

הדוקטרינה לפסילת ראיות – בין גבית ראיה מנאשם לבין גבית ראיה מעד

נעמי גרנות* וסיגל בלוס**

- א. פתיח
- ב. התכליות, המודל, האופי ונוסחת האיזון של הדוקטרינה לפסילת ראיות שנקבעה בהלכת *יששכרוב*
- ג. היש מקום להחלת הדוקטרינה גם על פגיעה בזכויותיו של עד?¹
1. בין עד לנאשם במשפט בקנדה ובארצות הברית
 2. על הדין באנגליה
 3. המסקנה מן המשפט המשווה לענייננו
- ד. עמדת השופט לוי בעניין *ז'אנג*
- ה. עמדת השופט מזוז בעניין *יהודה* ונימוקיה
1. בין זכות העמידה של הנאשם לבין "גישת התחולה האחידה"
 2. שלוש קבוצות השיקולים (אמות המידה) שנקבעו בהלכת *יששכרוב* מבחינות גם מבחינות בין פגיעה בחקירתו של נאשם לבין פגיעה בחקירתו של עד
 3. על שיקולים נוספים מעבר לשלוש קבוצות השיקולים שנמנו בהלכת *יששכרוב* ועל האיזון הנדרש בין מכלול השיקולים בהתאם לנוסחת האיזון
 4. על נימוקיו הנוספים של השופט מזוז ל"גישת התחולה האחידה"
- ו. עמדתו של יובל מרין
1. על דחיית עמדתו של השופט לוי בידי מרין
 2. על המודלים והתכליות בהלכת *יששכרוב* אליבא דמרין
 3. סטייתו של מרין מהלכת *יששכרוב*
 4. על חששו של מרין לפגיעה ביושרו של בית המשפט
 5. על החשש לפגיעה באמון הציבור בבית המשפט

* לשעבר המשנה למנהלת המחלקה הפלילית בפרקליטות המדינה.

** סגנית בכירה א' במחלקה הפלילית בפרקליטות המדינה.

המחברות מודות מאוד למערכת הפרקליט ולקורא החיצוני על הערותיהם המועילות, ששיפרו את המאמר, וכן לאלון פלג – לשעבר סטודנט במחלקה הפלילית בפרקליטות המדינה – שסייע לנו בעריכה הטכנית.

6. לסיכום
- ז. עמדתם של רובינשטיין וסרוגוביץ
 1. לא כל עד אלא רק עד-השותף לעבירה
 2. שוני מובנה בפגיעה
 3. על זכות העמידה
 4. על סיוג וחריג לתחולתה של הדוקטרינה – האומנם?
 5. הגנה על הגינות ההליך וטוהרו כאינטרס ציבורי להבדיל מהגנה על זכות הפרט של הנאשם?
 6. על "התכלית הפרוטקטיבית", "המודל המתקן" והקשר למחלוקת שבענייננו
 7. על התכלית החינוכית הרתעתית
 8. על הטענה לקידום האמת באמצעות "גישת התחולה האחידה"
 9. על חריגים ועל גמישותה ויחסיותה של דוקטרינת הפסילה
- ח. על עדים שונים ועל נסיבות שונות של מתן עדות
 1. עדים נפגעי עבירה
 2. עדים שותפים לעבירה
 3. עדים שנחקרו כחשודים באירוע אך לא כשותפים לעבירה של הנאשם
 4. עדים "רגילים"
- ט. על הפסיקה ועל החוק שנקבעו זה מקרוב
 1. עניין שוייש
 2. עיגון הדוקטרינה לפסילת ראיות בחוק
 3. עניין ותד
- י. לסיים

א. פתיח

כיצד יש להחיל את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שנקבעה בהלכת יששכרוב,¹ על ראיה שהושגה מעד במשפטו של נאשם, להבדיל מראיה שהושגה מן הנאשם עצמו. בשאלה זו נחלקו שני שופטי בית המשפט העליון בישראל – השופט א"א לוי והשופט מ' מזוז. הראשון סבר שאפשר להחיל את הדוקטרינה באופן עקרוני גם על ראיה שהושגה מעד. עם זאת, החלה זו שאינה מובנת מאליה – ולפיה, לכאורה, הנאשם "מתעבר על ריב לא לו" (משלי כו יז) בטענו לפגיעה בזכויותיו של אחר – דורשת "פגיעה בעלת עוצמה מיוחדת שנגרמה לעד בחקירתו"

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

(ההדגשה במקור).² השופט מזוז, לעומתו, סבר כי דין אחד חל על גביית ראיה מעד ועל גביית ראיה מנאשם. לדידו, פגיעה בזכויותיו של העד בשל אופן גביית הראיה פוגעת מְנִיָּה וְבִיָּה גם בזכותו של הנאשם למשפט הוגן. וממילא אין מקום לדרוש פגיעה בעלת עוצמה מיוחדת בזכויות העד גם כאשר ענייננו במשפטו של הנאשם.³ הפסיקה שלאחר מכן התייחסה כמוֹבֵן לשתי העמדות, אך רק עמדתו של השופט מזוז זכתה לתמיכה בכתיבה האקדמית.⁴

ברשימה זו נבקש לעיין בנימוקים שהעמיד השופט מזוז עצמו, ושהוסיפו והעמידו הכותבים התומכים בעמדתו, ששניים מהם כנוה "גישת התחולה האחידה".⁵ כן נבקש לטעון כי ככלל אין בנימוקים כדי לשכנע בנכונותה של הגישה. איננו חולקות על כך שאופן גביית ראיה מעד עלול, לעיתים, לפגוע לא רק בעד אלא גם בזכותו של הנאשם להליך הוגן. עם זאת, אין בעובדה זו כדי להצדיק אחידות גמורה ביישומה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית בשתי הסיטואציות השונות, שבאחת מהן נפגעו באופן ישיר זכויות העד בעת חקירתו ובאחרת נפגעו, באופן ישיר, בעת החקירה, זכויותיו של הנאשם עצמו.

נבקש לטעון כי המעמד הייחודי שיש לנאשם במשפטו־שלו – מעמד שאף נושא עימו זכויות אדם השייכות לנאשם ככזה – מצדיק ואף מחייב הבחנה משפטית בין שתי הסיטואציות האמורות. גם במקרה שזכותו של הנאשם להליך הוגן נפגעה מאופן גביית ראיה שלא כדין מן העד – וברי, שלא תמיד כך יקרה – הרי בכל זאת, מהותה של הפגיעה, עוצמתה ומשמעותה אינן זהות בשתי הסיטואציות. השוני המובנה בין השתיים מחייב את ההבחנה שמצא ביניהן השופט לוי. נבקש להוסיף ולטעון כי הזהות המוחלטת, שמבקשת להחיל "גישת התחולה האחידה" על שתי הסיטואציות, מתעלמת ממעמדו הייחודי של הנאשם במשפטו־שלו, וממילא משונות הנסיבות האינהרנטית בשתי הסיטואציות. משכך, היא סותרת מְנִיָּה וְבִיָּה את החובה לאזן בין הערכים המתנגשים – כך, לפי הלכת יששכרוב – בהתאם לנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה.

דומה אפוא שעמדתו של השופט לוי דווקא היא העמדה הנאמנה לעקרונות ההלכה הקיימת, תוך פיתוחה באופן הולם. לפיכך, שלא כמו רובינשטיין

2 ע"פ 5002/09 מדינת ישראל נ' ז'אנו, פס' 17 לפסק הדין של השופט לוי (נבו) 2.12.2010.

3 ע"פ 3237/15 יהודה נ' מדינת ישראל (נבו) 1.6.2016.

4 יובל מרין "תיוג אתני והשלכותיו הראיתיות: היקף תחולתה הראוי של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית" מבזקי הארות פסיקה 64, 5, 10 (2017); גיא רובינשטיין ומשה סרוגוביץ "דוקטרינת הפסילה הפסיקתית ותחולתה על עדים" פורום עיוני משפט מב 5 (2019).

5 רובינשטיין וסרוגוביץ, שם.

וסרוגוביץ המכנים את עמדתו "גישת התחולה המצומצמת", נכנה אנו עמדה זו – "גישת התחולה המאבחנת".

בינתיים, לאחר הכתיבה האקדמית המוזכרת, נתחדשו מספר חידושים הנוגעים למחלוקת הנדונה כאן. החידוש האחד הגיע מבית המשפט העליון בעניין שוויש.⁶ בעניין זה, הכריע בית המשפט העליון לטובת עמדתו של השופט לוי, תוך דחיית עמדתו של השופט מזוז כדעת יחיד. ההכרעה, שהיא חלק מן ה"רציו" בפסק דינו של אחד מן המערערים, ניתנה ללא נימוקים כמעט. החידוש השני, הגיע מבית המחוקקים: ביום א' בתמוז תשפ"ב, 30.6.2022, עיגנה כנסת ישראל בחוק את דוקטרינת פסילת הראיות (סעיף 56א לחוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 19), התשפ"ב–2022, ס"ח 984). השאלה היא, כמובן, אם משנה החוק החדש את המצב המשפטי הקיים ביחס לדוקטרינה לפסילת ראיות, ואם יש בשינוי זה – ככל שהוא קיים – כדי להשליך על הסוגיה שלפנינו.⁷ ולבסוף, שב בית המשפט העליון והתייחס למחלוקת הנדונה כאל מחלוקת קיימת, שלא הוכרעה בעניין שוויש.⁸

בפרק ב. נעמוד על עיקריה ועל מאפייניה של הדוקטרינה הישראלית לפסילת ראיות, בהתאם להלכת יששכרוב. בפרק ג. נתהה האמנם ברי כי, נכון להחיל דוקטרינה לפסילת ראיות גם במקרה של הפרת דין בגביית ראיה מעד המעיד נגד הנאשם; כך, נוכח המשפט המשווה. בפרק ד. נפנה לעמדתו של השופט לוי בסוגיה שבפנינו – כאמור, "גישת התחולה המאבחנת", המחילה את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית גם על גביית ראיה מעד, אך מבחינה בין סיטואציה זו לבין הסיטואציה שבה גביית הראיה נעשתה מן הנאשם עצמו. בפרק ה. נפרט את עמדתו של השופט מזוז, המציג את "גישת התחולה האחידה", שאינה מכירה בהבחנה בין שתי הסיטואציות – גביית ראיה מן הנאשם וגביית ראיה מעד – ונצביע על הסתייגויותינו ממנה. בפרק ו. נביא את עמדתו של

⁶ ע"פ 5268/17 שוויש נ' מדינת ישראל (נבו 16.2.2022).

⁷ חבר הכנסת (כתוארו אז) גדעון סער הגיש הצעת חוק פרטית – הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (פסילת ראיה), התש"ף–2019, פ/399/22, שקדמה להצעת החוק הממשלתית שהתקבלה בסופו של דבר בכנסת – הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 19) (פסילת ראיה), התשפ"ב–2022, ה"ח הממשלה 56. גיא רובינשטיין, במאמרו: "פסילת ראיות שהושגו בניגוד לדין: על חשיבותה ויתרונותיה של הצעת חוק סער" דיומא (16.6.2021) <https://dyoma.co.il/law/805>, טען כי בהצעת החוק של סער יש "הכרעה במחלוקת פסיקתית בת כעשור באשר להיקף תחולתה של דוקטרינת הפסילה במצבים שבהם האמצעי הפסול שהביא להשגת הראיה הופנה לא כלפי הנאשם עצמו העומד לדין, אלא כלפי 'צד שלישי' אחר, אשר עשוי להיות עד במשפטו של הנאשם". אין צורך לומר כי דבריו של רובינשטיין פורסמו טרם קבלת ההלכה בעניין שוויש (לעיל ה"ש 6), ואף טרם פרסום הצעת החוק הממשלתית ביום 19.10.2021.

⁸ ע"פ 3992/22 ותד נ' מדינת ישראל (נבו 7.5.2023).

המלומד יובל מרין, המצדד בעמדתו של השופט מזוז, ונפרט את חולשתה בעניינו. בפרק ז. נחזור על מלאכתנו מפרק ו. אלא, שהפעם נעמיד בבסיס הדיון את עמדתם של המלומדים רובינשטיין וסרוגוביץ, המצדדים אף הם בעמדתו של השופט מזוז. בפרק ח. נדון בסוגים שונים של עדים – דיון שיוסיף ויאשש את הגיונה של "גישת התחולה המאבחת", לפיה כל סיטואציה ותת-סיטואציה צריכות להבחן על נסיבותיהן הייחודיות. בפרק ט. נבחן את השפעות החידושים שהתחדשו בינתיים על הסוגיה שבפנינו. נטען – כי עניין שוויש קבע אומנם הלכה כעמדתו של השופט לוי, כי הלכה זו במקומה עומדת, גם לאחר עיגון הדוקטרינה בחוק, וכי על כל פנים, גם אם לא נקבעה הלכה בעניין שוויש, זו ההלכה שראוי לקבוע.

ב. התכליות, המודל, האופי ונוסחת האיזון של הדוקטרינה לפסילת ראיות שנקבעה בהלכת יששכרוב

כידוע, לאחר שנים ארוכות שבהן נמנע המחוקק מכינון דוקטרינה לפסילת ראיות במשפט הפלילי, נטל על עצמו בית המשפט העליון לכונן דוקטרינה שכזו, בהכריעו בעניין יששכרוב.⁹ בית המשפט סקר בפסק דינו דוקטרינות שונות המקובלות בעולם לפסילת ראיות, ובחר לבסוף את הדוקטרינה ההולמת לדידו את המשפט הישראלי. הבחירה נעשתה מתוך מתן מענה לשלוש שאלות מרכזיות, שהנחו את בית המשפט – המודל הראוי לדוקטרינה; אופייה של הדוקטרינה (מוחלטת או יחסית); ותכליתה העיקרית של הדוקטרינה. בית המשפט העליון דחה את "המודל המתקן" – מודל המשתמש בפסילתה של ראיה כסעד לצורך תיקון הפגיעה, שנגרמה לנאשם, הנחקר בגין גביית הראיה שלא כדין – כמודל ההולם את המשפט הישראלי. בית המשפט העדיף על פניו, על בסיס ארבעה נימוקים שונים, את "המודל המניעתי". קרי, מודל המבקש למנוע פגיעה עתידית בערך מוגן בשל ועם קבלת הראיה במשפט.¹⁰ "המודל המניעתי" אומץ בכל ארצות המשפט המקובל, למעט ארצות הברית. גם באשר לאופייה של הדוקטרינה – מוחלטת או יחסית – הכריע בית המשפט באופן חד וברור לטובת האופי הגמיש-היחסי של הדוקטרינה, כמקובל באנגליה, בקנדה, בדרום אפריקה, באוסטרליה, ובמדינות נוספות. אופי זה מותר בידי בית המשפט שיקול דעת באשר לקבילותה של ראיה או לפסילתה בהתאם

⁹ עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 1, פס' 13 לפסק הדין של השופטת ביניש.

¹⁰ "מבין שני המודלים העיוניים עליהם עמדנו, דומה כי המודל המתאים לשיטתנו המשפטית הינו 'המודל המניעתי' לפיו, פסילת הראיה תהווה סעד שתכליתו למנוע פגיעה עתידית בערך מוגן עם קבלת הראיה במשפט, ולא סעד מתקן בגין הפגיעה הראשונית בנאשם שהושלמה בעת השגת הראיה" (שם, בפס' 60).

לנסיבות המסוימות של אותו המקרה. כך, להבדיל מן הדוקטרינה המוחלטת הנהוגה בארצות הברית, שלפיה מרגע שהתברר לבית המשפט כי ראייה מסוימת נגבתה שלא כדין, אזי למעט חריגים מוגדרים, אין לבית המשפט שיקול דעת, ועליו לפסול את הראייה מן המשפט.

הכרעתו של בית המשפט מורכבת יותר במישור התכליתי. בהקשר זה אין ההכרעה הכרעה אקסקלוסיבית המאמצת תכלית אחת תוך דחייתן של כל התכליות האחרות האפשריות. בית המשפט הדגיש את הזיקה ההדדית הקיימת בין התכליות השונות, ובהתאם לכך גיבש את הדוקטרינה על סך מכלול התכליות.¹¹ בית המשפט לא ויתר אפוא על אף אחת מן התכליות המקובלות, עם זאת, הוא דרג אותן, וקבע בראש ובראשונה את העיקרית מביניהן.

התכלית העיקרית, הדומיננטית, לדוקטרינה במשפט הישראלי עניינה בהגנה על שתי אלה: "על זכויות הנאשם ועל הגינות ההליך הפלילי וטוהרו".¹² התכלית העיקרית כפולת פנים היא בהיותה כוללת הן את זכותו האישית של הנאשם, כנהנה מזכויות אדם, להליך הוגן, והן את האינטרס הציבורי של החברה לשמר מכל משמר את הגינותו ואת טוהרו של ההליך הפלילי. בפרט, חקיקת חוקי יסוד שהעניקו זכויות אדם בישראל בשנת 1992 – חוקי היסוד שהעצימו את זכויות הפרט של אדם באשר הוא אדם – שימשו את בית המשפט כדי להצדיק את עצם כינונה של הדוקטרינה לפסילת ראיות.¹³ ממילא עולה שההגנה על זכות האדם האישית של הנאשם חייבת להיכלל כחלק מהתכלית העיקרית של הדוקטרינה לפסילת ראיות.¹⁴

11 "כאן המקום להדגיש כי בין שלוש התכליות האמורות מתקיימת זיקה הדדית, וכי עיצוב טיבה וגדריה של דוקטרינה לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין יושפעו בהכרח ממכלול התכליות עליהן עמדנו" (שם, בפס' 55 לפסק הדין של השופטת ביניש).

12 שם, בפס' 48 לפסק הדין של השופטת ביניש.

13 שם, בפס' 38 ו-46–47 לפסק הדין של השופטת ביניש.

14 הדגש על כפל הפנים בתכלית העיקרית שנקבעה בידי בית המשפט נועד להטרים את ויכוחנו, בהמשך הדברים, עם עמדות של מלומדים שונים. יש שהתכלית הכפולה "זוכה" לכותרת של "תכליות", ברבים: "נוכח מחויבותו של בית משפט זה מאז ומתמיד להגנה על זכויות האדם ובהשראתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, נראה כי התכלית של הגנה על הגינות ההליך הפלילי וטוהרו, הן התכליות הראשיות שסייעו בעיצובה של הדוקטרינה הנדונה" (שם, בפס' 61 לפסק הדין של השופטת ביניש). יש שכפל הפנים חוסה תחת מינוח של תכלית אחת ויחידה: "במרכזו של התנאי השני לתחולתה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, ניצבת זכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן. בכך מתממשת תכליתה העיקרית של הדוקטרינה הנדונה, להגן על זכויות הנאשם ועל הגינות ההליך הפלילי וטוהרו" (שם, בפס' 65 לפסק הדין של השופטת ביניש). בין כך ובין כך, ברי כי הלכת יששכרוב לא קבעה כתכלית העיקרית של הדוקטרינה את ההגנה על הגינות ההליך הפלילי וטוהרו כאינטרס ציבורי בלבד, אלא היא צרפה לכך, ואולי אף הקדימה לכך, את זכותו האישית של הנאשם להליך הוגן. לא בכדי, אף נוסחת האיזון, מבחנה של

התכלית ההרתעתית-חינוכית – אותה תכלית שנועדה לחנך את הגוף החוקר ולהרתיע אותו מגביית ראיות שלא כדין בעתיד – נדחתה במפורש מלשמש כתכלית העיקרית לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית בישראל. עם זאת היא הוכרה כ" [...] תוצאת לוואי אפשרית – ואף רצויה – של פסילת הראיות במסגרתה של דוקטרינה זו".¹⁵

ואילו "התכלית הפרוטקטיבית" – [...] נועדה בעיקרה כדי להגן על זכויותיהם של נאשמים בחקירתם" – אף היא לא נדחתה בידי בית המשפט. אדרבה, בית המשפט ראה תכלית זו כהולמת הן את "המודל המתקן", שכאמור נדחה על ידו כמודל הנכון למשפט הישראלי, והן את "המודל המניעתי", שבית המשפט בחר בו.¹⁶

"לפי מודל אחד, פסילת הראיה מהווה סעד מתקן בגין פגיעה שלא כדין בזכות מוגנת של הנאשם, אשר התרחשה בעת השגת הראיה. כפי שיובהר בהמשך הדברים, מודל עיוני זה מתיישב עם הגישה ההרתעתית-חינוכית, והוא עשוי להתיישב גם עם הגישה הפרוטקטיבית (להלן: 'המודל המתקן'). מודל אפשרי אחר הוא כי פסילת הראיה נועדה למנוע פגיעה עתידית בערך מוגן, שהוא נפרד מן הזכות הראשונית שנפגעה בעת השגת הראיה. במסגרת מודל זה, פסילת הראיה מהווה סעד הצופה פני עתיד ותכליתו למנוע פגיעה שתתרחש בערך החברתי המוגן עם קבלת הראיה במשפט. כפי שיפורט להלן, מודל עיוני זה מתיישב עם הגישה הרואה בהגנה על ההליך הפלילי, טוהרו והגינותו את התכלית המרכזית לפסילתה של ראיה שהושגה שלא כדין. מודל עיוני זה עשוי להתיישב גם עם הגישה הפרוטקטיבית, במיוחד בשיטות משפט שבהן הזכות המוגנת העומדת במרכזו של דוקטרינת

הדוקטרינה הלכה למעשה, נקבעה באמצעות זכותו של הנאשם להליך הוגן: [...] בהתאם לדוקטרינה האמורה לבית המשפט שיקול דעת לפסילת קבילותה של ראיה בפלילים, אם נוכח לדעת כי הראיה הושגה שלא כדין וקבלתה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן שלא בהתאם לגדריה של פסקת ההגבלה. מדובר בנוסחת איוון עקרונית השואפת להשגת פשרה ראויה בין מכלול הזכויות והאינטרסים הרלוונטיים לשאלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין, ובהם: חשיפת האמת העובדתית, הלחימה בעבריינות וכן ההגנה על שלום הציבור ועל זכויות נפגעי העבירה מחד גיסא, אל מול ההגנה על זכויות הנאשם ועל הגינות ההליך הפלילי וטוהרו מאידך גיסא" (שם, בפס' 76 לפסק הדין של השופטת ביניש).

15 שם, בפס' 61.

16 שם, בפס' 55.

הפסילה הינה זכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן (להלן: 'המודל המניעתי') (ההדגשות במקור).¹⁷

"התכלית הפרוטקטיבית", המבקשת להגן על זכויות האדם של הנאשם כנחקר, משתלבת אפוא היטב גם ב"מודל המניעתי", ולא רק ב"מודל המתקן". מכיוון ש"המודל המניעתי" מבקש למנוע פגיעה עתידית בהגיונות משפטו של הנאשם, עקב קבלתה של הראייה שנגבתה שלא כדין בחקירה, הרי מניעה זו עצמה מגנה רטרואקטיבית גם על זכותו של הנאשם כנחקר. עובדה אחרונה זו מוכיחה כי בית המשפט אומנם גיבש את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית במשפט הישראלי על סמך "מכלול התכליות"¹⁸ המקובלות בעולם בהקשר זה. כאמור, אף תכלית מן התכליות שהזכיר בית המשפט, לא נדחתה על ידו. אדרבה, הפסיקה המשיכה לאחוז בכל התכליות, כעולה גם מעניין שמש.¹⁹ הלכה למעשה, קבע בית המשפט "נוסחת איוון" שתשמש את בית המשפט בבואו לשקול פסילתה של ראייה, ולפיה:

17 ש.ם.

18 ש.ם.

19 בדנ"פ 5852/10 מדינת ישראל נ' שמש, פ"ד סה(2) 377 (2012), שבה הנשיאה ביניש והדגישה את "העקרונות שבבסיס דוקטרינת הפסילה הפסיקתית" וקבעה: "עוד חשוב להדגיש, כי מבחינה עיונית המודל לפסילת הראיות שאומץ בשיטתנו הוא 'המודל המניעתי'. בהתאם למודל זה, פסילת הראייה שהושגה שלא כדין היא סעד שנועד למנוע פגיעה עתידית בערך מוגן כתוצאה מקבלתה במשפט של הראייה שהושגה שלא כדין. פסילת הראייה אינה נחשבת בשיטתנו המשפטית לסעד מתקן בגין הפגיעה הראשונית בנאשם שהושלמה עם השגת הראייה. הערך העיקרי שעליו מגינה דוקטרינת הפסילה הפסיקתית בהתאם ל'מודל המניעתי' הוא הערך של הגיונות ההליך הפלילי וטוהרו, ואילו התכלית של הרתעת רשויות החקירה מפני שימוש באמצעי חקירה פסולים היא בעלת חשיבות משנית על פי מודל זה [...]". עוד יצוין כי, ההגנה הניתנת בדוקטרינת הפסילה הפסיקתית לזכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן נוגעת לכל שלביו של ההליך הפלילי, ובכלל זה – שלב החקירה המשטרית. על כן פגמים שנפלו בשלב החקירה של המשטרה עשויים להשליך על הגיונות ההליך הפלילי בכללותו ולהשפיע על ההכרעה במשפט עצמו (עניין יששכרוב, בעמ' 559) (שם, בעמ' 391).

משמע, "המודל המתקן", שלפיו פסילת הראייה נועדה כסעד מתקן בגין הפגיעה שהתרחשה בעת החקירה – הוא שנדחה בידי בית המשפט. אך דחייתו של מודל זה, תוך קבלת "המודל המניעתי" לא דחתה מניה וביה גם את "התכלית הפרוטקטיבית", שעניינה הגנה על זכויות הנאשם בחקירתו. אדרבה, בהתאם ל"מודל המניעתי" מגנה הדוקטרינה על כל שלביו של ההליך הפלילי, ובכלל זה לשלב החקירה המשטרית. דהיינו, גם ב"מודל המניעתי" מתממשת "התכלית הפרוטקטיבית", ש"נועדה בעיקרה להגן על זכויותיהם של נאשמים בחקירתם" (עניין יששכרוב, בעמ' 547).

דגש זה בדברינו – באשר לאי-דחייה של אף אחת מן התכליות המקובלות בעולם לדוקטרינת הפסילה, לרבות "התכלית הפרוטקטיבית" – נועד אף הוא להטריט את יכוחינו, בהמשך הדברים, עם מלומדים שונים.

"[...] לבית המשפט שיקול דעת לפסילת קבילותה של ראיה בפלילים, אם נוכח לדעת כי הראיה הושגה שלא כדין וקבלתה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן שלא בהתאם לגדריה של פסקת ההגבלה"²⁰.

בית המשפט הוסיף וקבע שלוש קבוצות של שיקולים, או אמות מידה, שתסייענה לבית המשפט במלאכתו: אופייה של אי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה וחומריתה; מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה; ושאלת הנזק מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילתה.²¹ עם זאת בית המשפט הדגיש כי שלוש אלה אינן "רשימה סגורה" של שיקולים. על בית המשפט לשיקול כל שיקול ונסיבה שיש בהם כדי להשפיע – מחד גיסא, על מידת הפגיעה בזכותו של הנאשם להליך הוגן בשל קבלת הראיה, ומאידך גיסא, על מידת הנזק לאינטרסים הנוגדים בשל פסילתה של הראיה; הכול בהתאם לנוסחת האיזון במקרה המסוים שבפניו.²²

על בית המשפט לבחון אפוא כל מקרה בהתאם לנסיבותיו הייחודיות, בהתאם לשלוש קבוצות השיקולים המוזכרות ולשיקולים נוספים שהוא רואה לנכון, ולאזן בין כל הנתונים בהתאם לנוסחת האיזון שנקבעה. המקרה הפרטי של הלכת יששכרוב דן בהודאה שנגבתה שלא כדין מן הנאשם עצמו.

ג. היש מקום להחלת הדוקטרינה גם על פגיעה בזכויותיו של עד?

עצם ההכרעה שלפיה דוקטרינת פסילתן של ראיות במשפט פלילי חלה גם על גביית ראיות מעדים, אינה מובנת מאליה. ככלל, אדם תובע תביעות משפטיות על סמך פגיעות או נזקים שנגרמו לו עצמו, להבדיל מפגיעות או נזקים שנגרמו למאן שהוא אחר. "זכות העמידה" בפני בית המשפט היא זכותו האישית של הנפגע, וככלל אין היא ניתנת להעברה. אכן, הלכת יששכרוב, שדנה בגביית

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

²¹ שם.

²² "כאמור, רשימת השיקולים המפורטת לעיל אינה מתיימרת להיות רשימה סגורה וממצה. היא מדגימה את סוג הנסיבות והנתונים שיש בהם כדי להשפיע על הפעלת שיקול דעתו של בית המשפט במסגרת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית. נתונים אלה נוגעים, מחד גיסא, למידת הפגיעה בזכותו של הנאשם להליך הוגן אם תתקבל הראיה במשפט; ומאידך גיסא, למידת הפגיעה באינטרסים הנוגדים אם תיפסל קבילותה של הראיה. חשוב להדגיש כי אף אחד מהשיקולים עליהם עמדנו אינו בעל מעמד בלעדי או מכריע, וכי משקלם היחסי של השיקולים האמורים ייקבע בהתחשב בנסיבותיו של כל מקרה לגופו" (שם, בעמ' 566–567).

הודאה מנאשם שלא כדין, הוחלה על כל סוגי הראיות אשר הושגו שלא כדין [...] הדוקטרינה הנטענת אינה מגבילה עצמה להודאות נאשם, ותחולתה היא כללית – על כל סוגי הראיות בהליך הפלילי אשר הושגו שלא כדין על ידי הרשויות לאכיפת החוק”²³ עם זאת, עובדה היא ששנים לאחר עיצובה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית בהלכת יששכרוב – עצם החלתה של הדוקטרינה על אופן גביית ראיות מעד לא נקבע באופן חד וברור, כעולה מדבריו של השופט עמית בעניין טובול:²⁴

”שאלת תחולתה של הדוקטרינה על עדות עד טרם לובנה בפסיקה כל צורכה. יש הגורסים כי הלכת יששכרוב חלה גם על עדויות [...]”; אך ספק אם גישה זו התגבשה לכדי הלכה [...]”²⁵.

אין תמה בכך. דוקטרינה לפסילת ראיות בשל פגם באופן גבייתה של ראיה ממוקדת מנייה ונייה באינטרסים ובזכויות “חיצוניים” לסוגית מהימנותה ואמינותה של הראיה. משכך היא פוגעת בהכרח בתכלית המרכזית של ההליך הפלילי – בחקר האמת. דוקטרינה כזו מוותרת באופן מודע על ראיה, מתוך הפסיפס הראיתי שאמור להוביל לבירור האמת. לא בכדי רווי תחום זה של הדוקטרינות השונות לפסילת ראיות בהליך הפלילי בפולמוסים ובמחלוקות – הן בין שיטות המשפט השונות, הן בפסיקה הפנימית של כל שיטה והן בכתובה האקדמית. בין היתר, שבות ועולות התהיות באשר לעצם רעיון פסילת ראיה עקב פגם בגבייתה.²⁶ בנסיבות אלה, אף שבה ועולה השאלה באשר להיקפה

23 שם, בעמ' 523.

24 ע"פ 6201/18 טובול נ' מדינת ישראל (נבו 28.10.2019).

25 שם, בפס' 46 לפסק הדין של השופט עמית.

26 ראו, למשל: David M. Paciocco, *Section 24(2): Lottery or Law – The Appreciable Limits of Purposive Reasoning*, 58 CRIM. L.Q. 15, 17–18 (2011): “The whole idea that evidence should be excluded because of the illegal or unconstitutional manner in which it has been obtained is contentious. [...] Courts want to make accurate factual findings and it defeats that mission to disregard reliable information because of how it was secured. Excluding improperly obtained evidence can defeat the pursuit of justice or even cause the release of dangerous criminals. These ‘good governance’ considerations agitate strongly against exclusion. It is therefore attractive to hold that the legality of police conduct is *res inter alios acta* a legal question that can be answered on another day in a court where that is the matter to be tried. There are those who believe that this is how the law should function [...] not surprisingly, courts internationally have struggled with whether and when to Katherine Sheridan, *Excluding Coerced* ראו גם *Witness Testimony to Protect a Criminal Defendant's Right to Due Process of Law*

הראוי של הדוקטרינה לפסילת ראיות בכלל, ולהחלתה על גביית ראיות מעד בפרט.

1. בין עד לנאשם במשפט בקנדה ובארצות הברית

עיון בשיטות המשפט המשווה, שמהן שאבה הלכת יששכרוב את השראתה, חושף תמונה מורכבת למדי בהקשר זה. כך, למשל, בקנדה אין די בכך שראיה תיגבה על ידי הגוף החוקר שלא כדין לצורך תחולתה של דוקטרינת הפסילה – דוקטרינה, המעוגנת בסעיף 24(2) לצ'רטר הקנדי. לפי סעיף זה שבחוקה, שיצוטט מיד במלואו, מותנית זכות העמידה של נאשם, לצורך החלת הדוקטרינה לפסילת ראיות, בהפרה של זכות חוקתית דווקא בידי הגוף החוקר, במהלך גבייתתה של הראיה:

“Enforcement of guaranteed rights and freedoms

24 (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

Exclusion of evidence bringing administration of justice into disrepute

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute”.

and Adequately Deter Police Misconduct, 38 FORDHAM URB. L.J. 1221 (2011):
 “Nevertheless, some scholars and judges argue that exclusion is falling out of favor,
 .and should be abolished rather than expanded”

כידוע, הפרתה של זכות חוקתית דווקא לא נדרשת במשפט הישראלי. בהתאם להלכת יששכרוב, הפרת כל דין, הנחיה או נוהג, עשויה לפתוח בפני הנאשם את האפשרות לטעון לפסילתה של ראייה שנגבתה תוך הפרה שכזו.²⁷ נוסף על כך, ובהתאם לפרשנותו של בית המשפט העליון בקנדה את הדוקטרינה שבחוקה, מותנית זכות העמידה בקנדה בכך שהזכות החוקתית שהופרה בחקירה היא זכותו של הנאשם עצמו, להבדיל מזכותו של מאן שהוא אחר.

בפסק הדין *R. v. Edwards*,²⁸ למשל, הורשע הנאשם בעבירות סמים. כך, לאחר שהשוטרים שכנעו את חברתו של הנאשם – בדברי אמת ובדברי שקר – להכניסם לדירתה ולשתף עימם פעולה. החברה הצביעה בפני השוטרים על המקום שבו חשבה שהנאשם הטמין משהו, ואכן במקום נמצאו סמים. החברה, שנעצרה בעצמה לאחר מכן, אך לא הועמדה בסופו של דבר לדין, לא הוזהרה באשר לזכותה לסרב לכניסת השוטרים לביתה ובאשר לזכות ההיוועצות עם עורך דין.

במשפטו ביקש Edwards לפסול את הראיות שהושגו בחיפוש בדירת חברתו. לטענתו היה מקום לפסול את הראיות בהתאם לדוקטרינת הפסילה הקנדית המעוגנת בסעיף 24(2) לצ'רטר, לאחר שהמשטרה הפרה את זכויותיה של החברה לפי סעיף 8 לצ'רטר המגן מפני חיפוש ותפיסה בלתי סבירים.²⁹ כל הערכאות דחו את בקשתו. בדחותו את עתירתו של הנאשם להעניק לו "זכות עמידה אוטומטית", קבע בית המשפט העליון כי רק נאשם שהזכויות החוקתיות שלו עצמו נפגעו רשאי לטעון לפסילת ראייה:³⁰

“Further, the adaptation of the automatic standing rule would seem to fly in the face the wording of s. 24 of the Charter [...]. As I noted earlier, s. 24(2) provides remedies only to applicants whose *own* Charter rights have been infringed” (ההדגשה במקור).

באופן ספציפי באשר לסעיף 8 לצ'רטר הוסיף וקבע בית המשפט כי עניינו ממוקד ככלל בהפרת הפרטיות של הנאשם המבקש לטעון בהתאם לסעיף זה.³¹ לפיכך,

27 ראו עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 1, בעמ' 557–558.

28 *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128.

29 ראו לשון הסעיף: “Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure”.

30 עניין *Edwards*, לעיל ה"ש 13, בפס' 54–55.

31 בלשונו של בית המשפט בעניין *Edwards*, לעיל ה"ש 28, בפס' 34: “In any

חייב בית המשפט, בשלב הראשון, לדון ולהכריע אם הייתה בכלל לנאשם ציפייה לפרטיות במקום החיפוש. אם התשובה לשאלה זו היא שלילית – תידחה טענתו של הנאשם. אם התשובה חיובית, יעבור בית המשפט לשלב הבא, וידון אם אומנם פגעו החיפוש או התפיסה באופן בלתי סביר בפרטיותו של הנאשם. עם זאת, אם הוכיח הנאשם הטוען כי הייתה לו עצמו ציפייה לפרטיות במקום החיפוש – כלומר, הוא "עבר" את השלב הראשון וקמה לו זכות העמידה – אזי בשלב השני של הבחינה השיפוטית, אפשר להביא בחשבון גם הפרת פרטיות של צד שלישי.

בעניינו של Edwards נקבע כי הוא לא הצליח לעמוד בדרישת השלב הראשון, לאחר שלא הוכח שהייתה לו ציפייה לפרטיות בדירת חברתו. בנסיבות אלה, בהיעדר זכות עמידה, נדחתה עתירתו של Edwards לפסול את הראיות נגדו. כך, אף על פי שברי כי זכויותיה של חברתו, שנחקרה אף היא כחשודה באירוע, הופרו. הפרתן של זכויות החברה העדה לא הובאה בחשבון עניינו של הנאשם Edwards לצורך דיון בסוגיית קבילותה של הראייה שהושגה באמצעות החיפוש בדירת החברה. נקבע כי רק חשיפתו האישית של הנאשם להשלכות החיפוש והתפיסה היא המעניקה לו את הזכות להשיג – לא על צו החיפוש עצמו, על היעדרו או על פגם בו, אלא על קבילות הראייה במשפטו.³²

גם בחלוף כעשרים שנה מעניין Edwards נותר המשפט הקנדי באותה עמדה עצמה. אכן, בעניין Marakah³³ נהפכה השורה התחתונה, ובית המשפט העליון בקנדה קבל את טענת הנאשם ופסל את השיחות בינו לבין שותפו לעבירה – שיחות שהושגו תוך חיפוש בלתי חוקי בטלפון של השותף. עם זאת, אין פסיקה זו שונה מהותית מן ההלכה שנקבעה בעניין Edwards, אלא שבעניין Marakah קבע בית המשפט העליון, בניגוד לערכאות הנמוכות, שדחו את זכות העמידה של הנאשם – כי הייתה לנאשם ציפייה לפרטיות ביחס לחיפוש בטלפון של השותף.

determination of a s. 8 challenge, it is of fundamental importance to remember that the privacy right allegedly infringed must, as a general rule, be that of the accused person who makes the challenge”

שם, בפס' 43. “When an accused, such as the appellant, asserts at his trial that there has been a breach of his s. 8 Charter right to be secure from unreasonable search or seizure, he is asserting a particular right to privacy which may, on occasion, be unrelated to any recognized proprietary or possessory right. Section 8 of the Charter is directed to the protection of the security of the person, not the protection of his property, and it is the appellant's personal exposure to the consequences of the search and seizure that gives him the right to challenge, not the search warrant itself, but the admission into evidence at his trial of the fact of the search and the account of what was seized”

.R. v. Marakah, 2017 SCC 59 33

כך נקבע, בראש ובראשונה, בשל העובדה שדובר אך ורק בשיחותיו של השותף עם הנאשם.³⁴ מכאן, כי לו החיפוש בטלפון של השותף היה נעשה שלא כדין, אך לצורך שיחות שניהל השותף עם מאן שהוא אחר, להבדיל משיחות עם הנאשם Marakah – הרי לא הייתה לו לנאשם Marakah כל ציפייה לפרטיות ביחס לשיחות אלה, וממילא הוא לא רשאי היה לטעון דבר בעניינן. בנסיבות אלה – בדיוק כמו בעניין *Edwards* – לא הייתה לו זכות עמידה לטעון להפרת זכותו לפי סעיף 8 לצ'רטר הקנדי, וממילא הוא אף לא רשאי היה לטעון לפסילת השיחות כראיה במשפטו לפי סעיף 24(2) לצ'רטר.

תמונה דומה למדי עולה גם מן הדין האמריקאי, למרות השוני בין דוקטרינות הפסילה הנהוגות בשתי המדינות.³⁵ בעניין *Rakas*,³⁶ עצרו שוטרים רכב שנמלט מאירוע שוד, הוציאו את נוסעיו ומצאו בתא הכפפות ומתחת לכיסא כלי נשק. נוסעי הרכב – ולא הנהג, בעל הרכב – הורשעו באירוע השוד, והם אלה שנדחו בטענתם כי יש לפסול את הראיות שהושגו מן החיפוש ברכב. בית המשפט העליון בארצות הברית, מפי הנשיא *Renquist*, אישר את ההכרעה של הערכאות הקודמות, שקבעו כי אין לנוסעים זכות עמידה לטעון להפרת התיקון הרביעי לחוקה – תיקון המגן על זכותו של אדם מפני חיפוש ותפיסה באופן בלתי סביר. הנשיא *Renquist* אישר, כאמור, את הכרעת הערכאות הקודמות, אם כי העדיף להיזקק להיקפה המהותי של זכות הנאשם, בהתאם לתיקון הרביעי לחוקה,

34 שם, בפס' 68. "It cannot be that the impact on an accused's Charter-protected interests is less serious when an electronic conversation is illegally accessed through someone else's phone than when the same conversation – in which the accused has the same Charter-protected interest – is illegally accessed through the accused's own phone. A search may impact other, different Charter-protected interests of the accused if it is his phone that is examined. But, so far as the impact on the accused's privacy interest in the electronic conversation is concerned, the two scenarios just described are indistinguishable"

35 בקנדה נהוגה דוקטרינת פסילה יחסית, הקבועה בס' 24(2) לצ'רטר הקנדי. ראו עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 1, בפס' 57 לפסק הדין של השופטת ביניש. ואילו בארצות הברית נהוגה דוקטרינת פסילה פסיקתית נוקשה, הקובעת כלל של פסלות ובצידו חריגים, כאשר פסילתה של ראיה שהושגה שלא כדין באופן ישיר גוררת עימה גם את פסילתם של כל "פירותיה". ראו שם, בפס' 56. כידוע, זכות דוקטרינת פסילת הראיות בארצות הברית לביקורת רבה. לענייננו, נכון להפנות למאמר המשכנע של יואב ספיר וגיא רובינשטיין שלפיו כלל הפסילה הנוקשה בארצות הברית נמצא בנסיגה מתמשכת במהלך השנים, לעומת הלכת **יששכרוב** ההולכת ומתפתחת, תוך הגנה מיטבית על זכויות הפרט של נחקרים, ראו יואב ספיר וגיא רובינשטיין "הסיפור של יששכרוב: יששכרוב בפעולה – על יתרונותיה של דוקטרינת הפסלות היחסית ועל תרומתה להגנה על זכויות הפרט" **מעשי משפט** י 333 (2019).

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

מאשר לדוקטרינה של זכות העמידה. לגופו של עניין דעת הרוב הכריעה שלנוסעים לא הייתה כל ציפייה סבירה לפרטיות בתא הכפפות של הרכב או מתחת למושב. דעת המיעוט, יש לציין, הגיעה למסקנה אחרת. אך גם דעת המיעוט לא סברה שהנאשם רשאי לטעון לפגיעה בזכויותיו של הנהג, אלא שלנוסעים ברכב הייתה ציפייה סבירה לפרטיות בחלקי הרכב המוזכרים, ממילא, נפגעו זכויותיהם האישיות בהתאם לתיקון הרביעי.

פסיקה זו חזרה על עצמה גם בחלוף כעשרים שנה, בעניין *Carter*,³⁷ שבו שני עברייני סמים התארחו בדירה של אדם שלישי, והטענה לחיפוש בלתי חוקי נסבה ביחס לאותה הדירה. בית המשפט העליון שב וקבע כי על המבקש לפסול את הראיות על בסיס פגיעה בתיקון הרביעי לחוקה להוכיח שהייתה לו, אישית, ציפייה לפרטיות במקום החיפוש, וכי ציפייה זו הייתה סבירה. גם במקרה זה דעת המיעוט חלקה על הכרעת הרוב, כאשר שוב נסב הוויכוח על השאלה העובדתית משפטית, אם לשני עברייני הסמים הייתה ציפייה סבירה לפרטיות בדירת שותפם לעבירות. בניגוד לדעת הרוב, דעת המיעוט ענתה בחיוב על שאלה זו. אך כמו בעניין *Rakas*, אין עמדה שיפוטית שלפיה רשאי נאשם לטעון לפגיעה בזכות חוקתית של צד שלישי – פגיעה, שבגינה זכאי הוא, הנאשם, לבקש לפסול את הראיות נגדו.³⁸

עמדה זו של המשפט בארצות הברית, הדורשת פגיעה בזכות חוקתית של הנאשם עצמו, הולמת היטב את המודל העיוני שבבסיס דוקטרינת הפסילה שם – קרי "המודל המתקן". מודל זה נועד לפצות את הנאשם על הפגיעה שנפגעו זכויותיו החוקתיות בחקירתו שלו. כך, כפי שנקבע בעניין *יששכרוב*:

"המודל העיוני שעליו מושתתים כללי הפסילה בארצות-הברית הינו 'המודל המתקן'. פסילת הראיה מהווה סעד עבור הפגיעה בזכותו החוקתית של הנאשם אשר התרחשה בעת השגת הראיה. פסילת הראיה מיועדת, אפוא, ליתן סעד בגין פגיעה שהושלמה בעבר, ואין ייעודה למנוע פגיעה עתידית בערך או בזכות מוגנים".³⁹

³⁷ *Minnesota v. Carter*, 525 U.S. 83 (1998).

³⁸ הלכת *Rakas* שבה והוזכרה בהסכמה אך לאחרונה ראו עניין *Lange v. California*, 141 S. Ct. 2011 (2021), פס' 156, לפסק הדין של השופט *White*, אליו הצטרפו שלושה שופטים נוספים. ראו גם ספיר ורובינשטיין, לעיל ה"ש 35, בעמ' 342, המתייחסים אף הם להיעדרה של זכות עמידה לנאשם בארצות הברית, המבקש לטעון לפגיעה בזכויותיו של אחר

³⁹ ראו עניין *יששכרוב*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 549.

בהיעדר פגיעה בזכות חוקתית של הנאשם עצמו במהלך החקירה, אין מה "לתקן" במשפטו, וממילא אין מקום להחלת דוקטרינת הפסילה. כך גם כאשר התקיימה פגיעה בחקירה, ואפילו הופרה זכות חוקתית, אך לא של הנאשם עצמו, אלא של מאן שהוא אחר.

מעניין שבניגוד למודל העיוני העומד בבסיסה של דוקטרינת הפסילה בארצות הברית, הרי התכלית העיקרית שנבחרה במשפט זה – התכלית החינוכית-הרתעתית – עשויה להלום מסקנה הפוכה. ודוק, אם התכלית העיקרית היא חינוך המשטרה והרתעתה, מה לי אם פגעה המשטרה בזכויותיו של הנאשם עצמו ומה לי אם פגעה בזכותם של אחרים. בשני המקרים נכון להגיב תוך ניסיון לחנך את המשטרה מחדש ולהרתיעה מהתנהלות שכזו בעתיד.⁴⁰ ברם, מסקנה זו, שאפשר להסיקה מן התכלית העיקרית של המשפט בארצות הברית, לא הוסקה בו הלכה למעשה. עם זאת, ישנם בתי משפט בארצות הברית, שמוכנים לדון בטענותיו של נאשם באשר לאופן גביית אמרתיו של עד המעיד נגדו באמצעות זכותו החוקתית של הנאשם בהתאם ל-"Due Process Clause".⁴¹ בתי משפט אחרים, לעומת זאת, רואים בטענות מסוג זה עניין ראיתי בלבד, להבדיל מסוגיה חוקתית.⁴² על כל פנים, ממילא, בית המשפט העליון בארצות

Jenia Iontcheve Turner & Thomas Weigend, *The purposes and Functions of Exclusionary Rules: A Comparative Overview*, in DO EXCLUSIONARY RULES ENSURE A FAIR TRIAL? A COMPARATIVE PERSPECTIVE ON EVIDENTIARY RULES 255 (Sabine Gless & Thomas Richter eds., 2019). המחברים בתאום את המודל האידיאלי שבבסיסו התכלית החינוכית והרתעתית, מגיעים למסקנה זו עצמה: "If exclusion of evidence is designed to deter misconduct, anybody should be entitled to raise the issue of exclusion, just as under the judicial integrity approach [...] To maximize deterrence of misconduct, any participant in the trial should have standing to demand exclusion, even if his or her rights were not directly violated by the action that led to the acquisition of the evidence" (שם, בעמ' 268). עם זאת, כפי שכותבים השניים, שיטות משפט לא מאמצות ככלל מודל אידיאלי המעוצב בהתאם לרציונל אחד ויחיד. עירוב הרציונלים, התכליות, גורר בהכרח היעדר ודאות ביחס להיקפה המדויק של דוקטרינת הפסילה בשיטת משפט מסוים. על כל פנים, שני המחברים האלה מציינים, כמובן מאליו, שהדין האמריקאי אינו מאפשר לנאשם לטעון לפגיעה בזכויותיו של אחר, אפילו כאשר התנהגותה של המשטרה כלפי האחר הייתה מכוונת (שם, בעמ' 274).

Richard M. Re, *The Due Process Exclusionary Rule*, 127 HARV. L. REV. 1885, 1896 (2014).⁴¹

עניין *Katherine Sheridan*, לעיל ה"ש 26, בעמ' 1224-1225: "Whether this right extends to allow defendants to object to the admittance of an involuntary statement coerced from a witness is debated by judges across the country and remains unresolved by the Supreme Court [...]. Today, several courts recognize this expansion, finding that where a coerced witness's statement is entered into evidence against the defendant, there is a violation of the defendant's right to due process of

הברית טרם נדרש לסוגיה, ונותרת האפשרות לפסול ראיה בארצות הברית בשל פגם שנפל בגביית אמרתיו של עד בעיקר בבחינת דין רצוי.⁴³ נמצא אפוא שהן במשפט הקנדי והן במשפט בארצות הברית – נאשם לא רשאי לטעון, כחלק מטענותיו לפסילת ראיה, על פגיעה שלא כדין בזכותו החוקתית של אחר. כדי להיכנס ב"שערי" הדיון, שנסב על אפשרות פסילתה של ראיה, על הנאשם לשכנע את בית המשפט, בראש ובראשונה, שזכותו החוקתית-האישית שלו היא שנפגעה.⁴⁴

2. על הדין באנגליה

ומה הדין באנגליה? דוקטרינת פסילת הראיות האנגלית, שהחלה במשפט המקובל, עוגנה בסופו של דבר בשנת 1984 ב־ The Police and Criminal Evidence Act (להלן: "PACE"), כדלקמן:⁴⁵

"78 Exclusion of unfair evidence.

- (1) In any proceedings the court may refuse to allow evidence on which the prosecution proposes to rely to be given if it appears to the court that, having regard to all the circumstances, including the circumstances in

law, and thus exclusion is the warranted remedy. Other courts, however, explicitly reject this notion, finding that it is an evidentiary matter, rather than a constitutional concern, and therefore hold that defendants have no standing to contest the alleged violations of the witness's rights. In the absence of a Supreme Court ruling on the issue, courts have no binding authority to draw from and, as a result, the due process rights of a criminal defendant depend on the jurisdiction in which he is prosecuted"

שם, בעמ' 1265–1266. 43

Mike Madden, *A Model Rule for Excluding Improperly or Unconstitutionally Obtained Evidence*, 33 BERKELEY J. INT'L L. 442, 462–465 (2015) 44

על היחס שבין דוקטרינת הפסילה במשפט המקובל לבין הדוקטרינה לאחר חקיקת ס' 78 לעניין Pace, ראו גם Richard Stone, *Exclusion of Evidence Under Section 78 of the Police and Criminal Evidence Act: Practice and Principles*, 3 WEB JCLI: "How wide is the discretion given by this provision? In R v Mason [1987] 3 All ER 481, one of the first cases under the Act, Watkins LJ expressed the view (at p. 484) that s 78 'does no more than to restate the power which judges had at common law before the 1984 Act was passed' In R v Samuel [1988] 2 All ER 135, however, the Court of Appeal treated s 78 as a self-contained provision, to be interpreted within its own terms. It is this view which has prevailed in subsequent case law, and it is to the decisions on s 78 which we now turn" 45

which the evidence was obtained, the admission of the evidence would have such an adverse effect on the fairness of the proceedings that the court ought not to admit it [...]”.

לפי נוסח הוראת החוק האמור, קבעו בתי המשפט כי דוקטרינת הפסילה חלה עקרונית על כל ראיה באשר היא, ולא רק על ראיות שנגבו מן הנאשם עצמו,⁴⁶ גם אם מרבית השימוש בדוקטרינה נעשה ביחס לראיות שהן בגדר הודאות.⁴⁷ אין אפוא שאלה באשר לזכות העמידה של הנאשם האנגלי: הדוקטרינה לפסילת הראיות באנגליה חלה עקרונית גם על עדות שנגבתה מעד. עם זאת, בהקשר שלפנינו, משפט זה מתייחד בשניים: ראשית, הודאתו של חשוד נתפסת ככלל לחובתו שלו בלבד.⁴⁸ ממילא, בדרך כלל, שאלת קבילותה של הודאה שהושגה מעד, שותף לעבירה, לא תעלה במשפטו של נאשם אנגלי. שנית, הדגש שמצוי כבר בהוראת החוק המצוטטת לעיל חוזר על עצמו גם בפסיקה וגם בכתיבה האקדמית: גורלה של כל ראיה יוכרע במשפט האנגלי, לפסילה או לקבלה, לפי סעיף 78 ל-PACE, על פי מכלול הנסיבות המסוימות במקרה המסוים, ולפי שיקול דעתו המלא של בית המשפט. כאשר ההנחה היא שמקרים שונים נושאים עימם כמעט תמיד נסיבות שונות. כך, למשל, נקבע בעניין *Jelen and Katz*:

ARCHBOLD, *Police and Criminal Evidence Act 1984*, CRIMINAL PLEADING, 46
EVIDENCE AND PRACTICE 15-89 (2022): “(c) ‘Evidence’ in s.78 means all the evidence which the prosecution might seek to adduce at trial: Mason (Carl) (1988) 86 Cr. App. R. 349, CA; a trial judge has a discretion to deal with the admissibility of a confession under s.78 regardless of the power conferred by s.76. (d) Section 78 has been invoked (although not always successfully) in relation to a wide range of evidential material, including confessions [...] an alibi notice [...] depositions of absent witnesses [...] evidence of co-defendants' pleas of guilty [...] identification evidence [...] and evidence obtained from an illegal search [...]”

“Section 78 is the most important provision in the PACE Act 1984, and the שם. 47
most often referred to in practice. Together with s.76 (confessions, § 15B-2) it plays a fundamental role in the consideration of the admissibility of evidence, particularly evidence of admissions and confessions”

Michael Stockdale & Joanne Clough, *Confessions and the Criminal Justice Act 2003*, 77 J. CRIM. L. 231, 249 (2013): “Finally, where the admissibility of a confession is not challenged by the defendant who made it, it may be admitted for the prosecution under s. 76(1) of the 1984 Act, for a co-defendant under s. 76A(1) and may potentially be admissible against its maker's co-defendants under s. 114(1)(d), but its admission against its maker's co-defendants under s. 114(1)(d) would appear to be exceptional rather than a matter of routine”

"[...] the decision of a judge whether or not to exclude evidence under section 78 of the 1984 Act is made as a result of the exercise by him of a discretion based upon the particular circumstances of the case and upon his assessment of the adverse effect, if any, it would have on the fairness of the proceedings. The circumstances of each case are almost always different, and judges may well take different views in the proper exercise of their discretion even when the circumstances are similar. This is not an apt field for hard case law and well-founded distinctions between cases".⁴⁹

אפשר ששילוב הדברים – קרי, אי-הקבילות ככלל של הודאות שותף נגד הנאשם עצמו, יחד עם העובדה שלעולם יוכרע גורלה של ראיה לפי סעיף 78 ל-PACE בהתאם לנסיבות הייחודיות של אותו התיק – מסביר את היעדר הדיון במשפט האנגלי בסוגיה שלפנינו. לא מצאנו במשפט זה דיון ישיר בשאלה, כיצד תיושם דוקטרינת הפסילה על גביית ראיה מעד להבדיל מגביית ראיה מנאשם. המסקנה המתבקשת מהיעדרו של דיון, ובוודאי היעדרה של הלכה בסוגיה שלפנינו, היא כי במשפט האנגלי אין כלל המחיל את "גישת התחולה האחידה". מעבר לאמור, לא מצאנו במשפט המשווה ולו שיטה אחת הדוגלת ב"גישת התחולה האחידה".

3. המסקנה מן המשפט המשווה לענייננו

פנייתנו למשפט המשווה בהקשר זה נועדה, כאמור לעיל, להמחיש כי לא מובנת מאליה ההכרעה שלפיה נאשם רשאי לטעון במשפטו גם בגין פגיעה בזכויותיו של אחר המעיד נגדו. בקנדה ובארצות הברית אין לנאשם זכות עמידה אלא כדי לטעון טענות על פגיעה בזכויותיו-שלו, ואילו באנגליה – ספק אם קיימת מציאות שבה נאשם טוען לפגיעה בזכויותיו של עד המעיד נגדו. אך ברי שאין שם כלל שמחייב את בית המשפט ל"גישת התחולה האחידה".

אכן, איננו מבקשות לחלוק על הכרעה עקרונית זו במשפט הישראלי. לצורך יישומה של דוקטרינת הפסילה הישראלית אין דרישה לפגיעה בזכות חוקתית של הנאשם דווקא, כפי שנדרש בארצות הברית ובקנדה. די בפגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן – זכות, העומדת בבסיס הדוקטרינה בישראל. מכיוון

⁴⁹ R. v. Jelen and Katz [1990] Cr. App. R. 456, 465.

שפגיעה באופן גביית ראייה מעד עלולה, לעיתים, לגרור עימה גם פגיעה בזכותו של הנאשם להליך הוגן, הרי עקרונית רשאי נאשם לבקש לפסול גם ראייה שנגבתה שלא כדין מאדם אחר המעיד נגדו. יתר על כן, עמדה זו נתקבלה אך לאחרונה על ידי המחוקק הישראלי, שבחר לעגן את הלכת יששכרוב בחוק, תוך ציון מפורש של העובדה כי גם הודעה שנגבתה מעד עלולה להיפסל במצב של פגיעה באופן מהותי בזכותו של נאשם למשפט הוגן. בכך הכריע המחוקק הישראלי הכרעה משפטית נורמטיבית, שרוב שופטי בית המשפט העליון שנוקקו לסוגיה זו, שותפים לה.⁵⁰

עם זאת, העובדות – שהכרעה זו אינה מובנת מאליה, ושאינה בהכרח מקובלת בשיטות משפט אחרות שאליהן המשפט הישראלי משווה את עצמו – מקשות לכתחילה על "גישת התחולה האחידה". אם עצם ההחלה לא מובנת מאליה ולא דווקא מקובלת במדינות שונות, כיצד מגיעים – במישור המשפטי נורמטיבי – למסקנה של החלה אחידה? עובדות אלו הן אפוא רקע הולם ל"גישת התחולה המאבחת" דווקא, שבה נקט השופט לוי, ושתפורט להלן.

ד. עמדת השופט לוי בעניין ז'אנו

ירון סנקר, העד שהעיד נגד מאיר ז'אנו וישראל גנון בתיק רצח הנערה שקד שלחוב, שוכנע למסור לחוקרים אמרה בכתב – להבדיל מאמרות קודמות שמסר בעל פה בלבד – רק לאחר שביקש להיפגש עם רב, והחוקרים הפגישוהו עם קצין משטרה שהתחזה לרב. בית המשפט העליון ביקר את תרגיל "הרב המתחזה", שערכו החוקרים. עם זאת, נמנע בית המשפט מפסילת הראייה שנגבתה כך מסנקר הנאשם, במשפטו-שלו. הטענה שיש לפסול את הראייה שבה ועלתה גם במשפטם של ז'אנו וגנון. בית המשפט העליון, בראשותו של השופט לוי, הציג את השאלה העקרונית: היש מקום להחיל את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית גם בעניין ז'אנו, שהרי בהקשר זה נפגעו זכויותיו של סנקר העד, להבדיל מסנקר הנאשם. בית המשפט ענה על השאלה בחיוב, תוך ציטוט הלכת יששכרוב, שלפיה תחולתה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית "היא כללית – על כל סוגי הראיות בהליך הפלילי אשר הושגו שלא כדין על-ידי רשויות אכיפת החוק".⁵¹ בית המשפט הוסיף כי עצם התחולה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית גם על גביית ראייה מעד הולמת את "המודל המניעתי", שבחר בית המשפט בהלכת יששכרוב לכינונה של הדוקטרינה, להבדיל מן "המודל המתקן", שנדחה על ידו.

50 דוק, החוק החדש מתייחס אך ורק ל"הודעת עד" ולא לכל ראייה אחרת שנגבתה מעד.

51 ראו עניין ז'אנו, לעיל ה"ש 2, בפס' 17 לפסק הדין של השופט לוי.

עם זאת, בית המשפט הוסיף וקבע, בבחינת רצון "להדגיש את השקפתי", כי שונה יישומה של הדוקטרינה במשפט של נאשם, שבו משמש הנחקר, שזכויותיו בחקירה נפגעו, כעד בלבד. בית המשפט דרש פגיעה חמורה יותר בזכויותיו של הנחקר-העד, כדי לפסול ראיה במשפט נגד נאשם שלא זכויותיו-הוא הן שנפגעו:

"יחד עם זאת, אני רואה לנכון להדגיש את השקפתי, כי 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" (ההדגשות במקור).⁵²

מדברים אלה עולה כי השופט לוי לא העלה כלל על דעתו לנקוט "גישת התחולה האחידה". ברי בעיניו כי יש, וצריכה להיות, משמעות דרמטית להבדל בין פגיעה בזכויותיו בחקירה של הנאשם עצמו – שהיא, לדידו, עומדת "בליבת" הדוקטרינה לפסילת ראיות – לבין פגיעה בזכויותיו בחקירה של עד המעיד נגדו. אומנם פגיעה בחקירה בזכויותיו של עד, להבדיל מן הנאשם, נכנסת בגדר החקירה, אך לא בליבתה. בשל הבדל זה עצמו, קבע בית המשפט מבחן מחמיר יותר לפגיעה בזכות הנחקר, כדי לפסול את הראיה במשפטו של הנאשם. מכאן אף ברור שאם הראיה לא נפסלה במשפטו של הנחקר כנאשם, היא ממילא לא תיפסל במשפט של הנאשם, שהנחקר אך משמש בו כעד. בהתאם לכך, הוסיף וקבע בית המשפט בעניין ז'אנו כי משאופן גביית הראיה הפגום לא הביא לפסילתה של הראיה במשפטו של סנקר, "קל וחומר" שהיא לא תיפסל במשפטם של ז'אנו וגנון.⁵³

ה. עמדת השופט מזוז בעניין יהודה ונימוקה

השופט מזוז עצמו – בדעת מיעוט בעניין יהודה – לא כינה את עמדתו "גישת התחולה האחידה". אך, הלכה למעשה, קבע כי דין אחד לפגיעה בחקירתו של הנאשם עצמו כמו גם לפגיעה בחקירתו של עד תביעה המעיד נגד הנאשם. כדבריו:

52. שם.

53. שם.

"לדעתי, אין מקום להבחין בין נאשם לבין עד לעניין דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, ואין מקום לסייג או להגביל את החלטה של הדוקטרינה מקום בו האמצעי הפסול שימש בחקירתו של עד, אך למצבים בהם הפגיעות שהסבה החקירה לעד הן בעלות 'עוצמה מיוחדת'" (ההדגשות במקור).⁵⁴

את ההנמקה לעמדתו – קרי, ל"גישת התחולה האחידה" – מצא השופט מזוז, בראש ובראשונה, בתכליותיה של דוקטרינת יששכרוב, כאשר מנה שלוש תכליות לדוקטרינה: "תכליותיה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שנקבעה בהלכת יששכרוב הן הגנה על הגינות ההליך הפלילי והגנה על טוהר ההליך הפלילי [...]" (ההדגשות במקור).⁵⁵ לצד שתי אלו עומדת זכותו של הנאשם למשפט הוגן – "לכל נאשם עומדת הזכות להליך הוגן. בית משפט זה הכיר בזכות להליך הוגן כזכות יסודית ובסיסית מימים ימימה [...]" (ההדגשות במקור).⁵⁶

לדידו של השופט מזוז, זכותו של נאשם להליך הוגן כוללת בתוכה גם זכות, שכל חומר הראיות המוגש נגדו הושג כדת וכדין, ולכן, "אין רלבנטיות לזהותו של הפרט שכלפיו הופנו האמצעים הבלתי כשרים – יהא זה הנאשם עצמו או עד במשפטו".⁵⁷

נוסף על כך, וכמו השופט לוי, למד השופט מזוז על החלטת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית גם על עדים, ולא רק על נאשמים, מעצם הקביעה בהלכת יששכרוב, שלפיה הדוקטרינה היא "כללית וחלה על כל סוגי הראיות".⁵⁸ בהתאם לכך, יש להחיל את שלוש אמות המידה שנקבעו בהלכה הן במקרה שנפגעו זכויות הנאשם בחקירתו והן במקרה שנפגעו זכויות העד בחקירתו, כאשר בכל מקרה תיקבע התוצאה לפי נסיבותיו המסוימות. עם זאת, ואפשר שזה העיקר, לדידו של השופט מזוז – נוכח טיבן של שלוש אמות המידה שנקבעו, אין לצפות לתוצאות שונות בשל עצם העובדה שהנפגע מן החקירה הוא נאשם או עד. כדבריו:

"לא סוג הראיה הוא העומד ביסוד האיזונים שעל בית המשפט לבצע, אלא אמות המידה המהותיות כמפורט לעיל, ומבחינתן של אלה אין, בדרך כלל, נפקות לכך שהאמצעים הפסולים שימשו

54 ראו עניין יהודה, לעיל ה"ש 3, בפס' 43 לפסק הדין של השופט מזוז.

55 שם.

56 שם, בפס' 44 לפסק הדין של השופט מזוז שכורך במפורש את כל שלוש התכליות יחדיו: "תכליות ההגנה על הגינות ההליך הפלילי ועל טוהר ההליך הפלילי, כמו גם הזכות להליך הוגן, מחייבות לקבוע כלל [...]", ראו שם, בפס' 46.

57 שם, בפס' 45 לפסק הדין של השופט מזוז.

58 שם, בפס' 43 לפסק הדין של השופט מזוז.

בחקירתו של הנאשם עצמו, או ששימשו בחקירתו של עד (שלעתים קרובות, כמו בענייננו, הוא בעצמו חשוד) שהפליל את הנאשם".⁵⁹

השופט מזוז אף הוסיף ותמה על כל גישה אחרת המציעה להבחין בין פגיעה בזכויותיו של הנאשם עצמו בחקירתו לבין פגיעה בזכויותיו של העד המעיד נגדו:

"האם ניתן באמת להבחין בין פגיעה בזכות השתיקה של הנאשם בחקירתו לבין אי כיבוד זכות השתיקה של שותפו לעבירה, או הפעלת אמצעי לא הוגן שפגע בזכותו של זה לשתוק בחקירה והביא להפללתו של הנאשם? האם יש משמעות להקפדה על מימוש זכותו של הנאשם להיוועץ בעורך דינו, כאשר שותפו הפליל אותו בחקירתו, תוך פגיעה גסה בזכותו של השותף להיוועץ בעורך דינו? דומה שהתשובה היא ברורה.

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; וכאשר הפרות 'עקיפות' אלו נעשות על ידי הגורם החוקר במכוון, כטקטיקה חקירתית, יש בכך כדי לחזק את הצידוק להחלת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית מקום בו האמצעי הפסול שימש בחקירתו של עד".⁶⁰

גם תכלית הלוואי שקבע בית המשפט העליון בהלכת יששכרוב – קרי, "חינוך" רשויות האכיפה והרתעתן מפני הפרת כללי החקירה – מובילה, לדידו של השופט מזוז, למסקנה כי יש להחיל את הדוקטרינה ללא הבחנה בין פגיעה בחקירתו של עד לבין פגיעה בחקירתו של הנאשם:

"החלת אמות מידה מקלות על קבילותן של ראיות שהושגו באופן לא חוקי בחקירתם של עדים עלולה להוביל להרחבת השימוש בשיטה הנפסדת, לפיה חוקרים יפרו את זכויותיהם של חשודים על מנת לחלץ אמרה מפלילה מחשוד אחד נגד זולתו".⁶¹

להלן נטען כי נימוקיו האמורים של השופט מזוז לא עומדים בפני הביקורת.

59 שם.

60 שם, בפס' 45 לפסק הדין של השופט מזוז.

61 שם, בפס' 47.

1. בין זכות העמידה של הנאשם לבין "גישת התחולה האחידה"

אכן, קשה לחלוק על כך ש"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" (כמצוטט לעיל מדבריו של השופט מזוז). יתר על כן, "זכותו של נאשם" היא-היא חובתן של הרשויות לדאוג לכך שכל חקירה פלילית תיעשה "תוך שמירה על החוק". כך, נוכח תפקידן בשמירה על החוק, וכך נוכח האינטרס הציבורי הקיים שאכיפת החוק תיעשה אך ורק תוך שמירה עליו. סוף-סוף אכיפת החוק במסגרת חקירה פלילית, שנעשית תוך הפרת החוק ופגיעה בזכויות הנחקר, היא בגדר אוקסימורון מטריד.

עם זאת, זכותו של הנאשם להליך הוגן, חובת הרשויות לנהל הליך שכזה והאינטרס הציבורי שבקיומו – כל אלה מבססים אך ורק את הטענה ש"השגת ראייה 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" (כמצוטט לעיל מדבריו של השופט מזוז). אם כן הם מבססים את זכות העמידה של הנאשם – קרי, את ההיגיון שבעצם החלת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית גם במקרה שבו נפגעו זכויותיו של עד בחקירתו, ולא רק כאשר נפגעו זכויותיו של החשוד שהפך להיות נאשם. כך, כקביעתה הכללית של הלכת יששכרוב; כך, גם כעמדתו העקרונית של השופט לוי. ברם, אין הם מבססים את המסקנה הנפרדת, הנוספת, שלפיה יש להחיל את דוקטרינת הפסילה באופן אחיד וזהה בשתי הסיטואציות השונות – הסיטואציה שבה נפגע עד בחקירתו והסיטואציה שבה נפגע נאשם בחקירתו. והנה, במסקנה זו עצמה טמונה המחלוקת העיקרית בין השופטים, ובד-בבד – במסקנה זו עצמה טמון הטיעון העיקרי שנגדו אנו יוצאות ברשימה הנוכחית. טענתנו היא כי אין בנימוקיו של השופט מזוז כדי לבסס כדבעי את העמדה-מסקנה שלו עצמו, כפי שנוסיף ונפרט להלן.

2. שלוש קבוצות השיקולים (אמות המידה) שנקבעו בהלכת יששכרוב מבחינות בין פגיעה בחקירתו של נאשם לבין פגיעה בחקירתו של עד

השופט מזוז הוסיף והתייחס לשלוש אמות המידה, שקבעה הלכת יששכרוב כדי לסייע למשפטן להכריע בכל מקרה לגופו: "אופייה וחומריתה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראייה", "מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראייה שהושגה" ו"הנוק מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילת הראייה".⁶²

⁶² עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 1, בפס' 70-72 לפסק הדין של השופטת ביניש.

עיקר קביעתו בהקשר זה הוא, כי "בדרך כלל" אמות מידה אלה, שנועדו ליישומה של הדוקטרינה הלכה למעשה, לא מבחינות כלל בין פגיעה בנאשם לבין פגיעה בעד. כדבריו:

"ומבחינתן של אלה אין, בדרך כלל, נפקות לכך שהאמצעים הפסולים שימשו בחקירתו של הנאשם עצמו, או ששימשו בחקירתו של עד (שלעתים קרובות, כמו בענייננו, הוא בעצמו חשוד) שהפליל את הנאשם".⁶³

דא עקא, שקביעה עיקרית ומרכזית זו בעמדתו של השופט מזוז – הקביעה העובדתית לכאורה, שיש בה כדי לבסס את עמדתו החולקת על עמדת השופט לוי – מובאת ללא כל הנמקה או הוכחה בצידה. לטעמנו, ההיפך הוא הנכון: עיון בטיבן של שלוש אמות המידה האמורות מוביל למסקנה כי ככלל צפויה גם צפויה להיות נפקות לשאלה אם הפגם נפל בחקירתו של הנאשם או שנפל בחקירתו של עד.

כך, אמת המידה הראשונה – "אופייה וחומריתה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה",⁶⁴ מחולקת בהלכת יששכרוב לחמישה שיקולים. והנה, בשלושת השיקולים הראשונים ישנה משמעות למיהותו של הפרט, שממנו נגבתה הראיה ושזכויותיו הן אלה שנפגעו.

באשר לשיקול הראשון, שעניינו – "אופייה וחומריתה של חוסר החוקיות או אי ההגיונות שהיו כרוכים בהשגת הראיה",⁶⁵ אי אפשר שלא להבחין, בין היתר, בין חוסר חוקיות שנפלה אצל נחקר שהוא חשוד, לבין אותה פעולה של חוסר חוקיות שנפלה בחקירתו של נחקר שאינו חשוד. הבחנה זו מתבקשת נוכח ההבדל המשמעותי בין שתי חקירות שכאלה – ולו מבחינת חווייתו הסובייקטיבית של הנחקר ותחושותיו. אדם שנחקר במשטרה כחשוד מצוי במצב קשה, לא אחת יש לו מה להסתיר מפני החוקרים, הוא חש כ"עלה נידף"; הוא חושש מכל מילה שתצא מפיו; הוא חושש מכל ראיה שיתבקש למסור. הלחץ הגדול שבו הוא נתון עלול לשבש את מערכת שיקוליו באשר לשאלה מה ימסור לחוקריו ומה יימנע מלמסור. לעומת זאת, אדם שנחקר שלא באזהרה, כעד שאינו חשוד בשותפות באירוע, עומד בפני חוקריו ללא חשש, ולעיתים אף מתוך רצון פן לשתף פעולה באופן מלא. לא בכדי אף זכתה מציאות אנושית פסיכולוגית מובנת מאליה זו גם להכרתו של הדין, שקבע זכויות ייחודיות לנחקר הנחקר כחשוד דווקא,⁶⁶ כאשר

63 עניין יהודה, לעיל ה"ש 3.

64 עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 1, בעמ' 564.

65 שם.

66 חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התשס"ב-2002.

נוסף על כך, עומדת לחשוד זכות השתיקה,⁶⁷ וככלל גם הזכות להיוועצות עם עורך-דין.⁶⁸ נמצא אפוא שיש גם יש נפקות למיהותו של הנחקר כחשוד, ולא בכדי הוסיף השופט מזוז, בציטוט לעיל, בסוגריים – "עד (שלעתיים קרובות, כמו בענייננו, הוא בעצמו חשוד)". ככלל, אותה אי-חוקיות עצמה היא בעלת אופי חמור יותר, כאשר היא מכוונת נגד חשוד, להבדיל ממי שאינו חשוד.

והנה, כל נאשם נחקר כחשוד – ולעומת זאת, לא כל עד נחקר כחשוד. אדרבה, רובם של עדי התביעה לא חשודים כלל וכלל, וממילא אף לא נחקרים ככאלה; ולמרות זאת, בהחלט ייתכן שזכויותיהם של נחקרים אלה תיפגענה בחקירה, וכבר היו דברים מעולם.⁶⁹ נמצא אפוא שלפחות בחלק מן המקרים – קרי, כל אותם מקרים שמדובר בעד שלא נחקר בחקירתו כחשוד – יש נפקות לשאלה אם הפגיעה בחקירה הייתה בנאשם או בעד.

אשר לשיקול השני מתוך חמשת השיקולים המנויים תחת אמת המידה הראשונה – "ראוי לבחון אם רשויות אכיפת החוק עשו שימוש באמצעי החקירה הבלתי כשרים במכוון ובזדון או שמא בתום לב".⁷⁰ בהקשר זה יש נפקות ישירה למיהותו של הנחקר כנאשם או כעד. אם השימוש באמצעי החקירה הבלתי כשר נעשה במכוון ובזדון נגד הנחקר הנאשם דווקא, הרי העמדתו לדין לאחר חקירה שכזו עלולה להיתפס כהתנכלות אישית בו מצד הרשויות. הכוונה והזדון של החוקרים מעצימים עד מאוד את הפגיעה האפשרית הכפולה בנאשם – פגיעה בשלב החקירה ולאחר מכן במשפט עצמו. לעומת זאת, כאשר הפרו החוקרים בכוונה ובזדון את זכויות הפרט של עד בחקירתו, ולאחר מכן מועמד הנאשם לדין פלילי – פוחת החשש להתנכלות אישית מצד הרשויות, פוחתת גם עוצמת הפגיעה בנאשם, ויחד איתם אף פוחת החשש לפגיעה באמון הציבור במערכת המשפט.⁷¹

אכן, יש מי שיטען כי מצב דומה קורה, כאשר עשו חוקרים "שימוש באמצעי החקירה הבלתי כשרים במכוון ובזדון" כלפי עד-שותף לעבירה, שכן הפרת הדין כלפי העד נתפסת כמיועדת להשיג ראיות נגד הנאשם. ממילא, גם במקרה זה

67 לעומת הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית בלבד, העומדת לכל עד באשר הוא עד – ס' (2) לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות), 1927.

68 אריה פטר "זכות השתיקה, חובת האזהרה, זכות ההיוועצות וחובת היידוע – מאימת קמות לחשוד בפלילים?" משפט מפתח ג 16 (2015). ראו גם נוהל משטרת ישראל אגף המבצעים לעניין "הקראת זכויות לחשוד" (4.12.2022).

69 כך למשל, התלוננו חלק מן השוטרות שהעידו נגד ניצב בדימוס ניסו שחם על אופן גביית הראיות מהן. לימים חלק מהן אף הגישו תביעה אזרחית נגד המחלקה לחקירות שוטרים בהקשר זה עצמו.

70 ראו עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 1, בעמ' 563.

71 בנסיבות אלה, אף ניתן לפצות את העד הנחקר באמצעות פיצוי נפרד מן ההליך הפלילי נגד הנאשם.

מועצמת הפגיעה בנאשם והוא נפגע פגיעה כפולה. על כך נשיב כי עדיין קיימים הבדלים גם בין שני מקרים "קרובים" אלה. ראשית, טענה זו מותנית לא רק בהוכחת הכוונה והזדון שבעצם השימוש באמצעי החקירה הבלתי כשר, אלא גם בהוכחה שכוונה וזדון אלה הופעלו כדי להשיג ראיות נגד הנאשם דווקא. שנית, הפגיעה בנאשם משימוש מכוון באמצעי בלתי כשר נגד עד-שותף היא עדיין פגיעה בזכותו להליך הוגן "בלבד", בעוד פגיעה בנאשם משימוש מכוון באמצעי בלתי כשר שהופעל נגדו – כרוכה מנייה וגייה הן בפגיעה בזכותו להליך הוגן והן בפגיעה בזכויות פרט אחרות שלו שנפגעו באופן ישיר בחקירה: הזכות לפרטיות, הזכות להיוועצות, הזכות לחסיון מפני הפללה עצמית, וכיוצא באלה. נמצא אפוא, שעל כל פנים, הפגיעה בנאשם כאשר זכויותיו-שלו הופרו בחקירה, היא פגיעה כפולה ומועצמת לעומת אותה הפרה עצמה הנעשית בחקירתו של עד, לרבות עד-שותף. בהמשך הדברים נוסיף ונעמוד על ההבדל בין פגיעה בחקירה בנאשם עצמו לבין פגיעה בחקירתו של שותפו לעבירה.⁷²

השיקול השלישי טמון בהתקיימותן של "נסיבות מקלות" שבכוחן להפחית מחומרתה של אי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה. והנה שתיים משלוש הדוגמאות המובאות להמחשתן של "נסיבות מקלות" בהקשר זה עניינן, התנהגותו והתנהלותו של הנאשם דווקא. בדוגמה הראשונה – אי-החוקיות בהשגת הראיה ננקטה בשל החשש להעלמת הראיה בידי הנאשם; ובשנייה – הנאשם תרם לאי-החוקיות על ידי ניצול לרעה של זכויותיו.⁷³ גם שיקול זה מבהיר אפוא היטב כי אי אפשר להוציא מנוסחת האיזון של הלכת יששכרוב את זהותו של הנפגע בחקירה.

בדומה לאמת המידה הראשונה, גם אמת המידה השנייה – שעניינה "מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה" – אינה בשום אופן שוות נפש לשאלה כלפי מי הופנתה אי-החוקיות בחקירה. גם בהקשר זה, אף אם אין אמת המידה מתקשרת באופן ישיר לשאלה אם לפנינו נאשם או עד, הרי היא מתקשרת לשאלה זו באופן עקיף, באמצעות ההבחנה שבין חקירת חשוד לחקירת מי שאינו חשוד. ככלל, כאשר ראיה מושגת באמצעי פסול, למעט ראיה חפצית, החשש להשפעה על מהימנותה גבוה יותר בחקירת חשוד מאשר בחקירת מי שאינו חשוד. זאת בשל מצבו הרגיש יותר של החשוד בחקירה. אכן, באשר לאמת מידה זו, אין הבדל מקדמי בין חשוד שהפך להיות נאשם לבין חשוד שהפך לעד. אשר לאמת המידה השלישית – שעניינה "הנזק מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילת הראיה" – הרי בניגוד מסוים לכותרתה המצוטטת – כותרת כללית, נורמטיבית ומאזנת – מכיל תוכנה של אמת מידה זו שני פרמטרים

72 ראו בהמשך פרקים ה.3. ו-ח.2.

73 עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 1, בעמ' 563.

עיקריים: "הפרמטרים העיקריים בעניין זה הינם חשיבות הראיה להוכחת האשמה, מהות העבירה המיוחסת לנאשם ומידת חומרתה".⁷⁴ משקל שני פרמטרים אלה, שנמצא כ"אינו נקי מקשיים",⁷⁵ לא הוכרע בהלכת יששכרוב.⁷⁶ השימוש בפרמטרים אלה סיפק ביקורת ממלומדים שונים,⁷⁷ וגם שופטי בית המשפט העליון חלוקים בהקשר זה. יש שופטים הנוטים לצמצם מאוד את חשיבותם של פרמטרים אלה, בשל היותם מעין "חרב פיפיות" הפועלת לשני הצדדים. כך למשל, קבע השופט לוי עוד בעניין פרחי כי: "[...] בעוד שהדעת אינה סובלת את זיכויו של מי שביצע מעשים כה חמורים, החשיבות בהגנה על הוגנות ההליך ובשמירה על זכויות הנאשם מתגברת דווקא במקרים אלה".⁷⁸ לעומת זאת, לדידו של השופט עמית, שיקול חומרת העבירה נושא משקל ממשי במכלול השיקולים ליישום הלכת יששכרוב, גם אם אינו מכריע תמיד בשאלת קבלת הראיה לחובת הנאשם.⁷⁹

דומה שעל הקצה האחד של שני הפרמטרים קל יותר להסכים: אם מדובר בעבירה קלה, או לחלופין אם מדובר בראיה שאינה חיונית להוכחת האשמה, יקל יחסית על המשפטן לפסול את הראיה שנגבתה שלא כדין. המחלוקת מתמקדת במקרי הקצה השני של הפרמטרים האמורים – קרי, כאשר מדובר בעבירה חמורה, ולחלופין – כאשר הראיה חיונית להוכחת האשמה. לטעמנו, כפי שקבע השופט גרוניס בעניין יששכרוב,⁸⁰ כל עוד אין פגיעה במהימנותה של הראיה, בשל אופן גבייתה שלא כדין, יש מקום לשקול את שני הפרמטרים האמורים,

74 שם, בעמ' 565.

75 שם, בעמ' 566.

76 "השאלה באיזו מידה יראו בתי המשפט בישראל להתחשב בחשיבות הראיה ובחומרת העבירה המיוחסת לנאשם במסגרת הפעלת שיקול דעתם על פי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, אינה דורשת הכרעה בעניינו של המערער ואף אותה ניתן להותיר לימים שיבואו" (שם, בפס' 73).

77 הראשון במלומדים שביקר בחריפות את הכללתם של שני הפרמטרים האלה בדוקטרינת פסילת הראיות במשפט הישראלי היה בועז סנג'רו במאמרו "כלל פסילת הראיות שהושגו שלא כדין בהלכת יששכרוב – בשורה או אכזבה? דעה והזמנה לדין נוסף" משפט וצבא ט 67, 109–111 (התשס"ו).

78 ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(1) 626, 663 (2011).

79 ע"פ 5417/07 בונר נ' מדינת ישראל, פס' 21 לפסק הדין של השופט עמית (נבו 30.5.2013): "לטעמי, יש מקום לשקול את חומרת העבירה במסגרת התכליות של חקר האמת, החשש לביטחון הציבור והאינטרס של נפגע העבירה. ודוק: איני בא לומר כי בכל עבירת רצח או עבירה חמורה אחרת המשקל של חומרת העבירה יטה מניה וביה את הכף לחובת הנאשם. אולם, חומרת העבירה במסגרת שיקולי 'עלות תועלת' צריכה להיות אחד הרכיבים במסגרת מערכת האיזונים המורכבת והעדינה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שהתוותה הלכת יששכרוב".

80 עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 1, בעמ' 579.

לרבות חומרת העבירה, לצורך עמידה על הנזק החברתי שייגרם בשל פסילת הראיה.⁸¹

על כל פנים, דווקא מנימוקי השופטים המצמצמים בחשיבותם של פרמטרים אלה עולה בכירור ההבחנה הנדונה במאמר זה, בין נאשם לבין עד. כך, למשל, ביקש השופט הנדל – בעניין אל-עוקה, לקזז בין חומרת העבירה לבין חומרת הפגיעה באוטונומיה של הנאשם בחקירתו. כדבריו:

"[...] אם באיזון עסקינן, ניתן לטעון שהפגיעה ברצונו החופשי ובאוטונומיה של הנאשם, שהובילה להודיה בעבירת רצח – החמורה שבספר העונשין, הן מבחינת הכתם והן מבחינת התוצאה העונשית – מחייבת מתן משקל נוסף למהות הפגיעה. גישה כזו יוצרת מעין 'קזוז' בין חומרת העבירה לבין הפגיעה באוטונומיה. במילים אחרות, דווקא בשל חומרת המעשים בהם הודה המערער בפני החוקרים, היה מקום ליתן דגש רב לשמירה על זכויותיו, ובהן זכותו להיוועץ עם באת כחו".⁸²

ה"קזוז" המוצע הוא אפוא בין הפגיעה בזכויות ובאוטונומיה של הנאשם בחקירה לבין חומרת העבירה שביצע אותו נאשם. הדעת נותנת, שהשופט הנדל לא היה מציע "קזוז" בין פגיעה בזכויותיו של עד פלוני לבין חומרת העבירה שביצע הנאשם אלמוני.⁸³ יתר על כן, השופט דנציגר, שהצטרף לעמדתו של השופט הנדל בעניין אל עוקה, הסתמך בין היתר על הפסיקה הקנדית שמייחסת, כדבריו, "[...] משקל מועט אם בכלל לשיקול הנוגע לחומרת העבירה [...]".⁸⁴ ברם, כנטען לעיל, במשפט הקנדי לא רק שאפשר לטעון לפסילת ראיה רק אם נפגעה זכות חוקתית בלבד, אלא שזכות חוקתית זו חייבת להיות זכותו של הנאשם עצמו. אם כן הסתמכותו של השופט דנציגר על התקדים הקנדי בהקשר שלפנינו

⁸¹ עם עמדתו זו של השופט גרוניס מסכים גם השופט עמית, ראו עניין בונר, לעיל ה"ש 79, בפס' 20 לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) גרוניס, אף גרס בעניין יששכרוב כי "יש לבחון את חומרת העבירה בגדר כלל השיקולים ובלבד שהנימוק לטענת הפסלות אינו קשור במהימנות". שם, בפס' 6.

⁸² ע"פ 5956/08 אל עוקה נ' מדינת ישראל, פס' 12 לפסק הדין של השופט הנדל (נבו) (23.11.2011).

⁸³ לא בכדי השופט הנדל הוא שקבע בעניין ע"פ 7679/14 זהאדה נ' מדינת ישראל, בפס' ג לפסק הדין של השופט הנדל (נבו) (15.8.2016) כי הנאשם "הוא העומד במרכז ההליך הפלילי. לכן, באופן מובנה הפגיעה בעד אינה דומה לפגיעה בנאשם". וראו גם את הציטוט בפרק 1.ז.

⁸⁴ עניין אל עוקה, לעיל ה"ש 82, בפס' 6 לפסק הדין של השופט דנציגר.

גוררת עימה מַזְיָה וּבִיָּה גם הבחנה בין פגיעה בחקירתו של הנאשם ובין פגיעה בחקירת עד המעיד נגד הנאשם.

סקירתן של שלוש אמות המידה מגלה אפוא כי חלק לא קטן מן השיקולים המנויים במסגרתן מוביל להבחנה ברורה בין פגיעה בחקירה בזכויותיו של עד לבין פגיעה שכזו בזכויותיו של הנאשם עצמו.

3. על שיקולים נוספים מעבר לשלוש קבוצות השיקולים שנמנו בהלכת *יששכרוב* ועל האיזון הנדרש בין מכלול השיקולים בהתאם לנוסחת האיזון

יתר על כן ההכרעה המסוימת בכל תיק מתקבלת לא רק באמצעות בחינתן של שלוש אמות המידה האמורות. ראשית, רשימת השיקולים המוכלת כחלק משלוש אמות המידה אינה "רשימה סגורה". יש להוסיף עליה כל שיקול ונסיבה שיש להם השלכה על נוסחת האיזון של הדוקטרינה. כך, למשל, ובין היתר, כאשר לפנינו עד-שותף, שזכויותיו הן שנפגעו בחקירה – יש להביא בחשבון את מקומו של הנאשם באירוע העברייני ואת מידת מעורבותו בו, לעומת מקומו ומידת מעורבותו של אותו עד-שותף. מסתבר, שככל שמעורבותו של הנאשם באירוע העברייני דומיננטית, גדל הנזק מפסילתה של ראיה שנגבתה שלא כדין משותפו הזוטר והדומיננטי פחות. ולהיפך, ככל שמעורבותו של הנאשם והדומיננטיות שלו בביצוע העבירה פוחתות, כך קטן הנזק מפסילתה של הראיה שנגבתה שלא כדין משותפו. שיקול זה חיוני אפוא כדי להעריך נכונה את המחיר שיהא על החברה לשלם בשל פסילתה האפשרית של הראיה.

שנית, הכרעתו של בית המשפט מתקבלת רק לאחר איזון בין מכלול השיקולים, הערכים והאינטרסים המתנגשים, בנסיבות המסוימות של אותו המקרה. כחלק ממכלול זה, לנסיבה שעניינה מיהותו של הנפגע בחקירה – נסיבה שלא נדונה כלל בעניין *יששכרוב*, וממילא אף לא צוינה בין שלוש קבוצות השיקולים המוזכרות – יש השלכה ישירה על טיבה ועל עוצמתה של הפגיעה בזכותו של הנאשם למשפט הוגן בהתאם לנוסחת האיזון. כך, כפי שטענו לעיל, אגב הדיון בהבחנה שבין הפרת דין מכוונת מצד הגוף החוקר לעומת הפרת דין שאינה מכוונת. כנטען שם, כאשר הפגיעה בחקירה היא בזכויותיו של הנאשם דווקא, הרי הפגיעה עלולה להיות כפולה. לדוגמה, נאשם שנחקר תוך שימוש באלימות כלפיו,⁸⁵ לא רק שזכותו להליך הוגן נפגעה אלא גם זכותו לשלמות גופו הפיזי והנפשי. ברי אפוא שגם זו נסיבה רלוונטית לשם הכרעה נכונה בהתאם

85 יש לקוות שלמעט נסיבות קיצוניות של "צורך" – דוגמה זו של שימוש באלימות בחקירה כבר פס מן העולם.

לנוסחת האיזון.⁸⁶ אכן, לכאורה, נועדה הלכת יששכרוב למנוע רק את הפגיעה בזכות להליך הוגן במשפט עצמו, מעצם קבלתה של הראיה, להבדיל מן הפגיעה בחקירה, שכבר התרחשה; כך, כהכרעה הברורה של הלכת יששכרוב:

”יודגש כי בהתאם ל’מודל המניעת’ שעליו עמדנו, מיועדת פסילת הראיה למנוע פגיעה שלא כדין בזכות להליך הוגן עקב קבלת הראיה במשפט – פגיעה שהיא מובחנת ונפרדת מהפגיעה הראשונית בנאשם שהושלמה בעת השגת הראיה.”⁸⁷ (ההדגשה במקור, ההדגשה באותיות נטויות הוספה).

עם זאת, אין בייעודה האמור של הדוקטרינה כדי להכריע את אופן הפעלת שיקול הדעת בהתאם לנוסחת האיזון, המחייבת עיון במכלול נסיבות המקרה. כחלק מעיון זה – בלתי סביר שלא להביא בחשבון, טרם ההחלטה על קבלת הראיה או פסילתה, את השאלה אם החקירה פגעה בזכויות הפרט של הנאשם עצמו, או בזכויות הפרט של מאן דהוא אחר המעיד נגדו. הרי זכותו של הנאשם להליך הוגן היא העומדת במרכז הדוקטרינה שנקבעה:

”[...] בהתאם לדוקטרינה הפסיקתית, פסילת קבילותה של ראיה בפלילים בשל דרך השגתה, תלויה בהתקיימותם של שני תנאים מצטברים: האחד – כי הראיה הושגה שלא כדין; והשני – כי קבלת הראיה במשפט תפגע משמעותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן שלא בהתאם לתנאי פיסקת ההגבלה.”⁸⁸

ועוד, זכותו של נאשם להליך הוגן נגזרת מזכותו לכבוד ולחירות, בהתאם לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁸⁹ זכויות הפרט השונות של אדם בעת חקירתו

⁸⁶ על ההבחנה שבין פגיעה בחקירה של עד-שותף לבין פגיעה בחקירה בנאשם עצמו, ראו פרק ח.2.

⁸⁷ עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 1, בעמ' 557.

⁸⁸ שם.

⁸⁹ כך, כקביעת בית המשפט העליון, בין היתר, בעניין יששכרוב, לעיל ה"ש 1, בפס' 67 לפסק הדין של השופטת ביניש: "רבים סבורים כי עם חקירתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הזכות להליך פלילי הוגן זכתה למעמד חוקתי על-חוקי. בעמדה זו יש טעם רב. פגיעה שלא כדין בזכות להליך הוגן בפלילים עלולה לפגוע בזכותו החוקתית של הנאשם לחירות לפי ס' 5 לחוק-יסוד. כן עלולה היא לפגום בהערכתו העצמית של הנאשם וליצור אצלו תחושה של ביזוי וחוסר אונים כאילו היה כלי משחק בידיהם של אחרים, עד כדי פגיעה בזכותו החוקתית לכבוד לפי ס' 2 ו-4 לחוק היסוד [...]. בהתאם לכך, קובעת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית כי ראיה שהושגה שלא כדין תיפסל, אם קבלתה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכות להליך הוגן שלא על פי גדריה של פיסקת ההגבלה. לשון

במשטרה, אף אם אינן עולות לדרגת זכות חוקתית מכוח חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, יש לפרשן בהשראתו.⁹⁰ אסור אפוא למשפטן המכריע – בין שמדובר בתובע השוקל העמדה לדין חרף הפגם בגביית הראייה, ובין שמדובר בבית המשפט, הדין בקבילותה – להתעלם מסוגיית הצטברות הפגיעות. והנה, אפשרות ההצטברות קיימת כאשר נעשות הפגיעות, לרבות הפגיעה הראשונית כלפי הנאשם עצמו, שזכותו להליך הוגן היא העומדת במרכז הדיון; אין היא קיימת, ולמצער פחותה, כאשר הפגיעות בחקירה נעשו כלפי אדם אחר. אפשרות הצטברותן של הפגיעות מחייבת אפוא שיקול דעת שונה בשני המקרים.

לכך מצטרפת האינטואיציה המוסרית הבסיסית שלפיה "אדם קרוב אצל עצמו" (בבלי סנהדרין ט' ע"ב). ממילא, יש משמעות מחמירה לעובדה שהנאשם עצמו הוא שנפגע בחקירתו, להבדיל מן העובדה שמאן דהוא אחר נפגע בחקירה שהתנהלה נגדו. לפיכך, אף שיקול אמון הציבור במערכת משתנה, כאשר מצטיירת בפניו תמונה של פגיעה חוזרת ונשנית באדם עצמו – הנאשם.

נמצא אפוא, שבניגוד לקביעתו הבלתי מנומקת של השופט מזוז – הן שלוש אמות המידה שנקבעו בהלכת יששכרוב והן נוסחת האיזון שנקבעה בה לא תומכות בעמדתו, שלפיה אין כל הבדל בין פגיעה בחקירתו של נאשם לבין פגיעה בחקירתו של עד ולא כלום. אדרבה, הנסיבה שעניינה מיהותו של הנפגע בחקירה – נאשם או עד – תיצור ככלל הבחנה ברורה ומקדמית ביישום הדוקטרינה בשני המקרים. לא בכדי, איננו רואות עין בעין גם עם יתר נימוקיו של השופט מזוז, כמפורט להלן.

אחר; לשם פסילתה של ראייה שהושגה שלא כדין נדרש כי קבלתה במשפט תפגע בהגינות ההליכים כלפי הנאשם – פגיעה שהיא משמעותית, לתכלית שאינה ראויה ובמידה שעולה על הנדרש. בנסיבות אלה, קבלת הראייה במשפט תעלה כדי פגיעה שלא כדין בזכות החוקתית לכבוד ולחירות. כדי למנוע פגיעה זו, על בית המשפט לפסול את קבילותה של הראייה. פסילת הראייה בנסיבות האמורות מתחייבת מסעיפי המטרה והכיבוד הקבועים בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. היא נגזרת מחובתו של בית משפט שלא לפגוע בזכות החוקתית האמורה ('סטטוס שלילי') וכן מחובתו להגן עליה ('סטטוס חיובי') [...]. בהתחשב בכל אלה, נראה כי מלבד השראתו הפרשנית הכללית של חוק היסוד, משמשות הוראותיו גם בסיס אפשרי לעיגונה הנורמטיבי של דוקטרינת הפסילה הפסיקית אותה אנו מאמצים" (ההדגשות במקור).

שם, בפס' 20 לפסק הדין של השופטת ביניש נקבע ביחס לזכות ההיוועצות כי: "אף אם זכות ההיוועצות אינה נכללת בגדר המעגל הפנימי הצר של הזכות החוקתית לכבוד האדם וחירותו, הרי ניתן לקבוע כי בהשראתם של חוקי היסוד התחזק מעמדה של הזכות האמורה והחובה להתחשב בה; זאת, נוכח זיקתה האפשרית לכבודו ולחירותו של הנחקר ובהתחשב בהיותה חלק מהזכות להליך פלילי הוגן [...]".

90

4. על נימוקיו הנוספים של השופט מזוז ל"גישת התחולה האחידה"

ראשית, בניגוד לעמדה-מסקנה הכללית של השופט מזוז, שלפיה "אין מקום להבחין בין נאשם לבין עד לעניין דוקטרינת הפסילה הפסיקתית", הרי תמיהתו של השופט מזוז על כל גישה אחרת, כמצוטט לעיל, נזקקת לדוגמת העד, שהוא "שותפו לעבירה" של הנאשם דווקא. השופט מזוז ביסס אפוא את עמדתו לא על עד תביעה באשר הוא, אלא אך ורק על קבוצה חלקית, מסוימת, מתוך קבוצת עדי התביעה. הוא ביסס את עמדתו על עדי התביעה שנחקרו בעצמם כחשודים שותפים באותו האירוע. ברי כי פגיעה בחקירתו של עד-שותף קרובה למדי לפגיעה בחקירתו של הנאשם עצמו. לא זו בלבד שהן העד-השותף והן הנאשם נחקרו כאמור בחקירה כחשודים, על כל הייחודיות המשתמעת מחקירה שכזו, אלא שאף עשויים להיערך שני משפטים שבהם תפקידיהם של העד-השותף ושל הנאשם יתחלפו ביניהם.⁹¹ באשר לקבוצה חלקית ומסוימת זו קל אפוא יחסית להסיק שפגיעה בחקירת העד-השותף היא פגיעה מנייה וביה גם בנאשם; ואין הבדל ממשי ביניהן.⁹²

לא כך באשר לעדי תביעה אחרים, שאינם שותפיו לעבירה של הנאשם. כך למשל, גם מתלונן-נפגע עבירה עלול להלין על אופן חקירתו במשטרה ועל פגיעה בזכויות הפרט שלו, וכבר היו דברים מעולם. בדומה, גם עד תביעה מקרי שנקלע לזירת העבירה עלול להיפגע בזכויותיו מאופן חקירתו בידי המשטרה. במקרים אלה קשה עד בלתי אפשרי לקשור בין פגיעה שנעשתה בזכויות העדים בעת חקירתם במשטרה, לבין פגיעה בזכותו של הנאשם למשפט הוגן. בדוגמאות

⁹¹ רובינשטיין וסרוגוביץ, לעיל ה"ש 4, טוענים כי במרבית המקרים (כלשונם "נפוצה במקומותינו") כלל לא מתקיימים משפטים נפרדים לשותפים. זאת מכיוון שהתביעה, באופן מניפולטיבי, חותרת להסדר טיעון עם אחד מהם – אותו אחד שהתביעה מזהה שפגעו בזכויותיו בחקירה, ולאחר מכן, היא מעידה אותו נגד שותפו הנאשם. לא השתכנעו שתופעה זו "נפוצה במקומותינו", כטענת השניים. דומה שאין במדגם המקרי והמצומצם שאליו מפנים שני הכותבים, ערך סטטיסטי של ממש, ובוודאי אין בו כדי להצביע על "מדיניות" של התביעה, כטענתם. מוכרת לנו תופעה אחרת דווקא, ולפיה, כאשר מבוקש הסדר טיעון מצד מי מן הנאשמים, מתנה זאת התביעה, לא אחת, בהגעה להסדר טיעון כולל עם השותפים המעורבים כולם; כך, כדי לחסוך בהליך השיפוטי עתיר המשאבים. על כל פנים, מבחינתם של העד-השותף והנאשם כנחקרים, הרי עצם האפשרות של חלופי התפקידים ביניהם מחזק את הנטען על ידו בגוף הטקסט, קרי, כי מבין כל המקרים של עדים המעידים נגד נאשם, פגיעה בחקירתו של העד-השותף היא הקרובה ביותר לפגיעה בחקירתו של הנאשם עצמו.

⁹² עם זאת, ולמרות הקרבה האמורה, יש גם יש הבדל משמעותי בין פגיעה בחקירה בנאשם עצמו לבין פגיעה בחקירתו של עד-שותף לעבירה, כפי שטענו בגוף הטקסט לעיל, וכפי שנוסיף ונטען בפרק 2.

אלה, נאשם שיטען לפגיעה בחקירתם של עדי התביעה אכן ייתפס כ"מתעבר על ריב לא לו". בפרט, קשה ואולי אף בלתי אפשרי, להסביר מדוע עשוי הנאשם דווקא "להרוויח" מפגיעה נטענת בזכויותיהם של העדים המעידים נגדו על ידי פסילת עדויותיהם.⁹³

אין בדוגמה הייחודית והמסוימת שעליה ביסס השופט מזוז את נימוקיו כדי לתמוך במסקנה כללית בדבר "גישת התחולה האחידה" על עדים ונאשמים. תחת זאת "גישת התחולה האחידה" מתייחסת בעיקר לעד, שהוא גם שותף לעבירה. לא בכדי "זו הסיטואציה העיקרית", שבה בחרו רובינשטיין וסרוגוביץ לדון במאמרם המוזכר לעיל.⁹⁴ באשר לעדי תביעה אחרים, לא מובן מאיליו ההיסק של השופט מזוז שלפיו "[...] הפעלת אמצעי פסול בחקירתו של עד, איננה רק הפרה של זכויותיו של העד, אלא גם פגיעה בזכותו של הנאשם עצמו להליך הוגן".⁹⁵ על כל פנים, אין עוצמת הפגיעה בזכותו של הנאשם להליך הוגן זהה לעוצמת הפגיעה בסיטואציה שבה פגעה החקירה בזכויותיו של הנאשם עצמו. אשר לעדי תביעה אחרים, קשה להצדיק את ההיגיון שלפיו את "מחיר" הפגיעה בעד שביצעו החוקרים, נציגייה של הַחֶבְרָה, "תשלם" הַחֶבְרָה דווקא לנאשם באמצעות פסילת הראיה נגדו. בפרט אמורים הדברים, כאשר עד התביעה אינו אלא המתלונן בתיק; ועוד נשוב לעניין זה בהמשך הדברים.

שנית, הנימוק הנאחז בתכלית החינוכית-הרתעתית של דוקטרינת יששכרוב – קרי, החשש שלפיו "החלת אמות מידה מקלות על קבילותן של ראיות שהושגו באופן לא חוקי בחקירתם של עדים עלולה להוביל להרחבת השימוש בשיטה הנפסדת [...]"⁹⁶, עשוי לבסס את עצם הצורך וההיגיון בהחלתה של הדוקטרינה גם על אופן גביית ראיות מעדים. עם זאת, גם בנימוק זה אין הסבר משכנע מדוע אופן החלת הדוקטרינה בשתי הסיטואציות השונות – שבאחת נפגעו זכויותיו של עד בחקירה, ובאחרת נפגעו זכויותיו של הנאשם בחקירה – חייב להיות זהה. ראשית, גם "אמות מידה מקלות על קבילותן של ראיות שהושגו באופן לא חוקי" עשויות לשמש הרתעה מספקת לחוקרים. ודוק, אף על פי שהלכת יששכרוב בחרה שלא לראות בתכלית ההרתעתית-חינוכית של השוטרים כתכלית ראשית; הלכה למעשה, יש לדוקטרינה אפקט הרתעתי של ממש. זאת נוכח העובדה שבעת ששוטים שוטרים מחובותיהם בהתאם לכללים המוטלים עליהם, אין להם

⁹³ על פירוט נוסף בעניין סוגי העדים השונים ראו הכתוב בפרק ח.

⁹⁴ ראו רובינשטיין וסרוגוביץ, לעיל ה"ש 4, בעמ' 8. הסיטואציה העיקרית שבה דנים רובינשטיין וסרוגוביץ במאמרם מצומצמת עוד יותר, שכן עניינה גביית הודעה דווקא מעד-השותף לעבירה. לדידם, גביית ראיה חפצית מעד-שותף לעבירה היא בגדר "מצב דומה אחר" לסיטואציה של גביית הודעה.

⁹⁵ ראו עניין יהודה, לעיל ה"ש 3, בפס' 42 לפסק הדין של השופט מזוז.

⁹⁶ שם, בפס' 47 לפסק הדין של השופט מזוז.

כל אפשרות לדעת אם לימים תפסול התביעה או יפסול בית המשפט את תוצרי חקירתם אם לאו. כדבריו של אסף הרדוף – "הדוקטרינה היא 'קלף משוגע' שהמשטרה והתביעה אינן יודעות בוודאות כיצד יופעל".⁹⁷ ה"קלף משוגע" הזה יוצר אפוא הרתעה של ממש לכל גוף חוקר במדינת ישראל תהיינה אמות המידה המדויקות לקבילות או לפסילה אשר תהיינה.⁹⁸

נוסף על כך, יש לייחס לחוקרי משטרת ישראל תחכום והעזה יוצאי דופן, כדי לסבור, שהם יבקשו ואף ישכילו לנצל את הפער שבין אמות מידה מקלות – ביחס לגביית ראיה מעד – לעומת אמות מידה מחמירות – ביחס לגביית ראיה מנאשם. צריך לייחס להם יכולת להבחין מראש, בשלב החקירה, בין מעורבים שישמשו עדים לבין מעורבים שיועמדו לדין פלילי כנאשמים; צריך לייחס להם העזה להפר את הכללים דווקא בחוקרם מעורבים שישמשו עדים; צריך לייחס להם מוכנות והעזה מחושים היטב, באופן שלהערכתם הראיות שהם גובים תוך הפרת הכללים יתקבלו בכל זאת, נוכח אמות המידה המקלות יחסית. כל זאת – תחת משטר, או משטרה, בעלי גוף משמעותי חזק למדי. דומה כי ייחוס תחכום והעזה כה מובהקים לחוקרים, תוך התעלמות מאפקט "הקלף המשוגע", מעלה חשש בעלמא בלבד – חשש, חסר בסיס ממשי.

סיכומו של דבר, עמדתו של השופט מזוז מנומקת, וממילא מצומצמת, אך ורק לעדים שהם שותפיו של הנאשם לעבירה. כנטען, אפילו ביחס לקבוצת עדים מצומצמת יחסית זו – אין בחוות דעתו של השופט מזוז נימוק משכנע, מדוע יישום אמות המידה לפסילת ראיה, בהתאם להלכת יששכרוב, צריך להיות זהה בגביית ראיה שלא כדין מעד ובגבייתתה שלא כדין מנאשם. אדרבה, דווקא אמות המידה שנקבעו בהלכת יששכרוב, כמו גם מטרתה, מאפייניה, והיותה דוקטרינת פסילה יחסית, המאזנת בין כל השיקולים הרלוונטיים – כל אלה מכוונים לנפקות בין פגיעה בזכויותיו של הנאשם עצמו לבין פגיעה בזכויותיו של עד, לרבות עד-השותף לעבירה. אין תמה אפוא שבנמקו את עמדתו, תיאר השופט מזוז התנהלות חמורה במיוחד מצד המשטרה – תיאור, המזכיר את אמת המידה המחמירה יחסית שקבע השופט לוי בהקשר זה.⁹⁹

⁹⁷ אסף הרדוף "חזות של זכויות, מהות של צדק: סיפורה הרטורי והמהותי של ההכרעה הפלילית" דין ודברים ח 33, 78 (2014).

⁹⁸ ראו ספיר ורובינשטיין, לעיל ה"ש 35, בעמ' 351. המחברים מצטרפים למסקנה כי בהלכת יששכרוב כפי שהיא יש משום הרתעה של ממש לרשויות החקירה, שכן: "אחד היתרונות המשמעותיים שיש לדוקטרינת פסלות יחסית ורחבה על פני כלל פסלות נוקשה ומלא חריגים, הוא החשש של חוקרי המשטרה שהפרת הדין על ידם תגרור את פסילת הראיה שתושג. חוקרי המשטרה אינם יכולים להסתמך על חריגים קטגוריים, כללי הכשרה, ולכוון את התנהלותם הבלתי-חוקית לפיהם".

⁹⁹ עניין יהודה, לעיל ה"ש 3, בפס' 45 לפסק הדין של כבוד השופט מזוז: "[...] וכאשר

ו. עמדתו של יובל מרין¹⁰⁰

כמוזכר לעיל, עמדתו של השופט מזוז זכתה גם לתמיכה בכתיבה האקדמית בישראל. התומכים כולם מבקשים לאשש את עמדתו באמצעות הרציונלים, התכליות והמודל שעומדים בבסיס דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שנקבעה בהלכת יששכרוב. לדידם, עמדתו של השופט מזוז הולמת את בסיסה העיוני של הלכת יששכרוב ומקדמת את מטרותיה, כמו גם את פיתוחה בידי בית המשפט מאז הינתנה, בעוד עמדתו של השופט לוי הולמת מודל שנדחה בידי בית המשפט בעניין יששכרוב.

1. על דחיית עמדתו של השופט לוי בידי מרין

כך כותב מרין, בדחותו של עמדתו של השופט לוי:

"[...] עמדתו נסמכת על הנחה שגויה שלפיה נועד כלל הפסילה להעניק סעד לנאשם בגין הפגיעה שהתרחשה בעת הפרת זכויותיו שלו. בהתאם להנחה זו, הפרת זכויותיו של עד אכן עשויה להצדיק התייחסות שונה. אולם לפי תאוריית היושרה המוסרית שאומצה בעניין יששכרוב, ובשונה מגישת ההגנה על זכויות, פסילת הראיה היא סעד צופה פני עתיד שתכליתו למנוע פגיעה בטוהרו של ההליך הפלילי עקב קבלת הראיה במשפט. זאת, להבדיל מסעד הניתן בגין הפגיעה הראשונית שהתרחשה בעת השגת הראיה"¹⁰¹.

ברם, אין צורך לייחס לשופט לוי "הנחה שגויה" באשר להלכת יששכרוב. כעולה מהכרעתו בעניין ז'אנו¹⁰², השופט לוי הכיר היטב הלכה זו על בסיסה העיוני, על

הפרות 'עקיפות' אלו נעשות על ידי הגורם החוקר במכוון, כטקטיקה חקירתית, יש בכך כדי לחזק את הצידוק להחלת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית מקום בו האמצעי הפסול שימש בחקירתו של עד".

מרין, לעיל ה"ש 4. 100

שם, בעמ' 12-13. 101

ראו עניין ז'אנו, לעיל ה"ש 2, בפס' 17 לפסק הדין של השופט לוי: "[...] ההלכה עשויה לחול גם מקום בו נעשה שימוש באמצעי פסול בחקירתו של עד. מסקנה זאת אף מתיישבת עם הרציונל הניצב בבסיס דוקטרינת הפסילה כפי שעוצבה במשפטנו. בית משפט זה קבע כי 'המודל המניעתי', זה המבקש להגן על טוהר ההליך הפלילי ולמנוע שימוש בראיה שיסודה בחטא, הוא הניצב בבסיס הדוקטרינה. הודגש, כי פסילת הראיה לא נועדה לשמש סעד מתקן בגין הפגיעה הראשונית שנגרמה לנאשם במהלך החקירה. התכלית הניצבת בבסיס ההלכה חלה אפוא גם מקום שבו נמצא פגם חמור בחקירתו של עד" (ההדגשות המקור); וראו גם עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 1, בפס' 60 לפסק הדין של

תכליותיה, על המודלים שנדונו בה, ועל אמות המידה שנקבעו בה. עם זאת, סבר השופט לוי כי בשל מעמדו ומקומו המרכזי והייחודי של הנאשם במשפטו-שלו, שאלת מיהותו של הנפגע בחקירה, אם הנאשם עצמו או עד המעיד נגדו, היא נסיבה רלוונטית לצורך יישומן של אמות המידה שנקבעו בהלכת יששכרוב:

"[...] אני רואה לנכון להדגיש את השקפתי, כי 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" (ההדגשות במקור).¹⁰³

ככלל, כנטען לעיל, בסופו של דבר פגיעה בחקירה בנאשם עצמו ובזכויותיו מכפילה ומעצימה את הפגיעה בזכותו, זכותו שלו, למשפט הוגן – אותה הזכות, העומדת בלב-ליבה של דוקטרינת הפסילה בישראל. אכן, יש להכריע בשאלת קבילותה של ראיה או פסילתה בהתאם לאותן אמות המידה שנקבעו בהלכת יששכרוב, אך אמות מידה אלה נבחנות בהתאם לנסיבות המסוימות שבכל מקרה ומקרה, לרבות הנסיבה שעניינה מיהותו של הנחקר.

2. על המודלים והתכליות בהלכת יששכרוב אליבא דמרינ

כך באשר לאמות המידה של הלכת יששכרוב, וכך אף באשר למודלים שבהם היא דנה, לתכליות שנקבעו לה ולהגדרתה. בין היתר, צודק מרינ כי "המודל המתקן" – שנועד לפצות את הנחקר על פגיעה בזכויותיו בחקירה, ובהתאם לכך מתמקד בהתנהגות המשטרה בעבר, בזמן החקירה – נדחה בעניין יששכרוב. עם זאת "התכלית הפרוטקטיבית", קרי, תכלית ההגנה "על זכויותיהם של נאשמים בחקירתם" לא נדחתה כלל וכלל.¹⁰⁴ אדרבה, הנשיאה ביניש הבהירה מפורשות כי תכלית ההגנה על זכויות הנאשמים בחקירתם, "התכלית הפרוטקטיבית" משתלבת היטב בשני המודלים. היא משתלבת הן ב"מודל המתקן", הנושא פניו לעבר, והן ב"מודל המניעתי", הנושא פניו לעתיד ומטרתו למנוע פגיעה בערך מוגן בשל קבלת הראיה במשפטו.¹⁰⁵ בנסיבות אלה, לא רק שאין מקום להנגיד בין

השופטת ביניש.

103 עניין ז'אנו, לעיל ה"ש 51, בפס' 17 לפסק הדין של השופט לוי.

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

105 שם, בעמ' 548.

"התכלית הפרוטקטיבית" לבין "תכלית היושרה המוסרית", כעמדתו המצוטטת לעיל של מרין. אלא, להיפך, יש להתבונן בשילוב ובמיזוג בין התכליות, שהרי "בין שלוש התכליות האמורות מתקיימת זיקה הדדית", כאשר "[...] עיצוב טיבה וגדריה של דוקטרינה לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין יושפעו בהכרח ממכלול התכליות שעליהן עמדנו".¹⁰⁶ בפרט, השתלבותה של תכלית ההגנה על זכויותיהם של נאשמים בחקירתם ('התכלית הפרוטקטיבית') במסגרת "המודל המניעתי" והתכלית של הגנה על הגינות ההליך וטוהרו – 'תיאורית היושרה המוסרית', ככינויו של מרין – אך מחזקת ומעצימה את ההבחנה המתבקשת בין פגיעה בחקירתו של הנאשם עצמו לבין פגיעה בחקירתו של עד. שילוב תכלית זו עם תכלית הגינות ההליך וטוהרו מעצים את המיקוד הראוי בזכויות הנאשם – הן אלה שנפגעו בעת חקירתו והן זו שתיפגע במשפט אם תתקבל הראיה.

3. סטייתו של מרין מהלכת יששכרוב

למעשה, עמדתו של מרין מציגה סטייה כפולה מהלכת יששכרוב, שבה לכאורה הוא תומך: ראשית, בעמדתו מעלים מרין את חשיבותה היחסית של "התכלית הפרוטקטיבית" – התכלית, שאומנם לא נבחרה כתכלית הראשית של דוקטרינת הפסילה הישראלית, אך נתפסה כמשתלבת היטב גם בתכליות הראשיות שנבחרו וגם ב"מודל המניעתי". העלמתה של תכלית זו – קרי, תכלית ההגנה "על זכויותיהם של נאשמים בחקירתם" – מעלימה עימה, כנטען, את הצורך לפצות את הנאשם דווקא כאשר זכויותיו הן שנפגעו בחקירה. ממילא, מאפשרת העלמה זו את מסקנתו של מרין שלפיה יש להחיל את דוקטרינת הפסילה באופן אחיד – בין שמדובר בנאשם שנפגע בחקירתו ובין שמדובר בעד.

שנית, מרין צמצם את התכליות העיקריות שבהן התמקדה השופטת (כתוארה אז) ביניש בעניין יששכרוב לתכלית אחת ויחידה, שנועדה "למנוע פגיעה בטוהרו של ההליך הפלילי עקב קבלת הראיה במשפט". בכך מוסיף מרין ומעלים את התכלית העיקרית הנוספת – או למצער, הפן הנוסף של אותה התכלית העיקרית – והיא, תכלית ההגנה על זכותו של הנאשם להליך הוגן. מרין מתייחס אך ורק לכך כי "[...] פסילת הראיה היא סעד צופה פני עתיד שתכליתו למנוע פגיעה בטוהרו של ההליך הפלילי עקב קבלת הראיה במשפט". לפי ניסוח זה, תכליתה האחת והיחידה של הדוקטרינה נועדה אך ורק לשם מימושו של האינטרס הציבורי שבשמירה על טוהר ההליך השיפוטי ועל הגינותו. כך נעלם כליל הפן האישי, זכויות הפרט של הנאשם, זכותו האישית של הנאשם לקיומו של הליך הוגן נגדו. גם בהקשר זה סוטה מרין מהלכת יששכרוב, ששבה ומדגישה את

106 שם, בעמ' 547.

זכותו של נאשם להליך הוגן, לא פחות משהיא מדגישה את הצורך בהגנה על הגינותו של ההליך וטוהרו.¹⁰⁷ יתר על כן, נוסחת האיזון שהציבה הלכת יששכרוב, במסגרת ניסוחה הפורמלי של הדוקטרינה, מכילה בתוכה כתנאי שני כי: "קבלת הראיה במשפט תפגע מהותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן שלא על פי גדריה של פסקת ההגבלה".¹⁰⁸ הנה אפוא "זכותו של הנאשם להליך הוגן" היא התנאי המרכזי, העיקרי, לאפשרות לפסול ראיה במשפט הישראלי. זאת לאחר קיומו של התנאי הראשון, המובן מאליו, שלפיו הראיה הושגה שלא כדין. זכותו של הנאשם היא העומדת אפוא בלב-ליבה של הדוקטרינה; כאשר בניסוחים אחרים היא חולקת עמדה זו כשווה בין שוות עם האינטרס הציבורי, שעניינו "טוהר ההליך הפלילי והגינותו".¹⁰⁹

4. על חששו של מרין לפגיעה ביושרו של בית המשפט

בהמשך דבריו מוסיף מרין וטוען כי:

"מידת הפגיעה ביושרתו של בית המשפט כתוצאה מביסוס ההכרעה על ראיות שהושגו שלא כדין אינה מתמתנת בשל כך שמקורן של ראיות אלו הוא בעד, ולא בנאשם עצמו. בשני המקרים דבק בבית המשפט כתם השותפות כתוצאה מקבלת ראיה שהושגה על ידי המשטרה תוך הפרת החוק, ובשני המקרים מקדמת פסילת הראיה את טוהר ההליך השיפוטי ואת אמון הציבור במערכת המשפט".¹¹⁰

גם בציטוט זה מתעלם מרין ממעמדו וממקומו הייחודי של הנאשם ושל זכויותיו בהליך הפלילי, וגם מהכרעתה של הלכת יששכרוב שלא לדחות את תכלית ההגנה על זכויות נאשמים בחקירה ("התכלית הפרוטקטיבית"). לדידו, אחת היא אם נפגעו זכויותיו של הנאשם בחקירה או שנפגעו זכויותיו של עד בחקירה – בין כך ובין כך "דבק בבית המשפט כתם השותפות כתוצאה מקבלת ראיה שהושגה על ידי המשטרה תוך הפרת החוק". אכן, החשש שמעלה מרין, שלפיו ייתפס בית

¹⁰⁷ ראו פרק ב, לעיל. אגב, בעמדתו האמורה חורג מרין גם מעמדתו של השופט מזוז, שכנטען בגוף הטקסט, רואה בזכותו של הנאשם להליך הוגן אחת מן התכליות המרכזיות של דוקטרינת הפסילה.

¹⁰⁸ עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 1, בעמ' 558.

¹⁰⁹ שם, בעמ' 547.

¹¹⁰ מרין, לעיל ה"ש 4, בעמ' 13.

המשפט כנותן ידו להתנהלותה הפסולה של המשטרה עלה במפורש בהלכת יששכרוב, כחלק מבחינתה של תכלית השמירה על "המימד המוסרי של ההליך הפלילי": "בין היתר, עלול בית המשפט להיתפש כמי שמכשיר את הפגם ונותן ידו לאחר מעשה לאי החוקיות שבהתנהגות החוקרים".¹¹¹ עם זאת ברי כי חשש זה לא יכול לשמש נימוק בלעדי לפסילת ראייה, שהרי אזי צריך היה בית המשפט להורות על פסילתה של כל ראייה שהושגה שלא כדין, ולא היה מקום כלל לעבור לבחון את התנאי השני שבדוקטרינת הפסילה הישראלית. לשון אחר, חשש זה, בעמדו לבדו, מוביל מנייה וביה לעיצובה של דוקטרינת פסילה גורפת שלפיה יש לפסול כל ראייה שהושגה הלכה למעשה שלא כדין. זו בוודאי אינה הדוקטרינה הגמישה והיחסית שהתקבלה בהלכת יששכרוב – דוקטרינה שאומצה לאחרונה גם בחוק הישראלי. נמצא אפוא שמרין סוטה גם מתורת האיזונים העומדת בבסיסה של הלכת יששכרוב.

בהקשר זה של החשש שבית המשפט ייתפס כ"נותן ידו לאחר מעשה לאי החוקיות שבהתנהגות החוקרים", יש משמעות רבה להנמקותיו של בית המשפט, הן בסוגיית קבלתה של ראייה או פסילתה, ולרטוריקה שבה ישתמש. הסתייגות ברורה ומנומקת של בית המשפט מהתנהלותם של חוקרי המשטרה, אף בלי לפסול את הראייה, עשויה לא אחת לענות על החשש, שעלה בעניין יששכרוב ושמרין העמיד במרכז טיעונו. הכרעה מנומקת שתתבסס על התשתית העובדתית ועל איזון בין השיקולים כולם, תתרום כשלעצמה את חלקה בסימון המותר והאסור ובהגנה על זכויות חשודים בהליך הפלילי.¹¹² הכרעה מנומקת שכזו מפיו של בית המשפט – גוף שיפוטי נפרד, חסר פניות, בעל עצמאות מלאה – תיצור חיץ בין ההתנהלות הפגומה בחקירה לבין בית המשפט, והאחרון לאו דווקא ייתפס כנותן יד למעשה בלתי חוקי.

5. על החשש לפגיעה באמון הציבור בבית המשפט

נוסף על כך, קביעתו הגורפת של מרין בסוף הציטוט דלעיל, שלפיה "ובשני המקרים מקדמת פסילת הראייה את טוהר ההליך השיפוטי ואת אמון הציבור במערכת המשפט" – היא קביעה שאינה עומדת בפני הביקורת. אכן, שיקול אמון הציבור במערכת המשפט והצדק הוא שיקול כבד משקל ביותר. כמו כל מערכת ציבורית גם המערכת השיפוטית זקוקה לאמון הציבור בה ובאופן תפקודה. ללא אמון הציבור במערכת, פוחתת משמעותית יכולתה למלא את תפקודה. עם זאת,

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

112 בית המשפט אף רשאי להוסיף על סימון המותר ואסור גם מתן סעד אופרטיבי לנאשם, בדמות הפחתה בענישה. ראו ס' 40א(9) לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

אין שיקול זה עצמו שיקול חד-כיווני, כהעמדתו בידי מרין. אדרבה, שיקול אמון הציבור במערכת הוא, למצער, בעל שני כיוונים שעלולים, לא אחת, להיות הפוכים. ודוק, כשם שלגיטימיות ההחלטה השיפוטית ואמון הציבור במערכת המשפט עלולים להיפגע מקבלתה של ראייה שהושגה שלא כדין; בה-במידה עלולים אמון הציבור ולגיטימיות הכרעותיו של בית המשפט להיפגע מהחלטה שיפוטית שבה יורה בית המשפט לפסול ראייה ועקב כך ייפטר עברייין מן הדין.¹¹³ אכן, אמון הציבור במערכת הוא מושג חמקמק עד כדי מופשט; אך על כל פנים, אין לעמוד עליו באופן חד-צדדי; זהו מושג רב-פנים.¹¹⁴

בהקשר זה של סוגיית אמון הציבור במערכת המשפט ועשיית הצדק מן הראוי לשוב ולהפנות למשפט הקנדי, שבו זכתה כאמור הדוקטרינה לפסילת ראיות להיכלל בצ'רטר הקנדי. לשון הסעיף מבהירה כי תכליתה העיקרית של דוקטרינת הפסילה הקנדית היא שמירה על אמון הציבור במערכת המשפט ובעשיית הצדק.¹¹⁵ בהתאם לכך, אף הסכימו כל שופטי בית המשפט העליון בקנדה, בפסק דין *R. v. Grant*,¹¹⁶ שאומנם זו מטרתה של הדוקטרינה. כך סיכם את הדברים שופט המיעוט:

113 ראוי לציין כי צידו השני של מטבע "אמון הציבור במערכת המשפט והצדק" בולט בהיעדרו לא רק במאמרו של מרין. כך, למשל, במאמרו של אלקנה לייסט "על כללי התנהגות, כללי שיפוט, ועל קיום משפט זוטא לבחינת קבילות ראיות חפציות – קריאה חדשה בדנ"פ 5852/10 מדינת ישראל נ' שמש" ספר דנציגר 461, 473 (לימור זר גוטמן ועידו באום עורכים 2019), משמש מושג "אמון הציבור" אך ורק לטובת פסילתה של ראייה שהושגה שלא כדין, תוך התעלמות ממורכבותו של המושג, ומן העובדה האמפירית, שלעיתים השיקול של אמון הציבור מחייב דווקא את קבלתה של הראייה שהושגה שלא כדין.

114 עניין בונר, לעיל ה"ש 79, בפס' 21 לפסק הדין של השופט עמית: "גם השיקול של אמון הציבור נכלל כאחד השיקולים שבבסיס הלכת יששכרוב. ההנחה היא, כי הרשעה בהסתמך על הליך לא הוגן עשויה לערער את אמון הציבור ביכולתה של מערכת המשפט להגן על זכויות הפרט מפני מעשים שלטוניים בלתי חוקיים. עם זאת, אמון הציבור במערכת המשפטית עלול להיפגע גם בשל זיכוי רוצח או נאשם בעבירה חמורה בשל פגם שבעיני הציבור נתפס כעניין טכני גרידא". וראו גם *Turner & Weigend*, לעיל ה"ש 40: "This version of the integrity rationale recognizes that while exclusionary rules may contribute to the propriety of the criminal process, they can also undermine the acceptance of the criminal justice system if they lead to the non-prosecution or acquittal of persons who are most likely to be guilty of serious crime" (p. 258–259).

115 כמצוטט בנוף הטקסט לעיל: (2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute"

R. v. Grant, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353. 116

“I accordingly agree with the majority that the purpose of s. 24(2) of the *Charter* is found in the words of the provision [...]. The purpose of s. 24(2) is to maintain public confidence in the administration of justice”.¹¹⁷

בין היתר, בהתאם למשפט הקנדי, אם הפגם בגבייתה של הראיה פוגע באמינותה, ברי כי יש לפסול אותה כראיה במשפט. כך, בשל זכות הנאשם להליך הוגן, כך בשל האינטרס הציבורי בחקר האמת. אך גם להיפך. פסילתה של ראיה מהימנה חותרת תחת הפונקציה השיפוטית של חקר האמת, וממילא אף פוגעת באמון הציבור במערכת המשפט.¹¹⁸

נוכח כל האמור, דומה שנימוקו המצוטט לעיל של מרין לתמיכה ביישומה האחיד של דוקטרינת הפסילה, בין שמדובר בפגיעה בחקירתו של עד ובין שמדובר בפגיעה בחקירתו של נאשם, לא עומד בפני הביקורת. גם פגיעה בחקירתו של נאשם לאו דווקא מצדיקה את פסילת הראיה במשפטו בשל החשש לפגיעה בטוהר ההליך השיפוטי ובאמון הציבור בו. ממילא אין מקום להיתלות בחשש זה כדי להצדיק את היישום האחיד.

6. לסיכום

ושוב, בהסתמכו, לכאורה, על הלכת יששכרוב, מוסיף מרין וטוען כי:

“ראוי כי בית המשפט יחיל אמות מידה זהות בעת הפעלת שיקול הדעת השיפוטי, בין שמדובר בהפרת זכותו של עד, ובין שמדובר בהפרת זכותו של הנאשם. הדגש צריך להיות מושם על חומרת ההפרה, מידת ההשפעה של האמצעי הפסול על הראיה, והנוק

¹¹⁷ שם, בפס' 198.

¹¹⁸ שם, בפס' 81. “This said, public interest in truth-finding remains a relevant consideration under the s. 24(2) analysis. The reliability of the evidence is an important factor in this line of inquiry. If a breach (such as one that effectively compels the suspect to talk) undermines the reliability of the evidence, this points in the direction of exclusion of the evidence. The admission of unreliable evidence serves neither the accused’s interest in a fair trial nor the public interest in uncovering the truth. Conversely, exclusion of relevant and reliable evidence may undermine the truth-seeking function of the justice system and render the trial unfair from the public perspective, thus bringing the administration of justice into disrepute”

מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילתה, ולא על סוג הראיה
או מקורה".¹¹⁹

אכן, וכנטען לעיל, שלוש קבוצות אמות המידה, שבהן אמור המשפטן להשתמש בבואו לבחון קבלתה של ראיה או פסילתה לפי הלכת יששכרוב, הן אותן שלוש קבוצות. ברם, כאשר סוג הראיה או מקורה משליכים גם על אמות המידה האמורות, ואפשר אף על שיקולים נוספים, אזי ממילא משתנה אופן הפעלת שיקול הדעת, ויחד איתה – עשויות להשתנות גם תוצאותיה. לטעמנו, זהו בדיוק המצב באשר לגביית ראיה שלא כדין מעד לעומת גבייתה של ראיה שלא כדין מן הנאשם עצמו.

סיכומו של דבר, נימוקיו של מרין לעמדתו לא עולים בקנה אחד עם הלכת יששכרוב, ואינם מקדמים אותה ואת תכליותיה. מרין מוותר על ה"תכלית הפרוטקטיבית", שנועדה להגן על זכויות הנאשם בחקירה; הוא מתעלם ממעמדו הייחודי של הנאשם כבעלים של הזכות להליך הוגן; הוא מפרש את שיקול אמון הציבור במערכת המשפט באופן חד-צדדי וחד-כיווני הסותר הן את המציאות המורכבת והן את ההכרעות הנורמטיביות הנגזרות ממורכבות זו.

ז. עמדתם של רובינשטיין וסרוגוביץ¹²⁰

כמו מרין גם רובינשטיין וסרוגוביץ תומכים באופן חד וברור ב"גישת התחולה האחידה" של דוקטרינת הפסילה על עדים כמו על נאשמים. וכמוהו טוענים השניים לעדיפותה של גישה זו – על פני הגישה המאבחת של השופט לוי – בשל התאמתה להלכת יששכרוב. גם לטעמם של השניים, רק "גישת התחולה האחידה" מקדמת הן את התכלית העיקרית שנקבעה בהלכת יששכרוב, שעניינה הגינות ההליך הפלילי וטוהרו, וגם את תכלית הלוואי, שעניינה חינוך גופי החקירה והרתעתם מהפרת הדין במהלך החקירות. לעומת זאת לטעמם "גישת התחולה המאבחת" ("גישת התחולה המצומצמת", ככינוים) מתמקדת בבחינת הפגם בחקירה בעבר, במקום להתמקד במניעת הפגיעה הנוספת בנאשם מקבלת הראיה שהושגה שלא כדין – בין מן הנאשם עצמו ובין מעד שמעיד נגדו – במשפט. גישה זו מוסיפה ויוצרת, כך טוענים השניים, חריג בלתי מוצדק לדוקטרינת הפסילה, בכך שהיא מאפשרת קבלת ראיות שנגבו מעד, כל עוד אין בהם "פגיעה בעלת עוצמה מיוחדת". בכך סוטה הגישה המאבחת מדוקטרינת הפסילה הגמישה והיחסית שנקבעה בהלכת יששכרוב.

¹¹⁹ מרין, לעיל ה"ש 4, בעמ' 13.

¹²⁰ רובינשטיין וסרוגוביץ, לעיל ה"ש 4.

לטעמנו ההיפך הוא הנכון. כקביעתו של השופט הנדל, שהערותיו התמציתיות בנושא המחלוקת תובאנה להלן במלואן, קיים במשפט הפלילי הבדל מהותי ומובנה בין נאשם, על מעמדו הייחודי ועל הזכויות הנלוות למעמד זה, לבין עד. משכך, התעלמות ממיהותו של הנחקר שזכויותיו הן שנפגעו בחקירה – כהצעתה של "גישת התחולה האחידה" – משמעה התעלמות מנסיבה משמעותית מתוך מכלול הנסיבות, שלפיהן חייב המשפטן להכריע – בהתאם להלכת יששכרוב – בכל מקרה לגופו. לשון אחר, אין "גישת התחולה המאבחת" סוטה ממבחני הלכת יששכרוב, לרבות התפתחותה לאורך השנים. לעומת זאת, דווקא "גישת התחולה האחידה" היא הסוטה מן ההלכה המקובלת, והיא המצמצמת את שיקול הדעת השיפוטי. זאת משום שהיא מתעלמת מנסיבות רלוונטיות ודורשת להחיל את הדוקטרינה באופן זהה הן על עד והן על נאשם. בכך היא פוגעת בגמישות הדוקטרינה וביכולת להכריע כל מקרה לגופו. להלן נפרט קמעא את ויכוחינו עם טענותיהם האמורות של רובינשטיין וסרוגוביץ ועם טענות נוספות שלהם.

1. לא כל עד אלא רק עד-השותף לעבירה

ראשית, וכמוזכר לעיל, המחברים הגבילו עצמם מראש לדיון – לא בעדים כולם, לא בעד באשר הוא עד, אלא אך ורק בעד שהיה שותף לעבירה של הנאשם. כדבריהם:

"סיטואציה שכיחה המעוררת שאלה זו נוצרת, למשל, כשהתביעה מבקשת להגיש הודעת חשוד (בכובעו כעד) במשפט של שותפו לעברה כאמרה מפלילה לחובת האחרון (לדוגמה, מכוח סעיף 10א לפקודת הראיות). זאת, אף 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".¹²¹

121 שם, בעמ' 7-8.

נמצא כי עמדתם של רובינשטיין וסרוגוביץ דומה לזו של השופט מזוז. אף שהם מצדדים ב"גישת התחולה האחידה" החלה על נאשמים ועדים כאחד, הרי שבפועל הם מבססים את טיעוניהם על קבוצה מצומצמת של עדים – שותפים לעבירה בלבד. אכן, דווקא באשר לעדים חשודים, השותפים לעבירה של הנאשם, עלול להתגבר החשש לפגיעה בזכויות מסוימות שלהם, ובראש ובראשונה – זכות השתיקה וזכות ההיוועצות עם עורך דין. ברם, אין בחשש מוגבר זה כדי לאיין את אפשרויות הפגיעה בחקירותיהם של עדים אחרים, כשם שאין בשתי הזכויות המוזכרות כדי למצות את זכויות הפרט שעלולות להיפגע בחקירה. כך, למשל, מצביעים רובינשטיין וסרוגוביץ עצמם, בציטוט דלעיל ממאמרם, על עדים שאינם עדים שותפים לעבירה של הנאשם – "קרוב משפחה של פלוני, חברו הטוב או צד שלישי אחר" – כמי שזכויותיהם עלולות להיפגע בחקירתם. על כל פנים ברי כי אין מקום לדבר על "גישת התחולה האחידה" על נאשם ועל עַד כאחד, כאשר כל הטיעונים מצומצמים לעד-השותף לדבר עבירה בלבד. נוסף על כך נוסף כי גם כאשר מדובר בעד, השותף לעבירה של הנאשם, יש מקום להבחין בין פגיעה בו, בחקירתו, לבין פגיעה בנאשם עצמו.

2. שוני מובנה בפגיעה

בסכמם את הגישות השונות בבית המשפט העליון טוענים רובינשטיין וסרוגוביץ, כי גישתו של השופט לוי – "גישת התחולה המצומצמת", ככינוים – מטילה תנאי סף גבוה לצורך החלתה של דוקטרינת הפסילה על חקירתו של עד. דהיינו, פגיעה בעלת "עוצמה גבוהה" בזכויות הנחקר. לעומת זאת, לדידם, השופט מזוז לא דורש כל דרישה מקדמית לשם החלת הדוקטרינה על חקירתו של עד, ואמות המידה חייבות להיות זהות לאלו המיושמות על חקירתו של הנאשם עצמו. עוד טוענים השניים כי עמדתו של השופט הנדל, כעולה מהערותיו לסוגיה בעניין זהאדה,¹²² קרובה יותר אל גישתו של השופט מזוז. משעד כה לא הובאה כאן עמדתו של השופט הנדל במלואה, נצטטה כדלקמן:

"באשר לשאלה של החלת הלכת יששכרוב [...] גם במקרה שבו נעשה שימוש באמצעי פסול בחקירתו של עד, אוסיף שלוש הערות:

א. השאלה ההיסטורית מתי אומצה אפשרות תחולת ההלכה על עד – האם בהלכת יששכרוב או שמא בעניין ז'אנו [...] אינה מעלה

122 עניין זהאדה, לעיל ה"ש 83.

מורידה. בכל מקרה, לא עסקינן בפרשנות חוק אלא בפיתוח פסיקטי. אף הלכת יששכרוב ניצבת תחת מטריה זו.

ב. להשקפתי, היותנו שיטה חוקתית מחייבת את המסקנה שבמישור העקרוני, לעיתים יש להשיב לשאלה שהוזכרה לעיל בחיוב.

ג. אין צורך לתחום את המקרים שבהם תחול ההלכה ביחס לראיה שמקורה בעד. נדרשת בחינה משפטית ומעשית. לעניין זה אסתפק באמרה הבאה: הצידוקים לתחולה זו – שיקולים חוקתיים, הזכות להליך הוגן (לנושא האחרון ראו חוות דעתו של חברי, השופט מ' מזוז, בעניין יהודה [...]) נמדדים מנקודת מבטו של הנאשם. הוא העומד במרכז ההליך הפלילי. לכן, באופן מובנה הפגיעה בעד אינה דומה לפגיעה בנאשם".

למרות הקרבה הנטענת לגישתו של השופט מזוז, מוסיפים שני המחברים ו"מודים", שבניגוד לאחרון, רואה השופט הנדל בהבדל שבין פגיעה בנאשם לבין פגיעה בעד [...] נתון שאי-אפשר להתעלם ממנו במסגרת בחינה זו, באשר הפגיעה בעד שונה אינהרנטית מפגיעה בנאשם הנמצא במוקד ההליך הפלילי.¹²³ עוד מוסיפים השניים ומפנים לאמת מידה אחת של הלכת יששכרוב, שאליה בלבד מכוון לטעמם השופט הנדל בדבריו, לפיה "הפגיעה בעד אינה דומה לפגיעה בנאשם".¹²⁴

קריאתנו את שלוש העמדות השונות של שופטי בית המשפט העליון שונה בתכלית מקריאתם של המחברים. ראשית, איננו רואות את עמדתו של השופט לוי כמציבה תנאי סף לעצם תחולתה של הדוקטרינה לפסילת ראיות. יש לזכור כי הלכת יששכרוב קבעה במפורש כי רשימת השיקולים שנמנו בה אינה "רשימה סגורה". וכשם שכל יתר השיקולים והנסיבות שנשקלים בהתאם לדוקטרינת הפסילה, אינם מוגדרים כ"תנאי סף" להחלת הדוקטרינה, כך בדיוק גם השיקול שעניינו מיהותו של הנפגע בעבירה. הלכה למעשה, עמדתו של השופט לוי היא כי כל נאשם הרואה עצמו נפגע מאופן גביית ראיה מן העד המעיד נגדו רשאי לשטוח את טענותיו בהקשר זה; הטענות תישקלנה – תחילה בידי התביעה ולאחר מכן בידי בית המשפט.

¹²³ רובינשטיין וסרוגוביץ, לעיל ה"ש 4, בעמ' 16.

¹²⁴ המחברים מסבירים כי: "[...] 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 הראיה" (שם, בעמ' 16 ה"ש 43).

יתר על כן ועיקר, השופט הנדל הוסיף ונימק מדוע מיהותו של הנחקר היא נסיבה רלוונטית ומשמעותית ליישומה של הדוקטרינה. שאלת מיהותו של הנחקר היא רלוונטית, שכן [...] שיקולים חוקתיים, הזכות להליך הוגן [...] נמדדים מנקודת מבטו של הנאשם. הוא העומד במרכז ההליך הפלילי. לכן, באופן מובנה הפגיעה בעד אינה דומה לפגיעה בנאשם". שאלה זו רלוונטית אפוא שכן יישומה של הדוקטרינה לא יכול להתנתק ממעמדו הייחודי של נאשם במשפטו, ומכיוון ש"באופן מובנה הפגיעה בעד אינה דומה לפגיעה בנאשם".

בנסיבות אלה, בוודאי אין עמדתו של השופט הנדל "מתיישבת יותר" עם גישתו של השופט מזוז, כטענת רובינשטיין וסרוגוביץ. להיפך – היא "מתיישבת יותר" עם גישתו של השופט לוי, "גישת התחולה המאבחת". ודוק, בניגוד לשופט מזוז שקבע: מה לי פגיעה בנאשם ומה לי פגיעה בעד; שתיהן פוגעות בה במידה בזכותו של הנאשם למשפט הוגן – השופט הנדל ראה הבדל "מובנה" בין נאשם לבין עד דווקא בהקשר זה עצמו. לדידו של השופט הנדל, אותה פגיעה, אותה אי-חוקיות שתינקט בחקירה כלפי נאשם, אם תינקט כלפי עד – לרבות עדי-השותף לעבירה – תהווה פגיעה שונה "באופן מובנה". ממילא, גם אופן החלתה של דוקטרינת פסילת הראיות, יישומה הלכה למעשה בהתאם לאמות המידה שנקבעו בהלכת יששכרוב, עשוי או עלול להיות שונה בשני המקרים.

נוסף על כך, ההבחנה המובנית שראה שופט הנדל בין שני המצבים אינה עניין לאמת מידה אחת בלבד של הלכת יששכרוב, כהערכתם של רובינשטיין וסרוגוביץ.¹²⁵ אדרבה, הערתו השלישית של השופט הנדל בציטוט דלעיל מכוונת, לטעמנו בצדק רב, לשונות העמוקה, הברורה מאליה והמובנית, שבין פגיעה בזכויותיו של נאשם לבין פגיעה בזכויותיו של עד, שונות הבאה לידי ביטוי הן במטרתה העיקרית של הלכת יששכרוב, הן במאפייניה והן באמות המידה שלה.

3. על זכות העמידה

רובינשטיין וסרוגוביץ מבקשים לבסס את תמיכתם ב"גישת התחולה האחידה", בין היתר, באמצעות הרחבת זכות העמידה במשפט המינהלי הישראלי. לדידם –

"[...] 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 ראיה

במשפטו-שלו רק משום שהאמצעי הפסול שהביא להשגת הראיה
הופנה כלפי אדם אחר".¹²⁶

אכן, כעמדת שני המחברים, התרחבה זכות העמידה במשפט המינהלי הישראלי בידי בג"ץ החל משנות השמונים של המאה הקודמת. כידוע, הרחבה זו ספגה, ואף ממשיכה לספוג, ביקורת כזו או אחרת מצד המעדיפים את זכות העמידה המצומצמת יותר, שהייתה מקובלת בעבר. איננו מבקשות להצטרף כאן לשיח המשפטי בעניין זכות העמידה במשפט המינהלי. על כל פנים, בענייננו, הרחבת זכות העמידה הולמת היטב את אפשרות החלתה של דוקטרינת הפסילה גם במקרה שבו נפגעו זכויותיו של עד בחקירה: הנאשם, שלא זכויותיו-שלו בחקירה הן שנפגעו, רשאי בכל זאת לטעון לפגיעה בו עצמו. קרי, לפגיעה בזכותו למשפט הוגן בהתאם להלכת יששכרוב. ברם, מה לה להרחבת זכות העמידה במשפט המינהלי ולשאלה שבמחלוקת שבפנינו – שעניינה בהליך פלילי, והיא ממוקדת אך ורק בשאלה באיזה אופן תיושם ההלכה בכל אחד מן המקרים? זכות העמידה של הנאשם מתמצה בעצם ההכרעה שלפיה הוא רשאי לטעון במשפטו-שלו על פגיעה בזכויותיו של מאן דהוא אחר במהלך החקירה. עם זאת, אופן ההכרעה בטענה במקרה מסוים, אופן יישומה של הדוקטרינה, כבר חורג מעצם קיומה של זכות העמידה, והריהו "פולש" למהותה של הדוקטרינה, שבאמצעותה מוכרעת הטענה.

4. על סיוג וחרוג לתחולתה של הדוקטרינה – האומנם?

בהקשר זה דומה שרובינשטיין וסרוגוביץ מקצינים את עמדתו של השופט לוי, ומתארים אותה כעמדה שדורשת "[...] סיוג תחולתה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית לפי גישת התחולה המצומצמת, באמצעות החלת סטנדרט מחמיר [...]".¹²⁷ בד-בבד, בפרק בו דנים השניים בדין הרצוי הם מוסיפים ומתארים את גישתו של השופט לוי כיוצרת חריג לדוקטרינת הפסילה, בכך שהיא מונעת מראש את האפשרות לדון בפסילתה של ראיה, שנגבתה בחקירתו של עד, כאשר הפגיעה בחקירה לא עלתה כדי "עוצמה מיוחדת". לדידם, עמדתו של השופט לוי באשר לפגיעה שכזו "[...] 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".¹²⁸ להוכחת טענתם מפנים השניים

126 שם, בעמ' 21.

127 שם.

128 שם, בעמ' 28.

להכרעתו של בית המשפט המחוזי בעניין יהודה, ש"אף לא פנה לבחון את קבילות אמרתיו המפלילות של עד במשפטו של נאשם לפי אמות המידה של הלכת יששכרוב".¹²⁹

קריאתנו את עמדת השופט לוי שונה. השופט לוי לא סייג כלל את עצם תחולת הדוקטרינה גם במקרה של פגיעה בחקירה של עד. עם זאת, בדומה לשופט הנדל, הוא הוסיף וקבע כי הדוקטרינה תיושם הלכה למעשה באופן שונה בשל השוני בנסיבות. כך, כפי שהפרה חמורה באופן גביית ראיה גוררת עימה – כמובן מאליו – יישום שונה של הדוקטרינה לעומת יישומה במקרה של הפרה קלה יותר. בתפסו את הפגיעה בנאשם, בשל פגיעה בחקירתו של עד, כפחותה בהכרח מאותה הפגיעה בנאשם בשל פגיעה בחקירתו שלו – קבע השופט לוי כי יש צורך בפגיעה חמורה יותר, כדי לקבל את הטענה, כאשר מדובר בפגיעה בחקירתו של עד. אין אפוא בעמדתו של השופט לוי צמצום או הצרה של תחולת הדוקטרינה, כטענתם של רובינשטיין וסרוגוביץ, אלא אך ורק יישום שונה של דוקטרינת הפסילה, בשל השונות המובנית בשני סוגי הפגיעות – שונות, הנובעת ממעמדו הייחודי של הנאשם במשפטו.

בהתאם לאמור, הבענו לעיל הסתייגות מן הכינוי שבחרו רובינשטיין וסרוגוביץ להעניק לגישתו של השופט לוי – קרי, "גישת התחולה המצומצמת" – והעדפנו על פניו את הכינוי "גישת התחולה המאבחת". התחולה היא לעולם התחולה של אותה הדוקטרינה עצמה. עם זאת, שני המקרים הנדונים מובחנים בנסיבותיהם, והבחנה זו גוררת עימה בהכרח אופן יישום שונה.

נוסף על כך, עמדתו המאבחת של השופט לוי אינה מונעת דיון בטענה כלשהי לפגיעה בחקירתו של עד. נאשם רשאי כמובן לטעון טענה כאמור, ובית המשפט ידון בה.¹³⁰ כך האפשרות לפסילת הראיה תעמוד גם תעמוד על הפרק. אגב, האפשרות לפסילת אמרתו של העד השותף, שהעיד בעניין יהודה, נדונה בידי בית המשפט המחוזי, שהנחה את עצמו בהתאם לעמדתו המאבחת של השופט לוי.¹³¹

129 ש.ם.

130 על חשיבותה הרבה של עצם הזכות להישמע בפני בית המשפט, ראו: Alon Harel, *The Real Case for Judicial Review*, in *WHY LAW MATTERS* 191 (online edn, 2014).

131 עניין יהודה, לעיל ה"ש 3, בפס' 8 לפסק הדין של השופט מזוז. הלכה למעשה קיבל בית המשפט המחוזי את טענות ההגנה בעניין פגמים שנפלו בחקירתו של עידן – העד שעדותו המפלילה עמדה במרכז הדיון. אך בחינתם העלתה שאין הם עולים כדי פגיעה בעוצמה מיוחדת" המצדיקה את פסילת הראיה במשפטו של המערער.

5. הגנה על הגינות ההליך וטוהרו כאינטרס ציבורי להבדיל מהגנה על זכות הפרט של הנאשם?

רובינשטיין וסרוגוביץ מציגים נימוק נוסף התומך ב"גישת התחולה האחידה" – נימוק המשתלב בנימוקם הקודם בדבר היקפה הראוי של זכות העמידה. לטענת שני המחברים, הלכת יששכרוב נועדה, בראש ובראשונה, לקדם את שלטון החוק באשר הוא. המחברים מבקשים להפוך את דוקטרינת יששכרוב לדוקטרינה המשרתת את האינטרס הציבורי בקידום שלטון החוק ובשמירה על הגינותו של ההליך השיפוטי וטוהרו, זאת להבדיל מדוקטרינה שתכליתה קידום זכויות הפרט של נחקרים ונאשמים בהליך הפלילי. לדבריהם:

"[...] יותר משנוצרה הלכת יששכרוב כדי לשרת את האינטרס הצר של נאשם ספציפי העותר לפסילת ראייה שהושגה, היא נועדה לקדם מכלול של אינטרסים ציבוריים הנגזרים מערך ההגנה על שלטון החוק".¹³²

וכן:

"[...] פסילת ראייה לפי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית נועדה בראש ובראשונה לקדם את שלטון החוק כולו ולא להטיב עם נאשם המבקש לפסול ראייה במשפטו".¹³³

טענתם זו של רובינשטיין וסרוגוביץ מהדהדת אפוא את טענותיו ואת נימוקיו התמציתיים יותר של מרין, שכבר נדונו לעיל, וממילא ויכוחנו עם טענתם זו יזכיר את ויכוחנו עם עמדת מרין לעיל. ראשית, בעמדתם זו סוטים שני המחברים מעמדתו של השופט מזוז עצמו, שהעמיד במרכז נימוקיו את זכות הפרט של הנאשם להליך הוגן, כדבריו:

"סבורני כי מחויבותו העקבית של בית משפט זה להגנה על זכויות האדם מובילה למסקנה, כי 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. במובן זה, אין

¹³² רובינשטיין וסרוגוביץ, לעיל ה"ש 4, בעמ' 20.

¹³³ שם, בעמ' 21.

רלבנטיות לזהותו של הפרט שכלפיו הופנו האמצעים הבלתי
 כשרים – יהא זה הנאשם עצמו או עד במשפטו.¹³⁴

זכותו של הנאשם להליך הוגן היא הכוללת בתוכה זכות משנה, שלפיה כל הראיות נגדו הושגו כדת וכדין. מכאן מסקנתו של השופט מזוז, שאין מקום להבחין בין פגם שנפל בגביית ראיה מן הנאשם עצמו לבין פגם זהה שנפל בגביית ראיה מעד העומד להעיד נגדו.

והנה, אף על פי שבמאמרם מבקשים רובינשטיין וסרוגוביץ לתמוך במסקנתו המשפטית של השופט מזוז, הריהם סוטים כאמור מבסיס נימוקיו. לידם, כמצוטט לעיל, נועדה הדוקטרינה "בראש ובראשונה לקדם את שלטון החוק כולו ולא להיטיב עם נאשם המבקש לפסול ראיה במשפטו".

מה מטרתם בטענתם זו? התשובה טמונה, בין היתר, בזיקה שבין טענה זו לבין טענתם הקודמת בדבר הרחבת "זכות העמידה" במשפט הישראלי. אם אומנם, כטענת השניים, נועדה הדוקטרינה לקדם את האינטרס הציבורי בכללו – אזי ממילא, אין מקום לדקדק במיהותו של העותר נגד גביית הראיה, שהרי כל עותר הוא בגדר "עותר ציבורי", שמבקש לעתור לטובת האינטרס הציבורי העומד בבסיס שלטון החוק, לרבות הגינות ההליך;¹³⁵ אזי ממילא, אין מקום למדוד את השיקולים החוקתיים, את הזכות למשפט הוגן, "מנקודת מבטו של הנאשם" דווקא – כאמרתו המצוטטת לעיל של השופט הנדל; אזי ממילא, אין בסיס לקביעתו של השופט הנדל, לפיה "באופן מובנה הפגיעה בעד אינה דומה לפגיעה בנאשם".

העמדת הדוקטרינה על האינטרס הציבורי שבקידום שלטון החוק – באמצעות קידום "תכלית היושרה השיפוטית", "תכלית היושרה המוסרית" או

¹³⁴ עניין יהודה, לעיל ה"ש 3, בפס' 45 לפסד הדין של השופט מזוז.

¹³⁵ Turner & Weigend, לעיל ה"ש 40, בעמ' 266 מסבירים על הקשר שבין ראיית תכלית היושרה השיפוטית כתכלית העיקרית לבין זכות העמידה של הנאשם לטעון להפרה בגין גביית ראיה מצד שלישי:

"Standing of Persons Other Than the Victim of the Violation"

If exclusion of evidence is designed to maintain the integrity of the judicial system, anybody should be entitled to raise the issue of exclusion. This means that a defendant should be able to demand exclusion even if only the rights of another person had allegedly been violated when the evidence was obtained. For example, a defendant would be able to claim that the search of a witness's home was illegal and that therefore contraband found in the home should not be introduced as evidence at the defendant's trial. Moreover, it would be consistent with this approach that the court could (and indeed, should) exclude illegally obtained evidence on its own motion, even if none of the parties requests exclusion".

"תכלית היושרה הלגיטימיות השיפוטית", כלשונם החלופית של המחברים¹³⁶ – מעלימה את מקומו ואת מעמדו הייחודי של הנאשם במשפטו, להבדיל מהעמדתה גם על זכותו האישית. העלמה זו מובילה את המחברים, בדומה למרין לפנייהם, למסקנה שאין הבדל בין פגם שנפל בגביית ראייה מהנאשם עצמו לבין פגם שנפל בגביית ראייה מעד. לשיטתם, בשני המקרים נוצרת פגיעה זהה ביושרה השיפוטית והמוסרית או בלגיטימיות השיפוטית. לפיכך, העמדת הדוקטרינה על האינטרס הציבורי, להבדיל מהזכות האישית, משמשת לרובינשטיין וסרוגוביץ כהנמקה מרכזית לקידום "גישת התחולה האחידה".

דא עקא, שטיעונם זה של רובינשטיין וסרוגוביץ – באשר לבסיס דוקטרינת הפסילה הפסיקתית ותכליתה העיקרית – לא הולם את הלכת יששכרוב כמתואר בפרק ב. לעיל.¹³⁷ בית המשפט העליון קבע, כתכלית העיקרית, הדומיננטית של הדוקטרינה – לא רק את הגינות ההליך וטוהרו, כערך וכאינטרס ציבורי, אלא לא פחות מכך את זכות האדם של הנאשם למשפט הוגן. התכלית העיקרית שהועמדה בבסיס הדוקטרינה בהלכת יששכרוב היא תכלית כפולת פנים.

יתר על כן, זכויות הפרט של אדם, ובכללן זכויות חשוד ונאשם – זכויות, שזכו למעמד-חוקתי בעקבות חקיקת חוקי היסוד בשנת 1992 – הן ששימשו את בית המשפט העליון כדי להצדיק את עצם כינונה של הדוקטרינה לפסילת ראיות. בית המשפט הדגיש כי זכויותיו המוגנות של אדם השפיעו על עיצוב דיני הראיות בישראל עוד קודם לחקיקתם של חוקי היסוד,¹³⁸ וחקיקתם של חוקי היסוד, שנועדה לעגן את זכויות הפרט, היא ששימשה את בית המשפט, כדי להצדיק את עצם החידוש שבפסילת ראיות בשל אופן גבייתן שלא כדין:

"הרוח המנשבת מחוקי-יסוד ומשפיעה על גישתנו הפרשנית בנוגע לאיזון הראוי בין התכליות השונות של דיני הראיות בפלילים, אף משליכה על סוגית קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין. כבר נאמר בפסיקתנו כי 'חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו יוצר [...] מיתחם חדש של הליך ראוי לתוך המערכת הקיימת [...]'. [...] במסגרת מתחם חדש זה, יש מקום לטענה כי יש באכיפה של הדין הפלילי נסיבות בהן קבלת ראייה שהושגה בדרכים בלתי כשרות עלולה לפגוע בהגינות ההליך כלפי הנאשם ובעשיית הצדק במובנה הרחב [...]"¹³⁹.

136 רובינשטיין וסרוגוביץ, לעיל ה"ש 4, בעמ' 23–24.

137 שם; עניין יששכרוב לעיל ה"ש 1.

138 שם, בעמ' 532.

139 שם, בעמ' 535.

משכך, העלמת מקומן של זכויות הפרט מתכליתה של הדוקטרינה, תוך ביסוסה אך ורק על האינטרס הציבורי של קיום הליכים משפטיים הגונים – בהתאם לטענת המחברים – עלולה לשמוט מתחת לדוקטרינה את עצם ההצדקה לקיומה. אכן, קבלת ראייה שהושגה שלא כדין עלולה לפגוע גם "בעשיית הצדק במובנה הרחב" – עשייה, שהיא גם אינטרס ציבורי מובהק, אך הבסיס לתפיסה זו מצוי בחוקי היסוד, הוא מצוי בחיזוק העצום שנתנו חוקי היסוד לזכויות האדם באשר הוא אדם. הבסיס מצוי, בראש ובראשונה, בחשש "לפגוע בהגינות ההליך כלפי הנאשם", כמצוטט לעיל. ובדומה: "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו העלה את זכויות האדם המוגנות [...] כיום מתבקשת נקודת איזון גמישה יותר המתחשבת בחובה להגן על זכויות הנאשם ועל הגינות ההליך הפלילי וטוהרו"¹⁴⁰. למעשה, "זכויות הנאשם" ו"הגינות ההליך הפלילי וטוהרו" מוצגים בהלכת יששכרוב כצמד מושגים בלתי נפרדים, החוזר כחוט השני לאורך פסק הדין כולו. באחד המקומות אף מתייחס בית המשפט למושג האחד כחלק מן השני: "[...] מתבקשת נקודת איזון גמישה יותר, אשר בצד החתירה למימוש התכלית של גילוי האמת ולחימה בפשיעה תיתן משקל להגנה על זכויות הנאשם כחלק מהשמירה על הגינות ההליך הפלילי וטוהרו וכחלק מעשיית דין צדק במובנו הרחב"¹⁴¹.

כך הלכת יששכרוב עצמה. בדומה אף השופט מזוז בעניין יהודה מנה שלוש תכליות עיקריות לדוקטרינת הפסילה: את ההגנה על הגינות ההליך וטוהרו הוא חילק לשתיים – הגנה על הגינות ההליך הפלילי והגנה על טוהר ההליך הפלילי, כאשר לצד שתי אלו עומדת זכותו של הנאשם למשפט הוגן.¹⁴² גם הפסיקה המאוחרת יותר – הפסיקה שיישמה ופיתחה את דוקטרינת הפסילה – מעולם לא ויתרה על התכלית שעניינה זכותו האישית של הנאשם להליך הוגן. אדרבה, בעוד תכלית השמירה על הגינות ההליך וטוהרו, היא בגדר אינטרס ציבורי, הרי תכלית ההגנה על זכותו האישית של הנאשם להליך הוגן זוכה להכרה כזכות חוקתית.¹⁴³ ולבסוף, גם רובינשטיין וסרוגוביץ עצמם לא מתעלמים כליל מזכויות הנאשם כבסיס לדוקטרינת יששכרוב, ואין הם מבססים אותה אך ורק על האינטרס הציבורי שבטוהר ההליך השיפוטי ואמון הציבור בבית המשפט. לדידם:

140 שם, בעמ' 546.

141 שם, בעמ' 536.

142 עניין יהודה, לעיל ה"ש 3.

143 רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(3) 305, פס' 35 לפסק הדין של הנשיאה (בדימ') ביניש (2012), שבו קבעה כי יש לפסול ראיות חפציות שהושגו מן הנאשמים שלא כדין כך: "בבואנו לערוך את האיזון בין השיקולים המתנגשים שומה עלינו לזכור כי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שנקבעה בעניין יששכרוב נועדה, בראש ובראשונה, להגן על זכותו החוקתית של הנאשם להליך הוגן".

"קביעה זו [של השופט מזוז – המחברות] השוללת החלה קטגורית ואפריורית של אמות-מידה שונות ומחמירות לפסילת ראייה במצבים שבהם האמצעי הפסול שימש להשגת ראייה בחקירה של עד, ודאי מתיישבת עם תכלית ההגנה על טוהר ההליך והגינותו ומקדמת אותה. בראש ובראשונה, מתן דגש לזכות הנאשם להליך הוגן מגן טוב יותר על טוהרו והגינותו של ההליך השיפוטי, שמטבע הדברים הנאשם (ולא העד) הוא שעומד במרכזו" (ההדגשות המקור).¹⁴⁴

המחברים טוענים אפוא שרק "גישת התחולה האחידה" של השופט מזוז – להבדיל מ"גישת התחולה המצומצמת", ככינויים – רק היא מתיישבת ומקדמת את טוהר ההליך והגינותו. זאת שכן "מתן דגש לזכות הנאשם להליך הוגן מגן טוב יותר על טוהרו והגינותו של ההליך השיפוטי, שמטבע הדברים הנאשם (ולא העד) הוא שעומד במרכזו".

אנו תמהות: אם אכן מתן דגש לזכותו של הנאשם להליך הוגן מגן טוב יותר על טוהר ההליך השיפוטי – בשל העובדה המובנת מאליה ש"הנאשם (ולא העד) הוא שעומד במרכזו". כיצד אפשר להתעלם מלכתחילה מהבחנה בין הנאשם לבין העד בעת הערכת הפגיעה בחקירתם? בכל הכבוד, דומה, שהמחברים מבקשים לאחוז כאן את המקל משני קצותיו: מחד גיסא, הם עושים כל מאמץ להעמיד את דוקטרינת יששכרוב על האינטרס הציבורי של הגינות ההליך השיפוטי ואמון הציבור בבית המשפט, ולהעלים כליל את הבסיס הטמון בזכויות היסוד של הנאשם דווקא. כך הם עושים, כדי להגיע למסקנה, שכל פגיעה בחקירתו של עד פוגעת מְנִיָּה וְגִבִּיהַ בַּהּ במידה בנאשם, ואין מקום להבחנה בין השניים. מאידך גיסא, בבואם לנמק מדוע גישתם, "גישת התחולה האחידה" עדיפה בקידומה את טוהר ההליך השיפוטי ואמון הציבור בבית המשפט – הם שבים ונזקקים להבחנה הבסיסית, והכמעט מובנת מאליה, שבין נאשם לבין עד. אכן, כדבריהם, "הנאשם (ולא העד) הוא שעומד במרכזו" של המשפט. מסיבה זו בדיוק "באופן מובנה הפגיעה בעד אינה דומה לפגיעה בנאשם", כקביעתו של השופט הנדל.

יתר על כן, דומה שניסיונם של רובינשטיין וסרוגוביץ להעלים את זכויות הפרט של הנאשם מן הבסיס העיוני של דוקטרינת הפסילה מחליש מְנִיָּה וְגִבִּיהַ את העמדה שמבקשים השניים לקדם. ודוק, אם מול האינטרסים כבדי המשקל – שעניינם חקר האמת, הגנה על שלום הציבור, הבאת עבריינים לדין, הגנה על נפגעי העבירה – עומד אך ורק האינטרס הציבורי שעניינו הגנה על הגינותו של

144 רובינשטיין וסרוגוביץ, לעיל ה"ש 4, בעמ' 29.

ההליך וטוהרו, הרי ממילא עלולות המאזניים לנטות לכיוון האינטרסים הראשונים. ספק רב אם לכך כיוונו רובינשטיין וסרוגוביץ בעמדתם.

6. על 'התכלית הפרוטקטיבית', 'המודל המתקן' והקשר למחלוקת שבענייננו

רובינשטיין וסרוגוביץ מוסיפים ומנמקים את חולשתה של "גישת התחולה המאבחת" ("גישת התחולה המצומצמת", ככינויים), לדידם, על ידי זיהויה עם 'התכלית הפרוטקטיבית':

"[...] 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"¹⁴⁵.

דחיית "התכלית הפרוטקטיבית" בידי בית המשפט אמורה אפוא להביא – לדידם של השניים – גם לדחייתה של "גישת התחולה המצומצמת". דא עקא, שאין הטענות בציטוט דלעיל עומדות בפני הביקורת. ראשית, "גישת התחולה המאבחת" לא מתבססת בהכרח "על הערכים והתפיסות שהתכלית הפרוטקטיבית שואפת לקדם", אלא על ההבחנה בין פגם בחקירתו של נאשם לבין פגם בחקירתו של עד. הבחנה זו נדרשת לשם יישומה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית בהתאם להלכת יששכרוב. שנית "התכלית הפרוטקטיבית" כלל לא נדחתה על ידי בית המשפט העליון. אדרבה, בית המשפט קבע בעניין יששכרוב, כי תכלית זו עולה בקנה אחד הן עם "המודל המתקן" והן עם "המודל המניעתי". ממילא, אין מקום למסקנת המחברים, הנשענת על שתי ההנחות המוטעות, שלפיה, עם דחייתה של "התכלית הפרוטקטיבית", יש אף לדחות את "גישת התחולה המאבחת".

אשר לטענה הנוספת הטמונה בציטוט דלעיל שלפיה "גישת התחולה המאבחת" (ככינויים – המצומצמת) "פוגעת בהגשמה של תכלית ההגנה על טוהר ההליך והגינותו", יש להשיב כי משמעותה של הטענה עלולה להיות תמיכה בכלל פסילה מוחלטת וגורף, הנעדר כל שיקול דעת שיפוטי. ודוק, אם עצם

145 שם, בעמ' 27.

העובדה שבית המשפט אמור להבחין בין פגיעה בעד לבין פגיעה בנאשם מובילה למסקנה של פגיעה בטוהר ההליך והגינותו, הרי בה במידה גם כל הבחנה בנסיבה אחרת, מתוך הנסיבות שעל המשפטן לשקול בהקשר, עלולה להוביל למסקנה זו. הבחנה בין הפרה חמורה להפרה קלה, הבחנה בין הפרה בודון להפרה בתום לב, הבחנה בין הפרה נוגדת חוק לבין הפרה נוגדת נוהל בלבד וכיוצא באלה – כל ההבחנות הללו, עלולות לפגוע "בהגשמה של תכלית ההגנה על טוהר ההליך והגינותו". לשון אחר, עמדה זו של רובינשטיין וסרוגוביץ לא עולה בקנה אחד עם הדוקטרינה היחסית והגמישה לפסילת ראיות שנקבעה במשפט הישראלי. אכן, כל גביית ראיה שלא כדין עלולה לפגום בטוהר ההליך ובהגינותו, ואף על פי כן, לא כל גביית ראיה שלא כדין פוסלת את הראיה מניה וביה.

עוד מוסיפים רובינשטיין וסרוגוביץ וטוענים כי:

"[...] 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".¹⁴⁶

והנה, שלא כנטען בציטוט, בהקשר של כיוון מבטו של המשפטן, אין כל הבדל בין שתי הגישות – בין "גישת התחולה המאבחת" לבין "גישת התחולה האחידה". בהתאם לשתי הגישות אין כל הסטה של המבט אל עבר העבר במקום אל עבר העתיד. בשתיהן חייב המשפטן לבחון את הפגם בחקירה – פגם, שקרה בעבר, כדי להוסיף ולבחון את השפעתה של קבלת הראיה הפגומה או פסילתה במשפט, בעתיד.

סיכומו של דבר: מאחר שבית המשפט לא דחה את "התכלית הפרוטקטיבית" – ההגנה על נחקרים ונאשמים בחקירה – ואף ראה בה תכלית המשתלבת במודל המניעתי שנבחר, הרי ששילובה עם תכלית הגינות ההליך וזכות הנאשם להליך הוגן מחזק דווקא את "גישת התחולה המאבחת". כנטען לעיל בוויכוחנו עם מרין, שילובן של התכליות מעצים את המיקוד הראוי בנקודת המבט ובזכויותיו של הנאשם – הזכויות שנפגעו בעת חקירתו עם זכותו למשפט הוגן שעלולה להיפגע אם תתקבל הראיה במשפט.

146 שם, בעמ' 29.

7. על התכלית החינוכית הרתעתית

התכלית החינוכית הרתעתית, שהיא התכלית העיקרית בדין האמריקאי, נדחתה כתכלית הראשית לעיצובה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית בעניין יששכרוב. עם זאת, היא הושארה כ"תוצאת לוואי אפשרית – ואף רצויה – של פסילת הראיות במסגרתה של דוקטרינה זו".¹⁴⁷ לטעמם של רובינשטיין וסרוגוביץ, גם תכלית זו תקודם באופן מיטבי באמצעות "גישת התחולה האחידה", והיא תיסוג לאחור באמצעות "גישת התחולה המאבחת", וכך הם פותחים את טיעונם בהקשר:

"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".¹⁴⁸

אנו מבקשות להעמיד סימן שאלה, לכל הפחות, על מה שמראה "הניסיון בארץ ובעולם". לטעמנו, בחינת ניסיון כזה מחייבת הסתמכות על מחקרים ועל נתונים אמפיריים. לא מצאנו הפנייה לנתונים כאלה אצל שני המחברים – לא מן העולם ואף לא מן הארץ. לעומת זאת, מצאנו שהדין האמריקאי הדגיש את התכלית החינוכית-הרתעתית בדוקטרינת הפסילה כלפי שוטרים. זאת בעקבות חשיפת פגיעות קשות ושיטתיות של שוטרים בזכויות חשודים בארצות הברית בשנות השישים של המאה העשרים.¹⁴⁹ מצאנו גם התייחסות לנושא זה בבית המשפט העליון בארצות הברית, בחלוף תקופה מן החשיפה האמורה. בית משפט זה קשר במפורש את הצורך ביישומה של תכלית זו דווקא לשינויים בזמן ובמקום:

¹⁴⁷ ראו עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 1, בעמ' 555 ראו גם פרק ב. לעיל.

¹⁴⁸ רובינשטיין וסרוגוביץ, לעיל ה"ש 4, בעמ' 30.

¹⁴⁹ Turner & Weigend, לעיל ה"ש 40, בעמ' 259: "It is not by chance that the notion of excluding evidence for the purpose of deterring unlawful police conduct has played a great role in the United States, following revelations of grave and systematic police violations of suspects' rights in the U.S. legal system in the 1960s. Exclusion of evidence obtained through the use of illegal police methods was seen as an indispensable means for re-establishing the integrity and public acceptance of the criminal justice system"

“We cannot assume that exclusion in this context is necessary deterrence simply because we found that it was necessary deterrence in different contexts and long ago. That would be forcing the public today to pay for the sins and inadequacies of a legal regime that existed almost half a century ago.

Another development over the past half-century that deters civil-rights violations is the increasing professionalism of police forces, including a new emphasis on internal police discipline [...] we now have increasing evidence that police forces across the United States take the constitutional rights of citizens seriously”.¹⁵⁰

ההיסטוריה האמריקאית וקביעותיו של בית המשפט העליון שם מבטאות את המובן מאליו: סוגיית חינוך המשטרה והרתעתה, ושאלת האמצעים היעילים להשגת מטרות אלה, היא בהכרח סוגיה תלוית זמן ומקום.¹⁵¹ ממילא, בהיעדר נתונים אמפיריים הולמים למצב כיום בישראל, אין מקום להצדיק את העצמתה של תכלית זו, כפי שבמבקשים רובינשטיין וסרוגוביץ.

יתר על כן, באשר לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית בישראל דווקא, רובינשטיין עצמו כבר הביע במקום אחר את דעתו,¹⁵² כי הלכת יששכרוב במתכונתה הנוכחית משמשת הרתעה ממש לרשויות החקירה. זאת בשל “אפקט הקלף המשוגע” שהוזכר לעיל. האומנם טורפת הגישה המאבחת את כל הקלפים בעמדתו של רובינשטיין עצמו? ספק בעינינו אם אומנם בכוחה לעשות זאת. אך זו אכן עמדתם של רובינשטיין וסרוגוביץ. השניים רואים בגישת התכלית המאבחת ככזו ה”מחסנת” מפסילת ראיות שנגבו מעד באמצעות הפרה שאינה “בעוצמה מיוחדת”. בהתאם לכך, לדידם, אין ספק ש”חסינות” זו תוביל “לסכנה של הפרת זכויות אסטרטגית” על ידי חוקרי המשטרה.¹⁵³ לשון אחר, ה”דלתא” שיוצרת גישת התחולה המאבחת בין עוצמת ההפרה לצורך פסילת ראיה שנגבתה מעד לבין עוצמת ההפרה לצורך פסילת ראיה שנגבתה מן הנאשם עצמו,

¹⁵⁰ Hudson v. Michigan, 547 U.S. 586, 597, 598–599 (2006).

¹⁵¹ לביקורת על התכלית החינוכית הרתעתית כמשמשת באופן כמעט בלעדי להצדקת דוקטרינת הפסילה בארצות הברית, ראו: Richard M. Re, לעיל ה”ש 41, בעמ’ 1894–1902.

¹⁵² ספיר ורובינשטיין, לעיל ה”ש 35, בעמ’ 351.

¹⁵³ רובינשטיין וסרוגוביץ, לעיל ה”ש 4, בעמ’ 32.

תנוצל לרעה על ידי חוקרי המשטרה, שיפרו זכויות של עדים כדי להפלייל נאשמים.

לטעמנו, חשש זה שהעלה גם השופט מזוז, לא משכנע דיו.¹⁵⁴ החשש מבוסס על חשיבה תיאורטית, להבדיל מחשיבה המבוססת על נתונים אמפיריים. יתר על כן, בה במידה, ואפשר אף במידה גדולה יותר, אפשר לטעון שהאפשרות העקרונית במשפט הישראלי לקבל ראיה, הנגזרת מראיה שהושגה שלא כדין,¹⁵⁵ מתמצת את החוקרים לכתחילה להשיג ראיות שלא כדין, כדי להגיע באמצעותן לראיות נגזרות שתתקבלנה על ידי בית המשפט.

אכן, הדעת נותנת כי אין תשובה מוחלטת לחששות אלה, אך בוודאי אין בהן כדי להכריע את המחלוקת לטובת "גישת התחולה האחידה". ראשית כאמור, התכלית החינוכית הרתעתית אינה אלא תוצאת לוואי לתכלית העיקרית. לא סביר אפוא שחששות שהיא מעלה – הם שיכריעו. שנית, אפקט "הקלף המשוגע" דואג לכך שתכלית ההרתעה נשמרת היטב, גם אם לא באופן הרמטי. שלישיית ועיקר – הדוקטרינה שנבחרה למשפט הישראלי היא דוקטרינה גמישה ויחסית. בחירה זו מבטאת את הרעיון העיקרי העומד בבסיסה – רעיון של איזון בין אינטרסים מתנגשים. בנסיבות אלה, אף אחת מן התכליות לא יכולה להתגשם עד תום.¹⁵⁶ כשם שאין מקום לפסול כל ראיה שהושגה שלא כדין, אף על פי שהכרעה שכזו הייתה עשויה להיות אופטימלית למימוש התכלית של טוהר ההליך, כך אין מקום ל"גישת התחולה האחידה", אף על פי שהיא הייתה עשויה להיות האופטימלית ביותר למימוש התכלית החינוכית הרתעתית. דוקטרינת הפסילה הפסיקתית של הלכת יששכרוב מוותרת מראש על מימוש מלא של תכלית כלשהי. זה טיבה, זה הגיונה, זו חוזקתה.

154 ראו פרק ה.1.

155 אפשרות זו קיימת במשפט הישראלי נוכח דחייתה של תורת פירות העץ המורעל. עם זאת, כשם שראיה, הנגזרת מראיה שהושגה שלא כדין עשויה להתקבל במשפט הישראלי, היא אף עשויה להיפסל; כך, בהתאם לאמות המידה של הלכת יששכרוב עצמה ובהתאם לזיקה בין הראיה הנגזרת לראיה המקורית, ראו עניין פרחי, לעיל ה"ש 7.

156 Turner & Weigend, לעיל ה"ש 40, בעמ' 270. עובדה זו הולמת את טענתם, שלפיה ככלל, אין שיטות המשפט מאמצות מודל אידאלי המעוצב בהתאם לרציונל אחד ויחיד, אלא הן מערבות תכליות ורציונלים שונים: "Legal systems do not tend to subscribe unconditionally to the ideal types as described here in fact, many jurisdictions ground their exclusionary rules on more than one rationale. The mix of rationales which the law often fails to spell out clearly makes it difficult to predict the actual scope of exclusionary rules in any given legal system"

8. על הטענה לקידום האמת באמצעות "גישת התחולה האחידה"

רובינשטיין וסרוגוביץ מוסיפים וטוענים כי "גישת התחולה האחידה", שהם מבקשים לקדם, עדיפה לשם קידום האמת המשפטית. הכיצד? ובכן לדידם, "מטבע הדברים, ברוב המוחלט של המקרים יהיה העד שותפו של הנאשם לדבר עבירה" (ההדגשה במקור).¹⁵⁷ בנסיבות אלה אמרתו במשטרה של העד-השותף – שאותה מבקש הנאשם לפסול – גדושה ממילא בקשיים משפטיים שנובעים מן החשש למהימנותה. המחיר החברתי שתשלם החברה מפסילתה של הראיה הבעייתית הוא אפוא מחיר נמוך.

לטעמנו, הטענה שעדיף שלא לקבל מראש ראיה שמהימנותה מוטלת בספק, במקום לקבלה ולבחון את משקלה לצורך בירור האישום, אינה מתיישבת עם השאיפה לחקר האמת. אפשר אולי לטעון שוויתור מראש על ראיה בעייתית מקדם את יעילות המשפט. עם זאת, יעילות מפוקפקת זו, יש לומר, מכרסמת בחקר האמת, ובוודאי לא מקדמת אותו.

ועוד, שילוב הבעיות באמרתו של עד-שותף, שאליו מפנים שני המחברים, הוא שילוב מוכר וידוע, שדיני הראיות נתנו עליו את דעתם מזמן.¹⁵⁸ אין כל צורך "לגייס" את הלכת יששכרוב כדי לטפל בו. בפרט אמורים הדברים כאשר ברי כי לא לשם כך נוצרה ולא לכך נועדה דוקטרינת הפסילה. אדרבה, דוקטרינת הפסילה נועדה לקדם ערכים אחרים – הגנה מיטבית על זכויות הפרט, הגנה על הגינותו של ההליך וטוהרו – גם, ובעיקר, כאשר אלה מתנגשים בערך המרכזי של ההליך הפלילי, שהוא חקר האמת.

נוסף על כך, גם הנחת היסוד של המחברים שלפיה, "מטבע הדברים, ברוב המוחלט של המקרים יהיה העד שותפו של הנאשם לדבר עבירה" – היא הנחה שאינה תואמת את המציאות. יתרה מזאת, כפי שהודגש לעיל ויפורט בהמשך, גם עדים שותפים לעבירה נבדלים זה מזה באופיים ובמעורבתם, ולפיכך אין הצדקה לקבוע מראש כי יש להחיל על כולם את "גישת התחולה האחידה".

נמצא אפוא, שאין ביישומה של "גישת התחולה האחידה" על עדים באשר הם כדי לקדם את חקר האמת בהליך הפלילי.

9. על חריגים ועל גמישותה ויחסיותה של דוקטרינת הפסילה

כמובא לעיל בתמצית,¹⁵⁹ רובינשטיין וסרוגוביץ טוענים שאין כלל מקום לקיומם

¹⁵⁷ רובינשטיין וסרוגוביץ, לעיל ה"ש 4, בעמ' 36.

¹⁵⁸ שם, בעמ' 36-38.

¹⁵⁹ ראו ראש פרק ז.

של חריגים לדוקטרינת הפסילה בישראל, בשל היותה של דוקטרינה זו גמישה ויחסית. גמישותה ויחסיותה של הדוקטרינה מאפשרות לבית המשפט לקבוע ולהכריע בכל טענה לפסילה של ראיה על סמך מכלול השיקולים, בהתאם לנסיבות המסוימות. ממילא לא נוצר כל צורך ליצור חריג לכלל. חריגים שכאלה נדרשים כדי לאזן קיומם של כללים מוחלטים ונוקשים; אין הם נדרשים, כאמור, כאשר הכלל עצמו מתגמש בהתאם לנסיבות.

אין לנו כל מחלוקת עם עמדה זו של שני המחברים. אדרבה, גם לדעתנו בגמישותה וביחסיותה של דוקטרינת הפסילה הפסיקיתית טמון יתרונה הגדול. יתרון זה מאפשר לבית המשפט, ולפניו למשפטן התובע בבואו להחליט אם יש מקום להעמיד לדין פלילי – לאזן בין הערכים המנוגדים, בהתאם לנסיבות המסוימות של אותו המקרה.

עם זאת, אנו חלוקות לחלוטין, שוב כנטען לעיל, על תפיסת המחברים את גישת התחולה המאבחת כיוצרת חריג לדוקטרינת הפסילה בישראל.¹⁶⁰ בניגוד לעמדות בארצות הברית ובקנדה – המצמצמות את יכולת השימוש בדוקטרינת הפסילה ביחס לראיות שנגבו מעדים, באמצעות הגדרה מסוימת של זכות העמידה¹⁶¹ דוקטרינת הפסילה בישראל חלה על כל סוגי הראיות, ונאשם רשאי לטעון טענות לצורך פסילת ראיה שהושגה מעד כלשהו. גם "גישת התחולה המאבחת" – או המצמצמת, ככינוים של שני המחברים – לא מחריגה את תחולתה של דוקטרינת הפסילה מראיה שהושגה מעד.

יתר על כן, ועיקר – "גישת התחולה המאבחת" לא רק שלא יוצרת חריג כלשהו לתחולתה של דוקטרינת הפסילה, או לכלל הפסילה, אלא להיפך. גישה זו דווקא מיישמת באופן מיטבי את הדוקטרינה. גישה זו מביאה בחשבון את כל הנסיבות הרלוונטיות להכרעה בנושא קבילותה של ראיה ופסילתה לרבות, הנסיבה שעניינה מיהותו של הנחקר שזכויותיו בחקירה הם שנפגעו. האם זה הנאשם, על מעמדו הייחודי וזכויותיו הייחודיות בהליך הפלילי? או שזהו נחקר, שזכויותיו בחקירה נפגעו, והוא אינו אלא עד במשפטו של הנאשם. נסיבה חשובה זו מושמטת במכוון ב"גישת התחולה האחידה". מצדדי "גישת התחולה האחידה" כופרים הלכה למעשה בחשיבותה של נסיבה זו כחלק ממכלול הנסיבות הנדרשות לשם הכרעה בשאלת קבילותה של ראיה או פסילתה. יתר על כן, תמיכתם ב"גישת התחולה האחידה" הוסיפה והובילה את מרין ואת רובינשטיין וסרוגוביץ לערוך שני מהלכים דרמטיים נוספים בנייתוחיהם את הסוגייה שבפנינו. המהלך האחד עניינו "העלמת" הזכות הפרוטקטיבית, קרי הזכות להגן על זכויותיו של נאשם בחקירה. והשני, "העלמת" זכותו האישית של הנאשם

160 רובינשטיין וסרוגוביץ, לעיל ה"ש 4, בעמ' 38 ו-42.

161 ראו פרק ג.

להליך הוגן, תוך העמדתה של דוקטרינת הפסילה בישראל אך ורק על האינטרס הציבורי שבהגנה על הגינות ההליך הפלילי וטוהרו. כמו החסרת הנסיבה המסוימת, גם "העלמתם" של שני המהלכים האמורים – לא רק שאינן מקדמות את דוקטרינת הפסילה, בהתאם להלכת יששכרוב, אלא שהן מוסיפות ופוגעות בה.

ח. על עדים שונים ועל נסיבות שונות של מתן עדות

עד כה טענו, ש"גישת התחולה האחידה" "חוטאת" להלכת יששכרוב. היא חוטאת לבסיסה העיוני של הדוקטרינה ואף חוטאת לאמות המידה ולשיקולים שעל פיהם מחויב המשפטן להגיע להכרעה במקרה מסוים בהתאם לנוסחת האיזון. בפרק זה נוסף ונצביע על הגיוון הרב שקיים בין העדים השונים במשפט, על סוגיהם. גיוון זה מקרין לא רק על הנסיבה המסוימת, שעניינה מיהותו של הנחקר שזכויותיו הם שנפגעו בחקירה – האם עד או הנאשם עצמו – אלא גם על היחס המגוון שבין הפגיעה בזכויותיו של נחקר עד לבין זכותו של נאשם למשפט הוגן. בהקשר אחרון זה, יש חשיבות גם לסוג הפגיעה, לאופייה של זכותו של העד שנפגעה, ולתגובתו של העד לפגיעה זו. לטעמנו אפוא לא זו בלבד ש"גישת התחולה האחידה" מחסירה נסיבה אחת מתוך הנסיבות הרלוונטיות לשאלת פסילתה של ראייה, אלא שנסיבה זו עצמה כוללת נסיבות נוספות שהן רלוונטיות להכרעה בשאלה.

1. עדים נפגעי עבירה

ר"ב, ילדה בת ארבע וחצי, התלוננה שאביה התעלל בה מינית. החוקרת במשטרה לא הזהירה אותה שעליה לומר את האמת, ושאינן היא חייבת להעיד נגד אביה. הסרטונים שתיעדו את חקירות הילדה היו הראיות העיקריות במשפט. לאחר הרשעתו של האב בכלל הערכאות, פסל בית המשפט העליון באסטוניה את סרטוני החקירה בגלל הפגמים האמורים באזהרתה של הילדה. כך אף הוסיף וזיכה את האב במשפט.¹⁶² מקרה זה, שנדון לבסוף בבית הדין האירופי לזכויות אדם במישור החוקתי-מינהלי, מייצג קבוצה רחבה של עדים העלולים להימצא במצבה של ר"ב – עדים שהם גם נפגעי העבירה.¹⁶³ בית הדין האירופאי קבע כי

¹⁶² R.B. V. Estonia, ECHR, Application no. 22597/16 (22.9.2021)

¹⁶³ אכן, המקרה של ר"ב אינו מקרה "נקי" של פגיעה בזכותו של עד נפגע העבירה. זאת מכיוון שהיעדר האזהרה לומר את האמת פוגעת גם בזכותו של הנאשם למשפט הוגן. לעומת זאת היעדר האזהרה לילדה בדבר זכותה שלא להעיד נגד אביה, פוגעת בזכויותיה שלה בלבד. עם זאת, המקרה הוא עדיין דוגמה טובה לנטען בגוף הטקסט על האבסורד

נפגעו זכויותיה של ר"ב, נפגעת העבירה, והורה לרשויות באסטוניה לפצותה בגין מחדלי הרשויות בעת חקירת האירוע.

ברי כי הפתרון שנמצא לעניינה של ר"ב אינו ראוי. הרעיון, שבשל פגיעה בזכויותיה של עד, שהוא גם המתלונן ונפגע העבירה, תיפסל אמרתו במשטרה ותוביל לזיכוי של הנאשם (ונניח לצורך העניין, כי הפגיעה בזכויות העד לא פגעה כהוא זה במהימנותה של תלונתו¹⁶⁴) מכיל בתוכו אבסורד נורמטיבי. העד נפגע העבירה נפגע כך פעמיים: פעם ראשונה מידי הנאשם ופעם שנייה מידי הרשות החוקרת ובעקבותיה גם הרשות השופטת. במקום שהאינטרסים והזכויות של נפגע העבירה ישמשו לטובתו שלו, כמשקולות נגד המשקולת של זכויות הנאשם – כעולה מן הערכים המנוגדים המנויים בהלכת **יששכרוב** – הרי בפסילת ראייה, גם האינטרסים והזכויות של העד משמשים לזכותו של הנאשם. דא עקא, שְׁאֵל אבסורד נורמטיבי זה מובילה "גישת התחולה האחידה".

בהקשר זה דומה ש"גישת התחולה האחידה" – המוחלת על עד באשר הוא עד – מקרבת את עצמה עד מאוד לביקורת החד-צדדית למדי, שנשמעה מצד חלק נכבד ממלומדים בישראל בעניין הלכת **יששכרוב** עצמה.

למרות המהלך הדרמטי של בית המשפט העליון בכינון דוקטרינת פסילת ראיות – דוקטרינה המשנה מהותית את האיזון בין ערכים המתנגשים בהליך הפלילי – עוד טרם יבשה הדיו על פסק הדין המקיף, המורכב והחדשני, וכבר נמתחה עליו ביקורת נוקבת מצד מלומדים ישראלים שונים שהביעו אכזבה ממנו.¹⁶⁵ בפרט, ובין היתר, טען סנג'רו, אחד מן המלומדים, כי עד שלא ישולם

שאליו מובילה "גישת התחולה האחידה". יתר על כן, המקרה מבחיר היטב עד כמה אי אפשר להסתפק אך ורק בשאלת מיהותו של הנחקר, כנסיבה רלוונטית, אלא יש להידרש גם לסוג הפגיעה בהקשר של מיהותו של הנחקר. בין היתר, יש להבחין בין היעדר אזהרה לעד לבין היעדר אזהרה לנאשם.

164 נראה שזה היה המצב גם בעניינה של ר"ב. דומה שלא בכדי הורשע האב בכל שלוש הערכאות, עד שהגיע עניינו לבית המשפט העליון באסטוניה.

165 כך, למשל, טענו קרן שפירא אטינגר ורון שפירא, כי הלכת **יששכרוב** תהפוך במהרה "לאות מתה". ראו קרן שפירא אטינגר ורון שפירא "כלל הפסלות הישראלי בשולי הלכת **יששכרוב**" דין ודברים ג 427, 440 (התשס"ח). לדעתם ההלכה תתקשה לעמוד באמות המידה הליברליות יותר שנקבעו בשיטות המשפט של אנגליה, קנדה ואוסטרליה (שם, בעמ' 434). כמו כן לדבריהם הכלל שנקבע בהלכת **יששכרוב** "איננו בעל משמעות מעשית רבה" (שם, בעמ' 452); ואין הוא "בעל עוצמה" של ממש (שם, בעמ' 453). כשנה בלבד לאחר שניתנה כינה בועז סנג'רו כינה את ההלכה החדשה "אכזבת **יששכרוב**". ראו בועז סנג'רו "כלל פסילת הראיות שהושגו שלא כדין שנקבע בהלכת **יששכרוב** – בשורה או אכזבה? דעה והזמנה לדיון נוסף" **משפט וצבא** יט 67 (התשס"ז). לדידו, קיים יתרון ברור לכלל הפסילה האמריקאי. לפי כלל זה יש לפסול כל ראייה שהושגה שלא כדין – מרגע שנקבע כי אכן הושגה שלא כדין. זאת ללא מתן שיקול דעת נוסף לבית המשפט (שם, בעמ' 104-105). בערך באותה העת – כשנה לאחר שניתנה הלכת **יששכרוב** –

המחיר החברתי, בדמות פסילת ראייה שתוביל לזיכוי של נאשם בעבירה חמורה, הרי אין לדוקטרינה ערך ממשי.¹⁶⁶ מעבר לעובדה, שבינתיים כבר התקיים התרחיש שאליו כיוון אותו מלומד,¹⁶⁷ דומה, שעצם משאת הנפש לקיומו סותרת מִנְיָה וְבִיָּה את הלכת יששכרוב על יחסיותה וגמישותה. משאת הנפש האמורה מבטאת תפיסה המעדיפה א-פריורית את זכויותיו של הנאשם ללא כל רצון או כוונה לאזנם מול ערכים ואינטרסים אחרים. בין היתר, מבטאת משאת נפש זו התעלמות גמורה מן העובדה שהעדפה גורפת של זכויות הנאשם אינה כרוכה רק במחיר שישולם על ידי החברה, אלא אף כרוכה במחיר אישי שישולם על ידי נפגעי העבירה – סובייקטים, שגם זכויות הפרט שלהם התעצמו עקב חקיקת חוקי-יסוד.¹⁶⁸

אין זה המקום לדון בגישה זו של חלק מהמלומדים, בייחוד לאור כך שמלומדים אחרים, ובהם אנשי הסניגוריה הציבורית, הגיעו למסקנה הפוכה, לפחות כעבור חמש-עשרה שנים ממתן פסק הדין בעניין יששכרוב. ספיר ורובינשטיין,¹⁶⁹ במאמר מאלף ומשכנע – רואים את הלכת יששכרוב כ"מספקת

טענו מרין וקיטאי-סג'רו כי הלכת יששכרוב מעוצבת, לכאורה, על בסיס החוק הקנדי. דא עקא, היא לא השכילה לאמץ לתוכה שינויים חשובים שחלו בדין הקנדי במהלך השנים ואף סטתה מדין זה בהקשרים מסוימים. סטייה זו של הלכת יששכרוב מן הדין הקנדי ה"נכון" תוביל, לדידם של השניים, להיקף מצומצם ובלתי ראוי של כלל הפסילה בדין הישראלי. ראו יובל מרין ורנית קיטאי-סג'רו "Collins, Miranda" ויששכרוב – על הפער בין הרצוי לבין המצוי "משפטים" 429, 496 (התשס"ז). כשלוש וחצי שנים בלבד לאחר שניתנה הלכת יששכרוב, בחן בנימין בלום 126 החלטות שהשתמשו בה, הסיק מהן את כישלונה של ההלכה והציע סיבות לכישלון זה. ראו Benjamin Blum, *Exclude Evidence You Exclude Justice? A Critical Evaluation Israel's Exclusionary Rule After Issacharov*, 16 Sw. J. INT'L L. 385 (2010).

166 בועז סג'רו "כלל פסילת הראיות שהושגו באמצעים פסולים מתפתח, אך עדיין ללא נכונות לשלם מחיר חברתי (ולזכות אשם בעבירה חמורה שעודנו ח") "משפטים על אתר ד 25 (התשע"ב).

167 ע"פ 2868/13 חייבטוב נ' מדינת ישראל (נבו 2.8.2018).

168 עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 1, בעמ' 536: "[...] ההליך הפילי אינו מתמקד רק בהגנה על זכויות החשוד והנאשם, אלא גם בהגנה על כבוד האדם ועל זכויותיהם של נפגעי העבירה בפועל או בכוח. כבר נקבע בפסיקתנו כי: 'חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, נושא עמו בשורה חוקתית חקוקה לכל פרט בחברה, אולם בשורה זו נועדה לכל החברה ולא רק לעבריינים שבה. קורבן העבירה בפועל ובכוח וכל אורח תמים-דרך זכאים להגנה על כבודם ועל חירותם מפני פחד, אימה ופגיעה, לא פחות מן הנאשם' [...]".

169 ספיר ורובינשטיין, לעיל ה"ש 35. השניים מראים באופן משכנע כי דווקא כלל הפסילה האמריקאי – הכלל שהועדף למצער על חלק מן המלומדים הישראליים – נמצא בנסיגה מתמשכת במהלך השנים. נסיגה זו פוגעת בהכרח בזכויות הפרט של הנאשמים בדין. לעומת זאת, מאז הניתנה, הלכת יששכרוב אך מתחזקת ומתרחבת. בין היתר, בניגוד לדין האמריקאי, נמנע הדין הישראלי מקביעת חריגים להלכת יששכרוב; בניגוד לדין

כיום הגנה חשובה ביותר על זכויות הפרט¹⁷⁰, זכויות הפרט של נאשמים, כמוכן. אין תמה בכך, שהרי עצם כינונה של הדוקטרינה והתפתחותה מאז כבר היטו את המאזניים לכיוון הערכים המגנים על זכויות הפרט של הנאשם ועל האינטרס הציבורי שבהגיונות ההליך וטוהרו. כך גם על חשבון הערכים הנוגדים ערכים אלה. זו מהותה של הדוקטרינה, זו מטרתה, וזהו האקלים הערכי שבו פועל ההליך הפלילי בימינו בכל מדינות המשפט, שאליהן משווה עצמה מערכת המשפט הישראלית. עם זאת, בנסיבות שבהן כבר עוצבה "הגנה חשובה ביותר על זכויות הפרט" של נאשמים, אין מקום להטיה נוספת של המאזניים באותו כיוון. בפרט אין מקום לכך על חשבון זכויותיהם של נפגעי העבירה, שהצורך בהגנה על זכויותיהם צוין במפורש בעניין יששכרוב:

"[...] האיזון בין זכויות הנאשם והגיונות ההליך הפלילי לבין הערכים הנוגדים ובהם – ערך גילוי האמת, הלחימה בפשע וההגנה על שלום הציבור ועל זכויותיהם של נפגעי העבירה – מוביל לאימוצה של דוקטרינת פסילה יחסית"¹⁷¹.

ברם, לשם מובילה גישת התחולה האחידה; היא מבקשת לצעוד צעד נוסף בהתפתחותה של הלכת יששכרוב – צעד, שמוסיף ומטה את המאזניים לכיוון זכויות הנאשם, גם על חשבונם של עדים, נפגעי העבירה. בהקשר זה ראוי להפנות לקריאתן של טמיר ופוגץ¹⁷² להכיר בזכות חוקתית להליך הוגן של נפגעי עבירה; ולמצער – להכיר באינטרסים המיוחדים שלהם להליך הוגן, לצדק ולאמת. הכרה זו אמורה להוביל להכנסת האינטרסים המיוחדים של נפגעי העבירה אל תוך מאזן השיקולים הנדונים בדוקטרינת הפסילה. וכך, בין היתר, טוענות השתיים במסגרת סיכום עמדתן:

"הייחוד של חידושי הלכת יששכרוב, על שני חלקיה, הוא בנכונות לוותר על ערך האמת לטובת זכויות הנאשם. מאחר שהנפגע הוא בעל האינטרס העיקרי בהגעה לאמת העובדתית, עמדתו חייבת

האמריקאי – רשאי נאשם בישראל לטעון בעניין הפרת זכותו של עד; בניגוד לחששות הראשוניים – גם ראיות חפציות נפסלו בדין הישראלי; ראיות נפסלו על ידי בית המשפט, גם כאשר מחיר פסילתן הוא כבד עד מאוד במישור חברתי; תחומים שונים של סדר הדין הפלילי הישראלי פותחו והוסדרו בעקבות הלכת יששכרוב.

שם, בעמ' 346. 170

עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 1, בעמ' 537. 171

מיכל טמיר ודנה פוגץ' "ההליך הפלילי כמשחק שחמט: מעמדו של הנפגע במסגרת דוקטרינת פסילת הראיות" ספר דורית ביניש 489 (2018). 172

למצוא ביטוי. באופן קונקרטי הצענו כי מהבחינה המהותית יובאו זכויות הנפגעים בחשבון באמצעות הוספת קטגוריה העוסקת בשאלה אם מדובר בעבירה שיש בה נפגעים קונקרטיים, בניגוד לאינטרס ציבורי כללי. במצב כזה, האינטרסים של הנפגע בהוכחת האמת יובאו בחשבון במשוואת האיזון. בפן הדיוני, זכותו של הנפגע להליך הוגן מחייבת יידוע ומתן זכות טיעון (למצער בפני התביעה), זאת במיוחד במצבים שבהם משמעותה של פסילת הראיה היא ויתור מובהק על ערך האמת ואגב כך ויתור על עקרון ההלימה בין המעשה להוקעתו החברתית ולענישה עליו.¹⁷³

דומה שגם שני המלומדים האנגליים Ward & Leon¹⁷⁴ שותפים במידה רבה לעמדתן של טמיר ופוגץ'. השניים תומכים בעמדת הדוקטרינה האירית לפסילת ראיות – דוקטרינה, שמעמידה בבסיסה ובמרכזה את ההגנה והאישור של זכויות הפרט. עם זאת, השניים מבקשים לפרש בסיס זה באופן מאוזן יותר על ידי הדגשת זכויותיהם של נפגעי העבירה.¹⁷⁵ לדידם, זכויות הפרט של הנפגעים לחיים, לשלמות גופנית, לקניין וכיוצא באלה מספיקות כדי להצדיק את מקומן כשיקול נגד לשיקולים לפסילת הראיה:

“The courts should consider both the effect of exclusion of evidence (or staying the proceedings) in vindicating the rights of the suspect, and the extent to which it will frustrate the vindication of the rights of those who might, if the evidence were admitted, be proved to be victims of the defendant’s wrongdoing. The rights to which we refer are simply the rights to life, physical integrity, property and so on that are infringed by serious crime, rather than a special category of ‘victims’ rights. Those whose rights have been violated have an interest in seeing those rights vindicated and in seeing evidence that may incriminate those responsible publicly aired.”¹⁷⁶

173 שם, בעמ' 537–538.

174 Tony Ward & Clare Leon, *Excluding Evidence (or Staying Proceedings) to Vindicate Rights in Irish and English Law*, 35 LEGAL STUD. 571 (2015)

175 שם, בעמ' 572.

176 שם, בעמ' 582.

אף אם המלומדות הישראליות והמלומדים האנגליים בוחרים להתמקד בזכויות פרט אחרות של נפגעי העבירה, הרי אין ספק שהכיוון של ארבעתם דומה: יש להקדיש לנפגעי העבירה ולזכויותיהם מקום ממושי כחלק ממאזן השיקולים בהחלטה על פסילת ראיה או קבלתה. כנטען, גישת התחולה האחידה מתעלמת מן "הקול הקורא" הזה – קולם של הנפגעים.¹⁷⁷

2. עדים שותפים לעבירה

נעבור עתה מן הקצה האחד, שבו עומדים העדים הנמצאים בצדו השני של המתרס המשפטי, עדים שהם נפגעי העבירה, לקצה השני, ונעיין בעניינה של דוקטרינת הפסילה, כאשר מדובר בעדים שהם באותו הצד של המתרס כמו הנאשם עצמו – העדים השותפים לו בעבירה. כנטען לעיל, כל התומכים ב"גישת התחולה האחידה" ביססו את נימוקיהם, בראש ובראשונה, על קבוצה זו של עדים – קבוצת העדים השותפים. אין תמה בכך. עד-שותף נחקר אף הוא כחשוד, ולכן חקירתו הקשה והמלחיצה יותר עלולה להעלות את החשש לפגיעה בו ובזכויותיו. עד זה נהנה מן הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית ומן הזכות להיוועץ בעורך-דין. שתי זכויות אלו עלולות להיות מופרות בעת החקירה. לעד-השותף ולנאשם עשויים להיערך שני משפטים, שבהם תפקידיהם יתחלפו ביניהם. בנסיבות מסוימות אלה קל יחסית להסיק שאין הבדל משמעותי בין פגיעה בעד (השותף) לבין פגיעה בנאשם.

ולמרות האמור, אין המסקנה של "גישת התחולה האחידה" נכונה, לטעמנו, גם לא באשר לקבוצה מסוימת זו. גם במקרה זה נכון וראוי להתייחס בעת שקילת פסילתה של ראיה או קבלתה למכלול הנסיבות המסוימות – לרבות, הנסיבות המשתנות מעצם שינוי התפקידים במשפט, ולרבות הזיקה שבין הפגיעה בחקירתו של העד לבין זכותו של הנאשם למשפט הוגן. כבר טענו לעיל באשר לפגיעה הכפולה בנאשם – הן מנקודת מבטו שלו והן מנקודת מבטו של הציבור העוקב אחר משפטו, על כל המשתמע מכך לעניין אמון הציבור במערכת המשפט. אף טענו כי "התכלית הפרוטקטיבית" מצטרפת אל התכלית של זכות הנאשם להליך הוגן, כדי להעצים את הפגיעה בחקירה שלו דווקא, לעומת פגיעה בחקירתו של עד-שותף. אך מעבר לאלה, עומדת השונות הכמעט הכרחית בנסיבות נוספות המתלוות לשתי הסיטואציות. גם כאשר מדובר בעד-שותף

¹⁷⁷ אך לאחרונה זכה מעמדם של נפגעי העבירה בישראל זכה לחיזוק בס' 16 להצעת חוק-יסוד: זכויות בהליך הפלילי, ה"ח הממשלה התשפ"ב 692, הקובע כי: "נפגע עבירה כהגדרתו בחוק, זכאי לכך שההליך הפלילי בעניין העבירה שממנה נפגע יתנהל באופן שיבטיח שמירה על זכויותיו על פי כל דין והגנה על כבודו כאדם".

לנאשם, הרי אין זה אומר שמעמדם של השניים שווה; אין זה אומר שחלקם בעבירה שווה; ואין זה אומר שהפגם בחקירה של העד-השותף השפיע או משפיע באופן שווה עליהם ועל זכויותיהם. לכל שוני שכזה יש השלכה ישירה על מהותן ומשמעותן של הנסיבות לצורך הכרעה בסוגיית פסילתה של ראיה.

ניטול לדוגמה נאשם העומד בראש ארגון פשיעה, כאשר העד-השותף – שזכותו שלו בחקירה היא זו שנפגעה – אינו אלא "חייל" בארגון. הפגיעה בחקירה הייתה פגיעה קשה בפרטיותו של העד-השותף, היא נעשתה בשגגה, ונמצא שהיא לא פגמה במהימנותה של הראיה שנגבתה מן העד. בית המשפט הכריע לפסול את הראיה שנגבתה מן העד-השותף במשפטו-שלו בשל הפגיעה הקשה בזכותו, ובשל הנזק החברתי הקטן יחסית שתגרור הפסילה נוכח חלקו הקטן יחסית של העד-השותף במעשי העבירה.¹⁷⁸ והנה, בהתאם ל"גישת התחולה האחידה" – החלטה שיפוטית זו חייבת להיות זהה גם במשפטו של הנאשם. כך, אף על פי שהפגיעה הקשה בפרטיות לא פגעה בו עצמו; אף על פי שנמצא שמהימנותה של הראיה לא נפגעה כלל בשל ההפרה כלפי העד-השותף; ואף על פי שפסילת הראיה במשפטו – פסילה שתוביל לזיכוי בדין – תגבּה מחיר גבוה מאוד מן החברה. בכל הכבוד, הכרעה שכזו סותרת מנייה וביה את דוקטרינת הפסילה הגמישה והיחסית שנתקבלה במשפט הישראלי. יישום אמות המידה של הדוקטרינה על עניינו המסוים של הנאשם, ראש ארגון הפשיעה, מוביל למסקנה הפוכה: הפגיעה בזכותו להליך הוגן פחותה, בשל היותה פגיעה עקיפה בו בלבד; מהימנותה של הראיה לא נפגעה עקב הפרת הדין כלפי העד-השותף; המחיר החברתי הכרוך בפסילת הראיה נגדו גבוה מאוד. המסקנה המתחייבת מן הנסיבות היא, שבמשפטו-שלו הראיה שנגבתה מן העד-השותף תתקבל. אין היגיון רב שהחוטא הזה – הנאשם – יצא נשכר מן הפגיעה באחר. נוסף על כך, הדעת נותנת שגם בית המשפט ישיכיל להסביר בהכרעתו את השוני בנסיבות, וכך גם אמון הציבור לא יפגע. אפשר אף להיפך – אמון הציבור בתוצאה המאזנת והמאוזנת אך יגבר.

הדוגמה האמורה, כשמה, דוגמה בלבד היא. כמוה ישנן דוגמאות רבות אחרות, שבהן משמעותו של הפגם בחקירה של עד-שותף תשתנה, כאשר היא תישקל במשפטו של הנאשם. כך, בין היתר, צריך יהיה לשקול את תגובתו של העד-השותף עצמו לפגיעה בו בחקירה. האם הוא עצמו חש פגיעה? כיצד הוא רואה את הזיקה והקשר בינה לבין הראיה שנגבתה ממנו בעקבותיה? שמא לדידו אין כל קשר בין הפגיעה בו בחקירה לבין גביית העדות ממנו? האם בדעתו לבקש

¹⁷⁸ בנסיבות דומות לאלה – קרי, הפרת דין שנמצאה חמורה, ללא פגיעה במהימנות הראיות, כאשר המחיר החברתי הכרוך בפסילה נמצא לא גבוה – נפסלו הראיות; עניין בן חיים, לעיל ה"ש 143.

לפסול את הראייה במשפטו-שלו? האם בדעתו להסתפק בהגשת תביעה נגד החוקרים שפגעו בו? ומה הזיקה של כל התשובות לשאלות האלה וגם לשאלות דומות נוספות – לזכותו של הנאשם למשפט הוגן?

כך, למשל, בעניין פלוני,¹⁷⁹ קבע השופט עמית שזכויותיהם של שותפיו הקטינים של המערער במעשה העבירה "הופרו במידת מה" במהלך חקירתם, אך הוא לא מצא ולו "זיקה מינימלית" בין ההפרות לבין עניינו של המערער.¹⁸⁰ באותו עניין מצא השופט עמית קושי בכך שנאשם עשוי לטעון לפגיעה בזכותו למשפט הוגן על סמך פגיעה בחקירה בזכותו של עד-שותף, כאשר האחרון לא טען כלל לפגיעה שכזו במשפטו-שלו. אכן, רובינשטיין וסרוגוביץ מבקשים לדחות קושי זה של השופט עמית באמצעות הרקע המקובל, לדידם, להיעדר התלונה מצד העד-השותף. לעדים שותפים, שהתרחש פגם בחקירתם, מוצעים שוב, לדידם של רובינשטיין וסרוגוביץ – הסדרי טיעון מקלים, שמייטרים את הצורך לטעון לפגיעה בחקירה.¹⁸¹ על טענה עובדתית זו כבר הערנו לעיל שהיא בלתי מוכחת. אך, מכל מקום, עדיין יש גם יש תיקים שבהם מתנהלים שני משפטים נפרדים נגד שני שותפים לעבירה.¹⁸²

ההיגיון של הלכת יששכרוב, שלפיו יש לבחון כל תיק לפי נסיבותיו חל אפוא גם במקרה של עד שהוא שותף לעבירה. נאשמים שותפים הם בני אדם שונים, במעמד שונה, שפעלו אחרת, נפגעו אחרת, חוו אחרת, הגיבו אחרת והבינו אחרת. לא ראוי אפוא ליצור כלל אחיד – אפילו לא באשר לפגיעה בחקירה של עד-שותף לעומת פגיעה בחקירתו של הנאשם עצמו.

3. עדים שנחקרו כחשודים באירוע אך לא כשותפים לעבירה של הנאשם

עדים שנחקרו כחשודים בתיקו של הנאשם, אף אם אינם שותפיו לעבירה המיוחסת לו, עלולים אף הם לחוות חקירה קשה ומלחיצה – עובדה, שמעצימה את הפגיעה בזכויותיהם, ככל שאלה אכן נפגעו בעת חקירתם. ברם, עובדה זו היא רק תחילתה של הבחינה הנדרשת ליישומה של דוקטרינת הפסילה – היא בוודאי אינה סופה. ואם נטען לעיל יש מגוון שלם של נסיבות, שיש להביא בחשבון בניתוח מקרה של פגיעה בעד-שותף לעבירה לעומת מקרה של פגיעה בנאשם עצמו, קל וחומר שכך באשר לעד שנחקר כחשוד, אך אינו שותף כלל לעבירה של

179 ע"פ 6943/17 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו) 26.7.2018.

180 שם.

181 רובינשטיין וסרוגוביץ, לעיל ה"ש 4, בעמ' 33–34.

182 שם, בעמ' 33. רובינשטיין וסרוגוביץ הזכירו שני תיקים שכאלה, שנדונו גם בבית המשפט העליון. על אלה אפשר להוסיף גם את עניין שוויש, לעיל ה"ש 6, שבו נוהלו שני משפטים נפרדים לשני הנאשמים-השותפים.

הנאשם. ברי שגם במקרה אחרון זה אין מקום לעמדה א-פריוורית, שעניינה "תחולה אחידה".

4. עדים "רגילים"

אף עדים "רגילים", שנקלעו להעיד באקראי, עלולים להיפגע בחקירתם במשטרה, גם אם הדבר נדיר יותר. משנקבע כי יש להחיל את "גישת התחולה המאבחת" – תוך בחינת מכלול השיקולים בהתאם לנסיבות הספציפיות של כל מקרה – אפילו באשר לפגיעה בחקירת עדים שותפים, הרי שהצורך בגישה זו לגבי פגיעה בחקירת עדים "רגילים" מובן מאליה ואינו דורש הרחבה נוספת.

ט. על הפסיקה ועל החוק שנקבעו זה מקרוב

1. עניין שוויש

כמוזכר בפתיח לעיל, בעניין שוויש¹⁸³ הכריע בית המשפט העליון לטובת עמדתו של השופט לוי, תוך דחיית עמדתו של השופט מזוז כדעת יחיד. בעניין שוויש נדונו ערעוריהם של שני השותפים לעבירות – סלים שוויש ואדהם מוסלמאני – וההכרעה האמורה ניתנה בעניינו של אדהם, שסלים שימש עד-שותף נגדו. בית המשפט העליון נזקק להכרעה זו, נוכח טענותיו של אדהם על אופן חקירתו של סלים – שהצדיק, לטענתו, את פסילת אמרותיו של סלים נגדו. בית המשפט העליון קבע בפשטות, ללא נימוקים כמעט, אך באופן חד וברור כי:

"בפסיקת בית משפט זה הובעה זה מכבר העמדה כי התכלית הניצבת בבסיס הלכת יששכרוב אמנם חלה גם ביחס לראיה שנתקבלה כתוצאה מפגם חמור בחקירתו של עד, ולא רק של הנאשם עצמו. עם זאת, על מנת לפסול ראיה שנתקבלה בחקירתו של עד לפי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, יש צורך בפגיעה בעלת עוצמה מיוחדת ורבה בהשוואה לפגיעה בזכויותיו של הנאשם עצמו (ראו והשוו: ע"פ 5002/09 מדינת ישראל נ' ז'אנו 2.12.2010, פסקה 17 לפסק דינו של השופט א' לוי; ע"פ 6943/17 פלוני נ' מדינת ישראל (26.7.2018), פסקה 4 לפסק דינו של השופט י' עמית); ראו גם דעה חולקת בע"פ 3237/15 יהודה נ'

183 עניין שוויש, לעיל ה"ש 6.

מדינת ישראל (1.6.2020), פסקאות 40-50 לדעת המיעוט שנתן השופט מ' מזוז (להלן: עניין יהודה)).

בענייננו, סלים עמד לדין בנפרד מאדהם, והוא בגדר עד תביעה כנגדו. משכך, הנטל המוטל על אדהם להוכיח כי נפלו פגמים בחקירות סלים המטילים מום באמרותיו לפי הלכת יששכרוב הוא נטל משמעותי, הדורש להצביע על קיומה של פגיעה בעלת עוצמה בזכויותיו של סלים. המסקנה כי לא עלה בידי אדהם להצביע על פגיעה כזו, מקובלת עליי¹⁸⁴.

בית המשפט העליון במותב תלתא¹⁸⁵ קבע כעמדתו של השופט לוי, תוך דחייה מפורשת של עמדת השופט מזוז. בהתאם לאמות המידה המקובלות לקביעת הלכה במשפט הישראלי – נראה אפוא שבעניין שוויש נקבעה הלכה; ההלכה היא כ"גישת התחולה המאבחנת".

2. עיגון הדוקטרינה לפסילת ראיות בחוק

כארבעה וחצי חודשים לאחר הכרעתו של בית המשפט העליון בעניין שוויש אישרה כנסת ישראל את עיגונה של הדוקטרינה לפסילת ראיות בחוק כדלקמן¹⁸⁶:

"56א. סמכות לפסילת ראיה שהושגה שלא כדין

(א) בית המשפט הדן במשפט פלילי רשאי שלא לקבל ראיה שהושגה שלא כדין, ובכלל זה הודעת נאשם או עד, חפץ או כל ראיה אחרת, אם שוכנע שקבלתה במשפט תפגע באופן מהותי בזכות להליך הוגן, בשים לב לאופייה ולחומרתה של הפרה, למידת ההשפעה של הפרה על הראיה שהושגה ולעניין הציבורי שבקבלת הראיה או באי-קבלתה; בסעיף קטן זה, 'הפרה' – השגת ראיה שלא כדין.

(ב) אין באמור בסעיף קטן (א) כדי לפגוע בכללים לפסילת ראיות הקבועים בהוראות חיקוק אחרות".

184 שם, בפס' 77 לפסק הדין.

185 השופט קרא כתב את חוות הדעת בפסק הדין, ואילו המשנה לנשיאה הנדל והשופט אלרון הסכימו לה.

186 חוק לתיקון פקודת הראיות (סמכות לפסילת ראיה שהושגה שלא כדין) (תיקון מס' 19), התשפ"ב-2022.

האם שינה העיגון החוקי של הדוקטרינה את הפסיקה בעניין הלכת יששכרוב בכלל ואת הלכת שוויש בפרט? תשובתנו היא לאו מוחלט. אכן, אין כל ספק שדוקטרינת הפסילה חלה עקרונית על "כל ראייה אחרת" לרבות "הודעת... עד". אך, כמצוטט לעיל, זוהי גם הקביעה בעניין שוויש. יתרה מזאת, מעיון בהצעות החוק שקדמו לחקיקה, בפרוטוקולים של הוועדה המייעצת לשר המשפטים לעניין סדר דין פלילי וראיות בראשות שופטת בית המשפט העליון בדימוס עדנה ארבל,¹⁸⁷ ובעיקר בנוסח המדויק של הוראת החוק עולה כי אין בסיס לטענה שהוראת החוק החדשה נועדה לשנות את כלל הפסילה שנקבע בהלכת יששכרוב והתפתח בפסיקת בית המשפט העליון. ובפרט עולה כי אין בסיס לטענה שהוראת החוק מכוונת להרחיב את ההלכה בדרך של "גישת התחולה האחידה" של השופט מזוז. אדרבה, כל המסמכים מלמדים, שהוראת החוק החדשה נועדה לעגן את המצב המשפטי הקיים ביחס לדוקטרינת פסילת הראיות. זאת כפי שנעשה בעבר ביחס לדוקטרינת ההגנה מן הצדק.

אשר להצעות החוק – בדברי ההסבר להצעת החוק הפרטית, שהגיש בזמנו השר גדעון סער,¹⁸⁸ הוא ביקש מפורשות להרחיב את כלל הפסילה שנקבע בהלכת יששכרוב. סער אף הוסיף והזכיר את המחלוקת שלפנינו בין השופט לוי לבין השופט מזוז, תוך הפנייה לעמדתם של רובינשטיין וסרוגוביץ. כדבריו:

"הצעת חוק זו באה להרחיב את כלל הפסילה הפסיקתית שנקבע בהלכת יששכרוב ולאמץ תחתיה כלל פסילה חקיקתית רחב יותר המעניק משקל משמעותי יותר לזכותו של הנאשם להליך הוגן. כלל זה יחול בכל מצב בו ננקטו אמצעים פסולים כנגד נחקרים, חשודים, נאשמים, עדים או כל אדם אחר".¹⁸⁹

והנה, אפילו בדברים אלה אין הכרעה חד-משמעית לטובת תחולת הגישה האחידה. ודוק, באמירה "כלל זה יחול בכל מצב בו ננקטו אמצעים פסולים כנגד נחקרים, חשודים, נאשמים, עדים או כל אדם אחר" אין כדי לומר, שהכלל ייושם באותו האופן בכל אחד מן המצבים.

על כל פנים והעיקר – לא הצעת החוק הפרטית הזו, על נוסחה הרחב ועל דברי ההסבר שלה, עמדה בפני הכנסת בשלב שבו אושר החוק. במקומה הועמדה הצעת חוק ממשלתית,¹⁹⁰ שניסחה שונה באופן משמעותי ושבדברי ההסבר לה

187 להלן: ועדת ארבל.

188 דברי ההסבר להצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 19) (פסילת ראייה), התשפ"ב–2022, ה"ח הממשלה 56.

189 שם.

190 הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (פסילת ראייה), התשפ"א–2021, פ/24/244. הצעת

אין כל ביטוי לרצון עקרוני וכללי "להרחיב את כלל הפסילה הפסיקתי שנקבע בהלכת יששכרוב". כל שיש בנוסח המצוטט לעיל, ובדברי ההסבר המצוטטים להלן, הוא עצם חלותו של כלל הפסילה גם על ראיות שהושגו מעדים:

"מוצע להחיל את כלל הפסילה לגבי כל סוגי הראיות, וזאת באמצעות הרחבת הכלל שהוצע במסגרת הצעת חוק הודאת נאשם [...] על פי ההצעה יהיה ניתן לפסול ראיות שהושגו כתוצאה מהפרת דין שבוצעה כלפי עד, ולא רק כלפי נאשם [...]"

אשר לדיונים בוועדת ארבל – למרות המחלוקת שנתגלעה בין השותפים בוועדה באשר לאופן ניסוחה הרצוי של הצעת החוק, הרי בסופו של דבר איש לא חלק על כך שהחוק המוצע אמור לעגן את הלכת יששכרוב, כפי שפותחה במשפט הישראלי, ולא לשנות אותה ואת מבחניה. עמדה מוסכמת זו אף באה לידי ביטוי במסמך "המלצות הוועדה לסדר דין פלילי וראיות בנושא פסילת ראיה", שהועבר לידי השר גדעון סער:¹⁹¹

"כל חברי הוועדה סברו כי הגיעה העת לעגן בחקיקה את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, המהווה נדבך חשוב ומרכזי בדיני הראיות הנהוגים בשיטת המשפט הישראלית, וכי אין להסתפק בהלכה הפסוקה בעניין זה.

במסגרת הדיון בנוסח הצעת החוק הפרטית, הסכימו חברי הוועדה כי יש להעדיף נוסח שנותן ביטוי לנוסחת האיזון שפותחה בפסיקה, ויאפשר את המשך הפיתוח הפסיקתי, על פני נוסח כללי כפי שהוצע בהצעת החוק הפרטית שיצריך פיתוח ופרשנות מחדשת".

לא בכדי גם לשונה של הוראת החוק, כמצוטט לעיל, מבהירה היטב כי אין בה כל כוונה לשנות את הלכת יששכרוב, כפי שזו פותחה בפסיקה עד כה. ניסוחה של הוראת החוק מהדהד את תמצית הלכת יששכרוב ואת עיקריה. הדיון בפסילתה של ראיה הוא בפני "בית המשפט הדין במשפט פלילי". קרי, המותב הדין בהליך העיקרי, ולא בשלב החקירה בידי שופט בית משפט השלום הדין בבקשות לקבלת צווי חקירה.¹⁹² המושג "שלא כדין" שהוטבע בהלכת יששכרוב נותר על כנו גם

החוק מוזגה עם הצעת החוק הממשלתית (ה"ש 7 לעיל).

¹⁹¹ מסמך המלצת ועדת ארבל שהועבר לשר גדעון סער ביום י' בתמוז התשפ"א, 27.6.2021.

¹⁹² כך, בהתאם להלכת שמש, לעיל ה"ש 19, ובהתאם להלכת אוריך – דנ"פ 1062/21 אוריך

בחוק. כלל הפסילה עשוי לחול על "כל ראייה אחרת" ולא רק על הודעת נאשם, כפי שנקבע עוד בעניין **יששכרוב** עצמו,¹⁹³ וכפי שהתקבל בפסיקה שלאחריו. הפגיעה בזכות להליך הוגן חייבת להיות "באופן מהותי"; אין די בפגיעה באשר היא. שלוש אמות המידה שנקבעו בהלכת **יששכרוב** מצאו אף הן את מקומן בהוראת החוק החדשה – "אופייה וחומריתה של ההפרה", "מידת ההשפעה של ההפרה על הראייה שהושגה" וה"עניין הציבורי שבקבלת הראייה או באי-קבלתה". בהתאם לנטעון, קבע בית המשפט העליון בעניין **אל עמראני** כי: "[...] לפני כחודש ימים, כלל הפסילה החוקתית הועתק אל תוך סעיף 56א לפקודת הראיות אשר קובע לאמור [...]".¹⁹⁴

בפרט, הוראת החוק החדשה מתייחסת לגבייתה של כל ראייה – "ובכלל זה הודעת נאשם או עד, חפץ או כל ראייה אחרת". עם זאת, כשם שיישום דוקטרינת הפסילה באשר ל"חפץ" אינו זהה ליישומה ביחס ל"הודעת נאשם", אף על פי ששני סוגי הראיות עלולים להיפסל – בה במידה, יישום דוקטרינת הפסילה ביחס להודעת עד אינו זהה ליישומה ביחס להודעת נאשם. שינוי הנסיבות משנה מְנִיָּה וְבִיָּה גם את היישום. לשון אחר, ודאי שאין בלשון הוראת החוק כדי לכונן ל"גישת התחולה האחידה".

3. עניין ותד¹⁹⁵

לבסוף, בעניין ותד, שב בית המשפט העליון ודן במחלוקת הנדונה ברשימה זו, כאשר הפעם אין מדובר בעד-שותף, כבעניין שוויש, אלא בעדה "רגילה", אחותו של הנאשם. והנה, אף על פי שמדובר כאמור בעדה רגילה, להבדיל מעד-שותף, בכל זאת תיאר בית המשפט העליון את המצב המשפטי כמצב של מחלוקת עומדת וקיימת. בית המשפט קבע:¹⁹⁶

"בפסיקה הוכרה האפשרות להחיל את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית במקרים שבהם הופעל אמצעי פסול כלפי עד, ולא כלפי הנאשם עצמו. עם זאת, נשמעו במהלך השנים דעות שונות באשר להיקף תחולתה של דוקטרינה זו בנסיבות שכאלה. יש

נ' מדינת ישראל (נבו 11.1.2022).

¹⁹³ עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 1, בפס' 76 לפסק הדין של השופטת ביניש: "הדוקטרינה האמורה תהא כללית ומיושמת על כל סוגי הראיות, לרבות הודאות נאשמים".

¹⁹⁴ ע"פ 6359/21 מדינת ישראל נ' **אל עמראני** (נבו 8.9.2022).

¹⁹⁵ ראו עניין ותד, לעיל ה"ש 8.

¹⁹⁶ כנטען לעיל, רק בעניינו של עד-שותף השמיעו הכותבים השונים נימוקים לטובת "גישת התחולה האחידה".

הסבורים כי רק מקום שבו נגרמה פגיעה בעלת עוצמה מיוחדת לעד בחקירתו, כך למשל: שהודעתו נגבתה נוכח איומים, שימוש באלימות, הפחדה או נסיבות מיוחדות אחרות, מוצדק להורות על פסילתה של ראיה זו במשפטו של הנאשם.

מנגד, הובעה בפסיקה גם עמדה שלפיה אין מקום להחיל אמות מידה שונות על פסילת ראיה במקרים בהם האמצעי הפסול שימש להשגת ראיה בחקירתו של עד אל מול מקרים בהם האמצעי הפסול שימש להשגת ראיה בחקירתו של הנאשם בלבד [...]”¹⁹⁷.

בית המשפט העליון הציג אפוא את ההכרעה בעניין שוויש לא כהכרעה שקבעה הלכה, אלא אך ורק כעמדה, המצטרפת לעמדתו של השופט לוי במחלוקת שלפנינו.

יש לתמוה על קביעה זו של בית המשפט העליון. בין היתר אמורים הדברים כאשר חוות הדעת העיקרית בעניין ותד ניתנה מפיו של השופט אלרון, שהוא גם אחד השופטים, שהסכים עם חוות הדעת העיקרית של השופט קרא בעניין שוויש. אכן, ”הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט, זולת בית המשפט העליון”¹⁹⁸. דהיינו, אין בית המשפט העליון כפוף לפסיקה קודמת שלו, והוא רשאי לשנותה. עם זאת, תמוה הדבר שבית המשפט מפנה לפסיקה קודמת שלו, ללא התייחסות לשאלה אם נקבעה בה הלכה אם לאו,¹⁹⁹ כאשר על פניו, נקבעה הלכה בעניין שוויש.

סופו של דבר, בין שנקבעה הלכה בעניין שוויש, ובין שבית המשפט העליון עוד מבקש לשוב ולהתעמק במחלוקת הנדונה,²⁰⁰ בין כך ובין כך, ביקשנו ברשימה זו לנמק את טעמיה ואת הגיונה של ”גישת התחולה המאבחנת” תוך הסתייגות מ”גישת התחולה האחידה”.

197 עניין ותד, לעיל ה”ש 8, בפס’ 31 לפסק הדין של השופט אלרון.

198 ס’ 20(ב) לחוק-יסוד: השפיטה.

199 שלא כבעניין ותד (לעיל ה”ש 8) המעורר תמיהה בהקשר זה, כאמור בגוף הטקסט – בעניין און יהודה דחה השופט מזוז במפורש את טענת התביעה שלפיה עמדתו מנוגדת להלכה שנקבעה עוד קודם לכן בעניין ז’אנו (לעיל ה”ש 2). השופט מזוז קבע כי לא נקבעה הלכה בעניין ז’אנו – ראו עניין און יהודה, לעיל ה”ש 3, בפס’ 50 לפסק הדין של השופט מזוז.

200 המבקש בית המשפט לשוב ולהתעמק במחלוקת גם כאשר מדובר בעד ”ריגיל”, להבדיל מעד ”שותף”?

י. לסיום

במאמר זה אנו חלוקות על עמדתו של השופט מזוז, כפי שקבע בפסיקתו בעניין יהודה. ואם יתהה התוהה, אם ראוי לצרף לספר לכבודו של השופט מזוז מאמר המבקש להקשות על גישתו – נפנה לסיפורו המופלא של האמורא הארץ-ישראלי, רבי יוחנן, שלא חדל להתאבל על מותו של תלמידו חברו ריש לקיש, שכן האחרון שימש לו בראש ובראשונה בר-פלוגתא.²⁰¹ אכן, התלמוד, ערש התרבות היהודית לאחר המקרא, רווי כולו במחלוקות, שנתפסו כמפרות וחיוביות, כאשר הן נעשות "לשם שמים",²⁰² קרי, כאשר המחלוקת עניינית היא. במובן זה, כל הילוכו של השופט מזוז, שלכבודו יוצא הספר שלפנינו, הוא "לשם שמים". הוא לעולם דן, התבטא, פסק וכתב באופן ענייני לחלוטין, "נקיי" מכל הטיה אישית, ולו הקלה ביותר. זכינו לעבוד תחת ניהולו במשרד המשפטים ולהופיע בפניו בבית המשפט העליון; נהנינו מן העומק, החדות והבהירות של מחשבתו. על אלה נוספה רגישותו הייחודית לאנשים המוחלשים בחברה, לאלה שמזלם לא שפר עליהם, ועקב כך הם התגלגלו להיות נדונים בפני בית המשפט. אשרינו, שזכינו להסתופף במחיצתו של השופט מזוז.

201 בבלי, בבא מציעא פ"ד, ע"א.

202 משנה, אבות ה, י"ז.