

שער רביעי

משפט פלילי וסדר דין פלילי

על מצוקתו של האדם (שלא) מן היישוב: בעקבות פסק דינו של השופט דנציגר בפרשת בן חיים

מאת

חמדה גור-אריה*

מאמר זה עוסק בפסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת **בן חיים**. בפרשה זו קבעה דעת הרוב, בין השאר, כי חיפוש משטרתי יכול להתבצע אף בהיעדר סמכות על פי דין, ובלבד שהחיפוש בוצע על סמך הסכמתו המודעת של מושא החיפוש. נקודת המוצא למאמר היא דעת היחיד בפרשה זו, מפי השופט דנציגר, המבקרת את עמדת הרוב הן בשל עקרון חוקיות המנהל והן בשל הטלת ספק בטענה שלפיה במערכת היחסים בין שוטר ואדם עשויה להתקיים הסכמה חופשית ואמיתית. בהמשך לדברי השופט דנציגר, המאמר טוען כי הביסוס הרעיוני לעמדת הרוב, לפיו הסכמה אוטונומית של אדם עשויה לבסס מקור סמכות לחיפוש משטרתי, עלול להוביל למשטר משפטי המבוסס על קביעת אחריותו הראשונית של אדם בהתאם לאפיוניו החברתיים ובהתאם להתאמתו ל"טיפוס עברייני". על יסוד מחקרים העוסקים באופן בו נוצר חשד בלב שוטר, לרבות הטיות חשיבתיות בהקשר זה, ואף מתוך בחינת פסיקה ישראלית המבוססת על הלכת **בן חיים**, המאמר יטען כי עמדת הרוב עשויה לטפח הלך חשיבה סמוי המבסס אחריות פלילית על אפיון "סוגו" של העושה.

א. מבוא. ב. חוקיות חיפוש בהסכמה – חשד סביר, היעדרו ואוטונומיה של הפרט ; 1. הלכת בן חיים ; 2. עמדת השופט דנציגר בפרשת בן חיים ; 3. התפיסה הליברלית במשפט ; 4. על החשד הלא סביר. ג. שיפוט "סוגו" של העושה ; 1. אפיון תאורטי ; 2. שיפוט "סוגו" של העושה – משמעות מעשית ; 3. "פליליות גלויה" ומשמעותה המעשית של הלכת בן חיים ; 4. תוצאתה של הלכת בן חיים. ד. סוף דבר.

א. מבוא

אברהם בן חיים נראה חשוד לשוטרים.¹ היות שהסתבר כי יש לו "עבר פלילי כלשהו" סברו השוטרים כי נתון זה מצדיק כשלעצמו עריכת חיפוש. בחיפוש שנערך, לאחר קבלת הסכמתו של בן חיים, נמצאה בכליו סכין. חיפוש זה, ואחרים הדומים לו, הובילו לדיון בבית המשפט העליון בדבר גבולותיו של חיפוש חוקי, בדבר קבילותן של ראיות חפציות שנתפסו במהלכו ובדבר האפשרות לראות בהסכמת אדם מקור סמכות לחיפוש. תשובת בית המשפט לשאלות אלה הניבה את אחת ההלכות החשובות שיצאו תחת ידו של בית המשפט העליון בשנים האחרונות. הלכה זו מגבילה את פעולות המשטרה

* ד"ר למשפטים, המרכז האקדמי פרס. אבקש להודות למערכת כתב העת **המשפט** על הערותיה היסודיות והצעותיה החשובות לשיפור המאמר.

1 רע"פ 10141/09 **בן חיים נ' מדינת ישראל** (פורסם בנוב, 6.3.2012).

ונוקבת ב"מחיר" בגין הפעלת סמכות משטרתית בלתי חוקית בדמות פסילת ראייה, אפילו חפצית. במובן זה, הלכת בן חיים צועדת צעד נוסף עם הלכות נוספות שקבע בית המשפט, ובראשן הלכת יששכרוב,² לעבר שמירה על זכויות חשודים ונאשמים והקפדה על חוקיותו וחוקיותו של ההליך הפלילי.³

חשיבותה של הלכת בן חיים באה לידי ביטוי בשני היבטים מרכזיים: ההיבט האחד, הוא ההיבט הראייתי, מתבטא בשינוי העמדה השיפוטית ביחס למעמדן של ראיות חפציות. ההיבט האחר, שיהיה מרכזו של מאמר זה, עוסק בקביעת גבולו וגידרו של חיפוש משטרתית. בכל הנוגע לדיני החיפוש, עמדת הרוב קובעת כי אם ניתנה הסכמה מדעת לחיפוש שנערך שלא כדין, הסכמה זו משמשת כמקור סמכות ועל כן "מרפאת" את חוסר החוקיות ומכשירה את תוצריה כקבילים. נקודת המוצא למאמר זה היא דעת היחיד בפרשה זו, עמדת השופט דנציגר, המבקרת קביעה זו ועומדת על השלכותיה במישור המשפטי והציבורי כאחד. בהמשך לביקורת זו, ארצה להראות כי עמדת הרוב מבוססת על רובד גלוי אשר תוצאתו האפשרית היא הכשרתו של הלך חשיבה סמוי, הראוי לתשומת לב מיוחדת, הן בשל משמעותו העיונית והן בשל משמעותו המעשית. כפי שיוצג, עמדת הרוב מבוססת על רטוריקה שיפוטית ליברלית, המניחה אדם רציונלי ואוטונומי, בעל זכויות עליהן הוא יכול לעמוד או שעליהן הוא רשאי לוותר אם רצונו בכך. כיוון שכך, על המשפט להתמקד ביכולת הבחירה האוטונומית – ובה בלבד. משעה שהוכח כי הבחירה חופשית היא, גוברת חשיבותה אף על הוראות החוק עצמו. בהתאם לעמדה זו, יכולת הבחירה האוטונומית גוברת אף על אחד העקרונות המשפטיים המרכזיים, הוא עקרון חוקיות המנהל. עיקרון זה מגביל את סמכותן של רשויות השלטון וקובע את חובתן לפעול אך בדלת"ת אמות הסמכות שהוקנתה להן בחוק. כל זאת, על מנת להבטיח את חירויות הפרט בהתאם למסורת הליברלית. בהתאם לעמדת הרוב בפרשת בן חיים, חירותו של הפרט לוותר על חירותו לפרטיות גוברת על העיקרון המגביל את השלטון על מנת לשמר חירויות פרט אלה.

כפי שאטען במאמר זה, תוצאתה של תפיסה שיפוטית זו עלולה לכונן הלך חשיבה החותר תחת התפיסה הליברלית במשפט. הלך חשיבה זה, אשר יתואר בהמשך כ"פליליות גלויה", מכריע באופן מעשי בדבר אחריותו הפלילית של אדם על סמך אפיוניו ושיוכיו החברתיים. מעמדתה של דעת הרוב נובע כי המשטרה – שומרת הסף של ההליך הפלילי – רשאית לחרוג מהסמכות שהוקנתה לה בחוק

2 ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, פ"ד סא(1) 461 (2006). בעניין זה דובר בחייל שנחקר בידי המשטרה הצבאית בגין חשד לעבירות החזקת סם והשימוש בו. למרות שכבר במהלך גביית הודעתו הוחלט על מעצרו, חוקר מצ"ח לא הודיע זאת לנחקר. בסיום גביית ההודעה הודיעו לנחקר שהוא עצור וזכאי להיוועץ בעורך דין. גדר המחלוקת בפרשה זו הייתה שאלת קבילותה של הודאת הנאשם, שהושגה תוך הפרת חובת ההודעה בדבר הזכות להיוועץ בעורך דין. בית המשפט, בקבעו שהודאת הנאשם אינה קבילה כראיה, פיתח את תורת הפסלות הפסיקתית, המאפשרת לפסול ראיה בשל פעולה בלתי חוקית של הרשות החוקרת. זאת, אף אם לא נפגם כוח הרצון של הנחקר בשל פעולה בלתי חוקית זו.

3 ע"פ 10049/08 אבו עזא נ' מדינת ישראל, פס' 74–112 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 23.8.2012). במקרה זה משרטט השופט דנציגר, בדעת יחיד שלא נדחתה על ידי חברי ההרכב, גבולות ברורים לדרך ניהול חקירה; ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(1) 626, פס' 20–21 לפסק דינו של השופט לוי (2011). בפסק דינו קבע בית המשפט כי ניתן לעיתים לפסול ראיה נגזרת בשל התנהלות לא חוקית של הרשות; ע"פ 1301/06 עזבון אלום נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(2) 177, 236–241, 245–246 (2009). בית המשפט קבע, בדעת רוב, כי יש לפסול הודאת חשוד בשל חוסר החוקיות הגלום בתרגילי החקירה המשטרתית שהתבצעו.

ולבצע פעולות חקירה ביחס למי שנדמה בעיניה "טיפוס עברייני". זאת, בלא שתגבש "עילת כניסה" המבוססת על חשד סביר הקשור במעשה. במובן זה, עמדת הרוב עשויה לטפח הלך חשיבה סמוי המבסס אחריות פלילית על אפיון "סוגו" של העושה. מאמר זה יעמוד על רכיב סמוי זה ועל משמעותו העיונית, כמו גם על תוצאתו המעשית מבחינה משפטית.

בחלקו השני של המאמר אסקור את הלכת **בן חיים** ואבחן את טעמיה, תוך בחינת ביקורתו של השופט דנציגר להלכה זו. במסגרת דברים אלה ייבחן הרובד הגלוי בהכרעת הרוב בכל הנוגע לקביעה כי ניתן לראות מקור סמכות בהסכמה מדעת של מושא החיפוש. כפי שיפורט בחלק זה, הרציונל הגלוי העומד בבסיס קביעה זו מבוסס על התפיסה הליברלית במשפט, המושתתת על תפיסת האוטונומיה האישית אשר מובנת כמנותקת מהקשרים חברתיים. אל מול רציונל גלוי זה, ייבחן הלך מחשבה סמוי אשר עלול לנבוע מהרציונל הגלוי. חלקו השלישי של המאמר יוקדש לתוצאותיה האפשריות של הכרעת הרוב, העלולות לטפח הלך מחשבה העומד על סוגו וטיבו של העושה כבסיס להטלת אחריות או לביצוע חיפוש. כפי שאטען, על אף המחויבות הליברלית בדעת הרוב לעקרון האוטונומיה והחירות של הפרט, הכרעתה בכל הנוגע למושג "הסכמה מדעת" חותרת תחת עיקרון זה ועלולה להשליט בפועל משטר משפטי המבוסס על אפיונים חברתיים של "מועמדים" לבוא בפתחו של ההליך הפלילי.

ב. חוקיות חיפוש בהסכמה – חשד סביר, היעדרו ואוטונומיה של הפרט

1. הלכת בן חיים

בפרשת **בן חיים** עמדו בפני בית המשפט העליון שלושה מקרים בהם בוצע חיפוש בביתו או בכליו של אדם. בכל אחד ממקרים אלה החיפוש בוסס על חשד כלשהו שהתעורר בשוטר, ובכל אחד מהם התעורר ספק בנוגע לחוקיותו של החיפוש. יצוין כי בכל המקרים האלה התקבלה הסכמתו של מושא החיפוש לפעולה המשטרתית, אשר חוקיותה נתונה בספק.⁴ כל אלה הובילו לדיון בדבר גבולותיו של חיפוש חוקי, בדבר קבילותן של ראיות חפציות שנתפסו במהלכו ובדבר האפשרות לראות בהסכמת אדם מקור סמכות לחיפוש. הכרעת בית המשפט עוסקת, אם כן, הן בפרשנות הראויה לדיני החיפוש והן בהיבטים ראייתיים המתייחסים לקבילות ראיות שהושגו במהלך חיפוש בלתי חוקי. מאמר זה יתמקד בפרשנות בית המשפט לדיני החיפוש. עם זאת, לשם הצגת מכלול עמדת בית המשפט, יוצגו בקצרה אף היבטיה הראייתיים של הלכה זו.

ככל שמדובר בהיבט הראייתי, החידוש בהלכת **בן חיים** טמון בשינוי עמדתו המסורתית של בית המשפט הישראלי, אשר התייחס ככלל לראיות חפציות כבעלות ערך ראייתי עצמאי, המנותק מהדרך בה הושגו.⁵ זאת, משום שטיבן אינו מושפע מחוסר החוקיות שליוותה את השגתן.⁶ חסינות זו באה לידי ביטוי גם בהלכת **יששכרוב**, הידועה כנקודת מפנה בפסיקה בנוגע לשאלת קבילות ראיות שהושגו

4 עניין **בן חיים**, לעיל ה"ש 1, פס' 3, 6-8-10 לפסק דינה של השופטת ביניש.

5 ד"נ 9/83 **בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין**, פ"ד מב(3) 837, 856-857 (1988).

6 לעיתים, חוסר החוקיות עלול לפגום בטיבה של הראיה. כך, למשל, כאשר חיפוש מתבצע ללא עדים הראיה עלולה להיחשב ל"רעה" משום שלא היה כל פיקוח המורא שהראיה לא הושתלה במקום, ראו ת"פ (שלום ת"א) 4663-10-14 **מדינת ישראל נ' אבו טאלב** (פורסם בנבו, 25.9.2016).

באופן לא חוקי. כפי שנכתב ונותח רבות,⁷ בפרשת **יששכרוב** הכיר בית המשפט באפשרות העקרונית לפסול ראייה מסוג הודאת נאשם, שהתקבלה באופן לא חוקי. זאת, אף אם לא הוכח שנשלל כוח הרצון של נותן ההודאה בשל חוסר החוקיות.⁸ בכך קבע בית המשפט העליון כי לערך תקינות והוגנות ההליך הפלילי מעמד עצמאי, העשוי להביא לעיתים לתוצאה שלפיה חוסר חוקיות יוביל לחוסר קבילות. חשיבותו של ערך הוגנות ההליך, כך קבע בית המשפט, וכנגזרת מכך המסקנה אליה יש להגיע באשר לתוצאות הפרתו, היא עניין המצוי בשיקול דעתו של בית המשפט.⁹ התפתחות משמעותית בנוגע לפרשנות בסוגיית שיקול דעתו של בית המשפט במסגרת דוקטרינת הפסלות הפסיקתית באה לידי ביטוי בפסק הדין פרשת **חייבטוב**, שניתן בעת האחרונה. בפרשה זו, בית המשפט העליון זיכה נאשם מעבירת רצח בשל הדרך בה נוהלה החקירה בעניינו.¹⁰ בכך הבהיר בית המשפט העליון, למעלה מעשור לאחר פסק דין **יששכרוב**, כי חומרת העבירה המיוחסת לנאשם אינה מהווה, כשלעצמה, מחסום מפני פסילת הודאתו.

בשל המעמד שניתן לזכויותיו החוקתיות של נאשם, נחשבת פרשת **יששכרוב** ל"קו פרשת המים" בפסיקה הישראלית ככל שמדובר בהליך הפלילי. זאת, בעיקר בשל הקביעה שלפיה לעיתים ראוי לפסול תוצרי פעולה שלטונית לשם שמירה על זכויות נאשמים, גם אם פסילה כזו עשויה לעמוד בסתירה לעיקרון חשיפת האמת.¹¹ מתוך כך, ועל אף החידוש בו, פסק דין **יששכרוב** כורך בחובו עמדה חשדנית כלפי זכויות אלה בהניחו כי לעיתים, יישומן כרוך בויתור על ערך גילוי האמת והמלחמה בפשיעה.¹²

- 7 יובל מרין ורינת קיטאי-סנג'רו "Collins, Miranda ויששכרוב – על הפער בין הרצוי לבין המצוי בהלכת יששכרוב" **משפטים** 429 (2007).
- 8 בכך קבע בית המשפט "מסלול פסילה פסיקתית" הקיים לצידו של ס' 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, הקובע פסלות הודאה בשל שלילת הרצון; ראו, למשל, את הניתוח של ס' 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש] על ידי השופט לנדוי בע"פ 183/78 **אבו מידג'ים נ' מדינת ישראל**, פ"ד לד(4) 533, 538-540 (1980); להרחבה על הרציונל העומד בבסיס ס' 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש] ראו בנימין בלום, יורם רבין וברק אריאל "אופן בחינת הודאות חשודים בדין הפלילי הישראלי: בחינה מהותית ופרוצדורלית של היחס בין ס' 12 לפקודת הראיות לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית" **משפטים** 815 (2017).
- 9 עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 2, פס' 63-74 לפסק דינה של השופט ביניש; לביקורת על סוגיית שיקול הדעת, ובעיקר על סוגיית חומרת העבירה כאחד השיקולים, ראו קרן שפירא-אינגר ורון שפירא "כלל הפסלות הישראלי בשולי הלכת יששכרוב" **דין ודברים** ג 427 (2007); בועז סנג'רו "כלל פסילת הראיות שהושגו באמצעים פסולים מתפתח, אך עדיין ללא נכונות לשלם מחיר חברתי (ולזכות אשם בעבירה חמורה שעודנו חי)" **משפטים על אתר** ד 2 (2012).
- 10 ע"פ 2868/13 **חייבטוב נ' מדינת ישראל**, פס' 87-105 לפסק דינו של השופט שהם (פורסם בנבו, 2.8.2018).
- 11 עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 2, פס' 48 לפסק דינה של השופטת ביניש "[...] דוקטרינת הפסילה החדשה שעלינו להנהיג היא גמישה ומבוססת על הצורך לאזן בין הערך של גילוי האמת לבין ערכים נוגדים שעיקרם הגנה על זכויות הנאשם ושמירה על הגינות ההליך הפלילי וטוהרו".
- 12 שם, פס' 44 לפסק דינה של השופטת ביניש; לתפיסה הרואה בחקר האמת ובמלחמה בפשיעה ערך העומד בניגוד לזכויות הנאשמים ראו 1 *Herbert Pecker, Two Models of Criminal Process*, 113 U. PA. L. REV (1964); לניתוח ביקורתי של עמדת פאקר, ראו לסלי סבה "המודלים של הרברט פאקר: מבחן הזמן והביקורת" **מגמות בדיני הראיות ובסדר הדין הפלילי – אסופת מאמרים לכבוד פרופסור אליהו הרנון** 221 (ענת הורוויץ ומרדכי קרמניצר עורכים, 2009); לניתוח תפיסת המאבק בין עקרון הגינות ההליך

עמדה זו מסבירה את ההבחנה שעורך בית המשפט בפרשת **יששכרוב** בין ראייה חפצית לבין ראייה שאינה חפצית. גם בפרשה זו – בדומה לפסיקה הרבה הקודמת לה – ניתנה לראייה החפצית "זכות בכורה" והיא הוכרה כראייה חסינה כמעט לחלוטין מפסילה.¹³ הלך מחשבה שיפוטי זה שומר לכן על ההבחנה המסורתית בין סוגי ראיות שונים, שכן ככל שפסילת ראייה פוגעת בערך חשיפת האמת כך תגבר הנטייה לבחור ב"אמת העובדתית" על פני "האמת המשפטית". ככלל, ראייה חפצית מתאפיינת בכך שאין היא מושפעת מחוסר החוקיות שליווה את השגתה.¹⁴ על כן, בהתאם להלך מחשבה זה, הקביעה כי ראייה חפצית אינה קבילה משמעה מתן ערך גבוה יתר על המידה ל"אמת המשפטית" על חשבון "האמת העובדתית".

פרשת **בן חיים** מהווה שינוי מהותי במצב משפטי-ראייתי זה. זאת, מאחר שבפרשה זו בית המשפט קבע כי חוסר חוקיות עשוי להוביל לפסילת ראייה, בין אם חפצית ובין אם לאו.¹⁵ בכך נראה כי בית המשפט עיגן את עקרון תקינות והוגנות ההליך כערך העומד בפני עצמו, בלא תלות בטיבן של ראיות שהושגו בשל הפרתו. ואכן, מעיון בפסיקה שהתקבלה לאחר הלכה זו, ניכר כי חל שינוי משמעותי בעמדת בתי המשפט בנוגע לראיות חפציות ולאפשרות פסילתן בשל האופן בו הושגו. בשנים האחרונות ניכר מספר מרשים של מקרים בהם פסלו בתי משפט ראיות חפציות בשל חוסר חוקיות חיפוש, אף כאשר הראייה החפצית הייתה הראייה היחידה שעמדה כנגד הנאשם.¹⁶ במבט ראשון, נדמה כי רכיב זה בהכרעת הרוב מצביע על שינוי תפיסתי בנוגע ליחס בין "אמת עובדתית" ו"אמת משפטית". ניתן לסבור כי הנכונות לפסול לעיתים ראיות חפציות מצביעה על זניחת

- לעיקרון חקר האמת, ראו יואב ספיר "הגנה ראוויה על 'אנשים לא נחמדים': הערות על מגילת הזכויות הרוה שבהצעת החוקה" **משפט וממשל** י 571, 576–579 (2007).
- 13 **עניין יששכרוב**, לעיל ה"ש 2, פס' 71 לפסק דינה של השופטת ביניש; לפסיקה חריגה הפוסלת ראייה חפצית בשל דרך השגתה, ראו עניין **פרחי**, לעיל ה"ש 3.
- 14 **עניין ועקנין**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 857. השופט אלון משקף עמדה שיפוטית זו בקבעו כי: "[...] אנשי מרות, המשתמשים נגד חשודים באמצעים שהמה פסולים על-פי דין כדי לאפשר הבאתם לדין – כגון גילוי סמים מסוכנים על-ידי נקיטת אמצעים פסולים – צריך שיבואו על עונשם [...] אך אין אנו רשאים להתעלם מהאמת העובדתית, היינו ממציאותו של הסם המסוכן המונח לפנינו, ולזכות את מי שהחזיק בסם ועל-ידי כך לעוות את האמת המשפטית".
- 15 **עניין בן חיים**, לעיל ה"ש 1, פס' 35 לפסק דינה של השופטת ביניש.
- 16 ע"פ (מחוזי מר') 28090-02-15 **מדינת ישראל נ' אדרי** (פורסם בנבו, 15.5.2016); ת"פ (שלום ת"א) 16795-10-15 **מדינת ישראל נ' יחיא-סיים** (פורסם בנבו, 25.10.2016); ת"פ (שלום ת"א) 46745-04-14 **מדינת ישראל נ' רפאל** (פורסם בנבו, 13.5.2015); ת"פ (שלום רמ') 46745-10-10 **רשות הטבע והגנים ירושלים נ' ריאן** (פורסם בנבו, 21.7.2014); ת"פ (שלום ת"א) 13802-07-13 **מדינת ישראל נ' זוארץ** (פורסם בנבו, 12.11.2015); הע"ז (עבודה ת"א) 13595-09-14 **מדינת ישראל רשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול נ' ריינס** (פורסם בנבו, 18.8.2016); ת"פ (שלום ב"ש) 20481-06-13 **מדינת ישראל נ' אסייג** (פורסם בנבו, 11.2.2014); ת"פ (שלום פ"ת) 6763-01-14 **מדינת ישראל נ' מדרי** (פורסם בנבו, 18.11.2014); ת"פ (שלום רח') 59911-12-13 **מדינת ישראל נ' פרי** (פורסם בנבו, 20.4.2015); ת"פ (שלום ק"ש) 31643-05-16 **תביעות צפת נ' משה** (פורסם בנבו, 4.4.2017); ת"פ (שלום ת"א) 26984-12-16 **מדינת ישראל נ' יקובוב** (פורסם בנבו, 26.6.2017); ת"פ (שלום ק"ג) 18516-09-15 **מדינת ישראל נ' אבו-עליון** (פורסם בנבו, 11.9.2017); ת"פ (שלום טב') 56704-12-16 **מדינת ישראל נ' מ.א.** (פורסם בנבו, 25.12.2017); פל"א (תעבורה חד') 11343-12-17 **מדינת ישראל נ' צילביץ** (פורסם בנבו, 1.7.2018); עניין **אבו טאלב**, לעיל ה"ש 6.

הנחת הדיכוטומיה בין שתי אמיתות אלה, תוך אימוץ פרשנות אחרת לשני מושגים אלה באופן שלא ייתפסו כמנוגדים. ואולם, עיון ברכיב נוסף בדעת הרוב – העוסק בדיני החיפוש – מעלה כי לא די שעמדה דיכוטומית זו לא נזנחה, אלא שבמטוטלת הכוחות בין שתי "אמיתות" אלה, פחת מעמדם של ערכי הוגנות ההליך וזכויות נאשמים.

רכיב נוסף בעמדת הרוב מאפשר "הכשרת" ראיות חפציות באופן מרחיב יותר, הכורך בחובו הכשרת חיפוש בלתי חוקי כשלעצמו. רכיב מרכזי בפסק הדין עוסק בשאלה אם הסכמת אדם לחיפוש בלתי חוקי עשויה להוות מקור סמכות לחיפוש. לשם בחינת שאלה זו יש להקדים ולעסוק במושג "חשד סביר", המכונן חיפוש חוקי.¹⁷ ואולם, דעת הרוב אינה מרחיבה בפרשנות הראויה למושג זה ומסתפקת באימוץ הלכת דגני הוותיקה,¹⁸ הקובעת כי המושג "חשד סביר" הוא מונח שאותו יש לבחון באופן אובייקטיבי. מעבר לכך, בית המשפט מותיר את המונח "חשד סביר" כמונח "פתוח" התלוי, בעיקרו, בניסונו ובשיקול דעתו של השופט. בשרטטו קווים מנחים למושג "חשד סביר" קובע בית המשפט כי התנהגות מחשידה, מידע על ביצוע עבירה בקרבת מקום בו נמצא אדם, השעה בה נמצא אדם במקום פלוני ואף תיאור ומאפיינים חיצוניים התואמים מידע שהתקבל עשויים כולם לבסס חשד סביר. לצד קווים מנחים אלה, קובע בית המשפט כי קיומו של עבר פלילי כשלעצמו אינו מקים חשד סביר.¹⁹

עם זאת, מרכז הכובד בהכרעת הרוב נעוץ בסוגיית ההסכמה. כפי שנקבע, אף אם חיפוש מתבצע בהיעדר חשד סביר, המהווה תנאי לחוקיות ביצועו, הסכמתו של מושא החיפוש יוצרת מקור סמכות לביצוע החיפוש והופכת את החיפוש לחוקי ואת תוצריו הראייתיים לקבילים.²⁰ מתוך כך, קובעת דעת הרוב כי הסכמתו של אדם – אם נעשתה מדעת – עשויה לשמש תחליף לדרישת החשד הסביר ולכונן חיפוש מוסמך וחוקי.²¹ על מנת לוודא כי הסכמתו של אדם אכן מלאה ואוטונומית, נקבע כי יש להסביר למושא החיפוש כי זכותו לסרב לו וכי סירובו לא ישמש כנגדו.²² אם כן, עמדה זו משקפת תפיסה לפיה חשיבותה של הסכמתו האוטונומית של מושא החיפוש כה גדולה, עד כי בכוחה ליצור מקור סמכות לפעולה המשטרית ובכך לרפא את הפגמים שנפלו בחיפוש המתבסס על חשד בלתי סביר.²³ התפיסה אותה מציג בית המשפט, שתעמוד במרכז מאמר זה, משקפת עמדה משפטית המייחסת לאוטונומיה של הפרט וליכולת הבחירה החופשית שלו ערך עליון, הגובר לעיתים אף על מגבלות כוחה של המשטרה מלפעול רק בהתאם לסמכות הנתונה לה על פי חוק. כפי שיפורט בהמשך הדברים, עמדה זו משקפת במובהק את התפיסה המשפטית-הליברלית המקובלת, אשר הנחת האוטונומיה היא תפיסה מרכזית בה.

- 17 ס' 25(1), 29 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט–1969; ס' 3(ב), 3(ב) לחוק סמכויות לשם שמירה על ביטחון הציבור, התשס"ה–2005.
- 18 בג"ץ 465/75 דגני נ' שר המשטרה, פ"ד ל(1) 337, 349–353 (1975).
- 19 עניין בן חיים, לעיל ה"ש 1, פס' 16 לפסק דינה של השופטת ביניש.
- 20 שם, פס' 21 לפסק דינה של השופטת ביניש; לניתוח ביקורתי של רכיב ההסכמה מדעת, ראו אסף הרדוף "חזות של זכויות, מהות של צדק: סיפורה הרטורי והמהותי של ההכרעה הפלילית" **דין ודברים** ח 33, 52–56 (2014).
- 21 עניין בן חיים, לעיל ה"ש 1, פס' 25 לפסק דינה של השופטת ביניש.
- 22 שם, פס' 26 לפסק דינה של השופטת ביניש.
- 23 שם, פס' 21 לפסק דינה של השופטת ביניש.

2. עמדת השופט דנציגר בפרשת בן חיים

דעת היחיד בפרשת בן חיים, מפיו של השופט דנציגר, מבקרת את עמדת הרוב בכל הנוגע לקביעתה כי "הסכמה מדעת" מהווה מקור סמכות לחיפוש, וזאת משני טעמים: בהתאם לראשון, הוא עקרון חוקיות המנהל, הרשות המנהלית אינה יכולה לקנות סמכות למעשה אותו אינה מוסמכת לבצע רק משום שהפרט מסכים למעשה. בהתאם לשני, יש להטיל ספק במשקל אותו מעניקה דעת הרוב למושג האוטונומיה, קרי ל"הסכמה מדעת", במסגרת דיני החיפוש.

כפי שמסביר השופט דנציגר, עקרון חוקיות המנהל – שלפיו הרשות השלטונית מוסמכת לבצע אך ורק פעולות שאותן הוסמכה כחוק לבצע – אינו יכול לסגת מפני תפיסת האוטונומיה של הפרט. לשיטתו, אין די בהסכמת הפרט כדי להעניק לרשות סמכות יש מאין.²⁴ כפי שעולה מדבריו, עקרון חוקיות המנהל, המגביל כוחן של רשויות השלטון, נועד לשמור על חירויות הפרט מפני כוחו של השלטון.²⁵ על כן, ההנחה כי הסכמת הפרט עשויה ליצור מקור סמכות שלטונית חותרת תחת הרציונל העומד בבסיס עיקרון זה. על דברים אלה מוסיף המלומד אסף הרדוף וטוען כי הלכת הרוב בפרשת בן חיים תורמת לפגיעה קשה בזכויות הפרט באמצעות הכשרה כללית של בית המשפט העליון לסוג רחב של פעולות שאותן המחוקק לא ראה לנכון להתיר.²⁶ כל זאת, באמצעות עשיית שימוש בערך האוטונומיה של הפרט כקרדום לחפור בו: האוטונומיה של הפרט, תחת שתשמש כעיקרון המגביל התערבות שלטונית, הופכת לכלי היוצר סמכות שלטונית. הפרט מביא על עצמו, בהסכמתו, התערבות קיצונית בחייו, בדמות חיפוש משטרתי למשל, אך אין לו להלין אלא על עצמו: בהסכמתו האוטונומית ויתר על חירותו מפני התערבות שלטונית החורגת מעקרון חוקיות המנהל.

מעבר לכך, מתוך קריאת דברי השופט דנציגר ניכר כי לשיטתו, הבנת האוטונומיה של הפרט כמקור יוצר סמכות שלטונית מהווה פרשנות מוטעית ומסוכנת ביחס לגבולות כוחו של השלטון. ואכן, כפי שעולה מפסיקה מאוחרת שהסתמכה על הלכת בן חיים, פרשנות זו עלולה ליצור "מדרון חלקלק", במסגרתו במגוון הולך וגדל של מקרים קונה השלטון סמכות, מכוח הסכמת הפרט, על אף שזו אינו נתונה לו על פי חוק. כך, בפרשת שמגר עסק בית הדין הארצי לעבודה בגדרי הסמכות של מפקחים מכוח חוק הכניסה לישראל ומכוח חוק עובדים זרים.²⁷ בחוקים אלה נקבע, בין השאר, כי לשם ביצוע הוראות החוק רשאים פקח או שוטר להיכנס למקום, למעט למקום מגורים, במידה וקיים חשש כי מצוי בו שוהה שלא כדין בישראל.²⁸ בהסתמכו על הלכת בן חיים קבע בית הדין כי אף שחוקים אלה אינם מאפשרים כניסה לבית מגורים בלא צו שיפוטי, הסכמתו של בעל בית המגורים או מחזיקו עשויה לשמש כמקור סמכות.²⁹ אם כן, המודל החשיבתי אותו מתווה דעת הרוב פורש בפסיקה מאוחרת יותר

24 עניין בן חיים, לעיל ה"ש 1, פס' 3 (א) לפסק דינו של השופט דנציגר.

25 דפנה ברק-ארז משפט מינהלי א 97 (טובה אולשטיין עורכת, 2010).

26 הרדוף, לעיל ה"ש 20, בעמ' 54.

27 ע"פ (ארצי) 46908-05-15 מדינת ישראל – שמגר (פורסם בנוב, 26.11.2017) (להלן: פרשת שמגר).

28 ס' 13(א)(2) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, ס' זה מתיר כניסה לבית מגורים על בסיס צו שיפוטי; ס' 6(א)(2) לחוק עובדים זרים, התשנ"א-1991, ס' זה אינו מאפשר כניסה לבית מגורים לשם בחינת חשד לביצוע עבירה לפי חוק זה. מאידך, הס' מאפשר כניסה לבית מגורים, בהסכמת העובד הזר, באם הכניסה נועדה לברוק כי המעסיק עמד בחובותיו כלפי עובד זה.

29 עניין שמגר, לעיל ה"ש 27, פס' 34 לפסק דינו של השופט איטח.

באופן מרחיב. בהלכת בן חיים, העוסקת בשוטר המוסמך לבצע חיפוש בהתקיים חשד סביר, מורחבת סמכותו גם לחשד שאינו סביר על בסיס הסכמת מושא החיפוש. בפרשת **שמגר**, המרחיבה עיקרון זה, נקבע כי גם כאשר שוטר או פקח אינם מוסמכים כלל לבצע פעולה בהיעדר צו שיפוטי, הסכמה עשויה לשמש כמקור לסמכות שאינו קיים בחקיקה.

עמדתו של השופט דנציגר, החולקת על האפשרות לראות בהסכמת פרט כיוצרת מקור סמכות שלטוני, קשורה בקשר הדוק לספקותיו ביחס לאפשרות קיומה של הסכמה אוטונומית במסגרת מערכת היחסים שבין השוטר לבין הפרט. לשיטתו, בהינתן פערי הכוחות העצומים בין המשטרה ונציגיה לבין הפרט העומד מול השוטר, קשה להניח כי אף אם התקיימו תנאיה של "הסכמה מדעת" כהגדרת דעת הרוב, מתקיימת הסכמה חופשית ואמיתית. לדבריו:

לאור פערי הכוחות... סבורני כי לא ניתן לצפות שהסכמתו של האדם לחיפוש תהא הסכמה אמיתית המבטאת בחירה חופשית ורצונית. אלא שלשיטת הנשיאה ניתן לאיין חשש זה באמצעות הסבר שימסור השוטר לאזרח כי הוא רשאי לסרב לעריכת החיפוש וכי הסירוב לא יעמוד לחובתו. ודוק, אינני סבור כי רשאים אנו להניח כמובן מאליו כי מתן ההסבר על ידי השוטר יאפשר לאזרח להפעיל שיקול דעת חופשי ומשוחרר מלחצים ולסרב לבקשת השוטר. נוכח פערי הכוחות המובנים בסיטואציה בה עסקינן... ישנו יותר מחשש סביר להניח כי במקרים רבים יתן האזרח את הסכמתו לבקשת השוטר בשל החשש שיאחז בו על תוצאות סירובו להיעתר לבקשה. לטעמי, הסכמה בנסיבות כאלה לאו הסכמה היא... הדברים נכונים ביתר שאת בנוגע לאנשים המשתייכים לקבוצות אוכלוסיה מוחלשות כגון קטינים, עובדים זרים, מהגרי עבודה וכן אלו הלוקים בשכלם ובנפשם.³⁰

אם כן, עמדתו של השופט דנציגר מטילה ספק בדעת הרוב לא רק בשל הקושי הפרשני שמציבה דעה זו ביחס לעקרון חוקיות המנהל, אלא – ואולי בעיקר – בשל הטלת ספק בתפיסה לפיה באינטראקציה שבין הפרט לשוטר, עשויה להתקיים הסכמה אוטונומית אותנטית. שני רכיביה של עמדה ביקורתית זו שלובים זה בזה: הטלת הספק בהנחת קיומה של הסכמה אוטונומית מובילה אף להטלת ספק בהנחה כי הסכמה כזו מאפשרת ויתור, ולו חלקי, על עקרון חוקיות המנהל. כפי שיפורט להלן, אצעד אף אני בעקבות עמדתו הביקורתית של השופט דנציגר בכל הנוגע למושג האוטונומיה, תוך בחינת "בית הגידול הרעיוני" למושג זה, הוא התפיסה הליברלית במשפט.

3. התפיסה הליברלית במשפט

מאפיינה המרכזי של התפיסה הליברלית במשפט בכלל ובמשפט הפלילי בפרט הוא תפיסת האוטונומיה האישית כרכיב מרכזי בהבנתו ובשיפוטו של אדם. מאפיין זה בא לידי ביטוי בשני אופנים משלימים: בהתאם לאחד, מנגנון חופש הבחירה נתפס כמנותק מושגית מההקשרים החברתיים בהם

30 עניין בן חיים, לעיל ה"ש 1, פס' 3 (ב) לפסק דינו של השופט דנציגר.

אדם מצוי ולכן הוא נתפס כאוטונומי. בהתאם לאחר, הנובע מכך, שיפוטו של אדם צריך להיות מנותק מההקשרים החברתיים בהם הוא מצוי על מנת להגשים רעיונית את המושג בחירה אוטונומית.³¹ מאפיין זה בא לידי ביטוי מובהק בדין הפלילי המהותי ובאופן קביעת האחריות הפלילית. התפיסה המשפטית הליברלית המקובלת מניחה כי בהגיע אדם לאולם בית המשפט, התנהגותו היא שעומדת לדין, היא ותו לא: הוכחה התנהגותו של אדם כהולמת יסודות עבירה פלונית, יימצא חייב בדין; לא תימצא התאמה כזו, יימצא זכאי. בלא לסקור סקירה מקפת את יסודותיה העיוניים של תפיסה זו, נוכל לומר כי בבסיסה עומדת ההנחה כי שיפוט המעשה הוא השיפוט הראוי ביותר. על כן, יש לנתק את בחינת האחריות הפלילית מכל אותם גורמים המציבים אדם בהקשר החברתי של חייו – מעמדו ומיקומו החברתי, תולדות חייו, השקפותיו ומניעיו.³² גורמים אלה נתפסים כגורמים "בלתי ניטרליים" ולכן אסורים משני טעמים: ראשית, נתונים אלה מובנים ככאלה העלולים להטות את המערכת השיפוטית ולהפכה לחשופה להשקפות מוסריות, חברתיות ומעמדיות, החושפות את המשפט ל"חני" החברתי-פוליטי.³³ במובן זה, קיים קשר הדוק בין שיפוט המעשה לבין התפיסה המניחה כי המשפט הוא מערך כללים סגור, במסגרתו זוכה כל אדם לטיפול שווה בלא תלות בקונטקסט החברתי בו הוא מצוי. שנית, היזקקות לגורמים אלה עלולה להסיט את הדיון השיפוטי מהמעשים שנעשו על ידי העושה אל עבר רכיבים שאינם נתונים בשליטתו.³⁴ בהתאם להשקפה זו, אשמו של היחיד, אסור שיהיה נטוע ברכיבים הממעיטים מכוחה של תודעתו וממה שנגזר ממנה. כל אלה נתפסים כמעוותים את פני הצדק, לא לחינם: רק מתוך תפיסת היחיד, מבחינה מושגית, כיחיד אוטונומי המצוי בחלל הריק מבחינה חברתית, ניתן להגיע להשקפה לפיה ההקשרים החברתיים הסובבים את חייו של אדם מעוותים את פני הצדק ואת הליך קביעת האחריות למעשים.³⁵ המחויבות לניתוק ההקשרים הסובבים את חייו של אדם נעוצה, על כן, בתפיסה לפיה תודעתו של אדם, ממנה נגזר חופש הרצון שלו לבצע או להימנע מביצוע מעשה, משמשים נדבך מרכזי בשיטת משפט המבוססת על עקרון האשם. הטלת אחריות על אדם בגין מעשיו והנחת רצונו החופשי מהווים צידיו השונים של אותה המטבע. תפיסה משפטית ליברלית מקובלת זו באה לידי ביטוי מובהק בדין המהותי, אך ניתן לאתרה גם בדין הפלילי "הפרוצדורלי" ולמעשה, היא הבסיס הרעיוני להחלטתה של דעת הרוב בפרשת בן חיים. בהתאם לעמדת הרוב, ההקשר החברתי הקונקרטי בו מדובר – עמידה מול בעל סמכות המסביר כי

Richard C. Boldt, *Restitution, Criminal Law and the Ideology of Individuality*, 77 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 969, 979 (1986) 31

John Lawrence Hill, *Law and the Concept of the Core of the Self: Toward a Reconciliation of Naturalism and Humanism*, 80 MARQ. L. REV. 289, 294–303 (1997) 32

אנטוני דאף מצדיק את הניתוק בין המשפטי לפוליטי בקיום פורום פוליטי נאות, אחר מהמשפט. ההליך המשפטי מנותק מהפוליטי משום שהוא אינו מיועד להכיל טענות פוליטיות, אותן יש להשמיע במקום שיועד לכך. Antony Duff, *Principles and Contradiction in the Criminal Law: Motives and Criminal Liability*, in PHILOSOPHY AND CRIMINAL LAW 156, 182–204 (Antony Duff ed., 1998) 33

Austin Sarat & Thomas Kearns, *Writing History and Registering Memory in Legal Decisions and Legal Practices*, in HISTORY, MEMORY AND THE LAW 1, 13 (Austin Sarat & Thomas Kearns eds., 1999) 34

V. F. Nourse, *Hearts and Minds: Understanding the New Culpability*, 6 BUFF. CRIME. L. REV. 361, 362 (2002) 35

ברצונו לערוך חיפוש, יהיו מיצובו ואפיונו החברתי של אדם אשר יהיו – אינו הקשר שיש בכוחו לפגום באוטונומיה של הפרט, ובלבד שהסבריו של בעל הסמכות יהוו כר מספיק לקביעה כי ההחלטה האוטונומית התבססה על מידע מספק אשר איפשר את מימושה המלא.³⁶

זהו הרציונל העיוני להכרעת הרוב. אלא שאת הכרעה זו יש להבין לא רק במישור העיוני אלא אף בזה המעשי. על מנת להבין לעמקה את משמעות עמדת הרוב, ראוי לשאול מדוע נחוץ דיון בשאלת האוטונומיה של הפרט הגוברת, בנסיבות מסוימות, על היעדרו של חשד סביר. מדוע עוסקת מלכתחילה דעת הרוב בסיטואציה בה מבקש שוטר לערוך חיפוש אם לא התעורר בליבו חשד סביר? לכאורה, התשובה לשאלה זו פשוטה וטמונה בהגדרת המושג "חשד סביר". היות שבית המשפט העליון קבע כי המושג "חשד סביר" הוא מושג "אובייקטיבי",³⁷ ייתכן מצב בו שוטר יפרש סיטואציה פלונית כמעלה חשד סביר אך בדיעבד, ערכאה שיפוטית תקבע כי סיטואציה זו אינה יכולה להיחשב, אובייקטיבית, ככזו. ואולם, נדמה כי קיים קושי להניח כי זו הסיטואציה אליה מכוונת דעת הרוב ובגינה היא מרחיבה בעיסוק בשאלת האוטונומיה. בסיטואציה בה שוטר טועה וסובר כי קיים חשד סביר, הוא ממילא סבור כי החיפוש אותו ברצונו לבצע הוא חיפוש חוקי ועל כן, סירוב לחיפוש עשוי להצדיק שימוש בכוח³⁸ ואף יכול שיביא להגשת כתב אישום כנגד הסרבן.³⁹ על כן, כאשר שוטר טועה וסובר כי הוא מבצע חיפוש חוקי ומוסמך, אין להניח כי ידאג לקבל "הסכמה מדעת" של מושא החיפוש, הכורכת בחובה "התחייבות" כי הסירוב לא יפעל לרעתו. מתוך כך, גם אם ניתן להניח סיטואציה בה שוטר יבקש הסכמה לחיפוש, בשל רצונו שלא להיקלע לעימות עם אדם, ממילא לא מתקבל על הדעת כי יודיע לו שסירובו לא ישמש כנגדו משום שאמירה זו פשוט אינה נכונה בנסיבות אלה. לשון אחר, עיסוקה הנרחב של דעת הרוב במושג האוטונומיה ובהסכמה מדעת לחיפוש אינו דן כלל במקרה "הקל" של טעותו של שוטר או במקרה בו שוטר מעדיף להשיג הסכמה לחיפוש חוקי, אלא עוסק במצב בו שוטר מבצע חיפוש ביודעו (או למצער בחשדו) כי פעולתו אינה חוקית. משכך, הוא טורח להשיג "הסכמה מדעת" מצד מושא החיפוש, הכורכת בחובה אמירה לפיה סירובו לא ישמש כנגדו. מדוע, אם כן, מקדישה דעת הרוב ניתוח כה מורכב לסיטואציה מסוג זה? האומנם נוהגים שוטרים לערוך פעולות חיפוש ביודעם כי לא התקיימו התנאים החוקיים לחיפוש זה? על כך עונה דעת

36 התפיסה שלפיה הסכמה מהווה מקור סמכות לחיפוש קיימת גם בדין האמריקאי. לניתוח עמדה זו, ראו Matthew Phillips, *Effective Warnings Before Consent Searches: Practical, Necessary, and Desirable*, 45 AM. CRIME. L. REV. 1185 (2008); James C. MacGlinchy, *Was That a Yes or a No? Reviewing Voluntariness in Consent Searches*, 104 VA. L. REV. 301 (2018); Ric Simmons, *Not "Voluntary" but Still Reasonable: A New Paradigm for Understanding the Consent Searches Doctrine*, 80 IND. L.J. 773 (2005).

37 עניין **בן חיים**, לעיל ה"ש 1, פס' 16 לפסק דינה של השופטת ביניש.

38 ס' 5 לחוק סמכויות לשם שמירה על ביטחון הציבור; ס' 45 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש]; ס' 3(ב) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו-1996.

39 ס' 275 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. סעיף זה עוסק בעבירת ההפרעה לשוטר במילוי תפקידו.

הרוב בחיוב, בקובעה כי כאשר מתקיימות, להבנת השוטר, נסיבות מחשידות שאינן עולות כדי חשד סביר, ניתן לבצע החיפוש על יסוד הסכמת אמת של מושא החיפוש.⁴⁰

4. על החשד הלא סביר

בהתאם לעמדת דעת הרוב, ראוי להכשיר פעולה משטרתית כאשר לטעמו של השוטר התעוררו "נסיבות מחשידות" ביחס לאדם פלוני, גם אם אין בנסיבות אלה כדי לעורר חשד סביר בהתאם להגדרתו בפסיקה. מכאן עולה כי בהתאם לעמדה זו, לעיתים ישנו חשד לא סביר אשר ראוי להתייחסותה של מערכת השיפוט ולעיתים חשד לא סביר זה עשוי לתרום לחקר האמת. על כן, במידה שתוגן אוטונומיית הפרט של מושא החשד הלא סביר, תוכשר פעולתו הבלתי סבירה והבלתי חוקית של השוטר. כפי שיפורט להלן, אטען כי הרציונל המנחה את דעת הרוב, זה המבחין בין "חשד סביר" לבין "נסיבות מחשידות", עלול לבסס משטר משפטי המתמקד בשיפוט "סוגו" של העושה, בניגוד לשיפוט המעשה. בכך עומדת עמדה זו בניגוד לרציונל חקר האמת במובנו המשפטי-ליברלי, לו מחויבת דעת הרוב.

בהתאם לחוק, על חיפוש להיות מבוסס על "חשד סביר", שהגדרתו אמורה להיקבע בפסיקה.⁴¹ לעומת זאת, גורסת דעת הרוב, שיייתכן כי חיפוש יהא מבוסס על "נסיבות מחשידות" שאינן עולות כדי חשד סביר. דעת הרוב אינה קובעת את הגדרתן ומשמעותן של "נסיבות מחשידות" אלה ובמקום זאת, מתמקדת ברציונל ההסכמה האוטונומית, כעיקרון שיש בו כדי להפוך חיפוש כזה לחוקי. אם כן, כל שניתן לומר על המושג "נסיבות מחשידות" הוא שמדובר ברמת חשד נמוכה יותר או שונה מרמת החשד המיוצגת במושג "חשד סביר".

כפי שיוצג להלן, התשובה לשאלה מה מעלה חשד בעיני שוטר ועל מה נסמך חשד זה אינה פשוטה כלל ועיקר ולעיתים, תכונותיו החברתיות של אדם – ולא דווקא ההתנהגות שיייתכן שהפגין – הם הגורם לנטיעת החשד בלב השוטר. על כן, משלא פורש המושג "נסיבות מחשידות", עלולה השקפה זו לבסס משטר משפטי במסגרתו "שיפוט ראשוני" של שוטר, המבוסס על "תכונותיו" החברתיות והאישיותיות של מושא החיפוש, תופס את מקומו של איתור יסוד התנהגותי המכונן חשד סביר.⁴² הורדת הרף מרכיב התנהגותי מחשיד ל"רכיב נסיבתי" מחשיד מאפשרת לשוטר לבצע חיפוש גם אם לא נצפתה התנהגות כלל, אך מראהו של אדם, עברו הפלילי, המקום בו הוא מצוי, שפת גופו וכיוצא באלה גורמים לחשד כלשהו בלבו של השוטר. במצב דברים זה, במידה שהושגה "הסכמה מדעת", ניתן יהיה לבצע חיפוש משום שאדם מסתובב במקום "הלא-נכון", מראהו אינו "המראה הנכון" או שפת גופו אינה שפת הגוף "הנכונה". על כן, קביעתו של בית המשפט כי ניתן להכשיר פעולה בלתי חוקית, שאינה מבוססת על חשד סביר, עלולה לכונן – ואולי מכוננת בפועל – משטר משפטי המבוסס

40 עניין בן חיים, לעיל ה"ש 1, פס' 25 לפסק דינה של השופטת ביניש; לדיון בתדירות ביצוע חיפוש בלא גיבוש חשד סביר, ראו יניב בן-הרוש "מה הבעיה בהסכמה לחיפוש משטרתית?" הפרקליט נד 43, 86–88 (2016).

41 לדיון כללי במונח חשד סביר ראו בש"פ 5610/06 פדרמן נ' מדינת ישראל, פס' 8–10 לפסק דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 25.7.2006).

42 לניתוח דרישת רכיב התנהגות מינימלי ביסוד החשד הסביר: בן-הרוש, לעיל ה"ש 40, בעמ' 47.

על השאלה מיהו מושא החיפוש ומהם אפיוניו החברתיים. "סוגו" של העושה עלול אם כן להכתיב את התשובה לשאלה אם המשטרה – שומרת הסף של ההליך הפלילי – תמצא אותו "ראוי" להיכנס בין כתליו של הליך זה.

בפסיקה האמריקאית נערכה בהקשר זה ההבחנה בין חשד סביר לבין "תחושת בטן" (Hunch) אותה חש שוטר. "תחושת בטן" הוגדרה בפסיקה זו כתחושה ראשונית, שאינה קונקרטית, הגורמת לשוטר לחשוש כי העומד בפניו אינו אדם "תמים".⁴³ בהיעדר הגדרה למושג "נסיבות מחשידות", ברי כי נסיבות אלה עשויות לכלול גם חשד שהתעורר אצל שוטר בשל תחושת בטן, שאינה מתעוררת בהכרח נוכח מעשים קונקרטיים אלא עשויה להתעורר משום שמדובר באדם שמראהו אינו "נכון" או שנמצא במקום שאינו "נכון". במילים אחרות, אפיוניו החברתיים של אדם הם למצער חלק מהנתונים העשויים לגרום לשוטר לתחושת בטן המובילה לחשד. הלך חשיבה מסוג זה יוצג להלן בהרחבה.

ג. שיפוט "סוגו" של העושה

1. אפיון תאורטי

כפי שפורט לעיל, התפיסה המשפטית-ליברלית מניחה הנחה דו-צידית: בצידה האחד של המשוואה עומד הסובייקט המשפטי אותו יש לנתח כסובייקט אוטונומי, אשר הכרעותיו והתנהגותו מנותקים מושגית מהקשריו החברתיים. בצידה האחר של המשוואה עומד בית המשפט, אשר מחויב לפוטט סובייקט זה במנותק מהקשריו החברתיים ולהתמקד אך בשאלה אם אדם פעל באופן רצוני. כל התייחסות מהותית לשאלה מיהו העושה לא רק שתפגע בעיקרון השוויון בפני החוק אלא אף תוביל להפחתה מושגית בערך האוטונומיה של האדם ועל כן, באחריותו.

על התפיסה המשפטית-ליברלית חולקת המלומדת ניקולה לייסי.⁴⁴ לטענתה, ניתן לאתר בהליך המשפטי הפלילי המודרני שני סוגי חשיבה המתקיימים האחד בצד האחר, ומבססים שני רציונלים שונים להטלת אחריות. האחד, הגלוי מביין השניים, הוא הלך החשיבה הליברלי שתואר לעיל, המחויב לערך האוטונומיה של הפרט ועל כן מתמקד במעשה עצמו, בלא תלות בעושהו. האחר, הסמוי מביין השניים, הוא הלך חשיבה במסגרתו אפיון העושה מהווה בסיס להטלת אחריות פלילית עליו. להלך מחשבה זה מתייחסת לייסי כאל "character principle",⁴⁵ תוך שהיא מתבססת ומרחיבה את הניתוח ההיסטורי-משפטי שהציע המלומד ג'ורג' פלטשר,⁴⁶ אשר יוצג להלן.

43 Carig S. Lerner, "Terry v. Ohio, 392 U.S. 1, 27 (1968); להבחנה בין "חשד סביר" לבין "תחושת בטן"; Reasonable Suspicion and Mere Hunches, 59 VAND. L. REV 405, 407 (2006); Claire O'Brien, Reasonable Suspicion or a Good Hunch? Dapolito and the Return to the Objective Evidence Requirement, 93 N.C. L. REV. 1165 (2015)

44 Nicola Lacey, *Space, Time and Function: Intersecting Principles of Responsibility across the Terrain of Criminal Justice*, in CRIMINAL LAW AND PHILOSOPHY 233 (2007) (להלן: Lacey, *Space, Time and Function*); NICOLA LACEY, CRIMINAL RESPONSIBILITY: IDEAS, INTEREST, AND INSTITUTIONS 33–41 (2016)

45 Lacey, *Space, Time and Function*, לעיל ה"ש 44, בעמ' 238–239.

46 GEORGE P. FLETCHER, RETHINKING CRIMINAL LAW 31–57 (1978)

בהתאם לטענתו של פלטר – הבוחן את דרך ההתפתחות ההיסטורית של המשפט הפלילי, ובעיקר זו של המשפט המקובל האנגלי – בשלביה המוקדמים של היסטוריה זו לא נמצא את הגדרות העבירה בנות-ימינו, המבחינות למשל בין גניבה, שוד, כמו גם עבירות אחרות המתייחסות לשלילת דבר לצמיתות מבעליו. הגדרות אלה התמזגו כולן לדמותו של הגנב המגיע באישון לילה ומסכן את בטחונו ופרטיותו של השטח הפרטי ובעליו.⁴⁷ לטענת פלטר, ניתוח היסטורי של המשפט הפלילי מצביע על קיומו של הלך חשיבה שונה לחלוטין מזה המוכר למשפטנים בני זמננו ביחס לעבירות ולעבריינים. לטענת פלטר, תולדות המשפט האנגלי (כמו גם המשפט המקראי והמשפט הרומאי) מראים שאפיונו החברתי של העבריין קדם להמשגתה של עבירת הגניבה. לדבריו, המערכת המשפטית לא זיהתה את יסודותיה של עבירת הגניבה, למשל, אלא זיהתה את הגנב, את מראהו האופייני, את התנהגותו, את הסכנה הצפויה ממנו. לשון אחר, היכרותו החברתית את הגנב קדמה לניסוחם של היסודות העובדתיים המכוננים את עבירת הגניבה ולמעשה, הכתיבה ניסוח זה. לדרך חשיבה משפטית זו קורא פלטר "tainting",⁴⁸ הכתמה, או "manifest criminality" – "פליליות גלויה".⁴⁹ לדבריו, בניגוד לדרך החשיבה המשפטית המודרנית, אותה ניתן למצוא החל מסוף המאה ה-18, דרך החשיבה הקודמת לה – זו הקרויה פליליות גלויה – מתאפיינת בהנחה לפיה צד שלישי ניטרלי מסוגל לזהות התנהגות כפלילית משהוא נתקל בה, אף אם אין בידיו מידע מיוחד הנוגע להלך נפשו של הפועל.⁵⁰ יכולת זיהוי זו נסמכת על הדימוי התרבותי המשותף, הנובע מהניסיון המשותף ביחס לעבריינים. מתוך ההיכרות החברתית הצרובה בתודעתנו הקולקטיבית ביחס לגנבים צמחו האיסורים החברתיים ביחס לעבירות הרכוש.⁵¹ הליך זה של "פליליות גלויה", אליבא דפלטר, הוא, אם כן, פרקטיקה משפטית במסגרתה אפיונו של העושה הוא נתון רלוונטי אותו יש להביא בחשבון כנתון המבסס בפועל אחריות למעשה. ניקולה לייסי, המתבססת על משנתו של פלטר ומרחיבה אותה, גורסת כי הלך חשיבה שיפוטי העומד על דמותו וסוגו של הסובייקט המשפטי ניתן לאיתור גם במשפט הפלילי העכשווי. זאת, במקביל לקיומו של הלך החשיבה המקובל ביחס לאחריות פלילית, לפיו אחריות פלילית מבוססת אך ורק על הוכחת התנהגותו של אדם בצירוף הוכחת הלך הנפש שנלווה לה.⁵² לדבריה, לצד שיפוט המעשה, שיפוט אפיונו וסוגו של העושה כנתון המבסס אחריות קיים באופן סמוי בכל שלביו של ההליך הפלילי, החל משלב החקירה המשטרית, עבור דרך שלבי קביעת האחריות בבית המשפט וכלה בשלב גזירת הדין ואף בפרקטיקות משפטיות המתקיימות אחריו.⁵³ בהתאם לטענתה של לייסי, שלבי החקירה המשטרית מתאפיינים בשימוש ניכר בהלך חשיבה מסוג זה, הקובע הלכה למעשה – כבר בשלבים מוקדמים בהליך – את אחריותו של אדם תוך התבססות על אפיונו ו"סוגו".⁵⁴ לשון אחר,

- 47 שם, בעמ' 31.
 48 שם, בעמ' 345.
 49 שם, בעמ' 115–116.
 50 לניתוח הבחנתו של פלטר בין "פליליות גלויה" לבין "פליליות סובייקטיבית" Douglas Husak, *Crimes "Outside the Core"*, 39 TULSA L. REV. 755, 757–765 (2004).
 51 FLETCHER, לעיל ה"ש 46, בעמ' 116.
 52 Lacey, *Space, Time and Function*, לעיל ה"ש 44, בעמ' 239.
 53 Nicola Lacey, *The Resurgence of Character: Responsibility in the Context of Criminalization*, in PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF CRIMINAL LAW 151 (R.A. Duff & Stuart P. Green eds., 2011).
 54 Lacey, *Space, Time and Function*, לעיל ה"ש 44, בעמ' 244–245.

בהתאם לדברי לייסי, הלך חשיבה העומד על אפיונו של העושה וסוגו מהווה פעמים רבות בסיס לקביעת "אחריותו הראשונית", קרי כבסיס לקביעת חשד המצדיק עיכוב או חיפוש כצעדיה הראשוניים של החקירה המשטרתית.

2. שיפוט סוגו של העושה – משמעות מעשית

המסקנה לפיה סוגו וטיבו של אדם – כפי שהם נתפסים על ידי השופט – הם בעלי משקל מכריע לשם קביעת "אחריות ראשונית" באה לידי ביטוי במחקרים רבים.⁵⁵ מחקרים אלה עומדים על הלך חשיבה סמוי ובלתי מודע אשר מהווה בסיס לפעולות כגון חיפוש, עיכוב ומעצר, לרבות שימוש בכוח אגב פעולות אלה.⁵⁶ אם נאמץ את לשונו של פלטשר, מחקרים אלה מצביעים על הלך חשיבה – המופעל על ידי כל אחד מאתנו, לרבות שופטים – אשר ניתן לאפיינו כ"פליליות גלויה". בפשטות, בהתאם להלך חשיבה זה אנו "מזהים" דמות עבריינית כאשר אנו רואים אותה. התהליך המחשבתי של "הזיהוי" מבוסס על רכיבים רבים הנקלטים בתודעתנו ומביאים למסגור ולפירוש הסיטואציה, עת קליטת רכיבים אלה ועיבודם מתבצע באופן כמעט "אוטומטי" ובלתי מודע.⁵⁷ כך, השילוב בין מראהו האופייני של עברייני, המקום בו יש להניח שנמצא אנשים מסוגו, ההתנהגות המצופה ממנו, הבעות פניו ועוד גורמים רבים, מוביל במקרים רבים שופטים לבצע פעולות על סמך "היכרות" עם סוג האדם העומד בפניהם ולא דווקא על סמך פעולות קונקרטיות שביצע.⁵⁸

הפעלת מהלך חשיבתי סמוי של "פליליות גלויה", נטען באותם מחקרים, כורך בחובו במקרים רבים כשל מחשבתי אשר יש בו כדי להשפיע על התנהלות המשטרה, ואף על התנהלות המערכת המשפטית לאחריה.⁵⁹ בהתאם למחקרים אלה, הכרעה – ככלל בלתי מודעת – באשר להתאמתו של אדם קונקרטי ל"סוג עברייני", היא תוצר של הגדרות חברתיות אשר מגדירות עבריינות מתוך ההבחנה בין "אנחנו" לבין "הם": בין אלה השייכים ל"קבוצת הנורמטיביים" (in-group) לבין אלה השייכים לקבוצות שאינן כאלה (out-group).⁶⁰ במחקרים אלה נטען כי ההכרעה המשטרתית באשר לסוג העברייני מבוססת על שיוכו של אדם בתודעתנו (האישית כמו גם הקולקטיבית) לקבוצה המוגדרת כ"אחר" חברתי, עת שיוך זה מוסק על סמך סממנים חיצוניים והתנהגותיים "האופייניים" לאותה קבוצה. מתוך כך, האופן בו מפרש השופט את הסיטואציה שהובילה אותו לפעול מוכתב במידה רבה,

- Dan M. Kahan et al., *Whose Eyes are You Going to Believe – Scott v. Harris and the Perils of Cognitive Illiberalism*, 122 HARV. L. REV. 837, 842–843 (2009) 55
- L. Song Richardson, *Cognitive Bias, Police Character, and the Fourth Amendment*, 44 ARIZ. ST. L.J. 267 (2012) 56
- Jon Hanson & David Yosifon, *The Situation: An Introduction to the Situational Character, Critical Realism, Power Economics, and Deep Capture*, 152 U. PA. L. REV. 129 (2003) 57
- Jennifer L. Eberhardt et al., *Seeing Black: Race, Crime, and Visual Processing*, 87 JOURNAL OF PERSONALITY AND SOCIAL PSYCHOLOGY 876 (2004); Sophie Trawalter et al., *Attending to Threat: Race-Based Patterns of Selective Attention*, 44 JOURNAL OF EXPERIMENTAL SOCIAL PSYCHOLOGY 1322 (2008) 58
- Richardson, *לעיל* ה"ש 56, בעמ' 271–279. 59
- Rebecca Hollander-Blumoff, *Social Psychology, Information Processing, and Plea Bargaining*, 91 MARQ. L. REV. 163, 177–178 (2007) 60

ואולי מכרעת, על ידי אותם סממנים חיצוניים האופייניים לכאורה לסוג אנשים מסוים. על כן, ייתכן שהתנהגות זהה, שהייתה מופגנת על ידי מי שאינו חולק סממנים אלה, הייתה מפורשת באופן שונה לחלוטין.⁶¹

אם כן, הלך מחשבתי מסוג "פליליות גלויה" מאתר "סוג" אנשים המתאימים לקטגוריה עבריינית ומכריע כי האדם העומד בפני השוטר משמש כנציג אותה קטגוריה בשל סממנים חיצוניים אותם הוא מפגין. לדבריה של המלומדת ריצ'רדסון, הלך חשיבה זה משקף "fundamental attribution error", קרי הלך חשיבה הנוטה לשפוט את התנהגותו של הפרט כנובעת מתוך תכונותיו האישיותיות הגלויות, המונחות כתכונות שליליות, ולא כהתנהגות העשויה לנבוע מהסיטואציה בה הוא מצוי.⁶² על כן, במידה שזיהינו סובייקט כלשהו כשייך לסוג אנשים שאותו אנו מגדירים כ"אחר", שיפוטנו הראשוני ביחס אליו יניח כי התנהלותו משקפת נטייה שלילית או מסוכנת.⁶³ פרשנות זו תיטה לפרש התנהגויות מסוימות כתוקפניות ומסוכנות, עת אותן ההתנהגויות היו מפורשות באופן אחר לו מדובר היה בנציג של "סוג" אחר של אנשים.⁶⁴ במובן זה, מציאות אינה מושג ניטרלי אלא שהאופן בו אנו רואים וחווים אותה מושפע במידה רבה מתפיסותינו החברתיות.⁶⁵

פרשנות וסיווג התנהגות כמחשידה עשויים להיות מושפעים מרכיבים שונים, החל מצבע עורו של אדם, עבור דרך המקום בו הוא נמצא,⁶⁶ והשעה בה הוא נמצא במקום זה, עבור דרך הצורה והדרך של לבושו, אופן דיבורו, שפת הגוף שהוא מפגין ועוד. ככל שאדם "מזוהה" יותר כנציג של סוג המוגדר כ"אחר", כך הצופה הפרשן ייטה לראות בו עבריין פוטנציאלי ואף יניח כי ההתנהגות שהפגין מעלה חשד. זאת ועוד, ככל שאדם מזוהה יותר עם קבוצת "אחרים" כלשהי, וככל שאותה קבוצה מזוהה עם עבריינות פוטנציאלית, כך עולה הסבירות כי התנהגותו של אותו אדם תפורש כהתנהגות אלימה.⁶⁷ יתר על כן, נמצא כי בהתאם לתפיסותינו החברתיות, אף השאלה כיצד יגיב אדם לכוח משטרה המופעל

Birt L. Duncan, *Differential Social Perception and Attribution of Intergroup Violence: Testing the Lower Limits of Stereotyping of Blacks*, 34 JOURNAL PERSONALITY AND SOCIAL PSYCHOLOGY 590, 595 (1976)

Andrew E. Taslitz, *Police Are People Too: Cognitive Obstacles to, and Opportunities for, Police Getting the Individualized Suspicion Judgment Right*, 8 OHIO ST. J. CRIM. L. 7, 17 (2010)

Hollander-Blumoff, לעיל ה"ש 60, בעמ' 180.
Richardson, לעיל ה"ש 56, בעמ' 274.

תפיסת המציאות כבלתי ניטרלית באה, בין השאר, לידי ביטוי במחקרים שבדקו את האופן בו אנו מאשימים אחרים. בהתאם למחקרים אלה, רכיבי המושג "אשם" בתודעתנו המוסרית – בחירה, פעולה, סיבתיות, נזק – תלויים במידה רבה באופן בו אנו תופסים את הפועל עצמו, את אישיותו ואת טיבו. הערכות אלה, שאינן קשורות בהתנהגות עצמה, יכריעו במידה רבה אם נמצא את הפועל אשם באירוע מסוים, אם לאו. ראו Mark D. Alicke, *Culpable Control and the Psychology of Blame*, 126 PSYCHOLOGICAL BULLETIN 556 (2000); לניסוי בדבר האופנים השונים בהם ראו נסיינים שונים את שהתרחש במדרף משטרה שצולם בזמן אמת, והקשר בין מראה העיניים לבין השקפות חברתיות ראו; Kahan et al., לעיל ה"ש 55.

Andrew Guthrie Ferguson, *The High – Crime Area Question: Requiring Verifiable and Quantifiable Evidence for Fourth Amendment Reasonable Suspicion Analysis*, 57 AM. U. L. REV. 1587, 1644 (2008)

Kurt Hugenberg & Galen V. Bodenhausen, *Facing Prejudice: Implicit Prejudice and the Perception of Facial Threat*, 14 PSYCHOLOGICAL SCIENCE 640 (2003)

עליו תלויה בשייכות קבוצתית. כך, ממצאים מחקרניים מצביעים על הנחה חברתית מושרשת לפיה אדם ממעמד נמוך "עמיד" יותר לכוח המופעל עליו. על כן, מטבע הדברים, יש להפעיל עליו כוח רב יותר במידה ששוטר נדרש לרסנו.⁶⁸

על אף השימוש במושג "פליליות גלויה", החקר שתואר לעיל מבהיר כי הפליליות אכן גלויה היא, אלא שהתפיסות ביחס אליה סמויות ובלתי מודעות. בניגוד לאופן בו אנו תופסים את עצמנו – כבעלי שליטה מודעת על אמונותינו, על תפיסת העולם שלנו ועל השיפוטיות המוסריות והמשפטיים שאנו מבצעים – נמצא כי אין קשר הכרחי בין עמדותיו הגלויות של אדם לבין אלה הסמויות. אין כל הכרח כי אדם יגדיר עצמו באופן גלוי כמי ששונא או מפקד מקבוצת "אחרים" כלשהי כדי שינהג כלפי מי מנציגיה באופן המשקף "פליליות גלויה". נהפוך הוא, מחקרים לא מעטים הצביעו על דיסוננס מובהק בין ההגדרות הגלויות לפיהן אדם מגדיר עצמו, אשר עשויות להיות מבוססות על אמונה אותנטית בשוויון, בליברליות וברצון בצדק חברתי, לבין נטייה חשיבתית סמויה בעלת מאפיינים גזעניים.⁶⁹ אותו דיסוננס בין הגדרות גלויות לפיהן אדם מגדיר עצמו לבין עמדותיו הסמויות בא לידי ביטוי מובהק בתוצאות מחקרים לפיהן שיפוט ראשוני "מכתים" מתבצע אף על ידי מי ששייך לקבוצה ה"מוכתמת". כך, במחקרים אמריקאים שבחנו התנהגות שוטרים ביחס לשחורים, בהיותם קבוצה שמוגדרת כ"אחר" חברתי, נמצא כי לא רק שוטרים לבנים מייחסים לשחור חשד בשל "תכונותיו הקבוצתיות", אלא שאף שוטר שחור ייטה לראות באדם שחור חשוד בשל צבע עורו.⁷⁰ מכל אלה עולה כי "זיהוי" וסיווגו של אדם כשייך לקבוצה המוגדרת כ"אחר", תוך ייחוס תכונות עברייניות לאותה קבוצה, הוא פועל יוצא של תודעה קולקטיבית הפועלת על בני החברה בכללם, לרבות אלה המוגדרים כ"אחרים". לכן, סיווג סמוי ובלתי מודע שמבצע אדם עשוי לעמוד בניגוד לאופן בו הוא מגדיר את עצמו. במובן זה, ה"זיהוי" הקולקטיבי הסמוי גובר על הזיהוי האישי הגלוי.⁷¹ מכל אלה עולה כי הלך החשיבה הקרוי "פליליות גלויה", הכורך בחובו אף *fundamental attribution error*, בא לידי ביטוי מיוחד בפעולתה של המשטרה, בשמשה כשומרת הסף של ההליך הפלילי ובקבעה את אותה "אחריות ראשונית" של אדם באמצעות הכרעת השוטר כי נוצר חשד כנגד פלוני, אשר לעיתים עולה כדי "חשד סביר". כיצד, אם כן, ניתן להתגבר על קושי זה?

לכאורה, המרפא לקושי זה בא לידי ביטוי במונח "חשד סביר" אשר כפי שפורש בפסיקה, קובע סטנדרט בדיקה אובייקטיבי המבקר את שיקול דעתו של השוטר והמופעל על ידי בית המשפט כנציגו

Sophie Trawalter et al., *Racial Bias in Perceptions of Others Pain*, 7 PLOS ONE 1, 3 (2012) 68
<https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0048546#abstract0>; Ariela
 Rutbeck-Goldman & L. Song Richardson, *Race and Objective Reasonableness in the Use of Force
 Cases: An Introduction to Some Relevant Social Science*, 8 ALA. C.R. & C.L. L. REV. 145, 160–161
 (2017).
 David M. Amodio et al., *Natural Signals for the detection of unintentional Race Bias*, 15 69
 PSYCHOLOGICAL SCIENCE 88 (2004).
 Jerry Kang & Mahzrin R. Banaji, *Fair Measures: A Behavioral Realist Revision of Affirmative* 70
Action, 94 CAL. L. REV. 1063, 1072 (2006).
 L. Song Richardson, *Police Efficiency and the Fourth Amendment*, 87 IND. L. J. 1143, 1147 (2012) 71
 (להלן: Richardson, *Police Efficiency*); Kahan et al.; לעיל ה"ש 55, בעמ' 842–843.

של "האדם הסביר".⁷² ואולם, ריצ'רדסון טוענת כי ההנחה לפיה ניתן לבחון "באופן אובייקטיבי" חשד סביר וכי ניתן לקבוע באופן ניטרלי ובמנותק מהקשרי תודעה חברתית כי אדם התנהג באופן מחשיד, היא הנחה שגויה.⁷³ היות שהשאלה אם נפרש התנהגות כלשהי כמחשידה תלויה במגוון גורמים סמויים, והיות שגורמים אלה משותפים בתודעתנו החברתית, הרי שסביר להניח כי לפחות בחלק מהמקרים תתקיים הלימה בין תודעתו של השוטר לבין תודעתו של השופט. על כן, הן השופט והן השוטר יפרשו התנהגות מסוימת כמחשידה בשל אותה "פליליות גלויה", שהנחות היסוד הסמויות לה משותפות לשניהם. במצב כזה קשה יהיה לאתר את הנחות היסוד הסמויות, המשותפות לשוטר ולבית המשפט כאחד.⁷⁴

על מנת להמחיש קושי זה, אבחן כדוגמה את פרשת **אבו זעורר**.⁷⁵ בפרשה זו דובר בשוטרת אשר עיכבה רכב גרר בשל חשד לעבירות רכוש. לדברי השוטרת, חשדה התעורר משום שיושבי הרכב נראו כבני מיעוטים, כי שהו בשכונה בה גרים יהודים בלבד, כי נראו לא שייכים למקום וכי נסעו ברכב גרר. לדבריה, ידעה כי בעבר גניבות רכבים באזור התבצעו באמצעות רכב מסוג זה.⁷⁶ לאחר שהשוטרת ביקשה מיושבי הרכב להזדהות, הסתבר כי אחד מהם – הוא הנאשם – שהה באופן בלתי חוקי בישראל. בבחנו את הפרשנות הראויה לחוק החזקת תעודת זהות והצגתה,⁷⁷ קבע בית המשפט כי הדרישה להזדהות בפני שוטר אינה חייבת להתבסס על חשד סביר.⁷⁸ אך מעבר לכך, בית המשפט קבע כי לגופו של עניין, חשדה של השוטרת מהווה חשד סביר, בהדגישו כי על בית המשפט להסתמך על ניסיונם ומקצועיותם של אנשי אכיפת החוק.⁷⁹ אם כן, בהתאם לקביעת בית המשפט, זיהויים של יושבי הרכב כמי ש"אינם שייכים" למקום בו שהו, בצירוף לסוג הרכב בו נסעו, מקים חשד סביר. מכאן עולה השאלה אם אכן זיהויו של אדם כמי שאינו שייך למקום כלשהו – כבן מיעוטים הנמצא במקום בו גרים יהודים בלבד – מהווה בסיס סביר לחשד, או שמא הנחות סמויות משותפות לשוטרת ולבית המשפט כאחד, שעניינן התאמתו של הנאשם ל"סוג" עברייני, הביאו לפירוש הסיטואציה כמעלה חשד סביר, קרי חשד הנחשב לאובייקטיבי. קושי זה מחייב אותנו לבחון דרכים שיש בהן כדי לנטרל, ולו חלקית, את מידת השפעתו של הלך חשיבה זה לא רק משום שהוא סותר תחושת צדק בסיסית ואת החשיבות המוקנית לזכויות חשוד ונאשם, אלא משום שהוא מוכיח עצמו במקרים רבים כבלתי יעיל ועל כן, כסותר את הערך הקרוי "חקר האמת".⁸⁰ ואכן, ניתן למצוא כתיבה משפטית ענפה העוסקת בשאלה

72 לניתוח ביקורתי בנוגע למושג הסבירות המופעלת על ידי בית המשפט, ראו רונן שמיר "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול-דעת ככוח שיפוטי" **תיאוריה וביקורת** 7, 5 (1994).

73 Richardson, *Police Efficiency*, לעיל ה"ש 71, בעמ' 1145.

74 לניתוח הקושי באיתור הנחות יסוד סמויות בשל האופן בו מסופר הסיפור ראו יופי תירוש "סיפור של אונס, לא יותר": על הפוליטיקה של ייצוג טקסטואלי "משפטים לא 579 (תשס"א).

75 ת"פ (שלום קריות) 15211-02-16 **מדינת ישראל נ' אבו זעורר** (פורסם בנבו, 18.1.2017) (להלן: פרשת **אבו זעורר**).

76 שם, פס' 6–8 לפסק דינו של השופט טורס.

77 חוק החזקת תעודת זהות והצגתה, התשמ"ג–1982. לפירוט הפסיקה הקובעת כי דרישת הזדהות בהתאם לחוק זה אינה צריכה להיות מבוססת על חשד סביר, ראו עניין **אבו זעורר**, לעיל ה"ש 75, פס' 26 לפסק דינו של השופט טורס.

78 שם, פס' 19–31 לפסק דינו של השופט טורס.

79 שם, פס' 37–47 לפסק דינו של השופט טורס.

80 לדיון בסוגיית היעילות, ראו בן-הרוש, לעיל ה"ש 40, בעמ' 92–94.

מהו גדרו הראוי של "החשד הסביר" וכיצד ניתן לנטרל או למצער להפחית הטיות חשיבתיות במהלך גיבושן.⁸¹

3. "פליליות גלויה" ומשמעותה המעשית של הלכת בן חיים

מתוך הדברים שתוארו לעיל ארצה לבחון את משמעותה של עמדת הרוב בפרשת בן חיים, לפיה גם כאשר לא נוצר חשד סביר לשיטת בית המשפט ניתן לבצע חיפוש במידה שהושגה הסכמה מדעת. כפי שתואר, ניקולה לייסי טוענת כי במשפט המודרני נוכל למצוא שני אופני חשיבה משפטיים: אופן החשיבה הגלוי, המבוסס על התפיסה הליברלית, המחויב לשיפוט המעשה והוא בלבד. כפי שפורט, התפיסה הליברלית היא בסיסה ומרכזה של הנמקת עמדת הרוב, המציבה את עקרון האוטונומיה כעיקרון המבסס את הכרעה. אופן החשיבה האחר, שאותו מכנה לייסי "character-principle", הנו אופן חשיבה סמוי, במסגרתו סוגו ואפיונו של אדם, לרבות שיוכיו הקבוצתיים, מכריעים במידה רבה את אשמו. לטענת לייסי, שני הלכי חשיבה אלה דרים האחד בצד האחר, אם כי הלך החשיבה הסמוי נתפס כבלתי לגיטימי וקימומו אף מוכחש בשל התפיסה כי הפעלתו אינה מוצדקת.⁸²

בחינת הכרעת הרוב בפריזמת שני אופני חשיבה משפטיים אלה מעלה כי על אף שהכרעת הרוב מבססת עצמה על התפיסה הליברלית, היא מקדמת בפועל ואף מכשירה את הלך החשיבה ההופכי. הכרעת הרוב, המאפשרת לשוטר להפעיל סמכותו בשל "נסיבות מחשירות" ובלא חשד סביר, עלולה ליצור מערכת משפטית בה עיקרון "הפליליות הגלויה" הופך להיות עיקרון מרכזי. זאת, משום שנסיונות מחשירות אלה חשופות באופן חלקי בלבד למנגנון פיקוח שיפוטי, האמור לבחון בעיקר את רכיב ההסכמה מדעת. על כן, האפשרות שמעלה דעת הרוב – לפיה הסכמה מדעת מכשירה חיפוש שהתבצע שלא על סמך חשד סביר – לא רק שפוגעת בעקרון חוקיות המנהל, כפי שמסביר השופט דנציגר,⁸³ אלא שלטעמי, פגיעתה הקשה ביותר היא בהכשרתו המעשית של הלך חשיבה מסוג פליליות גלויה, המבוסס במקרים רבים על כשל מחשבתי ועל כן, לא רק שפוגע בזכויותיו של חשוד אלא שעלול לפגוע גם ב"אמת העובדתית" אותה מבקשת מערכת המשפט להשיג.

על מנת להבהיר קושי זה, יוצגו להלן מספר פסקי דין מהעת האחרונה, המהווים דוגמאות בלבד, אשר יש בהם כדי להמחיש את הסכנה בהכשרת "נסיבות מחשירות" כבסיס מספק לחיפוש. בפסקי דין אלה, אשר ניתנו ברובם לאחר פרשת בן חיים, ניכר כי אף שהשוטרים טענו בדיעבד כי התגבש חשד סביר, אין מחלוקת כי בזמן אמת ביקשו הסכמה לחיפוש וטענו, ולו חלקם, כי ההסכמה שהתקבלה היא "הסכמה מדעת". אם כן, נדמה כי במקרים אלה ידעו השוטרים, או לפחות העלו בדעתם, כי אין בסיסואציה שבפניהם כדי לבסס חשד סביר בהתאם למבחני הפסיקה ועל כן דאגו, לשיטתם, "להשיג" הסכמה מדעת כמצוותה של הלכת הרוב בפרשת בן חיים. אך מעבר לכך, הפסיקה שתוצג להלן מתאפיינת באפיון נוסף: בכל פסקי הדין האלה זיהו בתי המשפט את החשד שהדריך את השוטרים

Tracey L. Meares & Bernard E. Harcourt, *Transparent Adjudication and Social Science Research* 81
in Constitutional Criminal Procedure, 90 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 733 (2000)

Lacey, *Space, Time and Function*, לעיל ה"ש 44, בעמ' 236. 82

עניין בן חיים, לעיל ה"ש 1, פס' 3 (א) לפסק דינו של השופט דנציגר. 83

כחשד שהתבסס על "תחושת בטן" ומשכך, קבעו כי מדובר בחשד שאינו חשד סביר. במילים אחרות, במקרים אלה לא נמצאה הלימה בין תודעתו של השוטר לבין תודעתו של השופט, עת זה האחרון זיהה את היסוד לחשד כמבוסס על "תחושת בטן" בלבד. במובן זה, פסיקה זו מאפשרת בחינתם של מקרים שזוהו על ידי הפסיקה כמקרים בהם החשד התבסס על "פליליות גלויה" ומאפשרת לבחון את התוצאה המשפטית במקרים כגון אלה. כפי שפורט לעיל, במקרים בהם קיימת הלימה בין תודעת השוטר לבין תודעת השופט, קשה יהיה לאתר את הנחות היסוד הסמויות המשותפות לשניהם, ככל שהן קיימות, באשר אלה יתוארו על ידי בית המשפט כמכוננות חשד סביר.

בפרשת **טוויל**⁸⁴ דובר בחיפוש שנערך ברכב שנעצר במחסום משטרה שגרתה. החשד שהתגבש לשם עריכת החיפוש היה, לדברי השוטרים, "התנהגות לחוצה", גמגום ואי-יציירת קשר עין. בנוסף, הסתבר כי לנהג הרכב רישום פלילי. במהלך החיפוש נמצאה ברכב סכין. בית המשפט, בהכריעו כי נסיבות אלה אינן מכוננות חשד סביר, קובע הדברים הבאים: "התרשמתי כי השוטרים נחפזו לבצע חיפוש בהסתמך על החששות או הספקות הסובייקטיביים שהתעוררו בקרבם ביחס לנוסעי הרכב".⁸⁵ במקרה דנן טענו השוטרים כי הביצוע נעשה לאחר קבלת הסכמת יושבי הרכב, אלא שבהיעדר תיעוד מספק, בית המשפט לא השתכנע כי דובר ב"הסכמה מדעת", קרי הסכמה שהתקבלה לאחר הודעה למושא החיפוש כי סירובו לא יפעל לחובתו.⁸⁶

בפרשת **דאוד** דובר בחיפוש שהתבצע ברכבו של אדם, לאחר קבלת הסכמתו, ואשר במהלכו נמצא אגרופן.⁸⁷ לדברי השוטר, החשד אשר הביא לביצוע החיפוש התבסס על כך שאותו אדם, אשר עמד בסמוך לרכב, נראה לחוץ, הסתכל לצדדים, דיבר "לא לעניין" ואף – משראה את ניידת המשטרה – נכנס לבית סמוך.⁸⁸ בית המשפט קבע כי אדם זה לא התנהג באופן המעורר חשד סביר במובנו האובייקטיבי. על אף שאין מחלוקת כי החיפוש בוצע בהסכמה ועל אף טענתו של השוטר כי הודיע לנאשם כי הוא רשאי לסרב לחיפוש, בית המשפט קבע כי בהיעדר תיעוד, נדחית גרסת השוטר בנוגע לקבלתה של "הסכמה מדעת".⁸⁹

בפרשת **אבשלומוב** דובר בחיפוש שבוצע בכליו של אדם לאחר קבלת הסכמתו, ולמעשה לאחר שרוקן בעצמו את כיסיו בתגובה לשאלת השוטרים מה נמצא בהם.⁹⁰ בחיפוש נמצאה סכין. לטענת השוטרים, חשדם כי הנאשם ביצע עבירת סמים התעורר כיוון ששהה בשעת לילה מאוחרת במקום הידוע כמקום בו מתבצעת פעילות עבריינית, כי נראה לחוץ והסתכל בחשד לעבר השוטרים, כי נדף ממנו ריח אלכוהול וכי נפל מהקורקינט עליו רכב. בית המשפט קבע כי אין במקום הימצאו של הנאשם ובהתנהגותו כדי לכוון חשד סביר. עוד הוסיף בית המשפט כי על אף שהנאשם הוציא תכולת כיסיו ביוזמתו, אין המדובר בגיבוש "הסכמה מדעת" ועל כן, מדובר בחיפוש בלתי חוקי.

84 ת"פ (שלום אי') 21747-09-12 מדינת ישראל נ' טוויל (פורסם בנבו, 14.4.2015).

85 שם, פס' 21 לפסק דינו של השופט טופף.

86 לקביעה דומה, הקובעת ש"התנהגות לחוצה" אינה מהווה בסיס לחשד סביר ושלא הוכחה הסכמה מדעת, ראו ת"פ (שלום י-ם) 336-11-14 מדינת ישראל נ' ונונו (פורסם בנבו, 26.12.2016).

87 ת"פ (שלום ת"א) 13843-04-15 מדינת ישראל נ' דאוד (פורסם בנבו, 9.5.2016).

88 שם, פס' 16 לפסק דינה של השופטת פוזננסקי-כץ.

89 שם, פס' 47 לפסק דינה של השופטת פוזננסקי-כץ.

90 עפ"ג (מחוזי חי') 47321-07-14 אבשלומוב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 30.10.2014).

בפרשת **סראחין**⁹¹ דובר בשוטר אשר הבחין באדם מסתובב ברחוב. השוטר העיד כי אותו אדם הסתובב כה וכה, נראה "כאילו אינו מוצא עצמו" ואף נראה כבן מיעוטים. בשל כל אלה, ביקש השוטר מאותו אדם להוציא את כל שבכיסיו, אז הוציא מושא החיפוש חפצים שונים מכיסו, וביניהם מפתחות לרכב. בשלב זה בוצע חיפוש ברכב, אשר לטענת השוטר נועד לבחון חשד שמא מצויים ברכב חפצים גנובים. במהלך החיפוש נמצאו סמים מסוג חשיש.⁹² בבחנו את טעמיו של השוטר לבצע חיפוש, שהתבצע לאחר קבלת הסכמה, קבע בית המשפט כי יש ממש בטענה כי טעמים אלה התבססו על אפיונו של הנאשם כבן מיעוטים ועל כן, קיים חשש כי טעמים אלה נגועים בגזענות.⁹³

בפרשת **גוהרי**⁹⁴ דובר בחיפוש שנערך על גופו וברכבו של הנאשם, בהסכמתו. במהלך החיפוש נמצאו ברכב שתי סכינים. כפי שקבע בית המשפט, חיפוש זה התבצע בשל חשד, שהתבסס על חוסר התאמתו של הנאשם – תושב העיר אשקלון – לפרופיל האוכלוסייה במקום בו שהה, העיר רעננה. עוד קבע בית המשפט כי מעדות השוטר עלה כי צבע עורו הכהה של הנאשם היווה אף הוא רכיב בחשד שהתעורר בו, שכן צבע עור זה אינו תואם את צבע העור של מרבית תושבי רעננה. לאור כל אלה, קבע בית המשפט כי החשד שהתעורר בלב השוטר אינו יכול להיחשב לחשד סביר ואף קבע כי בנסיבות העניין לא ניתן לקבוע כי הנאשם הסכים לחיפוש באופן רצוני. על יסוד כל אלה קבע בית המשפט כי מדובר בחיפוש בלתי חוקי.⁹⁵

עיון בפסיקה זו מעלה כי בכל אחד ממקרים אלה התקבלה הסכמה לחיפוש וכי כלל השוטרים טענו כי הסכמה זו מהווה מקור סמכות לביצועו. טענתם זו מעלה כי ידעו, או לפחות הביאו בחשבון, כי אף שהסיטואציה שניצבה בפניהם עוררה את חשדם, אין המדובר בחשד סביר. בכך פעלו השוטרים

91 מ"ת (שלום ב"ש) 10693-10-17 **מדינת ישראל נ' סראחין** (פורסם בנבו, 28.12.2017). מדובר בבקשה למעצר עד תום ההליכים, שהוגשה לאחר הגשת כתב אישום שהתבסס על ממצאיו של החיפוש. היות שמדובר בבקשה למעצר, בית המשפט אינו מכריע לגופו של עניין בחוקיות החיפוש ובקבילות הראייה שנתפסה במהלכו. יחד עם זאת, נקבע כי נוכח טעמיו של השוטר, קיימת אפשרות סבירה שהחיפוש ייחשב בהליך העיקרי בחיפוש בלתי חוקי ואף קיימת אפשרות כי תוצריו ייפסלו. בשקלו נתון זה קובע בית המשפט חלופת מעצר במקום מעצר עד תום ההליכים.

92 שם, פס' 3 לפסק דינה של השופטת שטרית. בפרשה נוספת, הראויה לעיון, ביטל בית המשפט את האישום כנגד הנאשם על בסיס הגנה מן הצדק, לאחר שקבע כי החיפוש שנערך על גופו, בלא הסכמתו, נערך בשל אפליה על רקע מוצא. ראו ת"פ (שלום ת"א) 18175-02-10 **מדינת ישראל נ' שלאעטה** (פורסם בנבו, 25.5.2012).

93 שם, פס' 8 לפסק דינו של השופט דרויאן.

94 ת"פ (שלום כ"ס) 5719-04-10 **מדינת ישראל נ' גוהרי** (פורסם בנבו, 17.3.2011). יצוין כי פסק דין זה ניתן לפני פסק הדין בעניין **בן חיים**, לעיל ה"ש 1. עם זאת, ניתוחו של בית המשפט, הבוחן את השאלה אם הסכמת מושא החיפוש יכולה להיחשב בנסיבות העניין כמקור סמכות, עולה בקנה אחד עם הלכה זו.

95 עניין **גוהרי**, לעיל ה"ש 94, פס' 17–23 לפסק דינו של השופט קרשן. התבססות על צבע עורו של נאשם באה לידי ביטוי גם בפרשה נוספת, בה דובר בשוטר שעיכב אדם וביצע חיפוש בו נמצאה סכין. כפי שעולה מדו"ח הפעולה, החשד שהביא לביצוע החיפוש הוא העובדה שהחשוד שרכב על הקטנוע היה ממוצא מזרחי, נראה לחוץ וכך גם שפת גופו. במקרה זה, הצגת דוח הפעולה בפני השופט לשם קבלת חוות דעתו בעניין והמלצתו של השופט לתביעה לחזור בה מכתב האישום נוכח הנסיבות, הביאה לבקשת התביעה לפסול את השופט. בקשה זו נדחתה, ראו ת"פ (שלום ת"א) 52199-05-16 **מדינת ישראל נ' בטשון** (פורסם בנבו, 24.12.2017).

כמצוותה של דעת הרוב בהלכת בן חיים, בהסתמכם על "נסיבות מחשדות", שאינן עולות כדי חשד סביר, לשם הפעלת סמכותם. אם כן, בעקבות הלכת בן חיים המשטרה – והתביעה לאחריה – מתמקדת בקיומו של מקור סמכות הטמון בהסכמת מושא החיפוש, אשר הופך את פעולת החיפוש לחוקית על אף היעדר הסמכה חקיקתית מפורשת לבצעה. מקרים אלה, המהווים דוגמאות בלבד, ממחישים אם כן את אפשרות התבססותה של פרקטיקה משטרתית – שהיא תוצר הלכת בן חיים – הרואה בכל חיפוש בהסכמה חיפוש ראוי. במה שיתואר להלן, אדון בתוצאותיה של פרקטיקה כזו.

4. תוצאתה של הלכת בן חיים

עיון בנתונים שהוצגו בפסיקה שלעיל ככאלה המבססים חשד – גם אם לא סביר – מעלה כי המשותף לכולם הוא חשיבותה של הפרשנות כמתווכת בין מראה העיניים לבין קיום החשד. כיוון שאף לא אחד ממושאי החיפוש ביצע פעולה שמקשרת אותו לעבירה, החשד לו טענו השוטרים התבסס במידה רבה על הפרשנות שסיפקו לסיטואציה בפניה עמדו: האופן בו פורשה שפת הגוף של מושא החיפוש, המקום בו נמצא, מידת הלחץ שהפגין וכיוצא באלה, כונן לטעמם של השוטרים חשד המצדיק ביצוע חיפוש. אלא שכפי שהשכל הישר מורה, ואף המחקרים העוסקים בנושא שהוצגו לעיל, לא כל אדם היושב במכוניתו בשעת לילה חשוף לבקשת חיפוש; לא כל אדם שאינו יוצר קשר עין עם שוטר חשוף לחיפוש; לא כל אדם "המסתכל לצדדים" חשוף לבקשת חיפוש; לא כל אדם המגיע לעיר רעננה חשוף לחיפוש. הנתונים הללו הם נתונים חסרים ואינם מספקים כשלעצמם פרשנות מלאה של הסיטואציה ועל כן, הם זוכים להשלמה באמצעות הנחות הסמויות ממושא החיפוש ולעיתים רבות, סמויות גם ממבצע החיפוש בהיותן בלתי מודעות מבחינתו. הנחות סמויות אלה מספקות קונטקסט להתנהגות, המספק בתורו פרשנות תמימה או מפלילה לסיטואציה. כפי שפורט בפסקי הדין, בפני השוטרים עמדו התנהגויות שלא רק שאינן מגבשות כשלעצמן חשד לעבירה, אלא שבפני עצמן הן ניטרליות. המדובר בהתנהגויות אשר בלא למלא אותן תוכן פרשני, אין הן בעלות פשר מיוחד ועל כן יש "להשלים" את הבנת הסיטואציה ברכיבים נוספים על מנת לצבוע אותה בצבעים תמימים או פליליים.

כפי שעולה מהמחקרים שפורטו לעיל, ואף עולה מפורשות מחלק מפסקי הדין, פרשנותם של השוטרים לסיטואציות שעמדו בפניהן מבוססת הייתה, ולו חלקית, על הלך חשיבה מסוג "פליליות גלויה", המסתמך על מוצאם של מושאי החיפוש, על מראם החיצוני, על צבע עורם, על המקום בו נמצאו ועל אפיונים רבים ונוספים שבהתאם להם אנו "יודעים" מיהו עבריין כאשר אנו רואים אותו. לשון אחר, הלך מחשבה אשר יש להניח כי הוא בלתי מכוון ובלתי מודע העניק פרשנות מפלילה לסיטואציה על סמך שיוכם של משתתפיה ל"סוג" עבריין.

כפי שתואר, בכל המקרים שפורטו לעיל קבעו בתי המשפט כי על אף שהחיפושים בוצעו בהסכמה, לא התקיימה "הסכמה מדעת". בחלק מהמקרים, בתי המשפט קבעו כי לא הושגה הסכמה מדעת בקבעם כי עדות השוטרים אינה אמינה. בכך, בתי המשפט שימשו כמחסום מפני פעולה משטרתית המבוססת על "תחושת בטן", אשר קיים לגביה חשש כי היא מבוססת על אופן חשיבה מסוג "פליליות גלויה".

ואולם, הפיקוח השיפוטי שהופעל במקרים אלה, אשר התבסס על הלכת בן חיים, הנו פיקוח חלקי. כך, במידה שעדותם של השוטרים הייתה מתקבלת כאמינה, בהתאם להלכת בן חיים לא היה מנוס אלא להכיר בחיפוש כחוקי ובתוצריו כקבילים. על כן, משהוכחה "הסכמה מדעת" של מושא החיפוש,

קביעתה של הסכמה זו כמקור סמכות מבהירה כי פעולה על סמך תחושת בטן, העלולה לבטא הלך מחשבה של פליליות גלויה, היא פעולה לגיטימית וחוקית ועל כן תוצריה הראייתיים קבילים. מתוך כך, על אף הפיקוח השיפוטי שהופגן בפסיקות אלה, המסר המועבר באמצעותן – הן למשטרה והן לאזרחים – הוא מסר לפיו כל סוג של חשד עשוי לשמש בסיס לפגיעה בפרטיותו של אדם ובלבד שהתקבלה הסכמתו לפגיעה זו. אכן, חלק מהערכאות השיפוטיות יכבידו עולם וידרשו הוכחה חד-משמעית כי התקבלה הסכמה מדעת.⁹⁶ ואולם, במידה שתוכח הסכמה כזו, כל תחושת בטן של שוטר, כל חיפוש המבוסס על טעמי הטיה גזעית או תרבותית, עשוי להיחשב כחוקי. בהיותו חיפוש חוקי, לא ניתן לבקר באופן אפקטיבי את הטעמים שהובילו את השוטר לביצוע פעולתו ולנקוב ב"מחיר" לטעמים אלה.

זאת ועוד, היות שבהתאם להלכת **בן חיים** הסכמה מדעת יוצרת מקור סמכות לכל חיפוש שבוצע שלא על סמך חשד סביר, פסיקה זו אינה מבחינה בין סוגים שונים של חשד בלתי סביר ואינה נותנת דעתה לתוצאות השונות – מבחינה משפטית וחברתית כאחד – הצומחות מפעולה על סמך חשד בלתי סביר זה. כך, למשל, בפסיקה התעוררה השאלה אם עיניו האדומות של אדם יוצרות חשד סביר בנוגע לאפשרות כי עבר עבירת סמים. בחלק מפסקי הדין נקבע כי נתון זה עשוי לכונן חשד סביר⁹⁷ בעוד שפסיקה אחרת סברה כי אין המדובר בחשד העולה כדי חשד סביר. פסיקה אחרונה זו, בהתאם להלכת **בן חיים**, בחנה אם ניתנה הסכמה מדעת לחיפוש ובמידה שמצאה שלא ניתנה הסכמה כזו, קבעה כי מדובר בחיפוש בלתי חוקי.⁹⁸ באופן דומה, כפי שתואר לעיל, גם חיפוש שהתבצע בשל חשד המבוסס על מוצאו של אדם או על צבע עורו, נבחן באותו אופן בדיוק: אם לא אותרה הסכמה מדעת, החיפוש נחשב לבלתי חוקי. מכאן עולה שבהינתן הסכמתו של מושא החיפוש, אין צורך לדון בהבחנה בין חשד אשר ניתן לכנותו גבולי מבחינת סבירותו, כגון עיניים אדומות העשויות להעיד על שימוש בסם, לבין חשד המבוסס בבירור על מוצאו וצבע עורו של אדם. שניהם כאחד ייחשבו לחוקיים אם הושגה לגביהם הסכמה מדעת. מתוך כך, הקביעה העקרונית לפיה הסכמה מדעת יוצרת מקור סמכות לחיפוש, וזאת בלא תלות בשאלה מהו החשד שהוביל לעריכתו, מביאה מעשית להכשרה עקיפה של הלך מחשבה מסוג "פליליות גלויה", העשוי להתבסס באופן בלתי מודע על שיוך "קבוצתי" ולהרחיב את שיקול הדעת המשטרתי בפועל.⁹⁹

דעת הרוב בפרשת **בן חיים** נימקה את הכרעתה, בין השאר, בטענה כי מודל הסכמה מדעת משקף איוון ראוי בין המאבק בפשיעה לבין הפגיעה בזכות הפרט לפרטיות. זאת, משום שמחד גיסא יש לתת

96 ת"פ (שלום נצ') 15584-09-14 **מדינת ישראל נ' לאונל-הולץ**, פס' 30, 41 לפסק דינה של השופטת במבילה-אינשטיין (פורסם בנבו, 31.5.2017). באותו מקרה, דובר בחיפוש שהתבצע בהסכמה ובו נתפסו סמים. בית המשפט קבע שאמירתו של השוטר לנאשם, לפיה הוא רשאי לסרב לחיפוש ושסירובו לא ישמש כראיה נגדו בבית המשפט, אינה אמירה שעל בסיסה ניתן לקבוע הסכמה מדעת. בהתאם לקביעת בית המשפט, על מנת לגבש הסכמה מדעת יש להסביר למושא החיפוש שסירובו לא יגרור השלכות מכל סוג שהוא. יצוין כי במקרה זה, על אף הקביעה שהחיפוש אינו חוקי ושתוצריו אינם קבילים, בית המשפט הרשיע את הנאשם על סמך הודאתו בעבירה בעדותו לפני בית המשפט.

97 ת"פ (שלום ת"א) 15203-10-15 **מדינת ישראל נ' גבאי** (פורסם בנבו, 29.3.2017).

98 ע"פ (מחוזי י-ם) 2431-09-14 **פדר נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 4.6.2015).

99 לדיון בנוגע להרחבת שיקול דעתו של השוטר לאור הלכת **בן חיים**, לעיל ה"ש 1, ראו בן-הרוש, לעיל ה"ש 40, בעמ' 77.

בידי המשטרה מרחב פעולה במלחמתה בפשיעה ומאידך גיסא, עוצמת הפגיעה בפרטיות נמוכה.¹⁰⁰ ואולם, בחינת הלכה זו לאור המחקרים שהוצגו לעיל מטילה, להבנתי, ספק בצדקתה של הנמקה זו. כאמור, מחקרים אלה מורים כי פרקטיקת חיפושים המבוססים על "נסיבות מחשדות" עלולה להוביל למשטר משפטי המושתת על עיקרון ה"פליליות הגלויה". נזקו של הלך מחשבה כזה הוא נזק כפול: ראשית, הלך מחשבה מסוג זה עומד בניגוד חד לתפיסה הליברלית, שלפיה קביעת אחריותו של אדם מתבססת על מעשיו ולא על אפיוניו החברתיים. במובן זה, ספק אם הלכה זו אכן מקדמת את חקר האמת שכן, כפי שתואר לעיל, "נסיבות מחשדות" הן במקרים רבים תוצר של הגדרות חברתיות העשויות לבסס כשל חשיבתי בפרשנות אירוע קונקרטי. שנית, הלך מחשבה זה עלול לפגוע באופן רוחבי בזכות לפרטיות, בזכות לכבוד ובעיקר בזכות שלא לחוש דרך קבע חלק מ"קבוצת אחרים" חברתית. פגיעה זו מתחדדת נוכח ההבנה כי רבים מהחיפושים המבוססים על "נסיבות מחשדות" מסתיימים בלא ממצאים כלשהם.¹⁰¹

תוצאה משפטית מעין זו עלולה לכונן באופן מעשי משטר משפטי במסגרתו המודל החשיבתי מסוג "פליליות גלויה" הוא המודל החשיבתי המרכזי לפיו פועלים שומרי הסף של ההליך הפלילי. מקום בו הסכמה מדעת מכשירה כל סוג של "נסיבות מחשדות" כמקור סמכות לחיפוש, הפיכת דרך פעולה המבוססת על "פליליות גלויה" לדרך המלך קצרה להפליא ואף אינה כפופה לביקורתו של בית משפט.¹⁰² משעה שמרכז הכובד הוא באוטונומיית הרצון כמכשיר חיפוש, מה שנדחק לשוליים הוא בחינת גבולותיהם וגדרן של אותן "נסיבות מחשדות", אשר דעת הרוב בהכרעתה לא הבהירה מהן.

ד. סוף דבר

דעת היחיד בפרשת בן חיים, מפיו של השופט דנציגר, מבקרת את עמדת הרוב בכל הנוגע להכשרת חיפוש בלתי חוקי מכוח קיומה של "הסכמה מדעת", וזאת משני טעמים: בהתאם לראשון, הרשות המנהלית אינה יכולה לקנות סמכות למעשה, אותו אינה מוסמכת לבצע, רק משום שהפרט מסכים למעשה. בהתאם לשני, יש להטיל ספק במשקל אותו מעניקה דעת הרוב למושג האוטונומיה במסגרת דיני החיפוש. כפי שגורס השופט דנציגר, בהינתן פערי הכוחות העצומים בין המשטרה ונציגיה לבין הפרט העומד מול השוטר, קשה להניח כי אף אם התקיימו תנאיה של "הסכמה מדעת" כהגדרת דעת הרוב, מתקיימת הסכמה חופשית ואמיתית.

100 עניין בן חיים, לעיל ה"ש 1, פס' 3 לפסק דינה של השופטת ארבל.

101 לשם השוואה, במדינת ניו-יורק נערכו בשנים 2004 עד 2012 למעלה מארבעה מיליון חיפושים בלא חשד סביר. ב-98.5% לא נמצא ממצא כלשהו. בחינת חיפושים אלה העלתה כי הרוב המכריע שנחשף לחיפוש היה שחורים או היספניים. ראו Floyd v. City of New York, 959 F. Supp., 2d 540, 558–559 (S.D.N.Y. (2013); ראו גם נתוני האגודה לזכויות האזרח בניו-יורק, הבוחנים את מספר העיכובים והחיפושים בעיר בשנים האחרונות, תוך פילוח הנתונים בהתאם למוצא. כפי שעולה מנתונים אלה, אחוז ניכר מבין מושאי החיפוש היה שחורים או לטינים. מעבר לכך, מרבית העיכובים והחיפושים לא הניבו כתבי אישום. ראו Stop-AND-Frisk-Data, NYCLU (April 2, 2018), <http://www.nyclu.org/en/stop-and-frisk-data>.

102 באם אסתכן בניסיון להעניק פרשנות נוספת לפסקי הדין שתוארו לעיל, נדמה שההכרעה בכל פסקי הדין – אשר התבססה על הקביעה כי עדות השוטרים לפיה השיגו הסכמה מדעת אינה אמינה – מהווה דרך פרשנית העוקפת את ההלכה בעניין בן חיים, לעיל ה"ש 1, תוך הקפדה על אפשרות הביקורת השיפוטית בנוגע לסמכות החיפוש.

דבריו אלה של השופט דנציגר, המוכתרים בכותרת "מצוקתו של האדם מן היישוב", מטילים ספק בתפיסה המשפטית-ליברלית שתוארה במאמר זה, המנתקת מושגית ומעשית בין הפרט לבין הקונטקסט החברתי בו הוא נתון ומאפשרת, מתוך כך, שלא לייחס משקל לסיטואציה החברתית שעניינה מפגש בין בעל סמכות שלטונית ובין אחד מנתיני השלטון. ביקורתו של השופט דנציגר מתמקדת, אם כן, "בצד החלש" באינטראקציה חברתית זו ומטילה ספק ביכולתו לגבש בחירה אוטונומית אותנטית בשל הקונטקסט החברתי המידי בו הוא מצוי ולעיתים, בשל הקונטקסט החברתי הרחב יותר אליו הוא משתייך. מתוך כך, כפי שעולה מעמדה זו, הכפפת עקרון חוקיות המנהל להסכמתו של הפרט לחיפוש משטרתי מובילה לאינוו של אחד החסמים החשובים ביותר לכוחו של השלטון בתחום הפלילי. זאת, על סמך הנחת אוטונומיית רצון אשר ספק רב אם היא מתקיימת בפועל. חשיבותה ומשמעותה של עמדה ביקורתית זו מתגברים עת מובאת בחשבון אף תגובתו של "הצד החזק" באינטראקציה חברתית זו ובאופן בו הוא מפרש את הסיטואציה הניצבת בפניו. כפי שפורט במאמר זה, במשפט הפלילי ניתן לאתר הלך חשיבה סמוי העומד על דמותו וסוגו של הסובייקט המשפטי, בין אם הוא מתבצע על ידי השופט היושב בדיון ובין אם הוא מתבצע באופן ראשוני על ידי שוטר. כפי שתואר, מחקרים רבים מצביעים על הקשר ההדוק בין שייכותו של אדם ל"סוג" הנתפס כעברייני לבין האפשרות כי אדם זה יעורר חשד בלב שוטר, תהא התנהגותו אשר תהא. פירוש דעת הרוב בפריזמת הלך חשיבה זה מעלה כי הכשרת חיפוש בלתי חוקי על סמך הסכמה מדעת, וזאת תוך הסתמכות על התפיסה הליברלית במשפט, עלולה להביא – ואולי אף מביאה בפועל – להפיכתו של הלך חשיבה סמוי, המאתר "פליליות גלויה", להלך חשיבה מרכזי המדריך דרך קבע את פעולתה של המשטרה.

כאמור, הכרעת הרוב מבוססת על המשקל המכריע שניתן למושג הבחירה החופשית והאוטונומית של הפרט. מתוך כך מגיעה דעת הרוב למסקנה לפיה בחירת הפרט להסכים לפגיעה בפרטיותו באמצעות חיפוש משמשת מקור סמכות שלטוני. היות שהסכמה זו גוברת על חוסר הסמכות השלטונית, מתייחר הצורך לבדוק את לגיטימיות הפעלת הסמכות ואת הנסיבות שהובילו להפעלתה. על כן, אין כל צורך לגדור את המושג "נסיבות מחשידות" שאינן עולות כדי חשד סביר, שכן אלה ממילא אינן מכוננות חיפוש חוקי וההכשר להן נעוץ כל כולו בהסכמת מושא החיפוש. מתוך כך, דעת הרוב מוותרת מראש על ביקורת שיפוטית אפקטיבית ביחס למושג "נסיבות מחשידה", יהא טיבה אשר יהא, ובכך מאפשרת איתור "סוגי" אנשים המתאימים להליך הפלילי. איתור זה, ראוי לזכור, הנו בעל משמעות רבה גם במקרים הרבים בהם החיפוש אינו מוביל להגשת כתב אישום באשר הוא עלול ליצור – ואולי אף יוצר בפועל – נורמה משטרית שבהתאם לה כל חשד שהוא, יהיו טעמיו אשר יהיו, מצדיק פגיעה בפרטיותו של הפרט.

מצוקתו של האדם (שלא) מן היישוב באה אם כן לידי ביטוי כפול: לא די שספק אם "הסכמתו המודעת" אכן משקפת הסכמה חופשית ואוטונומית, כדברי השופט דנציגר, אלא שהענקת משקל מכריע להסכמה זו עלולה להביא למשטר משפטי לפיו "סוגו" של אדם ושייכותו לקבוצה הנתפסת כ"אחר" חברתי, תכריע באופן גורף בשאלה אם ייכנס לגדרו של המשפט הפלילי.