

הסיפור של יששכרוב: יששכרוב בפעולה – על יתרונותיה של דוקטרינת הפסלות היחסית ועל תרומתה להגנה על זכויות הפרט

יואב ספיר* וגיא רובינשטיין**

דוקטרינת פסלות הראיות הפסיקתית, אשר גובשה בהלכת **יששכרוב** של בית המשפט העליון, זכתה לביקורות אקדמיות נוקבות. עיקר הביקורת היה שמדובר בכלי חלש אשר אינו מגן בצורה ראויה על זכויות הפרט, וזאת נוכח היותה של דוקטרינת הפסלות הפסיקתית "יחסית", כזו המעניקה שיקול דעת לבתי המשפט ביחס להכרעה בשאלת קבילותה של ראיה שהושגה שלא כדין. לטענת המבקרים, הגנה מיטבית על זכויות הפרט תושג באמצעות אימוצו של כלל פסלות "מוחלט", כפי שנהוג בארצות הברית, שלפיו לבתי המשפט אין שיקול דעת להימנע מפסילתה של ראיה שהושגה בדרך בלתי־חוקית. במסגרת מאמר זה נטען, בהתבסס על הספרות המשפטית התיאורטית ועל הניסיון המעשי של המשפט האמריקני, כי בניגוד לאינטואיציה הראשונית, באימוצו של כלל פסלות מוחלט גלום דווקא סיכון לפגיעה בזכויותיהם של חשודים ונאשמים ולצמצום היקפן של זכויות הפרט. בהקשר זה נדגיש את היתרונות הפוטנציאליים של דוקטרינת פסלות יחסית על פני כלל פסלות מוחלט, ונראה כי יתרונות פוטנציאליים אלה אכן התממשו עם התפתחות הפסיקה בישראל הנוגעת לתחולתה של הלכת **יששכרוב**. בהמשך הרשימה נדון בתרומתה המשמעותית ביותר, בעינינו, של הלכת **יששכרוב** להגנה על זכויות הפרט בישראל: פיתוח והסדרה מואצים ורחבי היקף של תחומים רבים של סדרי הדין הפלילי בישראל אשר עובר למתן ההלכה סבלו מהזנחה. עצם קיומו של כלל הפסלות הפסיקתי מביא להלכות חשובות המגדירות באופן

* הסניגור הציבורי הארצי ומרצה לדין פלילי באוניברסיטת תל אביב.

** סטודנט לתואר מוסמך במשפטים (LL.M.) באוניברסיטת הרווארד שבקיימברידג', מסצ'וסטס. הכותבים מבקשים להודות לעו"ד מאיה בן מאיר על סיועה בשלבים המוקדמים של המחקר ולעו"ד יגאל בלפור על עזרתו לקראת קו הסיום. תודה לקורא האנונימי, למשתתפי הפורום "תה ופלילים", לעורכת "מעשי משפט" נעם וייס ולחברי המערכת גליה גיל, רועי מלכא וטליה פינס על הערותיהם הטובות.

ברור יותר מאשר בעבר את יחסי הכוח שבין גורמי אכיפת החוק לבין הפרטים בחברה ומשרטטות לרשויות האכיפה את גבולות המותר והאסור.

מבוא

הלכת **יששכרוב**, שבמסגרתה גובשה באופן תקדימי דוקטרינה של פסלות ראיות שהושגו שלא כדין, זכתה לביקורות רבות. מן העבר האחד, קטרגו אנשי רשויות אכיפת החוק וטענו כי הלכת **יששכרוב** תפגע בערך של גילוי האמת העובדתית. כן טענו, כי ההלכה החדשה תסרבל את ההליך המשפטי ותהפוך את שאלת התנהלותן של רשויות החקירה והאכיפה למרכז ההליך, וזאת על חשבון העיסוק בשאלה המרכזית הניצבת במוקד ההליך הפלילי – אשמתו או חפותו של הנאשם. מן העבר השני, טענו רבים, בעיקר מקרב האקדמיה, כי דוקטרינת הפסלות הפסיקתית חלשה מדי ואינה מספקת הגנה ראויה על זכויות הפרט, וזאת נוכח היותה דוקטרינת פסלות "יחסית", המעניקה שיקול דעת לבתי המשפט ביחס להכרעה בשאלת קבילותה של ראיה שהושגה שלא כדין. מבקרים אלה טענו כי האפקט של דוקטרינת פסלות יחסית שכזו בעולם המציאות יהא לכל היותר זניח, והצרו על כך שלא נפסק בישראל כלל פסלות "מוחלט", כפי שנהוג בארצות הברית, שלפיו לבית המשפט אין שיקול דעת להימנע מפסילתה של ראיה שהושגה בדרך בלתי-חוקית.

בפרפרזה על אמרתו המפורסמת של מארק טוויין באשר לדיווחים על מותו (The "Report of my death was an exaggeration")¹, טענתנו העיקרית במאמר זה היא כי הביקורות על הלכת **יששכרוב** היו מוקדמות מדי ומוגזמות. בחלקו הראשון של המאמר נציג את הלכת **יששכרוב** ואת הביקורות שנמתחו עליה. בחלקים הבאים נשיב לביקורות הרווחות שלפיהן הלכת **יששכרוב** היא חלשה וכי ראוי היה לקבוע במקומה כלל פסלות מוחלט ונוקשה. בחלק השני, בהתבסס על הספרות המשפטית התיאורטית ועל הניסיון המעשי של המשפט האמריקני, נטען כי בניגוד לאינטואיציה הראשונית, באימוצו של כלל פסלות מוחלט גלום דווקא סיכון לפגיעה בזכויותיהם של חשודים ונאשמים ולצמצום היקפן של זכויות הפרט. בהקשר זה נדגיש את היתרונות הפוטנציאליים של דוקטרינת פסלות יחסית על פני כלל פסלות מוחלט, ונראה כי יתרונות פוטנציאליים אלה אכן התממשו עם התפתחות הפסיקה בישראל הנוגעת לתחולתה של הלכת **יששכרוב**. בחלקו השלישי של המאמר נדון בתרומתה המשמעותית ביותר בעינינו של הלכת **יששכרוב** להגנה על זכויות הפרט בישראל, אשר חורגת מההשפעה הישירה של ההלכה המתבטאת בפסילת ראיות בשלב המשפט: פיתוח והסדרה מואצים ורחבי היקף של תחומים רבים של סדרי הדין הפלילי בישראל אשר עובר למתן ההלכה סבלו מהזנחה, כמו גם פיתוח הלכות חשובות המגדירות באופן ברור יותר את יחסי הכוח שבין גורמי אכיפת החוק לבין הפרטים בחברה ומשרטטות לרשויות האכיפה את גבולות המותר והאסור.

א. הלכת יששכרוב והביקורת עליה

1. הצגה תמציתית של הלכת יששכרוב

בשנת 2006, לאחר שנים של ציפייה ודריכות בקהילת המשפט הפלילי הישראלית, נתן בית המשפט העליון את פסק דינו ההיסטורי בעניין יששכרוב.² בפסק הדין, אשר יצא תחת ידיו של הרכב מורחב בן תשעה שופטים,³ גובשה באופן תקדימי דוקטרינה של פסלות ראיות שהושגו שלא כדין.

הלכת יששכרוב היוותה חידוש הלכתי של ממש בדיני הראיות ובסדרי הדין הפליליים בישראל. עובר למתן פסק הדין בעניין יששכרוב שלטה ההלכה הוותיקה ולפיה, למעט במקרים החריגים הקונקרטיים הקבועים בחוק, אין באי־חוקיות אשר נפלה בהשגתה של ראיה כדי להביא לפסילת קבילותה, להבדיל מהפחתה אפשרית של משקלה.⁴ ובתמצית: "דרך השגתה של ראיה לחוד, ושאלת קבילותה לחוד".⁵ הטעם להלכה ותיקה זו היה רצונו של בית המשפט להגיע לחקר האמת העובדתית באופן המיטבי, על יסוד בחינה מהותית של כלל הראיות הרלוונטיות, ללא "מחסומי קבילות" הפוגעים לכאורה ביכולתו של בית המשפט לגלות את האמת. השאיפה לחשוף את האמת העובדתית – שעד היום נתפסת כתכליתם המרכזית של דיני הראיות בהליך הפלילי⁶ – הצדיקה בדרך כלל, כשלעצמה, השלמה עם פגיעה בערכים ובאינטרסים חברתיים אחרים, לרבות פגיעה חמורה בזכויות הפרט.⁷

בפסק הדין בעניין יששכרוב אשרר בית המשפט העליון את מעמד הבכורה שלו זוכה הערך של חשיפת האמת העובדתית.⁸ עם זאת, בית המשפט עמד על כך שאל מול חשיפת האמת ניצבים ערכים מתחרים אחרים הראויים להגנה, הגם שקידומם עלול לעיתים לפגוע באפשרות להגיע לחקר האמת, וביניהם ההגנה על זכויות אדם, ובפרט זכויות הנאשם. בית המשפט הדגיש כי הגם שההגנה על זכויות הנאשם עשויה במקרים מסוימים להתיישב עם תכלית החתירה לגילוי האמת, הרי שלעיתים הגנה זו תמנע מבית המשפט מלהיחשף לראיות מרשיעות רלוונטיות.⁹

בית המשפט קבע כי חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר נחקק בשנת 1992 והביא לחיזוק מעמדם של זכויות האדם המוגנות, בפרט בהליך הפלילי, מצדיק דיון מחודש בהלכה שלפיה אי־חוקיות שבהשגת הראיה אינה משפיעה על קבילותה. התפיסה שלפיה יש לתת עדיפות מכרעת לערכי גילוי האמת וההגנה על הציבור ביחס לערכים מתחרים, קבע בית המשפט, אינה יכולה לעמוד עוד, ויש למצוא אפוא "נקודת איזון גמישה" שנותנת משקל משמעותי יותר לערכים של שמירה על הגינות ההליך הפלילי וטוהרו והגנה על זכויות הנאשם, כבודו וחירותו – גם במחיר פגיעה בחשיפת האמת העובדתית.¹⁰ "נקודת איזון גמישה" זו, קבע בית המשפט, תבטא ביצירה של דוקטרינת פסלות פסיקתית.

בית המשפט קבע כי התכלית הדומיננטית והמנחה את עיצוב דוקטרינת הפסלות הפסיקתית תהיה ההגנה על טוהר ההליך הפלילי והגינותו. נקבע כי תכלית החינוך של

גורמי החקירה והרתעתם מפני שימוש באמצעי חקירה בלתי-כשרים לא תשמש כתכלית הדומיננטית, אולם היא מהווה "תוצאת לוואי אפשרית – ואף רצויה" של פסילת ראיות.¹¹ בהמשך שקל בית המשפט שני דגמים הנוגעים ל"מידת גמישותה" של דוקטרינת הפסלות הפסיקתית ו"היקף שיקול הדעת הנתון לבית המשפט" הן בפסילה במסגרתה: האחד, כלל פסלות מוחלט, שלפיו כל ראיה שהושגה בניגוד לדין תהיה פסולה; והשני, דוקטרינת פסלות יחסית, שלפיה לבית המשפט יהיה נתון שיקול הדעת באשר להכרעה בשאלת קבילותה של ראיה שהושגה שלא כדין, בכל מקרה לגופו ועל פי נסיבותיו. בית המשפט קבע כי איזון ראוי בין זכויות הנאשם ושמירה על הגינות ההליך הפלילי וטוהרו לבין ערכי גילוי האמת, הלחימה בעבריינות, ההגנה על שלום הציבור וכיבוד זכויות נפגעי העבירה – מחייב כי דוקטרינת הפסלות הפסיקתית תהיה דוקטרינת פסלות יחסית.¹² לאחר שקבע עקרונות בסיסיים אלה, פנה בית המשפט העליון לניסוח תנאיה וגדריה של דוקטרינת הפסלות הפסיקתית. בהתאם לדוקטרינה שנקבעה, לבית המשפט הן בפסילה נתון שיקול הדעת לפסול קבילותה של ראיה (מכל סוג שהוא) אשר הושגה בניגוד לדין, ככל שבית המשפט סבור כי הפגיעה בזכותו של הנאשם להליך הוגן שתנבע מקבלת הראיה במשפטו היא מהותית.¹³

במסגרת ההחלטה אם ראוי לפסול ראיה שהושגה בניגוד לדין, על בית המשפט הן בפסילה לבחון את נסיבותיו של כל מקרה לגופו, על פי שלוש קבוצות של שיקולים: הראשונה נוגעת לאופייה ולחומרתה של אי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה. במסגרת קבוצת שיקולים זו, על בית המשפט לבחון מהם האופי והחומרה של אי-החוקיות או אי-ההגינות שהיו כרוכות בהשגת הראיה; האם רשויות אכיפת החוק עשו שימוש באמצעי החקירה הבלתי-כשרים במכוון ובזדון או בתום לב; האם מתקיימות "נסיבות מקלות" שבכוחן להפחית מחומרתה של אי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה; באיזו מידה קל היה להשיג את הראיה באופן חוקי; והאם היא הייתה מושגת על ידי רשויות אכיפת החוק גם ללא השימוש באמצעי החקירה הבלתי-כשרים.¹⁴ קבוצת השיקולים השנייה נוגעת למידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה, ובמסגרתה על בית המשפט לבחון באיזו מידה אי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה עשויה להשפיע על מהימנותה ועל ערכה ההוכחתי, וכן האם קיומה של הראיה הינו עצמאי ונפרד מאי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגתה.¹⁵

קבוצת השיקולים השלישית, אשר זוכה לדין הנרחב ביותר בספרות המשפטית, נוגעת לשאלת הנזק מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילתה של הראיה. השאלה שעל בית המשפט הן בפסילה לבחון היא האם המחיר החברתי הכרוך בפסילת הראיה עולה על התועלת האפשרית שתצמח מהפסילה. לפי בית המשפט העליון, ככל שהראיה שפסילתה מתבקשת חיונית לשם הרשעת הנאשם, וככל שהעבירה המיוחסת לו חמורה – כך ייטה בית המשפט שלא לפסול את הראיה, וזאת על מנת שלא לפגוע יתר על המידה באינטרסים של לחימה בפשיעה והגנה על שלום הציבור, וכדי שלא להביא לידי

כך "שהאשם בביצוע עבירות חמורות לא ייתן את הדין על מעשיו – תוצאה שעלולה כשלעצמה לפגום בעשיית הצדק ובאמון הציבור בבתי המשפט".¹⁶ בית המשפט העליון הדגיש כי שלוש קבוצות השיקולים שלעיל והשיקולים שנמנו במסגרתן אינם מהווים רשימה סגורה, והם בבחינת "קווים מנחים" לשיקול דעתו של בית המשפט הדין בפסילתה של ראייה לפי דוקטרינת הפסלות הפסיקתית. הובהר כי בית המשפט, בסופו של דבר, יצטרך לאזן בין עוצמת הפגיעה בזכותו של נאשם להליך הוגן ככל שהראיה שהושגה שלא כדין תתקבל במשפטו, אל מול עוצמת הפגיעה בערכים מתחרים ככל שיוחלט לפסול את אותה הראייה.¹⁷

2. התגובות להלכת יששכרוב

שלא באופן מפתיע, וכיאה לכלל פסיקתי חדשני בנושא רגיש ומעורר מחלוקת, הלכת יששכרוב זכתה למגוון רחב של תגובות. כך, בסניגוריה הציבורית, אשר לקחה חלק בהליכים כ"ידיד בית המשפט" ואף הגישה טיעון מפורט התומך ביצירה של דוקטרינת פסלות ראיות שבשיקול דעת¹⁸ (שבה תמכה גם לשכת עורכי הדין)¹⁹ – בירכו על אימוצה של דוקטרינת הפסלות הפסיקתית, וראו בה אמצעי חשוב לשמירה על הגינות ההליך הפלילי מפני פגיעה בזכויות חשודים ונאשמים.²⁰

מנגד, הלכת יששכרוב נתקלה גם בביקורת נוקבת – הן מן הכיוון ה"שמרני" והן מן הכיוון ה"ליברלי".²¹ מקרב רשויות אכיפת החוק, אשר רבים מבכיריהן התנגדו מלכתחילה לאימוצה של דוקטרינה לפסלות ראיות, נשמעה הטענה כי הלכת יששכרוב תפגע בערך של גילוי האמת העובדתית, מאחר שהיא תביא לפסלותן של ראיות מהימנות האמורות לשמש להוכחת אשמתו של הנאשם, וכתוצאה מכך לזיכויים רבים של נאשמים "אשמים".²² נטען גם כי כללי פסלות מביאים ל"משפטיזציה" של המשטרה ול"סירוסה",²³ וכי הלכת יששכרוב תביא לסרבול של ההליך המשפטי ותהפוך את שאלת התנהלותן של רשויות החקירה והאכיפה למרכז ההליך, על חשבון העיסוק בשאלה המרכזית הניצבת במוקד ההליך הפלילי – אשמתו או חפותו של הנאשם.²⁴

במאמר זה אין בכוונתנו להשיב באריכות לביקורת השמרנית על דוקטרינת הפסלות הפסיקתית, אף שאיננו מסכימים עימה.²⁵ עיקרו של מאמר זה הוא תשובה דווקא למבקרים את הלכת יששכרוב מן הכיוון הליברלי.²⁶ אלה, בניגוד למבקרים מקרב רשויות האכיפה שהתנגדו לאימוצה של דוקטרינת פסלות כלשהי, טוענים בלהט את ההיפך הגמור. טענתם העיקרית היא שדוקטרינת הפסלות שנפסקה אינה חזקה דיה בשל היותה "יחסית", כזו המעניקה שיקול דעת רחב לבתי המשפט להימנע מפסלותן של ראיות שהושגו שלא כדין.²⁷ הביקורת שהושמעה כלפי הלכת יששכרוב כה נחרצת, עד כדי כך שעיון בחלק מהמאמרים של המבקרים הליברלים עלול להוביל את הקורא להאמין שדוקטרינת הפסלות הפסיקתית היא לא יותר מאחיזת עיניים נטולת כל תועלת בהגנה על זכויות הפרט.

הטיעון המרכזי כנגד יחסיותה ("גמישותה") של הלכת יששכרוב גורס כי שיקול הדעת המוענק לבתי המשפט במסגרת הפעלת דוקטרינת הפסלות הפסיקתית הוא רחב מדי, ולמעשה בלתי-מוגבל. נטען כי העובדה שבית המשפט העליון מנה בפסק הדין בעניין יששכרוב רשימה כה ארוכה (ואף בלתי-ממצה) של שיקולים שונים ומנוגדים להפעלת הדוקטרינה, מאפשרת לבתי המשפט להשתמש בדוקטרינה לשם קבלת כל תוצאת פסילה שבה יחפצו. בפרט נמתחה בספרות ביקורת נוקבת על הקביעה כי אחת מקבוצות השיקולים שעל בתי המשפט להפעיל במסגרת החלטתם אם לפסול ראייה אם לאו, היא שאלת הנזק מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילתה של הראייה. נטען כי קבוצת שיקולים זו נותנת יד חופשית לבתי המשפט להימנע מפסילת ראיות במקרים שבהם הפסילה תביא לזיכויו של נאשם בעבירה שאינה מינורית. זאת, אף על פי שנכון לשמור ולהגן באופן קפדני יותר על זכויותיו הדיוניות של נאשם ככל שהעבירות שבהן הוא מואשם הינן חמורות יותר, מאחר שחומרת הסנקציה שלה הוא צפוי אם יורשע עומדת ביחס ישר לחומרת העבירות.²⁸

המבקרים מוסיפים וטוענים כי התדירות שבה פוסלים בתי המשפט ראיות שהושגו באמצעים בלתי-חוקיים נמוכה. מחקר שפורסם על ידי בנימין בלום בשנת 2010 הצביע על כך שבתי משפט בישראל, בכל הערכאות, נמנעים ברוב המקרים מפסילת ראיות שהושגו שלא כדין, בעיקר כאשר משמעותה של פסילת הראייה היא שחרורו של נאשם "אשם", ובוודאי כשמדובר בנאשם המואשם בעבירות ביטחוניות או בעבירות חמורות אחרות.²⁹ זאת ועוד, נטען כי הגם שבמרוצת הזמן מאז מתן הלכת יששכרוב הקל בית המשפט העליון את תנאיה המחמירים לפסילת ראיות, בית המשפט העליון עודנו נמנע מפסילת ראיות כאשר המחיר החברתי הכרוך בכך הוא גבוה ובלשונו של בועז סנג'רו: "כלל פסילת הראיות שהושגו באמצעים פסולים מתפתח, אך עדיין ללא נכונות לשלם מחיר חברתי (ולזכות אשם בעבירה חמורה שעודנו חי)".³⁰ לטענת המבקרים, אי-הנכונות של בתי המשפט לשלם בפועל מחיר חברתי של ממש הכרוך בפסילת ראיות שהושגו שלא כדין מאותתת לרשויות אכיפת החוק שלאמצעים הבלתי-חוקיים שהן נוקטות לא תהיה השלכה לעניין הראיות שתושגנה, ופוגעת בתכלית העיקרית העומדת בבסיס הלכת יששכרוב – שמירה על טוהר ההליך והגינותו. לטענות אלה נשיב בחלקים הבאים.

ב. האומנם כלל פסלות מוחלט עדיף מבחינת ההגנה על זכויות הפרט?

בחלק זה נבקש להתמקד בטענה הרווחת ביותר כנגד דוקטרינת הפסלות היחסית, הנוגעת לרפיסותה, כביכול, של הדוקטרינה בהגנה על זכויות הפרט. לפי המבקרים, כאמור, שיקול הדעת הרחב המוענק במסגרת הלכת יששכרוב לבתי המשפט בשאלה אם יש לפסול ראייה שהושגה שלא כדין אם לאו – מספק הגנה חלשה ביותר על זכויות הפרט. הגנה "אמיתית" על זכויות הפרט, גורסים המבקרים, תושג באמצעות אימוצו של כלל פסלות מוחלט, אשר יחייב את בתי המשפט שלא "לעצום עין" אל מול הפרת זכויותיהם

של חשודים ונאשמים, גם כאשר מדובר בעבירות חמורות או בהפרות משטרות של הדין שאינן חמורות במיוחד.³¹ במבט ראשון, ולו מזווית "סניגוריאלי" הנוטה כלפי מודל "ההליך הראוי",³² מדובר בתזה שובת לב. על פני הדברים, בעוד שדוקטרינת פסלות יחסית אכן מאפשרת לבתי המשפט להימנע מפסילה של ראיות שהושגו באמצעים בלתי-חוקיים, כלל פסלות מוחלט יחייב את בתי המשפט להגיב בחומרה להפרות החוק המשטרותיות, ולפסול ראיות שהושגו באי-חוקיות גם כאשר פסילת הראיות עומדת בניגוד לרצונם, לתחושת הצדק שלהם, או לחששותיהם מזיכוי נאשמים שיש סבירות לא מבוטלת שהם אשמים בעבירות חמורות. אם מקבלים את העמדה שלפיה פסילת ראיות שהושגו באמצעים בלתי-חוקיים היא אמצעי יעיל לחינוך ולהרתעה של גורמי חקירה מפני הפרה של החוק בעתיד במטרה לחלץ ראיות בלתי-כשרות,³³ הרי שכלל פסלות מוחלט לכאורה ירתיע יותר. גם מהפן של שמירה על טוהר ההליך הפלילי והגינותו (כזכור, התכלית הדומיננטית העומדת בבסיס הלכת יששכרוב), ניתן כמובן לטעון כי כלל פסלות מוחלט יביא באופן רחב ומקיף יותר למניעה של עשיית שימוש בראיה שהושגה בדרך בלתי-כשרה – שימוש אשר עלול להכתים את הרשעת הנאשם בפלילים ולפגום בלגיטימיות שלה.

אולם לכלל הפסלות המוחלט חסרונות בולטים, אשר לא רק שעלולים לבטל את יתרונותיו הלכאוריים, אלא אף לגרום בסופו של דבר נזק לזכויות הפרט בכלל ולזכויותיהם הדיוניות של נאשמים וחשודים בפרט. ראשית, החלתו של כלל פסלות מוחלט עלולה להביא במקרים קונקרטיים לתוצאות בלתי-צודקות מבחינה מוסרית, ולמצער לתוצאות שבעיני הציבור הרחב הן בלתי-צודקות באופן קיצוני (למשל, כאשר פסילת ראיה בשל הפרה פעוטה ושולית על ידי הרשויות של כלל שחשיבותו נמוכה, תביא לזיכוי של נאשם בעבירה בעלת חומרה קיצונית). פער משמעותי שכזה בין תפיסת הצדק לבין התוצאה המשפטית אינו רצוי כשלעצמו, והוא עלול גם להביא לדיאקציה שלילית אשר תמצא ביטוי בכמה אופנים, ובהם: צמצומו של כלל הפסלות באמצעות יצירת חריגים נרחבים לו אשר נזקם גדול; צמצום היקפן של זכויות הפרט בשל החשש לקבוע כי מעשים מסוימים של רשויות האכיפה יהוו הפרה של הדין, כאשר התוצאה הידועה היא פסלותה של הראיה; ואף עקיפה שיפוטית של כלל הפסלות או התעלמות ממנו. את חסרונותיו אלה של כלל הפסלות המוחלט נדגים להלן באמצעות הניסיון ארוך השנים שהצטבר במשפט האמריקני כתוצאה מקביעתו של כלל פסלות מוחלט על ידי בית המשפט העליון של ארצות הברית. לעומת הניסיון האמריקני, שאותו נתאר בחלק הראשון של פרק זה, המספר את סיפור היחלשותו של כלל הפסלות המוחלט, נראה כי הסיפור המסתמן באשר לדוקטרינת הפסלות הישראלית היחסית, שיתואר בחלק השני של פרק זה, הוא דווקא הפוך: סיפור של התבצרות.

1. "The Law is Crazy!": הריאקציה השלילית לכלל הפסלות המוחלט בארצות הברית

באחת הסצנות בסרטו של הבמאי דון סיגל משנת 1971 – "הארי המזוהם" – יושב השוטר הארי קלהאן (בגילומו של קלינט איסטווד) במשרדו של התובע המחוזי, וננוף על ידו על שעצר את הרוצח סקורפיו, חילץ ממנו הודאה מפלילה ותפס את נשקו, תוך הפרת זכותו החוקתית של סקורפיו להיוועץ בעורך דין, מניעת טיפול רפואי ואף שימוש בעינויים. במהלך שיחת הנזיפה מטיח התובע בהארי:

Where the hell does it say that you've got a right to kick down doors, torture suspects, deny medical attention and legal counsel? Where have you been? Does Escobedo ring a bell? Miranda? I mean, you must have heard of the Fourth Amendment. What I'm saying is that man had rights.³⁴

התובע מסביר להארי שהוא הפר את זכויותיו של הרוצח על פי החוקה האמריקנית והפסיקה, ושבשל הפרת זכויותיו, סקורפיו עתיד לצאת לחופשי מייד לאחר שחרורו מבית החולים, וזאת מאחר שאין שום טעם לנהל נגדו משפט כשאינ בידי התביעה כל ראיה להוכחת אשמתו. הארי הנדהם תמה על הצהרתו זו של התובע, שכן רובהו של סקורפיו מונח לצידם, ובנקל ניתן לגלות התאמה בינו לבין הכדורים שנמצאו בזירת הרצח. התובע משיב בזלזול כי הרובה עשוי לשמש "מזכרת נחמדה", אך הוא אינו קביל כראיה. "And who says that?", שואל הארי. "It's the law", עונה התובע. "Well", מפטיר הארי בכעס, "Then the law is crazy!"

שנות השבעים של המאה הקודמת בארצות הברית הביאו עימן ריאקציה שמרנית לשנות השישים הליברליות – הן בציבור, הן בפוליטיקה והן במערכת המשפט. הסצנה המתארת כיצד בשל כללי פסלות משפטיים שנקבעו בידי ה־Warren Court משתחרר רוצח כסקורפיו,³⁵ ואילו השוטר הגיבור שתפס אותו והציל את הקהילה ננוף על ידי אנשי המשפט – היא ביטוי להלכי הרוח הציבוריים של אותה התקופה. על פי הלכי רוח אלה, בשל מגבלות משפטיות שהוטלו על רשויות האכיפה, הלכה וגברה הפשיעה ונדרשה מדיניות נוקשה של "חוק וסדר".³⁶ הלכי הרוח הציבוריים והביקורת על כללי הפסלות המוחלטים נתנו אותותיהם גם במערכת המשפט. הביקורת על כללי הפסלות המוחלטים הייתה חזקה במיוחד כאשר בתי המשפט נאלצו להתמודד עם מקרים קשים (hard cases) שבהם, מחד גיסא, העבירות שבהן מואשם הנאשם חמורות במיוחד וקיימות לכאורה די ראיות מהימנות להרשעתו, ואילו מאידך גיסא, הפרות הדין על ידי גורמי החקירה נתפסות כשוליות או טכניות. בתיקים אלה, פסילה של הראיה שהושגה באי-חוקיות, אשר עלולה להוביל לזיכוי ולשחרורו של נאשם אשר יש ראיות מהימנות וחזקות התומכות באשמתו, מבלי שלבית המשפט יהיה שיקול דעת בעניין – עלולה להיתפס כבלתי-צודקת.³⁷

מעבר לכך שהתוצאה עלולה להיות בלתי-צודקת, קיים חשש כי האמון הציבורי במערכת המשפט יפגע. כשם שחשש זה קיים אם בית המשפט יורה על קבלתה במשפט

של ראייה שהושגה בדרכי חקירה בלתי־חוקיות, כך הוא קיים גם אם בית המשפט יחליט לפסול ראייה חשובה ומהימנה בתיק חמור שהושגה תוך הפרה זניחה או טכנית ביותר של הדין על ידי רשויות החקירה.³⁸ כאמור, פער משמעותי מאוד בין תפיסת הצדק של הציבור לבין התוצאה המשפטית – המחשבה שלפיה "The law is crazy" – אינו רצוי כשלעצמו. אולם בעינינו, מדאיג יותר החשש הממשי – המגובה היטב בניסיון המשפטי האמריקני ארוך השנים – כי אימוצו של כלל פסלות מוחלט יביא לריאקציה שלילית של פגיעה קשה בזכויות הפרט והצרתן. בתתי־הפרקים הבאים נראה שזה בדיוק מה שהתרחש בארצות הברית, וכי מנקודת המבט של הגנה על זכויות הפרט, חסרונותיו בפועל של כלל פסלות מוחלט עלולים בהחלט לעלות על יתרונותיו שבכוח.

כלל הפסלות המוחלט של התיקון הרביעי לחוקת ארצות הברית (להלן: כלל הפסלות האמריקני) נוצר בפסיקתו של בית המשפט העליון של ארצות הברית כבר בשנת 1914, עת נקבע כי ראייה שנתפסה על ידי רשויות האכיפה בניגוד להוראות התיקון הרביעי לחוקה,³⁹ אינה קבילה כראיה במשפט נגד הנאשם שזכותו החוקתית הופרה.⁴⁰ כלל הפסלות האמריקני, אשר נוצר בתחילה ככלל פסלות פדראלי (כלומר, כזה שחל אך ורק במערכת הפדראלית של ארצות הברית), הוחל בשנת 1961 גם על כל מדינות ארצות הברית במסגרת פסק הדין בעניין *Mapp*, שבו נקבע מפורשות כי דינה של ראייה שהושגה בחיפוש או בתפיסה המפרים את התיקון הרביעי לחוקה להיפסל, הן בבית משפט פדראלי והן בבית משפט מדינתי.⁴¹ פסק דין אחרון זה, לצד פסקי הדין הקנוניים בעניין *Massiah*⁴² ובעניין *Miranda*,⁴³ מסמל במידה רבה את תור הזהב של ההגנה על זכויות הפרט ושל הפיתוח של כללי הפסלות החוקתיים – תקופה שנמשכה כמעט לכל אורכן של שנות השישים של המאה הקודמת, במהלך כהונתו של השופט וורן כנשיא בית המשפט העליון.⁴⁴ כאמור, חלק מהמלומדות והמלומדים הישראלים נוהגים לבקר את יחסיותה של הלכת יששכרוב,⁴⁵ ובכך למעשה חותרים – בין במפורש ובין במשתמע – לאימוצו של כלל פסלות מוחלט נוסח כלל הפסלות האמריקני.⁴⁶ אולם כפי שנפרט, בחינה של כלל הפסלות האמריקני ושל התפתחותו הפסיקתית מוכיחה כי יותר משהוא מסמל הצלחה של כלל פסלות מוחלט, הוא משמש תמרור אזהרה לגזירה שהציבור ובתי המשפט לא יכולים באמת לעמוד בה.

הספרות המשפטית מכירה בכמה דרכים אפשריות של בתי המשפט להתמודד עם הבעיה הנובעת מהחלת חוקים או כללים אשר תביא לתוצאה שבעיני בית המשפט היא בלתי־צודקת במקרה הנקודתי. לצד התפטרות של המותב היושב בדין, ניתן למנות גם דחייה מוצהרת של החוק או הכלל, כאקט של "אי־ציות אזרחי־שיפוטי"; יצירת חריגים לחוק או לכלל; וכן פירוש או החלה של החוק או הכלל באופן שיביא לתוצאה המשפטית ההולמת את צו מצפוננו של בית המשפט, ולו באופן מאולץ או מעוות.⁴⁷ כפי שנפרט להלן, במקרה של כלל הפסלות האמריקני, נקטו בתי המשפט את שתי הדרכים האחרונות, אשר באות לידי לביטוי בכמה טכניקות ואופנים משפטיים.

(א) יצירת חריגים לכלל הפסלות והצרת היקפו ("כללי הכשרה") הביטוי הבולט והמובהק ביותר להימנעות של בתי המשפט בארצות הברית מלהפעיל את כלל הפסלות האמריקני של התיקון הרביעי לחוקה,⁴⁸ אשר כאמור הינו כלל פסלות מוחלט, הוא יצירתם של חריגים רבים מאוד לכלל על ידי בית המשפט. בחלוף השנים, ובעיקר מאז תום תקופת כהונתו של הנשיא וורן בבית המשפט העליון בשנת 1969, כלל הפסלות האמריקני כורסס ואיבד מכוחו באופן משמעותי, וזאת באמצעות יצירה והרחבה של מספר גדול מאוד של חריגים לכלל. את החריגים האלה מכנה המלומדת סטייקר Inclusionary Rules,⁴⁹ ואנו נכנה אותם "כללי הכשרה". הכינוי "כללי הכשרה" ניתן לחריגים לכלל הפסלות האמריקני בשל העובדה שהם מכשירים, באופן פוזיטיבי, קבילותן של ראיות שהושגו באופן בלתי-חוקתי. מבין רשימה ארוכה מאוד של חריגים לכלל הפסלות האמריקני, ניתן למנות כמה חריגים משפיעים ורחבי היקף במיוחד.

החריג העיקרי הראשון, ואולי הידוע מכולם, הוא למעשה מערך של חריגים הנוגעים לתום ליבו של השוטר שפעל בניגוד לחוקה. אף שלכל אחד מחריגי תום הלב רציונל תיאורטי משלו, המשותף לכולם הוא שבית המשפט העליון האמריקני הסביר את יצירתם בנימוק שהעלויות החברתיות הגבוהות אשר תנבענה מפסילה של ראיות מהימנות להוכחת אשמה, בדמות שחרורם של נאשמים אשמים לחובות, אינן מוצדקות בהתחשב בכך שבנסיבות העניין, האפקט ההרתעתי כלפי השוטרים הנובע מפסילת הראיות הוא זניח או משני בערכו.⁵⁰ בין חריגי תום הלב המכשירים קבילותן של ראיות שאין חולק שהושגו בניגוד לחוקה, ניתן למנות, למשל: הסתמכות בתום לב של שוטר על צו שיפוטי שבסופו של יום נמצא בטל;⁵¹ הסתמכות בתום לב של שוטר על חיקוק שהוכרזו בדיעבד כבלתי-חוקתי, בין שהחיקוק נגע למעצר,⁵² ובין שהחיקוק התיר חיפוש ללא צורך בצו;⁵³ הסתמכות בתום לב על רישום משטרתי שגוי,⁵⁴ לרבות במקרים של רשלנות של עובד במשטרה.⁵⁵ בכל המקרים האלה לא תיפסלנה הראיות, אף שהושגו בניגוד להוראות החוקה.

מגבלה משמעותית נוספת שחלה על כלל הפסלות האמריקני, המהווה למעשה תנאי סף שיש לעמוד בו כדי שהעתירה לפסלות ראייה תישקל על ידי בית המשפט, היא "דוקטרינת זכות העמידה". לפי דוקטרינה ותיקה זו, נאשם רשאי לבקש כי הראיות שהושגו באופן בלתי-חוקי תיפסלנה רק אם הוכיח כי זכויותיו שלו לפי התיקון הרביעי לחוקה (להבדיל מזכויותיהם של עדים במשפט או של צדדים שלישיים אחרים) נפגעו.⁵⁶ הוכחה זו דורשת כי הנאשם יראה שהייתה לו ציפייה לגיטימית לפרטיות במקום החיפוש.⁵⁷ יודגש כי בית המשפט ידחה עתירה לפסלות ראייה ככל שהנאשם לא עמד בדרישותיה של דוקטרינת זכות העמידה, אף אם הפרת הזכויות על ידי השוטרים הייתה מכוונת.

חריג חשוב אחר לכלל הפסלות האמריקני הוא "חריג ההדחה" (Impeachment) המתיר שימוש בראיות שהושגו בניגוד לחוקה לשם ערעור מהימנותו של הנאשם בחקירתו הנגדית בבית המשפט.⁵⁸ נוסף על כך, במשך השנים נוצרו חריגים המגבילים את תחולתה של דוקטרינת "פירות העץ המורעל". דוקטרינה זו קובעת, בתמצית, כי תחולתו של כלל

הפסלות האמריקני אינה מוגבלת אך ורק ל"ראיות הראשיות" שנתפסו בחיפוש הבלתי-חוקתי, אלא היא משתרעת גם על "ראיות נגזרות", דהיינו ראיות שנובעות באופן כלשהו מהראיה העיקרית או שהושגו הודות לגילוייה הבלתי-חוקי ("הפירות").⁵⁹ בין החריגים ל"דוקטרינת פירות העץ המורעל" ניתן למנות את "חריג הגילוי הבלתי נמנע", שלפיו הראיה הנגזרת שהשיגה המשטרה באי-חוקיות תהיה קבילה להוכחת אשמת הנאשם, אם יוכח ששימוש באמצעים כשרים היה מוביל באופן בלתי-נמנע לגילוי הראיה, וכן את "חריג המקור העצמאי", שלפיו הראיה הנגזרת תהיה קבילה אם יוכח כי המקור שהוביל להשגתה הוא "נפרד לחלוטין" מאי-החוקיות שנקטה המשטרה בתחילה (לדוגמה, ראיה שנתגלתה בחיפוש חוקי שערכה המשטרה על סמך עילה המבוססת על מידע שנצבר במהלך חיפוש קודם בלתי-חוקי).⁶⁰

החריגים השונים שנוצרו לכלל הפסלות האמריקני לאורך עשרות שנים, ובפרט אלה שמנינו לעיל, זכו ועודם זוכים לתילי תילים של ביקורת על ידי שורה ארוכה מאוד של מלומדות ומלומדים. הביקורת העיקרית נגד חריגים אלה היא שהם פוגעים בתכלית העיקרית של כלל הפסלות האמריקני – הרתעת הרשויות מפני הפרה עתידית של החוק במטרה לחלץ ראיות. לפי טענה זו, החריגים לכלל הפסלות האמריקני מביאים לפגיעה בתמריץ של רשויות החקירה לפעול כדין כאשר ברור להן שהראיות שישגו באמצעים בלתי-כשרים לא תיפסלנה. חמור מכך, נטען כי חריגים אלה אף מעודדים באופן אקטיבי את רשויות החקירה להפר את החוק אם הפרה זו תסייע בידיהן להשיג ראיות מפלילות שאין כל סיכון לפסילתן.⁶¹ מובן מאליו שאף לא אחד מחריגים אלה משרת את תכלית ההגנה על טוהר ההליך והגינותו.

לכל אחד מהחריגים לכלל הפסלות האמריקני רציונל תיאורטי משלו. אולם לא ניתן להתעלם מהעובדה שסיבה מרכזית, וככל הנראה עיקרית, להיווצרותם של חריגים כה רבים לכלל הפסלות האמריקני, היא נוקשותו של כלל הפסלות, אשר לא מאפשרת כל שיקול דעת לבתי המשפט להימנע מפסילה של ראיות שהושגו באופן בלתי-חוקי.⁶² כאמור, יצירת חריגים על ידי בתי המשפט היא אחת מהדרכים המוכרות בספרות המשפטית להתמודדות עם כללים שהחלתם תביא לתוצאה שבעיני בית המשפט היא בלתי-צודקת במקרה הנקודתי. אולם הספרות מכירה גם בחשש שריבוי חריגים לכלל עלול להביא לאיום על תוקפו של הכלל עצמו.⁶³ ואכן, החשש בארצות הברית מריבוי החריגים לכלל והרחבתם נפוץ בקרב מלומדות ומלומדים רבים, וחלקם אף טוענים כי חריגים אלה הם חלק מתוכנית גדולה יותר של בית המשפט העליון לבטל לחלוטין את כלל הפסלות.⁶⁴ יצירתם של חריגים רבים לכלל הפסלות גורמת לנזק נוסף, "אפקט לגיטימציה", המתבטא ביצירת פער בין התודעה הציבורית לבין המציאות המשפטית. הציבור הרחב, על אף היווצרותם של חריגים חדשים לכלל, ממשיך להאמין כי זכויות הפרט נשמרות בקפידה, וכי ידי המשטרה כבולות בכל הנוגע לטיפול בפשיעה ובמיגור עקב כלל הפסלות. הסיבה העיקרית לכך, בתמצית, נובעת מהעובדה שבניגוד למשפטנים, הציבור הרחב רוכש את ידיעותיו על זכויות הפרט ועל כלל הפסלות בעיקר דרך התקשורת,

סדרות טלוויזיה או סרטי קולנוע, אשר מדגישים את זכויות החשודים והנאשמים (ובעיקר את "אזהרת מירנדה" המפורסמת),⁶⁵ ואינם מדקדקים בהיחלשותו העקבית של כלל הפסלות האמריקני ובהגנה המוגבלת ביותר שהוא מספק הלכה למעשה על זכויות הפרט. החשש המרכזי הוא שהציבור הרחב ונציגיו, נוכח אמונתם השגויה בדבר "רפיסות רשויות אכיפת החוק", ימשיכו לדרוש שינוי מדיניות שתכליתו החמרה וחיזוק הלחימה בפשיעה. משמעותה של מדיניות כזו, מעבר להפניית משאבים נוספים לרשויות האכיפה והכליאה, היא החלשה נוספת וגוברת של החסמים הדיוניים אשר עודם מגינים על זכויות חשודים ונאשמים.⁶⁶

(ב) החלשת ההגנה על זכויות הפרט והצרת היקפן תוצאה נוספת של הצורך של בתי המשפט בארצות הברית להתמודד עם כלל הפסלות האמריקני המוחלט ולהימנע מהחלטה שתיאלץ אותם לפסול ראיות, היא באמצעות "הכשרת" פעולות של הרשויות, על ידי קביעה כי בנסיבות המקרה הנדון, הפעולות שנקטה הרשות אינן אסורות או מפרות את זכויות הפרט החוקתיות. ככל שקביעתם של בתי המשפט מנחה בתי משפט נמוכים יותר, ובהנחה שהיא משנה את הדין הקיים עד כה – הרי שהיא תהווה תקדים המצר באופן ישיר את היקף זכויות הפרט המהותיות של חשודים ונאשמים.

המלומד קמיסר טוען בתוקף כי בניסיון להימנע מפסלות ראיות, בית המשפט העליון האמריקני מנהל לא פחות מ"לוחמת גרילה" נגד דיני החיפוש והתפיסה. כך, לשם הדוגמה, בית המשפט הגדיר בצמצום אילו פעולות משטרתיות תעלינה כדי "חיפוש" או "תפיסה" שהתיוקן הרביעי לחוקה יחול עליהם, ולעומת זאת הרחיב מאוד את ההגדרה של "הסכמה" של אדם לחיפוש או תפיסה, המכשירה חיפושים או תפיסות שלולא הסכמה זו היו נחשבים לבלתי־חוקתיים.⁶⁷ ההקשר של חיפוש בהסכמה הוא דוגמה מובהקת למקום שבו כלל הפסלות המוחלט הביא לדוקטרינה הפוגעת אנושות בזכויות הפרט. כך למשל נפסק על ידי בית המשפט העליון האמריקני שגורמי משטרה המבצעים חיפוש בהסכמה לא צריכים אפילו להזהיר את הנחפש (מושא החיפוש) כי זכותו לסרב לחיפוש.⁶⁸ על דוקטרינה זו נמתחה ביקורת רבה, בין היתר על כך שהיא מאפשרת תיוג גזעי נרחב ושיטור יתר כלפי אוכלוסיות מוחלשות.⁶⁹ גם בהקשרים אחרים – של זכויות חוקתיות של חשודים בחקירתם במשטרה – אפשר בית המשפט לעקוף את הדרישה להקפיד על זכויות החשודים, באמצעות דוקטרינה רחבה מאוד וכמעט בלתי־מוגבלת של ויתור על זכויות.⁷⁰ כדי להבין את גודל הפגיעה של בית המשפט העליון בזכויות הפרט בניסיון להימנע מפסילת ראיות, כדאי להקשיב לשופט קלברזי, הגורס כי תמיכתם של "ליברלים" בכלל פסלות חזק ככלי להגנה על הזכות לפרטיות מהווה "פרדוקס מעניין", שכן כלל הפסלות האמריקני נושא באשמה הגדולה ביותר להחלשת הזכות לפרטיות בארצות הברית.⁷¹

(ג) "קריצה שיפוטית": התעלמות מכלל הפסלות או קבלת עדויות שקר של שוטרים

דרך נוספת, מדאיגה במיוחד, שבאמצעותה בתי המשפט בארצות הברית מנסים לעיתים להימנע מהחלתו של כלל הפסלות האמריקני, היא בעקיפת הכללים המשפטיים תוך התעלמות מהם או תוך השפעה על העובדות, כך שלא יהא צורך להפעיל את הכלל. במשך שנים ארוכות נשמעת על ידי מלומדות ומלומדים אמריקנים הטענה החמורה כי שופטים, באופן מודע, מתעלמים לעיתים מהחוק כאשר זה מורה על פסילתן של ראיות שהושגו באמצעים בלתי-חוקיים, ואף מקבלים עדויות שקר של שוטרים שלפיהן ראייה חשובה מסוימת הושגה בהתאם לדין, כאשר דחייה של עדויות אלה תביא לפסילה של אותה הראייה ולשחרור של נאשם "אשם"⁷². נטען כי "קריצה שיפוטית" זו נפוצה יותר במקרים של עבירות חמורות, בשל שלוש סיבות עיקריות: תחושה פנימית-אישית של השופט כי פסילת הראייה בנסיבות המקרה הקונקרטי הנדון, על השלכותיה האפשריות, אינה מוצדקת; פחד של השופט מפרסום שלילי; וחשש של השופט מפגיעה בסיכויי לזכות בבחירות למשרות שיפוט הנהוגות בארצות הברית.⁷³

דרך שלישית זו היא אפוא דרך משלימה לשתי הדרכים הקודמות שתוארו בפרק זה, ושלושתן ביחד מאפשרות לבית המשפט להימנע מלהגיע לתוצאות שנתפסות בעיניו כבלתי-צודקות במקרים קונקרטיים, בשל קיומו של כלל הפסלות המוחלט.

ואולם לשלוש דרכים אלה מחירים משמעותיים. בשל השימוש בדרך הראשונה, של צמצום כלל הפסלות באמצעות יצירת חריגים, נפגעת ההגנה שניתן לספק באמצעות כלל הפסלות לאינטרסים שעליהם הוא נועד להגן – הגנה על טוהר ההליך והגינותו, הגנה על זכויות המעורבים בהליך הפלילי והרתעת הרשויות מפני פגיעה בזכויות. יתרה מכך, יצירת החריגים והסייגים המרובים מביאה לפער תודעתי ול"אפקט לגיטימציה" אשר תוצאותיו קשות. הדרך השנייה, שבמסגרתה קובע בית המשפט כללים מהותיים המתירים לרשויות האכיפה לנקוט פעולות מסוימות רק כדי להימנע מפסלות ראייה במקרה קונקרטי, פוגעת ישירות במשטר זכויות הפרט, באמצעות יצירת תקדימים בלתי-רצויים שיחולו על מקרים עתידיים. ואילו הדרך השלישית, שבמסגרתה בית המשפט עוקף את ההכרעות המשפטיות הקשות, לעיתים תוך קבלת עדויות שקר, פוגעת ביושרתה של השיטה המשפטית ובאמון שניתן לתת בה. פגיעות אלה נגרמות בשל היותו של כלל הפסלות האמריקני לכאורה מוחלט – כזה אשר לא מתיר לבתי המשפט שיקול דעת כאשר להפעלתו במקרה הקונקרטי. זאת לעומת דוקטרינת הפסלות הישראלית המאפשרת הפעלת שיקול דעת כזה. בפרקים הבאים נראה כי דוקטרינת הפסלות הישראלית אכן מספקת פלטפורמה טובה וחשובה להגנה על זכויות הפרט בישראל. בפרק הבא נראה כי בניגוד לחששות, דוקטרינת הפסלות הישראלית מתפתחת בדרכים המרחיבות אותה ואת האפשרויות להפעלתה. בפרק שלאחריו נראה כי בפועל, ניכר שלדוקטרינת הפסלות יש השפעה חיובית על ההגנה על זכויות הפרט. בתי המשפט, בניגוד לנטען, אכן משתמשים

בדוקטרינת הפסלות, וחשוב מכך – היא מסייעת ביצירת כללי סדר דין פלילי מהותיים ובהתוויית הגבולות בין המותר לאסור באכיפת הדין הפלילי.

2. "יחסית טובה": על התחזקות והתרחבותה של הלכת יששכרוב
 בית המשפט העליון התייחס בקצרה בעניין יששכרוב לקושי לקבוע כלל פסלות מוחלט אשר יחול באופן זהה על כל סוגי הפרות המשטריות:

לא הרי אי חוקיות חמורה שבוצעה במכוון על ידי גורמי החקירה לשם השגת הראיה, כהרי פגם זניח בהליכי החקירה שנעשה בתום לב וללא השפעה ממשית על זכויותיו של הנחקר. בשל מורכבות הסוגיה וריבוי הגורמים שיש להביאם בחשבון, אין זה רצוי לאמץ כלל פסילה נוקשה אלא יש להותיר בידיהם של בתי המשפט שיקול דעת בשאלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין, בהתחשב בנסיבותיו של כל מקרה לגופו. מטעמים אלה, כבר הובעה בבית משפט זה הדעה בעבר, כי אין מקום לאימוץ כללי פסילה נוקשים דוגמת אלה הנוהגים בשיטת המשפט האמריקנית, וכי יחסיותה של דוקטרינת הפסלות הינה [...] תנאי בסיסי לעשיית צדק' במסגרתה.⁷⁴

דברים אלה של בית המשפט העליון אפשרו לדוקטרינת הפסלות הישראלית להימנע מן התוצאות הקשות של כלל הפסלות האמריקני, שתוארו בפרק הקודם. ואולם, הם אלה שעוררו את חששותיהם של המבקרים מפני דוקטרינת פסלות חלשה מדי. בעוד שיסודותיו של כלל הפסלות האמריקני נטועים עוד בפסיקה בת יותר ממאה שנה, הלכת יששכרוב חגגה עשור ראשון להולדתה אך בשנת 2016, ולכן ניתן לטעון, במידה רבה של צדק, כי עוד מוקדם לצפות את המשך דרכה והתפתחותה. אולם נראה כי במהלך שנים מועטות אלה, דוקטרינת הפסלות הפסיקתית – אשר כזכור זכתה לביקורת נוקבת בגין שיקול הדעת שהיא מעניקה לבתי המשפט – לא רק ששמרה על כוחה, אלא אף התפתחה, התרחבה ומספקת כיום הגנה חשובה ביותר על זכויות הפרט.

(א) היקף תחולתה של דוקטרינת הפסלות הפסיקתית והימנעות בתי המשפט מקביעת חריגים לדוקטרינה

ראשית, יש לזכור שמלכתחילה פריסתה הפוטנציאלית של דוקטרינת הפסלות הישראלית רחבה יותר ממקבילתה האמריקנית. בניגוד לדוקטרינת הפסלות הפסיקתית הישראלית, העשויה לחול כל אימת שהראיה הושגה "שלא כדין" (היינו, כאשר הראיה "הושגה באמצעי חקירה בלתי-חוקיים, קרי – מנוגדים להוראה הקבועה בחוק, בתקנה או בנוהל מחייב; באמצעים בלתי-הוגנים; או באמצעים הפוגעים שלא כדין בזכות יסוד מוגנת"), כלל הפסלות האמריקני חל אך ורק כאשר הראיה הושגה בניגוד לחוקה.⁷⁵

נוסף על כך, התפתחות הפסיקה שלאחר מתן פסק הדין בעניין יששכרוב מלמדת כי חלק לא מבוטל מן החששות של המבקרים התבדו: בתי המשפט בישראל, ובראשם בית המשפט העליון, פסקו באופן המאפשר פסלות ראיות במקרים רבים יותר ממה

שחשבו המבקרים מלכתחילה. בתי המשפט הישראליים גם נמנעו עד כה מיצירת חריגים משמעותיים, המקבילים לאלה שנוצרו בארצות הברית.

כך למשל, בפסק הדין בעניין יששכרוב נקבע כי ככלל, היותה של ראייה חפצית (להבדיל מראייה מילולית או אחרת) מהווה שיקול כבד לטובת הימנעות מפסילתה חרף איי-החוקיות שדבקה בהשגתה, וזאת מאחר שככלל, לאופן השגתה הבלתי-חוקי של הראייה החפצית אין השפעה על מהימנותה או על עצם קיומה.⁷⁶ הביקורת האקדמית על שיקול זה, כמובן, לא איחרה לבוא.⁷⁷ ואכן, הרבה הודות לביקורת האקדמית, הבהירו פסקי הדין שניתנו לאורך השנים כי בית המשפט העליון אינו רואה בראיות חפציות ככאלה החסינות מפני תחולתה של הלכת יששכרוב, והוא אף הורה על פסילתן של ראיות חפציות חרף הקביעה כי לא היה באי-החוקיות שבהשגתן כדי לפגוע במהימנותן.⁷⁸ בתי משפט השלום והמחוזי מורים גם הם על פסילתן של ראיות חפציות כדבר שבשגרה.⁷⁹ סוג ראיות נוסף שברור היום שדוקטרינת הפסלות הפסיקתית חלה עליו הוא ראיות נגזרות. בעוד שלאחר מתן הלכת יששכרוב היו שסברו שראיות נגזרות לא תיפסלנה, הרי שכיום האפשרות לפסול לא מצויה עוד במחלוקת. בעניין פרחי, פסק הדין הראשון של בית המשפט העליון שעסק בנושא בהרחבה, קבע השופט לוי במפורש כי הגם שדוקטרינת "פירות העץ המורעל" לא אומצה במשפט הישראלי, הרי שכבר מלשוננו של פסק הדין בעניין יששכרוב ניתן ללמוד כי דוקטרינת הפסלות הפסיקתית עשויה לחול גם על ראיות נגזרות.⁸⁰ השופט דנציגר הבהיר גם הוא שאין להסיק מבחירתו של בית המשפט העליון שלא לאמץ את דוקטרינת "פירות העץ המורעל" כי לא קיימת סמכות להורות על פסילתן של ראיות נגזרות.⁸¹ יצוין כי גם בבתי משפט השלום והמחוזי נפסלו לא פעם ראיות נגזרות.⁸²

דוגמה נוספת להתחזקותה של דוקטרינת הפסלות הפסיקתית נוגעת למקום שניתן בפסיקה לשיקול של תום ליבם של השוטרים שהפרו את החוק. כזכור, בארצות הברית התפתחה לאורך השנים מערכת שלמה של חריגי תום לב לכלל הפסלות האמריקני, עד כדי כך שקיים חשש שבית המשפט העליון ייצור, בסופו של דבר, חריג תום לב כללי לכלל הפסלות, שלפיו הכלל לא יחול כל אימת שהשוטרים מפרי החוק פעלו בתום לב.⁸³ בישראל, נכון להיום, לא מתקיים חשש דומה. כבר בפסק הדין בעניין יששכרוב נקבע כי הפרות דין זדוניות על ידי שוטרים יטו את הכף לעבר פסלותה של הראייה, בעוד שהפרות שנעשו בתום לב אינן מחסנות את הראייה מפסילה "כאשר הדבר מתחייב מההגנה על זכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן".⁸⁴ על דברים אלה חזר השופט לוי בטון ברור אף יותר בפסק הדין בעניין פרחי, שבמסגרתו קבע כי "נקודת המוצא היא כי על רשויות השלטון לפעול בהגינות ובתום לב, ולפיכך בעוד שאי-חוקיות מכוונת עלולה להעצים את הפגיעה, אין לומר כי תום ליבם של גורמי החקירה מרפא אותה".⁸⁵ סוגיה חשובה מאוד שזכתה להתייחסות בפסיקה היא שאלת אימוצה של דוקטרינת "זכות העמידה" במשפט הישראלי. כבר בסוף שנת 2012 קבע בית המשפט העליון (השופט לוי), בעניין ז'אנו, כי תחולתה של הלכת יששכרוב משתרעת גם על מצבים

שבהם האמצעי הפסול שהביא להשגת הראיה הופנה כלפי עד בחקירתו, ולא רק על מצבים שבהם האמצעי הפסול הופנה כלפי הנאשם עצמו.⁸⁶ בכך נדחתה למעשה קבלתה של דוקטרינת "זכות העמידה" במשפט הישראלי. עם זאת, בית המשפט העליון טרם הכריע בשאלת היקף תחולתה של הלכת יששכרוב על עדים. לפי השקפתו של השופט לוי, כפי שהובעה בעניין ז'אנו, "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".⁸⁷ לעומת זאת, השופט מזוז, בעמדה שנותרה דעת יחיד, קבע בפסק דינו בעניין יהודה כי אין מקום שאמות המידה לתחולתה של הלכת יששכרוב על עדים תהיינה שונות מתחולתה על נאשמים.⁸⁸ כאמור, שאלת היקף תחולתה של דוקטרינת הפסלות הפסיקתית על עדים טרם הוכרעה בפסיקתו של בית המשפט העליון,⁸⁹ אולם מאז מתן פסק הדין בעניין יהודה, גוברים הקולות באקדמיה הקוראים להימנע מכל הבחנה בין עד לנאשם בכל הנוגע לתחולתה של הלכת יששכרוב.⁹⁰

(ב) פסלות ראיות במקרים של עבירות חמורות

אם לא די באמור עד כה כדי להוכיח כי דוקטרינת הפסלות הפסיקתית התחזקה עם השנים, הרי שבית המשפט העליון הבהיר פעמים מספר, בפסיקה המאוחרת לפסק הדין בעניין יששכרוב, כי אין מקום לייחס משקל משמעותי לקבוצת השיקולים הנוגעת לשאלת הנזק מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילה – הכוללת בתוכה את השיקולים של חיוניות הראיה להרשעת הנאשם וחומרת העבירה שבה הוא מואשם.⁹¹ כך קבע השופט לוי בפסק הדין בעניין פרחי:

נמצא כי קבוצת שיקולים זו משמשת, למעשה, כחרב פיפיות – 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. מלאכת עשיית הצדק במובנה הרחב כוללת גם את האינטרס שבכיבוד זכויות נאשמים. קבלת הראיה עקב חשיבותה לתביעה עלולה לפגוע גם באמון הציבור ברשויות השלטון וליצור תחושה כי האדם הוא כלי משחק בידי השלטון המשנה את הכללים בהתאם לצרכיו. לאור זאת, סבורני כי עת הפגיעה בהוגנות ההליך – כפי שהיא משתקפת ממכלול השיקולים והנסיבות – היא חמורה, אין בקבוצת השיקולים הזו כדי להכשיר את הראיה אף מקום שהעבירות המיוחסות לנאשם הן מהחמורות בספר החוקים, וחיוניותה להרשעתו היא נכבדת [...].⁹²

עמדות דומות אומצו, בין היתר, בפסק דינו של השופט הנדל בעניין אל עוקה,⁹³ והובעו על ידי השופט דנציגר בפסקי דינו בעניין בן חיים⁹⁴ ובעניין שמש.⁹⁵ אין לכחד כי בתי המשפט בערכאות השונות מייחסים משקל לחומרת העבירה ולחיוניות הראיה להרשעת הנאשם,⁹⁶ וגם מתוך בית המשפט העליון נשמעות עמדות שקוראות שלא להתעלם משיקולים אלה.⁹⁷ עם זאת, היום ברור שהחשש שעלה בעבר,

שלפיו בית המשפט יפסול ראיות במקרים של עבירות מינוריות בלבד ("עבירות חניה", לפי ביקורתו של סנג'רו)⁹⁸ – התבדה. לדוגמה, בעבר קבעו בתי משפט השלום והמחוזי כי חומרתה של העבירה של החזקת סכין מטה את הכף לעבר הימנעות מפסלותה של הראיה (הסכין) שהושגה באי־חוקיות.⁹⁹ אולם מאז פסק הדין בעניין בן חיים, שבמסגרתו פסל בית המשפט העליון ראיות חפציות שהושגו בחיפוש בלתי־חוקי – נפסלות ראיות בתיקים כאמור כדבר שבשגרה.¹⁰⁰ בעניין שי הורה בית המשפט העליון על פסילת הודעתו המפלילה של המערער במשטרה ועל זיכוי מעבירת ההריגה שבה הורשע בבית המשפט המחוזי (וחלף זאת על הרשעתו בעבירה של גרם מוות ברשלנות) בעקבות הפרת זכותו של המערער להיוועץ בעורך דין.¹⁰¹

בית המשפט העליון הורה על פסילת ראיות גם בתיקי רצח. אומנם, במקרה הראשון שבו הורה בית המשפט על פסילת ראיה בתיק רצח אשר הביאה לזיכוי, המדובר היה בעניינו של מערער אשר בשלב שבו ניתן פסק הדין בערעורו כבר לא היה בין החיים.¹⁰² ואכן, במקרים אחרים שבהם נפסלה ראיה בתיק רצח או בתיקים של עבירות חמורות מאוד אחרות, נמצאו על ידי בית המשפט העליון ראיות אחרות שהספיקו להרשעה.¹⁰³ אילו כך היו נותרים פני הדברים, ניתן היה להזדהות עם הביקורת על כך שבית המשפט העליון היסס לפסול ראיה שתביא לזיכוי ולשחרורו מן הכלא של מערער בתיק רצח, ועם החשש שבית המשפט לעולם לא יעשה כן, וכך למעשה יעניק דה־פקטו היתר לרשויות לחרוג מן הדין בתיקים החמורים ביותר.¹⁰⁴

ואולם, בעודנו כותבים שורות אלה, ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין **חייבטוב**.¹⁰⁵ באותו פסק דין זוכה המערער מעבירות של רצח ושווד בשל פגיעה קשה בזכות ההיוועצות ושימוש בסמים בתא המעצר על ידי המערער והמדוכב. הפרת זכויותיו של המערער הביאה לפסילת ההודאה שמסר בפני המדוכב על סמך הלכת **יששכרוב**. פסילה זו, בתורה, הביאה לזיכוי של המערער, אשר שוחרר מכלאו ביום הזיכוי, לאחר שריצה כ־12 שנות מאסר. לאחר מתן פסק הדין בעניין **חייבטוב**, בוודאי שלא ניתן עוד לומר כי בית המשפט העליון אינו מחיל את הלכת **יששכרוב** כאשר מדובר בעבירות חמורות. ואכן, פסיקתו של בית המשפט באותו עניין הייתה ברורה. השופט שהם, שכתב את חוות הדעת העיקרית, קבע כי:

מפסיקתו העקבית של בית משפט זה ניתן לומר כי חומרת העבירה לא תהווה שיקול להימנע מפסילת הראיה, בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית, שכן דווקא בעבירות חמורות יש להקפיד על זכותו של הנאשם להליך הוגן, ואין כל היגיון בהפעלת הדוקטרינה בעבירות קלות בלבד.¹⁰⁶

לפסילת ההודעה על פי הלכת **יששכרוב** ולתוצאת הזיכוי הצטרפה גם השופטת ברק־ארו בקובעה:

רשויות אכיפת החוק חותרות לפענח רצח בלתי־פתור ולהעמיד לדין את האחראי למעשה. האם מקדשת מטרה זו את כל אמצעי החקירה? [...] התשובה לכך –

המבוססת על עקרונות חשובים שכבר נקבעו בפסיקתו של בית משפט זה – היא ברורה: גם לפעולתן של רשויות אכיפת החוק יש להציב קווים אדומים.¹⁰⁷

השופט מלצר הסכים אף הוא לתוצאת הזיכוי, הצטרף לדבריהם של השופטים שהם וברק-ארוז, והוסיף דברים משלו על עילת ההגנה מן הצדק. יצוין כי גם לפני מתן פסק הדין בעניין **חייבטוב** לא ניתן היה לומר שלפסיקתו של בית המשפט בעקבות הלכת **יששכרוב** לא הייתה משמעות והשפעה כאשר המדובר בעבירות חמורות. ראשית, במקרים מסוימים, חששה של המדינה מפני פסילת ראיה וזיכוי שיבוא בעקבותיה הביא להסדרי טיעון מקלים גם בעבירות רצח וגם בשלב הערעור, אשר בו הסדר הטיעון הוא נדיר יחסית והאינטרס של המדינה להסכים לו פחות באופן מובהק.¹⁰⁸ שנית, בתי משפט בערכאות אחרות פסלו ראיות על פי הלכת **יששכרוב** גם בעבירות חמורות.¹⁰⁹ חשיבותה הגדולה של פסיקת בתי המשפט מן העת האחרונה היא במסר הנשלח לגורמי החקירה, כמו גם לבתי משפט אחרים: חומרתן הרבה של העבירות שבהן מואשם נאשם אינה מחסנת מפסלות ראיות שהושגו על ידי המשטרה תוך הפרת זכויות הנאשם ברגל גסה. בעניין **חייבטוב** אף הורה בית המשפט העליון להעביר את המקרה לכחינתו של היועץ המשפטי לממשלה.¹¹⁰

אם כן, ניתן לראות כי בניגוד להיחלשותו של כלל הפסלות האמריקני, הלכת **יששכרוב**, שמלכתחילה נוצרה כדוקטרינה יחסית, מצויה מאז ראשיתה במגמה של התפתחות ואף התחזקות. היום ברור יותר כי תחולתה של הלכת **יששכרוב** משתרעת על כל סוגי הראיות באשר הם, לרבות ראיות חפציות, ראיות נגזרות וראיות שהושגו תוך פגיעה בגורמים שאינם הנאשם. כמו כן, בתי המשפט בכל הערכאות מכירים בכך שראיה שהושגה באי-חוקיות אינה חסינה מפני פסילה רק בשל תום ליבם של גורמי החקירה והאכיפה, חומרתן של העבירות שבהן מואשם הנאשם או המחיר החברתי הגבוה הכרוך בפסילת הראיה.

אין להתפלא כי להלכת **יששכרוב**, כדוקטרינת פסלות יחסית, לא נוצרו עד כה חריגים קטגוריים המגבילים באופן משמעותי את תחולתה. למעשה, ייסודה של נורמה שהחלתה במקרה הקונקרטי תלויה בשיקול דעתו של בית המשפט היא דרך מוכרת לעקיפת הצורך ליצור חריגים לכלל נוקשה, נוכח מצבים שבהם החלתו המתחייבת תביא לתוצאה אשר נתפסת בלתי-צודקת.¹¹¹ מרחב התמרון שמותירה דוקטרינת הפסלות היחסית מפחית את הצורך המעשי ואת ההצדקה התיאורטית ליצירת חריגים קטגוריים המגבילים את תחולתה של הדוקטרינה במקרים רבים.

זאת ועוד, הלכת **יששכרוב** היחסית – בניגוד לכלל פסלות מוחלט – מאפשרת לבתי המשפט להכריע באופן "טהור" בשאלה העקרונית של חוקיות פעולת רשויות החקירה, במנותק משאלת פסלות הראיות. כלומר, באפשרותם של בתי המשפט לקבוע כי מעשי המשטרה הם אסורים, וזאת מבלי שקביעה זו תוביל בהכרח לפסילת הראיה שהושגה בניגוד לחוק ולהשלכות קשות במקרה הקונקרטי.¹¹² משכך, פוחת באופן משמעותי החשש

שגם בישראל יקבעו בתי המשפט כללים משפטיים המקלים עם רשויות האכיפה, רק כדי להימנע מפסלות ראיות במקרה קונקרטי. כמו כן, פוחת החשש כי תעלינה טענות חמורות, מן הסוג שהועלו בארצות הברית, בדבר שופטים אשר מתעלמים מהחוק, מעוותים אותו או מקבלים עדויות שקר של שוטרים במטרה להימנע מפסילת ראיות כאשר המחיר החברתי הכרוך בפסילה הוא גבוה במיוחד. גם במקרים שבהם בתי המשפט לא פוסלים בסופו של דבר את הראיה, הם יכולים לקבוע כי התנהלות מסוימת של רשויות האכיפה הייתה בלתי־חוקית, ולקביעה כזו תיתכן השפעה חיובית בהמשך הדרך מבחינת קביעת המותר והאסור בעבודת הרשויות. במקרים עתידיים, למשל כאשר יהא מדובר בעבירה חמורה פחות, ייתכן שהפרת הכלל תביא לפסילת הראיה. זאת ועוד, בעקבות פסיקת בתי המשפט בהקשרים אלה, משתנים לעיתים הנהלים המשטרתיים והפרקטיקות שעל פיהם המשטרה פועלת.¹¹³

אם כן, בעוד שחלק ממבקריה של הלכת יששכרוב היחסית היו מעדיפים כלל פסלות מוחלט, אשר לכאורה יחייב את בתי המשפט שלא "לעצום עין" אל מול הפרת זכויותיהם של חשודים ונאשמים, ההיגיון והניסיון האמריקני מעלים חשש ממשי כי כלל פסלות נוקשה שכזה לא יצליח לשמור על כוחו לאורך זמן. כפי שהראינו, כלל פסלות מוחלט אשר אינו מעניק כל שיקול דעת לבית המשפט עלול להביא לפיתוחם של חריגים רבים לכלל, אשר בתורם עלולים להחליש את ההגנה על זכויות הפרט, ואף בטווח הארוך לאיים על תוקפו של הכלל. זאת, נוסף על חשש מהיווצרותן של טכניקות של "קריצה שיפוטית" או של החלשה והצרה של זכויות הפרט המהותיות, אשר מטרתן להימנע מפסילתן של ראיות בתיקים קשים. לעומת זאת, חששות אלה פוחתים כאשר מדובר בדוקטרינת פסלות יחסית, המותירה לבתי המשפט שיקול דעת. הגם שההגנה שהדוקטרינה היחסית מספקת על זכויות חשודים ונאשמים היא במבט ראשון חלשה יותר, ראינו כי בישראל מתאפשרת דווקא תחולה רחבה יותר של הדוקטרינה על סוגים שונים של הפרות משטרטיות וראיות, וכן על הפרות של הדין שאינן הפרות חוקתיות בלבד. בשל המידה הפחותה של החששות שמנינו לעיל, קיים סיכוי רב יותר כי כוחה של דוקטרינת פסלות יחסית שכזו יישמר לאורך זמן ואף יתחזק עם השנים, ללא צורך ביצירתם של חריגים קטגוריים. לדוקטרינת פסלות יחסית, יציבה ורחבה פוטנציאל גדול לקדם את ההגנה על זכויות הפרט במדינה, כפי שנדגים גם בפרק הבא.

בטרם סיומו של פרק זה, נציין כי מקובלת עלינו לחלוטין עמדתם של מלומדות ומלומדים ישראלים הגורסים כי על מנת שדוקטרינת הפסלות הפסיקתית תהיה אפקטיבית, על בתי המשפט להחילה במקרים המתאימים והמוצדקים, וזאת לעיתים גם כאשר המחיר החברתי הכרוך בפסילת הראיה גבוה. 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. אולם על מנת שאפקט הרתעתי זה יהיה שריר ותקף, על בתי המשפט להוכיח,

הלכה למעשה, שהם אינם נרתעים מפסילת ראיות כאשר פסילה זו משרתת באופן הולם את התכליות העומדות בבסיס הלכת **יששכרוב**.¹¹⁴ פסק הדין של בית המשפט העליון בעניין **חייבטוב**, שהפך החלטה של בית המשפט המחוזי בבאר שבע, אשר נמנע מפסלות ההודאה למרות הפרות חמורות ביותר של זכויות העצור, הוא בבחינת תיקון חשוב המחזק את ההערכה כי דוקטרינת הפסלות הישראלית מתפתחת בכיוונים חיוביים. לו היו מתאמתות תחזיות המבקרים, ובתי המשפט היו נמנעים מהפעלתה של דוקטרינת הפסלות הפסיקתית, הרי שערכה היה פוחת עד מהרה. ואולם, הניסיון שנצבר עד כה מלמד שלא זה הכיוון שבו צועדת הפסיקה. על כל פנים, כפי שטענו בהרחבה לעיל, איננו סבורים כי כלל פסלות מוחלט היה בהכרח כלי טוב יותר לביצור ההגנה על זכויות הפרט בישראל.

ג. השפעתה החיובית של דוקטרינת הפסלות הפסיקתית על ההגנה על זכויות הפרט בישראל

עד כה, הדין בספרות האקדמית הישראלית בדבר יעילותה המעשית של דוקטרינת הפסלות הפסיקתית נסב בעיקר סביב שאלת "כמות" ו"איכות" הזיכויים שהולידה הלכת **יששכרוב** בבתי המשפט. בהקשר זה, כאמור, נטען – בעיקר על ידי המלומדים בלום וסנג'רו – כי התדירות שבה פוסלים בתי המשפט ראיות שהושגו באמצעים בלתי־חוקיים היא נמוכה, בעיקר כאשר משמעותה של פסילת הראיה היא שחרורו של נאשם "אשם" בעבירות חמורות. כאמור, לטענת המבקרים, אי־הנכונות של בתי המשפט לשלם בפועל מחיר חברתי הכרוך בפסילת ראיות שהושגו שלא כדין, לא רק שמאותתת לרשויות אכיפת החוק שלאמצעים הבלתי־חוקיים שהן נוקטות לא תהיה השלכה לעניין הראיות שתושגנה, אלא גם פוגעת בתכליות הלכת **יששכרוב**, ובראשן טוהר ההליך והגינותו. טענות אלה בדבר "כמות" ו"איכות" הזיכויים נכונות במידה מוגבלת. כפי שהראינו למעלה, נראה כי המגמה של בתי המשפט היא דווקא לצמצם את השפעתה של אמת המידה הנוגעת לחומרת העבירה ולאפשר פסלות גם בעבירות חמורות. באשר לכמות, עם השנים גדלה נכונותם של בתי משפט בכל הערכאות לפסול ראיות שהושגו באי־חוקיות, ובתוך כך להורות על זיכויים של נאשמים כדבר שבשגרה. לשם המחשת ההתפתחות שחלה נציין כי בעוד שעל פי בלום, בתקופה של כשלוש שנים וחצי (4.5.2006 עד 1.11.2009), רק 14 פסקי דין שבהם פסלו בתי משפט ראיות (כולל בערכאות הערעור) הסתיימו בזיכוי מלא או חלקי של הנאשמים,¹¹⁵ הרי שכיום, במשך שנתיים בלבד (2017–2018), המספר גדול הרבה יותר. מחיפוש שערכנו¹¹⁶ עולה כי במהלך שנתיים אלה בתי משפט בשבתם כערכאות דיוניות הורו על פסילתן של ראיות שהושגו בניגוד לדין, ובעקבותיה על זיכויים המלא או החלקי של הנאשמים, בלא פחות מ־24 פסקי דין.¹¹⁷ נוסף על כך, בית המשפט העליון פסל ראיות, הפך החלטות מרשיעות של בית המשפט המחוזי והורה על זיכוי מלא או חלקי של המערערים בשני פסקי דין (לרבות בעניין **חייבטוב** שבו דנו לעיל).¹¹⁸ במקרה אחר קבע בית המשפט העליון כי לעמדתו ראוי היה להורות

על פסילתה של ראייה שהושגה בניגוד לחוק ואשר לא נפסלה בבית משפט קמא, ובתוך כך רחה את ערעור המדינה על אי-הרשעתו של המשיב בבית משפט קמא.¹¹⁹ במקרים נוספים התביעה חוזרת בה מכתבי האישום לאחר שבית המשפט פסל ראיות שהושגו בניגוד לדין.¹²⁰ חשוב לציין כי הנתונים שלעיל אינם כוללים פסילת ראיות וזיכויים רלוונטיים בכתי משפט לנוער או בכתי דין או בתי משפט צבאיים, וכן אינם מתייחסים לפסקי דין שניתנו בדלתיים סגורות ולפיכך לא פורסמו. זאת ועוד, במקרים רבים שבהם שוטרים הפרו את זכויות הפרט, בוחרת התביעה לבטל כתבי אישום בשלב מוקדם של המשפט (למשל, בעקבות הערות בית המשפט במהלך דיון מקדמי) או להימנע כליל מהגשתם.¹²¹ על כל אלה יש להוסיף, כי התפתחות פסיקתית חשובה קבעה כי להלכת יששכרוב השלכות גם על שלב המעצר – הן עד תום ההליכים¹²² והן לצורך חקירה,¹²³ ובהתאם לפסיקה זו, בתי המשפט הדנים בהליכי המעצר מתייחסים להפרת הזכויות פעמים רבות. הגם שבוודאי יש לברך על הגידול במספר הפעמים שבהן בתי המשפט פוסלים ראיות שהושגו באי-חוקיות, כמו גם על נכונותה של התביעה להימנע לעיתים מהגשת כתבי אישום שנוגדו בחטא, אנו סבורים כי ההתמקדות בהיבטים אלה בלבד מחטיאה יתרון משמעותי וחשוב אחר של הלכת יששכרוב: פיתוח והסדרה מהירים ורחבי היקף של תחומים רבים של סדרי הדין הפלילי בישראל, אשר עובר למתן ההלכה סבלו מהזנחה, כמו גם פיתוח הלכות חשובות שהגדירו באופן ברור יותר את יחסי הכוח שבין גורמי אכיפת החוק לאזרח. בחלק קצר זה נדון ביתרון חשוב זה, אשר למיטב ידיעתנו כמעט שלא זכה לדיון בספרות המשפטית הישראלית.¹²⁴

כיום, בניגוד לעבר, אם עולה טענה באשר להפרה של זכויות הפרט על ידי המשטרה, בית המשפט נדרש לדון בה ולקבוע האם אכן הופרו הזכויות, כשלב מקדים לעריכת האיזונים באשר לפסלותה של הראייה. אגב כך, על בית המשפט להכריע בשאלות משפטיות רבות וחשובות שקודם לכן לא זכו להתייחסות ראויה. דיני זכויות הפרט בישראל זוכים לפיתוח מאז שנת 2006 באמצעות שורה של כללים חדשים המגדירים את המותר והאסור ביחסים שבין הפרט למדינה במישור הפלילי. עצם קיומם של כללים אלה הוא קריטי לעבודת רשויות החקירה: הרשויות עתה כפופות לסדרה חדשה של כללים דיוניים המחייבים אותן לכבד את זכויות החשודים והנאשמים. וחשוב להדגיש, כי לעיתים נקבעים כללים חשובים גם במקרים שבהם בסופו של איזון לא נפסלת הראייה. לעצם יצירתו של הכלל החדש יש חשיבות גדולה לעתיד, מהבחינה של הכוונת ההתנהגות של המשטרה. לעיתים הכללים החדשים שנקבעים בפסיקה מוצאים את ביטויים בנהלים חדשים של המשטרה,¹²⁵ וסביר שחלקם יעוגנו אף בחקיקה.¹²⁶ על כן, בחינת האפקטיביות של הלכת יששכרוב רק על פי השאלה אם במקרה קונקרטי נפסלה הראייה אם לאו היא בחינה חסרה. להלן כמה דוגמאות של הלכות של בית המשפט העליון אשר נפסקו בעקבות יישום הלכת יששכרוב בשלושה תחומים חשובים:

(א) מדובבים: עובר למתן הלכת יששכרוב, כמעט שלא היו בנמצא כללים פסיקטיים מחייבים אשר הסדירו והגבילו את אופן הפעלתם מעורר המחלוקת של מדובבים. מאז

שנוצרה דוקטרינת הפסלות הפסיקתית ניתנו כמה פסקי דין אשר קבעו כללים חשובים בנושא. כך, למשל, קבע בית המשפט העליון כי אסור למדובבים לחדור ל"מתחם המוגן" של היחסים שבין חשוד לסניגורו, לפגוע ביחסי האמון השוררים ביניהם, להכפיש את הסניגור או להשיא לחשוד עצות משפטיות.¹²⁷ זאת, גם כאשר החשוד עצמו הוא שמבקש את עצת המדובבים או הראשון שמטיל דופי בסניגורו.¹²⁸ כן נקבע בפסיקה, כי המדובבים אינם רשאים לנסות ולחלץ מהחשוד את פרטי התייעצותו עם סניגורו, שעליהם חל חסיון עורך דין-לקוח.¹²⁹ בפסק דין אחר קבע בית המשפט העליון כי על המשטרה להקליט ולתמלל שיחות המתקיימות בין חשוד למדובב.¹³⁰ בית המשפט גם מבחין בין מדובבים – אשר ככלל הפעלתם מותרת, לבין אנשי מרות המתחזים לאנשי דת במטרה "לייעץ" לחשודים להפלייל את עצמם – אשר פעולתם אינה חוקית.¹³¹ עוד נקבע כי אין להתחייב בפני מדובב על תשלום "בונוס" או תגמול גבוה יותר בתמורה לחילוץ הודאה מפלילה מפי החשוד.¹³²

(ב) זכות ההיוועצות והזכות להיות מיוצג על ידי סניגור ציבורי: במסגרת עתירות לפסלותן של ראיות, קבע בית המשפט העליון כמה כללים חשובים הנוגעים לזכות ההיוועצות ולזכות להיות מיוצג על ידי סניגור ציבורי, כמו גם לחובה להודיע על זכויות אלה לחשוד או לעצור. ראשית, הוכרעה מחלוקת ארוכת שנים, ונקבע כי האזהרה בדבר זכות ההיוועצות חייבת להינתן לכל חשוד לפני תחילת חקירתו, ואין די במתן אזהרה לעצור בלבד בשלב ההחלטה בסוגיית המעצר על ידי הקצין הממונה, אשר מתרחש ככלל לאחר החקירה.¹³³ עוד נקבע, כי רשות החקירה חייבת ליצור קשר עם סניגור, באופן המייד האפשרי, לאחר שנחקר (אף אם אינו עצור) ביקש להיפגש עימו, וכי ככלל, עליה לעכב את חידוש הליכי החקירה עד להגעתו של הסניגור למתקן החקירות, ככל שזה הודיע כי בכוונתו לעשות כן תוך זמן סביר.¹³⁴ נוסף על כך, בדומה לפסיקה הנוגעת למדובבים, בית המשפט העליון קבע כי גם על חוקרי המשטרה נאסר לפגוע ביחסי האמון השוררים בין חשוד לסניגורו תוך הכפשת הסניגור.¹³⁵ בהקשר דומה, נקבע כי אין על חוקרים להשיא לחשוד עצות משפטיות או מעין-משפטיות שאינן נכונות.¹³⁶ כן נקבע, כי על חוקרי המשטרה לכרוך את ההודעה על עצם זכות ההיוועצות של עצור או חשוד עם עורך דין, עם ההודעה על האפשרות שימונה לו סניגור ציבורי.¹³⁷ עוד קבע בית המשפט העליון, כי לחוקרים אסור לומר לנחקר – במפורש או ברמז – כי יש במימוש זכות ההיוועצות על ידו כדי להוביל למסקנה כי הוא אשם בחשדות נגדו.¹³⁸ דוקטרינה חשובה ומרכזית שהוצעה במסגרת עמדת יחיד של השופט דנציגר, נוגעת לאפשרות הוויתור של חשוד על זכות ההיוועצות הנתונה לו. לפי דוקטרינת הוויתור שהוצעה, על הוויתור להיות "ברור ומפורש" (להבדיל מוויתור "משתמע"), וכן חופשי ומרצון; על החוקרים נאסר לנסות לגרום לחשוד לוותר על זכות ההיוועצות על ידי שימוש בתרגילי חקירה; אף אם החשוד מביע נכונות להסכים מפורשות לוותר על זכותו להיוועץ בעורך דין, חובה על החוקרים לוודא כי מדובר ב"וויתור מדעת" וכי החשוד עומד על משמעותו המלאה של ויתור על הזכות; על הוויתור להיות מתועד בהקלטות

וידאו-אודיו, ואם אין הדבר מתאפשר – בצורה ברורה ומפורשת בכתב, בצירוף חתימתו של החשוד.¹³⁹ בפסק הדין בעניין חייבטוב הפכו דברים אחרונים אלה להלכה מחייבת, כאשר בית המשפט העליון, בהרכב של שלושה שופטים, ציטט אותם ואימץ אותם.¹⁴⁰

(ג) חיפושים: במשך שנים רבות נחשבו דיני החיפושים לאחד "מהתחומים הזנוחים ביותר מבחינת פסיקה של בית המשפט העליון".¹⁴¹ אולם ההכרח לדון בחוקיותם של חיפושים, כחלק מיישום דוקטרינת הפסלות הפסיקתית, עודד יצירה של כללים יסודיים בתחום קריטי זה הנוגע לחיים של רובנו (גם של אלה שבסופו של דבר לא יהיו חשודים או נאשמים בפלילים). פסק הדין המרכזי ביותר בתחום הוא פסק הדין בעניין בן חיים,¹⁴² שבו נדונה בין היתר השאלה "אם הסכמה של האדם מושא החיפוש [על הגוף, בכלים או בבית] לביצוע החיפוש עשויה לשמש כמקור סמכות לביצוע החיפוש, כאשר אין מתקיים מקור סמכות אחר כלשהו".¹⁴³ בית המשפט העליון קבע באופן תקדימי כי ביכולתה של הסכמת נחפש לחיפוש להכשיר חיפוש נטול מקור סמכות בדין, בתנאי שזוהי "הסכמה מדעת" ("הסכמה הניתנת תוך מודעות של האדם מושא החיפוש לזכותו לסרב לביצוע החיפוש, ולכך שהסירוב לא ייזקף לחובתו").¹⁴⁴ שופטי בית המשפט העליון אף קראו למשטרה להסדיר בנוהל רשמי את פרוצדורת החיפוש ואת הכללים העדכניים החלים עליה.¹⁴⁵ חשוב להדגיש כי מעבר לעובדה שהלכת בן חיים הביאה לפסלותן של ראיות רבות שהושגו בניגוד אליה (כולל בעניין בן חיים עצמו),¹⁴⁶ היא גם יצרה שינוי של ממש בהתנהלות גורמי האכיפה.¹⁴⁷

ההלכות שנמנו לעיל הן, כאמור, דוגמאות לכללים החשובים שנקבעו בפסיקת בית המשפט העליון בעקבות הלכת יששכרוב. עם זאת, חשוב לציין כי גם בערכאות נמוכות יותר ניתנו פסקי דין חשובים אשר היה בהם כדי להגדיר באופן טוב ומדויק יותר את האסור והמותר ביחסים שבין הרשות לאזרח.¹⁴⁸

סיכום

במאמר זה ביקשנו להשיב לביקורת שנשמעה על הלכת יששכרוב שקבעה דוקטרינת פסלות יחסית המותירה שיקול דעת לבית המשפט, ולכמיהה שלעיתים עלתה מאותה ביקורת לאימוצו של כלל פסלות מוחלט, כמקובל בארצות הברית. תוך הסתמכות על הניסיון הבלתי-מוצלח בארצות הברית, הראינו כי לכלל פסלות שאינו מותיר שיקול דעת לבית המשפט ייתכנו חסרונות רבים. בין היתר, הראינו כי כלל כזה עלול להביא לערעור של אמון הציבור במערכת המשפט באופן קיצוני, שיביא בתורו לריאקציה שתבטא, בין היתר, בהחלשה של כלל הפסלות באמצעות יצירת חריגים ה"בולעים" את הכלל. עוד הסברנו כי כלל פסלות מוחלט עלול להביא לתוצאות רעות של הצרת היקפן של זכויות פרט מהותיות, וכן ל"קריצת עין" שיפוטית ולהתעלמות מן ההפרות המשטריות במקרים קשים. זאת, לעומת דוקטרינת פסלות יחסית, אשר שיקול הדעת המובנה בה מאפשר לבתי המשפט להכריע באשר לדין הראוי ולהפריה המשטרית במנותק משאלת פסלותה של הראיה שהושגה על ידי המשטרה.

טענו כי התפתחותה של דוקטרינת הפסלות הפסיקתית הישראלית עד כה מלמדת כי חלק מאמות המידה שנראו מלכתחילה כמצמצמות מאוד את האפשרות לפסול ראיות, זכו עם השנים דווקא לפרשנות המאפשרת שימוש ראוי בדוקטרינה ופסילה של ראיות במקרים המתאימים. ככל שמגמה זו תימשך, הרי שלדוקטרינת הפסלות הישראלית פוטנציאל אדיר לקדם את ההגנה על זכויות הפרט בישראל.

עוד הראינו, כי אחד היתרונות החשובים של דוקטרינת הפסלות הפסיקתית הוא לאו דווקא בפסילת הראיה במקרה הקונקרטי, אלא גם בפיתוח כללי המותר והאסור במסגרת אכיפת החוק הפלילי – כללים אשר עד למהפכה שהביאה עימה הלכת **יששכרוב** הוזנחו וכמעט שלא נדונו בבתי המשפט. ואכן, מאז הלכת **יששכרוב** הולכות ונקבעות הלכות חשובות בתחומים אלה.

בפסק הדין בעניין **בוגר** הלין השופט עמית על כך שהלכת **יששכרוב** מביאה לסרבול של ההליך המשפטי ולהתמקדות של בית המשפט והצדדים במחדלי חקירה, שהם לדעת עמית בבחינת "הפריפריה" של ההליך, וזאת חלף עיסוק בחומר הראייתי עצמו, שהוא "הגרעין הקשה" של ההליך.¹⁴⁹ השופט ג'ובראן, בתשובה קצרה ותכליתית לדבריו של עמית, הדגיש כי אין מקום לחשוש מריבוי עתירות לפסלותן של ראיות לפי הלכת **יששכרוב**: ככל שאין ממש בטענות לפסלות ראיות, הרי שאין בטענות אלה כדי לסרבול באופן משמעותי את ההליך. לעומת זאת – וזה העיקר – ככל שהטענות לפסלות ראיות הן מוצדקות, הרי ש"העלאתן לסדר היום והטיפול בהן היא הכרחית על מנת לקדם את תכליות המשפט הפלילי, והן אינן 'פריפריאליות' לו".¹⁵⁰ במאמר זה הראינו עד כמה נכונים דבריו של השופט ג'ובראן: להלכת **יששכרוב** תרומה חשובה ביותר לפיתוח זכויות החשודים והנאשמים בישראל ולביצור ההגנה עליהם. העובדה שדוקטרינת הפסלות הפסיקתית היא דוקטרינה יחסית המותרת שיקול דעת לבית המשפט, לא פוגעת בתרומה זו, אלא מאפשרת את העצמתה.

אחרית דבר: הלכת **יששכרוב** מנקודת מבט אישית / יואב ספיר

המוטיבציה לכתבת מאמר זה, שהוא בעיקרו תגובה לביקורת החריפה שהוטחה על ידי מלומדות ומלומדים בהלכת **יששכרוב**, נובעת מהדיסוננס שבין דברי הביקורת לבין החוויה האישית שלי – כסניגור המופיע בבתי משפט, כמנהל בסניגוריה הציבורית וכמרצה וחוקר של סדר הדין הפלילי. בכל אחד מן הכובעים האלה חוויתי מקרוב את יתרונותיה הרבים של הלכת **יששכרוב**. מאמרי הביקורת שקראתי על הלכת **יששכרוב** נראו לי לעיתים כמחמיצים היבטים חשובים של הדרך שבה פועלת ומשפיעה הלכת **יששכרוב** במציאות המשפטית היומיומית.

כסניגור, זכור לי היטב העידן שקדם להלכת **יששכרוב**. זכורות לי תחושות של חוסר צדק וחוסר אונים אל מול מקרים של פגיעות קשות בזכויות החשודים והנאשמים. הדבר בא לידי ביטוי בעובדה שבתי המשפט, שפעלו תחת הכלל שהראיות קבילות, בלי קשר לשאלת החוקיות של דרך השגתן, פשוט סירבו להתייחס לטענות של סניגורים

על הפרת זכויות הנחקרים. זכור לי למשל מקרה שבו ניסיתי לטעון כי חקירה של אדם שהיה פצוע ומאושפז בבית החולים, כשהוא תחת טיפול תרופתי אינטנסיבי, הייתה לא חוקית. לצורך כך הסתמכתי על נהלים שהיו בתוקף באותה תקופה ולטענתי הופרו. ואולם, השופטת סירבה להתיר לי לחקור בכיוון זה. לדבריה, גם אם הופרו הנהלים, אין לכך כל משמעות אופרטיבית לצורך המשפט, ואת הראיות בכל מקרה יש לקבל. טענתי, שלפיה מן הראוי שהמשפט יגן על ערכים נוספים מלבד חיפוש האמת, נתקלה בהתנגדות עזה.

במקרים שבהם, מתוך רצון להביא לתיקון, התלוננתי על פעולות בלתי־חוקיות של שוטרים, התאכזבתי מן התוצאה (או יותר נכון מהיעדרה). פעמים רבות קיוויתי כי תתמש אזוהרתו הישנה של השופט חיים כהן,¹⁵¹ ובתי המשפט יכירו בצורך לדחות את המלחמה בפשעי הפושעים מפני המלחמה בפשעי השוטרים, ויורו על פסילתן של ראיות שהושגו בדרכים לא חוקיות.

ערב נסיעתי ללימודים בארצות הברית, הוגש לבית המשפט העליון הערעור בעניין **יששכרוב**.¹⁵² הסניגוריה הציבורית הגישה עמדה כ"ידיד בית המשפט", שבמסגרתה תמכה באימוצו של כלל פסלות יחסי. שמונה שנים היה התיק תלוי ועומד בבית המשפט העליון, וכשניתן פסק הדין, הייתי אני כבר בחזרה בארץ בתפקיד סגן הסניגורית הציבורית הארצית. אף שלא הסכמתי עם כל המבחנים לפסילת הראיה שנקבעו בפסק הדין, שמחתי על התוצאה, שאימצה את עמדת הסניגוריה הציבורית, והייתי אופטימי באשר לפוטנציאל שלה. התקשיתי להזדהות עם כמיהת המבקרים לכלל פסלות מוחלט, בדומה לכלל הפסלות האמריקני, שאת חסרונותיו למדתי בתקופת לימודיי בהרווארד, בין היתר מהמנחה של עבודת הדוקטורט שלי, פרופ' קרול סטייקר.

כסגן הסניגורית הציבורית הארצית וכמנהל מחלקת תיקי בית המשפט העליון בסניגוריה, ומאוחר יותר כסניגור ציבורי ארצי, פעלתי כמיטב יכולתי להביא למימוש הפוטנציאל של הלכת **יששכרוב**. רבות מפעולות הסניגוריה הציבורית בהקשר זה נשאו פרי. כך למשל, בתחום של מימוש זכות ההיוועצות בטרם חקירה הצלחנו להביא בעזרתה של הלכת **יששכרוב** להפכה של ממש. בשנת 2010 עמד שיעור הזוכים להיוועצות טרם חקירה על פחות מ-10% ואילו בשנת 2018 קרוב שיעור זה ל-60%. ההלכה בעניין זכות ההיוועצות הלכה והתפתחה, נפסק שלהפרתה של זכות ההיוועצות יכולות להיות השלכות גם בשלב המעצר, והמשטרה עדכנה את נהליה.¹⁵³

תחום נוסף שבו פעלנו נמרצות הוא תחום החיפושיים. אבן הדרך המרכזית בפעילות זו היא הלכת **בן חיים**. במהלך לימודיי בארצות הברית נחשפתי לפסיקה האמריקנית שהתירה חיפוש בהסכמה, כמעט ללא כל מגבלה, כמו גם לביקורת הנוקבת שנמתחה על הפסיקה, שלפיה פרקטיקה זו מביאה לפגיעה קשה בזכויות, בעיקר של קבוצות מוחלשות באוכלוסייה. משהזדמנה לי, כמנהל מחלקת תיקי בית המשפט העליון בסניגוריה, האפשרות לתקוף את הפרקטיקה של חיפוש בהסכמה בבית המשפט העליון, החלטתי להגיש בעצמי, ביחד עם עו"ד אלקנה לייסט, את בקשת רשות הערעור. תוצאת פסק הדין

הייתה משמחת, לא רק בשל הזיכוי של הלקוח שאותו ייצגנו, אלא גם בשל הקביעות העקרוניות שבו – הן לעניין הצורך של הסכמה לחיפוש להיות "הסכמה מדעת" והן באשר לאפשרות לפסול ראיות חפציות. ואולם, דומני שאף אחד מאיתנו לא ציפה להשפעה כה רחבה וכה מיידית של הלכת בן חיים. כפי שציינו בגוף המאמר, בעקבות הפסיקה הכנו בסניגוריה הציבורית רשימה ארוכה מאוד של תיקים תלויים ועומדים שנסיבותיהם דומות והעברנו אותה לתביעה המשטרתית עם בקשה לחזרה מכתב האיטום. למעלה מ-70 תיקים נסגרו כך. הלכת בן חיים, המהווה פיתוח של הלכת יששכרוב, הפכה להיות מרכזית ביותר בניהולם של משפטים פליליים, והיא הביאה למאות זיכויים וחזרות מאיטומים. גם כאן הביאה הפסיקה לשינוי הנהלים ולמעשה לשינוי הפרקטיקה הפוגענית של חיפוש בהסכמה שהייתה נהוגה בעבר.

את השינויים שהביאה הלכת יששכרוב בכללי סדר הדין הפלילי, חוויתי לא רק כסניגור וכמנהל בסניגוריה אלא גם כחוקר וכמרצה. כשחזרתי ארצה מלימודי בארצות הברית והחלתי ללמד באוניברסיטה את הקורס בדיון פלילי, מצאתי עצמי לא פעם משיב לסטודנטים הסקרנים ששאלו שאלות בדבר הדין הקיים הנוגע להתנהלות המשטרה, כי "טרם נקבעה הלכה מחייבת בנושא". כזו הייתה תשובתי אפילו כשמדובר בשאלות יסודיות ביותר באשר לגיהול החקירה. על הסיבה לכך כבר עמדתי: עובר למתן הלכת יששכרוב, בהיעדר היתכנות לפסלות ראייה שהושגה באמצעים בלתי-חוקיים, לסניגורים היו פחות תמריצים להעלות את שאלת חוקיות התנהלותן של רשויות החקירה לדיון בבית המשפט. סניגורים שבכל זאת בחרו להעלות טענות כאלה (ואני כאמור ביניהם), נתקלו במקרים רבים בסירוב של בתי המשפט להכריע בשאלות אלה של כללי אסור ומותר, בעיקר נוכח העובדה שקביעות כאלה היו נטולות נפקות לעניין פסלות ראיות. מאז מתן הלכת יששכרוב, מספרם של תחומים בלתי-מוסדרים אלה הולך ופוחת. השוואה של רשימות הקריאה בקורס בדיון פלילי לאלה שקדמו להלכת יששכרוב מלמדת על ההתפתחויות המשמעותיות שחלו בסדר הדין הפלילי שלנו בשנים אלה.

אכן, כסניגור, כמי שמעורב בקביעתה של מדיניות כמנהל בסניגוריה הציבורית וכחוקר וכמרצה בתחום סדר הדין הפלילי, אני מכיר מקרוב את השינויים החיוביים המשמעותיים שיצרה הלכת יששכרוב במשפט הפלילי הישראלי, ואת הפוטנציאל שעוד טמון בה. את אלה ביקשתי להדגיש במאמר זה, אל מול ריבוי הקולות המבקרים.

הערות

- 1 מכתב ממארק טוויין לפרנק מרשל וייט, כתב הניו יורק ג'ורנל (31.5.1897).
- 2 ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461 (2006) (להלן: עניין יששכרוב).
- 3 השופטת ביניש כתבה את חוות הדעת העיקרית של פסק הדין. שבעה חברי הרכב נוספים הסכימו עם חוות דעתה, ואילו השופט גרוניס, אשר התנגד לאימוצה של דוקטרינת פסלות פסיקתית, נותר בדעת מיעוט.
- 4 כללי הפסילה החריגים מעוגנים ב: ס' 12(א) לפקודת הראיות (נוסח חדש), התשל"א-1971; ס' 13 לחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979; ס' 32 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981. ראו גם עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 2, בעמ' 524-528.

- 5 עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 2, בעמ' 528.
- 6 שם, בעמ' 526, 530-531, 536.
- 7 שם, בעמ' 526.
- 8 שם, בעמ' 530, 536, 538.
- 9 שם, בעמ' 532. הגם שהנושא חורג מגדרי הטיעון במאמר זה, מן הראוי לומר מילים אחדות על חלקו הראשון של המשפט, שלפיו ההגנה על זכויות הנאשם עשויה להתיישב עם החתירה לגילוי האמת. לדעתנו, פעמים רבות אלה הם אכן פני הדברים. הדיכוטומיה שלעיתים מוצגת בין ערך האמת (והיעדר כלל פסלות) לבין ההגנה על זכויות הנאשם (וקיומו של כלל פסלות) 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 שפסלות הראיה תפגע בגילוי האמת, בטווח הארוך היא יכולה להביא להקפדה על הכללים ובכך לשרת את ערך האמת במקרים עתידיים.
- 10 עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 2, בעמ' 533-536.
- 11 שם, בעמ' 555.
- 12 שם, בעמ' 536-538, 546, 548, 555-556.
- 13 שם, בעמ' 557.
- 14 שם, בעמ' 562-564.
- 15 שם, בעמ' 564-565.
- 16 שם, בעמ' 565-566.
- 17 שם, בעמ' 562, 566-567.
- 18 טיעון הסניגוריה הציבורית כ"ידיד בית המשפט" בע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי <https://bit.ly/2AWtI2m>.
- 19 עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 2, בעמ' 555-556.
- 20 ראו דברים שאמר פרופ' קנת מן כחודש לאחר מתן הלכת יששכרוב באשר להשלכותיה העתידיות הצפויות: "מהפכת יששכרוב – האמנם?" (יוני 2006) www.youtube.com/watch?v=aWRmQzXmli0 (להלן: "מהפכת יששכרוב – האמנם?"). כן ראו דברים שאמר עו"ד עמי קובו לאחר מתן הלכת יששכרוב: יובל יעוז "העליון: בימ"ש רשאי לפסול ראיות שהושגו שלא כדין" הארץ 5.5.2006, www.haaretz.co.il/misc/1.1103222.
- 21 אנו משתמשים כאן בתואר "שמרני" כדי לתאר את הנטייה אל עבר מודל הפרוצדורה הפלילית של "שליטה בפשיעה" (Crime Control Model), ובתואר "ליברלי", כדי לתאר את הנטייה לעברו של מודל "ההליך ראוי" (Due Process Model). שני המודלים הללו הם המודלים האידיאליים של פרוצדורה פלילית שמונה הרברט פקר במאמרו הקלאסי בנושא: Herbert L. Packer, *Two Models of the Criminal Process*, 113 U. PA. L. REV 1 (1964). לפי מודל "השליטה בפשיעה", המטרה החשובה ביותר של הפרוצדורה הפלילית היא מלחמה בפשיעה ושמירה על הסדר הציבורי. מערכת אכיפת החוק צריכה לייצר כמות גדולה של מעצרים, הרשעות ועונשים, תוך שימת דגש על יעילות, מהירות וסופיות הדין. לפי מודל זה יש לתת סמכויות וכווחות נרחבים למשטרה ולתביעה. לעומת זאת, מודל "ההליך הראוי" מתרכז בזכויות הפרט ובהגבלות שיש להטיל על כוחן וסמכויותיהן של רשויות המדינה. בשל העובדה שהמשפט הפלילי משמעותו הפעלת כוחה הכופה של המדינה על הפרט, ומכיוון שבכל מקום שיש בו כוח יש גם פוטנציאל לניצול לרעה של אותו כוח, על ההליך הפלילי להטיל הגבלות על כוח זה. מודל "ההליך הראוי" מעדיף פגיעה ביעילותה של המלחמה בפשיעה על טעויות בתוצאות ההליך. לפיכך יש בו מקום של כבוד לחזקת החופה ודאגה לכך שגם חסרי האמצעים יוכלו לממש את זכויותיהם. המדובר ב-Ideal Types במונח הווריאני, כלומר תבניות חשיבה שבעזרתן ניתן לתפוס את מורכבותה של המציאות, תוך השוואתה לטיפוסים ה"טהורים". אף שיטה משפטית קיימת אינה מיישמת את אחד המודלים הטהורים, וכולן נמצאות על פני הרצף

- 22 שבין המודלים האידיאליים. ראו יואב ספיר "הגנה ראויה על 'אנשים לא-נחמדים': הערות על מגילת הזכויות הרזה שבהצעת החוקה" **משפט וממשל** י 571, 577 (התשס"ז).
 זו הייתה עמדתה של המדינה בפרשת **יששכרוב** עצמה, אך דברים דומים ניתן לשמוע מחלק מאנשי פרקליטות המדינה גם כיום. ראו לדוגמה יניב ואקי "דבר העורך – מי מפקח מהאינטרס הציבורי?" **משפט מפתח** 4 3 (2015).
- 23 שלמה אשכנזי "בדרך למשפטיזציה של המשטרה?" **מידה** (7.9.2015) mida.org.il/2015/09/07/ בדרך-למשפטיזציה-של-המשטרה/.
- 24 הדים לביקורת מסוג זה ניתן למצוא גם בדבריו של השופט עמית בע"פ 5417/07 **בונר נ' מדינת ישראל**, פס' 17 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 30.5.2013) (להלן: עניין **בונר**). ראו גם התייחסותו של השופט ג'זבראן לדבריו של השופט עמית באותו פסק דין, והתייחסותו שלנו לדבריהם בסיכום רשימה זו.
- 25 אולם פרק ג' של מאמר זה, הממחיש את תרומתה הגדולה של הלכת **יששכרוב** לקידום זכויות האדם בישראל, הוא במידה רבה גם תשובה לביקורת השמרנית. רבות נכתב על עצם ההצדקה לאימוץ כלל פסלות במשפט הפלילי. ראו למשל התכתבות בנושא בין שני מלומדים אמריקנים בולטים – קרול סטייקר ואקיל אמר: Akhil Reed Amar, *Fourth Amendment First Principles*, 107 HARV. L. REV. 757 (1994); Carol S. Steiker, *Second Thoughts about First Principles*, 107 HARV. L. REV. 820 (1994). חילופי המאמרים והטענות בין השניים נמשכו (ועודם נמשכים) גם שנים ארוכות לאחר פרסום שני מאמרים אלה. נראה שלאור הכתיבה הרבה בתחום והשתרשותם של כללי הפסלות בישראל ובשיטות משפט רבות נוספות, ויכוח זה הוא מעט אנכרוניסטי.
- 26 ראו לדוגמה קרן שפירא-אטינגר ורון שפירא "כלל הפסלות הישראלי בשולי הלכת **יששכרוב**" דין **ודברים** ג 427 (התשס"ח); אסף הרדוף "חזות של זכויות, מהות של צדק: סיפורה הרטורי והמהותי של ההכרעה הפלילית" דין **ודברים** ח 33 (התשע"ד); הדר הנציג-רוזנברג, יורם רבין ויריב נבון "התפתחויות במשפט הפלילי: חקיקה ושפיטה – סתירה או השלמה?" דין **ודברים** ו 201 (התשע"א); בועז סנג'רו "כלל פסילת הראיות הושגו שלא כדין שנקבע בהלכת **יששכרוב** – בשורה או אכזבה? דעה והזמנה לדיון נוסף" **משפט וצבא** יט 67 (התשס"ז) (להלן: סנג'רו "יששכרוב – בשורה או אכזבה?"); בועז סנג'רו "כלל פסילת הראיות שהושגו באמצעים פסולים מתפתח, אך עדיין ללא נכונות לשלם מחיר חברתי (ולזכות אשם בעבירה חמורה שעודנו חי)" **משפטים על אתר** ד 25 (התשע"ב) (להלן: סנג'רו "כלל פסילת הראיות מתפתח"); יובל מרין ורינת קיטאי-סנג'רו "Miranda, Collins, ויששכרוב – על הפער בין הרצוי לבין המצוי בהלכת **יששכרוב**" **משפטים** לו 429 (התשס"ז); Binyamin Blum, "Exclude Evidence, You Exclude Justice?" – A Critical Evaluation of Israel's Exclusionary Rule After Issacharov, 16 SW. J. INT'L L. 385 (2010) (להלן: Blum, *Exclude Justice?*); Binyamin Blum, *Doctrines Without Borders: The "New" Israeli Exclusionary Rule and the Dangers of Legal Transplantation*, 60 STAN L. REV. 2131 (2008); אלקנה לייסט "על פסלות של פרי העץ המורעל, ועל הגנה מן הצדק בשלב הענישה – בעקבות ע"פ 4988/08 פרחי נגד מדינת ישראל" **הסניגור** 4-173, 4 (2011). מנגד, הסניגורים הציבוריים הארציים לדורותיהם הביעו עמדה אוהדת הרבה יותר ביחס לדוקטרינת הפסלות הפסיקתית. ראו לדוגמה ענבל רובינשטיין "המהפכה הושלמה" **עורך הדין** 18, 44 (2013); עופר סיטבון "במצב של חוסר ודאות נראה לי הרבה יותר קל ונכון להיות בצד שאומר 'אל תרשיעו' מאשר בצד שמבקש להרשיע ולהכניס אדם לכלא" – ראיון עם ד"ר יואב ספיר, הסניגור הציבורי הארצי הנכנס "מעשי משפט ד 39, 41-42 (2011); יואב ספיר "לקדש גם את האמצעים" **עורך הדין** 14, 80 (2012) (להלן: ספיר "לקדש גם את האמצעים"); יואב ספיר "מסורת של הגנה על זכויות בהליך הפלילי – עבר, הווה ועתיד" **עורך הדין** 39, 39 (2018) (להלן: ספיר "מסורת של הגנה"); דבריו של קנת מן ב"מהפכת **יששכרוב** – האמנם?", לעיל ה"ש 20.
- 27 ראו לדוגמה סנג'רו "יששכרוב – בשורה או אכזבה?", לעיל ה"ש 26, בעמ' 104-105; סנג'רו "כלל פסילת הראיות מתפתח", לעיל ה"ש 26, בעמ' 27; Blum, *Exclude Justice?*, לעיל ה"ש 26, בעמ' 401, 446-447; שפירא-אטינגר ושפירא, לעיל ה"ש 26, בעמ' 431-434. ראו גם עמדה המבכרת

- אימוצו של כלל פסלות מוחלט אשר הובעה עוד טרם מתן פסק הדין בעניין יששכרוב: אמנון רייכמן ואח' מסמך רקע בנושא הזכות להליך הוגן 34 (2005) https://main.knesset.gov.il/Activity/Constitution/Documents/H28-03-2005_8-10-26_hogen1.pdf.
- 28 סנג'רו "יששכרוב – בשורה או אכזבה?", לעיל ה"ש 26, בעמ' 109-110; מרין וקיטאי-סנג'רו, לעיל ה"ש 26, בעמ' 484-489; שפירא-אטינגר ושפירא, לעיל ה"ש 26, בעמ' 440-441.
- 29 Blum, *Exclude Justice?*, לעיל ה"ש 26.
- 30 סנג'רו "כלל פסילת הראיות מתפתח", לעיל ה"ש 26.
- 31 יוער כי בועז סנג'רו ממליץ לאמץ כלל פסלות מוחלט, שלצידו "חריגים ברורים המוגדרים בצמצום בחוק (שאינם מפורטים בהצעתו). ראו סנג'רו "יששכרוב – בשורה או אכזבה?", לעיל ה"ש 26, בעמ' 104-105. למעשה מציע סנג'רו כלל פסלות "כמעט מוחלט". הדברים האמורים בהמשך רשימה זו באשר לכלל הפסלות המוחלט תקפים בשינויים המחויבים גם באשר לכלל "כמעט מוחלט" כדוגמת זה שמציע סנג'רו, מן הטעם שגם כלל פסלות זה, אשר תחולתו מצומצמת יותר, אינו מותיר מקום לשיקול דעת של בית המשפט בשאלת פסלות הראיות במקרה הקונקרטי שבו מתחייבת הפעלתו. ראו לעיל ה"ש 21.
- 32 בעמדה שלפיה כלל של פסלות ראיות מרתיע מפני הפרת החוק על ידי רשויות החקירה יש טעם רב, שכן האפשרות שהראיות תיפסלנה מאיינת את התמריץ שמלכתחילה היה לרשויות החקירה להפר את החוק. ראו גם עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 2, בעמ' 547; PAUL ROBERTS & ADRIAN ZUCKERMAN, CRIMINAL EVIDENCE 185-186 (2nd ed. 2010); סנג'רו "יששכרוב – בשורה או אכזבה?", לעיל ה"ש 26, בעמ' 91; אליהו הרנון "ראיות שהושגו באמצעים בלתי הוגנים" הפרקליט – ספר היובל 462, 474, 479-476 (ארנן גבריאלי ומיגל דויטש עורכים, 1993). עם זאת, יש המפקפקים בכך שפסילת ראיות יעילה לצורכי הרתעה של גורמי חקירה מפני הפרת הדין. ראו לדוגמה עמנואל גרוס "כלל פסילה חוקתי – האם יש לו מקום בישראל?" משפטים ל 145, 167-168 (התשנ"ט).
- 34 הארי המזוהם (האחים וורנר, 1971).
- 35 זהו הכינוי שניתן לבית המשפט העליון של ארה"ב בתקופת כהונתו של ארל וורן כשופט הראשי (1953-1969). בית משפט זה נודע בפסיקותיו הרבות שביצרו את זכויות הפרט והוחלו על כלל מדינות ארה"ב. להרחבה ראו MORTON J. HORWITZ, THE WARREN COURT AND THE PURSUIT OF JUSTICE (1998).
- 36 בכיורגפיה שכתב על קלינט איסטוד, טען פטריק מקגיליגן שהארי המזוהם הוא בדיוק הגיבור ה"ווירנר" שארה"ב הייתה צריכה בתקופה שבה הפרת זכויותיהם של נאשמים הביאה לשחרורים רבים של עבריינים לרחובות, אשר עוררו זעם ציבורי. ראו PATRICK MCGILLIGAN, CLINT: THE LIFE AND LEGEND 209 (1999).
- 37 הביקורת על החלת כלל של פסלות ראיות בתיקים מסוג זה קיבלה ביטוי באחד מפסקי הדין של השופט קרדווי (כשהיה שופט בבית המשפט לערעורים של מדינת ניו יורק), באומרו: "The criminal is to go free because the constable has blundered" People v. Defore, 242 N.Y. 13, 150 (1926) N. E. 585.
- 38 מרין וקיטאי-סנג'רו, לעיל ה"ש 26, בעמ' 485-486.
- 39 U.S. Const. amend. IV: "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"
- 40 Weeks v. United States, 232 U.S. 383 (1914)
- 41 Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961)
- 42 Massiah v. United States, 337 U.S. 201 (1964)
- 43 Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966)
- 44 Carol S. Steiker, *Counter-Revolution in Constitutional Criminal Procedure? Two Audiences, Two Answers*, 94 MICH. L. REV. 2466 (1996). (להלן: Steiker, *Counter-Revolution?*).

- 45 ראו לעיל ה"ש 27.
- 46 כאמור בה"ש 31 לעיל, בועז סנג'רו מציע לאמץ כלל פסלות "כמעט מוחלט", אולם אף הוא נשען על כלל הפסלות האמריקני כאלטרנטיבה רצויה: "[...] 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". ראו סנג'רו "יששכרוב – בשורה או אכזבה?", לעיל ה"ש 26, בעמ' 104-105 (ההדגשה הוספה).
- 47 Robert M. Cover, *Book Review: Atrocious Judges: Lives of Judges Infamous as Tools of Tyrants and Instruments of Oppression*, 68 COLUM. L. REV. 1003, 1006-1007 (1968); Paul Butler, *When Judges Lie (and When They Should)*, 91 MINN. L. REV. 1785, 1785 (2007); דפנה ברק-ארז "כללים, חריגים ושיקול דעת במשפט" ספר דורית ביניש 111, 116-115 (קרן אוזלני, איתי בר-סימני-טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים, 2018).
- 48 בתת-פרק זה אנחנו מתייחסים, מפאת קוצר היריעה, בעיקר לכלל הפסלות שנגזר מהתיקון הרביעי לחוקה האמריקנית. כללי פסלות נגזרו גם מהתיקונים החמישי והשישי לחוקה. ואלה האחרונים עברו אף הם תהליכים דומים לאלה שנתאר בתת-פרק זה, של יצירת חריגים לכלל הפסלות ועקיפתו. להרחבה ראו Steiker, *Counter-Revolution?*, לעיל ה"ש 44.
- 49 שם, בעמ' 2469.
- 50 שם, בעמ' 2511.
- 51 שם, בעמ' 2512-2511; 468 U.S. 897 (1984); *Massachusetts v. Sheppard*; *United States v. Leon*, 468 U.S. 981 (1984).
- 52 *Michigan v. DeFillippo*, 443 U.S. 31 (1979).
- 53 *Illinois v. Krull*, 480 U.S. 340 (1987).
- 54 *Arizona v. Evans*, 514 U.S. 1 (1995).
- 55 *Herring v. United States*, 555 U.S. 135 (2009).
- 56 Steiker, *Counter-Revolution?*, לעיל ה"ש 44, בעמ' 2505.
- 57 *Rakas v. Illinois*, 439 U.S. 128 (1978).
- 58 *United States v. Havens*, 446 U.S. 620 (1980); *Walder v. United States*, 347 U.S. 62 (1954).
- 59 Yuval Merin, *Lost Between the Fruits and the Tree: In Search of a Coherent Theoretical Model for the Exclusion of Derivative Evidence*, 18 NEW CRIM. L. REV. 273, 274 (2015).
- 60 Steiker, *Counter-Revolution?*, לעיל ה"ש 44, בעמ' 2515-2517.
- 61 ראו לדוגמה Steiker, *Counter-Revolution?*, לעיל ה"ש 44, בעמ' 2506-2505, 2510-2509.
- 62 Richard M. Re, *The Due Process Exclusionary Rule*, 127 HARV. L. REV. 1885, 1895-1896 (2014); Steven Penney, *Taking Deterrence Seriously: Excluding Unconstitutionally Obtained Evidence Under Section 24(2) of the Charter*, 49 MCGILL L. J. 105, 137 (2004); Wayne R. LaFare, "The Seductive Call of Expediency": *United States v. Leon, its Rationale and Ramifications*, 1984 U. ILL. L. REV. 895, 909-911 (1984); *United States v. Payner*, 447 U.S. 727 (1980) מהווה דוגמה קיצונית וכולטת להפרה מכוונת של רשויות אכיפת החוק בהסתמך על דוקטרינת זכות העמידה.
- 63 ראו גם Ken Jull, *Remedies for Non-compliance with Investigative Procedures: A Theoretical Overview*, 17 OTTAWA L. REV. 525, 546 (1985); גרוס, לעיל ה"ש 33, בעמ' 169.
- 64 ברק-ארז, לעיל ה"ש 47, בעמ' 112-113, 117, 119.
- 65 ראו לדוגמה Wayne R. LaFare, *The Smell of Herring: A Critique of the Supreme Court's Latest Assault on the Exclusionary Rule*, 99 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 757 (2009); Tracey Maclin & Jennifer Rader, *No More Chipping Away: The Roberts Court Uses an Axe to Take Out the Fourth Amendment Exclusionary Rule*, 81 MISS. L.J. 1183 (2012).

- 65 “You have the right to remain silent. Anything you say can and will be used against you in a court of law. You have the right to an attorney. If you cannot afford an attorney, one will be provided for you”
- 66 על אפקט הלגיטימציה, ראו יואב ספיר “אשליות של קדמה: הזכות לייצוג בישראל מתקופת המנדט ועד לשנות השמונים” מגמות בדיני ראיות ובסדר הדין הפלילי – אסופת מאמרים לכבודו של פרופסור אליהו הרנון 397 (ענת הורוויץ ומרדכי קרמניצר עורכים, 2009).
- 67 Yale Kamisar, *In Defense of the Search and Seizure Exclusionary Rule*, 26 HARV. J. L. & PUB. POL’Y 119, 133 (2003).
- 68 ראו *Schneekloth v. Bustamonte*, 412 U.S. 218 (1973). והשוו לכלל הליברלי יותר שנפסק בישראל, שלפיו הסכמה חייבת להיות הסכמה מדעת ועל המשטרה לומר במפורש לנחפש כי סירוב לחיפוש לא ייזקף לחובתו: רע”פ 10141/09 בן חיים נ’ מדינת ישראל, פ”ד סה (3) 305 (2012) (להלן: עניין בן חיים או הלכת בן חיים).
- 69 ראו למשל, DAVID COLE, *NO EQUAL JUSTICE: RACE AND CLASS IN THE AMERICAN CRIMINAL JUSTICE*, SYSTEM 27-34, (1st ed. 1999).
- 70 Reinaldo Pascual, *A Farewell to Miranda: Knowing and Intelligent Waiver after Moran v. Burbine*, 20 CREIGHTON L. REV. 111 (1986).
- 71 Guido Calabresi, *The Exclusionary Rule*, 26 HARV. J. L. & PUB. POL’Y 111, 112 (2003).
- 72 ראו לדוגמה שם, בעמ’ 113; Butler, לעיל ה”ש 47, בעמ’ 1794-1797; Myron W. Jr. Orfield, *Deterrence, Perjury, and the Heater Factor: An Exclusionary Rule in the Chicago Criminal Courts*, 63 U. COLO. L. REV. 75 (1992).
- 73 Orfield, לעיל ה”ש 72, בעמ’ 83. מבין שלוש הסיבות שמונה אורפילד נראה שמשקלה של הסיבה השלישית – חשש של השופט מפגיעה בסיכויו להיבחר – פחותה בישראל, שבה השופטים לא נבחרים אלא אלא ממונים בידי הוועדה למינוי שופטים. שתי הסיבות הנוספות – רצון להימנע מתוצאה בלתי-צודקת וחשש מפרסום שלילי – יכולות היו להיות רלוונטיות גם בישראל.
- 74 עניין יששכרוב, לעיל ה”ש 2, בעמ’ 556.
- 75 שם, בעמ’ 549, 557.
- 76 שם, בעמ’ 565.
- 77 ראו לדוגמה סג”ר “יששכרוב – בשורה או אכזבה?”, לעיל ה”ש 26, בעמ’ 107-109; Blum, *Exclude Justice?*, לעיל ה”ש 26, בעמ’ 398-399, 412-415.
- 78 ראו לדוגמה ע”פ 4988/08 פרחי נ’ מדינת ישראל, פ”ד סה (1) 626 (2011) (להלן: עניין פרחי); עניין בן חיים, לעיל ה”ש 68.
- 79 ראו לדוגמה ה”ש 100 והטקסט הסמוך לה להלן.
- 80 עניין פרחי, לעיל ה”ש 78, בעמ’ 664-667.
- 81 שם, בעמ’ 674-676. אנו ערים לביקורת שיכולה להישמע על דחיית ערעורו של המערער והותרת הרשעתו על סמך ראיות שאינן חזקות במיוחד. ראו לדוגמה סג”ר “כלל פסילת הראיות מתפתח”, לעיל ה”ש 26, בעמ’ 33-35. אכן, קשה לשלול את האפשרות שעצם החשיפה לראיות המפליגות שהוכרו כבלתי-קבילות, השפיע על בית המשפט בהגיעו לתוצאת פסק הדין. ואולם, על מנת להימנע מן התוצאה שנראתה לבית המשפט בלתי-צודקת בנסיבות העניין – זיכויו של עברייני מין סדרתי מארבע תקיפות מיניות חמורות – ניתן היה ללכת בדרך אחרת. כך עשתה השופטת חיות, אשר בדעת יחיד השתמשה בשיקול הדעת אשר מקנה לה דוקטרינת הפסלות הפסיקית והחליטה כי אין זה מקרה מתאים לפסול את הראיות. על כל פנים, אין באמור כדי לאיין את הקביעות העקרוניות של בית המשפט בעניין פרחי, אשר חיזקו את כלל הפסלות בכמה מישורים. ראו ספיר “לקדש גם את האמצעים”, לעיל ה”ש 26.
- 82 ראו למשל ת”פ (שלום ת”א) 13-05-50516 מדינת ישראל נ’ סיים (פורסם בנבו, 25.10.2016) (להלן: עניין סיים); ת”פ (שלום ב”ש) 13-06-20481 מדינת ישראל נ’ אסייג (פורסם בנבו, 11.2.2014);

- ת"פ (שלום ת"א) 12-16-29684 מדינת ישראל נ' יקובוב (פורסם בנבו, 26.6.2017) (להלן: עניין יקובוב); ת"פ (שלום רח') 17-11-18294 מדינת ישראל נ' סלטי (לא פורסם, 24.12.2018) (להלן: עניין סלטי); ע"פ (מחוזי מר') 15-02-28090 מדינת ישראל נ' ארדי (פורסם בנבו, 15.5.2016); ע"פ (מחוזי י-ם) 14-09-2431 פדר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.6.2015).
- 83 *Steiker, Counter-Revolution?*, לעיל ה"ש 44, בעמ' 2514-2515.
- 84 עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 2, בעמ' 563-564.
- 85 עניין פרחי, לעיל ה"ש 78, בעמ' 663.
- 86 ע"פ 5002/09 מדינת ישראל נ' ז'אנו, פס' 17 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 2.12.2010).
- 87 שם.
- 88 ע"פ 3237/15 יהודה נ' מדינת ישראל, פס' 40-50 לפסק דינו של השופט מזוז (פורסם בנבו, 1.6.2016) (להלן: עניין יהודה).
- 89 ראו פסקי דין מאוחרים יותר של בית המשפט העליון שבהם נותרה שאלה זו בצריך עיון: ע"פ 14/7679 וזהארה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.8.2016); ע"פ 17/6943 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.7.2018).
- 90 גיא רובינשטיין ומשה סרוגוביץ "דוקטרינת הפסילה הפסיקתית ותחולתה על עדים" פורום עיוני משפט מב 5 (2019); יובל מרין "תיוג אתני והשלכותיו הראייתיות: היקף תחולתה הראוי של דוקטרינת הפסלות הפסיקתית" המשפט ברשת: זכויות אדם 64, 5 (2017).
- 91 ראו סנג'רו "יששכרוב – בשורה או אכזבה?", לעיל ה"ש 26.
- 92 עניין פרחי, לעיל ה"ש 78, בעמ' 663.
- 93 ע"פ 08/5956 אל עוקה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.11.2011) (להלן: עניין אל עוקה).
- 94 עניין בן חיים, לעיל ה"ש 68, בעמ' 357-359.
- 95 דנ"פ 10/5852 מדינת ישראל נ' שמש, פ"ד סה(2) 363, 428-438 (2012).
- 96 ראו לדוגמה פסקי דין מהתקופה האחרונה: ת"פ (שלום י-ם) 16-09-21813 מדינת ישראל נ' טאהה, פס' 47 לפסק דינו של השופט סלע (פורסם בנבו, 29.3.2018); ת"פ (שלום טב') 16-10-43629 מדינת ישראל נ' עאסלה, פס' 15 לפסק דינו של סגן הנשיא מישורי לב טוב (פורסם בנבו, 11.3.2018); ע"פ (מחוזי נצ') 17-11-24020 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 71 לפסק דינו של השופט דבור (פורסם בנבו, 8.3.2018).
- 97 ראו לדוגמה עניין בונר, לעיל ה"ש 24, פס' 18-21 לפסק דינו של השופט עמית.
- 98 סנג'רו "יששכרוב – בשורה או אכזבה?", לעיל ה"ש 26, בעמ' 109.
- 99 *Blum, Exclude Justice?*, לעיל ה"ש 26, בעמ' 407.
- 100 ראו לדוגמה רשימה ארוכה של תיקים המפורטים ב-הסניגוריה הציבורית הסניגוריה הציבורית – דוח פעילות 2013 14-16 (2014) <https://bit.ly/2Hp4Be0> (להלן: דוח הסניגוריה הציבורית לשנת 2013).
- 101 ע"פ 05/9956 שי נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(2) 742 (2009) (להלן: עניין שי).
- 102 ע"פ 06/1301 עזבון המנוח אלזם נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(2) 177 (2009) (להלן: עניין אלזם). יצוין כי בבקשה לדיון נוסף שהגישה המדינה נטען כי מדובר בהלכה חדשה וקשה אשר "מאפשרת פסילת ראיות מבלי להתחשב במהותה של העבירה ובמידת חומרתה, כמו גם בנוק החברתי הכרוך בפסילתה של הראיה". בקשתה של המדינה נדחתה, והנשיאה ביניש, אשר כתבה את ההחלטה, הבהירה כי פסק הדין בעניין אלזם לא יצר כל הלכה חדשה וכי הוא לא יותר מיישום של הלכת יששכרוב, ומשכך הוא אינו מקים עילה לדיון נוסף לפי ס' 30(ב) לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984. דנ"פ 09/6341 מדינת ישראל נ' עזבון המנוח אלזם (פורסם בנבו, 11.10.2009).
- 103 ראו לדוגמה עניין אל עוקה, לעיל ה"ש 93; ע"פ 08/10049 אבו עצא נ' מדינת ישראל, פסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 23.8.2012) (להלן: עניין אבו עצא).
- 104 *Blum, Exclude Justice?*, לעיל ה"ש 26, בעמ' 408-412; סנג'רו "כלל פסילת הראיות מתפתח", לעיל ה"ש 26, בעמ' 28.
- 105 ע"פ 13/2868 חייבטוב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.8.2018) (להלן: עניין חייבטוב).

- 106 שם, פס' 89 לפסק דינו של השופט שהם.
- 107 שם, פס' 1 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.
- 108 כך לדוגמה, בע"פ 7165/07 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.4.2010) מדובר היה במערער שהורשע בבית המשפט המחוזי בעבירת רצח ונידון למאסר עולם. במסגרת ערעורו הוא העלה טענות קשות להפרת זכות הייצוג שלו בחקירתו על ידי מדוכב שהושתל בתאו, בדומה מאוד להפרות שתוארו בפסק הדין בעניין אלזם. ואכן, המערער ביקש לפסול את הודאתו בפני המדוכב ובפני החוקרים בהסתמך על הלכת יששכרוב ועל פסק הדין בעניין אלזם. הודאה זו הייתה הראיה העיקרית שעליה נסמכה הרשעתו. לאחר שנשמעו טענותיו בערעור, ובהמלצת ההרכב ששמע את הטענות, עלו הצדדים על מסלול הידברות ביניהם שהוביל להסדר טיעון במסגרת הערעור. במסגרת הסדר זה, המערער והמדינה הסכימו על המרת ההרשעה ברצח בהרשעה בהריגה, אשר בגינה יידון המערער לעונש מוסכם של עשר שנות מאסר. ההסדר כובד על ידי בית המשפט העליון במסגרת פסק הדין. אחד מכותבי מאמר זה, יואב ספיר, שהיה חלק מצוות ההגנה בשלב המו"מ לקראת הסדר, התרשם שלחשש מפני פסילת ההודאה מכוח הלכת יששכרוב היה משקל משמעותי מאוד.
- 109 דוגמה מרכזית היא תפ"ח (מחוזי מר') 10101-11-09 מדינת ישראל נ' ש' (פורסם בנבו, 29.11.2015), שבמסגרתו נפסלו ראיות בתיק שבו האישום היה רצח, ניסיון רצח וקשירת קשר לרצח; וראו גם לאחרונה תפ"ח (נוער נצ') 44182-03-16 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 11.2.2019), שבמסגרתו נפסלו ראיות בתיק שבו האישום היה רצח בכוונה תחילה, הצתה ושיכוש מהלכי משפט.
- 110 עניין חייבטוב, לעיל ה"ש 105, פס' 110 לפסק דינו של השופט שהם. עניין חייבטוב הוזכר ברע"פ 3829/15 קסאי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.12.2018) (להלן: עניין קסאי), אשר גם בו נפסלה ראיה מכוח הלכת יששכרוב, ופסילתה הביאה לזיכוי חלקי. לענייננו חשובים דבריה של השופטת ברק-ארז המדגישה את חשיבותה של חומרת ההפרה המשטרית ואת קדימותה על פני חומרתה של העבירה: "הפרות ש'שיתיות' של כללים ברורים בתחום החקירות מהוות הצדקה ברורה להפעלתה של הלכת יששכרוב, וכאשר אלה הם פני הדברים אני סבורה שדרגת החומרה של העבירה שמדובר בה אינה מעלה או מורידה" (שם, פס' 31 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז).
- 111 ברק-ארז, לעיל ה"ש 47, בעמ' 118.
- 112 ספיר "לקדש גם את האמצעים", לעיל ה"ש 26, בעמ' 80.
- 113 ראו טקסט ליד ה"ש 125 להלן.
- 114 סנג'רו "כלל פסילת הראיות מתפתח", לעיל ה"ש 26, בעמ' 28; Blum, *Exclude Justice?*, לעיל ה"ש 26, בעמ' 445-447; מרין, לעיל ה"ש 90, בעמ' 22-23.
- 115 Blum, *Exclude Justice?*, לעיל ה"ש 26, בעמ' 403.
- 116 החיפוש כלל החלטות ופסקי דין אשר ניתנו בשנים 2017-2018 בכל הערכאות, אשר במסגרתם אוזכרו פסקי הדין בעניין יששכרוב, לעיל ה"ש 2, או בעניין בן חיים, לעיל ה"ש 68. סביר להניח כי החיפוש שערכנו אינו ממצה, וכי קיימים החלטות ופסקי דין רלוונטיים אשר לא נחשפנו לקיומם.
- 117 פ"ל (תעבורה פ"ת) 3601-08-14 מדינת ישראל נ' גל (פורסם בנבו, 10.1.2017); ת"פ (שלום ק"ג) 15150-12-13 מדינת ישראל נ' מורלי (פורסם בנבו, 10.1.2017); פ"ל (תעבורה י-ם) 7824-12-14 מדינת ישראל נ' בנימין (פורסם בנבו, 15.1.2017); הע"ז (אזורי ת"א) 11387-09-14 מדינת ישראל נ' רובינשטיין (פורסם בנבו, 4.2.2017) [יצוין כי פסק הדין בוטל על ידי ערכאת הערעור בהסכמת הצדדים: ע"פ 42453-03-17 (ארצי) מדינת ישראל נ' רובינשטיין (פורסם בנבו, 27.11.2018); ת"פ (שלום ת"א) 16795-10-15 מדינת ישראל נ' אהל (פורסם בנבו, 8.2.2017); ת"פ (שלום קר') 46588-08-15 מדינת ישראל נ' אדיניאב (פורסם בנבו, 20.3.2017); ת"פ (שלום ק"ש) 31643-05-16 תביעות צפת נ' משה (פורסם בנבו, 4.4.2017); הע"ז (אזורי ת"א) 36215-05-14 מדינת ישראל נ' וולף (פורסם בנבו, 24.5.2017); הע"ז (אזורי ת"א) 3867-09-14 מדינת ישראל נ' גאנם (פורסם בנבו, 1.6.2017); עניין יקובוב, לעיל ה"ש 82; ת"פ (שלום ק"ג) 18516-09-15 מדינת ישראל נ' אבו עלין (פורסם בנבו, 11.9.2017); ק"פ (שלום ת"א) 12019-09-16 רמפל סלולר סטוקמרקט בע"מ נ' פלוני (פורסם בנבו, 16.1.2018) (פסילת הראיות נעשתה על בסיס השילוב שבין הלכת יששכרוב וס' 32 לחוק הגנת הפרטיות); ת"פ (שלום ת"א) 6221-12-16 מדינת ישראל נ' אוחיון (פורסם בנבו,

- 13.2.2018); ת"פ (אזורי ת"א) 23454-09-15 מדינת ישראל נ' משק אלפרוביץ בע"מ (פורסם בנבו, 14.3.2018); תת"ע (תעבורה חד') 4966-12-17 מדינת ישראל נ' שומלי (פורסם בנבו, 26.4.2018); פ"ל (תעבורה ת"א) 10003-11-16 מדינת ישראל נ' נחום (פורסם בנבו, 29.4.2018); פל"א (תעבורה חד') 11343-12-17 מדינת ישראל נ' צילביץ (פורסם בנבו, 1.7.2018); ת"פ 48206-08-15 (שלום נצ') מדינת ישראל נ' דאהר (לא פורסם, 10.7.2018); הע"ז (אזורי ת"א) 43060-03-15 מדינת ישראל נ' בן משיח (פורסם בנבו, 19.7.2018); ח"ג (מקומיים ת"א) 72118789 מדינת ישראל נ' מזרחי (פורסם בנבו, 7.10.2018); ת"פ (שלום ב"ש) 39771-08-16 מדינת ישראל נ' עמר (לא פורסם, 18.10.2018); ת"פ (מחוזי ת"א) 28774-11-17 מדינת ישראל נ' פרדה (פורסם בנבו, 6.11.2018); פ"ל (תעבורה פ"ת) 11437-12-16 מדינת ישראל נ' בושרי (לא פורסם, 20.12.2018); עניין סלטי, לעיל ה"ש 82.
- 118 עניין חייבטוב, לעיל ה"ש 105; עניין קסאי, לעיל ה"ש 110.
- 119 ע"פ 4415/16 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 15.10.2017).
- 120 ראו דוגמאות מהעת האחרונה: ת"פ (שלום י-ם) 71071-07-17 מדינת ישראל נ' ליבשיץ (פורסם בנבו, 31.5.2018); ת"פ (שלום י-ם) 24869-02-17 מדינת ישראל נ' סוס (פורסם בנבו, 4.10.2018). כן ראו החלטות פסילת ראיות נוספות: ת"פ 44002-09-16 (שלום ת"א) מדינת ישראל נ' וקנין (לא פורסם, 24.12.2018); ת"פ 18600-01-17 מדינת ישראל נ' נגאסי (פורסם בנבו, 13.5.2018).
- 121 הלכת בן חיים (לעיל ה"ש 68) שניתנה בשנת 2012, שבה נדון בהמשך, הביאה לבדה לאורך השנים לעשרות רבות של פסקי דין שבהם הורו בתי משפט על פסלות ראיות שהושגו בחיפוש בלתי-חוקי ועל זיכויים של הנאשמים מהעבירות שבהן הואשמו, כמו גם לביטולם של מאות כתבי אישום. ראו לדוגמה הסניגוריה הציבורית הסניגוריה הציבורית – דוח פעילות 2015 18 (2016) www.justice.gov.il/Units/SanegoriaZiborit/DohotRishmi/dohot/SanReport_2015.pdf (להלן: דוח הסניגוריה הציבורית לשנת 2015); דוח הסניגוריה הציבורית לשנת 2013, לעיל ה"ש 100, בעמ' 14-16.
- 122 ראו למשל מ"ת (מחוזי מ"ר) 13385-01-18 מדינת ישראל נ' טקלה, פס' 11 לפסק דינו של השופט קובו (פורסם בנבו, 30.1.2018); עמ"ת (מחוזי ת"א) 4493-03-17 נגאר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 16.3.2017).
- 123 בעניין אחרון זה חשוב לציין את החלטת בית המשפט העליון מפייה של השופטת ארבל בבש"פ 9220/12 פרץ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.12.2012), שם נדחו קביעות הערכאות דלמטה בדבר הרלוונטיות של הלכת יששכרוב להליך העיקרי בלבד, ונקבע במפורש כי "על הערכאות הדנות במעצרים של חשודים להתייחס לגופן של טענות הנוגעות לפגיעה בזכות ההיוועצות של החשודים, לבחון האם אכן נפל פגם בעניין זה, ולקבוע את נפקותו לעניין המעצר תוך איוון מכלול השיקולים הרלוונטיים" (שם, פס' 13 להחלטתה של השופטת ארבל). ואכן, מאז החלטה זו, בתי המשפט דוחים לעיתים בקשות מעצר בשל הפרת זכויות החשוד. ראו למשל המקרים המוזכרים בדוח הסניגוריה הציבורית לשנת 2015, לעיל ה"ש 121, בעמ' 46-47; הסניגוריה הציבורית הסניגוריה הציבורית – דוח פעילות 2017 43-40 (2018) https://bit.ly/2rwTFAw (להלן: דוח הסניגוריה הציבורית לשנת 2017).
- 124 לראשית דיון בנושא, ראו ספיר "לקדש גם את האמצעים", לעיל ה"ש 26; ספיר "מסורת של הגנה", לעיל ה"ש 26; סיטבון, לעיל ה"ש 26, בעמ' 42.
- 125 ראו למשל נוהל חטיבת החקירות באגף לחקירות ולמודיעין 03.300.268 "יידוע חשוד בדבר זכויותיו בטרם חקירה" (28.4.2014) (להלן: "נוהל יידוע חשוד"). נוהל זה נכתב בעקבות הכללים שנקבעו בפסקי הדין בעניין יששכרוב, לין ושי. נוסח האזהרה הניתן כיום לחשודים לפני חקירתם שונה בתכלית מזה שהיה נהוג קודם לכן; נוהל חטיבת החקירות באגף לחקירות ולמודיעין 03.300.265 "הנחיות לביצוע חיפוש שעילתו בהסכמת הנחפש בלבד" (1.3.2014), שנכתב בעקבות הכללים שנקבעו בעניין בן חיים. הנהלים מפורסמים באתר הסניגוריה הציבורית, עם נוהלי חטיבת החקירות שאינם חסויים, שאותם קיבלה הסניגוריה הציבורית מהמשטרה. ראו www.justice.gov.il/Units/SanegoriaZiborit/News/Pages/Nahaley_Mishtara.aspx

- 126 הצעת חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים) (תיקון מס' 9), התשע"ח-2018, ה"ח 1240 (להלן: **הצ"ח חקירת חשודים**). בהערת אגב, יצוין כי לאורך השנים נעשו גם כמה ניסיונות לעגן בחקיקה גרסאות שונות של הלכת **יששכרוב** עצמה, ראו למשל הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (תיקון מס' 18) (הודאת נאשם), התשע"ו-2016, ה"ח 1037; הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (פסילת ראייה), התשס"ו-2006, פ/447/17; הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (פסילת ראייה), התשס"ו-2006, פ/974/17.
- 127 עניין **אלום**, לעיל ה"ש 102, בעמ' 229-235, 245-246; ע"פ 8743/09 **מנקין נ' מדינת ישראל**, פסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 13.2.2013). (להלן: עניין **מנקין**); ע"פ 6021/11 **יוסף נ' מדינת ישראל**, פס' 18 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 24.2.2014).
- 128 עניין **מנקין**, לעיל ה"ש 127, פסק דינו של השופט דנציגר.
- 129 עניין **אבו עצא**, לעיל ה"ש 103, פס' 151 לפסק דינו של השופט דנציגר.
- 130 ע"פ 4029/08 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פס' 48 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 10.7.2012) (להלן: עניין **פלוני**).
- 131 ע"פ 9808/06 **סנקר נ' מדינת ישראל**, פס' 25 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 29.7.2010).
- 132 עניין **פלוני**, לעיל ה"ש 130, פס' 51 לפסק דינו של השופט דנציגר; עניין **חייבטוב**, לעיל ה"ש 105, פס' 94 לפסק דינו של השופט שהם.
- 133 בעניין **יששכרוב** עצמו הציגה השופטת ביניש את המחלוקת וכתבה כי היא נוטה לעמדת הסניגוריה, שלפיה הודעה על זכות ההיוועצות חייבת להינתן בכל מקרה לפני החקירה, אף כי הדבר לא היה דרוש לצורך הכרעה באותו עניין (עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 501). כך גם נאמר בעניין **שי**, לעיל ה"ש 101, בעמ' 764-765. גם השופט רובינשטיין, בעניין **לין**, הצהיר באופן ברור כי הוא נוטה לעבר עמדת הסניגוריה [ע"פ 8974/07 **לין נ' מדינת ישראל**, פס' כ-כח לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 3.11.2010) (להלן: עניין **לין**)]. עמדת הסניגוריה אומצה בסופו של דבר ב"נוהל יידוע חשוד", לעיל ה"ש 125, והיא מוצאת ביטוי גם בס' 13 להצ"ח חקירת חשודים, לעיל ה"ש 126.
- 134 עניין **שי**, לעיל ה"ש 101, בעמ' 767-768.
- 135 עניין **אל עוקה**, לעיל ה"ש 93, פס' 10-11 לפסק דינו של השופט הנדל ופס' 5 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 23.11.2011).
- 136 עניין **יהודה**, לעיל ה"ש 88, פס' 6 לפסק דינה של השופטת חיות; ע"פ 6435/12 **דמסה נ' מדינת ישראל**, פס' 37 לפסק דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 9.1.2017).
- 137 עניין **לין**, לעיל ה"ש 133, פס' כד לפסק דינו של השופט רובינשטיין.
- 138 ע"פ 1784/14 **עאשור נ' מדינת ישראל**, פס' 63 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז (פורסם בנבו, 3.9.2015).
- 139 עניין **אבו עצא**, לעיל ה"ש 103, פס' 105-109 לפסק דינו של השופט דנציגר. ראו גם ע"פ 6504/10 **פרחאן נ' מדינת ישראל**, פס' קא לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 2.10.2013); ע"פ 3239/14 **חמאיסה נ' מדינת ישראל**, פס' 32 לפסק דינו של השופט שהם (פורסם בנבו, 8.11.2016).
- 140 עניין **חייבטוב**, לעיל ה"ש 105, פס' 91 לפסק דינו של השופט שהם. לדברים אלה פוטנציאל להשליך על מימוש זכות ההיוועצות אשר עדיין לוקה בחסר, בשל הטענה של המשטרה שחלק לא מבוטל מהחשודים מוותר על זכותו להיוועץ בעורך דין לפני חקירה. להרחבה ראו **רוח הסניגוריה הציבורית לשנת 2017**, לעיל ה"ש 123, בעמ' 37-43.
- 141 הרדוף, לעיל ה"ש 26, בעמ' 36.
- 142 עניין **בן חיים**, לעיל ה"ש 68.
- 143 שם, בעמ' 334.
- 144 שם, בעמ' 340.
- 145 שם, בעמ' 348, 367.
- 146 ראו לעיל ה"ש 121. במפגש של פורום "תה ופלילים" שנערך ביום 11.2.2019, ושבו מסגרתו הוצגה טיוטה מתקדמת של מאמר זה, טען עמית פונדיק כי את העובדה שבתי המשפט מרבים ליישם את

- הלכת בן חיים ולפסול לפיה ראיות שהושגו בחיפוש בלתי-חוקי, יש לזקוף במידה רבה לכך שהכלל שנקבע בה באשר לחוקיות חיפושים הוא "ברור ונוקשה יחסית". וראו גם דבריו של אלקנה לייסט בהקשר זה ברשימתו על פרשת בן חיים בפרויקט "שורשים במשפט" (טרם פורסם). אכן, כאשר הדבר אפשרי, ליצירת תת-קטגוריות ספציפיות של מקרים אופייניים, הן מבחינת העבירה והן מבחינת הפרת הדין בידי המשטרה, אשר לגביהן ברור כי תיפסל הראיה, יכולים להיות יתרונות. אין בכך כדי לגרוע מחסרונותיו של כלל פסלות מוחלט, אשר עליהם אנו עומדים במאמר זה.
- 147 דוח הסניגוריה הציבורית לשנת 2015, לעיל ה"ש 121, בעמ' 18. יוער כי לאחר מתן פסק הדין בעניין בן חיים פנה אחד הכותבים, ד"ר יואב ספיר, הסניגור הציבורי הארצי, ליחידת התביעות במשטרה בבקשה מרוכזת לסגירה של עשרות תיקים שנסיבותיהם דומות לאלה של עניין בן חיים. בעקבות פנייה זו הודיעה יחידת התביעות על חזרתה מן האישומים בלמעלה מ-70 תיקים שתחת אחריותה (שם). ראו גם אביאל מגנזי "חיפוש לא חוקי: 73 תיקי החזקת סכין ייסגרו" *Ynet* 29.7.2012 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4261489,00.html
- 148 ראו לדוגמה ת"פ (שלום ב"ש) 52892-05-10 מדינת ישראל נ' אלבו (פורסם בנבו, 10.4.2013) (הסכמה המכשירה חיפוש שנערך שלא בנוכחות שני עדים); ת"פ (שלום רמ') 52888-01-15 משטרת ישראל נ' אוזן (פורסם בנבו, 2.3.2017) (קביעות הנוגעות לכשרותו של נאשם/חשוד או תופס הבית לשמש כעד לחיפוש במסגרת הדרישה שחיפוש ייערך בנוכחות שני עדים); עניין סיים, לעיל ה"ש 82 (קביעות הנוגעות, בין היתר, להסכמה המכשירה חיפוש שנערך שלא בנוכחות שני עדים וכן לדרישות שיש לעמוד בהן על מנת שאדם יהיה כשיר לשמש כעד לחיפוש); ת"פ (מקומיים ת"א) 11132/10 מדינת ישראל נ' שריון (פורסם בנבו, 20.3.2013) (חובתן של מפקחות מטעם הרשות המקומית המבקרות בביתו של חשוד או חשוד פוטנציאלי להזהירו בדבר זכויותיו). מדובר בדוגמאות ספורות מתוך מספר רב של פסקי דין אשר מגדירים את כללי המותר והאסור במסגרת האכיפה הפלילית, אגב הדיון בשאלת פסלות הראיות.
- 149 עניין בונר, לעיל ה"ש 24, פס' 17 לפסק דינו של השופט עמית.
- 150 שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.
- 151 "אודה כי למקרא ולמשמע הערעור הנוכחי התחלתי לראשונה לפקפק במקצת, שמה הגיע הזמן והמלחמה בפשעי הפושעים צריכה להידחות מפני המלחמה בפשעי שוטרים. שאלתי את עצמי אם על-ידי השימוש השיפוטי אשר אנו השופטים עושים בראיות – ולו גם כשרות מבחינת דיני הראיות – שהושגו על ידי חוקרים-פושעים, אין אנו עושים עצמנו שותפים לאחר המעשה לפשעיהם". ע"פ 369/78 אבו מדיג'ם נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(3) 376, 381 (1979).
- 152 המערער, רפאל (רפי) יששכרוב, יוצג על ידי הסניגורים אלי זהר ורועי בלכר. האחרון החל בייצוגו עוד במהלך שירותו בסניגוריה הצבאית, והגדיר את מתן פסק הדין בעניין יששכרוב כסיפוק המקצועי הגדול בקריירה שלו. ראו אבישי מתי"ה "עו"ד בלכר: הרגע המאושר בקריירה שלי היה זיכוי אולמרט" *גלובס* – דין וחשבון 12.4.2013 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000836042
- 153 על פעילותה של הסניגוריה הציבורית למימוש זכות ההיוועצות לפני חקירה, ועל חלקה של הלכת יששכרוב והתפתחותיה במהפכה שהתרחשה בהקשר זה, ראו דוח הסניגוריה הציבורית לשנת 2017, לעיל ה"ש 123, בעמ' 37-43.