

פרק במיקוד: על ההליך הפלילי והזכות לפרטיות בעידן הטלפונים

החכמים

בשנת 2015 ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון בע"פ 8627/14 **דבראש נ' מדינת ישראל**, אשר עסק בעונשו של מי שהורשע בשוד של טלפונים ניידים חכמים מידי קטינים. בית המשפט העליון דחה את הערעור על חומרת העונש, כאשר כב' השופט עמית ציין בפסק דינו כי "הסמארטפון הפך זה מכבר לידידו הטוב של האדם. דומה כי לא תהא זו הפרזה לומר כי בטלפון הסלולרי טמון סיפור חייו של האדם בהאידיא, 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".

דברים אלו של בית המשפט העליון, שאמנם נאמרו בהקשר הקונקרטי של העונש הראוי בגין שוד של טלפון נייד חכם – ביארו היטב שינוי משמעותי ורחב, לו עדים כלל שחקני המשפט הפלילי בשנים האחרונות, שאחת מהשלכותיו היא כמות הולכת וגדלה של תיקים בהם נעשה שימוש בראיות אשר הופקו מחיפוש בחומר מחשב בכלל, ובראיות שהופקו מטלפונים ניידים חכמים בפרט. ראיות דיגיטאליות אלו יכולות לשמש להוכחת מעשה העבירה עצמו (למשל – משלוח דוא"ל הכולל איומים), להוכחת קשר בין הראיה לבין אדם מסוים (למשל – להוכיח כי אדם מסוים יצר קובץ מחשב), להוכחת אליבי או הצהרות של עד (למשל – שימוש בנתוני GPS שהופקו ממכשיר נייד על מנת לאמת או להפריך טענה של אדם שהיה במקום מסוים), להוכחת כוונה פלילית (למשל – שימוש בהיסטוריית הגלישה של נאשם להוכחת מניע לביצוע עבירה), ועוד.

כאשר המשטרה מקבלת לרשותה מחשב או טלפון נייד – היא יכולה, בלחיצת כפתור פשוטה, להפיק באופן אוטומטי את מסת המידע האדירה המצויה במכשיר הנייד – הן המידע הגלוי והידוע למשתמש הקצה (דוגמת התכתובות שניהל, התמונות אותן צילם ואלו שנשלחו אליו וכיו"ב); הן מידע שאינו גלוי בהכרח למשתמש ואשר נשמר באופן אוטומטי על גבי המכשיר (דוגמת היסטוריית המיקומים המדויקת שלו, מועדי פתיחת המכשיר ונעילתו, הזמנים בהם המכשיר היה מחובר להתקנים חיצוניים ועוד); והן מידע שנמחק על ידי המשתמש, אך שוחזר על ידי המשטרה במהלך פריקת המידע. המידע שמופק מוצג בצורה נוחה וזמינה עבור חוקרי המשטרה, והכלים הפורנזיים בהם משתמשת המשטרה מאפשרים לסדר ולמייין את המידע בלחיצת כפתור. המידע מחולק לקטגוריות שונות, כגון "Chats", כאשר לחיצה על הקטגוריה תביא את החוקר למסך בו מרוכזות כלל ההתכתבויות של אדם, אותן ניהל בכל היישומונים המאפשרים החלפת מסרים – כמו WhatsApp, Facebook, Messenger, Tinder וכיו"ב; לחיצה על קטגוריית ה-"Locations" תביא את החוקר למסך בו מרוכזים כלל נתוני המיקום שנשמרו במכשיר באופן אוטומטי, וכן ההקשר שבו נתוני המיקום נשמרו (למשל, אם נתוני מיקום נשמרו כתוצאה מצילום תמונה – החוקר יוכל לראות את התמונה עצמה ולא רק את נתוני המיקום המקושרים אליה); ועוד. אפשרות נוספת הנתונה לחוקרים היא להציג את כל המידע על גבי "ציר זמן" (Timeline), המאפשר לדעת בדיוק מה עשה האדם בתאריך מסוים ובשעה מסוימת – כלומר, היכן היה, אילו הודעות שלח בזמן זה, באילו אתרים גלש, אילו אי-מיילים שלח, מתי הסתכל במסך הטלפון וכיו"ב. כלים אלו גם מאפשרים לבצע חיפושים "חכמים" בכל המידע השמור במכשיר הנייד. הזנת מילת חיפוש מסוימת תחפש את המופעים של המילה (או של מילים דומות לה) בכל הקטגוריות במכשיר – כך שניתן לראות בלחיצת כפתור בדיוק היכן מופיעה מילה מסוימת ובאילו הקשרים.¹²⁹

LOGAN KOEPKE ET AL., MASS EXTRACTION: THE WIDESPREAD POWER OF U.S. LAW ENFORCEMENT TO SEARCH MOBILE PHONES 10-30 (2020), זמין בקישור <https://www.upturn.org/reports/2020/mass-extraction/>

בשים לב להיקפי המידע העצומים השמורים במחשבים בכלל ובטלפונים ניידים חכמים בפרט, וקלות וזמינות החיפוש בהם – חדירה אל חומר מחשב הפכה לפעולת חקירה שכיחה המבוצעת על ידי רשויות החקירה במקרים רבים – הן כאשר מדובר בעבירות "סייבר" של ממש, כדוגמת חדירה אסורה לחומרי מחשב, הונאות המבוצעות באמצעות הרשת ועוד; הן כאשר מדובר בעבירות "רגילות" אשר בוצעו במרחב הקיברנטי, כדוגמת עבירות מין המבוצעות באמצעות מחשב; והן בתיקים של עבירות פליליות "קלאסיות" כגון סחר בסמים, עבירות מין, ואף עבירות רכוש – בהם המשטרה מעוניינת לבחון האם החשוד שוחח עם אחרים על-אודות העבירה, לבדוק את נתוני המיקום של החשוד ועוד.

כך, בהתאם לנתונים שנחשפו במסגרת ההליך הפלילי שהתקיים בדנ"פ 1062/21 **אוריך ואח' נ' מדינת ישראל** (עליו נרחיב בהמשך), בשנת 2019 הוציאה המשטרה כ-24,000 צווי חיפוש בחומר מחשב (כולל חיפוש בטלפונים ניידים חכמים), וזאת לצד חיפושים רבים נוספים בחומרי מחשב שבוצעו בהיעדר צו שיפוטי והתבססו על הסכמת הנחקרים. למיטב ידיעתנו, נתונים עדכניים על השנים האחרונות (2020 ו-2021) לא פורסמו באופן יזום על ידי משטרת ישראל או הפרקליטות.

בעקבות השימוש הגובר והולך בראיות דיגיטאליות בשנים האחרונות, בשנת 2022 אישר משרד המשפטים את הקמתה של **מעבדה לניתוח ראיות דיגיטאליות בסניגוריה הציבורית**. המעבדה, אשר לטובת הקמתה הוקצה לסניגוריה הציבורית תקן ייעודי על ידי משרד המשפטים, נועדה ליתן מענה לצורך הגובר והולך לטיפול בראיות דיגיטאליות – זאת, הן ביחס לחיפושים אשר מבוצעים על ידי משטרת ישראל בחומרי מחשב – בהם קיים הכרח לבחון את ממצאי הפריקה וממצאי הדוח על ידי מומחה מטעם ההגנה; והן ביחס למקרים בהם הסניגוריה הציבורית נדרשת לבצע בדיקת חומרי מחשב של לקוחותיה באופן עצמאי, על מנת לאתר ראיות מזכות. בימים אלו החלו הליכי המכרז לאיתור מנהל המעבדה, וכן הליכי רכש לטובת חומרה ותוכנה למעבדה הדיגיטאלית, והיא צפויה להתחיל את פעילותה בתחילת שנת 2023. המעבדה תפעל כחלק **ממחלקת הסייבר והראיות הפורנזיות בסניגוריה הציבורית** (להרחבה על הקמת המחלקה, ראו פרק 1.1.3 "קידום והתמודדות עם ראיות פורנזיות") – אשר תהא אחראית, בין היתר, על ריכוז הידע בתחום הסייבר והראיות הדיגיטאליות; ניהול מקצועי של הרפרנטים לתחום במחוזות הסניגוריה; והנחייה וליווי של סניגורים מן הצוות הפנימי והחיצוני בתיקים בהם מתעוררות סוגיות בתחום הסייבר והראיות הדיגיטאליות. לצד זאת, המחלקה תרכז את עבודתה המערכתית של הסניגוריה הציבורית בנושא, בהיבטי חקיקה ומדיניות.

עד להשלמת הקמת מחלקת הסייבר והראיות הפורנזיות בסניגוריה הציבורית, מרוכז הטיפול בנושא על ידי פורום הסייבר והראיות הדיגיטאליות – אשר הוקם בסניגוריה הציבורית בשנת 2021 – ובו חברים רפרנטים מכלל מחוזות הסניגוריה הציבורית, והוא מנוהל על ידי עו"ד יגאל בלפור מהסניגוריה הציבורית הארצית.

שנת פעילותו הראשונה של פורום הסייבר והראיות הדיגיטאליות התמקדה באיסוף ואיגום ידע בנושא, והפצתו לסניגורים הציבוריים הפנימיים והחיצוניים – וזאת בשים לב לכך שתחום זה מעלה שאלות משפטיות סבוכות, הנוגעות הן לשלב החקירתי (חוקיות החיפוש במדיה דיגיטאלית, ובכלל זה שאלות כגון חיפוש בהסכמה, נטילת אמצעי זיהוי לצורך פתיחת נעילה של מכשירי טלפון ניידים, ועוד) והן לשלב המשפט עצמו – ובכלל זה שאלות הנוגעות לעיון בחומרי חקירה דיגיטאליים. מעבר לסוגיות המשפטיות, העיסוק בתחום הסייבר והראיות הדיגיטאליות מחייב הבנה בתהליכי פורנזיקה דיגיטאלית – קרי, איתור ושחזור מידע ממדיה דיגיטאלית (לרבות פריקה ממכשירי טלפון ניידים), בדיקת אמינות ומהימנות של ראיות דיגיטליות, ניתוח ראיות שהופקו ממדיה דיגיטאלית ופענוחן ועוד.

בשנה החולפת, חברי הפורום קיימו הרצאות לכלל הסניגורים הפנימיים והחיצוניים בנושאים משפטיים ופורנזיים אלו; והצטרפו לליווי וייצוג בתיקים בהם מתעוררות שאלות בתחום. מקצת העשייה בתחום זה תוצג בתתי הפרקים הבאים.

הוצאת צווים שיפוטיים לחיפוש בחומרי מחשב: דנ"פ 1062/21 אוריך ואח' נ' מדינת ישראל ודנ"פ 4072/21

שמעון נ' מדינת ישראל

ביום 11.1.2022, ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון, בהרכב מורחב של 9 שופטים, בשני דיונים נוספים שאוחדו – דנ"פ 1062/21 אוריך ואח' נ' מדינת ישראל ודנ"פ 4072/21 שמעון נ' מדינת ישראל (להלן: דנ"פ אוריך ושמעון). בשל חשיבות ומרכזיות ההליך, והשפעתו על זכויותיהם החוקתיות של עשרות אלפי נחקרים בשנה, הסניגוריה הציבורית הצטרפה לדיון הנוסף במעמד ידידת במשפט המשפט (ייצגו מטעם הסניגוריה הציבורית עוה"ד יגאל בלפור, גיל שפירא ואקתרונה קוצ'רנקו). פסק דין מכונן זה היה סופו של מסע משפטי בן מספר שנים – במסגרתו התקיימו 3 דיונים נפרדים בפני בית המשפט העליון (בש"פ 7917/19 מיום 25.12.2019 ובש"פ 1758/20 מיום 26.1.2021 בעניין אוריך ואח'; בש"פ 5105/20 מיום 25.5.2021 בעניין שמעון) – כאשר גם בהליכים אלו הסניגוריה הציבורית הציגה את עמדתה במעמד ידידת בית המשפט.

במסגרת הדיון הנוסף נדונו שלוש שאלות עקרוניות ביחס לחיפוש במחשבים (ובכלל זאת במכשירי טלפון ניידים) במסגרת חקירות פליליות: האם על בית המשפט לקיים את הדיון בבקשה למתן צו חיפוש במחשב במעמד צד אחד, או במעמד שני הצדדים? האם קיימת למי מהצדדים זכות השגה על החלטה בבקשה למתן צו חיפוש במחשב? ומהן המשמעות של חיפוש בלתי-חוקי שביצעו גורמי החקירה במחשב עוד בטרם הוגשה בקשת החיפוש על ידן?

מעבר לתשובות לשאלות עקרוניות אלו, ולהלכות הקונקרטיות הרבות שנקבעו בפסק הדין, חשיבותו המרכזית של הדיון הנוסף היא בקביעת איזונים ובלמים לגבי הוצאת צווי חיפוש בחומרי מחשב. עד לאחרונה – בתי המשפט דנו בעשרות אלפי בקשות לצווי חיפוש בחומרי מחשב (בעיקר בטלפונים ניידים) מדי שנה, מבלי שנקבעו כללים או אמות מידה כלשהן על האופן שבו עליהם לדון, לבחון ולהכריע בבקשות אלו. במרבית המקרים, ניסיונה של הסניגוריה הציבורית לימד כי משטרת ישראל נהגה לבקש צווי חיפוש גורפים בכל המידע שעל הטלפון הנייד, לעיתים קרובות מבלי להצביע על עילה לביצוע החיפוש – ובתי המשפט נעתרו לבקשות אלו.

במסגרת פסק דינו בדיון הנוסף, בית המשפט העליון הכיר בעוצמת הפגיעה בפרטיות כתוצאה מביצוע חיפוש בחומר מחשב, וקבע כי מדובר בפגיעה בפרטיות שעוצמתה גבוהה "לאין שיעור בהשוואה לחיפוש 'המסורתי' בחצרו או בכליו של אדם, והוא נוגע גם לצדדים שלישיים רבים שחייהם נקשרו בצורה כזו או אחרת – ולו לרגע – עם המחזיק במחשב או בטלפון החכם" (פסקה 29 לפסק דינה של הנשיאה חיות). מטעם זה, קבע בית המשפט העליון כי דיון בבקשות לצווי חיפוש המוגשות על ידי רשויות האכיפה צריך להתקיים "תחת פיקוח שיפוט הדוק". אמנם במרבית המקרים הדיון בבקשה לצו חיפוש יתקיים במעמד צד אחד (ראו להלן) – אבל "בשל מאפייניו הייחודיים של החיפוש במחשב – ובפרט החשש לפגיעה בלתי-מידתית בזכות לפרטיות – יש טעם בטענת הסניגוריה לפיה ככל שייקבע כי הדיון בבקשות לצווי חיפוש במחשב יתקיים במעמד צד אחד, יש לעמוד על קיומן של ערובות מהותיות הולמות אחרות בשלב זה, בין היתר באמצעות קביעת מערך איזונים ובלמים אשר יאפשר לבית המשפט לממש את תפקידו בהגנה על זכויות הפרט [...]". (פסקה 60 לפסק דינה של הנשיאה חיות).

באשר לשאלות המשפטיות הקונקרטיות שנדונו בפסק הדין, קבע בית המשפט העליון (בדעת רוב השופטים, מפי כב' הנשיאה חיות) כי דיון בבקשה לחיפוש בחומר מחשב (לרבות במכשיר טלפון חכם) המוגשת בשלב החקירה המשטרית יתקיים, ככלל, במעמד צד אחד. עם זאת, במקרים חריגים, בהם סבור השופט הדן בבקשה כי נסיבותיו המיוחדות של המקרה מחייבות לשמוע את עמדת בעל המחשב או צד אחר, לצורך קבלת ההחלטה השיפוטית – ניתן לקיים דיון במעמד שני הצדדים. עוד נקבע כי אין מקום לאפשר השגה על החלטת בית המשפט בבקשה מסוג זה – תוך שהודגש כי גם רשויות האכיפה אינן יכולות להגיש ערר או ערעור על החלטה שלא להוציא צו חיפוש בחומר מחשב (או על החלטה ליתן צו חיפוש מצומצם יותר מזה שהתבקש).

בשים לב לכך שדיונים בבקשה להוציא צו חיפוש יתקיימו במרבית המקרים במעמד צד אחד, ובשים לב להיעדר אפשרות להשיג על ההחלטה של בית משפט השלום – כל השופטים עמדו על תפקידו המרכזי של בית המשפט בשלב הוצאת הצו, והזהירות הנדרשת ממנו בשלב זה. כפי שצינה הנשיאה חיות: "בעת קביעת היקפו של הכלל בעניין אופן הדיון בבקשות לצווי חיפוש במחשב – יש להתחשב בעיקרון המידתיות המעוגן מפורשות בסעיף 23א(ב) לפקודה ובאופן כללי יותר בפסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו... ניתן לצמצם את הפגיעה בזכויותיהם של נחקרים וצדדים שלישיים בשני אופנים: ראשית, באמצעות קביעת אמות מידה להתנהלות רשויות החקירה ולשיקול הדעת השיפוטי של הערכאות הדיוניות במסגרת הדיון בבקשות לצווי חיפוש בחומר מחשב; ושנית, באמצעות הפעלת סמכותו של בית המשפט הדין בבקשה לצו חיפוש להורות, במקרים חריגים וייחודיים, כי דיון מסוים יתקיים במעמד שני הצדדים" (פסקה 62 לפסק דינה של הנשיאה). בהמשך פסק דינה, קבעה הנשיאה שורה של אמות מידה מחייבות – הן עבור המשטרה המגישה בקשות לחיפוש בחומרי מחשב, והן עבור בתי המשפט הדנים בבקשות אלו (ראו פסקאות 63-77 לפסק דינה של הנשיאה).

מעבר לכך, במסגרת פסק הדין בית המשפט העליון קיבל את עמדתה של הסניגוריה הציבורית לפיה חיפוש בלתי-חוקי שביצעו גורמי החקירה במחשב או בטלפון חכם הוא שיקול שיש להתחשב בו אם מוגשת בהמשך בקשה לצו חיפוש באותו המכשיר, ובמקרים חריגים שיקול זה יהווה שיקול בלעדי לדחיית הבקשה. יתרה מכך – נקבע כי במקרים בהם ניתן צו חיפוש למרות ביצועה של פעולה בלתי-חוקית, או במקרים שבהם השלכותיה של אי-החוקיות לא נדונו בשלב החקירה – ניתן יהיה לטעון כנגד קבילות הראיות שאותרו בחיפוש גם בשלב ההליך העיקרי עצמו (פסקה 121 לפסק דינה של הנשיאה חיות).

אמות המידה שנקבעו על ידי בית המשפט העליון להגשת בקשות לצווי חיפוש בחומרי מחשב ולהחלטות בית המשפט בבקשות אלו עוגנו ביום 13.4.2022 בנוהל נשיאת בית המשפט העליון 1-18 בנושא "ממשק העבודה בין שופטים ובין גורמי תביעה וחקירה בבקשות לפני הגשת כתב אישום". במסגרת זו, נכלל בנוהל פרק ייעודי שדן בבקשות לצווי חיפוש בחומר מחשב.

בין היתר, הפרק הייעודי קובע כי על שופט המקבל לידיו בקשה לצו חיפוש החובה לבחון, בין היתר, האם הבקשה כוללת את עילת החיפוש; מטרות החיפוש והטעמים העומדים בבסיס סברת החוקרים שימצאו מידע רלוונטי במכשיר; העבירות הנחקרות; הצהרה האם לבקשת החיפוש קדם חיפוש בלתי חוקי שבוצע במכשיר או אם נפל פגם משמעותי אחר בהתנהלות הרשות החוקרת; היקף החומר שמבוקש לחפש בו ותחומי החיפוש ככל הניתן (למשל, לפי סוגי קבצים, טווח תאריכים, מילות חיפוש והתקשוריות עם גורמים ספציפיים), והסבר בדבר הבחירה לתחום כך את החיפוש; ועוד.

הנוהל מבהיר כי אין מדובר ברשימה סגורה – וכי היא לא מייצגת את הצורך לבחון האם לצד פרטים אלה הרשות החוקרת הביאה לידיעת השופט הדין בבקשה מידע נוסף בעל רלוונטיות שעשוי להשפיע על ההחלטה – ובכלל זה נתונים רלוונטיים ביחס לתמונת החקירה "המתגלגלת" ולהתפתחויות רלוונטיות בה, וכן ביחס להתנהלותה של הרשות החוקרת עצמה.

עוד נקבע כי יש לתעד בפרוטוקול את מהלך הדיון בבקשת החיפוש; וכי בהחלטה אם להוציא צו חיפוש בית המשפט מונחה לבחון את אמות המידה שנקבעו בפסק הדין בדיון הנוסף בעניין **אוריך ושמעון** לעניין עצם הוצאת הצו ולעניין מגבלות הצו.

כפי שצוין לעיל, עד לפרסום פסק דינו של בית המשפט העליון בדנ"פ **אוריך ושמעון**, במרבית המקרים בהם הוגשו לבתי המשפט בקשות לצווי חיפוש בחומר מחשב – בתי המשפט נעזרו להן, גם במקרים בהם לא הובהרה העילה וההצדקה לביצוע החיפוש, ומבלי לקבוע מגבלות על היקף החיפוש.

ברם, במקרים מסוימים – ובעיקר במקרים בהם בתי משפט בחרו לקיים דיונים בבקשות להוצאת צווי החיפוש במעמד הצדדים – בחינת שאלת עילת החיפוש הביאה את בתי המשפט למסקנה כי אין להתיר למשטרה לבצע את החיפוש. כך למשל, במסגרת צ"ח (שלום באר שבע) 8163-01-21 **מדינת ישראל נ' פלוני** (החלטה מיום 6.1.2021; ייצוג על ידי עו"ד יוחאי הזז), דחה בית המשפט בקשה ליתן צו חיפוש בחומר מחשב, בקבעו כי "היחידה החוקרת מבקשת לערוך 'מסע דיג' בטלפון של המשיב שעשוי להניב ראיות שיקשרו אותו לראיות בהן הוא חשוד וייתכן שאף לראיות נוספות. אין אפשר 'מסע דיג' שכזה... העובדה כי המשיב חשוד בעבירה ויש ראיות כנגדו איננה מאפשרת למבקשת להפשיט אותו מפרטיותו באופן גורף על מנת לנסות ולמצוא ראיות לעבירות אחרות או נוספות".¹³⁰

בתיקים אחרים, בהם נקבע כי קיימת עילה לחיפוש, קיום דיון במעמד הצדדים הביא את בתי המשפט לצמצם את גדרי החיפוש בטלפון הנייד, על מנת לצמצם את הפגיעה בפרטיות. בחלק מן המקרים, בית המשפט צמצם את סוג האפליקציות בהן ניתן לבצע חיפוש או את האזורים בהם ניתן לבצע חיפוש – למשל, רק אפליקציות להעברת מסרים מיידיים, ולא אזורים בהם מאוחסנות תמונות או סרטונים, איסור על גישה להיסטוריית הגלישה, ועוד.¹³¹ במקרים אחרים, בית המשפט צמצם את גדרי החיפוש להתכתבויות עם אנשים ספציפיים.¹³² ולעיתים גדרי החיפוש צומצמו מבחינת המועדים ביחס אליהם ניתן לחפש חומרים.¹³³

בשים לב לזמן הקצר שחלף מאז פרסום פסק דינו של בית המשפט העליון בדנ"פ **אוריך ושמעון** ועד לכתיבת שורות אלו – נראה כי מוקדם לעמוד על מלוא השלכותיו של פסק הדין, אשר עודנו בשלב ההטמעה על ידי המשטרה ובתי המשפט. הסניגוריה הציבורית סבורה כי ההחלטות המובאות בפסקה לעיל – בהן בתי משפט דחו בקשות לצווי חיפוש בחומר מחשב או הטילו מגבלות על היקף החיפוש – אשר היו חריגות עובר לפרסום פסק הדין בדנ"פ **אוריך ושמעון**, אמורות להיות כעת הכלל – וכי לאחר פרסום פסק הדין בתי המשפט יידרשו לממש את תפקידם החשוב כשומרי סף מפני חדירות בלתי-מוצדקות למכשירי הטלפון הניידים של נחקרים, אשר מביאות לפגיעה קשה בזכותם החוקתית לפרטיות. כסנונית ראשונה לכך, נבקש להפנות להחלטתו של בית משפט השלום בתל אביב במ"י 60382-05-22 **תחנת משטרה – לב תל אביב נ' פלוני** (החלטה מיום 9.6.2022; ייצוג על ידי עו"ד ירוסלב מץ ונועם אשחר), במסגרתה נדון צו חדירה למחשב ולטלפון הנייד של החשודה, עורכת דין במקצועה, אשר נחשדה בריבוי (מאות עד אלפי) עבירות של הטרדה ואיומים על עורכות דין. במהלך חיפוש שבוצע בבית החשודה נתפסו מחשב ושני התקני אחסון ניידים; כמו כן, בעת מעצרה של החשודה – משטרת ישראל תפסה את הטלפון הנייד שלה. בהמשך לכך, המשטרה פנתה אל בית המשפט, במעמד צד אחד, בבקשה לבצע חיפוש בכלל חומרי המחשב שנתפסו (ללא מגבלות כלשהן). ב"כ החשודה ביקש לעכב את ביצוע החיפוש עד לדיון במעמד הצדדים, בשים לב לכך שבמחשב עשוי להימצא חומר המצוי תחת חיסיון עו"ד-לקוח. בית

¹³⁰ להחלטות נוספות בהן נדחו בקשות להוצאת צווי חיפוש בחומר מחשב ראו: צ"ח (שלום באר שבע) 11559-01-21 **מדינת ישראל נ' פלוני** (החלטה מיום 10.1.2021; ייצוג על ידי עו"ד מוסטפא נסאר); צ"ח (שלום באר שבע) 461-12-20 **מדינת ישראל נ' פלוני** (החלטה מיום 2.12.2020; ייצוג על ידי עו"ד מוסטפא נסאר); צ"ח (שלום תל אביב) 38126-07-20 **מדינת ישראל נ' מלול ואח'** (החלטה מיום 17.7.2020; ייצוג על ידי עו"ד צאלה ישמח ושיירלי ינאי); על החלטה זו הוגש ערר על ידי משטרת ישראל – עובר להחלטת בית המשפט העליון לפיה לא ניתן להשיג על החלטות הנוגעות לצווי חיפוש בחומר מחשב – אשר נדחה על ידי בית המשפט המחוזי בצ"ח 38399-07-20 (החלטה מיום 24.12.2020; ייצוג על ידי עו"ד צאלה ישמח ושיירלי ינאי); צ"ח (שלום באר שבע) 6240-03-21 **מדינת ישראל נ' פלוני** (החלטה מיום 3.3.2021; ייצוג על ידי עו"ד אברהם אלקורעאן); צ"ח (שלום לנוער תל אביב) 396-10-21 **מדינת ישראל נ' פלוני** (החלטה מיום 1.1.2021; ייצוג על ידי עו"ד ירון דניאל). כן ראו בש"פ 4986/21 **פישמן נ' מדינת ישראל** (החלטה מיום 18.7.2021; ייצוג על ידי עו"ד צאלה ישמח, סתיו כהן ורונה שוורץ), במסגרתה הורה בית המשפט העליון על עיכוב ביצוע חיפוש בטלפון נייד עד להעברת עמדת המחלקה לחקירות שוטרים באשר לגורם שיבצע את צו החיפוש.

¹³¹ ראו למשל: צ"ח (שלום ב"ש) 30588-12-20 **מדינת ישראל נ' אבקסיס** (החלטה מיום 15.12.2020; ייצוג על ידי עו"ד אלי גורליק); צ"ח (שלום ב"ש) 47580-12-20 **מדינת ישראל נ' און** (החלטה מיום 24.12.2020; ייצוג על ידי עו"ד יוחאי הזז); צ"ח 64974-12-20 **מדינת ישראל נ' פלוני** (החלטה מיום 30.12.2020; ייצוג על ידי עו"ד שי פלד); צ"ח (שלום ב"ש) 68831-12-20 **מדינת ישראל נ' פלוני** (החלטה מיום 31.12.2020; ייצוג על ידי עו"ד רן אבינועם).

¹³² צ"ח 6500-01-21 **מדינת ישראל נ' פלוני** (החלטה מיום 6.1.2021; ייצוג על ידי עו"ד יוחאי הזז).
¹³³ צ"ח 5669-01-21 **מדינת ישראל נ' פלוני** (החלטה מיום 6.1.2021; ייצוג על ידי עו"ד אלכס גאוסקין).

המשפט קיבל את טענת ההגנה כי מדובר במקרה שבו מוצדק לקיים דיון במעמד שני הצדדים, ובהתאם לאמות המידה שהותוו בדנ"פ **אוריך ושמעון**, הוציא צו חיפוש "כירורגי" – במסגרתו החיפוש הוגבל לתקופה שבה החלו העבירות (ושלגביה מסרה החשודה שלא עבדה כעורכת דין) ואף הוגבל למילות חיפוש ספציפיות הנוגעות לפרטי המתלוננים.

חיפושים בחומרי מחשב המבוססים על הסכמת הנחקר ומבוצעים בהיעדר צו שיפוטי

כפי שצוין לעיל, רשויות החקירה מבצעות עשרות אלפי חיפושים בחומרי מחשב בשנה. חלק מחיפושים אלו נעשים ללא צו שיפוטי, ומבוססים על הסכמתו של הנחקר – אשר נשאל במהלך חקירתו על ידי חוקרי המשטרה האם הוא מסכים לחיפוש במחשבו האישי או במכשיר הטלפון הנייד שלו, וזאת למרות לשונו המפורשת של סעיף 23א(ב) לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969, לפיו לא ניתן לערוך חיפוש בחומר מחשב "אלא על-פי צו של שופט".

מזה מספר שנים הסניגוריה הציבורית ורשויות אכיפה החוק חלוקות בשאלה האם לאור לשון הסעיף – רשויות החקירה נדרשות להצטייד בצו שיפוטי לצורך חדירה לחומר מחשב, או שניתן להתבסס על הסכמת הנחקר לצורך חדירה כאמור.

יצוין כי בעבר, גם רשויות אכיפת החוק סברו כי לצורך ביצוע חיפוש בחומר מחשב, יש הכרח לפנות אל בית המשפט בבקשה להוציא צו המתיר את ביצוע החיפוש. עמדה זו עוגנה בנוהל אגף החקירות והמודיעין של משטרת ישראל בנושא "תפיסה וחיפוש במחשב", שמספרו 300.08.035 אשר פורסם בשנת 2014. אלא, שבשנת 2016, הנוהל תוקן בהוראת שעה של ראש חטיבת החקירות דאז מיום 3.1.2016, בנושא "חיפוש בחומר מחשב בהסכמה ושלא על בסיס צו שיפוטי". הוראת שעה זו עיגנה את התנאים לחיפוש בחומר מחשב בהסכמה ושלא על בסיס צו שיפוטי, קבעה את התנאים לכך שהסכמה זו תוגדר כ"הסכמה מדעת", וכללה נוסח של טפסים עליהם יש להחתים את הנחקר לצורך ביצוע חיפוש כאמור.

בהמשך, בחודש נובמבר 2020, פורסמה הנחייה מס' 7.14 של פרקליט המדינה, בנושא "עקרונות הפעולה בנוגע לאופן התפיסה, החיפוש, ההעתקה והעיון במחשבים ובחומרי מחשב, תיעודם והעמדת התוצרים המהווים "חומר חקירה" לעיון ההגנה", אשר עיגנה את עמדת המדינה לפיה ניתן לבצע חיפוש בחומר מחשב על בסיס הסכמה של נחקר וללא צו שיפוטי. בחודש פברואר 2021, הותר לעיון הציבור נוהל חטיבת חקירות מס' 03.300.035 בנושא "תפיסה וחיפוש במחשב", הכולל פרק שעניינו "חיפוש בהסכמה", אשר החליף את הוראת השעה של ראש חטיבת החקירות משנת 2016.

שאלת חוקיות הפרקטיקה של ביצוע חיפוש בחומר מחשב בהיעדר צו שיפוטי, בהתבסס על הסכמת הנחקר, התעוררה בשנים האחרונות במספר מקרים שנדונו בפני בית המשפט העליון. ברע"פ 9446/16 **התובעת הצבאית הראשית נ' סיגאוי** (19.6.2017), הגישה התובעת הצבאית הראשית, בתיאום עם פרקליט המדינה ועל דעתו, בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים בו נקבע כי לצורך עריכת חיפוש נרחב בטלפון נייד, המבוצע במעבדה ובלא נוכחות הנחקר, יש צורך בהוצאת צו בית משפט המאפשר את עריכת החיפוש, וכי הסכמה של הנחקר אינה יכולה לשמש מקור סמכות לצורך כך. הסניגוריה הציבורית הצטרפה להליך זה במעמד ידידת בית המשפט (ייצוג על ידי עוה"ד יגאל בלפור וגיל שפירא), אך בסופו של יום, בית המשפט העליון בחר שלא ליתן רשות ערעור בפרשת **סיגאוי**, בשים לב לכך שבאותו מקרה בית הדין הצבאי לערעורים קבע כי ממילא לא ניתנה הסכמה מדעת של המשיב לכך שייערך חיפוש במכשיר הטלפון הנייד שלו. הסוגיה הותרה בצריך עיון גם בסבב הראשון שנדון בבית המשפט העליון בעניין **אוריך ואח'** (בש"פ 7917/19; החלטה מיום 25.12.2019; עמדת הסניגוריה הציבורית במעמד ידידת בית המשפט הוגשה על ידי עוה"ד יגאל בלפור וגיל שפירא) – הגם

שרבים מטעוניה של הסניגוריה הציבורית התקבלו בהקשר זה, ובית המשפט העליון אף ציין כי "על דרך הכלל אין לבצע חיפוש במחשב אלא במקרים שבהם ניתן צו חיפוש מתאים" (פסקה 24).

בשים לב לכך שהסוגיה טרם הוכרעה על ידי בית המשפט העליון, ולעיון המפורש של עמדת המדינה לפיה ניתן לבצע חיפוש בחומר מחשב גם בהיעדר צו שיפוטי בהנחיית פרקליט המדינה ובנוהל חטיבת החקירות, פנתה בחודש פברואר 2021 הסניגוריה הציבורית אל היועץ המשפטי לממשלה דאז ואל מ"מ פרקליט המדינה, בבקשה לבטל את הסעיף המתיר לבצע חיפוש בחומר מחשב בהתבסס על הסכמת הנחקר בהנחיית פרקליט המדינה ואת הפרק העוסק ב"חיפוש בהסכמה" בנוהל חטיבת החקירות – וזאת בשים לב לכך שסעיפים אלו מנוגדים להוראות הדין ומביאים לפגיעה שלא כדין בכבודם ובפרטיותם של אלפים רבים של אנשים מדי שנה.

במסגרת הפנייה, פירטה הסניגוריה הציבורית את הנימוקים המצדיקים ביטול סעיפים אלו – המבוססים על לשונו המפורשת של החוק בנושא חיפוש בחומר מחשב; על כך שביצוע חיפוש המבוסס על הסכמת הנחקר עומד בניגוד לדרישת המחוקק לקיים בקרה שיפוטית לצורך הפעלת סמכות החיפוש בחומרי מחשב; ועל נימוקים נוספים ובהם עוצמת הפגיעה והיקף הפגיעה בזכות החוקתית לפרטיות, לרבות של צדדים שלישיים; העובדה שאדם הנמצא בחדר החקירות, לעיתים בסטטוס של עצור, כשהוא נאלץ להתמודד עם חוקריו ועם חשדות לביצוע עבירות פליליות, אינו נמצא בעמדה אוטונומית להסכים לחיפוש לאור הלחצים המופעלים עליו במעמד זה; על היעדר אפשרות למתן הסכמה מדעת לחיפוש בחומר מחשב בשים לב לפערי הידע האינהרנטיים בין החוקרים לבין הנחקר; ועל הקלות שבה משטרת ישראל יכולה לממש את לשון החוק ולפנות לבית המשפט בבקשה למתן צו שיפוטי לצורך ביצוע החיפוש. עוד הודגש במסגרת הפנייה כי חלק משופטי בית המשפט העליון הביעו עמדה מנוגדת לעמדת המדינה בנושא חיפוש בחומר מחשב בהתבסס על הסכמת הנחקר ובהיעדר צו שיפוטי (הגם שכאמור הסוגיה לא הוכרעה על ידי בית המשפט העליון עד כה).

משלא התקבלה תשובה לפנייה זו, פנתה הסניגוריה הציבורית בשנית אל פרקליט המדינה בחודש יוני 2021, ובמסגרת פנייה זו עמדה על כך שגם בבש"פ בעניין **שמעון** (בש"פ 5105/20 מיום 25.5.2021; עמדת הסניגוריה הציבורית במעמד ידידת בית המשפט הוגשה על ידי עוה"ד יגאל בלפור וגיל שפירא) – שופטי המותב הביעו עמדה לפיה לא ניתן לבצע חיפוש בחומר מחשב המבוסס על הסכמת נחקר, בהיעדר צו שיפוטי, וכי עמדה זו מחזקת את בקשתנו לבטל את הסעיף המתיר לבצע חיפוש בחומר מחשב בהתבסס על הסכמת הנחקר שבהנחיית פרקליט המדינה 7.14, ואת הפרק העוסק ב"חיפוש בהסכמה" בנוהל חטיבת החקירות.

לאחר פרסום פסק הדין בדנ"פ **אוריך ושמעון**, פנתה הסניגוריה הציבורית הארצית, עו"ד ענת מיסד-כנען, אל פרקליט המדינה במיצוי הליכים לפני הגשת עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק בנושא זה. במסגרת הפנייה, עמדה הסניגוריה הציבורית על כך שהאמור בפניות הקודמות זכה לחיזוק ממשי בפסק דינו של בית המשפט העליון בדנ"פ **אוריך ושמעון**, במסגרתו ניתן דגש על חשיבות הביקורת השיפוטית ביחס לחיפוש בחומרי מחשב, באמצעות פיקוח שיפוטי הדוק – אותו לא ניתן יהיה לקיים, מטבע הדברים, מקום בו רשויות החקירה לא יפנו אל בית המשפט אלא אל הנחקר עצמו – שכן לנחקר אין כל אפשרות לבחון שאלות כגון קיומה של עילת החיפוש; מטרות החיפוש והטעמים העומדים בבסיס סברת החוקרים שימצאו מידע רלוונטי במכשיר; האם לבקשת החיפוש קדם חיפוש בלתי חוקי שבוצע במכשיר או אם נפל פגם משמעותי אחר בהתנהלות הרשות החוקרת; ועוד – כולן סוגיות שבית המשפט העליון קבע שיש לבחון בעת שקילת בקשה לצו חיפוש (ואשר עוגנו בהמשך בנוהל נשיאת בית המשפט העליון בנושא "ממשק העבודה בין שופטים ובין גורמי תביעה וחקירה בבקשות לפני הגשת כתב אישום", כמפורט לעיל).

יוער, להשלמת התמונה, כי במסגרת הצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – המצאה, חיפוש ותפיסה), התשע"ד-2014 נכלל סעיף אשר נועד לאפשר לרשויות החקירה לבצע חיפוש המבוסס על הסכמת הנחקר. ברם, הצעת חוק זו לא הבשילה לכדי חקיקה בשמונה השנים אשר חלפו מאז הונחה על שולחנה של הכנסת, ודין

הרציפות אינו חל עליה. ממילא, הסניגוריה הציבורית סבורה כי ספק אם ההסדרים הדיוניים המוצעים במסגרת הצעת החוק, המבוססת על דוח משנת 1996, הם עדיין רלוונטיים במתכונתם זו גם כיום בחלוף למעלה מ-25 שנים. לטעמנו, התמורות הטכנולוגיות והמשפטיות שחלו בשנים אלו, כמו גם הבנת משמעותן של הפרקטיקות השונות המוצעות במסגרת הצעת החוק – מחייבות חשיבה מחודשת ועדכנית אף מצד המדינה. הדעת נותנת כי גם אם תקודם חקיקה זו מחדש בעתיד, ייעשה הדבר בשים לב לתמורות הטכנולוגיות ולהשלכותיהן, כמו גם להלכות שנקבעו בפסיקה, ולא מן הנמנע שיחולו בה שינויים לא מבוטלים, בפרט בכל הנוגע לסוגיית החיפוש בהסכמת הנחקר.

כך או כך, סוגיית החיפוש בחומר מחשב רלוונטית לאלפי חקירות אותן מנהלת משטרת ישראל מדי שנה כבר כעת. עוצמת הפגיעה בזכויות היסוד של נחקרים כתוצאה מביצוע חיפוש שלא על בסיס צו של בית משפט, מחייבת כי בתקופת הביניים, עד להסדרת הנושא בחקיקה, רשויות החקירה יידרשו להוציא צו לשם ביצוע חיפוש בחומר מחשב, ולא יוכלו להתבסס על הסכמת נחקרים. על כן, באם רשויות המדינה יסברו כי אין להורות על בטלות ההוראות וההנחיות המאפשרות לרשויות אכיפת החוק לבצע חיפוש בחומר מחשב על בסיס הסכמתו של נחקר ובהיעדר צו שיפוטי, או בהיעדר מענה – תשקול הסניגוריה הציבורית את המשך צעדיה בנושא.

חיסיון מפני הפללה עצמית ושימוש בכוח לנטילת אמצעי זיהוי לפתיחת מכשירי טלפון ניידים

במקרים בהם ניתן לרשויות החקירה צו המאפשר לבצע חיפוש בטלפון הנייד – לעיתים רשויות החקירה ניצבות בפני קושי טכנולוגי – שכן כאשר הטלפון הנייד נעול – חלק מן המידע השמור עליו מוצפן, כאשר התוכנות הפורנזיות בהן המשטרה עושה שימוש לא בהכרח מאפשרות לה להתגבר על כל סוגי הנעילה.¹³⁴

עמדת הסניגוריה הציבורית היא כי סיסמת הנעילה של מכשיר הטלפון הנייד של הנחקר חוסה תחת החיסיון מפני הפללה עצמית – ועל כן לנחקר שמורה הזכות שלא למוסרה לידי חוקרי המשטרה, גם מקום בו בית משפט אישר את בקשת רשויות החקירה לבצע חיפוש בטלפון הנייד. סוגיה זו זכתה להתייחסות אגבית בפסק דינו של בית המשפט העליון בבש"פ 6155/21 זינו נ' **מדינת ישראל** (החלטה מיום 10.10.2021; ייצוג על ידי עוה"ד איתמר סיון ונועם בונדר), שם כב' השופט עמית אמנם לא הכריע מפורשות בשאלה האם חשוד בפלילים רשאי לסרב למסור את הסיסמא למחשב או לטלפון הנייד שלו מכוח החיסיון מפני הפללה עצמית, אך ציין שזו הייתה נקודת ההנחה של הצדדים, והפנה לדברים שכתב בספרו "חסיונות ואינטרסים",¹³⁵ שם ציין שלדעתו חשוד רשאי לסרב לשתף פעולה בפתיחת הטלפון הנייד שלו – גם כאשר מדובר בסיסמא מסוג קוד, אך גם כאשר מדובר על אפשרויות פתיחה אחרות כגון שימוש בטביעת אצבע, בזיהוי פנים וכו'. ראו, בהקשר זה, גם את צ"א (שלום באר שבע) 68831-12-20 **מדינת ישראל נ' פלוני** (החלטה מיום 31.12.2020; ייצוג על ידי עו"ד רן אבינועם), שם קבע בית המשפט כי המשיב רשאי לא למסור את הקוד הסודי לטלפון הנייד כחלק מזכות השתיקה שלו.

יצוין, בהקשר זה, כי הסניגוריה הציבורית סבורה כי החיסיון מפני הפללה עצמית מגן על זכותו של נחקר שלא לשתף פעולה עם רשויות החקירה בפתיחת נעילת הטלפון הנייד – גם כאשר הטלפון הנייד נעול באמצעות סיסמא, אך גם כאשר הוא נעול באמצעות טביעת אצבע או זיהוי פנים.¹³⁶

¹³⁴ גם כאשר הטלפון נעול – יש גישה אל חלק מהמידע השמור במכשיר (מידע המופיע לפני פתיחת הנעילה – Before first BFI – unlock). עם זאת, ככלל זהו מידע מצומצם בהיקפו אל מול היקף המידע שניתן לגשת אליו כאשר המכשיר אינו נעול (AFI – After first unlock). להרחבה על היכולות הטכנולוגיות של רשויות אכיפת החוק והקשיים עימן הרשויות "החיסיון מפני מתמודדות בהקשר זה, ראו, למשל, חיים ויסמונסקי ועמוס איתן הפללה עצמית: בחינה מחודשת בראי הטכנולוגיה" משפטים נא 843 (2022).

¹³⁵ יצחק עמית **חסיונות ואינטרסים מוגנים – הליכי גילוי ועיון במשפט האזרחי והפלילי** 889 (2021).
¹³⁶ להרחבה ראו יגאל בלפור וגיל שפירא "ונשמרתם לאצבעותיכם: חובתו של חשוד לסייע לחיפוש במכשיר סלולארי ושימוש בכח לשם פתיחת מכשיר הנעול באמצעות טביעת אצבע" **הסניגור** 267 (2019). לעמדה אחרת – לפיה גם אם החיסיון

גם סוגיית חוקיות השימוש בכוח כנגד נחקר כדי להתגבר על נעילת המכשיר הנייד טרם הוכרעה בפסיקת בתי המשפט. מעבר להתייחסות האגבית בעניין זינו אליה הפנינו לעיל, סוגיה זו התעוררה במספר מקרים נוספים לאחרונה. כך למשל, במ"י (שלום ת"א) 40333-12-20 **משטרת ישראל נ' בר ציון** (החלטה מיום 18.12.2020; ייצוג על ידי עו"ד שירה קידר), במסגרת דיון מעצר בית המשפט ציין כי מוקדם יותר הוא נעתר לבקשה להוצאת צו חיפוש (במעמד צד אחד), ובמהלך הדיון הטוען המשטרתי ציין כי "במידת הצורך יופעל כוח סביר". בהקשר זה קבע בית המשפט כי: "דעתי היא שאין מקום להפעיל כוח, סביר או לא סביר, על מנת להתגבר על הקושי שעניינו בקוד הכניסה שכן הדבר מעורר קשיים משפטיים עצומים. בנוסף, ובנסיבות תיק זה, היחידה החוקרת פנתה לבית המשפט וביקשה צו חדירה לטלפון. מבוקשה ניתן לה ולא התבקשתי מעבר לכך. בנסיבות העניין חל איסור על היחידה החוקרת להפעיל כוח סביר או בלתי סביר, על מנת להתגבר על מכשולים טכניים כאלה או אחרים. צו החיפוש יתבצע ככתבו וכלשונו, כפי שהתבקש, ולא מעבר". כן ראו מ"י (שלום ראשון לציון) 55518-21-04 **מדינת ישראל נ' אבו גאמע** (החלטה מיום 26.4.2021; ייצוג על ידי עו"ד איתי שוחט), שם נדונה בקשת מעצר לצרכי חקירה שהוגשה על ידי המשטרה, כאשר במהלך הדיון התברר כי המשטרה ניסתה להפעיל כוח על החשוד על מנת לפתוח את נעילת הטלפון הנייד שלו לשם מימוש צו חיפוש בטלפון הנייד שהוצא על ידי בית המשפט בשלב מוקדם יותר (במעמד צד אחד). בהחלטתו בעניין המעצר, בית המשפט ציין כי צו החיפוש שניתן על ידו לא כלל אפשרות להפעיל כוח לצורך פתיחת המכשיר ועל כן היחידה החוקרת נדרשה לפעול על פי הוראות הצו כלשונו ולא הייתה רשאית להפעיל כוח לצורך פתיחת המכשיר. בית המשפט ציין כי ככל שהיחידה החוקרת תבקש להפעיל כוח לשם פתיחת המכשיר – יהיה עליה להצטייד בהנמקה משפטית ראויה ויתקיים דיון עקרוני בסוגיה (למותר לציין כי בקשה כזו לא הוגשה על ידי המשטרה לאחר החלטת בית המשפט).

תפיסת מכשירי טלפון ניידים על ידי המשטרה והשבתם לידי נחקרים

סוגיה נוספת בה עסקה הסניגוריה הציבורית בהקשר זה נוגעת לתפיסת מכשירי טלפון ניידים של נחקרים. ניסיונה של הסניגוריה הציבורית לימד כי מכשירי הטלפון הניידים של נחקרים נתפסו במקרים רבים על ידי משטרת ישראל, גם כאשר לא התבצע חיפוש במכשיר הטלפון לאחר תפיסתו. אמנם, במרבית המקרים הטלפונים הניידים מושבים חזרה לידי הנחקרים – אך הדבר נעשה לעיתים לאחר ימים ושבעות ארוכים, ורק לאחר פניות אקטיביות מצד הנחקרים (או באי כוחם) אל המשטרה.

בשים לב לפגיעה הקשה בזכויות הנחקרים אשר נובעת מתפיסת מכשירי הטלפון הניידים שלהם והותרתם בידי משטרת ישראל, פנתה הסניגוריה הציבורית אל משטרת ישראל במאי 2021, וביקשה כי ייקבע במסגרת הנחיות המשטרה כי תפיסת מכשיר תיעשה אך ורק במקרים בהם ישנה כוונה לערוך חיפוש במכשיר (או במקרים החריגים יחסית שבהם ישנה כוונה לחלט את המכשיר). במקרים בהם טרם התקבלה החלטה האם לערוך חיפוש במכשיר או לחלופין – ביקשה הסניגוריה הציבורית כי ייקבע פרק זמן קצר ביותר לשם קבלת החלטה כאמור, בדומה לפרק הזמן המקסימאלי לעיכובו של אדם שבסופו צריכה המשטרה להחליט האם לעצור אותו או לשחררו לדרכו. בנוסף, הסניגוריה הציבורית עמדה על כך שבמקרים בהם אין כוונה לבצע חיפוש – ככל שהמכשיר נתפס על ידי המשטרה – החובה להשיב את המכשיר לנחקר מוטלת על המשטרה עצמה.

במענה לפנייה מחודש יולי 2021, נמסר כי משטרת ישראל הפיצה רענון להנחייה בנושא, לפיו הממונה על החקירה יבחן את מידת נחיצותו של המכשיר כבר בסמוך לאחר תפיסתו; ונחיצות זו תשוב ותבחן גם בהמשך

מפני הפללה עצמית מגן על סיסמא מסוג קוד, עדיין נתונה לרשויות החקירה האפשרות להפעיל כוח כנגד נחקר על מנת להתגבר על נעילת המכשיר הנייד (כאשר מדובר במכשיר אשר ננעל על ידי טביעת אצבע או זיהוי פנים), ראו חיים ויסמונסקי ועמוס איתן "השימוש בכוח סביר לשם התגברות על הגנת סיסמה והצפנה: הצדקות וביקורת" **הסניגור** 268 (2019).

החקירה, במידה והוחלט על ביצוע חיפוש במכשיר. במידה ויוחלט כי אין צורך במכשיר, יושב לאדם ממנו נלקח ללא דיחוי.

גם במישור הייצוג בתיקים, קידמה הסניגוריה הציבורית בשנה החולפת טיעונים הנוגעים לסוגיית תפיסת מכשירי טלפון ניידים על ידי המשטרה והחזרתם לידי הנחקרים, לרבות בשלב ניהול המשפט – במקרים בהם נאשמים ביקשו כי תתבצע פריקה נוספת של מידע מתוך המכשיר הנייד, מידע אשר לא אותר על ידי המשטרה בשלב החקירה.

בבש"פ 46/21 **אמסלם נ' מדינת ישראל** (החלטה מיום 7.1.2021; ייצוג על ידי עוה"ד שרון רינגר, לירון מלכה וסיגל דבורי) נדון עניינו של נאשם אשר מכשיר הטלפון הנייד שלו נתפס בשלב החקירה ואף בוצע בו חיפוש בהתאם לצו בית משפט. לאחר הגשת כתב האישום, בשלב ניהול ההליך עצמו – ביקש הנאשם כי יתבצע במכשיר חיפוש נוסף – על ידי מומחה מטעם ההגנה, ותוצרי הפריקה יועברו לידי ההגנה, במעמד צד אחד, וזאת לצורך הפקת ראיות הזמה לעדות המתלוננת, מתוך חומר שלא הופק מהפריקה הראשונה. בקשה זו נדחתה על ידי בית המשפט המחוזי בחיפה, והוגש על כך ערר לעליון. במהלך הדיון בערר, הסכימה המדינה כי הטלפון הנייד של הנאשם יעבור פריקה נוספת בידי מומחה ההגנה (במשרדי היחידה החוקרת) ויועבר לידיה בלבד, כאשר במסגרת ההסכמה, הפרקליטות שמרה לעצמה את זכותה – במקרה שיוגשו תוצרים לבית המשפט מתוך החומר שיופק – לבקש מבית המשפט אישור להשלמת חקירה בנושא פריקת הטלפון והגשת תוצרים נוספים לבית המשפט.

להחלטות דומות של בתי המשפט ראו גם: ה"ת (שלום תל אביב) 7657-01-22 **גוטמן נ' מדינת ישראל** (החלטות מהימים 18.1.2022 ו-30.1.2022; ייצוג על ידי עו"ד אורן שי), במסגרתן התיר בית המשפט להגנה לעיין ולהעתיק את שני הטלפונים של הנאשם התפוסים על ידי המשטרה באמצעות מומחה מטעם ההגנה; וכן ה"ת (מחוזי מרכז) 21933-04-22 **טחלב נ' מדינת ישראל** (החלטה מיום 4.5.2022; ייצוג על ידי עו"ד מרי גונטר), במסגרתו ביקשה ההגנה להשיב לנאשמת טלפון נייד שנתפס מידיה בשלב החקירה – במהלכה המכשיר של הנאשמת נפרק, וחלק מתוצרי הפריקה, בהן נמצאו ראיות רלוונטיות, הועברו לעיון ההגנה. במהלך ניהול המשפט הנאשמת ביקשה לקבל חזרה את המכשיר לידיה, ובעקבות כך התברר כי מלוא החומר שהופק בפריקה לא גובה על ידי המשטרה, כך שבידיה נותרו רק חלק מתוצרי הפריקה. בעקבות זאת, הפרקליטות הסכימה להשבת המכשיר לנאשמת, בתנאי שזאת תסכים לפריקה של הטלפון מחדש והעברת תוצרי הפריקה לפרקליטות. הנאשמת סירבה לכך – והסוגיה הובאה לפתחו של בית המשפט. בדיון שהתקיים, הסכימו הצדדים כי תוכן הטלפון יועתק על ידי המדינה, אך ייאסר עליה לצפות בו, אלא לפי צו חיפוש חדש של בית המשפט – וכי לאחר השלמת הפריקה על ידי המדינה המכשיר הנייד יושב לידי הנאשמת.

שימוש בטכנולוגיות מתקדמות אל מול הזכות החוקתית לפרטיות

עד כה הוצגו סוגיות המתעוררות ביחס לחיפוש בחומרי מחשב בכלל, ובטלפונים ניידים בפרט, והקשיים שחיפושים אלו מעוררים אל מול זכות היסוד החוקתית לפרטיות וזכויות נוספות. ברם, השימוש ההולך וגובר בטכנולוגיות מתקדמות על ידי רשויות החקירה מעלה שורה של סוגיות נוספות הנסובות סביב המתח שבין הזכות החוקתית לפרטיות לבין צרכי רשויות החקירה.

בחודש ינואר 2022, פורסמו בכלי התקשורת כתבות ותחקירים ובהם טענות בדבר שימוש שלא כדין שמבצעת לכאורה משטרת ישראל ברוגלה המאפשרת לחדור מרחוק לטלפונים ניידים (בניגוד לחיפוש "רגיל" במחשבים ובטלפונים ניידים המחייב חיבור פיזי של המחשב או הטלפון הנייד לחומרה ולתוכנה של משטרת ישראל). בעקבות פרסומים אלו, הורה היועץ המשפטי לממשלה דאז להקים צוות שנועד "לבחון באופן שיטתי ויסודי את ההיבטים הנוגעים להאזנה על דרך של תקשורת בין מחשבים", בראשותו תעמוד המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט פלילי), עו"ד עמית מררי. יוער, בהקשר זה, כי עמדת המדינה היא שהחוק מאפשר לה לבצע

"האזנת סתר לתקשורת בין מחשבים" – במסגרתה מוסמכות הרשויות, לאחר קבלת צו מתאים, ליירט מידע העובר בין מחשבים ב"זמן אמת", אך לא ניתן לבצע "חיפוש סמוי", בו מתבצעת חדירה לחומרים השמורים במחשב או בטלפון הנייד.

ביום 25.1.2022, פנתה הסניגורית הציבורית הארצית, עו"ד ענת מיסד-כנען, אל היועץ המשפטי לממשלה דאז וביקשה כי במסגרת הצוות תיבחנה גם שאלות הנוגעות לפגיעה בזכויותיהם של חשודים ונאשמים כתוצאה משימוש בתוכנות מסוג זה, בשלב החקירה ובהליך העיקרי, והצעדים שראוי לנקוט בעקבות כך. זאת – הן ביחס למקרים בהם יתברר כי נעשה שימוש בתוכנות ללא צו שיפוטי מראש, והן ביחס למקרים בהם השימוש בתוכנות נעשה לאחר קבלת צו שיפוטי. עוד עמדה הסניגוריה הציבורית במסגרת הפנייה על כך שבמקרים בהם משטרת ישראל פונה אל בית המשפט ומבקשת היתר לבצע האזנת סתר ל"תקשורת בין מחשבים", יש לפרט בפני בית המשפט את מלוא המידע הרלוונטי – ובכלל זה אודות יכולותיו הטכנולוגיות של הכלי בו ייעשה שימוש – תוך הבהרה באילו מן היכולות הטכנולוגיות של הכלי בכוונת משטרת ישראל לעשות שימוש, ואילו מגבלות בכוונתה להטיל על השימוש בכלי.

בנוסף, במסגרת הפנייה – הבהירה הסניגוריה הציבורית כי בעת שימוש ביכולות טכנולוגיות מתקדמות על ידי רשויות אכיפת החוק, יש ליתן את הדעת להתאמת היכולות הטכנולוגיות למסגרת החוקית הקיימת, ולצורך בהסדרה חקיקתית ורגולטורית של השימוש בכלים טכנולוגיים מתקדמים. בהקשר זה, הסניגוריה הציבורית עמדה על כך שאין זו הפעם הראשונה בה רשויות המדינה מצטיידות בכלים טכנולוגיים משוכללים, ללא הסדרה חוקית של הסוגיה מבעוד מועד – תוך ניסיון להסדירה בדיעבד, לאחר שכבר הוצבו "עובדות בשטח" – כפי שנעשה בנוגע לרישות הערים במצלמות ולמערכת "עין הנץ" (ראו הרחבה להלן).

בעקבות הפנייה, זומנו נציגי הסניגוריה הציבורית להציג את עמדתם בפני צוות הבדיקה בראשות המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (פלילי) – ובמסגרת זו הציגו את עמדת הסניגוריה הציבורית באשר לאופן שבו על רשויות אכיפת החוק לפעול בכדי לעמוד בהוראות הדין והפסיקה ולהקפיד כי הפגיעה בזכויותיהם של חשודים ונאשמים לא תעלה על הנדרש.

יצוין כי אחד התיקים המרכזיים המנוהלים על ידי הסניגוריה הציבורית בו מתעוררות שאלות הנוגעות לראיות דיגיטאליות ודרך השגתן הוא תפ"ח 42209-04-19 **מדינת ישראל נ' סילבר ואח'** (ייצוג על ידי עוה"ד איתי בר עוז וניצן ביילין), הידוע בתור פרשת ה"טלגראס". לאחר הפרסומים בתקשורת אודות שימוש משטרת ישראל ברוגלות – פנו הסניגורים המייצגים בהליך אל המדינה, ובהמשך – אל בית המשפט, בעתירה לגילוי ראיות חסויות, על מנת לברר האם בתיק נעשה שימוש ברוגלות ובאיזה אופן. בעקבות פניות אלו, הודיעה לאחרונה המדינה כי בתיק בוצעו לכל הפחות שתי האזנות סתר לתקשורת בין מחשבים בהן, לצד יירוט מידע ב"זמן אמת", בוצע גם חיפוש סמוי במסגרתו הועתק מידע אשר היה שמור בטלפון הנייד; חיפוש שכאמור לעיל גם לשיטת המדינה אין בסמכותה לקיים. בעקבות זאת שמיעת הראיות בתיק הופסקה וחודש הדיון בעתירה לגילוי ראיה שהוגשה על ידי ההגנה – דיונים אשר מתנהלים במהלך כתיבת שורות אלו.

יכולת טכנולוגית מתקדמת נוספת לה התוודעה הסניגוריה הציבורית לאחרונה היא "איכון הפוך" – במסגרתו מועברים למשטרת ישראל נתוני התקשורת של כלל בעלי המנויים ששהו בתא שטח מסוים, מבלי שיש חשד מסוים ביחס אליהם. במסגרת ת"פ (שלום באר שבע) 13443-05-21 **מדינת ישראל נ' אבו רקייק** (ייצוג על ידי עוה"ד טאהר אלמכאווי וליל פטישי), התגלה כי לצורך גילוי זהותם של חשודים בגניבת רכב, קיבלה משטרת ישראל את נתוני התקשורת של כלל בעלי המנויים ששהו בתא שטח שבו נגנב רכב ובתא שטח נוסף – כאשר הצלבת הנתונים הביא לאיתור המנוי החשוד. לעמדת הסניגוריה הציבורית, המצב החוקי הנוכחי אינו מאפשר לעשות שימוש בטכנולוגיית איכון הפוך, שכן קבלת נתוני תקשורת בהתאם לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות

אכיפה – נתוני תקשורת), התשס"ח-2007 אפשרית רק ביחס לאדם החשוד בביצוע עבירה, ולא ניתן לפגוע בפרטיותם של כל הנמצאים בתא שטח מסוים מבלי שמינוחם להם חשד פרטני למעורבות בעבירה.¹³⁷

כפי שהוזכר לעיל, אחת הטכנולוגיות המתקדמות בהן עושה משטרת ישראל שימוש בשנים האחרונות היא מערכת "עין הנץ" – מערכת המבוססת על טכנולוגיה לזיהוי אוטומטי של לוחיות רישוי, המאפשרת למשטרה לאתר, לעקוב, לצלם ולזהות לוחיות רישוי של כלי רכב בזמן אמת. למערכת שני שימושים עיקריים – האחד, יצירת התרעות בזמן אמת אודות כלי רכב ונהגים "מבוקשים", והשני, יצירת מאגר מידע על תנועת כלי רכב ונהגים שהמערכת זיהתה, לרבות המיקום והמועד שבו נסעו, לשם התחקות, תיעוד ומעקב עתידיים. כנגד השימוש במערכת הוגשה עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק (בג"ץ 641/21 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל**), וביום 11.1.2022, בית המשפט העליון הוציא צו על תנאי המורה למדינה "לבוא וליתן טעם מדוע לא תחדל מלעשות שימוש במערכת "עין הנץ" עד אשר יוסדר השימוש בה בחקיקה מתאימה" (בג"ץ 641/21 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל** (החלטה מיום 11.1.2022)).

מערך להעלאת טענות בפני ערכאות פליליות כנגד השימוש במערכת "עין הנץ" בתיקים בייצוג הסניגוריה הציבורית (ראו, למשל, פ"ל (תעבורה ירושלים) 63-08-19 **מדינת ישראל נ' דענא** (החלטה מיום 23.6.2020); ייצוג על ידי ידי עו"ד וסים עומר דראושה), ביום 3.5.2021 פנתה הסניגוריה הציבורית אל מפכ"ל משטרת ישראל בנוגע לשימוש במערכת בתיקים פליליים. במסגרת הפנייה, עמדה הסניגוריה הציבורית על כך שהשימוש במערכת "עין הנץ" מהווה שינוי מהותי בתפיסת ההפעלה של רשויות אכיפת החוק את כלי האכיפה העומדים לרשותן, ומחייב קביעת מערך הולם של איזונים ובלמים – הן לגבי האופן בו נערכת רשימת הרכבים והנהגים מולם מצליבה מערכת "עין הנץ" את מספרי לוחיות הרישוי; הן לגבי האופן בו מעודכנת רשימת הרכבים ונהגים; והן לגבי השימוש במערכת לצרכי איכון. עוד עמדה הסניגוריה הציבורית על כך שבמספר תיקים נעשה ניסיון מטריד של המשטרה להסוות את השימוש ב"עין הנץ", ולשוות למקרים האלו נופך "תמים", לפיו החיפושים בוצעו בשל דברים שהשוטרים קלטו בחושיהם אגב פעילות שגרתית, וללא קשר לשימוש ב"עין הנץ". על כן, הסניגוריה הציבורית ביקשה כי משטרת ישראל תפרסם לציבור את תפיסת ההפעלה באשר לשימוש במערכת "עין הנץ" על ידי המשטרה, וכי תיערך הבהרה לפיה לא ניתן לחסות את עצם השימוש במערכת "עין הנץ" בהליכים פליליים – וכאשר פעולות אכיפה שביצעה המשטרה מבוססות על שימוש במערכת "עין הנץ", הדבר חייב להיות גלוי לנאשמים במסגרת ההליך הפלילי.

במסגרת העתירה כנגד מערכת "עין הנץ", הציגה המדינה עמדה כי לשיטתה המצב החוקי הקיים מאפשר לה לעשות שימוש במערכת "עין הנץ" גם בהיעדר הסדרה חוקית ייעודית. עם זאת, במקביל לניהול ההליך פורסמה הצעת חוק לתיקון פקודת המשטרה [נוסח חדש] (תיקון-מערכות צילום מיוחדות), התשפ"ב-2022, במסגרתה הוצע להסדיר את הצבתן ופריסתן של מערכות צילום מיוחדות במרחב הציבורי – הן מערכות המאפשרות גילוי אוטומטי של לוחיות רישוי (מערכת "עין הנץ"), והן מערכות מתקדמות נוספות, ובכלל זאת מערכות ביומטריות המאפשרות זיהוי פנים. הסניגוריה הציבורית הגישה עמדתה ביחס להצעת החוק, והדגישה כי חקיקה המסדירה את הפעלתן של מערכות צילום מיוחדות שנועדו לאסוף מידע פרטי רגיש ורב על כלל האוכלוסייה, מקימה חשש ממשי לפגיעה ברף הגבוה ביותר בזכויות יסוד חוקתיות, ואינה מציבה מנגנוני בקרה ראויים או מספקים – וקראה להסדרתה של מערכת איזונים ובלמים קפדנית יותר להפעלת מערכות הצילום המיוחדות. בפרט, עמדה הסניגוריה הציבורית על כך ששימוש במערכות צילום מתקדמות מחייב קביעת מנגנון חוקי מחייב לקבלת היתר

¹³⁷ להרחבה נוספת על אי-החוקיות הטמונה בשימוש בטכנולוגיית "איכון הפוך", ראו פניית האגודה לזכויות האזרח אל היועץ המשפטי של משטרת ישראל מיום 28.4.2022 ([הפנייה זמינה לעיון כאן](#)).

בצו שיפוטי לצורך שימוש במערכות אלה, הן לצורך הכללת נתוניו של אדם במערכת לשם ניטורו בזמן אמת, והן לצורך שלילת נתונים רגישים אודותיו ממאגרי המידע בדיעבד.

זיכויים מרכזיים בשנה החולפת

כמפורט לעיל, לצד עשייה מוסדית ענפה של הסניגוריה הציבורית בנושאים אליהם התייחסנו, הושם דגש רב גם על ייצוג בתיקים. לצד ההישגים המוזכרים לעיל, בשנה החולפת ניתנו מספר זיכויים בולטים בתחום הסייבר והראיות הדיגיטליות:

- ע"פ (מחוזי מרכז) 16323-10-20 **טקלו נ' מדינת ישראל** (החלטה מיום 28.12.2020; ייצוג על ידי עו"ד גיא עין צבי) ו-ת"פ 54680-10-19 **מדינת ישראל נ' טקלו** (החלטה מיום 6.8.2020; ייצוג על ידי עו"ד גיא עין צבי) כתב האישום ייחס לנאשם מספר עבירות סחר בסמים, אשר התבססו בעיקרן על תוצרי חיפוש שנערך במכשיר הטלפון הנייד של הנאשם.

בית משפט השלום הורה על זיכוי חלקי של הנאשם מן העבירות, לאחר שפסל את תוצרי החיפוש בטלפון הנייד, שכן אלו הושגו בחיפוש לא חוקי. בשלב החקירה, משטרת ישראל פנתה אל בית המשפט וקיבלה צו חיפוש – בעילה של "חשד לביצוע עבירות רכוש" ותוך קביעה מפורשת שלא ניתן לעשות בצו שימוש חוזר, יותר מפעם אחת. לאחר ביצוע חיפוש זה, במסגרתו עלה חשד כי הנאשם ביצע עבירות של סחר בסמים (ולא עבירות רכוש, כפי שצוין בצו החיפוש), חוקר משטרה נטל לידיו **פעם נוספת** את מכשיר הטלפון עצמו (להבדיל מתוצרי הפריקה של הטלפון שהופקו במסגרת החיפוש הראשון), וביצע בו "חיפוש ידני" – פתיחת תוכנת הטלגרם במכשיר ואיתור תכתובות המעידות על סחר בסמים. בהמשך לחיפוש ידני זה – המשטרה פנתה **בשנית** אל בית המשפט וביקשה להוציא צו חיפוש נוסף לחדירה למכשיר הטלפון הנייד ובית המשפט נעתר לבקשה. במסגרת הכרעת הדין, בית המשפט קבע כי החיפוש הידני שנערך על ידי החוקר בוצע שלא כדין ובחוסר סמכות, משום שמדובר בחיפוש שנעשה תוך חריגה בוטה מתנאי הצו הראשוני, שלא על ידי חוקר מחשב מיומן, ללא תיעוד וללא שהופקו כדין תוצריו – ובהמשך לכך פסל את תוצרי החיפוש מלשמש כראיות במשפט. חלק מן הראיות הנוספות שהושגו בתיק – הודעות של קונים שרכשו מהנאשם סמים, נפסלו אף הן לאחר שנקבע שהן ראיות נגזרות מהחיפוש הידני הלא חוקי. ביחס לאחת ההודעות נקבע כי היא אינה מהווה ראיה נגזרת – ועל כן, בית משפט השלום הרשיע את הנאשם בעבירה אחת של סחר בסמים. על כך הוגש ערעור לבית המשפט המחוזי – לו הסכימה הפרקליטות, ובית המשפט המחוזי הורה על זיכוי של הנאשם אף מן האישום הבודד בו הורשע – כך שבסופו של יום זוכה הנאשם מכלל האישומים כנגדו.

- ת"פ (שלום חיפה) 47806-11-19 **מדינת ישראל נ' פלוני** (החלטה מיום 6.10.2021; ייצוג על ידי עו"ד נאג'י עאמר) כנגד הנאשם הוגש כתב אישום שייחס לו ניסיון לבצע עבירות מין בקטינה באמצעות הרשת – על רקע התכתבות שניהל עם שוטרת שהציגה עצמה כציאט כקטינה בת 13. הנאשם טען כי לא הוא זה שניהל את ההתכתבות.

בית המשפט קיבל את טענת ההגנה לפיה לא ניתן לדעת כי כתובת ה-IP, המשמשת לזיהוי מחשבים ברשתות תקשורת, ממנה בוצעה ההתכתבות אכן שייכת לנאשם, בין היתר בשים לב לכך שהעד מטעם האתר בו בוצעה ההתכתבות לא יכול היה לספק מידע על דרך איסוף הנתונים בחברה או להסביר כיצד מתבצעת ההגנה מפני חדירה לחומר המחשב או מפני שיבוש בעבודת המחשב. בנוסף, בית המשפט ביקר את המשטרה על כך שלא ביצעה פריקה של מחשב הנאשם שנתפס בחקירה. על כן, בית המשפט זיכה את הנאשם מן המיוחס לו.

- תפ"ע (שלום ירושלים) **מדינת ישראל נ' פלוני** (החלטה מיום 21.6.2021; ייצוג על ידי עו"ד דוד ברהום) כתב האישום ייחס לנאשם עבירות מין, בגין ניהול תכתובת בעלת אופי מיני עם קטינה ברשת החברתית

"אינסטגרם". הנאשם כפר במיוחס לו וטען כי לא הוא שהתכתב עם המתלוננת – כאשר לדבריו, ההתכתבות אמנם הייתה מחשבון האינסטגרם שלו, אך הוא הפסיק לעשות בו שימוש כשנה לפני המועד בו בוצעה ההתכתבות עם הקטינה, והוא אינו יודע מי התכתב בשמו עם המתלוננת.

בית המשפט זיכה את הנאשם, בקבעו כי משטרת ישראל לא בדקה את חשבון האינסטגרם של הנאשם על מנת לבדוק את טענתו שלא השתמש בו בתקופה הרלוונטית; כי המידע על כתובת ה-IP שהתקבל מספקית התקשורת כלל לא התייחס לתקופה הרלוונטית לביצוע העבירות; וכי החוקרים הסתפקו בקבלת צילומי מסך של ההתכתבויות מטעם המתלוננת – אך לא העתיקו את ההתכתבויות במלואן מחשבון האינסטגרם של המתלוננת – כך שכלל לא ניתן לדעת את תאריכי ההתכתבות ותוכנה המלא. מטעמים אלו, הורה בית המשפט על זיכוי הנאשם מן המיוחס לו.