



## בבית המשפט העליון

רע"פ 10141/09

רע"פ 617/10

רע"פ 5758/10

לפני: כבוד הנשיאה (בדימ') ד' ביניש  
כבוד השופטת ע' ארבל  
כבוד השופט י' דנציגר

המבקש ברע"פ 10141/09: אברהם בן חיים

המבקש ברע"פ 617/10: יגאל גיבלי

המבקש ברע"פ 5758/10: ויקטור עייש

נגד

המשיבה ברע"פ 10141/09,  
ברע"פ 617/10  
וברע"פ 5758/10:

מדינת ישראל

רע"פ 10141/09: בקשת רשות ערעור על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב מיום 25.5.2009 בע"פ 7250/09 שניתן על ידי סגן הנשיאה ד' המר והשופטים: ע' פוגלמן, ת' שפירא

רע"פ 617/10: בקשת רשות ערעור על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה מיום 10.12.2009 בע"פ 1607-08-09 שניתן על ידי סגן הנשיאה ש' ברלינר, סגן הנשיאה י' גריל והשופטת ב' בר-זיו

רע"פ 5758/10: בקשת רשות ערעור על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה מיום 29.4.2010 בע"פ 6931-08-09 שניתן על ידי סגן הנשיאה ש' ברלינר, סגן הנשיאה י' גריל והשופטת ב' בר-זיו

תאריך הישיבה: ג' באדר ב' התשע"א (09.03.2011)

בשם המבקש ברע"פ 10141/09: עו"ד יואב ספיר; עו"ד אלקנה לייסט

בשם המבקש ברע"פ 617/10: עו"ד מוטי לוי; עו"ד יוסי טורס

בשם המבקש ברע"פ 5758/10 : עו"ד אלון נשר

ברע"פ 617/10 וברע"פ 5758/10 : עו"ד אוהד גורדון  
בשם המשיבה ברע"פ 10141/09,

בשם האגודה לזכויות האזרח (המבקשת להצטרף כידיד  
בית המשפט) :  
עו"ד אבנר פינצ'וק ; עו"ד לילה מרגלית

## פסק-דין

הנשיאה (בדימ') ד' ביניש:

1. לפנינו שלוש בקשות רשות ערעור על שלושה פסקי דין שמתעוררת בהם שאלה משפטית משותפת הנוגעת לקבילותן של ראיות חפציות שנמצאו בחיפוש שנטען כי נערכו שלא כדין. זאת, על רקע דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שנקבעה בע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461 (2006) (להלן: עניין יששכרוב). שניים מפסקי הדין נשוא בקשות רשות הערעור שלפנינו ניתנו על ידי בית המשפט המחוזי בחיפה (סגן הנשיא ש' בדלינר, סגן הנשיא י' גריל והשופטת ב' בר-זיו) ועסקו בעבירות על פקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], תשל"ג-1973 (להלן: פקודת הסמים) ופסק הדין השלישי ניתן על ידי בית המשפט המחוזי בתל-אביב (סגן הנשיא ד' המר והשופטים ע' פוגלמן ות' שפירא) ועניינו הוא בעבירה של החזקת סכין שלא כדין לפי סעיף 186 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין).

2. בשלוש הבקשות שלפנינו ראינו ליתן רשות ערעור ודנו כבערעורים גופם; וזאת, בכל הנוגע לשאלה המשפטית המשותפת שמתעוררת בהן, שלגביה העלו הצדדים טענות שונות. בטרם נידרש לשאלות המשפטיות המתעוררות במקרים שלפנינו נתאר בקצרה את השתלשלות העניינים בכל אחד מהמקרים.

רע"פ 10141/09 (להלן: עניין בן חיים)

3. ביום 28.5.2007 בשעה 8:15 בבוקר הבחינו שני שוטרים ושוטרת, שהיו בסיוור שגרתי ברחוב נווה-שאנן בתל-אביב, במבקש ודרשו ממנו להזדהות. לאחר בירור שערכו הסתבר כי המבקש "אינו דרוש" (היינו, לא היה תלוי ועומד נגדו צו מאסר) אך יש לו "רישום פלילי כלשהו". בשלב זה ביקש אחד השוטרים מהמבקש להוציא את מה

שהוא מחזיק בכיסיו. המבקש עשה זאת ואז נתגלתה סכין שהחזיק. בשלב זה נמסר למבקש כי הוא מעוכב בשל החזקת פגיון והוא הובל לתחנת המשטרה. לאחר מכן הוגש נגד המבקש כתב אישום, שבו הוא הואשם בעבירה של החזקת סכין שלא כדין.

בית משפט השלום בתל-אביב (השופט ד' מור) קבע בהכרעת דין מיום 13.1.2009 כי יש לזכות את המבקש מהעבירה שבה הואשם, כיוון שהליך החיפוש שנערך בעניינו היה בלתי חוקי, ועל כן הסכין שנמצאה במהלך החיפוש אינה קבילה כראיה. בית משפט השלום קבע כי לא היה יסוד לחשד סביר כי המבקש מסתיר אצלו חפץ אסור, כנדרש בהתאם להוראת סעיף 29 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969 (להלן: פקודת סדר הדין הפלילי או הפקודה). בהקשר זה ציין בית המשפט כי השוטר שהורה למבקש לרוקן את כיסיו טען בעדותו כי היו למבקש "כמה סימנים מחשידים", אולם לא פירט מה היו אותם סימנים מחשידים. בית המשפט הוסיף כי כוונת השוטר הייתה ככל הנראה לרישום הפלילי של המבקש; אולם הוא הפנה בהסכמה לפסק דין אחר של בית משפט השלום בו נקבע כי עצם קיומו של רישום פלילי אינו מצדיק חיפוש באדם ללא הסכמתו, וכי עבר פלילי רלוונטי תומך בקיום חשד רק בהצטרפו לראיה אחרת המקימה את החשד. משהגיע בית משפט השלום למסקנה כי החיפוש נערך ללא סמכות בדין, הוא המשיך וקבע כי בהסכמת המבקש לעריכת החיפוש אין כדי להכשירו, משום שבנסיבות האירוע לא הייתה כלל סמכות לשוטר לבקש את הסכמת המבקש לעריכת החיפוש. בהקשר זה ציין בית המשפט כי הדעת נותנת כי המבקש כלל לא היה מודע לזכותו לסרב לביצוע החיפוש והשוטר שהורה לו לרוקן את כיסיו כלל לא הודיע לו על זכות זו. עוד העיר בית המשפט כי החיפוש שנערך בכליו של אדם בהלכו לתומו ברחוב הוא בגדר "הטרדה" כמשמעותה בחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הפרטיות), והוסיף כי בהתאם לסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות חומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות, יהיה פסול מלשמש כראיה בבית המשפט. נוכח קביעתו כי הסכין שהחזיק המבקש נתפסה בחיפוש בלתי חוקי ושלא בסמכות, המשיך וקבע בית משפט השלום כי הסכין אינה קבילה כראיה, וזאת בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית שנקבעה בעניין יששכרוב. בית המשפט ציין כי החיפוש הבלתי החוקי שבו נמצאה הסכין אינו בגדר הפרה טכנית וקלת ערך של החוק אלא הוא מהווה פגיעה ממשית ומשמעותית בזכויותיו של המבקש. עוד הוסיף בית המשפט כי על אף שהסכין שנמצאה היא ראייה חפצית, שקיומה הוא נפרד מאי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגתה כראיה, אין להפריד במקרה דנן בין הפסול שבהשגת הראיה לבין אמינותה. באשר לשיקול של השפעת פסילת הראיה על עשיית הצדק במובנה הרחב ציין בית משפט השלום כי במקרה דנן אין מדובר בעבירה עם קורבן, כי אין מדובר בעבירה חמורה בנסיבותיה וכי המבקש אף לא סבר כי הוא מבצע עבירה

בהחזקת אותה סכין קטנה. מנגד, כך המשיך בית המשפט וקבע, הגיע הזמן שבית המשפט יפעיל את דוקטרינת הפסילה כאשר אנשי המשטרה חוזרים וטועים בהבנת סמכויותיהם תוך פגיעה חוזרת ונשנית בזכויות האזרח.

4. בית המשפט המחוזי בתל-אביב, בפסק דין מיום 7.7.2009 קיבל את ערעורה של המדינה על פסק דינו של בית משפט השלום והרשיע את המבקש בעבירה שיוחסה לו. בית המשפט המחוזי לא הכריע בשאלת חוקיות החיפוש וקבע כי גם בהנחה שהחיפוש היה בלתי חוקי לא היה מקום לפסול את הסכין כראיה. בהקשר זה ציין בית המשפט המחוזי כי הלכת יששכרוב לא אימצה את דוקטרינת "פירות העץ המורעל" אלא נתנה לבית המשפט שיקול דעת לגבי פסילת ראיות שהושגו שלא כדין. בהקשר זה ציין בית המשפט המחוזי כי הפגיעה במבקש - גם אם החיפוש היה בלתי חוקי - הייתה פגיעה קלה והוסיף כי ספק אם החיפוש שנערך במקרה דנן עולה כדי "חיפוש" כמשמעו בפקודה; שכן איש מהשוטרים לא נגע במבקש או בבגדיו, המבקש הוציא את הסכין מכיסו בעצמו ולא הופעלה כלפיו אלימות פיסית או מילולית. בית המשפט הוסיף עוד, כי השוטרים לא פעלו מתוך זדון כדי לפגוע במבקש ואף לא ביקשו לבצע פעולה לא חוקית במודע. כמו כן העיר בית המשפט קמא כי יש חשיבות רבה לאופיה של הראיה שהושגה, ובמקרה דנן הסכין היא ראיה חפצית, שלא ניתן להטיל פגם באמינותה ובקיומה העצמאי כראיה. בנוסף עמד בית המשפט המחוזי על חומרת העבירה של החזקת סכין ועל בסיס זה הגיע למסקנה כי המחיר החברתי של פסילת הראיה תוך העדפת האינטרס של המבקש, אינו שקול כנגד הפגיעה באינטרס הצבור ובאמון הצבור במערכות אכיפת החוק והמשפט אם תיפסל הראיה. לגופו של עניין, ציין בית המשפט המחוזי כי המבקש הודה בהחזקת הסכין הן בתשובתו לכתב האישום והן בהודעתו במשטרה. בית המשפט ציין עוד כי לפי סעיף 186 לחוק העונשין הנטל להוכיח כי החזיק את הסכין למטרה כשרה מוטל על המבקש, אולם הלה בחר שלא להעיד ולא עמד בנטל זה. הגרסה שמסר המבקש בעניין זה בהודעתו במשטרה היא כי הסכין מיועדת "לשימושים קטנים כמו קילוף תפוזים וכד'", אולם בית המשפט המחוזי ציין כי אמרות נאשם מחוץ לכתלי בית המשפט אינן יכולות להוות ראיה לזכותו. לפיכך הרשיע בית המשפט המחוזי את המבקש בעבירה של החזקת סכין שלא כדין והחזיר את הדיון בשאלת העונש לבית משפט השלום, שגזר על המבקש שישה חודשי מאסר על תנאי וקנס של 500 ש"ח או שבוע מאסר תמורתו.

5. בבקשת רשות הערעור שהגישה מטעם המבקש הסנגוריה הציבורית נתבקשנו לערוך דיון בשלוש סוגיות משפטיות, שחשיבותן חורגת, לטענת הסנגוריה, מעניינם הפרטני של הצדדים.

הסוגיה הראשונה שאליה התייחסה הסנגוריה היא חוקיות החיפוש שביצעו השוטרים במקרה דנן. על-פי הטענה בהעדר מקור הסמכה בדין לעריכת החיפוש או לאפשרות של קיום חיפוש בהסכמה, הסכמתו של מי שעורכים עליו את החיפוש איננה יכולה להכשיר את החיפוש. בהקשר זה נטען עוד כי עריכת חיפוש ללא סמכות מנוגדת לעקרון חוקיות המינהל ואף ניתן לראות בה פעולה בטלה. על-פי הנטען, במקרה דנן לא היה לשוטרים יסוד לחשד סביר נגד המבקש, כנדרש בהתאם לסעיף 29 לפקודת סדר הדין הפלילי, ועל כן החיפוש היה בלתי חוקי. עוד מוסיפה הסנגוריה וטוענת כי גם אם הסכמה יכולה להכשיר חיפוש חסר סמכות, הרי עליה להיות הסכמה מדעת, שניתנה תוך מודעות של נותן ההסכמה לזכותו לסרב לה ולאחר שזכות זו הודעה לו במפורש ובכתב. בהקשר זה הטענה היא כי בדרך כלל כששוטר ניגש לאזרח ודורש ממנו כי יסכים לחיפוש יסבור האזרח כי השוטר פועל במסגרת תפקידו וכי סירוב לבקשה עלול לגרום תוצאות קשות מבחינתו. כן מפנה היא להוראות חקיקה שונות המחייבות הסכמה בכתב של מי שמחפשים עליו, כתנאי לעריכת החיפוש. במקרה דנן, כך הטענה, לא רק שלא הובהרה למבקש זכותו לסרב לדרישת החיפוש בכיסיו אלא גם השוטרים עצמם לא היו מודעים לזכות זו.

הסוגיה השנייה שאליה מתייחסת הסנגוריה בטיעוניה היא שאלת פסילת הראיה בהתאם להלכת יששכרוב. בהקשר זה הטענה היא כי יש להחיל את הלכת יששכרוב לגבי ראיות חפציות שהושגו בחיפוש בלתי חוקי ככלל ולגבי העבירה של החזקת סכין בפרט. לפי הטענה, מבחינת דירוג עוצמת אי-החוקיות יש להבחין בין הפרה של נוהל לגבי אופן ביצוע החיפוש לבין הפרה הנוגעת לעצם עריכת החיפוש. בעניינו של המבקש, כך נטען, לא היה כל מקור הסמכה לביצוע החיפוש, ואף לא היה כנגדו חשד סביר כלשהו. הסנגוריה טוענת עוד כי העובדה שהשוטרים פעלו בתום לב אינה מפחיתה מחומרת ההפרה במקרה דנן, משום שאין מדובר בהפרה בודדת של כללי החיפוש אלא בדוגמה להפרה החוזרת ונשנית של כללים אלה על ידי המשטרה. לשיטת הסנגוריה יש להבחין גם בין מצבים בהם הראיה החפצית הייתה מתגלה גם ללא הפעלת האמצעים הבלתי חוקיים, שבהם תגבר הנטייה לקבל את הראיה על אף אי-החוקיות לבין מצבים שבהם הראיה לא הייתה באה לאויר העולם אלמלא אי-החוקיות, שבהם הנטייה תהיה, כך נטען, לפסול את הראיה. בנוסף טוענת הסנגוריה כי מבחינת התועלת החברתית שבפסילת הראיה העבירה של החזקת סכין היא עבירת מנע שאין לראותה כעבירה חמורה בהתאם לקריטריונים שנקבעו בעניין יששכרוב. בהקשר זה מפנה הסנגוריה לפסקי דין של בית משפט זה שבהם נפסלו ראיות גם לגבי נאשמים שהואשמו בעבירות של הריגה ושל רצח. הסנגוריה ממשיכה וטוענת, אפוא, כי נוכח

חומרת ההפרה שבחיפוש הבלתי חוקי, העובדה שמציאת הסכין הייתה קשורה קשר הדוק לאי-החוקיות והיותה של עבירת החזקת הסכין קלה יחסית, קבלת הסכין כראיה תביא לפגיעה מהותית ובלתי מידתית בזכותו להליך הוגן.

הסוגיה השלישית אותה מעלה הסנגוריה בטיעוניה נוגעת לאפשרות לפסול את הראיה מכוח הוראת סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות בו נקבע כי חומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות יהיה פסול לשמש ראיה בבית משפט.

רע"פ 617/10 (להלן: עניין ג'בלי)

6. המבקש הואשם בעבירה של החזקת סם מסוכן לפי סעיף 7(א)(ג) לפקודת הסמים, וזאת בגין החזקה של סם מסוג בופרנורפין במשקל 0.2908 גרם נטו. הסם נמצא בחיפוש שנערך ביום 5.4.2006 בבית אמו של המבקש בנהריה בחדר שבו התגורר המבקש ובעת שהמבקש לא שהה בבית. החיפוש נערך בהסכמת אמו של המבקש וללא צו חיפוש. בפסק דין מיום 6.7.2009 הרשיע בית משפט השלום בעכו (השופט ו' חאמד) את המבקש בעבירה שיוחסה לו. בפסק הדין קבע בית משפט השלום כי לא היה צורך בקבלת הסכמתו של המבקש לעריכת החיפוש בחדרו וכי די היה בקבלת הסכמת אמו של המבקש לעריכת חיפוש בביתה, ובכלל זה בחדרו של המבקש. בית המשפט ציין עוד כי אמו של המבקש חתמה על הצהרה לפיה היא איננה מתנגדת לחיפוש ללא צו, ומכך הסיק בית המשפט כי היא ידעה על הצורך במתן הסכמתה כתנאי לחיפוש. בית המשפט ציין עוד כי באי-העדת אמו של המבקש לשם הבהרת מידת מודעותה לזכותה להתנגד לעריכת החיפוש יש כדי לגרוע ממשקל גרסתו של המבקש ולחזק את ראיות התביעה. לפיכך, דחה בית משפט השלום את טענות המבקש בנוגע לחוקיות החיפוש. כמו כן נדחו טענותיו כי הסם היה שייך לאחיו המנוח שהתגורר בחדר לפניו ונפטר כתוצאה משימוש בסמים. העונש שנגזר על המבקש הוא חמישה חודשי מאסר על תנאי ופסילה מלקבל או להחזיק רישיון נהיגה למשך שנה.

7. ערעורו של המבקש על הרשעתו ועל העונש שנגזר עליו נדחה בפסק דין של בית המשפט המחוזי בחיפה מיום 10.12.2009. בפסק הדין דחה בית המשפט המחוזי את טענות המבקש כנגד חוקיות החיפוש ואימץ את האמור בפסק דינו של בית משפט השלום בעניין זה. עוד הוסיף בית המשפט המחוזי, כי גם אם החיפוש היה בלתי חוקי לא היה מקום לפסול את הסם שנתפס כראיה בהתאם להלכת יששכרוב. בית המשפט המחוזי אף לא ראה להתערב בעונש שנגזר על המבקש.

8. בבקשת רשות הערעור שהגיש המבקש, המיוצג אף הוא על ידי הסנגוריה הציבורית, מועלות טענות שונות הנוגעות לחוקיות החיפוש שנערך בבית אמו של המבקש ולאפשרות הפסילה של ראייה חפצית שהושגה שלא כדין. הסנגוריה מציינת כי החיפוש שנערך בבית אמו ביום 5.4.2006 התבסס על ידיעה מודיעינית שהתקבלה במשטרה ביום 16.3.2006. אין חולק כי נוכח הזמן שחלף מאז קבלת הידיעה המודיעינית לא התבססה סמכות החיפוש ללא צו שיפוטי על הוראות סעיפים 28(א) לפקודת הסמים וסעיף 25(א) לפקודת סדר הדין הפלילי, שכן הפשע שלגביו נערך החיפוש לא בוצע "זה מקרוב". המדינה עיגנה את סמכות השוטרים לחפש בבית אמו של המבקש בהסכמה שנתנה אמו לביצוע החיפוש, ומשכך מתמקדות עיקר טענותיה של הסנגוריה בבקשת רשות הערעור שלפנינו בנפקותה של הסכמה זו. בהקשר זה מעלה הסנגוריה טענות דומות לטענות שהעלתה בעניין בן חיים, וזאת הן בנוגע לכך שהסכמה אינה יכולה להכשיר חיפוש הנערך ללא הסמכה בדין והן בנוגע לצורך בהסכמה מדעת לביצוע החיפוש תוך מודעות לזכות לסירוב למתן ההסכמה כתנאי לחוקיות החיפוש (זאת, כמובן, בהנחה שתתקבל טענת המדינה שהסכמה יכולה להכשיר חיפוש שאין מקור סמכות אחר בדין לעריכתו). בכל הנוגע למקרה דנן נטען כי השוטר שערך את החיפוש העיד כי הוא אינו נוהג להודיע לאזרחים על כך שהם רשאים לסרב לביצוע החיפוש, והוסיף כי אם אמו של המבקש הייתה מסרבת לביצוע החיפוש היו השוטרים ממתנינים בפתח ביתה עד לקבלת צו חיפוש מבית המשפט. בנסיבות אלה, כך הטענה, לא עמדה לאמו של המבקש אפשרות של ממש לסרב לחיפוש, ואף אין לומר כי הסכמתה לביצוע החיפוש הייתה הסכמה מדעת, משום שהיא לא ידעה שהיא רשאית לסרב.

שאלה נוספת שהועלתה בבקשת רשות הערעור היא מי רשאי ליתן הסכמה לעריכת חיפוש בדירה. לטענתה הסנגוריה בית משפט השלום ובית המשפט המחוזי שגו כאשר התייחסו לשאלה זו רק מההיבט הקנייני. על-פי הנטען, בעצם מגוריו של המבקש בבית אמו במועד הרלוונטי לא היה כדי להסמיך את אמו לוותר בשמו על זכותו לפרטיות כלפי משטרת ישראל בעת שלא שהה בבית.

9. באשר לפסילת הראייה (הסם) שהושגה בעקבות החיפוש הועלו לפנינו טענות עקרוניות הדומות לטענות בעניין בן חיים בכל הנוגע ליישום הלכת יששכרוב באשר לראיות חפציות ולעריכת האיזון בין השיקולים השונים הנדרשים לעניין זה. בכל הנוגע לנסיבות המקרה דנן הטענה היא כי בהליך החיפוש נפלו פגמים חמורים וכי המשטרה פעלה שלא בתום לב; שכן היא נמנעה מהגשת בקשה לבית המשפט להוצאת צו חיפוש, על אף שהמידע המודיעיני הרלוונטי היה ברשותה עשרים ואחד יום לפני שנערך

החיפוש, ותחת זאת ערכה חיפוש ללא צו שיפוטי בבית אמו הקשישה של המבקש, כאשר עורך החיפוש הודה בעדותו במפורש כי: "אני לא אגיד לאזרח שהוא רשאי לסרב". בנסיבות אלה, כך נטען, מן הראוי לפסול את הראיה בהתאם לקריטריונים שנקבעו בהלכת יששכרוב. בנוסף העלתה הסנגוריה טענות הנוגעות לראיות הקונקרטיות בתיק.

רע"פ 5758/10 עייש נ' מדינת ישראל (להלן: עניין עייש)

10. המבקש הואשם בכתב אישום שהוגש לבית משפט השלום בעכו בעבירה של החזקת סמים שלא לצריכה עצמית לפי סעיפים 7(א) ו-7(ג) לפקודת הסמים. זאת, לאחר שבחיפוש שנערך בבית שבו התגורר באותה עת עם רעייתו ביום 18.9.2008 נמצאו 734 כדורים שלטענת המדינה הם כדורי MDMA. בהכרעת דין מיום 17.6.2009 הרשיע בית משפט השלום בעכו (השופט ד' סלאח) את המבקש בעבירה שיוחסה לו. החיפוש שבו נמצאו הסמים נערך בשעות אחר הצהריים של יום ה-18.9.2008 בעקבות מידע מודיעיני שנתקבל בלילה שלפני כן. בית המשפט הוסיף וקבע כי לא נפל פגם בכך שהחיפוש נערך ללא צו שיפוטי. זאת, נוכח הוראת סעיף 25 לפקודת סדר הדין הפלילי המתירה לשוטרי לערוך חיפוש ללא צו שופט כאשר: "יש לשוטרי יסוד להניח שמבצעים שם פשע, או שפשע בוצע שם זה מקרוב". בפסק דינו קבע בית משפט השלום כי בהתחשב בזמן הקצר שחלף בין קבלת המידע המודיעיני לבין מועד עריכת החיפוש הייתה המשטרה רשאית לבצע את החיפוש גם ללא צו שופט. זאת, נוכח היותה של עבירת החזקת הסמים עבירה נמשכת וכן נוכח העובדה שחלפה פחות מיממה מאז קבלת המידע המודיעיני ועד לביצוע החיפוש, כך שמתקיים התנאי לפיו הפשע בוצע "זה מקרוב". עוד קבע בית משפט השלום בהסתמך על עדויות השוטרים אותן ראה כמהימנות כי ניתנה הסכמתו של המבקש לביצוע החיפוש. בהקשר זה ציין בית משפט השלום כי נערך דוח חיפוש אשר נחתם על ידי אשת המבקש ונמסר בו כי החיפוש נערך בהסכמת מחזיק המקום. כמו כן קבע בית המשפט כי לא נפל פגם בכך שהחיפוש נערך ללא עדים; שכן בהתאם לאפשרות הנתונה לו לפי סעיף 26 לפקודה העדיף המבקש כי החיפוש ייערך ללא עדים. נוכח מסקנתו כי החיפוש בו נמצאו הכדורים היה חוקי קבע בית משפט השלום שמתיותר הצורך לדון בשאלת פסילת הכדורים כראיה; אך הוא הוסיף כי אף אם החיפוש היה שלא כדין אין מקום לפסול הראיה בהתאם להלכת יששכרוב. זאת, משום שהפסול, אם בכלל התקיים, היה מזערי; הראיה הינה עצמאית; וזיכוי המבקש בעקבות פסילת הראיה יהיה חמור ויזיק לאינטרס הציבורי. שאלה נוספת אליה נדרש בית משפט השלום בפסק דינו היא האם היה די בכך שהמדינה בדקה שניים מבין 734 שנמצאו בחיפוש כדי לקבוע שהכדורים כולם הם סם מסוכן מסוג MDMA. בהקשר זה קבע בית המשפט כי ניתן היה להסתפק בבדיקה המדגמית שנעשתה בהתאם



לקבוע בתקנות הסמים המסוכנים (בדיקה מדגמית של סמים), התשנ"א-1991. כן קבע בית המשפט השלום, שהעידו בפניו מומחים לעניין זה מטעם הצדדים, כי הטבליות שנבדקו הן סם מסוכן מסוג MDMA. עוד יצוין, כי בית משפט השלום דחה את טענות המבקש לפיהן הוא לא ידע כי הטבליות המוחזקות על ידו הן סם מסוכן.

העונש שנגזר על המבקש על ידי בית משפט השלום הוא ארבע שנות מאסר בפועל ושלוש שנות מאסר על תנאי. עוד נקבע כי יש להפעיל מאסר על תנאי של שנתיים שנגזר על המבקש בהליך קודם, וכי תקופת מאסר זו תרוצה במצטבר למאסר בפועל שנגזר על המבקש (כן יצוין, כי נוכח העובדה שהעבירה שבה הורשע המבקש בוצעה בעת שהיה אסיר ברישיון תתווסף לתקופה מאסרו תקופת מאסר נוספת של שנה וחצי עקב הפקעת תקופת השחרור ברישיון). בנוסף הטיל בית משפט השלום על המבקש קנס של 60,000 ש"ח או שנת מאסר תמורתו וכן הורה על פסילתו מלקבל או מלהחזיק רישיון נהיגה למשך 36 חודשים מיום שחרורו מהכלא.

11. ערעור שהגיש המבקש לבית המשפט המחוזי בחיפה על הרשעתו נדחה בפסק דין מיום 29.4.2010. בית המשפט המחוזי לא ראה להתערב בממצאים העובדתיים שנבעו בפסק דינו של בית משפט השלום בנוגע למתן הסכמת המבקש לחיפוש. בהקשר זה ציין בית המשפט המחוזי כי עצם בקשת השוטרים לקבל את הסכמתו של המבקש לחיפוש מלמדת כי הוא היה מודע לאפשרות לסרב לביצוע החיפוש. עוד ציין בית המשפט המחוזי כי גם אם נפל פגם כלשהו בחיפוש אין לפסול את הסמים כראיה, וזאת מטעמים דומים לאלה שהביא בית משפט השלום לעניין זה. בנוסף לא ראה בית המשפט המחוזי להתערב בקביעותו העובדתיות של בית משפט השלום בנוגע להתאמת הכדורים שנמצאו בחזקת המבקש לבדיקה מדגמית ובנוגע להיות הכדורים כדורי MDMA. כמו כן דחה בית המשפט המחוזי טענות הגנה נוספות של המבקש. בית המשפט המחוזי אף לא ראה להתערב בעונש שנגזר על המבקש, למעט ביטול הקנס שהוטל עליו, וזאת בשל אורך תקופת המאסר שנגזרה עליו ונסיבותיו האישיות.

12. בבקשת רשות הערעור שהגיש המבקש, המיוצג גם הוא על ידי סנגור מטעם הסנגוריה הציבורית, מועלות על ידו טענות שונות הנוגעות להתנהלות התביעה במשפטו, לאופן זיהוי ובדיקת הכדורים שנתפסו בחזקתו ולחוקיות החיפוש בו נתפסו הכדורים. עוד העלתה הסנגוריה טענות הנוגעות לפרשנות הראויה של סעיפים 80 ו-165 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, שעניינם הוא בראיות הזמה של התביעה הבאות לסתור טענות הגנה שלא ניתן היה לצפותן מראש. בנוגע לחיפוש שבו נמצאו הכדורים נטען לפנינו כי במקרה דנן מתעוררת שאלת פרשנות

המושג "זה מקרוב" בסעיף 25 לפקודת סדר הדין הפלילי, שכן לטענת הסנגוריה הייתה למשטרה אפשרות לפנות לבית המשפט בבקשה להוצאת צו חיפוש ביום שלמחרת קבלת המידע המודיעיני לגביו ולפני עריכת החיפוש. שאלה נוספת שלטענת הסנגוריה מן הראוי להכריע בה במקרה דנן היא האם לשם עריכת חיפוש בבית נדרשת הסכמה של כל מחזיקי הנכס שנוכחים בבית בעת החיפוש או שמא די בהסכמת אחד מהם. בהקשר זה נטען כי אשת המבקש גרה בדירה שבה בוצע החיפוש ואף הייתה בעלת מלוא זכויות הבעלות בה; אולם השוטרים פנו רק אליו בבקשה למתן הסכמה לביצוע החיפוש ולא פנו כלל לאשתו, שעל-פי הנטען לא הסכימה לחיפוש. הסנגוריה מוסיפה עוד כי עצם חתימתה של אשתו כעדה על דוח החיפוש אינה מלמדת על הסכמתה לביצוע החיפוש.

הסנגוריה חזרה גם בעניין זה על הטענה כי הסכמה לביצוע החיפוש צריכה להיות הסכמה מדעת. יצוין, כי הסנגור לא חלק על כך שהמבקש נתן את הסכמתו לביצוע החיפוש, אולם לטענתו נפל פגם בכך שלא הוסבר למבקש ולאשתו כי אין זה מחובתם להסכים לביצוע החיפוש. בנסיבות אלה, כך נטען, מתעוררת במקרה דנן השאלה העקרונית של פסלות ראיות חפציות שנתפסו במהלך חיפוש בלתי חוקי, שמתעוררת גם בעניין בן חיים ובעניין ג'בלי.

תגובת המדינה לבקשות רשות הערעור

13. המדינה מתנגדת למתן רשות ערעור בשלושת המקרים שהובאו לפנינו. לטענתה, צפויה הסדרה חקיקתית של שאלת סמכויות החיפוש, המתעוררת בשלוש בקשות רשות הערעור, ועל כן אין הצדקה או צורך להיזקק לשאלה זו בדרך של מתן רשות ערעור לבית משפט זה. בהקשר זה מציינת המדינה כי בעניין בן חיים נמנע בית המשפט המחוזי מלהכריע בשאלת חוקיות החיפוש ועל כן אין לטענתה מקום להידרש לשאלת זו בערכאה שלישית. לגופו של עניין טוענת המדינה בנוגע לעניין בן חיים כי ספק אם האירוע שבו רוקן המבקש את כיסיו בעצמו ובהסכמתו לבקשתו של שוטר עולה כדי "חיפוש על גוף האדם" כמשמעו בסעיף 22(א) לפקודת סדר הדין הפלילי. המדינה מוסיפה וטוענת כי גם אם מדובר בחיפוש, הרי פגיעתו באוטונומיה של מושא החיפוש היא מינימאלית.

עוד טוענת המדינה כי אין מניעה חוקית לכך ששוטר יערוך חיפוש בהסכמה, ולשיטתה מקום בו אדם מסכים לחיפוש אין לפעול כנגד הסכמתו ולאסור על כך. בהקשר זה טוענת המדינה כי בהטלת איסור על עריכת חיפוש בהסכמה יש משום פטרנליזם שאינו מתיישב עם אוטונומית הרצון של הפרט המוכן למחול על זכויותיו

בנסיבות מסוימות. כן טוענת המדינה כי איסור על עריכת חיפוש בהסכמה יפגע ביכולת האכיפה ויביא ליצירת חברה מסוכנת ואלימה יותר. המדינה מוסיפה וטוענת כי היא אינה חולקת על כך שההסכמה לעריכת החיפוש צריכה להיות תוך מודעות של המסכים לזכותו לסרב. אולם, לשיטתה אין הכרח לוודא קיום מודעות זו באמצעות טפסים או על ידי הודעה מפורשת על הזכות לסרב; שכן לטענתה חזקה על אדם מן השורה הנשאל אם הוא מסכים לחיפוש ועונה בחיוב, כי הוא מבין שלא מדובר בחילופי דברים סתמיים. גם בכל הנוגע לשאלת החיפוש במקום מסוים, המתעוררת בעניין ג'בלי ובעניין עייש, ועל בסיס נימוקים דומים, טוענת המדינה כי הסכמה של תופש המקום לעריכת חיפוש, כל עוד מדובר בהסכמה מדעת, יכולה לאפשר את ביצוע החיפוש, גם ללא צו חיפוש. לטענתה, חיוב בפנייה לבית משפט גם כאשר תופש המקום מסכים לעריכת החיפוש יעמיס שלא לצורך על בית המשפט, המשטרה ותופש והמקום ואף עלול לפגוע ביעילות החיפוש. בהקשר זה מוסיפה המדינה כי אין מניעה לכך שתופש המקום יסכים לחיפוש בחלקים מדירתו, גם אם הם משמשים אחרים. לטענתה, החוק מכיר בתופש המקום כמוסמך להפעיל שיקול דעת בנוגע לעריכת חיפוש בביתו ולגבי מי שייכנס לביתו, ולפיכך אין צורך בהסכמה של כל אחד מן המשתמשים בדירה לעריכת החיפוש. בהקשר זה טוענת המדינה כי המבקש בעניין עייש ואמו של המבקש בעניין ג'בלי הסכימו במודע לביצוע החיפוש ועל כן לא נפל בהם כל פגם. כמו כן טוענת המדינה כי בעניין עייש המשטרה הייתה רשאית לערוך את החיפוש אף ללא צו שיפוטי.

המדינה מוסיפה וטוענת כי אין מקום למתן רשות ערעור בשאלת הקריטריונים לפסילת ראיות חפציות שנתפשו בחיפוש שנערך שלא כדין. לטענת המדינה הלכת יששכרוב קובעת מבחנים ברורים להכרעה בנוגע לפסילת ראיות, ובין היתר מתייחסת באופן קונקרטי להשפעה שיש לכך שהראיה חפצית. בנסיבות אלה, כך טוענת המדינה, נוגעות בקשות רשות הערעור שלפנינו רק לאופן היישום של הלכת יששכרוב במקרים הקונקרטיים ועל כן לטענתה אין הצדקה להיעתר להן. עוד טוענת המדינה כי נוכח חשיבות הראיות וחומרת העבירות בהם הואשמו המבקשים ועוצמתה הנמוכה, אם בכלל, של הפגיעה בזכויותיהם להליך הוגן, הרי באיזון שבין הנזק לתועלת שבפסילת הראיות נוטה הכף נגד הפסילה.

עוד יצוין, כי המדינה טוענת שאין ליתן רשות ערעור גם בנוגע לטענות הנוספות שהועלו על ידי המבקש בעניין עייש, שאינן נוגעות לשאלת חוקיות החיפוש, אלא לראיות שהובאו בתיק.

14. חשוב לציין עוד, כי האגודה לזכויות האזרח בישראל (להלן: האגודה) ביקשה להצטרף לדיון שלפנינו כ"דיד בית המשפט". טיעוניה של האגודה מתמקדים בפגיעה בזכות לפרטיות הכרוכה בהליך החיפוש ובבעייתיות הרבה הקיימת, לטענתה, בקבלת הגישה לפיה מותר למשטרה לבצע חיפוש בהסכמה, גם בהעדר מקור סמכות אחר לביצוע החיפוש. לטענת האגודה בנסיבות של פערי כוחות, כפי שקיימים בין שוטרים לאזרחים, ההסכמה לותר על הזכות לפרטיות היא למצער חשודה ועל הטוען לקיומה הנטל להוכיח זאת. כמו כן מתייחסת האגודה לדרישת ההסכמה מדעת וטוענת כי המדינה אינה עומדת בפועל על קיומה של הוכחה כלשהי לכך שהאזרח שנתבקשה על הסכמתו לחיפוש ידע על זכותו לסרב. באי-כוח המבקשים מסכימים לצירוף האגודה להליך שבפנינו; אולם המדינה טוענת כי יש לדחות את בקשת האגודה, שכן טיעוניה חוזרים בעיקרם על טיעוני הסנגוריה הציבורית ולא יהיה בצירופה לדיון כדי לתרום תרומה מחדשת. לאחר שעיינו בטענות האגודה ושמענו את טענות בא-כוחה בדיון שנערך לפנינו לא ראינו לצרפה להליך זה; שכן אין בטענותיה משום תרומה ממשית לבירור השיפוטי הנדרש בבקשות רשות הערעור שלפנינו מעבר לטענות שהועלו על ידי המבקשים עצמם, המיוצגים על ידי סגורים מטעם הסנגוריה הציבורית.

דיון

15. כאמור, החלטנו ליתן רשות ערעור בבקשות שלפנינו ולדון בבקשות כבערעורים, וזאת רק בשאלת החיפוש בהסכמה וקבילותן של ראיות שנתקבלו כתוצאה מחיפוש שעילתו בהסכמה בלבד. לפיכך עלינו לבחון תחילה את חוקיות החיפוש שנערכו במקרים השונים שלפנינו. היה ונמצא כי החיפוש הללו נערכו שלא כדין נעבור לבחון את שאלת פסילת הראיות שנתפסו בהם.

השאלה שלפנינו היא בעלת חשיבות משפטית וציבורית בלתי-מבוטלת והיא שבה ומתעוררת כאשר החיפוש מבוסס על הסכמה בלבד. כך, בענייניהם של בן חיים וג'בלי אין חולק כי לא היה למשטרה מקור סמכות אחר כדין לביצוע החיפוש מלבד הסכמה. עוד יוער, כי לא ראינו לקבל את טענת המדינה כי ניתן להסתפק בהסדרה חקיקתית צפויה של דיני החיפוש כנימוק לדחיית בקשות רשות הערעור. זאת, הן נוכח השלב הראשוני שבו מצויים הליכי החקיקה והן נוכח העדר ההתייחסות המפורשת במסגרת תזכירי הצעות החוק שהובאו לעיוננו לאפשרות של עיגון הסמכות לערוך חיפוש אך ורק בהסכמת האדם מושא החיפוש. בבקשת רשות הערעור בעניין עייש מתעוררות שאלות נוספות ושונות, אך לא ניתן היה לדון בהן במאוחד עם שתי הבקשות הנוספות, מה גם שלא ראינו להיעתר להן לגופן.

16. לפני שנפנה לבחון את השאלה המשותפת לשלוש בקשות רשות הערעור שלפנינו נעמוד תחילה בקצרה על המסגרת הנורמטיבית שלפיה מוסדרים דיני החיפוש במשפט הישראלי וסמכויות החיפוש הנתונות לשוטרי משטרת ישראל. ההסדרה המפורטת של סמכויות אלה בדברי חקיקה שונים נועדה לשרת שתי מטרות מקבילות. מחד גיסא נועדה הסדרה זו לאפשר למשטרה למלא כראוי את תפקידיה השונים באכיפת החוק ובתפיסת עבריינים, וכך לקדם את ההגנה על הביטחון האישי והסדר הציבורי במדינה. מאידך גיסא נועדה ההסדרה החקיקתית המפורטת לתחום את סמכויות המשטרה שהפעלתן כרוכה מעצם טיבה בפגיעה בזכויות אדם שונות ובחירויות הפרט. מגוון הסמכויות הנתונות לשוטרים בכלל וסמכויות החיפוש שהן נשוא בקשות רשות הערעור שלפנינו בפרט מבטאות, אפוא, את האיזון שקבע המחוקק בין האינטרס הציבורי בתפקוד יעיל ואפקטיבי של המשטרה לבין הצורך בהגנה על זכויות האדם של האזרחים עימם באה המשטרה במגע. תפקידיה הבסיסיים של המשטרה מוגדרים בסעיף 3 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], תשל"א-1971 (להלן: פקודת המשטרה), בזו הלשון:

3. משטרת ישראל תעסוק במניעת עבירות ובגילויין, בתפיסת עבריינים ובתביעתם לדין, בשמירתם הבטוחה של אסירים, ובקיום הסדר הציבורי ובטחון הנפש והרכוש."

"תפקידי המשטרה

הגדרה כללית זו של תפקידי המשטרה מהווה את הבסיס לקביעת סמכויותיהם ותפקידיהם הפרטניים של השוטרים, הפוזרים בהוראות חוק שונות. כך למשל, בכל הנוגע לסמכות לעריכת חיפוש, קובע סעיף 5(5) לפקודת המשטרה כי:

5. במיוחד, ובלי לגרוע מהוראות סעיפים 4 ו-4א, יהא מתפקידו של כל שוטר

"תפקידים של שוטרים

— ...

(5) לעצור כל אדם שיש לו יסוד סביר לחשוד בו כי הוא מחזיק או מעביר, בכל אופן שהוא, רכוש גנוב או כל דבר שהחזקתו אינה חוקית, ולחפש בכליו ובגופו של אדם כאמור."

מלבד הוראותיה של פקודת המשטרה מוסדרות סמכויות החיפוש בדברי חקיקה שונים המתייחסים לסוגים שונים של חיפושים. כך למשל, מסדיר הפרק השלישי לפקודת סדר הדין הפלילי (סעיפים 23-31 לפקודה) את אופן עריכת החיפוש בבית או במקום אחר. אחת ההוראות החשובות הקבועות במסגרת הסדר זה מצויה בסעיף 25 לפקודה הקובע מהן הנסיבות בהן שוטר מוסמך לערוך חיפוש במקום מסוים בלי צו חיפוש:

”חיפוש  
שלא על פי להיכנס ולחפש בכל בית או מקום אם  
— צו חיפוש

- (1) יש לשוטר יסוד להניח שמבצעים שם פשע, או שפשע בוצע שם זה מקרוב;
- (2) תופש הבית או המקום פונה לעזרת המשטרה;
- (3) אדם המצוי שם פונה לעזרת המשטרה ויש יסוד להניח שמבוצעת שם עבירה;
- (4) השוטר רודף אחרי אדם המתחמק ממעצר או נמלט ממשמורת חוקית”.

הוראה חשובה נוספת הקבועה בפקודת סדר הדין הפלילי נוגעת לסמכות לערוך חיפוש על גופו של אדם במסגרת חיפוש שנערך במקום זה או אחר. הוראה זו קבועה בסעיף 29 לפקודה שקובע כדלקמן:

”חיפוש  
באדם

29. נמצא אדם בבית או במקום שמחפשים בו או בקרבתו, ויש יסוד סביר לחשוד שהוא מסתיר אצלו חפץ שמחפשים, או שרשאים לחפש אחריו - מותר לחפש על גופו, כאמור בסעיף 22 מיד; רשימת החפצים שנמצאו ונתפסו תיערך ותיחתם

בידי עדים, כאמור בסעיף  
27, והעתק הרשימה  
חתומה כאמור יימסר לאדם  
לפי דרישתו.

מקור סמכות נוסף לעריכת חיפוש ללא צו על גופו של אדם מצוי בסעיף 3(ב)  
לחוק סמכויות לשם שמירה על ביטחון הציבור, התשס"ה-2005 (להלן: חוק שמירה על  
ביטחון הציבור), שקובע כדלקמן:

3(ב). היה לשוטר, לחייל  
מוסמך או למאבטח חשד  
סביר שאדם נושא עמו  
שלא בדין נשק, או עומד  
לעשות שימוש שלא כדין  
בנשק, או שנשק המוחזק  
שלא כדין נמצא בכלי  
תחבורה, רשאי הוא לערוך  
חיפוש על גופו של האדם  
או בכלי התחבורה.

”סמכות  
חיפוש בלא  
צו

סקירת ההוראות השונות הנוגעות לסמכות לערוך חיפוש על גופו של אדם ללא  
צו שיפוטי מראה כי סמכות זו מותנית בקיומו של חשד סביר לכך שאותו אדם מחזיק  
בחפץ כלשהו שהחזקתו אסורה או שהוא מושא לחיפוש על ידי המשטרה. דרישת הסף  
הראייתית של חשד סביר עוברת, אפוא, כחוט השני בהוראות החקיקה השונות המקנות  
לשוטר סמכות לערוך חיפוש על גופו של אדם ללא צו שיפוטי (כאשר סעיף 25(1)  
לפקודת סדר הדין הפלילי קובע מבחן של ”יסוד להניח“ לעריכת חיפוש במקום  
מסוים). מבחן החשד הסביר הוא בעיקרו מבחן אובייקטיבי שבו נדרש בית המשפט  
להעריך את סבירות שיקול דעתו של השוטר שערך את החיפוש לשם הכרעה בשאלת  
חוקיות החיפוש. יחד עם זאת, התנאים שבהם יתקיים חשד סביר המצדיק עריכת חיפוש  
ללא צו שיפוטי אינם ניתנים מטבע הדברים להגדרה ממצה וחד-משמעית. יישומו של  
מבחן זה מבוסס על נסיבותיו הפרטניות של כל מקרה ומקרה, על המידע שהיה בידי  
השוטר בעת עריכת החיפוש ואף על ניסיונו ושיקול דעתו המקצועיים של השוטר שערך  
את החיפוש (ראו והשוו בג”ץ 465/75 דגני נ’ שר המשטרה, פ”ד ל(1) 337, 349-353  
(1975) (להלן: עניין דגני)). סוגית התנאים הנדרשים לגיבושו של ”חשד סביר“  
המצדיק חיפוש ללא צו שיפוטי אף אינה מחייבת הכרעה במקרים שלפנינו; שכן באף  
אחת מבקשות רשות הערעור המדינה אינה מבססת את טענותיה בדבר הסמכות לביצוע  
החיפוש אך על קיומו של ”חשד סביר“ כלפי מי המבקשים.

לפיכך, נצביע בבחינת למעלה מן הדרוש על מספר אמות מידה שעשויות בנסיבות המתאימות לגבש חשד סביר כלפי אדם מסוים, כנדרש בהתאם להוראות החוק שאזכרו לעיל, ולהצדיק עריכת חיפוש ללא צו שיפוטי על גופו או בכליו של אותו אדם. בהקשר זה ניתן להצביע על נסיבות שרק בהצטרפן למכלול יקימו עילת חיפוש ועל נסיבות שבכל אחת מהן יש די כדי להקים חשד סביר. כך, בין היתר, ניתן להצביע על התנהגותו המחשידה של האדם מושא החיפוש הפוטנציאלי, על מידע בדבר ביצוע עבירה במקום בו נמצא אותו אדם או בקרבתו, וזאת בצירוף השעה שבה הוא נמצא באותו מקום. כמו כן, חשד סביר ברמה המצדיקה עריכת חיפוש ללא צו שיפוטי עשוי להתגבש כאשר המשטרה מקבלת מידע אודות תיאורו של אדם החשוד בביצוע עבירה מסוימת או בדבר האזור שבו עשוי להימצא החשוד. בנסיבות כאלה ייתכן כי המידע שהתקבל יקים חשד סביר המצדיק עריכת חיפוש באדם שמאפייניו החיצוניים או מקום הימצאו תואמים את המידע שהתקבל. אמות מידה אלה כמובן שאינן ממצות וניתן להניח שאמות מידה נוספות יוכרו בפסיקת בתי המשפט בבוא העת. יחד עם זאת, אנו רואים להעיר בשולי הדברים כי קיומו של עבר פלילי בלבד המנותק מנסיבות חיצוניות קונקרטיות אינו מגבש כשלעצמו חשד סביר המסמיך שוטר לערוך חיפוש על גופו של אדם או בכליו בלי צו שיפוטי.

חשוב לציין עוד כי הסדרי חיפוש נוספים ומפורטים קבועים בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק סמכויות אכיפה). בחוק סמכויות אכיפה הסדיר המחוקק את אופן עריכתם של "חיפוש חיצוני" ו"חיפוש פנימי" בגוף האדם. שני סוגי חיפוש אלה נוגעים לאיסוף ראיות פיזיות מגופו של אדם, ולפיכך ככלל הם פוגעים יותר בזכות הפרטיות בהשוואה לחיפושים הנערכים על גופו של אדם, בכליו או אף בביתו, שהם העומדים לבחינה בבקשות רשות הערעור שלפנינו (ראו לעניין זה ע"פ 1641/04 לוי' נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(3) 785 (2004)).

לאחר שעמדנו בקצרה על המסגרת הנורמטיבית להסדרת עריכתם של חיפושים על גופו של אדם או בביתו ללא צו שיפוטי נפנה עתה במבט ממוקד לבחון את השאלות המתעוררות בבקשות רשות הערעור שלפנינו.

האם הסכמה יכולה לשמש כמקור סמכות לביצוע חיפוש?

17. המבקש בעניין בן חיים נתקל, כזכור, בסיוור שגרתית של שלושה שוטרים, ונדרש להזדהות בפניהם. לאחר בירור במכשיר הקשר, שבו נמסר כי המבקש "אינו דרוש" אך



יש לו "רישום פלילי כלשהו", ביקש ממנו אחד השוטרים שירוקן את כיסי מכנסיו. המבקש עשה כן ואז נתגלתה הסכין שנשא. אין חולק כי אם היה לשוטר, שביקש מהמבקש לרוקן את כיסיו, חשד סביר כי הלה נושא סכין, הוא היה מוסמך לערוך חיפוש על גופו גם בלי צו שיפוטי. זאת, מכוח הוראת סעיף 3(ב) לחוק שמירה על ביטחון הציבור, שאוזכרה לעיל. בהקשר זה יצוין כי גם סעיף 29 לפקודת סדר הדין הפלילי, שלפיו בחן בית משפט השלום את חוקיות החיפוש, מציב, כאמור, את קיומו של "יסוד סביר לחשוד שהוא [האדם שנמצא במקום בו נערך החיפוש – ד' ב'] מסתיר אצלו חפץ שמחפשים, או רשאים לחפש אחריו" כתנאי לביצוע החיפוש. אולם, במקרה שלפנינו המדינה אינה טוענת כי התקיים לגבי המבקש בעניין בן חיים חשד לעבירה של נשיאת סכין (או כל חפץ אחר שנשיאתו אסורה). לכל היותר היו לשוטרים חששות או ספקות שהתעוררו בקרבם למראה המבקש, אולם אלה לא עלו לכדי "חשד סביר". לפיכך, מבססת המדינה טענתה בדבר קיומה של סמכות לביצוע החיפוש על הסכמתו של המבקש, שבאה לידי ביטוי בנכונותו לרוקן את כיסיו כמתואר לעיל.

18. נשאלת, אפוא, השאלה האם עצם העובדה שהמבקש רוקן את כיסיו בעצמו לבקשת אחד השוטרים בלי שהשוטרים נדרשו לעשות כן בעצמם מוציאה את הפעולה מגדר "חיפוש על גופו של אדם", שמוגדר בסעיף 3(ד) לחוק שמירה על ביטחון הציבור בזו הלשון: "חיפוש על פני גופו של אדם, בבגדיו או בכליו שאינו חיפוש חיצוני או פנימי כהגדרתם בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - חיפוש בגוף החשוד), התשנ"ו-1996". חשוב לציין כי הגדרה זו של המונח "חיפוש על גופו של אדם", היא הגדרה שיורית שחלה גם בדברי חקיקה אחרים (ראו למשל: סעיף 22(א) לפקודת סדר הפלילי, שעניינו הוא בעריכת חיפוש על גופו של עצור או אסיר המתקבל למשמורת וסעיף 12(ז) לחוק להגנה על עדים, התשס"ט-2008, שנוגע לסמכויותיהם מאבטחים הפועלים לפי החוק). אכן, כאשר החיפוש נעשה על ידי שוטר עוצמת הפגיעה בזכותו המוגנת של חשוד היא רבה יותר מאשר בנסיבות בהן האדם עצמו מרוקן את כיסיו; אולם עצם העובדה שהאדם מסייע לחיפוש בכך שהוא פועל בהתאם להוראת השוטר אינה מוציאה את הפעולה מגדר "חיפוש" כמשמעותו בחוק. זאת, כיוון שהוראת השוטר לאדם לרוקן את כיסיו נועדה להשיג אותה מטרה שחיפוש הנעשה על ידי השוטר עצמו נועד להשיג – איתור חפץ אסור או מסוכן הנישא על ידי האדם מושא החיפוש, בנסיבות בהן מדובר ב"מציאת" החפץ בנוכחות השוטר ולבקשתו. כיוון שאכן מדובר בחיפוש, נותרה שאלת נפקות ההסכמה.

19. שאלת נפקות ההסכמה לחיפוש מתעוררת, כאמור, גם בעניין ג'בלי ובעניין עייש. בעניין ג'בלי מדובר היה בחיפוש שנערך בבית אמו של המבקש שבו נמצא בחדרו של המבקש סם לצריכה עצמית. החיפוש נערך כשלושה שבועות לאחר קבלת הידיעה המודיעינית הרלוונטית. מקור הסמכות לביצוע חיפוש מעין זה מצוי בסעיף 25 לפקודת סדר הדין הפלילי הקובע, כאמור, כי אחד התנאים לעריכת חיפוש ללא צו שיפוטי בבית הוא כי "יש לשוטר יסוד להניח שמבצעים שם פשע, או שפשע בוצע שם זה מקרוב". אולם, המדינה אינה מסתמכת על הוראת סעיף זה בכל הנוגע לחיפוש בעניין ג'בלי; שכן נוכח חלוף הזמן מאז קבלת הידיעה המודיעינית ועד לעריכת החיפוש התנאי לפיו מדובר במידע שהתקבל "זה מקרוב" לא התקיים באותו עניין. בנסיבות אלה הסכמת אמו של המבקש בעניין ג'בלי לביצוע החיפוש היא מקור הסמכות היחיד שעליו מבוססת טענת המדינה בדבר חוקיות החיפוש. לעומת זאת, בעניין עייש החיפוש בביתו של המבקש שבו נמצאו הסמים נערך פחות מ-24 שעות לאחר קבלת הידיעה המודיעינית הרלוונטית. לפיכך בעניין עייש מבססת המדינה את חוקיות החיפוש הן על הסכמת המבקש באותו עניין לעריכת החיפוש והן על קיום התנאי הקבוע בסעיף 25 לפקודה בדבר פשע שבוצע "זה מקרוב".

בהקשר זה נעיר כי בפסיקת בית משפט זה התעוררה בעבר שאלת פרשנותו של הביטוי "זה מקרוב" בכל הנוגע לסמכותו של שוטר, שהייתה קבועה בעבר בסעיף 3(3) לפקודת סדר הדין הפלילי, לעצור ללא צו אדם ש"עבר בפניו, או זה מקרוב, עבירה שדינה מיתה או מאסר לתקופה העולה על ששה חודשים". כך נקבע בפסיקת בית משפט זה בעניין:

"יש בביטוי 'זה מקרוב' כדי להגביל כוחו של שוטר לפעולות הצמודות מבחינת הזמן למועד ביצוע העבירה וצמידות זו תימדד ... בשעות ולא בימים" (ראו עניין דגני, בעמ' 364; כן ראו ע"פ 325/84 אברג'יל נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 365, 369 (1984)).

אכן, הסמכות לערוך חיפוש במקום שבו בוצע פשע "זה מקרוב" נועדה לאפשר למשטרה לתת מענה מידי לצורך באיתור ראיות הנמצאות במקום שעלולות להיעלם או להיות מושמדות בחלוף הזמן; כמו גם להבטיח את ביטחון הציבור כאשר חפץ מסוכן כזה או אחר נמצא באותו מקום. כדי להגשים תכליות אלה חיפוש מכוח סמכות זו יכול להיערך, כפי שנקבע בפסיקה שהובאה לעיל, ללא צו שיפוטי בתוך פרק זמן של שעות ממועד קבלת הידיעה הרלוונטית ולא בפרק זמן של ימים. לעומת זאת, בחלוף פרק זמן

משמעוטי יותר ממועד קבלת המידע הרלוונטי התכליות האמורות נחלשות ודרך המלך לעריכת החיפוש היא בפנייה לבית המשפט בבקשה להוצאת צו חיפוש בהתאם לסעיף 23 לפקודת סדר הדין הפלילי. בהקשר זה יצוין כי מטבע הדברים חשיבות החובה לפנות לבית המשפט כתנאי לחוקיות החיפוש (כאשר חלף פרק הזמן אליו מתייחסת התיבה "זה מקרוב") התעצמה עם עיגון הזכות החוקתית לפרטיות מפני חיפוש בסעיף 7(ג) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

20. נוכח האמור לעיל השאלה העומדת לפתחנו היא האם הסכמה של האדם מושא החיפוש לביצוע החיפוש עשויה לשמש מקור סמכות לביצוע החיפוש, כאשר אין מתקיים כל מקור סמכות אחר. יצוין, כי לשיטת הסנגוריה אף אם נניח כי בנסיבות מסוימות התשובה לשאלה האמורה היא חיובית, בחינת חוקיות החיפוש לא תסתיים בכך; שכן אז נידרש לבחון את מהותה של אותה "הסכמה", שיש בה כדי להכשיר את החיפוש, ואת התנאים שיאפשרו לקבוע כי אותה הסכמה אכן ניתנה. יחד עם זאת, גם אם נמצא כי החיפושם שנערכו במקרים שלפנינו (כולם או חלקם) הם בלתי חוקיים - בין אם משום שבהסכמה ככלל אין די כדי להכשיר חיפוש בהעדר מקור סמכות אחר, ובין אם משום שבנסיבותיו של כל אחד מהמקרים שלפנינו לא היה די בהסכמה כפי שניתנה - עדיין תעמוד בפנינו שאלת פסילת הראיות שנמצאו בכל אחד מהחיפושם, בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית שנקבעה בעניין יששכרוב. זאת, נוכח הגישה שאומצה בעניין יששכרוב, שנעמוד עליה בהמשך פסק דין זה, לפיה גם אם הייתה כרוכה אי-חוקיות כזו או אחרת בהשגת ראיה פלונית אין הדבר כשלעצמו מביא בהכרח לפסילת הראיה שהושגה שלא כדין.

21. ייאמר תחילה כי עמדתי היא שהסכמה של האדם שהוא עצמו מושא החיפוש או שבביתו מבקשת המשטרה לערוך חיפוש, שהיא הסכמה מדעת, עשויה להכשיר חיפוש שאין לו מקור סמכות אחר כדין. בבואנו לבחון את האפשרות למתן הסכמתו של פרט לעריכת החיפוש עלינו להשקיף על הסיטואציה משתי נקודות מבט - זו של השוטר (או כל גורם מוסמך אחר) המבקש לערוך את החיפוש וזו של האדם שמתבקשת הסכמתו לעריכת החיפוש. אין חולק שעריכתו של חיפוש על גופו של אדם או בביתו פוגעת בזכותו החוקתית לפרטיות לפי סעיף 7(ג) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הקובע כי: "אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו". הזכות לפרטיות מפני חיפוש מעוגנת, אפוא, במפורש בחוק היסוד. אכן, הזכות לפרטיות במלוא היקפה היא זכות הקשורה במהותה לאוטונומיה של הפרט וליכולתו להחליט מי, אם בכלל, יוכל להיחשף למידע הנוגע אליו, לבחון את חפציו או לגעת בגופו. יפים לעניין זה דבריו של הנשיא א' ברק בדונו בזכות לפרטיות:

”אכן, סביב כל אדם יש מרחב שבתוכו הוא זכאי להיות עם עצמו. מרחב זה נע עם האדם עצמו. היקפו של המרחב נגזר מהצורך להגן על האוטונומיה של הפרט” (ראו בג”ץ 6650/04 פלונית נ’ בית הדין הרבני האזורי בנתניה, פ”ד סא(1) 581, 606 (2006). כן ראו עע”ם 9341/05 התנועה לחופש המידע נ’ רשות החברות הממשלתיות (טרם פורסם, 19.5.2009), פסקאות 19-20 לפסק הדין).

יחד עם זאת, ערך האוטונומיה של הפרט, שהוא מקור הזכות לפרטיות, הוא גם זה המאפשר לפרט להחליט להיחשף בפני אדם מסוים או קבוצה של בני אדם ולוותר ביחס אליהם על היבטים מסוימים הנוגעים לזכותו לפרטיות. לשון אחר, אותה אוטונומיה של הפרט המצדיקה מלכתחילה את ההגנה על זכותו לפרטיות היא גם זו המאפשרת לו לוותר על פרטיותו בנסיבות מסוימות או כלפי אנשים מסוימים. בהקשר זה חשוב לציין כי סעיף 1 לחוק הגנת פרטיות קובע כי: ”לא יפגע אדם בפרטיותו של זולתו ללא הסכמתו”, ומכאן שגם המחוקק הכיר בכך שהסכמה לפגיעה בפרטיות עשויה להכשיר את הפגיעה.

22. בנסיבות בהן מתקיים מפגש בין שוטר לבין אזרח, כאשר השוטר מבקש מן האזרח הסכמה לערוך חיפוש על גופו או בכליו, אין להשקיף על האירוע רק מהיבט של פגיעה מוסכמת בפרטיותו של האזרח ואך מנקודת המבט של דיני הגנת הפרטיות, המאפשרים, כאמור, לכל אדם להסכים לפגיעה בפרטיותו. עריכת חיפוש בידי שוטר מבוצעת מכוח סמכויותיו השלטוניות ומחייבת עמידה באמות המידה שנקבעו בהוראות המשפט המינהלי ובחוקי סדר הדין הפלילי, הקובעות את היקף סמכויותיהם של השוטרים ואת התנאים להפעלת סמכויות אלה (כמפורט בפסקה 16 לעיל). העיקרון בדבר חוקיות המינהל, המבוסס מימים ימימה בשיטתנו המשפטית, קובע כי אין לרשות מינהלית (ולעניין זה גם שוטר בודד הוא רשות מינהלית) אלא אותן סמכויות הקבועות בחוק ואין היא רשאית לפעול בלא הסמכה כזו (ראו י’ זמיר הסמכות המינהלית (מהדורה שנייה, כרך א’, 2010), 73-82). חשיבותו של עקרון חוקיות המינהל מקבלת משנה תוקף כאשר מדובר בסמכויות המתירות לרשות המינהלית לפגוע בזכויות אדם מוגנות, ובוודאי כך כאשר מדובר בסמכויותיו של שוטר הרשאי במסגרת סמכויותיו ובנסיבות המתאימות לפגוע בזכויות הבסיסיות ביותר של אדם (ראו: בג”ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ’ ממשלת ישראל, פ”ד נג(4) 817, 831 (1999);

בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים (טרם פורסם, 20.12.2010), פסקה 14 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן).

עקרון חוקיות המינהל בא לידי ביטוי גם בתנאי פסקת ההגבלה בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הקובעת כי אחד התנאים לחוקתיותה של פגיעה בזכות אדם המוגנת בחוק היסוד (כגון הזכות לפרטיות) היא כי הפגיעה נעשית "בחוק... או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו". על מהותה של דרישת ההסמכה המפורשת עמדתי בבג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם, 20.8.2008), ובדנג"ץ 9411/00 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון (טרם פורסם, 19.10.2009). דרישה זו נועדה לצמצום הפגיעה בזכויות אדם על ידי חקיקת משנה, וצמצום זה חל בודאי גם ביחס לפעולות מינהליות הפוגעות בזכויות אדם שאינן מעוגנות בחקיקת משנה (ראו והשוו בג"ץ 6824/07 הנ"ל, פסקה 15 לפסק דינו של השופט פוגלמן). כבר נקבע בפסיקתנו כי כאשר נבחנת התקיימות דרישת ההסמכה המפורשת לגבי הפעלת סמכות מסוימת הכרוכה בפגיעה בזכויות אדם, נדרשת התחשבות בשיקולים שונים, ובהם מהות הזכות הנפגעת, עוצמת הפגיעה בזכות ומיהות הרשות הפוגעת (ראו דנג"ץ 9411/00 הנ"ל, פסקה 11 לפסק דיני). בהקשר זה ציינתי בבג"ץ 10203/03 הנ"ל כי:

"ככל שהזכות הנפגעת קשורה בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם ולחירותו והיא בעלת חשיבות חברתית גבוהה וככל שעוצמת הפגיעה בזכות רבה ומקיפה, כך נפרש ביתר קפדנות את דרישת "ההסמכה המפורשת" בנסיבותיו של המקרה הקונקרטי. בהתאם לכך, בנסיבות בהן מדובר בזכות יסוד מרכזית שעוצמת הפגיעה בה גבוהה, תידרש הרשאה ברורה בחוק המסמיך הקובעת אמות-מידה כלליות למאפיינים המהותיים של הפגיעה המותרת באמצעות חקיקת-משנה. רמת הפרטנות של ההסמכה הנדרשת תיגזר מעוצמת הפגיעה בזכות המוגנת, ממהות העניין ומהקשר הדברים" (ראו שם, פסקה 12 לחוות דעתי).

23. בכל הנוגע למקרים שלפנינו, הכל מסכימים כי אין בפקודת סדר הדין הפלילי או בכל דבר חקיקה אחר התייחסות מפורשת לשאלת סמכותו של שוטר לערוך חיפוש על גופו של אדם או בביתו בהסכמתו בלבד, בהעדר עילה חוקית אחרת לעריכת החיפוש. קשה גם לחלוק על כך שעצם עריכתו של חיפוש על גופו של אדם, בביתו או בכליו פוגעת בזכותו לפרטיות – גם כאשר מדובר בחיפוש שנערך בהסכמה. יחד עם זאת, יש להתחשב בכך שכאשר מדובר בחיפוש בהסכמה וההסכמה היא הסכמת אמת

(שאלת התנאים הנדרשים לגיבוש ההסכמה תידון על ידינו בהמשך) עוצמת הפגיעה בזכות לפרטיות היא נמוכה ביותר. זאת, במיוחד נוכח הקשר ההדוק עליו עמדנו לעיל בין הזכות לפרטיות לבין האוטונומיה של הפרט, שעליה נועדה הזכות לפרטיות להגן; אכן, מאותה תפיסה בדבר האוטונומיה של הפרט גם נובעת ההכרה באפשרות הנתונה לאדם לוותר על פרטיותו בנסיבות מסוימות או כלפי אנשים מסוימים.

נציין עוד, כי במקרים שלפנינו איננו עוסקים ב"חיפוש חיצוני" או ב"חיפוש פנימי" בגוף האדם כהגדרתם בחוק סמכויות אכיפה. התנאים לקבלת הסכמה לעריכתם של חיפושים כאלה בגופו של אדם שאינו חשוד בביצוע עבירה מסוימת קבועים בפרק ו' לחוק סמכויות אכיפה. הסנגוריה טוענת כי הסדר זה הוא למעשה הסדר שלילי, המלמד על העדר סמכות לערוך חיפוש בהסכמה במקרים אחרים. טענה זו על פניה היא מרחיקת לכת בעיני. ראשית, החיפוש המוסדר בחוק סמכויות אכיפה (בין אם מדובר ב"חיפוש חיצוני" ובין אם מדובר ב"חיפוש פנימי" כהגדרתם בחוק) הוא ככלל פוגעני יותר בהשוואה לחיפושים הנערכים בנסיבות שבהם עוסקות בקשות רשות הערעור שלפנינו. שנית, להסדר המיוחד הקבוע בפרק ו' לחוק סמכויות אכיפה יש תכלית ברורה וממוקדת; והיא לענות על הצורך שמתעורר לעתים לערוך במסגרת חקירתה של עבירה מסוימת חיפוש על אנשים (כגון קורבן העבירה או עדים) אף שאינם חשודים בביצוע העבירה.

24. זאת ועוד, בבואנו לבחון את דרישת ההסכמה המפורשת ככל שזו נוגעת לעריכת חיפוש בהסכמה, עלינו להתחשב גם במיהות הרשות הפוגעת בזכות לפרטיות, ובכך שההסכמה מתבקשת על ידי שוטר הפועל לאכיפת החוק ולהגנה על שלום הציבור. בהקשר זה נשוב ונזכיר כי בהתאם להוראות פקודת המשטרה, עליהן עמדנו בפסקה 16 לעיל, הסמכויות הניתנות לשוטר נועדו לאפשר לו למלא את תפקידיו הנוגעים למניעת עבירות ולתפיסת עבריינים. תפקידים וסמכויות אלה הוקנו לשוטרים על מנת לקדם את האינטרס הציבורי הרחב בהגנה על הסדר הציבורי והביטחון האישי של בני הציבור כולו. עצם העובדה שהשוטר פועל לשם מטרות אלה ולשם קידום האינטרס הציבורי כמובן שאינה מכשירה את חריגת השוטר מסמכויותיו, אך יש בה כדי להשפיע על פרשנות סמכויות אלה.

25. על כן, כאשר מדובר בפגיעה קלה יחסית בזכות לפרטיות, הנעשית בהסכמת האדם שעל גופו, בכליו או בביתו מבקשת המשטרה לערוך חיפוש, יכולה הסכמת האדם מושא החיפוש לשמש תחליף לדרישת החשד הסביר לנשיאת נשק, הקבועה בסעיף 3(ב) לחוק לשמירה על ביטחון הציבור בזו הלשון:

3(ב). היה לשוטר, לחייל  
מוסמך או למאבטח חשד  
סביר שאדם נושא עמו  
שלא בדין נשק, או עומד  
לעשות שימוש שלא כדין  
בנשק, או שנשק המוחזק  
שלא כדין נמצא בכלי  
תחבורה, רשאי הוא לערוך  
חיפוש על גופו של האדם  
או בכלי התחבורה."

"סמכות  
חיפוש בלא  
צו

ההסכמה לביצוע החיפוש יכולה גם לשמש תחליף לדרישת ה"יסוד להניח" כי  
בוצעה עבירה בהתאם לסעיף 25(1) לפקודת סדר הדין הפלילי הקובע כי:

"חיפוש 25. שוטר רשאי, בלא צו חיפוש,  
שלא על פי להיכנס ולחפש בכל בית או מקום אם  
— צו חיפוש

(1) יש לשוטר יסוד להניח  
שמבצעים שם פשע, או  
שפשע בוצע שם זה  
מקרוב;".

נוכח אופייה וטיבה של הסמכות לעריכת חיפוש על גופו של אדם, בכליו או  
בביתו כשאינן מדובר בחיפוש "פולשני", הותר המחוקק את ההחלטה על עריכת חיפוש  
מסוג זה לשיקול דעתו הפרטני של השוטר. הרף שנקבע לכך הינו, כאמור, "חשד סביר"  
או "יסוד להניח". יש לזכור כי ההחלטה האם התקיים הרף הנדרש מתקבלת בנסיבות  
של מילוי תפקיד, בלחץ זמן ובדרך כלל בנסיבות אשר עלולות לעורר חשד; כאשר  
ההחלטה בדבר עוצמת החשד מתחייבת על אתר. במצבים אלה תחת שיקול דעתו של  
השוטר, בהתאם למידע הקיים בפניו באשר לקיומה של עילת חיפוש ללא צו, תבוא  
הסכמת האדם מושא החיפוש. הסכמה זו מבטאת את האוטונומיה הנתונה לפרט  
להסכים לפגיעה בזכותו לפרטיות. בהקשר זה יש להביא בחשבון כי שתי הוראות החוק  
הנזכרות תולות את הסמכות לעריכת החיפוש ללא צו שיפוטי בשיקול דעתו הפרטני של  
השוטר בנסיבות עניין. שיקול דעת זה צריך, כמובן, להיות מופעל באופן סביר ומיושם  
במידתיות ובשוויוניות. לפיכך, נראה שכאשר בהתאם לשיקול דעתו של שוטר  
בנסיבות מחשידות, שאינן עלולות כדי "חשד סביר" או "יסוד להניח", מתבקשת הסכמה  
לביצוע חיפוש והסכמה זו היא אכן הסכמת אמת, שניתנת בתנאים שיפורטו בהמשך על

ידי האדם מושא החיפוש, הרי ניתן לקיים את החיפוש; ובלבד שמתקיימים יתר התנאים הקבועים בחוק לעריכת חיפוש ללא צו שיפוטי.

התנאים הנדרשים לגיבוש הסכמת אמת לעריכת חיפוש

26. אף אם נקבל את טיעונה של המדינה כי הסכמה של האדם מושא החיפוש עשויה להכשיר בנסיבות מסוימות את ביצוע החיפוש, אף בהעדר "חשד סביר" לכך שהוא נושא נשק או "יסוד להניח" כי הוא ביצע פשע "זה מקרוב", עדיין שומה עלינו לבחון את התנאים שבהם ניתן יהיה לראות אותה הסכמה כהסכמת אמת. מקובל הן על המבקשים והן על המדינה כי ככל שהסכמה לביצוע החיפוש עשויה להכשיר את החיפוש בהעדר מקור סמכות אחר, עליה להיות הסכמה מדעת; היינו, הסכמה הניתנת תוך מודעות של האדם מושא החיפוש לזכותו לסרב לביצוע החיפוש, ולכך שהסירוב לא ייזקף לחובתו. המחלוקת בין הצדדים נסבה על השאלה מתי ובאילו נסיבות ניתן לקבוע כי המודעות הנדרשת לזכות לסרב לביצוע החיפוש התקיימה אצל האדם שנתבקשה הסכמתו לביצוע החיפוש. הסנגוריה טוענת כי על השוטר המבקש לערוך את החיפוש בהסכמה להבהיר במפורש לאדם שמתבקשת הסכמתו לביצוע החיפוש כי עומדת לו הזכות לסרב לביצוע החיפוש וכי סירוב זה לא ייזקף לחובתו. חובת היידוע בדבר הזכות לסרב לביצוע החיפוש, כך ממשיכה הסנגוריה וטוענת, צריכה להיות בכתב; שכן רק כך ניתן להבטיח כי האזרח ידע על זכותו לסרב לביצוע החיפוש. המדינה טוענת, לעומת זאת, כי מעצם הבקשה של השוטר לקבל את הסכמת האזרח לביצוע החיפוש יכול האזרח להסיק כי נתונה לו הזכות לסרב לביצוע החיפוש; שכן חזקה עליו כי הוא מבין שאין מדובר בחילופי דברים סתמיים.

27. טענת המדינה לפיה מעצם הבקשה להסכמת האזרח נלמדת הבנתו כי נתונה לו הזכות לסרב לבקשה היא מרחיקת לכת. נוכח פערי הכוחות האינהרנטיים הטמונים ביחסים שבין המשטרה לאזרחים אין די בכך שהאדם מושא החיפוש מתבקש ליתן את הסכמתו לביצוע החיפוש כדי שהוא יידע כי נתונה לו הזכות לסרב לביצוע החיפוש וכדי שהסכמתו לביצוע החיפוש תיחשב להסכמה מדעת. ראשית, עצם בקשת ההסכמה לעריכת החיפוש אין משמעותה בהכרח כי לאזרח יש זכות לסרב לביצוע החיפוש. כך למשל, ניתן להניח כי במקרים רבים שבהם המשטרה מוסמכת לערוך חיפוש ללא צו שיפוטי וללא הסכמת האדם מושא החיפוש עדיין תתבקש ההסכמה, וזאת כדי להפחית את החשש מפני עימות סביב עריכת החיפוש וכדי להימנע מהפעלת כוח פיזי בלתי הכרחי כלפי האזרח. אכן, הפגיעה בזכות לפרטיות של האדם מושא החיפוש היא מידתית יותר כשמתבקשת הסכמתו לחיפוש, אף אם ניתן לערוך את החיפוש גם ללא הסכמתו. ביטוי לגישה זו ניתן למצוא בסעיף 2(ג) לחוק סמכויות אכיפה המתייחס



לחיפוש בגופו של אדם שיש בו פגיעה קשה יותר מהחיפושים הנדונים לפנינו ונאמר בו כי "אין עורכים חיפוש בגופו של חשוד אלא לאחר שנתבקשה הסכמתו לכך..."

שנית, ניתן להניח כי ככלל כאשר שוטר מבקש את הסכמתו של אדם לעריכת חיפוש יסבור אותו אדם כי השוטר פועל במסגרת סמכותו ולא ייטה לעמוד על זכויותיו. בנוסף לכך, ניתן להניח כי פעמים רבות, ובמיוחד אצל אזרחים נורמטיביים ושומרי חוק, עצם המפגש עם שוטר המבקש לערוך חיפוש בכליו, על גופו או בביתו של אדם גורם לתחושות של מתח נפשי וחשש, שעלולות גם הן להביא לכך שהאדם יחשוש מלעמוד על זכויותיו; וזאת, אף אם אלה ידועות לו. אכן, ניתן לומר שככלל בנסיבות בהן אדם נפגש עם שוטר המבקש לערוך חיפוש על גופו, בכליו או בביתו רצונו העיקרי של האדם מושא החיפוש הוא להביא לסיום המפגש מהר ככל הניתן. בנסיבות אלה אותו אדם עשוי לסבור כי סירוב להסכים לביצוע החיפוש עלול להביא לעיכובו או למעצרו ולמצער לעורר חשד נגדו. הסכמה שניתנת בנסיבות אלה, שמשמעותה היא ויתור על הזכות החוקתית לפרטיות כלפי השוטר המבקש לערוך את החיפוש, איננה הסכמה מדעת; שכן היא אינה מבטאת בחירה אמיתית ואוטונומית של האזרח לוותר על זכויותיו (ראו והשוו לפסק דיננו בבג"ץ 3799/02 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל, פ"ד ס(3) 67, 86 (2005)).

לפיכך, כדי להבטיח שההסכמה לחיפוש היא הסכמת אמת ואינה מבוססת אך על פערי הכוחות הטמונים במפגש בין שוטר לאזרח נדרש השוטר המבקש את הסכמת האזרח לעריכת החיפוש להבהיר לו, כאשר הדבר רלוונטי, כי נתונה לו הזכות לסרב לביצוע החיפוש וכי הסירוב לא יפעל לחובתו. בנסיבות אלה תיחשב הסכמתו של האזרח לביצוע החיפוש להסכמה מדעת שיש בה להכשיר את הפגיעה בזכות החוקתית לפרטיות הכרוכה בביצוע החיפוש. נדגיש עוד שעסקינן במקרים שבהם הסכמת האזרח היא מקור הסמכות היחיד לביצוע החיפוש. נוכח העובדה שמקור סמכות זה אינו מעוגן מפורשות בחקיקה, ובהתחשב בפגיעה בזכויות חוקתיות הנגרמת כתוצאה מעריכת החיפוש, שומה עלינו להבטיח כי ההסכמה לביצוע החיפוש תהא הסכמת אמת המבוססת על החלטה מודעת של האזרח להסכים לביצוע החיפוש.

28. המדינה טוענת כי כדי לוודא את קיום המודעות האמורה לזכות לסירוב לביצוע החיפוש, אין צורך שהשוטר ישתמש בטפסים או "ידקלם" את הזכות לסרב לביצוע החיפוש. לשיטת המדינה די בכך שמערכות האכיפה ובתי המשפט יבחנו על סמך נסיבות המקרה שלפניהם האם ניתנה הסכמה מודעת לעריכת החיפוש. אינני סבורה כי

ניתן לקבל עמדה גורפת זו של המדינה. נוכח פערי הכוחות והמידע הטבועים במפגש בין שוטר לאזרח אין לקבל את ההנחה המוצעת על ידי המדינה לפיה האזרח ממילא יהיה מודע על יסוד בקשת ההסכמה לזכותו לסרב לביצוע החיפוש, ולא כל שכן לכך שהסירוב לא ייחשב לחובתו, גם אם השוטר שמבקש לערוך את החיפוש לא יודיע לו על זכויות אלה במפורש. אימוץ הגישה המוצעת על ידי המדינה עלול להביא למצב שבו על אזרחים שאינם מודעים לזכויותיהם ייערכו חיפושים מוסכמים רבים יותר בהשוואה לאזרחים המודעים לזכויות אלה; כך שהפגיעה באזרח תועצם בשל חוסר מודעות לזכויות. אימוץ מדיניות אחידה ושוויונית, המחייבת את השוטר המבקש לערוך חיפוש בהסכמה להודיע לאזרח על זכותו לסרב ועל כך שהסירוב לא ייחשב לחובתו, תמנע, אפוא, מצב שבו נפגעת פרטיותם של אזרחים אך משום שהם אינם מודעים לזכויותיהם. זאת ועוד, הודעה מפורשת של השוטר על הזכות לסרב לעריכת החיפוש ועל כך שלא תהיינה לסירוב השלכות שליליות תקל גם על אזרחים המודעים לזכויותיהם לעמוד על זכויותיהם ולקבל החלטה אוטונומית בדבר הסכמה לחיפוש. עוד יצוין, כי המדינה לא העלתה נימוקים של ממש כנגד הטלת חובה על שוטרים להודיע לאזרחים מושאי החיפוש על זכויותיהם שלא להסכים לעריכת החיפוש; ואמנם קשה להצביע על נימוקים כאלה כאשר עסקינן באזרחים שלא קמה לגביהם עילת חיפוש מבוררת והסמכות לבצע את החיפוש מבוססת מלכתחילה אך ורק על הסכמתם. מדיניות המחייבת את השוטר להודיע לאזרח מושא החיפוש על זכויותיו כאשר מבוקש חיפוש בהסכמה תגביר את הוודאות בקרב השוטרים עצמם בדבר האופן שבו יש לקבל את ההסכמה לביצוע החיפוש ותפחית את האפשרות להעלאת טענות הנוגעות לקבילות הראיות שנמצאו בחיפוש מעין זה. הודעה ברורה של השוטר בדבר הזכות לסרב לביצוע חיפוש אף תצמצם את הצורך בהתדיינות שיפוטית סביב השאלה האם בנסיבותיו הקונקרטיות של מקרה מסוים היה האדם מושא החיפוש מודע לזכותו לסרב לביצוע החיפוש.

29. שאלת האפשרות לערוך חיפוש בהסכמה והתנאים לחוקיות חיפוש מסוג זה התעוררה בשיטות משפט נוספות הקרובות לשיטת המשפט בישראל ובמדינות שונות אומצו גישות שונות לעניין זה. יחד עם זאת, חשוב להדגיש כי נראה שאין מחלוקת בדבר עצם הצורך שחיפוש בהסכמה הנערך על ידי המשטרה ייעשה בכפיפות לכללי התנהגות מסוימים החלים על השוטרים. נתאר, אפוא, בקצרה את העמדות השונות שאימצו שיטות משפט נוספות באשר לשאלות המתעוררות לפנינו.

בארצות-הברית אומצה על ידי בית המשפט העליון (בדעת רוב של שישה שופטים אל מול שלושה) עוד לפני שנים עמדה המקלה על המשטרה לערוך חיפושים בהסכמה (ראו Scheneckloth v. Bustamonte, 412 U.S. 218 (1973)). באותה פרשה נקבע כי על אף שהסכמה יכולה לשמש כמקור סמכות לעריכת חיפוש (וזאת כאשר לא מתקיימים התנאים לעריכת חיפוש שנקבעו בתיקון הרביעי לחוקת ארצות-הברית), ועל אף שעליה להיות הסכמה חופשית ורצונית, קיומה של הסכמה חופשית הוא עניין שבעובדה הטעון הוכחה במשפט והיא נלמדת מכלל הנסיבות. כמו כן נקבע כי אף שיש להביא נתון זה בגדר השיקולים, אין חובה מוקדמת על התביעה להצביע על מודעות לאפשרות הסירוב. לפיכך, קבעו שופטי הרוב בפסק הדין האמור כי אין חובה ליידע את האדם שמתבקשת הסכמתו לחיפוש בדבר זכותו לסרב לביצוע החיפוש. כך ציין בהקשר זה השופט Stewart שהביא את דעת הרוב בפסק הדין:

“Our decision today is a narrow one. We hold only that, when the subject of a search is not in custody and the State attempts to justify a search on the basis of his consent, the Fourth and Fourteenth Amendments require that it demonstrate that the consent was in fact voluntarily given, and not the result of duress or coercion, express or implied. Voluntariness is a question of fact... to be determined from all the circumstances, and while the subject's knowledge of a right to refuse is a factor to be taken into account, the prosecution is not required to demonstrate such knowledge as a prerequisite to establishing a voluntary consent” (ראו שם, בעמ' 248-249 לפסק הדין).

עמדה זו אף אושרה בפסיקה מאוחרת יותר של בית המשפט העליון של ארצות-הברית, שבה נקבע כי אין חובה על שוטרים המבקשים לערוך חיפוש להודיע לאדם מושא החיפוש על זכויותיו, וכי הידיעה אודות הזכות לסרב לביצוע החיפוש אינה תנאי בלעדיו אין לעריכת חיפוש בהסכמה (ראו: Ohio v. Robinette, 519 U.S. (1996) 33).

לעומת הגישה בארצות-הברית אומצה בבריטניה גישה שונה לחלוטין לעריכת חיפושים בהסכמה. לפי הגישה הנוהגת בבריטניה אין לערוך חיפוש על אדם, אף אם נתקבלה הסכמת האדם מושא החיפוש, אם אין עילה המקימה סמכות בדין לעריכת החיפוש; זאת, למעט במקרים שבהם עריכת החיפוש היא תנאי לכניסה למקום מסוים

(כגון אירוע ספורט). הכללים בעניין זה קבועים כך בנוהל ההתנהגות לשוטרים ( Code A הנספח ל-1984 Police and Criminal Evidence Act); שם נאמר בסעיף 1.5 :

“An officer must not search a person, even with his or her consent, where no power to search is applicable. Even when a person is prepared to submit to a search voluntarily, the person must not be searched unless the necessary legal power exists, and the search must be in accordance with the relevant power and the provisions of this Code. The only exception, where an officer does not require a specific power, applies to searches of persons entering sports grounds or other premises carried out with their consent given as a condition of entry.”

הוראה זו נוספה לנוהל ההתנהגות לשוטרים בשנת 2003 במקום הוראה קודמת משנת 1995 שחייבה את השוטר להבהיר לאדם מושא החיפוש כי החיפוש לא ייערך בלי הסכמתו (ראו 5<sup>th</sup> M. Zander *The Police and Criminal Evidence Act 1984* (Ed., 2005) 8-9).

גישת ביניים כלפי עריכת חיפושים בהסכמה אומצה בפסיקה בקנדה. פסיקת בית המשפט העליון בקנדה עמדה על פערי הכוחות שבין המשטרה לאזרח בעת בחינת הסכמת האזרח לחיפוש תוך ויתור על זכויותיו החוקתיות והדגישה את הצורך במודעות מלאה של האזרח לויתור על זכויותיו. כך קבע בית המשפט העליון של קנדה מפי השופט Cory במקרה שעסק בחוקיות חיפוש בהסכמה ברכב שנעצר לבדיקה שגרתית על ידי המשטרה :

”It has been seen that as a result of the check stop the appellant was detained. The arbitrary detention was imposed as soon as he was pulled over. As a result of that detention, it can reasonably be inferred that the appellant felt compelled to respond to questions put to him by the police officer. In those circumstances it is incumbent upon the Crown to adduce evidence that the person detained had indeed made an informed consent to the search based upon an awareness of his rights to refuse to respond to the questions or to consent to the search. There is no such evidence in this case. In my view the trial judge was correct in her conclusion that the appellant felt compelled to respond to the police questions. In the circumstances it cannot be said

R. v. : (ראו: "that the search was consensual"  
 Mellenthin, [1992] 3 S.C.R. 615, 624-625 ; כן ראו:  
 R. v. Borden [1994] 3 S.C.R. 145 ; ולאחרונה R. v.  
 Côté, 2011 SCC 46).

30. לאחר בחינת הנושא באספקלריה של השיטה המשפטית שלנו תוך הבאה בחשבון של המציאות בה פועלת המשטרה לאבטחת שלום הציבור, אני סבורה שיש לאמץ את גישת הביניים בין הגישה הנוהגת בארצות-הברית לבין הגישה הנוהגת בבריטניה; ולהעדיף גישה הדומה במידה רבה לזו הנוהגת בקנדה. מחד גיסא אני סבורה, כמוסבר לעיל, כי המשטרה אכן מוסמכת לערוך חיפוש בהסכמה. מאידך גיסא על ההסכמה לביצוע החיפוש להיות הסכמה מדעת, שניתנת תוך מודעות לזכות לסרב לביצוע החיפוש. דומה, שבאופן עקרוני אף על המדינה מקובל שהסכמה היא הסכמה מדעת. כפי שהבהרנו לעיל, הדרך הטובה ביותר להבטיח את קיומה של ידיעה זו הוא בחובה ליתן הסבר מפורש אודותיה למושא החיפוש.

הגישה המחייבת את המשטרה ליידע אזרחים בדבר זכויותיהם במסגרת הפעלת סמכויות מסוימות אומצה על ידי המחוקק בהקשרים שונים ומשתלבת בתפיסה הנהוגה בשיטתנו בכל הנוגע להגנה על זכויות היסוד של האדם אל מול סמכויות המשטרה. כך למשל, קובע סעיף 32 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996 את חובתו של הקצין הממונה להסביר לעצור את זכויותיו, וזאת בזו הלשון:

<p>32. החליט הקצין הממונה לעצור את החשוד, יבהיר לו מיד את דבר המעצר ואת סיבת המעצר בלשון המובנת לו, ככל האפשר, וכן –</p>	<p>"הסברת זכויות לעצור</p>
--	----------------------------

(1) את זכותו שתימסר הודעה על מעצרו, לאדם קרוב לו ולעורך-דין ואת זכותו להיפגש עם עורך-דין, הכל בכפוף להוראות סעיפים 34 עד 36; וכן את זכותו להיות מיוצג על ידי סניגור כאמור בסעיף 15 לחוק סדר הפלילי או לפי חוק הסניגוריה הציבורית;

(2) את משך הזמן שניתן להחזיקו במעצר עד שישוחרר או עד שיובא בפני שופט".

דוגמה נוספת להוראת חוק המחייבת שוטר להבהיר לאדם את זכויותיו, שבה גם נדרשת קבלת הסכמתו של אדם לביצוע הפעולה שאותה מבקש השוטר לערוך, מצויה בסעיף 14 לחוק סמכויות אכיפה שקובע כדלקמן:

14. (א) שוטר רשאי, לצורך חקירת עבירה, לערוך חיפוש כאמור בחוק זה בגופו של אדם שאינו חשוד, ולענין עריכת חיפוש כאמור לפי סעיף 5 להורות על עריכת חיפוש כאמור באותו סעיף, ובלבד שמתקיים אחד מאלה:

”חיפוש  
בגופו של  
אדם שאינו  
חשוד

(1) האדם הוא נפגע עבירה, עד וכל מי שאינו חשוד, והיה לשוטר יסוד סביר להניח שבגופו של אותו אדם נמצאת ראיה הנדרשת לצורך חקירת העבירה;

(2) החיפוש נדרש לשם בדיקת קשר אפשרי של אותו אדם לעבירה הנחקרת.

(ב) לא יערוך שוטר חיפוש לפי הוראות פרק זה אלא לאחר שהסביר לאדם, בלשון המובנת לו, את מטרת החיפוש ואת השימוש שניתן לעשות במה שייתפס בחיפוש, וכן הסביר לו את זכותו שלא להסכים לחיפוש, ואותו אדם נתן את הסכמתו בכתב, לביצוע החיפוש.”

שתי הוראות חוק אלה מלמדות על החשיבות שמייחס המחוקק להבהרה מפורשת וברורה של זכויותיהם של מי שהמטרה מבקשת להפעיל כלפיהם סמכויות מעצר או חיפוש. הבהרת זכויות זו היא חיונית במיוחד, כפי שניתן ללמוד מהוראות סעיף 14 לחוק סמכויות אכיפה, כאשר עסקינן בסיטואציה בה קבלת הסכמת האדם מושא החיפוש היא תנאי לביצוע החיפוש ובגדרה מוטלת על השוטר החובה להבהיר לאדם שמתבקשת הסכמתו את זכותו שלא להסכים לחיפוש. יידוע האדם באופן ברור

ומובן אודות זכותו לסרב לביצוע החיפוש הוא חיוני, אם כן, להבטחת היותה של ההסכמה לחיפוש הסכמה אוטונומית ולצמצום עוצמת הפגיעה בזכות החוקתית לפרטיות הנגרמת כתוצאה מהחיפוש. בהקשר זה מעניין לציין עוד, כי המחוקק קבע בסעיפים 14-ב-14 ד לחוק סמכויות אכיפה הסדר מפורט לגבי האופן שבו יש לקבל את ההסכמה לעריכת חיפוש על קטינים ואנשים עם מוגבלות שכלית שאינם חשודים.

31. סיכומו של דבר, בהעדר מקור סמכות אחר ובנסיבות המצדיקות זאת, הסכמתו של אדם לעריכת חיפוש על גופו, בכליו או בביתו עשויה להוות מקור סמכות עצמאי לביצוע החיפוש. באותן נסיבות תוכל ההסכמה לשמש תחליף לדרישת החשד הסביר לנשיאת נשק, הקבועה בסעיף 3(ב) לחוק סמכויות לשמירה על ביטחון הציבור, או לדרישת ה"יסוד להניח" כי בוצעה עבירה, הקבועה בסעיף 25 לפקודת סדר הדין הפלילי. אין חולק כי תנאי לכך הוא שאותה הסכמה תהיה הסכמת אמת מודעת ורצונית. כדי להבטיח זאת אין די בבקשת הסכמתו של האדם מושא החיפוש לעריכת החיפוש אלא יש להבהיר לו במפורש כי נתונה לו הזכות לסרב לביצוע החיפוש וכי הסירוב לא ייזקף לחובתו. יחד עם זאת, איננו רואים לקבוע כי ההסכמה לביצוע החיפוש צריכה להינתן בהכרח בכתב, כפי שטוענים המבקשים. התכלית המרכזית העומדת ביסוד החובה להודיע לאדם מושא החיפוש בהסכמה על זכותו לסרב לביצוע החיפוש אינה יצירת פרוצדורה פורמלית לעריכת החיפוש אלא בהבטחת האוטונומיה של הפרט שמתבקשת הסכמתו לעריכת החיפוש. כדי להגשים תכלית זאת אין הכרח שההודעה על הזכויות תינתן בכתב, ודומה כי דרישה כזו עשויה לסרב ולהאריך את הליך החיפוש המתקיים פעמים רבות בתנאים של לחץ או צורך מיידי. אדרבא, דווקא הסבר ברור ומובן שיינתן בעל-פה בדבר הזכות לסרב לביצוע החיפוש ובדבר העובדה כי הסירוב לא ייזקף לחובתו של המסרב תשרת טוב יותר את הצורך להבטיח את כנות ההסכמה לביצוע החיפוש מאשר חתימה על טופס זה או אחר. עוד נוסיף בהקשר זה כי מן הראוי ששאלת אופן ביצוע החיפוש בהסכמה תוסדר בנוהל רשמי של המשטרה שינחה את השוטרים לגבי היקף סמכויות עריכת החיפוש הנתונות להם ולגבי התנאים לעריכת חיפוש בהסכמה. אנו סבורים כי במסגרת הנוהל האמור יש לקבוע כי מייד ובסמוך לאחר עריכת החיפוש בהסכמה ירשום השוטר שערך את החיפוש זכרון דברים או תרשומת בדבר נסיבות החיפוש שנערך. כך, יוותר תיעוד אמין ומדויק אודות החיפוש ככל שתתעורר בעתיד שאלה לגבי חוקיותו או האופן שבו הוא נערך.

מן הכלל אל הפרט

32. בבואנו לבחון את חוקיות החיפושים "בהסכמה" שנערכו במקרים שלפנינו, המסקנה המתבקשת היא כי ההסכמות שניתנו בשלושת המקרים לעריכת החיפושים,

בוודאי כך ביחס לענייניהם של בן חיים וג'בלי (שם ההסכמה ניתנה על ידי אמו של המבקש), לא היו הסכמות מדעת. באשר לעניין עייש הנסיבות מלמדות כי המבקש ידע, כפי הנראה, על זכותו לסרב, אלא שאין צורך להכריע בעניין זה כיוון שממילא הייתה עילה לחיפוש על-פי המידע ה"טרי" שהיה בידי המשטרה. המדינה טוענת כי בשלושת המקרים ניתנו בפועל הסכמות אמת לעריכת החיפושים. בעניין בן חיים, כך מציינת המדינה, תועדה הסכמתו של המבקש במזכר של אחד השוטרים שיזמו את עריכת החיפוש. כמו כן טוענת המדינה כי ניתן ללמוד על ההסכמה מכך שהמבקש רוקן בעצמו את כיסיו ומטענתו כי סבר שמותר לשאת את הסכין הנדונה; טענה שלשיטת המדינה מלמדת על כך שהמבקש רוקן את כיסיו משום שהוא חש בטוח לעשות כן, ולא מתוך תחושת חובה להיענות לבקשת השוטרים. באשר לעניין ג'בלי טוענת המדינה כי ניתן ללמוד על הסכמת אמו של המבקש לעריכת החיפוש בביתה, מכך שחתמה על דוח החיפוש ובכך אישרה שאין לה כל התנגדות לעריכת החיפוש בביתה ובחצרים שברשותה ללא צו חיפוש שיפוטי, ומכך שאמרה לאחד השוטרים "שאין לה בעיה לחיפוש בנושא הסמים של בנה". באשר לחיפוש שנערך בעניין עייש טוענת המדינה כי ניתנה הסכמה מודעת של המבקש לעריכת החיפוש וכי גם אשתו הסכימה לעריכת החיפוש, כפי שעולה מדוח החיפוש שעליו חתמה.

מטיעוני המדינה ניתן ללמוד לכל היותר כי ניתנו הסכמות לעריכת החיפושים האמורים, אולם אין בטיעונים אלה כדי להצביע על כך שההסכמות לביצוע החיפושים בעניין בן חיים ובעניין ג'בלי היו הסכמות מדעת, שרק הן עשויות היו להכשיר את החיפושים בהעדר מקור סמכות אחר לעריכתם. לשון אחר, לא עלה בידי המדינה להראות כי הסכמת המבקש בעניין בן חיים והסכמת אמו של המבקש בעניין ג'בלי לעריכת החיפושים ניתנו תוך מודעות של השניים לזכות לסרב לביצוע החיפוש, ולכך שסירוב מעין זה לא ייזקף לחובתם. מודעות זו, כפי שהבהרנו לעיל, יש להבטיח על ידי מתן הסבר ברור ומובן של השוטר המבקש לערוך את החיפוש בהסכמה בדבר זכויותיו של האדם מושא החיפוש. הסברים כאלה לא ניתנו בשלושת המקרים שלפנינו, ולפיכך אין לראות את ההסכמות לעריכת החיפושים כהסכמות מדעת; וכאמור, בוודאי כך בעניין בן חיים ובעניין ג'בלי. בנסיבות אלה, ובהתחשב בכך שבעניין בן חיים ובעניין ג'בלי ההסכמות האמורות היו מקור הסמכות היחיד לעריכת החיפושים, המסקנה המתבקשת היא כי נפל פגם בחוקיות שני החיפושים. לסוגית חוקיות החיפוש שנערך בעניין עייש נתייחס בהמשך.



33. זאת ועוד, כפי שציינו בפסקה 31 לעיל, הסמכות לערוך חיפוש בהסכמה עשויה לשמש מקור סמכות לעריכת החיפוש מקום בו לא התגבש הרף הראייתי הקבוע בחוק לצורך עריכת החיפוש בהתאם לשיקול דעתו של השוטר. בכל הנוגע לעניין ג'בלי מעוגנת סמכות החיפוש בביתו של אדם בסעיף 25(1) לפקודת סדר הדין הפלילי שקובע, כאמור, כי שוטר מוסמך לערוך חיפוש ללא צו בביתו של אדם אם יש לו "יסוד להניח שמבצעים שם פשע, או שפשע בוצע שם זה מקרוב". מכל מקום, בעניין ג'בלי ספק אם גם הסכמה מדעת של אמו של המבקש הייתה עשויה להכשיר את החיפוש, משום שבנסיבות אותו מקרה הפגם שנפל בסמכות המשטרה לעריכת החיפוש איננו פגם של העדר "יסוד להניח" כי בוצע שם פשע; אלא העובדה כי אין מדובר בפשע שבוצע "זה מקרוב", שהרי חלפו כשלושה שבועות בין מועד קבלת הידיעה המודיעינית הרלוונטית לבין מועד עריכת החיפוש. כפי שהובהר בפסקה 19 לעיל את הביטוי "זה מקרוב" יש לראות, בהתאם לפסיקת בית משפט זה, כמתייחס לפרק זמן של שעות ולא של ימים. בנסיבות אלה אין במקרה שלפנינו תחולה להוראת סעיף 25(1) הנ"ל, המאפשרת למשטרה לערוך חיפוש במקום מסוים בלי צו שיפוטי. בנוסף מתעוררת במקרה דנן גם השאלה האם הסכמה מדעת לעריכת החיפוש עשויה לשמש תחליף גם לדרישת ה"זה מקרוב" בסעיף 25 לפקודה ולא רק לדרישת ה"יסוד להניח" כי בוצע פשע במקום מסוים. משמצאנו כי ההסכמה לעריכת החיפוש בעניין ג'בלי לא הייתה הסכמה מדעת איננו רואים להכריע בשאלה האמורה, וניתן להותירה בצריך עיון. יחד עם זאת, נציין בשולי הדברים כי על פני הדברים מעוררת עריכת החיפוש בלא צו בעניין ג'בלי קושי בלתי-מבוטל, ואין זה ברור איזו הצדקה עשויה להיות לאי-פנייה לבית המשפט לשם קבלת צו חיפוש בנסיבות בהן המידע הרלוונטי נמסר למשטרה זמן רב לפני החיפוש. לעומת זאת, בעניין עייש, שאליו נתייחס בהמשך, חלף פרק זמן של פחות מ-24 שעות בין מועד קבלת הידיעה המודיעינית לבין מועד עריכת החיפוש, ולפיכך נתייחס בנפרד לשאלת חוקיות החיפוש שנערך באותו עניין.

34. משמצאנו כי נפלו פגמים בחוקיות החיפוש שנערכו בעניין בן חיים ובעניין ג'בלי מתעוררת שאלת נפקותם של פגמים אלה והשפעתם על קבילות הראיות שנתפשו באותם חיפושים. בהקשר זה יש להבהיר כי נוכח מהות העבירות בהן מואשמים המבקשים בעניין בן חיים ובעניין ג'בלי, ברי כי פסילת הראיות שנתפשו בשני החיפושים (הסכין בעניין בן חיים והסם בעניין ג'בלי) תביא לזיכוי שני המבקשים. בהקשר זה יוער, כי גם המדינה לא טענה לפנינו כי ניתן להרשיע את המבקשים בעבירות האמורות בלי שיתקבלו הראיות שנמצאו בשני החיפושים.

בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית, כפי שעוצבה בעניין יששכרוב, מוקנה לבית המשפט שיקול דעת באשר לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין. דוקטרינה הפסילה הפסיקתית היא דוקטרינת פסילה יחסית וגמישה, שנועדה למנוע פגיעה מהותית בזכותו החוקתית של הנאשם להליך הוגן, שלא על-פי גדריה של פסקת ההגבלה, היה ותקבל במשפטו ראיה שהושגה שלא כדין (ראו עניין יששכרוב, בעמ' 561-562). דוקטרינה זו מבטאת איזון בין הערכים המתנגשים בבואנו לבחון את שאלת פסילתן של ראיות שהושגו שלא כדין. איזון זה נעשה על ידי בית המשפט הדין בהליך הפלילי בהתאם לנסיבותיו הפרטניות של כל מקרה ומקרה (ראו עניין יששכרוב, בעמ' 562). על כפות המאזניים עומדים מצד אחד הצורך להגן על זכויות הנאשם ועל הגינות ההליך הפלילי, ומהצד השני ניצבים ערכים ואינטרסים ציבוריים שונים, ובהם גילוי האמת, הלחימה בפשע וההגנה על שלום הציבור ועל זכויותיהם של נפגעי עבירה. לשם עריכת האיזון בין הערכים המתנגשים על בית המשפט להתחשב, כפי שנקבע בעניין יששכרוב, בשלוש קבוצות של שיקולים רלוונטיים (ראו עניין יששכרוב, בעמ' 562-566).

קבוצת השיקולים הראשונה נוגעת לאופיה ולחומריתה של אי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה. בהקשר זה נבחנות על ידי בית המשפט, בין היתר, מהות ההפרה ועוצמת הפגיעה בזכויות הנחקר, וכמו כן נבחנת השאלה האם השימוש באמצעי החקירה הפסולים נעשה במכוון ובזדון או בתום-לב. קבוצת השיקולים השנייה נוגעת למידת השפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה. בהקשר זה נדרש בית המשפט לבחון באיזו מידה אי-ההגינות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה עשויה להשפיע על מהימנותה ועל ערכה הראייתי, והאם לראיה שהושגה שלא כדין ישנו קיום נפרד ועצמאי מאי-החוקיות או אי-ההגינות שהייתה כרוכה בהשגתה. במסגרת קבוצת השיקולים זו עשויה להיות חשיבות רבה לאופיה של הראיה ששאלת קבילותה עומדת על הפרק. כך למשל, כאשר מדובר בראיות חפציות שהן בעלות קיום עצמאי ונפרד מאי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגתן, ובדרך כלל לא יהיה באי-החוקיות האמורה כדי לפגוע באמינותן. קבוצת השיקולים השלישית שאליה נדרש בית המשפט להתייחס בהתאם להלכה שנקבעה בעניין יששכרוב נוגעת להשפעת פסילת הראיה על מלאכת עשיית הצדק במובנה הרחב, וזאת על ידי השוואת המחיר החברתי הכרוך בפסילת הראיה לתועלת החברתית שבפסילתה. הפרמטרים העיקריים לפיהם נערכת השוואה זו הם חשיבות הראיה להוכחת האשמה, מהות העבירה המיוחסת לנאשם ומידת חומריתה. חשוב לציין עם זאת, כי שאלת ההתחשבות בפרמטרים אלה אינה נקיייה מקשיים והיא לא הוכרעה בעניין יששכרוב.

הנה כי כן, בהתאם להלכה שנקבעה בעניין יששכרוב בעצם השגתה של ראייה שלא כדין אין די כדי להביא באופן "אוטומטי" לפסילתה. בית המשפט שבפניו מתעוררת שאלת קבילות הראייה שהושגה של כדין נדרש להפעיל את שיקול דעתו בהתאם לנסיבות המקרה, לערוך איזון בין הערכים המתנגשים בהתאם ולבחון את עוצמת ואופי הפגיעה הצפויה בזכות להליך הוגן כתוצאה מקבלת הראייה.

35. יישום השיקולים המנחים שנקבעו בעניין יששכרוב במקרים שלפנינו (עניין בן חיים ועניין ג'בלי) מעורר התלבטות שאינה פשוטה. מחד גיסא עסקינן בראיות שנתפשו בשני חיפושים שנערכו ללא כל הסמכה בחוק ואף ללא קבלת הסכמה מדעת של האזרחים מושאי החיפוש. אין מדובר באי-קיום נוהל זה או אחר על ידי המשטרה או בהפרה טכנית של כלל כלשהו, אלא בחיפושים שנעשו בחריגה מסמכות ותוך פגיעה בזכות החוקתית לפרטיות. כמו כן העבירות שבהן הואשמו המבקשים בעניין בן חיים ובעניין ג'בלי – החזקת סכין שלא כדין והחזקת סמים לצריכה עצמית – אינן נמנות עם העבירות החמורות בספר החוקים ואינן כרוכות כשלעצמן באלימות או בקורבנות. על כן מידת הפגיעה באינטרס הציבורי כתוצאה מפסילת הראיות והמחיר החברתי הכרוך בכך אינם גבוהים במיוחד. השיקולים של חומרת אי-החוקיות הכרוכה בהשגת הראייה והשפעת פסילת הראיות על מלאכת עשיית הצדק מטים, אפוא, את הכף לפסילת הראיות שנתפשו על ידי המשטרה בשני המקרים. מאידך גיסא, הראיות שבהן עסקינן הן ראיות חפציות שאמינותן אינה שנויה במחלוקת והן בעלות קיום עצמאי ונפרד מאי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגתן. בנסיבות אלה השיקולים הנוגעים למידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראייה שהושגה מטים את הכף לקבלת הראיות על אף אי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגתן.

בבואנו לערוך את האיזון בין השיקולים המתנגשים שומה עלינו לזכור כי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שנקבעה בעניין יששכרוב נועדה בראש ובראשונה להגן על זכותו החוקתית של הנאשם להליך הוגן. לפיכך המבחן הבסיסי לפסילת ראיות שנקבע במסגרת הדוקטרינה הוא מבחן עמידת הפגיעה בזכות להליך הוגן כתוצאה מקבלת הראייה שהושגה שלא כדין בתנאי פסקת ההגבלה. במקרה שלפנינו נוכח חומרת אי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיות והפגיעה הקלה יחסית באינטרס הציבורי שתיגרם כתוצאה מאי-קבלתן נראה כי המסקנה המתחייבת היא כי קבלת הסכין בעניין בן חיים וקבלת הסמים בעניין ג'בלי כראיות תביא לפגיעה בלתי מידתית בזכויות שני המבקשים להליך הוגן. זאת ועוד, על אף שהראיות שנתפשו בשני החיפושים הן ראיות חפציות שיש להן קיום עצמאי ונפרד מאי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגתן, הרי

במקרה דנן עסקינן בראיות שלא היו נמצאות על ידי המשטרה אלמלא החיפושים הבלתי-חוקיים. להשקפתי, לעובדה זו יש ליתן משקל במסגרת האיזון הכולל בבואנו לבחון את קבילות הראיות ויש בה כדי לתמוך בפסילתן (ראו עניין יששכרוב, בעמ' 564). אכן, נוכח העובדה שבית המשפט נדרש בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית לבחון את קבילות הראיה שהושגה שלא כדין במשקפי הפגיעה בזכות להליך הוגן, יש טעם בהבחנה שלה טוענים המבקשים בין ראיה חפצית שקשורה בקשר הדוק לאי-החוקיות שבהשגתה לבין ראיה חפצית שהייתה מתגלה גם בלי הפעלת אמצעים בלתי-חוקיים על ידי המשטרה. בהקשר זה יוער כי בפסק הדין בעניין יששכרוב נקבע כי:

”משקלם של השיקולים המצדדים בקבלתן של ראיות חפציות הוא בדרך כלל רב... עם זאת, ראוי להדגיש כי גם בהקשר זה, אין מדובר בכלל נוקשה והדבר תלוי בנסיבותיו של כל מקרה לגופו” (ראו עניין יששכרוב, בעמ' 565).

36. מן המקובץ עולה כי בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית שנקבעה בעניין יששכרוב ולפי המבחנים שנקבעו במסגרת הדוקטרינה יש לפסול כראיות את הסכין שנתפשה בעניין בן חיים ואת הסמים שנתפשו בעניין ג'בלי. לפיכך, יש לקבל את ערעוריהם של שני המבקשים על פסקי הדין של בתי המשפט המחוזיים ולזכותם מאשמה. עוד יצוין, כי נוכח התוצאה אליה הגענו איננו רואים להידרש ליתר הטענות שהעלו המבקשים בעניין בן חיים ובעניין ג'בלי, ובהן טענות הנוגעות לגורם המוסמך ליתן את ההסכמה לחיפוש ולאפשרות פסילת הראיות בהתאם להוראות חוק הגנת הפרטיות.

עניין עייש

37. בכל הנוגע לעניין עייש לא ראינו להיעתר לערעור. אכן, גם בעניין עייש נערך, כפי שהבהרנו לעיל, חיפוש שהמבקש הסכים לעריכתו בלי שנמסר לו אודות זכותו לסרב לביצוע החיפוש. עם זאת, נראה כי הנסיבות מלמדות על כך שהמבקש ידע והבין את זכויותיו בשים לב לרקע לחיפוש בביתו. זוהי שאלה עובדתית שאנו פטורים מלהכריע בה; ומכל מקום ספק רב אם הסכמת המבקש יכולה לשמש כבסיס לביצוע החיפוש בהעדר יידוע בדבר הזכות. נראה, אפוא, כי המסגרת המתאימה לבחינת הטענה בדבר ידיעה בפועל של מושא החיפוש אודות זכותו לסרב לביצוע החיפוש היא חלק מהשקלול של כלל נסיבות העניין, שנעשה לצורך הכרעה בשאלת קבילות הראיה בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית שנקבעה בעניין יששכרוב. אולם, בניגוד למקרים שנדונו בעניין בן חיים ובעניין ג'בלי הסכמת המבקש בעניין עייש לא הייתה

מקור הסמכות היחיד לעריכת החיפוש. נוכח העובדה שהמידע שבעקבות קבלתו נערך החיפוש התקבל במשטרה בלילה שקדם לעריכת החיפוש (שנערך בשעות אחר הצהריים) הייתה המשטרה מוסמכת לערוך את החיפוש גם בלי צו שיפוטי. זאת, לפי הוראת סעיף 25 לפקודת סדר הדין הפלילי הקובעת כי שוטר רשאי לערוך חיפוש בבית בלא צו חיפוש אם יש לו יסוד להניח "שפשע בוצע שם זה מקרוב". בנסיבות אלה ונוכח סמיכות הזמנים שבין מועד קבלת המידע על ידי המשטרה לבין מועד עריכת החיפוש שאלת הסכמתו של המבקש לעריכת החיפוש לא הייתה רלוונטית ולא נפל פגם בחוקיות החיפוש (לעניין פרשנות המונח "זה מקרוב" ראו פסקה 19 לעיל).

נוסיף עוד כי אף יתר הסוגיות שאליהן מתייחסת בקשת רשות הערעור בעניין עייש אינן מצדיקות העתרות לה. כידוע, המבחן שנקבע בפסיקתנו באשר לנסיבות שבהן ישקול בית המשפט להיעתר לבקשת רשות ערעור בגלגול שלישי הוא קיומה של שאלה בעלת חשיבות ציבורית או משפטית החורגת מעניינם הפרטני של הצדדים (ראו ר"ע 103/82 חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ, פ"ד לו(3) 123, 128 (1982)). על אף האופי העקרוני שמנסה הסנגוריה להקנות לטענותיה בנושאים שאינם נוגעים לחוקיות החיפוש, כגון אופן בדיקת הכדורים שנתפסו בחזקתו או קבלתן של ראיות ההזמה שהוגשו על ידי התביעה, הרי מדובר בטענות הנוגעות כולן לעניינו הפרטני של המבקש ואין בהן כדי להצדיק מתן רשות ערעור.

#### סיכום

38. מסקנתי היא, אפוא, כי החיפוש שנערכו בעניין בן חיים ובעניין ג'בלי היו חיפוש ששנערכו שלא כדין, כיוון שההסכמות שניתנו לעריכתם לא היו הסכמות מדעת. בנסיבות העניין מצאנו כי קבלת הראיות שנמצאו בכל אחד מהחיפוש האמורים תגרום לפגיעה בלתי חוקתית בזכות להליך הוגן של המבקשים בשני המקרים, ולפיכך בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית שנקבעה בפסק הדין בעניין יששכרוב יש לפסול ראיות אלה. נוכח פסילת הראיות התוצאה המתבקשת היא קבלת ערעוריהם של המבקשים בעניין בן חיים ובעניין ג'בלי וזיכויים מאשמה. בעניין עייש הערעור בנוגע לחוקיות החיפוש נדחה והרשעתו נותרת על כנה.

השאלה העקרונית שהובאה להכרעתו של בית משפט זה במסגרת שלוש בקשות רשות הערעור שבכותרת, שאלה המצדיקה מתן רשות ערעור, היא כדלקמן – בנסיבות בהן לא קיים מקור הסמכה סטוטורי לביצוע חיפוש, האם הסכמתו של אדם לביצוע החיפוש עשויה להוות כשלעצמה מקור הסמכה? לטעמי, התשובה לשאלה זו צריך שתהא שלילית. משכך עלי לחלוק על קביעתה של הנשיאה כי הסכמת אדם לביצוע חיפוש עשויה כשלעצמה להוות הסמכה לביצוע חיפוש, למעט באותם מקרים בהם קבע המחוקק במפורש כי די יהיה בהסכמת מושא החיפוש לצורך עריכתו.

#### התוצאה הקונקרטית

1. לאחר שעיינתי בחוות דעתה המלומדת של הנשיאה, החלטתי לצרף דעתי לתוצאה אליה הגיעה בשלוש הבקשות דנן, בהן דנו כבערעורים גופם, אולם כאמור לא אוכל לצרף דעתי לקביעתה העקרונית כי הסכמתו של אדם עשויה כשלעצמה להוות מקור הסמכה לביצוע חיפוש, למעט נסיבות ספציפיות בהן קבע המחוקק כי די יהיה בהסכמת מושא החיפוש לצורך עריכתו.

לגישתי, בעניין ג'בלי ובעניין בן חיים ממילא היה מקום להורות על פסילת הראיות שכן בשניהם מדובר היה בחיפוש לא חוקי, משום שנעשה ללא הסמכה חוקית.

חיפוש לא חוקי, דהיינו חיפוש שבוצע בהיעדר הסמכה בחוק, מהווה הפרה חמורה ביותר של הזכות להליך הוגן באופן שלאחר שקלולם של הנתונים הצריכים לעניין דוקטרינת הפסלות הפסיקתית, התוצאה היא כי הכף נוטה לפסילת הראיות שהושגו בעקבותיו. תוצאה זו מתחייבת מעקרון החוקיות לפיו פעולה שלטונית הפוגעת בזכות אדם מוגנת והנעשית בהיעדר הסמכה בחוק בטלה [ראו למשל: דפנה ברק ארז משפט מינהלי א 100 (2010) (להלן: ברק-ארז) וניתוח יישומו באשר לפעולות חקירה ומעצר ראו: שם, בעמ' 103-104]; עוד ראו: דן ביי "העקרונות הכלליים לפעילות המשטרה באכיפת החוק בישראל – ההיבט המשפטי" פלילים ב 133, 139-137 (1991); כמו כן ראו והשוו באשר ליישומו של עקרון החוקיות ונגזרותיו במשפט הפלילי המהותי: גבריאל הלוי תורת דיני העונשין א 209-221 (2009); יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין א 73-120 (מהדורה שניה, 2010); ברק-ארז, בעמ' 97, ה"ש 1 והאסמכתאות הנזכרות שם; אודות המחלוקת הפסיקתית בנוגע ליישומו של עקרון

החוקיות במשפט הפלילי ראו למשל: גיל עשת הטמעת תיקון 39 לחוק העונשין בפסיקה בישראל 2005-1995, 139, 256-249 (2011) בנוגע למחלוקת בין השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש לבין השופט י' אנגלוד באשר ליישומו של עקרון החוקיות בע"פ 4596/98 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 145, 191 (2000).

בעניין עייש, מסכים אני לקביעתה של הנשיאה כי סעיף 25 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 מהווה מקור הסמכה חוקי לביצוע החיפוש ומשכך אין מקום להורות באותו עניין על פסילה ראייתית.

2. באשר לתוצאה הקונקרטית אליה הגיעה הנשיאה אבקש להעיר כדלקמן.

(א) רלבנטיות חומרת העבירה

בעניין ג'בלי ובעניין בן חיים ציינה הנשיאה כי יש לפסול את הראיות שהושגו בחיפוש מכוח דוקטרינת הפסלות הפסיקתית, בין היתר, משום שהעבירות שבנדון "אינן נמנות עם העבירות החמורות בספר החוקים ואינן כרוכות כשלעצמן באלימות או בקורבנות" (פסקה 35 לחוות דעתה של הנשיאה). כפי שהדגשתי לאחרונה בדנ"פ 5852/10 מדינת ישראל נ' שמח (לא פורסם, 9.1.2012) (להלן: עניין שמח), שם נפלה מחלוקת ביני לבין יתר חברי המותב, חומרת העבירה המיוחסת לנאשם אינה מצדיקה כשלעצמה קבלת ראיה שהושגה שלא כדין, שכן דוקטרינת הפסלות הפסיקתית חלה, ואולי אף ביתר שאת, בעבירות פליליות חמורות כגון עבירות מין ואף עבירות המתה (שם, פסקאות 8 ו-29). חומרת העבירות כשלעצמה וחיוניות הראיה להוכחת האשמה אינן מצדיקות את קבלת הראיה שדבקה בהשגתה אי חוקיות.

עמדתי זו נתמכת בפסיקתו של בית משפט זה מן העת האחרונה. בהקשר זה יפים דבריו של השופט א' לוי בע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 1.8.2011) (להלן: עניין פרחי), הגם שלא נאמרו בהקשר לחיפוש לא חוקי אלא בנוגע לניהול חקירה משטרתית באופן שאינו עולה בקנה אחד עם הזכות להליך הוגן. ואלו דבריו של השופט לוי :

"נמצא, כי קבוצת שיקולים זו משמשת למעשה חרב פיפיות – בעוד שהדעת לא סובלת זיכוי של מי שביצע מעשים כה חמורים, החשיבות בהגנה על הוגנות ההליך ושמירה על זכויות הנאשם, מתגברת דווקא במקרים אלה. מלאכת עשיית הצדק במובנה הרחב כוללת גם את האינטרס שבכיבוד זכויות נאשמים. קבלת הראיה עקב

חשיבותה לתביעה עלולה לפגוע גם באמון הציבור ברשויות השלטון, וליצור תחושה כי האדם הינו כלי משחק בידי השלטון המשנה את הכללים בהתאם לצרכיו. לאור זאת, סבורני כי כאשר הפגיעה בהוגנות ההליך כפי שמשקפת ממכלול השיקולים והנסיבות היא חמורה, אין בקבוצת השיקולים הזו כדי להכשיר את הראיה אף כשהעבירות המיוחסות לנאשם הינן מהחמורות בספר החוקים, וחיוניותה להרשעתו היא נכבדת" (שם, פסקה 19; כן ראו: ע"פ 5956/08 אל עוקה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 23.11.2011), פסקה 12 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל ופסקה 5 להערותי (שם)).

כבר בעניין יששכרוב הביעה השופטת (כתוארה אז) ביניש את הקושי הטמון

בהתחשבות בחיוניות הראיה ובחומרת העבירה בהדגישה כי:

"לא נעלם מעיניי כי מתן משקל לחשיבות הראיה ולחומרת העבירה המיוחסת לנאשם במסגרת ההכרעה בשאלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין, אינו נקי מקשיים. ההתחשבות בשיקולים האמורים עלולה להוביל לידי כך שדווקא בחקירות של פשעים חמורים בהן זכותו החוקתית של הנאשם לכבוד ולחירות ראויה להגנה משמעותית, תפחת ההקפדה על הכללים לניהול חקירה הוגנת ותקינה" (שם, סעיף 73).

בהקשר זה הטעים בועז סנג'רו במאמרו "כלל פסילת הראיות שהושגו שלא

כדין שנקבע בהלכת יששכרוב – בשורה או אכזבה? דעה והזמנה לדיון נוסף" משפט

וצבא יט 67 (2007) (להלן: סנג'רו) כי:

"במילים אחרות ובראייה מעט שונה של הדברים: ככל שהעבירה שמייחסת התביעה לנאשם חמורה יותר, כך יבליג בית המשפט על הפרות גסות יותר של זכויות החשוד. אם כך – ספק אם יש טעם בכלל הפסילה. במציאות, ניתן להניח כי עיקר הפרות החוק החמורות מצד חוקרי המשטרה מבוצעות נוכח חשד בעבירות חמורות. על מי יגן כלל הפסילה? על חשודים בעבירות חניה?

בעצם מדובר בפרדוקס: הרי עד כה מקובל היה שככל שהעבירה המיוחסת לנאשם חמורה יותר – שאז צפוי הוא לשלילת חירות גדולה יותר – כך יש להקפיד יותר על שמירת הערובות הפרוצדורליות הנתונות לו" (שם, בעמ' 109).



כפי שציינתי בהקשר זה בעניין שמש "האינטרס הציבורי במלחמה בפשיעה אינו יכול לאיין את הסעד לו זכאי הנפגע כתוצאה מהפרת זכותו להליך הוגן", אף לא בעבירות חמורות ביותר (שם, פסקה 9).

(ב) עצם היות הראיה חפצית אינו מונע פסילתה

הנשיאה התייחסה לעובדה כי בנסיבות העניין הראיות שנתפסו במהלך החיפושים הן ראיות חפציות. על אף שבסופו של יום קבעה הנשיאה כי יש לפסול את הראיות שכן לא היה עולה בידי המשטרה לאתרן אלמלא החיפושים הבלתי חוקיים – ולכך אני מסכים – לגישתה יש לתת משקל לעובדה כי ראיות חפציות הן ראיות שאמינותן אינה שנויה במחלוקת והן בעלות קיום עצמאי ונפרד מאי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגתן. לגישה זו באשר לנטיה הקיימת שלא לפסול ראיות חפציות בשל מאפייניהן כאמור, איני מסכים. עמדתי על כך בעניין פרחי תוך שהטעמתי, בין היתר, כי:

"גישתו של השופט לוי בנוגע לאיכון הסלולארי נשענת על תפיסת יסוד עמוקה יותר לגבי פסילתן של ראיות חפציות, גישה הרואה בראיות חפציות ראיות מהימנות ומשכך לכאורה אין בהגשתן במשפט כדי לפגוע בהגינותו של ההליך. סבורני כי אין קשר הכרחי בין עובדת היותה של הראיה "חפצית" לבין פגיעה בהגינות ההליך המשפטי" (שם, פסקה 11 להערותי; כן ראו: יובל מריץ רינת קיטאי-סנג'רו "Collins, Miranda" ויששכרוב – על הפער בין הרצוי לבין המצוי בהלכת יששכרוב" משפטים לז (2) 429, 484 (2007); עוד ראו פסקאות 5 ו-7 להערותי בעניין פרחי).

גישתי זו אף נתמכת בפסק דינו של בית המשפט העליון הקנדי, R. v. Grant, 2009 SCC 32 עליו הסתמכה הנשיאה בעניין שמש. בחוות דעת משותפת שנכתבה על ידי הנשיאה McLachlin והשופטת Charron, נקבע כי:

"While each case must be considered on its own facts, it may be ventured in general that where an intrusion on bodily integrity is deliberately inflicted and the impact on the accused's privacy, bodily integrity and dignity is high, bodily evidence will be excluded, notwithstanding its relevance and reliability..." (p. 111).

בהקשר זה ראו מאמרו של Don Stuart אליו הפנתי בעניין שמש, בפסקה 31 ["Welcome Flexibility And Better Criteria From The Supreme Court Of Canada For Exclusion Of Evidence Obtained In Violation Of The Canadian Charter Of Rights And Freedom", 16 Sw. J. Int'l L. 313, 314, 317-318 (2010)].

זאת ועוד, פסילת הראיה, גם כאשר עסקינן בראיה חפצית, נועדה לטעמי לשרת אף את התכלית ההרתעתית כלפי גופי החקירה (ראו: חוות דעתי בעניין שמש, פסקה 15; כן ראו: סנג'ר, בעמ' 100-101, 103).

מעמדתי זו לא שיניתי ועודני מחזיק בה.

ההסתייגות המהותית

3. כאמור, קבעה הנשיאה בחוות דעתה כי גם בהעדר הסמכה סטטוטורית עשויה הסכמתו של אדם להוות מקור סמכות לביצוע חיפוש. לכך איני מסכים משני טעמים עיקריים: הראשון מבוסס על עקרון חוקיות המנהל; והשני מבוסס על פערי הכוחות המובנים במצב דברים בו איש מרות "מבקש" מאדם מהישוב לערוך חיפוש עליו או בכליו.

(א) עקרון חוקיות המנהל

אין חולק כי אין כל הסמכה סטטוטורית המאפשרת לשוטר לקבל הסכמתו של אדם לבצע בו חיפוש כל אימת שלא מתקיימות הנסיבות הקבועות בדין לעריכת חיפוש, כפי שעמדה על כך הנשיאה בחוות דעתה (שם, פסקה 23; השוו: יעקב קדמי על סדן הדין הפלילי הליכים שלפני משפט ב (2008), 591). חרף זאת, סבורה הנשיאה כי הסכמתו של אדם לעריכת חיפוש עשויה להוות מקור הסמכה, מהטעם שכל אדם רשאי בהסכמתו לוותר על פרטיותו. סבורני כי ניתוח השאלה במושגים של הזכות לפרטיות וזכותו של אדם לוותר על פרטיותו אינו רלוונטי בשים לב לדרישות הנגזרות בנסיבות העניין מעקרון חוקיות המנהל, לפיו כל מה שלא הוסמכה הרשות לעשות הרי שאינה מוסמכת לעשותו (זאת גם בהינתן הסכמה). גם אם אדם מוותר על פרטיותו הרי שהוויתור כשלעצמו אינו מקים מקור הסמכה סטטוטורי כמתחייב מעקרון חוקיות המנהל. שונה היה מצב הדברים אילו המחוקק היה מעגן בחוק את סמכותו של שוטר לבקש הסכמתו של אדם לביצוע חיפוש מקום בו לא מתקיימות הנסיבות הקבועות בדין

המאפשרות עריכת חיפוש. דומני כי לא בכדי סמכות כאמור לא עוגנה בחוק עד עצם היום הזה, לאור ערכי היסוד של משפטנו החוקתי.

עקרון חוקיות המנהל הוא עקרון יסוד בשיטתנו המשפטית, ולמעשה הוא מהווה נדבך מרכזי בכל שיטת משטר דמוקרטית. עמדה על כך ברק-ארז בהטעימה כי:

”הסמכות היא מושג היסוד של המשפט המינהלי. כל רשות מינהלית חייבת לפעול בתוך דל”ת אמות הסמכות שהוקנתה לה בחוק. העיקרון המבטא חובה זו נקרא עקרון חוקיות המינהל. הוא קובע את כפיפותה של הרשות המינהלית לחוק. לפי עקרון חוקיות המינהל, הרשות המינהלית רשאית ומוסמכת לעשות רק אותן פעולות שהחוק הסמיך אותה לעשותן. בניגוד לאדם טבעי, אשר רשאי לעשות כל מה שלא נאסר עליו (עמדה המשתקפת גם בעקרון החוקיות של המשפט הפלילי), מנועה הרשות המינהלית מפעולות שלא הוסמכה לעשותן בחוק או מכוחו. למעשה, שני הפנים של עקרון החוקיות מכוונים לאותה תכלית – הגבלת כוחו של השלטון והבטחת חירויותיו של היחיד, בהתאם למסורת הליברלית – וניתן לראותם כמשלימים זה את זה. נוסף לכך, עקרון חוקיות המינהל מחזק את הדמוקרטיה, משום שהוא מחייב כי ההחלטות הנוגעות לכוחו של השלטון יהיו מבוססות על חוק שהתקבל ברשות המחוקקת הנבחרת” [שם, בעמ’ 97; כן ראו: יצחק זמיר הסמכות המינהלית א 74-76 (מהדורה שנייה, 2010) (להלן: זמיר)].

לא זאת אף זאת, עם חקיקתם של חוקי היסוד בנושא זכויות האדם זכה עקרון החוקיות לעיגון חוקתי. בעניין זה הדגישה ברק-ארז כי:

”החובה לעגן כל פעולה של הרשות המינהלית בחוק נובעת כאמור, ראשית לכול, מעקרון היסוד של שלטון החוק, עיקרון בלתי כתוב שנוהג במשפט הישראלי מאז ראשיתו... עם זאת, מאז חקיקתם של חוקי היסוד בנושא זכויות האדם... יש לעיקרון זה גם ביטוי חוקתי. שני חוקי היסוד קובעים, בפסקת ההגבלה שלהם, כי הפגיעה בזכויות היסוד המוגנות על-פיהם חייבת להיות רק ”בחוק” או ”לפי חוק... מכוח הסמכה מפורשת בו...” (שם, בעמ’ 98-99).

נראה כי אין מי שיחלוק על כך שחיפוש על אדם או בכליו פוגע בחירותו, בצנעת הפרט שלו, בכבודו ובאוטונומיה שלו. לא בכדי נקבע בסעיף 7(ג) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כי ”אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או

בכליו" אלא – כאמור בסעיף 8 לחוק היסוד – "בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש" [ראו גם: מרדכי קרמניצר "המשטרה וזכויות האדם" משפט וממשל ב 159 (1995)]. דהיינו, חיפוש מטבעו פוגע בזכויות אדם מוגנות לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. משכך, נדרש כי החיפוש ופעולות המבוצעות במהלכו יוסדרו בחוק ובאופן מפורש (השוו: בג"ץ 35/59 ברמן נ' ראש הנפה הצפונית, משטרת ישראל, פ"ד יב(2) 914, 916-918 (1958); רע"פ 1792/99 גאלי נ' משטרת ישראל, פ"ד נג(3) 312, 318 (1999); כן ראו דבריו של ד"ר הלל סומר בדיון בוועדת החוקה חוק ומשפט בכנסת מיום 22.11.2004 בנושא חוקה בהסכמה רחבה: הזכות לפרטיות, בעמ' 28). עקרון זה יפה לגבי הפעלת הסמכות השלטונית לאורך כל שלבי ההליך הפלילי. ברוח זו קבע הנשיא א' ברק בבג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999) (להלן: עניין ועד נגד עינויים) כי אין הרשות המוסמכת רשאית לעצור ולחקור אדם אלא מכוח סמכות מפורשת המוקנית לה בחוק, תוך שהדגיש כי:

"במדינת חוק אין סמכות לבצע חקירה כזו בלא הסמכה בחקיקה ראשית, או בחקיקת משנה מכוח הסמכה מפורשת לכך בחקיקה ראשית. ביטוי לעיקרון זה נתן המחוקק בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996 בקובעו:

'אין מעצר ועיכוב אלא בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו' (סעיף 1(א)).

החוק וחקיקת המשנה צריכים לקיים את הדרישות הקבועות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו סעיף 8 לחוק היסוד). הוא הדין בחקירה. רשות מינהלית המבקשת לחקור אדם – חקירה המחייבת מתן תשובות אמת ולא הצגת שאלה אגב שיחה חופשית – חייבת להצביע על הוראת חוק המסמיכה אותה לכך כדין. כך דורש עקרון שלטון החוק (הפורמאלי והמהותי). כך נדרש על-פי עקרון חוקיות המינהל. 'אם הרשות אינה יכולה להצביע על חוק ממנו נובעת הסמכות לעשות אותו מעשה, המעשה אינו בתחום הסמכות ולכן הוא בלתי-חוקי'... (שם, בעמ' 831).

הדברים הנ"ל שהטעים הנשיא ברק בהקשר לעיכוב, מעצר וחקירה יפים לטעמי אף בהקשר לסוגיית החיפוש, בשינויים המחויבים.

מבלי להקל ראש באינטרס הציבורי שבעריכת חיפוש אף שעה שאין הסמכה סטטוטורית לכך (פסקאות 22 ו-24 לחוות דעתה של הנשיאה), שומה עלינו לשוב ולשנן את יסודותיה של שיטתנו המשפטית, כפי שהיטיב לבטא זאת זמיר בהטעימו כי:

”אכן, עדיין אפשר שבמקרה מסוים יתעורר צורך ציבורי בפעולה מינהלית שאין לה הסמכה בחוק. אף על-פי כן, וגם אם זה מקרה קשה, אין בכך כדי להצדיק כלל רע. במקרה כזה מן הראוי הוא לשקול את האפשרות לתקן את החוק, באופן שיענה על הצורך הציבורי, בלי לאיים על העיקרון הבסיסי של חוקיות המינהל: סמכות מינהלית חייבת להיות מעוגנת בחוק” (שם, בעמ’ 80-79).

לא זאת אף זאת, לא ניתן לומר כי המחוקק לא נתן דעתו לאפשרות הסמכת שוטר לבצע חיפוש באדם שאינו חשוד בביצוע עבירה, בהסכמתו. כך, בתיקון התשס”ה-2005 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ”ו-1996, הוסף סעיף 14 לחוק אשר הגביל את האפשרות לערוך חיפוש בהסכמה במי שאינו חשוד בביצוע עבירה, זאת בשני מצבים בלבד:

”(1) האדם הוא נפגע עבירה, עד וכל מי שאינו חשוד, והיה לשוטר יסוד סביר להניח שבגופו של אותו אדם נמצאת ראייה הנדרשת לצורך חקירת העבירה;  
 (2) החיפוש נדרש לשם בדיקת קשר אפשרי של אותו אדם לעבירה הנחקרת.”

לא יהיה זה בלתי סביר להניח כי משעה שעלתה סוגיית הסדרת סמכות החיפוש מכוח הסכמתו של אדם שאינו חשוד בביצוע עבירה על סדר יומו של המחוקק, וזה בחר לאפשר חיפוש כאמור בנסיבות מוגדרות ומצומצמות בלבד, הרי שהמחוקק לא התכוון לאפשר הרחבת הסמכות לביצוע חיפוש מכוח הסכמה בלבד לנסיבות אחרות שאינן מעוגנות בחוק [ראו גם: דברי ההסבר להצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף החשוד) (תיקון) נטילת אמצעי זיהוי ומאגר נתוני זיהוי), התשס”ד-2004, ה”ח 115 (להלן: הצעת החוק)]. בנסיבות האמורות עקרון חוקיות המנהל צריך לקבל משנה תוקף בבואנו להכריע בשאלה שלפנינו.

לאור האמור לעיל, בהעדר הסמכה בחוק לבצע חיפוש מכוח הסכמת מושא החיפוש בלבד, ובשל העובדה כי החיפוש פוגע בזכויות יסוד של האדם, סבורני כי אין לראות במתן הסכמה לחיפוש כשלעצמו כמקור חוקי לעריכתו.

בעוד שהנימוק הראשון לעמדתי מתבסס על עקרון יסוד בשיטתנו המשפטית, הנימוק השני לביסוס עמדתי נעוץ בסיטואציה הקשה בה מוצא עצמו אדם מן היישוב הניצב לפני "בקשתו" של איש מרות לבצע עליו או בכליו חיפוש. על חולשתו של אדם מן היישוב במצב דברים זה עמדה הנשיאה בחוות דעתה בציינה את "פערי הכוחות האינהרנטיים הטמונים ביחסים שבין המשטרה לאזרחים" וכן כי "רצונו העיקרי של האדם מושא החיפוש הוא להביא לסיום המפגש מהר ככל הניתן" (פסקה 27).

לאור פערי הכוחות עליהם הצביעה הנשיאה, סבורני כי לא ניתן לצפות שהסכמתו של האדם לחיפוש תהא הסכמה אמיתית המבטאת בחירה חופשית ורצונית. אלא שלשיטת הנשיאה ניתן לאיין חשש זה באמצעות הסבר שימסור השוטר לאזרח כי הוא רשאי לסרב לעריכת החיפוש וכי הסירוב לא יעמוד לחובתו. ודוק, אינני סבור כי רשאים אנו להניח כמובן מאליו כי מתן ההסבר על ידי השוטר יאפשר לאזרח להפעיל שיקול דעת חופשי ומשוחרר מלחצים ולסרב לבקשת השוטר. נוכח פערי הכוחות המובנים בסיטואציה בה עסקינן (השוו: עניין ועד נגד עינויים, בעמ' 834-835 והאסמכתאות הנזכרות שם) ישנו יותר מחשש סביר להניח כי במקרים רבים יתן האזרח את הסכמתו לבקשת השוטר בשל החשש שיאחז בו על תוצאות סירובו להיעתר לבקשה. לטעמי, הסכמה בנסיבות כאלה לאו הסכמה היא [ראו: Marcy Strauss, *Reconstructing Consent*, 92 J. Crim. L. & Criminology 211 (2002); Brian A. Sutherland, *Whether Consent To Search Was Given Voluntarily: A Statistical Analysis Of Factors That Predict The Suppression Rulings Of The Federal District Courts*, 81 N.Y.U. L. Rev. 2192 (2006); Daniel R. By Ignorant People, 39 Tex. Tech L. Rev. 1171 (2007); Eilliams, *Misplaced Angst – Another Look At Consent-Search Jurisprudence*, [Northeastern University School of Law, working paper no. 968 (2006)]. הדברים נכונים ביתר שאת בנוגע לאנשים המשתייכים לקבוצות אוכלוסיה מוחלשות כגון קטינים, עובדים זרים, מהגרי עבודה וכן אלו הלוקים בשכלם ובנפשם [ראו והשוו: דיון ישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת מיום 13.4.2005 בנושא הכנת הצעת החוק לקראת ההצבעה בקריאה שנייה ושלישית במליאת הכנסת. כן ראו והשוו: Steven F. Shatz, Molly Donovan and Jeanne Hong, *The Strip Search of Children and the Fourth Amendment*, 26 U.S.F. L. Rev. 1 (1992)].

4. מסכים אני לתוצאה אליה הגיעה הנשיאה בשלושת ההליכים שבכותרת. איני מסכים עם הנשיאה באשר להנמקה שניתנה על ידה לשאלה המשפטית שנדונה לפנינו. לטעמי אין מקום לקביעה כי הסכמתו של מושא החיפוש כשלעצמה לביצועו של חיפוש מקימה סמכות לעריכת החיפוש מקום בו לא מתקיימות הנסיבות המנויות בדין לעריכת חיפוש. הסמכות לבסס חיפוש על בסיס הסכמתו בלבד של מושא החיפוש צריכה להיות מעוגנת בחקיקה ראשית ובמפורש כמקובל בתחום המשפטי בו עסקינן.

### ש ו פ ט

#### השופטת ע' ארבל:

1. מצטרפת אני לחוות-דעתה של חברתי, הנשיאה, על הנמקתה ותוצאתה. אחת מן המטרות שבבסיס דיני החיפוש היא לאפשר לכוחות המשטרה למלא את תפקידם באכיפת החוק על הצד הטוב ביותר ולקדם את הסדר הציבורי במדינה. על תפקידה זה של המשטרה עמדה הנשיאה בהפנותה לסעיף 3 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971, הקובע כי משטרת ישראל תעסוק, בין היתר, במניעת עבירות ובקיום הסדר הציבורי.

2. לדאבוני, מציאות חיינו הפכה לאחרונה רוויה בתופעות של סכינאות, סחר בנשק, סחר בסמים ופניה לאלימות כפתרון סכסוכים. נגע האלימות, לרבות התופעה של נשיאת כלי נשק, הולך ופושה בחברה הישראלית. המשיבה הצביעה בתגובתה על כך שמדי שנה מוגשים אלפי כתבי אישום בעבירות אלימות והחזקת סכין בקצב הולך וגובר. ההצטיידות בסכינים ואגרופנים נפוצה במיוחד בקרב צעירים היוצאים למקומות בילוי. בית המשפט ציין לא אחת את החשיבות והצורך להיאבק ב"תרבות" זאת:

"למרבה הצער אנו עדים למקרים ההולכים ומתרבים של צעירים המגיעים למקומות בילוי מצויידים בסכין הנשלפת וננעצת בגופם של צעירים או צעירות אחרים בשל ויכוחים של מה בכך. תופעה נלווה זו שהפכה שכיחה מדי במקומותינו והקלות הבלתי נסבלת שבה נעשה שימוש פוגעני ולעיתים קטלני בסכין, מחייב תגובה עונשית הולמת שבמרכזה יעמדו שיקולים של הרתעה וגמול. בית משפט קמא הדריך עצמו בהתאם למדיניות ענישה זו אשר חזרה ונשנתה בפסקי הדין של

בית משפט זה" (ע"פ 9184/06 מדינת ישראל נ' כהן,  
פסקה 17 (לא פורסם, 19.9.07)).

ראו עוד: ע"פ 2251/11 נפאע נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 4.12.11); ע"פ  
6867/06 עזאם נ' מדינת ישראל, פסקה 19 (לא פורסם, 12.10.08); ע"פ 3638/06  
צ'וסקין נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (לא פורסם, 28.9.08).

3. אני סבורה כי ההכרח להילחם בתופעות אלה ולמונען מטה את הכף לטובת  
מתן האפשרות בידי השוטרים לערוך חיפוש בהסכמה על גופו של אדם, בכליו או  
בביתו, אף כאשר הסממנים המחשידים שנגלים לפניהם אינם עולים כדי "חשד סביר"  
בסעיף 3(ב) לחוק סמכויות לשם שמירה על ביטחון הציבור, התשס"ה-2005, "יסוד  
סביר לחשוד" בסעיף 29 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש],  
התשכ"ט-1969 (להלן: הפקודה), או "יסוד להניח" בסעיף 25(1) לפקודה. לצורך  
המאבק בפשיעה הגואה בחברתנו נדרשת המשטרה למרחב פעולה ולכלים זמינים כדי  
לייצר הרתעה, למנוע אירועים פליליים ולהבטיח אכיפה יעילה. כל זאת תוך שמירה על  
שלום הציבור והקפדה על הבטחת זכויות הפרט. כפי שטענה המשיבה, החיפוש הוא  
כלי אכיפה מניעתי מרכזי וחיוני ולהיעדרו יש מחיר חברתי משמעותי. אינני מתעלמת  
מהקושי במתן האפשרות לערוך חיפוש כאמור בהיעדר הסמכה לכך בחוק. גם אינני  
מקלה ראש בפגיעה בזכות לפרטיות כתוצאה מן החיפוש. אולם הואיל ומדובר בחיפוש  
תחת "הסכמה מדעת", כהגדרת הנשיאה, אשר מוגבל לפני גופו של אדם (להבדיל  
מחיפוש בגוף האדם – פנימי או חיצוני – כהגדרתו בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות  
אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו-1996), הרי שעוצמת הפגיעה  
בזכות לפרטיות היא נמוכה. זאת, בשים לב לכך שהחיפוש מתבצע על-ידי שוטר הפועל  
להגנת ביטחון הציבור ושמירת הסדר הציבורי, מוביל אף לטעמי למסקנה כי בכוחה  
של ההסכמה בנסיבות העניין המיוחד שלפנינו, כדי לשמש תחליף לדרישת הרף  
הראיתי של "חשד סביר" ו"יסוד להניח" שבחקיקה.

4. מוצאת אני להצטרף גם לקריאתה של הנשיאה ליצירת נוהל רשמי שיכלול  
הנחיות ברורות בדבר היקף סמכויות החיפוש הנתונות לשוטרים. אף שחזקה על  
השוטרים כי יפעילו את סמכויותיהם בתום-לב, הרי שתהיה ביצירת נוהל מהסוג האמור  
משום תרומה להבטחת ההקפדה על דרישת ההסכמה.

5. הנשיאה קובעת כי אם האדם שביחס אליו מתבקש החיפוש, בוחר לסרב  
לבקשת החיפוש, הרי שאין לזקוף זאת לחובתו (ראו פסקאות 26 – 28). אני שותפה



לקביעה זו. יותר מכך, נוטה אני לדעה שמשמעותה של קביעה זו, בין היתר, היא כי הסירוב אינו יכול לגבש "חשד סביר" המקים עילה סטטוטורית לחיפוש. טלו סיטואציה שבה קיימים סימנים המעוררים את חששו של שוטר ביחס לאדם מסוים, שאינם עולים כדי "חשד סביר" כדרישת החוק. בנסיבות אלה, כל שיכול השוטר הוא לבקש את הסכמתו של האדם לביצוע חיפוש. ככל שאותו אדם בוחר לסרב לחיפוש, אני נוטה לדעה כי עצם הסירוב אינו יכול להיות נסיבה מחשידה נוספת המצטרפת ליתר הנסיבות המחשידות הקיימות, וביחד לבסס "חשד סביר" המאפשר חיפוש מכוח ההסמכה הקיימת בחוק. נראה שהסירוב בנסיבות אלה אינו יכול "לחזק" את היש. קביעה מעין זו היתה מרוקנת מתוכן את דרישת ההסכמה. עשויה היא להוביל לעקיפת דרישת ההסכמה בנסיבות שבהן לא מתעורר חשד ברמה של "חשד סביר". הדבר מתחייב, לשיטתי, כפועל יוצא מהקביעה שהסירוב לא יהיה כרוך בהשלכות שליליות כלפי המסרב, כפי שקבעה הנשיאה בצדק.

6. לבסוף, אוסיף לעניינה של דוקטרינת הפסלות הפסיקתית, כי זו התקבלה בהרכב מורחב לאחר דיון מעמיק בסוגיות הרלוונטיות. בשל מורכבות הנושא וריבוי השיקולים הצריכים לעניין, הותירה הלכת ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461 (2006) (להלן: הלכת יששכרוב) בידי בית המשפט שיקול דעת רחב בשאלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין, בשים לב לנסיבותיו המיוחדות של כל מקרה (שם, פסקה 62 לפסק דינה של הנשיאה). משכך, איני רואה מקום להידרש לדוקטרינה, על יריעתה הרחבה, ולשיקולים החוסים תחתיה, כפי שעוצבו בהלכת יששכרוב.

לסיכום, מצטרפת אני לחוות-דעתה של הנשיאה.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק-דינה של הנשיאה (בדימ') ד' ביניש.

ניתן היום, י"ב באדר התשע"ב (06.03.2012).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ה נ ש י א ה (בדימ')