

## Collins, Miranda ויששכרוב – על הפער בין הרצוי לבין המצוי בהלכת יששכרוב

מאת

יובל מרין ורינת קיטאי-סנג'רו\*

בפרשת יששכרוב העניק בית המשפט פרשנות מחודשת לדרישת הרצונית של הודאה שניתנה מחוץ לבית המשפט ואימץ – בהתבסס על המודל הקנדי (סעיף 24(2) לצידטר הקנדי והלכת Collins המפרשת את דרישותיו) – דוקטרינה פסיקתית לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין, המקנה לבית המשפט כלי דיוני משמעותי לשמירה על זכויות נאשמים. מבלי למעט בחשיבות שבעצם אימוצו של כלל פסלות הראיות, יטען המאמר כי בחינה מדוקדקת של הלכת יששכרוב מלמדת כי היא אינה נותנת הגנה ראויה לזכויות של חשודים ונאשמים, וזאת ביחס לשני הראשים של החלטת בית המשפט.

ככל שהדבר נוגע לדרישת הרצונית, טוען המאמר כי בית המשפט העליון נמנע מלייחס את החשיבות הראויה לזכות ההיוועצות בסנגור כאמצעי החיוני לחשוד לשם קבלת החלטה מושכלת אם למסור גרסה או לשמור על שתיקה, ושגה במסקנה כי הודאתו של יששכרוב הייתה רצונית בהיעדרה של הודעה על הזכות להיוועץ בסנגור ובהיעדר מודעות בפועל לזכות זו. בהקשר זה מציע המאמר לאמץ את הובנותיו של בית המשפט העליון האמריקני כפי שבאו לידי ביטוי בפרשת *Miranda*. בהתאם לפרשנות זו, טוען המאמר כי ראוי היה לפסול את הודאתו של יששכרוב מכוח כלל הפסילה הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות, ולא מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית.

באשר לדוקטרינת הפסיקתית של כלל פסלות הראיות טוען המאמר כי בחירתו של בית המשפט להסתמך על המודל הקנדי לפסילת ראיות אמנם ראויה ככלל, אולם האופנים שבהם בחר בית המשפט לסטות ממודל זה עשויים להביא לצמצום בלתי-ראוי בהיקף תחולתו של כלל הפסילה, צמצום שאינו נובע מהצורך להתאימו לצורכי המציאות המשפטית בישראל. חרף התוצאה המבורכת שבאימוצה של דוקטרינת הפסילת ראיות, מבקש המאמר להראות כי כלל הפסילה נוסח בצמצום מופרז, וכי באופן התווייתן של אמות-המידה להפעלתו יש בבירור כדי להטות את האזון לעבר הערך שבגילוי האמת, באופן שאינו עולה בקנה אחד עם תכליתו המוצהרת של הכלל. אמנם, בפרשת יששכרוב נותר כיודי בתי המשפט שיקול דעת רחב כיותר (ולמעשה, בלתי-מוגבל) בדבר אופן החלת הכלל, אך בה בעת, הקביעה כי מהימנות הראיה, אופן סיווגה, חיוניותה וחומרת

\* יובל מרין הוא מרצה בכיר וסגן דיקן, בית הספר למשפטים של המסלול האקדמי, המכללה למנהל; רינת קיטאי-סנג'רו היא מרצה במכללה האקדמית למשפטים ברמת-גן. המחברים מבקשים להודות לד"ר בועז סנג'רו ולמרינה קריסקין-רייזמן על הערותיהם המועילות.

העבירה משמשים שיקולים רלבנטיים כל אימת שבית המשפט נדרש לשקול פסילתה של ראייה שהושגה שלא כדין, מבלי לנקוט עמדה בדבר משקלם היחסי, עלולה להביא לצמצום בלתי-ראוי בהיקף תחולתו של כלל הפסילה. לפיכך מציע המאמר נוסחה רחבה יותר מזו שאימץ בית המשפט בעניין יששכרוב, והבניה נוקשה יותר להפעלת שיקול הדעת השיפוטי – כזו המקנה משקל משמעותי יותר להגנה על זכויות הנאשם, בדומה לאופן הבנייתו של שיקול הדעת במשפט הקנדי העדכני, המבטא איוון ראוי בין האינטרס שבגילוי האמת ובהרשעת עבריינים מחד גיסא לבין האינטרס שבהגנה על זכויות הנאשם מאידך גיסא.

א. מבוא. ב. הדרישה של רצוניות ההודאה. 1. פירוש הדרישה של רצוניות ההודאה; 2. הקשר בין רצוניות ההודאה לבין הזכות לסנגור; ג. אימוצה של דוקטרינה פסיקתית לפסילת ראיות. 1. דוקטרינת הפסילה הפסיקתית: מאפיינים, רציונל ומטרות; 2. הלכת יששכרוב, סעיף 24(2) לצ'רטר הקנדי ופרשת Collins; 3. הקריטריונים להפעלה של שיקול דעת שיפוטי במסגרת דוקטרינת הפסילה; ד. יחסי הגומלין בין שני כללי הפסילה. ה. אחרית דבר.

"עת היא להגמיש מסגרות נוקשות, לפרש מושגים על-פי תכליתם, לחטט בשורשיהם של כללים, להזריק לכללים שנקבעו את 'רוח הזמן' ואת מושגי עשיית הצדק המקובלים עלינו כהיום הזה" \*\*

## א. מבוא

מאז הוגש לבית המשפט העליון ערעורו של יששכרוב – במשך עשור כמעט – ציפתה הקהילייה המשפטית להחלטה בדבר השפעתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על האפשרות לפסול ראיות שהושגו שלא כדין ועל הכלל הפוסל הודאה לא רצונית של נאשם שניתנה מחוץ לכותלי בית המשפט.

רפאל יששכרוב נחקר על ידי חוקר של המשטרה הצבאית החוקרת (להלן: "מצ"ח") בחשד לביצוע עבירות של החזקת סם ושימוש בו. הראיות נגדו לאחזקת סם היו חזקות ביותר: חבילת הסם נפלה מתחתונו בעת שהתבקש להתפשט תוך כדי הליך הקליטה בכלא צבאי. בראותו כי הכלאי הבחין בחבילה אמר: "זה גראס, אני יכול להסביר". כמו

\*\* השופט חשין בע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, בפס' 6 לפסק דינו של השופט חשין (טרם פורסם, 4.5.2006).

כן, מפקד האגף בכלא דיווח לחוקר כי החשוד התוודה בפניו על שימוש קודם שעשה בסם, הגם שלא היה ברור אם השימוש נעשה על ידו כעת היותו חייל או עובר לגיוסו.<sup>1</sup> חוקר המצ"ח יידע את יששכרוב בדבר העבירות שבהן נחשד והודיע לו כי אינו חייב להשיב לשאלותיו. יששכרוב הודה כבר בראשית דבריו בעבירות המיוחסות לו. באמצע גביית האמרה דיווח החוקר למפקדו, קצין בדרגת סרן, על מהלך החקירה, וזה הורה לחוקר לעצור את החשוד. חרף זאת השלים החוקר את גביית האמרה מבלי להודיע ליששכרוב דבר. יששכרוב שיתף פעולה עם החוקר ומסר לו פרטים על אודות המקרים שבהם השתמש בסם וכן השיב לשאלותיו בנוגע לסם שנתפס ברשותו. רק בתום גביית האמרה הודיע החוקר ליששכרוב כי הוא עצור וכי הוא זכאי להיוועץ בעורך-דין. למחרת מעצרו התייעץ החשוד עם הסגורית הפיקודית. באמרה שנייה שנגבתה ממנו, יום לאחר שיחה זו, השיב יששכרוב "אני לא רוצה להוסיף דבר, אין לי מה להוסיף". בהמשך דבריו השיב יששכרוב לשאלות של החוקר בנוגע להחזקת הסם שנתפס ברשותו, ולא בחר לממש את זכות השתיקה הנתונה לו.<sup>2</sup>

בעקבות החקירה הוגש נגד יששכרוב כתב אישום שייחס לו עבירות של החזקת סם מסוכן ושימוש בסם מסוכן.<sup>3</sup> יששכרוב הודה בהחזקת סם מסוכן אולם כפר באשמתו בכל הנוגע לפרטי האישום של שימוש בסם מסוכן.<sup>4</sup> לא הייתה מחלוקת בין התביעה לבין ההגנה כי החוקר פעל שלא כדין כשגבה מהחשוד את אמרתו בלא להודיע לו טרם גבייתה כי הוא עצור וכי נתונה לו הזכות להיוועץ בעורך-דין.<sup>5</sup> בית הדין הצבאי המחוזי קבע – וקביעה זו התקבלה כנתון עובדתי – כי החוקר נמנע במכוון ובהיעדר תום לב להודיע ליששכרוב על זכותו להיוועץ בעורך-דין.<sup>6</sup> עקב אי מתן הודעה על זכות ההיוועצות, יששכרוב לא היה מודע בפועל לזכות זו.<sup>7</sup> כמו כן לא הייתה מחלוקת כי מעבר לפגם שבהיעדר ההודעה הייתה חקירתו של יששכרוב שגרתית, ולא הופעלו עליו במהלכה לחצים חיצוניים ששברו את כוח רצונו.<sup>8</sup> שאלת הרשעתו של יששכרוב בעבירות של שימוש בסם מסוכן הייתה תלויה אפוא בשאלת קבילותה של הודאתו הראשונה. לצורך הכרעה בשאלה זו נדרש בית המשפט לשתי שאלות מרכזיות:

- 1 ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, בפס' 1 לפסק דינה של השופטת בניש (טרם פורסם, 4.5.2006) (להלן: "פרשת יששכרוב").
- 2 שם.
- 3 שם, בפס' 2.
- 4 שם.
- 5 שם; ראו גם שם, בפס' 17, שבה עמד בית המשפט על כך שהופרה ההוראה של ס' 1א227 לחוק השיפוט הצבאי, שלפיו יש להודיע על הזכות לסגור ל"חייל שנחקר ושלפי הדין קיימת אפשרות קרובה לוודאי שיעצור". הוראה זו הופרה בעניינו של יששכרוב; ראו שם, בפס' 19.
- 6 שם, בפס' 3.
- 7 שם, בפס' 19.
- 8 שם, בפס' 2.

הראשונה – האם הודאתו של יששכרוב שניתנה בלי שידע על זכותו להיוועץ בסנגור הייתה רצונית; והשנייה – האם ניתן לפסול את הודאתו של יששכרוב, שנמסרה ללא הודעה על זכותו לסנגור, מכוחה של דוקטרינת "פסילת הראיות" – דוקטרינה שטרם הוכרה במשפט הישראלי עובר להלכת יששכרוב.

בית הדין הצבאי המחוזי קבע בדעת רוב כי הודאתו של יששכרוב אינה קבילה כראיה בהתבסס על הדוקטרינה לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין.<sup>9</sup> בית הדין הצבאי לערעורים קיבל את ערעורה של המדינה תוך מתן רשות ערעור לבית המשפט העליון.<sup>10</sup> בית המשפט העליון קבע כי אמרתו הראשונה של יששכרוב הייתה רצונית, אולם דינה להיפסל בהתבסס על כלל פסלות הראיות.

פסק דין יששכרוב הוא פסק דין חשוב ומרכזי בסדר הדין הפלילי ובדיני הראיות. הוא מעביר את המסר שלפיו ההגנה על זכויות הנאשם אינה רק אמצעי לחקר האמת אלא גם תכלית עצמאית,<sup>11</sup> גם אם יש בה כדי להתנגש עם חקר האמת.<sup>12</sup> אל נוכח מסר זה העניק בית המשפט פרשנות מחודשת לדרישת הרצוניות ואימץ – בהתבסס על המודל הקנדי (סעיף 24(2) לצ'רטר הקנדי והלכת *Collins* המפרשת את דרישותיו<sup>13</sup>) – דוקטרינה פסיקתית לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין, המקנה לבית המשפט כלי דיוני משמעותי לשמירה על זכויות נאשמים. חרף זאת, ומבלי למעט בחשיבות שבעצם אימוצו של כלל פסלות הראיות, בחינה מדוקדקת של הלכת יששכרוב מלמדת כי היא אינה נותנת הגנה ראויה לזכויות של חשודים ונאשמים, וזאת ביחס לשני הראשים של החלטת בית המשפט.

בחלק ב' של המאמר נעמוד על פרשנותה של דרישת הרצוניות של הודאה שניתנה מחוץ לבית המשפט; נטען כי בית המשפט העליון שגה במסקנה כי הודאתו של יששכרוב הייתה רצונית בהיעדרה של הודעה על הזכות להיוועץ בסנגור ובהיעדר מודעות בפועל לזכות זו. בחלק ג' נעמוד על הדוקטרינה הפסיקתית של כלל פסלות הראיות. בהקשר זה נטען כי בתירתו של בית המשפט להסתמך על המודל הקנדי לפסילת ראיות אמנם ראויה ככלל, אולם האופנים שבהם בחר בית המשפט לסטות ממודל זה עשויים להביא לצמצום בלתי־ראוי בהיקף תחולתו של כלל הפסילה, צמצום שאינו נובע מהצורך להתאימו לצורכי המציאות המשפטית בישראל. חרף התוצאה המבורכת שבאימוצו ובאופן יישומו של הכלל בעניינו של יששכרוב, נבקש להראות כי כלל הפסילה נוסח בצמצום מופרז, וכי באופן התווייתן של אמות־המידה להפעלתו יש בכירור כדי להטות את האיזון לעבר הערך שבגילוי האמת, באופן שאינו עולה בקנה אחד

9 שם, בפס' 9.

10 שם, בפס' 4.

11 שם, בפס' 45-46.

12 שם, בפס' 46.

13 R. v. Collins, [1987] 1 S.C.R. 265 (להלן: "פרשת Collins").

עם תכליתו המוצהרת של הכלל. חלקו האחרון של המאמר יעסוק ביחסי הגומלין בין שני כללי הפסילה.

טענתנו המרכזית היא כי חרף הצהרתו של בית המשפט העליון – שלפיה חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מחייב שינוי במיקום של נקודת האיזון בין חקר האמת לבין הצורך להגן על חשודים ונאשמים (הן בעניין הפרשנות של דרישת הרצוניות והן בעניין אמות המידה שהותוו לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין) – הרי שאין בהלכת יששכרוב סטייה משמעותית מהדין שקדם לה; בכך נמנע בית המשפט מלהעניק את ההגנה הראויה לזכויות הנאשם, כמתחייב מחוק היסוד. לפיכך, וככל שהדבר נוגע לפרשנותה של דרישת הרצוניות, נציע לאמץ את תובנותיו של בית המשפט העליון האמריקני כפי שבאו לידי ביטוי בפרשת *Miranda*.<sup>14</sup> באשר לדוקטרינת הפסילה, נבקש להציע נוסחה רחבה יותר מזו שאימץ בית המשפט בעניין יששכרוב, והבניה נוקשה יותר להפעלת שיקול הדעת השיפוטי – כזו המקנה משקל משמעותי יותר להגנה על זכויות הנאשם, בדומה לאופן הבנייתו של שיקול הדעת במשפט הקנדי העדכני.

## ב. הדרישה של רצוניות ההודאה

### 1. פירוש הדרישה של רצוניות ההודאה

הודאת נאשם במשטרה ממלאת תפקיד מרכזי בהליך הפלילי.<sup>15</sup> חשודים בביצוע עבירה נחקרים לעתים קרובות במטרה לחלץ מהם הודאה בביצוע העבירה המיוחסת להם,<sup>16</sup> וחשודים רבים אכן מוסרים אמרות מפלילות כתוצאה מהחקירה.<sup>17</sup>

14 *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966) (להלן: "הלכת *Miranda*").

15 Raymond J. Toney, *English Criminal Procedure Under Article 6 of the European Convention on Human Rights: Implications for Custodial Interrogation Practices*, 24 *Hous. J. Int'l L.* 411, 426 (2002).

16 בועז סנג'ור "ההודאה כבסיס להרשעה – האמנם "מלכת הראיות" או שמא קיסריה הרשעות השווא" עלי משפט ד 245, 260 (2005); אריאל בגדור "גבייה של הודאת נאשם וקבילותה – מטרות, אמצעים, ומה שביניהם" פלילים ה 245, 251 (1996); Seth Goldberg, *Missouri v. Seibert: The Multifactor Test Should be Replaced With a Bright-Line Warning Rule to Strengthen* 'בעמ' *Toney; Miranda's Clarity*, 79 *St. John's L. Rev.* 1287, 1292 (2005), לעיל ה"ש 15, בעמ' 426.

17 *Toney*, לעיל ה"ש 15, בעמ' 426-427. כך, על פי ממצאי מחקר שנערך בארצות-הברית, שליש מהחשודים מודים בביצוע העבירה המיוחסת להם; ראו Paul G. Cassell & Bret S. Hayman, *Dialogue on Miranda: Police Interrogation in the 1990s: An Empirical Study of the Effects of Miranda*, 43 *UCLA L. Rev.* 839, 842 (1996).

הודאת נאשם מחוץ לכותלי בית המשפט צריכה להיות רצונית כתנאי לקבילותה. כך, סעיף 12 לפקודת הראיות קובע כי "עדות על הודיית נאשם כי עבר עבירה, תהא קבילה רק אם הביא התובע עדות בדבר הנסיבות שבהן ניתנה ההודיה ובית המשפט ראה שההודיה היתה חופשית ומרצון". הוראה דומה מופיעה בסעיף 477 לחוק השיפוט הצבאי, שלפיו "לא יקבל בית דין צבאי הודאת נאשם כראיה, אלא אם שוכנע כי ניתנה על ידי הנאשם מרצונו הטוב". בפסק דין יששכרוכ הניח בית המשפט כי מדובר בביטויים דומים מהותית ולפיכך – כי פרשנותם אחידה;<sup>18</sup> לדעתנו, דומה כי הביטוי "רצון טוב" מכונן יותר לפרשנות רחבה של דרישת הרצוניות.

דרישת הרצוניות המופיעה בסעיף 12 לפקודת הראיות ובסעיף 477 לחוק השיפוט הצבאי אינה כפופה לאיזונים של פסקת ההגבלה. אם מצא בית המשפט כי הודאה של נאשם שניתנה מחוץ לכותלי בית המשפט לא הייתה רצונית, חובה עליו לפסול את הראיה בלי להתחשב בסיבות שהניעו את גובי ההודאה לפגוע בכוח רצונו של הנחקר. הפסיקה פירשה בעקיבות את דרישת הרצוניות בצורה מצומצמת למדי. כך, נפסק כי דרישת הרצוניות נועדה להגן על החשוד מפני לחצים חיצוניים לא הוגנים המופעלים על ידי איש מרות, ולא מפני לחצים פנימיים המניעים אדם מסיבות שונות למסור הודאה שקרית ולהודות בעבירה שלא ביצע.<sup>19</sup>

קדמי איתר חמש קבוצות של התנהגות פסולה שבהן הכירה הפסיקה ככאלה היכולות להביא לפסילה של הודאה כלא רצונית:<sup>20</sup> אלימות ואיום באלימות;<sup>21</sup> שימוש בשיטת

18 פרשת יששכרוכ, לעיל ה"ש 1, בפס' 21.

19 ע"פ 85/56 ותד נ' היועץ המשפטי, פ"ד י 935, 937 (1956). ראו בעניין זה גם פרשת יששכרוכ, לעיל ה"ש 1, בפס' 23. תנאי הכרחי לקבלת טענה של אי-רצוניות הוא מבחן אובייקטיבי של התנהגות החוקר: האם התנהגותו של החוקר הייתה – על פי אמת-מידה אובייקטיבית – הוגנת וסבירה? לא כל תחושה סובייקטיבית של נחקר באשר להוגנות החקירה מהווה גם לחץ אובייקטיבי פסול: ע"פ 636/77 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(3) 772, 768 (1991). כאנקדוטה לנקודה זו ראו בג"צ 17/50 לוי נ' שר האספקה והקיצוב, פ"ד ד 53, 56 (1950): "...בא-כוח המבקש טען, שההודאה בדבר קניית בשר במחירים מופרזים נמסרה על-ידי מרשו מתוך לחץ. בעדותו לפנינו הסביר המבקש את מהות הלחץ. לפי דבריו, אף כי הוזמן לבוא בשעה מסוימת נאלץ היה לחכות זמן רב עד שנתקבל על-ידי פקידיו של המפקח, ובזמן החקירה אכלו הפקידים האלה כריכים (סנדוויצ'ים). כל זה הרגיז את המבקש במידה כזאת שאמר מה שאמר כדי להיפטר מהם. אין זה מעניינו להביע כאן דעה על התנהגות זו של פקידי המפקח, ואין גם כל צורך לטפל בטענות אלו. מספיק אם נאמר, שגם לפי טענותיו של המבקש לא היה כאן שום לחץ מצד הפקידים שהיו ממונים על החקירה, ובדאי שלא היה כאן לחץ הפוסל את ההודאה שנמסרה על-ידי המבקש".

20 יעקב קדמי על הראיות חלק ראשון 42 (1999).

21 ע"פ 28/59 פלוני נ' היועץ המשפטי, פ"ד יג 1205, 1215 (1959); ע"פ 201/58 גיראבי נ' היועץ המשפטי, פ"ד יב 1580 (1958); ע"פ 98/55 גוטסמן נ' היועץ המשפטי, פ"ד ט 1190, 1193 (1955); בג"צ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999). הודאה

תחקור בלתי-הוגנת המכוונת להביא להתשתו ולשבירת רוחו של הנחקר: בעניין זה נבחנים פרמטרים כמו שעת החקירה, משך התחקור ואופן התחקור;<sup>22</sup> יצירת לחץ נפשי לא הוגן על הנחקר באמצעים היכולים להביא לשבירת רוחו כמו השפלה, גידופים ועלבונות, איומים בפגיעה באחרים ומניעת תרופות; שימוש בתחבולה לא הוגנת;<sup>23</sup> ולבסוף פיתוי והשאה, שפירושם מתן שכר או הבטחה יזומה למתן שכר תמורת ההודאה כגון הבטחה לשחרור ממעצר, להקלה משמעותית בעונש או לוויתור על סעיף אישום.<sup>24</sup>

נקיטתו של אמצעי פסול אינה מובילה בהכרח לפסילתה של הודאה כלא רצונית. הפסיקה דחתה את גישתו של השופט לנדוי כפרשת אבו מידג'ם, שלפיה יש להסתפק במבחן האובייקטיבי של התנהגות החוקר. גישה זו עולה בקנה אחד עם מודל ה-Due Process, המדגיש את הצורך לשמור על זכויותיהם של חשודים ונאשמים במהלך אכיפת החוק.<sup>25</sup> השופט לנדוי סבר כי פסילת הודאה שנגבתה תוך שימוש באמצעי פסול יעילה יותר כאמצעי הרתעה מאשר סנקציה פלילית או משמעתית.<sup>26</sup> מעבר לשיקול ההרתעה, שהוא בעיקר שיקול אמפירי, פסילת הודאה שנגבתה באמצעים לא חוקיים מגינה על כבוד האדם ומבטאת הכרה בפגיעה החוקתית הנגרמת לפרט מעצם גביית הודאתו שלא כדין.<sup>27</sup>

בניגוד לכך, הגישה הרווחת בפסיקה תמכה בבחינת ההשפעה הסובייקטיבית של

- שחולצה בעניינים היא דוגמה קיצונית להודאה לא רצונית: *Brown v. Mississippi*, 297 U.S. 278 (1936). בפרשה ידועה זו ביטל בית המשפט העליון האמריקני הרשעה של נאשמים שחורים ברצח לבן שהתבססה על הודאותיהם באשמה, וכן את עונש המוות שנגזר עליהם. כאשר נשאל חוקר המשטרה במשפט כמה חזק הכה את אחד הנאשמים, השיב: "not too much for a negro".
- 22 פרשת פלוני, לעיל ה"ש 21, בעמ' 1214-1213; ראו לעניין זה גם *Ashcraft v. Tennessee*, 322 U.S. 433 (1944); *McNabb v. United States*, 318 U.S. 332 (1942).
- 23 ב"ש 22/87 ביטר נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(1) 52, 56 (1987); פרשת פלוני, לעיל ה"ש 21, בעמ' 1211-1210; ע"פ 299,309/58 ברזאני נ' היועץ המשפטי, פ"ד יג 1416, 1409 (1959). כך, למשל, אסורה "הטעיה שיש בה משום הטייה", כלומר: "עשויה מבחינה פסיכולוגית להטות את רצונו של המתוודה" כגון לדחפו להודות בעבירה קלה יותר כדי להינצל מכתב אישום בעבירה קשה או מכתימה יותר: ע"פ 80/57 בקר נ' היועץ המשפטי, פ"ד יב 553, 550 (1958); ע"פ 307/60 יאסין נ' היועץ המשפטי, פ"ד יז 1541, 1553 (1963).
- 24 ע"פ 294/55 טוויג נ' היועץ המשפטי, פ"ד י 1083, 1089 (1956); *K. W. Lidstone, Human Rights*; *in the English Criminal Trial, in HUMAN RIGHTS IN CRIMINAL PROCEDURE* 89 (John A. Andrews ed., 1982).
- 25 על מודל זה ראו *HERBERT L. PACKER, THE LIMITS OF THE CRIMINAL SANCTION* 165-166 (1968).
- 26 ע"פ 183/78 אבו מידג'ם נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(4) 538, 533 (1980).
- 27 שם, בעמ' 539.

אמצעי החקירה הפסולים על רצונו של הנחקר בהדגישה את החשיבות של חקר האמת, אכיפת החוק וההגנה על שלום הציבור מפני עבריינים.<sup>28</sup> בפסק דין מועדי אימץ השופט גולדברג גישת ביניים בין שתי האסכולות הקודמות, שלפיה אמצעים פסולים קיצוניים, שהגיעו עד כדי פגיעה בצלמו של הנחקר, מקימים חזקה שאינה ניתנת לסתירה כי הביאו לשלילת כוח רצונו של הנאשם: "...מדיניות שיפוטית שכזאת... מתיישבת עם מגמת החקיקה למלחמה בפשיעה... אולם מאידך גיסא, אין היא מעריכה את ערך המהימנות מעל לכל שיקול של הגנת הפרט".<sup>29</sup> בפסק דין יששכרוב אימץ בית המשפט את גישתו של השופט גולדברג בפסק דין מועדי ואף הרחיב אותה: "מן הראוי לפרש את כלל הפסילה המעוגן בסעיף 12 לפקודת הראיות כך שאמצעי חקירה פסולים שיש בהם כדי לפגוע שלא כדין בזכותו של הנחקר לשלמות הגוף או כדי להשפילו ולבזותו מעבר לנדרש כתוצאה מעצם קיומה של חקירה, יובילו לפסילתה של ההודאה מיניה וביה; זאת בלא צורך לבחון את השפעתם של אמצעי החקירה האמורים על אמיתות ההודאה שנמסרה בחקירה".<sup>30</sup> לאור חוק היסוד, טיבם והיקפם של אמצעי החקירה הפסולים שייתפסו כפוגעים בצלם דמות האדם של הנחקר עשויים להיות אף רחבים מבעבר.<sup>31</sup> עניינו של יששכרוב, שם התבטא הפגם בחקירה באימתן הודעה על זכותו לסנגור, אינו נכנס בגדרם של אמצעי חקירה פסולים הפוגעים בשלמות הגוף והנפש.<sup>32</sup> ההלכה שקדמה לפסק דין יששכרוב קבעה כי אימתן הודעה לחשוד על זכות השתיקה או על זכותו להיוועץ בסנגור היא נסיבה שיש לשקול כדי לבחון רצונית – אך לא מעבר לכך.<sup>33</sup> הלכה זו נקבעה באחד מפסקי הדין המוקדמים:

האזהרה המוקדמת עשויה להחדיר למוחו של אדם את רצינותו של המעמד וחשיבותם של הדברים שהוא עומד להוציא מפיו. אך אין להפריז

28 שם, בעמ' 546.

29 ע"פ 115/82 מועדי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח (1) 197, 225 (1984).

30 פרשת יששכרוב, לעיל ה"ש 1, בפס' 33.

31 שם.

32 שם.

33 ע"פ 177/53 גרוסברגר נ' היועץ המשפטי, פ"ד ח 182, 188 (1954); פרשת פלוני, לעיל ה"ש 21, בעמ' 1208; ע"פ 747/86 אייזנמן נ' מדינת ישראל, פ"ד מב (3) 447, 454 (1988). באחד המקרים קבע בית המשפט כי לא הוכחה רצוניתה של הודאה שנגבתה מאדם שהיה שרוי במצב של דכדוך לאחר שגרם למות אשה בתאונת דרכים, כאשר החוקר אמר לו כי הוא גובה את אמרתו כעד ולא כחשוד למרות שבפועל נפל עליו חשד: ע"פ 293/55 דוד נ' היועץ המשפטי, פ"ד י 559, 560-559 (1956). כאשר היעדר ההודעה לא הביא לשלילת רצונו החופשי של החשוד תהיה ההודאה קבילה, אולם תהיה לכך השלכה על משקלה: ע"פ 24/56 היועץ המשפטי לממשלה נ' אהרונוביץ, פ"ד י 599, 603-604 (1956).



במידת חשיבותה. אין כלל בדעתנו לקבוע, כי המשטרה רשאית לנהוג בה זלזול; נהפוך הדבר, יש לשבח את הקפדתם של הממונים על כך, שאין הם גובים הודאה, אלא אם כן מזהירים תחילה. אך לנגד עיניו של בית משפט מן הדין שיהיו שיקולים אחרים בתכלית. בהעדר תחיקה מפורשת על כך, אין האזהרה המוקדמת עשויה לשמש קסם, קמיע, או לחש בפני מרעין בישין. נניח, בדרך משל, כי אדם התפרץ באישון לילה לתחנת משטרה, ובידו פגיון נוטף דם, והוא אומר: "זה עכשיו דקרתי את פלוני שכני והרגתי". עד שלא נטל השוטר התורן את עטו, רשם את האזהרה וקראת לפני הנאשם, נתיישרה עליו דעתו של זה, והוא חזר בו מהודאתו. כלום לא תהא ההודאה מתקבלת כראיה משום שלא קדמה לה אזהרה?<sup>34</sup>

בפרשת יששכרוב קבע בית המשפט שפגיעה בזכות השתיקה ובזכות ההיוועצות בסגור במסגרת הליכי חקירה תהווה שיקול כבד־משקל בעת בחינת קבילותה של הודאה לפי סעיף 12 – "זאת מאחר ופגיעה בזכויות אלה עלולה לפגוע באופן מהותי בחופש הרצון והבחירה של הנחקר במסירת הודאתו".<sup>35</sup> עם זאת, בית המשפט דחה את הטענה שלפיה "סעיף 12 לפקודת הראיות נועד להגן על מלוא היקפן של זכות השתיקה וזכות ההיוועצות בעורך־דין, באופן שפגיעה בהן תוביל בהכרח לפסילת קבילותה של הודאה לפי סעיף 12 הנ"ל, שכן, סעיף 12 נועד, על־פי לשונו ותכליתו, להגן על הנחקר מפני פגיעה משמעותית באוטונומיה הרצון החופשי שלו".<sup>36</sup> לפיכך, הודאה תיפסל כלא רצונית כאשר נחקר שלא קיבל הודעה על זכויותיו לא היה מודע בפועל לזכות השתיקה ולזכות ההיוועצות בסגור, ונשללה ממנו באופן זה יכולת הבחירה אם לשתף פעולה עם חוקריו אם לאו.<sup>37</sup> בניגוד לכך, הודאה לא תיפסל אם הנחקר היה מודע בפועל לזכותו לשתוק.<sup>38</sup>

בית המשפט קבע אמנם כי בעקבות חוק היסוד התחזק מעמדה של הזכות לאוטונומיה של הרצון החופשי, וכי זכות זו אף נמצאת במעגל הפנימי של הזכות החוקתית לכבוד ולחירות ונגזרת "באופן ישיר מתפיסת האדם כמטרה ולא כאמצעי".<sup>39</sup> כמו כן, בית המשפט קבע כי בניגוד לתפיסה הקודמת, ולאור חוק היסוד, התכלית של הגנה על זכויותיו של הנחקר צריכה להוות טעם מרכזי העומד בפני עצמו לפסילת קבילותה של הודאה לפי סעיף 12 לפקודת הראיות, ולהוביל לפסילת הודאה גם אם לא

34 ע"פ 20-21/49 עבדול האדי נ' היועץ המשפטי, פ"ד ג 13, 33-34 (1950).

35 פרשת יששכרוב, לעיל ה"ש 1, בפס' 35.

36 ש.ס.

37 ש.ס.

38 ש.ס.

39 ש.ס, בפס' 34.

מתעורר חשש בדבר אמיתותה.<sup>40</sup> זכויות היסוד של הנחקר שיש להגן עליהן כתכלית עצמאית הן "הזכות לשלמות הגוף והנפש של הנחקר והזכות לאוטונומיה של הרצון החופשי".<sup>41</sup> אולם, בבואו ליישם דברים אלה בדבר חשיבותה של האוטונומיה האישית, בית המשפט קבע כי רק "פגיעה משמעותית וחמורה באוטונומיה הרצון ובחופש הבחירה של הנאשם במסירת הודאתו בחקירה, תוביל לפסילת ההודאה לפי סעיף 12 הנ"ל".<sup>42</sup> לדבריו, פרשנות זו נובעת הן מהצורך שלא לפגוע יתר על המידה בערכים של גילוי האמת, לחימה בעבריינות והגנה על שלום הציבור והן מלשונו של סעיף 12 לפקודת הראיות.<sup>43</sup> קשה לראות כיצד לשון החוק, המדברת על כך שהודאה צריכה להיות חופשייה ומרצון או להינתן מרצונו הטוב של הנאשם, מכוונת לפרשנות כזו.

בעניינו של יששכרוב קבע בית המשפט כי הימנעותו המכוונת של החוקר מלהודיע לחשוד על זכותו להיוועץ בסנגור לא הובילה "לפגיעה מהותית באוטונומיה הרצון ובחופש הבחירה של המערער במסירת הודאתו הראשונה".<sup>44</sup> זאת, אל נוכח העובדה כי החשוד הוזהר בדבר זכותו לשתוק ואל נוכח העובדה כי החשוד בחר להשיב לשאלות החוקר בעת גביית אמרתו השנייה לאחר שקיבל הודעה על זכותו להיוועץ בסנגור ומימש אותה.

באשר לעצם השהות במעצר, למרות מודעותו של בית המשפט לעובדה כי חקירה בתנאי מעצר יכולה ליצור בקרב חשוד "לחץ נפשי ואי נוחות פיזית שהם אינהרנטיים למצב בו הוא שרוי",<sup>45</sup> וכי "קשה לחלוק על כך מבחינה עיונית טהורה" כי "אדם נתון במעצר אינו יכול להיחשב בשום אופן כפועל מרצונו החופשי",<sup>46</sup> נקבע כי עובדה זו אינה פוגעת ברצוניותה של ההודאה.<sup>47</sup>

בסיכומם של דברים קבע אפוא בית המשפט בפסק דין יששכרוב כי דרישת הרצוניות נועדה להגן על הזכות לשלמות הגוף והנפש של הנחקר ועל הזכות לאוטונומיה של הרצון החופשי. עם זאת, רק פגיעה משמעותית וחמורה באוטונומיית הרצון של הנחקר תביא לתפיסת הודאתו כלא רצונית. לשם הזכחת פגיעה כזו יש להראות כי רשויות החקירה נהגו שלא כדין. נקיטת אמצעים פסולים, שיש בהם כדי לפגוע שלא כדין בזכותו של הנחקר לשלמות הגוף או כדי להשפילו ולבזותו מעצם קיומה של החקירה, יביאו

40 שם, בפס' 32, 34.

41 שם, בפס' 32.

42 שם.

43 שם.

44 שם, בפס' 37.

45 שם, בפס' 23.

46 ע"פ 69/53 סייג' נ' היועץ המשפטי, פ"ד ז 801, 808 (1953).

47 שם. במקרים נדירים במיוחד הכיר בית המשפט בעצם החשש ממעצר כגורם היוצר לחץ פנימי להודות, המשליך לא על הקבילות אלא על המשקל: ע"פ 3967/91 מזון נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(3) 168, 172-173 (1992).

לפסילת ההודאה באופן אוטומטי כלא-רצונית. במקרים אחרים שבהם נהגו החוקרים שלא כדין – כגון אימתן הודעה לנחקר על זכויותיו – תיבחן באופן אמפירי השאלה אם האמצעי הפסול שננקט השפיע על כוח רצונו של הפרט באופן שיכול היה להביאו לכדי הודאה כוזבת.

תפיסתו של בית המשפט העליון אצלנו בנוגע לרצוניות ההודאה עומדת בניגוד חריף להלכת *Miranda* האמריקנית,<sup>48</sup> שחזרה ואושרה לאחורונה בפרשת *Dickerson*.<sup>49</sup> לדעתנו, הלכת *Miranda* מבטאת באופן ראוי את מצוקתו של חשוד הנחקר בתנאי מעצר, כפי שיוסבר להלן, וכפועל יוצא מכך – את הסכנה לשבירת כוח רצונו.<sup>50</sup> בארצות-הברית שלט בעבר בכיפה מבחן הרצוניות המסורתי, שאסר על קבלת הודאה שהיא תוצר של כפייה פיזית או פסיכולוגית.<sup>51</sup> מבחן זה בדק פרמטרים אובייקטיביים וסובייקטיביים כאחד כגון מצבו הפיזי והנפשי של החשוד, משך המעצר ותנאיו, משך החקירה ותנאיה ומידת האפשרות שהייתה נתונה לחשוד ליצור קשר עם סגור ועם קרובים.<sup>52</sup> בחינה פרטנית זו הייתה קשה ליישום.<sup>53</sup> הלכת *Miranda v. Arizona* קבעה, ביחס לחקירה בתנאי מעצר,<sup>54</sup> כללים ברורים ונוקשים שלפיהם הודאה שניתנה בלא שהודע לעצור על זכות השתיקה הנתונה לו, על כך שדבריו עלולים לשמש ראיה כנגדו, על זכותו לסגור ועל זכותו לקבל עורך דין במימון המדינה אם אין לו אמצעים כספיים –

- 48 הלכת *Miranda*, לעיל ה"ש 14.
- 49 *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000).
- 50 ראו ה"ש 61-69 והטקסט שליידן. ראו לעניין זה גם רינת קיטאי סנג'רו "שאלת חוקיותו של מעצר לצורך חקירה" (עתיד להתפרסם בעלי משפט ו 2007).
- 51 *Rogers v. Richmond*, 365 U.S. 534, 540 (1961).
- 52 David A. Wollin, *Policing the Police: Should Miranda Violations Bear Fruit?*, 53 OHIO ST. L.J. 805, 818 (1992); Mark A. Godsey, *Rethinking the Involuntary Confession Rule: Toward a Workable Test for Identifying Compelled Self-Incrimination*, 93 CALIF. L. REV. 465, 468-469 (2005).
- 53 Kathryn Young-sook Kim, *Self-Incrimination, Compulsion, and the Undercover Agent* – *Illinois v. Perkins*, 110 S. Ct. 2394 (1990), 66 WASH. L. REV. 605, 607 (1991); לעיל ה"ש 52, בעמ' 467.
- 54 שני האלמנטים השלובים זה בזה של חקירה ומעצר מהווים דרישות סף ליישומה של הלכת *Miranda*, לעיל ה"ש 14. מעצר צריך להיות פורמלי או כרוך בשלילת חופש התנועה במידה דומה למעצר פורמלי: *California v. Beheler*, 463 U.S. 420, 430 (1984); *Minnesota v. Murphy*, 465 U.S. 1121, 1125 (1983); Gordon Van Kessel, *The Suspect as a Source of Testimonial Evidence: A Comparison of the English and American Approaches*, 38 HASTINGS L.J. 1, 44 (1986); חקירה היא תשאול מפורש או מקבילו הפונקציונלי, המתייחס למילים או להתנהגות מצד המשטרה, ששוטר צריך לדעת כי הם צפויים באופן סביר לחלק הודאה מפלילה מצד החשוד: *Rhode Island v. Innis*, 446 U.S. 291, 301 (1980).

אינה רצונית.<sup>55</sup> בית המשפט העליון האמריקני ביטא בפסק דין זה תפיסה שלפיה כוח רצונו של החשוד נפגע באופן רגיל לא רק כשננקט נגדו אמצעי פסול אלא גם בחקירות רגילות לחלוטין, הנערכות בתנאי מעצר. הסיטואציה של חקירה בתנאי מעצר היא כופה מעצם טיבה ומפעילה על העצור לחץ לדבר.<sup>56</sup> אדם נלקח מסביבתו המוכרת וניתק משגרת חייו לסביבה מבודדת של מעצר משטרתי; הוא מוקף גורמים עוינים וחשוף לטכניקות כופות של שכנוע. במצב כזה עצור נמצא תחת כפייה לדבר ולהודות באשמה; עצם הסביבה של חקירה בתנאי מעצר מיוערת ויכולה להכניע את כוח רצונו החופשי של הנחקר.<sup>57</sup> בהיעדר ערובות פרוצדורליות נאותות, כל אמרה הנאמרת בנסיבות כאלה אינה יכולה להיחשב רצונית באופן אמיתי. הערובות הפרוצדורליות, המאפשרות לחשוד לממש את זכות השתיקה ואת זכות ההיוועצות בסנגור, הן חיוניות כדי להבטיח שהודאה שניתנה בנסיבות של מעצר תשקף את רצונו האמיתי של הנחקר.<sup>58</sup> בהיעדר ערובות אלו קמה חזקה חלוטה כי ההודאה ניתנה בתנאים של כפייה ואינה רצונית.<sup>59</sup> אין נפקא מינה לעניין זה אם החשוד היה מודע לזכויות אלה גם בלי שהמשטרה הודיעה לו עליהן. רק אם ההודאה נמסרה לאחר שנשמרו ערובות אלה, יש לבדוק את רצוניתה על פי מכלול הנסיבות.<sup>60</sup> בית המשפט בפסק דין *Miranda* יכול היה להגיע לאותה תוצאה – פסילת ההודאה – על ידי הפעלת כלל פסילה חוקתי, הפוסל ראיות שנגבו באמצעים בלתי-חוקיים שלא הביאו לשבירת כוח רצונו של החשוד, אולם בית המשפט רצה להבהיר עד כמה חשוד הנתון במעצר פגיע ושרוי במצב של שלילת כוח הרצון, ולפיכך קבע כאמור שהודאה שנגבתה בלא יידועו של חשוד על זכותו לסנגור ועל זכות השתיקה הנתונה לו נתפסת באופן אוטומטי כלא רצונית וכבלתי-קבילה משום כך. זאת, הגם שבית המשפט בעניין *Miranda* אמר באופן מפורש כי הודאות הנאשמים במשטרה היו רצוניות על פי המבחן המסורתי.

אכן, דומה כי עצם המעצר פועל כשלעצמו לשבור את כוח רצונו של החשוד:<sup>61</sup> מעצר מבודד את החשוד ואינו מאפשר לו ליצור מגע עם משפחתו או עם חבריו, היכולים לחזקו בעת ההתמודדות בחקירה;<sup>62</sup> החשוד משולל מגע עם הסביבה, למעט עם

55 הלכת *Miranda*, לעיל ה"ש 14, בעמ' 457.

56 שם, בעמ' 458.

57 שם, בעמ' 457.

58 שם, בעמ' 467-468, 479.

59 שם, בעמ' 468-469.

60 עם זאת, מצבים שבהם בית משפט יקבע כי חוקר שהקפיד למלא אחר הנחיות "*Miranda*" כפה על החשוד למסור הודאה הם נדירים; ראו *Van Kessel*, לעיל ה"ש 54, בעמ' 151.

61 וראו לעניין זה דוד ליבאי, יורם שחר, אוריה גנאל ואורה הירש "הליכי שחרור וערובה בבית משפט השלום – מחקר מעקב" עיוני משפט ג 516, 527 (1973).

62 פרשת *Miranda*, לעיל ה"ש 14, בעמ' 457, 449-450, 455; *Irene Merker Rosenberg & Yale L.*

חוקריו;<sup>63</sup> החשוד נמצא במצב שאין בו כוח, שליטה וכבוד, והוא חשוף לגחמות של חוקריו;<sup>64</sup> לחשוד אין כמעט הזדמנות לקיים את שגרת חייו הבסיסית ביותר – לאכול את המאכלים שלהם הוא רגיל, לישון במיטה נוחה, להתרחץ באמבטיה, לקרוא עיתון;<sup>65</sup> הניתוק מסביבתו ומאורח חייו המוכר גורם תחושות של בדידות וחרדה, ואף גורם לחשוד לפתח תלות בחוקריו.<sup>66</sup> במצב זה קל יותר לחוקרים להפעיל עליו לחץ פסיכולוגי לשתף עמם פעולה, בעיקר באמצעות מסירת הודאה. תנאי המעצר הקשים מוסיפים אף הם לכוחות הפועלים לשבור את כוח רצונו של החשוד.<sup>67</sup>

באופן כללי, חקירה משטרתית היא כופה מעצם טיבה שכן החקירה נועדה לשכנע את החשוד לומר דברים "בחינם" במקום "למכור" אותם לאחר מכן במסגרת משא ומתן לגיבושו של הסדר טיעון עם התביעה.<sup>68</sup> העובדה שחשודים רבים מודים במשטרה בביצוע העבירה המיוחסת להם מעידה כשלעצמה על הלחץ האינהרנטי שיוצרת חקירה בתנאי מעצר. סביר להניח כי חשוד רציונלי, שלא מופעל עליו לחץ, יבחר רק לעתים נדירות בדרך של הודאה.<sup>69</sup>

ניתן להבין את המוטיבציה של חשוד לדבר כשברצונו לשכנע את המשטרה בחפותו והוא מאמין ביכולתו לעשות כן.<sup>70</sup> גם אשם יכול לסבור כי ביכולתו להצליח בשקריו,<sup>71</sup> אולם במקרה הרגיל תהא הודאה באשמה מנוגדת לאינטרס של החשוד.<sup>72</sup> מובן שישנם מצבים שבהם חשוד מעוניין להודות בעבירה המיוחסת לו, למשל: חשוד המגיע לתחנת המשטרה ומתוודה על ביצוע עבירה; אדם המודה מתוך רצון למרק את המצפון;<sup>73</sup> אדם

- Rosenberg, *A Modest Proposal for the Abolition of Custodial Confessions*, 68 NORTH CAR. L. REV. 69, 110 (1989).
- Laurie Magid, *Questioning the Question-Proof Inmate: Defining Miranda Custody for Incarcerated Suspects*, 58 OHIO ST. L. J. 883, 928 (1997) 63
- Rosenberg & Rosenberg, לעיל ה"ש 62, בעמ' 110. 64
- Magid, לעיל ה"ש 63, בעמ' 929. 65
- Hagit Lemau, *A Research Evaluation of the Israeli New Pretrial Detention Act*, 35 ISR. L. REV. 266, 267 (2001) 66
- שם. ראו גם כנרדר, לעיל ה"ש 16, בעמ' 255-256. 67
- קיטאי-סנג'ור, לעיל ה"ש 50. 68
- שם. 69
- George C. Thomas III, *Book Review: Miranda's Illusion: Telling Stories in the Police Interrogation Room* Miranda's waning Protections. By Welsh S. White, 81 TEX L. REV. 1091, 1096 (2003) 70
- שם, בעמ' 1095. 71
- Laurie Magid, *Deceptive Police Interrogation Practices: How Far Is Too Far?*, 99 MICH. L. REV. 1168, 1198 (2001) 72
- Kimberly A. Roemer, *The Maryland Survey*; 1214 בעמ' 21, לעיל ה"ש 21. 73

המודה משום שאל נוכח הראיות החזקות נגדו "אין לו מה להפסיד" – הכחשה לא תועיל, ואילו הודאה יכולה להביא אולי להתחשבות ולהקלה בעונש.<sup>74</sup> אולם, במקרים אחרים מתעורר ספק רב אם החשוד "רצה" להודות כביצוע העבירה המיוחסת לו ולהביא כמו פיו להרשתו ולענישתו. דומה כי המסקנה המתבקשת היא שבאופן רגיל מרבית החשודים מרגישים כפייה ולחץ לדבר כשהם נתונים לחקירה בתנאי מעצר.<sup>75</sup> לפיכך, בחקירה בתנאי מעצר השאלה היא במה אנו מתמקדים בבחינת הכפייה: באכזריות היכולת לבחור – שאזי נאמר שההודאה רצונית, או בנסיבות החיצוניות האופפות את קבלת ההחלטה – שאז מסקנתנו תהיה שההודאה אינה רצונית.<sup>76</sup>

יש המרחיקים לכת מעבר להלכת *Miranda* וסבורים כי אף אם נשמרו הערובות הפרוצדורליות המותוות בה, הודאה שניתנה בעת חקירה כפויה אינה יכולה להיות רצונית.<sup>77</sup> במאמר זה לא נתייחס לשאלה הרחבה יותר של רצוניותה של הודאה שנגבתה בתנאי מעצר, אלא נתמקד בשאלה שעמדה על הפרק בפרשת יששכרוב: רצוניותה של הודאת חשוד שנמסרה ללא מתן הודעה על זכותו להיוועץ בסנגור. כפי שנראה, מתן הודעה על הזכות להיוועץ בסנגור מהווה ערובה פרוצדורלית חיונית ביותר להפגת הלחץ של חקירה בתנאי מעצר, וכפועל יוצא מכך – להבטחת רצוניותה של ההודאה.

## 2. הקשר בין רצוניות ההודאה לבין הזכות לסנגור

חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996 (להלן: "חוק המעצרים") מעגן את זכותו של עצור להיפגש עם עורך-דין ולהיוועץ בו.<sup>78</sup> האחראי על החקירה צריך לאפשר פגישה זו ללא דיחוי.<sup>79</sup> החוק קובע דרכים למימוש של זכות המפגש וההיוועצות עם סנגור: יש לאפשר לעצור לשוחח עם עורך-דינו ביחידות

2001-2002: *Recent Decisions: The Court of Appeals of Maryland: IV. Criminal Law and Procedure*, 62 MD. L. REV. 722, 747 (2003)  
William J. Stuntz, *Miranda's Irrelevance*; *Procedure*, 62 MD. L. REV. 722, 747 (2003)  
*Miranda's Mistake*, 99 MICH. L. REV. 975, 976, 987 (2001)

74 ראו, למשל, תיאור החקירה המובא אצל Mitch Reid, Note: *United States v. Dickerson*: *Uncovering Miranda's Once Hidden and Esoteric Constitutionality*, 38 HOUS. L. REV. 1343, 1345-46 (2001). עוד לעניין זה ראו Cassell & Hayman, לעיל ה"ש 17, עמ' 886.

75 Magid, לעיל ה"ש 72, בעמ' 1260.

76 Louis Michael Seidman, *Brown and Miranda*, 80 CAL. L. REV. 673, 724 (1992).

77 Irene Merker Rosenberg, *Wolchover and Heaton-Armstrong On Confession Evidence*, 20 HOUS. J. INT'L L. 247, 260 (1997); Rosenberg & Rosenberg, לעיל ה"ש 62, בעמ' 106, 110-109; קיטאי-סנגור, לעיל ה"ש 50.

78 ס' 34(א) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996, ס"ח 338 (להלן: "חוק המעצרים").

79 ס' 34(ב) לחוק המעצרים. ראו גם פרשת יאסין, לעיל ה"ש 23, בעמ' 1570.

ובתנאים המבטיחים את סודיות השיחה,<sup>80</sup> קצין ממונה חייב להודיע לעצור על זכותו להיפגש עם סנגור וכן על זכותו להיות מיוצג על ידי סנגור מטעמו או על ידי סנגור ציבורי אם הוא מחוסר אמצעים.<sup>81</sup> בפרשת יששכרוב נטה בית המשפט לדעה כי זכות ההיוועצות של עצור בעורך־דין היא זכות חוקתית, וקבע כי על כל פנים "על חשיבותה ומרכזיותה בשיטתנו המשפטית אין חולק" וכי חוק היסוד חיוק את מעמדה של הזכות.<sup>82</sup> בשלב המשפט עצמו אין מחלוקת ממשית בדבר חשיבות תפקידו של סנגור ותורמתו להגנה על נאשמים, חפים מפשע ואשמים כאחד.<sup>83</sup> גם לפני הגשת כתב אישום יש הליכי חקירה הנושאים אופי אדברסרי, כדוגמת מסדר זיהוי חי.<sup>84</sup> בהליכים אלה נוכחותו של סנגור חיונית להבטחת זכותו של הנאשם למשפט הוגן במשפט עצמו.<sup>85</sup>

בניגוד לתפקידו של הסנגור במשפט, בהליכי החקירה הסנגור אינו ממלא את התפקיד הקלאסי של הצגת ראיות וחקירת עדים; נהפוך הוא: החקירה המשטרית נושאת אופי אינקוויזטורי מובהק. מטבע הדברים, החשוד אינו יכול להילוות לעבודת המשטרה, לפקח עליה ולהגיב על התפתחותה. בית המשפט העליון התייחס לדברים בשאלתו הרטורית: "כיצד תוכל המשטרה למלא תפקידה ולגלות פשעים, אם תהא חייבת בכל שלב ושלב להזמין את החשוד על מנת שהוא או פרקליטו יחקור את העדים חקירת שתי וערב? מי יאות בתנאים כאלה למסור לה ידיעות?"<sup>86</sup> אל נוכח אופייה האינקוויזטורי של החקירה, יש טענה שלפיה אין מקום למעורבותו של סנגור בשלב הקודם להגשת כתב האישום.<sup>87</sup> החשוד בתחנת המשטרה אינו צריך להתמודד עם סוגיות משפטיות וכללי פרודורה אלא עם שאלות עובדתיות הנוגעות למעורבותו בעבירה.<sup>88</sup> כמו כן, יעילות החקירה מצדיקה לתת למשטרה פרק זמן שבו תוכל לחקור את העצור ללא כל הפרעה.<sup>89</sup>

אמנם ניתן לטעון שככל שעורך־הדין ייכנס לתמונה בשלב מוקדם יותר של החקירה,

80 ס' 34(ג) לחוק המעצרים.

81 שם, בס' 132(1).

82 פרשת יששכרוב, לעיל ה"ש 1, בפס' 20.

83 Rinat Kitai, *What Remains Necessary Following Alabama v. Shelton to Fulfill the Right of a Criminal Defendant to Counsel at the Expense of the State?*, 30 OHIO N.U.L. REV. 35 (2004).

84 *United States v. Wade*, 388 U.S. 218, 224 (1967).

85 שם, בעמ' 224-227; דורון מנשה ורביע עאסי "טעות בזיהוי חזיתי של חשודים: הזמנה למחקר ורפורמה" משפטים לה 205 (2005).

86 בג"צ 185/64 פלוני נ' שר הבריאות, פ"ד יט(1) 122, 127-128 (1965).

87 HAROLD J.; JOSEPH D. GRANO, *CONFESSIONS, TRUTH AND THE LAW* 158-159 (1993)  
ROTHWAX, *GUILTY: THE COLLAPSE OF CRIMINAL JUSTICE* 102 (1996)

88 Grano, שם, בעמ' 158; Rothwax, שם.

89 ראו, למשל, י' נחמיאס "הפרקליט והמשטרה בחקירה ובמשפט" הפרקליט טו 234, 236 (1959).

כך יקל למצוא ראיות מזכות.<sup>90</sup> כך, סנגור יוכל לבקש מהמשטרה לאסוף ראיות ספציפיות או לחקור עדים מסוימים.<sup>91</sup> על פי תפיסה זו, ייצוג יעיל במשפט מחייב התייעצות מוקדמת.<sup>92</sup> עם זאת, דומה כי אל נוכח התפיסה הכללית – שאינה רואה בברכה עריכת חקירות פרטיות מטעם הסגוריה<sup>93</sup> – לא ברור אם יש לסנגור יתרון משמעותי בעניין זה על החשוד.

אם כן – מהו תפקידו של סנגור בשלב החקירה המשטרית? למעשה, שתי זכויות דיוניות מרכזיות בהליך הפלילי חולשות על היקף זכותו של חשוד המצוי במעצר לסנגור: הזכות (עצמה) לסנגור וכן הזכות מפני הפללה עצמית.

פסק דין *Escobedo v. Illinois*<sup>94</sup> האמריקני מבהיר את חשיבותה של זכות הייצוג עבור החשוד בכל הנוגע ליידועו בדבר החוק המהותי ובדבר זכויותיו הדיוניות. בפרשה זו מנעה המשטרה פגישה בין החשוד ברצח גיסו לבין סנגורו למרות בקשותיו החוזרות ונשנות של החשוד לראות את סנגורו, ולמרות בקשת הסנגור – שהגיע לתחנת המשטרה – לשוחח עם לקוחו.<sup>95</sup> עם זאת, החשוד שוחח עם סנגורו על החשד כנגדו בעת שהיה משוחרר בערובה לפני מעצרו.<sup>96</sup> נוסף על כך, עורך-הדין הצליח לראות בחטף את לקוחו מבעד לדלת חדר החקירות, והחווה לעברו תנועה שהתפרשה על ידי החשוד כאזהרה שלא לומר לחוקריו דבר.<sup>97</sup> החוקרים מצדם לא יידעו את החשוד בדבר זכות השתיקה הנתונה לו וכן בדבר השימוש המפליל שניתן לעשות בדבריו כנגדו.<sup>98</sup> החשוד נעתר להצעה של חוקריו להתעמת עם שותפו, לאחר שחוקריו סיפרו לו כי שותפו טוען שהוא אכן ירה בגיסו. בעימות הטיח החשוד לעבר שותפו כי האחרון הוא זה שירה

- Marea L. Beeman, *Fulfilling the Promise of the Right to Counsel: How to Ensure that Counsel is Available to Indigent Defendants 1) Upon Questioning Following Arrest and 2) Following Probable Cause Determination and Awaiting Indictment*, 27 NEW ENGLAND J. ON CRIM. & CIVIL CONFINEMENT 27, 39 (2001); רן ביין "זכותו של חשוד הנתון במעצר לסנגור בהליכי החקירה – לקראת פתרונות של 'פשרה'" הפרקליט לט 108, 112 (1990); יאיר תירוש "הזכות לייצוג משפטי בחקירה" – כללי הצייד במבחן המשפט המשווה" משפט וצבא 91, 95 (1999). ראו לעניין זה גם פרשת יששכרוב, לעיל ה"ש 1, בס' 14.
- 91 דוד ליבאי דיני מעצר ושחרור 182 (1978).
- 92 וראו אצלנו בג"צ 515/74 פלוגי נ' מפקד משטרה צבאית חוקרת, צה"ל, פ"ד כט(2) 169, 175-176 (1975).
- 93 ע"פ 141/65 רחביה נ' היועץ המשפטי, פ"ד כ(2) 376, 382-386 (1966).
- 94 *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964) (להלן: "פרשת Escobedo").
- 95 שם, בעמ' 480-481.
- 96 שם, בעמ' 479.
- 97 שם, בעמ' 480-481.
- 98 שם, בעמ' 483.



במנוח.<sup>99</sup> לאחר שהודה באופן זה בידיעתו על נסיבות התרחשותה של העבירה, כבר קל היה לחלץ מפיו של החשוד אמרות המסבכות אותו בקשר לביצוע רצח. בהתבסס על הודאות אלו הורשע החשוד ברצח.

בית המשפט העליון האמריקני פסק ברוב דעות כי הודאתו של החשוד פסולה מלשמש כראיה בשל הפרת זכותו להיפגש עם סנגור.<sup>100</sup> בית המשפט הדגיש את אי-ידיעתו של החשוד כי על פי החוק במדינת Illinois שותף לביצוע עבירה נושא באחריות מלאה לרצח כמו מי שלחץ על ההדק שממנו נורתה הירייה הקטלנית:<sup>101</sup> סנגור יכול היה ליידעו בדבר מצב חוקי זה.<sup>102</sup> קיים קשר בין הזכות לסנגור במהלך החקירה לבין הזכות לסנגור במהלך המשפט, שכן הודאת החשוד באשמה במשטרה משפיעה באופן משמעותי על מהלך המשפט ויכולה להביא להרשעתו הלכה למעשה.<sup>103</sup> במצב של הודאה, שבו המשפט נהפך ל"ערעור על החקירה", הזכות לסנגור במהלך המשפט נהפכת לעניין פורמלי גרידא.<sup>104</sup> תובע ציני יכול לסבור כי הנאשם יכול כעת לשכור את שירותיו של עורך-הדין המוכשר ביותר, שכן ממילא אין שום דבר שיש ביכולתו של הסנגור לעשות למען לקוחו לאחר הודאתו באשמה במשטרה.<sup>105</sup> בית המשפט גינה את ניצול בורותו של החשוד באשר לזכויותיו החוקתיות ואת פחדה של המשטרה כי נוכחות של סנגור תניע את החשוד להשתמש בזכותו שלא להפליל את עצמו.<sup>106</sup> יש קשר הדוק בין החשיבות של אותו שלב בהליך הפלילי למשטרה, לשם גביית הודעתו של החשוד, לבין חשיבותו לחשוד – לקבל עצה משפטית באותו שלב עצמו.<sup>107</sup> נקבע, כי החוקה הכריעה במסגרת איוון האינטרסים לטובת הצורך של החשוד להיות מיוודע בדבר זכותו שלא להפליל את עצמו.<sup>108</sup> מצב שבו חשוד נדרש להתמודד עם אשמה רצינית, אולם גישתו לאמצעים שיאפשרו לו התמודדות זו נשללת, פוגע בהגינות ובשוויון.<sup>109</sup>

99 שם, בעמ' 482-483.

100 בית המשפט העליון האמריקני קבע באותו פסק דין כי הזכות שנפגעה היא הזכות לייצוג על ידי סנגור, המעוגנת בחיקון השישי לחוקה האמריקנית; שם, בעמ' 486, 491. בפסק דין *Miranda*, לעיל ה"ש 14, הבהיר בית המשפט העליון האמריקני כי הזכות החוקתית הנפגעת בשל הפרת זכותו של נחקר עצור להיוועצות עם סנגור היא החיסיון מפני הפללה עצמית, המעוגנת בחיקון החמישי לחוקה האמריקנית, ולא הזכות לייצוג על ידי סנגור.

101 פרשת *Escobedo*, לעיל ה"ש 94, בעמ' 486.

102 שם.

103 שם.

104 שם, בעמ' 487.

105 שם, בעמ' 488.

106 שם.

107 שם.

108 שם.

109 שם, בעמ' 490.

הלכת *Miranda* המפורסמת הדגישה כי הזכות לסנגור בטרם הגשת כתב אישום, בטרם החל הליך אדברסרי של עימות בין הפרט למדינה, קמה בסיטואציה ייחודית של חקירה בתנאי מעצר שבה החסיון מפני הפללה עצמית מוטל בסכנה.<sup>110</sup> הלכת *Escobedo* מתפרשת אף היא לאור הלכת *Miranda*, שכן גם שם דובר בחקירה בתנאי מעצר.<sup>111</sup> בכמה פסקי דין עמד בית המשפט העליון בישראל על כך שזכותו של עצור להיוועץ עם סנגורו לפני הגשת כתב אישום "איננה אלא אספקט אחר של זכות השתיקה".<sup>112</sup> זוהי, למעשה, תמציתה של הלכת *Miranda*: בפרשה זו ביסס בית המשפט את הזכות של חשוד הנחקר בתנאי מעצר להיפגש עם סנגור לא על הזכות האדברסרית לייצוג על ידי סנגור עצמה אלא על זכותו של חשוד לאי-הפללה עצמית. עמדנו לעיל על הכפייה הנוצרת בסיטואציה של חקירה בתנאי מעצר: הזכות לסנגור מגנה על זכותו של חשוד הנחקר בתנאי מעצר להיעדר הפללה עצמית. בלי סנגור, הלחצים הפסיכולוגיים המופעלים על חשוד יכולים להכריע אותו בנקל. מפגש עם סנגור הוא הכרחי כדי להוות משקל נגד לכפייה הכרוכה בחקירה וכדי לאזן את הלחצים האינהרנטיים הקיימים באווירה של חקירה בתנאי מעצר.<sup>113</sup> אכן, תפקידו של סנגור הוא להסביר לעצור את זכויותיו (כגון זכותו להיות כלוא בתנאי מעצר הולמים, זכותו לסרב לסוגים מסוימים של חיפוש בגופו, ההגבלות המוטלות על אורך תקופת המעצר),<sup>114</sup> ובעיקר את זכות השתיקה.<sup>115</sup> תפקיד הסנגור הוא להסביר לעצור את החוק המהותי, כפי שיכול היה לעשות סנגור בעניינו של *Escobedo*. כמו כן, סנגור יכול לחזק את רוחו של העצור:<sup>116</sup> הוא ניצב לצדו בסיטואציה קשה של שלילת חירותו אגב החשדתו בביצוע עבירה פלילית, ומבחיר לו כי אינו ניצב לבדו מול המדינה. מכיוון שכך, הוא מאזן את פערי הכוחות בין החשוד לבין המדינה.<sup>117</sup> חוקרים נרתעים משימוש באמצעים פסולים או מהעלאת דרישות לא סבירות מהחשוד כאשר הם יודעים שהחשוד מלווה בסנגור יותר

- 110 פרשת *Miranda*, לעיל ה"ש 14, בעמ' 465-466.
- 111 שם דיבר בית המשפט על הזכות לסנגור בשל התמקדות החקירה בחשוד, הפותחת מעין הליך אדברסרי.
- 112 ע"פ 96/66 טאו נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כ(2) 539, 545-546 (1966); פרשת מועדי, לעיל ה"ש 29, בעמ' 231; בג"צ 3412/91 סופיאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה, פ"ד מז(2) 843, 847 (1993); פרשת יששכריב, לעיל ה"ש 1, בפס' 14.
- 113 ראו גם ביין, לעיל ה"ש 90, בעמ' 110.
- 114 פרשת יאסין, לעיל ה"ש 23, בעמ' 1570; דנה מרשק-מרום "עיצוב דגם לסנגוריה ציבורית ישראלית" פלילים ד 311, 340 (1994).
- 115 *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190, 206.
- 116 יורם סגי זקס חירות ממעצר 96 (1999); מרשק-מרום, לעיל ה"ש 114, בעמ' 341; ליבאי, לעיל ה"ש 91, בעמ' 187.
- 117 ראיך ג'רג'ורה "זכויות היתר של משטרת ישראל בעניני מעצר חשודים ומפגש עם סנגור" הפרקליט לו 92, 94 (1984).

משהם נרתעים מאמצעים כאלה במצב שבו עצור נחקר בלי יכולת להיות בקשר עם אדם כלשהו מחוץ לבית המעצר.<sup>118</sup> פסק דין *Miranda* עמד על תפקידו הייחודי והבלתי-ניתן לתחליף של סנגור בהגנה על זכותו של חשוד הנחקר בתנאי מעצר מפני הפללה עצמית.<sup>119</sup>

פסק דין *Miranda* הסיט את הדגש מהזכות לייצוג על ידי סנגור כזכות עצמאית, שהודגשה בפסק דין *Escobedo*, לזכותו של חשוד הנחקר בתנאי מעצר שלא להפליל את עצמו. על פי בית המשפט העליון בעניין *Miranda*, זכות השתיקה היא-היא הזכות הנתונה בסכנה בסיטואציה של חקירה בתנאי מעצר.<sup>120</sup>

בעניין יששכרוב חוקר מצ"ח הודיע ליששכרוב על זכות השתיקה הנתונה לו, ולכאורה הדרך להימנע ממתן גרסה הייתה פתוחה בפניו. עם זאת, האפקטיביות של אזהרת החשוד על ידי המשטרה דומה לאפקטיביות של אזהרה מטעם משרד הבריאות על קופסת סיגריות כי לפיה העישון מזיק לבריאות.<sup>121</sup> ראשית, יש מחקרים המראים עד כמה מפעילים החוקרים לחץ פסיכולוגי על העצור לוותר על זכות השתיקה ומדגישים בפניו את החשיבות שבמסירת גרסה;<sup>122</sup> שנית, החוקר מקריא לעצור את זכויותיו אך אינו מסביר לו אותן.<sup>123</sup> כאשר לבו של החשוד הולם בפחד אל גוכח החקירה הצפויה ותוצאותיה, ספק אם הוא מסוגל תמיד לעכל את משמעות ההודעה הלאקונית של חוקרי המשטרה על זכויותיו. סנגור אינו מסתפק רק בהודעה לעצור על זכויותיו, כפי שרופא אינו מודיע לחולה על סוגי טיפול אפשריים בלי לייצג לו על דרך הטיפול העדיפה בעיניו. סנגור מסביר לעצור את זכויותיו ומייצג לו אם בנסיבות העניין כדאי לו למסור

R.K. Calhoun, "Confessions and the Right to Counsel: Reflections on Recent Changes in Turkish Criminal Procedure", 6 ANN. SURV. INT'L & COMP. L. 51, 63 (2000), מרשק-מרזם, לעיל ה"ש 114, בעמ' 341.

*Fare, Acting Chief Probation Officer v. Michael C.*, 442 U.S. 707, 719 (1979) 119 המשפט העליון האמריקני שלפיה זכותו של חשוד מפני הפללה עצמית נפגעה כאשר הותר לו להתייעץ עם קצין מבחן ולא עם סנגור, שכן קצין מבחן אינו יכול לייצג לעצור בדבר זכויותיו בדומה לעורך-דין). מטעם זה, הצעתו של ביין, לעיל ה"ש 90, בעמ' 114-116, לאפשר נוכחות של אדם ניטרלי כפשרה בין האינטרסים המנוגדים, אינה מספקת.

Yale Kamisar, *The Warren Court and Criminal Justice: A Quarter-Century Retrospective*, 31 TULSA L.J. 1, 11 (1995) 120

Thomas III, לעיל ה"ש 70, בעמ' 1093.

Richard A. Leo, *Criminal Law: The Impact of Miranda Revisited*, 86 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 621, 658-665 (1996) 122 וראו לעניין זה Mandy DeFillipo, *You Have The Right to Better*; L. & CRIMINOLOGY 621, 658-665 (1996) *Safeguards: Looking Beyond Miranda In The New Millennium*, 34 J. MARSHALL L. REV. 637, 652 (2001).

כך, חוקרי המשטרה מסתפקים בהקראה של הזכויות מתוך כתוב: Cassell & Hayman, לעיל ה"ש 17, בעמ' 888.

גרסה או לשמור על זכות השתיקה. לפיכך, סנגור צריך לשמוע את גרסתו של העצור כדי שיוכל ליעץ לו כהלכה. ייעוץ כזה חיוני במיוחד בשיטת משפט כשלנו, הגובה מחיר ראייתי על עשיית שימוש בזכות השתיקה.<sup>124</sup> פשיטא, שחשוד אינו יכול לספר לחוקרי המשטרה את גרסתו כדי שאלו ייעצו לו אם לבחור בזכות השתיקה, שכן בעצם מסירת הגרסה הוא עלול להפיל את עצמו; שלישית, קשה ביותר לסמוך על חוקרי המשטרה כי ישיבו תשובות אובייקטיביות לשאלותיו של העצור על זכויותיו. אין כאן דווקא עניין של רצון רע: קיים ניגוד אינטרסים אינהרנטי בין הרצון לקידום החקירה באמצעות חילוף הודאה מפלילה לבין החובה להסביר לעצור את זכותו שלא לשתף פעולה בקידום החקירה.<sup>125</sup> גם העצור לא ירגיש חופשי לשאול את שוללי חירותו בחופשיות את השאלות שיוכל לשאול עורך-דין, בעיקר שאלות היכולות לעמוד לו לרועץ ולהביא להפללתו;<sup>126</sup> רביעית, בניגוד לחוקר, סנגור לא ייעץ לחשוד להודות באשמה משום שאין כל יתרון שסנגור יכול להפיק מהודאה מוקדמת כזו שהוא לא יוכל להשיג במשא ומתן מאוחר עם התביעה.<sup>127</sup> לפיכך, סנגור נחוץ כדי להבטיח את רצונו דבריו של החשוד ולצמצם את הסכנה של הכפפת כוח רצונו של העצור לכוח רצונם של חוקריו.

אולם, מה היה קורה אם בית המשפט בעניין יששכרוב היה קובע כי בהיעדר אפשרות לממש את הזכות לסנגור הודאתו של חשוד אינה רצונית? למרבה הצער, קביעה כזו הייתה מתנגשת באופן חזיתי עם ההלכה והחוק כאחד, שעל פיהם זכות ההיוועצות של חשוד עצור בסנגור היא זכות יחסית ומוגבלת, הנסוגה לא אחת מפני אינטרסים גוברים.<sup>128</sup> במשפט האמריקני, אם העצור מביע את רצונו בנוכחות של סנגור במהלך החקירה, יש להפסיק באופן מיידי את החקירה עד להגעתו של סנגור;<sup>129</sup> חוקרי המשטרה אף אינם רשאים לחדש את חקירתו של חשוד כזה ללא נוכחותו של סנגור, גם אם ניתנה לחשוד הזדמנות להיפגש עם סנגורו בתקופת הביניים.<sup>130</sup> גם באנגליה ככלל

124 על הקשר שבין חיוניות ההיוועצות בסנגור לבין ההכרה באפשרות להסיק מסקנות ראייתיות משתיקה החשוד ראו Toney, לעיל ה"ש 15, בעמ' 431.

125 ראו Steven Penney, *Theories of Confession Admissibility: A Historical View*, 25 AM. J. CRIM. L. 309, 381 (1998); תירוש, לעיל ה"ש 90, בעמ' 95.

126 ראו גם תירוש, לעיל ה"ש 90, בעמ' 95.

127 Arnold N. Enker & Sheldon H. Elsen, *Counsel for the Suspect: Massiah v. United States and Escebedo v. Illinois*, 49 MINN L. REV. 47, 68 (1964).

128 ע"פ 6613/99 סמירק נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 555, 529 (2002). ראו גם עניין סופיאן, לעיל ה"ש 112, בעמ' 848.

129 פרשת *Miranda*, לעיל ה"ש 14, בעמ' 474; *Edwards v. Arizona*, 451 U.S. 477 (1981).

130 *Minnick v. Mississippi*, 498 U.S. 146 (1990). זאת, בניגוד למצב שבו החשוד מביע את רצונו לממש את זכות השתיקה, שאז חוקרי המשטרה יכולים לנסות את מזלם על ידי חקירה נוספת:

*Michigan v. Mosley*, 433 U.S. 96 (1975).

יש להפסיק את החקירה עד שהחשוד מקבל, על פי בקשתו, ייעוץ משפטי מסנגור.<sup>131</sup> לעומת זאת, בישראל פסק בית המשפט העליון כי לא קיימת חובה להפסיק את הליכי החקירה כשעצור מביע את רצונו להיוועץ בעורך-דין עד להגעתו של הסנגור לתחנת המשטרה;<sup>132</sup> יתרה מכך: החוק בישראל מאפשר להשהות את פגישתו של העצור עם סנגורו.<sup>133</sup> כאשר עצור נמצא בעיצומם של הליכי חקירה או של פעולות אחרות הקשורות בחקירה ומחייבות את נוכחותו של החשוד להשלמתן (כרוגמת שחזור), כאופן שהפסקת החקירה או דחייתה בשל המפגש יכולה לסכן את החקירה באופן ממשי – קצין בדרגת רב-פקד ומעלה, הממונה על החקירה, רשאי להורות בכתב על דחיית הפגישה לכמה שעות.<sup>134</sup> אילו היה יששכרוב מבקש להיוועץ בסנגור, החוקר לא היה חייב להמתין לבואו, וכשהיה הסנגור מגיע לתחנת המשטרה הוא היה מוצא כי העצור נמצא בעיצומם של הליכי חקירה. זהו המצב הרגיל בחקירתו של חשוד ישראלי.<sup>135</sup> עצור ישראלי אינו מדבר עם סנגור לפני גביית אמרתו, כך שגם אם היה יששכרוב מודע לזכותו להיפגש עם סנגור ולהיוועץ בו, הוא לא היה יכול לממש אותה טרם גביית אמרתו הראשונה. אם הודאתו של יששכרוב הייתה נפסלת כלא רצונית בגין חוסר-יכולתו לממש את זכותו לסנגור טרם גביית אמרתו, קשה מאוד היה למצוא הודאות רצונית של חשודים במדינת ישראל.

יתרה מכך: חוק המעצרים מאפשר להשהות את הפגישה בין עצור לסנגור עד 24 שעות משעת המעצר אם "סבר הקצין הממונה כי פגישת העצור עם עורך הדין עלולה לסכל או לשבש מעצרו של חשודים נוספים באותו ענין, למנוע גילוי ראיה או תפישת דבר שהושג בקשר לאותה עבירה",<sup>136</sup> וכן לתקופה של 48 שעות אם הקצין הממונה "שוכנע שהדבר דרוש לשם שמירה על חיי אדם או לצורך סיכול פשע".<sup>137</sup> לגבי עצורים בעבירות ביטחון, כהגדרתם בסעיף 35(ב) לחוק המעצרים, קיימת סמכות להשהות את הפגישה עד 21 ימים אם "הפגישה עלולה לשבש מעצרו של חשודים אחרים", אם "הפגישה עלולה להפריע לגילוי ראיה או תפישתה, או לשבש את החקירה בכל דרך

131 Home Office, Code of Practice for the Detention, Treatment and Questioning of Persons by Police Officers para 6.3. (1985).

132 ע"פ 533/82 זכאי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 57, 66-68 (1984); ע"פ 5203/98 חסון נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 274, 282 (2002).

133 ס' 34(ד)-(1), 35 לחוק המעצרים.

134 ס' 34(ד) לחוק המעצרים. ראו גם פרשת מועדי, לעיל ה"ש 29, בעמ' 232.

135 ראו לעניין זה ממצאי מחקר-השדה של הסנגוריה הציבורית, שהוצגו בפני בית המשפט העליון בפרשת יששכרוב, לעיל ה"ש 1, בפס' 11.

136 ס' 34(ה) לחוק המעצרים.

137 ס' 34(ו) לחוק המעצרים. על פי סיפת הסעיף, אין בדחיית המפגש "כדי לגרוע מזכותו של עצור, שביקש זאת, שתינתן לו הזדמנות סבירה להיפגש עם עורך דין לפני שיובא לבית המשפט בעניין מעצרו".

אחרת" או אם "מניעת הפגישה דרושה כדי לסכל עבירה או כדי לשמור על חיי אדם".<sup>138</sup> לגבי עצורים אלה, הסמכות להשהות את המפגש מופעלת באופן כמעט אוטומטי.<sup>139</sup> כיצד מפגש בין חשוד עצור לבין סנגור יכול להסב את כל אותן תוצאות קשות המפורטות בחוק כטעמים מוצדקים להשהיית הפגישה?

ניתן לטעון כי לעתים דחיפות החקירה אינה מאפשרת את השהיית כשמדובר בעבירה המתבצעת כעת או עלולה להתבצע בקרוב, באופן שקיים חשש להעלמת ראיות, להעלמות שותפים או לביצועה של עבירה.<sup>140</sup> במקרים כאלה מפגש בין סנגור לעצור יכול לפגוע יתר על המידה ברציפות החקירה וביכולת לחלץ מידע מהעצור. אולם, מקרים אפשריים כאלה אינם מצריכים לעכב את החקירה ליותר משעות ספורות – ודאי לא לשלושה שבועות. אמנם קיימת אפשרות כי הסנגור יעביר מידע מן החשוד או אליו, למשל בנוגע לגורלם של שותפים לעבירה או בנוגע לפרטים כמו אם מישוהו מהם נעצר או מסר הודעה מפלילה כנגד החשוד, או כי הסנגור ידבר עם החשוד על דברים ששמע מאחרים.<sup>141</sup> אפשרות זו מבטאת גישה חשדנית כלפי הסנגור, כי יזהיר את לקוחו או שותפים אחרים.<sup>142</sup> יש להניח, או לפחות לקוות, כי התנהגות כזו מצד סנגור, ככל שהיא מגיעה לכדי שיבוש הליכי חקירה ומשפט, היא נדירה למדי.<sup>143</sup> אם זהו אכן החשש, הוא מחייב התייחסות לעורך-הדין הספציפי שבחר העצור ולא לכלל עורכי-הדין.<sup>144</sup> אולם, קיים עדיין חשש כי הסנגור ישמש אמצעי תמים להעברת מידע, למשל אם העצור קבע עם שותפיו או עם עושי-דברו טרם מעצרו קודים למתן הוראות שיימסרו באמצעות חילופי דברים תמימים עם הסנגור; בית המשפט העליון אכן הביע חשש זה פעמים מספר.<sup>145</sup> אולם, גם הסכנה שעורך-הדין ישמש כלי תמים להעברת מידע היא סיטואציה

138 סעיף 35(א) לחוק המעצרים. קצין ממונה יכול להשהות את הפגישה בעשרה ימים: ס' 35(ג) לחוק המעצרים; נשיא בית משפט מחוזי יכול להשהותה ב-21 ימים: ס' 35(ד) לחוק המעצרים.

139 ג'רנורה, לעיל ה"ש 117, בעמ' 95.

140 תירוש, לעיל ה"ש 90, בעמ' 96; ביין, לעיל ה"ש 90, בעמ' 112. ביין מציג דוגמה קלאסית (אך נדירה) לסיכול חקירה אלמלא הדחייה שלפיה העד המזוהה עומד למוח: שם, בעמ' 128 Regina v.; Dodd, 74 Crim. App. 50, 55 (C.A. 1981). וראו לעניין זה גם ס' 58(8) ל-PACE (Police And Criminal Evidence Act, 1984, C. 60 (Eng.)).

141 ביין, לעיל ה"ש 90, בעמ' 112-113; תירוש, לעיל ה"ש 90, בעמ' 96.

142 ביין, לעיל ה"ש 90, בעמ' 129, מציין, עם זאת, כי במרבית המקרים גם קרוב היודע על דבר מעצרו של החשוד יכול להזהיר את שותפיו.

143 R. v. Samuel (1988) 2 All E.R. 135, 143-144 (C.A. Crim. Div.) (להלן: "פרשת Samuel").

144 שם, בעמ' 144-145. בית המשפט עמד על כך שהמשטרה עיכבה פגישה בין עצור לסנגורו שלא כדין, ביודעה את זהותו של עורך-הדין, שהיה עורך-דין בעל מוניטין וניסיון רב ולא סביר היה להניח כי יילך שולל על ידי בחור בן 24.

145 בג"צ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נז(2), 349, 382-381 (2003); בש"פ 306/99 שירות הבטחון הכללי נ' שמעון חן, תק-על(1)99 703 (1999).

לא שכיחה.<sup>146</sup> לשם כך צריך להניח תחכום רב מצד העצור ונאיביות וחוסר-מחשבה מצד עורך-הדין.<sup>147</sup> מעבר לכך, אחת הדרכים לבחון את הכוונה העומדת ביסוד הפגיעה בזכות היא לבדוק אם ננקטו אמצעים שיש בהם כדי להשיג את המטרה בדרך פוגעת פחות. כך, למשל, באנגליה הורה משרד הפנים כי יש להשהות פגישה בין עצור לסנגורו רק אם יש יסוד סביר לסברה כי הסנגור הספציפי ישמש אמצעי – בין תמים ובין אם לאו – להעברת מידע, היכולה להביא להתממשות אחת הסכנות המצדיקות את ההשעיית המפגש; במקרה כזה על המשטרה לשקול מתן אפשרות לעצור להתייעץ עם סנגור ציבורי.<sup>148</sup> אכן, על כל הטעמים שעניינם העברת מידע – במכוון או בתום לב – על ידי הסנגור ניתן להתגבר על ידי צמצום זכות ההיוועצות לסנגורים שקיבלו אישור בלתי-מסויג לייצג בבתי דין צבאיים או לסנגורים הגמנים על הצוות הפנימי בסנגוריה הציבורית,<sup>149</sup> תוך הטלת איסור להעביר מסר כלשהו מהחשוד לגורם אחר או מאדם אחר לחשוד. קשה מאוד להניח כי סנגור שקיבל אישור בלתי-מסויג לייצג בעבירות ביטחוניות יפר איסור זה ויעביר – ולו באקראי – מידע מהעצור לאחר, או מאחר לעצור. העובדה שהחוק מאפשר באופן גורף להשהות מפגש בין עצור לסנגור נותנת יסוד להניח כי ההשעיית הפגישה בין עצור לסנגור באה דווקא "להתגבר" על הקשר ההדוק שבין הזכות לסנגור לבין זכות השתיקה שתואר בהלכת *Miranda*. בית המשפט העליון בישראל אמנם פסק כי "החשש פן עשוי עורך-הדין להשפיע על העציר לבל ימסור הודעה למשטרה" אינו סיבה מוצדקת לעיכוב המפגש,<sup>150</sup> אולם רטוריקה זו אינה

146 פרשת *Samuel*, לעיל ה"ש 143, בעמ' 144.

147 שם.

148 Mark Berger, *Legislating Confession Law in Great Britain: A Statutory Approach to Police Interrogations*, 24 U. MICH. J. L. REFORM 1, 38 (1990).

149 ס' 318 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, ס"ח 171 (להלן: "חש"צ") מתייחס לייצוג חיילים בבית דין צבאי על ידי סנגור שקיבל אישור בלתי-מסויג. סעיף 227א לחש"צ מאפשר לחשוד עצור להיוועץ רק בסנגור צבאי או בסנגור שקיבל אישור בלתי-מסויג לייצוג בבתי דין צבאיים. סעיף 14 לחסד"פ מרחיב הוראה זו בקובעו כי "אשר שר הביטחון בכתב כי בטחון המדינה מחייב סייג זה, לא יהיה חשוד או נאשם זכאי להיות מיוצג – אם בהליכי חקירה בעבירה ואם בהליכים לפני שופט או בית משפט – אלא בידי אדם שאושר באישור בלתי מסויג לשמש סנגור לפי ס' 318 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955". כך, עמד בית המשפט הפלילי לערעורים באנגליה על כך שחשש להעברת מידע באופן המים מצד עורכי-הדין הנמנים על ה-*Duty solicitors* הוא זניח; ראו פרשת *Samuel*, לעיל ה"ש 143, בעמ' 144.

150 פרשת יאסין, לעיל ה"ש 23, בעמ' 1570. בבג"צ 6302/92 רומחיה נ' משטרת ישראל, פ"ד מו(1) 209, 213 (1993) בית המשפט הבהיר – לפחות ברטוריקה – כי לא די שעוכב המפגש עם סנגור הוא "נוח או מועיל או רצוי", אלא שפגיעה בזכותו של עצור להיוועץ עם סנגור "נסבלת רק כאשר הדבר חיוני מבחינתם של צורכי הביטחון והכרחי מבחינתה של טובת החקירה. ככל הנוגע לטובת

מתיישבת לא עם איסור המפגש הגורף ולא עם פסק דין שריתה,<sup>151</sup> שבו אישר בית המשפט מניעת מפגש של עצור עם סנגורו ואף דחה את בקשת הסנגור להודיע לעצור על זכות השתיקה הנתונה לו ועל כך שמשפחתו מינתה לו סנגור. בפרשה זו החליט בית המשפט העליון כדלהלן:

העותר יודע כי נאסרה ונאסרת פגישה בינו לבין עורכי-דין, אולם עורך-דין רוזנטל... מבקש הוא שיודע לעותר כי מי-שהם מן החוץ העמידו לו עורך-דין לייצגו, הוא עורך-דין רוזנטל. היצגנו שאלה זאת לפני המשיב ונציגיו, ושוכנענו כי יידועו של העותר על-כך – בנוסף ליידועו על כי מנוע הוא לפגישה עם עורך-דין – יהיה בו כדי לפגוע ב"טובת החקירה". עוד מבקש עורך-דין רוזנטל, שיותר לו למסור לעותר בכתב כי זכאי הוא לשותק בחקירתו ושלא להפליל את עצמו. גם לעניין זה שמענו את המשיב ונציגיו, וגם לעניין זה שוכנענו כי "טובת החקירה" ו"ביטחון האיזור" תובעים שלא להיענות למבוקשו של עורך דין רוזנטל.

החלטה זו משקפת תפיסה שלפיה יעילות החקירה מצדיקה לתת למשטרה פרק זמן לחקור את העצור ללא הפרעות וללא מתן הזדמנות להיוועץ בעורך-דין.<sup>152</sup> אכן, מכיוון שסנגור מיידע באופן רגיל את החשוד על זכות השתיקה הנתונה לו (ואף מייצג לו פעמים רבות להשתמש בה) והוא מסייע לו בעצם נוכחותו להתמודד עם הלחץ המופעל עליו ולהימנע ממתן גרסה, אין תמה כי סנגור נתפס בעיני חוקרי המשטרה פעמים רבות כגורם מפריע, המחבל במאמצים ללכוד את העברייני.<sup>153</sup>

בפסק דין סמירק הבחין בית המשפט העליון בין חקירת שב"כ שתכליתה חילוץ מידע כדי למנוע ביצוע של עבירה כנגד ביטחון המדינה בעתיד (שאזי אין חובה להודיע לחשוד על זכות השתיקה, וממילא גם על זכותו להיוועץ עם סנגור), לבין חקירה שתכליתה קישור של החשוד עם עבירה שהתבצעה באמצעות איסוף ראיות לצורך ניהול משפט (שאזי קמה חובת ההודעה).<sup>154</sup> הבחנה זו יכולה להסביר את פסיקת בית המשפט העליון בעניין שריתה: אם אין חובה להודיע לנחקר על זכותו לשותק (הגם שמותר לו לשותק, במוכן זה ששתיקה בחקירה אינה מהווה עבירה פלילית), אזי גם אין צורך שסנגור יידע את הנחקר על כך. עם זאת, בית המשפט העליון לא קבע כי הודאה שחולצה

החקירה... הכרחי הוא להראות, כי קיום פגישה בין עצור לבין עורך הדין תסכל את החקירה". ראו

לעניין זה גם ביין, לעיל ה"ש 90, בעמ' 113; פרשת Samuel, לעיל ה"ש 143, בעמ' 144.

151 בג"צ 9314/01 אוסמה עלי שריתה ג' שירות הביטחון הכללי, תק-על 2001 (3) 645 (2001).

152 נחמיאס, לעיל ה"ש 89, בעמ' 236.

153 ליבאי, לעיל ה"ש 91, בעמ' 182, 187.

154 עניין סמירק, לעיל ה"ש 128, בעמ' 545-546.



במהלך חקירה שתכליתה למנוע עבירה עתידית לא תהיה קבילה כנגד הנחקר במשפטו שלו בשל חוסר-רצוניותה.

הזכות לסנגור משתלבת בשיטת משפט המכירה בזכות השתיקה של חשוד במשטרה. בשיטת משפט שקיימת בה תפיסה שלפיה חשוד צריך לסייע לרשויות אכיפת החוק בחקר האמת, סנגור ייתפס ביתר קלות כמכשול לכירור האמת. אכן, מתוך הכרה בקשר שבין זכות השתיקה לבין הזכות לסנגור נמתחה גם ביקורת קשה על הלכת *Miranda*, המעלה על נס את חשיבותה של האפשרות להיוועץ בסנגור כדי להבטיח ששיתוף פעולה מצד החשוד ינבע מרצונו החופשי. נטען כי אלוירת הכפייה שהחקירה יוצרת בתנאי מעצר היא חיונית לשיתוף הפעולה של החשוד עם המשטרה, וכי נוכחות של סנגור תהרוס אותה.<sup>155</sup> אין מקום לעודד חשוד שלא להודות באמצעות מתן הזדמנות למפגש עם סנגור, וכתוצאה מכך לפגוע ביכולת של רשויות אכיפת החוק לבצע את מלאכתן, להגיע לחקר האמת, לאכוף את החוק ולהגן על הציבור.<sup>156</sup> סנגור מייעץ לחשוד באופן רגיל לשמור על זכות השתיקה, ובכך הוא מונע גם מסירת הודאות וולונטריות. בייעוץ זה הסנגור אינו מגן על שום אינטרס אלא רק גורם לכך שהוכחת אשמתו של החשוד תהיה קשה יותר.<sup>157</sup> כך, למשל, במקרה של Escobedo, תפקידו של הסנגור היה לשנות את דעתו של החשוד שהביע נכונות להודות על ידי שכנועו שתהא זו טעות להודות.<sup>158</sup> סנגור אמנם יאפשר לחשוד המכה על חטא מחשבה שנייה, שתאפשר לו להבין את תוצאת התוודותו ולהימלך ברעתו – אולם מחשבה שנייה כזו אינה מקדמת שום ערך חברתי.<sup>159</sup> הזכות לסנגור אינה צריכה להיות מיועדת לעזור לחשוד להתגונן מפני האפשרות שהחקירה תצליח;<sup>160</sup> שוויון בין החשוד לבין החוקר כמטרה עצמאית מביע אדישות לתוצאת החקירה, בעוד שהחברה צריכה להיות מעוניינת בגילוי האמת ולפיכך לרצות שחשודים אשמים יודו במעשיהם.<sup>161</sup>

כאמור, בעניין Escobedo קבע בית המשפט האמריקני כי החוקה ערכה את איון האינטרסים לטובת זכותו של החשוד כי סנגור יידע אותו בדבר זכותו שלא להפליל את עצמו.<sup>162</sup> נאמר שם כי שיטת משפט המכבדת את עצמה אינה צריכה לחשוש שאם

K.W. Lidstone & T.L. Early, *Questioning Freedom: Detention for Questioning in France, Scotland and England*, 31 INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW QUARTERLY 488, 510 (1982).

Gerald M. Caplan, *Questioning Miranda*, 38 VAND. L. REV. 1417, 1441 (1985) 156

Enker & Elsen, לעיל ה"ש 127, בעמ' 66.

Seidman, לעיל ה"ש 76, בעמ' 735.

Grano ; Gerald M. Caplan, *Questioning Miranda*, 38 VAND. L. REV. 1417, 1464 (1985) 159

לעיל ה"ש 87, בעמ' 31.

Grano, שם, בעמ' 158; Rothwax, לעיל ה"ש 87, בעמ' 102.

Grano, שם, בעמ' 34.

פרשת Escobedo, לעיל ה"ש 94, בעמ' 488.

יורשה החשוד להתייעץ בסנגור הוא יהיה מודע לזכויותיו ואף ישתמש בהן: 163 אם שימוש בזכויות חוקתיות יחבל ביעילותה של מערכת אכיפת החוק, סבר בית המשפט העליון האמריקני, אזי קיים ליקוי בסיסי ביותר באותה מערכת. 164 דברים דומים השמיע יורם שחר:

נראה כי החשש העיקרי הממריץ את רשויות האכיפה לחקור בטרם פגישה הינו החשש מפני כוחו של סנגור ליידע את החשוד בכל מגוון זכויותיו החוקיות בחקירה, במיוחד זכות השתיקה. אם אכן זהו החשש, הרי שהוא מבטא בוד עמוק לעיקרון של שלטון – החוק ולכבוד האדם. טיבו של החוק שהוא נעשה בפומבי, והוא מכוון לבני – האדם שיידעו אותו. חוקר המבקש לנצל את בורותו של אדם שאינו יודע את זכויותיו על-פיי-חוק, ואינו מאפשר למשפטן ללמדו את זכויותיו דווקא באותו רגע בחייו שהוא נזקק להן... אינו נוהג בו שוויון ואינו נוהג בו כבוד. אפילו מטרתו ראויה, דרכו אינה ראויה... 165

דברים אלה מהווים תשובה לביקורת בדבר חבלתו של הסנגור בחקר האמת. גם בהיבט של חקר האמת, כל עד שחווה חקירה נגדית אגרסיבית על ידי סנגור במשפט יכול בנקל לדמיין את הלחצים הפועלים ליצור בלבול וטעות בקרב חשוד הנחקר בתחנת המשטרה במשך שעות לבדו, ללא סנגור. 166

הראינו כי זכות ההיוועצות של חשוד בסנגור אינה אלא מס שפתיים במדינת ישראל: בין אם היה יששכרוב מקבל הודעה על זכותו להיוועץ בסנגור ובין אם לאו, בין אם היה מודע לה בפועל ובין אם לאו, יששכרוב לא היה יכול להיוועץ בסנגור טרם גביית אמרתו הראשונה. אין תמה אפוא כי בית המשפט הגיע למסקנה – המנוגדת לזו של הלכת Miranda – כי הודאתו של יששכרוב באשמה הייתה רצונית.

בפני יששכרוב לא עמדה האפשרות להיוועץ בסנגור בדבר כדאיותה של זכות השתיקה. עצם מתן ההודעה על זכות השתיקה, ללא הסבר בצדה, אינה נותנת רבות. העובדה שיששכרוב בחר למסור גרסה שנייה לאחר שבאמרתו הראשונה הודה בכל העבירות – בין שהיו ידועות לחוקר ובין אם לאו – גם היא אינה מעידה על רצונו להודות, שהרי יששכרוב בוודאי הבין כי שתיקה בשלב זה לא תקדם את עניינו במאומה. כאשר מבקשים "הדרן" מחשוד שכבר הפליל את עצמו פעם אחת, יש סיכוי גבוה מאוד שהמשטרה תחליף מפיו אותה הודאה פעם נוספת. 167 בפסק דין עודה, שבו נדון בבית

163 שם, בעמ' 490.

164 שם.

165 יורם שחר "סדר הדין הפלילי" ספר השנה של המשפט בישראל 375, 400 (1991).

166 Stephen J. Schulhofer, *Reconsidering Miranda*, 54 U. CHI. L. REV. 435, 437 (1987).

167 Wollin, לעיל ה"ש 52, בעמ' 847.

המשפט המחוזי בנצרת עניינו של נאשם בסחר בסמים, אמר השופט גינת כי נאשם שאינו מודע לזכויותיו לא יכול לוותר עליהן במודע ומתוך רצון חופשי.<sup>168</sup> למסקנה זו צריך היה להגיע גם בית המשפט העליון כפרשת יששכרוב, תוך ביטול מפורש או משתמע של הלכת זכאי בדבר היעדרה של חובה להמתין להגעתו של סנגור לתחנת המשטרה כשעצור מביע את רצונו להיוועץ בסנגור.<sup>169</sup> בהיעדר סנגור, ובהיעדר אפשרות בחירה אמיתית להיוועץ בסנגור, יששכרוב לא יכול היה להעריך את כדאיותה של השמירה על זכות השתיקה בהודאתו הראשונה. בנסיבות אלה לא ניתן לראות בהודאתו של יששכרוב הודאה רצונית.

## ג. אימוצה של דוקטרינה פסיקתית לפסילת ראיות

### 1. דוקטרינת הפסילה הפסיקתית: מאפיינים, רציונל ומטרות

לדעתנו, כאמור, משהופרה זכותו של יששכרוב לסנגור ראוי היה לפסול את הודאתו מכוח סעיף 12 לפקודת הראיות וסעיף 477 לחוק השיפוט הצבאי מפאת אירציוניותה. אולם, בית המשפט ביששכרוב קבע לעניין זה כי אין להתערב בהחלטת בית הדין הצבאי על שתי ערכאותיו שלא להורות על פסילת הודאתו של יששכרוב מכוח סעיף 12 לפקודת הראיות. לאחר קביעה זו פנה בית המשפט לבדוק את האפשרות לפסול את ההודאה מכוח דוקטרינה פסיקתית כללית לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין בהליכים פליליים – דוקטרינה שטרם הוכרה במשפט הישראלי. זאת, על רקע הימנעותו העקיבה של המחוקק הישראלי מקביעת הסדר חקיקתי כולל ומפורש בשאלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין. המחוקק הישראלי הסתפק עד כה בקביעה של כללים קונקרטיים לפסילת ראיות בשלוש הוראות חוק ייחודיות, העוסקות בקבילות ראיות שהושגו שלא כדין.<sup>170</sup> לפיכך, הגישה שהשתרשה בפסיקת בית המשפט עד לפרשת יששכרוב הייתה שכללי פסילה אלה הם בבחינת חריגים יוצאי דופן, וכל עוד לא נקבע אחרת בחוק – אי-חוקיות בהשגת ראיה רלבנטית אינה משפיעה על קבילותה אלא על משקלה בלבד.<sup>171</sup>

168 ת"פ (נצ') 511/97 מדינת ישראל נ' עודה, בפס' 11 (1997).

169 ראו לעניין זה לעיל ה"ש 132.

170 פרשת יששכרוב, לעיל ה"ש 1, בס' 39; ס' 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971, ג"ח 421 (להלן: "פקודת הראיות"); ס' 13 לחוק האונת סתר, תשל"ט-1979, ס"ח 118 (להלן: "חוק האונת סתר"); וס' 32 לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981, ס"ח 128 (להלן: "חוק הגנת הפרטיות").

171 פרשת יששכרוב, שם, בפס' 39. בית המשפט הסביר כי הכלל המסורתי שלפיו אופן השגת הראיה אינו משפיע על קבילותה אלא על משקלה בלבד – כלל שמקורו במשפט המקובל הבריטי – מושתת על שני טעמים: ראשית, התפיסה ששלטה בפסיקה לפני חוק היסוד הייתה כי תכליתם העיקרית של דיני הראיות בהליך הפלילי היא חשיפת האמת העובדתית לשם הרשעת אשמים וזיכויים של חפים

בית המשפט קבע כי בעקבות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ומשעה שהצעות חוק בנדרון לא הבשילו לכדי חקיקה משך זמן רב,<sup>172</sup> מתחייבת עתה חשיבה מחודשת בסוגיית קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין, תוך שינוי מיקום נקודת האיזון בין האינטרסים המתנגשים ואימוץ כלל פסילה פסיקתי המשקף את נקודת האיזון הראויה. לפיכך נפסק כי לצד המטרה הקלאסית, המובהקת והעיקרית של דיני הראיות בפלילים – חשיפת האמת העובדתית לשם קביעת חפות או אשמה – יש ליתן כעת, לאור חוק היסוד, משקל נכבד יותר מבעבר לערך חוץ-הוכחתי שעשוי לעתים לגבור על האינטרס שבגילוי האמת, והוא – ההגנה על זכויות הנאשם לכבוד ולחירות ועל הגינותו וטוהרו של ההליך הפלילי.<sup>173</sup> גם טרם חוק היסוד לא נתפס האינטרס שבגילוי האמת כערך מוחלט, והוא נסוג לעתים מפני אינטרסים וערכים מתחרים;<sup>174</sup> אולם טרם חוק היסוד במרבית המקרים הוענקה לאינטרס שבחשיפת האמת עדיפות מכרעת על אינטרסים מתחרים אלה. בית המשפט בעניין יששכרוב קבע כי התכלית של חשיפת האמת אמנם נותרה התכלית המרכזית של ההליך הפלילי גם לאחר חוק היסוד, אולם

מפשע, ולפיכך נפסק באופן עקיב שכלל אין למנוע מבית המשפט מידע רלבנטי לבידור חפות או אשמה; שנית, מגמת המעבר של בית המשפט העליון מכללי קבילות נוקשים לכללי משקל המותרים שיקול דעת בידי בית המשפט, שהחלה בשנות השמונים של המאה העשרים, תמכה בצמצום של כללי הקבילות כדי לאפשר זרימה של מידע רלבנטי לבית המשפט, שיבחן את אמינות המידע בנסיבותיו של כל מקרה לגופו; ראו שם, בס' 40. בהתאם למגמת הצמצום של מחסומי הקבילות פורשו כללי הפסילה שבחוק האונת סתר ובחוק הגנת הפרטיות בצמצום רב; ראו ד"ר 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקניץ, פ"ד מב(3) 837 (1988); ע"פ 480/85, 527 קורטאם נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 673 (1986); פרשת יששכרוב, שם. נראה כי עתה, בעקבות הלכת יששכרוב, תסתמן מגמה הפוכה, תוך מתן פרשנות רחבה יותר לכללי הפסילה שבחוקים אלה. כפי שציין בית המשפט, חוק היסוד כבר השפיע על פרשנותו של כלל הפסילה שבס' 13 לחוק האונת סתר – פרשנות שהרחיבה את היקפו של כלל הפסילה כדי לתת ביטוי ראוי להגנה על הזכות לפרטיות בזכות יסוד חוקתית; ראו ע"פ 1302/92 מדינת ישראל נ' נחמיאס, פ"ד מט(3) 309 (1995). יש להניח כי מגמה זו תשפיע בעתיד גם על פרשנותו של כלל הפסילה שבס' 32 לחוק הגנת הפרטיות, אף שעניין אחרון זה הושאר בצריך עיון; ראו פרשת יששכרוב, שם, בס' 49.

172 לעניין זה (ובמענה לטענת היועץ המשפטי לממשלה, שלפיה ראוי כי כלל הפסילה ייקבע בדרך של חקיקה – טענה שמצאה תמיכה בדעת המיעוט של השופט גרוניס) ציין בית המשפט כי עיכב זמן רב את מתן פסק הדין כדי לאפשר להצעות החוק בעניין זה להבשיל לכדי חוק. נוסף על כך, הואיל ודיני הראיות בישראל הם במידה רבה יציר הפסיקה, הרי בהיעדר הסדר חקיקתי שלילי לעניין פסילת ראיות שהושגו שלא כדין על ידי בית המשפט, מוסמך בית המשפט לעצב סעדים מתאימים בגין הפרת הזכויות המנויות בחוק היסוד מכוח חובתו להגן על זכויות אלה. ראו פרשת יששכרוב, שם, בס' 52.

173 שם, בפס' 46.

174 שם, בפס' 44.

עתה יש ליתן משקל רב יותר מבעבר להגנה על זכויות האדם כשערך זה מתנגש עם האינטרס שבגילוי האמת.<sup>175</sup>

בהתחשב בשינוי המיקום של נקודת האיזון בין המטרות של דיני הראיות בעקבות חוק היסוד, הוחלט על אימוץ כלל פסילה יחסי המותיר שיקול דעת רחב לבית המשפט להכריע בשאלת קבילותה של ראיה שהושגה שלא כדין בכל מקרה לפי נסיבותיו.<sup>176</sup> בהתאם לדוקטרינה החדשה ניתן בתנאים מסוימים לפסול ראיה שהושגה שלא כדין. זו הנוסחה שגיבש בית המשפט:

לבית-המשפט שיקול-דעת לפסילת קבילותה של ראיה בפלילים, אם נוכח לדעת כי הראיה הושגה שלא כדין וקבלתה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן שלא בהתאם לגדריה של פיסקת ההגבלה.<sup>177</sup>

אם כן, לשם פסילת ראיה לפי הכלל שגובש נדרשים שני תנאים מצטברים: הראשון – כי הראיה הושגה שלא כדין על ידי רשויות אכיפת החוק; והשני – כי קבלת הראיה במשפט תפגע משמעותית בזכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן, לתכלית שאינה ראויה וכמידה העולה על הנדרש. בהתקיים שני תנאים אלה, "קבלת הראיה במשפט תעלה כדי פגיעה שלא כדין בזכות החוקתית לכבוד ולחירות. כדי למנוע פגיעה זו, על בית-המשפט לפסול את קבילותה של הראיה".<sup>178</sup>

בית המשפט פנה להגדרת שני התנאים האמורים: ראיות שהושגו "שלא כדין" משמען ראיות שהושגו באמצעי חקירה המנוגדים להוראה הקבועה בחוק, בתקנה או בנוהל מחייב, באמצעים בלתי-הוגנים או באמצעים הפוגעים שלא כדין בזכות יסוד מוגנת של הנחקר.<sup>179</sup> בית המשפט הוסיף כי נדרשת זיקה בין אמצעי החקירה הבלתי-

175 כדברי בית המשפט: "מתבקשת נקודת איזון גמישה יותר, אשר בצד החתירה למימוש התכלית של גילוי האמת ולחימה בפשיעה חיתן משקל להגנה על זכויות הנאשם כחלק מהשמירה על הגינות ההליך הפלילי וטוהרו וכחלק מעשיית דין צדק כמובנו הרחב". שם, בפס' 47.

176 שם. בית המשפט הדגיש כי אין הוא רואה באימוץ כלל הפסילה משום כרוסום במגמת המעבר מקבילות למשקל, שאפיינה את פסיקת בית המשפט העליון בשני העשורים האחרונים; ראו שם, בפס' 48. בית המשפט ביששכרוב הבהיר כי פסק דינו אינו מסמן מגמה חדשה של חזרה למחסומי קבילות פורמליים או של נסיגה מן ההתפתחות שחלה בפסיקה בנושא זה בעשרים השנים האחרונות, שכן מחסומי הקבילות שנקבעו בעבר נועדו לקדם את חקר האמת ולהביא לפסילת ראיות בלתי-מהימנות, ואילו כלל הפסילה נועד לקדם את הערך של זכויות הנאשם והגינות ההליך הפלילי. כמו כן, אין מדובר באימוץ כלל פסילה גורף אלא ככלל המותיר שיקול דעת רחב בידי בית המשפט; ראו שם, בפס' 48-49.

177 שם.

178 שם, בפס' 67.

179 שם, בפס' 64.

כשרים לבין השגת הראיה, וזאת מבלי להכריע בשאלת אופייה ועצמתה של הזיקה האמורה.<sup>180</sup>

ככל שהדבר נוגע לתנאי השני נדרש בית המשפט לאפיין את טיבה, את תוכנה ואת היקפה של הזכות להליך פלילי הוגן,<sup>181</sup> אך השאיר בצריך עיון את השאלה אם זכות זו (והזכויות הפרטיקולריות הנגזרות ממנה) נהפכה לזכות יסוד חוקתית (כחלק מזכות הנאשם לחירות המנויה בסעיף 5 לחוק היסוד) במלוא היקפה.<sup>182</sup> עם זאת, נפסק כי פגיעה "מהותית" או "משמעותית" בזכות להליך פלילי הוגן (שלא בהתאם לגדרי פסקת ההגבלה) עשויה להצדיק פסילה של ראיה, שכן פגיעה כזו עולה כדי פגיעה בזכות החוקתית לכבוד ולחירות ולפיכך מנוגדת לחוק היסוד.<sup>183</sup> המבחן האמור מבטא את יחסיותה של הזכות: זוהי זכות שיש לאזנה עם אינטרסים ציבוריים נוספים וביניהם חשיפת האמת ולחימה בעבריינות.<sup>184</sup>

לבסוף התווה בית המשפט אמות-מידה להפעלה של שיקול הדעת השיפוטי במסגרת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית – אמות-מידה שיש בהן כדי להנחות את בתי המשפט בדבר יישום נוסחת הפסילה הפסיקתית בכל מקרה לפי נסיבותיו. נתייחס לאמות-מידה אלה בהמשך דברינו.<sup>185</sup>

אם כן, הערך החברתי המוגן במסגרת כלל הפסילה שאומץ הוא הזכות להליך הוגן, כחלק מהזכות החוקתית לכבוד ולחירות המנויה בחוק היסוד.<sup>186</sup> הפסילה נועדה למנוע

180 ש.פ. בפסיקה הקנדית נקבע כי אין צורך בקשר סיבתי ממשי, ודי בכך שמתקיים רצף כרונולוגי בין הפרת הצ'רטר לבין גילוי הראיה (השגת הראיה תוך כדי הפרת הצ'רטר); ראו R. v. Strachan [1988] 2 S.C.R. 980.

181 בהקשר זה קבע בית המשפט כמה מאפיינים כלליים: (א) מטרת הזכות היא להבטיח הגינות פרוצדורלית וערובות דיוניות הולמות להגנותו של ההליך הפלילי כלפי הנאשם; (ב) הזכות נוגעת לכל שלביו של ההליך הפלילי, שכן גם פגמים בשלב החקירה עשויים להשליך על הגינות ההליך בכללותו; (ג) יש לבחון את השלכותיו של הפגם הדיוני על הגינות ההליך באופן כללי (ולאו דווקא על פי תוצאות המשפט); (ד) הזכות להליך פלילי הוגן היא זכות מסגרת שממנה נגזרות זכויות פרטיקולריות שונות, ובכללן זכות הנאשם לדעת מדוע נעצר וכמה הואשם, הזכות לייצוג על ידי עורך-דין, זכות ההיוועצות בעורך-דין, זכות השתיקה והזכות מפני הפללה עצמית בשלב החקירה (אף שאין בכך כדי למנוע הסקת מסקנות שליליות משתיקתו של הנאשם בחקירתו). ראו פרשת יששכרוב, לעיל ה"ש 1, בפס' 66.

182 ש.פ. בפס' 67.

183 ש.פ.

184 ש.פ.

185 ראו להלן פרק ג.3.

186 בית המשפט קבע כי "המודל העיוני" המתאים לשיטתנו לצורך ביסוס כלל הפסילה הוא "המודל המניעתי", הנוהג במרבית מדינות המשפט המקובל; פרשת יששכרוב, לעיל ה"ש 1, בפס' 60. לפי מודל זה, כפי שהוגדר על ידי בית המשפט, פסילת הראיה היא סעד צופה פני עתיד שתכליתו למנוע

פגיעה בזכות זו עקב קבלת הראיה במשפט (ללא קשר לפגיעה הראשונית בנאשם בעת השגת הראיה).<sup>187</sup> בית המשפט בעניין יששכרוב ציין כי התכלית המרכזית של כלל הפסילה החדש היא "להגן על זכויות הנאשם ועל הגינות ההליך הפלילי וטהורו".<sup>188</sup> על פי גישה זו, הדגש העיקרי ניתן לממד ה"מוסרי" של ההליך הפלילי:

עשיית שימוש בראיה שהושגה בדרך בלתי כשרה על-ידי רשויות אכיפת החוק, עלולה בנסיבות מסוימות להכתים את ההרשעה בפלילים ולפגום בלגיטימיות שלה. בין היתר, עלול בית המשפט להיתפס כמי שמכשיר את הפגם ונותן ידו לאחר מעשה לאי החוקיות שבהתנהגות החוקרים. זאת ועוד, מאחר ושלב החקירה המשטרית מהווה חלק מהמערכת הכוללת של עשיית הצדק, הרי קבלתה במשפט של ראיה שהושגה בדרכי חקירה בלתי חוקיות, עלולה לפגוע בטוהר ההליך השיפוטי ובאמון הציבור בו.<sup>189</sup>

הזכות להליך הוגן איננה זכות מוחלטת, ויש לאזנה בכל מקרה לגופו עם ערכים נוגדים ובכללם גילוי האמת, הלחימה בפשיעה והגנה על שלום הציבור ועל זכויותיהם של נפגעי העבירה. לפיכך, כאמור, הדוקטרינה שאומצה מתאפיינת בהיותה יחסית ובכך שהיא מותירה שיקול דעת רחב לבית המשפט, בדומה לכלל הפסילה הנוהג במרבית מדינות המשפט המקובל. אכן, ההשראה לאימוצו של כלל פסילה במשפט הישראלי, כמו גם מרבית מאפייניו, מבוססת על כללי הפסילה במדינות ששיטת משפטן דומה לשלנו ובעיקרן – קנדה.

פגיעה עתידית בערך חברתי מוגן (שהוא נפרד מהזכות שנפגעה בעת השגת הראיה) עם קבלת הראיה במשפט; שם, בפס' 55. בתוך כך דחה בית המשפט את "הגישה ההרתעתית-חינוכית" (המבוססת על "המודל המתקן") המקובלת בארצות-הברית (ובכלל זה את דוקטרינת הפסילה המוחלטת ואת "תורת פירות העץ המורעל" המאפיינת אותה), שלפיה תכלית הפסילה היא חינוך גורמי החקירה והרתעתם מפני פגיעה עתידית בזכות חוקתית של הנאשם; שם, בפס' 56, 60.

187 שם, בפס' 60. במקום אחר ציין בית המשפט כי פסילת ראיה שהושגה שלא כדין או תוך פגיעה משמעותית בזכות אדם מוגנת נועדה לקדם את הערכים הבאים: עשיית צדק "במובן הרחב" (הכולל גם את האופן שבו הגיע בית המשפט להכרעתו); אמון הציבור במערכת השיפוטית (קבלת הראיה עשויה להצטייר כמתן גושפנקא מצד בית המשפט לאי-החוקיות שבהשגת הראיה); זכות הנאשם והגינות ההליך הפלילי וטהורו; והרתעת הרשות החוקרת מפני נקיטת אמצעים בלתי-כשרים בעתיד; שם, בס' 45.

188 שם, בפס' 65. זאת, על אף שבית המשפט סיווג את הערך של הגנה על זכויות הנאשם בתור הערך המוגן על פי "הגישה הפרוטקטיבית", בעוד שההגנה על טוהר ההליך הפלילי והגינותו נמנתה כתכלית העיקרית של כלל פסילה המבוססת על "המודל המניעתי"; שם, בפס' 55.

189 שם, בפס' 55.

## 2. הלכת יששכרוב, סעיף 24(2) לצירטר הקנדי ופרשת Collins

### (א) פרשת יששכרוב והמשפט המשווה

באספקלריה השוואתית, אימוץ של כלל לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין איננו חדשני. שאלת אימוצו של כלל פסילה חוקתי עלתה לא אחת בפסיקה הישראלית בעשור האחרון (הן בפסיקת בית המשפט העליון והן בפסקי דין של הערכאות הנמוכות<sup>190</sup>), אולם עד לפרשת יששכרוב נמנע בית המשפט העליון מלהכריע בסוגיה.<sup>191</sup> במדינות המשפט המקובל האחרות (ולא רק בהן) אומץ כלל פסילה כזה כבר לפני יותר משני עשורים.<sup>192</sup> יתר על כן: המאפיינים של כלל הפסילה שאומץ בפרשת יששכרוב – ובכללם הרציונל לאימוצה של דוקטרינה לפסילת ראיות, תכליתו המוצהרת של כלל הפסילה והמודל העיוני עליו הוא מושתת, כמו גם מרבית אמות-המידה להפעלת שיקול הרעת במסגרתו – גם בכל אלה אין משום חידוש: דוקטרינת הפסילה שאומצה, על מרבית מאפייניה, היא בגדר וריאציה של המודל הקנדי לפסילת ראיות, ומלומדים שונים שעסקו בסוגיה בעשור האחרון המליצו זה מכבר על אימוצה בישראל.<sup>193</sup>

190 ראו עניין סמירק, לעיל ה"ש 128, בעמ' 546, 555; עניין חסון, לעיל ה"ש 132, בעמ' 283; ע"פ 2180/02 קאסם נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 654, 642 (2002); פרשת עודה, לעיל ה"ש 168; ת"פ (ת"א-יפו) 4598/01 מדינת ישראל נ' בן-שושן (לא פורסם, 3.9.2003).

191 אמנם בפרשת ועקנין, לעיל ה"ש 171, קבע בית המשפט העליון כי דוקטרינת הפסילה אינה חלה במשפט הישראלי, אולם בפסיקה מאוחרת יותר הושארה השאלה בצריך עיון; ראו פרשת סמירק ופרשת חסון, שם.

192 בארצות-הברית: Weeks v. United States 232 U.S. 383 (1914); Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961); בקנדה: ס' 24(2) לצירטר משנת 1982; באנגליה: ס' 178(1) ל-PACE; בדרום-אפריקה: ס' 35(5) לחוקה משנת 1996; באוסטרליה: 54 CLR 141 (1978) Bunning v. Cross. כלל פסילה חוקתי אומץ אף בגרמניה; ראו לעניין זה אליהו הרנון "ראיות שהושגו שלא כדין: מבט השוואתי" ספר לנדרי כרך ב 983, 1006-1008 (אהרן ברק ואלינער מזוז עורכים, השנ"ה-1995). לסקירה כללית הפסילה הנוהגים במשפט המשווה ראו פרשת יששכרוב, לעיל ה"ש 1, בפס' 55-59; הרנון, שם; עמנואל גרוס "כלל פסילה חוקתי – האם יש לו מקום בישראל?" משפטים ל 145 (1999); כן ראו L. Glasser, *The American Exclusionary Rule Debate: Looking to England and Canada for Guidance*, 35 GOE. WASH. INT'L L. REV. 159 (2003); J. Stribopoulos, *Lessons From the Pupil: A Canadian Solution to the American Exclusionary Rule Debate*, 22 B.C. INT'L & COMP. L. REV. 77 (1999); Aaron M. Morrison, *Application of the Canadian Section 24(2) Exclusionary Rule in U.S. Cases: Would it Make a Difference?*, 9 SW.J.L. & TRADE AM. 149 (2002/2003). לדיון בכלל הפסילה הקנדי ראו להלן תת-פרק ב' ואילך.

193 ראו, למשל, גרוס, שם; כן, ראו אהרן ברק "הקונסטטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג 5 (1995), בעמ' 24: "האם ניתן לפתח תרופות חוקתיות ואייתיות, לפיהן בתנאים מסוימים, הראיות שהושגו באמצעות חיפוש ותפיסה שלא כדין, אינם קבילים?...הדבר קבוע במפורש בקנדה בצירטר הקנדי על



לפני שפנה להתוות את המאפיינים של דוקטרינת הפסילה ערך בית המשפט סקירה מקיפה של ההסדרים הקיימים בסוגיה במדינות המשפט המקובל (ובעיקרן קנדה), בציינו:

מובן כי המבט ההשוואתי אינו מחייב אותנו בעיצוב דוקטרינה המתאימה לשיטתנו, וההפניה אל שיטות־משפט הדומות בבסיסן לשיטתנו היא אך לשם הרחבת הדעת והפקת לקחים מניסיוןן של מדינות אלה, ככל שניסיון זה רלוונטי לצרכי המציאות המשפטית בישראל.<sup>194</sup>

על אף דברים אלה נדמה כי תפקידו של המשפט המשווה בפרשת יששכרוב היה מכריע, הן מבחינת ההצדקה וההשראה לאימוץ כלל פסילה בישראל והן מבחינת תכניו ומאפייניו של כלל הפסילה שאומץ. אף שבית המשפט אינו מחויב לאמץ דווקא תוכנות מן הדין הקנדי או מדין זר כלשהו, הרי שנוסחת הפסילה שבחר לאמץ דומה עד מאוד לכלל הפסילה שבסעיף 24(2) לצ'רטר הקנדי, ומרבית אמות־המידה להפעלת שיקול הדעת במסגרתו דומות מאוד לאלו שנקבעו בפרשת Collins.<sup>195</sup>

עיון במשפט המשווה מעלה כי המודל הקנדי לפסילת ראיות הוא אכן ראוי. כלל הפסילה הקנדי, כפי שהתגבש בשני העשורים האחרונים, מבטא את האיזון הראוי בין האינטרס שבגילוי האמת ובהרשעת עבריינים מחד גיסא לבין האינטרס שבהגנה על זכויות הנאשם ועל טוהר ההליך השיפוטי מאידך גיסא. יש באיזון זה כדי להקנות הגנה ראויה ובעלת תוכן ממשי לאינטרסים אחרונים אלה. לפיכך, בחירתו של בית המשפט בעניין יששכרוב להסתמך דווקא על המודל הקנדי היא בחירה ראויה.

עם זאת, ישנם כמה הבדלים בין הכלל הנוהג בקנדה כיום לבין הכלל שהותווה בפרשת יששכרוב. הבדלים אלה נחזים על פניהם כקטנים, אולם כפי שניזכר דווקא הבדלים "קטנים" אלה עלולים להביא לצמצום בלתי־ראוי בהיקף תחולתו של כלל הפסילה הישראלי. נדמה כי הבדלים אלה לא נועדו להתאים את הכלל הקנדי "לצורכי המציאות המשפטית בישראל", ויש בהם כדי לפגום באיזון הראוי בין האינטרסים המתנגשים. יתר על כן – נדמה כי דווקא היכן שראוי היה לסטות מהדין הקנדי כדי להתאים את הכלל לדין הנוהג בישראל נמנע בית המשפט מלעשות כן. לפיכך, בהמשך הדברים נבקש להציע נוסחה רחבה יותר מזו שאימץ בית המשפט בפרשת יששכרוב, וכן הבניה נוקשה יותר להפעלת שיקול הדעת השיפוטי בעניין פסילתן של ראיות מכוח הדוקטרינה החדשה – כזו המקנה משקל משמעותי יותר להגנה על זכויות הנאשם,

זכויות וחופשים. לפי, הראיות פסולות, אם יוכח כי קבלתן 'would bring the administration of justice into disrepute'. אני מניח כי ניתן להגיע לנוסחה כזו, או דומה לה, בדרך שיפוטית".

194 פרשת יששכרוב, לעיל ה"ש 1, בפס' 55.

195 פרשת Collins, לעיל ה"ש 13.

בדומה לאופן ההבניה של שיקול הדעת במשפט הקנדי העדכני. נעבור לדרך בעניינים אלה.

(ב) נוסחת הפסילה של יששכרוב וסעיף 24(2) לצ'רטר הקנדי  
סעיף 24(2) לצ'רטר הקנדי משנת 1982 קובע כדלקמן:<sup>196</sup>

#### 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 admission of it in the proceedings **would bring the administration of justice into disrepute.** (ההדגשה שלנו)

הסעיף מציב שני תנאים לפסילת ראיות: ראשית, יש להוכיח כי הראיה הושגה תוך הפרה של זכות חוקתית המוגנת על פי הצ'רטר – זוהי המקבילה לתנאי הראשון לתחולתה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית בעניין יששכרוב, שלפיו יש להוכיח כי הראיה הושגה "שלא כדין".<sup>197</sup> שנית, הראיה תיפסל אם בהתחשב במכלול הנסיבות – "the admission – of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute", קרי: "קבלתה במשפט תפגע במוניטין של מערכת הצדק"<sup>198</sup> או "תביא לביזוי מערכת עשיית

Can. Const. (Constitution Act, 1982) pt. I (Canadian Charter of Rights and Freedoms), c. 196 .11., s. 24(2).

197 לעניין זה יצוין כי הפרשנות הרחבה שהעניק בית המשפט בפרשת יששכרוב לתיבה "שלא כדין" היא פרשנות ראויה (על פי פרשנות זו, התיבה "שלא כדין" כוללת ראיות שהושגו תוך פגיעה בחוק, בתקנה או בנוהל מחייב, אף אם ההפרה לא כללה פגיעה בזכות חוקתית; ראו לעיל, הטקסט הצמוד לה"ש 179): על רשויות אכיפת החוק לפעול כדין. מבחינה תועלתנית, הפרת חוק או הנחיה מצד המדינה, באמצעות שליחיה, מביאה לזלזול בחוק ויש בה כדי לחתור תחת מערכת עשיית הצדק; ראו ANDREW ASHWORTH, THE CRIMINAL PROCESS: AN EVALUATIVE STUDY 33 (1994). מבחינה מוסרית, אין זה ראוי כי מערכת שתפקידה לאכוף את החוק תיכשל בהפרת החוק; ראו שם. אם כן, התיבה "שלא כדין" עשויה להתפרש באופן רחב יותר מההפרות האפשריות של הזכויות המוגנות בצ'רטר הקנדי. עם זאת, אין לראות את ההגדרה האמורה כמשליכה על היקפו של כלל הפסילה שנקבע בעניין יששכרוב, שכן גם אם ייחכנו אמצעים רבים יותר העשויים להיחשב כעומדים בתנאי הראשון ("שלא כדין"), הרי שקביעות בית המשפט בעניין יששכרוב בדבר אופן הפעלתו של שיקול הדעת מביאות לצמצום ניכר בהיקפו של כלל הפסילה הישראלי בהשוואה לזה הקנדי; ראו להלן פרק ג.3.

198 גרוס, לעיל ה"ש 192, בעמ' 162.

הצדק".<sup>199</sup> תנאי זה הוא המקבילה לתנאי השני לתחולתה של דוקטרינת הפסילה שצוין בעניין יששכרוב: הראיה (שהושגה שלא כדין) תיפסל אם קבלתה במשפט "תפגע משמעותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן שלא לפי גדריה של פסקת ההגבלה".<sup>200</sup> בית המשפט בעניין יששכרוב, בסוקרו את המשפט המשווה בסוגיה, מצא לנכון להציג את דרישת הסיפא לסעיף 24(2) כדלקמן: "על בית המשפט לפסול ראייה כאמור אם בהתחשב במכלול הנסיבות, הוכח כי קבלת הראיה בהליכי המשפט תוביל לפגיעה מהותית במערכת עשיית הצדק".<sup>201</sup> ניסוח של דרישת הצ'רטר באופן זה אמנם מקרב את ה"מקור" הקנדי לנוסחה הישראלית שאומצה – ולפיכך ייתכן שבחירת התרגום אינה מקרית – אך אין מדובר בעניין סמנטי גרידא; הניסוח של דרישת סעיף 24(2) באופן זה מציג את הדין הנוהג בקנדה כמציב דרישות נוקשות יותר לפסילתה של ראייה מהדרישות הגוהגות בו למעשה, וזאת בשלושה מובנים: ראשית, בסעיף 24(2) אין זכר למידתה של הפגיעה, וודאי שהסעיף אינו מציב דרישה כי הפגיעה תהא "מהותית" או "משמעותית" (בשונה מהאופן שבו הוצג התנאי הקנדי בעניין יששכרוב ובשונה מהנוסחה שאומצה בעניין יששכרוב). שנית, כבר בפרשת Collins קבע בית המשפט כי יש להעדיף את הנוסח הצרפתי של סעיף 24(2), שיש בו כדי להקנות הגנה רחבה יותר לזכויות הנאשם, ובהתאם לכך יש לפסול את הראיה אם קבלתה "עלולה" להביא בנסיבות העניין לפגיעה במוניטין של מערכת עשיית הצדק (החלפת "would" ב-"could" בתיבה: "would bring the administration of justice into disrepute").<sup>202</sup> שלישית, על פי הצ'רטר, ובניגוד לאופן ההצגה של הדברים בפרשת יששכרוב, הפגיעה העלולה להתרחש כתוצאה מקבלת הראיה במשפט – כתנאי לפסילת הראיה – היא פגיעה במוניטין של מערכת הצדק, ולא במערכת עשיית הצדק ככזו. מניעת ביזויה של מערכת הצדק – או מניעת פגיעה במוניטין של מערכת זו כתוצאה מקבלת הראיה – היא המצדיקה את פסילת הראיה על פי הצ'רטר הקנדי.

נדמה שהדרישה בנוסחה יששכרוב כי הפגיעה תהא "משמעותית" וודאית איננה בגדר התאמה של הכלל הקנדי ל"צורכי המציאות המשפטית בישראל", ויש בה כדי להביא לצמצום בלתי-ראוי בהיקף תחולתו של כלל הפסילה.<sup>203</sup> כמו כן, בעוד שלפי

199 הרנון, לעיל ה"ש 192, בעמ' 1004.

200 פרשת יששכרוב, לעיל ה"ש 1, בפס' 69.

201 שם, בס' 57 (ההרגשה הוספה).

202 פרשת Collins, לעיל ה"ש 13, בעמ' 287-288. ראו גם Bruce P. Elman, *Collins v. the Queen: Further Jurisprudence on s. 24(2) of the Charter*, 25 ALTA. L. REV. 477, 482 (1986-1987).

203 בהקשר זה יצוין כי ס' 78(1) ל-PACE האנגלי, על פי לשונו, מציב דרישה לפגיעה בדרגת חומרה גבוהה מזו הקבועה בצ'רטר הקנדי. ס' 78(1) קובע כדלקמן:

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

נוסחת יששכרוב (שהרישא שלה קובעת כי "לבית המשפט שיקול דעת לפסול ראיה אם נוכח כי...") "פגיעה משמעותית" בזכות להליך הוגן עשויה להביא לפסילת הראיה, בכפוף לשיקול דעת בית המשפט (אך ודאי אינה מחייבת את פסילתה), הרי שלפי הנוסחה הקנדית, כאשר בית המשפט מוצא שקבלת הראיה עשויה לפגוע במוניטין של מערכת עשיית הצדק – הוא מחויב לפסול את הראיה ("shall be excluded"). לפי נוסחת יששכרוב מוקנה לבית המשפט שיקול דעת הן בשאלת ההערכה של חומרת הפגיעה בזכות להליך הוגן והן בשאלת הפסילה, בעוד שלבית המשפט הקנדי יש שיקול דעת רק להערכה של מידת הפגיעה במוניטין של מערכת עשיית הצדק. אם כן, הנוסחה הקנדית עורכת איוון אנכי תוך העדפת הערך של הגנה על זכויות הנאשם, בעוד שנוסחת יששכרוב אינה מעניקה עדיפות כלשהי לערך זה או אחר.

זאת ועוד: סעיף 24(2) לצ'רטר הקנדי קובע, כתנאי לפסילה, כי קבלת הראיה תפגע ב"מוניטין של מערכת עשיית הצדק". על פי נוסחת יששכרוב הפגיעה היא בזכותו של הנאשם ל"הליך פלילי הוגן". גם הבדל זה אינו סמנטי בלבד, שכן "המוניטין של מערכת עשיית הצדק" הוא מונח רחב יותר מ"הליך פלילי הוגן". גם כאן ניתן לסבור כי מדובר בתנאי מקורי ישראלי שנועד להתאים לצרכים ולדרישות של המשפט הישראלי, וכי זו הסיבה להבדל בין הנוסחה הקנדית לנוסחה הישראלית. סברה כזו היה לה על מה שתסמוך אילו גם הקריטריונים להפעלת שיקול הדעת היו מותאמים לצרכים ולמציאות המשפטית המיוחדים לישראל. אולם, כפי שנראה מיד, מרבית אמות-המידה להפעלת שיקול הדעת נשאבו מהפסיקה הקנדית (ובעיקר מפסק הדין בעניין Collins) המפרשת את סעיף 24(2) לצ'רטר. התיבה "would bring the administration of justice into disrepute" היא תיבה עמומה, שאיננה מציבה מבחן ברור לפסילתה של ראיה שהושגה בניגוד לצ'רטר. לפיכך יצק בית המשפט העליון הקנדי תוכן לתוך דרישה זו וקבע מבחנים שונים שנועדו לסייע לבתי המשפט לקבוע, בכל מקרה לגופו, אם התקיימו דרישות הסיפא לסעיף 24(2) לצ'רטר. הואיל ומבחינים או שיקולים אלה הם בבחינת פרשנות של דרישות הצ'רטר, והואיל ואמות-המידה שעוצבו במשפט הקנדי נשאבו למשפט הישראלי כלשונו, ייתכן שאין להקנות משמעות רבה להבדלים בניסוח של נוסחת האיוון, שכן ממילא

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.

בהתאם לסעיף זה, וכדברי בית המשפט בעניין יששכרוב, "על בית-המשפט להשתכנע כי בנסיבות העניין, קבלת הראיה במשפט תהא בעלת השפעה כה שלילית על הגינות ההליכים עד כי יש לפסלה"; פרשת יששכרוב, לעיל ה"ש 1, בפס' 58. עם זאת, ועל אף שבית המשפט שם סמך את ידו גם על המשפט האנגלי בעיצוב דוקטרינת הפסילה, אימוץ הקריטריונים הקבועים בפסיקה הקנדית כלשונם אינו עולה כאמור בקנה אחד עם נוסחת פסילה מצומצמת יותר.

הקריטריונים להפעלת שיקול הדעת הם שיקבעו את אופן יישומו של כלל הפסילה. עם זאת, גם קריטריונים אלה ניתנים לפרשנות (ואף מצריכים אותה), ובית המשפט ידרש לפרשם בעתיד – ולפיכך ראוי כי פרשנות זו תתאם את רוחה ולשונה של נוסחת האיזון. לאור האמור לעיל, לשם יתר קוהרנטיות, ולשם התאמת הנוסחה לרציונל העומד בבסיסה, ובעיקר – כדי להביא להגנה רחבה יותר על זכויות חשודים ונאשמים, הגנה הדומה בהיקפה לזו המוקנית על פי המשפט הקנדי, כזו העולה בקנה אחד עם הרטוריקה של בית המשפט בישראל – ראוי היה לנסח את כלל הפסילה הישראלי באופן שונה, כך שראיה שהושגה שלא כדין תיפסל אם קבלתה במשפט "עלולה להביא לפגיעה בזכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן או לפגיעה בטוהר ההליך הפלילי, שלא בהתאם לגדריה של פיסקת ההגבלה".<sup>204</sup>

### (ג) הלכת יששכרוב ופרשת Collins

בפרשת Collins נדרש בית המשפט העליון של קנדה לפרש את התנאי השני לפסילת ראיה, הקבוע בסעיף 24(2) לצ'רטר, לפיו "having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute".<sup>205</sup> בית המשפט ציין כי מטרתו המרכזית של סעיף 24(2) היא למנוע פגיעה נוספת במערכת עשיית הצדק כתוצאה מקבלת הראיה במשפט (ולא הרתעה של גורמי אכיפת החוק<sup>206</sup>). פגיעה נוספת זו תהא תוצאה של קבלת ראיה שתפגע בהגנות ההליך כלפי הנאשם, או תוצאה של גושפנקא שיפוטית לפעילות בלתי-חוקית של רשויות אכיפת החוק.<sup>207</sup> בית המשפט נדרש לקבוע מהן אותן "נסיבות" שיש להתחשב בהן כדי לקבוע אם קבלת הראיה במשפט עלולה לפגוע במוניטין של מערכת הצדק. לעניין זה

204 הוספת התיבה "או לפגיעה בטוהר ההליך הפלילי" (כתנאי חלופי לפסילת הראיה) נחוצה גם לגישת בית המשפט בעניין יששכרוב, לעיל ה"ש 1, שכן בית המשפט הדגיש לאורך פסק דינו שני רציונלים לכלל הפסילה: הגנה על זכויות הנאשם והגנה על טוהר ההליך. לפיכך, אין זה ראוי כי "טוהר ההליך" – כרציונל מרכזי לאימוץ הכלל – ייעדר מנוסחת הפסילה.

205 פרשת Collins, לעיל ה"ש 13. באותה פרשה נתפסו סמים ברשותה של הנאשמת במהלך חיפוש בלתי-חוקי בניגוד לסעיף 8 לצ'רטר. בהיותה בבאר של מלון אחזה קולינס בידה שקית שהכילה הרואין; שוטר שעקב אחריה באותה עת ניגש אליה, אחז בגרונה כדי למנוע ממנה לבלוע את הסם ותפס את שקית הסמים. השאלה שעמדה בפני בית המשפט הייתה אם יש לקבל את הסם כראיה במשפט לצורך הוכחת העבירה של החזקת סם מסוכן לצורך סחר בסמים.

206 שם, בעמ' 280-281. לביקורת על עמדה זו ראו S. Penney, *Taking Deterrence Seriously: Excluding Unconstitutionally Obtained Evidence Under Section 24(2) of the Charter*, 49 *McGILL L.J.* 105 (2004), הטוען כי ראוי היה לקבוע כי התכלית היחידה של כלל פסילת הראיות, לפי ס' 24(2) לצ'רטר, היא הרחעת המשטרה – בדומה למקובל במשפט האמריקני.

207 פרשת Collins, לעיל ה"ש 13, בעמ' 281.

מנה בית המשפט שורה של שיקולים רלבנטיים,<sup>208</sup> ולאחר מכן סיווג אותם לשלוש קבוצות לפי האופן שבו הם עשויים להשליך על המוניטין של מערכת הצדק.<sup>209</sup> קבוצת השיקולים הראשונה מתמקדת בהוגנות המשפט עצמו: כאשר קבלת הראיה עלולה לפגוע בהוגנות המשפט הרי היא נוטה לפגוע מבחינה נורמטיבית כמוניטין של מערכת הצדק, ולפיכך בדרך כלל יהא זה ראוי לפוסלה. השיקולים הרלבנטיים לקביעה זו כוללים את אופייה של הראיה שהושגה כתוצאה מההפרה ואת טיבה של הזכות שהופרה. לעניין אופייה של הראיה נקבע כי יש להבחין בין ראיה חפצית שהושגה תוך הפרת הצ'רטר – ראיה בעלת קיום עצמאי וקודם להפרה – ולפיכך קבלתה תביא לפגיעה בהוגנות המשפט רק לעתים נדירות, לבין ראיה שהושגה תוך הפרת החיסיון מפני הפללה עצמית – ראיה שבדרך כלל ראוי לפוסלה בהיותה פוגעת בהגינות המשפט.<sup>210</sup> קבוצת השיקולים השנייה שנקבעה נוגעת לחומרת ההפרה מצד גורמי אכיפת החוק. לעניין זה נמנו השיקולים הבאים: האם מדובר בהפרה חמורה או "טכנית"; האם ההפרה הייתה מכוונת או שנעשתה בתום לב; והאם ההפרה נבעה מצורך דחוף או כדי למנוע השמדה של ראיות. לבסוף נקבע כי ההפרה תיחשב לחמורה יותר אם יוכח כי עמדו לרשות המשטרה טכניקות חקירה אחרות – חוקיות – שבאמצעותן ניתן היה להשיג את הראיה.<sup>211</sup> קבוצת השיקולים השלישית מתמקדת בהשלכות של פסילת הראיה על המוניטין של מערכת עשיית הצדק: לעניין זה נקבע כי פסילת ראיה שהיא חיונית לביסוס האשמה כשההפרה הייתה פעוטה והעבירה שבה דובר הייתה חמורה – במקרה כזה פסילת הראיה עלולה להביא לפגיעה במוניטין של מערכת עשיית הצדק.<sup>212</sup>

בית המשפט בעניין יששכרוב כלל את אמות-המידה האמורות בפסק דינו, בשינויים קלים, מבלי להתחשב בהתפתחויות (הראויות כשלעצמן) שחלו בדין הקנדי מאז פרשת Collins.<sup>213</sup> יצוין כבר עתה כי האופן שבו הותוו חלק מאמות-המידה בעניין Collins אינו משקף את הדין הנוהג בקנדה כיום.

הן בפרשת Collins והן בפרשת יששכרוב נדרשו בתי המשפט, בפעם הראשונה, להתוות את אמות-המידה להפעלה של שיקול הדעת השיפוטי ביישום של נוסחת הפסילה. מבחינה זו מדובר בפסקי דין מנחים, שהסתפקו בקביעת תשתית עקרונית

208 שם, בעמ' 283.

209 שם, בעמ' 284-286.

210 שם, בעמ' 284-285.

211 שם, בעמ' 285.

212 שם, בעמ' 286. בעניינה של Collins נפסק כי על אף שמדובר היה בראיה חפצית ובעבירה חמורה, הרי שלאור חומרת ההפרה בנסיבות העניין יש לפסול את הראיה. שם. בפסיקה שלאחר פרשת Collins הובהר שקבוצת השיקולים השלישית עשויה להטות את הכף לטובת קבלת הראיה כמשפט בנסיבות יוצאות דופן בלבד; ראו להלן פרק 3.ד.

213 ראו והשוו פרשת יששכרוב, לעיל ה"ש 1, בפס' 69-73. לדין מפורט באמות-המידה שנקבעו בפרשת יששכרוב ראו להלן, פרק 3.

וכללית להפעלתו של כלל הפסילה במקרים עתידיים. אכן, במסגרת התווייתה של תשתית עקרונית שכזו אין לצפות מבתי המשפט – הן בקנדה והן בישראל – כי יעסקו בפרשנות מדוקדקת של כל אחד מן השיקולים שמנו, אלא אם היה בהם כדי להשליך על ההכרעה בפרשות הקונקרטיות שהובאו בפניהם. אכן, בית המשפט העליון הדגיש כי תשובות על מכלול השאלות הכרוכות באימוצה של הדוקטרינה הפסיקתית לפסילת ראיות תינתנה "בדרך של צעידה זהירה ממקרה למקרה"<sup>214</sup> עם זאת – ודווקא בגלל חשיבותה העקרונית של הלכה המאמצת כלל לפסילת ראיות שלא היה קיים במשפט הישראלי – טוב היה אילו בחן בית המשפט בעניין יששכרוב ביתר דקדקנות את טיבם של השיקולים השונים שנמנו בפרשת Collins. לגישתנו, בחינה מדוקדקת כזו הייתה עשויה להביא את בית המשפט בעניין יששכרוב לוותר על חלק מהשיקולים שנמנו בפרשת Collins (או להמירם), ולנסח חלק מהשיקולים שנמנו שם באופן שהיה עולה בקנה אחד עם הרציונל העומד בבסיסם. כאמור, פרשת Collins הייתה ניסיון ראשון לגבש אמות-מידה קוהרנטיות להפעלת שיקול הדעת השיפוטי במסגרת כלל הפסילה. הניסיון שנצבר בקנדה עובר לפרשה זו היה מועט ביותר, ובית המשפט נדרש לקבוע אמות-מידה בלי שיכול היה לחזות חלק מהקשיים ומחסורי-הבהירות העשויים להתעורר במקרים עתידיים – ושאכן התעוררו בשנים שלאחר מכן. בעניין יששכרוב, משעה שבית המשפט – שלא היה מחויב לשאוב השראה דווקא מהשיטה הקנדית או משיטת משפט זרה כלשהי – בחר לאמץ את המודל הקנדי לפסילת ראיות (ואת מרבית אמות-המידה להפעלת שיקול הדעת במסגרתו) – שומה היה עליו להסתמך על הניסיון שנצבר בקנדה במשך שני העשורים שחלפו מאז פרשת Collins, שבמהלכן הוחלפו חלק מאמות-המידה ואחרות נוסחו מחדש בצורה ראויה ומדויקת יותר, ולא להסתפק באימץ הקריטריונים ליישום הכלל כפי שנוסחו בראשיתו.

כפי שנראה, המודל הקנדי העדכני מקנה לזכויות חשודים ונאשמים הגנה רחבה יותר מהמודל שאומץ בפרשת יששכרוב. בית המשפט בעניין יששכרוב הבהיר כי השינוי בהלכה הנוהגת אינו "בגדר מהפיכה בלתי צפויה כדיני הראיות אלא בגדר צעד נוסף בתהליך הדרגתי" וכי מדובר ב"התפתחות מתבקשת וצפויה"<sup>215</sup>. זאת, אל נוכח התייחסות חיובית של בית המשפט העליון בשורה ארוכה של פסקי דין לאפשרות אימוצה של דוקטרינה פסיקתית לפסילת ראיות, ואל נוכח כתיבה אקדמית – שהמליצה ואף חזתה את שינוי ההלכה בעקבות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>216</sup> אף אם בית המשפט בעניין יששכרוב שאף ליצור אבולוציה הדרגתית כדיני הראיות ולשמור על יציבות ההלכה, נראה שאין בשאיפה זו כדי להסביר את ההבדל בין מידת ההגנה של המודל הקנדי לעומת זו של המודל הישראלי. כפי שיובהר בהמשך דברינו, כלל פסילה

214 שם, בפס' 49; ראו גם פס' 50, 74 ו-77.

215 שם, בפס' 49.

216 שם.

המנוסח באופן כה רחב ועמום, המותיר שיקול דעת כמעט בלתי-מוגבל בידי בית המשפט, פוגע בוודאות המשפטית וודאי אינו תורם ליציבות ההלכה. היעדרה של הוראת חוק המאפשרת פסילת ראיות בישראל גם היא אינה יכולה להסביר את אימוצו של כלל פסילה מצומצם מזה שאומץ במדינות אחרות כגון קנדה. בית המשפט בעניין יששכרוב עמד על היעדרו של קודקס ממצה של דיני הראיות בישראל ועל כך שדינים אלה הם במידה רבה יציר הפסיקה.<sup>217</sup> היעדרה של הוראת חוק נוגע לשאלת אימוצו של כלל פסילה בדרך שיפוטית, אך אין הוא משליך על היקף שיקול הדעת. גם בארצות-הברית אימץ בית המשפט כלל לפסילת ראיות,<sup>218</sup> ואף על פי כן הותווה שם כלל פסילה רחב ביותר. כפי שנראה בהמשך הדברים, ההבדלים בין הכלל הקנדי העדכני לבין הדוקטרינה שאומצה בפרשת יששכרוב יכולים להיות מוסברים רק בתפיסה השונה בדבר האיזון הראוי בין ההגנה על זכויות הנאשם ועל טוהר ההליך הפלילי לבין גילוי האמת, ואין הם נובעים משיקולים הכרוכים בהתאמת הכלל הקנדי למאפייני המשפט הישראלי.

### 3. הקריטריונים להפעלה של שיקול דעת שיפוטי במסגרת דוקטרינת הפסילה

#### (א) כללי

בית המשפט בעניין יששכרוב סיווג את הקריטריונים הרלבנטיים להפעלה של שיקול הדעת השיפוטי במסגרת כלל הפסילה לשלוש קבוצות, מבלי להביע עמדה בדבר יחסי הגומלין ביניהן ובדבר משקלם היחסי של הקריטריונים השונים.<sup>219</sup> כאמור, חלק זה של פסק הדין נסמך ברובו על פסק דין Collins, הן מבחינת השיקולים שמנה בית המשפט והן באופן סיווגם לשלוש קבוצות. אכן, "...קביעתם של הקריטריונים אינה אלא ראשית המלאכה, וכי עיקר הוא בדרכי יישומם ובקביעת גדרים להם סביב-סביב".<sup>220</sup> עם זאת, דווקא משום שתרומתו של כלל הפסילה לשמירה על זכויות נאשמים תיבחן על פי יישומם של הקריטריונים במקרים עתידיים, בהתאם לאופן שבו הותוו בפרשת יששכרוב, יש חשיבות מכרעת לבחירתן של אמות-המידה ולניסוחן, לאפיונם המדויק של השיקולים הרלבנטיים, ולדיון עקרוני בשאלת משקלם היחסי. אכן, אנו מסכימים כי לא היה צורך, במסגרת פסק הדין, ליתן מענה למכלול השאלות הכרוכות באימוץ

217 שם, בפס' 50.

218 פרשת Mapp, לעיל ה"ש 192.

219 ראו פרשת יששכרוב, לעיל ה"ש 1, בפס' 70-73. זאת, פרט להערה בדבר משקלו היחסי של השיקול הנוגע לחומרת העבירה (ראו פרשת Collins, לעיל ה"ש 13, בעמ' 286), בו נדון בהמשך דברינו. ראו להלן, פרק 3 (ה).

220 פרשת יששכרוב, שם, בפס' 3 לפסק דינו של השופט חשין.



הדוקטרינה הפסיקתית;<sup>221</sup> עם זאת, ראוי כי גם "ראשית המלאכה" תיעשה בדייקנות ובבהירות, באופן קוהרנטי ומתוך מגמה לקדם ככל שניתן את ההגנה על זכויות נאשמים, מבלי לפגוע יתר על המידה באינטרסים המתחרים. הלכת יששכרוב מותירה חוסר-בהירות בדבר אופן יישומו של כלל הפסילה; חסר זה עלול להביא לצמצום בהיקף תחולתו הראוי.

נפנה עתה לעניינים אלה, תוך דיון בכל אחת משלוש קבוצות השיקולים שמנה בית המשפט.

(ב) "אופייה וחומרתה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראייה" קבוצת השיקולים הראשונה שמנה בית המשפט בעניין יששכרוב – המקבילה לקבוצת השיקולים השנייה בפרשת Collins – כוללת את הנתונים הרלבנטיים לבחינת החומרה של הפרת זכויות הנאשם על ידי גורמי אכיפת החוק. בית המשפט קבע כי חומרת הפרה היא "שיקול מרכזי" לפסילתה של ראייה שהושגה שלא כדין.<sup>222</sup> לעניין זה נפסק כי יש להבחין, בראש ובראשונה, בין הפרה "טכנית" או "שולית" של כללי החקירה, שאינה עולה כדי פגיעה משמעותית בזכות הנאשם להליך הוגן ומשום כך גם אינה מהווה עילה לפסילת הראייה, לבין הפרה חמורה של כללי החקירה, תוך פגיעה משמעותית בזכות יסוד מרכזית של הנחקר או תוך הפרה בוטה של הוראת חוק מפורשת שנועדה להגן על זכויות נאשמים בחקירה.<sup>223</sup> שיקול זה אינו מתמקד ב"התנהגותם הפסולה של רשויות החקירה" ככזו; ההתמקדות בהתנהגות רשויות החקירה ככזו נעשית במסגרת בדיקת התנאי הראשון והמקדמי לתחולת הדוקטרינה (קרי: השגת הראייה "שלא כדין"). מטרת הבדיקה בשלב זה היא לקבוע אם ההפרה חמורה במידה המצדיקה "התנערות" של בית המשפט מהתנהגות המשטרה ("רציונל ההתנערות"),<sup>224</sup> וזאת בהתאם לתפיסה הגורסת כי "קבלת ראייה כאמור עלולה להצטייר כמתן גושפנקא מצד בית המשפט לאי-החוקיות האמורה וכמתן יד גם אם לאחר מעשה להתנהגותם הבלתי כשרה של גורמי החקירה."<sup>225</sup> עם זאת, פסילת הראייה לא נועדה לחנך את המשטרה או לשמש תרופה

221 "יוצר כי פסק-דינו מניח תשתית לאימוצה של דוקטרינה פסיקתית לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין, אולם אין בדברינו משום מענה מלא למכלול השאלות הכרוכות באימוצה של דוקטרינה כאמור." שם, בפס' 77.

222 שם, בפס' 70.

223 שם. ראו והשוו פרשת Collins, לעיל ה"ש 13, בעמ' 285.

224 "The Disassociation Rationale for Exclusion Under S. 24(2)". ראו: JOHN SOPINKA, THE LAW OF EVIDENCE IN CANADA 444 (2d ed. 1999).

225 פרשת יששכרוב, לעיל ה"ש 1, בפס' 45.

להתנהגותה הפסולה; מטרתה למנוע פגיעה נוספת במערכת עשיית הצדק כתוצאה מקבלת הראיה במשפט.<sup>226</sup>

בית המשפט מנה כמה שיקולים נוספים לבחינת חומרתה של אי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה. נפסק כי יש לבחון אם הפרת כללי החקירה הייתה מכוונת או שנעשתה בתום לב;<sup>227</sup> אם התקיימו "נסיבות מקלות" המפחיתות מחומרת אי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה;<sup>228</sup> ובאילו מידה ניתן היה להשיג את הראיה באופן חוקי.<sup>229</sup> שיקולים אלה כשלעצמם אינם מעוררים קושי מיוחד;<sup>230</sup> הקושי טמון דווקא

226 פרשת Collins, לעיל ה"ש 13, בעמ' 275-280, 281.

227 פרשת יששכרוב, לעיל ה"ש 1, בפס' 70. ראו והשוו פרשת Collins, שם, בעמ' 285. בית המשפט בעניין יששכרוב הבהיר כי הפרה מכוונת של הכללים על ידי רשויות אכיפת החוק עלולה להביא לפסילת הראיה גם כשהפגם אינו חמור, ו"בנסיבות בהן הפגם שנפל בדרך השגת הראיה היה חמור וכלל פגיעה משמעותית בזכויותיו המוגנות של הנחקר, כי אז בעצם העובדה שהרשות פעלה בתום-לב לא יהיה כדי למנוע את פסילת הראיה"; פרשת יששכרוב, שם. בעניין Collins לא הגדיר בית המשפט מתי תיחשב פעולת המשטרה לכוזב שנעשתה בתום-לב. חסר זה קיים גם בעניין יששכרוב. באמצעו את קביעת בית הדין הצבאי המחוזי התייחס בית המשפט בעניין יששכרוב גם לתום לבו של החוקר, בקובעו כי החוקר "פעל – לאורך כל שלבי החקירה – ביודעין ובמכוון, בהפרו את זכות ההיוועצות של הנאשם... אין מקום לייחס לו תום-לב בעניין זה". ראו פרשת יששכרוב, שם, בפס' 81. מקביעה זו לא ניתן ללמוד על אופיו של תום הלב שיש בו כדי להפחית מחומרת ההפרה על ידי גורמי אכיפת החוק. בפסיקה שלאחר Collins נקבע כי המבחן לתום לבו של המשטרה הוא מבחן משולב, טובייקטיבי-אובייקטיבי, ולפיו יש לבדוק הן את כנות האמונה המוטעית של המשטרה שעל בסיסה נטען תום הלב (הפן הסובייקטיבי), והן את סבירותה של אמונה זו (הפן האובייקטיבי). ראו SOPINKA, לעיל ה"ש 224, בעמ' 446-452. יש בגישה זו כדי לצמצם את חריג תום הלב וראוי לאמצה גם במשפט הישראלי. לדין בחריג תום הלב במשפט האמריקני ראו, United States v. Leon, 468 U.S. 879 (1984).

228 כדוגמת נקיטה של אמצעי בלתי-חוקי כדי למנוע השמדת ראיה חיונית על ידי הנאשם או צורך דחוף להגן על ביטחון הציבור; פרשת יששכרוב, שם, בפס' 70. ראו והשוו פרשת Collins, שם, בעמ' 285; ראו גם R. v. Feeney [1997] 2 S.C.R. 13. הדרך הטובה ביותר להבין את השיקול בדבר דחיפות או צורך היא לראות בהם אלמנטים של תום לב: צורך או דחיפות יהיו שיקול שלא לפסול ראיה רק אם המשטרה ניסתה בכנות לפעול על פי הצ'רטר, וניסיון זה כשל עקב נסיבות שלמשטרה לא הייתה שליטה עליהן; ראו SOPINKA, לעיל ה"ש 224 בעמ' 455.

229 ככל שהשגת הראיה בדרכים כשרות הייתה קלה יותר (קרי: המשטרה המשיכה לאסוף ראיות באופן בלתי-חוקי על אף שעמדו לרשותה אמצעים חוקיים לעשות כן), כך תיחשב הפרת הכללים חמורה יותר; פרשת יששכרוב, שם, בס' 70. ראו והשוו פרשת Collins, שם, בעמ' 285. בהקשר זה יוער כי בקנדה נפסק שגם אם לא הייתה למשטרה כל אלטרנטיבה חוקית לגילוי הראיה אין הדבר מפחית מחומרת ההפרה; בנסיבות כאלה, ובהיעדר אמצעי חקירה חלופיים שאינם מנוגדים לצ'רטר, תובת המשטרה לעזוב את החשוד לנפשו. ראו R. v. Kokesch [1990] 3 S.C.R. 3, 29.

230 הקושי טמון בהימנעותו של בית המשפט מנקיטת עמדה בדבר יחסי הגומלין בין קבוצת שיקולים זו לבין השיקולים שנמנו במסגרת הקבוצה השנייה והשלישית; ראו פרק 3(ה) להלן.

בשיקול האחרון שמנה בית המשפט כרלבנטי לקבוצת השיקולים הנוגעים לחומרת ההפרה:

לבסוף, ניתן לבחון האם הראיה הייתה מתגלית או מושגת על-ידי רשויות אכיפת החוק, גם ללא השימוש באמצעי החקירה הבלתי כשרים. כאשר התשובה לשאלה זו חיובית, עשוי הדבר להפחית מעוצמת הפגיעה בזכותו של הנאשם להליך הוגן אם תקבל הראיה המשפט.<sup>231</sup>

אף אם ראוי היה לייבא שיקול אחרון זה לישראל,<sup>232</sup> הרי שבית המשפט בעניין יששכרוב טעה משבחר למקמו במסגרת קבוצת השיקולים הנוגעים לחומרת ההפרה מצד המשטרה. הסברה כי המשטרה הייתה מגלה או משיגה את הראיה בכל מקרה, גם ללא השימוש באמצעי הבלתי-חוקי, היא שיקול שאין בו כדי להשליך באופן כלשהו על ההערכה של חומרת ההפרה מצד גורמי החקירה. בשונה מהשיקול הקודם שמנה בית המשפט – ולפיו ההפרה תיחשב תמורה יותר אם המשטרה פעלה באופן בלתי חוקי אף שעמדו לרשותה אמצעים חוקיים (במועד ההפרה) – הרי שאם נמצא בדיעבד כי גילוי הראיה היה בלתי-נמנע, אין בכך כדי להפחית (ואף לא כדי להעצים) מחומרת ההפרה, שהרי לצורך שיקול זה ההנחה היא שהחוקרים פעלו שלא כדין מבלי שהיו מודעים (ואף מבלי שהיו יכולים או צריכים להיות מודעים) לסבירות הגבוהה שהראיה תתגלה גם ללא האמצעי הבלתי-כשר. אם השוטרים היו מודעים – או שהיו צריכים להיות מודעים – לכך שהראיה תתגלה בין כה וכה, יש בכך דווקא כדי להעצים את חומרת ההפרה בהתאם לשיקול הקודם שנמנה (מידת הקלות שבהשגת הראיה באופן חוקי). בפרשת Collins לא נמנה שיקול זה במסגרת קבוצת השיקולים הנוגעים להתנהגות המשטרה אלא במסגרת קבוצת השיקולים הראשונה – זו הנוגעת למידת הפגיעה בהוגנות המשפט (שמקבילתה היא המבחן השני בפרשת יששכרוב). אם כן, שיקול זה עשוי להיות רלבנטי, אם בכלל, כחריג לפסילת הראיה על פי קבוצת השיקולים הנוגעת ל"השפעת האמצעי הפסול על הראיה שהושגה".

בפסק הדין המנחה בעניין Stillman הובהר טיבו של שיקול זה (מבחן ה"Discoverability"), ונפסק כי אין לפסול ראיה גם אם לפי טיבה יהיה בקבלתה כדי לפגוע בהוגנות המשפט, אם תוכיח התביעה (לפי מידת ההוכחה האזרחית) שגילויה היה בלתי-נמנע או שניתן היה לגלותה באמצעים חלופיים (חוקיים), ולהשיגה ממקור עצמאי ונפרד (באופן שלא היה מאלץ את הנאשם לקחת חלק בגילויה או ביצירתה).<sup>233</sup> עמדת בית המשפט הייתה שאם יתברר כי הראיה הייתה מתגלה גם ללא הפגיעה בחיסיון הנאשם מפני הפללה עצמית – כי אז אין בקבלתה כדי לפגוע בהוגנות ההליך כלפי

231 פרשת יששכרוב, לעיל ה"ש 1, בפס' 70.

232 שיקול זה (כמו קודמיו) נמנה בפרשת Collins, לעיל ה"ש 13, בעמ' 284-285.

233 R. v. Stillman [1997] 1 S.C.R. 607, 650, 664-667 (להלן: עניין Stillman).

הנאשם. פסילת ראיות שהיו מתגלות בלא-הכי – גם ללא אילוץ הנאשם לקחת חלק בגילויין – מעמידה את הנאשם במצב טוב מזה שהיה מצוי בו לו כובדו זכויותיו; אין זה ראוי כי הפרת זכותו החוקתית של הנאשם תעמידו במצב טוב יותר (וגם לא גרוע יותר) מהמצב שבו היה נמצא אילו כובדו זכויותיו מלכתחילה.<sup>234</sup>

עם זאת, לפי הדין הקנדי, גם אם נקבע כי הראיה הייתה מתגלה, עדיין יש להמשיך ולבדוק אם ראוי לפוסלה בשל חומרת ההפרה מצד גורמי אכיפת החוק.<sup>235</sup> אם כן, "עקרון הגילויי" – כפי שהותווה בפסיקה הקנדית – מהווה חריג לקבוצת השיקולים התומכים בפסילת הראיה במסגרת מבחן הוגנות המשפט, ואיננו בגדר חריג לקבוצת השיקולים הנוגעים להתנהגות המשטרה. כך ראוי היה למקמו (אם בכלל) גם בעניין יששכרוב.

גם אילו היה בית המשפט בעניין יששכרוב ממקם שיקול זה במקומו הראוי – קרי: במסגרת קבוצת השיקולים הנוגעת ל"השפעת אמצעי החקירה על הראיה" – עדיין שיקול זה אינו נקי מקשיים. הקושי המרכזי טמון באופיו הספקולטיבי: אין זה ראוי כי בית המשפט יזקק לשאלה ההיפותטית בדבר סיכויי ההצלחה של המשטרה לגלות את הראיה אילו הייתה נוקטת אמצעים שונים מאלו שלהם נוקקה בפועל – אמצעים שכלל לא עלו על דעתה של המשטרה בזמנו, בפרט כשמדובר בניסיון לחדור לנבכי נפשו ולמחשבותיו של הנאשם בהיותו חשוד בחקירה ולהעריך בדיעבד כיצד היה נוהג לולא הופרה זכותו לסנגור.<sup>236</sup> בית המשפט בעניין יששכרוב הפנה לפרשת חסון (שעסקה בפסילה על פי סעיף 12 לפקודת הראיות) כדוגמה למקרה שבו ראוי שלא לפסול ראיה (לפי דוקטרינת הפסילה) משום שהייתה מתגלית או מושגת גם לולא האמצעי הפסול.<sup>237</sup> באותה פרשה נמנע בית המשפט מפסילת הודאת הנאשם על פי סעיף 12 לפקודת הראיות, שכן נקבע כי הנאשם היה מוסר את הודאתו גם לולא הפגיעה שלא כדין בזכותו להיוועץ בעורך-דין.<sup>238</sup> כאמור, גם בפרשת יששכרוב קבע בית המשפט כי אחת הנסיבות שבגינן אין לפסול את ההודאה על פי סעיף 12 היא העובדה כי יששכרוב השיב לשאלות החוקר לאחר שהתייעץ עם סנגורית צבאית.<sup>239</sup> לגישתנו, כאמור, ראוי היה לפסול מכוח סעיף 12 האמור הן את אמרתו של יששכרוב והן את אמרתו של חסון.<sup>240</sup> נדמה שאף לצורך סעיף 12 לפקודת הראיות אין זה מתפקידו של בית המשפט לנסות לשער ולהעריך

Kent Roach, *The Evolving Fair Trial Test Under Section 24(2) of the Charter*, 1 CAN. 234 CRIM. L.R. 118, 123 (1996).

235 עניין Stillman, לעיל ה"ש 233, בעמ' 667.

236 SOPINKA, לעיל ה"ש 224, בעמ' 440.

237 עניין חסון, לעיל ה"ש 132. ההפניה בפרשת יששכרוב, לעיל ה"ש 1, בפס' 70.

238 עניין חסון, שם, בעמ' 283-284.

239 פרשת יששכרוב, לעיל ה"ש 1, בפס' 37.

240 ראו לעיל, פרק ב' למאמר.

בדיעבד מה היה עושה הנאשם בסיטואציה היפותטית לחלוטין – אילו כובדה זכותו טרם מסירת הודאתו, וזאת גם אם אפשר להניח כי הנאשם לא היה נוהג אחרת מכפי שנהג (כדוגמת מקרה חסון הנ"ל). לא כל שכן כשמדובר בדוקטרינה לפסילת ראיות שהושגו תוך פגיעה בזכות הנאשם להליך הוגן. בהקשר זה אין עסקינן במידת הפגיעה בחופשיות רצונו של הנאשם בעת מתן אמרתו, אלא במידת הפגיעה בזכותו להליך הוגן במשפט עצמו, כתוצאה מקבלת הראייה שהושגה לאחר ההפרה. לעניין זה, ההשערה כי הנאשם היה מוסר את אמרתו בכל מקרה – גם אילו כובדה זכותו לסנגור – איננה צריכה להיות רלבנטית גם אם נדמה שהסבירות לכך גבוהה. כאמור, אין בכך כדי להפחית ממידת החומרה של ההפרה מצד גורמי החקירה, ואף אין בכך כדי להפחית ממידת הפגיעה בהוגנות משפטו של הנאשם כתוצאה מקבלת הראייה. אילו הובן מבחן הגילוי הקנני כהווייתו (שהרי משם נשאבה ההשראה לאימוצו), לא היה מפנה בית המשפט לפרשת חסון כדוגמה ראויה ליישום המבחן, שכן, כאמור, בקנדה נדרש כי הראייה הייתה מתגלה בכל מקרה – גם לולא לקח הנאשם חלק בגילוייה או ביצירתה, או שגילוייה היה בלתי-נמנע. הודאתו של חסון, כמו גם זו של יששכרוב, ותוכנן של הודאות אלה לא היו מושגים ממקור נפרד ועצמאי, ולא ניתן (ואף לא ראוי) לקבוע כי היו נמסרים גם לולא ההפרה. משום כך, למשל, סירבו בתי המשפט בקנדה לערוך ספקולציות שכאלה כשהופרה זכות הנאשם לסנגור, וברוב-רובם של המקרים נמנעו מלקבוע כיצד היה נוהג הנאשם אילו הוקנתה לו זכות זו מלכתחילה.<sup>241</sup> ראוי כי בתי המשפט בישראל ינהגו באופן דומה.

(ג) "מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראייה שהושגה" – קבוצת השיקולים השנייה שמנה בית המשפט בעניין יששכרוב – מקבילתה של קבוצת השיקולים הראשונה בפרשת Collins – כוללת את הנתונים הרלבנטיים לבחינת טיבה של הראייה לאור האמצעי שהביא להשגתה.<sup>242</sup> לעניין זה קבע בית המשפט בעניין יששכרוב כדלקמן:

בהקשר זה, יש לבחון שתי שאלות הכרוכות זו בזו: ראשית, באיזו מידה אי החוקיות שהיתה כרוכה בהשגת הראייה, עשויה להשפיע על מהימנותה ועל ערכה ההוכחתי של הראייה. בנסיבות כהן מתעורר חשש לאמינות

241 חריג (צר) לגישה זו ניתן למצוא בפרשת R. v. Harper [1994] 3 S.C.R. 343, שם נמנע בית המשפט מפסילת הודאה של הנאשם (שהושגה תוך הפרת זכותו לסנגור) שכן מצא כי לנאשם היה "דחף בלתי נשלט להודות" (שם, בעמ' 354). במרבית המקרים שבהם הופרה הזכות לסנגור נמנע בית המשפט מהשערות שכאלה. ראו, לעניין זה R. v. Strachan, לעיל ה"ש 180 בעמ' 1002; R. v. Bartle, לעיל ה"ש 234 בעמ' 132.

242 פרשת יששכרוב, לעיל ה"ש 1, בפס' 71.

הראיה, נחלש המתח שבין ערך השיפת האמת לבין ההגנה על הגינות ההליך וטוהרו, באופן שעשוי לתמוך בפסילת הראיה. שנית, יש לבחון האם קיומה של הראיה הינו עצמאי ונפרד מאי החוקיות שהיתה כרוכה בהשגתה. בנסיבות בהן התשובה לשאלה זו חיובית, אין באמצעי החקירה הבלתי כשרים כדי להשפיע על תוכן הראיה, והדבר עשוי להוות שיקול בעד קבלתה במשפט.<sup>243</sup>

בית המשפט הוסיף שככל שהדבר נוגע לשיקולים אלה, עשויה להיות חשיבות רבה לאופייה של הראיה בה מרובר – חפצית, מילולית או אחרת. בית המשפט קבע כי יש ליתן משקל רב לשיקולים התומכים בקבלתן של ראיות חפציות, שכן בדרך כלל אין באי-החוקיות כדי לפגום באמינותן של ראיות אלה (בהיותן בעלות קיום עצמאי ונפרד מאי-החוקיות שבהשגתן).<sup>244</sup> נדון בשיקולים שמנה בית המשפט.

(1) שיקולי מהימנות ודוקטרינת הפסילה

על אף הצהרתו של בית המשפט בעניין יששכרוב כי התכלית המרכזית של כלל הפסילה הישראלי היא הגנה על זכויות הנאשם ועל הגינות ההליך הפלילי וטוהרו, הרי שהרציונל שנבחר לעמוד בבסיס קבוצת השיקולים השנייה הוא דווקא מידת מהימנותה של הראיה.<sup>245</sup> בית המשפט לא הסתפק בקביעה כי פגם במהימנות הראיה כתוצאה מהאמצעי הפסול שננקט לצורך השגתה מהווה שיקול התומך בפסילתה, אלא הוסיף וקבע שאם אין באמצעי הפסול כדי לפגום באמינות הראיה (שכן קיומה נפרד ועצמאי מאי-החוקיות) – עולה משקל השיקולים המצדדים בקבלתה.<sup>246</sup> אם כן, מהימנות הראיה משמשת הן שיקול עצמאי במסגרת קבוצת השיקולים השנייה (שכן, כאמור, אם אין באי-החוקיות כדי לפגום במהימנות הראיה – הדבר עשוי לתמוך בקבלתה במשפט) והן כרציונל העומד בבסיס ההנחיה שככלל אין לפסול ראיות חפציות (שכן אין באי-החוקיות כדי לפגום באמינותן) של ראיות אלה, בהיותן בעלות "קיום עצמאי ונפרד מאי-החוקיות". גם ביישום של דוקטרינת הפסילה בעניינו של יששכרוב נדרש בית המשפט לשאלת המהימנות כקריטריון התומך בקבלת הראיה, בקובעו כי לא היה באי-החוקיות כדי לפגום באמינות הודאתו של יששכרוב, אף שבנסיבות המקרה אמינות ההודאה לא היוותה נסיבה כבדת-משקל דיה אל מול יתר השיקולים שתמכו בפסילת הראיה.<sup>247</sup>

243 ש.ם.

244 ש.ם.

245 ש.ם.

246 ש.ם.

247 ש.ם, בפס' 81.

לגישתנו, שיקול המהימנות כתומך בקבלת הראיה במשפט איננו שיקול ראוי במסגרת כלל הפסילה, אף אם ניתן לו משקל משני בלבד, כפי שנעשה בפרשת יששכרוב. הקביעה כי היעדר ההשפעה של האמצעי הפסול על אמינות הראיה עשוי לתמוך בקבלת הראיה במשפט אינה עולה בקנה אחד עם התכלית המוצהרת של כלל הפסילה, ויש בה כדי להטות את האיזון בין האינטרסים המתנגשים באופן ברור לעבר הערך שבגילוי האמת. מהימנות הראיה, כשיקול התומך בקבלתה, על אף שהושגה תוך הפרת זכויות הנאשם, שימש רציונל מרכזי לגישה שהייתה נהוגה במשפט הישראלי עובר לפרשת יששכרוב. על פי גישה זו, ככלל, אופן השגת הראיה לא השליך על שאלת קבילותה. עתה, עם אימוץ דוקטרינת הפסילה, שיקולי המהימנות הראיה ראויים להימצא מחוץ לתחום חלונתה של הדוקטרינה. כללים לפסילת ראיות עקב חשש למהימנותן (כדוגמת הכלל הפוסל עדות שמיעה), כמו גם הכללים הקובעים קשר ישיר בין מהימנותה של הראיה לבין משקלה נועדו לקדם את הערך של גילוי האמת. המטרה המוצהרת של הדוקטרינה בדבר פסילת הראיות שאומצה בעניין יששכרוב היא כאמור ליתן משקל נכבד יותר מבעבר לערך של הגנה על זכויות הנאשם ולערך של שמירה על הגינות ההליך הפלילי וטוהרו (תוך איזונו מחדש עם הערך של גילוי האמת),<sup>248</sup> ובתוך כך לסטות מ"חזקת הקבילות" שנהגה במשפט הישראלי. אם יש משמעות כלשהי לדוקטרינה בדבר פסילת ראיות, הרי היא באה לידי ביטוי בפסילת ראיות על אף פוטנציאל תרומתן לגילוי האמת. הוגנות ההליך איננה נמדדת על פי מידת התאמתה של הכרעת הדין לאמת העובדתית: הרשעת הנאשם או זיכוי החף צריכים להיות התוצאה של הליך הוגן ולא הרציונל לקיומו. ההגנה על זכויות הנאשם אינה נמדדת על פי מידת ההתאמה בין האמת העובדתית לאמת המשפטית, אלא דווקא על פי מידת הנכונות של מערכת המשפט להכיר, בנסיבות המתאימות, בקיומו של פער בין השתיים. אימוץ של כלל הפסילה מעיד על הפגמת התפיסה שבנסיבות מסוימות ראוי כי זכויות האדם והוגנות המערכת השיפוטית יגברו על שיקולי המהימנות. אם כן, מידת נכונותה של מערכת המשפט להגן על זכויות נאשמים נבחנת דווקא כשמתבקשת פסילתה של ראיה מהימנה, ובלבד ובצלל כוח הוכחתו.

אכן, "בנסיבות בהן מתעורר חשש לאמינות הראיה, נחלש המתח שבין ערך חשיפת האמת לבין ההגנה על הגינות ההליך וטוהרו, באופן שעשוי לתמוך בפסילת הראיה".<sup>249</sup> כאשר הראיה איננה מהימנה, פסילתה משרתת הן את האינטרס שבגילוי האמת והן את האינטרס שבהגנה על זכויות הנאשם. אך האם מכך נובע שכאשר לא מתעורר חשש לאמינות הראיה והמתח בין האינטרס שבגילוי האמת לבין ההגנה על הגינות ההליך גובר – יש בדבר כדי לתמוך בקבלת הראיה? לגישתנו, אם נמצא כי לא היה באמצעי הפסול כדי לפגום במהימנות הראיה, הדבר אינו מפחית בהכרח ממידת הפגיעה בהגינות ההליך

248 שם, בפס' 48.

249 שם, בפס' 71.

כתוצאה מקבלתה במשפט. בקבלת ראיה שהושגה שלא כדין נותן בית המשפט גושפנקא להפרת זכויות הנאשם בחקירתו, ומבחינה זו, קבלת הראיה אינה הופכת "לגיטימית" יותר רק משום היותה מהימנה.

ככל הנראה, בקובעו את שיקול המהימנות כרלבנטי, שאב בית המשפט בעניין יששכרוב השראה מהדין הנוהג בעניין זה באנגליה.<sup>250</sup> אכן, הפסיקה באנגליה רואה בשאלת השפעתה של אי-החוקיות על מהימנות הראיה (או בשאלת היעדרה של השפעה שכזו) שיקול רלבנטי במסגרת שיקול הדעת השיפוטי לצורך הפעלת כלל הפסילה. לגישתנו, ראוי היה שלא לשאוב השראה מהדין האנגלי בעניין זה (המבטא איזון בלתי-ראוי לטובת הערך של גילוי האמת),<sup>251</sup> ותחת זאת ראוי היה לאמץ גם בעניין זה את גישת המשפט הקנדי. עם זאת, יש להדגיש כי אף שהפסיקה האנגלית מצדדת בפסילתה של ראיה שאי-החוקיות שבהשגתה פגמה במהימנותה (גם כשמדובר בעבירה חמורה),<sup>252</sup> הרי שבתי המשפט באנגליה פסלו לא פעם גם ראיות שאופן השגתן לא פגע במהימנותן (ובכלל זה ראיות חפציות), וזאת אף כשדובר בעבירות חמורות.<sup>253</sup> חלק מהשיקולים שמנה בית המשפט בעניין יששכרוב בקבוצת השיקולים השנייה (ובהם טיב הראיה וקיומה ה"נפרד והעצמאי") נמנו, כאמור, במסגרת המבחן הראשון של פסק דין Collins – מבחן "הוגנות המשפט". עם זאת, קריטריון המהימנות לא נמנה

250 בית המשפט בעניין יששכרוב הפנה לעניין זה ל-European Criminal Procedure 605 (M. Delmas, Marty & J.R. Spencer ed. 2002), בו מסוכמת בקצרה גישת הדין האנגלי. ראו פרשת יששכרוב, שם.

251 על אף שבאנגליה נפסלו לא אחת ראיות חפציות ומהימנות, נדמה כי בדרך כלל בתי המשפט באנגליה ממאנים לסטות מתפיסת המשפט המקובל שלפיה מהימנות הראיה וכוחה הראייתית הנם שיקולים מרכזיים בשאלת קבילותה, גם לאחר חקיקת סעיף 78 ל-PACE. נדמה, כי עמדה זו מושתתת על תפיסת ההליך ההוגן ככולל לא רק את ההגינות כלפי הנאשם אלא גם – ובעיקר – את ההגינות כלפי הציבור בכללותו, תוך העדפת האינטרס הציבורי שבגילוי האמת על זכויות הנאשם. ראו R. v. Debra Osborn, *Suppressing the Truth: Judicial Exclusion of Illegally Obtained Evidence in the US, Canada, England and Australia*, E LAW – Murdoch University Electronic Journal of Law, Volume 7, Number 4 (December 2000), <http://www.murdoch.edu.au/elaw/>. להכדיל מהמודל העיוני שנבחר על ידי בית המשפט בעניין יששכרוב, ס' 78 ל-PACE האנגלי מבוסס על הגישה הפרוטקטיבית; ראו Kuk Cho, *Reconstruction of the English Criminal Justice System and its Reinvigorated Exclusionary Rules*, 21 LOY. L.A. INT'L & COMP. L.J. 259, 276 (1999). תפיסה של הוגנות ההליך כאמור לעיל עולה בקנה אחד עם הגישה הפרוטקטיבית, אך אינה מקנה הגנה ראויה לטוהר ההליך השיפוטי ואין מקומה בשיטת משפט המסתמכת על המודל המניעתי כרציונל העומד בבסיס כלל הפסילה.

252 European Criminal Procedure, לעיל ה"ש 250.

253 ראו, למשל, R. v. Nathaniel [1995] 2 Cr. App. R. 565, שם נפסלה ראיית DNA שהופקה מדגימת דם של הנאשם שהושגה שלא כדין, וזאת אף שדובר בעבירת אונס.



בפרשת *Collins* (ולא בכדי). לפי ההלכה הנוהגת בקנדה, שאלת מהימנותה של הראיה שהושגה באמצעים פסולים (אופן השפעת האמצעי הפסול על מהימנותה) איננה קריטריון רלבנטי לפסילתן או לקבלתן של ראיות במסגרת סעיף 24(2) לצ'רטר. עמדה התומכת בהכללת קריטריון המהימנות הובעה לא אחת בדעות המיעוט של השופטת *L'Heureux-Dube*, שהכיעה תמיכה בצמצום היקף הפסילה במסגרת קבוצת השיקולים הראשונה של *Collins*, ובתוך כך – בצמצום כלל הפסילה הקנדי בכללותו.<sup>254</sup> עמדה זו נדחתה נחרצות על ידי שופטי הרוב בבית המשפט העליון הקנדי, שקבעו כי שיקולי המהימנות אינם שיקולים רלבנטיים במישור החוקתי:

The reliability principle would, therefore, impose a more restrictive exclusionary rule than that which existed at common law. Its preoccupation with the probative value of the evidence would also appear to be a close relative of the rule in *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272.<sup>255</sup>

במקום אחר ציין בית המשפט העליון של קנדה כדלקמן:

Section 24(2) stipulates that evidence obtained in violation of rights may be excluded if it would tend to bring the administration of justice into disrepute, regardless of how probative it may be. No longer is reliability determinative. The Charter has made the rights of the individual and integrity of the judicial system paramount.<sup>256</sup>

בהתאם לגישה זו, מרבית הראיות שנפסלו בקנדה לפי קבוצת השיקולים הראשונה שנמנתה בעניין *Collins* היו ראיות מהימנות ביותר, ולעתים אף היו ראיה חד-משמעית

254 ראו, למשל *R. v. Burlingham* [1995] 2 S.C.R. 206 בפס' 89-75. עמדה זו מוזכרת גם אצל PETER W. HOGG, *CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA* 963-964 (4th ed. 1997). לגישה המצדדת בהפעלת קריטריון המהימנות במסגרת כלל הפסילה ראו גם Richard C. Fraiser, *What's Truth Got to Do with it? The Supreme Court of Canada and S.24(2)*, 29 *QUEENS L. J.* 823 (2004).

255 עניין *Burlingham*, שם, בפס' 147.

256 *R. v. Hebert* [1990] 2 S.C.R. 151, 178. ראו גם עניין *Burlingham*, שם, בעמ' 238-237: "...Unconstitutionally obtained information may well constitute unreliable evidence, especially when the particular constitutional right that has been breached is the right to counsel. In any event, even if the improperly obtained evidence were reliable, considerations of reliability are no longer determinative given that the *Charter* has made the rights of the individual and the fairness and integrity of the judicial system paramount"

המפלילה את הנאשם בביצוע העבירה.<sup>257</sup> הרטוריקה של בית המשפט בעניין יששכרוב מצביעה לכיוון של אימוץ גישה כזו; ראוי כי גם אמות-המידה להפעלת שיקול הדעת ישקפו את התכלית המוצהרת של כלל הפסילה. בפרשת יששכרוב מצא בית המשפט לנכון לפסול את ההודאה על אף היעדר פגיעה במהימנותה; ראוי כי גם בעתיד יינתן לשיקול זה משקל משני בלבד, אם בכלל.

לבסוף יצוין, כי גם לפי הגישה הרואה במהימנות הראיה שיקול רלבנטי אף כשיש בו כדי לתמוך בקבלתה במשפט, ראוי למקם קריטריון זה בקבוצת השיקולים השלישית ("הנוק מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילת הראיה"). כאמור, לגישתנו מדובר בשיקול "חיצוני" לשיקולי הוגנות ההליך (ואף אם נסווגו כחלק מהזכות להליך הוגן, הרי שמדובר בפן ה"ציבורי" של זכות זו).<sup>258</sup> בעוד שפסילתן של ראיות בלתי-מהימנות נועדה לשרת הן את האינטרס שבגילוי האמת (ובתוך כך את האינטרס במניעתן של הרשעות-שווא) והן את האינטרס שבהגנה על זכויות הנאשם, הרי שקבלתן במשפט של ראיות מהימנות משרתת (בעיקר) את האינטרס הראשון. לפיכך ראוי לבחון את השיקול לפיו מהימנות הראיה תומכת בקבלתה אל מול השיקולים התומכים בפסילת הראיה, ולא במסגרתם. בית המשפט בעניין יששכרוב היה מטיב לעשות אילו מנה בשתי קבוצות השיקולים הראשונות רק את השיקולים התומכים בפסילת הראיה; השיקולים התומכים בקבלת הראיה – מקומם בקבוצה השלישית, שעניינה ההשלכות של פסילת הראיה על מערכת עשיית הצדק בכללותה. השיקולים המנויים בקבוצה השלישית הם אלה התומכים בקבלת הראיה במשפט – שיקולים שיש לאזנם אל מול השיקולים התומכים בפסילתה (אותם ראוי היה לכלול בשתי הקבוצות הראשונות: חומרת ההפרה והשפעת האמצעי הפסול על הראיה).<sup>259</sup> כל עוד הקבוצה השנייה והקבוצה השלישית כוללות שיקולים התומכים בקבלת הראיה במשפט – אין כל צורך לאזן ביניהן או בין השיקולים המנויים בהן. בהקשר זה, לגישתנו, מהימנות הראיה רלבנטית רק כשמדובר בראיה חיונית. הואיל וראיה חיונית היא בהכרח מהימנה – אין ליתן כל משקל עצמאי לשיקול זה.<sup>260</sup> כפי שיובהר בהמשך הדברים, אף השיקול בדבר חיוניות הראיה אינו נקי מקשיים.<sup>261</sup>

257 Hogg, לעיל ה"ש 254, בעמ' 964, 974.

258 כדברי השופט א' לוי בבג"צ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי בבאר-שבע (טרם פורסם, 8.10.2006), בפס' 24: "הזכות להליך הוגן אינה מגשימה רק אינטרס אישי של החשוד או הנאשם העומדים לדין. זהו אינטרס ציבורי שכל אחד מהפרטים בחברה – כנאשם פוטנציאלי – ידע שאם וכאשר יחקיימו נגדו הליכים פליליים, הם יתנהלו באופן ראוי והוגן".

259 לדין ביחסי הגומלין בין שלוש קבוצות השיקולים ראו להלן, פרק 3(ה).

260 היותה של ראיה בלתי-מהימנה הוא שיקול התומך בפסילתה ומקומו בקבוצה השנייה. אם הראיה היא אמנם מהימנה אך איננה חיונית, ממילא קבלתה במשפט אינה יכולה לקדם באופן משמעותי את הערך שבגילוי האמת, ומשום כך יש להעדיף את השיקולים התומכים בפסילתה. לדין בקבוצת השיקולים השלישית וביחסי הגומלין בין שלוש הקבוצות ראו להלן פרק 3.ג(ד)-(ה).

261 ראו דין להלן, פרק 3.ג(ד).

(2) ראיות חפציות, "קיום עצמאי ונפרד" ושיקולי מהימנות חרף קביעתו של בית המשפט בעניין יששכרוב כי הדוקטרינה שאומצה חלה על כל סוגי הראיות בהליך הפלילי,<sup>262</sup> בית המשפט אף קבע שככלל אין לפסול ראיות חפציות שהושגו שלא כדין, שכן הן בעלות "קיום נפרד ועצמאי" מאי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגתן. בעניין Collins נפסק כי קבלתה במשפט של ראיה חפצית שהושגה תוך הפרת הצ'רטר – ראיה בעלת קיום עצמאי וקודם להפרה – תביא לפגיעה בהוגנות המשפט רק לעתים נדירות, ולפיכך ככלל אין לפוסלה.<sup>263</sup> לכאורה נדמות שתי הקביעות להיות זהות, אולם בחינת הרציונל השונה שעומד בבסיס השיקול בדבר ראיות "חפציות-עצמאיות" מעידה על הבדל מהותי בין הגישות. בעניין יששכרוב נקבע כי בדרך כלל אין לפסול ראיה "חפצית-עצמאית" משום שאמצעי החקירה הבלתי-כשרים לא השפיעו על "תוכן הראיה" ולא פגמו ב"אמינותה", כדברי בית המשפט; לעומת זאת, בקנדה שאלת פסילתן של ראיות (בהתאם לאופיין) איננה נבחנת לפי מידת ההשפעה של האמצעי הפסול על מהימנותן, גם לא כשיקול משני. בפסק דין Collins ובפסיקה שלאחריו ניתן הדגש לשאלה בדבר מידת השתתפותו של הנאשם שלא מרצונו ביצירת הראיה או בגילוייה עקב האמצעי הפסול שנקטה המשטרה. אף בפרשת Collins עצמה פסל בית המשפט את הסמים – ראיה חפצית (ומהימנה), שהיה לה קיום נפרד ועצמאי מההפרה.<sup>264</sup> הפסיקה הקנדית שלאחר פסק דין Collins התקשתה להחיל את ההבחנה שנערכה בעניין Collins בין ראיות חפציות לבין ראיות אחרות כשיקול התומך בקבלתן או בפסילתן, שכן מצאה כי אין בסיווג הראיה כדי להשליך על מידת הפגיעה בהוגנות המשפט כתוצאה מקבלתה.<sup>265</sup> לאור זאת, בעשור שלאחר פסק דין Collins התעוררו לא אחת מחלוקות בבית המשפט העליון הקנדי בדבר סוג הראיות הרלבנטיות לשאלת הוגנות המשפט.<sup>266</sup> ההבחנה שיצרה הלכת Collins בין ראיות חפציות לבין ראיות מסוגים אחרים מעולם לא הכתה שורש בקנדה, ועם הזמן הלכה והתעמעמה<sup>267</sup> עד שלבסוף נזנחה סופית בפסק דין

262 פרשת יששכרוב, לעיל ה"ש 1, בפס' 76.

263 פרשת Collins, לעיל ה"ש 13, בעמ' 284-285.

264 הנימוק המרכזי בעניין Collins היה חומרת ההפרה מצד המשטרה; ראו שם.

265 לביקורת על ההבחנה של פסק דין Collins בין ראיות חפציות לאחרות ראו, Steven M. Penney, *Unreal Distinctions: The Exclusion of Unfairly Obtained Evidence Under S. 24(2) Of The Charter*, 32 ALTA L. REV. 782, 802-807 (1994).

266 SOPINKA, לעיל ה"ש 224, בעמ' 427.

267 בית המשפט העליון של קנדה לא היסט לפסול ראיות חפציות שהושגו באמצעים פסולים, הן בעניין Collins עצמו, לעיל ה"ש 13, והן במקרים רבים אחרים. מאז שנחקק הצ'רטר הגיעו לבית המשפט העליון 75 תיקים עם טענות פסילה, מתוכם פסל בית המשפט את הראיות ב-38 מקרים. מרבית הראיות שנפסלו היו דווקא ראיות חפציות (24 מקרים); ראו Gerard E. Mitchell, *The Supreme Court of Canada On Excluding Evidence Under S-s. 24(2) of the Charter* (2006), בעמ' 97-93. כך, למשל, בפרשת R. v. Mellenthin [1992] 3 S.C.R. 615 פסל בית המשפט סמים

*Stillman*, ובתוך כך נוסח מחדש חלקו הראשון של מבחן *Collins* (השיקולים הנוגעים להוגנות המשפט). בפרשת *Stillman* נקבע כי סיווג הראיה כחפצית איננו רלבנטי לשאלת הוגנות המשפט, וכי ישנן ראיות חפציות שקבלתן במשפט מעוררת קושי לא פחות מזה הכרוך בקבלת הודאה שהושגה בכפייה.<sup>268</sup> בפרשת *Stillman* פסל בית המשפט ראיות חפציות (ומהימנות) שהושגו באמצעים פסולים, תוך הדגשה של האופן שבו הושגה הראיה ולא של סיווגה.<sup>269</sup> לאור הלכת *Stillman*, ולפי הגישה הנוהגת כיום בקנדה, הוגנות המשפט עשויה להיפגע אם הנאשם אולץ לקחת חלק ביצירת הראיה או בגילויה.<sup>270</sup> הנחת המשפט הקנדי היא שקבלת ראיות שלא ניתן היה להשיגן או לגלותן לולא השתתפותו הבלתי-רצונית של החשוד, כאלה שהושגו תוך פגיעה בחסיון הנאשם מפני הפללה עצמית (כפי שחיסיון זה מוגדר במשפט הקנדי<sup>271</sup>), תפגע בהוגנות המשפט, שכן אין על הנאשם חובה כלשהי לסייע למדינה בהשגת ראיות לצורך הרשעתו, ואין זה ראוי לבסס הרשעה בפלילים על ראיות שנוצרו על ידי הנאשם או שהתגלו באמצעותו כתוצאה מהפרת זכויותיו על ידי המשטרה ("Conscriptive Evidence"<sup>272</sup>).<sup>273</sup> כדברי בית המשפט בפרשת *Stillman*:

שנמצאו בשקית במושב הקדמי של מכונית הנאשם במהלך חיפוש בלתי-חוקי. בית המשפט פסל את הראיה על אף שהנאשם רק זיהה את הראיה כשנשאל על ידי השוטרים על תכולת השקית, ועל אף שלראיה זו היה קיום נפרד ועצמאי מההפרה. נפסק שהואיל והראיה לא הייתה מתגלית לולא הסיוע של הנאשם – הראיה היא באותה קטגוריה של ראיות שהחשוד יצר כתוצאה מהפרת הצ'רטר ולפיכך נפסלה הראיה. ראו גם פרשת *Burlingham*, לעיל ה"ש 254: זכות הנאשם לסגור הופרה והוא הוביל את המשטרה לאקדח שהיה מצוי באגם שליד זירת הרצח. בית המשפט פסל את כלי הנשק כראיה על אף היותו ראיה חפצית בעלת קיום נפרד ועצמאי מההפרה. נפסק, שקבילות הראיה לא תלויה בסיווגה כראיה חפצית או כהודאה אלא בשאלה אם הראיה הייתה נמצאת גם לולא הסיוע הכפוי של הנאשם. לנכונותו של בית המשפט הקנדי לפסול ראיות חפציות ראו גם *R. v. Pohoretsky* [1987] 1 S.C.R. 945 (פסילת דגימת דם); *R. v. Duguay* [1989] 1 S.C.R. 93; (פסילה של טביעות אצבעות); *R. v. Ross* [1989] 1 S.C.R. 3 (פסילה של מסדר זיהוי).

268 עניין *Stillman*, לעיל ה"ש 233.

269 שם. כאותה פרשה נמצאו כגופת הנערה זרע וסימני נשיכה. המשטרה לקחה מסטילמן – בניגוד לרצונו ותוך הפרת הצ'רטר – דגימה משיניו, משערו ומהרוק שלו. בית המשפט פסל את כל הראיות על אף היותן חפציות וללא כל קשר לסיווג זה. הראיות נפסלו לפי המבחן הראשון שנקבע בעניין *Collins*, לעיל ה"ש 13, מבלי ששקלה מידת חומרת ההפרה מצד גורמי אכיפת החוק.

270 *SOPINKA*, לעיל ה"ש 224, בעמ' 425.

271 כפי שיוכרר להלן, החיסיון מפני הפללה עצמית, כפי שהוגדר בפסיקה הקנדית, משתרע לעתים גם על ראיות חפציות; ראו הדיון להלן בפרשת *Stillman*.

272 ראיות תסווגנה כ-"Conscriptive" (ראיות "מאולצות" או "מְחולצות") כשהנאשם אולץ להפליל עצמו, כתוצאה מהפרת זכויותיו על ידי המשטרה, באמצעות אמרה, שימוש בגוף או מסירת דגימות מגופו; ראו עניין *Stillman*, לעיל ה"ש 233, בעמ' 655. אם כן, מדובר בראיות שהושגו עקב השתתפות הנאשם תוך הפרת הצ'רטר: ראיות אלה תיפסלנה לפי מבחן הוגנות המשפט אלא אם

The primary aim and purpose of considering the trial fairness factor in the s. 24(2) analysis is to prevent an accused person whose Charter rights have been infringed from being forced or conscripted to provide evidence in the form of statements or bodily samples for the benefit of the state. It is because the accused is compelled as a result of a Charter breach to participate in the creation or discovery of self-incriminating evidence in the form of confessions, statements or the provision of bodily samples, that the admission of that evidence would generally tend to render the trial unfair. That general rule, like all rules, may be subject to rare exceptions.<sup>274</sup>

קבלת ראיות שחולצו מהנאשם בעל כורחו, ויש בהן כדי לפגוע בחסיונו מפני הפללה עצמית (ראיות שהושגו תוך שימוש בגוף הנאשם, דגימות מגופו או אמרות שמסר<sup>275</sup>) תביא בדרך כלל לפגיעה בהוגנות המשפט (ובתוך כך במוניטין של מערכת עשיית הצדק), ולפיכך, בדרך כלל, יש לפוסלן (וכן את הראיות המתגלות באמצעותן ו"נגזרות" מהן<sup>276</sup>). ראיות כאלה לא ייפסלו לפי המבחן הראשון שנקבע בעניין Collins רק אם תוכיח התביעה כי גילויין היה בלתי-נמנע או שניתן היה לגלותן באמצעים חלופיים (חוקיים), ולהשיגן ממקור עצמאי ונפרד מהנאשם עצמו (מבחן ה"Discoverability" שנדרן לעיל).<sup>277</sup> להשלמת התמונה יצוין כי ראיות מסוג זה שניתן היה לגלותן – כמו גם ראיות שאינן "Conscriptive" – אינן חסינות מפני פסילה, שכן עדיין יש לבדוק אם ראוי לפסול אותן לפי השיקולים שבשתי הקבוצות הנוספות שנקבעו בפרשת Collins. אם כן, לפי הפסיקה הקנדית, ראיות בעלות "קיום נפרד ועצמאי" הן ראיות שהיה להן קיום לפני ההפרה וללא כל קשר אליה (במצב שבו ניתן היה להשתמש בהן כראיה במשפט); קרי: ראיות שהנאשם לא אולץ לקחת חלק ביצירתן או באיתורן ושניתן היה

כן יוכח כי היו מושגות באמצעים חלופיים גם ללא השתתפות הנאשם; ראו Peter W. Hogg, Constitutional Law of Canada 951 (Student Edition, 2006).

273 SOPINKA, לעיל ה"ש 224, בעמ' 425.

274 עניין Stillman, לעיל ה"ש 233, בעמ' 652.

275 בית המשפט ב"Stillman לא התיימר לסטות מההלכות הקודמות שבהן נפסלו ראיות שלא נמנו בשלוש הקטגוריות הנ"ל (כדוגמת הלכת R. v. Mellenthin, לעיל ה"ש 267). לפיכך, בתי המשפט בקנדה אינם מגבילים את עצמם לפסילת ראיות שהושגו דווקא באמצעים האמורים; ראו Mitchell, לעיל ה"ש 267, בעמ' 48.

276 לדין ב"ראיות נגזרות", ראו להלן, פרק (א)3.

277 עניין Stillman, לעיל ה"ש 233, בעמ' 664-667.

להשיגן באופן חוקי.<sup>278</sup> ראיות כאלה אמנם אינן נתפסות כפוגעות בהוגנות המשפט כשלעצמן, אך הן עשויות להיפסל מחמת חומרת ההפרה מצד גורמי המשטרה. ככל הנראה, אם הנאשם אולץ לקחת חלק ביצירת הראיה או באיתורה, ובכפוף ל"מבחן הגילוי", הראיה תיפסל מחמת היותה פוגעת בהוגנות המשפט, וזאת בין אם מדובר בראיה חפצית ובין אם לאו. לפיכך, שאלת סיווג הראיה על פי אופייה (או בשל אופן השגחה) רלבנטית – אם בכלל – אך ורק לשאלת הוגנות המשפט; על פי הדין הנוהג בקנדה, אין כל מניעה לפסול ראיות חפציות לפי המבחן השני והשלישי שנקבעו בעניין Collins, ולעניין זה אין ומעולם גם לא הייתה כל רלבנטיות לסוג הראיה (חפצית או אחרת; "conscriptive" או "non-conscriptive").

לעומת זאת, על פי הפסיקה בעניין יששכרוב, סיווג הראיה רלבנטי כל אימת שמתעוררת שאלת פסילתה בהתאם לדוקטרינה החדשה, וזאת גם אם הפרה המשטרה את הכללים באופן חמור ומשמעותי (כך נלמד גם מהיישום בפרשת יששכרוב, שבה נדונה מהימנות ההודאה על אף חומרת ההפרה). לפיכך, ראוי היה לקבוע שכאשר המשטרה מפירה את הכללים באופן חמור לא תהא כל רלבנטיות לשאלות בדבר מהימנות הראיה, קיומה העצמאי או סיווגה כראיה חפצית או אחרת. גם כשאין המדובר בהפרה חמורה ראוי לבחון אם קבלת הראיה תפגע בהוגנות החליך כלפי הנאשם, ללא תלות במידת מהימנותה או בסיווגה כחפצית או אחרת. זאת לאור התובנה בקנדה – הנכונה גם למשפטנו־שלנו – שלפיה קבלתה של ראיה חפצית עלולה לעתים לפגוע משמעותית בזכות הנאשם להליך הוגן (ובתוך כך בכבודו כאדם) לא פחות מקבלתה של ראיה מסוג "אמרה"; כך יהא כאשר הנאשם אולץ שלא כדין לקחת חלק בגילוי הראיה או ביצירתה. יצוין, כי בהתחשב בתפיסתו של המשפט הישראלי – שלפיה החיסיון מפני הפללה עצמית אינו משתרע, ככלל, על ראיות חפציות<sup>279</sup> – יש בקביעה כי ראיות חפציות לא תיפסלנה ככלל משום צמצום מופרז ובלתי־ראוי של כלל הפסילה.

טלו, למשל, את פרשת ועקנין.<sup>280</sup> בית המשפט בעניין יששכרוב קבע כי "ראיות חפציות, כגון: נשק, סם או רכוש גנוב, הן בעלות קיום עצמאי ונפרד מאי־החוקיות שהייתה כרוכה בהשגתן".<sup>281</sup> חבילות הסמים המסוכנים שהוצאו מגופו של ועקנין בניגוד לרצונו הן ראיות חפציות מסוג "סם", ונדמה כי על פי גישתו של בית המשפט

PETER K. MACWILLIAMS, CANADIAN CRIMINAL EVIDENCE, Vol. 1, 16.12-16.14 (4th ed. 278 Aurora, Ont. – Canada Law Book, 2003).

279 ראו ע"פ 663/81 חורי נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2), 85, 90-91 (1982): "הזכות לאי־הפללה עצמית משמעותה... כי אין כופין על אדם להעיד נגד עצמו או לספק לרשויות המדינה נגד רצונו ראיה בדרך הרומה למסירתה או להעברתה של עדות".

280 עניין ועקנין, לעיל ה"ש 171.

281 פרשת יששכרוב, לעיל ה"ש 1, בפס' 71.

בעניין יששכרוב אף היה להן קיום "נפרד ועצמאי".<sup>282</sup> האם בשל כך ראוי לקבוע כי "משקלם של השיקולים המצדדים בקבלתן הוא רב", כפי שציין בית המשפט לגבי סוג ראיות זה? האם סיווג ראיות כ"חפציות" (וכמהימנות) בהכרח משליך על עצמת הפגיעה בכבודו של הנאשם ובזכותו להליך הוגן, או בטוהר ההליך השיפוטי? אם התשובה לשאלות אלה היא בחיוב, הרי שמידת ההגנה על זכויות הנאשם על פי דוקטרינת הפסילה החדשה אינה עולה על זו שהוקנתה לו בשנות השבעים והשמונים, ואין באימוץ של כלל הפסילה משום סטייה של ממש מהעמדה שהביע בית המשפט באותה פרשה, בסרבו לפסול את הסמים כראיה: "אין אנו רשאים להתעלם מהאמת העובדתית, היינו ממציאות של הסם המסוכן המונח לפנינו, ולזכות את מי שהחזיק בסם ועל-ידי כך לעוות את האמת המשפטית".<sup>283</sup> אילו נדון המקרה של ועקנין בקנדה, הסמים היו נפסלים כראיה בגין הפגיעה בהוגנות המשפט כתוצאה מקבלת ראיה שהושגה בכפייה (מבלי שתישקל חומרת ההפרה מצד גורמי אכיפת החוק); אולם בישראל השיקול היחיד התומך בפסילתם הוא חומרת ההפרה. אלא, שאפילו חומרת ההפרה לא תבטיח את פסילת הסמים, שכן לפי ההלכה שנפסקה בעניין יששכרוב חומרת ההפרה אינה שיקול מכריע או בעל עדיפות כלשהי על שיקולים אחרים, ויש לאזנו אל מול יתר השיקולים הרלבנטיים התומכים בקבלת הראיה (ובכלל זה היותה של הראיה חפצית ומהימנה, חיוניותה וחומרת העבירה שבה מדובר).

### (3) תורת פירות העץ המורעל ו"ראיות נגזרות"

בעניין יששכרוב הוסיף בית המשפט וקבע כי על אף אימוצה של דוקטרינת הפסילה, אין לאמץ בישראל את תורת פירות העץ המורעל.<sup>284</sup> עם זאת, בית המשפט הותיר פתח גם לפסילתן של ראיות שאותרו באמצעות הראיה הישירה, בקובעו כי "שאלת קבילותה של ראיה שאותרה בעקבות ראיה פסולה אחרת, תיבחן על-פי נסיבותיו של כל מקרה לגופו ובהתחשב בהשפעה שתהא לקבלתה של ראיה כאמור על זכותו של הנאשם להליך פלילי

282 בית המשפט בפרשת יששכרוב קבע שכאשר יש לראיה קיום נפרד ועצמאי מאי-החוקיות, הרי ש"אין באמצעי החקירה הבלתי כשרים כדי להשפיע על תוכן הראיה"; ראו שם. לפיכך נראה כי בית המשפט פירש את התיבה "נפרד ועצמאי" כמכוונת לכך שהראיה הייתה קיימת לפני ההפרה וללא קשר אליה גם כשלא הייתה מתגלה או מושגת לולא ההפרה. לדעתנו ראוי היה לקבוע כי ייתכנו נסיבות שבהן לא יהא לראיה חפצית "קיום נפרד ועצמאי"; כך, למשל, כשהראיה לא הייתה מושגת לולא ההפרה באופן שניתן היה לעשות בה שימוש במשפט אין לראותה כבעלת קיום עצמאי. בפרשת ועקנין, לעיל ה"ש 171, אילולא חולצו הסמים בכוח מגופו ובניגוד לרצונו הרי שהיו מתמוססים בגופו, וכמובן שלא ניתן היה לעשות בהם שימוש כלשהו.

283 עניין ועקנין, לעיל ה"ש 171, בעמ' 855.

284 שכן הרציונל העומד מאחורי כלל הפסילה שאומץ בישראל – בניגוד לזה הנוהג בארצות-הברית –

איננו הרתעתי; ראו פרשת יששכרוב, לעיל ה"ש 1, בפס' 71.

הוגן".<sup>285</sup> בית המשפט אף ציין כי גם בהקשר זה יש לבחון, בין היתר, את "טיב הראיה הנגזרת בה מדובר, והזיקה בינה לבין אי החוקיות שהייתה כרוכה בניהול החקירה".<sup>286</sup> במרבית המקרים, שאלת פסילתן של ראיות נגזרות תתעורר כשהראיה הנגזרת הושגה כתוצאה מהודאה שנגבתה תוך הפרה של זכויות הנחקר. על פי רוב, ראיות כאלה תהיינה חפציות ומהימנות. לפיכך – וככל שהדבר נוגע לראיות נגזרות – ראוי שלא להחיל את השיקול המצדד בקבלת ראיות חפציות ומהימנות, שאחרת פתח צר זה ייוותר מחוסר כל משמעות.

גם בקנדה לא אומצה תורת פירות העץ המורעל ככזו. עם זאת, לפי הפסיקה הקנדית, גם ראיות שמתגלות באופן עקיף כתוצאה מראיה שהיא "Conscriptive" – כגון כלי רצח שנמצא כתוצאה מהודאה שהושגה תוך הפרת הצ'רטר – גם ראיות אלה מסווגות כ-"Conscriptive". כך, למשל, בפרשת *Burlingham* הודה הנאשם בביצוע רצח תוך שהופרה זכותו לסנגור; במסגרת הודאתו סיפר הנאשם למשטרה על מקום הימצאותו של כלי הרצח. בית המשפט קבע כי לא רק ההודאה עצמה פסולה כראיה אלא גם הנשק, שכן ראיה זו נגזרה מההודאה הפסולה ולא הייתה מתגלה אלמלא הודה הנאשם בפני המשטרה.<sup>287</sup> אם כן, ראיות הנגזרות מהודאה הנמסרת תוך הפרה של זכויות הנאשם חשופות לפסילה בקנדה גם אם על פי טיבן הן ראיות חפציות ומהימנות – וללא כל קשר לסיווג זה. כמו כן, מידת פסלותה של ראיה נגזרת אינה נבחנת על פי השאלה אם היו אמצעים חלופיים וחוקיים שיכלו לשמש לגילוייה, שכן חריג זה מוחל רק על הראיה הראשית ולא על זו הנגזרת ממנה.<sup>288</sup>

קבלת ראיות נגזרות שהושגו עקב אמרה של הנאשם תמריץ את רשויות האכיפה להפר את זכויות החשוד בחקירתו כדי להשיג ראיות חפציות שיהיה בהן כדי להפליג.<sup>289</sup> אף שהרתעת המשטרה איננה מטרה מרכזית של כלל הפסילה, הרי שבקנדה גם שיקול זה משמש כדי לתמוך בפסילתן של ראיות נגזרות כל אימת שנמצא כי יש לפסול את הראיה שממנה נגזרו עקב אילוץ הנאשם לקחת חלק ביצירתה או בגילוייה. ראוי לאמץ גישה זו גם בישראל, ולקבוע כי אין לבחון את שאלת פסילתה של ראיה נגזרת לפי טיבה אלא לפי מידת פסלותה של הראיה שממנה נגזרה.

(ד) "הנוק מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילת הראיה"

קבוצת השיקולים השלישית שמנה בית המשפט בפרשת יששכרוב – מקבילתה של קבוצת השיקולים השלישית בפרשת *Collins* – נוגעת להשפעה שתהא לפסילת הראיה

285 ש.ם.

286 ש.ם.

287 עניין *Burlingham*, לעיל ה"ש 254.

288 *SOPINKA*, לעיל ה"ש 224, בעמ' 437.

289 ש.ם.



על "מלאכת עשיית הצדק במובנה הרחב"<sup>290</sup> (ובקנדה: "השלכות פסילת הראיה על המוניטין של מערכת עשיית הצדק"<sup>291</sup>). הפרמטרים שנקבעו לעניין זה, כמו בפרשת Collins, הם חיוניות הראיה וחומרת העבירה. בעניין יששכרוב ציין בית המשפט שכאשר מדובר בעבירה חמורה ובראיה חיונית להוכחת האשמה, ראוי להעדיף את האינטרס שבלחימה בפשיעה ובהגנה על שלום הציבור ונפגעי העבירה על זכותו של הנאשם להליך הוגן, שכן זיכוי הנאשם במצב דברים זה יפגום כשלעצמו ב"עשיית הצדק ובאמון הציבור בבתי המשפט".<sup>292</sup> עם זאת, הואיל ובית המשפט הכיר בכך שפרמטר זה אינו נקי מקשיים,<sup>293</sup> הוא בחר להשאיר את השאלה בדבר מידת ההתחשבות בשיקול הנוגע לחומרת העבירה בצריך עיון,<sup>294</sup> אף שישם שיקול זה בפרשת יששכרוב עצמה, בציינו – במסגרת השיקולים התומכים בפסילת הודאתו של יששכרוב – כי העבירות שיוחסו ליששכרוב "אינן מן החמורות שבספר החוקים".<sup>295</sup>

במסגרת דיונו בשיקול הנוגע לחומרת העבירה הוסיף בית המשפט וציין כי אף שבעניין Collins נכללה חומרת העבירה כשיקול רלבנטי בהפעלת שיקול הדעת השיפוטי, "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".<sup>296</sup> אכן, בקנדה ניתן משקל נמוך לשיקול זה.<sup>297</sup> בפרשת Collins קבע בית המשפט כי פסילת ראיה שהיא חיונית לכיסוס האישום בעבירה חמורה אכן עלולה להביא לפגיעה במוניטין של מערכת עשיית הצדק, אך זאת רק כשההפרה הייתה טכנית או פעוטת.<sup>298</sup> בעניין יששכרוב הביע בית המשפט עמדה דומה, תוך השמטת הפרמטר הנוגע לחומרת ההפרה.

אכן יש נסיבות (כדוגמת המקרה של הפרה טכנית מצד גורמי אכיפת החוק) שבהן,

290 פרשת יששכרוב, לעיל ה"ש 1, בפס' 72.

291 פרשת Collins, לעיל ה"ש 13, בעמ' 286.

292 פרשת יששכרוב, לעיל ה"ש 1, בפס' 72. לעניין זה הפנה בית המשפט לדין האנגלי והאוסטרלי; ראו שם.

293 שם.

294 שם.

295 שם, בפס' 81.

296 שם, בפס' 73. ראו והשוו גרוס, לעיל ה"ש 192, בעמ' 176-177.

297 כדברי בית המשפט בפרשת Stillman: "I am mindful of the argument that those accused of serious offences are as entitled to Charter protection as those accused of lesser offences. I am also of the view that the seriousness of offence should seldom if ever serve as the sole basis for admitting evidence obtained through bad faith or a serious violation of the accused's constitutional rights"; ראו עניין Stillman, לעיל ה"ש 233, בעמ' 743.

298 פרשת Collins, לעיל ה"ש 13, בעמ' 286. בעניינה של Collins נפסק כי על אף שדובר בראיה חפצית ובעבירה חמורה, הרי שלאור חומרת ההפרה בנסיבות העניין יש לפסול את הראיה.

עקב חומרת העבירה, דווקא פסילת הראיה – ולא קבלתה – עלולה לפגוע במערכת עשיית הצדק.<sup>299</sup> כפי שיובהר להלן, בנסיבות אחרות ראוי כי השיקול הנוגע לחומרת העבירה לא יילקח בחשבון כלל. בעוד שקבוצת השיקולים הראשונה שהוזכרה בעניין Collins מתמקדת בפוטנציאל הפגיעה במשפטו של הנאשם-עצמו כתוצאה מקבלת הראיה (והשנייה בהתנהגות המשטרה), קבוצת השיקולים השלישית שהוזכרה בעניין Collins (ובעניין יששכרוב) מתמקדת בהשלכות רחוקות-הטווח של פסילת הראיה על מערכת עשיית הצדק בכללותה<sup>300</sup> (בעיניו של האדם הסביר<sup>301</sup>). אינטרסים רחוקי-טווח אלה כוללים – לצד האינטרס החשוב שבלתיימנה בפגיעה ובהרשעת עבריינים – גם את האינטרס שבכיבוד זכויותיהם של נאשמים באשר הם.<sup>302</sup> לפיכך, כבר בעניין Collins נקבע כי אם קבלת הראיה תפגע בהוגנות המשפט (קרי: אם נמצא כי יש לפסול את הראיה על פי המבחן הראשון), לא יהיה בחומרת העבירה כדי להכשיר את הראיה; בית המשפט קבע כי אם יש להעניק משקל כלשהו לשיקול הנוגע לחומרת העבירה בהקשר של הוגנות המשפט – הרי שבהקשר זה השיקול פועל באופן ההפוך: ככל שהעבירה חמורה יותר כך עולה מידת הפגיעה שבקבלת הראיה בהוגנות המשפט כלפי הנאשם, ובתוך כך – במוניטין של מערכת עשיית הצדק.<sup>303</sup> לפיכך, אם נמצא שקבלת הראיה עלולה לפגוע בהוגנות המשפט עצמו (וכי לא הייתה מתגלה אלמלא ההפרה), אכן לא נעשה שימוש בשיקול זה, והראיה תיפסל גם אם העבירה המיוחסת לנאשם נמנית בין "העבירות החמורות שבספר החוקים".<sup>304</sup>

בית המשפט הקנדי מתחשב בחומרת העבירה כבואו לשקול את פסילת הראיה במסגרת השיקולים הנוגעים לחומרת ההפרה מצד גורמי אכיפת החוק, וזאת לאחר שמצא – אם מצא – כי אין לפסול את הראיה לפי מבחן הוגנות המשפט. במקרים אלה תישקל חומרת ההפרה אל מול חומרת העבירה.<sup>305</sup> אולם, גם במסגרת זו יוכל שיקול זה

299 ראו David M. Paciocco, *Stillman, Disproportion and the Fair Trial Dichotomy under* R. v. Caslake [1998] 1 S.C.R. 163, 172 (1997) Section 24(2), 2 Can. CRIM. L. REV. 163, 172; כן ראו R. v. Caslake [1998] 1 S.C.R. 51, 53 (בפרשה זו קיבל בית המשפט את הראיות על אף שהושגו שלא כדין, משום שמצא כי פסילתן תביא לפגיעה במערכת עשיית הצדק יותר מאשר קבלתן).

300 R. v. Greffe [1991] 1 S.C.R. 755, 784.

301 פרשת Collins, לעיל ה"ש 13, בעמ' 282.

302 SOPINKA, לעיל ה"ש 224, בעמ' 461.

303 ראו פרשת Collins, לעיל ה"ש 13, בעמ' 286.

304 כפי שיוסבר בתת-הפרק הבא, הנוגע ליחסי הגומלין בין קבוצות השיקולים השונות, כאשר ראייה נפסלת על פי המבחן הראשון שצוין בעניין Collins, לעיל ה"ש 13, בתי המשפט בקנדה מונחים שלא לשקול את הפרמטרים המנויים בקבוצה השנייה והשלישית, שכן פגיעה בהוגנות המשפט נתפסת גם כפגיעה במוניטין של מערכת עשיית הצדק, במובנה הרחב; ראו SOPINKA, לעיל ה"ש 224, בעמ' 460.

305 SOPINKA, שם.

להטות את הכף לטובת קבלת הראיה במשפט רק אם המשטרה פעלה בתום לב או שההפרה לא הייתה חמורה מסיבה אחרת, ואם הראיה חיונית לצורך ההרשעה.<sup>306</sup> במצב דברים זה, שבו הוגבל השימוש בשיקול הנוגע לחומרת העבירה לנסיבות יוצאות דופן, אין זה פלא כי כרבים מהמקרים שבהם פסל בית המשפט העליון של קנדה ראיות, דובר בעבירה חמורה (לא פעם בעבירות רצח<sup>307</sup>), והראיות היו אמינות וחיוניות לביסוס האשמה; בכל אותם מקרים נמנע בית המשפט מדיון במחיר החברתי שבפסילת הראיה, ואם בכל זאת דן בשיקול זה – נתן לו משקל מועט.<sup>308</sup>

בעניין יששכרוב נפסק כי השיקול היחיד התומך בפסילת ראיות, פרט לחומרת ההפרה (שאליה נתייחס מיד), הוא הפגיעה במהימנותן. אם נפגמת מהימנות הראיה הרי שממילא אין היא חיונית לצורך ההרשעה, ולפיכך יש להעריך את פסילתה בגין הפגם במהימנותה גם אם מדובר בעבירה חמורה,<sup>309</sup> שהרי במקרה כזה ממילא "נחלש המתח שבין ערך חשיפת האמת לבין ההגנה על הגינות ההליך וטוהרו, באופן שעשוי לתמוך בפסילת הראיה".<sup>310</sup> אם כן, נותרת קבוצת השיקולים הנוגעת לחומרת ההפרה: אם מדובר בהפרה טכנית או קלה מצד גורמי החקירה, ובהיעדר שיקולים נוספים התומכים בפסילת הראיה – ייתכן שחומרת העבירה תצדיק את קבלת הראיה במשפט; אך מה יהא הדין אם מדובר בהפרה חמורה? הואיל ובעניין יששכרוב דובר בעבירה שלא נתפסה כחמורה, השאלה אם בתי המשפט בישראל יתנו משקל לחומרת העבירה כשההפרה היא

306 ראו R. v. Grant [1993] 3 S.C.R. 223, 261; R. v. Evans [1996] 1 S.C.R. 8. בשני המקרים התקבלה הראיה עקב חומרת העבירה ועקב נחיצותה לביסוס האשמה; בשניהם ההפרה לא הייתה חמורה והשוטרים נהגו בתום לב. נפסק כי פסילת הראיה בנסיבות שכאלה תכחים את מערכת עשיית הצדק באופן חמור בהרבה מאשר קבלת הראיה. בנסיבות כאלה נראה שאכן ראוי להחיל את השיקול בדבר חומרת העבירה.

307 ראו פרשת *Burlingham*, לעיל ה"ש 254; R. v. Bridges; 254 R. v. Broyles [1991] 3 S.C.R. 595; R. v. Clarkson [1986] 1 S.C.R. 383 [1990].

308 ראו Hogg, לעיל ה"ש 254, בעמ' 974. בפרשת R. v. Feeney, לעיל ה"ש 228, זוכה הנאשם מעבירת רצח אף שהראיות (שהושגו שלא כדיון) היו אמינות וחיוניות. בית המשפט סירב להעניק משקל כלשהו לקבוצת השיקולים השלישית, בצינו: "Any price to society occasioned by the loss of such a conviction is fully justified in a free and democratic society which is governed by the rule of law". לדעת המלומד Hogg, פסק הדין מסמן נטייה לבטל כליל את קבוצת השיקולים השלישית שצוינה בעניין Collins, לעיל ה"ש 13, שכן לאור נסיבותיו (עבירה חמורה וראיה חיונית ומהימנה) יקשה לחשוב על מקרה שבו ההשלכות של פסילת הראיה ייחשבו כשיקול רלבנטי; ראו שם.

309 לפיכך מסכימים אנו לעניין זה עם קביעתו של השופט גרוניס בחוות דעתו החולקת, שלפיה אין להתייחס לשיקול של חומרת העבירה כשהנימוק לפסילתה של הראיה קשור במהימנותה; ראו פרשת יששכרוב, לעיל ה"ש 1, בפס' 6 לחוות דעתו של השופט גרוניס.

310 שם, בס' 71.

חמורה נותרה פתוחה. כפי שציין בית המשפט בעניין יששכרו, הקושי הטמון בשיקול הנוגע לחומרת העבירה נעוץ, בין היתר, בכך ש"דווקא בחקירות של פשעים חמורים בהן זכותו החוקתית של הנאשם לכבוד ולחירות ראויה להגנה משמעותית, תפחת ההקפדה על הכללים לניהול חקירה הוגנת ותקינה".<sup>311</sup> כמו כן, יש הטוענים כי הכללת השיקול בדבר חומרת העבירה מובילה למסקנה הבעייתית כי מידת ההגנה על זכויות הנאשם תלויה בחומרת העבירה שייחסו לו רשויות האכיפה, וכל זאת – טרם הוכחה אשמתו.<sup>312</sup>

הפסיקה הקנדית הרגישה שתרופת הפסילה איננה שמורה רק למקרים של עבירות קלות;<sup>313</sup> כדברי השופט Iacobucci בפרשת *Burlingham*:

I underscore that we should never lose sight of the fact that even a person accused of the most heinous crimes, and no matter the likelihood that he or she actually committed those crimes, is entitled to the full protection of the *Charter*. Short-cutting or short-circuiting those rights affects not only the accused, but also the entire reputation of the criminal justice system. It must be emphasized that the goals of preserving the integrity of the criminal justice system as well as promoting the decency of investigatory techniques are of fundamental importance in applying s. 24(2). These goals operate independently of the type of crime for which the individual stands accused.<sup>314</sup>

לאור האמור לעיל, הרי שלגישתנו יש להתחשב בשיקול הנוגע לחומרת העבירה רק כשמדובר בהפרה שאינה בדרגת חומרה גבוהה, שאחרת בתי המשפט בישראל יראו את עצמם חופשיים (ואולי אף מחויבים) שלא להפעיל את כלל הפסילה כשמדובר בעבירות חמורות. לעניין זה יפים דברי השופט Lamer בפרשת *Greffe*:

While I, and surely most people, would like to see the appellant convicted and punished severely for the offences with which he is charged, the long-term effect of admitting evidence obtained in a manner that infringed the Charter on the basis that the offence is a very

311 שם, בפס' 72.

312 J. Andres Hannah-Suarez, *Bringing the Administration of the Charter into Disrepute: A Critique of the 3rd branch of the Collins Test for Excluding Evidence under s. 24(2) of the Charter*, 18 W.R.L.S.I. 63, 82-83 (2004).

313 R. v. Genest [1989] 1 S.C.R. 59 ראו

314 עניין *Burlingham*, לעיל ה"ש 254, בעמ' 242.

serious one, would lead to the result that s. 24(2) will only be used to exclude evidence when less serious crimes are involved.<sup>315</sup>

כל עוד לא תסויג או תובהר עמדת בית המשפט כפי שהובאה בעניין יששכרוב – כי יש לבחון את חומרת העבירה בגדר כלל השיקולים שעל בית המשפט להביא בחשבון במסגרת הפעלת שיקול הדעת – התוצאה הבלתי-רצויה שעליה עמד השופט Lamer עלולה ליהפך למציאות במשפט הישראלי.

(ה) משקלם היחסי של הקריטריונים להפעלת שיקול הדעת ויחסי הגומלין בין שלוש קבוצות השיקולים

לאחר שסיים למנות את השיקולים הרלבנטיים קבע בית המשפט בעניין יששכרוב כי כנסיבות העניין, קבלת הודאתו של יששכרוב תיצור פגיעה משמעותית ובלתי-מירדתית בזכותו להליך פלילי הוגן, ולפיכך הורה על פסילתה מכוח הדוקטרינה החדשה.<sup>316</sup> השיקול המרכזי והמכריע לפסילת הודאתו של יששכרוב היה חומרת ההפרה מצד חוקר המשטרה הצבאית. מקרהו של יששכרוב היה מקרה "קל"; השיקולים שמנה בית המשפט (פרט למהימנות ההודאה) תמכו בפסילת הראיה (ההפרה המכוונת והקלות שבה ניתן היה לגבות את ההודאה כדין), ומנגד – לא נדרש לשלם מחיר חברתי כלשהו כתוצאה מן הפסילה; דובר בעבירה קלה ובנאשם שכבר ריצה את עונשו. במצב דברים זה, ובהתחשב בזמן הרב שעבר עד להכרעה בערעור, הרי שלפסילת הודאתו של יששכרוב (כמו גם לקבלתה) הייתה משמעות הצהרתית בלבד.

בית המשפט מצא לנכון לציין כי יש לפסול את הודאתו של יששכרוב לאור "נסיבותיו הייחודיות" של המקרה.<sup>317</sup> ניתן לחשוב על נסיבות רבות שתהיינה שונות מנסיבותיה "הייחודיות" של פרשת יששכרוב. כך, למשל, מה יהא כשהתנהגות החוקרים לא תהא כה חמורה? מה יהא בנסיבות שבהן האישום יהיה בעבירה חמורה יותר? מה יהא אם תתבקש פסילתה של ראיה תפצית? או אם הנאשם טרם ריצה את עונשו? האופן בו הותוו הקריטריונים להפעלת שיקול הדעת בפרשת יששכרוב אינו מאפשר מענה לשאלות אלה, שכן אין בו משום הנחיה של ממש כיצד ראוי ליישם. זאת, משום שבית המשפט קבע כי אף אחד מהשיקולים הרלבנטיים לשאלת הפסילה אינו בעל מעמד בלעדי או מכריע, וכי אין לקבוע עמדה בשאלת משקלם היחסי – שכן משקל זה ייקבע

315 עניין Greffe, לעיל ה"ש 300, בעמ' 784.

316 פרשת יששכרוב, לעיל ה"ש 1, בפס' 81.

317 שם.

"בהחשב בנסיבותיו של כל מקרה לגופו".<sup>318</sup> קביעה זו נותנת לבתי המשפט הכשר מלא לפסוק ככל העולה על רוחם.<sup>319</sup>

בעניין זה הדין בקנדה שונה. בעניין יששכרוב נהג בית המשפט, ככל הנראה, בעקבות בית המשפט בעניין Collins, שאף הוא נמנע מלדון במשקלם היחסי של השיקולים השונים וביחסי הגומלין בין שלוש קבוצות השיקולים, והסתפק בכמה הערות קצרות ובלתי-ממצות בעניין זה.<sup>320</sup> עם זאת, בפסיקה מאוחרת יותר נדרש בית המשפט העליון של קנדה לדין מפורש ומעמיק בסוגיה. כמשך העשור שלאחר פרשת Collins הגדיר בית המשפט העליון של קנדה מחדש את אמות-המידה שנקבעו בה, ובתוך כך התווה הנחיות הנוגעות לאופן יישומו של המבחן המשולש. בקנדה – בניגוד לקביעת בית המשפט בעניין יששכרוב – נפסק שכדי להכריע בשאלת הפגיעה במוניטין של מערכת הצדק, על פי מכלול השיקולים שנמנו בפרשת Collins ולאחריה, אין לערוך איזון בין כלל השיקולים הרלבנטיים לשאלת פסילת הראיה ככל מקרה לפי נסיבותיו.<sup>321</sup> נקבע, כי קיימת היררכיה בין קבוצות השיקולים השונות, היררכיה המשליכה על משקלם היחסי של הקריטריונים השונים. נפסק, כי שתי קבוצות השיקולים הראשונות שצוינו בעניין Collins (קבוצת השיקולים המשליכים על הוגנות המשפט וקבוצת השיקולים הנוגעים לחומרת ההפרה) הן בגדר עילות חלופיות לפסילת הראיה (ולא שיקולים אלטרנטיביים לקבלתה במשפט):

Where impugned evidence falls afoul of the first set of factors set out in Collins (trial fairness), the admissibility of such evidence cannot be saved by resort to the second set of factors (the seriousness of the violation). These two sets of factors are alternative grounds for the

318 שם, בפס' 74.

319 לביקורת כללית על הותרת שיקול דעת לבית המשפט בעניין קבלת ראיות ראו, ALEX STEIN, FOUNDATIONS OF EVIDENCE LAW 11 (2005).

320 פרשת Collins, לעיל ה"ש 13, בעמ' 284-285. עם זאת, כבר מפרשת Collins ניתן ללמוד כי המבחן של השפעת הראיה על הוגנות המשפט (קבוצת השיקולים הראשונה) הוא המבחן המרכזי, שכן בית המשפט ציין כי ראיה שקבלתה עלולה לפגוע בהוגנות המשפט תיפסל בדרך כלל מסיבה זו בלבד.

321 R. v. Elshaw, לעיל ה"ש 241, בעמ' 45: "The Court of Appeal's balancing of all the various factors arguing for admission or exclusion is contrary to the approach to s. 24(2) suggested by this Court in Collins and subsequent cases. A violation of rights which jeopardizes the fairness of the trial cannot be "saved" by mitigating factors (such as the good faith of the police). It can, however, be worsened by aggravating factors (such as a lack of urgency or necessity)."

exclusion of evidence, and not alternative grounds for the admission of evidence.<sup>322</sup>

כאמור, השפעת הראיה על הוגנות המשפט – הנבחנת על פי אופי הראיה (האם הושגה תוך הפרת החיסיון מפני הפללה עצמית והאם ניתן היה לגלותה באמצעי אלטרנטיבי או שגילוייה היה בלתי-נמנע) ולפי טיב הזכות שהופרה – היא השיקול המכריע ובעל המשקל המשמעותי ביותר לעניין פסילת ראיות על פי סעיף 24(2) לצ'רטר.<sup>323</sup> הכלל הפסיקתי המקובל בקנדה כיום, ואין עליו עוררין, הוא כי אם נמצא שקבלת הראיה עשויה להביא לפגיעה בהוגנות המשפט כי אז ראוי בדרך כלל לפוסלה, וזאת מבלי להתחשב בשיקולים שבשתי הקבוצות האחרות.<sup>324</sup> חשיבות הקביעה שמדובר בעילות חלופיות לפסילת הראיה ולא לקבלתה היא בכך שמשעה שנמצא כי יש לפסול את הראיה לפי המבחן הראשון שצוין כעניין Collins, לא ניתן להסתמך על שיקולים המנויים במבחן השני או השלישי לשם "הצלת" הראיה מפני פסילה.<sup>325</sup> כך, למשל, אם נקבע כי ראוי לפסול ראיה מסוימת משום שיש באופן השגתה כדי להביא לפגיעה בהוגנות המשפט, הרי שלא ניתן יהיה לקבלה במשפט גם אם יוכח כי המשטרה נהגה בתום לב ו/או מתוך דחיפות או צורך, וגם אם מדובר בראיה חיונית ובעבירה חמורה; באופן דומה, אם נקבע כי הראיה הושגה תוך הפרה חמורה של זכויות הנאשם, לא ניתן יהיה לקבלה במשפט גם אם מדובר בראיה חפצית שיש לה קיום נפרד ועצמאי. אם כן, כלל השיקולים הרלבנטיים לחומרת ההפרה, ובכללם תום הלב של המשטרה, הם שיקולים שיש להתחשב בהם רק אם נמצא שקבלת הראיה אינה פוגעת בהוגנות המשפט.<sup>326</sup>

קבוצות השיקולים הנוספות – הכוללות שיקולים בדבר חומרת ההפרה והשלכת

322 R. v. Hebert, לעיל ה"ש 256, בעמ' 207-208.

323 עניין Burlingham, לעיל ה"ש 254, בעמ' 232; עניין Mellenthin, לעיל ה"ש 267, בעמ' 626.

324 עניין Stillman, לעיל ה"ש 233, בעמ' 671.

325 Adam M. Parachin, *Compromising on the* ראו בסוגיה זו *compromise: the supreme Court and s. 24(2) of the Charter*, 10 W.R.L.S.I. 7, 68-73 (2000); Carol Brewer, *Stillman and Section 24(2): Much To-Do About Nothing*, 2 CAN. CRIM. L.REV. 240 (1997); Richard Mahoney, *Problems with the Current Approach to s. 24(2) of the Charter: An Inevitable Discovery*, 42 CRIM. L.Q. 443 (1999); John A.E. Pottow, *Constitutional Remedies in the Criminal Context: A Unified Approach to Section 24 (Part II)* 44 CRIM. L.Q. 34 (2000). מלומדים אלה טוענים, בין היתר, שקביעת ההיררכיה בין קבוצות השיקולים והענקת הבכורה לשיקול בדבר הוגנות המשפט הביאו ליצירה של כלל פסילה נוקשה ומחמיר, המעדיף ערכים של הגנה על זכויות הנאשם ועל טוהר ההליך הפלילי על הערכים המתחרים. לגישתנו, כאמור, קביעותיו של בית המשפט העליון של קנדה ברבר יחסי הגומלין בין קבוצות השיקולים השונות הן ראיות ומבטאות את האיון הראוי בין האינטרסים המתנגשים.

326 דאו SOPINKA, לעיל ה"ש 224, בעמ' 447.

הפסילה על המוניטין של מערכת עשיית הצדק – זהות זו לזו בדרגת חשיבותן.<sup>327</sup> לפיכך, על בית המשפט לבדוק תחילה אם קבלת הראיה עשויה לפגוע בהוגנות המשפט, ורק אם נקבע שלא צפויה פגיעה כזו יעבור על בית המשפט לבחינת השיקולים הנוגעים לחומרת ההפרה ויאזן אותם עם השיקולים הנוגעים להשלכות של פסילת הראיה על המוניטין של מערכת הצדק.<sup>328</sup> אם כן, השיקולים הנוגעים להתנהגות המשטרה, לחומרת העבירה ולחיוניות הראיה (השיקולים המרכזיים המנויים בקבוצה השנייה ובקבוצה השלישית שצוינו בעניין Collins) – נלקחים בחשבון רק כשבית המשפט סבור שבנסיבות העניין לא תפגע קבלת הראיה בהוגנות המשפט.

לגישתנו, אף בפרשת יששכרוב ראוי היה לנקוט עמדה עקרונית בדבר משקלם היחסי של השיקולים השונים ובדבר יחסי הגומלין בין שלוש קבוצות השיקולים. לפיכך, למשל, ראוי היה לקבוע שקבוצת השיקולים הראשונה והשנייה שצוינו בפרשת יששכרוב מהוות עילות חלופיות לפסילת הראיה; כמו כן, גם אם יש לראות בחומרת העבירה שיקול רלבנטי לשאלת הפסילה, הרי שראוי היה לקבוע כי אין להתחשב בשיקול זה אם ההפרה מצד גורמי אכיפת החוק הייתה חמורה. לפי גישה זו, הודאתו של יששכרוב הייתה נפסלת גם אילו היה מואשם בעבירה חמורה.

ללא נקיטת עמדה בשאלת המשקל היחסי נותר המבחן של פרשת יששכרוב עמום, ואין בו משום הנחיה של ממש כיצד ראוי לנהוג במקרים עתידיים. בתי המשפט יוכלו לפסוק כאוות נפשם ולהגיע לתוצאות סותרות בנסיבות עובדתיות דומות. יתר על כן: היעדרה של קביעה עקרונית בדבר משקלם היחסי של השיקולים השונים, כמו גם אופן יישום המבחן בעניינו של יששכרוב עצמו ("נסיבותיו הייחודיות"), עלולים להביא להחלה מצומצמת של כלל הפסילה – בניגוד לתכליתו המוצהרת – תוך סטייה מהאיזון הראוי בין האינטרסים המתנגשים.

#### ד. יחסי הגומלין בין שני כללי הפסילה

עד כה ניתחנו באופן ביקורתי את שני כללי הפסילה ואת אופן יישומם בהלכת יששכרוב. בעוד שהדוקטרינה הפסיקתית של כלל פסילת הראיות מעניקה לבית המשפט שיקול דעת לפסול הן ראיות חפציות והן הודאות שהושגו שלא כדין, הוראת סעיף 12 לפקודת הראיות מתייחסת להודאות בלבד, ומחייבת את בית המשפט לפסול הודאה שניתנה שלא מתוך רצונו החופשי של המודה.

בית המשפט העליון עמד בקצרה על היחס בין שני כללי הפסילה בכל הנוגע להודאות. לדבריו, שני כללי הפסילה מכטאים היבטים שונים של הגנה על זכויות

327 Mitchell, לעיל ה"ש 267, בעמ' 43.

328 שם.



הנאשם. בעוד שדרישת הרצונית הקבועה בסעיף 12 לפקודת הראיות מגנה על הנאשם מפני פגיעה שנשלמה בעבר, הדוקטרינה הפסיקתית של כלל פסילת הראיות נועדה למנוע פגיעה בהוגנות ההליך הנוספת על הפגיעה שאירעה בעבר:

...לצד התכלית שעניינה הגנה על אמינותן של הודאות נאשמים, מיועד כלל הפסילה הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות להגן על זכותו של הנחקר לשלמות הגוף והנפש ועל זכותו לאוטונומיה של הרצון החופשי. פסילתה של הודאה לפי סעיף 12 מהווה, אפוא, סעד בגין פגיעה משמעותית שהתרחשה בעת גביית ההודאה באחת מזכויותיו האמורות של הנאשם. לעומת זאת, דוקטרינת הפסילה הפסיקתית נועדה למנוע פגיעה שלא כדין בזכות להליך פלילי הוגן אם תתקבל הראיה במשפט. התכליות האמורות אינן סותרות זו את זו, אלא משלימות אחת את רעותה.<sup>329</sup>

לפיכך נקבע, שככל שהדבר נוגע להודאות נאשמים ניתן להחיל את הדוקטרינה הפסיקתית לצדו של כלל הפסילה הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות. אם כן, הודאת נאשם עשויה "להימצא קבילה לפי הוראת סעיף 12 לפקודת הראיות אך להיפסל במסגרת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית ולהפך".<sup>330</sup>

אכן, הפעלה של שני כללי הפסילה על הודאות יכולה להוביל לתוצאות שונות. הכרעת בית המשפט בפרשת יששכרוב מדגימה מצב שבו הודאה שנכתבה ללא ידועו של הנאשם בעת חקירתו על זכותו להיוועץ בסנגור אושרה מכוח דוקטרינה אחת (של רצונית ההודאה) ונפסלה מכוח דוקטרינה אחרת (זו של הדוקטרינה הפסיקתית לפסילת ראיות). ניתן לחשוב גם על מצבים אחרים שיובילו לתוצאה דומה, כגון נקיטת תחבולה לא הוגנת כלפי הנאשם בחקירה (למשל: זיוף מסמך המאשר כביכול את הימצאותה של ראיה מפלילה שכלל לא קיימת). עם זאת, נראה לנו כי במקרה שבו נאשם יבקש לפסול את הודאתו בחקירה בהתבסס על שני כללי הפסילה, יש לבחון תחילה את רצוניתה של ההודאה על פי סעיף 12 לפקודת הראיות, שכן יש להחיל את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית על הודאות רצונית בלבד. אם כן, הודאה לא רצונית כלל איננה כפופה לאיזון האינטרסים של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, אל נוכח החובה הקטגורית מכוח סעיף 12 לפקודת הראיות לפסול הודאה לא רצונית בחקירה כראיה במשפטו של הנאשם. מצב שבו הודאה לא רצונית תיבחן גם על פי הדוקטרינה הפסיקתית של כלל פסילת הראיות הוא אפשרי רק אם לא ניתנת עדיפות לבדיקה ראשונית על פי סעיף 12 לפקודת הראיות – או, לחלופין, אם הנאשם לא טוען לפגם ברצונית ההודאה. בעוד שכלל פסילת הראיות פוגע ככלל בחקר האמת מתוך העדפת ערכים נוגדים,

329 פרשת יששכרוב, לעיל ה"ש 1, בפס' 75.

330 שם.

הדרישה של רצוניות ההודאה מגנה גם על מהימנות ההודאה. ההנחה היא ששבירת כוח רצונו של הנחקר יכולה להביא גם חפים מפשע להודות באשמה.<sup>331</sup> לפיכך, יש הסבורים כי הודאה לא רצונית צריכה להיפסל בשל חוסר-היכולת לסמוך על מהימנותה.<sup>332</sup> על פי תפיסה זו ניתן לדמיין נחקר מוכה, מאוים או מושפל עד שהוא מוכן להודות בכל אשמה – למרות חפותו – רק כדי לסיים את הסבל.<sup>333</sup> על פי הלך מחשבה זה יש לבחון האם הדרך שבה הושגה ההודאה יוצרת סיכון לא סביר שבהינקט פרוצדורה זו, גם חף מפשע יודה בעבירה שלא ביצע.<sup>334</sup>

אולם, אם תכליתה של דרישת הרצוניות הייתה להגן רק על מהימנות ההודאה, לא היה היגיון ביצירת כלל פסלות מחייב גם כשהראיות החפציות מאשרות את מהימנות ההודאה כמו, למשל, במקרה שבו נחקר מוליך את החוקרים למקום הימצאו של הרכוש הגנוב. המוחלטות של דרישת הרצוניות מלמדת כי יש להגן על כוח רצונו של הנחקר מפני שבירה כערך עצמאי, במנותק מהחשש לאמינות ההודאה.

ואכן, בכמה פסקי דין – שהמפורסמים שבהם הם *Miranda Escobedo* – קשר בית המשפט העליון האמריקני בין הדוקטרינה של רצוניות ההודאה לבין החסיון מפני הפללה עצמית וזכותו של החשוד לקבלת החלטה אוטונומית.<sup>335</sup> זכות זו עומדת בפני עצמה – במנותק משיטות חקירה פסולות או מחשש לאי-מהימנות של ההודאה.<sup>336</sup>

בפרשת *Miranda* דיבר בית המשפט על הצורך ליצור איוון הוגן בין המדינה לבין הפרט.<sup>337</sup> המדינה צריכה לבסס את הראיות נגד החשוד על ידי מאמצים עצמאיים שלה ולא על ידי אילוץ החשוד לדבר.<sup>338</sup> בית המשפט העליון האמריקני קבע עוד לפני פרשת *Miranda* כי הודאות לא רצוניות ייפסלו, גם אם הראיות החיצוניות תומכות באמינותן, וזאת משום שהודאה כפויה אינה נפסלת בשל חוסר-מהימנותה אלא בשל חתירתה תחת הרעיון הבסיסי שלפיו המדינה צריכה להוכיח אשמה על ידי ראיות שהושגו באופן בלתי-תלוי ולא על ידי כפיית החשוד לבסס את אשמתו במו פיו.<sup>339</sup> במצב של עימות בין

331 Magid, לעיל ה"ש 72, בעמ' 1174.

332 לדעה זו ראו ע"פ 186/55 מיזאן נ' היועץ המשפטי, פ"ד יא 769, 772 (1957).

333 Magid, לעיל ה"ש 63, בעמ' 909.

334 Magid, לעיל ה"ש 72, בעמ' 1178, 1187. לנקודה זו ראו גם R. v. Oickle, [2000] 2 S.C.R. 3, section 32; פרשת יששכרוב, לעיל ה"ש 1, בפס' 24.

335 ש.ם.

336 ש.ם, בעמ' 331.

337 פרשת *Miranda*, לעיל ה"ש 14, בעמ' 460.

338 ש.ם.

339 Rosenberg, לעיל ה"ש 77, בעמ' 260; פרשת *Rogers*, לעיל ה"ש 51, בעמ' 540-541.

המדינה לבין הפרט, והמדינה מאשימה את הפרט בהפרת החוק – אין היא רשאית לכפות עליו לסייע לה בביסוס האשמה נגדו.<sup>340</sup>

ככל שנרחיב את פרשנות הדרישה של רצוניות ההודאה, מקרים שבהם הודאה רצונית תוכל להיפסל על פי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית יהיו נדירים – אם כי אפשריים. כך, למשל, ניתן לחשוב על מקרה שבו אדם מעורער בנפשו מגיע מיוזמתו לתחנת המשטרה ומתודה על ביצוע עבירה קלה. החוקר שגובה את ההודאה נמנע במכוון מהפניית המודה לחוקר מיוחד שמינה שר הרווחה, כנדרש על פי החוק.<sup>341</sup> הודאה כזו תהיה רצונית, אולם במסגרת איזון האינטרסים, אל נוכח היעדר תום לב מצד החוקר וקלותה של העבירה, היא יכולה להיפסל מכוח הדוקטרינה הפסיקתית של כלל פסילת הראיות.

כמו כן, הרחבת הפרשנות של דרישת הרצוניות תביא לכך שחלק הארי של הודאות שנפל גגם בהשגתן ייפסלו כלא רצוניות ולא יגיעו כלל לבחינה על פי הדוקטרינה הפסיקתית של כלל פסילת הראיות. זאת, גם במצבים שבהם הודאה לא רצונית כזאת לא הייתה נפסלת על פי הדוקטרינה הפסיקתית של כלל פסלות הראיות, המניחה איזון אינטרסים. כך, למשל, ניתן לחשוב על מקרה נדיר ביותר שבו החוקר שכח באמת ובתמים ליידע חשוד בעבירת רצח אודות זכויותיו החוקיות. במצב דברים זה יש לקבוע כי ההודאה לא רצונית, ולפיכך דינה פסילה, הגם שבמבחן של איזון אינטרסים הבוחן את חומרת ההפרה של החוק ואת חומרת העבירה לא היינו בהכרח מגיעים למסקנה של פסילה. אולם, כאמור, הדרישה של רצוניות ההודאה, המבטאת את זכותו של הנחקר לקבל החלטה המשוחררת מלחצים חיצוניים, היא תנאי מוחלט לקבילותה.

מכוח סעיף 12, המציב דרישה קטגורית של רצוניות ההודאה, קמה לנאשם זכות מוחלטת שהודאה לא רצונית לא תתקבל כראיה נגדו במשפט. ניטינו להראות כי הזכות להיוועצות בסנגור במהלך החקירה קשורה קשר הדוק לרצוניות ההודאה. לפיכך, הודאה שנגבתה ללא מתן אפשרות לעצור להיוועץ בסנגור צריכה להיפסל כלא רצונית. תוצאה זו מביאה לכך שזכויות המשליכות על רצוניות ההודאה – כגון הזכות לסנגור או זכות השתיקה – מקבלות בכורה ביחס לזכויות אחרות של הנאשם, שיתכן שחשיבותן אינה פחותה – כגון זכותו של אדם להגנה מפני חיפוש בחצריו – שכן פגיעה בזכויות אלה אינה צריכה להיות כפופה לבחינה של איזון אינטרסים על פי הדוקטרינה הפסיקתית של כלל פסלות הראיות. תוצאה זו יכולה להיראות כמנוגדת לאינטואיציה, אולם היא מוצדקת אל נוכח מהות הליך העימות הנוצר בין המדינה לבין הפרט מעצם הנעתו של ההליך הפלילי. במסגרת היחסים בין הפרט למדינה אין לצפות מהפרט כי יהיה נאשם

340 רינת קיטאי-סג'ור "שתיקה כהודאה: על התפישה המוטעית של שתיקה בבית משפט כדבר מה נוסף להודאה בחקירה" משפט וצבא יח 31, 61-64 (2005).

341 ס' 33(ב) לחוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית), תשס"ז-2005, ס"ח 42.

ומאשים בעת ובעונה אחת, ולפיכך המדינה נושאת בנטל להוכיח את אשמתו של הנאשם ללא עזרתו הכפויה.<sup>342</sup>

## ה. אחרית דבר

כאמור בפתח דיוננו, פסק דין יששכרוב מהווה התקדמות מבורכת ומתבקשת להתאמה של סדרי הדין ודיני הראיות לזכויות בסיסיות של חשודים ונאשמים. עם זאת, ניתוח פסק הדין מלמד על חוסר-נכונותו של בית המשפט לשלם מחיר ממשי לשם ההגנה על זכויות אלו. דרישת הרצוניות ממשיכה להיות מפורשת בצורה מצומצמת. בניגוד לעמדתו של בית המשפט העליון האמריקני בפרשת *Miranda*, בית המשפט העליון בישראל אינו מכיר בלחצים האינהרנטיים של חקירה בתנאי מעצר כגורם הפועל לשבור באופן משמעותי את כוח רצונו של החשוד ולהכפיפו לזה של חוקריו. הוא אינו מייחס את החשיבות הראויה לזכות ההיוועצות בסנגור כאמצעי החיוני לחשוד לשם קבלת החלטה מושכלת אם למסור גרסה או לשמור על שתיקה.

שאלת הרצוניות אינה רק שאלה אמפירית; היא גם – ואולי אף בעיקר – שאלה נורמטיבית. הודאה שנמסרה בחקירה בתנאי מעצר – שבה הפרט נמצא באופן רגיל במצב של חוסר-אונים מול כוחה של המדינה, ללא סנגור שיחזק את רוחו וייעץ לו בדבר הדרך המתאימה לשמירה על זכויותיו – אינה הודאה היכולה להיחשב כהודאה רצונית. במציאות שבה משתמשים במעצר כאמצעי שגרתי להשגת הודאה,<sup>343</sup> ושבה זכות ההיוועצות בסנגור היא ערטילאית, מסקנתו ההפוכה של בית המשפט העליון, למרות היותה מאכזבת, אינה מפתיעה.

כאמור, אל נוכח חשיבותו של הסנגור ככלם של לחצי החקירה, הרי שבהיעדר הודעה על הזכות לסנגור ובהיעדר מודעות בפועל לזכות זו, ראוי היה לפסול את הודאתו של יששכרוב מכוח כלל הפסילה הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות, ולא מכוח הדוקטרינה הפסיקתית לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין. יישומו של כלל פסילת הראיות הביא אמנם לתוצאה המוצדקת של פסילת הודאתו של יששכרוב, אך לאור אמות-המידה שהותוו להפעלת שיקול הדעת נראה כי במקרים "קשים" יותר (ואלו הם רוב-רובם של המקרים) התוצאה תהיה שונה, וזאת בניגוד למתבקש על פי כלל הפסילה הקנדי שעליו מבוססת דוקטרינת הפסילה הישראלית.

כלל הפסילה הקנדי, כפי שפורש בפרשת *Collins* ובפסיקה שלאחריה, מבטא איזון ראוי בין האינטרס שבגילוי האמת ובהרשעת עבריינים מחד גיסא לבין האינטרס שבהגנה על זכויות הנאשם מאידך גיסא. בתוך כך, כלל הפסילה הקנדי מקנה הגנה ראויה לזכות

342 קיטאי-סנג'ור, לעיל ה"ש 340, בעמ' 62, 64.

343 סנג'ור, לעיל ה"ש 16, בעמ' 260-261.

הנאשם להליך הוגן ולטוהר ההליך הפלילי. אמות-המידה להפעלת שיקול הדעת במסגרתו הן ככלל אמות-מידה ראויות, המביאות איזון זה לידי ביטוי בחיי המעשה. לפיכך אנו סבורים כי צדק בית המשפט בעניין יששכרוב בפנותו לקבל השראה דווקא מן המודל הקנדי, ובאמצע וריאציה של מודל זה כמשפט הישראלי. עם זאת, נראה כי ראוי היה ליתן את הדעת להתפתחויות שחלו במשפט הקנדי לאחר פרשת Collins ולקושי העומד בבסיס כמה מהשיקולים הנהוגים בקנדה (כדוגמת ההבחנה שנערכה בעניין Collins – ונזנחה מאז – בין ראיות הפציות לראיות אחרות). יתר על כן: נדמה כי דווקא האופנים שבהם בחר בית המשפט בעניין יששכרוב לסטות ממאפיין כזה או אחר של הכלל הקנדי (כדוגמת אימוץ שיקולי המהימנות וההימנעות מנקיטת עמדה כאשר למשקלם היחסי של הקריטריונים השונים) הם המעוררים את הקושי הרב ביותר, ואין בהם משום התאמת הכלל הקנדי למאפייני המשפט הישראלי.

אמנם, בפרשת יששכרוב נותר בידי בתי המשפט שיקול דעת רחב ביותר (ולמעשה, בלתי-מוגבל) בדבר אופן החלת הכלל, אך בה בעת, הקביעה כי מהימנות הראיה, אופן סיווגה, חיוניותה וחומרת העבירה משמשים שיקולים רלבנטיים כל אימת שבית המשפט נדרש לשקול פסילתה של ראיה שהושגה שלא כדין, מבלי לנקוט עמדה בדבר משקלם היחסי – קביעה זו עלולה להביא לצמצום בלתי-ראוי בהיקף תחולתו של כלל הפסילה. ניסוח כלל הפסילה באופן זה מביא לידי פער ניכר ובלתי-מוסבר בין התכלית המוצהרת של כלל הפסילה והרטוריקה של בית המשפט בדבר הצורך להקנות הגנה מקיפה יותר מבעבר לזכויות הנאשם, לאור חוק היסוד, מחד גיסא, לבין הקריטריונים ליישומן של הכלל במקרים עתידיים מאידך גיסא, תוך סטייה מהאיזון הראוי בין הערכים המתנגשים והעדפה ברורה של ערך גילוי האמת. האופן שבו נוסחו הקריטריונים להפעלת שיקול הדעת (כמו גם העובדה ששיקולים רבים שנמנו לצורך הפעלת שיקול הדעת הם דווקא שיקולים התומכים בקבלת הראיה ולא בפסילתה) עשוי להביא לצמצום ניכר ובלתי-ראוי בהיקפו של כלל הפסילה, ולהחלתו בקטגוריית מקרים מצומצמת בלבד. כלל פסילת הראיות משרד מסר שלפיו הלגיטימיות המוסרית של פסק הדין צריכה ככלל להישען על ראיות שהושגו באופן חוקי ובאופן המכבד זכויות אדם בסיסיות. מבחנו האמיתי של כלל פסילת הראיות מתבטא בנכונותה של החברה לשלם מחיר של פסילת ראיות מהימנות וזיכוי אשמים מבחינה עובדתית כדי להגשים מטרה זו. לאור הלכת יששכרוב, נדמה כי השמירה על כבודם של נאשמים ועל זכותם להליך הוגן תיוחד למקרים שבהם לא נררש לשלם את המחיר החברתי הכרוך בזיכויים.

