה שיפוטית הנסמכת על מצע ראייתי שהושג שלא כדין.

(ב) אם יוכח בעניין דנן כי קיים קשר סיבתי בין הראיות שהוגשו לבית המשפט, לבין הפעולות הבלתי-חוקיות שנקטה בהן הרשות, הרי שמדובר יהיה ב"ראיה שנוצרה מלכתחילה תוך הפרה ברורה ומובהקת של החוק"; מצב דברים זה, גם לעמדת הרוב בעניין שמש, אינו חוסה, בהכרח, תחת ההלכה שנקבעה שם.

(ג) הקושי להחיל על הנדון דידן את הפתרון שנקבע בדנ"פ שמש – בירור קבילותן של הראיות, על הפגמים שנפלו בהשגתן, בשעה שיוגשו לבית המשפט בהליך העיקרי. כאמור, בדנ"פ שמש ביקשה ההגנה לבחון את קבילות הראיות, כבר בשלב איסופן, אלא שהוכרע שאין להחיש את הקץ, ויהיה לה להגנה יומה, בהליך העיקרי. בענייננו, פתרון שכזה אינו מניח את הדעת, שכן התוצרים שהושגו בדרכים לא כשרות, לא בהכרח יוגשו לבית המשפט בהליך העיקרי. הללו נועדו לבסס את הבקשה לצו חדירה; לא על מנת להגישם כראיות בהליך העיקרי. יש להניח, כי בהליך העיקרי יוגשו

הראיות שהופקו מכוח אותם תוצרים – 'ראיות נגזרות' – אשר ספק אם ניתן יהיה לברר את קבילותן בהתאם למבחני הלכת יששכרוב.

55. נוכח השונות המהותית בין העניינים, ובהינתן שבפתרון שנקבע בדנ"פ שמש, אין מזור לקושי שמתעורר בענייננו, סבורני, כי קרני-אורה של הלכת שמש – אינם מאירים על העניין דנן. מוצע אפוא שבית המשפט יעמוד על הפגם שנפל בהשגת הראיות כבר בשלב המקדמי, שלב בירור הבקשה למתן צו חדירה. עם זאת, במצבים שבהם הנסיבות אינן בהירות דִּיֵן, ידחה בירורו של הפגם להליך העיקרי. אדגיש שוב, משמעות הדבר אינה בירור קבילותן של הראיות שיוגשו לבית המשפט בלבד, אלא העתקת בירור חוקיותו של הצו, על הפגמים שנפלו עובר לנתינתו, להליך העיקרי.

מן הכלל אל הפרט

56. המחלוקת שנתגלעה בין הצדדים היא בשאלה האם ניתן להצביע על קשר סיבתי בין החיפוש הבלתי-חוקיים שביצעה המשטרה בטלפונים הניידים של המבקשים, לבין בקשתה למתן צווי חדירה לחומר מחשב. מבלעדי הוכחת הקשר הסיבתי, לא נוכל לבוא בשערי הלכת יששכרוב, ולבחון בהתאם לאמות-המידה שנקבעו בה, האם מוצדק ליתן את הצו שנתבקש, אם לאו (ראו ע"פ 10477/09 מובארק נ' מדינת ישראל, פסקאות 110-108 (10.4.2013); ע"פ 3237/15 יהודה נ' מדינת ישראל, פסקה 7 לפסק הדין של השופטת (כתוארה אז) חיות (1.6.2016)). לא למותר לציין, כי דרישת הקשר הסיבתי הכרחית גם על-פי דוקטרינת ה'הגנה מן הצדק' (ע"פ 6144/10 גטצאו נ' מדינת ישראל, פסקה 35 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ג'ובראן (10.4.2013)).

57. נפנה עתה לבחון, האם מתקיים קשר סיבתי בין החיפוש הבלתי-חוקי שביצעו החוקרים, לבין התשתית העובדתית שעליה נסמכה הבקשה לצו חדירה. כאמור, ראשיתו של סיפור המעשה ב'חיטוט' בלתי-חוקי בטלפונים הניידים של המבקשים; אחריתו, בפנייה לבית המשפט בבקשה ליתן צו חדירה לאותם מכשירי טלפון. השתלשלות זו מעוררת חשש, שמא נועד צו חדירה 'להכשיר את השרץ', 'להלבין' את החומרים שנתגלו לעיני החוקרים בשעה שנברו במכשירי הטלפון של המבקשים. יהיה מי שיאמר, כי בפנייתה לבית המשפט, ביקשה המשטרה לרתום את בית המשפט ל'טיהור' מעשיה הבלתי-חוקיים. ודוק, 'הלבנת ראיות', עשויה להביא לפסילת ראיה, גם במצב שבו הראיה המולבנת היא ראיה נגזרת (ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל (1.8.2011)); (להלן: עניין פרחי)).

58. בעניין פרחי, השתמשו חוקרי המשטרה, שלא כדין, בראיית D.N.A שנלקחה מחשוד. מחמת אי-החוקיות שנכרכה בהשגת אותה ראיה, לא ניתן היה להגישה לבית

המשפט. משכך, הפיקה המשטרה ראיית D.N.A חדשה, חלופית, זאת הפעם בהתאם לדין. בית המשפט פסל גם את הראיה החדשה. השופט א' א' לוי קבע, כי "הכשרת ראיית ה-DNA בנסיבות אלה, משמעה השלמה עם מציאות שבה פגם מהותי שנפל בהליכי החקירה 'מולבן' באמצעות תחבולה פשוטה. במקרה זה, קבלת הראיה שהולבנה תותיר על כנה את הפגיעה בהוגנות ההליך שנוצרה בעקבות הראיה הראשית, הבאה לידי ביטוי בשלילת יכולתו של המערער להגן על חזקת חפותו, ובשלילת זכותו לפרטיות החלה על נתוני הזיהוי האישיים שלו. תוצאה זו אינה ראויה" (עמוד 668). משאלו הם פני הדברים, אם בעניין דנן יסודה של הבקשה למתן צו חדירה, הוא בניסיון 'להלכין' את החומרים שנגלו לעיני השוטרים באופן בלתי-חוקי, הרי שמתקיים הקשר הסיבתי הנדרש, וניתן להמשיך ולבחון האם – בהתאם למבחני הלכת יששכרוב – דין הבקשה להידחות, מחמת הפגמים שנכרכו בה.

מכאן לשאלה המתבקשת: האם נועדו הבקשות לצווי חדירה בענייננו, ל'הלכנת' החומרים שנתגלו לחוקרים באופנים בלתי-חוקיים?

59. בית משפט השלום נדרש לשאלה זו, ולאחר שבחן את התשתית שהוצגה לעיונו, ושמע את עדותה של נציגת המשטרה לפניו, השיב על כך בשלילה: "אציין, שלא מצאתי כל תימוכין לסברה לפיה הבקשות לצווים נועדו אך להכשיר את תוצרי החקירה (הטענה לצווי הלבנה) אלא מצאתי תימוכין לכך שהבקשות כווננו לראיות חדשות דווקא" (פסקה 24). גם בהכרעתו של בית המשפט המחוזי, לא מצאנו יסוד לחשש שמא הבקשה לצו חדירה מהווה ניסיון ל'הלכנת' תוצרי החיפוש הפסול.

60. חרף שלילת החשש מפני 'הלכנת' תוצרי החיפוש הפסול, קבע בית משפט השלום, כי יש לדחות את הבקשה לצו חדירה, שכן לדבריו הפעולות הבלתי-חוקיות שבוצעו בראשונה, יכול שהשפיעו על ההודעות שנגבו בהמשך מן המבקשים 1, 3-4: "תוצרי החיפוש המאולתר הפכו לחלק מההודעות ובשר מבשרו, ואלו עיבו את מערך הראיות והובילו אל החשודים האחרים כאפקט שרשרת. האפשרות להפריד את הראיות הלבנות מהשחורות בתוך אותה ראייה (הודעות החשודים), גם אם היא קיימת ברמה הטכנית, היא כרוכה במידה רבה של אילוף ומלאכותיות, ולכן יש לדחותה בהיבט המהותי. קשה לקבוע כי הראיות שהובילו לחשוד השלישי או הרביעי בפרשה אינן תולדה של החקירה בכללותה על חלקיה השונים" (פסקה 27). בית המשפט המחוזי דחה את קביעתו העובדתית של בית משפט השלום בהקשר הזה: "אין בנמצא זיקה הדוקה היוצרת 'תרכובת' בין הראיות 'הנקיות' לראיות 'המזוהמות'" (עמוד 15). מכל מקום, גם אם היינו מאמצים את מסקנתו העובדתית של בית משפט השלום, שעל-פיה נסתבכו הראיות זו בזו, כך שלא ניתן להפרידן – לא היה בכך כדי לעמוד בדרישה להוכחת קיומו של קשר סיבתי פוזיטיבי בין הפעולה הבלתי-חוקית שבוצעה, לבין ההודעות שנגבו לאחר מכן. אסביר.

61. בעניין פרחי נעשה, כאמור, שימוש בלתי-חוקי בראיית ה-D.N.A שנלקחה מן החשוד. השימוש הבלתי-חוקי סלל לחוקרים את הדרך לפענוח תיקי חקירה בעבירות-מין, שלא 'פוצחו' משך שנים ארוכות. ברם, החוקרים לא הסתפקו באותה ראיית ה-D.N.A פסולה; הם הוסיפו לאסוף ראיות, ולבצע פעולות חקירה: 'הלבינו' את ראיית ה-D.N.A, איתרו איכוני תקשורת, גבו מן החשוד הודעות תחת אזהרה, ועוד. בית המשפט פסל את ראיית ה-D.N.A המקורית, וכמוה גם את ראיית ה-D.N.A ה'מולבנת'. הראיות האחרות – איכוני התקשורת וההודעות שנגבו מן החשוד – נותרו קבילות. הודגש, כי הגם שאלמלא הפעולה הבלתי-חוקית הראשונה, לא ניתן היה לזמן את החשוד לחקירה, ולפעול על מנת להשיג את מחקרי התקשורת – אין מקום לפסול גם את הראיות הנגזרות. נקבע, כי למרות שמתקיים קשר סיבתי-עובדתי בין הפעולות הבלתי-חוקיות שננקטו, לבין הראיות שנגבו לאחריהן – אין די בכך כדי להביא לפסילתן, משום שבראיות נגזרות עסקינן. בנסיבות מעין אלו, יש להוכיח גם קשר סיבתי-משפטי. בהקשר זה ציין השופט דנציגר: "אכן, אילולא ההשוואה האסורה לא היה מובא המערער לחקירה ולא היו נמסרות אמדותיו המפלילות. אולם משאלו נמסרו מרצונו החופשי ולאחר שהוסברו לו מלוא זכויותיו כי אז בהתאם למבחן 'הרצון החופשי', הגשת אמדותיו במשפט אין בה כשלעצמה כדי לפגוע בהוגנות ההליך" (פסקה 13). כזאת קבע גם השופט לוי: "באשר לראיות הנוגעות להתנהגותו של המערער לאחר מעצרו – סירובו לשתף פעולה בהליכי החקירה וראשית הודאה שעלתה מאמירותיו – אלו נוצרו במעשיו ומחדליו של המערער שנבעו משיקול דעתו ומרצונו החופשי ובהיותו מיוצג, ואין שמך של אי-חוקיות בתיעודם. באלה יש לנתק את הקשר הסיבתי המשפטי בין ובין הראיה הראשית. אי-החוקיות שדבקה בראיה הראשית לא השפיעה במישרין על תוכן הראיות, על אופיין או עצם האפשרות להשגתן. השפעתה של הראיה הראשית בהקשר זה מוגבלת למישור העובדתי, בכך שהובילה למעצרו של המערער, הא ותו לא" (פסקה 21).

הנה כי כן, קשר סיבתי-עובדתי לחוד; קשר סיבתי-משפטי לחוד.

62. מהתם להכא. בניגוד לעניין פרחי, בעניין דנן לא נקבע בערכאות קמא, כי מתקיים מבחן 'הסיבה בלעדיה אין' בין החיפוש הבלתי-חוקיים, לבין ההודעות שנגבו לאחריהם. בית משפט השלום קבע אמנם, כי משבוצעה הפרה, קשה הפרדה בין הראיות השונות, ולא ניתן יהיה לשלול השפעה על הפעולות שבאו לאחריה. דא עקא, לא נמצאה בהחלטתו קביעה פוזיטיבית באשר לקיומו של קשר סיבתי-עובדתי. השפעה עקיפה, הגם שהיא קיימת – אינה מספקת. פעולות בלתי-חוקיות, כמו גם מחדלי-חקירה, משפיעים בדרך כלשהי על החקירה ועל התנהלותה; יש להצר על כל אלה ולעשות למניעתם. ברם, לא כל אימת שיהא חשש להשפעה עקיפה שכזו, יפסלו כל התוצרים שבאו לאחר אותה הפרה 'משפיעה'. כאמור, בעניין פרחי, נתקיים מבחן 'הסיבה בלעדיה

אין', כך שללא ספק השפיעה ההפרה על השגתן של הראיות המאוחרות לה. ואולם, גם בהינתן זאת קבע בית המשפט, כי לא נתקיים קשר סיבתי-משפטי, שכן הראיות הנגזרות עומדות בזכות עצמן. בענייננו, על אחת כמה וכמה.

63. הנה כי כן, לא מתקיים כאן מבחן הקשר הסיבתי-העובדתי, ולא מבחן הקשר הסיבתי-המשפטי. משלא הוכח קשר סיבתי עובדתי ומשפטי, אין אנו באים בשערי הלכת יששכרוב, ולא נזקקים למבחניה.

64. נוכח האמור, אציע להותיר את החלטת בית המשפט המחוזי על פנה; צווי החדירה לטלפונים של ארבעת המבקשים יעמדו בתוקפם.

65. לפני סיום אוסיף, כי העניין שלפנינו ממחיש את הקשיים הכרוכים בחקיקה שיפוטית. דיונים לרוב התקיימו בבית משפט השלום, בבית המשפט המחוזי ובבית המשפט העליון, וחוזר חלילה; ואחרי ככלות הכל, מסופקני אם באנו אל המנוחה והנחלה. הסוגיה מורכבת, יש בה פנים לכאן ולכאן, אינטרסים ושיקולים נוגדים; פער בין הרצוי לבין המצוי; בין הלכה, לבין אפשרות הגשמתה בחיי המעשה; מוטב היה להסדיר את ההוראות בחקיקה סדורה, אלא שלמרבה הצער, הצעת החוק הרלבנטית תלויה ועומדת במשך שנים רבות ולא מקודמת; משלא נחקקה – נאלצנו להכריע.

אחר הדברים האלה

66. דברים חשובים כתב חברי, המשנה לנשיאה ח' מלצר, על הפגיעה בזכויותיו החוקתיות של אדם בעטייה של חדירה לטלפון הסלולרי שלו; אך על מקצת דברי חוות-דעתו אני חולק:

(א) ב'גלגול' שלישי זה, שלא לומר 'גלגול' ששי, עלינו להכריע בשאלות משפטיות-עקרוניות, ולא בשאלות עובדתיות; במיוחד כך, כשהמצע העובדתי שעליו נסמכו הערכאות הדיוניות לא הובא לעיוננו. לפיכך התקשיתי עם הערות שהעיר חברי לגבי עדותה של פקד סבן, שלא בהתאם למה שנקבע בערכאה שהתרשמה במישרין מעדותה; התקשיתי גם עם קביעתו, כי בניגוד להחלטת השופט י' אלרון, לא התייצבו גורמים משטרתיים רלבנטיים לדיון בבית משפט השלום.

(ב) לדברי חברי, "מתבקש פה למעשה אישור בדיעבד לפריצה אסורה, ומבחינה מהותית אמור הדבר להכריע את גורל הבקשה לשבט". לדעת חברי, נועד הצו 'להלבין' את החיפוש הבלתי-חוקי שבוצע תחילה. אלא שבית משפט השלום קבע, כי למקרא 'החומר הסודי' נשלל החשש מפני 'הלבנת ראיות'. קשה לסטות מקביעה זו, מבלי ש'החומר הסודי' הובא לעיוננו.

(ג) עוד קובע חברי, כי יש לבטל את צווי החדירה, שכן "לכאורה הנסיבות והראיות שהובילו להגשת הבקשה הראשונית להוצאת צווי החדירה בדיעבד נשענו על ההודעות שנגבו מהעוררים, או על ראיות נגזרות מחקירותיהם. כל אלו הושגו במהלך, או בעקבות החיפוש הבלתי-חוקיים שנעשו במכשירים הסלולריים של מי מהם". קביעותיו-אלו של חברי, אינן עולות בקנה אחד עם הממצא העובדתי שקבע בית המשפט המחוזי, לאחר שעיין ב'חומר הסודי': "לאחר שעיינתי בהודעות החשודים הללו, בשים לב לכך שנחקרו בטרם נעשה החיפוש הבלתי חוקי בטלפונים שלהם, ומתוך בחינת אמרותיהם לגופן, במענה לשאלות שנשאלו בחקירתם, אני סבור כי אין זיקה בין אמרותיהם לבין החומר הבלתי חוקי בחיפוש המוקדם". גם אליבא דבית משפט השלום לא הוכח באופן פוזיטיבי, שהחיפוש הבלתי-חוקיים "הובילו להגשת הבקשה לצווי החדירה", כקביעתו של חברי. הפעולות הבלתי-חוקיות שביצעה המשטרה – אינן מוטלות בספק, ואדגיש – פגיעתן רעה. אך אין די בכך. יש לקשור בין החיפוש הבלתי-חוקיים, לבין הבקשות לצווי חדירה שבאו לאחריהם. הקשר שעליו מצביע חברי – אינו אמיץ דיו.

(ד) חברי קובע, כאמור, כי בנסיבות שבהן מטרת הבקשה לצו חדירה היא 'להלבין' את החיפוש הבלתי-חוקי שקדם לה – יוכרע "גורל הבקשה לשבט", וזאת בהסתמך על דוקטרינת ה'הגנה מן הצדק'. דא עקא, שעל-פי ההלכה הפסוקה, פגם שנפל בהגנת ראיות או בהתנהלות רשויות החקירה, לא מוביל בהכרח לבטלות. זכויות חשוד ונאשם בפלילים, הריהן יחסיות, ומתחייב איזון אל מול אינטרסים אחרים. מחדלים ופגמים בחקירה אינם שווים, גם חומרתם של חשדות ועבירות אינה זהה, ולשם כך עוצבו כללים בדוקטרינת ה'הגנה מן הצדק' ובהלכת יששכרוב, כדי לאזן בין השיקולים השונים שעל הפרק.

(ה) כשלעצמי לא הבנתי מה יתרון לה, לדוקטרינת ה'הגנה מן הצדק', שעליה מסתמך חברי בדחות את הבקשה לצו חדירה, על 'כלל הפסילה הפסיקטי' אשר ישומו נבחן בדנ"פ שמש. גבי דידי, עדיף 'כלל הפסילה הפסיקטי', באשר הוא 'נתפר' במיוחד למידותיהן של ראיות שהושגו שלא כדין, על פני ה'הגנה מן הצדק' הכוללנית והעמומה; מה גם שעל פני הדברים נקבע בסעיף 149(10) לחסד"פ 'הסדר שלילי', שעל-פיו תחולת 'הגנה מן הצדק' היא מעת הגשת כתב האישום; לא קודם.

ש ו פ ט

השופט ג' קרא:

1. קראתי את חוות דעתו המפורטת של חברי השופט נ' סולברג ואני מסכים עמו כי בנסיבות הייחודיות לענייננו, יש ליתן רשות לערור. כמו כן, מקובלת עלי התוצאה

האופרטיבית, לפיה יש להותיר על כנה את החלטת בית המשפט המחוזי למתן צווי חיפוש (חדירה למחשב) למכשירי הטלפונים הניידים של המבקשים.

יחד עם זאת, לגופם של דברים, איני יכול להצטרף למלוא קביעותיו של חברי. לטעמי יש מקום לקבוע כי ככלל מקומן של טענות ביחס לאי חוקיות בגביית ראיות להתברר בהליך העיקרי וכי במקרים חריגים ונדירים בלבד יהיה בהן כדי לשמש שיקול בלעדי המצדיק דחיית בקשה למתן צו חיפוש (חדירה לחומר מחשב). עוד ראיתי להסתייג מהחלת הלכת הפסילה הפסיקתית בשלב מקדמי זה של ההליך המשפטי.

2. המורכבות שמעלה המקרה שלפנינו, אינה נובעת רק מן הרגישות הכרוכה בחיפוש שנערך ללא צו בטלפונים ניידים של חשודים, במהלך חקירה אלא גם מהאופן שבו התנהלו ההליכים, ומהשילוב בין השניים.

3. כדי לעמוד על משמעות הדברים אחזור בקצרה על השתלשלות ההליכים כאן. ראשיתם, בחקירת המבקשים בחשד לביצוע עבירה של הטרדת עד במהלכה עינו החוקרים בטלפונים הניידים שלהם. העיון בוצע ללא צו חיפוש שיפוטי, בניגוד להוראת סעיף 23א לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש), התשכ"ט-1969 (להלן: הפקודה), ולאחר שהתבקשה והתקבלה הסכמת המבקשים לכך, אולם מבלי שהועמדו על זכותם לסרב ועל כך שככל שיסרבו לא ייזקף הסירוב לחובתם (להלן: החיפוש המוקדם).

בהמשך הגישה המשיבה לבית משפט השלום בקשה במעמד צד אחד לקבלת צווי חיפוש (חדירה לחומר מחשב) (מכוח סעיף 23א לפקודה) ביחס למכשירי הטלפון הניידים של המבקשים. אולם, לאחר שבאת-כוח המשיבה ציינה בדיון, שהתקיים במעמד צד אחד בפני השופט שדן בבקשה, כי המבקשים מודעים לבקשה וכי שלושה מהם מתנגדים לה והותירה את העניין לשיקול דעת בית המשפט, הורה כבוד השופט ע' מסארווה, על קיום הדיון במעמד הצדדים. זאת, משמצא כי תפיסת הטלפונים הניידים והכוונה לבקש צו חיפוש ידועים לחשודים (המבקשים) ואין כל חשש לשיבוש הליכים ואף נערכה עימם הידברות לשם גיבוש מתווה החיפוש (צ"ח (שלום תל אביב-יפו) 51782-10-19, מיום 29.10.2019). לפיכך, הדיון בבקשות התקיים במעמד הצדדים ובמהלכו נחקרו נציגי היחידה החוקרת. לאחר מכן, בהחלטה מיום 30.10.2019, נעתר בית המשפט לבקשת המשיבה למתן הצווים. נקבע כי על פי מתווה החיפוש שהוצג לעיונו של בית המשפט, יתקיים מיון ראשוני על ידי חוקר שאינו נמנה על היחידה החוקרת ותוצאותיו יובאו לעיון בית המשפט שייתן הנחיות להמשך. בהחלטתו ציין בית המשפט כי הוא נוטה לחשוב כי היה נעתר לבקשות גם אילו היו מונחות בפניו לפני

שבוצע החיפוש המוקדם, משום שהתשתית הראייתית שהתגבשה באותו שלב היתה מספקת ביחס לכל אחד מן המבקשים.

על החלטה זו הגישו המבקשים ערר לבית המשפט המחוזי. הערר נדחה לגופו לאחר דיון, משנקבע כי לא נפלה טעות בהחלטת בית משפט השלום וכן כי בפני החוקרים היה חשד סביר כי בטלפונים הניידים של המבקשים קיים חומר חקירה חיוני למיצוי החקירה. עוד נקבע כי אף שנדרש היה צו שיפוטי לביצוע החיפוש בטלפונים הניידים, קיים אינטרס ציבורי במיצוי החקירה בעבירה של הטרדת עד שעתידי להיות עד מדינה, ומתווה החיפוש שהוצג בפני בית המשפט נותן מענה הולם לאיזון בין צרכי החקירה לבין הפגיעה בפרטיות המבקשים. בהפנותו לדנ"פ 5852/10 מדינת ישראל נ' שמש, פ"ד סה(2) 377 (2012) (להלן: עניין שמש) ציין בית המשפט, כי טענות לקבילות ראיות מקומן בהליך העיקרי, ולא בשלב החקירה, ודחה את טענת המבקשים כי הלכת שמש אינה יפה למקרה זה שבו נדונה שאלת הצו בטרם הוצאתו ולא בדיעבד (ע"ח (מחוזי תל אביב-יפו) 16971-11-19 מיום 19.11.2019, כבוד השופט א' הימן)).

על החלטה זו הגישו המבקשים בקשת רשות ערעור לבית משפט זה, וזו ניתנה לפי סעיף 38(ב) לפקודה (הכוונה היא לסעיף 38א(ב) לפקודה – ג'. ק) (בש"פ 7917/19, מיום 25.12.2019). השאלה שבעניינה ניתנה זכות הערר היתה מהן ההשלכות של חיפוש שנערך שלא כדין במכשירי הטלפון של המבקשים על החלטה מאוחרת ליתן צו חיפוש באותם מכשירים. בהחלטתו, הורה חברי השופט י' אלרון כי הבקשות למתן צווי החיפוש תידונה בשנית בפני בית משפט השלום, במעמד הצדדים, ובנוכחות בעלי התפקידים במשטרה שלקחו חלק בהחלטה לביצוע החיפוש המוקדם ללא צו ובהחלטה להגיש את הבקשות למתן צווי החיפוש.

עוד נקבע כי יש לבחון את מידת ההשפעה של החיפוש המוקדם, שבוצע שלא כדין במחשב או בטלפון נייד, על בקשה למתן צו חיפוש נוסף בו וכי הבחינה תיעשה על פי מתווה דו-שלבי. תחילה, יש לבחון אם קיימת זיקה בין המידע שאותר בחיפוש המוקדם והבלתי חוקי לבין התשתית העובדתית שעל בסיסה מבוקש הצו, ובמידה והתשובה לכך חיובית יש לבחון האם חרף הפגם שנפל בביצוע חיפוש מוקדם שלא כדין קיימים שיקולים מיוחדים המצדיקים מתן צו חיפוש. בגדרו של השלב השני יובאו בחשבון חומרת הפגם שנפל באופן ביצוע החיפוש המוקדם וזאת על פי מידת הכפייה שליוותה את החיפוש המוקדם, היותו של החיפוש המוקדם פרי טעות (יוזמה עצמאית של חוקר) או ביטוי למדיניות ברורה ועקבית של רשויות החקירה; חומרת החשדות; נחיצות צו החיפוש להמשך החקירה; וזיקת בעל הטלפון הנייד או המחשב לחשדות.

בהתאם להחלטה זו חזר בית משפט השלום וקיים דיון בבקשה למתן צווי החיפוש, במהלכו נחקרה בחקירה נגדית החוקרת הראשית ביחידה החוקרת. בהחלטתו ציין בית המשפט כי בדיון הראשון הוצג בפניו דו"ח סודי שכלל התייחסות והפניה לתוצרי החיפוש הבלתי חוקיים ואילו בדיון הנוכחי הגישה המשיבה לעיונו דו"ח סודי חדש, ובו פירוט הראיות שלא 'זוהמו' ואשר בכוחן לבסס תשתית ראייתית לצווי החיפוש. בית המשפט קבע כי בחינת התשתית הראייתית מעלה כי גם ללא תוצרי החיפוש המוקדם היתה קיימת תשתית טובה המבססת את מתן הצווים במועד הגשת הבקשות. יחד עם זאת, נקבע כי אין בכך די לשם מתן צווי החיפוש שכן בהתאם להחלטת השופט י' אלרון, יש הכרח לבחון את הקשר הסיבתי בין תוצרי החיפוש לבין החלטת היחידה החוקרת להגיש בקשה לצווי חיפוש.

בית משפט השלום קיבל את הבקשה למתן צו חיפוש בעניינו של המבקש 2 ודחה אותה בעניינם של המבקשים 1, 3 ו-4. עוד עמד בית המשפט על הקושי שבהפרדה בין הראיות המזוהמות לבין הראיות החוקיות (אף שציין כי הדבר אפשרי כפי שנעשה בדו"ח הסודי החדש), משום שתוצרי החיפוש הפכו לחלק ממשי מגביית הודעות המבקשים וההפרדה ביניהן נגועה במלאכותיות, ויש לדחותה.

בית המשפט הגיע לכלל מסקנה כי ביחס למבקשים 1, 3 ו-4 קיימת זיקה שאינה ניתנת לניתוק בין תוצרי החיפוש הבלתי חוקי לבין הבקשות למתן צווי חיפוש, בעוד שזיקה כזו אינה קיימת בעניינו של המבקש 2, שהיה הראשון שנחקר מבין המבקשים, שכן בעניינו קיימת תשתית ראייתית מוקדמת ונקייה מפגמים. לפיכך, קיבל בית המשפט את הבקשה למתן צו חיפוש ביחס אליו ודחה אותה ביחס למבקשים 1, 3 ו-4. לצד זאת הדגיש בית המשפט כי אין בהחלטתו כדי להשליך על שאלת נפקות הפגמים ועל קבילות תוצרי החיפוש המוקדם וכי טענות המבקשים בעניין זה שמורות להם (צ"ח 10-51782-19, החלטה מיום 19.1.2020, כבוד השופט ע' מסארווה).

שני הצדדים גם יחד הגישו לבית המשפט המחוזי ערר על החלטה זו. המשיבה עררה על ההחלטה לדחות את בקשתה לצווי חיפוש בטלפונים הניידים של המבקשים 1, 3 ו-4; המבקש 2 ערר על ההחלטה ליתן צו חיפוש בטלפון הנייד שלו; והמבקשים 1, 3 ו-4, מצידם, עררו על דחיית עמדתם לפיה יש להחריג את עניינם מצו החיפוש ביחס לטלפון הנייד של המבקש 2. בית המשפט המחוזי קיבל את ערר המשיבה ודחה את ערר המבקשים תוך שהורה על עיכוב ביצוע החלטתו (ע"ח 20-01-57398, כבוד השופט א' הימן, מיום 20.2.2020).

בהחלטתו עמד בית המשפט על כך כי יישום המבחן הדו-שלבי אינו מצריך לבחון את הלך מחשבתה של היחידה החוקרת או של החוקרים לשם קביעת קיומה של זיקה בין המידע שאותר בחיפוש המוקדם והבלתי חוקי לבין התשתית העובדתית לבקשה למתן צווי חיפוש ומידתה. בית המשפט ציין כי לאחר שעייין בחומר החקירה עצמו באופן מעמיק ויסודי, הגיע לכלל מסקנה כי ביחס לכלל המבקשים קיימת תשתית ראייתית לבקשות למתן צווי חיפוש בדיעבד שאין לה זיקה למידע שהושג בחיפוש המוקדם והבלתי חוקי. לפיכך, לא נדרש לפנות לבחינת השלב השני במבחן הדו-שלבי, שעניינו שיקולים מיוחדים המצדיקים מתן צווים חרף הפגיעה בפרטיות החשודים. עוד נקבע, בבחינת למעלה מן הצורך, כי לא קיימת זיקה הדוקה בין הראיות הנקיות לבין הראיות המזוהמות.

על החלטה זו הגישו המבקשים בקשה למתן רשות ערר, היא הבקשה שלפנינו.

4. מטבע הדברים, על דרך הכלל צווי חיפוש לפי סעיף 23א לפקודה מתבקשים וניתנים במעמד צד אחד. עיון בלשון הפקודה מעלה כי אין בה עיגון לזכות ערר על החלטה בדבר צו חיפוש. סעיף 38א לפקודה, הקובע זכות ערר על החלטת בית משפט השלום וערר ברשות על החלטת בית המשפט המחוזי, מתייחס מפורשות להוראות הפרק הרביעי לפקודה שכותרתו "תפיסת חפצים" בעוד שסעיף 23א מצוי בפרק השלישי לפקודה שעניינו חיפוש. הדבר עולה גם מדברי ההסבר להצעת החוק לתיקון פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) (מספר 11) (חיפוש ותפיסת חומר מחשב), התשס"ה-2005, הצ"ח הכנסת, 149), עם הוספתו של סעיף 23א לפקודה בתיקון מס' 12 לפקודה (ס"ח התשס"ה-2005, 526). על פי דברי ההסבר ביחס לתיקון סעיף 38א(א) לפקודה "מוצע לאפשר ערעור על החלטות בית המשפט בדבר החזרת מחשב תפוס והעתקת חומר מחשב", הא ותו לא. מושכלות יסוד הן כי "אין לך זכות ערעור או זכות ערר אלא אם כן קבע המחוקק הראשי ערכאה המוסמכת לדון בערעור או בערר" (רע"פ 4207/96 מדינת ישראל נ' פרידן (לא פורסם, 20.1.1997); רע"פ 4953/06 צדוק נ' מדינת ישראל (17.7.2006); רע"פ 5333/08 עראף נ' המשרד לאיכות הסביבה (8.7.2008); רע"פ 5638/08 כוכבי נ' כוכבי (21.7.2008); בש"פ 8614/11 התובע הצבאי הראשי נ' פלוני, פסקה 4 (1.12.2011)).

5. מטעם זה נדחתה בקשת רשות להשיג על מתן צווי חיפוש לפי סעיפים 23 ו-23א לפקודה (בש"פ 4705/20 פלונית נ' מדינת ישראל (8.7.2020)). כמו כן, ביטוי להעדר זכות ערר ביחס לצווים הניתנים בשלב החקירה, ניתן למצוא בע"פ (מחוזי באר-שבע) 7345/05 גולמוב נ' מדינת ישראל (10.5.2006) שם נדחה על הסף ערעור על החלטה

למתן צו חיפוש מכוח חוק הכניסה לישראל, תוך שנקבע כי נדרשת קביעה מפורשת בחוק לשם זכות ערעור. עקרון דומה בא לידי ביטוי, בהקשר אחר, בפסק דיני בבג"ץ 9989/17 מליניאק נ' משטרת ישראל (4.1.2018). באותו עניין, נדחתה הטענה כי יש להורות על הפסקת חקירה שנערכה תוך הפרת חסיון רפואי על ידי צוים שהוציאו רשויות החקירה, תוך שנקבע כי אין לעורר סעד של עיון חוזר או ערר אלא על דרך של העלאת הטענה להפרת זכויות במסגרת ההליך הפלילי, ככל שהחקירה תבשיל לכדי כך. למען שלמות התמונה, יצוין כי בקשה לדיון נוסף בעניין זה נדחתה (דנג"ץ 492/18, מיום 25.1.2018) וכך גם נדחתה בקשה למתן רשות ערעור באותו עניין (רע"פ 1230/18 מליניאק נ' משטרת ישראל (28.5.2018)).

6. יצוין עוד, כי גם הצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה, חיפוש ותפיסה), התשע"ד-2014 (הצ"ח 867, 19.5.2014) (להלן: הצעת החוק), אשר נועדה ליצור הסדר כולל של עניינים אלו, לרבות תפיסה של מחשבים, ובכלל זה מכשירי טלפון נייד, וחיפוש בהם, אינה מעניקה לחשוד זכות ערר על מתן צו מסוג זה (ראו: סעיף 87 המפנה, בשינויים המחויבים, לסעיפים 18 ו-19 להצעת החוק).

7. לא בכדי הארכתי בהתייחסות למישור הדיוני, שכן מצב דברים זה, שבו למעשה לא הקנה המחוקק זכות ערר למי שנגדו הוצא צו חיפוש בחומר מחשב, משליך גם על היקף הזכויות שיש לחשוד במהלך חקירה ועל היקף התערבות בית המשפט בעבודת המשטרה בשלב זה. וחשוב מכך – ההסדר הדיוני מממש את הדין המהותי עצמו, שבעיקרו, ובהתאם לפסיקת בית משפט זה, מותיר בירורן של טענות מסוג זה להליך העיקרי עצמו.

8. גישה זו באה לידי ביטוי בעניין שמש. באותו עניין נדרש בית המשפט לעמדה לפיה טענה לפגיעה בהליך הוגן יכולה להוות עילה למניעת איסוף ראייה בגדר צו לתפיסת מסמכים מכוח סעיף 43 לפקודה. בפתח חוות דעתה של הנשיאה ד' ביניש הוצבה השאלה העומדת לדיון כשאלה כללית שאינה מוגבלת לתחומי סעיף 43 הנ"ל, והיא: השלב בהליך הפלילי שבו ניתן להכריע בטענה בדבר אי קבילות ראיות שהושגו שלא כדין ותוך כדי פגיעה בזכות להליך הוגן, בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית שבהלכת יששכרוב (ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461 (2006)). מכאן, אף שהדיון בשאלה זו נערך בהקשרו של סעיף 43 לפקודה, הרי שמדובר במקרה פרטי שבא בגדרה של השאלה הכללית וניתן לעשות שימוש בעקרונות ובקביעות שנקבעו בעניין שמש גם ביחס להליכים נוספים, ובענייננו: בקשה למתן צו לפי סעיף 23 לפקודה.

בפסק הדין הודגשו חשיבות ההבחנה בין שלביו השונים של ההליך הפלילי והצורך בהפעלת שיקול דעת שיפוטי בהתאם לשלב שבו מצוי ההליך הפלילי ולאופי האמצעי המבוקש (עניין שמש, עמ' 386). כמו כן, נבחנו מהות ההליך מכוח סעיף 43 לפקודה, מכלול העקרונות שבבסיס דוקטרינת הפסילה הפסיקתית ושאלת יישומה בהליך לפי סעיף 43 הנ"ל. מסקנות בחינה זו נוסחו באופן כללי. כך נקבע, כי ההכרעה בשאלת איסוף הראיות במהלך חקירה פלילית שונה משאלת קבילות הראיות, הנתונה להכרעת בית המשפט הדין בהליך הפלילי וכי לבית המשפט הדין בתיק העיקרי יכולת טובה יותר ביחס לראיה לגביה נטען כי הושגה שלא כדין, מאשר לבית משפט שדין בבקשה לתפיסת חומר בשלב החקירה המשטרית להכריע בדבר קבילותה, שכן ההכרעה דורשת איזון מורכב ומן הראוי שיעשה שעה שלפני בית המשפט עומדת התמונה המשפטית והעובדתית המלאה (שם, פסקה 17). עוד נקבע כי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית נועדה להגן על הגינות ההליך המתנהל בבית המשפט ולא למנוע מראש את שימוש המשטרה בראיות שאינן קבילות וכן כי תכלית הרתעת רשויות החקירה מפני שימוש באמצעים פסולים היא בעלת חשיבות משנית (שם, פסקה 14).

9. מכלול השיקולים והרציונלים שעמדו בבסיס פסק הדין בעניין שמש יפים גם כבואנו לבחון את העניין שלפנינו. כאן, בדומה לעניין שמש, נודעת חשיבות לשלב שבו מצוי ההליך המשפטי ולמהות הבקשה. גם כאן, אנו מצויים בשלב החקירה המשטרית. עוד בדומה, גם כאן נדרש השופט הדין בבקשה לצו חיפוש (חדירה לחומר מחשב) להפעיל שיקול דעת שיפוטי בהתאם לאופי השלב ולאופי הבקשה (פסקה 10 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש בעניין שמש). בנוסף, כשם שבעניין שמש דובר במניעת פגיעה בלתי הכרחית בזכויותיו של המחזיק בחפץ (שם, פסקה 11) כך בעניין שלפנינו, נועדה הביקורת השיפוטית בהקשר סעיף 23א לפקודה למנוע פגיעה שאינה הכרחית בזכות החשוד לפרטיות. וגם כאן, במסגרת שיקול הדעת השיפוטי בבחינת בקשה למתן הצו יש מקום להתחשב במהות החומר המבוקש ובמידת הקשר הענייני בינו לבין החקירה, וגם כאן שיקול קבילות החומר כראיה הינו עניין לבית המשפט שידון בתיק העיקרי, להבדיל מהליך החקירה.

10. אף שבעניין שמש הותירה הנשיאה ד' ביניש ב"צריך עיון" את השאלה בדבר התחשבות באי חוקיות ברורה ומובהקת באופן יצירת הראיה גם בהליך של מתן צו לפי סעיף 43 הנ"ל, היא קבעה כי שאלה זו תוכרע בהתאם ל"אופיה של אי החוקיות ומכלול הנסיבות ומביאה בחשבון גם את העובדה שדוקטרינת "פירות העץ המורעל" לא אומצה בשיטתנו".

וכך נקבע:

”שאלה שעשויה להתעורר בהקשר זה היא מה דינה של ראייה (כגון הודאה) שנוצרה מלכתחילה תוך הפרה ברורה ומובהקת של החוק והאם הפרת החוק שהייתה כרוכה ביצירת הראייה היא בגדר שיקול שבית המשפט נדרש להפעיל כשהוא נותן צו לפי סעיף 43. כיוון שבית המשפט ככלל אינו נותן ידו לעידוד מעשה בלתי חוקי, אפשר שבנסיבות מתאימות יהיה גם על בית המשפט הדין במסגרת הליך לפי סעיף 43 לפקודה להתחשב בכך שהראייה שרשויות החקירה מבקשות כי תימסר להן נוצרה תוך הפרת חוק ברורה ומובהקת; שאלה זו אינה פשוטה, היא טעונה הכרעה בהתאם לאופיה של אי החוקיות ומכלול הנסיבות, ומביאה בחשבון גם את העובדה שדוקטרינת ”פירות העץ המורעל” לא אומצה בשיטתנו” (ההדגשה אינה במקור – ג.ק.) (עניין שמש, פסקה 12 לפסק דינה של הנשיאה ד’ ביניש).

11. ענייננו קרוב במהותו למצב הדברים המתואר, ואף שאינו זהה לו הגיונם של הדברים – זהה. במצב דברים זה עלול להימצא בית המשפט כמי שנותן ידו לעידוד מעשה בלתי חוקי. משכך, ברוח דברי הנשיאה ד’ ביניש קיימת האפשרות כי בית המשפט הדין בבקשה יפעיל את שיקול דעתו תוך התחשבות בקיומה של הפרת חוק מובהקת. וכך עשה בית משפט השלום בהחלטתו הראשונה מיום 30.10.2019.

בהחלטתו זו עמד בית משפט השלום על אופן ביצוע החיפוש בטלפונים הניידים, על הסכמת המשיבים לכך מבלי שהועמדו על זכותם לסרב, מבלי שיהא בכך כדי לשמש כראייה לחובתם, על האופן שבו נערך החיפוש בטלפונים הניידים וכן על קיומו של חשד סביר לביצוע העבירה לגביהם, על נחיצות צווי החיפוש, על מתווה העיון המוצע ועל הפגיעה בחקירה במידה ותידחה הבקשה. בית המשפט איזן בין האינטרס הציבורי במיצוי החקירה ועל הצורך בחקר האמת ביחס למעורבים נוספים לבין זכויות המבקשים כחשודים. בית המשפט אף ציין כי אין המדובר בפגיעה מכוונת או כזו שנעשתה בחוסר תום לב והדגיש כי הוא נוטה לחשוב כי היה נעתר לבקשות גם אילו הובאו בפניו לפני שנערך החיפוש המוקדם ללא צו בשל התשתית הראייתית ובשל העדויות, מהן עולה כי מכשירי הטלפון שימשו אמצעי תקשורת מרכזי בין החשודים. בנוסף, בית המשפט הדגיש כי בשלב ראשוני זה נבחן קיומו של ”יסוד סביר לחשד” ולא מעבר לכך וכי שאלות של קבילות ופסלות ראיות מקומן בהליך העיקרי, וככל שזה אכן יתקיים – שמורה למבקשים הזכות להעלות את טענותיהם במסגרתו. בהמשך, קבע בית המשפט המחוזי בערר הראשון, כי החלטה זו מאזנת נכונה את מכלול השיקולים בעניין כאן.

12. הנה כי כן, מלכתחילה לא התעלם בית משפט השלום – והמחוזי אחריו – מטענות המבקשים ביחס לאי החוקיות ושקל את הדברים לאור מכלול האינטרסים הנוגעים לנסיבות העניין. מסגרת השיקולים שהועלתה בעניין שמש ואשר, למעשה, לאורה בחן בית משפט השלום את הבקשה למתן צווים, מהווה מסגרת הולמת לבחינת השאלה שלפנינו ועל בסיס זה עשוי בית המשפט, בנסיבות המתאימות, לדחות בקשה למתן צווים לפי סעיף 23א לפקודה.

13. בשונה מעמדת חברי השופט נ' סולברג, איני סבור כי נכון להחיל את המבחן התלת שלבי שבהלכת יששכרוב בשלב מקדמי זה של ניהול החקירה המשטרתית, ואף איני סבור כי יש בכך צורך. בנדון דידן מקובלת עלי עמדתו של השופט א' לוי בבקשת רשות הערעור שקדמה לדיון המורחב בעניין שמש לפיה "פסק-הדין בעניין יששכרוב עוסק בקבילותן של ראיות במסגרת הליך לבירור האשמה, אולם הוא לא התכוון למונע מהרשות החוקרת לעשות שימוש בחומר ראיתי קיים...השקפתי היא כי השימוש בהלכת יששכרוב לפתרון הסוגיה דנן הוא בבחינת עירוב מין בשאינו מינו" וכן "כי דוקטרינת הפסלות בה עוסקת הלכת יששכרוב פועלת בגדרו של הליך משפטי נתון. הליך כזה קיים לאחר שהוגש כתב אישום ולא שעה אחת קודם." (רע"פ 851/09 שמש נ' מדינת ישראל, פסקה 4 לחוות דעתו של השופט א' לוי (22.7.2010)). עמדה דומה הביעה הנשיאה ד' ביניש בעניין שמש משקבעה כי בעיקרה, נועדה דוקטרינת הפסילה הפסיקתית להליך העיקרי (עניין שמש, פסקה 9 מול האות ו לחוות דעתה של הנשיאה ד' ביניש) ועל פי מהותה היא מיועדת לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין (שם, פסקה 13). יתרה מכך, בעניין שמש, נדחתה העמדה לפיה עצם הפגיעה בהוגנות ההליך, מהווה כשלעצמה נימוק מספיק לנקיטת הסנקציה הקיצונית של פסילת הראיה "כאן ועכשיו" כבר בשלבי החקירה המשטרתית. וזאת, כעניין שבמדיניות משפטית ועל בסיס התפישה לפיה דוקטרינת פרי העץ המורעל לא אומצה בשיטת המשפט הישראלית.

נכון הדבר, כי בבסיס הלכת יששכרוב עומדת השאיפה לשמירה על הגינות ההליך, אולם השמירה על הגינות ההליך, גם בשלב החקירה אפשרית גם בגדר מסגרת הבחינה שהותוותה בעניין שמש.

14. יתרה מכך, אני סבור כי הקושי "הדיוני-ישומי" שעליו עמד חברי השופט נ' סולברג בחוות דעתו, משקף קושי ממשי ומהותי אשר ברוב המקרים של המקרים יביא לידי מסקנה כי יישום הלכת יששכרוב בשלב החקירה המשטרתית, טרם הגשת ההליך העיקרי, אינו אפשרי בשל הקשיים עליהם הצביע חברי, ובעיקר קושי בבירור העובדתי

וחלקיות התמונה ועמימותה. השתלשלות ההליכים בעניין שלפנינו נותנת משנה תוקף לקביעה זו. שכן, ההליך המשפטי שנוהל לאחר שהתקבלה החלטתו של השופט י' אלרון הביא למעשה, לעריכת מעין משפט זוטא, במסגרתו נחקרה חוקרת המשטרה והתבקשה – אף כי סורבה – חקירתם של חוקרים נוספים. קושי דומה יעלה גם בניסיון ליישם מבחן המבוסס על הלכת יששכרוב. הקשיים הנובעים ממצב זה ברורים מאליהם, ובהם החשש מפגיעה בחקירה והצורך בחקירת המבקשים עצמם. בית משפט השלום אף עמד עליהם מפורשות בהחלטתו השנייה והדיון המפורט שלו נצרך לשם קביעת ממצאיו בהחלטתו השנייה מדגיש אף הוא את הבעייתיות המהותית שבקיומו של הליך מסוג זה בשלב זה, בשעה שהתמונה הראייתית איננה ברורה כל ועיקר. העובדה כי בשלב הדיוני הנוכחי, השופט הדן בבקשה ניצב מול תמונה שהיקפה מוגבל ושטרם התבהרה והתבררה במלואה, מצמצמת עוד את היכולת בקבלת הכרעה המשקפת איזון נכון בין מכלול האינטרסים והשיקולים שראוי להביא בחשבון. לטעמי, יש בכך לפגוע פגיעה קשה, ואף אנושה, ביכולת ניהול החקירה ובאינטרס הציבורי בחקר האמת.

15. זאת ועוד. להחלת דוקטרינת הפסילה ההלכתית על שלב החקירה המשטרית נודעת השפעה רחבה ומקיפה על מכלול ההליכים המקדמיים וראוי כי הכרעה בשאלה זו תתקבל לאחר שיתקיים דיון ממצה. המקרה שלפנינו אינו המקרה הנכון להכרעה בה, הן בשל ההליך הדיוני החריג שהתקיים בו והן משום שלא מתקיימת בו הדרישה לתמונה עובדתית ברורה ומובהקת המאפשרת יישום המבחן בשלב מקדמי זה.

16. סיכומם של דברים, פסיקת בית משפט בעניין שמש מתווה מערך שיקולים רלוונטי לבחינת מכלול היבטי ההחלטה בנסיבות המקרה ואינה מעלה כל צורך בקביעת מתווה שונה בעניינה של החלטה למתן צו לפי סעיף 23א לפקודה.

17. יישום שיקולים אלה בעניינינו, מביא למסקנה כי השלב הנכון לבחינת טענות המבקשים להפרת זכויותיהם בשל עריכת חיפוש בלתי חוקי בטלפונים הניידים שלהם עד כדי הפעלת כלל הפסילה הפסיקתית שבהלכת יששכרוב הוא בהליך העיקרי, אם וכאשר יוגש כתב אישום, ואף קודם לכן, בגדר שיקולי המשיבה בבואה לגבש עמדתה בתום החקירה בשאלת ההעמדה לדין (עניין שמש, פסקאות 15-17 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש). גם במקרים, שבהם לא יוגש כתב אישום מטעמים אחרים, פתוחה בפני החשוד שזכויותיו נפגעו הדרך להלין על חוקריו בפני הרשויות המוסמכות. אף שאין בכך כדי לרפא את הפגיעה יוכל הדבר להביא להכרה בה ולפעולה על סמך זה.

זאת ועוד, בהחלטותיהם הראשונות הכירו בתי המשפט השלום והמחוזי בפגמים הנטענים ולא התעלמו מהם, אלא שקלו אותם על רקע מכלול השיקולים והאינטרסים, תוך התייחסות למתווה החיפוש המצומצם שגובש והוצע על ידי המשיבה. בנסיבות אלו, החלטתו הראשונה של בית משפט השלום מבטאת שיקלול נכון וראוי של מכלול הנסיבות, לרבות אי החוקיות שבחיפוש המוקדם שנערך ומתווה החיפוש המצומצם שהוצע, ואין לומר כי בדרך זו התעלם בית המשפט מאי החוקיות הנטענת או כי נתן לה את ידו.

18. לאחר דברים אלו, הונחה בפני חוות דעתו המפורטת של חברי המשנה לנשיאה השופט ח' מלצר, אשר מצא ללכת כברת דרך נוספת אף מעבר לעמדתו של השופט סולברג, בקביעת היקף ההתערבות השיפוטית בשלב החקירה וזאת בהתבסס על דוקטרינת ההגנה מן הצדק, שמהפעלתה בהליך החקירה אני מסתייג. לאחר העיון בה לא מצאתי לשנות מדעתי, אך אעיר את הדברים הבאים.

חברי, המשנה לנשיאה, מבסס את קביעתו בדבר קיומה של זכות הערעור על צו חדירה למחשב בכך ש"חדירה לחומר מחשב מותנית לרוב בתפיסה מוקדמת של המחשב" וכן כי "התפיסה של המחשב היתה בענייננו בבחינת תנאי מוקדם להוצאת צו החדירה" (פסקה 12 לחוות דעתו; ההדגשה במקור – ג.ק.). שכן, לשיטתו, בשל כך "אפשרות הפניה לבית משפט שלערעור ולבית משפט זה היתה מוקנית למי שרצה לטעון כנגד ההחלטות בדבר צו התפיסה, וצו החדירה שבא בעקבותיו". ולא כך היא. אכן, לחשוד יש זכות לערור על תפיסת מחשב, ובכלל זה טלפון נייד, אולם הטענות שישמעו מפיו בעניין זה, נובעות מסמכות התפיסה ולא לשאלה האם ניתן במקרה מסוים להוציא צו חדירה לחומר מחשב או לבטל צו כאמור, ואין ללמוד מזכות ההשגה על עצם תפיסתו של הנייד/המחשב כחפץ, זכות להשיג על מתן צו החדירה לפני הוצאתו או לאחר מכן.

ברע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל (פ"ד סה(3)), 305 (2012) (להלן: הלכת בן חיים) הכירה דעת הרוב בהכשרת חיפוש המחייב צו שיפוטי בנסיבות של מתן הסכמה מדעת וזאת לאחר שהובהרו לנחקר זכויותיו כמפורט בהלכת בן חיים. לפיכך, הגעתו של נחקר לתחנת משטרה לצרכי חקירה עם הנייד/מחשב שלו ומתן הסכמתו על פי כללי הלכת בן חיים לחדירה לנייד/מחשב, אף מבלי שזה נתפס על ידי המשטרה, מאפשרת את ביצועו של החיפוש והתפיסה איננה מהווה תנאי מקדים לביצוע החיפוש. ונזכיר כי ברע"פ 9446/16 התובעת הצבאית הראשית נ' סיגאוי (19.6.2017) הועלתה השאלה האם די בהסכמת חשוד לחיפוש בטלפון הנייד שלו, אולם רשות הערעור לא ניתנה

משבאותו עניין לא ניתנה הסכמה של החשוד לחיפוש תוך שבית המשפט ציין כי יתכן ויש מקום להסדרת הנושא על-ידי המחוקק.

19. משכך, ובכפוף להסתייגויות שפורטו לעיל, אני מצטרף לתוצאה האופרטיבית שבחוות דעתו של חברי השופט נ' סולברג, כי יש להותיר על כנה את החלטת בית המשפט המחוזי על מתן צווי חיפוש (חדירה למחשב) לפי סעיף 23א לפקודה ביחס לכל ארבעת המבקשים. כמו כן ראיתי להצטרף לעמדת חבריי, באשר לצורך בהסדרת חקיקתית.

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה ח' מלצר:

1. בחנתי את חוות הדעת של חבריי, לאחר שעיינתי במכלול החומר הרב שלפנינו (לרבות: התיאור של גלגולי העניין עד הנה, טענות הצדדים בכתב ובעל-פה וההחלטות השיפוטיות שהתקבלו בנושא בערכאות השונות), והנני שותף לדעתם של חבריי שיש מקום בנסיבות לדון בבקשות שבכותרת כבערר (לפיכך יקראו המבקשים מכאן ואילך: העוררים).

2. לגופם של דברים – הנני הולך כברת דרך ארוכה במשעול שהתווה חברי, השופט נ' סולברג (שאותו חרש עוד קודם לכן חברנו, השופט י' אלרון, ב-בש"פ 7917/19 אוריך נ' מדינת ישראל (25.12.2019) (להלן: בש"פ 7917/19)), זאת כנגד דעתו החולקת של חברי, השופט ג' קרא. יחד עם זאת, בשלב מסוים דרכינו נפרדות, ולכן אינני מסכים לתוצאה המוצעת על ידי שני חבריי כאן. לשיטתי, בנסיבות העניין אין מקום להורות על מתן צווי חדירה לטלפונים הניידים של ארבעת העוררים, ולכן העררים צריכים להתקבל.

בהקשר זה עליי להעיר עוד כי הנושאים המתעוררים כאן הם מורכבים וקשים, ודומה שזו הסיבה לפיצול ההשקפות, כפי שהדברים באים לידי ביטוי בפסק דין זה וכן בגישה שהציג עוד קודם לכן השופט י' אלרון ב-בש"פ 7917/19, ולכך שבעבר סוגיות קרובות, שהיה ויש להן איזכור בפרשה שלפנינו הגיעו בסופם של הליכים לדיון בפני הרכבים מורחבים (ראו: ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, פ"ד סא (1) 461 (2006) (להלן: הלכת יששכרוב); דנ"פ 5852/10 מדינת ישראל נ' שמש, פ"ד סה (2) 377 (2012) (להלן: דנ"פ שמש); ע"פ 1761/04 שרון נ' מדינת ישראל, פ"ד נח (4) (9) (2004)).

3. לאחר ההקדמה הנ"ל אפרט עתה את עיקרי עמדתי – ראשון-ראשון, ואחרון-אחרון.

4. שלוש סוגיות עמדו במוקד התיקים שבכותרת:

- א. האם ראוי להעניק פה רשות לערור.
- ב. האם ראוי שבית משפט יוציא צו חדירה למכשיר טלפון "חכם", מקום שבו קדם לבקשה למתן צו החדירה – חיפוש בלתי חוקי באותו מכשיר.
- ג. מתי יש לבחון את נפקויות החיפוש הראשוני הבלתי חוקי לעניין צו החדירה – בעת הדיון בבקשה להוצאת צו החדירה המאוחר, או במשפט עצמו, ככל שיוחלט על הגשת כתב אישום כנגד מי שצווי החדירה המבוקשים הופנו אליו.

אדון בקושיות אלו על-פי סדרן.

האם ראוי להעניק פה רשות לערור?

5. המשיבה גרסה כי אין מקום ליתן פה רשות לערור, שהרי טענות העוררים התמקדו, לשיטתה, בעיקר באופן שבו היה צריך ליישם את החלטתו של השופט י' אלרון ב-בש"פ 7917/19, ועל שאלות יישומיות שכאלה – לא נוהגים, לשיטתה, להעניק רשות לערור. עמדה זו תכונה להלן: "הגישה הצרה".

לחילופין, המשיבה גרסה כי היה ותינתן כאן רשות לערור, יש לדון מחדש בקביעותיו של השופט י' אלרון, שכן החלטתו ניתנה במותב של דן יחיד, וסטתה, להבנת באת-כוח המשיבה, מההלכה הפסוקה וכן משום חשיבותה והשלכות הרוחב של ההחלטה. עמדה זו תכונה להלן: "הגישה הרחבה".

6. לתפיסתי – הן על-פי "הגישה הצרה" והן על-פי "הגישה הרחבה" הענקת רשות ערור מתחייבת בענייננו. אבהיר וארחיב הדברים מיד בסמוך.

7. אם נלך לפי "הגישה הצרה" יסתבר כי בהחלטתו של בית המשפט המחוזי הנכבד, מושא הערר – כב' השופט שדן בעניין לא דק פורתא בהנחיותיו של השופט י' אלרון שנכללו בהחלטתו ב-בש"פ 7917/19. בהקשר זה יש להזכיר כי עוד בשנות השישים נקבע, כי סטיה מעין זו – איננה מותרת לא מחמת כך שמדובר בחריגה מההלכה הפסוקה, אלא בשל התעלמותה מהציות שנדרש מערכאה נמוכה יותר ביחס להוראות שנתקבלו

מהערכאה שמעליה, ביחס לאותו נושא, ולו כדי לתקן שגגה זו – הענקת רשות הערר נדרשת.

וכך נוסחו הדברים ב-ע"פ 413/66 שיינקין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כ(4) 683, 685-684 (1966):

"תהיה השקפתו המשפטית (של בית המשפט המקורי; התוספת שלי והיא באה לשם הבהרה – ח"מ) על ההוראות אשר תהיה. חובתו זו של בית-משפט יותר נמוך אינה נובעת מסעיף 33 של חוק בתי-המשפט, תשי"ז-1957 (היום סעיף 20 לחוק-יטוד: השפיטה; הערה שלי – ח"מ), הדין בעניני הלכה, אלא היא נובעת מעצם המבנה של מערכת הערכאות של בתי-המשפט ומסמכויותיו של בית-משפט שלערעור"
עיינו גם: יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א' 610 (2010).

8. בית המשפט המחוזי הנכבד לא דק פורתא כאמור בהנחייתו של השופט י' אלרון בהחלטתו ב-בש"פ 7917/19 – בשלושה מרכיבים:

בקובעו כי השלב הראשון במבחן הדו-שלבי שהציע השופט י' אלרון (לגבי הזיקה שבין המידע הלא חוקי שהושג בחיפוש המוקדם בטלפונים הניידים של העוררים לבין ההחלטה של הרשות החוקרת לפנות בדיעבד לבית המשפט לקבלת צו חדירה שיפוטי לאותם טלפונים) אמור לבחון את הדברים באופן אובייקטיבי בלבד ולא סובייקטיבי מנקודת הראות של החוקרים, זאת תוך התעלמות מהרציונלים שעמדו בבסיס החלטתו של השופט י' אלרון הנ"ל, שדיברה בהימנעות מהרחבת הפגיעה בפרטיות הנחקרים ומהצורך בהקפדה על ניהול הוגן של החקירה (ראו הרחבה נוספת בס"ק (1) שלהלן).

ההנמקה שניתנה ע"י בית משפט קמא הנכבד לבחירת החלופה האובייקטיבית הוסברה כך:

"לטעמי, החלטת בית המשפט העליון ברורה ביותר. איני סבור כי קיים קושי בהבנת משמעותה עד כי מצריכה היא פרשנות" (שם, בעמ' 10 להחלטה, מושא הערר).

על כך ברצוני להעיר:

(1) כל טקסט מחייב פרשנות וגם הקביעה כי הטקסט ברור כביכול היא מסקנה פרשנית שבאה לאחר מעשה הפרשנות ולא לפניו (ראו: בג"ץ 47/83 תור אויר בע"מ נ')

יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים, פ"ד לט (1) 169 (1985); בג"ץ 846/93 ברק נ' בית-הדין הארצי לעבודה ירושלים, פ"ד נא (1) 3 (1994); עיינו גם: אהרן ברק פרשנות במשפט – תורת הפרשנות התכליתית 83-89 (1995)).
 העובדה שנתגלעה פה מחלוקת בעניין זה בין בית משפט השלום הנכבד לבין בית המשפט המחוזי הנכבד מלמדת שהטקסט שבו מדובר **אכן היה טעון פירוש**.

יתר על כן, אף ההנחיה של השופט י' אלרון, כי את הבירור החוזר של הדברים יש לעשות: "בנוכחות בעלי התפקידים אשר לקחו חלק בהחלטה לבצע את החיפוש המוקדם ובהחלטה להגיש את הבקשות למתן צווי חיפוש במכשירי הטלפון הניידים של המבקשים" (פיסקה 51 להחלטת השופט י' אלרון ב-בש"פ 7917/19) גם היא מעידה על כך שנדרשה התייחסות טובייקטיבית מסוימת לעניין (על המשמעות של הימנעות המשיבה מלהביא לבירור החוזר את כל בעלי התפקידים שנטלו חלק בהחלטות האמורות – ארחיב בס"ק (3) שלהלן).

(2) העובדה שבית המשפט המחוזי הנכבד (כמו גם בית משפט השלום הנכבד) בחן בקשה "מתוקנת" של המשיבה למתן צו חדירה, שבגדרה "נוקו" ההפניות לראיות הנגועות לכאורה, שהושגו לאחר או בעקבות החיפוש המוקדם הבלתי חוקי (אשר נכללו **בבקשה המקורית**) – שללה למעשה את האפשרות לבדוק מה **בפועל** היתה השפעתם של תוצרי החדירה הבלתי חוקית על הבקשה "המתוקנת", בו בזמן שהחלטת השופט י' אלרון דיברה בצורך לבדוק מחדש את **הבקשה המקורית**.
 די בעובדה זו, שהיא מוסכמת, כדי ליתר את הצורך שלנו לעיין בחומרי החקירה, שהוגשו בערכאות דלמטה וסומנו כ"חומר סודי".

(3) שתי הערכאות הקודמות שדנו בתיק לא נתנו תשובות מספקות להחלטת המשיבה להביא לדיון החוזר בבית משפט השלום הנכבד רק את פקד דינת סבן מטעם הרשות החוקרת, בניגוד לאותו מרכיב בהחלטת השופט י' אלרון, שצוטטה לעיל, שדרשה למעשה כי **כל בעלי התפקידים** שהיו מעורבים בהחלטות הרלבנטיות של רשויות החקירה יובאו לדיון. לכך יש להוסיף את העובדה שבחקירתה פקד סבן הרבתה להשיב שאיננה זוכרת, או ביקשה שלא להשיב לשאלות מסוימות שהופנו אליה בנימוק שהעוררים פנו במקביל למח"ש בתלונה כנגד החוקרים בגין החיפוש הבלתי חוקי שבוצע בטלפונים הניידים שלהם. הבקשה שלא להשיב יכולה להיות מוסברת, בנסיבות, נוכח התלונה שהוגשה למח"ש כאמור ובהקשר לזכויות הנחקרים במח"ש. מאידך גיסא, התשובות שנתנה, לפיהן אין היא זוכרת דברים, מובנות פחות.

9. התוצאה של אי-קיום החלטתו של השופט י' אלרון, שדרשה למעשה כאמור כי יובאו לדין כל הנוגעים בדבר (אשר נטלו לכאורה חלק בהחלטות לבצע את החדירה הבלתי חוקית ושל אלו שהחליטו להגיש בדיעבד את הבקשות לצווי חדירה) היא שיש לזקוף הימנעות זו לחובת המשיבה, שכן בהלכה נפסק שהימנעות מהבאת עדים רלבנטיים מבססת הנחה לרעת הצד שהיה אמור להעיד אותם (עיינו והשוו: ע"פ 4844/09 מסעאד נ' מדינת ישראל, בפסקה 15 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (31.05.2010); ע"פ 2950/11 חן נ' מדינת ישראל, בפסקה 117 (08.05.2014); ע"פ 6101/16 עווד נ' מדינת ישראל, בפסקה 43, מפי חברנו השופט נ' סולברג (28.06.2017); ע"פ 6171/13 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 31 (28.06.2017)).

נפקות ליקויים אלה היא שדין העררים להתקבל, שכן – ובכך צדק בית המשפט המחוזי הנכבד – הנטל לצלוח את המבחן שהציב השופט י' אלרון בפני רשויות החקירה שמבקשות צו חדירה, מוטל עליהן, והן לא עמדו בו, כמוסבר לעיל.

10. באמור בפסקאות 8-9 שלעיל ניתן היה להסתפק ולקבל את העררים ולו בשל כך, אולם דווקא המשיבה ביקשה להרחיב את היריעה ולדון גם ב"גישה הרחבה", המתמקדת בפרופוזיציה החדשנית והקשה, לשיטתה, שאותה הציג השופט י' אלרון בהחלטתו ב-בש"פ 7917/19 ואשר סתרה, להבנתה, הלכות קודמות של בית משפט זה. היענות לאתגר זה, לה שותפים חבריי בחוות הדעת שלהם, מחייבת אף היא מתן רשות לערור, זאת בשים לב לחשיבות החלטתו של השופט י' אלרון ולהשלכותיה הרבות. לכן ההרחבה בה נקטו חבריי מקובלת עלי.

בשולי הדברים אעיר כאן כי המשיבה וכן הסנגוריה הציבורית לא מצאו לנכון להסב את תשומת ליבנו כי שאלת הזכות לערור על החלטות בדבר צווי חדירה וכן סוגיות נוספות הכרוכות בכך, תלויות ועומדות בפני בית משפט זה ב-בש"פ 5105/20. הדבר התגלה לנו באקראי 72 שעות לפני מועד שימוע פסק הדין וממילא לא נתייחס פה לשאלות הרבות שעולות שם, מעבר לנדרש בפסק דינו זה, מה גם שהמשיבה היא עצמה הגישה בשעתו ערר על החלטת בית משפט השלום הנכבד בקשר להחלטות שניתנו לגבי צווי החדירה שהתבקשו (עיינו בהקשר זה גם בפסקה 12 שלהלן).

אעבור איפוא עתה לדין בשתי הסוגיות הנוספות שתוארו בפסקה 4 שלעיל.

האפשרות להוציא צו חדירה למכשיר טלפון סלולרי "חכם", מקום שקדם לבקשה למתן הצו – חיפוש בלתי חוקי באותו מכשיר

11. חדירה לטלפון סלולרי של אדם פוגעת במספר זכויות יסוד חוקתיות: בפרטיותו ובצנעת הפרט שלו, ברשות היחיד שלו ובכליו, בקניינו של אותו אדם, בסוד שיחו ברשומותיו ובזכותו להליך הוגן הנגזרת מכבוד האדם שלו (ראו: סעיפים 7, 4 ו-2 (בהתאמה) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; זאת ועוד – על-פי סעיף 11 לחוק-יסוד זה, כל רשות מרשויות השלטון (ובכללן רשויות החקירה כמובן, תוספת שלי – ח"ח) חייבת לכבד את זכויות היסוד שלפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. פגיעה בזכויות אלו מותרת רק אם היא עומדת בתנאי "פיסקת ההגבלה", המעוגנת בסעיף 8 לחוק-היסוד הנ"ל, ובראש ובראשונה אם היא נעשית על-פי חוק, או מכוח הסמכה מפורשת בו.

נבחן איפוא עכשיו את ההוראות הפרטניות הנורמטיביות, ברמה התת-חוקתית, וזאת כדי לברר אם הפגיעה המיוחסת פה לרשויות החקירה מעוגנת בחיקוקים רלבנטיים (ככל שהתשובה תימצא חיובית, עדיין יהיה צורך לבדוק האם הפגיעה כולה צולחת את שאר תנאי "פיסקת ההגבלה", ובמיוחד אם היא מידתית).

זה המקום להעיר – עוד טרם שאנו עוברים להוראות החוקים המיוחדים העוסקים במאטריה שלפנינו – כי יש לבחון גם את חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הפרטיות) המפרט באופן כללי פגיעה בפרטיות מהי וקובע איסורים שונים (ראו לענייננו: סעיפים: 1, 2(2), 2(5), 2(7), 2(8), 2(9) ו-2(10) לחוק הפרטיות) וכן מגדיר הגנות ופטורים שונים (ראו לענייננו: סעיפים: 18(2)(ד), 18(3) ו-19 לחוק הפרטיות), בצד קביעה של עבירות פליליות (ראו לענייננו: סעיף 5 לחוק הפרטיות) ושל עוולות אזרחיות (ראו לענייננו: סעיף 4 לחוק הפרטיות). לבסוף, חוק הפרטיות קובע פסלות ראייתית (סעיף 32 לחוק הפרטיות) בזו הלשון:

"חומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות יהיה פסול לשמש ראיה בבית משפט, ללא הסכמת הנפגע, זולת אם בית המשפט התיר מטעמים שיירשמו להשתמש בחומר, או אם היו לפוגע, שהיה צד להליך, הגנה או פטור לפי חוק זה."

לפרשנותו של סעיף זה והחלתו – עיינו: ע"א 2552/16 זינגר נ' חברת יהב חמיאס טכנולוגיות (1990) בע"מ, מפי חברי, השופט נ' סולברג (10.05.2016)). אין צורך לומר לבסוף כי חוק הפרטיות חל על המדינה (ראו: סעיף 24 לחוק האמור) וניתן לקבל מכוחו צווים שונים, לרבות הוראה כי יושמד מידע שנתקבל שלא כדין, או שיאסר שימוש במידע כאמור, או להורות לגבי המידע כל הוראה אחרת (ראו: סעיף 29(4) לחוק הפרטיות).

ע"ת נאזכר ונדון בשאר החוקים הפרטניים, הרלבנטיים לענייננו.

12. סעיף 23א לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 (להלן: הפקודה), שהוכנס לפקודה בשנת תשנ"ה (1995), במסגרת תיקון מס' 6 לפקודה ושונה מעט בשנת תשס"ה (2005) במסגרת תיקון מס' 12 לפקודה, מורה כיום כך:

"חדירה לחומר מחשב

23א. (א) חדירה לחומר מחשב וכן הפקת פלט תוך חדירה כאמור, יראו אותן כחיפוש וייעשו על-ידי בעל תפקיד המיומן לביצוע פעולות כאמור; לענין זה, "חדירה לחומר מחשב" – כמשמעותה בסעיף 4 לחוק המחשבים, תשנ"ה-1995.

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

(ג) קבלת מידע מתקשורת בין מחשבים אגב חיפוש לפי סעיף זה לא תיחשב כהאזנת סתר לפי חוק האזנת סתר, תשל"ט-1979." (ההדגשות שלי – ח"מ).

מעבר לכך – חדירה לחומר מחשב מותנית לרוב בתפיסה מוקדמת של המחשב, כמוסדר בפרקים הרביעי והחמישי של הפקודה, ואם התפיסה נעשית על-ידי שוטר ללא צו (עיינו והשוו: רע"פ 9420/16 שמואל נ' מדינת ישראל (16.01.2017)) – רשאי מי שנפגע מהתפיסה להשיג עליה בפני בית משפט השלום ואף לערור בזכות על החלטתו של זה – לבית משפט המחוזי, וברשות לבית המשפט העליון (ראו: סעיף 38 לפקודה). מאחר שהתפיסה של המחשב הייתה בענייננו בבחינת תנאי מוקדם להוצאת צו החדירה, כי אז אפשרות הפניה לבית משפט שלערוור ולבית משפט זה הייתה מוקנית למי שרצה לטעון כנגד ההחלטות בדבר צו התפיסה, וצו החדירה שבא בעקבותיו, וזו אחת התשובות לטענה שהעלתה בזמנו המשיבה בדיונים הקודמים, אשר גרסה כי אין כביכול זכות לערור כנגד צו חדירה (יצוין כי אף המשיבה בחרה שלא לטעון כך בהמשך הדרך, באשר היא עצמה הגישה ערר כאמור על החלטת בית משפט השלום הנכבד). עיינו עוד והשוו: בש"פ 658/88 חסן נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(1), 670 (1991); ע"פ 10317/08 קורקוס נ' מדינת ישראל (11.12.2008); בג"ץ 8183/17 כהנא נ' מדינת ישראל (24.10.2017).

13. סעיפים 4 ו-5 לחוק המחשבים, התשנ"ה-1995 קובעים כהאי לישנא:

“חדירה לחומר מחשב שלא כדין

4. החודר שלא כדין לחומר מחשב הנמצא במחשב, דינו - מאסר שלוש שנים; לענין זה, “חדירה לחומר מחשב” - חדירה באמצעות התקשרות או התחברות עם מחשב, או על ידי הפעלתו, אך למעט חדירה לחומר מחשב שהיא האזנה לפי חוק האזנת סתר, תשל”ט-1979.

חדירה לחומר מחשב כדי לעבור עבירה אחרת

5. העושה מעשה האסור לפי סעיף 4 כדי לעבור עבירה על פי כל דין, למעט על פי חוק זה, דינו - מאסר חמש שנים.”

14. העולה מן המקובץ עד הנה מלמד כי הפגיעה בזכויות החוקתיות הנזכרות בפסקה 11 שלעיל מותרת מכוח חוק (ובלבד שהן עומדות בשאר תנאי “פיסקת ההגבלה” הנ”ל) ובתנאי שהחדירה נעשית מכוח צו שניתן על-ידי בית המשפט המוסמך והצו מפרט את מטרות החיפוש ותנאיו של הצו מבטיחים שלא תיפגע פרטיותו של אדם מעבר לנדרש. יחד עם זאת, כפי שמתבקש מסעיפים 4 ו-5 לחוק המחשבים, חדירה שלא כדין לחומר מחשב יש בה משום עבירה, שדינה לפי פרטי יסודות העבירה – מאסר של עד 3 שנים, או עד 5 שנים, (בהתאמה). ראו: רע”פ 8464/14 מדינת ישראל נ’ עזרא (21.12.2015); עיינו עוד: שרון אהרוני גולדנברג “חדירה למערכות מחשב – היקפה הרצוי והמצוי של העבירה” ספר דיוויד וינר 429 (2009) (להלן: גולדנברג).

יתר על כן, קבלת מידע מתקשורת בין מחשבים שלא אגב חיפוש עלולה להיחשב, מכוח סעיף 23א(ג) לפקודה כהאזנת סתר אסורה לפי חוק האזנות סתר, התשל”ט-1979 (להלן: חוק האזנות סתר) (גולדנברג, שם). פעולה אסורה שכזו דינה מאסר עד 5 שנים (ראו סעיף 2א) לחוק האזנות סתר) ויש לה אף השלכות ראייתיות חמורות (ראו סעיף 13 לחוק האזנות סתר).

15. כאן המקום להוסיף כי זה מכבר נפסק שטלפון “חכם” הוא מעין מחשב (ראו: ע”פ 1497/92 מדינת ישראל נ’ צוברי, פ”ד מז(4) 177, 193 (1993); ע”פ (ת”א) 61187-06-14 קורס נ’ מדינת ישראל (30.03.2015); ע”פ 8627/14 דביר נ’ מדינת ישראל (14.07.2015); בש”פ 6071/17 מדינת ישראל נ’ פישר, בפסקה 10 (27.08.2017); החלטתו של השופט י’ אלרון ב-בש”פ 7917/19, שם בפסקאות 19-20; עיינו גם: אסף הרדוף “להכשיר את הפּוֹרְץ: בקשת צו חדירה לחומר מחשב לאחר חדירה שלא כדין – צו ניקוי או צו הלבנה?” משפטים על אתר טו 60, 74 (2020); גולדנברג, בעמ’ 464, ה”ש (130).

16. בצד ההסמכות הסטטוטוריות, אותן פירטנו לעיל, במגבלות הקבועות בהן – הפסיקה הוסיפה, בדעת רוב של הנשיאה (בדימ') ד' ביניש והשופטת ע' ארבל, כנגד דעת מיעוט של השופט י' דנציגר דרך נוספת להכשרת חיפוש המחייב צו שיפוטי (וצו חדירה בכלל זה). ראו: רע"פ 10141/09 בן-חיים נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(3) 305 (2012) (להלן: הלכת בן-חיים), וכן החלטתו של השופט י' אלרון ב-בש"פ 7917/19. על-פי תפיסה זו נדרשת הסכמה מדעת של מי שמוכן שיחדרו לטלפון הסלולרי שלו, לאחר שהחוקר מסביר לו שאין הוא חייב להסכים למשאלת החוקר וכי סירובו לא יזקף לחובתו (זאת תוך שמירה הדדית של זכויות וטענות ואפשרות של החוקר לפנות לקבלת צו חיפוש או חדירה שיפוטי בעקבות הסירוב). לאחר הלכת בן-חיים הוטמעה הפרוצדורה להתנהלות המשטרה בהקשר לתפיסה וחיפוש במחשב בנוהל אח"מ 300.08.035 של המשטרה.

לעת הזו הלכת בן-חיים בעינה עומדת, אף שהיא נוגדת לכאורה את התנאי הראשון ב"פיסקת ההגבלה" המוסדרת בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. תנאי זה דורש שהפגיעה בזכות החוקתית תהיה בחוק, או מכוח הסמכה מפורשת בו. הנה כי כן, אם שאלת ההסכמה כמקור סמכות תיפתח מחדש – הנני נוטה, ולו מטעם זה, לדעת המיעוט של השופט י' דנציגר בהלכת בן-חיים. עיינו עוד: יניב בן הרוש "מה הבעיה בהסכמה לחיפוש משטרתי?" הפרקליט נד 43 (2016).

מכל מקום – אין להידרש לשאלה זו פה, שהרי כולי עלמא לא פליגי שתנאי הלכת בן-חיים לא התקיימו במקרה דנן. במילים אחרות – החיפוש המוקדם לא נערך פה מכוח צו שיפוטי שהוצא עובר לחדירה הראשונית וגם לא הושגה הסכמת העוררים בדרך הנדרשת לכך לפי הלכת בן-חיים (השוו: רע"פ 9446/16 התובעת הצבאית הראשית נ' סיגאווי ((19.06.2017)).

17. בהינתן האמור בפיסקה 16 שלעיל – השאלה הנוספת המתעוררת בפנינו היא האם בית המשפט אליו פנתה הרשות החוקרת בעקבות החדירה הבלתי-חוקית אמור היה להיענות לבקשת החדירה המאוחרת. בהחלטתו של השופט י' אלרון ב-בש"פ 7917/19 וכן בחוות הדעת של חבריי בפסק דין זה נפסק כי סמכות שכזו קיימת. קשה לי שלא להסכים לכך, במיוחד לנוכח הנתון שמחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), התשס"ח-2007 (להלן: חוק נתוני תקשורת), אשר עוסק במאטריה קרובה, ניתן ללמוד שבקשות חוזרות הן אפשריות (ראו: סעיף 3(ה)-(ו) שם ועיינו גם: בג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל, פ"ד סה(2) 694 (2012)). עם זאת, הסיטואציה כאן שונה, שכן רשויות החקירה עשו פה דין לעצמן מראש ועתה הן מבקשות הכשר

בדיעבד. לתפיסתי, במקרה שכזה הכלל צריך להיות **סירוב** לבקשת הרשות החוקרת, אלא אם כן היא תצליח להראות נסיבות חריגות ויוצאות דופן להצדקת הצו. לפירוט הכלל וחריגיו אתייחס מיד בסמוך.

18. השופט י' אלרון הציע בהקשר למצב הדברים האמור **מבחן דו-שלבי**, שכראשיתו יש לוודא שצו החדירה המבוקש איננו נשען על חומר שהושג בחיפוש הבלתי חוקי המוקדם, והמשכו במבחני הלכת יששכרוב. המשיבה ביקשה לצמצם גישה זו, ואולם גם היא היתה נכונה להסכים לכך כי סירוב למתן צו חדירה מאוחר יהיה מוצדק במקרים "זועקים לשמיים" וכשפעולת הרשות נעשתה בזדון ובכוונת מכוון (אלה הם מבחני פרשת ע"פ 2912/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221 (1996) (להלן: עניין יפת) בהקשר להגנה מן הצדק).

חברי, השופט נ' סולברג סבר כי יש להחיל את הלכת יששכרוב **על שלושת שלביה** על העניין הנדון (ראו בפסקה 46 לחוות דעתו), ואילו חברי, השופט ג' קרא הביע דעה, בהסתמך על דנ"פ שמש (שם, בפסקה 13 לחוות דעתו) כי עצם הפגיעה בהוגנות הליך החקירה – איננה, לשיטתו, נימוק מספיק לנקיטת הסנקציה של פסילת הראיה "כאן ועכשיו", דהיינו כבר בשלבי החקירה המשטרית, וזאת כעניין שבמדיניות משפטית, על בסיס התפיסה לפיה דוקטרינת "פרי העץ המורעל" לא אומצה בשיטת המשפט הישראלי (לגבי עיתוי הדיון בפסילה אפשרית של הראיות שהושגו לכאורה שלא כדין – בעת הדיון בבקשה לצו חדירה, או בעת המשפט, ראו בהרחבה בפסקה 24 ואילך).

דעתי בנושא זה שונה. לתפיסתי מתבקש פה למעשה **אישור בדיעבד** לפריצה אסורה ומבחינה מהותית אמור הדבר להכריע את גורל הבקשה **לשבת**. המבחנים אותם יש להחיל בנסיבות שכאלו נשאבים, לשיטתי, מאמות המידה שנקבעו בהקשר להגנה מן הצדק בפרשת ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ', פ"ד נט(6) 776 (2005) (להלן: עניין בורוביץ'), שכן מדובר פה בהתנהלות לא ראויה של רשויות החקירה, והחקירה היא שלב ראשון, בלעדיו אין, להליך הפלילי. "ניקוי הבקשה המחודשת" מהראיות הקודמות שהוכללו בה ונלקחו מהחדירה לטלפונים הסלולריים של העוררים, שנעשתה ללא צו שיפוטי – גם היא התנהלות שיש בה קושי.

אמות המידה שנקבעו בעניין בורוביץ' אלה הרחיבו את מה שנפסק בנושא בעניין יפת, והם הבשילו והתפתחו ב-ע"פ 2868/13 חייבטוב נ' מדינת ישראל (02.08.2018) (להלן: עניין חייבטוב) וב-רע"פ 1611/16 מדינת ישראל נ' ורדי (31.10.2018) (להלן: עניין ורדי). בפסק הדין האחרון נקבע שאין בהכרח צורך להראות זדון של הרשות בהתנהלותה, ודי גם ברשלנות, או אפילו בטעות שלה כדי להביא להחלת הדוקטרינה (לאחרונה חברתנו

הנשיאה א' חיות, הורתה על קיום דיון נוסף בפרשת רותם, שאף היא מעוררת שאלות של הגנה מן הצדק – עיינו בהחלטתה ב-דנ"פ 5387/20).

19. במקרה שלפנינו פקד סבן הודתה למעשה שלא היתה ערה לדרך ההסכמה הנדרשת ממי שהמטרה מבקשת לחדור למכשיר הסלולרי שלו (כנגזר מהלכת בן חיים) וכן לנוהל המשטרתי הרלבנטי, וזהו איפוא **תנאי מספיק**, לדעתי, להפעלת ההגנה מן הצדק. הגנה זו מתפרסת מעבר להסדר הסטוטורי המעוגן עתה בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 ודן בדוקטרינה זו רק כטענה מקדמית (עיינו בחוות הדעת שלי בעניין חייבטוב ובעניין ורדי וכן: ישגב נקדימון הגנה מן הצדק 101-102 (מהדורה שנייה, 2009); ישגב נקדימון הגנה מן הצדק, בעמ' 133-139 (מהדורה שלישית, עתידה להתפרסם בשנת 2021)). בשולי הדברים אוסיף כי המתכונת הדומה בה נקטו רשויות החקירה בפרשה רגישה זו בנושא החדירה לטלפונים הסלולריים של כל העוררים (ללא צו שיפוטי) ואף כלפי נחקרים אחרים וכן העובדה שלא כל הקצינים המעורבים הובאו לעדות (בניגוד למה שנדרש בהחלטתו של השופט י' אלרון) מעלה הרהורים ביחס לתום הלב של המהלך כולו, במשמעותו ובנפקותו המשפטית של מושג זה.

לא למותר להזכיר בהקשר האמור כי המדינה טענה בעבר שפריצה למחשבו של אדם נגועה בפגיעה קשה בפרטיותו, וכבר נפסק ב-בש"פ 7368/05 זלוטובסקי נ' מדינת ישראל (04.09.2005), מפי השופט (כתארו אז) א' ריבלין, כך:

"החדירה למחשבו האישי של אדם גרועה לא פחות מן הפריצה לביתו. ביתו של אדם הוא מבצרו, ומחשבו האישי הוא פינת הסתר החבויה במבצר, הוא המגירה האישית של בעליו, והוא אוצר בתוכו, תכופות, מידע פרטי, אישי, ולעיתים כמוס. החדירה אל המחשב האישי כמוה כחיטוט בחפציו האינטימיים. המגירה האישית אינה רק זו המצויה בשולחן העבודה של האדם" (שם, בפיסקה 7).

החרה החזיק אחריו השופט י' עמית ב-בש"פ 6071/17 מדינת ישראל נ' פישר (27.08.2017), שתיאר את היקף החומרים שאותם ניתן לדלות ממחשב, לרבות מהטלפון הנייד, כדלקמן:

"מדובר בחומר רב שדרכו ניתן ללמוד גם על "סיפור חייו" של המשתמש. למעשה 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. עמדתי על מקצת מן הדברים בע”פ 8627/14 דביר נ’ מדינת ישראל (14.7.2015) לגבי הטלפון הסלולרי: “הסמארטפון הפך זה מכבר לידידו הטוב של האדם. דומה כי לא תהא זו הפרזה לומר כי בטלפון הסלולרי טמון סיפור חייו של האדם בהאידנא, באשר אצורים בתוכו רגעים וזכרונות משמעותיים מחייו של אדם, לצד מידע ופרטים חיוניים לתפקודו היומיומי – תמונות של עצמו ושל יקיריו, כתובות ומספרי טלפון של קרובים ומכרים, יומן, פתקי תזכורות ולוח שנה, ועוד. [...] הסמארטפון 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. [...] הסמארטפון הוא מעין כספת ניידת המכילה תמונות, לעיתים תמונות רגישות, התכתבויות אישיות ומידע פרטי, ולעיתים אף סודי [...]”. מרבית המכשירים הסלולריים הנמכרים כיום, הינם ‘מכשירים חכמים’, שמהווים לרוב גם שער כניסה לשלל נכסיו הדיגיטליים של האדם – חשבון דואר אלקטרוני, חשבון פייסבוק ורשתות חברתיות נוספות, אפליקציות עם גישה לחשבון הבנק וכיוצא באלה. [...] 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...” (שם, בפיסקה 10);

עיינו עוד: פסקה 19 להחלטת השופט י’ אלרון ב-בשפ 7917/20 וכן בארה”ב: Riley v. California, 573 U.S. 373 (2014) (להלן: פרשת Riley).

הנה כי כן, כל חדירה לטלפון סלולרי המשמש לצרכיו האישיים של אדם – פוגעת באופן חמור ביותר בפרטיותו, ולפיכך יש צורך לקבל מראש צו שיפוטי לצורך זה, וגם צו שכזה, ככל שניתן, חייב לציין במפורש את מטרות החיפוש וכן יש לקבוע בו תנאים שיבטיחו שהחוקרים לא יפגעו בפרטיות של האדם בו מדובר מעבר לנדרש. ההגבלות הללו מלמדות עד כמה פוגענית והרסנית היא החדירה מבלי שהתקבל צו שיפוטי (או הסכמה בתנאי הלכת בן חיים), כאשר החוקרים יכולים לכאורה לשוטט בטלפון הסלולרי כאוות נפשם ולשאוב ממנו חומרים ללא הגבלה.

20. גישתי הנ”ל תואמת את השלילה אותה מבטא המשפט העברי לגבי: “מצווה הבאה בעבירה”, אותה הזכיר חברי השופט נ’ סולברג בחוות דעתו ואותה ניתן לייבא לפה מכוח סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש”ס-1980, ככל שנאמר שמדובר כאן בשאלה

משפטית הטעונה הכרעה ולא נמצאה לה תשובה מפורטת: בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה, או בדרך של היקש.

במשפט העברי, ככלל, מצווה שעשייתה כרוכה בעבירה, או שעבירה קדמה לה – איננה מתקבלת (עיינו: תלמוד בבלי, סוכה כ"ט ע"ב-ל' ע"א; וכן: תלמוד בבלי, בבא קמא, צ"ד, ע"א; הרמב"ם פסק: "מצווה הבאה בעבירה – אינה מצווה" (פירוש המשניות לרמב"ם למסכת סוכה, פרק ג' מ"א; עיינו גם: ירושלמי, חלה, א', ה').

להרחבה בסוגיית "מצווה הבאה בעבירה" – ראו לאחרונה מאמרו של ליאור טל שדה "סיכול הבא בעבירה" ספר מנחם פינקלשטיין 753 (2020).

כלל נוסף במשפט העברי, היפה, בהשאלה, לענייננו הינו: "כל היכא דאיכא היתרא, לא שביק איניש ועביד איסורא", דהיינו כל מקום שיש לפני אדם הגון אפשרות להשיג את מטרתו בצורה מותרת – אין דרכו לסטות מדרך ההיתר ולעשות את מה שאסור (תלמוד בבלי, תמורה כ"ז ע"א; התרגום לעברית על-פי תלמוד שוטנשטיין). לגישתי, עקרון זה אמור לחול מכוח קל-וחומר אף על רשויות המדינה, והעובדה כי הרשות בחרה בדרך בלתי-חוקית במקום שבו היה באפשרותה להשיג את מטרתה בדרך חוקית, מהווה שיקול לחובתה.

21. מהם לפיכך המקרים החריגים ויוצאי הדופן שיאפשרו בכל זאת להוציא צו חדירה למכשיר הסלולרי, אף שנעשה בו קודם לכן חיפוש בלתי-חוקי?

לתפיסתי רק בעת שראיות חיצוניות שלא קשורות כלל לחיפוש הבלתי חוקי, או נגזרות הימנו יוכלו לבסס הגשת בקשה לצו חדירה – ניתן יהיה לפנות לבית המשפט ואז הוא ידון בשאלה אם ליתן צו חדירה, אם לאו (השוו: ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(1) 626 (2011)). לגישתי, אף במקרה זה יש לפסוק לפי מבחני ההגנה מן הצדק.

אני לומד בעניין זה היקש מהאמור בסעיף 539 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 ביחס לתחקיר הצבאי, על החריגים המוסדרים שם (ראו: בש"פ 6883/15 פלוני נ' מדינת ישראל (07.12.2015); וכן מהוראות סעיף 22(ב) לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996; עיינו גם: יפעת תומר ירושלמי ורונון פוליאק "חסיון התחקיר הצבאי" ספר מנחם פינקלשטיין 169 (2020). הדבר תואם אף את ההגיון במה שמכונה "חסיון השימוש" שהתפתח בחו"ל לגבי מי שעומד ומעיד בפני ועדת חקירה ממלכתית ומובטח לו שלא ייעשה שימוש בעדותו בהליך פלילי מאוחר שייפתח כנגדו. בעבר נפסק כי הגבלה זו חלה ביחס לשימוש ישיר, או עקיף בעדות, אלא אם כן יושגו נגד אותו אדם ראיות ממקור בלתי תלוי בכל אלה. עיינו: אביגדור קלגסבלד ועדות חקירה ממלכתיות 257-263 (2001)

(להלן: קלגסבלד). בישראל הדבר מוסדר, בהקשר לוועדות חקירה ממלכתיות, בסעיף 14 לחוק ועדות חקירה, התשכ"ח-1968 – עיינו: עניין יפת, וכן קלגסבלד, בעמ' 263-272.

22. אצלנו לכאורה הנסיבות והראיות שהובילו להגשת הבקשה הראשונית להוצאת צווי החדירה בדיעבד נשענו על ההודעות שנגבו מהעוררים, או על ראיות נגזרות מחקירותיהם. כל אלו הושגו במהלך, או בעקבות החיפוש הבלתי-חוקיים שנעשו במכשירים הסלולריים של מי מהם. התבססות שכזו, ממנה המשיבה ביקשה להתנער בבקשה המחודשת שהגישה בעקבות החלטת השופט י' אלרון ו"נוקתה" מהראיות הבעייתיות – מצדיקה, להבנתי, סירוב למבוקש שהרי עצם הצורך ב"ניקוי" הבקשה המחודשת מלמד שהחוקרים נעזרו במידע שהופק קודם לכן שלא כדין (שאלת דינן של ההודעות והראיות הנמצאות כבר בידי החוקרים בעקבות החיפוש הבלתי חוקיים (ללא צו חדירה שיפוטי) נשארת ממילא תלויה ועומדת והיא עשויה להיות מובאת בפני הערכאה המבררת את ההליך הפלילי, אם יוחלט על הגשת כתב אישום, זאת בהתאם להלכת דנ"פ שמש. זכויות וטענות הצדדים שמורות להם למקרה כזה, לרבות האפשרות לטעון להגנה מן הצדק).

23. המסקנה הנ"ל מובילה אותי לסוגיה האחרונה הניצבת בפנינו – מתי יש לבחון את נפקויות החיפוש הראשוני הבלתי חוקי לעניין צו החדירה – בעת הדיון בבקשה המאוחרת להוצאת צו החדירה, או במשפט הפלילי עצמו, ככל שיוחלט על הגשת כתב אישום כנגד מי שצווי החדירה המבוקשים מופנים אליהם. בכך אעסוק בפרק הבא.

השלב הדיוני בו ייבחנו טענות לפגמים בבקשה למתן צו חדירה

24. חברינו השופטים: י' אלרון ו-נ' סולברג סבורים, כל אחד מטעמיו, שיש לאבחן כאן את ההלכה שנפסקה בדנ"פ שמש, שכן פה מדובר בבקשה שמוגשת לבית המשפט השלום לגבי צו שאמור להינתן וביחס לראיות הצפויות להתקבל לאחריו, ולא בהקשר לראיות שכבר נגבו, כפי שהתרחש בדנ"פ שמש. מטעם זה, ובאין בהירות לגבי השפעת החיפוש הבלתי חוקי שנעשה במכשירי הטלפון הסלולרי ה"חכמים" ותוצאותיו על הבקשה המאוחרת, הורה השופט י' אלרון על החזרת התיק לבחינה מחודשת (במעמד הצדדים) בפני בית משפט השלום הנכבד, והנחה אותו כיצד הוא אמור לפסוק בכל אחד מהמצבים שיכולים לבוא בחשבון. הנה כי כן – השופט י' אלרון לא סבר שיש להמתין להכרעה בנושא עד למשפט העיקרי, ככל שיוגש.

חברי, השופט נ' סולברג, גורס בחוות דעתו פה כי על השופט הדין בבקשה למתן צו חדירה, ליתן דעתו על הפעולות הבלתי-חוקיות שקדמו להגשת הבקשה, ועל השפעת עליה, וזאת בהתאם למבחנים שנקבעו בהלכת יששכרוב. מכאן, שיש לבחון תחילה, אם קיים קשר סיבתי בין החיפוש הבלתי חוקי שבוצע, לבין התשתית הראייתית שעליה נסמכה המשטרה בבקשתה. במקרה שלפנינו, קבע חברי השופט נ' סולברג, בהסתמך על החלטת בית משפט השלום, כי קשר סיבתי שכזה לא הוכח בשלב זה באופן מובהק, ומשכך לא נדרש להמשיך ולעבור אל המבחנים הנוספים שנקבעו במסגרת הלכת יששכרוב.

חברי, השופט ג' קרא פירש בחוות דעתו את הלכת דנ"פ שמש כחלה בכל מקרה, דהיינו שאת נפקויות החיפוש הבלתי חוקי שבוצע וכן את תוצאות צווי החדירה (ככל שיינתנו כאלה) – יש לבחון רק בעת המשפט שיתקיים, אם יוגש בסופו של דבר כתב אישום.

25. אני סבור כמו חבריי, השופטים: י' אלרון ב-בש"פ 7917/19 ו-נ' סולברג כאן, כי מצב שבו בית המשפט מתבקש להוציא צו חדירה מאוחר (לאחר שבוצע כבר קודם לכן חיפוש בלתי חוקי בתוך מכשיר הטלפון הסלולרי) הוא אחד מהיוצאים מהכלל שנצפה בהלכת דנ"פ שמש (אשר קבעה כי בעיקרון קבילות הראיות לגביהן יש טענות פסלות וכן משקלן – ידונו במהלך המשפט הפלילי, ככל שיערך כזה).
לכן, לשיטתי, יש להכריע בנושא זה כבר בעת הדיון בבקשת צו החדירה המאוחר, ככל שהדברים רלבנטיים לצו החדירה המבוקש.

נוסף על כך, חברי, השופט נ' סולברג מעדיף את אמות המידה של הלכת יששכרוב, ואילו אני מבכר, בנסיבות, את הקריטריונים של ההגנה מן הצדק (שאף המשיבה הפנתה אליהם כאמור), בין השאר מאחר שהם עשויים ליתר את ביטול כתב האישום, או את חלקו בהמשך הדרך.

26. שורה של נימוקים תומכים במסקנתי הנ"ל כי יש לדון במשמעות החיפוש הבלתי חוקי המוקדם "כאן ועכשיו", דהיינו כבר בעת ההכרעה בבקשה המאוחרת לקבלת צווי חדירה שיפוטיים (אם לקבלה, או לסרב לה).

א) דחיית ההכרעה ביחס לנפקות החיפוש הבלתי חוקי, אגב היענות להוצאת צו חדירה שיפוטי שמתבקש לאחר מעשה, עלולה לגרום לכך שבית המשפט יחשב כמי שנתן את ידו בדיעבד לפעולה בלתי חוקית שפגעה בזכויות חוקתיות מוקנות.

יתר על כן רושם זה עוד עלול להתגבר (לגבי בית המשפט שהוציא את צו החדירה) אם הראיות שנאספו בחיפוש הבלתי חוקי, תיפסלנה בסופו של דבר במהלך המשפט הפלילי, או שתקבל בגינן טענה להגנה מן הצדק. מנגד אם הראיות לא תיפסלנה, או שלא תתקבל טענה להגנה מן הצדק – ייתכן שיהיה מי שיטען שהחלטה כזו התקבלה, בין השאר, כדי להצדיק את צו החדירה שהוצא.

תוצאה שכזו – על שני היבטיה – עלולה לפגוע בתכלית העיקרית של דוקטרינת הפסילה שעוצבה בהלכת יששכרוב – **הגנה על טוהר ההליך השיפוטי והגינותו**. היא אף עלולה לפגוע במראית פני הצדק. ראו: הלכת יששכרוב, בעמ' 547, שם נאמר כך:

“עשיית שימוש בראיה שהושגה בדרך בלתי כשרה על-ידי רשויות אכיפת החוק, עלולה בנסיבות מסויימות להכתים את ההרשעה בפלילים ולפגום בלגיטימיות שלה. בין היתר, עלול בית-המשפט להיתפס כמי שמכשיר את הפגם ונותן ידו לאחר מעשה לאי החוקיות שבהתנהגות החוקרים. זאת ועוד; מאחר ושלב החקירה המשטרית מהווה חלק מהמערכת הכוללת של עשיית הצדק, הרי קבלתה במשפט של ראיה שהושגה בדרכי חקירה בלתי חוקיות, עלולה לפגוע בטוהר ההליך השיפוטי ובאמון הציבור בו. בהתאם לגישה זו, פסילת הראיה נועדה להגן על ערכים שעיקרם טוהר ההליך הפלילי והגינותו, והיא נדרשת כחלק ממלאכת עשיית הצדק במובנה הרחב וכתנאי לאמון הציבור במערכת השיפוטית”.

עיינו עוד: גיא רובינשטיין ומשה סרוגוביץ “דוקטרינת הפסילה הפסיקתית ותחולתה על עדים” פורום עיוני משפט מב 45, 22-23 (2019) (להלן: רובינשטיין וסרוגוביץ).

(ב) אם תאמר אחרת – הדבר עלול לעודד פתיחת הליכים “אזרחיים” להפסקת החקירה הפלילית, או לפסילת חלקים הימנה, או של תוצריה, זאת מכח סעיף 29(א) לחוק הפרטיות. הליך כזה הוא אפשרי, ואולם צפוי שהוא יביא, אם יינקט, לאנדרלמוסיה ולהתערבות לא רצויה בניהול החקירה הפלילית. לכן רצוי למקד את העניין כבר בעת הדיון בהוצאת צו החדירה המאוחר.

(ג) התוצאה המוצעת על-ידי מתחייבת גם משתי התכליות הנוספות שאוזכרו בהלכת יששכרוב (שם, בעמ' 547):

(1) הגנה על זכויות של נאשמים בחקירתם (התכלית הפרוטקטיבית).

(2) הצורך לחנך ולהרתיע את גורמי החקירה, לבל יפרו את הוראות החוק והנהלים הרלבנטיים להתנהלותם (התכלית החינוכית-ההרתעתית). אין מדובר רק בהרתעה מפני הפרה מכוונת, אלא גם בחינוכם להימנע מהפרת זכויות רשלנית. עיינו: רובינשטיין וסרוגוביץ, בעמ' 30-31; PAUL ROBERTS & ADRIAN ZUCKERMAN CRIMINAL EVIDENCE p. 185-186 (2nd ed. 2010) (להלן: ROBERTS & ZUCKERMAN); בועז סנג'רו "כלל פסילת הראיות שהושגו שלא כדין בהלכת יששכרוב – בשורה או אכזבה?" משפט וצבא י"ט 67, 91 (התשס"ז); אליהו הרנון "ראיות שהושגו באמצעים בלתי הוגנים" הפרקליט – ספר היובל 462, 474-476 (1993).

(ד) ראוי להכריע בנושא האמור כבר בעת הדיון בבקשה המאוחרת לצו החדירה השיפוטי, שכן אם יינתן הצו ובסופו של דבר לא יוגש כתב אישום – החיפוש המוקדם הבלתי חוקי לא יוליד סעד מתקן נדרש ויותר את הפרת הזכויות החוקתיות של הנחקר הנפגע ללא תרופה מספקת (ראו: הלכת יששכרוב, בעמ' 554; רובינשטיין וסרוגוביץ, בעמ' 27; ROBERTS & ZUCKERMAN, בעמ' 185).

(ה) היענות לבקשה להוציא את צו החדירה המבוקש חרף החיפוש הבלתי חוקי שקדם לבקשה (למעט במקרים שהבקשה מוצדקת כאמור, בהתבסס על ראיות חיצוניות בלתי תלויות לחלוטין, דהיינו על כאלה שאינן נובעות במישרין, או בעקיפין מהחיפוש הבלתי חוקי, כמובהר בפסקה 21 שלעיל) – צפויה להגביר את הפגיעה בזכות החוקתית לפרטיות, בניגוד לדרישת המידתיות המעוגנת ב"פיסקת ההגבלה" שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, להוראות חוק הפרטיות ולדרישת המידתיות הכלולה בסעיף 23 לפקודה עצמו (ראו: החלטתו של השופט י' אלרון ב-בש"פ 7917/19; עיינו גם:

Nina Zaltsman "The Israeli Approach to Evidence Obtained in Violation of the Right to Privacy" 18 Is. L. Rev. 215, 267 (1983);

אלכס שטיין "האזנת-סתר ומעקבים אלקטרוניים נסתרים כאמצעים לקידומה של חקירה פלילית ובטחונות" משפטים י"ד 527 (1985).

הערה: שני המאמרים האחרונים נכתבו טרם הלכת יששכרוב ודנ"פ שמש וההפניה אליהם היא באשר לרציונלים הנסקרים בהם. השוו עוד להכרעת בית הדין האירופאי לזכויות אדם:

Trabajo Rueda v. Spain 30-5-2017 (no. 32600/12) ECHR (2014) (להלן: עניין Rueda).

(ו) עיון במשפט המשווה – מוביל לתוצאה דומה, עיינו: בארה"ב:

Katz v. United States, 389, 347, 356, 358-359 U.S. (1967) (להלן: פרשת Katz), שם

נפסק, בין היתר, כך:

"The government [...] urges the creation of a new exception [...] that surveillance of a telephone booth should be exempted from the usual requirement of advance authorization by a magistrate upon a showing of probable cause. We cannot agree. Omission of such authorization "bypasses the safeguards provided by an objective predetermination of probable cause, and substitutes instead the far less reliable procedure of an after-the-event justification for the . . . search, too likely to be subtly influenced by the familiar shortcomings of hindsight judgment." [...] And bypassing a neutral predetermination of the scope of a search leaves individuals secure from Fourth Amendment violations "only in the discretion of the police"

וכן: פרשת Riley.

ובאירופה: עניין Rueda הנ"ל.

27. העולה מן המקובץ מלמד שהחלטתו של בית משפט השלום הנכבד דייקה, לשיטתי, יותר בהתאמתה להנחיות השופט י' אלרון, בהחלטתו ב-בש"פ 7917/19 – הן ב"מובן הצר" והן במישור העקרוני ("הגישה הרחבה"). לכן ראוי, לדעתי, שסירובו להוציא צו חדירה לבקשת המשיבה לעשות כן לגבי הטלפונים הסלולריים של העוררים 1-3 תוחזר על כנה ותחול כאן.

28. תוצאה דומה לזו, המוצעת על-ידי בפיסקה 27 שלעיל ביחס לעותרים 1-3, מתחייבת גם לגבי העורר 2, מר עופר גולן, זאת בניגוד להחלטות שתי הערכאות הקודמות הנכבדות. טעם הדבר נעוץ בכך שהעורר 2 לא הגיע למשרדי החקירות עם הטלפון הסלולרי שלו (אותו הוא השאיר במכוניתו) ואז הוא נדרש על-ידי החוקרים להתלוות עם שוטר למכוניתו ולהביא משם את המכשיר למשרדי החקירות. במשרדים בוצעה חדירה למכשיר הסלולרי שלו ללא צו שיפוטי ותוך השגת הסכמה מאולצת של העורר 2 לכך, כל זאת בניגוד לכללי הלכת בן-חיים ונוהל אח"מ 300.08.035 של המשטרה.

אכן, נטען שאצל העורר 2 הבקשה המאוחרת – לא התבססה במקור על ראיות שהושגו בחיפושים בלתי חוקיים שקדמו לה, או ש"הוצלבו" מחיפושים כאלה שנעשו אצל אחרים, אלא רק מהודעותיו הוא בחקירתו (חלקן שקדמו לחיפוש הבלתי חוקי שנעשה במכשירו); ואולם כאן יש להפעיל, לדעתי, "מקבילית כוחות" ולקבוע, כפי

שנאמר אף בהחלטות בית משפט השלום ובית המשפט המחוזי הנכבדים, שההפרה של רשויות החקירה כלפיו הייתה קשה אף מזו שהתגלתה בהתנהלותן אל מול העוררים 1-3.

מקרה זה מדגים, לדעתי, היטב את הפרופוזיציה שהצגתי לעיל, שכן אם אכן בהודעות שמסר העורר 2 הוא קשר עצמו לאירוע שנחקר – יש להניח כי אם היתה נעשית פניה מבעוד מועד על-ידי רשויות החקירה לבית המשפט להוצאת צו חדירה – בית המשפט היה נענה למבוקש על-ידי רשויות החקירה. דא עקא, החוקרים התיימרו לעשות פה דין לעצמם ולפעול שלא כדין, ובכך מוטטו במו ידיהם את האפשרות להשיג צו חדירה בדיעבד. בפרשת Riley האמריקאית נפסק כי מידע בטלפונים ניידים ניתן לשליפה במקרים ראויים מסוימים, ואולם דרוש צו חדירה לפני שמבוצע חיפוש כזה, ובפרשת Katz נפסק שאישור בדיעבד לא ראוי שיינתן. אני סבור שיש לאמץ קביעות אלה גם אצלנו.

29. מבלי לגרוע מכל האמור לעיל – הנני מבקש להדגיש כי אין להקל ראש בעבירה הקשה המיוחסת לעוררים של הטודדת עד (סעיף 249 לחוק העונשין, התשל"ז-1977). יתר על כן, טענת העוררים כי העד שאליו כוונה ההטרדה גרס שלא הוטרד – אין לה רלבנטיות ליסודות העבירה, כפי שהבהרתי בהרחבה ב-רע"פ 9689/05 סלע נ' מדינת ישראל (20.05.2009). מכאן שעל-פי שיטתי, רשויות החקירה היו רשאיות להמשיך ולחקור את העבירה ואף עתה הן מורשות לעשות כן, ככל שיש בכך צורך, ובלבד שלא תיזקקנה לצווי החדירה שהתבקשו על-ידן בדיעבד ואשר לתפיסתי יש, כאמור, לדחותם.

סיכום

30. לגישתי, ראוי היה לסרב, בנסיבות, לצווי החדירה המאוחרים שהתבקשו. עם זאת, בהינתן שתוצאה זו שהצעתי לא התקבלה על דעת שני חבריי כאמור, ונוכח העובדה שהתגלו פיצולים נכבדים בהנמקות של כולנו ושל השופט י' אלרון לפנינו, דומה עלי שטוב תעשה המשיבה אם תמתין 15 ימים טרם מימוש צווי החדירה, כדי לאפשר לעוררים למצות את זכויותיהם וטענותיהם ולעתור לקיום דיון נוסף, אם יחפצו בכך, והכל בשם לב לחשיבותן, חידושן, קשיותן והשלכותיהן של הסוגיות שהתבקשו להכריע בהן פה.

הנני מצטרף עם זאת להמלצתו של חברי, השופט נ' סולברג, בפסקה 64 לחוות דעתו, שראוי להסדיר את הסוגיות והקושיות המורכבות שבאו בפנינו פה – בחקיקה סדורה, אלא שכפי שהוא ציין שם בצדק – למרכה הצער הצעת החוק בעניין תלויה ועומדת במשך שנים רבות ולא מקודמת. לפיכך, משלא נחקקה – נאלצנו להכריע במחלוקות.

31. זה המקום לציין כי לתפיסתי – אם רשויות החקירה תנהגנה לפי הדין, ההלכה הפסוקה ונוהלי המשטרה, הדבר יקל עליהן בביצוע מטלותיהן ואף ישמור על זכויות היסוד החוקתיות. קיצורי הדרך הבלתי חוקיים מאריכים לעתים את הדרך ומכבידים, ולפרקים אף מובילים למבוי סתום.

32. הלקח העיקרי מפרשה זו הוא כי יש לשמור על זכויות יסוד חוקתיות של הפרט ולא לקדש את כל האמצעים למען המטרה. חובה זו קיימת וחלה במיוחד על רשויות המדינה לא רק במישור של המשפט הציבורי, אלא גם בספירה של המשפט הפלילי מכוח סעיף 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. יש לכבד חובה זו גם תוך הקפדה על זכויותיהם של חשודים – זכויות שאין לפגוע בהן אלא בתנאיה של "פיסקת ההגבלה", לרבות דרישת המידתיות וההכרה בזכות החשובה לפרטיות של סוד השיח.

המשנה לנשיאה

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט נ' סולברג, שאליו הצטרף השופט ג' קרא, כנגד דעתו החולקת של המשנה לנשיאה, השופט ח' מלצר, להותיר את החלטת בית המשפט המחוזי על פנה; צווי החדירה לגבי ארבעת המבקשים יעמדו בתוקפם.

לגבי דרך יישום ההלכה מכאן ולהבא, הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט נ' סולברג, שאליו הצטרף המשנה לנשיאה, השופט ח' מלצר, כל אחד מטעמיו, כנגד דעתו החולקת של השופט ג' קרא.

צו עיכוב הביצוע של החלטת בית המשפט המחוזי הנכבד, שהוצא בתאריך 05.03.2020 מתבטל בכפוף לאמור בפסקה 30 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה, השופט ח' מלצר.

ניתן היום, י"ג בשבט התשפ"א (26.1.2021).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה

