

## כלל הפסלות הישראלי בשולי הלכת יששכרוב'

קרן שפירא-אטינגר\* ורון שפירא\*\*

בעניין **יששכרוב** פסק בית המשפט העליון, בהרכב של תשעה שופטים, כי בתי משפט רשאים לפסול ראייה רק משום שהושגה באמצעים פסולים, ובהם הימנעות מלהודיע לנאשם כי הוא רשאי לשמור על זכות השתיקה או כי הוא זכאי להיוועץ בעורך דין. פסילה כזו עשויה להתבצע גם אם אין חשש לאמינות הראייה. במאמר זה אנו טוענים כי מגמת השינוי שפסק דין זה יוצר בדיני הראיות היא ברוכה, משום שהיא מכוונת לחזק את זכויות הפרט בחיכוכו עם השלטון, אולם אופן מימושה אינו שלם. המאמר מצביע על כך שהחידוש, שבית המשפט העליון שלנו מחדש, הינו הד מאוחר לשינויים דומים, אשר בוצעו כבר לפני עשרות שנים במדינות ששיטת משפטן דומה לשלנו, ובדרך כלל בוצעו בעוצמה רבה יותר. לטענתנו, כלל הפסלות, המתואר בעניין **יששכרוב** כ"גמיש" ו"יחסי", איננו בעל משמעות מעשית רבה. בשיטתנו המשפטית, שאין בה מושבעים, המשמעות של "כלל קבילות" גמיש היא נמוכה. בנוסף, הקביעה כי כלל הפסלות יופעל ביתר קלות כשהראייה איננה נחוצה גורעת מחשיבותו. זאת ועוד, הקביעה כי חומרת העבירה המיוחסת לנאשם תצטרף למניין הסיבות לקבלת ראייה נגדו שהושגה באמצעים פסולים מפחיתה עוד יותר את יכולתו של כלל זה להגן על אותם נאשמים הנוקקים להגנת עקרון ההפוך.

\* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר אילן.

\*\* מופקד הקתדרה למחקר משפטי ע"ש פרנק פ. צ'רץ', הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר אילן.

1. ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי** (טרם פורסם) (להלן: עניין **יששכרוב**).

אנו מביעים חשש כי לקביעה אחרונה זו, מפי הרכב שופטים מורחב של בית המשפט העליון, עלולה להיות השלכה שלילית על דיני הראיות אף במקרים אחרים, כלומר היא עלולה לחזק מגמות קיימות, ועד עתה בלתי גלויות, של התרופפות ההגנות הנתונות לנאשמים דווקא במקום שהן נהוצות להם יותר מכול – כשהם מואשמים בעבירה המורה או בעבירה המרגיזה את הציבור, או כשנוצרה נגדם אווירה שלילית, בין שהיא עניינית או בלתי עניינית.

א. החידוש בהלכת יששכרוב. ב. "כלל קבילות נמיש" בשיטה שאין בה מושבעים. ג. מצבו של הדין הישראלי מנקודת ראות השוואתית. ד. גמושות כלל הפסלות הישראליות. ה. "חשיבות הראיה להוכחת האשמה" כשיקול לפסלות הראיה. ו. חומרת העבירה המיוחסת לנאשם כשיקול לפסלות הראיה. ז. חומרת הנזירה המיוחסת לנאשם כשיקול – ההיבט ההשוואתי. ח. חומרת העבירה המיוחסת לנאשם – האם שיקול להתרת הראיה או לפסילתה? ט. סיכונ.

#### א. החידוש בהלכת יששכרוב

בתאריך ו' באייר תשס"ו (4.5.2006), פסק בית המשפט העליון בעניין יששכרוב, בהרכב של תשעה שופטים,<sup>2</sup> כי בתי משפט רשאים לפסול ראיה רק משום שהושגה באמצעים פסולים, ובהם הימנעות מלהודיע לנאשם כי הוא זכאי לשמור על זכות השתיקה או להיוועץ בעורך דין. פסילה כזו עשויה להתבצע גם אם אין חשש לאמיתות הראיה. במקרים המתאימים עשויים אפוא אינטרסים אחרים, ובפרט הצורך להגן על כבודו של הנאשם ועל האוטונומיה של רצונו החופשי, לגבור אף על השאיפה להגיע לחקר האמת. מגמת השינוי שפסק דין זה יוצר בדיני הראיות היא ברוכה, משום שהיא מיועדת לחזק את זכויות הפרט בחיכוכו עם השלטון, אולם אופן מימושה אינו שלם, כמבואר להלן.

2. פסק הדין משקף את עמדת רובם המכריע של שופטי ההרכב. חוות הדעת העיקרית ניתנה על ידי השופטת ביניש. הנשיא ברק, המשנה לנשיא חשין והשופטים ריבלין, פרוקצ'יה, לוי, ג'ובראן ונאור הביעו הסכמה לתוכן הדברים. השופט גרוניס נותר בדעת מיעוט, אולם היות שמצא עצמו בדעת יחיד מול שמונת חבריו להרכב, נימק את דעתו בתמצית, ומיעט להתייחס לשאלות העקרוניות שנידונו בפסקי דינם של רוב השופטים. עם זה הטעים השופט גרוניס בפסקה 3 לפסק דינו, כי ברמה העקרונית ההקפדה על צדק דיוני כערך עצמאי חשובה פחות, לדידו, מן הצורך למצוא את האמת ולקבוע את היחס הנכון בין ה-*false positive* וה-*false negative* של השגיאות בהליך הפלילי. ראו להלן דיון בעמדת השופט גרוניס בעמ' 21-22.

בעניין יששכרוב נידון עניינו של חייל, אשר נפקד משירותו הצבאי, ובשעה שנתפס ונקלט בכלא הצבאי, התגלתה אצלו כמות קטנה של סם לשימוש עצמי. אנשי המשטרה הצבאית חקרו אותו בו במקום, חילצו מפיו הודאה בשימוש בסם מסוכן ובהתחזקתו, ורק לאחר שעצרו אותו הודיעו לו על זכותו לקבל ייעוץ משפטי. קבילות הודאה זו נידונה בשתי ערכאות השיפוט הצבאיות, ולאחר מכן גם בערעור ברשות לבית המשפט העליון. נושא הדיון העיקרי בבית המשפט העליון היה שאלת ההשפעה של אי מתן הודעה כדין בדבר הזכות להיוועץ בעורך דין על קבילותה של הודאה שנמסרה בחקירה. תחילה בחן בית המשפט אם בהשראתו הפרשנית של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו יש לקבוע כי היעדר הודעה כדין על זכות ההיוועצות בעורך דין פוסלת בהכרח את קבילותה של הודאת נאשם לפי סעיף 12 לפקודת הראיות,<sup>3</sup> משום שבנסיבות אלה היא איננה "חופשית ומרצון".

בית המשפט קבע כי הפגיעה בזכות לאוטונומיה של הרצון החופשי הנגרמת עקב הימנעות מלהודיע לו על זכויות עשויה להביא לידי פסילת ההודאה. כך, למשל, נפסק כי יהיה מקום לפסילתה של הודאה לפי סעיף 12 אם הנאשם לא הוזהר בדבר זכותו לשתוק ולהימנע מלהפליל את עצמו בחקירה ובדבר זכותו להיוועץ בעורך דין, ואם הוא לא היה מודע בפועל לזכויות אלה, באופן ששלל ממנו את היכולת לבחור אם לשתף פעולה עם חוקריו אם לאו. אולם, קבע בית המשפט, תנאי לפסילת ההודאה מטעם זה הוא פגיעה משמעותית ביכולתו של הנאשם לבחור אם לשתף פעולה בחקירה, ותנאי זה לא התקיים – קבע בית המשפט העליון פה אחד – בנסיבות המקרה דנא.

לפיכך עבר בית המשפט העליון לדון בעילת פסילה חלופית, כללית יותר, הנובעת מפיתוחה של דוקטרינה פסיקתית-הלכתית חדשה לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין. לפיתוח זה נודעת, לטעמנו, חשיבות היסטורית. אכן, בית המשפט העליון הכריע בעניין יששכרוב בשאלה כבדת משקל שהטרידה את הפסיקה ואת החקיקה<sup>4</sup> עשרות שנים, ושינה בכך מגמה שנהגה בדיני הראיות בישראל שנים ארוכות.<sup>5</sup> ההרכב המורחב שנתן את פסק הדין ראה עצמו כקובע ציון דרך חשוב בפסיקה הישראלית, ומשום כך התיר לסניגוריה הציבורית וללשכת עורכי הדין להגיש מסמכים כ"ידידי בית המשפט"

3. [נוסח חדש], תשל"א-1971, ס"ח 18.

4. בית המשפט עצמו מזכיר שורה של הצעות חוק שנועדו להסדיר עניין זה, לרבות: הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות [נוסח חדש] (תיקון – אמרת נאשם מחוץ לבית המשפט), תש"ס-1999; הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 15) (הודאת נאשם בעבירות חמורות), ה"ח תשס"א 2928; הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות [נוסח חדש] (תיקון – אמרת נאשם מחוץ לבית המשפט), תשס"ד-2004; הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (תיקון – ביטול הודאה שנגבתה באלימות), תשס"ד-2004; הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (קבילות ומשקל הודיית נאשם), תשס"ד-2004; הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (פסילת ראיה), תשס"ה-2005.

5. ע"פ 476/79 בולוב נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 785, בעמ' 801-802; ע"פ 115/82 מוערי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 197, בעמ' 262; ע"פ 16/82 מלכה נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(4) 309, בעמ' 317-320; ד"נ 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין, פ"ד מב(3) 837, בעמ' 855.

(amicus curiae brief).<sup>6</sup> כדי להדגיש את כובד המטלה ההיסטורית שקיבל עליו, ציטט בית המשפט את התלבטותו המתועדת בעניין ועקנין.<sup>7</sup> באותו מקרה הסביר השופט ברק: "... כלל הפסילה' נוגע בשורשיו ובעצבו של ההליך הפלילי [...] הסוגיה כולה היא בעלת חשיבות משפטית וציבורית רבה, ואין להכריע בה בלא לראות את התמונה החברתית הכוללת".<sup>8</sup> השופט ברק נמנע או מלהידרש לשאלת אימוצו של כלל פסלות, היות שלא נפרש בפניו מכלול החומר הרלוונטי, אולם עמד על קשיות השאלה: "הנפסול ראייה, שהושגה בדרכים פסולות, מכול וכול? הנבחרין בין ראיות שונות לבין דרכים פסולות שונות? הניתן שיקול-דעת לבית-המשפט? על-פי אלו מבחנים?"<sup>9</sup>

על רקע זה נפסק בעניין יששכרוב, כי מקום שראיה הושגה "באמצעי חקירה המנוגדים להוראה הקבועה בחוק, בתקנה או בנוהל מחייב, או תוך פגיעה שלא כדין בזכות יסוד מוגנת",<sup>10</sup> היא עשויה להיפסל מטעם זה בלבד. במקרה זה בחר אפוא בית המשפט לפסול את ההודאה אף שלא מצא כי היא נגבתה שלא מרצונו הטוב והחופשי של העד.

קביעתו המפורשת של בית המשפט כי פסילה כזו עשויה לבוא על חשבון "חקר האמת", הנדחק במקרה זה מפני אינטרסים אחייים המועלים לדרגת זכויות,<sup>11</sup> מעמידה הלכה על מכונה בכל הקשור ליחס הראוי שבין האינטרסים שדיני הראיות מבקשים לקדם. אמנם תכליתם של דיני הראיות איננה מתמצית ביצירת אסטרטגיות רציונליות לגילוי אמת עובדתית או למזעור סיכוני הרשעת זווא, ולו רק מפאת הערך הסמלי, האקספרסיבי, ואולי אפילו הריטואלי, שנודע לשפיטה הפלילית.<sup>12</sup>

6. עניין יששכרוב (לעיל, הערה 1) בפסקה 7 לפסק דינה של השופטת ביניש.
7. בג"ץ 249/82 ועקנין נ' בית-הדין הצבאי לערעורים, פ"ד (2) 393, המאוזכר בעניין יששכרוב (לעיל, הערה 1) בפסקה 13 לפסק דינה של השופטת ביניש.
8. עניין וקנין (לעיל, הערה 7) בעמ' 422.
9. שם, שם.
10. עניין יששכרוב (לעיל, הערה 1) בפסקה 38 לפסק דינה של השופטת ביניש.
11. ראו לעניין זה: עניין יששכרוב (לעיל, הערה 1) בפסקאות 45-47 לפסק דינה של השופטת ביניש; וכן ניגה זלצמן "אמת עובדתית" ו"אמת משפטית" – מניעת מידע מבית-המשפט לשם הגנה על ערכים חברתיים", עיוני משפט כד (תש"ס) 263, בעמ' 264-265, כמצוטט בפסקאות 45, 49 לעניין יששכרוב.
- על פי חוות דעתה של השופטת ביניש. אינטרסים אחרים אלה כוללים, בין השאר, את האינטרסים והזכויות האלה: "זכותו של הנאשם לכבוד ולהירות"; "אמון הציבור במערכת השיפוטית"; "עשיית הצדק במובנה הרחב ושמירה על אמון הציבור במערכת השיפוטית"; ההגנה על זכויות הנאשם ועל הגינות ההליך הפלילי וטוהרו; וכן "האינטרס המשותף לכלל ולפרט גם יחד בפסילת אמצעי חקירה בלתי חוקיים ובהרתעת הרשות החוקרת מפני נקיטת אמצעים דומים בעתיד". שם.
12. Laurence H. Tribe, "Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process", 84 *Harv. L. Rev.* (1971) 1329; Charles Nesson, "The Evidence or the Event? On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts", 98 *Harv. L. Rev.* (1985) 1357; Daniel Shaviro,

### ב. "כלל קבילות גמיש" בשיטה שאין בה מושבעים

הלכת יששכרוב ממוקמת במישור דיני הקבילות, במובחן מדיני המשקל הראייתי, וזאת בניגוד למגמה שהסתמנה לכאורה בחלקים נרחבים של הספרות המשפטית והפסיקה הערכנית להעדיף את התפתחות דיני המשקל הראייתי. עיגונה של מגמת התפתחות חדשה בדיני הראיות באותו חלק של דיני הראיות העוסק בקבילות דווקא, מהזירה אפוא את דיני הראיות שלנו למתכונת האנגלית, שנדמה היה, כמפורט להלן, כי אנו מתרחקים ממנה קמעא. עצם ניסוח הבעיה שהתעוררה בעניין יששכרוב כנוגעת לקבילות ראייה שהושגה באמצעים פטולים, משייכת במובהק את הדיון למשפט האנגלו-אמריקני במתכונתו המסורתית. שיטות משפט אחרות, אשר אינן מבוססות על ניתוק מוסדי בין סמכות ובין אחריות, כלומר אלו שבהן אותו גוף מכוון את הדיון וגם מכריע בשאלות העובדתיות, מוטרדות פחות משאלות ראייתיות והליכיות בדרך כלל.<sup>13</sup> בנוסף, מושג ה"קבילות" קשור בטבורו לשיטות משפט שיש בהן מושבעים, ושופטים מסננים בעבורם את חומר הראיות שלפניו המושבעים צריכים לקבל את החלטותיהם. אמנם ניתן להקיש לצורך שאלה זו משאלות דומות בשיטות משפט שאין בהן מושבעים ודיני קבילות,<sup>14</sup> אך זוהי אנלוגיה רחוקה.

"Statistical-Probability Evidence and the Appearance of Justice", 103 *Harv. L. Rev.* (1989) 530; Ron A. Shapira, "Economic Analysis of the Law of Evidence: A Caveat" 19 *Cardozo L. Rev.* (1998) 1607

13. השונו: Mirjan R. Damaska, *The Faces of Justice and State Authority – A Comparative Approach to the Legal Process* (1986) 49; Markus Dirk Dubber, "American Plea Bargains, German Lay Judges, and the Crisis of Criminal Procedure" 49 *Stan. L. Rev.* (1997) 548

14. במשפט העברי אין אסמכתא ישירה לרעיון של פסלות ראייה שהושגה שלא כדין. אלישי בן יצחק הביע באחרונה את הדעה כי אין מגבלה כזו, אולם המקורות שהוא מסתמך עליהם עקיפים מאוד. אלישי בן יצחק, "בידוי ראיות וראיות המושגות באמצעים פטולים", פרשת השבוע 149 (תשס"ד). הראיה הפסולה שהוא מדבר עליה היא עדות בעקבות "הכמנת עדים", ואולם גם עצם השאלה, אם זוהי דוגמה טובה לראייה פסולה, שנויה במחלוקת. אמנם ניתן להסיק מן המשנה במסכת סנהדרין, פרק ז, הלכה י כי ניתן להכמין עדים רק בענייני עבודה זרה, אולי משום שהכמנת עדים עלולה להיות כרוכה בהדחה לביצוע עבירה, וראו: אהרון קירשנבאום, "המלכוד וההרחקה לדבר עבירה בהלכה היהודית", דיני ישראל ט"ו (תשמ"ט-תש"ן) לט, בעמ' סג ואילך; אולם גובע מלשון הרמב"ם במשנה תורה, הלכות עבודת כוכבים, פרק ה, הלכה ג כי הכמנת עדים בעבירות אחרות איננה אסורה, אף שאיננה מצווה, וכך גם דעתו של הרב יוסף באב"ד, בעל מנחת חינוך, מצווה תסב. אם לא מדובר בעדות פסולה, ממילא לא מתעוררת כאן השאלה של "כלל פסלות".

בעשרים השנים האחרונות גברה, כידוע, מאוד הנטייה להתרחק מדיני הקבילות האנגלו-אמריקניים הוותיקים.<sup>15</sup> בעניין זה חיבתם של בתי המשפט שלנו לכללים המעניקים להם שיקול דעת רחב, שאיגו תחום בסייגים נוקשים, חברה לביקורת היסטורית ומוסדית שנמתחה על יישומם של דיני הקבילות בשיטה של שופטים מקצועיים. ואמנם החלת כללי הקבילות האנגליים לכל פרטיהם ודקדוקיהם על שופט מקצוען, נראית משונה. מהבחינה הזו נראה הדין שהבריטים הוזילו בארץ ישראל ובמושבות בלתי אנגליות אחרות (היינו דין אנגלי בלא מושבעים) כמין שעטנו הסובל, כמצופה ממעשה כלאיים, מבעיות קשות. מה יעשה שופט אנגלי, שדיני הראיות שלו עוצבו במיוחד בעבור מושבעים, כשהוא נקלע לשיפוט בלא מושבעים (bench trial)? ובכן, ימלא בעצמו את שני התפקידים: של השופט האנגלי ושל חבר המושבעים גם יחד. תחילה ילבש את גלימת השופט ואת הפאה שלו, ויחליט מהו חומר הראיות הקביל. לאחר מכן יסיר אותן, יתיישב בזריזות על ספסל המושבעים, ושם ישים עצמו כאילו חומר הראיות הבלתי קביל לא הגיע מעולם לידיעתו. בהמשך יחזור אל כס השיפוט וינחה את המושבעים בשאלות המשפטיות הרלוונטיות, ולבסוף יכריע, כמושבעים, על סמך הנחיה זו. במידה רבה זהו אמנם האופן שבו ממלאים את תפקידם שופטים אנגלו-אמריקנים היושבים בדין בלא מושבעים וכן שופטים בישראל עד עצם היום הזה (בלא חילופי בגדים ומקומות ישיבה, כמובן), כלומר מכריעים בעצמם בשאלות של קבילות על פי דיני ראיות נוקשים ופורמליים שנועדו למושבעים, ולאחר מכן משימים עצמם כאילו הם שופטים על סמך חומר הראיות הקביל בלבד. בשיטת כלאיים זו מקבלים הכללים הנוגעים לקבילות ראייה אופי מיוחד: אם הם גמישים וכפופים לשיקול דעתו של השופט, הם חסרי משמעות למעשה, שכן אינם ממלאים את התפקיד של הגבלת מקבל ההחלטות העובדתיות בבחירת החומר שעל פיו יפסוק. כללי הקבילות בשיטה כזו הם בני משמעות אפוא אך ורק אם הם פורמליים, נוקשים ומצמצמים את שיקול הדעת של השופט.

על רקע מוזרות זו של יישום דיני הראיות האנגלו-אמריקניים במקום שאין בו משפט בידי מושבעים, נשמעות זה עשרות שנים, גם בקרב מלומדים בשיטות אנגלו-אמריקניות מרכזיות, קריאות לביטול רעיון הקבילות במשפטים הנערכים בידי שופטים מקצועיים (bench trials).<sup>16</sup>

15. ראו, למשל: ע"א 703/86 ברנשטיין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מג(4) 529, בעמ' 533-532 (מפי השופט קרמי); ד"נ 23/85 מדינת ישראל נ' טורבול, פ"ד מב(4) 309, בעמ' 340-331 (מפי הנשיא שמגר), 354 (מפי השופט ברק); דנ"פ 4390/91 מדינת ישראל נ' יחיא, פ"ד מז(3) 661, בעמ' 671 (מפי הנשיא שמגר) (להלן: עניין יחיא); ע"פ 6147/92 מדינת ישראל נ' כהן, פ"ד מח(1) 62, בעמ' 80 (מפי השופט חשין); ע"א 2515/94 לוי נ' עיריית חיפה, פ"ד נ(1) 723, בעמ' 730-733 (מפי השופטת ביניש); בג"ץ 6319/95 חבמוי נ' שופטת בית המשפט השלום בתל אביב יפו, פ"ד נא(3) 750, בעמ' 760-761 (מפי השופטת שטרסברג-כהן).

16. בשנת 1931 הכריז המלומד Charles McCormick כי כללי הראיות "are absurdly inappropriate to any tribunal or proceeding where there is no jury" ראו: Charles T.

בפסיקה ובספרות המשפטית הישראלית נראה היה, ערב פסק הדין בעניין יששכרוב, שהמעבר משיקולי "קבילות" לשיקולי "משקל" הינו עובר לעשייתה. הנשיא שמגר סיכם את מגמת השינוי כבר לפני חמש עשרה שנים, בפסק הדין בעניין חג' יחיא,<sup>17</sup> ואף בית המשפט בעניין יששכרוב החרה החזיק אחריו בזה הלשון: "החל משנות השמונים של המאה העשרים החלה להתפתח במשפטנו מגמה חדשה שהתפתחה במקביל לשינויים שחלו גם בשיטות המשפט האנגלו-אמריקני, שיטות שמסורתן קרובה לשלנו. עיקרה של אותה המגמה היה צמצום הסייגים הפורמליים החלים על קבילותן של ראיות, על-מנת להותיר בידי בית המשפט סמכות להחליט בדבר אמינותן ומשקלן [...] תחת מחסומי קבילות ניתנה, אפוא, עדיפות לגישה המבכרת בחינה מהותית של כל ראיה רלוונטית על-ידי הערכאה השיפוטית. גישה זו משתלבת עם המגמה הרווחת תחומים במשפטנו, והיא מבטאת מעבר מכללים פורמליים נוקשים למתן משקל לעקרונות יסוד במשפט, תוך הפעלת שיקול דעת שיפוטי. מגמה זו תוארה בפסיקה ובספרות המקצועית כמעבר 'מפורמאליזם ומנוקשות לגמישות ולשיקול-דעת'.<sup>18</sup>

מודעותו של בית המשפט לסתירה, לכאורה, הכרוכה בקביעת "כלל פסלות" בעידן שבו שיטת המשפט מתרחקת, למצער למראית עין, ממשטר של קבילות גרמה לו להבהיר את ההלכה שקבע ולסייגה: "אימוץ דוקטרינת פסילה כאמור, עלול לכאורה לכרסם במידת-מה במגמה שהסתמנה בשיטתנו המשפטית החל משנות השמונים, ועיקרה המעבר מכללי קבילות להערכה מהותית של ראיות. עם זאת, מדובר בהתפתחות [...] אין היא באה לבטל את מגמת הפסיקה שהתפתחה בעשורים האחרונים. [...] הפעם אין מדובר בכללי פסילה פורמאליים ונוקשים, כפי שהיו נהוגים בעבר; לשיטתנו, דוקטרינת הפסילה החדשה שעלינו להנהיג היא גמישה".<sup>19</sup> ואמנם כפי שנראה להלן, הכלל שנקבע בעניין יששכרוב איננו, לאמיתו של דבר, כלל קבילות במונח המקובל, משום שאין בו כדי להגביל במידה ניכרת את שיקול דעתו של מקבל ההחלטות בעניינים העובדתיים באשר לחומר הראיות שהוא רשאי להשתמש בו.

כפי שהראינו, בשיטה שבה השופט גם מקבל את ההחלטות בשאלות של עובדה, כללי קבילות שאינם מצמצמים את שיקול דעתו של השופט, מנקודת ראות פונקציונלית אינם כללי קבילות, אלא לכל היותר מעין הבניה של שיקול הדעת השיפוטי. העובדה ש"כלל

McCormick, "Evidence: General Aspects Modern Civil Law" 5 *Encyclopedia of Social Sciences* (1931) 637, p. 644. בשנת 1964 טען המלומד Kenneth Culp Davis כי היות שרובם המכריע של המשפטים בארצות הברית מתנהל בלא מושבעים, יישומם של כללי קבילות בכל המשפטים מזמין בובזו במשאבי קבלת החלטות, ראו: Kenneth Culp Davis, "An Approach to Rules of Evidence for Non Jury Cases", 50 *A.B.A.J.* (1964) 723.

17. עניין יחיא (לעיל, הערה 15) בעמ' 671, כמצוטט בעניין יששכרוב (לעיל, הערה 1) בפסקה 40 לפסק דינה של השופטת ביניש.

18. שם, שם.

19. שם, בפסקה 48 לפסק דינה של השופטת ביניש.

הפסלות", שנקבע בעניין **יששכרוב**, הוא גמיש ביותר מאימת אפוא על סיווגו ככלל של קבילות.

### ג. מצבו של הדין הישראלי מנקודת ראות השוואתית

אכן, פסק הדין בעניין **יששכרוב** ראוי לשמש מקור לקורת רוח בקרב שוחרי זכויות האזרח, משום שהוא מבטא כאמור מפנה לטובה בשיטת המשפט שלנו. עם זה, בחינה מפוכחת של הדין במדינות אחרות בעניין זה מראה כי בהשוואה לשיטות משפט דומות היה הדין הישראלי, עובר למתן פסק הדין בעניין **יששכרוב**, קיצוני בגישתו המיושנת, מוטת האינטרסים החקירתיים, והשינוי שהביאה עמה הלכת **יששכרוב** מתקשה לשנות את הדין המקומי ולהפכו דומה לזה הנהוג במרבית ארצות המשפט המקובל.

בארצות הברית נוהג כבר עשרות שנים דין מחמיר בהרבה עם השלטונות מזה שהתקבל בפסק הדין בעניין **יששכרוב**. פסילת ראייה מחמת פגמים באופן השגתה, העולים כדי הפרת זכות חוקתית,<sup>20</sup> מחויבת על פי המשפט החוקתי האמריקני,<sup>21</sup> איננה בת שינוי בחקיקה, ואיננה כפופה לשיקול דעת במובן החוק (כלומר בית המשפט מפעיל אך ורק שיקול דעת המכוון לבדוק אם התקיימו תנאי הפסלות, אך לא שיקול דעת המכריע בפסלות הראייה לאור איוון אינטרסים כולל).<sup>22</sup> בארצות הברית אף נהוג כלל המכונה "פירות העץ המורעל",<sup>23</sup> אשר נדחה במפורש בפסק הדין בעניין **יששכרוב**,<sup>24</sup> ואשר על פיו לא זו בלבד

20. *Michigan v. Tucker* 417 U.S. 433 (1974).

21. בפרט הכוונה היא לזכויות שהפסיקה קבעה שהן מוקנות לפרטים מכוח התיקון הרביעי לחוקה, המגביל את דרכי החיפוש והתפיסה; התיקון החמישי לחוקה המגן על הזכות מפני הפללה עצמית והמקנה זכות להליך הוגן; והתיקון השישי לחוקה, המעגן את זכות הייצוג באמצעות עורך דין ואת הזכות למשפט מהיר.

22. *Dickerson v. United States* 530 U.S. 428 (2000), הנזכר בפסקאות 27, 56 לפסק דינה של השופטת ביניש בעניין **יששכרוב** (לעיל, הערה 1).

23. מקור הכלל הוא בפסק דינו של בית המשפט של ארצות הברית בעניין *Wong Sun v. United States* 371 U.S. 471, 83 S.Ct. 407, 9 L.E.2d. 441 (1963). אמנם שורשיה של ההלכה בעוצים בפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין *Silverthorne Lumber Co. v. United States* 251 U.S. 385 (1920), והביטוי הצירי עצמו נטבע בעניין *Nardone v. United States* 308 U.S. 338 (1939), אולם בעניין *Oregon v. Elstad* 470 U.S. 298, 305-06 (1985) הובהר כי הכלל המשפטי החוקתי המנוסח בצורתו הכללית המקובלת כיום נובע מהלכת *Wong Sun*.

24. עניין **יששכרוב** (לעיל, הערה 1) בפסקה 71 לפסק דינה של השופטת ביניש: "... מאחר ודוקטרינת הפסילה הפסיקתית אותה אנו מאמצים אינה מבוססת בעיקרה על תכלית הרתעתית-חינוכית, אין לאמץ בשיכתנו המשפטית את תורת "פירות העץ המורעל" הנהוגת בארצות-הברית [...] שאלת קבילותה של ראייה שאותרה בעקבות ראייה פסולה אחרת, תיבחן על-פי נסיבותיו של כל מקרה לגופו ובהתחשב בהשפעה שתהא לקבלתה של ראייה כאמור, על זכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן".



שהראיה שהושגה באופן פסול נהפכת לבלתי קבילה, אלא גם כל התולדות שלה, לרבות ראיות חפציות שהושגו באמצעותה, נפסלות. אקדה או סם שנתפסו על סמך צו חיפוש שדבק בו פגם, למשל, יהיו פסולים כראיה אף הם, וכן כל דבר שהושג באמצעותם. שיטות המשפט בבריטניה, בקנדה ובאוסטרליה, שבאופן מסורתי סיפקו פחות ערבויות חוקתיות לזכויות ההליכיות של נאשמים מאלה שסיפק הדין האמריקני, קבעו בחקיקה כללים דומים לכלל שנקבע בעניין יששכרוב, כולן לפני יותר מעשרים שנה. בבריטניה קבעה הפסיקה (אגב אורחא) כלל כמעט זהה בניסוחו לכלל שנקבע בעניין יששכרוב, לפני יותר מחמישים שנה,<sup>25</sup> אולם בצדק מציין בית המשפט העליון אצלנו כי הכלל כמעט לא יושם עד שחוקק בחקיקה מפורשת יותר.<sup>26</sup> לעניות דעתנו היה בית המשפט העליון צריך לבחון, מה משמעותה המעשית של העובדה, שכלל כגון זה שהוא עצמו אימץ היה בבריטניה כאבן שזמזמט אין לה הופכין עשרות שנים. מכל מקום, כלל דומה נקבע מאוחר יותר בבריטניה בסעיף 178(1) ל-Police and Criminal Evidence Act 1984,<sup>27</sup> והוא מיושם, בניגוד למשתמע מהלכת יששכרוב, אף במקרים של עבירות חמורות.<sup>28</sup> בקנדה נקבע הכלל בחוקה עצמה, כלומר בסעיף 24(2) ל-Charter of Rights and Freedoms המהווה חלק מן ה-1982 Constitution Act.<sup>29</sup>

25. *Kuruma v. The Queen* [1955] A.C. 197, 204, הנזכר בפסקה 39 לפסק דינה של השופטת ביניש בעניין יששכרוב (לעיל, הערה 1).

26. עניין יששכרוב (לעיל, הערה 1) בפסקה 39 לפסק דינה של השופטת ביניש, בהסתמך על מהדורה קודמת של הספר 498 p. *Colin Tapper, Cross and Tapper: On Evidence* (1999). גם במהדורה העשירית, משנת 2004, מופיעים דברים דומים בעמ' 512.

27. *Police and Criminal Evidence Act 1984, Ch. 60 § 78(1)*.

#### 78. Exclusion of unfair evidence

(1) In any proceedings the court may refuse to allow evidence on which the prosecution proposes to rely to be given if it appears to the court that, having regard to all the circumstances, including the circumstances in which the evidence was obtained, the admission of the evidence would have such an adverse effect on the fairness of the proceedings that the court ought not to admit it.

28. ראו: *R v. Horseferry Road Magistrates' Court, Ex p Bennett* [1994] 1 AC 42; *A (FC) v. Secretary of State for the Home Department* [2005] UKHL 71.

29. *Canadian Charter of Rights and Freedoms, § 24(2)*.

#### 24. Enforcement

(1)...

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

הדין האוסטרלי חשוב מאוד בהקשר הזה, מפני שבית המשפט העליון מסתמך בעיקר עליו בקובעו, כי בית המשפט ייטה להפעיל פחות את כלל הפסלות במקרי עבירות חמורות. הפסיקה האוסטרלית קבעה, עשרים ושמונה שנים לפני עניין יששכרוב, כלל דומה מאוד.<sup>30</sup> מאוחר יותר עוגן כלל זה בחקיקה ואף הורחב מאוד. סעיף 138(1) ל-Uniform Evidence Act, 1995 האוסטרלי<sup>31</sup> קובע כי ראיה, שהתקבלה באופן בלתי חוקי או בלתי ראוי, לא תהיה קבילה בכל הליך פלילי או אזרחי, אלא אם כן בחינה של האופן שבו הושגה מראה, כי היתרונות בקבלתה גוברים על החסרונות.<sup>32</sup> החוק האוסטרלי קובע אפוא כלל, שראיה שהושגה שלא כדין תיפסל, וקבילותה היא בגדר הריג. משמעות הדבר היא שנטל השכנוע באשר לקבילותה של הראיה מוטל על שכמה של התביעה. כלל זה נקבע עוד בשנת 1985 על ידי ה-Law Commission שהכינה את החוק, בנמקה ש"אחרי ככלות הכול, הראיות הרי הושגו באמצעות הפרתו של חוק או כלל התנהגות מבוסס. מי שהפרו את החוק צריכים להידרש להצדיק את מעשיהם, ולפיכך לשאת בנטל לשכנע את השופט שלא לפסול את הראיה שהושגה כך. נימוקים מעשיים תומכים בעמדה זו. לא לעתים קרובות נפסלות ראיות על פי הלכת *Bunning v Cross*.<sup>33</sup> הטלת הנטל על הנאשם נוטה אפוא יתר על המידה לטובת שיקולים של מלחמה בפשיעה".<sup>34</sup>

admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

ראו להלן דיון בדיון הקנדי בטקסט ליד הערות 59-63.

30. *Bunning v. Cross* (1978) 141 CLR 54 (להלן: עניין *Bunning*), הנזכר בפסקאות 50, 72 לפסק דינה של השופטת ביניש בעניין יששכרוב (לעיל, הערה 1).

31. Uniform Evidence Act, 1995 [Commonwealth of Australia] Part 3.11 Section 138.

32. "the desirability of admitting the evidence outweighs the undesirability of admitting evidence".

33. הכוונה היא לעניין *Bunning* (לעיל, הערה 30), הקובע כלל פסלות מותנה בשיקול דעת (עשרים ושמונה שנים טרם קביעתו בישראל), בלי לסייגו בשיקולי חומרת העבירה. בשנת 1985 כבר היה ברור אפוא באוסטרליה כי כלל כזה, שאין בו העברה של נטל השכנוע לעניין קבילות הראיה, מיושם במשורה.

34. Australian Law Reform Commission, ALRC Report 26, Evidence Law (Interim), [964] (1985): "The policy considerations supporting non-admission of the evidence suggest that, once misconduct is established, the burden should rest on the prosecution to persuade the court that the evidence should be admitted. After all, the evidence has been procured in breach of the law or some established standard of conduct. Those who infringe the law should be required to justify their actions and thus bear the onus of persuading the judge not to exclude the evidence so obtained. Practical considerations support this approach. Evidence is not often excluded under the *Bunning v Cross* discretion. This suggests that the placing of the onus on the accused leans too heavily on the side of crime control considerations".

בית המשפט העליון אצלנו אינו מציין מאפיין חשוב זה של המצב המשפטי באוסטרליה, אף שהדין האוסטרלי היווה אסמכתא עיקרית, לפחות בשאלת ההשפעה של חומרת העבירה המיוחסת לנאשם על פסילת הראיה שהושגה באמצעים פסולים. השמטה זו ניכרת על רקע ההדגשה המיוחדת שבית המשפט העליון מעניק לכך שבקנדה אין חוקת פסלות של ראיה שהושגה באמצעים פסולים, אלא העניין נותר לשיקול דעתם של בתי המשפט.<sup>35</sup> מנקודת ראות השוואתית יש לברך אפוא על השינוי שהלכת יששכרוב הכניסה בדיני הראיות שלנו, אך להצטער על כך ששינוי זה בא באיחור של עשרות שנים לאחר התפתחויות דומות, ואף מרחיקות לכת יותר, שאירעו בשיטות משפט דומות לשלנו.

#### ד. גמישות כלל הפסלות הישראלי

בית המשפט העליון מהגיש כי כלל הפסלות שנקבע בהלכת יששכרוב איננו מעוגן בתפיסה הרואה בפסילת הראיה אקט של צדק מתקן, כמקובל בארצות הברית, כלומר תשובה חברתית הולמת על עוול שגרמו השלטונות לאזרח, וכי אין הוא נובע מן התפיסה שפסילת הראיה נחוצה לשם "חינוכן" של רשויות אכיפת החוק להקפיד על מגבלות השימוש בכוחן או לשם הגנה על האזרחים מפני כוחן של הרשויות.<sup>36</sup> תכליתו של כלל הפסלות, קבע בית המשפט, צופה פני עתיד, כלומר נועדה למנוע פגיעה עתידית בערך מוגן בגלל קבלת הראיה במשפט.<sup>37</sup> על רקע זה מתאר בית המשפט את כלל הפסלות שהוא מאמץ כ"דוקטרינה יחסית" של פסלות ראיות, "המותירה לבית המשפט שיקול-דעת לפסילת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין בהתחשב בנסיבותיו של כל מקרה לגופו".<sup>38</sup> הטעם לגמישות הכלל הוא "מורכבות הסוגיה וריבוי הגורמים שיש לקחתם בחשבון"<sup>39</sup> ובית המשפט איננו מסתיר את העובדה שהוא רואה בכך חלק מן האסטרטגיה התורת-משפטית הכוללת הנקוטה בידו, המשמרת בידיו שיקול דעת מקסימלי במגוון של שאלות.<sup>40</sup>

35. עניין יששכרוב (לעיל, הערה 1) בפסקה 57 לפסק דינה של השופטת ביניש: "עוד יודגש כי סעיף 24(2) נמנע מקביעת חוקה בעד פסילת ראיה שהושגה שלא כדין, והעניין נתון לשיקול-דעתם של בתי המשפט על-פי אמות-מידה שנקבעו בפסיקתו של בית המשפט העליון הקנדי".

36. שם, בפסקאות 55, 61-62 לפסק דינה של השופטת ביניש.

37. שם, בפסקה 60 לפסק דינה של השופטת ביניש.

38. שם, בפסקה 62 לפסק דינה של השופטת ביניש.

39. שם, שם.

40. שם, שם: "יצוין כי הותרת שיקול-דעת כאמור בידיו של בית המשפט, עולה בקנה אחד עם תורת האיוונים הכללית המאפיינת את שיטתנו המשפטית..."

כן ראו בעניין זה את הערת התורת-משפטית המפורטת של המשנה לנשיא חשין: "... הנהיג כייכן, הדוקטרינה המוצעת בידי חברתי השופטת ביניש לפסילת ראיות אשר הושגו בהליך פלילי שלא כדין - דוקטרינת 'הפסלות היחסית' - אינה אלא בת לאמה - דוקטרינת 'התוצאה היחסית'. [...] עת היא להגמיש מסגרות נוקשות, לפרש מושגים על-פי תכליתם,

בכך מסמך בית המשפט העליון את הכלל שהוא קובע לכללים דומים הקיימים בבריטניה, בקנדה ובאוסטרליה, ומבדיל אותו מן הדין האמריקני הקשיח יותר. עם זה, הכלל שקובע בית המשפט הוא צר מהכלל הנהוג במדינות אלה.

ה-*ratio decidende* של הלכת **יששכרוב** קבוע בפסקה 63 לחוות דעתה של השופטת ביניש, המובאת להלן מפאת חשיבותה: "הנחת המוצא בשאלת קבילותן של ראיות היא זו הנהגת עימנו מאז ומתמיד, ולפיה ראיה שהיא רלוונטית – קבילה במשפט. עם זאת, לבית המשפט מסור שיקול-דעת לפסול קבילותה של ראיה בפלילים, אם הוא נוכח לדעת כי הראיה הושגה שלא כדין וכי קבלתה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן החורגת מגדריה של פיסקת ההגבלה".<sup>41</sup> הדין הנהוג בבריטניה, לעומת זאת, מתיר לבית המשפט לפסול ראיה גם אם הפגיעה שהיא מסבה לחירותו של הנאשם היא מידתית, באמות המידה של המשפט החוקתי, בתנאי ש"the admission of the evidence would have such an adverse effect on the fairness of the proceedings that the court ought not to admit it".<sup>42</sup> לפחות מבחינה סמנטית ניתן אפוא להצביע על הבדל מסוים בין כלל הפסלות הישראלי לבין הכלל הבריטי, שכן ניתן להעלות על הדעת (כחלק ממבחן המידתיות) קביעת אמות מידה מינימליות להגנה על זכויות האזרח באמצעות המשפט החוקתי, אמות מידה שלא ניתן לשנות גם בהכרעת רוב בפרלמנט,<sup>43</sup> ואילו קריטריון הפסילה הנקוט בבריטניה – שלא כמו זה הנקוט בישראל – איננו תחום למסגרת צרה זו. ככל הנראה דברים אלה נכונים אף לעניין הדין הקנדי, שבו מבחן הפסלות קובע כי הראיה תפסל אם היא "would bring the administration of justice into disrepute", כלומר הקריטריון איננו מוגבל לתנאים המצומצמים יחסית המצדיקים התערבות של המשפט החוקתי.<sup>44</sup> הדין האוסטרלי נוטה בבירור לפסול ראיות ביתר קלות משהלכת **יששכרוב**

לחטט בשורשיהם של כללים, להזיק לכללים שנקבעו את רוח הזמן' ואת מושגי עשיית הצדק המקובלים עלינו כהיום הזה. זאת עשתה חברתי השופטת ביניש, ותבורך על מעשה שעשתה", עניין **יששכרוב** (לעיל, הערה 1) בפסקאות 5-6 לפסק דינו של המשנה לגשיא חשין.

41. שם, בפסקה 63 לפסק דינה של השופטת ביניש.

42. (לעיל, הערה 25) לשון החוק האנגלי.

43. Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch* (1962). לגיתוהים של השפעת הרעיון של countermajoritarian difficulty על תאוריות הכוללות הגבלות היקף ההתערבות של המשפט החוקתי ראו, בקובץ: Alexander M. Bickel, *The Judiciary and American Democracy: Alexander Bickel, The Countermajoritarian Difficulty and Contemporary Constitutional Theory* (Kenneth D. Ward and Cecilia R. Castillo – eds., 2005); את מאמרם של Christopher J. Peters and Neal Devins, "Alexander Bickel and the New Judicial Minimalism", המקשר בין רעיון זה לבין התיאוריה הקונסטיטוציונית של Cass Sunstein, וכן את מאמרו של Kenneth D. Ward, "Bickel and the New Proceduralists", המקשר בין רעיון זה לבין תורתו של Ronald Dworkin.

44. (לעיל, הערה 29) לשון הצ'רטר הקנדי.

נוטה לפוסלן, ולו רק משום שקבלת הראיה שהושגה שלא כדין מוגדרת בו כחריג, המטיל על התביעה להצדיקו.<sup>45</sup>

לסיכום, בית המשפט בעניין יששכרוב מרגיש כי "לשם פסילתה של ראיה שהושגה שלא כדין נדרש כי קבלתה במשפט תפגע בהגינות ההליכים כלפי הנאשם – פגיעה שהיא משמעותית, לתכלית שאינה ראויה ובמידה שעולה על הנדרש".<sup>46</sup> בכך הוא מודיע אפוא מראש כי יישומו של כלל הפסלות ייעשה במשורה, רק על פי אמות המידה של התערבות חוקתית. עצם קביעתו של מחסום קבילות גמיש, המותיר לשופט שיקול דעת רחב, היא כאמור בבחינת פרדוקס בשיטה בלא מושבעים. כל הגיונם של מחסומי הקבילות (ואף הבעייתיות השוורה ביישומם בחיי המעשה) געוץ בכך שמקבל החלטות שנחשף למידע לא יוכל עוד להתנער מהשפעתו על שיקול דעתו.<sup>47</sup> ממילא, כלל קבילות גמיש הינו בבחינת תרתי דסתרי. כלל הפסלות שבו מדובר איננו אפוא כלל קבילות במובן הקלאסי – המונע ממקבל החלטות לעיין בחומר, ואף לא כלל קבילות במובן החלש יותר – של מחסום פורמלי המונע ממקבל ההחלטות להסתמך על חומר ראיות מסוים שהגיע לידעתו. חולשתו של כלל כזה בולטת על רקע ההשוואה לכללים המשמעותיים יותר שנקבעו עשרות שנים קודם לכן בשיטות משפט דומות לשלנו.

ניתן היה לטעון כי לכאורה, מנקודת ראות תועלתנית, ככל שתוחלת התועלת שניתן להפיק מן הראיה שהושגה באמצעים פסולים היא גבוהה יותר – צריכה להיות נטייה נמוכה יותר לפוסלה. טיעון כזה הוא פשטני מדי. כדי שיהיה ניתן להצדיק את חומרת העבירה כשיקול התומך בקבלת הראיה, צריך להראות כי היחס בין ה-*false positive* ל-*false negative* של ההליך הוא שונה בעבירות חמורות מהיחס ביניהם בעבירות קלות. לא מספיק, כמובן, לטעון שעבירות חמורות הן חשובות יותר, שכן גם הנזק הנגרם בהן למורשעים רב יותר. לא מצאנו כי מאן דהו מעלה טענה כזו, או מכל מקום אין לה אזכור בפסק הדין.

#### ה. "חשיבות הראיה להוכחת האשמה" כשיקול לפסלות הראיה

בית המשפט מונה שלוש קבוצות עיקריות של שיקולים הרלוונטיים לשאלה, אימתי קבלה של ראיה שהושגה שלא כדין תפגע בפגיעה ניכרת בזכותו של הנאשם להליך הוגן, שלא לפי גדריה של פסקת ההגבלה: אופייה וחומרתה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה;

45. לעיל, הערה 32 והטקסט שלידה.

46. עניין יששכרוב (לעיל, הערה 1) בפסקה 67 לפסק דינה של השופטת ביניש.

47. ראו, למשל, מתוך מגוון הספרות הפסיכולוגית העוסקת בנושא זה: Joel D. Lieberman and Jamie Arndt, "Understanding the Limits of Limiting Instructions", 6 *Psyc. Pub. Pol. and L.* (2000) 677; Kurt A. Carlson and J. Edward Russo, "Biased Interpretation of Evidence by Mock Jurors", 7 *Journal of Experimental Psychology* (2001) 91; Andrew J. Wistrich, Chris Guthrie and Jeffrey J. Rachlinski, "Can Judges Ignore Inadmissible Information: The Difficulty of Deliberately Disregarding", 153 *U. Pa. L. Rev.* (2005) 1251

מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה ומאזן התועלת החברתית הכרוכה בפסילת הראיה.<sup>48</sup> לעניין מאזן התועלת קובע בית המשפט כי "הפרמטרים העיקריים בעניין זה הינם חשיבות הראיה להוכחת האשמה, מהות העבירה המיוחסת לנאשם ומידת חומרתה".<sup>49</sup> שני הפרמטרים האלה בעייתיים, לדעתנו, ונדון בהם כסדרם.

לשיקול של "חשיבות הראיה להוכחת האשמה" אין בית המשפט העליון מצרף אסמכתא ברורה, אולם הוא אכן גרמו בחלק מן הפסיקה האנגלית,<sup>50</sup> ואף מופיע, בניסוח אחר, גם באותה חקיקה אוסטרלית שבית המשפט העליון מסתמך עליה.<sup>51</sup> יש לשים לב לכך, שמבחינה לוגית יוצר השיקול הזה גרסה, אמנם מרוככת, של "מלכוד 22":<sup>52</sup> ראיה תיפסל, על פי רוב, אם אין בה צורך לתביעה, כלומר הנטייה לפסול ראיה תגדל כשאין בה צורך (וממילא אז אין חשיבות רבה לפסילתה), אך תקטן כשהראיה עלולה להזיק לנאשם (שאו, דווקא, הפסילה עשויה להועיל לו). נדמה שעצם הניסוח הזה מביס את הרעיון של הפרוצדורה כערובה לזכויות נאשם. יציקת תוכן ממשי לסייג הזה עלולה לגרום לבתי המשפט להפוך את הלכת **יששכרוב** לאות מתה, המקשת את הדין שלנו במחווה ריקה מתוכן לטובת נחקרים.

#### ו. חומרת העבירה המיוחסת לנאשם בשיקול לפסילת הראיה

גם השיקול השני שנמנה בפסק הדין בעניין **יששכרוב** - חומרת העבירה המיוחסת לנאשם, הוא בעייתית: דיני הראיות יהיו גמישים יותר (עם רשויות התביעה) ככל שהעבירה המיוחסת לנאשם תהיה חמורה יותר. הדבר מנוגד לכאורה למושכל יסודי בדיני הראיות,

48. עניין **יששכרוב** (לעיל, הערה 1) בפסקאות 69-72 לפסק דינה של השופטת ביניש.

49. שם, בפסקה 72 לפסק דינה של השופטת ביניש.

50. *R v. Khan (Sultan)* [1997] AC 558 (להלן: עניין *Khan*).

51. סעיפים 138(a)(3) ו-138(b)(3) ל-Uniform Evidence Act, 1995 (לעיל, הערה 31) קובעים את

הפרמטרים האלה: "(a) the probative value of the evidence; and (b) the importance of the evidence in the proceeding".

52. אילו עניין **יששכרוב** היה קובע כי תנאי לפסילת הראיה הוא שאין בה כל צורך היה כאן

מלכוד 22 מלא. ניתן לחלק מצבי עימות לוגי מסוג זה לשלש דרגות. הדרגה החמורה ביותר היא התופעה, שניסוחה הפורמלי מכונה, בעקבות Gregory Bateson, "double bind", כלומר הצבת שתי דרישות סותרות שאין האדם רשאי להתעלם אף מאחת מהן, בבחינת "אוי לי מיצרי ואוי לי מיוצרי". "מלכוד 22" הוא ניסוחו הספרותי של Joseph Heller לתופעה קלה מעט יותר: אדם רוצה מאוד להשלים שתי פעולות, אלא שהשלמת כל אחת מהן היא תנאי לתחילתה של השנייה. הדרגה השלישית היא "מולג מורטון": כלל בעל שתי תלופות שכל אחת מהן פועלת לרעת מי שהייב לנהוג לפיו (התופעה קרויה על שם John Morton ששימש Lord Chancellor במאה ה-15, וקבע כי מי שחי כעשיר, ישלם מס גבוה, משום שניכר כי יש ביכולתו להשיא מס למלך (הנרי השביעי), ומי שאין לו מקורות הכנסה גלויים, ישלם אף הוא מס גבוה, משום שמן הסתם הוא מתקיים ממקורות הכנסה סמויים).

שעל פיו ככל שחומרת העניין רבה יותר, והנאשם צפוי לעונש חמור יותר, עלינו להתקרב למודלים הקלאסיים של "דיני נפשות", ולהקפיד עוד יותר לקיים את ההגנות ההליכיות על זכויות הנאשם.<sup>53</sup> משמעות קביעתו של בית המשפט בעניין יששכרוב, לעומת זאת, היא מנוגדת לכך: ההקפדה על דיני הראיות תרופף דווקא במקום שבו מיוחסת לנאשם עבירה חמורה.

### ז. חומרת העבירה המיוחסת לנאשם בשיקול – ההיבט ההשוואתי

בטרם נדון בשיקולי המדיניות, הנוגעים להפיכת כללים ראייתיים ליחסיים לעבירה שבה הנאשם מואשם, נתעכב קמעא על עמדתן של שיטות משפט שונות, שהוזכרו בעניין יששכרוב, בשאלה זו.

בבריטניה ניתן להחיל את כלל הפסלות גם על עבירות חמורות או חמורות מאוד, ולא נהוגה בה ככלל, לפחות לא בניסוח כללי, התניה דומה לזו שנקבעה בעניין יששכרוב.<sup>54</sup> פסק הדין בעניין יששכרוב ממעט לדון בפסיקה בריטית, להבדיל מדיון מפורט יחסית בדין הקנדי והאוסטרלי, ומשום כך ראוי להשלים מעט את החסר.

עיון בפסיקת בתי המשפט בבריטניה מעלה התייחסויות סותרות לשיקול של חומרת העבירה המיוחסת לנאשם. לעתים שיקול החומרה משמש לשם התרת הגשתה של ראיה, בנימוק שאין להניח להפרות חוק של המשטרה למלט מן הדין פושעים, ולעתים משמש השיקול הזה בכיוון ההפוך: כבסיס להקפדה יתרה עם ראיות אכיפת החוק בשעה שניצב מולם פרט העלול להיות מורשע בעבירה חמורה.

בעניין *Latif and Shahzad*<sup>55</sup> טענו המערערים, שהורשעו בייבוא הרואין בשווי 3.2 מיליון ל"ש, וכי יש לפסול את עדותו של הסוכן הסמוי שהפעילם, על סמך הוראת סעיף 78 ל-Police and Criminal Evidence Act. בית המשפט לערעורים העיר כי "[t]he Parliament that enacted s 78 [...] for the purpose of protecting the innocent might have been surprised to hear it invoked on behalf of an importer of heroin worth £3.2 million into this country in order to exclude the evidence against him on the ground that he was encouraged by an agent of the British government".<sup>56</sup> נידונה עבירה של ייבוא הרואין מפקיסטן, שהתגלתה בהאזנת סתר אסורה. בית המשפט לערעורים קבע גם שם כי הפגיעה הנובעת מהאזנת סתר פסולה נדחית מפני שיקולים אחרים, כגון השיקול

פסק הדין בעניין יששכרוב איננו יוצר עימות לוגי מושלם עם אף אחד משלושת הסוגים, אך מבחינה מעשית הוא איננו רחוק מכך, שכן נובע ממנו שעל פי רוב לא ייעשה בו שימוש אם הוא נחוץ.

53. ראו דיון בהמשך פרק זה.

54. ראו: *A (FC) and others (FC) v. Secretary of State for the Home Department* [2005] UKHL 71, בהערת שוליים 19.

55. *R v. Latif and Shahzad* [1994] Crim LR 750 (להלן: עניין *Latif and Shahzad*).

56. לעיל, הערה 50.

שהשוטרים פעלו על סמך הנהיות משרד הפנים ושיקול חומרת העבירה: "what was under investigation was a type of criminal conduct of great gravity"<sup>57</sup> לעומת זאת, בשני מקרי רצח נשים ידועים למדי, שהנאשמים בהם נשאו את השמות האנגלו-סקסיים Colin Stagg ו-Keith Hall, עשו בתי המשפט שימוש בהוראת הסעיף הנ"ל לפסילת הודאות שהושגו בתחבולה פסולה, חרף קיום ראיות מחזקות לתמיכה בהודאות, וזאת – דווקא על רקע חומרת העבירות שיוחסו לנאשמים.<sup>58</sup>

בהיעדר דיון בפרטי הפסיקה הבריטית, השתמש אפוא בית המשפט העליון שלנו בעניין **יששכרוב**, כאסמכתא לקביעה שחומרת העבירה המיוחסת לנאשם היא שיקול שצריך לפעול בכיוון של התרת ראיות שהושגו שלא כדין, בפסק דין יחיד מקנדה ובעיקר בדין הנוהג באוסטרליה. דא עקא, שבאשר לשניהם מובא בעניין **יששכרוב** תיאור חלקי בלבד. אשר לדין הקנדי, בית המשפט מסתמך על אמירה של בית המשפט העליון בעניין *Collins*,<sup>59</sup> ומציין כי בתי המשפט מייחסים משקל מועט לשיקול זה. מפאת חשיבות הדברים נביאם כלשונם: "...בפרשת קולינס ראה בית המשפט העליון של קנדה לכלול את חומרת העבירה בגדר השיקולים הרלוונטיים להפעלת שיקול-הדעת השיפוטי במסגרת סעיף 24(2) לצ'רטר; ואולם, הלכה למעשה נוהגים בתי המשפט בקנדה ליתן לשיקול האמור משקל נמוך ביותר, והם אינם מתחשבים בו בבואם להכריע בשאלת קבילותן של ראיות שהושגו בניגוד לצ'רטר (ראו: Hogg בעמ' 931-932)..."<sup>60</sup> הקושי הוא, שהאזכור של הלכת *Collins* בהקשר זה עלול להטעות קמעא. בית המשפט לערעורים בקנדה אמנם פסק שם שחומרת העבירה המיוחסת לנאשם עשויה להיכלל בגדר השיקולים הרלוונטיים להפעלת שיקול הדעת השיפוטי לפי סעיף 24(2) לצ'רטר, אך לאו דווקא בכיוון שאליו מכוון בית המשפט העליון, כלומר שבעבירות חמורות תגבר הנטייה להתיר הגשתן של ראיות שנאספו באופן פסול. בית המשפט מציין שם במפורש כי שיקול זה עשוי לפעול בשני הכיוונים, ואיננו מכריע מי מהם הוא הדומיננטי.<sup>61</sup> משום כך ברור מדוע הפסיקה שלאחר מכן מיצטה

57. שם, בעמ' 437.

58. לניתוח מפורט של המקרים ולדיון בפסקי הדין ראו: Andrew L-T Choo and Manda Mellors, "Undercover Police Operations and What the Suspect Said (or Didn't Say)", 2 *Web JCLI* (1995). בשני המקרים זוכו מרצח של נשים נאשמים שהתוודו בפני שוטרת סמויה בעבירת הרצח, לאור שזו העמידה פנים כאילו היא מאוהבת בהם. ראו להלן: הערה 100.

59. *R. v. Collins* [1987] 1 S.C.R. 265 (להלן: עניין *Collins*).

60. עניין **יששכרוב** (לעיל, הערה 1) בפסקה 73 לפסק דינה של השופטת ביניש. Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (Student ed., 2005) pp. 931-932, הנוכח בפסקאות 57, 73 לפסק דינה של השופטת ביניש בעניין **יששכרוב**.

61. עניין *Collins* (לעיל, הערה 59) בעמ' 267: "...exclusion of evidence essential to a charge because of a trivial breach of the *Charter* would result in an acquittal and would bring the administration of justice into varying degrees of disrepute directly proportionate to the seriousness of the charge. The more serious the offence, however, the more damaging would be an unfair trial to the system's repute"



להתייחס לפרמטר זה, שכן במידה רבה הוא מעלה שני נימוקים המקוּזים זה את זה. אדרבה, דווקא בנושא של קיום חובת התייעצות ישנם בפסיקה הקנדית סימנים לשימוש בשיקול זה לטובת הנאשם, בשונה מן השימוש המוצע בפסק הדין בעניין יששכרוב.<sup>62</sup> הדין הנוהג באוסטרליה היה כאמור המקור העיקרי שעליו הסתמך בית המשפט העליון בקובעו כי חומרת העבירה המיוחסת לנאשם היא שיקול להתרת הגשת ראיות שנאספו שלא כדין. אולם דין זה מתואר בפסק הדין בעניין יששכרוב באופן חלקי בלבד, וראוי להוסיף עליו את תיאור המחלוקת הקיימת באוסטרליה עצמה בעניין זה. סעיף 138(3)(c) ל-Uniform Evidence Act, 1995 האוסטרלי קובע כאמור שראיה שהושגה באמצעים פסולים לא תהיה קבילה, אלא אם כן בית המשפט יסבור כי היתרונות שבקבלתה גוברים על החסרונות. הסעיף ממשיך ומוסיף הנחיה לבית המשפט המפעיל את שיקול דעתו בעניין זה, כדלקמן: "Without limiting the matters that the court may take into account under subsection (1), it is to take into account: ... (c) the nature of the relevant offence, cause of action or defence and the nature of the subject-matter of the proceeding..."<sup>63</sup>

השאלה, כיצד צריכה חומרת העבירה המיוחסת לנאשם להשפיע על שיקול דעתו של בית המשפט באשר לפסילת ראיה שהושגה שלא כדין, לאור לשון החוק, עמדה באוסטרליה במרכז של מחלוקת שיפוטית וציבורית, שאינה מובאת בפסיקת בית המשפט העליון אצלנו. בעניין *R. v Dalley* פסקו שופטי הרוב, נשיא בית המשפט שפיגלמן (Spigelman) בהסכמתו של השופט בלנש (Blanch), בלא הנמקה למעשה, באותו אופן שבו נפסק אצלנו: כי חומרת העבירה המיוחסת לנאשם צריכה להרתיע את בית המשפט מפסילת הראיה.<sup>64</sup> שופט המיעוט, השופט סימפסון (Simpson), הסתייג מדברים אלה בקובעו: "לדעתי תהיה זו טעות לקבל כטענה כללית, כי משום שהעבירה שמאשימים בה היא רצינית, הפרות חוק תהיינה נסלחות יותר. ישנם, להשקפתי, מקרים, שבהם העובדה שמאשימים בעבירה רצינית יותר תביא לידי הקפדה רבה יותר על ציות להוראות החוק הנוגעות להשגת ראיות. העובדה שאדם נחשד בעבירה רצינית איננה מקנה רשיון להפרת חוקים שנועדו להבטיח הגינות".<sup>65</sup>

<sup>62</sup> *R. v Burlingham* [1995] 2 S.C.R. 206.

<sup>63</sup> Uniform Evidence Act, 1995, Section 138(3)(c), הנזכר בהערה 31 לעיל.

<sup>64</sup> *R. v Dalley* (2002) 132 A Crim R 169, [3]: "The public interest in admitting evidence varies directly with the gravity of the offence. The more serious the offence, the more likely it is that the public interest requires the admission of the evidence"

<sup>65</sup> *Ibid*, [97]: "In my opinion it would be wrong to accept as a general proposition that, שם, because the offence charged is a serious one, breaches of the law will be more readily condoned. In my judgment there may be cases in which the fact that the charge is a serious one will result in a more rigorous insistence on compliance with statutory provisions concerning the obtaining of evidence. That a person is under suspicion for a serious offence does not confer a licence to contravene laws designed to ensure fairness"

פסק דין זה עורר מחלוקת קשה בקרב משפטנים אוסטרלים, ושנתיים מאוחר יותר עלה לדיון גם בדיונים המאוחרים של ה-Law Commission, שבחנו את התפתחויות החוק ופרשנותו בפסיקה לאחר קבלתו.<sup>66</sup> נציגי הסגוריה הציבורית וכן מלומדים קראו ל-Law Commission להסתייג מן הפרשנות שנקבעה בדעת הרוב בעניין *Dalley* ולהבהיר את החוק, וזאת בלשון נחרצת:<sup>67</sup>

“The approach taken by the majority [in *R v Dalley*] assumes what the prosecution is required to prove; that is, that the accused is guilty. It is further submitted that the more serious the offence, the greater should be the public and private interest in ensuring that accused persons are not convicted on the basis of improperly obtained evidence. It is the Public Defenders submission that the reference to ‘the nature of the relevant offence’ be omitted from s 138”.

נציגי ממשל טענו, לעומת זאת, שאין כל פגם באיוון האינטרסים שנעשה בחוק.<sup>68</sup> היו גם מלומדים שטענו שנוסחו של סעיף 138(3)(c) איננו ברור, וכי לא ברור ממנו אם חומרת העבירה המיוחסת לנאשם היא שיקול שצריך לפעול להקלת פסילתה של הראייה או דווקא להחמרת התנאים לפסילתה.<sup>69</sup> בסופו של דבר לא הסתייגה ה-Law Commission מפסק הדין בעניין *Dalley*, אולם הדגישה כי איננה עושה זאת משום שסעיף 138 לחוק האוסטרלי (בשונה מן הדין הישראלי החדש שנקבע בעניין יששכרוב) מטיל על התביעה את הנטל לשכנע, מדוע יש לקבל את הראייה חרף הפגמים באופן השגתה.<sup>70</sup>

66. Australian Law Reform Commission, Review of the Evidence Act (1995), IP 28 (2004), Qs 7-12, 8-12, 9-12; Australian Law Reform Commission, New South Wales Law Reform Commission and Victorian Law Reform Commission, Review of the Uniform Evidence Acts, ALRC DP 69, NSWLRC DP 47, VLRC DP (2005), [14.68].
67. New South Wales Public Defenders Office, Submission E 50, 21 April 2005, כמצוטט בתוך: Australian Law Reform Commission; New South Wales Law Reform Commission; Victorian Law Reform Commission, Uniform Evidence Law ALRC Report 102, Sydney Tilmouth, כמו כן ראו: NSWLRC Report 112, VLRC Final Report (2005) Consultation, Adelaide, 11 May 2005, כמצוטט שם.
68. New South Wales Local Court Magistrates, Consultation, Sydney, 5 April 2005, כמצוטט שם.
69. G Bellamy, Consultation, Canberra, 8 March 2005, כמצוטט שם.
70. Australian Law Reform Commission; New South Wales Law Reform Commission; Victorian Law Reform Commission, Uniform Evidence Law ALRC Report 102, NSWLRC Report 112, VLRC Final Report (2005) [16.96]: “This approach to the

מן הדיון ההשוואתי עולה, כי בית המשפט העליון מעדיף, מבין שלל המודלים הקיימים בשיטות המשפט השונות, את המודל הנוח לתביעה והמעניק הגנה פחותה לנאשמים. הדין האמריקני, המספק ערובות קשיחות לזכויות הנאשם, נדחה באופן נחרץ כאמת מידה להשוואה. העיקרון האוסטרלי, הקובע שפסלות ראייה שהושגה שלא כדין היא הכלל, ושהתביעה צריכה לשכנע את בית המשפט לחרוג ממנו, נדחה בלי לאזכרו, ואף הקשר בינו ובין שיקול חומרת העבירה אינו נזכר כלל. שיטות המשפט של בריטניה וקנדה מתוארות בפסק הדין בעניין יששכרוב באופן חלקי בלבד, בלי להתעכב על ההתלבטות הקיימת בהן באשר לשיקול חומרת העבירה המיוחסת לנאשם כתומך בקבלת ראייה או בפסילתה.

### ה. חומרת העבירה המיוחסת לנאשם – האם שיקול להתרת הראייה או לפסילתה?

בעניין של מדיניות, האם ראייה חומרת העבירה המיוחסת לנאשם להוות שיקול המעודד התרת ראייה שהושגה באמצעים פסולים?

לפחות ככל שהדברים אמורים בחומרת ההוכחה, עמדתם המסורתית של דיני הראיות הייתה, כי "דין פרוטה כדין מאה", כלומר משטווג העניין כפלילי, חייבת התביעה להוכיח את כל יסודות העבירה בדרגת החומרה המפליגה המכונה "מעבר לספק סביר", והנאשם יהיה זכאי ליהנות מכל הערובות לחוקת החפות שמקנה הדין למי שעלול להיות מורשע בפלילים, ואין נפקא מינה אם מדובר באישום קל או חמור. הגיונה של עמדה זו הוא כפול: ראשית, כפי שצינו לעיל, כל ערכה של השפיטה הפלילית הוא סמלי ואקספרסיבי, ואולי אפילו ריטואלי.<sup>71</sup> מטרת ההליך היא לשכנע את הרבים הצופים בו ומאששים בכך את נאמנותם לערכי החברה, כי נעשה בו צדק כמעט מוחלט, ככל שבכוחם של בני אנוש לעשות. דברים אלה נכונים במידה שווה לכל הליך, משתואר כפלילי. משום כך הציעו משפטנים רבים בשיטות משפט שונות יחס נמוך במיוחד, המתואר תמיד במספרים

interpretation of s 138(3)(c) is also supported by the fact that s 138 addresses the public interest supporting exclusion by placing the onus on the prosecution to justify admission "in the event that impropriety or illegality is found"

71. לעיל, הערה 12. כן ראו את ספרו של דורון מנשה, הלוגיקה של קבילות ראיות (עתיד להתפרסם). על פי דעתו המעניינת של מנשה, התופעה של פסילה או קבלה של ראיות קשורה בהגנה על היושרה (אינטגריטי) השיפוטית, ולא בהגנה על קובעי העובדות מפני שגיאות שיפוטיות או הטיות שיפוט או במיקוד קבלת ההחלטות בראיות הטובות ביותר. לשיטתו, עיון מדוקדק בשיח המשפטי עשוי לגלות שיותר משהשיח המשפטי מחויב למועור כמות השגיאות העובדתיות או השאת (מקסום) כמות הקביעות העובדתיות הנכונות, הוא ממוקד בהגנה מפני שיבוש מכוון, שקרי וזדוני של הקר האמת ומחויב לכיבוד עצם קיומה של מציאות ניתנת לגילוי. כמובן זה מציג המחבר את השיח הראייתי יותר כקוד (או כחלק מקוד) של אתיקה שיפוטית, ופחות כמערכת המכוונת לחקר תבוני, המחויב לפרדיגמה מעין מדעית של חקר העובדות.

עגולים בעלי כוח כמעט מאגי, כיהס הראוי בין ממצא שגוי חיובי, כלומר false positive (ובמשפט פלילי: הרשעת שווא) ובין ממצא שגוי שלילי, false negative (במשפט פלילי: זיכוי מוטעה). ויליאם בלקסטון (William Blackstone) טען כי היהס הראוי הוא  $1/10$ ,<sup>72</sup> ועל שמו מכונה היהס הזה כ-"Blackstone ratio"<sup>73</sup> ומשמש סיסמה שגורה של חינוך משפטי באנגליה ובמדינות ששיטות המשפט שלהן נבעו מהמשפט האנגלי.<sup>74</sup> בנג'מין קרדוזה (Benjamin Cardozo), לעומת זאת, מצא אסמכתאות ליחס של  $1/5$ ,<sup>75</sup> ואילו בנג'מין פרנקלין (Benjamin Franklin) דגל ביוחס של  $1/100$ .<sup>76</sup> במסורת שלנו, קבע הרמב"ם יחס של  $1/1000$  דווקא.<sup>77</sup> מספרים עגולים ומופלגים אלה מבליטים את העובדה שהמקור ליחס שבין ממצא שגוי חיובי לממצא שגוי שלילי איננו הערכה תועלתנית של הנזקים החברתיים הנובעים משני סוגי השגיאות, אלא טמליות אקספרסיבית, כלומר מגמה של קיצוניות הצהרתית באשר למוחלטות ההליך. קיצוניות מעין אלו, מטיבן, אינן סובלות גמישות ותלות בהקשר.

שנית, קיים חשש שפשרה בתפיסה כמעט מוחלטת של טוהר ההליך הפלילי תביא את השיטה חישקל אל ספו של מדרון חלקלק. לפיכך, הסביר הרמב"ם, קיים חשש "כי או היו מקיימים את העונשים במה שהוא יותר רחוק מזה ובמה שהוא עוד יותר רחוק, עד שיקיימו את העונשים, וימיתו בני אדם בעוול באומדן קל לפי דמיון השופט".<sup>78</sup>

72. William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (2002) p. 358, בפרק הרביעי.

73. William S. Laufer, "The Rhetoric of Innocence", 70 *Wash. L. Rev.* (1995) 329.

74. Dorsey D. Ellis, "A Comment on the Testimonial Privilege of the Fifth Amendment", 55 *Iowa L. Rev.* (1970) 87, pp. 829, 845.

75. Matthew Hale, *Historia Placitorum Coronae* [The History of the Pleas of the Crown] (George Wilson - ed., 1778) p. 289.

76. Letter from Benjamin Franklin to Benjamin Vaughan (March 14, 1785) 9 *Benjamin Franklin, Works* (1970) p. 293.

77. ספר המצוות לרמב"ם (מהדורת הרב קאפח, תשי"ח) לא תעשה, רצ.

78. ספר המצוות לרמב"ם, שם: "האזהרה שהוזהרנו מלהוציא לפועל את העונשים על פי אומדן חזק, ואפילו קרוב לודאי, כגון שהיה אדם רודף אחר שונאו להורגו, ונמלט ממנו לבית, ונכנס אותו הרודף אחריו, ונכנסנו אנהנו אהריהם ומצאנו את הנרדף הרוג ומפרפר, ושונאו הרודפו עומד עליו כשהסכין בידו, ושניהם מגואלים בדם - הרי אין הסנהדרין הורגין רודף זה על דרך קיום העונש, כיוון שאין שם בירור בעדים שראו את הרציחה [...] ואל יקשה בעיניך דבר זה, ואל תחשוב שזה דין עוול, לפי שהדברים האפשריים יש מהם שאפשרותם קרובה מאד, ומהם שאפשרותם רחוקה מאד, ומהם בינוניים בין אלו, והאפשר' רחב מאד. ואלו הרישתה תורה לקיים עונשים באפשר הקרוב מאד, אשר כמעט קרוב למחויב המציאות כדוגמת מה-שהזכרנו, כי או היו מקיימים את העונשים במה שהוא יותר רחוק מזה ובמה שהוא עוד יותר רחוק, עד שיקיימו את העונשים, וימיתו בני אדם בעוול באומדן קל לפי דמיון

אף על פי כן, זה שנים רבות קיימת אופוזיציה צנועה לטענה ש"דין פרוטה כדין מאה". בעשרות השנים האחרונות חוזקה אופוזיציה זו בעמדותיהם של אנשי קבלת החלטות, אשר ההצהרות על שאיפה אל המוחלט במגוון ההקשרים שהמשפט הפלילי עוסק בהם נדמו בעיניהם כמחווה רטורית במקרה הטוב או כהבעה של אי רציונליות במקרה הרע. כבר בשנת 1968 עמד ג'ון קפלן (John Kaplan) על כך שייטכן שמודלים של קבלת החלטות יצריכו שינוי של סטגדרט השכנוע לפי חשיבות העניין שמחליטים בו, אך לא ניסה לבנות מודל הרגיש לשינויים אלה.<sup>79</sup> עמדה כזו ננקטה גם בחלק מן הספרות המשפטית בת זמננו המסתמכת על תאוריה של קבלת החלטות.<sup>80</sup> דייל נאנס (Dale Nance), מן המלומדים היצירתיים בתחום התאוריה של דיני ראיות, הציע לראות את כל אחד מן הסטגדרטים הראייתיים כמשקף טווח או מתחם שבתוכו קיים מגוון של סטגדרטים משניים המשתגים לפי חשיבות הנושא שבדיון.<sup>81</sup>

מכל מקום, גם מי שטען כי החומרות ההליכיות והראייתיות של המשפט הפלילי אינן חלות במידה שווה על כל עבירה, הדגיש כי דווקא בעבירות הקלות, הרחוקות מן המודל המסורתי של "דיני נפשות", ניתן להגמיש את הכללים לטובת התביעה. בעבירות קלות, כך נטען לעתים, ובמיוחד בעבירות מנהליות או בעבירות משמעתיות, אין צורך בהרדת הקודש המאפיינת את המשפט הפלילי הקלאסי. בדומה לכך נטען שניתן להקל אף בהליך פלילי רגיל, כל עוד איננו נוגע לליבה של המשפט הפלילי, כלומר לפשעים שדינם שנות מאסר. הווה אומר: יהיה אשר יהיה היחס הראוי בין ממצא שגוי חיובי לבין ממצא שגוי שלילי, מכל מקום הוא צריך להיות נמוך במיוחד כשחומרת העניין רבה.

השופט. לפיכך סתם יתעלה את הפתח הזה, וצוה שלא יקיים שום עונש אלא עד שיהיו שם עדים המעידים שברור להם אותו המעשה בירור שאין בו שום ספק ואי אפשר להסבירו אחרת בשום אופן. ואם לא נקיים את העונשים באומד החוק מאד, הרי לא יוכל לקרות יותר משנפטר את החיטא. אבל אם נקיים את העונשים באומד ובדימוי, אפשר שביום מן הימים נהרוג נקי, ויותר טוב ויותר רצוי לפטר אלף חוטאים מלהרוג נקי אחד ביום מן הימים".

79. John Kaplan, "Decision Theory and the Factfinding Process", 20 *Stan. L. Rev.* (1968) 1065, pp. 1073-1074.

80. Richard A. Posner, "An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration", 2 *J. Legal Stud.* (1973) 399, p. 414 "the generally shared impression that the standard of proof is in fact stricter" כן ראו: D. Michael Risinger, "John Henry Wigmore, Johnny Lynn Old Chief, and 'Legitimate Moral Force': Keeping the Courtroom Safe for Heartstrings and Gore", 49 *Hastings L. J.* (1998) 403, pp. 443-444; Elisabeth Stoffelmayr and Shari Seidman Diamond, "The Conflict Between Precision and Flexibility in Explaining 'Beyond a Reasonable Doubt'" 6 *Psyc. Pub. Pol'y & L.* (2000) 769, p. 781.

81. Dale A. Nance, "Evidential Completeness and the Burden of Proof", 49 *Hastings L.J.* (1998) 621, p. 624.

תפיסה זו קרובה גם לגישתם האינטואיטיבית של מקבלי החלטות בפועל. במחקר חשוב שנערך בראשית שנות השבעים על ידי הסוציולוגיות ריטה ג'ימס סימון (Rita James Simon) ולינדה מאהן (Linda Mahan),<sup>82</sup> ואשר מהווה ציון דרך בדיס-מיסטיפיקציה של ההליך הפלילי, נשאלו שופטים, מושבעים וסטודנטים לסוציולוגיה על רמת ההסתברות שתירש לשם הרשעה "מעבר לספק סביר" בפשע מסוים שהוצג לבפניהם. התפלגות תשובות השופטים הראתה כי 4% הסתפקו בהסתברות נמוכה מ-0.7, 33% דרשו הסתברויות הנעות בין 0.7 ל-0.9, ו-63% דרשו הסתברות הגבוהה מ-0.9. בקרב אנשים ששמשו בעבר כמושבעים, 26% הסתפקו בהסתברות נמוכה מ-0.7, 20% דרשו הסתברויות הנעות בין 0.7 ל-0.9, ו-54% דרשו הסתברות הגבוהה מ-0.9. במילים אחרות, יותר משליש מן השופטים וכמעט מחצית מן המושבעים לא דרשו הסתברות העולה על 90% לענייננו, עיקר חשיבותו של המאמר בכך שניכר הבדל גדול בין ההסתברויות שנדרשו לפי חומרת העבירה שיוחסה לנאשם. בכל המקרים שבהם הובחן שוני כזה, הביאה חומרת העבירה שיוחסה לנאשם לידי דרישת הוכחה בסטנדרט שכנוע חמור יותר, ולא כפי שמשמע מהלכת יששכרוב. כך, למשל, כאשר הנתון היה שהנאשם מואשם ברצח, דרשו השופטים דרגת ודאות של 0.92 בממוצע, והמושבעים דרשו דרגת ודאות של 0.86 בממוצע. בעבירת אינוס ביקשו השופטים דרגת ודאות של 0.91 בממוצע והמושבעים דרגת ודאות של 0.75 בממוצע. בעבירת תקיפה דרשו השופטים דרגת ודאות של 0.88 בממוצע והמושבעים דרגת ודאות של 0.75 בממוצע, ואילו בעבירת גניבה דרשו השופטים דרגת ודאות של 0.87 בממוצע והמושבעים דרשו דרגת ודאות של 0.74 בממוצע.

שלוש הבחנות בולטות מנתונים אלה: האחת, נראה שמקבלי ההחלטות אינם נוהגים בפועל על סמך הגוזמאות המופרחות במספרים עגולים, כגון יחס של 1/100 או 1/1000 בין ה-*false positive* ל-*false negative* של ההליך הפלילי;<sup>83</sup> השנייה, חלק ניכר מן השופטים, אך חלק קטן יותר מן המושבעים, דוגל באתוס המשפטי הוותיק של "דין פרוטה כדין מאה"; והשלישית, בקרב כל הקבוצות סטנדרט השכנוע גבוה יותר ככל שהחומרת העבירה המיוחסת לנאשם רבה יותר, כך שכאשר ישנן סטיות מן התפיסה ש"דין פרוטה כדין מאה", הן נוטות בכיוון החמרת הסטנדרט הראייתי כאשר לעבירות חמורות. מתקרים אמפיריים מאוחרים יותר איששו ממצא שלישי זה.<sup>84</sup>

82. Rita James Simon and Linda Mahan, "Quantifying Burdens of Proof", *5 Law and Society Rev.* (1971) 319.

83. לכאורה, הנתונים הללו אינם מפריכים במישרין השערה זו, שכן אין הם מתייחסים במישרין ליחס שבין סיכויי השגיאה השונים, ואולם אם ההסתברות הדרושה לצורך הרשעה היא  $x$  וכל מי שמועמד לדין יכול להיות מורשע או מנוכה (כלומר אין אפשרות שלישית), אוי המשיבים על השאלון ה"ל הסכימו להודות שהם מרשיעים אנשים שהסיכוי שהם זכאים הוא  $1-x$ . מכאן שהם מכוונים את היחס שלהם לפי  $x(1-x)$ .

84. ראו: Stuart Nagel David Lamm and Marian Neef, "Decision Theory and Juror Decision-Making", *The Trial Process* (Bruce Dennis Sales — ed., 1981) 353, p. 369.

הממצאים האמפיריים האמורים מעוגנים בהיסטוריה של המשפט הפלילי. אחת הסיבות להתפתחות הרעיון של הקפדה יתרה בהוכחת עניין פלילי, הייתה העובדה שבשיטות משפט עתיקות, עד המאה ה-18, עונש המוות תפס חלק ניכר ממה שמכונה היום "משפט פלילי". מפאת החומרה הזו התייחסו שיטות המשפט השונות אל המשפט הפלילי בדחילו ורחימו, כאל "דיני נפשות". עד עצם היום הזה ישנם סימנים לכך שכאשר אדם נאשם בעבירה שעונשה מוות, בדרשת מן התביעה הוכחה ברמה כמעט מוחלטת, והנאשם יכול ליהנות מכל פגם טכני או פורמלי בהליך או בחומר הראיות.<sup>85</sup>

על רקע זה ישנן במשפט האנגלו-אמריקני אסמכתאות ותיקות לרעיון של הקפדה יתרה בענייני ראיות ככל שהעניין חמור יותר.<sup>86</sup> דברים אלה חלים הן באשר לפרשנות סטנדרט השכנוע ("מעבר לספק סביר") לפי מידת החומרה של העבירה המיוחסת לנאשם, והן באשר להקפדות וחומרות שונות בענייני הליך וקבילות ראיות.

בעניין *Briginshaw* קבע השופט האוסטרלי אוון דיקסון (Sir Owen Dixon):  
 "... The seriousness of an allegation made, the inherent unlikelihood of an occurrence of a given description, or the gravity of the consequences flowing from a particular finding are considerations which must affect the answer to the question whether the issue has been proved to the reasonable satisfaction of the tribunal"<sup>87</sup> הפסיקה האוסטרלית נחלקה, מאוחר יותר, בפרשנות התבטאות זו, שלא היה חולק על חשיבותה. היו שפרשו אותה כקביעה שסטנדרט השכנוע משתנה על פי חומרת העניין, כלומר שככל שהעניין חמור יותר, תידרש הסתברות גבוהה יותר להוכחת הטענה,<sup>88</sup> והיו שהדגישו כי הסטנדרט נותר כמות שהוא - מעבר לספק סביר בפלילים ומאזן הסתברויות בעניינים אזרחיים - אולם נתוצה מידת הקפדה רבה יותר בעניינים ראיתיים.<sup>89</sup> מכל מקום, הפסיקה

<sup>85</sup> ראו: Thomas A. Green, "A Retrospective on the Criminal Trial Jury, 1200-1800", *Twelve Good Man and True* (J.S. Cockburn and Thomas A. Green — eds., 1988) 398: "As self protective and sincerely believed rationalizations of its own position and authority, the state emphasized what had long been mainly the case: that conviction at a capital level required virtually absolute proof."; Thomas Andrew Green, *Verdict According to Conscience: Perspective on The English Criminal Trial* (1985) p. 286: "For lay writers especially, the most important factor in acquittals and partial verdicts was the very high threshold of proof that the court required for conviction of a capital offense"

<sup>86</sup> ראו: דיון בדין הסטוטורי בפרק ג למאמר.

<sup>87</sup> *Briginshaw v. Briginshaw* (1938) 60 C.L.R. 336, 362, וראו דברים דומים מפי אותו שופט בעניין *Wright v. Wright* (1948) 77 C.L.R. 191, 210.

<sup>88</sup> *Helton v Allen* (1940) 63 CLR 691, 701 (Starke J); *Rejfeck v McElroy* (1965) 39 ALJR 177; *Nixon v Commissioner of Taxation* (1979) 36 FLR 172; *Andrijich v D'Ascanio* [1971] WAR 140.

<sup>89</sup> *Rejfeck v McElroy* (1965) 39 ALJR 177; *Trade Practices Commission v Nicholas*

האוסטרלית נותרה בדעה הברורה כי ככל שחומרת הנושא השנוי במחלוקת רבה, צריכה להיות הקפדה רבה יותר, במובן כלשהו, בהתייחסות הראייתית אליו. באנגליה עצמה נפסק בעניין *Bater*, מפי הלורד Denning, כדלקמן: "In criminal cases the charge must be proved beyond reasonable doubt, but there may be degrees of proof within that standard. As Best, CJ and many other great judges have said: 'in proportion as the crime is enormous, so ought the proof to be clear'. So also in civil cases, the case may be proved by a preponderance of probability, but there may be degrees of probability within that standard. The degree depends on the subject matter".<sup>90</sup>

אמירות דומות חזרו ונשנו בפסיקה האנגלית המאוחרת יותר.<sup>91</sup> גם בפסיקה הישראלית עניין זה שנוי במחלוקת. מצד אחד מצויה אמירתו הידועה למדי של השופט אגרנט בעניין גרינוולד, לאמור: "...הכל לפי רצינות העניין השנוי במחלוקת. רצוני לומר: במידה שהעבירה נשוא הדיון הפלילי עולה בחומרתה, כך תגדל גם מידת ההוכחה, הדרושה לגביה".<sup>92</sup> אמירה זו יושמה כמה פעמים בפסיקת בית המשפט העליון.<sup>93</sup> מצד אחר, בעניין דמיאניוק מתח הנשיא שמגר ביקורת מנומקת על עצם הרעיון של דיני ראיות המשתנים לפי חומרה:<sup>94</sup>

האבחנה המבקשת ליצור דרגות שונות של מבחני ודאות לפי רצינות העבירה וחומרתה מצאה לה אחיזה בפסיקה [...] אולם אין להתעלם מכך שיש בה כדי להקשות, לא במעט, על יישום הנורמה במקרים קונקרטיים, ואף כדי לחתור תחת הגיונה. האם הספק בדבר מידת הוכחתן או משקלן של שתי מערכות נסיבות עובדתיות זהות לחלוטין יהיה שונה אם מדובר על משפט בשל תקיפה סתם, מחד גיסא, או על משפט רצח, מאידך גיסא? היינו, האם רצוי הוא שעדות זהה ממש ועל רקע נסיבות זהות לחלוטין תותיר ספק סביר במקרה האחד ותשמש להרשעה במקרה אחר, וזאת רק בשל השוני בסעיפי האישום? כיצד ייעשה מיון העבירות לפי דרגותיהן וחומרתן לצורך קביעת אמות מידה גמישות ומשתנות של ספק, המעוגן

- Enterprises Pty Ltd (No 2) (1979) 40 FLR 83, 105 (Fed Ct); Cuming Smith and Co Ltd v Westralian Farmers Co-op Ltd [1979] VR 129*
- .90 *Bater v. Bater* [1950] 2 All. E. R. 458, 459.
- .91 *Honrel v. Nevberger Products Ltd.* (1958) 3 ALL E.R. 970, 978; *Blyth v Blyth* [1966] AC 643, 673; *Khaweja v. Secretary of State* (1984) A.C. 74, 113.
- .92 ע"פ 232/55 היועץ המשפטי לממשלה נ' גרינוולד, פ"ד יב(3) 2017, בעמ' 2063.
- .93 ראו: ע"א 260/82 סלומון נ' אמונה, פ"ד לח(4) 253, בעמ' 257 ובע"א 475/89 זיקרי נ' בלל, חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מ(1) 589, בעמ' 598-599, בהקשר של נטל שכנוע מוגבר במשפט אזרחי שנטענת בו טענת מרמה או טענה לביצוע עבירה.
- .94 ע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(4) 617, בעמ' 650.



במערכת ראיות זוהי, הנחשבת לעתים לסבירה ולעתים לבלתי סבירה,  
 הכול לפי אופי העבירה?  
 דומה, כי יכולים לעלות ספקות לגבי אימוצה של נורמה משפטית  
 כמתואר, שאינה בנויה על-פי תוכנם המהותי של הדברים, אלא על-פי  
 המטרה אשר לה הם מיועדים. אולם במקרה שלפנינו ניתן להשאיר את  
 הנושא בצריך עיון...

יצוין, כי על אף הסתייגותו העקרונית של הנשיא שמגר מן הרעיון של שינוי ההתייחסות  
 הראייתית לפי חומרת העניין, הוא עצמו קבע בעניין נגר, כי ראוי להקפיד הקפדה יתרה  
 בעת בחינת "דבר מה נוסף", הנחוץ כתוספת ראייתית להודאה, כשמדובר באישום בעבירת  
 הרצח: "...על אחת כמה וכמה כאשר מדובר על עבירת רצח, שחומרתה המפליגה מחייבת  
 והירות יתרה בבוא בית המשפט לבסס מסקנתו על הודאה בלבד..."<sup>95</sup>

בעניין יששכרוב בית המשפט אינו דן במפורט בניגוד לכאורה שבין קביעתו כי חומרת  
 העבירה המיוחסת לנאשם תקל את הכשרתה של ראיה שנגבתה באמצעים פסולים לבין  
 העקרוניות המקובלים של דיני הראיות, אך הביע ערנות לקושי זה, שבעקבותיו סייג את  
 קביעתו, וזו לשונו: "על-אף הדברים האמורים, לא נעלם מעיניי כי מתן משקל לחשיבות  
 הראיה ולחומרת העבירה המיוחסת לנאשם במסגרת ההכרעה בשאלת קבילותן של ראיות  
 שהושגו שלא כדין, אינו נקי מקשיים. ההתחשבות בשיקולים האמורים עלולה להוביל לידי  
 כך שדווקא בחקירות של פשעים חמורים בהן זכותו החוקתית של הנאשם לכבוד ולחירות  
 ראיה להגנה משמעותית, תפחת ההקפדה על הכללים לניהול חקירה הוגנת ותקינה [...]   
 השאלה באיזו מידה יראו בתי המשפט בישראל להתחשב בחשיבות הראיה ובחומרת העבירה  
 המיוחסת לנאשם במסגרת הפעלת שיקול-דעתם על-פי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית,  
 אינה דורשת הכרעה בעניינו של המערער ואף אותה ניתן להותיר לימים שיבואו".<sup>96</sup> אף  
 על פי כן, בית המשפט ממשיך ומסכם את ההלכה בכותבו: "...ככל שהעבירה המיוחסת  
 לנאשם קלה יותר, כך יפחת משקלם של האינטרסים המצדדים בקבלת הראיה במשפט".<sup>97</sup>  
 בכל הכבוד, נראה לנו כי עמדה זו אינה עולה בקנה אחד עם תפיסת המשפט הפלילי, לפיה  
 בהרשעה פלילית, ומקל וחומר בעבירה מסוג פשע, יש להקפיד עם המדינה הקפדה יתרה.  
 דרך אפשרית להסביר את עמדתו של בית המשפט עשויה להסתמך על כך שכלל הפסלות  
 שקבע חל, על פי נימוקיו, גם כאשר אין חשש למהימנות הראיה. אם כך הוא הדבר, ניתן  
 לטעון שהעקרוניות החלים על היחס הראוי שבין הסתברות ממצא שגוי חיובי להסתברות  
 ממצא שגוי שלילי בהליך הפלילי אינם רלוונטיים לעניין זה, שכן בלאו הכי מדובר,  
 לעתים, בדחייתה של ראיה מהימנה מתמת אינטרס ציבורי חיצוני לצורך בגילוי האמת. אם  
 כך הוא הדבר, ניתן לטעון, איזון האינטרסים שיש לעשותו הינו בין נזקה של ראיה פסולה  
 לבין הנזק שבזיכויו של אדם אשם, ובמקרה זה ברור שכלל שחומרת העבירה המיוחסת

95. ע"פ 453/79 נגר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 113.

96. עניין יששכרוב (לעיל, הערה 1) בפסקה 73 לפסק דינה של השופטת ביניש.

97. שם, בפסקה 74 לפסק דינה של השופטת ביניש.

לנאשם רבה יותר, תוצאת האיוון צריכה לנטות בכיוון התרת הראיה. ואולם, אם זהו ההסבר לעמדת בית המשפט, נראה כי דעתו לא הייתה צריכה להיות מנוסחת באופן שבו נוסחה חוות הדעת העיקרית, של השופטת ביניש, כי אם באופן שבו נוסחה חוות דעתו של השופט גרוניס, כלומר תוך התניה ברורה של ההתחשבות בשיקול החומרה בכך שהראיה שמבקשים להתירה תרף פגם בהליכי קבלתה איננה מעוררת בעיית מהימנות כלשהי.<sup>98</sup>

זאת ועוד, גם עמדתו של השופט גרוניס איננה מתיישבת עם התפיסה שבמשפט הפלילי "דין פרוטה כדין מאה", אם תפיסה זו נעוצה בערכה האקספרסיבי, כפי שהצענו לעיל, ולא בהערכה תועלתנית של היחס בין הנזקים החברתיים הנובעים ממצא שגוי חיובי לבין הנזקים החברתיים הנובעים ממצא שגוי שלילי בהליך הפלילי. אם זהו הטעם שבשל "דין פרוטה כדין מאה" – הוא חל במידה שווה על כל סוגי העבירות. תפיסתו של השופט גרוניס מתיישבת, אם כן, רק עם אותה דעת מיעוט המנמקת את היחס הראוי שבין הסתברות ממצא שגוי חיובי להסתברות ממצא שגוי שלילי בשיקולי מדיניות תועלתניים הנמדדים אד-הוק על פי הקשר הדברים, באופן המוצע על ידי קפלן ונאנס.<sup>99</sup> לסיכום עניין זה, בעניין **יששכרוב** דומה כי בית המשפט משתמש בשיקול של חומרת העבירה באופן המנוגד לעמדתם המקובלת של דיני הראיות. על פי העמדה המקובלת, בדרך כלל "דין פרוטה כדין מאה", אולם כשישנן סטיות מן השוויון העקרוני שבין כל סוגי האישומים הפליליים, מקפידים יותר עם התביעה באישומים חמורים יותר. הדרך היחידה ליישב קושי זה היא לדחות את התפיסה העקרונית המשווה בין כל סוגי האישומים הפליליים, וכן לסייג את קביעתו של בית המשפט למקרים שלא מתעורר בהם חשש למהימנות הראיה.

## ז. סיכום

עצם קביעתו של כלל פסלות של ראיות שהושגו שלא כדין היא צעד מכורך, שעתו הגיע זה מכבר. ואולם כלל הפסלות, המתואר בפסק הדין בעניין **יששכרוב** כ"גמיש" ו"יחסי" איננו בעל משמעות מעשית רבה. בשיטתנו המשפטית, שאין בה מושבעים, המשמעות של "כלל קבילות" גמיש היא נמוכה. בנוסף, הקביעה כי כלל הפסלות יופעל ביתר קלות כשהראיה איננה נחוצה, גורעת מחשיבותו. זאת ועוד, הקביעה כי חומרת העבירה המיוחסת לנאשם תצטרף למניין הסיבות לקבלת ראיה נגדו, ראיה שהושגה באמצעים פסולים, מפחיתה עוד יותר את יכולתו של כלל זה להגן על אותם נאשמים הנזקקים להגנת עקרון החפות. ניתן להביע את החשש כי לקביעה אחרונה זו, מפי הרכב שופטים מורחב של בית המשפט העליון, עלולה להיות השלכה שלילית על דיני הראיות אף במקרים אחרים, כלומר היא עלולה לחוק מגמות קיימות, ועד עתה בלתי גלויות, של התרופפות ההגנות הנתונות

98. שם, בפסקה 6 לפסק דינו של השופט גרוניס: "קשה לקבל שלא ניתן יהיה לסמוך על אותה ראיה במקרה בו האישום הוא בעבירה קלה בעוד שאין יהיה לעשות בה שימוש כאשר האישום הוא בעבירה חמורה. השיקול של חומרת העבירה יהיה מותר אם הנימוק לפסלות לא קשור במהימנות".

99. לעיל, טקסט להערות 79-81.

לנאשמים דווקא כאשר הן נחוצות להם יותר מכול – כשהם מואשמים בעבירה חמורה או בעבירה המדגיזה את הציבור, או כשנוצרת נגדם אווירה שלילית, בין עניינית או בלתי עניינית.<sup>100</sup> אכן, המשמעות הפרקטית של הכנסת שיקול זה למניין שיקולי בית המשפט חורגת מעניין יששכרוב עצמו: מכאן ואילך נפתחה הדלת לפני שופט להודות בגלוי בכך שהוא מפחית מנטל ההוכחה המוטל על התביעה או מן התומרות ההליכיות שלחובתה רק משום שהיא בחרה להאשים את הגאשם באישום חמור יותר.

לא ניתן להתעלם מכך שהתידוש שבית המשפט העליון שלנו מחדש היגו הד מאוחר לשינויים דומים, אשר בוצעו לפני עשרות שנים במדינות ששיטת משפטן דומה לשלנו, ואשר בוצעו בדרך כלל כעוצמה רבה יותר.

סיכומם של דברים, לפי שעה בית המשפט העליון טרם קבע "כלל פסלות" בעל עוצמה, כי אם עירב קב חומטין בכור של ראיות תביעה המתקבלות, לעתים, במידה לא רבה של ספקנות.

100. אנו קוראים יותר משמץ של פחד מפני זרים בהתבטאויותיו של בית המשפט לערעורים בעניין *Latif and Shahzad* (לעיל, הערה 55) ובעניין *Khan* (לעיל, הערה 50) ומוצאים את העובדה ששיקול "חומרת העבירה" שימש לדעת הנאשמים במקרים אלה אך לא בתיקי רצח של נשים בידי נתינים מקומיים כלקח מאלף. אולי אין זה יד המקרה כי ציוני הדרך המרכזיים בפיתוח כלל הפסלות הישראלי היו מקרים של חיילים המואשמים בבית דין צבאי בעבירות סמים, כלומר, של עבירות שמעוררות מידה נמוכה מאד של מורת רוח ציבורית: עניין יששכרוב (לעיל, הערה 1) ועניין ועקנין (לעיל, הערה 7).