

כלל פסילת הראיות שהושגו שלא כדין שנקבע בהלכת יששכרוב – בשורה או אכזבה? – דעה והזמנה לדיון נוסף

ד"ר בועז סנג'רו*

א. מבוא ב. הלכת יששכרוב ופרשנות הדרישה כי הודאה תהיה "חופשית ומרצון" 1. הסכנה של הרשעת חפים מפשע על סמך הודאות שווא וחשיבות הדרישה "חופשית ומרצון" 2. ההלכה שקדמה להלכת יששכרוב באשר לחופשיות ההודאה ורצוניותה 3. אכזבת יששכרוב באשר לחופשיות ההודאה ורצוניותה ג. כלל פסילת הראיות שהושגו שלא כדין ערב הלכת יששכרוב 1. כללי 2. ההלכה שקדמה להלכת יששכרוב באשר לפסילת ראיות 3. פסילת ראיות בארצות הים 4. הרציונלים התומכים בכלל פסילת הראיות שהושגו שלא כדין 5. השפעתו המתבקשת של חוק – יסוד: כבוד האדם וחירותו ד. אכזבת יששכרוב באשר לכלל פסילה של ראיות שהושגו שלא כדין 1. כללי 2. הרציונל שנבחר על-ידי בית המשפט העליון 3. העדפת "המודל המניעתי" ודחיית "המודל המתקן" 4. כלל הפסילה המסובך והחלש שנקבע בהלכת יששכרוב – היש הצדקה לשיקול הדעת הרחב? 5. שיקול הקלות שבה ניתן היה להשיג את הראיה באופן חוקי מול השיקול אם הראיה היתה מתגלית או מושגת גם ללא אמצעי החקירה הבלתי-חוקי – השלמה או סתירה? 6. ההבחנה שבין ראיות חפציות לבין ראיות מילוליות והנסיגה אל ההסתפקות באמינות הראיה 7. שיקול הנזק לחברה מפסילת הראיה כפונקציה של חומרת העבירה 8. שיקול קיומן או היעדרן של ראיות נוספות שניתן לבסס עליהן הרשעה 9. החללים שפסק הדין אינו עוסק בהם – יחסי הכוחות שבין התביעה לבין ההגנה (א). מי זכאי לבקש פסילת ראיה שהושגה שלא כדין? (ב). על מי מוטל נטל ההוכחה? ה. אחרית דבר – האם הפסילה של ראיות שהושגו שלא כדין היא הכלל או שמא חריג שבחריגים?

* דוקטור, מרצה בכיר, ראש החטיבה למשפט פלילי וקרימינולוגיה במכללה האקדמית למשפטים (רמת-גן). תודתי נתונה לד"ר רינת קיטאי - סנג'רו על הערותיה לטיוטת המאמר.

בועז סנג'רו "כלל פסילת הראיות שהושגו שלא כדין שנקבע בהלכת יששכרוב – בשורה או אכזבה? דעה והזמנה לדיון נוסף" משפט וצבא יט (התשס"ז) 1

א. מבוא

הקהילה המשפטית הישראלית, או, לפחות, חבריה העוסקים במשפט הפלילי, המתינו קרוב לעשור להלכת **יששכרוב**,¹ מאז הוגש ערעורו בשנת 1998 ועד למתן פסק הדין בשנת 2006. הן ההרכב המורחב באופן מיוחד של בית המשפט העליון – לא פחות מתשעה שופטים – והן העובדה שזהו הדיון המעמיק הראשון של בית המשפט העליון בכלל הפסילה של ראיות, שהושגו שלא כדין לאחר ולאור חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו,² יצרו ציפייה רבה לבשורה של ממש. על-פי המילון, "בשורה" היא: "שמועה, חדשה, ידיעה (על-פי הרוב לטובה)".³ רק על-פי הרוב לטובה. כך שייתכן שהלכת **יששכרוב** היא אמנם בשורה, אך – כפי שאנסה לשכנע בהמשך – אכזבה. מדוע בוששה הלכת **יששכרוב** להגיע משך קרוב לעשור? ההסבר המובא בפסק-הדין, תחת הכותרת "התמשכות ההליך", הוא כדלקמן:

"נוכח החשיבות המשפטית, הציבורית והחברתית של הסוגיות המונחות לפתחנו ובהתחשב במגוון ההסדרים הנוהגים בהקשר הנדון במדינות אחרות, ראינו להמתין עם מתן הכרעתנו, שמא יימצא לשאלות אלה מענה בחקיקתה של כנסת ישראל. משלא בשלו הצעות-החוק האמורות לכדי חקיקה מאז הגשת הערעור ועד היום, אין מנוס מדיון בטענות הצדדים והכרעה בהן".⁴

איני מציע לפרש דברים אלה כעצלות. אני מדגיש את המילים "אין מנוס", ומציע את המחשבה שהשופטים לא ממש התלהבו לזכותנו בכלל של פסילת ראיות שהושגו באמצעים לא חוקיים. סמוך לאחר חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם

¹ ע"פ 5121/91 טור' (מיל') **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי** (טרם פורסם; ניתן ביום 4.5.06) (להלן: "פסק הדין").

² חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150.

³ א' אבן שושן **המילון החדש** 146 (התשמ"ח).

⁴ פסק הדין, פסקה 13.

וחירותו, הזדרזו נשיא בית המשפט העליון ושופטים אחרים להכריז על "מהפכה חוקתית", לא פחות. בתחומים רבים אחרים לא המתינו השופטים בסבלנות לדבר המחוקק. אך באשר להגנה על זכויותיהם של חשודים ונאשמים, אנו מוצאים בפסק-הדין **יששכרוב** איפוק שיפוטי מירבי. ורק כש"אין מנוס" פוסקים הלכה, שכפי שאנסה לשכנע בהמשך, אינה מספקת.

פסק הדין מתייחס לשני נושאים עיקריים: האחד – מבחן חופשיות ורצוניות ההודאה, הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות;⁵ והשני – כלל פסילה כללי של ראיות שהושגו באמצעים בלתי חוקיים. באשר לראשון – נושא ההודאות – איני מוצא בפסק הדין בשורה טובה כלשהי. יתירה מזו: במובן מסוים – כפי שאראה בהמשך – ייתכן שיש בפסק הדין דווקא נסיגה למצב פחות טוב משהיה לנו לפניו.

אשר לנושא השני – כלל הפסילה הכללי של ראיות שהושגו שלא כדין – לכאורה התקדמנו מעט. הרי לפני הלכת **יששכרוב** לא היה לנו כלל פסילה. אך יש לזכור, כי אין אנו חיים בריק. פסק הדין **יששכרוב** ניתן י"ד שנים לאחר מה שנקרא "המהפכה החוקתית"; לאחר חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; לאחר שפורסמו מאמרים משפטיים שבהם לא רק אנשי אקדמיה אלא אף שופטים הביעו דעתם כי הגיעה העת לזכות גם את המשפט הישראלי בכלל של פסילת ראיות;⁶ קרוב ל-100 שנים לאחר שנקבע כלל של פסילה במשפט האמריקני וכשני עשורים לאחר שבשיטות משפט אירופיות רבות נקבעו כללים של פסילת ראיות;⁷ ונבחנה בו השפעת התפתחויות אלו בכלל, והשפעת חוק היסוד בפרט, על דיני הראיות בישראל. אם כך, שינוי כלשהו היה בעצם מחויב המציאות בבית-משפט המצהיר על מהפכה חוקתית, וזוהי אולי המשמעות האמיתית שיש ליתן למילים "אין מנוס". בהנחה ששינוי מסוים היה הכרחי, אזי השינוי שמוצע לנו בהלכת **יששכרוב** הוא המועט ביותר שניתן היה לחשוב עליו, על הגבול של "מס שפתיים" בלבד. כפי

⁵ פקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971.

⁶ ראו המקורות הנזכרים להלן בפרק ג(5), ה"ש 90-96.

⁷ באופן מצומצם נקבע הכלל כבר בפסק הדין *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914).

⁸ באופן רחב יותר – כמחייב את כלל המדינות – נקבע הכלל בפסק הדין *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).

⁸ כללים אלה יפורטו מעט בפרק ג(3) שלהלן.

שאראה בהמשך, כלל הפסילה שנקבע בהלכת **יששכרוב** הוא כל-כך מסובך; כולל בתוכו הרבה יותר מדי שיקולים שעל בית המשפט לשקול בטרם יפסול ראייה; עד כי, למעשה, נותר לבית המשפט שיקול-דעת עצום, בלתי מוגבל: גם במקרים שבהם יוכח כי חוקרי המשטרה השיגו ראייה באמצעים בלתי חוקיים, ייותרו השופטים מוסמכים לקבל אותה ולבסס עליה הרשעה (ואפילו כראיה יחידה להרשעה). בטרם נפנה לדיון המפורט בהלכת **יששכרוב**, להלן העובדות הבסיסיות של המקרה, כפי שפורטו בהחלטתו של בית הדין הצבאי לערעורים; ההחלטה, שערעור עליה הוגש לבית המשפט העליון:

"ביום 17.12.96, סמוך לחצות, נקלט הנאשם, טור' רפאל יששכרוב, בבס"כ 396 (כלא 6). במהלך קליטתו התבקש להתפשט, ואז נפל מתחתונוי דבר מה, עטוף בנייר, שנחשד כסם. תחילה ניסה הנאשם להסתיר את החפץ מתחת לרגלו, אך לאחר מכן אמר דברים ברוח: 'זה גראס, אני יכול להסביר'... ביום 18.12 בשעה 16:40, הגיע רב"ט אופיר [חוקר מהמשטרה הצבאית החוקרת, ב'ס' לכלא 6 על מנת לחקור את האירוע ולגבות אמרה מהנאשם... בשעה 16:45 החל רב"ט אופיר בחקירת הנאשם. ולאחר כעשרים דקות החל ברישום אמרתו, אשר הוצגה לעיונו, ובה הודה הנאשם בשימוש בגראס בעשר הזדמנויות, כמיוחס לו בשלושת פרטי האישום הראשונים שבכתב האישום. בשעה 17:30 יצא רב"ט אופיר מהחדר – טרם השלמת גביית האמרה – ושוחח בטלפון עם מפקד בסיס מצ"ח חיפה, שהורה לו לעצור את הנאשם.

⁹ ע/139/97 התובע הצבאי הראשי נ' טור' יששכרוב (13.5.98), פסקה 2 לפסק הדין. עובדות המקרה מצוטטות שם מהחלטתה של הערכאה הצבאית הראשונה.

רב"ט אופיר חזר אל הנאשם והמשיך לגבות את אמרתו, בלי להודיעו שהוא עצור, ומבלי להודיעו על זכותו להיוועץ בעורך דין.
 רב"ט אופיר סיים לגבות את האמרה בשעה 18:27, ורק כרבע שעה לאחר מכן הודיע לנאשם על מעצרו ועל זכות ההיוועצות.

עובדות – רלוונטיות לשיטתו – נוספות שמביא בית המשפט העליון הן:
 "למחרת, ביום 19.12.06, שוחח המערער בטלפון עם הסגורית הפיקודית. יום לאחר מכן חקר רב"ט אופיר את המערער בשנית וגבה ממנו אמרה שנייה (5/ת). בפתח גביית האמרה ציין המערער: 'אני לא רוצה להוסיף דבר, אין לי מה להוסיף'. בהמשך האמרה, ענה המערער על שאלות החוקר בנוגע להחזקת הסם שנתפס ברשותו בעת קליטתו בכלא 6.¹⁰

בכתב האישום יוחסו ליששכרוב עבירות של החזקת סם מסוכן ושימוש בסם מסוכן. יששכרוב הודה בבית הדין הצבאי בהחזקה, אך כפר בשימוש. להוכחת השימוש, ביקשה התביעה להשתמש בהודאה הראשונה שמסר. גם התביעה הסכימה, כי בגביית הודאה זו פעל החוקר הצבאי שלא כדין, כשנמנע – במכוון וללא תום-לב על פי קביעת הערכאות השיפוטיות – מלהודיע ליששכרוב על זכותו להיוועץ בעורך-דין.¹¹ כתוצאה מכך, לא היה יששכרוב מודע לזכותו זו.¹² בכל שלוש הערכאות נקבע, כי הודאתו של יששכרוב היתה, בכל זאת, "חופשית ומרצון". בית הדין הצבאי המחוזי (הערכאה הראשונה) קבע ברוב דעות, כי הודאתו של יששכרוב אינה קבילה כראיה, בהתבססו על כלל של פסילת ראיות שהושגו שלא כדין.¹³ בית

¹⁰ פסק הדין, פסקה 1.

¹¹ שם, פסקאות 2, 19.

¹² שם, פסקה 19.

¹³ שם.

הדין הצבאי לערעורים קבע, כי כלל של פסילת ראיות אינו קיים במשפטנו, ולפיכך קיבל את ערעור המדינה והרשיע את יששכרוב גם בשימוש בסם מסוכן.¹⁴ בית המשפט העליון קיבל את ערעורו של יששכרוב ופסל את ההודאה בהתבסס על כלל (חלש מאוד) של פסילת ראיות שהושגו שלא-כדין.

כפי שניווכח בהמשך, אל מול התמונה המצטיירת לכאורה של תעוזה רבה וחדשנות יצירתית בערכאה הראשונה (בית הדין הצבאי המחוזי); שמרנות – זהירות בערכאה השנייה (בית הדין הצבאי לערעורים); וחדשנות ליברלית בערכאה השלישית (בית המשפט העליון), ניתן להציע תמונה שונה לחלוטין: פסיקה נכונה המתחייבת מחוק היסוד ומרוח הזמן בערכאה הראשונה; שמרנות יתר המוליכה לטעות בערכאה השנייה; ושמרנות מאכזבת ולא די ליברלית באשר לזכויות חשודים ונאשמים גם בעידן של "מהפכה חוקתית" בבית המשפט העליון.

ב. הלכת יששכרוב ופרשנות הדרישה כי הודאה תהיה "חופשית ומרצון"

1. הסכנה של הרשעת חפים מפשע על סמך הודאות שווא וחשיבות הדרישה "חופשית ומרצון"

אין עוול גדול יותר, שגורמת המדינה לפרט, מהרשעתו של חף-מפשע. המפתח לדין רציני בנושא הוא ההכרה בכך שאנשים מודים הודאות שווא. כיום – בעקבות מהפכת ה-D.N.A ו"פרויקט החפות" בארצות-הברית – לא נותר עוד מקום של כבוד לספקנות: אין עוד ספק שחשודים ונאשמים לא מעטים מודים הודאות שווא ואף מורשעים על בסיסן.¹⁵

¹⁴ שם, פסקה 4.

¹⁵ לפירוט ראו בוועז סנג'רו "ההודאה כבסיס להרשעה – האמנם 'מלכת הראיות' או שמא קיסרית הודאות השווא" עלי משפט ד' (התשס"ה) 245, 246-254. וראו B. SCHEK, P. NEUFELD, J. DWYER, ACTUAL INNOCENCE: FIVE DAYS TO EXECUTION AND OTHER DISPATCHES FROM THE WRONGLY CONVICTED (Doubleday, 2000). בספר זה, שכתבו מייסדי פרויקט החפות, מדווחים ומנתחים למעלה מ-70 הויכויים הראשונים, שהתרחשו עד לפרסומו בשנת 2000. וראו אתר האינטרנט של פרויקט החפות: www.innocenceproject.org. כן ראו: K.A. Findley, *Learning from Our Mistakes: A Criminal Justice Commission to Study Wrongful Convictions*, 38 CAL. W. L.

ועדת גולדברג עמדה על קיומם של שלושה גורמי סיכון עיקריים: מבנה אישיותו של הנחקר; השפעת החקירה והמעצר על הנחקר; לחצים חברתיים.¹⁶ מחקרים שנעשו בנושא מלמדים, כי הסיבות להודאות שווא הן מגוונות מאוד, וכי המציאות עולה על כל דמיון.¹⁷ מחקרים חדשים מלמדים שיש גם הודאות שווא רציונליות לחלוטין, כגון: מצבים שבהם עדיפה הודאה במסגרת עסקת טיעון בעבירה קלה, שלא בוצעה על-ידי המודה, כדי להסיר את הסיכון הריאלי של הרשעה בעבירה חמורה – שגם היא לא בוצעה על ידי המודה.¹⁸

על רקע זה קשה להפריז בחשיבותה של הדרישה לכך שההודאה תהיה "חופשית ומרצון" כתנאי לקבילותה. אמנם, גם בכך לא די, וכדי לצמצם באופן ממשי את הסכנה הנוראית של הרשעת חפים מפשע על סמך הודאותיהם, יש לקבוע במשפטנו דרישה של סיוע חזק להודאה – ראייה חיצונית לנאשם, אובייקטיבית,

REV. 333 (2002); E.V. Lafollete, *State v. Hunt and Exculpatory DNA Evidence: When Is a New Trial Warranted?*, 74 N.C. L. REV. 1295 (1996); D. De Foore, *Postconviction DNA Testing: A Cry For Justice From The Wrongly Convicted*, 33 TEX. TECH. L. REV. 491 (2002); K. Christian, 'And the DNA Shall Set You Free': *Issues Surrounding Postconviction DNA Evidence and the Pursuit of Innocence*, 62 OHIO ST. L.J. 1195 (2001).

¹⁶ דין וחשבון הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר (דצמבר 1994) (להלן – דו"ח ועדת גולדברג) ע' 8 ואילך. למיין אחר – לארבע קטגוריות – ראו סעיף 32 לדו"ח ועדת רונסימן: *The Royal Commission on Criminal Justice*, Chairman: Viscount Runciman of Doxford CBE FBA, Report, Presented to Parliament by Command of Her Majesty (July 1993, London).

¹⁷ ראו סנג'רו, לעיל ה"ש 15, עמ' 253 – 254. וראו, למשל, H.A. Bedau, M.L. Radelet, *Miscarriages of Justice in Potentially Capital Cases*, 40 STAN. L. REV. 21 (1987).

A. Ratner *Convicting the Innocent: When Justice Goes Wrong* (Ph. D. Dissertation, Ohio State University, 1983); A. Ratner, *Convicted but Innocent: Wrongful Conviction and the Criminal Justice System*, 12 LAW AND HUMAN BEHAVIOUR (1988). וראו גם אריה רטנר "הרשעות שלא בצדק: טעויות במערכת המשפט" פלילים ג (התשנ"ג) 262; R.A. Leo, R.J. Ofshe, *Criminal law: The Consequences of False Confession: Deprivations of Liberty and Miscarriages of Justice in the Age of Psychological Interrogation*, 88 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 429 (1998). וראו הפניות למקורות רבים נוספים שם, בהערות 1-4. וראו גם דו"ח ועדת רונסימן, לעיל ה"ש 16.

¹⁸ ראו, למשל, עמי קובו "הודאת שווא רציונלית" הסניגור 54, 1 (2001).

ממשית ומשמעותית.¹⁹ אולם, המינימום שניתן לעשות כיום – עוד בטרם יקבע המחוקק את דרישת הסיוע החזק המיוחדת – הוא ליתן תוכן ממשי לדרישת סעיף 12 לפקודת הראיות, כי ההודאה תהיה "חופשית ומרצון" כתנאי לקבילותה. דרישה זו היא חשובה לא רק להבטחת אמיתות ההודאה, אלא אף כדי למנוע את רמיסת כוח רצונו של הנחקר, את זכות השתיקה ואת החיסיון מפני הפללה עצמית גם יחד.²⁰

2. ההלכה שקדמה להלכת יששכרוב באשר לחופשיות ההודאה

ורצוניותה

סעיף 12(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971,²¹ קובע כך:
 "עדות על הודיית הנאשם כי עבר עבירה, תהא קבילה
 רק אם הביא התובע עדות בדבר הנסיבות שבהן ניתנה
 ההודיה ובית המשפט ראה שההודיה הייתה חופשית
 ומרצון" (ההדגשה הוספה – ב' ס').

הביטוי "חופשית ומרצון" אינו קל לפירוש. מחד גיסא, ניתן לומר, שהמודה השפוי תמיד מושפע גם מגורמים חיצוניים, ולפיכך הודאתו אינה חופשית לחלוטין. מאידך גיסא, ניתן לומר שהמודה השפוי תמיד מסוגל לבחור אם להודות – גם אם מופעלים עליו לחצים – ולפיכך הודאתו היא בכל זאת חופשית ומרצון. קיימת גישה, שלפיה עצם ההימצאות במעצר או אף העיכוב לחקירה משפיעים על הנחקר באופן משמעותי, עד כדי שלילת חופשיות ההודאה ורצוניותה. גישה כזו מקובלת במשפט האמריקני, שם נקבעה חזקה כזו בהלכת *Miranda*, אשר נשללת רק אם קוימו הערובות הפרוצדורליות שנועדו להבטיח את רצוניות ההודאה: על המשטרה להודיע

¹⁹ ראו סנג'רו, לעיל ה"ש 15, עמ' 265 – 274; וביתר הרחבה: Boaz Sangero, *Miranda Is Not Enough: A New Justification for Demanding 'Strong Corroboration' To A Confession* (forthcoming, *CARDOZO L. REV.*, 2007).

²⁰ סנג'רו, לעיל ה"ש 15, עמ' 262 – 265.

²¹ דמ"י נ"ח 18 (התשל"א), עמ' 421.

לחשוד אודות זכותו החוקתית שלא להשיב לשאלות חוקריו (זכות השתיקה); על כך שאם ישיב עלולות תשובותיו לשמש ראיה נגדו; ועל זכותו החוקתית להיפגש עם סניגור (פרטי או ממונה) לפני החקירה, ולדרוש את נוכחותו במהלכה. הפרת כלל מכללי Miranda מוליכה לפסילת הודאתו של הנחקר כראיה במשפט.²² גישה זו אינה מקובלת במשפט הישראלי.

שופטי ישראל נחלקו בדעותיהם בשאלה כיצד יש לפרש את דרישת החוק "חופשית ומרצון", עד כי התפתחו בפסיקת בית המשפט העליון שלוש אסכולות שונות.²³ האסכולה הראשונה היא "הגישה החוקתית-חינוכית" (לעתים, מכונה "אסכולת השופט לנדוי") הבאה להגן "על זכותו של האזרח שלא ליפול קורבן למעשי אלימות משטרתית ולפגיעה בכבוד האדם בעת חקירתו".²⁴ לגישתם, אם נקבע, כי האמצעי שאותו נקט החוקר נגד הנחקר הוא פסול, תיפסל ההודאה, ללא צורך בבדיקה אם ההודאה היא אמיתית חרף השימוש באמצעי הפסול.²⁵ האסכולה השנייה היא "גישת המהימנות" (לעתים מכונה "אסכולת השופט חיים כהן"), שלפיה השאלה היחידה והמכרעת היא עובדתית: האם האמצעי הפסול גרם לשבירת כוח רצונו של הנחקר? המחלוקת הרעיונית בין שתי אסכולות אלו היא עד כמה יש להגן על זכויות הנחקר אל מול החשש להימלטות עבריינים מן הדין. האסכולה השלישית היא "גישת הביניים", שלפיה נקבע האיזון הבא: הודאות שנגבו תוך שימוש באמצעים פסולים באופן קיצוני, כגון התעללות פיזית חמורה, תיפסלנה ללא צורך בבדיקת אמינותן. ואילו על הודאות שנגבו באמצעים פסולים שאינם קיצוניים תחול הגישה השנייה שלעיל, ותבוצע בדיקה עובדתית של מהימנות ההודאה.²⁶

²² Miranda v. Arizona, 384 U.S 436 (1966).

²³ לקיבוץ אסמכתאות בנושא ראו יעקב קדמי על הראיות – הדין בראי הפסיקה כרך א עמ' 29 (התשנ"ט). וראו ע"פ 115/82 מועדי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 197 (1984); ע"פ 183/78 אבו מידג'ים נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(4) 533 (1980).

²⁴ דברי השופט לנדוי בע"פ 183/78 אבו מידג'ים, שם.

²⁵ לגישה כזו במשפט האמריקני ראו R.N. BOYCE, R.M. PERKINS, CRIMINAL LAW AND PROCEDURE – CASES AND MATERIALS (8th ed., 1999), p. 1360 ff.

²⁶ הגישה השלישית הוצעה על-ידי השופט גולדברג בפסק הדין המנחה בפרשת מועדי, לעיל ה"ש 23.

בטרם נפנה להלכת **יששכרוב**, חשוב לציין ולהדגיש, כי גם אם הגישה הרווחת יותר בפסיקה היתה גישת הביניים דלעיל, עדיין היה בפסיקה מקום לגישה החוקתית-חינוכית המצדדת בפסילת ראיות שהושגו שלא כדין לשם הרתעת חוקרי המשטרה מלהפר את הדין בלהיטותם להשיג או ליצור ראיות מרשיעות.

3. **אכזבת יששכרוב באשר לחופשיות ההודאה ורצוניותה**

אפילו השופט חיים כהן, אשר ניצב בראש התומכים בגישת המהימנות דלעיל בפסיקה הישראלית, עמד על החשיבות שבהרתעת חוקרי המשטרה מלנקוט אמצעים פסולים, בכותבו בפסק הדין בפרשת **אבו מידג'ים** את הדברים המאלפים הבאים:

“אודה כי למקרא ולמשמע הערעור הנוכחי התחלתי לראשונה לפקפק במקצת, שמא הגיע הזמן והמלחמה בפשעי הפושעים צריכה להדחות מפני המלחמה בפשעי שוטרים. שאלתי את עצמי אם על-ידי השימוש השיפוטי אשר אנו השופטים עושים בראיות – ולו גם כשרות מבחינת דיני הראיות – שהושגו על-ידי חוקרים-פושעים, אין אנו עושים עצמנו שותפים לאחר המעשה לפשעיהם: סוף סוף אין החקירה המשטרתית כולה אלא הליך הכנה למשפט, ויש בפשעי החקירה כדי להטיל צל כבד על הליכי המשפט הבאים בעקבותיה. אילו ראיתי שהועלנו בתקנתנו, ולו רק במקצת מן המקצת, והחוקרים הפושעים באו על עונשם הראוי להם, ומקרי ההתעללות בעצורים הולכים ומתמעטים – כי אז החרשתי; אבל הרושם העגום הוא שהמקרים הולכים ורבים, וחומרתם הולכת ומחריפה. השוטרים מצפצפים על הביקורת

הנמתחת עליהם מפי השופטים ואינם מקיימים
הוראותיהם, ואין פוצה פה.²⁷

אמנם, מקובל לחשוב ש"מקרי ההתעללות בעצורים" שעליהם דיבר השופט חיים כהן פחתו, ושכיום חוקרי המשטרה אינם נוהגים להכות את הנחקרים כדבר שבשגרה. ברם, ישנן דרכים יעילות מאוד אחרות לרמוס את כוח רצונו של הנחקר, את זכות השתיקה ואת החיסיון מפני הפללה עצמית.²⁸

בעת קביעת דיני הקבילות והמשקל של הודאות, חייבים להביא בחשבון את השפעתם העצומה (והלעתים הרסנית) על אופן החקירה המשטרתית. כבר בפסיקה מימי המנדט הבריטי על ארץ ישראל ניתן למצוא אמרה נכונה, שלפיה "פקיד-חקירה טוב, מטרתו צריכה להיות לכנס בזהירות ראיות, ולא לסמוך על הודיה".²⁹ אך המציאות במקומותינו שונה מאוד. כפי שכתב השופט חיים כהן: "למעשה, רובה ככולה של החקירה המשטרתית שלאחר תפיסת חשוד מכוונת להביאו לידי הודאה".³⁰ ומיד, כשמושגת ההודאה הנכספת, בדרך כלל גם נקטעת החקירה.³¹

ההסבר שאני מציע למציאות זו הוא מורכב: ראשית, המשטרה פועלת על-פי תפישה מוטעית של אשמת החשוד: מניחים שהחשוד הוא הוא האשם בעבירה שבוצעה.³² זאת, בניגוד משווע לחזקת החפות ותוך רמיסתה.³³ שנית, ההודאה עדיין

²⁷ ע"פ 369/78 אבו מדיג'ם נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(3), 376, עמ' 381 (1979).

²⁸ וראו לעניין זה את דעת המיעוט של פרופ' קרמניצר בדו"ח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 16, עמ' 60. וראו אריאל בנדור "גבייה של הודאת נאשם וקבילותה – מטרות, אמצעים, ומה שביניהם" פלילים ה (התשנ"ו) 245. וראו Leo & Ofshe, לעיל ה"ש 17 ("psychological interrogation").

²⁹ פסק הדין המנדטורי נוכר תוך תרגום ממנו בע"פ 20/49 עבדול האדי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ג' 13 (1960).

³⁰ חיים ה' כהן המשפט 475 (התשנ"ב). גם באנגליה היה המצב דומה בתקופה שלפני דו"ח ועדת Runciman ושינויי החקיקה שנקבעו בעקבותיו – ראו דו"ח ועדת Runciman, לעיל ה"ש 16, עמ' 64.

³¹ שם, שם.

³² באשר לקונספציה של אשמת החשוד, שלפיה לחשוד – מעצם היותו חשוד – מגיע עונש כלשהו, שהרי (כביכול) לא ייתכן שחשוד יהיה נקי מכל רבב, ראו תיאורו המרתק של מישל פוקו –

M. Foucault, *Discipline and Punish, The Birth of the Prison* (Translated from the French by Alan Sheridan, England, 1977) 42

וראו A.A.S. Zuckerman, *The Protection of the Accused from Miscarriage of Justice*, 31 Is. L. Rev. 590 (1997).

נחשבת לראיה חזקה במיוחד, כמעט מכרעת; ל"מלכת הראיות" ולא ל"קיסרית הרשעות השווא", ולצדדי, עדיין אפילו לא ל"ראיה חשודה".³⁴ **שלישית**, הממד המרכזי להצלחת המשטרה (וחוששני שגם הממד המרכזי להצלחת התביעה) ולקידום חוקרים (וחוששני שגם לקידום תובעים) עודנו אחוזו ההרשעות הגבוה.³⁵ **רביעית**, גביית הודאות היא אמצעי קל וזול בהשוואה לדרכי חקירה אלטרנטיביות.³⁶ **חמישית**, שופטי ישראל, שאינם נוהגים לפסול הודאות, בפועל משדרים לחוקרי המשטרה מסר, שלפיו הדרך של התמקדות בחילוץ הודאות מחשודים היא אפשרית. **שישית**, שופטי ישראל מאפשרים (בפועל, גם אם לא במוצהר) למשטרה להשתמש באופן שגרתי לחלוטין במעצר (בתנאים מחפירים³⁷) או באיום בו, כאמצעי לחץ על

³³ ראו רינת קיטאי "חשיבותה של חזקת חפות פוזיטיבית, תפקידה וטיבה בהליכים הקודמים להכרעת הדין בפלילים" **עלי משפט** ג 405 (התשס"ד).

³⁴ בעניין זה חוששני, כי לא התקדמו הרבה מאז ימי הביניים – ראו פוקו, לעיל ה"ש 32, בעמ' 37 ואילך. לגישה אחרת, הרואה את ההודאה לא כ"מלכת הראיות" אלא כ"קיסרית הרשעות השווא", ראו בוועז סנג'ור, לעיל ה"ש 15. לגישה קרובה, הרואה את ההודאה כראיה חשודה, באשר נתינתה אינה רציונלית, ראו דברי השופטת דליה דורנר בדנ"פ 4342/97 **מדינת ישראל נ' אל עביד**, פ"ד נא(1) 736, עמ' 834 (1998). לצדדי, גישות אלו טרם התבססו דיין בפסיקת בית המשפט העליון. וראו גם:

Mandy DeFillipo, *You Have the Right to Better Safeguards: Looking Beyond Miranda in the New Millennium*, 34 J. MARSHALL L. REV. 637, 659, 664, 672-73 (2001); C. Weissman, *Modern Confession Law After Duckworth v. Eagan: What's the Use of Explaining*, 66 IND. L.J. 825, 844 (1991).

³⁵ על-פי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, בשנת 2003 אחוז ה"הרשעות במשפטים פליליים על עבירות רציניות" היה 99.8% (כן: תשעים ותשעה אחוזים ושמונה עשיריות האחוז) – ראו אתר האינטרנט של הלשכה <http://www1.cbs.gov.il> (טבלה מס' 11.3; נצפתה ביום 27.7.06).

³⁶ זאת, במיוחד כשמסלימים עם שימוש מסוים באמצעי לחץ. להשפעת גורם זה על אופן החקירה בימי הביניים ראו פוקו, לעיל ה"ש 32, עמ' 38 ואילך.

³⁷ חרף חזקת החפות, תנאי המעצר בישראל הם קשים מאוד; גרועים אפילו מתנאי המאסר – ראו, למשל, יצחק ענבר "תנאי המעצר כשיקול במתן החלטת המעצר" **משפט וממשל** ד 729, 730 (התשנ"ח). כך, למשל, כתב לאחרונה השופט שמואל ברוך בגור-דין שנתן:

"בענין התנאים השוררים בתאי המעצר, דומה כי אין מחלוקת עובדתית שהמדובר בתנאים לא אנושיים... ביקרתי בעבר, וגם בתקופה האחרונה, בתאי מעצר בכל מרחב שפלה... הממצאים, בקצירת האומר, הם תנאי צפיפות בלתי אנושיים, שניים, לפעמים שלושה עצורים במיטה אחת, עצורים ישנים על הרצפה, עצורים ישנים על הגג של תא השירותים בפר שבין גג תא השירותים לגג תא המעצר, חלונות חסומים בלא אוורור, העדר כל תשתית סניטציה אלמנטרית, העדר שולחן, האנשים אוכלים מהרצפה... יש נאשמים שישנים בכלוב ללא שירותים וללא כיוור, יש נאשמים שישנים בחדרון שרוחבו עשרות סנטימטרים ספורים שאמור לשמש למפגש נאשמים עם עורכי הדין... בביקורי האחרון בבית מעצר שפלה, שבו 55 מיטות, היו במקום 97 עצורים (ואני שומע שמצב זה טוב בהרבה מהמצב היום) ... משמעות הדברים היא, כאמור, לא אנושית" (ההדגשה הוספה) – ראו החלטתו האמיצה (הימנעות מגזירת מאסר בפועל על המורשע, בשל תנאי כליאתו המחפירים) מיום 26.11.03 של בית-משפט השלום ברמלה, מפי השופט שמואל ברוך, בת"פ 3516/03 **מדינת ישראל נ' אלעזרה** (לא פורסם).

הנחקרים להודות בעבירות המיוחסות להם.³⁸ חרף ניסיונותיו של המחוקק לצמצם את כמות המעצרים, בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996, כמות המעצרים עולה משנה לשנה וכבר עברה את ה-50,000.³⁹ בעוד שעל-פי החוק, מיועד המעצר למקרים מוגדרים, כגון סכנה קיימת של שיבוש מהלכי משפט, הרי שבמציאות הישראלית נעצרים אנשים כדי ללחוץ עליהם להודות בעבירות המיוחסות להם.⁴⁰ **שביעית**, נראה שההודאה עדיין נחשבת כבעלת ערך מעבר לערכה הראייתי: כביכול, בהודאתו, מקבל עליו הנאשם ברוב טכס את כל הליכי החקירה והמשפט בעניינו, מסכים להם, מאשרם ונכנע לחברה המנצחת בדו-קרב עמו.⁴¹

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אמור היה להביא לשינוי בגישה ובפסיקה, תוך הדגשת זכותו החוקתית של חשוד שלא להפליל עצמו בניגוד לרצונו, והעדפתה על פני הגישה הקודמת שרווחה בפסיקה, שלפיה דרישת החוק "חופשית ומרצון" נועדה אך ורק להבטיח את מהימנות ההודאה.⁴²

כאן יצוין, כי הרציונל של פסילת ההודאה אם לא הייתה חופשית ומרצון לשם הבטחת מהימנותה, נוצר במשפט האנגלי בשל חוסר ביטחון ביכולתם של מושבעים (הדיוטות) להתמודד עם שאלת המהימנות של ההודאה.⁴³ נשוב לפסק הדין בפרשת **יששכרוב**. נזכור, כי כלל לפסילת הודאות – בהבדל מכלל פסילה כללי של ראיות שהושגו שלא כדין – היה לנו כבר לפני הלכת **יששכרוב**, בחוק עצמו – סעיף 12 לפקודת הראיות. לפיכך, כאן לא נדרשה יצירתיות

³⁸ כאן התקדמנו מעט מאז ימי הביניים, שבהם הלחץ על הנחקרים להודות לא התמצה במעצר, אלא כלל גם עינויים – ראו פוק, **שם**, עמ' 39 ואילך.

³⁹ הדבר משתקף, בין היתר, בדו"חות השנתיים של המשטרה, בדו"חות מבקר המדינה, בדו"חות הסניגוריה הציבורית ובדו"חות האגודה לזכויות האזרח – ראו, למשל, אתר האינטרנט של משטרת ישראל www.police.gov.il/default.asp.

⁴⁰ על הקשר בין המעצר לבין גביית הודאה והרשעה, ראו סנג'רו, לעיל ה"ש 15, עמ' 260 ואילך.

⁴¹ לתיאור מאלף של תפיסה כזו שרווחה בימי הביניים ראו פוק, לעיל ה"ש 32, עמ' 38 ואילך.

⁴² ראו עמנואל גרוס "כלל פסילה חוקתי – האם יש לו מקום בישראל?" **משפטים** ל 145, 179 (התשנ"ט). דברים ברוח זו מופיעים – ברמה ההצהרתית הכללית – גם בהלכת **יששכרוב** – ראו פסק הדין, פסקה 32. אך כפי שניזכר מיד, הפרשנות שניתנה שם לסעיף 12 אינה מגשימה את ההצהרה.

⁴³ ראו מאמרו המאלף של השופט בנימין כהן "סעיף-קטן 12 (א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971: אי-קבילות הודיות, בסד הסכנה למהימנות תוכנן" **ספר לנדוי** כרך ב 1033, בעמ' 1035-1036 (התשנ"ה).

שיפוטית גדולה, אלא רק פרשנות טובה של חוק קיים, ברוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וברוח הזמן (שהרי חלפו עברו להם ימי המנדט הבריטי על ארץ ישראל, שבהם נקבעו במשפטנו דינים והלכות רעים ורעות המלווים אותנו עד היום).⁴⁴ והנה, מעבר לדיונים הארוכים ולאמירות היפות על כבוד האדם וחירותו, על אוטונומיית הרצון ועל חופש הבחירה, נקבע בפסק הדין **יששכרוב** כי ההימנעות המכוונת מלהודיע לנחקר על מעצרו ועל זכותו להיוועץ בסניגור, אשר שללה בפועל את זכותו להיוועץ בסניגור, שכן לא היה מודע לזכותו זו, לא פגעה באוטונומיה ובחופש שלו. לשם השוואה: בארצות-הברית הכיר בית המשפט הפדרלי העליון בזכות ההיוועצות כזכות חוקתית הנגזרת הן מזכות הייצוג הקבועה בתיקון השישי לחוקה והן מהחיסיון מפני הפללה עצמית והזכות להליך הוגן הקבועים בתיקון החמישי. לפיכך, פגיעה בזכות ההיוועצות פוסלת הודאה שניתנה בחקירה.⁴⁵ בישראל, בדרך למסקנה דלעיל, קבע בית המשפט העליון שתי קביעות, האחת כללית והשנייה מסוימת למקרה שנדון לפניו. הקביעה הכללית:

”בהתאם ללשונה ולתכליתה של הוראת-סעיף 12 הנ”ל, יש לפסול מכוחה הודאה רק כאשר הפגיעה שלא כדין בזכות השתיקה או בזכות ההיוועצות בעורך-דין יצרה **פגיעה משמעותית וחמורה** באוטונומיית הרצון ובחופש הבחירה של הנאשם במסירת הודאתו” (ההדגשה הוספה - ב' ס').⁴⁶

הקביעה המסוימת:

”... בנסיבות המקרה דנן הוכחה פגיעה משמעותית בזכות ההיוועצות של המערער, בין היתר בהתחשב בקביעתו של בית הדין הצבאי לפיה החוקר נמנע **במכוון** ממתן הודעה כדין בדבר הזכות האמורה. אף-על-פי-כן, לצורך

⁴⁴ מקורו של סעיף 12 (א) לפקודת הראיות [נוסח חדש] הוא בפקודת העדות המנדטורית.

⁴⁵ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

⁴⁶ **פסק הדין**, פסקה 36.

בחינת קבילותה של ההודאה הנדונה על-פי סעיף 12 לפקודת הראיות, השאלה הטעונה הכרעה הינה האם נפגע באופן משמעותי חופש הבחירה של המערער במסירת הודאתו. בעניין זה, יש להביא בחשבון כי בפתח גביית אמרתו, הוזהר המערער בדבר זכותו לשתוק בחקירה... עוד יצוין כי לאחר שהמערער התייעץ עם סניגורית צבאית, הוא בחר להשיב לשאלות החוקר בעת גביית אמרתו השנייה (ת/5). בנסיבות אלה, אין לומר כי אי מתן ההודעה כדין בדבר זכות ההיוועצות הובילה לפגיעה מהותית באוטונומיית הרצון ובחופש הבחירה של המערער במסירת הודאתו הראשונה, באופן המחייב את פסילתה בהתאם לסעיף 12 " (ההדגשה במקור – ב' ט').⁴⁷

הקביעה הראשונה – הכללית – היא מאכזבת משום שבהתנותה את פסילת ההודאה בהתאם לסעיף 12 בקיומה של "פגיעה משמעותית וחמורה באוטונומיית הרצון ובחופש הבחירה של הנאשם במסירת הודאתו", היא משדרת לחוקרים כי פגיעה שאינה חמורה היא בהחלט אפשרית ולא תפסול את ההודאה. היא מאכזבת משום שהיא רחוקה מרחק רב מרוחו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. היא מאכזבת משום שעל פני תפישה המקובלת במשפט האמריקני, המכירה נכונה בכך שחקירה בתנאי מעצר פוגעת אינהרנטית באוטונומיית הרצון ובחופש הבחירה, ולפיכך קובעת חזקה, כי הודאה בתנאי מעצר אינה וולונטרית, אלא אם כן קוימו היטב ערובות מסוימות שנועדו לאפשר רצון חופשי;⁴⁸ על פני תפישה וחזקה אלה הועדפו בפסק הדין **יששכרוב** תפישה הפוכה וחזקה הפוכה, שלפיהן ההנחה היא שהודאה היא "חופשית ומרצון", אלא אם כן הוכחה "פגיעה משמעותית וחמורה באוטונומיית הרצון ובחופש הבחירה", וזאת, גם אם הוכחה ונקבעה על-ידי בית המשפט פגיעה משמעותית (אך לא חמורה) באוטונומייה ובחופש. היא מאכזבת

⁴⁷ שם, פסקה 37.

⁴⁸ ראו לעיל ה"ש 22, 45 והטקסט המפנה אליהן.

משום שהיא מהווה מכה קשה ופגיעה אנושה, בגישה שלפיה יש מקום וצורך שבתי המשפט ישדרו לחוקרי המשטרה מסרים חינוכיים-הרתעתיים. ואין כוונתי להטפות מוסר מילוליות גרידא – הן מעולם לא הועילו, כפי שניתן להתרשם מן הציטוט דלעיל של דבריו המאלפים של השופט חיים כהן.⁴⁹ אם רוצים לשנות את המציאות, "להועיל בתקנתנו ולו רק במקצת" ולמנוע מצב שבו "השוטרים מצפצפים על הביקורת הנמתחת עליהם מפי השופטים ואינם מקיימים הוראותיהם", יש לפסול הודאה לא רק כאשר ממילא ברור לשופטים שאינה אמיתית – שאז גם אין כל צורך במבחן הקבילות, שהרי ממילא צפוי השופט לייחס להודאה משקל אפסי – אלא אף ובעיקר כשייתכן שההודאה דווקא אמיתית.⁵⁰ כאמור, בעבר אמנם התנוודדה הפסיקה בין גישות שונות, אך בכל דור ודור (של שופטים) שמור היה מקום של כבוד גם לגישה החינוכית-חוקתית, שלפיה יש מקום לפסול הודאות לשם הרתעת חוקרי המשטרה מפני הפרת החוק בלהט הציד. חוששני כי הלכת **יששכרוב** עלולה לעקור מן הפסיקה הישראלית פרח יפה זה.

הקביעה הכללית שבפסק הדין **יששכרוב** באשר לחופשיותה של הודאה ורצוניותה, היא מאכזבת גם משום שהיא מעניקה שיקול-דעת רחב לשופטים. לשם פסילת הודאה אין די בכך שאין היא "חופשית ומרצון", כמצוות המחוקק בסעיף 12 לפקודת הראיות, אלא נדרש שהפגיעה באוטונומיית הרצון ובחופש הבחירה תהיה גם "משמעותית וחמורה". לא פחות. הדרישה הכמותית ("משמעותית וחמורה") מכרסמת בדרישה האיכותית ("חופשית ומרצון"). שיקול הדעת המוענק כאן לשופטים מתחזק גם לנוכח כלל הפסילה הכללי של ראיות שהושגו שלא כדין, אשר נקבע גם הוא בהלכת **יששכרוב** ובוסס על שיקול-דעת רחב מאוד ומדי, כפי שניווכח בהמשך. ישנו חשש שמים אדירים של שיקול הדעת הרחב יציפו מחר את כל השדות

⁴⁹ ראו לעיל ה"ש 27 והטקסט המפנה אליה.

⁵⁰ ברוח זו כתב השופט גינת, בפסק הדין בת"פ 511/97 **מדינת ישראל נ' עודה**, תק-מח 493 (4) 97 (1997), את הדברים היפים הבאים: "המבחן האמיתי של זכויות האדם הינו במקום שבו מבקשים להגן על זכות היסוד דווקא לאור הידיעה שהאמור באימרה עשוי להיות אמיתי". בהמשך נשוב ונידרש לפסיקה יפה אך חריגה זו.

הרלוונטיים: סעיף 12 לפקודת הראיות, סעיף 13 לחוק האזנת סתר וסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות.⁵¹

מכאן לקביעה השניה – המסוימת למקרה **יששכרוב**. המהלך שמציע לנו בית המשפט הוא כזה: אמנם "הוכחה פגיעה משמעותית בזכות ההיוועצות של המערער, בין היתר בהתחשב בקביעתו של בית הדין הצבאי לפיה החוקר נמנע **במכוון** ממתן הודעה כדין בדבר הזכות האמורה". אך לא אלמן ישראל ולא תש כוחה של מדינת ישראל כמאשימה במשפטים פליליים:

"אף-על-פי-כן, לצורך בחינת קבילותה של ההודאה הנדונה על-פי סעיף 12 לפקודת הראיות, השאלה הטעונה הכרעה הינה האם נפגע באופן משמעותי חופש הבחירה של המערער במסירת הודאתו. בעניין זה, יש להביא בחשבון כי בפתח גביית אמרתו, הוזהר המערער בדבר זכותו לשתוק בחקירה... עוד יצוין כי לאחר שהמערער התייעץ עם סניגורית צבאית, הוא בחר להשיב לשאלות החוקר בעת גביית אמרתו השניה (ת/50). בנסיבות אלה, אין לומר כי... פגיעה מהותית..."⁵²

לעג לרש. ראשית, הקביעה, כי הוכחה פגיעה משמעותית בזכות ההיוועצות של המערער, מסויגת משום-מה לנסיבות המיוחדות שבהן הוכח כי החוקר פעל שלא כדין באופן מכוון. נסיבות כאלה הן נדירות מאוד. ספק אם לאחר הלכת **יששכרוב** יימצאו מקרים רבים שבהם יפעלו החוקרים בחוסר תחכום כה גדול עד כי תתאפשר הוכחתה של כוונה.

שנית, נראה, כי בית המשפט מסתפק בהודעה על זכות השתיקה כתחליף להודעה על זכות ההיוועצות. בעניין זה אני מעדיף את הבסיס התיאורטי והמעשי

⁵¹ סעיף 13 לחוק האזנת סתר, התשל"ט – 1979, ס"ח 118; סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א – 1981, ס"ח 128. אמנם, בהוראות חוק אלו ניתן שיקול דעת מסוים לבתי המשפט, אך עדיין ההנחה בהן היא של פסילת הראיות שהושגו שלא כדין בהאזנת סתר או תוך פגיעה בפרטיות, ואילו ההימנעות מפסילתן היא חריג שנסבותיו מוגדרות.

⁵² פסק הדין, פסקה 37.

של זכות ההיוועצות המובא בפסק הדין של הערכאה הראשונה – בית הדין הצבאי המחוזי – על פני הגישה, המגמדת בפועל את זכות ההיוועצות, של בית המשפט העליון:

”זכות השתיקה מוכרת מאז ומתמיד, הן במימוש של זכותו הבסיסית של הפרט שלא להפליל עצמו, והן כפן של ‘הרצון החופשי’, הנדרש לשם קבילותה של הודאה. יש קשר בין שני ה‘פנים’ הללו של זכות השתיקה: אם לא הודעה לנחקר זכותו לשתוק ולא להשיב לשאלות החוקר, הרי שלא הועמד, הלכה למעשה, על חלופה חשובה זו, אשר זכותו לבחור בה, כשהוא נחקר כחשוד. בכך נפגעה יכולתו לבחור – מרצונו החופשי – בין מסירת אמרה לבין הימנעות ממסירתה, ואזי הטענה היא, כי לא נתקיים בהודאתו ה‘רצון החופשי’, כנדרש בחוק...”

... זכות ההיוועצות, אשר ניתן לראותה כיזכות-בת של זכות השתיקה. זכותו של עצור להיפגש עם עורך-דין זכות יסוד היא לו. זכות זו נגזרת מזכותו של האדם לחירות אישית (ראה סעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו); היא ‘אספקט אחר של זכות השתיקה’ (בג”צ 3412/91 סופיאן)⁵³... עוד נקבע באותו פסק-דין, כי מזכות ההיוועצות נגזרת חובתה של הרשות להודיע לעצור על קיומה...”;

וכן:

”מרבית הנחקרים במצ”ח הם חיילים צעירים, ללא עבר פלילי וללא כל ניסיון בעמידה בחקירת משטרה. מבחינה עניינית, הצורך שלהם בייעוץ של עורך-דין, כאשר הם

⁵³ בג”צ 3412/91 סופיאן נ’ מפקד כוחות צה”ל באזור חבל עזה, פ”ד מז(2) 847 (1993).

נחקרים כחשודים, קיים ועומד, ללא קשר לעניין המעצר. יישומה של הנחיה זו הלכה למעשה יסייע אף לאיון החשש, פן חוקרי מצ"ח יעשו שימוש לרעה בעיתוי ההודעה על המעצר, על מנת לעכב את ההודעה על זכות ההיוועצות... למותר לאמר, כי אין ערך לזכות ההיוועצות עצמה, ללא הבאתה לידיעת הנחקר" (ההדגשות במקור – ב' ס').⁵⁴

דברים כדורבנות. חבל רק שאין אלה דבריה של הערכאה העליונה. שלישיית, יש לפקפק במבנה הלוגי של הלימוד מהמאוחר על המוקדם: מכך ש"לאחר שהמערער התייעץ עם סניגורית צבאית, הוא בחר להשיב לשאלות החוקר בעת גביית אמרתו השנייה". זוהי, לדעתי, טעות מצערת, המתעלמת מכך שלאחר ההודאה הראשונה משתנה כל מערכת השיקולים של הנחקר. טעות דומה שניתן למצוא בפסיקה מן העבר: נאשם טוען שהוכה על-ידי חוקריו ולכן הודה, או שהופעלו עליו לחצים אסורים אחרים. השופטים קובעים כי מכיוון שלאחר הודאה ראשונה זו באו הודאות נוספות – שלגביהן אין טענה בדבר לחצים אסורים – ניתן לבסס את ההרשעה עליהן. אך המחקרים מלמדים, כי גורם מרכזי להודאות-שווא הוא המחשבה המוטעית של חשודים כי לאחר ההודאה הראשונה – שחולצה מפיהם תוך כדי שימוש באמצעים פסולים – אין חשיבות להודאות נוספות שימסרו. לעתים, אפילו מטעים את החשוד לחשוב כך, ולאחר ההטעיה גובים ממנו הודאות נוספות, שהן לכאורה כשרות – שהרי אין נלווים אליהן אמצעים פסולים נוספים.⁵⁵

⁵⁴ מט 932/96 התובע הצבאי נ' טור' יששכרוב (לא פורסם; ניתן ביום 20.5.97 על-ידי בית הדין הצבאי במחוז שיפוט מטכ"ל) פסקאות 7, 8, 5 (בהתאמה).

יצוין, כי שופטי בית הדין (אשר שניים מהם, כפי הנראה, אינם משפטנים) היו ערים לעובדה ש"על פי הפסיקה הקיימת, קלושים, איפוא, הסיכויים כי אי-הודעה על זכות ההיוועצות – כאשר זה הפגם היחיד שנפל בחקירה – תוכר כפגיעה ברצון החופשי, עד כדי פסילת ההודאה" (שם, פסקה 8). לפיכך פסלו את ההודאה לא על בסיס סעיף 12 לפקודת הראיות, אלא על בסיס כלל (כללי) של פסילת ראיות שהושגו שלא כדין.

⁵⁵ ראו סג'ורו, לעיל ה"ש 15, עמ' 254 הערה 35; P. Mirfield, *Successive Confessions and the Poisonous Tree*, CRIM. L. REV. (1996) 554; Charles J. Ogletree, *Commentary: Are Confessions Really Good for the Soul? : A Proposal to Mirandize Miranda*, 100 HARV. L.

לבסוף, על רקע גישתו המעשית (בהבדל ממס השפתיים ההצהרתי) המאכזבת של בית המשפט העליון בפסק הדין **יששכרוב** הן לזכות ההיוועצות, הן לזכות השתיקה, הן לחופשיות ההודאה ורצוניותה והן לצורך בהרתעת חוקרי משטרה מפני שימוש באמצעים בלתי חוקיים, נקל להבין את פקוקו ב"מחקר השדה" שערכה הסניגוריה הציבורית הארצית. כך תואר המחקר בפסק הדין:

"בסיכומיה בכתב, פירטה הסניגוריה הארצית תוצאותיו של מחקר שדה שערכה בסוף שנת 1999 ובמהלך שנת 2003. המחקר נערך לגבי אוכלוסיה של 220 עצורים במחוז תל-אביב. על-פי הטענה, ממצאיו של המחקר מלמדים כי חלק ניכר מהעצורים בתחנות המשטרה אינם מקבלים הודעה כדין בדבר זכותם להיוועץ בסניגור. ⁵⁶"

ומהי התייחסותו של בית המשפט העליון לממצאיו של מחקר כה מדאיג? מסתבר, שבמקום להתמודד עמם ולהסיק מהם את המסקנות המתבקשות, הוא מעדיף לתקוף בעלמא (ללא כל פירוט העשוי לשכנע) את המתודולוגיה של המחקר:

"על כך אעיר כי ספק בעיניי אם שיטת המחקר וגודל האוכלוסייה שנבדקה במסגרתו, מאפשרים הסקת מסקנות מהימנות וכוללניות כנטען לפנינו. ואמנם, הסניגוריה הציבורית אישרה בטיעוניה כי עשויות להיות הטיות בממצאי המחקר שערכה. מכל מקום, בעניין שלפנינו לא מתעורר הצורך להכריע בכך: ראשית, כפי שהובהר לעיל, דוקטרינת הפסילה הפסיקתית אינה מבוססת בעיקרה על תכלית הרתעתית-חינוכית... ⁵⁷"

REV. 1826, 1840 (1987). לדוגמה של מתן משקל מלא להודאות המאוחרות, תוך התעלמות (בפועל) מהלחצים הפסוליים הקיצוניים שהופעלו בתחילת הדרך, ראו ע"פ 154/85 אברושמי נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(1) 387 (1987).

⁵⁶ פסק הדין, פיסקה 81.

⁵⁷ שם.

כידוע, אין מחקר אמפירי שלא ניתן להעלות כנגדו טענות מתודולוגיות. מדוע חשוב – לשיטתו של בית המשפט – להדוף את ממצאיו של מחקר זה? נניח לרגע שהם נכונים ומשקפים את המציאות.⁵⁸ אם כך, משמע, שבכל זאת יש טעם רב במטרה של חינוך חוקרי המשטרה והרתעתם מפני שימוש באמצעים בלתי חוקיים; מטרה שהלכת **יששכרוב** מבקשת לגמד – הן בהיבט של חופשיות ההודאה ורצוניותה שבה דנו, והן בהיבט של כלל הפסילה שבו נדון בהמשך. נוסף לכך, בהינתן, כי זוהי המציאות העגומה: נחקרים אינם מקבלים הודעה על זכותם להיוועץ בסניגור; זכויותיהם נרמסות באופן שגרתי לחלוטין (אם כי לא תמיד ניתן להוכיח שהזכויות נרמסות במכוון ובחוסר תום-לב), שמא הלכה ליברלית יותר מאכזבת-**יששכרוב** הייתה מוליכה בשלב הראשון⁵⁹ לפסילה מאסיבית של חלק ניכר מן ההודאות הלא כל-כך חופשיות והלא כל-כך רצוניות הנגבות באופן שגרתי לחלוטין במקומותינו, ומהוות בסיס רעוע מוסרית אך קביל פסיקתית להרשעה?

עד כאן לעניין הלכת **יששכרוב**, באשר לדרישה כי ההודאה תהיה "חופשית ומרצון". ומכאן להלכת **יששכרוב** באשר לכלל פסילת הראיות שהושגו שלא כדין.

⁵⁸ כשלעצמי, העובדה שהמחקר נערך על-ידי גוף מקצועי מאוד, מנוטה ואמין מאוד כסניגוריה הציבורית הארצית, יוצרת חזקה שהממצאים משקפים נאמנה את המציאות, והנטל על המבקש לפקפק בהם אינו מורם על-ידי אמירה כללית כמו זו של בית המשפט המצוטט לעיל. לתמיכה בנכונות הממצאים של מחקר הסניגוריה הציבורית ראו ח' לרנאו וא' קנצפולסקי "ואף על פי כן נוע תנוע" **הסניגור** 116 (נובמבר 2006) 5. בנוסף, ממצאים אלה תואמים את היכרותי שלי את מערכת אכיפת החוק במדינת ישראל. כך, למשל, בע"פ 9970/03 **דרעי נ' מדינת ישראל** (16.2.05) קבע השופט ברק (פיסקה 6): "ואכן, מחקירתו הנגדית של מפקד צוות חקירת הרצח עולה, כי חקירת המערער החלה בסמיכות זמנים לבואו של בא כוח המערער. בנסיבות אלה מפקד צוות החקירה הפעיל את סמכותו לפי סעיף 34(ד) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו – 1996, וקבע כי אין לקטוע את אותן פעולות הקשורות לחקירה שהיו עתידות להיערך באותה עת (כגון אזהרת המערער והתחלת פעולת ההקלטה). בית המשפט המחוזי לא מצא בהחלטה זו פגם. הנני סבור כי אין מקום להתערבותנו בקביעה זו. מכל מקום, בנסיבות המקרה אין בהחלטת ראש צוות החקירה משום פגם המצדיק את פסילת קבילות ההודאות שנגבו במהלך חקירה זו, אשר תועדה קולית וחזותית". דהיינו: גם אם הסניגור מספיק להגיע למקום החקירה עוד לפני שהחלה, אין הכרח לאפשר לו להיפגש עם הנחקר, ובית המשפט העליון אפילו אינו מותח ביקורת כלשהי על מניעת הפגישה. האין חשש שאנשי המשטרה יפרשו פסיקה זו של נשיא בית המשפט העליון כהזמנה לנהוג כך?

וראו גם הלכת **זכאי** – ע"פ 533/82 **זכאי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לח(3), 57 (1984).

⁵⁹ אין לחשוש יתר על המידה משלב ראשון זה. הניסיון שנרכש במדינות אחרות, כגון בארצות-הברית בעקבות קביעת כללי **Miranda** (**לעיל**), הערה 22 והטקסט המפנה אליה), הוא שבלית ברירה לומדים החוקרים לנהוג כדין והחברה יוצאת נשכרת. לאסופה של שני תריסרים של מאמרים העוסקים בהלכת **Miranda** ראו: R.A. LEO & G.C. THOMAS III, EDS, THE MIRANDA DEBATE – LAW, JUSTICE AND POLICING (1998).

ג. כלל פסילת הראיות שהושגו שלא כדין ערב הלכת יששכרוב

1. כללי

הלכת יששכרוב לא נחתה על ראשינו כתפוח העץ על ראשו של ניוטון. אמנם לפי ההלכה שקדמה לה, לא היה קיים "כלל" (בעל תחולה כללית) של פסילת ראיות שהושגו שלא כדין. אולם, לאור כללי הפסילה שנקבעו בעשורים האחרונים בשיטות משפט אחרות שאנו נוטים להיות מושפעים מהן; לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ולאור הכתיבה המשפטית התיאורטית בעקבותיו – הן של אנשי אקדמיה והן של שופטים של בית המשפט העליון, נראה, כי קביעתו של כלל פסילה גם במשפטנו ריחפה באוויר. כל העוסקים בנושא צפו אותה ורובם אף ציפו לה. לפיכך, בטרם נעבור לדיון בהלכת יששכרוב (בפרק הבא), אסקור בקצרה (בפרק זה) את הרקע שקדם לה.

2. ההלכה שקדמה להלכת יששכרוב באשר לפסילת ראיות

כפי שסוכמה ההלכה שלפני חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בפסק הדין הידוע בפרשת **מועדי**, "במערכת המשפט בישראל הלכה מקובלת היא, שאין עליה עוררין, כי ראיה, שכשרה ומהימנה היא כשלעצמה אך הושגה באמצעים פסולים ובלתי חוקיים, קבילה היא.⁶⁰ לפי הלכה זו, אי-החוקיות שבה הושגה הראיה היתה שיקול בקביעת משקלה, אך לא גורם העשוי להביא לאי-קבילותה. לעניין קבילותה, די היה בהיותה רלוונטית לעניין. אמנם, נשמעו בפסיקה קולות שלפיהם אי החוקיות עשויה להביא במקרים קיצוניים להפחתת משקל הראיה לאפס – תוצאה הדומה לפסילת הראיה ולא-קבילותה, אך קולות אלה היו נדירים והשימוש באפשרות זו היה חד-פעמי.⁶¹

⁶⁰ ע"פ 115/82, 162, מועדי, לעיל ה"ש 23, עמ' 262. וראו גם ע"פ 476/79 בולוס נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (1) 785, 801 (1980); ע"פ 16/82 מלכה נ' מדינת ישראל, פ"ד לו (4) 309, 317 (1982); ד"נ 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין, פ"ד מב(3) 837, 855 (1988).

⁶¹ בע"פ 559/77 מאירי נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 180, 182 (1978), קבע השופט חיים כהן כך: "בשמתרבים והולכים המקרים אשר בהם מכלכלת (ומקלקלת) המשטרה את חקירותיה תוך כדי

ההלכה, שלפיה אין פוסלים ראיות גם אם הושגו שלא כדין, שאבה, ככל הנראה, מהגישה המסורתית האנגלית,⁶² אשר, כפי שניווכח בהמשך, האנגלים עצמם נפטרו ממנה לפני כשני עשורים. הטעם הפורמלי שניתן להלכה הישראלית המיושנת היה ששלושת כללי הפסילה המסוימים שקבע המחוקק הישראלי – בסעיף 12 לפקודת הראיות, בסעיף 13 לחוק האזנת סתר ובסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות⁶³ – מהווים הסדר חוקי ממצה של הסוגיה, ואפילו "הסדר שלילי", ומכל מקום, חריגים אלה אינם משנים את הכלל הבסיסי.⁶⁴ הטעמים המהותיים העיקריים שניתנו להלכה הישראלית היו שניים: האחד – תכליתם העיקרית (אם כי לא היחידה והמוחלטת) של דיני הראיות בהליך הפלילי היא בירור האמת העובדתית לשם הרשעת האשם וזיכוי של החף מפשע.⁶⁵ הטעם השני היה המגמה הכללית של מעבר מדיון בקבילותן של ראיות המבוסס על סייגים פורמליים, לדיון במהימנותן של ראיות ובמשקלן, המבוסס על שיקול-דעת רחב לבית המשפט.⁶⁶

בפסקי-דין רבים נשללה תורת "הפירות הבאשים של העץ המורעל" האמריקנית,⁶⁷ שלפיה משפועלים השוטרים שלא כדין (למשל, מבצעים חיפוש לא חוקי; למשל, גובים הודאה תוך שימוש בכוח או באיומים) נפסלת כל ראיה שהושגה כתוצאה מכך (בהתאמה: לדוגמה, סמים שנתפסו בחיפוש הלא-חוקי; לדוגמה, הן ההודאה עצמה והן ראיות חפציות שנמצאו כתוצאה ממנה). בשלילת ההלכה האמריקנית, לא תמיד הבחינו שופטינו נכונה בין הפירות הבאשים של העץ

התעלמות מהנחיותיו והוראותיו של בית משפט זה, הגיע הזמן שנפחית ממשקלן של ראיות אלה שהושגו שלא כהלכה, עד כדי אפס... אולי ילמדו חוקרי המשטרה בדרך זו שלא להוציא זמנם ומרצם לריק, אלא לעשות עבודתם כדרך הוראתו של בית משפט זה".

פסק-דין זה עורר תקוות שוא, המשתקפות, בין היתר, במאמר: משה בן זאב "ראיות שהושגו שלא כהלכה – האמנם נפרצה הדרך לעקרון הפסילה?" הפרקליט לב 466 (התש"ם).

ראו, למשל, CROSS & TAPPER, ON EVIDENCE (9th ed., 1999) 498.

ראו לעיל ה"ש 21, 51.

ראו, למשל, ע"פ 115/82, 168 מועדי, לעיל ה"ש 23 עמ' 262.

ראו, למשל, ע"פ 951/80 קניר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 505, 516 (1981).

ראו, למשל, דנ"פ 4390/91 מדינת ישראל נ' חג' יחיא, פ"ד מוז(3) 661, 671 (1993).

ראו, למשל, ע"פ 183/78 אבו-מידג'ים, לעיל הערה 23, עמ' 537.

המורעל, שפסילתם היא אכן מרחיקת לכת, לבין הגזע עצמו, שפסילתו אינה אמורה להיות מרעישתה.⁶⁸

אפילו בפסיקה שקדמה לחוקי היסוד ניתן למצוא עמדות ליברליות – אם כי נדירות – כלפי פסילת ראיות שהושגו שלא כדין, כגון עמדתו היפה של השופט גבריאל בך בפרשת **ועקנין**, אשר גם היא שרדה רק את הערעור הפלילי ונהפכה על-ידי בית המשפט העליון בדיון הנוסף.⁶⁹ כפי הנראה – הקדימה את זמנה. לבסוף יצוין, כי בפסיקה שקדמה לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ההנחה של השופטים היתה כי יש להם הסמכות לקבוע כלל של פסילת ראיות.⁷⁰

3. פסילת ראיות בארצות הים

כבר לפני כמאה שנים נקבע במשפט האמריקני כלל של פסילת ראיות שהושגו באופן בלתי-חוקי. תחילה, בעניין Weeks,⁷¹ נקבע כלל שהיה מצומצם להשגת ראיות תוך הפרת התיקון הרביעי לחוקה האמריקנית (חיפוש ותפיסה) ושהיה מחייב רק בבתי המשפט הפדרליים. מאוחר יותר, בעניין Mapp,⁷² הורחב הכלל בשני המישורים, כך שהתפרש על כל הפרה של זכות חוקתית (לרבות התיקון החמישי לחוקה – החיסיון מפני הפללה עצמית והזכות להליך הוגן; והתיקון השישי – זכות הייצוג על-ידי עורך-דין), וחל גם במדינות השונות של ארצות-הברית. בתחילה התאפיין כלל הפסילה האמריקני בנוקשות: מסקנה בדבר הפרה של זכות חוקתית חייבה את בית

⁶⁸ דוגמה – אחת מיני רבות – לחוסר הבחנה כזה ניתן למצוא בפרשת **יששכרוב** עצמה, בדבריו הבאים של בית הדין הצבאי לערעורים: "בהגדירו את השאלה העומדת לדיון, הציג ביה"ד שתי שאלות: א. האם ניתן, מבחינה משפטית, להחיל את תורת 'הפרי המורעל' ולפסול הודאה שנמסרה כאשר לחשוד לא ניתנה הודעה על זכות ההיוועצות. ב. האם ראוי ומוצדק לעשות שימוש בתורת 'הפרי המורעל' במקרה שלפנינו". – ראו לעיל ה"ש 10, פסקה 3. אך הרי ההודאה אינה פרי מורעל, אלא הגזע המורעל עצמו.

⁶⁹ ראו בג"צ 249/82 **ועקנין נ' בית הדין הצבאי לערעורים**, פ"ד לו(2) 393 (1983); ד"נ 3/83 **בית הדין הצבאי לערעורים ואח' נ' ועקנין**, לעיל ה"ש 60.

⁷⁰ לסקירות מפורטות של ההלכה שקדמה להלכת **יששכרוב** ראו: פסק הדין **יששכרוב**, פסקאות 39 – 42; אליהו הרנון "ראיות שהושגו שלא כדין: מבט השוואתי" (להלן: "מבט השוואתי") **ספר לנדוי** כרך ב 983, בעמ' 1018 – 1024 (התשנ"ה); עמנואל גרוס "כלל פסילה חוקתי – האם יש לו מקום בישראל?" **משפטים** ל 145, בעמ' 147-159 (תשנ"ט); אליהו הרנון "ראיות שהושגו שלא כדין – האם נשתנה המצב המשפטי בעקבות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו?" (להלן: "מה נשתנה") **מחקרי משפט** יג 139, בעמ' 140 (התשנ"ו).

⁷¹ לעיל ה"ש 7.

⁷² לעיל ה"ש 7.

המשפט לפסול את הראיה שהושגה בעקבותיה. בהמשך ריככה הפסיקה האמריקנית את הכלל, על-ידי יצירת חריגים מוגדרים לכלל הפסילה, שהעיקרי שבהם הוא חריג תום הלב של המשטרה.⁷³ חריג זה נובע מרציונל הרתעת המשטרה, שעליו נעמוד בפרק הבא. חריגים מרכזיים נוספים הם היעדר הקשר הסיבתי שבין הפגיעה החוקתית לבין השגת הראיה, והגילוי הבלתי נמנע של הראיה.⁷⁴ כלל הפסילה האמריקני (exclusionary rule) חל לא רק על הראיה שהושגה במישרין כתוצאה מהפרת זכותו החוקתית של הנחקר, אלא גם על ראיות שהושגו בעקיפין – תוך שימוש במידע שנחשף בראיה הראשונה, הישירה – הלא הם פירותיו (הבאושים) של העץ המורעל.

בעשורים האחרונים נקבעו כללי פסילה, המעניקים שיקול דעת לבתי המשפט לפסול ראיות שהושגו שלא כדין, גם במדינות נוספות, לרבות בשיטות משפט שנוהגים לייחס להן משקל במקומותינו: קנדה, אנגליה, דרום אפריקה, אוסטרליה, גרמניה, איטליה וצרפת. הן מכיוון שכללים אלה נסקרו בהרחבה בפסק הדין בפרשת **יששכרוב** ובמאמרים שקדמו לו ושעליהם הוא מסתמך;⁷⁵ והן משום שענייני אינו בתיאור מפורט של המצב המשפטי הקיים במדינות הים, אלא בניסיון לשאוב משם רעיונות רצויים ובניסיון להתחקות אחר הרעיונות הלא-רצויים שהשתרבו להלכת **יששכרוב**, אעבור מייד לדון ברציונלים התומכים בכללי פסילת הראיות הנוהגים במדינות השונות.

4. הרציונלים התומכים בכלל פסילת הראיות שהושגו שלא כדין

שלושה רציונלים עיקריים התומכים בכלל פסילת הראיות שהושגו שלא כדין עולים מן הספרות המשפטית ומן הפסיקה במדינות שונות.⁷⁶ הרציונל הראשון הוא

⁷³ U.S. v. Leon, 468 U.S. 897 (1984).

⁷⁴ Nix v. Williams, 467 U.S. 431 (1984).

⁷⁵ ראו: פסק הדין, פסקאות 57-59; הרנון ("מבט השוואתי"), לעיל ה"ש 70, עמ' 986-1012; גרוס, לעיל ה"ש 70, עמ' 160-162; הרנון ("מה נשתנה?"), לעיל ה"ש 70, עמ' 140-144.

⁷⁶ למיין אחר – לארבעה רציונלים – ראו הרנון ("מבט השוואתי"), לעיל ה"ש 70, עמ' 1029. אלא שנראה, כי השלישי והרביעי (המסומנים שם כ-ב' ו-ג') כמעט חופפים וניתנים לאיחוד.

הרתעת-חינוכי, ולפיו יש לפסול ראיות שהושגו שלא כדין כדי להרתיע חוקרי משטרה מלהפר את החוק בלהט הצידי, לחנכם ולכוון את התנהגותם החקירתית בעתיד. אמנם, מטרה מרכזית של ההליך הפלילי היא בירור האמת, ואמנם ניתן לטפל בשוטרים שסרחו גם באמצעים אחרים, כגון נקיטת הליכים משמעותיים, פליליים ואזרחיים, אך המציאות – הן בארצנו והן בארצות הים – מלמדת, כי האמצעים האחרים אינם אפקטיביים: "השוטרים מצפצפים על הביקורת הנמתחת עליהם מפי השופטים, ואינם מקיימים הוראותיהם, ואין פוצה פה."⁷⁷ כפי שראינו לעיל כשעמדנו על כלל הפסילה הנוהג במשפט האמריקני, ראיית הרציונל של הרתעת המשטרה כרציונל הבלעדי התומך בפסילת הראיה, מוליכה לקביעת חריגים לכלל הפסילה במקרים שבהם ההרתעה אינה רלוונטית, כגון כשהחוקרים פעלו בתום-לב.⁷⁸

הרציונל השני הוא הגנה על זכויותיו של הנחקר, אשר נפגעו תוך השגת הראיה שלא-כדין ("העיקרון הפרוטקטיבי"). תמיכה בולטת ברציונל זה מיוחסת למלומד Ashworth, במאמרו הידוע "Excluding Evidence as Protecting Rights".⁷⁹ לשיטתו, כשחברה קובעת כללים לחקירה המשטרית, מנייה וביה קמה לפרט זכות שהמערכת המשפטית תקפיד על שמירתם ושלא ישתמשו נגדו בראיות שהושגו תוך כדי הפרת זכויותיו. רעיון זה מוליך ישירות להסמכת בתי המשפט לפסול ראיות שהושגו שלא-כדין.⁸⁰

הרציונל השלישי הוא שמירה על הלגיטימיות המוסרית של ההכרעה השיפוטית, של גזירת עונש ושל הטלת קלון (סטיגמה) על הנאשם. רציונל זה אמנם נחשב בימינו

⁷⁷ ראו דבריו של השופט חיים כהן המצוטטים לעיל, סמוך לה"ש 27. כך, למשל, נאמר בפסק הדין האמריקני People v. Cahan, 44 Cal. 2d 434, 282, p. 2d 905 (1955):

"... other remedies have completely failed to secure compliance with the constitutional provisions on the part of the police officers... Experience has demonstrated... that neither administrative, criminal nor civil remedies are effective in suppressing lawless searches and seizures..."

⁷⁸ ראו לעיל, פרק ג(3). וראו דיון עיין לרציונל ההרתעה ופירוט של חריגיו אצל גרוס, לעיל ה"ש 70, עמ' 169-167.

⁷⁹ A.J. Ashworth, *Excluding Evidence as Protecting Rights* [1977] CRIM. L. R. 723

⁸⁰ על רציונל זה ראו, למשל, הרנון ("מבט השוואתי"), לעיל ה"ש 70, עמ' 1014.

לחדש יחסית,⁸¹ אך כבר בכתביו של ניטשה ניתן לקרוא את הדברים המאלפים

הבאים:⁸²

"כי אל לנו לזלזל בחלק הרב שיש לעצם המראה של ההליכים המשפטיים והביצועיים, המונע מהפושע להרגיש באופי הנפשע שבסוג פעולתו מצד עצמה: כי הנה עיניו הרואות סוג מעשים זה עצמו המבוצע בשירות הצדק, במיטב המצפון ובהלל 'כי טוב', כגון: ריגול, הערמה, שוחד, מארב, כל מלאכת התחבולות והמלכודות של המשטרה והתביעה, ולאחר מכן שורת המעשים מטעמים עקרוניים ואף ללא צידוק של 'פעולה מתוך ריגשה', הלא הם גזל, אלימות, השמצה, שבי, עינויים, רצח. בכל מה שמוטבע בסוגים שונים של הענשה, וכל אלה מעשים שאין השופטים דוחים ומגנים אותם מצד עצמם, כי אם רק בנסיבות מסויימות ומבחינות מסויימות."

על-פי הגישה המצדדת ברציונל השמירה על הלגיטימיות המוסרית של ההכרעה השיפוטית, הרשעה המבוססת על ראיות שהושגו שלא כדין אינה לגיטימית. בירור האמת אינו ערך עליון, אלא אמצעי (מרכזי) לביסוסו של פסק הדין; פסק-דין שאמור להיות מבוסס גם מבחינה מוסרית. בעניין זה ידועה אמרתו של המלומד Ashworth:

"No system of criminal justice values truth above all other considerations... A legal system must reach a decision on an acceptable demarcation between

⁸¹ ראו הרנון, שם; והפניותיו למאמריהם של Zuckerman ושל Dennis.

⁸² פרידריך ניטשה, *לגניאלוגיה של המוסר* (בתרגומו של ד"ר ישראל אלדד, שוקן) 286.

permissible and impermissible methods, usually by way of political compromise."⁸³

הצדק שאליו על בית המשפט לחתור אינו רק היישום הנכון של הדין על עובדות המקרה, אלא גם התייחסות הולמת לדרך שבה הושגו הראיות: אם הושגו שלא כדין ותוך רמיסת זכויות הנאשם על-ידי המשטרה, ההסתמכות עליהן אינה מתיישבת עם עשיית צדק.⁸⁴

גישה זו פותחה במשפט הקנדי – בעקבות מגילת הזכויות ("הצ'רט'ר"). אמנם, לא בכל מקרה שבו הושגה הראיה שלא-כדין תיפסל הראיה, אך אם מצא בית המשפט כי הראיה הושגה תוך כדי פגיעה בזכות חוקתית של הנאשם, וכי שימוש בה במשפט עלול לפגוע ביושרה (integrity) של מערכת הצדק, אין לבית המשפט שיקול-דעת והוא חייב לפסול את הראיה.⁸⁵ בפסיקה הקנדית נקבעו קריטריונים שונים לפגיעה בלגיטימיות של בתי המשפט: הגינותו של בית המשפט, חומרתה של ההפרה, ההשפעה של פסילת הראיה.⁸⁶ קריטריונים אלה הובילו לשלל מבחנים ושיקולי-משנה, שכפי שנראה בפרק הבא, חלק ניכר מהם – הן הרצויים והן הבלתי-רצויים – אומצו בהלכת **יששכרוב**. כפי ששלל דינים זה סוכם על-ידי גרוס,

"המבחן המרכזי בפסיקה הקנדית הוא מבחן השפעת הראיה על הגינות ההליך. חומרת העבירה וכוחה הראיתי של הראיה שהושגה הם שיקולים משניים, ואין בהם לשלול פסילה כאשר ההפרה החוקתית היא חמורה ויש בהגשתה כדי להשפיע באופן חמור על הגינות

⁸³ Ashworth, לעיל ה"ש 79, עמ' 732-733.

⁸⁴ גרוס, לעיל הערה 70, עמ' 180; ובעקבותיו – פסק הדין, פסקה 45.

⁸⁵ ראו, למשל, סקירת הפסיקה הקנדית אצל גרוס, לעיל ה"ש 70, עמ' 174 ואילך; והאסמכתאות הנוכרות שם.

⁸⁶ שם.

ההליך. הגישה המקובלת בקנדה היא שראיה המשפיעה על הגינות ההליך תיפסל בדרך כלל...⁸⁷

בחרתי בציטוט זה בשל התרשמותי, כי הלכת **יששכרוב** מושפעת מאוד ובמידה רבה יותר מדי מן הפסיקה הקנדית כפי שהיא מתוארת במאמרו של גרוס, וכי דווקא הדברים החשובים שציטטתי זה עתה נשכחו בהלכת **יששכרוב**. לעתים, מפרידים את הרציונל השלישי לשני רציונלים משניים. כך, למשל, הבחין הרנון בין: "ב). הלגיטימיות של הכרעת הדין: קבלת ראייה שהושגה באלימות או באמצעים משפילים, למשל, מערערת את הסמכות המוסרית של המערכת המשפטית להרשיע אדם ולהטיל עליו סטיגמה"; לבין: "ג). הרעיון שהפסילה נדרשת כדי לשמור על טוהר ההליך השיפוטי; או כדי למנוע פגיעה בשמה הטוב, במוניטין של המערכת המשפטית".⁸⁸ אלא שסבורני, כי ההבדל בין שתי המטרות אינו ברור או אינו קיים. אם הוא קיים, הוא כנראה מבוסס על ההבחנה שבין המהות לבין התדמית. הדגשת התדמית של מערכת המשפט אינה רצויה, והיא מוליכה לתוצאות קשות.⁸⁹

5. השפעתו המתבקשת של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

סמוך לאחר חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כשעוד האמנו כי המהפכה החוקתית שהובטחה לנו תחול גם על זכויותיהם של חשודים ונאשמים, כתב פרופ' יורם שחר את הדברים המאלפים הבאים, אשר צוטטו – פעם בהסכמה ופעם ללא הסכמה – על-ידי ערכאות שונות בפרשת **יששכרוב**:

"אין ערך לכל גבורותיו של חוק היסוד בתחום האכיפה הפלילית, אם אין נלווה לו כלל פסלות. אנשי מרות אינם

⁸⁷ שם, עמ' 176 - 177.

⁸⁸ הרנון ("מבט השוואתי"), לעיל ה"ש 70, עמ' 1029. וראו גם שם, עמ' 1004 (בעקבות המשפט הקנדי).

⁸⁹ כגון הסירוב העקבי של נשיאי בית המשפט העליון לאפשר משפטים חוזרים מעבר למס השפתיים של משפט חוזר אחד בשנה, כפי הנראה מחשש שמא קיומם יפגע בתדמיתה של מערכת הצדק, שעה שלהערכתו, המשפט החוזר, ההודאה בטעות ותיקונו של עיוות-דין מהווים את שעתה היפה ביותר של מערכת זו. ראו בהרחבה בועז סנג'רו, מרדכי קרמניצר "המשפט החוזר – מציאות או חלום? על תבוסתו של הצדק בהתמודדות עם כלל סופיות הדין" **עלי משפט** א 97 (התש"ס).

נשפטים על פגיעה בזכויות החשוד אלא במקרים של הפרה גסה, שאינה מעוררת בדרך כלל שאלה חוקתית מהותית. חייו של חוק היסוד כמסמך חוקתי בר קיימא תלויים בשגרת פרשנותו של בית המשפט העליון... אם חפץ בית המשפט העליון ביקרו של חוק היסוד, אינו יכול אלא לשוב ולדון בו, ככל שיעלו לפניו מקרים של פגיעה בכבוד, בחירות, בגוף ובפרטיות, ואינו יכול לא למצוא, במוקדם או במאוחר, התנהגות של אנשי מרות, שאינה מוצדקת על פי אמות המידה של חוק היסוד. ומכיוון שכך, אין ספק בעיני שסופו של בית המשפט העליון שיחזור וידון בתחולתו של כלל הפסלות, ויצרף את שיטת המשפט הישראלית לשאר השיטות שבהן נהוג כלל כזה, בין ככלל גורף ובין ככלל של שיקול דעת.⁹⁰

את העיגון הפורמלי בחוק היסוד לשינוי ההלכה, הציע שחר למצוא ב"פיסקת הכיבוד" שבסעיף 11 לחוק היסוד, תוך פירושו כמחייב את כל הרשויות – לרבות בתי המשפט – לא רק להימנע מלפגוע בזכויות בעצמן, אלא אף לכבדן:

"רשות שלטונית הרוחצת ידיה מן הפגיעה, אך משתמשת ביוזעין בפריה, על אחת כמה וכמה כאשר לא נעשתה אותה פגיעה, מלכתחילה, אלא למען קיום משימתה של אותה רשות עצמה, בוודאי ובוודאי שאינה נותנת כבוד לזכות שנפגעה. כל מטרתו של סעיף 11 היא להבטיח שלא תהיה רשות אחת מטמאת, והרשות האחרת ניזונה מן הטמא. השלטון כולו, על כל רשויותיו, חייב להבטיח את טוהרתה של השמירה על כבוד האדם וחירותו, ואין בתי המשפט יכולים להטיל חובה זו על אחרים ולמונעה

⁹⁰ יורם שחר "סדר הדין הפלילי" ספר השנה של המשפט בישראל 375, בעמ' 418-419 (התשנ"ב – התשנ"ג).

מעצמם... העובדה שאין בתי המשפט פועלים בפלילים
אלא על מנת לבער עבריינים ועבירות מן הארץ, אינה
פוטרת אותם מאותם סייגים...⁹¹

מאוחר יותר הביעו מלומדים נוספים ושופטים של בית המשפט העליון במאמריהם את הדעה, כי בעקבות חוק היסוד יש מקום לקבוע במשפטנו כלל של פסילת ראיות שהושגו שלא כדין; וכי אם לא יקבע הכלל בחקיקה, יש סמכות ויש צורך לקובעו בפסיקה.⁹²

גם בפסיקת בית המשפט העליון הובעה דעה כזו.⁹³ בהצעות שונות לרפורמה חקיקתית שולבו הוראות של פסילת ראיות.⁹⁴

שופטים אחדים בערכאות הנמוכות אף התייחסו ברצינות לדברים הליברליים שנכתבו בעקבות חוק היסוד.⁹⁵ כך כתב שופט בית המשפט המחוזי בנצרת גדעון גינת בפסק הדין בפרשת **עודה**,⁹⁶ שבו פסל ראייה שהושגה תוך הפרת הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – רישום שיחה שנערכה בין חוקר משטרה לבין הנאשם בתחנת המשטרה סמוך לאחר מעצרו, מבלי שהנאשם הוזהר כדין ומבלי שהודעה לו זכותו שלא לומר דבר:

"כיום, פגיעה בזכות החוקתית באופן שאינו עומד
במבחנים שבחוק היסוד מצדיקה את פסילתה של ראייה
שהושגה כתוצאה מפגיעה זו. פסילתה של הראייה

⁹¹ ש.ם.

⁹² ראו: הרנון ("מה נשתנה"), לעיל ה"ש 70, עמ' 153-154; גרוס, לעיל ה"ש 70, עמ' 178; אהרון ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" **מחקרי משפט** יג 5, 24 (התשנ"ו); מנחם אלון "חוקי היסוד, עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית: סוגיות במשפט הפלילי" **מחקרי משפט** יג 27, עמ' 79-83 (התשנ"ו). מעניין לציין שהשופט אלון שינה את עמדתו בעקבות וכתוצאה מחקיקת חוקי היסוד.

⁹³ כפי שנאמר בפסק הדין, פסקה 49, "בשורה של פסקי-דין שניתנו לאחר חקיקתו של חוק היסוד התייחס בית-משפט זה בחיוב לאפשרות אימוצה של דוקטרינת פסילה יחסית שתאפשר בנסיבות מתאימות פסילת קבילותן של ראיות שהושגו שלא הדין". וראו שם ההפניות לפסיקה.

⁹⁴ ראו ההפניות המפורטות במאמרו של הרנון ("מה נשתנה"), לעיל ה"ש 70, עמ' 152; ובפסקה 13 של פסק הדין.

⁹⁵ התייחסות רצינית לדברים אלה מצויה בפסק הדין של הערכאה הראשונה בפרשת **יששכרוב**, תוך אימוץ עמדתו של פרופ' יורם שחר באשר להשפעת חוק היסוד בכלל ופסיקת הכיבוד בפרט.

⁹⁶ לעיל ה"ש 50. הציטוט הוא מפסקאות 20, 23 לפסק הדין.

מסמלת את המחיר החברתי אותו מוכנה החברה לשלם על מנת לשמר את הערך החוקתי המוגן. על מנת להבטיח את זכויות היסוד יש למנוע מתן לגיטימציה לפגיעה בהן על ידי רשויות השלטון (ובכלל זה המערכת המשפטית). לא ניתן לשמור על הזכות הקונסטיטוציונית אם המערכת המשפטית מוכנה להקריבה לצורך הרשעה במשפט פלילי... השינוי החוקתי אינו שינוי רטורי בלבד, הוא צריך להיות גם שינוי מעשי. השינוי החוקתי צריך להיות כזה המבטא בפועל את העובדה שהזכות לחירות ניצבת כיום בראש פירמידת הנורמות...

... ההקפדה על זכויות האדם חיונית לא במקום שבו בית המשפט סבור שאין אמת באימרה (שכן אז ממילא פסילתה מתבקשת). המבחן האמיתי של זכויות האדם הינו במקום שבו מבקשים להגן על זכות היסוד דווקא לאור הידיעה שהאמור באימרה עשוי להיות אמיתי."

דברים כדורבנות. חבל שנאמרו להלכה והופעלו למעשה רק על-ידי בית המשפט המחוזי ועדיין לא על-ידי בית המשפט העליון. ברמה ההצהרתית, ניתן למצוא דברים מבטיחים ברוח זו גם בדבריה של הערכאה העליונה בפרשת **יששכרוב**:

"הנה כי כן, אימוץ דוקטרינה לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין אינה בגדר מהפכה הזרה לשיטתנו המשפטית, כי אם בגדר התפתחות מתבקשת וצפויה. אין ספק כי חוק היסוד סלל את הדרך לשינוי החשיבתי הנדרש לצורך אימוצה של דוקטרינה כאמור. זאת ועוד;

הוראותיו של חוק היסוד עשויות לשמש בסיס אפשרי
לעיוגונה הנורמטיבי של דוקטרינה זו...⁹⁷

בפרק הבא נבחן את הלכת יששכרוב, ולצדדי, אכנה אכזבת יששכרוב.

ד. אכזבת יששכרוב באשר לכלל פסילה של ראיות שהושגו שלא כדין

1. כללי

כפי שראינו זה עתה, גם בבית המשפט העליון – בהרכב מורחב וחגיגי של תשעה שופטים – ראו את קביעתו בפסיקה של כלל של פסילת ראיות שהושגו שלא כדין כהתפתחות המתבקשת מאליה בעקבות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. פסק הדין משתרע על פני כ-100 עמודים וכולל סקירות מפורטות⁹⁸ הן של הדין הישראלי, הן של הדין בכמה מארצות הים, והן – ואולי חשוב מזה – של הרציונלים השונים של כלל פסילת הראיות.

מבחינת התוצאה המעשית – פסילת הודאה שהושגה שלא-כדין – לכאורה, יש לפנינו שמץ בשורה. בשורה טובה. אך נזכור כי המערער כבר ריצה את עונשו לפני שנים הרבה, וכיום כבר אינו עוד חייל, אלא אזרח, שפרסום פסק הדין ודאי פוגע בו. אם אומרים שבפסילת ראיה שהושגה שלא כדין, משלמת החברה מחיר להבטחת שמירתם של ערכים חשובים, כאן לא שילמנו מחיר כלשהו.

מבחינת ההלכה שנקבעה בפסק הדין, הרי שהרציונל לכלל הפסילה שאותו בחר בית המשפט הוא מוגבל מדי; "המודל" ("המניעתי") שבו בחר בית המשפט הוא מצמצם מדי (ויחסר לנו "המודל המתקן"); כלל הפסילה שנקבע הוא מסובך מדי וחלש מדי; שיקול הדעת שמאפשר הכלל לבית המשפט הוא רחב מאוד ומדי; חלק מן השיקולים שנקבעו לשם הפעלת שיקול הדעת הוא בעייתי (חלקם אפילו בעייתי

⁹⁷ פסק הדין, פסקה 49 סיפא.

⁹⁸ אם כי לא תמיד מדויקות – כפי שניזכר בהמשך.

מאוד); ופסק הדין מותיר חללים שבהם אינו עוסק. להלן אנסה לבסס "האשמות" אלו.

2. הרציונל שנבחר על-ידי בית המשפט העליון

כפי שראינו, עולים מן הספרות המשפטית ומן הפסיקה בשיטות משפט שונות שלושה⁹⁹ רציונלים אפשריים לכלל של פסילת ראיות שהושגו שלא כדין: (א) חינוך והרתעת המשטרה; (ב) פרוטקטיביות – הגנה על זכויות הנחקר; (ג) הלגיטימיות של הכרעת הדין; שמירה על סמכותה המוסרית של המערכת המשפטית ועל טוהר ההליך השיפוטי; מניעת פגיעה בשמה הטוב, במוניטין של מערכת המשפט.¹⁰⁰ בית המשפט אמנם סוקר בהלכת **יששכרוב** את הרציונלים השונים דלעיל, אך אין זה ברור מהי בדיוק בחירתו. בסיכום הדין הארוך מובאת הנוסחה הבאה:

"סיכומם של דברים

76. תמצית עיקריה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, כפי שהוצגה לעיל, היא זו: הנחת המוצא בשאלת קבילותן של ראיות היא זו הנוהגת עימנו מאז ומתמיד, ולפיה ראיה שהיא רלוונטית – קבילה במשפט. עם זאת, בהתאם לדוקטרינה האמורה לבית המשפט שיקול-דעת לפסילת קבילותה של ראיה בפלילים, אם נוכח לדעת כי הראיה הושגה שלא כדין וקבלתה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן ושלא בהתאם לגדריה של פסקת ההגבלה. מדובר בנוסחת איזון עקרונית השואפת להשגת פשרה ראויה בין מכלול הזכויות והאינטרסים הרלוונטיים לשאלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין, ובהם: חשיפת האמת

⁹⁹ להסתייגותי מן הרציונל הרביעי האפשרי, של שמירה על תדמית מערכת המשפט, ראו פרק ג(4) דלעיל.

¹⁰⁰ ראו הפירוט שבפרק ג(4) דלעיל.

העובדתית, הלחימה בעבריינות וכן ההגנה על שלום
 הציבור ועל זכויות נפגעי העבירה מחד גיסא; אל מול
ההגנה על זכויות הנאשם ועל הגינות ההליך הפלילי
 וטוהרו מאידך גיסא" (ההדגשות הוספו – ב' ס').¹⁰¹

מדברים אלה עולה כי בית המשפט מאמץ, כפי הנראה, את הרציונל הפרוטקטיבי – הגנה על זכויות הנחקר – ואת רציונל השמירה על טוהר ההליך השיפוטי ועל סמכותה המוסרית של המערכת המשפטית, תוך ערבובם-טשטושם בתערובת של שיקולים אחרים, נוגדים. מחלקים אחרים בפסק הדין ברור כי מקומו של רציונל חינוך חוקרי המשטרה והרתעתם נפקד שלא במקרה, שהרי הוא נדחה במפורש על-ידי בית המשפט.¹⁰² כפי שניסיתי לשכנע, הוויתור על רציונל חשוב זה הוא מצער.¹⁰³ מעניין לציין שבית המשפט מדגיש שוב ושוב את חשיבות העובדה שהחוקר פעל בכוונה שלילית ושלא בתום-לב.¹⁰⁴ והרי שיקול זה רלוונטי במיוחד לרציונל החינוכי-הרתעתי אשר נדחה על-ידי בית המשפט.¹⁰⁵ בפסק הדין מובאים הדיונים ברציונלים של כלל הפסילה, שכתבו במקומותינו הרנון וגרוס, ודיונים ברציונלים שנערכו בשיטות משפט אחרות. דומני, כי ההנחה העולה מדיוניהם של הרנון וגרוס, שאותה קיבל כמובנת מאליה גם בית המשפט, היא, כי נגזר עלינו לבחור בין המטרות השונות שהוצעו לכלל הפסילה. לדעתי, כל שלוש המטרות המרכזיות (למעט התדמית של מערכת המשפט, שהיא קליפה ריקה) שהוצעו: הן חינוך והרתעת המשטרה; הן ההגנה על זכויות הנחקר; והן השמירה על התוקף המוסרי של ההכרעה השיפוטית – שלושתן מטרות טובות, ראויות, חשובות, שאסור לוותר על אף לא אחת מהן. כלל הפסילה צריך להישען על כולן: ניתן וצריך יהיה לפסול ראיות על בסיס כל אחת ואחת מהן – אפילו כשהיא מתקיימת לבדה. אין לוותר על הכוונת המשטרה; אין לוותר על זכויותיו של הנאשם; ואין לוותר על

¹⁰¹ פסק הדין, פסקה 76.

¹⁰² שם, פסקה 61.

¹⁰³ ראו לעיל, פרק ג(4).

¹⁰⁴ ראו, למשל, פסק הדין, פסקאות 70, 81, 93.

¹⁰⁵ יש לציין כי גם השופט גרוניס כתב כך – כמוני ולפניי – ראו עמדתו המובאת לקראת סוף פסק הדין.

הלגיטימיות של פסק הדין. הדבר מחייב כמובן כלל פסילה רחב וחזק יותר, ולטעמי – גם ראוי יותר.

3. העדפת "המודל המניעתי" ודחיית "המודל המתקן"

כפי הנראה, בהשפעתה של התלהבות מההלכה הקנדית, נדונים בפסק הדין שני מודלים של כללי פסילה. "המודל המניעתי" מועדף, ונדחה "המודל המתקן" המקובל בארצות-הברית. "המודל המתקן" מתואר בפסק הדין כך: "פסילת הראיה מהווה סעד עבור הפגיעה בזכותו החוקתית של הנאשם אשר התרחשה בעת השגת הראיה.¹⁰⁶ "המודל המניעתי", על-פי תיאורו של בית המשפט, "אינו מתן סעד בגין הפגיעה בזכות החוקתית הראשונית בעת השגת הראיה, כי אם מניעת פגיעה עתידית בערכים מוגנים – הגינות ההליך והפגיעה במערכת עשיית הצדק – עקב קבלת הראיה במשפט".¹⁰⁷ וההכרעה ביניהם: פסק הדין קובע, כי "המודל המתאים לשיטתנו המשפטית הינו 'המודל המניעתי',¹⁰⁸ וזאת, בהתבסס על ארבעה "טעמים", שאותם אבקש לבחון בקצרה.

הטעם הראשון – "המודל המתקן" הנוהג בארצות-הברית מבסס את סעד הפסילה על קיומה של פגיעה בזכות חוקתית בעת השגת הראיה. בעת הנוכחית, שיטתנו המשפטית נעדרת מגילת זכויות אדם חוקתית שלמה וכוללת" (ההדגשה במקור).¹⁰⁹ אימרו מעתה: כשרוצים – יש מהפכה חוקתית. כשלא רוצים – אין מגילת זכויות אדם, ולכן לא ניתן לתת סעד מתקן לנאשם שזכויותיו הופרו.

הטעם השני – "מבחינה עיונית, ספק אם פסילת ראיה שהושגה שלא כדין, אמנם מקנה סעד בגין פגיעה שהושלמה בזכות מוגנת של הנאשם. טול לדוגמא מקרה של חיפוש בלתי חוקי. הפגיעה שלא כדין בזכות לפרטיות ולקניין מתגבשת בעת החיפוש. אם נתגלתה באותו חיפוש ראיה אם לאו – אין הדבר מעלה או מוריד מבחינת הפגיעה בזכות שכבר התרחשה. לפיכך, יש ממש בטענה כי אין בפסילת

¹⁰⁶ פסק הדין, פסקה 56.

¹⁰⁷ שם, פסקה 59.

¹⁰⁸ שם, פסקה 60.

¹⁰⁹ שם.

הראיה כדי להוות סעד מתקן בגין פגיעה בזכות מוגנת שהושלמה.¹¹⁰ אודה, כי הפכתי והפכתי בנימוק זה, והוא עדיין נשגב מבינתי. הרי יום-יום מושיטים בתי המשפט (בתחום דיני הנזיקין, לדוגמה, ולמעשה – בכל ענפי המשפט) סעדים בגין פגיעות בזכויות שכבר התרחשו בעבר. יתירה מזו: בענייננו הפגיעה טרם הושלמה, שכן הגשת הראיה לבית המשפט וקבלתה כראיה הן בגדר נזק ממשי נוסף הנגרם לאדם שזכותו הופרה בעת השגת הראיה.¹¹¹

הטעם השלישי – "... הפליה פסולה בין נחקרים. זאת מאחר ומודל זה מציע סעד בגין הפגיעה הראשונית בזכות החוקתית, רק עבור נחקרים שהועמדו לדין ואשר הראיה הוגשה במשפטם על-ידי התביעה."¹¹² אך הרי אין מדובר בהפליה בין שווים, אלא בהבחנה מוצדקת בין שאינם שווים. אם נתמיד בהלוך המחשבה המוצע בפסק הדין, אזי קיימת גם הפליה לטובה של נאשמים, בהשוואה למי שאינם מועמדים לדין, בכך שרק הראשונים זכאים לייצוג על-ידי סניגור במשפט (ואף במימון המדינה) ולעיון בחומר הראיות שבידי התביעה...

הטעם הרביעי והאחרון נגד "המודל המתקן" ביש-המזל במקומותינו – "ניתן להצביע על סעדים חלופיים – פליליים, משמעתיים, נזיקיים ויתכן שגם חוקתיים – בגין הפגיעה הראשונית בזכות מוגנת של הנחקר בעת השגת הראיה."¹¹³ האמנם ההליך הפלילי וההליך המשמעתני הם סעד לנחקר הנפגע? האם מאן דהוא בכלל שואל אותו אם לנקוט אותו? שמא כלל אין הם מעניינים אותו? נוסף לכך, כפי שנזכר לעיל, הן במקומותינו והן במדינות אחרות ההערכות הן כי "סעדים חלופיים" כאלה אינם משיגים את המטרה, "השוטרים מצפצפים על הביקורת

¹¹⁰ שם.

¹¹¹ מקורו של הטעם השני שבפסק הדין הוא, כפי הנראה, במאמרו של גרוס, לעיל ה"ש 70, עמ' 166. להמחשת העובדה, שקבלת הראיה שהושגה שלא כדין כראיה קבילה על-ידי בית המשפט מהווה פגיעה נוספת בנאשם, אשר לא מתקבל על הדעת כי בית המשפט ישלים עמה וישלים אותה תוך הפניית הנאשם לתביעת פיצויים, מעניין הוא "משל הגרון" המובא בפסק הדין של הערכאה הראשונה בפרשת **יששכרוב**, לעיל ה"ש 54, פסקה 15, מפיו של הסניגור [רועי בלבר]: "הסניגור סיכם את טיעוניו בהשוואת מצבו של הנאשם לאדם, שגרון מונף מעל לראשו: כאשר אדם במצב כזה עותר לצו מניעה, שימנע בעד מניף הגרון להנחיתו על ראשו – אין להעלות על הדעת, כי ייענה על ידי בית המשפט בתשובה, כי תחילה יש לאפשר לבעל הגרון 'להשלים' את מלאכתו, ולאחר מכן יוכל הנזוק לתבוע פיצויים".

¹¹² פסק הדין, פסקה 60. וראו גרוס, לעיל ה"ש 70, עמ' 170, שאליו מפנה פסק הדין בעניין זה.

¹¹³ פסק הדין, פסקה 60.

הנמתחת עליהם מפי השופטים ואינם מקיימים הוראותיהם, ואין פוצה פה.¹¹⁴ ענישתם של חוקרי משטרה שפעלו שלא כדין היא נדירה ביותר, בין היתר, משום שיש להוכיח את אשמתם מעל ומעבר לספק סביר; ומשום שהשוטרים נוהגים לחפות איש על רעהו, ועדותו של הנאשם (שחלק מהשופטים נוטה להחזיקו כשקרן) ניצבת בבדידותה אל מול עדויותיהם של כל חוקריו (הנהנים מחוקת תקינות המינהל).¹¹⁵ לדעתי, כשם שלא רצוי לזנוח אף אחד משלושת הרציונלים של כלל הפסילה שנדונו לעיל ואף לא אחת משלוש המטרות שהם מציבים, כך גם מפסידה שיטת משפט ומפסידה חברה המוותרות על "המודל המתקן".

4. כלל הפסילה המסובך והחלש שנקבע בהלכת יששכרוב – היש הצדקה לשיקול הדעת הרחב?

על רקע דחייתו של הרציונל החינוכי-הרתעתי והויתור על הכוונת התנהגותם של חוקרי המשטרה בחקירותיהם; על רקע הויתור על "המודל המתקן" ועל הושטת סעד לנחקר הנפגע וההסתפקות ב"מודל המניעת" המופשט, המעורפל והלא תכליתי (כשהוא לבדו); ועל רקע הנטייה הכללית בפסיקה הישראלית לשמר בידי השופטים את מירב שיקול הדעת האפשרי ולא, חלילה, לכבול ידיהם בכללים מחייבים כלשהם; נקל יותר להבין את כלל הפסילה המסובך והחלש שנקבע בהלכת **יששכרוב**.

חלקה הכללי של הלכת **יששכרוב** מופיע בציטוט דלעיל מפסקה 76 לפסק הדין, תחת הכותרת "סיכומם של דברים", שכבר זכה להתייחסות במאמר זה.¹¹⁶ חלקה הספציפי יותר של הלכת **יששכרוב** מובא בפסק הדין תחת הכותרת "אמות המידה להפעלת שיקול הדעת השיפוטי במסגרת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית", ובו לא פחות מ"שלוש קבוצות עיקריות של שיקולים הרלוונטיים לשאלה אימתי קבלתה

¹¹⁴ ראו דבריו של השופט חיים כהן המצוטטים לעיל, סמוך לה"ש 27; וראו הציטוט מפסק הדין People v. Cohan, לעיל ה"ש 77.

¹¹⁵ ראו ב' כהן, לעיל ה"ש 43, עמ' 1040.

¹¹⁶ ראו לעיל ה"ש 101, הציטוט המפנה אליה והדברים הבאים סמוך לאחריו.

במשפט של ראייה שהושגה שלא כדין, תפגע פגיעה משמעותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן שלא לפי גדריה של פיסקת ההגבלה.¹¹⁷

בטרם נעבור לדון בשיקולים שקובע בית המשפט, ברצוני להקשות באשר לעצם המקום והצורך לערוך כאן איזון אינטרסים על-ידי בית המשפט. כאשר החברה מעניקה לפרט זכות חוקתית (כמו הזכות להגנה מפני חיפוש) היא קובעת בחוק הסדרים (כגון הנסיבות המצדיקות חיפוש), שהם תוצאה משוקללת של שיקולים שונים שנשקלו; של האינטרסים של החברה מחד גיסא, אל מול האינטרסים של הפרט, מאידך גיסא. שקלול זה מוליך לאיזון מסוים או לפשרה מסוימת ("איזון" או "פשרה" – על-פי הטעם האישי של כל אחד מהקוראים), שבמסגרתה הפרט כבר נאלץ לוותר על חלק מחירותו ומזכויותיו הפוטנציאליות. לפיכך, מהי בכלל ההצדקה של עריכת שקלול נוסף, מאזן אינטרסים נוסף, שבו ישקול שופט את החירות המצומצמת שהותיר החוק לפרט החלש אל מול האינטרסים של החברה החזקה על בסיס עובדותיו של המקרה הספציפי? האין זה "מקצה שיפורים" מטעמה של המדינה, שבמקרה הטוב תוצאתו תראה כי היה מיותר (אם הראיה תיפסל בכל זאת), ובמקרה הרע תוצאתו תהיה בלתי מוצדקת בעליל (אם יבוצע כרסום נוסף בחירותו ובזכויותיו של הפרט, שבעקבותיו הראיה לא תיפסל)?

אם מקבלים עמדתי זו, אזי כל הרעיון של שקלול אינטרסים ושל מתן שיקול-דעת רחב לבית המשפט אינו טוב, ועדיף המודל האמריקני של כלל פסילה מוחלט ונטול שיקול-דעת, שלצדו ניתן לקבוע – מראש ובחוק, ולא בדיעבד ואד-הוק – חריגים ברורים המוגדרים בצמצום.

עוד יובהר, כי כדי למנוע מראש פגיעה קשה באינטרסים של החברה ושחרור אוטומטי לחופשי של כל נחקר, שזכות כלשהי שלו הופרה על-ידי החוקרים בדרך להשגת ראיות, הצעתי היא שלא לקבל את מלוא הדוקטרינה האמריקנית, הכוללת גם פסילה של פירות העץ המורעל – דהיינו גם של ראיות נוספות, שהושגו בעקיפין כתוצאה מהפרת החוק שהביאה להשגת הראיה הישירה. אכן, נוהגים להלך עלינו אימים ולטעון כי אם יהיה לנו כלל של פסילת ראיות ללא שיקול-דעת לשופטים

¹¹⁷ פסק הדין, פסקה 69.

לכרסם בזכויות הנאשם ולקבל גם ראיות שהושגו שלא כדין, אזי נאלץ לשחרר לחופשי פושעים מסוכנים על רקע של הפרות חוק קלות כלפיהם. אל דאגה. אם אכן איתרנו את הפושע אשר עבר את העבירה, אזי גם ללא הראיה הפסולה יש סיכויים טובים שניתן יהיה למצות עמו את הדין: על חוקרי המשטרה לחקור כיאות ולמצוא ראיות אחרות המוכיחות את אשמתו. אכן, דוקטרינה הפוסלת גם את פירותיו של העץ המורעל תמנע זאת לעתים. אך דוקטרינה הפוסלת אך ורק את הראיה הטמאה שהושגה שלא כדין, מבלי לייחס לה את הכוח המאגי לטמא גם ראיות אחרות, לא תמנע חקירה ראויה – באמצעים חוקיים – והשגת ראיות אחרות. לנוכח התקדמות המדע בכלל, והמדע הפורנזי בפרט, אין להניח כאן דווקא כישלון חקירתי אלא בהחלט אפשרית הצלחה.¹¹⁸

אלא שכידוע בית המשפט לא קיבל עמדה זו בהלכת **יששכרוב**, וקבע, כי יש לו שיקול-דעת רחב מאוד וכי בהפעלתו הוא מוסמך לשקול שלל של שיקולים. נעבור איפוא לדון בשיקולים אלה, אך בלא לשכוח כי "אין המדובר ברשימה נוקשה וממצה של שיקולים, אלא אך בקווים מנחים להפעלת שיקול-דעתו של בית המשפט במסגרת נוסחת האיזון העקרונית עליה מבוססת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית."¹¹⁹ דהיינו: בל נטעה לחשוב כי שיקולים אלה עלולים, חלילה, לכרסם בשיקול-דעתו של בית המשפט.

5. שיקול הקלות שבה ניתן היה להשיג את הראיה באופן חוקי מול השיקול אם הראיה היתה מתגלית או מושגת גם ללא אמצעי החקירה הבלתי חוקי – השלמה או סתירה

קבוצת השיקולים הראשונה שבהלכת **יששכרוב** היא "אופיה וחומריתה של אי החוקיות שהיתה כרוכה בהשגת הראיה."¹²⁰ בקבוצה זו כולל בית המשפט חמישה שיקולים: "ראשית, מהי אופיה וחומריתה של חוסר החוקיות או אי ההגינות שהיו

¹¹⁸ לרעיון דומה – שלפיו דרישה בחוק של סיוע חזק כתנאי להרשעה על סמך הודאה לא תמנע הרשעתם של אשמים, שכן ברוב המקרים ניתן יהיה לאתר ראיה נוספת, אובייקטיבית, חיצונית וממשית, הקושרת את החשוד לעבירה – ראו סנג'רו, לעיל ה"ש 15, עמ' 267-269.

¹¹⁹ פסק הדין, פסקה 69.

¹²⁰ שם, פסקה 70.

כרוכים בהשגת הראייה"; "שנית, ראוי לבחון האם רשויות אכיפת החוק עשו שימוש באמצעי החקירה הבלתי כשרים במכוון ובזדון או שמא בתום לב" [במאמר מוסגר יצוין כי שיקול זה רלוונטי מאוד דווקא לרציונל החינוכי-הרתעתי, אשר נדחה על-ידי בית המשפט]; "שלישית, על בית המשפט לבחון האם במקרה הבא בפניו מתקיימות נסיבות מקלות' שבכוון להפחית מחומרתה של אי החוקיות שהיתה כרוכה בהשגת הראייה. כך למשל, כאשר אי החוקיות בה נקטו רשויות החקירה נועדה למנוע את העלמתה או השמדתה של ראייה חיונית על-ידי הנאשם; כאשר הנאשם תרם לאי החוקיות שבניהול החקירה, על-ידי ניצול לרעה של זכויותיו; או כאשר אי החוקיות נבעה מצורך דחוף להגן על בטחון הציבור"; "רביעית, יש לבחון באיזו מידה של קלות ניתן היה להשיג את הראייה באופן חוקי. ככל שהשגת הראייה בדרכים כשרות היתה אפשרית וקלה, כך ההפרה של כללי החקירה עשויה להיחשב חמורה יותר, באופן שיתמוך במסקנה כי קבלת הראייה במשפט תיצור פגיעה משמעותית ובלתי מידתית בזכותו של הנאשם להליך הוגן"; "חמישית, לבסוף, ניתן לבחון האם הראייה היתה מתגלית או מושגת על-ידי רשויות אכיפת החוק, גם לולא השימוש באמצעי החקירה הבלתי כשרים. כאשר התשובה לשאלה זו חיובית, עשוי הדבר להפחית מעוצמת הפגיעה בזכותו של הנאשם להליך הוגן אם תתקבל הראייה במשפט."¹²¹

בספר Prosecuting Crime in the Renaissance¹²² מצאתי הנחיות שהיו מקובלות

בגרמניה בימי-הביניים, כאשר לעינויים לצורך חקירת חשודים וחילוץ הודאות מהם. ההנחיה השלישית היא כדלקמן:

"(3). How to conduct examination under torture. The law officers are instructed not to torture if there is an easier way to get at the truth; to use reason and restraint lest the investigation be worse then the crime; to try to delicit the factual details, not mere confession of guilt".

¹²¹ שם (כל חמשת ציטוטי השיקולים הם מפסקה 70 לפסק הדין; ההדגשות הוספו).

¹²² JOHN H. LANGBEIN, PROSECUTING CRIME IN THE RENAISSANCE - ENGLAND, GERMANY, FRANCE (Harvard, Cambridge, Massachusetts, 1974) 160 ("The Wormser Reformation - the code of law for the city of Worms, composed by the year 1498").

האין ההנחיה מימי הביניים, שלא לענות את הנחקר אם לא מוכרחים, מזכירה ולו במעט את השיקול הרביעי בן ימינו, שלפיו מידת הסלחנות של בית המשפט כלפי הפרת החוק על-ידי המשטרה תגדל ככל שקשה יותר להשיג את הראיה ללא הפרת החוק?

הבה נשווה בין השיקול הרביעי לבין השיקול החמישי. חוששני, כי קיים ביניהם מתח פנימי, הגובל בסתירה פנימית: השיקול הרביעי מלמדנו שאם קל היה להשיג את הראיה באופן חוקי, אזי תיחשב ההפרה חמורה יותר. השיקול החמישי מלמדנו שאם הראיה צפויה להתגלות גם ללא השימוש באמצעי הפסול, אזי תיחשב ההפרה חמורה פחות. אך הרי כשקל להשיג ראיה מסוימת באופן חוקי, רבים הסיכויים שהייתה מתגלית גם בדרך כשרה. הנה קיבלנו החמרה והקלה גם יחד.

מעבר לזה, מבחן הקלות שבה ניתן היה להשיג את הראיה אינו ברור. לקראת סוף פסק הדין מדובר על "הקלות הרבה בה ניתן היה לגבות את הודאת המערער כדין".¹²³ אך הרי אילו נועץ יששכרוב בסניגור מבעוד מועד, ייתכן שכלל לא היה מודה. אם כך – למה הכוונה במבחן ה"קלות"? אם הכוונה היא לעצם האפשרות להודיע לנחקר על זכות ההיוועצות – הרי ש(כמעט) תמיד קל להודיעו...

6. ההבחנה שבין ראיות חפציות לבין ראיות מילוליות והנסיגה אל ההסתפקות באמינות הראיה

כפי שנקבע בהלכת יששכרוב:

"קבוצת השיקולים השניה הרלוונטית להפעלת שיקול הדעת השיפוטי במסגרת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, נוגעת למידת ההשפעה של אמצעי החקירה הבלתי חוקי או הבלתי הוגן על הראיה שהושגה. בהקשר זה, יש לבחון שתי שאלות הכרוכות זו בזו: ראשית, באיזו מידה אי החוקיות שהיתה כרוכה בהשגת הראיה, עשויה להשפיע על מהימנותה ועל ערכה ההוכחתי של הראיה...

¹²³ פסק הדין, פסקה 81.

שנית, יש לבחון האם קיומה של הראיה הינו עצמאי ונפרד מאי החוקיות שהיתה כרוכה בהשגתה... בעניינן של שתי השאלות האמורות, עשויה להיות חשיבות רבה לאופיה של הראיה בה מדובר – חפצית, מילולית או אחרת. ראיות חפציות, כגון: נשק, סם או רכוש גנוב, הן בעלות קיום עצמאי ונפרד מאי החוקיות שהיתה כרוכה בהשגתן, ובדרך כלל לא היא באי-החוקיות האמורה כדי לפגום באמינותן של ראיות אלה. לפיכך, משקלם של השיקולים המצדדים בקבלתן של ראיות חפציות הוא בדרך כלל רב.¹²⁴

קושי מרכזי אחד בדברים אלה הוא שהם מהווים נסיגה אל התפישה המסורתית של הסתפקות בכך שהראיה היא אמינה ומוליכה לגילוי האמת. והרי כלל פסילת הראיות שהושגו שלא כדין נחוץ דווקא אז. כשראיה אינה אמינה, על השופט לדחותה גם אם הושגה בדרך כשרה.

קושי מרכזי שני הוא, שבעוד שכלל פסילת הראיות הכללי והרחב נחוץ לנו דווקא באשר לראיות חפציות – שהרי באשר להודאות קיים כלל הפסילה המיוחדת הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות ובמרכזו הדרישה כי ההודאה תהיה "חופשית ומרצון" – הנה בא בית המשפט ומעקר את כלל הפסילה הכללי מרוב תוכנו, בקובעו, בעצם, כי ראיות חפציות לא תיפסלנה.

בפיסקה שצוטטה זה עתה מפסק הדין מתחדד אופיה הטרגי של הלכת **יששכרוב**: משום שהמקרה הספציפי שנדון היה של הודאה, שבאשר אליה אין לנו צורך אמיתי בכלל פסילת ראיות כללי ורחב, אלא די לנו בסעיף 12 לפקודת הראיות בתוספת פרשנות ראויה לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; משום כך הגיע בית המשפט לתוצאה המעציבה של כלל פסילה כללי, שכפי הנראה לא יוחל על מרבית

124 שם, פיסקה 71.

המקרים שבהם יש בו צורך – ראיות חפציות, אלא – אם בכלל – רק על המקרים שבהם אין בו צורך אמיתי – הודאות.

7. שיקול הנזק לחברה מפסילת הראיה כפונקציה של חומרת העבירה

כפי שנקבע בהלכת יששכרוב:

”קבוצת השיקולים השלישית... עניינה בהשפעה שתהא לפסילת הראיה על מלאכת עשיית הצדק במובנה הרחב. השאלה המרכזית המתעוררת בהקשר זה הינה האם המחיר החברתי הכרוך בפסילת הראיה גבוה מן התועלת האפשרית שתצמח מכך. הפרמטרים העיקריים בעניין זה הינם חשיבות הראיה להוכחת האשמה, מהות העבירה המיוחסת לנאשם ומידת חומרתה.”¹²⁵

במילים אחרות ובראייה מעט שונה של הדברים: ככל שהעבירה שמייחסת התביעה לנאשם חמורה יותר, כך יבליג בית המשפט על הפרות גסות יותר של זכויות החשוד. אם כך – ספק אם יש טעם בכלל הפסילה. במציאות, ניתן להניח כי עיקר הפרות החוק החמורות מצד חוקרי המשטרה מבוצעות נוכח חשד בעבירות חמורות. על מי יגן כלל הפסילה? על חשודים בעבירות חניה? בעצם, מדובר בפרדוקס: הרי עד כה מקובל היה שככל שהעבירה המיוחסת לנאשם חמורה יותר – שאז צפוי הוא לשלילת חירות גדולה יותר – כך יש להקפיד יותר על שמירת הערובות הפרוצדורליות הנתונות לו. בעניין זה של חומרת העבירה ניתן היה ללמוד מן ההשוואה לאמנת רומא (1998), הקובעת, בין היתר, גם את סדרי הדין ודיני הראיות לפני בית הדין הפלילי הבין-לאומי. לפני בית-דין זה אמורים לדון גם בעבירות החמורות ביותר, שאותן מבצעים מפלצות אדם, לרבות פשעים נגד האנושות, כהשמדת עם. והנה, אפילו

¹²⁵ שם, פסקה 72.

באשר לפשעים הנתעבים ביותר, הסכימו ביניהם המומחים למשפט פלילי ממדינות שונות ומצאו לנכון לקבוע כלל של פסילת ראיות שהושגו שלא כדין.¹²⁶ אם כך, מדוע אין מקום לכלל של פסילת ראיות גם במשפט הישראלי, בלא לעקרו מתוכן תוך סיוגו לעבירות קלות?¹²⁷

8. שיקול קיומן או היעדרן של ראיות נוספות שניתן לבסס עליהן הרשעה

שיקול אחרון זה עולה מן הציטוט שבפתח הסעיף הקודם.¹²⁸ שוב, מדובר בשיקול המרוקן את כלל הפסילה מרוב תוכנו. הרי אם קיימות ראיות נוספות, כלל הפסילה ממילא לא יועיל, והנאשם יורשע. והנה, דווקא כשאין ראיות נוספות וכשיש צורך בכלל הפסילה, בא שיקול זה ומוליך לכך שמכיוון שהראיה חשובה להוכחת האשמה, ומכיוון שהזיכוי יגרום נזק לחברה, לא תיפסל הראיה. אימרו מעתה: מותר לנו כחברה להתבסס על ראיות שהושגו שלא כדין ולהרשיע רק כשאנו זקוקים לראיות אלה לשם הרשעה (ובמיוחד, כשמדובר בהרשעה חמורה – כפי שמכתיב השיקול הקודם). מעשה בחתול שהפקידוהו לשמור על השמנת ואמרו לו: אל תאכל, אלא אם כן תהיה ממש רעב.

שיקול אחרון זה הוא כה מופרך מן הבחינה הלוגית, עד כי הוא יוצר רושם חזק שבעצם בית המשפט אינו מוכן לשלם את המחיר החברתי של כלל פסילת ראיות ממשי הבא לבצר את זכויותיו החוקתיות של הפרט. אלא מה? גם אין הוא מוכן

¹²⁶ ראו Article 69 (7) (b) של Rome Statute of the International Criminal Law, 1998:

- " 7. Evidence obtained by means of a violation of this Statute or internationally recognized human rights shall not be admissible if:
- (a) The violation casts substantial doubt on the reliability of the evidence; or
 - (b) The admission of the evidence would be antithetical to and would seriously damage the integrity of the proceedings."

¹²⁷ את רעיון ההשוואה המעניינת לאמנת רומא למדתי מפרופ' יורם שחר עת הרצינו שנינו, ביום 22.6.06, בכנס של החטיבה למשפט פלילי וקרימינולוגיה במכללה האקדמית למשפטים (רמת-גן).

¹²⁸ "... המחיר החברתי הכרוך בפסילת הראיה... חשיבות הראיה להוכחת האשמה" – פסק הדין, פסקה 72.

להצטייר כמפגר מול בתי-משפט אחרים בשורה ארוכה של שיטות משפט אשר נסקרו בפסק הדין, ושבהם נוהגים כללי פסילת ראיות עשרות שנים. המוצא שנמצא הוא כדלקמן: כפעם בפעם תיפסל באופן נאור ראיה שהושגה שלא כדין, אך כדי שלא נאלץ, חלילה, לשלם מחיר כלשהו על נאורות זו, נגשים אותה באותם מקרים שבהם ניתן יהיה להרשיע גם ללא הראיה הטמאה – על בסיסן של ראיות אחרות, ואולי גם במקרים של עבירות קלות (בהתאם לשיקול הקודם, שנדון לעיל). פרשת **יששכרוב** עצמה תואמת הלוך מחשבה זה של אכילת עוגה והותרתה שלמה: העבירה שבה דובר היא קלה יחסית; היו די ראיות אחרות לשם הרשעה בחלק מן האישומים; והזיכוי מאחד האישומים, כעשור לאחר מעשה, לא השפיע באופן מעשי על העונש.

9. החללים שפסק הדין אינו עוסק בהם – יחסי הכוחות שבין התביעה לבין ההגנה

(א). מי זכאי לבקש פסילת ראיה שהושגה שלא כדין?

לקראת סוף פסק הדין, מציין בית המשפט העליון שתי סוגיות שהוא נמנע מלהכריע בהן. האחת: "אין בפסק-דיננו התייחסות לשאלה האם בקשה לפסילת ראיה שהושגה שלא כדין שמורה לנאשם בלבד או שמא גם התביעה יכולה להעלותה.¹²⁹ האמנם אכן מתעוררת שאלה כזו? והרי אין כל סימטרייה בין הנאשם – הנאבק על חירותו בניסיון נואש להוכחת חפותו – לבין התביעה המאשימה אותו. האמנם מתקבל על הדעת להרשיע חף מפשע תוך דחיית ראיה לחפותו כבלתי קבילה, גם אם נהג שלא כדין בהשגת הראיה?"

דומה הדבר להרשעות מוטעות שבהן מוטה בית המשפט באופן מוטעה לכיוון הרשעה רק משום שהנאשם הוא שקרן. כשם שהיותו של הנאשם שקרן לחוד ואשמתו בעבירה לחוד, כך גם אפילו ינהג נאשם שלא כדין, וישיג ראיה המוכיחה את חפותו, לא נוכל – כחברה המאשימה אותו והחייבת בהוכחת אשמתו מעל

¹²⁹ פסק הדין, פסקה 77.

ומעבר לספק סביר כתנאי לפגיעה בחירותו – להתעלם מראיה זו. הניסיון ללמוד כאן גזירה שווה מחובותיהן האתיות המוגברות של רשויות המדינה על חובותיו של הנאשם הוא בלתי-צליח, מוטעה ומטעה. חוששני, כי הוא אף משקף גישה כללית לא נכונה כלפי המשפט הפלילי.

(ב). על מי מוטל נטל ההוכחה?

קושיה נוספת שמעלה בית המשפט בפסק-דינו ומכריז על הימנעותו מלהכריע בה היא: "על מי הנטל להוכיח את המישור הראייתי הכרוך בבקשה לפסילה כאמור ומהו השלב המתאים להעלותה."¹³⁰ כידוע, בהליך הפלילי מוטל נטל ההוכחה על התביעה להוכיח את אשמת הנאשם – הן את התקיימות יסודות העבירה והן את היעדרם של סייגים לפלילות המעשה – מעל ומעבר לספק סביר.¹³¹ לכל היותר מתקבל על הדעת להטיל על הנאשם את הנטל להעלות את הטענה, כי ראיה מסוימת הושגה שלא-כדין, ואז על התביעה להוכיח כי הושגה כדין.¹³² האין כאן נייר לקמוס נוסף לגישה כללית לא נכונה כלפי המשפט הפלילי?

ה. אחרית דבר – האם הפסילה של ראיות שהושגו שלא כדין היא הכלל או שמא חריג שבחריגים?

המחלוקת המרכזית בהגות המשפטית בת ימינו, באשר לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין, היא בין הגישה שלפיה יש לקבוע כלל פסילה מוחלט – עם או בלי חריגים מסוימים המוגדרים היטב – לבין הגישה שלפיה יש לקבוע כלל המעניק לבית המשפט שיקול-דעת בשאלה אם לפסול ראיה כזו במקרה מסוים. כפי שראינו,

¹³⁰ שם.

¹³¹ בעקבות תיקון 39 לחוק העונשין, הדברים מעוגנים היטב גם בחוק – ראו סעיף 34 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

¹³² זהו בעצם המצב הקבוע בחוק באשר להודאות – בסעיף 12 לפקודת הראיות, שלפיו הודאה "תהא קבילה רק אם הביא התובע עדות בדבר הנסיבות שבהן ניתנה ההודאה ובית המשפט ראה שההודאה הייתה חופשית ומרצון".

הגישה הראשונה מקובלת במשפט האמריקני; השנייה – בכמה מארצות אירופה, בקנדה ובמדינות נוספות. אך גם כשבוחרים בגישה השנייה – של שיקול הדעת – מקובל וראוי, כי אם הוכח שהראיה הושגה שלא כדין, אזי הפסילה היא הכלל, וההימנעות מהפסילה היא החריג.

כך, למשל, הביע הרנון דעתו, כי: "היש להמליץ על כלל פסילה החלטי נצ"ל מוחלט], גורף או על כלל פסילה יחסי, מסויג? נראה לנו כי האחרון עדיף: ראייה שהושגה שלא כדין תהיה פסולה, אלא אם מצא בית המשפט, על-פי שיקול דעתו, שיש לקבל את הראיה למרות האמצעי הנפסד שננקט לשם השגתה.¹³³ החריג של הימנעות מפסילת הראיה מצריך "טעמים מיוחדים שיירשמו."¹³⁴

כפי שראינו, בהלכת **יששכרוב** ליקט בית המשפט שלל שיקולים, המעניקים לבית המשפט שיקול דעת רחב מאוד ומדי. בעשותו כן נשען בעיקר על הפסיקה הקנדית. אלא שגם אם מתמקדים בפסיקה הקנדית – התמקדות שהיא בעינינו מופרזה; אין אנו מתיימרים להצטרף כמחוז נוסף לפדרציה הקנדית – הרי שכפי שמסכם אותה גרוס:

"המבחן המרכזי בפסיקה הקנדית הוא מבחן השפעת הראיה על הגינות ההליך. חומרת העבירה וכוחה הראייתי של הראיה שהושגה הם שיקולים משניים, ואין בהם לשלול פסילה כאשר ההפרה החוקתית היא חמורה ויש בהגשתה כדי להשפיע באופן חמור על הגינות ההליך. הגישה המקובלת בקנדה היא שראיה המשפיעה על הגינות ההליך תיפסל בדרך כלל, ואילו ראייה שאינה משפיעה על הגינות ההליך אך פוגעת באינטרסים אחרים

¹³³ ראו הרנון ("מה נשתנה"), לעיל ה"ש 70, עמ' 155. בדומה, הציע גרוס: "אין מדובר בכלל פסילה מוחלט אלא יחסי, לפיו השגת ראיה תוך הפרה של זכות חוקתית מעלה חזקה כי השימוש בה יפגע בתדמית בית המשפט בעיני הציבור, והמבקש לשכנע כי במקרה הנדון לא כך הדבר, עליו נטל השכנוע." – גרוס, לעיל ה"ש 70, עמ' 178.

¹³⁴ ראו הרנון ("מבט השוואתי"), לעיל ה"ש 70, עמ' 1029: "יש לקבוע כלל פסילה רחב, שיחול על כל ראייה שהושגה שלא כדין; לא פסילה החלטית אלא כלל שיהיה כפוף לשיקול דעת בית המשפט שלא לפסול את הראיה, מטעמים מיוחדים שיירשמו."

של מדיניות תיפסל רק במקרים החמורים ביותר”

(ההדגשה הוספה – ב' ס').¹³⁵

כלל הפסילה שנקבע בהלכת יששכרוב הוא כה מורכב וחלש, וכולל כל-כך הרבה שיקולים נגד פסילת הראיה גם אם הושגה שלא כדין, עד כי נראה שרק במקרים חריגים שבחריגים – כמקרה יששכרוב – יוביל לפסילתה הרצויה של הראיה. הכלל של פסילת הראיה שהושגה שלא כדין נקבע דווקא כחריג (שבחריגים); והחריג של תזונה מן הטמא¹³⁶ נקבע דווקא ככלל. עד להלכה חדשה וגואלת,¹³⁷ או עד לקביעת כלל בדבר פסילת ראיות ראוי לשמו בחוק, מן הראוי שבהתייחסותנו לאכזבת יששכרוב נחדל לדבר על כלל של פסילת ראיות. נדייק ונקרא לילד (המורעב) בשמו: “החריג (שבחריגים) של פסילת ראיות שהושגו שלא-כדין”. רק לעתים נדירות, כשנהיה ממש שבעים (כבפרשת יששכרוב בחלוף כעשור) נותר באבירות על אכילת הטמא. מי ייתן והשופטים יוכיחו בפסיקותיהם כי תיאור זה של הדברים הוא פסימי מדי.

¹³⁵ גרוס, לעיל ה"ש 70, עמ' 176–177.

¹³⁶ כלשונו של פרופ' יורם שחר – ראו לעיל ה"ש 91 והטקסט המפנה אליה.

¹³⁷ שאינה צפויה בשנים הקרובות, לנוכח ההרכב המורחב מאוד – תשעה שופטים – שבו ניתן פסק הדין הכה מונוליתי בפרשת יששכרוב.