



## בבית המשפט העליון

רע"פ 3199/20

לפני: כבוד השופטת ע' ברון  
כבוד השופט ד' מינץ  
כבוד השופט י' אלרון

המבקש: דניס זייצב

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד בע"פ 10184-09-19 מיום 11.2.2020 שניתן על ידי סגנית הנשיאה ו' מרוז והשופטים ש' בורנשטיין ו-ד' עטר

תאריך הישיבה: ט' בסיון התשפ"א (20.05.2021)

בשם המבקש: עו"ד עומר בללי; עו"ד ארתור שני

בשם המשיבה: עו"ד אריה פטר

### פסק-דין

השופט י' אלרון:

1. במוקד בקשת רשות הערעור שלפנינו ניצבת השאלה אם שוטר רשאי לערוך חיפוש על גופו של אדם בשדה תעופה לצורך איתור סמים מסוכנים בלא קיומו של חשד סביר לכך שהוא נושא עימו סם, מכוח סעיף 28(ב)(3) לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973 (להלן: פקודת הסמים).

2. הבקשה למתן רשות ערעור היא על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד (סגנית הנשיאה ו' מרוז והשופטים ש' בורנשטיין ו-ד' עטר) בע"פ 10184-09-19, מיום 11.2.2020, בגדרו נדחה ערעור המבקש על הכרעת דינו וגזר דינו של בית משפט השלום בראשון לציון (סגן הנשיאה ש' שטיין) בת"פ 33182-05-18, מיום 8.2.2019.

3. כפי שיורחב להלן, אנו סבורים כי יש להיעתר לבקשה למתן רשות ערעור, לדון בה כבערעור; ולגישתי, יש גם לזכות את המבקש מעבירה של יבוא סם מסוכן בגינה הושת עליו צו של"צ בהיקף של 350 שעות, לצד ענישה נלווית. משכך יכונה המבקש להלן המערער.

העובדות הצריכות לעניין

4. המערער נחת ביום 23.11.2017 בשעה 12:55 בטיסה מאמסטרדם לנמל התעופה בן גוריון.

על פי הנטען בכתב האישום, בסמוך לאחר מכן נערך חיפוש "כדין בחפציו", ונמצאו בו 55 זרעי צמח סם מסוכן מסוג קנבוס, מחולקים ל-13 אריזות, וכן אריזה אחת המכילה סם מסוכן מסוג פסילוציין במשקל 7.7557 גרם נטו.

משכך, יוחסה למערער עבירה של יבוא סמים מסוכנים, לפי סעיפים 13 ו-19א לפקודת הסמים.

5. בית משפט השלום הרשיע את המערער בעבירה שיוחסה לו, תוך שדחה את טענותיו לפגמים בחיפוש שבוצע בכליו בשדה התעופה.

בכלל זה, הפנה בית משפט השלום לעדות השוטר שערך את החיפוש בכליו של המערער, במסגרתה ציין כי אינו זוכר את האירוע במדויק, ואף לא את המערער; לא הבחין בהתנהגות חשודה מצידו עובר לחיפוש; וכי דו"ח הפעולה שנרשם על ידו (להלן: ה"דו"ח) משקף את שאירע. עוד ציין כי הוא "בודק רנדומלי אנשים בשדה התעופה", לפי "חוק הטיס פרק ג' סעיף 10 וסעיף 9", וכי בתור שוטר הוא "יכול לבדוק כל בן אדם במעבר גבול", כלשון עדותו.

בהקשר אחרון זה, בית משפט השלום עמד על ההבחנה בין סעיפים 28(ב)(3) ו-28(ב)(4) לפקודת הסמים המתירים לערוך חיפוש על גופו של אדם בעת שהותו בשדה תעופה "אם החיפוש דרוש לצורך קיום הוראות פקודה זו", לבין סעיף 28(ב)(2), העוסק בחיפוש על גופו של אדם, ובלבד שקיים "יסוד סביר להניח שאותו אדם נושא עמו שלא כדין סם מסוכן". לאור ההבדלים בלשון הסעיפים, נקבע כי שוטר מוסמך לערוך חיפוש על גופו של אדם בשדה התעופה גם בהיעדר חשד סביר לכך שהוא נושא עימו סם.

משכך, נקבע כי החיפוש בכליו של המערער בוצע כדין הן מתוקף סעיף 9 לחוק הטיס (בטחון בתעופה אזרחית), התשל"ז-1977 (להלן: חוק הטיס), הן מתוקף סעיף 28 לפקודת הסמים.

עוד צוין, כי אף אם החיפוש בוצע שלא כדין, הרי שאין מקום לפסול את תוצרי החיפוש. זאת בשים לב לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית, לפיה יש לאזן בין אופי וחומרת אי החוקיות שבהשגת הראיה; ערכן הראייתי של הראיות שהושגו; והאינטרס הציבורי, אשר במקרה זה מטה את הכף לטובת קבלת הראייה.

6. בית משפט השלום, בגזר דינו, השית על המבקש עונשים של צו של"צ בהיקף 350 שעות; 10 חודשי מאסר על תנאי, לבל יעבור עבירה מסוג פשע לפי פקודת הסמים, למשך 3 שנים; 6 חודשי מאסר על תנאי, לבל יעבור עבירה מסוג עוון לפי פקודת הסמים, למשך שנה; קנס על סך 5,000 ש"ח; וכן התחייבות בסך 10,000 ש"ח לבל יעבור עבירה לפי פקודת הסמים למשך 12 חודשים.

7. ערעור המבקש על הכרעת דינו לבית המשפט המחוזי, נדחה.

בכלל זה, נקבע בתמצית כי לא נפל דופי בקביעת בית משפט השלום בדבר האפשרות לערוך חיפוש על גופו של אדם ובכליו לפי סעיף 28(ב) לפקודת הסמים אף בהיעדר חשד סביר כי ימצא במהלך החיפוש סם.

עם זאת, צוין כי אין ללמוד על הסמכות לביצוע החיפוש במקרה דנן מהוראות סעיף 9(א) לחוק הטיס. זאת, מאחר שניתן לערוך חיפוש מתוקף חוק זה רק כאשר הדבר דרוש "כדי לשמור על ביטחון הציבור" או במקרים שבהם מתעורר "חשד שהאדם נושא עמו שלא כדין כלי נשק או חומר נפץ". מאחר שצוין בדו"ח כי החיפוש נערך לצורך חיפוש סם, ולא לשם שמירה על ביטחון הציבור, נקבע כי לא ניתן היה להסתמך על הסמכות הקבועה בחוק הטיס בכדי להכשיר את תוצריו.

טענות הצדדים בבקשת רשות הערעור

8. על פסק דין זו מופנית הבקשה לרשות ערעור, במסגרתה טוען המערער כי עניינו מעורר מספר סוגיות בעלות חשיבות ציבורית, באשר לחוקיות החיפוש שנערך על גופו ובכליו, בהיעדר חשד סביר לכך שנשא סם מסוכן.

בפרט, טוען המערער כי הוראות פקודת הסמים אינן מסמיכות שוטר לבצע חיפוש אקראי על גופו של אדם ובכליו בלי שהתעורר כל חשד לכך שהוא נושא עימו סם מסוכן; וכי לנוכח הפגיעה בפרטיות הכרוכה בביצוע החיפוש, יש לדחות את פרשנות בית המשפט המחוזי לעניין זה. לגישתו, חיזוק לפרשנותו ניתן למצוא בהוראות הדין השונות העוסקות בביצוע חיפוש; ומכל מקום, ניתן לנקוט באמצעים חלופיים פוגעניים פחות לשם סיכול הברחות סם לישראל, בין היתר באמצעות שימוש בכלבי גישוש למציאת סמים.

עוד נטען כי יש לפסול את תוצרי החיפוש בעניינו, מאחר שהשוטר שערך אותו סבר כי פעל על פי הוראות חוק הטיס – אף שהחיפוש נועד לאתר סמים מסוכנים, ולא לשם שמירה על בטחון הציבור.

בנסיבות אלו, טוען המערער כי יש לזכותו מהעבירה שבה הורשע.

9. מנגד, לגישת המשיבה, שוטר רשאי לערוך חיפוש על גופו של אדם ובכליו במעבר גבול בלא קיומו של חשד סביר לכך שהוא ביצע עבירה. זאת, הן מתוקף סעיף 9(א) לחוק הטיס, והן מתוקף סעיף 28(ב)(3) לפקודת הסמים, אשר יובאו במלואם בהמשך.

בפרט, נטען כי הסעיפים אינם כוללים דרישה מפורשת לקיומו של חשד סביר לביצוע עבירה לשם עריכת חיפוש על גופו ובכליו של אדם השוהה במעבר גבול. זאת, בניגוד לסמכות החיפוש הכללית לפי סעיף 28(ב)(2) לפקודת הסמים, הקובעת במפורש כי ניתן לערוך חיפוש על גופו של אדם ובכליו, רק אם קיים "סוד סביר להניח שאותו אדם נושא עמו שלא כדין סם מסוכן".

עוד הוסיפה המשיבה והפנתה לדברי ההסבר שנלוו לתיקון פקודת הסמים, מהם עולה כי המחוקק ביקש לאפשר עריכת חיפושי פתע בשדות התעופה שלא על בסיס קיומו של חשד סביר כאמור.

כמו כן, נטען כי אף אם השוטר לא היה מוסמך לערוך את החיפוש בכליו של המערער לפי חוק הטיס, אלא לפי פקודת הסמים בלבד – כפי שקבע בית המשפט המחוזי – הרי שאין בכך כדי להביא לפסילת תוצרי החיפוש.

10. במהלך הדיון שהתקיים בפנינו, טען בא כוח המשיבה כי אף שהחיפוש נערך באופן אקראי, השוטר לא פעל באופן שרירותי – אלא לפי הנחיות פנימיות בעניין. אולם, משלא ידע להצביע על הנהלים שלפיהם פעל השוטר, התבקשה המשיבה להגיש הודעה משלימה בעניין, תוך התייחסות לאמות המידה לביצוע חיפוש לפי סעיפים 28(ב)(3) ו-28(ב)(4) לפקודת הסמים.

בהודעתה המשלימה בכתב, סקרה המשיבה סעיפי חוק שונים המסמיכים שוטר לערוך חיפוש בעילות שונות, בחנה את הרף השונה המתיר את החיפוש בכל אחד מהסעיפים – וביקשה להסיק מהאמור כי המחוקק מבחין בין שלושה פרמטרים שונים: האינטרס הציבורי שהחיפוש נועד לקדם; מידת הפולשנות שבחיפוש; ומקום החיפוש.

לשיטתה, לאור האינטרס הציבורי שבמניעת הברחות סמים לתוך מדינת ישראל, קבע המחוקק סמכות רחבה לביצוע חיפוש בשדות תעופה – גם בהיעדר חשד כלשהו כי אדם מחזיק סם בכליו או על גופו. לטענת המשיבה, גישה זו מתיישבת אף עם חקיקה ופסיקה במדינות אחרות, בהן ארצות הברית וקנדה, המאפשרות על פי הנטען לערוך חיפוש במעברי גבול בהיעדר חשד לביצוע עבירה.

לעניין קיומו של נוהל ספציפי העוסק בעריכת חיפוש על נוסעים הנכנסים לארץ דרך נמל תעופה, אף בהיעדר חשד סביר – הבהירה המשיבה כי בניגוד לנאמר בדיון, לא קיים נוהל שכזה. עם זאת, צוין כי יש להחיל לעניין זה את הוראות הנוהל העוסק בעריכת חיפוש בהסכמת האדם ("נוהל סופי חיפוש בהסכמה", מס' 300.01.246 של אגף חקירות ומודיעין (פורסם ביום 1.3.2014) (להלן: נוהל חיפוש בהסכמה)), המורה בין היתר כי לא יבוצע חיפוש בהסכמתו של אדם אלא אם קיימת הצדקה מקצועית או צורך בביצוע החיפוש. אולם, לא הובהר כיצד הדברים מתיישבים עם נסיבות המקרה שלפנינו.

לצד האמור, טענה המשיבה כי בעניינו של המערער התבסס חשד סביר נגדו עוד בטרם התקיים החיפוש באמצעות כלבי גיטוש; וכי אף אם נפל פגם באופן ביצוע החיפוש, אין בו כדי להביא לזיכוי המערער.

לבסוף, הסכימה המשיבה כי תינתן רשות ערעור לליבון הסוגיה המתעוררת במקרה דנן, אולם לשיטתה, יש לדחות את הערעור לגופו.

11. המערער, בתשובתו בכתב להודעתה המשלימה של המשיבה, עמד על כך שכעולה באופן מפורש מעדויות השוטרים בבית משפט השלום, החיפוש בוצע בלא חשד

סביר, ובאופן אקראי לחלוטין. זאת, בלי שכלב גישוש סימן את המערער כמי שמחזיק בסם; בלי שהשוטר שערך את החיפוש ידע מאיזו מדינה שב המערער או על טעם אחר לערוך חיפוש בכליו; והחיפוש נעשה בלי שניתנה הסכמת המערער לביצועו, אשר אף לא הוזהר כי הוא רשאי לסרב לעריכתו.

עוד מדגיש בא כוח המערער כי אף לשיטת המשיבה, כפי שהוצגה בדיון בעל פה, קיים צורך בקביעת הנחיות או נוהל הכולל קריטריונים לצורך ביצוע חיפוש בשדה התעופה. לטענת המערער, משבוצע חיפוש שלא על פי נוהל או הנחיות פנימיות – הרי שמדובר בחיפוש בלתי חוקי, ויש לזכותו מהעבירה שבה הורשע.

בשולי הדברים, טוען בא כוח המערער כי לא ניתן להקיש מסקירתה של המשיבה באשר לדין החל במדינות אחרות ביחס לביצוע חיפוש במעברי גבול על ענייננו. זאת, הן מאחר שההסדרים החלים באותן מדינות כוללים הגנות נוספות על זכויותיו של מי שבוצע על גופו או בכליו חיפוש, שלא נסקרו על ידי המשיבה; הן מאחר שבדוגמאות שהובאו על ידי המשיבה כפסיקה רלוונטית ממדינות אחרות, החיפוש בוצע לאחר שהתעורר חשד לביצוע עבירה.

דיון והכרעה

12. לאחר שעיינו בטיעוני הצדדים בכתב ובעל פה, ובשים לב כי אף המשיבה לא התנגדה לכך, אנו מחליטים להיעתר לבקשת רשות הערעור ולדון בה כבערעור.

הבקשה שלפנינו מעוררת סוגיות כבדות משקל באשר להיקף סמכות החיפוש של שוטר על גופו או בכליו של אדם הנמצא בנמל התעופה, בהיעדר חשד סביר לכך שאותו אדם מחזיק בחפץ שהחזקתו אסורה או שהוא מושא לחיפוש על ידי המשטרה. מדובר אפוא בסוגיה העשויה להשליך על היקף ההגנה על פרטיותם של מיליוני בני אדם מדי שנה (ראו למשל מבקר המדינה דוח ביקורת שנתי – 487 2020 170 – (3.8.2020)).

זאת ועוד, כפי שיורחב להלן, פרשנות סעיפי החוק הרלוונטיים לענייננו אף עשויה להשליך על היקף הסמכות לערוך חיפוש נוספים בהיעדר חשד סביר כאמור על פי הוראות פקודת הסמים ודברי חוק נוספים. כך, בפרט ביחס להיקף הסמכות לערוך חיפוש ברכב מכוח פקודת הסמים, שכן לשון פקודת הסמים ביחס לחיפוש ברכבו של אדם וביחס לחיפוש על גופו ובכליו במעברי גבול – זהה.

א. רקע: חיפוש על גופו של אדם ובכליו ללא צו

13. אין חולק כי עריכת חיפוש על גופו של אדם או בכליו כרוכה בפגיעה קשה בזכותו החוקתית לפרטיות, המעוגנת בסעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו גם ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל, פסקה 12, פ"ד סה(1) 626 (2011); ע"פ 398/04 מדינת ישראל נ' בניאשווילי, פסקה 7 (20.12.2004) (להלן: עניין בניאשווילי)).

בהתאם לכך, נקבע בסעיף 7(ג) לחוק-יסוד זה כי על דרך הכלל:

"אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו".

נוסף על כך, במקרים שבהם בוצע חיפוש שלא כדין – הרי שהדבר עשוי למנוע את השימוש בתוצרי החיפוש כראיה בבית משפט (סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981; ע"פ 480/85 קורטאם נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 673, 690–691 (1986)).

הטעם להוראה זו מובן: החיפוש על גופו של אדם, בגופו, בכליו ובחצריו משיל ממנו את פרטיותו, לעיתים תוך פגיעה בכבודו ובאוטונומיה שלו. על כן, דרך הכלל, בהיעדר הסמכה מפורשת בחוק, אין לערוך חיפוש מעין אלו – וכאשר בכל זאת נפגעה זכותו של אדם לפרטיות במסגרת חיפוש בלתי חוקי, השימוש בתוצריו עשוי להיות מוגבל (ראו בסוגיה קרובה גם את בש"פ 7917/19 אורין נ' מדינת ישראל (25.12.2019), וכן את דעת הרוב בבש"פ 1758/20 אורין נ' מדינת ישראל (26.1.2021)).

הסמכה מעין זו לערוך חיפוש על גופו של אדם או בכליו אינה יכולה להיות כללית. זאת, שכן כידוע, ככל שהפגיעה בזכויות יסוד משמעותית יותר, כך יש לעמוד בדווקנות רבה יותר על הדרישה להסמכה מפורשת, זאת אף אם הסמכות בחוק נלמדת מחוק שנחקק לפני חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ועומדת לו פסקת שמירת הדינים (ראו בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים, פ"ד סד(2) 479, 798–799 (2010)). ראו גם רע"פ 8182/18 מושיא נ' מדינת ישראל, פסקה 7 לפסק דיני (18.2.2020)).

כפי שהבהרתי בעניין פרש:

"דרישה זו להסמכה מפורשת בחוק עשויה להגביר את הפיקוח על החלטות הרשות, לצמצם את החשש לפגיעה

לא מידתית בזכויות, ולהבטיח כי יתקיים דיון ציבורי באשר לאיזון הראוי בין האינטרסים והזכויות המתנגשים" (רע"ב 6976/18 שירות בתי הסוהר נ' פרש, פסקה 5 לפסק דיני (16.6.2021)).

יודגש, כי אף במקרים שבהם קיימת הסמכה מספקת לערוך חיפוש על גופו של אדם, יש להבטיח כי היא תיושם באופן סביר ומידתי.

בהתאם לכך, נקבע כי על דרך הכלל, חיפוש על גופו של אדם ובכליו ללא צו שיפוטי, מותנה בקיומו של חשד סביר לכך שאותו אדם מחזיק בחפץ שהחזקתו אסורה או שהוא מושא לחיפוש על ידי המשטרה (סעיף 29 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט–1969 (להלן: פקודת מעצר וחיפוש); סעיף 9(א) לחוק הטיס; סעיף 3(ב) לחוק סמכויות לשם שמירה על ביטחון הציבור, התשס"ה–2005 (להלן: חוק השמירה על ביטחון הציבור); רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(3) 305 330 (2012) (להלן: עניין בן חיים)).

חשד סביר מעין זה עשוי להתקיים רק כאשר קיים חשד קונקרטי ואובייקטיבי על יסוד נסיבות חיצוניות כלפי האדם עליו מבוצע החיפוש כי הוא עלול לעבור עבירה או להחזיק חפץ שהחזקתו אסורה, וזאת לנוכח התנהגותו של אותו אדם (ראו לדוגמה סעיף 3(ב1) לחוק השמירה על ביטחון הציבור); קיומו של מידע בדבר ביצוע עבירה במקום ובשעה מסוימת; מידע אודות תיאור אדם החשוד בביצוע עבירה מסוימת, וכיוצא באלה (עניין בן חיים, שם).

14. אולם, לכלל שלפיו חיפוש ייעשה רק בהתקיים חשד סביר כאמור, נקבעו בחוק חריגים צרים ומפורשים, אשר נועדו לסייע לרשויות האכיפה לסכל פעילות עבריינית מועדת. כך למשל, קבע המחוקק כי בנסיבות מסוימות רשאי סוהר או שוטר שקיבל למשמורתו אסיר או עצור לערוך חיפוש על גופו, אף בהיעדר חשד סביר (סעיף 22(א) לפקודת המעצר והחיפוש; סעיפים 95ג(א) ו-95ד לפקודת בתי הסוהר [נוסח משולב], התשל"ב–1971 (להלן: פקודת בתי הסוהר). כן ראו: ע"פ 777/15 חנפר נ' מדינת ישראל (30.4.2015); בג"ץ 355/79 קטלן נ' שרות בתי הסוהר, פסקה 7 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' ברק (10.4.1980)).

חריג נוסף נקבע בפסיקת בית משפט זה, ומכוחו ניתן לערוך חיפוש על גופו של אדם, בכליו או בביתו, בהינתן הסכמה כנה ומלאה לכך (עניין בן חיים, בפסקה 12 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') ד' בייניש). יוער, כי ספק בעיני אם ראוי היה לקבוע חריג מעין



זה, העלול לפגוע בפרטיותו של אדם, מכוח הפסיקה – אולם אין זה המקום להידרש לסוגיה זו (וראו עניין בן חיים, חוות דעתו של השופט י' דנציגר; בש"פ 1758/20 אור"ך נ' מדינת ישראל, פסקה 16 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ח' מלצר (26.1.2021); ראו גם החלטתי בבש"פ 7917/19 אור"ך נ' מדינת ישראל, פסקה 17 (25.12.2019)).

נוסף על כך, קיימים סעיפי חוק המתירים לבצע חיפוש על גופו של כל אדם הנמצא במקום מסוים או בכלי תחבורה שברשותו, ובלבד שהחיפוש נועד להשיג מטרות שצוינה באופן מפורש בחוק.

כך למשל, סוהר רשאי לערוך חיפוש על גופו של אדם המבקר בבית הסוהר "לצורך גילוי חפצים אסורים" (סעיף 95 לפקודת בתי הסוהר); שוטר, חייל מוסמך או מאבטח רשאים לערוך חיפוש "על גופו של אדם, בכלי תחבורה, במטען, בטובין אחרים – בעת כניסה לנמל, לבנין או למקום מגודר" וכן במקומות נוספים שהוגדרו – ובלבד שהדבר נחוץ "לשם שמירה על ביטחון הציבור" (סעיף 3(א) לחוק השמירה על ביטחון הציבור).

המקרה שלפנינו עוסק בדוגמה נוספת לחריג מסוג אחרון זה: סמכות שוטר לערוך חיפוש על גופו של אדם אגב כניסתו לשדה תעופה ובעת שהייתו שם "אם החיפוש דרוש לצורך קיום הוראות" פקודת הסמים, וכן אם הוא סבור כי החיפוש דרוש "כדי לשמור על בטחון הציבור", לפי חוק הטיס.

כפי שהדברים באו לידי ביטוי בדברי ההסבר להצעת החוק שבמסגרתה נחקק סעיף 28(ב)(3) לפקודת הסמים, סמכות החיפוש האמורה בשדה התעופה הוקנתה למשטרת ישראל על רקע קשיים שבהם היא נתקלה בסיכול הברחות סמים לישראל ובחשיפתן:

"מוצע לתת בידי המשטרה כלי עזר להגברת יעילות פעולתה במלחמתה בנגע הסמים, ופועל יוצא מהקשיים שבהם היא נתקלת במלחמתה לחשיפת מבריחי סמים וסוחרי סמים ולאיסוף ראיות נגדם. בין השאר מכבידות בהקשר זה הוראות החוק הקיים המסדירות את החיפוש. עיקר הקושי מתגלה בתחנת הגבול, שבהן מתמקדת הלוחמה בהברחה, [...] פעילות יעילה של המשטרה מחייבת עריכת חיפוש פתע בשדות תעופה ובנמלים שלא על בסיס קיומו של חשד סביר בלב המחפש שנעברה עבירה" (דברי ההסבר להצעת חוק לתיקון פקודת הסמים

המסוכנים (מס' 3), התשמ"ח-1988, ה"ח 1893, עמ' 242, 243).

אין חולק אפוא כי במסגרת פקודת הסמים ביקש המחוקק לקבוע סמכות רחבה מהרגיל לביצוע חיפוש על גופו של אדם בשדה התעופה, לשם חשיפת הברחות סמים וסיכולן. אולם, השאלה הפרשנית המתעוררת לפתחנו עניינה בהיקף סמכות זו ובאופן יישומה הראוי. לסוגיה זו אדרש להלן.

ב. חיפוש על גופו של אדם ובכליו הדרוש לשם מימוש תכלית הקבועה בחוק

15. המשיבה טוענת כאמור כי החיפוש על גופו של המערער נעשה הן מכוח סעיף 9 לחוק הטיס; הן מכוח סעיף 28(ב)(3) לפקודת הסמים.

סעיף 9 לחוק הטיס, מורה כי:

"(א) כל אחד מהמנויים בסעיף 10 רשאי לערוך חיפוש –  
 (1) על גופו של אדם כאמור בסעיף 22 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969, או בכלי רכב אגב כניסת האדם או כלי הרכב לשדה תעופה, למנחת או למיתקן תעופתי או אגב שהייתם שם;  
 (2) על גופו של אדם כאמור בסעיף 22 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969 לפני עלייתו לכלי טיס, אגב שהייתו בכלי טיס או בסמוך לירידתו ממנו;

...  
 אם החיפוש דרוש, לדעתו, כדי לשמור על בטחון הציבור או אם יש לו חשד שהאדם נושא עמו שלא כדין כלי נשק או חומר נפץ או שבכלי הרכב, בכלי הטיס, במטען או בטובין האחרים נמצאים כלי נשק או חומר נפץ שלא כדין" (ההדגשה הוספה – 'א').

16. בדומה, סעיף 28(ב)(3) לפקודת הסמים מורה:

"מבלי לפגוע בסמכות הכללית הניתנת לשוטר לערוך חיפוש, רשאי שוטר לערוך חיפוש בלא צו חיפוש... על גופו של אדם כאמור בסעיף 22 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 אגב כניסתו לשדה תעופה... אם החיפוש דרוש לצורך קיום הוראות פקודה זו" (ההדגשה הוספה – 'א').

סמכות מעין זו קיימת בהקשרים נוספים בפקודת הסמים: בפרט, שוטר רשאי לערוך חיפוש ברכבו של אדם ועל גופו ובכליו בעת כניסתו לבית מעצר בלא צו – ובלבד ש"החיפוש דרוש לצורך קיום הוראות [ה]פקודה" (סעיפים 28(ב)(1) ו-28(ב)(5) לפקודת הסמים) – ובכלל זה, אכיפת האיסור על יצוא, יבוא, סחר והספקת סמים מסוכנים (סעיף 13 לפקודת הסמים).

17. אף שההסמכה הקבועה בסעיפים אלו רחבה יחסית, אין לגזור ממנה סמכות כללית לערוך חיפוש על גופו של אדם, בכליו או ברכבו ללא כל תשתית עובדתית המצדיקה זאת, כפי שטוענת המשיבה. פרשנות רחבה מעין זו תרוקן מתוכן את המגבלה שנקבעה בחוק, שלפיה חיפוש כאמור יתבצע אך ורק אם הוא דרוש לשם ביצוע פקודת הסמים או בכדי לשמור על בטחון ציבור. היא אף אינה מתיישבת עם הכלל שעליו עמדתי לעיל לפיו יש לפרש בצמצום סעיפי חוק המקנים סמכות לערוך חיפוש על גופו של אדם, בכליו או ברכבו גם בהיעדר חשד סביר לביצוע עבירה על ידו, או לכך שהוא מחזיק בחפץ אסור.

תחת זאת, כפי שהודגש בפסיקת בית משפט זה, הסמכות לביצוע חיפוש מכוח סעיפים אלו מוגבלת אך ורק לתכליות שלשמן צוין במפורש כי היא נועדה; ויש לממשה באופן מידתי להשגת תכליות אלו בלבד (בג"ץ 1550/18 עמותת הפורום החילוני נ' שר הבריאות, פסקאות 68–73 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (30.4.2020). ראו גם בש"פ 8309/14 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 34 (13.1.2015); בש"פ 8017/16 שאלתיאל נ' מדינת ישראל, פסקה 16 (6.11.2016)).

על כן, את דרישת המחוקק כי חיפוש ללא צו לפי הסעיפים שבמוקד ההליך דנן יבוצע אך ורק אם הוא דרוש לשם קיום הוראות פקודת הסמים ולצורך שמירה על בטחון הציבור, יש לפרש באופן דווקני – כך שעל המשטרה הנטל להראות כי החיפוש אכן נחוץ לשם קיום תכליות אלו; וחוקיות החיפוש תיבחן כאמור בהתאם לנחיצותו לקיום הוראותיה.

לא בכדי טענה אף המשיבה בהודעתה המשלימה כי יש להחיל על ענייננו את הוראת סעיף 4(ג) לנוהל חיפוש בהסכמה שלפיו:

"ההחלטה לבצע חיפוש בהסכמה צריכה להתבסס על צורך או הצדקה מקצועית כלשהי (אף אם היא אינה עולה כדי חשד סביר) ואינה יכולה להתבצע באופן שרירותי וללא צורך כלל" (שם, בסעיף 4(ג); ההדגשה הוספה – י' א').

18. אין משמעות הדבר כי נדרש קיומו של חשד קונקרטי כי אדם פלוני נושא על גופו סם, הנלמד ממידע מודיעני או התנהגותי. אולם, יש להבטיח כי החיפוש יבוצע לפי אמות מידה ברורות ואחידות, אשר יעוגנו בנוהל, ויתבססו על תשתית עובדתית מינימאלית המלמדת על קשר רציונאלי בינן לבין נחיצות החיפוש שיבוצע לפיהן לשם קיום התכליות שנקבעו בחוק או בפקודה הרלוונטיים; על כך שהיקף החיפוש יבוצע לפיהן לא יעלה על הנדרש; וכן על כך שאופן ביצוע החיפוש בכל מקרה ומקרה לא יפגע בפרטיות של אדם מעבר לנדרש.

בפרט, ומבלי למצות את סוג המידע שעשוי להיות רלוונטי לקביעת אמות המידה האמורות לשם ביצוע חיפוש בשדה התעופה, ניתן להתחשב בין היתר במידע כללי אודות דפוסי פעולה של גורמים עברייניים המהווים איום על ביטחון הציבור והמעורבים בהברחות סמים; וכן, במידע באשר למדינות שמהן קיים סיכון לפעילות עבריינית מסוגים אלו, אשר יש בו כדי למקד את החיפוש דווקא כלפי מי שנחת ממדינות אלו.

באמצעות אמות מידה אלו, ניתן יהיה להבטיח כי החיפוש המתבצעים לפיהן לא ייערכו באופן שרירותי ומפלה – אשר ממילא לא ישרת את תכליתן ויביא לפגיעה נוספת בזכויות יסוד; וכי החיפוש אכן דרוש לשם קיום תכליותיו על פי דין – כמצוות המחוקק (ראו בג"ץ 4455/19 עמותת טבקה נ' משטרת ישראל (25.1.2021). ראו גם בג"ץ 2311/11 טבח נ' הכנסת, פסקה 34 (17.9.2014)).

במאמר מוסגר, ובכדי שלא ישתמע מדבריי אחרת – יובהר כי החובה שלא לממש את סמכות החיפוש בשרירותיות חלה אף במקרים שבהם סמכות החיפוש אינה מסויגת לתכלית מסוימת. כך, בפרט ביחס לחיפוש הנערך מכוח סעיף 22(א) לפקודת המעצר והחיפוש, ובחלק מההוראות פקודת בתי הסוהר, אשר צוינו לעיל.

ג. מן הכלל אל הפרט

19. אין מחלוקת של ממש כי החיפוש על גופו של המערער במקרה דנן נעשה ללא חשד סביר כי הוא נושא עימו סם מסוכן. אומנם, המשיבה טענה כי התקיים חשד סביר בעניינו בהודעתה המשלימה, אך דומה כי מדובר היה בפליטת קולמוס בלבד – שכן כפי שהובהר בדיון שלפנינו, וכפי שעולה גם מעדות השוטר שביצע את החיפוש בבית משפט השלום במענה לשאלותיו של בא כוח המערער, החיפוש נעשה באופן אקראי (פרוטוקול הדיון בבית משפט השלום, עמודים 14–17).

בהתאם לכך, המשיבה טענה לכל אורך ההליך עד כה, כי יש ללמוד על סמכות החיפוש במקרה דנן מתוקף הוראות סעיף 9(א) לחוק הטיס וסעיף 28(ב)(3) לפקודת הסמים שצוטטו לעיל – ולא מתוקף קיומו של חשד לביצוע עבירה על ידי המערער.

20. אולם, אין ללמוד על חוקיות החיפוש שבוצע במקרה דנן מכוח הוראותיו של חוק הטיס. זאת, שכן אף המשיבה טוענת כי החיפוש נועד לאתר סמים מסוכנים בכליו של המערער – וממילא לא נטען כי הייתה הצדקה לביצוע חיפוש זה לצורך "שמירה על בטחון הציבור", כלשון סעיף 9(א) לחוק הטיס.

כמו כן, אף פקודת הסמים אינה כוללת הסמכה מספקת לחיפוש שבוצע בכליו של המערער. זאת, מאחר שאין כיום אמות מידה כלשהן לביצוע חיפושים בשדה התעופה מכוח פקודת הסמים אשר עשויות היו לבסס את הצורך בביצוע החיפוש.

יתר על כן, מעדות השוטר שביצע את החיפוש ניתן ללמוד באופן נהיר וברור כי החיפוש על גופו של המערער נעשה באופן שרירותי – בלי שנקבעו אמות מידה כלשהן המצדיקות את ביצוע החיפוש; בלי שנבחנו ההצדקות והצורך בעריכתו; ובלי שניתנה הסכמתו של המערער לביצוע החיפוש. זאת, אף בניגוד להוראות סעיף 4(ג) לנוהל חיפוש בהסכמה שצוטט לעיל, אשר לטענת המשיבה חל על המקרה דנן, ועל פי הוראותיו אין לערוך חיפוש ללא צו בהיעדר הצדקה מקצועית או צורך לכך.

בפרט, כאשר נשאל אותו שוטר באשר לאופן ביצוע החיפושים בשדה התעופה,

ציין:

"אם אני רוצה אני יכול לתפוס 10 אנשים ואם אני רוצה אחד... יכול גם עשרים. לא מחייבים אותי במספר" (פרוטוקול הדיון בבית משפט השלום, עמוד 14).

בנסיבות אלו, אין מנוס מהמסקנה כי החיפוש שבמסגרתו נמצא הסם על גופו של המערער בוצע ללא כל הצדקה מקצועית – וממילא, מדובר בחיפוש שבוצע שלא כדין.

מוטב אפוא, כי המשיבה תפעל בהקדם להסדרת נהלים אשר ינחו את שוטרי משטרת ישראל בביצוע חיפושים במעברי גבול על מנת שיוכלו לממש את סמכויותיהם כדין – וימנעו מהם מלפעול באופן שרירותי, כפי שאירע במקרה דנן. אך מובן כי אף

הנחיות ונהלים אלו, עשויים לעמוד בעתיד תחת ביקורת שיפוטית לבחינת התאמתן לדרישת המחוקק.

21. סוגיה נפרדת היא כיצד קביעתי שלפיה החיפוש בכליו של המערער בוצע שלא כדין, משליכה על הרשעתו בעבירה שיוחסה לו. אומנם, בהתאם להלכת יששכרוב, אין בעצם העובדה כי ראייה נתפסה שלא כדין כדי להצדיק פסילתה – אלא יש לאזן בין חומרת אי החוקיות שבהשגת הראיה, לבין האינטרס הציבורי שבקבלתה לאור חומרת העבירה (ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461 (2006)).

אולם, במקרה דנן אני סבור כי באיזון שבין חומרת הפגיעה בזכויות המערער כתוצאה מביצוע החיפוש שלא כדין לבין חומרת העבירה שיוחסה לו – הכף נוטה לטובת פסילת פירות החיפוש שבוצעו על גופו. זאת, שכן מחד גיסא, נסיבות ביצוע העבירה שיוחסה למערער אינן מן החמורות, כפי שניתן ללמוד בין היתר מהעונש שנגזר עליו, אשר אינו כולל מאסר בפועל; ומאידך גיסא, אין להקל ראש בפגיעה החמורה שנגרמה לפרטיותו של המערער בלא הסמכה מספקת – וכן בפגם החמור הכרוך בעצם העובדה שהשוטר שביצע את החיפוש על גופו של המערער פעל באופן שרירותי, ללא כל אמות מידה שהנחו אותו.

22. מאחר שאני סבור כי יש לפסול את הראיות שנמצאו בחיפוש על גופו של המערער במסגרת החיפוש שנעשה שלא כדין – אציע לחבריי כי נקבל את הערעור ונורה על זיכוי של המערער מהעבירה שיוחסה לו בכתב האישום.

ש ו פ ט

השופטת ע' ברון:

אני מצרפת את הסכמתי לפסק דינו של חברי השופט י' אלרון. אין חולק כי החיפוש בידי שוטר על גופו ובכליו של המערער, בעת שנחת בנמל התעופה בן גוריון, נערך באופן שרירותי. זאת ללא כל מידע מוקדם או אינדיקציה לקיומו של חשד כלשהו, לא כל שכן חשד סביר, שהמערער נושא עליו שלא כדין סם מסוכן. השלמה עם חיפוש שרירותי כזה – גם אם הניב תוצאות, מבחינה זו שנמצא סם בכליו של המערער – משמעה שכל אדם הנוחת בשדה התעופה צפוי לחיפוש על גופו, בנתון להחלטה אקראית של שוטר שמסורה בידיו סמכות חיפוש כללית. בבחינת מצאת, הצלחת; לא מצאת, לא קרה

דבר. זוהי פגיעה בפרטיות ובאוטונומיה של אדם על גופו שלא ניתן להשלים עימה. אין לה עיגון מפורש בדין, וטוב שכך. למרבה התמיהה, אף שחיפוש כזה נקוט בידי שוטרי משטרת ישראל, לא קיים כלל נוהל המנחה אותם אימתי, אם בכלל, ניתן – בלא שקיים צו חיפוש ובלא שמתקיים חשד סביר – לערוך חיפוש על גופו ובכליו של אדם הנוחת בנמל תעופה בישראל, בניסיון לאתר סם מסוכן; ואינני נוקטת עמדה כמובן לגבי נוהל כזה שבנקודת הזמן הזאת טרם בא לעולם.

במצב דברים זה ובאיוונים המתבקשים, אני מסכימה גם עם התוצאה שאליה הגיע השופט אלרון בנסיבות העניין, שלפיה יש להורות על זיכוי של המערער.

ש ו פ ט ת

השופט ד' מינץ:

1. סעיף 28(ב) לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973 (להלן: הפקודה) מסדיר את סמכותם של שוטרים לערוך חיפוש ללא צו חיפוש בשדות תעופה על גופו של אדם "אם החיפוש דרוש לצורך קיום הוראות [הפקודה]" (סעיף קטן (3)); ובמטען ובטובין "אם החיפוש דרוש לצורך קיום הוראות [הפקודה]" (סעיף קטן (4)).

מכאן אנו למדים כי למשטרה סמכות לחפש בגופו ובכליו של אדם בשדה תעופה, כדוגמת המערער בענייננו, גם ללא קיומו של חשד סביר. זאת לעומת הדרישה לקיומו של "יסוד סביר להניח שאותו אדם נושא עמו שלא כדין סם מסוכן" כאשר אין המדובר בחיפוש המתנהל בשדה תעופה (סעיף 28(ב)(2) לפקודה). היינו, סעיפים 28(ב)(3) ו-28(ב)(4) לפקודה מקנים סמכות רחבה בידי המשטרה לערוך חיפוש בגופם ובכליהם של הבאים בשערי נמל התעופה. מכאן שאיני שותף לדעה שאין עיגון מפורש בדין לסמכות עריכת חיפוש כללית על גופו או בכליו של אדם המצוי בשדה תעופה. השאלה במקרה זה אינה אפוא של קיום הסמכות, אלא שאלה של הפעלת הסמכות (פסקה 14 לחוות דעתו של חברי השופט י' אלרון; לעניין ההבחנה בין עצם קיומה של סמכות לבין הפעלתה באופן כללי ראו לדוגמה: בג"ץ 1827/92 התאחדות התעשיינים בישראל נ' שר האוצר, פ"ד מו(4) 368, 383 (1992); ובאופן פרטני יותר בהליכים אכיפתיים: ע"מ 3782/12 מפקד מחוז תל אביב-יפו במשטרת ישראל נ' איגוד האינטרנט הישראלי, פ"ד סו(2) 159 (2013); בג"ץ 2959/17 אלשואמרה נ' מדינת ישראל, פסקה 17 (20.11.2017)).

2. ברם, כפי שהצביע חברי השופט י' אלרון, סמכות רחבה איננה סמכות בלתי מוגבלת אותה ניתן להפעיל באופן שרירותי. כפי שעולה מתגובת המשיבה, כיום לא קיים כל נוהל המסדיר את אופן הפעלת סמכות החיפוש בשדות התעופה. המקרה שלפנינו אף מדגים מדוע הנחיות מסוג זה נדרשות, כאשר השוטר אשר חיפש בכליו של המערער לא ידע להסביר מדוע בחר דווקא בו, כיצד הוא מפעיל את סמכות החיפוש הנתונה לו ואף סבר כי מקור הסמכות לחיפוש שערך מצוי דווקא בחוק הטיס (בטחון בתעופה אזרחית), התשל"ז-1977.

3. אין הרבה מקום לספק כי נוכח אופייה של תופעת הברחת הסמים הבינלאומית, קיימת חשיבות רבה בעריכת בדיקות אקראיות לקיומם של סמים על גופם או בכליהם של הבאים בשערי שדות התעופה. ביצוע בדיקות אקראיות לא רק עשוי לגלות הובלת סמים אסורה, אלא בעיקר מהווה גורם מרתיע משמעותי כלפי אלו אשר עוסקים ביבוא סמים דרך שדות התעופה בעצמם או לעתים קרובות דווקא באמצעות בלדרים שאינם מעוררים חשד (וראו לדוגמה בלבד במשך השנים: ע"פ 6886/17 מרסל נ' מדינת ישראל (24.4.2018); ע"פ 7052/06 יגאלי נ' מדינת ישראל (27.4.2009); ע"פ 5104/06 בניירישראל נ' מדינת ישראל (21.5.2007); ע"פ 257/89 סבג נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(3) 746 (1990)). על כן, יש להותיר כלי חשוב זה בידי המשטרה במתכונת ביצוע בדיקות אקראיות ולאפשר לה לבצע את הבדיקות כפי שהמציאות מחייבת אף ללא קיומו של חשד סביר.

4. ציינתי כי חשוב לאפשר למשטרה לבצע בדיקות באופן אקראי, הן על גופם של באי שדות התעופה והן בחפציהם. אך אין זה אומר כי המשטרה יכולה לפעול באופן שרירותי או תוך תיוג פסול (profiling) (השוו: בג"ץ 4455/19 עמותת טבקה – צדק ושוויון ליוצאי אתיופיה נ' משטרת ישראל, פסקאות 20-21 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות (25.1.2021); בג"ץ 4797/07 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' רשות שדות התעופה (10.3.2015)). קיים פער גדול בין השניים. בדיקה אקראית כשמה כן היא. היא מושתתת על גמישות בלוח הזמנים של ביצוע הבדיקות, בתדירות הבדיקות, במוקד הבדיקות, ביעד הבדיקות ועוד. אין היא מוסדרת ומתוכננת מראש. כאשר היא נעשית כראוי, יש בכוחה להביא לתוצאות אופטימליות לחשיפת פשיעה ומיגורה, בוודאי כאשר מדובר במלחמה בנגע הסמים. אדרבה, נראה כי דווקא ביצוע בדיקות אקראיות בשדות תעופה הוא דרך המלך למיגור תופעת יבוא סמים בלתי חוקיים לישראל. דווקא משום כך, קיימת חשיבות בקביעת נוהל כמותוהוה בפסקה 18 לחוות דעתו של חברי. בהעדר נוהל, ההתמודדות במיגור התופעה לוקה בחסר ועלול שלא להוביל לתוצאות המיוחלות בביצוע הבדיקות האקראיות.



5. ברם, על אף האמור לעיל, ומבלי להקל ראש בחשיבותו של נוהל כאמור, אינני סבור כי נסיבות העניין מצדיקות פסילת הראיות שנמצאו בחיפוש על גופו של המערער, שנעשה ללא אמות מידה ברורות. אכן, חיפוש בלתי חוקי שבוצע בהיעדר הסמכה בחוק, מהווה הפרה חמורה של הזכות להליך הוגן אשר עשוי להביא לפסילת הראיות שהושגו בעקבותיו. זאת הגם שאין בעצם השגתה של ראייה שלא כדין כדי להביא באופן אוטומטי לפסילתה (ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461 (2006)). ברם, בענייננו אין מדובר באי חוקיות תוך הפרת הוראת חוק מפורשת. אף אין מדובר בביצוע חיפוש תוך חריגה מהתנאים הקבועים בחוק (כגון ביצוע חיפוש שלא בנוכחות עדים כאשר הדין מחייב זאת). הפגמים בחיפוש נבעו כאמור מאופן הפעלת הסמכות הקבועה בחוק, להבדיל מביצוע חיפוש בהיעדר הסמכה כלל, וגם עובדה זו משפיעה על ההכרעה בשאלת פסילת הראיות שהושגו כתוצאה מהחיפוש. על כן, אף כי נסיבות ביצוע העבירה שיוחסה למערער אינן מן החמורות, אינני סבור כי יש בכך כדי להטות את הכף לטובתו. בנסיבות אלו, על אף שהשוטר שביצע את החיפוש על גופו של המערער פעל בשרירותיות מסוימת, אין בכך כדי להצדיק את פסילת פירות החיפוש.

משכך, אם דעתי הייתה נשמעת הערעור היה נדחה.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' אלרון בהסכמת השופטת ע' ברון כנגד דעתו החולקת של השופט ד' מין.

ניתן היום, ד' באלול התשפ"א (12.8.2021).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט