



שנת 2012

רע"פ 10141/09 בן חיים נגד מדינת ישראל

ד"ר אלקנה לייסט, הסניגור המחוזי של מחוז תל אביב בסנגוריה הציבורית

ביום 06.03.2012 בשעות הצהריים פלט מכשיר הפקס במשרד הסנגוריה הציבורית הארצית את פסק דינו של בית המשפט העליון ברע"פ 10141/09 בן חיים נגד מדינת ישראל.¹ כאשר ד"ר יואב ספיר ואני קראנו את חוות הדעת של השופטים בפסק הדין ואת השורה התחתונה שלו, מאוד שמחנו על זיכוי של הנאשם שייצגנו.² הרגשנו גם כמובן שמדובר בפסק דין חשוב מאוד. עם זאת, בנקודת הזמן ההיא עדיין לא הבנו מה יהיו ההשלכות הרחבות וארוכות הטווח שלו. כיום, במרחק של יותר משבע שנים מאז פרסומו, אפשר לומר שפסק דין בן חיים הוא פסק הדין שיש לו את ההשפעה הגדולה ביותר, לפחות בעשור האחרון, על הגשת כתבי אישום ועל ניהול תיקים פליליים, בוודאי כאשר מדובר במסה הגדולה של תיקים הנדונים בבית משפט השלום. הדבר אינו נובע רק מכך שהוחלט לפסול בפסק הדין גם ראיות חפציות, עניין שהיתכנותו לא היתה ברורה כל צרכה עד אז על פי כלל הפסילה הפסיקתי שהתקבל בעניין יששכרוב. גם לא רק מכך שבעקבות פסק הדין ופניית הסניגור הציבורי הארצי, החליטה ראש חטיבת התביעות המשטרתיות להודיע על הסכמתה לביטול כשבעים כתבי אישום ברחבי הארץ שהיו תלויים ועומדים אז.³ פסק דין בן חיים הוא כל כך משפיע, כיון שבמובנים רבים הוא שינה פרדיגמה חשיבתית בקרב סניגורים שניגשים לניהול תיק פלילי. אחת מהשאלות הראשונות שסניגור שואל את עצמו היום כאשר הוא קורא את חומר הראיות בתיק פלילי בו הוא מייצג היא "האם יש לי כאן טענת בן חיים? זו גם אחת השאלות הראשונות ששואל את הסניגור הרפרנט מהצוות הפנימי בסנגוריה הציבורית שמפקח על התיק.⁴ פסק הדין הבהיר כי להפרת הזכויות של הנאשם במהלך תפיסת הראיות יש נפקות ממשית, עד כדי זיכוי, בעת שהוא נשפט והתביעה מבקשת להשתמש באותן ראיות שנתפסו תוך הפרת זכויות. פסק הדין עסק אמנם בתפיסת ראיות, אבל הערכאות הנמוכות פירשו אותו ואת כלל הפסלות הפסיקתי כך שיחולו גם על פגמים שאירעו במהלך החקירה או הליכי העיכוב או המעצר של הנאשם.⁵ מדובר בלא פחות ממהפכה בדיני הראיות וסדר הדין הפלילי בישראל.

ברצוני להודות ליואב ספיר, לגיא רובינשטיין, ולמערכת שורשים במשפט על הערות מועילות.

¹ רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.3.2012). מדובר היה בשלוש בקשות רשות ערעור של שלושה נאשמים שנדונו במאוחד.

² מי שייצג את בן חיים בבית משפט השלום ובבית המשפט המחוזי הוא עו"ד אורי קינן. בבית המשפט העליון בעניין בן חיים נדון גם עניינם של יגאל גיבלי שיוצג על ידי עורכי הדין יוסי טורס ומוטי לוי, וכן של ויקטור עייאש שיוצג על ידי אלון נשר. כל הסניגורים ייצגו מטעם הסנגוריה הציבורית.

³ ראו דיווח הסניגוריה הציבורית דו"ח פעילות 2015 17-18 (2016).

⁴ כאשר הסניגור הוא מטעם הסנגוריה הציבורית. כנהוג בסנגוריה הציבורית, לכל סניגור יש רפרנט מהצוות הפנימי.

⁵ ראו למשל ת"פ (ת"א) 20039-09-13 מדינת ישראל נ' נדם (פורסם בנבו, 3.3.14).

מעניין לציין כי דרכו של תיק בן חיים להיחפך להלכה כה חשובה היתה דרך חתחתים. מלכתחילה הנאשם רצה בכלל לסיים את התיק בהסדר טיעון בבית משפט השלום.⁶ לאחר שהושג זיכוי בבית משפט השלום, הגישה הפרקליטות ערעור, שבית המשפט המחוזי קיבל באופן נחרץ, תוך הבעת הסתייגות קשה מההגנה שבית משפט השלום (ובסופו של דבר גם בית המשפט העליון) נתן לזכויותיו של הנאשם. ראוי לצטט במדויק את דברי בית המשפט המחוזי בעניין זה:

"הציבור מתקשה לקבל העדפה כה בוטה של זכות העברייני, שנתפס בכף, בעת ביצוע עבירה הגלוייה לעין כל, על האינטרס הציבורי, בגלל שיח זכויות מרחיק לכת, שתוצאתה לטווח הרחוק, עלולה להיות, עלייה ברמת הפגיעה ופגיעה ביכולת האכיפה והמניעה של המשטרה".⁷

גם הדיון בבקשת רשות הערעור בבית המשפט העליון לא בישר את ההלכה שבאה אחריו. פרוטוקול הדיון מלמד כי עם תחילת טיעונו של ד"ר ספיר מטעם הסנגוריה הציבורית אמרה הנשיאה ביניש כי "אנחנו מאוד מסופקים אם אלה התיקים להעמדת השאלות למבחן... ההתרשמות שלנו שזה לא המקרה".⁸ השופטות ביניש וארבל המשיכו לאורך הדיון לעמת את נציגי הסנגוריה עם עמדתן הראשונית והלכאורית לפיה אין מקום שבית המשפט העליון ישעה לבקשת רשות הערעור במקרה הזה – משלל טעמים כבדי משקל. בין הסיבות שנמנו: העובדה שהחל תהליך חקיקה רלבנטי; הנאשם בענין בן חיים לא העיד בערכאה הראשונה ולכן חסרה תשתית עובדתית; השאלות המועלות בבקשת רשות הערעור הן רק יישום של הלכת יששכרוב שנותנת את הכלים המתאימים ואין צורך בפסק דין נוסף של בית המשפט העליון, ועוד. מייצגת במיוחד את האווירה בדיון אמירתה של הנשיאה ביניש לחתום מטה בעת טיעונו: "אנחנו כל הזמן **אומרים לכם שזה לא התיק**".⁹

אבל זה כן היה התיק. שניים משלושת המבקשים, אברהם בן חיים ויגאל גבלי, זוכו פה אחד על ידי שלושת השופטים שישבו בדיון. כל השופטים קבעו בהלכה כי פרקטיקה מקובלת של משטרת ישראל, שנהגה עשרות בשנים, לבצע חיפוש על גופם של אזרחים היא בלתי חוקית. מדובר בפרקטיקה של ביצוע חיפוש ללא חשד סביר לביצוע עבירה כלשהי, רק על סמך הסכמה של האדם לחיפוש. מדובר בהסכמה שנפסק כי איננה "הסכמה מדעת". זאת בשל כך שעל פי הפרקטיקה האמורה לא הוסברה לאדם זכותו להתנגד לחיפוש, ומבלי שהובהר לו כי לא יאונה לו כל רע אם ישתמש בזכות זו. כל השופטים הסכימו כי תוצאתו של חיפוש בלתי חוקי שכזה בנסיבות התיקים המדוברים היא פסילתן של הראיות החפציות שהתגלו בו – סכין במקרה של בן חיים, וכדור סם מסוכן בעניינו של ג'בלי. זאת על אף שאין לפקפק באמיתות הראיות החפציות האמורות לכשעצמן, ולמעשה באשמתם של המבקשים. תוצאת פסילת הראיות היא זיכויים.

נתגלתה בין השופטים מחלוקת אחת. על פי הקריאה המקובלת של פסק הדין הנשיאה ביניש והשופטת ארבל החליטו שהסכמה מדעת יכולה להחליף לחלוטין את יסוד החשד הסביר. קביעה זו קיבלה את הטענה החלופית של הסנגוריה הציבורית. השופט דנציגר, בדעת יחיד, קיבל

⁶ התיאור עולה מפסק הדין של בית המשפט המחוזי, ע"פ (ת"א) 7250/09 מדינת ישראל נ' בן חיים, פסי' 27-28 לפסק דינו של המשנה לנשיא המר (פורסם בנבו, 9.7.2009).

⁷ שם, פסי' 26 לפסק דינו של המשנה לנשיא המר. כל ההדגשות במאמר זה הן שלי.

⁸ עמ' 2 לפרוטוקול הדיון מיום 9.3.11 בבית המשפט העליון רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל.

⁹ שם, בעמ' 9.

את טענתה הראשונית וה"חזקה" יותר של הסנגוריה הציבורית. על פי עמדה זו גם הסכמה מדעת איננה יכולה להחליף את החשד הסביר. זאת משתי סיבות נפרדות. טעם אחד נעוץ בעקרון חוקיות המנהל. ככל שהמשטרה לא הוסמכה לבצע חיפושים על סמך הסכמה כלשהי, על פי עקרון חוקיות המנהל היא איננה מוסמכת לבצע אותם. הטעם השני נעוץ בפער הכוחות בין השוטר ש"מבקש" הסכמה, לאזרח שנדרש לתת בשטח תשובה מהירה. פער כוחות זה עלול לרמוז שקבוצת ה"מסכימים מדעת" האמיתיים היא קבוצה ריקה.

במה שנתר ממאמר קצר זה אבקש להציג קריאה חדשה בפסק דיין של השופטות ביניש וארבל, ולהראות שההלכה שקבעו היא מרחיקת לכת בהגנתה על זכויות הפרט אפילו יותר ממה שנתפסה עד היום. מדובר בטיעון פרשני שיוצג בקצרה מפאת קוצר היריעה ויפותח אולי באכסניה אחרת שתאפשר דיון מעמיק יותר. מעבר לכך, אבקש להצביע על מתח מעניין בין דברי שבח וביקורת על פסק בן חיים שנמתחו בספרות על ידי מלומדים. מדובר במלומדים התומכים כולם במודל "ההליך ההוגן" כפי שהומשג במאמר הקלאסי של פאקר, אשר מציב את כללי סדר הדין הפלילי השונים על משרעת שבין מודל ההליך ההוגן למודל הלחימה בפשיעה.¹⁰ אנסה להסביר את המתח האמור על ידי הבחנה בין שני סוגי כללים שעוצבו בפסק דיין בן חיים. כמו כן אנסה לעמוד על שוני מבני חשוב בין ההלכה היישומית הנובעת מפסק דיין בן חיים, לעומת זו שעלתה מעניין יששכרוב, שוני שעשוי להסביר מדוע עניין בן חיים הוא משפיע יותר מעניין ישכרוב, על אף שמבחינה אנליטית הוא רק פסק דיין שמיישם את ההלכה החדשה ופורצת הדרך שנקבעה בעניין יששכרוב.¹¹ לקראת סיום אבקש להצביע בקצרה על דוקטרינות חדשות אפשריות לפיתוח הכללים שהוצבו בעניין בן חיים.

אתחיל בטיעון הפרשני. כאמור, ההבנה הרגילה של פסק דיין של השופטות ביניש וארבל היא שעל פי קביעתן, הסכמה מדעת של "הנחפש" היא שקולה לגמרי לחשד סביר. כולם מסכימים כי חשד סביר מספיק לביצוע חיפוש. על כן, התוצאה הפרקטית של הבנת פסק הדין בדרך זו היא שכל מה שצריכה התביעה להראות כדי להוכיח את חוקיות החיפוש הוא שהנאשם נתן הסכמה מדעת לחיפוש, לאחר שזכויותיו המלאות בעניין הוסברו לו. דו"חות הפעולה של השוטרים במשפטים השונים, שבעידן הטרור בן חיימי תיארו הסכמה של "הנחפש", התעבו. עתה הם מכילים גם תיאור לפיו השוטר הבהיר לנאשם ברחל בתך הקטנה את זכויותיו, כך שההסכמה הרזה והפוסלת לחיפוש מהעבר, תהפוך להסכמה מכשירה מדעת.

אבל זו קריאה לא מדוייקת של דברי השופטות ביניש וארבל. למעשה, הן דורשות בפסק הדין כי מעבר ל"הסכמה מדעת" של הנחפש, תהיינה גם נסיבות מחשידות, שתצדקנה את הפנייה הראשונית של השוטר לנחפש העתידי. אמנם, נסיבות מחשידות אלו לא צריכות לעלות לכדי "חשד סביר". אבל הן בהחלט תנאי בלעדיו אין כשרות לחיפוש. מקריאת עמדותיהן של השופטות ביניש וארבל, נראה גם כי הנסיבות צריכות להיות מחשידות באופן אובייקטיבי, ולא רק על פי טעמו הסובייקטיבי של השוטר. כך למשל בפסקה 25 לחוות דעתה קבעה השופטת ביניש:

"לפיכך, נראה שכאשר בהתאם לשיקול דעתו של שוטר **בנסיבות מחשידות**, שאינן עולות כדי "חשד סביר" או "יסוד להניח" מתבקשת הסכמה לביצוע

¹⁰ Herbert Packer *Two Models of the Criminal Process* 113 U. Pa. L. Rev. 1 (1964).

¹¹ ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461 (2006).

חיפוש והסכמה זו היא אכן הסכמת אמת, שניתנת בתנאים שיפורטו בהמשך על ידי האדם מושא החיפוש, הרי ניתן לקיים את החיפוש". השופטת ביניש קובעת באותה פסקה שכיום שיקול הדעת של השוטר "צריך כמובן להיות מופעל באופן סביר ומיושם במידתיות ובשיווינויות".

מהדברים עולה שהשופטת מתכוונת לכך שאמות מידה אלו אמורות לחול גם על שיקול הדעת ביחס לקיומן של "נסיבות מחשידות". גם השופטת ארבל בפסקה 3 לחוות דעתה מדברת על ההכרח לתת לשוטרים סמכות לבצע חיפוש בהסכמה על גופו של אדם:

"אף כאשר הסממנים המחשידים שנגלים לפניכם אינם עולים כדי "חשד סביר"..." "יסוד לחשוד" או "יסוד להניח".

מכאן נובע שהמשוואה של פסק דין בן חיים איננה הסכמה מדעת = חיפוש חוקי. המשוואה הנכונה היא: נסיבות מחשידות + הסכמה מדעת = חיפוש חוקי.

קריאה חדשה זו של דעת הרוב מהווה מענה מסויים גם לביקורת כבדת משקל הנוגעת לתיוג גזעי. על פי הקריאה המקובלת של דעת הרוב, כל מה שנדרש לחוקיות החיפוש הוא הסכמה מדעת של ה"נחפש", ואין כל מגבלה אובייקטיבית על השוטר טרם שהוא פונה לבקש את אותה הסכמה. אבל תנאים אלו עלולים לגרום לכך ששוטרים יפנו ברחוב ב"בקשת" חיפוש דווקא לפרטים הנמנים על אוכלוסיות מוחלשות. לעומת זאת, אם השוטר יידרש להצביע על חשד אובייקטיבי כלשהו, אף אם אינו עולה בעוצמתו לכדי חשד סביר, אז הסיכויים לפנייה גורפת שכזו יפחתו.¹² כאמור בתחילת הדברים פסק דין בן חיים הביא לזיכויים של נאשמים רבים, למחיקת כתבי האישום של אחרים, ולאי הגשת כתבי אישום במקרים רבים נוספים. הדבר נבע מקביעתו של בית המשפט העליון כי פרקטיקת החיפוש על פי הסכמה רגילה היא לא חוקית, וכי תוצאתה במקרים של עבירות החזקה שונות היא פסילת הראייה וזיכוי הנאשם. לאור אפיונים אלו טבעי שפסק הדין זכה בספרות לשבחים מפי מלומדים המזוהים עם מודל "ההליך ההוגן".¹³ עם זאת, ניתן להצביע גם על ביקורת קשה שהוטחה בהלכה, דווקא מתומכי אותה גישה. כך למשל כתב אסף הרדוף כי "יותר מתרומתו של פסק הדין לזכויות הפרט ולחירות תורם הוא דווקא לפגיעה בהן באמצעות הכשרה כללית מטעם בית המשפט העליון לסוג רחב של פעולות שהמחוקק לא ראה לנכון להתיר, ואף ניתן להבין שהוא ביקש לשלול".¹⁴ ביקורת זו נוגעת למתח שבין עקרון חוקיות המנהל והכשרת החיפוש על סמך "הסכמה מדעת". יחד עם זאת, הרדוף בירך על הכלל שאפשר את פסילת הראייה החפצית בעקבות החיפוש הבלתי חוקי.¹⁵ יניב בן הרוש, אף הוא ביקר את פסק הדין בן חיים לאחר שניתח את מושג ההסכמה מבחינה פילוסופית, והראה שגם הסכמה מדעת

¹² לדין בטענת תיוג אתני ראו יובל מרין "תיוג אתני והשלכותיו הראייתיות: היקף תחולתה הראוי של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית" **המשפט ברשת** 5 (2017).

¹³ ראו למשל בועז סנגירו "כלל פסילת הראיות שהושגו באמצעים פסולים מתפתח, אך עדיין ללא נכונות לשלם מחיר חברתי (ולזכות אשם בעבירה חמורה שעודנו חי) **משפטים על אתר** ד 25 (2012). ענבל רובינשטיין "המהפכה הושלמה" **עורך הדין** 18 44 (2013).

¹⁴ אסף הרדוף "חזות של זכויות, מהות של צדק: סיפורה הרטורי והמהותי של ההכרעה הפלילית **דין ודברים** ח 33, 54 (2014).

¹⁵ שם, בעמ' 52.

איננה יכולה לשמש מבחינה מוסרית הצדקה לחיפוש, וזאת גם אם המחוקק היה מעגן אותה בחוק.¹⁶

בקריאת דברי הביקורת והשבח על ההלכה הנאמרים מנקודת מבט ערכית דומה, ובנסיון ליישב ביניהם, מעניין להיווכח כי פסק דין בן חיים קובע שני כללים עיקריים, בשני תחומים נפרדים של המשפט הפלילי.¹⁷ שני התחומים האמורים הם סדר הדין הפלילי ודיני הראיות במשפטים פליליים. מבחינת סדר הדין נקבע כי כדי להכשיר חיפוש על המשטרה להוכיח קיום חשד סביר, או חשד אובייקטיבי שאיננו סביר שמצטרף להסכמה מדעת של הנחפש לביצוע החיפוש. מבחינת דיני הראיות נקבע כי חיפוש שאיננו חוקי לאור היעדר עילה חוקית, עשוי להביא לפסילת ראיה חפצית שהתקבלה באותו חיפוש.

מבחינת המלומדים תומכי מודל ההליך ההוגן, הכלל הסד"פי שנקבע הוא אולי טוב יותר מהכלל שהיה קודם לכן, אך איננו מיטבי.¹⁸ לעומת זאת, כלל דיני הראיות שעוצב ויושם בפסק הדין הוא כלל מצויין.

הצבעה על ההבדל בין הכלל הסד"פי שנקבע בעניין בן חיים לכלל הראייתי שנוצר בו, יכולה להוליך אותנו להבחנה מעניינת נוספת. מדובר בהבחנה בין אפיון חשוב של הכלל הראייתי שנקבע בעניין יששכרוב לאפיון הכלל הראייתי שנקבע בעניין בן חיים. ההבחנה בין האפיונים האמורים היא זו שאחרת לכך שפסק דין בן חיים הוא כה דומיננטי ומשפיע, אפילו לעומת פסק דין יששכרוב.

היבט חשוב מאוד של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שהתקבלה בעניין יששכרוב הוא הגמישות שלה. בפסק דין יששכרוב נקבעו שלוש קבוצות שונות של אמות מידה. רק איזון עדין בין הנסיבות הקונקרטיות של כל תיק ותיק בהתאם לאמות מידה אלו יביא לפתרון השאלה, אם ראייה שהתקבלה בניגוד להליך ההוגן היא קבילה אם לאו. לגמישות של הדוקטרינה יש יתרונות רבים. עם זאת, היא עלולה לגרום גם לחוסר ודאות, שבין השאר עלול להפחית את השימוש בה, או את הטעוץ על פיה.¹⁹

גם בפסק דין בן חיים הודגשה הגמישות של הדוקטרינה. עם זאת, מבחינה פרקטית, פסק הדין נתן תשובה קשיחה וברורה לשאלת קבילות שעולה במאות תיקים שנידונים בבתי משפט השלום. חיפוש שנערך ללא עילה הוא איננו חוקי. ראייה חפצית שהתגלתה בו תיפסל, והנאשם יזוכה, ככל שהעבירה בה הוא מואשם היא החזקתה של אותה ראייה חפצית. התשובה הזו נכונה למאות התיקים של החזקת סכין, החזקת סמים, החזקת רכוש החשוד כגנוב, ועוד. הוודאות

¹⁶ יניב בן הרוש "מה הבעיה בהסכמה לחיפוש משטרתית" הפרקליט נד 43 (2016).

¹⁷ אפשר גם לומר ששני הכללים האמורים הם כללים מסוגים שונים – כלל התנהגות למול כלל פעולה – המופנים גם לקהלים שונים ונבדלים. להרחבה בעניין זה ראו אלקנה לייסט "על כללי התנהגות, כללי שיפוט, ועל קיום משפטי זוטא לבחינת קבילות ראיות חפציות – קריאה חדשה בדני"פ שמש נגד מדינת ישראל" (עתיד להתפרסם בספר יורם דנציגר, לימור זר גוטמן ועידו באום עורכים).

¹⁸ לביקורת שכבר צוינה ניתן להוסיף את העובדה שבית המשפט העליון לא חייב את השוטרים למתן הסבר כתוב ולחתימה של הנחפשים על כך שהוסברו להם זכויותיהם. חייב כזה יכול היה לחסוך הרבה התדיינות בשאלה עובדתית זו בערכאות הנמוכות.

¹⁹ לביקורת מוקדמת על כלל הפסילה הפסיקתית לפיה הגמישות האמורה עלולה להביא לכך שבתי המשפט לא יפסלו ראיות ראו בוועד סנגירו "כלל פסילת הראיות שהושגו שלא כדין שנקבע בהלכת יששכרוב – בשורה או אכזבה? דעה והזמנה לדיון נוסף" משפט וצבא יט 67 (2007). מאידך גיסא, ראו את עמדתם ההפוכה של יואב ספיר וגיא רובינשטיין לפיה דווקא הגמישות של כלל הפסילה הפסיקתית מאפשרת קביעה כי פרקטיקות חקירתיות רבות יותר הן בלתי חוקיות, ובסופו של דבר מאפשרת הגנה טובה יותר על זכויות הפרט. יואב ספיר וגיא רובינשטיין "יששכרוב בפעולה: על יתרונותיה של דוקטרינת הפסלות היחסית ועל תרומתה להגנה על זכויות הפרט" מעשי משפט (טרם פורסם).

הקשיחה שיוצקת הלכת בן חיים לתוך המרקם הגמיש והאווירי של כלל הפסילה הפסיקתי של פסק דין יששכרוב היא זו שמהווה את סוד כוחה והשפעתה.

לסיום דיון קצר זה בהלכת בן חיים אצביע על שלוש התפתחויות עתידיות מרכזיות רצויות להלכת בן חיים. זאת, מעבר להפיכתה להלכה של דעת היחיד של השופט דנציגר בפסק הדין, לפיה הסכמה מדעת לכשעצמה איננה יכולה להוות עילה חוקית לחיפוש. ההתפתחות העתידית הרצויה הראשונה אמורה להגדיל את נפח התחולה של הלכת בן חיים. אם היום נבחנת חוקיותם של חיפושים ללא צו שיפוטי המבוצעים על ידי שוטרים, התפתחות של הלכת בן חיים תהיה בחינת חוקיות של חיפושים שנערכו על פי צווים שיפוטיים. בחינת חוקיות כזו תוכל להתמקד בשאלה עד כמה המידע שהונח בפני השופט שנתן את הצו היה מדויק ומלא, ועד כמה שיקול הדעת שהפעיל אותו שופט היה נכון.²⁰ התפתחות עתידית נוספת נוגעת לפרוצדורה של העלאת טענת אי קבילות של ראייה חפצית. ניתן לטעון שהדרך הנכונה ביותר להעלאת טענה שכזו היא במסגרת משפט זוטא. בערכאות הדיוניות ניתנו מספר החלטות בנושא, ולא ירחק היום שהוא יגיע לדיון בפני בית המשפט העליון.²¹ התפתחות רצויה שלישית של ההלכה היא במישור העיתוי. באמצעות הלכת בן חיים נפסלות בדיעבד ראיות שהושגו בחיפוש בלתי חוקי. ניתן לחשוב על התפתחות דוקטרינרית במסגרתה יוכלו בתי המשפט למנוע מראש את החיפוש הבלתי חוקי.²²

²⁰ לדוגמאות אפשריות לבחינת שיקול הדעת השיפוטי שהופעל בעת מתן צווים ראו יגאל בלפור "סבירותו של החשד המועבר" **הסניגור** 4, 235 (2016).

²¹ לייסט "על כללי התנהגות", לעיל ה"ש 17.

²² ניתן לטעון כי במסגרת דוקטרינת הביקורת המנהלית בפלילים ניתן להשיג תוצאה זו בדיוק. לדיון כללי בדוקטרינת הביקורת המנהלית ראו רענן גלעדי "דוקטרינת הביקורת המנהלית בפלילים" **ספר אליהו מצא** 529 (אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, שרון חנס ורענן גלעדי עורכים, 2015). לעמידה על היחס בין כלל הפסילה הפסיקתי לדוקטרינת הביקורת המנהלית במישור העיתוי ראו לייסט "על כללי התנהגות", לעיל ה"ש 17.