



בש 001153/02

## בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כב' השופט משה דרורי

תאריך: 25/06/02

בעניין: מדינת ישראל  
ע"י ב"כ עו"ד פרקליטות מחוז י-ם  
ב"כ עו"ד שלומית בן יצחק העוררת

- נ ג ד -

מיכאל אברג'יל  
ע"י ב"כ עו"ד  
ב"כ עו"ד שמואל מצא עו"ד המשיב  
יעקב מצא

## החלטה

כללי

1. ערר זה של המדינה על החלטת בית משפט השלום בירושלים (סגן הנשיא, כב' השופט יואל צור), מיום 17.2.02, בתיק ב"ש 1617/02, מעורר שאלות עקרוניות חשובות ויסודיות בסוגיית סמכות החיפוש של המשטרה בנכסים פרטיים, בכלל, וחיפוש בתוך "קרבי" של מחשב, בפרט, על פי פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש] תשכ"ט - 1969 (להלן - "הפקודה" או "פקודת המעצר והחיפוש").
2. כדי להבין, אל נכון, את הבעיות שיתוארו להלן, ואת החלטת בימ"ש קמא, נקדים תחילה ונציג את העובדות, הן המוסכמות והן אלה השנויות במחלוקת.

רקע עובדתי



בש 001153/02

## בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כב' השופט משה דרורי

תאריך: 25/06/02

3. המשיב, מיכאל אברג'יל, מחזיק מספר חנויות במרכז כלל, רח' יפו 97, ירושלים (להלן: "מרכז כלל"), אשר בהם הופעלו מועדונים (על פי רשיונות כדין ובאישור המשטרה, לטענת המשיב), והכל כפי שיפורט להלן.
4. תחילתו של תיק זה בחשדות של המשטרה לפיהן מנוהלים בחנויות של המשיב, משחקי מזל אסורים.
- תיק החקירה הראשון במשטרה (מס' 00506/02/6) מתחיל בדו"ח פעולה שבו מדווח רס"ר אלעד פסו כי נכנס למועדון הידוע בשם "פאקמאן" ביום 15.1.02, בשעות 11.45 - 12.30. הוא מתאר משחקים ששיחק במכונה שהיתה במקום. לדבריו, יש במקום 12 מכונות מזל מסוג פוקר, פירות וכו'. איש המשטרה שיחק במקום כ-45 דקות (ולדבריו, אף הרוויח 50 ₪). בעקבות זאת, כך מסתבר, הוגשה בקשה מטעם המשטרה לביצוע החיפוש במועדון "פאקמאן" הנ"ל.
- בקשה זו (מספר 1121/02) הוגשה ביום 20.1.02 לבימ"ש השלום בירושלים, ובו ביום ניתנה על ידי כב' השופט אהרון פרקש החלטה לפיה הוא נעתר לבקשה בשל "חשד לניהול משחקי מזל אסורים, אחזקה והנהלה של מקום להימורים", כלשון הכתוב בכתב יד בהחלטה, ועל כן הוא מתיר למשטרת ישראל לערוך חיפוש במועדון "פאקמאן" הנ"ל, ולתפוס את החפצים הבאים: "מכונות מזל מסוגים שונים ובהם עורכים משחקי מזל אסורים, מסמכים הקשורים לדבר עבירה וכל דבר שאחזקתו אסורה" (מילים אלה הוספו בכתב יד בגוף הצו). מיד לאחר מכן, מודפסים בגוף הצו המילים הבאות: "החיפוש: ייערך בפני שני עדים שאינם שוטרים [בכפוף להוראות סעיף 26 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש)]". (מתחת מופיעה משבצת "לא ייערך בפני עדים (פרט הסיבה)", אך משבצת זו נשארה ריקה והמשבצת המסומנת ב-X היא המשבצת שצוטטה לעיל: "ייערך בפני שני עדים שאינם שוטרים...").
5. תיק החקירה השני (מספר 00513/02/2) התחיל באופן דומה. אותו איש משטרה - רס"ר אלעד פסו - ביקר באותו יום, 15.1.02, בשעות 14.00-14.15 במועדון "דיוק" בבניין כלל, ושם, לדבריו, היו 29 מכונות מזל, וזה כולל 9



## בית המשפט המחוזי בירושלים

בש 001153/02

**בפני: כב' השופט משה דרורי**

**תאריך: 25/06/02**

1 מכונות גדולות מסוג "פיינבול" - כדור עם קפיץ, 6 מכונות קטנות של משחקי  
2 בינגו ו-4 מחשבים. לאחר זמן קצר, הבחין רס"ר אלעד פסו הנ"ל בבדוקאי  
3 וחשש להיחשף, ועל כן עזב את המקום במהירות, מבלי שהספיק להשתתף  
4 במשחק.  
5 למחרת היום, ביום 16.1.02 בשעות 20.00-23.00, נכנס למועדון "דיוק" איש  
6 משטרה אחר, פרל אסולין (יתכן ויש שיבוש בשם, כי כתב היד איננו ברור  
7 דיו), אשר דיווח למפקדו כי שהה במקום בין השעות 20.00-23.00 והבחין ב-  
8 12 מכונות שונות של משחקי פוקר, רולטה, גלגלים מסתובבים. מיד לאחר  
9 שניסה השוטר לשחק, התגלה כבלש, כאשר האנשים בחדר אף סנטו  
10 באומרים: "בלשים מהמרים בסכומים של 20 ₪ וזה מהמר ב-100 ₪".  
11 גם כאן פנו אנשי המשטרה לביהמ"ש ביום 20.1.02 בבקשה להוצאת צו  
12 חיפוש (תיק מס' 1108/02). בבקשה, במקום המיועד לתיאור פרטי המקום,  
13 נכתבו בכתב יד מילים אלה: "מועדון 'דיוק' מרכז כלל, רח' יפו 97. הצו  
14 מתבקש לגבי שתי חנויות 'דיוק' שנמצאות אחד בסמוך לשני". במקום  
15 המיועד לתיאור החפץ שנעברה בו העבירה כתוב בכתב יד: "מכונות משחק  
16 בהם עורכים משחקי מזל אסורים".  
17 גם במקרה זה הובאה הבקשה לאותו שופט, כב' השופט אהרון פרקש, אשר  
18 נעתר לבקשה, ובו ביום - 20.1.02 - חתם על צו חיפוש שבו התיר למשטרה  
19 לבצע את החיפוש ולתפוס את החפצים הבאים, אשר נוסחו בכתב יד באופן  
20 הבא: "מכונות משחק מסוגים שונים בהם עורכים משחקי מזל אסורים,  
21 מסמכים הקשורים לדבר עבירה, וכל דבר שאחזקתו אסורה".  
22 בחלק המיועד לתיאור המקום, נכתב בכתב יד כי המשטרה רשאית לערוך  
23 חיפוש אצל מועדון "דיוק" מרכז כלל, רח' יפו 97, ירושלים. בחלק התחתון  
24 של המסמך, שרובו מודפס ונושא כותרת: "החלטת השופט / צו חיפוש",  
25 מול המילה "הערות", מופיעות שתי שורות בכתב יד, שזו לשונן: "לציין כי  
26 המועדון הנ"ל נמצא בשתי כניסות נפרדות כשאין גישה בין אחד לשני".



בש 001153/02

**בית המשפט המחוזי בירושלים**

**בפני: כב' השופט משה דרורי**

**תאריך: 25/06/02**

6. בפועל, בוצעו חיפושים ביום 22.1.02 בשלושת המקומות הנ"ל: מועדון "פאקמאן"; מועדון "דיוק"; והמקום השלישי שכונה "חנות 209" או "דיוק תחתון".
7. כדי שיקל עלינו להתייחס להלן לנוכחותם או אי נוכחותם של עדים בחיפוש, לפריטים שנתפסו במסגרת החיפושים, ולטענות הצדדים ולהחלטתו של בימ"ש קמא, נציג בקצרה את הדוחות של החיפוש שנעשו בשלושת האתרים שהוזכרו לעיל:
- א. בתום החיפוש שנערך במועדון "פאקמאן" בתאריך 22.1.02, בין השעות 14.35 - 15.00, נכתב דו"ח חיפוש ע"י רס"ל לילך שרף, שבו נאמר במשבצת המיועדת לכך כי בחיפוש השתתפו גם סמ"ש טל לוי, רס"ל צביקה ברונה. במשבצת אחרת באותו דו"ח נכתב כי החיפוש נערך בנוכחות העד גבאי אלי.
- בחלק "ה" של הטופס במשבצת המיועדת לתיאור המוצגים שנתפסו, מופיעה רשימה של 12 מכוניות הימורים.
- בחלק התחתון של דו"ח החיפוש המודפס, מעל חתימת "מחזיק המקום" כתוב "מסרב לחתום".
- ב. דו"ח חיפוש נפרד נערך באותו יום - 22.1.01 - ע"י יחידת בילוש ימ"ר במועדון "דיוק תחתון" ע"י רס"ר עופר בכר, כאשר בחיפוש השתתפו גם רס"ר דודו מזרחי, סמ"ל אליהו בוקובה.
- המשבצת הנושאת כותרת "החיפוש נערך בנוכחות עדים" - ריקה. מתחתיה מסומן ב-X כי "החיפוש נערך ללא עדים", ומסומן X שזה היה "לפי בקשת מחזיק המקום" (כלשון הטופס המודפס).
- עפ"י האמור בחלק "ה" של צו החיפוש, במקום נתפסו המוצגים הבאים: כונן מחשב; 8 כרטיסי מחשב (ג'וקים); צג + שרת + מקלדת של מחשב; דיסקט בצבע שחור; אמבולייזר בצבע אדום למחשב; מעטפה ובה מסמכים צ'קים וניירת שונה; 3 פלטות מעץ מחשב + רכיבים אלקטרוניים; 8 צגי מחשב דקים "פלטרון". בדו"ח פעולה המצוי בתיק, חתום ע"י רס"ר דודו מזרחי (אחד ממשתתפי החיפוש),



## בית המשפט המחוזי בירושלים

בש 001153/02

בפני: כב' השופט משה דרורי

תאריך: 25/06/02

מתואר במדויק היכן המיקום שבו נמצא כל אחד מאותם פריטים.  
 ב"הערות" רשום בכתב יד מילים אלה: **"במהלך פירוק המחשבים  
 נראה לי (לדוד אברג'יל) נגרם נזק לציווד וזאת ההערה על פי בקשת  
 דוד אברג'יל".** במקום של חתימת **"מחזיק המקום"** כתובות  
 המילים: **" אברג'יל דוד"** (לא ברור אם זו חתימה של אותו אדם או  
 מאן דהו כתב רק את השם).  
 כמו כן מצוי בתיק מזכר של עורך דו"ח החיפוש, רס"ר עופר בכר  
 למפקדו, ראש הימ"ר, בו הוא מציין שנספרו 46 שיקים שנתפסו  
 ברשותו של דוד אברג'יל, בעל המקום שנכח באותה עת בחיפוש והיה  
 עד במהלך כל החיפוש.  
 דו"ח החיפוש השלישי אשר מתייחס למועדון "דיוק עליון", משתרע  
 על פני שלושה עמודים (עורך הדו"ח השתמש בשני דוחות מודפסים  
 וכן במזכר בכתב יד כדי לכלול בהם את הרשימה המלאה של כל  
 הפריטים שנתפסו). דו"ח זה נערך אף הוא באותו תאריך, 22.1.02,  
 כאשר עורך החיפוש הינו רס"ר גואטה תומר, ובחיפוש השתתפו גם  
 רס"ר דדון אורן, וסמ"ש אביטל גינזבורג. במשבצת תחת הכותרת  
 "החיפוש נערך בנוכחות עדים" מופיע כשם העדה, שבתי גלילה.  
 על פי דו"ח החיפוש, במקום נתפסו מוצגים אלה: 2 שרתי מחשב;  
 5 מכונות מזל המתוארות בדו"ח החיפוש; מסמכים שונים הכוללים  
 יומנים מסוגים שונים; מחסנית אקדח ובתוכה כדורי אקדח בקוטר 9  
 מ"מ; 9 מכונות מזל גדולות מסוג "בינגו"; ומסך מחשב מסוג LG.  
 בנוסף, קיים מזכר מאת רס"ר תומר גואטה (עורך דו"ח החיפוש)  
 המתאר תפיסה של פריטים נוספים: שלושה מסכי מחשב מסוג LG;  
 שולחן עטוף לבד אפור שמצדו התחתון 4 קופסאות שליטה.  
 הן בטופס המודפס של צו החיפוש והן במזכר בכתב יד, מופיעה  
 חתימת גיגי ג'ורג' במקום המיועד לחתימת מחזיק המקום (באחד  
 הדפים החתימה הינה גיגי גורל, אך אפילו בעין של מי שאינו גרפולוג  
 מסתבר כי מדובר בחתימה של אותו אדם).



בש 001153/02

**בית המשפט המחוזי בירושלים**

**בפני: כב' השופט משה דרורי**

**תאריך: 25/06/02**

1  
2 8. בשלב יותר מאוחר, לאחר סיום ביצוע החיפוש (שכזכור נעשו ביום  
3 22.1.02), פנתה המשטרה בבקשה נוספת לביהמ"ש השלום בירושלים ביום  
4 27.1.02, במסמך מודפס הנושא כותרת "בקשה למתן צו להצגה/המצאה של  
5 חפצים/מסמכים לפי סעיף 43 לפקודת החוק הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח  
6 חדש], התשכ"ט - 1969". בבקשה זו, לאחר שמוסבר כי המשטרה תפסה  
7 מחשבים שעל פי החשד שימשו לניהול משחקים אסורים, התבקש בימ"ש,  
8 כלשון הבקשה "להורות על צו חדירה למחשב לצורך הפקת פלטי מחשב  
9 אשר נתפסו ביום 22.1.02 במועדון "דיוק" במרכז כלל". בקשה זו הובאה  
10 בפני כב' השופט יורם נועם (סגן נשיא בימ"ש השלום בירושלים) ולאחר  
11 שהוצג בפניו חומר חסוי, נתן צו חדירה למחשב לצורך הפקת פלטי מחשב.  
12 בצו זה, שהוא שימוש בטופס קיים, נכתב בכתב יד כי הבסיס המשפטי לצו  
13 אינו סעיף 43 לפקודה הנ"ל (כפי שנכתב בבקשה) אלא סעיף 23א לאותה  
14 פקודה. בסעיף זה נדון בהרחבה להלן.  
15

**המסגרת הנורמטיבית של ההליכים בבית המשפט**

16  
17  
18 9. בתחתית הטופס המודפס הנושא כותרת "החלטת שופט/צו חיפוש", ואשר  
19 נחתם על ידי כב' השופט אהרון פרקש ביחס לחיפוש שנגשו במועדוני  
20 המשיב, כמתואר לעיל, מודפסות מילים אלה במסגרת "הערה" ליד חתימת  
21 השופט: "זכותו של התובע לזכות בחפץ/ים שנתפסו/ לפנות לבית משפט  
22 השלום בעתירה להחזרת חפץ/ים לפי סעיף 34 לפקודה".  
23  
24  
25  
26

27 10. וזה לשונו של סעיף 34 לפקודת המעצר והחיפוש:  
28 **"מסירת התפוס לפי צו**



בש 001153/02

## בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כב' השופט משה דרורי

תאריך: 25/06/02

1 על פי בקשת שוטר שהוסמך לכך על ידי קצין משטרה  
2 בדרגת מפקח משנה או בדרגה גבוהה מזו דרך כלל או  
3 לענין מסויים (להלן - שוטר מוסמך), או על פי בקשת  
4 אדם התובע זכות בחפץ, רשאי בית משפט השלום  
5 לצוות כי החפץ יימסר לתובע הזכות או לאדם פלוני,  
6 או שינהגו בו אחרת כפי שיורה בית המשפט - הכל  
7 בתנאים שייקבעו בצו".

8  
9 11. סעיף זה מסמך בימ"ש להורות על מסירת החפץ התפוס, כאשר הגורם  
10 היוזם את ההליך הינו שוטר מוסמך או האזרח הטוען לזכות בחפץ.  
11 12. במקרה שלפנינו, כפי שנראה להלן, היוזמה לנקיטת ההליך היתה של בעל  
12 החפץ, כאשר המדינה היתה המשיבה בבקשה שהגיש אותו אדם לבימ"ש  
13 שלום, והיא זו העוררת, בפני בימ"ש המחוזי, על החלטת בימ"ש שלום  
14 שניתנה לבקשתו של בעל החפצים שנתפסו בחיפוש האמור.  
15

### ההליכים בבית משפט השלום

16  
17  
18 13. מיכאל אברג'יל (המשיב שבפנינו) פנה, באמצעות בא כוחו עו"ד מצא,  
19 בהתאם לסעיף 34 לפקודה הנ"ל לבית משפט השלום בירושלים בבקשה אשר  
20 בה עתר להחזיר לו את החפצים שנתפסו במועדון "דיוק", במועדון  
21 "פאקמאן" ובחנות 209 (המכונה "דיוק תחתון"). נימוקי הבקשה היו אלה:  
22 א. חיפוש והתפיסה נערכו ללא צו חיפוש, ככל שהדבר נוגע לחנות 209  
23 ("דיוק תחתון"), שלטענתו טרם נפתחה לקהל.  
24 ב. החיפושים נעשו ללא עדים.  
25 ג. התפיסה נעשתה ללא רישום (לגבי השיקים).  
26 ד. החיפוש במחשב נערך שלא כדין.  
27 ה. בבקשה יש גם התייחסות מפורטת לסוגיית עצם קיום העבירה, שכן  
28 לדברי המבקש אין כלל עבירה של ניהול הימורים באמצעות מחשב



בש 001153/02

## בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כב' השופט משה דרורי

תאריך: 25/06/02

ואינטרנט, כאשר פעולת ההימור נעשית בחו"ל, מחוץ לגבולות תחולת המשפט הפלילי הישראלי.

14. סגן הנשיא של בימ"ש שלום, כב' השופט יואל צור, פסק כדלקמן:
- א. על המדינה להחזיר מייד את המחשב, הצגים וכל ציוד שנתפס ושנלקח מחנות מס' 209 בבניין כלל.
- ב. בשל כך שבוצעו חיפוש ותפיסה בלתי חוקיים בחנות של המועדון הידוע בשם "פאקמאן", יש להחזיר מייד את כל הציוד והמכשירים שנתפסו במועדון זה.
- ג. יש להכין רשימה של כל המסמכים שנתפסו אצל מר דוד אברג'יל, ובכל הנוגע לשיקים יש לתת למבקש צילום מהם, הכולל את גב השיקים. אם יש שיקים של לקוחות שבחקירתם טענו שמסרו שיקים אלה למר אברג'יל בשל מזון או שתיה, יש להחזיר את השיקים הללו למר אברג'יל. במילים אחרות, יישארו בידי המשטרה רק השיקים שניתנו בגין השימוש במכונות והמכשירים שבמועדון.
- ד. המשטרה רשאית להותיר בידיה את כל המכשירים והפריטים שתפסה במועדון "דיוק" למשך 180 יום מיום תפיסתם.
- ה. המשטרה תבחן אפשרות הפרדה בין המשחקים והמכונות לבין התוכנה, וזאת באמצעות מומחה מטעמה, ועל המשטרה להודיע לביהמ"ש בתוך 21 יום מקבלת ההחלטה את מסקנותיה, ואז תינתן על ידי בית משפט קמא החלטה משלימה, לאחר קבלת תגובה בכתב של ב"כ המבקש.

### הנושאים השנויים במחלוקת

15. המדינה הגישה ערעור על החלטת בימ"ש השלום, על כל מרכיביה. הטיעון בפניי החל בעל פה, אך משנוכחתי לדעת כי טיעוני המערערת רבים ומחייבים שיקול דעת רחב והתייעצות עם גורמים נוספים במשרד





בש 001153/02

**בית המשפט המחוזי בירושלים**

**בפני: כב' השופט משה דרורי**

**תאריך: 25/06/02**

- 1 המשפטים, החלטתי כי כל צד יסכם טיעוניו בכתב. לאחר קבלת הסיכומים  
2 המפורטים של שני הצדדים, איפשרתי לצדדים להשלים את טיעוניהם בעל  
3 פה, כולל תשובות לשאלות בימ"ש ותגובה קצרה של כל צד לסיכומי רעהו.  
4 16. המחלוקות בין בעלי הדין הינן בסוגיות אלה:  
5 א. תוקף החיפוש במועדון "דיוק תחתון" (חנות 209).  
6 ב. נוכחות עדים ועורכי דין של בעלי המועדון בזמן החיפוש.  
7 ג. רישום השיקים שנתפסו והחזרתם לבעלי המועדון.  
8 ד. חיפוש במחשב.  
9 ה. האם בכלל יש עילה לחיפוש ולתפיסה של מכוונות מזל ומחשבים,  
10 כאשר העבירה של משחקי המזל מבוצעת, לטענת המבקש, בחוץ  
11 לארץ, דרך האינטרנט.  
12 17. לאחר ניתוח פרטני של הנושאים הללו, הן במישור העובדתי והן במישור  
13 המשפטי, נעניין בסוגיה החוקתית של תוקף החיפוש על פי חוק יסוד: כבוד  
14 האדם וחירותו, תוך התייחסות לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית  
15 ודמוקרטית, ככל שאלה ישימים לעניין פעולות חיפוש ותפיסת החפצים.  
16

**המקומות בהם בוצע החיפוש**

- 17  
18  
19 18. צו החיפוש במועדון "פאקמאן" (ראה סעיף 4 לעיל) אינו מעורר כל בעיות  
20 שהן ביחס למקום החיפוש.  
21 19. אשר לצו החיפוש השני - הוא מתייחס ל"מועדון דיוק", אך בבקשה נכתב  
22 במפורש כי הצו מתבקש לגבי שתי חנויות "דיוק" המצויות אחת בסמוך  
23 לחברתה, וכב' השופט פרקש, בצו החיפוש, כלל הערה לפיה: **"לציין כי**  
24 **המועדון הנ"ל נמצא בשתי כניסות נפרדות כשאין גישה בין אחד לשני"**  
25 (ראה סעיף 5 לעיל).  
26 20. בימ"ש קמא (כב' סגן הנשיא, השופט יואל צור) קבע כי העדר צו חיפוש  
27 ניפרד למועדון "דיוק תחתון" (חנות מספר 209) מאיין את החיפוש, ובשל



## בית המשפט המחוזי בירושלים

בש 001153/02

בפני: כב' השופט משה דרורי

תאריך: 25/06/02

- 1 כך פעולות המשטרה, ככל שהן נוגעות לחיפוש במועדון "דיוק תחתון", הינן  
2 שלא כדין (סעיף 7 רישא להחלטת בית משפט קמא).
- 3 21. ב"כ המערער, עו"ד שלומית בן יצחק, עוזרת פרקליט מחוז ירושלים,  
4 משיגה על מסקנה זו של בימ"ש קמא, ומדגישה כי די בפירוט תיאור המקום  
5 בצו החיפוש, כפי שצוטט לעיל, כדי שניתן יהיה לבצע חיפוש במועדון "דיוק  
6 תחתון", היא חנות 209. ב"כ המערער אף הציגה בפניי תצלומים של  
7 המועדונים השונים מהם עולה כי מועדון "דיוק תחתון" קרוב מאוד נמצא  
8 מול מועדון "פאקאמן", וכי מועדון "דיוק עליון" ומועדון "דיוק תחתון"  
9 צמודים זה לזה בשני מפלסים, והם מופרדים ביניהם ע"י קיר.
- 10 כנגדה, עו"ד שמואל מצא, ב"כ המשיב תומך בעמדת בימ"ש קמא כי יש  
11 לדקדק בלשון צו החיפוש, וכל עוד לא ניתן צו ספציפי ומפורש המתייחס  
12 לחנות 206, אשר לגביה יש חוזה שכירות נפרד, ומכאן שהיא יחידה נפרדת,  
13 אין די בצו החיפוש אשר מתייחס למועדון "דיוק", וההערה בתחתית הצו  
14 אינה מספיק ברורה כדי שמכוחה יהיה ניתן לבצע צו חיפוש ביחידה נפרדת.  
15 לדבריו, היה צורך בהוצאת שני צוים נפרדים לשתי החנויות, ומשלא נעשה כן  
16 - החיפוש אינו כדין.
- 17 22. אינני רואה את הדברים עין בעין עם כב' השופט המלומד, יואל צור, סגן  
18 הנשיא של בימ"ש קמא. אומנם אין חיבור בין שתי החנויות, אך הן נמצאות  
19 באותו קומפלקס, ומהתמונות שראיתי ניתן להסיק כי גם בעיני מתבונן מן  
20 הצד, שלושת החנויות קשורות זו לזו ומהוות אזור בילוי אחד.
- 21 יתרה מזו, מסתבר כי אם היה מתבקש ע"י המשטרה, היה כב' השופט אהרון  
22 פרקש מפריד בין צווי החיפוש או מוציא שני צווי חיפוש נפרדים, האחד  
23 למועדון "דיוק" והשני למועדון "דיוק תחתון". מכל מקום, הוא ציין בצו  
24 החיפוש כי מדובר בשתי כניסות נפרדות.
- 25 באשר לטענת ב"כ המשיב לפיה חנות 209 "דיוק תחתון" טרם החלה לפעול,  
26 ובכך, למעשה, מודה ב"כ המדינה בסיכומיה בעל-פה ביום 17.3.02 (עמ' 8  
27 שורה 8 "לא ידעו מראש מה יש בחנות 209"), התרשמתי מהצילומים של  
28 שתי החנויות כי הן מיועדות לפעול יחד. כמו כן, מהחפצים שנתפסו אני



בש 001153/02

## בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כב' השופט משה דרורי

תאריך: 25/06/02

1 רואה קשר ישיר בין שלושת החנויות, ואין לי ספק כי כוונת המשיב שלפניי  
2 היתה להפעיל את שלושתן באותה רוח.  
3 לפיכך, ייתכן והעילה לתפיסת החפצים במועדון "דיוק עליון" ובמועדון  
4 "פאקמאן" הוא כי בחפצים אלה כבר נעברה עבירה, שזאת עילת התפיסה על  
5 פי סעיף 32(א) רישא לפקודה, ואילו העילה לתפיסת החפצים במועדון "דיוק  
6 עליון" (חנות 209) שטרם התחיל לפעול, היא העילה שבסעיף 32(א) מציעתא  
7 לאותה פקודה, דהיינו: חפץ שעומדים לעבור בו עבירה. מכל מקום, לתפיסת  
8 החפצים בשלושת החנויות יש עיגון משפטי בסעיף 32 לפקודה, על כל חלקיו.  
9 23. המסקנה העולה בשאלה הראשונה היא, איפוא, כי צו החיפוש חל על שלושת  
10 האתרים, וממילא בנושא זה לא היה פגם משפטי בחיפוש בשלושת המקומות  
11 הללו.  
12 מכל מקום, בעתיד, מן הראוי כי המשטרה תקפיד ותבקש צווי חיפוש  
13 נפרדים לכל אתר ואתר, וכי בית משפט השלום יבדוק בעיון את בקשות  
14 המשטרה, ובסיום בדיקתו, אם ישתכנע כי יש מקום ליתן צו חיפוש, יפורט  
15 בצו תיאור מדויק של המקום שבו ניתן לבצע את החיפוש על פי הצו.  
16

### נוכחות עדים בחיפוש

17  
18  
19 24. סעיף 26 לפקודת המעצר והחיפוש קובע כי חיפוש ייערך בנוכחות שני עדים  
20 שאינם אנשי משטרה.  
21

22  
23 25. וזה לשון סעיף 26 לפקודה:

24 "הנוהל בעריכת חיפוש

25 חיפוש, בין על פי צו ובין שלא על פי צו, ייערך בפני שני עדים

26 שאינם שוטרים, זולת אם -

27 (1) לא ניתן בנסיבות הענין ובגלל דחיפותו לערכו כאמור; נסיבות

28 הענין וטעמי דחיפותו יפורטו בפרוטוקול שייערך;

**בש 001153/02**

**בפני: כב' השופט משה דרורי**

**תאריך: 25/06/02**

(2) שופט הרשה לערכו שלא בפני עדים;

(3) תופש הבית או המקום שבו נערך החיפוש, או אחד מבני ביתו

**הנוכחים שם, ביקש לערכו שלא בפני עדים; הבקשה תפורט**

**בפרוטוקול שייערץ."**

26. הוראות סעיף 26 (1) וסעיף 26 (2) אינן חלות במקרה שלפנינו.

הוראות סעיף 26 (3) לפקודה ברורות ביותר, והן קובעות כי אין להסתפק

בכך שהשוטר שואל את מחזיק המקום האם ברצונו כי יהיו נוכחים עדים

במקום; חובה על השוטר להסביר לנוגעים בדבר כי החוק מחייב נוכחות

עדים בעת החיפוש, וכי הוויתור על נוכחותם של עדים אפשרית רק על פי

בקשה מפורשת של בעל המקום. ראה: ע"פ (נצ' 38/83, בן קיקי נ' מדינת

ישראל, פסמ"ח, תשמ"ד, ב, 185, בעמ' 191 מול האות א'. פסק דין זה מוזכר

כאסמכתא למסקנה זו בספרו של כב' שופט ביהמ"ש העליון בדימוס, יעקב

קדמי, סדר הדין בפלילים, חלק ראשון, מהדורה משולבת ומעודכנת, תשנ"ז

- 1977, בעמ' 447. כמו כן מציינים שופטים בדימוס, משה שלגי וצבי כהן,

בספרם **סדר הדין הפלילי**, מהדורה שנייה, ירושלים, תשס"א - 2000, בעמ'

64הערה 40, בהתבסס על פסק דין בן קיקי הנ"ל, את המסקנה המשפטית

**הבאה: "לא די לשוטר לשאול את התופס או בן הבית אם רצונו בעדים, אלא**

**עליו להסביר לו כי הוראות החוק מחייבת נוכחות עדים, וכי ניתן לוותר על**

**נוכחותם רק על פי בקשה מפורשת מצידו".**

27. ראוי לציין כי כאשר נחקקה הפקודה המנדטורית בראשית שנות ה-20, נקבע

בה כי יש צורך בנוכחות המוכתר של הכפר ושני אנשים נכבדים נוספים בעת

החיפוש, ראה: סעיף 19 לפקודת הפרוצידורה הפלילית (מאסר וחיפושים),

חוקי ארץ ישראל, כרך א', פרק ל"ג, עמ' 431, שזה לשונו:

**"שום שוטר או אדם אחר המורשה על פי צו או בלא צו להיכנס**

**למקום ולחפש בו אדם או חפץ לא ייכנס לשם אלא אם כן נילוו אליו**

**מוכתר של הסביבה הקרובה או שני תושבים נכבדים, פרט למקרים**

## דחופים ביותר.



## בית המשפט המחוזי בירושלים

בש 001153/02

בפני: כב' השופט משה דרורי

תאריך: 25/06/02

- 1 (הוראה זו מוזכרת בפרשת בן קיקי הנ"ל, כאשר כב' השופט אסא מוסקף,  
2 לאחר שמזכיר את החקיקה המנדטורית הנ"ל, כי הדבר נעשה "על מנת  
3 שיהיה במקום אדם נייטרלי ובעל מעמד ציבורי שיפקח על עריכת החיפוש  
4 בצורה תקינה" - שם, עמ' 190 למעלה).
- 5 רק באחד מתיקוני הפקודה הוחלפה נוכחות המוכתר בכך שיהיו בעת  
6 החיפוש עדים חיצוניים, כאשר המחוקק מציין במפורש כי אלה "אינם  
7 שוטרים".
- 8 מכל מקום, העיקרון בעינו נשאר: יש צורך בנוכחות אדם אובייקטיבי, שאינו  
9 קשור למשטרה, וזאת כדי שהאזרח יהיה בטוח שהמשטרה לא "השתילה"  
10 את החפצים שנתפסו. ראויים לעניין זה לציטוט דברי כב' השופט אסא  
11 בפרשת בן קיקי הנ"ל (עמ' 192, מול האות א'):  
12 "לא שמונה, ולא שמונים ואף לא ריבוא שוטרים אינם יכולים לבוא  
13 במקומם של עדים זרים נייטרלים שהחוק מחייב נוכחותם בעת חיפוש".
- 14 28. לעניין מטרת ההוראות הללו בפקודת המעצר והחיפוש, מקובלים עלי דבריו  
15 של ד"ר חיים משגב, בעבודת הגמר שהגיש לתואר מוסמך למשפטים, כפי  
16 שהובאו במאמרו, "הזכות להיכנס לבית כדי לערוך בו חיפוש - זכויות  
17 המתגורר בבית מול חובתה של הרשות להילחם לביעור הפשע", משפט  
18 פלילי, קרימינולוגיה ומשטרה (פרסומי המכון לקרימינולוגיה ומשפט פלילי,  
19 הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב, התשמ"ו - 1986, כרך א) 219,  
20 בעמ' 252 - 253:
- 21 "חיפוש, בין על פי צו ובין שלא על פי צו, יש לערכו בדיוק על פי  
22 ההוראות הכלולות בסעיפים 26, 27, 28 - וחשוב מאוד שיימסר  
23 לאזרח, בו במקום, על הוראות אלה.
- 24 סעיף 26, עניינו בעריכת החיפוש בפני שני עדים שאינם שוטרים.  
25 לקיום הוראה זו יש חשיבות רבה. לא פעם צצה ועולה הטענה, בין  
26 שאר טענות, שחפץ מסויים לא היה בדירה עובר לחיפוש וכי הוא  
27 הוטמן שם בידי השוטרים, כדי להפליל את המחזיק בדירה. טענה  
28 כזו, משהועלתה, קשה, לעתים, לשוטרים להפריך אלא בכוח



## בית המשפט המחוזי בירושלים

בש 001153/02

בפני: כב' השופט משה דרורי

תאריך: 25/06/02

1 דיברתם בלבד; אבל משנוכחים אחרים בדירה, לבד מהשוטרים  
2 והמחזיק בדירה, הדברים פשוטים יותר. העדים, ובלבד שיאפשרו  
3 להם נוכחות בכל שלב של החיפוש, עשויים להוות מעין נציגי ציבור  
4 בזעיר אנפין: שליחיו של ציבור האזרחים, שמעונין מאוד בכך,  
5 שכאשר מופרת זכות כה יסודית של האזרח, הדברים ייעשו בסדר  
6 וכשורה, בדיוק לפי האמור בצו החיפוש. כמובן, שכאשר הצו הוא  
7 כוללני, כפי שזה קורה ברוב רובם של המקרים, כל מה שיכולים  
8 "נציגי הציבור" הללו לעשות הוא להשגיח, שכל מה שנתפס בדירה  
9 אכן יירשם ברשימה, כנדרש בסעיף 27, וכי לא "יתגלו" בדירה  
10 דברים, שלא היו בה עובר לחיפוש.

11 סעיף 26 מונה שלושה מצבים שבהם מותר לערוך את החיפוש ללא  
12 נוכחות שני העדים. שניים מהם ברורים לחלוטין: כאשר לא ניתן,  
13 בנסיבות העניין, ובגלל דחיפותו, לערכו כאמור: וכאשר תופס הבית,  
14 או המקום שבו נערך החיפוש, ביקש לערכו שלא בפני עדים. מאידך  
15 אין להבין את השלישי: כאשר שופט הירשה לערכו שלא בפני  
16 עדים.

17 חשוב מאוד שזכות זאת של האזרח, ששני אזרחים נוספים יהיו  
18 נוכחים בביתו בעת החיפוש, תישמר וכי יוקפד על קיומה. סעיף 27  
19 לפקודה גם קובע תפקיד אופרטיבי לשני העדים הללו: חתימה על  
20 רשימת החפצים שנתפסו אגב החיפוש. רשימה זו חייב לערוך מי  
21 שביצע את החיפוש, והוא חייב לפרט בה גם את המקומות שבהם  
22 נמצאו החפצים. סירובם האפשרי של העדים לחתום, צריך להירשם  
23 בפרוטוקול החיפוש או ברשימה עצמה, וצריך יהיה, בבוא העת,  
24 לעורר את תשומת ליבו של בית המשפט, שבפניו יבקשו להגיש את  
25 החפצים שנתפסו. הסיבה לאי רצונם של העדים לחתום תהיה  
26 חשובה מאוד לגבי מהימנות החיפוש ושאר נסיבות העניין.

27 על נוכחותו של תופס הבית, או אדם מטעמו, בעת החיפוש ועל זכותו  
28 לקבל רשימה של החפצים שנתפסו, כשזו חתומה בידי העדים,



## בית המשפט המחוזי בירושלים

בש 001153/02

בפני: כב' השופט משה דרורי

תאריך: 25/06/02

1 מדובר בסעיף 28. גם אלה דרישות שאין להתייחס אליהן כאל  
2 דרישות טכניות גרידא. חשוב שהאזרח יצפה בכל מהלך החיפוש  
3 ויהיה עד לכך, שהחפצים שנתפסו אכן נתפסו וכן מה הם המקומות  
4 ששם הם נתפסו. למקום תפיסתו של חפץ יכולה להיות חשיבות  
5 בעת המשפט, לענין הוכחת הכוונה הפלילית (ה- MENS REA)  
6 להחזיק בחפץ.”

7 דברים אלה, שנכתבו לפני חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, משקפים  
8 את המצב המשפטי, כפי שהיה אז, ואני מאמץ אותם. קל וחומר, נכונים  
9 הדברים כיום, לאחר חקיקת סעיף 7 של חוק היסוד אשר "העלה" את הזכות  
10 להקפדה על דיני החיפוש לזכות חוקתית, נושא שבו נדון להלן.

11 29. כיצד מיושמת זכותו של האזרח לנוכחות עדים שאינם שוטרים בשעת  
12 החיפוש, ומתי חל החרג שבסעיף 26 (3) לפקודה לפיו אין צורך בנוכחות  
13 אותם עדים אם תופס הבית ביקש לערוך את החיפוש שלא בפני העדים?  
14 תשובה לכך מצינו בדברי כב' השופט אסא בפרשת בן קיקי הנ"ל, בעמ' 191,  
15 מול האותיות א - ג:

16 "לא די בכך שהשוטר ישאל את האדם אם רצונו בעדים, אלא עליו להסביר  
17 לו כי הוראות החוק מחייבות נוכחות עדים בחיפוש וכי ניתן לוותר על  
18 העדים על פי בקשה מפורשת של בעל המקום.

19 על עורכי החיפוש, השוטרים, למלא את חובתם על פי החוק ולדאוג בראש  
20 וראשונה לנוכחותם של עדים, וזכותו הבלעדית של האדם שאצלו נערך  
21 החיפוש היא לבקש כי העדים לא יהיו נוכחים. זוהי זכות בלעדית השמורה  
22 לאדם זה ולו בלבד, וזאת אחרי שהוסבר לו על ידי השוטרים כי מבחינתם -  
23 חובה חקוקה עליהם לבצע את החיפוש בנוכחות עדים.

24 אין זה עולה בקנה אחד עם דרישת החוק לנהוג כפי שטוען שנהג העד  
25 נתנאל, היינו לשאול את הנאשם אם הוא מעונין בעדים, מבלי להסביר לו  
26 קודם לכן כי החוק מחייב נוכחות עדים." (ההדגשות הוספו על ידי).



## בית המשפט המחוזי בירושלים

בש 001153/02

בפני: כב' השופט משה דרורי

תאריך: 25/06/02

- 1 בהעדר פס"ד של בית המשפט העליון בשאלה זו, משקף פס"ד מחוזי זה את
- 2 המצב השמפטי בישראל, והוא מצוטט כאסמכתא מחייבת בשני הספרים
- 3 החשובים העוסקים בסדר דין פלילי, כפי שהובאו לעיל בסעיף 26.
- 4 30. נבדוק עתה, לאור דרישות הפקודה - כפי שפורשו בפרשת בן קיקי הנ"ל -
- 5 והרציונל שהוסבר לעיל, כיצד נהגה המשטרה בעת החיפוש בשלושת
- 6 האתרים:
- 7 א. בחיפוש במועדון "דיוק תחתון" (חנות 209), עפ"י המצוין בדו"ח,
- 8 נשאל דוד אברג'ל (אחיו של המשיב) האם הוא מעוניין בנוכחות עדים,
- 9 והוא השיב שהוא לא מעוניין - "אין לו בעיה". לא ברור האם
- 10 השוטרים מילאו בדקדנות אחר דרישת החוק, אם לאו, שהרי, עפ"י
- 11 הלכת בן קיקי הנ"ל, היה על השוטרים להודיע מראש למחזיק כי זו
- 12 זכותו לכך שיהיו נוכחים עדים, ולא ברור אם אכן מילאו השוטרים
- 13 אחר חובה זו. נושא זה מחייב הכרעה שיפוטית לאחר שמיעת ראיות,
- 14 ויעסוק בכך בית משפט השלום במסגרת התיק העיקרי.
- 15 ב. במועדון "פאקמאן" לא היו כלל עדים, למעט אדם בשם אלי גבאי,
- 16 ושוטר שצוין כעד. ב"כ העוררת, עו"ד שלומית בן יצחק, טענה בסעיף
- 17 9 לנימוקי הערר כי אלי גבאי הנ"ל ויתר על נוכחותם של עדים
- 18 נוספים, ודי בנוכחותו שלו במקום. מר גבאי, בתצהיר מיום
- 19 18.2.02 שהגיש לבית המשפט המחוזי (ואשר לא היה בפני בימ"ש
- 20 קמא) מכחיש דברים אלה מכל וכל, ואף מסביר כי לא חתם על דבר,
- 21 וסירב לחתום על מסמך שהוצג לו על ידי השוטרים, באומרו כי אינו
- 22 בעל המקום. עו"ד שמואל מצא, בא כוח המשיב, כתב בסיכומיו כי
- 23 הוא הוזעק למועדון "פאקמאן", ושם ביקש מהשוטרים להיות נוכח
- 24 בחיפוש. עו"ד מצא הצהיר בפניי כי יש לראות את דבריו בסיכומים
- 25 כתצהיר, וזאת לאחר שבגוף הסיכומים (בסעיף 15) ציטט את נוסח
- 26 ההצהרה בתצהיר. בנוסף לכך, התבסס ב"כ המשיב עו"ד מצא, על
- 27 תצהירו הנ"ל של אלי גבאי, שבו הוא מספר - ממראה עיניו ומשמיעת
- 28 אוזניו - כי עו"ד מצא בא למקום וביקש להשתתף בחיפוש, אך





## בית המשפט המחוזי בירושלים

בש 001153/02

בפני: כב' השופט משה דרורי

תאריך: 25/06/02

- 1 השוטרים סירבו להיענות לבקשתו ודרשו ממנו שייצא מיד, באומרם  
2 לו: "אתה לא נכנס, אין לך שום זכות".
- 3 מנגד, עמדת המדינה היא כי לא כך היו פני הדברים ואנשי המשטרה  
4 אשר היו אחראים לחיפוש, נהגו כדין.  
5 למותר לציין, כי גם מחלוקת עובדתית זו מחייבת בירור ע"י  
6 הערכאה הדיונית, ואין לערכאת הערעור נתונים מספיקים כדי לקבוע  
7 ממצאים עובדתיים בשאלות אלה.
- 8 ג. אשר לחיפוש במועדון "דיוק עליון", שם העדה המוזכרת בדו"ח הינה  
9 שבתאי גלילה, ולא ברור מהו מעמדה. מכל מקום, בניגוד לדרישת  
10 החוק המדבר על נוכחות שני עדים, מופיע בדו"ח כי נכחה בחיפוש  
11 עדה אחת בלבד. גם במקרה זה לא ברור אם הוצע על ידי השוטרים  
12 לבעל המקום כי יהיו בעת החיפוש שני עדים, אם לאו, ומדוע נבחרה  
13 רק עדה אחת ועל ידי מי נבחרה כעדה, ואף נושאים אלה מחייבים  
14 בירור.
- 15 31. לאור העובדה שבכל הנושא הקשור לנוכחות עדים בעת החיפוש  
16 מדובר בשאלות עובדתיות, ובמיוחד כאשר יש מחלוקת בין טענות  
17 עו"ד מצא לטענות המשטרה לגבי הסכמה לחיפוש ללא עדים ולגבי  
18 נוכחות עו"ד מצא כאחד העדים, מקומם של סוגיות אלה היא בדיון  
19 בתיק העיקרי, בו יישמעו כל העדים, ייחקרו בחקירה נגדית ובימ"ש  
20 הדין בכתב האישום יקבע ממצאים בשאלות אלה.
- 21 32. כבר עתה יש להעיר - ודברים אלה הינם בבחינת הנחיית בימ"ש של  
22 ערעור לערכאה הדיונית - כי אם קובעת הפקודה כי בעל המקום זכאי  
23 לנוכחות שני עדים חיצוניים בעת החיפוש, קל וחומר שאחד מעדים אלה (או  
24 אפילו שניהם) יכול או יכולים להיות עורך דינו של בעל המקום. זכותו של  
25 עורך דין לייצג את לקוחו בפני כל רשות מרשויות המדינה וזכותו של אזרח  
26 להיות מיוצג על ידי עו"ד, מקורם בסעיף 22 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א  
27 - 1961, ואין ספק כי ייצוג בעל מקום בעת חיפוש באותו מקום, ולו כאחד  
28 העדים בחיפוש על פי סעיף 26 לפקודה, הוא חלק מתפקידו של עורך הדין.



בש 001153/02

**בית המשפט המחוזי בירושלים**

**בפני: כב' השופט משה דרורי**

**תאריך: 25/06/02**

- 1 אין למשטרה כל שיקול דעת למנוע מעורך דין לשמש כעד לחיפוש על פי סעיף  
2 26 לפקודה. ייתכנו מקרים בהם רשאית המשטרה מטעמים אופרטיביים  
3 לבצע את החיפוש בדחיפות (כמו חיפוש במקביל בכמה אתרים) ואין לדרוש  
4 ממנה להמתין עד בואו של עורך הדין כדי שיהיה אחד מהעדים בחיפוש. אך,  
5 משבא עורך הדין למקום, אין למנוע ממנו נוכחות במקום כאחד העדים.  
6 33. למותר לציין כי אינני קובע כל ממצא עובדתי ביחס לטענת עו"ד מצא בדבר  
7 סירוב השוטרים שלא כדין לאפשר לו להיות נוכח בעת החיפוש. נושא זה  
8 מחייב הכרעה עובדתית על ידי בית משפט, שתעשה רק לאחר שמיעת כל  
9 העדים הנוגעים בדבר. אחד מהעדים הינו מר אלי גבאי, שתצהירו כבר הוגש  
10 לבית משפט. עדים נוספים יכול שיהיו עורכי הדין שמואל ויעקב מצא, אך  
11 חזקה עליהם כי יודעים הם את הוראות כלל 36(א) לכללי לשכת עורכי הדין  
12 (אתיקה מקצועית), התשמ"ו - 1986, ובמיוחד הסיפא לאותו כלל, המורה כי  
13 אם עו"ד נקרא להעיד מטעמו של אדם שהחל לייצגו - יחדל מן הייצוג.  
14  
15 34. הכרעות עובדתיות אלה מקומן בתיק העיקרי, התיק בו יישמעו העדים  
16 הרלוונטיים ובהם השוטרים עורכי החיפוש והנוכחים האחרים בחיפוש (כך  
17 גם העידו אותם אנשים בפרשת בן קיקי הנ"ל).  
18  
19  
20  
21  
22  
23 35. על בימ"ש יהיה לקבוע ממצאים בשאלות אלה :  
24 א. האם מחזיק המקום או מישהו מוסמך מטעמו, ויתר על נוכחות  
25 העדים בעת החיפוש ביוזמתו, ואם היה זה לאחר בקשת המשטרה,  
26 האם הויתור של אותו אדם נעשה לאחר שהוסברו לו זכויותיו, כפי  
27 שנקבע הדבר בפרשת בן קיקי הנ"ל.



## בית המשפט המחוזי בירושלים

בש 001153/02

בפני: כב' השופט משה דרורי

תאריך: 25/06/02

- 1      ב. האם עו"ד מצא הביע נכונות להיות אחד מעדי החיפוש, והמחזיק של  
2      המקום או המפעיל של המקום הסכימו לכך, או למצער לא התנגדו  
3      לכך, ומה היתה תגובת המשטרה להצעה כי עו"ד מצא יהיה אחד  
4      מעדי החיפוש.  
5      36. אם יתברר שאכן לא נהגו אנשי המשטרה כראוי, כי אז יהיה רשאי בימ"ש  
6      השלום לקבוע את פסלות החיפוש ולהורות על החזרת החפצים לבעליהם  
7      ולא לקבלם כראיה, והכל על פי עקרונות הפסלות היחסית, כפי שיפורטו  
8      בהחלטה זו.

9

10

### החדירה למחשב

11

- 12      37. חיפוש במחשבים ניתן לביצוע רק על פי סעיף 23א לפקודת המעצר והחיפוש  
13      (כפי שהוסף לפקודת במסגרת חוק המחשבים, תשנ"ה - 1995), אשר נוסחו  
14      הינו זה:

15

#### **"חדירה לחומר מחשב**

16

- 17      (א) חדירה לחומר מחשב וכן הפקת פלט תוך חדירה כאמור, יראו אותן  
18      כחיפוש וייעשו על ידי בעל תפקיד המיומן לביצוע פעולות כאמור; לעניין  
19      זה, "חדירה לחומר מחשב" - כמשמעותה בסעיף 4 לחוק המחשבים,  
20      התשנ"ה - 1995.

21

- 22      (ב) על אף הוראות פרק זה, לא ייערך חיפוש כאמור בסעיף קטן (א), אלא על  
23      פי צו של שופט לפי סעיף 23, המציין במפורש את ההיתר לחדור לחומר  
24      מחשב או להפיק פלט, לפי הענין, ואת תנאי החיפוש ומטרותיו.

25

- 26      (ג) קבלת מידע מתקשורת בין מחשבים אגב חיפוש לפי סעיף זה לא תיחשב  
27      כהאזנת סתר לפי חוק האזנת סתר, התשל"ט - 1979.

28

- 29      38. טענת העוררת הינה כי המחשבים שנתפסו מהווים מכונות מזל, כי לידם היו  
30      מכונות משחק. ב"כ העוררת, עו"ד בן יצחק, הייתה ערה לכך כי יש הבדל בין  
31      חפץ שנתפס שהוא במהותו פלילי, כגון: סמים, כלי יריה, וזאת לעומת



## בית המשפט המחוזי בירושלים

בש 001153/02

בפני: כב' השופט משה דרורי

תאריך: 25/06/02

- 1 המחשב, אשר יש בו שימוש "כפול" וניתן לבצע בו הן שימוש חוקי לגיטימי
- 2 והן שימוש בלתי חוקי לצורכי משחקי מזל. אכן, בשלב כלשהו של הטיעון
- 3 בעל-פה, טענה ב"כ העוררת כי יתכנו מקרים בהם חפץ "תמים" כמו טלפון
- 4 יכול להיתפס במסגרת סעיף 32 לפקודה כחפץ שנעברה בו עבירה, אם באותו
- 5 טלפון בוצעה שיחה לצורך הימור בלתי חוקי. קשה לקבל קו טיעון כה
- 6 מרחיק לכת, אך לצורך המשפט שלפניי, אינני קובע מסמרות בסוגיה זו.
- 7 39. מכל מקום, במקרה שלפנינו, טענת המשיב היא כי המחשב משמש לרישום
- 8 התקבולים של ההכנסות המתקבלות ממכירת קפה ועוגות במועדונים,
- 9 שימוש חוקי ולגיטימי, לכל הדעות.
- 10 עמדת המדינה היא, כי כאשר תיבדק תוכנת המחשב יוברר בצורה חד
- 11 משמעית כי המחשב שימש כחלק ממערך מכונות המזל שהופעלו על ידי
- 12 המשיב, במסגרת שלושת המועדונים המופעלים על ידו במרכז כלל
- 13 בירושלים.
- 14 40. רוב רובם של המחשבים נתפסו במועדון "דיוק תחתון" (חנות 209), לפני
- 15 שהופעלו, ואין הוכחות כיצד בדיוק פעלו מחשבים אלה ב"שירות" מכונות
- 16 המזל.
- 17 41. כיצד תבוצע החדירה למחשב על פי סעיף 23א לפקודה?
- 18 עמדת ב"כ המדינה היא כי פירוש הנכון של סעיף 23א לפקודה הינו, כי אין
- 19 צורך בקיום תנאי סעיף 26 לפקודה (סעיף 40 לסיכומים בכתב).
- 20 פירוש זה אינו מקובל עלי כלל וכלל.
- 21 מבחינה לשונית, כאשר מגדיר סעיף 23א(א) לפקודת המעצר והחיפוש את
- 22 החדירה לחומר המחשב והפקת פלט מתוך החדירה, כאמור, כ"חיפוש",
- 23 משמעות הדבר היא, כי כל הכללים של חיפוש המפורטים בפקודה, יחולו גם
- 24 על חדירה למחשב. לפיכך, אם סעיף 26 לפקודה קובע כי יש צורך בנוכחות
- 25 שני עדים שאינם שוטרים בעת החיפוש, דרישה זו חלה גם בעת החדירה
- 26 לחומר המחשב והפקת הפלט, שהינו בגדר חיפוש, כאמור.
- 27 מבחינה מהותית, תכלית החוק מחייבת פירוש זה, וביתר שאת. כפי שנוכחנו
- 28 לעיל (ראה הקטע המצוטט בסעיף 28 לעיל ממאמרו של ד"ר משגב), הצורך



## בית המשפט המחוזי בירושלים

בש 001153/02

בפני: כב' השופט משה דרורי

תאריך: 25/06/02

- 1 בנוכחות שני עדים חיצוניים נועדה למנוע "השתלת" חומר על ידי המשטרה,  
2 והגברת אמון הציבור בעת החיפוש. חשש זה של השתלת חומר נכון  
3 שבעתיים כאשר מדובר בתוכנת מחשבים.
- 4 42. עוד בישיבה הראשונה שהייתה בפניי, הצעתי כי ימונה מומחה אובייקטיבי  
5 למחשבים, אשר בנוכחותו תבוצע החדירה למחשב, והתוכנות הרלוונטיות  
6 יועתקו על ידו לדיסק נפרד, אשר ישמש ראיה בתיק העיקרי. לצערי, ב"כ  
7 המדינה לא הסכימה להצעה זו, ועל כן ניתן על ידי צו זמני ביום ז' אדר,  
8 תשס"ב (19.2.02), האוסר על המשטרה לבצע חדירה לחומר המחשב ללא  
9 נוכחות המשיב ועדים מטעמו, אשר יכול ויהיו עורכי דינו או מומחים  
10 למחשבים, וכי תוצאות החדירה והפקת הפלט יירשמו, תוך יישום עד כמה  
11 שאפשר, של סעיף 27 לפקודה.
- 12 43. עתה, לאחר שעיינתי בתיק לפניי וכן בספרות משפטית העוסקת בנושא  
13 המחשבים, תוך התייחסות לנוהגים מעבר לים (במיוחד בארה"ב), התחזקתי  
14 בעמדתי הראשונית, אותה הבעתי בישיבה הראשונה הנ"ל.
- 15 44. טענת המדינה, כי "הפרשנות אותה בחר בית משפט הנכבד תביא לתוצאה  
16 לפיה העומס המוטל על מחלקת הזיהוי הפלילי יגדל, יידרש תיאום בין נציג  
17 הנאשמים והמשיבים סירבול ואף שיבוש הליכי חקירה" (סעיף 43 לסיכומים  
18 בכתב מטעם ב"כ העוררת עו"ד שלומית בן יצחק) - לא מקובלת עלי.
- 19 לא רק שהחוק מקנה לבעל החפצים, ובכללם המחשבים והתוכנות, את  
20 הזכות להיות נוכח בעת החיפוש, ובמקרה שלנו בעת החדירה למחשב, כפי  
21 שקבעתי לעיל (סעיף 41), אלא שנימוק טכני העוסק בכוח אדם וביעילות, אין  
22 בכוחו לצמצם זכות כזאת.
- 23 למעלה מן הצורך אוסיף כי לא התרשמתי שאכן המצב כה חמור מבחינת  
24 כוח אדם ועומס במחלקת הזיהוי הפלילי. אינני רואה כל קושי, כי כאשר  
25 מומחה המחשבים מטעם מז"פ יחדור למחשב ויוציא את הפלט המתאים,  
26 יהיה נוכח באותו חדר מומחה מחשבים אחר מטעם האדם שמחשבו נתפס.  
27 למותר לציין, כי בדורנו ניתן לבצע העתקות של תוכנה תוך זמן מועט, הניתן



בש 001153/02

## בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כב' השופט משה דרורי

תאריך: 25/06/02

1 למדידה במקרים מסויימים אף בדקות, ועל כן טענת העומס - לאו טענה  
2 היא.  
3 הטענה בסיפא של סעיף 43 לסיכומי העוררת בדבר החשש ל"שיבוש הליכי  
4 חקירה" נאמרה בעלמא. לא הוצג בפניי כל נתון עובדתי או כל חשש ריאלי  
5 לשיבוש הליכי חקירה.  
6 45. כפי שרמזתי לעיל, ניתן לפעול בעניין כפי שפועלים בארה"ב, בדרך הבאה:  
7 לאחר תפיסת המחשב, יועתקו קבצי המחשב (בנוכחות מומחה מטעם  
8 המשיב), כאשר הדיסק בו מצוי החומר המועתק ייחשב כמקור וניתן יהיה  
9 להציגו כראיה בתיק העיקרי, וזאת לאחר שב"כ המשיב מסכים מראש לכך  
10 שלא יטען כל טענה כאילו דיסק זה אינו מקור, ולא יטען כל טענה שהבאת  
11 דיסק זה כראיה סותר את "כלל הראיה הטובה ביותר". לאחר העתקת  
12 הקבצים לדיסק, ניתן יהיה להחזיר את המחשב (על התוכנה שבו) לבעליו.  
13 ראה בהרחבה על כל הנ"ל, כולל האסמכתות האמריקאיות המובאות  
14 בהערות, בספרו של נמרוד קוזלובסקי, **המחשב וההליך המשפטי - ראיות**  
15 **אלקטרוניות וסדרי דין** (ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין, תל-אביב,  
16 התשס"א - 2000) עמ' 150 ואילך, במיוחד עמ' 85 ואילך.  
17 ברוח זו תינתן על ידי ההוראה האופרטיבית בסיום החלטה זו.  
18  
19  
20  
21

### רשימת השיקים

22 46. כזכור, תפסה המשטרה מספר שיקים אשר היו בתוך פאוץ' של דוד אברג'יל.  
23 אין חולק כי השוטרים לא ערכו רשימה של אותם שיקים, כנדרש בסעיף 27  
24 רישא לפקודה, ולא כל שכן שאין חולק שאותה רשימה לא נחתמה בידי  
25 העדים הנוכחים בחיפוש, כנדרש על פי הוראת סעיף 27 סיפא לאותה פקודה.  
26 47. טענת המדינה היא כי השיקים עצמם שימשו כשכר בעד ביצוע עבירת  
27 משחקי המזל, ולכן מותר לתופסם על פי סעיף 32(א) סיפא לפקודה, וכי אי  
28 רישום השיקים נועד למנוע מצב בו ידעו בעלי המקום מי הם אותם עדים



## בית המשפט המחוזי בירושלים

בש 001153/02

בפני: כב' השופט משה דרורי

תאריך: 25/06/02

- 1 שהמשטרה תחקור, וכך תסוכל חקירתם. בכל מקרה, מוסיפה וטוענת ב"כ  
2 המדינה, כי אין הצדקה להחזיר את השיקים לבעליהם, או להודיע לבעלי  
3 המקום מי הם בעלי השיקים, שכן בעזרת מידע זה יוכלו בעלי המקום לגבות  
4 את כספי ההימורים האסורים, ולא יעלה על הדעת, מוסיפה וטוענת המדינה,  
5 כי בימ"ש יתן צו שמשמעותו ותוצאותיו הוא כי בעל מקום הימורים יוכל  
6 לגבות את כספי ההימורים הבלתי חוקיים שנעשו במועדון שאותו ניהל.  
7 מנגד, טוען המשיב, כי השיקים הינם תשלום עבור הקפה והעוגות, אשר  
8 המשיב מוכר באותם מועדונים, וכי אין הצדקה לשלול ממנו את השיקים,  
9 אשר מהווים תמורה עבור מוצרים ושירותים לגיטימיים שכבר סיפק המשיב  
10 ללקוחותיו במועדונים.
- 11 48. נקודת המוצא ההתחלתית היא שמוטלת חובה על המשטרה להכין את  
12 רשימת החפצים שנתפסו וכי העדים הם אלה החותמים בשולי אותה  
13 רשימה, וזאת כאמור בסעיף 27 לפקודה, שהרציונל שלה הוסבר במאמרו  
14 הנ"ל של ד"ר משגב.
- 15 49. נימוקי המדינה מושכים את הלב, אך אין בכוחם להוות תירוץ קבוע וסופי  
16 למחדל של המשטרה לבצע את האמור בסעיף 27 לפקודה.
- 17 האיזון הנכון בין צרכי החקירה לבין קיום דקדקני של הוראות סעיף 27  
18 לפקודה, הוא זה: בשלב ראשון תומצא ע"י המשטרה לבימ"ש השלום  
19 רשימת השיקים במעטפה סגורה, וזו תופקד בכספת בית משפט השלום;  
20 דבר זה ניתן להיעשות תוך 7 ימים. בשלב שני, תסיים המשטרה את חקירתם  
21 של כל החתומים על השיקים, וזאת כאשר המשיב אינו יודע מי הם בעלי  
22 השיקים והרשימה אינה ברשותו; שלב זה ניתן לסיימו תוך 45 יום. השלב  
23 השלישי יהיה פנייה של המשטרה לבית משפט השלום בבקשה נפרדת  
24 ומנומקת ביחס לכל פריט ופריט מתוך רשימת השיקים, כאשר ביחס לכל  
25 אחד מהפריטים תפורט הבקשה האם לכלול אותו ברשימת החפצים  
26 שישארו תפוסים בידי המשטרה, אם לאו, וכן האם להחזירו למשיב, אם  
27 לאו. בית משפט השלום ישקול כל מקרה לגופו, כאשר נקודת המוצא היא  
28 זכות המשיב על רכושו, וכי על העוררת להוכיח כי אכן חלה הוראת סעיף



## בית המשפט המחוזי בירושלים

בש 001153/02

בפני: כב' השופט משה דרורי

תאריך: 25/06/02

1 32(א) סיפא לפקודה, וכי אותו שיק ניתן כשכר בעד ביצוע עבירה. בפועל,  
2 הנחייתי זו מפורטת קמעא, והיא משקפת את רוח דברי בית משפט קמא,  
3 בסעיף 11ג להחלטתו, ולכן בנקודה זו, נדחה ערר המדינה.  
4

### האם בוצעה עבירה באמצעות החפצים שנתפסו

5  
6  
7 50. ב"כ המשיב טען כי מרשו לא ביצע עבירה. לדבריו, בעת חקיקת חוק  
8 העונשין, לא היה אינטרנט, ולכן משחקים אסורים דרך האינטרנט אינם  
9 אסורים. כמו כן טען, כי משחק המזל האסור מבוצע בפועל בחו"ל, ולכן אין  
10 תחולה לדיני העונשין הישראלים.

11 51. לא הצרכתי את ב"כ העוררת להשיב על טענות אלה.  
12 אשר לפירוש החוק - מקובלנו כי גם חוק שנחקק בעבר לפני חידוש טכנולוגי  
13 זה או אחר, ניתן ליישום גם ביחס לאותו אמצעי טכנולוגי. הפרשנות של  
14 החוק מבוססת על תכלית החקיקה ולא על אמצעי טכני זה או אחר. כפי  
15 שניתן לפסוק ביחס לחתימת חוזה בפקסימיליה על פי עקרונות הצעה וקיבול  
16 הקבועים בחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג - 1973, גם כאשר החל השימוש  
17 בפקסימיליה רק לאחר חקיקת חוק זה, כך גם ניתן ליישם את הוראות חוק  
18 העונשין העוסק במשחקים אסורים גם ביחס לטכנולוגיות שהומצאו לאחר  
19 חקיקתו.

20 לעניין תחולתו הטריטוריאלית של חוק העונשין הישראלי, ככל שמדובר  
21 במשחק מזל שנערך דרך האינטרנט, מבלי לקבוע עמדה פסקנית בעניין, הרי  
22 לצורך הלכאורי של ביצוע החיפוש, די בכך שהעבירה בוצעה חלקה בישראל  
23 וחלקה בחו"ל כדי שיחול עליה החוק הישראלי, וזאת כנאמר בסעיף 7(א)(1)  
24 לחוק העונשין, תשל"ז - 1977, אשר מגדיר "עבירת פנים" כעבירה שנעברה  
25 כולה או מקצתה בתוך שטח ישראל, והרי אין חולק כי רק פעולותיו של  
26 המהמר תוך שימוש בתוכנה ובמחשב בישראל, הם אלה שגרמו לכך שהוא  
27 יהיה שותף באותו משחק מזל המתנהל בחו"ל. לכן, על פני הדברים, בנסיבות





## בית המשפט המחוזי בירושלים

בש 001153/02

בפני: כב' השופט משה דרורי

תאריך: 25/06/02

1 אלה, העבירה נעברה מקצתה בתוך שטח ישראל, ועל כן הינה "עבירת פנים",  
2 אשר דיני העונשין של ישראל יחולו עליה, כאמור בסעיף 12 לחוק העונשין.  
3 52. ב"כ המשיב, בסיכומיו בכתב, מנסה לפתח את התזה לפיה הגיעה העת  
4 לאפשר בישראל משחק במכונות מזל, תוך שהוא משתמש בדוגמאות  
5 היסטוריות: כפי שבשנות ה-20 נאסר האלכוהול בארה"ב, ואיסור זה בוטל,  
6 כך, לדבריו, יקרה ביחס למשחקי המזל בארצינו.  
7 מדינת ישראל מבוססת על שלטון החוק, כאשר הבסיס שלו הוא חובתה של  
8 הרשות השופטת ליישם ולהפעיל את החוקים אשר מחוקקת הרשות  
9 המחוקקת. כל עוד לא נחקק על ידי הכנסת חוק מפורש המבטל את סימן יב'  
10 לפרק ח' לחוק העונשין (הפרק העוסק במשחקים אסורים, הגרלות  
11 והימורים, ואשר בו מצויים סעיפים 224-235 לחוק), חובה על בתי המשפט,  
12 כאשר מוגש בפניהם כתב אישום על סעיפים אלה או דיון בתוקפו של חיפוש  
13 של מכונות מזל המופעלות בניגוד לסעיפים אלה, ליישם הוראות חוק אלה,  
14 ללא קשר לעמדתו של מתדיין פלוני או אלמוני הסבור כי חוק כלשהו ראוי  
15 שיבוטל.  
16 מעבר לצורך, אציין כי ידוע לכל מה ההשלכה של משחקי מזל על  
17 משתתפיהם, ובמיוחד כאשר אותם משתתפים מכורים לאותו משחק  
18 ומבלים ליד מכונות המזל יומם וליל. אותם שחקנים שקועים בעולם ההימור  
19 והמזל ואינם נוטלים חלק בפעילות הכלכלית והחברתית במדינה (לא בכדי  
20 פסלה ההלכה את המשחקים בקוביה מלשמש עדים, וזאת, בין היתר, בשל  
21 העובדה כי אינם עוסקים ביישובו של עולם - בבלי סנהדרין, דף כד, עמ' ב).  
22 יתרה מזו, המהמרים הכבדים פוגעים בבני משפחתם, וידועות טרגדיות לא  
23 מעטות בהם שחקן מכונות מזל דירדר כלכלית את בני משפחתו, אשר הגיעו  
24 למצב של חוסר קורת גג ולעיתים לפת לחם.  
25 מכל מקום, דברים אלה הינם מעבר לדרוש, שכן חובתו של שופט היא  
26 לשפוט את העם על פי החוק הקיים ולא על פי החוק הרצוי בעיני נאשם זה  
27 או אחר.  
28



## בית המשפט המחוזי בירושלים

בש 001153/02

בפני: כב' השופט משה דרורי

תאריך: 25/06/02

### סמכות חילוט החפצים

1

2

3 53. ב"כ העוררת הפנתה את תשומת ליבי לסעיף מיוחד לחוק העונשין העוסק  
4 במכשירי עבירה בתחום של משחקים אסורים, והמצוי בסיומו של סימן יב'  
5 לפרק ח' בחוק העונשין. הסעיף הרלוונטי הינו סעיף 235, שזו לשונו:

6

#### **"חילוט מכשירי עבירה**

7

8

9

10

11

12

13

14

15

16

17

18

19

20

21

22

23

24

25

26

27

28

(א) היה לשוטר יסוד סביר להניח כי כלים או מכשירים, כרטיסים או כל דבר אחר שימשו לארגונים או לעריכתם של משחק, הגרלה או הימור אסורים, רשאי הוא לתפוס, ורשאי הוא לתפוס כספים, או דבר אחר, שהיה לו יסוד סביר להניח שנתקבלו כתוצאה מארגון המשחק, ההגרלה או ההימור האסורים או מעריכתם.

(ב) שר המשפטים רשאי להתקין תקנות לענין סעיף קטן (א).

(ג) נוכח בית המשפט כי דברים שנתפסו כאמור בסעיף קטן (א), למעט כספים, שימשו לארגונים או לעריכתם של משחק, הגרלה או הימור אסורים, או שנתקבלו כתוצאה מארגונים או מעריכתם, רשאי הוא לצוות, על פי בקשת שוטר או תובע, כמשמעותו בחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה - 1965, על חילוטם לאוצר המדינה, אף אם לא הורשע אדם בעבירה בשל המשחק, ההגרלה או ההימור האסורים."

לטעמי, סעיף זה חל רק כאשר מוצא שוטר פלוני משחק משחקי מזל ברחובה של עיר, ואין סעיף זה מהווה תחליף לדרך המלך של עריכת חיפוש בחצריו של אדם על פי צו שופט.

יתרה מזו, במקרה שלפנינו בחרה המשטרה לפנות לבית משפט, וכדין עשתה, וקיבלה צו חיפוש שיפוטי על פי פקודת המעצר והחיפוש. לפיכך, על המשטרה לפעול על פי צו השופט ועל פי הוראות הפקודה האמורה, ואין היא רשאית לסטות מהן או לעשות "קיצורי דרך" תוך שימוש בסעיף 235 לחוק העונשין.



## **בית המשפט המחוזי בירושלים**

**בש 001153/02**

**בפני: כב' השופט משה דרורי**

**תאריך: 25/06/02**

1 אני משאיר לעת מצוא את פירושו של סעיף 235(ג) לחוק העונשין הנ"ל, תוך  
2 השוואתו לסעיף 234 לאותו חוק. בכל מקרה, גם סעיף 235(ג) חל רק כאשר  
3 מתקיים היסוד העובדתי כי אותם חפצים שימשו לארגונים או לעריכתם של  
4 משחקי מזל, ודבר זה ניתן לקבוע רק בסיום שמיעת הראיות בתיק העיקרי,  
5 בין אם יורשע הנאשם (ואז יחולו הוראות סעיף 234 לחוק) ובין אם לא יורשע  
6 הנאשם (ואז רשאי בית המשפט לפעול על פי סעיף 235(ג) לחוק).  
7 עמדתי היא, כי בית משפט לעניין אותם סעיפים הוא בית המשפט אשר שמע  
8 את התיק הפלילי ואת הראיות ביחס לאישום הפלילי המיוחס לנאשם.  
9 סמכות זו אינה מוקנית לבית משפט השלום (ובעקבותיו לבית משפט  
10 המחוזי) בדונם בעתירה על פי סעיף 34 לפקודת המעצר והחיפוש, שהיא  
11 המסגרת הדיונית של התיק שלפניי.  
12  
13

### **חוק יסוד כבוד האדם וחירותו והשפעתו על דיני החיפוש**

14  
15  
16 54. סעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכותרתו "פרטיות וצנעת הפרט"  
17 קובע לאמור:

18 **"(א) כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו.**

19 **(ב) אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו.**

20 **(ג) אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו או בכליו.**

21 **(ד) אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו."**

22  
23 55. אין חולק כי הוראות סעיף 7(ג) לחוק היסוד האמור, לא ניתנות ליישום גורף  
24 ומוחלט באופן המונע חיפוש לחלוטין, וזאת הן על פי פסקת ההגבלה (סעיף 8  
25 לחוק היסוד), והן על פי עקרון שמירת הדינים הקבוע בסעיף 10 לאותו חוק  
26 לפיו **"אין בחוק יסוד זה כדי לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו**  
27 **של חוק היסוד"**. ברם, נקבע כבר בפסיקה כי גם חקיקה קיימת מפורשת  
28 כיום ברוח הוראות חוק היסוד, במובן זה שרוחו של חוק היסוד מטה את



## בית המשפט המחוזי בירושלים

בש 001153/02

בפני: כב' השופט משה דרורי

תאריך: 25/06/02

- 1 הכף לכיוון הזכויות ולא להגבלתן, אם ניתן לתאר בקליפת אגוז תמצית
- 2 פסיקה זו.
- 3 56. במקרה שלפנינו, יש לבדוק, על פי סעיף 1א לחוק היסוד מה הם ערכיה של
- 4 מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית בסוגיה זאת של חיפוש ברשות
- 5 היחיד של אדם.
- 6 57. כאשר נזקקה וועדת הנשיא יצחק כהן, שבדקה את ההגנה בפני פגיעה בצנעת
- 7 הפרט, למקורות המשפט העברי, ראתה לנכון להביא בתמצית מקורות אלה,
- 8 ככל שהדבר נוגע לזכויות האדם בביתו. וכך נכתב בדו"ח הוועדה בשנת 1976
- 9 (פורסם בספר **יצחק כהן**, בעריכת מ. אלון, מ. בן-זאב, א. ברק, נ. ליפשיץ, מ.
- 10 לנדוי, תל-אביב, תשמ"ט - 1989, עמ' 87, בעמ' 93):
- 11 **"במדרש למדו חכמים מן המקראות בדבר הגנת הפרטיות של**
- 12 **האדם בביתו. וכך אמרו (פסיקתא זוטרותא לראש ספר ויקרא):**
- 13 **"לא יכנס אדם לבית חברו אלא אם כן יאמר לו 'הכנס'; קל**
- 14 **וחומר ממה". יתר על כן, פרטיותם של בני משפחתו של אדם**
- 15 **אף היא מוגנת מפניו. וכבר ציוה רבי עקיבא את רבי יהושע בנו:**
- 16 **"בני, אל תיכנס לביתך פתאום, כל שכן לבית חבריך" (פסחים**
- 17 **קי"ב, א').**
- 18 במקרא הוענקה הגנה משפטית לאדם בביתו, באיסור שהוטל
- 19 על הנושה להיכנס לביתו של החייב. בספר דברים כ"ד, 11-10,
- 20 אנו קוראים: **"כי תשה ברעך משאת מאומה לא תבוא אל ביתו**
- 21 **לעבוט עבוטו. בחוץ תעמוד והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך**
- 22 **את העבוט החוצה". אמנם אין מדובר כאן באיסור כניסה לביתו**
- 23 **של זר בכלל, ברם ניתן לראות בהוראה זו הכרה בעיקרון כיבוד**
- 24 **פרטיותו של האדם, ולו יהא זה אדם החייב כסף לנושה בו.**
- 25 **הנושה, שלכאורה יש לו זכות מוסרית להיכנס לביתו של החייב,**
- 26 **כדי לנקוט צעדים לשם הבטחת פרעון החוב - נאסר עליו להיכנס**
- 27 **לביתו של החייב. לגבי החייב, העומד במיוחד בפני הסיכון**



## בית המשפט המחוזי בירושלים

בש 001153/02

בפני: כב' השופט משה דרורי

תאריך: 25/06/02

- 1 שפרטיותו תיפגע, לא הסתפקה התורה בהוראה מוסרית, אלא
- 2 קבעה זכות משפטית להגנה על הפרטיות.
- 3 ואף כאן אנו פוגשים בסייג מאלף לאיסור הכניסה, בתקופת
- 4 התנאים (המאה הא' והב' לספירה), בהבחנה שנעשתה בין
- 5 כניסתו של הנושה לכניסתו של שליח בית דין. בברייתא במסכת
- 6 בבא מציעא (דף קי"ג, ב') מובאת דעה המצמצמת את איסור
- 7 הכניסה לנושה עצמו, והמתירה את הכניסה לשליח בית-דין,
- 8 הפועל מטעם הרשות, לשם מימוש זכותו של הנושה כנגד
- 9 החייב."
- 10
- 11 58. דברים אלה של הוועדה הינם בגדר ראשי פרקים בלבד, ואינם משקפים את
- 12 ההלכה בגלגוליה השונים. לשאלה זו הקדיש פרופ' מנחם אלון את עבודת
- 13 הדוקטור שלו, אשר פורסמה במסגרת הספר **חירות הפרט בדרכי גביית חוב**
- 14 **במשפט העברי** (הוצאת מאגנס, ירושלים, תשכ"ד), אשר יצא לאור לאחרונה
- 15 במהדורה שניה מורחבת ומתוקנת, ובה שם הספר הינו **כבוד האדם וחירותו**
- 16 **בדרכי ההוצאה לפועל - ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית** (הוצאת
- 17 מאגנס, ירושלים, תש"ס). בספר זה עומד פרופ' מ' אלון על שתי דרכים
- 18 לפתרון בעיית איסור הכניסה לביתו של הלווה לצורך גביית החוב על ידי
- 19 המלווה.
- 20 הדרך הראשונה, הינה פירוש של רבי מאיר הלוי אבולעפיה, הרמ"ה, מגדולי
- 21 חכמי התורה בספרד בתחילת המאה ה - 13. לדבריו, הפסוק האוסר על
- 22 שליח בית דין להיכנס לביתו של הלווה חל רק כאשר יכול הנושה להיפרע מן
- 23 הלווה, ממקרקעין או ממטלטלין, "אבל כי לא אפשר לאישתלומי מיניה
- 24 באנפא אחרינא אלא בהכי, כגון דלא משכח ליה מקרקעי או מטלטלי, וטעין
- 25 דלית ליה מידי לפרעיה למלוה, והמלוה טעין אפילו טענת ספק דאית ליה
- 26 מטלטלין בבית, דינא הוא דליעול שליח בית דין בביתיה, ואי משכח מידי
- 27 דהוה חזי מדינא למשכוניה - ממשכן ליה." (דברי הרמ"ה מובאים בטור
- 28 חושן משפט, סימן צז, סעיף כו; מובא אצל אלון, שם, עמ' 57-56). מכאן,



## בית המשפט המחוזי בירושלים

בש 001153/02

**בפני: כב' השופט משה דרורי**

**תאריך: 25/06/02**

1 שגם פסוק מפורש, הכתוב בתורה, האוסר להיכנס לבית החייב כדי לעבט  
2 עבטו, ניתן לפירוש לפיו הוא חל כאשר המלווה עושה זאת מתוך נקמנות או  
3 הטרדה לשם הטרדה, "אך כאשר אין רכוש מחוץ לביתו של הלווה שממנו  
4 יכול המלווה לגבות את החוב, הדין, כלומר דין תורה, מחייב, ששליח בית  
5 דין יכנס לביתו של הלווה כדי לחפש ולראות אם יש שם רכוש, וזאת אף  
6 במקרה שאין כלל ביטחון שאמנם מצוי בביתו של הלווה רכוש שממנו אפשר  
7 לפרוע את החוב" (אלון, **שם**, עמ' 57). מכאן, שגם כאשר טוען הלווה כי אין  
8 לו רכוש, אין צורך שהמלווה יוכיח כי יש לו רכוש כדי להיכנס לביתו, אלא די  
9 בטענת ספק. במילים אחרות, אפילו הוכחה לכאורית בדבר רכוש הלווה, די  
10 בה כדי לאפשר לשליח בית דין להיכנס לביתו של הלווה, ואם ימצא שם חפץ  
11 שניתן למשכנו, הוא רשאי לעשות כן.

12 הדרך השניה בה התמודדו חכמי ההלכה עם סוגיית הכניסה לביתו של  
13 הלווה, היא פרשנותם של רבינו תם והרא"ש במאה ה - 12 בצרפת ובאשכנז.  
14 גישתם מבוססת על ההנחה כי קיימת חובה הילכתית, מצווה, לפרוע חוב.  
15 מכאן, שאם פריעת בעל חוב - מצוות עשה היא, מכין אותו עד שתצא נפשו,  
16 וכל שכן שניתן להיכנס לביתו. כאשר בית דין יורד לנכסיו של החייב  
17 ולמטלטליו, "לוקחין כל מה שבתוכו, ואפילו מגלימא דעל כתפיה. ונראה לי  
18 דאפילו מלווה נכנס לביתו ועביד דינא לנפשיה, ואינו עובר בלאו ד"לא  
19 תבוא אל ביתו" (ספר הישר לרבינו תם, מהדורת שלזינגר, ירושלים, תשי"ט,  
20 סימן תר"ב, עמ' 354-356; מובא אצל אלון, **שם**, עמ' 59 ואילך, בעמ' 60-61).  
21 פרשנותו של פרופ' אלון לגישתו זו של רבינו תם הינה כי "כאשר בא המלווה  
22 לגבות את חובו לא קיימת, או נכון יותר לא הייתה קיימת מעולם, הוראה  
23 האוסרת להיכנס לביתו של הלווה, ולכן מותרת הכניסה לבית הלווה לשם  
24 גביית החוב, כי הרי כופין את הלווה לפרוע את החוב" (אלון, **שם**, עמ' 61).  
25 גישה זו התקבלה להלכה, הן בפסיקתו של בעל הטורים (בנו של הרא"ש),  
26 טור חושן משפט, סימן צ"ז, סעיפים כח-כט (אלון, **שם**, עמ' 64), והן בדברי  
27 רבי יוסף קארו, בבית יוסף (על הטור, **שם**, סימן קטן כח) ובשולחן ערוך,  
28 חושן משפט, סימן צז, סעיף טו (אלון, **שם**, עמ' 64-66).



## בית המשפט המחוזי בירושלים

בש 001153/02

בפני: כב' השופט משה דרורי

תאריך: 25/06/02

59. ניתן לומר בדרך אנלוגיה דברים אלה: אם ראתה ההלכה צורך לפתור בעיה מעשית של גביית חוב אזרחי והייתה מוכנה "להעדיף" את מצוות פריעת בעל חוב על פני דבקות באיסור המדוקדק של הפסוק האוסר כניסה לבית החייב לצורך עביטת העבוט, כך, מן הראוי, לייחס להלכה עמדה דומה ביחס לסוגיה שלפנינו. כאשר ניצבת משימה של "וביערת הרע מקרבך", מול זכות האדם לפרטיות בביתו, מן הראוי, במסגרת האיזון הדרוש לתת משקל משמעותי וחשוב למצווה זו של "וביערת הרע מקרבך" ולא לאפשר לאדם להשתמש בביתו כמקלט מפני השלטת המשפט הפלילי. למצער, ניתן לומר, שוב בדרך ההשוואה וההיקש, כי אם התירה ההלכה לשליח בית דין להיכנס לבית החייב כדי לגבות את החוב ובכך לקיים את מצוות פריעת בעל חוב, כך יש מקום להסתכל באופן חיובי על שליח בית דין (= שוטר) הנכנס לבית אדם כדי לאסוף ראיות שבסיומן ייערך הליך פלילי, שתכליתו היא למגר את הפשע ולקיים את הפסוק "וביערת הרע מקרבך".
60. יגעת וחיפשתי אך טרם מצאתי (וידוע הכלל כי "לא ראינו - אינה ראייה") חומר הלכתי הנוגע לחיפוש בבית פרטי לצורך איסוף ראיות במשפט פלילי. המקורות היחידים שמצאתי הינם אירועים בסיפורי המקרא, אשר יש בהם כדי ללמד כי נערכו בפועל חיפושים כאלה, ללא שמצאנו ביקורת או הסתייגות מעצם עריכתם או מכך שהם פוגעים בערך הפרטיות.
61. הדוגמאות שמצאתי הינן שלושה: שניים בספר בראשית, ואחד בספר יהושע. כאשר גנבה רחל את התרפים מאביה לבן, רדף לבן אחר יעקב ומשפחתו ובפיו טענות מספר, שהאחרונה שבהן הייתה: **"למה גנבת את אלהי?"** (בראשית, פרק לא, פסוק ל). בהמשך, מסופר כי לבן ביצע חיפוש באוהל יעקב, באוהל לאה ובאוהל שתי האמהות ולא מצא את התרפים, כי רחל ישבה עליהם ומצאה תירוץ לאביה מדוע אינה יכולה לקום, ולכן לא בוצע חיפוש מדוקדק, וממילא לא נמצאו התרפים. לענייננו ראוי לציין, כי החיפוש בוצע בהסכמת יעקב, וליתר דיוק ביוזמתו, וזאת בשל בטחונו העצמי כי אף אחד ממשפחתו לא יגנוב רכוש כלשהו, ועל כן אף "התנדב" לקבוע את העונש שיוטל על גונב התרפים - **"עם אשר תמצא את אלוהיך - לא יחיה, נגד אחינו**



## בית המשפט המחוזי בירושלים

בש 001153/02

בפני: כב' השופט משה דרורי

תאריך: 25/06/02

1 הכר לך מה עמדי וקח לך" (בראשית, שם, פסוק לב; וכבר העיר רש"י  
2 במקום כי דבריו הנמהרים של יעקב גרמו לתוצאה קשה: "ומאותה קללה  
3 מתה רחל בדרך").  
4 גם בניו של יעקב הביעו נכונות לבצע חיפוש, והפעם בכליהם ולא באוהליהם.  
5 כוונתי לאירוע שבו רדף הממונה על בית יוסף אחר האחים בטענה כי הם  
6 גנבו את גביע הכסף של יוסף. האחים, שהיו בטוחים כי אין בקרבם גנב,  
7 הציעו ביוזמתם לפתוח איש אמתחתו לצורך חיפוש הגביע ואף הציעו,  
8 מראש, את העונש אם יימצא הגביע, באומרים: "אשר ימצא אתו מעבדיך  
9 ומת וגם אנחנו נהיה לאדוני לעבדים" (בראשית, פרק מד, פסוק ט). לענייננו,  
10 ניתן להסיק כי חיפוש לאיתור חפץ גנוב היה פרקטיקה מקובלת במסגרת  
11 גילוי גנבים, אך לא ניתן להסיק באופן ברור האם יש צורך בהסכמת האיש  
12 שבחפציו מתנהל החיפוש, שהרי אחי יוסף היו במעמד נחות מול יוסף  
13 והממונה על ביתו, והם צייתו לכל אשר נדרשו.  
14 הדוגמא השלישית מופיעה בספר יהושע ועוסקת בביזה שבזז עכן מהשלל  
15 בעת המלחמה ביריחו. במקרה זה, נמצא העבריין, בדרך של גורל אלוקי,  
16 ומיד, כאשר נדרש לכך על ידי יהושע, התוודה עכן על מעשהו (יהושע, ז, יט  
17 ואילך). יהושע בן-נון לא הסתפק בהודאה זו ואף לא במשפט האורים  
18 והתומים ושלח שליחים לאוהלו של עכן כדי לערוך חיפוש ולמצוא את השלל  
19 אותו בזז עכן (שם, פסוק כב). ראוי לציין, כי רש"י בפירושו שם אומר כי  
20 יוזמתו של יהושע לשלוח את השליחים בדחיפות (כלשון הפסוק "וירוצו  
21 האהלה"), נועד למנוע מצב בו יקדימו אנשי שבט יהודה את אנשיו של יהושע  
22 ויטלו את השלל משם, כדי להכחיש את הגורל. לפנינו, איפוא, מצב בו מבוצע  
23 חיפוש לצורך איתור ראיה במשפט פלילי, ללא צורך בהסכמת בעל המקום,  
24 והכל תוך הוראה של יהושע, שמילא תפקיד של מנהיג ושופט גם יחד.  
25 לא ניתן להפיק כללים משפטיים אופרטיביים מסיפורי מקרא אלה, אך  
26 לעניין האיזון הנדרש בחוק היסוד, ולצורך בחינת ערכיה של ישראל כמדינה  
27 יהודית, די לנו בסיפורים אלה המאירים את הפן הבא: יש לחתור לגילוי  
28 האמת בהליך הפלילי, ולשם כך מותר לבצע חיפוש גם במקום פרטי.





## בית המשפט המחוזי בירושלים

בש 001153/02

בפני: כב' השופט משה דרורי

תאריך: 25/06/02

63. אמרנו לעיל, כי ניתן להשתמש באנלוגיה לדיני גביית חוב, וכפי שבהם, באיזון שבין הכללים, נקבע הערך של מצוות פריעת בעל חוב כערך העומד מעל זכות פרט בביתו, על אף שפסוק מפורש במקרא תומך, על פני הדברים, בעקרון הפרטיות, כך בענייננו יש להעדיף את עקרון אכיפת המשפט הפלילי על פני עקרון הפרטיות.

החובה לאכוף את המשפט הפלילי, מקורה בפסוק "ובערת הרע מקרבך", המשמש סיומת לדיון בעבירות שונות בספר דברים: גזירת עונש מוות לנביא שקר (יג, ו); גזירת עונש מוות לעובד עבודת אלילים (יז, ז); קביעת העונש של עד שקר, "ועשיתם לו כאשר זמם לעשות לאחיו, ובערת הרע מקרבך" (יט, יט); עונשו של בן סורר ומורה (כא, כא); עונשה של הנערה אשר לא נמצאו לה בתולים (כב, כא); עונשם של הנואף והנואפת (כב, כד); עונשו של גונב נפש ומוכר אותה (כ"ד, ז').

וכבר עמדו המפרשים על כך, כי אכיפת המשפט הפלילי מחייבת נחישות. וכך למשל אומר הרמב"ן בדונו בעונש המוות על רוצח, בפרשו את הפסוק "לא תחוס עינך עליו וביערת דם הנקי מישראל וטוב לך" (דברים, י"ט, י"ג), ואלו דבריו: "ונמצאו שניים הרוגים (הנרצח, והרוצח) - על פי פסק הדין - תוספת שלי) והטעם שלא תאמר כאשר נחוס על אדם ההרוג טוב שנחוס על האדם החי. והנכון כי הכתוב יצווה בחייבי המיתות "ובערת הרע מקרבך" והיא, מצוות עשה... (ההדגשה שלי).

אין כאן המקום להרחיב את היריעה ביחס לעקרון זה במשפט העברי, והדברים מחייבים עיון וליבון, במיוחד בענף זה של המשפט העברי - המשפט הפלילי - אשר החומר ההלכתי לגביו אינו רב, לעומת שפע החומר שיש בתחום המשפט האזרחי העברי, אם כי, בניגוד למקובל ולידוע, הופעלו הוראות המשפט הפלילי העברי גם לאחר שהסנהדרין פסקה מלפעול (ראה בהרחבה את ספרו של פרופ' שמחה אסף, לימים שופט בית המשפט העליון, דיני עונשין אחר חתימת התלמוד, ירושלים, תרפ"ב). על סוגיה זו של חובת הענשת העבריינים על פי המשפט העברי ראה גם במאמרו של ד"ר איתמר ורהפטיג, "עד קורבן במבט ההלכה", אצל: הרב שאול ישראלי, הרב פרופ'



## בית המשפט המחוזי בירושלים

בש 001153/02

בפני: כב' השופט משה דרורי

תאריך: 25/06/02

- 1 נחום לאם, ד"ר יצחק רפאל (עורכים), **ספר היובל לכבוד הרב יוסף דב הלוי**  
 2 **סולובייציק** (מוסד הרב קוק, ירושלים), כרך א', עמ' רנד ואילך, במיוחד  
 3 בעמ' רנה - רנו).
- 4 המסקנה העולה היא כי על פי השקפת המשפט העברי יש לאפשר קיום הליך  
 5 משפטי יעיל כדי לקיים את הפסוק "ובערת הרע מקרבך", וכי מטרה זו  
 6 חשובה דיה כדי לגבור גם על עקרון הפרטיות. לכן, באיזון שבין זכות  
 7 לפרטיות לבין איתור ראיות במשפט פלילי, יש משקל יתר לאינטרס האחרון.  
 8 65. ער אני לכך כי במשפט האנגלי נקודת המוצא הינה שונה. האימרה הידועה  
 9 "ביתו של אדם הוא מבצרו", ידועה ואין צריך לחזור עליה. אימרה נוספת  
 10 מובאת על ידי הלורד דנינג, שומר המגילות, בפסק הדין האנגלי העוסק  
 11 בסוגיית החיפוש: *Chic Fashions (West Wales) Ltd. v. Jones* [1968] 2 Q. B. 299. ואלה  
 12 דבריו המובאים בשם קודמיו בעמ' 308 (למעלה) של פסק הדין, בתרגום  
 13 לעברית:
- 14 "האיש העני ביותר רשאי בבקתתו להתנגד לכל כוחות הכתר.  
 15 הבקתה - יכול שתהא שבירה, הגג יכול לרעוד, הרוח יכול  
 16 שתנשוב דרכו, הסערה יכולה להיכנס, הגשם יכול להיכנס,  
 17 אך מלך אנגליה אינו רשאי להיכנס, וכל כוחות הכתר אינם  
 18 רשאים להעז ולחצות את מפתן הבקתה הרעועה."  
 19 (וראה על כך גם במאמרו הנ"ל של ד"ר משגב, עמ' 220 ואילך).
- 20 66. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, העמיד את הזכות לפרטיות ולצנעת הפרט  
 21 כערך חוקתי, ובמסגרתו, כמצוטט לעיל, נקבע בסעיף 7(ג) לחוק היסוד כי אין  
 22 עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם. חובה עלינו, כרשות השופטת, לתת  
 23 ביטוי בפרשנותנו לכך שערך זה הפך לחוקתי, ועל כן, מתחייבת מכך  
 24 התייחסות המשנה את נקודת האיזון לכיוון שמירת ערך הפרטיות.
- 25 67. ברם, ראוי לזכור כי בשיטתנו המשפטית, לפחות עד חקיקת חוקי היסוד,  
 26 נקבע הכלל כי דוקטרינת "פרות העץ המורעל" אינה חלה במשפטינו, וכי  
 27 ראייה שהושגה, גם תוך הפרת כלל משפטי זה או אחר, הינה ראייה קבילה.  
 28 ראה על כך במפורט במאמרו של פרופ' אליהו הרנון, "ראיות שהושגו שלא



## בית המשפט המחוזי בירושלים

בש 001153/02

בפני: כב' השופט משה דרורי

תאריך: 25/06/02

- 1 כדן: מבט השוואתי", אצל א. ברק, א. מזוז (עורכים), **ספר לנדוי**, תל-אביב,  
2 תשנ"ה, כרך שני, עמ' 983-1031.
- 3 68. עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הועלו מספר רעיונות אשר על  
4 פיהן יש מקום לשקול את הסוגיה מחדש. ראה, בין היתר, את שני המאמרים  
5 הבאים: מ' אלון, "חוקי היסוד, עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית:  
6 סוגיות במשפט הפלילי", **מחקרי משפט**, כרך יב (תשנ"ו), עמ' 27-86  
7 ובמיוחד בעמ' 79 ואילך; א' הרנון, "ראיות שהושגו שלא כדן - האם נשתנה  
8 המצב המשפטי בעקבות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", **מחקרי משפט**,  
9 **שם**, עמ' 139-154.
- 10 69. ראוי להעיר בהקשר זה, כי בניגוד לכלל בפסיקה השולל את דוקטריות  
11 "פירות העץ המורעל - בחקיקה הישראלית החדשה נקבעו בשני חיקוקים  
12 הוראות הפוסלות ראיות שהושגו שלא כדן; סעיף 13 לחוק האזנת סתר,  
13 התשל"ט - 1979; וסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א - 1981.
- 14 70. ב"כ המשיב תלה יהבו בפסק הדין בע"פ 1302/92, מדינת ישראל נ' נחמיאס,  
15 פ"ד מט(3) 309, אשר בו מפרט בית משפט את עמדתו לפיה הראיה שהושגה  
16 באותו תיק - האזנת סתר לשיחות טלפון במרפאה של רופא שנעשו על ידי  
17 עובדת במרפאה בעוד שצו בית משפט התיר האזנה לשיחות הרופא בלבד -  
18 היא ראיה פסולה, וביקש ללמוד על כך לענייננו. אך, כמוסבר לעיל, לגבי  
19 האזנות סתר יש סעיף מפורש בחוק האוסר באופן מוחלט שימוש בראיה  
20 שהושגה בניגוד לחוק, וסעיף זה - סעיף 13(א) לחוק האזנות סתר, תשל"ט -  
21 1979 - נותח בהרחבה על ידי בית משפט. ראוי לציין, כי באותו פסק דין  
22 הוזכר התיקון לחוק, לפיו נקבע בסעיף 13(א)(2) באותו חוק אי קבילות  
23 יחסית בהליך פלילי בשל פשע חמור.
- 24 71. במקרה שלפנינו, ניתן ללכת בדרך שנסללה במאמרו של פרופ' הרנון **במחקרי**  
25 **משפט**, **שם** (עמ' 153, סעיף 3) ולקבוע כי תחול פסלות יחסית של ראיות  
26 שהושגו בדרך של חיפוש שבו היו פגמים וסטיות מהוראות פקודת המעצר  
27 והחיפוש.



## בית המשפט המחוזי בירושלים

בש 001153/02

בפני: כב' השופט משה דרורי

תאריך: 25/06/02

- 1 המקרה הקלאסי של ראיות שהושגו שלא כדין הוא הודאת נאשם בנסיבות  
2 שבהן מגיע בית משפט למסקנה כי דבריו היו אמת, אך דרך גביית ההודאה  
3 נעשתה תוך סטייה מכללים שנקבעו, ובמקרה זה יש התקוממות של חוש  
4 הצדק לכך שנאשם שלמעשה הודה בביצוע עבירה, יצא זכאי בדינו. על כן, על  
5 פי הגישה השלטת בפסיקה הישראלית, אדם כזה יורשע בדינו.
- 6 במקרה שלפנינו, עוסקים אנו בשאלת תוקף צווי חיפוש וסטיית המשטרה  
7 מקיום הוראות חוק שנועדו להבטיח את פרטיות האדם. אם כשר וישר בעיני  
8 המחוקק לאפשר לנאשם פלוני לצאת זכאי בדינו רק בשל כך שהאזנת הסתר  
9 בטלפון שלו בוצעה תוך סטייה מהוראות חוק האזנות סתר (ראה פרשת  
10 נחמיאס הנ"ל), קשה להבין מדוע יהיה המצב שונה כאשר החיפוש בביתו  
11 נעשה בניגוד לפקודת המעצר והחיפושים.
- 12 72. הדברים חדים יותר בשל העובדה, כי הזכות לפרטיות ולסוד שיחו של  
13 האדם, דהיינו: איסור האזנת סתר, וזכותו לפרטיות באופן שלא יערך חיפוש  
14 ברשות היחיד שלו, שתי זכויות אלה מעוגנות באותו סעיף בחוק יסוד: כבוד  
15 האדם וחירותו, סעיף 7. קשה למצוא הצדקה פרשנית לתוצאה לפיה הזכות  
16 לפרטיות מסוג האזנות סתר, זוכה להגנה (אם כי יחסית, על פי התיקון הנ"ל  
17 לחוק האזנות סתר) באופן שראיה המושגת בניגוד לאותו חוק - פסולה,  
18 ואילו הזכות לפרטיות מסוג אי עריכת חיפוש ברשות היחיד, לא תזכה להגנה  
19 כלל, ולגביה ימשיך ויחול הכלל לפיו ראיות שהושגו שלא כדין - כשרות הן,  
20 בשל אי תחולת הדוקטרינה של "פירות העץ המורעל".
- 21 73. שינוי כזה בדיני הראיות, גם בסוגיה המצומצמת של קבילות ראיות שהושגו  
22 בחיפוש הלוקה בפגמים כאלה המהווים סטייה מהוראות פקודת המעצר  
23 והחיפושים, מן הראוי כי ייעשה - לכתחילה - בדרך של חקיקה, וזאת ברוח  
24 הסעיפים שהובאו לעיל בחוק הגנת הפרטיות ובחוק האזנת סתר, וכך תיווצר  
25 הרמוניה לא רק בין הסעיפים הקטנים של סעיף 7 לחוק היסוד, אלא גם  
26 בחוקים המיישמים עקרונות אלה. בהעדר חקיקה ספציפית, שומה על  
27 הרשות השופטת, בדרך של פרשנות במסגרת ההלכה הפסוקה, לקבוע כללי  
28 פסלות יחסית, ולכך דעתי נוטה, והדבר אפשרי (ראה מאמרו של פרופ' הרנון



## בית המשפט המחוזי בירושלים

בש 001153/02

בפני: כב' השופט משה דרורי

תאריך: 25/06/02

- 1 במחקרי משפט, שם, עמ' 150). אני סבור כי יש לנקוט בדרך זהירה של כלל  
2 פסלות יחסי, כאשר שיקול הדעת אשר יפעיל בית המשפט בבואו להחליט  
3 האם יפסול ראייה באופן מוחלט או להכשירה באופן מוחלט או לקבוע כי  
4 בנסיבות מסוימות בשל כלל הפסלות היחסית ראוי כי ראייה זו תיפסל,  
5 הכרעות אלה יבוססו על נתונים מדויקים ועל קביעות עובדתיות שעברו את  
6 כור ההיתוך של החקירה הנגדית של כל העדים הנוגעים בדבר. לטעמי,  
7 הערכאה המתאימה להכרעות אלה היא הערכאה הדיונית אשר תישמע את  
8 המשפט לגופו, ובפניה תיפרס מלוא היריעה ועל כן בידיה יהיו מירב הנתונים  
9 להחליט את ההחלטה הנכונה וליישם את עקרונות הפסלות היחסית בכל  
10 מקרה קונקרטי שבא בפניה.
- 11 לפיכך, לא נראית לי מסקנתו הגורפת של בית משפט קמא, אשר קבע  
12 נחרצות כי החיפוש נעשה שלא כדין, באופן שיש לבטל את תוצאותיו כליל  
13 ולהחזיר את החפצים לבעליהם. כפי שאמרתי לעיל, אני סבור כי רק בית  
14 משפט אשר ישמע את התיק לגופו ובמסגרתו יעידו בפניו כל המעורבים  
15 בחיפוש, הן השוטרים, הן העובדים במקום, והן עורכי הדין אשר ביקשו  
16 להיות נוכחים בחיפוש (כפוף לכללי האתיקה של לשכת עורכי הדין, כמוסבר  
17 בסעיף 33 לעיל), ולאחר שיקבע בית משפט ממצאים, יוכל אותו בית משפט -  
18 במסגרת שיקול הדעת אשר אני סבור שיש בידו, מכוח כלל הפסלות היחסי -  
19 להחליט איזו ראייה פסולה ואיזו כשירה, וכתוצאה מכך להחזיר את  
20 החפצים, כולם או מקצתם, לבעליהם.
- 21 יש לזכור כי גם במסגרת תחולת הכלל של ההלכה הפסוקה במשפט הישראלי  
22 לפיה אין תחולה לדוקטרינת פירות העץ המורעל, מצאנו תקדים אחד בו  
23 זיכה בית המשפט העליון נאשם לאחר שהראיה נגדו היתה זיהויו במסדר  
24 תמונות שנערך בלי להזמין את סניגורו. וכך אמר בית המשפט מפי השופט  
25 חיים כהן, כתוארו אז (בע"פ 559/77 מאירי נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 180,  
26 בעמ' 182 מול אותיות א-ה):
- 27 "אמת נכון הדבר שבפעמים הקודמות אשר בהן עמד בית משפט זה  
28 (לראשונה מפי השופט לנדוי, כתוארו אז, ולאחרונה מפי הנשיא אגרנט) על



## בית המשפט המחוזי בירושלים

בש 001153/02

בפני: כב' השופט משה דרורי

תאריך: 25/06/02

הצורך להזמין את הסניגור שיהא נוכח אף במסדר תמונות ולא רק במסדר חי, הוסיף ואמר שאין במחדל להזמין כדי לפסול את הראיה, אלא יש בו כדי להפחית ממשקלה בלבד...; אבל כשמתרבים והולכים המקרים אשר בהם מכלכלת (ומקלקלת) המשטרה את חקירותיה תוך כדי התעלמות מהנחיותיו והוראותיו של בית משפט זה, הגיע הזמן שנפחית ממשקלן של ראיות אלה שהושגו שלא כהלכה, עד כדי אפס (וראה לענין זה הערותיו ואזהרתו של חברי הנכבד השופט עציוני, ב-ע"פ 161/77. אולי ילמדו חוקרי המשטרה בדרך זו שלא להוציא זמנם ומרצם לריק, אלא לעשות עבודתם בדרך הוראתו של בית משפט זה. אין ענייננו במתן הוראותינו להתערב בדרכי החקירה של אנשי המקצוע, שכבודם וכשרונם במקומם מונחים: ענייננו הוא בשמירה על זכויות האדם ובהבטחת חירויותיו, כפי שהן מנת חלקו בחברה דמוקרטית אשר החוק שולט בה. ואם אנשי המשטרה, הממונים בתוקף תפקידם על השלטת החוק, אינם מסוגלים, או אינם מוכנים, לקיים נאמנה את המוטל עליהם על פי דין כהוראת בית משפט זה, אין הם יכולים לבוא בתרעומת על מפרי החוק, שהם הם המצווים לתפסם ולעצור ולמנוע בעדם מלפשוע. תנאי בל יעבור לכל מלחמה בפשע הוא שהלוחמים יהיו שומרי החוק ויקפידו על קלה כחמורה בפעולתם שלהם; ובמידה שהם מזלזלים או מתרשלים בקיום מצוותיהם כלפי האזרחים הנלכדים ברשתם, בה במידה גורמים הם במו ידיהם להכשרת הפשע ולהגברתו. והדברים פשוטים".

דברים אלה של כב' השופט חיים כהן ז"ל (לימים מ"מ קבוע של נשיא בית המשפט העליון), שבימים אלה מלאו 30 לפטירתו, ראויים למי שאמרם, ולא נס ליחס, אף שנכתבו לפני מחצית יובל שנים, וניתן לעשות בהם שימוש גם בפיתחה של המאה ה-21.

76. פרשת מאירי הנ"ל יכולה לשמש אחד מתמרורי הדרך בפיתוח הלכת הפסלות היחסית. כך, למשל, ככל שירבו המקרים שבהם במשטרה לא תאפשר נוכחות עדים בעת עריכת חיפושים, כך ייטה בית משפט לפסול חיפושים כאלה.



בש 001153/02

## בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כב' השופט משה דרורי

תאריך: 25/06/02

77. יתרה מזו, אם בפרשת מאירי הנ"ל היה מוכן בית המשפט העליון לסטות  
מהכלל שנקבע בפסיקה לפיו אין לפסול ראיות שהושגו שלא כדין, וזאת ללא  
עיון סטטוטורי, כיום, רשאית הרשות השופטת להתבסס על דברי הרשות  
המכוננת כפי שבאו לידי ביטוי בסעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו,  
כאשר כל פסילת ראיה כזו או החזר חפץ שנתפס, מהווה יישום והפעלה של  
דבר חקיקה חוקתי.

### מסקנות

78. המורם מכל האמור לעיל:

א. על צו חיפוש לתאר באופן מדויק וברור את המקום בו מותר לערוך  
חיפוש.

ב. נוכחות עדים בעת חיפוש היא זכות של האדם שבחצרי נערך  
החיפוש, והוא רשאי לוותר על נוכחות עדים חיצוניים רק ביוזמתו או  
לאחר שהוסבר לו על ידי המשטרה כי אינו חייב לעשות כן.

ג. העדים החיצוניים הנוכחים בעת החיפוש יכול שיהיו עורכי דינו של  
בעל המקום, ועל המשטרה לאפשר את נוכחותם במעמד זה.

ד. הערכאה המתאימה לבדיקת סטיות מהוראות החוק, ככל שהדבר  
נוגע לחיפוש, הוא בית המשפט אשר בפניו נדון התיק הפלילי ואשר  
שומע את כל העדים הרלוונטיים ויכול לקבוע ממצא עובדתי ולהסיק  
מסקנות משפטיות מכך, כאשר הכלל המשפטי הראוי במקרים אלה  
הוא כלל הפסלות היחסית אשר יופעל ויישם על ידי אותה ערכאה  
דיונית תוך התחשבות במכלול הנסיבות, וביניהן מידת הנפוצות של  
סטיות מן החוק על ידי המשטרה.

ה. הכללים ביחס לחיפוש בתוך המחשבים הינם אלה: חדירה לחומר  
מחשב והפקת פלט בעקבות החדירה - מחייבת צו שיפוטי נפרד,  
כאשר החדירה והפקת הפלט ייעשו בנוכחות שני עדים. למותר לציין



## בית המשפט המחוזי בירושלים

בש 001153/02

בפני: כב' השופט משה דרורי

תאריך: 25/06/02

- 1 כי אחד מעדים אלה יכול שיהיה עורך דינו של בעל המחשב, כפי  
2 שאותו עורך דין יכול לשמש כעד בעת החיפוש בחצריו של בעל  
3 החפצים, כמוסבר לעיל. לעניין החיפוש במחשב, עדיף כי אחד מן  
4 העדים יהיה מומחה למחשבים מטעם בעל המחשב, אך, כמובן  
5 שעניין זה נתון לשיקול דעתו של בעל המחשב שנתפס ע"י המשטרה,  
6 אך המשטרה איננה רשאית למנוע מבעל המחשב לבחור במומחה  
7 למחשבים כאחד מעדיו שיהיה נוכח בעת החיפוש שנערך ע"י  
8 המשטרה בקרביו של המחשב שלו, שנתפס ע"י המשטרה. לאחר  
9 הוצאת הפלט והעתקת התוכנה לדיסק, יש להחזיר את המחשב  
10 לבעליו, והדיסק ישמש כראיה.
- 11 ו. כאשר נמצאים שיקים במסגרת החיפוש, יש לערוך רשימה שלהם  
12 (כמו רשימה של יתר החפצים שנתפסו בחיפוש). רק אם תוכן  
13 הרשימה יכול להזיק אופרטיבית לחקירה, יש למסור את הרשימה  
14 לבית משפט במעטפה סגורה, ולגלותה למי שבחצריו בוצע החיפוש  
15 לאחר תום חקירת מושכי השיקים, כאשר בימ"ש הוא זה שייקבע את  
16 משך החקירה ואת מועד החזרת השיקים למחזיק בהם.
- 17 79. לאור דברים אלה אני מורה כדלקמן:
- 18 א. הערר מתקבל בחלקו.
- 19 ב. הוראת בימ"ש קמא בדבר בטלות צו החיפוש והחזרת החפצים  
20 למשיב - בטלה; נושאים אלה יוכרעו על ידי בית המשפט השלום  
21 במסגרת דיון בתיק העיקרי בכתב האישום שיוגש נגד המשיב.
- 22 ג. רשימת השיקים שנתפסו תוגש לבית משפט שלום במעטפה סגורה  
23 תוך 7 ימים מיום החלטה זו. בית משפט ימסור הרשימה למשיב תוך  
24 45 יום. המשטרה תגיש לבית משפט השלום תוך 45 יום מהיום  
25 בקשה מפורטת ביחס לכל שיק ושיק תוך הנמקה לגבי כל שיק ומידת  
26 הראיות לכאורה לגבי היותו חפץ שנעברה בו עבירה, ובימ"ש שלום  
27 יכריע בבקשה ויורה על המשך החזקת השיקים בידי המשטרה או  
28 החזרתם למשיב, הכל עפ"י הכללים שפורטו בהחלטתי זו.





בש 001153/02

בית המשפט המחוזי בירושלים

**בפני: כב' השופט משה דרורי**

**תאריך: 25/06/02**

- ד. החדירה לחומר המחשב והפקת פלט תוך חדירה, כאמור, יבוצעו  
בנוכחות שני עדים מטעם המשיב, כאשר רצוי שאחד מהם יהיה  
מומחה בתחום המחשבים (אין כל מניעה שהעד השני יהיה עורך דינו  
של המשיב). בתוך 30 יום מהיום, התוכנה והפלט יועתקו לדיסק,  
אשר ישמש כראיה בתיק העיקרי. יתר התוכנות והמחשבים יוחזרו  
לבעליהם בתום 30 יום מהיום.
80. לאחר הודעת ב"כ הפרקליטות, מראש, על כך שבכל מקרה שלא יתקבל  
הערעור במלואו מבקשת המדינה עיכוב ביצוע לצורך הגשת ערר לבית  
המשפט העליון, אני מורה כי אם תוך 5 ימים מהיום תודיע הפרקליטות על  
הגשת ערר לבית המשפט העליון, יעוכב ביצוע החלטה זו למשך 30 יום  
מהיום. עיכוב ביצוע מעבר לתקופה זו יינתן, לאחר הגשת בקשה מתאימה,  
על ידי בית המשפט העליון, אשר אז כבר יהיו בפניו ערר המדינה ותשובת  
המשיב ביחס להחלטה זו.
81. אני מורה למזכירות לשלוח העתק החלטה זו לב"כ הצדדים (ובמקביל  
להודיע להם על החלטה זו טלפונית, אם יבחרו לשלוח שליח לקחת את  
ההחלטה מהמזכירות מיידית). המזכירות תחזיר לב"כ העוררת את תיקי  
החקירה שהובאו לעיוני.
82. דרך זו של משלוח ההחלטה לצדדים בדואר, ללא צורך לזמנם אישית  
להקראת ההחלטה, נקבעה בהסכמה בתום הסיכומים.

**ניתן היום יום ראשון כ"ט סיון תשס"ב (9.6.02) בהעדר הצדדים.**

\_\_\_\_\_  
**משה דרורי, שופט**