

## ראיות שהושגו שלא כדין – האם נשתנה המצב המשפטי בעקבות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו?

### אליהו הרנון

א. מבוא 1. כללי 2. הדילמה 3. הדין הקיים בישראל ♦ ב. משפט משווה 1. אנגליה 2. קנדה 3. גרמניה ♦ ג. כללים הפוסלים ראיות שהושגו שלא כדין: נימוקים בעד ונגד ♦ ד. השפעת חוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו 1. כללי 2. התרופות על הפרות של זכויות חוקתיות (א) "פסקת הכיבוד" (ב) הרציונלים של כלל הפסילה והיעדים של חוק-היסוד 3. היש לצפות למפנה בהלכה הפסוקה או שדרושה התערבות המחוקק ♦ ה. סיכום

#### א. מבוא

##### 1. כללי

מאז שנתקבלו בישראל חוקי-היסוד על זכויות האדם, כמרס 1992, הולכת וגוברת המודעות להשפעתם האפשרית בענפי משפט רבים. ההתייחסות להתפתחות חדשה זו בולטת בייחוד בתחום סדר הדין הפלילי. האם גם בעניין ראיות שהושגו שלא כדין נשתנה המצב המשפטי בעקבות חוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: חוק-היסוד)? השאלה הזאת תיבדק בהמשך. תחילה יוצג המצב המשפטי בארץ, שהתגבש קודם לקבלת חוק-היסוד, וכן תבוא סקירה קצרה של התפתחויות בלתי שגרתיות בנושא זה בכמה מדינות אחרות, תוך כדי ניתוח הרציונלים שבעד ונגד פסילת ראיות שהושגו שלא כדין.

##### 2. הדילמה

נקיטת עמדה כלפי ראיות, שהושגו שלא כדין, מעוררת לעתים קרובות שאלות אשר הן מעיקריה של כל שיטה משפטית: מהו תפקידו של ההליך הפלילי, וכיצד על בתי המשפט לנהוג? האם בירור האמת והענשת העבריין הן מטרות כה חשובות, שהן מקדשות את כל האמצעים לשם השגת הראיות? או שמא עצם השימוש באמצעים בלתי חוקיים או בלתי הוגנים נחשב לעניין כה חמור שהוא מצדיק פסילה מוחלטת של אותן ראיות, גם אם אין כל חשש ברבר אמתות תוכנן? ואולי ניתן להתגבר על הדילמה על-ידי מציאת דרכי ביניים, אשר תאפשרנה להילחם בעבריינות ביעילות סבירה, תוך שמירה על סטנדרטים מינימליים של

\* המחבר הוא פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.  
\*\* חלק מן הרשימה מבוסס על מאמרי בספר *לנזי*, כרך ב, בורסי, חשני"ה-1995, בעמ' 983.

## אליהו הרטון

זכויות האדם ובלי לוותר על הגינות נסיסית באכיפת המשפט הפלילי?  
אכן זו סוגיה בעלת חשיבות משפטית וחברתית רבה; סוגיה הנוגעת "בפרשיו ובעצביו  
של ההליך הפלילי".<sup>1</sup>

### 3. הדין הקיים בישראל

בארץ אין הסדר סטטוטורי כללי בעניין ראיות שהושגו שלא כדין, זולת סעיף 12 לפקודת  
הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, על קבילות הודאות. אמנם המחוקק קבע שיש לפסול  
דברים שנקלטו בדרך האזנת סתר בניגוד לחוק,<sup>2</sup> וכן חומר שהושג תוך פגיעה אחרת  
בפרטיות.<sup>3</sup> אולם בית המשפט העליון פירש את הפגיעה בפרטיות על דרך הצמצום,<sup>4</sup> ושני  
כללי הפסילה האלה נחשבים כיוצאים מן הכלל.<sup>5</sup> הכלל הרחב הוא שאין מקום לפסול ראיה  
רלוונטית אך ורק בגלל האמצעים שנקטו לשם השגתה, אף אם היו האמצעים אלימים או  
משפילים או שפגעו בצורה אחרת בזננות יסודית; גילוי האמת העובדתית הוא העיקר.<sup>6</sup> לעתים  
קרובות נאמר כי כלל הפסילה מבוסס על התאוריה של "פירות העץ המורעל" (או תורת "פרי  
הבאושים של העץ המורעל"), ובית המשפט העליון דחה בעקביות כל ניסיון לאמץ תאוריה  
זו.<sup>7</sup> אין גם שום נכונות לקלוט את הרעיון הצנוע יותר, שבנסיבות קיצוניות תהיה לבית  
המשפט הסמכות לפסול, על-פי שיקול דעתו, ראיה אשר הושגה שלא כדין.<sup>8</sup>  
אולם כל הפסיקה הזאת ניתנה קודם שנתקבל חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. האם שינה  
חוק-היסוד את המצב המשפטי?  
לפני שנתמקד בחוק-היסוד, נראה כי רצוי להתכונן בכמה התפתחויות דרמטיות שחלו  
במדינות אחרות.

## ג. משפט משווה

### 1. אנגליה

עד לא מזמן היה המשפט המקובל והמקור שהסדיר את כל הנושא. אולם, בעשרים השנים  
האחרונות הלכה וגברה המגמה לקרוא להתערבות המחוקק. הוקמו ועדות רפורמה והוזמנו

- 1 בג"צ 249/82 ועקנין נ' בית-הדין הצבאי לערעורים, פ"ד לו (2) 393, בעמ' 422, מפי השופט א' ברק.
- 2 חוק האזנת סתר, התשל"ט-1979, סעיף 13, והנוסח החדש של הוראות אלו מאז חוק האזנת סתר (תיקון), התשנ"ה-1995, ס"ח 1517 מ-11.4.95 (תשנ"ה), בעמ' 180. ראו גם דברי ההסבר בהצעת חוק 2292, מיום 13.7.94, בעמ' 544.
- 3 חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, סעיף 32.
- 4 ראו: ד"נ 9/83 בית-הדין הצבאי לערעורים ואח' נ' ועקנין, פ"ד מב (3) 837 (להלן: עניין ועקנין).
- 5 ראו: ע"פ 115/82, 168 מועדי ואח' נ' ז"ל, פ"ד לח (1) 197, בעמ' 262, מפי המשנה לנשיא, השופט מ' אלון; בג"צ 3815/90, 3816 גילת ואח' נ' שר המשטרה ואח', פ"ד מה (3) 414, בעמ' 420, מפי השופט ש' לוי.
- 6 השופט אלון חזר על כך מספר פעמים, כגון בעניין מועדי, לעיל הערה 5.
- 7 ראו, למשל: ע"פ 2286/91 מ"י נ' אילוז ואח', פ"ד מה (4) 289, בעמ' 304, מפי הנשיא שמגר.
- 8 ראו, למשל: המ" 658/80 בולוס נ' מ"י, פ"ד לה (1) 785, בעמ' 801, מפי השופט שמגר.

## ראיות שהושגו שלא כדין

עבודות מחקר. תהליך זה הגיע לשיאו ב-1984, כאשר נתקבלה מערכת סטטוטורית מקיפה: ה-1984 Police and Criminal Evidence Act (אשר נקרא בקיצור PACE), וה-Codes of Practice - כללי ההתנהגות להנחיית המשטרה. חקיקה זו, אשר נכנסה לתוקף בתחילת 1986, והפסיקה שבאה בעקבותיה, גרמו לשינוי יסודי במשפט האנגלי.

ערב כניסת PACE לתוקפו, דהיינו עד 1985, ההלכה היתה כי גם ראיות שהושגו שלא כדין הן קבילות. אמנם הכיר המשפט המקובל בסמכות של שיקול דעת שיש לבתי המשפט לפסול ראיה שהושגה מן הנאשם באמצעים בלתי חוקיים או בלתי הוגנים. אולם סמכות זו נועדה למקרים נדירים ויוצאי-דופן. אכן במשך תקופה ארוכה, כמעט שאין תקדים לפסילת ראיה על-פי סמכות זו. מה התרחש מאז 1986?

במערכת הסטטוטורית שנכנסה לתוקף בינואר 1986 היה שילוב בו-זמני של חידושים

מספר:

(1) הוראות חוק מפורטות על התנאים לקבילות הודאות, במקום הדרישה המסורתית להוכחת "רצון טוב וחופשי" (voluntariness). זה סעיף 76 לחוק מ-1984 - נושא נכבד הראוי לדין נפרד, שלא במסגרת הנידונה כאן.

(2) הוראת חוק כללית וקצרה על הסמכת בית המשפט לפסול ראיה בלתי הוגנת. זה סעיף 78, אשר יצוטט בהמשך.

(3) ה-Codes of Practice - סדרות מפורטות של כללים, כמו חקיקת משנה, אך באישור הפרלמנט, המורים למשטרה כיצד לנהוג במעצרים, בחיפושים ובחקירת חשודים.

אם בפרשת Sang מ-1979<sup>9</sup>, היה בית הלורדים יכול לציין כי אין ברשומות אף לא מקרה אחד שבו נתקבל ערעורו של נאשם בטענה שהערכאה הראשונה היתה צריכה לפסול ראיה שהושגה שלא כדין, הרי בארבע השנים וחצי הראשונות מאז ש-PACE נכנס לתוקפו, נשמעו ארבעים וארבעה ערעורים, ובעשרים מהם הוחלט לטובת הנאשם. בערכאות הראשונות, בארבעים ושישה מתוך שבעים ושניים משפטים הצליחו הנאשמים לשכנע את בתי המשפט לפסול ראיות תוך הישענות על החוק החדש.<sup>10</sup> התהליך הזה נמשך עד היום.

חל אפוא מהפך של ממש בדיני הראיות הפליליים באנגליה.

ומה אומר סעיף 78?

### 78 Exclusion of unfair evidence

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

9 R. v. Sang [1979] 2 All E.R. 1222, 1229 (H.L.)

10 M. Zander *The Police and Criminal Evidence Act 1984* (London, 2nd ed. 1990), ראו: .at p. 201-207

## אליהו הרנון

(2) Nothing in this section shall prejudice any rule of law requiring a court to exclude evidence.

הוראה זו קצת מסורבלת - דבר שאינו נדיר בחקיקה האנגלית. בעיקרו בא סעיף 78 לומר, כי בשים לב לכל הנסיבות שבהן הושגה הראיה, רשאי בית המשפט לפסול אותה, אם הוא סבור שלקבלת הראיה תהיה השפעה שלילית על הגינות ההליכים. ניכר מיד כי לפי סעיף 78, אין הוסיפה מוחלטת אלא זה כלל של שיקול דעת, שהרי נאמר בו "...the court may refuse to allow evidence...". מתי בייחוד הצליחו נאשמים לשכנע את בתי המשפט להפעיל את סמכותם על-פי סעיף 78? (1) כאשר היו הפרות של הזכות לסניגור; (2) כאשר לא היתה הקפדה על החובה לערוך תרשומת בו-זמנית בחקירת השודים.

### 2. קנדה

כמו באנגליה, כך גם בקנדה התרחשו שינוי יסודי בשנות ה-80 של מאה זו. בשתי המדינות הגיעו לתוצאות דומות, אם כי בטכניקות חקיקתיות שונות. באנגליה, כפי שראינו, על-ידי חקיקה רגילה (סעיף 78), ואילו בקנדה, בחקיקה חוקתית.

#### (א) המצב המשפטי עד 1982

במשך שנים נחשבה קנדה למדינה שבה גשמור בדייקנות העיקרון שכל ראיה רלוונטית היא קבילה, בלי שים לב לדרך שבה הושגה. פסק-הדין המנחה של הימים ההם היה *R. v. Wray* מ-1970.<sup>11</sup> בית המשפט העליון של קנדה סבר שבכך הוא צועד בתלם המשפט המקובל; אך למעשה הוא הרחיק לכת אף מעבר למשפט האנגלי - בדומה למה שנפסק בישראל. משגברה הביקורת על הלכת *Wray*, הלך והתגבש הרעיון, שמן הראוי לקבוע כלל פסילה סטטוטורי ברמה חוקתית.

#### (ב) השינוי היסודי שהוכנס ב-1982, יום קבלת החוקה החדשה (הצ'רטר)

ב-1982 נכנס לתוקף ה-Canadian Charter of Rights and Freedoms. הצ'רטר מפרט את זכויות האדם המקובלות; כגון, הזכות לחיים, לחירות ולביטחון אישי, זכויות החשוד, העצור והנאשם, לרבות הזכות לסניגור, החיזיון מפני הפללה עצמית, ועוד. בהמשך דן הצ'רטר בתרופות או בדרכים לאכיפת הזכויות הללו; ואחת מהן היא פסילת ראיות שהושגו בהפרת הזכויות או הוזירויות שפורשו בצ'רטר. הסדר זה מצא את ביטויו בסעיף 24:

### ENFORCEMENT

#### Enforcement of guaranteed rights and freedoms

24(1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent

11 [1970: S.C.R. 272, 11 D.L.R. (3d) 673]. (להלן: הלכת *Wray*)

## ראיות שהושגו שלא כדין

jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

### **Exclusion of evidence bringing administration of justice into disrepute**

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

סעיף 24(2) מורה שהראיה תיפסל אם ייקבע כי, בשים לב לכל הנסיבות, קבלת הראיה תגרום לביזוי המערכת של עשיית הצדק, ותפגע במוניטין שלה (would bring the administration of justice into disrepute).

הוראה זו כבר נידונה פעמים רבות בפסיקה. אולם כאן יצוינו רק כמה מעיקרי הדברים, אשר ניתן ללמוד מהם כיצד נתפרש הכלל על-ידי בית המשפט העליון של קנדה.<sup>12</sup> ההערכה הכללית היא כי בסעיף 24(2) דחו מחברי הצירטר את שתי הגישות הקוטביות, הן זו של המשפט המקובל והן זו של המשפט האמריקני; שוב אין גורסים (כמו במשפט המקובל), שכל ראיה רלוונטית היא קבילה, בלי שים לב לאמצעים שנקטו לשם השגתה. אולם גם אין מאמצים את הרעיון האמריקני (שרוות בייחוד בשנות ה-60), שיש לפסול כל ראיה אשר הרשגה תוך הפרת ה-Bill of Rights. סעיף 24(2) בחר בדרך ביניים.

כאשר בית המשפט נדרש להפעיל את סעיף 24(2), עליו לבחון תחילה אם קבלת הראיה תשלול מן הנאשם שימוע הוגן או משפט הוגן (a fair hearing or a fair trial). הגינות ההליך יוצרת את המוניטין של שיטת המשפט. אם קבלת הראיה גורעת מהגינות זו, פירוש הדבר שהיא עלולה לגרום לפגיעה במוניטין של עשיית הצדק; ולכן, בהיעדר שיקולים נוגדים, יש לפסול את הראיה. שאלת כשרות הראיה עולה לעתים קרובות אם הופרה זכות הנאשם לסניגור. מכיוון שזכות זו היא חיונית להבטחת הגינותו של ההליך הפלילי, הרי בדרך-כלל תיחשב הפרתה לביזוי המערכת של עשיית הצדק.

גורם רלוונטי נוסף הוא מידת התומרה של ההפרה החוקתית: האם היתה ההפרה בגלל טעות בתום לב או שמא היתה זו פגיעה מכוונת וכוזנת? האם היא נבעה מן הנסיבות הדחופות, מתנאי חירום, מחוסר ברירה, כגון הצורך למנוע אובדן או השמדה של ראיות, או שמא היתה גם דרך חוקית להשגת הראיה, ואי נקיטת דרך זו מצביעה על זלוזל בזכויות החוקתיות שנקבעו בצירטר - דבר שיתמוך בפסילת הראיה.

אשר על כן, יהא זה נכון לומר כי אין סעיף 24(2) קובע כלל פסילה החלטית אלא יחסי. על בית המשפט להפעיל את שיקול דעתו ולהביא לאיזון בין כל הנסיבות.

12 הדברים מתבססים בעיקר על פסק-הדין המנחה בפרשת, *R. v. Collins* [1987] 1 S.C.R. 265; 38 D.L.R. (4th) 508; ראו גם: *R. v. Jacoy* [1989] 1 W.W.R. 354.

### 3. גרמניה

יש הסבורים כי בגרמניה אין כללים הפוסלים ראיות מהימנות, יהיו אשר יהיו האמצעים שאליהם נזקקו להשגת אותן ראיות. אולם בדיקה מעמיקה יותר הראתה כי סברה זו מופרכת.<sup>13</sup> קיימים כמה כללי פסילה של ראיות אשר הושגו תוך הפרת זכות חוקתית, או כאשר השימוש בראיות מסוימות פוגע בזכות לפרטיות.

על-פי המשפט הגרמני ניתן לפסול, מנימוקים חוקתיים, ראיות המשתייכות לאחת משלוש הקבוצות הבאות:

(א) ראיות הנוגדות את העיקרון החוקתי של שלטון החוק (ה-Rechtsstaatsprinzip). עיקרון זה אומר כי ראיה שהושגה באמצעים אכזריים או במרמה חייבת להיפסל, כדי לשמור על "טוהר ההליך השיפוטי" (Reinheit des Verfahrens); זו פסילה החלטית, שאין בה שיקול דעת.

(ב) ראיות הפוגעות בפרטיות הנאשם. כאשר לא הושגה הראיה באמצעים הקיצוניים האמורים בסעיף קטן (א), על בית המשפט לבחון עוד אם אין קבלת הראיה נוגדת את האינטרסים הלגיטימיים של הנאשם להגנת פרטיותו. גם כאן מדובר בדרישה חוקתית, אך יסודה בעקרון היחסיות (Verhältnismässigkeit). על בית המשפט לדאוג לאיזון הנאות, בשים לב לנסיבות הקונקרטיות: עליו לשקול את מידת הצורך להגן על פרטיות הנאשם, מול חשיבות הראיה וחומרת העבירה שנידונה לפניו.

(ג) ראיות שהושגו תוך הפרת חוקים רגילים - דהיינו חוקים שאינם ברמה של חוקה. דוגמאות לחוקים כאלה: הוראות מסוימות בקודקס לפרוצדורה פלילית, כגון הזכות נגד הפללה עצמית או החוק המיוחד המסדיר האזנת סתר. שלא כמו בשתי קבוצות הראיות הקודמות, הפעם אין דנים באופן ישיר בעיקרים הקבועים בחוקה. אולם גם כללי הפסילה האלה מבוססים על עקרונות חוקתיים.

הצד השווה לכל הקבוצות הוא, שנימוקים חוקתיים חיצוניים גורמים לפסילת הראיות, אף-על-פי שמבחינת התוכן, אין בראיית עצמן כל פגם, וייתכן שהן אף מהימנות ומשכנעות. בכך קרובה אפוא גרמניה למקובל בארצות-הברית (ולאחרונה - גם באנגליה ובקנדה, כפי שראינו), שבהן יש כללי פסילה דומים.

הסדרים דומים מצויים גם במדינות אחרות באירופה כגון, איטליה או צרפת.<sup>14</sup>

### ג. כללים הפוסלים ראיות שהושגו שלא כדין: נימוקים בעד ונגד

אל נוכח התפתחויות מעניינות אלו במדינות שונות, הבה נעיין בקצרה ברציונלים, בנימוקים בעד ונגד כללי הפסילה של ראיות שהושגו שלא כדין.

13 ראו: C.M. Bradley "The Exclusionary Rule in Germany" 96 *Harv. L. Rev.* (1983) 1032.  
 14 לניתוח השוואתי מעניין של סוגיה זו בשש מדינות (אנגליה, אוסטרליה, קנדה, צרפת, גרמניה ואיטליה), ראו: C.M. Bradley "The Emerging International Consensus as to Criminal Procedure Rules" 14 *Michigan J. of Int. L.* (1993) 171.

## ראיות שהושגו שלא כדין

א. ראשית, קיים עימות בסיסי בין חסידי עקרון המהימנות, המתנגדים לפסילה, כי העיקר בירור האמת, ובין הטוענים לעיקרון הדיסציפלינרי-החינוכי התומכים בפסילה כדי להרתיע את המשטרה.<sup>15</sup>

ב. שנית, יש המעלים הנמקות אחרות לפסילת ראיות:

(1) העיקרון הפרוטקטיבי, שהפסילה באה להגן על זכויותיו של הנחקר, אשר נפגע מהשגת הראיה שלא כדין. זכותו של הנפגע, שלא ישתמשו נגדו בראיות שהושגו תוך הפרת כללי ההתנהגות בחקירה משטרתית.<sup>16</sup>

(2) הלגיטימיות המוסרית של הכרעת הדין: קבלת ראיה שהושגה כאלומות או באמצעים משפילים, למשל, מערערת את הסמכות המוסרית של המערכת המשפטית להרשיע אדם ולהטיל בו סטיגמה.<sup>17</sup>

בקנדה מודגש בפסיקה ובספרות המשפטית, כי אין מטרתו של כלל הפסילה להרתיע חוקרים מלפעול שלא כדין; אין הכוונה לחנך את המשטרה. המטרה היא להגן על מעמדה ויושרה (integrity) של מערכת עשיית הצדק, ובייחוד להבטיח את הזכות למשפט הוגן. פסילת הראיה, כתרופה חוקתית, אינה מהווה אפוא סעד אישי לנאשם אלא הגנה על המערכת, על השיטה המשפטית, כדי למנוע את ביזויה, כדי שלא תהיה פגיעה במוניטין שלה (disrepute). עם זאת נאמר גם, כי פסילת הראיה באה לכטא את תגובת בית המשפט, שאין הוא מוכן למחול למפרי הצ'רטור, ולא ישלים עם התנהגות בלתי נסבלת של רשויות החקירה או התביעה. ניתן אפוא להניח, שלסעיף 24(2) יש גם ערך מרתיע ומחנך, לפחות כתוצאת לוואי.

גם בגרמניה ראינו ששיקולים חוקתיים יכולים לגרום לפסילת ראיות, אף אם הן מהימנות. יש שהפסילה היא אוטומטית, כדי לשמור על "טוהר ההליך השיפוטי", ויש שהפסילה היא יחסית, ואז על בית המשפט לערוך את איזון האינטרסים, כגון מידת הפגיעה בפרטיות מול חומרת העבירה המיוחסת לנאשם.

למרות השוני היסודי בין שתי שיטות המשפט, זו של קנדה וזו של גרמניה, הרי יש דמיון לא מבוטל ביחסן לראיות שהושגו שלא כדין. בשתייהן הדין הוא ברמה חוקתית, והדגש הוא על הגנת כבוד האדם ועל המוניטין של המערכת לעשיית הצדק. המשימה העיקרית אינה לחנך את המשטרה.

אל נוכח הנימוקים האלה שהועלו להצדקת הפסילה של ראיות שהושגו שלא כדין, בקנדה ובגרמניה, וגם באנגליה - בין שהדגש הוא על ה-protective principle ובין שהעיקר

15 לניתוח הפסיקה המתבססת על סעיף 78 ל-PACE, כאמצעי משמעותי לחינוך המשטרה, ראו, למשל: D. Feldman "Regulating Treatment of Suspects in Police Stations: Judicial Interpretation of Detention Provisions in the Police and Criminal Evidence Act 1984" [1990] *Crim. L.R.* 452.

16 ראו: A.J. Ashworth "Excluding Evidence as Protecting Rights" [1977] *Crim. L.R.* 723. למאמר זה היו הדים רבים באנגליה ומחוצה לה.

17 ראו: A.A.S. Zuckerman "Illegally Obtained Evidence - Discretion as a Guardian of Legitimacy" [1987] *Current Legal Problems* 55; I.H. Dennis "Reconstructing the Law of Criminal Evidence" [1989] *Current Legal Problems* 21.

## אליהו הרנון

הוא הממד המוסרי - שוב אין חשיבות כה רבה לשאלה, האם ובאיזו מידה מצליח כלל הפסילה כאמצעי דיסציפלינרי להרתעת המשטרה.  
בפרק הבא (ד2(ב)) ירחיב הדיון על הנימוקים (או הרציונלים), תוך שילוב היעדים של חוק-היסוד.

### ד. השפעת חוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו

#### 1. כללי

בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו<sup>18</sup> נקבע, בין השאר, כי אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם (סעיף 2); כי כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו (סעיף 4); כי לכל אדם החירות בפני מעצר, מאסר או הסגרה (סעיף 5); כי כל אדם חופשי לצאת מישראל (סעיף 6(א)); כי כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו, ואין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו (סעיף 7(א) ו-7(ב)); כי אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו (סעיף 7(ג)); כי אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתיבו או ברשומותיו (סעיף 7(ד)).

רשימת זכויות האדם שבחוק-יסוד זה היא קצרה וכוודאי אינה ממצה; למשל, אין זכר לחזקת החפות ולא לזכות הנאשם להליך שיפוטי הוגן, והזכות לסניגור בכלל זה. השווה הצעת חוק-יסוד: זכויות במשפט.<sup>19</sup>

אם בודקים את ההיסטוריה החקיקתית, הרי הכנסת כגוף מכונן בחרה לפצל ל"אטומים" את ה"מולקולה" של הצעת חוק-יסוד: זכויות היסוד של האדם, כניסוחה של גבי יהודית קרפ,<sup>20</sup> ורק מקצתן קיבלו תוקף של חוק-יסוד; הזכויות שעליהן היה אפשר להגיע להסכמה לאומית. לפי זה בפירוש חוק-היסוד יכולה להישמע הטענה, כי אין הצדקה לתת פירוש רחב ביותר לטקסט של חוק-היסוד. שהרי פירוש רחב יאפשר להשיג באמצעות בית המשפט את שנבשלו להשיג באמצעות המחוקק.<sup>21</sup>

מכל מקום, כאשר מדובר בזכויות אדם בהליך הפלילי, אלו כלולות בדרך-כלל בחוק-היסוד, אף מעבר לזכויות האופרטיביות המנויות בו. למשל, זכות היסוד של עצור להיפגש עם עורך-דין נגזרת, לדעת השופט אלון, מזכותו של אדם לחירות אישית, על-פי סעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>22</sup> באותה רוח יש להכיר בזכויותיו של אסיר או עציר לסדרי אנוש תרבותיים מינימליים, כדי לקיים את כבודו כאדם מבחינה נפשית.<sup>23</sup> הנחיה

18 נתקבל בכנסת ביום י"ב באדר ב' תשנ"ב (25.3.1992), ס"ח 1391 תשנ"ב, בעמ' 150.

19 ה"ח תשנ"ד, בעמ' 100, 324, 335.

20 י' קרפ "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו - ביוגרפיה של מאבקי כוח" משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 323, בעמ' 338-340.

21 ראו: א' ברק פרשנות במשפט, כרך ג' פרשנות חוקתית" (תשנ"ד), בעמ' 414.

22 בג"צ 3412/91 סופיאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה ואח', פ"ד מו (2) 843, בעמ' 847, 850-851.

23 בש"פ 3734/92 מ"י נ' עואזמי, פ"ד מו (5) 72, בעמ' 78-85 מפי השופט אלון.



## ראיות שהושגו שלא כדין

פרשנית כללית כותב פרופ' ברק,<sup>24</sup> כי "כבודו" של האדם (בסעיפים 2 ו-4) ו"חירותו של אדם" (בסעיף 5) מהווים בסיס ראוי שעליו ניתן להשתית זכויות אדם שונות המקובלות בהליך הפלילי, גם אם זכויות אלו אינן מוצאות ביטוי מפורש בהוראות המיוחדות העוסקות בחיפוש, במעצר או במאסר. הנה דוגמאות מספר: מכבודו של אדם ניתן להסיק את זכותו לעורך-דין ואת זכותו למשפט הוגן ולמניעת עינוי דין, וכן זכות השתיקה והחיסיון מפני הפללה עצמית; כפייה לתת טביעת אצבעות פוגעת בכבוד האדם, וכן שימוש בפוליגרף, וכוודאי אף חקירה לא אנושית. בחוק-היסוד יש אפוא זכויות מפורשות, ויש גם זכויות המשתמעות מן ההוראות הכלליות בדבר "כבודו" של האדם ו"חירותו".

2. התרופות על הפרות של זכויות חוקתיות  
מהי תרופתו של אדם שנפגע מהפרת זכותו החוקתית כגון, שהוכה או הושפל בחקירה המשטרתית?

בחוק-היסוד הישראלי אין הוראות בדבר סעדים, שלא כמו בחוקות של כמה מדינות אחרות, כגון קנדה וגרמניה. תרבע פיצויים יכול להסתמך על דיני הנזיקין - עוולת הרשלנות והפרת חובה חקוקה. אך השאלה בענייננו היא, האם יש להתפתחות מרתקת זו גם השפעה על המצב המשפטי של ראיות שהושגו שלא כדין?

### (א) "פסקת הכיבוד"

אולי כאן המקום להזכיר הוראה נוספת בחוק-היסוד, את סעיף 11, האומר כי "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה". זו "פסקת הכיבוד".<sup>25</sup> זו החלה ישירה של זכויות היסוד על רשויות השלטון. מול זכות האדם ניצבת חובת הרשות, כל רשות; היינו, כל גוף או אדם אשר לו הסמכות השלטונית לשנות את מצבו המשפטי של אדם בלא הסכמתו. חוקרי המשטרה ודאי כלולים.

לכאורה נדמה כי הוראת סעיף 11 מיותרת, שהרי בכל מקרה שהדין קובע זכויות אדם, מובן הדבר שהרשות חייבת לכבד זכויות אלו. בסעיף 2 לחוק נאמר כי "אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם...", או בסעיף 7 "אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו" וכו'. האם לא ברור מהוראות אלו, גם בלי סעיף 11, שאסור לשוטף, למשל, לפגוע באותן זכויות? מהי אפוא הרבותא של סעיף 11?

פרופ' יורם שחר הציע<sup>26</sup> להבחין בין הימנעות מפגיעה בזכויות ובין כיבוד הזכויות. אין רשויות השלטון צריכות רק להימנע מלפגוע בזכויות אלא גם לכבד אותן. אם רשות אחת, כגון המשטרה, פגעה בזכויות, אין רשויות השלטון האחרות, כגון התביעה ובית המשפט, רשאיות להפיק תועלת מפירותיה של הפרה זו; שהרי כולם מצווים לכבד את הזכויות הללו

24 ראו: ברק, לעיל הערה 21, בעמ' 432-433.

25 ראו: שם, מעמ' 446 ואילך.

26 י' שחר "סדר-דין פלילי" ספר השנה של המשפט בישראל (חשנ"ב-חשנ"ג) 375, בעמ' 419-420.

## אליהו הרטון

ולהבטיח את השמירה על כבוד האדם וחירותו. כלומר יש לפסול את הראיות הללו, שהושגו שלא כדין.

האם משענת זו חזקה מספיק כדי לסמוך עליה שינוי כה יסודי בדיני הראיות?

### (ב) הרציונלים של כלל הפסילה והיעדים של חוק היסוד

נתאר לעצמנו שעצור פלוני הוכה, עוזה והושפל בצורה חמורה. החקירה הזאת נמשכה ימים מספר, ובסופו של דבר הוא "נשבר" וגילה את מקום המחבוא של הסמים - באחת מפינות הגן הציבורי. התביעה מגישה את זוסמים כראיה במשפטו (ההנחה היא כי השאלה של קבילות הודאה אינה מתעוררת). האם תתקבל ההתנגדות להגשת הראיה, שמעלה פלוני הנאשם, בטענה שהמשטרה הפרה בזדון כמה מזכויותיו על-פי חוק היסוד - שפגעו בגופו ובכבודו וכן בפרטיותו?

המסתייגים מרעיון הפסילה עשויים לטעון, כי לו רצה המחוקק להכניס "שינוי מהותי באחת מהתפיסות המשפטיות המרכזיות במערכת משפטנו"<sup>27</sup>, היה מדובר בלשון שאינה משתמעת לשתי פנים; למשל, בהוספת הוראה מפורשת בחוק היסוד, כפי שנעשה הדבר בקנדה, בסעיף 24(2) לצירטר - וזה אחד מכללי הפסילה שנידונו לעיל.<sup>28</sup> "שתיקתו" של חוק היסוד הישראלי בעניין זה היא "שתיקה רועמת", המהווה הסדר שלילי.

לעומת זאת ישיבו חסידי כלל הפסילה, כי גם ללא הוראה סטטוטורית מפורשת, יש כיום בסיס איתן לשינוי ההלכה. עצם העלאת זכויות האדם לרמה חוקתית הוסיף להן תשיבות ומשקל במידה כזאת,<sup>29</sup> שהפרתן הבטוחה מחייבת את פסילת הראיות. כידוע, בארצות-הברית, כאשר הוכיח הניסיון כי אין ערך של ממש להליכים משמעותיים, פליליים או אזרחיים, כלפי חוקרי משטרה אלימים ומשפילים, נבשה לה מקום ההשקפה, שאין בית המשפט יכול להעלים עין מהתנהגות כזאת, ועליו לפסול ראיות שהושגו באמצעים אלה.<sup>30</sup> כלומר,

27 בעניין *ועקנין*, לעיל הערה 4, בעמ' 53 מפני המשנה לנשיא, השופט מ' אלון.

28 בטקסט שלפני הערה 12.

29 ראו, למשל: א' ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" *משפט וממשל* א (תשנ"ב) 9, המצטט גם מדבריו של שר המשפטים דן מרידור, בטקסט השבעת שופטים בבית נשיא המדינה (שם, בעמ' 12-13): כן ראו בספרו של ברק *שיקול דעת שיפוטי* (תשמ"ז) 319-337.

30 ראו, למשל: *Weeks v. United States* 232 U.S. 383 (1914). יצוין כי כלל הפסילה, שנקבע בהלכת *Weeks* מ-1914, חייב תחילה בכתיב המשפט הפדראליים בלבד. רק בשנת 1961 קבע בית המשפט העליון של ארצות-הברית כי כלל הפסילה מחייב את כל ה-States, היינו גם בבתי המשפט המדינתיים. זה היה פסק-הדין המפורסם בפרשת *Mapp v. Ohio* 367 U.S. 643 (1961). קליפורניה היתה אחת המדינות שהקדימה את בית המשפט העליון של ארצות-הברית באמצעה את כלל הפסילה בשנת 1955. בפסק-הדין המנחה, *People v. Cahan* 282 P. 2d 905 (1955), דן השופט טריינור באריכות בסנקציות האפשריות להרחעת המשטרה מדרכי חקירה פסולות, והוא מגיע למסקנה שאין מנוס מאימוץ כלל הפסילה:

"We have been compelled to reach that conclusion because other remedies have completely failed to secure compliance with the constitutional provisions on the part of police officers with the attendant result that the courts under the old rule have been constantly required to participate in and in effect condone the lawless activities of law enforcement officers..." (*ibid.*, at p. 911-912). "Experience has demonstrated... that

## ראיות שהושגו שלא כדין

אף-על-פי שעל-ידי אימוץ השיטה של פסילת ראיות מהימנות, החברה נדרשת לשלם לעתים מחיר כבד של זיכוי פושעים, יש לתת עדיפות לערכים אחרים של שמירה על שלמות הגוף והנפש של הנחקר ועל כבוד האדם וחירותו.

והנה, זו הרי משמעות העידן החדש שהחל בארץ עם חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בערעור האזרחי בעניין *בנק המזרחי נ' מגדל כפר שיתופי*,<sup>31</sup> אשר נידון בבית המשפט העליון בהרכב מיוחד של תשעה שופטים, הוחלט (ב-9 בנובמבר 1995) כי חוק-היסוד הוא בעל מעמד חוקתי על-חוקי, כך שהוא מהווה נורמה עליונה במדרג הנורמטיבי של שיטת המשפט בישראל. תשומת לב מיוחדת להיבטים הפלייליים ניתנה על-ידי בית המשפט העליון בפרשת *גנימאת*, אשר עניינה מעצר עד תום ההליכים. שני פסקי-דין ניחנו כאן: תחילה בערר, שבו ישבו שלושה שופטים,<sup>32</sup> ואחר כך בדיון הנוסף, בהרכב של שבעה שופטים (אשר נפסק ב-12 בנובמבר 1995).<sup>33</sup> מפסיקה זו עולים, בין השאר, הדברים הבאים: חוק-היסוד משפיע על כל ענפי המשפט, אך בייחוד בתחום הפליילי, שהרי הוא נוגע באופן ישיר לזכויות האדם לחירות, לכבוד ולשלמות הגוף והרכוש.<sup>34</sup> בעקבות חוק-היסוד עלה משקלן של זכויות האדם לעומת אינטרס הציבור באכיפת המשפט הפליילי. חל שינוי קונספטואלי. נוצרו יחסי גומלין חדשים בין הפרט ובין השלטון. נוצר איזון חדש בהתנגשות האפשרית שבין זכויות האדם ובין דרישות החברה המאורגנת. נקודת האיזון קירבה עצמה אל זכויות הנאשם והרחיקה עצמה מאינטרס השלטון. אשר על כן, נשתנתה החשיבות החברתית היחסית שיש לערכים אלה.<sup>35</sup>

בפרק הקודם<sup>36</sup> עמדנו על העיקרון הפרוטקטיבי כנימוק רווח להצדקת הפסילה של ראיות שהושגו שלא כדין. כאשר שיטה משפטית מחליטה להעלות לרמה חוקתית את כללי ההתנהגות המחייבים את חוקרי המשטרה, מתחזקת זכותו של האזרח לדרוש שהמערכת המשפטית תקפיד על שמירת הכללים האלה, ולא תשתמש נגדו בראיות שהושגו מתוך הפרת הכללים. לפיכך, יש להעניק לבית המשפט את הסמכות לפסול ראיות שהושגו בדרכים בלתי נסבלות. הפגיעה בזכויות הנחקר כגון, באמצעות טיפול בלתי אנושי, מהווה הצדקה לכך שחומר אשר הושג כתוצאה מן הפגיעה יהיה בלתי קביל.

גם הרציונלים האחרים, שניתנו לכלל הפסילה בשנים האחרונות, מאפשרים הסתמכות דומה על חוק-היסוד. הצבענו לעיל על הממד המוסרי של ההליך הפליילי.<sup>37</sup> כאשר המדינה

neither administrative, criminal nor civil remedies are effective in suppressing lawless searches and seizures..." (*ibid*, at p. 913)

31 ע"א 6821/93, רע"א 1908/94, רע"א 3363/94 *בנק המזרחי המאוחד בע"מ ואח' נ' מגדל כפר שיתופי ואח'*, טרם פורסם.

32 בש"פ 537/95 *גנימאת נ' מ"י*, טרם פורסם. פסק-הדין ניתן באפריל 1995.

33 דנ"פ 2316/95, בש"פ 537/95 *גנימאת נ' מ"י*, טרם פורסם.

34 ראו דברי הנשיא ברק בדיון הנוסף, לעיל הערה 33, פסקאות 6 ו-7.

35 דברים אלה על משמעות חוק-היסוד הם על בסיס דעת הרוב בפרשת *גנימאת*, כפי שנפסקו בערר, לעיל הערה 32, מפי המשנה לנשיא, השופט א' ברק (ראו בייחוד פסקאות 10-12), וזכו לתמיכת הרוב גם בדיון הנוסף, לעיל הערה 33.

36 ראו לעיל בטקסט להערה 16.

37 ראו לעיל בטקסט להערה 17.

## אליהו הרנון

טרונת כי פלוני אשם, על בית המשפט להשתכנע כי פלוני עשה את המעשים המיוחסים לו וכי משום כך הוא ראוי, הן לסנקציה העונשית והן לגינוי המוסרי המתבטא בתיוג אות קלון (הסטיגמה); והציבור צריך לסמוך על הלגיטימיות המוסרית של המערכת. נניח שבמשפטו של פלוני התביעה מגישה ראייה שהושגה באלימות ובהשפלת הנחקר, ומתעוררת שאלת הקבילות. שלב החקירה המשטרית נחשב כחלק מתהליך האכיפה הכולל שמטרתו עשיית צדק. הנאשם יטען כי השימוש באלימות ובאמצעים משפילים פוגע בערכי יסוד של החברה, ערכים שמצאו את ביטויים, במפורש או במשתמע, בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>38</sup> קבלת ראייה שכזאת על-ידי בית המשפט מערערת את האמון במערכת ופוגמת בסמכותה המוסרית להטיל סנקציות. פסק-דין שיתבסס על ראיות כאלה יהיה לוקה בחוסר לגיטימיות; לא יהיה בו *moral integrity*.

עם זאת, ההתחשבות בעיקרון הפרוטקטיבי, או בלגיטימיות המוסרית של אכיפת המשפט הפלילי, אינה מחייבת לקבוע כלל פסילה החלטית, שכל ראייה שהושגה שלא כדין תיפסל תמיד, אוטומטית. אדרבה, רבים מצדדים בכלל יחסי שיש עמו שיקול דעת, שיסמך את בית המשפט להתחשב בגורמים ישוים, קודם שיכריע אם לפסול את הראייה או לקבל אותה, על אף האמצעים הכלתי כשרים שונקטו לשם השגתה. למשל, אם מדובר בעבירה חמורה ביותר והפגיעה בנחקר לא היתו: קיצונית ולא היתה דרך חלופית להשגת הראייה, עשוי בית המשפט לקבל אותה, למרות התנהגות החוקרים, שלא היתה כדין.

### 3. היש לצפות למפנה בהלכה הפסוקה או שדרושה התערבות המחוקק?

סעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מורה כי "אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של זוק-היסוד". אף-על-פי כן קבע בית המשפט העליון, בפרשת גנימאת, הן בערר והן בדיון הנוסף,<sup>39</sup> כי יש לחוק-היסוד השפעה פרשנית על הדין הישן; השפעה על מובנו. אחד החידושים העיקריים הנובע מחוק-היסוד הוא ב"מיקומה של נקודת האיוון" בין הפרט ובין השלטון. בשים לב לזכויות האדם (כפי שנתבאר לעיל בטקסט להערה 35). ואם לגבי חוק מפורש שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד (סעיף 21 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], החשמ"ב-1982), לא ראה בית המשפט העליון מניעה להחיל עליו את הרוח החדשה המנושבת מחוק-היסוד, למרות האמור בסעיף 10, הרי קל וחומר שהעיון מחדש מוצדק ומתבקש כאשר דנים בכלל הישראלי על ראיות שהושגו שלא כדין; שהרי כלל זה, כפי שראינו, הוא פרי ההלכה הפסוקה, ואין הוא נשען על הוראה סטטוטורית כלשהי. זה חלק מן "המשפט המקובל" נוסח ישראל.<sup>40</sup>

38 והרי כבר הדגיש בית המשפט העליון, כי כל רשויות השלטון, לרבות בית המשפט, מחויבות לכבד את הזכויות המעוגנות בחוק-היסוד, כפי שנאמר ב"פסקת הכיבוד" (סעיף 11). ראו, למשל: בש"פ 153/95 *דמאל* (טרם פורסם).

39 ראו לעיל הערות 32 ו-33; ראו גם בש"פ 6654/93 *בינקן נ' מ"י*, פ"ד מח (1) 290, 293.

40 הקטע הזה מבוסס על ההנחה שהמונח "דין", בסעיף 10 לחוק-היסוד, אינו כולל הלכות שנקבעו על-ידי בתי המשפט (ראו גם ההגדרות של "דין" בפקודת הפרשנות [נוסח חדש], סעיף 1 ובחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, סעיף 3). מסתבר כי גם פרופ' ברק נוטה לדעה זו. ראו: ברק *פרשנות במשפט*, לעיל הערה 21, בעמ' 561-562. המחבר מוסיף שם ושואל: "מה טעם יש בשמירת המשפט

## ראיות שהושגו שלא כדין

אכן גם לפני חוק-היסוד היה בית המשפט העליון יכול לפסוק אחרת, ולפתח כלל פסילה ישראלי, בדומה למה שעשתה הכנסת בחוק האזנת סתר ובחוק הגנת הפרטיות. אמנם יצא בית המשפט באזהרה ברוח זו, לפני שנים רבות,<sup>41</sup> ולמעשה גם פסק כך פעם אחת,<sup>42</sup> אך לכלל שינוי ממשי של ההלכה, לא הגיעו הדברים. אדרבה, בית המשפט העליון חזר והצהיר במפורש כי הוא מסתייג מרעיון הפסילה, כפי שנתבאר.<sup>43</sup> אולם כשים לב לדברים שנכתבו על חוק-היסוד והשלכותיו האפשריות, ייתכן שיחול מפנה גם בעניין ראיות שהושגו שלא כדין; שהרי חוק-היסוד מצדיק בחינה מחודשת של ההלכה הקיימת, בעקבות המשקל המועדף שצריך לייחס כיום לזכויות האדם.

עם זאת, אם למרות כל הטיעונים האלה, ואחרים כיוצא בהם, לא נגיע למהפך בהלכה הפסוקה, הרי יש לחזור אל המחוקק. הקרקע לשינוי כבר הוכשרה, הן בספרות המשפטית, והן בהמלצות של ועדות רפורמה שונות. והרי כמה דוגמאות:

- המקובל הישראלי בפני חקירה חוקתית? מדוע לא יירש הדין ההלכתי... לכבד את זכויות האדם הקבועות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו?<sup>41</sup>  
41 בפרשת סלימאן נ' היוז"מ, ע"פ 260/78, פ"ד לג (2) 204, כאשר הטעתה המשטרה שופטים, ונקטה תחבולות שונות כדי לעקוף מגבלות בענייני מעצר. לאחר מתיחת ביקורת על התנהגות המשטרה, הוסיף בית המשפט העליון:  
"מן הראוי להדגיש כי השיטה הנוהגת אצלנו... אינה השיטה היחידה בה ניתן לנהוג, ובידינו הדבר לשנותה. כידוע, גישתם של בתי המשפט בארצות-הברית היא שונה, והם מורים לעתים כי יש לפסול הודיה שהושגה תוך הפרת החוק. בקביעת הלכה זו גרסו בתי המשפט בארצות-הברית, כי רק בדרך זו ניתן לחנך את המשטרה, ולגרום לכך כי היא תפעל על-פי דרכי חקירה ראויות. מקווים אנו כי הדברים שאמר בית משפט זה בשורה ארוכה של פסקי-דין... יפעלו את פעולתם, ולא יתעורר הצורך להעניק 'שינויים' לדברי תוכחה אלה..." שם, בעמ' 207, מפי השופט ברק (ההדגשה הוספה: א"ה); ראו גם: ע"פ 161/77 זוהר נ' מ"י, פ"ד לב (1) 326.  
42 זה היה בפרשת מאירי, ע"פ 559/77, פ"ד לב (2) 180. טענת הפגם היחידה שנטענה בערעור היתה כי המשטרה לא הזמינה את הסניגור שיהא נוכח במסדר תמונות. אולם הזלזול החוזר של המשטרה בהנחיות בית המשפט העליון הניע את השופטים להגיב על כך בחריפות:  
"כשמחברים והולכים המקרים אשר בהם מכלכלת (ומקלקלת) המשטרה את חקירותיה תוך כדי התעלמות מהנחיותיו והוראותיו של בית משפט זה, הגיע הזמן שנפחית ממשקלן של ראיות אלה שהושגו שלא כהלכה, עד כדי אפס... אולי ילמדו חוקרי המשטרה כדרך זו שלא להוציא זמנם ומרצם לריק, אלא לעשות עבודתם בדרך הוראתו של בית משפט זה." שם, בעמ' 182, מפי השופט חיים כהן. הפחתת משקל הראיה עד כדי אפס במקרה זה שקולה כנגד פסילת הראיה, כאמצעי חינוכי כלפי המשטרה. בעקבות פסק-הדין עורר מר משה בן-זאב את השאלה: "ראיות שהושגו שלא כהלכה - האומנם נפרצה הדרך לעקרון הפסילה?" הפרקליט לב (תשל"ט-תש"ס) 466. הערכה זו לא התאמתה, אולם פסק-דין מאירי לא נשכה. אדרבה, גם בשנת 1990 חזר בית המשפט העליון ומצטט אותה תגובה חריפה, והפעם - נוכח תופעה אחרת של זלזול מצד חוקרי המשטרה בהוראות בית המשפט. ראו: ע"פ 334/86 סבאח נ' מ"י, פ"ד מד (3) 857.  
43 ראו לעיל בטקסט להערות 2-9.

## אליהו הרנון

(1) הצעת החוק שהכין בשנת 1984 השופט ד"ר דן ביין, לפי הזמנת משרד המשפטים, להחלפת דיני המעצר והחיפוש, כוללת כלל פסילה יחסי של חומר שהושג תוך הפרת הוראה מהוראות החוק המוצע.<sup>44</sup>

(2) הוועדה בנושא הטיפול המעורתי באלימות שוטרים, שכראשה עמד פרופ' מרדכי קרמניצר, המליצה ביוני 1994 כי הוראות של חשודים שהושגו תוך שימוש באלימות, בהשפלה או באיום באלימות או בהשפלה, לא תהיינה קבילות כראיה.<sup>45</sup>

(3) הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר, בראשותו של שופט בית המשפט העליון, השופט אליעזר גולדברג (להלן: ועדת גולדברג), המליצה בדצמבר 1994 לאמץ כלל פסילה גורף, החלטי, של כל הודאה "שניתנה לאחר שנקטו כלפי הנחקר באחד מאלה: יחס בלתי אנושי, אלימות של ממש, עינויים גופניים, עינויים נפשיים, השפלה קשה או איום באחי מאלה".<sup>46</sup>

יתרה מזו: על-פי המלצתה של ועדת גולדברג, תחול הפסילה גם על חפץ שנתגלה בעקבות ההודאה הבלתי קבילה, אלא אם יש לחפץ ערך ראייתי עצמאי להוכחת אשמת הנאשם, בלא תלות בהודאה. הוועדה וותנת את הדוגמה הבאה:

אם נמצא האקדח בו בוצעה העבירה, במקום שהנאשם ציין אותו בהודיה פסולה, אף עובדה זו לא תשמש ראיה קבילה. לא כן אם נמצאו על האקדח טביעות אצבעותיו של הנאשם, שהן בגדר ראיה עצמאית לאשמתו, שתקובל כראיה.<sup>47</sup>

לפי המלצה זו, לא יהיו קבילים (כראיה הסמים שאת מקומם גילה העצור לאחר שעונה והושפל, כמפורט בדוגמה שהובאה לעיל).<sup>48</sup>

44 ד' ביין "הצעת חוק סדר הדין הפילי (אמצעים משטרתיים)", החשמ"ד-1984, משפט פלילי, קרימינולוגיה ומשטרה א (1986), בעמ' 265-381. ראו סעיף 135 להצעה, בליווי דברי ההסבר שבהצעות 438-440.

45 דו"ח הוועדה בנושא הטיפול המעורתי באלימות שוטרים, משרד המשטרה (יוני 1994), עמ' 68, המלצה ט.

46 דו"ח ועדת גולדברג, בעמ' 22. לדברי הרקע ולנימוקים שהניעו את חברי הוועדה להמליץ על חקיקה של כלל פסילה החלטי, כאמור בטקסט, וראו בדו"ח, בעמ' 11-17. יצוין כי לפי דעת המיעוט (פרופ' מ' קרמניצר וגב' י' קרפ), יש להרחיב און חחולחו של כלל הפסילה, כך שיחול גם כאשר ההודאה ניתנה בעקבות יחס "משפיל" או "אלימות" כלשהי (ולא רק כאשר מדובר ב"השפלה קשה" או "אלימות של ממש"). ראו בדו"ח, בעמ' 58-64, 67. ואת ועוד: פרופ' קרמניצר ממליץ לחוקק גם כלל פסילה יחסי (בלשונו: "מסויג"), שיחול על הודאות שהושגו באמצעים בלתי כשרים שלא הגיעו לדרגת הקיצוניות של האמצעים המחייבים פסילה מוחלטת. ראו בדו"ח, בעמ' 60-64.

47 דו"ח ועדת גולדברג, שם, פסקה 27, בעמ' 17.

48 ראו לעיל בטקסט שלפני הערה 27.

## ה. סיכום

1. בדיקת הטיעונים שביסוד הפולמוס הנמשך בעד או נגד כלל הפסילה<sup>49</sup> הציגה את העימות הבסיסי שבין נאמני עקרון המהימנות, המתנגדים לפסילה כי מטרת-העל היא בירור האמת (והענשת האשם), ובין הדוגלים בעיקרון הדיסציפלינרי-החינוכי, התומכים בפסילה, כדי להרתיע את המשטרה. עם זאת הצבענו על נימוקים אחרים התומכים בכלל הפסילה - (א) העיקרון הפרוטקטיבי: הפסילה באה להגן על זכויותיו של הנחקר, אשר נפגע מהשגת הראיה שלא כדין;<sup>50</sup> (ב) חוסר הלגיטימיות של פסק-הדין המבוסס על ראיה כזאת: קבלת ראיה אשר הושגה באלימות או באמצעים משפילים, למשל, מערערת את הסמכות המוסרית של המערכת המשפטית להרשיע אדם ולהטיל בו סטיגמה;<sup>51</sup> (ג) הפסילה מתבקשת כדי לשמור על טוהר ההליך השיפוטי,<sup>52</sup> או כדי למנוע פגיעה בשמה הטוב, במוניטין של המערכת המשפטית.<sup>53</sup>

2. חסידי כלל הפסילה סבורים כי יש שהתנהגות החוקרים בהשגת ראיה היא כה חמורה, שאין בית המשפט בן-חורין להתעלם ממנה. לכן, בנסיבות קיצוניות, ראוי לנותר על מטרת בירור האמת ולהעדיף על פניה ערכים אחרים; כגון, שלמות הגוף והנפש של הנחקר, צנעת הפרט, כבוד האדם או חירותו. בפנינו אפוא מפגש רעיונות: שהרי הרציונלים האלה שהועלו להצדקת כלל הפסילה קרובים מאוד, ולפעמים אפילו זהים, לייעדים של חוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו, כפי שאלה נתבארו בפסיקה ובספרות המשפטית.<sup>54</sup>

3. היש להמליץ על כלל פסילה החלטי, גורף או על כלל פסילה יחסי, מסויג? נראה לנו כי האחרון עדיף: ראיה שהושגה שלא כדין תהיה פסולה, אלא אם מצא בית המשפט, על-פי שיקול דעתו, שיש לקבל את הראיה למרות האמצעי הנפסד שנוקט לשם השגתה. להפעלת שיקול הדעת ניתן לקבוע מראש אמות-מידה או הנחיות, כדוגמת אלה שצוינו על-ידי השופט שיינבוים בפרשת *זעקנין*,<sup>55</sup> כאשר אימץ את הצעתו של המלומד Heydon. אפשרות אחרת היא שההסדר המומלץ יקבע רק את העיקרון, את כלל הפסילה היחסי, ואילו ההנחיות יתגבשו בהדרגה בפסיקה של בית המשפט העליון.

4. רעיון הפסילה של ראיות שהושגו שלא כדין אינו נטע זר ובלתי מוכר במשפט הישראלי. ההסדר המוצע הוא למעשה הרחבה של כלל הפסילה הסטטוטורי שקיים בארץ מזמן בעניין דברים שנקלטו בהאזנת סתר שלא כדין, ובעניין חומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות.

49 ראו לעיל פרק ג.  
50 ראו לעיל בטקסט להערה 16, וכן בטקסט הסמוך להערה 36.  
51 ראו לעיל בטקסט להערה 17, וכן בטקסט הסמוך להערה 37.  
52 כך מנוסח העיקרון בגרמניה. ראו לעיל פרק ב, 3 וכן בפרק ג, בטקסט שלאחר הערה 17.  
53 כך מנוסח כלל הפסילה בסעיף 24(2) לצירטר הקנדי. ראו לעיל פרק ב, 2, וכן בפרק ג, בטקסט שלאחר הערה 17.  
54 ראו לעיל פרק ד, 2(ב).  
55 בג"צ 249/82, לעיל הערה 1, בעמ' 436.

## אליהו הרנון

5. העיון במשפטן של מדינות אחרות<sup>56</sup> - מדינות אשר בדרך-כלל משמשות לנו דוגמה ומופת - הראה, כי שוב אין כלל הפסילה נחלתו הייחודית של המשפט האמריקני. אדרבה, כללים אלה הם מן החידושים של המשפט בן-זמננו בקנדה (בחוקה עצמה - ב"צ'רטר")<sup>57</sup> ובאנגליה,<sup>58</sup> וגם בשיטות משפט אחרות שאינן מתבססות על ה-common law כגון, גרמניה.<sup>59</sup> ואין אלו המדינות היחידות הדוגלות ברעיון הפסילה.

6. גם בלי שינוי בחקיקה יכול בית המשפט העליון להפעיל את כוחו היוצר ולשנות את ההלכה;<sup>60</sup> בייחוד כאשר חוק-היסוד מהווה תמריץ לעיון מחדש ומקור השראה לפתרון הרצוי. מכל מקום, אל נוכח ההסתייגות התריפה של בית המשפט העליון מפסילת ראיות (ומרעיון "פרי הבאושים של העץ זמורעל"), אולי קשה לצפות שבקרוך יתרחש מהפך מחשבתי מעין זה ביוזמת בית המשפט. הדרך החלופית היא לפנות אל המחוקק, והקרקע כבר הוכשרה לכך, כפי שנתבאר.<sup>61</sup>

7. יש להניח שבקרוך תידון בכנסת היפורמה בעניין הודאות, פרי המלצות ועדת גולדברג.<sup>62</sup> בגלל הקרבה העניינית הרבה שבין שני הנושאים, ובשים לב לכמה השקפות דומות שמצאו ביטוי בדו"ח הוועדה, רצוי לשלב באותה הצעת חוק גם את ההמלצה לאמץ כלל פסילה יחסי, שיחול על כל ראיה שהושגה שלא כדין.

8. אכן גם בסוגיה של ראיות שהושגו שלא כדין ראוי לומר בסיום, כי חוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו מהווה, "הן פרשת דרוגים המעניקה הזדמנות למחשבה מחודשת, והן תמרור המסמן את הכיוון הראוי של ההתפתחות החדשה".<sup>63</sup>

56	ראו לעיל פרק ב.
57	ראו לעיל פרק ב, 2(ב).
58	ראו לעיל פרק ב, 1.
59	ראו לעיל פרק ב, 3.
60	ראו לעיל פרק ד, 3.
61	ראו שם בטקסט להערות 44-48.
62	ראו לעיל בטקסט להערות 46-48.
63	מדברי המשנה לנשיא בית המשפט העליון, השופט ברק, בפרשת גנימאת (בערר), לעיל הערה 32, פסקה 12.