על היעדר הסמכות לשימוש בכוח לצורך חיפוש פנימי

דורון מנשה*

א. מבוא. ב. מהותו של היתר בית־המשפט לחיפוש פנימי. 1. כללי; 2. לשון החקיקה; 3. ניתוח פונקציונלי; 4. החזקה הפרשנית בדבר אי־פגיעה בזכויות אדם. ג. בחינת טענות נגד הפירוש המוצע. ד. הערה בדבר ראיות שהושגו בעקבות חיפוש בלתי־חוקי. ה. סוף דבר.

א. מבוא

מטרת רשימה זו היא להצביע על הסדר משפטי המופנם בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף החשוד), תשנ"ו-1996 (להלן: חוק החיפושים)[1] בהקשר של חיפוש פנימי בגוף חשוד. חוק זה מסדיר בלעדית את נושא החיפוש בגופו של חשוד[2] ומבחין בין שני סוגים של חיפוש.[3] את הסוג הראשון של החיפוש מכנה חוק החיפושים "חיפוש

* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. רצוני להודות לעו"ד רביע עאסי ולמר שי שלום אוצרי על תרומתם המחקרית החשובה.

1. ס"ח 136.

2. ראו סעיף 2(א) לחוק החיפושים הקובע כי "אין עורכים חיפוש בגופו של חשוד, אלא לפי חוק זה". לגבי הסדרים ספציפיים אחרים קובע ס"ק (ב) כי "נקבע בחוק אחר הסדר שונה, באשר לחיפוש בגופו של חשוד, יחול חוק זה [ויהיינו חוק החיפושים – ד"מ] בכפוף להסדר השונה שנקבע. לעניין סעיף קטן זה, 'הסדר' – לרבות עילות החיפוש, תנאיו והתוצאות המשפטיות לסירוב לחיפוש". בטלים אחרות: גם כשנמצא הסדר ספציפי לחיפוש בהקשר מסוים יחול חוק החיפושים בכפיפות להסדר השונה.

3. הטעם הערכי יונהר במידה מסוימת בהמשך. מכל־מקום, יש להסתייג ולציין כבר כאן כי אין בכוונת רשימה זו לבחון את נכונות הכרעתו הערכית של המחוקק הבאה לידי ביטוי בחלוקה כאמור, ולצורך הדיון ברשימה נקבל את ההבחנה בין חיפוש חיצוני לפנימי כהבחנה נתונה מבלי לבחון את מוצדקותה.

nevo.co.il

חיצוני", אשר ככזה כולל פעולות חיפוש מסוימות ומנויות בחוק, ושלדעת המחוקק – כך נראה – אין בהן חדירה ממשית להלקים הפנימיים של הגוף.[4] לסוג השני קורא החוק "חיפוש פנימי", הכולל פעולות חיפוש שלהשקפת המחוקק הן חודדניות יותר.[5] כך לשם המחשה תיחשב בדיקה על־פני העור, בלא נטילת דוגמית ממנו, כסוג של "חיפוש חיצוני". לעומת זאת, בחינת חללים פנימיים בגוף האדם המצריכה חדירת פנים הגוף באמצעות אולטרא־סאונד או שיקוף פנים הגוף באמצעות רנטגן (קרני X) תעלה כדי חיפוש פנימי. ויודגש, חדירה פיסית לשם נטילת מה שנתגלה בעקבות חשיפת חללים אלה היא מעבר לגבולותיו של החיפוש הפנימי ובוודאי אינה מותרת לפי החוק.

בעוד שחוק החיפושים מקנה לחשוד זכות שלא להסכים לעשיית חיפוש פנימי בגופו, אין הוא מעניק לחשוד כל זכות לסרב לביצוע חיפוש חיצוני. חוק החיפושים אף מאפשר במפורש לרשות החוקרת לאכוף את ביצוע החיפוש החיצוני על־ידי שימוש בכוח סביר.[6] מכך נובע למעשה, שמבחינה פרוצדורלית אין כל צורך לפנות לבית־המשפט כדי לקבל צו המתיר את ביצוע החיפוש החיצוני, שכן ממילא החוק מסמיך מפורשות את המשטרה לעשות שימוש בכוח סביר כדי לכפות את החיפוש. לעומת זאת, וככל שהדברים נוגעים לחיפוש פנימי, קיים בחוק החיפושים הסדר שונה במהותו: משלא נתקבלה הסכמת החשוד לביצוע החיפוש, מאפשר חוק החיפושים למשטרה לפנות לבית־המשפט בבקשה לקבלת צו המתיר את עריכת החיפוש.[7] במקרה אחרון זה אין בית־המשפט מסתפק בוידוא התנאים המוקדמים הקבועים בחוק לקיום סמכות לחיפוש פנימי,[8]

4. ומכאן כינוים "חיפוש חיצוני". ראו סעיף 1 לחוק החיפושים (סעיף ההגדרות), הנוקב רשימה סגורה של פעולות הנכללות בגדר "חיפוש חיצוני": (1) בחינה חזותית של גופו העירום של אדם, לרבות צילומו; (2) לקיחת טביעה של כל חלק מהגוף; (3) לקיחת חומר מתחת לציפורניים; (4) גזירת ציפורניים; (5) לקיחת חומר מתוך הנחיריים; (6) לקיחת שיער, לרבות שורשיו; (7) לקיחת חומר מעל הגוף; (8) בדיקה על העור; (9) מתן דגימת שתן; (10) מתן דגימת רוק; (11) מתן דגימה של אוויר באמצעות בדיקת נשיפה; (12) לקיחת תאים מחלקה הפנימי של הלחי.

5. ואף כאן הדבר מפורט באמצעות רשימה סגורה בסעיף 1 לחוק החיפושים: (1) בדיקת דם; (2) הדמיית פנים הגוף באמצעות מכשיר גלים על-קוליים; (3) שיקוף פְּנים הגוף באמצעות מכשיר רנטגן; (4) הדמיית פְּנים הגוף באמצעות סורק מסוג כלשהו; (5) בדיקה גינקולוגית [כך במקור – ד"מ], לרבות לקיחת חומר.

6. ראו סעיף 3(ג) לחוק החיפושים הקובע כי כאשר "לא נתן החשוד את הסכמתו לחיפוש החיצוני, יובא הדבר בפני קצין משטרה לצורך קבלת אישור בכתב לעריכת החיפוש, לרבות לשימוש בכוח סביר הנדרש לעריכתו" (ההדגשה שלי – ד"מ).

7. ראו סעיפים 4(ה) ו-7 לחוק החיפושים.

8. ובעיקרם אלה הם התנאים: מדובר במי שיש לגביו חשד סביר שביצע עבירה (סעיפים 1 ו-4(א) לחוק החיפושים). החשד הוא של קצין משטרה בכיר כהגדרתו בחוק החיפושים (סעיפים 1 ו-4(א) לחוק החיפושים); קצין זה מגבש יסוד סביר לחשוד כי בגופו של החשוד נמצאת ראיה להוכחת ביצוע העבירה או להוכחת הקשר שבין החשוד ובין ביצוע עבירה מסוג פשע (סעיף

nevo.co.il

אלא אף מפעיל מבחני איזון ערכים ומידתיות מצין־תוקתיים קודם להחלטה על מתן היתר.[9]

כאן אנו מגיעים לשאלה המרכזית, שנבקש לעסוק בה ברשימה זו: האם בכוחו של ההיתר לא רק להפקיע את זכותו של החשוד לסרב לחיפוש ולחייבו למעשה להסכים לו (נסמן זאת כאופציה פרשנית א), אלא אף להקנות לבעל־ההיתר את הזכות "לאכוף את החיפוש" במקום שהחשוד אינו מקיים את חובתו להסכים לו, כלומר: עומד בסירובו לחיפוש (וזאת תסומן כאופציה פרשנית ב)? דעתנו היא, כי אופציה פרשנית א משקפת את כוונת המחוקק העולה מלשון החוק, מהצעת החוק ומכללי־היסוד העומדים ברקעו, והיא אף הראויה יותר. לדידנו, היתר בית־המשפט הופך את החשוד מבעל זכות (פריבילגיה) לחייב בהסכמה לחיפוש, וזאת בלבד. הפרת חובת ההסכמה הנובעת משינוי הסטטוס הנורמטיבי, כאמור, אינה מקנה – לפי הפרשנות שתוצע על־ידנו ברשימה זו – סמכות לאכיפת החיפוש בעל־כורחו של החשוד. כך גם אם תלבש ההתנגדות לחיפוש אופי מילולי־פסיבי בלבד, ומידת הכוח שתידרש תהיה מינימלית אשר תהיה. התוצאות היחידות הנודעות משינוי "סטטוס" זה, כאמור, מוגדרות היטב בסעיפי החוק: האחת, ייחוס עבירה עצמאית של סירוב לחיפוש בנסיבות מוגדרות מאוד.[10] השנייה, וקיפת סירוב זה לחובת

4(א) לחוק החיפושים) (בהסתייגות שכשמדובר בחיפוש פנימי בקטיגוריה של בדיקת רם, אפשר להסתפק בעבירה מסוג עוון (סעיף 4(ב) לחוק החיפושים); על הקצין מוטלת חובת הסבר מוקדמת, כמפורט בחוק החיפושים (סעיף 4(ג)); ניתן אישור רפואי שאין מניעה בדיאותית לביצוע החיפוש והסבר על־ידי הרופא לחשוד כי אכן כך (סעיפים 4(ד) ו־4(ה) לחוק החיפושים); נתבקשה הסכמה מן החשוד לביצוע החיפוש (סעיף 2(ג) ו־4(א) לחוק החיפושים).

9. סעיף 8 לחוק החיפושים קובע:

(א) הוגשה בקשה לפי סעיף 7 (להלן – הבקשה), רשאי בית המשפט, לאחר שמיעת החשוד ובא כוחו, אם יש לו, להתיר בצו ביצוע חיפוש פנימי אם שוכנע שהתקיימו כל אלה:

(1) התנאים הקבועים בחוק לעריכת החיפוש;

(2) הצורך בהשגת הראיה או בהוכחת הקשר שבין החשוד לבין ביצוע העבירה, גובר על הפגיעה בחשוד הכרוכה בביצוע הפעולה המבוקשת;

(3) אין דרך סבירה אחרת, בנסיבות העניין, שפגיעתה בחשוד פחותה, להשגת הראיה או להוכחת הקשר שבין החשוד לבין ביצוע העבירה.

(ב) היה החשוד קטין או אדם שקיים חשש לגביו שהוא מוגבל בכושרו השכלי, ישמע בית המשפט גם את אפוטרופסו או את אפוטרופסו־לדין, כאמור בסעיף 6.

(ג) הדיון בבקשה יהיה בדלתיים סגורות; בטרם יתחיל הדיון, ישאל בית המשפט את החשוד אם רצונו שהדיון יהיה פומבי; ביקש החשוד שהדיון יהיה פומבי, יתקיים הדיון בפומבי.

(ד) שוכנע בית־המשפט שגילוי מידע הקשור לבקשה עלול לפגוע בחקירה או להשוף שיטת חקירה או מקורות מידע שיש אינטרס ציבורי שלא לגלותם, רשאי הוא לעיין במידע ולהסתמך עליו מבלי להעמידו לרשות החשוד או בא כוחו, ובלבד שיבהיר לחשוד את מטרת החיפוש כגופו.

10. ראו סעיף 12 לחוק החיפושים.

nevo.co.il

החשוד הטרבן על־ידי הקניית משקל ראייתי שלילי לעצם הסירוב.[11] מובן שאין להקל ראש בתוצאות אלו. כל הנטען ברשימה זו הוא, כי בחוק אין כל הסמכה לאכוף ולכפות ביצוע חיפוש פנימי כאשר אין החשוד מסכים לו.

למרות השלכותיה המעשיות, טרם זכתה סוגיה זו לדיון ישיר בספרות, ומעט עוד יותר הדיון בה בפסיקה. רשימה זו תבקש להעלות סוגיה זו לדיון משפטי כדי להביא לתודעה ציבורית ומשפטית את דבר אי־חוקיותה של אכיפת החיפוש הפנימי בכוח. הכוונה היא לשרש נוהג שאם הוא קיים ומופנם כדבר המובן מאליו,[12] עומד בניגוד ובסתירה לפרשנות הנכונה והראויה של חוק החיפושים, במיוחד לפי עקרונות־היסוד שזכו לעיגון או לגזירה חוקתיים.

מקרים רבים עשויים לדרוש הכרעה ברורה בשאלה זו. כך, למשל, טלו מקרה שבו מתעורר צורך בנטילת דגימת דם מנהג שהיה מעורב בתאונת־דרכים כדי לברר חשד בדבר נהיגה בשכרות, אך לא מתקבלת הסכמתו של הנהג לנטילה זו. על־אף מהותה המתבלה של הראיה[13] פונה המשטרה לבית־המשפט ומקבלת היתר לחיפוש פנימי. לנוכח ההיתר מודיע הנהג כי אמנם אין בכוונתו לשתף פעולה, אך התנגדותו לחיפוש תשא אופי מילולי־פסיבי בלבד. השאלה העולה היא האם יש להקנות סמכות ליטול את הדגימה תוך שימוש בכוח סביר? כוריאציה של מקרה זה ניטול מצב דברים שבו אותו נהג איבד את ההכרה ואי־אפשר אפילו לדרוש את הסכמתו לנטילת הדם.[14] האומנם יש בהיתר בית־המשפט כדי להקנות סמכות משטרתית ליטול את הדגימה במצב דברים זה?

על רקע זה, את חשיבותה של רשימה זו אפשר להעמיד על שני היבטים שונים: ראשית, בהיבט העקרוני־אידיאולוגי ראוי להצביע על הסדר משפטי המגלם נאמנות ואדיקות רבה לשמירה על מרכיבים מסוימים של כבוד האדם, בעיקר אלה הנוגעים לכיבוד האוטונומיה של הרצון וצנעת פרטיותו. להיבט זה משנה חשיבות לנוכח עירין החוקתיות העוטף את מערכת החוקים בישראל, ובכלל זה את ההליך הדיוני הפלילי.[15] ההיבט השני

11. ראו סעיף 11 לחוק החיפושים. לדיון עיינו דורון מנשה, "למהותו הלוגית והנורמטיבית של סעיף 11 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף החשוד, התשנ"ו־1996)", **קריית משפט** ב (תשס"ב) 295.

12. הפנמה זו אף יכולה להסביר את העובדה, שסוגיה זו טרם הובאה להכרעה שיפוטית בפני בית־המשפט העליון ושדם נתברדה לגופה.

13. מהות מתבלה זו עשויה לשמש בסיס לפטור מן החובה של המצאת היתר בית־משפט להפקעת זכותו של החשוד לסרב לחיפוש. ראו סעיף 4(ח) לחוק החיפושים הקובע כי "...החליט קצין משטרה שלא לפנות לבית המשפט משום ששובנע כי ההשהיה הכרוכה בקבלת ההיתר עלולה לפגוע בראיה, שלשמה מבקשים את החיפוש, יסביר זאת קצין המשטרה לחשוד וכן יסביר לו את המשמעות המשפטית של סירובו כאמור בסעיף 11".

14. במקרה אחרון זה מתעוררת בצד הקושי נושא רשימתנו הנוגע לסמכות הפעולה־בכוח מכוח היתר, אף השאלה הנוגעת למעמדה ולמשמעותה של ההוראה המנדטורית לכאורה, בסעיף 2(ג) לחוק החיפושים הקובע ש"אין עורכים חיפוש בגופו של חשוד אלא לאחר שנתבקשה הסכמתו לכך".

15. לשם המחשה עיינו אהרן ברק, "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות

הוא מעשי־יישומי. הרשימה מבקשת להצביע על מִשגים קונספטואליים אפשריים בהבנת עמודיו הנורמטיביים של חוק החיפושים ובכך לעקור סברות מוטעות לעניין פרשנותו ואופן יישומו. עיקר עניינו בסברות שלפיהן מאפשר היתר בית־המשפט שימוש בכוח במקרה של התנגדות החשוד לחיפוש פנימי; שאי־נכונות לשיתוף־פעולה מצד החשוד, המובעת על דרך האמירה בלבד, אינה כביכול התנגדות או סירוב לפי חוק זה ועל־כן אין היא מונעת חיפוש בעל־כורחו של החשוד; שהפעלת כוח לצורך חיפוש פנימי שהותר שיפוטית מוגבלת באמות־המידה של סבירות ומידתיות בלבד.

כפי שנראה מיד, לשונו של החוק ועקרונות נורמטיביים העומדים ביסוד פרשנותו התכליתית מצביעים באורח ברור למדי על הכשל שביסוד סברות אלה או דומות להן.[16] נעבור לדון בכך עתה.

ב. מהותו של היתר בית־המשפט לחיפוש פנימי

1. כללי

כאמור, חוק החיפושים מבחין בין חיפוש פנימי לחיפוש חיצוני.[17] להבדיל מחיפוש חיצוני, שבו מתגבשת עילת החיפוש עם התקיימותם של התנאים המוקדמים הנקובים בחוק החיפושים,[18] ובלא צורך בחותם שיפוטי, הרי כל עוד לא התערב בית־המשפט, תלוי קיומו של החיפוש הפנימי אך ורק ברצונו של החשוד. כנזכר, קובע חוק החיפושים במפורש כי לחשוד נתונה "הזכות שלא להסכים לחיפוש".[19] אין ספק כי השתכללותו של ההיתר מביאה לפקיעת זכות זו. והו המובן הנורמטיבי של "היתר". מה שהיה אסור קודם־לכן עקב זכותו של החשוד הופך למותר לאחריו. בשורות הבאות נראה, כי בכך מתמצה כוחו של ההיתר ואין בו מכול־וכול משום הסמכת המשטרה לכפות את ביצוע החיפוש בכוח.

חוקי־היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)", מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 5; עמנואל גרוס, "הזכויות הדיוניות של החשוד או הנאשם על־פי חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו", מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 155; יהודית קרפ, "החקיקה הפלילית לאור חוקי־היסוד", מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 275.

16. אין ספק, כי לדיון זה משמעויות והשלכות מעשיות חשובות לגבי חשודים המובאים מדי יום ביומו לתאי־המעצר ומתבקשים להסכים לביצוע חיפוש פנימי. יישום חוק החיפושים לפי הפרשנות המוצעת כאן הוא חיוני ביותר להגשמת ערכי היסוד והפונקציות המרכזיות שבבסיס חוק החיפושים.

17. ראו סעיף 1 לחוק החיפושים, לעיל, הערות 4 ו־5.

18. תנאים אלה בוגעים בקיומו של חשד סביר לגבי ביצוע עבירה מסוג של עוון או פשע (סעיף 1 לחוק החיפושים); יסוד סביר לחשוד שבגופו של החשוד נמצא (סעיף 3(א) לחוק החיפושים); בקשה מוקדמת להסכמה לחיפוש (סעיף 2(ג) לחוק החיפושים); הבאת החשוד בפני קצין משטרה (סעיף 3(ג) לחוק החיפושים); הסבר ואזהרה באשר לסיטואציה המשפטית והשלכותיה (סעיף 3(ד) לחוק החיפושים).

19. סעיף 4(ג) לחוק החיפושים.

nevo.co.il

2. לשון החקיקה

א. חוק החיפושים

נפנה תחילה לחוק גופו ונראה, כי אפשר לחלץ ממנו אינדיקציות כבדות־משקל באשר לפרשנות הנכונה. נפתח בהשוואת תוכנו של סעיף 4(ג) לחוק העוסק בחובת קצין המשטרה להסביר ולהזהיר את החשוד לפני החיפוש הפנימי ולסעיף 3(ד) לחוק העוסק בחובה המקבילה הנוגעת לחיפוש חיצוני. סעיפים אלה קובעים כהאי לישנא:

> 3(ד). בטרם יתן קצין המשטרה את אישורו כאמור בסעיף קטן (ג), יתן הודמנות לחשוד להשמיע את טעמי סירובו, ויסביר לו שניתן להשתמש בכוח סביר לעריכת החיפוש ואת המשמעות המשפטית של סירובו כאמור בסעיף 11.

> 4(ג). קצין משטרה יסביר לחשוד בלשון המובנת לו את מטרת החיפוש הפנימי, סוגו ודרכי עריכתו, וכן יסביר לו את זכותו שלא להסכים לחיפוש, את האפשרות למתן היתר לעריכת החיפוש על ידי בית המשפט ואת המשמעות המשפטית של סירובו כאמור בסעיף 11.

ההבדלים ברורים. בעוד שבעניין חיפוש חיצוני חייב קצין המשטרה להבהיר לחשוד כי אפשר להשתמש בכוח סביר לביצוע החיפוש, במקרה של חיפוש פנימי אין הוראה דוגמת זו; אלא על הקצין לציין בפני החשוד את זכותו שלא להסכים לחיפוש, את האפשרות של מתן היתר לביצוע החיפוש על־ידי בית־המשפט וההשלכות המשפטיות של שלילת זכותו של החשוד שלא להסכים לחיפוש. יש לראות בהדבק הדברים כאן, כי היתר בית־המשפט נדרש לשלילת עצם זכותו של החשוד שלא להסכים לחיפוש, כלומר: לשם שינוי מעמדו המשפטי מבעל־פריבילגיה לחייב בהסכמה לחיפוש. אלא שההוראה אינה מוסיפה כאן, כפשוטם של דברים, את סמכות השימוש בכוח. אילו סבר המחוקק שאכן ישנה סמכות לשימוש בכוח במקרה של סירוב לחיפוש פנימי שהותר על־ידי בית־המשפט, מן הסביר היה שהדבר יצוין – כפי שצוין לענין סמכות החיפוש החיצוני בנוסח האזהרה של קצין המשטרה – בהוראות המקבילות הנוגעות לאזהרת הקצין ולהשלכתו המשפטית של היתר בית־המשפט,[20] ככל שהם נוגעים לחיפוש פנימי.

יתירה מזו: רמז פרשני עבה אפשר למצוא אף בסעיף 11(א) לחוק החיפושים, העוסק בשאלת הנפקות הראייתית של הסירוב לחיפוש. לפי סעיף זה,

> סירב החשוד שייערך חיפוש בגופו, בין באמירה ובין בהתנהגות המונעת את החיפוש, ולא נערך החיפוש בשל סירובו, עשוי סירובו לשמש חיזוק למשקל הראיות של התביעה (ההדגשה שלי – ד"מ).

20. סעיפים 4, 9 ו־11 לחוק החיפושים.

nevo.co.il

המחוקק מניח אפוא, כי די באמירה כדי למנוע חיפוש. אולם במה הדברים אמורים? על־כורחך אתה למד כי הדברים יוחדו לעניין חיפוש פנימי, שכן כשעסקינן בחיפוש חיצוני ממילא מותר השימוש בכוח סביר ולפיכך נראה כי אמירה זו שלא נלווית לה כל התנגדות אקטיבית לא תיחשב בדרך־כלל כ"מונעת" את החיפוש. מכאן משתמע, כי קיומו של היתר (שהוא תנאי הכרחי להקמתה של חובת החשוד להסכים לחיפוש[21] ואף לאפשרותה של הסקה ראייתית)[22] אינו מניח סמכות לשימוש בכוח, שכן אחרת לא היה מקום לציין את ה"אמירה" כסוג של התנגדות שיש בה כדי למנוע את החיפוש. יושם לב, שהמחוקק נוקט כאן לשון המכוננת קשר סיבתי בין פעולת הסירוב לאי־ביצוע החיפוש. לפי סעיף 11, המניעות לעשיית החיפוש היא תולדה סיבתית של הסירוב בדרך האמירה.[23]

לדעתנו, אינדיקציה פרשנית חזקה לא פחות אפשר לדלות מסעיף 12 לחוק. הסעיף קובע סנקציה עונשית בגין סירוב לחיפוש בקטיגוריות של נסיבות מוגדרות. לעניין יסודות העבירה הסעיף מבחין בין חיפוש פנימי לחיפוש חיצוני וקובע, כי

> חשוד בעבירה על סעיף 300 לחוק העונשין, התשל"ז-1977... או בעבירה על פקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973, או על סימן ה' לפרק י' לחוק העונשין, שדינן עשר שנות מאסר או יותר –
>
> 1) המסרב לחיפוש חיצוני ולא ניתן היה לערוך באופן סביר את החיפוש בשל סירובו; או
>
> 2) המסרב לחיפוש פנימי, שבית המשפט נתן היתר לעריכתו, דינו – מאסר שנתיים.

עינינו הרואות כי בעניין חיפוש פנימי נעדר התנאי של היעדר־יכולת לבצע באופן סביר את החיפוש עקב הסירוב. יש בכך משום תמיכה פרשנית רבת־משקל לטענה ביסוד רשימתנו זו, לאמור: שקיומו של היתר שיפוטי אינו מקנה סמכות לאכיפתו בעל־כורחו של החשוד[24] ועל־כן, סירוב החשוד הוא סוף פסוק.[25]

---

21. לעיל, הערה 19 והטקסט שלידה וכן סעיף 4(ח) לחוק החיפושים.

22. סעיפים 11(ב)(2) ו־11(ב)(3) לחוק החיפושים.

23. זאת אפשר ללמוד מהלשון "סירב החשוד... בין באמירה ובין בהתנהגות...", מהלשון "באמירה... המונעת את החיפוש" וכן מהלשון "ולא נערך החיפוש בשל סירובו" (ההדגשות שלי – ד"ט).

24. למעשה העבירה הקבועה כאן אינה על עצם הסירוב, אלא על הכשלת תהליך החיפוש, וזה נעשה על־ידי התנגדות אקטיבית/אגרסיבית דיה המונעת את אכיפת החיפוש החיצוני או על־ידי התנגדות כלשהי במקרה של חיפוש פנימי. מכאן אפשר ללמוד שכל סוגי ההתנגדות בין בהתנהגות בין בהבל־פה בלבד יש בהם כדי להכשיל את החיפוש הפנימי.

25. וזו אף מסקנתו של השופט יעקב קדמי הכותב בפשטות: "ניתן היתר והנחפש עומד בסירובו – לא ניתן לכפות את החיפוש בכוח". יעקב קדמי, על סדר הדין בפלילים (כרך א, מהדורה משולבת ומעודכנת, דיונון, תשנ"ז), 421.

nevo.co.il

ב. הצעת החוק

אף בהיסטוריה החקיקתית יש כדי לשפוך אור על הדיון שלפנינו. נפנה לעיין בהצעת חוק החיפושים,[26] ונמצא כי אף ממנה אפשר לדלות אינדיקציות נוספות התומכות בפרשנות המוצעת ברשימה זו. על־פי הצעת החוק, עשוי סירוב החשוד לשמש חיזוק למשקל הראיות של התביעה.[27] אך בעוד שסירוב החשוד לחיפוש חיצוני עשוי לשמש חיזוק כזה רק "כשלא ניתן לעשותו בכוח מחמת התנהגותו של החשוד",[28] אין סייג זה נוכר כשעסקינן בסירוב לחיפוש פנימי[29] על־אף קיומו של צו.[30] מכאן אנו יכולים ללמוד, ששימוש בכוח (ולו מינימלי) אינו אופציה שהמחוקק מביא בחשבון כלל במקרה אחרון זה.

עוד ראוי לציין, כי הצעת החוק (להבדיל מחוק החיפושים) הכירה נוסף על שתי הקטיגוריות – החיפוש החיצוני והחיפוש הפנימי – בקטיגוריה שלישית הנתפסת כמגלמת סוג של מקרי־ביניים: "לקיחת דגימה".[31] באשר לקטיגוריה אחרונה זו דרשה הצעת החוק[32] הוצאת צו בית־משפט המתיר את לקיחת הדגימה[33] וכן קבעה ההצעה בסעיף 11(א)(2), כי הסירוב לאפשר את לקיחת הדגימה עשוי להיות חיזוק למשקל הראיות אם הובהר לחשוד קודם כי "הראיה שתתקבל כתוצאה מלקיחת הדגימה עלולה להיפגע עקב סירובו". מהוראה זו אפשר להבין, כי במסגרת קטיגוריה זו ראה המחוקק את השימוש בכוח כאופציה.

בחוק בוטלה קטיגוריה זו של "לקיחת דגימה", והפעולות השונות של "מתן דגימה" הוכנסו לגדרי החיפוש החיצוני[34] – זאת פרט למקרה של בדיקת דם שהוגדרה כחיפוש פנימי;[35] ולעניין טביעת שיניים, שהוצאה לגמרי מקטיגוריית החיפוש שהחוק חל עליהן.

מה שאפשר ללמוד כאן לעניינו הוא, שהמחוקק דקדק בהפקודתו את סמכות השימוש בכוח לשם אכיפת היתר בית־משפט והקפיד שלא לכלול את מקרי החיפוש הפנימי בגדר זה. אילו הנית המחוקק שסמכות השימוש בכוח נגזרת במשתמע מקיומו של היתר

---

26. ראו הצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף האדם), תשנ"ה-1995, ה"ח 210 (להלן: הצעת החוק או הצעת חוק החיפושים).
27. ראו סעיף 11 להצעת חוק החיפושים.
28. ראו סעיף 11(א)(3) להצעת חוק החיפושים. הכוונה היא ככל הנראה לדרגת התנגדות שהתגברות עליה עשויה לעלות מיניה־וביה כדי עשיית שימוש בכוח לא־סביר (שאינו רק פונקציה של מידת ההתנגדות), האסור אף כשמדובר בחיפוש חיצוני (סעיף 3(ב) להצעת חוק החיפושים).
29. ראו סעיף 11(א)(1) להצעת חוק החיפושים.
30. ראו סעיפים 11(ב)(2) ו-11(ב)(3) להצעת חוק החיפושים.
31. ראו סעיף 1 להצעת חוק החיפושים.
32. ראו סעיף 11(א)(2) להצעת חוק החיפושים.
33. ראו סעיפים 7 ו-8 להצעת חוק החיפושים.
34. ראו סעיף 1 לחוק החיפושים; וכן לעיל, הערה 4.
35. ראו סעיף 1 לחוק החיפושים; וכן לעיל, הערה 5.

nevo.co.il

בית־המשפט, היה מן־הסתם כולל את החיפוש הפנימי לצד לקיחת הדגימה בגדרי הוראת סעיף 11(א)(2) להצעת החוק. הימנעותו מכך מחוקת מבחינה פרשנית את המסקנה, שכוונת המחוקק היתה שאין להשתמש בכוח כלשהו לשם אכיפתו כביכול של היתר בית־המשפט לחיפוש פנימי.

3. ניתוח פונקציונלי

לדעתנו, מעבר לשיקולים הלשוניים שפורטו כאן אפשר להצביע על טעם במישור הניתוח הפונקציונלי, התומך באופציה פרשנית א שהובאה קודם. אין ספק, כי ביסוד הוראת חוק החיפושים עומדת השאיפה לעגן ערכי־יסוד תוקתיים בשיטתנו המשפטית. השאלה היא: אילו ערכים? התשובה המיידית, והנכונה במידה מסוימת, היא חירותם, שלמות גופם ופרטיותם של חשודים,[36] עם זאת, נראה לנו כי לפחות לעניין ההבחנה בין שני סוגי החיפוש העיקר הוא צנעת הפרט, וערך השמירה על שלמות הגוף הוא בעל חשיבות משנית יחסית: שכן מעיון מעמיק בטיב ההבחנה בין קטיגוריות החיפוש הפנימי ובין אלו של החיפוש החיצוני עולה, כי זו מבוססת בעיקר על מידת החודרניות או הפולשניות של החיפוש ועל הרמה והעומק של הכניסה להללים פרטיים מוצנעים או למאגרים מידעיים פרטיים. כלומר: ההבחנה נוגעת במידת הפגיעה בפרטיות החשוד, באוטונומיה שלו על גופו ועל מתחמים מוגנים של אינפורמציה פרסונלית,[37] וכל זאת בלא תלות הכרחית בשאלת הסוג והרמה של הפגיעה בשלמות הגוף.[38] ואכן, קונספציה נורמטיבית זו מעוגנת אף בדברי ההסבר לסעיף 2 להצעת החוק:

> מוצע... שלא ייערך חיפוש בגוף אלא אם כן נדרשה תחילה הסכמתו של החשוד, וזאת כדי להשאיר, ככל שניתן, בידיו את השליטה על מה שנעשה בגופו (ההדגשה שלי – ד"מ).

---

36. והיא המצוינת במבוא להצעת חוק החיפושים: "לאור פסיקתו של בית המשפט העליון ובעקבות קבלת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, נדרשת חקיקה מפורטת ומצומצמת בכל הנוגע לחיפוש בגוף האדם או על גופו, וזאת בשל הפגיעה בחירותו בשלטות גופו ובפרטיותו כתוצאה מעריכת חיפוש מסוג זה בגופו".

37. לאפיון תיאורטי מעין זה של מושג הפרטיות ראו: Richard Wasserstrom, "Privacy: some arguments and assumptions", *Philosophical Law: Authority, Equality, Adjudication, Privacy* (Richard N. Bronaugh - ed., Greenwood press, Estport, Conn., 1978) 148.

38. טלו, למשל, את בדיקת הדם הסטנדרטית בחוק החיפושים כחיפוש פנימי, לעומת לקיחת שיער לרבות שורשיו (מכל חלקי הגוף), או לקיחת תאים מחלקה הפנימי של הלחי – המסווגים כחיפוש חיצוני. נראה, כי בדיקת הדם מסווגת בקטיגוריה החמורה יותר לא משום הסיכונים כביכול שהיא נושאת במישור הפגיעה בשלמות הגוף, אלא משום שהשימושים הפונקציונליים שלה עשויים להיות חודרניים וחושפניים יותר ונוגעים למתחמי מידע שבדרך־כלל ולא צריך שתהיה מצד הציבור נגישות אליהם.

nevo.co.il

מכאן, שהערך המוגן הוא "שליטת האדם בנעשה על גופו" – ערך המוביל להבנתה של צנעת הפרט לשם ההבחנה בין מידת הפגיעה של חיפוש חיצוני לעומת חיפוש פנימי במובן חזק שאינו תלוי בתחושה סובייקטיבית של החשוד, אלא מתמקד יותר ביכולתו־שלו להחליט מה ייעשה בגופו ואילו בדיקות הודריות אפשר לבצע.[39] יש לציין, כי המובן המוצע של פגיעה בפרטיות נגזר מאוטונומיית הרצון כערך הנבחן במנותק מתחושות סובייקטיביות של ביזיון וביוש, המחקשרות למשמעות הפשוטה יותר והחלשה של הזכות לפרטיות. גם אם אין החשוד מרגיש כל תחושת בושה או השפלה באופן סובייקטיבי, עדיין יש בחדירה לגופו בניגוד לרצונו פגיעה באוטונומיה שלו על גופו – היא "השליטה על מה שנעשה בגופו".[40]

אם כך, תמיכה נוספת ניתנה לעמדתנו ולפיה גם חיפוש פנימי שניתן אישור רופא לעריכתו (עניין הנוגע אך להיבט הבריאותי ולשלמות הגופנית) ואף היתר בית־המשפט לביצועו (עניין הנוגע לצידוק הנורמטיבי שבדרישת שיתוף־פעולה מהחשוד) אין אפשרות לאוכפו בעל־כורחו של החשוד. לעניין זה אין חשיבות עקרונית לסוג ההתנגדות של החשוד, אלא לעצם קיומה. רק הסכמה ממשית (לא מיוחסת־קונסטרוקטיבית) שהושגה בדרכים כשרות (לא בתרמית ולא באונס) הופכת את המעשה לכניסה כדשות (להבדיל מפריצה או התגנבות) לחלליו המוצנעים של הפרט.[41]

---

39. אמנם, גם חיפוש חיצוני עלול לפגוע בצנעת הפרט, למשל: על־ידי "בחינה חזותית של גופו העידום של החשוד, לרבות צילומו" (סעיף 1 לחוק החיפושים), ובמיוחד בעת חשיפת איברים רגישים ומוצנעים (אברי־המין, למשל), אולם למעשה, זהו מקרה יחיד של חיפוש חיצוני (חלופה מס' 1 בהגדרת המושג "חיפוש חיצוני", לפי סעיף 1 לחוק החיפושים) וקשה לתאר מצבים נוספים שבהם שאר חלופות החיפוש החיצוני פוגעות בצנעת הפרט לפי מובנה הכללי. יתירה מזו: גם בחלופה המדוברת אין עסקינן בדרך־כלל בפגיעה בפרטיות במובנה החזק – לפי המינות כאן – כלומר: פגיעה באוטונומיה, אלא בהסבה של תחושת השפלה או ביוש. כנגד זאת, בכל חלופות החיפוש הפנימי ישנה פגיעה מהותית בצנעת הפרט, במובן הצד וההחוק הג"ל, היינו: במובן של פגיעה באוטונומיית הרצון ובשליטת האדם בנעשה על גופו.

40. כאן המקום להעיר, כי פרשנות זו מתחייבת מגזירת ההגנה על החשוד משימוד כבודו כאדם. ערך כבוד האדם מחייב את הוקדתה של אוטונומיית הרצון של החשוד בלא קשר הכרחי למצב הנפשי שייגרם בעקבות הפגיעה בו. בעניין זה ראו דורון מנשה, "מושג כבוד האדם בתוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" (עתיד להתפרסם בקרוב).

41. קונספציה כמו זו המוצעת על־ידינו מתיישבת עם מגמה כללית יותר להמיר דרישות מן הסוג של "פעולה בכוח נגד הרצון" ל"פעולה בהיעדר הסכמה" או ל"פעולה בהיעדר הסכמה חופשית". דוגמא מובהקת לכך אפשר למצוא בהתפתחות שחלה במשפט האנגלי, ולאחר־מכן – גם במשפט הישראלי, בכל הקשור לשאלת הסכמתו/היעדר הסכמתו של קורבן עבירת מין, במסגרת תחימת גבולות ההתפרשות של עבירת האינוס (סעיף 345 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, ס"ח 226). התפיסה המסורתית שרווחה במשפט האנגלי בעבר דגלה בדרישה שעל האשה לגלות סימני התנגדות אקטיביים למעשה האינוס. בשנת 1976 צעד המחוקק הבריטי בדרך שכבר הותוותה על־ידי המשפט המקובל באותה תקופה שהחל לגלות סימני

nevo.co.il

4. החזקה הפרשנית בדבר אי־פגיעה בזכויות אדם

ועתה, אף אם טעינו בניתוח עד כה ושיקולים של לשון החקיקה וניתוח פונקציונלי שלה אינם מצביעים על עדיפותה הפרשנית של אופציה א, אלא על אפשרותן וסבירותן של שתי האופציות הפרשניות – עדיין צריכה הככורה להינתן לאופציה א משום שזו פוגענית פחות במישור זכויות האדם המעוגנות כיום גם כזכויות חוקתיות מכוח חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.[42] כשעסקינן בזכויות אדם (לא כל־שכן בזכויות חוקתיות), עליהן ליהנות מחזקה פרשנית בדבר כוונה לפגיעה מינימלית בהן, כדברי פרופ' ברק:[43]

> חוקי־היסוד, שהעלו את זכויות האדם המוסדרות בהן לדרגה של נורמות חוקתיות עליונות, העניקו משקל פרשני "חזק" לזכויות אלה. דבר זה מקרין עצמו אף על החזקות. על כן, יש להעניק לחזקת־התכלית בדבר אי פגיעה בזכויות האדם המוגנות על ידי חוקי־היסוד משקל "כבד". נראה כי משמעות הדבר הינה בוודאי כי רק "לשון מפורשת, חד משמעית וברורה" עשויה להתפרש כמתיימרת לפגוע בהן. דרישה זו פותחה עוד בטרם הוחקו חוקי־היסוד. השאלה הינה, אם העלאת "דרגתן" של זכויות היסוד אינה צריכה למצוא ביטוי במבחן נוקשה יותר וחריף יותר מאשר אך הדרישה בדבר "לשון מפורשת, חד משמעית וברורה".

סלידה מהתפיסה המסורתית (ראו, למשל: Courtney Kenny, *Outlines of Criminal Law* (16th ed., Cambridge, 1952)). כשתוקק תיקון בחוק עבירות מין הקרוי בשם ה־Sexual Offences (Amendment) Act 1976, s. 1 ובו החליט לוותר על הביטוי "against her will" ולהשתמש בביטוי "does not consent". שינוי זה נקלט בפסיקה ופורש כך, שאין כל הכרח שהאשה תגלה סימני התנגדות פיסית לאקט המיני וכי די להוכיח שהיא לא הסכימה לו. בעניין זה, ראו, למשל: *R. v. Olugboja* [1981] 3 All E.R. 443 (C.A.). אותו שינוי התחולל בתהליך דומה במשפט הישראלי שנים מספר לאחר־מכן. במסגרת תיקון מס' 22 לחוק העונשין (חוק העונשין (תיקון מס' 22), תשנ"ח-1988, ס"ח 61) נוהג הביטוי "נגד רצונה" שבסעיף 345 לחוק העונשין לטובת הביטוי "שלא בהסכמתה החופשית". בעניין זה ראו ע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי ואח', פ"ד מח (1) 302, עמ' 376-381; כמו־כן ראו עמנואל גרוס, "אינוס בטעות או שמא אינוסה של הטעות?", הפרקליט מב (תשנ"ו) 334; יובל לבנת, "אונס, שתיקה, גבר, אישה", פלילים ו (תשנ"ח) 187, עמ' 215-216.

42. ראו חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150, בעיקר סעיפים 2, 4 ו-7 לחוק־היסוד.

43. ראו אהרן ברק, פרשנות במשפט (כרך שני: פרשנות החקיקה, נבו, תשנ"ג), 555 ואילך והאסמכתאות המובאות שם. ראו גם אהרן ברק, פרשנות במשפט (כרך ראשון: תורת הפרשנות הכללית, נבו, תשנ"ב), 384, 391, שם צוין על־ידי פרופ' אהרן ברק כי "על כן, מקובל לקבוע כי החוקה בדבר זכויות אדם אינה נשללת אלא אם כן לשון החוק קובעת זאת באופן מפורש, ברור וחד משמעי".

nevo.co.il

הנה כי כן, לאור חוקי־היסוד החדשים, מכיוון שאין הסמכה מפורשת לפגיעה בזכויות האדם של החשוד בתוק החיפושים על־ידי שימוש בכוח לאכיפת חיפוש פנימי, מובילה החזקה הפרשנית בדבר אי־פגיעה בזכויות אדם בגפה למסקנה לכאורה כי הסמכה כזו אינה קיימת ואין לגזור אותה במשתמע.[44] לכך גודע משנה־תוקף כאשר חוקי־היסוד החדשים הם אלה שעמדו בבסיס תקיקתו של חוק החיפושים. לכן, כבר במבוא לדברי ההסבר להצעת חוק החיפושים צוין, כי

> הצעת החוק שואפת להביא לאיזון הנדרש בין צרכי החקירה לבין הגנה על כבודו של אדם ועל צינעתו, וזאת לאור הוראות חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.[45]

קביעת נקודת־האיזון הנדרשת, כאמור, כאן משתלבת עם המגמה הפרשנית הכללית הנובעת מחקיקת חוקי־היסוד ומההכרזה עליהם כחוקתיים.[46] במגמת זו דן, למשל, פרופ' אליהו הרנון:

> אחד החידושים העיקריים הנובע מחוק־היסוד [כבוד האדם וחירותו – ד"מ] הוא ב"מיקומה של נקודת האיזון" בין הפרט ובין השלטון, בשים לב לזכויות אדם...[47]

כידוע, גם על־פי הדין הקודם לחקיקת חוק החיפושים, לא היסס בית־המשפט העליון לפסול ביצוע חיפוש פנימי על־כורחו של החשוד ובלא הסכמתו. כך, למשל, בבג"ץ קטלן[48] החליט בית־המשפט העליון לפסול גוהל שהונהג בבתי־הסוהר בדבר ביצוע חוקן באסירים

---

44. אף לא כסמכות־עזר מכוח הוראות חוק הפרשנות. ראו הפרק הבא של החיבור.

45. ראו לעיל, הערה 26. כן אפשר ללמוד מפסיקה קודמת לחוק החיפושים. ראו, למשל, בש"פ 2145/92 מדינת ישראל נ' גואטה, פ"ד מו (5) 704 (להלן: בש"פ גואטה), שניתן לאחר חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובו הדגיש בית־המשפט העליון את חשיבותו של עקרון ההסכמה והחובה לדרוש את הסכמת החשוד עובר לחיפוש, ואת אופן ביצוע החיפוש תוך שמירה על כבוד האדם. בחוק החיפושים עוגנו אותם עקרונות. אם כן, אפשר לראות את החוק כמעגן את פסיקת בית־המשפט העליון שניתנה עקב ההתפתחות שחלה בעידן החוקתי. כל זה תומך בפירוש המוצע על־ידינו ברשימה זו.

46. ראו ע"א 6821/93, רע"א 1908/94 ואח' בנק המזרחי המאוחד בע"מ ואח' נ' מגדל כפר שיתופי ואח', פ"ד מט (4) 221.

47. ראו אליהו הרנון, "ראיות שהושגו שלא כדין – האם נשתנה המצב המשפטי בעקבות חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו?", מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 139, עמ' 150.

48. ראו בג"ץ 355/79 קטלן ואח' נ' שירות בתי הסוהר ואח', פ"ד לד (3) 294 (להלן: בג"ץ קטלן). ראו גם בש"פ גואטה (לעיל, הערה 45), אשר נתקבל לפני חוק החיפושים, אך אחרי תקיקת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.

nevo.co.il

ובעצורים החשודים בבליעת סמים אף בלא הסכמתם. הכרעה זו התקבלה תוך הדגשת השמירה על כבוד האדם וצנעת הפרט כערכי־יסוד עליונים הגוברים במקרה זה על האינטרס ה"ציבורי-תועלתני" בביצוע החיפוש, לאמור: תפיסת הסמים. השופט ברק הדגיש במקרה הנידון, כי "אין משטר החיים בבית הסוהר מחייב שלילת זכותו של העצור לשלמות גופו ולהגנה בפני פגיעה בכבודו כאדם. התופש נשלל מהעצור; צלם האדם לא נלקח ממנו. ביצוע חוקן בעצור בלא הסכמתו ושלא מטעמים רפואיים, פוגע בשלמותו הגופנית, מחלל את צנעתו, ופוגע בכבודו כאדם".[49] דברים חשובים אלה צריכים שיעמדו לנגד עינינו, במיוחד עתה, עם חקיקת חוקי־היסוד.

ג. בחינת טענות נגד הפירוש המוצע

שתי התנגדויות מרכזיות עשויות לעלות נגד הפירוש המוצע. האחת נוגעת לעצם הוסר־הסבירות לכאורה במגיעת סמכות־עזר מתבקשת – שימוש בכוח, לשם אכיפת היתר שיפוטי. השנייה נוגעת למוורות או האנומליות כביכול של התוצאה המשפטית, לאמור: משניתן ההיתר והאישור הרפואי כחוק, אין החשוד רשאי שלא להסכים לחיפוש, אך עדיין יכול לאחוז בכוח השדירות ובכך למנוע את החיפוש. נדון בהתנגדויות אלה כסדרן.

אשר להתנגדות הראשונה, אכן מצינו בחוק הפרשנות[50] את הכלל הגדול שלפיו, משהוענקה לרשות הסמכה בדין הרי משמעה גם מתן סמכויות־עזר הדרושות לכך במידה המתקבלת על הדעת. לפי מהלך הטענה, סמכות השימוש בכוח סביר (ודאי בכוח מינימלי כאשר ההתנגדות היא אך בהבל־פה) מתקבלת על הדעת, אם לא ממש מתבקשת, כדי לאכוף את מה שמבצע החיפוש הוסמך מבחינה שיפוטית לעשותו.

טענה זו אינה בדין. דיני ההסמכה הציבוריים ופרשנותם כפופים כמובן לדיני החוקה. הפרוצדורה הפלילית כפופה, ככל פרוצדורה מינהלית, למשפט החוקתי;[51] וכבר הראינו כי החזקה הפרשנית הנובעת מכך היא בדבר אי־פגיעה בזכויות אדם. כך יש גם לפרש את הכלל המעניק סמכויות־עזר במשתמע. שימוש בכוח, ולו מינימלי, פוגע במקרה זה באוטונומיית הפרט על גופו ובפרטיותו ולפיכך אין הוא יכול להיחשב כעומד במבחני "ההתקבלות על הדעת",[52] הלכה פסוקה היא כי מבחנים אלה, שהם באותה נשימה מבחני סבירות מינהלית, מבטאים מדיניות שיפוטית. המדיניות השיפוטית, ובמיוחד לפי

---

49. בג"ץ קטלן (לעיל, הערה 48), 298.

50. ראו סעיף 17(ב) לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981, ס"ח 302.

51. ראו בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (3) 355, למשל, דבריו של המשנה לנשיא ברק (כתוארו או) בעמ' 421-422.

52. ואמנם, הפסיקה והספרות מדגישות כי כאשר יש בסמכות־עזר מטוימת כדי לפגוע בחירותו של פרט כלשהו, עליה להיות מעוגנת בהוראת חוק נפרדת המבססת את הסמכות ואין לגזור אותה מסעיף 17 לחוק הפרשנות הנ"ל. ראו יצחק זמיר, הסמכות המנהלית (כרך א, נבו, תשנ"ו), 253-254; בג"ץ 5936/97 לם ואח' נ' דל ואח', פ"ד נג (4) 673, עמ' 685. כן ראו מאמרו המאלף של אורן גזל, "עיכוב לחקירה", ספר זמיר (עתיד להתפרסם בקרוב).

חוקי־היסוד, היא כי "אין רשות מינהלית מוסמכת לפגוע בזכויות האדם אלא אם החוק הסמיך אותה לכך במפורש או, לפחות, בבירור".[53] בשולי סוגיה זו יצוין, כי מכוח כלל זה הסיק בית־המשפט העליון שאין בכוחו של חוק הפרשנות להסמיך רשות מינהלית להטיל על אדם חובה כלשהי (למעט במקרים מיוחדים).[54] אכן, כבר לפני שנים הרבה השכיל הנשיא אגרנט, בע"פ זיאד,[55] לפסול את החלטת המשטרה לדרוש (ואף לחייב ולאבוף) מאסירים שפוטים המוחזקים בתאי־מעצר לנקות את תאיהם, מכוח הסמכות הכללית להחזיק אותם במעצר תוך שהוא קובע במפורש:[56] "והכלל הוא כי במקרה כזה יש להקפיד היטב שחירות זו לא תישלל ממנו [חירות האזרח האסיר – ד"מ] אלא במידה ובצורה המשתמעות ברורות מן התוק".

יתירה מזו: אפשר להציב שאלה מקדמית ובבדת־משקל, האם בכלל מדובר כאן בסמכות־עזר – קרי: סמכות משנית – או שמא הכללת השימוש בכוח בתוך סמכות־העזר אינה אלא מסווה של הקניית סמכות ראשית בדרך של סמכות־עזר? לדעתנו, ספק רב אם השימוש בכוח, קל־וחומר בהיגתן המזקה הפרשנית ברבר זכויות האדם, כאמור לעיל, צריכה להיחשב כסוג של "סמכות־עזר". עמדה סבירה יותר היא, כי מדובר בסמכות ראשית הטעונה הסמכה בחוק.[57] גדולה מזו: אילו אכן הניח המחוקק שמדובר בסמכות־עזר נלווית, עולה השאלה, למה דווקא בתיפוש תיצוני, שהוא פחות פוגעני, טרח המחוקק להקנות במפורש סמכות לשימוש בכוח? העובדה שהמחוקק לא ציין את אופציית השימוש בכוח בהוראות הנוגעות לתיפוש פנימי, אלא רק באלו של תיפוש חיצוני, מעידה כי מכלל הן יש ללמוד את הלאו. על־כן ספק רב אם מדובר בסמכות־עזר שאפשר לגזור אותה – בכפיפות לאמור לעיל – מכוח סעיף 17 לחוק הפרשנות. מכל־מקום, נראה כי המחוקק התכוון לשלול אותה.

מכאן למענה השנייה, שגם בה אין למעשה כל ממש. המצב המשפטי נשוא דיוננו אינו כה מוזר או אנומלי. במונחים הופלדיאנים[58] נתונה בעצם לתשוד, כל עוד לא ניתן ההיתר,

53. זמיר (שם), 253.

54. שם, 253-254.

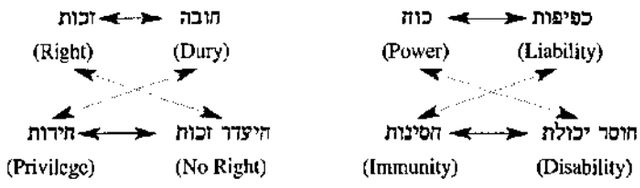
55. ע"פ 40/58 היועץ המשפטי לממשלה נ' זיאד, פ"ד יב 1358.

56. ראו שם, 1364.

57. לא־אחת *התקשה* בית־המשפט במלאכת הסיווג ואף נפלה בין שופטיו מחלוקת בנושא. ראו זמיר (לעיל, הערה 52), 251.

58. לטבלת הופלד ראו: Wesley Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions: As Applied in Judicial Reasoning* (Greenwood press, Westport, Conn., 1978); J.W. Harris, *Legal Philosophies* (2nd ed., Butterworths, London, 1997), 83-93.

טבלת הופלד היא שיטה לניתוח מושגי תשתית נורמטיביים. על־פי הטבלה:



החירות (privilege) שלא להסכים לחיפוש.[59] כנגד חירות זו אין זכות לרשויות לדרוש ממנו שיתוף־פעולה. ההיתר מקנה לרשויות זכות כזו ומעמיד כנגדה את החובה הקורלטיבית של החשוד, אולם תובה להסכים ל-X אינה גוררת בהכרח חוסר־יכולת (disability) משפטית למנוע את X. אין כל סתירה מושגית בין סמכותן (זכותן) של הרשויות לדרוש את שיתוף־הפעולה לחיפוש ובין כפיפותן לכוחו של החשוד למנוע את החיפוש.

יתירה מזו: מצבים נורמטיביים כאלה פזורים בחקיקה ובפטיקה לא רק בהליך פלילי. דוגמא מובהקת ראשונה אפשר להביא מתחום דיני התרופות החוזית. כידוע, רבים המצבים שבהם על־אף אי־קיום החוזה, אין לנפגע כל סעד של אכיפה עקב מניעה משפטית. טלו מקרה שבו ראובן מתקשר בהתחייבות חוזית למכירת הנכס שבבעלותו לשמעון ולאחר־מכן בהתחייבות חוזית נוספת למכירת אותו נכס כלפי לוי. לוי קונה את הנכס בתמורה ובתום־לב. אמנם, על ראובן חובה לקיים את החוזה כלפי שמעון, אולם שמעון מנוע מבחינה משפטית לבקש אכיפת הסכם המכירה, שכן במקרה הנ"ל הדין מקנה ללוי בכורה. אך עדיין אין לומר כי החוזה שנכרת בין שמעון לראובן מתוסר נפקות. בהפוך הוא: הוא תקף ומחייב, ולהפרתו תוצאות משפטיות מלבד האכיפה.[60] דוגמא אחרת לקוחה מתחום המעמד האישי, שם מוכר פסק־הדין המחייב בעל יהודי לתת גט לאשתו, אך אינו מתיר

חן = יחסי מתאם (בין צדדים למערכת בילטרלית).

קו מקוטע = יחסי ניגוד המציינים את מצבו המשפטי של צד למערכת בילטרלית בקשר לאותו סוג "זכות".

על־פי הטבלה הנ"ל, במישור היחסים שבין חירות להיעדר הוכות אם ל-X החירות לבצע A כלפי Y, הרי אין ל-Y זכות לדרוש ש-X יימנע מלבצע A או לנקוט פעולות המעכבות בעד X מלבצע את A. הטבלה ממחישה, שבין חירות לחובה ישנם יחסי ניגוד, ובמלים אחרות: אם יש לפלוני חירות, לא תיתכן בו־זמנית חובה לבצע פעולות השוללות חירות זו.

59. לחירות זו מתכוון החוק בשם הכללי "זכות". ראו סעיף 4(ג) לחוק החיפושים.

60. בעניין זה ראו גבריאלה שלו, דיני חוזים (מהדורה שנייה, דין, תשנ"ה), 526-527. כאותו הקשר מעניין להזכיר את סעיף 3 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, ס"ח 16, הקובע את זכות הנפגע מהפרת חוזה לסעד של אכיפה, למעט ארבעה חריגים. החריג הרלבנטי לענייננו מעוגן בס"ק (2), שלפיו אין לאכוף חוזה באשר האכיפה "היא כפיה לעשות, או לקבל, עבודה אישית או שירות אישי". דוגמא קלסית היא חוזה־העבודה במשפט הפרטי, שאין לאכוף בו את עצם קיום יחסי העבודה (להבדיל ממרכיבים אחרים של החוזה) מכוח חריג זה. מקורו של סייג זה הוא בדיני האקוויטי האנגליים. בהקשר זה יש להדגיש כי הדין הישראלי, הקובע את סעד האכיפה כסעד ראשון־במעלה, סוטה מהדין האנגלי שאינו מכיר בסעד האכיפה כמתבקש אוטומטית מהחובה לקיום החוזה ומסתפק בסעד הכספי (פיצויים). ודוק: המשפט האנגלי תופס את תרופת האכיפה כסעד משני בלבד, המוענק כאשר אין די בתשלום פיצויים. להרחבה בעניין זה ראו שלו (שם), 523-524, 528-530, והאסמכתאות הרבות המאוזכרות שם. עינינו הרואות אפוא שוב, כי מצב הדברים הנורמטיבי הנובע מהעמדה המוצגת על־ידינו – היעדר סמכות אכיפה של זכות ראשונית (בדוגמא האחרונה – לקיום החוזה בעין; ובענייננו – לחיפוש פנימי) – אינו כה אנומלי וזר למשפט.

את כפיית הגט. כאשר ישנה הפרת החיוב למתן גט, אין הכרח להצמיד כפייה כזו**תנית** לכך, אך ברור כי להפרה זו תוצאות משפטיות רבות, כמו לעניין תשלום המזונות, סמכות בית־הדין לדון בחלוקת רכוש ועוד.[61] בתחום הדיון האזרחי יש להצביע על שתי דוגמאות המצביעות על מבנה נורמטיבי דומה והן צווי ה־"Mareva"[62] וה־"Anton Piller",[63] שהם צווים "in personam", החלים ומחייבים את שהצווים מופנים אליהם לשתף פעולה, אך אינם מתירים אכיפה תוך שימוש בכוח. במקרה אחרון זה עשויים סרבני הצווים להתחייב בבזיון בית־המשפט וכמו־כן הם נחשפים לסיכון שבית־המשפט יסיק מסקנות לרעתם עקב הסירוב.[64] אלו בלבד הן התוצאות המשפטיות של הפרת ההובה לשיתוף־פעולה.

המחשה אחרונה תובא מן הכלל הידוע בדיני תעבורה, שלפיו "זכות קדימה אפשר לקבל ולא לקחת". מובנו של הכלל בכך, שעובר־דרך[65] אשר לו זכות קדימה בצומת

61. ראו, למשל, בג"ץ 644/79 גושמן נ' בית הדין הרבני האזורי ואח', פ"ד לד (1) 443; ע"א 798/82 מ' נוני נ' צ' נוני ואח', פ"ד מ (3) 744.

62. סעד המרווה הוא במהותו צו מניעה זמני, המכוון במקור האנגלי נגד נתבע המבקש להבריח נכסים אל מחוץ לתחום השיפוט. במהלך השנים הורחבה תחולתו גם להבחת נכסים בתוך תחום השיפוט.

63. סעד "אנטון פילר" מכוון כלפי הנתבע ומחייבו להרשות את הכניסה לחצריו לשם תפיסתם והעתקתם של מסמכים או לשם תפיסת חפצים והוצאתם מרשותו. החשיבות העיקרית של סעד זה נעוצה בשימוש בו כדי למנוע השמדת ראיות על־ידי בעל־דין.

64. ראו דורון מנשה, "סדר־דין אזרחי: מגמות מרכזיות לקראת כינונה של פרספקטיבה חוקתית", עיוני משפט כב (תשנ"ט) 205, 208-217, במיוחד עמ' 210, והאסמכתאות המובאות שם. כן עיינו: *EMI Ltd. v. Pandit* [1975] 1 All E.R. 418 (Ch. D.). דינים אלה עמדו בתוקפם לפני תיקון תקנות סדר־הדין האזרחי משנת תשס"א (תקנות סדר הדין האזרחי (תיקון מס' 6), תשס"א-2001, ק"ת 5976, אשר שינה כליל את נוסח התקנות. אולם גם לאחר התיקון האחרון, לא רק שמצב משפטי זה – דהיינו: היעדר סמכות לשימוש בכוח – המשיך לעמוד בתוקפו, אלא שחלק מההמלצות שהוצעו במאמר הנ"ל אומצו על־ידי המחוקק. כוונתנו לתקנה 387ד לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984, ק"ת 2220, המסדירה את אופן ביצוע צו התיפוש והכניסה לחצרים וקובעת בס"ק (א), כי "בטרם כניסתו לחצרים ימסור תופס הנכסים או הכונס את צו הכניסה לחצרים והודעה המסבירה את משמעות הצו לפי טופס 44א שבתוספת הראשונה, לאדם שנמדו ניתן הצו או לאדם בגיר אחר האחראי על החצרים מטעמו... ויידע אותו בדבר זכותו להתייעצות טלפונית עם עורך דין, במידת האפשר, וזכותו להגיש הודעת הצטרפות להליך בתוך עשרים ימים; לבקשת האחראי על החצרים, יסביר לו תופס הנכסים או הכונס בשפה ברורה את משמעות הצו, וכי סירוב לאפשר את ביצועו מהווה ביזיון בית משפט ועשוי לשמש ראיה בכסגרת ההליך המשפטי" [ההדגשה שלי – ד"מ]. בכך יש חיזוק רב לעמדה כי התוצאות היחידות היכולות לנבוע מהפרת צווי המריבה והאנטון פילר הן ראייתיות בלבד, בצירוף האפשרות להעמיד את המפר לדין בגין ביזיון בית־משפט לפי פקודת בזיון בית־משפט.

65. לפי תקנות התעבורה, תשכ"א-1961, ק"ת 1425, עובר־דרך הוא כל העושה בדרך שימוש

nevo.co.il

מסוים אינו יכול לאוכפה חד־צדדית כאשר עובר־הדרך החייב בזכות הקדימה אינו מכבדה. יתירה מכך: לא־אחת נקבע, כי עובר־הדרך שלטובתו זכות הקדימה אף חב בחובת הזהירות[66] כלפי עוברי־דרך אחרים, אף אם אינם מכבדים את זכות הקדימה שמקנה לו הדין. על־כן בתי־המשפט חייבו בדין עוברי־דרך ש"אכפו" בעצמם את זכות הקדימה המוענקת להם, אף כאשר עובר־הדרך ה"חייב" במתן זכות הקדימה הפר את חובתו.[67]

בין לנסיעה בין להליכה בין לכל מטרה אחרת. ולענייננו עובר־דרך הוא גם נהג רכב גם הולך־רגל.

66. חובת הזהירות זו בוססה בכמה מישורים: במשפט הפלילי בוססה בין השאר על סמך נהיגה ברשלנות ובחוסר־הזהירות לפי דיני התעבורה (ראו, למשל, סעיף 21 לפקודת התעבורה, [נוסח חדש], תשכ"א-1961, נ"ח 7), ובמקרים אחרים אפילו על סמך עבירת גרם מוות ברשלנות (על־פי סעיף 304 לחוק העונשין). במשפט האזרחי בוססה החובות בין השאר על סמך עוולת הרשלנות הנזיקית (לפי סימן ד לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], תשכ"ח-1968, נ"ח 10). חשוב לציין, כי אף רכבי ביטחון, הנהנים מיתר זכות קדימה, מחויבים אף הם להלכות הנ"ל, הגם שבנדון ישנה הוראה מפורשת בתקנות התעבורה המטילה על רכבי ביטחון, למרות זכות היתר המוענקת להם, חובת זהירות עצמאית ומיוחדת כלפי שאר עוברי־הדרך החייבים במתן זכות קדימה להם, שלפיה אין רכבי הביטחון רשאים להפעיל את זכות הקדימה אלא תוך נקיטת אמצעי זהירות כדי למנוע סיכון או פגיעה בעוברי־דרך או ברכוש. לעניין זה ראו תקנה 94 לתקנות התעבורה הקובעת:

> נוהג רכב בטחון רשאי בשעת מילוי תפקידו (1) לחנות או לעמוד, שלא בהתאם להוראות שניתנו על פי דין; (2) לעבור על פני תמרור או רמזור המורים על עצירה בלי להיעצר, ובלבד שהאיט את מהלכו במידה שהבטיחות מחייבת זאת; (3) לעבור על המהירות המותרת; (4) לעבור על ההוראות המגבילות את כיווני הנסיעה ואת הפניות לכיוונים מסוימים; אולם לא יעשה כן אלא במידה הדרושה למילוי התפקיד המוטל עליו, ותוך כדי נקיטת אמצעי זהירות על מנת למנוע סיכון או פגיעה בעוברי דרך או ברכוש" [ההדגשה שלי – ד"מ].

לעניין יישום תקנה זו ראו, למשל, ב"ש (ב"ש) 20217/99 צוציאשוילי זלמן נ' מדינת ישראל (טרם פורסם); וכן תעבורה (ב"ש) 1299/97 מדינת ישראל נ' מלול (טרם פורסם).

67. ראו, למשל, ע"א 196/75 לוזדה נ' מטיבג ואח', פ"ד ל (3) 430; ע"א 267/58 לקריץ ואח' נ' שפיר ואח', פ"ד יג 1250, שם הוער כי "אף־על־פי שניתנה לאדם זכות־קדימה בתוקף תקנות, עליו לנהוג בזהירות סבירה למען מניעת התנגשויות עם כלי־רכב אחרים. אין הוא רשאי להוסיף ולסמוך על ההנחה, כי הרכב השני יתן לו זכות־קדימה, אחרי שגילה כי הנהג האחר אין בדעתו ליתן לו אותה אין הוא רשאי להתקדם ולחצות את הדרך... הנהג שהוא בעל זכות יתר אינו מוצדק בהתקדמו בנסיעתו..." (שם, 1255). ראו גם ע"פ (ת"א) 70218/99 ציון נ' מדינת ישראל (טרם פורסם), שם נקבע, כי על הנהג הנהנה מזכות קדימה מוטלת החובה להביא בחשבון את האפשרות שמא יפר הנהג האחר החייב במתן זכות קדימה, כאשר בנסיבות העניין אפשרות זו נראית לעין, אף בהקשר של הולכי־רגל קבע

nevo.co.il

די בהמחשות אלה כדי לבסס את הטענה הנזכרת, שזכות או סמכות מינהלית אינה גודרת מיניה־וביה את הסמכות לאוכפה בתנאי חוסר־הסכמה ואין הזכות הנעדרת את סמכות האכיפה בבחינת סיטואציה נורמטיבית כה אנומלית.[68]

יצוין עוד – והדברים כבר נזכרו קודם – כי ההיתר לביצוע חיפוש פנימי אינו מחוסר נפקויות מעשיות. אדרבה: צמודות לו נפקויות ראייתיות, ולעתים אף עונשיות, שאינן בלתי־חשובות לחשוד.

ד. הערה בדבר ראיות שהושגו בעקבות חיפוש בלתי־חוקי

נניח כעת, כי מסקנות רשימה זו נכונות ואופציה פרשנית א אכן משקפת את הדין. עדיין אפשר לטעון, כי במקרה של התנגדות פסיבית רב הפיתוי לרשויות החוקרות לבצע את החיפוש, שכן ראשית נדרש לכך רק כוח מינימלי; שנית, לכאורה, המחסום המוצב על־ידי החשוד הוא אך מחסום של שרירות והפעלת כוח (משפטי) שלא־כדין; ושלישית, מכל־מקום, כל עוד לא יימצאו אחיזה ועוגן ראויים לעיקרון של פסלות הראיות עקב אי־חוקיות מעשה הרשות, ממילא פרות החיפוש יהיו לכאורה קבילים כראיה. כידוע, טרם נקלטו במשפט הישראלי הדוקטרינות הכלליות בדבר פסלות ראיות שהושגו בדרכים לא־חוקיות או לא־חוקתיות – דוקטרינות הידועות בשם "פירות העץ המורעל" או "פירותיו הבאושים של העץ המורעל".[69] המדובר בדוקטרינות המבוססות על רעיון של פסילת ראיות, אשר הן תולדה סיבתית של מעשה רשות שאינו חוקי או חוקתי. על־אף שכאמור, נדחו הדוקטרינות הכלליות, ביטויים מסוימים של רעיון זה מצויים במשפט הישראלי, בעיקר בהקשר של פגיעה בפרטיות (ובפרט בדרך של

בית־המשפט דברים דומים בכמה הזדמנויות. כך, למשל, קבע השופט ויתקון בע"א 160/54 האן ואח' נ' לודיה, פ"ד ט 455, עמ' 458: "'זכות קדימה' זו של ההולך ברגל, אין פירושה שהוא רשאי להתקדם בהליכתו ולסכן את עצמו, ויהי מה!" על דברים אלה חזרו הערכאות השונות לאורך השנים. ראו, למשל, ע"א 84/77 הרדי נ' רז ואח', פ"ד לב (3) 508.

68. אפשר למצוא סיטואציות נורמטיביות אנומליות יותר. כך בתחום הדיון הפלילי הוכרה בעבר מציאות נורמטיבית שבה מתקיימות שתי חירויות נוגדות זו מול זו (שאין לאזן ביניהן). ראו ע"פ 95/51 פודמסקי ואח' נ' חיועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ו 341, עמ' 361-362. באותו עניין הועמדו לדין אסירים אשר ניסו להימלט מכליאה בלתי־חוקית ואגב כך השתמשו בכלי־נשק נגד שוטרים שביקשו לאכוף את הכליאה. הנשיא אגרנט הכיר בשתי חירויות נוגדות: חירות/חופש האסירים להתנגד לכליאה לא־חוקית וחירות/חופש השוטרים לאכוף פקודה שניתנה להם. לאסירים היתה חירות להתנגד ולבקש למלט עצמם מן הכליאה. באותה נשימה היה לשוטרים חופש לעצור את האסירים ולא לאפשר את הימלטותם.

69. ראו למשל, הרנון (לעיל, הערה 47) והשוו לעמנואל גרוס, "כלל פסילה חוקתי – האם יש לו מקום בישראל?", משפטים ל (תשנ"ט) 145.

האונת־סתר)[70] והשגת הודאותיו של נאשם שלא כדין.[71] רצוננו כעת לבקש להעמיד במבחן את ההנחה בדבר קבילות הראיות, למצער ככל שאמורים הדברים בחיפוש פנימי שלא כדין. מן הנימוקים שהובאו קודם דווקא כשעסקינן בחיפוש פנימי בגופו של חשוד, כמשמעותו בחוק ההיפושים, ולהבדיל אולי מחיפוש חיצוני בגוף החשוד על־פי חוק זה ומחיפוש על גופו של חשוד מכות פקודת סדר הדין הפלילי[72] או מכות הקיקה אתרת, הגיון ההגנה מפני חיפוש לא־חוקי נשען פחות על שיקול שלמות גופו של החשוד ויותר על שמירת צנעת פרטיותו. לדעתנו, במקרה מתאים של ביצוע חיפוש פנימי תוך הפרת הוראות חוק החיפושים (גם אם, מן השיקולים שהובאו בחיבור, ניתן היתר ואישור בריאותי, והתנגדות החשוד מבוטאת מילולית בלבד) יהיה מקום אפוא לבחון שוב את הלכת בית־המשפט העליון בד"נ ועקנין[73] לא רק מצד שאלת נכונותה

70. ראו סעיף 13 לחוק האזנת סתר, תשל"ט-1979, ס"ח 118; וסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות תשמ"א-1981, ס"ח 128. ראו, למשל, ע"פ 2286/91 מדינת ישראל נ' בן אילוז, פ"ד מה (4) 289. סעיף 13 לחוק האזנת סתר קובע כדלקמן:

> (א) דברים שנקלטו בדרך של האזנת סתר בניגוד להוראות חוק זה, לא יהיו קבילים בראיה בבית משפט, אלא באחד משני אלה: (1) בהליך פלילי בשל עבירה לפי חוק זה; (2) בהליך פלילי בשל פשע חמור, אם בית משפט הורה על קבילותה לאחר ששוכנע, מטעמים מיוחדים שיפרט, כי בנסיבות העניין הצורך להגיע לחקר האמת עדיף על הצורך להגן על הפרטיות. האונת סתר שנעשתה שלא כדין בידי מי שרשאי לקבל היתר להאזנת סתר, לא תהיה קבילה בראיה לפי פסקה זו, אלא אם כן נעשתה בטעות בתום לב, תוך שימוש מדומה בהרשאה חוקית.

71. ראו סעיף 12(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש] תשל"א-1971, נ"ת 421, הקובע כהאי לישנא: "עדות על הודיית הנאשם כי עבר עבירה, תהא קבילה רק אם הביא התובע עדות בדבר הנסיבות שבהן ניתנה ההודייה ובית המשפט ראה שההודייה היתה חפשית ומרצון". לעניין משמעות תנאי חופשיות הרצון עיינו לדוגמא: ע"פ 115/82 ואח' מועדי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לח (1) 197; ע"פ 154/85 אברושמי נ' מדינת ישראל, פ"ד מא (1) 387.

72. סעיף 22 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש] תשכ"ט-1969, נ"ת 284.

73. ראו ד"נ 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים ואח' נ' ועקנין, פ"ד מב (3) 837 (להלן: ד"נ ועקנין). באותו עניין נפסק ברוב דעות, שפעולה של השקיית של חשוד, בעל־כורחו ותוך שימוש בכוח, במי־מלח שנועדו לגרום להקאה אינה נכללת בתחום הוראותיו של חוק הגנת הפרטיות; שכן חוק זה לא נועד לחול על פגיעה אלימה בגופו של אדם, פגיעה שהיא כשלעצמה עבירה פלילית של תקיפה. דווקא הנמקת בית־המשפט פותחת פתח לטיעון, כי בענייננו – חיפוש פנימי שלא כדין שאינו מסוכן מבחינה בריאותית ואף אינו כרוך אלא במידה זעומה של כוח – הערך המוגן הוא פרטיותו של החשוד. וככל שעסקינן בהליכים פנימיים ומוצנעים יותר ובמידע הנגיש פחות ופחות לציבור, הולכת ומתחזקת – לדעתנו – מסקנה זו, אף שאינה עולה במישרין מדברי רוב השופטים בד"נ ועקנין (ראו דברי הנשיא

nevo.co.il

כשלעצמה,[74] אלא אף מצד ישימותה לעניין המיוחד שמעוררת הקטיגוריה של ביצוע שלא כדין של חיפוש פנימי במובנו בחוק החיפושים. השאלה שאפשר לעורר בהקשר זה היא שאם אכן חיפוש כזה עולה כדי פגיעה בפרטיות במובנה המושגי-כללי, האם היא ניתנת אף להיות מטווגת ככזו במסגרת הוראותיו של חוק הגנת הפרטיות[75] ובכך לחסות תחת הוראת הפסילה הכללית של סעיף 32 לאותו חוק הקובע, כי

> חומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות יהיה פסול לשמש ראיה בבית משפט, ללא הסכמת הנפגע, זולת אם בית משפט התיר מטעמים שיירשמו להשתמש בחומר, או אם היו לפוגע, שהיה צד להליך, הגנה או פטור לפי חוק זה.

יתכן – כך נבקש להקשות – כי מכות כלל פסילה זה המעוגן בחוק הגנת הפרטיות, יש לפסול ראיות שהושגו עקב אביפת חיפוש פנימי בכוח. במקרה כזה לא יוכל אף היתר בית־משפט לחיפוש הפנימי, גם אם ניתן, לשמש הגנה (שיש בה למנוע את פסילת הראיות), שכן ההיתר כפי שניסינו להראות כאן אינו מקנה במשתמע סמכות לביצוע החיפוש בעל־כורחו של החשוד.[76]

שמגר שם, 850; דברי המשנה־לנשיא, השיפט אלון שם, 858-859; והשוו לדברי השופט בך שם, 864: "האם ניתן לתאר פגיעה בולטת יותר בפרטיותו של אדם מהבילוש באמצעות כוח פיסי בתוך נבכי גופו?").

74. לדיון תיאורטי רחב הנוגע להמלצה על אימוץ כלל פסילה חוקתי היונק כוחו מחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, והקובע את פסילת ראיות שהושגו שלא כדין ככלל והכשרת ראיות אלו כחריג – ראו גרוס (לעיל, הערה 69). כמו־כן השוו הרנון (לעיל, הערה 47).

75. ראו סעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות.

76. יצוין, כי הפסיקה במעט הסרת־התייחסויות לסוגיה אחרונה זו ולעניין הכללי נשוא רשימתנו. בפסק־דין יחיד מסוגו בבית־המשפט המחוזי בחיפה, דן השופט דר במקרה שבו ניטלה דגימת דם של החשוד שלא בהסכמתו ומבלי שהתבקש היתר של בית־המשפט קודם־לכן. הסניגור טען, כי בנטילת דגימת הדם מן החשוד נפגעה פרטיותו ועל־כן, ואף לפי חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ראיית הבדיקה פסולה. השופט דר נראה כמניח את נכונותה של אופציה ב הפרשנית שהובאה בחיבור. הוא מציין, כי הפגם היחיד המונע את חוקיות הבדיקה הוא היעדרו של ההיתר ומכאן משתמע כי לסעמו ההיתר מקנה סמכות חיפוש בעל־כורחו של החשוד. באשר לקבילות הראיה מניח השופט דר שהשאלה נוגעת למעמד העיקרון הכללי של "פרי העץ המורעל", ועיקרון זה לא התקבל – לדבריו – בשיטתנו. מדברים אלה משתמע כמובן, שאין הוא רואה עין בעין את העמדה שלפיה מדובר בפגיעה אסורה בפרטיות. עם זאת, לעניות דעתנו, במהלך מחשבתי שאיננו מובהר די צורכו הוא שולל בסופו של דבר את קבילות הראיה משום שאי־הפנייה למתן ההיתר ואי־קבלתו הם לדידו פגמים היורדים לשורשו של עניין ואשר עקב כך "אין מנוס מקביעה שדגימת הדם

דשימה זו אינה מתיימרת לטעון לקליטה כללית ועקיפה של הלכת פירות העץ המודעל "בדלת האחורית" באמצעות סעיף 32 הנ"ל או ליצירת כלל פסילה נוסף המיוחד לחיפוש פנימי, אלא רק להחלת הסדר ספציפי המשמש קליטה ספציפית וקיימת של ההלכה הנ"ל מכות מהלכי הטיעונים, והמסקנות שהוסקו במסגרת הדיון ברשימה זו. לא למותר לציין כי מתגברים הקולות, במיוחד בשל חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, המזמינים דיון מחודש בדבר אפשרות קליטתה של הלכה זו.[77] אולם אין בכוונתו להתפרש בגבולות הדיון גם לסוגיה זו, שכאמור, אפשר שאין צורך בהכרעה בה כדי להגיע למסקנות שהועלו.

ה. סוף דבר

שיקולים פרשניים מורכבים הן במישור הגיתוח הטקסטואלי הן במישור הטיעון הפונקציונלי מצביעים על קיומה של מניעות משפטית מוחלטת לאכיפת חיפוש פנימי בכוח, גם כאשר עסקינן בחשוד העומד בסירובו אף נוכח קיומו של היתר בית־משפט; ואפילו מבוטא סירובו באורח פסיבי־מילולי גרידא, והחיפוש מצריך שימוש בכוח מינימלי בלבד. גרסת תורת הזכויות היתר בית־המשפט מבטא אך את הפקעתה של זכות החשוד לסרב ומחייבו להסכים ולשתף פעולה. משמעותה המשפטית והמעשית של הפרת חובה אחרונה זו נעוצה במישור הראייתי־פרוצטיבי, ולעתים אף הפלילי־עונשי. מצב משפטי זה אינו – כפי שביקשנו להראות כאן – כה מוזר או אנומלי. אדרבה: יש לו אחיזה מוצקה בתורת המשפט והוא מופנם אף בהסדרים לא־מעטים בענפי המשפט השונים. עמדתנו הפרשנית משתלבת היטב אף עם תפיסות תוקתיות מקובלות המשתרגות והולכות אף בתוככי הלכות הדיון הפלילי. לבסוף הערנו, כי ביצוע חיפוש פנימי בעל־כורחו של החשוד עשוי להוביל אף לפסילת הראיות שתתקבלנה מן החיפוש. אף בלא אימוץ דוקטרינות כלליות לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין אפשר שרוות והצלה תימצאנה לו לחשוד מן הדין הנוהג. סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות יכול לשמש אכסניה לכך.

אינה קבילה בהליך זה". ראו ת"פ (חי') 1012/97 מדינת ישראל נ' עאסי (טרם פורסם). ההחלטה בקבילות תוצאות בדיקת הדם טרם פורסמה וניתנה ב־1.2.99. הכרעת הדין ניתנה ביום 26.3.00 ופורסמה בתק־מת 2000(1) 9293.

77. ראו גרוס (לעיל, הערה 69) והרנון (לעיל, הערה 47).

nevo.co.il