

להתרחק מ"העץ המורעל": השלכות פסיקת העליון בעניין יונתן אוריך ועופר גולן דנ"פ 1062-21 יונתן אוריך נ' מדינת ישראל

בימ"ש דן בסוגיות הנוגעות לצווי חיפוש במחשבים ובטלפונים ניידים חכמים בשלב החקירה המשטרתית, טרם הוחלט אם להגיש כתב אישום, ופסק בדעת רוב: הדיון בבקשות לצווי חיפוש בחומר מחשב בשלב החקירה ייערך במעמד צד אחד, בשים לב לאמות מידה שהותוו; על החלטת בימ"ש בבקשה לצו חיפוש בחומר מחשב אין למי מהצדדים זכות השגה; אם התברר לבימ"ש שדן בבקשה לצו חיפוש במחשב כי בוצע חיפוש בלתי-חוקי במחשב קודם שנתבקש צו החיפוש לגביו, הפגם האמור יהווה שיקול בהכרעה בבקשה למתן צו. במקרים חריגים פגם זה יכול להוות שיקול מכריע לדחיית הבקשה. ככל שבתום החקירה יוחלט על הגשת כתב אישום, ההשלכות הראייתיות של החיפוש הבלתי-חוקי ייבחנו בהליך העיקרי לפי הלכת יששכרוב.

דיונים נוספים שעניינם בצווי חיפוש במחשבים ובטלפונים ניידים חכמים בשלב החקירה המשטרתית, טרם שהוחלט אם להגיש כתב אישום. הדיון התמקד בשאלה מהי תכליתה ומהו היקפה של הוראת סעיף 23א לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969, המסדירה את סוגיית החדירה לחומר מחשב, הכולל גם טלפונים חכמים, לצורך חיפוש בו.

בית המשפט העליון, בהרכב מורחב של תשעה שופטים, פסק כדלקמן: אשר לשאלה האם את הדיון בבקשה למתן צו חיפוש במחשב או בטלפון חכם לפי סעיף 23א לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) יש לקיים במעמד צד אחד, או במעמד שני הצדדים, בימ"ש פסק בדעת רוב, מפי הנשיאה חיות, כי הדיון בבקשות לצווי חיפוש בחומר מחשב בשלב החקירה ייערך במעמד צד אחד, בשים לב לאמות מידה שהותוו בפסקאות 66-77 לחוות דעתה של הנשיאה; דעת המיעוט, מפי השופט אלרון, סברה כי בהיעדר יסוד סביר לחשש שהדבר יביא לסיכול החיפוש או לשיבוש החקירה, יש לדון בבקשה למתן צו חיפוש במעמד הצדדים; דעת הרוב סברה, כנגד דעתם החולקת של המשנה לנשיאה הנדל והשופט קרא, כי במקרים חריגים ביותר לבימ"ש נתונה סמכות לקיים דיון כאמור במעמד הצדדים. השופטת ברק-ארז סברה בדעת יחיד כי די בקביעה שדיון במעמד הצדדים יהווה חריג לכלל, ואין צורך לסייג זאת "למקרים חריגים ביותר".

אשר לשאלה האם יש זכות השגה על החלטה בבקשה לצו חיפוש במחשב, בימ"ש פסק בדעת רוב מפי הנשיאה חיות כי על החלטת בימ"ש בבקשה לצו חיפוש בחומר מחשב אין למי מהצדדים זכות השגה, בין בערעור, בין בערר, בין בהליכי החזרת תפוס ובין בבקשה לביטול ההחלטה. זאת, כנגד דעתו החולקת של השופט אלרון, לפיה על החלטה בבקשה למתן צו החיפוש במחשב ניתן להשיג במסגרת ערעור בזכות, או בדרך של הגשת בקשה לעיון מחדש בהחלטה. השופטת ברק-ארז סברה, בדעת יחיד, כי חשוב להותיר פתח, במקרים חריגים, לדון בעתירות שיוגשו לבג"ץ כנגד החלטות שעניינן צווי חיפוש במחשב.

אשר לשאלה מהן הנפקויות של חיפוש בלתי-חוקי קודם שבוצע באותו מחשב או טלפון חכם, ומהו המועד שבו יש להידרש לכך – האם במעמד הדיון בבקשה לצו החיפוש, או במסגרת ההליך העיקרי, ככל שהחקירה תוביל להגשת כתב האישום. דעת הרוב, מפי הנשיאה חיות, פסקה כי אם התברר

לבימ"ש שדן בבקשה לצו חיפוש במחשב כי בוצע חיפוש בלתי-חוקי באותו מחשב קודם שנתבקש צו החיפוש לגביו, הפגם האמור יהווה שיקול במסגרת ההכרעה בבקשה למתן צו; במקרים חריגים ונדירים, פגם כאמור יכול להוות שיקול מכריע לדחיית הבקשה; הובהר כי ככל שבתום החקירה יוחלט על הגשת כתב אישום, ההשלכות הראייתיות של החיפוש הבלתי-חוקי ייבחנו בהליך העיקרי בהתאם לאמות המידה שנקבעו בהלכת יששכרוב.

השופט אלרון, בדעת יחיד, הציע מבחן דו-שלבי לעניין השפעת חיפוש בלתי חוקי קודם במחשב על ההכרעה בבקשת חיפוש באותו מחשב בשלב החקירה; המשנה לנשיאה הנדל, השופט קרא והשופט עמית הוסיפו הערות לעניין הקושי בהתחשבות בזיקה שבין חיפוש בלתי-חוקי קודם ובין בקשה לצו חיפוש באותו המחשב; השופטת ברק-ארז העירה כי יש להותיר לבימ"ש הדן בבקשה מרחב מסוים של שיקול דעת בבואו להכריע בשאלה באיזו מידה משליכה אי-החוקיות, כשהיא לבדה, על הבקשה לצו חיפוש במחשב; השופט סולברג, בדעת יחיד, הציע מתווה לבחינת אי-החוקיות בהליך העיקרי, וזאת כאשר תמונת המצב העובדתית לגבי אי-החוקיות ולגבי זיקתה לבקשה לצו החיפוש חסרה, ומצריכה עוד דרישה וחקירה.

בכל הנוגע לעניינם הפרטני של המבקשים בדנ"פ 4072/21 ובדנ"פ 1062/21 הוחלט בדעת רוב, בניגוד לדעתו החולקת של השופט אלרון, להותיר על כן את התוצאות האופרטיביות שנפסקו בבש"פ 5105/20 ובבש"פ 1758/20, בהתאמה.