

תוכן עניינים

מבוא	3
דנ"פ 1062/21 אוריך	4
הזכות לפרטיות	10
תיאוריות שונות של הזכות לפרטיות	12
חילוקי הדעות בפרשת אוריך על בסיס התיאוריות השונות	16
הזכות להישכח	19
סיכום	21
רשימה ביבליוגרפית	23

מבוא

בעבודה אבקש לדון בתיאוריות שונות של הזכות לפרטיות, וליישם אותן על פסק הדין שניתן לאחרונה בעניין אורִיך¹. בפסק דין זה התגלעו חילוקי דעות בין השופטים בקשר לשאלה האם דיונים בבקשות למתן צו לחדירה וחיפוש בתוכן מחשב, לפי סעיף 23א(ב) לפקודת החיפוש², צריכים להיעשות במעמד שני הצדדים, ולחשוד יש זכות טיעון, או במעמד צד אחד שבו לחשוד אין זכות טיעון. עמדת הרוב בפסק הדין, מפי השופטת חיות, הייתה כי ככלל דיונים כאלה צריכים להיעשות במעמד צד אחד, ואין חובה לאפשר לחשוד זכות טיעון בדיונים הללו. בכך אימצה השופטת חיות את הפרקטיקה הנוהגת בבתי המשפט, לפיה צווים לחדירה ולחיפוש בתוכן מחשב ניתנים במעמד צד אחד, המשטרה בלבד, ומבלי שיש לחשוד זכות טיעון. עמדת המיעוט בפסק הדין, של השופט אלרון, הייתה כי יש לשנות את הפרקטיקה הנוהגת, וככלל דיונים בבקשות לצווים מכוח סעיף 23א(ב) לפקודת החיפוש צריכים להיעשות במעמד שני הצדדים.

כל אחת מהדעות השונות התבססה על נימוקים שונים, הנוגעים לתכליות של סעיף 23א(ב), התכלית הסובייקטיבית והתכלית האובייקטיבית, ההיסטוריה החקיקתית של הסעיף, ההשוואה להסדרים מקבילים אחרים בפקודת החיפוש ועוד. בעבודה אבקש להציע דרך הסתכלות חדשה על הדעות השונות בפסק הדין, ולהראות כי כן נוגעות לתיאוריות השונות בקשר להגדרת הזכות לפרטיות, וכי כל אחת מהדעות החלוקות יכולה להתבסס על תיאוריה אחרת בקשר לזכות לפרטיות.

הזכות לפרטיות מוכרת היטב במשפט הישראלי, והיא הוגדרה כאחת מזכויות האדם החשובות. למרות זאת, ישנה הבנה לכך שמדובר בזכות עמומה, שיש קושי להגדיר אותה. במהלך השנים נעשו ניסיונות, בעולם הרחב וגם בארץ, להגדיר את הזכות החמקמקה הזאת. בעבודה אתמקד במספר תיאוריות בולטות: ההגדרה הבסיסית של הזכות לפרטיות של המלומדים וורן וברנדייס היא כי הזכות לפרטיות משמעותה הזכות להיעזב במנוחה. פרופ' גביזון מגדירה את הפרטיות כגישה. הלן ניסנבאום מגדירה את הפרטיות כהקשר. המלומד וסטין שאליו הצטרף פרופ' בירנהק מגדירים את הפרטיות כשליטה. בעבודה אסקור את התיאוריות השונות ואת ההבדלים ביניהם, ואצביע על הקשר שבין התיאוריות השונות לגבי הזכות לפרטיות לבין חילוקי הדעות שהתגלעו בעניין אורִיך בקשר לשאלה האם דיונים מכוח סעיף 23א(ב) לפקודת החיפוש צריכים להיערך במעמד שני הצדדים או במעמד צד אחד. חשוב להבהיר, כי אין בכוונתי "לתפוס צד" בחילוקי הדעות הללו, ולהכריע ביניהם. כוונתי היא רק להראות כי כל אחת מהדעות החלוקות יכולה להתבסס על תיאוריות שונות של הזכות לפרטיות.

בפרק הראשון של העבודה אסקור את פסק הדין בעניין אורִיך. הסקירה היא ארוכה יחסית, גם בגלל שפסק הדין עצמו הוא ארוך יחסית (למעלה מ-140 עמודים) וגם בגלל שהניתוח שאעשה על בסיס התיאוריות השונות של הזכות לפרטיות נוגע להיבטים רבים בפסק הדין. בפרק השני אציג את העמימות שישנה בפסיקה ביחס לזכות לפרטיות. בפרק השלישי אציג תיאוריות שונות ומרכזיות המבקשות להגדיר את הזכות לפרטיות. בפרק הרביעי אנתח את חילוקי הדעות בעניין אורִיך על בסיס התיאוריות השונות של הזכות לפרטיות.

¹ דנ"פ 1062/21 יונתן אורִיך נ' מדינת ישראל, (פורסם בנבו, 11.01.22). (להלן: "פרשת אורִיך").
² פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969. (להלן: "פקודת החיפוש").

דנ"פ 1062/21 אור"ד

ממש לאחרונה ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון, שניתן בדיון נוסף בעניין אור"ד. בפסק דין זה קבע בית המשפט העליון בדעת רוב, ובניגוד לעמדת המיעוט של השופט אלרון, כי צו שיפוטי המאפשר חדירה של המשטרה לתוכן מחשב, כאמור בסעיף 23א(ב) לפקודת החיפוש, יכול להינתן במעמד צד אחד, וככלל איננו דורש דיון במעמד שני הצדדים. פסק הדין אשר שיקף את עמדת הרוב ניתן על ידי השופטת חיות, אשר סברה כאמור כי דיון במתן צו לחדירה לתוכן מחשב צריך להיעשות ככלל במעמד צד אחד. עמדת המיעוט של השופט אלרון הייתה שונה, ולדעתו ככלל צו שיפוטי לחדירה לתוכן מחשב צריך להינתן במסגרת דיון שנערך במעמד שני הצדדים. הנימוקים של כל אחד מהצדדים החלוקים היו מגוונים, ואסקור אותם בקצרה, ובהמשך לכך אבקש לדון בדעות החלוקות על בסיס התיאוריות השונות לגבי הזכות לפרטיות. הדעות החלוקות נגעו בין היתר לזכות לפרטיות של החשוד שכנגדו ניתן הצו, ואני אבקש להראות כי כל אחת משתי הדעות החלוקות נתמכת בתיאוריות שונות של הזכות לפרטיות.

פסק הדין כלל למעשה דיון נוסף בשני פסקי דין שניתנו קודם לכן על ידי בית המשפט העליון. פסק הדין הראשון ניתן בעניין שמעון³, ובו נקבע בדעת רוב כי מתן צו לחדירה לתוכן מחשב לפי סעיף 23א(ב) לפקודת החיפוש יכול להינתן ככלל בדיון במעמד צד אחד. פסק הדין השני ניתן בעניין אור"ד⁴, ובו נקבעו הלכות שונות במעט, לגבי האופן שבו ניתן לערער על צו שיפוטי לחדירה למחשב, ולגבי המועד שבו יש להגיש ערעור שכזה, באופן מידי או רק במסגרת ערעור בסוף ההליך העיקרי. בית המשפט העליון סבר כי כל השאלות הללו קשורות זו בזו, ולכן איחד את הדיון הנוסף לגבי שני פסקי הדין הללו. בעבודה אני לא אתמקד בשאלות הנוספות שנדונו בעיקר בעניין אור"ד הראשון, אלא רק בשאלה כיצד צריך להינתן צו שיפוטי לחדירה לתוכן מחשב – במעמד צד אחד או במעמד שני הצדדים.

הנסיבות שנדונו בפרשת שמעון היו כדלהלן: שמעון עוכב לחקירה במשטרה בעקבות חשד שהיה כנגדו בקשר לסחר בסמים מסוכנים. במסגרת החקירה תפסה המשטרה את הטלפון הנייד של שמעון, מאחר וסברה כי הדבר נדרש לצרכי החקירה. בחקירתו הכחיש שמעון את החשדות כנגדו, ובסיום החקירה הוא שוחרר למעצר בית. מספר ימים לאחר מכן, הגיש שמעון בקשה לבית משפט השלום להחזרת הטלפון התפוס, מכוח סעיף 34 לפקודת החיפוש. בית משפט השלום נתן החלטה לפיה המשטרה איננה צריכה בשלב זה להחזיר את הטלפון, אולם אסור למשטרה לעשות חיפוש וחדירה למכשיר הטלפון, וככל שעם התקדמות החקירה תגלה המשטרה כי מתעורר צורך לעשות חיפוש בטלפון עליה להגיש בקשה לבית המשפט למתן צו המאפשר את החיפוש. יום למחרת הגישה המשטרה בקשה למתן צו חיפוש בטלפון, אשר הובאה בפני שופט אחר, ואותו שופט נתן צו חיפוש רחב שלא הוגבל בתנאים. משכך, הגישה המשטרה בקשה בהליך הראשון, הליך החזרת התפוס, שבו ביקשה מהשופט הראשון שאסר על ביצוע חיפוש בטלפון, לבטל את החלטתו לאור הצו החדש המאפשר את החיפוש. לאחר שהתקיימו מספר דיונים, הורה בית המשפט הראשון על ביטול החלטתו הראשונה, ונתן צו חיפוש בשל ההתפתחויות שהיו בחקירה. הבעיה הייתה, שצו החיפוש ניתן במעמד צד אחד, המשטרה בלבד, והדיון שבסופו ניתן הצו לא התקיים במעמד שני הצדדים. שמעון הגיש על החלטה זו ערעור לבית המשפט המחוזי, אשר נדחה, בנימוק לפיו לא ניתן להגיש

³ בש"פ 5105/20 יואל יולי שמעון נ' מדינת ישראל, (פורסם בנבו, 25.05.21). (להלן: "פרשת שמעון").

⁴ בש"פ 1758/20 יונתן אור"ד נ' מדינת ישראל, (פורסם בנבו, 26.01.21). (להלן: "עניין אור"ד הראשון").