

## כלל פסילת הראיות שהושגו באמצעים פסולים מתפתח, אך עדיין ללא נכונות לשלם מחיר חברתי (ולזכות אשם בעבירה חמורה שעודנו חי)

מאת

בועז סנג'רו\*

בחמישה חודשים בשלהי שנת 2011 ובתחילת 2012 ניתנו בבית המשפט העליון חמישה פסקי דין שהם חשובים להתפתחותו של כלל פסילת הראיות שנקבע בהלכת יששכרוב. המאפיין המרכזי של הפסיקה בנושא מאז פסק דין יששכרוב ואילך היה הנכונות להצהיר על מחויבות לשמירה על זכויות חשודים ונאשמים ברוח הגישה הידועה כ-"due process", גישת ההליך ההוגן, ובמקרים מסוימים אפילו לפסול ראיה שהושגה באמצעים פסולים ובמקרים נדירים אפילו לזכות נאשם, אך רק בתנאי שהדבר מתאפשר מבלי לשלם מחיר חברתי כלשהו הכרוך בזיכוי אשם בעבירה חמורה שעודנו חי וטרם נשא בעונשו.

מדוע חשוב לשלם מחיר חברתי כלשהו? מדוע לא די בהצהרה על מחויבות לשמירה על זכויות החשודים והנאשמים ועל ההליך ההוגן? ומדוע לא די בפסילת ראיות שהושגו שלא כדין רק במקרים שבהם ממילא נוכל להרשיע על יסוד ראיות אחרות, או במקרים שבהם ממילא אין לנו עניין רב בהרשעה ובענישה? התשובה היא כי אם ברור לכולם – לרבות לחוקרי המשטרה ולתובעים – כי אלה הם כללי המשחק המקובלים על בית המשפט העליון, אזי לא תושג אף לא אחת מהמטרות השונות שמנסים להשיג באמצעות כלל פסילת הראיות שהושגו שלא כדין: לא חינוך והרתעת המשטרה (שיקול שהלכת יששכרוב אכן מוותרת עליו); לא הגנה על זכויות הנחקר; לא שמירה על הלגיטימיות של פסק הדין, על סמכותה המוסרית של המערכת המשפטית ועל טוהר ההליך השיפוטי. במאמר זה אבחן אם חמשת פסקי הדין בפרשות פרחי, זינאתי, אל-עוקה, שמש ובן חיים-ג'בלי-עייש מבשרים על שינוי ממשי של כלל פסילת הראיות שנקבע בהלכת יששכרוב. במיוחד תיבחן השאלה אם כבר קיימת נכונות לפסול ראיה שהושגה שלא כדין גם כשהדבר מוליך לזיכוי של אשם בעבירה חמורה שעודנו חי ושטרם נשא בעונש, או שמא לפנינו עדיין רק הצהרות על אודות שמירה על זכויות חשודים ונאשמים ללא נפקות מעשית. כן ייבחן השימוש שנעשה בשיקולים של חומרת העבירה ושל חיוניות הראיה בפסקי הדין האמורים. אבקש לטעון כי שיקולים אלה, אשר נזכרים

\* פרופסור בועז סנג'רו הוא ראש החטיבה למשפט פלילי ולקרימינולוגיה במרכז האקדמי למשפט ולעסקים (רמת-גן). תודתי נתונה לד"ר רינת קיטאי-סנג'רו על הערותיה לטיוטת המאמר וכן לחברי מערכת כתב העת משפטים ולעורכת כתב העת משפטים על אתר על הערותיהם.

בהלכת יששכרוב, נדחו (או לפחות הוחלשו מאוד) בפסיקה החדשה. לדעתי זוהי מגמה חיובית, באשר שיקולים אלה חותרים תחת מטרותיו של כלל הפסילה.

מבוא: יששכרוב, אלזם, פרחי, זינאתי ואל-עוקה עולים על הרכבת (שמש). א. פסילת ראיות הדנ"א אך הרשעה על סמך ראיות חלשות מאוד אחרות – פרשת פרחי. ב. מעין-פסילה של הודעה בפני מדובב וזיכוי (מחמת הספק) של (כנראה) חף מפשע – פרשת זינאתי. ג. פסילת הודאה בפני חוקרים אך הרשעה על סמך הודאה בפני מדובב – פרשת אל-עוקה. ד. גישות עקרוניות מנוגדות בקרב שופטי בית המשפט העליון – פרשת שמש והרכבת. ה. הלכת יששכרוב המשופרת – חומרת העבירה ונחיצות הראיה אינן מונעות פסילת ראיה שהושגה שלא כדין – פרשות בן חיים, גיבלי ועייש. אחרית דבר – כלל הפסילה (וההרשעה) הישראלי – לאן?

### מבוא: יששכרוב, אלזם, פרחי, זינאתי ואל-עוקה עולים על הרכבת (שמש)

בחמישה חודשים בשלהי שנת 2011 ובתחילת 2012 ניתנו בבית המשפט העליון חמישה פסקי דין שהם חשובים להתפתחותו של כלל פסילת הראיות שנקבע בהלכת יששכרוב.<sup>1</sup> בהלכת יששכרוב נבחנו שלושת הרציונלים המקובלים בספרות המשפטית ובפסיקה בשיטות משפט שונות לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין: האחד – חינוך המשטרה והרתעתה; השני – ה"פרוטקטיבי" – הגנה על זכויות הנחקר; השלישי – שמירה על הלגיטימיות של פסק הדין, על סמכותה המוסרית של המערכת המשפטית ועל טוהר ההליך השיפוטי. הרציונל החינוכי-הרתעתי נדחה משום מה, ואומצו רק שני האחרים, תוך ערבובם-טשטושם בתערובת של שיקולים אחרים, נוגדים:

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

1 ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461 (2006). ראו גם יובל מרין ורינת קיטאי-סנג'רו "Collins, Miranda" ויששכרוב – על הפער בין הרצוי לבין המצוי בהלכת יששכרוב" משפטים 429 (2007); בוועז סנג'רו "כלל פסילת הראיות שהושגו שלא כדין שנקבע בהלכת יששכרוב – בשורה או אכזבה?" משפט וצבא יט 67 (2007) (להלן: סנג'רו "כלל פסילת הראיות"); קרן שפירא-אטינגר ורון שפירא "כלל הפסלות הישראלי בשולי הלכת יששכרוב" דין ודברים ג 427 (2007); Binyamin Blum, 'Exclude Evidence, you Exclude Justice'? A Critical Evaluation of Israel's Exclusionary Rule After Issacharov, 16 Sw. J. INT'L L. 385 (2010).

משפטים על אתר ד תשע"ב כלל פסילת הראיות שהושגו באמצעים פסולים מתפתח, אך עדיין ללא נכונות לשלם מחיר חברתי (ולזכות אשם בעבירה חמורה שעודנו חי)

וקבלתה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן שלא 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 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.<sup>2</sup>

תחת הכותרת "אמות המידה להפעלת שיקול-הדעת השיפוטי במסגרת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית" הביא בית המשפט "שלוש קבוצות עיקריות של שיקולים הרלוונטיים לשאלה אימתי קבלתה במשפט של ראיה שהושגה שלא כדין, תפגע פגיעה משמעותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן שלא לפי גדריה של פסקת ההגבלה".<sup>3</sup> כלומר נקבע שלא די בכך שהראיה הושגה שלא כדין. נדרש גם שקבלתה במשפט תפגע מהותית בזכות הנאשם להליך הוגן שלא על פי גדריה של פסקת ההגבלה. וגם בכך לא די. על פני הדברים היה אפשר לקבוע שעצם האיסור בחוק על הפעולה שנקטו החוקרים הוא כבר האיזון הראוי, ולפיכך יש לפסול את הראיה.<sup>4</sup> חרף זאת נקבעה "נוסחת איזון", המציבה מול זכויות הנאשם שבית המשפט קבע שהופרו שלא כחוק, שלל שיקולים מבית מדרשה של הגישה המכונה "crime control", המתמקדת בשליטה בפשיעה ובהשלטת חוק וסדר, ולא בשמירה על זכויות חשודים ונאשמים:<sup>5</sup> חשיפת האמת, הלחימה בעבריינות, ההגנה על שלום הציבור, זכויות נפגעי העבירה, אופייה וחומריתה של אי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה, מידת ההשפעה של האמצעי הפסול על הראיה שהושגה, הנזק והתועלת החברתיים הכרוכים בפסילה – תוך הבאה בחשבון גם של חומרת העבירה המיוחסת לנאשם.<sup>6</sup>

כלל הפסילה שנקבע הוא מסובך מדי וחלש מדי. שיקול הדעת שהוא מאפשר לבית המשפט שלא לפסול את הראיה אף על פי שהושגה בניגוד לחוק הוא רחב מדי. חלק מהשיקולים שנקבעו לשם הפעלת שיקול הדעת הוא בעייתי מאוד. במאמרי "כלל פסילת

2 עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 1, פס' 76 לפסק הדין (ההרגשות הוספו – ב"ס).

3 שם, פס' 69 לפסק הדין.

4 זאת בדומה לעמדתו של השופט לנדוי בע"פ 183/78 אבו מידג'ם נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(4) 533 (1980). לפי גישה זו, שאפשר לכנותה "הגישה החוקתית-חינוכית" – אם נקבע כי האמצעי שנקט החוקר נגד הנחקר הוא פסול, ההודאה תיפסל ללא צורך בבדיקה אם ההודאה אמיתית.

5 על שני המודלים הכה שונים של המשפט הפלילי ראו: HERBERT L. PACKER, THE LIMITS OF THE CRIMINAL SANCTION 149–173 ("Two Models of Criminal Process") (1968).

6 עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 1, פס' 69 ואילך לפסק הדין.

הראיות שהושגו שלא כדין שנקבע בהלכת יששכרוב – בשורה או אכזבה? השתדלתי לבסס טענות אלה.<sup>7</sup>

כשלוש שנים לאחר אכזבת יששכרוב ניתן פסק הדין בפרשת אלזם, ובו נפסלה הודאת נחקר אשר ניתנה תוך שימוש פסול במדובבים, תוך הפרת זכות ההיוועצות בסנגור (לרבות הכפשתו באוזני החשוד) ותוך הפרת זכות השתיקה.<sup>8</sup> המשותף לשני פסקי הדין הוא לא רק שהראיות (הודאות) שהושגו תוך שימוש של חוקרי המשטרה באמצעים פסולים נפסלו והנאשמים זוכו, אלא שאף לא שילמנו מחיר חברתי כלשהו תמורת הצהרתנו על מחויבות לשמירה על זכויותיהם של חשודים ונאשמים. העבירה שבה הואשם יששכרוב הייתה קלה – שימוש עצמי בסם מסוג מריחואנה. עד לזיכוי בבית המשפט העליון חלפו כשמונה שנים, שבתחילתן כבר נשא בעונשו. העבירה שבה הואשם אלזם אמנם הייתה החמורה שבעבירות – רצח – אולם לפני זיכוי בבית המשפט העליון ולפני שהספיק להעיד נגד שותפו, הוא נמצא מת במקום כלאו. הייתה זו הזדמנות נוספת להצהיר על מחויבות לשמירה על זכויות חשודים ונאשמים ברוח הגישה הידועה כ-“due process”<sup>9</sup>, גישת ההליך ההוגן, ולזכות נאשם מבלי לשלם מחיר חברתי כלשהו, שהרי המנוח כבר לא יטריד אותנו.

אפשר להקשות: מדוע חשוב לשלם מחיר חברתי כלשהו? מדוע לא די בהצהרה על מחויבות לשמירה על זכויות החשודים והנאשמים ועל ההליך ההוגן? ומדוע לא די בפסילת ראיות שהושגו שלא כדין רק במקרים שבהם ממילא נוכל להרשיע על יסוד ראיות אחרות, או במקרים שבהם ממילא אין לנו עניין רב בהרשעה ובענישה? התשובה היא כי אם ברור לכולם – לרבות לחוקרי המשטרה ולתובעים – כי אלה הם כללי המשחק המקובלים על בית המשפט העליון, אזי לא תושג אף לא אחת משלוש המטרות השונות שמנסים להשיג באמצעות כלל פסילת הראיות שהושגו שלא כדין: לא חינוך המשטרה והרתעתה (הרי החוקרים ידעו מראש כי אם יתברר שאכן יש צורך בראיה שהם משיגים שלא כדין, הראיה תתקבל והנאשם כנראה יורשע); לא הגנה על זכויות הנחקר (מה הטעם בהגנה עליהן רק במקרים שבהם ממילא אין לראיה הפסולה נפקות מעשית רבה?); לא שמירה על הלגיטימיות של פסק הדין, על סמכותה המוסרית של המערכת המשפטית ועל טוהר ההליך השיפוטי (הרי גם הציבור הרחב יבין מהם כללי המשחק המקובלים על בית המשפט העליון).

7 סנג'רו "כלל פסילת הראיות", לעיל ה"ש 1.

8 ע"פ 1301/06 עזבון אלזם נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 22.6.2009) (להלן: פרשת אלזם). וראו בועז סנג'רו "השימוש בתחבולות ובמדובבים לשם גביית הודאות – הרהורים בעקבות ע"פ 1301/06 עזבון המנוח יוני אלזם ז"ל נ' מדינת ישראל" עלי משפט ט 399 (2011) (להלן: סנג'רו "השימוש בתחבולות ובמדובבים").

9 Packer, לעיל ה"ש 5.

משפטים על אתר ד תשע"ב כלל פסילת הראיות שהושגו באמצעים פסולים מתפתח, אך עדיין ללא נכונות לשלם מחיר חברתי (ולזכות אשם בעבירה חמורה שעודנו חי)

במאמר זה אבחן אם חמשת פסקי הדין של בית המשפט העליון, אשר ניתנו בחודשים האחרונים בפרשות פרחי, זינאתי, אל-עוקה, שמש ובן חיים-ג'בלי-עייש, מבשרים על שינוי ממשי של כלל פסילת הראיות שנקבע בהלכת יששכרוב. במיוחד תיבחן השאלה אם כבר קיימת נכונות לפסול ראיה שהושגה שלא כדין גם כשהדבר מוליך לזיכוי של אשם בעבירה חמורה שעודנו חי ושטרם נשא בעונש, או שמא לפנינו עדיין רק הצהרות על אודות שמירה על זכויות חשודים ונאשמים, ללא נפקות מעשית. כן ייבחן השימוש שנעשה בשיקולים של חומרת העבירה ושל חיוניות הראיה בפסקי הדין האמורים. אבקש לטעון כי שיקולים אלה, אשר נזכרים בהלכת יששכרוב, נדחו (או לפחות הוחלשו מאוד) בפסיקה החדשה.

לדעתי זוהי מגמה חיובית, באשר שיקולים אלה חותרים תחת מטרותיו של כלל הפסילה של ראיות שהושגו שלא כדין. שיקול חומרת העבירה יוביל לכך שככל שהעבירה שמייחסת התביעה לנאשם חמורה יותר, כך יבליג בית המשפט על הפרות חמורות יותר של זכויות החשוד. אם כך, נראה שאין טעם בכלל הפסילה. אפשר להניח כי עיקר הפרות החוק החמורות מצד חוקרי המשטרה מבוצעות על רקע של חשד בעבירות חמורות. על מי יגן כלל הפסילה – על חשודים בעבירות תעבורה קלות? תוצאה כזו תהיה פרדוקסלית, משום שככל שהעבירה המיוחסת לנאשם חמורה יותר – שאז צפוי הוא לשלילת חירות גדולה יותר – כך יש להקפיד יותר על שמירת הערובות הפרוצדורליות הנתונות לו.

גם שיקול נחיצות הראיה להוכחת האשמה יוצר קושי לוגי דומה ומרוקן את כלל הפסילה מרוב תוכנו: אם קיימות ראיות נוספות, כלל הפסילה ממילא לא יועיל, והנאשם יורשע (כפי שיודגם להלן באמצעות פרשת אל-עוקה). והנה, דווקא כשאין ראיות נוספות וכשיש צורך בכלל הפסילה, שיקול זה מוליך לאי-פסילת הראיה מכיוון שהראיה חשובה להוכחת האשמה, ומכיוון שהזיכוי יגרום נזק לחברה. כלומר: מותר לנו כחברה להתבסס על ראיות שהושגו שלא כדין ולהרשיע רק כשאנו זקוקים לראיות אלה (ובמיוחד כשמדובר בהרשעה חמורה – כפי שמכתיב השיקול הקודם).<sup>10</sup> דומה הדבר לחתול שהפקידוהו לשמור על השמנת ואמרו לו: אל תאכל, אלא אם כן תהיה רעב.

10 יצוין כי שני שיקולים אלה – חומרת העבירה ונחיצות הראיה – הם אמנם שיקולים נפרדים, אך בפסיקה הם חברים טובים מאוד, שברוך כלל מתהלכים יחדיו, חבוקים. כבר בהלכת יששכרוב מובאים שניהם בתוך "קבוצת השיקולים השלישית [...] [ש]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" (עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 1, פס' 72 לפסק הדין). אולם ייתכן בהחלט ששני השיקולים יוליכו לכיוונים מנוגדים. בפרשת בן חיים למשל, שתידון להלן בפרק ה, דובר בעבירת הכנה לא חמורה של החזקת סכין, אך ללא הראיה שהושגה באופן בלתי חוקי (הסכין עצמה) אי אפשר היה להוכיח את העבירה.

אעבור אפוא לבחון את מקומם (ההולך ונעלם) של שיקולים אלה ואת הנכונות (שלהערכתי אינה קיימת) לשלם מחיר חברתי תמורת השמירה על זכויות הנאשם ועל טוהר ההליך השיפוטי.<sup>11</sup>

### **א. פסילת ראיות הדנ"א אך הרשעה על סמך ראיות חלשות מאוד אחרות – פרשת פרחי<sup>12</sup>**

במסגרת מדגם שערכה המשטרה במהלך חקירת רצח נלקחו דגימות ממתנדבים שלא היו חשודים, ובהם איתן פרחי, שנלקחה ממנו דגימת רוק. על פי חוק המסדיר פרקטיקה זו,<sup>13</sup> הובטח לפרחי שלא ייעשה שימוש בדגימה לצורך תיקים אחרים. על יסוד הבטחה זו הסכים פרחי לתת דגימה לבדיקה. הבדיקה הבהירה שלא היה קשור לרצח. מכיוון שהמחבר מתקשה להצטרף להפתעה, יובאו הדברים בלשונו של השופט אדמונד לוי: "אלא שבאופן מקרי נתגלתה התאמה בין פרופיל ה-DNA של המערער שהופק מן הדגימה, לבין פרופיל DNA שנאסף ונבדק [...] בשלוש מזירות האירועים [...] בעקבות הגילוי [...] הוחלט להגיש כתב-אישום נגד המערער [...]".<sup>14</sup> המערער הורשע בארבע תקיפות מיניות שונות, חלקן חמורות, ונגזרו עליו 25 שנות מאסר. השאלות המרכזיות נוסחו על ידי השופט לוי בפתח של פסק הדין כך: "המשטרה מצהירה כי לא תעשה שימוש מסוים בראיה הנמסרת לה בהסכמה, אולם פועלת בניגוד לאותה הצהרה ועושה שימוש בראיה זו לצורך הרשעתו של מוסרה. האם על ראיה זו להיפסל? ומה יהא דינן של ראיות נוספות שהושגו מכוח ובעקבות אותה הפרה? אלו הן השאלות המונחות לפתחנו בערעור זה".<sup>15</sup>

נוסף על דגימת הרוק שניתנה בהסכמה תפסו החוקרים בדל סיגריה שעישן פרחי, ונמצאה התאמה בין פרופיל הדנ"א של המערער אשר הופק ממנו לבין ממצאי דנ"א מזירות התקיפות המיניות. בפתח הדיון הודיעה הפרקליטות כי תשתמש במשפט בראיה שהופקה מבדל הסיגריה ולא בראיה שהופקה מדגימת הרוק שנלקחה תוך הבטחה שלא להשתמש בה אלא בחקירת הרצח.

11 הנכונות לשלם מחיר חברתי לשם השגת חינוך והרתעה של אנשי אכיפת החוק מפני השגת ראיות באמצעים פסולים נשללת כבר על הסף, שהרי הלכת יששכרוב דוחה רציונל חשוב זה.

12 ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 1.8.2011).

13 פרק 1 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו-1996, ס"ח 136.

14 עניין פרחי, לעיל ה"ש 12, פס' 1 לפסק דינו של השופט לוי.

15 שם, הפסקה הפותחת את פסק הדין.

משפטים על אתר ד תשע"ב כלל פסילת הראיות שהושגו באמצעים פסולים מתפתח, אך עדיין ללא נכונות לשלם מחיר חברתי (ולזכות אשם בעבירה חמורה שעודנו חי)

השופט לוי בחר להאמין למשטרה כי גילוי ההתאמה מקורו במקרה ולא בהפרה שיטתית של החוק ושל ההבטחות הניתנות במסגרתו: "מי שערכה את הבדיקה היתה ראש מאגר ה-DNA של המחלקה לזיהוי פלילי – סגן ניצב אשירה זמיר. לדבריה, במהלך בדיקת הפרופיל הגנטי מזירות עבירות המין, היא נזכרה כי בעת חקירת פרשת הרצח, שקדמה לפרשה הנדונה בערעור זה, היא נתקלה בפרופיל DNA בעל מבנה דומה. בעקבות כך נערכה השוואה ונמצא כי קיימת התאמה [...]".<sup>16</sup> יצוין ויודגש כי אפילו אם מקבלים הסבר תמים זה,<sup>17</sup> היה אסור לערוך את השוואת הנתונים שבמחשב כפי שעשתה סנ"צ זמיר – והדבר התברר בחקירתה הנגדית.<sup>18</sup>

בית המשפט המחוזי המחיש את אחת מחולשותיה הגדולות של הלכת יששכרוב כשהחליט לקבל את ראית הדנ"א שהושגה שלא כדין ולבסס עליה הרשעה בהתבססו בין היתר על השיקולים של חומרת העבירה וחיוניות הראיה לתביעה.<sup>19</sup>

בית המשפט העליון תיקן טעות זו בהגדירו את ההסתמכות על חומרת העבירה ועל נחיצות הראיה "חרב פיפיות" – שהרי דווקא במקרים הללו מתגברת חשיבותה של השמירה על זכויות הנאשם ועל הוגנות ההליך.<sup>20</sup> קביעה נכונה זו אפשרה לבית המשפט להוסיף ולקבוע כי יש לפסול לא רק את ראית הדנ"א המקורית – שמקורה בדגימת הרוק שנלקחה תוך הבטחה שלא להשתמש בה בעתיד – אלא גם את ראית הדנ"א הנגזרת – שנלקחה מבדל הסיגריה. הראיה הראשונה נפסלה משום שהושגה בדרך בלתי חוקית, הפוגעת הן בזכות להליך הוגן, הן בפרטיות והן בתדמית מערכת אכיפת החוק.<sup>21</sup> אשר לראית הדנ"א הנוספת, הנגזרת, בית המשפט הבהיר כי אמנם דוקטרינת "פרות העין המורעל" האמריקנית לא נקלטה במשפטנו, אך עדיין אפשר וצריך לפסול ראיה נגזרת שיש בינה לבין הראיה המקורית הפסולה קשר סיבתי – הן עובדתי והן "משפטי".<sup>22</sup> כפי שציין נכונה השופט לוי: "העובדה שחוקרי המשטרה מצאו טעם בהשגת ראיה זהה לראית ה-DNA מתיק הרצח, שאין בה תרומה נוספת להבהרת התמונה המפלילה, מעידה כשלעצמה על הצורך שהתעורר 'להלכין' את הראיה הראשית, אשר השגתה הייתה כרוכה באמצעי פסול".<sup>23</sup>

- 16 שם, פס' 5 לפסק הדין.
- 17 ההסבר בדבר נפלאות הזיכרון האנושי.
- 18 עניין פרחי, לעיל ה"ש 12, פס' 16 לפסק דינו של השופט לוי.
- 19 שם, פס' 6 לפסק דינו של השופט לוי.
- 20 שם, פס' 19 לפסק דינו של השופט לוי. עם זאת נראה כי השופטת חיות עודנה אווזת בשיקול חומרת העבירה – שם, פסקה לפני אחרונה לחוות דעתה.
- 21 שם, פס' 8–19 לפסק דינו של השופט לוי.
- 22 שם, פס' 20–21 לפסק דינו של השופט לוי.
- 23 שם, פס' 21 לפסק הדין.

בהסכימו עם מאמרם של מרין וקיטאי-סנג'רו<sup>24</sup> הבהיר השופט דנציגר כי הלכת יששכרוב היא אימוץ המודל הקנדי למשפטנו<sup>25</sup> וקיבל את המלצת המחברים ללמוד משם כלל חשוב הנוגע לשיקול של חיוניות הראיה: "בהקשר זה קוראים מרין וקיטאי-סנג'רו שלא לבחון את פסילתה של הראיה הנגזרת על פי סיווגה אלא 'לפי מידת פסלותה של הראיה שממנה נגזרה' [...] דהיינו בהתאם למהות היחס שבניה לבין ראית המקור".<sup>26</sup> וכן: "כפי שעולה מרשימתם של מרין וקיטאי-סנג'רו שיטת המשפט הקנדית אימצה את מבחן 'הרצון החופשי'".<sup>27</sup> לפיכך, "מדיניות שיפוטית ראויה אינה יכולה להשלים עם ראיות שהן פרי תחבולת חקירה הפוגעת באוטונומיית הרצון החופשי".<sup>28</sup> לפי אמירה נכונה זו, הצעתי היא שבית המשפט העליון יבחן מחדש את יחסו לשימוש התדיר של המשטרה ב"מדובבים אקטיביים", הרומס את אוטונומיית הרצון החופשי.<sup>29</sup> מכאן לחור השחור שבפסק הדין. מכיוון שבית המשפט החליט שלא לפסול את יתר הראיות הנגזרות – לבד מראיית הדנ"א שהופקה מבדל הסיגריה – היה עליו להכריע בתיק על פי יתר הראיות הנגזרות שלא נפסלו. "נגזרות" – משום שבית המשפט קבע נכונה כאמור כי לא היו מגיעים אליהן כלל אלמלא ההשוואה הבלתי חוקית שנערכה בין הפרופיל הגנטי שהופק מדגימה שנלקחה בחקירת הרצח תוך הבטחה שלא להשתמש בה בעתיד, לבין הפרופיל הגנטי שהופק מן הממצאים מזירות התקיפות המיניות. בכל זאת החליט בית המשפט שלא לפסול ראיות נגזרות נוספות אלה, בהנמקה שלטעמי איננה משכנעת. אלה הראיות שנקבעו כקבילות:

קבוצה נוספת של ראיות שעמדו לחובת המערער התגבשה על יסוד שתיקתו, סירובו לשתף פעולה בהליכי החקירה חרף האישומים החמורים שהוטחו בו, סירובו לתת דגימת רוק לבדיקת מעבדה, הימנעותו מלהשתתף במסדר זיהוי ובעימות עם המתלוננת, ובחירתו שלא להעיד

24 מרין וקיטאי-סנג'רו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 484.

25 סעיף 24(2) לצ'רטר הקנדי משנת 1982 קובע כך: "24. Enforcement (1) [...] (2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute". Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982,

being schedule B to the Canada Act, 1982, c. 11, §24(2).

26 עניין פרחי, לעיל ה"ש 12, פס' 5 לפסק דינו של השופט דנציגר.

27 שם, פס' 7 לפסק דינו של השופט דנציגר.

28 שם, פס' 9 לפסק דינו של השופט דנציגר.

29 ראו סנג'רו "השימוש בתחבולות ובמדובבים", לעיל ה"ש 8. וראו ניר פלסר "תיחום גבולות השימוש במדובבים משטריים סמויים לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" מאזני משפט ג 439 (2005).



משפטים על אתר ד תשע"ב כלל פסילת הראיות שהושגו באמצעים פסולים מתפתח, אך עדיין ללא נכונות לשלם מחיר חברתי (ולזכות אשם בעבירה חמורה שעודנו חי)

בפני בית-המשפט. לאלו הצטרפו עדויות המתלוננות על מראהו של מי שתקף אותן, המצביעות על דמיון לנתוניו החיצוניים של המערער; קביעת בית-המשפט קמא לפיה ניתן למצוא ראשית הודאה במספר אמירות של המערער בפני חוקריו בעת מעצרו; ולבסוף, איכון מכשיר הטלפון הנייד שלו בסמוך לשלוש הזירות בהן בוצעו העבירות.<sup>30</sup>

הנני מתקשה להאמין שעל סמך ראיות חלשות כל כך הורשע אדם בעבירות חמורות כל כך ונידון למאסר של רבע מאה. מעניין לראות כיצד משתדל השופט לוי לחפות על תשתית ראייתית רעועה זו באמירות שלא ממש (שלא לומר "ממש לא") מתיישבות עמה, כגון "גם לנוכח פסילת ראיות ה-DNA, התשתית הראייתית העומדת נגד המערער היא ענפה וכבדה";<sup>31</sup> "המתלוננות כולן תיארו את התוקף כבעל חזות מזרחית, מעדותיהן עולה כי מדובר בגבר בגובה ממוצע ומטה, רחב כתפיים בעל שיער שחור קצוץ וכי גילו למעלה משלושים שנה. תיאור זה הולם את מראהו של המערער".<sup>32</sup> אלא שבמדינת ישראל חיים רבבות גברים המתאימים לתיאור הזה.

מעוררת פליאה היא גם החלטת בית המשפט לזקוף לחובת המערער – ואף לייחד לכך סעיף שלם בהנמקתו – את הסירוב להשתתף בהליכי החקירה: "סירובו של המערער למסור דגימת רוק, כמו גם הימנעותו מלהשתתף במסדר זיהוי ובעימות עם המתלוננות, מחזקים אף הם את המסקנה המפליאה, שכן אם חף מפשע הוא – מדוע יסרב ליטול חלק בהליכי החקירה [...] במקרה זה, משקלם המצטבר של סירוביו של המערער לקחת חלק בהליכים השונים הוא רב ביותר".<sup>33</sup>

כמה הערות מתחייבות על סירובו של המערער לשתף פעולה ועל התשתית הראייתית שבגינה הורשע: ראשית, היה אפשר לבקש מהמערער לתת דגימה נוספת לשם השוואת דנ"א, ולזקוף גם סירוב זה נגדו. שנית, היות שהמטרה והפרקליטות (ולאחר מכן אף בית המשפט המחוזי) חברו להפרת ההבטחה שניתנה למערער שלא להשתמש בדגימה שנתן מרצונו אלא לתיק הרצח – הבטחה שבשלה הסכים למתן הדגימה – יקל להבין מדוע לא סמך המערער עוד על גופים אלה ולא היה מוכן להשתתף בפרוצדורות נוספות

30 עניין פרחי, לעיל ה"ש 12, פס' 4 לפסק דינו של השופט לוי. לעניין איכון מכשיר הטלפון הנייד של המערער השופט לוי עצמו הבהיר כי מדובר רק "בסמיכות לשלושת הזירות" ו"בזמנים קרובים לביצוע העבירות" (ההדגשות הוספו – ב"ס). למעשה, נראה כי עיקר החשיבות שמייחס השופט איננה לאיכון עצמו אלא לכך שלדעתו "ניסיונו של המערער להרחיק עצמו מזירות העבירה תוך מסירת גרסה שקרית, מבטאת התנהגות מפלילה שביסודה תחושת אשם" – שם, פס' 22(ב) לפסק דינו. אלא שלהערכתו אדם המואשם בעבירות חמורות צפוי לשקר בניסיון להרחיק עצמו מזירות העבירות לא רק אם עבר את העבירות אלא גם אם לא עבר אותן.

31 שם, פס' 22 לפסק דינו של השופט לוי.

32 שם.

33 שם.

שמטרתן המוצהרת הייתה להפלילו. שלישית, וזה העיקר, קשה להשתחרר מהרושם שאף על פי שבית המשפט פסל את ראיות הדנ"א, הוא לא היה מסוגל להתעלם מהן, והן למעשה חרצו את גורל התיק להרשעה. במצב שכזה כל בדל ראיה הבא במקום בדל הסיגריה שנפסל עושה בברכה, עד כי השופט לוי מרחיק לכת – אם מעריכים את הכרעתו המרשיעה על סמך הראיות שלא נפסלו לבדן – בכתבו תחת הכותרת המבטיחה "המסקנה המפלילה כמסקנה הגיונית יחידה" כי "צירופן של כלל הראיות והעדויות בפרשה זו ושילובן אחת ברעותה, מעלה תמונה בהירה המפלילה את המערער [...] נעשית האפשרות כי יורשע מי שלא חטא לאפשרות רחוקה וקלושה עד כדי כך שלמעשה לא נותר ממנה שריד [...] המארג הראיתי המצייר תמונה כה בהירה של סיפור המעשה [...]".<sup>34</sup> התהפוך הכהה והמעורפלת לבהירה ללא הדנ"א? נראה כי לפחות בעניין זה עדיפה שיטת המושבעים האמריקנית, שבה משנפסלת ראיה על ידי השופט/ת, בדרך כלל אין היא מובאת בפני קובעי העובדות.<sup>35</sup>

הנה נחשפה חולשה גדולה נוספת של כלל הפסילה שנקבע בהלכת יששכרוב ושל השתלבותו בשיטת המשפט הישראלית: גם משנפסלת, באופן נדיר, ראיה שהושגה על ידי המשטרה באמצעים בלתי חוקיים, בית המשפט נחשף אליה, מתקשה להשתחרר ממנה ומרשיע על סמך ראיות חלשות למדי. לכאורה אכלנו את העוגה והותרנוה שלמה: הצהרנו על מחויבות לשמירה על זכויות חשודים ונאשמים ועל הוגנות ההליך ופסלנו את הראיה שהושגה באופן בלתי חוקי, ובכל זאת הצלחנו להרשיע את המנוול התורן. מהו המסר לחוקרי המשטרה? האומנם ילמדו מכך שאין להשיג ראיות באמצעים בלתי חוקיים? או שמא ילמדו מבית המשפט העליון שהם פועלים נכון לשם הגנה על הציבור? והנה דאגה נוספת, מטרידה לא פחות: מה ילמדו שופטי הערכאות הנמוכות מפסק הדין בעניין פרחי? שמא ילמדו ממנו שאפשר להרשיע על סמך ראיות כה חלשות, שחלקן (עדויות הראייה) משייכות את הנאשם לקבוצה של רבבות גברים באוכלוסייה וחלקן אינן ראיות של ממש אלא לכל היותר חיזוקים אפשריים (הסירובים למיניהם של הנאשם להשתתף במלאכת הפללתו) לראיות מרכזיות שאינן בנמצא? אם כך – אולי כבר

34 שם, פס' 23 לפסק הדין. כאן ברצוני להסב את תשומת הלב לביטוי השגור בפי התביעה והשכיח בפסיקה – "המארג הראיתי". זהו ביטוי המשמש לעתים קרובות לערפול העובדה שהתמונה היא חסרה ומכילה ספקות. אילו החלפנו דימוי זה של מארג (שתי וערב) בדימוי של שרשרת, נקל היה לראות כי חוליה חלשה עלולה לגרום לניתוק השרשרת, וחוליה חסרה מוכיחה את הניתוק. לאור הצהרתנו כחברה כי אדם הוא חף מפשע עד שתוכח אשמתו למעלה מספק סביר, ולאור פרשנותו בפסיקה של הביטוי "למעלה מספק סביר" כקרבה לוודאות, היה מתבקש לעסוק פחות במארגים ויותר בשרשראות. על הצהרה חסרת הכיסוי בדבר הגבלת ההרשעות במשפטנו למצבים שבהם האשמה הוכחה מעבר לספק סביר ועל פרשנותה כקרבה לוודאות ראו למשל יעקב קדמי על הראיות – הדין בראי הפסיקה כרך שני 829 (1991); ALEX STEIN, FOUNDATIONS OF EVIDENCE LAW 16 (2005).

35 ראו STEIN, שם, בעמ' 139–140.

משפטים על אתר ד תשע"ב כלל פסילת הראיות שהושגו באמצעים פסולים מתפתח, אך עדיין ללא נכונות לשלם מחיר חברתי (ולזכות אשם בעבירה חמורה שעודנו חי)

מוטב היה להותיר על כנו את פסק הדין של בית המשפט המחוזי, שאמנם איננו פוסל את ראיות הדני"א שהושגו בניגוד לחוק, אך גם אינו מרשיע על סמך ראיות חלשות. כסיכום ביניים באשר לשתי הסוגיות המרכזיות הנדונות במאמר: מעמדם של השיקולים של חומרת העבירה ושל נחיצות הראיה עורער בפסק הדין ערעור ניכר; קיימת לכאורה נכונות לפסול ראיה (ואף ראיה נגזרת) גם כאשר מדובר בעבירה חמורה, אולם רק כאשר הדבר איננו מביא לזיכוי של הנאשם.

## **ב. מעין-פסילה של הודעה בפני מדובב וזיכוי (מחמת הספק) של (כנראה) חף מפשע – פרשת זינאתי**

לפני נטילת אזמל הביקורת ראוי לציין שפסק דינו של השופט ג'ובראן (שאליו הצטרפו השופטים לוי ודנציגר) בעניינו של חאמד זינאתי<sup>36</sup> הוא כנראה המקרה הראשון מאז (וכולל) הלכת יששכרוב שבו בית המשפט העליון מבצע מעין-פסילה של ראיה שהושגה בניגוד לחוק המובילה לא רק להצהרה יפה של שמירה על הליך הוגן אלא אף לזיכוי מלא של נאשם חי שטרם נענש.<sup>37</sup>

עוויד, בדוי וזינאתי (בדוי – במשפט נפרד) הורשעו ברצח. עוויד ניהל רומן עם אשת הקרבן. זינאתי תיעד את הרומן בעזרת חוקר פרטי וניסה לסחוט את עוויד. בדוי היה עוזרו של עוויד בעסקים והוכח כי שהה עמו בזמן הרצח. בדוי מסר במשטרה הודעה שבה השתדל להפליל ברצח את שני האחרים. ההודעה פורשה כמפלילה גם אותו. ההודעה הוגשה נגד האחרים על פי סעיף 10א לפקודת הראיות.<sup>38</sup> השופט ג'ובראן קיבל את רוב טענות הסנגוריה הציבורית נגד אמרתו של בדוי, אשר ניתנה תוך שימוש במדובב אקטיבי מאוד ומדי ותוך הפרת זכות ההיוועצות. אולי אין זה פלא שכשליש מתיעוד הדיבוב "אבד", ואף החלק שלא אבד ושהוגש לבית המשפט לא היה מדויק:

התעורר אצלי חוסר נחת בשל הפער המשמעותי בין נוסח התמלול המקורי אותו הגישה המשיבה לבית משפט קמא, לבין תיקוני התמליל המוסכמים על הצדדים [...] קריאה של תמליל הדיבוב כולו, כפי שהגיע לידנינו (שליש מתיעוד הדיבוב אבד [...]), מעלה תמונה מטרידה. לאורך

36 ע"פ 2869/09 זינאתי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.11.2011).

37 יש לציין לטובה גם את פסק הדין בפרשת שי, שם נפסלה אמרת הנאשם בחקירתו במשטרה והוא זוכה מעבירת ההריגה אך הורשע בעבירה גרימת מוות ברשלנות – ע"פ 9956/05 שי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.11.2009).

38 [נוסח חדש], התשל"א-1971, ס"ח 421; עניין זינאתי, לעיל ה"ש 36, בעמ' 4-20 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (הקטע הקודם להצגת הדיון).

מרבית הדיכוי בדוי כופר בהאשמות נגדו, ומפגין, פעם אחר פעם, תמיהה לנוכח המידע שהועבר לו על ידי החוקרים. יתר על כן, בעודו מספר למדוכבים פרטים שונים על המקרה, עונה בדוי למדוכב כי הוא יודע פרטים אלו מהחוקרים בלבד. בנוסף, הגרסה המוצגת לבדוי על ידי המדוכב דומה במידה רבה לגרסתו של בדוי כפי שנמסרה לגורמי החקירה. גם התעקשותו של המדוכב לשלב את זינאתי בגרסה אותה השניים מגבשים מעוררת ספקות באשר למהימנות פרט זה בגרסה [...] השילוב שנוצר בין הפעלת לחץ בחקירה (לרבות על ידי טענה כי יש הוכחות קשיחות למעורבותו של בדוי, וכי עויד העיד נגדו), יחד עם לחץ של המדוכב, בנוסף על מניעת מפגש עם עורך דין למשך שעות ארוכות, הוא שילוב מטריד ומסוכן [...]»<sup>39</sup>

עד כאן דברים רגילים במציאות אכיפת החוק הישראלית, אשר להערכת ירגשו את שוחרי גישת ה־due process, אך לא בהכרח את חסידי גישת ה־crime control. אך ההמשך צפוי לעניין את כולם:

העובדה כי המדוכב פעל באופן אקטיבי לעודד את בדוי לשקר לחוקריו, ואף סייע בגיבוש השקר [...] מטילה צל כבד על קבילותה של ההודעה כולה, וזאת, מהחשש כי מדובר בהודעת שווא [...] בחינת ההצדקות לזכויות חשודים מגלה מערך כפול. תכליתן האחת [...] למנוע פגיעה בחשוד ובזכויות האדם שלו [...] תכלית חשובה לא פחות [...] גילוי האמת במשפט הפלילי. במקום בו גורמי החקירה שותלים ראיות או מסייעים להתגבשותן, בין אם במכוון בין אם ברשלנות, מתערערת עצם מהותו של ההליך הפלילי [...] אף לפי התמליל שהוגש לבית המשפט קמא על ידי המשיבה, עולה חשד ממשי שגורמי החקירה סייעו בגיבוש גרסה שלמה המפלילה את שלושת החשודים [...] חשד זה יכול להוביל, במקרים חריגים, אף לפסילתה של הראייה כולה. ודוק, כלל הפסלות ההלכתי התפתח בעיקר בהקשר של פעולות חקירה אסורות, אף במקום בו אלו אינן מטילות ספק באשר לאמיתותן של הראיות [...] במקרה בו פעולות החקירה האסורות יוצרות חשש של ממש לעצם מהימנותה של הראייה מן הראוי להחמיר ברף המשפטי הדרוש לשם קבלתה.<sup>40</sup>

39 שם, בעמ' 19–23 (הקטע שכותרתו "קביעת בית המשפט אודות העדויות שנשמעו בפניו").

40 עניין זינאתי, לעיל ה"ש 36, בעמ' 26–27. בהמשך מונה בית המשפט חולשות נוספות רבות של הודעתו של בדוי: "אין ספק כי הודעתו של בדוי דרושה חיזוק משמעותי ביותר [...] ראשית, מדובר באמרת חוץ אותה קיבל בית המשפט על בסיס סעיף 10א לפקודה. שנית, מדובר באמרה של שותף לדבר עבירה בזמן שמשפטו מתנהל [...]" (השוו: בוועז סנג'רו "עדות שותף לעבירה: יעילות מול

משפטים על אתר ד תשע"ב כלל פסילת הראיות שהושגו באמצעים פסולים מתפתח, אך עדיין ללא נכונות לשלם מחיר חברתי (ולזכות אשם בעבירה חמורה שעודנו חי)

כיצד מיישם בית המשפט תובנות אלה בעובדות המקרה? מה על בית המשפט לעשות ב"ראיה" חלשה כל כך, שהיא סיפורו של חשוד ברצח אשר מקבל את הצעתו ואת הדרכתו הצמודה של מדובב אקטיבי מאוד ומספר סיפור המפליל אדם אחר בתקווה לשפר בכך את מצבו? האם יש ערך ראיתי (בהבדל אולי מערך פסיכולוגי או ספרותי) כלשהו ל"ראיה" שכזו? אין כיום ראיה שהיא כה חזקה ומדויקת עד כי יש בכוחה להוכיח לבדה את האשמה מעבר לספק סביר, ולפיכך הוצע לקבוע כלל משפטי שימנע הרשעה על סמך ראיה יחידה כלשהי בהיעדר ראיה נוספת המהווה סיוע עצמאי ומשמעותי.<sup>41</sup> כך כשמדובר בראיה רגילה. בענייננו, כפי שהראה בית המשפט, מדובר ב"ראיה" שיש בה פגמים רבים כל כך ושהיא לא אמינה כבר ממבט ראשון, ולפיכך נכון היה לדחותה בשתי ידיים. במקום זאת הסתפק בית המשפט העליון בקביעה שנדרשת כאן "מסכת ראיתית תומכת חזקה ביותר, ובכללה אף ראיה אחת לפחות העולה לכדי רמה של סיוע".<sup>42</sup> חרף הביקורת החריפה על פעולת גורמי החקירה בית המשפט אמנם כותב על האפשרות לפסול הודעה כזו לחלוטין, אך בפועל מסתפק במעין-פסילה, בייחסו להודעה משקל אפסי. כלומר, אין נכונות להיפרד מהראיה חרף פגמיה הרבים. מכאן עובר בית המשפט לבחינת הדברים שהתקבלו על ידי בית המשפט המחוזי כ"ראיות לחיזוק", משתומם כיצד התקבלו, ולא נותר לקוראי פסק הדין אלא להשתומם עמו. שוב ושוב מוכיחים בתי המשפט את אמרתו בת-האלמוות של קארל פופר, שלפיה לכל תאוריה – גם לתאוריה "מדעית" מוטעית מראשיתה – אפשר למצוא ראיות תומכות

אמת – על ביטול הלכת קינזי" ספר גבריאל בן 335 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בן עורכים, 2011) (הספר להלן: ספר בן). "שלישית, מדובר בעד שותק הכופר בעדותו [...] רביעית, בית המשפט קבע שמהימנותו של העד חלקית, ופילג את עדותו [...] לאלו, נוספים שני מקורות נוספים [...] אברן תיעוד החקירה על ידי גורמי החקירה (דרישה העולה במקרה זה לכדי דרישת סיוע ראיתי), ומעורבותם של גורמי החקירה בעיצוב גרסת העד, המטילה ספק במהימנותה של הראיה [...] אף לגופו של עניין, המבחינים שנקבעו בפסיקה לבחינת מהימנותה של הודעת חוץ של עד אינם מצביעים על כך שמדובר בגרסה מהימנה [...] בבחינה הפנימית של ההודעה מתגלות סתירות ואי שלמויות [...] גם מבחינה חיצונית כלל לא ברור שהחזיקים למהימנות הראיה גוברים על החשש למהימנותה הנובע מהפער המשמעותי בין תיאור הרצח על ידי בדוי לבין ממצאי חוות הדעת הפתולוגית" (עניין זינאתי, לעיל ה"ש 36, בעמ' 30–31).

41 Boaz Sangero & Mordechai Halpert, *Why A Conviction Should not be Based on A Single Piece of Evidence: A Proposal for Reform*, 48 JURIMETRICS J. 43 (2007); Boaz Sangero & Mordechai Halpert, *Proposal to Reverse the View of a Confession: From Key Evidence Requiring Corroboration to Corroboration for Key Evidence*, 44 U. MICH. J.L. REFORM 511 (2011); מרדכי הלפרט ובוטו סנג'רו "מפְּשֵׁל החלפת ההתניות להרשעה מוטעית על סמך הודאה – סולימאן אל עבד כמקרה מבחן (הצעה להיפוך בתפיסת ההודאה: מראיה מרכזית המחפשת תוספת, לתוספת אפשרית לראיות מוצקות)" מחקרי משפט כו 733 (2010).

42 עניין זינאתי, לעיל ה"ש 36, בעמ' 31.

אם רק משתדלים למצאן.<sup>43</sup> מדובר בין היתר באלה: מניע לרצח שאינו מתקבל על הדעת; אליבי שלא הופרך כלל אך משום מה בית המשפט המחוזי ראה ב"הפרכתו" חיזוק לאשמה; פירוש מאולץ של הקושי של הנאשם לזכור פרטים כמלמד על גרסה כבושה ועל שקר; אמירות "מפלילות" שאינן כאלה כלל; "שקרים" בחקירה, שאפילו אם שקרים הם, הרי שהם שוליים וזניחים; קבלת פרטים לא-מוכמנים-בעליל כ"פרטים מוכמנים".<sup>44</sup> מפאת קוצר היריעה לא אוכל להתעכב כאן על כל אותם דברים שונים ומשונים שהתביעה הציעה לראות בהם חיזוקים לאשמה ובית המשפט המחוזי החרה החזיק אחריה. לצערי, התרשמותי היא שהתופעה חוזרת בפסקי דין רבים של הערכאות הנמוכות, ושבדרך כלל בית המשפט העליון אינו נוטה לברר אותה, בחסות הכלל מעקר הערעורים שלפיו בדרך כלל אין מתערבים בערעור בקביעות העובדתיות של פסק הדין של הערכאה הנמוכה.<sup>45</sup> אלא שבפסק הדין בעניין זינאתי טרח השופט ג'ובראן לבצע בדיקה כזו, וממצאה צריכים להילמד בהשתלמויות לשופטים.

לפיכך החליט בית המשפט לזכות את זינאתי:

לנוכח כל האמור, לא מצאתי כי ישנן ראיות חיזוק בעלות עוצמה של ממש למעורבותו של זינאתי ברצח. בשל כך, ובשילוב עם דרישת החיזוק החמורה במיוחד הנדרשת בשל הפגמים והקשיים שבהודעתו של בדוי, הגעתי למסקנה כי מעורבותו של זינאתי ברצח לא הוכחה מעבר לספק סביר.<sup>46</sup>

האומנם? מדוע רק זיכוי "מחמת הספק"?<sup>47</sup> זהו מקרה קלטי שבו התבקש זיכוי מלא או זיכוי סתם, ולא הזיכוי הקמצני-משהו "מחמת הספק", שהרי משקלה של ההודעה של בדוי נגד זינאתי הוא אפסי, ואף לא נמצאו לה ראיות תומכות כלשהן. כידוע, שיעור הזיכויים במשפט הישראלי הוא קרוב מאוד לאפס, פרומילים אחדים.<sup>48</sup> החוק הישראלי אינו מבחין בין זיכוי לזיכוי. אך משום מה גם כשכבר מזכים, מסייגים זאת השופטים בדרך כלל כזיכוי "מחמת הספק" – המותיר בעיני רבים כתם לכל החיים. ודוק: אפילו אם מעוניינים להנהיג אצלנו הבחנה כזו, אין לעשותה באופן שרירותי. לפיכך כדי לקבוע

43. KARL R. POPPER, CONJECTURES AND REFUTATIONS 33–35 (1969).

44. עניין זינאתי, לעיל ה"ש 36, בעמ' 33–36.

45. ראו למשל עמנואל גרוס "חקר האמת והביקורת השיפוטית – התערבות של ערכאת ערעור בממצאי עובדה: עיון נוסף" ספר כך, לעיל ה"ש 40, בעמ' 225.

46. עניין זינאתי, לעיל ה"ש 36, בעמ' 36.

47. כמובהר גם בשורה האחרונה של פסק הדין, שם.

48. ראו אתר האינטרנט של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה [www.cbs.gov.il](http://www.cbs.gov.il), ובייחוד טבלה 11.3 – הרשעות במשפטים פליליים על עבירות רציניות, לפי תכונות נבחרות: [www.cbs.gov.il/shnaton58/st11\\_03.pdf](http://www.cbs.gov.il/shnaton58/st11_03.pdf). וראו ביתר הרחבה: בוועז סנג'רו ואיתי ליפשיץ "הרשעה: רק פה אחד" עלי משפט ח 347, 337 (2010).

משפטים על אתר ד תשע"ב כלל פסילת הראיות שהושגו באמצעים פסולים מתפתח, אך עדיין ללא נכונות לשלם מחיר חברתי (ולזכות אשם בעבירה חמורה שעודנו חי)

זיכוי הוא רק "מחמת הספק", יש לקבוע שהאשמה הוכחה לכל הפחות ב"מאזן הסתברויות" – 51%, כנדרש במשפט האזרחי. וכך למה? משום שאם האשמה לא הוכחה אפילו במאזן הסתברויות, הזיכוי איננו מחמת הספק כלל, ואין כל הצדקה להכתמת המזוכה. זיכוי מחמת הספק הוא מושג ייחודי למשפט הפלילי, שפירושו הוא שהאשמה הוכחה בלמעלה מ-50%, שהיו מספיקים במשפט אזרחי, אך מכיוון שאנו נזהרים (לפחות ברמה ההצהרתית) מפני הסכנה האיומה של הרשעת חפים מפשע, אנו דורשים במשפט הפלילי הוכחה של "מעבר לספק סביר" – קרוב מאוד לוודאות, ל-100%, והוכחה ברמה של 60%, 70%, 80% ואפילו 90% לא תספיק. למעשה, כשבתי המשפט מזכים, הם עושים זאת כמהלכים על ביצים – זהירות יתר שאותה היה אפשר לצפות למצוא אצלם דווקא כשמרשיעים, אפילו במקרה כמו של זינאתי, שבו למקרא פסק הדין של בית המשפט העליון נראה סביר מאוד להניח שלא היה מעורב ברצח כלל אלא כי הוא חף מפשע.

המסקנה האחרונה מעמידה את פסק הדין ואת כלל הפסילה הישראלי בפרופורציות הרואיות פחות מכפי שנדמה במבט ראשון. אכן, כמעט נפסלה הראיה שהושגה שלא כדין וניתן לה משקל אפסי. אכן, הנאשם זוכה. אכן, הוא עדיין בין החיים (עד מאה ועשרים) וטרם נשא את (מרבית) המאסר שגזר עליו בית המשפט המחוזי. אך לא היינו צריכים לשלם מחיר חברתי כלשהו כדי לשמור על זכויות הנאשם ועל הוגנות ההליך, שהרי ככלות הכול מדובר (כנראה) באדם חף מפשע.<sup>49</sup>

### ג. פסילת הודאה בפני חוקרים אך הרשעה על סמך הודאה בפני מדובב – פרשת אל-עוקה<sup>50</sup>

על רקע של סכסוך בין משפחת המערער – סלימאן אל-עוקה, מורה בבית ספר<sup>51</sup> – לבין משפחת הקרבן נרצח הקרבן. כמה מבני משפחתו של סלימאן הורשעו ברצח. השאלה הייתה אם גם סלימאן השתתף ברצח. בתחילת חקירותיו הכחיש סלימאן מעורבות ברצח וטען לאליבי. עם מעצרו הוכנס לתאו מדובב. בתחילה הכחיש גם בפניו. אך המדובב שכנע אותו שאם ימסור לו פרטים על האירוע, כולל פרטים מוכמנים, יוכל המדובב –

49 אשר לסוגיה המרכזית השנייה נושא מאמר זה – מעמד השיקולים של חומרת העבירה ושל נחיצות הראיה – סוגיה זו לא נדונה בפסק דין זה.

50 ע"פ 5956/08 אל-עוקה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.11.2011).

51 עובדת היותו מורה מוצנעת בפסק הדין ונלמדת רק באופן אגבי, מהמשפט הזה: "באשר לטענת האליבי, נקבע כי העדים שהובאו מקורבים למערער ועשו הכל על מנת לחלק אותו מאשמת הרצח ולתמוך בגרסתו לפיה היה בבוקר הרצח בביה"ס בו הוא מלמד החל משעה 07:45 לכל המאוחר" – שם, פס' 16 לפסק דינו של השופט הנדל.

באמצעות בידוי ראיות – ליצור מצג כאילו בוצע הרצח על ידי אדם אחר. לאחר שנודע לסלימאן כי שותפו לתא פעל בשליחות המשטרה וכי העביר אליה את הפתקים שכתב לו לבקשתו, הודה ברצח בפני החוקרים, טען שביצע את הרצח לכבודו ושחזר את ביצועו. בהמשך הכחיש וטען כי הודה בשל איומים שהופנו כלפיו.<sup>52</sup> בין היתר טען כי איימו עליו שאם לא יודה תועבר החקירה לשירות הביטחון הכללי וכי ייעצרו עוד בני משפחה שלו.<sup>53</sup>

כך התנהלה חקירת המערער בפני חוקרי המשטרה: בחקירותיו הראשונות הכחיש מעורבות ברצח. בהמשך "נערכה למערער חקירה נוספת בנוכחות חוקרי המשטרה והמדובב, אשר היה לבוש בבגדי שוטר וגילם תפקיד משמעותי בחקירה זו. החוקרים סיפרו למערער כי המדובב גילה להם את אשר אמר לו בתא המעצר, וכי העביר לידם את הפתקים. בשלב זה ביקש המערער להיפגש עם עורכת דינו, ואולם החוקר שרייבהנד השיב שהיא לא תוכל להצילו מדברים שאמר. אף שהמערער התעקש לפגוש את באת כוחו, לא שעו החוקרים לבקשתו. המדובב אמר למערער: 'השב"כ ייקח אותך [...] ואם תיפול בשב"כ תהיה בבעיה אחרת'. החוקר שרייבהנד הוסיף: '[...] אתה תפיל את כל המשפחה [...]]' [...] בשלב זה אמר המדובב למערער: '[...] השב"כ יאסוף את כל המשפחה שלך קטנים וגדולים [...] אם אתה רוצה שאני אוריד לך את העניין של השב"כ עכשיו אוריד לך [...] תדבר על הרצח וזהו. תדבר על עצמך. אל תדבר על אחרים [...] תגמור את הסיפור לבד [...] אם תביא את כל העורכי דין של ישראל לא עוזרים לך [...] המערער חזר על דרישתו למפגש עם עורכת דינו. בתגובה לדרישה זו אמר החוקר: '[...] אין לך אף אחד בעולם. אף אחד לא יכול לעזור לך חוץ ממני [...] היא [עורכת הדין] לא תשב במקומך בבית הסוהר [...] היא בבית קפה. היא רואה רק דולרים של סלימאן [...]]' [...] הוסבר למערער כי מונעים ממנו להיפגש עם עורכת דינו, שכן הדבר עלול להביא לשיבוש בחקירה. המערער ביקש כי תיכרת עמו 'עסקה' לפיה הוא יודה בתמורה לכך שבני משפחתו ינוקו מכל חשד. לכך הגיב החוקר שרייבהנד: 'סגור' [...] ואכן, בהמשך הדברים, הודה המערער בפני חוקריו [...] תוך שהוא חוזר ומבקש כי יובטח לו שמשפחתו לא תואשם במעשה. הוא אף התנה את ביצוע השחזור במפגש עם עורכת דינו. בתגובה נאמר למערער שוב שעורכת דינו מעוניינת אך ורק בכספו. המערער הוסיף בעדותו בבית המשפט כי נאמר לו שאם ימשיך להערים קשיים יעצרו את אמו ואשתו שתובל לחקירה 'קשורה כמו חזיר'. חוקר המשטרה ירון ליש לא הכחיש שימוש באותו ביטוי.<sup>54</sup>

ציטטתי את התיאור של חלק מהפרות החוק של חוקרי המשטרה כדי לתת לקוראים תמונה של אופן החקירה. אין זה פלא שבית המשפט העליון קבע שיש לפסול את

52 שם, פס' 3 לפסק דינו של השופט הנדל.

53 שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט הנדל.

54 שם, פס' 7 לפסק דינו של השופט הנדל.



משפטים על אתר ד תשע"ב כלל פסילת הראיות הושגו באמצעים פסולים מתפתח, אך עדיין ללא נכונות לשלם מחיר חברתי (ולזכות אשם בעבירה חמורה שעודנו חי)

ההודאה שניתנה בפני החוקרים. אך קודם לכן מעניין לראות מה קבעו באשר להודאה זו שופטי בית המשפט המחוזי בתל-אביב, טל, אמסטרדם ולבהר-שרון, משום שקביעותיהם יסייעו לנו להעריך את חולשותיה של הלכת יששכרוב:

באשר למניעת המפגש עם עורכי הדין, קבע בית המשפט קמא כי צדקו החוקרים משנקטו בגישה האמורה, שכן מפגש בין המערער לעורכת דינו היה משבש קשות את חקירת הרצח. הוסף כי מוטב היה לולא טענו החוקרים כי עורכת דינו של המערער אינה מתעניינת בו אלא רק בכספו. לצד זאת נקבע כי אין בדברים אלה כדי לגרום לפסלות הודאתו. הודגש כי מקרה זה שונה תכלית השינוי מאשר המקרה שנדון בהלכת יששכרוב [...] שם המדובר היה בעבירה קלה של החזקת סם לשימוש עצמי ולא בעבירה של רצח.<sup>55</sup>

אם יש תוכן ממשי לדרישת סעיף 12 לפקודת הראיות כי ההודאה תהיה חופשית ומרצון, היה צריך לקבוע שההודאה איננה חופשית ומרצון ולדחותה מכול וכול. אפילו לפי הפרשנות המצמצמת שניתנה לחקיקה זו בפסק הדין בעניין יששכרוב, שלפיה ההודאה תיפסל על פי סעיף 12 אם נגבתה תוך "פגיעה משמעותית וחמורה באוטונומית הרצון ובחופש הבחירה של הנאשם במסירת הודאתו בחקירה",<sup>56</sup> היה מתבקש לעשות כן כבר במסגרת סעיף 12 לפקודה, עוד בטרם נגיע לכלל פסילת הראיות החדש שנקבע בהלכת יששכרוב. למסקנה מתבקשת לדעתי זו לא הגיעה אף אחת משתי הערכאות. אך לעומת שופטי בית המשפט העליון, שפסלו נכונה את ההודאה בפני החוקרים על פי כלל פסילת הראיות שנקבע בהלכת יששכרוב, הנה שופטי המחוזי לא מצאו כלל לנכון לפסלה, וזאת בהתבססם על השיקול של חומרת העבירה.

השופט הנדל מונה ארבעה שיקולים כנגד שיקול חומרת העבירה כנימוק להימנע מפסילת ראיה שהושגה שלא כדין: הראשון – "אבולוציית הפסיקה", כלומר התפתחותה המתבקשת; השני – חומרת עבירת הרצח מעצימה את הפגיעה ברצון החופשי ובאוטונומיה של הנאשם ופועלת בכיוון פסילת הראיה; השלישי – כבר בהלכת יששכרוב יש הסתייגות (של השופטת ביניש) משיקול חומרת העבירה; הרביעי – אין להנמיך את רף הספק הסביר בעבירה חמורה.<sup>57</sup> לפיכך השופט הנדל קובע כי אין להתחשב בשיקול של חומרת העבירה. לכאורה אפשר לפרש את דברי השופט הנדל גם מעט אחרת, כביכול אין להתחשב בשיקול חומרת העבירה (רק) נוכח פגיעה חמורה בזכות הנאשם. לדעתי זוהי פרשנות מוטעית. אילו זו הייתה מלוא כוונתו, היה יכול להסתפק באחד בלבד מארבעת הנימוקים שהביא. הערכתי היא שניסוחו של השופט

55 שם, פס' 8 לפסק דינו של השופט הנדל.

56 עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 1, פס' 34 לפסק הדין.

57 עניין אל-עוקה, לעיל ה"ש 50, פס' 12 לפסק דינו של השופט הנדל.

הנדל הוא ניסוח מנומס, שנועד לא לפגוע בשופטים שקבעו את הלכת יששכרוב. ממכלול טיעוניו די ברור שלשיתו אין להתחשב בשיקול של חומרת העבירה. ודוק: נימוקו השני שלעיל מצביע על שרשרת לוגית כדלקמן: אם העבירה חמורה, אזי הפגיעה בזכויות הנאשם גדולה, ולכן יש לפסול את הראיה שהושגה באופן פסול אף על פי (ולמעשה גם בשל כך) שהעבירה היא חמורה. לאחר שמדקדקים בשרשרת לוגית זו, נראה שהיא מאיינת את שיקול חומרת העבירה, כראוי לדעתי, שהרי בכל פעם שלכאורה תעלה חומרת העבירה כשיקול רציני שלא לפסול את הראיה, יהיה מן הסתם מדובר בעבירה חמורה ותהיה פגיעה חמורה בזכות הנאשם אשר תנטרל את שיקול חומרת העבירה.

כפי שמבהיר השופט הנדל, פסילת הראיה כאן מתבקשת גם על סמך התקדים של פרשת אלזם,<sup>58</sup> שכן בשני המקרים נשללה מהנחקר זכותו להיוועץ בסנגור, בשני המקרים הכפישו המדובבים או החוקרים את הסנגור וגרמו לנחקר להודות ללא היוועצות, בשני המקרים הופרה זכות הנחקר להליך הוגן, ובשני המקרים מדובר בעבירה חמורה – רצח.<sup>59</sup> גם השופט דנציגר דוחה את שיקול חומרת העבירה: "מצטרף אני לקביעתו של השופט הנדל כי כאשר מדובר בהפרה חמורה של הזכות להליך הוגן, הרי שעצם חומרת העבירה אינה יכולה להצדיק את הכשרת הראיה שהושגה באופן הסותר את הזכות להליך הוגן".<sup>60</sup>

אשוב לפסק הדין המרכזי, של השופט הנדל. לאחר פסילת ההודאה שניתנה בפני החוקרים נדונה ההודאה שניתנה קודם לכן בפני המדובב. המערער טען כי המדובב איים עליו. בית המשפט המחוזי לא קיבל טענה זו. בית המשפט העליון נשען על הלכת אי-ההתערבות בממצאים עובדתיים מעקרת הערעורים ולא התערב בקביעה זו. לפיכך ההודאה בפני המדובב התקבלה כקבילה והרשעת המערער אושרה. אלא שלאור הדברים שהובאו לעיל מתוך פסק הדין, ספק אם היה נכון לקבל הודאה שניתנה בפני מדובב כה אקטיבי, אשר הציע לנאשם "להפיל את התיק" על אחר ויצר מצג שווא כי ביכולתו לעשות כן.<sup>61</sup>

58 עניין אלזם, לעיל ה"ש 8.

59 עניין אל-עווקה, לעיל ה"ש 50, פס' 10-11 לפסק דינו של השופט הנדל.

60 שם, פס' 6 לפסק דינו של השופט דנציגר. השופט מצטט בהסכמה מאחד המאמרים את הדברים האלה: "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" (סנגירו "כלל פסילת הראיות", לעיל ה"ש 1, בעמ' 109).

61 ראו סנגירו "השימוש בתחבולות ובמדובבים", לעיל ה"ש 8; פלסר, לעיל ה"ש 29.

משפטים על אתר ד תשע"ב כלל פסילת הראיות הושגו באמצעים פסולים מתפתח, אך עדיין ללא נכונות לשלם מחיר חברתי (ולזכות אשם בעבירה חמורה שעודנו חי)

אם ננקוט גישה אופטימית, הרי שלפנינו פסק דין נוסף שבו בית המשפט העליון מפעיל את הלכת יששכרוב – ואף משפר אותה תוך השמטת שיקול חומרת העבירה – ופוסל ראייה (ההודאה בפני חוקרי המשטרה) שהושגה שלא כדין. אם ננקוט גישה פסימית, הרי ששוב מדובר בהצהרה על מחויבות לשמירה על זכויות הנחקר ועל הוגנות ההליך מבלי לשלם את המחיר החברתי של זיכוי אדם שעשוי להיות אשם, שהרי המערער מורשע על סמך ראייה אחרת שלא נפסלת (ההודאה בפני המדובב).<sup>62</sup>

#### **ד. גישות עקרוניות מנוגדות בקרב שופטי בית המשפט העליון – פרשת שמש והרכבת**

בפסק הדין בפרשת שמש<sup>63</sup> התעוררה השאלה אם אפשר להשתמש בכלל פסילת הראיות שנקבע בהלכת יששכרוב גם בשלב מוקדם (בהליך לפי סעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש), התשכ"ט–1969) כדי למנוע העברה למשטרה של הודעות שגבתה ועדת בדיקה פנימית של הרכבת מעובדיה בהבטיחה שלא להעבירן לגוף אחר. בפסק הדין הקודם באותה פרשה, שנתן הרכב של שלושה שופטים של בית המשפט העליון, ניתנה לכך תשובתם החיובית של שופטי הרוב דנציגר ורובינשטיין. בדיון הנוסף, בהרכב של שבעה שופטים, נהפכה הקערה על פיה ברוב דעות. פסק הדין העיקרי של שופטי הרוב נכתב על ידי השופטת ביניש, אשר חזרה על קביעתה בהלכת יששכרוב, שלפיה הרציונלים להלכה הם רק שניים משלושה אפשריים: הרציונל הפרוטקטיבי – הגנה על זכויות הנחקר – והרציונל של שמירה על הלגיטימיות של פסק הדין, על סמכותה המוסרית של המערכת המשפטית ועל טוהר ההליך השיפוטי. הרציונל שאותו

62 לסקירת פסיקה כזו בבתי המשפט המחוזיים ראו Blum, לעיל ה"ש 1.

הערה אחרונה בשולי פסק הדין בעניין אל-עוקה היא שפסיקת בית המשפט העליון בשנים האחרונות באשר להבחנה בין מבצע-בצוותא לבין מסייע, שעליה מסתמך גם כאן בית המשפט, ושלפיה כביכול "השתתפות בביצוע העבירה אינה מחייבת נטילת חלק בעשיית מעשה העבירה, אלא יכולה לבוא לידי ביטוי בתכנון ובניהול הפעולה שבמסגרתה מתבצעת העבירה" (עניין אל-עוקה, לעיל ה"ש 50, פס' 21 לפסק דינו של השופט הנדל) איננה מתיישבת עם לשונו הברורה והמפורשת של החוק. סעיף 29(ב) לחוק העונשין, התשל"ז–1977, ס"ח 226 מגדיר את המבצע-בצוותא כך: "המשתתפים בביצוע עבירה תוך עשיית מעשים לביצועה, הם מבצעים בצוותא, ואין נפקה מינה אם כל המעשים נעשו ביחד, או אם נעשו מקצתם בידי אחד ומקצתם בידי אחר". הדגשתי את ארבע המילים "תוך עשיית מעשים לביצועה" לא רק משום שהפסיקה נוטה להתעלם מהן או לרוקנן מתוכן, אלא גם משום שלדעתי אין זו פרשנות אלא אלטרנטיבה לחקיקת הכנסת, ואילו עקרון החוקיות מחייב אותנו – במיוחד בתחום המשפט הפלילי שבו ההצהרה היא ש"אין עונשין אלא אם כן מזהירין" – להעדיף את לשונו הברורה, המפורשת ושאיינה טעונה פרשנות של החוק.

63 דנ"פ 5852/10 מדינת ישראל נ' שמש (פורסם בנבו, 9.1.2012).

היא שוללת הוא זה של חינוך המשטרה והרתעתה. מכיוון שלדעת השופטת ביניש כלל הפסילה מבוססת על מאזן מורכב בין אינטרסים ושיקולים רבים, הרי שלדעתה לא ניתן לעשותו בשלב מוקדם, אלא רק בתום המשפט העיקרי.

בראייה אופטימית אבקש למצוא את עתידו של כלל פסילת הראיות בעמדת המיעוט של השופט דנציגר, שאלה הצטרף גם השופט רובינשטיין,<sup>64</sup> ושקרובה גם לעמדת השופט הנדל בפסק הדין בעניין אל-עוקה, שעליו עמדנו לעיל. עמדה זו משקפת גישה שונה לחלוטין לזכויות החשוד והנאשם, להליך ההוגן ולמשפט הפלילי. להערכתנו זוהי גישה ראויה יותר. מכיוון שגישת הרוב זכתה לביטוי רב בפסיקה, אבקש להדגיש כאן כמה דברים מתוך עמדת המיעוט, בתקווה שיהפכו בעתיד לנחלת הרוב.

ראשית, לדעת השופט דנציגר יש לאמץ את המודל הקנדי ולהרחיב את תחולת ההלכה באופן שלא תיסוג מפני האינטרס הציבורי: "מאז שנפסקה הלכת יששכרוב חלף פרק זמן לא קצר המאפשר לנו לבחון את היקף ההגנה שהיא מספקת לזכויותיהם של נחקרים, חשודים ונאשמים. לטעמי, הלכה זו אינה מספקת את ההגנה הנדרשת וסבורני כי טוב נעשה אם נדע להתאים את הדוקטרינה שיובאה מתוך המשפט הקנדי להתפתחויות המאוחרות שחלו במשפט הקנדי [...] שכן ישנן פגיעות בזכות להליך הוגן שלא ניתן לעבור עליהן לסדר היום בשם 'האינטרס הציבורי' גם אם עסקינן בעבירה חמורה וגם כאשר הראיה חיונית להוכחת האשמה".<sup>65</sup>

השופט עומד על התפתחות המשפט הקנדי בעניין זה: "בהמשך מדגישים מרין וקיטאי-סנג'ור כי בהתאם להתפתחות פסיקתית זו, כאשר במשפט הקנדי נעשית קביעה לפיה השגת הראיה כרוכה בהפרת הזכות להליך הוגן, לא ניתן יהיה להכשיר את הראיה בשם האינטרס הציבורי שבמיצוי הדין עם האשמים" ומקבל את המלצת המחברים שלא לנסח את כלל הפסילה באופן מצמצם. אכן, "התערבות שיפוטית בדיעבד עשויה להיות מעט מדי ומאוחר מדי גם במובן זה שיתכן כי לא ניתן יהיה לפסול את הראיה [...] כמעט תמיד ניתן יהיה להצדיק מבחינה רטורית קיומו של אינטרס ציבורי [...] ריקון זכות זו מתוכן ממש".<sup>66</sup> בעניין זה אוסיף כי דווקא אם ימנע בית המשפט מהמשטרה להשיג ראיה באופן בלתי חוקי, אם הנאשם אכן אשם, לא בהכרח יביא הדבר לזיכויו, שכן המשטרה תדע מבעוד מועד שעליה לחקור כראוי ולאחר ראיות אחרות המסייעות לבירור האמת. דווקא הפסילה בתום המשפט היא שעשויה להפגיע את המשטרה ואת התביעה ולהביא לידי זיכויו של אשם.

שנית, השופט דנציגר איננו מסכים לצמצום הרציונלים של כלל הפסילה ומציע להביא בחשבון גם את "המודל המתקן", המייחס חשיבות לחינוך גורמי החקירה

64 אם כי הנמקתו של השופט רובינשטיין מבוססת בעיקר על חובת ההגנות כלפי עובדי הרכבת – שם, פס' ב לפסק דינו.

65 שם, פס' 8 לפסק דינו של השופט דנציגר. וראו הרחבה נוספת שם, פס' 31 לפסק דינו.

66 שם, פס' 8–9 לפסק דינו של השופט דנציגר.

משפטים על אתר ד תשע"ב כלל פסילת הראיות הושגו באמצעים פסולים מתפתח, אך עדיין ללא נכונות לשלם מחיר חברתי (ולזכות אשם בעבירה חמורה שעודנו חי)

ולהרתעתם.<sup>67</sup> אכן, לא ברור מה ראתה השופטת ביניש לנכון לוותר על רציונל חשוב כל כך. כפי שמבהיר נכונה השופט דנציגר, הגישה המציבה את בית המשפט כמשקיף מן הצד בשעה שלנגד עיניו מתרחשת פגיעה בזכות להליך הוגן איננה משרתת את האינטרס הציבורי שבשמו היא טוענת.<sup>68</sup> השופט מציין נכונה כי "גם אם תפסל בסופו של יום ראייה מכוח הזכות להליך הוגן הרי שאין הכרח כי ראייה נגזרת שהושגה באמצעותה ובעקבותיה תפסל אף היא".<sup>69</sup> להערכתי, משמעות גישה של השופטת ביניש בהקשר זה צפויה להיות מתן אור ירוק לחוקרי המשטרה להשיג ראיות גם שלא כדין, שהרי אפילו אם תיפסלנה בסופו של דבר – אפשרות שהיא רחוקה למדי נוכח ריבוי הסייגים והשיקולים שבהלכת יששכרוב – בכל זאת ייתכן שתסייענה למשטרה להשיג ראיות אחרות, נגזרות, שלא תיפסלנה. זהו מסר מורכב עד כדי סתירה פנימית, שאיננו ראוי במדינת חוק (שאמור לחייב גם את המשטרה) המכבדת את זכויותיהם של חשודים ונאשמים.<sup>70</sup>

שלישית, בהמשך לפסקי הדין בפרשות פרחי ואל-עוקה, שעליהם עמדנו לעיל, גם כאן דוחה השופט דנציגר את השיקולים של חומרת העבירה וחיוניות הראייה להוכחת האשמה, אשר הוזכרו בהלכת יששכרוב.<sup>71</sup> לכאורה אפשר לחשוב שאין זו עמדת הרוב. אולם לאחר שעמדה דומה הובעה בכמה פסקי דין קודמים מפי כמה שופטים שונים של בית המשפט העליון בדעות רוב, כפי שראינו לעיל, ובמיוחד לאחר שבפסק הדין הנוכחי – בעניין שמש והרכבת – חרף המחלוקת הקשה שניטשה בין השופטת ביניש והשופט דנציגר<sup>72</sup> לא חלקה אפילו השופטת ביניש על הפקדה מהשיקולים של חומרת העבירה

67 שם, פס' 14–15 לפסק דינו של השופט דנציגר.

68 שם, פס' 12–13 לפסק דינו של השופט דנציגר.

69 שם, פס' 14 לפסק דינו של השופט דנציגר.

70 אכן, כפי שכתב השופט דנציגר: "התעקשותה של המשטרה לשים ידיה על ההודעות הגולמיות של עובדי הרכבת שנמסרו לפני ועדות הבדיקה הפנימיות, על אף שהיה ביכולתה של המשטרה לזמן את העובדים לחקירה כדין, יכולה לכאורה להצביע על המניע העומד מאחורי בקשתה של המשטרה. ככל הנראה, באמצעות הודעות אלה מבקשת המשטרה לאתר ראיות מפלילות אחרות שיוגשו במשפט מבלי להתמודד עם המגבלות שניצבות בפניה המונעות ממנה התנהלות הפוגעת שלא כדין בזכות הנחקר להליך הוגן". שם, פס' 17 לפסק דינו של השופט דנציגר.

71 שם, פס' 9 לפסק דינו של השופט דנציגר.

72 בעניין זה ברצוני להסתייג מהערתה של השופטת ביניש, שלפיה כביכול "דומה כי בחוות דעתו של השופט דנציגר חל בלבול בין השלבים השונים של ההליך הפלילי, ובפרט בין שלב השגת הראיות לשלב ההכרעה בקבילותן". שם, פס' 30 לפסק דינה. ראשית, אם נחזין הדבר למאן דהוא, השופט דנציגר הבהיר היטב כי אין כאן כל בלבול – שם, פס' 25–31 לפסק דינו. שנית, גם בטרם קריאת הסברו ברור לקוראים האינטליגנטיים כי המחלוקת איננה בין שופטת בעלת משנה סדורה לבין שופט מבולבל, אלא מדובר במחלוקת עקרונית מאוד באשר למידת המחויבות של בית המשפט לשמירה על זכויות חשודים ונאשמים ועל הוגנות ההליך, מחלוקת קלסית בין גישה של crime control לבין גישה

ונחיצות הראיה, סבורני כי אפשר לקבוע שזוהי כבר הלכת יששכרוב המעודכנת. על שופטי הערכאות הנמוכות לחדול לחלוטין לנסות להכשיר ראיות שהשיגה המשטרה באמצעים פסולים בשמן של חומרת העבירה ושל נחיצות הראיה. כפי שראינו, טעות כזו של השופטים טל, אמסטרדם ולבהר-שרון בעניין אל-עוקה תוקנה על ידי בית המשפט העליון.<sup>73</sup>

לבסוף, מה אפשר ללמוד מפסק הדין האחרון באשר לשאלה העומדת במרכז מאמרי זה – שאלת נכונותו של בית המשפט לשלם מחיר חברתי תמורת השמירה על זכויות האדם ועל הוגנות ההליך? נראה כי לשופטי המיעוט יש נכונות כזו, אולם לשופטי הרוב, ובמיוחד לשופטת ביניש אשר חתומה על פסק הדין המרכזי, עדיין אין נכונות כזו. בהבדל מאלום, עובדי הרכבת הם בין החיים (עד מאה ועשרים). בהבדל מזינאתי, שנראה כי הוא חף מפשע, ייתכן שהם אשמים. בהבדל מיששכרוב, טרם נשאו הם בעונש. העבירה אמנם איננה חמורה – לא ברצח מדובר אלא בגרימת מוות ברשלנות – אך ייתכן שיתברר במהלך המשפט שהודעותיהם אשר נמסרו בעקבות הבטחה שלא תועברנה לאחרים (לרבות ובמיוחד למשטרה, כמובן), תהיינה נחוצות לפרקליטות לשם השגת הרשעה. ייתכן גם שלא. ייתכן מאוד שיש לפרקליטות די ראיות, שהרי הגישה כתב אישום גם ללא הראיה שבמחלוקת. נראה כי אפילו את הסיכון הקטן שדווקא ההודעות הללו תהיינה נחוצות לפרקליטות אין השופטת ביניש מוכנה לקבל כדי לשמור על זכויות ועל הוגנות – ולא רק ברמה ההצהרתית: Crime Control; שליטה בפשיעה; חוק וסדר; ללא "בלבול".<sup>74</sup>

### ה. הלכת יששכרוב המשופרת – חומרת העבירה ונחיצות הראיה אין מונעות פסילת ראיה שהושגה שלא כדין – פרשות בן חיים, ג'בלי ועייש

כפי שהראיתי לעיל, בסדרה של פסקי דין שניתנו על ידי בית המשפט העליון בחודשים האחרונים נקבע כי אין להכשיר ראיה שהושגה באופן פסול מהשיקולים של חומרת העבירה ונחיצות הראיה. בכל זאת, ובשל חשיבותה הרבה של קביעה זו, בחרתי לייחד לה פרק זה, גם אם מכיל הוא רק הפניית תשומת הלב לעולה באופן ברור מן הפרקים הקודמים.

של due process. שלישית, אם בכל זאת הייתי צריך לבחור בין "בלבול" המוליך לקיום הבטחה של הלכת יששכרוב לשמור על זכויות אלה לבין "סדר" המוליך להוכחה נוספת שהלכת יששכרוב כמעט ריקה מתוכן, ללא היסוס הייתי בוחר ב"בלבול".

73 לעיל, ה"ש 54-60 והטקסט הצמוד להן.

74 ראו לעיל ה"ש 72.

משפטים על אתר ד תשע"ב כלל פסילת הראיות שהושגו באמצעים פסולים מתפתח, אך עדיין ללא נכונות לשלם מחיר חברתי (ולזכות אשם בעבירה חמורה שעודנו חי)

לאחר כתיבת המאמר ניתן בבית המשפט העליון פסק דין חשוב נוסף בנושא המאמר, העוסק בשלוש פרשות: בן חיים, ג'בלי ועייש.<sup>75</sup> הקביעה המרכזית שבפסק הדין היא כי אמנם "בהעדר מקור סמכות אחר ובנסיבות המצדיקות זאת, הסכמתו של אדם לעריכת חיפוש על גופו, בכליו או בביתו עשויה להוות מקור סמכות עצמאי לביצוע החיפוש", אולם – ועל כך יש לשבח את בית המשפט – "תנאי לכך הוא שאותה הסכמה תהיה הסכמת אמת מודעת ורצונית. כדי להבטיח זאת אין די בבקשת הסכמתו של האדם [...] אלא יש להבהיר לו במפורש כי נתונה לו הזכות לסרב לביצוע החיפוש וכי הסירוב לא ייזקף לחובתו [...]". משמח פחות המשך הדברים: "איננו רואים לקבוע כי ההסכמה לביצוע החיפוש צריכה להינתן בהכרח בכתב".<sup>76</sup> לטעמי, משכנעת וראויה יותר היא עמדת המיעוט של השופט דנציגר, שלפיה בהיעדר הסכמה בחוק לביצוע החיפוש אין הסכמת האזרח לביצוע החיפוש יוצרת סמכות למשטרה יש מאין.<sup>77</sup>

לענייננו הנוכחי – השאלה אם חומרת העבירה ונחיצות הראיה מונעות פסילת ראיה שהושגה שלא כדין – סבורני כי פסק הדין החדש הוא חיזוק למסקנתי כי התשובה המתגבשת בבית המשפט העליון היא שלילית. השופטת ארבל איננה מתייחסת כלל לשיקולים אלה. השופט דנציגר (בדעת מיעוט, אך לאו דווקא בעניין זה) יוצא נגדם נחרצות תוך סקירתם של פסקי דין של בית המשפט העליון התומכים בעמדתו.<sup>78</sup> ואפילו השופטת ביניש, הרוח החיה והדומיננטית שמאחורי הלכת יששכרוב, נמנעת מלגונן על

75 רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.3.2012).

76 שם, פס' 31 לפסק דינה של השופטת ביניש. יצוין כי ההנמקה של השופטת ביניש היא לדעתי לא משכנעת: "דומה כי דרישה כזו עשויה לסרב ולהאריך את הליך החיפוש המתקיים פעמים רבות בתנאים של לחץ או צורך מיידי [...] יש לקבוע כי מייד ובסמוך לאחר עריכת החיפוש בהסכמה ירשום השוטר שערך את החיפוש זכרון דברים או תרשומת בדבר נסיבות החיפוש שנערך. כך, יוותר תיעוד אמין ומדויק [...]". ראשית, כשמדובר בשמירה על זכות האדם לחירות ולכבוד המאמץ הקטן הנוסף כדאי מאוד. שנית, אם אכן מתקיימים "תנאים של לחץ או צורך מיידי", ייתכן שממילא קיימת עילת חיפוש אחרת, המוסדרת בחוק, כגון קיומו של חשד סביר. שלישית, אם ממילא צריך לכתוב לאחר החיפוש זכרון דברים, אובדת גם היעילות שבזיכרון על ההחלטה על טופס הסכמה, ולשם יצירת "תיעוד אמין ומדויק" אין ספק שעדיפה הדרך האחרונה. רביעית, כל ההתייחסות של השופטת ביניש לסוגיה מעידה על מתן אמון רב מאוד – לטעמי רב מדי – בדיוק הדיווח של השוטרים.

77 שם, פס' 3 לפסק דינו של השופט דנציגר, שנימק זאת כך: "משני טעמים עיקריים: הראשון מבוסס על עקרון חוקיות המנהל; והשני מבוסס על פערי הכוחות המובנים במצב דברים בו איש מרות 'מבקש' מאדם מהישוב לערוך חיפוש עליו או בכליו [...] כל מה שלא הוסמכה הרשות לעשות הרי שאינה מוסמכת לעשותו (זאת גם בהינתן הסכמה)".

78 שם, פס' 2 לפסק דינו של השופט דנציגר, תוך הטעמה כי גם עצם היות הראיה חפצית אינו מונע את פסילתה.

שיקולים אלה בעת שירת הברבור שלהם: "חשוב לציין עם זאת, כי שאלת ההתחשבות בפרמטרים אלה אינה נקייה מקשיים והיא לא הוכרעה בעניין יששכרוב".<sup>79</sup> לבסוף, לעניין התזה המרכזית של מאמר זה נראה כי גם פסק הדין האחרון תומך בה: אמנם שניים משלושת הנאשמים זוכו לאחר שנקבע שהחיפוש היה ללא סמכות והראיות שנמצאו בחיפוש נפסלו, אולם דובר בעבירות קלות – החזקת סכין, שהיא במהותה לכל היותר<sup>80</sup> עבירת הכנה, והחזקת סם מסוג בופרנורפין במשקל 0.2908 גרם בלבד.<sup>81</sup> אשר לנאשם השלישי, שבביתו נמצא סם אסור בכמות ניכרת, ממילא נקבע כי הייתה לשוטרים סמכות חיפוש, שאיננה מבוססת על הסכמתו אלא על עילת חיפוש המעוגנת בחוק, ולפיכך הרשעתו נותרה על כנה.<sup>82</sup> לכן שוב לפנינו הצהרה על מחויבות לשמירה על זכויות החשוד ולהליך הוגן מבלי לשלם מחיר חברתי כנדרש.

### אחרית דבר – כלל הפסילה (וההרשעה) הישראלי – לאן?

"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 מסוימות ומבחינות מסוימות".

79 שם, פס' 34 לפסק דינה של השופטת ביניש. השופטת מזכירה שמדובר בעבירות קלות כשיקול נוסף לפסילתן. ייתכן שזה יהיה מעמדו החדש של שיקול חומרת העבירה: קלות העבירה כשיקול נוסף לפסילת הראיה, ואילו חומרת העבירה איננה שיקול להימנעות מפסילתה.

80 "לכל היותר" – משום שהגדרתה הארכאית של העבירה שבסעיף 186 לחוק העונשין אפילו לא דורשת מטרה לבצע פשע באמצעות הסכין. מכיוון שאפילו בניסיון הפלילי נדרשת מטרה להשלים את העבירה, קל וחומר שיש לדרוש מטרה דומה כשמדובר בסך הכל בעבירת הכנה.

81 שם, פס' 6 לפסק דינה של השופטת ביניש.

82 שם, פס' 10 לפסק דינה של השופטת ביניש (בהתבסס על ס' 25 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 – "יש לשוטף יסוד להניח שמבצעים שם פשע, או שפשע בוצע שם זה מקרוב"; ועל מידע מודיעיני שהגיע למשטרה בלילה שקדם ליום שבו נערך החיפוש בשעות אחר הצהריים).



משפטים על אתר ד תשע"ב כלל פסילת הראיות שהושגו באמצעים פסולים מתפתח, אך עדיין ללא נכונות לשלם מחיר חברתי (ולזכות אשם בעבירה חמורה שעודנו חי)

דברים אלה לא נכתבו בהתייחסות ישירה להלכת יששכרוב. כך כתב הפילוסוף פרידריך ניטשה, הרבה לפני הלכה זו.<sup>83</sup> חרף ההתקדמות המסוימת שבפיתוח כלל פסילת הראיות הישראלי שנקבע בהלכת יששכרוב בחמשת פסקי הדין האחרונים אשר נדונו במאמר זה, על שופטינו לעשות עוד הרבה יותר כדי שנתרחק מתיאורו המטריד של ניטשה. חסרות לנו כמה פסילות של ראיות שהושגו שלא כדין שתוצאתן תהיה זיכוי של נאשמים העשויים להיות אשמים בעבירות שאינן קלות, שטרם נשאו בעונש ושעודם בין החיים, כדי שנוכל לומר שגם במשפט הישראלי יש כלל פסילת ראיות אפקטיבי, שבאמצעותו שומרים השופטים על זכויות חשודים ונאשמים ועל הוגנות ההליך.

83 פרידריך ניטשה לגניאלוגיה של המוסר 286 (ישראל אלדד מתרגם, 1968).