

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

חיפוש ברכב: מורה נבוכים

יהונתן דין*

תקציר

חיפוש ברכב הוא אחת מפעולות האכיפה השכיחות ביותר בישראל ומשמש כלי מרכזי במאבק בפשיעה ובאכיפת החוק. ואולם, חרף מרכזיותה ושכיחותה, זכתה פרקטיקה זו להתייחסות דלה ומצומצמת בפסיקה ובספרות המשפטית. בתי המשפט נטו להתמקד במתן מענה נקודתי לסוגיות ספציפיות שעלו לפנייהם, מבלי שהניחו תשתית עקרונית רחבה המבהירה את מכלול ההיבטים הנוגעים לחיפוש ברכב. מצב זה יצר חלל נורמטיבי המקשה על רשויות האכיפה ועל בתי המשפט להפעיל את סמכויות החיפוש באופן ראוי ומידתי. המאמר מבקש לגשר על פער זה באמצעות ניתוח של דיני חיפוש ברכב. הטיעון המרכזי יהא כי הבנה נכונה של ההסדר הנורמטיבי מחייבת הבהרה של התשתית המושגית שעליה הוא מושתת, ולשם כך יש ללבן שלוש שאלות יסוד: מהו חיפוש כשלעצמו ומה ייחודו ברכב; כיצד יש לערוך את החיפוש ברכב ומה מקורות הסמכות לעריכתו; ומהו רכב לעניין דיני החיפוש. בניסיון לספק מענה לסוגיות סבוכות אלו, המאמר נחלק לשלושה פרקים מרכזיים. הפרק הראשון דן במושג "חיפוש" ובהתפתחותו ההיסטורית כאמצעי שלטוני, תוך זיקוק "הקוד הגנטי" של פעולת החיפוש, קרי, מאפייני היסוד שעל פיהם ניתן לזהות פעולה כ"חיפוש", לכדי שלושה יסודות מכוננים: זהות המבצע, היסוד הפונקציונלי והיסוד הנורמטיבי. על בסיס תשתית זו, הפרק מציע "מבחן עזר" אינטואיטיבי ומהיר לזיהוי חיפוש בזירה התחבורתית. הפרק השני ממפה את מקורות הסמכות לעריכת חיפוש ברכב בדין הישראלי, תוך בחינת התנאים המהותיים והפרוצדורליים להפעלתם. הפרק השלישי מתמודד עם השאלה הבסיסית, מה הוא "רכב". על רקע התשתית הנורמטיבית החסרה, ולאחר סקירה משווה, המאמר יציע מתווה פרשני רב-קריטריוני להגדרת "רכב" לעניין דיני החיפוש. המתווה נשען על חמישה קריטריונים מרכזיים: הניידות הפונקציונלית של הרכב; זהותו התפקודית ואופי השימוש בו בפועל; מיקומו הפיזי בעת החיפוש; ההבחנה המבנית-נורמטיבית בין חללים שונים ברכב; ועיתוי ביצוע החיפוש. מתווה זה יבקש לאזן בין צורכי האכיפה לבין ההגנה על זכויות חוקתיות ולהעניק לרשויות האכיפה ולבתי המשפט כלי שיטתי, עקבי וצופה פני עתיד להפעלת סמכות החיפוש ברכב.

מבוא; פרק א, מהות ה"חיפוש" – התשתית המושגית והשלכותיה על חיפוש ברכב: א.1. החיפוש כאמצעי שלטוני והתפתחותו ההיסטורית והנורמטיבית. א.2. הגדרת החיפוש: בין מובנו הלשוני, תכליתו המשפטית ויישומו ברכב. א.3. ה"קוד הגנטי" של החיפוש: מודל שלוש היסודות, וחיפוש ברכב; **פרק ב, מעמדו של כלי הרכב בשדה האכיפה – המקורות הנורמטיביים לסמכות חיפוש ברכב ואופן הפעלתם בדין הישראלי:** ב.1. סמכויות חיפוש סטטוטוריות ויעודיות לרכב. ב.1.א. חיפוש מכוח סעיף 71 לחוק המעצרים. ב.1.א.1. סעיף 71(א). ב.1.א.2. סעיף 71(ב). ב.1.א.3. חיפוש ברכב: הסדר נורמטיבי שלם – או הסמכה חלקית המחייבת השלמה מן הדין הכללי? ב.1.ב. חיפוש מכוח פקודת הסמים. ב.1.ב.1. רף החשד הנדרש לביצוע חיפוש ברכב. ב.1.ב.2. נוכחות שני עדים. ב.2. חיפוש מכוח סעיף 69 לחוק המעצרים: סמכות עזר לביצוע חיפוש. ב.3. חיפוש מכוח הסכמה (מדעת); **פרק ג, כשהגלגלים נעצרים – הגדרת "רכב" לעניין דיני החיפוש:** ג.1. החלל הפרשני במונח "רכב" בדיני החיפוש. ג.1.א. המושג "רכב" בחקיקה. ג.1.א.ב. סיווג ללא הגדרה: הפגם המבני בתפיסת הרכב בפסיקה. ג.1.ב.1. נוסח חדש, פרשנות ישנה. ג.1.ב.2. סיווג רכב ללא תשתית מושגית. ג.2. זהות המשפטית של הרכב: מבט משווה. ג.2.א. הרכב כמרחב בתנועה: השפעת אלמנט הניידות בפסיקה. ג.2.ב. מעמדו החוקתי של הרכב: מאמצעי תנועה לנכס בעל היקף הגנה משתנה בהתאם לשימוש. ג.2.ג. מיקומו של הרכב כגורם מכונן בזהותו המשפטית. ג.3. מתווה נורמטיבי-דינמי לזיהוי "רכב" כמושא חיפוש. ג.4. יתרונות המתווה; **סיכום.**

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

מבוא

בסדרת הטלוויזיה האמריקאית "שובר שורות" מתוארת עלייתו ונפילתו של מורה לכימיה, דמות בשם וולטר ווייט, אשר פונה לייצור סמים יחד עם תלמידו לשעבר, ג'סי פינקמן. על מנת לממש את מזימתם השניים רוכשים קרוון ישן, שהופך עד מהרה למעבדה ניידת המשמשת לייצור סם מסוג מתאמפטמין. באחת הסצנות המרכזיות בסדרה מאתר סוכן DEA את הקרוון במגרש גרוטאות, בשעה שהדמויות מצויות בתוכו. באותה עת דומה כי גורלן נחרץ. אלא שלפתע, "בדקה ה־90", הבעלים של מגרש הגרוטאות נחלץ להגנתם, פונה אל הסוכן וטוען כי הקרוון אינו אלא "domicile", מקום מגורים, ומשכך אין הוא רשאי לערוך חיפוש ללא צו שיפוטי. ברגע אחד הסצנה מתחלפת מעימות פיזי לעימות מושגי: האם הקרוון הוא "רכב" או "בית"; בכך האינטואיציה המשטרית: "יש כאן רכב, מותר לחפש" – מתנגשת, בתוך רגע, עם טענה נורמטיבית אחרת: אותו אובייקט על גלגלים עשוי להיות גם "בית", על כל המשתמע מכך מבחינה חוקית.¹

המתח המתואר בסצנה הבדיונית אינו ייחודי לדרמה טלוויזיונית. הוא משקף דילמה משפטית ממשית העומדת במרכזו של אחד התחומים המורכבים והשכיחים ביותר בידי החיפוש.² חיפוש ברכב מהווה אחת מפעולות האכיפה התדירות והשכיחות ביותר במערכת אכיפת החוק בעולם ובישראל. מדי יום נעצרים כלי רכב בצידי הכבישים, במחסומים ובנקודות בידוק, ועל פי חשדות מגוונים נערכים בהם חיפוש שנועדו לאתר ראיות, אמצעים לביצוע עבירות או חומרים אסורים וכיוצא בזה.³ פעולה זו, בהיותה כלי אכיפה מרכזי בארסנל הכלים המוקנים לרשויות האכיפה, משמשת מנגנון מפתח, בין היתר, במאבק בפשיעה, באכיפת דיני התנועה, בסיכול עבירות סמים ובמניעת עבירות ביטחון.⁴ חשיבותה של סמכות החיפוש ברכב נעוצה בשילוב של שלושה גורמים מרכזיים: השכיחות הגבוהה של השימוש בכלי רכב במרחב הציבורי,⁵ היכולת של רשויות האכיפה

* עו"ד ומרכז תחום החיפוש בפרקליטות מחוז תל אביב (פלילי). בוגר תואר ראשון ושני בהצטיינות מאוניברסיטת בר-אילן ומאוניברסיטת תל אביב, בהתאמה. ברצוני להודות לעו"ד ספיר יזרלביץ-דין על הערותיה המועילות. תודתי נתונה גם לעורכות כתב העת **המשפט** על הערותיהן, אשר סייעו לחדד ולשפר את המאמר. הדברים המובאים במאמר משקפים את עמדותי האישית בלבד.

¹ ראו: "שובר שורות", עונה 3 פרק מספר 6: "Sunset".

² Ilse Ghent, *Are We There Yet?: The Long Journey to Defining Motor Home Protections Under the Fourth Amendment*, 77 ARK. L. REV. 783, 794–803 (2025).

³ שם, בעמ' 484–783. אף שאין בנמצא נתונים סטטיסטיים מקיפים ומרוכזים באשר להיקף החיפוש ברכב בישראל, ניתן להיעזר בממצאים אמפיריים ממערכות משפט אחרות לשם המחשת מרכזיותם של עיכובי תנועה, ובהיקש – גם של חיפוש ברכב, בשגרת האכיפה. כך למשל, לפי נתוני הלשכה לסטטיסטיקה של משרד המשפטים האמריקאי בארצות הברית דווח כי בשנת 2018 המשטרה באה במגע עם כ־61.5 מיליון אזרחים בני 16 ומעלה, מתוכם כ־25 מיליון היו נהגים או נוסעים שנעצרו במסגרת היותם ברכב. בכך הנסיעה ברכב מהווה אפוא את זירת המפגש המרכזית בין הציבור לבין רשויות האכיפה, ומתוך כך נגזר גם היקף ניכר של חיפוש ברכב: מחקרים אמפיריים נקודתיים מלמדים כי בחלק בלתי מבוטל מן המפגשים בין האזרח ל"שוטר" ננקטות גם פעולות חיפוש ברכב, אף שאין בנמצא נתון סטטיסטי פדרלי מקיף באשר לשיעור העצירות שבמהלכן מתבצע חיפוש בפועל. נתונים אלה מאפשרים, לכל הפחות, להעריך שחיפוש ברכב אינו תופעה שולית, אלא חלק שגרת ויום יומי מארגז הכלים האכיפתי. Bob Harrison, Stop, Start, or Continue? A National Survey of the Police About Traffic Stops, RAND BLOG (June 30, 2021), <https://shorturl.at/tG6QI>; ראו: <https://shorturl.at/tG6QI>.

⁴ Martin L. O'Connor, *Vehicle Searches-The Automobile Exception: The Constitutional Ride from Carroll v. United States to Wyoming v. Houghton*, 16 TOURO L. REV. 393 (2000).

⁵ מנתונים משנת 2017 עולה כי נעים בכבישים ברחבי העולם למעלה ממיליארד כלי רכב, וצפי שמספרם יגיע לשני מיליארד בעשורים הקרובים: G. Napoli et al., *Development of a Fuel Cell Hybrid Electric Powertrain: A Real Case Study on a Minibus Application*, 42 Int'l J. Hydrogen Energy 28034 (2017).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

לערוך חיפוש מיידי ללא צורך בצו שיפוטי מוקדם,⁶ והתכלית האכיפתית העומדת בבסיס החיפוש, היינו האיתור המהיר של ראיות או אמצעים לביצוע עבירות בטרם יועלמו או יושמדו.⁷

ואולם, חרף מרכזיותה ושכיחותה של פעולת חיפוש ברכב בשגרת האכיפה, סוגיה זו זכתה להתייחסות דלה ומצומצמת בפסיקה הישראלית ובספרות המשפטית. בשונה מתחומים אחרים של דיני החיפוש, כגון חיפוש בבית מגורים או חיפוש על גופו של אדם, שזכו לעיסוק פסיקתי (יחסית) נרחב ולפיתוח דוקטרינות מפורטות, תחום החיפוש ברכב לא עבר התפתחות פרשנית מעמיקה. בתי המשפט התמקדו במתן מענה נקודתי לסוגיות ספציפיות שעלו לפנייהם, מבלי להניח תשתית עקרונית רחבה המבהירה את מכלול ההיבטים הנוגעים לחיפוש ברכב. הפסיקה המועטה שדנה בסוגיה נטתה להתמקד בשאלות פרוצדורליות צרות כגון תנאי סף לביצוע החיפוש, ופחות בשאלות מהותיות הנוגעות למשמעות הרחבה יותר של חיפוש ברכב במערכת הזכויות החוקתית. מצב דברים זה יצר חלל נורמטיבי, שבו רשויות האכיפה ובתי המשפט נדרשים להסתמך על עקרונות כלליים או על אנלוגיות מתחומי משפט אחרים, מבלי שעומדת לרשותם מסגרת מובנית ומקיפה המותאמת לאתגרים הייחודיים שמציבים כלי רכב.⁸

המאמר מבקש לגשר על הפער הזה ולספק ניתוח עקרוני של דיני חיפוש ברכב בישראל. הטיעון המרכזי שבליבת המאמר הוא כי על מנת להבין באמת את ההסדר הנורמטיבי החל על חיפוש ברכב ולהפעילו באופן ראוי, נדרש תחילה להבהיר את התשתית המושגית שעליה הוא מושתת. לשם כך יש לבחון שלוש סוגיות יסוד המתקשרות זו בזו במארג אחד: מהו חיפוש כשלעצמו, כיצד יש לערוך חיפוש ברכב, ומהו רכב לעניין דיני החיפוש. כל אחת מהשאלות הללו מניחה את היסוד לשאלה שלאחריה, ורק בחינה מערכתית של כולן תאפשר להבין את התמונה השלמה.

לצורך כך, המאמר נחלק לשלושה פרקים מרכזיים, כאשר כל אחד מתמודד עם אחת הסוגיות האלו. **הפרק הראשון** דן בעצם מושג החיפוש כמונח משפטי. הוא בוחן את התפתחותו ההיסטורית של החיפוש כאמצעי שלטוני, את המעבר מתפיסה של סמכות אינהרנטית לתפיסה המבוססת על הגנת זכויות הפרט, ואת הדרך שבה המשפט הישראלי הגדיר או נמנע מלהגדיר מהו חיפוש. הפרק ממשיך לבחון כיצד ההגדרה הכללית של חיפוש מתורגמת להקשר הספציפי של רכב, ומה הן הפעולות המהוות חיפוש ברכב לפי המשפט הישראלי והמשווה. על רקע החסר המושגי והקושי בזיהוי גבולות החיפוש בדין הישראלי והזר, הפרק מציע מודל אנליטי המזקק את "הקוד הגנטי" של פעולת החיפוש לשלושה יסודות מכוננים: הראשון, זהות המבצע, קובע כי פעולת חיפוש מתגבשת אך ורק מקום שהיא מבוצעת בידי רשות שלטונית, או בידי מי שפועל מטעמה ובחסותה; השני, היסוד הפונקציונלי, בוחן האם מדובר בפעולה אקטיבית של שינוי יזום של המציאות הקיימת, המחלצת מידע נסתר מתוך מרחב חסוי; היסוד השלישי, היסוד הנורמטיבי, בוחן האם המרחב, החפץ או המידע שאליהם כוונה הפעולה השלטונית נמנים עם אותם תחומים שהמשפט מכיר בהם כראויים להגנה חוקתית, ובראש ובראשונה הזכות לפרטיות. מודל זה נועד להעמיד מסגרת סדורה ואחידה לזיהוי פעולת חיפוש, ולהבחין בין אינטראקציה משטרית שגרתית לבין פעולה החוצה את הסף

⁶ ראו פרקים ב.1.א ו-ב.2.א למאמר.

⁷ התכלית האכיפתית העומדת בבסיס דיני החיפוש ברכב, האיתור המהיר של ראיות או אמצעים לביצוע עבירות בטרם יועלמו או יושמדו, הוכרה בפסיקה בארצות הברית, תוך שנקבע כי החריג לרכב מבוסס על "ניידותו המיידית" של הרכב, המהווה מצב חירום המספיק כדי לפטור מהשגת צו חיפוש מקום שקיים חשד סביר, בין היתר, לתכולה אסורה. ראו *Pennsylvania v. Labron*, 518 U.S. 938 (1996) וההפניות שם.

⁸ ראו פרק א.2. למאמר.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

המשפטי של חיפוש. לצידו מוצע מבחן עזר אינטואיטיבי, שנועד לאפשר יישום מהיר ומעשי של המודל בזירה התחבורתית. **הפרק השני** מתמקד במקורות הסמכות לעריכת חיפוש ברכב בדן הישראלי. הוא ממפה את ההסדרים הנורמטיביים העיקריים, ובראשם סעיף 71 לחוק המעצרים, סעיף 28 לפקודת הסמים המסוכנים, הסמכות העקיפה לעריכת חיפוש מכוח סעיף 69 לחוק המעצרים וחיפוש מכוח הסכמה מדעת. במסגרת זו נבחנים התנאים המהותיים והפרוצדורליים להפעלת סמכות החיפוש, לרבות רף החשד הנדרש, תנאי עריכת החיפוש, חובת נוכחות עדים, חובת ההזדהות וחובת התייעוד, ועוד. **הפרק השלישי** מתמודד עם השאלה היסודית, שאלת ההגדרה של רכב לעניין דיני החיפוש. עד כה, הדין והפסיקה בישראל נטו להתייחס לרכב באספקלריה של "מיטלטלין" גרידא, מבלי לתת את הדעת למציאות המורכבת שבה רכב עשוי לחרוג מייעודו התחבורתי הרגיל. הפרק מנתח את החסר בהגדרה סטטוטורית ופסיקתית, בוחן את הגישות בפסיקה ובראשן הדין האמריקאי, ומציע מתווה נורמטיבי דינמי, רב-קריטריוני להגדרת רכב. מתווה זה מושתת על חמישה פרמטרים מרכזיים לבחינה: (1) הניידות הפונקציונלית של הרכב (הן כשירותו הטכני והן יכולת מימוש הנסיעה בפועל); (2) זהותו התפקודית (אופי השימוש בו בפועל); (3) מיקומו הפיזי בעת החיפוש; (4) ההבחנה המבנית-נורמטיבית בין חללים שונים בתוכו; ו-(5) עיתוי ביצוע החיפוש (חיפוש מיידי לעומת בדיעבד). בדרך זו מבקש הפרק להציע כלי פרשני גמיש, אך מובנה, המאפשר לזהות את מהותו המשפטית של הרכב בנסיבות המקרה, ומתוך כך לקבוע איזו מסגרת נורמטיבית יש להחיל על החיפוש. לבסוף **אסכס**. לא בכדי נקרא המאמר "חיפוש ברכב: מורה נבוכים". המאמר מבקש לספק מענה מקיף ומובנה לכל העוסק בסוגיה של חיפוש ברכב ולהאיר את הדרך בשטח נורמטיבי שטרם זכה להסדרה מלאה בחוק ובפסיקה.

פרק א: מהות ה"חיפוש" – התשתית המושגית והשלכותיה על חיפוש ברכב

1.א. החיפוש כאמצעי שלטוני והתפתחותו ההיסטורית והנורמטיבית

החיפוש הוא אמצעי שלטוני עתיק יומין, הטבוע ביסודותיה של כל מערכת משטרית. מדובר בהפעלת סמכות בידי בעל שררה, או מכוח סמכותו, בידי מי שפועל מטעמו, שמטרתה לחדור למרחבו הפרטי של אדם כדי לגלות דבר מה מוסתר.⁹ לאורך רוב שנות ההיסטוריה לא נדרשה לחיפוש הצדקה עיונית או נורמטיבית עצמאית. החיפוש נתפס ככלי אינהרנטי של סמכות חברתית מאורגנת, ולכן הופעל ללא מסגרת מחייבת: בלי תנאים מוקדמים ברורים, בלי דרישת צו, בלי סטנדרט הוכחה ובלי מנגנוני פיקוח. הכללים הנוגעים לסמכות לערוך חיפוש, לאופן ביצועו ולהיקפו כמעט שלא הותוו, ושיקול הדעת של בעלי השררה או נציגיהם היה רחב מאוד. כמו כן, החיפוש שימש את הרשות השלטונית כמנגנון מרכזי להבטחת יציבותה המוסדית. תחת דגל "שמירת הסדר הציבורי", אכיפת נורמות והגנה על ביטחון הציבור, הופעלו סמכויות החיפוש לשם איתור מוקדם של גורמי סיכון ליציבות השלטון: זיהוי מתנגדים, גילוי קושרים, בלימת ניצני מרד והטלת מורא. הנימוק של הגנה על הציבור שימש לא אחת מעטה לפעולה של פיקוח ושליטה. חדירה שיטתית למשקי בית נתפסה לא רק כמהלך חקירתי, אלא גם כסימן היכר של סמכות המבהיר את ההיררכיה

⁹ Morgan Cloud, *Searching through History; Searching for History*, 63 U. Chi. L. Rev. 1707, 1712–1739 (1996); William J. Cuddihy, *Search and Seizure in England, 1642–1700: The Legal Background to the English Critique of General Warrants*, in *The Fourth Amendment: Origins and Original* (Oxford Univ. Press 2009); Leonard W. Levy, *Seasoned Judgments: The American Constitution, Rights, and History* (Transaction Publishers 1995).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

הנורמטיבית: השלטון עומד מעל, כל יכול, והוא קובע היכן מסיימת האוטונומיה של הפרט והיכן מתחילה סמכותו הבלעדית של הריבון.¹⁰

עם עליית המשטרים הדמוקרטיים בעולם המערבי והעמקת ההכרה בזכויות הפרט ובהגנה מפני שרירות השלטון, התחדדה הביקורת על עצם יכולתו של השלטון לחדור למרחבו של הפרט ללא מגבלה.¹¹ המעמד ה"טבעי" שיוחס לחיפוש נסדק בהדרגה, על רקע ההבנה כי מדובר בפעולה הפוגעת בפרטיות, באוטונומיה, בכבוד האדם ולעיתים אף בתחושת הביטחון הקיומי. לנוכח ביקורת זו פנו שיטות משפט בעולם לשינוי פרדיגמטי: ממודל המניח סמכות חיפוש כללית כברירת מחדל, למודל הקובע גבולות ברורים, תנאים מוקדמים ופיקוח שיפוטי על הפעלת הסמכות לערוך חיפוש. כך התפתחו מנגנונים מהותיים ופרוצדורליים שנועדו להסדיר ולהגביל את החיפוש, ולעיתים לאסור אותו בהיעדר הצדקה מספקת, כדי להבטיח שהפעלת הכוח תיעשה רק לפי אמות מידה קבועות בדין.¹²

חרף חשיבותו הקונסטיטוציונית והנורמטיבית, המונח "חיפוש" נותר במקרים רבים מעורפל ובלתי מתוחם. הדין והספרות ממוקדים רבות בעיסוק בסוגיות "האם", "מתי" ו"כיצד" ניתן לבצע חיפוש, ואילו שאלת ה"מה" כמעט שלא עובדה: מהו חיפוש כשלעצמו. הדבר נובע, בין היתר, משום שהמושג חיפוש עשוי להיתפס במבט ראשון כמונח פשוט וברור מאליו, כפעולה אלמנטרית שאינה דורשת הגדרה או הבהרה מיוחדת. ואולם, בחינה מעמיקה מגלה כי מדובר במונח רחב ומורכב, העשוי לחול על מגוון רחב של פעולות שונות זו מזו באופיין. המורכבות הטמונה במונח זה מתעצמת נוכח ההתפתחויות הטכנולוגיות, המציבות אתגרים חדשים להגדרת גבולותיו ולהבנת היקפו.¹³

הדין הישראלי מתאפיין בריבוי הסדרים חקיקתיים המסדירים את הפעלת סמכויות החיפוש במגוון רחב של הקשרים ותצורות. החקיקה הישראלית כוללת חקיקה ייחודית,¹⁴ פרקים ייעודיים,¹⁵ סעיפים מפורטים והוראות ספציפיות העוסקות לא רק בעצם הסמכות לערוך חיפוש, אלא גם בדרכי ביצועו, בהליכים הנלווים אליו, בתנאים המקדימים להפעלתו ובמגבלות החלות עליו, תוך יצירת מערך נורמטיבי מסועף ומורכב.¹⁶ גם הפסיקה הישראלית תרמה תרומה משמעותית לעיצוב דיני החיפוש, תוך פיתוח עקרונות מנחים, מתן פרשנות להוראות החוק וקביעת

¹⁰ שם; Bob Redemann, *The Historical and Philosophical Foundations of the Exclusionary Rule*, 12 Tulsa L. J. 323, 324–328 (1976); Henry Summerson, *The Criminal Underworld of Medieval England*, 17 J. Legal Hist. 197, 197–224 (1996); R. A. Houston, *People, Space, and Law in Late Medieval and Early Modern Britain and Ireland*, 230 Past & Present 47 (2016).

¹¹ עמיקם הרפז ומרים גולן, **משפט ושיטור: זכויות אדם וסמכויות משטרה** (2018); Todd Landman, *Democracy and Human Rights: Concepts, Measures, and Relationships*, 6 Politics and Governance 48, 49–53 (2018).

¹² ראו ה"ש 9.
¹³ Emma Raviv, *Homing In: Technology's Place in Fourth Amendment Jurisprudence*, 28 Harv. J.L. & Tech. 593, 595–596 (2015).

¹⁴ לדוגמה: חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), תשנ"א–1996 (להלן: "חוק סדר הדין הפלילי, חיפוש בגוף").

¹⁵ ראו: פרק שלישי בפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט–1969 (להלן: "הפקודה").
¹⁶ סעיף 5(5) לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א–1971 (להלן: "פקודת המשטרה"); סעיף 3 לחוק סמכויות לשם שמירה על ביטחון הציבור, התשס"ה–2005; סעיפים 23–31 לפקודה; סעיף 28 לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג–1973 (להלן: "פקודת הסמים"); סעיף 71 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו–1996 (להלן: "חוק המעצרים"); סעיף 9 לחוק הטיס (בטחון בתעופה אזרחית), התשל"ז–1977; סעיפים 3–5 לחוק סמכויות לשם שמירה על ביטחון הציבור, תשע"ו–2016.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

אמות מידה להפעלת שיקול הדעת בענייני חיפוש.¹⁷ לאורך השנים המחוקק אף ניסה להתמודד עם קצב התפתחות הטכנולוגיה והשפעתה על דיני החיפוש, בכך שניתנה הגדרה סטטוטורית מפורשת למונח "חיפוש בחומר מחשב",¹⁸ נוצרה הבחנה ברורה בין "חיפוש חיצוני" לבין "חיפוש פנימי" בגופו של אדם,¹⁹ והוגדרו בפירוט הכללים החלים על "חיפוש באדם".²⁰ כל אחת מקטגוריות אלה זוכה להסדרה פרוצדורלית מפורטת, לקביעת תנאים ומגבלות להפעלתה, ולהתאמה לאתגרים הייחודיים שהיא מציבה.²¹

ואולם, על אף ההסדרה החוקית הרבה, ניכר חסר מהותי במישור התאורטי-מושגי. הדין הישראלי, הן בחקיקה והן בפסיקה, נמנע מלהתמודד עם השאלה הבסיסית והיסודית ביותר – מהו "חיפוש" כשלעצמו. אפילו תזכיר חוק סדר הדין הפלילי,²² שגובש במטרה מוצהרת להסדיר באופן מקיף ושיטתי את סמכויות האכיפה, ואשר כולל עשרות סעיפים המפרטים היבטים שונים של פעולות חיפוש, גם הוא נמנע מלהגדיר את המושג הבסיסי. תזכיר החוק טורח להגדיר בקפידה מהו "חיפוש במקום",²³ מהו "חיפוש על גופו של אדם", מהו "חיפוש פנימי" ומהו "חיפוש חיצוני",²⁴ אך את השאלה המקדמית, מהו "חיפוש" כשלעצמו, הוא הותיר ללא כל התייחסות או הגדרה. החקיקה והפסיקה אינן מספקות באופן ברור קריטריונים מובחנים לזיהוי מה היא בדיוק פעולת חיפוש. נמצא אפוא כי מושג החיפוש, על אף מרכזיותו במערך סמכויות האכיפה ועל אף פוטנציאל הפגיעה הטמון בו, נותר ללא בסיס הגדרתי מפורש ומקיף.²⁵

על רקע זה מתחדד הפער שבין ההכרה הנורמטיבית בצורך לרסן את סמכות החיפוש לבין היעדרה של הגדרה מושגית למונח "חיפוש" עצמו. בהיעדר עוגן מושגי ברור, הדין נותר ללא אמות מידה ברורות לזיהוי הפעולה החוצה את סף החיפוש, והסוגיה מתפתחת ממקרה למקרה באופן נקודתי. כפי שאראה להלן, חסר זה אינו נותר במישור העיוני בלבד, אלא משליך במישור על יישום דיני החיפוש ברכב ועל חוסר העקביות הפסיקתית בתחום.

¹⁷ ראו לדוגמה: בג"ץ 8298/22 הסנגוריה הציבורית נ' היועצת המשפטית לממשלה (נבו 31.8.2025) (להלן: "בג"ץ הסנגוריה"); רע"פ 5334/23 אברגל נ' מדינת ישראל (נבו 14.7.2024); רע"פ 3199/20 זייצב נ' מדינת ישראל (נבו 12.8.2021) (להלן: "עניין זייצב"); רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל, סה"כ (3) 305 (2012) (להלן: "עניין בן חיים"); בג"ץ 465/75 דגני נ' שר המשטרה, פ"ד ל(1) 337 (1975) (להלן: "עניין דגני").

¹⁸ סעיף 23א(א) לפקודה ביחד עם סעיף 4 לחוק המחשבים, התשנ"ה-1995.

¹⁹ סעיף 1 לחוק סדר הדין הפלילי חיפוש בגוף.

²⁰ סעיף 29 לפקודה.

²¹ חרף המאמץ החקיקתי, המחוקק נותר הרחק מאחור. האפשרויות הטכנולוגיות להאזנה, מעקב, חדירה וחיפוש מתפתחות בקצב שהמסגרת הנורמטיבית אינה מצליחה לעמוד בו, ופערים משמעותיים נותרו ללא הסדרה מספקת. להרחבה ראו: עמית מררי ואח' "דין וחשבון – הצוות לבדיקת האזנות סתר לתקשורת בין מחשבים" **משרד המשפטים** <https://www.gov.il/BlobFolder/news/01-report-merari/he/Report-merari.pdf> (2022).

²² תזכיר חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – המצאה, חיפוש, כניסה ותפיסה), התשע"א-2011 (להלן: "תזכיר החוק").

²³ סעיף 1 לתזכיר החוק, בעמ' 57 מגדיר חיפוש במקום כ-"כניסה למקום ועריכת חיפוש בו".

²⁴ "חיפוש על גופו של אדם – חיפוש על פני גופו של אדם, בבגדיו או בכליו, וכן-הסרת בגד שאין בו כדי לחשוף אברים מוצנעים וצילום של סימנים על פני גופו של אדם אגב חיפוש כאמור, והכל אם החיפוש אינו חיפוש חיצוני או פנימי כהגדרתם בחוק החיפוש בגוף". ראו סעיף 1 לתזכיר החוק, בעמ' 57.

²⁵ חסר זה בולט במיוחד נוכח העובדה כי לאורך השנים ניתנו פסקי דין רבים שעסקו בהיבטים מהותיים שונים של החיפוש, בתכליתו, בתנאים לקיומו ובאופן ביצועו, אך בית המשפט נמנע מלהתמודד במישור עם השאלה היסודית מהו "חיפוש" עצמו. נמצא אפוא כי מושג החיפוש, על אף מרכזיותו במערך סמכויות האכיפה ועל אף הפוטנציאל הפולשני הגלום בו, נותר ללא בסיס הגדרתי מפורש ומקיף. ראו ההפניות בה"ש מס' 17.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

2.א. הגדרת החיפוש: בין מובנו הלשוני, תכליתו המשפטית ויישומו ברכב

קצרה היריעה מלערוך במסגרת זו ניתוח מקיף של מושג ה"חיפוש" על כלל מופעיו במשפט הישראלי, משימה המצריכה מאמר עצמאי. שכן, קיים שוני מהותי בין סוגי החיפוש, החל מחיפוש אלקטרוני וחיפוש בגוף האדם וכלה בחיפוש במקום או ברכב ועוד, כאשר כל אחד מהם מציב אתגרים ייחודיים ופגיעה נבדלת בזכות לפרטיות.²⁶ ואולם, לצורך מאמר זה אבקש לבחון את ליבת המושג ולהניח את היסודות המושגיים המרכזיים של "חיפוש", תוך התמקדות במאפיינים הבסיסיים המשותפים לכלל סוגי החיפוש. תשתית זו תשמש להלן לבחינת השאלה המרכזית: אילו פעולות מהוות "חיפוש" ברכב.

אפתח במישור הלשוני. מטרת הבחינה היא לקבע את מובנו הרווח של המונח בלשון בני אדם, טרם כל הכרעה נורמטיבית.²⁷ מישור זה חושף את אופיו החמקמק והבלתי מוגדר של מושג החיפוש. אף שנדמה כי מדובר במונח אינטואיטיבי, כמעט מובן מאליי, עיון בהגדרות המילוניות מעלה כי מדובר במושג כללי ורב-משמעי, שגבולותיו אינם חדים. כך, למשל, האקדמיה ללשון עברית הגדירה "חיפוש" כ"בדיקה כדי לדעת איפה נמצא משהו או משהו". מדובר בהגדרה בסיסית ומצומצמת, היפה ללשון בני אדם ולשיח היום יומי, אך אינה מותאמת לצרכים משפטיים. זוהי לשון תיאורית, פשטנית, הרואה בחיפוש מעשה של איתור גרידא, בלא עיגון להקשר מוסדי, לזהות ולמעמדו המשפטי של המבצע, ולמידת החדירה למרחב הפרטי של מושא הבדיקה.²⁸

במילונים משפטיים בשפה האנגלית לא מתקיימת אחידות מושגית באשר לגדרי פעולת החיפוש. כך, למשל, באתר המשפטי USLegal מוגדר חיפוש כ:

"An examination of a person's body, property, or other area that the person would reasonably be expected to consider as private, conducted by a law enforcement officer for the purpose of finding evidence of a crime".²⁹

הגדרה זו שמה את הדגש על שני מאפיינים מרכזיים: ראשית, היקפו של החיפוש נמדד ביחס למקומות שהאדם עשוי לתפוס באופן סביר כ"פרטיים"; שנית, עצם הפעולה מחייב מעורבות של גורם אכיפה ופונה במישרין לצורך בגילוי ראיות לביצוע עבירה.

בצידה, Black's Law Dictionary, אחד המילונים המשפטיים המרכזיים במשפט האמריקאי, מגדיר חיפוש כ:

²⁶ סעיף 7(ג) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, התשנ"ב-1922.

²⁷ "תכליתו של המילון היא ליידיענו פירושן של מילים ומשמעותם של ביטויים בלשון המקובלת, בלשון בני-אדם, בשפת היומיום. ומתוך שידועים אנו כי החוק נועד ללל, וכי מדבר הוא בלשון בני-אדם, בלשון המקובלת, בשפת היומיום, אך טבעי הוא שלפירושם של מילים וביטויים – אם תרצו, לפירושם המדויק – נפנה למילון שיאיר את עינינו". ע"פ 7757/04 בורשטיין נ' מדינת ישראל, נט"מ (5) 218, פס"י 18(2005); ע"פ 3583/20 פלוני נ' מדינת ישראל, פס"י 4-8 לפסק הדין של הש' שטיין (נבו) 9.11.2020.

²⁸ הגדרת האקדמיה ללשון עברית למונח "חיפוש": <https://shorturl.at/7ReDz>; הגדרת מילון אבניאון – מילון עברי עברי, למונח "חיפוש": <https://shorturl.at/wvYIX>.

²⁹ 8.2 Constitutional Law, Metropolitan Police Academy, עמ' 2. ראו: <https://shorturl.at/qHUrV>.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

"An examination of a man's house or other buildings or premises, or of his person, or of his vehicle, aircraft, etc., with a view to the discovery of contraband or illicit or stolen property, or some evidence of guilt to be used in the prosecution of a criminal action for some crime or offense with which they are charged".³⁰

ההגדרה הזו מרחיבה את "הזירות" האפשריות לביצוע חיפוש, לרבות נכסים, כלי רכב, ומבנים שונים, וממקמת את תכלית הפעולה בגילוי אמצעים אסורים, רכוש גנוב או ראיות לאשמה. היא קושרת את החיפוש להליך פלילי קונקרטי או צפוי.

בחינת הגדרת החיפוש בשני המילונים מלמדת כי המשותף לשניהם הוא שימוש במונח "examination" כבסיס להגדרת פעולת החיפוש. עצם הבחירה הלשונית הזו אינו מקרי, ויש בו כדי לשקף הבנה משותפת באשר לאופייה המהותי של הפעולה: חיפוש נתפס כמעשה של בדיקה, בחינה, שנועד לגלות דבר מה שאינו גלוי לעין. לרוב, לא מדובר בהצצה מקרית או בהתבוננות סבילה, אלא בפעולה אקטיבית של פתיחה, הסתכלות, מישוש או חדירה למקום, לחפץ או לגוף – מתוך מטרה למצוא דבר מה נסתר. במילים אחרות, עוד קודם להגדרות הפורמליות או לתנאים הנורמטיביים להפעלת הסמכות, עצם הפעולה שמכונה "חיפוש" נשען על חדירה יזומה למרחב חסוי, פרטי, מתוך מטרה לחשוף את הנסתר. מושג זה כולל בתוכו מראש יסודות של פערי כוח ושל פוטנציאל לפגיעה באוטונומיה ובפרטיות – גם אם הפגיעה טרם הוגדרה כבלתי סבירה או בלתי חוקית.³¹

נמצאנו למדים כי הליבה המושגית של ה"חיפוש" נשענת על פעולה אקטיבית של חשיפת הנסתר ועל חדירה יזומה למרחב שנתפס כפרטי. אולם, המעבר מהגדרות מילוניות מופשטות ליישום דוקטרינרי בשטח נתקל באתגר משמעותי, שכן הדין הישראלי טרם גיבש הגדרה ממצה לשאלה היכן עובר קו התפר שבין אינטראקצייה משטרתית שגרתית לבין "חיפוש".

עמימות זו מקבלת משנה תוקף כאשר היא נבחנת בהקשר הייחודי של החיפוש ברכב. כאן מתחדדות השאלות המושגיות המרכזיות המלוות את הדיון כולו: מה ייחודו של הרכב? מהן הפעולות ברכב המגבשות "חיפוש"? העיסוק הישיר בשאלת גבולות "חיפוש ברכב" בפסיקה הישראלית הוא דל וחלקי, ואינו מעמיד מסגרת עיונית מקיפה. עיון בפסקי הדין המועטים בערכאות הדיוניות מלמד כי אומצה אמת מידה תכליתית-אופרטיבית של "גילוי": גם מקום שהציפייה לפרטיות בו היא מצומצמת, פעולה המבקשת לחשוף תוכן מוסתר תסווג כחיפוש.³² כך, פתיחת דלת בידי השוטר או לבקשתו היא חיפוש; וכן כיוון אלומת פנס אל חלל הרכב לשם איתור חפץ נסתר;³³ דרישה לפתוח תא כפפות או תא מטען; שליפה או הצגה של חפץ מתוך הרכב לבקשת השוטר; ואף פעולה אופרטיבית המאפשרת בדיקה, כגון הזזת מושב, וכיוצא בזה.³⁴

³⁰ שם.

³¹ Anthony G. Amsterdam, *Perspectives on the Fourth Amendment*, 58 Minn. L. Rev. 349 (1974).

³² ת"פ (שלום טב') 43629-10-16 **מדינת ישראל נ' עאסלה**, פס' 5–6, 15 (נבו 11.3.2018).

³³ ת"פ (שלום ק"ג) 18516-09-15 **מדינת ישראל נ' אבו עליון**, פס' 9–18 (נבו 11.9.2017). וכך נקבע: "אין בידי לקבל את טענת ההגנה כי גם אם הנהג פתח ביוזמתו את דלת הרכב, ללא כל דרישה מהשוטר, ניתן לקבוע כי החיפוש החל. החיפוש התחיל מרגע שהשוטר עשה פעולות המלמדות על חיפוש, או מרגע שדרש מיושבי הרכב לעשות את הפעולות הללו. בענייננו, החיפוש החל מרגע שהשוטר פתח את דלת הרכב או דרש מהיושבים ברכב לפתוח את הדלת, או מרגע שהאיר עם הפנס אל תוך הרכב והחל מחפש בו, גם אם עשה כן בעודו עומד מחוץ לרכב". ראו פס' 12 להכרעת הדין.

³⁴ עניין **עאסלה**, לעיל ה"ש 32.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

אולם, על אף שעל פני השטח עשויה להצטייר תמונה של מסגרת עיונית ברורה, עיון מעמיק בפסיקת בתי המשפט בישראל מגלה מציאות משפטית מורכבת שבה רב הנסתר על הגלוי. בחינת פסקי הדין השונים מעלה כי אין "חוט שני" רעיוני או סט עקרונות מנחים המגדיר מהי אותה פעולה המגבשת "חיפוש". חלף תשתית משפטית עקבית, בתי המשפט מספקים פרשנויות סותרות ומונעים משיקולים שונים, בשאלה הבסיסית ביותר: האם פעולה מסוימת היא בכלל "חיפוש"? חוסר עקביות זה ניכר, בין היתר, בשלוש סוגיות עקרוניות שיידונו להלן. אין מדובר ברשימה ממצה של כלל הפערים בפסיקה, אלא במקרי בוחן מייצגים, הממחישים את היעדרו של עיקרון מסדר בשאלה מהי פעולה המגבשת "חיפוש": ראשית, בשאלת סיווגו של תשאול ראשוני מצד שוטר – האם מדובר בפעולת חיפוש או בפעולת חקירה; שנית, שאלת נפקותה של זהות מבצע הפעולה הפיזית (האזרח או השוטר); ושלישית, הניסיון לאתר את "נקודת האפס" ולשרטט את הרגע המדויק שבו מתחיל החיפוש.

חיפוש או חקירה? – כאשר שוטר ניגש לרכב או לאדם ושואל "האם יש ברשותך משהו לא חוקי?", "יש ברכב משהו שאסור להחזיק?" או "איפה מונחת הסכין?" או שאלות בעלות משמעות דומה, בתי המשפט חלוקים בשאלת סיווגה של פעולה זו. בחלק מפסיקות בתי המשפט נקבע כי תשאול זה הוא בבחינת "חיפוש מילולי ראשוני", המהווה חדירה לרכב ותחילתו של הליך החיפוש, ולכן לא ניתן לנתק בינו לבין החיפוש הפיזי שיבוא בעקבותיו. על פי קו מחשבה זה, פנייה מחייבת מצד איש מרות כלפי אזרח במטרה לדלות מידע על תכולת הרכב אינה בירור כללי או שיח שגרתי. היא נועדה לחשוף חפץ מוסתר ולכן היא שקולה מבחינה משפטית לסריקת הרכב על ידי השוטר בעצמו. משכך, בית המשפט ראה בשאלת השוטר ובחיפוש הפיזי שבא בעקבותיה רצף פעולות אחיד ובלתי ניתן להפרדה לעניין סיווגו כפעולת חיפוש.³⁵ לעומת זאת, יש שסברו כי פנייה לחשוד בשאלה "מה יש לך בכיסים?" אינה מהווה פעולת חיפוש, אלא תחילתה של חקירה.³⁶ פער זה אינו סמנטי בלבד; הוא מעיד על פער מושגי בהבנת טיבה של האינטראקציה בין המשטרה לאזרח בטרם מגע פיזי, ואת סיווגה המשפטי.

נפקות זהות המבצע: פעולת השוטר מול פעולת האזרח – היעדר הקו המסדר מגיע לשיאו כאשר האזרח עצמו הוא זה שמבצע את הפעולה הפיזית של פתיחת חלל הרכב, חשיפת חפץ מוסתר או הוצאת תכולה, בתגובה לפניית השוטר. האם מדובר בחיפוש משטרתי?³⁷

מצד אחד של המתרס, נקבע כי גם כאשר האזרח פועל לכאורה ביוזמתו, ניגש לרכב, פותח תא סגור, או מוציא חפץ מכיסו ומגיש אותו לאיש המרות מבלי שהשוטר ביצע מגע פיזי כלשהו, מדובר ב"חיפוש" משטרתי לכל דבר ועניין. על פי קו מחשבה זה, עצם הנוכחות והפנייה של חוקר או שוטר

³⁵ ת"פ (שלום י-ם) 32274-02-14 **מדינת ישראל נ' נסים**, פס' 5–7 (נבו 8.5.2016); עפ"י (חי) 47321-07-14 **רומן אבשלומוב נ' מדינת ישראל**, פס' 7 (30.10.2014); ת"פ (ת"א) 50516-05-13 **מדינת ישראל נ' יוסף יחיא סיים** (25.10.2016); כמו כן, בשינויים המחייבים: ע"פ (מחוזי י-ם) 2272-06-18 **מאור כהן נ' מדינת ישראל** (נבו 21.5.2019); ת"פ (שלום עכו) 14176-04-21 **מדינת ישראל נ' ג'אל עבד אל ג'אבר**, פס' 42–59 (נבו 23.10.2022).

³⁶ נקבע כי השוטר לא הכניס יד לכיס ולא פקד על המערער לרוקן כיסים. הוא רק שאל שאלה. המערער, לשיטת הש' שפירא, בחר להוציא את הסכין בעצמו. לכן, טכנית, לא בוצעה פעולת "חיפוש". ראו: עניין **אבשלומוב**, לעיל ה"ש 35, פס' 7–8 לפסק הדין של השופט ר' שפירא.

³⁷ העיקרון המסדר נקבע בהלכת **בן חיים** שם נקבע: "עצם העובדה שהאדם מסייע לחיפוש בכך שהוא פועל בהתאם להוראת השוטר אינה מוציאה את הפעולה מגדר "חיפוש" כמשמעותו בחוק. זאת, כיוון שהוראת השוטר לאדם לרוקן את כיסיו נועדה להשיג אותה מטרה שחיפוש הנעשה על ידי השוטר עצמו נועד להשיג – איתור חפץ אסור או מסוכן הנישא על ידי האדם מושא החיפוש, בנסיבות בהן מדובר ב"מציאת" החפץ בנוכחות השוטר ולבקשתו. כיוון שאכן מדובר בחיפוש, נותרה שאלת נפקות ההסכמה" עניין **בן חיים**, לעיל ה"ש 17, בפס' 18.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

(בין אם כהוראה, כבקשה או כשאלה), אשר מניע את האזרח לחשוף את המוסתר, מספיק כדי להגדיר את הפעולה כחלק מהליך החיפוש, על כל המגבלות הנגזרות מכך.³⁸

מנגד, על סיטואציות עובדתיות כמעט זהות לחלוטין, שופטים אחרים מפעילים קו מחשבה הפוך וקובעים כי כלל לא בוצע חיפוש. כך למשל, נקבע כי אם האזרח חשף את החפץ בתגובה ל"שאלה" בלבד (להבדיל מ"הוראה" מפורשת לרוקן כיסים), או שהגיש את החפץ עוד בטרם השוטר החל בביצוע האקט הפיזי בעצמו, הרי שמדובר בפעולה וולונטרית לחלוטין שאינה עולה כדי חיפוש משטרתי.³⁹

שרטוט "נקודת האפס": מתי בדיוק מתחיל החיפוש? – כפי שהוצג בפתח הדברים, על פני השטח נדמה כי הפסיקה בערכאות הדיוניות אימצה אמת מידה תכליתית-אופרטיבית ברורה למדי של "גילוי" לזיהוי פעולת החיפוש. על פי מסגרת זו, הפעולה הפיזית והאקטיבית החותרת לחשיפת המוסתר (כגון פתיחת דלת, כיוון פנס או הזזת מושב) היא זו המגבשת את ה"חיפוש". אולם, בחינה של המקרים מגלה כי גם במה שנראה לכאורה מוחשי וברור, שורר חוסר עקביות. היכן בדיוק מתחילה אותה פעולת "גילוי"?

בכך, מחד גיסא, גישה אחת נאחזת באופן צר ודווקני באקט הפיזי של החשיפה. בגישה זו, בית המשפט מנסה לבדוד את חלקיק השנייה שבו בוצעה הפעולה האופרטיבית מול הרכב – למשל, רגע פתיחת הדלת או הרגע שבו אלומת פנס הוארה אל תוך תא הנוסעים – ורואה אך ורק בפעולה פיזית זו את תחילת החיפוש וההפקעה של מרחב הפרטיות.⁴⁰

מאידך גיסא, במקרים אחרים על סיטואציות מקבילות, מקדימים את "נקודת האפס" של החיפוש לשלבים מוקדמים הרבה יותר של האינטראקציה. על פי גישה זו, החיפוש מתחיל כבר בשלב ה"מילולי-הוראתי". כך, נקבע כי עצם מתן ההוראה לאזרח לסור הצידה למקום מוצנע לקראת בדיקה עתידית, ואפילו עצם ההליכה המשותפת של השוטר והאזרח לאותו מקום, מוגדרים כחלק בלתי נפרד מתחילתו של הליך החיפוש, וזאת עוד בטרם נוצר מגע פיזי כלשהו באדם או ברכב.⁴¹

בחינת פסיקת הערכאות הדיוניות, בהיעדר הלכה מנחה מאת בית המשפט העליון, ממחישה כי היעדרו של עוגן מושגי ברור להגדרת פעולת ה"חיפוש" גורר את בתי המשפט להכרעות נקודתיות, קזואליסטיות ובלתי שיטתיות. הדבר ניכר בשלוש הסוגיות שנדונו לעיל. ברם, שלוש הסוגיות הללו אינן אלא ביטוי מובהק לתופעה רחבה יותר: בהיעדר קו מסדר בדיון, גבולות החיפוש אינם נגזרים מעיקרון אחיד וברור, אלא מתעצבים בכל מקרה מחדש על בסיס נסיבותיו הקונקרטיות.⁴² כפועל יוצא, במקום שהדיון יתפתח סביב עקרונות ברורים של איזון בין זכות חוקתית לפרטיות לבין צורכי האכיפה, הוא מתפצל לאינספור תתי-הכרעות סותרות התלויות בנסיבות עובדתיות דקות.

סיכומו של המישור הישראלי מעלה תמונה של "משפט בטלאים". בהיעדר תשתית תאורטית רחבה, המושג "חיפוש ברכב" נותר אסופה של מקרים קונקרטיים ותשובות אד הוק, ללא חוט שני המקשר ביניהם או הגדרה מהותית שתאפשר לצפות מראש אילו פעולות יחצו את הרף הנורמטיבי המהווה חיפוש.

³⁸ ראו ההפניות בה"ש 35 לעיל.

³⁹ עניין **אבשלומוב**, לעיל ה"ש 35, פס' 2–8 לפסק הדין של השופט ר' שפירא; עניין **כהן**, לעיל ה"ש 35, פס' 22–26.

⁴⁰ ראו ההפניות בה"ש 32–35 לעיל.

⁴¹ עניין **כהן**, לעיל ה"ש 35, בפס' 22–26.

⁴² ראו ההפניות בה"ש 32–35 לעיל.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

כדי לנסות ולגבש מבנה מושגי סדור יותר, מתבקשת פנייה למשפט המשווה, ובראש ובראשונה למשפט האמריקאי, שבו שאלת ה"חיפוש" נבחנת תחת זכויות המגדלת של התיקון הרביעי לחוקה.⁴³ כפי שאראה להלן, אף שהפסיקה בארצות הברית העמידה ארגז כלים עשיר ומפורט יותר לסיווג פעולות משטרתיות ברכב, גם שם לא נמצא "פתרון קסם" מקיף, והמתח שבין הגנה על ערכים מוגנים לבין צורכי האכיפה ממשיך לייצר מבחנים משפטיים מורכבים ולעיתים אף סותרים.

במשך שנים רבות הוכרע הסיווג של חיפוש לפי הלכת *Katz*,⁴⁴ אשר קבעה כי חיפוש מתרחש מקום שבו פעולה שלטונית פוגעת בציפייה הסבירה לפרטיות, ציפייה שהחברה מכירה בה כלגיטימית.⁴⁵ היינו שילוב של ציפייה סובייקטיבית בפועל והכרה חברתית-אובייקטיבית בסבירותה. ההלכה יושמה גם ברכב: נשאל האם פעולת הרשות פגעה בציפייה סובייקטיבית בפועל לפרטיות במרחב הרכב או בתכולתו, ואם ציפייה זו היא ציפייה שהחברה מוכנה להכיר בה כסבירה.⁴⁶

ברם, בראשית העשור הקודם, בפסק הדין *Jones*,⁴⁷ נדרש בית המשפט העליון בארצות הברית לשאלת התקנת מכשיר GPS על רכבו של חשוד, לשם מעקב מתמשך אחר תנועותיו. הסוגיה עוררה קושי נורמטיבי ומושגי: התקנת המכשיר בוצעה מחוץ לרכב, על חלקו התחתון, ואילו הנתונים שתועדו שיקפו תנועות במרחב הציבורי – תחום שבו ממילא לא קיימת ציפייה סבירה לפרטיות. אם כן, האם פעולה כזו, הנעשית מחוץ לרכב ונסמכת על מעקב במרחב ציבורי, יכולה להיחשב "חיפוש"? בית המשפט השיב לשאלה זו בחיוב, אך לא מכוח מבחן הציפייה לפרטיות שנקבע ב"*Katz*", אלא מכוח "החדירה הפיזית לקניין". נקבע כי עצם ההצמדה של מכשיר GPS לגוף הרכב לשם איסוף מידע מהווה חיפוש גם אם המידע עצמו מתעד תנועות פומביות. בית המשפט הדגיש כי מדובר בפעולה של חדירה פיזית לנכס פרטי, שנועדה להשגת מידע ממשי, ולכן היא נופלת בגדרו של חיפוש במובנו החוקתי.⁴⁸ עם זאת, ההלכה לא באה להחליף את אשר נקבע ב"*Katz*", אלא להציב מסלול פרשני חלופי: בעוד *Katz* עוסק בפגיעה בציפייה הסבירה לפרטיות, *Jones* מתמקד בניסיון

⁴³ להרחבה על התיקון הרביעי לחוקה ראו פרק ג.2. למאמר.

⁴⁴ *Katz v. United States*, 389 U.S. 347, 361 (1967).

⁴⁵ John W. Boyd, *The Reasonable Expectation of Privacy - Katz v. United States, a Postscriptum*, 9 IND. L. REV. 468, 469–476 (January 1976); Michael Vitiello, *Katz v. United States: Back to the Future*, 52 U. RICH. L. REV. 425 (January 2018).

⁴⁶ שם.

⁴⁷ Daniel W. Edwards, *United States v. Jones: Changing Expectations of Privacy in the Digital Age*, 2 U. DENV. CRIM. L. REV. 26, 29–33 (2012); Christopher Slobogin, *Making the Most of United States v. Jones in a Surveillance Society: A Statutory Implementation of Mosaic Theory*, 8 DUKE J. CONST. L. & PUB. POL'Y 1 (2012).

⁴⁸ שם; ראו גם: Nancy Forster, *Back to the Future: United States v. Jones Resuscitates Property Law*, 42 U. BALT. L. REV. 446 (2013). כך לדוגמה בפסק הדין הקנדי *R v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527, נקבע כי פעולת המשטרה של התקנת משדר מעקב אלקטרוני על רכבו של חשוד – אף אם נעשתה מבחוץ, על חלקו החיצוני של הרכב, ולשם תיעוד תנועות במרחב הציבורי – מהווה חיפוש לצורך ההגנה החוקתית על פרטיות. בית המשפט הדגיש כי אין חשיבות לכך שנקודת המידע הנאספת עוסקת בנסיעה בכביש ציבורי, שבה ממילא קיימת חשיפה חזותית; הפגיעה החוקתית נובעת מן הפעולה עצמה: הצמדת מכשיר לרכבו של אדם מבלי ידיעתו, לשם איסוף מידע שיטתי ומתמשך. נקבע כי עצם החיבור הטכני לרכב, המאפשר הרחבה מלאכותית של יכולת המעקב האנושית, הוא החדירה המגדירה את החיפוש – בין אם בוצעה בתוך הרכב ובין אם מבחוץ. פסק הדין ב-*Wise* אפוא מבסס את ההכרה כי כלי רכב אינם מאבדים את ההגנה על פרטיותם רק משום שהם נעים במרחב ציבורי, וכי שימוש באמצעי טכנולוגי המוצמד אליהם, המאפשר יצירת "רשומת תנועה" מתמשכת, מהווה חיפוש גם ללא חדירה לתא הנוסעים או לתכולה הפנימית. Tim Quigley, *The Impact of the Charter on the Law of Search and Seizure*, 40 Osgoode's Annual Constitutional Cases Conference 117, 126–131 (2008).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

"למצוא משהו" או "להשיג מידע" תוך חדירה פיזית או פגיעה מוחשית בזכות לקניין. שני המבחנים מתקיימים זה בצד זה, וכל אחד מהם עשוי, בפני עצמו, לבסס קיומו של חיפוש.⁴⁹

במבט ראשון, התפתחותה של הפסיקה האמריקאית, אשר העמידה זה לצד זה את מבחן הפרטיות של הלכת Katz ואת מבחן החדירה הפיזית-קניינית של הלכת Jones, מציגה מודל משפטי עשיר וגמיש. על פני הדברים, ההכרה בכמה מסלולים חלופיים ומשלימים לזיהוי ולסיווג של פעולת ה"חיפוש" מצטיירת כיתרון מערכתי של ממש. במקום לכבול את ההכרעה השיפוטית למבחן יחיד ונוקשה, מעמיד הדין האמריקאי לרשות בתי המשפט "ארגז כלים" מגוון. מסגרת רחבה זו מאפשרת להתאים את המבחן המשפטי לנסיבותיו המשתנות של כל מקרה ומקרה, תוך בחירת הכלי המשפטי ההולם ביותר למאפייני האירוע הקונקרטי. מכאן עשויה להתבקש המסקנה כי בדין האמריקאי כבר קיימת מסגרת דוקטרינרית סדורה להתמודדות עם פעולות חיפוש. לפי תפיסה זו, אין צורך בגיבושה של מסגרת מושגית אחידה להגדרת ה"חיפוש", שכן את מקומה ממלאים מבחנים חלופיים ומשלימים, המותאמים לנסיבות שונות ולסוגים שונים של פגיעה שלטונית.

על רקע זה, הפסיקה האמריקאית בעניין חיפוש ברכב עשויה להיראות כמקרה המדגים את יתרונה של מסגרת דוקטרינרית זו. בניגוד לעמימות שאפיינה חלק מן הפסיקה הישראלית,⁵⁰ בית המשפט בארצות הברית קבע כי מבט אל תוך הרכב מבחוץ, גם אם נעשה בזווית מיוחדת או בליווי שימוש בפנס, אינו חיפוש. הודגש כי אין לאדם ציפייה סבירה לפרטיות ביחס למה שניתן לראות מחוץ לרכב, ולכן שימוש בפנס לתוך תא הנוסעים או התבוננות דרך חלון פתוח אינם פוגעים בזכות חוקתית. גישה זו התבססה על דוקטרינת הסתכלות/התבוננות גלויה (plain view), שלפיה מה שגלוי לעין ממקום שבו רשאי השוטר לעמוד, אינו נחשב חיפוש. גם "השלכת" אור יזומה נבחנת לא לפי כוונת השוטר, אלא לפי מה שנחשף בפועל: אם הדבר היה נראה ממילא, אין מדובר בחיפוש.⁵¹

אולם, כל פעולה אקטיבית החורגת מהתבוננות גרידא והמשנה את המצב הפיזי הקיים של הרכב, או חושפת מידע שאינו גלוי במצבו הטבעי, מהווה חיפוש הדורש הסמכה חוקית מפורשת. כך למשל נקבע כי כאשר שוטר פותח את דלת הרכב ומזיז ניירות כדי לראות את מספר השלדה, מדובר בחיפוש.⁵² בדומה לכך, נקבע כי שוטר שלחץ בידיו על תיק שנמצא בתא הנוסעים כדי לחוש את

Kevin Emas, *United States v. Jones: Does Katz Still Have Nine Lives*, 24 ST. THOMAS L. REV. 116, 49, 139–161 (Spring 2012).

⁵⁰ עניין אבו עליון, לעיל ה"ש 33.

⁵¹ Marian Spitzberg, *Retreating from Plain View: Texas v. Brown*, 37 SW. L. J. 841, 852–857 (1983).

⁵² Claudette E. Borchers, *Constitutional Law: Fourth Amendment Supports Vehicle Identification Number Search during Routine Traffic Stop New York v. Class*, 106 S. Ct. 960 (1986), 26 WASHBURN L.J. 195 (1986).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

תוכנו ביצע חיפוש. גם משיכת מושב קדימה או דרישה מהנהג לפתוח תא מטען לשם בחינתו, כל אלה הוכרו בפסיקה כפעולות חיפוש.⁵³

אולם, חשוב להדגיש כי בהירות יחסית זו, המבחינה היטב בין התבוננות סבילה לפעולה אקטיבית, אפיינה את הדין האמריקאי בעיקר בתקופה שבה הוא פעל תחת מבחן אחיד ודומיננטי. התמונה השתנתה לחלוטין עם פסיקת הלכת Jones, אשר פיצלה את דיני החיפוש לשני מסלולים מקבילים ומתחרים.

ההנחה כי ריבוי המבחנים יצר מסגרת סדורה וגמישה עומדת בניגוד למציאות המשפטית שהתגבשה בפסיקה. בספרות האמריקאית כבר עמדו על כך שהפיצול הדוקטרינרי לשני מבחנים לא יצר בהכרח "ארגז כלים" גמיש או מענה משפטי הולם, אלא הוביל ל"חוסר ודאות מושגי יוצא דופן". הערכאות הדיוניות בארצות הברית מציינות אומנם את קיומם של שני המבחנים, אך בפועל שוררת אי־בהירות באשר למשמעותו המדויקת של כל מבחן, וליחס ההייררכי והבלתי פתור בין השניים. בתי המשפט ורשויות האכיפה בארצות הברית ניצבים בפני קושי: ריבוי המבחנים בפועל גורם לחוסר הסכמה באשר לשאלה איזה מבחן יש להפעיל, באילו נסיבות, ומהו היחס הנורמטיבי ביניהם.⁵⁴

מכאן מתחדדת המסקנה כי היעדר מסגרת מושגית אחידה וההישענות על "מבחנים חלופיים", אינם מובילים לגמישות משפטית מבורכת, אלא לעמימות נורמטיבית ולחוסר עקביות. הלכה למעשה, המערכת השיפוטית בארצות הברית פועלת ללא עוגן רעיוני מאחד למונח "חיפוש", ומותירה בידי בתי המשפט אסופה של מבחנים מבוזרים אשר אינם קשורים זה לזה, וכך מתקשה לספק ודאות משפטית ואמת מידה ברורה לגבולות הפעולה השלטונית.⁵⁵

קושי זה בא לידי ביטוי ממשי בפסיקה האמריקאית עצמה. כך למשל, פעולות דומות מאוד זכו לסיווג שונה: יש שנקבע כי הכנסת מפתח למנעול הרכב לצורך בירור אם הוא מתאים לרכב אינה חיפוש, ואילו בפסיקה מאוחרת יותר אותה פעולה עצמה סווגה כחיפוש;⁵⁶ יש שנקבע כי הקשה קצרה על צמיג או מגע חיצוני אחר ברכב לשם הפקת מידע מהווים חיפוש, ואילו במקרים אחרים בדיקה של חלקו החיצוני של הרכב לא נתפסה כחיפוש כלל;⁵⁷ חוסר עקביות זה נמשך גם ביחס

⁵³ ראו: Bond v. United States, 529 U.S. 334 (2000). בהערת אגב יצוין כי שאלת השימוש בכלבי גישוש/איתור העסיקה את בית המשפט בארצות הברית בשורה של פסקי דין. נקבע כי "חרור" חיצוני של רכב אינו חיפוש. עם זאת, שאלת המשמעות החוקתית של חדירה פיזית של הכלב לחלל הפנימי של הרכב, למשל כאשר הכלב קופץ דרך חלון או דלת פתוחים, מעוררת מחלוקת בפסיקה הפדרלית והמדינתית. בחלק מן ההחלטות נקבע כי כניסה זו, בעיקר כאשר היא מתרחשת בעקבות פתיחת הדלת על ידי השוטרים או עידודם, מהווה חיפוש הטעון הצדקה חוקתית; לעומת זאת, בפסקי דין אחרים הוכר "חריג אינסטינקטיבי", שלפיו כניסה ספונטנית של הכלב, ללא עידוד או סיוע מטעם המשטרה, אינה נחשבת לחיפוש בלתי סביר. ראו: Brett Geiger, *People v. Caballes: An Analysis of Caballes, the History of Sniff Search Jurisprudence, and Its Future Impact*, 26 N. ILL. U. L. REV. 595, 601–619 (Summer 2006); Richard E. II Myers, *In the Wake of Caballes, Should We Let Sniffing Dogs Lie*, 20 CRIM. JUST. 4 (Winter 2006); AJ Garland, *Deconstructing Dog Sniffs at Traffic Stops (When a Dog Jumps Into a Car, It Is a Search)*, 106 Marq. L. Rev. 420 (2023); Olivia Murphy, *Barking Bad: How the "Instinctive" Dog-Sniff Exception Got Out of Control*, Syracuse L. Rev. (forthcoming 2025).

⁵⁴ Orin S. Kerr, *The Two Tests of Search Law: What Is the Jones Test, and What Does That Say about* *Katz?*, 103 WASH. U. L. REV. 309, 309–311 (2025).

⁵⁵ שם, וכן בעמ' 335–336.

⁵⁶ United States of America, Plaintiff-appellee, v. \$109,179 in United States Currency, Defendant. ⁵⁷ United States v. Dixon, No. 19-; Leonard/ C. Maggio, Claimant-appellant, 228 F.3d 1080 (9th Cir. 2000) 10112 (9th Cir. 2020).

⁵⁷ United States v. Richmond, No. 17-40299 (5th Cir. 2019); Cardwell v. Lewis, 417 U.S. 583 (1974)

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

לבדיקת מספר השלדה המצריכה חדירה מינימלית לתא הנוסעים,⁵⁸ או ניסיון פתיחה של ידית הדלת כדי לבדוק אם הרכב נעול, והיד עוד נטויה. התמונה המצטיירת היא אפוא כי קיים היעדר הבנה סדורה ואחידה של עצם השאלה מהי אותה פעולה משטרית ההופכת בדיקה ברכב ל"חיפוש" במובנו החוקתי.

ניכר, אם כן, כי גם המבט אל מעבר לים אינו מגלה דוקטרינה אחידה או סט קווים מנחים שלם וסגור. אף שהמשפט האמריקאי העשיר את הדיון בכלים מושגיים חשובים, הוא נותר זירה של מחלוקות פרשניות עמוקות. המתח המובנה בין המבחנים השונים יוצר פסיפס של הכרעות שלעיתים קרובות תלויות בנסיבות עובדתיות דקות, ובהיעדר עיקרון מנחה ברור אינן מתלכדות לכדי תפיסה סדורה של מושג החיפוש. חוסר הבהירות המבני הזה, הן בישראל והן בארצות הברית, ממחיש כי לא ניתן להסתפק במבחן חד־ממדי. במקום לחפש הגדרה מילונית אחת שתקיף את כלל המצבים,⁵⁹ נדמה כי הדרך ליצירת ודאות נורמטיבית עוברת דרך פירוק מושג ה"חיפוש" למרכיביו היסודיים, ועמידה על יחסי הגומלין והזיקות שביניהם. רק זיהוי מדויק של אותם יסודות יאפשר לגבש את אותה "מפת דרכים" חיונית להבנת מה הוא חיפוש.

על כן, קשת המקרים שנסקרה לעיל, ישראלית ואמריקאית כאחת, אינה רק תמונת מצב שלילית של מה שחסר; היא גם חומר הגלם שממנו ניתן לחלץ את העקרונות הפועלים של פעולת החיפוש. שכן, אף שהפסיקה אינה מנסחת מסגרת שיטתית, אוסף המקרים מעלה שאלות מהותיות: מי עמד מאחורי הפעולה, מה בדיוק נעשה, על איזה מרחב הופעלה הפעולה, ובאיזו מידת מודעות, ועוד. לפיכך, אבקש להציע בחלק זה מודל אנליטי המפרק את מושג ה"חיפוש" לשלושה יסודות מכוננים. מודל זה נועד לאפשר הפעלה עקבית ושקופה של הקריטריונים, גם במצבים שטרם זכו להכרעה שיפוטית.

א.3. ה"קוד הגנטי" של החיפוש: מודל שלושת היסודות, וחיפוש ברכב

היסוד הראשון והמכונן להגדרת "חיפוש" נעוץ בזהות המבצע ובמקור הסמכות שמכוחה הוא פועל. חיפוש מתקיים אך ורק כאשר הפעולה מבוצעת בידי רשות שלטונית או מי שנושא בשליחותה ופועל בחסותה. קטגוריה זו חובקת את כלל זרועות האכיפה והמנהל הציבורי: שוטרים, חוקרים, פקידי ציבור, מפקחים וכל גורם אחר המפעיל סמכות שלטונית (State Action). תנאי זה מהווה תנאי סף בלעדי ועצמאי, שבלעדיו אין הפעולה נכנסת כלל לתחום השיפוט של הדין החוקתי־משפטי: ללא מעורבות של "איש מרות", אין הפעולה נכנסת לגדרי הדין של דיני החיפוש, אף אם במישור העובדתי התרחשה חדירה בוטה לפרטיותו של אדם או חשיפה של צפונותיו.⁶⁰

הרציונל המושגי והערכי העומד מאחורי דרישה זו נעוץ במהות ההגנה החוקתית עצמה. זכויות יסוד שעוסקות בריסון הכוח השלטוני, כפי שהן מעוגנות בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, נועדו לרסן את השימוש בכוח הציבורי, ולא להסדיר יחסי כוחות בתחום הפרטי שבין יחידים. המדינה, בשל

⁵⁸ United States of America, Plaintiff - Appellee, v. Efrain Caro, ; New York v. Class, 475 U.S. 106 (1986) Defendant - Appellant, 248 F.3d 1240 (10th Cir. 2001).

⁵⁹ הגדרה, כאמור, אינה בנמצא.

⁶⁰ Thomas K. Clancy, *What Is a "Search" Within the Meaning of the Fourth Amendment?*, 70 Alb. L. Rev. 1, 2, 50 (2007); Scott L. Optican, *What Is a Search under s 21 of the New Zealand Bill of Rights Act 1990 - An Analysis, Critique and Tripartite Approach*, 2001 N.Z. L. REV. 239, 240, 248-249, 256 (2001); Sherry F. Colb, *What Is a Search - Two Conceptual Flaws in Fourth Amendment Doctrine and Some Hints of a Remedy*, 55 STAN. L. REV. 119, 124-125, 147 (October 2002).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

מונופול הכוח שברשותה, הכלים הטכנולוגיים המשוכללים העומדים לרשותה והלגיטימציה המוסדית להפעיל אמצעי כפייה ואכיפה, מהווה איום מובנה על חירות הפרט באופן שאין דומה לו ביחסים בין אזרחים. לפיכך, ההגבלות החוקתיות המוטלות על פעולות חיפוש מכוונות במהותן כלפי גורמים שלטוניים בלבד, ואין הן מתפרסות על מערכת היחסים החברתית שבין אזרחים פרטיים זה לזה.⁶¹

וידגש: המבחן לזיהוי יסוד "זהות המבצע" אינו מבחן טכניפורמלי הבוחן אך ורק את זהותו הפיזית של הגורם המבצע את הפעולה. מדובר במבחן מהותי, הבוחן מטעם מי, בחסות מי או בהוראת מי פעל הגורם המבצע. משמעות הדבר היא שגם פעולה המבוצעת במישור הפיזי על ידי אדם פרטי עשויה להיחשב כ"חיפוש" לכל דבר ועניין, אם היא נעשתה כזרועו הארוכה של איש המרות או בהנחייתו הישירה, וכן במקרים מובהקים בהם הפעולה מתבצעת ביוזמה "ספונטנית" לכאורה של האדם הפרטי, אך תחת צילה הכבד של המרות השלטונית.⁶² הרשות אינה רשאית לעקוף את מגבלות הכוח והריסונים החוקתיים המוטלים עליה באמצעות שימוש ב"מתווכים" פרטיים; ברגע שאדם פרטי פועל ככלי למימוש תכלית שלטונית של חשיפת ראיות או מידע מוסתר, פעולתו "נבלעת" בתוך סמכותה של המדינה וכפופה לאותן נורמות המוטלות על הריבון. בכך, זהות המבצע מוגדרת לא לפי המדים שהוא לובש, אלא לפי מקור הכוח המניע את ידו.⁶³

עם זאת יובהר כי גם במסגרת אינטראקציה עם גורמי אכיפה, לא כל חשיפה של חפץ או מידע בידי האזרח תיחשב בהכרח לחיפוש. ייתכנו מצבים שבהם האזרח בוחר, באופן עצמאי ואוטונומי, גם לאחר פניית שוטר אליו, להציג או להעביר חפץ לידי איש המרות. במקרים אלה עשויה הפעולה להיחשב ל"מסירה וולונטרית", מסירה מרצון, המוחרגת מגדר סמכות החיפוש. במצב דברים זה, אין מדובר בפעולה שבה האזרח משמש כלי בידי הרשות לחשיפת החפץ, אלא במסירה עצמאית של

⁶¹ שם.

⁶² ראו לדוגמה עניין כהן, לעיל ה"ש שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת..

⁶³ ראו ה"ש שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת., וההפניות שם. לא למותר לציין כי לא כל מסירה של חפץ לידי רשויות האכיפה מהווה בהכרח "חיפוש" במובנו המשפטי-חוקתי, והדבר תלוי בשאלה אם המסירה הייתה פרי יוזמה פרטית עצמאית, או שמא היא נעשתה תחת הכוונתה, הנחייתה או חסותה של הרשות השלטונית (State Action). ככל שהמסירה היא וולונטרית לחלוטין ונובעת ממניעיו האישיים של האזרח, ללא מעורבות אקטיבית של איש המרות בתהליך השגת החפץ, הרי שהיא נותרת מחוץ לגדרי הדין החוקתי של דיני החיפוש. להרחבה ראו: *Coolidge v. New Hampshire*, 403 U.S. 443 (1971); *Search and Seizure: Coolidge v. New Hampshire*, 403 U.S. 443 (1971); *Bivens v. Six Unknown Named Agents*, 403 U.S. 388 (1971), 62 J. CRIM. L. CRIMINOLOGY & POLICE SCI. 480, 480–483 (1971); Bradley Shelowitz, *Supreme Court of New York – New York County: People v. Crespo*, 27 Touro L. Rev. 651, 654–665 (2011).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

חפץ ביוזמתו. לכן, עצם קבלת החפץ בידי איש המרות אינו מגבש, כשלעצמו, "חיפוש" במובנו המשפטי.⁶⁴

בהקשר זה, מתחדד הצורך להבחין בין שאלת הסף הבוחנת האם הפעולה עולה מלכתחילה כדי "חיפוש", לבין דוקטרינת ה"חיפוש בהסכמה" (מדעת). מדובר בשתי שאלות נפרדות, אף שהן עשויות להתערבב זו בזו מבחינה מעשית: האחת, האם הפעולה הנדונה היא בכלל "חיפוש"; השנייה, ככל שאכן מדובר בחיפוש, האם הסכמתו של הפרט מכשירה את ביצועו. חיפוש מכוח הסכמה מניח, מבחינה אנליטית, כי התקיימה תחילה פעולה העולה כדי חיפוש, היינו פעולה שלטונית המכוונת לחשיפת דבר נסתר במרחב מוגן, ורק לאחר מכן בוחן האם הסכמתו של הפרט

⁶⁴ ראו למשל (State v. Ellis, DA 24-0735, 31 (Mont. Nov. 4, 2025)), שם נדון מקרה של חשד לנהיגה "בשכרות". עלה חשד כי החשוד הסניף חומר תעשייתי מפחית, אשר עשוי לגרום להשפעה משכרת, וכך הוא נהג; לאחר שהשוטר שאל את החשוד אם פחית החומר עדיין מצויה ברשותו, החשוד ניגש בעצמו לרכבו שעמד בסמוך, הוציא את הפחית ומסר אותה לשוטר. בית המשפט העליון של מדינת מונטנה קבע כי בנסיבות אלה מבחינה משפטית לא נערך חיפוש ברכב ולא בוצעה תפיסה של הפחית, שכן השוטר לא נכנס לרכב ולא נטל את הפחית בעצמו; החשוד הוא שאיתר אותה, הוציאה מן הרכב ומסר אותה לידי השוטר; חיזוק להבחנה שבין מסירת חפץ וולונטרית על ידי עד לבין מסירה כפויה על ידי חשוד ניתן למצוא בהלכת **עדאלה**. פסק הדין עסק בפרקטיקה של מחלקת הסייבר בפרקליטות המדינה, אשר נהגה לפנות באופן "וולונטרי" למפעילי פלטפורמות מקוונות (כדוגמת פייסבוק וגוגל) בבקשה להסיר תכנים שלכאורה הפרו את הדין הישראלי. בעוד המדינה טענה כי מדובר בשיתוף פעולה רצוני לחלוטין מצד החברות, בית המשפט עמד על כך שפערי כוחות מוסדיים עשויים לאיין את ממד הוולונטריות ולהפוך את הבקשה לכופה בפועל. בג"ץ 7846/19 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' פרקליטות המדינה יחידת הסייבר** (נבו 12.4.2021). הלכה זו בוארה על ידי השופט שטיין בעניין **נדורנקו**, שם קבע: "אקט מינהלי כזה הוא פעולה שלטונית אשר באה באצטלה של פעולה שאינה כופה, אך בפועל נתפסת על ידי נמעניה כבעלת משמעות כופה – זאת, כאשר עלול להתעורר אצל הפרט חשש מפני סנקציות רגולטוריות אשר תופעלנה כלפיו או מפני נקמת הרשות המנהלית, אם לא ייענה לבקשתה...". עת"ח 65435-03-26 **מדינת ישראל נ' ארטיס נדורנקו**, פס' 37 (נבו 19.5.2026). יישום הדברים מכוח היקש לדיני החיפוש מספק את הכלל המבחין: כאשר שוטר פונה לאזרח המצוי בסטטוס של "עד" (שאינו נתון לאיום של הפללה עצמית, מעצר או כל פעולה אחרת), לא מרחפת מעליו שום "חרב" עונשית. העד אינו חושש מ"נקמת הרשות" או מסנקציה אישית אם יסרב. לפיכך, בדומה לגורם חיצוני נטול כפיפות כופה, מסירת החפץ על ידו נעשית מתוך שיתוף פעולה אזרחי אוטונומי, ולכן הכף נוטה לכך שהפעולה אינה עולה כדי "חיפוש". לעומת זאת, כאשר פניית איש המרות מופנית כלפי "חשוד", הרי שעצם המפגש נושא עימו פערי כוחות מובנים. האיום המרחף מעל החשוד – בדבר מעצר, הפללה עצמית או החמרת מצבו – משול לאותו פחד מפני סנקציות אשר עשויות להיות מופעלות כלפי גופים מפקחים. חשש זה מפני "נקמת הרשות" במקרה של סירוב מחליש את הרצון החופשי של החשוד, מהווה אבן גוף ביסוד הוולונטריות, והופך את פניית השוטר, במרבית המקרים, ל"אקט מנהלי מוסווה וכופה למעשה". משכך, פעולתו של החשוד למסירת החפץ על פניו נבלעת לחלוטין בתוך המרות השלטונית, מה שמטה את הכף לסווגה כ"חיפוש" משטרתי לכל דבר ועניין, הכפוף למגבלות הדין. הבחנה מושגית זו נשענת על אדנים מוצקים מתחום תורת המשפט. המלומד וסלי הופלד (Wesley N. Hohfeld) עמד על ההבחנה שבין "כוח משפטי" לבין "חירות" או "חופש פעולה" (Privilege/Liberty). על פי ניתוחו, "כוח משפטי" הוא יכולתו של צד אחד לכפות שינוי במערך הזכויות והחובות של אדם אחר (או לשנות את מצבו המשפטי). המצב הקורלטיבי לכוח הוא "כפיפות" או "חבות" (Liability) – המצב שבו אדם נתון לשליטתו המשפטית של בעל הכוח וחשוף להפעלתו. לעומת זאת, "חירות" (Privilege) מבטאת חופש פעולה גרידא והיעדר חובה לפעול אחרת, אך אין בכוחה לכפות שינוי במצבו המשפטי של הזולת. האידיך גיסא של חירות במובנה ההופלדיאני הוא היעדר זכות של הזולת למנוע את מימושה. לעומת זאת, בציר הנפרד של כוח וכפיפות, מקום שבו אין בידי הרשות כוח משפטי לשנות את מצבו המשפטי של הפרט, מצוי הפרט בחסינות מפני הפעלת כוח כזה. יישום מונחים אלו על משולש היחסים שבין המשטרה, החשוד והעד מספק הסבר למידת הוולונטריות של פעולת המסירה, והבחנה מתי מעשה ייחשב חיפוש, ומתי לא: כאשר שוטר פונה לחשוד, הוא ניצב מולו כגורם שלטוני המחזיק ב"כוח משפטי" עצום (היכולת לעצור, לחקור באזהרה וכיוצא בזה). החשוד, מצידו, שרוי במצב מתמיד של "כפיפות" (Liability) מוסדית מול כוחה של המדינה. כפיפות אינה רנטית זו היא היא המקור לאותו "אפקט כפייה מובנה" שמחיל על מערכת היחסים את דיני החיפוש. בסביבה כזו, פניית השוטר אינה בבחינת בקשה גרידא, אלא הפעלת סמכות הנשענת על כוח משפטי כופה. על כן, היענותו של החשוד ככלל אינה יכולה להיחשב כפעולה וולונטרית טהורה, אלא כפעולה כפויה. לעומת זאת, המציאות המשפטית משתנה במערכת היחסים שבין המשטרה לעד הניטרלי. כאשר שוטר פונה לאזרח שאינו חשוד בדבר ומבקש את סיועו, המשטרה אינה מפעילה כלפיו "כוח משפטי", שכן אין לה עילה לאסור אותו או להרע את מצבו. במצב זה, העד נהנה מ"חסינות" (Immunity) מפני כוחה הפלילי של המדינה. פניית השוטר אליו מהווה אך ורק מימוש של "חירות" (Privilege) או חופש הפעולה הנתונים לרשות לבקש מידע. כפי שקבע השופט שטיין בעניין **נדורנקו**, פעולת מימושה של "חירות" זו, במובחן מ"כוח", "אינה יוצרת שום כפיפות אצל איש ואינה גורעת מזכויותיו". בהיעדר כוח משפטי מצד השלטון והיעדר כפיפות מצד הפרט, ניטלת מן המפגש הכפייה המובנית. משכך, מסירת החפץ על ידי העד נעשית מתוך רצונו העצמאי של אזרח אוטונומי, ועל פניו תסווג כ"מסירה וולונטרית" המנתקת את האירוע כליל מהגדרתו של "חיפוש". ראו: Newcomb Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied* in Judicial Reasoning, 23 YALE L.J. 16, 30–33, 44–52 (1913); עניין **נדורנקו**, פס' 39.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

מכשירה את הפגיעה הכרוכה בה. לעומת זאת, במקרים של מסירה וולונטרית, השאלה שונה: אין מדובר בחיפוש שהוכשר בדיעבד באמצעות הסכמה, אלא באירוע שכלל אינו חוצה את סף ההגדרה של "חיפוש". כך, למשל, אם שוטר מבחין באדם ברחוב שנראה כמי שאינו חש בטוב, פונה אליו, מתוך דאגה, בשאלה כללית אם הכול כשורה, והאדם מוסר לידי מיוזמתו חומר אסור שהיה ברשותו, אין לראות בכך "חיפוש בהסכמה". השוטר לא דרש מן האדם לפתוח תיק, לרוקן כיסים, להציג חפץ מוסתר או לבצע פעולה אקטיבית של חשיפה בשם הרשות. מדובר, לכל היותר, במסירה עצמאית של חפץ לידי איש מרות. לעומת זאת, כאשר השוטר מבקש מן האדם להוציא חפץ מכיסו, לפתוח תא ברכב, להציג את תכולת תיקו או לאתר חפץ מסוים עבורו, נקודת המוצא משתנה: במקרים אלה פעולת האזרח עשויה להיחשב זרוע ביצועית של פעולת החיפוש השלטונית, ואז מתעוררת השאלה הנפרדת האם ניתנה לכך הסכמה מדעת כדן (בהיעדר מקור סמכות אחר לעריכת החיפוש). ההבחנה היא אפוא בין הסכמה כבסיס להכשרת חיפוש, לבין וולונטריות השוללת מלכתחילה את עצם קיומו של חיפוש. ויודגש, מסירה וולונטרית אינה מוגבלת למקרי קצה ספונטניים מעין אלה בלבד; גם כאשר המסירה באה בעקבות הליך בירור משטרי, אין בכך בהכרח לשלעצמו כדי להפוך את האירוע לחיפוש.⁶⁵

יישומה של הבחנה זו מחייב זהירות מיוחדת כאשר האינטראקציה מתרחשת מול אדם המצוי בסטטוס של חשוד. מפגש בין חשוד לבין אנשי מרות נושא עימו, מטבע הדברים, פערי כוחות מוסדיים ואפקט כפייה מובנה, העלולים לערער את יכולתו של הפרט לפעול מתוך בחירה חופשית מלאה. במצב דברים זה, אין די בכך שהחפץ נמסר בידי החשוד עצמו, או בכך שלא ניתנה לו הוראה מפורשת למסור אותו. יש לבחון אם מכלול הנסיבות מלמד כי מדובר ביוזמה עצמאית ואוטונומית של החשוד, או שמא בהתנהלות שנבעה מציפייה, מלחץ משתמע או מתחושת מחויבות להיענות לסמכות המשטרתית.⁶⁶

לפיכך, המבחן לקיומו של יסוד "זהות המבצע" אינו מתמצה לעולם בשאלה הטכנית מי ביצע את האקט הפיזי של החשיפה במו ידיו, אלא דורש זיהוי של הגורם המניע והמחולל של הפעולה עצמה. יש לבחון האם הפעולה שנעשתה בפועל משקפת פעולה אוטונומית של פרט הפועל כסוכן חופשי, או שמא היא תוצר של כפיפות למרות שלטונית המאיינת את "הוולונטריות". בהקשר זה, כאמור, כאשר מדובר באדם המצוי בסטטוס של חשוד, הדעת נותנת כי מרבית פעולותיו במהלך האינטראקציה המשטרתית נושאות על פניהן, נוכח פערי הכוחות המוסדיים העמוקים, מעין חזקה לכאורה של השפעה שלטונית סמויה וכניעה למרות. במצבים אלו, קו הגבול שבין בחירה אוטונומית לבין ציות נורמטיבי מטושטש מעצם טיבו, ועל כן נדרש בית המשפט לבחון היטב ובדקדקנות את נסיבות המקרה. רק אם יוכח באופן משכנע כי פעולת החשוד הייתה תולדה של יוזמה רצונית, ולא תוצר של לחץ משתמע או של עצם המפגש הכופה עם איש המרות, הדבר יהווה שיקול ממשי לראות בפעולה משום מסירה וולונטרית שאינה עולה כדי חיפוש.

היסוד השני בהגדרת החיפוש הוא היסוד הפונקציונלי: הפעולה עצמה. יסוד זה מתמקד בשאלה "מה עשתה הרשות?", ומבחין בין נוכחות פסיבית לבין פעולה אקטיבית המשנה את המציאות כדי לחשוף מידע. מהות פעולת החיפוש, בכל צורותיה, היא שינוי יזום ותכליתי של המצב הקיים. בכך חדירה או בדיקה ממשית של תחום שהאדם מבקש לשמר כחסוי, המבוצעת על ידי מגע ממשי (פיזי)

⁶⁵ שם.

⁶⁶ עניין בן חיים, לעיל ה"ש 17, פס' 27; להרחבה ראו: Schneckloth v. Bustamonte, 412 U.S. 218 (1973).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

או מהותי במרחב, בגוף, בחפץ או במידע. המהות אינה בתוצאה בלבד, אלא בטיב הפעולה: החיפוש כרוך תמיד בשינוי המצב הקיים כדי לחשוף דבר מה שהיה בלתי נגיש קודם לכן.⁶⁷ במרבית המקרים לא מדובר בפעולה ניטרלית, חולפת או אקראית, אלא במעשה שנטוע בו מרכיב מהותי של "שאיבת" מידע החוצה. עצם ההפעלה של כוח, פיזי או טכנולוגי, במטרה לפתוח, להסיר, לחשוף או לחדור אל מעבר למה שסגור, סתום או מוסתר, הוא שמכוון את מהות החיפוש. מדובר בשבירת החיץ שהגן על המידע, בין אם הוא פיזי (קיר, דלת) ובין אם הוא נורמטיבי או דיגיטלי.⁶⁸

חיזוק משמעותי להבחנה פונקציונלית זו ניתן למצוא במבנהו של סעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. המחוקק בחר להפריד בין סעיף קטן (ב), האוסר על עצם הכניסה לרשות היחיד,⁶⁹ לבין סעיף קטן (ג),⁷⁰ האוסר על עריכת חיפוש. הפרדה זו מלמדת כי בעיני המחוקק, כניסה וחיפוש אינם מושגים חופפים: בעוד הכניסה מהווה פגיעה ב"מעטפת" הריבונות של הפרט במרחבו, החיפוש הוא פגיעה איכותית נוספת הנגזרת מפעולה (אקטיבית) של גילוי.⁷¹ מכאן, שנוכחות חוקית של איש מרות במרחב (כניסה) אינה מהווה באופן אוטומטי חשיפת הנסתר (חיפוש); רק פעולה יזומה המיועדת לסדוק את מעטה הפרטיות ולחלץ מידע שאינו גלוי לעין היא המגבשת את היסוד הפונקציונלי של ה"חיפוש" הדורש הצדקה משפטית נפרדת.⁷²

על רקע ההבחנה שנערכה בין עצם הכניסה למרחב לבין פעולת החיפוש בתוכו, יש מקום להתייחס גם להליכי חקירתו של סעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מעיון בדינוני חקיקת החוק עולה כי המחוקק לא ביקש בהכרח לקבוע כי חיפוש מהווה פגיעה חמורה יותר מכניסה, אלא כאשר הפריד בין כניסה לחיפוש ביקש המחוקק להבחין בין שני מוקדי הגנה חוקתיים שונים. האחד עניינו בהגנה על רשות היחיד מפני חדירה בלתי מוסכמת למרחב הנתון לשליטת הפרט; האחר עניינו בהגנה על פרטיותו של האדם מפני פעולה שלטונית המכוונת לחשיפת מידע, חפצים או תכנים שאינם גלויים לעין. במובן זה, ניתן להבין את מבנה הסעיף כהבחנה אופקית בין סוגי פגיעה שונים, ולא בהכרח כקביעה של מדרג חומרה בין כניסה לבין חיפוש.⁷³

⁶⁷ Clancy, לעיל ה"ש 60, *The Anatomy of a Search: Intrusiveness and the Fourth Amendment*, 44 U. RICH. L. REV. 1185, 1189–1205 (May 2010); John M. Burkoff, *When Is a Search Not a Search – Fourth Amendment Doublethink*, 15 U. TOL. L. REV. 515 (Winter 1984).

⁶⁸ נגזרת ישירה של היסוד הפונקציונלי היא ההבחנה החדה בין עצם הכניסה למרחב (Entry) לבין ביצוע החיפוש בתוכו. נוכחות פיזית של איש מרות בתוך רשות היחיד אינה שקולה בהכרח לחיפוש. היתר לכניסה כשלעצמו מקנה לרשות אף ורק את הזכות לשהות במקום, ולא את הזכות הבלתי מוגבלת "לחטט" בצפונותיו. קו הגבול המשפטי עובר בין קליטה פסיבית של המציאות לבין התערבות אקטיבית בה. כאשר שוטף או מפקח שוהים כדין במרחב הפרטי, התבוננותם בפריטים החשופים לעין ("מראה גלוי" – Plain View) אינה נחשבת לחיפוש, שכן היא אינה כרוכה בהסרת לוט או בשינוי המציאות. המידע במקרה זה נקלט בחושים באופן טבעי אגב הנוכחות החוקית, ללא צורך בפעולה נוספת של חדירה לפרטיות. לעומת זאת, כל פעולה החורגת מהתבוננות גרידא ומשנה את המצב הפיזי של החפצים במרחב, ולו במידה קלה ביותר, מהווה "חיפוש" חדש ונפרד, המחייב מקור סמכות עצמאי. הבחנה זו מחדדת כי החיפוש אינו מוגדר על ידי המיקום הגאוגרפי של איש הרשות (האם הוא "בפנים" או "בחוץ"), אלא על ידי טיב האינטראקציה שלו עם המרחב: האם הוא מסתפק במה שמוצג לו, או שמא הוא מבצע פעולה, פיזית או טכנולוגית, כדי לחשוף את הנסתר. ראו: Denise Marie Cloutier, *Arizona v. Hicks: The Failure to Recognize Limited Inspections as Reasonable in Fourth Amendment Jurisprudence*, 24 COLUM. J.L. & SOC. PROBS. 351, 354–367 (1991).

⁶⁹ ס' 7(ב) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

⁷⁰ ס' 7(ג) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

⁷¹ לעניין ההבחנה העיונית והנורמטיבית בין עצם הכניסה למרחב פרטי לבין פעולת חיפוש אקטיבית בו, ומהו הרכיב המבדיל ביניהן במובן המשפטי של "חיפוש" ראו: בש"פ 8025/16 קזס נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה – פתח תקוה (נבו) 30.10.2016; בע"א (מקומיים ר"ג) 24511-06-11 הועדה המקומית לתכנון ובניה רמת גן נ' חזן, פס' 4 (נבו) 18.7.2011; Robert J. Kuker, *Arizona v. Hicks: Probable Cause Requirement under the Plain View*, 21 J. MARSHALL L. REV. 903 (1988).

⁷² ראו: *Arizona v. Hicks*, 480 U.S. 321, 107 S. Ct. 1149 (1987).

⁷³ ראו: פרוטוקול ישיבה 351 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-12, 13 (25.2.1992).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

על טענה זו אבקש להשיב בשני מישורים מרכזיים. תחילה, במישור הראשון, אף אם תתקבל הטענה כי ההבחנה שבסעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינה מבטאת מדרג חומרה בין "כניסה" לבין "חיפוש", אלא הבחנה אופקית בין מוקדי הגנה חוקתיים שונים, אין בכך כדי לערער את הטענה המוצעת. נהפוך הוא; עצם ההכרה בכך שחיפוש פוגע במוקד הגנה חוקתי נפרד ועצמאי – שעניינו חשיפת הנסתר ודליית מידע – הוא שמחייב לנתח אותו כאירוע משפטי מובחן המצריך הצדקה נפרדת. קרי, גם אם אין לומר כי החיפוש חמור מן הכניסה, יש לומר כי הוא שונה ממנה בטיבו.

במישור השני, אבקש לטעון כי לדידי יש להבחין בין האופן שבו המחוקק **התכוון** לעצב את ההסדר לבין **התוצאה הנורמטיבית של מעשיו בפועל**. סעיף 7(ב) לחוק-היסוד קובע כי אין נכנסים לרשות היחיד של אדם "**שלא בהסכמתו**", ואילו סעיף 7(ג), העוסק בחיפוש, אינו כולל סייג דומה של הסכמה.⁷⁴ מכאן ניתן ללמוד כי היקף הזכות החוקתית שונה בשני המקרים. כאשר מדובר בכניסה, הזכות מוגדרת מלכתחילה כזכות שהפרט רשאי לוותר עליה: אם ניתנה הסכמה, עצם הכניסה אינו נופל עוד לגדר הפגיעה החוקתית שאותה אוסר הסעיף. לעומת זאת, כאשר מדובר בחיפוש, ההגנה החוקתית אינה מותנית בהיעדר הסכמה. לכן, גם מקום שבו אדם מסכים לחיפוש, אין פירוש הדבר שהחיפוש יוצא מגדרי הזכות החוקתית או שהפגיעה מתאימת מעצמה. לכל היותר, ההסכמה עשויה לשמש נתון רלוונטי לבחינת חוקיות החיפוש, אך היא אינה משנה את עצם העובדה שחיפוש הוא פעולה הפוגעת בזכות מוגנת.⁷⁵ גם הפסיקה הכירה בהבחנה זו, כאשר הדגישה כי חיפוש הוא פעולה פולשנית וחמורה יותר מכניסה, וממילא ההבדל בין "כניסה" לבין "חיפוש" אינו רק לשוני, אלא משקף מדרג שונה של פגיעה בפרטיות.⁷⁶

לטעמי, המסקנה הנובעת מכך היא שחיפוש נתפס כפגיעה נורמטיבית עמוקה יותר מכניסה. בעוד המחוקק אפשר לפרט לוותר באופן פשוט על ההגנה מפני כניסה לרשות היחיד, הוא לא עשה כן ביחס לחיפוש. הבחנה זו מלמדת, לדידי, כי חיפוש אינו רק כניסה נוספת או שימוש אחר במרחב שאליו ניתנה גישה, אלא פעולה עצמאית ופוגענית יותר.⁷⁷

במאמר מוסגר ייאמר כי חרף הדגש המסורתי על "שבירת חיץ", "הפעלה של כוח" או "מגע פיזי", יש להכיר בכך שהתפתחות הטכנולוגיה מייצרת לעיתים קרובות את הצורך ב"חדירה" הפיזית הקלסית. כיום המדינה יכולה לשאוב מידע ולחשוף את הנסתר מבלי לשבור שום חיץ פיזי במרחב ומבלי לבצע פעולה אקטיבית גלויה בנכס עצמו. כך, למשל, שימוש במצלמה תרמית הקוראת מרחוק פליטת חום מתוך בית חשוך או דרישת נתוני מיקום של טלפון סלולרי מספק התקשורת – משיגים לפעמים בדיוק את אותה תוצאה חקירתית של פריצה לבית. לפיכך, הכלל המנחה הוא

⁷⁴ ס' 7(ב)+(ג) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

⁷⁵ אהרן ברק **חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק** 1573–1574 (2023); עניין **בן חיים**, לעיל ה"ש 17.

⁷⁶ עניין **קזס**, לעיל ה"ש 71.

⁷⁷ תפיסה זו אינה ייחודית לדין הישראלי, והיא משתקפת גם במשפט החוקתי בארצות הברית. גם שם הוכרה הבחנה בין עצם נוכחותה החוקית של הרשות במרחב פרטי לבין פעולה נוספת של חיפוש, המבקשת לחשוף דבר מה שלא היה גלוי לעין. נקודת המוצא היא כי ההצדקה המתירה לרשות להימצא במרחב אינה מתירה לה, מאליה, להפוך את אותה נוכחות לאקט של גילוי וחשיפה. המעבר מן הכניסה או ההתבוננות הפסיבית אל פעולה אקטיבית המגלה את הנסתר נתפס כפגיעה עצמאית, ובמובנים מסוימים אף חמורה יותר, בפרטיות, המחייבת בסיס נורמטיבי נפרד. שם; להרחבה ראו: David M. Seid, *Aftermath of Arizona v. Hicks: An Expectation of Privacy at Home, The*, 17 AM. J. CRIM. L. 81 (1989); Steven D. Mellin, *Look but Don't Touch - The Limits of the Plain View Doctrine following Arizona v. Hicks*, 10 GEO. MASON U. L. REV. 533 (1988); Tonya C. Cumalander, *Criminal Procedure – The Supreme Court Takes a Stance with Plain View Searches and Seizures – Arizona v. Hicks*, 10 CAMPBELL L. REV. 331 (1988).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

שחיפוש טכנולוגי הוא "חיפוש" לכל דבר ועניין. התגבשותו של חיפוש אינה מותנית עוד במגע פיזי, בשבירת דלת או בשינוי אקטיבי של המרחב המוחשי; די בכך שהאמצעי הטכנולוגי מאפשר לרשות לאסוף ולחשוף מידע שבעבר דרש חדירה פיזית של גורם אנושי, כדי שהפעולה תסווג כחיפוש ותחייב עמידה בדרישות הדין (כגון הוצאת צו).⁷⁸

ויובהר: כאשר בוחנים את הפעולה עצמה יש משקל מסוים לשאלה מדוע וכיצד הפעולה נעשתה. המשפט מכיר בכך שההגנה החוקתית על הפרט אינה יכולה להיות תלויה אך ורק בהגדרות המשפטיות שהשוטר נותן למעשיו בזמן אמת. אין צורך שאיש המרות יגדיר לעצמו בראש כי הוא עורך כעת תהליך משפטי של "חיפוש".⁷⁹ סיווגה של פעולה כחיפוש נשען בעיקרו על מבחן התוצאה האובייקטיבי בלבד, אך מחייב שהמעשה הפיזי או הטכנולוגי שהוביל לגילוי יעשה באופן יזום, מודע או למצער פיזי.⁸⁰

ברובם המכריע של המקרים, פעולת החיפוש מבוצעת באופן מודע: שוטר נכנס לבית, בודק תיק, פותח מגירה או נוגע בגופו של אדם מתוך כוונה מוצהרת או משתמעת לגלות ראיה, מסמך, חפץ מוסתר, מידע וכיוצא בזה. עם זאת, חיפוש אינו תלוי בקיומה של כוונה סובייקטיבית מצד איש המרות, ואין צורך שהשוטר יזהה, יגדיר או יתכוון לכך שהוא מבצע "חיפוש". ברוב המקרים של המקרים די בכך שמתקיימת חדירה אובייקטיבית ומהותית למקום שהוכר כ"מוגן על ידי מערכת המשפט".⁸¹ כמעט כל פעולה אקטיבית המבוצעת על ידי איש מרות תיחשב כחיפוש.

ברם, חשיפה מקרית של ראיות אינה נחשבת ל"חיפוש" חוקתי כאשר נעדר הרכיב הרצוני של פגיעה מכוונת לשם השגת מידע. כך לדוגמה, תא מטען שנפתח בטעות וללא תכלית חקירתית מעוצמת התנגשות מקרית של ניידת עם רכב פרטי, או שוטר הנכנס למבנה בוער להצלת רכוש ומגלה אגב כך חפצים אסורים, אינם מגבשים את היסוד הפונקציונלי של החיפוש. במצבים אלו, הפעולה לא נועדה לשנות את המציאות במטרה "לשאוב" מידע חסוי, ולכן החשיפה מסווגת כתוצר לוואי אקראי שאינו דורש הצדקה משפטית נפרדת.⁸²

⁷⁸ Orin S. Kerr, *The Two Tests of Search Law: What Is the Jones Test, and What Does That Say about Katz?*, לעיל ה"ש 54, בעמ' 347–350; William Baude & James Y. Stern, *The Positive Law Model of the Fourth Amendment*, 129 HARV. L. REV. 1821, 1873–1876 (May 2016).

⁷⁹ ראו, בשינויים המחייבים: ת"פ (שלום רמי) 12310-09-16 **משטרת ישראל נ' סעאידה**, פס' 8–14 (נבו) 13.6.2019.

⁸⁰ Baude & Stern, לעיל ה"ש 78, בעמ' 1833.

⁸¹ Orin S. Kerr, *The Questionable Objectivity of Fourth Amendment Law*, 99 Tex. L. Rev. 447 (2021). כך, לדוגמה, ניתן לראות מקרה שבו שוטרים נכנסו וערכו "סריקה" בעיניהם בלבד, אך בית המשפט קבע כי מדובר בחיפוש – או לכל הפחות בפעולה שעשויה להיחשב כחיפוש לענין הדין: ת"פ (שלום רח') 18294-11-17 **מדינת ישראל נ' סלטי** (נבו 24.12.2018); ע"פ (מחוזי ת"א) 56115-01-16 **טמקין נ' מדינת ישראל** (נבו 11.4.2016); ביטוי חד לעיקרון זה ניתן לראות בפסק הדין המכונן של בית המשפט העליון בניו זילנד בפרשת Ngan, אשר עסקה במקרה בו נהג עבר תאונת דרכים קשה, רכבו התהפך, והוא עצמו פונה מהמקום. השוטרים שהגיעו לזירה מצאו את הרכב הפגוע כשהוא מלא חפצים אישיים, בהם תיק אישי שהיה סגור. השוטרים החלו לאסוף את החפצים שהתפזרו סביב הרכב, ולאחר מכן פנו לרכב על מנת לאתר ציוד נוסף שיתכן ששייך לנהג. בשלב זה הבחינו בתיק שהונח בתוך הרכב. הם פתחו אותו ובדקו את תכולתו כדי לאתר פריטים אישיים שחשבו כי עשויים להיות רלוונטיים לרווחתו של הנהג או למסירתם לבית החולים. בתוך התיק נמצאו חומרים החשודים כסמים. בית המשפט הבהיר כי כוונתם הסובייקטיבית של השוטרים לא הייתה לבצע חיפוש לצורך חקירה פלילית. אף על פי כן, נקבע כי פתיחת תיק אישי סגור היא פעולה המהווה חיפוש, משום שמדובר בחדירה לכלי קיבול שנושא ציפייה ברורה לפרטיות. העובדה שהשוטרים סברו שהם פועלים לטובת הנהג או מתוך תחושת עזרה אינה משנה את טיבה המהותי של הפעולה. בכך גם אם פעולה כלשהי בוצעה מבלי שנלוותה לה כוונה מוצהרת לגילוי דבר מה מוסתר, היא עשויה להיחשב חיפוש אם מבחינה מהותית היא שינתה את מצב המרחב או המידע והובילה לחשיפת תוכן שעמד מאחורי חיץ של פרטיות. ראו: Ngan v R [2007] NZSC 105, [2008] 2 NZLR.

48.

⁸² Baude & Stern, לעיל ה"ש 78, בעמ' 1833, 1870.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

היסוד השלישי בהגדרת ה"חיפוש" הוא היסוד הנורמטיבי. יסוד זה בוחן את טיב המושא שבו בוצעה הפעולה. לא כל חשיפה של מידע מהווה "חיפוש" במובנו החוקתי; החיפוש מתגבש אך ורק כאשר הפעולה השלטונית חודרת לתחום שהחברה, באמצעות ערכיה החוקתיים, מכירה בו כראוי להגנה.⁸³ כפי שפורט לעיל, מטרת ההגנה החוקתית היא לשמור על גבולות הכוח של המדינה ולמנוע שימוש שרירותי, פולשני או בלתי מידתי בסמכויותיה. ההגנה אינה נועדת להסתיר עבירות, אלא להבטיח שלכל אדם יש מרחב בסיסי שבו הוא חופשי לקבל החלטות, לפעול ולחיות ללא חשש מפגיעה לא מוצדקת מצד הריבון. המבחן הנורמטיבי גורס שהשאלה אינה רק האם האדם רצה לשמור משהו לעצמו, אלא האם החברה רואה באותו מרחב, בית, גוף, רכב, מידע אישי וכיוצא בזה מרחב הזכאי להגנה חוקתית. רק כאשר מתקיימת זיקה למרחב שהמשפט מכיר בו ככזה שיש להגן עליו, פעולת הרשות תיחשב "חיפוש" ותפעיל את מנגנוני ההגנה. כאשר המידע, חפץ וכולי ממילא אינו נמצא בתחום הזכאי להגנה, אין תחולה ליכויות החוקתיות גם אם התרחשה חשיפה כלשהי.⁸⁴

כפועל יוצא מכך, קיימים מצבים שבהם פעולת הרשות לא תוכר כ"חיפוש", משום שהדברים או המידע נמצאו במרחבים ובמצבים שאינם זוכים עוד להגנה נורמטיבית ולציפייה לפרטיות. כך לדוגמה אדם שמוציא את שקיות האשפה שלו (אפילו אם הן אטומות) ומניח אותן ברחוב לשם איסוף;⁸⁵ כניסת שוטרים לשדה פתוח שבבעלות פרטית (גם אם הוצב בו שלט "אין כניסה");⁸⁶ איסוף דנ"א (DNA) מכוס קפה או מבדל סיגריה שאדם השליך ברחוב נחשב לרוב כמידע שהופקר ואינו זוכה להגנה,⁸⁷ וכיוצא בזה.

וכיצד ניתן יהיה לדעת מה הוא אותו מרחב הזכאי להגנה? בישראל, המחוקק בחר להסדיר את סוגיית החיפוש לא רק ככלי פרוצדורלי, אלא כעניין חוקתי מן המעלה הראשונה. בסעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, נקבעה זיקה ישירה ובלתי ניתנת להפרדה בין מושג ה"חיפוש" לבין הזכות לפרטיות וצנעת הפרט.⁸⁸ בחירה חקיקתית-חוקתית זו הפכה את הזכות לפרטיות למצפן הנורמטיבי המרכזי שדרכו נבחנת קשת המקרים והמרחבים השונים; ככל שפעולה שלטונית חודרת עמוק יותר למרחב שבו הפרט זכאי לממש את זכותו לפרטיות, כך גוברת הנטייה המשפטית לסווגה כ"חיפוש".⁸⁹

לשון אחר: הזכות החוקתית לפרטיות היא המהווה את ציר הייחוס הנורמטיבי לבחינת השאלה מהו אותו מרחב הזכאי להגנה חוקתית. בכך, השאלה אם חדירה למקום מסוים וגילוי פרט מהווה

⁸³ Madeline A. Herdrich, *California v. Greenwood: The Trashing of Privacy*, 38 AM. U. L. REV. 993 (1989); Richard A. Di Lisi, *California v. Greenwood: Police Access to Valuable Garbage*, 39 CASE W. RES. L. REV. 955 (1988-1989); Duncan Simpson, *California v. Greenwood: The Pruning of the Fourth Amendment*, 35 LOY. L. REV. 549 (Summer 1989).

⁸⁴ Richard H. Taylor, *California v. Greenwood: A Trashing of the Fourth Amendment*, 91 W. VA. L. REV. 597 (Winter 1988-1989); Mary Elizabeth Minor, *Was the Right of Privacy Trashed in California v. Greenwood*, 24 TULSA L.J. 401 (Spring 1989); Michael D. Bunker, *California v. Greenwood: The Fourth Amendment Trashbag Case*, 24 NEW ENG. L. REV. 1169 (Summer 1990); Lisa Marie Ford, *Applying the Katz Reasonable Expectation of Privacy Test to Trash Searches - California v. Greenwood*, 38 U. KAN. L. REV. 69 (1988).

⁸⁵ *California v. Greenwood*, 486 U.S. 35 (1988).

⁸⁶ *Hester v. United States*, 265 U.S. 57 (1924); *Oliver v. United States*, 466 U.S. 170 (1984).

⁸⁷ ע"פ 4039/19 דניאל נחמני נ' מדינת ישראל (נבו 17.3.2021); *Raynor v. State*, 99 A.3d 753 (Md. 2014).

⁸⁸ ס' 7(ג) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

⁸⁹ אהרן ברק חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק 1564–1574 (2023) (להלן: ברק, ברק חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק); אהרן ברק "הזכות החוקתית לפרטיות וצנעת הפרט: תכליתה, חשיבותה והיקפה" ספר עזנה ארבל 401, 432–434 (שלי אביב ייני ואחרים עורכים 2022) (להלן: ברק, הזכות החוקתית לפרטיות וצנעת הפרט: תכליתה, חשיבותה והיקפה).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

"חיפוש" אינה מוכרעת לפי מאפיינים פיזיים גרידא, אלא לפי המעמד שהזכות לפרטיות מעניקה לאותו מרחב. המצפן החוקתי הוא שקובע אילו תחומי חיים נכללים בתוך "המתחם המוגן" של הפרט; רק מקום שזוהה באמצעות מצפן זה כמרחב פרטי-חוקתי יהפוך כל חדירה שלטונית אליו לפעולה המגבשת "חיפוש" והמפעילה את מנגנוני הריסון של הדין.⁹⁰

עם זאת, חשוב להדגיש כי הזכות לפרטיות, הגם שהיא המצפן המוביל, אינה חזות הכול ואינה המבחן הבלעדי. לצד הממד של הזכות לפרטיות, מושג החיפוש הישראלי ממשיך לשאוב השראה גם מהגנות קנייניות ומתפיסות של שלמות הגוף והאוטונומיה של הפרט. אולם, במיפוי גבולות המושג, הפרטיות היא זו המעניקה למשפט את הגמישות והעומק הדרושים כדי להבחין בין אינטראקציה שגרתית לבין פעולה החוסה תחת ההגנה החוקתית והדרישות הפרוצדורליות של עולם החיפוש.⁹¹

חשוב להבהיר כי שלושת היסודות שהותוו אינם מוגבלים לזירה התחבורתית בלבד. מדובר ב"קוד גנטי" המשותף כמעט לכלל מופעי החיפוש. בין אם מדובר בחדירה למרחב דיגיטלי מוצפן או בחיפוש בבית מגורים, המודל האנליטי המוצע מאפשר לבחון כמעט כל סיטואציה דרך אותה פריזמה עקבית. בכך, הוא מעניק למשפט כלי עבודה אחיד המגשר על הפערים שבין השוני באובייקטים השונים שניתן לערוך בהם חיפוש, ומבטיח שההגנה על הזכות לפרטיות לא תהיה תלויה בנסיבות טכניות משתנות, אלא בערכי היסוד של השיטה.

החדשנות המרכזית במודל שלושת היסודות נעוצה ביכולתו להחליף את "משפט הטלאים" הקיים במסגרת בחינה מלאה, אחידה וצפויה מראש. עד כה, הניתוח המשפטי התאפיין באנליזה חופשית ובשימוש ב"מבחני סל" אינטואיטיביים, אשר אפשרו מרחב תמרון רחב מדי לפרשנות סובייקטיבית. בהיעדר מחויבות למבנה אנליטי קשיח, בתי המשפט נאלצו להכריע במקרים פרטניים מבלי להסביר את ה"למה" הדוקטרינרי, מה שהוביל לניתוח משפטי "נכה" הנעדר תשתית נורמטיבית איתנה.⁹²

כמו כן המודל מנחה את בית המשפט לנמק את החלטתו דרך פרמטרים ברורים. לא עוד קביעה אינטואיטיבית של "זה נראה כמו חיפוש", אלא ניתוח מפורט: האם הייתה חדירה למושא מוגן? האם הפעולה הייתה אקטיבית? וכיוצא בזה. בכך גוברת הלגיטימציה של ההכרעה השיפוטית. המודל מספק כלים לתת מענה למצבי ה"כמעט חיפוש". הוא מאפשר להבהיר מדוע פעולות מסוימות, שנדמות כמינוריות, חוצות (או לא) את הרף הנורמטיבי ברגע שהן משלבות חדירה יזומה למושא שהחברה רואה בו ערך מוגן.

בכך, הופך המודל מתיאור של הקיים לכלי ביקורתי. הוא מאפשר לקבוע כי חיפוש אינו "אירוע" מקרי שקורה לשוטר, אלא הבניה משפטית המתרחשת ברגע שמתקיימת הסינרגיה בין שלושה יסודות.

בשלב זה מתחדדת השאלה המתבקשת, אם בחינת הדין האמריקאי הוכיחה כי קיומם של כמה מבחנים במקביל הוביל לבלבול, לעמימות נורמטיבית ולפסיקות סותרות, במה שונה מודל "שלושת היסודות" המוצע כאן? לשון אחר, האם פירוק מושג ה"חיפוש" לשלושה יסודות נפרדים אינו עלול

⁹⁰ שם.

⁹¹ שם, בעמ' 405.

⁹² ראו פרקים א.2 ו-א.3 במאמר.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

לשחזר את אותה אי־בהירות מושגית, ולהותיר בידי בתי המשפט שיקול דעת בלתי מובנה מן הסוג שספג ביקורת לעיל?

התשובה לתהייה זו נעוצה בהבחנה המהותית והעמוקה שבין מודל של מבחנים חלופיים ומתחרים, לבין מודל של יסודות מצטברים ומשלימים. הכשל המרכזי שזוהה בדיון האמריקאי אינו נעוץ בעצם המורכבות של הניתוח המשפטי, אלא בעובדה שהוא פוצל למסלולים דוקטרינריים שונים שאין ביניהם עוגן רעיוני מאחד או הייררכייה ברורה. בהיעדר קריטריונים מנחים לבחירת המבחן הרלוונטי, עצם הבחירה בכלי המשפטי הופך למוקד ההכרעה, במקום שהמסגרת המשפטית תשמש כלי אובייקטיבי לניתוח העובדות. כמו כן, הבחירה באיזה מבחן להשתמש הופכת לבחירה סובייקטיבית שמכתיבה את התוצאה מראש, ובכך הופכת את הפסיקה למוכוונת תוצאה במקום למבוססת עקרונות.⁹³

לעומת זאת, מודל שלושת היסודות אינו מציע אוסף מבחנים עצמאיים לבחירה, אלא מסגרת אנליטית אחת שעל פיה נבחנת כל פעולה שלטונית. היסודות במודל אינם חלופיים ואינם מתחרים; הם מצטברים ומשלימים. לכן, בית המשפט אינו יכול להכריע כי פעולה היא "חיפוש" רק משום שאחד היסודות מתקיים, ואינו יכול לשלול את קיומו של חיפוש תוך התעלמות מאחד מהם. עליו לבחון בכל מקרה מי ביצע את הפעולה, מה טיבה של הפעולה, וכלפי איזה מרחב, חפץ או מידע היא הופנתה, וכיצד בזה. בכך המודל הופך את שיקול הדעת השיפוטי לשיקול דעת מובנה: לא הכרעה אינטואיטיבית לפי מבחן שנבחר בדיעבד, אלא בחינה שיטתית של אותם רכיבים בכל מקרה ומקרה.

לאחר גיבוש שלושת היסודות המרכיבים כל פעולת חיפוש באשר היא, הגיעה העת לצמצם את המבט אל המרחב הייחודי שבו מתמקד מאמר זה – הרכב. המעבר מחייב לתרגם את היסודות התאורטיים לכלי עבודה מעשיים. במרחב זה, אבקש להציע מבחן עזר אינטואיטיבי ככלי בוחן. לפי מבחן זה, לצורך זיהוי "חיפוש ברכב", על איש המרות והערכאה השיפוטית לשאול שאלה פשוטה אחת:

האם הפעולה השלטונית, במישרין או באמצעות מי שפעל מכוחה או בחסותה, הובילה לחשיפת תכולה, חפץ או מידע שאינם גלויים לעין במצבו הרגיל והטבעי של הרכב?

חדשנותו של המבחן בהקשר זה היא ביכולתו להעניק מענה אחיד לקשת רחבה של פעולות: החל מפתיחת תא מטען ועד להכוונת פנס לתוך חללים חשוכים בתא הנוסעים. המבחן אינו שואל "מה הייתה כוונת השוטרים" או "כמה זמן ארכה הבדיקה", אלא מתמקד בשינוי הסטטוס של המידע: מנסתר לנגיש.

מבחן עזר זה אינו עומד בחלל ריק; הוא מגלם בתוכו, באופן מזוקק ונגיש, את עיקרי האלמנטים של שלושת היסודות המכוונים. במוקדו ניצבים הפעולה (חשיפה אקטיבית) והמושא (המרחב הנסתר של הרכב), כשהם נבחנים דרך פריזמה של התוצאה של מעשי איש המרות. ויובהר: מבחן העזר אינו מתיימר להיות מקיף או ממצה את מלוא העומק של הדוקטרינה החוקתית, ואין בו כדי להחליף את הניתוח המבני המלא במקרים הנדרשים. עם זאת, חשיבותו המעשית נעוצה בהיותו כלי עזר קל, מהיר ואינטואיטיבי, המאפשר להכריע במרבית הסיטואציות היום יומיות המתרחשות

⁹³ *The Two Tests of Search Law*, לעיל ה"ש 54, בעמ' 311–312, 334–336, 345–346.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

בכביש. המבחן מציע לבעלי התפקידים "נקודת משען" יציבה. פשטות זו היא שהופכת את המבחן מתאוריה משפטית לכלי עבודה חיוני לצמצום איהוודאות בזירה התחבורתית.⁹⁴

לסיכומו של פרק זה, המודל האנליטי המוצע, על שלושת יסודותיו המכוננים ומבחן העזר הנגזר מהם, נועד למלא בדיוק את אותו חסר מושגי שעליו עמדתי עד כה. חלף מציאות שבה הדין מתפתח באופן נקודתי ומייצר פסיקה סותרת, "הקוד הגנטי" ומבחן העזר מספקים תשתית עיונית אחידה, עקבית וצופה פני עתיד. משהונח העוגן הרעיוני לשאלה המקדמית "מהו חיפוש", אעבור כעת לבחון את השאלה הנורמטיבית הבאה, והיא: "מתי מותר לערוך חיפוש ברכב ובאילו תנאים". גם סוגיה זו, כפי שיתברר, אינה חפה משאלות נורמטיביות שטרם קיבלו מענה מספק בחוק ובפסיקה.

פרק ב: מעמדו של כלי הרכב בשדה האכיפה – המקורות הנורמטיביים לסמכות

חיפוש ברכב ואופן הפעלתם בדין הישראלי

הפרק הבא יעסוק במקורות הסמכות לעריכת חיפוש ברכב בדין הישראלי וימפה את ההסדרים המרכזיים בחקיקה ובפסיקה המסדירים סמכות זו. כפי שיובהר, ריבוי מקורות הסמכות המפורטים להלן אינו מלווה בהגדרה מושגית אחידה של פעולת ה"חיפוש". פער זה מוביל לקושי ביישום עקבי של הסמכויות וממחיש את החסר המושגי העומד בבסיס דיני החיפוש. על רקע חסר זה, הפרק יבחן לא רק את תנאי הסף המהותיים להפעלת סמכות החיפוש, אלא גם את האופן שבו יש לערוך את החיפוש בפועל.

לשם כך, הדיון בפרק יסווג את מקורות הסמכות לשלוש קטגוריות נורמטיביות מובחנות. תחילה ייבחנו **סמכויות סטטוטוריות המקימות מקור עצמאי לעריכת חיפוש ברכב**, ובראשן סעיף 71 לחוק המעצרים וסעיף 28 לפקודת הסמים המסוכנים. לאחר מכן, אדון **בסמכות הנלווית והאגבית** מכוח סעיף 69 לחוק המעצרים. סעיף זה אינו מהווה מקור עצמאי לחיפוש ברכב, אלא כהסדר משלים, המקנה סמכות חיפוש רק בהתקיים תנאי מקדים חיצוני לסעיף עצמו; לבסוף, תיבחן **דוקטרינת ה"הסכמה מדעת"** כמקור נורמטיבי-פסיקתי שהתפתח בהלכת **בן חיים**, ואשר מאפשר בנסיבות מסוימות לערוך חיפוש מכוח הסכמתו החופשית והמודעת של מושא החיפוש.

1.ב. סמכויות חיפוש סטטוטוריות ייעודיות לרכב

1.ב.א. חיפוש מכוח סעיף 71 לחוק המעצרים

סעיף 71 לחוק המעצרים, שכותרתו "עיצוב כלי רכב לשם חיפוש", קובע כדלקמן:⁹⁵

(א) **היה לשוטרי יסוד סביר לחשד שבוצעה עבירה בת מעצר וסבר כי יש צורך לבצע חיפוש בכלי רכב כדי לאתר את מבצע העבירה או קורבנה או כדי לאתר ראיה הקשורה בעבירה, רשאי הוא להורות לעכב את כלי הרכב ולערוך את החיפוש כאמור.**

(ב) **הוראות סעיף קטן (א) יחולו גם אם קיים חשש שעומדת להתבצע עבירה מן העבירות המפורטות בסעיף 35(ב), או אם קיימת הסתברות גבוהה שעומדת להתבצע עבירה בת מעצר.**

⁹⁴ שימוש במבחני עזר ככלי ליישום אופרטיבי של כללים משפטיים קיימים הוא פרקטיקה מושרשת, המוכרת היטב גם בתחומי משפט אחרים. ראו לדוגמה: עשת"ש 12293-12-24 **מדינת ישראל נ' פלדשטיין**, פס' 26–27 (נבו 9.12.2024).
⁹⁵ ס' 71 לחוק המעצרים.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

ב.1.א.1. סעיף 71(א)

סעיף 71(א) עוסק בסמכות לעיכוב כלי רכב ולביצוע חיפוש בו בקשר לעבירה שכבר בוצעה. וישאל השואל – מה בין עיכוב הרכב לבין החיפוש שבתוכו? מדוע כרוכים השניים יחד? הרי לכאורה עסקינן בשתי פעולות שונות, זו עוסקת בשלילת תנועה וזו ב"חדירה למרחב", היינו עריכת חיפוש. ואולם, דומה כי המחוקק קשר בין השתיים וראה בסמכות האחת תולדה של רעותה.⁹⁶

חיפוש של ממש, כזה הנעשה בתוככי הרכב, אינו יכול להיעשות מבלי להקפיא את תנועתו. כלי הרכב, במובנו הטבעי "הרגיל", אינו רק אובייקט, אלא גם כלי המאפשר תנועה; ולפיכך, כל ניסיון לשלול ממנו את יסוד תנועתו, ולו לרגע, הוא עיכוב.⁹⁷ מכאן נובעת סמכות כפולה: מחד גיסא, סמכות לעכב את הרכב עצמו, ומאידך גיסא, עריכת חיפוש. המחוקק לא פיצל את השתיים, אלא ראה בהן מקשה אחת: העיכוב כקרקע פורייה לחיפוש, והחיפוש כהצדקה לעיכוב.⁹⁸ בהערת אגב יצוין כי תפיסה נורמטיבית זו של הרכב כישות נעה, מלמדת אותנו כיצד תופס המחוקק את מהותו של הרכב: לא כעצם פיזי גרידא, אלא כישות נעה, שמרכיב התנועה טבוע בזוהתה. אילו ראה בו המחוקק חפץ סטטי, כי אז לא היה נדרש קשר בין עיכובו לשם חיפוש בו – כשם שאין צורך בעיכוב בית או מחסן בטרם חיפוש. עצם כריכת סמכות העיכוב בסמכות החיפוש מעיד על כך שהרכב, לשיטת הדין, אינו רק חפץ – אלא כלי שנמצא בתנועה, המצריכה הסדרה חקיקתית ייחודית; אך יורחב על כך בהמשך המאמר.

בחינת הסעיף מעלה כי לצורך קניית סמכות חוקית לעכב רכב ולערוך בו חיפוש, נדרשת עמידה בשלושה תנאים מצטברים:

i. יסוד סביר לחשד:

המקור החוקי לסמכות לערוך חיפוש טמון בשלב הראשוני בקיומו של יסוד סביר לחשד – רף ראיתי ראשוני ונמוך יחסית, המאפשר לשוטר לנקוט פעולות חקירה כגון עיכוב, חיפוש או מעצר, מבלי להצטייד מראש בצו שיפוטי. החשד הסביר עשוי להתעורר כאשר קיימות ראיות ישירות או נסיבתיות, קבילות או בלתי קבילות, שניתן להסיק מהן מסקנה על ביצוע עבירה, או על כך שעומדת להתבצע עבירה.⁹⁹ חשיבות המושג נעוצה בכך שהוא מונע התנהגות שרירותית: השוטר אינו רשאי לפעול על סמך תחושת בטן או ניחוש בלבד, אלא נדרש לבסס את חשדו על עובדות, נסיבות או מידע אמין. יחד עם זאת, הרף הנמוך יחסית של החשד הסביר מכיר במציאות המבצעית של עבודת השוטר – הצורך לפעול במהירות, בזמן אמת ובנסיבות משתנות ובלתי צפויות. כך, "חשד סביר" משמש ככלי איזון עדין: הוא מספיק נמוך כדי לאפשר אכיפה יעילה, אך גבוה מספיק כדי להגן על הפרט מפני שימוש שרירותי בכוח שלטוני.¹⁰⁰

בפסק הדין המכונן בעניין דגני התווה בית המשפט העליון את היסודות המרכזיים של מבחן החשד הסביר.¹⁰¹ פסק דין זה ביסס את התפיסה הדואלית המאפיינת את הרף הראיתי – מצד אחד אופיו

⁹⁶ יעקב קדמי על סדר הדין בפלילים 18 (מהדורה מעודכנת 2008) (להלן: "קדמי").

⁹⁷ רינת קיטאי סנג'רו המעצר: שלילת החירות בטרם הכרעת הדין 81–97 (2011); רת"ק (מחוזי חי') 24-06-31634 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 31 (נבו 27.10.2024).

⁹⁸ קדמי, לעיל ה"ש 96.

⁹⁹ יניב ואקי דיני ראיות 292 (כרך א' 2020).

¹⁰⁰ שם; נתי פרל "החלטה על קיומו של 'חשד סביר' בעולם ה-Big Data: מהנמקה אנושית לאלגוריתמים לחיזוי פשיעה" דין ודברים יד 237, 257–258 (2019).

¹⁰¹ עניין דגני, לעיל ה"ש 17.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

האובייקטיבי הדורש הערכה שיפוטית של סבירות החלטת השוטר, ומצד שני ההכרה בכך שיישום המבחן חייב להתחשב בנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה לגופו. בית המשפט הכיר בקושי המובנה בניסיון להגדיר באופן ממצה וחד־משמעי את התנאים המדויקים להתקיימות חשד סביר, וקבע כי הגמישות הנדרשת ביישום המבחן נובעת מטבעה של הפעילות השיטורית המתרחשת בזמן אמת ובנסיבות משתנות. בית המשפט הדגיש את חשיבות הביקורת השיפוטית כמנגנון בקרה על שיקול הדעת המשטרתי, אך בו בזמן הכיר בכך שהערכת סבירות החשד חייבת להתבצע תוך התחשבות במכלול הנסיבות שעמדו בפני השוטר בזמן אמת, לרבות המידע שהיה ברשותו, ניסיונו המקצועי ויכולתו להעריך סיטואציות על בסיס מומחיותו בתחום.¹⁰²

פסק דין בעניין **בן חיים** חידד ועיגן את המבחן, תוך ניסיון לגבש אמות מידה קונקרטיות שיסייעו בזיהוי חשד סביר. בית המשפט פירט רשימה פתוחה של נסיבות המלמדות על חשד סביר, ביניהן: התנהגות מחשידה, מידע על עבירה במקום ובזמן רלוונטיים, התאמת מאפיינים חיצוניים לתיאור החשוד כפי שנמסר למשטרה ומידע מודיעיני ספציפי. עם זאת, הודגש כי מדובר ברשימה פתוחה, ולא בנוסחה פורמלית סגורה, וכי לא כל נסיבה תקים יסוד סביר לחשד. כך, נקבע במפורש כי רישום פלילי כשלעצמו אינו מקים חשד סביר, וכי אי־נוחות או בלבול מצד מושא החיפוש אינם מספיקים לבססו; יש צורך ב"דבר מה נוסף", אינדיקציה אובייקטיבית וממשית, אשר תצדיק את הפלישה

¹⁰² שם, בעמ' 349–353; קדמי, לעיל ה"ש 96, בעמ' 43–48.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

לפרטיות.¹⁰³ אולם, המושג "יסוד סביר לחשד" נותר נזיל ופתוח לפרשנות, ולא זכה לתחימה משפטית חדה.¹⁰⁴

היישום של עקרונות אלו בפסיקה שעניינה חיפוש בכלי רכב מלמד על מגמה פרשנית עקבית, אך מורכבת, הבוחנת את דרישת היסוד הסביר לחשד לא כנוסחה פורמלית, אלא כמשטר של איזונים עדינים בין יעילות האכיפה לבין ההגנה על זכויות הפרט. בתי המשפט עמדו על כך שחיפוש ברכב, גם אם הוא מתרחש במרחב ציבורי ובאופיו קצר ומוגבל, פוגע בפרטיותו של אדם ועל כן טעון הצדקה ממשית. היסוד הסביר לחשד הוא אפוא אבן היסוד שעליה נבנת חוקיות הפעולה השלטונית, והפסיקה ביקשה לקבוע את גבולותיו המהותיים מתוך תפיסה שמדובר ברף ראייתי משתנה, לא מתמטי, אלא נתון הקשר, המבוסס על מכלול נסיבות קונקרטיות שבפני השוטר בזמן אמת.¹⁰⁵

במרכז ההתפתחות הפרשנית עומדת התובנה כי אינדיקציות התנהגותיות גרידא, קרי ביטויים חיצוניים של התנהגות אדם, אינן יוצרות יסוד סביר לחשד. תחושות מתח, לחץ, רעד, גמגום או מבוכה במפגש עם שוטר נחשבות תגובות אנושיות טבעיות, שאינן בהכרח מעידות על כוונה עבריינית. הפסיקה חזרה והזהירה מפני יצירת "חשד מדומה" הנשען על התנהגות פסיכולוגית בלבד, בלא תוספת חפצית או עובדתית שיש בה לקשור את האדם לעבירה קונקרטית. כך נקבעה אי-חוקיותם של חיפושים שהתבססו אך על התנהגות לחוצה, מבלי שנלוותה לכך אינדיקציה

¹⁰³ עניין **בן חיים**, לעיל ה"ש 17; פרל, החלטה על קיומו של 'חשד סביר' בעולם ה-Big Data: מהנמקה אנושית לאלגוריתמים לחיזוי פשיעה, לעיל ה"ש 100, בעמ' 257–262; יניב בן הרוש "מה הבעיה בהסכמה לחיפוש משטרתית?" **הפרקליט**, 43, 50–47 (התשע"ו). ויבואר: ההתפתחות המשמעונית בסוגיית "החשד הסביר" באה לידי ביטוי בפסק דין **בן חיים**, בו חידד וביסס בית המשפט את העקרונות שנקבעו בדגני. הנשיאה ביניש, בפסק דינה, לא רק אשררה את המסגרת הנורמטיבית שהותוותה בדגני, אלא העמיקה את הדיון באופי האובייקטיבי של המבחן. ההדגשה המחודשת של האופי האובייקטיבי משקפת מגמה של הידוק הפיקוח השיפוטי על החלטות השוטרים בשטח, תוך שמירה על האיזון העדין בין הצורך במתן כלים אפקטיביים לאכיפת החוק לבין ההגנה על זכויות יסוד. בכך פסק דין **בן חיים** תרם לגיבוש הלכה קוהרנטית יותר שכן הוא הבהיר את היחס בין המרכיב האובייקטיבי למרכיב הסובייקטיבי במבחן. בעוד המבחן נותר בעיקרו אובייקטיבי, כלומר, בית המשפט בוחן את סבירות החלטת השוטר על פי אמות מידה חיצוניות, עדיין יש מקום להתחשב בנקודת המבט של השוטר הספציפי, בניסיונו ובמומחיותו המקצועית. זוהי הכרה בכך שחשד סביר אינו מושג מופשט הניתן ליישום מכני, אלא סטנדרט משפטי הדורש הפעלת שיקול דעת תוך התחשבות במכלול הנסיבות הרלוונטיות. עניין **בן חיים**, לעיל ה"ש 17, בפס' 16; יניב בן הרוש, לעיל, בעמ' 49–50. הקושי המובנה בהגדרת מבחן החשד הסביר הוביל את הפסיקה לנסות ולתת בהם סימנים, כלומר, לגבש אמות מידה קונקרטיות שסייעו לשוטרים בשטח ולבתי המשפט בביקורת השיפוטית. כבר בעניין **דגני** הכיר בית המשפט בכך שהחשד הסביר יכול להתבסס על מגוון רחב של מקורות מידע ונסיבות. פסק הדין קבע כי השוטר רשאי לבסס את חשדו לא רק על מה שראה במו עיניו, אלא גם על תצפיות באמצעות חושיו האחרים, כגון זיהוי ריח. יתרה מכך, נקבע כי אין הכרח שהחשד יתבסס על התרשמות ישירה של השוטר עצמו. די במידע אמין שהתקבל מצד שלישי או מדיווח של שוטר אחר (רע"פ 3829/15 קסאי נ' מדינת ישראל, פס' 20 (נבו 20.12.2018); ע"פ 702/77 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד לב (2) 135, 140–139 (1978); ע"פ 3179/91 שיאחי נ' מדינת ישראל, פ"ד מו (2) 52, 57–58 (1992); דנ"פ 9263/99 מדינת ישראל נ' בקשי, פ"ד נד (3) 556, 568 (2000)). עם זאת, בית המשפט הדגיש את החובה לפעול באופן הגיוני וזהיר וקבע כי חשד המבוסס על ניחוש בלבד, ללא עיגון בעובדות, נסיבות או מידע אמין, אינו עומד ברף הנדרש. העיקרון המנחה שעולה מדגני הוא שהחשד הסביר חייב להיות מעוגן במציאות עובדתית כלשהי, אך מציאות זו יכולה להתבטא בדרכים שונות ומגוונות: "חשד שהוא בגדר ניחוש גרידא – ואשר אינו מסתייע בעובדות, נסיבות או מידע אמין – אינו מספיק לצורך זה" (עניין דגני, לעיל ה"ש 17, בעמ' 351). פסק דין **בן חיים** המשיך וחידד את הגישה שהותוותה בדגני, כאמור, תוך ניסיון להציע קטלוג מפורט יותר של אמות מידה אפשריות. בית המשפט ציין במפורש כי מדובר ברשימה פתוחה שאינה ממצה, אך ראה חשיבות בהצגת דוגמאות קונקרטיות שיוכלו לשמש הנחיה לשוטרים ולבתי המשפט. בין אמות המידה שנמנו: התנהגות מחשידה של האדם נושא החיפוש הפוטנציאלי, מידע על ביצוע עבירה במקום הימצאו של האדם או בסמוך לו בשילוב עם השעה שבה נמצא במקום, וכן מידע ספציפי על אודות תיאור חיצוני של חשוד או אזור הימצאותו הצפוי (פרל, החלטה על קיומו של 'חשד סביר' בעולם ה-Big Data: הנמקה אנושית לאלגוריתמים לחיזוי פשיעה, לעיל ה"ש 100; בן הרוש, לעיל).

¹⁰⁴ "אין נייר לקמוס ל'חשד סביר'", בש"פ 5610/06 פדרמן נ' מדינת ישראל, פס' 8 (נבו 25.7.2006); בן הרוש, שם, בעמ' 49.

¹⁰⁵ ראו בשנינויים המחייבים רע"פ 2161/21 משאך נ' מדינת ישראל (נבו 18.7.2021); ע"פ (מחוזי ת"א) 27963-07-20 אמיר משאך נ' מדינת ישראל (נבו 23.2.2021).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

ראייתית ממשית. בכך ביקשה הפסיקה לשרטט קו ברור בין חשד מושכל המבוסס על עובדות, לבין חשד אינטואיטיבי, שאינו עומד בדרישת החוק.¹⁰⁶

עם זאת, לא אחת הכירה הפסיקה בכך שצירוף נסיבות מצטברות עשוי להקים חשד סביר אף אם כל אחת מהן כשלעצמה אינה מספקת. כך, לדוגמה, כאשר הופיעו סימנים פיזיים מובהקים, כגון ריח סם מובהק שניתן לאתר את מקורו, או מראה של חומרי אריזה המשמשים לשימוש בסם, לצד סממנים של "לחץ" של החשוד – נתקבלה קביעה כי נסיבות אלו יוצרות עילה ממשית לחיפוש, היינו יסוד סביר לחשד. הפסיקה הבחינה בין ריח עמום אשר לא ניתן לזהות את מקורו, לבין ריח חזק ומובהק; רק בנסיבות האחרונות הוכר כי מתקיים יסוד לחשד. הבחנה זו נועדה למנוע הפיכת חושי השוטר לכלי ראייתי רחב העלול לכרסם בדרישת האובייקטיביות של החשד.¹⁰⁷

מוטיב מרכזי נוסף הוא עיתוי היווצרות החשד. הדרישה היא שהיסוד הסביר יתגבש בטרם בוצע חיפוש ברכב. כאשר החשד נוצר רק לאחר פתיחת הדלת או גילוי חפצים בתוכו, הרי שמדובר בחיפוש בלתי חוקי שאין לו עיגון נורמטיבי. בתי המשפט הדגישו כי עצם פתיחת הרכב לצורך "בדיקה" מהווה כבר חיפוש במובנו של החוק, ועל כן מותנה בעילה מוקדמת, ולא בממצאי החיפוש עצמו. בכך נקבע עקרון סף ברור: אין להצדיק חיפוש באמצעות תוצאותיו.¹⁰⁸

הפסיקה מלמדת כי לנתון הגאוגרפי עשוי להיות משקל במסגרת בחינת היסוד הסביר לחשד, אך בדרך כלל אין בו לבדו כדי לבסס את החשד הנדרש. מידע ישן או כללי על "אזור מוכה פשיעה" או עצם יציאה מ"מתחם סמים" או מקום "הומה אדם" מצויים בפסיקה במחלוקת באשר לשאלה אם די בהם כדי לבסס יסוד סביר לחשד; מכל מקום, נראה כי משקלם של נתונים אלה מתחזק ככל שהם מצטרפים לנסיבות קונקרטיות נוספות, כגון התנהגות חריגה בעלת משקל, מידע מודיעיני עדכני או סימן חפצי היוצר זיקה ממשית לרכב ולעבירה. בהיעדר תוספת כזו, משקל "המקום" נחלש ומתקשה לבסס לבדו יסוד סביר לחשד.¹⁰⁹

מגמה עקבית נוספת היא ההבחנה בין חשד כללי לבין חשד קונקרטי. בתי המשפט קבעו כי רק חשד ממוקד כלפי אדם או רכב מסוים מקים את סמכות החיפוש; חשד עמום שמטרתו "לבדוק מה קורה" אינו עומד בדרישת החוק. חיפוש לצורכי סיור שגרתי או תחושת אינחת כללית הוגדרו כחיפוש פסולים. בכך ביקשה הפסיקה למנוע התמסדות של שיטוריתר, תוך שמירה על העיקרון שכל פגיעה בזכות פרטיות מחייבת הצדקה קונקרטית ומידתית.¹¹⁰

¹⁰⁶ ת"פ (שלום כ"ס) 18121-06-17 **מדינת ישראל נ' מוניר אבו סעדה**, פס' 17–22 (נבו 12.12.2018); פ"ל (תעבורה י-ם) 6798-08-13 **מדינת ישראל נ' שמש**, פס' 11–36 (נבו 19.3.2014); ת"פ (שלום י-ם) 48006-02-10 **מדינת ישראל נ' לוי**, עמ' 7 (נבו 15.8.2016).

¹⁰⁷ עניין **אבו סעדה**, לעיל ה"ש 106; ת"פ (שלום ק"ש) 31643-05-16 **תביעות צפת נ' משה**, פס' 3–15 (נבו 4.4.2017); ת"פ (שלום אי"י) 21747-09-12 **מדינת ישראל נ' טוויל**, פס' 11–24 (נבו 14.4.2015); פ"ל (תעבורה ת"א) 4466-06-13 **מדינת ישראל נ' בן טולילה**, עמ' 4–6 (נבו 17.9.2014).

¹⁰⁸ עניין **עאסלה**, לעיל ה"ש 32, בפס' 7–15 (נבו 11.3.2018); **תביעות צפת נ' משה**, לעיל ה"ש 107, בפס' 3–15 (נבו 4.4.2017); **מדינת ישראל נ' טוויל**, לעיל ה"ש 107, בפס' 11–24 (נבו 14.4.2015); ע"פ (מחוזי חי"י) 25711-02-15 **מדינת ישראל רשות הטבע והגנים נ' ג'מאל חאג'**, עמ' 8–12 (נבו 17.6.2015).

¹⁰⁹ עניין **עאסלה**, לעיל ה"ש 32, פס' 7–15 (נבו 11.3.2018); **מדינת ישראל נ' טוויל**, לעיל ה"ש 107, בפס' 11–24 (נבו 4.4.2015); ת"פ (שלום רמ') 30774-07-10 **מדינת ישראל משטרת ישראל תביעות- שלוחת רמלה נ' ליאב סבג**, פס' 18–24 (נבו 5.1.2015); ע"פ (מחוזי חי"י) 1971-09-11 **צבי כהן נ' מדינת ישראל** (נבו 24.11.2011).

¹¹⁰ **מדינת ישראל נ' שמש**, לעיל ה"ש 106, בפס' 11–36 (נבו 19.3.2014); ת"פ (נוער בית שאן) 61190-01-15 **מדינת ישראל נ' פלוני** (טרם פורסם, 7.9.2015); ת"פ (שלום ק"ג) 15150-12-13 **מדינת ישראל נ' מורלי**, פס' 23–36 (נבו 10.1.2017).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

לצד זאת, הפסיקה ביססה רשימה פתוחה של מוטיבים המגלמים "אינדיקציה ממשית" המהווה חשד סביר, ולא סברה כללית. כך התנהגות קונקרטיה בעלת ממד אובייקטיבי, כלומר תגובה הניתנת להערכה אמפירית, ואינה נובעת רק מלחץ טבעי – נחשבת לאינדיקציה ממשית. ברוח זו, שורת התנהגויות אקטיביות מצד החשוד – כגון תגובה קיצונית לנוכחות שוטר, הימלטות עם רכב, שינוי כיוון נסיעה פתאומי למראה שוטר, ביצוע עבירות תנועה, ניסיון השמדת ראיות, התנערות מיידית מהקשר לרכב כדי להרחיק אחריות או ביצוע פעולה מניפולטיבית גלויה הקשורה לרכב – נקבע כי ככלל התנהגויות אקטיביות אלו עולות כדי אינדיקציה אובייקטיבית המגבשת יסוד סביר לחשד ומצדיקה את הפעלת סמכות החיפוש. כמו כן, עצירה והחלפת מקומות ישיבה בין נוסעי רכב בסמוך למחסום משטרה, כמו גם ניסיון להימלט ממחסום משטרה, הוכרו כאינדיקציה המקימה יסוד סביר לחשד.¹¹¹ החשד אינו נולד מן הרושם הפסיכולוגי, אלא מן הפיזיות של הפעולה עצמה, המעידה על ניסיון להסתיר דבר או להרחיק עצמו ממוקד ביצוע עבירה.¹¹²

לצד מגמה זו, אשר שחקה את מעמדם של לחץ, רעד ומבוכה כאינדיקציות עצמאיות לחשד סביר והותירה אותם, ככלל, בגדר תגובות אנושיות טבעיות לאינטראקציה עם גורם אכיפת חוק, דומה כי בעניין **כהן** ניכרת תנועה מסוימת בכיוון ההפוך. באותו עניין עוכב הנהג במחסום אקראי, ובבדיקה במסוף המשטרה הופיע, בשגגה, כי הוא נוהג בזמן פסילה. השוטר הטיח בו נתון זה, ולאחר מכן התרשם כי גופו וקולו רועדים וכי הוא נתון בלחץ, ובעקבות זאת נערך חיפוש ברכב, במסגרתו נמצאו סמים. בית משפט השלום זיכה את הנאשם, לאחר שקבע כי אין לשלול שההתנהגות המחשידה נולדה דווקא בעקבות הטחת הנתון השגוי בדבר הפסילה, ומשכך אין לבסס עליה את חוקיות החיפוש.¹¹³ בית המשפט המחוזי הפך את התוצאה וקבע כי יסוד סביר לחשד נבחן לפי מצב הדברים **בזמן אמת**, ולא לפי מה שהתברר בדיעבד; משהשוטר הסתמך בתום לב על הרישום במסוף, העובדה שהתברר לאחר מכן כי הרישום היה שגוי אינה מאיינת את החשד, ואף נקבע כי התנהגותו הלחוצה של המשיב, כשלעצמה, הקימה יסוד סביר לחשד.¹¹⁴ בקשת רשות הערעור נדחתה, ובית המשפט העליון אימץ את נקודת המוצא שלפיה החשד נבחן על בסיס המידע שהיה בידי השוטר בעת החיפוש, והדגיש כי הטעות במערכת, אף שהיא מצערת, אינה מאיינת את החשד הסביר, ולפיכך קבע כי החיפוש היה חוקי.¹¹⁵ אם נבחן אפוא את התוצאה שאליה הגיעו בית המשפט המחוזי ובית המשפט העליון, שלפיה החיפוש היה חוקי, מתחייבת המסקנה כי התקיים יסוד סביר לחשד. אלא שנותרת עמימות באשר ליסוד העובדתי שביסס אותו. אפשרות אחת היא כי עצם המידע שלפיו המשיב נהג בזמן פסילה הקים יסוד סביר לחשד המצדיק חיפוש ברכב; אפשרות זו אפשרית, אך מוקשית, שכן בנסיבות העניין עצם החשד לנהיגה בזמן פסילה אינו מלמד, כשלעצמו, על זיקה כלשהי בין העבירה לבין תכולת הרכב, וממילא לא ברור כיצד הוא מצדיק חיפוש בתוכו. אפשרות אחרת היא כי החשד התגבש מצירוף המידע האמור להתנהגותו הלחוצה של המשיב; ואפשרות שלישית, העולה די במפורש מפסק דינו של בית המשפט המחוזי, היא כי הלחץ

¹¹¹ ת"פ (שלום רמי) 20826-09-09 **מדינת ישראל נ' גיאר**, פס' 18–23 (נבו 11.4.2013); ע"פ (מחוזי ת"א) 58943-09-19 **אליאס אשקר נ' מדינת ישראל** (נבו 10.11.2020); מ"ת (מחוזי חיפה) 9590-01-26 **מדינת ישראל נ' אחמד אגבאריה** (נבו 24.2.2026); רע"פ 7901/23 **יעקב אמסלם נ' מדינת ישראל** (נבו 7.4.2024).

¹¹² עניין **משאיד**, לעיל ה"ש 105, בעמ' 9–11 (נבו 23.2.2021); **אבו סעדה**, לעיל ה"ש 106; רע"פ 2178/12 **סקייריס נ' מדינת ישראל**, עמ' 3–6 (נבו 18.7.2012); ת"פ (מחוזי י-ם) 26158-04-11 **מדינת ישראל נ' אטיאס** (נבו 7.5.2012); **מדינת ישראל נ' בן טולילה**, לעיל ה"ש 107, בעמ' 4–6.

¹¹³ ת"פ (שלום י-ם) 42003-03-20 **מדינת ישראל נ' חיים כהן** (20.06.2023). לא פורסם.

¹¹⁴ ע"פ (מחוזי י-ם) 10748-09-23 **מדינת ישראל נ' כהן**, עמ' 7 ש' 18–24 לפסק הדין (28.1.2024). לא פורסם.

¹¹⁵ רע"פ 9610-08-26 **חיים כהן נ' מדינת ישראל**, פס' 11 (נבו 6.8.2026).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

וההתנהגות המחשידה כשלעצמם הם שהקימו את היסוד הסביר לחשד. בית המשפט העליון לא פירק את התשתית העובדתית לרכיביה ולא הבהיר איזה מן הנתונים נשא את המשקל המכריע, אלא קבע כי המידע שהיה בידי השוטר בזמן אמת ביסס חשד סביר וכי החיפוש היה חוקי. נמצאו למדים כי לחץ ורעד עשויים לשוב ולמלא תפקיד משמעותי – ואף מכריע – בגיבושו של יסוד סביר לחשד.

לצד האינדיקציות ההתנהגותיות שנדונו לעיל, הפסיקה הכירה גם בנתונים חפציים ומודיעיניים כמקורות אפשריים לגיבושו של יסוד סביר לחשד. כך, קיומו של סימן חפצי גלוי לעין המצביע על זיקה מיידית לעבירה מהווה חשד סביר. כאשר לדוגמה נראה מבעד לשמשת הרכב חפץ המהווה אינדיקציה לעבירה, כגון כלי נשק, או מכשור אופייני לשימוש בסם, רשאי השוטר להסיק קיומו של חשד סביר. הראיה המוחשית הישירה מגלמת את אותה "קונקרטיות מינימלית" שהדין דורש, ובית המשפט ראה בה עילה מספקת לעריכת חיפוש מידי. בד בבד, קיומו של קשר מודיעיני ספציפי ועדכני, הקושר אדם מסוים לרכב ספציפי ולעבירה מוגדרת. מידע כזה, אם הוא מבוסס על מקור אמין ובעל זיקה ממשית לעת האירוע, עשוי לבדו למלא את דרישת החשד. כאשר השוטר פועל מכוח מידע מודיעיני, נדרש להראות שהמידע לא היה כללי או ישן, אלא כזה שיצר קשר ממשי בין נושא החשד לכלי שבו נע מושא החיפוש. ההכרה בערכו הראייתי של המידע המודיעיני אינה מעניקה שיקול דעת בלתי מוגבל; נדרשת עדיין בחינה ביקורתית של מהימנות המידע ושל מועד קבלתו.¹¹⁶

בהקשר זה, ממצאי חיפוש חוקי ברכב עשויים לשמש בסיס לחשד גם ביחס לביתו של החשוד, כאשר טיבם מלמד שהעבירה אינה נקודתית לרכב בלבד. כך נקבע בדעת רוב בעניין **משאיד** כי כאשר ברכב נתפסת כמות גדולה של סמים או ציוד המלמד על הפצה, ניתן להסיק כי מדובר בפעילות עבריינית רחבה יותר, שעשויות להימצא לה ראיות גם במקום המגורים. בנסיבות כאלה, לפי סעיף 25(1) לפקודה, עשויה לקום סמכות לחיפוש בבית ללא צו.¹¹⁷

בעניין זה יודגש כי הפסיקה עסקה גם בשאלת הקשר בין קיומו של מידע מודיעיני כלפי אדם, אשר במקרה נמצא ברכב. ההלכה הנוהגת מעגנת דרישת זיקה קונקרטית בין נושא החשד לבין אתר החיפוש. בכל הנוגע לרכב נקבע כי מקום שהחשוד נתפס כשהוא יושב בתוך רכבו ועילת החשד מתמקדת בו כאדם, החשד הסביר "משתרש" לרכב ומקים סמכות חיפוש גם בו בלא צורך בעילה נפרדת; הטעם הוא פונקציונלי-מעשי ונורמטיבי גם יחד. במצב של עיכוב "בלייב", הגוף והרכב מהווים מקשה מבצעית אחת, כך שהפרדה מלאכותית ביניהם תסכל את תכלית האכיפה ותיצור תמריץ שלילי להסתרת ראיות ברכב, בשל מעין "חסינות".¹¹⁸ עם זאת, תחולה זו מותנית בחפיפה בזמן ובמקום, ולא כאשר מתקיים ניתוק מרחבי או זמני בין החשוד לרכב. החשד ה"איש" די בו; לא נדרשת אינדיקציה משלימה הקושרת את הרכב עצמו לעבירה.¹¹⁹

מכלול זה יצר בפסיקה דוקטרינה מאוזנת של יסוד סביר לחשד בחיפוש ברכב: דרישה להצטברות של נסיבות ממשיות, זהירות ביחס לאינדיקציות סובייקטיביות והקפדה על עיתוי ופרופורצייה.

¹¹⁶ מדינת ישראל רשות הטבע והגנים נ' ג'מאל חאג', לעיל ה"ש 108, בעמ' 8–12.

¹¹⁷ ראו דעת הרוב בעניין **משאיד**, לעיל ה"ש 105.

¹¹⁸ ע"פ 1000/15 אשרף אבו אלחוזה נ' מדינת ישראל, פס' 15–22 (נבו 3.7.2015).

¹¹⁹ ת"פ (שלום ת"א) 50359-08-19 מדינת ישראל נ' חסן אבו קינץ, פס' 44–58 (נבו 28.12.2021).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

בתי המשפט שללו את "המסלול הקל ליס"ל",¹²⁰ קרי, ניסיון להצדיק בדיעבד חיפוש באמצעות תחושת ריח ערטילאית, לחץ או שיוך סביבתי כללי, והעדיפו רף ראייתי סביר, אך נדרש.

עם זאת, לדידי, יש להיזהר מפני החמרת יתר של דרישת היסוד הסביר לחשד, באופן שיהפוך אותה, הלכה למעשה, לדרישה להוכחת ביצועה של עבירה. אין להפוך את היוצרות: החיפוש אינו תוצאה של ודאות ראייתית, אלא כלי חקירתי שנועד לאפשר את בירור החשד בשלב ראשוני, שבו מטבע הדברים התמונה העובדתית חלקית בלבד. דרישת החשד הסביר נועדה למנוע פעולה שרירותית, ולא לשלול מן המשטרה כלי עבודה אפקטיבי במקום שבו מתקיימות נסיבות ממשיות המצדיקות בדיקה. בתוך כך, יש ליתן משקל גם לניסיונו המקצועי של השוטר, להכשרתו וליכולתו לזהות בזמן אמת דפוסי התנהגות, סימנים חפזיים או צירופי נסיבות המעוררים חשד. ניסיון זה אינו יכול לבוא במקום תשתית עובדתית אובייקטיבית, אך הוא מהווה נדבך מרכזי בהערכתה. האיזון הראוי מחייב אפוא להבחין בין תחושת בטן בלתי מבוססת, שאינה מקימה סמכות חיפוש, לבין הערכה מקצועית הנשענת על נסיבות קונקרטיות, גם אם אלה אינן עולות עדיין כדי ראייה מספקת להוכחת עבירה.

בכך נבנתה תשתית משפטית המגדירה את היס"ל לא כטקס פורמלי, אלא ככלי של איזון מהותי בין כוח האכיפה לבין כבוד האדם ופרטיותו.

ii. ביצוע עבירה בת מעצר

המונח "עבירה בת מעצר" מוגדר בחוק המעצרים כעבירה שאינה בגדר חטא.¹²¹ הגדרת "חטא" בחוק העונשין מתייחסת לעבירה שנקבע לה עונש מאסר לתקופה שאינה עולה על שלושה חודשים.¹²² הגדרה רחבה זו יוצרת מצב משפטי שבו הסמכות לעכב ולחפש בכלי רכב על פי סעיף 71(א) חלה על מרבית העבירות בספר החוקים הישראלי. רק מספר מצומצם של עבירות קלות במיוחד אינן נכללות בגדר עבירות בנות מעצר. התוצאה המעשית היא שסמכות החיפוש בכלי רכב ניתנת לשוטר במגוון רחב ביותר של מצבים ונסיבות.¹²³

מניתוח זה עולה כי מידת ההגנה המשפטית הניתנת לכלי רכב נמוכה בהשוואה למקומות אחרים. בעוד לשם חיפוש בבית מגורים או במקום פרטי נדרש כי תתבצע עבירת פשע,¹²⁴ הרי שבכלי רכב די בחשד לביצוע כמעט כל עבירה פלילית כדי להצדיק חיפוש. פער זה משקף הכרה בייחודיות של כלי הרכב כמרחב נייד הנמצא במרחב הציבורי ומשמש לעיתים ככלי לביצוע עבירות או להעלמת ראיות. בהתאם לכך, ניתן לומר כי הדין ממקם את כלי הרכב במדרג נורמטיבי שאינו לזה של מרחב פרטי מובהק, אך גם אינו שולל ממנו כל הגנה. מדובר ברף מופחת, אך כזה שאינו חורג לחלוטין ממסגרת האיזון החוקתי בין צורכי האכיפה לבין זכויות הפרט.¹²⁵

iii. החיפוש ברכב מותר רק אם הוא נדרש לאיתור העברין, הקורבן או איתור ראייה הקשורה לעבירה

¹²⁰ תביעות צפת נ' משה, לעיל ה"ש 107, בפס' 9.

¹²¹ ס' 23(א)(7) לחוק המעצרים.

¹²² כמו כן, החוק מגדיר עבירות חטא כעבירות שלא נקבע בצידן עונש מאסר, אלא קנס בלבד, כאשר קנס זה אינו עולה על שיעור הקנס שניתן להטיל בשל עבירה שעונשה הוא קנס שלא נקבע לו סכום. ראו ס' 24(3) לחוק העונשין.

¹²³ ה"ת (שלום ב"ש) 43521-03-24 אבו רקייק נ' מדינת ישראל, פס' 13 (נבו 28.6.2024).

¹²⁴ ס' 25(1) לפקודה.

¹²⁵ ת"פ (שלום ת"א) 2122-08-13 מדינת ישראל נ' שפדוב, עמ' 5 (נבו 15.6.2014).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

דרישה זו מבוססת על שתי תכליות מרכזיות: האחת ראייתית, והאחרת הגנתית. התכלית הראייתית נועדה לאפשר לרשויות האכיפה לאתר את מבצע העבירה ולמצוא ראיות הקשורות לאירוע הפלילי, וזאת לשם גיבוש בסיס עובדתי שיאפשר את קיום ההליך הפלילי. איתור החשוד ואיתור הראיות מהווים שניהם שלבים חיוניים בכל פעולת חקירה, תוך שימת דגש על תגובה מהירה לשם מניעת שיבוש, העלמה או השמדה של חומר ראיתי.¹²⁶

מנגד, התכלית ההגנתית מכוונת לצורך באיתור הקורבן, בעיקר במקרים שבהם נשקפת סכנה לשלומם או כאשר הוא זקוק לסיוע מידי. מדובר במענה ישיר למצבים שבהם הפגיעה או הסכנה טרם הסתיימו, או כאשר קיימת ודאות או הסתברות ממשית כי הקורבן מוחזק בניגוד לרצונו, פצוע או מצוי בסיכון מתמשך. יצוין כי איתור הקורבן עשוי לשאת גם ערך ראיתי. עם זאת, היבט זה נתפס כמשני ביחס להיבט המידי של ההגנה עליו, שהוא זה שמצדיק את הפעלת הסמכות במישור הראשוני.¹²⁷

לסיכום, סעיף 71(א) לחוק המעצרים מעמיד תנאי סף מצטברים להפעלת סמכות החיפוש ברכב ללא צו: קיומו של יסוד סביר לחשד לביצוע עבירה בת מעצר, זיקה תכליתית ברורה בין החיפוש לבין איתור העבריין, הקורבן או הראיה, ועיכוב הרכב כפעולת לוואי הכרחית לחיפוש.

ב.1.א.2. סעיף 71(ב)

סעיף קטן (ב) מרחיב את תחולתה של הסמכות הקבועה בסעיף קטן (א) ומורה כי ניתן להפעיל את סמכות העיכוב והחיפוש אף בנסיבות שבהן העבירה טרם בוצעה. ההרחבה חלה בשני מקרים מובחנים: האחד, כאשר קיים חשש כי עומדת להתבצע עבירה מן העבירות המנויות בסעיף 35(ב), המגדיר לעניין חוק המעצרים מה הן "עבירות ביטחון";¹²⁸ והשני, כאשר קיימת הסתברות גבוהה שעומדת להתבצע עבירה בת מעצר, היינו עבירות עוון ופשע.¹²⁹

כפי שיפורט להלן, החוק קובע הבחנה מהותית בין עבירות ביטחון לעבירות פליליות רגילות בכל הנוגע לרף הראייתי הנדרש להפעלת סמכויות העיכוב והחיפוש כאשר מדובר בעבירות עתידיות. הבחנה זו משקפת איזון דיפרנציאלי בין חומרת העבירה לבין מידת הפגיעה בזכויות הפרט הנובעת מהפעלת הסמכות לערוך חיפוש.¹³⁰

בחלופה הראשונה העוסקת בעבירות ביטחון נקבע כי די בקיומו של חשש לביצוע עבירה כאמור, וזאת מבלי שנדרש מבחן של סבירות או הסתברות ברמה מסוימת. המונח "חשש" בהקשר זה הוא רף ראיתי כללי, צופה פני עתיד, ואינו מתנה את הפעלת הסמכות בדרגת ודאות גבוהה. רמת החשש נראית נמוכה יחסית, ולפיכך עשויה להצדיק נקיטת אמצעי חיפוש גם כאשר טרם התגבשה העבירה, זאת נוכח הסכנה הנשקפת לציבור בצד קיומה של עבירת ביטחון.¹³¹ החלופה השנייה עוסקת במצב

¹²⁶ קדמי, לעיל ה"ש 96, בעמ' 19.

¹²⁷ שם.

¹²⁸ ס' 35(ב) לחוק מגדיר רשימה של עבירות אשר לעניין החוק ייחשבו כעבירות ביטחון. מדובר בעבירות לפי סימן ב' או סימן ד' בפרק ז' לחוק העונשין, וכן סעיפים 143, 144, 146 ו-147 לאותו חוק. נוסף על כך נכללות תקנות 58, 59, 62 ו-64 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945; עבירת טרור חמורה כהגדרתה בחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016; עבירות לפי החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954; וכן עבירות שבוצעו על ידי מי שעצור לפי החוק להארכת תוקפן של תקנות שעת חירום (יהודה והשומרון וחבל עזה – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), התשכ"ח-1967, ובלבד שמדובר בעבירה שאילו נעברה בישראל הייתה נמנית עם העבירות האמורות לעיל.

¹²⁹ ס' 23(א)(7) לחוק המעצרים.

¹³⁰ קדמי, לעיל ה"ש 96, בעמ' 19.

¹³¹ שם.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

שבו קיימת "הסתברות גבוהה" לביצועה הקרוב של עבירה בת מעצר, דהיינו כל עבירה שאינה חטא. בניגוד לחשש הכללי הקיים ביחס לעבירות ביטחון, כאן נדרשת רמת סיכון גבוהה, הקרובה לוודאות. רק בנסיבות בהן עולה סבירות ברורה כי העבירה תשתכלל בפועל, רשאי שוטר להפעיל את סמכות העיכוב והחיפוש מכוח סעיף זה, וזאת על מנת לסכל את מימושה של העבירה בזמן אמת.¹³²

מלשון סעיף 71 עולה מדרג ראייתי תלת-שכבתי: כאשר מדובר בעבירת ביטחון עתידית מן העבירות המפורטות בסעיף 35(ב), די בקיום "חשש" לביצועה; כאשר מדובר בעבירה בת מעצר שכבר בוצעה, נדרש "יסוד סביר לחשד" לביצועה; ואילו כאשר מדובר בעבירה בת מעצר עתידית שאינה עבירת ביטחון, נדרשת "הסתברות גבוהה" לכך שתתבצע. כך מתגבשת הייררכייה נורמטיבית פנימית: עבירות ביטחון כפופות לסף ראייתי נמוך יותר בשל חומרת הסיכון הביטחוני וצורך המניעה הדחוף; עבירות "רגילות" שכבר בוצעו מצריכות יסוד סביר לחשד במובנו הפסיקטי המקובל; ואילו פעולת חיפוש בנוגע לעבירה פלילית שטרם התרחשה מחייבת רף מוגבר של הסתברות גבוהה, רף המשקף את המתח החוקתי הטמון בהתערבות פרו־אקטיבית בזכויות הפרט בהיעדר מעשה עבירה ממשי.¹³³

ב.1.א.3. חיפוש ברכב: הסדר נורמטיבי שלם – או הסמכה חלקית המחייבת השלמה מן הדין הכללי?

סעיף 71, כפי שסקרנו לעיל, עוסק בבהירות רבה בתנאים ובמצבים בהם ניתנת לאיש סמכות המנדט לעכב רכב ולערוך חיפוש בו. המחוקק הביע עמדתו באשר לשאלה מתי ניתן להפעיל את הסמכות ויצר מסגרת תכליתית ייחודית החלה על כלי רכב – תוך הבחנה ברורה ממנגנוני חיפוש אחרים (כגון בגוף או בבית), הן ברף הראייתי והן בתכליות.

¹³² ת"פ (שלום ת"א) 21794-12-13 **מדינת ישראל נ' דדה**, פס' 13 (נבו 17.6.2015); ת"א (שלום י-ם) 21273-02-15 **אסף יצחק נ' מדינת ישראל - משטרת ישראל**, פס' 25 (נבו 20.3.2019); קדמי, לעיל ה"ש 96, בעמ' 19.

¹³³ חרף הסמכויות הרחבות הקבועות בס' 71 על שני סעיפיו הקטנים, ניתן להצביע על סוגי מקרים נוספים הראויים לכאורה להיכלל בו, אך לא נכללו בלשון החוק. לשון אחר, ניתן להעלות על הדעת עוד סוגי מקרים בהם ניתן יהיה בנסיבות מסוימות לתת לשוטר סמכות לעכב רכב ולבצע בו חיפוש. כך, בין היתר, ניתן למנות את הצורך במניעת סכנה מיידית לציבור כאשר כלי הרכב מהווה מפגע בטיחותי, הצורך בבירור מעמדו החוקי של כלי הרכב עצמו כאשר קיים חשד לגניבתו או זיופו, הצורך באכיפת צווים שיפוטיים, והצורך במניעת שיבוש הליכי חקירה, ועוד ועוד. סוגיה זו מעוררת את השאלה העקרונית האם רשימת המקרים המנויה בס' 71 לחוק המעצרים, המקנה סמכות עיכוב וחיפוש לשוטר, מהווה רשימה סגורה וממצה – אשר אין להוסיף עליה, אלא באמצעות תיקון חקיקה מפורש – או שמא מדובר ברשימה פתוחה לפרשנות, באופן המאפשר לכלול במסגרתה מקרים ותכליות נוספים מכוח פרשנות, היקף וכולי. במילים אחרות, עולה הצורך לבחון האם היעדרן של תכליות מסוימות מהסעיף נובע מלקונה לא מכוונת שניתן למלאה בפרשנות שיפוטית, או שמא מדובר בהסדר שלילי מודע מצד המחוקק, אשר בחר במפורש לצמצם את תחולת הסעיף רק למצבים שפורטו בו. התשובה לשאלה זו מחייבת עיון בלשון החוק ובהיקף המקרים הכלולים בו, כמו גם ניתוח תכליתו של הסעיף והאיזונים שהוא מבקש להגשים בין צורכי אכיפת החוק לבין ההגנה על זכויות היסוד של הפרט – ובראשן הזכות לחירות, לפרטיות ולשלמות הגוף (אסף ניב "הפעלת 'סעיפי סל' במקום בו קיימת עברה ספציפית בדין המשמעתי של עורכי הדין" **המשפט** ח 373, 584–590 (2003); ראו בשינויים המחייבים: אהרן ברק **פרשנות במשפט** 369–372 (כרך רביעי, תשס"א)). העובדה שהמחוקק בחר לנסח את הסעיף בנוסח מפורט, קונקרטי ומדוד – תוך הימנעות מהשאת מרחב לשיקול דעת כללי או לשון פתוחה ("כגון", "ובכלל זה" וכיו"ב) – עשויה ללמד על כוונה תחיקתית מובהקת לייצר הסדר שלילי סגור, דהיינו, לקבוע מתי כן ניתן להפעיל את הסמכות, ומתי לא. ניסוח זה מחזק את ההנחה שהרשימה המנויה בו היא ממצה, ונועדה למנוע הרחבה בלתי זהירה העלולה להביא לפגיעה בלתי מידתית בזכויות הפרט (ת"פ (מחוזי ת"א) 40074/07 **מדינת ישראל נ' ברכה**, עמ' 115–121 (נבו 27.5.2008); עפ"א (מחוזי ת"א) 35508-11-09 **גרבלסקי נ' עיריית תל אביב-יפו**, עמ' 3–6 (נבו 5.1.2011)). ואולם, על אף האמור, אין לקבוע מסמרות בשלב זה. ייתכן כי בנסיבות מסוימות, בהן מתקיים אינטרס ציבורי בעל עוצמה מיוחדת, צורך מבצעי דחוף או סיכון ממשי לחיי אדם, יהיה מקום לשקול בחינה פרטנית של גבולות הסעיף ותחולתו מכוח עקרונות פרשניים כלליים, ובפרט האיזון החוקתי שבין תכליות האכיפה לבין זכויות היסוד של הפרט. כל מקרה כאמור יידרש להיבחן על רקע נסיבותיו הקונקרטיות, ובמסגרת עקרונות פרשנות תכליתית ומידתית כפי שגובשו בפסיקה. אך נקודת המוצא הפרשנית לעניין סעיף 71 היא כי מדובר בהסדר ממצה שלא מאפשר להקנות מכוח דיני הפרשנות מקרים נוספים אשר יאפשרו עיכוב רכב וחיפוש בו.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

ואולם, בסוגיית ה"כיצד" יש לבצע את החיפוש, לשון הסעיף שותקת. היא אינה כוללת כל הוראה באשר לאופן עריכת החיפוש. שתיקה זו מעוררת את אחת הסוגיות המשפטיות המובהקות בכל הנוגע לחיפוש ברכב: **האם יש לראות בה כשתיקה המחייבת "השלמה פרשנית" באמצעות החלתם של כללי החיפוש "הכלליים" הקבועים בדין, או שמא היעדר ההוראות הדיוניות בסעיף 71(א) אינו בבחינת חסר – אלא מבטא כוונה תחיקתית מודעת ליצירת הסדר פרוצדורלי עצמאי ומובחן, המתאים לאופיו הייחודי של חיפוש ברכב.**

לשם כך, אפתח תחילה במיפוי עיקרי של ההסדרים הכלליים בדין הישראלי לעניין אופן עריכתו של חיפוש.

הפרק המרכזי העוסק בסוגיית החיפוש באופן כללי וכוללני הוא פרק ג' לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) שכותרתו "חיפוש".¹³⁴ מעתה פקודה זו תיקרא במאמר "הפקודה". פרק זה כולל בתוכו שני סוגי הוראות עיקריים: האחד, עוסק בסמכויות חיפוש מהותיות, קרי, במקרים ובתנאים שבהם רשאי שוטר לבצע חיפוש; השני, עוסק בהוראות הנוגעות לדרך עריכת החיפוש.¹³⁵ בתוך המסגרת הזו, שלוש הוראות חיקוק נחשבות לליבת ההסדר הפרוצדורלי, הוא דרך עריכת החיפוש: הראשונה היא חובת נוכחותם של שני עדים שאינם שוטרים בעת ביצוע החיפוש;¹³⁶ השנייה היא חובת הזדהות של השוטר בפני האדם כלפיו מתבצעת פעולת החיפוש;¹³⁷ ההוראה השלישית היא חובת עריכת רשימה אשר תכלול את כל המוצגים שנתפסו.¹³⁸

באשר לחובת ההזדהות, מבחינת הוראות הדין עולה כי אין צורך להיזקק להוראות הכלליות, שכן סעיף 72 לחוק המעצרים מחיל באופן מפורש את חובת ההזדהות על פעולה של עיכוב, לרבות עיכוב של רכב. בכך הופכת ההזדהות לחלק מובנה מאופן הפעלת הסמכות לפי סעיף 71, מבלי שנדרש לכך עיגון חיצוני נוסף.¹³⁹

בנוסף, גם ביחס לעריכת פרוטוקול חיפוש, סעיף 74 לחוק המעצרים מסדיר את החובה לעריכת דו"ח בתום העיכוב. אף שהמונח שבו השתמש המחוקק בחוק המעצרים הוא "דו"ח", הרי שבמובנו המעשי והתכליתי הוא דרישה לעריכת רשימה, הכוללת פרטים מהותיים בדבר העיכוב והפעולות שננקטו במסגרתו. מאחר שחיפוש ברכב לפי סעיף 71 הוא נגזרת ישירה של פעולת העיכוב, חלה גם עליו חובת התיעוד הקבועה.¹⁴⁰ לפיכך, מדובר בהסדר ייעודי וספציפי, ואין תחולה להוראות חיצוניות מהדין הכללי בעניין זה.

נוכחות עדים

¹³⁴ קדמי, לעיל ה"ש 96, בעמ' 95–56; הרפז וגולן **משפט ושיטור: זכויות אדם וסמכויות משטרה**, לעיל ה"ש 11, בעמ' 173–180.

¹³⁵ שם.

¹³⁶ ס' 26(א) לפקודה.

¹³⁷ ס' 5 לפקודת המשטרה; ס' 24 לחוק המעצרים.

¹³⁸ ס' 27 לפקודה.

¹³⁹ ס' 72 לחוק המעצרים. חיזוק למסקנה זו ניתן למצוא בס' 72(ב) לחוק המעצרים, הקובע הסדר ספציפי לעניין אופן ביצוע ההזדהות במקרה של עיכוב רכב לצורך חיפוש לפי סעיף 71 לחוק המעצרים. הסעיף קובע כי "על אף הוראות סעיף קטן (א), שוטר המעכב לפי סעיף 71, יזהה את עצמו על פי הוראות סעיף 5 לפקודת המשטרה". הוראה זו מצמצמת את דרישות ההזדהות החלות במקרה הספציפי של עיכוב רכב למטרת חיפוש, ומפנה להסדר ההזדהות הקבוע בסעיף 5 לפקודת המשטרה בלבד, שהינו מצומצם בהרבה מהחובות החלות מכוח סעיף 24 לחוק המעצרים. ראו: קיטאי סגור, **המעצר**, לעיל ה"ש 97, בעמ' 405–408; ת"פ (שלום חיפה) 6248/00 **מדינת ישראל נ' דניאל**, עמ' 4 (נבו 10.9.2002).

¹⁴⁰ קדמי, לעיל ה"ש 96, בעמ' 24–25.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

נמצאנו למדים, אפוא, כי שתי חובות עיקריות, חובת ההזדהות וחובת התיעוד, זכו לעיגון ישיר וייעודי במסגרת חוק המעצרים עצמו, באופן שאינו מצריך הפניה לדין הכללי. בתוך כך, החובה המרכזית שנותרת ללא הסדרה מפורשת וללא מענה חקיקתי ברור היא חובת נוכחות עדים בעת ביצוע החיפוש. יצוין כי שאלת תחולתה של חובת נוכחות העדים בעת עריכת חיפוש ברכב טרם נדונה לגופה בפסיקת בית המשפט העליון ככלל, ובפרט בהקשר של סעיף 71 לחוק המעצרים. למעשה, סוגיה זו היא נגזרת ישירה מהשאלה העקרונית עימה אנו מתמודדים והיא האם סעיף זה מהווה הסדר חקיקתי שלם ועצמאי, כזה המכונן מערכת סמכויות עצמאית, לרבות הוראות פרוצדורליות, או שמא מדובר בסעיף המספק מקור סמכות מהותי בלבד, באופן שמחייב הפניה לדין הכללי לצורך השלמת אופן הפעלתו.

יוער כי בפרשת **אבו אלחוזה**¹⁴¹ ובפרשת **סקייריס**¹⁴² דן בית המשפט העליון בסמכות החיפוש לפי סעיף 71, כאשר בשני המקרים נערך חיפוש לאחר נהיגה ברכב ובאופן, בהתאמה, ללא נוכחות עדים. ברם, נושא העדים לא הועלה כלל על ידי ההגנה, באף אחד משלבי ההליך בערכאות השונות ואף לא בטיעוני הערעור. משכך, בית המשפט לא נדרש לסוגיה. לפיכך, יש לומר בזיהור כי הסוגיה טרם נדונה במפורש בפסיקת העליון, והמעבר האפשרי מהוראת סעיף 71 לדין הכללי, ובפרט לחובת העדים, נותר שאלה פרשנית שטרם הוכרעה.¹⁴³

בהמשך לבחינה האמורה לעיל, ראוי להידרש גם להחלטת בית המשפט העליון בעניין **קאניאוונג**,¹⁴⁴ אשר מוסיפה נדבך אפשרי להבנת האופן שבו עשוי להתפרש סעיף 71 לחוק המעצרים בהקשר לחובת נוכחות עדים בעת חיפוש ברכב. באותו מקרה, בין היתר, נערך חיפוש ברכב ונמצאו בו סמים. במסגרת ערר ההגנה לבית המשפט העליון בדבר שאלת קיומן של ראיות לכאורה, נטען מטעם ההגנה כי החיפוש שבוצע ברכב נעשה שלא כדין – בין היתר בשל היעדרו של יסוד סביר לחשד, אי פנייה לבעל הרכב לקבלת הסכמה לחיפוש, ולעניין הרלוונטי לענייננו – משום שלא נערך חיפוש בפני שני עדים, בניגוד לכאורה לחובת נוכחות עדים הקבועה בסעיף 26 לפקודה.¹⁴⁵ בתשובתה טענה המדינה כי החיפוש היה תקין ונערך מכוח סעיף 71 לחוק המעצרים.¹⁴⁶

בהחלטתו התייחס בית המשפט לטענות ההגנה בנוגע לחיפוש ברכב וציין בקצרה: **"אוסף, כי לגבי החיפוש ברכב חלה אף לדעתי לכאורה הוראת סעיף 71 לחוק המעצרים העוסקת ספציפית בחיפוש**

¹⁴¹ עניין **אבו אלחוזה** לעיל ה"ש 118, בפס' 16.

¹⁴² עניין **סקייריס**, לעיל ה"ש 112.

¹⁴³ ניתן היה לטעון, כי העובדה שבית המשפט העליון לא מצא לנכון להעיר מיוזמתו על היעדרם של עדים בחיפוש שבוצעו בפרשות שלעיל, מלמדת על כך שאין הוא סבור כי חלה חובה שכזו מכוח ס' 71. ואולם, טענה זו מעוררת קושי פרשני מהותי ויש להסתייג ממנה. ככלל, בית המשפט אינו נוטה להידרש, מיוזמתו, לסוגיות משפטיות עקרוניות אשר לא הועלו על ידי בעלי הדין, על אחת כמה וכמה כאשר אלו לא זכו לבירור עובדתי ומשפטי במסגרת הערכאות הדיוניות. חריגה מכך נעשית רק כאשר מדובר בפגם מהותי הפוגע בתקינות ההליך או בזכויות יסוד באופן מובהק – מה שלא נטען ולא הוכח באותן פרשות. כמו כן, הכלל הפרשני המחייב הוא שאין ללמוד משתיקה שיפוטית כדי לגבש הלכה, קל וחומר כאשר מדובר בשאלה נורמטיבית שטרם נדונה כלל לעומקה. שתיקת בית המשפט אינה מהווה כשלעצמה הכרעה, אלא לכל היותר מצב ביניים פרוצדורלי שאינו שולל את האפשרות שהסוגיה תוכרע בעתיד, אם תובא לבירור מפורש. מכאן, שהיעדר ההתייחסות המפורשת לסוגיית העדים אינו יכול להיחשב לעמדה שיפוטית של דחיית החובה או של שלילתה, אלא רק כעדות לכך שהסוגיה טרם נדונה. ראו, בשינויים המחייבים, רע"א 2401/21 ג'אעוני נ' **נחלת שמעון בע"מ**, (נבו 1.3.2022).

¹⁴⁴ בש"פ 1636/13 **קאניאוונג נ' מדינת ישראל** (נבו 24.3.2013).

¹⁴⁵ שם, בפס' ד'–ה'.

¹⁴⁶ שם, בפס' ו'. יוטעם, כי האופן שבו הובאה תגובת המדינה בהחלטה משקף אך ורק את תמציתה כפי שנוסחה על ידי בית המשפט, באופן תמציתי וחלקי, ואינו מלמד בהכרח על מלוא היקפה או ניסוחה המקורי של התגובה כפי שהוגשה ממילא, אין להסיק מן האמור בהחלטה כי כך דווקא נערכה או נוסחה תגובת המדינה לפני בית המשפט בטרם הדין.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

ברכב במקרה של 'יסוד סביר לחשד' – אמר ולא יסף.¹⁴⁷ בהקשר זה, יש לייחד תשומת לב ללשונו של בית המשפט, אשר קבע כי לגבי החיפוש ברכב חלה הוראת סעיף 71 לחוק המעצרים **"העוסקת ספציפית בחיפוש ברכב"**.¹⁴⁸ השימוש במונח "ספציפית" טומן בחובו משמעות פרשנית אפשרית, לפיה סעיף 71 אינו רק מקור סמכות מהותי, אלא הסדר ייעודי ומובחן המתייחס ישירות לאופן החיפוש ברכב, באופן שעשוי לשלול את תחולתן של הוראות כלליות אחרות, ובכללן חובת נוכחות העדים לפי סעיף 26 לפקודה.

במילים אחרות, המינוח שנבחר עשוי להעיד על תפיסה שלפיה הסעיף מבקש להקים מערך עצמאי של כללים, העומד בזכות עצמו, ואינו נזקק להשלמות חיצונית לשם הפעלתו. נתון זה אף מקבל משנה תוקף נוכח העובדה שהערר על ההחלטה נדחה, מבלי שנקבע כי נפל פגם כלשהו באופן ביצוע החיפוש ברכב. עוד אוסיף כי עלו קולות בפסיקה כי בחירתו הטרמינולוגית של בית המשפט, בבחירת המונח "ספציפית", מלמדת על כך שמדובר בהסדר עצמאי ונפרד ושלם.¹⁴⁹ עם זאת, וכפי שיפורט, יש לנהוג בזהירות רבה בפרשנות לשון זו, נוכח מסגרת ההליך הדיונית והיעדר ניתוח מפורש בסוגיה.

מדובר בהחלטה שניתנה במסגרת "הליך מעצר", אשר מעצם טיבו אינו נועד להכריע בשאלות של קבילות ראיות או חוקיות פעולות חיפוש, אלא רק לבחון את קיומה של תשתית ראייתית ראשונית לצורך מעצר. ככלל, בית המשפט נוטה להימנע מהכרעות מהותיות בשאלות של חוקיות חיפוש במסגרת דיוני מעצר, אלא אם מדובר בפגם חריג ובולט, שיש בו כדי לפגוע בתקינות ההליך במידה חמורה. ההנחה השיפוטית הרווחת היא כי המקום הראוי לבירור שאלות אלו הוא ההליך העיקרי.¹⁵⁰ משכך ניתן לטעון כי גם אם היה פגם בכך שהחיפוש לא נערך בפני שני עדים ייתכן שביטול המשפט לא ראה בכך פגם מהותי בדרגה המחייבת התערבות שיפוטית מיידיית במסגרת הליך מעצר – ומסיבה זו בלבד לא התייחס לסוגיה בהחלטתו.

בנוסף, ההחלטה ניתנה על ידי "דן יחיד", ולא על ידי הרכב, וממילא אינה בעלת מעמד הלכתי מחייב.¹⁵¹ אולי מעל לכל, יש להדגיש כי בית המשפט כלל לא התייחס באופן מפורש לסוגיית חובת העדים. לשונו הייתה עמומה ומרומזת, מבלי לקבוע האם סעיף 71 מהווה הסדר שלם הפוטר מדרישה זו. עמימות זו אינה מבהירה את עמדת בית המשפט ואף מעלה יותר סימני שאלה מאשר תשובות באשר לטיבה של החובה ומעמדה הפרשני. בהצטרבות כל השיקולים, לדידי אין בהחלטת בית המשפט בעניין **קאניאוונג** כדי לטעת מסמרות בשאלת תחולתה של חובת נוכחות העדים על חיפוש ברכב מכוח סעיף 71. עם זאת, יש בהחלט מקום לראות בה ביטוי לנטייה פרשנית אפשרית

¹⁴⁷ שם, פסי' י"ב.

¹⁴⁸ שם.

¹⁴⁹ עניין **שפדוב**, לעיל ה"ש 125, בעמ' 32.

¹⁵⁰ רון שפירא, איתי ברסלר-גון ואילנית הלל **הליכי מעצר מורה נבוכים** 207–208 (מהדורה רביעית, יוני 2024); עניין **קאניאוונג**, לעיל ה"ש 144, פסי' ט'–יא.

¹⁵¹ ראו סי' 20(ב) לחוק-יסוד: השפיטה; בשי"א 1018/12 **וייס נ' תמיר מולקנדוף**, פסי' 4 (נבו 2012.4.24); ורד דשא **מערכת המשפט בישראל** פרק שביעי, בית המשפט העליון, וכן בעמ' 398–402 (2019). שילובם של סי' 18 לחוק-יסוד: השפיטה וסעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט מלמד על רף מינימלי לקביעת הלכה. יצוין כי סעיף 18 קובע כי רק "ענין שפסק בית המשפט העליון בשלושה" יכול להיות נשוא לדיון נוסף בהרכב מורחב של חמישה שופטים או יותר. סי' 30(ב), בקובעו את העילות לדיון נוסף, מתייחס במפורש ל"הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון" כתנאי המקדים למתן הרשות. מכאן ניתן להסיק כי "הלכה", היא החלטה שניתנה בהרכב של שלושה שופטים לפחות. ראו דני"פ 4774/14 **ארזון נ' מדינת ישראל משטרת ישראל**, פסי' 2 (נבו 2014.12.31).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

לראות בסעיף 71 הסדר נורמטיבי סגור, אשר אינו נזקק לתוספות שמקורן אינו נעוץ בחוק המעצרים.¹⁵²

בהתאם לכך, אין זה מפתיע כי בפסיקה עצמה נתגבשו גישות שונות בשאלת תחולתה של חובת נוכחות עדים בעת חיפוש ברכב מכוח סעיף 71. כך למשל, בעניין **מסארווה**¹⁵³ ובעניין **עטור**¹⁵⁴ החילו בתי המשפט את סעיף 26 לפקודה, המחייב נוכחות שני עדים על חיפוש ברכב, תוך הנחה מובלעת שלפיה הוראות פרק החיפוש הכללי שבפקודה חלות גם על חיפוש ברכב. עם זאת, בשני המקרים מדובר בהחלטות חלקיות, ולא מנומקות מבחינה פרשנית.

כך, בעניין **מסארווה**, אף על פי שהחיפוש בוצע ברכב, בית המשפט כלל לא שקל את תחולתו של סעיף 71. תחת זאת, בחר להחיל באופן "אוטומטי" את סעיף 26 וקבע כי בנסיבות המקרה התקיים "חריג" המצדיק את עריכת החיפוש ללא נוכחות עדים. קביעה זו ניתנה ללא כל דיון עצמאי במעמדו של סעיף 71 או בבחינת שאלת שלמותו הנורמטיבית של ההסדר שבו.¹⁵⁵ בעניין **עטור**, בית המשפט אומנם הכיר בכך שהבסיס החוקי לביצוע החיפוש ברכב היה סעיף 71 לחוק המעצרים, אולם הוסיף כי "**אניח לצורך הדיון כי... סעיף 26, בעניין "נוהל החיפוש", חל גם בחיפוש ברכב**".¹⁵⁶ אף כאן, לא נערך ניתוח משפטי של ממש באשר לשאלת התחולה, וההנחה כי סעיף 26 חל נותרה ללא הנמקה פרשנית. בהכרעת הדין נקבע כי גם אם נפל פגם בכך שלא נערך החיפוש בנוכחות שני עדים, אין בכך כדי להביא לפסילת הראיות שנתפסו, ועל כן אין צורך להכריע בשאלה האם סעיף 26 לפקודה חל על חיפוש ברכב. חרף אמירה זו, בהכרעת הדין ניכרת נטייה שיפוטית להחיל את הוראות סעיף 26 גם על חיפוש מכוח סעיף 71 לחוק המעצרים.¹⁵⁷

מנגד, קיימות לאורך השנים כמה הכרעות דין בערכאות הדיוניות אשר בחנו לעומק את שאלת תחולתה של חובת נוכחות העדים על חיפוש ברכב לפי סעיף 71, והגיעו למסקנה הפוכה – ולפיה מדובר בהסדר חקיקתי עצמאי ושלם, שאינו דורש הפניה לדין הכללי לצורך השלמתו.¹⁵⁸ פסק הדין המכונן בעניין זה ניתן על ידי בית המשפט המחוזי בחיפה בפסק הדין **מולוקנדוב**,¹⁵⁹ אשר סקר בתוכו בין היתר את המגמות השונות בפסיקה.

בפסק הדין נדון מקרה בו במסגרת סיור שגרתי, הבחינו שוטרים ברכב עומד, עם כמה צעירים לצידו. משהבחינו הצעירים בניידת המשטרה, אחד הצעירים זרק דבר מה לשיחים. השוטרים הגיעו לכיוון הצעירים ונערך חיפוש על הצעיר שהשליך את "החפץ", ולא נמצא דבר. לאחר מכן המשיב נעל את הרכב והחל להתרחק מהמקום. השוטרים עיכבו אותו וביצעו חיפוש ברכב, בו נמצאו, בין היתר, סמים בכמות קטנה. המשיב הודה ביחס לחלק מהסמים שנמצאו ברכב. המחלוקת בין הצדדים נסובה סביב שאלת חוקיותו של החיפוש ברכב ותקינותו. בית משפט השלום קבע שהחיפוש ברכב לא היה חוקי מכיוון שהוא נעשה ללא נוכחות שני עדים כנדרש לפי סעיף 26 לפקודה, ולכן

¹⁵² עניין **שפדוב**, לעיל ה"ש 125, בעמ' 2–3.

¹⁵³ ת"פ (מחוזי חי') 7094-08 **מדינת ישראל נ' מסארווה** (נבו 17.3.2009).

¹⁵⁴ ת"פ (שלום קצ') 8239-02-13 **מדינת ישראל נ' עטור** (נבו 8.9.2016).

¹⁵⁵ עניין **מסארווה**, לעיל ה"ש 153, בעמ' 10–12.

¹⁵⁶ עניין **עטור**, לעיל ה"ש 154, בפס' 22.

¹⁵⁷ שם, בפס' 17–24.

¹⁵⁸ ראו ת"פ (שלום ת"א) 15203-10-15 **מדינת ישראל נ' גבאי**, פס' 30–34, 41 (נבו 29.3.2017); ת.פ. (מחוזי ב"ש) 8179-08 **מדינת ישראל נ' אבולקיעאן**, פס' 23 ואילך (נבו 16.9.2010); בשינויים המחייבים: עניין **שפדוב**, לעיל ה"ש 125, בעמ' 6–4.

¹⁵⁹ ע"פ (מחוזי חי') 16928-02-22 **מדינת ישראל נ' מולוקנדוב** (נבו 9.6.2022) (להלן: עניין **מולוקנדוב**).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

פסל את הראיות וזיכה את המשיב מהעבירות שיוחסו לו. הפרקליטות הגישה ערעור על פסק הדין לבית המשפט המחוזי וטענה כי החיפוש ברכב היה חוקי ולא נדרשו שני עדים.¹⁶⁰

בפסק הדין, נכנס בית המשפט המחוזי לעובי הקורה ובחן באופן יסודי האם סעיף 71(א) לחוק המעצרים מהווה הסדר נורמטיבי שלם ומיוחד, ומשכך פוטר מהצורך לקיים חיפוש ברכב בנוכחות שני עדים שאינם שוטרים, או שמא יש להחיל על חיפוש זה את הוראת סעיף 26 לפקודה. במסגרת בחינה זו, נשען בית המשפט על כמה אדנים משפטיים ופרשניים, המבססים את המסקנה כי סעיף 71(א) הינו הסדר שלם, נפרד וייחודי, שאינו מחייב דרישה כאמור.

בראש ובראשונה, עמד בית המשפט על כך שסעיף 71(א) לחוק המעצרים קובע סמכות ייחודית לעריכת עיכוב וחיפוש ברכב כאשר מדובר בעבירה בת מעצר, קרי, כל עבירה שאינה מסוג חטא. בכך, המחוקק הבדיל בין חיפוש ברכב, המותר גם בעבירות מסוג עוון, לבין חיפוש מכוח סעיף 25 לפקודה, שבו נדרש חשד לביצוע עבירת פשע. יתרה מכך וכפי שפורט, סעיף 72(ב) לחוק המעצרים מחריג את החיפוש ברכב מהוראות סעיף 24 לפקודה הנוגע לחובת ההזדהות, ומסתפק בהזדהות לפי סעיף 5 לפקודת המשטרה. אלו מלמדים כי מדובר בהסדר נורמטיבי שלם וייחודי לחיפוש ברכב. משכך, אין לקרוא לתוך הסעיף את החובה לנוכחות עדים בעת עריכת חיפוש.¹⁶¹

יתרה מכך, בית המשפט יישם את הכלל הפרשני, ולפיו כאשר קיימת התנגשות או חפיפה בין הוראה כללית להוראה ספציפית, תגבר ההוראה הספציפית – וזאת נוכח ההנחה כי היא נועדה להסדיר במדויק מצב ספציפי, ולכן יש לפרשה כממצא ואינה נזקקת להשלמה מההסדר הכללי. על כן, הכיר בית המשפט בסעיף 71 לחוק המעצרים כהוראה ייחודית וספציפית שנועדה להסדיר את סוגיית החיפוש ברכב על דרך של הסדר שלם – הן מבחינת העילה, והן מבחינת נוהל ביצוע חיפוש, ככזה אשר אינו כולל שני עדים.¹⁶²

עוד הטעים בית המשפט כי סעיף 25 לפקודה עוסק בסמכות לעריכת חיפוש "בכל בית או מקום".¹⁶³ אין מחלוקת כי הוראות סעיף 26 לפקודה, המחייבות בין היתר נוכחות שני עדים שאינם שוטרים במהלך החיפוש, חלות על חיפוש שנערך מכוח סעיף 25. בית משפט קמא בהכרעת הדין קבע במשתמע כי ניתן לראות ברכב כ"מקום" לצורך סעיף 25, ומתוך קביעה זו גזר את הרציונל להחלת דרישת העדים גם על חיפוש ברכב.¹⁶⁴ בית המשפט המחוזי דחה את העמדה הפרשנית של בית משפט קמא, שלפיה ניתן לסווג רכב כ"מקום" לעניין סעיף 25 לפקודה. קביעה זו התבססה, בין היתר, על ההבחנה התשתיתית שבין "מקום" לבין "מיטלטלין", כפי שהיא משתקפת בלשון החוק ובהוראות הפקודה.¹⁶⁵

בית המשפט ביסס את קביעתו על כתיבתו של המלומד קדמי, אשר עמד בספרו על ההבחנה המושגית בין "בית או מקום" לבין מיטלטלין, וציין כי לפי הדין המנדטורי והישראלי גם יחד, המונח "מקום" בפקודה מתייחס למבנים נייחים בלבד, דוגמת בית, חצר, משרד או שטח מגודר, ואינו כולל כלי רכב.¹⁶⁶ גם הפסיקה שקדמה לחקיקת פרק ג' לחוק המעצרים ראתה ברכב "מיטלטלין", ולא

¹⁶⁰ שם, בפסי' 6-18 לפסק הדין של השי' מ' דאוד.

¹⁶¹ שם, בפסי' 49-51 לפסק הדין של השי' מ' דאוד, ופסי' 4 לפסק הדין של השי' מ' עלי.

¹⁶² שם, בפסי' 53 לפסק הדין של השי' מ' דאוד.

¹⁶³ סי' 25 לפקודה.

¹⁶⁴ עניין **מולוקנדוב**, לעיל ה"ש 159, בפסי' 5-10 לפסק הדין של השי' מ' דאוד.

¹⁶⁵ שם, בפסי' 54 לפסק דינו של השי' מ' דאוד, ופסי' 4 לפסק הדין של השי' מ' עלי.

¹⁶⁶ קדמי, לעיל ה"ש 96, בעמ' 695.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

"בית או מקום".¹⁶⁷ הבחנה זו, הרואה שוני בין חיפוש במקרקעין לבין חיפוש בחפץ נייד, עומדת בליבת ההצדקה לפרשנות לפיה חיפוש ברכב ראוי שיתבצע לפי ההסדר הייעודי שנקבע בחוק המעצרים – ולא מכוח ההסדר הכללי של הפקודה.¹⁶⁸

נימוק נוסף, אשר לענייננו הוא אולי החשוב מכולם, נוגע למאפיינים הפונקציונליים והמבניים הייחודיים של כלי רכב, ובראשם – הניידות במרחב ובזמן. בשונה ממבנה נייח כגון בית או חצר, רכב אינו מקובע למקום מסוים ויכול לנוע באופן חופשי, לעיתים תכופות ובמהירות. מאפיין זה יוצר מציאות ייחודית שבה הצורך בביצוע חיפוש ברכב נדרש להיעשות לעיתים קרובות באופן מיידי, על אתר, ובסמוך למפגש האקראי עם הרכב או עם מי שעושה בו שימוש. בית המשפט עמד על כך שכאשר שוטר נתקל ברכב בתנועה, או באדם העולה אליו, יוצא ממנו או עומד להשתמש בו, עליו להיות מסוגל לבצע את החיפוש באופן מהיר, מיידי ויעיל, בטרם תתאפשר העלמת ראיות או התרחקות הרכב מהמקום. קביעה שלפיה יש להחיל את דרישת נוכחותם של שני עדים שאינם שוטרים כחלק מתנאי סף לחיפוש ברכב, עלולה, ברמה המעשית, להביא לסיכול מטרת החיפוש כולו. דרישה זו אינה ריאלית במקרים רבים, בייחוד כאשר מדובר בשעות לילה, במקומות מבודדים, או בסיטואציות שבהן אין נוכחים עובדי אורח ניטרליים שניתן לגייסם כעדים.¹⁶⁹

מעבר לכך, הטלת חובה כזו עלולה להאריך את פרק הזמן שבו האדם המעוכב מצוי במגע עם רשויות האכיפה ולגרום לעיכוב מיותר ולפגיעה לא מוצדקת בזכויותיו. על כן, קבע בית המשפט כי פרשנות מרחיבה שתוביל להחלת סעיף 26 במקרים של חיפוש ברכב אינה עולה בקנה אחד עם תכלית החקיקה, ואף חותרת תחת יעילות האכיפה. הפרשנות הנכונה, כך נפסק, היא זו המבחינה בין חיפוש במבנה נייח לבין חיפוש ברכב, ומכירה בכך שהחיפוש ברכב דורש גמישות מבצעית ואמצעים פרוצדורליים מתואמים – תוך פטור מהחובה לנוכחות עדים שאינם שוטרים.¹⁷⁰

בהערת אגב אציין כי השופט מ' עלי, שהצטרף לפסק הדין המרכזי, קבע כי הפסיקה מצביעה על כך שהתכלית של דרישת נוכחות שני עדים נועדה למנוע חשש לשתילת ראיות ולשמור על טוהר ההליך. אלא שכיום, בעידן שבו קיימות אפשרויות תיעוד מתקדמות (כגון מצלמות גוף, צילום וידאו בניידים ומכשור דיגיטלי נוסף), הצורך האפקטיבי בשני עדים לשם פיקוח וודאות – פוחת משמעותית. נקבע כי על אף שהרציונל של טוהר החיפוש רלוונטי עקרונית גם לחיפוש ברכב, לשון החוק המפורשת והתכלית האופרטיבית של סעיף 71 לחוק המעצרים גוברות, ולפיכך אין לקרוא לתוך ההסדר דרישה כזו.¹⁷¹

אשר על כן, מן המקובץ עולה כי הסוגיה טרם הוכרעה בעליון. בפסיקה קיימות גישות סותרות, אך הגישה השלטת רואה בסעיף 71 לחוק המעצרים הסדר ספציפי ואוטונומי לחיפוש ברכב, שאינו מחייב נוכחות עדים. יצוין כי בנוסף לנימוקים שנדונו, בית המשפט בעניין **מולוקנדוב** התייחס גם לאפשרות נוספת לביסוס סמכות החיפוש ברכב, והיא מכוח הוראות פקודת הסמים המסוכנים.¹⁷² עניין זה הוזכר כבסיס חלופי לקיומה של סמכות חיפוש, ולעיון בסוגיה האם יש חובה לנוכחות עדים

¹⁶⁷ שם, עמ' 695–696.

¹⁶⁸ שם.

¹⁶⁹ עניין **מולוקנדוב**, לעיל ה"ש 159, בפס' 55 לפסק הדין של הש' מ' דאוד.

¹⁷⁰ שם, בפס' 55, ופס' 6 לפסק הדין של הש' מ' עלי.

¹⁷¹ שם.

¹⁷² פקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג–1973 (להלן: "**פקודת הסמים המסוכנים**").

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

בעת חיפוש ברכב. נימוק זה יידון בהקשרו המלא בפרק הבא, העוסק בסמכויות חיפוש מכוח פקודת הסמים.

ב.1. ב. חיפוש מכוח פקודת הסמים

לאחר הצגת המסגרת הנורמטיבית הקבועה בסעיף 71 לחוק המעצרים, המהווה את המקור הנורמטיבי המרכזי והכללי לסמכות עריכת חיפוש ברכב, אמשיך במסע הפרשני אל מקור סמכות ייחודי נוסף – פקודת הסמים המסוכנים.¹⁷³ פקודה זו מהווה את ההסדר הנורמטיבי העיקרי לפיקוח, אכיפה ומניעה של עבירות סמים בישראל.¹⁷⁴ מעבר להסדרים המהותיים, הפקודה מעניקה לרשויות האכיפה סמכויות נרחבות במיוחד, החורגות מהנורמות המקובלות בדין "הכללי". כך לדוגמה, סמכויות אלה כוללות, בין היתר, היתר, היתרים מיוחדים לביצוע חיפושים ללא צו, ברף חשד נמוך יותר מזה הנדרש בדין הכללי, סמכויות חילוט מורחבות, ועוד.¹⁷⁵ הרציונל העומד בבסיס הענקת סמכויות חריגות אלה נעוץ בהכרה, יש הטוענים ארכאית, בקשיים המיוחדים הכרוכים באכיפת עבירות הסמים – החל מהקלות היחסית בהסתרת חומרים אסורים, דרך המהירות שבה ניתן להשמיד ראיות, וכלה בטבען החשאי והמאורגן של רשתות הסחר. גישה זו יוצרת מתח מתמיד בין הצורך באכיפה יעילה לבין ההגנה על זכויות הפרט, מתח המחייב איזון עדין ובחינה מתמדת של גבולות הסמכות השלטונית.¹⁷⁶

סעיף 28 לפקודת הסמים המסוכנים עוסק בסמכויות חיפוש של שוטרים בכל הקשור לאכיפת פקודת הסמים. במסגרת הסעיף נקבע, בין היתר, בסעיף מיוחד ונפרד כי לשוטרי סמכות לערוך חיפוש ללא צו ברכב, אם החיפוש נדרש לצורך אכיפת הוראות פקודת הסמים.¹⁷⁷ מכאן עולה אותה שאלה עקרונית בדבר היחס בין הוראה זו לבין ההסדרים הכלליים לחיפוש לפי פקודת סדר הדין הפלילי, וחוק המעצרים: האם מדובר בהוראה ייחודית שגוברת על הדין הכללי בשל אופייה הספציפי והטעמים העומדים בבסיסה, או שמא יש לפרש את הסמכות לפי סעיף 28 באופן מצומצם ובהתאם לעקרונות הכלליים. במילים אחרות, השאלה היא אם סעיף 28 מקים הסדר מהותי ופרוצדורלי שלם, בדומה לסעיף 71 לחוק המעצרים, אך במובחן ממנו, או שמא מדובר בסמכות מהותית בלבד, המחייבת ייבוא של ההסדרים הנלווים (כגון דרכי ביצוע, נוכחות עדים ותיעוד) מהדין הכללי.

בהשוואה לחיפוש ברכב מכוח סעיף 71 לחוק המעצרים, הסוגיה הפרשנית ביחס לחיפוש ברכב מכוח פקודת הסמים מצומצמת בתחומה ובמורכבותה. עיון בדברי ההסבר לתיקון 3 לפקודה,¹⁷⁸ אשר מהווים נקודת ציון מהותית להבנת כוונת המחוקק ותכלית ההסדר הנורמטיבי,¹⁷⁹ מעלה כי

¹⁷³ שם.

¹⁷⁴ יעקב קדמי על פקודת הסמים המסוכנים: הדין בראי הפסיקה 1–6 (מהדורה מעודכנת, 2007).

¹⁷⁵ כך לדוגמה: הרף הנדרש להפעלת סמכות חיפוש לפי ס' 28(ב)(3)–(4) לפקודת הסמים המסוכנים נמוך מזה הנדרש במבחן "יסוד סביר לחשד" שבס' 25 לפקודת סדר הדין הפלילי. עניין זייצב, לעיל ה"ש 17, בפס' 20–21 (נבו 12.8.2021); הפקודה הרחיבה את הסמכות הנוגעת לאפשרות לבצע חיפוש ללא צו בבית גם בעבירות מסוג עוון, בעוד בדין הכללי סמכות זו מוגבלת לעבירות מסוג פשע בלבד. ע"פ (מחוזי ים) 10297-09-21 מדינת ישראל נ' שמעון, פס' 6 (נבו 19.5.2022). להרחבה ראו קדמי, על פקודת הסמים המסוכנים, לעיל ה"ש 174.

¹⁷⁶ דברי ההסבר להצעת חוק לתיקון פקודת הסמים המסוכנים (מס' 3), התשמ"ח–1988, ה"ח 1893, 242–243. ראו בשינויים המחייבים: עניין זייצב, לעיל ה"ש 17, בפס' 17 לפסק הדין של השופט אלרון (נבו 12.8.2021).

¹⁷⁷ ס' 28(ב)(1) לפקודת הסמים המסוכנים.

¹⁷⁸ חוק לתיקון פקודת הסמים המסוכנים (מס' 3), תש"ל–1970.

¹⁷⁹ רע"א 10011/17 מי-טל הנדסה ושירותים בע"מ נ' האלד סלמאן, פס' 35–36 (נבו 19.8.2019), ראו שם את התייחסות בית המשפט למעמד של דברי ההסבר לחוק.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

התכלית העומדת בבסיס הענקת סמכויות חיפוש מורחבות לרשויות האכיפה היא: **"לתת בידי המשטרה כלי עזר להגברת יעילות פעולתה במלחמתה בנגוע הסמים, וכפועל יוצא מהקשיים שבהם היא נתקלת במלחמה לחשיפת מבריחי סמים וסוחרי סמים ולאיסוף ראיות נגדם"**. דברי ההסבר ממשיכים ומציינים כי: **"קושי נוסף הוא צורך לחפש ברכב ללא צו חיפוש בנסיבות שבהן לא ניתן להשיג צו חיפוש. הרחבת סמכות החיפוש לעניין זה חיונית למלחמה יעילה בסחר הסמים"**.¹⁸⁰ מכאן, שסעיף 28 לפקודת הסמים, שנועד להתמודד עם עבירות סמים המאופיינות בקשיי גילוי והשמדת ראיות, מקים בוודאי הסדר ייחודי ועצמאי משלו.

וירחב: מבחינה נורמטיבית, המחוקק בחר להסדיר בסעיף 28 לפקודת הסמים לא רק את מקורות הסמכות לביצוע חיפוש ברכב, אלא גם מרכיבים מהותיים באופן ביצועו, דבר היוצר הסדר נורמטיבי יחסית מקיף וייעודי. כך לדוגמה סעיף 28(ה) לפקודת הסמים מחייב את השוטר להודיע מראש לאדם או לנוכח ברכב על מטרת החיפוש, ולבצע את החיפוש ללא שיהוי מיותר.¹⁸¹ באופן דומה, סעיף 28(ו) לפקודה קובע הסדר ייעודי לתיעוד תוצאות החיפוש, המחייב עריכת רשימה של התפוסים וחתימתה הן בידי השוטר המחפש והן בידי האדם שמכוחו נערך החיפוש – בגופו, בכליו או ברכב שבחזקתו.¹⁸² כאשר החיפוש נערך ברכב, במטען או בטובין, סעיף 28(ו) מורה כי הרשימה תיחתם בידי מי שמחזיק בהם בזמן החיפוש.¹⁸³

באשר לתחולה, סעיף 28(א) לפקודת הסמים מרחיב באופן מפורש את סמכויות החיפוש כך שיחולו גם על עבירות מסוג עוון, ולא רק על עבירות פשע – כפי שמקובל במסגרת סמכויות החיפוש בפקודה ובחוק המעצרים.¹⁸⁴ מכאן עולה כי המחוקק מספק במסגרת סעיף 28 לפקודת הסמים מסגרת נורמטיבית רחבה ומקיפה הנוגעת הן לעניין הסמכות לערוך חיפוש, והן ביחס לאופן עריכת החיפוש. למרות ההסדרה הנרחבת יחסית הקיימת בפקודת הסמים, נותרו שתי סוגיות מרכזיות אשר טרם זכו למענה חקיקתי מלא והצריכו הכרעה שיפוטית. הראשונה נוגעת לרף החשד הנדרש לביצוע חיפוש ברכב ללא צו שיפוטי מכוח סעיף 28 לפקודת הסמים. השנייה נוגעת לשאלת תחולתה של חובת נוכחות עדים בעת ביצוע חיפוש ברכב מכוח פקודת הסמים.

ב.1.1. רף החשד הנדרש לביצוע חיפוש ברכב

סמכות חיפוש ללא צו מופיעה בכמה מקורות חקיקה, ובכללם פקודת סדר הדין הפלילי,¹⁸⁵ פקודת המשטרה¹⁸⁶ ופקודת הסמים המסוכנים.¹⁸⁷ לרוב, התנאי המאפשר הפעלת סמכות זו מנוסח באחת

¹⁸⁰ דברי ההסבר להצעת חוק לתיקון פקודת הסמים המסוכנים (מס' 3), תשמ"ח-1988, ה"ח 1893, עמ' 242-243.
¹⁸¹ מדובר בדרישת שקיפות פרוצדורלית שנועדה להבטיח כי החיפוש ייעשה תוך מודעותו של מושא החיפוש למטרת החליף. ההודעה מראש מאפשרת לאדם להבין את נסיבות החיפוש ואת גבולות הסמכות המופעלת, ומהווה אמצעי להבטחת הפעלת הסמכות באופן ראוי ולא שרירותי. דומה כי חובה זו, הקבועה בסעיף 28(ה) לפקודת הסמים, אינה מייטרת את החובה הנפרדת על שוטר להזדהות ולציין את פרטי זהותו בעת ביצוע פעולה שלטונית, כפי שנקבע בפקודת המשטרה. ראו תא"מ (שלום ב"ש) 16375-03-16 **גלעד נ' מדינת ישראל**, פס' 41 (נבו) 4.12.2018 (וס' 72(ב) לחוק המעצרים).

¹⁸² מדובר במנגנון שנועד להבטיח רישום מדויק של מהלך החיפוש ותוצאותיו, תוך מתן אפשרות למושא החיפוש לקבל העתק מהרשימה.

¹⁸³ ס' 28(ו) לפקודת הסמים המסוכנים.

¹⁸⁴ ת"פ (שלום ת"א) 516-03-20 **מדינת ישראל נ' אנגלנדר**, פס' 12 (נבו) 26.10.2021; ת"פ (שלום ראשל"צ) 58141-04-19 **מדינת ישראל נ' סבן**, פס' 7 (נבו) 27.7.2020.

¹⁸⁵ ס' 25(א)(1) קובע: שוטר רשאי, בלא צו חיפוש, להיכנס ולחפש בכל בית או מקום אם: יש לשוטר יסוד להניח "...; ס' 25(א)(3) קובע: "אדם המצוי שם פונה לעזרת המשטרה ויש יסוד להניח"...

¹⁸⁶ ס' 5(5) לפקודת המשטרה משתמש בנוסח "יסוד סביר לחשוד" – זהו אותו מובן כמו "יסוד סביר לחשוד", והשוני נובע מכך שהסעיף מנוסח בצורת פועל ("לחשוד"), ולא כמצב מופשט; ראו גם ס' 19ח77(א) לפקודת המשטרה.

¹⁸⁷ ס' 28(ב) לפקודת הסמים המסוכנים.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

משתי דרכים: "יסוד סביר לחשד" או "יסוד להניח".¹⁸⁸ אף שמדובר בניסוחים לשוניים שונים, הפסיקה הבהירה כי השניים מגלמים את אותו רף נורמטיבי.¹⁸⁹ דא עקא, סעיף 28 לפקודת הסמים "שותק" בנוגע לרף החשד הנדרש להפעלת הסמכות לבצע חיפוש ללא צו. חוסר זה מעורר שאלה פרשנית: האם יש לקרוא לתוך הסעיף דרישה של "חשד סביר", מכוח רצון "להרמוניה" חקיקתית,¹⁹⁰ או שמא מדובר בהסדר ייחודי המתיר חיפוש גם בהיעדר רף חשד, נוכח התכלית המיוחדת של פקודת הסמים והקשיים באכיפת עבירות אלו שעמדו לנגד עיני המחוקק?

לאורך השנים עלו קולות שונים בפסיקה. מצד אחד, יש שפירשו את הסעיף באופן מצמצם, וסברו כי גם כאשר מדובר בהוראת חיפוש ייחודית, אין להתיר חיפוש (ברכב) בהיעדר קיומו של יסוד סביר לחשד לעבירה. גישה זו נשענת על העיקרון החוקתי של הגנה על הזכות לפרטיות, ועל כך שסמכות חיפוש, ככל פעולה שלטונית הפוגעת בזכויות יסוד, חייבת לעמוד באמות המידה של סבירות ומידתיות. לפי פרשנות זו, העובדה שסעיף 28 שותק ביחס לרף החשד אינה שוללת את הדרישה לקיומו, אלא מצריכה השלמה פרשנית לאור עקרונות כלליים של המשפט הציבורי ככלל, ופקודת סדר הדין הפלילי בפרט.¹⁹¹

מן הצד השני, עלתה גם גישה מרחיבה, שלפיה לשון הסעיף והתכלית שעמדה ביסוד תיקונו מצביעות על כוונה מודעת של המחוקק לאפשר חיפוש בנסיבות גמישות יותר, ואף בהיעדר חשד סביר קונקרטי, כל עוד מטרת החיפוש היא אכיפת הוראות פקודת הסמים. סוגיה זו נדונה בהרחבה בעניין **זייצב**,¹⁹² ושם נקבע בדעת רוב מפי השופט אלרון:

"אין משמעות הדבר כי נדרש קיומו של חשד **קונקרטי** כי אדם פלוני נושא על גופו סם, הנלמד ממידע מודיעיני 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 בין לבין נחיצות החיפוש** שיבוצע לפיהן לשם קיום התכליות שנקבעו בחוק או בפקודה הרלוונטים..."¹⁹³

נמצאנו למדים כי הפסיקה הכירה בקיומו של רף ביניים להפעלת סמכות החיפוש לפי סעיף 28 – רף שאינו מחייב קיומו של חשד סביר, אך גם אינו מאפשר חיפוש חופשי ובלתי מוגבל. מדובר בדרישה לתשתית עובדתית מינימלית כלשהי, המקיימת קשר רציונלי בין הנסיבות לבין נחיצות החיפוש, תוך הסתמכות על אמות מידה אחידות וברורות. בכך מתווה הפסיקה גבול עקרוני: לא נדרש חשד סביר, אך כן נדרש בסיס עובדתי כלשהו שימנע הפעלת הסמכות באופן שרירותי או מפלה.¹⁹⁴

ב.1.2. נוכחות שני עדים

הדעה הרווחת בפסיקה היא כי חיפוש ברכב מכוח סעיף 28 לפקודת הסמים אינו מחייב נוכחות של שני עדים. כך, למשל, בעניין **מולוקנדוב**, שהורחב עליו, נערך חיפוש ברכב ללא נוכחות עדים, ונמצאו

¹⁸⁸ שם; פרל, "החלטה על קיומו של 'חשד סביר' בעולם ה-Big Data: מהנמקה אנושית לאלגוריתמים לחיזוי פשיעה", לעיל ה"ש 100, בעמ' 257–258.

¹⁸⁹ בעמ' 856/23 **אלמונית נ' פלונית**, פס' 68 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז (נבו 6.3.2023).

¹⁹⁰ כך היו דעות בפסיקה. ע"פ (מחוזי י-ם) 2431-09-14 **פדר נ' מדינת ישראל**, פס' 14 (נבו 4.6.2015).

¹⁹¹ שם, פס' 6–14.

¹⁹² עניין **זייצב**, לעיל ה"ש 17.

¹⁹³ שם, בפס' 21.

¹⁹⁴ לעניין תחולת הרף שנקבע בפסיקה על חיפוש ברכב ראו פסק הדין של השופט אלרון, הפסקה האחרונה בפס' 12, פס' 15 ובפס' 16.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

ברכב סמים. אחת ההצדקות המרכזיות שניתנו להכשרת החיפוש הייתה הקביעה כי ההסדר הנורמטיבי שבסעיף 28, בדומה לסעיף 71 לחוק המעצרים, מהווה הסדר שלם וממצה, הכולל דרישות פרוצדורליות מפורטות, כגון מתן הודעה על מטרת החיפוש,¹⁹⁵ עריכת רשימת תפוסים,¹⁹⁶ חתימת המחזיק ומתן עותק מרשימת התפוסים.¹⁹⁷ מכך, יש ללמוד כי אין צורך להחיל עליו הסדרים משלימים מדיניים אחרים. קרי, אין דרישה לשני עדים. עוד צוין כי לשון סעיף 28(ה) מלמדת כי ביצוע החיפוש ברכב יעשה "ללא שיהוי מיותר". לשון זו מחזקת את ההבנה כי לא נדרשת הזמנת עדים, שבאופן טבעי ייצרו "שיהוי" שכן דרישה כזו עלולה לסכל את התכלית המבצעית של הסעיף ולפגוע ביעילותו, במיוחד במקרים שבהם החיפוש מתבצע בתנאים לא מתוכננים – כגון בשעת לילה, בכבישים פתוחים או במקומות מרוחקים.¹⁹⁸

כשנה לאחר מתן פסק הדין בעניין **מולוקנדוב**, ניתן פסק הדין בעניין **זיתון**,¹⁹⁹ בו נדון מקרה שבו בעקבות מידע מודיעיני מוקדם שלפיו אדם מחזיק סמים ברכבו, עצרה המשטרה את המערער ברכבו וערכה בו חיפוש – ללא צו שיפוטי וללא נוכחות עדים. במהלך החיפוש נמצאו סמים, והמערער הורשע בעבירה של החזקת סם שלא לצריכה עצמית. בערעור נטען, בין היתר, כי החיפוש היה בלתי חוקי משום שלא נערך בנוכחות שני עדים, כנדרש לפי סעיף 26 לפקודה.²⁰⁰

בשונה מפרשת **מולוקנדוב** בה נערך דיון נרחב בדבר החובה לחיפוש ברכב בנוכחות שני עדים, בית המשפט בעניין **זיתון** דחה כמעט על הסף את טענת המערער שלפיה החיפוש היה בלתי חוקי מחמת היעדר עדים, והתייחס לכך בשלוש פסקאות בלבד.²⁰¹ בית המשפט קבע כי סעיף 28 לפקודת הסמים מהווה הסדר עצמאי ומפורט לעניין חיפוש, הכולל הוראות ייחודיות. משכך, אין מקום להחיל במקביל את הוראות סעיף 26 לפקודה העוסקות בנוהל חיפוש כללי, לרבות דרישת נוכחות שני עדים.²⁰²

עוד עמד בית המשפט על רצינות מהותי המצדיק את העמדה שלפיה אין לדרוש נוכחות עדים בעת חיפוש ברכב מכוח סעיף 28 לפקודת הסמים, והוא **טיבו הנייד של הרכב**. רכב, להבדיל ממבנה קבוע, הוא אובייקט בתנועה, ולעיתים קרובות החיפוש בו מתבצע באופן מיידי בשטח. במצבים אלה, החובה להזעיק שני עדים שאינם שוטרים אינה ריאלית, ועלולה לסכל את תכלית החיפוש ולרוקן מתוכן את הסמכות לעריכת חיפוש. הדרישה לנוכחות עדים במקרים מסוג זה אינה מתיישבת עם **הצורך בפעולה מהירה, דיסקרטית ויעילה**, והיא חותרת תחת האפקטיביות המבצעית הנדרשת בעבירות סמים, שלעיתים כרוכות בהשמדה מיידי של ראיות או בהעברתן לגורמים נוספים.²⁰³

¹⁹⁵ ס' 28(ה) לפקודת הסמים המסוכנים.

¹⁹⁶ החלופה הראשונה בס' 28(ו) לפקודת הסמים המסוכנים.

¹⁹⁷ החלופות השלישית והרביעית בס' 28(ו) לפקודת הסמים המסוכנים.

¹⁹⁸ עניין **מולוקנדוב**, לעיל ה"ש 159, בפס' 7 לפסק הדין של השופט א' בולוס. יצוין כי גישה זו מתכתבת עם דברי ההסבר להצעת החוק, אשר הדגישו את הקשיים המבצעיים הכרוכים באכיפת עבירות סמים, נדרשת פעולה מיידיית וגמישה, ללא אפשרות להמתין להשלמת תנאים פורמליים כמו הבאת עדים. דברי ההסבר מלמדים כי המחוקק היה ער לאילוצים אלה, ולפיכך ביקש לקבוע הסדר ייחודי שיאפשר למשטרה לפעול ביעילות מבלי להיתקל במגבלות שעלולות לרוקן את הסמכות מתוכן. ראו גם עניין **מולוקנדוב**, לעיל ה"ש 159, בפס' 58.

¹⁹⁹ ע"פ (מחוזי ב"ש) 11946-01-23 **זיתון נ' מדינת ישראל** (נבו 12.7.2023).

²⁰⁰ שם, בפס' 2.

²⁰¹ שם, בפס' 22.

²⁰² שם.

²⁰³ שם.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

אשר על כן, עולה כי הדעה השלטת בפסיקה היא כי סעיף 28 לפקודת הסמים מהווה הסדר נורמטיבי עצמאי, ייחודי ושלם לעניין חיפוש ברכב, אשר נועד להקנות לרשויות האכיפה כלים יעילים במאבק בסחר בסמים. בדומה לחיפוש ברכב מכוח חוק המעצרים,²⁰⁴ אין להחיל עליו הוראות משלימות מדינים אחרים.

ב.2. חיפוש מכוח סעיף 69 לחוק המעצרים: סמכות עזר לביצוע חיפוש

לאחר מיפוי מקורות הסמכות הסטטוטוריים המרכזיים לעריכת חיפוש בכלי רכב, סעיף 71 לחוק המעצרים וסעיף 28 לפקודת הסמים המסוכנים, אפנה כעת לבחון מקור נורמטיבי נוסף – סעיף 69 לחוק המעצרים, אשר קובע כי משהוקנתה לאיש מרות הסמכות לבצע חיפוש במקום, בכליו או על גופו של אדם, או לדרוש מאדם הצגת מסמכים, רשאי בעל אותה הסמכות גם לעכב אדם או כלי רכב כדי לאפשר את החיפוש או העיון במסמכים. בנוסף, רשאי בעל הסמכות לדרוש מן האדם למסור את שמו ומענו, כך שניתן יהיה לאתרו מאוחר יותר, ככל שיעלה צורך בכך. מכאן, שהסעיף עוסק בשתי סמכויות נלוות: עיכוב לשם ביצוע חיפוש או עיון במסמכים, ודרישה למסירת פרטי הזיהוי של מושא העיכוב.²⁰⁵

עם זאת, חשוב להבהיר כי הסמכות לפי סעיף 69 אינה עצמאית ואינה עומדת בפני עצמה. מדובר בסעיף משלים, שהפעלתו מותנית מראש בקיומה של סמכות ממקור נפרד לחיפוש או לדרישה להצגת מסמכים. לפיכך, אין לפרש את סעיף 69 כמסמיך את בעל הסמכות (ובפרט שוטר) להפעיל שיקול דעת עצמאי או להרחיב את סמכותו מעבר למה שנקבע במפורש במקור הסמכות "המקורי". מדובר בסמכות טפלה, הכפופה להתקיימות תנאים מוקדמים – דהיינו, שיש תחילה סמכות חיפוש או עיון שמקורה במקור נורמטיבי שאינו סעיף 69. בהיעדר סמכות מהותית שכזו, אין מקום לעיכוב מכוח סעיף זה, ואין בו כשלעצמו כדי להצדיק פגיעה בזכות החוקתית של אדם לפרטיות או לחירות.²⁰⁶

מכאן עולה מסקנה ישירה ורלוונטית במיוחד בכל הנוגע לחיפושים ברכב: סעיף 69 לבדו אינו מהווה עיגון משפטי לעריכת חיפוש ברכב. הוא אינו מקור עצמאי לסמכות חיפוש, ועל כן אין לעשות בו שימוש כהצדקה לפעולה שכזו.²⁰⁷

ב.3. חיפוש מכוח הסכמה (מדעת)

מקור הסמכות הנוסף והאחרון הוא: חיפוש מכוח הסכמה מדעת. "חיפוש בהסכמה" היווה פרקטיקה משטרתית נפוצה שבה שוטר מבצע חיפוש על גופו של אדם, בכליו או בביתו על סמך הסכמתו של אותו אדם בלבד, ללא קיומה של סמכות חיפוש אחרת הקבועה בדן.²⁰⁸ לאורך השנים, מדובר היה בפרקטיקה נפוצה במציאות היום יומית של עבודת המשטרה, אך כאמור, לא היה לה עיגון חוקי מפורש בדברי החקיקה, מה שהעמיד בסימן שאלה את כשרותה המשפטית של פרקטיקה זו. על פניו, ניתן לטעון כי כאשר אדם מסכים לחיפוש, איזה מקום יש לטענה בדבר פגיעה בזכויותיו? אלא שהדברים אינם כה פשוטים. עצם ביצועו של חיפוש, גם אם בהסכמה, מקים פגיעה בזכות

²⁰⁴ ס' 71 לחוק המעצרים.

²⁰⁵ בג"ץ 4455/19 עמותת טבקה - צדק ושוויון ליוצאי אתיופיה נ' משטרת ישראל, פס' 20–21 (נבו 25.1.2021); ס' 69 לחוק המעצרים.

²⁰⁶ קדמי, לעיל ה"ש 96, בעמ' 15–17; ת"פ (שלום רח') 54539-08-18 מדינת ישראל נ' מימוני, פס' 48 (נבו 23.10.2019); ת"פ (שלום נצי) 15584-09-14 מדינת ישראל נ' הולץ, פס' 26 (נבו 31.5.2017).

²⁰⁷ שם.

²⁰⁸ בן הרוש, לעיל ה"ש 103, בעמ' 51–54.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

החוקתית לפרטיות, בהיותה זכות המגינה על אוטונומיה הפרט ועל שליטתו במרחבו האישיים.²⁰⁹ במפגש שבין האזרח למדינה, שבו מתקיימים פערי כוח מובהקים, ההסכמה לחיפוש עשויה להיות "הסכמה חשודה", שאינה בהכרח חופשית או נקייה מלחצים. לפיכך, גם כאשר מדובר בחיפוש הנערך בהסכמה, הפגיעה בזכות לפרטיות נותרת בעינה, והצדקה משפטית נדרשת לה.²¹⁰

לסוגיה זו בדיוק נדרש בית המשפט העליון בעניין **בן חיים**. בית המשפט העליון קבע בדעת רוב כי הסכמה יכולה לשמש כמקור סמכות לביצוע חיפוש גם בהיעדר יסוד סביר לחשד או עילה אחרת הקבועה בחוק. בכך למעשה יצר בית המשפט מקור נורמטיבי חדש לסמכות עריכת חיפוש, יציר הפסיקה, שלא היה קיים מפורשות קודם לכן בחקיקה ובפסיקה. הרציונל שעמד בבסיס קביעה זו נשען על תפיסה לפיה "הפה שאסר הוא הפה שהתיר". כלומר, אותה אוטונומיה של הפרט שמצדיקה את ההגנה על זכותו לפרטיות, היא גם זו שמאפשרת לו לוותר על זכות זו ולהסכים לחיפוש. כפי שציין בית המשפט, מי שבאים להגן עליו, מושא החיפוש, רשאי מכוח אוטונומיה זו להחליט להיחשף בפני שוטרים ולוותר כלפיהם על היבטים מסוימים הנוגעים לפרטיותו.²¹¹

עם זאת, בית המשפט היה ער לכך שמדובר בפגיעה בזכות חוקתית ולקיומם של פערי כוחות מובנים בין השוטר לאזרח, ולכן קבע כי יש לוודא שההסכמה היא אמיתית – "הסכמה מדעת". משמעות הדבר היא שעל השוטר להבהיר לאדם באופן מפורש כי יש לו זכות מלאה לסרב לחיפוש וכי סירובו לא ייזקק לחובתו בשום צורה. רק הסכמה שניתנה לאחר מתן הבהרה כזו תיחשב כהסכמה מדעת שיכולה להכשיר את החיפוש. תנאי זה נועד להבטיח שההסכמה ניתנת מתוך בחירה חופשית אמיתית ולא מתוך חשש, לחץ או אי-הבנה של הזכויות העומדות לאדם. בכך ביקש בית המשפט ליצור איזון בין האינטרס הציבורי באכיפת החוק היעילה לבין ההגנה על זכויות הפרט, תוך הבטחה שהוויתור על הזכות לפרטיות נעשה באופן מודע ומרצון חופשי.²¹²

חשוב להדגיש כי בית המשפט הבהיר שהאפשרות לערוך חיפוש בהסכמה מדעת אינה חלה על כל סוג של חיפוש.²¹³ מכאן עלתה השאלה – כיצד יש להתייחס לרכב. האם הוא נכלל בסוגי המקרים שמצדיקים חיפוש בהסכמה מדעת? סוגיה זו לא נדונה במפורש בעניין **בן חיים**, שעסק בחיפוש על גופו של אדם ובכליו. עם זאת, בחינת הפסיקה שבאה בעקבות עניין **בן חיים** מראה כי בתי המשפט, על ערכאותיהם השונות, כלל לא העלו את השאלה האם ניתן לבצע חיפוש ברכב בהסכמה מדעת, אלא יישמו ישירות את העקרונות שנקבעו בעניין בפסיקה גם על חיפושים ברכבים, כאילו הדבר מובן מאליה.²¹⁴

²⁰⁹ עניין **בן חיים**, לעיל ה"ש 17, בפס' 21–23; בש"פ 2145/92 **מדינת ישראל נ' גואטה**, פ"ד מו(5) 704, 725–724 (1992); הרפז וגולן, **משפט ושיטור: זכויות אדם וסמכויות משטרה**, לעיל ה"ש 11, בעמ' 35–36; ברק, הזכות החוקתית לפרטיות וצנעת הפרט: תכליתה, חשיבותה והיקפה, לעיל ה"ש 89, בעמ' 442–443.

²¹⁰ "במצבים של פערי כוח בין האזרח לבין המדינה, פערים שמתקיימים כמעט תמיד, הסכמה של אדם לוותר על פרטיותו היא הסכמה חשודה, גם אם היא הסכמה מודעת ומדעת, ולכן, ברוב המקרים, אין לראות בה הסכמה תקפה. [...] לכן, אין להקיש מהאפשרות לוותר על הפרטיות במישור דיני הפרטיות הקלסית אל המישור החוקתי" מיכאל בירנהק **פרטיות חוקתית** 383 (2023); אסף הרדוף "חזות של זכויות, מהות של צדק: סיפורה הרטורי והמהותי של ההכרעה הפלילית", **דין ודברים** ח 33 (2014).

²¹¹ עניין **בן חיים**, לעיל ה"ש 17, פס' 21–23; ואקד **דיני ראיות**, לעיל ה"ש 99, בעמ' 292–294; ע"פ 3636/12 **שוויקי נ' מדינת ישראל**, בפסקה 41(א) לפסק הדין של השופט מלצר (נבו 20.10.2013).

²¹² שם. להרחבה בדבר הנוהל המשטרתי המסדיר את סוגיית "חיפוש בהסכמה" ראו נוהל אח"מ 300.01.246 נוהל סופי חיפוש בהסכמה (2014).

²¹³ ראו לדוגמה בג"ץ **הסנגוריה**, לעיל ה"ש 17, שבו נפסל הנוהל המתיר לערוך חיפוש בחומר מחשב מכוח הסכמה מדעת של חשוד.

²¹⁴ ראו לדוגמה עניין **סקיריס**, לעיל ה"ש 112; עניין **אבו אלחווה**, לעיל ה"ש 118, בפס' 16; עניין **שפדוב**, לעיל ה"ש 125, בעמ' 5; עניין **יצחק**, לעיל ה"ש 132, בפס' 15–16.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

חרף העובדה שדיון עיוני לא נערך בסוגיה זו, לטעמי קביעת בתי המשפט עולה בקנה אחד עם הקביעות העקרוניות שנקבעו בעניין **בן חיים** בכל הנוגע לחיפוש בהסכמה מדעת. בפסק הדין, בית המשפט שם מול עיניו את הזכות לפרטיות והכיר בכך שהאדם עצמו, שהזכות לפרטיות נועדה להגן עליו, רשאי לוותר על זכות זו, במידת מה, ולהסכים לחיפוש. האפשרות לערוך חיפוש בהסכמה מדעת משקפת איזון בין ההגנה על הפרטיות ופערי הכוחות המובנים בין נציג של רשות אכיפה לבין אדם פרטי, לבין הכרה בחופש הבחירה של האדם לשתף פעולה עם רשויות האכיפה מרצונו החופשי, כאשר הוא מודע לזכותו לסרב. במכלול שיקולים אלו, בפסיקה הותר לערוך חיפוש בהסכמה מדעת, בין היתר, על גופו של אדם, בבגדיו ובכליו. כאשר מדובר ברכב, ככלל, הפגיעה בפרטיות פחותה משמעותית מחיפוש על הגוף. רכב הוא חפץ חיצוני, ולא חלק אינטגרלי מהאדם עצמו. כמו כן, רכבים נעים במרחב הציבורי ונתונים ממילא לרגולציה ציבורית נרחבת: רישוי, ביטוח, בדיקות תקופתיות וכדומה, והם חשופים מטבעם לעין הציבורית. עוד אוסיף כי לשון החוק אינה מלמדת כי נדרש צו שיפוטי לצורך עריכת חיפוש. לכן ברכב קיימת ציפייה מופחתת לפרטיות בהשוואה לגוף האדם או לביתו. לפיכך, אם הפסיקה הכירה בכך שניתן לערוך חיפוש על גוף האדם בהסכמה מדעת, קל וחומר שניתן לערוך חיפוש ברכב בהסכמה כזו, שכן מדובר בפגיעה קלה יותר בזכות לפרטיות.²¹⁵ משכך, חיפוש בהסכמה מדעת מהווה מקור סמכות עצמאי לביצוע חיפוש ברכב, גם ללא יסוד סביר לחשד או עילה חוקית אחרת, בתנאי שהשוטר יבהיר לנהג כי זכותו לסרב וכי סירובו לא ייזקף לחובתו.

פרק ג: כשהגלגלים נעצרים – הגדרת "רכב" לעניין דיני החיפוש

ג.1. החלל הפרשני במונח "רכב" בדיני החיפוש

עד כה נבחנו בהרחבה וביסודיות מכלול ההיבטים הנוגעים לסמכות החיפוש ברכב: נבחנו מקורות הסמכות השונים לביצוע חיפוש ברכב: סעיף 71 לחוק המעצרים, סעיף 28 לפקודת הסמים, סעיף 69 לחוק המעצרים וחיפוש מכוח הסכמה מדעת. במסגרת זו נבחנו לא רק שאלת קיומה של סמכות מהותית לחיפוש, אלא גם האופן הפרוצדורלי שבו יש לבצעה. במסגרת זו בחנו האם סעיף 71 לחוק המעצרים וסעיף 28 לפקודת הסמים מהווים הסדרים שלמים או שמא טעונים השלמה מהדין הכללי, וכן נסקרו דרכי היישום המעשיות הנוגעות לאופן עריכת החיפוש ברכב, ובכללן רף החשד הנדרש להפעלת הסמכות, חובת ההזדהות של השוטר בפני מושא החיפוש, חובת נוכחות עדים בעת הביצוע וחובת התיעוד שלאחריו.²¹⁶

ואולם, בתוך העושר הזה של תנאים, מגבלות, חריגים והסדרים פרוצדורליים, בולטת בהיעדרה סוגיה אחת, שהיא לכאורה המובנת מאליה, אך למעשה היא היסוד האונטולוגי שעליו נשען כל המנגנון המשפטי כולו: מתי בכלל חפץ ייחשב "כלי רכב" לעניין דיני החיפוש. השאלה הפשוטה לכאורה, מתי אובייקט מסוים נכנס בשערי הקטגוריה של "כלי רכב" באופן שמציב אותו בתחום

²¹⁵ David H. Chase, *Privacy Takes a Back Seat: Putting the Automobile Exception in Reverse*, 41 B.C. L. Rev. 71, 73–87 (1999); Michael J. Wrona, *How Far Can the Automobile Exception Go?*, 43 U. Ill. Chi. L. Rev. 1119, 1124–1138 (2010).

²¹⁶ ראו פרק ב' למאמר.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

תחולתה של המסגרת הנורמטיבית הייעודית לחיפוש בכלי רכב, נדחקה לשוליים, כאילו מדובר בהבחנה מובנת מאליה.²¹⁷

על פניו, נדמה כי המושג "רכב" נתפס כדבר שאינו דורש הסבר: אובייקט שיש לו גלגלים, מנוע ולוחית רישוי. ואולם, בפסיקה הישראלית הוענק למונח זה ממד נוסף, מהותי, החורג מן ההגדרה הטכנית. בתי המשפט קבעו כי רכב אינו רק חפץ בעל מאפיינים מכניים, אלא כלי נייד בעל כושר תזוזה, ולפיכך דיני החיפוש החלים עליו מושפעים במידה ניכרת מאופיו המובילי. הניידות, כמאפיין אינהרנטי של הרכב, עמדה בליבת ההבחנה הנורמטיבית בין רכב לבין מרחבים סטטיים, והצדיקה הסדרים ייעודיים המאפשרים לרשות האכיפה להתערב בו באופן מיידי, נוכח האפשרות הממשית להעלמת ראיות או להימלטות.²¹⁸ ואולם, המציאות המורכבת מציבה בפני השוטר בשטח ולפני בית המשפט מקרים המאתגרים כל ודאות מושגית. ניקח למשל משאית ישנה החונה כבר תקופת זמן ברחוב עירוני, מכוסה באבק ובחלודה, גלגליה נטועים עמוק באדמה, והיא משמשת בפועל כמחסן. המעטפת החיצונית עדיין מזכירה רכב, לוחית הרישוי עדיין מחוברת, אך מבחינה פונקציונלית מדובר במחסן סטטי. האם יש להתייחס אליה כ"כלי רכב"? האם הקריטריון הוא הפוטנציאל התאורטי לתנועה? קרי במצב שהמשאית נעדרת יכולת תנועה לחלוטין, האם היא מאבדת את מעמדה כ"רכב"? ואם למשאית יש מנוע תקין אך היא לא זזה שנים – האם זה משנה את מעמדה הנורמטיבי?²¹⁹

מקרה נוסף עולה כאשר רכב פרטי תקין לחלוטין נתקע באמצע הדרך עקב תקלת מנוע פתאומית. השוטר מגיע למקום כשהרכב כבר לא מסוגל לנוע בכוחות עצמו, אך לפני רגע אחד הוא נסע באופן רגיל וכעבור מספר שעות הוא עשוי להילקח לתיקון ויחזור לפעילות מלאה. האם מעמדו כ"כלי רכב" משתנה ברגע שבו הוא איבד את יכולת התנועה הזמנית שלו, או שמא התקלה הארעית אינה משנה את זהותו הנורמטיבית?

סוגיה מורכבת במיוחד עולה בהקשר של רכבים המשמשים למגורים קבועים. אדם רוכש ואן ישן, מסב אותו לדירת סטודיו מאולתרת עם מיטה, מטבחון ופינת אחסון, וחונה עימו באתר קמפינג קבוע. הוא מחובר לחשמל ולמים של האתר, משלם דמי שכירות חודשיים לבעל המקום, ולמעשה זהו מקום מגוריו הקבוע. מבחינה טכנית הרכב יכול לנוע, אך תפקידו העיקרי הוא לשמש כבית. האם מדובר ברכב שנמצא במקום מסוים או במבנה מגורים נייד? המורכבות מתעצמת כאשר אותו קרוון יצא ממקום שבתו הקבוע ו"עלה" על הכביש, ושוטר עוצר אותו בדרך על בסיס חשד לביצוע עבירה המקנה סמכות חיפוש ברכב. באותו רגע, כשהוא נמצא על הכביש בתנועה ממש, האם הוא "רכב" לכל דבר ועניין או עדיין "בית"?²²⁰

הדוגמה האחרונה, ואולי הנפוצה ביותר מבחינה מבצעית, מעלה גם כן שאלות כבדות משקל: מהו מעמדו של רכב לאחר שהועבר לתחנת המשטרה להמשך טיפול חקירתי. מדובר בפרקטיקה רווחת ושכיחה: שוטר מפעיל את סמכותו כדין, מעכב רכב שבו התעורר חשד לעבירה ומורה על העברתו

²¹⁷ Sabrina Safrin, *#VanLife and the Right to Privacy*, 57 [U.C. DAVIS L. REV. ONLINE] 1, 11–24 (2023) זמין ב: <https://shorturl.at/Jfwlw>.

²¹⁸ ראו פרקים ב.1.א.3 ו-ב.2.2. למאמר.

²¹⁹ שם; Steven Wisotsky, *How to Interpret Statutes – Or Not: Plain Meaning and Other Phantoms*, 10 J. APP. PRAC. & PROCESS 321 (2009).

²²⁰ Sabrina Safrin, ; Lori A. Hoetger, *Rethinking the Automobile Exception*, 93 U. CINN. L. REV. 677 (2025) *#VanLife and the Right to Privacy*, לעיל ה"ש 217.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

לתחנת המשטרה לצורך המשך "טיפול". עם הגעת הרכב לתחנת המשטרה, האם הוא עדיין נחשב "כלי רכב" לצורך הפעלת סמכויות החיפוש? או שמא, משהופקע מהמרחב הציבורי, נותק מתנועתו בפועל והושם תחת שליטת המשטרה, פקע ממנו אותו מעמד תחבורתי? האם העובדה שלא חלף זמן רב משנה את התמונה, או שמא עצם שינוי ההקשר הפיזי, מעצם הנע בכביש לחפץ עומד בחניון מאובטח, מוביל להחלפת המסגרת המשפטית ממסלול של חיפוש ברכב למסלול של חיפוש במקום?²²¹

המורכבות הנחשפת דרך הדוגמאות אינה תאוריה בלבד, אלא משקפת חוסר בהירות ממשי בדין הקיים. שאלת מעמדו הנורמטיבי של "רכב" טרם זכתה להתייחסות ישירה בחקיקה או בפסיקה הישראלית. למעשה, חרף מעמדו הקרדינלי של המונח "רכב" כמונח מפתח בדיני החיפוש, הדין הישראלי אינו מציע הגדרה קונספטואלית, מסגרת עקרונית או אמות מידה מהותיות המבהירות מהו "רכב" לעניין דיני החיפוש. בהיעדר הגדרה סטטוטורית או הלכתית סדורה, ממשיך המונח לתפקד כקטגוריה אינטואיטיבית ובלתי מתוחמת, על אף השלכותיה המעשיות והחוקתיות המשמעותיות.²²²

ג.1.א. המושג "רכב" בחקיקה

מאחר שהדין הישראלי אינו מספק הגדרה נורמטיבית ממצה למונח "רכב" בהקשר של חיפוש, נדרש לפנות אל מקורות נורמטיביים רחבים יותר לשם גיבוש התשתית המושגית הנדרשת. במסגרת זו יש לבחון האם אותם מקורות נושאים בחובם תובנות או מבחנים היכולים לסייע בהבהרת גבולותיה של הקטגוריה. הבחינה תיעשה בהתמקדות במקורות הקרובים רעיונית לדיני החיפוש, כאלה המשקפים איזון בין זכויות יסוד לבין סמכויות אכיפה, ושעשויים להציע אנלוגיות או עקרונות פרשניים העולים בקנה אחד עם ההקשרים החוקתיים של סוגייתנו.²²³

בהקשר זה, חשוב לעמוד על כך שגם כאשר הדין עוסק בהגדרת "רכב", הוא עושה זאת שלא מן הזווית הרלוונטית לשאלתנו. כך למשל, פקודת התעבורה מגדירה "רכב" כ"רכב הנע בכוח מיכני או הנגרר על ידי רכב או על ידי בהמה, וכן מכונה או מיתקן הנעים או הנגררים כאמור, לרבות אופניים ותלת-אופן, ולמעט רכב ששר התחבורה פטר אותו בצו".²²⁴ הגדרה זו, על אף היקפה הרחב, נועדה לשרת בעיקרה הקשרים רגולטוריים, כגון: רישוי, בטיחות בדרכים, אכיפת תנועה וכיוצא בזה. היא מתמקדת במאפיינים טכניים של תנועה ויכולת הנעה. אין בה, ולו ברמז, עיסוק בשאלת אופיו הנורמטיבי של הרכב כאשר הוא מקובע, משמש למגורים, או מנותק מהקשרו התחבורתי.²²⁵

ניתוח מעמיק של הגדרה זו חושף את אופייה הטכנית-עבורית המובהק. ראשית, ההגדרה מתמקדת באמצעי ההנעה ("כוח מיכני", "נגרר") ובפוטנציאל לתנועה, תוך התעלמות מוחלטת מהשימוש בפועל ברכב. שנית, הרשימה הכוללת ("לרבות אופניים ותלת-אופן") מלמדת על רצון להקיף כל

²²¹ ת"פ (מחוזי ב"ש) 8197-08 **מדינת ישראל נ' אבולקיעאן**, פס" 6 (נבו) 16.9.2010.

²²² הדין הישראלי עסק בשאלת הגדרת המונח "רכב", אך הדיון התמקד בהקשרים תעבורתיים, נזיקיים וביטוחיים – ולא בהקשר של דיני חיפוש. גם בפסיקה שבה נבחנה ההגדרה, נקבע בעקביות כי אין זהות פרשנית בין תחומי המשפט השונים, וכי משמעותו של המונח "רכב" נקבעת בכל ענף לפי תכליתו הייחודית. בכך הודגש כי אין ללמוד מהגדרתו בחוק אחד על רעותו, וכי כל הסדר נורמטיבי עומד בפני עצמו. ראו: רע"פ 68998-03-25 **זרדב נ' מדינת ישראל** (נבו) 8.6.2025; ע"א 5847/96 **חברה ישראלית לקירור והספקה בע"מ נ' מחמוד סובח**, (3) 819 (1996).

²²³ אהרן ברק **פרשנות במשפט כרך שני: פרשנות החקיקה** 327–348 (התשנ"ג).

²²⁴ סעיף 1 לפקודת התעבורה [נוסח חדש].

²²⁵ ע"א 133/79 **ישראל בוכמן נ' מחמד אלנסארה**, לה (2) 64, פס" 3 (1980); אליעזר ריבלין **תאונת הדרכים** 129, בה"ש 29 (2020); ע"פ (מחוזי ת"א) 1685-03-24 **אבירן זרדב נ' מדינת ישראל**, פס" 30–37 (נבו) 27.2.2025.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

אמצעי תחבורה אפשרי, מהקטן ביותר ועד הגדול ביותר, ללא הבחנה באופי השימוש. שלישית, הסמכות הניתנת לשר התחבורה לפטור כלי רכב מסוימים מההגדרה מעידה על התכלית הרגולטורית הצרה, הצורך להסדיר תנועה, רישוי ובטיחות, ולא על שאיפה ליצור קטגוריות נורמטיביות רחבות.²²⁶ הגדרה זו משרתת היטב את מטרותיה התעבורתיות: היא מאפשרת לרשויות האכיפה לזהות אילו כלים דורשים רישיון נהיגה, אילו חייבים בביטוח חובה, ואילו כפופים לחוקי התנועה. אולם דווקא הצלחתה בהקשר התעבורתי מבליטה את כישלונה בהקשר החוקתי – היא אינה מספקת אפשרות להבחין בין רכב כאמצעי תחבורה גרידא לבין רכב המשמש כמרחב מגורים או כחלל פרטי.²²⁷

באופן דומה, חוק העונשין, אשר בסימן ה'1 לפרק י"א מתייחס לעבירות הנוגעות לרכב, קובע הגדרה ל"רכב": "רכב הנע מכוח מכני מכל צורה שהיא או הנגרר על ידי רכב, וכן מכונית או מיתקן הנעים או הנגררים כאמור, ולרבות אופנוע עם רכב צדי או גרור או בלעדיהם, תלת־אופנוע וכן אופניים או תלת־אופן, אם יש להם מנוע־עזר".²²⁸ גם הגדרה זו חושפת גישה אינסטרומנטלית צרה. המחוקק ביקש לתחום את גבולות האחריות הפלילית בעבירות כגון גניבת רכב,²²⁹ שימוש רכב ללא רשות,²³⁰ גניבה מרכב או פירוק רכב,²³¹ פריצה לרכב²³² ועוד. ההגדרה בחוק העונשין נועדה, אפוא, לשרת תכלית פלילית ממוקדת של הגנה קניינית כנגד "מכת מדינה" של גניבות רכבים, ואינה מספקת כל מענה לשאלה מתי רכב, בהקשר חוקתי־מהותי של חיפוש, חדל מלהיות "רכב" והופך ל"מקום" או "בית" וכיוצא בזה.²³³

מה שבולט בשתי ההגדרות הוא מה שאינו בהן: כל התייחסות לאופי השימוש, לקיומם של אמצעי מחיה, למידת השהות של הרכב במקום מסוים, או לציפיות הסובייקטיביות של המשתמש. רכב שחונה שנה תמימה ומשמש כבית לכל דבר יוגדר עדיין כ"רכב" לצורכי שתי ההגדרות, בדיוק כמו רכב שנוסע מדי יום בכבישים. פער זה אינו מקרי, אלא מבני. ההגדרות החקיקתיות נועדו לשרת תכליות ספציפיות, ולא להכריע בשאלות חוקתיות מורכבות הנובעות מעולמה המושגי של פעולת החיפוש.²³⁴ לפיכך, ניסיון להסיק מהגדרות אלו מסקנות לעניין חיפוש ברכב יהיה בגדר טעות קטגורית. אין זה ראוי, ואף מטעה, להישען על הגדרות שנוצרו למטרה אחת לצורך מתן מענה לבעיה אחרת. הגדרות אלו פשוט אינן רלוונטיות לדיון בשאלת הגדרת רכב לעניין החיפוש בו, ושימוש בהן לצורך זה עלול להוביל לתוצאות שרירותיות ובלתי ראויות.²³⁵

לסיכום נקודה זו: ההגדרות הטכניות־תכליתיות של "רכב" בחקיקה הישראלית, בין אם בפקודת התעבורה ובין אם בחוק העונשין, אינן מקדמות אותנו בפתרון השאלה "מה הוא רכב" לעניין חיפוש

²²⁶ ריבלין, **תאונות הדרכים**, שם, בעמ' 123–166; רע"א 7451/19 **עזבון המנוח גבריאל אסולין ז"ל נ' וליד דרויש**, פס' 8 (נבו 12.10.2020).

²²⁷ שם.

²²⁸ סעיף 413 לחוק העונשין.

²²⁹ סעיף 413ב לחוק העונשין.

²³⁰ סעיף 414 לחוק העונשין.

²³¹ סעיף 413ד לחוק העונשין.

²³² סעיף 413 לחוק העונשין.

²³³ ת"פ (שלום ב"ש) 10-05-33481 **מדינת ישראל נ' איליאגויב**, פס' 26–57 (נבו 3.2.2011); ראו, בשינויים המחייבים: ע"א 680/80 **עזבון המנוח צבי פריימן ז"ל נ' חברת קו צינור הנפט אילת-אשקלון בע"מ**, לו(2) 578, 582–588 (1982); ע"א 5773/95 **רמי נבולסי נ' אנטון אבומנה**, נג(5) 542 (1999).

²³⁴ לעניין פרשנות תכליתית של מונח חקיקתי בהתאם ללשון ההסדר, תכליתו, מיקומו וההקשר החקיקתי שבו הוא נטוע, ראו: דני"פ 10987/07 **מדינת ישראל נ' ברק כהן**, סג(1) 644, פס' 10 לפסק הדין של הש' בייניש (2009).

²³⁵ ת"פ (כפר סבא) 03-2052 **מדינת ישראל נ' שאקר אבו שמיס בן כאמל** (נבו 19.5.2004).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

בו. הן משקפות בחינה מכנית-פונקציונלית של הרכב כאמצעי תחבורה או כנכס, אך אינן מתמודדות עם המורכבות הנורמטיבית של רכב.

ג.1.ב. סיווג ללא הגדרה: הפגם המבני בתפיסת הרכב בפסיקה

חרף העובדה שהחוק שותק לעניין "רכב" בהקשר של דיני החיפוש, היה מצופה שהפסיקה תיאלץ לתת על כך את הדעת ולפתח מסגרת מושגית ראויה. אך בפועל, הפסיקה הישראלית כמעט שלא עסקה בשאלה זו. המקום המרכזי שבו התעוררה השאלה, וגם זאת בעקיפין, היה אגב הדיון בחובת נוכחותם של עדים בעת חיפוש. במסגרת זו נדרשו בתי המשפט להכריע כיצד יש לסווג את הרכב: האם כ"בית או מקום" – סיווג המפעיל את הוראות הפקודה ומחייב עריכת חיפוש בנוכחות עדים,²³⁶ או שמא כ"מיטלטלין" בלבד – סיווג הפוטר את רשויות האכיפה מחובה זו.

לכאורה, דיון זה היה אמור להוביל במובלע לבחינה מעמיקה של השאלה מהו רכב לעניין דיני החיפוש. הרי כדי לקבוע אם רכב הוא "בית", "מקום" או "מיטלטלין", יש צורך להגדיר תחילה מהו רכב ומה מאפייניו הרלוונטיים. אך דיון מהותי כזה לא התקיים לעומקו. במקום זאת, עיון בפסיקות בתי המשפט בנושא מראה כי נקודת המוצא לכל הדיון הדל בסוגיית סיווג המשפטי של כלי הרכב נובעת מניתוחו של השופט קדמי בספרו את הסוגיה.²³⁷ קדמי ביקש לברר מהי משמעותם של המונחים "בית או מקום" לעניין דיני החיפוש, ולשם כך שב למקורות ההיסטוריים של הדין הפלילי הישראלי – אל הנוסח המנדטורי המקורי של פקודת סדר הדין הפלילי. בסעיף 16 לנוסח האנגלי של הפקודה שעסק בסמכות לערוך חיפוש נעשה שימוש בביטוי "Any house or premises", אשר תורגם לעברית ולפקודה כ"כל בית או מקום".²³⁸ מתוך ניתוח לשוני של מונחים אלה, ובעיקר מתוך פרשנותו של המונח Premises, הסיק קדמי כי הכוונה היא למבנים ניחים – כגון חצרות, מגרשים או מקרקעין, ולא לחפצים ניידים. לפיכך, לשיטתו של קדמי, כוונת המחוקק המנדטורי הייתה להחיל את סמכות החיפוש אך ורק על בתים, חצרות ומבנים יציבים אחרים – כלומר, על מקומות בעלי אופי סטטי וקבוע. כלי רכב, בהיותו אובייקט נייד שאינו מקובע לקרקע, אינו נופל בגדר "בית או מקום" לפי מובנו של החוק המקורי.²³⁹

מכאן נגזרה מסקנתו של קדמי כי עד לחקיקת חוק המעצרים אשר התייחס במובחן לרכב, דינו של כלי רכב היה כדין "מיטלטלין". בהיעדר הסדרה ייעודית, כאשר אדם היה עצור בתוך הרכב או בסמוך לו, ראו ברכב כחלק מ"כליו" של האדם לצורך ביצוע חיפוש – ממש כשם שניתן לחפש בתיק או בחפצים ניידים אחרים שנמצאים ברשותו.²⁴⁰ לאחר חקיקת חוק המעצרים,²⁴¹ התייחס קדמי לכך שנקבעו לראשונה הוראות מפורשות העוסקות בחיפוש בכלי רכב. עם זאת, גם בהקשר החדש, הוא לא שינה את עמדתו המהותית שלפיה רכב אינו "מקום" (או "בית"), אלא ממשיך להיחשב "מיטלטלין". כלומר, לשיטתו, העובדה שהמחוקק הסדיר את נושא הרכב לא שינתה את סיווג המשפטי, אלא רק יצרה מקור סמכות עצמאי ונפרד לשם עריכת חיפוש.²⁴²

²³⁶ סעיף 25 לפקודה; ראו ע"פ (מחוזי ב"ש) 57943-01-22 **מדינת ישראל נ' אברהם אביטבול**, פס' 15 לפסק הדין של השי יואל עדן (נבו 16.2.2023).

²³⁷ קדמי, לעיל ה"ש 96, בעמ' 695.

²³⁸ שם, בעמ' 667; עניין **גבאי**, לעיל ה"ש 158, פס' 32.

²³⁹ קדמי, לעיל ה"ש 96, בעמ' 667, 695–697.

²⁴⁰ שם.

²⁴¹ חוק המעצרים.

²⁴² קדמי, לעיל ה"ש 96, בעמ' 695–697.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

בתי המשפט בישראל אימצו את ניתוחו של קדמי כמעט ללא הרהור ביקורתי.²⁴³ כאשר נדרשו להכריע בשאלות הנוגעות למעמדו של רכב בדיני החיפוש, ובפרט בסוגיית חובת הנוכחות של עדים, הם נשענו על הקביעה שרכב הוא מיטלטלין, ולא "מקום". ההסתמכות על ניתוחו של קדמי הפכה לאקסיומה משפטית שאינה מצריכה הנמקה או בחינה מחודשת. בתי המשפט לא ערכו דיון עצמאי בשאלה מהו רכב לעניין דיני החיפוש, לא בחנו את ההבדלים בין סוגי רכבים שונים או בין שימושים שונים באותו רכב, ולא התמודדו עם השינויים החברתיים והטכנולוגיים שחלו מאז התקופה המנדטורית.²⁴⁴

על רקע מסקנה זו, שלפיה הפסיקה נוטה לסווג את הרכב כמיטלטלין, ולא כ"בית או מקום", מתחדד קושי אל מול הפסיקה העוסקת בסעיף 29 לפקודה.²⁴⁵ סעיף זה מסדיר את הסמכות לערוך חיפוש על גופו של אדם ללא צו כאשר יש יס"ל. לשון הסעיף קובעת מפורשות כי סמכות זו קמה, בין היתר, רק כאשר: **"נמצא אדם בבית או במקום שמחפשים בו או בקרבתו"**. העולה מכך הוא שתנאי בלעדיו אין להפעלת סמכות החיפוש על אדם מכוח סעיף זה, הוא הימצאותו הפיזית, או קרבתו הפיזית, לזירות המהוות "בית" או "מקום", ושבותם מקומות נערך חיפוש.²⁴⁶

ואולם, עיון בפסיקה מלמד כי סעיף 29 לפקודה מופעל לא אחת גם בזירה התחבורתית. במקרים אלה, נקודת המוצא העובדתית חוזרת על עצמה: שוטרים עוצרים כלי רכב, לרוב לאחר שהבחינו בהתנהגות מחשידה.²⁴⁷ בעקבות המפגש, מתעורר חשד כי אחד מיושבי הרכב מחזיק על גופו, בכיסיו, בתיקו או בכליו חפץ אסור. בשלב זה, החיפוש אינו מתמחה בהכרח ברכב עצמו; הנהג או הנוסע מתבקש לצאת מן הרכב, לרוקן את כיסיו או למסור את כליו, ולעיתים החיפוש על גופו של האדם נערך לאחר שכבר הורחק מן הרכב, בעודו עומד בצמוד אליו או מצוי בסמיכות אליו.²⁴⁸ בשלב זה עולה השאלה: מכוח איזו הוראת חקוק רשאי איש המרות לערוך חיפוש על גופו של האדם? בפסיקה, המענה לשאלה זו ניתן לא אחת באמצעות סעיף 29 לפקודה, המשמש להצדקת החיפוש הגופני.²⁴⁹

כאן מתחדד הקושי הדוקטרינרי. סעיף 29 אינו פועל בחלל ריק ואינו מקנה סמכות כללית לחיפוש על גופו של אדם מקום בו מתעורר כלפיו יסוד סביר לחשד. סמכות זו מצויה בסעיף 22 לפקודה.²⁵⁰ מבנה סעיף 29 הוא דרשני: תחילה נדרש כי יתקיים חיפוש ב"בית" או ב"מקום", או כי האדם יימצא בקרבת אותו בית או מקום שבהם נערך חיפוש; רק לאחר מכן נדרש יסוד סביר לחשוד כי

²⁴³ עניין גבאי, לעיל ה"ש 158; עניין מולוקנדוב, לעיל ה"ש 159, פס' 54–60 לפסק הדין של הש' דאוד. שם.²⁴⁴

²⁴⁵ ס' 29 לפקודת סדר הדין הפלילי.

²⁴⁶ 16/14 טור' ל' כ' נ' התובע הצבאי הראשי, פס' 38 (נבו 19.4.2016); מ"ת (שלום עכו) 54444-03-11 מדינת ישראל נ' איתן לוי, פס' 13 (נבו 3.4.2011); ת"פ (שלום ק"ג) 13053-08-19 מדינת ישראל נ' שחר דורון, פס' 104–105 (נבו 19.10.2021).

²⁴⁷ כגון: ריח סמים הנידף מן הרכב, הבחנה בחפץ חשוד, ניסיון הימלטות, תנועות חריגות בתוך תא הנוסעים או נסיבות חיצוניות הקשורות לרכב וליושבו. יש לציין ולהדגיש כי אינדיקציות עובדתיות אלו נדרשות מאחר שהתנאי ההכרחי להפעלת סמכות החיפוש ללא צו שיפוטי הוא התגבשותו של "יסוד סביר לחשד". קיומו של חשד סביר נבחן במבחן אובייקטיבי, המושתת על נסיבותיו הפרטניות של כל מקרה ומקרה, ובלעדיו לא קמה הסמכות לערוך את החיפוש.

²⁴⁸ ראו ת"פ (שלום כ"ס) 13952-11-22 מדינת ישראל נ' אלירן מנשרוב (נבו 14.7.2024); ת"פ (שלום קריות) 49911-05-19 מדינת ישראל נ' דוד שמיר (נבו 9.8.2020); ת"פ (שלום נצ"י) 18626-08-19 מדינת ישראל נ' יגל דוד שמילוביץ (נבו 25.10.2022); פ"ל (תעבורה ת"א) 11281-11-10 מדינת ישראל נ' תמיר בוזו (נבו 10.10.2012); ת"פ (שלום ק"ג) 1623-08 מ.י. תביעות לכיש-שלוחת אשדוד נ' אפרים פיטוסי (נבו 1.6.2010); ת"פ (שלום ים) 3010-09 מ.י. יחידת תביעות ש"י נ' ידידיה פלק (נבו 1.1.2012); מ"ת (שלום ק"ש) 25964-12-17 פרקליטות מחוז צפון – פלילי נ' אסי אבוטובול (נבו 25.12.2017); בפ"ת (תעבורה ת"א) 6957-07-18 מדינת ישראל נ' דוד אלמליח (נבו 19.8.2018). שם.²⁴⁹

²⁵⁰ ס' 22 לפקודת סדר הדין הפלילי.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

אותו אדם מסתיר אצלו חפץ שמחפשים או שרשאים לחפש אחריו.²⁵¹ כאשר סעיף 29 מוחל על חיפוש באדם אגב מפגש עם כלי רכב וחיפוש בו, מתעוררת שאלה מקדמית: מהו אותו "בית או מקום" שאליו נקשר האדם? במקרים שנדונו בפסיקה מדובר בכלי רכב פרטיים, שאינם יכולים להיחשב "בית". משכך, אם סעיף 29 משמש מקור סמכות במקרים אלה, הרי שהדבר מותיר אפשרות אחת בלבד: לראות בכלי הרכב "מקום" לעניין הסעיף.²⁵²

כאן מתחדד הקושי המושגי הנובע מן האופן שבו הפסיקה מסווגת את הרכב בהקשרים שונים של דיני החיפוש. מחד גיסא, כאשר מתעוררת שאלת תחולתה של חובת נוכחות שני עדים בעת חיפוש ברכב, הפסיקה נוטה, על בסיס כתביו של קדמי, להדגיש את אופיו של הרכב כמיטלטלין, ולהבחין בינו לבין "בית" או "מקום". מאידך גיסא, כאשר נבחנת סמכות החיפוש על גופם של יושבי הרכב מכוח סעיף 29 לפקודה, עצם ההישענות על הסעיף מניח במובלע כי הרכב מהווה "מקום". התוצאה היא שימוש משתנה במונח "מקום" בהתאם להקשר הנורמטיבי שבו נדונה הסמכות, מבלי שנקבעו אמות מידה ברורות לשאלה מתי רכב ייחשב "מקום", או לשם הדיון "בית", ומתי לא. בכך מתחדד הצורך בגיבוש מסגרת עיונית סדורה לסיווגו של רכב בדיני החיפוש.

על רקע הקשיים שתוארו לעיל, הן אימוצה הכמעט אוטומטי של עמדת קדמי, והשימוש המשתנה במונח "מקום" בהקשרים שונים של דיני החיפוש, יש לבחון מחדש את נקודת המוצא שאומצה בפסיקה בעקבות קדמי: רכב אינו "בית או מקום" לעניין דיני החיפוש, אלא "מטלטלין" בלבד. לטעמי, קביעה זו סובלת משני פגמים מהותיים:

ג.1.1.1. נוסח חדש, פרשנות ישנה

הפקודה עברה בשנת 1969 נוסח חדש.²⁵³ מקור הסמכות ליצירת נוסח חדש נמצא בסעיף 16 לפקודת סדרי שלטון ומשפט,²⁵⁴ הקובע מנגנון מיוחד להחלפת חקיקה מנדטורית בחקיקה ישראלית.²⁵⁵ התוצאה המשפטית של הליך זה קבועה בסעיף קטן (ז): "משנתפרסם נוסח כאמור בסעיף קטן (ו) יהיה הוא, מיום הפרסום ואילך או מיום שקבעה הועדה, החוק המחייב, ולא יהיה עוד תוקף לכל נוסח אחר של אותו חוק...".²⁵⁶ ואולם בכך לא סגי. סעיף 24 לחוק הפרשנות מוסיף וקובע כי הנוסח המחייב של כל דין הוא זה שניתן בשפתו המקורית; ואולם לגבי חוקים מנדטוריים שנוסחו במקור באנגלית ועברו נוסח חדש לפי סעיף 16 לפקודת סדרי השלטון והמשפט – הנוסח החדש בעברית הוא הקובע והמחייב מבחינה משפטית.²⁵⁷

²⁵¹ ראו ההפניות בה"ש 246.

²⁵² יש להבהיר כי עיון בפסיקת הערכאות הדיוניות המיישמת את סעיף 29 בנסיבות של זירה תחבורתית, מלמד כי בתי המשפט אינם עורכים ניתוח דוקטרינרי מסוג זה. לרוב, בתי המשפט מחילים את הסעיף כמקור סמכות באופן טכני ופרגמטי, מבלי לקבוע מפורשות או לדון בשאלה האם רכב אכן מהווה "מקום". לפיכך, המסקנה שלפיה הרכב מסווג כ"מקום" אינה פרי קביעה שיפוטית מוצהרת, אלא תולדה לוגית הכרחית ומשתמעת מעצם הישענותה של הפסיקה על סעיף זה לשם הכשרת החיפוש. ראו ההפניות בה"ש 248.

²⁵³ ומכאן שמה: פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969.

²⁵⁴ פקודת סדרי שלטון ומשפט, התש"ח-1948.

²⁵⁵ ההליך כולל, בין היתר, הליך מורכב של הכנת הצעת נוסח על ידי שר המשפטים, בדיקה על ידי ועדה מייעצת, ואישור סופי על ידי ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת. ראו רע"א 686/97 מנורה – חברה לביטוח בע"מ נ' עיזבון המנוח משה תמר ז"ל, פ"ד נג"ד (5) 145, פס' 24 (1999); ע"פ 2013/92 מדינת ישראל נ' חיים בן יוסף חוזה, פ"ד מח(2) 818 (1994).

²⁵⁶ ס' 16(ז) לפקודת סדרי שלטון ומשפט; ע"פ 877/84 מרדכי גאלי נ' מדינת ישראל, פ"ד (4) 169, 193 (1986).
²⁵⁷ ובלשון בחוק: "הנוסח המחייב של כל דין הוא הנוסח שבשפה שבה הוא ניתן; אולם בדין שניתן באנגלית לפני הקמת המדינה ונקבע לו נוסח חדש לפי ס' 16 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948 – הנוסח החדש מחייב". סעיף 24 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981; בג"ץ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות נ' עיריית תל אביב יפו, פס' 11-12 לפסק-הדין של הש' ברק (נבו) 13.9.2011.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

לדידי, שגגתו הפרשנית במקרה זה של קדמי, ואחריו של בתי המשפט שקיבלו את פרשנותו, נעוצה באי-הבחנה זו. הגישה שאימצה את פרשנותו של קדמי ראתה במונח "בית" או "מקום" שבנוסח החדש הזהוד ישיר של הביטוי האנגלי "House or premises" שבפקודה המנדטורית, תוך שהיא מתעלמת מהעובדה שמדובר בנוסח חדש שנועד לעגן ניסוח עדכני ועצמאי. פרשנותו של קדמי חותרת תחת כוונת המחוקק בנוסח החדש, בכך שהיא ממשיכה לקשור את משמעות החוק לעולם פרשני מושגי מן הדין האנגלי של תקופת המנדט, ולא לעולם הפרשני הנטוע בשפה, בעידן המודרני ובתכליות ובערכים של שיטת המשפט הישראלית. במילים אחרות, קביעתו של קדמי "מקפאה" את ההבנה של המונח "בית" ובעיקר "מקום" במובנו האנגלי ההיסטורי, למרות שהוא שולב בתוך נוסח חדש בעברית הדורש התאמה למציאות בת ימינו.²⁵⁸ לכך אוסיף כי אפילו הדין הבריטי, מכורתה של הפקודה המנדטורית, הכיר כבר לפני עשורים בכך שרכב אינו עוד אובייקט טכני גרידא, אלא עשוי להיחשב Premises לעניין סמכויות חיפוש.²⁵⁹

החמצה זו מקבלת משנה תוקף כשבוחנים את השינויים שחלו במעמדו ובמאפייניו של הרכב הפרטי מאז שנות ה-20 של המאה העשרים, מועד חקיקת הפקודה המנדטורית. אז, הרכב שימש בעיקר כאמצעי תחבורה מצומצם, יקר ולא שכית, שלא נחשב לחלק ממרחב החיים הרגיל של האזרח הממוצע. לעומת זאת, כיום, כלי רכב מהווה לעיתים מרחב פרטי מובחן, כזה שנושאים בו רכוש פרטי, שנערכות בו שיחות אינטימיות, ולעיתים הוא אף משמש כמרחב מגורים זמני. התחכום הטכנולוגי של הרכב המודרני, היקף הפונקציות שהוא ממלא בחיי הפרט, וריבוי המצבים בהם השהייה בו מקבילה לשהייה במקום סגור, מחייבים בחינה מחודשת של סיווג המשפטי. הרכב אינו עוד "חפץ נייד" בלבד, אלא במקרים רבים מהווה מקרה גבול מובהק שיש לדון בו לפי עקרונות ייחודיים של ציפייה לפרטיות, גישה נורמטיבית לאכיפת החוק ואיזונים חוקתיים ראויים.²⁶⁰

השאלת הרכב תחת סיווג פורמלי של "מטלטלין" על יסוד פרשנות מן המשפט האנגלי הישן – יוצרת סתירה פנימית בין מהות למציאות, ובין שפה משפטית עכשווית לבין תוצאה פרשנית אנכרוניסטית. לכן, לדעתי, לא ניתן לקבל ככתבה וכלשונה את הפרשנות המסורתית שניתנה למונחים "בית", "מקום" ו"מטלטלין" בהקשר של חיפוש ברכב באופן קטגורי, כפי שהתבססה על המקור המנדטורי בפרשנותו של קדמי. נדרשת פרשנות דינמית, מהותית ומבוססת הקשר, אשר תכיר בשינויים שחלו במעמדו ובשימושיו של הרכב בחברה המודרנית ובמשפט הישראלי.

ג.1.2. סיווג רכב ללא תשתית מושגית

הקושי השני העולה מפרשנותו של קדמי, ואולי אף עמוק מהראשון, הוא שגם אם נניח לצורך הדיון כי יש ממש בעמדתו הלשונית שלפיה רכב אינו "מקום", אלא "מטלטלין", הרי שבכך לא סגי. קדמי,

²⁵⁸ שם.

²⁵⁹ כך בס' 23 ל-1984 Police and Criminal Evidence Act מבהיר כי המונח premises כולל any place, ובפרט: "any vehicle, vessel, aircraft or hovercraft..."

²⁶⁰ Stefano Bloch, *Policing car space and the legal liminality of the automobile*, 45 Progress in Human Geography 136, 139–147 (2021); Shane Prevost and Houssain Kettan, *On Data Privacy in Modern Personal Vehicles* (2019); Tim Dant and Peter J. Martin, *By Car: Carrying Modern Society* (Lancaster Univ., Dep't of Sociology, (Working Paper, 1999); Gila Albert et al *Safety Implications of Company Cars – The Israeli Experience*, 6 Eur. Transp. Res. Rev. 93 (2014).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

ובעקבותיו בתי המשפט,²⁶¹ לא ערכו דיון מעמיק בשאלה מהו אותו "רכב" שלגביו נקבע הסיווג.²⁶² ההנחה המובלעת, שנדמית כמובנת מאליה, היא שכלי רכב הוא אובייקט אחד, בעל מאפיינים קבועים, שאין צורך לעמוד עליהם בנפרד. היינו אובייקט בעל גלגלים ומנוע. אולם כפי שהוצג, הנחה זו מתעלמת מן השונות הקיימת בתוך קטגוריית כלי הרכב ומן השינויים שחלו במעמדם החברתי, הטכנולוגי והפונקציונלי של רכבים בעשורים האחרונים.²⁶³ בכך נוצרה הנמקה מעגלית מבחינה מושגית: כדי לקבוע שרכב הוא מיטלטלין, יש להגדיר תחילה מהו רכב. ללא הגדרה או מערכת עקרונות ברורה, קיים קושי לערוך סיווג משפטי ראוי העולה בקנה אחד עם תכליות דיני החיפוש ועם מאפייניו המשתנים של הרכב המודרני.

2.ג. זהותו המשפטית של הרכב: מבט משווה

כפי שפורט לעיל, הדין הישראלי מניח, כמעט כעובדה מובנת מאליה, כי רכב הוא אובייקט נייד – הנחה המשקפת את עמדת המחוקק, שלפיה הניידות היא מאפיין מרכזי המצדיק הסדרים ייעודיים של חיפוש. ואולם, מעבר להנחה זו אין בדיון מקיף, מהותי או עקרוני בשאלה מהו "רכב". בהיעדר תשתית מושגית ברורה, ההכרעה אם אובייקט הוא "רכב" נותרת אינטואיטיבית וחסרה, והיא אינה יכולה לשמש בסיס יציב להגדרת סמכויות חיפוש הפוגעות בזכויות יסוד.²⁶⁴ משום כך אבקש לפנות אל שיטות משפט אחרות, ובראשן הדין האמריקאי, מאחר שאלו התמודדו לאורך עשרות שנים עם שאלות זהות של סיווג רכב במרחב שבין אובייקט נייד לבין חלל פרטי, ופיתחו עקב בצד אגודל מארג של עקרונות המאזנים בין מאפייני השימוש, הציפייה לפרטיות והיקף סמכויות האכיפה.

התיקון הרביעי לחוקת ארצות הברית מהווה אבן יסוד בשיטת המשפט החוקתית האמריקאית בכל הנוגע להגנה על פרטיות, חירות אישית וזכויות הפרט מפני חדירה שרירותית של המדינה. התיקון נחקק על רקע הניסיון ההיסטורי המר של המתיישבים האמריקאים תחת השלטון הבריטי, ובפרט בשל השימוש הגורף והשרירותי ב"צווי סיוע" (Writ of assistance) – צווים כלליים שאפשרו לסוכני הכתר הבריטי לערוך חיפושים בלתי מוגבלים בבתיים, במחסנים ובכלי שיט בחיפוש אחר סחורות מוברחות, וזאת מבלי שידרשו לחשד סביר או לפיקוח שיפוטי ממשי. פרקטיקות אלו עוררו זעם והתנגדות בקרב המתיישבים, והן נחרתו בזיכרון הפוליטי והמשפטי של האומה המתהווה כראיה לחשיבות ההגנה על מרחבים פרטיים מפני חדירה שלטונית ללא הצדקה.²⁶⁵

על רקע זה, התיקון הרביעי נועד להבטיח שלאזרחי ארצות הברית תעמוד זכות חוקתית להיות "בטוחים" בגופם, בביתם, במסמכיהם ובחפציהם, קרי, במרחבים הנתפסים כמהותיים לאוטונומיה אישית ולפרטיות, וכי לא יתבצעו נגדם חיפושים או תפיסת רכוש בידי השלטון, אלא

²⁶¹ עניין מולוקנדוב, לעיל ה"ש 159; זיתון, לעיל ה"ש 199, בפס' 22.

²⁶² קדמי עצמו לא ערך דיון מעמיק בשאלה מהו אותו "רכב" שלגביו הוא קובע את הסיווג, אלא הפנה, כדרך אגב ובאופן לקוני, להגדרת "רכב" שבחוק העונשין ובפקודת התעבורה. ראו קדמי, לעיל ה"ש 96, עמ' 15, ועמ' 18, ה"ש מס' 42. הפניה זו אינה מלווה בניתוח ממשי או בהנמקה, ונעשית כאילו מדובר במושג מובן מאליה, שאין צורך לפרקו לגורמיו או לברר את רלוונטיות ההגדרה להקשר הדיוני. כפי שכבר הוצג לעיל, ההגדרות בחוקים אלה אינן רלוונטיות להקשר של דיני חיפוש – הן נועדו למטרות אחרות ואינן משקפות הבנה מהותית של הרכב כאובייקט משפטי-חברתי.

²⁶³ Sarah A. Seo, *The New Public*, 127 Yale L.J. 1616, 1652-1658 (2018).

²⁶⁴ ראו פרקים 1.א, 3.א ו-2.ב.2. למאמר.

²⁶⁵ Thomas Y. Davies, *Recovering the Original Fourth Amendment*, 98 Michigan Law Review 547, 556–563 (1999); Nelson B. Lasson, *History and Development of the Fourth Amendment to the United States Constitution* (1937); Philip G. C. Ketchum, *Writs of Assistance*, 19 CHITTY'S L.J. 90 (1971); Jack K. Weber, *Differing Approaches to Writs of Assistance*, 13 Anglo-AM. L. Rev. 33 (1984).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

אם כן הם סבירים על פי דין. אף שמדובר בנוסח קצר בן 54 מילים בלבד, הוא מעצב עקרון יסוד של ריסון כוח השלטון, ומעמיד את גבולות ההתערבות במרחבו של הפרט תחת ביקורת שיפוטית הדוקה ותנאי סף ראייתיים מוקדמים. במשך יותר ממאתיים שנה התיקון שימש בסיס לפסיקה ענפה ולעיצוב דוקטרינות משפטיות מורכבות בנוגע למידת הפיקוח שמותר לרשויות המדינה להפעיל כלפי האזרח, תוך איזון מתמיד בין צורכי אכיפת החוק לבין ההגנה על הזכות לפרטיות ולחירות.²⁶⁶

מבנהו של התיקון הרביעי מעורר שאלה מרכזיות שהתעוררה מוקדם בפסיקה האמריקאית: האם כל חיפוש המתבצע על ידי המדינה חייב להיעשות מכוח צו שיפוטי? במילים אחרות, לאור העובדה שהסעיף פותח בקביעת הזכות להיות מוגן מפני חיפושים ותפיסות בלתי סבירים, ולאחר מכן עובר לתיאור התנאים להוצאת צו – האם יש לקרוא לתוך הסעיף דרישה מובנית לצו כתנאי מוקדם לכל חדירה וחיפוש במרחב פרטי מוגן?²⁶⁷ התשובה שניתנה בפסיקה האמריקאית, ואומצה לאורך השנים, היא לא. לשון הסעיף אינה קובעת כי כל חיפוש מצריך צו, אלא רק שכאשר המדינה מבקשת לפעול בצו – עליה לעמוד בדרישות קפדניות המפורטות בתיקון הרביעי לחוקה. משמעות הדבר היא שהתיקון אינו מחייב צו, אלא מונה את התנאים להוצאת צו כאשר בוחרים (או נדרשים) לפעול באמצעותו. התפיסה המשפטית שהתפתחה מכירה בכך שצו חיפוש הוא הדרך המועדפת ולפעמים היחידה לפעולה של רשויות השלטון, שכן הוא מבטיח פיקוח שיפוטי מוקדם ומרכיב של ניטרליות. ואולם, קיימים מצבים שבהם חיפוש עשוי להיחשב "סביר" גם בלעדיו.²⁶⁸

בתי המשפט פיתחו גישה פרשנית גמישה, שלפיה כל מקרה ייבחן לפי נסיבותיו הקונקרטיות, תוך איזון בין האינטרס הציבורי באכיפת החוק לבין עוצמת הפגיעה בזכות לפרטיות. בכך מיישמת הפסיקה את הרציונל העומד בבסיס התיקון הרביעי, ריסון כוח המדינה, מניעת שרירות והבטחת יחס מידתי וראוי כלפי הפרט, מבלי לקבוע דרישה פורמלית אחידה שמחייבת צו בכל מקרה.²⁶⁹ במישור זה נולדה סוגיית הרכב כאתגר פרשני ייחודי בדיני החיפוש, אשר חייבה את בתי המשפט להגדיר מחדש מתי חדירה לרכב תיחשב "חיפוש" במובנו החוקתי, ומהם התנאים להצדקתה בהיעדר צו. כנגזרת לכך הפך הרכב עצמו לשאלה עקרונית בדיני החיפוש: לא רק מתי וכיצד ניתן לחפש בו, אלא מהו "רכב".

ג.2.א. הרכב כמרחב בתנועה: השפעת אלמנט הניידות בפסיקה

פסק הדין Carroll משנת 1925²⁷⁰ נחשב לאבן היסוד בהתגבשות ההבנה המשפטית של הרכב כמושא ייחודי בדיני החיפוש. המקרה עסק בשני סוכני אכיפה פדרליים שעצרו רכב במהלך תקופת היובש (Prohibition), בחשד כי נוסעי הרכב מובילים בו משקאות אלכוהוליים אסורים. ללא צו שיפוטי, פתחו הסוכנים את הרכב וביצעו בו חיפוש, שבמהלכו נמצאו משקאות אלכוהוליים. הנוסעים טענו

²⁶⁶ שם. ראו-Orin S. Kerr, *An Equilibrium-Adjustment Theory of the Fourth Amendment*, 125 HARV. L. REV. 476, 481–492, (2011); Jeffrey Bellin, *Fourth Amendment Textualism*, 118 MICH. L. REV. 233, 245–248 (November 2019).

²⁶⁷ Laurent Christopher Slobogin, *The World without a Fourth Amendment*, 39 UCLA L. REV. 1 (1991); Sacharoff, *The Broken Fourth Amendment Oath*, 74 Stan. L. Rev. 603, 657–662 (2022); Thomas K. Clancy, *The Original Fourth Amendment*, 93 U. Chi. L. Rev. 1181, 1298–1305 (2017).

²⁶⁸ שם.
²⁶⁹ Danielle D'Onfro & Daniel Epps, *The Fourth Amendment and General Law*, 132 Yale L. J. 910, 950–953 (2023).

²⁷⁰ Carroll v. United States, 267 U.S. 132, 149 (1925).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

כי החיפוש נעשה בניגוד לתיקון הרביעי לחוקה, מאחר שלא ניתן צו ולא התקיימה הצדקה מספקת. בית המשפט העליון נדרש להכריע בשאלה עקרונית ומהותית: האם רשאית המשטרה לחפש ברכב ללא צו חיפוש, בהתבסס על חשד סביר בלבד?

בפסק הדין הכשיר בית המשפט את חיפוש ברכב ללא צו שיפוטי, בהתבסס על שני נימוקים. הראשון הוא כי היה לשוטרים "יסוד סביר לחשד". הנימוק השני היה עקרון הניידות והיעדר היכולת בהוצאת צו. הנימוק היה פונקציונלי: בית המשפט קבע כי עצם ניידותו של הרכב יוצר נסיבות שבהן דרישה לצו שיפוטי אינה מעשית. מאחר שהרכב יכול לנוע, להתרחק או להיעלם בתוך זמן קצר, ההמתנה להוצאת צו הייתה מביאה לשיבוש החקירה ולאובדן ראיות. מתוך נימוק זה פיתח בית המשפט את דוקטרינת "חריג הרכב", שלפיה חיפוש ברכב נייד יכול להיחשב חוקי גם ללא צו, אם מתקיימים תנאים של ניידות ממשית וחשד סביר לעבירה. עוד נקבע כי ניידותו של הרכב מצמצמת את הציפייה לפרטיות ומציבה אילוץ מבצעי ממשי בפני רשויות האכיפה.²⁷¹

מן ההנמקה הזאת ניתן ללמוד כיצד נתפס רכב בעיני בית המשפט. לא מדובר באובייקט שמוגדר רק לפי מבנהו הפיזי, אלא לפי הפוטנציאל שלו לתנועה חופשית ולחמוק מפיקוח שיפוטי. ההבחנה בין רכב למרחבים מוגנים אחרים, כמו בית, מתבצעת לא על בסיס מיקום, אלא על בסיס תכונה תפקודית: זמניות, מוביליות ויכולת נידוד מהירה. בעיני בית המשפט, רכב הוא מרחב שיש להחיל עליו הגנה חוקתית גמישה יותר, משום שהוא מהווה במובנים רבים אובייקט של תנועה. הדיון ברכב מתמקד אפוא לא במה שהוא מכיל, אלא במה שהוא מאפשר – את האפשרות להתנתק מהמקום, להעלים ראיות, ולחמוק מפיקוח בזמן אמת. התוצאה היא שבאופן מהותי, הזהות החוקתית של הרכב נגזרת בעיקרה מתפקודו, ולא מצורתו.²⁷²

אומנם ברור כי רכב של ראשית המאה העשרים אינו דומה לרכב של ימינו, לא בטכנולוגיה, לא במבנה, ולא בהיקף השימוש, אך עקרון היסוד שביסס פסק הדין נותר עומד בעינו: הניידות כמאפיין המהותי של רכב. זהו יסוד פרשני שמכונן את זהות הרכב במשפט החוקתי, ומכוחו נולדת הבחנה מהותית בין רכב לבין מרחבים חוקתיים אחרים.²⁷³

עם השנים התברר כי ניידותו של הרכב אינה רק מאפיין פיזי, אלא רכיב מהותי הקובע גם את היקף ההגנה החוקתית עליו ואת גבולות החיפוש האפשרי בתוכו. תפיסה זו באה לידי ביטוי מובהק בהלכת *Chadwick*,²⁷⁴ שבה נדרש בית המשפט העליון לשאלת היחס בין רכב נייד לבין חפץ פרטי שנמצא בתוכו. בפסק הדין נדון מקרה בו סוכנים פדרליים עצרו שני חשודים אשר נצפו כשהם **מעמיסים מזוודה גדולה ונעולה** לתא המטען של רכבם, אשר עלה חשד שהיא מכילה סמים. החשודים נסעו זמן קצר בלבד לפני שנעצרו. הם הוכנסו לרכב משטרתי והמזוודה נתפסה, אך לא נפתחה במקום. במקום זאת, הסוכנים לקחו את המזוודה לתחנת המשטרה, שם פתחו אותה כשעה וחצי לאחר מכן, ללא צו חיפוש. בית המשפט קבע כי ברגע שהמזוודה הוצאה משליטת החשודים ולא נשקפה עוד סכנת היעלמות ראיות, פגה ההצדקה של חריג הרכב, המבוסס על ניידות ודחיפות.

²⁷¹ Martin L. O'Connor, *Vehicle Searches-The Automobile Exception: The Constitutional Ride from Carroll v. United States to Wyoming v. Houghton*, 16 *TOURO L. REV.* 393, 395–398 (2000); Allan M. Feldman & Jeonghyun Kim, *The Hand Rule and United States v. Carroll Towing Co. Reconsidered*, *Privacy Takes a Back Seat*, 7 *AM. L. & ECON. REV.* 523 (2005). לעיל הי"ש 215, בעמ' 74–73.
²⁷² Muhammad Mustafa, *The Post-Carpenter Automobile Exception*, 101 *B.U. L. Rev.* 399, 405–412 (2021).

²⁷³ שם.

²⁷⁴ *United States v. Chadwick*, 433 U.S. 1 (1997).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

לפיכך, עצם העובדה שהמזוודה הובלה ברכב אינו הופך אותה לחלק אינטגרלי מהרכב לצורך החיפוש. החפץ הסגור והנעול נושא ציפייה עצמאית לפרטיות, והחיפוש בו לאחר תפיסתו דורש צו שיפוטי נפרד.²⁷⁵ מן ההלכה עולים אפוא שני לקחים מרכזיים: ראשית, כי המוביליות היא יסוד מהותי המצדיק את חריג הרכב רק כל עוד מתקיימת סכנת היעלמות ראיות; ושנית, כי לא כל פריט המצוי ברכב נטמע בו לצורך החיפוש, וחפצים סגורים ונעולים שומרים על ציפייה נפרדת ועצמאית לפרטיות.²⁷⁶

עם השנים, ועם התפתחות ההלכות שנגעו לחיפוש ברכב, הוסיפה הפסיקה האמריקאית לחדד את גבולות חריג הרכב ואת היחס בין ניידות הרכב לבין ההיקף הפנימי של החיפוש בו. פסק הדין *Acevedo* מהווה נקודת ציון בהבהרת הקשר הזה.²⁷⁷ בית המשפט העליון נדרש לשאלה כיצד יש לאזן בין הצורך האכיפתי להתמודד עם ניידותו של הרכב לבין ההגנה על פרטיותו של אדם בחפצים הסגורים שבתוכו. במקרה זה השוטרים עקבו אחר חשוד שנצפה יוצא מדירה החשודה כאתר אחסון סמים כשהוא נושא שקית חומה גדולה, אותה הניח בתא המטען של רכבו ונסע מהמקום. זמן קצר לאחר מכן נעצר *Acevedo*, והשוטרים פתחו את תא המטען ואת השקית – ללא צו חיפוש.

בפסק הדין קבע בית המשפט, כי במצב כזה ניתן לחפש מיידית בתא המטען ובשקית עצמה. הנימוק היה כי ניידותו של הרכב היא שורש ההצדקה לחיפוש ללא צו; כל עוד הרכב מצוי בתנועה או עשוי לנוע, וסכנת היעלמות הראיות היא מוחשית, אין טעם להבחין בין הרכב לבין החפץ שבתוכו. עם זאת, בית המשפט שמר על גבול ברור: כאשר הניידות נשללת, למשל אם הרכב או החפץ נתפסו והועברו לשליטת המשטרה, ההצדקה לחיפוש מידי מתבטלת, ושוב נדרש צו. כך התפתחה בפסיקה

²⁷⁵ John J. Rosenberg, *United States v. Chadwick and the Lesser Intrusion Concept: The Unreasonableness of Being Reasonable*, 58 B.U. L. REV. 436, 440–454 (1978); Robin K. Williams, *Constitutional Law: Expectation of Privacy Invokes Fourth Amendment Warrant Clause*; *Protection for Search of Sealed Footlocker: United States v. Chadwick*, 2 NOVA L.J. 159 (1978) לאחר פסק הדין *Chadwick* נותרה במערכת המשפט האמריקאית איבהירות באשר להיקף תחולתו של חריג הרכב. *Chadwick* יצר הבחנה חדשה בין הרכב לבין החפצים הסגורים שבתוכו, וקבע כי לחפצים נפרדים יש הגנה עצמאית המחייבת צו חיפוש. הבחנה זו עוררה קשיים מעשיים: שוטרים בשטח נדרשו להכריע בזמן אמת האם החשוד מתייחס לרכב כולו או רק לחפץ מסוים שבתוכו, דבר שגרם לעיכובים ולחוסר אחידות ביישום. פסק הדין *United States v. Ross* (1982) בא לצמצם את הפער הזה ולשחזר את הגמישות האכיפתית שאבדה לאחר *Chadwick*. בית המשפט קבע כי כאשר למשטרה יש יסוד סביר לחשוד שהרכב עצמו מכיל ראיות לעבירה, ניתן לחפש בכל מקום בתוך הרכב שבו ניתן להסתיר ראיות – לרבות תאים סגורים, תיקים או מכולות שבתוכו. בכך הורחבה תחולת חריג הרכב כך שתכלול את כלל המרחבים הפנימיים של הרכב, כל עוד החשוד מתייחס לרכב כמכלול ניידי. ההלכה החדשה סימנה מעבר מהתמקדות באובייקט הספציפי לחשוד מערכתי כלפי הרכב כולו, והניחה את הבסיס להאחדה שנקבעה מאוחר יותר ב-*California v. Acevedo*, שאיחדה את שתי ההלכות לכלל אחד ברור ויישומי. ראו: Lewis R. Katz, *United States v. Ross: Evolving Standards for Warrantless Searches*, 74 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 172 (1983); Donald L. Dalton, *United States v. Ross: Search and Seizure Made Simple*, 10 PEPP. L. REV. 421 (1983); M. Richard Cutler, *United States v. Ross: A Solution to the Automobile Container Dilemma*, 18 COLUM. J.L. & SOC. PROBS. 127 (1983); Walter Schmidt, *The Bright Line Rule of United States v. Ross: New Light on the Carroll Automobile Exception*, 36 Ark. L. Rev. 293 (1982).

²⁷⁶ שם.

²⁷⁷ *California v. Acevedo*, 500 U.S. 565 (1991).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

תפיסה דינמית של חריג הרכב, שלפיה המועד וההקשר הפיזי של החיפוש הם הקובעים את היקף ההגנה החוקתית, ולא צורת האובייקט בלבד.²⁷⁸

במהלך השנים התגבשה בקנדה גישה מקבילה לזו שהתפתחה בארצות הברית, שלפיה היקף החיפוש ברכב, והשאלה מה נכלל ברכב, תלויים במועד ביצוע החיפוש ובקשרו. כך, במקרה בו נעצר אדם בחשד לעבירת סמים והשוטרים תפסו את רכבו, נערך חיפוש נוסף ברכב כשש שעות לאחר המעצר, כאשר הרכב כבר היה מוחזק בתחנת המשטרה. במהלך החיפוש המאוחר נמצאו סמים. בית המשפט העליון קבע כי חיפוש זה אינו נכלל בגדר "חריג רכב" המתיר חיפוש עקב מעצר, שכן החיפוש נותק מזיקתו המיידית למעצר עצמו. בית המשפט הבהיר כי החריג חל רק כאשר החיפוש מבוצע באופן מיידי וסמוך לאירוע, ולשם תכלית קונקרטית, כגון הבטחת ביטחון השוטרים, מניעת השמדת ראיות וכדומה. כאשר מדובר בבדיקה מאוחרת הנעשית לאחר שהרכב נתון בשליטה מלאה של הרשויות ואינו מציב עוד סיכון ראייתי או מבצעי – לא קיימת הצדקה חוקתית לביצוע החיפוש ללא צו שיפוטי.²⁷⁹

ניידותו של הרכב מתגלה, אפוא, כמרכיב מרכזי, אם כי לא בלעדי, בעיצוב גבולותיו המשפטיים של המונח "רכב". הניידות אינה רק תכונה פיזית, אלא אינדיקציה נורמטיבית המשליכה על היקף סמכות האכיפה, על רמת ההגנה החוקתית ועל מידת הציפייה הסבירה לפרטיות. ככל שהרכב מצוי בתנועה או עשוי לנוע, גוברת הנטייה לראות בו מרחב חשוף יחסית לפיקוח ולהכפיף אותו לכללי חיפוש גמישים ומיידים. לעומת זאת, ככל שהניידות נשללת, ברכב מקובע, מוחזק, מאוחסן או מועבר לשליטת המשטרה, מתרחק הרכב מאופיו התחבורתי ומתקרב לסטטוס של מרחב נייח, שבו נדרשת הצדקה מחמירה יותר לפגיעה בפרטיות, דוגמת צו שיפוטי. בכך מתברר כי הניידות היא ציר פרשני משמעותי, המשפיע על אופי ההגנה החוקתית ועל תחולתם של הסדרים נורמטיביים שונים הנוגעים לחיפוש.

ג.2.ב. מעמדו החוקתי של הרכב: מאמצעי תנועה לנכס בעל היקף הגנה משתנה בהתאם לשימוש

הלכת *Carroll* שלטה בפסיקה האמריקאית במשך עשרות שנים והיוותה את נקודת המוצא להבנת מעמדו של הרכב בכל הנוגע לדיני החיפוש. עם זאת, ההתפתחויות החברתיות והטכנולוגיות במחצית השנייה של המאה העשרים הציבו לפני בתי המשפט מצבים חדשים שלא נצפו בהנחת היסוד של הלכת *Carroll*, ואתגרו את תחולתה ואת גבולותיה במציאות המשתנה.²⁸⁰

כך בפסק הדין *Carney* (1985)²⁸¹ נערך חיפוש בקרוון נייד, בעקבות חשד כי הוא משמש אמצעי לביצוע עסקאות סמים. ממש כפי שתואר בתחילת המאמר בסצנה מתוך הסדרה "שובר שורות":

Michael Tudzin, *California v. Acevedo: Closed Container in Your Car – Contraband Carriers Beware*,²⁷⁸ 13 WHITTIER L. REV. 979, 980–990 (1992); Jeffrey O. Himstreet, *The Executive's War on Crime Takes a Bite out of Privacy in California v. Acevedo*, 28 WILLAMETTE L. REV. 195, 201–215 (1991); Lisa K. Coleman, *Criminal Law - California v. Acevedo: The Erosion of the Fourth Amendment Right to Be Free from Unreasonable Searches*, 22 MEM. ST. U. L. REV. 831 (1992); Todd P. Guthrie, *California v. Acevedo: Now You See It, Now You Don't - The Supreme Court's Latest Approach to the Fourth Amendment Warrant Requirement*, 45 ARK. L. REV. 397 (1992).

Ashley Rahaim, *The United States Should*; R. v. Caslake, [1998] S.C.J. No. 3, 13 C.R. (5th) 1 (S.C.C.)²⁷⁹ Take a Page out of Canadian Law When It Comes to Privacy, Genetic and Otherwise, 54 U. MIAMI INTER-AM. L. REV. 95, 106–111 (2023).

²⁸⁰ ראו פרק ג.2.ב. למאמר.

²⁸¹ *California v. Carney*, 471 U.S. 386 (1985).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

שוטרי סוכנות הסמים של מדינת קליפורניה קיבלו מידע מודיעיני שלפיו המשיב, קרני, מנהל עסקאות סמים מתוך קרוון שחנה במגרש ציבורי. על פי הדיווחים, נצפו צעירים נכנסים לקרוון, שוהים בו זמן קצר ויוצאים ממנו כשברשותם חפצים חשודים. בהמשך איתרו השוטרים את אחד מהנערים שיצא מהמקום, והוא מסר בחקירה כי רכש סמים מקרני בתוך הקרוון.²⁸² בהתאם למידע שנאסף, ניגשו השוטרים אל הקרוון, מצאו את קרני בתוכו, נכנסו פנימה וביצעו חיפוש – ללא צו שיפוטי. במהלך החיפוש נמצאו סמים ופריטים נוספים המעידים על קיום עסקאות סמים. קרני עתר במשפטו לפסילת הראיות, בטענה כי החיפוש בוצע בניגוד להוראות התיקון הרביעי לחוקה, שכן הקרוון שימש בפועל למגורים, ולפיכך היה עליו ליהנות מההגנה החוקתית החלה על בית מגורים, לרבות חיפוש מכוח צו שיפוטי.²⁸³

בית המשפט העליון של מדינת קליפורניה קיבל את טענת ההגנה של קרני וקבע כי הקרוון שימש בפועל למגורים, ולכן החיפוש בו ללא צו היה בלתי חוקתי לפי התיקון הרביעי לחוקה. לדעת שופטי הרוב, העובדה שמדובר בקרוון נייד אינה גוברת על ההגנה שמוקנית למקום מגורים, גם אם אין מדובר בבית "קלסי", ומכאן שחיפוש ללא צו לא היה מוצדק בנסיבות העניין. משכך נקבע כי החיפוש בקרוון שביצעה המשטרה ללא צו שיפוטי היה בלתי חוקתי, ולכן הראיות שהושגו בו אינן קבילות. הכרעה זו חידדה את קו הגבול המטושטש שבין "רכב" לבין "מקום מגורים". היא מלמדת כי ההגדרה של רכב אינה נובעת מצורתו הפיזית או מיכולתו לנוע בלבד, אלא מהשימוש שנעשה בו בפועל. כאשר כלי רכב ממלא תפקיד מהותי של מרחב מגורים, כלומר, משמש כחלל אישי, קבוע יחסית, שבו אדם חי, ישן ושומר את חפציו, הוא חוצה את גבול ההגדרה התפקודית של "רכב" והופך ל"רשות היחיד" במובנה החוקתי, רשות המהווה בית. בכך בית המשפט קבע: ההגנה על פרטיותו של אדם נגזרת מהתכלית והשימוש במרחב, לא ממבנהו החיצוני או מסיווגו הפורמלי.²⁸⁴

מדינת קליפורניה ערערה על ההחלטה. השאלה המשפטית שעמדה במרכז המחלוקת הייתה האם הקרוון, המשלב תכונות של רכב ותכונות של בית מגורים, נכנס בגדר החרג שנקבע בהלכת *Carroll*, המתיר חיפוש ברכב ללא צו. בית המשפט העליון של ארצות הברית דן בסוגיה בהרכב של תשעה שופטים, אשר נחלקו בדעותיהם באשר לתוצאה.²⁸⁵

דעת הרוב, שניתנה על ידי שישה שופטים, הפכה את פסק הדין והכשירה את החיפוש שנערך. היא ביססה את פסיקתה על הרחבה של ההלכה שנקבעה בעניין *Carroll*. בעיניהם, הקרוון נשא שני מאפיינים מכריעים של "רכב" במובנו החוקתי: ניידות בפועל וציפייה מופחתת לפרטיות. ראשית, הקרוון היה כשיר לנהיגה, חנה במגרש ציבורי ולא חובר למערכות קבע; לפיכך נשמר החשש שאפיון את הלכת *Carroll*, כי כל עיכוב לצורך השגת צו יאפשר לרכב לנסוע ולהעלים ראיות. שופטי הרוב הדגישו שהקרוון, ככל רכב אחר, כפוף למערכת רגולציה של רישוי, ביטוח, תנועה ובטיחות, שרק מעצם קיומה מפחיתה את אופיו הפרטי ומעמעמת את הציפייה הסבירה לפרטיות. שני הטעמים

Shane V. Nugent, *Function Over Form: The Automobile Exception Applied to Motor Homes-Fourth Amendment: California v. Carney*, 76 J. Crim. L. & Criminology 955, 956-959 (1986); C. Joyce Hall, *Criminal Procedure – An Expansion of the Automobile Exception Rule to the Warrant Requirement of the Fourth Amendment - California v. Carney*, 6 MISS. C. L. REV. 173, 185-188 (1986).

שם.²⁸³

שם, בעמ' 959-962.²⁸⁴

Thomas J. Snyder, *My Car Is My Castle: The Failed Historical Roots of the Vehicle Exception to the Fourth Amendment*, 93 S. Cal. L. Rev. 987 (2020); Jacqueline Irene Gibson, *Criminal Law: Warrantless Search of Motor Home without Exigency - The Wheels of the Automobile Exception Roll On California v. Carney*, 105 S. Ct. 2066 (1985), 25 WASHBURN L.J. 396 (1986).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

הללו יוצרים לטענת שופטי הרוב "מערכת איזונים פנימית" של התיקון הרביעי: הניידות מייצרת צורך אכיפתי דחוף, בעוד הפיקוח הרגולטורי ממילא מצמצם את הגנת הפרטיות, ולכן חיפוש ללא צו, בכפוף לקיומו של יסוד סביר לחשד, הוא סביר ואינו פוגע בגרעין ההגנה החוקתית.²⁸⁶

לעומת זאת, שלושת שופטי המיעוט סירבו לראות בקרוון רכב "רגיל". נקבע כי קרוונים נוצרים בראש ובראשונה לשמש כמקום מגורים, לעיתים קבוע ולעיתים ארעי, ומכילים את כל מאפייני הבית שזכו להגנה הגבוהה ביותר בחוקה מפני חיפוש. כאשר הקרוון חונה, כהווייתו בעת החיפוש, ואין כל נסיבה דחופה כגון "מרדף חם", הניידות כשלעצמה אינה מאיינת את חובת הרשויות לפנות לערכאה שיפוטית ולבקש צו לחיפוש. על פי דעת המיעוט, "גלגלים" אינם הופכים בית לרכב; המבחן צריך להיות פונקציונלימהותי: האם הרכב ממלא בפועל תפקיד של מקום מגורים החוסה בצל הזכות לפרטיות, והאם קיימת סכנת הימלטות ממשית שאינה בשליטת המשטרה. במקרה זה, קרני היה נתון להשגחת השוטרים ומיקומו של הקרוון היה ידוע; לא נשקפה סכנה של היעלמות, ולכן מן הדין נדרש צו.²⁸⁷

סלע המחלוקת אפוא בין הדעות השונות נסוב על השאלה איזו תכונה משקפת את "המהות החוקתית" של כלי רכב "היברידי": האם הפוטנציאל לניידות, גם אם לא מומש באותו רגע, גובר על פונקציית המגורים. הרוב נתן עדיפות עקרונית לניידות ולציפייה נמוכה לפרטיות שמייצרים רישוי ופיקוח ציבורי, וקבע כי ברגע שהכלי מסוגל לנוע והוא בשימוש תחבורתי, הוא מהווה רכב. המיעוט, מנגד, טען שהגנת התיקון הרביעי אינה אמורה להתמסר לסממנים טכניים של תנועה או של חניה ציבורית, אלא לבחון את טיב השימוש ואת ערך הפרטיות שמימושו מבקש הגנה.²⁸⁸ הגבול, אם כן, עובר בין שתי תפיסות חוקתיות שונות: האחת, תפיסה תפקודית-אכיפתית, המזוהה עם עמדת הרוב, המדגישה את הסיכון הממשי להיעלמות הרכב ואת הצורך במענה מידי מצד רשויות האכיפה הנובע מאופיו המובילי של הרכב; השנייה, תפיסה המבוססת על ערכי ההגנה על מרחב המגורים, המזוהה עם עמדת המיעוט, הרואה בפוטנציאל השימוש למגורים מקור לזכויות חוקתיות מוגברות, גם כאשר מדובר באמצעי נייד, ומעמידה את הזכות לפרטיות במרכז הבמה.²⁸⁹

מעיון בפסק הדין עולה כי בית המשפט לא קבע מבחן קשיח או פורמלי להבחנה בין קרוון כרכב לבין קרוון כבית. תחת זאת, הוא נקט גישה קזואליסטית ושקל שורה של שיקולים נסיבתיים-טכניים אשר שימשו לצורך ההכרעה בעניינו של קרני. בין השיקולים שעלו בדיון: **מיקום החניה**: האם הקרוון חונה במגרש ציבורי או בשטח פרטי; **ניידות בפועל**: האם הרכב היה כשיר לנהיגה באותו רגע, או שמא היה מושבת או מפורק; **בחינה רגולטורית**: קרוונים, מהיותם בעלי יכולת תנועה, כפופים למערכת רגולציה צפופה של רישוי, ביטוח, תקנות תנועה, פיקוח ובטיחות. עצם קיומה של מערכת רגולטורית זו מפחית את הציפייה הסבירה לפרטיות ברכב, בהשוואה לבית מגורים; **חיבור**

Thomas J. Snyder, *My Car Is My Castle: The Failed Historical Roots of the Vehicle Exception to the Fourth Amendment*, 93 S. Cal. L. Rev. 677, 689–695 (2020).

שם.²⁸⁷

Michael Bacall, *California v. Carney: The Constitutionality of Motor Home Searches*, 8 CRIM. JUST. J. 497 (1986); David C. Hawkins, *If It Moves, Search It: California v. Carney Applies the Automobile Exception to Motor Homes*, 10 NOVA L.J. 1245 (1986).

G. Edward Murphy, *Supreme Court Extends the Automobile Exception: California v. Carney*, 6 N. ILL. U. L. REV. 149 (1986); David C. Hawkins, *If It Moves, Search It: California v. Carney Applies the Automobile Exception to Motor Homes*, 10 NOVA L.J. 1245 (1986).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

לתשתיות: האם הקרוון מחובר באופן קבוע למערכות חשמל, מים וביוב, באופן המלמד על כוונה להפוך אותו למבנה קבוע, או שמא הוא פועל באופן עצמאי כרכב "רגיל".²⁹⁰

משמעותה של הגישה הקזואליסטית היא שההכרעה בשאלה "מהו רכב" לעניין דיני החיפוש נעשתה בדיעבד על בסיס שקלול של מכלול הנסיבות הקונקרטיות. אין כאן הגדרה חדה מראש שתאפשר לרשויות האכיפה או לאזרחים לדעת בוודאות, טרם ביצוע החיפוש, האם חל עליהם "חריג הרכב". גישה זו משקפת מדיניות דינמית בהגדרת "רכב" לעניין דיני החיפוש. משמעות המדיניות הדינמית היא כפולה: מחד גיסא, היא מאפשרת גמישות שיפוטית ויכולת התאמה למציאות משתנה – אותו קרוון יכול להיחשב "רכב" כשהוא חונה במגרש ציבורי ונייד, אך "בית" כשהוא מחובר לתשתיות ומשמש למגורים קבועים. הגישה מכירה בכך שהמציאות אינה בינרית, ושכלים היברידיים דורשים הכרעה שתאיים לנסיבות הספציפיות. מאידך גיסא, גישה זו יוצרת איזודאות משפטית: הגדרת "רכב" נקבעת בדיעבד, לאחר שהחיפוש כבר בוצע, ואין בידי רשויות האכיפה או האזרחים קריטריונים ברורים מראש שיאפשרו להם לחזות האם חל חריג הרכב או חובת הצו.²⁹¹

ג.2.ג. מיקומו של הרכב כגורם מכונן בזהותו המשפטית

בפסק הדין *Collins* נדונה שאלת גבולותיו של חריג הרכב לתיקון הרביעי לחוקה האמריקאית. האם חריג זה המאפשר חיפוש ברכב ללא צו שיפוטי נוכח אופיו הנייד של הרכב חל גם כאשר הרכב חונה בתחום פרטי מוגדר, המהווה חלק משטח מגורים?²⁹² פסק הדין עסק במקרה בו שוטר עקב אחר אופנוע שנחשד כמעורב באירועים פליליים. במהלך החקירה איתר השוטר את האופנוע בחניה פרטית הסמוכה לביתו של החשוד, בשטח שנחשב חלק מהמעטפת הקרובה של הבית (Curtilage).²⁹³ השוטר, שפעל ללא צו שיפוטי, נכנס לשטח הפרטי, הסיר יריעת ברזנט שכיסתה את האופנוע, ובדק את מספר השלדה שלו כדי לוודא אם מדובר בכלי הרכב החשוד. לאחר שהתברר כי האופנוע גנוב, הוגש נגד קולינס כתב אישום.²⁹⁴

בית המשפט העליון, בדעת רוב של שמונה שופטים, קיבל את עמדת ההגנה ודחה את תחולת חריג הרכב בנסיבות העניין. נקבע כי התיקון הרביעי מגן על הבית ועל סביבתו הקרובה ביותר באופן כמעט מוחלט. לפיכך, נדרש צו שיפוטי כתנאי לחדירה (חיפוש) חוקית לשטח זה. הציפייה לפרטיות בשטח זה גבוהה במיוחד, והניסיון להצדיק חדירה על בסיס חריג הרכב אינו יכול לעמוד כאשר האובייקט מושא החיפוש נמצא בתוך המרחב הביתי המוגן. הרציונלים של חריג הרכב, ניידות פיזית

²⁹⁰ שם. ראו גם: C. Joyce Hall, *Criminal Procedure - An Expansion of the Automobile Exception Rule to the Warrant Requirement of the Fourth Amendment - California v. Carney*, 6 MISS. C. L. REV. 173 (1986).

²⁹¹ שם.

²⁹² *Collins v. Virginia*, 138 S. Ct. 1663 (2018).

²⁹³ המונח *curtilage* מתייחס למתחם הצמוד והמקיף את בית המגורים, המשמש להגשמת אורח החיים הביתי ולמימוש הפרטיות הנלווית אליו. מבחינה נורמטיבית, מדובר בשטח המצוי ב"קשר פונקציונלי ומרחבי הדוק" עם הבית, אשר נחשב לחלק בלתי נפרד ממרחב המגורים המוגן. בהתאם לפסיקה, ההגנה החוקתית על הבית לפי התיקון הרביעי משתרעת גם על שטח זה, ככל שהוא משמש בפועל את תפקודי הבית והחיים הפרטיים שבתוכו. ראו גם Chad Flanders, *Collins and the Invention of "Curtilage"*, 22 U. Pa. J. Const. L. 756, 763–788 (2020); J. Ross Hamrick, *First among Equals: How the Curtilage Doctrine Bars a Terry Stop and Frisk inside the Curtilage after Jardines and Collins*, 52 U. MEM. L. REV. 577 (2022); *United States v. Dunn*, 480 U.S. 294 (1987).

²⁹⁴ שם; Brooke L. Messina, *Constitutional Law - Fourth Amendment: Fourth Amendment's Automobile Exception Does Not Permit a Warrantless Police Officer to Search a Vehicle Located inside a Home's Curtilage: Collins v. Virginia*, 138 S. Ct. 1663 (2018), 49 CUMB. L. REV. 239 (2018); Brenda I Rowe, *Get out of My Driveway! Collins v. Virginia Protects Curtilage from Being Trampled by the Automobile Exception*, 55 Crim. L. Bull. 151 (2019).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

של האובייקט וסכנת היעלמות ראיות, אינם מקבלים משנה תוקף כאשר השלטונות יודעים מראש היכן נמצא הרכב ואין סכנת בריחה מיידית. עוד נקבע כי הסרת יריעת הברזנט מעל האופנוע היא עצמה חיפוש, משום שהיא חושפת דבר שהוסתר במכוון, ומשכך מהווה פגיעה מובהקת בפרטיות. לפיכך, נקבע כי חריג הרכב אינו מצדיק את החיפוש.²⁹⁵

עיקר חשיבותו של פסק הדין Collins נעוץ אפוא בהבהרה כי סיווגו של האובייקט כ"רכב" אינו גובר על אופיו החוקתי של המרחב שבו הוא מצוי. העובדה שמושא החיפוש הוא כלי רכב אינה מאפשרת לרשות לעקוף את ההגנה המוגברת המוענקת לבית ולסביבתו הקרובה. מקום שבו הרכב נמצא בתוך מרחב ביתי מוגן, מרכז הכובד של הניתוח אינו ניידותו של הרכב, אלא עצם החדירה למתחם הזוכה להגנה חוקתית רחבה. במובן זה, חריג הרכב נעצר על סף הבית: הוא עשוי להצדיק חיפוש ברכב בנסיבות המתאימות, אך אינו משמש היתר לחדור למרחב הביתי המוגן כדי להגיע אליו.²⁹⁶ המסר המרכזי מהפסיקה הוא שהגנת הפרטיות אינה נגזרת רק מטיבו של האובייקט (רכב), אלא מההקשר שבו הוא מצוי. הרכב אינו מאבד אוטומטית את ההגנה החוקתית רק בשל הפוטנציאל התחבורתי שבו.²⁹⁷

אולם, מעבר להגנה החוקתית המוגברת על הבית וסביבתו, שעליה נשען פסק הדין בעניין Collins, אבקש להציע פיתוח נוסף של ההיגיון העומד בבסיסו. אף שההכרעה בפסק הדין מיקדה את הדיון בקדושת הבית, לדידי ניתן לגזור ממנה תובנה רחבה יותר: למיקומו הפיזי של הרכב עשויה להיות השפעה לא רק על היקף ההגנה החוקתית החלה על המרחב שבו הוא מצוי, אלא גם על המהות הפונקציונלית של הרכב עצמו. אין הכוונה לטעון כי פסק הדין בעניין Collins הוכרע בשל היעדר ניידות מעשית של הרכב, אלא כי לאחר שהוכרה בו עדיפותו של המרחב החוקתי שבו מצוי הרכב, ניתן להצביע על אפשרות אנליטית נוספת: מיקומו של הרכב עשוי, בנסיבות אחרות, להשפיע גם על הרציונל התפקודי המצדיק את חריג הרכב. הרעיון המסדר הוא שהמיקום הפיזי עשוי לשנות את אופיו של הרכב גם כאשר הוא אינו נמצא בתחום מוגן מבחינה חוקתית מובהקת (כדוגמת בית המגורים). ההצדקה המקורית והמרכזית להיווצרותו של חריג הרכב נעוצה ב"ניידות הזמינה" שלו המאפשרת את העלמתו המהירה מן המקום.²⁹⁸ ואולם, המציאות הפיזית מלמדת כי מיקומו של הרכב עשוי לאיין רציונל זה לחלוטין גם ללא קשר לשאלת הקניין או סיווג המרחב כ"בית". כך, למשל, רכב החונה בחניה סגורה ומגודרת, בתחנת משטרה, או בשטח מבוקר שאין ממנו יציאה מיידית, אינו ניתן לתנועה במובן הפרקטי והאופרטיבי, גם אם מבחינה טכנית המנוע שלו תקין. בנסיבות אלה, אומנם אין השפעה של המרחב על הציפייה לפרטיות, אך על פניו, הרציונל המרכזי של חריג הרכב, מניעת היעלמות ראיות בשל יכולת התנועה המיידית, מאבד את האדנים שעליהם הוא מושתת. אם רשויות האכיפה יודעות היכן נמצא הרכב, והוא אינו יכול לברוח או להיעלם, הרי

²⁹⁵ בית המשפט ביטל את ההרשעה והחזיר את התיק לערכאה הנמוכה, כדי שתבחן האם החיפוש עשוי להיות מוצדק על בסיס חריג אחר לדרישת הצו. ראו: Case Comment, *Fourth Amendment – Search and Seizure – Automobile Exception – Collins v. Virginia*, 132 Harv. L. Rev. 331, 357–366 (2018). זמין ב-Totten, Christopher D, *A(nother) Due Process "Tree" in a Crime Control*; <https://shorturl.at/Dno1c>; "Forest: " *Virginia v. Collins' Exception to the Fourth Amendment Carroll Doctrine*, 55 Crim. L. Bull. 1074 (2019).

²⁹⁶ שם.

²⁹⁷ שם; J. Ross Hamrick, לעיל ה"ש 293, בעמ' 590–589.

²⁹⁸ J. Ross Hamrick, לעיל ה"ש 293, בעמ' 590–591; Brooke L. Messina, לעיל ה"ש 294, בעמ' 243–244.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

שהרציונל מתאיין. בכך, המרחב הגאוגרפי מכונן מציאות עובדתית ומשפטית חדשה: הרכב נעשה ניח בפועל, גם אם אינו ניח מבחינה טכנית.

בראייה זו, ניתן לדבר על "גאוגרפיה מובילית-חוקתית" של חריג הרכב: בחינה שאינה מסתפקת רק בהגנה החוקתית הנשקפת ממיקומו של הרכב, אלא ממפה סוגי מקומות שונים לפי היחס שבין ניידות תאורטית לניידות ממשית, ובין המרחב שבו מצוי הרכב לבין ההגנה החוקתית הניתנת לו. מקומות מסוימים מבטלים את הניידות הממשית – לא בשל הגנה חוקתית, אלא בשל מגבלות פיזיות שהמקום כופה על הרכב. המסקנה היא שחריג הרכב צריך להיות רגיש למיקום, לא רק מתוך כבוד לפרטיות של מרחבים מסוימים, אלא מתוך הבנה שהמיקום משפיע על המהות התפקודית של האובייקט. השאלה אינה רק "האם זה רכב?", אלא "האם זה מתנהג כרכב בנסיבות הללו". תשובה שלילית תהווה שיקול להחלה מצומצמת יותר של החריג, או אף לאיחלתו כלל. במילים אחרות: **המושג "רכב" לצורך דיני חיפוש אינו רק שאלה של "מה" האובייקט, אלא גם שאלה של "איפה הוא נמצא".**

ג.3. מתווה נורמטיבי-דינמי לזיהוי "רכב" כמושא חיפוש

נמצאנו למדים כי הניסיון לקבוע מבחן אחד ואחיד שיקבע מהו "רכב" בכל הנוגע לחיפוש נדון לכישלון מלכתחילה. זאת, משום שהקטגוריה "רכב" אינה קטגוריה אונטולוגית קבועה, אלא קטגוריה משפטית תלויה הקשר, הנקבעת על בסיס אוסף של שיקולים שמשתנים בהתאם לנסיבות. הקושי נובע מכך שהמושג "רכב" בהקשר של חריג הרכב אינו מתייחס רק לטיב האובייקט עצמו, לעובדה שיש לו גלגלים, מנוע, או שהוא משמש לתחבורה, אלא למכלול של שיקולים: היכן הרכב נמצא, מתי עורכים את החיפוש, מה מצוי בתוכו, והאם קיימת באמת ניידות ממשית או רק ניידות תאורטית, ועוד ועוד. כל אחד מהשיקולים הללו עשוי להטות את הכף לכיוון אחר, ואין ביניהם הייררכיה קבועה מראש. לפיכך, תהליך ההכרעה אינו יכול להיות מכני, אלא דורש מתן משקל הולם לכל אחד מהם בהתאם לנסיבות המקרה.²⁹⁹

אשר על כן, אבקש להציע מתווה המורכב מחמישה קריטריונים מרכזיים שעל בסיסם ניתן יהיה להכריע בכל מקרה ומקרה – האם מושא החיפוש מהווה "רכב" במובנו הנורמטיבי לעניין הסמכות לערוך חיפוש. אבקש להדגיש כי מדובר בקריטריונים מצטברים, ולא בתנאים מספיקים כשלעצמם, ושהשקלול ביניהם חייב להיעשות באופן הוליסטי ושלם בהתאם לכל מקרה ונסיבותיו. בטרם נפנה להבנת השיקולים, יש להכיר בכך שהצעה זו עלולה לעורר קושי אצל רשויות האכיפה, שכן מבחן מבוסס על קריטריונים מרובים, על פניו, אינו מספק את הוודאות המשפטית הנדרשת "בשטח". רשויות אכיפת החוק פועלות ב"זמן אמת" לעיתים תחת לחץ ובסיטואציות מורכבות והן זקוקות להנחיות ברורות שניתן ליישם במהירות וללא צורך בשקלול מורכב של שיקולים מתחרים. מתווה רב-קריטריוני להגדרת רכב לעניין חיפוש בו מעמיד את השוטרים בשטח בחוסר ודאות, ועלול להוביל להחלטות שגויות המסכנות את חוקיות החיפוש בדיעבד. ביקורת זו אינה חסרת בסיס, ויש להתייחס אליה ברצינות.³⁰⁰

²⁹⁹ ראו, בשינויים המחייבים: Alex C. Carroll, *Unpacking the Convolved History of the Automobile* Exception, Ark. L. Notes 32 (2019).

³⁰⁰ "A single, familiar standard is essential to guide police officers, who have only limited time and expertise to reflect on and balance the social and individual interests involved in the specific circumstances they confront". New York v. Belton, 453 U.S. 454 (1981). ראו

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

אולם, לדידי, מבחן המבוסס על קריטריונים מרובים עדיף על מבחן בינרי קשיח, שבעיקרו נסוב סביב המוביליות של הרכב. המציאות החוקתית והמשפטית מורכבת, וזכות הפרטיות אינה ניתנת לתיחום לתוך נוסחה פשטנית. ניסיון ליצור מבחן מכני יחיד יוביל בהכרח או להרחבת יתר של סמכויות החיפוש על חשבון הזכות לפרטיות, או להגבלת יתר שתשתק את יכולת האכיפה. קריטריונים מרובים מאפשרים גמישות המתחשבת במורכבות המציאות, תוך שמירה על איזון בין זכויות לבין צורכי האכיפה. כמו כן, דווקא במקרי הספק, שבהם אינטואיציה משפטית מציעה שמשוה "לא נכון" בחיפוש, הקריטריונים מספקים לשוטרים כלי להבין את מקור המורכבות ולהחליט בהתאם, במקום לפעול בעיוורון תוך הסתמכות על נוסחה כללית.³⁰¹

יתרה מכך, מבחן רב־קריטריוני אינו חידוש יוצא דופן במשפט הפלילי הישראלי. דוגמה בולטת לכך היא מושג ה"יסוד סביר לחשד", המהווה תנאי מרכזי להפעלת סמכויות אכיפה במגוון הקשרים – עיכוב, חיפוש, מעצר ועוד.³⁰² בפסיקה נקבע כי "יסוד סביר" אינו מושג בינרי שניתן להגדירו מראש באופן מדויק, אלא מבחן המבוסס על מכלול נסיבות. בית המשפט נדרש לבחון את כלל השיקולים של כל מקרה ונסיבותיו הייחודיות, ולקבוע האם בנסיבות המקרה התקיים יסוד סביר. למרות המורכבות, מבחן זה מתפקד בהצלחה עשרות שנים, והתברר כי רשויות האכיפה מסוגלות ליישמו בשטח. הסיבה לכך היא שהמבחן אינו שרירותי, אלא מספק כלי מנחה שמאפשר להעריך את איכות החשד בהקשר הספציפי.³⁰³ במובן זה, המבחן הרב־קריטריוני המוצע כאן לעניין "רכב" דומה למבחן "יסוד סביר": שניהם מכוונים לאיזון עדין בין אכיפה לזכויות, שניהם דורשים הערכת המצב בשטח, ושניהם מספקים מסגרת לשיקול דעת מושכל ולא שרירותי. הניסיון הפסיקתי עם "יסוד סביר" מוכיח שרשויות האכיפה מסוגלות לעבוד עם מבחנים רב־ממדיים, וכי מבחנים כאלה אף תורמים לאיכות החלטות האכיפה ולהגנה עליהן משפטית.

להלן חמישה קריטריונים מרכזיים שלדעתי באמצעותם ניתן לברר, במישור מהותי ולא פורמלי, אם מושא החיפוש אכן נושא את זהותו כרכב:

א. הניידות הפונקציונלית

הבחינה האם הכלי התחבורתי ראוי להיחשב "רכב" נסמכת על יכולתו לשמש בפועל ככלי תחבורה. לצורך כך יש להפריד בין שני מישורים מצטברים: המישור הפנימי, העוסק בכשירותו המכנית של הכלי, והמישור החיצוני, הבוחן את האפשרות המעשית לממש את הפוטנציאל התחבורתי. היינו, השאלה אינה רק האם הרכב עשוי לנוע מבחינה תאורטית, אלא אם בנסיבות הקונקרטיות ניתן להפעילו בפועל כאובייקט תחבורתי.

המישור הפנימי – כשירות טכנית: המבחן מתמקד בשאלה אם כלי הרכב מסוגל לנוע בכוחות עצמו. אין מדובר בדרישה לתקינות מלאה או לאבחון מכני מקצועי, אלא בהערכה מעשית של יכולתו של הכלי לתפקד כאמצעי תנועה. ככל שמנגנוני ההנעה המרכזיים (כגון מנוע, מערכת דלק או גלגלים) של הרכב אינם מתפקדים, או שחסרים רכיבים מהותיים להפעלתו, פוחתת האפשרות לראות בו "רכב" לצורך הדין. מדובר, ברוב המקרים, בשאלה בינרית: הרכב ניתן להפעלה – או שאינו בר הפעלה. השאלה אינה תאורטית, אלא יישומית: האם בנסיבותיו הנוכחיות של הכלי ניתן

³⁰¹ Privacy Takes a Back Seat, לעיל ה"ש 215.

³⁰² ראו פרק ב.א.1. למאמר.

³⁰³ עניין **משאד**, לעיל ה"ש 105, בפס' 16; עניין **בן חיים**, לעיל ה"ש 17, בפס' 16–26; עניין **דגני**, לעיל ה"ש 17, בעמ' 353–349.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

להניעו ולהעבירו ממקום למקום.³⁰⁴ עם זאת, במסגרת בחינה זו אין להסתפק בשאלת יכולתו העצמית של הכלי לנוע, אלא יש לייחס משקל ממשי גם לפוטנציאל הניידות החיצוני שלו; קרי, לאפשרות המעשית להעבירו ממקומו באמצעות גרירה, העמסה, ואף לקלות שבה ניתן להוציא ולהעלים חפצים מתוכו טרם ביצוע החיפוש. בכך, גם כלי שאינו נע בכוחות עצמו עשוי לשמור על ממד של ניידות ממשית. לכן, יכולתו של הרכב וחפצים מתוכו להיות מועברים, אף שלא באמצעות מנגנון ההנעה העצמי של הרכב, היא שיקול רלוונטי בתוך מבחן הכשירות הטכנית, ובעיקר מקום שבו ניידות זו משליכה על צורכי האכיפה.

המישור החיצוני – יכולת מימוש הנסיעה בפועל: מישור זה עוסק בתנאים החיצוניים המשפיעים על מימוש הניידות. גם רכב תקין לחלוטין עשוי לאבד את אופיו התחבורתי אם הסביבה מונעת את תנועתו בפועל. כך, רכב החונה במתחם סגור ונעול, למשל בחניון מקורה ששעריו נעולים, מאבד את ניידותו המעשית, אף שהכשירות המכנית שלו שלמה. מגבלה פיזית קונקרטית מסוג זה שוללת את האפשרות לממש את הפוטנציאל התחבורתי, והופכת את כלי הרכב לנייח מבחינה תפקודית. עם זאת, יש להבחין בין מגבלה ארעית, שהסרתה אפשרית בטווח הזמן המידי או הקרוב, לבין מגבלה קבועה או מתמשכת השוללת בפועל את יכולת התנועה. כך, למשל, כאשר הרכב מצוי בחניון פרטי או מסחרי ששעריו נעולים, אך פתיחתם עשויה להיעשות בכל רגע בידי בעל המקום, מחזיק בו, עובד מטעמו או גורם מוסמך אחר, אין לראות בנעילת החניון כשלעצמה משום שלילה ממשית של ניידות הרכב. במצב כזה, המניעה היא חיצונית, זמנית ובלתי צפויה, ולכן הזיקה שבין הרכב לבין ייעודו התחבורתי עודנה קיימת. לעומת זאת, כאשר הרכב מוחזק, למשל, בחניון משטרתי, באופן שהוצאתו ממנו אינה צפויה בטווח המידי ואינה תלויה במהלך הדברים הרגיל, נחלשת ההצדקה לראות בו כלי שפוטנציאל התנועה שלו ניתן למימוש בפועל. בכך הבחינה אינה מתמצה בשאלה אם הנהג או המחזיק ברכב יכול להסיר בעצמו את המניעה; שכן מגבלה חיצונית עשויה להתבטל גם עקב פעולה של צד שלישי או שינוי נסיבות קרוב. רק כאשר המניעה אינה הפיכה בטווח הקצר, או כאשר היא משקפת שלילה רציפה ומתמשכת של אפשרות התנועה, נחלשת הזיקה בין הכלי לבין ייעודו התחבורתי ומתערער מעמדו כרכב. מכאן שהפוטנציאל התחבורתי אינו נבחן רק לפי יכולתו הטכנית של הכלי לנוע, אלא גם לפי ההיתכנות לעשות בו שימוש תעבורתי בפועל בנסיבות העניין.³⁰⁵

ב. זהותו התפקודית של כלי הרכב

זהותו הנורמטיבית של כלי הרכב אינה נקבעת רק על פי צורתו החיצונית או כושרו המכני לנוע, אלא גם לפי אופי השימוש שנעשה בו בפועל. ככל שהשימוש בפועל מתרחק מייעוד תחבורתי גרידא ומתקרב למאפיינים של מגורים, אחסנה או פעילות עסקית קבועה, כך מתערערת זהותו ככלי רכב במובנה המשפטי. השאלה המרכזית אינה מהו מבנהו של הרכב, אלא מהי מהותו התפקודית: האם הוא משמש אמצעי תנועה, או שמא מבנה נייד שהוסב למרחב חיים או עבודה.

בהיבט זה, נודעת חשיבות לשינויים מבניים ולהסבת הייעוד של הכלי, המשקפים את מידת השינוי בתכליתו המהותית. התקנת מתקני מגורים קבועים, כגון מיטות, מטבח, מתקני רחצה, מחיצות פנימיות, ארונות אחסון מובנים או חלונות אטומים, עשויה להעיד על שינוי ייעודו מכלי תחבורה למרחב מגורים או עבודה. כך גם התקנת מערכות תשתית: חיבור לחשמל חיצוני, מים זורמים,

³⁰⁴ Rethinking the Automobile Exception, לעיל ה"ש 220.

³⁰⁵ ראו: State v. Kurokawa-Lasciak, 351 Or. 179, 263 P.3d 336 (2011).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

ביוב, או התקנת מערכת מיזוג שאינה מיועדת לשימוש תחבורתי – מעידה על שינוי הייעוד של הרכב. השינוי המבני עשוי להתבטא גם בהפחתת רכיבים תחבורתיים מובהקים: הסרת הגלגלים, ניתוק מערכת ההנעה, פירוק ההגה או הדוושות, או שימוש בתא המטען לאחסון קבוע של ציוד שאינו מאפשר תנועה. פעולות אלה מצביעות על ויתור מעשי על הפונקציה התחבורתית של הכלי. משקלו של השינוי תלוי במידת קביעותו ובאפשרות להשיב את המצב לקדמותו. רק כאשר ההסבה מקבלת אופי מתמשך ומעוגן בשינוי פיזי של ממש, ייתכן שהמסקנה תהיה כי מעמדו המשפטי כרכב פוחת באופן משמעותי, עד כדי טשטוש גבולות ההבחנה בינו לבין מבנה נייד או מרחב מגורים.³⁰⁶

מעבר למבנה הפיזי, יש לבחון גם את אופי השימוש בפועל בכלי, המשקף את מהותו התפקודית השוטפת. מגורים מתמשכים, רישום כתובת מגורים, הפעלת עסק קבוע או אחסון ממושך של סחורה שאינם כרוכים בניידות שוטפת – כל אלה מצביעים על זיקה מתמשכת למרחב אישי או עסקי, ולא לשימוש תחבורתי. ככל שהשימוש בפועל מתמקד בפונקציות של קבע, ולא בהיבט התנועתי, כך גוברת הנטייה לראות בכלי הרכב מרחב פרטי נייד, ולא "רכב" במובנו הדוקטרינרי. ההיבט של השימוש ברכב נושא עימו משמעות חוקתית ישירה. ככל שהשימוש מתרחק מתנועה תחבורתית ומתקרב למגורים או מרחב פרטי של קבע, כך מתעצמת הציפייה הסבירה לפרטיות, וההגנה החוקתית מתקרבת לאותה הגנה המוענקת לבית או למקום. שינוי ייעודו של הרכב אינו רק שינוי פונקציונלי – הוא עשוי לשנות את מעמדו הנורמטיבי ומקורו מתחום "הרכב" לתחום "המרחב הפרטי" לעניין דיני חיפוש.³⁰⁷

ג. המיקום כגורם בעיצוב ההגנה החוקתית על הרכב

אף שהקריטריון של הזהות התפקודית של כלי הרכב מספק אינדיקציה מרכזית למהות כלי הרכב, הרי שהמיקום שבו הוא מצוי בעת החיפוש עשוי להפחית או להגביר את עוצמת ההגנה החוקתית עליו. רכב החונה במרחב ציבורי, כביש, חניה פתוחה או שטח ציבורי אחר, נהנה מציפייה נמוכה יחסית לפרטיות, בהיותו חשוף לעין הציבור ולפיקוח רגולטורי. לעומת זאת, ככל שהרכב ממוקם במתחם פרטי, כגון חצר סגורה, מגרש פרטי נעול או חניה הצמודה לבית מגורים, מתעצמת הציפייה הסבירה לפרטיות.³⁰⁸ יודגש כי עוצמת ההגנה משתנה גם בתוך הקטגוריה של מרחבים פרטיים. חניה בבניין משותף, המרוחקת ממוקד חייו של האדם, אינה שקולה לחניה הסמוכה לכניסת הבית ומהווה חלק בלתי נפרד מהמרחב הקנייני של הבית. המיקום אפוא אינו יוצר סיווג קשיח, אך הוא משפיע על נקודת האיזון החוקתית: ככל שהרכב נטמע יותר במרחב החיים הפרטי של האדם, לא רק מבחינה קניינית, אלא מבחינה תפקודית, כך נחלשת ההצדקה לראות בו "רכב" במובנו לעניין דיני חיפוש, וגוברת הנטייה להחיל עליו את ההגנות המורחבות המיועדות ל"בית" או ל"מיקום".³⁰⁹

ד. הבחנה נורמטיבית בין חללים שונים ברכב

השאלה האם כלי רכב מהווה יחידה תפקודית אחת או מכלול של מרחבים נפרדים נקבעת לפי המבנה הפיזי שלו. כאשר המבנה הפנימי של הכלי יוצר רצף פיזי ומרחב שליטה אחד, כלומר, הנהג יכול לגשת לכל החללים והם משרתים מטרה תחבורתית משותפת, הדין רואה בכלי כולו "רכב" אחד לצורך החלת דיני החיפוש. לעומת זאת, כאשר קיימת הפרדה פיזית ממשית בין חלקים (כגון

³⁰⁶ VanLife and the Right to Privacy, לעיל ה"ש 217.

³⁰⁷ שם.

³⁰⁸ ראו ה"ש 282, ו-285.

³⁰⁹ David A. Sklansky, *The Fourth Amendment and Common Law*, 100 Colum. L. Rev. 1739 (2000).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

נעילה נפרדת, איג'שה ישירה, או ייעוד תפקודי שונה), גוברת הנטייה לבחון כל חלל כיחידה עצמאית בעלת רמת הגנה חוקתית משלה.

כך לרוב, ברכב פרטי מתקיים מבנה אינטגרלי ברור: הנהג שולט בכל החללים, הגישה אליהם ישירה ונמצאת בשליטתו הבלעדית, ואלו משרתים יחד מטרה תחבורתית אחת. לפיכך, חיפוש בתא המטען, במושב האחורי או בתא הכפפות מהווה חלק מחיפוש ברכב כולו, כל עוד החיפוש נעשה מכוח עילה חוקתית תקפה. לעומת זאת, במשאית מסחרית או ברכב דו-חלקי מתקיימת הבחנה מבנית ותפקודית. תא הנהג משמש יחידת שליטה והפעלה, ואילו תא המטען מהווה מרחב אחסון עצמאי, שלעיתים אף נאטם וננעל בנפרד. לעיתים לנהג כלל אין יכולת גישה לשטח האחסון. ככל שהגישה בין החללים מוגבלת יותר, ונפרדת יותר, כך עולה הצורך בהפרדה נורמטיבית, ומתחזקת ההצדקה לבחינה נפרדת של כל מרחב.³¹⁰

במקרים שבהם הרכב גורר יחידה חיצונית: נגרר, מכולה, "Food truck", קרוון מגורים או יחידת אחסון וכיוצא בזה, עולה עוד יותר הצורך בהפרדה נורמטיבית. יחידות אלו מאופיינות בניתוק פיזי

Carol A. Chase, *Cops, Canines, and Curtilage: What Jardines Teaches and What It Leaves* 310 *Unanswered*, 52 HOUS. L. REV. 1289 (2015). פרשת R. v. Nolet מדגימה היטב את המורכבות בקביעת רמת ההגנה החוקתית על חללים שונים ברכב. בפסק הדין נדון מקרה בו המשטרה עצרה משאית מסוג tractor-trailer במסגרת עצירת תנועה רגולטורית שגרתית, כנהוג בכלי רכב מסחריים, וללא חשד מוקדם לעבירה פלילית. השוטרים ניגשו אל הנהג ואל שני הנוסעים הנוסעים שישבו בקבינה. הקצין הבחין שהמסמכים מעוררים קושי. בשל כך ביקש השוטרים מהנהג להתלוות אליו לצורך בדיקה מעמיקה יותר של המסמכים, בעוד שני הנוסעים האחרים נותרו בקבינה של המשאית. בשלב זה עלה השוטרים לקבינה בניסיון לאתר מסמכים נוספים, ואז הבחין בתיק שחור קטן שהונח מאחורי המושב. מתוך מחשבה שהתיק עשוי להכיל מסמכים רלוונטיים, הרים אותו ובמישורו הרגיש כי יש בו מעטפות נייר קשיחות המזוהות לרוב כמסמכים. הוא פתח את התיק מתוך הנחה כי מדובר במסמכים הדרושים לצורך הבדיקה הרגולטורית, אך במקום זאת מצא סכום גדול מאוד של כסף מזומן. בשלב זה עלה "חשד פלילי". ולאחר בירור נוסף החליט השוטרים לעכב את הנהג ואת שני הנוסעים להמשך חקירה. המשאית נגררה לתחנת המשטרה לצורך המשך טיפול. במסגרת חיפוש עברו השוטרים מהקבינה אל הטרילר, שהוא תא המטען של המשאית, ושם הבחינו בכמה סימנים חריגים בתוך המבנה: קיר כפול, ריתוכים חדשים וחלל פנימי שנראה באופן ברור לא תקין. לאחר פירוק החלקים המחשידיים התגלה מחסן סודי שנבנה בתוך דפנות הטרילר, ובתוכו נמצאו עשרות קילוגרמים של מריחואנה. למחרת היום ביצעה המשטרה חיפוש נוסף בקבינה, הפעם כחלק מתהליך מנהלי של מיון ורישום רכוש שנתפס (Inventory Search). בחיפוש זה נמצאו פריטים נוספים שעשויים להיות רלוונטיים לחקירה. בכל הנוגע לחוקיות החיפוש שערכו השוטרים, נדרש בית המשפט להבחין בין החללים השונים המצויים במשאית מסחרית גדולה, ולקבוע כיצד כל אחד מהם משפיע על רמת ההגנה החוקתית מפני חיפוש. נקודת המוצא הייתה כי רכב מסחרי נמצא בלב מרחב ציבורי ובתוך מערכת רגולטורית הדוקה, אך גם במסגרת זו קיימים חלקים פנימיים הנושאים אופי שונה מבחינת ציפיית הפרטיות. בהתאם לכך קבע בית המשפט כי הקבינה, מרחב הנהיגה והישיבה, שלעיתים כולל גם מיטת שינה בסיסית, מהווה חלל שבו נהגי משאיות למרחקים ארוכים עשויים להתגורר זמנית. משום כך יש בקבינה גרעין של ציפייה לפרטיות, אם כי ברמה מוחלשת. זאת בשל אופיו של הרכב כיחידה מסחרית הכפופה לפיקוח שגרתית ובשל העובדה שנהגים יודעים שעל הקבינה עצמה ועל מסמכיה עשויות להיעשות בדיקות פתע. לפיכך הכניסה לקבינה, והרמת תיק שנראה כעשוי להכיל מסמכי רישוי או תיעוד נסיעה, הוכרה כחלק טבעי של בדיקה רגולטורית. עצם העובדה שהשוטרים הרגישו במישור כי התיק מכיל מעטפות המתקשרות בעיניו לניירת תפעולית, חיזקה את המסקנה שמדובר בפעולה מתחום הפיקוח, ולא בחיפוש פלילי החודר לפרטיות עצמה. לעומת הקבינה, ה"טרילר" האחורי משמש באופן בלעדי לחובלת מטען, ואינו נושא מאפיינים של חלל מגורים או שימוש אישי. בית המשפט הבחיר כי רמת ציפיית הפרטיות במקום זה היא נמוכה מאוד, כמעט אפסית, שכן מטבעו הטרילר חשוף לבדיקות משטרתיות, לדרישות רגולציה של משקל ובטיחות, ולפיקוח קבוע מצד גורמי אכיפה. משנקבע שהתקיים מעצר חוקי, הותר לשוטרים לבצע חיפוש מלא בטרילר כחלק מחיפוש עקבי למעצר, גם ללא צו. בחיפוש זה נגלו ליקויים מבניים ורמזים ברורים לקיומה של תעלה נסתרת, וכאשר הוסרו חלק מהפאנלים התגלה מחסן סודי ובו כמות גדולה של סמים. בית המשפט קבע כי אין בחלל מוסתר כזה כדי ליצור ציפיית פרטיות חוקתית, שכן מדובר במבנה שנועד להסתיר סמים במסגרת פעילות מסחרית אסורה, ולא בחלק אינהרנטי של מרחב אישי. לבסוף נבחן חיפוש נוסף שנערך בקבינה למחרת היום במסגרת סיווג ומיון הרכוש שנתפס. חיפוש זה לא נעשה לשם פיקוח רגולטורי, לא היה קשור באופן ישיר למעצר, ולא נשען על צו. משום כך נקבע שהוא בלתי חוקי. נמצאנו למדים כי רמת ההגנה החוקתית בתוך רכב מסחרי משתנה בהתאם לאופיו התפקודי של כל חלל: הקבינה נתפסת כמרחב בעל ציפיית פרטיות מוחלשת אך קיימת בשל האופי "הביתי" שהיא משמשת; הטרילר כמרחב מסחרי כמעט נטול ציפיית פרטיות; וחללים מוסתרים המשמשים להסוואת עבירה אינם נושאים כל הגנה. בכך, בתוך אותו רכב מתקיימים אזור בעל רמת ציפייה לפרטיות ולהגנה חוקתית שונה, והערכת חוקיות החיפוש תלויה בזוהות החלל שבו בוצעה החדירה ובייעודו בפועל. ראו: R v Nolet, 2010 SCC 24, [2010] 1 S.C.R. 851 (Can.).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

וטכני מובהק מהרכב הגורר: ניתן להפרידן ולהשתמש בהן באופן עצמאי, והן אינן חלק ממערכת ההנעה או מתא הנהג. ככל שהיחידה החיצונית מתפקדת באופן נפרד ומנותק ממערכת הרכב, כך מתחזקת הטענה שמדובר ביחידה עצמאית. עצם הניתוק הפיזי והטכני מצביע על פיצול בין הרכב ככלי תחבורה לבין היחידה הנגררת כחלל בעל זהות תפקודית עצמאית. במקרים אלה מתלכדת השאלה המבנית עם שאלת המהות התפקודית של כלי הרכב. כאשר היחידה הנגררת מיועדת לשימוש עצמאי, כגון מגורים, אחסון או פעילות עסקית, עשויה להיווצר הפרדה כפולה: גם פיזית וגם נורמטיבית. הניתוק המבני יש בו כדי ללמד כי היחידה אינה עוד חלק מהרכב, בעוד אופי השימוש עשוי להצביע על זהותה כישות עצמאית בעלת תכלית שונה. שני המרכיבים פועלים במעגל סינרגי: ככל שהניתוק הפיזי מובהק יותר, כך גוברת ההסתברות לשימוש שאינו תחבורתי, ולהפך. בשל כך, היחידה הנגררת אינה רק מופרדת מהרכב, אלא גם עשויה ליהנות ממעמד הגנתי חוקתי שונה. גוברת הנטייה שהיא תהפוך למרחב עצמאי במובן המשפטי, שבו חלה ציפייה סבירה לפרטיות הדומה לזו של "בית" או "מקום". במצבים כאלה היחידה אינה מאבדת בהכרח את מעמדה כרכב, אך מתחזקת ההצדקה לראות בה בעלת מעמד עצמאי.³¹¹

ה. עיתוי החיפוש:

ההבחנה בין חיפוש המתבצע בזמן אמת לבין חיפוש המתבצע בדיעבד, בחלוף זמן, משקפת את ליבת הרציונל של ההסדר המיוחד החל על רכבים. החיפוש המיידני, המתרחש בסמיכות לעצירה, בצד הדרך, תוך כדי המפגש הראשוני בין השוטר לרכב, מגלם את המתח המובנה בסיטואציה תחבורתית: הצורך בהכרעה מהירה, הפוטנציאל להימלטות, והחשש מאובדן ראיות. זהו חיפוש הנולד מתוך הנסיבות עצמן, כתגובה ספונטנית לחשד שהתעורר במהלך פעילות אכיפה שגרתית. הדחיפות הטבועה במצב זה, בשילוב עם הניידות העצמית של הרכב והיעדר שליטה של רשויות האכיפה כלפיו, היא שמצדיקה לרוב את השוני בין הרכב, על יחידותיו הנגררות או המחוברות אליו, למרחבים אחרים. לעומת זאת, חיפוש הנערך שעות, ימים או שבועות לאחר המפגש הראשוני מתרחק מהאופי הדחוף והספונטני שעומד בבסיס "חריג הרכב". מרחק הזמן מאפשר הערכה מחודשת של החשד, התייעצות עם גורמים מוסמכים, ואף פנייה לערכאות לשם קבלת צו. ככל שפער הזמן גדל, כך מתעצמת השאלה מדוע לא ננקטו ההליכים הרגילים של בקשת צו, וכך נחלש הרציונל בהכרה בכלי רכב – ככזה הזכאי להסדר נורמטיבי ייחודי. ככל שהעיכוב ממושך יותר, כך נחלשת הזיקה התחבורתית של הכלי, וכך גוברת הטענה שהוא איבד את אופיו כ"רכב נייד" והפך, לצורכי החיפוש, ל"מקום" או "בית" הכפוף למערך נורמטיבי שונה. הזמן, אם כן, אינו רק פרמטר פרוצדורלי – הוא גורם מהותי המעצב את זהותו החוקתית של הרכב.³¹²

ג.4. יתרונות המתווה

אוסף הקריטריונים שפורטו לעיל מספק כלים להתמודדות עם המורכבות החוקתית המובנית בדיני חיפוש ברכב, ומציע כמה יתרונות מרכזיים. ראשית, הוא מאפשר גמישות נורמטיבית המתחשבת

³¹¹ שם.

³¹² עניין זיתון, לעיל ה"ש 199, בפס' 22; Shane V. Nugent, *Function Over Form: The Automobile Exception Applied to Motor Homes – Fourth Amendment: California v. Carney*, 76 J. Crim. L. & Criminology 955, (1986); Nicole Mo, *If Wheels Could Talk: Fourth Amendment Protections Against Police Access to Automobile Data*, 98 N.Y.U. L. Rev. 2232 (2023).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

במגוון רחב של מצבי ביניים, תוך הימנעות מסיווג בינרי קשיח שאינו משקף את המציאות. שנית, המבחן משקף את הרציונל החוקתי העומד בבסיס חריג הרכב באופן מדויק יותר: כל קריטריון נושא משמעות חוקתית עצמאית הקשורה לרוב לציפייה לפרטיות ולדחיפות האכיפה, ושקלול המשולב מאפשר להעריך את עוצמת ההצדקה להחלת ההסדר המקל. שלישית, המבחן מחייב את רשויות האכיפה לבחון לא רק את העובדה שמדובר בכלי בעל גלגלים, אלא את מכלול ההקשר התפקודי, הפיזי והעיתי שבו מתבצע החיפוש – דבר המגביר את המודעות החוקתית ומפחית סיכון לפגיעה שרירותית בזכות לפרטיות.

המתווה המוצע מספק כלים לבחינה של כמעט כל מקרה אפשרי בשל אופיו הרב־ממדי והיכולת להתאים את עצמו למגוון אין־סופי של נסיבות. בניגוד למבחן בינרי חד־ממדי הקשור בטבורו ליכולת הנסיעה של הרכב, שבהכרח אינו מספק מענה למצבים שאינם מתאימים לנוסחה הקשיחה, המבחן הרב־קריטריוני מאפשר לתפוס את כל הצירים הרלוונטיים שבהם עשוי להשתנות אופיו של כלי רכב. הקריטריונים השונים פועלים כרשת תפיסה רחבה: כל מקרה, ככל שיהיה ייחודי או חריג, ניתן למיקום על אחד או יותר מהצירים הללו: הציר הפיזיטכני (ניידות), הציר התפקודי (שימוש), הציר המרחבי (מיקום), הציר המבני (היכן ברכב נערך החיפוש) והציר הכרונולוגי (עיתוי). יתרה מכך, המבחן אינו דורש התאמה מלאה לכל הקריטריונים, אלא מאפשר שקלול יחסי ביניהם. משמעות הדבר היא שגם מקרים בהם חלק מהקריטריונים מצביעים לכיוון אחד וחלקם לכיוון אחר, המבחן מכיר בכך שכל קריטריון נושא משקל משתנה בהתאם להקשר הספציפי, ושהאיזון ביניהם יכול להשתנות ממקרה למקרה. זו בדיוק הגמישות המאפשרת לו להתמודד עם מורכבות המציאות: הוא אינו שולל מראש שום מצב ואינו כופה התאמה מלאכותית לקטגוריות קבועות מראש.

המתווה המוצע מבקש לחלץ את מערכת המשפט מהמלכודת הטכנית של פקודת התעבורה וחוק העונשין, שרואים ברכב רק "מכונה הנעה בכוח מכני". הדין הישראלי, בין בחקיקה ובין בפסיקה, מתייחס ל"רכב" כאל קטגוריה אחידה, קבועה, שאינה דורשת הגדרה. כאמור לעיל, פקודת התעבורה וחוק העונשין מגדירים "רכב" דרך מאפיינים מכניים הנוגעים לאמצעי ההנעה, מבלי כל עיסוק בשאלה מהי זהותו הנורמטיבית של הכלי לעניין חיפוש. המתווה שהוצע מפרק את ההנחה הזו מהיסוד: במקום לשאול "האם לאובייקט זה יש גלגלים ומנוע?", הוא מחייב לשאול "מהי זהותו התפקודית בנסיבות המקרה?". בכך הוא מחזיר את הדיון אל הפלטפורמה הנכונה, זו החוקתית־מהותית, ולא הטכנית־רגולטורית.

בנוסף, המתווה שובר את ה"הנמקה המעגלית" המאפיינת את הפסיקה הישראלית בעקבות השופט קדמי. עד כה, בתי המשפט קבעו שרכב הוא "מטלטלין" מבלי להסביר תחילה מהו רכב, תוך היצמדות למונחים מנדטוריים מיושנים. המתווה מציע תחליף לגישה הזו: במקום היצמדות להגדרה לשונית היסטורית, הוא מכיר בכך שהסיווג הנורמטיבי של הרכב הוא תלוי נסיבות, ונקבע בהתאם לאוסף גורמים מהותיים. הוא מיישם את הפרשנות התכליתית שחוק הפרשנות מחייב, ומניח שהמונח "רכב", בדיוק כמו "מקום", הוא מושג פתוח הנדרש להתאמה להקשר ולמציאות.

העיקרון המנחה את המתווה הוא כי זהותו הנורמטיבית של "רכב" אינה סטטית, אלא דינמית ותלויה הקשר. ההצעה מכירה בכך שהמושג "רכב" אינו אונטולוגי, אלא משפטי, ושהאיזון החוקתי בין פרטיות לאכיפה משתנה בהתאם לנסיבות. במובן זה, המבחן מספק מענה מהותי לשאלה מתי מוצדק לערוך חיפוש "ברכב" במובנו הנורמטיבי־חוקתי, ובכך להחיל עליו את ההסדרים המקילים

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

הייחודיים לקטגוריה זו, תוך שהוא מחייב הערכה מהותית של ההצדקה החוקתית לאותה הקלה נורמטיבית בנסיבותיו הספציפיות של כל מקרה. זהו איזון עדין בין ודאות משפטית לבין גמישות חוקתית.

המורכבות הטבועה במתווה זה אינה חיסרון, אלא תכונה הכרחית של כל ניסיון ליצור איזון ראוי בין זכויות חוקתיות לצורכי אכיפה. ניסיון לפשט את המבחן באמצעות נוסחה קשיחה ייצור בהכרח תוצאה בעייתית: או הרחבת יתר של סמכויות החיפוש על חשבון הזכות לפרטיות, או הגבלת יתר המשתקת את יכולת האכיפה. המתווה המוצע בוחר במודע בדרך האמצע: מסגרת מובנית ועקבית המאפשרת הכרעה מושכלת ומותאמת למציאות המשתנה, תוך שמירה על העקרונות החוקתיים היסודיים שביסוד דיני החיפוש.

סיכום

מאמר זה נועד להתמודד עם קושי נורמטיבי במשפט הישראלי, שבו אחת מפעולות האכיפה השכיחות ביותר, חיפוש ברכב, נשענת על תשתית נורמטיבית מצומצמת וחלקית. מטרת העל של המאמר היא לגשר על הפער שבין הפרקטיקה היום יומית לבין התאוריה המשפטית, לא באמצעות פתרונות נקודתיים, אלא על ידי הנחת קונסטרקצייה משפטית סדורה הנעה מהמופשט אל הקונקרטי. המאמר מבקש להוכיח כי הבנה נכונה ויישום ראוי של דיני החיפוש מחייבים בירור מושגי עמוק של שלוש שאלות יסוד השזורות זו בזו: מהותה של פעולת החיפוש, ניתוח מדויק של מקורות הסמכות ואופן יישומם, והשאלה האונטולוגית והמשפטית – מהו בעצם "רכב" בעידן המודרני.

בליבת הניתוח הנורמטיבי, המאמר מבקש להגדיר מחדש את גבולות הסמכות והפרוצדורה, תוך שהוא מציע פרשנות המנתקת את החיפוש ברכב מכבלי הדין הכללי הישן. באמצעות ניתוח סעיף 71 לחוק המעצרים וסעיף 28 לפקודת הסמים, המאמר מבסס את העמדה כי מדובר ב"הסדרים נורמטיביים שלמים" העומדים בפני עצמם. הטענה היא שהמחוקק יצר ביוזעין מסלול ייחודי לחיפוש ברכב, הפוטר את המשטרה מחובות פרוצדורליות מסוימות הקיימות בחיפוש במבנים, ובראשן חובת נוכחותם של שני עדים. המאמר מראה כיצד דרישות אלו עלולות לסכל את האכיפה בשל אופיו הדינמי של הרכב, וכיצד הפסיקה (כדוגמת פסקי הדין מולוקנדוב וזיתון) תומכת בגישה הרואה ברכב יחידה אוטונומית מבחינת דיני החיפוש.

לצד זאת, המהלך העיקרי במאמר מצוי בערעור על התפיסה המקובלת ביחס להגדרת "חיפוש ברכב", ובפירוקו של מושג זה למרכיביו: תחילה לשאלה מהו "חיפוש", ולאחר מכן לשאלה מהו "רכב" לעניין דיני החיפוש. המאמר ביקש להראות כי הדין הישראלי מרבה להסדיר את סמכויות החיפוש, את תנאי הפעלתן ואת אופן ביצוען, אך נמנע מלהתמודד באופן שיטתי עם השאלה המושגית הבסיסית – מתי פעולה שלטונית חוצה את הסף והופכת ל"חיפוש" במובנו המשפטי. חסר זה מקבל משנה תוקף בהקשר של חיפוש ברכב. כמענה לחסר זה, המאמר הציע מודל אנליטי של שלושה יסודות מכוננים לזיהוי פעולת חיפוש: זהות המבצע, היסוד הפונקציונלי והיסוד הנורמטיבי. לצד מודל זה הוצע גם מבחן עזר יישומי ואינטואיטיבי, שנועד לאפשר זיהוי מהיר ומעשי של חיפוש בהקשר התחבורתי, ובפרט במצבים גבוליים שבהם לא ברור אם פעולת השוטר נותרת בגדר אינטראקצייה שגרתית או חוצה את הסף המשפטי של חיפוש.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

לאחר שביסס את התשתית המושגית ביחס לעצם פעולת החיפוש, עבר המאמר לבחון את הרכיב השני של הביטוי "חיפוש ברכב": מהו "רכב" לצורך דיני החיפוש. בהקשר זה, המאמר ביקר את ההסתמכות האוטומטית של הפסיקה הישראלית על פרשנותו ההיסטורית של השופט קדמי, המסווגת רכב כמיטלטלין גרידא, וטוען כי זוהי תפיסה ארכאית המתעלמת מהמציאות בה רכב עשוי לעטות תצורות ומופעים שונים אשר ירחיקו אותו מתפקידו המקורי, כלי תחבורה גרידא. בסופו של דבר, המאמר מציע לזנוח את ההגדרות הבינריות לטובת מתווה פרשני רב־קריטריוני ודינמי, הבוחן את הרכב לא רק כאובייקט טכני, אלא כישות המשתנה בהתאם למיקומה, (פוטנציאל) תפקודה, זהותה, המבנה הפנימי שלה ועיתוי החיפוש. בכך, המאמר שואף להעניק לבתי המשפט כלי אנליטי גמיש, שיאפשר להכריע בכל מקרה לגופו האם ה"אובייקט על גלגלים" הוא כלי תחבורה המותר בחיפוש מהיר, או מרחב פרטי הדורש הגנה חוקתית מלאה.

תרומת המאמר מגולמת בשילובם של שלושת הנדבכים לכדי תשתית דוקטרינרית אחת: מהות ה"חיפוש", הגדרת ה"רכב", וגבולות סמכות החיפוש ואופן הפעלתה. "שילוש" נורמטיבי זה נועד לחלץ את הדין מעמימותו ולהעניק לרשויות האכיפה ולבתי המשפט מצפן משפטי ויישומי ברור. אימוץ מתווה משולש זה יעמיד לרשות הפסיקה וגופי האכיפה תשתית קוהרנטית, גמישה וצופה פני עתיד, המאזנת נכונה בין צורכי האכיפה הדינמיים לבין השמירה על זכויות היסוד של הפרט.