

כלל פסילה חוקתי – האם יש לו מקום בישראל?*

מאת

עמנואל גרוס**

לאחרונה עלתה שאלת מקומו של כלל פסילה חוקתי בכמה פסקי-דין בערכאות השונות, ונראה כי החלטה עקרונית בנושא תצא בקרוב מלפני בית-המשפט העליון. עד אז, מטרתו של חיבור זה היא להציג דרכים אפשריות לקביעתו של כלל פסילה לראיות שהושגו תוך פגיעה בזכות חוקתית.

נראה, כי לאור חקיקת חוקי-היסוד – והחשוב שבהם לענייננו, חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו והכלים הניתנים בו – על בתי-המשפט בישראל לחרוג מהלכתם, הדוחה כל כלל פסילה של ראיות שהושגו תוך פגיעה בזכות, ולקבוע כי ראיות כאלה הן פסולות ואין לעשות בהן שימוש כלשהו במהלך המשפט, גם אם משמעות הדבר היא פגיעה באמת העובדתית.

החיבור מציג את הבסיסים לעיגונו של כלל הפסילה ואת אופן החלתו בארצות שונות המקיימות אותו. לטענתנו, לחלק נכבד מבסיסים אלה ניתן למצוא מקום ועיגון בחוק היסוד האמור.

עוד עוסק החיבור ספציפית בשאלת היחס האפשרי בין כלל פסילה עתידי לבין סעיף 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, המעגן כלל פסילה להודיית נאשם. בהקשר זה תיבדק נחיצותו של כלל פסילה לראיה שהושגה תוך פגיעה בזכותו של אדם להיות מוזהר בשלבים השונים של ההליך הפלילי.

* תודתי נתונה לעוזרות המחקר שלי עו"ד דרורי חגית, עו"ד ביטון יפעת ומזרחי לימור על עזרתן המצוינת ולחכריי בפקולטה: ד"ר אריאל בנדור, ד"ר יונתן יובל ומר דורון מנשה, על הערותיהם המועילות לכתב היד. במיוחד נתונה תודתי למערכת כתבי-העת משפטים אשר יזמה כתיבתו של מאמר זה.

** פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

בהתחשב בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, המאפשר החלה של כלל פסילה שכזה, בין בפסקאות המטרה שלו ובין בפסקת כיבוד הזכויות שבו, המסקנה היא כי אכן יש מקום לשינוי ההלכה הקודמת ולהחלתו של כלל פסילה חוקתי.

א. מבוא: פסילת ראיות שהושגו תוך פגיעה בזכות חוקתית. ב. הרקע לסוגיה. ג. הזכות החוקתית לחיסיון מפני הפללה עצמית; סוגיית החסינויות כמשל. ד. הזכות החוקתית מפני הפללה עצמית וסעיף 12 לפקודת הראיות: 1. שינוי בתפיסה כי רלבנטיות הראיה לבדה צריכה לקבוע את קבילותה; 2. רוחות חדשות. ה. התפיסות העיוניות השונות לביסוסו של כלל הפסילה. ו. עיגון אפשרי לכלל הפסילה על-פי חוק היסוד: 1. מגיעת הפגיעה בזכויות הנאשם; 2. הרתעת הרשויות, כמבצרת את זכויותיו של הנאשם; 3. עיגונים במשפט הוגן, טוהר ההליך והמניעות. ז. המודל הראוי; מעמדו של סעיף 12 לאור חוק היסוד. ח. סיכום.

"Decency, security and liberty alike demand that government officials shall be subjected to the same rules of conduct that are commands to the citizen. In a government of laws, existence of the government will be imperiled if it fails to observe the law scrupulously. Our government is the potent, the omnipotent teacher. For good or for ill, it teaches the whole people by its example, crime is contagious. If the government becomes a lawbreaker it breeds contempt for law. It invites every man to become a law unto himself, It invites anarchy to declare that in the administration of the criminal law the end justifies the means -- to declare that the government may commit crimes in order to secure the conviction of a private criminal -- would bring terrible retribution. Against that pernicious doctrine this court should resolutely set its face".

J. Brandeis in *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 435, 485.

א. מבוא: פסילת ראיות שהושגו תוך פגיעה בזכות חוקתית

אחת הסוגיות המרכזיות בתחום דיני הראיות היא כללי הפסילה. אלה הם כללים המאפשרים לבית-המשפט לפסול ראיות המובאות לפניו בהליך המשפטי (בעיקר זה הפלילי) מסיבות שונות. מקור יצירתם של כללים אלה, כמו גם מקור יצירתם של כללים אחרים בדיני הראיות, נובע בעיקר מהצורך להגן על המושבעים מפני הסתמכות על

אינפורמציה שכוחה להטעות רב בהרכה מכוחה לתרום לכירור העובדות במשפט. לכן לא ייפלא, כי במשך שנים ארוכות סירב המשפט האנגלי ליצור כלל פסילה לגבי ראייה שכוחה ההוכחתי לא היה מוטל בספק, רק משום שלא הושגה כדין. כפי שנראה מיד, מערכת המשפט בישראל אימצה את ההלכה האנגלית, וסירבה גם היא ליצור בארץ כלל פסילה של ראייה רלבנטית רק משום שהושגה שלא כדין. סירוב זה לא נבע אומנם מהסיבות של שיטת המושבעים האנגלית, אלא בעיקר מהעמדת הערך של גילוי האמת מעל לערכים אחרים, שנפרטם בהמשך; אך כעת, כאשר זכויות האדם זכו לעיגון חוקתי בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, האם הפרת זכות כזו¹ בדרך להשגת ראייה תצדיק את פסילתה של הראייה?

מאמר זה שם לו למטרה לבחון האם ראוי וניתן לעגן כיום בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כלל פסילה חוקתי, לפיו רשאי בית-המשפט לפסול ראייה שהושגה תוך הפרת זכות יסוד. כדי לענות על שאלה זו נבחן את ההנמקות השונות העומדות בבסיסו של כלל זה.

מה שהביאנו לדיון המידי הוא השאלה הבאה, שהוצבה לפני זמן לא רב בפני בית-משפט מחוזי: מה דינה של הודאה שנגבתה מחשוד שנעצר בלא שהוזהר בדבר זכותו שלא לומר דבר?

ב. הרקע לסוגיה

בעבר, זכותו של חשוד להיות מידוע ומוזהר בדבר זכויותיו הדיוניות סמוך לאחר מעצרו לא הוסדרה בחוק, אלא נקלטה בארץ כחלק מדיני הראיות של המשפט המקובל באנגליה. בעניין זה הפנה המשפט המקובל אל "תקנות השופטים"². הפרתן של תקנות אלה לא היוותה אף באנגליה עילה הכרחית לפסילת הודאה שנגבתה בניגוד להן, למשל: תוך הפרת זכותו של החשוד להיות מוזהר, שכן כותן היה הנתייטי בלבד ולא מחייב³. עם זאת, הפרתן נכנסה למסגרת שיקול דעתו של השופט בבואו לקבוע אם ההודאה ניתנה מרצונו החופשי של החשוד⁴.

1 להבדיל מהפרה אחרת של הדין, שאינה מגעת כדי הפרת זכות חוקתית.

2 תקנות השופטים היו למעשה אוסף של כללי פרקטיקה שהותקנו על-ידי הרשות השופטת, לראשונה בין השנים 1912-1918, ותוקנו מאוחר יותר ב-1964. הכוונה היתה למצוא דרך להורות למשטרה כיצד עליה לנהוג בחשודים טרם גביית הודאתם. על תקנות השופטים ראו J.F. Archbold *Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases* (London, 35th ed., 1962) s 1118.

3 ראו א' הונן דיני ראיות (תשל"ז, כרך ב) 268, וכן 531, 539 K.B. [1918] *R. v. Voisin*.

4 ראו, למשל, 680 Q.B. [1953] *R. v. Bass*.

גם בארץ לא נתפסו התקנות כדין מחייב, שהפרתן מחייבת בהכרח את פסילתה של ראייה שהושגה בניגוד להן. גם בארץ היתה הפרתן רק שיקול נוסף בשיקוליו של השופט אם לקבל את טענת הנאשם כי הודאתו נגבתה שלא מתוך רצונו הטוב והחופשי – שהוא, כידוע, המבחן לקבילותה של הודאה, כקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971.⁵

החובה להעמיד חשוד על זכותו שלא לומר דבר נבעה, ככל הנראה,⁶ מזכותו של כל אדם שלא להעיד נגד עצמו, כלומר: מחיסיונו מפני הפללה עצמית.⁷ החובה להעמיד חשוד על זכות זו חלה משעה שחומר החקירה מצדיק את האשמתו של החשוד במעשה העבירה.

כאמור, אי הקפדה באזהרת החשוד בדבר זכויותיו לא הביאה בעבר בהכרח להכרזתה של ההודאה כבלתי קבילה.⁸ פעמים היא הסתכמה באזהרת המשטרה כי ראוי לה להקפיד בקיומה של תקנה זו מתקנות השופטים,⁹ פעמים נתקבלה ההודאה בלי להתייחס כלל לנושא ההפרה¹⁰ ופעמים השפיעה הפרה זו על משקלה של ההודאה.¹¹ נוסף על כך, בתי המשפט בישראל אימצו את הכלל שהיה נהוג במשפט המקובל, לפיו כל ראייה רלבנטית היא קבילה (למעט חריגים שיידונו בהמשך), אף אם הושגה שלא כדין. הנחת העבודה היתה כי דרך השגתה של ראייה אינה רלבנטית לשאלת קבילותה.¹² זאת, להבדיל מכלל הפסילה הגורף הנהוג במשפט הפלילי האמריקני,¹³

5 ג"ח 421 (להלן: פקודת הראיות). המבחן המדויק שקבע המחוקק עולה מלשון הסעיף: "(א) עדות על הודיית הנאשם כי עבר עבירה, תהא קבילה רק אם הביא התובע עדות בדבר הנסיבות שבהן ניתנה ההודייה ובית המשפט ראה שההודייה היתה חפזית ומרצון". לפרשנות הסעיף ראו, למשל, ע"פ 20/49, 21 האדי ג' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ג 13, 34; ע"פ 270/65 קיסי ג' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יט(3) 561, 568.

6 מקור ההיסוס נובע מזיהוי הרציונל לכלל הפסילה של סעיף 12 לפקודת הראיות. האם חופשיותה של ההודאה נובעת מן הרצון לוודא כי הנאשם בחר מרצונו החופשי לוותר על זכותו מפני הפללה עצמית, או שמא הסיבה היא הרצון לוודא את אמינותה של ההודאה, וההנחה כי הודאה שלא מרצון לא משקפת בהכרח את האמת.

7 ע"פ 69/53 סיך ג' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ז 801, 805 (להלן: ע"פ סיך).

8 ראו, למשל, סעיף 266 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, המחייב אזהרת החשוד; אך סעיף 478 מורה במפורש כי "העובדה שאמרת נאשם שיש בה הודאה נתקבלה שלא בהתאם לכללים הנקובים בסעיפים 266 עד 272 אינה מונעת את בית הדין מלקבוע, כי ההודאה ניתנה מרצונו הטוב של הנאשם".

9 ראו, למשל, ע"פ סיך (לעיל, הערה 7), וכן הרנון (לעיל, הערה 3), בעמ' 268.

10 ע"פ 28/59 פלוני ג' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יג 1205, 1211-1212.

11 ע"פ 72/50 אל חדהוד ג' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ה 345, 363.

12 ראו, למשל, ד"נ 9/83 ביה"ד הצבאי לערעורים ג' ועקמן, פ"ד מב(3) 837 (להלן: ד"נ ועקמן).

13 כלל זה נקבע לראשונה בפרשת *Weeks v. United States* 232 U.S. 383 (1914) בנוגע לראיות שהושגו תוך הפרת התיקון הרביעי לחוקה. באותה עת חייב הכלל רק בבתי המשפט הפדרליים.

שלפיו כל ראיה שהושגה תוך פגיעה בזכות חוקתית, בין במישרין ובין בעקיפין, היא בלתי-קבילה¹⁴, בכפיפות לחריגים שפותחו בשנים האחרונות¹⁵. כיום פסיקת בית-המשפט בנושא קבילותן של ראיות מתאפיינת במעבר מגישה של הערכת ראיות לפי קבילותן וחריצת גורלן בהתאם לכך, לגישה לפיה אומדנה של ראיה נעשה בבחינת משקלה בלבד. בית-המשפט מעדיף שלא להגביל את כוחו השיפוטי לעמדות חד-משמעיות, שיחייבו אותו לפסול ראיה משמצא כי היא בלתי קבילה. תחת זאת מעדיף הוא לקבל את הראיה ככל שניתן לתוך מכלול הראיות העומדות לפניו, ולקבוע את טיב שימושו בה לפי המשקל שייתן לה. באופן זה, יוכל בית-המשפט להעניק משקל אפס לראיה שבעבר היה פוסל כבלתי-קבילה. גישה זו עשויה לעזור לנו להשריש דווקא כללי פסילה שלא יחייבו את בית-המשפט לפסול ראיה כעניין של עיקרון, אלא יאפשרו לו מהפכה גמישה יותר, על-ידי שיתורו בידו את האפשרות לבחון, במקרים חריגים במיוחד, את נחיצות החלת הכלל. נעמוד על הדברים בהמשך.

בשנת 1992 נפל דבר בישראל. בעקבות חקיקתם של שני חוקי-יסוד חשובים – חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי-יסוד: חופש העיסוק – הפכנו לדמוקרטיה חוקתית. המשפט הישראלי עבר מהפך חוקתי¹⁶ וחירויות היסוד של האדם הועלו לדרגה

מאותר יותר הורחב הכלל והוחל בכל מדינות ארצות-הברית וביחס לכל הפרה של זכות חוקתית. ראו *Mapp v. Ohio* 367 U.S. 643 (1961).

14 לתחולת כלל הפסילה של "פירות העץ המורעל" ראו *Silverthorne Lumber Co. v. United States* 371 U.S. 471 (1963); *Wong v. United States* 371 U.S. 471 (1963); 251 U.S. 385 (1920).

15 ראו, למשל, M.A. Meegan "The Exclusionary Rule" 80 *Georgetown Law Journal* (1992) 1096; D.V. Macdougall "The Exclusionary Rule and its Alternatives – Remedies for Constitutional Violations in Canada and the United States" 76 *Journal of Criminal Law and Criminology* (1985) 608, 621; P.D. Godin "A Comparative Study of the Exclusionary Rule and its Standing Threshold in Canada, the United States, and New York State: The Relation of Purpose to Practice" 53 *University of Toronto Faculty of Law Review* (1995) 49, 57-65; J.B. Dawson "The Exclusion of Unlawfully Obtained Evidence: A Comparative Study" 31 *International and Comparative Law Quarterly* (1982) 513, 525-530; F.N. Baldwin Jr. "Due Process and the Exclusionary Rule: Integrity and Justification" 39 *University of Florida Law Review* (1987) 505-530, 525-531.

16 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ ואח' נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (דעת הרוב). א' ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית (תשנ"ד, כרך ג) 61, 261. א' ברק "המהפכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות" משפט וממשל א (תשנ"ב) 9.

חוקתית¹⁷. חלק מזכויותיו הדיוניות של הנאשם, שנחשבו לזכויות יסוד, הועלו כעת לדרגה חוקתית¹⁸, ובהן גם הזכות להגנה מפני הפללה עצמית¹⁹.

בעקבות שינוי נורמטיבי זה מתבקשת השאלה מה כוחה של ההלכה הקודמת, שגרסה כי חופשיותה של הודאת הנאשם אינה נפגעת בהכרח מאי שמירת חיסיונו מפני הפללה עצמית, ובאופן כללי יותר – האם לאחר מהפך זה יש מקום לשינוי ההלכה שקבעה כי קבילותה של ראייה אינה נבחנת על-פי דרך השגחה.

שאלה אחרונה זו קשורה לשאלה רחבה יותר, והיא מהן התרופות החוקתיות הנובעות מחוקי-היסוד החדשים²⁰, והאם ביניהן נמצאת גם תרופה של פסילת ראייה שהושגה תוך הפרת זכות חוקתית?

גם אם מחקרנו ילמד על קיומה של תרופה חוקתית חדשה של פסילת ראייה, חשוב לדעת מה היקפה של תרופה זו, מה היקפו של כלל הפסילה החוקתית, מהם תנאיו ומהם המבחנים לקביעת נוסחת האיזון.

לאחרונה נדרש בית-המשפט המחוזי בנצרת²¹ לתת דעתו לסוגיית התרופה החוקתית במקרה של השגת ראייה תוך הפרת זכות חוקתית, וקביעתו היתה כי אכן יש לפסול ראייה זו. אנו מבקשים לנצל הזדמנות זו כדי לבחון את צדקת ההחלטה שניתנה בתיק. נוסף על כך נערוך דיון רחב יותר בשאלת קיומו של כלל פסילה חוקתית חדש המעוגן בחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, תוך ניסיון ללמוד מניסיון של מדינות חוקתיות אחרות. מבחינו זה הולם, לדעתנו, את התפיסה שהצגנו ושבאמיתותה אנו מאמינים, לפיה שינתה חקיקת חוקי-היסוד את המבנה המשפטי של מערכת המשפט הישראלית והפכה אותה לדמוקרטיה-חוקתית בהתהוות.

17 בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(1) 441, 463. לעמדה חולקת ראו, למשל, דעת המיעוט של השופט חשין בע"א בנק המזרחי, לעיל הערה 16, ור' גביון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" משפטים כח (תשנ"ז) 21.

18 "עד כה נגזרו הזכויות הדיוניות של הנאשם בהליך הפלילי מחוק סדר הדין הפלילי, מחקיקה משלימה ומהלכות המשפט המקובל (האנגלי והישראלי). מעתה ייגזרו הוראות סדר הדין הפלילי (החקוק וההלכתי) מזכויותיו של הנאשם בהליך הפלילי. תחול אפוא קונסטיטוציונליזציה של ההליך הפלילי." א' ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג (תשנ"ז) 5, 22.

19 שם, בעמ' 23.

20 ראו ע' גרוס "התרופות החוקתיות האקטיביות" משפט וממשל ד (תשנ"ז-תשנ"ח) 433.

21 ת"פ (נצרת) 511/97 מדינת ישראל נ' עודה (טרם פורסם), החלטה מיום 31.12.97, ניתנה על-ידי השופט גינת (להלן: ת"פ עודה). למיטב ידיעתנו לא הוגש ערעור על פסק-דין זה לבית-המשפט העליון. עם זאת, לאחרונה פסק בית-הדין הצבאי לערעורים, בע/139/97 התובע הצבאי הראשי נ' טור' רפאל יששכרוב (טרם פורסם) (להלן: פרשת יששכרוב) בצורה הפוכה מהחלטתו של בית-המשפט המחוזי בנצרת. על פסק-דינו של בית-הדין הצבאי לערעורים הוגש ערעור לבית-המשפט העליון, שלמיטב ידיעתנו טרם נדון. על כך נדון בהמשך.

ג. הזכות החוקתית לחיסיון מפני הפללה עצמית

האם הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית היא זכות חוקתית בישראל, או שמא היא זכות דיונית רגילה?

עם שאלה זו מתמודדת החלטת בית-המשפט המחוזי בעניין עודה. במקרה זה הועמד הנאשם לדין בתמישה אישומים של סחר בסמים מסוכנים. התביעה ביקשה להציג בבית-המשפט "רישום על שיחה" שערך החוקר עם הנאשם בתחנת המשטרה, סמוך לאחר מעצרו. הסנגור התנגד בטענה כי מרשו לא הוזהר כדין. לטענתו, האזהרה היא חלק מזכות השתיקה של החשוד, ומאחר שהתביעה לא הצביעה על כל נימוק שהיה בו כדי להצדיק מחדל זה, המשמעות היא שהופרה זכות חוקתית של מרשו. הסנגור ביקש מבית-המשפט לפסול את הראייה האמורה – דהיינו: הודאת הנאשם²² – משום שהושגה תוך הפרת זכות חוקתית.

השופט גינת יצא מהנחה כי זכותו של חשוד להיות מוזהר היא חלק מהחיסיון מפני הפללה עצמית, ולטעמי בצדק סבר כך²³. תוך השוואת זכות זו למדינות חוקתיות אחרות, דוגמת קנדה וארצות-הברית²⁴, הוא הגיע למסקנה, כי גם אצלנו מדובר בזכות חוקתית שהפרתה מצדיקה את פסילת הראייה כחלק מהתרופה החוקתית, תוך הפעלת נוסחת איוון נתונה. החלטה זו היא ראשונית ותקדימית מבחינה זו שבית-משפט הפעיל את סמכותו החוקתית כדי לפסול ראייה שהושגה תוך הפרת הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו²⁵.

22 לשון ההחלטה אינה מלמדת במפורש כי אותה ראייה היתה "הודיית נאשם", אך ברור מהמשך הדברים כי הדברים שנכללו במוכר זה היו בבחינת "הודיה".

23 גם המחוקק הביע את עמדתו בעניין, בקובעו בסעיף 28(א) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 חובת אזהרה של קצין משטרה לעצור.

24 בסעיף 22 להחלטה מעיר השופט גינת: "העדרה של אזהרה כהצדקה לפסילת אמירותיו של הנאשם מוכר בכל שיטות המשפט החוקתיות. כאמור, דרך זו של אזהרה מוכרת הן במשפט האמריקני והן במשפט הקנדי. לא בכדי, המשפט הראשון, בקנדה, אשר עסק בפסילת ראייה על-פי סעיף 24(2) ל-Charter, עסק בפסילתה של ראייה שהושגה מבלי שניתנה לנאשם הזכות להיוועץ עם עורך דין, דהיינו לא הוסברו לו מלוא זכויותיו, והוא מסר אינפורמציה למשטרה מבלי שהבין שזכות השתיקה עומדת לזכותו ולא ידע כי הוא יכול שלא לוותר על זכות זו (18 D.L.R. (4th) (1985) R v. Therens 655). קיימת חשיבות עליונה לכך שהנאשם יהיה מודע לזכויות העומדות לרשותו, בעת חקירתו במשטרה, ולכך שאין הוא חייב לוותר עליהן, אלא אם רצונו בכך (ראה גם 38 (1987) R v. Collins 508 (D.L.R. (4th))."

25 למותר לציין, כי החלטה זו כבר בוקרה בהערת אגב של בית-המשפט המחוזי בתפ"ח (ת"א) 3078/97 מדינת ישראל נ' עמראן (לא פורסם).

סוגיית החסיונות כמשל

סוגיית החסיונות היא דוגמה טובה לאופן שבו יוצרת החברה מנגנון משפטי כדי לאזן בין אינטרסים מתחרים, כשבסופו של דבר יכולת האדם להוכיח את צדקתו היא המכתיבה את נוסחת האיוון²⁶. ערך האמת מועדף על-פני שיקולים אחרים. מבחינתו של הנאשם, התרופה שהוא זוכה לה היא הסרת החיסיון כדי לחשוף את הראיה החיונית להגנתו.

שאלת פסלותן של ראיות עשויה לעורר תהיות קונספטואליות עמוקות. פסילתה של ראיה שאינה רלבנטית לדיון לא מעוררת בדרך-כלל כל קושי²⁷. הקושי מתעורר דווקא כאשר אנו מבקשים לפסול ראיה שאין ספק באשר ליכולת תרומתה לבירור העובדות השנויות במחלוקת באותו הליך. דווקא כאן עולות השאלות הקשות: מדוע לפסול ראיה שעשויה לקדם את חקר האמת²⁸? ואם התשובה האפשרית היא כי חקר האמת אינו חזות הכל ואינו ערך מוחלט, מה עשוי לגבור עליו? וכיצד עשויה העדפתו של אינטרס אחר להתיישב עם מטרות ההליך הפלילי?

אכן, אנו יודעים כי כאשר ערך האמת מתנגש עם ערך חברתי חשוב ממנו, כמו הצורך לשמור בסוד סוגים מסוימים של ראיות בשל האינטרסים החשובים שהם מייצגים לפרטים ולחברה והסכנה מעצם חשיפתן, אזי על ערך האמת לסגת²⁹. אך גם במקרה זה, כאשר החוק מכיר במושג החיסיון, בדרך-כלל הדאגה היא ששמירתן של ראיות בסוד

26 בב"ש 838/84 ליבני נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 729 (להלן: "ב"ש ליבני"), מעיר השופט ברק: "לענין זה איני רואה חשיבות לסוג העבירה, בה מואשם הנאשם, ולעונש הצפוי לו. הרשעת חף מפשע היא פגיעה כה עמוקה ומכאיבה בסדריו של הליך הפלילי, עד כי אין להרשותה בשום תנאי. על כן, אם הראיה החסויה מרכזית היא וחיונית ובעלת חשיבות מהותית לקביעת חפותו או אשמתו של הנאשם, מן הראוי הוא לגלותה" (שם, בעמ' 730).

27 למעשה לא מדובר בפסילת ראיה אלא בהכרזתה כלא קבילה משום היותה לא רלבנטית לדיון. ראו סעיף 1 לפקודת הראיות. המונח "פסילת ראיה" צריך, לדעתי, להתייחד לראיה אשר למרות יכולתה לתרום לבירור העובדות היא נפסלת בגין נימוק ערכי-חיצוני.

28 על מרכזיותו של ערך האמת להליך הפלילי ראו דברי השופט ברק בע"פ 951/80 קניר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 505, 516: "ההליך הפלילי הוא מסגרת דינים, הבאים להגשים את המשפט הפלילי, דהיינו, לקבוע חפות או אשמה. לשם כך על ההליך הפלילי לחשוף את האמת, וזו מטרתו העיקרית".

29 ראו, למשל, השופט מ' אלון בבג"ץ 152/82 אלון נ' ממשלת ישראל, פ"ד לו(4) 449, 467: "לא אחת מונע בית-המשפט עצמו במודע מלהגיע לחקר האמת העובדתית מטעמים של מדיניות משפטית, כאשר השמירה על ערכים-אינטרסים מסוימים עדיפה וחשובה בעיני המערכת המשפטית מגילוי האמת העובדתית. משום כך אין חובת גילוי של עובדות חסויות, שבאו לידיעת רופא תוך כדי טיפולו בחולה, או לידיעת עורך הדין מפיו של לקוחו...".

לא תביא לעיוות הדין, כלומר: להרשעתו של החף מפשע³⁰. כך, למשל, כאשר ביטחון המדינה מחייב את סודיותה של ראייה שהיא חיונית להגנתו של הנאשם, יוסר החיסיון מטעמי צדק. בהקשר זה מתעוררת השאלה, איזה ערך יגבר כאשר אי חשיפת הראייה החסויה עלולה לקפח את יכולתו של הנאשם להתגונן מפני העבירות החמורות המיוחסות לו, ובה בעת עלולה תשיפתה לפגוע בביטחון המדינה? האם יגבר ערך גילוי האמת ועשיית צדק במשפט או שיגבר ערך שמירת ביטחון המדינה? על מתח זה בין הערכים המתחרים נאמר:

‘עשיית צדק’ בהקשר זה משמעותה ניהול הליך פלילי הוגן, שיש בו כדי לחשוף את האמת ולא לגרום לעיוות דין לאותו נאשם ספציפי העומד לדין. על כן, אם חומר החקירה, אשר לגביו חל החיסיון, חיוני הוא להגנת הנאשם, כי אז בוודאי, הצדק דורש את גילויו, ושיקול זה עדיף על פני כל שיקול ביטחוני אפשרי. שום נימוק ביטחוני, ויהא הוא הנכבד ביותר, אינו שוקל יותר, במסקלותיו היחסיות של הליך פלילי נתון, ממשקל הרשעתו של חף מפשע. עדיף זיכויו של נאשם שאת אשמתו אין להוכיח בשל הצורך לגלות ראייה שיש אינטרס ביטחוני שלא לגלותה, על פני הרשעתו של נאשם, שאת חפותו אין להוכיח בשל הצורך שלא לגלות ראייה חסויה³¹.

נוסחת איוון זו מלמדת, כי בהליך הפלילי עשיית צדק היא היכולת להתקרב לאמת העובדתית, כדי שבאמצעותה יוכל בית המשפט לקבוע חפות או אשמה. והנה אנו נדרשים כעת לבחון היבט אחר של עשיית צדק, דווקא על-ידי מניעת ראייה רלבנטית מבית המשפט בטענה כי היא הושגה תוך הפרת אינטרס חשוב של הנאשם. אכן, אין

30 לכד משלושה חסינות: החיסיון שבין עורך דין ללקוחו לפי סעיף 48 לפקודת הראיות; החיסיון שבין כהן דת ומתוודה לפי סעיף 51 לפקודת הראיות; וכן החיסיון מפני הפללה עצמית לפי סעיף 47 לפקודת הראיות. במקרים אלה אין כל נוסחת איוון. אם יוכח כי החסינות חלים, אזי כל אינטרס נוגד, ובכלל זה הצורך לגלות עובדות חשובות במשפט, לא יגבר.

31 השופט ברק בב"ש ליבני (לעיל, הערה 26), בעמ' 738. אין להבין מכך כי המדינה חייבת לחשוף את הראייה לנאשם ולהסתכן בפגיעה בביטחון המדינה. היא רשאית לחזור בה מהאישומים שייחסה לנאשם ובכך להביא הליכים אלה לידי סיום: "מצב דברים זה לא מביא בהכרח לחשיפת הראייה. הוא אך מעביר את השיקול לתביעה הכללית. יהא עליה להחליט אם מבקשת היא להמשיך בהליך פלילי תוך גילוי הראייה או שמבקשת היא הפסקתו של ההליך הפלילי תוך שמירת סודיותה של הראייה. אם תחליט התביעה הכללית שלא להמשיך בהליך הפלילי, יישמר האינטרס שבאי גילוי הראייה, תוך שמירת האינטרס שלא להרשיע אדם בלא משפט הוגן" (בש"פ 1924/93 גרינברג נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(4) 766, 770) פסיקה זו מציגה את התפיסה החברתית לפיה עדיף לזכות אשמים על פני הרשעת חפים מפשע.

כאן סכנה כי מניעתה של אותה ראייה תביא להרשעתו של חף מפשע, אך מנגד היא עשויה להביא לזיכויו של נאשם שאחרת היה צריך להיות מורשע. למעשה, "תרופה" זו של פסילת הראייה הרלבנטית כאילו מבקשת להקנות לבית-המשפט תפקיד נוסף: לא רק קביעת חפותו או אשמתו של אדם אלא גם שמירת זכויות האדם, במסגרת אופיה הדמוקרטית של המדינה.

אופיה הדמוקרטי-חוקתי של המדינה מצטיין לא רק ביכולתו של בית-המשפט להכריע בהצלחה במחלוקות המובאות בפניו, אלא גם ביכולתו לשמור על שלטון החוק ולפקח על טוהר ההליכים שבפניו.

תפיסה רחבה זו של תפקיד עשיית הצדק על-ידי בית-המשפט כאילו אומרת, כי מבחינה חברתית אין די באכיפה יעילה של החוק הפלילי. זאת משום שרשות שלטונית שהשיגה הרשעה של נאשם תוך הפרה בוטה של החוק, פוגעת בחברה וגורמת לה נזק לא פחות מהנזק שגרמה העבירה שעבר הנאשם. אך האם זה מתפקידו של בית-המשפט לפקח על חוקיות פעולתה של הרשות המבצעת כתגאי לאכיפת החוק הפלילי? האם אכיפת החוק הפלילי תוך הפרתו על-ידי שליחי החוק פוגעת בטוהר ההליכים בבית-המשפט? האם ניתן לומר כי פגיעה בטוהר ההליכים הפליליים היא פגיעה גם בהליכים הפליליים שקדמו להעמדת הנאשם לדין? האם היא מתבקשת כל אימת שהרשות פוגעת בזכויות חוקתיות של חשוד?

יצירת דוקטרינה זו, לפיה בית-המשפט אינו רק מפעילו של החוק, אלא גם מופקד על שמירת שלטון החוק במובן המהותי-חוקתי של הגנה על זכויות יסוד (בין היתר על-ידי שמירת טוהר ההליכים בפניו)³², מעלה את שאלת מקור הסמכות של בית-המשפט לתת תרופות במקרים כאלה. גם אם נצביע על מקור אפשרי למתן תרופות במקרים אלה תעלה השאלה האם התרופה הראויה היא אכן פסילת הראייה שהושגה תוך הפרת חוק? האם פסילת הראייה היא אכן "תרופה" צודקת בעניינו של הנאשם? התשובה מותנית, כמובן, באופן שבו אנו מבינים את מונח התרופה בכלל ואת מונח התרופה החוקתית בפרט.

כמקום אחר עמדתי על העיגון הנורמטיבי למקור הסמכות של בתי-המשפט לתת סעד חוקתי³³, אך כאן אסתפק בהערה כי מקור הסמכות להושתט הסעד נובע מפרשנות חוק-היסוד, והוא עשוי לעלות מפסקאות המטרה, ההגנה והכיבוד: סעיפים 2, 4 ו-11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו³⁴.

32 השופט ביין מגיע למסקנה זו על יסוד יישום תיאוריית 'תום הלב' בהליך הפלילי. ד' ביין "לשאלת תחולת עקרון תום הלב בריון הפלילי" פלילים ד (תשנ"ד) 101, 110. למובנו המהותי של עיקרון שלטון החוק ראו א' ברק "שלטון החוק" קובץ הרצאות בימי העיון לשופטים (תשל"ו) 15.

33 ראו גרוס (לעיל, הערה 20).

34 שם. דרך אחרת להתחקות אחר מקור הסמכות היא תפיסתו של השופט ברק, לפיה הסמכות להעניק סעד זה נגזרת מעצם קיומה והפרתה של הזכות החוקתית: "הסעד הוא פונקציה של הזכות". ראו ע"א

מנגד אפשר לטעון, כי אין זה מתפקידו של בית-המשפט היושב בדין פלילי לפקח על עבודת השלטון, ואם הפר האחרון את החוק במהלך חקירה פלילית, אין לעובדה זו השלכה הכרחית לחקר העובדות הרלבנטיות במשפט. ובכל מקרה, פסילתה של הראיה לא תשנה ולא תחזיר את מצב הדברים לקדמותם. אם, למשל, הופרה זכותו של הנאשם להיוועץ עם עורך-דין והוא סיפק למשטרה ראייה חפצית, האם פסילתה של ראייה זו תתכן את מצבו של הנאשם? האם בכלל מוצדק להתעלם מראייה חפצית "המדברת בעד עצמה"?

דילמה זו אך מחודדת את גדר הוויכוח האפשרי, שהרי גם אם נמצא כי בית-המשפט מוסמך להעניק "תרופה" במסגרת כלל פסילה, ייתכן לשאול מהי נוסחת ההפעלה של הסעד. האם ראוי שיעדיף באופן מוחלט את זכויות הנאשם, או שמא יש מקום לשקול את החלתו לפי נסיבות המקרה, ובכללם חומרת ההפרה, חומרת העבירה, נסיבות המקרה, אופיה של הראייה – "מילולית", "חפצית" או אחרת – או חשיבותה של ראייה זו לראיות התביעה.

הנה כי כן, פסילתן של ראיות רלבנטיות בגין הפרת זכויות חוקתיות מעוררת שאלות קונסטטואליות עמוקות.

ד. הזכות החוקתית לחסיון מפני הפללה עצמית וסעיף 12 לפקודת הראיות

נחזור כעת להחלטתו של השופט גינת. החלטה זו מעוררת שאלות חשובות בנושא היקף הזכויות הדיוניות של נאשם בהליך פלילי בכלל³⁵ ובנושא היקפה של זכות השתיקה בפרט³⁶. מעבר לשאלת קיומו של כלל פסילה חוקית במשפט הישראלי, היקפו ומבחינו, אימצה מעורר גם את שאלת היחס הנורמטיבי האפשרי בינו לבין כלל הפסילה הקבוע

579/83 זינגרשטיין ג' אחים גבסו בע"מ, קבלני בניין, פ"ד מב(2) 278, 292. עוד ראו דבריו של השופט חשין: "הלך הסעד אחר הזכות", בע"א 700/89 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ, פ"ד מז(1) 667, 687, וכן "מהות מולידה סעד", בבג"ץ 1921/94 סוקר נ' הועדה לבניה למגורים ולתעשייה, מחוז ירושלים, פ"ד מח(4) 237, 261.

35 ראו ע' גרוס "הזכויות הדיוניות של החשוד או הנאשם על-פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 155.

36 למשל: האם זכות השתיקה, מבחינה חוקתית, כוללת גם את הזכות להיפגש עם עורך-הדין בטרם החקירה על-ידי המשטרה?

בסעיף 12 לפקודת הראיות, ככל שמדובר בראיה פגומה, מבחינה חוקתית, המהווה גם הודיית נאשם³⁷.

גדר הבעיה הוא בסתירה האפשרית בין סעיף 12 האמור לבין כלל הפסילה החוקתית, בהנחה שיש לו עיגון נורמטיבי בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. סתירה זו תיתכן אם נמצא כי המבחן הקבוע בסעיף 12 – מבחן חופשיותה של ההודאה – אינו מעניק הגנה מספקת מפני הודאה שנגבתה תוך הפרת הזכות החוקתית, וכן אם נראה בסעיף 12 הסדר ממצה בנושא. הזכות החוקתית הרלבנטית למסגרת סעיף 12 היא הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית³⁸. האם כלל הפסילה הקבוע בסעיף 12 רחב דיו כדי להגן על פגיעה בזכות השתיקה, רק שיביא לביטול ראיה שהושגה תוך פגיעה בה? כדי לענות על שאלה זו יש לברר מהו הרציונל העומד מאחורי כלל פסילה זה.

שתי אפשרויות הועלו בעבר: האחת, חופשיותה של הודאה אינה אלא אמצעי לוודא כי התשדד ויתר מרצון ובצורה אינטליגנטית על זכותו מפני הפללה עצמית³⁹, והאחרת, כי מבחן זה נועד להבטיח שבית-המשפט לא יסתמך על הודאה לא מהימנה⁴⁰. על אלה ניתן להוסיף לפחות עוד שני רציונלים לפסילתה של הודאה: הרצון להבטיח כי המשטרה תקפיד לכבד את זכויות נחקריה, גם אם הם חשודים בעבירות קשות. רציונל זה מבטא מסר חינוכי, לפיו אם לא יעשו כן ויפעילו על הנחקרים לחץ שאינו מותר, פירות החקירה ייפסלו מלשמש ראיות קבילות⁴¹. רציונלים נוספים הם הרצון

37 חשוב לציין כי ההחלטה בת"פ עודה (לעיל, הערה 21) מצומצמת מבחינה זו שהיא דנה בראיה שנגבתה מן החשוד בכלל מבלי שהוצג תוכנה. משום כך, אין היא מתייחסת למשל לשאלת היחס האפשרי בין סעיף 12 לפקודת הראיות לכלל הפסילה שהחיל בה בית-המשפט.

38 ראו מאמרו של ברק (לעיל, הערה 16), בעמ' 23: "נראה לי כי זכות השתיקה היא חוקתית. פגיעה בה יכולה להיעשות רק בהתקיים דרישותיה של פסקת ההגבלה". גם השופט גינת נדמה כמאמץ גישה זו (פסקה 21 לפסק-דינו בת"פ עודה). שאלה מעניינת היא האם המבחן הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות עומד בדרישות פסקת ההגבלה.

39 ראו, למשל, ע"פ 242/63 קריתי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(3) 477, 493 ו-498; ע"פ 307/60 יאסין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יד 1541, 1553.

40 ראו, למשל, דברי השופט ח' כהן: "השאלה היא שאלה שבעובדה: 'האם היה באמצעים הפסולים כדי להביא נאשם מיוחד זה העומד לפנינו לידי הודיית שקר'..." ע"פ 369/78 אבו מידג'ם נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(3) 376, 380. עוד ראו דברי השופט גולדברג, המביא מדבריו של השופט זוסמן בע"פ 307/60: "...הודאה שלא ניתנה מרצונו החופשי של אדם היא בבחינת ראיה שאינה מהימנת, ואין סומכים עליה...". ע"פ 168/82, 115 מועדי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 197, 222 (להלן: ע"פ מועדי).

41 ראו, למשל, דברי מ"מ הנשיא לגדרי (כתוארו אז) בע"פ 183/78, 191/79 אבו מידג'ם ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(4) 533 (להלן: ע"פ אבו מידג'ם) 538-539: "...הדעת נותנת שתוקר הבוחר בשיטות של אלימות כדי להוציא הודאה כפויה מפי הנחקר יחדל מזה, אם ייווכח לדעת שלשוא הפעיל שיטות כאלה מפני שבית-המשפט ידחה הודאה כזאת על הסף... אבל העיקר איננו ביעילותה של או בחוסר

שבתי-המשפט לא יהפכו "לשותפים" להפרת זכויות מצד המשטרה וכן מניעת ניצולם לרעה של הליכי המשפט⁴².

הבחירה בין רציונלים אלה עשויה להיגזר מהתיאוריות הכלליות שעליהן הם נשענים⁴³: התיאוריה "התוצאתית", המסבירה ומדגישה את התוצאה הרצויה, היא תיאוריה אינסטרומנטלית, המדגישה את הצורך ביצירת כלל לפיו ההודאה לא תגרום לעיוות דין ולהרשעת חף מפשע. תוצאה זו ניתן להשיג, על-פי התיאוריה, באמצעות מבחן המהימנות. תפיסה כללית זו עשויה גם להסביר את רצונו להשיג תוצאה אחרת – היא פסילת הראיות שהושגו תוך הפרת הכללים, תוך הדגשת הרתעתה של המשטרה מפני הישגותן של הפרות כאלה. תוצאת לוואי אפשרית של פעולה זו היא "חינוכה" של המשטרה. התיאוריה השנייה – תיאוריית "הזכויות" – רואה את ההגנה על הזכויות התוקניות של הנאשם כעיקר. ערך שמירת הזכות הוא בעל חשיבות אינהרנטית, בין שיש ביכולתו להשפיע על פני החברה ובין אם לאו⁴⁴.

בחינת פסיקתם של בתי-המשפט עד לחקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מלמדת, כי מבין הרציונלים שהוזכרו קודם ביכרה הפסיקה, בדרך-כלל, להסביר את קיומו של כלל הפסילה שבסעיף 12 לפקודת הראיות באמצעות הרציונל של הבטחת מהימנותם של הממצאים שייקבעו נגד הנאשם:

המסקנה המתבקשת היא, כי במקרים שאינם מגיעים לכדי פגיעה בכבוד האדם בעת חקירתו ולא נפגעה בהם 'שלימות הגוף והנפש של הנחקר, מבחן מהימנותה של ההודאה הוא המבחן שעל-פיו יוחלט על קבילותה או פסילתה'⁴⁵.

יעילותה של הסנקציה החינוכית שבדחיית הודאה פסולה על הסף... השמירה על שלימות הגוף והנפש של הנחקר – היא העיקר בעיני. על כך כבר דיברתי בפרשת ארצי, ע"פ 264/65 ; 273/65, בעמ' 233 ושוב בפרשת פוקה הירש, ע"פ 347/75, שם הסברתי בעמ' 200, שהצד החינוכי של ההלכה בדבר פסילת הודאות שלא ניתנו מרצון חופשי אינו אלא תוצאת לוואי של פסילת ההודאה. בשני פסקי-דין אלו גם הסתייגתי מן ההשקפה הרואה במבחן המהימנות של ההודאה את המבחן הבלעדי לקבלת הודאה או לפסילתה.

42 ראו, למשל, A.A.S. Zuckerman *The Principles of Criminal Evidence* (Oxford, 1989) ch.16; 723 *Crim.L.Rev.* 1977 "Excluding Evidence as Protecting Rights" A.J. Ashworth, וכן

א' שטיין "מקורות ותיאוריה בעשיית משפט" משפטים כט (תשנ"ח-תשנ"ט) 7, 5.

43 R. Dworkin *Law's Empire* (London, 1986) chs.1-2, pp.110-113.

44 R.S. Summers "Evaluating and Improving Legal Processes – A Plea for 'Process Values'" 60 *Cornell.L.Rev.* (1974) 1. ראו לנושא זה גם שטיין (לעיל, הערה 42), בעמ' 8.

45 השופט גולדברג בע"פ מוערי (לעיל, הערה 40), בעמ' 223. איני מתייחס כאן למקרים החריגים שבהם מוכח שימוש באמצעים פסולים במיוחד: "יחס בלתי אנושי, אלימות של ממש, עינויים

למעשה, אם הרציונל הקיים לפסילתה של הודאה לפי המבחן הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות הוא הרצון לשמור על מהימנות ההודאות⁴⁶, אזי אין בכוחו של רציונל זה לתת מענה לאותם מקרים שבהם מתקיימת הפרה של זכויות חוקתיות שלא בהכרח פגמו במהימנות ההודאות (דוגמת זכות השתיקה). נראה כי כעת, כאשר חלק מהזכויות הדיוניות של החשוד הפכו להיות חוקתיות, צריך חוקיסוד: כבוד האדם וחירותו להקדין דרך פרשנות שונה על סעיף 12 הנ"ל, וממילא לחפש אחר רציונל שונה למבחן הקבוע בו. נקיטת גישה שכזו תתייבש גם עם תפיסת בית-המשפט את עצמו כמי שמוסמך לשנות מדיני הראיות ולהרחיבם מעבר ללשונה של פקודת הראיות, בהיותה תמציתית וחסרה, בעיקר בתחום החוקתי⁴⁷.

חיוזק לגישה זו ניתן לאחרונה בפסק-דינו של בית-הדין הצבאי לערעורים בנושא דומה – קבלתה כראיה של הודאה שנתן עצור מבלי שהודעה לו זכותו להיוועץ

גופניים, עיניים נפשיים, השפלה קשה או איום באחד מאלה" (ראו ההצעה לתיקון פקודת הראיות (תיקון מס' 13), התשנ"ז-1997). במקרים אלה הפסיקה קבעה כי דינה של ההודאה להיפסל, בלי קשר למידת מהימנותה. ראו, למשל, דברי הנשיא לנדוי בע"פ אבו מידג'ם (לעיל, הערה 41), בעמ' 540, המצטט בהסכמה קטע ממאמרו של המלומד Ashworth (לעיל, הערה 42), בעמ' 723, 732-733: "אין שיטה של עשיית צדק בפלילים המעריכה את ערך המהימנות מעל לכל שיקול אחר. יש להקדיש את מירב היעילות בהדברת הפשע ובהרשעת האשמים למען הגנת הפרט מסוגי טיפול מסוימים מידי אנשי אכיפת החוק". דווקא אנגליה, שאחריה הלכנו, שינתה את הרציונל שלה וקבעה (לאחר חקיקתו של ה-Police And Criminal Evidence Act 1984) כי המבחן הקבוע כיום לקבילתה של הודאה הוא לא בהכרח מידת מהימנותה, אלא – ואולי בעיקר – שמירת זכותו של החשוד מפני הפללה עצמית: "The privilege against self incrimination is deep rooted in English law and it would make a grave inroad upon it if the police were to believe that if they improperly extracted admissions from an accused which were subsequently shown to be true they could use those admissions against the accused for the purpose obtaining a conviction. It is better by far to allow a few guilty men to escape conviction than to compromise the standards of a free society." *Lam Chi-ming v. R* [1991] 3 All E.R.172, 179.

46 ורק כחריג תיפסל הודאת אמת שגבייתה לוותה באמצעים פסולים – אם אמצעים אלה הם קיצוניים וקשים. ראו לאחרונה, תזכיר חוק לתיקון פקודת הראיות (תיקון מס' 13), התשנ"ז-1997, המציע להחליף את סעיף 12 הנוכחי בסעיף חדש שבו ייאמר: "12. (א) אמרה של נאשם מחוץ לכותלי בית-המשפט תתקבל כראיה נגדו במשפט פלילי. (ב) על אף האמור בסעיף קטן (א), לא תתקבל האמרה כראיה אם ניתנה לאחר שנקטו כלפי נותנה באחד האמצעים הפסולים האלה: יהס בלתי אנושי, אלימות של ממש, עינויים גופניים, עינויים נפשיים, השפלה קשה, או איום באחד מאלה" (התזכיר פורסם על-ידי משרד המשפטים בתיק 2-1911 מיום 29.6.97).

47 ראו, למשל, ב"ש 268,298/86 ציטרין נ' ביה"ד המשמעתי של לשכת עוה"ד במתוו תל-אביב, פ"ד מא(2) 337, שם בית-המשפט ראה את עצמו מוסמך ליצור דין ראייתי-חוקתי ברבר הענקת חיסיון יחסי לעיתונאי מפני גילוי מקורותיו, בשם השמירה על הזכות החוקתית לחופש הביטוי.

בעורך-דין, זכות המעוגנת בהנחיות המשטרה הצבאית החוקרת. בית-הדין הצבאי המחוזי פסל את הראיה בשל הפגיעה בזכות זו, בראותו אותה כזכות יסוד. בית-הדין הצבאי לערעורים קיבל את ערעור התובע הצבאי הראשי וקבע כי יש לקבל הראיה. אולם, הוא צידד לגמרי בגישה כי ראוי לה לראיה שכזו שתיפסל וכי בית-המשפט מוסמך לשנות מהלכותיו בדיני הראיות ולהרחיבן לצורך חוקתי. נימוקו העיקרי לפסילתו המהוססת את החלטת בית-הדין הצבאי המחוזי היה כי כדי שיוכל לשנות מהלכותיו כאמור, חובה על בית-המשפט לומר זאת באופן מפורש ולחולל את המהפכה החוקתית בדיני הראיות באופן גלוי ומפורש, ועד שלא יעשה כן לא יוכלו בתי-משפט אחרים לשנות מגישתו בדבר העדר כלל פסילה חוקתי עד כה⁴⁸. למותר לציין, כי את פסיקתו צמצם בית-הדין לזכות ההיוועצות בלבד, במתכונתה במשפט הצבאי, ולכן יש לאבחנה כראוי⁴⁹.

בהמשך נבדוק האם פרשנות חוקתית חדשנית שכזו של סעיף 12 אפשרית היא; אך קודם לכן ראוי לבחון האם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הביא לשינוי ברפואי המחשבה⁵⁰, והאם יביא לשינוי ההלכה שקדמה לחוק, לפיה "אמצעים פוסלים שנקטה המשטרה לשם השגת ראיה הכשרה כשהיא לעצמה אינם פוסלים את הראיה"⁵¹.

1. שינוי בתפיסה כי רלבנטיות הראיה לבדה צריכה לקבוע את קבילותה

היו מדינות אשר המודל התיאורטי שהנחה אותן היה בעיקר גילוי האמת כמרכיב הכרחי ומרכזי בהליך הפלילי, ומשום כך לא היה בדרך השגתה של ראיה רלבנטית כדי להשפיע על מידת קבילותה. בין המדינות שבחרו בתיאוריה זו ניתן היה למצוא את אנגליה (לפני 1984), קנדה (לפני חקיקתו של הצ'רטר בשנת 1982), ואף אנחנו בישראל הלכנו בדרך זו. לעומת זאת, היו מדינות שהתיאוריה שהנחתה אותן היתה הרצון להגשים את שלטון

48 פרשת יששכרוב (לעיל, הערה 21).

49 ראו פסקה 60 לפסק-הדין. נוסף על כך נתן בית-הדין זכות ערעור על פסק-דינו זה לבית-המשפט העליון. ראו גם האסמכתאות שהביא בית-המשפט לסמכותו המופלגת בכל הנוגע לפרשנות פקודת הראיות, שם, בפסקאות 29-30.

50 עמד על כך השופט ברק בפרשת גנימאת: "...במצבים אלה מתבקש השופט – הפרשן לעיין מחדש בפרשנות שניתנה בעבר ולבחון עצמו מחדש. ביסוד בחינה מחודשת זו עומד הנתון החוקתי החדש, שעניינו חוקי היסוד החדשים. בחינה מחודשת זו צריכה להיעשות מזווית הראיה החדשה, פרי ההפגמה של חוקי היסוד, וההכרה בשינוי העמוק שהם הביאו למשפט ולחברה בישראל. אכן, חוקה אינה רק משפט. היא חברה, היא היסטוריה, והיא מבט מחודש על החיים ועל המשפט" דג"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 655 (להלן: דג"פ גנימאת).

51 ע"פ אבירמדיג'ם (לעיל, הערה 41), בעמ' 537-538.

החוק במשמעותו המלאה, דהיינו: כי נציגי הרשות יכבדו את זכויות הפרט, ואפילו פרטים החשודים בעיניהם כעבריינים. לדידם של הנוקטים בגישה האמורה, גם לעבריינים יש זכויות יסוד ועל המשטרה לכבד אותן ולפעול במסגרת סמכויותיה המפורשות בחוק. תפקידה של המשטרה כרשות שלטונית, האמונה על אכיפת החוק וחקירת עבירות, אינו מקנה לה רשות להפר את החוק רק כדי להשיג ראיות מפלילות. כיבוד החוק על-ידי נציגי המדינה ואכיפת מטרות זו על-ידי פסילת ראיות שהושגו תוך הפרת זכויות חוקתיות היא שעמדה במרכזו של כלל הפסילה האמריקני "פירות העץ המורעל". לא רק שהראיה שהושגה תוך הפרת זכות חוקתית תיפסל, בלי קשר לערך האמת שהיא מייצגת וחשיבותה למשפט המתברר, אלא גם ראיות אחרות שנבעו ממנה תיפסלנה. מבחינה זו ארצות-הברית ייצגה – ובמידה מסוימת עדיין מייצגת – את הדגם הרדיקלי של הגנת זכויות הפרט, כמעט ללא התחשבות באינטרס ציבורי נוגד העשוי להתקיים באותו מקרה.

2. רוחות חדשות

שנות השמונים הניבו בכמה מדינות שינוי בגישה הקונסרבטיבית, לפיה דרך השגתה של ראיה אינה רלבנטית לעניין קבילותה. מדינות אלה היו מוכנות להכיר בכך שהשגת ראיה תוך פגיעה בזכות חוקתית עשויה להצדיק יצירת כלל פסילה, אם כי מתון יותר מכלל הפסילה האמריקני.

כזכור, עד לאותו שינוי קבע המשפט המקובל האנגלי כי כל ראיה רלבנטית היא קבילה, אף אם הושגה באמצעים בלתי חוקיים או בלתי הוגנים, בכפוף לחריג בנוגע להודאות נאשמים שהושגו תוך הפרת זכות השתיקה של חשוד. אומנם, המשפט המקובל הכיר בשיקול הדעת הנתון לבית-המשפט לפסול ראיות שהושגו באמצעים פסולים, אולם סמכות זו כמעט ולא הופעלה⁵². בשנת 1984 נחקק ה-Police and Criminal Evidence Act, 1984, בו נקבעו שני כללי פסילה: האחד עניינו בפסילת הודאה

52 לפסיקה האנגלית בהקשר זה ראו W.R. Baldiga "Excluding Evidence to Protect Rights: Principles Underlying the Exclusionary Rule in England and the United States" 6 *Boston College International & Comparative Law Review* 133; S. Williams "Exclusion of Illegally Obtained Evidence: A Comparison of English and American Law" 57 *UMKC Law Review* (1989) 315; B.F. Shanks "Comment: Comparative Analysis of the Exclusionary Rule and its Alternatives" 57 *Tulane Law Review* (1983) 648, 659-663; J.B. Dawson "The Exclusion of Unlawfully Obtained Evidence: A Comparative Analysis Study" 31 *International and Comparative Law Quarterly* (1982) 513, 534-537; וכן א' הרנן "ראיות שהושגו שלא כדין: מבט השוואתי" ספר לנרדי (תשנ"ה, כרך ב) 983, 987-990.

שהושגה בלחץ או באמצעים אחרים הפוגעים במהימנותה⁵³, והאחר עניינו בפסילת ראיות שהושגו באמצעים בלתי הוגנים⁵⁴. החוק הסמיך את בית-המשפט, לפי שיקול

53 S. 76 PACE. בשל חשיבותו של סעיף זה נביאו כאן כלשונו:

- (1) In any proceedings a confession made by an accused person may be given in evidence against him in so far as it is relevant to any matter in issue in the proceedings and is not excluded by the court in pursuance of this section.
- (2) If in any proceedings where the prosecution proposes to give in evidence a confession made by an accused person, it is represented to the court that the confession was or may have been obtained –
 - (a) by oppression of the person who made it, or
 - (b) in consequence of anything said or done which was likely, in the circumstances existing at the time, to render unreliable any confession which might be made by him in consequence thereof, the court shall not allow the confession to be given in evidence against him except in so far as the prosecution proves to the court beyond reasonable doubt that the confession (notwithstanding that it may be true) was not obtained as aforesaid.
- (3) In any proceedings where the prosecution proposes to give in evidence a confession made by an accused person, the court may of its own motion require the prosecution, as a condition of allowing it to do so, to prove that the confession was not obtained as mentioned in subsection (2) above.
- (1) The fact that a confession is wholly or partly excluded in pursuance of this section shall not affect the admissibility in evidence –
 - (a) of any facts discovered as a result of the confession; or
 - (b) where the confession is relevant as showing that the accused speaks, write or expresses himself in a particular way, of so much of the confession as is necessary to show that he does so.
- (5) Evidence that a fact to which this subsection applies was discovered as a result of a statement made by an accused person shall not be admissible unless evidence of how it was discovered is given by him or on his behalf.
- (6) subsection (5) above applies:
 - (a) to any fact discovered as a result of a confession which is wholly excluded in pursuance of this section; and
 - (b) to any fact discovered as a result of a confession which is partly so excluded, if the is discovered as a result of the excluded part of the confession.
- (7) Nothing in part VII of this Act shall prejudice the admissibility of a confession made by an accused person.
- (8) In this section "oppression" includes torture, inhuman or degrading treatment, and the use or the threat of violence (whether or not amounting to torture).

54 S. 78 PACE. לדיון בסעיף זה ראו הטקסט הצמוד להערה 90 להלן. סעיף זה קובע בדלקמן:

דעתו, לפסול כל ראיה שהושגה בדרך לא הוגנת ("unfairly"). שיקול דעת זה פורש בפסיקה כרחב משיקול הדעת שהיה נתון לבית-המשפט קודם לכן על-פי המשפט המקובל⁵⁵.

בקנדה של טרם חקיקת הצ'רטר אימצו בתי-המשפט את הגישה המסורתית של המשפט המקובל, לפיה ראיה רלבנטית שהושגה באמצעים בלתי חוקיים היא קבילה⁵⁶. החוקה הקנדית משנת 1960 (Canadian Bill of Rights) שתקה בנושא קבילותה של ראיה, והפסיקה הקנדית המשיכה לדבוק בכלל אי-הפסלות גם כאשר לראיה שהושגה תוך כדי הפרת זכות חוקתית⁵⁷. שינוי בגישה זאת התרחש רק עם חקיקתו של הצ'רטר הקנדי (1982), שקבע את פסלותה של ראיה שהושגה בדרך המפירה את הוראות הצ'רטר, כאשר הגשתה תפגע במוניטין של מערכת הצדק⁵⁸.

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

M. Zander *The Police and Criminal Evidence Act 1984* (London, 2nd ed., 1990) 201-204; 55 C.M. Bradley "The Emerging International Consensus as to Criminal Procedure Rules" 14 *Michigan Journal of International Law* (1993) 171, 190 בעמ' 991.

R. v. Wray [1970] 4 C.C.C. 1, 11 D.L.R. (3d) 673 (S.C.C.); K. Roach & D. Nitya "Constitutional Remedies: as 'Constitutional Hints'" 36 *McGill Law Jour.* (1991) 1, at Ch. 2, p. 23-24; S.M. Penney, "Unreal Distinctions: The Exclusion of Unfairly Obtained Evidence under S. 24(2) of the Charter" 32 *Alberta Law Review* (1994) 782, 793 Macdougall (לעיל, הערה 15), בעמ' 623-622 Shanks (לעיל, הערה 52), בעמ' 666-663, וכן הרנון (לעיל, הערה 52), בעמ' 1003.

57 ראו: P.W. Hogg *Constitutional Law of Canada* (Scarborough, 1992) 932-931.

58 סעיף 1(24) לצ'רטר הקנדי קובע כדלקמן:

- (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a Court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the Court considers appropriate and just in the circumstances.

ואילו סעיף 2(24) קובע:

- (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

שינוי זה הורגש במידה מסוימת גם אצלנו, עם חקיקתם של חוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981⁵⁹ וחוק האזנת סתר, תשל"ט-1979⁶⁰, אשר כללו הוראות פסילה. אולם, הפסיקה ראתה בהוראות אלה הוראות פסילה מיוחדות, ואף שהכירה בזכויות היסוד של האדם, המשיכה לדבוק בכלל אי-הפסילה. ביטוי לעמדת הפסיקה ניתן למצוא בדברי המשנה-לנשיא אלון (כתוארו אז):

...ההלכה הפסוקה היא, 'שאמצעים פסולים שנקטה המשטרה לשם השגת ראיה הכשרה כשהיא לעצמה אינם פסולים את הראיה... על כן נרשה, למשל, קבלת ראיות כגון סמים שנמצאו אצל אדם, אם כי הם נתפסו בחיפוש אשר נערך על גופו שלא כדין' (ע"פ 183/78, 191/79 הנ"ל, בעמ' 537-538). שיקולים של חינוך אנשי מרות ושל הגנה על כבוד הנאשם וחירותו אין בהם אפוא כדי להביא להתעלמות מהאמת העובדתית בפסיקת האמת המשפטית. שינוי מה חל לאחרונה בסוגיה זו לעניין דברים שנקלטו בדרך האזנת סתר בניגוד להוראות חוק האזנת סתר (סעיף 13(א) לחוק) ולעניין חומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות בניגוד לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981 (סעיף 32 לחוק); אך הוראות אלה הן בבחינת יוצא מן הכלל שאין בהן כדי לשנות מן הכלל, ולא כאן המקום להאריך בענייניו⁶¹.

...

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

59 ס"ח 128. סעיף 32 לחוק קובע כי "חומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות יהיה פסול לשמש ראיה בבית-משפט, ללא הסכמת הנפגע, וזאת אם בית-המשפט התיר מטעמים שיירשמו להשתמש בחומר, או אם היו לפוגע, שהיה צד להליך, הגנה או פטור לפי חוק זה".

60 ס"ח 118. סעיף 13(א) לחוק קובע (לאחר תיקון): "דברים שנקלטו בדרך של האזנת סתר בניגוד להוראות חוק זה, לא יהיו קבילים כראיה בבית-משפט, אלא באחד משני אלה:

(1) בהליך פלילי בשל עבירה לפי חוק זה;

(2) בהליך פלילי בשל פשע חמור, אם בית-משפט הורה על קבלתה לאחר ששוכנע, מטעמים מיוחדים שיפרט, כי בנסיבות העניין הצורך להגיע לחקר האמת עדיף על הצורך להגן על הפרטיות. האזנת סתר שנעשתה שלא כדין בידי מי שרשאי לקבל היתר להאזנת סתר, לא תהיה קבילה כראיה לפי פסקה זו, אלא אם כן נעשתה בטעות בתום לב, תוך שימוש מדומה בהרשאה חוקית". כן ראו א' בנדור "סדר הדין הפלילי ודיני ראיות: התפתחות בזכויות היסוד של האדם במשפט הפלילי הדיוני" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו (אריאל רחן-צבי ז"ל עורך, תשנ"ו) 481, בעמ' 541-542.

61 ע"פ מועדי (לעיל, הערה 40), בעמ' 262.

אנשי מרות, המשתמשים נגד חשודים באמצעים שהמה פסולים על-פי דין כדי לאפשר הבאתם לדין – כגון גילוי סמים מסוכנים על-ידי נקיטת אמצעים פסולים – צריך שיבואו על עונשם לפי חומרת מעשיהם ולפי חומרת הדין. אך אין אנו רשאים להתעלם מהאמת העובדתית, היינו ממצאותו של הסם המסוכן המונח לפנינו, ולזכות את מי שהחזיק בסם ועל-ידי כך לעוות את האמת המשפטית. האמת המשפטית צריך שתצא לאור על-פי האמת העובדתית, ומן הראוי לשאוף לכך, שהאמת האחת לא תפגע בחברתה ולא תיפגע על-ידיה⁶².

ה. התפיסות העיוניות השונות לביסוסו של כלל הפסילה

במדינות נוספות רבות נתון לבתי-המשפט שיקול דעת לפסול ראיות שהושגו שלא כדין. זהו הדין למשל, בסקוטלנד, באוסטרליה, באירלנד ובניר-זילנד⁶³. גם במדינות שונות בקונטיננט, כגון גרמניה, צרפת ואיטליה, נהוגים כללי פסילה⁶⁴. כללי הפסילה הנהוגים כיום במדינות שונות בעולם משתנים הן באופיו של שיקול הדעת הנתון לבית-המשפט

62 ד"ר ועקנין (לעיל, הערה 12), בעמ' 855.

63 דאו Penney (לעיל, הערה 56), בעמ' 792-790 Dawson (לעיל, הערה 15), בעמ' 543-537 G.L.; Peiris "The Admissibility of Evidence Obtained Illegally: A Comparative Analysis" 13 *Ottawa Law Review* (1981) 309; T. Carmody "Recent and Proposed Statutory Reforms to the Common Law Exclusionary Discretions" 71 *Aus.L.J.* (1997) 119; S.M.H. Yeo "The Discretion to Exclude Illegally and Improperly Obtained Evidence: A Choice of Approaches" 13 *M.U.L.R.* (1981) 31; A. Shaw "The New-Zealand Bill Of Rights Comes Alive" (1991) *New-Zealand L.J.* 400; Dr. D. Mathias "Discretionary Exclusion of Evidence" 1990 *New-Zealand L.J.* 25.

64 ראו W. Pakter "Exclusionary Rules in France, Germany, and Italy" 9 *Hastings* 1 (1985) *International and Comparative Law Review*; לכלל הפסילה במשפט הגרמני ראו גם M. Cappelletti *The Judicial Process in Comparative Perspective* (Oxford, 1989); Shanks "Comment: Comparative Analysis of the Exclusionary Rule and its Alternative" 57 *Tulane Law Review* (1983) 648, 666-668; C.M. Bradley "The Emerging International Consensus as to Criminal Procedure Rules" 14 *Michigan Journal of International Law* (1993) 171, 209-216; C.M. Bradley "The Exclusionary Rule In Germany" 96 *Har.L.Rev.* (1983) 1032. לכללי פסילה בצרפת ובאיטליה ראו V.D. Wyngaert *Criminal Procedure systems in the European Community* (London, 1993) 118-119, 238. Bradley; (לעיל, הערה 55), בעמ' 205-206, 218-219.

והן במבחן הפסילה. ישנן שיטות בהן הכלל הוא כי ראיה שהושגה תוך פגיעה בזכות אדם היא פסולה, אלא אם קיים טעם המצדיק את הגשתה⁶⁵, ולהפך – ישנן שיטות שבהן הכלל הוא כי כל ראיה היא קבילה, בכפוף לשיקול דעתו של בית-המשפט לפוסלה כאשר הושגה בדרך הפוגעת בזכויות אדם⁶⁶. מבחני הפסילה עשויים להיות הגינות ההליך (אנגליה)⁶⁷, המוניטין של מערכת המשפט (קנדה)⁶⁸ או שיקולי מדיניות שונים (כגון הרחעת המשטרה בארצות-הברית)⁶⁹ או טוהר ההליך השיפוטי בגרמניה⁷⁰.

1. עיגון אפשרי לכלל הפסילה על-פי חוק היסוד

סקירת הרציונלים השונים להחלתו של כלל פסילה לראיות שהושגו תוך פגיעה בזכויות יסוד של נאשם תאפשר לנו לבחון את מידת התאמתו של כלל שכזה למשפטנו, לאור טיבו ותוכנו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

1. מניעת הפגיעה בזכויות הנאשם

גם אצלנו יש מקום לבחינה מחודשת של סוגיית הפסילה של ראיות, בפרט לאור העלתן של זכויות הנאשם לדרגה חוקתית. הצורך בשינוי כזה, בו אנו תומכים, הועלה לאחרונה בספרות המשפטית⁷¹. יש שטענו כי ניתן לעגן את תרופת הפסילה בפסקת הכיבוד⁷². לפי גישה זו, השימוש בפירותיה של ההפרה החוקתית אינו עולה בקנה אחד עם מצוות הכיבוד המוטלת על הרשות השופטת מכוח סעיף 11 לחוק-היסוד. חובת

65 זהו הדין במשפט הסקוטי. ראו D.V. Macdougall "The Exclusionary Rule and its Alternatives – Remedies for Constitutional Violations in Canada and the United States" 76 *Journal of Criminal Law and Criminology* (1985) 608, 621.

66 זהו הדין, למשל, במשפט האנגלי (ראו להלן), באוסטרליה ובניו זילנד. ראו Macdougall (שם), בעמ' 621.

67 ראו להלן.

68 ראו להלן.

69 ראו להלן.

70 ראו Bradley (לעיל, הערה 55), בעמ' 211; וכן הרנון (לעיל, הערה 49), בעמ' 1008-1010.

71 ראו "שחר" סדר-דין פלילי" ספר השנה של המשפט בישראל (תשנ"ב-תשנ"ג) 375, 419-420; מ' אלון "חוקי היסוד – עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית: סוגיות במשפט פלילי" מחקר משפט יג (תשנ"ו) 27, 82-83; הרנון (לעיל, הערה 52), בעמ' 1027, 1029-1031; א' הרנון "ראיות שהושגו שלא כדין – האם נשתנה המצב המשפטי בעקבות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו?" מחקר משפט יג (תשנ"ו) 139 – התומכים באימוץ שיטת פסילה שאינה מוחלטת.

72 שחר (שם), בעמ' 419-420.

הכיבוד רחבה מאיסור הפגיעה, ולדבריו של י' שחר: "רשות שלטונית הרוחצת ידיה מן הפגיעה, אך משתמשת ביודעין בפריה, על אחת כמה וכמה כאשר לא נעשתה אותה פגיעה מלכתחילה, ולא למען קיום משימתה של אותה רשות עצמה, בוודאי ובוודאי שאינה נותנת כבוד לזכות שנפגעה. כל מטרתו של סעיף 11 היא להבטיח שלא תהיה רשות אחת מטמאת והרשות האחרת ניזונה מהטמא"⁷³.

עם כל הכבוד, אנו חולקים על גישה זו. טלו, למשל, ראיות חפציות שנמצאו תוך חדירה לגופו של חשוד. במשפטו מבקשת התביעה להגיש את הראיות שהושגו. חיפוש חודרני פוגע בזכותו של הנאשם לפרטיות⁷⁴. בביצוע החיפוש הפרה הרשות את איסור הפגיעה בזכותו של החשוד, אולם האם בהתירו את הגשתה של ראיה זו בית-המשפט אינו מכבד את זכותו של הנאשם לפרטיות? משמעותה של טענה זו היא שהזכות החוקתית כוללת גם זכות משנית, לפיה השימוש בתוצאות ההפרה הראשונית אף הוא חלק מהזכות החוקתית שנפגעה מלכתחילה. לדעתנו, בשלב הגשת הראיה כבר הושלמה הפגיעה בזכות החוקתית לפרטיות. הפגיעה בזכות הפרטיות של חשוד שאומנם בוצע בו חיפוש לא חוקתי אך הוא לא הובא לדין אינה נבדלת מן הפגיעה בנאשם שבוצע בו חיפוש דומה ומאוחר יותר מבקשים להוכיח אשמתו באמצעות הראיה שהושגה. מטעם זה פסילת הראיה גם אינה דרושה לשם 'הגנה' על הזכות מפני חיפוש חודרני. יתרה מכך: כלל פסילה יחסי, המופעל כאמור ברוב שיטות המשפט, אינו מוביל לפסילתה של כל ראיה שהושגה בדרך לא חוקתית. לפי הגישה האמורה, באותם מקרים שבהם מכלול השיקולים מצביע על כך שפסילתה של הראיה אינה מוצדקת, התרת הגשתה תהווה, לבדה וכשלעצמה, הפרה של חובת הכיבוד על-ידי הרשות השופטת. וגם אם תמצי לומר כי הפרה כזו אינה מצדיקה תרופה של פסילה, בשים לב למכלול הנסיבות – עדיין, בחינת הפרת הזכות היא על-ידי בית-המשפט.

תוצאה שונה ניתן להשיג על-פי גישה הרואה את חובת הכיבוד כקורלטיבית למידה ולהיקף שבה קיימת זכות חוקתית, כאשר זכות זו היא העומדת ביסודה של תרופת הפסילה. או אז היקפה של הזכות קובע את היקפה של חובת הכיבוד. במקרה שבו לא קיימת זכות, תרופת הפסילה אינה מוצדקת, ובית-המשפט לא ימצא מפר את חובתו לכבד את אותה הזכות.

73 שם, בעמ' 419.

74 ראו סעיף 7(ג) לחוק היסוד בדבר האיסור על עריכת חיפוש ברשות היחיד; חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף החשוד), התשנ"ו-1996 וכן בג"ץ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294.

2. הרתעת הרשויות, כמבצרת את זכויותיו של הנאשם

עם זאת, תתכן הטענה כי אף שפסילת הראייה אינה דרושה לשם מניעת הפגיעה בנפגע הספציפי, הרי שפסילת ראיות שהושגו בדרכים פסולות היא בעלת אפקט הרתעת, בדומה לתרופת הפיצויים. הרתעת הרשות המבצעת מפני הפרת זכויות האדם, כך ימשיך הטיעון, תשרת את המטרה של מניעת פגיעה עתידית בחשודים אחרים. על כן, תרופה זו דרושה לשם 'הגנה' על הזכות החוקתית, וככזאת היא מעוגנת בסעיפי ההגנה והמטרה של חוק-היסוד, הקובעים את חשיבותן של הזכויות ואיסור הפגיעה בהן, וכן את התנאים המאפשרים פגיעה בזכויות⁷⁵. בארצות-הברית השיקול של הרתעת המשטרה היווה רציונל לכלל הפסילה⁷⁶. אולם, הרתעת המשטרה אין בכוחה למנוע את ההפרה שכבר נעשתה כלפי הנאשם, ומטרתה גם אינה למנוע הפרה דומה כלפיו. הרעיון הטמון בנימוק ההרתעה הוא לגרום כי בעתיד⁷⁷ יתמעטו המקרים שבהם המשטרה ממשיכה להפר זכויות חוקתיות⁷⁸. אולם, נראה כי אפשרות זו היא בגדר משאלת-לב בלבד. ברי, כי פעולה ישירה, המכוונת ופועלת על מי שנוזק לה, עדיפה על פעולה עקיפה, של יצירת תסכול אצל הרשות שהביאה את הראייה שבית-המשפט מסרב לקבל. בפועל, אמצעים

75 ראו סעיפים 1, 1א ו-8 לחוק.

76 ראו למשל *Segura v. United States* 468 U.S. 796 (1984); *Illinois v. Krull* 480 U.S. 340 (1987); *Elkins v. United States* 364 U.S. 206 (1960); *Stone v. Powell* 428 U.S. 465 (1976); *United States v. Janis* 428 U.S. 433 (1976); *United States v. Calandra* 414 U.S. 338, 348 (1974). לפי גישה זו, כלל הפסילה לא נועד לרפא פגיעה שאירעה בזכות החוקתית בעבר ואף לא למנוע הפרות עתידיות של זכות הנאשם, כי אם להרתיע את המשטרה מפעולות בלתי חוקתיות בעתיד ועל-ידי כך למנוע הפרת זכויות חוקתיות של אחרים. מטעם זה הוכר בפסיקה תום הלב של המשטרה כחריג לכלל הפסילה. ראו גם D.J. Meltzer "Deterring Constitutional Violations by Law Enforcement Officials: Plaintiffs and Defendants as Private Attorneys General" 88 *Columbia Law Review* (1988) 247, 267; D.L. Doernberg "The Right of the People: Reconciling Collective and Individual Interests Under the Fourth Amendment" 58 *New York University Law Review* (1983) 259; A.A. Morris "The Exclusionary Rule, Deterrence and Posner's Economic Analysis of Law" 57 *Washington Law Review* (1982) 647, 650; T.S. Schrock & R.C. Welsh "Reconsidering the Constitutional Common Law" 91 *Harvard Law Review* (1978) 1117, 1118-1119; Macdougall (לעיל, הערה 15), בעמ' 630, 632; Roach & Nitya (לעיל, הערה 56), בפרק 10, עמ' 3-5. עוד יצוין כי קיימות גם גישות אחרות לכלל הפסילה בארצות-הברית. ראו Meltzer (שם), בעמ' 269-271; Shanks (לעיל, הערה 52); Roach & Nitya (שם), בפרק 10, עמ' 2-7.

77 Godin (לעיל, הערה 15), בעמ' 53.

78 *Mapp v. Ohio* 367 U.S. 643, 648 (1961).

מסוג זה אינם מופעלים באופן יעיל ולכן, כאמצעי חלופי, כלל הפסילה הוא המוצא האמיתי היחיד לפיתרון בעיה זו. אולם, בהקשר זה של פסילת ראיות, השפעת התרופה על הרשות המבצעת היא עקיפה ביותר. תרופה זו אינה מכוונת ישירות כלפי האחראים להפרת זכויות הפרט. על כן, יעילותה של תרופת הפסילה כאמצעי הרתעה היא שנויה במחלוקת גם בארצות הברית⁷⁹, ואף נטען שיש לה הרתעה שלילית במובן זה שהיא מובילה לרפיון ידיים⁸⁰, דהיינו: שהיא עלולה להרתיע את אנשי החוק מלבצע את תפקידם. עוד נטען שסנקציות אחרות, ישירות – משמעתיות, פליליות או אזרחיות – הן אפקטיביות יותר להשגת מטרת ההרתעה⁸¹.

סדקים בצדקתו של רציונל ההרתעה ניתן לראות בחריגים ההולכים ורבים שהוכנסו

בר:

כך, למשל, נקבע, כי ראיות לא ייפסלו אם המשטרה (וגם הנאשם) ימצאו "In the same, not a worse, position than they would have been if no police error or misconduct had occurred"⁸². כלומר: הדגש הוא על כך שאין זה סביר להקנות לצד מסוים יתרון כשמדובר באותה התנהגות פסולה. על יסוד נימוק זה נקבעו החריגים הבאים, שניתן לחלקם לשתי קבוצות. הקבוצה הראשונה כוללת את החריגים הבאים:

(1) "הדוקטרינה של המקור העצמאי": פירושה כי ניתן להצדיק את קבילותה של הראיה מטעם עצמאי שאינו נובע ואינו תלוי בגורם ההפרה⁸³.

(2) "דוקטרינת הגילוי הבלתי נמנע": הכוונה לכל המקרים שבהם המשטרה מצליחה לשכנע כי בלא קשר להפרתה את זכותו החוקתית של הנאשם, חשיפת הראיה היתה בלתי נמנעת בנסיבות המקרה⁸⁴. ההכרה בחריג זה עלולה לכרסם בצורה משמעותית

79 ראו, למשל, D.H. Oaks "Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure" 37 *University of Chicago Law Review* (1970) 665, 672-678; R.A. Posner "Rethinking the Fourth Amendment" 1981 *Supreme Court Review* 49, 54; Schlesinger "The Exclusionary Rule: Have proponents proven that it is a deterrent to police?" 62 *Judicature* (1979) 404; Shanks (לעיל, הערה 52); Dawson (לעיל, הערה 15), בעמ' 518-523; הרנון (לעיל, הערה 52), בעמ' 1013.

80 ראו Shanks (לעיל, הערה 52), בעמ' 656; C.M. Sevilla "The Exclusionary Rule and Police Perjury" 11 *San Diego Law Review* (1974) 839.

81 ראו Sevilla (שם), בעמ' 845-859; Shanks (לעיל, הערה 52); Dawson (לעיל, הערה 15), בעמ' 530-533.

82 *Nix v. Williams* 467 U.S. 431, 443 (1984); *Murray v. United States* 487 U.S. 533, 537 (1988); *United States v. Herrold* 962 F.2d 1131, 1143 (1992).

84 *United States v. Buchanan* 910 F. 2d 1571 (7th Cir.1990); *United States v. Eaton* 890 F. 2d.511 (1st Cir.1989); *United States v. Evans* 848 F. 2d.1352 (5th Cir.1988).

ברציונל ההרתעה, ואולי זהו הכיוון שבו "יאזנו" בעתיד את נוקשותו ומוחלטותו של כלל ההרתעה הנוכחי.

(3) "דוקטרינת ניתוק הקשר הסיבתי": כאשר ניתן להוכיח כי הקשר הסיבתי בין השגת הראיה לבין הפרת הזכות החוקתית נותק, אזי יש להכשיר ראיה זו⁸⁵.

קבוצת החריגים השנייה נשענת על הרציונל לפיו כאשר הנזק לאינטרס הציבורי מפסילתה של ראיה מכרעת הוא גדול בהרבה מהתועלת האפשרית בהרתעת הרשויות בעתיד, אזי אין להפעיל את כלל הפסילה. קבוצה זו כוללת את החריגים הבאים:

(1) "חריג תום הלב": אין טעם לדבר על הרתעה אם אנשי הרשות פעלו בתום לב ומתוך מחשבה כי הם פועלים על-פי צו חוקי או כי התנהגותם מותרת על-פי החוק⁸⁶.

(2) "חריג הפעולה הדחופה": כל אותם מקרים שבהם מתעורר צורך דחוף לפעול כדי לשמור על שלום הציבור או שלומו של השוטר, או כדי למנוע את השמדתה הוודאית של הראיה⁸⁷.

חריגים אלה אינם בבחינת רשימה סגורה; מלכתחילה יצרה אותם הפסיקה כדי לרכך במקצת את תוצאותיו המקיפות והבלתי מתפשרות של כלל הפסילה מטעמים של הרתעה.

אם נבדוק את אופיו של כלל הפסילה, קרוב לוודאי שנגלה כי אין מדובר ב"תרופה" במשמעותה הדווקנית. זאת, משום שהכלל אינו מכון למנוע את ההפרה שכבר התרחשה ואינו "מתקן" את הנזק, דוגמת תרופת פיצויים, אלא משתמש במקרה הקונקרטי כדי לגרום לשינוי בגישתן של רשויות החוק בעתיד. בכך יש כדי להסביר מדוע רציונל זה, כפי שהוא מופעל בארצות-הברית, מגיח את הפעלתה של תרופת הפסלות באופן מוחלט ולא יחסי.

חולשתו האפשרית של רציונל זה היא בכך שהוא מתמקד כביכול בהשגת תוצאה בעתיד, כשההנחה היא שלגבי ההווה אין משמעות לתרופה זו. מבחינה אובייקטיבית, אין ספק כי לפסילת ראיה, במגמה להרתיע בעתיד מהישנותן של הפרות דומות של זכויות חוקתיות, יש השלכות מיידיות; פסילתה של הראיה אף עשויה להכריע את גורל ההליך הפלילי כאשר מונעים מבית-המשפט או מהמושבעים אינפורמציה רלבנטית, שהיתה יכולה לעזור או אף להכריע בחקר האמת. כלומר: יצירתו של רציונל זה, שפניו כביכול להביא לתוצאה עתידית של הגנה על זכויות האדם, יש לה – או עשויה להיות לה – גם תוצאה מיידית של תריצת ההליך הפלילי התלוי ועומד. כמו כן, העדפה אפריורית של תוצאה עתידית, לא ודאית, על פני התוצאה המיידית – שהייתה משתנה בהתאם לטיב הראיה ולשאר חומר הראיות – היא לא תמיד מוצדקת.

⁸⁵ *Wong Sun v. United States* 371 U.S. 471 (1963); *Brown v. Illinois* 422 U.S. 590 (1975).

⁸⁶ *Unites States v. Leon* 104 S.Ct. 3405, 3418-3420 (1984).

⁸⁷ *Arkansas v. Sanders* 442 U.S. 753 (1979); *U.S. v. Chadwick* 433 U.S. 1 (1977).

3. עיגונים במשפט הוגן, טוהר ההליך והמניעות

עם זאת, בכך לא מוצו, לדעתנו, האפשרויות החוקתיות למתן תרופה של פסילה. תרופת הפסלות עשויה למצוא אכסניה נורמטיבית באחת משלוש: הראשונה היא זכותו של הנאשם לניהול הליך משפטי הוגן נגדו. במסגרת זו על בית-המשפט למנוע הצגת ראיות שעצם השימוש בהן בבית-המשפט הופך את ההליך המשפטי ללא הוגן כלפי נאשם, שכן השגתן היתה כרוכה בפגיעה בזכות-יסוד שלו; השנייה היא חובתה של המערכת השיפוטית לשמור על טוהר שמה ועל טוהר ההליך השיפוטי שהיא מנהלת. במסגרת חובתה זו, מחויבת מערכת המשפט שלא לפעול באופן שיהפוך אותה למעין-שותפה להשגה פסולה של ראיות; והשלישית היא מניעותה של הרשות מלהסתמך על פגיעתה בזכויות הפרט בבסיס לניהול ההליך הפלילי נגדו.

I. הזכות להליך הוגן

כאמור, דרך אחת לעגן את כלל הפסילה היא לראות בו כלי להגנה על זכותו של הנאשם למשפט הוגן⁸⁸. לשיטתנו, תרופת הפסלות לא נועדה לשמש אמצעי להגן על הזכות הראשונית הנפגעת. הטעם העומד בבסיסה הוא ההגנה על זכויות הפרט ולא הרתעת הרשות החוקרת והרשות התובעת. אילו טעמי הפסילה היו ההגנה על הזכות הראשונית או הרתעת הרשויות המבצעות, אזי היתה תרופה זו פועלת באורח סלקטיבי, כך שפגיעה בזכות של נאשם תוכשר ואילו פגיעה זהה באותה זכות של חשוד שלא הועמד לדין לא תוכשר. זאת, להבדיל מתרופת הפיצוי, המשרתת את מטרות ההרתעה ופועלת באורח שוויוני לעניין זה. מניעת השימוש בתוצאותיה של ההפרה הראשונית אינה אלא פן של הגינות ההליך. דיני הראיות, ובכללן הזכות להגיש או לסתור ראיה, משליכים על הגינות ההליך⁸⁹. הגשתה של ראיה שהושגה באמצעים פסולים פוגעת, לעתים, בזכותו של

88 זוהי אחת התיאוריות לכלל הפסילה בארצות-הברית. ראו: Meltzer (לעיל, הערה 76), בעמ' 269-270; Baldwin (לעיל, הערה 15), בעמ' 522. גם הפסיקה הקנדית ראתה בהגינות ההליך את המטרה של תרופת הפסילה. ראו: D.M. Paciocco "The Judicial Repeal of S. 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule" 32 *Criminal Law Quarterly* (1990) 326, 330; R. v. Collins (1987) 33 C.C.C. (3d) 1 [1987] S.C.R. 265.
89 ראו Cappelletti (לעיל, הערה 64), בעמ' 257, וכן R. Summers "Evaluating and Improving the Legal Process - A Plea for 'Process Values'" 60 *Cornell L.Rev.* (1974) 1.

הנאשם להליך הוגן⁹⁰, כזכות נפרדת מהזכות הראשונית שתוך הפרתה הושגה הראיה. אם כך, פסילת הראיה נועדה להגן על הנאשם מפני פגיעה שטרם התרחשה – היא הפגיעה בזכותו להליך הוגן – אשר תתרחש רק כאשר יקבל בית-המשפט את הראיה נגדו, וככזו אין היא תרופה מתקנת אלא תרופה דפנסיבית⁹¹, הנדרשת במסגרת סעיפי ההגנה והמטרה, וכפופה לתנאיהן. עם זאת, אי-ההגינות שבהגשת הראיה כרוכה בפגיעה החוקתית בעבר: הראשונה נובעת מהאחרונה, ואין לה קיום עצמאי בהקשר זה של השגת ראיות בדרך פסולה. על כן, יש משקל להפריה בעבר בעת הבחינה המאוחרת של שאלת פסלותה של הראיה. הגינות ההליך אינה רק הבסיס לעיגון התרופה החוקתית, אלא היא אף מעצבת את תוכנה של התרופה ואת המבחינים להפעלת שיקול הדעת בנתינתה. מכיוון שהטעם לפסילה הוא הגינות ההליך, אין לפסול הגשת ראיה שהושגה בדרך לא חוקתית על-ידי רשויות השלטון כאשר זו פועלת לטובתו של הנאשם⁹² – שהרי בהגשתה יש כדי לקדם את הגינות ההליך ולא לפגוע בו. הגינות ההליך היא המבחן לפסילת ראיות גם בשיטות המשפט האנגלית והקנדית.

באנגליה, סעיף 78 ל-Police and Criminal Evidence Act, 1984 קובע, כי בית-המשפט רשאי לפסול ראיה אם נראה לו שבהתחשב בכל הנסיבות שבהן הושגה הראיה, הגשתה לבית-המשפט תשפיע על הגינות ההליך עד כדי כך שבית-המשפט חייב לסרב לקבלה. וזו לשונו של סעיף 78:

The court may refuse to allow evidence... 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 proceeding that the court ought not to admit it.

90 לזכותו של נאשם להליך הוגן כזכות חוקתית במשפט הישראלי ראו א' ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא (תשנ"ג) 273, 281-282; גרוס (לעיל, הערה 35), בעמ' 169-170; ב' אוקון וד' שחם "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטי" המשפט ה (תשנ"ה) 11.

91 יצוין כי בארצות-הברית נפסק, כי הגשת ראיה שהושגה כתוצאה מהפרת זכות חוקתית אינה הפרה עצמאית של החוקה, אלא תרופה הרתעתית בגין הפרת הזכות הראשונית. ראו *United States v. Leon* 486 U. S. 897, 906; R. H. Fallon. Jr. & D. J. Meltzer "New Law, Non-Retroactivity and Constitutional Remedies" 104 *Harv.L.Rev.* (1990-1991) 1731, 1774.

92 וראו הערתו של בנדור במאמרו (לעיל, הערה 60), בעמ' 542, לעניין חוק האונת סתר.

אם כן, המבחן לפסילת ראיות הוא ההשפעה על הגינות ההליכים⁹³. על כן, התנהגות לא חוקית של רשויות החקירה, חמורה או משפילה ככל שתהא, לא תביא לפסילת הראיה אלא אם הגשתה תפגע בזכויות החשוד או הנאשם.

הפגיעה במהימנות הראיה אינה תנאי הכרחי לפסילת ראיה. זהו צעד משמעותי לקראת הליך הוגן (Due Process). היקפו תלוי בפרשנות המונח "לא הוגן" ובמידת השימוש שעושה בית-המשפט בשיקול דעתו. זכותו של חשוד או נאשם להליך הוגן אינה אלא זכותו להליך ראוי⁹⁴. הזכות להליך ראוי היא הערכה החוקתית כי זכותו של אדם לחירות לא תיפגע ולא תישלל ממנו אלא במסגרת הליך הוגן, השומר על זכויותיו הדיוניות וכבודו כאדם⁹⁵. מטעם זה אין למדוד את הגינות ההליך רק בנקודת הזמן של הצגת הראיה לבית-המשפט. הגינות ההליך משמעה הגינות השימוש בראיה נגד הנאשם, בשים לב לאופן השגתה, למהות ההפרה ולמידתה.

יצוין, כי סעיף 78 אינו מתייחס רק לאמצעים בלתי חוקיים אלא גם לאמצעים חוקיים אך בלתי הוגנים (כגון תכסיסנות).

בתי-המשפט האנגליים הכירו בשלושה קריטריונים לפסילת ראיה שהושגה באמצעים בלתי הוגנים⁹⁶:

- (1) תום הלב של הרשויות – במסגרת שיקול זה נבחנת הוגנות ההליך מתוך נקודת המבט של המשטרה ולא מנקודת המבט של הנאשם⁹⁷.
- (2) העיקרון הפרוטקטיבי – ההגנה על הנאשם⁹⁸. עיקרון זה בוחן את חשיבותה של הראיה ואת מידת עיוות הדין שתיגרם לנאשם בהגשתה של הראיה לבית-המשפט. למשל, שלילת זכותו של חשוד להיפגש עם עורך-דין לא תגרע מהגנתו כאשר גם בלעדי פגישה כזו היה החשוד מודע לזכות השתיקה שלו ולא הופעל עליו לחץ⁹⁹. לעומת זאת,

93 ראו R. May *Criminal Evidence* (London, 2nd ed., 1990) p. 239-40.

94 באנגליה, עור לפני חקירתו של ה- Police And Criminal Evidence Act 1984 קבע Lord Salmon כי קבלתה של הוראה שהוצאה תחת איומים או פיתויים תהא לא הוגנת, ללמדנו כי מה שחשוב הוא הגינותו של ההליך לאור השימוש שמבקשים לעשות בראיות שהושגו שלא כדין. ראו *R v. Sang* [1979] 2 All E.R. 1222, 1237.

95 "Due process of law is a summarized constitutional guarantee of respect for those personal immunities which as Mr. Justice Cardozo twice wrote for the court are 'so rooted in the traditions and conscience of our people as to be ranked as fundamental', *Snyder v.*

Massachusetts 291 U.S. 97, 105"; *Rochin v. California* 342 U.S. 165, 169 (1952).

96 לסקירת הפסיקה האנגלית ראו Bradley (לעיל, הערה 55), בעמ' 187-191.

97 במשפט האמריקני "תום הלב" הוא חריג המאפשר את אי תחולתו של כלל הפסילה. ראו לעיל, הסקט הנלווה להערת שוליים 86.

98 לעיקרון זה ראו גם הרנון (לעיל, הערה 52), בעמ' 1014-1015.

99 *R. v. Alladice* (1988) 87 Cr. App. Rep. 380, וכן *R. v. Rajakuruna* 1991 Crim. L. Rev. 458.

כאשר ניתן להניח כי אילו ניתנה לחשוד האפשרות להיפגש עם עורך-דין לא היתה נאמרת האמרה המפלילה – אזי תיפסל האמרה כראיה¹⁰⁰. הפרת החובה לערוך רישום בזמן החקירה אינה פוגעת בהגנתו של הנאשם, אם בחקירה נכח עורך-דין מטעמו¹⁰¹. (3) חומרת ההפרה – תנאי זה מותיר בידי בית-המשפט שיקול דעת באשר לחשיבות האובייקטיבית של הוראת החוק שהופרה. בכמה מקרים נפסק כי ישנן הפרות כה חמורות עד כי פסילת הראיה מוצדקת ללא קשר לכוונת המשטרה או לתוצאות ההפרה. כך, למשל, נפסק כי העדר תיעוד סימולטני לאמרותיו של נאשם במשטרה מהווה הפרה חמורה מצדיקה פסילת ראיה, ללא קשר להשפעתה על הנאשם. אולם, ההלכה כיום קובעת שאין די בפגיעה בסיסית בזכות מזכויות הנאשם, אלא נדרש שלהפרה תהיה גם השפעה מרחיקת לכת על ההליך, עד שהצדק דורש את פסילתה¹⁰². על כן נפסק, כי הפרה בסיסית כגון העדר תיעוד כאמור, אינה מצדיקה בהכרח את פסילת ראיה. הכל תלוי בתוצאות ההפרה על ההליך. גישה זו מדגישה את חשיבותו של העיקרון הפרוטקטיבי באיזון שבין השיקולים השונים.

II. שמירת טוהר ההליך השיפוטי¹⁰³

דרך שנייה זו לעיגון כלל הפסילה היא הדרך בה נוקט המשפט הקנדי, בו המבחן לפסילתה של ראיה שהושגה בדרך בלתי חוקתית הוא הפגיעה במוניטין של מערכת הצדק¹⁰⁴. דרישה זו מצביעה על הצורך בפגיעה נוספת, מעבר לפגיעה בזכות החוקתית

R. v. Samuel [1988] 2 W.L.R. 920 (C.A.) (1987) 87 Cr. App. Rep. 232 100

R. v. Walsh [1989] Crim. LR 822 101

שם. 102

103 במשפט האמריקני עוגן מונח זה בסמכות הטבועה של בית-המשפט לשמור על "טוהר היכלי": "The protection of its own function and the preservation of the purity of its own temple belongs only to the court" *Sorrells v. United States* 287 U.S. 435, 457 (1932).

104 ובלשונו של סעיף 24(2) לצ'רטר: "would bring the administration of justice into disrepute". "It is whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute that is the applicable test. Misconduct by the police in the investigatory process often has some effect on the repute of the administration of justice, but s.24(2) is not a remedy for police misconduct, requiring the exclusion of evidence if because of this misconduct, the administration of justice was brought into disrepute. Section 24(2) could well have been drafted in that way, but it was not. Rather, the drafts of the Charter decided to focus of the admission of the evidence in the proceedings, and the purpose of s.24(2) is to prevent having the administration of justice brought into further disrepute by the admission of the evidence in the proceedings. This further disrepute will result from judicial condonation of

של הנאשם, שנגרמה תוך השגת הראיה על-ידי התנהגות קודמת של הרשויות¹⁰⁵. כלל הפסילה הקנדי הוא כלל יחסי במובן זה שראיה לא תיפסל בכל מקרה שבו היא הושגה באמצעים פסולים; אולם משהושגה הראיה תוך פגיעה בזכותו החוקתית של הנאשם, ובית-המשפט מוצא כי הגשתה עלולה להביא בנסיבות העניין לפגיעה במוניטין של מערכת הצדק – אזי אין לבית-המשפט שיקול דעת והוא חייב לפוסלה¹⁰⁶. הפסיקה הקנדית התוותה שלושה קריטריונים לקיומה של פגיעה במוניטין של מערכת הצדק: הגינות בית-המשפט, חומרת ההפרה וההשפעה של פסילת הראיה¹⁰⁷. שיקול מרכזי הוא ההשפעה של הגשת הראיה על הגינות בית-משפט עצמו בהליך¹⁰⁸. ההשפעה על הגינות ההליך תיבחן על-פי טיב הזכות שהופרה¹⁰⁹ ועל-פי טיב הראיה

unacceptable conduct by the investigatory and prosecutorial agencies. It will also be necessary to consider any disrepute that may result from the exclusion of the evidence. It would be inconsistent with the purpose of s.24(2) to exclude evidence if its exclusion would bring the administration into greater disrepute than would its admission. Finally, it must be emphasized that even though the inquiry under s.24(2) will necessarily focus on the specific prosecution, it is the long term consequences of regular admission or exclusion of this type of evidence on the reputation of the administration of justice which must be considered". *R. v. Collins* [1987] 1 S.C.R. 265, 280-281.

G.E. Mitchell "The Supreme Court of Canada on the Exclusion of Evidence in 105 Criminal Cases under Section 24 of the Charter" 30 *Criminal Law Quarterly* (1988) 165, 170; *R. v. Collins* (1987) 33 C.C.C. (3d) 1, 16-17; [1987] 1 S.C.R. 265, 280-281.

R. v. Pohoretsky (1987) 33 C.C.C. (3d) 398, 400; [1987] 1 S.C.R. 945, 948; *R. v. Therens* 106 D. Stuart (1985) 18 C.C.C. (3d) 481, 513; [1985] 1 S.C.R. 613, 654.

Charter Justice in Canadian Criminal Law (Toronto, 1991) 395-396.

107 מבחן זה נקבע בפסק-הדין המנוחה 1 S.C.R. 265 [1987] 1 S.C.R. 265 (3d) 1; *R. v. Collins* (1987) 33 C.C.C. (3d) 1; [1987] 1 S.C.R. 265, 280-281. בית-המשפט הקנדי, בהפעילו את שיקול הדעת בנוגע לכלל פסילה זה, אינו מוגבל בבית-המשפט האמריקני, שכן אסור שאחד הצדדים יזכה בטובת הגנה שאחרת לא היה זוכה לה; ובהקשר למשטרה – אסור שכתוצאה מההפרה היא תשנה או תרע את מצבה יותר משהיה צפוי לולא אותה הפרה. ראו Godin (לעיל, הערה 15), בעמ' 66.

D. Gibson & 66.14-66.12 עמ' 10, בפרק 10, עמ' 66.14-66.12; *R. v. Collins* 108 J. Gee "Enforcement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms", *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Toronto, G.A. Beaudoin & E. Mendes – eds., 3rd ed., 1996) ch. 19, p. 52-53; ראו גם הרנון (לעיל, הערה 52), בעמ' 1005.

R. v. Manninen [1987] 1 S.C.R. 1233; *R. v. Ross* (1989) 67 C.R. (3d) 209 (S.C.C.); *R. v. 109 Godin*; *Brydges* [1990] 1 S.C.R. 190; *R. v. Mellenthin* (1992) 76 C.C.C. (3d) 481, 491 (לעיל, הערה 15), בעמ' 67; *Roach & Nitya* (לעיל, הערה 56), בפרק 10, עמ' 66-62.1.

שהושגה¹¹⁰ – האם מדובר בראיה חפצית או באמרה שהוצאה מהנאשם תוך פגיעה בזכות כנגד הפללה עצמית¹¹¹, האם הראיה נוצרה על-ידי ההפרה החוקתית¹¹² או שהיתה קיימת קודם לכן וההפרה רק 'גילתה' אותה (discoverability)¹¹³, האם לא ניתן היה להשיגה אלמלא השתתפותו הבלתי רצונית של הנאשם ביצירת הראיה למטרות המשפט¹¹⁴ והאם היתה מושגת בדרך אחרת אלמלא ההפרה החוקתית¹¹⁵. שיקול נוסף בשאלת פסילתה של ראיה שהושגה תוך הפרת הצ'רטר הוא כאמור חומרת ההפרה¹¹⁶. תומרת ההפרה של הצ'רטר נבחנת על-פי מכלול הנסיבות¹¹⁷, לרבות

- 110 לסקירת הפסיקה הקנדית ראו Roach & Nitya (לעיל, הערה 56), בפרק 10, עמ' 46-62.
R. v. Ross (1989) 67 C.R. (3d) 209 (S.C.C.); *R. v. Therens* (1985) 18 C.C.C. (3d) 481; 111 [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Clarkson* (1986) 25 C.C.C. (3d) 207, [1986] 1 S.C.R. 383; *R. v. Pohoretsky* (1987) 33 C.C.C. (3d) 398; [1987] 1 S.C.R. 945; *R. v. Collins* (1987) 33 C.C.C. (3d) 1, 19; [1987] S.C.R. 265, 284; *R. v. Manninen* [1987] 1 S.C.R. 1233; *R. v. Plant* (1993) 84 C.C.C. (3d) 203; *R. v. Wiley* (1993) 84 C.C.C. (3d) 161; *R. v. Black* (1989) 50 Hogg; 797 בעמ' (לעיל, הערה 56), בעמ' 797; *S.M. Penney* (לעיל, הערה 56), בעמ' 797; *Godin* (לעיל, הערה 15), בעמ' 68; *Roach & Nitya* (לעיל, הערה 56), בפרק 10, עמ' 12.
 112 Hogg (שם), בעמ' 939-937; *Roach & Nitya* (שם).
R. v. Sieben [1987] 1 S.C.R. 295, 299; *Thompson Newspapers Ltd. v. Canada* (1990) 34 113 C.C.C. (3d) 417; *R. v. Smith* (1991) 4 C.R. (4th) 125, 141 (S.C.C.); *R. v. Strachan* [1989] 1 W.W.R. 385 (S.C.C.) לשיקול זה ראו גם *Penney* (לעיל, הערה 56), בעמ' 806-802; Hogg (שם), בעמ' 937; *Criminal* "Exclusion of Unreal Evidence and the Beast of Burden" 30 *Criminal Law Quarterly* (1988) 178, 183-184; M.T. MacCrimmon "Developments in the Law of Evidence: The 1986-87 Term" 10 *Supreme Court Law Review* (1988) 225, 245-251; C.B. Davison "Connecting Real Evidence and Trial Fairness: The Doctrine of 'Discoverability'" 35 *Criminal Law Quarterly* (1993) 493, 494.
 114 G.G. Mitchell "Significant Developments in Criminal Charter Jurisprudence: 1993-94" 37 114 *Criminal Law Quarterly* (1995) 22, 30-31; *R. v. Ross* (1989) 67 C.R. (3d) 209 (S.C.C.).
R. v. Grant (1993) 84 C.C.C. (3d) 203; *R. v. Collins* (1987) 33 C.C.C. (3d) 1; [1987] 115 S.C.R. 265; *R. v. Zammit* (1993) 81 C.C.C. (3d) 112; *R. v. Simpson* (1993) 79 C.C.C. (3d) 138; [1989] 2 S.C.R. 138; *R. v. Black* (1989) 50 C.C.C. (3d) 1, 482; כן ראו Mitchell (שם), בעמ' 29-28; Mitchell (לעיל, הערה 105), בעמ' 172; *Godin* (לעיל, הערה 15), בעמ' 68; *Roach & Nitya* (לעיל, הערה 56), בפרק 10, עמ' 12-13.
 116 לסקירת הפסיקה ראו *Roach & Nitya* (שם), בפרק 10, עמ' 68-85.
 117 *Mitchell* (לעיל, הערה 102), בעמ' 175-174; Hogg (לעיל, הערה 54), בעמ' 942-939; הרנון (לעיל, הערה 49), בעמ' 1005.

תום הלב של המשטרה¹¹⁸ לעומת הפרה מכוונת או רצונית¹¹⁹; האם הרשות פעלה על בסיס סמכות חוקית שלא נמצאה בלתי חוקתית¹²⁰ או מנוגדת לחוק הפלילי¹²¹; האם ההפרה היתה חמורה או טכנית בלבד¹²²; האם ההפרה נבעה מצרכים דחופים או שהיתה נחוצה כדי למנוע השמדה או אובדן ראיה¹²³ וכן מידת תרומתו של הנאשם להפרה או ניצול לרעה של זכות על ידו¹²⁴.

המבחן הנוסף הוא השפעתה של פסילת הראיה על מערכת הצדק¹²⁵, כאשר השיקולים הרלבנטיים הם כוחה של הראיה להוכיח את אשמתו של הנאשם¹²⁶, חומרת העבירה המיוחסת לו¹²⁷ וזמינותן של תרופות אחרות¹²⁸. ככל שהראיה חשובה ומכרעת והעבירה בה מואשם הנאשם היא חמורה יותר, כך גדלה העלות החברתית של פסילת הראיה. אולם, שיקול זה מכריע לטובת פסילת הראיה רק לעתים רחוקות¹²⁹. המבחן המרכזי בפסיקה הקנדית הוא מבחן השפעת הראיה על הגינות ההליך¹³⁰. חומרת העבירה וכוחה הראייתי של הראיה שהושגה הם שיקולים משניים, ואין בהם לשלול פסילה כאשר ההפרה החוקתית היא חמורה ויש בהגשתה כדי להשפיע באופן חמור על

R. v. Hamill (1987) 33 C.C.C. (3d) 110, 115; [1987] 1 S.C.R. 301, 308; *R. v. Sieben* 118 [1987] 1 S.C.R. 295, 299; *R. v. Wong* [1990] 3 S.C.R. 495; *R. v. Wiley* (1993), 84 C.C.C. 161 (3d); וכן Godin (לעיל, הערה 15), בעמ' 70.

R. v. Pohoretsky (1987) 33 C.C.C. (3d) 398; [1987] 1 S.C.R. 945; *R. v. Clarkson* (1986) 25 119 C.C.C. (3d) 207, [1986] 1 S.C.R. 383; Roach & Nitya (לעיל, הערה 56), בפרק 10, עמ' 13, 81-70.

R. v. Hamill (1987) 33 C.C.C. (3d) 110, 115; [1987] 1 S.C.R. 301, 308 120 *R. v. Pohoretsky* (1987) 33 C.C.C. (3d) 398; [1987] 1 S.C.R. 945; *R. v. Therens* (1985) 18 121 C.C.C. (3d) 481; [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Clarkson* (1986) 25 C.C.C. (3d) 207; [1986] 1 S.C.R. 383.

R. v. Therens (1985) 18 C.C.C. (3d) 481; [1985] 1 S.C.R. 613 122 *R. v. Therens* (1985) 18 C.C.C. (3d) 481; [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Manninen* [1987] 1 123 Godin (לעיל, הערה 15), בעמ' 70; Roach & Nitya (לעיל, הערה 56), בפרק 10, עמ' 13, 85-83.

124 כגון כאשר הנאשם עורר את המשטרה לפעולה מהירה הפוגעת בזכויותיו על-ידי התנהגות מכוונת. *R. v. Tremblay* (1987), 79 N.R. 153, 156 Roach & Nitya (שם), בפרק 10, עמ' 67.

125 Hogg (לעיל, הערה 57); Roach & Nitya (שם), בפרק 10, עמ' 13-14, 92-85.

126 Godin (לעיל, הערה 15), בעמ' 71; Roach & Nitya (שם), בפרק 10, עמ' 90-92.

127 ראו *R. v. Plant* (1993) 84 C.C.C. (3d) 203; *R. v. Grant* (1993) 84 C.C.C. (3d) 203; Mitchell (לעיל, הערה 114), בעמ' 36; Roach & Nitya (שם), בפרק 10, עמ' 87-90.

Godin 128 (לעיל, הערה 15), בעמ' 71.

Hogg (לעיל, הערה 57).

130 Roach & Nitya (לעיל, הערה 56), בפרק 8, עמ' 1.

הגינות ההליך¹³¹. הגישה המקובלת בקנדה היא שראיה המשפיעה על הגינות ההליך תיפסל בדרך כלל¹³², ואילו ראיה שאינה משפיעה על הגינות ההליך אך פוגעת באינטרסים אחרים של מדיניות תיפסל רק במקרים החמורים ביותר¹³³. מכל האמור עולה, כי הכלל של הגינות ההליך יכול להוות רציונל לכלל הפסילה, ובהתאם לכך לעצב את הקריטריונים להפעלת שיקול הדעת במקרים השונים.

III. מניעות ופסילה מן הצדק

דרך שלישית לעיגונה של תרופת הפסילה היא מניעות, היינו: משפגעה הרשות בזכות מזכויות הפרט, אין היא רשאית להסתמך על תוצאות ההפרה בהליך השיפוטי¹³⁴, בדומה למחסום של אי ניקיון כפיים¹³⁵. ודוק: גישה זו אינה גורסת כי הגשת הראיה היא כשלעצמה פסולה. המניעות מקורה בהפרה הראשונית, ועל כן השיקולים לגיבושה צריכים להתמקד בשלב ההפרה הראשונית – מהות הזכות המופרת, חומרת הפגיעה, תום הלב של המשטרה וכו'.

מקורה של המניעות הוא חיצוני לחוק היסוד – בסמכותו של בית-המשפט הגבוה לצדק ליתן יסוד מן הצדק¹³⁶. בעניין זה נפסק, כי "הצדק אינו חד-סטרי. כשם שהוא עשוי לחסום טענה של האזרח, כך הוא עשוי לחסום גם טענה של הרשות"¹³⁷. אלא שכיום, שיקולי הצדק בחסימת טענה של האזרח או של הרשות בעניין פלילי אינם

R. v. Manninen [1987] 1 S.C.R. 1233, 1246; *R. v. Elshaw* (1991) 7 C.R. (4th) 333, [1991] 131 Penney; 3 S.C.R. (לעיל, הערה 56), בעמ' 807 *Mitchell* (לעיל, הערה 105), בעמ' 172 *Roach & Nitya* (שם), בפרק 10, עמ' 16.

Godin; *R. v. Mellenthin* (1992) 76 C.C.C. (3d) 481, 491 132 *Roach & Nitya* (שם), בפרק 10, עמ' 44-46. כן ראו *R. v. Mellenthin* (1992) 76 C.C.C. (3d) 481, 491.

It is clear that the admission of the evidence would render the trial unfair and there is no need to consider the other factors referred to in *Collins* ... that is really a sufficient basis for dealing with the issue.

133 *Roach & Nitya* (שם), בפרק 8, עמ' 1, פרק 10, עמ' 17.

134 לעניין קליטתה של תורת המניעות במשפט המנהלי הישראלי ראו א' בנדור תורת ההשק במשפט המנהלי (חיבור לשם קבלת חוק דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, תשנ"ד) 136-91. לעניין החלתה של תורת ההשק במשפט הפלילי ראו, למשל, ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221 (להלן: ע"פ יפת), 352-380.

135 ביין (לעיל, הערה 32).

136 ראו סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה.

137 ראו י' זמיר "המשפט המנהלי של ישראל בהשוואה למשפט המנהלי של גרמניה" משפט וממשל ב (תשנ"ד) 109, 135-139, וכן דבריו כשופט בע"א 1188/92 העדה המקומית לתכנון ולבניה נ' ברעלי, פ"ד מט(1) 472, 463.

נחלתם של כלל בתי-המשפט, אלא של בג"ץ בלבד¹³⁸. אומנם, מסתמנת כיום גישה לפיה יוכל בית-משפט אזרחי הדין בסכסוכים מנהליים להשתמש בסמכות זו, אולם חריג שכזה לא הוחל בהקשר חוקתי במסגרת ההליך הפלילי, ונראה כי זוהי תרופה מנהלית באופייה, העשויה ללבוש אופי חוקתי רק בדרך של עתירה כנגד רשות שלטונית. לאחרונה הוחדר רעיון המניעות כחלק מתפיסת ההגנה מן הצדק במשפט הפלילי¹³⁹. השופט דב לין מצא עיגון חוקתי לתרופה זו בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו: "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו יוצר אף הוא מתחם חדש של הליך ראוי לתוך המערכת הקיימת, ומחזק את ההנחה כי יש מקום לטענה מסוג של השתק גם במשפט הפלילי"¹⁴⁰. ייתכן אפוא, כי ניתן לעגן כיום את רעיון כלל הפסילה החוקתי כחלק מתפיסת המניעות הנשענת בעצמה על הזכות להליך ראוי.

ז. המודל הראוי

מבין המודלים האפשריים נראה לי כי ראוי לנו להתקרב אל המודל הקנדי וכמוהו לאמץ תרופה חוקתית של כלל פסילה. כלל הפסילה יישען על רציונל האומר כי אסור לבית-משפט לתת יד להפעלתה של ראייה שהושגה תוך הפרת זכות חוקתית, אם השימוש בה יגרום לכיזויו של בית-המשפט בעיני הציבור או יפגע בטוהר ההליכים המשפטיים.

אין מדובר בכלל פסילה מוחלטת אלא יחסי, לפיו השגת ראייה תוך הפרה של זכות חוקתית מעלה חזקה כי השימוש בה יפגע בתדמית בית-המשפט בעיני הציבור, והמבקש לשכנע כי במקרה הנדון לא כך הדבר, עליו נטל השכנוע.

לדעתי, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו יצר לא רק תפיסה חדשה באשר לעיגון הנורמטיבי של זכויות האדם כזכויות חוקתיות, אלא גם אפשר את יצירת מוסד התרופות החוקתיות, ובתוכן התרופה של פסילת ראיות. במובן זה, ההלכות הקודמות במשפט הישראלי – לפיהן אין להתחשב בדרך השגתה של הראייה וכי החשוב הוא כוחה הפרובנטיבי – אין להן עוד תחולה ובסיס.

138 ראו למשל ע"א 1/88 מדינת ישראל נ' דגני, פ"ד מב(2) 719, וכן י' זמיר "מכרזים ציבוריים בבתי-משפט אזרחיים" משפט וממשל א (תשנ"ה) 197, 208 ו-210. לעמדה חולקת ראו דברי השופט חשין בע"א 6926/93 מספנות ישראל בע"מ נ' חברת החשמל לישראל, פ"ד מח(3) 757, 791-792.

139 ראו, למשל, באנגליה: *D.P.P. v. Humphrys*; [1976] 2 All E.R. 497 (H.L.); *United States v. Russel* 411 U.S. 423 (1976). בארצות-הברית ראו *United States v. Twigg* 588 F.2d 373 (1978); *United States v. Twigg* 588 F.2d 373 (1978). בארץ ראו ע"פ יפת (לעיל, הערה 134).

ראו גם בג"ץ 6781/96 אולמרט נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם). יתר על כן: נראה כי הגנה זו מבססת את אחיזתה במשפטנו גם על-ידי הכרה באפשרות לטוענה גם טרם הגשת כתב אישום. ראו בג"ץ 1563/96 כץ נ' היועמ"ש (טרם פורסם).

140 ע"פ יפת (לעיל, הערה 134), בעמ' 368, וכן דברי השופט טל, בעמ' 491 ואילך.

אם תזה בסיסית זו נתקבל, הרי ראוי לדעתי לצעוד צעד נוסף קדימה ולהחילה גם במקרים ראויים, למשל כאשר הראיה הושגה לא רק תוך פגיעה בזכות חוקתית אלא דרך השגתה היתה מקוממת במיוחד, כאשר התנהגותה של הרשות היא שערורייתית ויש בה משום רדיפה, דיכוי או התעמרות בנאשם, כאשר "המצפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסלית נפגעת, דבר שבית-המשפט עומד פעור פה מולו ואין הדעת יכולה לסובלו"¹⁴¹. במקרים כאלה אין להסתפק עוד בפסילתה של הראיה, אלא להעניק לבית-המשפט סמכות להורות על ביטול ההליך מעיקרו.

הרעיון המנחה בתזה מרחיבה זו הוא שלא די בהפעלת תרופת הפסלות כדי לעשות צדק עם הנאשם ואף לא עם המטרות התברתיות של הפעלת ההליך הפלילי בכלל. טלו לדוגמה מקרה קיצוני של אדם המנותח בעל כורחו, ללא היתר שיפוטי, ואין טענה כי חייו היו בסכנה או כי זהו הנימוק שעמד מאחורי התנהגות מקוממת זו, וכל שעמד מאחוריה הוא הרצון לתפוס את הראיה. במקרה כזה, חזירה פולשנית לתוך גופו של האדם תוך הפרת זכותו החוקתית לשלמות הגוף ולכבודו כאדם אינה צריכה לאפשר לרשות להשתמש בהליך הפלילי ובבית-המשפט לשם הרשעה. במקרה כזה, לא רק שפסילת הראיה לא תהווה מענה הולם ומספיק להפרת זכותו של האדם להליך ראוי, אלא היא אף תחטיא כליל את אחת המטרות והסיבות להפעלתו של ההליך הפלילי – עשיית צדק חברתי. במקרים כאלה, אסור שבית-המשפט ייתן את ידו לניצול ציני של היכול. אנו אפוא בדעה כי ניתן לפתח את תרופת הפסלות ולהרחיבה במקרים ראויים עד כדי ביטול כתב האישום או התליית הדיון בדרך שיפוטית.

מעמדו של סעיף 12 לאור חוק היסוד

נחזור כעת לשאלה שהצבנו בתחילת הדיון – האם חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מקרינה על פרשנותו של סעיף 12 לפקודת הראיות ועל הרציונל העומד בבסיסו? תשובתנו היא חיובית. העלאתן של זכויות האדם – ובהן גם הזכות מפני הפללה עצמית – לרמה חוקתית מחייבת להמיר את הרציונל הקודם (מתן הוראה בחופשיות ומרצון מבטיח את מהימנותה) ברציונל חדש, המדגיש דווקא את זכותו החוקתית של חשוד לא להפליל את עצמו בניגוד לרצונו.

בדרך פרשנית זו ניצור מארג חוקתי ולכידות טובה יותר של הנורמות המשפטיות הישנות והחדשות. חקיקתו של חוק היסוד הביאה "לשנוי מהותי בשדה המשפט בישראל. כל צמח משפט שבו מושפע משינוי זה. רק כך יושגו הרמוניה ואחדות במשפט הישראלי. המשפט הוא מערכת של כלים שלובים. שינוי באחד הכלים הללו משפיע על כלל הכלים. אין כל אפשרות להבחין בין דין ישן לדין חדש באשר להשפעות הפרשניות

141 שם, בעמ' 370.

של חוק היסוד¹⁴². בדרך זו גם תושג התאמה בין כלל הפסילה של סעיף 12 לבין כלל הפסילה החוקתי.

שאלה אחרת שהצגנו בפתח דברינו היא, האם אין בפיתוחה של תרופה חוקתית זו כדי לאיים על מגמת דיני הראיות לצמצם ככל האפשר את היקפם של כללי הפסילה¹⁴³? התשובה לכך צריכה להיגזר מהאופן שבו אנו תופסים את תפקיד בית-המשפט בעידן החוקתי. בית-המשפט אמון על עשיית צדק בין המתדיינים בפניו, וצדק אינו רק מהות או יישום נכון של הדין על העובדות במקרה מסוים. צדק הוא גם צורני: הוא גם הדרך שבה מושג הצדק. אם הדרך רצופה ברמיסת זכויות האדם על-ידי השלטון רק כדי למצוא ראיות מרשיעות, לא מדובר עוד בעשיית צדק. בית-המשפט הוא מעוז של הצדק. במסגרת זו, גם מראית פני הצדק היא חשובה – לחינוכו של הדור ולערכיה של החברה. ובלשונו של השופט חשין:

אכן, במקום שדרכי אכיפת חוק פסולות הן בעליל, מחובתו של בית-המשפט להשמיע באוזני הרשות המבצעת את דברו, צלול וברור¹⁴⁴.

לפיכך, טענתנו היא כי גם אם קביעת כלל פסילה עלולה לסתור את מגמת בית-המשפט למעבר מדיני קבילות לדיני משקל, הרי שמגמה חיובית כזו חייבת אף היא, ככל מגמה שיפוטית, למצוא לה איזון מול ערכים אחרים הניצבים מולה. כאשר לגופו של עניין יש להפעיל כלל פסילה לגבי ראיה שהושגה תוך פגיעה בזכות יסוד, ימצא בית-המשפט מאזן נכונה בין ערכים שונים אלה. כמו כן כל נשכח כי הצעתנו היא לקביעת כלל פסילה יחסי, אשר ממילא לא יעמוד בניגוד מהותי לדיני המשקל שבית-המשפט חפץ להפעיל, אלא לכל היותר ימצא כבלתי הולם אותם מן הבחינה הטכנית, בעיקר.

142 דנ"פ גנימאת (לעיל, הערה 50), בעמ' 658. לדעה דומה ראו גם י" קרפ "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות אדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מב (תשנ"ה) 64.
143 ראו, למשל, ע"א 703/86 ברנשטיין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מג(4) 529; ר"ע 423/83 מדינת ישראל נ' עיזבון המנוחה ורד סילוורמן ז"ל, פ"ד לו(4) 281, 286-287: "...המגמה, אשר באה לידי ביטוי בהתפתחותו של המשפט כהשתקפותה בחקיקה ובפסיקה בישראל ... היא של צמצום הסייגים החלים על קבילותן של ראיות, כדי להותיר בידי בית המשפט את הסמכות להחליט על משקלה של הראיה. הווה אומר, במקום המחסום, שהיקפו הולך אט אט ומצטמצם, מתפתחת גישה, המבכרת בדיקה עניינית של הראיה על-ידי הערכאה השיפוטית. בעקבות הגשת הראיה ולאור אופייה ומהותה, יכול, כמובן, להישלל ממנה משקל כלשהו, אך איננו נמצאים או בתחום הקבילות אלא בתחום הערכת הראיות" (ההדגשה במקור).

144 ע"פ 3520/91 הלנה תורג'מן נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(1) 441, 464.

ח. סיכום

התפתחותה של תרופת הפסלות החוקתית במדינות העולם הליברליות השונות מלמדת על מגמה אוניברסלית. מגמה זו שואפת להגן על ערכי האדם הבסיסיים, החשופים כיום במידה רבה יותר מבעבר לפגיעה על-ידי רשויות החקירה או המשטרה באמצעות הטכנולוגיה המודרנית. מנגד, קיימת נטייה מסורתית לחיפוש האמת האובייקטיבית, המתבטאת בשאיפה לשחרר את המערכת השיפוטית מכבלים של פסילת ראיות. מדינות חוקה רבות אימצו כללי פטילה גמישים, המבטאים איזון בין מגמות סותרות אלה. גם אצלנו ראוי לאמץ מדיניות זו.

הפעלת התרופה של פסלות ראיות שהושגו תוך הפרת זכות חוקתית, צריכה, לגישתנו, להיות הכלל. אם השגת הראיה לוותה בהפרתה של זכות יסוד, יש לפסול את הראיה. יש לנהוג כך כאשר הראיה האמורה היא רק אחת מתוך מכלול הראיות שמביאה התביעה במשפטו של הנאשם, קל וחומר כאשר הראיה האמורה היא הראיה היחידה שבידי התביעה, ובהעדרה מחויב בית-המשפט לזכות את הנאשם¹⁴⁵. אכן, העמדת עברייני לדין והענשתו על פגיעתו בחברה היא ערך חברתי חשוב, אולם אין זה הערך היחיד. כנגד הערך בדבר העמדה לדין יש להעמיד ערכים אחרים המאזנים אותו: הגנה על זכויות היסודיות של האדם והבטחת הגינות ההליך ושמירה על טוהר ההליך הפלילי. לגישתנו, עם חקיקת חוק היסוד השתנה האיוון האמור: הכלל הפך לחריג ואילו החריג הפך לכלל. במה דברים אמורים? בכלל פטילה של ראיות, שיחול כל אימת שראיה הושגה אגב רמיסת זכות המעוגנת בחוק היסוד. כלל הפטילה האמור ייסוג רק כשקיים ערך או טעם נוסף, המטה את הכף לטובת הימנעות מפסילת הראיה. באופן זה אין אנו שוללים הימנעות מפסילת הראיה כשמדובר בנסיבות המצדיקות זאת¹⁴⁶. הגנה על זכויות אדם גובה מחיר חברתי. פעמים אנו נאלצים לשחרר לחופשי אדם שפגע בחוקי החברה כדי להשיג בעתיד שמירה טובה יותר על זכויות אדם. בסופו של דבר, באמצעות מגילת זכויות היסוד של האדם אנו מבקשים לשפר את איכות חיינו. כדי להגשים יעד זה אנו נדרשים לשלם מחיר:

לזכות-יסוד, מעצם מהותה, יש מחיר חברתי. מקום שבו למימוש של אינטרס אין כל מחיר, אין משמעות לעיגונו בזכות, ולא כל שכן בזכות-יסוד חוקתית¹⁴⁷.

145 לטעמנו, במצב שבו הראיה היחידה כנגד חשוד הושגה תוך הפרת זכות יסוד, על התביעה למצוא כנגד אותו חשוד ראיות אחרות או להימנע מהעמדתו לדין.

146 המודל שאנו מבקשים לאמץ דומה למודל הקנדי. מודל זה קובע כי על בית-המשפט לשקול כמה שיקולים: הגינות ההליך, חומרת הפרת הזכות החוקתית וההשפעה שתהא לפסילת הראיה. תוצאת האיוון מניבה החלטה לפסול או לא לפסול את הראיה. עם זאת, נראה שפגיעה בהגינות ההליך כיום מביאה לפסילת הראיה, גם ללא התחשבות ביתר השיקולים. ראו Godin (לעיל, הערה 15), בעמ' 65-73.

147 דנ"פ גנימאת (לעיל, הערה 50) בעמ' 645.

