בלמ"ס

ערעור (מחוזי) 24/15

בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני:

אלוף דורון פיילס	**-**	הנשיא
אל"ם ארז פורת	**-**	שופט
אל"ם אילן ממן	**-**	שופט

בעניין:

ח/XXX רב"ט ב' ס' – המערער (ע"י ב"כ, רס"ן עדי אייזנר)

נ ג ד

התובע הצבאי הראשי – המשיב (ע"י ב"כ, רס"ן ענת וינברג)

ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי העורף שניתן בתיק עורף (מחוזי) 36/13 (אל"ם מאיה הלר – שופטת) ביום 2.4.2015. הערעור (הכרעת הדין) התקבל.

חקיקה שאוזכרה:

פקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], תשל"ג-1973: סע' 7(א), (ג)

חוק העונשין, תשל"ז-1977: סע' 25, 31

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו: סע' 7

חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - נתוני תקשורת), תשס"ח-2007

פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969: סע' קטן (ב), 23א

חוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996: סע' 13, 14(ב)

nevo.co.il

חוק מידע גנטי, תשס"א-2000: סע' 11(ב), 12, 24, 25, 26, 27

תקנות דם טבורי (בנק דם טבורי פרטי), תשע"ב-2012: סע' 2

תקנות דם טבורי (בנק דם טבורי ציבורי), תשע"ב-2012: סע' 3

חוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981: סע' 8א

חוק ברית הזוגיות לחסרי דת, תש"ע-2010: סע' 2(7)

חוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981: סע' 3

חקיקה שאוזכרה:

פקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], תשל"ג-1973: סע' 7א(ג)

חוק העונשין, תשל"ז-1977: סע' 25, 31

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו: סע' 7

חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - נתוני תקשורת), תשס"ח-2007

פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969: סע' קטן (ב), 23א

חוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996: סע' 13, 14(ב)

חוק מידע גנטי, תשס"א-2000: סע' 11(ב), 12, 24, 25, 26, 27

תקנות דם טבורי (בנק דם טבורי פרטי), תשע"ב-2012: סע' 2

תקנות דם טבורי (בנק דם טבורי ציבורי), תשע"ב-2012: סע' 3

חוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981: סע' 8א

חוק ברית הזוגיות לחסרי דת, תש"ע-2010: סע' 2(7)

חוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981: סע' 3

כתבי עת:

גלעד גולדנברג, "הסכמה מדעת למחקר גנטי", רפואה ומשפט, גיליון 34 (2006) 12

רות קנאי, "הסכמת הנפגע במשפט הפלילי", משפטים, כרך כט (תשנ"ח-תשנ"ט) 389

מיכאל בירנהק , "שליטה והסכמה: הבסיס העיוני", משפט וממשל, כרך יא (תשס"ח) 9

פ ס ק - ד י ן

מבוא

במהלך חקירתו במצ"ח הסכים המערער, רב"ט ב' ס', לחיפוש במכשיר הטלפון הנייד שלו. בחיפוש מדוקדק במעבדה של מצ"ח עלו ראיות שהפלילו את המערער בעבֵרות האמורות. האם מכוח הסכמתו של המערער יש סמכות לערוך בטלפון הנייד שלו חיפוש במעבדה? המערער טען שאין די בהסכמה שנתן, ולכן הראיות פסולות ויש לזכות אותו. התביעה טענה שהסכמתו הספיקה, ולכן הראיות כשרות ואפשר להרשיע אותו.

בית הדין המחוזי הסכים עם התביעה. הוא הרשיע את המערער בעבֵרות שיוחסו לו בכתב האישום: שתי עבֵרות של סיוע לניסיון להחזקת סם מסוכן לצריכה עצמית, לפי סעיף 7(א) ו-(ג) סיפה לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973, וסעיפים 25 ו-31 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. מהות האישומים היא שהמערער פנה פעמיים אל אדם אחר כדי שירכוש סם מסוכן מסוג קנאביס (מריחואנה), פעם עבור חיילת ופעם עבור אדם אחר. בית הדין המחוזי הטיל על המערער שלושה חודשי מאסר על תנאי לשנתיים, 500 ש"ח קנס והורדה לדרגת טוראי.

המערער משיג על הרשעתו. בבסיס הערעור אותה שאלה משפטית.

החיפוש

למשטרה הצבאית החוקרת הגיע מידע, שלפיו המערער השתמש בסמים מסוכנים והחזיק בהם. לבקשתה, הוציא בית משפט השלום ביום 5.2.2013 צו שהתיר לה לחפש בביתו של המערער, בחצרו, ברכבו ובחדרו. בשל עומס אצל החוקרים לא נערך החיפוש.

ביום 5.3.2013 עיכבו חוקרי מצ"ח ובלשי המשטרה הצבאית את המערער. הם חיפשו על גופו בהסכמתו, מצאו את הטלפון הנייד שלו והחרימו אותו. אחר כך הם הביאו אותו לבסיס מצ"ח. החוקרים הזהירו אותו שהוא חשוד בשימוש בסמים מסוכנים ובהחזקתם. הם הודיעו לו על זכותו להיוועץ בעורך דין ועל זכותו לא לומר דבר. המערער בחר שלא להשתמש בהן. החוקרים החלו לתשאל את המערער. הם נטלו ממנו דגימת שתן, שלא נמצאו בה שרידי סם.

במהלך התשאול הסכים המערער שהחוקרים יחפשו במכשיר הטלפון הנייד שלו. הוא חתם על "טופס הסכמה לביצוע חיפוש וחדירה נמשכת לחומר מחשב והחרמת מכשיר סלולארי" (מוצג ת/7). בין היתר נכתב בטופס וסומן כך:

"לאחר שהובהר לי כי איני מחויב לכך, אישרתי מרצוני הטוב והחופשי ליחידת מצ"ח לבצע את הפעולות הבאות [בטלפון הנייד] (סמן X במקום המתאים):

☒ הריני להסכים לכן, שיחידת מצ"ח תתפוס ותחזיק את המחשב או את החפץ המגלם חומר מחשב.

☒ הריני להסכים לכך שיחידת מצ"ח תבצע חדירה למחשב ודבר המגלם חומר מחשב, לרבות חדירה נמשכת לצורך עיון, הפקת פלטים וכל פעולה אחרות שתיראה לנכון לצורך הבטחת מיצוי ראיות בהליך משפטי".

חוקר עבֵרות מחשב במצ"ח ערך בטלפון הנייד חיפוש ידני(מוצג ת/6). בחיפוש נמצאו כמה שיחות:

א. שיחה בין המערער לאחת, הילה. הילה ביקשה מהמערער שאחד, אשר, "[י]ארגן" לה משום שהיא "תקועה בלי חומר". המערער כתב להילה שאשר יוכל לספק רק כמות גדולה מאוד.

ב. שיחה בין המערער לאשר. המערער ביקש שאשר יביא "דשא" לידידה של המערער. אשר השיב שיהיה "ירק" רק בשבוע הבא, ושהוא יוכל להביא אם היא תרצה.

ג. הודעה מאשר למערער בדבר הצורך "לארגן" לאחר.

החוקרים הזהירו את המערער כי הוא חשוד גם בתיווך בסמים מסוכנים. המערער הכחיש שיש אופי פלילי בהודעות ושהסמים עברו בפועל מאשר להילה.

למחרת, 6.3.2013, פקע צו החיפוש הראשון. חוקר מצ"ח ביקש צו חיפוש נוסף בביתו של המערער, בחצרו, ברכבו ובחדרו. בית המשפט נתן את הצו המבוקש. ניסיון לערוך חיפוש לא צלח. התביעה וההגנה הסכימו כי חיפוש בטלפון הנייד של המערער היה קשור לחקירה, אולם הוא לא התבקש לעניין צו החיפוש הראשון וצו החיפוש השני.

ביום 7.3.2013 ערך חוקר עבֵרות מחשב אחר חיפוש בטלפון הנייד של המערער באמצעות ערכת ufed cellebrite. הוא המליץ כי חוקר שבקיא בפרטי החקירה יעיין בממצאיו (ת/5). ב-11.3.2013 עיין חוקר מצ"ח בדיסק מדיה מגנטי שבו תוצאות החיפוש במכשיר הטלפון הנייד. בעיון עלתה התכתבות בין הילה למערער (ת/4). הילה ביקשה שהמערער "[י]ארגן" לה. המערער השיב שעליה "לסמוך על חבר טוב", והילה שאלה אם מדובר באשר.

החוקר איתר ברשימת אנשי הקשר של המערער את הילה ואת אשר.

<u>השאלה המשפטית</u>

הצדדים הגישו לבית הדין המחוזי מסמך הסכמות וכתב עובדות מוסכמות. הם ביקשו מבית הדין המחוזי להכריע בשתי שאלות משפטיות. השאלה הראשונה היא האם די בהסכמתו של חשוד שחוקרים יחפשו במכשיר הטלפון הנייד שלו, כדי להקנות סמכות חיפוש. עד שהכריע בית הדין המחוזי, פסק בית-דין זה כי התשובה חיובית (ע/78/14 **טור' פלח נ' התובע הצבאי הראשי** (2015) (להלן: עניין **פלח**)). השאלה השנייה נשארה במחלוקת: מהי "הסכמה מדעת" לצורך חיפוש בהסכמה, בעיקר בנסיבות המקרה הנדון – "חיפוש במעבדה".

בית הדין המחוזי החיל את הקביעה בעניין **פלח** על חיפוש במעבדה. הוא קבע כי הסכמה לחיפוש חלה גם על חיפוש כזה. הוא מצא שהמערער הסכים הסכמה מדעת לחיפוש בטלפון הנייד שלו. הוא הרשיע את המערער בעבֵרות שיוחסו לו והטיל עליו את העונשים, כמפורט לעיל.

המערער משיג לפנינו על הרשעתו. באות הכוח של הצדדים טענו לפנינו טענות מהותיות ומעשיות בשאלה המשפטית שבמחלוקת. כדי להכריע בה נתאר תחילה שני סוגי חיפוש בטלפון נייד. נבחן את הדמיון ביניהם ואת השוני ביניהם. אחר כך נבחן אם השוני משפיע על הדין בסוגיה, ואם כן – כיצד. לבסוף נכריע בעניינו של המערער.

<u>חיפוש בטלפון נייד: חיפוש ידני וחיפוש במעבדה</u>

ההבדלים בין החיפושים: רקע ותיאור קצר

במרבית הטלפונים הניידים היום בישראל שיחות טלפון אינן עוד הייעוד העיקרי של השימוש במכשיר. מסרונים, מסרים מהירים, שיחות וידאו, גלישה באינטרנט, חיפוש מידע מסוגים שונים – את כל אלה ועוד עושים בטלפון נייד "חכם" ("סמארטפון"). במכשיר זה נעסוק בפסק הדין, ולשם הפשטות נכנה אותו "טלפון נייד" סתם.

בשל השימוש הרב והמגוון בטלפון הנייד הוא –

> "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...
> ... לא ניתן להתכחש למעמד שתפס הסמארטפון בחיי חלקים נכבדים בציבור. כאמור, 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. ההתקדמות הטכנולוגית מן העת האחרונה, אף הופכת את המכשיר הסלולארי לאמצעי תשלום המכונה 'ארנק דיגיטלי', אשר מחליף בהדרגה את כרטיסי האשראי הקשיחים" (ע"פ 8627/14 **דביר נ' מדינת ישראל**, פס' 7 (טרם פורסם, 14.7.2015)).

ראו גם ע/3/13 סמל פרנסס נ' התובע הצבאי הראשי, פס' 7 (2013); ע/107/13 **התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט דוברובולסקי**, פס' 7 (2013); R. v. Vu [2013] 3 S.C.R. 657 (תנאים מיוחדים לחיפוש במחשבים ובטלפונים ניידים); R. v. Fearon [2014] 2 S.C.R. 621 (התאמת הכללים בעניין חיפוש אגב מעצר כשהחיפוש הוא בטלפון נייד); Riley v. California, 134 S. Ct. 2473 (2014) (להלן: עניין *Riley*; חיפוש בטלפון נייד דורש צו מבית משפט).

מי שיאחזר את המידע בטלפון הנייד של אדם (ומי שישחזר מידע שאבד משם, לכאורה), יוכל לדעת מיהם בני משפחתו, חבריו ומכריו; היכן הוא היה במועדים שונים; באילו אתרים הוא נוהג לגלוש; איזה מידע הוא חיפש; מה הוא רכש ועוד. מכל הפרטים הללו תיווצר תמונה מפורטת של זהות בעל המכשיר ושל הקורות אותו. כפי שנפרט בהמשך, יש לו עניין רב בשמירת הפרטיות שלו במידע.

גופי חקירה, ביניהם המשטרה הצבאית החוקרת, מעוניינים פעמים רבות לשים ידיהם על טלפונים ניידים. יש שמכשירים אלה משמשים עבריינים בפעילותם העבריינית (בג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל, פ"ד סה(2) 694, 723-724 (2012) (להלן: עניין **חוק נתוני תקשורת**)). יש שרשות חוקרת מעוניינת במידע שנמצא במכשיר כדי לחקור עבֵרות, כלומר המידע אמור לשמש ראיה. בפסק דין זה אנו מתייחסים לשתי דרכים להוצאת מידע מהמכשיר.

הדרך הראשונה להוצאת מידע היא חיפוש בלי מכשור מיוחד. בעת חקירה מבקשת חוקרת, לדוגמה, לקרוא תיעוד שיחות או מסרונים, להביט בתמונות ובסרטונים. החייל הנחקר נמצא אותה עת לצד החוקרת. אחד מהם מפעיל את המכשיר ומאחזר את המידע. נקרא לחיפוש כזה "חיפוש ידני".

הדרך השנייה להוצאת מידע היא חיפוש באמצעות ערכה מיוחדת לדליית מידע ממכשיר טלפון נייד. הערכה נמצאת במשרדי היחידה הארצית לחקירות הונאה (יאח"ה) של מצ"ח. רק חוקרים שהוכשרו לכך משתמשים בה. הנחקר אינו נוכח בעת הבדיקה. תוצאות הבדיקה מפורטות הרבה יותר מתוצאותיו של חיפוש ידני. הן מכילות מידע שאינו עולה בו. הן כוללות מידע שנמחק, לכאורה, מהמכשיר אולם נשמר בזיכרון שמותקן בו. נכנה חיפוש כזה "חיפוש במעבדה".

חיפושים אלה פוגעים בפרטיותו של הנחקר. אם המידע קשור לאנשים אחרים, החיפושים פוגעים גם בפרטיותם. מיד נרחיב בסוגיית הפגיעה בפרטיות. לפני כן נציין, כי כמו כל חיפוש, אין לערוך חיפוש ידני או חיפוש במעבדה בלי מקור סמכות לכך. על כך עיקר המחלוקת בין הצדדים במקרה זה. האם הסכמה של נחקר לחפש בטלפון הנייד שלו חיפוש במעבדה מקנה סמכות חיפוש?

לפי נתונים שנמסרו מטעם דובר צה"ל לבאת-כוחו של המערער (סע/2), בין חודש פברואר 2014 ל-25 במארס 2015 חיפשו חוקרי מצ"ח ב-2,499 טלפונים ניידים. 490 חיפושים (19.6%) היו מכוח צו שנתן בית משפט. 2,009 חיפושים (80.4%) היו מכוח הסכמת הנחקר. מכאן ברורה חשיבותה המעשית של השאלה.

החיפושים: פגיעה בזכויות יסוד

סעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו עוסק ב"פרטיות וצנעת הפרט". יש בו ארבעה סעיפי משנה:

> (א) כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו.
> (ב) אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו.
> (ג) אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו.
> (ד) אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו.

דומה שחיפוש בטלפון נייד פוגע בכל אחד מהיבטי הזכות החוקתית לפרטיות. ודאי שהוא חיפוש "בכליו" של בעל המכשיר (ס"ק (ג)). בטלפון נמצא תיעוד ל"שיחו" של הנחקר, לרבות שיח סודי, לדברים שהוא כתב לאחרים בהודעות ולדברים שרשם לעצמו (ס"ק (ד)). המידע במכשיר נוגע "לפרטיות ולצנעת חייו" של הנחקר (ס"ק

(א)). ריבוי הפעולות שעושים בטלפון הנייד מביא לכך שבמובנים שונים הטלפון הוא רכיב חשוב ביותר "[ב]רשות היחיד" של הנחקר (ס"ק (ב)).

על חיפושים מכוח חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), התשס"ח-2007, אמרה הנשיאה ביניש דברים שהולמים חיפוש בטלפון נייד, ודאי חיפוש במעבדה:

> "במהלך המעקב אחר מנוי, מסוגלת רשות החקירה לצפות בהרגלי השימוש שלו בטלפון הנייד, במחשב ובאינטרנט, וכך לאתר את הרשת החברתית שלו ואת פעילותו הן בשעות עבודתו הן בשעות הפנאי. אף אם נניח כי יש הצדקה לקיום המעקב, וגם ככל שמנוי זה מעורב באופן כלשהו בעבירה שיש למונעה, אין ספק כי פרטיותו נפגעת שעה שצעדיו נבחנים באופן כזה. ברי כי מעקב אחר אדם, גם אם הוא נעשה לצורך חקירה פלילית, יכול שיעלה פרטים אחרים שידיעה על אודותם מהווה פגיעה בפרטיותו ובצנעת הפרט של האדם, כגון בעיות בריאות, הרגלי צריכה, העדפותיו המיניות, וכיוצא באלה" (עניין **חוק נתוני תקשורת**, בעמ' 717).

המשך דבריה נכון אף הוא לחיפושים בטלפון נייד:

> "בכל אלה יש כדי לפגוע בפרטיות האדם מעצם היוודעם לאחר המקבל את הנתונים. בוודאי יש בהם סיכוי לפגיעה בפרטיותו כאשר יכול שייעשה בהם שימוש לצורכי חקירה. כך הם הדברים גם באשר לצדדים שלישיים שעימם מנהל הפרט המעורב בעבירה קשר כלשהו" (שם).

חיפוש ידני בטלפון נייד: הפסיקה

ברע"פ 10141/09 **בן חיים נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 6.3.2012) (להלן: עניין **בן חיים**) קבע בית המשפט העליון כי הסכמה מדעת של אדם לחיפוש על גופו, בכליו או בביתו מקנה סמכות לחפש. תנאי ל**הסכמה מדעת** לחיפוש הוא להבהיר לאותו אדם במפורש שזכותו לסרב לחיפוש (פס' 27-28).

בעניין **פלח** החיל בית דין זה את הכללים בעניין גם על חיפוש ידני בטלפון נייד. למסקנה דומה הגיע בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (ע"פ (מחוזי ת"א) 61187-06-14 **קורס נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 30.3.2015)). בית הדין הצבאי לערעורים הזכיר את שאלת ההסכמה לחיפוש במעבדה והשאיר אותה בצריך עיון (עניין **פלח**, בפס' 21; ע/16/14 **טור' כהן נ' התובע הצבאי הראשי**, פס' 80 (2016)). הגיעה עת ההכרעה.

הדמיון בין החיפושים

לכאורה, אין הבדל בין הסכמה מדעת לחיפוש אחד להסכמה מדעת לחיפוש אחר. כפי שציינו בית המשפט העליון בעניין **בן חיים** ובית דין זה בעניין **פלח**, לכל אדם יש

אוטונומיה, זכות בחירה, להחליט החלטות שנוגעות לו. האוטונומיה היא חלק מכבוד האדם – רצונו של אדם כבודו. אדם רשאי לממש זכות שלו, למשל לסרב, מכוח זכותו לפרטיות, שיחפשו בטלפון הנייד שלו. באין סמכות מכוח חוק, אסור לגורמי החקירה לערוך חיפוש, חרף הסירוב. בדומה, אם אדם מחליט מרצונו החופשי ובהבינו את השפעות החלטתו לוותר על זכות, ובכלל זה – להסכים לחיפוש בטלפון הנייד שלו, יש לכבד את החלטתו. מותר לחפש בטלפון כדי לממש את האוטונומיה של הנחקר. אם הדבר נכון בחיפוש ידני, מדוע לא לכבד את החלטתו של הנחקר – ואת האוטונומיה שלו – להסכים לחיפוש בטלפון נייד במעבדה?

לכאורה, יש דמיון נוסף בין שני סוגי החיפושים בטלפון נייד. חיפוש מכל סוג בטלפון נייד עשוי להעלות מידע רגיש על בעל הטלפון ועל אחרים. לכל היותר, אפשר לטעון, ההבדל בין חיפושים הוא עניין של מידה: באחד מתגלה מידע רב ובאחד מתגלה מידע רב יותר. הבדל במידה אינו אמור לגרור אחריו הבדל במהות ואיסור לחפש מידע במעבדה בהסכמה.

אולם, **למעשה**, חיפוש ידני וחיפוש במעבדה שונים זה מזה. השוני ביניהם מהותי. נוספים לו הבדלים מעשיים. כל אלה משפיעים על סוגיית האוטונומיה של הנחקר. נתאר אותם ואחר כך נדון בהשפעתם על הדין.

הבדל מהותי: מחוזות החיפוש

קיים הבדל מהותי בין חיפוש ידני בטלפון נייד, ללא אמצעי עזר טכנולוגיים, ובין חיפוש במעבדה. חיפוש במעבדה מגיע למידע שנסתר מהמחפש הרגיל. הוא מעלה מידע שנמחק מהתיקיות שזמינות על פני המסך, אולם נותר, נסתר, בזיכרון המכשיר. הבדל זה אינו רק הבדל של מידה. המידע הנסתר מהעין עשוי להיות חשוב לנחקר יותר מהמידע הגלוי. ודאי כך במידע שנמחק. מי שמוחק מידע מעוניין שהמידע לא יימצא: לעתים המידע מיותר; לפעמים המידע פרטי מכדי שייחשף לאחרים. על קיומו של מידע אחר בעל הטלפון הנייד אפילו אינו יודע, כגון ריכוז הנתונים על השימוש שלו בטלפון הנייד וההיסטוריה של חיפושים בתוכנות השונות.

מידע שנמחק עשוי להעיד על עבֵרה. מדוע לאפשר לנחקר למנוע גישה אליו? התשובה היא שעניינו במצב דברים, שבו אין מקור סמכות לחיפוש, למעט הסכמה. אין עילה לחפש בטלפון הנייד. אין צו מבית משפט שמתיר לחפש בו. השאלה היא, מכוח מה תינתן לחוקרים גישה אליו. מן הבחינה הזו הטלפון הנייד דומה לכל ראיה אחרת שאין סמכות לחפש בה או אותה, אף אם יש בה מידע מפליל. הנחקר הוא שקובע את גבולות החיפוש, בהתאם לגבולות ההסכמה שלו. האוטונומיה של הנחקר היא

מקור הכוח לפעולת החוקרים. כיבוד האוטונומיה דורש שיכבדו את רצונו של הנחקר, בגבולותיו. אם הנחקר הסכים לחיפוש רק במידע שלא נמחק, משמע שהוא סירב לחיפוש במידע שנמחק. יותר מכך: מי שמחק מידע, יש לראות אותו כמי שמעוניין שלא יראו את המידע – ושלא יחפשו בו. כאמור, המידע הזה עשוי להיות אישי מאוד. גם אם יש בו חלק מפליל, יש לנחקר טעמים טובים וחוקיים שלא יעיינו בו. לכן לחוקרים אין רשות לחפש במידע שנמחק. ואף זאת, הגישה שרואה בהסכמה חלקית משום מקור סמכות לחיפוש מלא, תרתיע נחקרים מלהסכים הסכמה חלקית, וכך היא תפגע באינטרס של גופי החקירה.

אפשר לתאר את ההבדל בין סוגי החיפושים תיאור נוסף. הטלפון הנייד מכונה טלפון "חכם". אפשר לעשות בו פעולות רבות ומתוחכמות. הוא משמש לניהול היבטים רבים בחיי היומיום. לכן הוא מאחסן בתוכו מידע רב מאוד של בעליו ועל בעליו. בכך הוא שונה שוני מהותי מפריטים אחרים שמכילים מידע חלקי על אדם. בית המשפט העליון של ארצות הברית הדגים זאת בעניין *Riley* בפסקה III.B.1:

> "The sum of an individual's private life can be reconstructed through a thousand photographs labeled with dates, locations, and descriptions; the same cannot be said of a photograph or two of loved ones tucked into a wallet. ... A person might carry in his pocket a slip of paper reminding him to call Mr. Jones; he would not carry a record of all his communications with Mr. Jones for the past several months, as would routinely be kept on a phone".

את המידע המלא, למשל נתונים מלאים על אלפי תמונות ותיעוד על תקשורת עם אדם במשך כמה חודשים, אי אפשר להשיג בחיפוש פשוט ומהיר. כשם שהטלפון "חכם", כדי להגיע לכל המידע בו נדרש חיפוש "חכם" ועמוק במעבדה. בכך שונה החיפוש במעבדה שוני מהותי מחיפוש ידני, שיעלה רק מידע חלקי על הנחקר.

עד עתה דיברנו על מאפייניהם של החיפושים. נוספים להם הבדלים מעשיים: "היעדר אפשרות לסייג או לבטל ההסכמה **לאחר** שניתנה; וכן מוקהית מידת הדחיפות בחיפוש" (עניין **פלח**, בפס' 21). נראה שיש הבדל מעשי נוסף שקשור להיקפה של הסכמת הנחקר. נדון בכל אלה כעת.

הבדל מעשי: העדר האפשרות לחזור מן ההסכמה

נחקר "רשאי בכל עת, לסייג או לבטל את הסכמתו לעריכת החיפוש" (עניין **פלח**, בפס' 29). מאחר שאין מקור סמכות אחר לחיפוש (אם לא הוצא צו שיפוטי אשר

מתיר אותו), הרי שאם שינה הנחקר את עמדתו, החיפוש ייערך מאותה עת בהתאם לעמדה החדשה של הנחקר. כשהנחקר והחוקר נמצאים יחד, הנחקר מסוגל בכל עת לחזור בו מהסכמתו חלקית, או כליל. בשל סמיכות המקום והזמן הבקשה תגיע מיד לחוקר, והוא יהיה מנוע מלהמשיך בחיפוש. לעומת זאת, אם הטלפון הנייד אינו ברשותו של הנחקר, עלולים להתעורר קשיים בהעברה מיידית של שינוי בהסכמה אל מי שבודק את המכשיר הנייד. ואף זאת, הנחקר עשוי לשנות את הסכמתו מפני שראה במו עיניו את החיפוש; כך, הוא עשוי להיזכר לפתע בהימצאות מידע מסוים, שאין הוא חפץ לחשוף. אם החיפוש אינו נערך לידו, הוא לא יהיה מודע לצורך שלו לנסח מחדש את תנאי ההסכמה.

בהקשר זה נציין את סעיף 26 להנחיית מפקד מצ"ח מספר 63 "חיפושים בחומרי מחשב" (17.3.2016) (להלן: הנחיית מצ"ח), שיצאה לאחר פסק דינו של בית הדין המחוזי בענייננו. בין היתר כלולות בו הוראות באשר לשימוש בראיות שנאספו לאחר חזרה מהסכמה, בלי ידיעת החוקר על החזרה:

> א. אם טרם בוצעה כל פעולת חדירה וחיפוש בטלפון הסלולארי, קרי תוכנו טרם הועתק במפלג עבירות מחשב, הרי שיש להצטייד בצו בית משפט לצורך ביצוע החיפוש.
>
> ב. אם בוצעו חדירה וחיפוש על-ידי חוקר מיומן עבירות מחשב שתיעד הדברים, ולאחר מכן ובטרם תחילת ביצוע החדירה והחיפוש במפלג עבירות מחשב חזר בו המחזיק מההסכמה, הרי שהחיפוש שביצע החוקר חוקי וניתן להשתמש בתוצריו, אך לצורך ביצוע חדירה וחיפוש במפלג עבירות מחשב, יש להצטייד בצו בית משפט.
>
> ג. אם לאחר חדירה וחיפוש מפלג עבירות מחשב חזר בו המחזיק מההסכמה, הרי שהחיפוש כבר בוצע, אין עוד צורך בצו בית משפט וניתן להשתמש ולעיין בתוצרים.

הסעיף מדגים כי לדעת הרשות החוקרת, אם הנחקר החמיץ את ההזדמנות להודיע בזמן על חזרה מהסכמתו, אין מכבדים עוד את רצונו. חוקר יחפש בטלפון הנייד גם אם הנחקר חזר בו מהסכמתו, אולם, מטעמים שבהעברת המידע בין גופי מצ"ח (ולא בנחקר), החוקר לא קיבל את ההודעה על כך. אין צורך להתייחס כאן לשאלה האם אפשר להשתמש בראיה שהושגה בחיפוש לאחר חזרה מהסכמה. אם ראיה הושגה לאחר חזרה מהסכמה, וחוקרים השתמשו בה כדי להשיג ראיות אחרות, פגם אפשרי בראיה הראשונה לא יביא בהכרח לפסילת יתר הראיות (ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(1) 626, 664-667, 674-684 (2011)). גם בכך עלול הנחקר להיפגע, משום שלא היה סיפק בידו לחזור מהסכמתו. לחלופין, הפגם עשוי להביא

לפסילת אותן ראיות או חלקן. כדי להימנע מכך – וכדי להימנע מהשגת ראיות בדרך פסולה – רצוי למנוע מראש את השגת הראיות בניגוד להסכמת הנחקר.

להבדל בין חיפוש ידני לחיפוש במעבדה, בהיבט ההסכמה, יש שני פנים. הפן הראשון, עניינו הפגיעה בנחקר עצמו. פגיעה ברורה היא בפרטיות. נחקר שמגביל את הסכמתו, מגן מחדש על הפרטיות שלו. פגיעה נוספת קשורה לאוטונומיה של הנחקר – היא ההצדקה לחיפוש בהסכמה. הטלפון הנייד מכיל מידע רב. טבעי שהנחקר לא יזכור כל מה שנמצא בו. טבעי עוד יותר שהוא ישכח דברים מסוימים, כשהוא נתון ללחץ החקירה וללחץ נוסף של בקשה-דרישה להסכים לחיפוש, בתוך פרק זמן קצר. אילו הוא היה סורק את הטלפון הנייד מראש וברוגע, הוא היה מסוגל לקבוע היטב את גבולות החיפוש שהוא מתיר. זה רצונו האמיתי, ובו אמורה להתבטא האוטונומיה שלו. בחיפוש ידני יש לנחקר הזדמנות להביע את רצונו המדויק תוך כדי החיפוש. חיפוש במעבדה עלול להיות מבוסס על "רצון" ועל "אוטונומיה", שבסיסם מוטעה.

הפן השני של ההבדל בין החיפושים נעוץ בהבחנה שרירותית. נחקרת אחת זכרה, לפני שהסכימה, שיש במכשיר הטלפון הנייד שלה מידע פרטי מסוים. היא סייגה את הסכמתה כך שלא תחול על מידע זה. החוקרים אינם מוסמכים לעיין בו. מנחקרת אחרת נעלם, בעת בקשת הרשות, קיומו של המידע הפרטי. הואיל ובטלפון נייד עשוי להיות מידע רב מאוד, שכחת הפרטים אינה בלתי סבירה. במהלך חיפוש שנערך לידה היא נזכרה במידע ואסרה לעיין בו. גם היא תזכה לכיבוד רצונה. נחקרת שלישית נזכרה בכך לאחר שהטלפון הנייד נלקח למעבדה, או שלא נזכרה בכך כלל. אילו היו שואלים אותה מראש, היא הייתה מצמצמת את הסכמתה. אילו היו בודקים את המכשיר מול עיניה, היא הייתה שמה לב לעניין ועוצרת את הבדיקה בזמן. את רצונה האמיתי – המקורי והמלא – של הנחקרת השלישית אין מכבדים, משום שהרשות החוקרת בחרה לבדוק את המכשיר במעבדה, ולא מטעם שקשור בהתנהגותה של הנחקרת.

הבדל מעשי: העדר דחיפות

לשוני בין החיפושים יש היבט מעשי נוסף. חיפוש ידני עשוי להיות אפשרות עדיפה, כאשר יש צורך **מיידי** בהשגת מידע. אם המשטרה הצבאית ממילא מעבירה את הטלפון הנייד למעבדה, היא מעידה על עצמה שאינה רואה דחיפות בחיפוש. עד שיגיע הטלפון למעבדה ועד שיחפשו בו, יחלוף פרק זמן של ממש. באין בהילות בחיפוש, מדוע לא תפנה להשיג צו חיפוש? כך יבחן בית המשפט את הצורך האמיתי בחיפוש בטלפון נייד, בנסיבות המקרה.

הבדל מעשי: היקפה של הסכמת הנחקר

תיארנו כבר את היקף החומר שאפשר לגלות בכל אחד מהחיפושים (פסקאות 0, 0 ו-0 לעיל). עמדנו על כך שבחיפוש במעבדה טבעי שהנחקר לא יזכור כל מה שעשוי לעלות בחיפוש (פסקאות 0 ו-0). סביר שבמקרים רבים הנחקר אינו מודע לכל החומר שמצוי בטלפון הנייד שלו, אינו מסוגל (ואינו אמור להיות מסוגל) לזכור את כולו, או שהוא סבור כי פרטים מסוימים אינם מצויים עוד במכשיר, על אף שלמעשה הם עודם שם (בעיקר חומר שנמחק, שהזכרנו בפסקה 0). במקרים אלה הנחקר אינו מודע לתוצאות האפשריות המלאות של החלטתו. ספק אם הסכמתו לחיפוש בטלפון הנייד, לפחות הסכמה "רגילה", היא הסכמה מדעת. באין הסכמה מדעת הנחקר לא מימש את האוטונומיה שלו. לא התקיים הטעם להסתפק בהסכמתו כדי להקנות סמכות חיפוש.

סיכום ביניים

עמדנו על ההבדלים בין חיפוש ידני בטלפון נייד לבין חיפוש בטלפון נייד במעבדה. ראינו כי בהיבטים מסוימים חיפוש במעבדה מקיים במידה פחותה את ההצדקה לעריכת חיפוש בטלפון הנייד רק מכוח הסכמת הנחקר. מה התוצאה של הבדלים אלה?

לפי גישת התביעה, ההבדלים אינם חזקים מספיק כדי להביא לדין שונה לכל חיפוש. את שניהם יש לאשר, בהתאם למה שקבע בית הדין בעניין **פלח**. הסכמה מדעת כללית לחיפוש בטלפון נייד מספיקה גם לחיפוש בטלפון נייד במעבדה. אין בידינו לקבל גישה זו. ההבדלים בין החיפושים מהותיים ויורדים לשורש סמכות החיפוש. לכל הפחות, אין די בהסכמה הכללית שמופיעה בטופס שעליו חתם המערער, כדי להתיר את החיפוש בטלפון הנייד שלו במעבדה. נרחיב על כך בהמשך.

העמדה הרחבה של ההגנה מבקשת אף היא להשוות בין שני החיפושים. לשיטתה, הסכמה אינה מקנה סמכות לחפש בטלפון נייד כלל (ראו גם אסף הרדוף "כשאתה אומר כן, למה אתה מתכוון? על טכנולוגיה אינטימית, אוטונומיית החשוד ואופורטוניזם משפטי: חדירה לטלפון נייד ב'הסכמת' החשוד" **הסניגור** 224, 4 (2015); יניב בן הרוש "מה הבעיה בהסכמה לחיפוש משטרתי?" **הפרקליט** נד (צפוי להתפרסם)). למעשה, מדובר בהזמנה להפוך את הלכת **פלח**. לא מצאנו כל טעם לעשות זאת, שכן הקבוע שם נכון ומקובל עלינו והוא שריר וקיים. כפי שנבהיר להלן, הרשעת המערער אינה יכולה לעמוד גם לאור הלכת **פלח**.

בשל ההבדלים בין שני החיפושים, צריך להחיל כללים שונים על כל אחד מהם. אפשרות אחת היא להותיר את הלכת **פלח** בגבולותיה: הסכמה לחיפוש ידני בלבד מקנה סמכות חיפוש, ואילו הסכמה לחיפוש במעבדה אינה מקנה סמכות חיפוש. נעיר, כי בעניין **פלח** עסק בית הדין לערעורים בבדיקה ידנית באמצעות הנחקר, כלומר הנחקר מפעיל את הטלפון הנייד ומחפש בו, והחוקר מסתכל (ראו פסקות 21 ו-25 לעיל). איננו נדרשים כאן להבחנה בין חיפוש כזה ובין חיפוש ידני על-ידי החוקר בנוכחות הנחקר. אפשרות שנייה להבדל בין חיפוש ידני לבין חיפוש במעבדה היא להתיר חיפוש בהסכמה בשניהם ולהתאים את דרישת ההסכמה מדעת לכל אחד מהם. איזו אפשרות עדיפה?

הדין בדבר חיפוש בטלפון נייד במעבדה

אפשרות ראשונה: הסכמה אינה מקנה סמכות חיפוש במעבדה

הצדדים מסכימים שחיפוש בטלפון נייד "חכם" הוא חיפוש ב"מחשב". סעיף 23א לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969, עוסק ב"חדירה לחומר מחשב". סעיף קטן (ב) מורה כי חיפוש במחשב "לא ייערך ... אלא על-פי צו של שופט". בהסתמך על עניין **בן חיים**, קבע בית הדין לערעורים בעניין **פלח** (וכאמור, גם בית המשפט המחוזי בתל אביב) כי הסכמת הנחקר היא חריג לכלל זה לעניין חיפוש ידני בטלפון נייד. הטעם לחריג הוא האוטונומיה של הנחקר.

שני ההיבטים של הלכת **פלח**, סמכות חיפוש בלי עיגון בחוק והאוטונומיה של הנחקר, מקבלים ביטוי שונה בחיפוש במעבדה. אשר לסמכות חיפוש בלי עיגון בחוק, הלכה כי "ככל שעוצמת הפגיעה בזכות תגדל, כך יהיה עלינו לקרוא קריאה דווקנית יותר את הדרישה בדבר ההסמכה המפורשת" לפגיעה בזכות (דנג"ץ 9411/00 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון, פ"ד סג(3) 41, 66 (2009)), וכי "מידת ההקפדה בדרישה להסמכה מפורשת משתנה בהתאם לחשיבותה היחסית של הזכות הנפגעת, למידת הפגיעה בה, לתכלית החוק ולמכלול הנסיבות" (בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים, פ"ד סד(2) 479, 499 (2010)). הלכה זו חלה במשפט החוקתי ובמשפט המנהלי, למשל לעניין סמכות לקבוע חוק עזר בעל תחולה למפרע וסמכות לגבות חוב מס באמצעות עיכוב במחסום דרכים ועיקול מידי של כלי רכב, שנדונו בהתאמה בשני פסקי הדין האמורים. היא חלה גם על סמכות חיפוש של גופי חקירה.

הנשיאה ביניש הזכירה בפסקאות 23-24 בעניין **בן חיים** את ההלכה האמורה. היא מצאה כי על אף הפגיעה בפרטיות שיש בחיפוש בגופו של חשוד, ההסכמה מפחיתה

את חומרת הפגיעה. גם זהות המחפש – שוטר – ותכלית הפגיעה – אכיפת החוק והגנה על שלום הציבור – תומכות בהקניית סמכות חיפוש מכוח הסכמה, באין הוראה בחוק. היא הגבילה את הסמכות למקרים שיש בהם "[]פגיעה קלה יחסית בזכות לפרטיות" (פס' 25). היא הזכירה חיפושים שפגיעתם בפרטיות קשה יותר: חיפוש חיצוני בגוף וחיפוש פנימי בגוף. המחוקק קבע בחוק מתי מותר לערוך אותם בהסכמה. הנשיאה ביניש הסבירה מדוע נדרש להם המחוקק: הם "ככלל פוגענ[ים] יותר בהשוואה לחיפושים" בבגדיו של אדם או בביתו (פס' 23). במקרה אחר הזכירה השופטת ברק-ארז את דברי הנשיאה ביניש על "[]פגיעה קלה יחסית בזכות". היא הוסיפה "שאין בכוחה של הסכמה לרפא פגיעה לא מידתית בזכויות יסוד" (בש"פ 5474/14 **מדינת ישראל נ' אוחנה**, פס' 36 (טרם פורסם, 28.8.2014)).

בעניין **פלח** מצא בית הדין הצבאי לערעורים, כי "חרף היקפו של המידע שבו נעשה החיפוש במכשיר הסלולארי", הסכמה מקנה סמכות לחיפוש ידני (פס' 21). כפי שהסברנו, בחיפוש במעבדה אפשר למצוא מידע רב על הנחקר, עד כדי ידיעת כל צפונותיו, הרגליו, דעותיו, עסקיו ועניינו. זהו חיפוש חודרני ופולשני. הוא קרוב יותר לחיפוש בגוף. החיפוש במעבדה, עלול להיות, ככלל פוגעני יותר מחיפוש בבגדיו של אדם, בביתו – ובחיפוש **ידני** בטלפון הנייד שלו. פגיעתו בפרטיות עלולה להיות קשה יותר, **במידה** ו**במהות**. לכן נדרשת הסמכה מפורשת בחוק לחיפוש בהסכמה בטלפון נייד במעבדה.

אשר להיבט השני של הלכת **פלח**, חיפוש במעבדה עלול לפגוע באוטונומיה של הנחקר (ולכן – ביכולתו לתת הסכמה מדעת) בשני היבטים. ההיבט האחד מתקיים במקרים שבהם הנחקר אינו מודע להיקף החיפוש בטלפון הנייד שלו. כפי שציינו בפסקה 0, סביר שמקרים אלה רבים. ההיבט השני, עניינו הפגיעה ביכולת של הנחקר לחזור בו מהסכמתו או לסייג אותה (כאמור בפסקה 0).

לפיכך, שני הנימוקים להתיר חיפוש ידני בטלפון נייד בהסכמה: ההסתמכות על ההסכמה כמקור חיפוש בלי עיגון בחוק והאוטונומיה של הנחקר, אינם חלים על חיפוש בטלפון נייד במעבדה. כדי לחפש בטלפון נייד **במעבדה** על מצ"ח להשיג צו מבית משפט.

אפשרות שנייה: הסכמה מדעת שונה לחיפוש במעבדה

תנאי לחיפוש ידני בטלפון נייד בהסכמה הוא שהנחקר הסכים לחיפוש הסכמה מדעת. ההסכמה היא ביטוי לאוטונומיה של הנחקר. מאחר שאנו מכבדים את האוטונומיה שלה – את כבודה – אנו מתירים את החיפוש. מה טיבה של ההסכמה?

בעניין **בן חיים** תיארה הנשיאה ביניש את ההסכמה מדעת: "הסכמה הניתנת תוך מודעות של האדם מושא החיפוש לזכותו לסרב לביצוע החיפוש, ולכך שהסירוב לא ייזקף לחובתו. ... הסכמת אמת [ש]אינה מבוססת אך על פערי הכוחות הטמונים במפגש בין שוטר לאזרח" (פס' 26, 27). הגדרה זו מתמקדת בהיבט חשוב של ההסכמה מדעת: הסכמה – הסכמה ולא פעולה בכפייה, הסכמה ולא השלמה עם הבלתי נמנע, הסכמה ולא חשש מפגיעה שאינה צפויה. נרחיב מעט בדבר היסוד השני, "מדעת".

בטרם יסכים נחקר לחיפוש, עליו לדעת לְמה הוא מסכים, מה החלופות שעומדות לרשותו, ומה התוצאות של החיפוש. מדוע? אם הנחקר הסכים בְּדַמּוֹתוֹ מצב עניינים שגוי, הרי שמושא הסכמתו אינו החיפוש שנערך בפועל. החיפוש אינו משמר את האוטונומיה שלו ואת כבודו. ההפך הוא הנכון: הנחקר יחוש שרימוהו, שניצלו לרעה את חולשת הידיעה שלו או את תמימותו. הוא יחוש שהחוקרים, נציגי המדינה ונציגי החוק, הם שפגעו בו. תחושת ההשפלה תגבר. יתר על כן, יש השפעות ממשיות לחיפוש שלא מדעת. החוקרים עיינו במידע פרטי. זו פגיעה בפרטיות. אם נאספו ראיות, הן עשויות להביא להרשעתו של הנחקר ולהטלת עונש עליו. אלה פגיעות נוספות בזכויותיו.

היסוד "מדעת" בסדר הדין הפלילי אינו תָּחוּם לדיני החיפושים. נדגים זאת מפסק דין שנתן מותב מורחב של בית הדין האירופי לזכויות אדם: Dvorski v. Croatia, App. No. 25703/11 (Eur. Ct. H.R. Oct. 20, 2015). הוריו של נחקר שכרו את שירותיו של עורך דין לייצגו. החוקרים לא הודיעו לנחקר על כך. הם סירבו להתיר לעורך הדין לפגוש את הנחקר. הנחקר הסכים שייצג אותו עורך דין שהקצתה המדינה. בית הדין קבע כי יש בכך הפרה של הזכות לייצוג. הנחקר בחר בעורך דין בלי לדעת שעומד לרשותו אחר. הוא בחר בחירה שלא מדעת:

> "while the applicant had formally chosen [a] lawyer ... to represent him during police questioning, that choice was not an informed one because the applicant had no knowledge that another lawyer... had come to the police station to see him, presumably with a view to representing him" (*Id.*, at ¶ 93).

להסכמה במשפט הפלילי המהותי (ראו למשל רות קנאי "הסכמת הנפגע במשפט הפלילי" **משפטים** כט 389 (1998)).

פרט לתחום סדר הדין הפלילי עוסק המשפט בהסכמה מדעת בעיקר בתחום הרפואי. חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, "נועד לעגן בחקיקה את העקרון של

אוטונומיית החולה" (ע"א 1303/09 **קדוש נ' בית החולים ביקור חולים**, פס' 21 לפסק דינו של השופט עמית (טרם פורסם, 5.3.2012) (להלן: עניין **קדוש**)). סעיף 13 לחוק זכויות החולה קובע:

> "**הסכמה מדעת לטיפול רפואי**
> (א) לא יינתן טיפול רפואי למטופל אלא אם כן נתן לכך המטופל הסכמה מדעת לפי הוראות פרק זה.
> (ב) לשם קבלת הסכמה מדעת, ימסור המטפל למטופל מידע רפואי הדרוש לו, באורח סביר, כדי לאפשר לו להחליט אם להסכים לטיפול המוצע; לענין זה, 'מידע רפואי', לרבות –
> (1) האבחנה (הדיאגנוזה) והסָכוּת (הפרוגנוזה) של מצבו הרפואי של המטופל;
> (2) תיאור המהות, ההליך, המטרה, התועלת הצפויה והסיכויים של הטיפול המוצע;
> (3) הסיכונים הכרוכים בטיפול המוצע, לרבות תופעות לוואי, כאב ואי נוחות;
> (4) סיכויים וסיכונים של טיפולים רפואיים חלופיים או של העדר טיפול רפואי;
> (5) עובדת היות הטיפול בעל אופי חדשני.
> (ג) המטפל ימסור למטופל את המידע הרפואי, בשלב מוקדם ככל האפשר, ובאופן שיאפשר למטופל מידה מרבית של הבנת המידע לשם קבלת החלטה בדרך של בחירה מרצון ואי תלות".

יסודות ההסכמה מדעת בדין הרפואי קרובים מאוד ליסודות ההסכמה מדעת לחיפוש שתיארנו לעיל:

> "הדרישה ל'הסכמה מדעת' מקפלת בתוכה... שני יסודות עיקריים: **האחד**, הגלום בתיבה '**מדעת**', נוגע לחובת גילוי המידע למטופל, חובה המוטלת על הרופא. על הרופא המטפל מוטלת החובה לשתף את המטופל בכל האינפורמציה שאדם סביר היה נדרש לה כדי לגבש החלטה אם להסכים לטיפול המוצע ...**היסוד השני**, הגלום בתיבת ה'**הסכמה**', נוגע לרצוניות ולחופשיות מתן ההסכמה על-ידי המטופל. יסוד זה נשען על זכותו של המטופל לאוטונומיה ולקבלת החלטות עצמאיות באשר לטיפול לו הוא זקוק ... הוצגו גם דרישת **ההבנה** של מקבל ההחלטה את הפעולה ואת תוצאותיה וכן דרישת **חופשיות הרצון**, לאמור: כי ההחלטה ניתנה מרצונו החופשי של המטופל" (עניין **קדוש**, בפס' 3 לפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין, ההדגשות במקור).

הסכמה מדעת בדין הרפואי אינה אחת והיא משתנה בהתאם לנסיבות (למשל ס' 27-24 לחוק מידע גנטי, התשס"א-2000, שעניינם הסכמה בבדיקה גנטית בקטין, בחסוי ובפסול דין). לעתים נוספת דרישה שההסכמה מדעת תהיה בכתב (למשל ס' 14(ב) לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996; ס' 11(ב) לחוק מידע גנטי, התשס"א-2000). לפעמים נוספים פרטים מהותיים שיש להסביר למי שאמור להסכים (למשל ס' 12

לחוק מידע גנטי, התשס"א-2000; תקנה 2 לתקנות דם טבורי (בנק דם טבורי פרטי), התשע"ב-2012; תקנה 3 לתקנות דם טבורי (בנק דם טבורי ציבורי), התשע"ב-2012). ראו גם גלעד גולדנברג "הסכמה מדעת למחקר גנטי בבני אדם וטופס הסכמה מדעת חדש למחקר גנטי בבני אדם" **רפואה ומשפט** 34, 12 (2006).

המונח "הסכמה מדעת" מופיע בתחומי משפט נוספים, למשל בדין האישי (ס' 8א לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981; ס' 2(7) לחוק ברית הזוגיות לחסרי דת, התש"ע-2010). חשובים יותר לענייננו הם דיני הפרטיות, שבהם "הסכמה" – הסכמה מדעת, במפורש או מכללא" (ס' 3 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981). בירנהק הסביר מהי הסכמה מדעת בהקשר זה, על בסיס תפיסת ה"שליטה" של הפרטיות:

> "ביישום לדיני הגנת הפרטיות, נאמר שמשמעותה של ההסכמה מדעת היא שבידי האדם שנתונה זכות לפרטיות (מושא המידע) היה המידע הדרוש לו באורח סביר כדי להחליט אם להסכים למסירת המידע ולשימושים שייעשו בו, ובכלל זה להעברתו לצדדים שלישיים. ... מימוש שליטתו של אדם ביחידה האוטונומית שלו אפשרי רק כאשר האדם יודע ומבין את משמעות הפעולה המבוקשת. ... יש אם כן צורך בידיעה, בהבנה ובהסכמה. אין לאסוף מידע על אדם אלא אם כן הוא מבין שהמידע על-אודותיו נאסף, מסכים לאיסוף המידע, ומסכים לשימושים השונים שאוספי המידע מבקשים לעשות בו. ההסכמה צריכה להשתרע לגבי**כל**הפעולות שאוסף המידע מבקש לעשות במידע. פעולה שאין לגביה הסכמה – אסורה" (מיכאל בירנהק "שליטה והסכמה: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" **משפט וממשל** יא 9, 50 (2007)).

תפיסת ה"שליטה" גורסת "שעיקרה של הפרטיות הוא שליטה של האדם בעצמו, ובעיקר במידע על-אודותיו. בשליטה עצמית... הכוונה... לכך שהוא, ורק הוא, יקבע מה יעלה בגורל המידע על-אודותיו" (שם, בעמ' 41). הקשר בין תפיסה זו לאוטונומיה של האדם ברור. על-כן, הכללים להסכמה מדעת לפי תפיסת ה"שליטה" מתאימים גם להסכמה מדעת לחיפוש במעבדה.

ראינו את הדמיון בין ההסכמה מדעת בדין הרפואי לבין הסכמה מדעת בדיני החיפושים. ראינו עוד שבדין הרפואי מתאימים את ההסכמה מדעת לנסיבות העניין. אפשר להתאים גם את ההסכמה מדעת בדיני החיפושים לנסיבות העניין, ולצרכינו – לסוג החיפוש. תכלית הדרישה להסכמה מדעת תומכת בכך. הגשמת האוטונומיה של הנחקר דורשת שיבין מראש את כל הנתונים הנדרשים. סוג החיפוש הוא נתון נדרש, והוא עשוי להשפיע על התנאים להגשמת האוטונומיה (השוו לתנאים להסכמה מדעת לחיפוש אחר – חיפוש חיצוני בגוף, ובעיקר בדיקת שתן – בע/124/10 **סמ"ר אסמאעיל נ' התובע הצבאי הראשי** (2011)).

כאמור חיפוש במעבדה פוגע בפרטיות הנחקר פגיעה קשה יותר מחיפוש ידני. על-כן, תנאֵי ההסכמה מדעת לחיפוש במעבדה צריכים להיות חמורים יותר מתנאי ההסכמה מדעת לחיפוש ידני. אלה הנתונים העיקריים שנדרשת להם הסכמה מדעת לצורך חיפוש בטלפון נייד במעבדה:

- מהות החשדות נגד הנחקר – אילו מעשים ועבֵרות מיוחסים לו;
- מהות החיפוש – מהו חיפוש במעבדה, אילו תוצאות עשויות לעלות בו, השוני בינן לתוצאות של חיפוש רגיל בטלפון נייד. יש להדגיש, כי אפשר למצוא גם מידע שאינו זמין בחיפוש רגיל ומידע שנמחק מהמכשיר;
- תנאי החיפוש – העובדה שהחיפוש ייערך במשרדי היאח"ה והשפעותיה, למשל הצורך להחרים את המכשיר והקשיים בחזרה מהסכמה;
- האפשרות לסרב לחיפוש – נחזור על מה שאמר בית הדין לערעורים:

> "שומה על הרשות החוקרת להקפיד כי תוצג לנחקר התמונה העובדתית הברורה לפיה **אין** הוא מחויב ליתן את הסכמתו לחיפוש המבוקש, ולהבהיר לו במפורש כי סירובו לחיפוש לא יפעל לחובתו, בכל אופן שהוא. אין מניעה, כי החוקר יציין בפני הנחקר כי אם יסרב לחיפוש, צפויים החוקרים לפנות לבית המשפט המוסמך בבקשה למתן צו שופט, שיתיר את עריכת החיפוש. על הרשות החוקרת להבהיר לנחקר באופן ברור כי אין ודאות שבית המשפט ייעתר לבקשת הרשות החוקרת, והעניין מצוי בשיקול דעתו של בית המשפט" (עניין **פלח**, בפס' 27);

- האפשרות להסכים הסכמה חלקית – והדרכים לסייג את ההסכמה (לסוגים של מידע, לתיקיות בטלפון הנייד, לחיפוש באמצעות הנחקר, לפרק זמן, לנוכחות עדים וכדומה);
- האפשרות לחזור מההסכמה או לסייג אותה – יש לציין כיצד אפשר לממש זכות זו ולציין מתי צפויה ההודעה להגיע למי שאמור לחפש במכשיר;
- מה ייעשה בתוצאות החיפוש – שימוש בהן כראיות, שימוש בהן להשגת ראיות נוספות, שימוש בהן לחקירת עבֵרות אחרות שיתגלו בחיפוש, שימוש בהן נגד צדדים שלישיים, הפקת פלט של תוצאות החיפוש.

לנתונים העיקריים שציינו עשויים להצטרף נתונים נוספים שנדרשים במקרה מסוים. אם, למשל, הנחקר משמש בתפקיד רגיש ובטלפון הנייד נמצא מידע מסווג –

כגון מידע ביטחוני או מידע שחסוי בחיסיון מקצועי – יש להדגיש את האפשרות שהוא יעלה בחיפוש ולבחון דרכים להגביל את הגישה אליו.

לכל אחד מהתנאים יש צורך "בידיעה, בהבנה ובהסכמה", כדבריו של בירנהק (בהקבלה לדרישות "מדעת"; ההבנה; ההסכמה וחופשיות הרצון, בהתאמה, בדין הרפואילפי עניין **קדוש**). נדרש שהנחקר יֵדע את הנתון, יבין אותו, את תוצאותיו ואת השפעותיו ויסכים הסכמת אמת לחיפוש בהינתן אותו נתון.

כדי למלא אחר דרישות הידיעה וההבנה יש להסביר לנחקר את הנתונים בשפה ברורה ולוודא שהוא הבין את הנדרש. אם הנאשם אינו מיוצג, יש להקפיד עוד יותר על חובה זו.

מובן, כי כדי למלא אחר דרישת ההסכמה יש להימנע מאיומים, מהטעיה או מתחבולות פסולות. בדיון לפנינו הזכירה באת-כוחו של המערער מקרים, שבהם הודיעו חוקרים לנחקר כי אם הוא יסרב לחיפוש, הם ישאירו ברשותם את מכשיר הטלפון הנייד שלו. כפי שציינה באת-כוח המשיב, "בוודאי שמצב כזה הוא ניצול לרעה, שהוא פסול" (עמ' 13-14 לפרוטוקול הדיון).

אם לא התקיימה אחת הדרישות, אין הסכמה מדעת. אם נחקר הסכים הסכמה חלקית, אולם החוקרים חיפשו חיפוש נרחב יותר, ישקול בית הדין אם אפשר לקבל את הראיות שאותן הייתה הסכמה לחפש.

קיומה של הסכמה מדעת הוא שאלה עובדתית. על התביעה הנטל להוכיחו. חתימה של הנחקר על טופס הסכמה עשויה לסייע בכך, אולם אין היא ראיה מכרעת.

בהקשר זה נעיר הערה. בטופס ההסכמה לחיפוש שהמערער חתם עליו (ת/7), הופיעו חלופות לתפיסת המכשיר ולחיפוש בו. לא הופיעה חלופה לסירוב. אפשר היה להצביע על סירוב בדרך של אי-מילוי התיבה שליד החלופה המתאימה. העדר חלופה נפרדת לסירוב אינו הולם. הוא עלול ליצור רושם אצל הנחקר שאין חלופת סירוב. בטופס לא הופיעה גם חלופה להסכמה חלקית ולסייגים שקבע הנחקר. אף זה פגם. בסעיף 24 להנחיית מצ"ח מצווה החוקר להסביר לנחקר גם על אפשרות הסירוב ועל אפשרות ההסכמה החלקית. יש להציג בטופס ההסכמה את שלל החלופות שעומדות לנחקר. נמסר לנו כי בינתיים החלו חוקרי מצ"ח להשתמש בטופס חדש שמקיים דרישה זו. על כך אין לנו אלא לברך.

הכרעתנו

לאחר ששקלנו את כלל השיקולים, האמורים אנו קובעים כי הסכמת הנחקר **אינה** מעניקה סמכות לערוך בטלפון נייד חיפוש במעבדה. הסכמה מעניקה סמכות חיפוש

בעיקר כאשר החיפוש נדרש בדחיפות. טעם זה אינו מתקיים בחיפוש במעבדה, כפי שפירטנו לעיל. יש לחזור לדרך המלך ולבקש מבית המשפט צו חיפוש (לענייננו – צו לחיפוש בחומר מחשב מכוח סעיף 23א לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969). בית המשפט שבוחן את הבקשה בוחן את השיקולים של שני הצדדים לפני שהוא מחליט אם לאשר את החיפוש. הוא אינו בוחן אותם רק מנקודת מבטה של הרשות החוקרת, כפי שעושים חוקרי מצ"ח. דרך זו מבטיחה בחינה אובייקטיבית של הצורך בצו. היא פוטרת מן הצורך לדון בקיומה של הסכמה מדעת ובהבנת הנחקר את הסברי החוקרים. היא מבטלת את ההזדקקות לרצונו הטוב של הנחקר להסכים לחיפוש.

<u>עניינו של המערער</u>

לאחר הדיון הכללי בהסכמה לחיפוש במעבדה נחיל את הכללים על עניינו של המערער. פסקנו כי נדרש צו מבית משפט כדי לחפש חיפוש במעבדה. הרשות החוקרת לא עמדה בחובתה זו. היא הסתפקה בהסכמת המערער ולא ביקשה (וכמובן לא קיבלה) צו מבית משפט. החיפוש פסול. בהתאם להסכמת הצדדים, מסקנה זו מביאה לזיכויו של המערער מהעבֵרות שייחסה לו התביעה.

למעלה מן הצורך נבהיר, כי גם אילו היינו מסתפקים בתנאי ההסכמה מדעת, הייתה התוצאה זהה. המערער חתם על טופס הסכמה. עמדנו על הבעייתיות בטופס (פסקה 0). בטופס סומן שהמערער הסכים "שיחידת מצ"ח תבצע חדירה למחשב ודבר המגלם חומר מחשב, לרבות חדירה נמשכת לצורך עיון, הפקת פלטים וכל פעולה אחרות שתיראה לנכון לצורך הבטחת מיצוי ראיות בהליך משפטי" (ת/7). זהו ניסוח רחב. מהי "חדירה נמשכת"? מהי "פעולה אחרות [כך!] שתיראה לנכון לצורך הבטחת מיצוי ראיות בהליך משפטי"? בזיכרון דברים ציין אחד החוקרים רק כי המערער "הבי[ע] ... הסכמתו כי ייערך חיפוש במכשירו הסלולארי" (ת/10). מנין לנו שהמערער הבין כי יחפשו בטלפון הנייד שלו חיפוש מעמיק במעבדה? האם נוכל להיות בטוחים שהסבירו לו את כל התוצאות של החיפוש?

הצדדים הגישו לבית הדין המחוזי מסמך "עובדות מוסכמות". הם לא פירטו עובדות נוספות אשר להסבר בנוגע להסכמה לחיפוש. הם לא הביאו עדים או ראיות להבהרת העובדות. בית הדין קמא זקף את החסר לחובת ההגנה: "משבחר [המערער] שלא להעיד יש להניח כי טופס ההסכמה הוקרא והוסבר לו כדבעי וכי לא הוסתרו מעיניו כלל ההוראות האמורות בו. אף לא עלתה כל טענה ביחס לאי הבנתו את ההסכמה לחיפוש או את המשמעויות הנלוות לה" (פס' 27 לפסק דינו). נטל ההוכחה בעניין ההבנה רובץ על התביעה. היא שהייתה אמורה להביא ראיות בדבר

הבנתו של המערער את מהות החיפוש במעבדה ואת תוצאותיו. היא הסכימה לשתיקתן של העובדות המוסכמות בעניין זה. היא לא עמדה בחובתה להוכיח את ההסכמה לחיפוש במעבדה. על-כן, גם מכוח גישה זו, היה מקום לפסול את תוצאות החיפוש ולזכות את המערער, בהתאם להסכמת הצדדים.

הערעור מתקבל. המערער מזוכה מהעבֵרות שבהן הואשם. העונשים שהוטלו עליו בטלים.

ניתן והודע היום, ה' במרחשוון התשע"ז, 6 בנובמבר 2016, בפומבי ובמעמד המערער ובאות-כוח הצדדים.

_____	_____	_____
הנשיא	**שופט**	**שופט**

חתימת המגיה: _____	**העתק**	**נאמן**	**למקור**
	סגן	**קורל**	**מכני**
תאריך: _____	**קצינת**	**בית**	**הדין**

בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן

דורון פיילס 54678313-24/15
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה