

רשות ערעור פלילי 10141/09
 רשות ערעור פלילי 617/10
 רשות ערעור פלילי 5758/10

א

אברהם בן חיים
 נגד

רע"פ 10141/09

מדינת ישראל

ב

יגאל ג'בלי
 נגד

רע"פ 617/10

מדינת ישראל

ג

ויקטור עייש
 נגד

רע"פ 5758/10

מדינת ישראל

ד

בבית המשפט העליון

[6.3.2012, 9.3.2011]

לפני הנשיאה (בדימ') ד' ביניש והשופטים ע' ארבל, י' דנציגר

ה

הדיון בשלוש הבקשות לרשות ערעור נסב על סוגיה משותפת הנוגעת לקבילותן של ראיות חפציות שנמצאו בחיפושם שנטען כי נערכו שלא כדין. זאת, על רקע הדוקטרינה בדבר הפסילה הפסיקתית שנקבעה בעניין יששכרוב [1]. מכאן השאלה אם הסכמתו של אדם לחיפוש מקימה מקור סמכות חוקי לעריכת חיפוש על גופו של אדם, בביתו ובכליו, הגם שלא התקיימו התנאים הקבועים בחוק לביצוע חיפוש ללא צו שופט.

ו

על פי העובדות, ניגשו אל המבקש ברע"פ 10141/09 שוטרים בסיוור שגרתי וביקשו ממנו להזדהות ואחר כך לרוקן את כיסיו. נתגלתה סכין שהמבקש נשא עימו והמבקש הואשם בנשיאת סכין שלא כדין; המבקש ברע"פ 617/09 הואשם בהחזקה של סם מסוכן שנמצא בחיפוש שנערך ביום 5.4.2006 בבית אמו של המבקש, בחדר

ז

- א שבו התגורר המבקש ובעת שהמבקש לא שהה בבית. החיפוש נערך בהסכמת אמו של המבקש וללא צו חיפוש; המבקש ברע"פ 5758/09 הואשם בהחזקת סמים שלא לצריכה עצמית, לאחר שבחיפוש שנערך בבית שבו התגורר באותה עת עם רעייתו נמצאו כדורים שהם בגדר סמים. החיפוש שבו נמצאו הסמים נערך בשעות אחר הצהריים בעקבות מידע מודיעיני שנתקבל בלילה שלפני כן.
- ב המדינה טוענת, בין היתר, שאין מניעה חוקית לכך ששוטר יערוך חיפוש בהסכמה. לשיטתה, מקום שאדם מסכים לחיפוש אין לפעול נגד הסכמתו ולאסור על כך. לפי הטענה, איסור על עריכת חיפוש בהסכמה יפגע ביכולת האכיפה ויביא ליצירת חברה מסוכנת ואלימה יותר. בכל הנוגע לשאלת החיפוש במקום מסוים, טוענת המדינה כי הסכמה של תופס המקום לעריכת חיפוש, כל עוד מדובר בהסכמה מדעת, עשויה לאפשר את ביצוע החיפוש גם ללא צו חיפוש. עוד טוענת המדינה, בין היתר, כי אין מקום ליתן רשות ערעור בשאלת הקריטריונים לפסילת ראיות חפציות שנתפסו בחיפוש שנערך שלא כדין. לפי הטענה, הלכת יששכרוב [1] קובעת מבחנים ברורים להכרעה בנוגע לפסילת ראיות, ומתייחסת באופן קונקרטי להשפעה שיש לכך שהראיה היא חפצית. בנסיבות אלה, נוגעות הבקשות לרשות ערעור רק לאופן היישום של ההלכה במקרים הקונקרטיים, ואין הצדקה להיעתר לבקשות.

בית המשפט העליון (מפי הנשיאה (בדימ') ד' ביניש) פסק:

- א. (1) מגוון הסמכויות הנתונות לשוטרים בכלל, וסמכויות החיפוש שהן מושא הבקשות לרשות ערעור – בפרט, מבטאים את האיזון שקבע המחוקק בין האינטרס הציבורי בתפקוד יעיל ואפקטיבי של המשטרה לבין הצורך בהגנה על זכויות האדם של האזרחים שעומם באה המשטרה במגע. (1327 – 1328 א)
- ב. (2) 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. (1330 א)
- ג. (3) מבחן החשד הסביר הוא בעיקרו מבחן אובייקטיבי שבו נדרש בית המשפט להעריך את סבירות שיקול דעתו של השוטר שערך את החיפוש לשם הכרעה בשאלת חוקיותו של החיפוש. (1330 ב)
- ד. (4) 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 ועל שיקול דעתו המקצועיים של השוטר שערך את החיפוש. (1330 ג)
- ה. ב. העובדה שהאדם מסייע לחיפוש בכך שהוא פועל בהתאם להוראת השוטר אינה מוציאה את הפעולה מגדר "חיפוש" כמשמעו 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 שבהן מדובר ב"מציאת" החפץ בנוכחות השוטר ולבקשתו. כיוון שאכן מדובר בחיפוש, יש לדון בשאלת נפקותה של ההסכמה. (ה-1332)

א

ג. (1) הסמכות לערוך חיפוש במקום שבו בוצע פשע "זה מקרוב" נועדה לאפשר למשטרה לתת מענה מיידי לצורך באיתור ראיות הנמצאות במקום שעלולות להיעלם או להיות מושמדות בחלוף הזמן. היא נועדה גם להבטיח את ביטחון הציבור שעה שחפץ מסוכן נמצא באותו מקום. (1333)

(2) כדי להגשים תכליות אלה, ניתן לערוך חיפוש מכוח סמכות זו ללא צו שיפוטי בתוך פרק זמן של שעות ממועד קבלת הידיעה הרלוונטית, ולא בפרק זמן של ימים. (1333 – 1334א)

ב

(3) בחלוף פרק זמן ניכר יותר ממועד קבלת המידע הרלוונטי נחלשות התכליות האמורות ודרך המלך לעריכת החיפוש היא בפנייה לבית המשפט בבקשה להוצאת צו חיפוש. (1334א)

ג

(4) חשיבות החובה לפנות לבית המשפט כתנאי לחוקיות החיפוש (כאשר חלף פרק הזמן שאליו מתייחסת התיבה "זה מקרוב") התעצמה עם עיגון הזכות החוקתית לפרטיות מפני חיפוש, בסעיף 7(ג) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. (1334ב)

ד. (1) הסכמתו של האדם שהוא עצמו מושא החיפוש או שבביתו מבקשת המשטרה לערוך חיפוש, שהיא הסכמה מדעת, עשויה להכשיר חיפוש שאין לו מקור סמכות אחר בדין. (1334)

ד

(2) בנסיבות שבהן מתקיים מפגש בין שוטר לבין אזרח, כאשר השוטר מבקש מן האזרח הסכמה לערוך חיפוש על גופו או בכליו, אין להשקיף על האירוע רק מההיבט של פגיעה מוסכמת בפרטיותו של האזרח ואך מנקודת המבט של דיני הגנת הפרטיות, המאפשרים לכל אדם להסכים לפגיעה בפרטיותו. (1335-ז)

ה

(3) עריכת חיפוש בידי שוטר מבוצעת מכוח סמכויותיו השלטוניות ומחייבת עמידה באמות המידה שנקבעו בהוראות המשפט המינהלי ובחוקי סדר הדין הפלילי, הקובעות את רוחב סמכויותיהם של השוטרים ואת התנאים להפעלת סמכויות אלה. (1335 – 1336א)

ו

(4) (אליבא דשופט י' דנציגר): הסמכות לבסס חיפוש על הסכמתו בלבד של מושא החיפוש צריך שתהא מעוגנת בחקיקה ראשית ובמפורש. (1336א)

ה. (1) העיקרון בדבר חוקיות המינהל, המבוסס מימים ימימה במשפט הארץ, 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. (1336א)

ז

- (2) בוודאי כך עת מדובר בסמכויותיו של שוטר הרשאי בגדר סמכויותיו ובנסיבות המתאימות לפגוע בזכויות הבסיסיות ביותר של אדם. (336ב)
- (3) העיקרון בדבר חוקיות המינהל בא לידי ביטוי גם בתנאיה של 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". (336ג-ד)
- (4) בבוא בית המשפט לבחון את דרישת ההסמכה המפורשת, ככל שזו נוגעת לעריכת חיפוש בהסכמה, עליו להתחשב גם במיהות הרשות הפוגעת בזכות לפרטיות ובכך שההסכמה מתבקשת על ידי שוטר הפועל לאכיפת החוק ולהגנה על שלום הציבור. העובדה שהשוטר פועל לשם קידום האינטרס הציבורי, אינה מכשירה את חריגת השוטר מסמכויותיו אך יש בה כדי להשפיע על פרשנותן של סמכויות אלה. (338ב, ג)
- ו. (1) ככל שהסכמה לביצוע החיפוש עשויה להכשיר את החיפוש בהיעדר מקור סמכות אחר, עליה להיות הסכמה מדעת – היינו, הסכמה הניתנת תוך מודעות של האדם מושא החיפוש לזכותו לסרב לביצוע החיפוש, ולכך שהסירוב לא יזקף לחובתו. (340א)
- (2) 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. (341ד-ה)
- (3) אין לקבוע כי ההסכמה לביצוע החיפוש צריך שתינתן בהכרח בכתב. התכלית העיקרית העומדת ביסוד החובה להודיע לאדם מושא החיפוש בהסכמה על דבר זכותו לסרב לביצוע החיפוש אינה יצירת פרוצדורה פורמלית לעריכת החיפוש אלא בהבטחת האוטונומיה של הפרט שמתבקשת הסכמתו לעריכת החיפוש. (348א-ב)
- (4) (אליבא דשופט י' דנציגר): אין להניח, כמובן מאליו, כי מתן ההסבר על ידי השוטר יאפשר לאזרח להפעיל שיקול דעת חופשי ומשוחרר מלחצים ולסרב לבקשת השוטר. קיים יותר מחשש סביר להניח כי במקרים רבים ייתן האזרח את הסכמתו לבקשת השוטר בשל החשש שיאחז בו על תוצאות סירובו להיעתר לבקשה. הסכמה בנסיבות כאלה – לאו הסכמה היא. (365ב-ג)
- ז. (1) בנסיבות דנן, נפלו פגמים בחוקיות החיפוש שנוערכו בעניין רע"פ 10141/09 ובעניין רע"פ 617/10 ומתעוררות שאלות בדבר נפקותם של פגמים אלה ובדבר השפעתם על קבילות הראיות שנתפסו באותם חיפושים. בשל מהות העבירות שבהן מואשמים המבקשים בעניינים הנ"ל ברי כי

פסילת הראיות שנתפסו בשני החיפושים (הסכין בעניין רע"פ 10141/09

והסם בעניין רע"פ 617/10) תביא לזיכוי שני המבקשים. (10141/09 – 351א)

(2) בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית, כפי שעוצבה בעניין יששכרוב [1], מוקנה לבית המשפט שיקול דעת באשר לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין.

(351א)

(3) דוקטרינת 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 ותתקבל במשפטו ראיה שהושגה שלא כדין. (351ב)

(4) בנסיבות דנן, בשל חומרת אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיות והפגיעה הקלה באופן יחסי באינטרס הציבורי שתיגרם כתוצאה מאי קבלתן, המסקנה המתחייבת היא כי קבלת הסכין בעניין רע"פ 10141/09 וקבלת הסמים בעניין רע"פ 617/10 כראיות תגרום לפגיעה בלתי מידתית בזכות להליך הוגן של שני המבקשים. (353ג-ב)

(5) בנסיבות דנן, בעניין רע"פ 5758/10, בשל סמיכות הזמנים שבין המועד שבו נתקבל המידע על ידי המשטרה לבין מועד עריכתו של החיפוש, שאלת הסכמתו של המבקש לעריכת החיפוש לא הייתה רלוונטית ולא נפל פגם בחוקיות החיפוש. (1354)

(6) (אליבא דשופט י' דנציגר): חומרת העבירות כשלעצמה וחיוניות הראיה להוכחת האשמה אינן מצדיקות את קבלת הראיה שדבקה בהשגתה אי חוקיות. (1357ד)

ח. (אליבא דשופט י' דנציגר):

(1) הסכמת אדם לביצוע חיפוש אינה עשויה להוות כשלעצמה הסמכה לביצוע חיפוש, למעט באותם מקרים שבהם קבע המחוקק במפורש כי די יהיה בהסכמת מושא החיפוש לצורך עריכתו. (355ה-ו)

(2) בנסיבות דנן, בעניין רע"פ 10141/09 ובעניין רע"פ 617/01, ממילא היה מקום להורות על פסילת הראיות, שכן בשניהם מדובר היה בחיפוש בלתי חוקי, משום שנעשה ללא הסמכה חוקית. (356ב)

(3) חיפוש בלתי חוקי, דהיינו – חיפוש שבוצע בהיעדר הסמכה בחוק, מהווה הפרה חמורה ביותר של הזכות להליך הוגן, באופן שלאחר שקלולם של הנתונים הצריכים לעניין הדוקטרינה בדבר הפסלות הפסיקתית, התוצאה היא כי הכף נוטה לפסילת הראיות שהושגו בעקבותיו. (356ג)

(4) גם אם מותר אדם על פרטיותו הרי שהוויתור כשלעצמו אינו מקים מקור הסמכה סטטוטורי כמתחייב מעקרון חוקיות המינהל. (361א-ב)

ט. (אליבא דשופט ע' ארבל):

(1) מציאות חיינו הפכה לאחרונה רוויה בתופעות של סכינאות, סחר בנשק, סחר בסמים. 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", או "יסוד סביר לחשוד", או "יסוד להניח", כלשון החקיקה. (366ד, 367א-ב)
- א (2) בנסיבות דנן, בשים לב לכך שהחיפוש מתבצע על ידי שוטר הפועל להגנת ביטחון הציבור ולשמירת הסדר הציבורי, מוביל למסקנה כי יש בכוחה של ההסכמה כדי לשמש תחליף לדרישת הרף הראייתי שבחקיקה. (367ה-ו)
- (3) עצם הסירוב לחיפוש אינו יכול שיהא 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 ה"יש". (368ב-ג)
- ב
- ג חוקי יסוד שאוזכרו:
- א — חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, סעיפים 7(ג), 8.
- ד חקיקה ראשית שאוזכרה:
- א — פקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973, סעיפים 7(א), 7(ג), 28(א).
- ב — חוק העונשין, התשל"ז-1977, סעיף 186.
- ב — פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969, סעיפים 3(3), 22(א), 23, 23-31, 25, 25(1), 26, 29, פרק שלישי.
- ה — חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, סעיפים 1, 32.
- ה — חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1984, סעיפים 80, 165.
- ה — פקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971, סעיפים 3, 5(5).
- ו — חוק סמכויות לשם שמירה על ביטחון הציבור, התשס"ה-2005, סעיפים 3(ב), 3(ד).
- ז — חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה — חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו-1996, סעיפים 2(ג), 14, 14-ב, 14ד, פרק ו.
- ז — חוק להגנה על עדים, התשס"ט-2008, סעיף 12(ז).
- ז

- חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996, סעיף 32.
- א — חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף החשוד) (תיקון), התשס"ה-2005.
- חקיקת משנה שאוזכרה:
- תקנות הסמים המסוכנים (בדיקה מדגמית של סמים), התשנ"א-1991.
- ב הצעות חוק שאוזכרו:
- הצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף החשוד) (תיקון) (נטילת אמצעי זיהוי ומאגר נתוני זיהוי), התשס"ד-2004.
- ג פסקי דין של בית המשפט העליון שאוזכרו:
- [1] ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461 (2006).
- ד [2] בג"ץ 465/75 דגני נ' שר המשטרה, פ"ד ל(1) 337 (1975).
- [3] ע"פ 1641/04 לוין נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(3) 785 (2004).
- [4] ע"פ 325/84 אברגיל נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 365 (1984).
- [5] בג"ץ 6650/04 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בנתניה, פ"ד סא(1) 581 (2006).
- ה [6] עע"ם 9341/05 התנועה לחופש המידע נ' רשות החברות הממשלתיות (לא פורסם, ניתן ביום 19.5.2009).
- [7] בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999).
- ו [8] בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים, פ"ד סד(2) 479 (2010).
- [9] בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715 (2008).
- [10] דנג"ץ 9411/00 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון, פ"ד סג(3) 41 (2009).
- ז

- [11] בג"ץ 3799/02 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל, פ"ד ס (3) 67 (2005).
- א [12] ר"ע 103/82 חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ, פ"ד לו (3) 123 (1982).
- [13] ע"פ 4596/98 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נד (1) 145 (2000).
- [14] דנ"פ 5852/10 מדינת ישראל נ' שמש, פ"ד סה (2) 363 (2012).
- [15] ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד סה (1) 626 (2011).
- ב [16] ע"פ 5956/08 אל עוקה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 23.11.2011).
- [17] בג"ץ 35/59 ברמן נ' ראש הנפה הצפונית, משטרת ישראל, פ"ד יב 914 (1958).
- ג [18] רע"פ 1792/99 גאלי נ' משטרת ישראל, פ"ד נג (3) 312 (1999).
- [19] ע"פ 9184/06 מדינת ישראל נ' כהן (לא פורסם, ניתן ביום 19.9.2007).
- [20] ע"פ 2251/11 נפאע נ' מדינת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 4.12.2011).
- ד [21] ע"פ 6867/06 עזאם נ' מדינת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 12.10.2008).
- [22] ע"פ 3638/06 צ'וסקין נ' מדינת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 28.9.2008).

ה

פסקי דין אמריקניים שאוזכרו:

- [23] Scheneckloth v. Bustamonte, 412 U.S. 218 (1973).
- [24] Ohio v. Robinette, 519 U.S. 33 (1996).

ו

פסקי דין קנדיים שאוזכרו:

- [25] R. v. Mellenthin, [1992] 3 S.C.R. 615.
- [26] R. v. Borden, [1994] 3 S.C.R. 145.
- [27] R. v. Côté, 2011 S.C.C. 46.
- [28] R. v. Grant, 2009 S.C.C. 32; [2009] 2 S.C.R. 353.

ז

ספרים ישראליים שאוזכרו:

[29] יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א – המינהל הציבורי (מהדורה שנייה מורחבת, 2010).

א

[30] דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א (2010).

[31] גבריאל הלוי תורת דיני העונשין כרך א (2009).

[32] יורם רבין, יניב ואקי דיני עונשין כרך א (מהדורה שנייה, 2010).

[33] גיל עשת הטמעת תיקון 39 לחוק העונשין בפסיקה בישראל 1995–2005 (2011).

ב

[34] יעקב קדמי על סדר הדין בפלילים חלק ראשון – הליכים שלפני משפט ב (2008).

מאמרים ישראליים שאוזכרו:

[35] דן ביין "העקרונות הכלליים לפעילות המשטרה באכיפת החוק בישראל – ההיבט המשפטי" פלילים ב 133 (1991).

ג

[36] בועז סנג'ור "כלל פסילת הראיות שהושגו שלא כדין שנקבע בהלכת יששכרוב – בשורה או אכזבה? דעה והזמנה לדיון נוסף" משפט וצבא יט 67 (התשס"ז).

ד

[37] יובל מרין, רינת קיטאי-סנג'ור "Collins, Miranda" ויששכרוב – על הפער בין הרצוי לבין המצוי בהלכת יששכרוב" משפטים לז 429 (2007).

[38] מרדכי קרמניצר "המשטרה וזכויות האדם" משפט וממשל ב 159 (1994).

ה

ספרים זרים שאוזכרו:

[39] MICHAEL ZANDER, THE POLICE AND CRIMINAL EVIDENCE ACT 1984 (5th ed., 2005).

ו

מאמרים זרים שאוזכרו:

[40] Don Stuart, *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 (2010).

ז

- [41] Marcy Strauss, *Reconstructing Consent*, 92 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 211 (2001).
- א [42] 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).
- ב [43] Christo Lassiter, *Consent to Search by Ignorant People*, 39 TEX. TECH L. REV. 1171 (2007).
- [44] Daniel R. Williams, *Misplaced Angst: Another Look at Consent-Search Jurisprudence*, 82 IND. L. REV. 69 (2007).
- ג [45] Steven F. Shatz, Molly Donovan & Jeanne Hong, *The Strip Search of Children and the Fourth Amendment*, 26 U.S.F. L. REV. 1 (1991).

בקשות לרשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (סגן הנשיאה ז' המר והשופטים ע' פוגלמן ות' שפירא) מיום 25.5.2009 בע"פ 7250/09, ועל פסקי דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה (סגן הנשיאה ש' ברלינר, סגן הנשיאה י' גריל והשופטת ב' בר-זיו) מיום 10.12.2009 בע"פ 1607-08-09, ומיום 29.4.2010 בע"פ 6931-08-09. הבקשות לרשות ערעור נדונו כערעורים. הערעורים ברע"פ 10141/09 וברע"פ 617/10 התקבלו. הערעור ברע"פ 5758/10 נדחה.

ה

יואב ספיר, אלקנה לייסט – בשם המבקש ברע"פ 10141/09;

מוטי לוי, יוסי טורס – בשם המבקש ברע"פ 617/10;

אלון נשר – בשם המבקש ברע"פ 5758/10;

א [א] אהד גורדון – בשם המשיבה ברע"פ 10141/09, ברע"פ 617/10 וברע"פ 5758/10;

אבנר פינצ'וק, לילה מרגלית – בשם המבקשת להצטרף כידיד בית המשפט (האגודה לזכויות האזרח).

ז

פסק דין

הנשיאה (בדימ') ד' ביניש:

א

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

ב

ג

2. בשלוש הבקשות שלפנינו ראינו ליתן רשות ערעור ודנו כבערעורים גופם. זאת, ככל 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.

ד

רע"פ 10141/09 (להלן: עניין בן חיים)

ה

3. ביום 28.5.2007 בשעה 8:15 בבוקר הבחינו שני שוטרים ושוטרת, שהיו בסיור שגרתי ברחוב נווה שאנן בתל אביב-יפו, במבקש ודרשו ממנו להזדהות. לאחר בירור שערכו התברר 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.

ו

ז

בית משפט השלום בתל אביב-יפו (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], התשכ"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, אך הוא הפנה בהסכמה לפסק דין אחר של בית משפט השלום שבו 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. בית המשפט ציין כי הדעת נותנת שהמבקש 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" כמשמעה בחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הפרטיות), והוסיף כי – בהתאם לסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות – חומר שהושג תוך כדי פגיעה בפרטיות יהיה פסול מלשמש כראיה בבית המשפט.

לאור קביעתו כי הסכין שהחזיק המבקש נתפסה בחיפוש בלתי חוקי ושלא בסמכות, המשיך וקבע בית משפט השלום כי הסכין אינה קבילה כראיה, וזאת בהתאם לדוקטרינה בדבר הפסילה הפסיקתית שנקבעה בעניין יששכרוב [1]. בית המשפט ציין כי החיפוש הבלתי החוקי שבו נמצאה הסכין אינו בגדר הפרה טכנית וקלת ערך של החוק, אלא הוא מהווה פגיעה ממשית וניכרת בזכויותיו של המבקש. עוד הוסיף בית המשפט כי על אף שהסכין שנמצאה היא ראיה חפצית, שקיומה הוא נפרד מאי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגתה כראיה, אין להפריד במקרה דנן בין הפסול שבהשגת הראיה לבין אמינותה.

באשר לשיקול של השפעת פסילתה של הראיה על עשיית הצדק במובנה הרחב ציין בית משפט השלום כי במקרה דנן אין מדובר בעבירה עם קרבן, כי אין מדובר בעבירה חמורה בנסיבותיה וכי המבקש אף לא סבר שהוא 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 כדי פגיעה חוזרת ונשנית בזכויות האזרח.

א

4. בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו, 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 חוקיותו של 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 [1] לא אימצה את הדוקטרינה של "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 ננקטה כלפיו אלימות פיזית או אלימות מילולית. בית המשפט הוסיף עוד כי השוטרים לא פעלו מתוך זדון כדי לפגוע במבקש ואף לא ביקשו לבצע פעולה בלתי חוקית במודע. כן העיר בית המשפט קמא כי יש חשיבות רבה לאופייה של הראיה שהושגה – ובמקרה דנן, הסכין היא ראיה חפצית שלא ניתן להטיל פגם באמינותה ובקיומה העצמאי כראיה. עוד עמד בית המשפט המחוזי על חומרת העבירה של החזקת סכין, ועל בסיס זה הגיע למסקנה כי המחיר החברתי של פסילת הראיה תוך כדי העדפת האינטרס של המבקש, אינו שקול כנגד הפגיעה באינטרס הציבורי ובאמון של הציבור במערכות אכיפת החוק והמשפט אם תיפסל הראיה. לגופו של עניין, ציין בית המשפט המחוזי כי המבקש הודה בהחזקת הסכין בתשובתו לכתב האישום ובהודעתו במשטרה. בית המשפט ציין עוד כי, לפי סעיף 186 לחוק העונשין, הנטל להוכיח כי החזיק את הסכין למטרה כשרה מוטל על המבקש, אך 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 לכותלי בית המשפט אין

ב

ג

ד

ה

ו

ז

בהן כדי 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 הרשות לערער שהוגשה מטעם המבקש בידי 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, בהיעדר מקור הסמכה כדין לעריכת החיפוש או לאפשרות של קיום חיפוש בהסכמה, הסכמתו של מי שעורכים עליו את החיפוש אין בכוחה להכשיר את החיפוש. בהקשר זה נטען עוד כי עריכת חיפוש ללא סמכות מנוגדת לעיקרון בדבר 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 עשויה להכשיר חיפוש חסר סמכות, הרי שעליה להיות הסכמה מדעת, שנתינה תוך כדי מודעות של נותן ההסכמה לזכותו לסרב לה ולאחר שזכות זו הודעה לו במפורש ובכתב. בהקשר זה, הטענה היא כי, בדרך כלל, כאשר שוטר נגש לאזרח ודורש ממנו כי יסכים לחיפוש, יסבור האזרח כי השוטר פועל בגדר 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 זו בלבד שלא הובהרה למבקש זכותו לסרב לדרישת החיפוש בכיסי אלא שגם השוטרים עצמם לא היו מודעים לזכות זו.

הסוגיה השנייה שאליה מתייחסת הסנגוריה בטיעוניה היא שאלת פסילתה של הראיה בהתאם להלכת יששכרוב [1]. בהקשר זה הטענה היא כי יש להחיל את הלכת יששכרוב [1] לגבי ראיות חפציות שהושגו בחיפוש בלתי חוקי ככלל, ולגבי העבירה של החזקת סכין – בפרט. לפי הטענה, מבחינת דירוג עוצמתה של אי החוקיות יש להבחין בין הפרה של נוהל בעניין אופן ביצוע החיפוש לבין הפרה הנוגעת לעצם עריכת החיפוש. בעניינו של המבקש, כך נטען, לא היה

מקור הסמכה כלשהו לביצוע החיפוש ואף לא היה נגדו חשד סביר כלשהו. הסנגוריה טוענת עוד כי העובדה שהשוטרים פעלו בתום לב אינה מפחיתה מחומרת ההפרה במקרה דנן, שכן אין מדובר בהפרה בודדת של כללי החיפוש אלא בדוגמה להפרה חוזרת ונשנית של כללים אלה על ידי המשטרה. לשיטת הסנגוריה, יש להבחין גם בין מצבים שבהם הראיה החפצית הייתה מתגלה גם ללא נקיטת האמצעים הבלתי חוקיים, שבהם תגבר הנטייה לקבל את הראיה על אף אי החוקיות, לבין מצבים שבהם הראיה לא הייתה באה לאוויר העולם אלמלא אי החוקיות, שבהם הנטייה תהיה, כך נטען, לפסול את הראיה. נוסף לכך, טוענת הסנגוריה כי, מבחינת התועלת החברתית שבפסילת הראיה, העבירה של החזקת סכין היא עבירת מנע שאין לראותה כעבירה חמורה בהתאם לקריטריונים שנקבעו בעניין יששכרוב [1]. בהקשר זה מפנה הסנגוריה לפסקי דין של בית משפט זה שבהם נפסלו ראיות גם בהתייחס לנאשמים שהואשמו בעבירות של הריגה ושל רצח. הסנגוריה ממשיכה וטוענת אפוא כי לנוכח חומרת ההפרה שביחפוש הבלתי חוקי, הרי שהעובדה שמציאת הסכין הייתה קשורה קשר הדוק לאי החוקיות והיותה של עבירת החזקת הסכין קלה יחסית, תגרום קבלת הסכין כראיה לפגיעה מהותית ובלתי מידתית בזכות המבקש להליך הוגן.

הסוגיה השלישית שמעלה הסנגוריה בטיעוניה נוגעת לאפשרות לפסול את הראיה מכוח הוראת סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות שבו נקבע כי חומר שהושג תוך כדי פגיעה בפרטיות יהיה פסול מלשמש כראיה בבית משפט.

רע"פ 617/10 (להלן: עניין ג'בלי)

6. המבקש הואשם בעבירה של החזקת סם מסוכן לפי סעיפים 7(א) ו-7(ג) לפקודת הסמים, בגין החזקה של סם מסוג בופורנורפין 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 הסכמתה של אם המבקש לעריכת חיפוש

בביתה, ובכלל זה – בחדרו של המבקש. בית המשפט ציין עוד כי אמו של המבקש חתמה על הצהרה שלפיה היא אינה מתנגדת לחיפוש ללא צו. מכך הסיק בית המשפט כי היא ידעה על הצורך במתן הסכמתה כתנאי לחיפוש. בית המשפט ציין עוד כי באי העדת אמו של המבקש, לשם הבהרתה של 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. כן נדחו טענותיו כי הסם היה שייך לאחיו המנוח שהתגורר בחדר לפניו ושנפטר כתוצאה משימוש בסמים. העונש שנגזר על המבקש הוא חמישה חודשי מאסר על-תנאי ופסילה מלקבל או מלהחזיק 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 טענותיו של המבקש נגד חוקיות החיפוש ואימץ את האמור בפסק דינו של בית משפט השלום בעניין זה. עוד הוסיף בית המשפט המחוזי כי, גם אם היה החיפוש בלתי חוקי, לא היה מקום לפסול את הסם שנתפס כראיה – בהתאם להלכת יששכרוב [1]. בית המשפט המחוזי אף לא ראה להתערב בעונש שנגזר על המבקש.

8. בבקשה לרשות הערעור שהגיש המבקש, המיוצג אף הוא על ידי הסנגוריה הציבורית, מועלות טענות שונות הנוגעות לחוקיות החיפוש שנערך בבית אמו של המבקש ולאפשרות לפסול ראיה 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 בשל הזמן שחלף מאז קבלת הידיעה המודיעינית לא התבססה סמכות החיפוש ללא צו שיפוטי על הוראת סעיף 28(א) לפקודת הסמים ועל סעיף 25(1) לפקודת סדר הדין הפלילי, שכן הפשע שלגביו נערך החיפוש לא בוצע "זה מקרוב". המדינה עיגנה את סמכותם של השוטרים לחפש בבית אמו של המבקש בהסכמה שנתנה אמו לביצוע החיפוש, ומשכך מתמקד עיקר טענותיה של הסנגוריה בבקשה לרשות הערעור שלפנינו בנפקותה של הסכמה זו. בהקשר זה מעלה הסנגוריה טענות דומות לטענות שהעלתה בעניין בן חיים, הן בנוגע לכך שהסכמה אין בה כדי להכשיר חיפוש הנערך ללא הסכמה בדין והן בנוגע לצורך בהסכמה מדעת

לביצוע החיפוש, ובמודעות לזכות לסרב ליתן את ההסכמה כתנאי לחקירות החיפוש (זאת, כמובן, בהנחה שתתקבל טענת המדינה שהסכמה עשויה להכשיר חיפוש שאין מקור סמכות אחר בדיון לעריכתו). בכל הנוגע למקרה דנן, נטען כי השוטר שערך את החיפוש העיד כי אין הוא נוהג להודיע לאזרחים על כך שהם רשאים לסרב לביצוע החיפוש, והוסיף כי אם אמו של המבקש הייתה מסרבת לביצוע החיפוש היו השוטרים ממתינים 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, שכן היא לא ידעה שהיא רשאית לסרב.

שאלה נוספת שהועלתה בבקשה לרשות הערעור היא מי רשאי ליתן הסכמה לעריכת חיפוש בדירה. לטענת הסנגוריה, בית משפט השלום ובית המשפט המחוזי שגו עת התייחסו לשאלה זו רק מההיבט הקנייני. על פי הנתען, 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 הראיה (הסם) שהושגה בעקבות החיפוש הועלו לפנינו טענות עקרוניות הדומות לטענות בעניין בן חיים בכל הנוגע ליישום הלכת יששכרוב [1] באשר לראיות חפציות ולעריכת האיוון בין השיקולים השונים הנדרשים לעניין זה. בכל הנוגע לנסיבות המקרה דנן, הטענה היא כי נפלו בהליך החיפוש 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 21 ימים לפני שנערך החיפוש. תחת זאת, ערכה המשטרה חיפוש ללא צו שיפוטי בבית אמו הקשישה של המבקש, שעה שעורך 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 [1]. עוד 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 אשר, לטענת 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, לאור הוראת סעיף 25 לפקודת סדר הדין הפלילי המתירה לשוטרי לערוך חיפוש ללא צו שופט אם: "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 המועד שבו נערך החיפוש, הייתה המשטרה רשאית לבצע את החיפוש גם ללא צו של שופט. זאת, בשל היותה העבירה של החזקת הסמים עבירה נמשכת וכן לנוכח העובדה שחלפה פחות מיממה מאז קבלת המידע המודיעיני ועד לביצוע החיפוש, כך שמתקיים התנאי שלפיו הפשע בוצע "זה מקרוב". עוד קבע בית משפט השלום בהסתמך על עדויות השוטרים, שאותן ראה כמהימנות, כי ניתנה הסכמתו של המבקש לביצוע החיפוש. בהקשר זה ציין בית משפט השלום כי נערך דו"ח חיפוש אשר נחתם על ידי אשת המבקש ונמסר בו כי החיפוש נערך בהסכמתו של מחזיק המקום. 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. לאור מסקנתו כי החיפוש שבעקבותיו נמצאו הכדורים היה חוקי, קבע בית משפט השלום כי מתייתר הצורך לדון בשאלת פסילתם של הכדורים כראיה.

עם זאת, הוא הוסיף כי אף אם היה החיפוש שלא כדין, אין מקום לפסול את הראיה בהתאם להלכת יששכרוב [1]. זאת, משום שהפסול, אם בכלל התקיים, היה מזערי, הראיה היא עצמאית וזיכוי המבקש בעקבות פסילתה של הראיה יהיה חמור וזיזק לאינטרס הציבורי. שאלה נוספת שאלה נדרש בית משפט השלום בפסק דינו היא אם היה די בכך שהמדינה בדקה שניים מבין 734 הכדורים 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 לפניו מומחים לעניין זה מטעם הצדדים, כי הטבליות שנבדקו הן סם מסוכן מסוג MDMA. עוד יצוין כי בית משפט השלום דחה את טענות המבקש שלפיהן הוא לא ידע כי הטבליות המוחזקות על ידיו הן סם מסוכן.

א

העונש שגזר בית משפט השלום על המבקש 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 לנוכח העובדה שהעבירה שבה הורשע המבקש בוצעה בעת שהיה אסיר ברישיון תתווסף לתקופת מאסרו תקופת מאסר נוספת של שנה וחצי עקב הפקעת תקופת השחרור ברישיון). נוסף לכך, 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.

ב

ג

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 שנקבעו בפסק דינו של בית משפט השלום בנוגע למתן הסכמתו של המבקש לחיפוש. בהקשר זה ציין בית המשפט המחוזי כי 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 – מטעמים דומים לאלה שהביא בית משפט השלום לעניין זה. נוסף לכך, לא ראה בית המשפט המחוזי להתערב בקביעותיו העובדתיות של בית משפט השלום בנוגע להתאמת הכדורים שנמצאו בחזקת המבקש לבדיקה מדגמית ובנוגע להיות הכדורים כדורי MDMA. 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 ובשל נסיבותיו האישיות.

ד

ה

ו

12. בבקשה לרשות ערעור שהגיש המבקש, המיוצג גם הוא על ידי סנגור מטעם הסנגוריה הציבורית, מועלות על ידיו טענות שונות הנוגעות להתנהלות התביעה במשפטו, לאופן זיהוי הכדורים שנתפסו בחזקתו, לבדיקתם ולחוקיות

ז

א החיפוש שבו נתפסו הכדורים. עוד העלתה הסנגוריה טענות הנוגעות לפרשנותם 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 פרשנותו של המושג "זה מקרוב" בסעיף 25 לפקודת סדר הדין הפלילי, שכן – לטענת הסנגוריה – הייתה למשטרה אפשרות לפנות לבית המשפט בבקשה להוצאת צו חיפוש ביום שלמחרת קבלתו של המידע המודיעיני לגביו ולפני עריכת החיפוש.

ג שאלה נוספת אשר, לטענת הסנגוריה, מן הראוי להכריע בה במקרה דנן היא אם לשם עריכת חיפוש בבית נדרשת הסכמה של כל מחזיקי הנכס שנוכחים בבית בעת החיפוש או שמא די בהסכמתו של 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, שלא הסכימה לחיפוש, על פי הנטען. הסנגוריה מוסיפה עוד כי חתימתה של אשתו כעדה על דו"ח החיפוש אינה מלמדת על הסכמתה לביצוע החיפוש.

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

תגובת המדינה לבקשות לרשות הערעור

13. המדינה מתנגדת למתן רשות הערעור בשלושת המקרים שהובאו לפנינו. לטענתה, צפויה הסדרה בחוק של השאלה בדבר סמכויות החיפוש, המתעוררת בשלוש הבקשות לרשות 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 לשאלה 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 שפגיעתו באוטונומיה של מושא החיפוש היא מינימלית.

א

עוד טוענת המדינה כי אין מניעה חוקית לכך ששוטר יערוך חיפוש בהסכמה. לשיטתה, מקום שאדם מסכים לחיפוש אין לפעול נגד הסכמתו ולאסור על כך. בהקשר זה טוענת המדינה כי בהטלת איסור על עריכת חיפוש בהסכמה יש משום פטרנליזם שאינו מתיישב עם האוטונומיה של רצונו 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 אין היא חולקת על כך שההסכמה לעריכת החיפוש צריך שתהא תוך מודעותו 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 שאין 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 תופס המקום לעריכת חיפוש, כל עוד מדובר בהסכמה מדעת, עשויה לאפשר את ביצוע החיפוש גם ללא צו חיפוש. לטענתה, החיוב לפנות לבית משפט גם כאשר תופס המקום מסכים לעריכת החיפוש יעמיס שלא לצורך על בית המשפט, על המשטרה ועל תופס המקום ואף עלול לפגוע ביעילות החיפוש. בהקשר זה מוסיפה המדינה כי אין מניעה לכך שתופס המקום יסכים לחיפוש בחלקים מדירתו, גם אם הם משמשים אחרים. לטענתה, החוק מכיר בתופס המקום כמי שמוסמך 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. כן טוענת המדינה כי בעניין עייש הייתה המשטרה רשאית לערוך את החיפוש אף ללא צו שיפוטי.

ב

ג

ד

ה

ו

ז

המדינה מוסיפה וטוענת כי אין מקום ליתן רשות ערעור בשאלת הקריטריונים לפסילת ראיות חפציות שנתפסו בחיפוש שנערך שלא כדין. לטענת המדינה, הלכת יששכרוב [1] קובעת מבחנים ברורים להכרעה בנוגע לפסילת ראיות, ובין היתר מתייחסת באופן קונקרטי להשפעה שיש לכך שהראיה היא חפצית. בנסיבות אלה, כך טוענת המדינה, נוגעות הבקשות לרשות ערעור שלפנינו רק לאופן היישום של הלכת יששכרוב [1] במקרים הקונקרטיים ועל כן, לטענתה, אין הצדקה להיעתר להן. עוד טוענת המדינה כי לאור חשיבותן של הראיות וחומרת העבירות שבהן הואשמו המבקשים ובשל עוצמתה הנמוכה, אם בכלל, של הפגיעה בזכויותיהם להליך הוגן, הרי שבאיוון בין 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 חוקיותו של החיפוש, אלא לראיות שהובאו בתיק.

14. חשוב לציין עוד כי האגודה לזכויות האזרח בישראל (להלן: האגודה) ביקשה להצטרף לדיון שלפנינו כ"ידיד בית המשפט". טיעוניה של האגודה מתמקדים בפגיעה בזכות לפרטיות הכרוכה בהליך החיפוש ובבעייתיות הרבה הקיימת, לטענתה, בקבלת הגישה שלפיה מותר למשטרה לבצע חיפוש בהסכמה, גם בהיעדר מקור-סמכות אחר לביצוע החיפוש. לטענת האגודה, בנסיבות של פערי כוחות, כפי שקיימים בין שוטרים לאזרחים, ההסכמה לויתור על הזכות לפרטיות היא, למצער, חשודה ועל הטוען לקיומה הנטל להוכיח זאת. כן מתייחסת האגודה לדרישת ההסכמה מדעת וטוענת כי המדינה אינה עומדת בפועל על קיומה של הוכחה כלשהי לכך שהאזרח שנתבקשה הסכמתו לחיפוש ידע על זכותו לסרב.

באי כוח המבקשים מסכימים לצירוף האגודה להליך שלפנינו, 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 שעינינו בטענות האגודה ושמענו את טענות בא כוחה בדיון שנערך לפנינו, לא ראינו לצרפה להליך זה. זאת, שכן אין בטענותיה משום תרומה ממשית לבירור

השיפוטי הנדרש בבקשות שלפנינו לרשות הערעור יותר מהטענות שהועלו על ידי המבקשים עצמם המיוצגים על ידי סנגורים מטעם הסנגוריה הציבורית.

א דיון

15. כאמור, החלטנו ליתן רשות ערעור בבקשות שלפנינו ולדון בבקשות כבערעורים. זאת – רק בשאלת החיפוש בהסכמה ובשאלת קבילותן 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 השאלה בדבר פסילת הראיות שנתפסו בהם.

ב

השאלה שלפנינו היא בעלת חשיבות משפטית וחשיבות ציבורית בלתי מבוטלות והיא שבה ומתעוררת עת 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 שלפיה ניתן להסתפק בהסדרה הצפויה בחוק של דיני החיפוש כנימוק לדחיית הבקשות לרשות הערעור. זאת, הן בשל השלב הראשוני שבו מצויים הליכי החקיקה והן בשל היעדר ההתייחסות המפורשת בתזכירי הצעות החוק שהובאו לעיונו לאפשרות של עיגון הסמכות לערוך חיפוש אך ורק בהסכמת האדם מושא החיפוש. בבקשת הרשות לערער בעניין עייש מתעוררות שאלות נוספות ושונות, אך לא ניתן היה לדון בהן במאוחד עם שתי הבקשות הנוספות, מה גם שלא ראינו להיעתר להן לגופן.

ג

ד

ה

16. לפני שנפנה לבחון את השאלה המשותפת לשלוש הבקשות לרשות ערעור 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

ו

ז

הנתונות לשוטרים בכלל, וסמכויות החיפוש שהן מושא הבקשות לרשות ערעור שלפנינו – בפרט, מבטאים אפוא את האיזון שקבע המחוקק בין האינטרס הציבורי בתפקוד יעיל ואפקטיבי של המשטרה לבין הצורך בהגנה על זכויות האדם של האזרחים שעומם באה המשטרה במגע.

תפקידיה הבסיסיים של המשטרה מוגדרים בסעיף 3 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת המשטרה), בזו הלשון:

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

ג הגדרה כללית זו של תפקידי המשטרה היא הבסיס לקביעת סמכויותיהם ותפקידיהם הפרטניים של השוטרים, הפזורים בהוראות חוק שונות. כך, למשל, בכל הנוגע לסמכות לערוך חיפוש, קובע סעיף 5(5) לפקודת המשטרה כי:

ד "תפקידים 5. במיוחד, ובלי לגרוע מהוראות סעיפים 4 ו-4א, של יהא מתפקידו של כל שוטר – שוטרים [...]

ה (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".

ז 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 בהסדר זה מצויה בסעיף 25 לפקודה הקובע מהן הנסיבות שבהן מוסמך שוטר לערוך חיפוש במקום מסוים בלי צו חיפוש:

ז

- א "חיפוש 25. שוטר רשאי, בלא צו חיפוש, להיכנס ולחפש בכל בית או מקום אם – שלא על פי צו חיפוש
- א (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".
- ג הוראה חשובה נוספת הקבועה בפקודת סדר הדין הפלילי נוגעת לסמכות לערוך חיפוש על גופו של אדם בעת חיפוש שנערך במקום מסוים. הוראה זו קבועה בסעיף 29 לפקודה שקובע כדלקמן:
- ד "חיפוש 29. נמצא אדם בבית או במקום שמחפשים בו או בקרבתו, ויש יסוד סביר לחשוד שהוא מסתיר באדם 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".
- ה 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:
- ו "סמכות 3. (ב) היה לשוטר, לחייל מוסמך או למאבטח חשד חיפוש סביר שאדם נושא עמו שלא כדין נשק, או עומד לעשות שימוש שלא כדין בנשק, או בלא צו שנשק המוחזק שלא כדין נמצא בכלי

תחבורה, רשאי הוא לערוך חיפוש על גופו
של האדם או בכלי התחבורה".

- א 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 לשוטרי 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 חוקיותו של החיפוש.
- ג 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 [2], בעמ' 349–353, להלן: עניין דגני). סוגיית התנאים הנדרשים לגיבושו של "חשד סביר" המצדיק חיפוש ללא צו שיפוטי אף אינה מחייבת הכרעה במקרים שלפנינו, שכן בשום בקשה מהבקשות לרשות הערעור אין המדינה מבססת את טענותיה בדבר הסמכות לביצוע החיפוש אך על קיומו של "חשד סביר" כלפי מי מהמבקשים.
- ה

- לפיכך, נצביע – בבחינת למעלה מן הדרוש – על כמה אמות מידה שעשויות לגבש, בנסיבות המתאימות, חשד סביר כלפי אדם מסוים, כנדרש בהתאם להוראות החוק שאוזכרו 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 שבו נמצא אותו אדם או בקירבתו, בצירוף השעה שבה הוא נמצא באותו מקום. כמו כן, חשד סביר ברמה המצדיקה עריכת חיפוש ללא צו שיפוטי עשוי להתגבש כאשר המשטרה
- ל

א מקבלת מידע על אודות תיאורו של אדם החשוד בביצוע עבירה מסוימת או בדבר האזור שבו עשוי להימצא החשוד. בנסיבות כאלה ייתכן שהמידע שהתקבל יקים חשד סביר המצדיק עריכת חיפוש באדם שמאפייניו החיצוניים או מקום הימצאו תואמים את המידע שהתקבל.

ב אמות מידה אלה, מובן שאינן ממצות וניתן להניח שאמות מידה נוספות יוכרו בפסיקת בתי המשפט בבוא העת. עם זאת, אנו רואים להעיר בשולי הדברים כי קיומו של עבר פלילי בלבד, המנותק מנסיבות חיצוניות קונקרטיות, אינו מגבש כשלעצמו חשד סביר המסמך שוטר לערוך חיפוש על גופו של אדם או בכליו בלי צו שיפוטי.

ג 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 סוגים אלה של חיפוש נוגעים לאיסוף ראיות פיסיות 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 לרשות הערעור שלפנינו (ראו לעניין זה ע"פ 1641/04 לוי' נ' מדינת ישראל [3]).

ד 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 שלפנינו לרשות הערעור.

ה האם הסכמה יכול שתשמש כמקור סמכות לביצוע חיפוש?

ו 17. המבקש בעניין בן חיים נתקל, כזכור, בסיור שגרתי של שלושה שוטרים ונדרש להזדהות לפנייהם. 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 חוקיותו של החיפוש, מציב, כאמור, את קיומו של "יסוד סביר לחשוד שהוא [האדם שנמצא במקום שבו נערך החיפוש – ד' ב'] מסתיר אצלו חפץ שמחפשים, או שרשאים 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 את טענתה בדבר קיומה של סמכות לביצוע החיפוש על הסכמתו של המבקש שבאה לידי ביטוי בנכונותו לרוקן את כיסיו, כמתואר לעיל.

18. נשאלת אפוא השאלה אם 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 של אסיר המתקבל למשמורת, וסעיף 12(ז) לחוק להגנה על עדים, התשס"ט-2008, שנוגע לסמכויותיהם של מאבטחים הפועלים לפי החוק). אכן, כאשר החיפוש נעשה על ידי שוטר, עוצמת הפגיעה בזכותו המוגנת של חשוד היא רבה יותר מאשר בנסיבות שבהן האדם עצמו מרוקן את כיסיו. אולם, העובדה שהאדם מסייע לחיפוש בכך שהוא פועל בהתאם להוראת השוטר אינה מוציאה את הפעולה מגדר "חיפוש" כמשמעו 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 שבהן מדובר ב"מציאת" החפץ בנוכחות השוטר ולבקשתו. כיוון שאכן מדובר בחיפוש, נותרה שאלת נפקותה של 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 לשוטף 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 בשל חלוף הזמן מאז קבלת הידיעה המודיעינית ועד לעריכת החיפוש לא התקיים באותו עניין התנאי שלפיו מדובר במידע שהתקבל "זה מקרוב". 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 שוטף, 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 שוטף לפעולות הצמודות מבחינת הזמן למועד ביצוע העבירה וצמידות זו תימדד [...] בשעות ולא בימים" (עניין דגני [2], בעמ' 364).

כן ראו ע"פ 325/84 אברג'יל נ' מדינת ישראל [4], בעמ' 369.

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. היא נועדה גם להבטיח את ביטחון הציבור שעה שחפץ מסוכן נמצא באותו מקום. כדי להגשים תכליות

אלה, ניתן לערוך חיפוש מכוח סמכות זו, 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 ניכר יותר ממועד קבלת המידע הרלוונטי נחלשות התכליות האמורות 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 שאליו מתייחסת התיבה "זה מקרוב") התעצמה עם עיגון הזכות החוקתית לפרטיות מפני חיפוש, בסעיף 7(ג) לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.

20. לאור האמור לעיל, השאלה העומדת לפתחנו היא אם הסכמה של האדם מושא החיפוש לביצוע החיפוש עשויה לשמש כמקור סמכות לביצוע החיפוש, כאשר אין מתקיים מקור סמכות אחר כלשהו. יצוין כי, לשיטת הסנגוריה, אף אם נניח כי בנסיבות מסוימות התשובה לשאלה האמורה היא חיובית, בחינת חוקיות החיפוש לא תסתיים בכך. זאת, שכן אז נידרש לבחון את מהותה של אותה "הסכמה", שיש בה כדי להכשיר את החיפוש, ואת התנאים שיאפשרו לקבוע כי אותה הסכמה אכן ניתנה. עם זאת, גם אם נמצא כי החיפוש שנוערך במקרים שלפנינו (כולם או חלקם) הם בלתי חוקיים – בין משום שבהסכמה ככלל אין די כדי להכשיר חיפוש בהיעדר מקור סמכות אחר, ובין משום שבנסיבותיו של כל אחד מהמקרים שלפנינו לא היה די בהסכמה כפי שניתנה – עדיין תעמוד לפנינו שאלת פסילתן של הראיות שנמצאו בכל אחד מהחיפושים, בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית שנקבעה בעניין יששכרוב [1]. זאת, לאור הגישה שאומצה בעניין יששכרוב [1], שנעמוד עליה בהמשך פסק דין זה, ולפיה גם אם הייתה כרוכה אי חוקיות בהשגת ראיה פלונית – אין הדבר, כשלעצמו, גורם בהכרח לפסילת הראיה שהושגה שלא כדין.

21. ייאמר תחילה כי עמדתי היא שהסכמתו של האדם שהוא עצמו מושא החיפוש או שבביתו מבקשת המשטרה לערוך חיפוש, שהיא הסכמה מדעת, עשויה להכשיר חיפוש שאין לו מקור סמכות אחר בדין. בבואנו לבחון את האפשרות למתן הסכמתו של פרט לעריכת החיפוש, עלינו להשקיף על הנסיבות משתי נקודות מבט – זו של השוטר (או כל גורם מוסמך אחר), המבקש לערוך את החיפוש, וזו של האדם שמתבקשת הסכמתו לעריכת החיפוש. אין חולק

א שעריתו של חיפוש על גופו של אדם או בביתו פוגעת בזכותו החוקתית לפרטיות לפי סעיף 7(ג) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הקובע: "אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו". הזכות לפרטיות מפני חיפוש מעוגנת אפוא במפורש בחוק היסוד.

ב 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:

ג "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 [5], בעמ' 606).

כן ראו עע"ס 9341/05 התנועה לחופש המידע נ' רשות החברות הממשלתיות [6], בפסקאות 19–20 לפסק הדין.

ד עם זאת, ערך האוטונומיה של הפרט, שהוא מקור הזכות לפרטיות, הוא גם זה המאפשר לפרט להחליט להיחשף לפני אדם מסוים או לפני קבוצה של בני אדם ולוותר באשר 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 בפרטיות של זולתו ללא הסכמתו". מכאן שגם המחוקק הכיר בכך שהסכמה לפגיעה בפרטיות עשויה להכשיר את הפגיעה.

ה 22. בנסיבות שבהן מתקיים מפגש בין שוטר לבין אזרח, כאשר השוטר מבקש מן האזרח הסכמה לערוך חיפוש על גופו או בכליו, אין להשקיף על האירוע רק מההיבט 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 רוחב 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 יצחק זמיר הסמכות המינהלית כך א – המינהל הציבורי [29], בעמ' 73–82). חשיבותו של העיקרון בדבר חוקיות המינהל מקבלת משנה תוקף עת מדובר בסמכויות המתירות לרשות המינהלית לפגוע בזכויות אדם מוגנות. בוודאי כך עת מדובר בסמכויותיו של שוטר הרשאי בגדר סמכויותיו ובנסיבות המתאימות לפגוע בזכויות הבסיסיות ביותר של אדם (ראו: בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל [7], בעמ' 831; בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים [8], בפסקה 14 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן).

העיקרון בדבר חוקיות המינהל בא לידי ביטוי גם בתנאיה של 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 [9], ובדנג"ץ 9411/00 אדקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון [10]. דרישה זו נועדה לצמצם את הפגיעה בזכויות אדם על ידי חקיקת משנה, וצמצום זה חל בוודאי גם בהתייחס לפעולות מינהליות הפוגעות בזכויות אדם שאינן מעוגנות בחקיקת משנה (ראו והשוו בג"ץ 6824/07 הנ"ל [8], בפסקה 15 לפסק דינו של השופט פוגלמן).

כבר נקבע בפסיקתנו כי כאשר נבחנת התקיימותה של דרישת ההסמכה המפורשת לגבי הפעלת סמכות מסוימת, הכרוכה בפגיעה בזכויות אדם, נדרשת התחשבות בשיקולים שונים ובהם מהות הזכות הנפגעת, עוצמת הפגיעה בזכות ומיאות הרשות הפוגעת (ראו דנג"ץ 9411/00 הנ"ל [10], בפסקה 11 לפסק דיני). בהקשר זה ציינתי בבג"ץ 10203/03 הנ"ל [9] 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 שבהן מדובר בזכות יסוד עיקרית 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" (שם [9]), בפסקה 12 לחוות דעתי).

א

ב

23. בכל הנוגע למקרים שלפנינו, הכול 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, בהיעדר עילה חוקית אחרת לעריכת החיפוש. קשה גם לחלוק על כך שעריכתו של חיפוש על גופו של אדם, בביתו או בכליו פוגעת בזכותו לפרטיות – גם כאשר מדובר בחיפוש שנערך בהסכמה. עם זאת, יש להתחשב בכך כי כאשר 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 בשל הקשר ההדוק שעליו עמדנו לעיל בין הזכות לפרטיות לבין האוטונומיה של הפרט, שעליה נועדה הזכות לפרטיות להגן. אכן, מאותה תפישה בדבר האוטונומיה של הפרט גם נובעת ההכרה באפשרות הנתונה לאדם לוותר על פרטיותו בנסיבות מסוימות או כלפי אנשים מסוימים.

ג

ד

ה

נציין עוד כי במקרים שלפנינו אין אנו 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 היעדר סמכות לערוך חיפוש בהסכמה במקרים אחרים.

ו

טענה זו – על פניה – היא מרחיקת לכת בעיניי. ראשית, החיפוש המוסדר בחוק סמכויות אכיפה (בין שמדובר ב"חיפוש חיצוני" ובין שמדובר ב"חיפוש פנימי" כהגדרתם בחוק) הוא, ככלל, פוגעני יותר בהשוואה לחיפושים הנערכים

ז

בנסיבות שבהן עוסקות הבקשות לרשות הערעור שלפנינו. שנית, להסדר המיוחד הקבוע בפרק ו' לחוק סמכויות אכיפה יש תכלית ברורה וממוקדת, והיא לענות על הצורך שמתעורר לעתים לערוך במהלך חקירתה של עבירה מסוימת חיפוש על אנשים (כגון קרבן העבירה או עדים) אף שאין הם חשודים בביצוע העבירה.

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

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

ה	"סמכות חיפוש בלא צו	3. (ב) היה לשוטר, לחייל מוסמך או למאבטח חשד סביר שאדם נושא עמו שלא כדין 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".
---	---------------------------	--

ההסכמה לביצוע החיפוש עשויה 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, להיכנס ולחפש בכל
שלא על פי בית או מקום אם –
צו חיפוש

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

א

לאור אופייה וטיבה של הסמכות לערוך חיפוש על גופו של אדם, בכליו או
בביתו, כשאין מדובר בחיפוש "פולשני", הותר המחוקק את ההחלטה על
עריכת חיפוש מסוג זה לשיקול דעתו הפרטני של השוטר. הרף שנקבע לכך הוא,
כאמור, "חשד סביר" או "יסוד להניח". יש לזכור כי ההחלטה אם התקיים הרף
הנדרש מתקבלת בנסיבות של מילוי תפקיד, בלחץ זמן – ובדרך כלל, בנסיבות
אשר עלולות לעורר חשד וכאשר ההחלטה בדבר עוצמת החשד מתחייבת על
אתר. במצבים אלה תחת שיקול דעתו של השוטר, בהתאם למידע הקיים לפניו
באשר לקיומה של עילת חיפוש ללא צו, תבוא הסכמת האדם מושא החיפוש.
הסכמה זו מבטאת את האוטונומיה הנתונה לפרט להסכים לפגיעה בזכותו
לפרטיות.

ב

ג

בהקשר זה יש להביא בחשבון כי שתי הוראות החוק הנזכרות תולדות את
הסמכות לעריכת החיפוש ללא צו שיפוטי בשיקול דעתו הפרטני של השוטר
בנסיבות עניין. שיקול דעת זה צריך, כמובן, שיהא מופעל באופן סביר ומיושם
במידתיות ובשוויוניות. לפיכך, נראה כי כאשר, בהתאם לשיקול דעתו של
שוטר בנסיבות מחשירות, שאינן עולות 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 שניתן לקיים את
החיפוש ובלבד שמתקיימים יתר התנאים הקבועים בחוק לעריכת חיפוש ללא
צו שיפוטי.

ד

ה

התנאים הנדרשים לגיבוש הסכמת אמת לעריכת חיפוש

ו

26. אף אם נקבל את טיעונה של המדינה שלפיו הסכמה של האדם מושא
החיפוש עשויה להכשיר, בנסיבות מסוימות, את ביצוע החיפוש, אף בהיעדר
"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

ז

הסכמה כהסכמת אמת. מקובל הן על המבקשים והן על המדינה כי ככל שהסכמה לביצוע החיפוש עשויה להכשיר את החיפוש בהיעדר מקור סמכות אחר, עליה להיות הסכמה מדעת – היינו, הסכמה הניתנת תוך מודעות של האדם מושא החיפוש לזכותו לסרב לביצוע החיפוש, ולכך שהסירוב לא יזקף לחובתו. המחלוקת בין הצדדים נסבה על השאלה מתי ובאלו נסיבות ניתן לקבוע כי המודעות הנדרשת לזכות לסרב לביצוע החיפוש התקיימה אצל האדם שנתבקשה הסכמתו לחיפוש. הסנגוריה טוענת כי על השוטר המבקש לערוך את החיפוש בהסכמה להבהיר במפורש לאדם שמתבקשת הסכמתו לחיפוש כי עומדת לו הזכות לסרב לביצוע החיפוש וכי סירוב זה לא יזקף לחובתו. חובת היידוע בדבר הזכות לסרב לביצוע החיפוש, כך ממשיכה הסנגוריה וטוענת, צריך שתהא בכתב, שכן רק כך ניתן להבטיח כי האזרח יידע על אודות 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 שלפיה מעצם הבקשה להסכמת האזרח נלמדת הבנתו כי נתונה לו הזכות לסרב לבקשה, היא מרחיקת לכת. בשל 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 לחיפוש וכדי שהסכמתו לביצוע החיפוש תיחשב להסכמה מדעת. ראשית, בקשת ההסכמה לעריכת החיפוש אין משמעה בהכרח כי לאזרח מוקנית זכות לסרב לביצוע החיפוש. כך, למשל, ניתן להניח כי במקרים רבים שבהם מוסמכת המשטרה לערוך חיפוש ללא צו שיפוטי וללא הסכמת האדם מושא החיפוש, עדיין תתבקש ההסכמה. זאת, כדי להפחית את החשש מפני עימות סביב עריכת החיפוש וכדי להימנע מנקיטת כוח פסי בלתי הכרחי כלפי האזרח. אכן, הפגיעה בזכות הפרטיות של האדם מושא החיפוש היא מידתית יותר כאשר מתבקשת 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 בהתאם לסמכותו ולא ייטה לעמוד על זכויותיו. נוסף 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, אף אם אלה ידועות לו. אכן, ניתן לומר כי, ככלל, בנסיבות שבהן 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, שמשמעה הוא ויתור על הזכות החוקתית לפרטיות כלפי השוטר המבקש לערוך את החיפוש, אינה הסכמה מדעת. היא אינה מבטאת בחירה אמיתית ואוטונומית של האזרח לוותר על זכויותיו (ראו והשוו לפסק דינו בבג"ץ 3799/02 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל [11], בעמ' 86).

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 כדי להכשיר את הפגיעה בזכות החוקתית לפרטיות הכרוכה בביצוע החיפוש. נדגיש עוד שעסקינן במקרים שבהם הסכמת האזרח היא מקור הסמכות היחיד לביצוע החיפוש. לנוכח העובדה שמקור סמכות זה אינו מעוגן במפורש 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 לחיפוש.

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 – אם ניתנה הסכמה מודעת לעריכת החיפוש.

- א איני סבורה כי ניתן לקבל עמדה גורפת זו של המדינה. לנוכח פערי הכוחות והמידע הטבועים במפגש בין שוטר לאזרח, אין לקבל את ההנחה המוצעת על ידי המדינה שלפיה יהיה האזרח ממילא 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 במפורש על דבר קיומן של זכויות אלה. 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 תגבר 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 שאין הם מודעים לזכויותיהם. זאת ועוד, הודעה מפורשת של השוטר על הזכות לסרב לעריכת החיפוש, ועל כך שלא תהיינה לסירוב תוצאות שליליות, תקל גם על אזרחים המודעים לזכויותיהם לעמוד על זכויותיהם ולקבל החלטה אוטונומית בדבר הסכמה לחיפוש.
- ב
- ג
- ד

- ה עוד יצוין כי המדינה לא העלתה נימוקים של ממש נגד הטלת חובה על שוטרים להודיע לאזרחים מושאי החיפוש על דבר זכויותיהם שלא להסכים לעריכת החיפוש. ואמנם, קשה להצביע על נימוקים כאלה עת עסקינן באזרחים שאין 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 להעלות 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 אם, בנסיבותיו הקונקרטיות של מקרה מסוים, היה האדם מושא החיפוש מודע לזכותו לסרב לביצוע החיפוש.
- ו
- ז

29. שאלת האפשרות לערוך חיפוש בהסכמה והתנאים לחוקיותו של חיפוש מסוג זה התעוררה בשיטות משפט נוספות הקרובות לשיטת המשפט בישראל, ובמדינות שונות אומצו גישות שונות לעניין זה. עם זאת, חשוב להדגיש כי נראה שאין מחלוקת בדבר 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.

א

ב. בארצות-הברית אומצה על ידי בית המשפט העליון (כדעת רוב של שישה שופטים אל מול שלושה), עוד לפני שנים, עמדה המקילה על המשטרה לערוך חיפושים בהסכמה (ראו [23] Scheneckloth v. Bustamonte). באותה פרשה נקבע כי על אף שהסכמה עשויה לשמש כמקור סמכות לעריכת חיפוש (כאשר אין מתקיימים התנאים לעריכת חיפוש שנקבעו בתיקון הרביעי לחוקת ארצות-הברית), ועל אף שעליה להיות הסכמה חופשית ומרצון, קיומה של הסכמה חופשית הוא עניין שבעובדה הטעון הוכחה במשפט, והיא נלמדת מכלל הנסיבות. 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:

ב

ג

ד

"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" ([23], at pp. 248–249).

ה

ו

ז

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 [24]).

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 בנהל ההתנהגות לשוטרים (Code A) הנספח ל־ Police and Criminal Evidence Act 1984); 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 MICHAEL ZANDER, THE POLICE AND CRIMINAL EVIDENCE ACT 1984 [39], at pp. 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 הסכמתו של 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 that the search was consensual" (R. v. Mellenthin [25], at pp. 624–625).

א

ב

ג

ד

כן ראו: R. v. Borden [26], ולאחרונה, R. v. Côté [27].

30. לאחר בחינת הנושא באספקלריה של השיטה המשפטית שלנו, בהביא בחשבון את המציאות שבה 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 הניתנת במודעות לזכות לסרב לביצוע החיפוש. דומה כי, באופן עקרוני, אף על המדינה מקובל שהסכמה היא הסכמה מדעת. כפי שהבהרנו לעיל, הדרך הטובה ביותר להבטיח את קיומה של ידיעה זו הוא בחובה ליתן למושא החיפוש הסבר מפורש על אודותיה.

ה

ו

הגישה המחייבת את המשטרה ליידע אזרחים בדבר זכויותיהם בעת הפעלת סמכויות מסוימות אומצה על ידי המחוקק בהקשרים שונים והיא משתלבת

ז

בתפישה 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), התשנ"ו-1996, את חובתו של הקצין הממונה להסביר לעצור את זכויותיו, בזו הלשון:

א

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

ב

(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;

ג

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

ד

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:

ה

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

ו

(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;

ז

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

א

(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."

ב

שתי הוראות חוק אלה מלמדות על החשיבות שמייחס המחוקק להבהרה
מפורשת וברורה של זכויותיהם של אלה שהמשרה מבקשת להפעיל כלפיהם
סמכויות מעצר או חיפוש. הבהרת זכויות זו היא חיונית במיוחד, כפי שניתן
ללמוד מהוראות סעיף 14 לחוק סמכויות אכיפה, עת עסקינן במצב שבו קבלת
הסכמתו של 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 על 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 14ב–14ד לחוק
סמכויות אכיפה הסדר מפורט לגבי האופן שבו יש לקבל את ההסכמה לעריכת
חיפוש על קטינים ועל אנשים עם מוגבלות שכלית שאינם חשודים.

ג

ד

ה

31. סיכומו של דבר, בהיעדר 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

ו

ז

במפורש כי נתונה לו הזכות לסרב לביצוע החיפוש וכי הסירוב לא ייזקף לחובתו.

- א עם זאת, אין אנו רואים לקבוע כי ההסכמה לביצוע החיפוש צריך שתינתן בהכרח בכתב, כפי שטוענים המבקשים. התכלית העיקרית העומדת ביסוד החובה להודיע לאדם מושא החיפוש בהסכמה על דבר זכותו לסרב לביצוע החיפוש אינה יצירת פרוצדורה פורמלית לעריכת החיפוש אלא בהבטחת האוטונומיה של הפרט שמתבקשת הסכמתו לעריכת החיפוש. כדי להגשים תכלית זו אין הכרח שההודעה על הזכויות תינתן בכתב, ודומה כי דרישה כזו עשויה לסרב ולהאריך את הליך החיפוש המתקיים, פעמים רבות, בתנאים של לחץ או של צורך מיידי. אדרבא, דווקא הסבר ברור ומובן שיינתן בעל פה בדבר הזכות לסרב לביצוע החיפוש ובדבר העובדה כי הסירוב לא ייזקף לחובתו של המסרב ישרת את הצורך להבטיח את כנות ההסכמה לביצוע החיפוש טוב יותר מאשר חתימה על טופס כלשהו. עוד נוסיף בהקשר זה כי מן הראוי שהשאלה בדבר אופן ביצוע החיפוש בהסכמה תוסדר בנוהל רשמי של המשטרה שינחה את השוטרים לעניין היקף הסמכויות לעריכת החיפוש הנתונות להם ולגבי התנאים לעריכת חיפוש בהסכמה. אנו סבורים כי בנוהל האמור יש לקבוע כי מיד ובסמוך לאחר עריכת החיפוש בהסכמה ירשום השוטר שערך את החיפוש זיכרון דברים או תרשומת בדבר נסיבות החיפוש שנערך. כך, ייוותר תיעוד אמין ומדויק על אודות החיפוש, ככל שתתעורר בעתיד שאלה לגבי חוקיותו או לגבי האופן שבו הוא נערך.

ה

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 בענייניהם 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

T

של המבקש במזכר של אחד השוטרים שיזמו את עריכת החיפוש. כן טוענת המדינה כי ניתן ללמוד על ההסכמה מכך שהמבקש רוקן בעצמו את כיסיו ומטענתו כי סבר שמותר לשאת את הסכין הנדונה – טענה אשר, לשיטת 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 שהיא חתמה על דו"ח החיפוש ובכך אישרה שאין לה 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 מדו"ח החיפוש שעליו חתמה.

מטיעוני המדינה ניתן ללמוד, לכל היותר, כי ניתנו הסכמות לעריכת החיפוש האמורים, אך אין בטיעונים אלה כדי להצביע על כך שההסכמות לביצוע החיפוש בעניין בן חיים ובעניין ג'בלי היו הסכמות מדעת, שרק הן עשויות היו להכשיר את החיפוש בהיעדר 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 החיפוש ניתנו תוך מודעות של השניים לזכות לסרב לביצוע החיפוש, ולכך שסירוב מעין זה לא ייזקק 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 החיפוש כהסכמות מדעת. כאמור, 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 החיפוש, המסקנה המתבקשת היא כי נפל פגם בחוקיותם של שני החיפוש. לסוגיית חוקיותו של 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 שלא התגבש הרף הראייתי הקבוע בחוק לצורך עריכת החיפוש בהתאם לשיקול דעתו של השוטר.

א ב כל 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. זאת, שכן בנסיבות אותו מקרה, הפגם שנפל בסמכות המשטרה לעריכת החיפוש אינו פגם של היעדר "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.

ג ד נוסף לכך, מתעוררת במקרה דנן גם השאלה אם הסכמה מדעת לעריכת החיפוש עשויה לשמש תחליף גם לדרישת ה"זה מקרוב" שבסעיף 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, אין אנו רואים להכריע בשאלה האמורה, וניתן להותירה בצריך עיון. 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 שבהן המידע הרלוונטי נמסר למשטרה זמן רב לפני החיפוש. לעומת זאת, בעניין עייש, שאליו נתייחס בהמשך, חלף פרק זמן של פחות מ-24 שעות בין המועד שבו נתקבלה הידיעה המודיעינית לבין מועד עריכת החיפוש, ולפיכך נתייחס בנפרד לשאלת חוקיותו של החיפוש שנערך באותו עניין.

ה ו 34. משמצאנו כי נפלו פגמים בחוקיות החיפושים שנערכו בעניין בן חיים ובעניין ג'בלי מתעוררות שאלות בדבר נפקותם של פגמים אלה ובדבר השפעתם על קבילות הראיות שנתפסו באותם חיפושים. בהקשר זה יש להבהיר כי בשל מהות העבירות שבהן מואשמים המבקשים בעניין בן חיים ובעניין ג'בלי, ברי כי פסילת הראיות שנתפסו בשני החיפושים (הסכין בעניין בן חיים והסם בעניין

ג'בלי) תביא לזיכוי שני המבקשים. בהקשר זה, יוער כי גם המדינה לא טענה לפנינו שניתן להרשיע את המבקשים בעבירות האמורות בלי שיתקבלו הראיות שנמצאו בשני החיפושים.

א

בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית, כפי שעוצבה בעניין יששכרוב [1], 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 ותתקבל במשפטו ראיה שהושגה שלא כדין (ראו עניין יששכרוב [1], 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 הדן בהליך הפלילי בהתאם לנסיבותיו הפרטניות של כל מקרה ומקרה (ראו עניין יששכרוב [1], בעמ' 562). על כפות המאזניים עומד, מצד אחד, הצורך להגן על זכויות הנאשם ועל הגינות ההליך הפלילי, וממצד 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 [1], בשלוש קבוצות של שיקולים רלוונטיים (ראו עניין יששכרוב [1], בעמ' 562–566).

ב

ג

ד

קבוצת השיקולים הראשונה נוגעת לאופייה ולחומרתה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה. בהקשר זה נבחנות על ידי בית המשפט, בין היתר, מהות ההפרה ועוצמת הפגיעה בזכויות הנחקר. כן נבחנת השאלה אם השימוש באמצעי החקירה הפסולים נעשה במכוון ובזדון או בתום לב. קבוצת השיקולים השנייה נוגעת למידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה. בהקשר זה נדרש בית המשפט לבחון באיזו מידה עשויה אי ההגינות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה להשפיע על מהימנותה ועל ערכה הראייתי, ואם יש לראיה שהושגה שלא כדין קיום נפרד ועצמאי מאי החוקיות או מאי ההגינות שהייתה כרוכה בהשגתה. בקבוצת שיקולים זו עשויה להיות חשיבות רבה לאופייה של הראיה ששאלת קבילותה עומדת על הפרק. כך, למשל, כאשר מדובר בראיות חפציות שהן בעלות קיום עצמאי ונפרד מאי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגתן, בדרך כלל לא יהיה באי החוקיות האמורה כדי לפגוע

ה

ו

ז

באמינותן. קבוצת השיקולים השלישית שאליה נדרש בית המשפט להתייחס בהתאם להלכה שנקבעה בעניין יששכרוב [1] נוגעת להשפעתה של פסילת הראיה על מלאכת עשיית הצדק במובנה הרחב. זאת, על ידי השוואת המחיר החברתי הכרוך בפסילת הראיה לתועלת החברתית שבפסילתה. הפרמטרים העיקריים שלפיהם נערכת השוואה זו הם חשיבות הראיה להוכחת האשמה, מהות העבירה המיוחסת לנאשם ומידת חומרתה. חשוב לציין, עם זאת, כי שאלת ההתחשבות בפרמטרים אלה אינה נקיייה מקשיים והיא לא הוכרעה בעניין יששכרוב [1].

הנה כי כן, בהתאם להלכה שנקבעה בעניין יששכרוב [1], בעצם השגתה של ראיה שלא כדין אין די כדי להביא באופן "אוטומטי" לפסילתה. בית המשפט, שלפניו מתעוררת שאלה בדבר קבילות הראיה שהושגה של כדין, נדרש להפעיל את שיקול דעתו בהתאם לנסיבות המקרה, לערוך איזון בין הערכים המתנגשים בהתאם ולבחון את עוצמתה ואת אופייה של הפגיעה הצפויה בזכות להליך הוגן כתוצאה מקבלת הראיה.

35. יישום השיקולים המנחים שנקבעו בעניין יששכרוב [1] במקרים שלפנינו (עניין בן חיים ועניין ג'בלי) מעורר התלבטות שאינה פשוטה. מחד גיסא, עסקינן בראיות שנתפסו בשני חיפושים שנערכו ללא כל הסמכה בחוק ואף ללא קבלת הסכמה מדעת של האזרחים מושאי החיפוש. אין מדובר באי קיום נוהל על ידי המשטרה או בהפרה טכנית של כלל כלשהו, אלא בחיפושים שנעשו בחריגה מסמכות ותוך כדי 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 בקרבנות. על כן, מידת הפגיעה באינטרס הציבורי כתוצאה מפסילת הראיות והמחיר החברתי הכרוך בכך אינם גבוהים במיוחד. השיקולים של חומרת אי החוקיות הכרוכה בהשגת הראיה והשפעת פסילתן של הראיות על מלאכת עשיית הצדק מטים אפוא את הכף לפסילת הראיות שנתפסו 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 הראיה

שהושגה מטרים את הכף לקבלת הראיות על אף אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגתן.

א בבואנו לערוך את האיוון בין השיקולים המתנגשים שומה עלינו לזכור כי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שנקבעה בעניין יששכרוב [1] נועדה, בראש ובראשונה, להגן על זכותו החוקתית של הנאשם להליך הוגן. לפיכך, המבחן הבסיסי לפסילת ראיות שנקבע על פי הדוקטרינה הוא מבחן עמידתה של הפגיעה בזכות להליך הוגן – כתוצאה מקבלת הראיה שהושגה שלא כדין – בתנאיה של פסקת ההגבלה. במקרה שלפנינו, בשל חומרת אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיות ובשל הפגיעה הקלה באופן יחסי באינטרס הציבורי שתיגרם כתוצאה מאי קבלתן, נראה שהמסקנה המתחייבת היא כי קבלת הסכין בעניין בן חיים וקבלת הסמים בעניין ג'בלי כראיות יגרמו לפגיעה בלתי מידתית בזכות להליך הוגן של שני המבקשים. זאת ועוד, על אף שהראיות שנתפסו בשני החיפושים הן ראיות חפציות שיש להן קיום עצמאי ונפרד מאי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגתן, הרי שבמקרה דנן עסקינן בראיות שלא היו נמצאות על ידי המשטרה אלמלא החיפושים הבלתי חוקיים. להשקפתי, לעובדה זו יש ליתן משקל לצורך האיוון הכולל בבואנו לבחון את קבילות הראיות ויש בה כדי לתמוך בפסילתן (ראו עניין יששכרוב [1], בעמ' 564). אכן, לנוכח העובדה שבית המשפט נדרש, בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית, לבחון את קבילות הראיה שהושגה שלא כדין במשקפי הפגיעה בזכות להליך הוגן, יש טעם בהבחנה שהמבקשים טוענים לה בין ראיה חפצית שקשורה קשר 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 [1] נקבע:

”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 [1], בעמ' 565).

36. מן המקובץ עולה כי בהתאם לדוקטרינה בדבר הפסילה הפסיקתית שנקבעה בעניין יששכרוב [1], ולפי המבחנים שנקבעו על פי הדוקטרינה, יש

לפסול כראיות את הסכין שנתפסה בעניין בן חיים ואת הסמים שנתפסו בעניין ג'בלי. לפיכך, יש לקבל את ערעוריהם של שני המבקשים על פסקי הדין של בתי המשפט המחוזיים ולזכותם מאשמה. עוד יצוין כי לאור התוצאה שאליה הגענו אין אנו רואים להידרש ליתר הטענות שהעלו המבקשים בעניין בן חיים ובעניין ג'בלי, ובהן טענות הנוגעות לגורם המוסמך ליתן את ההסכמה לחיפוש ולאפשרות בדבר פסילת הראיות בהתאם להוראות חוק הגנת הפרטיות.

ב 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 על 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. מכל מקום, ספק רב אם הסכמת המבקש עשויה לשמש כבסיס לביצוע החיפוש בהיעדר יידוע בדבר הזכות. נראה אפוא כי המסגרת המתאימה לבחינת הטענה בדבר ידיעה בפועל של מושא החיפוש על אודות זכותו לסרב לביצוע החיפוש היא חלק מהשקלול של כלל נסיבות העניין, שנעשה לצורך הכרעה בשאלת קבילותה של הראיה בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית שנקבעה בעניין יששכרוב [1]. אולם, בניגוד למקרים שנדונו בעניין בן חיים ובעניין ג'בלי, הסכמת המבקש בעניין עייש לא הייתה מקור הסמכות היחיד לעריכת החיפוש. לנוכח 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, ובשל סמיכות הזמנים שבין המועד שבו נתקבל המידע על ידי המשטרה לבין מועד עריכתו של 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 הבקשה לרשות הערעור בעניין עייש אינן מצדיקות היעדרות לה. כידוע, המבחן שנקבע בפסיקתנו באשר

לנסיבות שבהן ישקול בית המשפט להיעתר לבקשה לרשות 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 [12], בעמ' 128). 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, 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 חיפושים שנערכו שלא כדין, כיוון שההסכמות שניתנו לעריכתם לא היו הסכמות מדעת. בנסיבות העניין, מצאנו כי קבלת הראיות שנמצאו בכל אחד מהחיפושים האמורים תגרום לפגיעה בלתי חוקתית בזכות להליך הוגן של המבקשים בשני המקרים. לפיכך, בהתאם לדוקטרינה בדבר הפסילה הפסיקתית שנקבעה בפסק הדין בעניין יששכרוב [1], יש לפסול ראיות אלה. לנוכח פסילת הראיות, התוצאה המתבקשת היא קבלת ערעוריהם של המבקשים בעניין בן חיים ובעניין ג'בלי וזיכום מאשמה. בעניין עייש, הערעור בנוגע לחוקיות החיפוש נדחה והרשעתו נותרת על כנה.

השופט י' דנציגר:

השאלה העקרונית שהובאה להכרעתו של בית משפט זה בשלוש בקשות לרשות ערעור שבכותרת, שאלה המצדיקה מתן רשות ערעור, היא כדלקמן: בנסיבות שבהן אין קיים מקור הסמכה סטטוטורי לביצוע חיפוש, האם הסכמתו של אדם לביצוע החיפוש עשויה להוות כשלעצמה מקור הסמכה? לטעמי, התשובה לשאלה זו צריך שתהא שלילית. משכך, עליי לחלוק על קביעתה של הנשיאה כי הסכמת אדם לביצוע חיפוש עשויה כשלעצמה להוות הסמכה לביצוע חיפוש, למעט באותם מקרים שבהם קבע המחוקק במפורש כי די יהיה בהסכמת מושא החיפוש לצורך עריכתו.

התוצאה הקונקרטית

1. לאחר שעיינתי בחוות דעתה המלומדת של הנשיאה, החלטתי לצרף
 א דעתי לתוצאה שאליה הגיעה בשלוש הבקשות דנן, שבהן דנו כבערעורים גופם, אך כאמור לא אוכל לצרף דעתי לקביעתה העקרונית שלפיה הסכמתו של אדם עשויה כשלעצמה להוות מקור הסמכה לביצוע חיפוש, למעט נסיבות ספציפיות שבהן קבע המחוקק כי די יהיה בהסכמת מושא החיפוש לצורך עריכתו.
- ב לגישתי, בעניין ג'בלי ובעניין בן חיים, ממילא היה מקום להורות על פסילת הראיות, שכן בשניהם מדובר היה בחיפוש בלתי חוקי, משום שנעשה ללא הסמכה חוקית.
- ג חיפוש בלתי חוקי, דהיינו – חיפוש שבוצע בהיעדר הסמכה בחוק, מהווה הפרה חמורה ביותר של הזכות להליך הוגן, באופן שלאחר שקלולם של הנתונים הצריכים לעניין הדוקטרינה בדבר הפסלות הפסיקתית, התוצאה היא כי הכף נוטה לפסילת הראיות שהושגו בעקבותיו. תוצאה זו מתחייבת מעקרון החוקיות שלפיו פעולה שלטונית הפוגעת בזכות אדם מוגנת והנעשית בהיעדר הסמכה בחוק – בטלה (ראו, למשל, דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א [30], בעמ' 100, להלן: ברק-ארז. לניתוח יישומו באשר לפעולות חקירה ומעצר ראו שם [30], בעמ' 103–104). עוד ראו דן ביין "העקרונות הכלליים לפעילות המשטרה באכיפת החוק בישראל – ההיבט המשפטי" [35], בעמ' 137–139. כמו כן ראו והשוו באשר ליישומו של עקרון החוקיות ונגזרותיו במשפט הפלילי המהותי: גבריאלי הלוי תורת דיני העונשין כרך א [31], בעמ' 209–221; יורם רבין, "ניב ואקי דיני עונשין כרך א [32], בעמ' 73–120; ברק-ארז [30], בעמ' 97, ה"ש 1, והאסמכתאות הנזכרות שם. על אודות המחלוקת בפסיקה בנוגע ליישומו של עקרון החוקיות במשפט הפלילי ראו, למשל, גיל עשת הסמעת תיקון 39 לחוק העונשין בפסיקה בישראל 1995–2005 [33], בעמ' 139, 249–256. בנוגע למחלוקת בין השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש לבין השופט י' אנגלרד באשר ליישומו של עקרון החוקיות ראו בע"פ 4596/98 פלונית נ' מדינת ישראל [13], בעמ' 191.
- בעניין עייש, מסכים אני לקביעתה של הנשיאה כי סעיף 25 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969, מהווה מקור הסמכה
- ז

חוקי לביצוע החיפוש, ומשכך – אין מקום להורות באותו עניין על פסילה ראייתית.

א 2. באשר לתוצאה הקונקרטית שאליה הגיעה הנשיאה אבקש להעיר כדלקמן.

(א) הרלוונטיות של חומרת העבירה

ב 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 בקרבנות" (פסקה 35 לחוות דעתה של הנשיאה). כפי שהדגשתי לאחרונה בדנ"פ 5852/10 מדינת ישראל נ' שמש [14] (להלן: עניין שמש), 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 [14], בפסקאות 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 [15] (להלן: עניין פרחי), הגם שלא נאמרו בהקשר לחיפוש בלתי חוקי, אלא בנוגע לניהולה של חקירת משטרה באופן שאינו עולה בקנה אחד עם הזכות להליך הוגן. ואלה דבריו של השופט לוי:

נמצא כי קבוצת שיקולים זו משמשת, למעשה, כחרב פיפיות – בעוד שהדעת אינה סובלת את זיכויו של מי שביצע מעשים כה חמורים, החשיבות בהגנה על הוגנות ההליך ובשמירה 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 הוא כלי משחק בידו

השלטון המשנה את הכללים בהתאם לצרכיו. לאור זאת, סבורני כי
 עת הפגיעה בהוגנות ההליך – כפי שמשקפת ממכלול השיקולים
 והנסיבות – היא חמורה, אין בקבוצת השיקולים הזו כדי להכשיר את
 הראיה אף מקום שהעבירות המיוחסות לנאשם הן מהחמורות בספר
 החוקים, וחיוניותה להרשעתו היא נכבדת" (שם [15], בפסקה 19).

א

כן ראו ע"פ 5956/08 אל עוקה נ' מדינת ישראל [16], בפסקה 12 לחוות דעתו
 של השופט נ' הנדל ופסקה 5 להערותיי שם.

ב

כבר בעניין יששכרוב [1] הביעה השופטת (כתוארה אז) ביניש את הקושי
 הטמון בהתחשבות בחיוניות הראיה ובחומרת העבירה, בהדגישה כי:

ג

"לא נעלם מעיני 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
 ותקנה" (שם [1], בפסקה 73).

ד

בהקשר זה הטעים בועז סנג'רו במאמרו "כלל פסילת הראיות שהושגו שלא
 כדין שנקבע בהלכת יששכרוב – בשורה או אכזבה? דעה והזמנה לדיון נוסף"
 [36] (להלן: סנג'רו) כי:

ה

"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?"

ו

בעצם, מדובר בפרדוקס: הרי עד כה מקובל היה שככל שהעבירה
 המיוחסת לנאשם חמורה יותר – שאז צפוי הוא לשלילת חירות

ז

גדולה יותר – כך יש להקפיד יותר על שמירת הערובות
הפרוצדורליות הנתונות לו" (שם [36], בעמ' 109).

א כפי שצינתי בהקשר זה בעניין שמש [14], "האינטרס הציבורי במלחמה
בפשע אינו יכול שיאייץ את הסעד שזכאי לו הנפגע כתוצאה מהפרת זכותו
להליך הוגן", אף לא בעבירות חמורות ביותר (שם [14], בפסקה 9).

ב) עצם היות הראיה חפצית אינו מונע את פסילתה

ב הנשיאה התייחסה לעובדה כי, בנסיבות העניין, הראיות שנתפסו במהלך
החיפושים הן ראיות חפציות. על אף שבסופו של דבר קבעה הנשיאה כי יש
לפסול את הראיות, שכן לא היה עולה בידי המשטרה לאתן אלמלא החיפושים
הבלתי חוקיים – ולכך אני מסכים – הרי שלגישתה 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 לנטייה
הקיימת שלא לפסול ראיות חפציות בשל מאפייניהן כאמור, אני מסכים. עמדתי
על כך בעניין פרחי [15] בהטעימי, בין היתר, כי:

ד "גישתו של השופט לוי בנוגע לאיכון הסלולרי נשענת על תפישת
יסוד עמוקה יותר לגבי פסילתן של ראיות חפציות, גישה הרואה
בראיות חפציות משום 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
ההגינות ההליך המשפטי" (שם [15], בפסקה 11 להערותיי).

ה כן ראו: יובל מרין, רינת קיטאי-סנג'רו "Collins, Miranda ויששכרוב – על
הפער בין הרצוי לבין המצוי בהלכת יששכרוב" [37], בעמ' 484; פסקאות 5 ו-7
להערותיי בעניין פרחי [15].

ו גישתי זו אף נתמכת בפסק דינו של בית המשפט העליון הקנדי R. v. Grant
[28], שעליו הסתמכה הנשיאה בעניין שמש [14]. בחוות דעת משותפת שנכתבה
על ידי הנשיאה McLachlin והשופט 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 [...]" ([28], at para.111).

א

ב

בהקשר זה ראו מאמרו של Don Stuart שאליו הפניתי בעניין שמש [14], בפסקה 31 (Don Stuart, *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* [40], at pp. 314, 317–318).

ג

זאת ועוד, פסילת הראיה, גם כאשר עסקינן בראיה חפצית, נועדה – לטעמי – לשרת אף את התכלית ההרתעתית כלפי גופי החקירה (ראו: חוות דעתי בעניין שמש [14], בפסקה 15; סנג'רו [36], בעמ' 100–101, 103).

ד

מעמדתי זו לא שיניתי, ועודני מחזיק בה.

ההסתייגות המהותית

ה

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

ו

(א) עקרון חוקיות המינהל

ז

אין חולק כי אין כל הסמכה סטטוטורית המאפשרת לשוטר לקבל הסכמתו של אדם לבצע בו חיפוש כל אימת שאין מתקיימות הנסיבות הקבועות בדין לעריכת חיפוש, כפי שעמדה על כך הנשיאה בחוות דעתה (פסקה 23). השוו יעקב קדמי על סדר הדיון בפלילים חלק ראשון – הליכים שלפני משפט ב [34], בעמ' 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 דיון בשאלה במושגים של הזכות לפרטיות וזכותו של אדם לוותר על פרטיותו אינו רלוונטי בשים לב לדרישות הנגזרות בנסיבות העניין מעקרון חוקיות המנהל, שלפיו כל מה שלא הוסמכה הרשות לעשות הרי שאינה מוסמכת לעשותו (זאת, גם בהינתן הסכמה). גם אם מוותר אדם על פרטיותו הרי שהויתור כשלעצמו אינו מקים מקור הסמכה סטטוטורי כמתחייב מעקרון חוקיות המינהל. שונה היה מצב הדברים אילו היה המחוקק מעגן בחוק את סמכותו של שוטר לבקש הסכמתו של אדם לביצוע חיפוש מקום שאין 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 המינהל הוא עקרון יסוד בשיטתנו המשפטית. למעשה, 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 מכונים 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" ([30], בעמ' 97).

כן ראו יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א – המינהל הציבורי [29], בעמ' 76–77 (להלן: זמיר).

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

ב "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 [...]'" ([30], בעמ' 98–99).

ג 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" [38]). דהיינו, חיפוש מטבעו פוגע בזכויות אדם מוגנות לפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. משכך, נדרש כי החיפוש ופעולות המבוצעות במהלכו יסדרו בחוק ובאופן מפורש (השוו: בג"ץ 35/59 ברמן נ' ראש הנפה הצפונית, משטרת ישראל [17], בעמ' 916–918; רע"פ 1792/99 גאלי נ' משטרת ישראל [18], בעמ' 318. 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 לפרוטוקול). עיקרון זה יפה לגבי הפעלת הסמכות השלטונית לאורך כל שלביו של ההליך הפלילי. ברוח זו קבע הנשיא א' ברק בבג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל [7] (להלן: עניין ועד נגד עינויים) כי אין הרשות המוסמכת רשאית לעצור אדם ולחקור אותו אלא מכוח סמכות מפורשת המוקנית לה בחוק, בהדגישו כי:

ז

"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:

א

'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 [7], בעמ' 831).

ב

ג

ד

הדברים הנ"ל שהטעים הנשיא ברק בהקשר לעיכוב, למעצר ולחקירה 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 [29] בהטעימו כי:

ה

"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 [29], בעמ' 79–80).

ו

ז

לא זאת אף זאת, לא ניתן לומר כי המחוקק לא נתן דעתו לאפשרות להסמיק שוטר לבצע חיפוש באדם שאינו חשוד בביצוע עבירה, בהסכמתו. כך, בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף החשוד) (תיקון), התשס"ה-2005, הוסף סעיף 14 לחוק אשר הגביל את האפשרות לערוך חיפוש בהסכמה במי שאינו חשוד בביצוע עבירה, זאת בשני מצבים בלבד:

א (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;

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

ג לא יהיה זה בלתי סביר להניח כי משעה שעלתה הסוגיה בדבר הסדרתה של 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 את 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, להלן: הצעת החוק). בנסיבות האמורות, עקרון חוקיות המינהל צריך שיקבל משנה תוקף בבואנו להכריע בשאלה שלפנינו.

ה לאור האמור לעיל, בהיעדר 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.

ו (ב) מצוקתו של אדם מן היישוב

ז בעוד שהנימוק הראשון לעמדתי מתבסס על עיקרון יסוד בשיטתנו המשפטית, נעוץ הנימוק השני לביסוס עמדתי במצב הקשה שבו 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).

א

בשל פערי הכוחות שעליהם 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, איני סבור כי רשאים אנו להניח, כמובן מאליו, כי מתן ההסבר על ידי השוטר יאפשר לאזרח להפעיל שיקול דעת חופשי ומשוחרר מלחצים ולסרב לבקשת השוטר. בשל פערי הכוחות המובנים בנסיבות שבהן עסקינן (השוו עניין ועד נגד עינויים [7], בעמ' 834–835, והאסמכתאות הנזכרות שם) קיים יותר מחשש סביר להניח כי במקרים רבים ייתן 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* [41]; 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* [42]; Christo Lassiter, *Consent to Search by Ignorant People* [43]; Daniel R. Williams, *Misplaced Angst: Another Look at Consent-Search* [44]). הדברים נכונים ביתר שאת בנוגע לאנשים המשתייכים לקבוצות אוכלוסייה מוחלשות, כגון קטינים, עובדים זרים, מהגרי עבודה וכן אלה 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. Steven F. Shatz, Molly Donovan & Jeanne Hong, *The Strip Search of Children and the Fourth Amendment* [45]).

ב

ג

ד

ה

ו

סיכום

4. מסכים אני לתוצאה שאליה הגיעה הנשיאה בשלושת ההליכים שבכותרת. איני מסכים עם הנשיאה באשר להנמקה שניתנה על ידיה לשאלה

ז

המשפטית שנדונה לפנינו. לטעמי, אין מקום לקביעה כי הסכמתו של מושא החיפוש כשלעצמה לביצועו של חיפוש מקימה סמכות לערוך את החיפוש מקום שבו אין מתקיימות הנסיבות המנויות בד"ל לעריכת חיפוש. הסמכות לבסס חיפוש על בסיס הסכמתו בלבד של מושא החיפוש צריך שתהא מעוגנת בחקיקה ראשית ובמפורש כמקובל בתחום המשפטי שבו עסקינן.

א

השופטת ע' ארבל:

ב

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.

ג

2. לדאבוני, מציאות חיינו הפכה לאחרונה רוויה בתופעות של סכינאות, סחר בנשק, סחר בסמים ופנייה 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 ובאגרופנים נפוצה במיוחד בקרב צעירים היוצאים למקומות בילוי. בית המשפט ציין לא אחת את החשיבות ואת הצורך להיאבק ב"תרבות" זו:

ה

"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 [19], בפסקה 17).

ו

ז

ראו עוד: ע"פ 2251/11 נפאע נ' מדינת ישראל [20]; ע"פ 6867/06 עזאם נ' מדינת ישראל [21], בפסקה 19; ע"פ 3638/06 צ'וסקין נ' מדינת ישראל [22], בפסקה 6.

א

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 לפנייהם אינם עולים כדי "חשד סביר" שבסעיף 3(ב) לחוק סמכויות לשם שמירה על ביטחון הציבור, התשס"ה-2005, "יסוד סביר לחשוד" שבסעיף 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 זכויותיו של הפרט. כפי שטענה המשיבה, החיפוש הוא כלי אכיפה מניעתי עיקרי וחינוכי, ולהיעדרו יש מחיר חברתי ניכר.

ב

ג

ד

אני מתעלמת מהקושי הטמון במתן האפשרות לערוך חיפוש כאמור בהיעדר הסמכה לכך בחוק. גם אני מקילה ראש בפגיעה בזכות לפרטיות כתוצאה מן החיפוש. אולם הואיל ומדובר בחיפוש תחת "ההסכמה 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 ולשמירת הסדר הציבורי, מוביל, אף לטעמי, למסקנה כי יש בכוחה של ההסכמה בנסיבות העניין המיוחד שלפנינו, כדי לשמש תחליף לדרישת הרף הראייתי של "חשד סביר" ו"יסוד להניח" שבחקיקה.

ה

ו

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.

ז

5. הנשיאה קובעת כי אם האדם שבהתייחס 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 שמשמעה של קביעה זו, בין היתר, הוא כי הסירוב אינו יכול שיגבש "חשד סביר" המקים עילה סטטוטורית לחיפוש. טלו נסיבות שבהן קיימים סימנים המעוררים את חששו של שוטר בהתייחס 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 שיהא 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 ה"יש". קביעה מעין זו הייתה מרוקנת מתוכן את דרישת ההסמכה. עלולה היא להוביל לעקיפתה של דרישת ההסמכה בנסיבות שבהן אין מתעורר חשד ברמה של "חשד סביר". הדבר מתחייב, לשיטתי, כפועל יוצא מהקביעה שהסירוב לא יהיה כרוך בתוצאות שליליות כלפי המסרב, כפי שקבעה הנשיאה בצדק.

6. לבסוף, אוסיף לעניינה של הדוקטרינה בדבר 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 [1] (להלן: הלכת יששכרוב) בידי בית המשפט שיקול דעת רחב בשאלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין, בשים לב לנסיבותיו המיוחדות של כל מקרה (שם [1]), בפסקה 62 לפסק דינה של הנשיאה). משכך, איני רואה מקום להידרש לדוקטרינה, על יריעתה הרחבה, ולשיקולים החוסים תחתיה, כפי שעוצבו בהלכת יששכרוב [1].

לסיכום, מצטרפת אני לחוות־דעתה של הנשיאה.

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

ניתן היום, י"ב באדר התשע"ב (6.3.2012).