



ע"פ 14027/11/15 - פהמי בטיחאת נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו
בשבתו כבית-משפט לערעורים פלייליים

עפ"ג 14027-11-15

בפני כב' הנשיאה דבורה ברלינר, אב"ד
 כב' השופט דוד רוזן
 כב' השופטת אסתר נחליאלי-חיאט
המערער: פהמי בטיחאת
נגד מדינת ישראל
המשיבה: מדינת ישראל

פסק דין

כב' הנשיאה דבורה ברלינר, אב"ד:

ערעור על פסק דינו של בית משפט השלום בתל-אביב (כב' השופטת ל' מרגולין-יחידי) בת"פ

14-05-32552. המערער הורשע לאחר שמיעת ראיות בעבירה על סעיף 186א' לחוק העונשין, החזקת סכין למטרה לא כשרה, הוטלו עליו מאסר על תנאי, קנס בסך 350 ₪ וכן חויב לחתום על התחייבות בגובה 4,000 ₪.

הערעור שבפנינו נסוב על הכרעת הדין בלבד.

האישום, התשתית הראייתית:

1. על-פי האמור בכתב האישום, בתאריך 6.2.14 החזיק פהמי בטיחאת (להלן: "**המערער**") בגן ציבורי בחולון בסכין הניתנת לקיבוע ולא הוכיח כי היא הוחזקה למטרה כשרה. התשתית הראייתית שהיתה בפני בית משפט קמא מצומצמת בהיקפה ואלה נדבכיה:

א. הוגשה הסכין. בבית המשפט הוצגה ללא התנגדות הסכין עצמה והוגשה תמונה ת/1.

ב. בפני בית המשפט העיד הסייר (להלן: "**הסייר**") שתפס את הסכין. לדבריו, בעת שהיה בסיור שגרתי בפארק בחולון ביחד עם שני מתנדבים, הבחין במערער ביחד עם שניים אחרים יושבים מסביב לשולחן ושותים אלכוהול. הוא, ביחד עם חבריו לסיור, ביקשו מהמערער וחבריו לערוך עליהם חיפוש. לא היה להם בסיס לחשד ולכן: "**לפי הלכת בן חיים הסברנו להם**

עמוד 1



שהם רשאים לסרב (עמ' 5 לפרוטוקול). המערער הסכים לחיפוש ואמר שאין לו מה להסתיר. בחיפוש על גופו נתפסה הסכין. הסכין היתה תלויה על מכנסי הג'ינס שלבש עם תפס. אצל השניים האחרים ששהו יחד עם המערער לא נתפס דבר.

ג. הוגשה הודעתו של המערער שבה אישר את החזקת הסכין וטען (בין היתר) כי החזיק בה לצורך חיתוך עגבניות.

ד. המערער עצמו לא העיד. סנגוריתו הודיעה לבית המשפט כי המערער החליט שלא להעיד לאחר שהתביעה סירבה לאפשר לו להיחקר אך ורק באשר לנסיבות החיפוש שבוצע בו (עמ' 9 לפרוטוקול).

ה. מטעם המערער העיד עד הגנה. מדובר באחד משני חבריו של המערער שהיו ביחד עמו בפארק בעת החיפוש. לדברי עד זה, אחד השוטרים עשה עליו חיפוש מבלי לומר לו מאום. העד נשאל:

"ש: היה כאן שוטר שאומר שאמר לשלושתכם שאתם יכולים להגיד לא לחיפוש?

ת: לא אמר לנו. היינו אומרים שהוא יכול לעשות חיפוש בתחנה, לא בפארק".

עיקר ממצאיו של בית משפט קמא:

2. כב' השופטת קמא נתנה אמון בעדותו של הסייר: **"עדותו היתה ברורה מאוד ומפורטת ועקבית ולא מצאתי כל בסיס לפקפק במתואר על-ידו ובמתועד בזמן אמת בדו"ח הפעולה שערך".** דו"ח הפעולה לא הוגש. על בסיס עדותו נקבע כי המערער וחבריו אכן נתבקשו להסכים לחיפוש והסכימו לאחר שהבינו כי עומדת להם הזכות לסרב לו מבלי שהדבר ייזקק לחובתם. את החיפוש עצמו ערך אחד משני המתנדבים. העובדה שהמתנדבים לא תיעדו את האירוע היא אכן בבחינת מחדל, אולם מדובר במחדל שאינו יורד לשורשו של ענין ואין בו כדי לפגום במשקל דבריו של הסייר. הסייר היה עד ראייה לחיפוש כולו שעל כן אין פגם בכך שהוא זה שערך את דו"ח הפעולה.

באשר לחוקיות החיפוש, אליבא דבית משפט קמא, משהוסבר למערער כי הוא רשאי לסרב לחיפוש, הרי שהחיפוש עמד בדרישות שנקבעו בפסיקה, הכוונה לרע"פ 101414/09 בן חיים נ' מדינת ישראל (להלן: **"בן חיים"**). הלכה זו קובעת כי הדרישה היא להבהיר למי שנתבקש חיפוש לגביו, כי נתונה לו הזכות לסרב לביצוע חיפוש והסירוב לא ייזקק לחובתו. חובה זו מולאה על-ידי הסייר והמערער הבין את שהוסבר לו. מדובר על כך **"בהסכמה מדעת"** שיכולה להוות תחליף לחשד סביר.

בית משפט לא נתן אמון בעדותו של עד ההגנה וקבע, כי עדותו היא בלתי מתקבלת על הדעת ולא מתיישבת עם הראיות האחרות. מכל מקום, עד זה התייחס במהלך עדותו בעיקר לעצמו בהבדל מהתייחסות למערער וגם מטעם זה אין משקל ממשי לדבריו. משהוכחה תפיסת הסכין עבר הנטל לכתפי המערער. המערער לא הרים נטל זה.



בחירתו שלא להעיד מהווה תוספת ראייתית ותמיכה לראיות התביעה ובשורה התחתונה, העבירה של החזקת סכין למטרה לא כשרה הוכחה.

הערעור:

3. שני ראשים לערעור: עובדתי ומשפטי.

באשר לפן העובדתי - הסנגוריה חולקת על קביעות המהימנות של בית משפט קמא וכפועל יוצא מכך, על הממצאים שנקבעו. הערכתו של בית משפט קמא כי עדות הסייר היתה מהימנה: **"איננה יכולה לעמוד"**. מדובר בעד שהעיד 11 חודשים לאחר האירוע, הוא כותב כ- 10 דוחות ביום, המקום שבו נערך החיפוש הוא מקום שבו פועל הסייר פעמים רבות שעל כן ספק אם יכול היה לזכור בזכרון חי את האירוע נושא כתב האישום. הסנגוריה מפנה גם לסתירות שקיימות לדעתה בגרסת הסייר, במיוחד ביחס לשאלה מדוע המתנדבים לא כתבו דוחות.

אין לקבל מצב שבו אנשי משטרה ולענין זה גם מתנדבים במניין, לא יתעדו אירוע שבו נטלו חלק. בהיעדר תיעוד ומשנמעה התביעה להביא את המתנדבים לדוכן העדים, יש לזקוף מחדל זה לחובתה ושגה בית המשפט כאשר לא נתן לכך משקל מתאים.

"הראש" העובדתי כולל גם הסתעפות משפטית. לטענת הסנגוריה, שגה בית משפט קמא כאשר לא הורה על קיומו של משפט זוטא באשר לקבילות הסכין כראיה. יש לבית המשפט סמכות להורות על משפט זוטא גם באשר לקבילות ראיה חפצית ובנסיבות התיק הנוכחי, היה מקום להורות על כך. בית המשפט היה ער לכך שהמערער לא עלה על דוכן העדים אך ורק משום שהתביעה סירבה לאפשר לו להיחקר על נסיבות החיפוש בלבד ולא על כל נושא אחר. כיוון שבית המשפט הועמד על הסיבה שבשלה נמנע המערער מלהעיד, היה עליו להורות על משפט זוטא באשר לקבילות הסכין, חרף העובדה שהסנגוריה לא עתרה לקיומו וחרף העובדה שקיום משפט זוטא ביחס לראיה חפצית מהווה בפני עצמו חידוש, עד כדי כך שלא עלה בידי הסנגור להציג אסמכתא של ממש למקרה שבו נערך משפט זוטא לגבי ראיה שכזו.

מכל מקום, גם אם לא נערך משפט זוטא, שגה בית משפט קמא כאשר זקף לחובתו של המערער את העובדה שלא העיד בנסיבות אלה.

"הראש" המשפטי: הטענה שמעלה הסנגוריה היא ברורה וחדה: הסכמה מדעת לעריכת חיפוש איננה יכולה להוות תחליף לקיום חשד סביר. הסנגוריה ערה כמובן להלכת בן חיים שנקבעה בדעת רוב ולפיה: **"...יכולה הסכמת האדם לשמש תחליף לדרישת החשד הסביר..."**, אלא שלשיטתה אין מדובר בהלכה מחייבת. זאת משום שהקביעה המשפטית בנושא זה התייחסה לנושא שניתן היה להשאירו בצריך עיון וההכרעה בו לא נדרשה לאור העובדות הקונקרטיות באותו ענין. הדברים שנאמרו על-ידי כב' נשיאת בית המשפט העליון, כתוארה אז, השופטת ד' בייניש וכן השופטת ע' ארבל היוו "אוביטר דיקטום", שעל כן כאמור אינם בבחינת הלכה מחייבת.

הסנגוריה הפנתה לענין זה לרע"פ 229/12 כהן נ' מדינת ישראל (להלן: **"ענין כהן"**), שם אמר בית המשפט כי:



"הדין בשאלה האם יכולה הסכמה מדעת להכשיר חיפוש נעדר סמכות, נידונה באותה פרשה (הכוונה לענין "בן חיים") בבחינת למעלה מן הצורך...". מכאן שנפתחה הדלת, כך לשיטת הסנגוריה, לאימוץ דעת המיעוט של כב' השופט י' דנציגר בפרשת "בן חיים". כב' השופט דנציגר היה בדעה כי הסכמה מדעת אינה יכולה להוות תחליף לחשד סביר בשל הנימוקים שפורטו על-ידו, והסנגוריה מבקשת לאמץ עמדה זו.

עמדת המדינה:

4. כפי שניתן לצפות התביעה טוענת כי אין להתערב בהחלטתו של בית משפט קמא.

באשר לפן העובדתי, אין כל סיבה להתערב בקביעות המהימנות של בית משפט קמא כשהכוונה היא בעיקר להערכת מהימנותו של הסייר. התביעה מצביעה על כך שהדו"ח שערך הסייר לא הוגש, ללמדך שלא היה פער בין הדברים שנאמרו בעל-פה לדברים שתועדו בכתב. בית משפט רשאי היה להתרשם כי העד מסוגל לזכור היטב את האירוע, גם אם חלף פרק זמן של כ- 11 חודשים.

למעשה ככל שמדובר בשאלת ההזרה שהזכיר הסייר את המערער והבנתו של זה האחרון את משמעותה, לא עמדה בפני בית המשפט כל גרסה אחרת למעט זו של הסייר, שהרי המערער לא העיד.

באשר לטענה כי היה על בית המשפט לקיים משפט זוטא - הטענה מופרכת מעיקרה, כך לשיטת התביעה. משפט זוטא נועד לבחון את חופש הרצון של אדם ולא את השאלה האם הוזרה. אם תתקבל עמדת הסנגוריה, הרי שכל מחלוקת עובדתית יכולה להגיע לכלל משפט זוטא. כך למשל ולשם ההמחשה בלבד, אם יאמר עד כי הוא אמר דברים מסוימים, רק משום שהובטח לו שהם לא יישמשו כנגד פלוני הנאשם, הרי שלפי שיטת הסנגוריה תהיה בכך עילה לקיומו של משפט זוטא לענין השאלה האם נאמרו הדברים או לא. משפט איננו אמור להיות "קונפדרציה של משפטי זוטא" וזו תהיה התוצאה אם תתקבל עמדת הסנגוריה, כי היה צורך במשפט זוטא במקרה הנוכחי.

באשר לאזהרה כתחליף לחשד סביר- המדינה מפנה להלכת בן חיים, ולטענתה אין מקום לסטות ממנה.

דין והכרעה:

5. הקדשנו פרק זמן לא מבוטל לשמיעתו של ערעור זה ולאחר שעשינו זאת, המעט שנוכל לומר הוא כי לא עלה בידי הסנגוריה להציג נימוקים של ממש להתערבות בפסק דינו של בית משפט קמא.

להלן נתייחס לסוגיות שהועמדו לפתחנו על-פי סדר הטיעונים שהושמעו ופורטו לעיל.

באשר לקביעות המהימנות, יגענו ולא מצאנו על שום מה סבורה הסנגוריה כי תיק זה יהיה החריג שבו תתערב ערכאת הערעור בממצאי מהימנות. העד המרכזי או שמא העד הרלוונטי היחיד היה הסייר. נימוקיו של בית המשפט למתן העדות בו עומדים בפרמטרים המקובלים. מדובר בממצאים המבוססים על התרשמות לצד בחינה קונקרטית של הדברים. בית המשפט רשאי היה להתרשם כי העד זוכר היטב את הדברים, חרף העובדה



שהעיד כ- 11 חודשים לאחר האירוע. בית משפט ציין כי מדובר בעד ש"העיד לפרטי פרטים של ההתרחשות מתוך זיכרון מפורט וחי ובשום שלב לא נדרש לרענן". אלה אכן אמות מידה רלוונטיות לענין ההתרשמות ושכמותן ניתן למצוא בכל תיק שבו עומדת על הפרק קביעת מהימנות של עד.

צודקת התביעה כאשר היא מפנה לכך, שהדו"ח שרשם העד לא הוגש. חזקה על הסנגוריה שהיתה מגישה אותו לו היו סתירות של ממש בין מה שתיעד בזמן אמת, לבין דבריו בבית המשפט. הסנגוריה מפנה למה שהיא רואה כחוסר היגיון וחוסר סבירות בגרסת הסייר כאשר אותו חוסר סבירות צריך להוליד, לשיטתה, לפקפוק בדבריו. כך למשל, העיד הסייר כי ביקש מהמערער וחבריו לשפוך את המשקה האלכוהולי ואלה סירבו. לא הגיוני כי מי שסירב לשפוך משקה אלכוהולי יסכים מיניה וביה לעריכת חיפוש על גופו. זוהי גרסה לא הגיונית ומכאן- לא אמינה.

איננו רואים עין בעין עם הסנגור בנושא זה. מידת הסבירות שבדרך הפעולה נתונה לוויכוח. לו היה המערער עולה על דוכן העדים ניתן היה לחקור אותו בנקודה זו, אלא שהוא בחר כזכור שלא להעיד. בהחלט יתכן כי המערער וחבריו סירבו למה שנראה להם כנזק מוכח, קרי: שפיכת האלכוהול ששייך להם והסכימו לחיפוש שאינו גורם להם נזק. מכל מקום, אין מדובר באבסורד שיכול לשאת על גבו משקל הכרעה חריגה ולפיה, זהו המקום בו יש להתערב בממצאי המהימנות בשל חוסר סבירות שיוודת לשורשו של ענין.

6. באשר לחוסר התייעוד של המתנדבים- אין לנו אלא להצטרף לדבריו של בית משפט קמא. מן הראוי היה שהמתנדבים יכתבו גם הם את אשר ראו עיניהם, אולם ניתנו לכך הסברים: הסייר הסביר כי אין להם הרשאה לרישום דוחות ממוחשבים, ש"אלה הדוחות היחידים שאנו רשאים למלא" (עמ' 7 לפרוטוקול). בין אם ההסברים מצדיקים את ההימנעות מכתובת הדוחות ובין אם לאו, רשאי היה בית משפט להגיע למסקנה כי מדובר במחדל שאינו יורד לשורשו של ענין. לפיכך, קביעותיו העובדתיות של בית משפט קמא באשר לכך שהמערער וחבריו אכן הוזהרו כי הם רשאים לסרב לחיפוש והסכימו מדעת לאחר שהבינו את האזהרה לחיפוש, תישארנה בעינן.

לא מצאנו פסול גם בקביעותיו של בית משפט קמא באשר למשקל דבריו של עד ההגנה, גם לגבי מדובר בהפעלת פרמטרים מקובלים להערכת מהימנות ומשקל. כך, הקביעה כי העדות אינה מתיישבת עם הראיות הנוספות, וכך גם הקביעה שעליה לא ניתן למעשה לחלוק כי העד התייחס בעיקר לעצמו לא לדברים שנאמרו או לא נאמרו למערער.

7. מכאן לצורך במשפט זוטא לענין קבילותה של הראיה החפצית, קרי: הסכין. עיינו ושברנו ועיינו הן בפרוטוקול והן בטיעוניו של הסנגור ואחרי שעשינו זאת, לא ברור לנו מאיפה צצה הצעה זו ועל מה היא נשענת. הסכין עצמה הוצגה לבית המשפט מיד בתחילת הדיון (ר' עמ' 4 לפרוטוקול), ובמקביל הוגשה התמונה של הסכין והכל ללא התנגדות. וכי מדוע צריך היה בית המשפט לקיים משפט זוטא בנסיבות אלה כאשר המערער מיוצג והוא אינו מציג כל התנגדות להגשת הסכין?

הסנגור מבסס את טענתו בהקשר זה על ההתפתחות המתועדת בעמ' 9 לפרוטוקול. באותו עמ' הודיע הסנגור לבית המשפט כי: "הואיל וטענת הנאשם היא בנוגע לחיפוש ועל מנת שלא נימצא שבית המשפט ירשיע



את הנאשם רק בשל עדותו בבית המשפט, אנחנו נימנע מהעדת נאשם, זאת לאחר שהסברתי לנאשם מה המשמעות של הימנעות מעדות לפי החוק והוא הבין זאת, וזאת גם לאור אי הסכמתה של התביעה לאפשר את עדות הנאשם אך ורק לנסיבות החיפוש שבוצעו בו". הנאשם עצמו אישר כי הבין את הדברים לאחר שהם תורגמו לו. אם ירדנו לסוף דעתו של הסנגור, בשלב זה היה צריך בית המשפט לעצור את מהלך הדברים ולהכריז כי יש צורך במשפט זוטא לקבילות הסכין שהתקבלה בהסכמה זה מכבר כראיה.

מכל זווית שהנושא ייבחן, מדובר בטענה מופרכת בעליל וחסרת כל ממשות. החל בכך שהמערער היה מיוצג היטב על-ידי סנגורית שכלכלה את צעדיה תוך מחשבה, כפי שמעיד המהלך שנקטה בו. ההצעה בשלב זה שתידרש עריכתו של משפט זוטא איננה אלא מקצה שיפורים וביטוי לחוסר הסכמה לענין קו ההגנה שנקטה בו הסנגורית המייצגת. נאמר כבר בפסיקה לא אחת, כי אין חקר לתבונתו של סנגור מוכשר. הסנגורית בזמן אמת סברה כי זו הדרך המתאימה. היא לא ראתה לנכון לבקש משפט זוטא. הצעתו "היצירתית" המאוחרת של הסנגור הנוכחי לפנות בשלב זה להליך של משפט זוטא, היא כאמור "קלסיקה" של מקצה שיפורים שאין לו מקום בערכאות הערעור.

8. עבור לכך כי לא ברור לנו כיצד הושלכה הכפפה אל בית המשפט על-מנת שהוא ירים אותה, דהיינו שבית המשפט מיוזמתו יורה על משפט זוטא שלא נתבקש. שופט בשיטה האדברסרית אינו יוזם מהלכים, בוודאי לא כאשר מדובר בקו הגנה מובנה שמוצג על-ידי סנגור ועל פניו מצביע על מחשבה והכרת החומר שבפניו.

צודקת התביעה גם כאשר היא אומרת, שאין קשר בין הסיטואציה הנוכחית לבין מהותו של משפט זוטא. משפט זוטא נועד לבחון את רצונו החופשי של פלוני לאמירה מסוימת. הורתו ולידתו של משפט הזוטא היא בסעיף 12 לפקודת הראיות (נוסח חדש) התשל"א-1971. סעיף 12א' אומר: **"עדות על הודיית הנאשם כי עבר עבירה תהא קבילה רק אם הביא התובע עדות בדבר הנסיבות שבהן ניתנה ההודיה ובית המשפט ראה שההודיה היתה חופשית ומרצון"**. הנה כי כן, הודיה ולא ראייה חפצית. גם אם תאמר שניתן להרחיב את גדר ההודיה ולהחילה על ראייה חפצית, לא התעוררה בתיק זה כל שאלה באשר לרצונו החופשי של המערער. נזכיר בהקשר זה, כי הודעתו של המערער הוגשה ללא התנגדות. בהודעה מודה המערער כי החזיק בסכין, אלא שלטענתו: **"אני לא יודע שזה החזקה אסור"** וטענה נוספת: **"אני אומר לך, הייתי חותך בזה עגבניות"**. הנה כי כן, אלה הטענות של המערער בהבדל מטענה כלשהי שיש לה ולו נגיעה חלקית בשאלת רצונו החופשי לעריכת החיפוש ולתפיסת הסכין.

אנו דוחים, איפוא, מכל וכל את הטענה כי נפלה שגגה מעם בית משפט קמא כאשר לא הורה על עריכת משפט זוטא, ממילא אמרנו בכך כי רשאי היה בית המשפט להסיק את המסקנה המשפטית המתחייבת מכך שהמערער לא עלה על דוכן העדים ורשאי היה לראות בכך, חיזוק כפי שאכן ראה מכח סעיף 162(א) לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב) התשמ"ב-1982.

9. מכאן לטענה המרכזית של ב"כ המערער, קרי: הסכמה מדעת לחיפוש אינה שקולה כנגד חשד סביר ואינה מקנה סמכות לעריכת חיפוש ללא צו.

עד שאנו מגיעים לדין לגופו אנו רואים להעיר כדלקמן:



גם טענה זו בדומה לאמור לעיל בנושא עריכת משפט זוטא, לא נטענה בבית משפט קמא. אדרבא, הטענה היתה כי: **"התביעה לא הוכיחה שאכן ניתנה הסכמה מדעת לחיפוש הזה... אנו מבקשים מאמץ נוסף מהמשטרה להצביע על הסכמה מדעת... אני אישית סבורה ששוטר, סייר, צריך ללכת כמו שהוא הולך עם דו"ח מעצר, ללכת עם טופס הסכמה מדעת ולהחתים את האדם על כך שהוא מבהיר לו שהוא מבין את ההסכמה מדעת"** (עמ' 18 לפרוטוקול, סיכומי הסנגורית).

מדובר בקו הגנה פשוט, ברור ונחרץ שאינו טעון פרשנות. הטענה היא כי לא היתה הסכמה מדעת בהבדל מהטענה המשפטית דהיום, כי גם הסכמה מדעת איננה יכולה להוות תחליף לחשד סביר. הסנגור שהיה ער לכך שהטענה לא הועלתה אמר ושב ואמר בפנינו, כי טיעונים משפטיים ניתן להעלות לראשונה גם בערכאת הערעור, הגם שערכאה קמא לא דנה בהם.

אכן כך, טיעונים משפטיים נתונים לביקורתה של ערכאת הערעור גם כאשר לא הועלו בערכאה הדיונית ועדיין יש טעם לפגם בדרך התנהלות זו. הרושם הוא כי גם באשר לטענה זו מבטלת הסנגוריה במחי יד את שיקול דעתה של הסנגורית שייצגה בבית משפט קמא, ומאמצת קו טיעון שונה חזיתית מהטענה המקורית. במיוחד כך כאשר מדובר בטענה עקרונית שעומדת בבסיס הערעור. מכל מקום חזקה על בית משפט קמא שהיה מתייחס לטענה זו ומביע את דעתו באופן שערכאת הערעור היתה נקראת לעשות את תפקידה מימים ימימה ולבדוק את שיקול דעתו. שלא לדבר על כך שהעלאת הטענה בבית משפט קמא, שמא היתה מחייבת גם זוויות נוספות לבחינת המסד העובדתי, תוך מתן דגש יתר לדברים המדויקים שנאמרו למערער, לנסיבות שהצדיקו עריכת החיפוש על בסיס הסכמה בהבדל מחשד סביר וכיו"ב.

10. גם בהנחה שהמערער עבר את המשוכה הראשונה קרי העובדה שמדובר בטענה חדשה, עליו לעבור שתי משוכות נוספות בדרך לקבלת הערעור:

המשוכה הראשונה: עצם קיומה של הלכת "בן חיים" כאשר סעיף 20(ב) לחוק יסוד השפיטה מורה כי: **"הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט זולת בית משפט העליון"**.

המשוכה השנייה: גם בהנחה שהלכת "בן חיים" אינה מחייבת- האם יש מקום להעדיף את דעת המיעוט כב' השופט י' דנציגר, על פני דעתן של כב' הנשיאה כתוארה אז ד. בייניש וכב' השופטת ע. ארבל.

11. באשר למשוכה הראשונה: דעתנו היא כי הלכת "בן חיים" הקובעת כי הסכמה מדעת יכולה להוות תחליף לחשד סביר, היא הלכה מחייבת שאינה בבחינת אמרת אגב, וכל עוד לא שונתה בפסק דין של בית המשפט העליון יש לנהוג לפיה בבחינת כזה ראה וקדש.

כך הגדירה כב' הנשיאה בייניש את הסוגיה שבגינה ניתנה רשות הערעור (בפרשת "בן חיים"): **"כאמור, החלטנו ליתן רשות ערעור בבקשות שלפנינו ולדון בבקשות כבערעורים וזאת בשאלת החיפוש בהסכמה וראיות שנתקבלו כתוצאה מחיפוש שעילתו בהסכמה בלבד... השאלה שלפנינו היא בעלת חשיבות משפטית וציבורית בלתי מבוטלת והיא שבה ומתעוררת כאשר החיפוש מבוסס על הסכמה**



בלבד" (פסקה 15, ההדגשות אינן במקור).

הנה כי כן: זוהי השאלה שעמדה על הפרק זוהי השאלה שנידונה בהרחבה, ובדיעבד זוהי השאלה שבה נחלקו הדעות והתקבלה הלכה עפ"י דעת הרוב.

על דרך הערת אגב (בהבדל מאמרת אגב שהיא ככל הנראה הנרטיב המוביל בחלק זה של הדיון הנוכחי) כדאי אולי להפנות לתמצית פסק הדין שהמופיעה ב"מיני רציו" כדלקמן: **"בית המשפט העליון קבע ברוב דעות כי בהיעדר מקור סמכות אחר ובנסיבות המצדיקות זאת הסכמתו של אדם לעריכת חיפוש על גופו בכליו או בביתו עשויה להוות מקור סמכות עצמאי לביצוע החיפוש, ודוק על אותה הסכמה להיות הסכמת אמת מודעת ורצונית".**

השימוש בטרמינולוגיה מיני רציו- הגם שאינו מחייב, מדבר בעד עצמו.

בחינת פסק הדין בפרשת בן חיים לגופו מצביעה על כך שלא ניתן לנתק את הצורך בשאלת ההסכמה מדעת כתחליף לחשד סביר (או מקור הסמכה אחר) מהתוצאה הסופית אליה הגיע

בית המשפט שם.

נבהיר כוונתנו: התוצאה הסופית בפרשת בן חיים אכן היתה כי באשר לשניים משלושת התיקים (שהדיון בהם אוחד והם מהווים יחד את פרשת בן חיים) ההסכמה שניתנה לא היתה הסכמה מדעת, שעל כן יש לפסול את הראיה שנתקבלה כתוצאה מהחיפוש שנערך בתנאים אלה.

אולם, לדיון בשאלת הגדרתה ואופיה של הסכמה מדעת, הגיע בית המשפט על בסיס ההכרעה בשאלה הראשונה (שהיא הרלוונטית לענייננו) קרי: האם הסכמה בהנחה שהיא עומדת בקריטריונים שנקבעו, יכולה מלכתחילה לשמש בסיס לעריכת חיפוש.

ללא קביעה כי הסכמה מדעת יכולה להוות תחליף לחשד סביר (או מקור הסמכה אחר) לא היה בית המשפט מגיע כלל לדיון בשאלה מהי הסכמה מדעת, שהרי מה לי הסכמה מדעת ומה לי הסכמה שלא מדעת אם כך או כך היא לא תכשיר את החיפוש.

הדיון היה נעצר ולא ממשיך הלאה עד למסקנה האופרטיבית כי יש לפסול את הראיה. לפיכך שני חלקי הדיון שלובים זה בזה ללא יכולת לנתק ושניהם על כן מהווים את ההלכה המחייבת. בספרו "להיות שופט" כותב כב' השופט שלמה לוי: **"לא כל דבר שייכתב בפסק דין של בית המשפט העליון הוא תקדים. מה שמחייב הוא אותו חלק בפסק הדין שהיה דרוש כדי להגיע לתוצאה הסופית".**

כאמור- לא ניתן היה להגיע לתוצאה הסופית ללא ההכרעה כי הסכמה מדעת יכולה להוות תחליף למקור סמכות.

אם יותר לנו להביע דעתנו: נראה לנו כי דווקא הקביעה כי הסכמה מדעת יכולה להוות מקור הסמכה היא החלק החשוב, והדומיננטי בהלכת בן חיים.



בסוגיה זו נתנה רשות הערעור, סוגיה זו לובנה לפני ולפנים, ומה שנקבע בה- הוא ליבת הלכת בן חיים.

במאמרו, שופט בחברה דמוקרטית (משפטים כ' תשנ"א עמ' 299) הגדיר כב' הנשיא בדימוס אהרון ברק הלכה פסוקה כדלקמן: **".. לדעתי הלכה פסוקה משמעה טעם ההחלטה. רק בה מתגלה אחריותו המרכזית של בית המשפט.."** לעניינינו: אין ספק כי בקביעה ולפיה הסכמה יכולה להוות תחליף למקור הסכמה מתגלה אחריותו המרכזית של בית המשפט. בכך דן, ועל כך נטל את האחריות.

12. מענין לענין באותו ענין: הלכת בן חיים, על שני חלקיה, קרי כי הסכמה יכולה להוות בסיס לעריכת חיפוש אולם עליה להיות הסכמה מדעת על כל מאפייניה, היא אחת ההלכות החשובות שנקבעו בשנים האחרונות בתחום ההגנה על זכות אדם של אזרחים, עימם באה המשטרה במגע.

ההלכה יצרה מהפכה זוטא, והיא מהווה פרק נוסף בנושא הפסילה הפסיקתית. אין לך היום שוטר במדינת ישראל, כך לפחות יש לקוות, שאינו יודע כיצד עליו לפעול בנושא חיפוש תוך יישום הלכת בן חיים.

עצם העובדה שמדובר בהלכה בעלת פן אופרטיבי מובהק שהתקבעה והפכה להיות אבן דרך בכל התנהלות המשטרה מחייב זהירות יתר, לפני שמסיטים אותה הצידה.

לעולם ניתן לחשוב מחדש, לבחון מחדש את מערכת האיזונים שהכתיבה את התוצאה ולשקול את האפשרות שמא מן הראוי לשנות את ההלכה.

אולם, הזכות לשינוי שכזה שמורה כאמור לבית המשפט העליון וחזקה עליו כי אם יעשה זאת, יקדיש לכך מחשבה והגות ממש כמו אלה שנדרשו לעיצוב ההלכה מלכתחילה.

13. כנגד כל האמור לעיל מציב הסנגור את פרשת כהן, בה כזכור, הטענה היא כי בית המשפט העליון אמר את דברו והגדיר את הדין בשאלת ההסכמה כתחליף למקור הסכמה אחר. "בבחינת למעלה מן הצורך" - במילים אחרות, אמרת אגב שאינה מהווה הלכה מחייבת.

עיינו אף אנו בפרשת כהן. ספק בעינינו אם אכן הכוונה היתה לכך שמדובר באמרת אגב במובנה המשפטי- דיוני, קרי: מידת הכפיפות של הערכאות הדיוניות להלכת בן חיים. השאלה מהי אמרת אגב היא שאלה מורכבת כפי שהוסבר לעיל, ובפרשת כהן לא הורחב הדיבור בנושא זה.

מכל מקום, מה שלא יכול להיות שנוי במחלוקת הינה העובדה שהדברים בפרשת כהן נאמרו בעליל ובמובהק כאמרת אגב: **"יצוין כי בפסק הדין נדונה אף השאלה האם יכולה הסכמה זו להחליף את החשד הסביר סוגיה זו אינה מתעוררת בהליך הנוכחי שבו המבקש אינו טוען בפנינו כי לא התקיים חשד סביר לביצוע החיפוש"**.

הדגש הוא על כך שבפרשת כהן הסכימה המדינה לזיכוי של המבקש מהעבירות של החזקת סכין והחזקת כלי פריצה.

שאלת העבירות (שלגביהן יכולה היתה להתעורר סוגיית ההסכמה מדעת כתחליף) לא עמדה כלל על הפרק



ולפיכך, בלשונו של כב' השופט ג'ובראן: "איננו נדרשים להכריע בסוגיה זו אף בהליך הנוכחי".

הוא שאמרנו: אמרת אגב היא הנרטיב המוביל בחלק זה של הדיון: בהסתמך על אמרת אגב מובהקת (בפרשת כהן) מבקש הסנגור להפוך את הלכת בן חיים לאמרת אגב.

נראה לנו כי אין לכך מקום.

סיכום ביניים: דעתנו היא כי המערער לא עבר את המשוכה הראשונה, הלכת בן חיים היא הלכה מחייבת הן לענין ההסכמה מדעת כתחליף, והן לענין מהותה של הסכמה מדעת והתנאים שיש לעמוד בהם.

14. מכאן למשוכה השניה:

אפילו היינו יוצאים מנקודת הנחה כי אכן נפתחה הדלת, ורשאי כל שופט לאמץ לעצמו את הדעה הנראית לו, דעת הרוב או דעת המיעוט בפרשת בן חיים, היינו מצטרפים בכל הענווה לדעת הרוב.

על אלה עמדה כב' הנשיאה בייניש בהחלטתה:

השאלה האם הסכמה מדעת מכשירה חיפוש ללא מקור סמכות אחר, צריכה להיבחן משתי זוויות ראייה, זו של החשוד וזו של המשטרה.

באשר לחשוד- אין ספק שחיפוש, גם בהסכמה, פוגע בפרטיותו. הזכות לפרטיות היא זכות יסוד, המעוגנת בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו.

אולם, אותה אוטונומיה של הפרט העומדת בבסיס זכותו לפרטיות היא גם זו שמקנה לו את הזכות להחליט לוותר עליה במקרים מסוימים ולהסכים לחיפוש, ובלבד שההסכמה לאותו ויתור תהיה מודעת ורצונית.

באשר לזווית הראייה של המשטרה: הדגש הוא על עיקרון חוקיות המינהל. עריכת חיפוש מבוצעת מכוח סמכותה השלטונית של המשטרה ועליה לעמוד באמות המידה שנקבעו בהוראות המשפט המנהלי. גם השוטר הבודד הוא רשות מנהלית ומכאן שאין לו אלא אותן סמכויות המוקנות לו בחוק, ואין הוא רשאי לפעול ללא סמכות כזו.

יחד עם זאת, צריך לבחון מיהי הרשות המבקשת לחרוג מכלל חוקיות המנהל לשם מה.

הסכמה מתבקשת ע"י שוטר הפועל להגנה על החוק ולשמירה על שלום הציבור. הסמכויות שהוקנו לשוטר נועדו לקדם מטרות אלה.

העובדה שהשוטר פועל לשם מטרות אלה ולשם קידום האינטרס הציבורי אינה מכשירה חריגת השוטר מסמכויותיו אך יש בה כדי להשפיע על פרשנות סמכויות, לכן כאשר מדובר בפגיעה קלה יחסית בזכות לפרטיות הנעשית בהסכמת האדם עליו נערך החיפוש, יכולה ההסכמה לשמש תחליף למקור סמכות.

לכך הוסיפה השופטת ארבל כי הצורך להילחם בפשיעה הגואה מחייב מתן כלים זמינים למשטרה שיאפשרו לה



ליצור הרתעה, למנוע אירועים פליליים ולהיבטי אכיפה יעילה, כל זאת תוך שמירה על שלום הציבור והקפדה על זכויות הפרט. הדרך לאיזון בין האינטרסים השונים ימצא בגיבוש נהלים ויצירת אמות מידה קפדניות באשר למהותה של הסכמה מדעת ועל כך הורחב הדיבור.

כב' השופט דנציגר אשר חלק כאמור על דעתן של השופטות בייניש וארבל שם את הדגש על עיקרון חוקיות המנהל, ולצידו פערי הכוחות המובנים במצב בו איש מרות מבקש את הסכמתו של אדם מן הישוב לערוך עליו חיפוש.

עקרון חוקיות המנהל אוסר על הרשות לבצע פעולה ללא מקור סמכות מובנה ובהיעדרו- היא אינה מוסמכת לבצע את הפעולה. לא ניתן לצאת מנקודת הנחה כי מתן ההסבר ע"י שוטר יאפשר אכן לאזרח להפעיל שיקול דעת חופשי ומשוחרר מלחצים ולסרב לשוטר. פערי הכוחות במקרה זה מכתיבים את המסקנה כי הסכמה מדעת אינה יכולה להוות תחליף למקור סמכות.

15. כאמור אנו מצרפים דעתנו לדעת הרוב.

נראה לנו דווקא מתוך כבוד לאזרח מן הישוב, עלינו לצאת מנקודת הנחה כי במצבים מורכבים הוא מסוגל להחליט החלטות ענייניות המשרתות אותו.

הביטוי האולטימטיבי לאותו כבוד שאנו רוחשים לאדם, כיצור חושב ומבין, יהיה בהכרה בכך שכאשר הוא אומר כן הוא מתכוון לכן, ויש לתת לאמירה זו את מלוא המשקל.

רק לשם המחשה קצרה ובסיסית נשווה לנגד עינינו את הסיטואציה כדלקמן:

פלוני, אזרח שומר חוק נקלע לאזור שבו נורו יריות, המשטרה המגיעה למקום רושמת את פרטיהם של כל הנוכחים במקום, ולאחר מכן פונה לכל אחד בנפרד בבקשה לערוך חיפוש, לבדוק האם יש בידי מי מהם נשק, הגם שעל פני הדברים מדובר בעוברי אורח תמימים שאין להם כל קשר ליריות.

פלוני היודע כי אין בידי נשק, מסכים (לאחר שהוסברו לו זכויותיו) לעריכת חיפוש מתוך רצון לסייע למשטרה, ושמא אפילו בתקווה כי בכך ימנע ממנו הצורך להגיע למשטרה ולהיחקר.

מדוע יש לפקפק בהסכמה זו?

נחזור לתרחיש העובדתי בתיק שבפנינו: המערער, מודע כמובן לכך שהוא מחזיק סכין, אולם לטענתו (כפי שהדבר מופיע בהודעתו) הסכין נועדה לחיתוך עגבניות והוא אינו חושש מגילוייה ע"י המשטרה.

לחלופין- אם תתקבל גרסתו האחרת, הוא אינו יודע ש"זה החזקה אסור" וגם משום כך הוא אינו חושש מהחיפוש.

מדוע אין לכבד את הסכמתו בנסיבות אלה?



ההקפדה צריכה להיות על כך שההסכמה אכן תהיה מדעת. ההסבר צריך להיות כזה שיבהיר היטב אחד משמעות את הזכות לסירוב, העובדה שהסירוב לא יזקק לחובת המסרב באופן שיאפשר לאדם המדובר לקבל החלטה מושכלת ואמיתית שמשקפת תהליך מחשבתי מובנה.

הן השופטת בייניש והן השופטת ארבל המליצו על קביעת נוהל רשמי של המשטרה שינחה את השוטרים בנושא זה, ואין לנו אלא להצטרף להמלצה. נוהל רשמי זה יכול ויכלול התייחסות מיוחדת לקבוצות מוחלשות בחברה כגון עובדים זרים, בעלי מוגבלויות וכיו"ב (ראה לענין זה סעיף 14ב' ו- 14ד' לחוק סדר הדין הפלילי סמכויות אכיפה חיפוש בגוף התשנ"ו-1996 (להלן: "**חוק סמכויות אכיפה**")).

אפשר וצריך להקפיד על נוהל בהיר, חד משמעי, שאינו נתון לפרשנויות ולראות בחומרה כל סטייה ממנו, אפשר וצריך גם להקפיד על כך שהחיפוש יערך בתנאים המכבדים את פרטיותו של מושא החיפוש ולמזער את הפגיעה בפרטיות ככל האפשר. אפשר וצריך גם להשתדל למעט את החיפוש על בסיס הסכמה ולהשתמש באפשרות זו רק במקרים בודדים כאשר אין פתרון אחר. מה שאינו ראוי הוא לשלול מראש את האפשרות כי תתכן הסכמה מדעת. נראה לנו כי אמירה שכזו, גם אם היא יוצאת מנקודת הנחה מגוננת, הרואה לנגד עיניה את טובתו של מושא החיפוש ואת פער הכוחות בינו לבין המשטרה, יש בה גם משום פטרנליזם שאינו במקומו.

16. לאמור לעיל יש לצרף גם את דבריה של כב' השופטת ארבל באשר לצורך לספק למשטרה כלי עבודה זמינים כדי "**לייצר הרתעה, למנוע אירועים פליליים ולהבטיח אכיפה יעילה**".

גם נימוק זה מקובל עלינו ואנו רואים להוסיף כדלקמן:

חזקה על שוטר, במיוחד לאחר תקופה של ממש בשירות המשטרה שהוא רוכש ידע וניסיון ואלה עשויים להתגבש לעיתים לכלל חשד שאינו עולה כדי חשד סביר.

בדיקה ראשונית, יכולה לעתים למנוע עבירה קשה בין אם מדובר בפגיעה בחיי אדם ובין אם מדובר בפגיעה ברכוש, או כל פגיעה אחרת.

עריכת חיפוש היא דוגמה קונקרטית לבדיקה ראשונית שכזו. החיפוש נדרש כאן ועכשיו, הגם שלא התגבש חשד סביר. חיפוש בהסכמה יכול לתת מענה מיידי לצורך זה ובלבד שההסכמה אכן תהיה מדעת כפי שהוסבר לעיל.

17. באשר לעיקרון חוקיות המנהל

ההלכה שנקבעה בדעת הרוב בפרשת בן חיים יוצרת למעשה תחליף פסיקתי לחוסר העיגון בחקיקה של חיפוש על בסיס הסכמה מדעת.

דעת הרוב, כפי שהיא באה לידי ביטוי בדבריה של הנשיאה בייניש סיכמה את ההלכה כך:



"לפיכך, נראה שכאשר בהתאם לשיקול דעתו של שוטר בנסיבות מחשדות, 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 ניתן לקיים את החיפוש" (ראה עמ' 28).

מכאן ואילך- ניתן לראות בכך את העיגון הנדרש. נדגיש פעם נוספת כי ההלכה התגבשה לאחר דיון ארוך ומקיף בפסק הדין (מפי כב' הנשיאה) בעיקרון חוקיות המנהל כשהיא משקללת את המטרות שאותן משרתת הענקת הסמכות, לעומת היקף הפגיעה בפרטיות זו מול זו. המסקנה הינה שפרשנות הסמכויות המוקנית לשוטר גם תוך התייחסות לעיקרון חוקיות המנהל מאפשרת הענקת הסמכות לחיפוש על בסיס הסכמה.

כב' השופט דנציגר שחלק עליה סבר כי לו רצה המחוקק להסמיך שוטר לערוך חיפוש בהסכמה היה מעגן סמכות זו בחוק, ולא בכדי נעדרת סמכות זו מהחקיקה. לא זו בלבד, אלא שנראה כי האפשרות עמדה לנגד עיני המחוקק והוא בחר בידועין שלא לנקוט בדרך זו ואפשר חיפוש בהסכמה רק בשני מצבים המנויים בס' 14 לחוק סדר הדין הפלילי סמכויות אכיפה חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי התשנ"ו-1996. משבחר המחוקק לצמצם את האפשרות לחיפוש בהסכמה במי שאינו חשוד בביצוע עבירה רק למצבים אלה, אמר בכך ממילא כי ככלל אין לאפשר חיפוש בהסכמה.

גם בנושא זה חלקה עליו למעשה כב' השופטת בייניש שסברה, בהתייחס לאותו סעיף עצמו כי הוא מלמד על **"החשיבות שמייחס המחוקק להבהרה מפורשת וברורה של זכויותיהם של מי שהמשטרה מבקשת להפעיל כלפיהם סמכויות מעצר או חיפוש"** (ראה עמ' 35) בהבדל ממחסום בפני הפרשנות המאפשרת הכרה בהסכמה כתחליף למקור סמכות.

כפי שאמרנו לעיל, אנו מאמצים את דעת הרוב. ושוב, אם יותר לנו במלוא הענווה להביע דעתנו גם במחלוקת זו, נראה לנו כי סעיף 14 אינו יכול לשלול את האפשרות להכיר בהסכמה כמקור סמכות.

סעיף 14 מגדיר שני מצבים שבהם רשאי שוטר לערוך חיפוש בגופו של אדם, כשדרישת ההסכמה לחיפוש שכולל גם חיפוש פנימי (ואולי הדגש הוא על חיפוש פנימי המופיע בסעיף קטן ב'), היא דרישה נוספת המוצבת כתנאי לעריכת החיפוש באותם מצבים שמדובר בהם.

ההשלכה שיש לכך לשאלת ההסכמה כתחליף למקור סמכות אינה ברורה מאליה. (נעיר עוד כי גם כב' השופט דנציגר הציג את המסקנה הנדרשת לשיטתו מסעיף זה על דרך **"לא יהא זה בלתי סביר להניח"**, (ראה עמ' 51) בהבדל ממסקנה חד משמעית).

סוף דבר:

כפי שאמרנו לעיל, דעתנו היא כי הלכת בן חיים היתה ועודנה ההלכה המחייבת. אנו דוחים את הערעור.



דבורה ברלינר, נשיאה
אב"ד

כב' השופט דוד רוזן:

אני מסכים לחוות דעתה של כבוד הנשיאה, השופטת ד' ברלינר.

דוד
רוזן, שופט

כב' השופטת אסתר נחליאלי- חיאט:

אני מסכימה לחוות דעתה של כבוד הנשיאה, השופטת ד' ברלינר.

אסתר נחליאלי- חיאט
שופטת



אשר על כן, הוחלט כאמור בחוות דעתה של כבוד הנשיאה ד' ברלינר.

ניתן היום, 1.2.2016, כ"ב בשבט תשע"ו, במעמד הצדדים.

אסתר נחליאלי-חיאט,
שופטת

דוד רוזן, שופט

דבורה ברלינר, נשיאה
אב"ד