

מה הבעיה בהסכמה לחיפוש משטרתי?

יניב בן הרוש*

תקציר

מבוא

- א. מסגרת תיאורטית ומבט משווה
 1. חיפוש על בסיס חשד סביר
 - 1.1 חשד סביר בישראל
 - 1.2 חשד סביר בארצות-הברית
 2. חיפוש בהסכמה
 - 2.1 חיפוש בהסכמה בישראל
 - 2.2 חיפוש בהסכמה בארצות-הברית
 - 2.3 חיפוש בהסכמה במדינות משפט מקובל נוספות
 - 2.4 חיפוש בהסכמה באירופה
- ב. מסגרת נורמטיבית לדין בהסכמה
 1. תנאים לקיומה של הסכמה אפקטיבית
 2. הפעולה הנורמטיבית של הסכמה
- ג. מה הבעיה בהסכמה לחיפוש משטרתי?
 1. פגמים בחופשיות ההסכמה לחיפוש משטרתי
 2. כוחה המוגבל של הסכמה להכשיר חיפוש משטרתי שאינו מבוסס על טעם מוצדק
 - 2.1 מערכת היחסים בין האזרח לשוטרי
 - 2.1.1 עקרון חוקיות המנהל
 - 2.1.2 ההבחנה בין פרטי לציבורי
 - 2.1.3 חלוקת העבודה המוסרית בין האזרח למדינה
 - 2.2 הפסול האינהרנטי בחיפוש משטרתי מוסכם בהיעדר חשד סביר
 - 2.2.1 פגיעה באוטונומיה
 - 2.2.2 פגיעה ברווחה

* מאמר זה נכתב בהסתמך על פרק מתוך הדוקטורט של הכותב, ועל דעתו של הכותב בלבד. הדוקטורט נכתב בהנחייתם מאירת העיניים של ד"ר קרן אטינגר-שפירא ופרופ' יצחק בנבגי ועל כך נתונה להם תודתי הכנה.

2.2.3 פגיעה בפרטיות

2.2.4 פגיעה בכבוד

2.3 הסכמה אינה טעם לפעולה

3. תהיות בדבר יעילות חיפוש בהסכמה בהיעדר חשד סביר

ד. עולם ללא חיפוש בהסכמה

1. ביקורת אפשרית

ה. סיום

תקציר

שוטר מבחין באזרח מתהלך ברחוב בנסיבות שבהן אין מתעורר כנגדו חשד סביר. אף על פי כן השוטר ניגש לאותו אזרח ומבקש את הסכמתו לערוך חיפוש בכליו. האם הסכמת אותו אזרח, במקרה כגון זה, מכשירה את החיפוש, והאם ככלל מן הראוי שהסכמה בין שוטר לאזרח, בהיעדר חשד סביר כלשהו, תכשיר חיפוש משטרתי? בישראל, כמו במדינות רבות נוספות בעולם, חיפוש משטרתי בהסכמת מושא החיפוש, גם בהיעדר חשד סביר כנגדו, הוא פרקטיקה שגורה, שלאחרונה הוכשרה על ידי בית המשפט העליון בעניין בן חיים.¹

במהלך המאמר אבקש לטעון כי חיפוש משטרתי מוסכם בהיעדר חשד סביר הוא פרקטיקה פסולה אשר מן הראוי לבטלה. הבעיה המובהקת ביותר בהכשרת חיפוש על סמך ההסכמה לו היא שעצם חופשיות ההסכמה לחיפוש מוטלת בספק, בין היתר בשים לב לפערי הכוח והמידע שבין האזרח לשוטר, לנטייה לציות יתר לבעלי מרות ולמחירו הגבוה של הסירוב לבקשת שוטר. אמנם זהו הטיעון העיקרי בספרות נגד חיפוש בהסכמה, אך במאמר זה אציג נימוקים עצמאיים נוספים נגד חיפוש בהסכמה. חיפוש משטרתי צריך להיות מוצדק ומבוסס על טעמים טובים, מאחר שהוא מאפשר חדירה פוגענית של גוף שלטוני למרחב הפרטי של האזרח. באין חשד סביר חיפוש מוסכם הוא בעייתי, אף שהוא מוסכם, מאחר שבאין חשד סביר בבסיס החיפוש, ממילא אף אין טעם מוצדק של ממש לחיפוש. בשים לב לכך שהסכמה כשלעצמה אינה טעם לחיפוש אלא הרשאה בלבד לחיפוש, הרי אין בה כדי להצדיק את החיפוש. אכן, החיפוש המוסכם שואב את כוחו הנורמטיבי מהרעיון הליברלי שבני אדם יכולים להסכים ביניהם כרצונם ובלבד שלא יפגעו בצד שלישי. ואולם כאשר עסקינן בהסכמה לחיפוש משטרתי, יש לזכור שאין מדובר במערכת יחסים רגילה בין אדם לחברו, אלא במערכת יחסים בלתי שוויונית בין אזרח לשוטר. על כן הסכמה של אזרח לדרישת שוטר לחפש בכליו, אף שאין חשד סביר, נטולת המאפיינים הנחוצים כדי

¹ רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.3.2009) (להלן: עניין בן חיים).

לשנות את מערך הזכויות והחובות שבין השוטר לאזרח. זאת ועוד, מאחר שהפסול בחיפוש, בהיעדר חשד סביר, מלכתחילה אינו נובע מאי-הסכמה לחיפוש, אלא מחדירה לא מוצדקת של גוף שלטוני לסביבה הפרטית, ממילא הסכמה כשלעצמה אינה מרפאת את הפסול הטמון בחיפוש שכזה. חיפוש בהסכמה, כך אטען, אף אינו יעיל, שכן נזקו עולה על תועלתו. לאור האמור אטען במאמר כי כאשר החיפוש נעשה מטעמים מוצדקים, ובראשם חשד סביר, ההסכמה אינה נחוצה לשוטר כדי לעשות את מה שממילא הוא מוסמך לעשותו, ואילו כאשר החיפוש אינו מוצדק, מן הראוי שלא יעשה כלל, בין בהסכמת מושא החיפוש ובין בלעדיה.

מבוא

לאחר שנים ארוכות שבהן הייתה נהוגה בישראל פרקטיקה של השגת הסכמה לחיפוש משטרתית, בלי שיהיה לכך כל עיגון בחוק, בעניין **בן חיים** הכשיר בית המשפט העליון פרקטיקה זו. מטרת המאמר היא להציג טעמים לביטולו של נוהל השגת ההסכמה לחיפוש הנעשה בהיעדר חשד סביר. על כן יידונו בו מקרים שבהם שוטר מבצע חיפוש ללא צו או חשד סביר, ומבקש להכשירו באמצעות השגת הסכמת מושא החיפוש. חיפוש בהסכמה, אף שהוא עשוי להיתפס כחריג לכלל שלפיו חיפוש צריך להיעשות על פי צו, אינו אירוע חריג. ההפך הוא הנכון. מחקרים שנערכו בארצות-הברית מלמדים שמרבית החיפושים נעשים מכוח הסכמת החשוד.² על כך יש להוסיף ממצאי מחקרים, שאותם אפרט בהמשך, המפקקים בחופשיות ההסכמה לחיפוש, בשים לב לכך שלאנשים יש נטייה לציית לבעל סמכות, כל שכן כשמדובר בהסכמה לדרישת איש מרות הלובש מדים. מחקרים אלו ואחרים עוררו ספק בעניין עצם חופשיות ההסכמה לחיפוש וממילא אף בלגיטימיות של השימוש המשטרתית הרווח בהסכמה כדי להכשיר חיפושים משטרתיים. בכל האמור לעיל יש כדי ללמד על החשיבות הרבה בקיום דיון מעמיק בסוגיית ההסכמה לחיפוש. אם בכך לא די, הרי שבמהלך המאמר אבקש להציף בעיות נוספות הכרוכות בפרקטיקה של הסכמה לחיפוש משטרתית שאין ביסודו חשד סביר, מלבד פגמים בחופשיות ההסכמה, ואשר יש בהן, כשהן מצטרפות לבעיית החופשיות, כדי להכריע את הכף נגד שימוש בהסכמה להכשרת חיפוש שלא בסמכות. לעיתוי הדיון חשיבות רבה בשים לב לתזכיר

² Paul Sutton, *The Fourth Amendment in Action: An Empirical View of the Search Warrant Process*, 22 CRIM. L. BULL. 405, 415 (1986). כמו כן ראו מחקר הגורס שמדובר בערך ב-98%: RICHARD VAN DUIZEND, L. PAUL SUTTON & CHARLOTTE A. CARTER, *THE SEARCH WARRANT PROCESS: PRECONCEPTIONS, PERCEPTIONS AND PRACTICES*, 19 (1984); Ric Simmons, *Not "Voluntary" But Still Reasonable: A New Paradigm for Consent Searches*, 80 IND. L.J. 773, 773-824 (2005). (להלן: Simmons).

חוק סדר הדין הפלילי, העוסק בסמכויות אכיפה וביניהן אף בהסכמה לחיפוש.³

א. מסגרת תיאורטית ומבט משווה

בפתח הדיון אבקש לתחום את גדרי המאמר, באופן שיהיה בו כדי למקד את הדיון, כמו גם להכיר במגבלותיו. ככל שהדיון נוגע לטיב החיפוש, אבהיר כי במהלך המאמר אתמקד בחיפוש שאינו חיפוש פנימי, אלא רק חיפוש בכליו של אדם, בביתו או ברכבו. כמו כן אתמקד רק באותם מקרים שבהם החיפוש אינו מתבצע על פי צו שיפוטי ואף אינו מתבצע על סמך חשד סביר כלשהו כנגד אותו אדם, אלא אך ורק בהתבסס על השגת הסכמתו של מושא החיפוש. ככל שהדיון נוגע לטיב ההסכמה, אבקש להבחין בין שני תפקידים פונקציונליים עיקריים של הסכמה. הסכמה מסוג אחד היא הסכמה היוצרת את הסמכות לחיפוש, ובלעדיה החיפוש הופך לבלתי חוקי. למשל, בהיעדר כל חשד סביר כלפי אדם, או בהיעדר סמכות אחרת מכוח חוק, אין שוטר יכול לבצע חיפוש בכליו של אדם, אלא אם כן אותו אדם מסכים לחיפוש. הסכמה במקרה כזה מצמיחה את סמכות החיפוש של השוטר. הסכמה מסוג שני היא, למשל, הסכמה העשויה להידרש מחשוד, אשר כבר יש חשד סביר נגדו, רק כדי להפחית את מידת הפגיעה בו. מקרה מובהק להסכמה מסוג זה ניתן למצוא בחוק חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי,⁴ המאפשר כמה וכמה חיפושים פולשניים, אך רק אם יש חשד סביר, ועל כן הסכמה כשלעצמה אינה יכולה להקנות סמכות לחיפוש זה. במאמר הנוכחי אדון בהסכמה מהסוג הראשון, דהיינו הסכמה המקנה סמכות. חיפוש יכול להיעשות על פי כמה מקורות נורמטיביים חלופיים. מטבע הדברים אתמקד בעיקר בחיפוש המבוסס על חשד סביר ובחיפוש המבוסס על הסכמה, בשם לב לטענתי שהסכמה משמשת תחליף בלתי פורמלי ובלתי ראוי לחשד סביר. בקליפת אגוז אציין כי חיפוש על פי צו הוא דרך המלך או לפחות אמור להיות כזה. בישראל חיפוש על פי צו מוסדר בפקודת סדר הדין הפלילי.⁵ בארצות-הברית הכלל הנוגע לחיפוש משטרתי הוא שחיפוש ייעשה על פי צו. צו חיפוש ניתן על סמך עילה מסתברת המתקיימת כאשר יש מספיק ראיות ישירות או נסיבתיות לדבר עברה

³ תזכיר חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – המצאה, חיפוש, כניסה ותפיסה), התשע"א-2011. זמין ב- www.law.co.il/media/computer-law/enforcement_authority_memorandum.pdf, (נבדק לאחרונה ב-14.4.2016).

⁴ חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו-1996.
⁵ ס' 24 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 (להלן: פקודת סדר הדין הפלילי). מקנה לבית המשפט סמכות לערוך חיפוש בבית או במקום לפי האמור בצו החיפוש ולתפוס כל חפץ הנחזה כמתואר בצו ולעשות בו כאמור בצו; וכן לעצור כל אדם הנמצא בבית או במקום ונחזה כמי שיש לו, או שהייתה לו, יד בעברה שנעברה, או שמתכוונים לעבור, באותו חפץ או לגביו.

המצדיקות הוצאת צו חיפוש. אמנם לא ברור ממש מהו הרף העונה על דרישת העילה המסתברת,⁶ אולם ברור שמטרת הדרישה היא לאזן בין הצורך להגן על הפרטיות לבין הצורך להגן על הציבור.⁷ לאור התיקון הרביעי לחוקה, חיפוש שלא על פי צו הוא, על פניו, חיפוש בלתי סביר, ועל כן היה סביר לצפות שחיפוש בהסכמה יהיה חריג, וייעשה רק באותם מקרים מיוחדים המצדיקים זאת, אלא שבפועל בארצות-הברית דווקא חיפוש על פי צו הוא החריג.⁸ חיפוש יכול להיעשות אף בעקבות מעצר,⁹ ובמקרה זה הסמכות היא סמכות נלווית למעצר. לא ארחיב את הדיון במקור סמכות זה בשים לב לכך שעילת המעצר ממילא מקיימת רף מסוים, חמור יותר מזה הנדרש לעיכוב וחיפוש.

1. חיפוש על בסיס חשד סביר

בהיעדר צו שיפוטי, עילת מעצר או חוק מפורש, מקור הסמכות החוקי לחיפוש הוא קיומו של חשד סביר. החשד הסביר עשוי להתעורר כאשר ישנן ראיות ישירות או נסיבתיות, קבילות או בלתי קבילות, שניתן להסיק מהן הסקה רציונלית שבוצעה עברה או שעומדת להתבצע עברה. לחשד הסביר שני מאפיינים חשובים. המאפיין האחד קשור ביכולת שלו לנבא את הסתברות קיומה של עברה. ההסתברות שאדם מסוים ביצע עברה אינה נתון מוחלט וודאי, ולכן כמעט תמיד אינה מייצגת ערך בינרי של אחד או אפס אלא ערך ביניים המצוי על הציר שבין אחד לאפס.¹⁰ מכל מקום, ברור שחשד אינו יכול להיות סביר אם אינו מלמד כלל על הסתברות כלשהי לביצוע עברה, או אם הוא מצביע על הסתברות מזערית לביצוע עברה, שאינה שונה מההסתברות לכך שכל אדם באשר הוא, גם כשאין חשד סביר נגדו, עלול לבצע עברה. על כן להבדיל מחשד אפשרי, אשר קיים תמיד כנגד כל אחד, החשד הסביר אמור להצביע על הסתברות ממשית לביצוע עברה, שיש לה משקל המצדיק את הפגיעה בפרט. המאפיין השני הוא שחשד סביר מציב סטנדרט סביר לחיפוש ובכך אוסר על השוטר לבצע חיפוש על בסיס חשד לא סביר. החשד הסביר אף מתווה אפוא לשוטר

⁶ פסיקות השופטים נעות בין 10% בקצה התחתון ל-90% בקצה העליון, אך הממוצע הוא 47%. ראו: C.M.A. McCauliff, *Burdens of Proof: Degrees of Belief, Quanta of Evidence, or Constitutional Guarantees?*, 35 VAND. L. REV. 1293, 1324–1325, 1327 (1982).

⁷ Erica Goldberg, *Getting Beyond Intuition in Probable Cause Inquiry*, 17 LEWIS & CLARK L. REV. 789, 795 (2013) (להלן: Goldberg).

⁸ John M. Burkoff, *Consent Searches by Ignorant Citizens: Search Me?*, 39 TEX. TECH L. REV. 1109, 1114 (2007) (להלן: Burkoff).

⁹ ס' 22 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969. מקנה לשוטר העוצר אדם, או המקבל עצור או אסיר למשמורתו, סמכות לערוך חיפוש על גופו.

¹⁰ Bernard E. Harcourt & Tracey L. Meares, *Randomization and the Fourth Amendment*, 78 U. CHI. L. REV. 809 (2011) (להלן: Meares & Harcourt).

כללי התנהגות המבוססים על הפעלת שיקול דעת רציונלי הכפוף למבחנים אובייקטיביים, ובכך הוא משמש כלי מגן על אזרחים מפני פעילות משטרתית המבוססת על דעה קדומה, עמדה גזענית וכיוצא באלה.¹¹ יש לזכור כי חשד סביר, גם כאשר הוא חשד סביר אינדיבידואלי, דהיינו חשד קונקרטי כלפי אדם קונקרטי, מבוסס על פי רוב על סוג של הכללה.¹² ככל הנראה אין מנוס מהכללות כלשהן כדי לחזות התנהגויות פליליות או אחרות, שכן החשד הסביר הוא פרי הניסיון האנושי. כך, למשל, ברי שאין עניין ציבורי לחפש בכליהן של קשישות אנגלר-סקסיות בדרכן לכנסייה ביום ראשון בבוקר, ומנגד יש מחיר כבד מדי לחיפוש תכוף מדי בקרב שחורים צעירים משכונות עוני, רק בגלל שהם צעירים שחורים הגרים בשכונות עוני. האתגר, כמובן, הוא למצוא את האיזון הנכון בין הצורך הבלתי נמנע להסיק מסקנות מכלילות לבין הצורך שלא להסיק מסקנות מכלילות מקיפות מדי הפוגעות פגיעה מיותרת ובלתי מידתית באותם אנשים שהכללות אלה אינן נכונות לגביהם.¹³ דוגמה מובהקת להכללה בעייתית יש בחשד סביר המבוסס על פרופיל גזעי. חשד סביר המבוסס על פרופיל גזעי מתקיים כאשר שוטר מעכב, אדם, עוצר אותו או מחפש על גופו או בכליו בהתבסס על ההנחה שאנשים מהגזע שאותו אדם משתייך אליו מבצעים עבירות יותר מהאוכלוסייה הכללית.¹⁴

החשד הסביר הוא לא בהכרח הכלי היעיל ביותר לגילוי עבירות ולמניעתן. ניתן להניח שמשטרה חסרת חסמים ומגבלות, אשר שוטריה יכולים לבצע חיפוש ומעצר בכל עת, בכל מקום, בכל אדם, וללא צורך בחשד סביר, יכולה לשפר את כוחה במניעת עבירות ובגילויין. אף על פי כן יש להביא בחשבון את פוטנציאל הפגיעה הקשה בשיעור גבוה של חפים מפשע. אף שליעילות החיפוש השפעה אפשרית על סבירותו, היא אינה הפרמטר היחיד שבבסיסו. ולפיכך הרי החשד הסביר יוצר, או לכל הפחות אמור ליצור, איזון בין הגנה על הפרט מפני המשטרה לבין הגנה על הציבור מפני עבריינים. משזה נאמר, יוטעם כי לא זו בלבד שהחשד הסביר אינו מגביל את יעילות

¹¹ David A. Harris, *Factors for Reasonable Suspicion: When Black and Poor Means Stopped and Frisked*, 69 IND. L.J. 659 (1994).

¹² Meares & Harcourt, לעיל ה"ש 10.

¹³ Andrew E. Taslitz, *What is Probable Cause, and why Should we Care?: The Costs, Benefits and Meaning of Individualized Suspicion*, 73 LAW & CONTEMP. PROBS 145, 161 (להלן: Taslitz) (2010).

¹⁴ טענות של כותבים כלכליים על יעילות ההסתמכות על פרופיל גזעי: John Knowles, Nicola Persico & Petra Todd, *Racial Bias in Motor Vehicle Searches: Theory and Evidence*, 109 J. POLIT. ECON. 203 (2001); מנגד ראו ביקורת נרחבת, ולפיה ההסתמכות על פרופיל גזעי אינה יעילה כלל: Bernard E. Harcourt, *Rethinking Racial Profiling: A Critique of the Economics, Civil Liberties, and Constitutional Literature, and of Criminal Profiling*, *More Generally*, 71 U. CHI. L. REV. 1275 (2004); וראו ביקורת שלפיה ההסתמכות על פרופיל גזעי אף אינה ראויה, במנותק משאלות של יעילות: Taslitz, לעיל ה"ש 13, בעמ' 182.

המשטרה אלא שהוא אף אינדיקטור אפשרי ליעילות החיפוש המשטרתית. כך, למשל, לפי דו"ח מקיף שנערך במדינת ניו-יורק, כאשר החיפוש נעשה על בסיס עובדות המקימות חשד סביר, כל 7.3 חיפושים מביאים בממוצע למעצר אחד. לעומת זאת כאשר החיפוש נעשה על בסיס עובדות שאינן מקימות חשד סביר, כל 29.3 חיפושים מביאים בממוצע למעצר אחד.¹⁵ דהיינו, החשד הסביר מגדיל את הסיכוי למעצר פי ארבעה, ומצמצם אפוא פי ארבעה את הפגיעה בחפים מפשע.

1.1 חשד סביר בישראל

בישראל יסוד סביר לחשד כלפי אדם יכול להצדיק חיפוש בחצרים כאמור בסעיף 25 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש)¹⁶ ואף חיפוש על גופו של אדם כאמור בסעיף 29 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש).¹⁷ כמו כן, סעיף 5 לפקודת המשטרה מקנה לשוטר סמכות לעצור אדם שיש חשד סביר שהוא מחזיק דבר מה שהחזקתו אינה חוקית, ואף לערוך חיפוש בכליו ובגופו.¹⁸ בהקשר זה יש לציין אף את סעיף 3(ב) לחוק סמכויות לשם שמירה על ביטחון הציבור,¹⁹ המקנה לשוטר, לחייל או למאבטח סמכות לחפש על גופו של אדם או ברכבו ככל שיש חשד סביר שהוא נושא עמו נשק שלא כדין.

אשר לשאלה מהו יסוד סביר לחשד, טרם התגבשה תשובה ברורה בפסיקה,²⁰ אך ברור שחשד סביר אינו מצריך את הרף הנדרש להוכחת ראיות לכאורה, והוא אף עשוי להתבסס על ראיות בלתי קבילות.²¹ נדרש שהחשד הסביר יהא אובייקטיבי ולא סובייקטיבי,²² דהיינו על החשד לעמוד בסטנדרט של השוטר הסביר. עוד נקבע שעצם

¹⁵ Eliot Spitzer, *The New York City Police Department's "Stop and Frisk" Practices*, A Report to the People of the State of New York From the Office of the New York State Attorney General, 162 (1999), available at www.oag.state.ny.us/sites/default/files/pdfs/bureaus/civil_rights/stp_frsk.pdf (נבדק לאחרונה ב-22.4.2016).

¹⁶ ס' 25 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969. יצוין כי החריג לס' 25(1) מצוי בס' 28(א) לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973, המתיר חיפוש גם בעברות סמים מסוג עוון.

¹⁷ ס' 29 לפקודת סדר הדין הפלילי קובע כי "נמצא אדם בבית או במקום שמחפשים בו או בקרבתו, ויש יסוד סביר לחשוד שהוא מסתיר אצלו חפץ שמחפשים, או שרשאים לחפש, אחריו – מותר לחפש על גופו, כאמור בסעיף 22 מיד".

¹⁸ ס' 5(5) לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971.

¹⁹ ס' 3(ב) לחוק סמכויות לשם שמירה על ביטחון הציבור, התשס"ה-2005.

²⁰ בש"פ 5610/06 פדרמן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 25.7.2006).

²¹ בג"ץ 465/75 דגני נ' שר המשטרה, פ"ד ל(1) 337 (1975).

²² ע"פ (מחוזי ת"א) 70490/08 מדינת ישראל נ' בן אהרון קאסר (פורסם בנבו, 7.1.2009); "ומהו אותו יסוד סביר לחשוד? מושג זה, עניינו חשד אובייקטיבי, ומשמעותו היא שאותו חשד היה מתגבש אצל שוטר סביר בנעליו של השוטר דנן"; יעקב קדמי סדר הדין בפלילים חלק ראשון

הנוכחות במקום שבו בוצעה עֲבֵרָה מקים בנסיבות מסוימות חשד סביר.²³ בעניין בן חיים פורטה רשימה פתוחה של נסיבות המלמדות על חשד סביר, כגון התנהגות מחשידה, הימצאות במקום שבו בוצעה עֲבֵרָה, התאמת מאפיינים חיצוניים לתיאור החשוד כפי שנמסר למשטרה, ומכל מקום נקבע כי רישום פלילי כשלעצמו אין בו כדי להקים חשד סביר.²⁴ לאחרונה אף נקבע כי אי-אפשר לבסס חשד סביר לביצוע חיפוש רק על אי-נוחות או בלבול מצד מושא החיפוש, ויש צורך כי יהא דבר מה נוסף אשר יצדיק את הפלישה לפרטיות.²⁵

1.2 חשד סביר בארצות-הברית

בארצות-הברית, לאור התיקון הרביעי לחוקה, חיפוש שלא על פי צו הוא על פניו חיפוש לא סביר. על כן היה הגיוני לצפות שחיפוש בהסכמה יהיה חריג וייעשה רק באותם מקרים מיוחדים המצדיקים זאת, אלא שבפועל בארצות-הברית מרבית החיפושים מבוצעים ללא צו.²⁶ חשד סביר מתקיים כאשר יש מספיק ראיות נסיבתיות שניתן להסיק מהן מסקנה רציונלית שבוצע פשע.²⁷ חשד סביר נמוך בדרגתו האיכותית מעילה מסתברת.²⁸ בפסק הדין בעניין טרי נקבע לראשונה כי חשד סביר מצדיק חיפוש ללא צו כאשר יש חשש שהחשוד עלול לסכן את השוטר או את הסביבה.²⁹ בפסקי דין מאוחרים יותר הובהר כי חשד סביר כשלעצמו לא תמיד יצדיק חיפוש בהיעדר צו,³⁰ וכי יש צורך בנסיבות דוחק מסוימות אשר יאפשרו חיפוש על סמך חשד סביר.³¹

הפסיקה הענפה בארצות-הברית מציינת מספר רב של התנהגויות שאין בהן כשלעצמן כדי ללמד על חשד סביר: בריחה או התחמקות משוטר אינה מקימה חשד סביר,³² מן הטעם שלכל אדם יש זכות להיעזב לבדו.³³ עם זאת, כאשר הימלטות אדם

460 (מהדורה מעודכנת, 2003).

23 בש"פ 8019/05 סינהרשקו נ' משטרת ישראל, פ"ד נט(2) 950, 946 (2005).

24 עניין בן חיים, לעיל ה"ש 1.

25 פ"ל (תעבורה חי') 12-05-400 מדינת ישראל נ' פז (טרם פורסם, 20.3.2013).

26 Burkoff, לעיל ה"ש 8.

27 Terry v. Ohio, 392 U.S. 1, 15 (1968).

28 Goldberg, לעיל ה"ש 7; Taslitz, לעיל ה"ש 13; ולפסק הדין עצמו שהמחבר מתבסס עליו, ראו:

Safford Unified Sch. Dist. No. 1 v. Redding, 129 S. Ct. 2633, 2639 (2009).

29 עניין Terry v. Ohio, לעיל ה"ש 27.

30 Vale v. Louisiana, 399 U.S. 30 (1970).

31 להגדרת אותן נסיבות דוחק ראו: Illinois v. McArthur, 531 U.S. 326, 331 (2001).

32 אף שנקבע כי כלל הנסיבות הקימו חשד סביר, הוסכם שבריחה כשלעצמה אינה מקימה חשד

סביר: Illinois v. Wardlow, 528 U.S. 119, 122 (2000); ראו מחקר המפקק ביעילותו של

חיפוש רק בשל הימלטות: Spitzer, לעיל ה"ש 15. המחקר מראה שבמדינת ניו-יורק, בעקבות

נוספת על נתונים אחרים כגון זיקה בזמן ובמקום המלווה בהתנהגות חשודה, הרי היא עשויה למלא את דרישת החשד הסביר.³⁴ התנהגויות בלתי שגרתיות, כגון הסתרת פנים בברדס ביום בהיר, הליכה אטית במיוחד, או הישארות ממושכת במקום ללא סיבה, אין בהן כשלעצמן כדי להקים חשד סביר.³⁵ לבוש מוכר מפשעים אחרים אין בו כשלעצמו כדי לעורר חשד סביר.³⁶ שוטטות במקום שבו בוצעו בעבר כמה מקרי שוד, אין בה כשלעצמה כדי להקים חשד סביר.³⁷ היותו של אדם כלשהו "מוכר" למשטרה, או בעל עבר פלילי, אינו מקים חשד סביר.³⁸ עוד נקבע כי לא כל בליטה בלבוש מקימה חשד סביר.³⁹ וכן נקבע כי שהייה עם אדם אחר, שיש כלפיו חשד סביר, אינה מקימה כשלעצמה חשד סביר.⁴⁰ נוכחות באזור פשיעה, נוכחות במקום כלשהו ללא הסבר, או שהייה ממושכת במקום ללא סיבה, אינן מקימות חשד סביר.⁴¹ עם זאת, שילוב כמה מההתנהגויות או מהמאפיינים הללו עשוי לעורר חשד סביר.

2. חיפוש בהסכמה

2.1 חיפוש בהסכמה בישראל

מקור הסמכות האחרון לחיפוש הוא הסכמת מושא החיפוש. לעניין עצם הסמכות לבצע חיפוש המבוסס על הסכמה בלבד, הרי סעיף 29 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש), כאמור לעיל, אינו מזכיר כלל הסכמה לחיפוש. כמו כן, אמנם סעיף 7(ב) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי אין נכנסים לרשות היחיד אלא

כל תשעה עיכובים מתבצע מעצר אחד, ואילו באזורי פשיעה בעקבות כל ארבעים וחמישה עיכובים, המבוססים על ניסיון הימלטות אדם, מתבצע מעצר אחד.

33 .People v. Howard, 50 N.Y.2d 583, 586 (1980)

34 .People v. Martinez, 80 N.Y.2d 444, 448 (1992)

35 "innocuous behavior", People v. De Bour, 386 N.Y.S.2d 375, 380 (1976)
"alone will not generate a founded or reasonable suspicion that a crime is at hand"

36 .People v. Cornelius, 113 A.D.2d 666, 672 (1986); עם זאת בצירוף פרמטרים אחרים הוא יכול לעורר חשד סביר. ראו: People v. Skinner, 65 A.D.2d 704 (1978)

37 .People v. Bright, 71 N.Y.2d 376, 383 (1988)

38 עניין People v. De Bour, לעיל ה"ש 35.

39 .People v. Smith, 615 N.Y.S.2d 243, 246 (1994)

40 "reasonable", People v. Martinez, 594 N.Y.S.2d 292 (2d Dep't 1993)
suspicion' cannot be based on individual's conversation with two alleged drug sellers"; People v. Kinsella, 527 N.Y.S.2d 899, 901 (1988)

41 Illinois v. Wardlow, 528 U.S. 119, 124; People v. Powell, 667 N.Y.S.2d 725 (1998) (2000), שם נקבע כי מיקום כשלעצמו אמנם אינו מקים חשד סביר, אולם הוא בכל זאת מהווה פרמטר שאין להתעלם ממנו כאשר בוחנים חשד סביר.

בהסכמתו,⁴² אולם סעיף 7(ג) לחוק זה, העוסק בחיפוש, אוסר חיפוש בכליו של אדם, ואין בו זכר לתיבה הנוגעת להסכמה. דהיינו, המחוקק אינו מכיר בהסכמה לחיפוש כאמצעי להכשרת החיפוש. אף על פי כן, חיפוש בהסכמה הוא פרקטיקה שגורה, אשר הוכשרה לאחרונה על ידי בית המשפט העליון בעניין **בן חיים**.

נסיבות המקרה בעניין **בן חיים**⁴³ היו כדלקמן: שוטר סיור הבחין בחשוד במהלך סיור שגרתי ודרש ממנו להזדהות. בזירת האירוע נעשה בירור במסוף המשטרתי וזה העלה כי לחובתו רישום פלילי. השוטר ביקש מהחשוד "שיוציא את דבריו מהכיסים שבמכנסיו", והמבקש "הסכים והוציא" כמה חפצים, לרבות הסכין שהייתה נושא האישום. בית משפט השלום קבע כי "המאשימה לא יכולה לבסס את טענת ההסכמה כביכול, על נסיבות שכאלה [...] על כן, אין בטענת ההסכמה, כביכול, כדי להכשיר את השרץ, החיפוש חסר הסמכות". דהיינו, מאחר שאין מדובר בהסכמה אמתית, ממילא החיפוש אינו כדין, ולכן יש לפסול את הראיה שהושגה בחיפוש, שהיא הסכין. בית המשפט המחוזי דחה את קביעות בית משפט קמא הן מאחר שלא מצא קושי בהסכמה לחיפוש הן מאחר שמדובר בראיה חפצית שאיכותה הראייתית אינה נפגמת עקב בעיה בוולונטריות של ההסכמה.⁴⁴ בית המשפט העליון זיכה את **בן חיים** מן הטעם שההסכמה לחיפוש לא הייתה הסכמה מדעת.⁴⁵ עם זאת קבע בית המשפט, על פי דעת רוב השופטים, כי הסכמה יכולה להכשיר חיפוש ובלבד שהיא הסכמה מדעת, דהיינו הסכמה אשר ניתנה לאחר שהשוטר הזהיר את האזרח שזכותו לסרב ושסירובו לא ייזקף לחובתו. לדעת בית המשפט, הסכמה כזו לכאורה מבטלת את החשש לפגיעה ברצון החופשי.⁴⁶ הנימוק העיקרי של בית המשפט היה קשור בערך האוטונומיה.⁴⁷ בית המשפט הציג את ערך האוטונומיה של הפרט, כמקור לזכות

⁴² חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

⁴³ ת"פ (שלום ת"א) 6454/07 **מדינת ישראל נ' בן חיים** (פורסם בנבו, 13.1.2009). לא מצאתי לנכון להזכיר את עניינם של ג'יבלי ועייש, אשר נידונו יחד עם **בן חיים**, מאחר שאין במקרה שלהם כדי להוסיף לדיון.

⁴⁴ בית המשפט המחוזי אף תהה אם הגדרת החיפוש הולמת את המקרה: "ספק אם הגיע באופן מעשי לדרגה של 'חיפוש', שכן איש מהשוטרים לא נגע במשיב [...] אלא המערער הוציא את הסכין בעצמו מכיסו". ע"פ (מחוזי ת"א) 7250/09 **מדינת ישראל נ' בן חיים** (פורסם בנבו, 7.7.2009).

⁴⁵ כדי שההסכמה לחיפוש אכן תהיה הסכמה מדעת השוטר נדרש ליידע את החשוד בדבר זכותו לסרב. ראו עניין **בן חיים**, לעיל ה"ש 1.

⁴⁶ ההנחה שהודעה לאדם על כך שיש לו זכות לסרב, ושסירובו לא ישמש נגדו, מבטלת את החשש לפגיעה ברצון החופשי, אינה הנחה מבוססת והיא אף אינה מתיישבת עם ממצאי מחקרים שנערכו, ואשר הצביעו על כך שהודעה כזו אינה משנה את תחושת היעדר החופש או את נטיית הציות לסמכות. בכך ארחיב בהמשך ולעת עתה ראו: David K. Kessler, *Free to Leave? An Empirical Look at the Fourth Amendment's Seizure Standard*, 99 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 51, 78 (2009).

⁴⁷ דברי השופטת ביניש: "אותה אוטונומיה של הפרט המצדיקה מלכתחילה את ההגנה על זכותו

לפרטיות, ועל כן הסכמה המבטאת את האוטונומיה של האזרח, מאפשרת לו להחליט להיחשף בפני אחרים, לרבות שוטרים, ולוותר כלפיהם על היבטים מסוימים הנוגעים לזכותו לפרטיות. דהיינו, ככל שהזכות לפרטיות היא שמצדיקה הטלת הגבלות על סמכות החיפוש, וככל שערך האוטונומיה הוא המקור לזכות לפרטיות, הרי שאותו ערך אוטונומיה עצמו הוא גם המקור האפשרי לויתור על הזכות לפרטיות וממילא להכשרת חיפוש שנעשה בהיעדר חשד סביר, ובלבד שניתנה הסכמה.

על קביעה זו אחלוק בהרחבה בהמשך המאמר. יצוין כי אף השופט דנציגר חלק, בדעת מיעוט, על קביעה זו וגרס שהסכמה לחיפוש פסולה משני טעמים: הטעם האחד הוא שחיפוש משטרתית כרוך בפגיעה בזכויות, ועל כן נדרש שיוסדר בחוק מפורש, ויתר על כן – על החוק אף לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה. הטעם השני הוא החשש הממשי שההסכמה לחיפוש אינה חופשית, בשל פערי הכוח בין השוטר לאזרח. דעתו, כאמור, לא התקבלה, ולפיכך במצב המשפט כיום ניתן לערוך חיפוש בהסכמה, גם בהיעדר חשד סביר, ובלבד שתהא זו הסכמה מדעת. בהמשך המאמר אציג ממצאים המחזקים את טיעון היעדר החופשיות שציין השופט דנציגר, אציע טעמים נוספים נגד הפרקטיקה של הסכמה לחיפוש ואוסיף ואטען כי הפסול הטמון בפרקטיקה של הסכמה לחיפוש אינו נובע רק, ואף לא בעיקר, מהיעדר חוק המתיר חיפוש מוסכם.

הסוגיה של חיפוש בהסכמה עלתה במהלך הדיונים בהצעת חוק סמכויות לשם שמירה על ביטחון הציבור, העוסקת במתן סמכויות חיפוש לשוטר, ושם הוצע שיבוטל כוחה של ההסכמה לחיפוש, אך ההצעה לא התקבלה.⁴⁸ לאחרונה הוגש תזכיר חוק העוסק בסמכויות חיפוש.⁴⁹ הצעת חוק זו מבקשת לצמצם את כוחה המכוון של הסכמה לחיפוש, באופן שלא יהיה לה כוח מכוון סמכות כאשר מדובר בחיפוש על גוף,⁵⁰ ויהיה לה כוח כזה כאשר מדובר בחיפוש במקום אם מלכתחילה יש

לפרטיות היא גם זו המאפשרת לו לוותר על פרטיותו בנסיבות מסוימות או כלפי אנשים מסוימים". עניין **בן חיים**, לעיל ה"ש 1.

⁴⁸ הצעת חוק סמכויות לשם שמירה על ביטחון הציבור (תיקון) (סמכות חיפוש לשוטר לשם מניעת אלימות), התשע"א-2011, ה"ח 584. בהצעת החוק הוצע להוסיף בחקיקה סמכויות לשם שמירה על ביטחון הציבור, סמכות של שוטר לחפש על גופו של אדם לנוכח חשש כי אדם עומד לבצע מעשה אלימות, וסמכות לחפש על גופו של אדם במקומות המועדים לאלימות כגון פאבים, מועדונים או מקומות לממכר אלכוהול, לשם בדיקה אם אותו אדם נושא עמו שלא כדין נשק, אף אם אין חשד סביר של נשיאת נשק או בדבר כוונה להשתמש בו. תזכיר חוק סדר הדין הפלילי, לעיל ה"ש 3.

⁵⁰ "לא הוסדרה בהצעה סמכות חיפוש על הגוף בהסכמה מתוך כוונה להבהיר כי שוטר לא יכול לקנות סמכות לחיפוש על הגוף מכוח הסכמה אם לא התמלאו התנאים הקבועים בחוק לבצע חיפוש כאמור. לעומת חיפוש על הגוף, בחיפוש במקום יש משמעות רבה לאפשרות הסירוב של המחזיק במקום לביצוע החיפוש". דהיינו, רוח התזכיר היא שהסכמה כשלעצמה אינה מקור סמכות לחיפוש על הגוף. שם, בעמ' 16.

לשוטר עילת חיפוש.⁵¹ במובן זה תזכיר החוק מקדם רעיון שאני מבקש לחזק במאמר זה.

2.2 חיפוש בהסכמה בארצות-הברית

התיקון הרביעי לחוקה האמריקנית מגדיר את הזכות להיות מוגן מפני פעולות חיפוש בלתי סבירות של רשויות האכיפה.⁵² בפסיקה האמריקנית הוגדר מבחן דו-שלבי שמטרתו לבדוק אם חדירה כלשהי מפרה את פרטיות החשוד לפי התיקון הרביעי לחוקה:⁵³ בשלב הראשון בוחנים אם לחשוד הייתה ציפייה סובייקטיבית לפרטיות ובשלב השני בוחנים אם החברה מוכנה להכיר בציפיית החשוד כציפייה סבירה. מכל מקום, גם כאשר אין צו, אין עילה מסתברת ואין חשד סביר, ניתן לערוך חיפוש בהסכמת החשוד.

בפסק הדין בעניין 'שנקלות' נקבע על פי דעת רוב השופטים כי הסכמה יכולה לשמש מקור סמכות לחיפוש משטרתי.⁵⁴ עוד נקבע כי הסכמה היא עניין שבעובדה, ויש להוכיח אותה כפי שמוכיחים כל עניין אחר שבעובדה הטעון הוכחה במשפט. אולם, אף שהידיעה הסובייקטיבית של מושא החיפוש על זכותו לסרב לחיפוש היא נתון שיש להביאו בחשבון, בכל זאת התביעה אינה נדרשת להוכיח ידיעה שכזו כתנאי לכשירות ההסכמה לחיפוש.⁵⁵ בפסק הדין בעניין 'שנקלות' הוצג מבחן הנחזה לבעל פן אובייקטיבי ופן סובייקטיבי גם יחד לחופשיות ההסכמה, הבוחן את חופשיות המסכים, ובה בעת גם מאזן בין האינטרס הציבורי לייעל את האכיפה לבין הצורך למנוע התנהגות פסולה של גורמי האכיפה, תוך שקלול כלל הנסיבות.⁵⁶

⁵¹ וגם לעניין חיפוש בבית נקבע: "תנאי ראשון לביצוע חיפוש בהסכמה הוא קיומה של עילת חיפוש, כלומר, קיומו של בסיס לפנייה לקבלת צו חיפוש מבית המשפט אילמלא ניתנה ההסכמה". דהיינו, רוח התזכיר היא שהסכמה כשלעצמה אף אינה מקור סמכות לחיפוש במקום. שם.

⁵² לשון התיקון הרביעי לחוקה האמריקנית: "The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized". U.S. CONST. amend. IV. ראו:

⁵³ Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967).

⁵⁴ ראו קווים לדמותו של המבחן האובייקטיבי-סובייקטיבי המוצע בפסק הדין: "In examining all the surrounding circumstances to determine if in fact the consent to search was coerced, account must be taken of subtly coercive police questions, as well as the possibly vulnerable subjective state of the person who consents". Schneckloth v. Bustamonte, 412 U.S. 218, 229 (1973).

⁵⁵ שם, בעמ' 249.

⁵⁶ גיל, השכלה, אינטליגנציה, הבנת השפה האנגלית, רמת שכרות, ניסיון קודם עם המערכת

בפועל פסק הדין בעניין **שנקלות'** התמקד בעיקר בבחינה של תקינות הפעולה המשטרתית ופחות במצבו הנפשי הסובייקטיבי של מושא החיפוש.⁵⁷ בפסק דין מאוחר יותר אף נקבע במפורש ששוטר המבקש לערוך חיפוש, אינו חייב להודיע למושא החיפוש על זכויותיו, ומכל מקום ידעת מושא החיפוש כי יש לו זכות לסרב לביצוע החיפוש אינה תנאי לעריכת חיפוש בהסכמה.⁵⁸ פסק הדין בעניין **דרייטון**,⁵⁹ שניתן לאחר שני פסקי דין אלו, עסק במקרה שבו עלו שוטרים לאוטובוס, שניים מהם חסמו את היציאות מהאוטובוס, ושוטר נוסף ניגש סמוך מאוד לחשודים וביקש את הסכמתם לחיפוש בכליהם. החשודים הסכימו לכך, ובמהלך החיפוש בכליהם נמצאו סמים. בית המשפט קבע כי הסכמת החשודים הייתה חופשית. על קביעה זו נכתבה ביקורת רבה שהצביעה על כך שההסכמה, בנסיבות האמורות, לא הייתה חופשית כלל ועיקר.⁶⁰ פסק הדין בעניין **דרייטון** סימן את המעבר, שהחל בפסק הדין בעניין **שנקלות'**, מבחינה סובייקטיבית של חופשיות ההסכמה לבחינה אובייקטיבית של התנהגות השוטר, דהיינו התמקדות באמצעים הכופים של השוטרים ופחות במצב התודעתי הסובייקטיבי של החשוד.⁶¹ לסיכום, הסכמה לחיפוש בארצות-הברית יכולה להכשיר חיפוש משטרתית. המבחן להסכמה הוא אובייקטיבי, דהיינו מתמקד דווקא בכשרות האמצעים המשטרתיים להשגתה ופחות במצב הנפשי הסובייקטיבי של מושא החיפוש, וכן אין חובה מוחלטת על השוטר ליידע את מושא החיפוש בדבר זכותו לסרב לחיפוש, כתנאי לכשרות החיפוש.

יצוין כי לאחר אירועי הטרור ב-11 בספטמבר החלה בארצות-הברית מגמה של הגברת השימוש בהסכמה לחיפוש, שכן אחרי ככלות הכול, גזע, צבע עור וזקן אינם מקימים חשד סביר המצדיק חיפוש.⁶²

הפילית, יידוע הזכויות טרם החיפוש, משך העיכוב, שימוש בטקטיקות לצורך השגת ההסכמה, אלימות או אימים מצד השוטרים. שם, בעמ' 248.

⁵⁷ Simmons מותח ביקורת על פסק הדין בעניין **שנקלות'**, לפיה דרישת הוולונטריות שם לא נועדה להבטיח חופש מבחינה סובייקטיבית של האזרח, אלא בעיקר למנוע התנהגות לא נאותה של המשטרה. Simmons, לעיל ה"ש 2. ביקורתו מתחזקת לאור הטענות שאזרח מן השורה תמיד יחוש ממד של כפייה לנוכח בקשת שוטר; Marcy Strauss, *Reconstructing Consent*, 92 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 211, 211 (2001).

⁵⁸ Ohio v. Robinette, 519 U.S. 33 (1996).

⁵⁹ United States v. Drayton, 536 U.S. 194 (2002).

⁶⁰ Simmons, לעיל ה"ש 2.

⁶¹ "[T]he Supreme Court stated that it should be determined by asking what an objectively reasonable person would believe was the scope of the search and not by 'the subjective intent of the person who granted consent', Strauss, לעיל ה"ש 57, בעמ' 230; Burkoff, לעיל ה"ש 8.

⁶² בשנים 2004–2012 יותר מ-80% מבני האדם שעוכבו על פי מדיניות ה"עיכוב וחיפוש" של משטרת ניו-יורק היו שחורים או היספנים. מדיניות זו מאפשרת לשוטרים לעכב אדם ולתשאל אותו כדי לברר אם חשדם הראשוני בנוגע אליו מבוסס. אם החשש ממשיך להתקיים לאחר

2.3 חיפוש בהסכמה במדינות משפט מקובל נוספות

הסקירה הקצרה של המצב המשפטי הנוהג בארץ ובארצות-הברית מראה כי בכפוף לתנאים כאלה ואחרים, חיפוש בהסכמה על גופו של אדם, בכליו ובביתו, בהיעדר חשד סביר, הוא פרקטיקה שגורה בארץ ובארצות-הברית. למעשה, בדיקה קצרה מעלה כי חיפוש בהסכמה, בתנאים כאלה ואחרים, נהוג אף במדינות משפט מקובל רבות אחרות. כך, למשל, בבריטניה הפרקטיקה של חיפוש בהסכמה היא פרקטיקה שגורה,⁶³ המוסדרת בחקיקת משנה ולא בחקיקה ראשית⁶⁴ ובשל כך עוררה ביקורת נרחבת.⁶⁵ מכל מקום יש לציין כי חקיקת משנה זו, המכונה "כללים מנחים", קובעת הבחנה בין חיפוש על אדם לבין חיפוש בחצרים: נאסר על שוטר לערוך חיפוש על אדם, אף אם נתקבלה הסכמת אותו אדם לחיפוש, ואף אם התנדב לו מיוזמתו, אלא אם כן יש עילה המקנה מלכתחילה סמכות בדין לערוך את החיפוש.⁶⁶ לעומת זאת, ככל שמדובר בחיפוש בחצרים, מספיקה הסכמת בעליהם כדי להכשיר את החיפוש. אולם, על השוטר להבהיר לבעלים את מטרת החיפוש והיקפו בטרם יבקש את הסכמתו לחפש בחצרים,⁶⁷ ועליו להבהיר לו שהוא רשאי לסרב ואף יכול לבטל את הסכמתו בכל שלב.⁶⁸ חשוב לציין כי הפרה של הכללים המנחים הללו אינה חושפת

התשואול, רשאים השוטרים לחפש בכליו של המעוכב. ראו: Floyd v. City of New York, 959 F. Supp. 2d 540 (S.D. N.Y. 2013); לדין בנוגע לעתירה נגד מדיניות הבידוק בנמל תעופה בן גוריון, ראו: ברק מדינה "שמירה על בטחון הציבור: הפליה היא אסורה גם אם היא מועילה" **המשפט ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה** 17, 14 (2013). זמין ב- www.colman.ac.il/sites/college.stage.linnovate.net/files/17_november_2013_3_medina.pdf (נבדק לאחרונה ב-22.4.2016).

63 David Dixon, Clive Coleman & Keith Bottomley, *Consent and the Legal Regulation of Policing*, 17 J.L. & Soc'y 345 (1990). (להלן: Dixon, Coleman & Bottomley).

64 ראו את החוק הרלוונטי, השותק בנוגע לחיפוש בהסכמה: Police and Criminal Evidence Act, 1984, c. 60 (Eng.).

65 ראו את מאמרו של דייוויד מיד: David Mead, *Informed consent to police searches in England and Wales – a critical re-appraisal in the light of the Human Rights Act*, CRIM. L. REV. 791 (2002), שם הוא מציין את היעדרו של מקור בחוק לפרקטיקה של הסכמה לחיפוש משטרתית, דבר אשר לשיטתו אינו מתיישב עם האמנה האירופית לזכויות אדם, שבריטניה מחויבת לה.

66 "An officer, Police and Criminal Evidence Act 1984 Code A, § 1.5 (2010), שם נקבע: "must not search a person, even with his or her consent, where no power to search is applicable". החריג להוראה זו חל במקומות ספורט או במקומות שהכניסה אליהם מותנית בהסכמה לחיפוש.

67 Police and Criminal Evidence Act 1984 Code B, § 5.1 (2010).

68 שם, בס' 5.2.

את השוטר לסנקציה, פלילית או אזרחית,⁶⁹ ובפועל אין הקפדה על ציות לכללים הללו.⁷⁰ החוק עצמו אינו קובע חובה מפורשת שההסכמה תהיה הסכמה מדעת שניתנה לאחר יידוע מושא החיפוש בדבר זכותו לסרב לחיפוש, ויש לכך השפעה של ממש על הנוהג בפועל.⁷¹

גם בקנדה חיפוש מוסכם הוא בבחינת פרקטיקה שגורה. סעיף 8 לצ'רטר הקנדי קובע כי לכל אדם יש זכות להיות מוגן מפני חיפוש או תפיסה בלתי סבירים.⁷² בית המשפט העליון הקנדי קבע לעניין סבירות החיפוש שלוש קביעות חשובות:⁷³ האחת היא שכדי שחיפוש יהיה סביר, הוא צריך להיות מורשה על פי החוק, השנייה היא שעל החוק עצמו להיות סביר והשלישית היא שאופן החיפוש צריך להיות סביר. סבירות החיפוש, הסביר בית המשפט העליון הקנדי, מושפעת מסבירות הציפייה של מושא החיפוש לכבד את פרטיותו.⁷⁴ הסכמה עשויה אפוא להפוך חיפוש לא סביר לחיפוש סביר. עם זאת, בשל פערי הכוח שבין המשטרה לאזרח, ובשים לב לכך שמדובר בויתור על זכויות חוקתיות, נקבע כי נדרשת מודעות מלאה של האזרח לזכויותיו בטרם יותר עליהן. בכמה פסקי דין דן בית המשפט העליון של קנדה בחוקיות חיפוש המושגת על הסכמה, וקבע כי על התביעה הנטל להוכיח במאזן ההסתברויות שמושא החיפוש נתן הסכמה מדעת, דהיינו הסכמה המבוססת על מודעותו לזכותו לסרב לחיפוש.⁷⁵ בפסק דין של בית משפט לערעורים באונטריו נקבעה רשימת תנאים מפורטת להכשרת חיפוש או תפיסה באמצעות הסכמה: ניתנה הסכמה של ממש בין שהיא מפורשת ובין שהיא משתמעת; נותן ההסכמה מוסמך לתתה; ההסכמה חופשית, כלומר אינה תוצר של לחץ משטרתית פסול, כפייה או כל אמצעי אחר ששלל את רצונו החופשי של נותן ההסכמה; נותן ההסכמה מודע לטיב הפעולה שהסכמתו נדרשת לה; נותן ההסכמה מודע לזכותו לסרב לחיפוש;⁷⁶ נותן

⁶⁹ Police and Criminal Evidence Act 1984, § 67 (2010).

⁷⁰ Dixon, Coleman & Bottomley, לעיל ה"ש 63; אף אין סנקציות בגין הפרתם. Mead, לעיל ה"ש 65.

⁷¹ ראו את מאמרו של Mead, שבו הוא מזכיר שאין חובה חד-משמעית בחוק ליידע מראש את מושא החיפוש בדבר זכויותיו, וככל שיש הסדרה כזו, היא אינה בחוק ראשי וכוחה מועט, שם.

⁷² "Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure". Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982, being Schedule B to the Canada Act, 1982, c. 11, art. 8 (U.K.).

⁷³ R. v. S.A.B., [2003] S.C.C. 60 (Can.).

⁷⁴ R. v. Edwards, [1996] 1 S.C.R. 126 (Can.).

⁷⁵ "[A]dduce evidence that the person detained had indeed made an informed consent to the search based upon an awareness of his rights to refuse to respond to the questions or to consent to the search". R. v. Mellenthin, [1992] 3 S.C.R. 615, 624–625 (Can.);

R. v. Côté, 2011 SCC 46, [2011] 3 S.C.R. 215 (Can.).

⁷⁶ אין חובה ליידע את מושא החיפוש בדבר זכויותיו, ודי בהוכחת מודעותו לזכויותיו במאזן

ההסכמה מודע לתוצאות של הסכמתו.⁷⁷ אם הסכמה נתונה עומדת בדרישות המפורטות, חיפוש שנערך מכוח הסכמת מושא החיפוש אינו מהווה הפרה של סעיף 8 לצ'רטר הקנדי.⁷⁸

בניו-זילנד הפרקטיקה של חיפוש בהסכמה מעוגנת בחוק. במגילת הזכויות הניו-זילנדית נקבע כי לכל אדם יש זכות להגנה מפני חיפוש או תפיסה בלתי סבירים.⁷⁹ חוק החיפוש הניו-זילנדי מייחד פרק להסכמה לחיפוש,⁸⁰ וממנו עולה כי חיפוש בהסכמה יכול להתבצע, בין על אדם ובין ברכושו, רק לשם המטרות הקבועות בו, והן: מניעת ביצוע עבירה, הגנה על חיי אדם או רכוש או מניעת פגיעה או נזק, חקירה הקשורה לעבירה שבוצעה, או כל מטרה אחרת שהשוטר מוסמך לה על פי דין.⁸¹ לפני ביצוע חיפוש בהסכמה על השוטר להגדיר את מטרת החיפוש מתוך המטרות דלעיל, להבהיר לאזרח מהי מטרת החיפוש המדויקת, ולהבהיר לאזרח שיש לו זכות לסרב לחיפוש.⁸² חיפוש בהסכמה שלא נעשה על פי כללים אלו אינו חיפוש חוקי.⁸³ בפסיקה נקבע כי הסכמה, ככל שהיא חופשית ומדעת, יש בה כדי להפוך את החיפוש לסביר באופן המתיישב עם סעיף 21 למגילת הזכויות.⁸⁴

2.4 חיפוש בהסכמה כאירופה

האמנה האירופית קובעת כי לכל אדם זכות לפרטיות וכי ניתן לפגוע בה ככל שהחוק מאפשר זאת ובכפוף לכך שמתקיימים תנאים מיוחדים המצדיקים את הפגיעה, בין

ההסתברויות. ראו בעניין זה: *R. v. Blackstock* (1997), 10 C.R. 5th 385 (Can. Ont. C.A.); *R. v. Wills* (1992), 70 C.C.C. 3d 529 (Can. Ont. C.A.).⁷⁷

"A consensual search and seizure, conducted in a reasonable manner and within the scope of the consent, is not protected by s 8 [of the Charter]"⁷⁸

"Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure, whether of the person, property, or correspondence or otherwise". Section 21 of the New Zealand Bill of Right Act 1990 (N.Z.).⁷⁹

Search and Surveillance Act 2012, cl 91–96 (N.Z.).⁸⁰

שם, בס' 92.⁸¹

שם, בס' 93.⁸²

שם, בס' 94.⁸³

CRNZ 399 (Can.); *Cropp v. Judicial Committee* [2008] v. *Fletcher* (2002), 19R. NZSC 46, [2008] 3 NZLR 774 (HC): "put the conduct of a particular search under a lawful rule outside the protection of s 21 of the Bill of Rights Act [...] depending on the manner in which the search is undertaken, a consent may, however, indicate that it is reasonable"; Christopher Harker, *Consent Searches and Section 21 of the New Zealand Bill of Rights Act 1990*, 9 N.Z. J. PUB. & INT'L L. 137 (2011)⁸⁴

השאר מניעת עבירות והגנה על הציבור.⁸⁵ על כן בחוקי הפרוצדורה הפלילית של מדינות האמנה יש פירוט מפורש של הנסיבות ואופן הביצוע של חיפוש, מנקודת מוצא שהוא פוגע בפרטיות, ולא אחת יש אף התייחסות לאפשרות של חיפוש בהסכמה.

קוד הפרוצדורה הפלילית הגרמני קובע כי חיפוש על אדם או בבית ייעשה בנסיבות שבהן יש חשד לביצוע עבירה או החזקת חפץ אסור וכן בנסיבות שבהן יש חשד להימצאות ראיה נחוצה.⁸⁶ בדרך כלל החיפוש צריך להתבצע על פי צו של שופט. עם זאת, בנסיבות של דוחק חיפוש יכול להיעשות גם באישור משרד התביעה ובידי נציגיו.⁸⁷ אף על פי כן, החריג הפך לכלל, ומחקר שנערך בגרמניה גילה כי רק כ-10% מהחיפושים מבוססים על צו של שופט,⁸⁸ ואילו כל היתר מבוצעים על ידי המשטרה ללא צו שיפוטי, ורק לעתים באישור התביעה.⁸⁹ הקוד הגרמני אינו עוסק בהסכמה לחיפוש, ובפועל הסכמה כשלעצמה בגרמניה אינה מספיקה כדי להכשיר חיפוש.⁹⁰ חיפוש, כאמור לעיל, אינו יכול להיעשות על סמך תחושה או אינטואיציה ונדרשת הסתברות ממשית להתרחשות עבירה.⁹¹ החלטה לבצע חיפוש כפופה לעקרונות המידתיות, באופן שחיפוש בגין חשד לעבירה פעוטה עלול להיחשב לחיפוש לא חוקי, ומאותו הטעם חיפוש הפוגע פגיעה יתרה בזכויות, כגון חיפוש במשרד של מערכת עיתון, עלול להיחשב לבלתי חוקי.⁹² הקוד הגרמני אוסר חיפוש בלילה,⁹³ למעט

85 Article 8(1), European Convention on Human Rights: "Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence"; "There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others"

86 8(2)קובע את הסייגים לכלל: Strafprozeßordnung [StPO] [German Code of Criminal Procedure], Apr. 1987, § 102 (Ger.) (להלן: קוד הפרוצדורה הגרמני).

87 שם, בס' 105. בנסיבות מיוחדות כגון חשד לאירוע טרור או שוד בנסיבות מחמירות אף אין צורך בחשד סביר אינדיווידואלי. ראו: ERIK LUNA, *A Place for Comparative Criminal Procedure*, 42 BRANDEIS L.J. 277, 318 (2004).

88 Thomas Weigend, *Germany Rules of Criminal Procedure*, in CRIMINAL PROCEDURE: A WORLDWIDE STUDY, 243 (Craig M. Bradley ed., 2007)

89 Hans Heiner Kuhne, *Germany*, in CRIMINAL PROCEDURE SYSTEMS IN THE EUROPEAN COMMUNITY 151 (Christine Van den Wyngaret ed., 1993)

90 Christopher Slobogin, *Transnational Law and Regulation of the Police*, 56 J. Legal Educ. 451, (2006).

91 MICHAEL BOHLANDER, PRINCIPLES OF GERMAN CRIMINAL PROCEDURE (2012)

92 שם, בעמ' 82.

93 קוד הפרוצדורה הגרמני, לעיל ה"ש 86, בס' 104; ולהרחבת הדיון ראו, למשל: Rodolphe Juy-

בנסיבות דוחק מיוחדות.⁹⁴ יצוין כי בגרמניה הנטייה לפסול ראיות שנתפסו בחיפוש נמוכה מאוד,⁹⁵ אך בה בעת קיימת אכיפה מרתיעה נגד שוטרים שחרגו מסמכותם.⁹⁶ בצרפת, החקירה יכולה להתנהל על ידי המשטרה, התביעה או השופט החוקר.⁹⁷ אף על פי כן, החקירה מנוהלת בידי שופט רק כאשר מדובר בעברה חמורה. כך או אחרת, סמכויות החקירה מואצלות על ידי השופט החוקר למשטרה, באופן שהמשטרה היא שבפועל מבצעת את החקירה.⁹⁸ חיפוש יכול להיעשות רק בשעות היום, למעט מקרים חריגים הקשורים בעברות טרור או סמים.⁹⁹ הקוד קובע מקרים שבהם שוטר יכול לדרוש מאדם להזדהות בפניו, בין השאר כאשר מתעורר חשד לביצוע עברה, או כשאדם אוהז בראיה הנחוצה למשפט, או כשהתביעה מורה על בדיקות באזורים גיאוגרפיים מסוימים ובנסיבות מסוימות.¹⁰⁰ כאמור, הקוד קובע ששוטר אינו יכול לבצע חיפוש על דעתו, וללא צו, אלא במקרה של עברה חמורה או במקרים בעלי דחיפות מיוחדת.¹⁰¹ אך על פי כן, גם בהיעדר תנאי דחיפות ובהיעדר צו

Birmann, *The German System, in EUROPEAN CRIMINAL PROCEDURE* 321 (Mireille Delmas Marty & J.R.Spencer ed., (2002)

קוד הפרוצדורה הגרמני, לעיל ה"ש 86, בס' 104(3).⁹⁴

Department of Justice, Office of Legal Policy, *Truth in Criminal Justice, Series Official of Legal Policy: The Search and Seizure Exclusionary Rule*, 22 U. MICH. J. L. REFORM 573, 620 (1989)⁹⁵

Barry F. Shanks, *Comparative Analysis of the Exclusionary Rule and its Alternatives*, "German authorities encourage כי שם נכתב 57. TUL. L. REV. 648, 659–663 (1983)⁹⁶ citizen complaints about police misconduct. Police departments review allegations of misconduct administratively, and such administrative review is subject to governmental and judicial oversight. Officers may be fined, lose promotions, or even be imprisoned for misconduct. Civil actions by private citizens also provide a remedy"

CODE DE PROCÉDURE PÉNALE [C. PÉN.] art. 12–15 (Fr.) (להלן: קוד הפרוצדורה הפלילית הצרפתי).⁹⁷

CHATHERINE ELLIOTT, *France, in THE HANDBOOK OF COMPARATIVE CRIMINAL LAW* (Kevin J. Heller & Markus D. Dubber ed., 2011)⁹⁸ ; קוד הפרוצדורה הפלילית הצרפתי, לעיל ה"ש 97, בס' 53. העוסק בהגדרת המושג "flagrant offence" [Des crimes et des délits flagrants], הקובע סמכויות נרחבות למשטרה בעברות ובנסיבות מסוימות; קוד הפרוצדורה הפלילית הצרפתי, לעיל ה"ש 97, בס' 54, העוסק בסמכויות השוטר; לדיון נרחב יותר ראו: Richard Vogler, *Criminal Procedure in Franc, in COMPARATIVE CRIMINAL PROCEDURE* (John Hatchard, Barbara Huber and Richard Vogler ed., 1996)

קוד הפרוצדורה הפלילית הצרפתי, לעיל ה"ש 97, בס' 59 אוסר חיפוש בין השעות 21:00 בלילה ו-6:00 בבוקר.⁹⁹

שם, בס' 78.2.¹⁰⁰

Velerie Dervieux, *The French System, in EUROPEAN CRIMINAL PROCEDURE* 255 (Mireille Delmas Marty and J.R.Spencer ed., 2002)¹⁰¹ ; שם, בס' 54.

שיפוטי, ניתן לבצע חיפוש על סמך הסכמה ובלבד שתהא זו הסכמה בכתב.¹⁰² בפועל חיפוש בהסכמה הוא פרקטיקה שגורה בצרפת,¹⁰³ ויש הטוענים שגורה מדי.¹⁰⁴ חיפוש בהסכמה אינו כפוף לכללי החיפוש שבחוק, אלא הוא נחשב לאקט וולונטרי, מה שהופך אותו לנוח מאוד מבחינת השוטר.¹⁰⁵

סעיף 14 לחוקה האיטלקית קובע כי חיפוש מותר רק על פי הסמכה מכוח החוק.¹⁰⁶ קוד הפרוצדורה הפלילית האיטלקי,¹⁰⁷ אשר חוקק בהשראת ההליך האדוורסרי האמריקני, בין השאר בתגובה להיעדר הגנה מספקת על זכויות נאשמים,¹⁰⁸ מגדיר את סמכויות החיפוש ותנאיו.¹⁰⁹ באיטליה החיפוש מסור לסמכות התביעה, והתביעה היא שמשמיכה את המשטרה לבצע חיפושים.¹¹⁰ החיפוש כפוף למסירת צו למושא החיפוש ומותנה בשמירה מרבית על כבודו של מושא החיפוש.¹¹¹ כמו כן, אסור לבצע חיפוש בשעות הלילה.¹¹² שוטר יכול בנסיבות מסוימות לבצע חיפוש בבית שלא על פי צו, אם מדובר בעברה חמורה שזה עתה נעברה או בחשש שיש בו עברייני נמלט,¹¹³ אבל אז על המשטרה להעביר לתובע את התיעוד לחיפוש

¹⁰² קוד הפרוצדורה הפלילית הצרפתי, לעיל ה"ש 97, בס' 76.

¹⁰³ Abraham S. Goldstein & Martin Marcus, *The Myth of Judicial Supervision in Three "Inquisitorial" Systems: France, Italy, and Germany*, 87 YALE L.J. 240 (1977)

¹⁰⁴ ביקורת על השימוש המוגבר בהשגת הסכמה לחיפוש בצרפת: Captain Stephen J. Kaczynski, *Consent to search in France is routinely given, often in the absence of knowledge of the right to refuse it*, 101 MIL. L. REV. 83, 163 (1983)

¹⁰⁵ JACQUELINE HODGSON, FRENCH CRIMINAL JUSTICE: A COMPARATIVE ACCOUNT OF THE INVESTIGATION AND PROSECUTION OF CRIME IN FRANCE 188 (2005); דומה המצב באנגליה ובוויילס, והוא ממריץ שוטרים לבצע חיפוש בהסכמה, שכן חיפוש זה אינו מחייב אותם להוכיח קיומו של חשד סביר: Dixon Coleman & Bottomley, לעיל ה"ש 63.

¹⁰⁶ Art. 14 Costituzione [Cost.] (It.); Piermaria Corso, *Italy*, in CRIMINAL PROCEDURE SYSTEMS IN THE EUROPEAN COMMUNITY 243 (Christine Van den Wyngaret ed., 1993)

¹⁰⁷ Codice di procedura civile [C.p.c.] (It.) (להלן: קוד הפרוצדורה הפלילית האיטלקי); לתרגום החוק לאנגלית ראו: THE ITALIAN CODE OF CRIMINAL PROCEDURE: CRITICAL ESSAYS AND ENGLISH TRANSLATION (M. GIALUZ, L. LUPÀRIA & F. SCARPA ed., 2014)

¹⁰⁸ Julia Grace Mirabella, *Scales of Justice: Assessing Italian Criminal Procedure Through The Amanda Knox Trial*, B. U. INT'L L. J. 229 (2012)

¹⁰⁹ חיפוש באדם מוסדר בס' 249 וחיפוש בבית מוסדר בס' 250 לקוד הפרוצדורה הפלילית האיטלקי, לעיל ה"ש 107.

¹¹⁰ קוד הפרוצדורה הפלילית האיטלקי, לעיל ה"ש 107, בס' 370; Antoinette Perrodet, *The Italian System*, in EUROPEAN CRIMINAL PROCEDURE 378 (MIREILLE DELMAS MARTY AND J.R.SPENCER ed., 2002)

¹¹¹ קוד הפרוצדורה הפלילית האיטלקי, לעיל ה"ש 107, בס' 249.

¹¹² שם, בס' 251.

¹¹³ שם, בס' 352(1).

בתוך 48 שעות כדי לאשר את החיפוש.¹¹⁴ באיטליה ניתן לבצע חיפוש בהסכמה, אף שזה אינו מוסדר בחוק, ובפועל מדובר בפרקטיקה שגורה.¹¹⁵ בשווייץ חיפוש בהסכמה מוסדר בחוק עצמו. בנוגע לחיפוש בבית, הסכמה לחיפוש יכולה להכשיר את החיפוש, אך שוטר אינו נזקק לה, כמובן, אם יש חשד שבבית נמצא עברייין מבוקש, או ראייה או רכוש שיש עילה לתפסם, או שעברה בוצעה בבית זה עתה.¹¹⁶ גם חיפוש בהסכמה על אדם מוסדר בחוק, וההסכמה מקנה לשוטר סמכות לבצע את החיפוש. כל אימת שיש חשד להימצאות ראייה ברשותו של אדם, או שיש חשד להימצאות רכוש שיש עילה לתפסו, ניתן לבצע את החיפוש אף בלא הסכמה.¹¹⁷

הנה כי כן, חיפוש מוסכם נהוג במדינות רבות בעולם המערבי ומוסדר לעתים באמצעות המחוקק ולעתים באמצעות פסיקת בית המשפט. חשוב לציין שגם כאשר המחוקקים השונים, או בתי המשפט, מגלים ערנות לבעייתיות הכרוכה בהסכמה לחיפוש, הם מתייחסים בעיקר לחשש מפני היעדר וולונטריות, ועל כן הם קובעים תנאים לחיפוש בהסכמה אשר יש בהם כדי למזער, גם אם לא לנטרל כליל, את החשש הזה. כעת אבקש להציג את הבעייתיות הכרוכה בפרקטיקה של החיפוש המוסכם. תחילה אציין את הטעמים הקשורים בהיעדר וולונטריות, אך לא איעצר שם ואציג בהמשך טעמים נוספים. לבסוף אטען כי בהצטברותם יחד יש כדי להצדיק את ביטול הפרקטיקה של החיפוש המוסכם, בהיעדר חשד סביר.

ב. מסגרת נורמטיבית לדיון בהסכמה

בטרם תוצג הבעייתיות הכרוכה בהסכמה לחיפוש, מן הראוי לשרטט קווים לדמותה של הסכמה ובהם מאפייניה, התנאים לה והפעולה המוסרית שהיא מחוללת בעולם. הסכמה היא הרשאה שמשנה את מערך היחסים המוסריים בין הצדדים לה, באופן שבו המסכים מעניק לצד האחר לכל הפחות פריבילגיה לבצע פעולה שבהיעדר הסכמתו הייתה אסורה.¹¹⁸ בכואנו לדבר על הסכמה יש להבחין בין שני מושגי מפתח: האחד הוא assent שהוא בבחינת תמימות דעים והשני הוא consent שהוא בבחינת הרשאה אפקטיבית. כאשר ילדה בת עשר משיבה בחיוב לבקשה של מבוגר לקיים עמה יחסי

¹¹⁴ שם, בס' 352(4); PERRODET, THE ITALIAN SYSTEM, לעיל ה"ש 110, שם.

¹¹⁵ Goldsteint & Marcus, לעיל ה"ש 103, שם.

¹¹⁶ בנוגע לחיפוש בבית: CRIMINAL PROCEDURE: CODE DE PROCÉDURE PÉNALE [C.p.p.], CODE [CRIM PC], Oct. 5, 2007, art. 213, 244 (Switz.).

¹¹⁷ בנוגע לחיפוש על אדם: שם, בס' 249.

¹¹⁸ Brenda M. Baker, *Understanding Consent in Sexual Assault, in A MOST DETESTABLE CRIME: NEW PHILOSOPHICAL ESSAYS ON RAPE* 49, 51–52 (Keith Burgess-Jackson ed., 1999).

מין, הסכמתה תיחשב לכל היותר ל-assent, דהיינו תמימות דעים, אך לא ל-consent, שכן הסכמתה אינה יכולה לשמש הרשאה לקיום יחסי מין עמה.¹¹⁹ כדי שנאמר שהסכמתו של אדם היא הסכמה אפקטיבית המייצרת הרשאה לפעולה, יש לבחון כמה תנאים ובהם כשירות, חופשיות, מידע על טיב הפעולה והשלכותיה, וכמו כן פעולת ההסכמה צריכה להיות מכוונת, להבדיל מפעולה אקראית. בהיעדר אותם תנאים אצל הפועל, לא יהיה נכון ולעתים אף לא הוגן מבחינה מוסרית וחוקית לומר שהוא אחראי למעשיו, וממילא אף לא יהיה נכון לומר שבכוחה של הסכמתו לשנות את מערך הזכויות והחובות שלו עם סביבתו.¹²⁰

1. תנאים לקיומה של הסכמה אפקטיבית

התנאי הראשון לכך שהסכמה תהיה אפקטיבית, דהיינו שתוכל לשנות את מערך הזכויות והחובות של המסכים עם סביבתו, הוא תכונות או יכולות מסוימות של המסכים, שיאפשרו לראות בו אדם אוטונומי. מדובר באדם שלכל הפחות מסוגל לנהל את חייו באופן מושכל, גם אם בפועל הוא בוחר שלא לעשות כן. לכשירות יש כמה רבדים. הרובד הראשוני הוא המצב ההתפתחותי של האדם. ההנחה היא שאצל ילדים טרם התפתחו היכולות הקוגניטיביות הבסיסיות המצויות אצל מרבית הבגירים. היעדרן של יכולות אלו פוגע בכשירותם של ילדים להסכים. אף על פי כן, כשירות אינה בבחינת הכול או לא כלום. הסכמה למעשה אחד לא בהכרח דורשת אותה מידת כשירות כמו זו של הסכמה למעשה אחר.¹²¹

התנאי השני לכך שהסכמה תהיה אפקטיבית הוא חופשיותה, שכן בני אדם אחראים רק לפעולות שהם עשו בהיותם חופשיים לעשותן. כשאדם עושה מעשה באופן בלתי חופשי, המעשה אינו נתפס כמעשה שלו. על כן לא ראוי לשייך אליו את המעשה או לחייבו לשאת בתוצאות המעשה. כאשר שמעון פועל עקב איום של ראובן, הוא אינו פועל אוטונומי במלוא מובן המילה. ברגיל שמעון, כאדם אוטונומי, פועל על פי הטעמים שלו לפעולה המשקפים את הרצון שלו, ואילו במקרה של איום, שמעון פועל על פי הטעמים של ראובן ועל פי הרצון של ראובן.¹²² המסכים-הבלתי-

¹¹⁹ John Kleinig, *Consent*, in *ENCYCLOPEDIA OF ETHICS*, 301 (Lawrence C. Becker & Charlotte b. Becker ed., 1992) (להלן: Kleinig).

¹²⁰ גם אם בנסיבות מסוימות יהיה ניתן לומר שנראה, בטעות, כמי שהסכים.

¹²¹ Heidi M. Malm, *The Ontological Status of Consent and its Implications for the Law on Rape*, in *2 LEGAL THEORY* 147 (1996).

¹²² ג'ורג' שר משתמש במושג responsiveness to reasons כתנאי לאוטונומיה. דהיינו אדם הוא אוטונומי ככל שהוא מגיב על פי סיבות שיש לו לפעולה. כאשר אדם פועל על סמך איום, הוא אינו מגיב על פי סיבות שלו לפעולה ועל פי הרצון שלו, אלא על פי סיבות של המאיים ועל פי רצון של המאיים: GEORGE SHER, *BEYOND NEUTRALITY: PERFECTIONISM AND*

חופשי אינו נחשב למי שהתכוון¹²³ לשנות את היחסים הנורמטיביים שלו עם הזולת.¹²⁴ על כן אך טבעי הוא שהסכמתו נטולת הכוח לשנות את היחסים המוסריים שלו עם הזולת. במובן מסוים הטעם שלא להכיר בהסכמה עקב איום כהסכמה אפקטיבית הוא שהסכמה שכזו אינה מלווה בכוונה של המסכים לשנות את היחסים המוסריים שלו עם המאיים, אלא מלווה בכוונה למלט את עורו מפני מימוש האיום. כאשר דנים בחופש כתנאי להסכמה, יש להבחין בין שתי רמות אפשריות של חופש. הראשונה מבטאת חופש במובן השלילי שלו, כמצב של היעדר תנאים כופים בנוגע לפעולה.¹²⁵ לעומת זאת, רמה אחרת של חופש, הקשורה קשר עמוק באוטונומיה של הפועל, ושיש המכנים אותה "וולונטריות", תלויה בחלופות הנתונות לפועל. דהיינו, אם אדם מבצע פעולה בגלל שאין לו חלופות מתקבלות על הדעת, אין לומר שהפעולה חופשית ממש.¹²⁶

ידע הוא תנאי נוסף להסכמה אפקטיבית, לכל הפחות באשר למהות ההסכמה, לזהות הצד האחר להסכמה ולתוצאות ההסכמה.¹²⁷ תנאי זה נועד להבטיח מודעות למצב העובדתי של ההסכמה, באופן שלמסכים תהיה לכל הפחות האפשרות לקבל החלטה רציונלית.¹²⁸ ידע הוא גם תנאי לכוונה. בלי לדעת מה אני עושה, אינני יכול להתכוון למה שאני עושה. כך, למשל, כאשר גינקולוג אומר למטופלת שהוא מחדיר לאיבר המין שלה מכשיר בדיקה, ובפועל הוא מחדיר לאיבר המין שלה את איבר המין שלו, הוא מבצע בה עֲבֵרַת מין בלתי מוסכמת. המטופלת אינה מודעת לכך שהיא מקיימת יחסי מין, וממילא אף אינה יכולה לבחור אם להסכים או שלא להסכים לקיומם. לעומת זאת, כאשר מטפל "רוחני" אומר לאישה שאם היא יקיים עמה יחסי מין, היא תירפא מכישוף המוטל עליה, האישה מודעת לכך שהיא מקיימת יחסי מין. אמנם המטפל מיידע את האישה על קיום יחסי המין, אך הוא מטעה אותה בכל הנוגע להשלכות של קיום יחסי המין עמו. גם אם יהיו שיטענו כי מדובר במרמה בלבד ולא בעֲבֵרַת מין ממש, הרי אין ספק שיש מגבלת ידע שמפיעה על ההסכמה, מגבלה

.POLITICS, 48 (1997)

123 כוונה היא תנאי נוסף לקבילותה של ההסכמה ואדון בה מיד.

124 Kleinig, לעיל ה"ש 119.

125 IAN CARTER, A MEASURE OF FREEDOM, 24 (1999)

126 יש אשר יאמרו שהפעולה בעצם חופשית אך רק אינה וולונטרית. ראו: "Voluntariness [...] is a property of the choices made by an agent. A choice is non-voluntary if it is made because there are no acceptable alternatives", SERENA OLSARETTI, LIBERTY, DESERT AND THE MARKET: A PHILOSOPHICAL STUDY (2004)

127 DAVID ARCHARD, SEXUAL CONSENT 316 (1998)

128 Taslitz E. Andrew, *A Feminist Fourth Amendment?: Consent, Care, Privacy, and Social Meaning in Ferguson v. City of Charleston*, 9 DUKE J. GEND LAW & POL'Y 1, 45 (2002)

הנוטלת ממנה את כוחה לשנות את מערך הזכויות והחובות שבין הצדדים.¹²⁹ מידת הידע הנדרשת כדי להפוך הסכמה לקבילה, אינה אחידה. על המנתח חלה חובה ליידע את החולה באשר לניתוחו, לסיכונים האפשריים ולחלופות לניתוח. אותה חובה אינה חלה על מוסכניק המטפל ברכב של לקוחו. ההבדל לא בהכרח נובע מכך שאנו מבינים במכניקה של כלי רכב יותר מאשר באנטומיה של בני אדם, אלא בעיקר מכך שעתידי חיינו חשוב לנו הרבה יותר מעתידי רכבנו. סוגיה נוספת קשורה בשאלה על מי הנטל לגלות את המידע הקשור להסכמה. האם על המסכים לאתר את כל המידע הקשור להסכמה בעצמו, או אולי על הצד האחר להסכמה מוטל לגלות את כל המידע הקשור להסכמה? ואולי חובה לגלות למסכים רק מידע שהמסכים אינו יכול לגלות בעצמו? גם כאן התשובה אינה חד-משמעית ונראה כי לזהותו של מושא ההסכמה, כמו גם ליחסי הכוח ולפערים בין הצדדים השפעה מכרעת על הקביעה מתי יש חובת גילוי, על כתפי מי היא מונחת, ומה היקפה.

תנאי אחרון קשור בכוונת המסכים. כדי שנוכל לומר שפלוני הסכים לפעולה מסוימת, חייבת להיות לו כוונה להסכים לאותה פעולה. כך, למשל, אדם המשתמש בכביש ראשי שנבנה על ידי המדינה מכספי מסים,¹³⁰ לא בהכרח מתכוון לקבל עליו בהכנעה את כל חוקיה של אותה מדינה.¹³¹ בהקשר זה ממש דייוויד יום חולק על מסקנתו של לוק, שלפיה תושבות, תוך הנאה משירותי המדינה, מלמדת על הסכמה משתמעת לחוקי המדינה.¹³² יום מצביע על כך שמאפיין הכרחי של הסכמה הוא שהיא "Act of the mind", דהיינו מעשה שהוא ביטוי חיצוני לרצונו של המסכים. לא די בדרישת המודעות, אלא יש אף צורך בכוונה, אשר תהפוך את הרצון להסכים, ככל שיש כזה, לרצון אפקטיבי.

2. הפעולה הנורמטיבית של הסכמה

לאחר תיאור התנאים לקיומה של הסכמה אפקטיבית, הסכמה שיש בה הכוח הנדרש לשנות את מערך הזכויות והחובות של הצדדים לה, אבקש עתה לתאר את הפעולה הנורמטיבית של הסכמה באופן מעמיק יותר. הסכמה מחוללת שינוי נורמטיבי בעולם. השינוי הוא במערך הזכויות והחובות בין המסכים לאחר, אשר ההסכמה ניתנת לו,

¹²⁹ Kleinig, לעיל ה"ש 119.

¹³⁰ יוער כי ג'ון לוק סבור דווקא שכן מדובר בהסכמה משתמעת. JOHN LOCKE, SECOND TREATISE OF GOVERNMENT 119 (1690).

¹³¹ המבקר הידוע ביותר בימינו של עמדה זו של לוק הוא ג'ון סימונס. JOHN A. SIMMONS, MORAL PRINCIPLES AND POLITICAL OBLIGATIONS, 57-74 (1979) (להלן: SIMMONS, (PRINCIPLES AND OBLIGATIONS).

¹³² David Hume, *Of the Original Contract*, in HUME'S ETHICAL WRITINGS (Alasdair MacIntyre ed., 1965).

והשינוי הוא בקשר למה מותר או אסור לאותו אחר לעשות. הכוח המוסרי של הסכמה בא לידי ביטוי בכוחה להפוך פעולה אסורה לפעולה מותרת.¹³³ ג'ון קליינינג מציג כמה אפשרויות לתיאור הפעולה הנורמטיבית שהסכמה מחוללת.¹³⁴ על פי אפשרות אחת, הסכמה היא סוג של הבטחה העשויה ליצור ציפייה והסתמכות מצד מקבל ההבטחה ובנסיבות מסוימות עשויה להקים תביעה מוצדקת כלפי המבטיח. הסכמה כהבטחה, או כהתחייבות, הגם שהיא יכולה להלום סוג מסוים של הסכמות, ודאי אינה מתארת את כל סוגי ההסכמות האפשריות ואף לא את רובם. כך, למשל, ברור שכאשר שמעון מסכים שראובן יבצע בו ניתוח, אין בכך משום הבטחה של שמעון כלפי ראובן שיבוצע בו ניתוח. אפשרות אחרת היא לתאר הסכמה באמצעות מושג ההרשאה. בהסכמתו של שמעון לכך שראובן יבצע פעולה מסוימת יש משום מתן הרשאה לראובן לבצע את הפעולה – פעולה אשר בהיעדר ההסכמה אין לראובן הרשאה לבצע. הסכמה כהרשאה מתארת ויתור על זכות, הענקה של זכות, או לכל הפחות הענקה של הסכמה כהרשאה מיטיבה לתאר היבט חשוב של הסכמות מהסוג שבו עוסק המשפט הפלילי. אף על פי כן, לא תמיד הסכמה תשמש הרשאה, מאחר שלעתים לא יהיה בכוחה של הסכמה להעביר זכות, ולכן לא תוכל להיות הרשאה תקפה. דרך נוספת, מקיפה יותר, לתיאור הסכמה היא לתארה כעסקה (טרנסקציה) מוסרית. ההסכמה, לפי עמדה זו, מקצה משאב נורמטיבי לפעולה. דהיינו, המסכים הוא בעל משאב נורמטיבי ואותו הוא מספק לצד האחר. מדובר במשאב שבהיעדר הסכמה לא יהיה בידיו של הצד האחר.¹³⁵ המסכים מבקש להקצות באמצעות הסכמתו משאב נורמטיבי לפועל – משאב שבנסיבות מסוימות עשוי להתיר לפועל לפעול. על כן לא תמיד אותו משאב נורמטיבי יוכל להפוך את מושא ההסכמה למותר, וממילא לא תמיד תוכל ההסכמה לשמש הרשאה.

ג. מה הבעיה בהסכמה לחיפוש משטרתית?

האינטואיציה הראשונית היא שהסכמה, המשקפת את האוטונומיה של המסכים, מכשירה את מושא ההסכמה שלו ועל כן מפיגה את הפגיעה בפרטיותו.¹³⁶ זו אף

¹³³ Heidi M. Hurd, *The Moral Magic of Consent*, "כוח מוסרי פלאי": THEORY 121, 123–124 (1996); Alan Wertheimer, *Forum on the Law of in 2 LEGAL .Rape: What Is Consent? And Is it Important?*, 3 BUFF. CRIM. L. REV. 557, 559 (2000).

¹³⁴ Kleinig, לעיל ה"ש 119, בעמ' 300.

¹³⁵ "When X consent to Y's doing A, X exercises a normative resource that he or she has so as to provide Y with an otherwise unavailable normative resource".

¹³⁶ זו האינטואיציה הליברלית כפי שהיא באה לידי ביטוי באופן כללי במשנתו של מיל בספרו "על החירות", ובאופן קונקרטי בעקרון הנזק שהוא מגבש: JOHN STUART MILL, ON LIBERTY (1859) ביטוי נוסף לכך מצוי בעקרון ה-*volenti non fit injuria*, עיקרון שלפיו לא נגרמה פגיעה באדם אם הסכים למעשה המזיק. ראו, למשל: BLACK'S LAW DICTIONARY 1575 (6th).

הנמקת הרוב להכשרת חיפוש מוסכם בהלכת **בן חיים**, שתוארה לעיל. אולם, אטען כי הסכמה לחיפוש משטרתית לוקה בכמה בעיות הן בשל כשלים מובנים בחופשיותה הן בשל היעדר כוח מספיק לשנות את מערך הזכויות והחובות בין השוטר לאזרח.

1. פגמים בחופשיות ההסכמה לחיפוש משטרתית

הביקורת הנפוצה ביותר בשיח המשפטי והציבורי בנוגע לחיפוש בהסכמה היא שהסכמה של אזרח לבקשת שוטר לערוך חיפוש אינה הסכמה חופשית של ממש.¹³⁷ הטיעון בעיקרו הוא שהסכמה המהווה ויתור על זכות מחייבת שהאדם עצמו יוותר על זכותו באופן חופשי, שאם לא כן אין כוח להסכמתו, והסכמה לחיפוש משטרתית אינה משקפת רצון חופשי.¹³⁸

נטייה מוגברת לציית לסמכות: בספרות המשפטית הודגם הקושי לסרב לשוטר, בייחוד בשים לב לכך שממילא יש נטייה טבעית לציית לסמכות.¹³⁹ טיעונים אלו נסמכים על מחקרים פסיכולוגיים רבים, כגון מחקרו של סטנלי מילגרם,¹⁴⁰ או מחקרו של לאונרד ביקמן,¹⁴¹ המצביעים על כך שציות לסמכות הוא דבר המושרש בבני

ed. 1990); Terence Ingman, *A History of the Defense of Volenti Non Fit Injuria*, 26 JURID. REV. 2 (1981); זו אף הייתה האינטואיציה של השופטת ביניש בעניין **בן חיים**. עניין **בן חיים**, לעיל ה"ש 1.

¹³⁷ Tracey Maclin, *Black and Blue Encounters – Some Preliminary Thoughts about Fourth Amendment Seizures: Should Race Matter?*, 26 VAL. U. L. REV. 243, 250 (1991); פרופ' פיטר טירזמה מסביר מדוע בקשה של שוטר נתפסת כהוראה בעיני האזרח: "When someone in a position of power and authority makes what is literally a request to a subordinate, and the person in power has the right to command the other, the request will be interpreted as a command" Peter M. Tiersma, *The Judge as Linguist*, 27 LOY. L. A. L. REV. 269, 282 (1993) מפנטזיה: David A. Sklansky, *Traffic Stops, Minority Motorists and the Future of the Fourth Amendment*, 1997 SUP. CT. REV. 271, 320–323.

¹³⁸ "[T]he issue [in consent] is whether the protections of the Fourth Amendment have, in fact, been waived by a party with authority to do so". John B. Wefing & John G. Miles, *Consent Searches and the Fourth Amendment: Voluntariness and Third Party Problems*, 5 SETON HALL L. REV. 211, 215 (1974).

¹³⁹ Adrian J. Barrio, *Rethinking Schneckloth v. Bustamonte: Incorporating Obedience Theory into the Supreme Court's Conception of Voluntary Consent*, U. ILL. L. REV. 215 (1997).

¹⁴⁰ מחקרו של מילגרם למשל ממחיש ציות מוגבר לאנשי מרות: STANLEY MILGRAM, OBEDIENCE TO AUTHORITY: AN EXPERIMENTAL VIEW 13–26 (1974).

¹⁴¹ במחקרו של ביקמן נדרשו אנשים לבצע פעולות כגון מסירת מטבע, הרמת תיק מהמדרכה או מעבר לצד האחר של הרחוב. הפעולות התבקשו על ידי אזרחים ועל ידי אנשי מרות לבושי מדים. שיעור הציות לאנשי המרות (89%) היה גבוה במידה ניכרת משיעור הציות לאזרחים

אדם.¹⁴² ייתכן, אגב, שחלק מן הנטייה לציית לשוטר המבקש את הסכמתו של אדם לחיפוש, נובע מכך שלאותו אדם עשויה להיות סיבה טובה להאמין שלשוטר המבקש לבצע חיפוש מוסכם בכליו יש חשד כלשהו כלפיו.

היעדר תחושת החופש: יש הטוענים כי הסכמה לחיפוש אינה אלא תוצר של תפיסה מוטעית של הסיטואציה על ידי האזרח, דהיינו תפיסת הבקשה של השוטר כדרישה מנומסת ולא כבקשה שניתן שלא להיעתר לה.¹⁴³ אכן, במחקר עדכני שערך דיוויד קסלר נמצא כי כ-80% מהאנשים לא ירגישו חופשיים לחלוטין לעזוב מקום כשוטר פונה אליהם בבקשה לערוך חיפוש.¹⁴⁴ במחקר אחר שבו הוצגה אינטראקציה בין שוטר לאזרח, עלה שכאשר הוצגה לצופים מנקודת הראות של השוטר, היא נראתה כופה פחות מאותה סיטואציה ממש כאשר הוצגה מנקודת הראות של האזרח.¹⁴⁵ ללמדנו שתפיסת ההסכמה של אזרח לדרישת שוטר כתמונת ראי מושלמת של הסכמה של אזרח לבקשה של אזרח אחר, רחוקה מלשקף את המציאות. זאת ועוד, מחקרו של ליכטנשטיין הצביע על כך שאנשים מסכימים בראש ובראשונה מתוך חשש מפני תגובת השוטר לסירובם לחיפוש.¹⁴⁶ מחקר נוסף הצביע על כך שרק 19.5% מהאזרחים שנערך עליהם חיפוש בהסכמה, חוו את החיפוש כמוסכם.¹⁴⁷ כמו כן 47.6% מאותם אזרחים סברו שלא הייתה להם אפשרות של ממש להתעלם מבקשת השוטר ולעזוב את המקום.¹⁴⁸ אשר לסיבת ההיעדרות לפניית השוטר, ענו 61% כי עשו זאת בשל הסמכות האוטוריטיבית של השוטר, 9.8%

(33%). הנתון המעניין הוא שרוב האנשים לא העריכו נכונה איך יפעלו כשתופנה כלפיהם מרות. Leonard Bickman, *The Social Power of a Uniform*, 4 J. APPLIED SOC. PSYCHOL. 47 (1974).

¹⁴² Strauss, לעיל ה"ש 57, בעמ' 211.

¹⁴³ להרחבה בעניין זה ראו את מאמרו של ג'ון בורקוף. Burkoff, לעיל ה"ש 8.

¹⁴⁴ במחקר נשאלו אנשים עד כמה ירגישו חופשיים לעזוב ולהמשיך בדרכם כשוטר פונה אליהם. הם נדרשו למקם את תשובתם בין 1 ל-5 כאשר 1 מתואר כלא חופשי לעזוב או להגיד לא, 3 מתואר כחופשי באופן חלקי לעזוב או להגיד לא ו-5 מתואר כחופשי לחלוטין לעזוב או להגיד לא. הציון הממוצע לתגובה לפניית שוטר לביצוע חיפוש ברחוב הייתה 2.61 והציון הממוצע לתגובה לפניית שוטר לרדת מאוטובוס הייתה נמוכה עוד יותר – 2.52. Kessler, לעיל ה"ש 46, בעמ' 74-75.

¹⁴⁵ Janice Nadler, *No Need to Shout: Bus Sweeps and the Psychology of Coercion*, 2002 SUP. CT. REV. 153, 172.

¹⁴⁶ ILLYA D. LICHTENBERG, VOLUNTARY CONSENT OR OBEDIENCE TO AUTHORITY: AN INQUIRY INTO THE "CONSENSUAL" POLICE-CITIZEN ENCOUNTER 250 (1999) (unpublished Ph.D. dissertation, Rutgers University).

¹⁴⁷ Alisa M. Smith, Erik Dolgoff & Dana Stewart Speer, *Testing Judicial Assumptions of the "Consensual" Encounter: an Experimental Study*, 14 FLA. COASTAL. L. REV. 285, 305 (2013).

¹⁴⁸ שם, בעמ' 305.

הסכימו כדי להימנע מקונפליקט ו-3.7% הסכימו לחיפוש מאחר שלא עשו שום דבר רע או שלא היה להם מה להסתיר.¹⁴⁹ אם כן, מנקודת הראות של האזרח, בקשת השוטר להסכים לחיפוש נתפסת יותר כהוראה ופחות כבקשה, היא מלווה בחשש ואי-ודאות, ויש קושי לראות בה הסכמה המייצרת הרשאה אפקטיבית לפעולת החיפוש של השוטר.¹⁵⁰ יצוין כי מחקרים מצביעים על שיעור הסכמה גבוה ביותר לחיפוש משטרתית, שנע בין 90%¹⁵¹ ל-100%¹⁵², ויש בכך כדי להעלות תהייה בדבר עצם היכולת לסרב. בכל האמור לעיל אין כדי לסתור אפשרות שהשוטר מצדו עשוי בתום לב לראות בפנייתו לאזרח פנייה שאינה פוגעת ברצונו של האזרח או בחופש שלו, אך בכך יש רק כדי להגדיל את החשש מפני פגיעה באזרח, שכן השוטר עלול שלא להיות מודע להיעדר הוולונטריות. נתון מטריד נוסף הוא שלמתבונן מן הצד באירוע של הסכמה לחיפוש, בין שוטר, תובע או שופט, יש נטייה להעריך ביתר את תחושת החופש של האזרח המסכים לחיפוש.¹⁵³ תכונה זו מקשה את הקביעה מתי הסכמה משקפת בחירה אוטונומית של האזרח ומתי היא הסכמה מכורח, פרי לחץ פנימי או חיצוני, גלוי או סמוי, מודע או בלתי מודע.

פערי מידע: מערכת היחסים בין השוטר לאזרח מאופיינת בפערי מידע.¹⁵⁴ האזרח אינו יודע מהן כל סמכויות השוטר וגם אינו יודע אם בקשת השוטר לקבל הסכמה לחיפוש מעוגנת בקיומו של חשד סביר או לא. דהיינו האזרח עשוי לחשוב שיש לשוטר חשד סביר כלשהו, מידע מודיעיני, או שבוצעה עברה באזור קרוב, והסכמה לחיפוש היא דרך טובה לפטור עצמו מהחשד. אבל לא תמיד זה המצב. כידוע חיפוש בהסכמה מבוצע גם, ובמיוחד, בהיעדר חשד סביר. במקרים מסוג זה, אשר כלפיהם מופנית ביקורת, קשה לומר שמדובר בהסכמה מודעת. יש הסבורים שגם הקראת זכויות לאזרח לא תשנה את תמונת המצב מיסודה, שכן לשיטתם פערי הידע אינם

149 ש.ם.

150 Nadler, לעיל ה"ש 145, בעמ' 187.

151 ניתוח ממצאים של משטרת מרילנד בנוגע להסכמה לחיפוש, מצביע על 96% הסכמה לבקשת שוטר לחיפוש. Samuel R. Gross & Katherine Y. Barnes, *Road Work: Racial Profiling and Drug Interdiction on the Highway*, 101 MICH. L. REV. 651, 671 (2002) ראו גם מחקר המצביע על 89.3% הסכמה: LICHTENBERG, לעיל ה"ש 146, בעמ' 151, המובא במאמרו של Steven L. Chanenson, *Get the Facts, Jack! Empirical Research and the Changing Constitutional Landscape of Consent Searches*, 71 TENN. L. REV. 399 (2004).

152 מחקר קטן יותר שבו אף אחד מהאזרחים לא סירב לחיפוש: Smith, Dolgoff & Speer, לעיל ה"ש 147, בעמ' 321.

153 Nadler, לעיל ה"ש 145, בעמ' 155-156.

154 Kessler, לעיל ה"ש 46; Dixon, Coleman & Bottomley, לעיל ה"ש 63. בין השאר מחברי המאמר מציגים מחקר שממנו עלה כי 79% מהאזרחים שבוצע בהם חיפוש בהסכמה, לא ידעו מה הזכויות שלהם.

אלא ביטוי נוסף לפערי הכוח המובנים בין השוטר לאזרח.¹⁵⁵ ואכן, מחקר שנערך אישש את ההנחה וגילה שגם כאשר היה מדובר בנשאלים שידעו את זכויותיהם, הם לא הרגישו חופשיים יותר לסרב לחיפוש.¹⁵⁶ דהיינו העובדה שאנשים ידעו שזכותם לסרב, לא שינתה את האופי הבלתי וולונטרי של החוויה האישית שלהם בכל הנוגע לחיפוש. ממצאי מחקר זה מעוררים ספק בעניין האפקטיביות של האזהרה שבת המשפט קבע כסטנדרט להסכמה מדעת.¹⁵⁷

פערי כוח: היחסים בין השוטר לאזרח מאופיינים בפערי כוח מובנים.¹⁵⁸ מבין השניים רק לשוטר סמכויות כלפי האזרח, ואם בכך לא די, הרי שמדובר במגוון סמכויות אשר חלקן יכולות להביא להגבלת חירותו של האזרח, ועל כן לאזרח יש אף תלות בשוטר.¹⁵⁹ לפיכך, במובן מסוים מתקיימים בין השניים יחסי מרות. בהקשר זה מעניין לבחון את עמדת המחוקק בנוגע להסכמה בין אנשים שמתקיימים ביניהם יחסי מרות. בחוק העונשין ישנם כמה סעיפי חוק האוסרים קיום יחסי מין מוסכמים, אשר ברגיל היו עשויים להיות מותרים, רק משום שהם פרי ניצול יחסי מרות כלליים.¹⁶⁰ או יחסי מרות בין עובד למעביד.¹⁶¹ גם בחוק למניעת הטרדה מינית המחוקק מתחשב בכוחה המוגבל של הסכמה בנוגע להצעות בעלות אופי מיני, בהתקיים יחסי מרות בין עובד למעביד, בין מורה לתלמיד שאינו קטין, בין מרצה

Josephine Ross, *Blaming the Victim: 'Consent' Within the Fourth Amendment and Rape Law*, 26 HARV. J. RACIAL & ETHNIC JUSTICE 1 (2010) ¹⁵⁵

"Even people who know they have a right to leave a police encounter reported that they would not feel free to do so. Although the group who did not know of their right to leave had an average free-to-leave score of 2.32 for the sidewalk scenario and 2.25 for the bus, the group who did know their right still had averages of 3.04 and 2.93" Kessler, לעיל ה"ש 63, בעמ' 78. ¹⁵⁶

שם, בעמ' 84. ¹⁵⁷

LICHTENBERG, לעיל ה"ש 146, בעמ' 137-138. ¹⁵⁸

Andrew, לעיל ה"ש 128, בעמ' 55. ¹⁵⁹

כך, למשל, ס' 346(א)(1) לחוק העונשין התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין) קובע: "הבועל קטינה שמלאו לה שש עשרה שנים וטרם מלאו לה שמונה עשרה שנים, תוך ניצול יחסי תלות, מרות, חינוך או השגחה [...] דינו – מאסר חמש שנים"; ס' 348(ד)(1) לחוק העונשין קובע: "העושה מעשה מגונה באדם שהוא קטין שמלאו לו ארבע עשרה שנים תוך ניצול יחסי תלות, מרות, חינוך, השגחה, עבודה או שירות, דינו – מאסר ארבע שנים"; כמו כן בסיפא של ס' 349(א) לחוק העונשין נקבע: "העושה מעשה מגונה בפומבי בפני אדם אחר, ללא הסכמתו, או העושה מעשה כאמור בכל מקום שהוא תוך ניצול יחסי תלות, מרות, חינוך, השגחה, עבודה או שירות, דינו – מאסר שנה". ¹⁶⁰

ס' 346(ב) לחוק העונשין קובע כי בעילת אישה שמלאו לה שמונה עשרה שנים תוך ניצול מרות ביחסי עבודה היא עברה דינה מאסר שלוש שנים; ס' 348(ה) לחוק העונשין קובע: "העושה מעשה מגונה באדם שמלאו לו שמונה עשרה שנים, תוך ניצול מרות ביחסי עבודה או בשירות, דינו – מאסר שנתיים". ¹⁶¹

לסטודנט, בין כוהן דת למאמין וכיוצא באלה.¹⁶² אלו מלמדים שהמחוקק נתן דעתו על כך שהסכמה של אדם הנתון ביחסי מרות אינה חפה מבעייתיות כלל ועיקר. אמנם המחוקק לא נתן דעתו במפורש על הסכמה של אזרח לחיפוש משטרתית, אך דווקא משום שהיחסים בין אזרח לשוטר משלבים סממנים של מרות, הם מחייבים בחינה מדוקדקת מצד המחוקק. השפעת המרות ביחסים שבין שוטר לאזרח אולי אף רבה יותר מזו שבשאר היחסים שתוארו לעיל, בשים לב לכוחו הרב של השוטר להגביל את חירותו של האזרח. חשוב לזכור כי גם אם האזרח לא יסכים לחיפוש, עדיין עשויות להיות בידי השוטר דרכים חלופיות לעכבו, או לנקוט אמצעי אכיפה בגין אחת מאותן הפרות מינוריות או טכניות הקיימות למכביר.¹⁶³ הסכמה, שבכוחה לשנות את מערך הזכויות והחובות בין הצדדים, מצדיקה בחינה תלוית הקשר,¹⁶⁴ וייתכן שאף יישום סטנדרטים שונים להוכחתה על פי הקונטקסט,¹⁶⁵ שכן ככל שהפגיעה מהנחה שגויה בדבר קיומה של הסכמה גדולה יותר, נראה כי ראוי שהוכחתה תהא טעונה ביסוס רב יותר.¹⁶⁶ כך, למשל, הסכמה ליחסי מין בין מטפל למטופל יש לבחון באופן שונה מאופן הבחינה של הסכמה בין בני זוג ומאופן הבחינה של הסכמה בין מוכר וקונה של רכב. השפעה אפשרית לכך היא, למשל, שקביעת סטנדרטים גבוהים יותר לבחינת הסכמה לקיום יחסי מין בין גבר לאישה תשפר את כוח הסירוב של האישה אך גם את עצמאותה ומעמדה החברתי.¹⁶⁷ הוא הדין במעמדו של האזרח במערכת היחסים שלו עם השוטר.

השפעות הסירוב: לסירוב לבקשת שוטר עלולות להיות תוצאות קשות,¹⁶⁸ בייחוד כשמדובר באוכלוסיות מודרות כגון אוכלוסיית הגברים השחורים בארצות-הברית.¹⁶⁹ אלו ימשיכו להיות בחזקת חשודים אם יסרבו, ולכן במובן מסוים אין להם כִּרְה אלא להסכים לחיפוש אף שאין נגדם חשד סביר.¹⁷⁰ שחורים צעירים בשכונות פשע

¹⁶² ס' 3(א)(6)(ג)-(ה), 3(א)(6)(ז) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998; לדוגמאות נוספות של יחסי מרות והכוח הכופה שלהם ראו: STEPHEN SCHULHOFER, UNWANTED SEX: THE CULTURE OF INTIMIDATION AND THE FAILURE OF LAW 139-148 (1998).

¹⁶³ שם, בעמ' 141-142.

¹⁶⁴ שם.

¹⁶⁵ Baker, לעיל ה"ש 118 בעמ' 60-61.

¹⁶⁶ ARCHARD, לעיל ה"ש 127, בעמ' 15.

¹⁶⁷ LINDA R. HIRSHMAN & JANE E. LARSON, HARD BARGAINS: THE POLITICS OF SEX 3-4 (1998).

¹⁶⁸ Margaret Raymond, *The Right to Refuse and the Obligation to Comply: Challenging the Gamesmanship Model of Criminal Procedure*, 54 BUFF. L. REV. 1483, 1504 (2007).

¹⁶⁹ Maclin, לעיל ה"ש 137.

¹⁷⁰ לטענה שבני מיעוטים נאלצים לוותר על פרטיותם כלפי המשטרה יותר משאר האוכלוסייה, ולכן נאלצים להסכים יותר לחיפוש כדי להוכיח את חפותם הגם שלא עשו דבר, ראו: Devon W.

בארצות-הברית נקלעים למלכוד. הם יודעים ששחורים נעצרים יותר מלבנים, על רקע מיקומם באותה שכונה. אם הם לא יחמקו מהשוטר, סביר להניח שיעוכבו ויבוצע עליהם חיפוש גם אם לא עשו דבר. אבל אם הם ינסו לחמוק ממגע עם שוטר ולברוח לכיוון הנגדי, ניסיון זה עלול להפוך לבסיס העיקרי לחשד סביר נגדם והם יעוכבו בכל מקרה.¹⁷¹ זאת ועוד, שוטר אינו חייב לקבל "לא" כמשמעו, והוא רשאי להמשיך לבקש הסכמה לחיפוש תוך שימוש בסמכויות חלופיות.¹⁷² אכן, בחינת התפלגות הטעמים של שוטרים לבצע חיפוש העלתה ש-13% מסך החיפושים שנערכו, נעשו בשל חשד סביר המבוסס על סירוב לשתף פעולה עם שוטר.¹⁷³ אם כך הדבר, מה טיבה של ההסכמה אם בהיעדרה, כמו גם בהינתנה, יקבל השוטר את מבוקשו?

הסכמה כצידוק להגדלת כוחו של השלטון: נקודה נוספת למחשבה היא שהפרקטיקה של השגת הסכמה לחיפוש משתמשת בהסכמת האזרח כהצדקה להגדלת הכוח של המדינה כלפיו.¹⁷⁴ דהיינו, בדרך כלל אין לשוטר סמכות לחפש על אדם שאין נגדו חשד סביר, ואילו פרקטיקה של הסכמה לחיפוש משתמשת באזרח כדי להעניק לשוטר כוח נוסף. הלוגיקה שביסוד ההנמקה של הפרקטיקה של החיפוש המוסכם מזכירה את ההסכמה של תושבי המדינה הלוקיאנית: מי שמעצם הישארותם במדינה והנאתם ממשאביה ומשירותיה, מסכימים לקבל עליהם את כל חוקיה, ובכך מעניקים לשלטון את כוחו.¹⁷⁵ האטרקטיביות של ההנמקה הלוקיאנית נובעת מהחשיבות הרבה שאנו מייחסים לחופש האנושי. הסכמה של אזרח ששוטר יערוך בו חיפוש משתמשת בהסכמה של האזרח עצמו כדי להתיר חדירה למרחב הפרטי שלו. אבל הסכמה אינה תנאי מספיק¹⁷⁶ ואף אינה תנאי הכרחי¹⁷⁷ לכינון כוחה של המדינה או כוחם של אורגניה כלפי האזרחים. עשויים להיות לאזרח טעמים טובים לציית למדינה או לשוטר גם כשאינו חייב לעשות כן,¹⁷⁸ ובה בעת יש מעשים שגם כאשר

Carbado, (E) *Racing the Fourth Amendment*, 100 MICH. L. REV. 946, 1013–1017 (2002).

¹⁷¹ Harris, לעיל ה"ש 11, בעמ' 677; Stanley A. Goldman, *To Flee or Not to Flee--That is the Question: Flight as Furtive Gesture*, 37 IDAHO L. REV. 557 (2001).
¹⁷² Strauss, לעיל ה"ש 57.

¹⁷³ מתוך 125,764 מקרים, ב-16,874 הסיבה לחיפוש הייתה סירוב היעדר להוראות השוטר. ראו Raymond W. Kelly, *New York City Police Department Stop Question & Frisk Activity: Reports: Prepared During the Period Jan. 1 through Mar. 31, (2009)* available at www.nyclu.org/files/2009_4th_Qtr.pdf (נבדק לאחרונה ב-14.4.2016).

¹⁷⁴ טכניקה החביבה על משטרים טוטליטריים. ראו, למשל: Ross, לעיל ה"ש 155.

¹⁷⁵ Locke, לעיל ה"ש 130.

¹⁷⁶ Allen Buchanan, *Political Legitimacy and Democracy*, 112 ETHICS 689, 695 (2002).

¹⁷⁷ שם, בעמ' 702.

¹⁷⁸ כך, למשל, סמכותו המקצועית של הרופא מספקת סיבות טובות למטופל לציית להוראותיו אף שאין כל חובה לציית לו. מאותו הטעם פעמים רבות סמכותו המקצועית של בעל האוטוריטה

האזרח מסכים להם, המדינה או השוטר אינם קונים סמכות לבצעם רק בשל הסכמת האזרח,¹⁷⁹ ובכך גם ג'ון לוק כאיש החוק הטבעי לא יכפור.¹⁸⁰ אכן, במשנתו של לוק עסקינן בהסכמה משתמעת, ואילו הסכמה לחיפוש, יש לקוות, אינה נלמדת במשתמע אלא באופן מילולי ומפורש. אף על פי כן, ההסכמה של האזרחים לקבל את מרות השלטון, כמו גם ההסכמה של האזרח לחיפוש, חולקות קווי דמיון משותפים – שתייהן הסכמות בעייתיות מאוד, ואף על פי כן שתייהן משמשות צידוק להגדלת הכוח השלטוני כלפי האזרח.

לאור כל האמור קשה לראות בהסכמה ביטוי אפקטיבי לאוטונומיה של הפועל, ולפיכך אף קשה מאוד להשתמש בערך האוטונומיה כאמצעי להכשרת חיפוש משטרתית בהיעדר מקור סמכות אחר. עם זאת יש לסייג ולומר שהטענה כי כל הסכמה של אזרח לבקשה של איש מרות משלבת כפייה פסולה היא טענה המתעלמת מהטבע האוטוריטטיבי החשוב והרצוי של אנשי מרות. איש המרות, מתוקף תפקידו, משרה חובת ציות ומשמעת על האזרחים, וככל שהוא פועל על פי דין, הכוח וההשפעה שיש לו על אזרחים הם ערובה לתפקודו המוצלח.¹⁸¹ ברי שאיש מרות אשר אין לאזרחים ולו מורא קל שבקלים מפניו, אינו יכול להגשים את תפקידו היטב. אף אין להתכחש לכך שבשנים האחרונות כוח ההרתעה של המשטרה הולך וקטן.¹⁸² עם זאת, ככל שמבקשים לייחס כוח נורמטיבי להסכמה כלפי שוטר, ועושים זאת תוך התבססות על ערך האוטונומיה שבבסיס ההסכמה, כפי שעשה בית המשפט בפסק הדין בעניין בן חיים, לא יהיה זה הגון כלל ועיקר להתעלם מכל הנתונים שתוארו לעיל ולהעניק להסכמת אזרח לשוטר אפקטיביות מלאה בהעברת זכויות, כפי שנוהגים לייחס אופן רגיל להסכמה בין שני אזרחים שווים. כמו כן, ככל שהחשש מהגישה הפוסלת

מספקת סיבת ציות לאזרח גם כשאינו חייב בכך.

¹⁷⁹ כך, למשל, ברור שהסכמת אזרח לכך שהמדינה תשלול את כל זכויות היסוד שלו, אינה מסירה מעל כתפי המדינה את חובותיה לכבד את זכויות היסוד של אותו אזרח. מאותו הטעם לא כל ויתור של אזרח על זכות שלו כלפי שוטר מבטל את חובת הגומלין של השוטר כלפי האזרח.

¹⁸⁰ בהקשר זה, ראו את דבריו של לוק עצמו: "As usurpation is the exercise of power, which another hath a right to, so tyranny is the exercise of power beyond right, which no body can have a right to", LOCKE, לעיל ה"ש 130, בפרק 18; ולביקורתה של חנה פיטקין על הסתירה הפנימית בתורתו של לוק, ראו: Hanna Pitkin, *Obligation and Consent*, 59 AMERICAN POLITICAL SCIENCE REV, 990, 991 (1965).

¹⁸¹ לטענה שלא כל פעולה בכפייה היא בהכרח פסולה ראו: "Individuals may be acceding to requests by police officers for perfectly appropriate reasons. Although they may feel 'compelled' the way the subjects in the Bickman experiments felt 'compelled' to cooperate with the security guard and fireman, it is not the sort of compulsion that the SIMMONS, PRINCIPLES AND FOURTH AMENDMENT is designed to protect against" OBLIGATIONS, לעיל ה"ש 131.

¹⁸² פרוטוקול ישיבה מס' 166 של הוועדה לענייני ביקורת המדינה, הכנסת ה-16 (8.3.2005). זמין ב- www.knesset.gov.il/protocols/heb/protocol_search.aspx (נבדק לאחרונה ב-14.4.2016).

פרקטיקה של חיפוש בהסכמה, נוגע לפגיעה בכוח ההרתעה של המשטרה, הרי דווקא הסכמה לחיפוש היא בלתי מרתיעה, מאחר שהיא מאפשרת לעבריין לסרב לבקשת השוטור לחיפוש.

פגמים אפשריים בחופשיות ההסכמה אינם הטעם היחיד לביקורת על הפרקטיקה של הסכמה לחיפוש, ועל כן אתפנה עתה להצגת טעמים אחרים להתנגדותי לפרקטיקה זו.

2. כוחה המוגבל של הסכמה להכשיר חיפוש שאינו מבוסס על טעם מוצדק

עתה אטען כי אין בכוחה של הסכמת אזרח להכשיר חיפוש שאינו מבוסס על חשד סביר, לא רק בשל פגמים בחופשיות ההסכמה, אלא גם מטעמים הקשורים בכוחה המוגבל של הסכמה לשנות את מערך הזכויות של הצדדים לה במקרים של חיפוש משטרתי. דהיינו אטען כי הסכמה של אדם לחיפוש, בהיעדר חשד סביר נגדו, אינה יכולה לשנות את החובה (ובהתאמה את היעדר הסמכות של השוטור) שלא לבצע חיפוש על אדם או בכליו בהיעדר חשד סביר נגדו, או לכל הפחות בהיעדר סיבה מוצדקת.

בדרך כלל הסכמה משמשת אצל בני האדם כלי לווייתור, זמני או תמידי, חלקי או מלא, על זכות שלהם ובמובן זה יש להסכמה כוח מוסרי שיש בו כדי לשנות את מערך הזכויות והחובות בין הצדדים לה.¹⁸³ בעוד חדירה למרחב האוטונומי של אדם ללא הסכמתו היא מעשה אסור, משנתן אותו אדם את הסכמתו לחדירה למרחב שלו, הוא מכשיר את המעשה, מבטל את החובה של האחר שלא לחדור למרחב האוטונומי שלו ומעניק לאחר שלא הייתה לו עד כה.¹⁸⁴ בכוחה של הסכמה להפוך את מה שבהיעדרה עשוי להיות אינוס, ליחסי מין לגיטימיים בהינתנה, תקיפה למגע לגיטימי וגנבה להלוואה או להענקת מתנה. הערך הבסיסי המוגן באיסור להסב פגיעה לא מוסכמת, כגון זו המתוארת בשלושת המקרים דלעיל, הוא ערך האוטונומיה, דהיינו שאין לפגוע באדם בניגוד לרצונו. ממילא, ככל שיש הסכמה חופשית, נעלם הטעם לראות במעשה דבר פסול.¹⁸⁵ לפיכך ישאל השואל, מדוע הסכמתו של אדם לחיפוש משטרתי לא

¹⁸³ Hurd, לעיל ה"ש 133.

¹⁸⁴ Wertheimer, לעיל ה"ש 133. שם הוא דן בפעולה המוסרית של הסכמה: "A's consent can render B's action morally, institutionally, or legally permissible, as when A's consent to surgery transforms B's act from a battery to a permissible medical procedure, or when A's consent to B's use of her land absolves B of trespass"

¹⁸⁵ על הקשר ההדוק בין אוטונומיה לכוחה המוסרי של הסכמה ראו: GEORGE P. FLETCHER, BASIC CONCEPTS OF LEGAL THOUGHT, 109 (1996); ראו גם את דבריה של היידי הארד: "Inasmuch as an autonomous willing or choice is a subjective mental state, so consent must consist of a subjective mental state if its normative power is to derive from its

תוכל להעניק לשוטר לחדור לרשות הפרט, בהיעדר צו שיפוטי או חשד סביר המצדיק זאת? הלוא הסכמת פלוני למגע מעניקה פריבילגיה לגעת בו, הסכמתו לקיום יחסי מין מעניקה פריבילגיה לקיים עמו יחסי מין, והסכמתו להעברת רכוש מעניקה לכל הפחות פריבילגיה להחזיק ברכושו. לדעתי, מקרים אלו נבדלים מחיפוש מוסכם מכמה טעמים הקשורים הן בטיב מערכת היחסים בין השוטר לאזרח, הן בטיב המעשה המוסכם הן בטעמים של השוטר לפעולה, ועתה אביאם בהרחבה.

2.1 מערכת היחסים בין האזרח לשוטר

ככל שמדובר ביחסים שבין אזרח לאזרח, אלו יוכלו בדרך כלל להסכים בכל עניין ובלבד שנושא ההסכמה אינו אסור.¹⁸⁶ באופן כללי, ובכפוף לכמה מגבלות, היחסים שבין אדם לחברו מעוצבים על פי ההסכמות שביניהם, ולאור החירויות שביניהם.¹⁸⁷ לאזרח נתונה החירות לעשות כל דבר שלא נאסר במפורש בחוק, עיקרון הידוע כעקרון החוקיות,¹⁸⁸ ואילו ככל שמדובר בשוטר, כזרוע של הרשות השלטונית, ההפך הוא הנכון.

instantiation of autonomy". Heidi Hurd, *Was The Frog Prince Sexually Molested?: A Review of Peter Westen's The Logic of Consent*, 103 MICH. L. REV. 1329 (2005)

¹⁸⁶ להסכמה כוח מוסרי מוגבל, והיא אינה יכולה להכשיר כל נושא. ראו, למשל: Dennis J. Baker, *The Moral Limits of Consent as a Defense in the Criminal Law*, 12 NEW CRIM. L. REV. 93, 98 (2009) "A person can forfeit or alienate her personal autonomy, but she cannot alienate her human dignity"; Franklin G. Miller & Alan Vertheimer, *Preface to a Theory of Consent Transactions: Beyond Valid Consent*, in THE ETHICS OF CONSENT, 79 (Franklin G Miller & Alan JOEL FEINBERG, Vertheimer ed., 2010); HARM TO OTHERS: THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW 31-35 (1984) שבהם הוא חולק על עצם קיומו של עוול מוסכם: "One class of harms (in the sense of set-back interests) must certainly be excluded from those that are properly called wrongs, namely those to which the victim has consented"

¹⁸⁷ לדיון במגבלות המוסריות של הכוח להסכים, ראו את מאמרה של ברגלסון העוסק בסוגיית הקניבליזם המוסכם, כפי שהתעוררה בגרמניה לפני שנים מספר: Vera Bergelson, *Autonomy, Dignity, and Consent to Harm*, 60 RUTGERS L. REV. 723 (2008)

¹⁸⁸ ס' 1 לחוק העונשין קובע כי: "אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על-פי" פלר מגדיר את עקרון החוקיות באופן הזה: "אין עבירה ואין עונש אלא על-פי חוק שעמד בתקפו בעת עשיית העבירה ושחל עליה גם מבחינת מקום עשייתה". ש"ז פלר **יסודות בדיני עונשין** כרך א, 4 (התשמ"ד); עקרון החוקיות זכה אף לעיגון חוקתי. ראו את פסקת ההגבלה שבס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובעת כי פגיעה מותרת רק אם היא נעשית בחוק או "לפי חוק, מכוח הסמכה מפורשת בו".

2.1.1 עקרון חוקיות המנהל

לפי עקרון חוקיות המנהל, הרשות המנהלית רשאית ומוסמכת לעשות רק אותן פעולות שהחוק הסמיך אותה לעשות.¹⁸⁹ במובן מסוים, גם עקרון חוקיות המנהל וגם עקרון החוקיות משרתים תכלית זהה והיא הגבלת כוחו של השלטון והבטחת חירויות הפרט.¹⁹⁰ עקרון חוקיות המנהל מצמצם את סמכות בעלי התפקידים ברשות המבצעת בשל חשש לשימוש לרעה בכוח השלטוני, בשים לב לכך שלעתים אף אם אין מדובר בפגיעה זדונית במטרה להרע, הרשות השלטונית עלולה להעדיף את האינטרס הספציפי שעליו היא מופקדת, תוך פגיעה באינטרסים כלליים של הציבור.¹⁹¹ מלבד ההגנה על חירויות הפרט, עקרון חוקיות המנהל אף מחזק את הדמוקרטיה הואיל והוא מתנה את תוקפן של החלטות הנוגעות לכוחו של השלטון בעיגון בחוק שחוקקה הרשות המחוקקת, והיא נבחרת באופן דמוקרטי.¹⁹² וכידוע הליך החקיקה הוא הליך פומבי הנותן ביטוי לעמדות הציבור, ואילו הליך קבלת ההחלטות בתוך הרשות המנהלית אינו כזה.¹⁹³

לשוטר יש חירויות למלא את תפקידו רק ככל שהמדינה העניקה לו אותן, והן אמצעי להגשמת מטרות תפקידו. שני אזרחים יכולים להסכים ביניהם כמעט בכל עניין, ואילו הדברים שיוכלו שוטר במילוי תפקידו ואזרח להסכים בהם, מצומצמים ביותר וקשורים בתפקיד השוטר ובמטרות תפקידו. אנשים פרטיים יכולים להגדיר את מערכת היחסים ביניהם כראות עיניהם, בין כבני זוג, כחברים, כיריבים, כשותפים עסקיים וכיוצא באלה. לא כך שוטר ואזרח. מערכת היחסים ביניהם תלויה באינטרס ציבורי מסוים, ולא ברצונות שלהם. אם בכך לא די, הרי אנשים פרטיים יכולים להחליט כמעט בכל נושא, החל בקיום יחסי מין וכלה בהעברה של רכוש או כסף, ואילו שוטר אינו יכול לקיים יחסי מין עם אזרח ואף לא לקבל ממנו מתנה או הלוואה. ישנם דברים ששוטר במילוי תפקידו אינו רשאי לעשותם כלפי אזרח גם אם האזרח מסכים להם.

לפיכך כשבוחנים את ההשפעה של הסכמת האזרח על מערך הזכויות והחובות שבינו ובין השוטר, יש לבדוק בראש ובראשונה, ולפני בחינת חופשיות ההסכמה, את עצם הלגיטימיות של פניית השוטר אל האזרח. פניית השוטר אל האזרח אינה מתיישבת עם עקרון החוקיות אם אין חוק המסמיך את השוטר לפעול להשגת הסכמת האזרח, וכפי שהראיתי קודם לכן, אין חוק כזה, ולכן ביקורתו של השופט

¹⁸⁹ אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל** כרך א: עקרונות יסוד, 157 (2005) (להלן: רובינשטיין ומדינה); יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך א, 50 (1996).

¹⁹⁰ דפנה ברק ארז **משפט מינהלי** כרך א, 97 (2010) (להלן: ברק ארז).

¹⁹¹ רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 189, בעמ' 161.

¹⁹² ברק ארז, לעיל ה"ש 190.

¹⁹³ רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 189, בעמ' 161.

דנציגר בעניין **בן חיים** מוצדקת. אבל גם לו היה חוק המתיר חיפוש מוסכם, יש לזכור שכאשר מאפשרים לשוטר להשיג הסכמה של אזרח לחיפוש, בהיעדר חשד סביר או טעם מוצדק אחר, מאפשרים לשוטר להגדיר בעצמו את תוכנה של מערכת היחסים שלו עם האזרח. בה בעת האזרח מתבקש להחליט אם לקבל או לדחות את האופן שבו השוטר תופס את מערכת היחסים שלו עמו. כל התהליך הזה סמוי מן העין או לפחות אינו ניהן בשקיפות כלשהי, ולכן אף אינו נתון לביקורת אפקטיבית. השוטר כישות מנהלית חייב לפעול תמיד על פי טעמים ראויים המתיישבים עם מטרות תפקידו. אבל אם הסכמה כשלעצמה יכולה להצדיק פעולה, השוטר אינו מחויב עוד להידרש לטעמים טובים לפעולה או לטעמים כלשהם לפעולה. חשוב לציין: אם הסכמה מתבקשת בעטיו של חשד סביר, אין ההסכמה נחוצה והחיפוש מותר גם בלעדיה. לכן כאשר מדובר בחיפוש בהיעדר חשד סביר, שתי אפשרויות פתוחות לפנינו: האחת היא שמדובר בחשד בלתי סביר, ואז מדובר בפעולה מנהלית בלתי סבירה וממילא אף אסורה. השנייה היא שמדובר בפעולה חסרת טעמים, דהיינו פעולה שרירותית. גם אז נראה כי הפעולה המנהלית אינה יכולה להפוך למוצדקת רק משום שניתנה לה הסכמה.

יתרה מזו, אם הסכמה כשלעצמה מקנה לשוטר סמכות חיפוש, מדוע לא תקנה לשוטר סמכויות נוספות מלבד חיפוש? האם פניית שוטר לאזרח בבקשה להלוות לו כסף למימון קניית סמים באמצעות סוכן משטרתית מסוחר סמים שכונתי היא לגיטימית? האם פניית שוטר לאזרח בבקשה שיחליף את שותפו החולה למשמרת היא לגיטימית? בשני המקרים המטרה ראויה, אך האמצעי אינו ראוי. זאת ועוד, אם כל הסכמה של אזרח לבקשת שוטר תקנה הרשאה לפעולה, האם יהיה לגיטימי מצדו של שוטר לבצע חיפוש על אדם מסוים כמה פעמים מדי יום ללא טעמים מניחים את הדעת לכך? האם יהיה לגיטימי מצד שוטר לדרוש את הסכמת אזרח לביצוע חיפוש מיד לאחר סירובו של אותו אזרח לביצוע חיפוש? יש בשאלות אלו כדי לעורר קשיים ממשיים באשר להסכמה לחיפוש, קשיים הנובעים מכך שהסכמה אינה יכולה למלא את החסר כשאין לשוטר, כישות מנהלית, סמכות לפעולה.

2.1.2 ההבחנה בין פרטי לציבורי

פרקטיקה של חיפוש מוסכם בהיעדר חשד סביר מטשטשת את ההבחנה בין הפרטי לציבורי. הבחנה זו חיונית לשם הגנה על זכויות הפרט מפני השלטון¹⁹⁴ מאחר שבלעדיה מערכת יחסים פונקציונלית, שאינטרס ציבורי מדרוך אותה, הופכת למערכת יחסים בין-אישית שרצונות סובייקטיביים, של השוטר ושל האזרח כאחד,

¹⁹⁴ ליאור ברשק ודנה פוגין' "בין פרטי לציבורי: המשפט הפלילי והמשפחה בעקבות ע"פ 4596/98 פלונית נ' מדינת ישראל" מחקרי משפט כ 7 (תשס"ג).

מנחים אותה.¹⁹⁵ עיצוב מערכת היחסים שבין השוטר לאזרח לפי הסכמות שיתקבלו ביניהם חושפת את האזרח למערכת יחסים חדשה ובלתי שוויונית, שבה הוא נחות מן השוטר הן מבחינת יחסי הכוח והן מבחינת פערי המידע. הבחנה נאותה בין המרחב הפרטי למרחב הציבורי מחייבת יצירת חיץ ברור בין מקור הסמכות של השוטר לרצון האזרח. הבחנה זו נחוצה גם כדי שהמרחב הפרטי לא יעצב את המרחב הציבורי בשירותו, אך גם כדי שהמרחב הציבורי לא יניח את כל כובד משקלו על כתפיו הצרות של האזרח הקטן ברחוב.

לא למותר לציין שכפירה בלגיטימיות של החיפוש המוסכם אינה ביטוי להתערבות פטרנליסטית של המדינה במערכת היחסים שבין השוטר לאזרח, מאחר שזו מלכתחילה אינה מערכת יחסים אמיתית בין שני אנשים פרטיים. מערכת היחסים בין השוטר לאזרח אינה קיימת במצב הטבעי, ויש לה קיום רק כחלק ממסגרת מדינית ורק לאחר שהותוותה בידי המדינה לאור תכליות של הגנה על הפרט, על הציבור ועל המדינה.

2.1.3 חלוקת העבודה המוסרית בין האזרח למדינה

בעוד בני האדם הם תכליות כשלעצמם, וראויים לכבוד, הרי המדינה אינה תכלית כשלעצמה, אלא היא מכשיר בידי בני אדם, המיועד לשרתם ולשפר את רווחתם תוך שמירה על עקרונות צדק בסיסיים. בהקשר זה רולס מבחין בין החובות שיש לבני האדם כאזרחים ובין החובות שיש לבני האדם כאינדיבידואלים.¹⁹⁶ התוצאה היא שכאזרחים בני האדם צריכים לשאוף לפתח מוסדות צודקים שיקדמו שוויון, ואילו כפרטים הם עשויים לפעול להגדלת פערים בשל השאיפות הקפיטליסטיות שלהם. ג'רלד כהן מבקר את רולס בעניין זה מאחר שהוא סבור שהאדם הרולסיאני הוא במידת מה סכיזופרן: מצביע לשמאל אבל פועל כאחרון הימנים.¹⁹⁷ בתגובה לביקורת יצחק בנבגי טוען שיש מקום לחלוקת עבודה מוסרית ברורה בין המדינה לאזרחיה.¹⁹⁸

¹⁹⁵ מנקודת הראות של השוטר מדובר בהעדפה סובייקטיבית, כי בהיעדר חשד סביר אין טעם אובייקטיבי לחיפוש. מנקודת הראות של האזרח מדובר בהעדפה סובייקטיבית, כי הוא רשאי לסרב לחיפוש כרצונו, גם אם ברשותו פריט שהחזקתו אסורה.

¹⁹⁶ JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 337 (1971).

¹⁹⁷ יצחק בנבגי מציג את ביקורתו של כהן על רולס, ולפיה רולס סבור שלבני אדם יש חובות נבדלות כאזרחים וכאנשים פרטיים. כאזרחים הם צריכים לקדם מוסדות צודקים, וכפרטים הם פועלים להגדלת אי-השוויון. Yitzhak Benbaji, *The War Convention and the Moral Division of Labour*, 59 THE PHILOSOPHICAL QUARTERLY, 593, 599 (2009) במקור כהן כותב על הבחנה בין הפרטי לפוליטי במשנתו של רולס: Gerald A. Cohen, *Where the Action Is: On the Site of Distributive Justice*, 26 PHILOSOPHY AND PUBLIC AFFAIRS, 3 (1997).

¹⁹⁸ יצחק בנבגי כותב על קונבנציה שבה יש חלוקה ברורה של חובות וזכויות. Benbaji, לעיל ה"ש

כך, למשל, המדינה, ולא חייליה, היא שמחליטה מתי לצאת למלחמה, דבר שמרכך את החובות המוסריות של חיילים ככל שהדבר נוגע לצדקת המלחמה.¹⁹⁹ חלוקת העבודה המוסרית בין המדינה לאזרחים משפיעה גם על הדיון בנושא ההסכמה: התפקיד לאתר עבירות, למנוע עבירות ולהביא עבריינים לדיון הוא של המשטרה, ולא של האזרחים. הדרישה מכל אזרח, באשר הוא, להסכים לחיפוש בו אף שמעשיו אינם מעוררים חשד סביר, מנוגדת לרעיון הבסיסי של תפקיד המדינה. אבל הדבר חורה עוד יותר בשים לב לכך שחיפוש בהסכמה מבוצע תדיר בקרב מיעוטים, דרי שכונות עוני, בעלי השכלה נמוכה, אנשים שמלכתחילה המדינה לא מילאה תפקידה נאמנה כלפיהם.²⁰⁰

לסיכום, עבודת משטרה צריכה ויכולה להתבסס על חשד סביר שנקלט בחושיו של השוטר, על מידע מודיעיני, על עבודת בילוש, על עבודת סיור, על האזנות סתר, על פעולות עיקוב, על תלונות של אזרחים וכיוצא באלה. חיפוש בהסכמה ללא טעם מוצדק מלכתחילה אינו יכול להבטיח שהשוטר פועל לאור מטרות תפקידו.²⁰¹ דרישת קיומו של חשד סביר, או טעם מניח דעת אחר, מבטיחה שקיפות, שכן נדרש הליך רציונלי, מובן, מוסבר ואף כפוף לביקורת. החשד הסביר משמש מגן מפני כוח משטרתית שרירותית²⁰² ומפני משוא פנים,²⁰³ ולטווח ארוך אף עשוי לצמצם הרשעות שווא.²⁰⁴

2.2 הפסול האינהרנטי בחיפוש מוסכם בהיעדר חשד סביר

עתה אבקש לטעון כי חיפוש בהיעדר חשד סביר, גם כשהוא נערך בהסכמת האזרח,

¹⁹⁷.

¹⁹⁹ בעניין זה, ראו את טיעונו של יצחק בנבגי' שלפיו חלוקת העבודה המוסרית בין המדינה, הקובעת מדיניות, לבין החיילים המיישמים אותה מביאה למסקנה שהחיילים אינם כפופים לדיני מלחמה (להבדיל מדיני לחימה): Benbaji, לעיל ה"ש 197.

²⁰⁰ Harris, לעיל ה"ש 11, בעמ' 677.

²⁰¹ בס' 3 לפקודת המשטרה, נקבע כי "משטרת ישראל תעסוק במניעת עבירות ובגילויין, בתפיסת עבריינים ובתביעתם לדיון, בשמירתם הבטוחה של אסירים, ובקיום הסדר הציבורי וביטחון הנפש והרכוש". ראו בעניין זה את הטיעון שלפיו חשד סביר הוא אמצעי המבטיח צדק פרוצדורלי שלא כהסכמה לחיפוש: Talitz, לעיל ה"ש 13.

²⁰² שם, בעמ' 176.

²⁰³ הטבע האובייקטיבי של החשד הסביר מדי התנהגויות בלתי סבירות הנובעות ממשוא פנים. שם, בעמ' 178-179.

²⁰⁴ בועז סנג'רו ומרדכי הלפרט "הסכנה שבהרשעה על סמך נשיפה (על בדיקת הנשיפה המתאימת לאתר נהיגה בשכרות)" ספר דיויד וינר – על משפט פלילי ואתיקה 313 (דרור ארד-אילון, יורם רבין ויניב ואקי עורכים, 2009); אלו מסתמכים על מאמרו של: Laurence H. Tribe, *Trial By Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process*, 84 HARV. L. REV. 1329 (1971).

יש בו פסול אינהרנטי. הפסול, כך אטען, נובע מהפגיעה באוטונומיה של המסכים, ברווחתו, בכבודו ובזכותו לפרטיות, כשלצדם אין הצדקה כבדת משקל לפגיעה.

2.2.1 פגיעה באוטונומיה

בקליפת אגוז, אוטונומיה היא היכולת של אדם לשלוט בחייו ולנהל אותם על פי תכנית חיים כלשהי. יוסף רז מונה שלושה תנאים בסיסיים לקיומה של אוטונומיה: התנאי הראשון הוא היעדר שליטה חיצונית, כפייה או מניפולציה, תנאי המשקף באופן כללי את תוכנה של החירות השלילית. התנאי השני הוא קיומה של יכולת או כשירות לעבד אינפורמציה, לפעול לפי ניתוח של האינפורמציה ולהיות אחראי לפעולות שביצע אדם או להתחייבויות שנטל. התנאי השלישי הוא זמינות מבחר הולם של חלופות ראויות.²⁰⁵ הליברליזם הפרפקציוניסטי,²⁰⁶ המוצע על ידי רז, רואה באוטונומיה ערך עליון, אשר על המדינה לקדמו באמצעות מבחר סביר של חלופות מתקבלות על הדעת,²⁰⁷ ועל כן הוא מתנער מהניטרליות לכאורה של הליברליזם הקלסי.²⁰⁸ יוסף רז אינו רואה ערך אבסולוטי באוטונומיה, כשלעצמה, ועיקר ערכה בעיניו תלוי בכך שהיא משרתת את בעליה ומאפשרת לו להיות חיים טובים.²⁰⁹ השקפה זו נובעת מכך שבבסיס תורתו הליברלית של רז מצוי הצורך האנושי.²¹⁰ על כן רז, כליברל פרפקציוניסט, אינו חושש לומר כי ערכה של האוטונומיה אינו מנותק

²⁰⁵ זאת לאור ההנחה, המתקבלת על הדעת, לפיה בחירה בין חלופות גרועות במיוחד אינה בחירה אוטונומית. כך למשל, בבחירה בין מסירת כסף לשווד מזויין לבין מוות, האופציה למות לא הופכת את המסכים לאוטונומי וממילא אף לא הופכת את החלטתו להחלטה אוטונומית.

²⁰⁶ ג'רמי וולדרון מתאר את הפרפקציוניזם כך: "[P]erfectionism is simply the view that legislators and officials may consider what is good and valuable in life and what is ignoble and depraved when drafting the laws and setting the framework for social and personal relationships". Jeremy Waldron, *Symposium: The Works of Joseph Raz: Autonomy and Perfectionism*, in *Raz's Morality of Freedom*, 62 S. CAL. L. REV. 1097, 1102 (1989).

²⁰⁷ דבריו של רז בעניין זה: "If having an autonomous life is an ultimate value, then having a sufficient range of acceptable options is of intrinsic value, for it is constitutive of an autonomous life that it is lived in circumstances where acceptable alternatives are presented". JOSEPH RAZ, *THE MORALITY OF FREEDOM* 205 (1986).

²⁰⁸ רק לכאורה, מאחר שגם אי-התערבות אינה ניטרלית. למשל, אי-התערבות בחלוקת המשאבים באמצעות איסור הטלת מסים פרוגרסיביים משמרת את ההון בידי בעלי ההון. להרחבת הדיון בדבר חוסר הניטרליות הליברלית: Morawets Thomas, *Persons Without History: Liberal Theory and Human Experience*, 66 B.U.L. REV. 1013 (1986).

²⁰⁹ רז מדגיש כי אוטונומיה היא טובה ככל שהיא ממומשת למען עיסוק בטוב: "[A]utonomy is valuable only if exercised in pursuit of the good", RAZ, *valuable only if exercised in pursuit of the good*, בעמ' 414.

²¹⁰ על היחס בין אוטונומיה לצרכים אנושיים בתורתו של רז ראו: Waldron, לעיל ה"ש 206.

מערכתם של הדברים שהיא מאפשרת.²¹¹

הזיקה בין הסכמה לאוטונומיה ברורה: להסכמה יש כוח מוסרי לשנות את מערך הזכויות והחובות של הצדדים לה בעיקר מאחר שהסכמה היא כלי למימוש האוטונומיה שלהם. הסכמה היא הכלי למימוש הכוח ההופלדיאני שיש לאדם בזכויותיו כלפי זולתו. חשיבות האוטונומיה מועצמת אף יותר במחשבה הליברלית, החל במשנתו של מיל²¹² וכלה בהוגים של המשפט הפלילי כגון ג'ואל פיינברג, אשר מרכזיות האוטונומיה במשנתו הביאה אותו לטעון שנוק מוסכם אינו יכול להיות תוצר של עוול.²¹³ כמותם אף ג'ורג' פלטר סבור כי הסכמה היא ממש המקור האולטימטיבי לערך שיש ביחסים שבין בני אדם בשל הקשר ההדוק שלה לאוטונומיה האנושית.²¹⁴ אלא שבמקרים רבים שבני אדם בהם לידי הסכמה, הם אינם אוטונומיים דה-פקטו, לפחות לא במובן שבו לאוטונומיה שלהם יש הסגולות המכשירות שינוי במערך זכויותיהם. באותם מקרים ההסכמה אינה יכולה לשנות את מערך היחסים המוסריים בין בני האדם מאחר שהכוח המכונן שלה נעדר.

עתה אבקש להציג שני היבטים משלימים של אוטונומיה, ובהתאמה שני היבטים של פגיעה אפשרית באוטונומיה עקב הפרקטיקה של הסכמה לחיפוש משטרתית.

אוטונומיה כביטוי לטווח החלופות: הסכמה לחיפוש משטרתית מעוררת בעייתיות לנוכח החלופות העומדות לרשותו של המסכים. החלופה להסכמה לחיפוש היא כמובן סירוב לחיפוש. אך מנקודת הראות של האזרח, סירוב לחיפוש כרוך במחיר גבוה מדי. סירוב להסכמה מגביר את החשד של השוטר, ומנקודת הראות של האזרח, לא ברור כלל אם סירוב אכן יניח את דעתו של השוטר, גם אם האחרון מכריז כי יקבל זאת. סירוב לחיפוש עלול לגרום לתיוג שלילי של האזרח, המוצג בפרהסיה כמי שמנסה להסתיר דבר מה ואינו משתף פעולה עם המשטרה. יש לזכור שגם כשמדובר בחיפוש מוסכם, דהיינו שאינו כפוי, אין לבלבל בין הרצון הכללי שלא להיות יעד לחיפוש משטרתית ברחוב לבין היעדרות לדרישה כזו משהועלתה על ידי שוטר. ואם לדייק, הרי עד למפגש עם השוטר היו לאזרח חלופות רבות מספור, ואילו לאחר המפגש יש לו שתיים בלבד: להסכים לחיפוש או לסרב לו. להבדיל מפנייה שלאזרח לאזרח אחר, כשמדובר בפנייה של שוטר לאזרח, אין לאזרח אפשרות שלא לשקול את הבקשה אלא להתעלם ממנה כליל. פנייתו של שוטר לאזרח מבהירה לו שעליו לבחור באחת משתי חלופות, ושתיהן גרועות מהאופציות שהיו לו עד אז. ואם בכך לא די, הרי אחת משתי האופציות, היא הסירוב לחיפוש, בעייתית מאוד בעיני האזרח בשל מחירה הגבוה, שפורט קודם לכן.

²¹¹ "[A]utonomy is valuable only if exercised in pursuit of the good". RAZ, לעיל ה"ש 207,

בעמ' 414.

²¹² MILL, לעיל ה"ש 136, בעמ' 73-93.

²¹³ FEINBERG, לעיל ה"ש 186.

²¹⁴ FLETCHER, לעיל ה"ש 185.

אוטונומיה כשליטה של אדם בחייו:²¹⁵ לכאורה, הסכמה חופשית של אזרח לחיפוש נתפסת כשוללת כל פגיעה באוטונומיה שלו. ואולם אם החיפוש נעשה על בסיס שיקולים בלתי תלויים במעשיו או בהתנהגותו, כגון גזע, מעמד כלכלי, מקום מגורים או מראה חיצוני, או שהחיפוש בכלל שרירותי, האדם עלול לחוש שהוא מאבד שליטה באותה גזרה של חייו הכרוכה בקשר עם המשטרה.²¹⁶ כאשר שוטר מעכב אדם בשל חשד סביר, הוא עושה כן, או לכל הפחות אמור לעשות כן, לנוכח התנהגותו או מעשיו של אדם. במובן זה, בין שהחשד סביר יותר או פחות, הוא מבוסס על התנהגויות ומעשים חופשיים של אותו אדם.²¹⁷ במציאות נורמטיבית שכזו, שבה השוטר נזקק לחשד סביר טרם חיפוש, יכול כל אדם לבחור באותם התנהגויות ומעשים שאינם מעוררים חשד סביר ובכך לשלוט בחייו באופן המצמצם את הסיכוי לחיפוש. חיפוש שאינו מבוסס על חשד סביר, אינו מאפשר לאדם את אותה שליטה בסיסית בחייו.²¹⁸ כאשר מדובר בחיפוש בהסכמה, אף שעצם החיפוש מוסכם, הרי הוא אינו מאפשר לאותו אדם להימנע מעצם האינטראקציה עם המשטרה. המשמעות של חיפוש בהסכמה היא שגם אזרח טוב, המציית לקלה כלחמורה, לא יוכל לשלוט בחייו בכל הקשור לקשר שלו עם המשטרה.

הנה כי כן, חיפוש מוסכם כרוך בפגיעה באוטונומיה, ולכל הפחות אין להצדיק את סמכות השוטר לבצע חיפוש מוסכם באמצעות טיעון האוטונומיה של האזרח.

2.2.2 פגיעה ברווחה

חיפוש בהסכמה כרוך בפגיעה ברווחה של האזרח. החיפוש גורם לעיכובו של האזרח, וזו פגיעה, גם אם זמנית, בחופש התנועה שלו.²¹⁹ הגוזלת ממנו זמן. החיפוש כרוך באי-נעימות פיזית וגם במידת מה של אי-נעימות נפשית. אי-הנעימות נובעת מעצם המעמד, מפערי הכוח והמידע בין האזרח לשוטר, וגם מכך שהפנייה כמו גם החיפוש עצמו מתנהלים בפרהסיה. כמו כן, למרות הסכמת האזרח לחיפוש עצמו, השוטר הוא שקובע את עיתוי החיפוש, את מקום החיפוש ואת טיב החיפוש, נתון נוסף שיש בו כדי להכביד על רווחת האזרח. זאת ועוד, אין להתעלם מרווחתם של מי שבכוונתם

²¹⁵ Taslitz, לעיל ה"ש 13, בעמ' 195.

²¹⁶ שם, בעמ' 177.

²¹⁷ שם, בעמ' 189.

²¹⁸ גם אם ינסה לנהוג כחוק ולנקוט אמצעי זהירות מרביים, הוא בכל זאת חשוף לחיפוש משטרה. ראו, למשל: "the innocent man feels rightly robbed of the good reputation he has striven to deserve". שם, בעמ' 190. ולטיעון בדבר אי-ההגינות הכרוכה בחיפוש ללא חשד סביר, ראו: Norman J. Finkel, *But It's Not Fair!: Commonsense Notions of Unfairness*, 6 PSYCH. PUB. POL. & L. 898, 910 (2000).

²¹⁹ Taslitz, לעיל ה"ש 13, בעמ' 177.

לסרב חיפוש. עצם הפנייה של השוטר לאזרח פוגע באזרח, אבל גם החשש האפשרי, והלא מופרך, ששוטר שייענה בשלילה לבקשה לחיפוש, יפנה שוב ושוב לאותו אדם שסירב להסכים לחיפוש. בכל אותה העת עלולה המשטרה או החברה להדביק לאזרח, שאין נגדו כל חשד סביר, סטיגמה על לא עוול בכפו. אכן, גם הפגיעה ברווחה היא לכאורה מוסכמת שכן היא פרי חיפוש מוסכם, אולם כבר הראיתי שיש פגמים של ממש בחופשיות ההסכמה. יתרה מזו פגיעה מוסכמת גם היא פגיעה, ועל המשטרה לוודא שהיא מוצדקת בטרם תבצע. בהמשך אסביר מדוע הסכמה כשלעצמה אינה מצדיקה חיפוש שכזה.

2.2.3 פגיעה בפרטיות

אמנם אין הגדרה אחת מוסכמת לזכות לפרטיות, אולם דמותה של הזכות לפרטיות ברורה ונוכחת בכתיבה ובפסיקה המשפטית במאה השנים האחרונות. שורשיה הראשונים של הזכות לפרטיות נטועים במאמרם של לואיס ברנדייס וסמואל וורן, אשר קראו להכרה בזכות להיות לבד, דהיינו הזכות של כל אדם שלא להיות מוטרד על ידי אחרים בענייניו הפרטיים.²²⁰

במהלך הקריאה הראשונה של חוק הגנת הפרטיות הסביר חבר הכנסת משה שמיר כיצד הוא תופס את הזכות לפרטיות: "החופש שלי [...] לחיות בביתי, כאשר אינני פושע, כאשר אינני מזיק, לחיות בביתי בלי שייכנסו 'במגפיים' לתוך הנשמה שלי ובלי שיחללו ויהרסו וישחירו את חיי ואת חיי משפחתי".²²¹ ביטוי לתפיסה זו ניכר אף בסעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הקובע כי "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חיו". על כן בסעיף (ב) לחוק היסוד נקבע כי "אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו", ובסעיף (ג) נקבע ש"אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו וכלפיו". ההבדל בין סעיף (ב) ו-(ג) אינו יכול להיות מקרי, והוא בא ללמדנו מה רבה החשיבות של הזכות לפרטיות בעיני המחוקק, גם ובעיקר לנוכח חיפוש משטרתית.

רות גביזון מתארת את הזכות לפרטיות באמצעות שלושה היבטים של גישה לא רצויה לאדם:²²² חדירה פיזית לגופו של אדם או למקום פרטי שלו, חשיפת מידע פרטי על אודותיו²²³ ופגיעה באנונימיות שלו. פגיעה בהיבט האנונימיות מתוארת

Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV 193 (1890). שם השניים מגדירים את הזכות לפרטיות: "The right to be left alone".

ד"כ ל"א, 3504 (התשמ"א).

רות גביזון "הזכות לפרטיות ולכבוד" קובץ מאמרים לזכרו של חמן שלח 61, 65 (1988).

ALAN. F. WESTIN, *PRIVACY AND FREEDOM* 7 (1967). לדבריו: "The claims of individuals, groups, or institutions to determine for themselves when, how and to what extent information about them is communicated to others"

כמשיכת תשומת לב אל אדם שלא לפי רצונו, או הוצאתו מתוך קהל רחב שבו הוא נמצא. כאשר "שוכרים" את האנונימיות שממנה נהנה בחייו, יש בכך משום פגיעה בפרטיותו, גם אם לא נעשה דבר נוסף כלפיו.²²⁴ יתרה מזו, פרטיות היא אף כלי חשוב להגדרה עצמית, מאחר שהיא מעניקה לבעליה שליטה במידע הקשור בו.²²⁵ היא מאפשרת לו לחשוף את עצמו בפני אנשים שונים באופנים שונים, ולהגדיר את עצמו ולהציג את הגדרתו העצמית ברבים. הגדרה נוספת ומקיפה ניתן למצוא בספרו של אלי הלם, "דיני הגנת הפרטיות". לשיטתו, הזכות לפרטיות מגנה על אשכול של אינטרסים הנוגעים להגנה על האדם מפני חדירה פיזית לתחומו. הזכות לפרטיות מבטיחה לאדם את היכולת להתבודד ולנקוט פעולות מוצנעות הרחק מעיני הציבור הרחב. פרטיות זו מעניקה לאדם את הזכות לדרוש שלא יתקרבו אליו יתר על המידה, שלא יעקבו אחריו ושלא יאימו על האוטונומיה שלו באמצעות השגחה קרובה מדי. סוג זה של פרטיות מאפשר לאדם לקבוע למי תהיה נגישות פיזית אליו וממי ימנע כל מגע עמו.²²⁶ בפסיקת בית המשפט העליון נקבע כי הזכות לפרטיות מותחת קו בין הפרט לכלל ומשרטטת את המתחם שבו מניחים את הפרט לנפשו בלא מעורבות הזולת.²²⁷ כמו כן נקבע שפגיעה בפרטיות מתעוררת באותם מקרים שבהם מעשה מדיר אדם משלוותו, מהרגשת הביטחון האישי שלו ומהתחושה שהוא יכול לנהל את חייו בעצמו, בלי שענייניו הפרטיים ייפכו לתצוגה לאחרים.²²⁸ לצד כל אלו יש לזכור שהזכות לפרטיות אינה זכות מוחלטת,²²⁹ אולם מאחר שהיא זכות חוקתית, באיזון בינה ובין זכויות שאינן בעלות מעמד חוקתי תוענק עדיפות לזכות לפרטיות.²³⁰

בכל האמור לעיל יש כדי להדגים מדוע חיפוש מוסכם, בהיעדר חשד סביר, כרוך בפגיעה בפרטיות אף שאינו כפוי: משהוסמך שוטר לדרוש הסכמת אדם לחיפוש בכליו, יש לו הסמכות לגשת לאדם, להתקרב אליו, לשוחח עמו, לדרוש ממנו מידע, ובכלל לעצור את שגרת יומו של אותו אדם. כאמור, השוטר הוא שבוחר את העיתוי, המקום ומידת החשיפה של האזרח, בין בפני השוטר ובין לעיני הציבור הרחב. במידת מה, הפרקטיקה של החיפוש המוסכם מטשטשת את הקו שהזכות לפרטיות אמורה למתוח בין הפרט לכלל, ומבטלת את המתחם שבו מניחים את הפרט לנפשו בלא מעורבות הזולת. הפרקטיקה של חיפוש מוסכם מבטלת את ההגנה האולטימטיבית

²²⁴ שם, בעמ' 68.

²²⁵ פרטיות קשורה בהגדרה עצמית כי היא מאפשרת לכל אחד לקבוע מה הזולת ידע לגביו, ובכך בכוחו לעצב את דמותו ברבים. פגיעה ביכולת זו פוגעת בזכות לפרטיות. Taslitz, לעיל ה"ש 13, בעמ' 187.

²²⁶ אלי הלם דיני הגנת הפרטיות (2003).

²²⁷ בג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456, 471 (1994).

²²⁸ ד"נ 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין, פ"ד מב(3) 837, 851 (1988).

²²⁹ עניין דיין, לעיל ה"ש 227, בעמ' 481.

²³⁰ שם, בעמ' 475.

על הזכות לפרטיות, שכן היא מותירה את האזרח כשומר על קו ההגנה האחרון של המרחב הפרטי שלו. היא מאפשרת חדירה של המרחב הציבורי לפרטי, ללא הצדקה ראויה. בלשונו של הלם,²³¹ מדובר בהשגחה קרובה מדי, שאינה מאפשרת לאדם לקבוע למי תהיה נגישות אליו. כך, למשל, חיפוש על פי חשד סביר בלבד מאפשר לאדם הנורמטיבי, שכל חייו שומר על החוק ונמנע מביצוע עבירות, מידת שליטה בחייו בכל הנוגע לחשיפה לחיפוש משטרתיים. לעומת זאת, חיפוש בהסכמה מסיר את כל החסמים הללו ואינו מאפשר שליטה מינימלית של האזרח בניסיונות חדירה שלטוניים למרחב הפרטי שלו. ויודגש, כפי שהודגש כבר קודם לכן, אין דין חדירה מוסכמת של אזרח למרחב הפרטי של אזרח אחר כדין חדירה מוסכמת של שוטר למרחב הפרטי של אזרח. הראשונים יכולים לכונן מערכת יחסים לפי כללים עצמאיים, והאחרונים – לא. לפיכך אף שפגיעה בפרטיות מותנית בגישה לא רצויה,²³² והסכמה לחיפוש לכאורה מעידה על כך שהגישה רצויה, הרי בבואנו לבחון את סוגיית הפגיעה בפרטיות הנובעת מחיפוש ללא חשד סביר, יש לזכור כי הגנה של ממש על הפרטיות של האזרח אינה מתיישבת עם הותרתו כשומר הסף מפני חדירת המשטרה למרחב הפרטי שלו, אלא מחייבת יצירת שער מוסדי מוצק בין המרחב הפרטי לציבורי בדמותו של חשד סביר, או לכל הפחות בדמות טעם מוצדק לחיפוש, המעוגן בחוק.

2.2.4 פגיעה בכבוד

הערך הפנימי הטמון באדם כיצור אנושי, באשר הוא, מחייב שיתייחסו אליו בכבוד, בייחוד בכל הקשור לזכויות יסוד בחברה האנושית. למושג כבוד פנים רבות,²³³ ממושג רזה ובהיר של כבוד כאי-השפלה²³⁴ ועד למושג עשיר יותר אך גם מעורפל יותר של "כבוד כיחס מוסרי", רעיון שלפיו על בני אדם ומוסדות פוליטיים לנהוג בבני אדם לאור היותם ראויים לכבוד.²³⁵ לעומת כבוד כאי-השפלה, כבוד כיחס מוסרי קשור באדם כבן אנוש ולפיכך אין משמעות מוסרית לויתור או להמחאה של כבוד

²³¹ אלי הלם, לעיל ה"ש 226.

²³² זהו התנאי הראשוני לפגיעה בפרטיות שגביון מציינת. גביון, לעיל ה"ש 222.

²³³ אורית קמיר **שאלה של כבוד: ישראליות וכבוד האדם** (2005). קמיר טוענת כי למונח "כבוד" כמה משמעויות נבדלות: honor (הדרת כבוד), glory (הילת כבוד), respect (כבוד מחיה) ו-dignity (כבוד סגולי). האחרון, כבוד כ-dignity, מוגדר על ידי קמיר כערך ליברלי, מודרני, אוניברסלי ומוחלט, אשר מטרתו "מגננתית במובהק, והיא לקבוע רף תחתון להתנהגות בין-אנושית [...] [והוא] נועד לסמן קו אדום שאין לחצות אותו ביחסי אנוש בשום נסיבות".

²³⁴ דני סטטמן "שני מושגים של כבוד" **עיוני משפט** כד 541 (2001).

²³⁵ במסגרת המצומצמת של מאמר זה, אין בכוונתי להצדיק את הטענה בדבר היות בני האדם ראויים לכבוד שווה. הטענה שבני האדם ראויים לכבוד שווה בשל היותם בני אדם אינה טענה חדשנית והיא ניצבת בבסיס המחשבה בת ימינו.

זה. פגיעה בכבוד יכולה להיבחן בשני מישורים נפרדים. במישור האחד, פגיעה בכבודו של אדם יכולה להסב פגיעה מסוג offence, דהיינו להביא למצב נפשי סובייקטיבי של עלבון, בושה וכדומה.²³⁶ במישור השני פגיעה בכבודו של אדם פירושה בין השאר התכחשות לערך המוסרי שלו. התכחשות לערכו המוסרי של אדם אינה תלויה, כשלעצמה, במצב נפשי קרבני אצל הקרבן, שכן הערך המוסרי של האדם כבן אנוש הוא בלתי תלוי ביחס של האדם אל עצמו.²³⁷

לעקרון הכבוד כיחס מוסרי חשיבות כפולה בנוגע לשיח ההסכמה. ראשית, להסכמה יש כוח לשנות את מערך הזכויות והחובות בין הצדדים גם מאחר שהסכמה מאפשרת לבני אדם לנהוג בכבוד באוטונומיה של האחר. שנית, כבוד כיחס מוסרי מגביל את כוחה המוסרי של ההסכמה. גם כשאדם מוותר על כבודו, הוא אינו חדל להיות בן אנוש, הוא עדיין נותר אדם, ומעמדו זה מחייב את כולי עלמא לנהוג בו בכבוד.²³⁸ למעשה, גם באותם מקרים שבהם אדם מסכים לחשוף את עצמו לנזק מידי אחרים, הסכמתו לנזק אינה מבטלת את החובות של כולי עלמא כלפי המסכים מאחר שמחויבות מלאה לעיקרון של כבוד כיחס מוסרי פירושה הכרה בקיומן של חובות טבעיות של האדם כלפי זולתו. טיבו האובייקטיבי והקוגנטי של רעיון הכבוד כיחס מוסרי מביא לידי כך שהוא מגביל הסכמות מסוימות בין בני אדם.²³⁹

היבט מובהק של פגיעה בכבוד הנובעת מפרקטיקה של חיפוש בהסכמה, קשור במניעיו של שוטר המבקש לבצע חיפוש בהיעדר חשד סביר. יש לשאול מדוע השוטר נדרש מלכתחילה לבצע חיפוש בהיעדר חשד סביר. גם אם נניח שהשוטר מעוניין להגשים את מטרות תפקידו,²⁴⁰ בכל זאת נותרת השאלה מה גורם לשוטר להאמין שבביצוע חיפוש מוסכם בהיעדר חשד סביר, הוא ממלא את מטרות תפקידו, בשים לב לכך שלא התעורר כלל חשד סביר עובר לחיפוש. החשש הוא שהמניע של השוטר לבצע חיפוש בהסכמה, בהיעדר חשד סביר, נובע מכל אותם טעמים שלא היינו רוצים שיביאו לחיפוש: גזע,²⁴¹ השתייכות לקבוצת מיעוט,²⁴² צבע עור, מגורים בשכונת עוני

236 FEINBERG, לעיל ה"ש 186.

237 Meir Dan-Cohen, *Basic Values and the Victim's State of Mind*, 88 CAL. L. REV. 759, 772 (2000).

238 שם.

239 יש אשר יאמרו כי רף מסוים של כבוד הוא הזכות היחידה שאין לוותר עליה: "[T] here is at least one cardinal right that cannot be waived. That is, the right to maintain a certain level of respect as a rational being". Baker, לעיל ה"ש 186, בעמ' 112.

240 הנחה שאינה מובנת מאליה בחיפוש בהיעדר חשד סביר. כך, למשל, יש הטוענים כי חיפוש בהסכמה נפוץ כי הוא גם קל יותר לשוטר וגם מוגן יותר מפני ביקורת שיפוטית. Strauss, לעיל ה"ש 57; Barrio, לעיל ה"ש 139; ובכך יש כדי להמריץ שוטרים לבצע חיפוש בהסכמה גם כאשר יש באפשרותם לבצע חיפוש על בסיס אחר מלבד הסכמה: *United States v. Chavez*, 75 F. Supp. 2d 1015, 1022 (W.D. Mo. 1999).

241 לא נעלמה מעיני תמיכתם של רבים בביסוס החשד הסביר על פרופיל גזעי מסוים, מטעמים

שיש בה שיעורי פשיעה גבוהים, "היכרות מוקדמת" בין האזרח לשוטר, מראה עברייני "טיפוסי" ובקיצור – "החשד הבלתי סביר".²⁴³ מחקרם של וייס ושטראוס משנת 2009 במדינת אילינוי אימת חששות אלו והצביע על כך שמספר המעצרים לצורכי חיפוש של חשודים מקבוצות מיעוטים גבוה ב-13 אחוזים ממספר המעצרים של חשודים לבנים,²⁴⁴ אף על פי שבפועל חיפוש על חשודים לבנים הניב 24.4 אחוזי הצלחה, ואילו חיפוש על חשודים מקבוצות מיעוטים הניב 15.5 אחוזי הצלחה.²⁴⁵ הדרך "להלבין" את אי-ההלימה בין הנתונים היא באמצעות הסכמה לחיפוש: שחורים נתונים לחיפוש בהסכמה פי שלושה מלבנים, והיספנים נתונים לחיפוש בהסכמה פי 2.4 מלבנים.²⁴⁶ מחקר אחר הצביע על כך ש-77.2% מכלל החיפושים בהסכמה נערכים על שחורים.²⁴⁷ מחקרים נוספים שנערכו בארצות-הברית מאששים אף הם

כלכליים. עם זאת, העובדות שמחקריהם מבוססים עליהן, וההנחות שבבסיס מסקנותיהם, נדחו אחת לאחת. לצערי לא אוכל להרחיב בכך, אך לסקירת עמדתם ולביקורת נרחבת ראו: Bernard, לעיל ה"ש 14.

²⁴² מעיון באתר הכנסת עולה שבעיקר בעברות אלימות חמורות כלפי גוף יש ייצוג יתר מובהק לחשודים מהאוכלוסייה הערבית. יניב רונן **נתונים על הפשיעה בחברה הערבית בישראל** (הכנסת, מרכז מחקר ומידע, 2010); נתון זה מתיישב עם מחקרם של רטנר ופישמן, אשר גם ממנו עולה שבעיקר בעברות אלימות חמורות כלפי גוף יש ייצוג יתר ניכר לערבים ולאתיופים ביחס לחלקם באוכלוסייה. ראו: משרד המדע דו"ח **מחקר סופי ניתוח מיקרו ומאקרו של אלימות בישראל 1980–2007** (2009) זמין ב- <http://weblaw.haifa.ac.il/he/Research/ResearchCenters/SocietyAndCrime/cls%20publications/%D7%93%D7%95%D7%97%D7%9E%D7%97%D7%A7%D7%A8%20%D7%90%D7%9C%D7%99%D7%9E%D7%95%D7%AA.pdf> (נבדק לאחרונה ב-22.4.2016). מכל מקום בדרך כלל שוטרים אינם נזקקים להסכמה לחיפוש בעברות אלימות חמורות כלפי גוף, אלא בעיקר בעברות החזקה (של סמים, סכין, רכוש גנוב, כלי פריצה וכיוצא באלה). למרבה הצער, אין בנמצא נתונים סטטיסטיים על עיכוב וחיפוש בארץ וממילא אף לא על חיפוש מוסכם; באופן כללי יותר, ראו את הדיון בעניין הפרופיל המשמש לצורך בדיקות ביטחוניות: עת"מ 1555/06 **התנועה לחופש המידע נ' רשות שדות התעופה** (פורסם בנבו, 15.11.2006).

²⁴³ Ross, לעיל ה"ש 155, שם הוצג חשש דומה שלפיו פרקטיקה של חיפוש מוסכם מתירה חיפושים המבוססים על תחושות בטן או על פרופיל גזעי ולעתים אף חיפושים שהם בגדר הטרה גרידא.

²⁴⁴ Alexander Weiss & Dennis P. Rosenbaum, Illinois Traffic Stops Statistics Study 2008 Annual Report 2 (University of Illinois at Chicago Center for Research in Law and Justice 2009), available at <https://idot.illinois.gov/Assets/uploads/files/Transportation-System/Reports/Safety/Traffic-Stop-Studies/2008/2008%20Illinois%20Traffic%20Stop%20Summary.pdf> (נבדק לאחרונה ב-22.4.2016).

²⁴⁵ שם, בעמ' 12–13.

²⁴⁶ שם, בעמ' 10–13.

²⁴⁷ Peter Verniero, Attorney General of New Jersey, Interim Report of the State Police Review Team Regarding Allegations of Racial Profiling 26–28 (Apr. 20, 1999), available at www.state.nj.us/lps/intm_419.pdf (נבדק לאחרונה ב-14.4.2016).

את החשש שהסכמה היא כלי להכשיר חיפוש בקרב מיעוטים בהיעדר חשד סביר נגדם,²⁴⁸ באופן שחיפוש בהסכמה מבוצע בקרב היספנים ושחורים בתדירות רבה יותר מאשר בקרב לבנים.²⁴⁹ בכך יש כדי להדגים את החשש מפני שימוש בהסכמה כתחליף לחשד סביר במצבים שבהם יש חשד בלתי סביר, בעיקר כזה הקשור לגזע. חיפוש המבוסס על חשד בלתי סביר פוגע בכבודו של האזרח, כי הוא מתייג אותו ודן אותו לקבוצה חברתית שלילית, רק בגלל נסיבות שאינן קשורות בו.²⁵⁰ כל אדם, באשר הוא, ראוי ליחס בסיסי של כבוד, ואף ראוי ליחס ההולם את מעשיו, לפחות במונח שהוא צריך להישפט לפי מעשיו ולא לפי קבוצת ההשתייכות שלו.²⁵¹ זאת ועוד, כל אדם משתייך למספר רב של קבוצות,²⁵² וגם משום כך יהיה זה עוול לתייג אדם לפי השתייכותו לגזע, לקהילה או לשכונה וליחס לו רק את המאפיינים השליליים של מיעוט חברי קבוצה זו. חיפוש על אדם בהסכמתו, בהיעדר חשד סביר, כרוך בפגיעה בכבודו מאחר שהחזירה לסביבה הפרטית שלו אינה מבוססת על טעם הקשור בהתנהגותו או במעשיו. להבדיל מהסכמה גרידא, החשד הסביר האינדיבידואלי מבוסס על פי רוב על התנהגותו ועל מעשיו של החשוד, ולכן הוא מבטיח הלימה ראויה יותר בין היחס כלפיו לבין מעשיו והתנהגותו.²⁵³

DAVID COLE, NO EQUAL JUSTICE: RACE AND CLASS IN THE AMERICAN CRIMINAL JUSTICE SYSTEM, 8 (1999) ²⁴⁸

Gross & Barnes, לעיל ה"ש 151; "Blacks and Latinos in Texas were more likely than Anglos to be consent searched following a traffic stop by Texas law enforcement agencies in 2003: approximately 3 out of 5 agencies consent searched Blacks at higher rates than Anglos. Of the agencies that consent searched Blacks at higher rates, 3 out of 4 searched Blacks at least 50% more frequently than they searched Anglos". Dwight Steward & Molly Totman, *Don't Mind If I Take A Look, Do Ya?: An Examination of Consent Searches and Contraband Hit Rates At Texas Traffic Stops*, 25 (2005), available at www.prisonpolicy.org/scans/racial_profiling_report_full.pdf (14.4.2016). ²⁴⁹

לדיון בסוגיה זו בארץ, בהקשר של בדיקות ביטחוניות של נבדקים ממוצא ערבי בנמלי התעופה, ראו: ברק מדינה ואילן סבן "זכויות האדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה 'תיוג אתני' ומבחני פסקת ההגבלה (בעקבות פסק דין חוק האזרחות והכניסה לישראל)" **משפטים** לט 47, 72 (2009). ²⁵⁰

Taslitz, לעיל ה"ש 13. ²⁵¹

שם, בעמ' 156. ²⁵²

גם חשד סביר עלול להתעורר, בנסיבות מסוימות, כלפי אדם בלי קשר למעשה פסול שעשה. כך, למשל, ייתכן מצב שבו אדם כהה עור, חף מפשע, הלובש חולצה לבנה וכובע שחור, הולך ברחוב סמוך למקום שבו בוצע שוד זה לא כבר בידי אדם כהה עור שלבש חולצה לבנה וכובע שחור. אף על פי כן, בדרך כלל חשד סביר קשור להתנהגות של מושא החיפוש, כפי שהיא נצפית או כפי שדווחה במישורין או בעקיפין למשטרה. ²⁵³

זאת ועוד, יש לזכור שמעורבות בכל אחד משלביו של ההליך הפלילי כרוכה בפגיעה מסוימת בכבודו של אדם, גם בשל ההיבטים הכוחניים מגבילי החירות המזוהים עם המשפט הפלילי וגם בשל אפקט הגינוי החזק שלו.²⁵⁴ חיפוש על גופו של אדם בפרהסיה כרוך בהשפלה גם כאשר מדובר בהסכמה לחיפוש. יש לזכור שחיפוש על אדם מציג אותו בפרהסיה כמי שלמטרה יש משהו נגדו. כאשר אדם שהמטרה מחפשת בכליו, נצפה על ידי שכניו, הם לא בהכרח יודעים אם החיפוש מוסכם או לא, אם יש חשד סביר או לא, ואם נמצא משהו אסור או לא, אבל ההליך עלול לתייג אותו ולהפוך אותו לחשוד בעיני סביבתו הקרובה. לכן המטרה צריכה לחזור לפרטיותו של אדם רק כאשר יש טעם מוצדק כלשהו להדירה למרחב הפרטי.²⁵⁵

לא אוכל לסיים את הדיון בלי לבחון את פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. מבחן המידתיות הקבוע בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מחולק לשלושה מבחני משנה.²⁵⁶ המבחן הראשון הוא מבחן הקשר הרציונלי, הדורש קשר של התאמה בין המטרה לבין האמצעי. לפי מבחן זה, האמצעי שהשלטון נוקט צריך להביא, באופן רציונלי, להגשמתה של המטרה.²⁵⁷ בענייננו, חיפוש בהיעדר חשד סביר אינו מביא באופן רציונלי להגשמת המטרה. מנקודת ראות ex-ante, חיפוש על אדם בהיעדר חשד סביר אינו מביא למטרה. סיכוי כלשהו שחיפוש בהיעדר חשד סביר על אזרח יביא למציאת סם מסוכן ברשות אותו אזרח, אינו יכול כשלעצמו להצדיק בדיעבד פגיעה שרירותית באזרחים נורמטיביים. למען הסר ספק, כפי שאף אראה בהמשך, הסיכוי הזה אף נמוך למדי. מבחן המשנה השני הוא מבחן הפגיעה הפחותה, ולפיו צריך להיבחר האמצעי השלטוני הפוגע בפרט במידה הקטנה ביותר. לשם כך, יש לבחון אם אי-אפשר להשיג את המטרה בעזרת אמצעי אחר, אשר יסב פגיעה קלה יותר. בענייננו, חיפוש שאינו מבוסס על חשד סביר פוגעני יותר מחיפוש על סמך חשד סביר. ובשים לב לכך שחיפוש על סמך חשד סביר הוא היחיד מן השניים שעומד במבחן הקשר הרציונלי, הרי חיפוש על סמך חשד סביר הוא האמצעי הראוי, שכן פגיעתו באזרח קלה יותר וגם מתאפיינת בקשר חזק יותר בין האמצעי למטרה. אכן, חיפוש בהסכמה פוגעני פחות מחיפוש שלא בהסכמה, אבל שניהם כאחד פסולים בהיעדר חשד סביר.²⁵⁸ מבחן המשנה השלישי הוא מבחן המידתיות הצר, ולפיו

²⁵⁴ Taslitz, לעיל ה"ש 13, בעמ' 189.

²⁵⁵ Andrew E. Taslitz, *Criminal Law: Respect and the Fourth Amendment*, 94 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 15 (2003).

²⁵⁶ בג"ץ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1 (1996).

²⁵⁷ בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (1997).

²⁵⁸ יטען הטוען כי חיפוש מוסכם פוגעני פחות מחיפוש לא מוסכם. ומה בכך? למשל, ברור שמאסר שווה של עשרה חודשים פוגעני פחות ממאסר שווה של עשר שנים, ובכל זאת שניהם פסולים באותה מידה. על כן עצם העובדה שחיפוש בהסכמה פוגעני פחות מחיפוש שלא בהסכמה אינו

האמצעי שהשלטון בוחר אינו ראוי אם פגיעתו בזכות הפרט חמורה מתועלתו בהגשמת התכלית.²⁵⁹ כאן לשאלות ההסתברות תפקיד מפתח. מבחינה הסתברותית, גם אם יש סיכוי שחיפוש בהיעדר חשד סביר יביא לגילוי עבירה או למניעתה, סיכוי זה נמוך בהרבה מהסיכוי שחיפוש על סמך חשד סביר יביא לגילוי עבירה או למניעתה.²⁶⁰ לכן פגיעתו של חיפוש בהיעדר חשד סביר רבה מן התועלת שהוא עשוי להביא, דהיינו גילוי או מניעה של עבירות.²⁶¹

בשים לב לאמור לעיל, יש להוסיף את האפשרות שתוצרי חיפוש מוסכם בהיעדר חשד סביר אף ייפסלו מכוח דוקטרינת פסילת הראיות הפסיקתית,²⁶² אם ייקבע שחיפוש מוסכם בהיעדר חשד סביר פוגע פגיעה מהותית בזכותו של נאשם להליך הוגן, המנוגדת לאמור בפסקת ההגבלה.²⁶³

2.3 הסכמה אינה טעם לפעולה

כפי שכבר צוין, פעולות כגון מגע מוסכם, קיום יחסי מין בהסכמה והעברת זכויות ברכוש בהסכמה אינן פעולות פסולות, אלא פעולות לגיטימיות. הפסול בתקיפה, אינוס וגנבה מקורו בפגיעה הבלתי מוסכמת במרחב האוטונומי של הזולת, ולכן אך טבעי הוא שהסכמה יכולה לרפא את הפגיעה. לעומת זאת, חיפוש משטרתי בהיעדר חשד סביר הוא פעולה שיש בה פסול אינהרנטי, שלא כולו נובע מהפגיעה באוטונומיה, וממילא הסכמה כשלעצמה אינה יכולה להכשיר את כל הפסול שבחיפוש כזה, ובוודאי לא את הפסול מחמת פגיעה בערכים אחרים. אם כן, הפסול בחיפוש בהיעדר חשד סביר אינו נובע מהיעדרה של הסכמה, וממילא הסכמה כשלעצמה אינה מרפאת את הפסול הטמון בו. עתה לא נותר אלא לשאול אם על אף הפסול המסוים בחיפוש מוסכם בהיעדר חשד סביר, עצם ההסכמה לחיפוש אינה

עילה להכשרת החיפוש המוסכם.

²⁵⁹ ראו את דבריו של פרופסור זמיר בנוגע למבחן המידתיות: "אין די בכך שהרשות המינהלית בחרה באמצעי המתאים והמתון להשגת המטרה, אלא עליה להוסיף ולשקול את התועלת שתצמח לציבור כנגד הנזק שייגרם לאזרח עם הפעלת האמצעי הזה בנסיבות העניין". יצחק זמיר "המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה", **משפט וממשל ב** 109, 131 (1994).

²⁶⁰ David A. Harris, *Driving While Black: Racial Profiling on Our Nation's Highways*, ACLU SPECIAL REPORT (1999), available at www.aclu.org/racial-justice/driving-while-black-racial-profiling-our-nations-highways (נבדק לאחרונה ב-14.4.2016).

²⁶¹ בהמשך המאמר ארחיב קמעא בשאלת יעילות החיפוש המוסכם, הנעשה בהיעדר חשד סביר.
²⁶² ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד סא(1) 461 (2006); יובל מרין ורינת קיטאי סנגירו "Collins, Miranda" ויששכרוב – על הפער בין הרצוי לבין המצוי בהלכת יששכרוב" **משפטים** 429 (תשס"ז).

²⁶³ עניין **יששכרוב**, שם, פס' 76 לפסק דינה של השופטת ביניש.

מקנה לשוטר טעם לגיטימי לפעולה, ובמובן זה לכל הפחות מהווה צידוק לביצוע החיפוש המוסכם בהיעדר חשד סביר. על כך אענה להלן בשלילה.

הסכמת אדם המופנית כלפי פועל כלשהו אינה מטילה על הפועל חובה לפעול, אלא רק מעניקה לו פריבילגיה לפעול.²⁶⁴ הרשאה או כוח, להבדיל מחובה, אינם טעם או נימוק לפעולה,²⁶⁵ ולפיכך הסכמתו של אדם, המופנית כלפי פועל ומתירה לו לבצע פעולה מסוימת אינה יכולה להוות טעם של ממש אצל הפועל לבצע את הפעולה. הסכמה רק מוסיפה אפוא הרשאה לפעולה, פעולה שבהיעדר ההרשאה היא פעולה אסורה. הסכמה אינה גורמת לפעולה, אינה מטילה חובה לפעול לפיה ואף אינה מסבירה את הפעולה בשום דרך, היא פשוט מוסיפה לפועל חלופה נוספת לפעולה: לפעול לאור ההסכמה.²⁶⁶ כך, למשל, הסכמתה של דנה לקיים יחסי מין עם דן, כשלעצמה, אינה טעם אצל דן לקיים יחסי מין עם דנה, כי הסכמתה של דנה לקיים יחסי מין עם דן אינה מביאה לכלל המסקנה שלדני יש טעם טוב לעשות כן, אלא רק שיותר לו לעשות כן. מטבע הדברים, בני אדם שומרי חוק אינם עושים את כל מה שיותר להם, אלא רק אותן פעולות מותרות שיש להם טעם לבצען. לכן עשויים להיות טעמים לרצות לקיים יחסי מין עם דנה על אף היעדר הסכמתה, ולחלופין עשויים להיות לו טעמים שלא לרצות לקיים יחסי מין עם דנה למרות הסכמתה.

כל אימת שנקרית לפועל כלשהו האופציה לפעול לאור הסכמתו של אחר, בה בעת נתונה לאותו פועל גם האפשרות שלא לפעול לאור ההסכמה, ולכן הסכמה, כשלעצמה, נעדרת כוח מנמק של ממש. להסכמה אין ערך מנמק של ממש, ולא זו בלבד אלא שהיא גם אינה מהווה חוליה של ממש בשרשרת הסיבתית לפעולה. לעומת הגנה עצמית, כורח או צורך, הגנות שבהן יש קשר סיבתי חזק, בעל כוח "ממגנט", בין הסיבה (תוקף מאיים על חיי/תינוק עומד להידרס על ידי רכב) לבין הפעולה (תקיפת התוקף/התנגשות ברכב באופן שימנע את דריסת התינוק), במקרים של הסכמה, הקשר הסיבתי הוא חלש עד אפסי.²⁶⁷ על כן לא די לומר שהייתה הסכמה לחיפוש שביצע שוטר, אלא יש להצביע על טעם לביצוע הפעולה – פעולה אשר כאמור היא פוגענית מטיבה.

John Gardner, *Justification under Authority*, 23 CAN. J. L. & JURISPRUDENCE, 71 ²⁶⁴ (2010): "This follows from the fact that consent may be permission-granting or power conferring, but is never directly duty-imposing"

.JOSEPH RAZ, PRACTICAL REASON AND NORMS 106 (1972) ²⁶⁵

"consent – as well as necessity or self-defense – does not impose on the perpetrator an obligation to act; it merely provides him with an option". Vera Bergelson, *Rights, Wrongs and Comparative Justifications*, 28 CARDOZO L. REV. 2481, 2487 (2007) ²⁶⁶

בעניין זה, ראו את דבריה של ורה ברגלסון, המבחינה בין צורך או הגנה עצמית לבין הסכמה, כהסבר לפעולה: "But unlike necessity or self-defense, consent of the victim creates a very weak content-independent reason for action". שם, בעמ' 2487. ²⁶⁷

ויובהר כי חיפוש משטרתי על אזרח חייב להיות מוצדק, לא משום שכל הסכמה בין שני אנשים טעונה צידוק, אלא כי יש בו רע מסוים, רע אשר כפי שהודגם קודם לכן בהרחבה, קשור הן לטיב המעשה הן למערכת היחסים המיוחדת של הצדדים לו. לאדם שנמנע מלבצע עבירות כל חייו, ומשתדל לשמור חוק ואף להיחשב לשומר חוק, יש ציפייה סבירה ומוצדקת ששוטר לא יפנה אליו בבקשת חיפוש בלי טעם מוצדק.²⁶⁸ אם לא כן, מה הטעם בכל המאמץ שלא לבצע עבירות ולשמור חוק ולהיחשב לשומר חוק, אם בסופו של דבר המשטרה נוהגת כך כבעבריו פוטנציאלי?

לסיכום, וכפי שטענתי קודם לכן בהרחבה, חיפוש משטרתי שאינו מבוסס על חשד סביר, פוגע בהיבטים מסוימים של האוטונומיה של מושא החיפוש, פוגע בפרטיותו, פוגע בכבודו ואף פוגע ברווחתו. פגיעה שכזו אינה צריכה להתבצע בהיעדר טעם טוב בבסיסה. מאחר שהסכמה אינה טעם לפעולה, הרי הסכמה כשלעצמה אינה יכולה להצדיק חיפוש. נדרש דבר מה נוסף שיצדיק את החיפוש. אלא שאם יש דבר מה המצדיק את החיפוש, דהיינו יש טעם מוצדק לחיפוש, כגון חשד סביר או צו שיפוטי, ממילא אין השוטר נזקק להסכמה לחיפוש.

3. תהיות בדבר יעילות חיפוש בהסכמה בהיעדר חשד סביר

חיפוש בהסכמה עשוי להצטייר במבט ראשון כחיפוש יעיל בעיקר משום שהוא פשוט וזול: הוא אינו מצריך פעילות משטרתית מקדימה, גלויה או סמויה, להצדקת הוצאתו של צו מבית משפט, או פעולות שיטור כלשהן לאיתור חשד סביר. ואכן, נטייה להרבות בשימוש בהסכמה ככלי להכשרת חיפוש נובעת מטעמים אלו ממש.²⁶⁹ חיפוש בהסכמה קל וזול הרבה יותר מנקודת ראותו של השוטר.²⁷⁰ האומנם הוא יעיל? אעלה עתה כמה תהיות בשאלה זו ואטען כי חיפוש בהסכמה אינו יעיל וכי העלות הנמוכה וקלות היישום אינן מכפרות על חסרונותיו ופוגענותו.

במחקר שנערך בארצות-הברית נמצא שככל שהמשטרה מחפשת יותר על בסיס הסכמה ופחות על בסיס חשד סביר, כך יורדים אחוזי הצלחה שלה.²⁷¹ בבדיקת

²⁶⁸ הטיעון הוא פשוט: "If the suspicions nevertheless persist, a citizen who has done all he reasonably can to avoid crime and suspicions of it will rightly expect an explanation, and a truly sound system of criminal justice would presumptively compel the officer to do so" Taslitz, לעיל ה"ש 13, בעמ' 176-177.

²⁶⁹ Strauss, לעיל ה"ש 57.

²⁷⁰ Burkoff, לעיל ה"ש 8. אך היות החיפוש בהסכמה קל וזול לשוטר לא בהכרח הופך אותו ליעיל מבחינת כלל הציבור.

²⁷¹ "As the number of consent searches increased, the percentage of searches which yielded criminal evidence diminished, and this decrease was substantial" LICHTENBERG, לעיל ה"ש 146, בעמ' 151.

נתונים שאספה משטרת מרילנד עלה שחיפושים על בסיס חשד סביר יעילים פי שניים ויותר מחיפושים על בסיס הסכמה.²⁷² יתרה מזו, במקרי הסכמה שאינה מניבה תוצאות בחיפוש, שוטרים מקפידים פחות על רישום החיפוש ותיעודו כנדרש, ולכן בפועל אחוזי ההצלחה של חיפושים על בסיס הסכמה אף נמוכים יותר.²⁷³ במחוז טרנט בסן-פרנסיסקו תדירות החיפוש בהסכמה בקרב שחורים גבוהה פי שניים מתדירות החיפוש בקרב לבנים, אף שחיפושים בהסכמה בקרב שחורים מניבים כמעט אותם אחוזי הצלחה כמו חיפושים בהסכמה בקרב לבנים.²⁷⁴ כמו כן, במחקר שנערך במדינת מרילנד נמצא כי חיפוש בהסכמה בקרב היספנים תדיר הרבה יותר מחיפוש בהסכמה בקרב לבנים, אף שאין אחוזי הצלחה גבוהים יותר בקרב היספנים.²⁷⁵ רוצה לומר שהשימוש המוגבר בהסכמה לחיפוש בקרב מיעוטים גורם לתיוג שלילי של מיעוטים והטרדה תכופה שלהם אף שאינו מוצדק משיקולי יעילות.²⁷⁶

כפי שכבר צוין, חיפוש בהסכמה זול יותר מחיפוש על בסיס חשד סביר. לפיכך גם אם שחיפוש בהסכמה יעיל פחות מחיפוש על בסיס חשד סביר, לכל הפחות נזקפת לזכותו עלותו הזולה יחסית. אולם יש לזכור שחיפוש בהסכמה על אזרח שאין נגדו חשד סביר, אף על פי שהוא זול יותר מחיפוש המבוסס על חשד סביר, בכל זאת מצריך משאבים משטרתיים. לפיכך לגיטימי לצפות שחיפוש לא ייערך בהיעדר חשד סביר, ולכל הפחות – בהיעדר טעם כבד משקל. בכך גם טמון חלק מהוסר היעילות המובנה של חיפוש בהסכמה: הוא תלוי בהסכמת האזרח. כשהאזרח מסרב לחיפוש, הוא עושה כן לאחר שהשוטר כבר השקיע את המשאבים בפנייה אליו, בבקשה ממנו להסכים לחיפוש ובהסברת זכויותיו. אכן, אחוזי הסיורב לחיפוש מוסכם נמוכים ביותר, אולם סביר להניח שדווקא לסרבנים יש מה שהמשטרה מחפשת.

מנקודת ראות תועלתנית, פרקטיקה של השגת הסכמה לחיפוש מפנה את משאבי המשטרה דווקא למקום שבו אין חשד סביר. מנקודת ראותו של העבריין, שיוודע שמאפייניהם של מעשים עברייניים עלולים לעורר מטבעם חשד סביר, פרקטיקה נפוצה של חיפוש מוסכם מסירה מלבו חלק מהסיבות לדאגה, כי הוא יודע שחלק מהמשאבים המשטרתיים שהיו אמורים להיות מופנים כלפיו ואל החשד הסביר

²⁷² Gross & Barnes, לעיל ה"ש 151.

²⁷³ Stewar & totman, לעיל ה"ש 249.

²⁷⁴ שם. "In Tarrant County, Black motorists are asked for consent to a search in twice (2.0 times) as many instances as whites, [...] However, during consent searches, Blacks are nearly equally (1.1 times) as likely as Anglos to be found with contraband"

²⁷⁵ Harris, לעיל ה"ש 260.

²⁷⁶ Stewars & Totman, לעיל ה"ש 249: "while Blacks are asked for consent at higher rates than Anglos overall, many of these searches are not yielding illegal goods or evidence— a disparity which should be looked into"

העלול להתעורר לנוכח מעשיו והתנהגותו, מופנים כלפי כולי עלמא באמצעות חיפוש מוסכמים בהיעדר חשד סביר. לפיכך העבריינין יכול להשקיע פחות משאבים בהסתרת המאפיינים המעוררים חשד סביר, וכך העלויות העברייניות שלו פוחתות. אמנם חלק מאותם משאבים שלא יופנו אליו בשל חשד סביר, עלולים להיות מופנים אליו בשל חיפוש בהסכמה, אבל כזכור אם באמת יש לו משהו להסתיר, הרי הוא יכול להיעזר בשירותי החוק ולסרב לחיפוש בלי שהדבר יפגע בו. כידוע, המחקרים על הרתעה אינם חד-משמעיים, אך אם יש מסקנה מהותית אחת, הרי היא שהגברת הסיכוי להיתפס מרתיעה יותר מהחמרת הענישה.²⁷⁷ פרקטיקה של חיפוש בהסכמה מקטינה את הסיכוי להיתפס גם כי חלק מהמשאבים מופנים לעבר אנשים שאין נגדם חשד סביר וגם כי לעבריינין יש אפשרות לסרב לחיפוש.

חיפוש בהסכמה, בהיעדר חשד סביר, גם פוגע במידת מה במראית העין של שלטון חוק, שכן אם נכונה ההנחה, המתקבלת על הדעת, שמי שיש לו סיבה להסתיר דבר מה מהמשטרה, עשוי לסרב בסבירות גבוהה יותר לחיפוש, ואילו מי שאין לו סיבה להסתיר דבר מה מהמשטרה, עשוי להסכים בסבירות גבוהה יותר לחיפוש, הרי זוהי בדיוק מראית העין של היעדר שלטון חוק: בבחינת רשע וטוב לו, צדיק ורע לו. על כל אלו, כמובן, יש להוסיף את הפסול האינהרנטי בחיפוש מוסכם, וכן את העובדה שפרקטיקה של השגת הסכמה לחיפוש מעמיסה נטל כבד דווקא על כתפי האוכלוסיות החלשות יותר בחברה.

ד. עולם ללא חיפוש בהסכמה

אם ייאסר לערוך חיפוש המבוסס על הסכמת האזרח בלבד, בהיעדר חשד סביר נגדו, סביר שבתחילה יהיו פחות חיפושים, בשים לב לכך שרבים מהחיפושים כיום מבוצעים על בסיס הסכמה. ממילא אף סבירה ההנחה שלטווח קצר ייפגעו יכולות האכיפה המיידיות בעברות מסוימות.²⁷⁸ עם זאת, ביטול הפרקטיקה של חיפוש בהסכמה עשוי להביא את המשטרה לפעול לאכיפת החוק באמצעים מדויקים יותר,

²⁷⁷ הטעון הוא שהגברת הסיכוי להיתפס מרתיעה יותר מהחמרת הענישה, כמובן ההשוואה מותנית בתוחלת העונש זהה. דהיינו סיכוי של 50% לרצות עונש מאסר של ארבע שנים מרתיע יותר מסיכוי של 20% לרצות עונש מאסר של עשר שנים אף שתוחלת העונש היא שנתיים בשני המקרים. ראו בעניין זה: Frankling Zimring & Gordon Hawkins, *Deterrence: The Legal Threat in Crime Control*, 158–172, (Univ of Chicago Press 1973); Steven Shavell, *Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary sanctions as a Deterrent*, 85 COLUM. L. REV 1232, 1236 (1985); David Huizinga & Kimberly L. Henry, *The Effect of Arrest and Justice System Sanctions on Subsequent Behavior: Findings from Longitudinal and Other Studies*, in THE LONG VIEW OF CRIME, 220 (Akiva M. Liberman ed., 2008).

²⁷⁸ למשל, עברות של החזקת סכין, החזקת סמים והחזקת רכוש החשוד כגנוב.

ענייניים ובלי להסתמך על תחושות בטן, אמונות תפלות, תפיסות גזעניות וכיוצא באלה. תהליך זה אף עשוי להגביר את מקצועיות המשטרה, לשפר את יכולותיה למדוד את עצמה ואת יכולותיה להסיק מסקנות לעניין הקשר בין נסיבות המצדיקות חיפוש לבין תוצאותיו.

דוגמה לאסטרטגיית שיטור חדשה ויעילה ניתן לראות באופן הטיפול ב"נקודות חמות". כידוע, מרבית הפשיעה העירונית מתרכזת בשטחים גיאוגרפיים קטנים ביותר המכונים "נקודות חמות".²⁷⁹ מחקרים עדכניים מצביעים על כך שפעולת השיטור היעילה ביותר היא עצם הנוכחות של שוטרים ב"נקודות חמות",²⁸⁰ נוכחות שיש בה כדי להרתיע ולהביא לצמצום ניכר של העבריינות באותו מתחם. נמצא כי הדרך היעילה ביותר היא תנועה מתמדת ואקראית בין נקודות חמות ושהייה של עד 15 דקות בכל נקודה.²⁸¹ יצוין כי אסטרטגיית הנקודות החמות הוכחה כיעילה עוד יותר כאשר השוטרים נוקטים אסטרטגיית שיטור המותאמת לבעיה, דהיינו משתמשים באמצעים ובכלים מתאימים לסוגי הפשיעה הנפוצים באותו מתחם. אסטרטגיה זו, שבה כל נקודה חמה מטופלת לפי סוג הבעיות המקומיות שיש בה, התבררה כיעילה והביאה לצמצום פשיעה ניכר לטווח ארוך.²⁸² זאת ועוד, הבנת הגורמים להיווצרותן של נקודות חמות אף עשויה להועיל בכניית מודלים לניבוי ההיווצרותן של נקודות חמות, באופן שיאפשר טיפול מונע באזור גיאוגרפי שעתידי להפוך לאזור פשיעה. אין לחדר, לאסטרטגיה זו עשויה להיות יקרה לביצוע,²⁸³ אלא שממילא המשטרה מקצה

²⁷⁹ מחקרים מצביעים על כך שמרבית הפשיעה בעיר מתמקדת בשטחים גיאוגרפיים קטנים בתוכה. ראו: Pierce G., Spaar S. & Briggs L. R. *The character of police work: Strategic and tactical implications*. BOSTON, MA: CENTER FOR APPLIED SOCIAL RESEARCH, NORTHEASTERN UNIVERSITY (1986); Weisburd D., Bushway S., Lum C. & Yang S. *Trajectories of crime at places: A longitudinal study of street segments in the city of Seattle*, 42 CRIMINOLOGY, 283 (2004).

²⁸⁰ Braga A. A. *The effects of hot spots policing on crime*. Campbell Collaboration systematic review final report (2007), available at campbellcollaboration.org/lib/download/118/ (נבדק לאחרונה ב-14.4.2016). מדובר בדיווח על ירידה של ממש בפשיעה בשבעה מתוך תשעה מקומות שנבדקו; ראו גם מחקר מאוחר יותר המתאר את יעילות ההרתעה הנובעת משהייה משטרתית בנקודות חמות: Braga A. A., & Bond B. J., *Policing crime and disorder hot spots: A randomized controlled trial*, 46 CRIMINOLOGY, 577 (2008).

²⁸¹ Christopher Koper, *Just enough police presence: Reducing crime and disorderly behavior by optimizing patrol time in crime hotspots*. 12 JUST. Q., 649 (1995).

²⁸² Taylor B., Koper C. S. & Woods D. J A, *randomized controlled trial of different policing strategies at hot spots of violent crime*, 7 J. EXP CRIMINOLOGY, 149 (2011) המסמך מצביע על ירידה של 33% בפשיעת הרחוב לאחר 90 יום של עבודת שיטור מותאמת לבעיה בנקודות חמות.

²⁸³ לדיון בעלויות אל מול התועלות, ראו: Andrew Guthrie Ferguson, *Predictive Policing and Reasonable Suspicion*, 62 EMORY L.J. 259 (2012).

משאבים רבים לעבודת הסיור, ועל כן עיקר האתגר, ובהתאמה עיקר תוספת העלות, ינותב להפניית כוחות הסיור הקיימים למקומות הנכונים, בזמנים הנכונים, מצוידים בהנחיות הנכונות. גם אם שיטה זו יקרה יותר מחיפוש מוסכם בהיעדר חשד סביר, בכל זאת היא מבוססת על ממצאים אמפיריים ולא על תחושות בטן, ומביאה לירידה של ממש בנזקי פרקטיקת החיפוש בהסכמה שתוארו לעיל. אם בכך לא די, הרי לצד תרומתה למניעת פשיעה, היא אף עשויה להביא לטווח ארוך לפיזור שוויוני יותר של הפשיעה בין האזורים הגיאוגרפים השונים.²⁸⁴

כפי שטענתי עד כה, חשד סביר עשוי לשמש טעם טוב להצדקת חיפוש על אזרח או בכליו. עם זאת, אינני טוען שחשד סביר חייב להיות תנאי הכרחי לחיפוש. עשויים להימצא טעמים טובים אחרים לחיפוש על אדם. כבר כיום ישנם דברי חקיקה המסדירים חיפוש בהיעדר חשד סביר קונקרטי, אך בהתקיים צידוק אחר לחיפוש.²⁸⁵ כתחליף לחיפוש מוסכם, ייתכן שראוי להצדיק סוגי חיפוש מסוימים, באזורים מועדים לפורענות, בשעות מסוימות ובימים מסוימים, שהוגדרו כולם מראש, ובלבד שיש טעמים טובים לכך הגוברים על ערך הפרטיות והאוטונומיה של הפרט. כך, למשל, מתחמי בילויים שבהם נמכר אלכוהול, משמשים בשעות הלילה המאוחרות בסופי שבוע מצע לצמיחת גילויי אלימות קשים, המביאים תדיר למקרי מוות ופציעות קשות של צעירים וצעירות. במקומות ובמועדים המועדים לפורענות אמנם אין בהכרח חשד סביר אישי כלפי בליין מסוים, אך בהחלט ניתן לומר כי יש חשד סביר קולקטיבי, הנגזר מעצם הנוכחות בזמן ובמקום הללו של חברי קבוצת גיל מסוימת, המתנהגים התנהגות פרועה שאינה עולה כדי חשד סביר.²⁸⁶ בבואו להתמודד עם תופעה זו, על המחוקק לשקול את הערך המוגן שהחיפוש נועד להגשים לעומת ההגנה על האוטונומיה של הפרט ועל זכותו לפרטיות. על המחוקק לאזן בין הרצון להגן על שלומם של בליינים צעירים באמצעות חיפוש כלי נשק בכליהם ועל גופם של באי המקום, לבין הרצון להגן על הפרטיות של אותם בליינים עצמם. אף שהצעה זו אינה חפה מבעיות, היא עדיפה על הפרקטיקה של החיפוש המוסכם, אשר אינה מוגבלת למקום, לזמן, לטעמים טובים או לטעמים כלשהם. מכל מקום, אין בכונתי

²⁸⁴ לדיון בשאלת השוויון, לביקורת ולמענה לה ראו, למשל: Andrew G. Ferguson, *The "High-Crime Area" Question: Requiring Verifiable and Quantifiable Evidence for Fourth Amendment Reasonable Suspicion Analysis*, 57 AM. U. L. Rev. 1587 (2007).

²⁸⁵ ס' 264(א1) לפקודת התעבורה [נוסח חדש], התשכ"א-1961 המתיר בדיקת ינשוף בהיעדר חשד סביר; להצדקה לביצוע בדיקת ינשוף בהיעדר חשד סביר ראו: דורון מנשה ושי אוצרי "בדיקת שכרות ללא חשד סביר – הרהורים על החוק לתיקון פקודת התעבורה (מס' 72), התשס"ו-2005" **ספר דיויד ויגר – על משפט פילי ואתיקה**, 349 (דרור ארד אילון, יורם רבין ויניב ואקי עורכים) 2009; ראו גם את ההסדר המקנה סמכות חיפוש לשוטרי לחייל או למאבטח שבס' 3 לחוק סמכויות לשם שמירה על ביטחון הציבור, התשס"ה-2005.

²⁸⁶ ראו, למשל, את דברי בית המשפט בעניין **בן חיים** בקשר לזיקת מקום וזמן העומדת במבחן החשד הסביר. עניין **בן חיים**, לעיל ה"ש 1.

לדון כאן באיזון הראוי, שכן דיון זה חורג ממטרות המאמר. ייתכן שבסופו של דבר המסקנה מאיזון נחוץ זה תהיה שאין להקנות סמכויות חיפוש בנסיבות אלו. יהיה תוכן הכרעת המחוקק אשר יהיה, ברור שעדיף שאת האיזון האמור יבצע המחוקק עצמו לאחר דיון מושכל ופומבי ובתהליך הכרעה דמוקרטי, ולא השוטר עצמו שנמצא בשטח.

1. ביקורת אפשרית

תיתכן טענת ביקורת שהדרישה לבטל את מוסד החיפוש בהסכמה קיצונית מדי. חלף ביטולה, מוטב לצמצם את מקרי החיפוש בהסכמה למצבי חשד שאינו עונה על הגדרת "חשד סביר", ואז תספק ההסכמה את התוספת האיכותית הנחוצה כדי להפוך את החיפוש למותר. אלא שהצעה זו אינה פותרת את רוב הבעיות המתוארות במאמר: היא אינה פותרת את בעיית היעדר החופשיות, כי מדובר באותו מנגנון ובאותם צדדים. אך חשוב מכך, היא אינה פותרת את בעיית הפגיעה בפרטיות, הפגיעה בכבוד והפגיעה ברווחה, כי היא מאפשרת לשוטר לבצע חיפוש בהיעדר חשד סביר, כשעולה החשד הבלתי סביר בלבד, חשד בלתי ראוי, אשר מכל הטעמים שפירטתי עד כה אין בכוחו להצדיק חיפוש. ובה בעת היא אף אינה מתמודדת עם הטענה שהסכמה אינה טעם לפעולה. לעומת זאת, את הטענה שיש לאפשר לשוטר לבצע חיפוש בהיעדר חשד סביר, אך כשיש טעם טוב לחיפוש, אני מקבל אם הטעם הטוב לביצוע החיפוש מעוגן בחוק²⁸⁷ כמצדיק חיפוש. במקרה זה השוטר רשאי לבצע את החיפוש אף ללא הסכמת החשוד, אלא שהסכמת החשוד, ככל שתיתן, בהחלט יכולה להפחית את הפגיעה בו.

טענת ביקורת אחרת עשויה לגרום שביטול הפרקטיקה של החיפוש המוסכם תפגע באכיפת החוק, מאחר שביטול זה יאסור על המשטרה לנקוט פרקטיקה אשר עשויה לעזור לה במאבק בפשיעה. אכן, לטווח קצר ביטול הפרקטיקה של חיפוש בהסכמה עשוי להביא לירידה באכיפה, בעיקר בעברות של החזקת חפצים אסורים, אולם ככל שהמשטרה תמצא כלים חלופיים, שהם גם יעילים יותר וגם פוגעניים פחות, כלים אשר חלקם, כפי שהראיתי, כבר מיושמים בעולם, לטווח ארוך כולם יצאו נשכרים.

טענת ביקורת אפשרית נוספת היא שביטול הפרקטיקה של החיפוש המוסכם יפגע בשיתוף הפעולה של הקהילה עם המשטרה. במובן זה ביטול החיפוש המוסכם מנוגד לכאורה לרעיון השיטור הקהילתי שצבר תנופה בשנים האחרונות בקרב משטרות העולם. על ביקורת זו יש להשיב ששיטור קהילתי הוא פרי שותפות בין

²⁸⁷ למשל, בדיקת ינשוף, לעיל ה"ש 285 או בדיקות ביטחוניות בכניסה למבנים ציבוריים.

המשטרה לבין ארגונים קהילתיים ויחידים, ונועד לחזק את הקהילה ולהעצימה²⁸⁸ באמצעים חלופיים, ולא באמצעים משטריים מסורתיים כגון מעצר, חיפוש, הצבת מחסומים ותחקור.²⁸⁹ הפרקטיקה של חיפוש בהסכמה, במקום להעצים את הקהילות החלשות הזקוקות לסיוע, דווקא פוגעת בקהילות החלשות, הזקוקות לתמיכת השיטור הקהילתי.²⁹⁰ כפי שהראיתי לעיל, הפרקטיקה של חיפוש בהסכמה דווקא יוצרת ריחוק ואנטגוניזם בין אותן קהילות מוחלשות לבין המשטרה, וודאי שלא שיתוף.

ה. סיום

בישראל, כמו גם במדינות משפט מקובל אחרות בעולם, חיפוש מוסכם בהיעדר חשד סביר הוא פרקטיקה שגורה, בכפוף לתנאים מסוימים. במהלך המאמר טענתי שכאשר נתונה לשוטור סמכות לערוך חיפוש, מטעמים מוצדקים ובראשם חשד סביר, ההסכמה אינה נחוצה כדי לאפשר לשוטור את מה שממילא יש לו סמכות לעשות, ואילו כאשר החיפוש אינו מוצדק, מן הראוי שלא ייערך כלל, בין בהסכמת מושא החיפוש ובין שלא בהסכמתו. חיפוש בהסכמה, כך טענתי, בעייתי מכמה טעמים, הקשורים זה לזה. ראשית, עצם חופשיות ההסכמה לחיפוש מוטלת בספק, בין היתר בשים לב לפערי הכוח והמידע בין האזרח לשוטור, לנטייה לציות יתר לבעלי מרות ולמחירו הגבוה של סירוב לחיפוש בשביל האזרח. שנית, אין בכוחה של הסכמת אזרח לחיפוש, בהיעדר חשד סביר, כדי לבטל את החובה של השוטור שלא לבצע חיפוש בהיעדר סמכות, בשים לב לטיב מערכת היחסים שבין האזרח לשוטור, אשר אינה כמערכת היחסים שבין אדם לחברו, ולפיכך מערכת יחסים זו אינה יכולה להתעצב על פי הסכמות שרירותיות של השניים, אלא רק על פי החוק. זאת ועוד, כפי שהראיתי במאמר, חיפוש בהסכמה כרוך בפגיעה בלתי מידתית ברווחת האזרח, בפרטיותו ובכבודו. כדי שתוכשר פגיעה שכזו, על השוטור לכל הפחות להצדיק את מעשהו, אלא שהסכמה אינה טעם לפעולה, ולכן בהיעדר חשד סביר עצם ההסכמה אינה טעם לפעולת השוטור, ובוודאי איננה מהווה צידוק.

²⁸⁸ דני גימשי **שיטור קהילתי בישראל ובעולם** 9 (1999).

²⁸⁹ שם, בעמ' 60; מכל מקום, תכלית השיטור הקהילתי היא בעיקר במישור המניעה ופחות במישור האכיפה. ראו, למשל: DAVID GARLAND, *THE CULTURE OF CONTROL: CRIME AND SOCIAL ORDER IN CONTEMPORARY SOCIETY* (2001).

²⁹⁰ ראו, למשל, ביקורת על העברת אחריות לקהילה באמצעות שימוש בתירוץ של שיטור קהילתי: "השיטור הקהילתי מסתמן יותר כשינוי סגנון מאשר שינוי אסטרטגי במשטרה, כמהלך שיווקי יותר מאשר כמהלך של רפורמה. הוא משרת בעיקר את המשטרה בכך שהוא מסיר מעליה את האחריות המרכזית למניעת פשיעה". אראלה שדמי "שיטור קהילתי בישראל – שינוי אסטרטגי או שחקן פוליטי?" **רודפי צדק: מחקרים בפשיעה ואכיפת חוק בישראל** 205 (עדן לוי, אראלה שדמי וישראל קים עורכים, 2004).

הפרקטיקה של החיפוש המוסכם היא בת החלפה. משטרות רבות בעולם משנות את פעולות השיטור על סמך מדידה עצמית והפקת לקחים. כפי שציינתי לעיל, בשנים האחרונות מתפתחות מגמות שיטור חדשות המתמקדות דווקא בנוכחות קצרת טווח ב"נקודות חמות", נוכחות שכבר הוכח שביכולה להביא לירידה של ממש בפשיעה לטווח ארוך. נבנו אף מודלים ראשוניים לניבוי היווצרותן של נקודות חמות, באופן המאפשר טיפול מונע באזור גיאוגרפי שעתידי להפוך לאזור פשיעה. זו רק דוגמה לכך שחיפוש שרירותי המבוסס על הסכמה אינו בגדר כלי אכיפה מבטיח, אלא דווקא חידוד החושים המשטרתיים והתאמת כלי השיטור לסוגי העברות השונים, בשם לב לזמן, למקום ולניסיון המצטבר. הפרקטיקה של הסכמה לחיפוש אינה משפרת צבירת ניסיון זה אלא בעיקר מנוונת.

טרם סיום אשוב ואדגיש כי הדרישה להשגת הסכמת חשוד לפני חיפוש עשויה לשרת את כבוד האדם של החשוד. חיפוש שנתונה לו גם הסכמת החשוד הוא בוודאי פוגעני פחות מחיפוש בכוח. אך שאלת ההסכמה היא שאלה משנית, מאחר שהיא אינה מקנה את הסמכות לחיפוש, אלא קשורה רק לאופן ביצועו של החיפוש. ככל שעסקינן בהסכמה המקנה סמכות לשוטרי, בנסיבות שבהן אין חשד סביר, או לכל הפחות טעם מוצדק המעוגן בחוק, מן הראוי שהסכמה לא תכשיר חיפוש. ברור לי כי עמדה זו, המבקשת לשנות את המצב המשפטי הקיים בארץ מקצה אל קצה, לא תתקבל בנקל ואף עלולה לעורר ביקורת נרחבת, ואולם ככל שיהא בה כדי לעורר דיון ענייני בסוגיה חשובה זו, דיינו.