

ונשמרתם לאצבעותיכם: חובתו של חשוד לסייע לחיפוש במכשיר סלולארי ושימוש בכח לשם פתיחת מכשיר הנעול באמצעות טביעת אצבע

יגאל בלפור וגיל שפירא*

מבוא

שתי החלטות מן העת האחרונה שניתנו בערכאות דיוניות עסקו בשאלה אשר טרם נדונה בפסיקה הישראלית: האם רשות חוקרת רשאית לעשות שימוש בכח כדי לכפות על חשוד הנתון בחקירה לפתוח את המכשיר הסלולארי שלו, הנעול באמצעות טביעת אצבע, על מנת לאפשר לרשויות החקירה לממש צו חיפוש במכשיר, שהוצא מבעוד מועד.

בע"ח (מחוזי תל אביב) 45208-01-19 תחנת מרחב יפתח נ' פלוני (18.1.2019) (להלן: "עניין פלוני"), קבעה כב' השופטת טלי חיימוביץ' כי נטילת אצבעו של חשוד על מנת להניח אותה על הטלפון לצורך פתיחתו באמצעות טביעת האצבע, היא בבחינת "חיפוש חיצוני" כהגדרתו בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), תשנ"ו-1996 (להלן: חוק החיפוש), ועל כן אפשר לבצעה גם בכח בהתאם להוראות סעיף 3 לחוק.

לעומת זאת, במ"י (שלום ראשון לציון) 28309-03-19 מדינת ישראל נ' ברנר (27.3.2019), הביע כב' השופט גיא אבנון הסתייגות הן לגבי האפשרות להגדיר את נטילת טביעת האצבע כ"חיפוש חיצוני", והן לגבי עצם האפשרות לחייב נחקר למסור את טביעת האצבע שלו כדי לפתוח את המכשיר: "לשיטתי יש לערוך דיון מסודר בסוגיה... קשה עלי התנהלות משטרת ישראל לפיה הדבר נעשה בדרך חד צדדית, ללא התייחסות מפורשת של המחוקק לעניין זה. דומני, כי טרם נאמרה המילה האחרונה בנושא"¹.

כמובן שנעילת מכשיר סלולארי באמצעות טביעת אצבע היא רק דוגמה פרטית לאמצעים שאדם יכול לנקוט בהם כדי להגן על המידע במכשירו הסלולארי ועל פרטיותו, ובהם: נעילת המכשיר הסלולארי באמצעות סיסמא או קוד, באמצעות מנגנון זיהוי תווי פנים או "חתימת קול", ועוד. השאלה בה נעסוק היא, אפוא, רחבה יותר: האם חשוד מחויב למסור לרשויות החקירה את מפתח ההצפנה למכשירו הסלולארי לאחר שניתן על ידי בית המשפט צו חיפוש באותו מכשיר.

לאחר שנציג מספר הערות מקדמיות שיחדדו את נקודת המוצא לדיון, נבחן את הסוגיה בשלב הראשון בפריזמה של עקרון חוקיות המינהל ועקרון החוקיות - בחינת מקור הסמכות של הרשות לדרוש את מפתח ההצפנה ומקור החיוב, אם קיים, של החשוד למוסרו. כפי שנבהיר, לטעמנו לא ניתן לאתר מקור סמכות כאמור. בשלב השני, נבחן האם

ראוי לעגן את מקור הסמכות בחקיקה, זאת בפריזמה של החיסיון מפני הפללה עצמית. בנוסף, נציג את התייחסות המשפט המשווה לסוגיה. לבסוף, נבקש לבחון מה תהיה הנפקות של סירוב והשלכות הנובעות מסירוב שכזה.

הערות מקדמיות לדיון

הסיטואציה הפרדיגמטית בה תתעורר השאלה היא הסיטואציה הבאה: אגב חקירתו של חשוד, רשויות החקירה תפסו את מכשירו הסלולארי, ופנו אל בית המשפט בבקשה לצו חיפוש הכולל חדירה לחומר מחשב לפי סעיף 23א לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969 (להלן: פקודת סדר הדין הפלילי). בית המשפט נתן צו כאמור, אך רשויות החקירה אינן מצליחות לבצע את החדירה למכשיר הסלולארי משום שהמכשיר מוגן על ידי מנגנון נעילה כגון: סיסמא, טביעת אצבע, זיהוי תווי פנים, חתימת קול וכד'. על כן, כדי לממש את צו החיפוש רשות החקירה נזקקת לעזרתו של החשוד - כדי שימסור את הסיסמא הנועלת את מכשירו או כדי שיסייע בפתיחת המכשיר באמצעות טביעת האצבע שלו, קולו או כל דרך אחרת שתאפשר לרשויות נגישות אל המידע המצוי במכשיר. ראוי לחדד מספר היבטים הנוגעים לסיטואציה זו, כנקודת מוצא לדיון:

ראשית, במרבית המקרים רשויות החקירה כלל אינן זקוקות לסיועו של החשוד הנחקר כדי לממש את צו החיפוש, שכן האמצעים הטכנולוגיים העומדים לרשותן מאפשרים לחוקרים להתגבר על דרישת הסיסמא ללא קושי מיוחד. במקרים אחרים, השקעת משאבים נוספת, בדמות פנייה למומחי מחשב שבאפשרותם להתגבר על מנגנון הנעילה, תביא לפתרון הבעיה.²

שנית, לצורך הדיון, ההנחה היא שצו החיפוש שניתן על ידי בית המשפט עומד בשני התנאים המנויים בסעיף 23א לפקודת סדר הדין הפלילי, קרי, קיימת עילה למתן הצו לפי 23 לפקודת סדר הדין הפלילי (אליו מפנה סעיף 23א), והצו שניתן מקיים את דרישת המידתיות הקבועה בחוק, בכך שהצו "מפרט את מטרות החיפוש ותנאיו שייקבעו באופן שלא יפגעו בפרטיותו של אדם מעבר לנדרש". למרבה הצער, לעיתים קרובות הנחת מוצא זו אינה מתקיימת בעולם המציאות, והנסיון מלמד

* עו"ד יגאל בלפור, עוזר משפטי לסניגור הציבורי הארצי; עו"ד גיל שפירא, מנהל מחלקה וממונה ארצי על ייצוג אסירים, הסניגוריה הציבורית הארצית. הרשימה משקפת אך את דעתם האישית של המחברים; תודתנו העמוקה לגב' קטיה קוצ'רנקו, מתמחה בסניגוריה הציבורית הארצית, על הסיוע במחקר המשפטי לצורך הכנת רשימה זו. כמו כן אנו מודים לד"ר אלקנה לייסט ולעו"ד נועה זעירא על הערותיהם המועילות.

1 מדובר בהחלטה שניתנה במסגרת הליך מעצר לצרכי חקירה ("מעצר ימים"). יצוין, כי במסגרת ערר שהגיש החשוד על מעצרו, החליט בית המשפט המחוזי לצמצם את משך המעצר, בין היתר, תוך מתן משקל לטענות בדבר אי-חוקיותן של פעולות החוקרים בהקשר זה - קרי, איום בשימוש בכח לשם פתיחת המכשיר הסלולארי, אף כי נמנע מלדון בטענות אלה לגופן או להכריע בהן (עמ"י (מחוזי מרכז) 64874-03-19 ברנר נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 28.3.2019)).

2 ראוי להזכיר, בהקשר זה, כי הדרישה לאתר פתרונות שפגיעתם בחשוד היא פחותה נגזרת מעקרון המידתיות. עקרון זה מעוגן, למשל, בסעיף 8(א) (ג) לחוק החיפוש, לפיו עובר להוצאת צו המסמך את הרשות לבצע חיפוש פנימי, על בית המשפט להשתכנע כי אין דרך סבירה אחרת, בניסיונות העניין, שפגיעתה בחשוד פחותה, להשגת הראיה או להוכחת הקשר שבין החשוד לביצוע העבירה.

מפילות לחובתו תוך פגיעה חמורה בפרטיותו. יודגש, כי אין הכוונה לטעון כנגד סמכותה של הרשות החוקרת לערוך חיפוש שכזה בהתאם לצו השיפוטי אף אם הוא פוגע בפרטיות, כמובן, אלא הסוגיה העיקרית היא האם החשוד עצמו חייב לשתף פעולה ולממש בידו-שלו את הצו הפוגע בפרטיותו, ואם ראוי לכפות זאת עליו בכך כאשר הוא מסרב לעשות זאת.

שני עקרונות יסוד של שיטתנו המשפטית רלוונטיים לשם תשובה לשאלה זו: עקרון החוקיות, לפיו הפרט אינו מחויב לעשות אלא את שהחוק מחייבו, ועקרון חוקיות המינהל, לפיו רשות מינהלית רשאית ומוסמכת לעשות רק את אותן פעולות שהחוק הסמיך אותה לעשות.⁷

עקרון החוקיות חל באופן מוגבר מקום שבו מדובר בפגיעה בזכות בעלת מעמד חוקתי,⁸ ומובן שהוא חל, ואולי אף ביתר שאת, בתוככי חדר החקירות שם מתנגשות תדיר סמכויותיה של הרשות החוקרת עם זכויות יסוד של החשוד הנחקר, בנסיבות בהן הנחקר מצוי בתנאי נחיתות האינהרנטיים למעמדו כנחקר. מהותו של עקרון החוקיות בהקשר זה, בין היתר, היא בכך שכל עוד לא נקבע אחרת בחוק - לחשוד הנחקר עומדת הזכות שלא לשתף פעולה עם חוקריו. כפי שציין בית המשפט העליון בפרשת פרחי,⁹ זכות זו נגזרת מזכותו לפרטיות ומכיבוד אוטונומיית הפרט של הנחקר,¹⁰ והיא מקבלת משנה תוקף מקום בו שיתוף הפעולה עם החוקרים כרוך בפגיעה קשה וממשית בזכות החוקתית לפרטיות לנוכח היקף המידע המצוי במכשיר הסלולארי ואופיו. החיפוש במכשיר סלולארי "חכם" מתאפיין בעוצמה גבוהה במיוחד של פגיעה בזכות לפרטיות. כפי שצוין בעניין **דרבאש**,¹¹ היקף המידע המצוי במכשירים אלה הוא עצום, ואופיו של המידע נוגע לכל פרטיו האישיים והאינטימיים של המחזיק במכשיר, ולעיתים קרובות גם של אחרים. לרוב, מדובר במידע שנאגר לאורך חודשים ושנים וכולל תמונות, סרטים, מסמכים, יומנים, פרטי אנשי קשר, תכתובות דואר אלקטרוני, מסרונים ויישומי תקשורת מיידית, היסטוריית גלישה באינטרנט, מידע אודות מיקומי המכשיר בזמנים שונים, ועוד. בנוסף, החדירה למכשיר מאפשרת, למעשה, גם גישה למחשבים אחרים (למשל, דרך יישומי רשתות חברתיות או מאגרי "ענן", וכד'). ריכוז המידע המגוון במכשיר הסלולארי מעצים את הפגיעה בפרטיות, לעומת מצב שבו כל פרט מידע או סוג מידע מצוי בנפרד. כלומר, העובדה שכל סוגי המידע שלובים יחדיו במקום אחד, ויש ביניהם זיקות באופן הפעלת המכשיר, מהווה הבדל משמעותי ביחס לחיפוש רגיל במקום "פיזי", שבו איסוף המידע מוגבל לאיתורו של כל פרט בנפרד. לכן, עוצמת הפגיעה בזכותו של אדם לפרטיות כתוצאה מחיפוש במכשיר סלולארי חורגת בהרבה ממידת הפגיעה בזכות לפרטיות כתוצאה מחיפוש בביתו או על גופו. כפי שציין המלומד **הרדוף**,¹² פוטנציאל הפולשנות הגלום בחיפוש במכשיר סלולארי גבוה מזה הקיים בסוגי החיפוש "הקלאסיים",

כי לעיתים קרובות רשויות החקירה פונות אל בתי המשפט בבקשה ליתן צו חיפוש במכשיר סלולארי גם מבלי שיש להן כל אינדיקציה לכך שבמכשיר הסלולארי עשויות להיות ראיות הקושרות את החשוד לביצוע העבירה, ותוך שהן מבקשות (ומקבלות) צווי חיפוש גורפים בכלל המידע המצוי במכשיר.

שלישית, מאמר זה עוסק בחיפוש במכשיר סלולארי המבוצע על בסיס צו שיפוטי, ולא על בסיס הסכמה מדעת של הנחקר לחיפוש במכשירו הסלולארי. השאלה העקרונית האם רשויות החקירה יכולות לבצע חיפוש המבוסס על הסכמה מדעת של הנחקר בלא צו שיפוטי, והאם הסכמה שכזו יכולה להוות תחליף לדרישת סעיף 23 לפקודת סדר הדין הפלילי לקיומה של עילת חיפוש, טרם הוכרעה בפסיקת בית המשפט העליון. עמדה מורכבת ניתן למצוא בעניין זה בפסיקת בית הדין הצבאי. בפרשת **סיגאווי**³ קבע בית הדין הצבאי לערעורים כי לצורך עריכת חיפוש נרחב במכשיר סלולארי, המבוצע במעבדת הרשות החוקרת בלא נוכחות הנחקר, יש צורך בצו שיפוטי מפורש והסכמת הנחקר אינה יכולה לשמש מקור סמכות לצורך כך. לעומת זאת, בעניין **פלח**⁴ קבע בית הדין כי בנסיבות בהן מדובר בחיפוש ידני (שלא במעבדה) שנוערך במעמד הנחקר ובאמצעותו, ניתן להתבסס על הסכמתו מדעת לכך אף בהיעדר צו שיפוטי. עמדה דומה הביע בית המשפט המחוזי בתל אביב בעניין **קורס**,⁵ שם סבר בית המשפט כי המסגרת הנורמטיבית הקיימת אינה שוללת לחלוטין את האפשרות לערוך חיפוש במכשיר סלולארי מכוון הסכמתו של הנחקר. יצוין, כי נעשה נסיון להביא את הסוגיה להכרעה עקרונית בבית המשפט העליון במסגרת פרשת **סיגאווי**,⁶ שם הגישה המדינה בקשה לרשות ערעור על פסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים בשאלת סמכותה של רשות חקירה לערוך חיפוש במכשיר סלולארי על יסוד הסכמה של הנחקר, בלא היזקקות לצו שיפוטי. הבקשה לרשות ערעור נדחתה מטעמים דינאמיים ולא נדונה לגופה, אך תוך שבית המשפט העליון העיר כי יתכן שהסוגיה ראויה להסדרה במסגרת חקיקה. בכל מקרה, סוגיה זו אינה רלוונטית לענייננו בגדרי רשימה זו, שכן ברור כי נחקר המסרב למסור את מפתח ההצפנה למכשירו הסלולארי מסרב למעשה לחיפוש במכשיר, כך ששאלת החיפוש בהסכמה מדעת כלל אינה מתעוררת.

זכותו של נחקר לא לשתף פעולה עם חוקריו ומקורות סמכות לביצוע החיפוש

חדירה למכשירו הסלולארי של הנחקר פוגעת בצורה ממשית בזכותו לפרטיות. ההנחה היא, אמנם, כי בית משפט נתן דעתו לפגיעה בפרטיות וקבע כי היא מוצדקת בשים לב לצורך החקירתי, אולם שאלה נפרדת ועצמאית היא האם ראוי לכפות על החשוד הנחקר לשתף פעולה עם חוקריו המבקשים לממש את הצו ולאחר במכשירו הסלולארי ראיות

3 ע/24/15 רב"ט ב' ס' נ' התובע הצבאי הראשי (פורסם בנוב, 6.11.2016).

4 ע/78/14 טור' שניר פלח נ' התובע הצבאי הראשי (פורסם בנוב, 13.1.2015).

5 ע"פ (מחוזי ת"א) 61187-06-14 קורס נ' מדינת ישראל (פורסם בנוב, 6.6.2017).

6 רע"פ 9446/16 התובעת הצבאית הראשית נ' ברק סיגאווי (פורסם בנוב, 19.6.2017). גילוי נאות: המחברים ייצגו את הסניגוריה הציבורית שצורפה להליך זה במעמד של "ידידת בית המשפט".

7 דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך א 98-97 (2010).

8 ראו, למשל, בג"ץ 10203/03 **המפקד הלאומי בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנוב, 20.8.2008), בפסקה 12, שם הוטעם כי עקרון חוקיות המינהל מתגבר כאשר מדובר בפעולות הפוגעות בזכויות הפרט וככל שעוצמת הפגיעה בזכות גדלה, גדל גם המשקל שיש להעניק לעקרון זה.

9 ע"פ 4988/08 **איתן פרחי נ' מדינת ישראל**, פ"ד סה(1) 626 (2011).

10 שם, בפסקה 11 לפסק דינו של כב' השופט א' א' לוי: "גם אם נאמר שהפעולה של מסירת דגימת DNA אינה חוסה תחת החיסיון מפני הפללה עצמית - הרי שלנאשם עומדת זכות עצמאית ונפרדת שלא לשתף פעולה עם חוקריו. זכות זו נגזרת מהזכות לפרטיות ומכיבוד אוטונומיית הפרט של הנאשם".

11 ע"פ 8627/14 **דרבאש נ' מדינת ישראל** (פורסם בנוב, 14.7.2015).

12 אסף הרדוף "כשאתה אומר כן, למה אתה מתכוון? על טכנולוגיה אינטימית, אוטונומיית החשוד ואופרטוניזם משפטי: חדירה לטלפון נייד ב"הסכמת" החשוד - בעקבות פסקי הדין פלח וקורס" **הסניגור** 4, 224 (2015).

למכשירו הסלולארי, והאם ניתן לראות בסעיף זה מקור סמכות לשימוש בכח כנגד נחקר המסרב לעשות זאת.

מקורות סמכות אפשריים והביקורת עליהם

חוק החיפוש - מקור סמכות אפשרי אחד, עליו נסמכה החלטת בית המשפט המחוזי בענין **פלוני** שנזכר בפתח רשימה זו, הוא ההסדר הקבוע בסעיף 3 לחוק החיפוש לפיו רשאי שוטר לעשות שימוש בכח לצורך עריכת חיפוש חיצוני, בהתאם לתנאים הקבועים שם (נסיון להשיג את הסכמת החשוד לחיפוש טרם השימוש בכח; קבלת אישור של קצין לשימוש בכח; מתן זכות טיעון לחשוד בטרם מתן החלטת הקצין; ומתן הסבר על משמעויותיו המשפטיות של הסירוב לאפשר את עריכת החיפוש). בית המשפט המחוזי סבר כי לאחר שניתן צו חדירה למכשיר הסלולארי של החשוד בהתאם לפקודת סדר הדין הפלילי, רשאי היה שוטר ליטול ממנו טביעת אצבע בהתאם להוראות חוק החיפוש, ואם החשוד סירב לכך אזי רשאי היה השוטר להפעיל את סמכות השימוש בכח כמתואר לעיל. אנו סבורים כי הנמקה זו של בית המשפט המחוזי היא שגויה: **ראשית**, לטעמנו, בית המשפט שגה בכך שיצר זיקה בין צו החיפוש המאפשר חדירה למכשיר הסלולארי שניתן מכח פקודת סדר הדין הפלילי לבין הסמכות לנטילת טביעת אצבע תוך שימוש בכח המצויה בחוק החיפוש. המדובר בסמכויות שונות שנועדו לתכליות שונות, והמצויות בדברי חקיקה שונים. ביחס לכל אחת מן הפעולות קיימות הוראות חוק ייחודית נפרדת המסדירה את סמכויות הביצוע ואופן הפעלתן, והמדובר לפיכך בהוראות מפורשות התוחמות עצמן לגדרי הפעולה הספציפית - חיפוש במחשב לחוד; ונטילת טביעת אצבע לחוד. נסיון ליצור זיקה בין שתי המסגרות הנורמטיביות חוטא, לפיכך, למהותן של כל אחת מהסמכויות, ולתנאים להפעלתן. כך, למשל, מובן כי חיפוש המתבצע בבית לפי צו חיפוש שניתן מכח פקודת סדר הדין הפלילי, אינו מקנה את הסמכות לערוך חיפוש חיצוני או פנימי בגופם של הנוכחים במקום. **שנית**, דומה כי המחוקק אף שלל מפורשות את האפשרות להחיל את הוראות חוק החיפוש על חיפוש הנערך לפי פקודת סדר הדין הפלילי: הוראת סעיף 29 לפקודת סדר הדין הפלילי מתירה, בנסיבות מסוימות, לערוך חיפוש על גופו של אדם הנמצא במקום החיפוש או בסמוך לו, אך זאת תוך הפניה להגדרת חיפוש כאמור בסעיף 22 לפקודה, שם נקבע בבירור שחיפוש שכזה לא יכול חיפוש חיצוני או פנימי כהגדרתם בחוק החיפוש. מכאן, שקביעתו של בית המשפט לפיה צו החדירה למכשיר הסלולארי הקים לשוטר גם סמכות ליטול טביעת אצבע לפי ההסדר הקבוע בחוק החיפוש, היא שגויה. **שלישית**, נראה כי אף מבחינה לשונית ותכליתית הוראות חוק החיפוש המתירות שימוש בכח לשם עריכת חיפוש חיצוני (ובכלל זה נטילת טביעת אצבע) לא נועדו למטרה זו של ביצוע צו חיפוש במחשב (או במכשיר סלולארי). הגדרתו של "חיפוש חיצוני" בסעיף 1 לחוק החיפוש כוללת רשימה סגורה של ראיות פיזיולוגיות עצמאיות, אותן יכולה המשטרה לבקש מן החשוד (או, בתנאים מסוימים, ליטול מן החשוד בכח), וזאת בתנאי שקיים יסוד סביר לחשד שבגופו של החשוד נמצאת ראיה להוכחת ביצועה של עבירה" או ראיה "להוכחת הקשר שבין החשוד לבין ביצוע העבירה"; טביעת אצבע היא גם אמצעי לזיהוי של אדם, אותו יכולה המשטרה ליטול בהתאם להוראות פרק ג' לחוק

ואפשר שהוא אף גבוה מזה הקיים בחיפוש על הגוף או בגוף. גם המלומד **ויסמונסקי** עומד על האבחנות בין חיפוש במחשב לבין חיפוש פיזי, ומציין כי חיפוש במרחב הדיגיטלי מתאפיין ב"כריית מידע" מאסיבית לעומת חיפוש במרחב הפיזי, באופן היוצר "שלם הגדול מסך חלקיו"¹³. עוד מצביע **ויסמונסקי** גם על הפגיעה האינהרנטית הנרחבת בפרטיותם של צדדים שלישיים הטמונה בחיפוש שכזה, ומציע לערוך אבחנה ברורה בין חיפוש הנערך במרחב הפיזי לבין חיפוש במרחב הוירטואלי-דיגיטלי, בכל הנוגע להיקף הפגיעה בפרטיות.¹⁴

על רקע האמור לעיל, בנוגע להיקף המידע הטמון במכשיר סלולארי ולעוצמת הפגיעה בפרטיות הגלומה בחיפוש בו, יש כמובן לתת משקל לכך שבחירתו של אדם להגן על מכשירו הסלולארי באמצעות מנגנון נעילה מעידה, כשלעצמה, על רצונו לממש את זכותו לפרטיות. על כן, חיובו של נחקר לשתף פעולה במתן נגישות לתוכן המכשיר, שפירושה למעשה כפייתו לוותר באופן מוחלט על זכותו זו, מחייב קיומה של הוראה מפורשת בחוק, לא כל שכן מתחייבת הוראת חוק מפורשת המקנה סמכות לשימוש בכח לשם מימושה של כפיה זו.

כלומר, כדי להשיב בחיוב על השאלה המוצגת בתחילת הפרק עלינו לבחון, ראשית, האם ישנה חובה על הנחקר לשתף פעולה; ושנית, האם יש למדינה סמכות לכפות בכח על נחקר את מסירת מפתח ההצפנה למכשירו הסלולארי, ואת התנאים להפעלתה של סמכות זו.

כאן המקום להדגיש, כי ההסמכה של רשויות החקירה על ידי בית המשפט לבצע את החיפוש במכשיר הסלולארי, כשלעצמה, אינה יכולה להוות מקור עצמאי לחובה מקבילה של הנחקר למסור את מפתח הנעילה (להבדיל, כמובן, מהחובה שלא להפריע באופן אקטיבי לחיפוש או להכשילו). סמכויות חיפוש, מעצם הגדרתן, הן סמכויות כופות שאינן דורשות שיתוף פעולה מן הפרט. כפי שהגדיר זאת המלומד **ביין**: "בהליכים אלה [חיפוש ותפיסה] המחזיק בחפץ אינו נדרש לכל פעולה אקטיבית והוא אובייקט פסיבי גרידא. לעומת זאת, בהטלת חובה להצגת מסמכים יש משום פגיעה בחירות, באשר היא מטילה על נמען הצו חובת עשה שיש בה משום שיתוף פעולה עם המשטרה"¹⁵.

פגיעה כזו בחירות הנחקר, כלומר - הטלת חובה לפעולה אקטיבית, מחייבת קביעה מפורשת מצד המחוקק, כאשר לעמדתנו גם קביעה מפורשת שכזו ראוי שתהיה מוגבלת על ידי החיסיון מפני הפללה עצמית (כפי שנבהיר בהמשך המאמר). הסמכה כזו מצד המחוקק נדרשת באופן מפורש גם לצורך מתן ההיתר לעשות שימוש בכח כנגד נחקר, בנסיבות אלה. דוגמא לקביעה כזו של המחוקק ניתן למצוא בסעיף 45 לפקודת סדר הדין הפלילי, לפיו "אדם הגר בבית או במקום שמותר להיכנס אליו מכוח רשות לעצור או לחפש, או הממונה על בית או מקום כאמור, ירשה, לפי הדרישה, כניסה חופשית ויתן כל הקלה סבירה; נדרש וסירב להרשות כניסה כאמור, מי שזכאי להיכנס רשאי לבצע את הכניסה בכוח". חלקו הראשון של הסעיף מטיל על הפרט חובת פעולה אקטיבית (מוגבלת בהיקפה), לפיה עליו להרשות כניסה חופשית ולאפשר "כל הקלה סבירה"; וחלקו השני של הסעיף קובע כי מקום בו הפרט סירב לשתף פעולה עם המשטרה, באפשרות המשטרה לבצע את הכניסה בכח. במסגרת הפרק הבא נדון בשאלה האם ניתן לראות בהוראה זו מקור סמכות המחייב אדם למסור את מפתח הנעילה

13 חיים ויסמונסקי **חקירה פלילית במרחב הסייבר** 252-255 (2015) (להלן: ויסמונסקי **חקירה פלילית**).
14 שם, בעמ' 225.

15 דן ביין "התעוררות היפיפייה הנמה: צו להצגת חפץ או מסמך לפי סעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969" **מגמות בדין ראיות ובסדר הדין הפלילי - ספר הרנון** 557 (2009) (להלן: ביין **התעוררות**).

נרחבת בפסיקת בית המשפט העליון, לא כל שכן בהקשר של פרשנות אופי השימוש בכח המותר מכוחו. עם זאת, נראה כי נוסח הוראה זו בפקודה, אשר מקורה, כידוע, לפני שנים רבות, מלמד כי המחוקק ראה לנגד עיניו את הצורך בשימוש בכח כדי, למשל, לפרוץ דלת נעולה, ואולי אף כדי להזיז בכח אדם המונע בגופו את ביצוע החיפוש כדין, ולא שימוש בכח הכופה על אדם לשתף פעולה בדרך של מסירת מידע או הימנעות משיתוף פעולה. כך גם מציין המלומד **הרדוף** כי פרשנות ראויה של סעיף זה משמעה שימוש בכח כתגובה לחסימה פיזית אקטיבית של הבית או המקום באופן שמונע את פעולת החיפוש, אולם אין הכוונה לגזור מכוחו של סעיף זה את חיובו של נחקר לגילוי אקטיבי של סודות וסיסמאות.¹⁸

פרשנות זו מתחזקת, לטעמנו, כשמביאים במניין השיקולים את האקראיות הטמונה בסוג מנגנון הנעילה המסוים. כידוע, הטכנולוגיה המתפתחת מביאה עמה חדשות לבקרים שיטות חדשות ומגוונות בהן ניתן לנקוט לשם הגנה על המכשיר הסלולארי. כך, למשל, ניתן להגן על מכשיר סלולארי באמצעות סיסמא או קוד ספרתי או גראפי, באמצעות זיהוי תווי פנים, ואולי אף באמצעות זיהוי חתימת קול. מובן, כי אין להעלות על הדעת היתר לשימוש בכח כלפי אדם על מנת לאלצו לחסור את הקוד הספרתי, או על מנת לאלצו להשמיע קול שיפתח את מנגנון הנעילה. בהיבט זה, המקרה של מנגנון נעילה המבוסס על טביעת אצבע הוא מקרה פרטי ואקראי של מנגנון נעילה מסוים. הוראת חוק המסמיכה את רשות החקירה לכפות על נחקר לפתוח את מנגנון הנעילה או לגלות את מנגנון הצפנתו, ואף להשתמש בכח לשם כך, אינה יכולה להיות תלויה באקראיות של סוג מנגנון הנעילה הספציפי, אלא אמורה לקבוע סמכות שניתן ליישמה באופן אחיד ושוויוני כלפי כל נחקר. אין הצדקה לפגוע בזכותו של חשוד לחיסיון מפני הפללה עצמית רק משום שהשתמש במנגנון נעילה מסוים, לעומת חשוד אחר שבחר במנגנון נעילה שונה, ושעליו לא תחול הוראת החוק המסמיכה ולכן זכותו לחיסיון מפני הפללה עצמית לא תפגע.

סעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי - המלומד **ויסמונסקי** מזכיר גם את סעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי, המאפשר לרשות החקירה לבקש צו המורה לכל אדם למסור חפץ או מסמך המצוי ברשותו ודרוש לחקירה.¹⁹ ספק בעינינו אם הוראה זו אכן מסייעת לרשויות החקירה בפתרון הסוגיה הספציפית, בעיקר משום שהוראה זו אינה מקנה את סמכות החיפוש במובנה המקובל כפעולה אקטיבית ויזומה של רשות החקירה, ומנגד, בנסיבות שכאלה ממילא קם לנחקר, באופן מובהק, החיסיון מפני הפללה עצמית ביחס למסמכים המפלילים - שכן כפי שנקבע בפרשת **שרון**,²⁰ צו של בית המשפט לפי סעיף 43 אינו יכול לחייב חשוד למסור תוכן אשר יש בו כדי להפילו.

המסקנה, אם כן, היא כי אין בנמצא מקור סמכות מפורש הקבוע בחוק מכוחו ניתן לחייב נחקר לשתף פעולה באופן אקטיבי בדרך של מסירת מפתח הנעילה או ההצפנה של מכשיר סלולארי (או מחשב), וממילא אין גם הוראה מפורשת המקנה לרשות החקירה סמכות לכפות על הנחקר לעשות זאת תוך שימוש בכח. יתרה מכך - לאור השיקולים אשר נמנו לעיל, ובהם עוצמת הפגיעה בזכות הפרטיות, הצורך בקביעת הסדר חוקי כולל לסוגיה ועוד, ספק אם ניתן להסתפק במקור סמכות שאינו

החיפוש. ברי כי אף אחת מהחלופות הללו אינה רלוונטית לענייננו - נטילת טביעת אצבע כדי לפתוח את המכשיר הסלולארי לא נועדה לזהות את מחזיק המכשיר; וטביעת האצבע היא גם לא "ראיה להוכחת ביצועה" של עבירה והיא לא ראיה "להוכחת הקשר" בין החשוד לבין ביצוע העבירה. ראיות אלו מצויות בתוך המכשיר (ונטילתן מתאפשרת, כאמור, באמצעות מערכת דינים אחרת - המעוגנת בפקודת סדר הדין הפלילי). ובמילים אחרות, טביעת האצבע היא רק מפתח הצפנה, ולא הראיה עצמה בה עוסק חוק החיפוש. יתרה מכך, הסתמכות על חוק החיפוש אינה ראויה אף מבחינה תכליתית, בשים לב לעוצמת הפגיעה בפרטיות, לחיסיון מפני הפללה עצמית ולכך שהסמכה להפעלת כח בסיטואציה זו צריכה לזכות להתייחסות מפורשת וכוללת מצד המחוקק - כפי שנבהיר בהמשך המאמר. **רביעית**, ההסתמכות על חוק החיפוש מוגבלת אך ורק לנטילת טביעת אצבע מן החשוד, ולא מתמודדת עם מפתחות הצפנה נוספים, כגון סיסמא או קוד.

סעיף 45 לפקודת סדר הדין הפלילי - מקור סמכות אפשרי אחר, הוא הוראת סעיף 45 לפקודת סדר הדין הפלילי, אליה הפנינו לעיל, הקובעת כדלקמן: "אדם הגר בבית או במקום שמותר להיכנס אליו מכוח רשות לעצור או לחפש, או הממונה על בית או מקום כאמור, ירשה, לפי הדרישה, כניסה חפשית ויתן כל הקלה סבירה; נדרש וסירב להרשות כניסה כאמור, מי שזכאי להיכנס רשאי לבצע את הכניסה בכוח". לפי הוראה זו, רשאית הרשות החוקרת לעשות שימוש בכח נגד אדם שאינו מאפשר להיכנס למקום שמותר לבצע בו חיפוש.

דומה, כי גם הוראה זו אינה יכולה להוות את מקור הסמכות הנדרש. מלכתחילה, מקנה הוראה זו את הסמכות כלפי "אדם הגר בבית או במקום שמותר להיכנס אליו...". לכאורה, ניתן היה לטעון כי המכשיר הסלולארי הוא בגדר "מקום" בו ניתן לעשות חיפוש, ולכן ניתן להפעיל כח נגד מי שמונע את הכניסה אליו. אולם, עמדה זו, לטעמנו, מביאה לתוצאה פרשנית בלתי סבירה, בשני מובנים: ראשית, מכשיר סלולארי אינו מקום שניתן "לגור" בו בהתאם להגדרה הקבועה ברישא להוראה זו. חיזוק לכך ניתן למצוא בהגדרה שמציע המלומד **קדמי** ל"מקום": "מבנה עזר הצמוד לבית ושאינו מהווה רשות הרבים",¹⁶ הגדרה אשר מובן כי אינה יכולה לכלול מכשיר סלולארי. שנית, בהתאם להגדרה הקבועה בסעיף 23א(א) לפקודת סדר הדין הפלילי, חיפוש במכשיר סלולארי הוא למעשה "חזירה לחומר מחשב". חזירה זו היא שדורשת את הוצאתו של צו החיפוש הניתן על ידי בית המשפט ומצדיק אף את כניסת המשטרה לבית או מקום בו נמצא הטלפון הסלולארי, על מנת לתפוס אותו. אולם, בסעיף 1 לפקודה מוגדר "חומר מחשב" (להבדיל ממחשב) כ"חפץ".¹⁷ לכן, משמעות החלתו של סעיף 45 לפקודת סדר הדין הפלילי על חיפוש במכשיר סלולארי, מביאה לתוצאה פרשנית סותרת ומעוררת קושי כשלעצמה: קביעה כי מקום יכול להיות בו-זמנית לא רק מחשב או מכשיר סלולארי, אלא גם חפץ.

מעבר לקושי זה בהגדרתו של המכשיר הסלולארי כ"מקום" המתיר כניסה תוך שימוש בכח, קיים קושי של חמש בכל הנוגע לסמכות השימוש בכח שמתיר סעיף 45 לפקודת סדר הדין הפלילי, בנסיבות הייחודיות של חיפוש במכשיר סלולארי. סעיף 45 לפקודה לא זכה עד כה להתייחסות

16 יעקב קדמי על סדר הדין בפלילים חלק ראשון 667 (מהדורה מעודכנת, 2008).
17 שם, בעמ' 698.

18 אסף הרדוף "חיסיון מרחוק או רחוק מחיסיון? חסיון עורך-דין וירטואלי" **משפט ועסקים** יט 305, ה"ש 88 (2015) (להלן: הרדוף חיסיון).
19 ויסמונסקי **חקירה פלילית**.

20 רע"פ 8600/03 **חדינת ישראל נ' גלעד שרון** (פורסם בבנב, 10.12.2003) (להלן: פרשת שרון).

החיסיון מפני הפללה עצמית מעוגן גם בסעיף 47(א) לפקודת הראיות, לפיו "אין אדם חייב למסור ראייה אם יש בה הודיה בעובדה שהיא יסוד מיסודותיה של עבירה שהוא מואשם בה או עשוי להיות מואשם בה". בהתאם לפסיקה, סעיף זה חל אף ביחס לראיות חפציות ולמסמכים, ובכך הוא מרחיב את גדר החיסיון מפני הפללה עצמית - כך שבישראל החיסיון חל הן על עדותו של נחקר, והן על מסמכים וראיות חפציות. כפי שיובהר בהמשך, בכך שונה הדין הישראלי מן הדין האמריקני, בו החיסיון מפני הפללה עצמית, המעוגן בתיקון החמישי לחוקה, חל רק על ראיות בעלות מאפיינים של עדות ("Testimonial Evidence"), ואינו חל על מסמכים.²³

ואכן, לפחות חלק מן הרציונאלים המוזכרים בספרות כמצדיקים את החיסיון מפני הפללה עצמית, רלוונטיים אף באשר לתפיסה הרחבה של חיסיון זה. ביניהם ניתן למנות את הרציונל הדמוקרטי-ליברלי, לפיו החיסיון מפני הפללה עצמית מאפשר ליצור חיץ בין האזרח לבין הרשות החוקרת,²⁴ חיץ הנחוץ כדי לשמר את אופיו האדברסרי של ההליך הפלילי. חשוד המבקש להפעיל את החיסיון מכריז בכך שהוא "צד האדברסרי" לרשויות החקירה, ובתור שכזה, זכותו לא לשמש עד תביעה ולא למסור למדינה ראיות מפלילות.²⁵ כפי שמציין המלומד **ליבאי**, שימור האדברסריות של ההליך מאפשר לקבוע "כללי משחק הוגן", אשר ישמרו על אופיה האנושי של החקירה ויציבו גבול לכוחה של המשטרה וסייג לשיטות החקירה שלה. לצד זאת, ניתן למנות אף את תחושת ההגנתו כלפי הנחקר, המחייבת להביא לאיזון בין משאבי רשויות החקירה לאלו של החשוד;²⁶ ואת הרציונל ה"אנושי", לפיו אין זה סביר לחייב אדם לגלות את קלונו ברבים ולהזמין את עונשו.²⁷

עולה, אפוא, כי החיסיון מפני הפללה עצמית חל גם על הראיות המצויות בתוך המכשיר הסלולארי של הנחקר (מכח סעיף 47(א) לפקודת הראיות). על כך, וכפי שצוין לעיל, מקום בו רשויות החקירה דורשות מן הנחקר להציג את הראיות המצויות במכשיר הסלולארי (למשל, מכח סעיף 43 לחוק סדר הדין הפלילי), עומדת לו הזכות לסרב לדרישה זו ביחס לראיות שיש בהן כדי להפיל (שמטבע הדברים הן הראיות שעליהן רשויות החקירה מבקשות לשים את ידן).²⁸ מן הטעם הזה אין זה סביר כי רשויות החקירה תעשנה שימוש באפיק זה, כי אם בסמכויות החיפוש האקטיביות שבידיהן, סמכויות שכפי שצינו לעיל ככלל אינן מעוררות את שאלת החיסיון מפני הפללה עצמית, היות ובעת ביצוע חיפוש החשוד הוא אובייקט פאסיבי, אשר לא מוטלת עליו חובת "עשה" כלשהי. כפי שמציין המלומד **ביין**, שאלת החיסיון עשויה להתעורר אך כאשר החשוד נדרש לבצע פעולה אקטיבית,²⁹ כגון הדרישה להציג מסמכים, חפצים, או כבעניינו, את הסיסמא למכשירו הסלולארי. כפי שהיטיב להגדיר זאת המלומד **הרדוף** - מחסום החיסיון הוא היעדר חובה לשתף פעולה.³⁰

עוסק מפורשות במסירת מפתח הצפנה למכשיר סלולארי. לפיכך, ומכוח עקרון החוקיות, המסקנה המתבקשת היא שרשויות החקירה אינן רשאיות לפעול כפי שביקשו לעשות בשני המקרים שתוארו בפתח רשימה זו. עם זאת, לא למותר לציין שוב כי על פי רוב עומדים לרשותה של הרשות החוקרת אמצעים אחרים לממש את צו החיפוש במכשיר הסלולארי, וההתפתחויות הטכנולוגיות אינן פוסחות על אמצעי החקירה העומדים לרשותה ומאפשרים לה להתגבר על מכשולים בדמותם של מנגנוני נעילה שונים, גם אם הדבר כרוך בהשקעת משאבים טכנולוגיים או תקציביים מסוימים.

בהיעדר סמכות כאמור ניתן היה לסיים כאן את הדיון בסוגיה העקרונית, אולם לנוכח חשיבותם של הדברים גם במבט צופה פניהן של התפתחויות עתידיות נכון יהיה להרחיב מעט את הדיון גם בהיבט הבוחן את היקף ההגנה העומדת לנחקר מכח החיסיון מפני הפללה עצמית. כפי שנבהיר להלן, לטעמנו לא ראוי לקבוע חובה של חשוד למסור לרשויות את מפתח ההצפנה למכשירו הסלולארי, ובוודאי שלא ראוי להסמיק את הרשות להפעיל כח לשם קבלת מפתח ההצפנה, וזאת בשים לב לחיסיון מפני הפללה עצמית.

החיסיון מפני הפללה עצמית

אף אם היה בנמצא מקור סמכות המתיר לכפות על נחקר לפתוח את מנגנון הנעילה של המכשיר הסלולארי, הרי שאפשרות זו נסוגה מפני החיסיון מפני הפללה עצמית, המעגן את האפשרות שלא למסור ראיות לגוף המוסמך על פי דין לגבותן.

החיסיון מפני הפללה עצמית מקנה לנחקר הגנה רחבה יחסית. כך, בעוד הזכות לפרטיות והזכות לאוטונומיית הפרט הן זכויות כלליות הנתונות לכל אדם, אך הן יחסיות במהותן מאחר שהמחוקק רשאי להסיגן באמצעות הסמכת רשויות החקירה לאסוף ראיות גם תוך פגיעה בזכויות אלו, הרי שהחיסיון מפני הפללה עצמית מגן על הנחקר מפני החובה למסור ראיות שהרשות מוסמכת לאסוף. החיסיון מפני הפללה עצמית ניצב ביסוד השיטה המשפטית בישראל, המניחה על כתפי המדינה את הנטל להוכיח את אשמתו של החשוד,³¹ והוא מעוגן מפורשות במספר דברי חקיקה. כך, לפי סעיף 2(2) לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות), "אדם, הנחקר כך, יהיה חייב להשיב נכונה על כל השאלות, שייציג לו בשעת החקירה אותו קצין משטרה, או קצין מורשה אחר כ"ל, חוץ משאלות שהתשובות עליהן יהיה בהן כדי להעמידו בסכנת אשמה פלילית". סעיף זה מחיל עצמו על עדות שבעל פה. כפי שציין בית המשפט העליון בפרשת **חורי**:³² "הזכות לאי-הפללה עצמית משמעותה... כי אין כופין על אדם להעיד נגד עצמו או לספק לרשויות המדינה נגד רצונו ראייה בדרך הדומה למסירתה או להעברתה של עדות".

21 אורנה אליגון דר "האם הזכות להימנע מהפללה עצמית עומדת גם לחולי הנפש?" **מחקרי משפט** כח 113.

22 ע"פ 663/81 **אברהם חורי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לו (2) 85 (1982).

23 **פרשת שרון**.

24 גיא רוטקופף "על החובה למסור מסמכים לרשות - הצורך להגדיר מחדש את תחומי החיסיון מפני הפללה עצמית ואת זכות השתיקה (בעקבות רע"פ 8600/03 מ"י נ' גלעד שרון)" **המשפט** יא 293 (2006) (להלן: רוטקופף **הצורך להגדיר**).

25 דוד ליבאי "חקירת חשוד והחיסיון מהפללה עצמית" **הפרקליט** כט 92 (1973) (להלן: ליבאי **חקירת חשוד**).

26 רוטקופף **הצורך להגדיר**.

27 ליבאי **חקירת חשוד**.

28 ויסמונסקי **חקירה פלילית**.

על הפרוצדורה הכרוכה במימוש זכות זו - ראו **פרשת שרון**.

29 **ביין התעוררות**.

30 הרדוף **חיסיון**, בעמ' 331.

סעיף 47(א)... מעורר ספק רציני, לדעתנו, אם ניתן לחייב אדם למסור ראייה מפלילה מסוג כלשהו ולכפופו למסור ידיו לטבילה או להשתתף במסדר זיהוי כפי שהנדבר נקבע בפסקי הדין חורי וקריב". ההתייחסות לשוני בין גדרי החיסיון מפני הפללה עצמית בשיטות המשפט השונות הובע על ידי בית המשפט העליון בפרשת **שרון**, שם סקר השופט מצא את המשפט הקנדי והאמריקני, אשר אינם מחילים את החיסיון מפני הפללה עצמית על מסמכים, וציין כי למרות שקיימים הבדלים של ממש בין ראיות מסוג מסמכים לבין ראיות מסוג עדות, "ההלכה בישראל אשר נמדת מלשונן של סעיף 47 היא כי אין בהבדלים אלה כדי לשלול מאדם את הזכות לאי-הפללה עצמית גם כשמדובר במסמכים". אמנם אין בכך הכרה בתחולת החיסיון מפני הפללה עצמית על כל דרישה לשיתוף פעולה מצד הנחקר שיש בה כדי להפיל, אך יש בכך הכרה בכך שהחיסיון בישראל הוא רחב יותר ומתפרש גם מעבר לגבולותיה של עדות בלבד. מעבר לכך, בפרשת **חורי** עסק בית המשפט בחיפוש שכיום מוגדר כ"חיפוש חיצוני" בחוק החיפוש. כפי שצינו לעיל, חיפוש מעין זה נועד לאתר ראיה בעלת קיום עצמאי, שיש בכוחה להוכיח ביצוע עבירה או את הקשר בין החשוד לבין ביצוע עבירה; לעומת זאת - מפתח ההצפנה אינו מוכיח ביצוע של עבירה או קשר לעבירה, אלא מהווה ביטוי לרצונו של הפרט לשמור על פרטיות המידע אותו הוא מחזיק. כאמור לעיל, הגנה על רצון זה של הפרט, המצוי בליבת זכותו לפרטיות ולאוטונומיה, קרובה בהרבה לליבת החיסיון מפני הפללה עצמית ולרציונאליים העומדים בבסיסו.

ולבסוף, כפי שכבר הוזכר בפרק הקודם, מנגנון הנעילה הספציפי של מכשיר סלולארי הוא במידה רבה אקראי, וקשה להלום הבחנה בין הסיטואציות השונות רק על בסיס אקראיות זו של האמצעי הטכנולוגי הפרטני באמצעותו בחר הנחקר להגן על מכשירו. הדבר תלוי, כמובן, בעיקר בטכנולוגיה בה מצויד המכשיר הסלולארי שנמצא ברשותו, וספק אם האדם הסביר בוחר את מנגנון הנעילה מתוך מודעות לקשר שבין מהמנגנון הספציפי (סיסמא, זיהוי פנים, טביעת אצבע וכו') לבין תחולת החיסיון מפני הפללה עצמית. גם ההתייחסות המשפטית לשאלה האם על מסירת מפתח ההצפנה לרשויות החקירה חל חיסיון מפני הפללה עצמית לא אמורה להיגזר מהשאלה השרירותית באיזה מפתח הצפנה הפרט בחר, אלא מהשאלה המהותית - האם ראוי לכפות זאת על הנחקר אם לאו. כאמור לעיל, לטעמנו יש להשיב על שאלה זו בשלילה.

עמדת המשפט המשווה

מבט אל מעבר לים מגלה שהסוגיה מעסיקה את רשויות החקירה ובתי המשפט גם שם.

בארצות הברית, כאמור לעיל, החיסיון מפני הפללה עצמית מעוגן היטב בתיקון החמישי לחוקה. אין בנמצא גם חוק במישור הפדרלי המטיל על האזרח חובה כלשהי לשותף פעולה עם הרשות החוקרת באופן של מסירת סיסמא או מפתח נעילה למכשיר סלולארי או מחשב. השאלה אם המדינה יכולה לדרוש את הסיסמא מהאזרח, ואם הוא מסרב לכך לפעול בכח להשגתה, עודנה מתבררת בבתי המשפט במדינות השונות. כך, למשל, ערכאה דיונית במדינת קליפורניה פסקה לאחרונה כי דרישה מחשוד למסור את מאפייניו הביולוגיים לצורך פתיחת טלפון (בניגוד למסירה

למעשה, כאשר מדובר במסירת סיסמא למכשיר הסלולארי שהיא קוד ספרתי או גראפי, כלומר, סיסמא שהדרך היחידה לגלותה תלויה בפתחון פיו של החשוד, נדמה שקשה יהיה לחלוק על כך שלחשוד נתונה הזכות לסרב לדרישה זו מכוח החיסיון מפני הפללה עצמית, הן במובנה "הצר", החל על זכותו של אדם **שלא להשיב** על שאלה שהתשובה עליה עלולה להפיל (ממש כפי שאדם אינו חייב למסור בחקירה היכן החביא אקדח באמצעותו ביצע עבירה), והן במובנה "הרחב", החל על זכותו של אדם שלא להעביר לרשויות מסמכים וראיות מפלילות. שהרי, אם החיסיון מפני הפללה עצמית חל על המסמכים המצויים בתוך המכשיר הסלולארי, הדעת נותנת שהחיסיון אמור לחול גם על הסיסמא באמצעותה ניתן יהיה להגיע למסמכים האלו. מכיר, בהקשר זה, כי הפסיקה בישראל פירשה את החיסיון מפני הפללה עצמית כמקנה לחשוד את הזכות לשותף בחקירתו.³¹ זכותו של החשוד לשותף במהלך חקירתו עומדת לו, מטבע הדברים, גם כאשר החוקרים מפנים אליו את השאלה מה הסיסמא למכשירו הסלולארי. אף המלומד **ויסמונסקי** סבור כי כאשר רשות חוקרת מבקשת לחייב אדם למסור את מפתח ההצפנה או הנעילה של מכשירו, אזי "מתעוררת שאלה במישור של הזכות לאי-הפללה עצמית".³²

האם החיסיון מפני הפללה עצמית מתפרש גם על סיטואציה שבה הפרט לא מתבקש למסור סיסמא, אלא את טביעת האצבע שלו או להתבונן אל מצלמת המכשיר הסלולארי כאשר מדובר במנגנון נעילה המבוסס על זיהוי תווי פנים?

לטעמנו, יש להשיב אף על שאלה זו בחיוב. בהתאם להבחנה שמציעים **בין והרדוף**, כיוון שהדרישה למסור את טביעת האצבע של הנחקר או להתבונן במצלמת המכשיר טומנת בחובה דרישה לפעולה אקטיבית של הפרט, חל עליה החיסיון מפני הפללה עצמית. ברי כי חלק ניכר מן הרציונאליים העומדים בבסיס החיסיון מפני הפללה עצמית חלים גם על הדרישה מהנחקר למסור טביעת אצבע או את מראה פניו - ובהם הצורך ליצור חיץ בין האזרח לרשות החוקרת; שימור אופיו האדברסרי של ההליך; ותחושת ההגנות כלפי הנחקר. רציונאליים אלו מצדיקים לא להטיל על הנחקר חובה לשותף פעולה עם חוקרו, מקום בו שיתוף פעולה זה עלול להביא להפלתו.

טענה שעשויה לעלות, בהקשר זה, היא כי בית המשפט העליון קבע כי החיסיון מפני הפללה עצמית לא חל על כל דרישה מצד הנחקר לשותף פעולה עם חוקרו. למשל, נקבע כי הוא לא חל על השתתפות במסדר זיהוי,³³ ולא חל על בדיקת "טבילת ידיים" לשם גילוי החזקת סמים מסוכנים (פרשת **חורי**). אלא, ששני פסקי הדין הללו, שנכתבו על ידי כב' השופט שמגר, התבססו על פסיקתו של בית המשפט העליון בארצות הברית, שם נקבע כאמור כי החיסיון מפני הפללה עצמית חל אך ורק ראיות שהן בעלות אופי של עדות, ואינו חל על מסמכים, בעוד שבישראל גדרי החיסיון מפני הפללה עצמית הם רחבים יותר. הביקורת על כך שהשופט שמגר אינו מתייחס להבחנה זו בין שתי שיטות המשפט בפסקי הדין בענין **קריב וחורי** הובעה על ידי המלומד סטרשנוב:³⁴ "נוכח נוסחו של סעיף 47(א) לפקודת הראיות, הפוטר אדם מלמסור כל ראיה לחובתו, נראה לנו כי היקף החיסיון מפני הפללה עצמית בשיטת המשפט הישראלית אינו רחב יותר מאותה זכות הקיימת בשיטה האמריקנית. נוסחו הברור והמפורש של

31 ראו, למשל, ע"פ 1301/06 **עזבון המנוח יוני אלום ז"ל נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 22.6.2009); וכן ראו הצעת חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים) (תיקון מס' 9), התשע"ח-2018, המעגנת מפורשות את זכות השתיקה בחקירה.

32 ויסמונסקי **חקירה פלילית**, בעמ' 265.

33 ע"פ 648/77 **קריב נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 29.6.1978).

34 אמנון סטרשנוב "צמצום החיסיון מפני הפללה עצמית" הפרקליט לה 243 (1983).

קובע עדיפות ברורה להשגת המידע בדרך אחרת, ככל שיש אפשרות סבירה לכך. שנית, נקבע כי הסמכות הכופה צריכה להיות מופעלת באופן מידתי, תוך התחשבות בהיקף המידע ואופיו הרגיש של מידע נוסף המצוי במכשיר המוגן. לבסוף, נדרש שתקיימנה נסיבות מיוחדות בהן אי חשיפת הסיסמא תכשיל את המטרה לשמה דרוש המידע באופן מלא או חלקי. בשנת 2008 נדרש בית המשפט לערעורים לפרשנותו של החוק,⁴¹ וקבע כי המידע שהסיסמא מאפשרת גישה אליו הוא בעל קיום עצמאי ברשות גורמי האכיפה, וככזה החיסיון מפני הפללה עצמית אינו חל עליו. יתרה מכך, בית המשפט לערעורים השווה את הסיסמא למפתח, אשר קיומו ניטרלי לרצון הנאשם, ולכן כשלעצמו אין לו ערך מפליל. לכן, נוסחו המפורש של החוק והסמכויות המעוגנות בו אינם מחייבים את בתי המשפט להידרש כלל לעניין החיסיון מפני הפללה עצמית.

הגם שמדינות שונות נוקטות בגישות שונות כלפי הסוגיה, באופן שמשקף את התפיסות המשפטיות המגוונות על הרצף שבין חובת שיתוף פעולה עם הרשות החוקרת לבין חיסיון גורף מפני הפללה עצמית, נראה שניתן לזהות מספר מאפיינים משותפים: ראשית, החובה המוטלת על רשות האכיפה למצות את האפשרויות לפעול בדרכים חלופיות טרם פנייה לחשוד עצמו וכפייתו לשתף פעולה. שנית, היעדר קונצנזוס לגבי דרכי ההתמודדות עם יכולות הצפנה ההולכות ומתפתחות המערבות נתונים ביולוגיים או פיזיולוגיים של הנחקר. ושלישית, על מנת שסירוב לחיפוש במכשיר סולארי על ידי אי-מסירת סיסמא לרשויות האכיפה יגרום אחריו סנקציה, הסמכות צריכה להיות מעוגנת בחוק באופן מפורש.

נפקות סירובו של חשוד למסור את מפתח הנעילה או לסייע בפתיחת המכשיר

לאחר שסקרנו את המערך הנורמטיבי באשר לחובתו של חשוד לשתף פעולה בחקירתו עם הדרישה למסור את מפתח הנעילה או לפתוח בפועל את נעילת המכשיר עבור הרשות החוקרת, נותר לדון בשאלת ההשלכות המעשיות והמשפטיות הנובעות מסירובו של חשוד לעשות כן.

אפשרות מעשית אחת, שנדונה לעיל, היא האפשרות לכפות על חשוד לפתוח את הנעילה באמצעות שימוש בכח נגדו. כאמור, שימוש בכח מצד הרשות מחייב הסמכה פרטנית מפורשת, אשר כפי שהראינו לעיל אין לה עיגון במסגרת הנורמטיבית הקיימת כיום. ויודגש: שימוש בכח נגד גופו של אדם הוא פעולה הפוגעת בזכות החוקתית לכבוד ולשלמות הגוף, ולפיכך הדבר נדרש לעמוד בתנאי פסקת הגבלה הקבועים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר בראש ובראשונה מחייבת קיומה של הסמכה מפורשת בחוק. המבחן החוקתי אינו מכיר בהסדרה אחרת, ועל כן לא ניתן לשאוב את הסמכות לשימוש בכח מנהלים פנימיים או מפרשנות מינהלית מרחיבה של הרשות, לחקיקה אחרת. עמדה זו מבוססת היטב במשפט הישראלי עוד טרם חקיקתו של חוק היסוד,⁴² וביתר שאת, כמובן, לאחריו. ראוי במיוחד לציין כי נוכח מכלול המאפיינים של הסיטואציה בה מדובר בשימוש בכח לצרכי חקירה כלפי חשוד הנמצא במשמורת, נראה כי הדבר נופל בגדר אותם "מקרים קיצוניים המחייבים הכרעה

לצורך זיהוי), בו יכולות להימצא ראיות מפלילות, נוגדת את התיקון החמישי לחוקה.³⁵ במקביל, במדינת וירג'יניה קבע שופט בערכאה דיונית כי מאפיינים ביולוגיים, בדומה למסמכים, אינם מהווים ראיה בעלת ממד של עדות, זאת בניגוד לסיסמא, ולכן אינם חוסים תחת התיקון.³⁶ אולם המקרה המעניין ביותר שצפוי ככל הנראה להביא את הסוגיה לפתחו של בית המשפט העליון האמריקני, הוא המקרה של קייתלין סיאו, המתברר בימים אלה בבית המשפט העליון במדינת אינדיאנה, הערכאה הגבוהה ביותר שדנה עד כה בסוגיה. מדובר במי שהואשמה בפגיעה בפרטיות של אדם והפרת צו שיפוטי אשר אסר עליה ליצור קשר עם אותו אדם, בין היתר באמצעות שליחת הודעות טקסט ממכשירה הסולארי. במהלך חקירתה של סיאו הוציא בית המשפט צו אשר חייב אותה לפתוח את מכשירה הסולארי לצורך חיפוש. היא סירבה בטענה שעומד לה חיסיון מפני הפללה עצמית. הערכאה הדיונית האשימה את סיאו בבירוי בית המשפט, עד אשר תסכים לפתוח את המכשיר או לשנות את הסיסמא לרצף הספרות 1234. סיאו הגישה ערעור ובית המשפט לערעורים (בדעת רוב) הפך את ההחלטה, בקבעו כי הסיסמא היא בעלת ממד של עדות ולכן חוסה תחת התיקון החמישי.³⁷ כמו כן, נקבע כי בכל מקרה על המשטרה למצות תחילה פנייה לצדדים שלישיים. דעת המיעוט בהחלטה התבססה על דוקטרינת Foregone Conclusion המהווה חריג לתיקון החמישי, לפיה החיסיון מפני הפללה עצמית אינו חל על מידע שכבר ידוע למדינה ויש בידה דרך אחרת להוכיח אותו. על פסיקה זו ערערה המדינה והחלטה בערעור צפויה להינתן בקרוב.

בקנדה מעוגן החיסיון מפני הפללה עצמית במגילת הזכויות של המדינה,³⁸ ופסיקה מנחה בעניין סוגית החובה למסור סיסמא ניתנה כבר בשנת 2010, כאשר בית המשפט לערעורים בקוויבק פסק כי חיפוש שנעשה על בסיס סיסמא שנכפה על הנאשם לגלותה הוא חיפוש בלתי חוקי, היות והודעת החשוד שכללה את מסירת הסיסמא אינה קבילה.³⁹ מדובר באדם שנעצר בזמן שהיה משוחרר על תנאי, כאשר הוא לכאורה מפר את אחד מתנאי השחרור שלו, שאסר עליו גישה לאינטרנט. בצו החיפוש שניתן למחשבו דרש ממנו השופט למסור לגורמי האכיפה את כל הסיסמאות הדרושות לשם חדירה למחשב, על מנת שיוכל לבדוק אם אכן הפר את תנאי השחרור. בית המשפט לערעורים קבע שהצו השיפוטי מהווה כפייה לא חוקית שאילצה את הנאשם למסור מידע שיכול להוביל להפללתו.

מדינות אחרות בחרו לנהוג אחרת ועיגנו במפורש בחוק את חובתו של נחקר, בין כעד ובין כחשוד, למסור את כלל סיסמאותיו לפי דרישת המשטרה, כל עוד המידע המוגן באמצעות סיסמאות אלה דרוש לשם מיצוי החקירה, הגם שהוא מפליל. לחובה זו צמודה גם סנקציה בגין סירוב. דוגמה מובהקת לכך היא **בריטניה**, שם נכנס לתוקף בשנת 2007 הפרק השלישי של RIPA, המעגן באופן מפורש את סמכותן של רשויות האכיפה להורות לאדם למסור מפתח הצפנה או סיסמת הגנה למכשיר אלקטרוני.⁴⁰ סירוב לציית להוראה גורר הרשעה בעבירה פלילית עצמאית שעונשה שנתיים עד חמש שנות מאסר (בהתאם לסוג העבירה המקורית). עם זאת, החוק כולל מספר סייגים לסמכות זו. ראשית, החוק

Case No. 4-19-70053 KAW (N.D. Cal. Jan. 10, 2019) 35
 .Virginia v. Baust No. CR141439 (Va. Cir. Ct. Oct. 28, 2014) 36
 .Seo v. State of Indiana, Decision 29A05-1710-CR-2466 (Aug. 21, 2018) 37
 .Canadian Charter of Rights and Freedoms, s 11(c), Part 1 of the Constitution Act, 1982 38
 .R. v. Boudreau-Fontaine, [2010] Q.C.C.A. 1108 (Can) 39
 .Regulation of Investigatory Powers Act c. 3, § 49-56 (Eng.) 40
 .S & Anor v R [2008] EWCA Crim 2177 41
 42 ראה, למשל, בג"ץ 355/79 קטלן נ' שרות בתי הסוהר ומנהל בית המעצר רמלה, פ"ד לא(3) 294 (1980).

עצמאית נמצא גם במהלך חקיקה שביקשה הממשלה לקדם במסגרת הצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - המצאה חיפוש ותפיסה), התשע"ד - 2014.⁴³ הצעת חוק זו נועדה להסדיר באופן כולל את נושא החיפוש בדין הישראלי, לרבות חיפוש במחשבים. בסעיף 95 להצעה, מוצע לקבוע כי הסנקציה בגין סירובו של חשוד לשתף פעולה בביצועו של צו חיפוש במחשב או למסור את מפתח ההצפנה או הנעילה, תהיה שסירוב זה ישמש חיזוק למשקל ראיות התביעה.

הצעת חוק זו נמצאת עדיין בשלבי חקיקה מוקדמים ולא ניתן עדיין להעריך את נוסחה הסופי, לכשתחוקק. עם זאת, מובן כי העובדה שמתבקשת במסגרתה הסדרה של נפקות הסירוב מלמדת על כך שהמצב הקיים כעת הוא בבחינת הסדר שלילי, קרי, המסגרת הנורמטיבית הקיימת אינה מעמידה סנקציה כנגד סירובו של החשוד לשתף פעולה עם פתיחת הנעילה של המכשיר הסלולארי, וממילא, נראה כי הנפקות האפשרית היחידה של סירובו היא לכל היותר היותו של הסירוב בבחינת חיזוק למשקל ראיות התביעה. מסקנה זו מתיישבת עם יחסו של המחוקק למקרים דומים אחרים, כגון סירוב לחיפוש בגוף או שתירתו של נאשם בחקירה,⁴⁴ וכן עם פסיקת בית המשפט העליון בפרשות **קריב וחורי**.

סיכום

החיפוש במחשבים בכלל, והחיפוש במכשירים סלולאריים בפרט, מעורר סוגיות ייחודיות הנובעות מן הפער שנוצר בין המסגרות הנורמטיביות הקיימות לבין ההתפתחויות הטכנולוגיות. רשויות החקירה רואות במכשיר הסלולארי, ובצדק מבחינתן, מקור לא אכזב לאיסופן של ראיות העשויות לתרום לקידום החקירות, ולנוכח החסר בהוראות חוק ייחודיות מתאימות ניכרת נטייה גוברת והולכת להרחבת גבולותיהן של סמכויות הרשות החוקרת בדרכים אחרות. כפי שתיארנו ברשימה זו, בכל הנוגע לחיובו של חשוד לשתף פעולה עם החיפוש במכשירו הסלולארי ולאפשרות לכפות על חשוד שיתוף פעולה שכזה תוך שימוש בכח בניגוד לרצונו, אנו סבורים כי רשויות החקירה הרחיקו לכת אל מעבר לרצוי ולמוותר. בהיעדר מקור סמכות בחקיקה ראשית המטילה חובה מפורשת על החשוד לשתף פעולה באופן אקטיבי, או מקנה לרשות החוקרת סמכות מפורשת לשימוש בכח לצורך כפייתו של שיתוף פעולה - אין רשויות החקירה רשאיות לעשות זאת, והמסגרת הנורמטיבית של פקודת סדר הדין הפלילי או חוק החיפוש אינה מהווה מענה הולם לכך. מובן, כי גם הסדרה עתידית על ידי המחוקק צריכה להיעשות תוך שמירה על גבולותיהן של הזכויות החוקתיות הרלוונטיות, ובפרט, תוך שמירה על מעמדו של החיסיון מפני הפללה עצמית.

של המחוקק הראשי.⁴³ הכרעת המחוקק בענין זה מחויבת, לטעמנו, על מנת שיישקלו באופן ממצה מלוא השיקולים הרלוונטיים, לרבות הפגיעה הכפולה הגלומה בכך (הן הפגיעה בפרטיות הטמונה מלכתחילה בביצוע החיפוש במכשיר והן הפגיעה בחירותו, בכבודו ובגופו של הנחקר הנובעת משימוש בכח נגדו), כמו גם יסוד האקראיות עליו עמדנו, בכך שממילא השימוש בכח רלוונטי רק לאותם מקרים בהם מדובר במנגנון נעילה של טביעת אצבע. המחוקק גם יידרש לתת את דעתו להצדקה העניינית לקידום הסדר נורמטיבי הייחודי לפתיחת מכשיר סלולארי רק באמצעות טביעת אצבע, שהרי יש להניח כי ההתפתחויות הטכנולוגיות יביאו בעתיד הקרוב לשימוש במנגנוני נעילה אחרים, וטביעת האצבע תאבד את מעמדה המיוחד בהקשר זה. יוצא, אם כן, שבהיעדר מקור סמכות מפורש בחקיקה ראשית המתיר שימוש בכח בנסיבות אלה, אין מקום לכך שרשות החקירה תנקוט בשימוש בכח כלפי חשוד המסרב לשתף פעולה ולפתוח במו אצבעו את נעילת המכשיר הסלולארי שלו. יוער, לשם השלמת התמונה, כי גם אם ייקבע בעתיד מקור סמכות חקיקתי המאפשר לרשות להפעיל כח כנגד החשוד - כמובן שהדבר יוגבל לכח סביר בלבד. כך למשל, במ"ר (שלום ראשון לציין) 28309-03-19 **מדינת ישראל נ' ברנר** (27.3.2019), המחוזר במבוא למאמר, טען החשוד כי השוטרים איימו עליו שישברו לו את האצבע אם יסרב לפתוח את המכשיר. זוהי כמובן דוגמה לשימוש בכח בלתי סביר, שאסור לרשות להפעיל ואף לאיים בהפעלתו.

נפקות אפשרית נוספת לסירובו של החשוד לפתוח את מנגנון הנעילה של המכשיר על מנת לאפשר לרשות החוקרת לממש את צו החיפוש שברשותה, היא האפשרות לראות בסירובו משום עבירה פלילית נפרדת ועצמאית. לכאורה, ניתן היה לבחון את האפשרות לייחס לחשוד המסרב לשתף פעולה בדרך זו עבירה של הכשלת חיפוש לפי סעיף 47 לפקודת סדר הדין הפלילי, אולם הגדרת העבירה מחייבת קיומו של יסוד פיזי מובהק של הפעלת כח או איומים, דבר שאינו מתקיים כמובן במצב בו מדובר בסירוב פאסיבי של הימנעות מפתיחת המכשיר הסלולארי. כך גם נראה שאין מקום לייחס לחשוד, בנסיבות אלה, עבירה של שיבוש מהלכי משפט או חקירה, שכן כפי שצוין כבר לעיל המדובר בהתנגדות פאסיבית שאינה אלא מימוש של החיסיון מפני הפללה עצמית, וממילא אינה מהווה הפרה של חובה אקטיבית לשתף פעולה, בהיעדרה של מקור נורמטיבי לקיומה של חובה שכזו. מצב דברים זה מחייב, אפוא, קביעתה של עבירה ייחודית מפורשת, כפי שנעשה במקרים דומים אחרים בהם המחוקק ביקש להפליל התנהגות המכשילה פעולה של רשות החקירה.⁴⁴

תימוכין למסקנה לפיה אין המצב המשפטי הנוכחי מאפשר לראות בסירובו של נחקר לפתוח את מנגנון הנעילה של מכשירו משום עבירה

43 בני"צ 1437/02 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לבטחון הפנים**, פ"ד נח(2)746, פסקה 20 לפסק דינה של השופטת (כתוארה דאז) נאור (2004).
44 כפי שנעשה, למשל, בהגדרת העבירה של התנגדות למעצר בסעיף 47 לפקודת סדר הדין הפלילי; בהגדרת העבירה של סירוב למסירת דגימה לשם בדיקת שכרות בסעיף 64 לפקודת התעבורה [נוסח חדש]; בהגדרת העבירה של התנגדות לפעולה חוקית בסעיף 64 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955; בקביעת העבירה הפלילית של סירוב לחיפוש בסעיף 12 לחוק החיפוש; ועוד.

45 הצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - המצאה חיפוש ותפיסה), התשע"ד-2014, ה"ח 867. בדברי ההסבר לסעיף 95 בהצעה צוין כי "בשל הקרבה המתוארת לעיל לתחום המוגן בחיסיון מפני הפללה עצמית, מוצע לקבוע כי סמכות זו תינתן רק לגבי עבירות פשע או לגבי עבירות עוון המנויות בתוספת השלישית...".
46 סעיף 11(א) לחוק החיפוש וסעיף 162(א) רישא לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, בהתאמה.