

דוקטרינת הפסילה הפסיקתית ותחולתה על עדים

מאת

גיא רובינשטיין* ומשה סרוגוביץ**

תקציר

בשנת 2012 קבע בית המשפט העליון כי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית (הלכת יששכרוב) עשויה לחול גם במצבים שבהם האמצעי הפסול שהביא להשגת הראייה הופנה כלפי עד בחקירתו, ולא רק כשהאמצעי הפסול הופנה כלפי הנאשם. עם זאת, הפסיקה טרם הכריעה בשאלה אם נכון להחיל קטגורית ואפריורית אמות-מידה מחמירות יותר לפסילת ראייה כשהאמצעי הפסול שימש להשגת ראייה בחקירתו של עד. ברשימה זו נטען כי ראוי להחיל את הלכת יששכרוב במלואה גם בעניינם של עדים, בדומה להחלתה בעניינם של נאשמים.

מבוא

א. פסיקת בית המשפט העליון בסוגיה

1. עניין ז'אנו

2. עניין יהודה

* עורך-דין, סטודנט לתואר מוסמך במשפטים (LL.M.) באוניברסיטת Harvard שבקיימברידג', מסצ'וסטס. לשעבר מתמחה ועוזר משפטי לשופט מני מזוז בבית המשפט העליון.

** עורך-דין, מרצה מן החוץ בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת תל-אביב. לשעבר מנהל מחלקה, משרד המשפטים, הסנגוריה הציבורית, מחוז הדרום. המחברים מבקשים להודות לעו"ד ענבל רובינשטיין ולקורא האנונימי על הערותיהם המועילות, וכן לעורך "עיוני משפט" אורי שפראך, לחברות המערכת איה לוי-אומסי ועדי קופילוב ולעורכת הלשונית מיכאלה קלי על עבודת עריכה מצוינת. העמדות והדעות המובעות במאמר הן על דעת המחברים בלבד.

3. עניין זהאדה
 4. עניין פלוני ועניין יוסף
 5. סיכום ביניים
 - ב. אימוץ גישת התחולה האחידה: התאמה לדין הקיים
 1. לשון פסק הדין בעניין יששכרוב
 2. פיתוח הלכת יששכרוב בפסיקת בית המשפט העליון
 3. ההיקף הרחב של זכות העמידה במשפט המנהלי הישראלי
 - ג. אימוץ גישת התחולה האחידה: הצדקות נורמטיביות
 1. קידום התכליות של הלכת יששכרוב
 - (א) הגנה על טוהר ההליך והגינותו אל מול הגנה על זכויות נאשמים בחקירתם
 - (ב) חינוך והרתעה של גורמי החקירה (התכלית החינוכית-הרתעתית)
 2. קידום הערך של חשיפת האמת העובדתית
 3. יחסיותה וגמישותה של הלכת יששכרוב
- סוף דבר

מבוא

פסק הדין בעניין **יששכרוב**,¹ שניתן על ידי בית המשפט העליון בשנת 2006 בהרכב של תשעה שופטים,² הגדיר לראשונה דוקטרינת פסילה פסיקתית יחסית. מכוחה של דוקטרינה תקדימית זו בית המשפט רשאי, לפי שיקול דעתו, לפסול קבילות של ראיה מכל סוג שהושגה שלא כדין, ככל שהוא סבור כי קבלתה "תיצור פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן שלא בהתאם לגדריה של פסקת ההגבלה".³ בחינה זו תיערך בהתאם לנסיבות של כל מקרה לגופו ובהתאם לאמות-המידה המנחות שנקבעו בפסק הדין (הנוגעות לאופייה ולחומרתה של אי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה, למידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה ולשאלת היחס בין הנזק לתועלת החברתיים הכרוכים בפסילת הראיה).⁴

-
- 1 ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד סא(1) 461 (2006) (להלן: עניין **יששכרוב**).
 - 2 חוות הדעת העיקרית נכתבה על ידי השופטת ביניש ואליה הצטרפו בהסכמה שבעה חברי הרכב אחרים, אל מול חוות דעתו הנוגדת של השופט גרוניס.
 - 3 עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 561, 569.
 - 4 שם, בעמ' 569.

כתיבתו של פסק הדין בעניין **יששכרוב** נמשכה שנים רבות ופרסומו נדחה פעם אחר פעם. כפי שצוין בפסק הדין, הדבר נבע מהקושי לאמץ דוקטרינה חדשנית, מהמורכבות שבציבוב תנאיה וגדריה ומתקוותו (הנכזבת) של בית המשפט שהסוגיה תיפתר בחקיקה מסודרת.⁵ משוכות אלו הביאו לכך שפסק הדין לא הסדיר במוצהר את כלל השאלות הכרוכות בתחולה של הדוקטרינה ורכיביה, ומלאכה זו הושארה להסדרה עתידית באמצעות פיתוח חקיקתי או פסיקתי.⁶ המחוקק לא עיגן בחקיקה את הדוקטרינה לפסלות ראיות, אולם בתי משפט בכל הערכאות נדרשו להתמודד במשך השנים עם מגוון רחב של שאלות משפטיות הנובעות מאי-ההסדרה המלאה של הדוקטרינה ותנאיה.

אחת השאלות המרתקות שנדונו בשנים האחרונות, בעיקר בבית המשפט העליון, היא שאלת תחולתה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית במצבים שבהם האמצעי הפסול שהביא להשגת הראיה הופנה כלפי עד במשפט, במסגרת חקירתו במשטרה, להבדיל משימוש באמצעי הפסול נגד הנאשם בחקירתו (המצב ה"קלאסי" שאליו מתייחסת הלכת **יששכרוב**).⁷ סיטואציה שכוחה המעוררת שאלה זו נוצרת, למשל, כשהתביעה מבקשת להגיש הודעת חשוד (בכובעו כעד) במשפט של שותפו לעבירה כאמרה מפלילה לחובת האחרון (לדוגמה, מכוח סעיף 10א לפקודת הראיות⁸). זאת, אף

5 שם, בעמ' 494.

6 שם, בעמ' 494, 569-570.

7 פסק הדין בעניין **יששכרוב** עסק, כידוע, בעניינו של חייל (המערער) שהועמד לדין בגין ביצוע של עברות סמים, וטען כי יש לפסול את קבילות הודאתו המפלילה שמסר במסגרת חקירתו במצ"ח מחמת שלא הוזהר כדין בפתח חקירתו בדבר זכותו להיוועץ בעורך-דין. ס' 10א לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971. ככלל, עדות בעל-פה או ראיה בכתב על אמרה של אדם שנמסרה לאדם אחר מחוץ לכותלי בית המשפט אינה קבילה כשלעצמה בהליך משפטי לאמתות תוכנה, נוכח הכלל הראייתי עתיק היומין האוסר על קבלת עדויות מפי השמועה (ראו אליהו הרנון "הכלל הפוסל עדות שמיעה – מה מקומו במשפט הישראלי?" **משפטים** 1 ו 73, 74 (התשל"ו); & CHRISTOPHER B. MUELLER & LAIRD C. KIRKPATRICK, EVIDENCE 731-733 (5th ed. 2012)). במילים אחרות: ככלל אין לבסס ממצאים בהליך משפטי על יסוד אמרה של אדם שניתנה מחוץ לכותלי בית המשפט, ומשכך – אמרה של עד בחקירתו במשטרה לא תהיה קבילה נגד הנאשם במשפטו ואין לבסס עליה ממצאים עובדתיים כלשהם לחובת הנאשם. אחד החריגים הבולטים ביותר במשפט הישראלי לכלל הפוסל עדויות מפי השמועה, שמכוחו מתקבלות אמרות העדים בפסקי הדין של בית המשפט העליון הדנים בסוגיה מושא רשימה זו, הוא החריג המעוגן בס' 10א(א) לפקודת הראיות. סעיף זה קובע שלושה תנאים מצטברים לקבילות בהליך פלילי של אמרה בכתב שנתן עד מחוץ לכותלי בית המשפט: (1) הוכחה במשפט של מתן האמרה; (2) היותו של נתן האמרה עד במשפט, תוך שהוענקה לצדדים להליך הזדמנות לחקרו; (3) קביעה של בית המשפט שיש הבדל בפרט מהותי בין עדותו של העד לבין האמרה שנתן, הכחשה על ידי העד של תוכן האמרה שמסר או טענה שלפיה הוא אינו זוכר את תוכן האמרה. הרשעת נאשם על סמך אמרה כזו טעונה תוספת ראייתית מסוג חיזוק (ס' 10א(ד) לפקודת הראיות). להשלמת התמונה יצוין כי ס' 10א(ב) לפקודת הראיות מתיר לבית המשפט לקבל אמרה כאמור אף אם נתן האמרה אינו עד במשפט –

שההודעה נגבתה מהחשוד-העד בחקירה שבמסגרתה הופרו אחת או יותר מזכויותיו המוגנות (למשל, זכות השתיקה או זכות ההיוועצות). זו הסיטואציה העיקרית שבה נדון ברשימה זו. מצב דומה אחר, שטרם נדון בפסיקה, הוא בקשה מצד התביעה, במסגרת משפטו של פלוני, להגיש לחובתו ראיה חפצית שנתגלתה במסגרת חיפוש בלתי-חוקי שנערך בביתו או על גופו של אלמוני (שעשוי להיות קרוב משפחה של פלוני, חברו הטוב או צד שלישי אחר), להבדיל מהגשתה במסגרת משפטו של אלמוני עצמו.

בשנת 2012 קבע בית המשפט העליון כי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית עשויה לחול במצבים שבהם האמצעי הפסול הופנה כלפי עד בחקירתו.⁹ עם זאת, הפסיקה טרם הכריעה בנוגע ל*היקף* תחולתה של הדוקטרינה בעניינם של עדים; היינו: בשאלה אם יש מקום להחיל קטגורית ואפרורית אמות-מידה שונות ומחמירות יותר לפסילת ראיה במצבים שבהם האמצעי הפסול שימש להשגת ראיה בחקירתו של עד, להבדיל מחקירתו של הנאשם עצמו.

ברשימה זו נטען כי ראוי להחיל את הלכת **יששכרוב** במלואה על עניינם של עדים בדומה להחלתה בעניינם של נאשמים. לאחר סקירה של פסיקת בית המשפט העליון בסוגיה נביא נימוקים המצדיקים, לדעתנו, החלה אחידה ונטולת הבחנה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית הן על נאשמים הן על עדים. הנימוקים האמורים יחולקו – באופן מעט מלאכותי – לשתי קבוצות: בקבוצה הראשונה ייכללו נימוקים המבוססים על התאמה לדין הקיים (לשונו של פסק הדין בעניין **יששכרוב**, פיתוח הלכת **יששכרוב** בפסיקת בית המשפט העליון והיקפה הרחב של "זכות העמידה" במשפט המנהלי הישראלי); בקבוצה השנייה תיכללנה הצדקות נורמטיביות (קידום תכליותיה של הלכת **יששכרוב**, קידום הערך של חשיפת האמת העובדתית והיחסיות והגמישות של הלכת **יששכרוב**).

א. פסיקת בית המשפט העליון בסוגיה

1. עניין ז'אנו

הדיון הראשון בבית המשפט העליון בשאלת תחולתה של הלכת **יששכרוב**, במצבים שבהם האמצעי הפסול שהביא להשגת הראיה הופנה כלפי עד במשפט

נוכח סירובו להעיד, חוסר מסוגלות מצדו להעיד, פטירתו או חוסר הצלחה לאתרו ולהביאו לבית המשפט. כל זאת, ככל "שבית-המשפט שוכנע שמנסיבות הענין עולה, כי אמצעי פסול שימש להניא או למנוע את נותן האמרה מלתת את העדות".

9 ע"פ 5002/09 **מדינת ישראל נ' ז'אנו**, פס' 17 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 2.12.2010) (להלן: עניין ז'אנו).

במסגרת חקירתו, נערך בסוף שנת 2012 בעניין ז'אנו.¹⁰ השופט אדמונד לוי עמד על כך שפסק הדין בעניין יששכרוב קבע מפורשות כי תחולתה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית אינה מוגבלת אך ורק להודאות נאשמים וכי מדובר בתחולה "כללית", דהיינו כזו המתפרשת על כל סוגי הראיות שהשיגו רשויות האכיפה בניגוד לדין. לפיכך, קבע השופט לוי, דוקטרינת הפסילה הפסיקתית עשויה לחול גם כשהאמצעי הפסול הופנה כלפי עד בחקירתו.¹¹

עם זאת, השופט לוי הביע את השקפתו – בבחינת למעלה מן הצורך – כי ראוי להגביל את היקף התחולה של הלכת יששכרוב על עדים. הוא קבע כי מאחר שה"פגיעות שהסבה החקירה לנאשם עצמו, בשל שימוש באמצעי חקירה נפסד, היו ונותרו כאלה הניצבות בליבת ההלכה שנקבעה בפרשת יששכרוב], תהא זו פגיעה בעלת עוצמה מיוחדת שנגרמה לעד בחקירתו, למשל שהודעתו נמסרה נוכח איומים, שימוש באלימות, הפחדה או נסיבות מיוחדות אחרות, שיצדיקו להורות על פסילתה של ראיה כזו במשפטו של הנאשם".¹²

2. עניין יהודה

במשך יותר משלוש שנים לאחר פסק הדין בעניין ז'אנו לא נערך בבית המשפט העליון כל דיון עקרוני בשאלת התחולה של הלכת יששכרוב בעניינם של עדים. במסגרת פסק הדין בעניין דענא¹³ דן בית המשפט העליון בבקשת המערער לפסול אמרות מפלילות של עד במשפטו (אחיו ושותפו לדבר עברה), שנאמרו בשיחה של העד עם מדובב שהוכנס לתא המעצר והוגשו במשפטו של המערער דרך סעיף 10א לפקודת הראיות. בית המשפט קבע כי אף אם יש להחיל את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית במקרה הנדון, בין כה וכה לא נפלו בהתנהלות המדובב פגמים המצדיקים פסילה של אמרות העד לפי אמות-המידה שנקבעו בעניין יששכרוב.¹⁴ בשני פסקי דין שניתנו בשנת 2014 (נסאסרה¹⁵ וסטואר¹⁶) נדונו בקשות של המערערים לפסילת הודעות מפלילות נגדם שניתנו במשטרה על ידי עדים במשפטיהם, ובית המשפט

10 ש.ם.

11 ש.ם.

12 ש.ם (ההדגשות במקור).

13 ע"פ 8107/09 דענא נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 27.6.2011) (להלן: עניין דענא).

14 ש.ם, בפס' 25 לפסק דינו של השופט פוגלמן. יצוין כי בהמשך העיר השופט פוגלמן כי "הגם שעשויים להיות מקרים שבהם יהיה בהתנהלותו של מדובב כדי לפגוע בעשיית הצדק באופן שיפסול את הראיה שהושגה תוך שימוש באמצעי זה, הרי שכשמדובר בעד במשפט – להבדיל מנאשם – נראה כי פסילת ראיה שהושגה תוך שימוש במדובב תיעשה בעיקר כשהיא היתה כרוכה בפגיעה בזכות להימנע מהפללה עצמית, או כאשר היא פגעה באוטונומיית הרצון וחופש הבחירה של העד במסירת דבריו" (ש.ם, בפס' 27).

15 ע"פ 5758/13 נסאסרה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.2.2014) (להלן: עניין נסאסרה).

16 ע"פ 9141/10 סטואר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.4.2014) (להלן: עניין סטואר).

העליון קבע שוב כי מאחר שבנסיבות המקרים הנדונים אין ממילא מקום לפסול את אמרות העדים הרלוונטיות לפי אמות-המידה שהותוו בהלכת **יששכרוב**, אזי אפשר להותיר בצריך עיון את השאלה העקרונית בדבר תחולתה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית על אמרות של עדים.¹⁷

הדיון המעמיק והחשוב ביותר בסוגיה מושא המאמר נערך בפסק דינו של השופט מזוז בעניין **יהודה**,¹⁸ שניתן בחודש יוני 2016. בעניין זה נדון ערעורו של המערער על הרשעתו בעברת שוד, הרשעה שהתבססה על אמרה מפלילה במשטרה של העד המרכזי במשפטו – שותפו לדבר עברה. אמרתו המפלילה של העד הושגה באמצעים בלתי-חוקיים והוגשה במשפטו של המערער באמצעות סעיף 10א(א) לפקודת הראיות.

השופט מזוז קבע, בדעת מיעוט, כי נוכח הפגמים שנפלו בחקירתו של העד היה מקום לפסול את אמרתו המפלילה במשפטו של המערער ולהורות על זיכוי של האחרון. השופט מזוז אימץ את קביעתו של השופט לוי בעניין **זאנו**, שלפיה תחולתה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית היא "כללית" ואינה מוגבלת להודאות נאשמים בלבד.¹⁹ עם זאת, הוא הסתייג מכול וכול מהשקפתו של השופט לוי, שלפיה רק פגיעה בעלת עוצמה מיוחדת שנגרמה לעד בחקירתו תצדיק פסילה של הודעתו במשפטו של הנאשם. לגישת השופט מזוז, אין להחיל באופן קטגורי אמות-מידה שונות לפסילת ראיה במצבים שבהם האמצעי הפסול שימש להשגת ראיה בחקירתו של עד לעומת מצבים שבהם האמצעי הפסול שימש להשגת ראיה בחקירתו של הנאשם עצמו. השופט מזוז עמד על כך שזהות הגורם שכלפיו הופעלו האמצעים הפסולים – נאשם או עד – אינה נמנית על אמות-המידה שנקבעו בהלכת **יששכרוב** לפסילת ראיות שהושגו תוך שימוש באמצעים פסולים (ובהן, כאמור, אופייה וחומרן של אי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה, מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה ושאלת הנזק והתועלת החברתיים הכרוכים בפסילתה²⁰). על כן, קבע השופט מזוז, על בית המשפט להביא בחשבון את זהות הגורם שכלפיו הופעלו האמצעים הפסולים, ככל שהיא נתון רלוונטי (ולדעת השופט מזוז, לרוב אין נפקות לזהות זו), במסגרת הבחינה של אמות-המידה שנמנו בעניין **יששכרוב**, ואין לקבוע אפריורית מבחנים נפרדים שיחולו על סוגים שונים של ראיות.²¹

השופט מזוז הדגיש כי קביעתו זו עולה בקנה אחד עם קידום התכלית המבססת את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, כפי שנקבעה בהלכת **יששכרוב** – הגנה על טוהר ההליך הפלילי והגינותו. השופט מזוז קבע כי הנאשם, לו נתונה הזכות להליך הוגן, זכאי במסגרתה גם לכך **שמלוא** החומר הראייתי שהתביעה מבקשת להגיש במסגרת משפטו, לשם הוכחת אשמתו, הושג באופן הוגן וללא הפרה של הדין. הזכות להליך הוגן אינה מתמצה אפוא באי-הגשה של ראיות שהושגו תוך הפניית האמצעי הפוגעני דווקא כלפי

17 שם, בפס' נו לפסק דינו של השופט רובינשטיין; עניין **נסאסרה**, לעיל ה"ש 15, בפס' 12 לפסק דינו של השופט סולברג.

18 ע"פ 3237/15 **יהודה נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 1.6.2016) (להלן: עניין **יהודה**).

19 שם, בפס' 42 לפסק דינו של השופט מזוז.

20 עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 569.

21 עניין **יהודה**, לעיל ה"ש 18, בפס' 43 לפסק דינו של השופט מזוז.

הנאשם עצמו. כאשר המשטרה מפנה אמצעי בלתי-כשר כלפי עד בחקירתו, קבע השופט מזוז, חטאה אינו מסתכם בהפרה "ישירה" בלבד של זכויות העד (כגון זכות השתיקה או זכות ההיוועצות), והוא כולל גם פגיעה "עקיפה" בזכותו הרחבה להליך הוגן של הנאשם שנגדו מוגשת אמרת העד המפלילה. הסתמכות על ראיה שהושגה תוך פגיעה בזכויות העד כנחקר, לשם הרשעה של נאשם בפלילים, "עלולה בנסיבות מסוימות להכתיים את הרשעתו של הנאשם בפלילים ולפגוע בלגיטימיות שלה. בין היתר, 'עלול בית-המשפט להיתפס כמי שמכשיר את הפגם ונותן ידו לאחר מעשה לאי החוקיות שבהתנהגות החוקרים' [...] ובכך עלולים להיפגע טוהר ההליך ואמון הציבור בו".²² עוד קבע השופט מזוז כי היעדר ההבחנה לעניין הגורם שנגדו ננקטו האמצעים הבלתי-כשרים משרת את "התכלית החינוכית-הרתעתית" (היינו "חינוכם" של גורמי החקירה לפעול בהתאם לחוק והרתעתם מפני נקיטת אמצעים בלתי-כשרים בעתיד). בפסק הדין בעניין **יששכרו** נקבע כי זו אמנם אינה התכלית הדומיננטית שבבסיס דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, אך קידומה אגב אורחא הוא רצוי וחיובי. השופט מזוז עמד על כך שהגבלת פסילתן של ראיות שהושגו שלא כדין בחקירה של עד למצבים שבהם הפגיעה היא "בעלת עוצמה מיוחדת" עלולה לעודד את רשויות החקירה להפר זכויות של חשודים (לרוב שותפים לדבר עברה) כדי שכל חשוד יספק אמרה המפלילה את חברו.²³

בשולי הדברים העיר השופט מזוז כי השקפתו של השופט לוי בפסק דינו בעניין **ז'אנו** אינה עולה כדי הלכה מחייבת משום שהיא הועלתה כהערת אגב בלבד. אין בכוחה לצמצם את הלכת **יששכרו**, שנקבעה בהרכב מורחב של תשעה שופטים ובמסגרתה נפסק שדוקטרינת הפסילה הפסיקתית היא בעלת תחולה כללית. מה גם – ביאר השופט מזוז – שמאז שניתן פסק הדין בעניין **ז'אנו** לא פעל בית המשפט העליון בפסיקתו בהתאם להערתו של השופט לוי ולא החיל אמות-מידה שונות לפסילה של אמרות של עדים שהושגו בניגוד לדין.²⁴

בניגוד לשופט מזוז, השופטים חיות וג'ובראן קבעו בדעת רוב כי יש לדחות את הערעור על ההרשעה. שופטי הרוב הסכימו אמנם כי הלכת **יששכרו** עשויה לחול גם על הודעה של עד במשפטו של נאשם, אולם הם קבעו כי בנסיבות המקרה הנדון, הפגמים שנפלו בחקירתו של העד אינם מצדיקים לפסול את אמרתו המפלילה, אף בהנחה שלא נדרשת לשם כך פגיעה בעלת עוצמה מיוחדת.²⁵ משכך, קבעו שופטי הרוב – בין במפורש (השופט ג'ובראן) ובין במשתמע (השופטת חיות) – כי אפשר להתיר

22 שם, בפס' 45-46 לפסק דינו של השופט מזוז (ההדגשה הוספה).

23 שם, בפס' 47 לפסק דינו של השופט מזוז.

24 שם, בפס' 50 לפסק דינו של השופט מזוז.

25 שם, בפס' 3-8 לפסק דינה של השופטת חיות ובפס' 2-3 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

בצריך עיון את ההכרעה בסוגיה העקרונית בדבר היקף תחולתה של הלכת **יששכרוב** במצבים שבהם שימש האמצעי הפסול בחקירתו של עד.²⁶ בחודש אוגוסט 2016 דחה בית המשפט העליון (הנשיאה נאור) בקשה שהגיש המערער בעניין יהודה לדיון נוסף על דחיית ערעורו.²⁷ במסגרת ההחלטה עמדה הנשיאה נאור על כך שעמדתו של השופט מזוז – שלפיה אין הכדל בין עוצמת הפגמים הנדרשת לפסילת הודאה של נאשם לבין זו הנדרשת לפסילת הודעה של עד – לא התקבלה כהלכה, מאחר שהשופטים חיות וג'ובראן שאירו את השאלה העקרונית בצריך עיון. לפיכך, ובהיעדר הצדקה אחרת, קבעה הנשיאה נאור כי אין מקום להורות על דיון נוסף בפסק הדין לפי סעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט.²⁸ עם זאת, הנשיאה נאור העירה כי כמו השופט מזוז, גם לדעתה ספק אם אפשר לראות כהלכה את השקפתו של השופט לוי, שלפיה יש מקום להבחנה אפרוורית כאמור, הואיל וזו הועלתה כהערת אגב בפסק הדין, מה גם שמאז פסק הדין בעניין **זאנו** לא פסק בית המשפט העליון בהתאם להערה זו.²⁹

3. עניין זהאדה

יממה לפני שניתנה ההחלטה הדוחה בקשה לדיון נוסף בעניין יהודה דן בית המשפט העליון בתחולתה של הלכת **יששכרוב** במצבים שבהם הופנה האמצעי הפסול כלפי עד במשפט, בפסק הדין בעניין זהאדה.³⁰ בעניין זה דחה בית המשפט פה אחד (השופטים הנדל, סולברג ומזוז) ערעור על הרשעה ברצח ובעברות נשק. המערער ביקש לפסול את קבילותה של אמרה מפלילה, שהושגה בחקירה של אחד העדים במשטרה והוגשה מכוח סעיף 10א(א) לפקודת הראיות, בשל פגמים שנפלו לטענתו באותה חקירה. השופט סולברג, שכתב את חוות הדעת העיקרית בפסק הדין, הדגיש כי השאלה העקרונית בדבר תחולתה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית על אמרות של עדים טרם קיבלה מענה ברור ואחיד בפסיקתו של בית המשפט העליון מאחר שהובעו בעניין דעות שונות.³¹ גם בנסיבות המקרה הנדון, קבע השופט סולברג, "שאלת הרחבת תחום פריסתה של הלכת **יששכרוב** על עדים" אינה טעונה הכרעה, שכן

26 יוער כי השופט ג'ובראן ציין כי עמדתו של השופט מזוז – שאין מקום להבחנה קטגורית בין פגמים שנפלו בחקירת עד לבין פגמים שנפלו בחקירת נאשם – היא "שובת לב". שם, בפס' 3 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

27 דנ"פ 6064/16 **יהודה נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 16.8.2016).

28 שם, בפס' 14, 16 ו-21 להחלטתה של הנשיאה נאור; ס' 30(ב) לחוק בתי-המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

29 שם, בפס' 17 להחלטתה של הנשיאה נאור.

30 ע"פ 7679/14 **זהאדה נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 15.8.2016) (להלן: עניין זהאדה).

31 שם, בפס' 48 לפסק דינו של השופט סולברג.

הפגמים הנטענים בחקירתו של העד ממילא אינם מצדיקים את פסילת האמרה המפלילה לפי אמות-המידה הרגילות שנקבעו בפסק הדין בעניין **יששכרוב**.³² השופט מזוז הסכים כי יש לדחות את הערעור וכי אין מקום לפסול את אמרתו המפלילה של העד במשטרה בניסבות המקרה הנדון.³³ השופט הנדל הצטרף גם הוא לתוצאה הקונקרטית בפסק דינו של השופט סולברג; עם זאת, הוא העיר כי מהיותה של שיטת המשפט הישראלית "שיטה חוקתית" יש להסיק כי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית עשויה לחול במצבים שבהם נעשה שימוש באמצעי פסול בחקירתו של עד. עוד הדגיש השופט הנדל כי אין לתחום קטגורית את היקף תחולתה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית על עדים (בלשונו: "אין צורך לתחום את המקרים שבהם תחול ההלכה ביחס לראיה שמקורה בעד"), ונדרשת "בחינה משפטית ומעשית". עם זאת, השופט הנדל העיר כי מאחר שהצידוקים לתחולתה של הלכת **יששכרוב** על עדים – שיקולים חוקתיים והזכות להליך הוגן – נמדדים מנקודת מבטו של הנאשם, אשר "הוא העומד במרכז ההליך הפלילי", אזי "באופן מובנה הפגיעה בעד אינה דומה לפגיעה בנאשם".³⁴

4. עניין פלוני ועניין יוסף

התייחסות נוספת של בית המשפט העליון לתחולתה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית על עדים הובאה בפסק דינו בעניין **פלוני**, שם נדחה ערעורו של המערער הקטין על הרשעתו בכמה עברות שביצע עם קטינים נוספים.³⁵ במסגרת הערעור עתר המערער לפסילת הודעותיהם המפלילות במשטרה של קטינים אחרים שהשתתפו עמו במעשים. הודעות אלו של הקטינים – שלטענת המערער הושגו בניגוד לדין – היוו גם הודאות במעשיהם שלהם, והן הוגשו במשפטו של המערער מכוח סעיף 10א(א) לפקודת הראיות, לאחר שבית המשפט בערכאה הדיונית הכריז עליהם כעדים עוינים. השופט עמית, שחיבר את חוות הדעת העיקרית בפסק הדין, קבע כי אין צורך להכריע במקרה הנדון בשאלה העקרונית בדבר היקף תחולתה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית על עדים, מאחר שאף אם ייקבע שיש "פגיעה מסוימת" בזכויותיהם של העדים – עדיין עומדת לחובת המערער תשתית ראייתית מספקת להרשעתו, וזו נעדרת זיקה להפרות הנטענות.³⁶

עם זאת, השופט עמית העיר כי הסיטואציה הנדונה – שבה המערער עותר במסגרת משפטו לפסולתן של אמרות מפלילות שהושגו תוך שימוש באמצעים פסולים

32 שם, בפס' 49-51 לפסק דינו של השופט סולברג.

33 שם, פסק דינו של השופט מזוז.

34 שם, פסק דינו של השופט הנדל.

35 ע"פ 6943/17 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.7.2018). (להלן: עניין פלוני). יציין כי אחד מכותבי מאמר זה, משה סרוגוביץ, שימש בא-כוח של המערער בהליך הערעור.

36 שם, בפס' 4 לפסק דינו של השופט עמית.

בחקירתם של עדים, בעוד שהעדים עצמם "כלל לא טענו בבית המשפט כי נקטה כלפיהם אלימות או שזכויותיהם הופרו, אלא הודו והורשעו בעבירות שיוחסו להם" – מעלה "קושי מסוים". לפי השופט עמית, נוצר "מצב שקשה להסבירו", שבמסגרתו הנאשם משמש לעדים "פָּה כביכול" ומעלה טענה להפרת זכויות בשמם כדי להביא לפסילת קבילותן של אמרותיהם המפלילות במשפטו שלו. השופט עמית הביע את דעתו שבנסיבות האמורות "יש בדברים כדי לכרסם במידת מה בעוצמת הטענה של המערער נגד קבילות הודעותיהם של הקטינים"³⁷. בהמשך המאמר נתייחס בקצרה להערתו של השופט העמית; בין היתר ננסה להסביר כיצד נוצר המצב האמור ומה צריכה להיות השפעתו על בקשה לפסלות ראיות.

בפסק הדין של בית המשפט העליון בעניין יוסף³⁸ – פסק הדין האחרון, נכון לכתבת שורות אלו, שבו התייחס בית המשפט לתחולה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית על עדים – חזר בית המשפט (מפי הנשיאה חיות) על הקביעה שלפיה הלכת יששכרוב עשויה לחול גם על הודעה של עד המוגשת במשפטו של נאשם.³⁹ עם זאת, בית המשפט לא נדרש להכריע בנוגע להיקף התחולה של הלכת יששכרוב על עדים, משום שהחליט לפסול את אמרתו המפלילה של העד נגד המשיבים (שותפיו לדבר עברה), שניתנה בפני מדובר ושהיוותה גם הודאה של העד במעשיו שלו (והוגשה במשפט המשיבים דרך סעיף 10א לפקודת הראיות), מכוח סעיף 12(א) לפקודת הראיות.⁴⁰ זאת, לאחר שנקבע כי לא הוכח שהאמרה – כהודאה – הייתה חופשית ומרצון.⁴¹ השופט עמית, שהצטרף לפסק הדין של הנשיאה חיות, העיר כי בשונה

37 שם, בפס' 6 לפסק דינו של השופט עמית.

38 ע"פ 6932/17 מדינת ישראל נ' יוסף (פורסם בנבו, 11.10.2018) (להלן: עניין יוסף).

39 שם, בפס' 25 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

40 ס' 12(א) לפקודת הראיות קובע כי "עדות על הודיית הנאשם כי עבר עבירה, תהא קבילה רק אם הביא התובע עדות בדבר הנסיבות שבהן ניתנה ההודיה ובית המשפט ראה שההודיה היתה חפשית ומרצון".

41 השופטת חיות קבעה כבר בעניין יהודה כי אמרה מפלילה של עד שותף לדבר עברה, המהווה גם הודאה של העד עצמו באשמתו שלו, צריכה לצלוח שני מבחני קבילות מצטברים: מבחן הקבילות של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית ומבחן הקבילות הסטטוטורי המעוגן בס' 12(א) לפקודת הראיות, שלפיו קבילות הודאה מותנית בהוכחה שניתנה באופן חופשי ומרצון. בלשונה של השופטת חיות: "במקרה דנן, וככל שהדבר נוגע להכרעת הדין בעניינו של המערער, עניין לנו לכאורה בהודעה מפלילה של שותף לדבר עבירה ולא בהודאת הנאשם – המערער. אך הגישה לפיה יש לבחון את קבילות הודעתו המפלילה של עידן על פי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית בלבד ולא על פי המבחן הסטטוטורי הנוגע להודאת נאשם מוקשית בעיני, בזכרנו כי הודעתו של עידן כשותף לדבר עבירה בה הפליל את המערער היא גם הודאה של עידן עצמו באישומים שיוחסו לו באותה פרשה. על כן נראה לי כי הודעה זו שניתנה כמקשה אחת, צריכה לצלוח את שני מבחני הקבילות שצוינו לעיל ואין מקום להפרידה לחלקים ככל שהדבר נוגע להכרעת הדין בעניינו של המערער" (עניין יהודה, לעיל ה"ש 18, בפס' 4 לפסק דינה של השופטת חיות). הנשיאה חיות חזרה על קביעה זו בעניין יוסף, לעיל ה"ש 38, בפס' 25 לפסק דינה. על היחס הראוי בין דוקטרינת הפסילה הפסיקתית לבין מבחן הקבילות של

מעניין פלוני, כאן העד דווקא "העלה במשפטו-שלו טענת פסול לגבי התוודותו בפני המדובר".⁴² יצוין כי השופט עמית התעלם מכך שבעניין פלוני דובר בבקשה לפסילה של אמרות עדים בהתאם להלכת יששכרוב ואילו בעניין יוסף נפסלה אמרת העד מכוח סעיף 12(א) לפקודת הראיות.

5. סיכום ביניים

יש בפסיקת בית המשפט העליון הסכמה שברמה העקרונית הלכת יששכרוב עשויה לחול במצבים שבהם האמצעי הפסול הופנה כלפי עד בחקירתו, ולא רק במצבים שבהם הוא הופנה נגד הנאשם עצמו. עם זאת, היקף תחולתה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית בעניינם של עדים טרם הוכרע חד-משמעית ואפשר להצביע בעניין זה על שתי גישות מתחרות עיקריות.

לפי גישתו של השופט לוי בעניין ז'אנו (להלן: "גישת התחולה המצומצמת"), פסילת קבילותה של ראיה שהושגה שלא כדין בחקירתו של עד תהיה מוצדקת רק אם הפגיעה שנגרמה לעד היא בעלת "עוצמה מיוחדת" (לדוגמה, אם הראיה הושגה תוך איומים, באלימות או בהפחדה). דהיינו, היותה של הפגיעה שנגרמה לעד בחקירתו בעלת "עוצמה מיוחדת" היא תנאי סף שרק בהתקיימו יפנה בית המשפט לבחון את קבילות הראיה שהושגה באופן בלתי-חוקי בחקירתו של העד.

לעומת זאת, גישת השופט מזוז בעניין יהודה (להלן: "גישת התחולה האחידה") שוללת מכול וכול החלה קטגורית ואפריורית של אמות-מידה שונות לפסילת ראיה במצבים שבהם שימש האמצעי הפסול להשגת ראיה בחקירתו של עד לעומת מצבים

ס' 12(א) לפקודת הראיות, ראו מאמר שפורסם לאחרונה: בנימין בלוס, יורם רבין וברק אריאל "אופן בחינת הודאות חשודים בדין הפלילי בישראל: בחינה מהותית ופרוצדורלית של היחס בין סעיף 12 לפקודת הראיות לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית" משפטים 815 (2017).

42 עניין יוסף, לעיל ה"ש 38, פסק דינו של השופט עמית. השופט עמית הוסיף כי נוצרת תחושה של "אי נוחות" מכך שהודאת העד לא נפסלה במשפטו שלו (וכן בערעורו לבית המשפט העליון) אך נפסלה בהליך הפלילי של המשיבים. את ההבדל בתוצאה, לפי השופט עמית, יש להסביר בתשתית הראייתית השונה שעמדה לפני בית המשפט בשני ההליכים: "לא אחד כי פסילת התוודותו של [העד] בפני המדובר אריאל, מעוררת תחושה של אי נוחות, בהינתן [שהעד] עצמו הורשע על סמך אותה התוודות [...] (ע"פ 4109/15 מירו נ' מדינת ישראל (9.7.2017)). [...] דווקא מאחר שטענותיו של [העד] נבחנו על ידי בית המשפט לגופן ונדחו (בדעת רוב), נוצרת סתירה לכאורה בין הרשעתו של [העד] על סמך התוודותו בפני המדובר אריאל, לבין זיכויים של המשיבים דכאן בשל פסילת התוודותו של [העד]. אלא שאין לדיין אלא מה שבפניו. משלא הובאו המדוכבים לעדות, נוצר שוני מהותי בתשתית הראייתית שעמדה בפני בית המשפט קמא ואשר עומדת כיום בפניו. משכך, אין לנו אלא לחזור לכלל כי קביעות מהימנות אשר נקבעו במשפט אחד אינן מחייבות במשפט אחר, כך שאין סתירה בין הרשעתו של [העד] לבין זיכויים של המשיבים" (שם).

שבהם הוא שימש להשגת ראייה בחקירת נאשם. לגישתו של השופט מזוז אין אפוא כל דרישה המתנה את פסילת קבילותה של ראייה שהושגה באופן בלתי-חוקי בחקירתו של עד בפגיעה בעלת "עוצמה מיוחדת" שנגרמה לעד.

אשר לעמדתו של השופט הנדל, כפי שהובעה בקיצור רב בעניין **זהאדה**, נראה כי זו מתיישבת יותר עם גישת התחולה האחידה. עם זאת, נראה כי בניגוד לשופט מזוז – הסבור כי זהותו של הגורם שכלפיו הופעלו האמצעים הפסולים אינה מהווה ברוב המקרים נתון רלוונטי שעל בית המשפט להתחשב בו בבחינה של אמות-המידה שנמנו בפסק הדין בעניין **יששכרוב** – השופט הנדל מאמין כי מדובר בנתון שאי-אפשר להתעלם ממנו במסגרת בחינה זו, באשר הפגיעה בעד שונה אינהרנטית מפגיעה בנאשם הנמצא במוקד ההליך הפלילי.⁴³

משהצגנו את שתי הגישות המתחרות העיקריות בפסיקת בית המשפט העליון – גישת התחולה המצומצמת וגישת התחולה האחידה – נפנה, בשני החלקים הבאים של המאמר, להצגת הנימוקים התומכים לדעתנו באימוץ של גישת התחולה האחידה. נימוקים אלה יחולקו כאמור לשתי קבוצות: הראשונה – נימוקים המבוססים על התאמה לדין הקיים; השנייה – הצדקות נורמטיביות.

ב. אימוץ גישת התחולה האחידה: התאמה לדין הקיים

בחלק זה נטען כי גישת התחולה האחידה מוצדקת בראש ובראשונה מאחר שהיא תואמת את הדין הישראלי הקיים יותר מגישת התחולה המצומצמת. הנימוק הראשון שנציג בהקשר זה להעדפה של גישת התחולה האחידה (נימוק שהעלה גם השופט מזוז בעניין **יהודה**) הוא לשונו של פסק הדין בעניין **יששכרוב**. מאחר שלא די בנימוק זה כדי לשכנע באימוץ של גישת התחולה האחידה כהלכה, נטען בהמשך כי גישת התחולה האחידה ראויה גם מאחר שהיא משתלבת במגמה רחבה יותר – פיתוח הלכת **יששכרוב** בפסיקת בית המשפט העליון – וגם בשל היקפה הרחב של "זכות העמידה" במשפט המנהלי הישראלי.

1. לשון פסק הדין בעניין יששכרוב

על פני הדברים נראה כי לשון פסק הדין של השופט בניש בעניין **יששכרוב** מצביעה על כך שדוקטרינת הפסילה הפסיקתית, על אמות-המידה המנחות שלה, חלה

43 להערכתנו, סביר כי כוונתו של השופט הנדל היא שהיותו של הגורם הנפגע עד או נאשם היא נתון חשוב לעניין אמת-המידה המנחה הרלוונטית לבחינת התחולה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, הנוגעת לשאלת "אופייה וחומריתה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראייה".

גם בבחינת קבילותה של ראייה שהושגה באמצעים פסולים בחקירה של עד. כאמור (וכפי שהדגיש השופט מזוז בעניין יהודה),⁴⁴ בעניין **יששכרוב** נקבע במפורש כי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית היא "כללית ומיושמת על כל סוגי הראיות",⁴⁵ ללא הסתייגות לגבי היקף התחולה שלה בנוגע לסוגי ראיות מסוימים כגון אמרות של עדים. לכאורה, אפשר להסיק מכך שאם הלכת **יששכרוב** (שניתנה כאמור בהרכב מורחב של תשעה שופטים) אינה מבחינה בין סוגי ראיות, אזי היא חלה באותו אופן על ראיות שהושגו באופן לא חוקי הן בחקירה של הנאשם הן בחקירתו של עד.

נגד מסקנה זו אפשר לטעון, בצדק, כי את הקביעה שהלכת **יששכרוב** היא "כללית ומיושמת על כל סוגי הראיות" אפשר לפרש באופן מצמצם – כמתייחסת לעצם תחולתה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית על כל סוגי הראיות באשר הם, ולא להיקף תחולה אחיד של הדוקטרינה על כל סוגי הראיות. במילים אחרות, גם אם נקבע בעניין **יששכרוב** שברמה העקרונית אפשר להחיל את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית על כל סוגי הראיות, אין בפסק הדין כל התייחסות לעוצמת הפגמים הנדרשת לפסילת הודעה של עד להבדיל מעוצמת הפגמים הנדרשת לפסילת הודאה של נאשם. משכך, אפשר לטעון כי השאלה בדבר היקף התחולה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית על עדים נותרה פתוחה וללא מענה בעניין **יששכרוב** והיא מצריכה אפוא הכרעה פסיקתית (או חקיקתית) עתידית. תמיכה לכך אפשר למצוא באמרות המפורשות שבפסק הדין בעניין **יששכרוב**, שלפיהן פסק הדין אינו מתיימר להסדיר את כלל השאלות הכרוכות בתחולת הדוקטרינה ורכיביה. מלאכה זו הושארה להסדרה עתידית על ידי המחוקק ובתי המשפט.⁴⁶

2. פיתוח הלכת יששכרוב בפסיקת בית המשפט העליון

אמנם אין ודאות באשר למסקנה הנגזרת מלשונה של הלכת **יששכרוב**, אך קשה לחלוק על כך שאימוץ של גישת התחולה האחידה עולה בקנה אחד עם פיתוחיה של הלכת **יששכרוב** בפסיקת בית המשפט העליון בשנים האחרונות. בין השאר הדגישו פיתוחים אלה כי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית אכן אינה חלה רק על הודאות נאשמים אלא גם על סוגים אחרים של ראיות. לפי פסיקה זו, פסילת ראיות – ללא תלות בסוגן או במקורן – תיבחן על פי אמות-המידה הרגילות שנקבעו בהלכת **יששכרוב** ולא על פי אמות-מידה מיוחדות ושונות כלשהן, המצמצמות את היקף תחולתה באמצעות התנייתה בפגיעה קשה או חריגה בזכויות. מגמה זו באה לידי ביטוי בעיקר בשימוש בהלכת **יששכרוב** לפסילת ראיות חפציות שהושגו שלא כדין. בפסק הדין בעניין **יששכרוב** נקבע כי היותה של ראייה חפצית (להבדיל מראייה מילולית או אחרת) היא שיקול כבד בעד קבלתה במשפט חרף אי-החוקיות שדבקה בהשגתה. זאת, מאחר

44 עניין יהודה, לעיל ה"ש 18, בפס' 43 לפסק דינו של השופט מזוז.

45 עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 569.

46 שם, בעמ' 494, 541-542, 569-570.

שמהימנותה וערכה ההוכחתי של הראיה החפצית אינם מושפעים מאי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה, והיא מתקיימת באופן עצמאי ונפרד מאי-החוקיות שבה הושגה.⁴⁷ הביקורת האקדמית על שיקול זה לא איחרה לבוא.⁴⁸ בין היתר עלה החשש שהלכת **יששכרוב** כלל לא תחול על ראיות חפציות. אולם פסקי הדין שניתנו במשך השנים הבהירו כי בית המשפט העליון אינו רואה ראיות חפציות כחסינות מפני תחולתה של הלכת **יששכרוב**, והוא אף הורה על פסילתן של ראיות חפציות חרף הקביעה שמהימנותן לא נפגעה עקב אי-החוקיות שבהשגתן.⁴⁹ עובדת היותה של ראיה חפצית אמנם מובאת בחשבון במסגרת נוסחת האיזון הרגילה של הלכת **יששכרוב**, אך היא אינה מביאה להצבתו של תנאי סף מיוחד ונוקשה לפסילת ראיה בדמות דרישה לפגיעה בעלת "עוצמה מיוחדת" בזכויות.

סוג ראיות נוסף שהיום ברור כי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית חלה עליו הוא **ראיות נגזרות**. כבר בפסק הדין בעניין **יששכרוב** נקבע כי אף שאין מקום לאמץ את דוקטרינת פירות העץ המורעל האמריקנית, הלכת **יששכרוב** ואמות-המידה שלה עשויות לחול גם על ראיות נגזרות ולא רק על הראיות הראשיות שאותרו בעקבות אי-החוקיות שבפעולות רשויות החקירה.⁵⁰ בפסק הדין בעניין **פרחי** קבע השופט לוי עצמו כי בעיקרו של דבר, אמות-המידה לפסילה של ראיה נגזרת לפי הלכת **יששכרוב** הן אותן אמות-המידה לפסילת הראיה הראשית, תוך מתן משקל לזיקה שבין הראיה הראשית לראיה הנגזרת. נקבע כי קביעת קיומה של זיקה – שממנה אפשר להסיק כי אי-החוקיות הכרוכה בהשגת הראיה הראשית "דבקה" בראיה הנגזרת – מחייבת הוכחה של קשר סיבתי (עובדתי ומשפטי) בין שתי הראיות, וכי הנטייה לפסול את הראיה הנגזרת תגבר ככל שהזיקה בין הראיות חזקה יותר.⁵¹ אם כן, אופיין המיוחד של ראיות נגזרות אמנם מובא בחשבון במסגרת ההחלטה אם לפסולן בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית,

47 שם, בעמ' 565.

48 ראו, למשל, בועז סנג'רו "כלל פסילת הראיות שהושגו שלא כדין שנקבע בהלכת יששכרוב – בשורה או אכזבה? דעה והזמנה לדיון נוסף" **משפט וצבא** יט 67, 109-107 (התשס"ז) (להלן: סנג'רו "יששכרוב – בשורה או אכזבה?"); Binyamin Blum, "Exclude Evidence, You Exclude Justice?" – A Critical Evaluation of Israel's Exclusionary Rule After Issacharov, 16 Sw. J. INT'L L. 385, 398-99, 412-15 (2010) (להלן: Blum, Exclude Justice?).

49 ראו, למשל, ע"פ 4988/08 **פרחי נ' מדינת ישראל**, פ"ד סה(1) 626 (2011) (להלן: עניין **פרחי**); רע"פ 10141/09 **בן חיים נ' מדינת ישראל**, פ"ד סה(3) 305 (2012) (להלן: עניין **בן חיים**).

50 "שאלת קבילותה של ראיה שאותרה בעקבות ראיה פסולה אחרת, תיבחן על פי נסיבותיו של כל מקרה לגופו ובהתחשב בהשפעה שתהא לקבלתה של ראיה כאמור על זכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן. בהקשר זה, יהא על בית המשפט לבחון את מכלול השיקולים שעליהם עמדנו לעיל, ובהם: אופייה וחומרתה של אי החוקיות שהובילה להשגת הראיה הראשונה, טיב הראיה הנגזרת בה מדובר, והזיקה בינה לבין אי החוקיות שהייתה כרוכה בניהול החקירה" (עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 565).

51 עניין **פרחי**, לעיל ה"ש 49, בעמ' 664-667.

אולם מדובר ביישום של הלכת **יששכרוב** (ובפרט של קבוצת השיקולים הנוגעת למידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה) ולא בשינוי שלה.⁵² על כל פנים, אין מדובר בצמצום של הלכת **יששכרוב**, וודאי שלא הוצב כל תנאי נוקשה לפסילת ראיה נגזרת הנוגעת לחומריתה של הפגיעה בזכויות.

כאשר אלה הם פני הדברים נשאלת השאלה: איזו הצדקה יש להפלות לרעה דווקא את סוג הראיות המסוים שבו מאמר זה עוסק – ראיות שהושגו באי-חוקיות שהופנתה כלפי עדים?

זאת ועוד: בעניין **פרחי** קבע השופט לוי כי יש לראות את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית כ"דוקטרינת-על" אשר "רוחה מחלחלת ומעצבת גם את כללי הפסילה הפרטיקולאריים-החקוקים" (כגון כלל הפסילה הקבוע בסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות⁵³), בפרט כשנפגעת זכותו של הנאשם להליך הוגן ולא רק הזכות שעליה כלל הפסילה החקוק מבקש להגן (כמו הזכות לפרטיות). לפיכך נקבע כי פסילת קבילותה של ראיה שהושגה בניגוד לכלל פסילה חקוק תיבחן גם היא במסגרת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, ולא במסגרת דוקטרינת פסלות ייחודית (sui generis) כלשהי.⁵⁴ ביקורת נוקבת נמתחה בספרות האקדמית על קביעה זו של השופט לוי, בין היתר בטענה שהטמעה של כללי הפסילה החקוקים במסגרת הלכת **יששכרוב** מביאה באופן אבסורדי דווקא להחלשה של זכויות הנאשם הנגזרות מכללי הפסילה החקוקים. זאת, מאחר שלשון החקיקה המעגנת כללי פסילה אלה משמיעה כי הפרתם יוצרת בררת מחדל של פסילת ראיה שהושגה בעקבות ההפרה (כאשר קבילות הראיה היא החריג); לעומת זאת, לפי הלכת **יששכרוב**, גם כשמדובר בראיה שהושגה בניגוד לדין – קבילותה היא בררת המחדל ופסילתה היא החריג.⁵⁵ על כל פנים, ככל שמקבלים בענייננו את ההנחה שראיה שהושגה באי-חוקיות בחקירתו של עד, המוגשת כמשפטו של הנאשם, פוגעת בזכות הנאשם עצמו להליך הוגן – אין הצדקה לקבוע כי דווקא כאן תחדל הלכת **יששכרוב** מלשמש "דוקטרינת-על", וחלף זאת ליצור דוקטרינת-משנה המסייגת את תחולתה למקרים של פגיעה קשה בעד.

חשוב לציין כי יש בספרות הסכמה רחבה שהפיתוח הפסיקתי של הלכת **יששכרוב** – המאפשר לפסול ראיות מסוגים שונים חרף הקשיים המובנים והמחיר החברתי הכרוך

52 שם, בעמ' 674-675.

53 ס' 32 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 קובע כי חומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות יהיה פסול מלשמש ראיה בבית משפט ללא הסכמת הנפגע, למעט המקרים המפורטים בסעיף.

54 עניין **פרחי**, לעיל ה"ש 49, בעמ' 660-661. על היחס בין דוקטרינת הפסילה הפסיקתית לבין כללי הפסילה החקוקים ראו גם ע"פ (ארצי) 46908-05-15 **מדינת ישראל נ' שמגר**, פס" 47-43 לפסק דינו של השופט איטח (פורסם בנבו, 26.11.2017).

55 אלקנה לייסט "על פסלותו של פרי העץ המורעל, ועל הגנה מן הצדק בשלב הענישה – בעקבות ע"פ 4988/08 **פרחי נגד מדינת ישראל**" **הסניגור** 4, 173-174 (2011); אסף הרדוף "חזות של זכויות, מהות של צדק: סיפורה הרטורי והמהותי של ההכרעה הפלילית" **דין ודברים** ח 33, 71-70 (2014).

בכך – תורם לקידום או להשלמה של ה"מהפכה" שנפתחה בפסק הדין בעניין **יששכרוב** ולחיזוק ההגנה על זכויות הפרט.⁵⁶ אימוץ של גישת התחולה האחידה, שהוצעה בעניין **יהודה**, יהווה פיתוח חיובי נוסף ומשמעותי של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית – המשך ישיר של מגמת בית המשפט העליון במשך יותר מעשור להרחיב את תחום התפרסותה של הלכת **יששכרוב** ולבצר באמצעותה את ההגנה על זכויות נאשמים וחשודים.

3. ההיקף הרחב של זכות העמידה במשפט המנהלי הישראלי

נימוק נוסף – שטרם נזכר בפסיקה – בעד אימוץ של גישת התחולה האחידה כהלכה קשור להיקף הרחב של זכות העמידה במשפט המנהלי הישראלי. כפי שנרחיב בהמשך,⁵⁷ התכלית הדומיננטית והמנחה שבלבה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית היא הגנה על טוהר ההליך הפלילי והגינותו; חינוכם והרתעתם של גורמי החקירה מפני הפרה של החוק בעתיד מהווים "תוצאת לוואי אפשרית – ואף רצויה" של פסילת ראיות בהתאם לדוקטרינה.⁵⁸ התכליות האמורות הן נגזרת של החובה הבסיסית והמהותית של רשויות אכיפת החוק – לפעול כדין במילוי תפקידן, תוך שמירה על זכויות הפרט בכלל ועל זכויותיהם של נחקרים, חשודים ונאשמים בפרט.⁵⁹ יוצא אפוא כי יותר משנוצרה הלכת **יששכרוב** כדי לשרת את האינטרס הצר של נאשם ספציפי העותר לפסילת ראיה שהושגה,⁶⁰ היא נועדה לקדם מכלול של אינטרסים ציבוריים הנגזרים מערך ההגנה על שלטון החוק.

בדומה להלכת **יששכרוב**, גם לביקורת שיפוטית במשפט המנהלי הישראלי יש תפקיד רחב של הגנה על שלטון החוק (הדרישה שרשויות מנהליות תפעלנה במסגרת הקבועה בחוק, תוך כיבוד של ערכי היסוד של שיטת המשפט הישראלית). תפקיד רחב זה חורג מהתפקיד הצר של הגנה על אינטרס אישי של אדם שנפגע בעצמו מהחלטה מנהלית.⁶¹ אכן, לשם מילוי אפקטיבי של תפקיד זה הרחיב בית המשפט העליון

56 ראו, לדוגמה, ענבל רובינשטיין "המהפכה הושלמה" **עורך הדין** 44 18 (2013); יואב ספיר "לקדש גם את האמצעים" **עורך הדין** 81, 80 14 (2012) (להלן: ספיר "לקדש גם את האמצעים"); לייסט, לעיל ה"ש 55, בעמ' 11; הרדוף, לעיל ה"ש 55, בעמ' 52, 68-67.

57 ראו פרק 1.1 להלן.

58 עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 555.

59 שם, בעמ' 533-534.

60 כפי שנסביר בפרק 1.1(א), התכלית הפרוטקטיבית – הרואה פסילת ראיה כסעד מתקן המוענק לנחקר בגין הפגיעה הראשונית בו בחקירתו – אינה התכלית הראשית של הלכת **יששכרוב**.

61 יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך א – המינהל הציבורי 117 (מהדורה שנייה מורחבת, 2010) (להלן: זמיר **הסמכות המינהלית**).

בעשורים האחרונים במידה ניכרת את זכות העמידה של "עותרים ציבוריים"⁶². בתמצית, ההלכה כיום היא ש"זכות עמידה מוקנית לכל אדם, בסייגים מסוימים, גם לצורך הגנה על אינטרס ציבורי, ובמיוחד לצורך הגנה על שלטון החוק"⁶³. לעתים קרובות הפגיעה האישית שחוו עותרים ציבוריים אלה כתוצאה מההפרה שנגדה הם עותרים היא עקיפה ושולית בלבד, אך הם מקבלים את יומם בבית המשפט בדומה לעותר "אישי" שזכויותיו-שלו נפגעו פגיעה של ממש מההפרה. זכות העמידה הרחבה לעותרים ציבוריים מדגישה כמובן את חובת הרשות המנהלית כלפי כל אדם בציבור (לרבות עותר ציבורי) להפעיל את סמכויותיה בגדר החוק, אך גם את מחויבותו של בית המשפט שלא לעצום עין אל מול פגיעה בשלטון החוק רק משום שהעותר הציבורי נטול עניין אישי.⁶⁴

אם כן, הן הלכת **יששכרוב** והן הביקורת השיפוטית במשפט המנהלי ממלאות, כל אחת בדרכה, תפקיד מרכזי בהגנה על שלטון החוק ועל האינטרס הציבורי. ייתכן שאף אפשר לראות בדוקטרינת הפסילה הפסיקתית התגלמות של הביקורת השיפוטית על פעולות הרשויות המנהליות (רשויות אכיפת החוק) במשפט הפלילי. במצב דברים זה קשה למצוא הלימה בין מגמת ההרחבה הניכרת של זכות העמידה במשפט המנהלי לבין סיוג תחולתה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית לפי גישת התחולה המצומצמת, באמצעות החלת סטנדרט מחמיר כלפי נאשם הטוען לפסלות ראייה במשפטו-שלו רק משום שהאמצעי הפסול שהביא להשגת הראייה הופנה כלפי אדם אחר. למעשה, אפשר לראות אימוץ של גישת התחולה המצומצמת כהקניה של "זכות עמידה" צרה לנאשם לטוען להפרה של הדין על ידי רשויות אכיפת החוק ולפגיעה בזכותו-שלו להליך הוגן. כאמור (וכפי שיורחב בהמשך), פסילת ראייה לפי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית נועדה בראש ובראשונה לקדם את שלטון החוק כולו ולא להיטיב עם נאשם המבקש לפסול ראייה במשפטו. בכל זאת, חשוב להדגיש כי בניגוד לעותר ציבורי, שהפגיעה בזכויותיו יכולה כאמור להיות עקיפה או שולית, פגיעה בזכותו של נאשם להליך הוגן עקב קבלה במשפטו של ראייה שהושגה שלא כדין היא פגיעה ישירה וחזקה. גם משום כך נראה שאין הצדקה לצמצם דווקא את יכולתו של האחרון לטעון נגד פעולת הרשות. זאת ועוד: אין כל היגיון להקנות לאדם מעין זכות עמידה צרה דווקא בתחום הרגיש של זכויות חשודים ונאשמים, הנוגע להיבטים החוקתיים הברורים ביותר של המשפט הפלילי הישראלי (הלכת **יששכרוב** נוצרה ברוחו ובהשראתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו⁶⁵).

62 ראו, לדוגמה, בג"ץ 651/03 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(2) 62, 68-70 (2003) (להלן: עניין האגודה לזכויות האזרח), וההפניות שם.

63 יצחק זמיר "הזכות המינהלית" משפט וממשל טז 135, 178 (2014) (להלן: זמיר "הזכות המינהלית"). ראו גם זמיר הסמכות המינהלית, לעיל ה"ש 61, בעמ' 120; עניין האגודה לזכויות האזרח, לעיל ה"ש 62, בעמ' 68; אסתר ברק "זכות העמידה בעתירה הציבורית: מבחניה ובעיותיה" עיוני משפט טז(2) 391, 393-395 (1991).

64 זמיר הסמכות המינהלית, לעיל ה"ש 61, בעמ' 120-121.

65 עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 1, בעמ' 545.

ג. אימוץ גישת התחולה האחידה: הצדקות נורמטיביות

בחלק הקודם של המאמר טענו כי גישת התחולה האחידה מוצדקת מאחר שהיא תואמת את הדין הקיים באופן יותר מדויק מגישת התחולה המצומצמת. עם זאת, טענת-נגד אפשרית נגד נימוקינו עד כה היא שראוי כי ההכרעה באשר להיקף תחולתה של הלכת **יששכרוב** לא תישען רק על הדין המצוי כי אם גם על הדין הרצוי, שיתברר לאחר דיון ושקילה. בהקשר זה חשוב להזכיר כי מאחר שהלכות שנפסקו בבית המשפט העליון אינן מחייבות אותו עצמו,⁶⁶ בית המשפט העליון עשוי לפסוק בעתיד בניגוד לקבוע בעניין **יששכרוב** ובפסקי הדין שניתנו אחריו – וגם בשל כך חשוב לבסס את ההכרעה בנוגע להיקף תחולתה של הלכת **יששכרוב** על נימוקים משכנעים מתחום הדין הרצוי. למלאכה זו נפנה בחלק זה, ובו נטען כי נכון לאמץ כהלכה את גישת התחולה האחידה מאחר שהיא עולה בקנה אחד עם תכליתה המרכזית של הלכת **יששכרוב** – הגנה על טוהר ההליך והגינותו – כמו גם עם תכלית חינוכם והרתעתם של גורמי החקירה מפני הפרה עתידית של החוק. בהמשך נטען כי גישת התחולה האחידה מוצדקת גם מטעמים הנוגעים לקידום הערך של חשיפת האמת העובדתית וכן בשל יחסיותה וגמישותה של הלכת **יששכרוב**.

1. קידום התכליות של הלכת יששכרוב

כפי שקבעה השופטת ביניש בעניין **יששכרוב**, דוקטרינת הפסילה הפסיקתית מבוססת על שלוש תכליות שיש ביניהן זיקה הדדית. תכליות אלו השפיעו על עיצוב טיבה, גדריה ותנאיה של הדוקטרינה כפי שנקבעו לראשונה בפסק הדין.⁶⁷ שלוש התכליות שציינה השופטת ביניש הן חינוך והרתעה של גורמי החקירה (התכלית החינוכית-הרתעתית), הגנה על זכויות של נאשמים בחקירתם (התכלית הפרוטקטיבית) והגנה על טוהר ההליך והגינותו (תכלית היושרה השיפוטית).⁶⁸ שלוש התכליות הללו לא נבחרו במקרה. כפי שעולה מהספרות המשפטית ומפסיקה השוואתית, מדובר בשלוש התכליות העיקריות שלאורן עוצבו כללים לפסילת ראיות "בשיטות משפט אחרות הקרובות לשיטתנו", בלשונו של בית המשפט העליון.⁶⁹ השופטת ביניש,

66 ס' 20 (ב) לחוק-יסוד: השפיטה. נדמה כי לכך כיוון השופט הנדל בעניין **זהאדה**, עת העיר כי "[...] לא עסקינן בפרשנות חוק אלא בפיתוח פסיקתי. אף הלכת **יששכרוב** ניצבת תחת מטריה זו" (עניין **זהאדה**, לעיל ה"ש 30, פסק דינו של השופט הנדל).

67 עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 547.

68 שם.

69 שם, בעמ' 547. ראו גם עמנואל גרוס "כלל פסילה חוקית – האם יש לו מקום בישראל?" **משפטים** ל 145, 165-178 (1999); אליהו הרנון "ראיות שהושגו שלא כדין – האם נשתנה המצב המשפטי בעקבות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו?" **מחקרי משפט** יג 139, 144-146 (1996) (להלן: הרנון "ראיות שהושגו שלא כדין"); סנג'רו "יששכרוב – בשורה או אכזבה?", לעיל ה"ש 48, בעמ' 91-94; Steven Penney, *Taking Deterrence*

בבואה לבחור איזו מתכליות אלו תעמוד בלבה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, קבעה כי התכלית הדומיננטית והמנחה את עיצוב הדוקטרינה היא תכלית ההגנה על טוהר ההליך והגינותו וזאת "נוכח מחויבותו של בית-משפט זה מאז ומתמיד להגנה על זכויות האדם ובהשראתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם".⁷⁰ אשר לתכלית החינוכית-הרתעתית נקבע כי זו לא תשמש תכלית דומיננטית אולם היא מהווה "תוצאת לוואי אפשרית – ואף רצויה" של פסילת ראיות בהתאם לדוקטרינה.⁷¹ כאמור, פרטיה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית לא הוסדרו במלואם בעניין **יששכרוב**. שאלות רבות הקשורות בפיתוח טיבה וגדריה של הדוקטרינה נותרו פתוחות וחלקן נדון בפסיקה מעת לעת, בהתאם למקרים המדמנים לפתחן של הערכאות השיפוטיות. לטעמנו, מענה על שאלות פתוחות אלו חייב לעלות בקנה אחד עם התכלית הדומיננטית שבבסיס הלכת **יששכרוב** – תכלית ההגנה על טוהר ההליך והגינותו – ורצוי כי גם יביא לקידום התכלית החינוכית-הרתעתית. כפי שהראינו לעיל, הן השופט לוי בעניין **זאנו** והן השופט מזוז בעניין **יהודה** ציינו בקצרה בפסקי דינם, כל אחד בדרכו ולפי עמדתו, כי גישתם לגבי היקף תחולת הלכת **יששכרוב** על עדים מגשימה באופן הטוב ביותר את תכליותיה של הלכת **יששכרוב**. בפרק זה נסקור תכליות אלו בהרחבה ונטען – באופן מנומק ומבואר (כפי שטרם נעשה בפסיקה⁷²) – כי גישת התחולה האחידה היא היחידה המקדמת את התכלית הדומיננטית של הגנה על טוהר ההליך והגינותו, כמו גם את התכלית החינוכית-הרתעתית. לעומתה, גישת התחולה המצומצמת אמנם מתיישבת עם התכלית הפרוטקטיבית, אך גם מביאה לנסיגה ניכרת בהגשמה של שתי התכליות האחרות.

(א) הגנה על טוהר ההליך והגינותו אל מול הגנה על זכויות נאשמים בחקירתם

(1) הגנה על טוהר ההליך והגינותו (תכלית היושרה השיפוטית)

אם כן, בעניין **יששכרוב** קבע בית המשפט העליון כי התכלית הדומיננטית שבבסיסה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית היא הגנה על טוהר ההליך והגינותו. תכלית זו מכונה בספרות האקדמית הזרה גם "תכלית היושרה השיפוטית", "תכלית

Seriously: Excluding Unconstitutionally Obtained Evidence Under Section 24(2) of the Charter, 49 MCGILL L. J. 105, 110 (2004).

70 עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 555. השופטת ביניש הדגישה את הדומיננטיות של תכלית ההגנה על טוהר ההליך והגינותו גם בפסק דינה בדנ"פ 5852/10 **מדינת ישראל נ' שמש**, פ"ד סה(2) 363, 391 (2012) (להלן: עניין **שמש**).

71 עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 547, 555; ראו גם עניין **שמש**, לעיל ה"ש 70, בעמ' 391.

72 עם זאת, ראו דיון קצר אך חשוב בנושא: יובל מרין "תיוג אתני והשלכותיו הראייתיות: היקף תחולתה הראוי של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית" **המשפט ברשת: זכויות אדם** 64, 5, 10-14 (2017). מסקנותיו של מאמר מעניין זה תומכות בעיקרן במסקנותינו המובאות בפרק זה.

היושרה המוסרית" או "תכלית הלגיטימיות השיפוטית". תכלית זו היא הרציונל העיקרי לכלל הפסילה הקנדי המעוגן בסעיף 24(2) לצ'רטר הקנדי;⁷³ היא גם הייתה אחת משתי התכליות שעליהן נשען כלל הפסילה האמריקני של התיקון הרביעי לחוקת ארצות-הברית בראשית דרכו,⁷⁴ אם כי הושלכה עם השנים לטובת התכלית החינוכית-הרתעתית בלבד.⁷⁵ מפאת חשיבותה של תכלית ההגנה על טוהר ההליך והגינותו להבנה של הלכת **יששכרוב** נביא את הגדרתה מתוך פסק הדין כמעט במלואה:

עשיית שימוש בראיה שהושגה בדרך בלתי כשרה על ידי רשויות אכיפת החוק, עלולה בנסיבות מסוימות להכתים את ההרשעה בפלילים ולפגום בלגיטימיות שלה. בין היתר, עלול בית המשפט להיתפש כמי שמכשיר את הפגם ונותן ידו לאחר מעשה לאי החוקיות שבהתנהגות החוקרים. זאת ועוד, מאחר ששלב החקירה המשטרית מהווה חלק מהמערכת הכוללת של עשיית הצדק, הרי שקבלתה במשפט של ראייה שהושגה בדרכי חקירה בלתי חוקיות עלולה לפגוע בטוהר ההליך השיפוטי ובאמון הציבור בו. בהתאם לגישה זו, פסילת הראיה נועדה להגן על ערכים שעיקרם טוהר ההליך הפלילי והגינותו, והיא נדרשת כחלק ממלאכת עשיית הצדק במובנה הרחב וכתנאי לאמון הציבור במערכת השיפוטית.⁷⁶

יש לשים לב כי לתכלית האמורה, כפי שהיא מוגדרת בעניין **יששכרוב**, יש שני "ראשים": טוהר ההליך ואמון הציבור. הראש של טוהר ההליך הוא בעל ממד דאונטולוגי; הוא מדגיש את הפן המוסרי הבעייתי הכרוך בקבלה במשפט של ראייה שהושגה באמצעים בלתי-חוקיים, שהרי בית המשפט "מאשר" את הפרת זכויותיו של הנחקר על ידי גורמי החקירה ובכך "נותן לה את ידו". כך נפגע טוהרו של ההליך השיפוטי, המותם בכתמי הראיה שהושגה באורח בלתי-כשר, וסמכותה המוסרית של המערכת המשפטית – החיונית להרשעתו של אדם ולהטלת סנקציה מוסרית הנלווית להרשעה ולענישה המשפטיים – מתערערת. במילים אחרות, סמכותה המוסרית של מערכת המשפט לא יכולה להתקיים אלא אם מערכת המשפט עצמה מקפידה על יושרה מוסרית.⁷⁷ הראש השני – אמון הציבור – שם את כובד המשקל על הפגיעה שיוצרת

Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 73
1982, being Schedule B to the Canada Act, 1982, c 11, s 24(2) (U.K.)
(להלן: הצ'רטר הקנדי).

בהמשך נרחיב על כלל הפסילה האמריקני; באופן כללי ראו Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643, 659 (1961) (להלן: עניין Mapp); Elkins v. United States, 364 U.S. 206, 217, 222-223 (1960).

JOSHUA DRESSLER & ALAN C. MICHAELS, UNDERSTANDING CRIMINAL PROCEDURE 75
Davis v. United States, 131 S. Ct. 2419, 2426 (2013). 343-344 (6th ed. 2013)
(להלן: עניין Davis) (2011).

עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 547.

77
; PAUL ROBERTS & ADRIAN ZUCKERMAN, CRIMINAL EVIDENCE 188 (2d ed. 2010)
Richard M. Re, *The Due Process Exclusionary Rule*, 127 HARV. L. REV 1885, 1904

קבלה של ראייה כאמור במוניטין המוסדי או בשם הטוב של בית המשפט, כמו גם על הפגיעה בכבוד שהציבור רוחש לחוק ולמשפט. אם כן, בניגוד לראש של טוהר ההליך – המדגיש את הפגיעה בסמכות המוסרית של בית המשפט (כלל דאונטולוגי), הראש של אמון הציבור עוסק דווקא בפגיעה בסמכות המוסרית של מערכת המשפט כפי שהיא נתפסת על ידי הציבור הרחב הבוחן את פעולותיו והחלטותיו של בית המשפט (כלל תועלתני).⁷⁸ לפי הטענה, אם יראה הציבור שמערכת המשפט מחילה סטנדרט כפול, אוכפת הפרת חוק על ידי אזרחים אך מעלימה עין מהתנהלות פסולה של מערכת אכיפת החוק – הוא יאבד כל אמון במערכת המשפט, ובכך תיפגע היכולת של המדינה לחוקק איסורים פליליים ולאכוף אותם.⁷⁹ מבין שני הראשים האמורים נראה כי המשפט הקנדי אימץ רציונל הקרוב יותר לראש של אמון הציבור.⁸⁰ בשונה מכך, נדמה כי בית המשפט העליון הישראלי העניק בעניין **יששכרוב** מעמד שווה לטוהר ההליך ולאמון הציבור במערכת המשפט.⁸¹

(2) הגנה על זכויות נאשמים בחקירתם (התכלית הפרוטקטיבית)

תכלית אחרת שהזכיר בית המשפט העליון כ"מועמדת" לעמוד בבסיס דוקטרינת הפסילה הפסיקתית היא תכלית ההגנה על זכויות של נאשמים בחקירתם (מכונה גם

Yuval Merin, *Lost Between the Fruits and the Tree: In Search of a Coherent Theoretical Model for the Exclusion of Derivative Evidence*, 18 NEW CRIM. L. REV. 273, 279-280 (2015); סנג'רו "יששכרוב – בשורה או אכזבה?", לעיל ה"ש 48, בעמ' 92-94; הרנון "ראיות שהושגו שלא כדין", לעיל ה"ש 69, בעמ' 145; מרין, לעיל ה"ש 72, בעמ' 11.

Ken Jull, *Remedies for Non-Compliance with Investigative Procedures: A Theoretical* 78
Julianne Parfett, *A Triumph of*; *Overview*, 17 OTTAWA L. REV. 525, 542-543 (1985)
Liberalism: The Supreme Court of Canada and the Exclusion of Evidence, 40 ALTA. L.
REV. 299, 308 (2002); סנג'רו "יששכרוב – בשורה או אכזבה?", לעיל ה"ש 48, בעמ'
94; גרוס, לעיל ה"ש 69, בעמ' 173-174.

79
ROBERTS & ZUCKERMAN, לעיל ה"ש 77, בעמ' 188. עם זאת, נכון להעיר כי בנסיבות מסוימות – למשל, כשחומרת ההפרה המשטרית היא מינורית אך העברה שבה הנאשם מואשם היא חמורה – פסילת הראייה שהושגה באי-חוקיות עלולה **לפגוע** באמון הציבורי במערכת המשפט. ראו יובל מרין ורינת קיטאי-סנג'רו "Collins, Miranda" ויששכרוב – על הפער בין הרצוי לבין המצוי בהלכת יששכרוב" **משפטים** לז 429, 486-485 (2007).

80
ס' 24(2) לצ'רטר הקנדי קובע: "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". דהיינו, הראייה תיפסל אם בהתחשב במכלול הנסיבות – קבלתה במשפט תפגע במוניטין של מערכת הצדק" או "תביא לביזוי מערכת עשיית הצדק" (תרגום מתוך מרין וקיטאי-סנג'רו, לעיל ה"ש 79, בעמ' 463-462).

81
בהקשר הרחב של הדברים ראו מרין וקיטאי-סנג'רו, לעיל ה"ש 79, בעמ' 462-463.

"התכלית הפרוטקטיבית", "הגישה הפרוטקטיבית" או "תכלית הצדק המתקן").⁸² מקרב שלוש התכליות שבבסיס הלכת **יששכרוב** נדמה כי הדיון וההתייחסות המועטים ביותר בספרות האקדמית הישראלית הוקדשו לתכלית הפרוטקטיבית. לפי תכלית זו, פסילת ראיות שהושגו עקב פגיעה של חוקרי משטרה בזכויותיו המוגנות של הנחקר מוצדקת כחלק מההגנה על הזכויות המוגנות שנפגעו.⁸³ מצדדי תכלית זו מסבירים כי עיגון בחוק של זכויות, כללים וסטנדרטים (הגנה מפני חיפוש או מעצר לא חוקיים, זכות היועצות, זכות יידוע וכו') הוא למעשה הצבת גבול שאותו אין לחצות בניסיון לחלץ הודאות או לגבות ראיות. במילים אחרות, בבקשה להגן על ערכים ליברליים מסוימים המדינה מסכימה שרשויות האכיפה לא ינסו לחלץ ראיות מפלילות בדרכים שאינן עלולות בקנה אחד עם החוק.⁸⁴ כאשר המדינה חוצה שלא כדין את הגבולות שהיא עצמה הציבה, ההפרה מצדיקה כשלעצמה את פסילת הראיות – ולפיכך לא תוכל התביעה להשתמש בראיות שלא הייתה יכולה להשיג אלא באמצעות הסגת הגבולות.⁸⁵ הדגש אינו על הרתעת הרשויות מלהפר את זכויותיו של הנחקר פעם נוספת, אלא על ההצדקה לפסילת הראיה כסעד מתקן הניתן עקב אותה פגיעה ראשונית בזכויות הנחקר בחקירתו – פגיעה שאירעה (והושלמה) בזמן **השגת** הראיה מהנחקר. זאת, להבדיל מפגיעה המתרחשת בעת **הגשת** הראיה במשפטו של הנחקר כנאשם, העומדת כאמור ביסודה של תכלית ההגנה על טוהר ההליך והגינותו.⁸⁶ שיטות משפט אינקוויזיטוריות (כגון בספרד, בצרפת, באיטליה וברוסיה) הן בעיקר אלו שביססו את כללי הפסילה שלהן על התכלית הפרוטקטיבית.⁸⁷

אחת הביקורות המרכזיות נגד התכלית הפרוטקטיבית היא שלפי תכלית זו, הפגיעה בזכות המוגנת שהופרה – לדוגמה, זכות ההיועצות – הושלמה כבר בזמן הפרתה בחקירה ואין בהגשת הראיה שהושגה עקב ההפרה כדי להוסיף ולפגוע עוד בזכות של הנחקר להיועצות, הפעם כנאשם. משכך, המתנגדים לתכלית הפרוטקטיבית טוענים כי אין קשר רצינולי בין ההגנה על הזכות המוגנת לבין פסילת הראיה שהושגה עקב הפרה של אותה זכות.⁸⁸ ביקורת נפוצה נוספת היא שהתכלית הפרוטקטיבית אמנם מסבירה את התועלת שמפיקים נאשמים שהוגש נגדם כתב אישום, אולם היא נכשלת בציון התועלת שיפיקו נחקרים שרשויות האכיפה פגעו בזכויותיהם אך הם לא הועמדו

82 ראו את המאמר המכונן הדין בתכלית זו: A. J. Ashworth, *Excluding Evidence as*

Protecting Rights, 3 CRIM. L. REV. 723 (1977).

83 עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 547.

84 ROBERTS & ZUCKERMAN, לעיל ה"ש 77, בעמ' 182.

85 שם.

86 מרין, לעיל ה"ש 72, בעמ' 10-11; Merin, לעיל ה"ש 77, בעמ' 281-282; הרנון "ראיות שהושגו שלא כדין", לעיל ה"ש 69, בעמ' 145.

87 Merin, לעיל ה"ש 77, בעמ' 282.

88 גרוס, לעיל ה"ש 69, בעמ' 166. ראו גם עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 554;

ROBERTS & ZUCKERMAN, לעיל ה"ש 77, בעמ' 183.

לדין. נחקרים כאלה לא "ייהנו" מסעד מתקן של פסילת ראיות במשפטם בגין פגיעה בזכויותיהם, שכן ממילא לא ייערך משפט כזה.⁸⁹ בניגוד לתכלית החינוכית-הרתעתית – שלגביה נקבע בעניין **יששכרוב** כי לא תשמש תכלית דומיננטית העומדת בבסיס דוקטרינת הפסילה הפסיקתית – השופטת ביניש לא קבעה בעניין **יששכרוב** דבר באשר לדומיננטיות של תכלית ההגנה על זכויותיהם של נאשמים בחקירתם. עם זאת, מעצם הבחירה בתכלית ההגנה על טוהר ההליך והגינותו כתכלית הדומיננטית למדנו שכמו התכלית החינוכית-הרתעתית, גם התכלית הפרוטקטיבית לא הגיעה למעמד הבכורה הנחשק.⁹⁰ בשנת 2012, בחלוף שש שנים ממתן פסק הדין בעניין **יששכרוב**, הדגישה הנשיאה ביניש בפסק דינה החשוב בעניין **שמש**, למען הסר ספק, כי התכלית הפרוטקטיבית אינה עומדת בבסיסה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית וכי תכלית ההגנה על טוהר ההליך והגינותו היא שמבססת אותה.⁹¹

(3) גישת התחולה האחידה מחזקת את תכלית היושרה השיפוטי

לפי תכלית ההגנה על טוהר ההליך והגינותו, שמכות בית המשפט לפסול ראיה שהושגה באמצעים בלתי-חוקיים היא מוצדקת ככל **שקבלתה במשפט** של הראיה תפגע בטוהר ההליך השיפוטי ובאמון הציבור בו; לעומת זאת, לפי התכלית הפרוטקטיבית, פסילתה של הראיה שהושגה תוך פגיעה בזכות מוגנת של הנחקר מוצדקת בהיותה סעד מתקן שניתן עקב אותה פגיעה ראשונית בזכויות הנחקר בחקירתו – פגיעה שאירעה (והושלמה) בזמן **השגת** הראיה מהנחקר. יודגש כי תכלית ההגנה על טוהר ההליך והגינותו מתמקדת בפגיעה בטוהר **ההליך** ובזכותו של **הנאשם** להליך הוגן בעת **קבלת הראיה** במשפטו, בעוד שהתכלית הפרוטקטיבית מתמקדת בפגיעה בזכויות **הנחקר** בעת **חקירתו**.

לא בכדי התעכבנו על הצגת ההבדלים המרכזיים בין התכליות האמורות, שכן כפי שנראה להלן, גישת התחולה האחידה היא היחידה המקדמת את תכלית ההגנה על טוהר ההליך והגינותו לפי שני ראשיה. לעומת זאת, גישת התחולה המצומצמת מתבססת הלכה למעשה על הערכים והתפיסות שהתכלית הפרוטקטיבית שואפת לקדם, אך בתוך כך היא פוגעת בהגשמה של תכלית ההגנה על טוהר ההליך והגינותו. מאחר שבעניין **יששכרוב** נקבע כי תכלית ההגנה על טוהר ההליך והגינותו היא-היא התכלית שבלבה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, וכי היא בעלת מעמד עליון ביחס לתכלית הפרוטקטיבית – על בית המשפט העליון להעדיף את גישת התחולה האחידה על פני גישת התחולה המצומצמת.

89 ROBERTS & ZUCKERMAN, לעיל ה"ש 77, בעמ' 185; עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 554.

90 יצוין כי אפשר ללמוד ממרומוז על סלידתה של השופטת ביניש ממתן משקל גבוה לתכלית הפרוטקטיבית מתוך נימוקיה לדחיית "המודל המתקן" לפסילת ראיות ולהעדפת אימוצו של "המודל המניעתית", כפי שהם מובאים בהרחבה בעניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 555-554.

91 עניין **שמש**, לעיל ה"ש 70, בעמ' 391.

כאמור, לפי גישת התחולה המצומצמת, רק פגיעה בעלת "עוצמה מיוחדת" בזכויותיו של עד בחקירה תצדיק פסילת ראיה שהושגה באמצעות פגיעה זו במשפטו של הנאשם. יודגש כי השופט לוי לא קבע (בצדק) כי פגיעה בעוצמה פחותה יותר בזכויות של עד נחקר היא חוקית או כשרה. פגיעה כזו עדיין תיחשב בעיני בית המשפט בלתי-חוקית, אולם האפשרות לפוסלה בהתאם לנוסחת האיזון של הלכת יששכרוב כלל לא תעמוד על הפרק, והראיה בהכרח תהיה קבילה. השופט לוי לא הגדיר במדויק בעניין ז'אנו אילו פגיעות תיחשבה כבעלות עוצמה מיוחדת, אך הוא הציג שלוש דוגמאות קונקרטיות: איומים, שימוש באלימות והפחדה. מובן שלא מדובר ברשימה סגורה, אולם מובן גם ששלוש הפגיעות שמנה השופט לוי הן מהפגיעות הפוטנציאליות החמורות ביותר שאפשר לדמיין בחקירה של אדם. האם התכוון השופט לוי לכך שהתעלמות של חוקר מבקשות חוזרות ונשנות של עד-נחקר להיוועץ בעורך-דינו לא תעלה כדי פגיעה בעלת "עוצמה מיוחדת"? האם העלה השופט לוי על דעתו כי אי-יידוע של עד-נחקר בדבר זכות השתיקה והזכות להימנע מהפללה עצמית העומדות לו בחקירה אלא בתום ארבע דקות מתחילתה, לא יצדיק אפילו לנסות ולבחון פסילת ראיה שהושגה בחקירה זו? קשה לענות על שאלות אלו, אך בית המשפט המחוזי בבאר-שבע, שדן בעניין יהודה כערכאה דיונית, קבע כי הפגיעות הנ"ל אינן עולות כדי פגיעות בעלות עוצמה מיוחדת, ומשכך אף לא פנה לבחון את קבילות אמרתיו המפלילות של עד במשפטו של נאשם לפי אמות-המידה של הלכת יששכרוב.⁹²

משמעות הדברים היא שגישת התחולה המצומצמת תומכת באופן מפורש ומפגיע בקבלת ראיות שחילצו גורמי החקירה תוך הפרה של החוק, במשפטו של הנאשם, לרבות ראיות שפסילתן הייתה נשקלת בחיוב במשפטו של העד עצמו. כל זאת, אפילו בלי לנסות ולבחון את פסילת הראיות בהתאם לאמות-המידה המחמירות ממילא שגובשו בהלכת יששכרוב. לדעתנו, במצב כזה – שבו ראיה שהושגה תוך נקיטת אמצעים בלתי-חוקיים מתקבלת במשפט רק משום שאלו הופנו כלפי עד ולא כלפי הנאשם – תיתכן פגיעה בטוהר ההליך השיפוטי. כמו כן, אמוץ הציבור במערכת המשפט עלול להיפגע כשבתי המשפט מסיטים את מבטם מפגיעות בזכויות אך משום שהן לא מהפגיעות החמורות ביותר שאפשר להעלות על הדעת. חמור מכך: כאשר בית המשפט אפילו לא מעמיד לבחינה את האפשרות לפסול ראיות שהושגו בכוונה תחילה בדרכים בלתי-חוקיות (למשל, כפי שיורחב בהמשך, כשהחוקרים מפרים זכויות של חשודים כדי לחלץ מכל חשוד אמרה מפלילה נגד זולתו) – אי-אפשר שלא לחשוש מכך שבית המשפט עלול "להיתפש כמי שמכשיר את הפגם ונותן ידו לאחר מעשה לאי-החוקיות שבהתנהגות החוקרים".⁹³ משכך, ברי כי אמוץ של גישת התחולה המצומצמת יוביל לפגיעה ניכרת בקידום של תכלית ההגנה על טוהר ההליך והגינותו, ככל שבית המשפט יקבל אוטומטית במשפט של נאשם ראיות שהושגו באי-חוקיות שהופנתה כלפי עד – אי-חוקיות חמורה או מכוונת ככל שתהא, כל עוד אינה עומדת באמת-המידה המחמירה במיוחד שגובשה בעניין ז'אנו, של פגיעה בעלת "עוצמה

92 ת"פ (מחוזי ב"ש) 20813-01-13 מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם, 3.9.2014).

93 עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 1, בעמ' 547.

מיוחדת". זאת, בלי לנסות ולבחון את פסילת הראיות הללו בהתאם לאמות-המידה הרגילות של הלכת **יששכרוב**.

שונים פני הדברים באשר לאימוץ של גישת התחולה האחידה. כפי שהבהיר השופט מזוז בעניין **יהודה**, כאשר המשטרה מפנה אמצעי בלתי-כשר כלפי עד בחקירתו, היא אינה מפרה רק את זכויותיו של העד עצמו באופן "ישיר", אלא גם פוגעת באופן "עקיף" בזכות הרחבה להליך הוגן של הנאשם שנגדו הוגשה אמרת העד המפלילה. לכן, "זכותו של נאשם להליך הוגן כוללת בתוכה את זכותו שכל החומר הראייתי שהוגש בבית המשפט על מנת להוכיח את אשמתו – הושג תוך שמירה על החוק, וללא שימוש של הגוף החוקר באמצעי חקירה בלתי הוגנים או באמצעים הפוגעים שלא כדין בזכות יסוד מוגנת"⁹⁴. קביעה זו, השוללת החלה קטגורית ואפריורית של אמות-מידה שונות ומחמירות לפסילת ראיה במצבים שבהם האמצעי הפסול שימש להשגת ראיה בחקירה של עד, ודאי מתיישבת עם תכלית ההגנה על טוהר ההליך והגינותו ומקדמת אותה. בראש ובראשונה, מתן דגש ל**זכות הנאשם להליך הוגן** מגן טוב יותר על טוהרו והגינותו של **ההליך השיפוטי**, שמטבע הדברים **הנאשם** (ולא העד) הוא שעומד במרכזו.⁹⁵ זאת, להבדיל מגישת התחולה המצומצמת, הבוחנת בזכוכית מגדלת דווקא את הפרת זכויותיו של **העד בחקירה**, במובחן מההליך השיפוטי ומהנאשם שבמרכזו. כך, גישת התחולה המצומצמת כלל אינה "מטריחה" את בית המשפט בשלב הראשון לשקול אם טוהר ההליך השיפוטי נפגע עקב קבלת ראיה הנגועה באי-חוקיות; במקום זאת היא ממוקדת ב**זכויותיו של העד בחקירה** במובחן משלב המשפט, שהוא השלב שבו הלכת **יששכרוב** אמורה להתנער מהאבק שהצטבר עליה בהליכים שקדמו למשפט.⁹⁶

בניגוד לתכלית ההגנה על טוהר ההליך והגינותו ולגישת התחולה האחידה – המפנות את מבטו של בית המשפט ל"עתיד", לשלב קבלת הראיה במשפטו של הנאשם ולהשפעתה על טוהר ההליך (בלי להתעניין בשאלה כלפי מי הופנו האמצעים הבלתי-כשרים בחקירה), התכלית הפרוטקטיבית וגישת התחולה המצומצמת מסיטות את מבטו של בית המשפט אל ה"עבר", לכיוון חקירתו של העד, ואינן מייחסות חשיבות להשפעת קבלתה של הראיה על טוהר ההליך השיפוטי.⁹⁷

94 עניין **יהודה**, לעיל ה"ש 18, בפס' 45.

95 כאמור, בעניין **זאנו** עמד גם השופט לוי (כמו גם השופט הנדל בעניין **זהאדה**) על כך שבבסיס הלכת **יששכרוב** ניצבות הפגיעות שהסבה החקירה לנאשם – ולא לעד – אך מסקנותיו בנוגע להיקף תחולתה של הלכת **יששכרוב** על עדים היו כמובן שונות. ראו דיון לעיל, בטקסט הסמוך לה"ש 12 ו-34.

96 עניין **שמש**, לעיל ה"ש 70, פסק דינה של הנשיאה ביניש.

97 בהקשר זה ראוי להביא את דברי הנשיאה ביניש בפסק דינה בעניין **שמש**: "[...] מבחינה עיונית, המודל לפסילת הראיות שאומץ בשיטתנו הוא 'המודל המניעתי'. בהתאם למודל זה, פסילת הראיה שהושגה שלא כדין היא סעד שנועד למנוע פגיעה עתידית בערך מוגן כתוצאה מקבלתה במשפט של הראיה שהושגה שלא כדין. פסילת הראיה אינה נחשבת בשיטתנו המשפטית לסעד מתקן בגין הפגיעה הראשונית בנאשם שהושלמה עם השגת הראיה. הערך העיקרי שעליו מגינה דוקטרינת הפסילה הפסיקתית בהתאם ל'מודל המניעתי' הוא הערך של הגינות ההליך הפלילי וטוהרו [...]" (עניין **שמש**, לעיל ה"ש 70,

ודוק: אחת מאמות-המידה המנחות ה"רגילות" של הלכת **יששכרוב** היא בחינה של "אופייה וחומרמה של אי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה". אולם, אמת-מידה זו נבחנת עם השאלה אם קבלה של הראיה במשפט תפגע מהותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן. היא ודאי אינה נתפסת כדרך לבדוק אם הפניית אי-החוקיות כלפי הנחקר מצדיקה **כשלעצמה** מתן סעד או "פיצוי" לנחקר בגין הפרת זכויותיו בחקירה, במנותק משאלת ההשפעה של קבלת הראיה על טוהר ההליך או על זכותו של הנאשם (שהוא לא דווקא הנחקר) להליך הוגן.

אם כן, אמנם גישת התחולה המצומצמת מתיישבת עם עקרונות התכלית הפרוטקטיבית, אך גישת התחולה האחידה – ורק היא – מביאה להגשמה מיטבית של תכלית ההגנה על טוהר ההליך והגינותו, שהיא כאמור התכלית הדומיננטית העומדת בבסיסה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית.

(ב) חינוך והרתעה של גורמי החקירה (התכלית החינוכית-הרתעתית)

יש הגורסים כי משלוש תכליותיה של הלכת **יששכרוב**, התכלית החינוכית-הרתעתית היא היחידה המבוססת על שיקולים תועלתניים, ואילו שתי התכליות האחרות מקורן בשיקולים דאונטולוגיים.⁹⁸ לפי התכלית החינוכית-הרתעתית יש לפסול ראיות שהושגו באמצעים בלתי-חוקיים כדי להרתיע את גורמי החקירה מהפרת החוק בעתיד ו"לחנך" אותם שלא לנסות לחלץ ראיות בלתי-כשרות תוך פגיעה בזכויות הפרט.⁹⁹

מצדדי תכלית זו סבורים כי אף שאפשר לחנך שוטרים מפרי חוק באמצעות שורה של דרכי פעולה (ובהן הטלת סנקציות פליליות ומשמעתיות, כמו גם נקיטת הליכים במישור האזרחי בדמות תביעות לפיצויים נגד שוטרים מפרי חוק), הניסיון בארץ ובעולם מראה כי דרכי הפעולה הללו אינן יעילות וכי האמצעי האפקטיבי ביותר (ואף היחיד) להרתעה של גורמי חקירה הוא פסילת ראיות שהשיגו באמצעים לא חוקיים.¹⁰⁰ אין מדובר בהרתעה של החוקרים מפני הפרה מכוונת או זדונית בלבד אלא גם בחינוכם להימנע מהפרת זכויות רשלנית.¹⁰¹ יודגש כי התומכים בתכלית זו אינם מחפשים

בעמ' 391; (ההדגשות הוספו). ראו גם ROBERTS & ZUCKERMAN, לעיל ה"ש 77, בעמ' 185.

98 ראו, לדוגמה, Merin, לעיל ה"ש 77, בעמ' 278. אנו חולקים על קביעה זו. כפי שהראינו, תכלית ההגנה על טוהר ההליך והגינותו כוללת גם את רכיב הפגיעה באמון הציבור – שיקול שוודאי אינו דאונטולוגי גרידא.

99 עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 547; ROBERTS & ZUCKERMAN, לעיל ה"ש 77, בעמ' 185.

100 סג'רו "יששכרוב – בשורה או אכזבה?", לעיל ה"ש 48, בעמ' 91; אליהו הרנון "ראיות שהושגו באמצעים בלתי הוגנים" הפרקליט – ספר היובל 462, 474, 479-476 (ארנן גבריאלי ומיגל דויטש עורכים, 1993); ROBERTS & ZUCKERMAN, לעיל ה"ש 77, בעמ' 186.

101 ROBERTS & ZUCKERMAN, לעיל ה"ש 77, בעמ' 186.

"להעניש" את גורמי החקירה או "לפצות" את הנאשם באמצעות פסילת הראיה; בראש מעיינם נמצא אך ורק אינטרס המניעה של הפרת זכויות עתידית על ידי גורמי החקירה.¹⁰²

מנגד, יש הגורסים כי גם האפקטיביות של פסילת ראיות מוטלת בספק, משום שאין לה השלכה ישירה על החוקרים עצמם ועל הממונים עליהם – האחראים להפרה של זכויות הנחקר; לכל היותר יש לה השפעה עקיפה.¹⁰³ ביקורת נוספת היא שהרתעה אפקטיבית באמת דורשת לנקוט צעדים חריפים יותר מפסילה של ראיה שהושגה באי-חוקיות – למשל: פסילתן של כל הראיות שהושגו בתיק מסוים שבו פעלה המשטרה באורח בלתי-חוקי – בין שהושגו כחוק ובין שלא. לפי גישה זו, נקיטה של צעדים חריפים במיוחד מתבקשת משום שהפרות משטרות רבות כלל אינן מתגלות או אינן מסיימות בפסילה של הראיה שהושגה, ולכן האפקט ההרתעתי של דוקטרינת הפסילה נחלש.¹⁰⁴

התכלית החינוכית-הרתעתית היא העומדת ביסודו של כלל פסלות הראיות של התיקון הרביעי לחוקת ארצות-הברית,¹⁰⁵ בשונה מהמשפט הקנדי והאנגלי, שבהם חינוך הרשויות והרתעתן הם אך תוצאת לוואי רצויה של פסילת הראיות.¹⁰⁶ בעניין **יששכרוב** הלך בית המשפט העליון עם המתנגדים לאימוץ של התכלית החינוכית-הרתעתית כעיקרה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית המתגבשת, וקבע כי הניסיון בארצות-הברית מלמד שפסילת ראיות אינה בהכרח אפקטיבית ככלי לחינוך ולהרתעה של רשויות החקירה, כשמנגד יש כאמור דרכי פעולה אלטרנטיביות נגד האחראים הישירים להפרה של זכויות החשוד-נאשם.¹⁰⁷ רבים חולקים על קביעה זו, וטוענים שהתכלית החינוכית-הרתעתית צריכה להיות לכל הפחות אחת מהתכליות שבלב דוקטרינת הפסילה הפסיקתית.¹⁰⁸

אף שבית המשפט העליון קבע בעניין **יששכרוב** כי התכלית החינוכית-הרתעתית אינה התכלית הדומיננטית של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, הוא קבע – בדומה

102 ש.ם.

103 גרוס, לעיל ה"ש 69, בעמ' 167-168.

104 Re, לעיל ה"ש 77, בעמ' 1894-1896.

105 DRESSLER & MICHAELS, לעיל ה"ש 75, בעמ' 343-344; עניין Davis, לעיל ה"ש 75, בעמ' 2426; עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 549; גרוס, לעיל ה"ש 69, בעמ' 167; סנג'רו "יששכרוב – בשורה או אכזבה?", לעיל ה"ש 48, בעמ' 90-91.

106 עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 551-552; הרנון "ראיות שהושגו שלא כדין", לעיל ה"ש 69, בעמ' 145; ADRIAN KEANE & PAUL MCKEOWN, THE MODERN LAW OF EVIDENCE 63 (9th ed. 2012).

107 עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 555.

108 ראו, לדוגמה, סנג'רו "יששכרוב – בשורה או אכזבה?", לעיל ה"ש 48, בעמ' 100-101; בועז סנג'רו "כלל פסילת הראיות שהושגו באמצעים פסולים מתפתח, אך עדיין ללא נכונות לשלם מחיר חברתי (ולזכות אשם בעבירה חמורה שעודנו חי)" **משפטים על אתר** ד 25, 45 (2012) (להלן: סנג'רו "כלל פסילת הראיות מתפתח"); Blum, *Exclude Justice?* לעיל ה"ש 48, בעמ' 396; עניין **שמש**, לעיל ה"ש 70, בעמ' 435-437.

למשפט האנגלי והקנדי – כי חינוך והרתעה של רשויות החקירה מלהפר את החוק בעתיד הם "תוצאת לוואי אפשרית – ואף רצויה" של פסילת ראיות בהתאם לדוקטרינה.¹⁰⁹

אין ספק שאימוץ של גישת התחולה המצומצמת כהלכה יביא לסכנה של "הפרת זכויות אסטרטגית" על ידי חוקרי המשטרה.¹¹⁰ כך, למשל, כפי שהדגיש השופט מזוז בעניין יהודה, במצב שבו נחקרים כמה חשודים בנוגע לביצוע אותה עברה (בדרך כלל שותפים לדבר עברה), חוקרי המשטרה עלולים להפר את זכויותיהם במטרה להביאם להפלייל זה את זה.¹¹¹ אפשרות אחרת היא שחוקרים יתמקדו בהפרת זכויותיו של חשוד אחד – זוטר יחסית, כזה שאינו מנוסה בחקירות – במטרה להפלייל את שותפו הבכיר, זה שהם חפצים יותר בהרשעתו כדין.¹¹² מצב שבו רק פגיעה בעלת "עוצמה מיוחדת" תביא לפסילת אמרה מפלילה של עד שהוגשה במשפטו של הנאשם "מחסן" מפני פסילה את כל הראיות שלא הושגו תוך פגיעה בעלת אותה "עוצמה מיוחדת", ולמעשה מתיר לחוקרים לפעול במרץ להשגתן. במקום שחוקרי המשטרה יחונכו להבחין בין חקירה כדין לבין חקירה שאינה כדין, גישת התחולה המצומצמת מתמרצת אותם לשלוט ב"אמנות" ההבחנה שבין פגיעה לא קשה בזכויות העד – שהיא אמנם אסורה אך כמעט חסרת נפקות במשפטו של הנאשם – לבין פגיעה קשה בזכויות העד, העלולה להביא לפסילת הראיה במשפטו של הנאשם.

חשוב להדגיש כי הפרת זכויותיו של העד על ידי חוקרי המשטרה, במטרה להביא להפלת הנאשם, אינה מביאה בהכרח ל"הקרבת" האפשרות להרשיע את העד (בכובעו כנאשם) בהליך נפרד, אף ככל שאמרתו המפלילה היא גם הודאה באשמתו שלו. ראשית, כאמור לעיל, הפרות משטריות רבות של הדין כלל אינן מתגלות או אינן מסתיימות בפסילה של הראיה שהושגה (הדבר נכון בעיקר בישראל, שבה דוקטרינת הפסילה הפסיקית היא יחסית ופסילת ראיה שהושגה שלא כדין נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט¹¹³). לפיכך, ייתכן שהעד יועמד לדין והודאתו לא תיפסל אף על פי שהושגה באמצעים בלתי-חוקיים. זאת ועוד: ייתכן כי לחובת העד עומדות ראיות נוספות שדי בהן כדי להרשיעו.

109 עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 1, בעמ' 555. בעניין שמש, לעיל ה"ש 70, בעמ' 391, כינה בית המשפט העליון את התכלית החינוכית-הרתעתית כ"בעלת חשיבות משנית".

110 השימוש במונח "הפרה אסטרטגית" בספרות המשפטית האמריקנית רווח למדי בנוגע לתחולה המסויגת של כללי פסילה על עדים או צדדים שלישיים אחרים. ראו, לדוגמה, Re, לעיל ה"ש 77, בעמ' 1896.

111 עניין יהודה, לעיל ה"ש 18, בפס' 47 לפסק דינו של השופט מזוז. ראו גם נינה זלצמן "נאשמים במשותף וסעיף 10א(א) לפקודת הראיות" עיוני משפט ט(3) 625, 652-653 (1983) (להלן: זלצמן "נאשמים במשותף וסעיף 10א(א)").

112 בנוגע לסכנת ההפרה של זכויות אדם אחד כדי להביא להפללה של אדם אחר, ראו Penney, לעיל ה"ש 69, בעמ' 125-126; Re, לעיל ה"ש 77, בעמ' 1896.

113 ראו דיון מקיף יותר בנושא בפרק 3.3 להלן.

מעבר לכל אלה, נפוצה במקומותינו תופעה של הסדרי טיעון מקלים, משום שהתביעה יודעת שייכתן כי ראייה מסוימת העומדת לחובת הנאשם תיפסל על ידי בית המשפט, כשהפסילה אף אולי תביא לזיכוי מלא.¹¹⁴ נוסף על כך, נאשם בדרך כלל לא ינהל הליך משפטי מלא כשיש נגדו די ראיות שהושגו כדין וכנראה יובילו להרשעתו גם אם תיפסל הראייה השנויה במחלוקת. במקרים כאלה בדרך כלל יודה הנאשם באישומים במסגרת הסדר טיעון ולא יתעקש לנהל "משפט סרק", כדי שיוכל לקבל את ההקלה בעונש השמורה למי שמודה ולוקח אחריות על מעשיו.¹¹⁵ קשה לאמוד את היקפן של תופעות אלו, אולם בהקשר של מאמר זה הן כנראה נפוצות במיוחד: בכל פסקי הדין של בית המשפט העליון שנדונו בחלק א', **להוציא שניים בלבד** (עניין ז'אנו ועניין יוסף), מוזכר כי התביעה הגיעה להסדרי טיעון עם העדים שאת קבילות אמרתם המפלילה התבקש בית המשפט לפסול.¹¹⁶ כלומר, בשישה מתוך שמונה פסקי דין של בית המשפט העליון שדנו עד כה בערעורים שכללו עתירות לפסולת אמרות של עד – שלפי הטענה הושגו באופן בלתי-חוקי – מצוין כי העדים הודו במשפטם-הם בעברות שיוחסו להם בהסדר הטיעון עם התביעה.

סיטואציה נפוצה זו – שבה עדים, בכובעם כנאשמים, מודים בעברות שיוחסו להם בהסדר הטיעון ובתוך כך נמנעים כמובן מלטעון בבית המשפט כי הופנו כלפיהם אמצעים לא כשרים – היא ההסבר למצב שתואר בפסק הדין בעניין פלוני. כאמור לעיל,¹¹⁷ השופט עמית העיר כי סיטואציה שבה נאשם עותר במסגרת משפטו לפסילת אמרות מפלילות שהושגו תוך שימוש באמצעים פסולים בחקירתם של עדים, בזמן שהעדים עצמם "כלל לא טענו בבית המשפט כי ננקטה כלפיהם אלימות או שזכויותיהם הופרו, אלא הודו והורשעו בעבירות שיוחסו להם" – מעלה "קושי מסוים", ולפיכך "יש בדברים כדי לכרסם במידת מה בעוצמת הטענה של [הנאשם] נגד קבילות

114 ראו, לדוגמה, את ע"פ 7165/07 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.4.2010). אחד מכותבי המאמר – משה סרוגוביץ – ייצג בהליך זה. לביקורת על הסדרי טיעון מקלים לאור ראיות בלתי-קבילות לחובת הנאשם ראו, לדוגמה, אורן גזל "הסדרי טיעון ובעיית החף" משפטים לה 1, 68-71 (2005).

115 אפשר לחשוב על סיבות נוספות לאי-העלאת טענה בעניין ראייה שהושגה שלא כדין, למשל כשל בייצוג או היעדר רצון או יכולת לספוג את העלות הכלכלית של ניהול ההליך (הפסד ימי עבודה, נסיעות וכו'), במיוחד בתיקים קטנים בבית משפט השלום, שהעונש בהם צפוי להיות מתון.

116 ראו עניין סטואר, לעיל ה"ש 16, בפס' ח' לפסק דינו של השופט רובינשטיין; עניין נסאסרה, לעיל ה"ש 15, בפס' 26 לפסק דינו של השופט סולברג; עניין יהודה, לעיל ה"ש 18, בפס' 50 לפסק דינו של השופט מזוז; עניין זהאדה, לעיל ה"ש 30, בפס' 7 לפסק דינו של השופט סולברג; עניין דענא, לעיל ה"ש 13, בפס' 2 לפסק דינו של השופט פוגלמן. בעניין פלוני, לעיל ה"ש 35, ראו את פסקי הדין בעניין השותפים – ע"פ 3520/16 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 29.8.2016), וכן ע"פ 6884/16 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 21.11.2016), מהם עולה כי כל השותפים הודו באשמתם ולא ניהלו משפט.

117 בפרק 4.א.

הודעותיהם של [העדים]".¹¹⁸ כאמור, יש להתבונן על סיטואציה זו בהקשר הנכון, שלפיו סביר כי הסדר הטיעון שבין התביעה לעדים מושפע מצוץ התביעה להימנע מדיון של בית המשפט בטענות על הפרת זכויותיהם או מכך שיש די ראיות אחרות – שאין מחלוקת על קבילותן – להוכחת אשמתם. מאחר שהתביעה הגיעה להסדרי טיעון עם העדים בעניין פלוני,¹¹⁹ מובן מדוע הם "כלל לא טענו בבית המשפט כי ננקטה כלפיהם אלימות או זכויותיהם הופרו, אלא הודו והורשעו בעבירות שיוחסו להם" (וכאמור לעיל, אף השופט עמית הסכים כי זכויותיהם של העדים אכן הופרו¹²⁰).

כאשר אלה הם פני הדברים, קשה להסכים עם קביעתו של השופט עמית שלפיה העובדה שנאשם טוען להפרה של זכויות העדים, בלי שאלה טענו דבר בעניין, צריכה לרסם בעוצמת טענותיו. למעשה, לא רק שקביעה זו אינה מתיישבת עם ההקשר הנכון שבו יש לקרוא את הדברים, כפי שתואר לעיל, אף יש בה כדי לעודד "הפרות אסטרטגיות" של זכויותיהם של נחקרים על ידי רשויות החקירה. בהסתמך על קביעתו של השופט עמית, רשויות האכיפה עלולות להניח כי ביכולתן להפר את זכויותיו של נחקר א' ולחלץ ממנו אמרה מפלילה נגד נחקר ב' בלי "להקריב" את ההרשעה של אף אחד מהנחקרים: נחקר א' יודה בעברות שיוחסו לו במסגרת הסדר טיעון עם התביעה – בין משום שהוצע לו הסדר מקל ובין משום שיש די ראיות אחרות להרשעתו – ואמרותיו תוגשנה במשפטו של נחקר ב' מכות סעיף 10א לפקודת הראיות. במצב זה, טענותיו של נחקר ב' בדבר פעולותיהם הבלתי-חוקיות של החוקרים נגד נחקר א' תיתפסנה כבעלות עוצמה "מכורסמת" מאחר שנחקר א' לא טען דבר בעניין במשפטו שלו.

זאת ועוד: כדברי השופט מזוז בעניין יהודה, יש להזכיר כי "השגת ראיה מפלילה נגד הנאשם, תוך הפעלת אמצעי פסול בחקירתו של עד, איננה רק הפרה של זכויותיו של העד, אלא גם פגיעה בזכותו של הנאשם עצמו להליך הוגן".¹²¹ הדבר נכון במיוחד כשמטרת ההפרה הייתה להשיג ראיות מפלילות מהעד נגד הנאשם. משכך, ומאחר שלפי הלכת יששכרוב בית המשפט נדרש לבחון את פסילת קבילותה של ראיה שהושגה שלא כדין בהתאם לשאלת הפגיעה בזכותו של הנאשם להליך הוגן – ולא בהתאם לפגיעה בזכויות העד – כלל לא ברור מאי נפקא מינה אם טענו העדים להפרת זכויותיהם במשפטם-הם אם לאו.

2. קידום הערך של חשיפת האמת העובדתית

טענו לעיל כי גישת התחולה האחידה תקדם את התכלית הדומיננטית העומדת בבסיסה של הלכת יששכרוב – תכלית ההגנה על טוהר ההליך והגינותו – וכן את

118 עניין פלוני, לעיל ה"ש 35, בפס' 6 לפסק דינו של השופט עמית.

119 כאמור בה"ש 116 לעיל.

120 עניין פלוני, לעיל ה"ש 35, בפס' 4 לפסק דינו של השופט עמית.

121 עניין יהודה, לעיל ה"ש 18, בפס' 45 לפסק דינו של השופט מזוז.

התכלית החינוכית-הרתעתית. עם זאת, קשה לכחד כי תכלית-העל של דיני הראיות בהליך הפלילי הייתה ועודנה חשיפת האמת העובדתית. רק הגשמתה של תכלית זו תאפשר להשיג את ייעודו המרכזי של ההליך הפלילי: הרשעת אשמים וזיכוי חפים מפשע.¹²²

כמו מקבילותיה ברחבי העולם, הלכת **יששכרוב** לא נוצרה לקידום הערך של חשיפת האמת אלא בעיקר לקידום ערכים אחרים, חברתיים במהותם. בראשם של ערכים אלה ניצבת כאמור תכלית ההגנה על טוהר ההליך והגינותו ובתוך כך הגנה על זכויות הנאשם; ובראייה רחבה יותר – הגנה על זכויות אדם, ה"מהווה תכלית לעצמה בשיטתנו המשפטית, ומשפיעה היא על עיצובם של מכלול ענפי המשפט – כל ענף בהתאם למהותו, למטרותיו ולמאפייניו".¹²³

למעשה, אף שבמקרים מסוימים פסילת קבילותן של ראיות בהתאם להלכת **יששכרוב** עשויה להתיישב עם תכלית החתירה לגילוי האמת, היא עלולה – בעיקר כשאי-החוקיות לא פגמה במהימנות ובערך ההוכחתי של הראיה שהושגה – לפגוע ביכולתו של בית המשפט להגיע לחקר האמת.¹²⁴

אין ספק שדעתו של בית המשפט העליון בעניין **יששכרוב** לא הייתה נוחה מפסילת ראיות שאי-החוקיות בהשגתן לא פגמה במהימנותן. אכן, אחת מאמות-המידה שנקבעו בנוסחת האיזון של הלכת **יששכרוב** היא מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה, הכוללת את מידת ההשפעה של אי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה על מהימנותה של הראיה ועל ערכה ההוכחתי. בית המשפט קבע כי "בנסיבות שבהן מתעורר חשש לאמינות הראיה, נחלש המתח שבין הערך שבחשיפת האמת לבין ההגנה על הגינות ההליך ועל טוהרו, באופן שעשוי לתמוך בפסילת הראיה".¹²⁵ כפי שפירטנו לעיל, מים רבים זרמו בנהר מאז ניתנה הלכת **יששכרוב** בשנת 2006, ובית המשפט פסל גם ראיות שלא עלה כל חשש בנוגע למהימנותן, לרבות ראיות חפציות שעל פי רוב אין באי-החוקיות הכרוכה בהשגתן כדי לפגום במהימנותן הגבוהה.¹²⁶ אף

122 עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 536, 531-530, 526; טליה פישר "דיני הראיות בראי התיאוריה" **עיוני משפט** לט 107, 114-119 (2016); אהרן ברק "על משפט, שיפוט ואמת" **משפטים** כז 11 (1996); ROBERTS & ZUCKERMAN, לעיל ה"ש 77, בעמ' 18-19.

123 עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 531-537.

124 בלשונה של השופטת ביניש בעניין **יששכרוב**: "שאלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין אינה יכולה להיות מוכרעת על-פי התכלית של חשיפת האמת ולחימה בעבריינות בלבד. אף כי תכלית זו היא התכלית המרכזית של ההליך הפלילי, מתבקשת כיום נקודת איזון גמישה יותר המתחשבת גם בזכויותיו המוגנות של הנאשם והצורך להגן על הגינות ההליך וטוהרו [...] אמנם, מניעתו של מידע רלוונטי מבית-המשפט עשויה להוביל בנסיבות אלה לריחוקה של 'האמת המשפטית' מן 'האמת העובדתית'. אולם תוצאה זו נגזרת מכך שהליך עשיית הצדק אינו עומד לעצמו אלא הוא חלק ממערכת חברתית מורכבת של ערכים, אינטרסים וזכויות הניתנים לאיזון [...]" (עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 535).

125 שם, בעמ' 564.

126 ראו, לדוגמה, עניין **פרחי**, לעיל ה"ש 49; עניין **בן חיים**, לעיל ה"ש 49.

על פי כן, גם היום ברור שבתי משפט בכל הערכאות חוששים מפסילת ראיות שתגרור מחיר חברתי כבד. בלשונו של סנג'רו, בית המשפט חושש מפסילת ראיה שתוצאתה תהא "לזכות אשם בעבירה חמורה שעודנו חי"¹²⁷. חזרה לענייננו. עמדנו על המתח שבין תכליתם הראשית של דיני הראיות (החתירה לחקר האמת) לבין הערכים החברתיים שהלכת **יששכרוב** מבקשת לקדם משום שהמחיר החברתי שישלמו בתי המשפט עקב פסילת אמרה של עד שהושגה באמצעים פסולים הוא לרוב **נמוך מאוד, אם בכלל**. כך ודאי בהשוואה למחיר החברתי שבתי המשפט משלמים עקב פסילת ראיות הנחשבות מהימנות מאוד (כגון ראיות חפציות), וכך גם בהשוואה לפסילה של הודאת נאשם, שלגביה יש מחלוקת רבת-שנים בין אלה שרואים בה "מלכת הראיות" לבין אלה – שמספרם מתרבה עם הזמן – הגורסים שהיא דווקא "קיסרית הודאות השווא"¹²⁸.

ראשית, חשוב לזכור שיש אמצעים בלתי-חוקיים היכולים להיות מופנים כלפי עד בחקירתו, ומעצם טיבם וטבעם מעוררים את החשש לפגיעה במהימנות האמרה שחולצה באמצעותם. כאלה הם, למשל, אמצעים כמו איומים ואלימות וכן טכניקות פסולות של פיתוי והשאה והפעלת מכש לחצים נפשיים על הנחקר. במצבים כאלה, שיש בהם חשש אינהרנטי שהאמצעי הפסול פגע במהימנות האמרה המפלילה שנגבתה מהעד נגד הנאשם, ברור כי פסילת האמרה תתיישב עם התכלית של קידום חקר האמת העובדתית. ככל הנראה, אמצעים פסולים חמורים כאלה יצדיקו על פי רוב פסילה של אמרת העד גם לפי גישת התחולה המצומצמת, ולא רק לפי גישת התחולה האחידה. עוד יצוין, שכאשר אמרת העד היא גם הודאה באשמתו שלו – ייתכן שיהיה מקום לפוסלה במשפטו של הנאשם מכוח סעיף 12(א) לפקודת הראיות, ככל שבית המשפט יקבע כי ההודאה אינה חופשית ומרצון.¹²⁹

עם זאת, גישת התחולה האחידה תגבה לרוב מחיר חברתי נמוך יחסית גם בפסילת אמרות של עד עקב נקיטת אמצעים לא כשרים שאינם פוגמים בהכרח במהימנות האמרה הנגבית. הסיבה למחיר החברתי הנמוך הכרוך בפסילה של אמרה מפלילה של עד נובעת מזהותו של העד. מטבע הדברים, ברוב המוחלט של המקרים יהיה העד **שותפו של הנאשם לדבר עברה**, הנחקר בד בבד אליו כחשוד במשטרה; הפגיעה בזכויותיו המוגנות כחשוד היא שהובילה לחילוץ האמרה המפלילה מפיו.¹³⁰ שותף

127 סנג'רו "כלל פסילת הראיות מתפתח", לעיל ה"ש 108. ראו גם Blum, *Exclude Justice?* לעיל ה"ש 48. עם זאת, ראו פסק דין שניתן לאחרונה בבית המשפט העליון ובו זוכה המערער שזכויותיו הופרו מעברות של רצח ושוד: ע"פ 2868/13 **חייבטוב נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 2.8.2018).

128 ראו, לדוגמה, דליה דורנר "מלכת הראיות נ' טארק נוג'ידאת – על הסכנה שבהודאות שווא ועל הדרך להתמודד עמה" **הפרקליט** מט 7 (2006); בועז סנג'רו "ההודאה כבסיס להרשעה – האומנם 'מלכת הראיות' או שמא קיסרית הרשעות השווא" **עלי משפט** ד 245 (התשס"ה).

129 ראו דיון בה"ש 41 לעיל.

130 עניין **יהודה**, לעיל ה"ש 18, בפס' 47 לפסק דינו של השופט מזוז.

כזה, המוסר את הודעתו במשטרה, יחזור פעמים רבות לנקות ולטהר את עצמו מהחשדות נגדו ובה בעת לגלגל את מלוא האחריות (או את רובה) לזולתו.¹³¹ במקרים מסוימים אף עולה החשש שהשותף יפליל את חברו בניסיון לזכות בהמשך הדרך בטובת הנאה מגורמי החקירה או התביעה (בין מיוזמתו ובין בעקבות רמזים או איתותים שקיבל מחוקרי המשטרה).¹³²

זאת ועוד: כפי שהדגשנו לעיל, אמרה של עד-שותף, שניתנה בחקירתו במשטרה ושאת קבילותה מבקשים לפסול – תוגש לרוב במשפטו של הנאשם מכוח סעיף 10א(א) לפקודת הראיות בכמה מצבים: בית המשפט מצא הבדל בפרט מהותי בין עדותו של העד-השותף לבין האמרה שמסר בכתב במשטרה; העד הכחיש את תוכן האמרה שמסר או טוען כי אינו זוכר את תוכן האמרה. עניין זה הופך את האמרה המפלילה שמסר העד-השותף לבעייתית אף יותר, שכן בניגוד לעדות רגילה בבית המשפט, הניתנת לפני המותב הדן בתיק ומתרשם ממנה באופן בלתי-אמצעי, אמרה המוגשת מכוח סעיף 10א ניתנה כאמור **מחוץ** לכותלי בית המשפט, והעד שנתן אותה **התכחש** אליה או שינה ממנה בעדותו באופן **מהותי**.¹³³

שילוב זה של קשיים מביא לכך שאמרות של שותף לדבר עברה, שהתקבלו במשפטו של הנאשם מכוח סעיף 10א, הן ממילא ראיות **בעייתיות מאוד** ויש חשש ממשי מפני הסתמכות עליהן להרשעת הנאשם.¹³⁴ אין זה מפתיע אפוא כי בעוד שהרשעה על סמך עדות יחידה של שותף לדבר עברה, שניתנה מעל דוכן העדים, טעונה תוספת ראייתית מסוג חזוק¹³⁵ (עד שנת 1982 אף נדרשה תוספת ראייתית מסוג סיוע¹³⁶), וכך גם הרשעה על סמך אמרה שנתקבלה במשפט מכוח סעיף 10א¹³⁷ – הרשעה על סמך אמרה שהיא שילוב של השתיים (כלומר אמרת שותף לדבר עברה שהתקבלה מכוח סעיף 10א) טעונה לכל הפחות תוספת ראייתית של "חזוק מוגבר", **דהיינו: חזוק בעל משקל כבד יותר**.¹³⁸

131 זלצמן "נאשמים במשותף וסעיף 10א(א)", לעיל ה"ש 111, בעמ' 646; נינה זלצמן "השותפים לעבירה בדיני ראיות" הפרקליט לו 127, 146 (1984) (להלן: זלצמן "השותפים לעבירה בדיני ראיות").

132 ראו, לדוגמה, זלצמן "השותפים לעבירה בדיני ראיות", לעיל ה"ש 131, בעמ' 129.

133 שם, בעמ' 146.

134 שם, בעמ' 145-148; ע"פ 501/81 אבו-חצירה נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(4) 141, 156-153 (1982). ומנגד: אמנון סטרשנוב "בזכות הפעלת סעיף 10א לפקודת הראיות לגבי נאשמים במשותף" הפרקליט לח 660 (1989).

135 ס' 54א(א) לפקודת הראיות.

136 חוק לחיקוק פקודת הראיות (מס' 6), התשמ"ב-1982.

137 ס' 10א(ד) לפקודת הראיות.

138 עניין יהודה, לעיל ה"ש 18, בפס' 10 לפסק דינה של השופטת חיות; עניין ז'אנו, לעיל ה"ש 9, בפס' 36 לפסק דינו של השופט לוי. יצוין כי בית המשפט רשאי לקבוע כי נדרשת תוספת ראייתית משמעותית יותר מזו הקבועה בס' 10א(ד) לפקודת הראיות – חזוק – כדי לבסס על אמרת חוץ מפלילה הרשעה, מקום שבו משקלה הפנימי של האמרה "אינו מלא". לפיכך בית המשפט רשאי במקרים המתאימים לקבוע כי נדרשת תוספת ראייתית

אכן, לכאורה אפשר להתמודד עם הבעייתיות הנובעת מאמרות של שותף לדבר עברה שהתקבלו במשפטו של הנאשם מכוח סעיף 10א, באמצעות דרישה של תוספת ראייתית משמעותית¹³⁹ או באמצעות ייחוס משקל נמוך יותר על ידי בית המשפט לאמרתו המפלילה של העד-השותף להרשעת הנאשם (נותר כמובן החשש שמא ייחס בית המשפט משקל כבד מדי לראיה זו); עם זאת, אי-אפשר להתכחש לכך שככלל, המחיר החברתי הכרוך בפסילת אמרה שמהימנותה מוטלת אפריורית בספק רב, הוא נמוך במידה ניכרת מזה של פסילת רוב ראיות התביעה האחרות, לרבות סוגי ראיות שבתי המשפט בכל הערכאות לא נמנעו מלפסול חרף מהימנותם הגבוהה.

3. יחסיותה וגמישותה של הלכת יששכרוב

בפרק זה נטען כי מאחר שהחלטה של הלכת **יששכרוב** נתונה ממילא לשיקול דעתו של בית המשפט בכל מקרה לגופו, אין מקום ליצור חריג (או מעין-חריג) קטגורי, כפי שמציעה גישת התחולה המצומצמת.¹⁴⁰ כמפורט לעיל, דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שאימץ בית המשפט העליון בעניין **יששכרוב** היא דוקטרינת פסילה **יחסית**, ומכוחה בית המשפט רשאי, לפי שיקול דעתו, לפסול קבילות של ראיה שהושגה שלא כדין, ככל שהוא סבור כי קבלתה במשפט "תיצור פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן שלא בהתאם לגדריה של פסקת ההגבלה".¹⁴¹ כאמור, בחינה זו תיערך לפי נסיבותיו של כל מקרה לגופו ובהתאם לאמות המידה המנחות שנקבעו בפסק הדין, הנוגעות לאופייה ולחומרתה של אי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה, למידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה ולשאלת הנזק והתועלת החברתיים הכרוכים בפסילת הראיה.¹⁴² מודל זה של דוקטרינת פסלות יחסית הועדף על פני המודל האלטרנטיבי של כלל פסלות **מוחלט**, שלפיו תיפסל כל ראיה שהושגה בניגוד לדין בלי שיינתן לבית המשפט שיקול דעת להימנע מפסילה.¹⁴³

משמעותית יותר מ"חיוזוק מוגבר" (שם; ראו גם גיא בן דוד "מבט דסקריפטיבי ומבט ביקורתי על מערך התוספות הראייתיות בישראל ומגמותיו" **משפט ועסקים** כב (צפוי להתפרסם ב-2019)).

139 שם.

140 הכותבים מבקשים להורות לד"ר יואב ספיר: העבודה המשותפת של אחד הכותבים (גיא רובינשטיין) עמו בקשר למאמר אחר בנושא דוקטרינת הפסילה הפסיקתית (ראו ה"ש 147 להלן) הביאה לשיפור ולחידוד משמעותיים של הטיעונים בפרק זה.

141 עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 561, 569.

142 שם, בעמ' 569.

143 שם, בעמ' 536-538, 546, 548, 555-556.

בספרות האקדמית נמתחה במשך השנים ביקורת חריפה למדי על דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שאומצה.¹⁴⁴ אחת הטענות העיקריות שהעלו המבקרים היא שהלכת **יששכרוב** היא רופסת וחלשה נוכח היותה דוקטרינת פסילה יחסית וגמישה, בניגוד לכלל פסלות מוחלט ונוקשה המגביל כאמור את שיקול דעתם של בתי המשפט ומחייב אותם לפסול ראיות שהושגו באי-חוקיות.¹⁴⁵ כאמור לעיל, נמתחה גם ביקורת על הרתיעה של בתי המשפט מלהשתמש בהלכת **יששכרוב** לפסילת ראיות, במיוחד בתיקים שבהם תביא פסילת הראיות לזיכוי מעברות שאינן מינוריות ולגביית מחיר חברתי גבוה עקב הזיכוי.¹⁴⁶ התייחסות לביקורות הנ"ל חורגת כמובן ממסגרת המאמר.¹⁴⁷ עם זאת, חשוב להדגיש כי הניסיון המשפטי האמריקני מוכיח כי כללי פסילה מוחלטים ונוקשים,

144 ראו, לדוגמה, קרן שפירא-אטינגר ורון שפירא "כלל הפסלות הישראלי בשולי הלכת יששכרוב" **דין ודברים** ג 427 (2007); הרדוף, לעיל ה"ש 55; הדר דניציג-רוזנברג, יורם רבין ויריב נבון "התפתחויות במשפט הפלילי: חקיקה ושפיטה – סתירה או השלמה?" **דין ודברים** ו 201, 215-218 (2011); סנג'רו "יששכרוב – בשורה או אכזבה?", לעיל ה"ש 48; סנג'רו "כלל פסילת הראיות מתפתח", לעיל ה"ש 108; מרין וקיסאי-סנג'רו, לעיל ה"ש 79; Blum, *Exclude Justice?*, לעיל ה"ש 48; Binyamin Blum, *Doctrines Without Borders: The "New" Israeli Exclusionary Rule and the Dangers of Legal Transplantation*, 60 STAN. L. REV. 2131 (2008). לעמדה חיובית יותר כלפי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, בעיקר של בכירים בסנגוריה הציבורית בעבר ובהווה, ראו רובינשטיין, לעיל ה"ש 56; עופר סיטבון "במצב של חוסר ודאות נראה לי הרבה יותר קל ונכון להיות בצד שאומר 'אל תרשיעו' מאשר בצד שמבקש להרשיע ולהכניס אדם לכלא" – ראיון עם ד"ר יואב ספיר, הסניגור הציבורי הארצי הנכנס "מעשי משפט ד 39, 41-42 (2011); ספיר "לקדש גם את האמצעים", לעיל ה"ש 56; יואב ספיר "מסורת של הגנה על זכויות בהליך הפלילי – עבר, הווה ועתיד" **עורך הדין** 39 (2018); דבריו של קנת מן בדיון שנערך באוניברסיטת חיפה על השלכותיה העתידיות הצפויות של הלכת **יששכרוב**, כחודש לאחר נתינתה (יוני 2006): "מהפכת יששכרוב – האמנם?" YouTube (30.5.2013); www.youtube.com/watch?v=aWRmQzXmli0; דבריו של עמי קובו לאחר מתן פסק הדין בעניין **יששכרוב**: יובל יועז "העליון: בימ"ש רשאי לפסול ראיות שהושגו שלא כדין" **הארץ** (5.5.2006) www.haaretz.co.il/misc/1.1103222.

145 ראו, לדוגמה, סנג'רו "יששכרוב – בשורה או אכזבה?", לעיל ה"ש 48, בעמ' 103-105; סנג'רו "כלל פסילת הראיות מתפתח", לעיל ה"ש 108, בעמ' 27; Blum, *Exclude Justice?*, לעיל ה"ש 48, בעמ' 401, 446-447; שפירא-אטינגר ושפירא, לעיל ה"ש 144, בעמ' 431-434. ראו גם עמדה המבכרת אימוץ של כלל פסילה מוחלט, שהובעה טרם מתן פסק הדין בעניין **יששכרוב**: אמנון רייכמן ואח' "מסמך רקע בנושא הזכות להליך הוגן" 34 (מסמך שהוגש לוועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, 2005) main.knesset.gov.il/Activity/Constitution/Documents/H28-03-2005_8-10-26_hogenI.pdf.

146 סנג'רו "כלל פסילת הראיות מתפתח", לעיל ה"ש 108. ראו גם Blum, *Exclude Justice?*, לעיל ה"ש 48.

147 אולם ראו מאמר המגיב לביקורת זו, שלפיו לשם הגנה אפקטיבית יותר על זכויות הפרט, דוקטרינת פסילה יחסית עדיפה על כלל פסלות מוחלט: יואב ספיר וגיא רובינשטיין

שאינם מעניקים כל שיקול דעת לבתי המשפט להימנע מפסילה של ראיות שהושגו באופן בלתי-חוקי, עלולים לגרור תוצאות נקודתיות בלתי-צודקות וביקורת ציבורית רבה (למשל, כשחומרת ההפרה המשטרית היא מינורית אך העברה שבה הנאשם מואשם חמורה).¹⁴⁸ אלו, בתורן, עשויות להוביל ליצירת חריגים רבים לכללי הפסילה.¹⁴⁹ כך, למשל, כלל הפסילה של התיקון הרביעי לחוקת ארצות-הברית נוצר תחילה בפסיקתו של בית המשפט העליון של ארצות-הברית ככלל פסילה מוחלט, וקבע שכל ראיה שנחפסה בחיפוש ובתפיסה בלתי-סבירים, בניגוד להוראות התיקון הרביעי לחוקה¹⁵⁰ – אינה קבילה כראיה במשפט נגד הנאשם שזכותו החוקתית הופרה.¹⁵¹ לפי כלל זה, כל הראיות שהושגו בחיפוש המפר את החוקה הן בלתי-קבילות ולבית המשפט אין שיקול דעת בעניין. נוכח נוקשותו של כלל פסילה זה, נוצרו לו עם השנים חריגים רבים מאוד הנוגעים לתום לבו של השוטר שפעל בניגוד לחוקה, למטרה שלשמה מבקשים להשתמש בראיה שהושגה בניגוד לחוקה ועוד.¹⁵² יש לציין כי התפתחויות אחרונות בפסיקת בית המשפט העליון של ארצות-הברית, בנושא כלל הפסילה של התיקון הרביעי לחוקה, במידה רבה הפכו אותו לכלל פסילה שבשיקול דעת.¹⁵³ תנאי סף חשוב, ותיק ומוכר, המצמצם מאוד את תחולתו של כלל הפסילה של התיקון הרביעי לחוקה, הוא "דוקטרינת זכות העמידה" (Standing Doctrine). לפי דוקטרינה זו, רק נאשם שזכויותיו-שלו לפי התיקון הרביעי לחוקה (להבדיל מזכויותיהם של עדים במשפט או של צדדים שלישיים אחרים) נפגעו באופן בלתי-

"יששכרוב בפעולה: על יתרונתיה של דוקטרינת הפסלות היחסית ועל תרומתה להגנה על זכויות הפרט" **מעשי משפט י** (עתיד להתפרסם ב-2019).

148 ראו מרין וקיטאי-סנג'רו, לעיל ה"ש 79, בעמ' 485-486.

149 עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 549-550; Carol S. Steiker, *Counter-Revolution in Constitutional Criminal Procedure? Two Audiences, Two Answers*, 94 MICH. L. REV. (1996) 2466; ספיר ורובינשטיין, לעיל ה"ש 147. ראו גם Jul, לעיל ה"ש 78, בעמ' 546; גרוס, לעיל ה"ש 69, בעמ' 169. לדיון תאורטי בבעייתיות הנובעת מכללים נוקשים ראו דפנה ברק-ארז "כללים, חריגים ושיקול דעת במשפט" **ספר דורית בניש** 111, 112 (קרן אזולאי, איתי בר-סימן-טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים, 2018) ("כללים, בעיקר כללים פשוטים, עשויים שלא להתאים למורכבותה של המציאות האנושית שהמשפט אמור להסדיר. הם עלולים להוביל לתוצאות הנראות לא צודקות, ואף שרירותיות, בשל כך שמלוא מורכבותם של המצבים לא הייתה נגד עיניו של יוצר הכללים").

150 "The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized".

151 כלל זה חל בראשית הדרך אך ורק במערכת הפדרלית של ארצות-הברית, אך הוא הוחל בשנת 1961 בכל המדינות במסגרת פסק הדין בעניין Mapp (לעיל ה"ש 74).

152 Steiker, לעיל ה"ש 149.

153 Herring v. United States 555 U.S. 135; Hudson v. Michigan, 547 U.S. 586 (2006) Blum, *Exclude Justice?* (2009). ראו גם Blum, לעיל ה"ש 48, בעמ' 387.

חוקתי על ידי המשטרה, יש זכות עמידה לעתור לפסילת הראיות שהושגו בניגוד לחוקה.¹⁵⁴ נאשם הטוען כי זכויותיו שלו הן שנפגעו במסגרת החיפוש הבלתי-סביר שערכה המשטרה נדרש להראות כי הייתה לו ציפייה לגיטימית לפרטיות במקום שבו נערך החיפוש (לדוגמה, בבית חברו),¹⁵⁵ כלומר: כי זכותו שלו לפרטיות נפגעה במסגרת החיפוש. נאשם שאינו עומד בדרישה זו אינו זכאי להעלות כל טענה נגד קבילות ראיה שהושגה בחיפוש בלתי-חוקתי, אף אם הפעולות הבלתי-כשרות של עורכי החיפוש היו מכוונות.¹⁵⁶ חשוב להדגיש את משמעות הדברים: ברוב המקרים, דוקטרינת זכות העמידה מונעת מנאשמים לעתור לפסילת ראיות שהושגו בניגוד לתיוקן הרביעי לחוקה במצב שבו פגעו הרשויות בזכויותיו של אדם אחר שאינו הנאשם, וזאת אף כשהפגיעה בזכויות נעשתה במכוון. מדובר בהיקף תחולה מסויג אף יותר מזה של גישת התחולה המצומצמת במשפט הישראלי: בניגוד לגישת התחולה המצומצמת, המאפשרת להחיל את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית במצב שבו הושגה הראיה תוך פגיעה בעלת "עוצמה מיוחדת" בעד, דוקטרינת זכות העמידה תמנע

154 Steiker, לעיל ה"ש 149, בעמ' 2505.

155 Rakas v. Illinois, 439 U.S. 128 (1978).

156 זה המקום לציין בתמצית כי נכון לכתבת שורות אלו נראה שבית המשפט העליון האמריקני טרם הכריע בשאלת האפשרות של נאשם לעתור לפסילת אמרות שמסר אדם שאינו הנאשם מחוץ לכותלי בית המשפט, בטענה שאלו הושגו על ידי רשויות אכיפת החוק בניגוד לרצונו החופשי של אותו אדם, או שהושגו על ידי הרשויות תוך הפרת הזכויות המוקנות לו לפי פסק הדין בעניין *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), או מתוך ניסיון של הרשויות לחלץ מפיו מידע מפליל שלא בנוכחות סגורו. הכתיבה האקדמית בארצות-הברית בנושאים אלה מצומצמת מאוד. ראו, לדוגמה, Victoria D. Noel, *The Exclusionary Rule Applied to Coerced Statements from Katherine Sheridan; Nondefendants*, 43 THE J. MARSHALL L. REV 795 (2010) *Excluding Coerced Witness Testimony to Protect a Criminal Defendant's Right to Due Process of Law and Adequately Deter Police Misconduct*, 38 FORDHAM URB. L. J. 1221 (2011). נראה כי מיעוט העיסוק בנושא זה נובע מכך שהכלל האוסר על קבלת עדויות מפי השמועה – שהוא יותר חזק במשפט האמריקני מאשר במשפט הישראלי – ממילא ימנע בדרך כלל את האפשרות שאמרות כאמור תהיינה קבילות בהליך משפטי לאמיתות תוכנן. בהקשר זה נעיר כי בדיני הראיות הפדרליים בארצות-הברית (Federal Rules Of Evidence) אין חריג כה גורף לכלל האוסר על עדות מפי השמועה כמו זה המעוגן בס' 10א לפקודת הראיות הישראלית (ראו פירוט בה"ש 8 לעיל). עם זאת, אחד השימושים הנפוצים בארצות-הברית באמרת חוץ של עד, שאינו מפעיל את הכלל האוסר על קבלת עדות מפי השמועה, הוא למטרת "הדחתו" של העד, כלומר ערעור מהימנותו עקב מתן אמרה קודמת הסותרת את עדותו במשפט (Impeachment with prior inconsistent statement) (MUELLER & KIRKPATRICK), לעיל ה"ש 8, בעמ' 770-771). אף שזהו שימוש מוגבל, לצורך קביעת מהימנות בלבד, כשעסקינן במשפט המתנהל בפני חבר מושבעים מרחף תמיד החשש שלמרות הנחיות בית המשפט בנושא זה, ישתמשו המושבעים באמרה מעבר לשאלה המצומצמת של קביעת מהימנות העד, שלמטרתה הוגשה. בנסיבות אלו יש לנאשם אינטרס שאמרות-חוץ המפלילות אותו כלל לא תיחשפנה לעיני חבר המושבעים, גם לא למטרת הדחה בלבד.

לחלוטין את תחולתו של כלל הפסילה ככל שלא הייתה לנאשם ציפייה לגיטימית לפרטיות במקום שבו נערך החיפוש.

אם כן, נוקשותו של כלל פסלות מוחלט והיעדר שיקול דעת לבית המשפט להימנע מפסילה עשויים להסביר (ובמקרים מסוימים אף להצדיק) התפתחות של חריגים לכלל הפסלות והגבלות על תחולת הכלל. אולם, בישראל – שבה דוקטרינת הפסילה ממילא יחסית (ולדעת מבקרים רבים – חלשה) והחלטה נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט – אין הצדקה ליצירת חריג או מעין-חריג כמו זה שמציעה גישת התחולה המצומצמת. למעשה, יצירת נורמה שהחלטה נתונה מלכתחילה לשיקול דעתו של בית המשפט היא דרך מוכרת בספרות המשפטית לעקיפת הצורך ליצור חריגים הנובעים מנוקשותו של כלל מוחלט.¹⁵⁷ משכך, אין טעם להגביל את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית באמצעות חריג או מעין-חריג קטגורי, המחיל סטנדרט מחמיר יותר לגבי תחולתה של הדוקטרינה על אמרות עדים, אם ממילא בית המשפט מוסמך להימנע מפסילת ראייה כשהדבר אינו מוצדק לפי נוסחת האיזון הרגילה של הלכת יששכרוב.

ד. סוף דבר

פסק דינו של השופט מזוז בעניין יהודה, שניתן בשנת 2016, עורר דיון (שעד אז נותר רדום ממתן פסק הדין בעניין ז'אנו בשנת 2012) בשאלה אם נכון להגביל את הלכת יששכרוב ולקבוע כי ראיות שהושגו באמצעים לא חוקיים שהופנו נגד עד, להבדיל מהנאשם עצמו, תיפסלנה אך ורק אם הפגיעה שנגרמה לעד היא בעלת "עוצמה מיוחדת". השופט מזוז נותר בדעת יחיד בקביעה שקטגורית ואפריורית אין להחיל אמות-מידה שונות מאלו שנקבעו בהלכת יששכרוב לפסילת ראייה במצבים שבהם האמצעי הפסול שימש להשגת ראייה בחקירתו של עד, אולם אין ספק שפסק דינו זכה לתשומת לב רבה, וייתכן כי בעתיד נוכל לראות בו תחילתה של מגמה לשינוי המצב המשפטי הנוהג.¹⁵⁸ פסק דינו של השופט מזוז אף שינה את הדרך שבה סנגורים במדינת ישראל טוענים לעניין פסלות ראיות. כך, ההנחיה כיום בסנגוריה הציבורית היא לטעון לפסלותן של ראיות גם אם הפגמים שהובילו להשגתן נפלו בחקירתו של עד.¹⁵⁹

157 ברק-ארז, לעיל ה"ש 149, בעמ' 118, 127.

158 פסק הדין בעניין יהודה אף זכה להיכלל ברשימת "פסקי-הדין המרכזיים לשנת המשפט 2016-2015" שגיבשו שופטות ושופטי בית המשפט העליון בעצמם, www.gov.il/he/Departments/news/supreme_decisions2016. ראו גם איתמר לויין "לקראת שינוי דרמטי בפסיקה? מזוז: הלכת יששכרוב חלה גם על עדים" News1 – חרשות 1.6.2016 www.news1.co.il/Archive/001-D-379608-00.html

159 כך, לדוגמה, הנחה אלקנה לייסט, הסנגור הציבורי המחוזי (בפועל) של מחוז ת"א, את עורכי-הדין והמתמחים של הסנגוריה הציבורית במחוז תל-אביב בהודעת דואר אלקטרוני ששלח ביום 1.6.2016.

בינתיים, עד להכרעת בית המשפט העליון בשאלה איזו גישה תאומץ – גישת התחולה האחידה או גישת התחולה המצומצמת – בתי המשפט בערכאות הנמוכות פועלים במצב של חוסר בהירות באשר לסטנדרט התחולה המחייב.¹⁶⁰

פסילה ראשונה של ראיות בערכאות הנמוכות על סמך אימוץ (בלתי-מפורש) של גישת התחולה האחידה, שהובילה לזיכוי של שני נאשמים, התרחשה דווקא בבית הדין האזורי לעבודה בתל-אביב-יפו, בפסק דינו של השופט ספיבק בעניין רובינשטיין.¹⁶¹ טרם הצגת פסק הדין נעיר כי הוא אינו עוסק במקרה השכיח שבו דן מאמרנו – שימוש באמצעים פסולים נגד עדים בחקירתם במשטרה, אולם הרציונלים לפסילת ראיות במקרה דנן דומים. באותו מקרה דובר במעקב שביצעו שני פקחים של רשות האוכלוסין וההגירה אחר אשה שצעדה ברחוב מהטעם היחיד שהייתה "בעלת חזות אסיאתית". הפקחים עקבו אחר האשה עד שהגיעה לבניין מסוים; אחד הפקחים אף נכנס עמה למעלית, עלה עמה לקומה שאליה רצתה להגיע ורשם את מספר הדירה שאליה נכנסה. לאחר שיצא הפקח מהבניין הוא ראה את האשה תולה שטיח על מעקה המרפסת. הוא עלה שוב לדירה, דפק על הדלת וביקש להיכנס, בדק את פרטי האשה ורשם אותם. בסופו של יום, וגם לאור הודאת האשה ומעסיקה הנאשמים, התברר כי מדובר באזרחית פיליפינית שהנאשמים העסיקו ללא היתר כדין ולפיכך הוגש נגדם כתב אישום בגין העסקת עובד זר שאינו ראוי לעבוד בישראל.

בית הדין קבע כי המעקב שנעשה אחר האשה אינו חוקי משום שהחוק אינו מסמיך פקח של רשות האוכלוסין וההגירה לעקוב אחר אדם המסתובב לתומו ברחוב אך בשל "תיוג אתני" של אנשים בעלי "חזות אסיאתית". נקבע כי הדבר מהווה הפליה אסורה, פגיעה בזכותה החוקתית של האשה לשוויון ולכבוד ואכיפה בירנית פסולה. בית הדין קבע כי אי-חוקיותו של המעקב – שהוביל כאמור לגילוי שמדובר בעובדת בלתי-חוקית – מצדיקה פסילה של כל הראיות שהושגו בעקבותיו ולפיכך גם את הזיכוי המלא של הנאשמים. בית הדין התייחס מפורשות לכך שאי-החוקיות שבמעשי הפקחים הופנתה כלפי האשה ולא כלפי הנאשמים שזוכו, אולם קבע כי נוכח האמור בפסקי הדין בעניין יהודה וזהאדה אפשר להחיל את הלכת יששכרוב גם כשאי-החוקיות הופנתה כלפי

160 ראו, לדוגמה, עפ"ג (מחוזי חי') 17-03-35409 בן יהודה נ' מדינת ישראל, פסק דינו של סגן הנשיא ד"ר שפירא (פורסם בנבו, 13.7.2017); תפ"ח (מחוזי חי') 14-07-866 מדינת ישראל נ' שלומוב, פס' 52 לפסק דינו של סגן הנשיא אליקים (פורסם בנבו, 16.11.2016); מ"ת (מחוזי מר') 16-08-17681 מדינת ישראל נ' סלמה, פס' 18 להחלטתו של השופט יקואל (פורסם בנבו, 13.10.2016); ע/16/107 (ערעורים צה"ל) סמל א' ת' נ' התובע הצבאי הראשי, פס' 31 לפסק דינה של השופטת אל"ם מרקמן (פורסם בנבו, 11.9.2016); מ"ת (שלום אשד') 17-05-29314 מדינת ישראל נ' בר איתן, פס' 26-29 להחלטתה של השופטת חולתא (פורסם בנבו, 26.7.2017).

161 הע"ז (אזורי ת"א) 14-09-11387 מדינת ישראל נ' רובינשטיין (פורסם בנבו, 4.2.2017) (להלן: עניין רובינשטיין). להערת פסיקה בעניין ראו מרין, לעיל ה"ש 72.

עדה.¹⁶² זאת, "בהינתן קיומו של קשר סיבתי ברור וחד-משמעי בין פעולת החקירה הלא חוקית לבין ההודאה שנמסרה בסופו של דבר על ידי הנאשמים".¹⁶³ אף שביית הדין התייחס בפסק דינו למעקב הבלתי-חוקי שביצעו הפקחים כ"הפרה חמורה" של זכויות העובדת הזרה, ברי כי אילו התקבלה כהלכה גישת התחולה המצומצמת היה קשה להצדיק משפטית פסילה של הראיות שהושגו עקב המעקב. החומרה של הפרה זו ככל הנראה לא הייתה עולה עד כדי ה"עוצמה המיוחדת" של פגיעה בזכויות העד הנדרשת לפי גישת התחולה המצומצמת כדי לפסול ראייה שהושגה שלא כדו"ן. פסק הדין בעניין **רובינשטיין** מדגים אפוא היטב את הקושי הרב שהיה נוצר אילולא היו נפסלות הראיות שהושגו עקב המעקב הבלתי-חוקי והמקומם, רק משום שזה הופנה כלפי העובדת ולא כלפי הנאשמים. אכן, הנאשמים היו מורשעים ככל הנראה – ובצדק, מבחינה עובדתית – בהעסקת עובד זר שלא כדו"ן. עם זאת, קשה לאמוד את הנזק הרב שהיה נגרם לערך של טוהר ההליך הפלילי, כמו גם את הפגיעה הרבה באמון הציבור במערכת המשפטית, שהייתה עלולה להיתפס כמי שמכשירה את המעקב הבלתי-חוקי ונותנת ידה לאי-החוקיות שבהתנהגות הפקחים ולתיגו האתני הפסול. זאת ועוד: ברי כי אי-פסילתן של הראיות כאמור הייתה מעודדת פקחים של רשות האוכלוסין וההגירה לנהוג בדרך דומה לזו של הפקחים בעניין **רובינשטיין**, שאמנם אינה חוקית אך יעילותה בתפיסת עובדים בלתי-חוקיים ובהרשעת מעסיקיהם אולי מצדיקה, בעיני הפקחים, את השימוש בה.¹⁶⁴

במאמר זה הצגנו את הדיון בפסיקת בית המשפט העליון בנוגע לשאלת תחולתה של הלכת **יששכרוב** בעניינם של עדים. ניסינו לשכנע כי אין מקום להחיל קטגורית ואפריורית אמות-מידה שונות מאלו שנקבעו בהלכת **יששכרוב** לפסילת ראייה במצבים שבהם האמצעי הפסול שימש להשגת ראייה בחקירתו במשטרה של עד, לעומת מצבים שבהם שימש האמצעי הפסול להשגת ראייה בחקירתו של הנאשם. בעינינו, רוב הנימוקים שמנינו במאמר זה מצדיקים (ואף מחייבים) החלה שווה של גישת התחולה האחידה – גם כשהראיה שהושגה באמצעות פגיעה בעדים או בצדדים שלישיים אחרים אינה אמרה (בכתב או על-פה) אלא ראייה חפצית (שנתפסה, למשל, במסגרת חיפוש שלא כדו"ן) או כל סוג אחר של ראייה. רק כך תקודמנה התכליות של הלכת **יששכרוב**, יתחזק האמון הציבורי במערכת המשפט, יישמר טוהרו של ההליך השיפוטי הפלילי ותושג הרתעה ראויה של רשויות אכיפת החוק מביצוע פעולות חקירה בלתי-חוקיות.

162 עניין **רובינשטיין**, לעיל ה"ש 161, בפס' 17 לפסק דינו של השופט ספיבק.

163 שם.

164 יצוין כי המדינה ערערה על פסק דינו של בית הדין האזורי לעבודה בעניין **רובינשטיין**. סמוך לפני מועד פרסומו המתוכנן של מאמר זה, בית הדין הארצי לעבודה הורה על ביטולם של פסק הדין של בית הדין האזורי ושל כתב האישום שהוגש נגד המשיבים, כמו גם על זיכויים של האחרונים. זאת, נוכח הסכמת הצדדים "כי כתב האישום יומר בקנס מינהלי בסך 5,000 ₪ אשר יושת על כל אחד מהמשיבים". ראו ע"פ (ארצי) 42453-03-17 **מדינת ישראל נ' רובינשטיין** (פורסם בנבו, 27.11.2018). אין כמובן בביטול פסק דינו של בית הדין האזורי כדי להפחית מחשיבותו כדוגמה מובהקת ליתרונותיה של גישת התחולה האחידה.

שנינו תקווה כי מאמר זה יסייע בידיו של בית המשפט העליון בכואו להשלים את המלאכה שבה התחיל השופט מזוז בפסק דינו בעניין יהודה ולהכריע בין שתי גישות התחולה של הלכת יששכרוב – האחידה או המצומצמת – בעניינם של עדים.