

מהלכת יששכרוב לכלל פסילה חקיקתי: מה נשתנה בעקבות סעיף 56א לפקודת הראיות?

גיא רובינשטיין* ויואב ספיר**

- א. מבוא
- ב. יתרונותיו של כלל הפסילה החקיקתי
 - 2.1 הגנה על כלל הפסילה מפני ביטול או צמצום פסיקטיים
 - 2.2 הבטחת יתרונותיו של כלל פסילה המקנה שיקול דעת לבתי המשפט
 - 2.3 החלת כלל הפסילה על ראיות שהושגו תוך הפרת דין שהופנתה כלפי עדים
 - 2.4 הבהרת היחס שבין כללי הפסילה השונים
- ג. סיכום

א. מבוא

בשנת 2022 חלה התפתחות חשובה מאוד במשפט הפלילי בישראל, כאשר הכנסת עיגנה בחקיקה כלל המקנה לבתי משפט סמכות רחבת היקף לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין.¹ עד אותה עת, כלל הפסילה הרחב שחל בהליכים פליליים היה זה שנוצר בשנת 2006 בפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין **יששכרוב**, ולפיו "לבית המשפט מסור שיקול דעת לפסול קבילותה של ראיה בפלילים, אם הוא נוכח לדעת כי הראיה הושגה שלא כדין וכי קבלתה במשפט

* Assistant Professor, בית הספר למשפטים ע"ש ויליאם ס' ריצ'רדסון, אוניברסיטת הוואי במנואה. עמית, מרכז אדמונד ולילי ספרא לאתיקה, אוניברסיטת הרווארד. לשעבר מתמחה ועוזר משפטי בלשכת השופט מני מזוז בבית המשפט העליון (2015–2016).

** פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל אביב. מנהל אקדמי של מכון טאובנשלאג לחקר המשפט הפלילי. לשעבר הסניגור הציבורי הארצי (2012–2021). המחברים מודים למיכאל בירנהק, לאלקנה לייסט ולאון רודס על הערותיהם המועילות ולעומר ברמן על עזרת מחקר מצוינת. המאמר מוקדש בהערכה רבה לשופט מזוז, אשר פסיקתו תרמה באופן משמעותי לפיתוחו של הכלל לפסילת ראיות ולחזיון ההגנה על זכויות הפרט בהליך הפלילי בישראל.

1 ראו ס' 1 לחוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 19), התשפ"ב–2022.

תיצור פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן.² כדי להנחות את שיקול דעתם של שופטות ושופטים בשאלה של פסילת ראיות במקרים נתונים, בית המשפט העליון הציע שורה של אמות מידה אשר "נוגעות לאופייה ולחומרתה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראייה; למידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראייה שהושגה; וכן לשאלת הנזק מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילתה".³ בהתאם לכלל הפסילה החדש, אשר עוגן בסעיף 56א לפקודת הראיות, "בית המשפט הדן במשפט פלילי רשאי שלא לקבל ראייה שהושגה שלא כדין, ובכלל זה הודעת נאשם או עד, חפץ או כל ראייה אחרת, אם שוכנע שקבלתה במשפט תפגע באופן מהותי בזכות להליך הוגן, בשים לב לאופייה ולחומרתה של ההפרה, למידת ההשפעה של ההפרה על הראייה שהושגה ולעניין הציבורי שבקבלת הראייה או באי-קבלתה".⁴

בעוד המהלך החקיקתי זכה לתשומת לב ציבורית ותקשורתית ניכרת,⁵ בבתי המשפט ובאקדמיה היו לא מעטים אשר התייחסו אליו במידה רבה של שוויון נפש.⁶ הטענה המפורשת או המרומזת של האחרונים הייתה שהכלל החקיקתי

2 ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא (1) 461, 557 (2006).

3 שם, בעמ' 569.

4 ס' 56א(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971. בסעיף מובהר כי "בסעיף קטן זה, 'הפרה' – השגת ראייה שלא כדין". שם.

5 ראו, למשל: חן מענית "הכנסת אישרה את החוק שמאפשר פסילת ראיות שהושגו שלא כדין" **הארץ** (30.6.2022) <http://bit.ly/4nSWITV>; טובה צימוקי "מהפכת 'פירות העץ המורעל': אושר החוק של סער לפסילת ראיות" **ynet** (30.6.2022) <https://perma.cc/27QX-LX22>.

6 מטבע הדברים, היו גם שופטים ומלומדים (כולל מחברי מאמר זה) אשר סברו כי לעיגון כלל הפסילה בפקודת הראיות, בנוסחו הנוכחי של סעיף 56א או בנוסח דומה, ישנה משמעות מעשית חשובה. ראו, למשל: ע"פ 3992/22 ותד נ' מדינת ישראל, פס' 32 לפסק הדין של השופט אלרון (נבו) (7.5.2023) (קובע כי העיגון החקיקתי של כלל הפסילה "מהווה התפתחות משמעותית בדין"); גיא רובינשטיין "פסילת ראיות שהושגו בניגוד לדין: על חשיבותה ויתרונותיה של הצעת חוק סער" **דין** (16.6.2021) <https://perma.cc/AT9A-5GWS> (מסביר את החשיבות שבהצעת החוק לעיגון כלל הפסילה בפקודת הראיות); חן מענית "משפטים חלוקים בנוגע להצעה שתתיר פסילת ראיות שהושגו שלא כחוק" **הארץ** (27.7.2021) <http://bit.ly/45876dt> (מביא את דבריו של פרופ' יואב ספיר כ"תומך נלהב בהצעת החוק"); עמנואל גרוס "ביצור זכויותיו של העומד לדין פלילי" **הארץ** (1.8.2021) <http://bit.ly/3INoThk> (גורס כי "הצעת החוק מעגנת את כלל הפסילה שנוצר בפסיקה, ואף מרחיבה אותו"). מנגד, היו מלומדים שהתנגדו לסעיף 56א מאותן הסיבות אשר הניעו אותם להתנגד מלכתחילה לכלל הפסילה הפסיקתי, ובעיקר חששם כי האפשרות לפסילת ראיות על ידי בתי המשפט עלולה להוביל לפגיעה בשלום הציבור ובאכיפת חוק אפקטיבית נגד עבריינים. ראו למשל מענית, שם (מביא את דבריו של פרופ' גבריאל הלוי כמי "שיוצא נגד הצעת החוק" וטוען "שהסכנה בפסילת ראיות שהושגו בניגוד לדין היא שנאשם ברצח שברור ששחוררו יסכן

זהה כמעט לחלוטין לכלל הפסיקתית שנקבע בהלכת יששכרוב, ומשכך העיגון החקיקתית נטול משמעות מעשית. כך, למשל, בית המשפט העליון, מפי השופט שטיין, העיר בעניין אל עמרני כי כלל הפסילה הפסיקתית "הועתק אל תוך סעיף 56 לפקודת הראיות".⁷ השופט שטיין כתב דברים ברוח דומה בעניין פרץ, עת ציין "שרובו ככולו" של כלל הפסילה הפסיקתית "מעוגן כעת בסעיף 56 לפקודת הראיות".⁸ מלומדים, מצידם, גרסו באופן מפורש יותר כי "הוספתו לאחרונה לפקודת הראיות של כלל פסילת הראיות לא חיזקה אותו, בשל הניסוח הלא מוצלח שניתן לו",⁹ ואף שהכלל החקיקתית "רחוק מלחולל שינוי של ממש"¹⁰ ו"אינו מגלם חידוש כלשהו ביחס לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית".¹¹

קל להבין מדוע סעיף 56 לפקודת הראיות לא עורר התלהבות מיוחדת בקרב משפטנים רבים. ראשית, בדומה לכלל הפסילה הפסיקתית, הכלל החקיקתית נותר

את החברה ישתחרר מפני ששטר עשה טעות או אפילו פעל במכוון בניגוד לדין בחקירה").

7 ע"פ 6359/21 מדינת ישראל נ' אל עמרני, פס' 43 לפסק הדין של השופט שטיין (נבו) 8.9.2022 (הדגשה הוספה).

8 בש"פ 2639/23 פרץ נ' מדינת ישראל, פס' 7 להחלטה של השופט שטיין (נבו) 23.4.2023.

9 בועז סג'רדו בטיחות מפני הרשעת חפים מפשע 171 (2023).

10 יחיאל וינרוט "פסילת ראיות שהושגו שלא כדין – האומנם שינוי של ממש במשפט הישראלי?" משפחה (ה' באב התשפ"א) 5MVK-WR5R. <https://perma.cc/5MVK-WR5R>.

11 אסף הרדוף לא מה שמעמית: מבט אנליטי ביקורתי בכלל הפוסל עדות שמועה ובחריגיו החקיקתיים בישראל 17, ה"ש 4 (2024). ראו גם אסף הרדוף "חוק יסוד: טרוריקה חוקתית" פורום עיוני משפט 1, 22 (התשפ"ג) (טוען כי סעיף 56 לפקודת הראיות "לא הוסיף דבר וחצי דבר ביחס לפסיקה"); אסף הרדוף "חופש הוכחה נגד כבלי הוכחה – כשלים ומהמורות בדרך לדיוק העובדתי במשפט" משפט ועסקים לא 1, 18 (2025) (טוען כי סעיף 56 "לא חידש דבר"); נעמי גרנות וסיגל בלום "הדוקטרינה לפסילת ראיות – בין גבית ראיה מנאשם לבין גבית ראיה מעד" ספר מני מזוז, 75 (יורם רבין, יניב ואקי, אלון רודס וגיא רובינשטיין עורכים) (2025) (טוענות כי אין בסעיף 56 "כל כוונה לשנות את הלכת יששכרוב, כפי שזו פותחה בפסיקה עד כה" וכי "ניסוחה של הוראת החוק מהדהד את תמצית הלכת יששכרוב ואת עיקרה"); מענית, לעיל ה"ש 6 (מצייין כי עו"ד ז'ק חן "סבור שהצעת החוק לא מספיק מרחיקת לכת" משום שלטענתו "לא מספיק לעגן בחוק את מה שכבר נקבע בפסיקה"). פרופ' יניב ואקי טען כי "ניסוחו הלקוני" של תזכיר חוק לתיקון פקודת הראיות (מס' ...) (פסילת ראיה), התשפ"א-2021 – תזכיר שנוסחו שונה מעט מהתיקון שהתקבל בכנסת בסופו של דבר – "מעלה שאלות רבות", וכן טען כי "ייתכן ויש מקום לדרוש מהמחוקק שלא להסתפק רק בהצהרה על עיגון כלל הפסילה בחוק, אלא להתייחס גם לשיקולים העיקריים (גם אם לא בדרך של רשימה סגורה וממצה) שעל בית המשפט להביא בחשבון בבואו להכריע אם לפסול ראיה אשר עלולה לפגוע בהוגנות ההליך". יניב ואקי "חוק פסילת הראיות החדש: מהפכה או אי־פֶּכָא מִסְתַּבְּרָא?" מגזין בית המשפט! (אוגוסט 2021) <https://perma.cc/36ME-79LT>.

אף הוא כלל "יחסי", המותיר בידי בית המשפט הדן בתיק שיקול דעת אם לפסול ראייה שהושגה שלא כדין.¹² עבור אותם מלומדים הקוראים זה שנים להחלפתו של כלל הפסילה היחסי בכלל פסילה "מוחלט", המחייב את בית המשפט לפסול ראייה שנקבע לגביה כי הושגה שלא כדין, אך ברור כי סעיף 56א החדש הוא אכזבה.¹³ שנית, התיקון החקיקתי לא שינה – לקולה או לחומרה – את ההנחיה הפסיקתית שלפיה הראייה תיפסל, בהתאם לשיקול דעתו של בית המשפט, רק אם הפגיעה שתיגרם לזכותו של נאשם להליך הוגן כתוצאה של קבלתה תהיה מהותית. לבסוף, בניגוד לתקוותם של רבים (בעיקר מקרב רשויות האכיפה והתביעה), המחוקק נמנע מלקבוע במסגרת סעיף 56א רשימה מפורטת וברורה של "שיקולים שבהם יתחשב בית המשפט בבואו לדון באפשרות של פסילת ראייה".¹⁴ במקום זאת, בדומה לבית המשפט העליון בעניין יששכרוב, בחר המחוקק "להותיר שיקול דעת רחב לבתי המשפט כך שעוצמת ההפרה תישקל תוך איזון בין כלל השיקולים הנוגעים לעניין, בהתאם לנסיבות של כל מקרה".¹⁵ טענתנו במאמר זה היא שבניגוד לתחושת המבקרים, חקיקתו של סעיף 56א לפקודת הראיות חשובה ביותר, משום שהיא חיצקה את כלל פסילת הראיות וביצרה את ההגנה על זכויות הפרט בישראל.¹⁶ ראשית, בעצם העיגון של כלל

¹² ראו דנ"פ 6970/22 בן אוליאל נ' מדינת ישראל, פס' 13 להחלטה של הנשיאה חיות (נבו 7.2.2023) (מציינת כי "על פי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שאומצה בשיטתנו, ניתן לבית המשפט שיקול דעת להכריע בשאלת קבילותה של ראייה שהושגה שלא כדין וזאת בהינתן נסיבותיו של כל מקרה לגופו ובהתאם לאמות המידה שנקבעו בהלכת יששכרוב", וכי "תפיסה זו לא השתנתה אף לאחר חקיקת החוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 19) התשפ"ב-2022, אשר במסגרתו נוסף סעיף 56א לפקודה"). לדיון בהבדלים שבין כלל פסילה "יחסי" לבין כלל פסילה "מוחלט", ראו יואב ספיר וגיא רובינשטיין "יששכרוב בפעולה – על יתרונויה של דוקטרינת הפסילות היחסית ועל תרומתה להגנה על זכויות הפרט" *מעשי משפט* י' 333, 334, 336, 338–339 (2019).

¹³ ראו ספיר ורובינשטיין, שם, בעמ' 337–339 (מציגים באופן תמציתי את עמדתם של מבקרים מ"הכיוון הליברלי", הטוענים "שדוקטרינת הפסילות שנפסקה אינה חזקה דיה בשל היותה 'יחסית', כזו המעניקה שיקול דעת רחב לבתי המשפט להימנע מפסילותן של ראיות שהושגו שלא כדין" וכי "הגנה 'אמיתית' על זכויות הפרט [...] תושג באמצעות אימוצו של כלל פסילות מוחלט, אשר יחייב את בתי המשפט שלא 'לעצום עין' אל מול הפרת זכויותיהם של חשודים ונאשמים, גם כאשר מדובר בעבירות חמורות או בהפרות משטריות של הדין שאינן חמורות במיוחד"). טענתנו המרכזית במאמר זה הייתה כי ביקורת זו מוטעית, וכי הניסיון האמריקני מדגים כי כלל פסילה יחסי עדיף על כלל פסילה מוחלט מנקודת המבט של שמירה על זכויות הפרט. ראו שם, בעמ' 340–352.

¹⁴ דברי הסבר להצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 19) (פסילת ראייה), התשפ"ב-2021, ה"ח 56, 57.

¹⁵ שם.

¹⁶ סקרנו חלק מיתרונותיו של הכלל החקיקתי החדש בכתיבה קודמת. ראו רובינשטיין, לעיל ה"ש 6; יואב ספיר "שיח הזכויות, פופוליזם והתגובה לפשיעה בחברה הערבית: על

הפסילה בחקיקה יש משום ערובה נגד ביטול או צמצום משמעותי שלו על ידי בית המשפט העליון. שנית, סעיף 56א מקבע את יתרונותיו הרבים של כלל פסילה יחסי המקנה לבית המשפט שיקול דעת באשר לפסילת הראיה. שלישית, בסעיף 56א טמונה ההבטחה כי כלל הפסילה חל באופן שווה ואחיד הן כאשר הפרת הדין המשטרית בוצעה כלפי הנאשם והן כאשר היא בוצעה כלפי אדם אחר, כגון עד במשפט. לבסוף, הסעיף החדש מבהיר באופן מפורש כי כללי פסילה חקיקתיים אחרים ימשיכו לחול כמסלולי פסילה נפרדים ועצמאיים, וכי מעמדם לא נפגע בשל קביעתו של כלל פסילה רחב וכללי. בהמשך המאמר נדון בהרחבה בכל אחד מיתרונות אלה.¹⁷

ב. יתרונותיו של כלל הפסילה החקיקתי

2.1 הגנה על כלל הפסילה מפני ביטול או צמצום פסיקטיים

עיגונו של כלל הפסילה בחוק, ולא רק בפסיקה, תרם ליציבותו. בהיעדר עיגון חקיקתי יכול בית המשפט העליון לבטל כליל את כלל הפסילה שקבע בהלכת

הצורך בהגנה חוקתית משודרגת על זכויות בפלילים" משפטים על אתר כא 51, 58, ה"ש 22 (2025).

ראוי לציין כי סעיף 56א לא בהכרח פתר את כל המחלוקות שהתגלעו בפסיקה ובספרות. כן, למשל, המחוקק לא הבהיר איזה משקל צריכים בתי המשפט הדנים בפסילתה של ראיה לתת לשיקול של חומרת העבירה שבה מואשם הנאשם בתיק שלפניהם – שאלה שלגביה אין תמימות דעים בפסיקה. ראו ספיר ורובינשטיין, לעיל ה"ש 12, בעמ' 348–350 (דנים במחלוקת פסיקתית זו). המחוקק גם נמנע מלהתייחס במפורש לשאלה אם נכון שבמקרים מסוימים, במקום להחליט בעניין פסילתן של ראיות רק במסגרת הכרעת הדין, על בתי המשפט לקיים משפט זוטא בשלבים מוקדמים יותר, כפי שהומלץ לעיתים בפסיקה ובספרות וכפי שכבר נעשה על ידי מספר שופטות ושופטים בערכאות הנמוכות. ראו, למשל: אלקנה לייסט "על כללי התנהגות, כללי שיפוט, ועל קיום משפטי זוטא לבחינת קבילות ראיות חפציות – קריאה חדשה בדנ"פ 5852/10 מדינת ישראל נ' שמש" ספר יורם דנציגר: אסופת מאמרים לכבודו של השופט (בדימוס) פרופ' יורם דנציגר 461 (לימור זר-גוטמן ועידו באום עורכים) (דן בסוגיית משפטי זוטא בהקשר של כלל הפסילה הפסיקטי); רינת קיטאי סנג'רו "משפט זוטא ביחס לראיות שהושגו שלא כדין כאמצעי להתגברות על שיקול חיוניות הראיה" ספר סלים ג'ובראן 911 (אהרן ברק, מוחמד ס' ותד, גד ברזילי ודורית פרידמן עורכים) (2023) (להלן: ספר ג'ובראן) (כנ"ל); בנימין בלום, יורם רבין וברק אריאל "אופן בחינת הודאות חשודים בדן הפלילי בישראל: בחינה מהותית ופרוצדורלית של היחס בין סעיף 12 לפקודת הראיות לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית" משפטים 815 (התשע"ח) (כנ"ל). בהקשר אחרון זה, יש להזכיר כי הנוהג ארוך השנים של בתי המשפט לערוך משפט זוטא כדי לבחון אם הודאה הייתה "חפשית ומרצון" לפי סעיף 12 לפקודת הראיות אף הוא אינו מעוגן בחקיקה.

יששכרוב, או לצמצם את היקפו באופן משמעותי. כאשר בית המשפט העליון יצר בשנת 2006 את כלל הפסילה הפסיקתי, הוא הכיר בכך שפסילת ראיות מפלילות עלולה לעיתים לפגוע ביכולתם של בתי משפט להגיע לחקר האמת ולקדם אכיפת חוק.¹⁸ עם זאת, בית המשפט הבהיר כי נוכח חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, פגיעה שכזו היא, במקרים רבים, מחיר שנכון לשלם לשם שמירה על זכויות הפרט בהליך הפלילי.¹⁹ במילותיו של בית המשפט, "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".²⁰ זאת ועוד, בית המשפט דחה את התפיסה שלפיה קיימת סתירה הכרחית בין חתירה לחקר האמת לבין הגנה על זכויות הפרט, בציינו כי "פעמים רבות, התכלית של בירור נאות של העובדות וגילוי האמת מתיישבת עם התכלית של הגנה על זכויות הנאשם".²¹ במאמר קודם הדגשנו מדוע טוב עשה בית המשפט העליון כאשר דחה את הדיכטומיה השגויה הזו:

"הדיכטומיה שלעיתים מוצגת בין ערך האמת (והיעדר כלל פסילות) לבין ההגנה על זכויות הנאשם (וקיומו של כלל פסילות) אינה מדויקת לטעמנו. לדוגמה, חלק ניכר מכללי המותר והאסור בחקירה נועדו לשרת גם את ערך האמת. ההנחה היא שחציית גבולות בחקירה, למשל באמצעות לחץ פיזי או נפשי, חקירה ארוכה מדי או תרגילי חקירה מסוימים, עלולה להביא להודאות שווא, ובכך תחתור תחת גילוי האמת. גם אם במקרה ספציפי ברור שפסילות הראיה תפגע בגילוי האמת, בטווח הארוך היא יכולה להביא להקפדה על הכללים ובכך לשרת את ערך האמת במקרים עתידיים".²²

כיום, כמעט עשרים שנה לאחר מתן הלכת **יששכרוב**, אפשר היה לסבור שההצדקות לקיומו של כלל לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין מוסכמות ומקובלות. בהתאם אפשר היה להניח שהצורך בכלי אפקטיבי שכזה אינו שנוי במחלוקת. אכן, מאז פסק הדין בעניין **יששכרוב**, ההצדקות לכלל הפסילה בוססו

18 עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 533.

19 שם, בעמ' 535–537.

20 שם, בעמ' 536.

21 שם, בעמ' 532.

22 ספיר ורובינשטיין, לעיל ה"ש 12, בעמ' 359, ה"ס 9. ראו גם ספיר, לעיל ה"ש 16, בעמ' 59–60.

הן בפסיקת בית המשפט העליון והן בספרות האקדמית.²³ אולם גישה זו אינה גישה יחידה. נשיא בית המשפט העליון, השופט יצחק עמית, מוביל בפסיקתו, כתיבתו האקדמית והרצאותיו גישה אחרת. גישה זו מבקרת את "שיח הזכויות" בהליך הפלילי, ובכלל זה את מה שהוא רואה כריבוי של בקשות של נאשמים לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין, לביטול האישומים נגדם בטענה של הגנה מן הצדק ולעיון בחומרי חקירה.²⁴ עמית הביע את גישתו הביקורתית באופן המפורש והחריף ביותר בשנת 2021, בפסק הדין בעניין נחמני, עת יצא נגד מה שראה כ"תהליך שעובר המשפט הפלילי בשני העשורים האחרונים – משיח של ראיות לשיח של זכויות".²⁵

"בימים עברו, המשפט הפלילי התמקד בעבודה המייגעת והאפורה של בחינת כל ראיה לגופה, קבילותה, משקלה והצטברותה למכלול של ראיות, והכל על מנת לממש את תכלית כל התכליות של המשפט – חקר האמת. אך בעשורים האחרונים דומה כי המקום של ה'יש הראייתי' הולך ונזנח לטובת טענות לפגמים כאלה ואחרים בחקירה ובהליכי התביעה, טענות לאי חוקיות של מעשה זה או אחר במהלך החיפוש-תפיסה-חקירה, טענות להגנה מן הצדק ועוד. טענות כאלה, מסיטות את ההליך הפלילי מדרך המלך ומהתכלית של חקר האמת, גורמות להליך הפלילי להסתרב ולתארך עוד יותר, ולמעשה מביאות להיפוך תפקידים: 'הנאשם קם מכיסאו והופך לקטיגור, והמאשימה אמורה מכאן ואילך להתגונן ולהוכיח כי פעלה כחוק'".²⁶

עמית סיכם את דבריו בקריאה לפעולה: "מבלי לכפור בתרומת שיח הזכויות להליך הפלילי ולזכויות הנאשם, לטעמי, הגיעה העת כי ההליך הפלילי שהלך

²³ לפסקי דין מהעת האחרונה, ראו, למשל: ע"פ 4946/20 אינעלם נ' מדינת ישראל, פס' 4 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימוס) הנדל (נבו 6.6.2022); רע"פ 5334/23 אברגל נ' מדינת ישראל, פס' 46-47 לפסק הדין של השופט אלרון (נבו 14.7.2024); ע"פ 7218/22 אלמלא נ' מדינת ישראל, פס' 8 לפסק הדין של השופט שטיין (נבו 29.1.2025). לספרות מהעת האחרונה, ראו, למשל: יניב ואקי דיני ראיות כרך א 215 (2020); יוסף אלרון "המשפט הפלילי – על צומת דרכים" ספר ג'ובראן, לעיל ה"ש 17, 841, 841.
²⁴ ראו ספיר, לעיל ה"ש 16, בעמ' 54-57 (סוקר בהרחבה את ביקורתו של השופט עמית כלפי התפתחותם של זכויות הפרט בהליך הפלילי ושל הסעדים עבור הפרתן).
²⁵ ע"פ 4039/19 נחמני נ' מדינת ישראל, פס' 102 לפסק הדין של השופט עמית (נבו 17.3.2021).
²⁶ שם (הושמטה הפניה פנימית לבש"פ 6662/19 מדינת ישראל נ' בן עוז, פס' 11 להחלטה של השופט עמית (נבו 24.11.2019)).

והסתרבל ישל מעליו משקולות שנוספו לו בשנים האחרונות, ויחזור ויעמיד במרכז הבמה את החתירה לבירור האמת העובדתית".²⁷ הגם שהשופט גרוסקופף הסכים עם דבריו של עמית בעניין נחמני,²⁸ שופטות ושופטים אחרים של בית המשפט העליון לא מחזיקים בעמדה דומה.²⁹ בספרות ובפסיקה הועלו טיעונים כבדי משקל נגד תפיסתו של עמית, וביניהם התפקיד הקריטי של שמירה על זכויות הפרט "הן מבחינת עשיית הצדק עצמה והן מבחינת מראית פני הצדק" דווקא בהליכים פליליים,³⁰ וכן היעדר הסתירה שבין הקפדה על זכויות לבין חתירה לחקר האמת.³¹ כן הושמעה הטענה כי עמית חוטא בהערכת יתר של הזמן השיפוטי המוקדש לבירור טענות לפגיעה בזכויות בהליכים פליליים.³² עם זאת, ביקורתו של עמית מבטאת תחושות הרווחות בקרב גורמי אכיפה ותביעה, והשפעתה ניכרת על חלק מהשופטות והשופטים בערכאות הנמוכות.³³ לכן, לא היה אפשר לבטל את החשש שהיא תוביל בטווח הארוך לביטול או החלשה משמעותית של סעדים שיפוטיים להפרות זכויות בהליך הפלילי, ובראשם כלל הפסילה הפסיקתית.³⁴ עיגונו של כלל הפסילה בחוק מעמעם חשש זה ומקנה לכלל יציבות חשובה.³⁵

27 שם (הדגשה הוספה).

28 שם, בפסק דינו של השופט גרוסקופף.

29 ראו רובינשטיין, לעיל ה"ש 6 (טוען כי "נכון להיום, נראה שרובם של שופטות ושופטי בית המשפט העליון אינו שותף לתפיסה" של עמית); ספיר, לעיל ה"ש 16, בעמ' 57 (טוען כי עמדת עמית "אינה נחלת כלל השופטים בבית המשפט העליון", ומביא דוגמאות לשופטות ולשופטים אחרים אשר ביקרו אותה או הביעו עמדה מנוגדת).

30 עניין נחמני, לעיל ה"ש 25, בפס' 9 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז. ראו גם אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של המשפט הפלילי המהותי והדיוני" ספר מרים נאור 125, 162 (אהרן ברק, דפנה ברק-ארז, מיכל גל, רונן פוליאק, אבישלוס וסטרייך וסתיו כהן עורכים) (2023) (מצדד בעמדתה של השופטת ברק-ארז); אלרון, לעיל ה"ש 23, בעמ' 842–847 (משמיע עמדה דומה); ספיר, לעיל ה"ש 16, בעמ' 60–61 (כנ"ל); קנת מן "הערות על שיח הזכויות ושיח הראיות בהליך הפלילי" הסניגור 292, 4, 5 (2021) (כנ"ל); מרים גור-אריה "הגנה חוקתית מוחלטת לעקרונות היסוד שבהצעת חוק-יסוד: זכויות בהליך הפלילי" משפטים על אתר כא 1, 5–7 (2025) (כנ"ל).

31 ראו, למשל: גור-אריה, שם, בעמ' 6; ספיר, לעיל ה"ש 16, בעמ' 59–60.

32 ראו, למשל: ספיר, שם, בעמ' 61–63; בועז סנג'רו "האם נמאס לשופט מזכויות הנאשמים?" ישראל היום (10.4.2021) <https://perma.cc/3HTC-CPXS>.

33 ראו ספיר, לעיל ה"ש 16, בעמ' 57.

34 ראו, למשל, רובינשטיין, לעיל ה"ש 6 (טוען כי "החשש שעד לא מזמן היה נראה דמוני, של חזרה עשורים אחורה אל עידן שבו בתי המשפט העלימו עין ממרבית הפרות הדין המשטריות, כבר אינו מופרך לחלוטין").

35 ראו, למשל: שם; ספיר, לעיל ה"ש 16, בעמ' 58, ה"ש 22.

2.2 הבטחת יתרונותיו של כלל פסילה המקנה שיקול דעת לבתי המשפט

סעיף 56א לפקודת הראיות מקבע את היותו של כלל הפסילה "יחסי", ובכך משמר את היתרונות שבהקניית שיקול דעת לבתי משפט לפסול ראיות שהושגו שלא כדין או להימנע מפסילתן. לאחר מתן הלכת יששכרוב, מלומדות ומלומדים רבים טענו כי כלל הפסילה היחסי חלש מדי. הטענה העיקרית הייתה שהכלל היחסי לא מספק הכוונה ברורה, ובכך מאפשר לבתי המשפט, הלכה למעשה, לקבל כל החלטה שירצו בעניין קבילותה או פסילתה של ראיה שהושגה שלא כדין.³⁶ עוד נטען כי שופטות ושופטים עלולים במקרים רבים להימנע מפסילת ראיות מרשיעות, בעיקר בתיקים שבהם נדונות עבירות חמורות, וזאת משום שהלכת יששכרוב מנחה את בתי המשפט להביא בחשבון את "שאלת הנזק מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילתה" של הראיה.³⁷ בתקופה המוקדמת שלאחר מתן הלכת יששכרוב, מלומדים גרסו כי החשש מהימנעותם של בתי משפט מפסילת ראיות בתיקים שכאלה אינו תיאורטי גרידא, וכי זהו אכן מצב הדברים בערכאות השונות.³⁸ כפי שהערנו בעבר, "הביקורת שהושמעה כלפי הלכת יששכרוב כה נחרצת, עד כדי כך שעיון בחלק מהמאמרים של המבקרים [...] עלול להוביל את הקורא להאמין שדוקטרינת הפסלות הפסיקטית היא לא יותר מאחיות עיניים נטולת כל תועלת בהגנה על זכויות הפרט".³⁹ ביקורת זו הובילה מלומדות ומלומדים לקרוא, במפורש או במרומז, לאימוצו של כלל פסילה מוחלט, אשר, לטענתם, יחייב בתי משפט לפסול ראיות שהושגו שלא כדין ולפיקח יגן לכאורה טוב יותר על זכויות.⁴⁰

³⁶ ראו, למשל: בועז סנג'ור "כלל פסילת הראיות שהושגו שלא כדין שנקבע בהלכת יששכרוב – בשורה או אכזבה? דעה והזמנה לדיון נוסף" **משפט וצבא** יט 67, 103–105 (התשס"ז); קרן שפירא-אטינגר ורון שפירא "כלל הפסלות הישראלי בשולי הלכת יששכרוב" **דין ודברים** ג 427, 431–434 (התשס"ח); Binyamin Blum, "Exclude Evidence, You Exclude Justice"? A Critical Evaluation of Israel's Exclusionary Rule After Issacharov, 16 Sw. J. INT'L L. 385, 401 (2010).

³⁷ ראו, למשל: סנג'ור, שם, בעמ' 109–110; יובל מרין ורינת קיטאי-סנג'ור "Miranda, Collins ויששכרוב – על הפער בין הרצוי לבין המצוי בהלכת יששכרוב" **משפטים** לו 429, 484–489 (התשס"ז).

³⁸ ראו, למשל: Blum, לעיל ה"ש 36; בועז סנג'ור "כלל פסילת הראיות שהושגו באמצעים פסולים מתפתח, אך עדיין ללא נכונות לשלם מחיר חברתי (ולזכות אשם בעבירה חמורה שעודנו חי)" **משפטים על אתר** ד 25 (התשע"ב).

³⁹ ספיר ורובינשטיין, לעיל ה"ש 12, בעמ' 337.

⁴⁰ ראו, למשל: סנג'ור, לעיל ה"ש 36, בעמ' 104–105 (טוען כי "כל הרעיון של שקלול אינטרסים ושל מתן שיקול-דעת רחב לבית המשפט אינו טוב, ועדיף המודל האמריקני של כלל פסילה מוחלט ונטול שיקול-דעת, שלצדו ניתן לקבוע – מראש ובחוק, ולא בדיעבד ואד-הוק – חריגים ברורים המוגדרים בצמצום"); אסף הרדוף "חזות של זכויות,

על אף הביקורת הנוקבת על כלל הפסילה היחסי, ניתוח מעמיק של הנושא מוביל למסקנה שונה בתכלית. כפי שפירטנו במאמר קודם, הטענה שכלל פסילה מוחלט יספק הגנה חזקה יותר על זכויות הפרט מאשר כלל פסילה יחסי שובת לב במבט ראשון, אך מתגלה כבלתי משכנעת לאחר בחינה של הספרות האקדמית והניסיון המעשי המצטבר.⁴¹ כדי ללמוד מהניסיון האמריקני, התמקדנו בכלל הפסילה של התיקון הרביעי לחוקת ארצות הברית – תיקון האוסר על חיפוש ותפיסה "בלתי סבירים" שנערכים בניגוד לתנאים שנקבעו שם.⁴² בשנת 1961 פסק בית המשפט העליון האמריקני כי כלל הפסילה חל על כל המדינות בארצות הברית, ולא רק במשפטים פדרליים.⁴³ בראשיתו נוסח כלל זה ככלל פסילה מוחלט, ולפיו על בתי המשפט לפסול "כל ראיה" שהשיגה המשטרה במסגרת של חיפוש או תפיסה בלתי חוקתיים.⁴⁴ הכלל נחשב לסנונית הראשונה של "מהפכת סדר הדין הפלילי" שהוביל נשיא בית המשפט העליון האמריקני ארל וורן, אשר במסגרתה ניתנה שורה של פסקי דין שחזקו באופן דרמטי את זכויות הפרט בהליך הפלילי.⁴⁵ אולם, תמורות בזירה הפוליטית ובדעת הקהל בארצות הברית בנוגע ללחימה בפשיעה, בשילוב עם הסלידה של בתי משפט מפסילת ראיות בתיקים הכוללים עבירות חמורות (בעיקר כשההפרות המשטריות היו קלות או "טכניות"), הביאו לתוצאות בלתי צפויות. בטווח הארוך, לכלל הפסילה המוחלט היו השלכות שליליות רבות על ההגנה על זכויות הפרט.⁴⁶ כפי שהראינו, כדי להימנע משחרור נאשמים שנתפסו כ"אשמים" ו"מסוכנים", בתי המשפט פיתחו חריגים קטגוריים לתחולתו של כלל הפסילה, אשר למעשה, יצרו חסינות מוחלטת מפני פסילה להתנהגויות בלתי חוקתיות רבות של המשטרה.⁴⁷ שיטה

מהות של צדק: סיפורה הרטורי והמהותי של ההכרעה הפלילית" דין ודברים ח 33, 79 (התשע"ד) (טוען כי "אילו באמת רצינו להגן על זכויות אדם בחקירה משטרתית, הדרך הנכונה לכך הייתה ליצור כלל פסילה קשיח").

ראו ספיר ורובינשטיין, לעיל ה"ש 12. 41

לפי התיקון הרביעי לחוקה, "The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized." U.S. CONST. amend. IV. 42

ראו Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643, 655 (1961). 43

שם. 44

ראו, למשל: ספיר ורובינשטיין, לעיל ה"ש 12, בעמ' 341; Yale Kamisar, Mapp v. Ohio: The First Shot Fired in the Warren Court's Criminal Procedure "Revolution", in CRIMINAL PROCEDURE STORIES 45 (Carol S. Steiker ed., 2006). 45

ראו ספיר ורובינשטיין, שם, בעמ' 340. 46

שם, בעמ' 342–344. 47

אחרת ומדאיגה לא פחות שפיתחו בתי המשפט כדי להימנע מפסילת ראיות, היא הצרת היקפן של זכויות הפרט. במסגרת זו, בתי המשפט קבעו כי מעשים לא ראויים של המשטרה שבעבר נחשבו לבלתי חוקתיים ומשכן הובילו לפסילת ראיות – כבר אינם נחשבים יותר הפרה של החוקה.⁴⁸ לבסוף, קיימת הטענה שישנם שופטות ושופטים שבתיקים מסוימים מעלימים עין מהפרות של הדין ונמנעים מקביעה שזכויותיו של הנאשם שלפניהם הופרו.⁴⁹

כפי שהסברנו באותו מאמר, בישראל, שבה כלל הפסילה יחסי ולא מוחלט, לא נצפו תופעות שליליות שכאלו. ההיפך הוא הנכון: כלל הפסילה שנקבע בהלכת יששכרוב הלך והתפתח עם השנים, ועוד לפני חקיקת סעיף 56א לפקודת הראיות הוחל בהדרגה על סוגים רבים יותר של התנהגויות משטרתיות וראיות שהושגו שלא כדין.⁵⁰ כמו כן, בתי המשפט בערכאות השונות פסלו ראיות שהושגו שלא כדין גם בתיקים הכוללים עבירות חמורות ביותר, כולל רצח.⁵¹ הראינו גם כי עם השנים, מספר התיקים שבהם נפסלו ראיות שהושגו שלא כדין גדל, וזאת נוסף על מקרים שבהם התביעה, בעקבות הפרות הדין על ידי המשטרה, נמנעת מהגשת כתבי אישום, מבטלת כתבי אישום, חוזרת בה מהם או מגיעה להסדרי טיעון מקלים במיוחד עם ההגנה.⁵² חשוב מכך, פירטנו כיצד התמריץ שיוצר כלל הפסילה לנאשמים להעלות טענות לאי-חוקיות משטרתית, יחד עם ההכרח השיפוטי לדון בטענות אלו, הביא לפיתוח מואץ ורחב היקף של הלכות חשובות. הלכות אלו עוסקות בנושאים שעד אז לא היו מוסדרים היטב בחוק או בפסיקה, כגון השימוש במדובבים, זכות ההיוועצות וחיפושים משטרתיים.⁵³

העמדה שהבאנו במאמר, שלפיה כלל פסילה יחסי עשוי להיות עדיף על כלל פסילה מוחלט דווקא מהכיוון של הגנה על זכויות הפרט, קיבלה ביטוי גם

48 שם, בעמ' 344.

49 שם, בעמ' 345.

50 שם, בעמ' 346–348.

51 שם, בעמ' 348–352.

52 שם, בעמ' 350, 352–353. הטענה כי לכלל הפסילה היחסי אין כמעט השפעה במציאות מופרכת גם במאמרם של ד"ר יהונתן חסון ופרופ' אורן גזל-אייל. המאמר בחן 652 תיקים, מהשנים 2006–2021, שבהם נאשמים בבתי משפט שלום ביקשו, מכוח הלכת יששכרוב, לפסול ראיות שלטענתם הושגו שלא כדין. לפי הנתונים שנאספו, "ב-53% מההחלטות נקבע שהופר הדין; מתוכן, ב-47% הורה בית המשפט על פסילת הראיה, וב-78% מהמקרים בהם נפסלה הראיה הוחלט על זיכוי הנאשם". יהונתן חסון ואורן גזל-אייל "העתיד של הנאשמים בראי העבר המקצועי של השופטים – החלטות על פסילת ראיות כמקרה מבחן" **משפטים** (צפוי להתפרסם). אנו מודים לפרופ' גזל-אייל על שהעביר טיוטה של המאמר לעיונו ואישר לנו להביא נתונים מתוכה.

53 ספיר ורובינשטיין, לעיל ה"ש 12, בעמ' 353–355.

בפסיקת בתי המשפט,⁵⁴ וכן בדבריו של יוזם העיגון החוקי של כלל הפסילה, שר המשפטים גדעון סער, במהלך הדיונים על סעיף 56א לפקודת הראיות במליאת הכנסת ובוועדת החוקה, חוק ומשפט.⁵⁵ אולם היו מבין חברות וחברי הכנסת כאלה שגרוסו – לטעמנו, שלא בצדק – כי מוטב היה לאמץ כלל פסילה מוחלט.⁵⁶ קיימות אף שתי הצעות חוק פרטיות אשר ביקשו להחליף את כלל הפסילה הפסיקתית היחסי בכלל פסילה חקיקתית מוחלט.⁵⁷ בסופו של דבר, כאמור, הכריע המחוקק כי כלל הפסילה ייותר יחסי, ולטעמנו בחר באפשרות העדיפה מבחינת ההגנה על זכויות הפרט.

2.3 החלת כלל הפסילה על ראיות שהושגו תוך הפרת דין שהופנתה כלפי עדים

כלל הפסילה החקיקתית החדש מבהיר באופן מפורש כי בתי משפט רשאים לפסול ראיה שהושגה שלא כדין גם במצבים שבהם אי-החוקיות של פעולת הרשות לא הופנתה כלפי הנאשם, אלא כלפי עדים (או צדדים שלישיים אחרים). בכך אימץ המחוקק פיתוח פסיקתית חשוב של הלכת יששכרוב שהיה מקובל זה שנים ארוכות על רוב שופטות ושופטי בית המשפט העליון שדנו בנושא.⁵⁸ נוכח גישתו הביקורתית של הנשיא עמית כלפי כלל הפסילה וקריאתו שההליך הפלילי "ישיל

54 ראו, למשל, רע"פ 3871/22 יונק' נ' מדינת ישראל, פס' 13 להחלטה של השופט כבוב (נבו 20.6.2022).

55 ראו ד"כ 8.11.2021, 73; פרוטוקול ישיבה 140 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-24, 6-7 (15.12.2021) (להלן: פרוטוקול ישיבה 140); ראו גם שם, בעמ' 27 (דבריה של ד"ר ענת הורוויץ, המשנה לסניגורית הציבורית הארצית); פרוטוקול ישיבה 202 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-24, 21 (7.2.2022) (להלן: פרוטוקול ישיבה 202) (דבריה של עו"ד יפעת רוה, ראש אשכול סדר דין פלילי וראיות במחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים).

56 ראו, למשל: פרוטוקול ישיבה 202, שם, בעמ' 39 (דבריו של חבר הכנסת משה ארבל); פרוטוקול ישיבה 140, לעיל ה"ש 55, בעמ' 16 (דבריה של חברת הכנסת גבי לסקי). היו גם חברי כנסת שתמכו בשלבים מסוימים בגישת ביניים, שלפיה תהיה חובה על בתי המשפט לפסול ראיות שהושגו שלא כדין, למעט במקרים חריגים. ראו, למשל: שם, בעמ' 9 (דבריו של חבר הכנסת שמחה רוטמן); ד"כ 28.7.2021, 32-33 (דבריהם של חברי הכנסת אוסאמה סעדי ודוד אמסלם).

57 הצעת חוק פסלות ראיות, התשע"ח-2018, פ/5184/20; הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (פסילת ראיה שהושגה שלא כדין), התשפ"ב-2022, פ/3157/24.

58 ראו גיא רובינשטיין ומשה סרוגוביץ "דוקטרינת הפסילה הפסיקתית ותחולתה על עדים" פורום עיוני משפט מב 5, 15 (התשע"ט) (טוענים כי "יש בפסיקת בית המשפט העליון הסכמה שברמה העקרונית הלכת יששכרוב עשויה לחול במצבים שבהם האמצעי הפסול הופנה כלפי עד בחקירתו, ולא רק במצבים שבהם הוא הופנה נגד הנאשם עצמו").

מעליו משקולות שנוספו לו בשנים האחרונות", נדמה לנו שהבהרה זו היא חשובה ביותר כשלעצמה.⁵⁹

עם זאת, אנו סבורים כי סעיף 56א לפקודת הראיות אף התקדם מעבר להבהרת עצם תחולתו של כלל הפסילה על ראיות שמקורן בעדים, ולמעשה

59 עמית עצמו תהה בעבר אם העמדה שלפיה כלל הפסילה הפסיקתי חל על ראיות שמקורן בעדים אכן "התגבשה לכדי הלכה". ע"פ 6201/18 טובול נ' מדינת ישראל, פס' 46 לפסק הדין של השופט עמית (נבו 28.10.2019). ראו גם: בש"פ 8932/22 רישק נ' מדינת ישראל, פס' 4 להחלטה של השופט עמית (נבו 23.1.2023) (מעיר כי "השאלה אם יש להחיל את הלכת יששכרוב גם במצבים שבהם האמצעי הפסול שימש בחקירתו של עד במשפט, היא סוגיה העומדת בפני עצמה", אך "לצורך הדיון" מוכן להניח "כי יש מקום להחיל הלכה זו על עדי התביעה"); עג"ר 46289-08-24 חוסין נ' מדינת ישראל, פס' 11 להחלטה של ממלא מקום הנשיא עמית ("במאמר מוסגר יוער כי סוגיית החלת כלל הפסלות הפסיקתי על עדים שאינם הנאשמים היא סוגיה שטרם לובנה במלואה"). שתי ההחלטות האחרונות חריגות במיוחד, משום שהן ניתנו לאחר חקיקתו של סעיף 56א לפקודת הראיות, כאשר כבר לא היה צריך להיות ספק שהכלל חל על ראיות שמקורן בעדים. עמדתו של עמית היא היוצא מן הכלל המעיד על הכלל: מאז פסק הדין בעניין יהודה, רוב השופטות והשופטים שעסקו בשאלה קבעו או פעלו מתוך הנחה שכלל הפסילה אינו מוגבל אך ורק לראיות שמקורן בנאשמים. ראו, למשל: ע"פ 3237/15 יהודה נ' מדינת ישראל, פס' 4 לפסק הדין של השופטת חיות (נבו 1.6.2016) (מזכירה כי "קבילותה של הודאה נבחנת, כידוע, על פי מבחן כפול: האחד – המבחן הסטטוטורי המעוגן בסעיף 12(א) לפקודת הראיות, לפיו הודאה תהא קבילה אם הוכח כי הייתה 'חופשית ומרצון', והשני – מעוגן בדוקטרינת הפסילה הפסיקתית שנקבעה בהלכת יששכרוב", ומחילה את המבחן הכפול הזה על הודעה של עד (הדגשה הושמטה)); שם, בפס' 42–50 לפסק הדין של השופט מזוז (מביע את עמדתו לפיה "אין מקום להבחין בין נאשם לבין עד לענין דוקטרינת הפסילה הפסיקתית"); ע"פ 7679/14 זאהדה נ' מדינת ישראל, פסק הדין של השופט מזוז (נבו 15.8.2016) (חוזר על עמדתו בעניין יהודה); שם, בפסק הדין של השופט הנדל (תומך בעצם "החלת [כלל הפסילה] גם במקרה שבו נעשה שימוש באמצעי פסול בחקירתו של עד"); ע"פ 6932/17 מדינת ישראל נ' יוסף, פס' 25 לפסק הדין של הנשיאה חיות (נבו 11.10.2018) ("ההודאה שמסר מירז למדובבים היא הודאה מפלילה של שותף לדבר עבירה אותה מסר בעת שנחקר כחשוד ובעניינו היא נבחנת על כן כהודאה של עד ולא כהודאת נאשם. אף על פי כן כבר נפסק כי יש לבחון את קבילותה של הודאה כאמור הן על פי המבחן הסטטוטורי הקבוע בסעיף 12(א) לפקודת הראיות והן על פי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית [...]"); ע"פ 5268/17 שוויש נ' מדינת ישראל, פס' 77 לפסק הדין של השופט קרא (נבו 16.2.2022) ("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"); עניין ותד, לעיל ה"ש 6, בפס' 32 לפסק הדין של השופט אלרון ("בפסיקה הוכרה האפשרות להחיל את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית במקרים שבהם הופעל אמצעי פסול כלפי עד, ולא כלפי הנאשם עצמו"). אבל השוו לעניין זאהדה, שם, בפס' 48 לפסק הדין של השופט סולברג (מציג את הנושא באופן שמרמז שהוא לא סבור שיש הסכמה בפסיקה באשר לעצם תחולתו של כלל הפסילה על ראיות שמקורן בעדים).

הכריע במחלוקת פסיקתית הנוגעת להיקף תחולתו של הכלל על ראיות שכאלה. נציג את המחלוקת בתמצית: לגישתו של השופט אדמונד לוי בפסק הדין בעניין ז'אנו (המכונה בספרות האקדמית "גישת התחולה המצומצמת")⁶⁰ או "גישת התחולה המאבחת"⁶¹), כלל הפסילה הפסיקתית מתפרסם גם על ראיות שמקורן בעדים.⁶² אך, לעמדתו, רק במקרים מסוימים יש לפסול ראיות אלה: "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".⁶³ זאת, לדעת השופט לוי, משום ש"פגיעות שהסבה החקירה לנאשם עצמו, בשל שימוש באמצעי חקירה נפסד, היו ונתרו כאלה הניצבות בליבת ההלכה שנקבעה בפרשת יששכרוב".⁶⁴ לעומת זאת, לגישתו של השופט מני מזוז בעניין יהודה (המכונה בספרות "גישת התחולה האחידה")⁶⁵), הבחנה קטגורית בין ראיות שהושגו שלא כדין שמקורן בנאשמים לבין ראיות שכאלו שמקורן בעדים שגויה.⁶⁶ לדבריו: "אין מקום להבחין בין נאשם לבין עד לענין דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, ואין מקום לסייג או להגביל את החלתה של הדוקטרינה מקום בו האמצעי הפסול שימש בחקירתו של עד, אך למצבים בהם הפגיעות שהסבה החקירה לעד הן בעלות 'עוצמה מיוחדת'".⁶⁷ מזוז הסביר, בין היתר, כי תחולה אחידה שכוזמתחייבת נוכח הרציונל שבבסיס כלל הפסילה הפסיקתית – שמירה על טוהר ההליך והגינויות – ונוכח החשש שהבחנה קטגורית בין סוגי ראיות בהתאם למקורן (נאשמים או עדים) תתמרץ את גופי האכיפה והחקירה להפר את הדין תוך ניצול של אמת המידה המחמירה שהציע לוי.⁶⁸

משך שנים ארוכות נמנע בית המשפט מלהכריע באופן ברור בין גישותיהם של השופטים לוי ומזוז, עד שבשנת 2022, בפסק הדין בעניין שוויש, בית המשפט העליון, מפי השופט קרא, אימץ ללא דיון מהותי או נימוקים כלשהם את עמדתו של השופט לוי.⁶⁹ עם זאת, בשנת 2023, בפסק הדין בעניין ותד, הבהיר

60 רובינשטיין וסרגוביץ, לעיל ה"ש 58, בעמ' 15.

61 גרנות ובלום, לעיל ה"ש 11, בעמ' 5-6.

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

63 שם.

64 שם (הדגשות הושטו).

65 רובינשטיין וסרגוביץ, לעיל ה"ש 58, בעמ' 15-16; גרנות ובלום, לעיל ה"ש 11, בעמ' 5.

66 עניין יהודה, לעיל ה"ש 59, בפס' 42-50 לפסק הדין של השופט מזוז.

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

68 שם, בפס' 43-48 לפסק הדין של השופט מזוז.

69 עניין שוויש, לעיל ה"ש 59, בפס' 77 לפסק הדין של השופט קרא.

בית המשפט העליון, מפי השופט אלרון, כי אין זה סוף פסוק.⁷⁰ בית המשפט התייחס שם לשאלת היקף תחולתו של כלל הפסילה על עדים כשאלה פתוחה, ובהכרעתו של השופט קרא ראה בית המשפט דעה אחת בלבד מבין "דעות שונות באשר להיקף תחולת[ו] של [הכלל] בנסיבות שכאלה".⁷¹

נוכח המחלוקת המתמשכת בסוגיה זו, חשוב להבהיר את עמדתנו ביחס לתרומתו של סעיף 56 לפתרונה. אין בכוונתנו, במסגרת זו, להציע הגנה נורמטיבית מפורטת על אילו מהעמדות באשר להיקף תחולתו של כלל הפסילה על ראיות שמקורן בעדים, אף שאנו סבורים שגישת השופט מזוז עדיפה על גישת השופט לוי.⁷² נאמר אך בקצרה כי כמו השופט מזוז, גם אנו מאמינים כי החלה שווה של כלל הפסילה על ראיות שמקורן בעדים תסייע במקרים המתאימים לשמור על טוהר ההליך הפלילי והגינותו ולהרתיע הפרות משטרתיות של הדין. לעומת זאת, גישה אשר תאפשר פסילת ראיות שהושגו באמצעים פסולים שהופנו נגד עדים רק במקרים קיצוניים, כפי שעלול להשתמע מגישת התחולה המצומצמת, עלולה ליצור עבור המשטרה אזור פעולה חסין מפסילה ולתמרץ אותה להפר זכויות של עדים בניסיון להשיג ראיות מפלילות.⁷³ טענתנו במאמר הנוכחי היא שסעיף 56 לפקודת הראיות הכריע לטובת אימוצה של גישת התחולה האחידה, ושזו גם הייתה כוונתו הברורה של יוזם העיגון החוקי של כלל הפסילה, שר המשפטים סער.

סעיף 56 קובע, כאמור כי:

- ⁷⁰ עניין ותד, לעיל ה"ש 6, בפס' 32 לפסק הדין של השופט אלרון.
- ⁷¹ שם; ראו גם בש"פ 7522/21 אבו ג'ודה נ' מדינת ישראל, פס' 18 להחלטה של הרשמת עבדיאן (נבו 15.3.2022) (מתייחסת לעמדת השופט קרא בעניין שוויש כדעה אחת מבין "דעות שונות" בפסיקה בהקשר של "השאלה האם ואימתי יש להחיל את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית [...] במצבים שבהם האמצעי הפסול הופנה כלפי עד בחקירתו"). עורכות הדין נעמי גרנות וסיגל בלום ציינו אף הן כי בעניין ותד, "בית המשפט העליון הציג [...] את ההכרעה בעניין שוויש לא כהכרעה שקבעה הלכה, אלא אך ורק כעמדה, המצטרפת לעמדתו של השופט לוי במחלוקת שלפנינו", וכן ביקרו את הבחירה הזו של בית המשפט. גרנות ובלום, לעיל ה"ש 11, בעמ' 77.
- ⁷² אחד ממחברי מאמר זה (גיא רובינשטיין) כתב בעבר, יחד עם עו"ד משה סרוגוביץ, מאמר המצדיק את אימוצה של גישת התחולה האחידה של השופט מזוז ואת דחייתה של גישת התחולה המצומצמת של השופט לוי. ראו רובינשטיין וסרוגוביץ, לעיל ה"ש 58. ראו גם יובל מרין "תיוג אתני והשלכותיו הראייתיות: היקף תחולתה הראוי של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית" **המשפט ברשת: זכויות אדם** 64, 5 (2017) (מביע עמדה דומה). מנגד גרנות ובלום, לעיל ה"ש 11 (תומכות באימוץ גישתו של השופט לוי).
- ⁷³ ראו, למשל, רובינשטיין וסרוגוביץ, לעיל ה"ש 58, בעמ' 22–34. לנימוקים נוספים התומכים באימוצה של גישת התחולה האחידה, ראו שם, בעמ' 16–21, 34–42.

"בית המשפט הדין 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 ההפרה, למידת ההשפעה של ההפרה על הראיה שהושגה ולעניין הציבורי שבקבלת הראיה או באי-קבלתה [...]".

בפשטות, הכללתן של ראיות שמקורן בעדים עם כל סוג אחר של ראיות, ללא כל סייג וללא כל הבחנה בין סוגי הראיות, מצביעה על כך שסעיף 56א קבע אמת מידה אחידה לפסילת הראיות. לא מצוין בסעיף או בשום הוראה חוקית אחרת, ולו ברמז, כי בשונה מ"כל ראיה אחרת", ראיה שמקורה בעד עשויה להיפסל רק בהתקיימם של שני תנאים מצטברים: כאשר בית המשפט "שוכנע שקבלתה במשפט תפגע באופן מהותי בזכות להליך הוגן" וכן שהפגיעה בעד בשל אי-החוקיות הייתה "בעלת עוצמה מיוחדת". השופט אלרון העיר בעניין ותד כי הסעיף "לא סיפק מענה מפורש בלשון הסעיף ביחס למחלוקת האמורה בדבר אמת המידה שעל פיה יש לבחון טענות באשר לקבילותה של הודעת עד".⁷⁴ כך גם סבורות עורכות הדין נעמי גרנות וסיגל בלום.⁷⁵ אולם, לטעמנו, הסעיף פתר את המחלוקת באופן מפורש: בית המשפט רשאי לפסול ראיה שמקורה בעד "אם שוכנע שקבלתה במשפט תפגע באופן מהותי בזכות להליך הוגן, בשים לב לאופייה ולחומרתה של ההפרה, למידת ההשפעה של ההפרה על הראיה שהושגה ולעניין הציבורי שבקבלת הראיה או באי-קבלתה" – בדיוק כפי שהוא רשאי לעשות כאשר מדובר בראיה שמקורה בנאשם.⁷⁶

על כוונת המחוקק לאמץ את גישת התחולה האחידה של השופט מזוז אפשר ללמוד לא רק מלשון החוק, אלא גם מדברי ההסבר להצעת החוק הממשלתית ומדבריו של יוזם סעיף 56א לפקודת הראיות, שר המשפטים סער. אומנם, כפי שהעירו גרנות ובלום,⁷⁷ בדברי ההסבר להצעת החוק הממשלתית לתיקון הפקודה שיוזם השר סער לא צוין מפורשות כי מטרת סעיף 56א היא להחיל את כלל

⁷⁴ עניין ותד, לעיל ה"ש 6, בפס' 32 לפסק הדין של השופט אלרון.

⁷⁵ ראו גרנות ובלום, לעיל ה"ש 11, בעמ' 73-76.

⁷⁶ ראו גם ת"פ (שלום ת"א) 50359-08-19 מדינת ישראל נ' אבו קינץ, פס' 83 להכרעת הדין של השופט מסארווה (נבו 28.12.2021) (מציין ש"דומה שעמדתו העקרונית של כבוד השופט מזוז [...] אומצה בהצעת החוק הממשלתית", שכן "הצעת החוק קובעת אפשרות פסילת ראיות שהושגו תוך פגיעה בזכויות עדים ולא רק הנאשם, וזאת לפי מבחן אחיד, מבלי הצבת רף גבוה בעניינם של עדים דווקא"). מנגד ראו ת"פ (נוער מחוזי חי') 32793-09-21 מדינת ישראל נ' מו', פס' 57 להכרעת הדין של השופט סלאמה (נבו 18.1.2024) (מצטט בהסכמה את דברי השופט אלרון בעניין ותד).

⁷⁷ ראו גרנות ובלום, לעיל ה"ש 11, בעמ' 74-75.

הפסילה באופן אחיד על ראיות שמקורן בעדים, והוסבר רק שההצעה באה "לקבוע אמירה חד-משמעית ולפיה לבית המשפט נתונה הסמכות לפסול כל ראיה, ובכלל זה הודעת נאשם, הודעת עד וראיה חפצית".⁷⁸ אולם בהצעה לא צוין, ואף לא נרמז, שבניגוד לדברים הברורים שבהוראת החוק המוצעת עצמה, אמת המידה לפסילה של ראיות שמקורן בעדים תהיה חריגה או שונה מראיות אחרות.⁷⁹ יתר על כן, עיון מעמיק בפרוטוקולים של הדיונים בהצעת החוק הממשלתית במליאת הכנסת ובוועדת החוקה, חוק ומשפט לא מותיר כל ספק בכך שהשר סער הבהיר לחברות וחברי הכנסת ולציבור בכללותו כי הצעתו באה לאמץ את גישת התחולה האחידה. כך, למשל, הסביר סער מהי בעיניו התרומה המהותית של הצעת החוק הממשלתית בפתחה של ישיבת הוועדה שנערכה ביום 15.12.2021:

"הנוסח הנוכחי [של הצעת החוק הממשלתית] נותן לנו לא רק את עיגון הכלל בחקיקה, אלא הוא נותן לנו עוד דבר חשוב: השוואה בין כלל הפסלות החל על הודאת הנאשם לבין עדות של כל עד אחר ולראיה חפצית. בפסיקה הייתה על זה הרבה מאוד מחלוקת, יש לזה גישות שונות. אין התייחסות דומה לעדות עד שהתקבלה שלא כדין כמו להודאת נאשם. יש גישות שונות לנושא. יש גישה יותר מרחיבה, ויש גישה יותר מצמצמת, שאומרת שעל עד צריך להפעיל מבחנים יותר מחמירים על מנת לפסול ראיה. אני חושב שאין לזה הצדקה, אני חושב שכן צריך לבצע את ההשוואה הזאת, וכך זה מוצע בנוסח שלפנינו, על כל סוגי הראיות".⁸⁰

דברים דומים אמר השר סער עוד קודם לכן, ביום 8.11.2021, כאשר הציג את הצעת החוק במליאת הכנסת לקראת הקריאה הראשונה. דבריו המפורשים של השר סער במליאה מבהירים את כוונת המחוקק:

"על פי ההצעה שמובאת על ידינו היום, ניתן יהיה לפסול ראיות שהושגו כתוצאה מפעולות שלא כדין, כפי שאמרת קודם, גם

⁷⁸ דברי הסבר להצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 19) (פסילת ראיה), התשפ"ב-2021, ה"ח 56, 57.

⁷⁹ ראו ת"פ (שלום ת"א) 57459-06-20 מדינת ישראל נ' וקנין, פס' 14 להכרעת הדין של השופטת אמיר (נבו 13.12.2022) ("בדברי ההסבר להצעת החוק [...] לא צוין כל שוני מתחייב בין עוצמת הפגם הנדרשת לשם פסילת ראיה בעניינו של נאשם לזה הנדרש בעניינו של עד").

⁸⁰ פרוטוקול ישיבה 140, לעיל ה"ש 55, בעמ' 6.

כלפי כל עד במשפט ולא רק כלפי הנאשם, זאת בשונה מן הכלל הפסיקתי שנקבע אז. בכך תיקבע אמירה חד-משמעית של המחוקק, שלפיה לבית המשפט נתונה הסמכות לפסול כל ראיה, ובכלל זה הודאת נאשם, הודאת עד וראיה חפצית, אם הן הושגו שלא כדין.

[...]

אני רואה ערך רב הן בעיגון הכלל בחוק והן בהרחבתו לכל ראיה שהיא, ולא רק לפעולות חקירה המבוצעות כלפי הנאשם.

[...]

הדבר חשוב, לא רק שאנחנו מעלים את העניין הזה עלי ספר, עלי ספר החוקים, אלא גם שאותו ויכוח שהתנהל בפסיקה בשנים האחרונות אם התחולה יכולה להיות גם על עדים כדרך שהיא חלה על נאשמים, אנחנו פה קובעים את הקו הברור על כל סוגי הראיות. ואני חושב שאנחנו עושים פה את הדבר המאוזן ואת הדבר הנכון".⁸¹

על כוונתו של השר סער אפשר ללמוד בבירור גם מדברים שאמר במליאת הכנסת חודשים לאחר קבלת התיקון לפקודת הראיות, במסגרת הדיונים על הצעת חוק אחרת:

"לפני החקיקה [של סעיף 56 לפקודת הראיות], בפסיקה היו שתי מגמות לגבי סוגי הראיות. למשל, היה זרם של שופטים בבית המשפט העליון שבא ואמר: לגבי פסילת ראיה שהושגה שלא כדין, אם זו לא הודאה של נאשם, אם זו עדות של עד או ראיה חפצית, אני דורש רף גבוה יותר כדי לפסול את הראיה. אני באתי ויצרתי מבחן סטנדרטי. במובן הזה נתתי בעניין של עדויות של עדים וראיות חפציות אותו משקל, ובמובן הזה הרחבתי בצורה משמעותית את מה שנקבע בפסיקה בנושא הזה, מעבר לעיגון בחקיקה".⁸²

יצוין כי סער אחז בעמדה דומה עוד קודם להצעת החוק הממשלתית, עת הגיש, כחבר כנסת, הצעות חוק פרטיות לעיגון כלל הפסילה בחוק. נוסחן של הצעות

81 ד"כ 8.11.2021, 72-73.

82 ד"כ 14.12.2022, 251.

חוק אלו, אשר הוגשו בשלוש כנסות שונות, שונה מנוסח הצעת החוק הממשלתית שהתקבלה בסופו של דבר, אך רוחן באשר לתחולת כלל הפסילה על עדים דומה.⁸³ הצעות חוק פרטיות בעלות נוסח זהה אשר הוגשו על ידי חברי הכנסת שרן השכל ואופיר כץ, מוזגו להצעת החוק הממשלתית.⁸⁴ דברי ההסבר להצעות חוק אלו מביאים בתמצית את המחלוקת הפסיקתית שבין השופטים לוי ומזוז (תוך אזכור של מאמר התומך באופן מובהק בגישת השופט מזוז⁸⁵), ומציינים כי מטרת ההצעות "להרחיב את כלל הפסילה הפסיקתית שנקבע בהלכת **יששכרוב** ולאמץ תחתיו⁸⁶] כלל פסילה חקיקתי רחב יותר המעניק משקל משמעותי יותר לזכותו של הנאשם להליך הוגן" וכי "כלל זה יחול בכל מצב בו ננקטו אמצעים פסוליים⁸⁷] כנגד נחקרים, חשודים, נאשמים, עדים או כל אדם אחר".⁸⁶ בדיוק כמו לאחר הגשת הצעת החוק הממשלתית, גם לאחר הגשת הצעות חוק פרטיות אלו הדגיש סער כי כוונתו היא לאמץ את גישת התחולה האחידה.⁸⁷

⁸³ לפי הצעות החוק הפרטיות האלו, אשר נוסחו זהה זה לזה, "בית המשפט רשאי לפסול ראייה שהושגה באמצעים פסולים שנקטו כלפי הנאשם או כל אדם אחר". ס' 1 להצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (פסילת ראייה), התש"ף-2019, פ/399/22; ס' 1 להצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (פסילת ראייה), התש"ף-2020, פ/69/23; ס' 1 להצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (פסילת ראייה), התשפ"א-2021, פ/244/24.

⁸⁴ ראו ד"כ 29.6.2022, 335.

⁸⁵ רובינשטיין וסרוגוביץ, לעיל ה"ש 58.

⁸⁶ ראו, למשל, דברי הסבר להצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (פסילת ראייה), התשפ"א-2021.

⁸⁷ כך, למשל, אמר סער בראיון שנערך עמו במסגרת ועידת המשפט התשיעית של לשכת עורכי הדין שהתקיימה בשנת 2020: "בעצם אני מציע [במסגרת הצעת החוק הפרטית] לשנות שלושה דברים, [ובניהם] להחיל את אותן אמות מידה על עדים, כפי שקיים על הודאה של נאשם. [] בפסיקה היום יש שתי גישות שמתרוצצות – גישה של השופט מזוז [1] גישה של השופט אדמונד לוי ז"ל – ולא כל כך ברור גם לערכאות השיפוט בדרגות היותר נמוכות מה קורה כאשר מדובר בהודעה שנגבתה שלא כדין מעד. בעצם אני בא להחיל את זה על כל סוגי הראיות – גם הודאות וגם ראיות חפציות [...] וגם כאשר מדובר בהודעה של עד. [...] זה ייצור אמת מידה זהה בין נאשם לבין עד. [...] ואגב לפעמים יש משחקים: מגיעים לעסקת טיעון עם הנאשם אבל לגבי עדים אומרים: 'אמות המידה', למשל [ב] פסק הדין של השופט אדמונד לוי ז"ל, 'צריכה להיות פגיעה חזקה' [...] ואז אתה בעצם מכשיר את הראייה במשפט אחד ומכשיר בעצם מצב שני באמצעות הסדר טיעון. [...] יש גישות שונות בפסיקה, ויש שופטים שבהחלט אומרים 'צריך עוצמה מיוחדת של פגיעה', ויש רמה של הפרות של זכויות שבכלל לא יסתכלו עליהן, על פי גישה אחת שיש בפסיקה. עכשיו, הגישה המקלה, הגישה של השופט מזוז שבא ואמר 'צריכה להיות תחולה אחידה' – היא בעצם גישה שהשופט נאור בדיון נוסף אמרה: 'זאת לא ההלכה הפסוקה'. אז קודם כל יוצרים את האחידות הזאת". גדעון סער (@gideonsaweb) "הראיון המלא של ח"כ גדעון סער בוועדת המשפט התשיעית של

טענתנו אפוא היא שסעיף 56א לא רק החיל את כלל הפסילה על ראיות שמקורן בעדים, אלא אף אימץ את גישת התחולה האחידה אותה קידם השופט מזוז, וקבע כי מבחן הפסילה לראיות כאלו יהיה זהה למבחן הפסילה של ראיות שמקורן בנאשמים. מסקנה זו נובעת הן מלשון החוק, הן מכוונת המחוקק וההיסטוריה החקיקתית והן מכך שגישת התחולה האחידה תקדם באופן טוב יותר את תכליותיו של כלל הפסילה.

2.4 הבהרת היחס שבין כללי הפסילה השונים

נוסף על עיגון כלל הפסילה בפקודת הראיות, המחוקק הוסיף בסעיף 56א הבהרה שבמבט ראשון עשויה להיראות טכנית ואולי אף מובנת מאליה. לפי המחוקק, אין בתיקון החקיקתי החדש "כדי לפגוע בכללים לפסילת ראיות הקבועים בהוראות חקיקה אחרות".⁸⁸ בפועל, לקביעה זו ישנה חשיבות מיוחדת על רקע פסיקת בית המשפט העליון שקדמה לחקיקת סעיף 56א, הנוגעת ליחס שבין כלל הפסילה הפסיקתי שנקבע בהלכת **יששכרוב** לבין כללי פסילה ספציפיים וממוקדים שנקבעו בחקיקה עשורים לפני מתן ההלכה. כללי פסילה חקיקתיים אלה כוללים את סעיף 12 לפקודת הראיות, המחייב את בתי המשפט לפסול הודאת נאשם שאינה "חפשית ומרצון"⁸⁹; סעיף 13 לחוק האזנת סתר, המחייב פסילה של פירותיה של האזנת סתר בלתי חוקית, למעט במקרים חריגים הקבועים במפורש בסעיף, וביניהם חריג שחל "בהליך פלילי בשל פשע חמור, אם בית משפט הורה על קבילותה לאחר ששוכנע, מטעמים מיוחדים שיפרט, כי בנסיבות הענין הצורך להגיע לחקר האמת עדיף על הצורך להגן על הפרטיות"⁹⁰; וסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, הקובע חובת פסילה של ראיות שהושגו "תוך פגיעה בפרטיות", למעט במקרים חריגים שפורטו שם או כאשר "בית המשפט התיר מטעמים שיירשמו" לקבל את הראיות.⁹¹

הפעם הראשונה שבה עלתה שאלת היחס שבין כלל הפסילה הפסיקתי החדש לבין כללי הפסילה החקיקתיים הוותיקים הייתה כבר בפסק הדין בעניין **יששכרוב**, אשר במסגרתו דן בית המשפט העליון בבקשת המערער לפסול את הודאתו המפלילה. בית המשפט קבע מפורשות כי כלל הפסילה הפסיקתי שזה עתה יצר חל על הודאות "לצידו של כלל הפסילה הקבוע בסעיף 12 לפקודת

לשכת עורכי הדין בישראל" יוטיוב (3.9.2020) 3:06 <https://www.youtube.com/watch?v=-cyewZxuZM>

.watch?v=-cyewZxuZM

ס' 56א(ב) לפקודת הראיות. 88

ס' 12(א) לפקודת הראיות. 89

ס' 13(א) לחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979. 90

ס' 32 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981. 91

הראיות", וזאת משום שהכללים נועדו לקדם זכויות וערכים שונים: בעוד הכלל הפסיקתי נוצר כדי "למנוע פגיעה שלא כדין בזכות להליך פלילי הוגן" בשל קבלה של ראיה שהושגה שלא כדין, סעיף 12 ממוקד דווקא ב"הגנה על אמינות של הודאות נאשמים" ו"על זכותו של הנחקר לשלמות הגוף והנפש ועל זכותו לאוטונומיה של הרצון החופשי".⁹² בשל כך, על בית המשפט לבחון את שאלת פסילתה של הודאה הן על פי כלל הפסילה הפסיקתי והן על פי סעיף 12, ודי בכך שכן שהודאה תהיה בלתי קבילה לפי אחד מהכללים האלה כדי לפסול אותה.⁹³ בעניין יששכרוב עצמו, למשל, בית המשפט פסל את הודאת המערער לפי כלל הפסילה הפסיקתי, וזאת לאחר שדחה את הטענה כי יש לפסול את ההודאה לפי סעיף 12.⁹⁴

אולם כחמש שנים מאוחר יותר, בפסק הדין בעניין פרחי, נקט בית המשפט העליון גישה שונה.⁹⁵ פסק הדין עסק בקבילותן של ראיות שנשען לגביהן שהושגו שלא כדין ותוך פגיעה בפרטיותו של המערער, ועקב כך בית המשפט נדרש ליחס שבין כלל הפסילה הפסיקתי לבין סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות. השופט אדמונד לוי, אשר חיבר את חוות הדעת העיקרית, קבע עמדה חדשה בעניין. לדבריו, בהליכים פליליים יש להימנע מלבחון את קבילותן של ראיות לפי כללי הפסילה באופן נפרד ועצמאי (בחינה שאליה התייחס השופט לוי כ"מלאכותית").⁹⁶ במקום זאת, על בתי משפט לפסול את הראיה אך ורק אם מצאו שיש לעשות זאת לפי אמות המידה של הלכת יששכרוב, ולפיהן בלבד.⁹⁷ השופט לוי הסביר כי "הדוקטרינה בדבר הפסילה הפסיקתית היא דוקטרינת-על", אשר "רוחה מחלחלת ומעצבת גם את כללי הפסילה הפרטיקולריים-החקוקים", ובכך למעשה גזר שכלל הפסילה של חוק הגנת הפרטיות "ייבלע" בהלכת יששכרוב.⁹⁸ השופט

⁹² עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 2, בעמ' 568.

⁹³ שם (קובע כי "עשויה הודאת נאשם להימצא קבילה לפי הוראת סעיף 12 לפקודת הראיות אך להיפסל על פי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, ולהפך").

⁹⁴ שם, בעמ' 522-523, 573. השופט גרוניס, בדעת מיעוט שביקשה לדחות את הערעור, הביע את עמדתו כי נוכח אימוצו של כלל הפסילה הפסיקתי, יש לשרטט מחדש את היקפו של כלל הפסילה של סעיף 12, כך שהוא יחול רק ב"מקרים שבהם נוצר, למצער, ספק באשר לאמינותה של ההודאה". לטענתו של גרוניס, היקף זה ייצג נאמנה את ההיקף המקורי של כלל הפסילה של סעיף 12. שם, בעמ' 578-579. למקורות הדנים בעמדה זו של גרוניס, ראו בלום, רבין ואריאל, לעיל ה"ש 17; מרדכי קרמניצר ועדי גל כיצד אפשר לצמצם את מספר הודאות השווא והרשעות העוול 42-46 (הצעה לסדר 52, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2023).

⁹⁵ ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(1) 626, 659-661 (2011).

⁹⁶ שם, בעמ' 661.

⁹⁷ שם.

⁹⁸ שם, בעמ' 660-661.

לוי ציין אומנם כי "יישום זה אינו מפשיט את כלל הפסילה [של חוק הגנת הפרטיות] מהמאפיינים הייחודיים שנתן לו המחוקק"⁹⁹, אך קשה להבין כיצד יישמרו אותם מאפיינים ייחודיים אם הבחינה תהיה מאוחדת, לפי אמות המידה של הלכת יששכרוב בלבד.

על אף התייחסותו של השופט לוי לכלל הפסילה הפסיקתי כ"דוקטרינת-על", בית המשפט העליון הבהיר לאורך השנים כי אפשרות פסילתה של הודאה תבחן הן לפי כלל הפסילה הפסיקתי והן לפי סעיף 12 לפקודת הראיות, כפי שעשה בית המשפט בעניין יששכרוב עצמו.¹⁰⁰ אולם לא כך היו הדברים בהקשר של כללי הפסילה הקבועים בחוק הגנת הפרטיות וחוק האזנת סתר, שכן היו שופטות ושופטים אשר, בדומה ללוי, התייחסו לשני כללי פסילה חקיקתיים אלה ולכלל הפסילה הפסיקתי כאל מקשה אחת ממש.¹⁰¹

מלומדים מתחו ביקורת מוצדקת על ההחלטה של בית המשפט בעניין פרחי. ד"ר אלקנה לייסט, למשל, עמד על כך שקביעתו של השופט לוי סותרת את פסק הדין בעניין יששכרוב, שבו, כזכור, בית המשפט בחן את פסילתה של הודאת הנאשם הן לפי כלל הפסילה הפסיקתי והן לפי סעיף 12 לפקודת הראיות, ולא אך ורק לפי אמות המידה של הלכת יששכרוב.¹⁰² יתירה מכך, פסק הדין בעניין פרחי

⁹⁹ שם, בעמ' 661.

¹⁰⁰ ראו, למשל: עניין יוסף, לעיל ה"ש 59, בפס' 25 לפסק הדין של הנשיאה חיות; ע"פ 4109/15 מירז נ' מדינת ישראל, פס' 4 לפסק הדין של השופט הנדל (נבו 9.7.2017); ע"פ 2868/13 חייבטוב נ' מדינת ישראל, פס' 81-82 לפסק הדין של השופט שהם (נבו 2.8.2018); ע"פ 4855/16 שוויקי נ' מדינת ישראל, פס' 16-17 לפסק הדין של השופטת וילנר (נבו 11.11.2018).

¹⁰¹ ראו, למשל: ע"פ (ארצי) 46908-05-15 מדינת ישראל – שמגר, פס' 43-60 לפסק הדין של השופט איטח (נבו 26.11.2017) (בוחן פסילתן של ראיות שנטען שהושגו תוך פגיעה בפרטיות לפי אמות המידה של הלכת יששכרוב); הע"ז (אזורי ב"ש) 15116-07-16 מדינת ישראל – מאיה פול ייצור ושיווק, פס' 24 להכרעת הדין של סגן הנשיא פרנקל (נבו 24.6.2018) ("בכל מקרה ובהתאם לפרשת פרחי, ממילא יש לבחון פסלות ראיות [שהושגו לכאורה תוך פגיעה בפרטיות] בהתאם לשיקולים שפורטו בהלכת יששכרוב [...]") (הדגשות הוספו). ראו גם ת"א (מחוזי ת"א) 19187-03-12 פיהוף נ' דביר, פס' 142 להחלטה של השופט גונטובניק (נבו 12.1.2024) (פוסל ראיות בהליך אזרחי על סמך "השיקולים [...] המיושמים בדוקטרינת הפסילה היחסית החקוקה (שבפקודת הראיות) והפסוקה (עניין יששכרוב), היפים, בשינויים המחוייבים, גם להוראת הפסילה החקוקה שבחוק הגנת הפרטיות"); ע"פ 5417/07 בונר נ' מדינת ישראל, פס' 21 לפסק הדין של השופט עמית (נבו 30.5.2013) ("הלכת יששכרוב ניצבת שכם אחד עם החסינויות למיניהם ועם כללי הפסילה הסטטוטוריים – כולם מייצגים הכרה של המשפט כי לצד התכלית של חשיפת האמת יש להתחשב בקיומם של תכליות, ערכים ואינטרסים מתחרים. [...] כך גם כללי הפסלות הסטטוטוריים היחסיים: סעיף 13(א) לחוק האזנת סתר [...] וסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות [...]").

¹⁰² ראו אלקנה לייסט "הערת פסיקה: על פסלותו של פרי העץ המורעל, ועל הגנה מן הצדק

לא רק שינה את כללי הפסילה החקיקתיים, אלא אף פגע בהם. לפי סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות וסעיף 13 לחוק האזנת סתר, ברירת המחדל היא שראיה שהושגה תוך הפרת החוק תיפסל, ולבית המשפט שיקול דעת מסוים להימנע מהפסילה. לפי כלל הפסילה של חוק האזנת סתר, יש אף חובת פסילה של ראיה שהושגה בהאזנת סתר לא חוקית שנערכה על ידי "מי שרשאי לקבל היתר להאזנת סתר", למעט במקרים שבהם היא נערכה "בטעות בתום לב, תוך שימוש מדומה בהרשאה חוקית". לעומת זאת, ברירת המחדל של כלל הפסילה הפסיקתית היא שראיה שהושגה שלא כדין היא קבילה, ולבית המשפט שיקול הדעת לפסול אותה.¹⁰³ ביטולם המעשי של כללי הפסילה החקיקתיים והכפפתם להלכת **יששכרוב** סותרים חזיתית את ההכרעה הברורה של המחוקק.¹⁰⁴ כפי שהבחין לייסט, הם מובילים למסקנה "אבסורדית", לפיה "המהפכה החוקתית, הלכת **יששכרוב** וכלל הפסלות הפסיקתית פגעו במעמדה של הזכות החוקתית לפרטיות, והחלישו את כלל הפסלות המפורש שקבע המחוקק".¹⁰⁵

הבחירה של חוק הגנת הפרטיות וחוק האזנת סתר בברירת מחדל של פסילה של ראיות שהושגו תוך הפרה של החוק לא רק "מיטיבה" עם נאשמים, אלא גם משקפת את העובדה שכללי הפסילה החקיקתיים וכלל הפסילה הפסיקתית מבוססים על ערכים ועל רציונלים שונים. כפי שנקבע בפסק הדין בעניין **יששכרוב**, המטרה המרכזית של כלל הפסילה הפסיקתית היא שמירה על הטוהר ועל ההגינות של ההליך הפלילי, בעוד הרתעתם של גורמי חקירה ואכיפה מפני הפרה של הדין אינה משום מטרה כשלעצמה, אלא אך ורק "תוצאת לוואי אפשרית – ואף רצויה – של פסילת הראיות במסגרתה של דוקטרינה זו".¹⁰⁶

בשלב הענישה – בעקבות ע"פ 4988/08 פרחי נגד מדינת ישראל" הסניגור 4-173, 7 (2011).

103 ראו שם; הרדוף, לעיל ה"ש 40, בעמ' 70-71.

104 לייסט, לעיל ה"ש 102, בעמ' 7.

105 שם.

106 עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 555. בהערת אגב, יצוין כי יש בסיס לטענה שהמחוקק ביקש לחזק את מעמדו של השיקול ההרתעתי של כלל הפסילה במסגרת חקיקת סעיף 56 לפקודת הראיות. לפי דברי הסבר של הצעת החוק הממשלתית, "מטרת התיקון לתת ביטוי לתכליות של הגנה על זכויות חשודים ונאשמים ועל הגינות ההליך הפלילי וטוהרו, וכן לתת ביטוי לתכלית ההרתעתית-חינוכית שלפיה יהיה בפסילת ראיות כדי להרתיע את רשויות החקירה מפני פעולות חקירה פסולות בעתיד". דברי הסבר להצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 19) (פסילת ראיה), התשפ"ב-2021, ה"ח 56, 56. אחד ממחברי מאמר זה (גיא רובינשטיין) טען, בהקשר של כלל הפסילה של התיקון הרביעי לחוקת ארצות הברית, כי האפקט ההרתעתי של פסילת ראיות הוא "עקיף": התביעה חוששת בדרך כלל מפסילת ראיות הרבה יותר מאשר המשטרה (שלרוב מביעה חוסר עניין בתוצאות של הליכים פליליים), וחשש זה מתמרץ תובעות ותובעים לקדם ציות משטרתי לחוק בשלל דרכים. ראו Guy Rubinstein, *The Prosecutor-*

לעומת זאת, סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות וסעיף 13 לחוק האזנת סתר נועדו במפורש גם – ואולי בעיקר – להרתיע את אלה השוקלים לפגוע בפרטיותו של אחר במטרה להשיג ראיות. כך, למשל, הסביר הנשיא שמגר בפסק דינו בעניין יעקנין:

”ההוראה שבסעיף 32 מבקשת להפוך את הפגיעה בפרטיות לבלתי כדאית, שכן חלק מכריע מן המעשים הפוגעים בפרטיות נעשים אך ורק כדי לאסוף חומר על ענייניו הפרטיים של אדם, כדי שזה ישמש לאחר מכן חומר ראיות במשפטו (בדרך כלל משפט אזרחי ולא פלילי). יש, על-כן, יסוד להנחה, שסיכול האפשרות להשתמש בחומר שהושג כראיה ימנע ממילא את ביצועה של הפגיעה בפרטיות, אשר, כאמור, ללא יכולת השימוש כאמור היא חסרת תועלת.”¹⁰⁷

הרתעה מפני פגיעה בזכות לפרטיות נדרשה בשנים 1979 ו-1981, עת חוקקו חוק האזנת סתר וחוק הגנת הפרטיות, והיא בוודאי נדרשת ביתר שאת מאז שנת 1992, עת התקבעה הזכות לפרטיות כזכות חוקתית בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ונוכח ההתפתחות הטכנולוגית המואצת המקילה על פגיעה בזכות.¹⁰⁸ הצדקה נוספת לברירת המחדל של פסילה בחוקים אלה נובעת מכך שעצם ההגשה במסגרת ההליך המשפטי של ראיות שהושגו תוך פגיעה בפרטיות עלול ליצור ”פגיעה נוספת” בפרטיות.¹⁰⁹ כפי שהסביר פרופ' מיכאל בירנהק, ”למשל, כאשר הראיות הן צילומים אינטימיים שצולמו ללא רשות, התרחשה פגיעה אחת בפרטיות בעת הצילום, אבל הגשת הראייה לבית המשפט תהיה פגיעה נוספת.”¹¹⁰

Oriented Exclusionary Rule, 65 B.C. L. REV. 1755 (2024).

¹⁰⁷ ד"נ 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים נ' יעקנין, פ"ד מב(3) 837, 852 (1988). באשר לתפקיד ההרתעתי של סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, ראו, למשל: מיכאל בירנהק **פרטיות חוקתית** 260–261 (2023); ואקי, לעיל ה"ש 23, בעמ' 315. באשר לתפקיד ההרתעתי של סעיף 13 לחוק האזנת סתר, ראו, למשל, ב"ש 82/83 מדינת ישראל נ' עליה, פ"ד לו(2) 741, 738 (1983).

¹⁰⁸ ראו ס' 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ראו גם בירנהק, לעיל ה"ש 107, בעמ' 197–249 (דן בפסיקה הנוגעת לפרטיות לאחר עיגונה של הזכות לפרטיות כזכות חוקתית).

¹⁰⁹ ראו בירנהק, שם, בעמ' 261 (דן ב"פגיעה [ה]נוספת" בפרטיותו של אדם בשל הגשה בהליך משפטי של ראיות שהושגו תוך פגיעה בפרטיות, וכן מעלה הצעות להתמודדות עם פגיעה נוספת זו ולמזעורה).

¹¹⁰ שם.

הדיון שערכנו במטרות ובערכים המצויים בבסיסם של כללי הפסילה אינו ממצה. אולם ברור שמחמת ההבדלים ביניהם, נדרשת בחינה נפרדת ועצמאית של פסילתן של ראיות על פי כללי הפסילה השונים, בדיוק כפי שנעשה בהקשר של סעיף 12 לפקודת הראיות. הקביעה הקצרה והמפורשת בסעיף 56א שלפיה אין בכלל הפסילה החקיקתי החדש "כדי לפגוע בכללים לפסילת ראיות הקבועים בהוראות חיקוק אחרות", מורה כי מעתה כך יהיה, ובמובן זה היא אמורה לבטל את איחוד הכללים שהשתרש מאז פסק הדין בעניין פרחי.¹¹¹

ג. סיכום

כלל הפסילה החקיקתי החדש שבסעיף 56א לפקודת הראיות הוא תוספת משמעותית ביותר שמקדמת את ההגנה על זכויות הפרט בהליך הפלילי בישראל. במאמר זה טענו כי הכלל החדש מוסיף נדבכים חשובים להלכת יששכרוב ופיתוחיה הפסיקטיים המאוחרים. עצם עיגונו של כלל הפסילה בחקיקה מבטיח את המשך קיומו ומחסן אותו מפני ביטול או שחיקה פסיקטיים. הבחירה של המחוקק לשמר את אופיו היחסי של הכלל היא מבורכת, ויש בה כדי לחזק את ההגנה על זכויות תוך הימנעות מהרעות החולות של כלל פסילה מוחלט שלא מותר שיקול דעת לבית המשפט.

נדבך חשוב נוסף בכלל החדש הוא הבחירה של המחוקק להחיל באופן מפורש את כלל הפסילה במצבים שבהם ראייה הושגה תוך הפרה של הדין שהופנתה כלפי עדים או צדדים שלישיים אחרים. לטענתנו, מנוסח הסעיף ומההיסטוריה החקיקתית שלו אפשר ללמוד כי המחוקק הכריע כי כלל הפסילה יחול באופן שווה ואחיד על כל סוגי הראיות, ובכך נמנע מלהתנות את התחולה על ראיות שמקורן בעדים ב"פגיעה בעלת עוצמה מיוחדת".

לבסוף, תרומה משמעותית של התיקון היא שהמחוקק בחר להדגיש את קיומם של כללי פסילה חקיקטיים מוקדמים יותר, והבהיר כי כלל הפסילה החקיקתי החדש לא יפגע בהם. בכך מורה המחוקק כי במקרים המתאימים תיבחן פסילתה של ראייה על פי כללי הפסילה השונים באופן נפרד ועצמאי, והראיה תהיה קבילה אך ורק אם אין לפסול אותה לפי אף אחד מכללים אלה. גם בקביעה זו מקדם המחוקק את ההגנה על זכויות הפרט ואת הרציונלים של כללי הפסילה השונים.

¹¹¹ השפעתה של הוראה זו כבר ניכרת בחלק מבתי המשפט. ראו למשל מ"ת (שלום ראשל"צ) 38313-05-24 מדינת ישראל נ' אבו צעלוק, פס' 11 להחלטה של השופט וסטרמן (נבו 1.7.2024) (מסביר כי "בהינתן האמור בסעיף 56א(ב) לפקודה, לפיו אין בהוראת הסעיף כדי לפגוע בכללים לפסילת ראיות הקבועים בהוראות חיקוק אחרות, אתמקד בהוראות חוק הגנת הפרטיות המוזכרות לעיל").