

חזות של זכויות, מהות של צדק: סיפורה הרטורי והמהותי של ההכרעה הפלילית

מאת

אסף הרדוף*

המאמר סוקר את חידושי שנת המשפט תשע"ב בשלושת ענפי המשפט הפלילי: סדר הדין הפלילי, דיני הראיות ודיני העונשין. כל ענף נסקר בנפרד. מוצגים פסקי הדין החשובים של השנה לצד התייחסויות קצרות של המחבר. מומחשות אינטראקציות בין זכויות אדם לבין האינטרס הציבורי, היעילות, הצדק, האמת והכוח. המגמה המסתמנת היא שכאשר בית המשפט יכול להרשות לעצמו, כלומר כשאין פגיעה ניכרת באינטרס הציבורי, הוא מדבר על זכויות אדם. הנקודה מתבהרת דרך זרקור המאיר בכל ענף פרשה או שתיים. בסדר הדין הפלילי זורק הזרקור אורו על הסוגיה של חיפושים בלי הסמכה אך עם הסכמה, פרשת בן חיים. בדיני הראיות זורק הזרקור אורו על שתי סוגיות: פסילת ראיות נגזרות, ראיות שהופקו בעקבות ראיה שהופקה בניגוד לחוק ולהבטחה מנהלית, פרשת פרחי; תחולתה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית בשלב החקירה המשטרתית, פרשת שמש. בדיני העונשין מוצב הזרקור אל מול הסוגיה של הרשעה במעשה מגונה באדם – בלי מגע: פרשת פלוני. ארבע הפרשות מראות כיצד בית המשפט בוחר בנתיב של זכויות אדם כשהמחיר לכך נקוב ואינו גבוה (בן חיים), ואילו בעניינים חשובים יותר (פרחי, פלוני) או בעניינים שהמחיר בדבר האינטרס הציבורי אינו ידוע (שמש) – בית המשפט בוחר באינטרס הציבורי.

מבוא. א. סדר הדין הפלילי; 1. סמכויות משטרתיות; 1. דיני החיפושים; 3. פתיחה בחקירה; 4. החלטה לסגור תיק; 5. מעצרים; 6. ניסוח אישומים; 7. זכות העיון בחומר החקירה לאחר הגשת כתב האישום; 8. סיכון כפול והחלפת שופטים; 9. זכות הייצוג והליך הוגן; 10. פסלות שופט; 11. טענות מקדמיות – הגנה מן הצדק; 12. עקרון הפומביות; 13. הסדרי טיעון; 14. טענות חדשות בערעור; 15. זרקור על הפסיקה: חיפושים, חשד סביר ועקרון חוקיות

* דוקטור למשפטים, מרצה, המכללה האקדמית צפת; מרצה מן החוג באוניברסיטת חיפה, במסלול האקדמי המכללה למינהל, במרכז האקדמי כרמל ובמרכז האקדמי למשפט ועסקים לדיני עונשין, דיני ראיות, סדר דין פלילי ופשע מקוון; לשעבר תובע וסנגור בפרקליטות הצבאית. תודה רבה לחברי ד"ר חיים ויסמונסקי ולמערכת דין ודברים על הערות מצוינות. תודה לעורכת הלשונית יהודית ידלין על הערותיה המעולות. האחריות לכל טעות שנפלה במסגרת הרשימה – עליי בלבד. מחכה לתגובות: asafhardoof@gmail.com

המנהל. ב. דיני הראיות; 1. קבילות עובדתית – עדות שיטה ומעשים דומים; 2. קבילות עובדתית – ראיות מדעיות – פוליגרף; 3. קבילות עובדתית – ראיות מדעיות – תעבורה; 4. קבילות עובדתית – רס גסטה; 5. קבילות עובדתית – מסדרי זיהוי וזכות הייצוג; 6. מחסום ערכי: חסיונות – הכרה בחיסיון פסיקתי חדש; 7. קבילות ערכית – דוקטרינת הפסילה הפסיקתית; 8. קבילות ערכית – מדובכים, תחבולות, זכות ההיוועצות ודוקטרינת הנזק הראייתי; 9. זיקה ראייתית בין הפלילי לאזרחי; 10. חזקות; 11. התערבות בממצאי עובדה; 12. זרקור על הפסיקה. ג. דיני העונשין; 1. הפללה; 2. פרשנות עברה; 3. הגבול בין הכנה לניסיון; 4. הלכת הצפיות; 5. השותפים לעברה; 6. סייגים לעברה; 7. ענישה; 8. מעשה מגונה או חקיקה מגונה? סיכום.

מבוא

המשפט הפלילי "מתפרק" לשלושה חלקים, שלושה ענפים: מהות, פרוצדורה והוכחות. דיני העונשין מטפלים בראשון, השני נדון בסדר הדין הפלילי והשלישי בדיני הראיות. דיני העונשין הם היעד, סוף הדרך; הפרוצדורה היא השביל; דיני הראיות מגיעים, בדרך כלל, רגע לפני הסיום. אם נדמה את המשפט הפלילי בכללותו לספר, סדר הדין הפלילי מנחה אותנו כיצד לכתוב את הסיפור וכיצד לא לכתוב אותו, "דיני הכתיבה"; דיני הראיות מנחים אותנו לחזק, להדגיש ולהצניע נתונים העולים מהסיפור, "דיני הקריאה"; בסיום הדרך מנחים אותנו דיני העונשין אילו תגיות לתת לכל פרק ופרק, "דיני הכותרות". שלושת הענפים כמובן אינם נפרדים והפסיקה אינה מכתירה פסק דין כשייך בלעדית לענף אחד ולא למשנהו. אולם ההפרדה המושגית עשויה לתרום ולשפוך אור על ערכים שעומדים מאחורי כל ענף, כמו גם על סדרי עדיפויות חברתיים ומשפטיים. כמו ההפרדה המושגית, חשובה גם ההאחדה המושגית, ויש לזכור שמדובר בענפים של אותו עץ. ראוי להביט גם בעץ בכללותו ולראות לאן הוא צומח: אין סדר דין פלילי ללא דיני עונשין ולהפך. במאמר כולו ובמיוחד בפסיקה החשובה שעליה ארחיב, אשתדל להביט בגורמים המניעים את המשפט הפלילי על חלקיו השונים: זכויות האדם, האינטרס הציבורי, היעילות, הצדק, האמת והכוח – לאן הם מושכים ואם יש הבדל בין המהות לרטוריקה בהקשר זה. המאמר יראה שאכן יש הבדל. במצב של עימות בין זכויות הפרט לבין האינטרס הציבורי ההכרעה תיפול על פי כובד העניין שעל הפרק: ככל שהעניין חשוב יותר, זכויות הפרט יובסו; ככל שהעניין קל, זכויות הפרט יגברו.

שלושת הענפים זכו השנה בפסיקה חשובה ולעתים גם בהתפתחות חקיקתית. אציג כל ענף לחוד, לפי הסדר המטפורי של המשפט הפלילי כספר: אפתח ב"דיני הכתיבה", סדר הדין הפלילי, שבו עיקר ההתפתחויות בתשע"ב; אמשך ל"דיני הקריאה", דיני הראיות, שגם הם משופעים בחידושים; ואקנה ב"דיני הכותרות", דיני העונשין, שהיו דלים יחסית בדיונים מורכבים. כל ענף יוצג בנפרד ויגולל את שורת ההתפתחויות, לרבות

נגיעות קצרות באישור הלכות חשובות קודמות, תוך הצגת התייחסויות קצרות מטעמי במקומות המתאימים. בסיום כל חלק ארחיב על פסק דין מרכזי במיוחד לטעמי, למעט בדיני הראיות, שבהם ארחיב על שניים חשובים וקשורים זה לזה. לרוב אצמד להחלטות של בית המשפט העליון, שמטבען מחייבות ומכריעות; במקרים מעטים אתייחס לשאלה חשובה כפי שהוכרעה בערכאות דיוניות, בהבנה שמה שהוחלט היום בבית משפט השלום או המחוזי – עשוי להתהפך מחר בבית המשפט העליון.

א. סדר הדין הפלילי

סדר הדין הפלילי מגולל את "דיני הכתיבה". לא רק הכותרות חשובות לנו, לא רק השורה התחתונה; גם הדרך אליה חשובה, ולא ייתכן שבשם הערכים שיצרו את השורה התחתונה נדרוס את אותם ערכים ממש בשעה שאנו מנסים להגיע אליה. מתוך ענפי המשפט הפלילי השונים דומה שעיקר החידושים של שנת המשפט תשע"ב נפלו בתחום סדר הדין הפלילי. אציגם בחלוקת נושאים, וכפי האפשר על פי מיקומם הכרונולוגי בהליך.

1. סמכויות משטרתיות

סעיף 229 לחוק העונשין¹ מאפשר למפקד משטרת מחוז במשטרת ישראל להורות על סגירתו של מקום משחקים אסורים או של מקום לעריכת הגרלות או הימורים. ניצב מפקד מחוז תל-אביב הורה לספקי שירות באינטרנט לחסום אתרי הימורים על בסיס סעיף זה. להחלטה צייתו הספקיות חוץ מאחת, שטענה שהצווים בחוסר סמכות, שכן חוק העונשין מתייחס לסגירת מקומות פיזיים בלבד. איגוד האינטרנט הישראלי עתר נגד החלטת המשטרה.² כשנה וחצי לאחר הגשתה קיבלה סגנית הנשיאה רובינשטיין את העתירה וקבעה שנדרשת הסמכה ברורה. ללא עוגן לשוני אין לגשת לפרשנות התכליתית: אין פה "חצרים" ואין "סגירה". מוטב להמתין לחקיקה ראשית מפורשת. לבסוף נקבע כי הצווים הוצאו בחוסר סמכות והם בטלים.³

1 סעיף 229 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, ס"ח 226.

2 עת"מ (מחוזי ת"א) 45606-10-10 איגוד האינטרנט הישראלי נ' מפקד מחוז ת"א (פורסם בנבו, 2.4.2012).

3 ערעור שהגישה המשיבה לבית המשפט העליון נדחה ברוב דעות בפסק דין מפורט וחשוב שוודאי יידון בהרחבה בשנת המשפט הבאה. זירת המחלוקת הוכרעה לא על רקע הפרשנות המילולית של המונחים "חצרים" ו"סגירה" אלא על רקע שאלת השימוש בצדדים שלישיים על ידי המשטרה. ראו: עע"מ 3782/12 מפקד מחוז תל-אביב יפו במשטרת ישראל נ' איגוד האינטרנט הישראלי (פורסם בנבו, 24.3.2013).

2. דיני החיפושים

דיני החיפושים הם מהתחומים הזנוחים ביותר מבחינת פסיקה של בית המשפט העליון. ראשית, צו לפי פקודת סדר הדין הפלילי⁴ מוצא ככלל בידי שופטת שלום.⁵ בקשה למתן צו חיפוש, מטיבה, נערכת במעמד צד אחד, שכן חיפוש ללא הפתעה אצל חשוד, בעיקר אצל חשוד אשם, הוא לעתים קרובות חסר טעם. לאחר שכבר הוצא צו החיפוש אין הכרח משפטי לקיים דיון בדיעבד בחוקיות החיפוש אף אם מבחינת זכויות הפרט ודאי חבל שכן. כמו המעצר, צו חיפוש מוצא במעמד צד אחד כאמור, אלא שלהבדיל מהמעצר, החיפוש הוא מטיבו חד-פעמי ונקודתי. המעצר שמתבצע בידי שוטרים הוא באופן טבעי התחלה ולא סוף,⁶ ומנגד החיפוש המשטרתי שנערך הוא באופן טבעי סוף. אלמנט ההפתעה הסתיים והחיפוש התמצה. אם לא נמצא דבר, איש לא יאתגר את חוקיות החיפוש בבית משפט. מנגד, אם נמצא תוצר ראייתי, אין כל הכרח לדון בו מיד, ובדרך כלל הדבר אינו נדרש כלל.⁷

כאן עולה סיבה נוספת למיעוט פסיקת הערכאה העליונה בדיני החיפושים: אין סעיף פסילה ראייתי עצמאי לחיפוש לא חוקי. הדיון בחוקיות החיפוש ייערך, אם בכלל, בערכאה הדייונית, כשהיא מוסמכת לקבל כל ראיה שהופקה בכל חיפוש לא חוקי, אם רק תמצא לנכון;⁸ אם וכאשר נגיע לבית המשפט העליון, יבחן הלה את שאלת החיפוש, אם בכלל, במבט בדיעבד וללא פסילה הכרחית של ראיה שהופקה בחיפוש לא חוקי. זאת,

4 פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט–1969, דמ"י נוסח חדש 284. להלן – פקודת החיפושים.

5 סעיף 1 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש). הסעיף מאפשר למשטרה לבקש צו מבית משפט שלום או מחוזי; המציאות היא שהפניות נעשות כמעט תמיד לבית משפט השלום, שמן הסתם זמין יותר.

6 אם היה סוף, גם הוא לרוב לא יזכה בדיון משפטי אלא במקרים חריגים שבעת המעצר נעברה לכאורה עברה כלשהי.

7 הדבר עשוי לקרות כשחוקיות החיפוש מתקשרת לשאלת הדיון הראשוני בקבילות הראיה בדיון מעצר עד תום ההליכים. מבחינה מעשית, כדי שיתקיים דיון כאמור נדרשים כמה תנאים: 1. חיפוש בלתי חוקי; 2. החיפוש הפיק תוצר ראייתי בעל ערך רב; 3. קיימת דרך משפטית לפסול את התוצר – זהו תנאי שלא התקיים בעבר; 4. קיים הכרח מעשי לדון בחוקיות כבר בשלב המעצר, משום שללא התוצר מצויה התביעה במחסור ראייתי. נתקלתי בשני מקרים כאלו, האחד ותיק והאחר חדש. הוותיק נדון לפני למעלה מעשרים שנה. שופט שלום התחלחל מחיפוש משפיל שכלל הפשטת חשוד ברחוב; השופט אלון חשב אחרת. ראו: בש"פ 2145/92 **מדינת ישראל נ' גואטה**, פ"ד מו(5) 704, פסקאות 1–12, 22–25 לפסק הדין. מקרה נוסף שבו נדונה חוקיות חיפוש בשלב המעצר היה בפרשת **פרחי**, שעליה ארחיב בחלק הראייתי: ע"פ 4988/08 **פרחי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 1.8.2011) (להלן – פרשת **פרחי**).

8 כפי שתוכיח פרשת **פרחי**, ראו: שם.

סיפורה הרטורי והמהותי של ההכרעה הפלילית

בשונה למשל מבחינה של האזנת סתר, שמוסדרת בחוק האזנת סתר,⁹ שכולל סעיף פסילה קשוח למדי,¹⁰ ואין פלא שהחלטות הערכאה העליונה בעניין זה אינן במחסור.¹¹ על רקע זה מעניין לראות כי בשנה החולפת התכנס בית המשפט העליון פעמיים ודן בהרחבה בשאלות של חיפושים: תחילה בשכתוב כערכאת ערעור שנייה ובהמשך בשכתוב כבג"ץ. אפתח בפסק דין שלישי חשוב – אך החשוב פחות השנה – בנוגע לדיני החיפושים.

בקצרה ובדן יחיד הכריע השופט רובינשטיין כי נהג מונית שנעצר בצד הדרך וסירב למסור דגימת נשיפה בינשוף בעודו מביע נכונות לבדיקת דם – עודו בגדר מי שסירב לתת דגימה, ולכן דינו הרשעה בנהיגה בשכרות.¹² חשיבותו של פסק הדין היא בגיבוי בית המשפט העליון לסעיף 64 לפקודת התעבורה.¹³ זהו סעיף מרחיק לכת הן מבחינת הסמכות שהמחוקק מקנה למשטרה והן מבחינת הנפקות של סירוב האזרח לשתף פעולה. הרחקת הלכת הראשונה היא מתן הסמכות החריגה למשטרה לדרוש מכל נהג – בלי לגבש נגדו ולו קמצוץ חשד, ובלי להצביע על מעבר של רף ראייתי – למסור בדיקת נשיפה. הרחקת הלכת השנייה היא גיבוי אדיר לשוטר: במצב שבו יסרב האזרח לשתף פעולה חרף ההסבר מטעם השוטר יואשם האזרח לא בסירוב לשתף פעולה¹⁴ כי אם בנהיגה בשכרות, ואז חזקה חלוטה (!) שהיה שיכור. פסק הדין של רובינשטיין קובע כי לאזרח אין אפשרות לסרב לבדיקה מסוג אחד ולהסכים לבדיקה מסוג אחר כשהשוטר לא הציענה: הסכמה לתת דם אינה פוטרת מאחריות לנהיגה בשכרות, שמתבססת על הסירוב לתת אוויר נשוף. פסק הדין של רובינשטיין נכון בעיניי: לא סביר שהאזרח יוכל לבחור איזו בדיקה שנראית לו וללחוץ על השוטר לעזוב את משמרתו ולקחתו למתן בדיקת דם, מה גם שזו פולשנית יותר מבדיקת נשיפה.

- 9 חוק האזנת סתר, תשל"ט–1979, ס"ח 118.
- 10 סעיף 13 לחוק האזנת סתר. לפי הסעיף, לא ניתן ככלל לקבל האזנת סתר שבוצעה שלא כדין. לכלל שלושה חריגים, שניים מהם תחומים היטב: כשמדובר במשפט שעוסק בהאזנת סתר כעברה; כשהאזנת הסתר בוצעה על ידי גוף שהיה יכול להשיג היתר אך נמנע מכך. החריג השלישי מותר פתח רחב לשיקול דעת, כשמדובר בעברה שדינה מעל שבע שנות מאסר, וגם אז – רק כשלא דובר בגוף שהיה יכול לקבל היתר להאזנה.
- 11 ראו: ע"פ 48/87 צ'חנובר נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 581; ע"פ 5175/91 מדינת ישראל נ' אל מצרי, פ"ד מז(5) 624; ע"פ 1302/92 מדינת ישראל נ' נחמיאס, פ"ד מט(3) 309; ע"פ 5002/09 מדינת ישראל נ' זאנו, פסקה 38 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 2.12.2010).
- 12 ראו: רע"פ 8624/11 אליסי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.12.2011). בשנת 2011 פורסם תזכיר חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – המצאה, חיפוש, כניסה ותפיסה), שמציע טיפול שיטתי בעניין החיפוש.
- 13 ראו: סעיף 64 לפקודת התעבורה [נוסח חדש], תשכ"א–1961, דמ"י 173.
- 14 דוגמת סעיף 11 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), תשנ"ו–1996, ס"ח 136. להלן – חוק החיפושים.

פסק הדין השני, מבחינה כרונולוגית, שניתן היה פרשת **בן חיים**,¹⁵ שהוא פסק הדין המרכזי של השנה בתחום סדר הדין הפלילי, וחשוב גם בתחום דיני הראיות. אשוב אליו בסוף הענף הראשון.

את פסק הדין השלישי שעוסק בחיפושים, או במדויק יותר – באיסוף חומרים, נתן בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ. פסק הדין דן בחוק נתוני תקשורת,¹⁶ שנכנס לתוקף ביוני 2008 וזכה לכינוי התקשורתי "חוק האח הגדול". החוק, שמאפשר לרשויות שונות לקבל נתוני תקשורת פרטיים ומגוונים, הותקף חוקתית על ידי כמה עותרים בגין פגיעתו בפרטיות. הנשיאה היוצאת ביניש כתבה את פסק הדין והסכימה שהחוק פוגע בזכות לפרטיות באפשרויות יכולות איתור לרשויות ובשל החשש מהשפעה "ממשמעת" על התנהלות האדם במרחב הפרטי.¹⁷ חרף זאת סירבה לפסול את החוק וביכרה קריאה חוקתית ופרשנות מצמצמת של הסמכויות שהוא מקנה כדי שיחולו רק באשר לחשד ולחשוד קונקרטיים ולא יאפשרו חיפוש סל. ביניש מיאנה לפרש את החוק באופן שלא יחול על עברות מסוג עוון, סירבה לפסול את המסלול המנהלי של החוק שמאפשר לרשויות במקרים מסוימים לפנות לקבל את הנתונים גם ללא צו ודחתה את העתירה לקרוא לתוך החוק סעיף פסילה עצמאי, להבדיל מדוקטרינת הפסילה הפסיקתית. השופטת ארבל הצטרפה והעירה שזמינותו של המסלול המנהלי שבחוק היא חד-פעמית. הנשיא גרוניס, השופטת נאור, השופטת חיות והמשנה לנשיא ריבלין הצטרפו. השופט מלצר הצטרף לכלל פסק הדין אך חלק באשר להגנה הנדרשת לחיסיון מקצועי בנוגע למסלול המנהלי. העתירות נדחו.

דומני שהעתירה נערכה על קרקע נוחה לבית המשפט, כזו שמחוץ לסדר הדין הפלילי ה"חי". כלומר, העתירה לא חייבה את בית המשפט לדון בדיעבד בחוקיות חיפוש שכבר נעשה והפיק תוצרים המלמדים על אשמה. בעתירה כללית בית המשפט העליון יכול לגלות רגישות רבה יחסית לזכויות הפרט, ולכל הפחות רגישות רטורית, משום שהאיזון בינן לבין האינטרס הציבורי הוא מופשט. כפי שנראה בחלק של דיני הראיות, רגישות כזו נחלשת כשהשאלה אינה מופשטת אלא קונקרטית.

3. פתיחה בחקירה

בשורת פסקי דין שב בג"ץ והפגין חוסר נכונות להתערב בהחלטות של גורמי אכיפה שלא לחקור, בעיקר גופי ביטחון. בג"ץ מיאן להתערב בהחלטת הפרקליט הצבאי הראשי שלא להורות על חקירת מקרי מוות והרס בתים של פלסטינים במבצעים "קשת בענן" ו"ימי תשובה" שנערכו בשנת 2004. הנשיאה ביניש דחתה את העתירה בהיותה כללית

15 ראו: רע"פ 10141/09 **בן חיים נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 6.3.2012) (להלן – פרשת **בן חיים**).

16 ראו: חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), תשס"ח–2007, ס"ח 72.

17 ראו: בג"ץ 3809/08 **האגודה לזכויות האזרח נ' משטרת ישראל** (פורסם בנבו, 28.5.2012).

סיפורה הרטורי והמהותי של ההכרעה הפלילית

מדי ובגין היעדר תשתית עובדתית לחשדות פרטניים לעברות פליליות, וכן בשל שיהויה, שמנע סעד אפקטיבי של פתיחה בחקירה.¹⁸ ההחלטה בנוגע לחשדות המצדיקים חקירה היא בעיקרה של מערכת התביעה, והיא מושתתת על חשד ממשי לעברות פליליות. אם נערכה בדיקה מקדמית רצינית, לא ייטה בג"ץ להתערב. העתירה נדחתה תוך ביקורת חריפה על הפן הפוליטי שלה אך ללא צו להוצאות.

גם עתירות עם קריאה לחקירה ספציפית כלפי חשוד ספציפי הסתיימו באותו אופן. המשנה לנשיא נאור דחתה עתירה להורות על פתיחה בחקירה בחשד לחיסול מבוקש¹⁹ וקבעה את שנקבע שוב ושוב בעבר וייקבע שוב בעתיד: ההתערבות בשיקול הדעת של הפרקליט הצבאי הראשי ושל פרקליט המדינה חריגה ושמורה למקרי קיצון בלבד.²⁰ אם אלו יקיימו הליך ענייני וסביר, בג"ץ לא יתערב בהחלטתם, וגם הפעם החליט שלא להתערב.

החלטה דומה ניתנה מקץ שבועות ספורים בנוגע להימנעות מחקירת אנשי שירות הביטחון הכללי בחשד לעינויים. ארגונים שונים תקפו את מדיניות היועץ המשפטי לממשלה בהימנעות מהפעלת סמכותו בסעיף 49ט(א) לפקודת המשטרה²¹ שלא להורות למחלקה לחקירת שוטרים לפתוח בחקירה פלילית נגד חוקרי השירות החשודים במעורבות בעינויים ב-750 תלונות שהוגשו אליו בעשור האחרון. השופט רובינשטיין כתב כי החובה לפתוח בחקירה אינה אוטומטית אלא מותנית בתשתית ראייתית הולמת.²² ניתן להחליט לערוך בדיקה מקדמית כדי להחליט אם לפתוח בחקירה פלילית, ואין פסול במנגנון כאמור. לגופו של עניין הוחלט לתת לעותרים ארכה להגיש ערר בנוגע להחלטות פרטניות שלא לחקור.

עניין נוסף הקשור לפתיחה בחקירה נוגע לשיקול הדעת המשטרתי. האם מותר למשטרה לפתוח בחקירה כללית גם במצב שאין לה כל חשדות מוקדמים, ואף להפעיל סוכנים סמויים? בפרשה שזכתה להד תקשורתי רחב נעצרו ביולי 2012 עשרות חשודים בניסיונות לעברות מין שונות בילדים. הפרשה מעלה שאלות לא פשוטות הנוגעות לשימוש בסוכנים בכלל ובאינטרנט בפרט ולזיקה שבין שימוש זה לבין שאלת ההגנה מן הצדק ולשאלות מדיניות העונשין בנוגע לניסיון הבלתי צליח.²³

18 ראו: בג"ץ 3292/07 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 8.12.2011).

19 את בהמשך לפסק דינה של הנשיאה, שדן ברובד הכללי של מדיניות הפצ"ר באשר לפתיחה בחקירה להבדיל מעריכת תחקיר מבצעי. ראו: בג"ץ 9594/03 בצלם – מרכז המידע הישראלי לזכויות האדם בשטחים נ' הפרקליט הצבאי הראשי (פורסם בנבו, 21.8.2011).

20 ראו: בג"ץ 1901/08 דבאבסה נ' הפרקליט הצבאי הראשי (פורסם בנבו, 15.7.2012).

21 ראו: סעיף 49ט(א) לפקודת המשטרה [נוסח חדש], תשל"א-1971, דמ"י נוסח חדש 390.

22 ראו: בג"ץ 1265/11 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 6.8.2012).

23 ראו: התייחסות קצרה בתקשורת לפרשה: גלובס <http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000774344> (כל אתרי האינטרנט המאזכרים להלן נצפו לאחרונה ביוני

4. החלטה לסגור תיק

חבר הכנסת אביגדור ליברמן דרש מפרקליט המדינה לחקור הדלפות שפורסמו בתקשורת מחקירתו בחשד לעברות לפי חוק מימון מפלגות.²⁴ פרקליט המדינה סירב, כדי שלא לחקור גורמי תקשורת ולפגוע בחופש הביטוי. בשנת 2008 עתר ליברמן לבג"ץ בדרישה לפתוח בחקירה או לערוך בדיקה מקדימה. בג"ץ קבע שיש לחקור כאמור בשל חשד לעברה וריבוי ההדלפות.²⁵ פרקליט המדינה הורה לפתוח בחקירה. זו הולידה כמה וכמה חשודים אפשריים וצווי בית משפט עד למבוי סתום ולסירוב לתת צווים נוספים. הפרקליטות הסיקה שאין עוד פעולות חקירה בנות ביצוע וסגרה את התיק מחוסר ראיות. ליברמן ערר ליועץ המשפטי לממשלה, וזה החליט שלא להתערב. בשנת 2010 עתר לבג"ץ, וזה הציע לפרקליטות לשקול דרכי חקירה נוספות. הפרקליטות נעתרה אך לא הצליחה להתקדם. בסוף שנת 2011 החליט השופט רובינשטיין, בהיסוס, לדחות את העתירה, משום שלא מצא חריגה קיצונית ממתחם הסבירות ובשל הזחירות שנקט בג"ץ בהתערבות בהחלטות רשויות התביעה והחקירה וצמצומה למקרים חריגים.²⁶ מותר לרשות לשקול לא רק את חיפוש האמת אלא גם שאלות של הגינות ההליך ואינטרסים חברתיים נוספים. לעתיד ראוי שלא להמתין אלא לחקור ולמזער את התופעה המזיקה של הדלפות מחקירה: "מה שאינו מתחיל באופן נחוש מתחילה, הסיכוי שיניב פירות אינו עצום ורב".²⁷

סגירת תיקים נעשית לא רק בגין קשיים ראייתיים. גם במצב שבו קיימות ראיות ניתן לסגור. בהקשר זה התפתחות חשובה נוגעת למסלול חלופי לדין הפלילי, בחוק סדר הדין הפלילי.²⁸ הצעת חוק ממשלתית²⁹ שיזם פרופסור גזל-אייל מאוניברסיטת חיפה התקבלה באוגוסט 2012.³⁰ התיקון נכנס לתוקף בתחילת מאי 2013 ומאפשר לרשויות להמיר חשדות ואישומים פליליים לעברות קנס מנהליות, ב"סגירת תיק מותנית". סעיף 67א, שכותרתו "סגירת תיק בהסדר", כולל הסדר מפורט המאפשר לתביעה חלופה לסגירת

2014). מעניין שבין המעצר לבין כתב האישום הראשון בפרשה עבר פחות משבוע. פסק דין בנוגע לפרשה דומה ניתן בתחילת 2014 בידי בית המשפט העליון בפרשת תחקיר הפדופילים של ערוץ 10. ראו: רע"פ 1201/12 קטיעי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.1.2014).

24 ראו: חוק מימון מפלגות, תשל"ג-1973, ס"ח 52.

25 ראו: בג"ץ 2511/08 ליברמן נ' פרקליט המדינה (פורסם בנבו, 18.11.2008).

26 ראו: בג"ץ 1736/10 ליברמן נ' מנהל המחלקה לחקירות שוטרים (פורסם בנבו, 2.10.2011).

27 ראו: שם, פסקה כ"ה לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

28 ראו: חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, ס"ח 43.

29 ראו: הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 61) (הסדר לסגירת תיק מותנית), תשס"ט-2008, ה"ח הממשלה 210.

30 ראו: סעיף 67א לחוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 66), תשע"ב-2012, ס"ח 599.

סיפורה הרטורי והמהותי של ההכרעה הפלילית

תיקים בגין היעדר עניין לציבור אם החשוד יודה ויתחייב לקיים תנאים כתשלום לאוצר המדינה או לפיצוי הקרבן עד 14,400 שקלים. אם ימלא התנאים, לא יואשם והתיק ייסגר, ואם לא – יואשם. ימים יגידו אם התיקון מקדם הגנה על זכויות חשודים ונאשמים או שמא פועל לטובת אינטרסים של המדינה והציבור. סביר להניח שהתיקון משרת את הפרקליטות בהקנתו לה כוח חדש, כלי חדש בארגון.³¹

5. מעצרים

עולם המעצרים רחב ומגוון ומעלה שאלות אין-ספור. קושי מרכזי בו הוא מספר התיקים הרב שבהם מתעוררות שאלות של מעצר שיש להן מסגרת פורמלית עצמאית לביקורת שיפוטית. גם כאשר מגיעים התיקים לבית המשפט העליון, הם נדונים בפני דן יחיד, והדבר מביא לחוסר אחידות בנוגע לדיני המעצר, שממילא ההחלטות בהם מתאפיינות באינדיווידואליזציה יתרה, כשהדיון נוטה להתמקד בעובדות ובראיות יותר מאשר בשאלות משפטיות. אגע בקצרה בהחלטות חשובות.

(1) **מעצר ואלימות:** האם אלימות משטרית שננקטה לכאורה כלפי הנאשם בעת מעצרו והיעדר טיפול רפואי בזמן משליכים על שאלת מעצרו עד תום ההליכים? השופט רובינשטיין ציין כי במקרים שעילת המעצר אינה חזקה, אלימות חמורה עשויה להשליך על שאלת המעצר. הפעם לא ראה עילה לרשות ערעור.³²

(2) **מעצר מנהלי מול האפיק הפלילי:** בג"ץ דן בעתירה של עצורים מנהליים שתקפו את חוקיות מעצרים.³³ השופט רובינשטיין קבע כי מעצר מנהלי הוא אמנם אמצעי חריג ופוגעני במיוחד, אך לעתים אין מנוס ממנו. על הרשויות להשתדל להעמיד לדין עצירים. בסופו של דבר מחק בג"ץ את העתירות בהעבירו מסר לרשויות לשקול את עמדתן בהמשך הדרך ובהבהירו ששביתת רעב של עצורים, כשלעצמה, אינה שיקול המשליך על תקפות המעצר המנהלי.

(3) **מעצר וכשרות לעמוד לדין:** בפרשה שעניינה הצתת בית מגורים נדון המנשק שבין דיני המעצרים לבין הדין העוסק בחולי נפש. בית המשפט המחוזי קבע שהנאשם אינו כשר לעמוד לדין ולכן הורה על שחרורו. בקשת עיכוב ביצוע נדחתה מהטעם שבית המשפט "איבד" את הסמכות להורות על מעצרו בשל הקביעה שאינו כשר לעמוד לדין. השופט עמית הורה על עיכוב השחרור, ובהחלטה עצמה קבע שחוות דעת בנוגע

31 מנגד, קיומה של חלופה נוספת מצריך את הפעלתה לפי כללי המשפט המנהלי ואולי גם החוקתי ויאפשר במקרים המתאימים תקיפה של החלטה להעמיד לדין. האם הכלי החדש ראוי או רע? ראו דיון קצר: ירון קוסטליץ, "בתפקיד ריבוננו של עולם: רשויות התביעה", **עורך הדין** (2012) 66; אורן גול-אייל, "עסקה די טובה", **עורך הדין** (2012) 69.

32 ראו: בש"פ 8921/11 **פלוגי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 2.12.2011).

33 ראו: בג"ץ 3267/12 **חלאחלה נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון** (פורסם בנבו, 7.5.2012).

לא־כשרות אינה שוללת את האפשרות להמשיך ולעצור, וודאי שאין להימנע מעיכוב ביצוע.³⁴ עמית צלל לחוק לטיפול בחולי נפש, הטעים את ההבחנה שבין כשרות נאשם בשעת העברה לבין כשרותו לעמוד לדין וסרטט תרשים כיצד לגשת לסוגיית הכשרות לפי השלב הדיוני שבו היא מתעוררת. הוא קבע שהפורום לבירור כשרות הנאשם הוא המותב הדן בתיק העיקרי ולא שופט המעצרים, שיסתפק ויבחן את שאלת המעצר לפי דיני המעצרים לאור שאלת הראיות והעילה. עמית סיים והורה על מעצר עד תום ההליכים.

(4) **ערר מעצר:** השופט מלצר ביקר בחריפות את החלטת בית המשפט המחוזי למחוק ערר על מעצר לשלושה ימים משום שלא ראה טעם בקיום הערר: "מושכלות יסוד הן שאת סדר הדין הפלילי יש לקיים ככלל כלשונו, ואין לסטות ממנו ימין ושמאל גם בנסיבות של דחיפות, או כאשר עולה חשש כי היצמדות להוראות החוק תעכב, כביכול, במידת־מה את ההליך הפלילי, או את הליך החקירה".³⁵ לגישתו, סדר הדין הפלילי נועד להתוות פעולה דווקא במקרים קשים, והדבר נובע משלטון החוק ומההגנה החוקתית הנתונה לפרט ומהצורך להבטיח הליך הוגן שמעוגן ברמה החוקתית. כלומר, מלצר קבע שכאשר יש אפשרות לקיים דיון אפקטיבי של ערר מעצר, יש לעשות כן בנוכחות הצדדים, בעיקר במצב משפטי שערר לבית המשפט העליון הוא ברשות בלבד. גם לגופה של החלטה מצא מלצר לנכון להתערב.

6. ניסוח אישומים

הפרקליטות ממשיכה לחדש בכל הנוגע לאינטרנט. לראשונה בישראל, בשלהי דצמבר 2011, הואשמו שני אנשים באיננוס מרחוק. יוסף סבח הואשם באיננוס במרמה דרך האינטרנט בכך שהביא קטינה להחדיר דברים לאיבר מינה.³⁶ לאחר ימים ספורים הואשם פסח מלמד באיננוס ילדה דרך הטלפון בכך שהביאה להחדיר דברים לאיבר מינה.³⁷ כמה חודשים לאחר מכן הואשם גם יצחק דנינו באיננוס דרך תזה דומה.³⁸ בהיעדר הכרעות

34 ראו: בש"פ 509/12 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 17.4.2012).

35 ראו: בש"פ 6332/12 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 12 לפסק הדין (פורסם בנבו, 29.8.2012).

36 או: תפ"ח 40230-12-11 מדינת ישראל נ' סבח (לא פורסם, עותק שמור במערכת). ביום 9.12.2012 הודה סבח והורשע במעשים מגונים ובעברות נוספות, לאחר שהפרקליטות מחקה את סעיף האיננוס, ונדון לשש שנות מאסר בפועל.

37 ראו: תפ"ח (מחוזי ת"א) 34267-12-11 מדינת ישראל נ' מלמד (לא פורסם, עותק שמור במערכת). למיטב ידיעתי, גם הוא הודה בהסדר טיעון במעשים מגונים.

38 ראו: מ"ת (מחוזי חי') 54901-03-12 מדינת ישראל נ' דנינו (פורסם בנבו, 7.5.2012). גם הוא הודה בהסדר טיעון במעשים מגונים.

דין, בינתיים, החידוש הגדול פה הוא בעצם ההעמדה לדין לפי עברות אלו, שהיא עניין דיוני המצוי בשיקול דעת הפרקליטות.³⁹

בהמשך לשיקול דעת זה בג"ץ ממשיך את הקו של אי-התערבות בנוגע לניסוח אישומים, הן כשהבקשה להתערב באה מטעם ההגנה והן כשהיא באה מצד הקרבן. נאשם בפגיעה בפרטיות ובחדיירה לחומר מחשב בגין צילום שכנותיו במצבים אינטימיים ובגין חדיירה לתיבת דואר אלקטרוני הודה בעובדות וביקש להודות בעובדות נוספות שעליהן נחקר במשטרה. לאחר מכן תיקנה התביעה את כתב האישום והוסיפה עברה של מעשה מגונה. הנאשם שב וביקש להודות בעובדות שלא פורטו ועתר לבג"ץ לצורך כך. השופטת נאור דחתה את עתירתו על הסף וציינה שאין כל בסיס להיענות לה, ומלבד זאת לנאשם אין זכות לכפות על התביעה או על בית המשפט לכלול עברות שונות בכתב האישום נגדו.⁴⁰ שיקול דעת זה נתון לתביעה, ואילו הנאשם רשאי לבקש, לאחר שהודה והורשע, לדון אותו גם על עברות נוספות.

מן העבר השני של המתרס, נפגעי עברה שפנו לחייב את התביעה להחמיר את סעיף האישום שנבחר נדחו. משפחת המנוח ניסים אסידו תבעה להעמיד לדין בגין רציחתו לא רק את הרוצח אלא גם שלושה מעורבים שהואשמו בעברות קלות יותר. ניסיונות השכנוע לא עלו יפה בפרקליטות, וגם לא בבג"ץ: השופט ג'ובראן דחה את העתירה על הסף על רקע מתחם שיקול הדעת הרחב שניתן לפרקליטות בעניין הערכת ראיות ומתחם הביקורת הבג"צי הצר.⁴¹ בדומה לזה נדחתה עתירת יאיר נתיב לחייב את פרקליט המדינה לאפשר לגורמים שלישיים לעיין בחומר החקירה (נתיב עצמו היה עד לאירוע ולכן מנוע מעיון) בתיק שבו הועמד לדין הנהג שאחראי למות אביו כדי לאפשר לו לטעון שסעיף האישום המתאים הוא הריגה ולא גרם מוות ברשלנות. השופטת חיות דחתה העתירה בקצרה, ציינה שמי שאינו צד לעתירה אינו זכאי לעיין בחומרים, והדגישה את הלכת אי-ההתערבות של בג"ץ בשיקולי התביעה לעניין העמדה לדין.⁴²

7. זכות העיון בחומר החקירה לאחר הגשת כתב אישום

כמו בנוגע למעצרים, גם בנוגע לדיונים על זכות העיון יש חיסרון מובנה מהיותם בפני דן יחיד, מה שמקצין את הפן האינדיווידואלי של החלטה ומפחית מחשיבותה העקרונית. בכל זאת ניתנו השנה כמה החלטות בעלות חשיבות עקרונית, שתיים של השופט הנדל, שניתח בהרחבה ולעומק את השאלות שלפניו, ואחת של הרכב.

39 לביקורתי שלי על המהלך התביעתי ראו: אסף הרדוף, "אינוס מרחוק או רחוק מאינוס? על מחוקק אדיש, על תביעה יצירתית ועל דיני האונס, מטרם וגבולותיהם" (טרם פורסם).

40 ראו: בג"ץ 8501/11 גבר נ' השופט רון (פורסם בנבו, 15.12.2011).

41 ראו: בג"ץ 8265/11 אסידו נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 19.1.2012).

42 ראו: בג"ץ 4993/12 נתיב נ' פרקליט המדינה (פורסם בנבו, 12.7.2012).

פלוני הואשם בעברות מין רבות וחמורות בבתו הקטינה. בחקירה המשטרתית צולמו איבריה המוצנעים בידי רופא מהמכון לרפואה משפטית באבן-כביר, הועלו על מדיום דיגיטלי, ועל בסיסן נכתבה חוות דעת רפואית מטעם המדינה. השאלה שעלתה היא אם מומחה ההגנה זכאי להעתיק את הצילומים לשם כתיבת חוות דעת או רק לעיין בהם במכון הפתולוגי. השופט הנדל הפך את החלטת בית המשפט המחוזי שניתנה בדעת רוב וקבע שנוכחותו של מומחה ההגנה רלוונטית, אך אינה מכרעת.⁴³ לגישתו, יש לשמור על פרטיות הנפגע בהליך הפלילי ולהימנע מפגיעה לא מידתית בה, בעיקר כשמדובר במתלוננת קטינה. זכות עיון כן; זכות העתקה לא.

בעניין אחר קבע הנדל שתרשומת שערכה פרקליטה של שיחתה עם ילדה מתלוננת על עברות מין שנעשו בה – היא חומר חקירה.⁴⁴ הוא הדגיש שהכלל העיקרי שמגדיר "חומר חקירה" הוא רלוונטיות וסרטט בחדות ובבהירות את עקרון-העל המחבר בין זכות נאשם לעיין בחומר חקירה לבין האינטרס הלגיטימי של התביעה שלא לחשוף תרשומת פנימית: מתן הזדמנות לצד במשפט הפלילי לבצע עד תום את תפקידו – הן להגנה, שתעיין בחומרים, והן לתביעה, שתוכל לערוך תרשומת חופשית. באותו מקרה דובר בבירור בחומר חקירה. בשל מבחני משנה שפרס באופן כללי ויישם באופן קונקרטי קבע הנדל שאין להסתפק בהעברת המידע להגנה בעזרת כלי שלישי; על התביעה להעביר את התרשומת שערכה הפרקליטה.

חודש אחר כך התכנס בית המשפט העליון במותב תלתא לדון בהחלטתו התקדימית של בית המשפט המחוזי לחייב את התביעה לסרוק על חשבונה חומר ראיות רב-שישים ארגזים – ולהעבירו לנאשמי פרשת חפציבה, כאשר זכות הצילום אינה אפקטיבית. השופט רובינשטיין קבע כי סעיפים 74–75 לחסד"פ אינם מטילים על התביעה חובה להכין עותקים בשביל ההגנה או לשאת בעלות יצירתם, והנחת היסוד היא שההגנה אחראית לעלות ההעתקה.⁴⁵ כלומר, לפי רובישנטיין, כל עוד תנאי העיון וההעתקה הולמים, אין על התביעה חובות נוספות. הסרת מכשולים כלכליים וטכניים באמצעות הטלת מימון ההעתקה על התביעה עשויה לחזק את זכות העיון, אך מנגד, לפי סעיף 3 לחסד"פ, מוסמך בית המשפט במקרים חריגים להכריע אחרת, למשל בתיקים גדולים במיוחד. האיזון הבסיסי מצוי בחסד"פ, ולפיו אין על התביעה חובה כאמור, וההגנה ככלל היא הנושאת בנטל. רובישנטיין דחה את הטענה שלפיה מוטב לקופה הציבורית

43 ראו: בש"פ 6695/11 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 27.9.2011). פסק הדין עוקב אחר הקו שהותווה 15 שנה לפני כן באשר לזכות לעיין בקלטת וידאו שבה נראית המתלוננת בעירום, לעיין אך לא להעתיק, אף שהחסד"פ מקנה את שתי הזכויות, ראו: בש"פ 6022/96 מדינת ישראל נ' מזור, פ"ד נו(3) 686. גם עשור אחר כך, כשדובר בעשרות ארגזי חומר חקירה, כשהחומר פגע בפרטיות פגיעה חמורה, לא ניתנה זכות ההעתקה. ראו: בש"פ 6640/06 קרוכמל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 7.9.2006).

44 ראו: בש"פ 3221/12 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 1.7.2012).

45 ראו: בש"פ 1956/12 מדינת ישראל נ' אלג'מיל (פורסם בנבו, 7.8.2012).

לממן רק את הוצאות ההעתקה במקרי ייצוג פרטי ולא את ייצוג הנאשמים. בנסיבות המקרה הוחלט לחלק את הוצאות הסריקה, פחות מ־60,000 שקלים, בין המשיבים.

8. סיכון כפול והחלפת שופטים

בדעת רוב הורשע פלוני בבית המשפט המחוזי בעברות מין חמורות בנכדתו. כמה חודשים לאחר הרשעתו הושב התיק למחוזי בשל מסרונים ששלחה המתלוננת לכעשרה גורמים שונים שלפיהם הוא חף מפשע. דא עקא ששופט המיעוט נפטר והוחלף, ושוב הורשע פלוני בדעת רוב, כששופטת שהרשיעה אותו קודם לכן זיכתה אותו הפעם בכתבה על המסרונים כעל אירוע שאי אפשר להתעלם ממנו במשפט פלילי. המשנה לנשיא ריבלין הורה באחת מפסיקותיו האחרונות על זיכוי מחמת הספק והתייחס לעקרונות השיטה – של הכרעה לפי רוב ושל התעלמות מפסק הדין המזכה של השופט שנפטר – שיצרה תחושת חוסר נוחות ומקריות בהרשעה. הדבר אינו נופל במסגרת משפטית מוכרת, אך מזכיר את דוקטרינת הסיכון הכפול שלא התקבלה במישורין בישראל ואינה חלה במישורין הפעם, ועדיין רלוונטית בשל הסיכון בהרשעה לנוכח תהפוכות הגורל: מות השופט המזכה שהוחלף בשופט אחר והפגיעה בסיכויי לצאת זכאי. ריבלין תהה שמא יש לראות בפרשה פרשה שהסתיימה בשני פסקי דין מזכים ובשניים מרשיעים, ולכן הנטל על המדינה לשכנע בצדקת ההרשעה ולא על המערער לשכנע בצדקת הזיכוי. בסופו של דבר, בשל הספק הסביר שמצא, הותיר זאת בצריך עיון והורה על זיכוי המערער. הנשיא גרוניס והשופט ג'ובראן הצטרפו לדעתו בשל נסיבותיו החריגות והמיוחדות של המקרה.⁴⁶

9. זכות הייצוג והליך הוגן

טענות בדבר ייצוג כושל ובלתי הולם ממשיכות לעלות וממשיכות להידחות, כמו בעבר.⁴⁷ אני מתקשה לראות את הנסיבות שבהן יקבע בית המשפט בזמן אמת, להבדיל משנים רבות לאחר התיק,⁴⁸ כי ייצוג כושל הביא לתוצאה מרשיעה ואילו ייצוג אחר היה עשוי להפוך את פני הדברים. בית המשפט, להערכתו, לא יביט באהדה בביקורת של נאשם או סנגור כלפי סנגור שניהל את התיק, הן משום שאותו סנגור ודאי ממשיך להופיע והן משום שאין סוף לטענות אפשריות כאלו. אם הביקורת חדה ומוצדקת על פני הדברים, סביר שהתיק יושב למטה בהסכמת הפרקליטות וללא מתן פסק דין מפורט. אדם שהורשע בבית משפט השלום לאחר ניהול משפט הוכחות ערער לבית המשפט המחוזי והוקל בעונשו. בבית המשפט העליון טען שנפגעה זכותו להליך הוגן משום שלא

46 ראו: ע"פ 5336/10 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.8.2012).

47 ראו: ע"פ 5731/91 סוקולובסקיה נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 1, פסקאות 8–10.

48 ראו: מ"ח 7929/96 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 529, פסקאות 69–70.

זכה לייצוג בבית המשפט המחוזי. השופט רובינשטיין קבע שהבקשה לרשות ערעור אינה מעוררת שאלה משפטית חשובה, מה גם שאין לדבר על פגיעה בזכות להליך הוגן כשמדובר במי ששחרר את ההגנה וסירב בתוקף לייצוג אחר מהסנגוריה הציבורית.⁴⁹ עתירתו נצטיירה כחסרת תום לב, והיא נדחתה.

טרוניה נוספת על כשל בייצוג הייתה שהסנגוריה לא העלתה טענות פסלות הולמות בנוגע להודאות החוץ של הנאשם. השופטת ברק-ארז נשענה על המבחן ההלכתי לקבלת טענת כשל בייצוג, מבחן סיבתיותוצאתי שלפיו אלמלא הייצוג הכושל אפשר שתוצאת ההליך הייתה משתנה.⁵⁰ היא שבה על ההלכה שלפיה בית המשפט ייזהר ויהסס מאוד בטרם קבלת ערעור על רקע זה, במיוחד כשהסנגור הלך לעולמו. לאחר מכן בחנה ודחתה את הטענה הקונקרטית: ניהול הגנתו של נאשם בפלילי אינו מדע מדויק.

טענות על ייצוג כושל הועלו גם בתיק שוד: כשלים שלכאורה הובילו להרשעה ולעונש בן שלוש שנות מאסר וחצי. השופט דנציגר ציין את חשיבות הזכות לייצוג וציין שלדידו הזכות להליך הוגן היא חוקתית ונגזרת מהזכויות לכבוד ולחירות.⁵¹ אולם רק במקרי קיצון הפגיעה בשתי הראשונות עשויה להביא לזיכוי נאשם, אם יוכח שנגרם לו עיוות דין ממשי, קרי שאלמלא הייצוג הכושל הייתה תוצאת ההליך עשויה להשתנות. אם היו ליקויים בייצוג, הם צומצמו בדרכים שונות, והחשוב מכול: מסד הראיות להרשעה מבוסס מכדי למססו בטענות אחרות. ההרשעה והעונש נותרו על כנם.

שאלות אחרות נוגעות לפן מיוחד של זכות הייצוג – **חובת הייצוג**. נאשם פנה לסנגוריה הציבורית. הוא החל לאיים על כמה וכמה סנגורים שמונו והתחלפו בזה אחר זה ולגדפם. בקשת הסנגוריה להשתחרר מייצוגו נדחתה, ולאחר ערעור וניסיון נוסף שוחררה מהייצוג חרף חוות דעת בדבר מצבו הנפשי הבעייתי של הנאשם, המציב סימן שאלה ליד כשרותו לעמוד לדין. הנאשם ביקש בעצמו רשות ערעור מבית המשפט העליון וביקש שלא לשחרר את הסנגוריה מייצוגו מחשש שייגרם לו עיוות דין. השופט שהם דחה את הבקשה בשל היעדר חשיבות ציבורית בה ובשל היעדר טעם במינוי סנגור ציבורי שמיני במספר באשר חוסר שיתוף הפעולה ניכר.⁵²

בפרשה נוספת נדונה שאלת חובת הייצוג לאחר שהמערער ניהל את משפטו בעצמו, ורק בשלב הערעור הלין על כך והצביע על מגוון מקורות נורמטיביים שמחייבים ייצוג, כמו תיקון 49 לחסד"פ, שחייב מינוי סנגור בעת צפי או כוונה להטלת מאסר בפועל, תיקון שנכנס לתוקף לאחר תחילת המשפט. הנשיא גרוניס דחה את טענותיו וקבע שזכות הייצוג היא עקרון יסודי בשיטת משפטנו, והיא חשובה להגנה על זכויות חשודים

49 ראו: רע"פ 8253/11 נרייה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.12.2011).

50 ראו: ע"פ 10153/07 קייסי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 30.7.2012).

51 ראו: ע"פ 8868/11 בגימוב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.8.2012).

52 ראו: רע"פ 5434/12 אזנקוט נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.8.2012).

סיפורה הרטורי והמהותי של ההכרעה הפלילית

ונאשמים, שמתקשרת לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו,⁵³ ואף לעשיית צדק ולהגעה לאמת בשיטה האדוורסרית.⁵⁴ עם זאת בעת שהחל משפטו של הנאשם לא חייב הדין סנגור כאמור, והנאשם עצמו סירב להמליצות בית המשפט והתביעה שישכור לעצמו סנגור. גרוניס בחר ביעילות וקבע שהמשפט לא יבוטל: תיקון 49 קבע במפורש שתחולתו תוגבל לכתבי אישום מסוף 2006, כמה שנים לאחר האישום. גם הנחיות היועץ המשפטי לא הועילו, משום שלא כיסו את אותו אישום. הזכות לייצוג לא נפגעה. לא נגרם עיוות דין בשל היעדר הייצוג, באשר הערכאה הדיונית קבעה שהנאשם גילה בקיאות בחומר, חקר ביסודיות עדי תביעה וזימן עדי הגנה. בנוסף, זכה ל"מטרייה משפטית" מעורכי הדין של שותפו לאישום, שלא היה בינו לבין המערער ניגוד עניינים. טענותיו בנוגע לחובת הייצוג ולהשלכות היעדר הייצוג נדחו.

10. פסלות שופט

אין חידושים מרחיקי לכת בנוגע לסוגיה של פסלות שופט. שני פסקי דין ראויים לציון קצר: האחד ראוי לאזכור משום שנדיר להיתקל בבקשת פסלות שופט מטעם המדינה. לטענת התביעה, השופט ביקר, בלי שהדבר התבטא בפרוטוקול, את האופן שבו המשנה לפרקליט המדינה הפעיל שיקול דעת. בהמשך אמר בתיק אחר שהתביעה מאיימת עליו ו"מכרה אותו" ועוד. התביעה ביקשה לפסול את השופט, וזה דחה את בקשתה. המשנה לנשיאה ריבלין קיבל את ערעור המדינה ופסל את השופט בשל חשש ממשי אובייקטיבי למשוא פנים.⁵⁵

פסק הדין השני ניתן מקץ חודש והוא ראוי לאזכור בחזרתו על ההלכה. הנשיאה ביניש חזרה על שני רובדי טענת הפסלות, הדיוני והמהותי: כשהסנגור המתין למעלה משנה עם טענת הפסלות, השתהותו כשלעצמה תהיה עילה לדחיית הטענה. ביניש לא נמנעה מלנמק מדוע גם מהותית אין עילת פסלות.⁵⁶ מסופקני אם יגיע המקרה שבו בית המשפט העליון יסתפק בפן הדיוני, שכן תהיה בכך אמירה משתמעת שלפיה השופט היושב בדין ראוי להיפסל אך לא נפסל רק מסיבה דיונית טכנית. אמירה כזו אפשרית משפטית, אך כמעט בלתי אפשרית נורמטיבית.

11. טענות מקדמיות – הגנה מן הצדק

"הגנה מן הצדק" ממשיכה להיטען במקרים רבים ולהתקבל במעטים. סבורני שהסנגוריה נשענת עליה בהיותה סעיף סל עמום ורחב בפורטנצייה, כשסוף-סוף המילה

53 ראו: חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150.

54 ראו: ע"פ 816/10 גולד נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.9.2012).

55 ראו: ע"פ 7497/11 מדינת ישראל נ' אלקובי (פורסם בנבו, 14.11.2011).

56 ראו: ע"פ 8499/11 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 8.12.2011).

"צדק" מוצאת מקום בחוק פורמלי; מאותה סיבה בתי המשפט אינם מחויבים לקבלה ויעשו כן במקרים נדירים מאוד.

בפרשה של פרסום תרופות מזויפות (לאין-אונות) והפצתן הועלתה טענת אכיפה בררנית, תחילה בשל שכיחות הפרסומים בתקשורת בנוגע לתרופות, ובהמשך בעיקר בשל גורם אחר שלא נחקר אף שאזכר בחקירה בחשד לאותו מעשה. השופטת ברק-ארז דחתה את הטענה וציינה שאכיפה בררנית היא פסולה, אלא שלא בנקל יקבע בית המשפט שהייתה כזו.⁵⁷ הנטל לביסוס הטענה על הנאשם, ואם לא יניח תשתית הולמת, תידחה טענתו בשל חזקת החוקיות (וכך נקבע הפעם). אם יניח, יבחן בית המשפט את קבוצת השוויון שעמה נמנה הנאשם, ובהמשך אם ההחלטה להבדיל נובעת מסדרי עדיפויות וחלוקת משאבים לגיטימית. גם אם יש אכיפה בררנית מטעמים פסולים, אין זאת אומרת שהסעד יהיה הגנה מן הצדק, להבדיל מהקלה בעונש.

מקרה שבו התקבלה הטענה היה בנוגע לעברות כלכליות. בית המשפט המחוזי, לאחר לבטים ובחינה מדוקדקת של החלטת בית משפט השלום וההתפתחויות בעמדת התביעה לאחריה, הסיק שבאותו מקרה העמדת רואי החשבון לדין ללא הנישומים פוגעת פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, ולאורה לא ראתה הנשיאה ברלינר מנוס אלא להותיר את ביטול האישומים על כנם.⁵⁸

12. עקרון הפומביות

חוק בתי המשפט⁵⁹ תוקן בינואר 2012.⁶⁰ התיקון אוסר על פרסום שמו של חשוד ב-48 השעות הראשונות לאחר התייצבותו לחקירה, למעט מקרים מיוחדים שבהם בית המשפט מתיר פרסום כאמור בשל העניין הציבורי או בשל בקשת החשוד עצמו. במצב שבית המשפט בחר לאסור פרסום שמו של חשוד לזמן רב יותר, יפקע צו איסור הפרסום עם הגשת כתב האישום אלא אם החליט בית המשפט אחרת. על הרשות החוקרת ליידע את החשוד בדבר זכותו לבקש לאסור את פרסום שמו. תיקון זה זכה לתשומת לב תקשורתית מרובה ולביקורת בדבר פגיעה בזכות הציבור לדעת ובדבר "מדינת משטרה".⁶¹ ביקורת זו אינה מוצדקת לטעמי, באשר החוק בסך הכול מגן על חזקת החפות החברתית של הפרט בשלב מוקדם מאוד וקצר בחקירתו. אם כבר, הגיעה העת

57 ראו: ע"פ 8551/11 כהן סלכגי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.8.2012) (להלן – פרשת כהן סלכגי).

58 ראו: ע"פ (מחוזי ת"א) 15757-04-11 מדינת ישראל נ' גרינוולד (פורסם בנבו, 18.6.2012).

59 ראו: חוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, ס"ח 198.

60 ראו: חוק בתי המשפט (תיקון מס' 69), תשע"ב-2012, ס"ח 124.

61 למשל: <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4173479,00.html>; הארץ <http://www.haaretz.co.il/news/law/1.1613113>.

לטעמי לחשוב מחדש על שמירה על שמו הטוב של הפרט החשוד, שהנוק לחזקת החפות החברתית שלו⁶² הוא לעתים קרובות בלתי הפיך.

שאלת פומביות הדיון עלתה גם בפסיקה. הוגש כתב אישום משותף בגין שני מקרי אינוס בצוותא, לאחר שהתיק נסגר לאחר הפרשה הראשונה ונפתח מחדש לאחר תלונה שנייה ודומה. בדיון בבקשת המעצר עד תום ההליכים עררו השניים נגד הסרת צו הפרסום על שמם וטענו שנוכח חולשת הראיות יש להימנע מהסרה. השופט עמית דחה את הערר: אין לקשור בין עצמת הראיות לבין פרסום שמו של נאשם.⁶³ לדבריו, הכלל הוא פומביות הדיון: פרסום שם הנאשם גם תוך סיכון ששמו ייפגע פגיעה בלתי הדירה. הסיכון האמור אינו חריג ומיוחד, ולכן אינו שולל כשלעצמו את הפרסום.

13. הסדרי טיעון

בפרשה שעוררה סערה ציבורית הואשם אדם באינוס בכוח. לאחר עדות המתלוננת הגיעו הצדדים להסדר טיעון שלפיו יודה באינוס במרמה, על שהציג עצמו בפניה כיהודי רווק בעוד למעשה היה ערבי נשוי, והצדדים יטענו לעונש כראות עיניהם אך רק לפי כתב האישום המתוקן. בית המשפט המחוזי הרשיעו לפי הודאתו וגזר עליו 18 חודשי מאסר בפועל. בערעורו רמזה ההגנה, אולי בצדק, שהעובדות שמכוחן הורשע אינן עברה כלל. אולם השופט מלצר קבע, גם הוא בצדק, שהסכם הטיעון מחייב את ההגנה ואינו מאפשר לה להתנער ממנו או להתייחס ל"עובדות" שנותרו מחוץ להסכם: אין לגרור ערעור על גזר דין למחוזות של ערעור על הכרעת דין.⁶⁴ למרות האמור וגם בשל עמדת התביעה הקל בית המשפט עם הנאשם וצמצם את מאסרו בפועל לחצי. בעיניי, הפן המעניין ביותר בפרשה הוא זה שעליו לא נכתב בבית המשפט: הפיקצייה העובדתית שנוצרה בהסדר הטיעון, שלפיה ערכי הורשע באונס יהודייה לאחר ששיקר בנוגע למוצאו. הפיקצייה כזכור עוררה סערה פוליטית גדולה מחוץ לבית המשפט, ושכנראה לא הייתה אלא נבראה.⁶⁵

בפרשה מאוחרת בחן בית המשפט אם יש להגביל את יכולתו של נאשם לחזור בו מהסכמתו להסדר טיעון בנוגע לטווח ענישה. דובר ברצח אכזרי על רקע כבוד המשפחה שבוצע בידי המערער בהיותו קטין, והוסכם כי הנאשם יודה והצדדים יעטרו לעונשים בני 16 שנות מאסר ועד 20 שנות מאסר. בדעת רוב הטיל עליו בית המשפט המחוזי 18 שנות מאסר. דעת מיעוט הציעה להסתפק ב־13 שנים. בבית המשפט העליון ביקש פלוני לאמץ

62 ראו: בש"פ 5759/04 תורג'מן נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 658, פסקה 19.

63 ראו: בש"פ 197/12 חוד נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 16.2.2012).

64 ראו: ע"פ 5734/10 קאשור נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 25.1.2012).

65 ראו: המכון הישראלי לדמוקרטיה <http://www.idi.org.il/> ספרים-ומאמרים/מאמרים/התחזות-לאונס-על-תיק-סאבר-קאשור ; <http://www.ynet.co.il/articles/> ; <http://www.haaretz.co.il/misc/1.1219822> ; 0,7340,L-3921932,00.html

את דעת המיעוט. השופט ארבל קבעה שבשל פער הכוחות בין ההגנה לתביעה אין לשלול מהנאשם שלילה גורפת את האפשרות לחזור בו מהסכמתו להסדר.⁶⁶ בהיותו "שחקן חד-פעמי", המגבלות החלות עליו מצומצמות מאלו החלות על התביעה בהקשר זה, אך עדיין ייבחן תום לבו וייבחן אם התגלו נסיבות חדשות. אף שדעת המיעוט מגלה נסיבה חדשה, יש לבחון אם העונש שהוטל מאוזן, ואכן כן. עונשו עמד.

14. טענות חדשות בערעור

היש לבחון טענות משפטיות שעלו רק בשלב הערעור? השופט עמית ציין שככלל בשלב הערעור אין לאפשר העלאת טענות חדשות שלא עלו ולא נתלבנו בערכאה הדיונית. אולם משום שהונחה תשתית עובדתית מספקת בערכאה הדיונית, הגם שלא הועלה הטיעון המשפטי, בחן עמית ודחה לגופה טענה בנוגע לסייג השכרות.⁶⁷ החלטת עמית הגיונית ואף מתבקשת בעיני מבחינת מראית פני הצדק: במצב שבו אין צורך לשוב מטה לבירור עובדתי, כאשר התשתית הראייתית מלמדת שיש דברים בגו, אין לדחות ערעור אך בגין הטענה שהטיעון לא הועלה למטה, אך מובן שיש לבחון אותו בזהירות יתרה, ולא על נקלה יתקבל.

שונה השאלה במצב שבמקום סוגיה משפטית חדשה תחת אותה תשתית מתבקש בית המשפט לאשר שינוי גרסה שיחתור תחת התשתית העובדתית. השופט זילברטל תהה אם בשלב הערעור יש לאפשר למערער לשוב לגרסתו בחקירת המשטרה, שבה הודה במעשים מגונים, כאשר בכך תצטמצם זירת המחלוקת ולאורה לא יספיקו ראיות הסיוע להרשעה באינוס. הוא שקל זאת "מאחר ובדיני נפשות עסקינן..."⁶⁸ אלא שלאור עקרונות היסוד של ההליך המשפטי, קבע, ישבש הדבר את ההליך והוא אינו אפשרי בשלב זה: העלאת גרסה חלופית בערעור תתאפשר רק אם הונחה תשתית מתאימה בערכאה הדיונית, למשל ראיות נסיבתיות. במקרה האמור דובר בראיות ישירות. לדבריו, שינוי חזית טקטי של המערער תוחם מחדש את יריעת המחלוקת, נוגד לגמרי את גרסתו

66 ראו: ע"פ 1421/10 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 18.7.2012). פרשה זו "התכתבה" עם פרשה קודמת שבה נדונה שאלה דומה, אך בנוגע לתביעה: דנ"פ 1187/03 מדינת ישראל נ' פרוץ, פ"ד נט(6) 281. שאלה מרתקת הנוגעת להסדרי טיעון עלתה בעניין גרינשפן וזכתה לתשומת לב ציבורית נרחבת. הואיל ופסק הדין ניתן בתשע"ג, אמנע מהתייחסות אליו הפעם. ראו: בג"ץ 681/12 גרינשפן נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 19.9.2012). לסוגיה התייחסתי בתקשורת, ראו: וואלה חדשות <http://news.walla.co.il/?w=/2971/2570897>.

67 ראו: ע"פ 7164/10 ג'אן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 1.12.2011) (להלן – פרשת ג'אן). לניתוח סייג השכרות לגופו אגיע בחלק של דיני העונשין.

68 ראו: ע"פ 7508/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 22 לפסק דינו של השופט זילברטל (פורסם בנבו, 27.8.2012).

ואת קו הגנתו בבית המשפט המחוזי ומעלה שאלות שלא נבחנו "...בכור ההיתוך הדיוני..."⁶⁹ הערעור על ההרשעה נדחה.

15. זרקור על הפסיקה: חיפושים, חשד סביר ועקרון חוקיות המנהל

(א) הצגת פסק הדין

בענייני, פסק הדין המרכזי של השנה באפיק סדר הדין הפלילי הוא **בן חיים**.⁷⁰ אציגו בהרחבה ואציע התייחסות משלי.

הדיון התמקד בשלוש בקשות לפסול ראיות, שתיים בתיקי סמים ואחת בתיק החזקת סכין. אברהם בן חיים צעד בתל-אביב ושוטרים ביקשו להזדהות, ולאחר שגילו שיש לו רישום פלילי, ביקשו לחשוף את שבכיסיו. כשציית נתגלתה סכין, ובשל כך הובל לתחנה והועמד לדין. השופט דן מור מבית משפט השלום זיכהו בשל החיפוש הלא חוקי והצורך להגן על זכויות האזרח. בית המשפט המחוזי הפך את ההחלטה והרשיעו.

יגאל ג'בלי הורשע, בשתי ערכאות, לאחר שנמצאה כמות סם מזערית בחדרו בחיפוש משטרה שנערך בנוכחות אמו בלבד (שעמה גר), בלא שהסבירו לה את דבר זכותה לסרב לחיפוש, שלושה שבועות לאחר שהגיע למשטרה מידע מודיעיני. גם ויקטור עייש הורשע בהחזקת 734 כדורי אקסטזי לאחר שנערך חיפוש בביתו בלי צו, בעקבות מידע מודיעיני טרי.

שלושת המורשעים קיבלו רשות ערעור. המדינה השיבה שדיני החיפוש צפויים להסדרה מחודשת בחוק, ועד אז הסכמת הנחפש מבססת הסכמה מדעת. אשר לבן חיים ולשניים האחרים אין הכרח לפנות לבית המשפט להשגת צו, כדי לא להעמיס עליו שלא לצורך.

הנשיאה (בדימ') ביניש דחתה את טענת המדינה שיש להסתפק בהסדרה חקיקתית צפויה של דיני החיפוש, הטעימה את חשיבותה של דרישת הסף הראייתי לחשד סביר והציעה כמה אינדיקציות כלליות לביסוסה. גם אם רוקן החשוד כיסו בעצמו נחשב הדבר לחיפוש. בהיעדר צו ובהיעדר עילה לחיפוש הסכמת הנחפש עשויה לשמש מקור סמכות לביצוע חיפוש, כעמדת המדינה, אך רק הסכמה **מדעת** תכשיר את הפגיעה בפרטיותו. הסכמה כזו תתגבש אם השוטר המחפש הבהיר לאדם שזכותו שלא להסכים לחיפוש, ושהסירוב לא יפעל לחובתו. בשלושת המקרים שנדונו ההסכמה שניתנה לא הייתה מדעת; בשניים הראשונים היא הייתה המקור היחיד להסמכת החיפוש, ולכן החיפוש אינו חוקי ותוצריו פסולים. בן חיים וג'בלי זוכו, כי המדינה לא טענה שניתן להרשיעם בלי אותן ראיות. הרשעת עייש נותרה עומדת משום שהיה מקור סמכות אחר לעריכת החיפוש בשל המידע העדכני. השופט ארבל הצטרפה לעמדת הנשיאה בשל

69 שם.

70 פרשת **בן חיים** (לעיל, הערה 15).

ההכרח להילחם בתרבות הסכינאות, הסמים והאלימות ובשל נכונותה לשלם את המחיר החברתי הרב הכרוך בחיפוש, משום שמדובר בכלי אכיפה מניעתי מרכזי וחיוני. השופט דנציגר הצטרף לתוצאה אך לא להנמקה ולמסר. לדידו, חיפוש לא חוקי מפר קשות את הזכות להליך הוגן, והדבר עשוי להוביל לפסילת הראיות. הודגשו עקרון חוקיות המנהל ולאורו חוסר הרלוונטיות של זכות האדם לוותר על פרטיותו כמו גם אי-יכולתו המעשית של אדם מן היישוב, בעיקר חברי קבוצות אוכלוסייה מוחלשות, לסרב לבקשת שוטר לעריכת חיפוש.

(ב) שבח: הגנה על זכויות הפרט

פסק הדין זכה לתהודה משפטית רחבה ואף תורגם לאנגלית באתר הרשות השופטת.⁷¹ יש לברך את הנשיאה ביניש שדחתה את טענת המדינה שלפיה מה שעשתה המשטרה אינו חיפוש כלל, שכן בן חיים הוא שהוציא את הסכין מכיסו לבקשת השוטרים. אכן, מה בכך אם החיפוש נעשה כך או אחרת? מעניין לגלות כי אין בחוק או בפסיקה הגדרה מופשטת לחיפוש, ולא ברור אם מותר למדינה לפעול פעולות כאלו ואחרות, שאת חלקן ההיגיון מחייב לאפשר לה. בפקודת החיפושים אין כל הגדרה לחיפוש, ובחוק החיפושים יש רשימת פעולות הנחשבות לחיפוש פנימי או חיצוני, אך אין הגדרה מופשטת. פירוש הדבר שסוג הטיעון הזה של המדינה ודאי ישוב ויעלה בעתיד: המדינה תטען שפעולה מסוימת אינה חיפוש, ובית המשפט יכריע. האם חיפוש בגוגל הוא חיפוש? חיפוש בעיניים? חיפוש במכשיר לגילוי מתכות? ודאי ישוב לכך בעתיד הודות לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית, שאלמלא היא, לא היה נערך בדיעבד כל דיון בחוקיות החיפוש, כאמור בפרק 1.ב.

ההיבט המשפיע של פסק הדין היה הראייתי, ואף שהוא הסתיים בזיכוי עבריינים קלים ובהרשעת עברייני חמור, הוא עדיין הדהד בערכאות הדיוניות והוביל לשלל זיכויים.⁷² פסק הדין מביע נכונות לזכות במודע אשמים בשל החיפוש הלא חוקי שנעשה להם. במובן זה מדובר בפסק דין ליברלי המבכר את זכויות הפרט על האמת ועל האינטרס הציבורי.

(ג) ביקורת: ההסכמה ופגמיה

לפסק הדין היבט נוסף, ליברלי פחות, המתבטא בחלקו בפולמוס בין השופטות לשופט, ובחלקו נסתר מהעין. אפתח בחלק הגלוי ואתקדם לסמוי.

71 ראו: http://elyon1.court.gov.il/files_eng/09/410/101/n10/09101410.n10.htm
 72 ראו למשל: ת"פ (שלום ת"א) 27302-01-12 מדינת ישראל נ' מסלר (פורסם בנבו, 17.6.2012). התקשורת דיווחה גם על סגירת כשבעים תיקים (!) בעקבותיו. ראו: Ynet <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4261489,00.html>. להיבט הראייתי של פרשת בן חיים אשוב בקצרה בחלק הראייתי.

בפן הגלוי פסק הדין אינו ליברלי בשני מובנים קשורים זה לזה, הנוגעים לשאלת ההסכמה לחיפוש: המובן האחד מביט בפרט ובטיב הסכמתו. ההסכמה היא מונח מרובד ועשיר: לא הרי הסכמה כהרי הסכמה מדעת כהרי הסכמה חופשית.⁷³ הנשיאה ביניש קבעה כי לא די שהפרט יסכים; על הסכמתו להיות **מדעת**, וכזו ניתן לגבש רק אם השוטר יסביר לאזרח שזכותו שלא להסכים לחיפוש ושהסירוב לא יחושב לחובתו ולא יצדיק כשלעצמו פעולת שיטור נוספת. מנגד, השופט דנציגר תהה אם אזרח באמת מסוגל לסרב לבקשת השוטר. דומני שבכך כיוון דנציגר להיבט אחר של ההסכמה: **חופשיותה**. אכן, כמאמר הסנדק, יש הצעות שאי אפשר לסרב להן. למשל, כשאקדח מכוון לעבר אדם וארנקו נדרש, הוא מסכים למסירתו, ואף מסכים מדעת, מתוך הבנת הסיטואציה הרעה שבה הוא נתון. מנגד, הסכמתו בבירור אינה חופשית. לדעתי, הצדק עם דנציגר. שוו בנפשכם אזרח עברייני ששוטר מבקש ממנו לשלוף את שבכיסיו. מדוע שאותו אזרח **עברייני** יסכים מדעת לבקשה שאין לצדה שיניים לשוטר? עברייני רציונלי שמבין את זכויותיו לא יסכים לחיפוש, ומבחן ההסכמה מדעת אינו יכול להוביל לחיפוש חוקי בעניינו. העברייני הרציונלי שיבין את המצב עשוי לשתף פעולה רק אם חרף הבנתו הוא אינו סומך על השוטר שיכבד את מילתו ויעזבנו בשקט בלי לחפש, לעכב אותו או לעצור אותו. דנציגר הביין את הנקודה. דעת הרוב החמיצה או התעלמה.

(ד) ביקורת: שאלת ההסכמה והרף הראייתי

ראש ביקורת שני נוגע לפן אחר של ההסכמה, פן המתמקד במשטרה ולא באזרח. הליברליות של פסק הדין מתבטאת בנכונות לפסול ראייה שהושגה בחיפוש לא חוקי. על הליברליות הזו, על הגנת זכויות הפרט הזו, מאפילה נקודה מרחיקת לכת. פסק הדין הזה יוצר, **יש מאין**, סמכות חיפוש שיטורית שאינה כתובה בחוק. פקודת החיפושים מסדירה חיפושים במקומות ועל הגוף. חוק החיפושים מסדיר חיפושים בגוף ובתוכו. פקודת התעבורה מסדירה חיפושים נוספים וכך עושים גם חוקים אחרים. מה שלא הוסדר בחוק ומה שלא הותר במפורש – אסור למשטרה לעשותו. זהו **עקרון חוקיות המנהל**, שהנשיאה מגלה מודעות לו אך אינה מתמודדת עמו ברצינות, אף שדנציגר נשען עליו וגורס כי ההסכמה מדעת אינה הופכת את העיקרון על פניו. אין זה משנה לאיזו פעולה הפרט מסכים ולאיזו לא.⁷⁴ המשטרה, כרשות מנהלית, ועוד רשות חזקה במיוחד, כפופה

73 סעיף 3 לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981, ס"ח 128 (להלן – חוק הגנת הפרטיות). החוק מגדיר במפורש כי ההסכמה ששוללת את העוקץ מהפגיעה בפרטיות היא הסכמה מדעת. מנגד, אינוס הוא עברה המתגבשת בסעיף 345(א)(1) לחוק העונשין בשל היעדר הסכמה חופשית. הרחבתי על רבדיה השונים של ההסכמה בעניין עברת האינוס, על חלופותיה השונות: הרדוף (לעיל, הערה 39).

74 טיעון האוטונומיה של הפרט שהועלה על ידי המדינה, של זכותו לוותר על פרטיותו, מקומם במדינה שכופה על הפרט לחגור חגורות בטיחות ואוסרת עליו להמר ואינה מכבדת את האוטונומיה שלו באשר לעצמו בשלל מקרים.

לחוק ורשאית לנהוג רק על פיו. הדבר נכון באופן כללי, ונראה לי נכון ביתר שאת כשמדובר בחיפושים, פעולה רחבה, מוכרת ומוסדרת בשלל חיקוקים. לדעתי, יותר מתרומתו של פסק הדין לזכויות הפרט ולחירות ותורם הוא דווקא לפגיעה בהן באמצעות הכשרה כללית מטעם בית המשפט העליון לסוג רחב של פעולות שהמחוקק לא ראה לנכון להתיר, ואף ניתן להבין שהוא ביקש לשללן. המחוקק נמנע מלתת לשוטר סמכות חיפוש אצל אדם שלא נתגבש כנגדו חשד סביר. החשד הסביר הוא כמובן מונח אמורפי, ברת-מרון ובר-שקר, אך הוא בכל זאת משהו, הוא איננו כלום. החשד הסביר הוא חלק מתפיסה כוללת של המחוקק, ששזורה לכל אורכו של סדר הדין הפלילי, ולפיה בטרם פוגעים בזכות פרט כלשהי באופן כלשהו, יש לצלוח רף מסוים: **רף ראייתי ששומר על האזרח**. בהיעדרו, לא יוכל השוטר לעצור ולחפש, לא יוכל השופט לחתום על צו חיפוש ומעצר, לא תוכל התובעת להעמיד לדין, לא תוכל השופטת לחייב את הנאשם להשיב לאשמה וכדומה. ההסדר הקיים בפקודת התעבורה בנוגע לדגימות נשיפה, שסקרתי קודם, הוא חריג שמלמד על הכלל: אין להטריד את האזרח ללא רף ראייתי. אותו הסדר גם מלמד שכאשר המחוקק מעוניין לתת למשטרה סמכות פוגענית ללא כל חשד, הוא יודע לעשות כן. לא כך נהג בעניין החיפושים על הגוף. איך ייתכן שבית המשפט יכשיר – לא ימחל באופן קונקרטי, אלא יכשיר באופן כללי – סמכות שיטורית שהמחוקק בחר שלא להקימה?

לפני קצת יותר משלושים שנה ניתנה החלטת בג"ץ בעניין **קטלן**.⁷⁵ דובר בעתירה נגד התנהלות של שלטונות בתי הסוהר, שניסו להילחם בהברחות סמים וכשלו, עד שהחלו לבצע חוקן כפוי לאסירים חשודים, בהוראת מנהל בית הסוהר ובהיתר מרופא, והדבר הביא לתפיסת כמויות סמים גדולות ובהמשך להפחתה דרמטית בשיעור המשתמשים בסמים. חרף הצלחת הפעולות קבע השופט (כתוארו דאז) ברק כי אין לערוך חיפוש כזה בלא הסמכה מפורשת. הוא דחה את טענות המדינה שלפיהן חיקוקים כאלו ואחרים מאפשרים חוקן וסירב להכיר בפרקטיקה הזו אף שהכיר בתועלתה ובתכליתה הראויה. העתירה התקבלה והנוהל נפסל לנוכח התנגשות האינטרס (שבשפה של היום היה נקרא זכות ולא אינטרס) לשלמות הגוף ולכבוד האדם עם האינטרס של המדינה ושל האסירים לניהול תקין של בית סוהר נקי מסמים. אם סבורה המדינה שראוי לפעול לפי הפרוצדורה האמורה, קינח ברק את פסק דינו, תתכבד ותסדיר את העניין בחקיקה ראשית.⁷⁶

אף שפרשת **קטלן** לא הוזכרה בעניין **בן חיים** כלל, הדמיון בולט: אזרח שעובר חיפוש משטרתי בלי הסמכה, ובית משפט עליון המזהה פרקטיקה פולשנית שיטתית וקובע שאינה חוקית. לצד הדמיון קיים פער גדול בין בג"ץ **קטלן** לבין רע"פ **בן חיים**. בראשון הפסק נחרץ וחד-משמעי: ללא עיגון בחקיקה הפרקטיקה פסולה ואסורה ודבר

75 ראו: בג"ץ 355/79 **קטלן נ' שב"ס**, פ"ד לד(3) 294.

76 מ"מ הנשיא ח' כהן והנשיא לנדוי הסכימו בקצרה וקראו להסדיר את העניין בחקיקה ראשית.

לא יכשירנה, למעט התערבות המחוקק; בשני הפסק מהוסס ודו-משמעי ואינו מתואם עם המחוקק כלל: הפרקטיקה כפי שנעשתה – פסולה. אם תיעשה אחרת – מה טוב. האם פער זה ניתן להצדקה? ומה פשרו? תחילה אנסה למצוא הצדקה ובהמשך אנסה למצוא הסבר.

הצדקה אפשרית לפער היא שבפרשת **קטלן** מדובר בגורם מיוחד, לא סתם פרט אלא אסיר, הנתון למרות המדינה ומוגבל מאוד בחירותו ובזכויותיו וזקוק אולי להגנה מיוחדת במצב המיוחד שבו הוא מצוי, בעיקר למול פרקטיקה פוגענית במיוחד, ופרקטיקה חוזרת. מנגד, בפרשת **בן חיים** מדובר באזרח המהלך ברחוב ושמצוקתו אינה גדולה במיוחד, ואין סיבה להניח שיפגוש בשוטרים מדי יום, ולכן אולי די לצמצם את הפרקטיקה ולא להעלימה. זו הצדקה אפשרית, אך אינה משכנעת לטעמי (גם) משום שהאזרח ברחוב מעניין אותנו לא פחות מהאסיר. הפער אינו מוצדק, אך בהחלט ברהסבר. ההסבר שעולה על דעתי קשור להקשר של בג"ץ **קטלן**, השונה מהותית מההקשר של **בן חיים**, בשני מובנים מכריעים וקשורים זה לזה: האחד הוא שעניין **קטלן** אינו עוסק כלל בסדר דין פלילי ובדיני ראיות. **קטלן** הוא פסק דין חוץ-פלילי. בית המשפט אינו ניצב בפני הפיתוי הראייתי הגבוה.⁷⁷ הפרקטיקה של החוקן לא באה לצורכי העמדה לדין אלא לצורך מנהלי. בלי הפיתוי הראייתי קל יותר לבית המשפט להעדיף זכויות אדם על אינטרסים. המובן השני נוגע לקטלן עצמו: הוא, כמו יתר העותרים, סבל מהפרקטיקה לשווא. קל לעמוד לצד זכות הפרט שנפגע כשאותו פרט לא עשה דבר שהצדיק את הפגיעה, ולו בדיעבד. מנגד, רע"פ **בן חיים** מצוי עמוק בתוך העולם הפלילי. הפיתוי הראייתי על השולחן. **בן חיים**, כיתר חבריו, אינו חף מפשע. פרקטיקה לא חוקית הופעלה עליו. אולם הוא אדם אשם, מה שמביא אותי לראש הביקורת האחרון.

(ה) ביקורת: "סדר דין פלילי – הסיפור שלא סופר"

רע"פ **בן חיים** מסמיך את המשטרה לערוך חיפוש שהמחוקק לא הסמיכנה לערוך. זאת בתנאי שתבקש ותתקבל הסכמת הנחפש, הסכמה מדעת. מטריד שבית המשפט העליון מקבל עליו את תפקיד המחוקק ומשתמש בו לרעת הפרט דווקא. מטריד עוד יותר לחשוב על הפגיעה הרחבה הנובעת מכך; כוונתי לא לאשמים הפעם, אלא לחפים. חשבו על חף ההולך ברחוב ופוגש בשוטר המבקש ממנו לשלוף את אשר בכיסו. החף סובל אי-נעימות מכך שהשוטר "נטפל" אליו בלי שום יסוד סביר לחשד. החף שוקל את צעדיו. שלוש חלופות מרכזיות על הפרק: בראשונה החף אינו מפנים שמותר לו לסרב, ולכן הוא חושף את שבכיסו; בשנייה החף מבין שמותר לו לסרב אך הוא בכל זאת חושף את שבכיסו משום שאין לו מה להסתיר; בשלישית החף הפנים כאמור ומתווכח עם השוטר, שאולי מצדו לא הבין שלאחר סירובו של האזרח לחיפוש אמור העניין להסתיים,

77 עליו ארחיב בהמשך המאמר, בחלק של דיני הראיות.

ואי-הבנתו זאת של השוטר עלולה לסבך את הדברים. להערכתו, שתי החלופות הראשונות תהיינה השכיחות. כלומר, **החפים** יהיו הסובלים העיקריים מהלכת **בן חיים**. בית המשפט העליון, במקום לומר למשטרה נחרצות כי אסור לה לחפש ללא חשד סביר, אמר לה כי הדבר מותר, ובלבד שתינתן הסכמה. החפים צפויים להסכים, לסבול לרגע ולהמשיך בחייהם. אם בקשת החיפוש אינה משפילה ואינה דורסנית, ואם החיפוש שטחי, הפגיעה אינה גדולה. ובכל זאת היא קיימת, וכנראה המחוקק נמנע מלאפשר סמכות חיפוש ללא חשד סביר משום שפגיעה זו אינה זניחה בעיניו. בית המשפט העליון החמיץ את הפגיעה, ואין זה פלא, באשר היא חמקנית סדרתית. כמה חפים עברו חיפוש לא חוקי – אין לנו דרך לדעת. רובם ככולם (גם אני) יסכימו לחיפוש במצב כזה. רובם ככולם (גם אני) ירטנו לרגע וימשיכו בחייהם. מערכת המשפט לא תדע על כך, משום שבהיעדר אישום לא צפוי אתגר לפרקטיקה הנפסדת, ומנגד, אם נמצאה ראייה לאשמה, על הפרקטיקה הנפסדת יאפילו ראיות משכנעות והרצון להרשיע אשמים. רע"פ **בן חיים** משקף סיטואציה חוזרת של חיפוש לא חוקי באשמים, ולראיה עשרות התיקים שנסגרו אחריו, כאמור לעיל. מנגד, הסיטואציה של חיפוש לא חוקי בחפים גם היא חוזרת, ואפשר לשער שהיא אף שכיחה, אלא שקריאת התיגר עליה אינה צפויה לעלות במשפט משום שלחף אין כאן רוח כלשהו ואין לו מסגרת ברורה לתקיפת הפרקטיקה. בג"ץ **קטלן** הוא החריג שמעיד על הכלל: חפים⁷⁸ שיש להם מה להרוויח מתקיפת הפרקטיקה, וזאת בהיותם שחקן חוזר, נחפשים סדרתיים, קהל שבוי תרתי משמע. אילו בכל בוקר היה האזרח ברחוב פוגש בשוטר, והלה היה עורך בו חיפוש ללא יסוד סביר לחשד, היה הסיכוי לאתגור משפטי בג"צי (כי אין הליך סד"פי, כזכור) של הפרקטיקה המשטרתית גדל מאוד. כרגע, החיפוש מתפזר על חפים רבים שסובלים בשקט ושיוכלו להודות על כך לבית המשפט העליון, שהקנה סמכות שיטורית שהמחוקק בחר שלא להקנות. את סיפורם של אלו איש לא יספר. סדר הדין הפלילי מלא בסיפורים נעלמים.⁷⁹

ב. דיני הראיות

דיני הראיות מגוללים את "דיני הקריאה". החומר כבר הושג ונפרס לפנינו. כיצד נקרא אותו? מה נדגיש ומה נמחק? סדר הדין הפלילי הוא בחלקו דרכה של המשטרה לכתוב את הסיפור. דיני הראיות נוגעים בעיקר לדרכו של בית המשפט לקרוא אותו.

78 חפים מעברות הסמים, כמוכן. בכל זאת דובר באסירים.
79 למשל, הסיפור הבא לא סופר על ידי בית המשפט העליון ועל ידי בית משפט השלום אך הודגש בבית המשפט המחוזי: בן חיים כבר הודה בעברה בבית משפט השלום. שופט השלום הוא שעמד מאחורי הרעיון לטענת ההגנה. ראו: ע"פ (מחוזי ת"א) 7250/09 **מדינת ישראל נ' חיים**, פס' 27–31 לפסק דינו של השופט המר (פורסם בנבו, 9.7.2009). אם כן, נראה שיזמה פרטית של שופט שלום היא שהולידה את הלכת **בן חיים** החשובה.

בתהליך הקריאה, כמו בתהליך הכתיבה, אין לאשר דריסת ערכים בשם הרצון להגן עליהם בהקשר אחר.

להבדיל מתחום סדר הדין הפלילי, שקל יחסית לסרטטו כרונולוגית לפי התקדמות ההליך, דיני הראיות מתפזרים ומתפרקים לשאלות רבות, לאו דווקא באופן סדור. אגע בכמה סוגיות שבהן ניתנו פסקי דין חשובים בתשע"ב. מרבית הסוגיות עוסקות בשאלות של קבילות/פסלות ראיות. אפתח בשאלות "פסלות עובדתית", דהיינו קבלת ראיות או פסילתן על רקע שאלת תרומתן לביורר האמת; אתקדם לשאלות "חסימה/פסלות ערכית", מניעת ראיות או פסילתן על רקע פגיעתן בערך החיצוני לאמת; אמשיך לשאלות ראייתיות נוספות; אסיים בשני פסקי דין מרכזיים.

1. קבילות עובדתית – עדות שיטה ומעשים דומים

פרשת הנשיא לשעבר קצב לא העלתה לטעמי שאלות משפטיות מורכבות. קצב ניהול התיק ואורכו של פסק הדין מרמזים אולי שבתי משפט מוכנים להשקיע את זמנם המוגבל בניתוח לפרטי פרטים של תיק שאינו מורכב מבחינה משפטית וגם אינו מורכב במיוחד מבחינה עובדתית, אולי בשל העניין הציבורי בתיק.⁸⁰ ובכל זאת לפסק הדין חשיבות מסוימת בנוגע לקבילות של עדות שיטה ומעשים דומים: השאלה היא אם ומתי ניתן להביא ראיות בדבר מעשים שליליים של הנאשם כראיה לביצועם של המעשים שבהם הוא נאשם. ארבע נשים העידו בתיק אף שלא היו חלק מכתב האישום באשר תלונתן התיישנה. ההגנה גרסה כי מטרת העדויות להכפיש את הנאשם ואי אפשר ללמוד עדות שיטה מעדות על מעשה מגונה לצורך אישום בגין אינוס או מעדות אחת בלבד. השופטת ארבל דחתה הטענות: גם עדות אחת יכולה להקים עדות שיטה.⁸¹ לגישתה, אין למנוע קבלת עדויות כאלו מחשש לאבדן הזיכרון, אחד הרציונלים להתיישנות; חשש זה יטופל במישור המשקל. ערעורו של קצב נדחה על כל חלקיו.⁸² בלי להיכנס ליתר הכרעת הדין, איני בטוח שאכן הגיוני להסיק שיטה משני מקרים שאינם כוללים "כרטיס ביקור..." ייחודי.⁸³ אלא שבכל הנוגע לדיני ראיות, באופן מעניין, אין בררת מחדל חוקית של קבילות או של אי-קבילות, ולכן בית המשפט – ודאי בית המשפט העליון – מוסמך לעצב את הכללים, לקבל או לפסול. אין מדובר בחשיפת עבר פלילי אלא בהבאת עדויות נוספות באישומים אחרים שנותרו מחוץ לתיק בגין התיישנות, וזאת כדי לשכנע

80 תיקן של אהוד אולמרט, שזוכה השנה ממרבית העברות, ודאי מורכב יותר, ועדיין אין זה רגיל שבית משפט כותב הכרעת דין בת 743 עמוד. ראו: ת"פ (מחוזי י-ם) 426/09 מדינת ישראל נ' אולמרט (פורסם בנבו, 10.7.2012).

81 ראו: ע"פ 3372/11 קצב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.11.2011).

82 גם בקשת קצב לדין נוסף נדחתה, ראו: דנ"פ 864/12 קצב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 13.5.2012).

83 ראו: ע"פ 648/77 קריב נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 729. עמדת הרוב של השופטים עציוני וכהן נגד דעתו החולקת של השופט שמגר.

שהמתלוננות שהעידו – הן ולא הנאשם – דוברות אמת. לא מן הנמנע שהן באו בדיוק לשם השחרת הנאשם, אך אין פירוש הדבר שעדותן פסולה בשל כך. ההשחרה מכוונת עמוק לתוך זירת המחלוקת ואינה באה אך כדי לומר שמדובר בעבריינין, אלא שגרסת החפות התמה שלה היא כזו שמתנגשת במספר רב של גרסאות נגדיות. ייתכן שהגיעה השעה לעצב כללים ברורים בעניין הבאת ראיות בדבר מעשים קודמים, פליליים או שליליים גרידא, במשפט הפלילי ומחוץ לו.

2. קבילות עובדתית – ראיות מדעיות – פוליגרף

הפעם האחרונה שבדיקת הפוליגרף ניצבה בפני מבחן משפטי מקיף הייתה לפני 25 שנה, בעניין **ביאזי** המפורסם. גם אז דן שופט יחיד בבדיקת הפוליגרף לגופה, ואילו שני חבריו נמנעו מלהתייחס לכך, וזאת בשל הסכמת הצדדים על מנגנון הכרעה.⁸⁴ שמונה שנים לאחר מכן נפסק שהבדיקה אינה קבילה במשפט הפלילי, ללא הסבר מקיף ושיטתי.⁸⁵ מאז ועד היום לא נדון העניין מחדש ברצינות. והנה, כמה החלטות בשנה החולפת העלו מחדש לדיון את סוגיית הפוליגרף. אמנם באופן מהוסס ועקיף, אך חשובה העלאת השאלה עצמה לדיון אם ניתן להישען על בדיקת הפוליגרף כראיה קבילה. פסיקה חדשה מרמזת לאפשרות לדיון מחדש בשאלת הקבילות של בדיקת פוליגרף.

בבקשת מעצר עד תום ההליכים באישום של רצח ייחסה השופטת ארבל משקל לתוצאת בדיקת הפוליגרף כאינדיקציה לחיזוק טענת הנאשם שרצח את המנוח משום שהלה התעלל בו מינית.⁸⁶ לפיכך גילתה נכונות לשקול חלופת מעצר אף בעברה כה חמורה, אף בהכירה שככלל הראיה האמורה אינה קבילה בהליך עצמו.

בבקשה לצירוף ראיה שהוגשה לבית המשפט העליון סירב השופט (כתוארו דאז) גרוניס לקבל בדיקת פוליגרף בשל ההלכה שלפיה אין הראיות הללו קבילות.⁸⁷ ייתכן שיחולו שינויים בנושא אמינות הבדיקה בשל ההתפתחות המדעית והטכנולוגית, אלא שלגישתו טיעון כזה מצריך הנחת תשתית מחקרית או מדעית בערכאה הדיונית. השופטת ארבל סברה שתיתכן קבלת ראיה כזו במקרים מתאימים, אך הותירה הדיון לעת מצוא. השופט הנדל התייחס להחלטתה בעניין המעצר והטעים שלעת עתה הראיה אינה קבילה בהליך עצמו, ולכן גם אינה קבילה בדיון מעצר עד תום ההליכים; אם תתקבל, תתקבל גם לחובת הנאשם.

נכונות שיפוטית להתייחס לבדיקת הפוליגרף בשלב המעצר עד תום ההליכים עלתה בתיק שעניינו עברות מין חמורות בקטינות. השופט סולברג הפנה לבדיקה שערכה המשטרה שלפיה הנאשם דובר אמת, ומצא לנכון להתחשב בה חרף ההלכה המקובלת

84 ראו: ע"א 61/84 **ביאזי נ' לוי**, פ"ד מב(1) 446.

85 ראו: דנ"פ 188/94 **מדינת ישראל נ' אבוטבול**, פ"ד נא(2) 1 (להלן – עניין אבוטבול).

86 ראו: בש"פ 8896/11 **ימר נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 9.1.2012).

87 ראו: ע"פ 3399/11 **פלוני נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 27.2.2012).

בנוגע לפוליגרף, וזאת בהליכי מעצר בנסיבות מיוחדות וכן בשל נזק ראייתי שהסבה המדינה לעורר ובשל תמיהות שעולות מהודעות המתלוננות.⁸⁸ לפיכך הורה על מעצר בית.

אפשר שיש מקום לחשיבה מחודשת בנוגע לפוליגרף, טכנולוגיה שעברה שינויים בעשרים וחמש השנים האחרונות, וייתכן שניתן להיעזר בה במצבים מסוימים.⁸⁹ הצדק עם הנשיא: כדי לדון מחדש, ואכן ייתכן שהגיעה השעה לכך, נדרשת תשתית ראויה מלמטה למעלה. כעת, בשל דברי הנשיא ייתכן שערכאות דיוניות יגלו נכונות לדון בשאלה מחדש ולא לדחותה על הסף.

3. קבילות עובדתית – ראיות מדעיות – תעבורה

שני פסקי דין בשבוע אחד ביצרו את חוזקן של ראיות מדעיות ככלי מרשיע בעברות תעבורה. השופט ג'ובראן הכריע שאין הכרח שנוסף על הבדיקות היומיות והתקופתיות הנעשות למכשירי מדידת מהירות מסוג ממל"ז, תחויב משטרת ישראל גם לכיילם כיוול תקופתי על פי אמות מידה מטרולוגיות.⁹⁰ לדבריו, חזקת האמינות של המכשירים קמה גם בנסיבות כאלו, ועל המצולמים לסתרה, שאם לא כן, ניתן לבסס הרשעות על תוצאותיהם. בהמשך לכך עלתה הסוגיה של הסתמכות על בדיקת ה"נשוף" לצורך הרשעה בדין. אמינות המכשיר כבר הוכרעה בעבר; כעת נדונה אמינות הכיול של המכשיר. המשנה לנשיא (בדימ') ריבלין קבע שאמנם הכיול אמין, וניתן להסתמך על בלוני הכיול שמיוצרים בחוץ לארץ: השיטה המדעית שמאחורי הבדיקה מקובלת ומוכחת.⁹¹

4. קבילות עובדתית – רס גסטה

שאלת הרס גסטה, קבילותה של עדות שמועה שנאמרה בנסיבות ספונטניות, עלתה באישום בחבלה בכוונה מחמירה. כשעה וחצי לאחר האירוע שוחח המתלונן טלפנית עם אשתו והפליל את הנאשם ובני משפחתו בתקיפה; בהמשך הפלילם בשנית בשיחה עם אשתו ואחייניו שביקרוהו בבית החולים. השופט שהם התייחס לדרישת העיתוי בסעיף 9 לפקודת הראיות⁹² וקבע כי לשם הכשרת הדברים כראיה לתוכנם אי אפשר

88 ראו: בש"פ 3978/12 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 7.6.2012).
89 גם ספרות עדכנית מעודדת זאת, ראו: אסף זגורי ואברהם זגורי, **דין הפוליגרף – כבדיקה וכראיה בהליך המשפטי** (תשע"ב).
90 ראו: רע"פ 2997/11 כהן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 1.7.2012).
91 ראו: רע"פ 3981/11 שרביט נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.7.2012).
92 ראו: סעיף 9 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א–1971, דמ"י נוסח חדש 421.

להיעזר בכיטוי "ההזדמנות הראשונה", שמופיע בסעיף 10 לפקודה,⁹³ אלא יש לבחון אם הדברים מקיימים את דרישת הספונטניות.⁹⁴ בשל פער הזמנים, שומעי העדות ומצבו הנפשי והפיזי של המתלונן קבע השופט שהם שהאמרה אינה עומדת בתנאי הרס גסטה ולכן לא תתקבל כראיה לתוכנה אלא רק כראיה לאומרה. המתלונן הפליל את הנאשם בבית המשפט, והאמירה המוקדמת העידה שלא רקם עלילה נגדו. אציין שכמובן אין חדש בכך: אמירות ודאי קבילות לאומרן כשהן עשויות להשליך על מהימנות הגרסה של עד חשוב במשפט.

5. קבילות עובדתית – מסדרי זיהוי וזכות הייצוג

בתיק רצח נדונו מסדרי זיהוי שנערכו לחשודים ולכלי הרכב שבהם נעשה לכאורה שימוש ברצח. השופט ג'ובראן הרחיב בסוגיה, הצביע על שיטות זיהוי אפשריות לבדוק את כוח הזיכרון החזותי של העדים והתמקד במסדר הזיהוי החי, שמצריך שמונה ניצבים דומים בחזותם לחשוד, זכות של החשוד להתנגד לנוכחות ניצבים, הזכות לקבוע את מקומו בשורה והזכות לנוכחות סנגורו במסדר ולהצגת שאלות מטעמו לעד.⁹⁵ לדבריו, הזכות האחרונה חשובה ותורמת לעריכת מסדר לפי הכללים, אך אין בהפרתה כדי לפגום בקבילות הזיהוי, והיא עשויה אך להשפיע על משקלו, אם בכלל, שכן לעתים נשמרות זכויות הנאשם גם בלי נוכחות הסנגור. לפי השופט ג'ובראן, אם המסדר היה פגום או שלא תועד כהלכה, אם היעדרות הסנגור נגרמה באשמת המשטרה, ומגורמים נוספים הנוגעים לצורכי החקירה ולדחיפותה, יופחת משקל הראיה. באותו מקרה לא נכח סנגורו של החשוד, כנראה משום שהוא לא הגיע למסדר שתואם עמו. במצב שכזה לא תוכל ההגנה להביא להפחתה במשקל הזיהוי, בעיקר משום שהחשוד עמד על זכויותיו ומימשן והתיעוד היה כמעט רצוף. לאור זאת נדחו טענות ההגנה בעניין.

6. מחסום ערכי: חסיונות – הכרה בחיסיון פסיקתי חדש

הכרה בחיסיון פסיקתי חדש אינה דבר של מה בכך. קטין נאשם בהרג חברו הקטין. האם להגנה זכות לעיין בחוות דעת המומחים המקצועיים ששימשו את שירות המבחן להכנת התסקיר בעניינו: הערכה פסיכיאטרית ואבחון פסיכולוגי? השופט זילברטל הרחיב בעניין קצין המבחן, שאינו תובע או סנגור, אלא תפקידו ללמוד את הנאשם ונסיבותיו ולהמליץ לבית המשפט, שאותו הוא משרת כידו הארוכה, על סיכויו שיקומו

93 ראו: סעיף 10 לפקודת הראיות [נוסח חדש]. בעיניי ניתן לתמוה מדוע סעיף זה לא ביסס קבילות הפעם, שהרי דובר באמרת קרבן אלימות.

94 ראו: ע"פ 7555/11 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 18.7.2012).

95 ראו: ע"פ 4514/10 דיבה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.9.2012).

סיפורה הרטורי והמהותי של ההכרעה הפלילית

של הנאשם.⁹⁶ הקצין אינו עד מומחה ואינו מייצר ראייה אלא המלצה גרידא, ולכן מותר לו להישען על ראיות שאינן קבילות כשלעצמן, והוא אינו נחקר בבית המשפט. השופט זילברטל הדגיש שאף שאין הוראת חוק המייצרת חיסיון ברור, יש לשמור על חסיון ההליכים של הכנת התסקיר כדי לאפשר שיתוף פעולה מצד גורמי הקהילה השונים ולשמר את עצמאות שיקול הדעת של השירות. הסכמת הנאשם לשתף פעולה עם שירות המבחן פירושה הסכמה לגדרי החיסיון המקובלים בעבודת שירות המבחן. הערעור על העונש נדחה. השופט עמית הצטרף וציין שהחוק יוצר הוראות סודיות ולא חיסיון, אלא שראוי לגזור מהן בפרשנות חיסיון יחסי יציר הפסיקה, כפי שעשתה הפסיקה בעבר. גם השופט ג'ובראן הסכים ששירות המבחן אינו חייב להעביר את החומרים לעיון ההגנה, אך בהנמקה שונה מזו של חבריו, המדגישה שאין פה כל פגיעה בזכות להליך הוגן, ולכן אין טעם להראות שהפגיעה שנעשתה היא מידתית.

7. קבילות ערכית – דוקטרינת הפסילה הפסיקתית

הצגתי קודם בהרחבה את פרשת בן חיים בנוגע לשאלת החיפוש.⁹⁷ חידוש חשוב נוסף באותה פרשה הוא הנכונות לפסול ראיות חפציות, ולא סתם ראיות חפציות, אלא כאלו שמציאתן ברשות הנאשם מספיקה על פי רוב להרשעתו. בן חיים זוכה מהחזקת סכין מפני שנערך עליו חיפוש ללא סמכות, באשר לא היה יסוד לחשוד בו; ג'בלי זוכה מהחזקת כמות סם קטנטנה משום שחלון הזמן החוקי לחיפוש משטרתי ללא צו (שעות ספורות) נסגר בטרם הגיעה אליו המשטרה. במקרה אך שלא במפתיע,⁹⁸ הרשעתו של המערער השלישי עייש בהחזקת 734 כדורי אקסטזי נותרה עומדת באשר נמצא שהחיפוש שנערך היה חוקי.

בעיניי, שני פסקי הדין הראייתיים המרכזיים בשנה החולפת קשורים אף הם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית. האחד הוא פרחי, שעוסק בהפרת חוק והפרת הבטחה מנהלית;⁹⁹ האחר הוא שמש, שמתמקד במועד התחולה של דוקטרינת הפסילה.¹⁰⁰ לשניהם אשוב בתום החלק הראייתי.

96 ראו: ע"פ 3472/11 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.9.2012). בפסק דין משנת המשפט תשע"ג נותח בהרחבה החיסיון העיתונאי. ראו: רע"פ 761/12 מדינת ישראל נ' מקור ראשון המאוחד (פורסם בנבו, 29.11.2012).

97 ראו: פרשת בן חיים (לעיל, הערה 15).

98 גם סנג'רו לא הופתע מההצהרה על מחויבות לשמירה על זכויות החשוד ולהליך הוגן ללא תשלום מחיר חברתי נדרש. ראו: בועז סנג'רו, "כלל פסילת הראיות שהושגו באמצעים פסולים מתפתח, אך עדיין ללא נכונות לשלם מחיר חברתי (ולזכות אשם בעבירה חמורה שעודנו חי)", משפטים על אתר ד (תשע"ב) 25, בעמ' 48.

99 ראו: פרשת פרחי (לעיל, הערה 7).

100 ראו: דנ"פ 5852/10 מדינת ישראל נ' שמש (פורסם בנבו, 9.1.2012) (להלן – עניין שמש).

8. קבילות ערכית – מדובבים, תחבולות, זכות ההיוועצות ודוקטרינת הנזק הראייתי

בתיק רצח הועלתה שאלת השימוש במדובב שפעל אקטיבית לעודד את הנאשם לשקר לחוקריו ואף סייע בגיבוש השקר. השופט ג'ובראן ציין שהדבר מטיל צל כבד על קבילות ההודעה כולה והזכיר את הצורך לשמור על זכויות החשוד וגם את הצורך להגיע לאמת. הוא קבע שכאשר גורמי החקירה מסייעים לגבש גרסה מפלילה, שותלים ראיות או מסייעים להתגבשותן, עשוי הדבר להוביל לפסילת ראיות. הפעם, בשל הפירוט הרב של ההודעה המשטרית שנמסרה ולנוכח החיזוקים הרבים שנמצאו, אין לפסול את הראיות.¹⁰¹

השופט ג'ובראן הוסיף והתייחס לדוקטרינת הנזק הראייתי, אותה דוקטרינה שלפיה צד שהסב נזק ראייתי לצד האחר – הנזק עשוי לשאת משמעות ראייתית לחובתו. השופט ג'ובראן כתב כי כשהנזק הנטען מתייחס לראיה שהוגשה לבית המשפט ומקשה על הנאשם לטעון נגד הראיה, יישקל הנזק הראייתי כחלק מבחינת מהימנותה של הראיה, ובמקרים קיצוניים עשוי אף להביא לפסילתה לא רק כדי לשמור על זכויות הנאשם אלא גם כדי להגיע לאמת. הפעם דובר באבדן תיעוד החלק החשוב ביותר של החקירה כולה, שהקשה על הנאשם להוכיח טענותיו. לכן הציב ג'ובראן דרישת סיוע ולא חיזוק גרידא,¹⁰² לנוכח "...ראייה מרכזית שדגל שחור משחור מתנוסס מעליה".¹⁰³ הוא הותיר בצריך עיון את השאלה אם הצגת ראיות מדעיות בהקשר שגוי, נתוני איכון שקריים, היא תחבולה מותרת. לבסוף החליט להתערב ולזכות את אחד הנאשמים מחמת הספק והותיר את הרשעת השני חרף הבעייתיות בכך.

תיק רצח נוסף עסק בקבילות הודאה של מי שלאחר שניהל משפט זוטא הורשע בבית המשפט המחוזי ונשלח למאסר עולם.¹⁰⁴ השופט הנדל פסל את הודאתו בשל שלילת זכות ההיוועצות במצב שהנחקר ביקש במפורש שוב ושוב להיפגש עם עורכת דינו, ששמה הושחר על ידי חוקריו, שגם איימו לכלוא את כל בני משפחתו. השופט הנדל סירב לתת לחומרת העברה משקל ממשי בנוסחת האיזון של פסילת הראיה. מנגד, הוא קיבל את הודאת המערער בפני המדובבים, דחה טענות הנוגעות למחדלי חקירה ואישר את הרשעתו. השופט דנציגר הצטרף והוסיף על חשיבות הזכות הבסיסית להיוועץ בעורך

101 ראו: ע"פ 2869/09 זינאתי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.11.2011) (להלן – פרשת זינאתי).

102 הסיוע הוא התוספת הראייתית המשמעותית ביותר, בפער גדול, ומצריך ראיה עצמאית המסבכת את הנאשם. ראו: ע"פ 4649/01 אסולין נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 616. החיזוק הוא תוספת ראייתית מינורית, המחזקת את מהימנותה של הראיה הראשית. ראו: ע"פ 6147/92 מדינת ישראל נ' כהן, פ"ד מח(1) 62.

103 ראו: פרשת זינאתי (לעיל, הערה 101) בעמ' 31.

104 ראו: ע"פ 5956/08 אל-עוקה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.11.2011) (להלן: עניין אל-עוקה).

סיפורה הרטורי והמהותי של ההכרעה הפלילית

דין במסגרת החקירה המשטרתית ועל ההכרח לכבדה ולאפשר לנחקר מימוש אפקטיבי שלה גם כשאינה נוחה ורצויה לה. ודאי שאסור למשטרה להשחיר את שם הסנגורית.¹⁰⁵ סוגיית הסכמי המדובבים עלתה בעניינו של אדם שהורשע בעברות מין בעקבות הודאות בפני מדובב ונשלח ל-12 שנות מאסר בפועל. בערעור שהגישה משפחתו לאחר מותו בכלא נדון בבית המשפט העליון הנוסח של הסכם המדובבים. השופט דנציגר התייחס לנוסח שערכה המשטרה וציין שאין בו שיפור רב מהנוסח הקודם שעליו העיר בית המשפט בעבר,¹⁰⁶ אך בעיניו עדיין קיימת סכנה רבה שהמדובב, לעתים קרובות עברייך לשעבר שמועסק על ידי המשטרה, יתמרץ יתר על המידה להשיג הודאה, לרבות הודאת שווא.¹⁰⁷ המדינה אינה רשאית להתפרק מחובותיה כלפי נחקרים באמצעות שימוש במדובב. עם זאת הדגיש השופט דנציגר כי לא הסכם הדיכוי יחרוץ את קבילות ההודאה אלא סעיף 12 לפקודת הראיות ולצדו שאלת הפגיעה בזכויות הנאשם. באותו מקרה לא מצא פגם בפעולת הדיכוי בפועל והערעור נדחה.

בפסק דין ארוך במיוחד, בתיק שעניינו חבלה חמורה ועברות נלוות כלפי שוטרים, נדונו בהרחבה שיטות חקירה פסיכולוגיות, הגבולות הלגיטימיים שלהן, ואם הן תחבולות חקירה נפסדת. השופט דנציגר כתב שמיצוי הדין עם אשמים וחשיפת האמת מחייבים היוזקות לתחבולות, לרבות תחבולות פסיכולוגיות, שהן אמצעי חיוני לחקירה יעילה.¹⁰⁸ הפסיקה הכירה בסמכות החוקרים להטעות נחקרים ולהציג לפניהם מצגי שווא אך לא לבדות ראיות בגין החשש מהטיית שיקול דעת הנחקר והבאתו למסירת הודאת שווא. השופט דנציגר קבע כי "...המונולוג הסוגסטיבי", נאום ארוך ומתיש של החוקרת שמפציר בנחקר להודות ומבקש לשבור את כוח התנגדותו ולגבור על זכותו לשתוק דרך טמטום חושיו, חזרה רצופה וממושכת על תוכן דומה שמבקש לשכנע את הנחקר שעליו להודות, הוא שיטת חקירה פסולה מיסודה הסותרת את הזכות מפני הפללה עצמית. זאת, בעיקר כשהוא עצור כמה ימים ונמנעה ממנו זכות ההיוועצות והוא לא הוזהר כדין. על המשטרה להתמקד בחקר האמת ולא בשכנוע חשודים להודות. כל חשוד ניתן להתיש לכדי הודאה, אך לא זו המטרה. על המשטרה לתור אחר ראיות מדעיות ולצמצם ההישענות על הודאות. מנגד, תרגיל חקירה שמציג לשווא שצוות החקירה יודע את פרטי ההתרחשות הפלילית – לגיטימי אלא אם בא להטיל אימה על הנחקר. בהמשך ניתח השופט דנציגר גם את שאלת זכות ההיוועצות ומניעת מפגש בין נחקר לעורך דין. הוא כתב כי מפגש עם עורך דין באולם מעצרים אינו מאפשר למצות את זכות ההיוועצות בשל פומביותו והיעדר אפשרות לשיחה אינטימית וסודית. המפגש מאפשר אולי

105 פרקטיקה פסולה שנקטה גם בעניין ע"פ 1301/06 עזבון המנוח אלזם נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 22.6.2009) (להלן – עניין אלזם).

106 ראו: ע"פ 2642/10 איסאקוב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.11.2011).

107 ראו: ע"פ 4029/08 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.7.2012).

108 ראו: ע"פ 10049/08 אבו עזא נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.8.2012).

להעמידו על זכויותיו, אך מקשה על הסנגור לפקח על הגינות ההליך. על גורמי החקירה חובה לברר ביזמתם אם החשוד מוותר על זכות ההיוועצות ולתעד את הוויתור בהקלטה, ובלית ברירה בכתב, כדי לאפשר ביקורת שיפוטית מאוחרת.

דנציגר דחה את טענת המדינה שניתן לוותר על הזכות במשתמע. בנוגע להליך הפלילי ולזכויות חשוד, ויתור משתמע הוא החריג לגבי הפללה עצמית ולגבי חסיון עורך דין, ואילו הכלל הוא שרק ויתור מפורש אפשרי (הוא הפנה לפרשת בן חיים). זכות ההיוועצות היא המפתח להגשמת יתר זכויותיו של החשוד: "...בריה התיכון ותנאי בלעדיו אין לשם הגשמת מכלול זכויות החשוד והנאשם בהליך הפלילי".¹⁰⁹ בעניינה נדרש ויתור מפורש ומדעת, חופשי ומרצון ומתועד. בנוסף, דרישת הסנגור לפגוש את מרשו כמוה כדרישת החשוד לפגוש את סנגורו. כך עולה מהחוק וגם מההלכה. השופט דנציגר נגע גם בחובת האזהרה החלה על איש מרות שנגזרת מזכות השתיקה ונעוצה בסעיף 28 לחוק המעצרים.¹¹⁰ הוא הסכים עם בית המשפט המחוזי, שחובת האזהרה אינה כוללת את חובת היידוע בדבר זכות ההיוועצות, שעומדת לעצמה וקבועה בסעיף 32 לחוק המעצרים. אזהרה ויידוע נדרשים גם כשמדובר בחשוד חופשי.

מנגד, אזהרה שאינה כדין או אי-הזהרה אינן מביאות בהכרח לפסילת הודאה, והיא תיבחן במשקפי דוקטרינת הפסילה לאור שתי תכליות אפשריות – הבטחת מהימנות ההודאה והגינות ההליך – כשהתכלית השנייה התחזקה לאור חוק היסוד ולידת דוקטרינת הפסילה. חרף ההבנה את קשיי החקירה ומתוך רצון להביא להפנמת נורמות חקירתיות ראויות ולחינוך הרשויות פסל השופט דנציגר את ההודאה שנמסרה לפני החוקרת, הן לפי סעיף 12 לפקודת הראיות והן לפי דוקטרינת הפסילה. הדבר לא הביא לזיכוי המערער, באשר היה די בראיות האחרות כדי לדחות את הערעור על שני חלקיו. המשנה לנשיא נאור הצטרפה לדחיית הערעור בהנמקה שונה, שהתמקדה בהודאות לפני מדובבים, ונמנעה מפסילת הודאות אחרות שלא היו דרושות להרשעה, והסתפקה בהערה למשטרה על איכותן הנמוכה של הקלטות השיחות בין המדובבים למערער. השופט ג'ובראן הצטרף לעמדתה והטעים את הצורך בתייעוד חזותי הולם של ההודאות.

9. זיקה ראייתית בין הפלילי לאזרחי

שאלה ראייתית הנוגעת לזיקה בין המישור הפלילי למישור האזרחי עלתה כשדודי אפל ערער על קביעת בית המשפט המחוזי שלפיה עיוול כלפי המדינה בעוולת התרמית ועמו חברות הקשורות בו, וקיבל מהמדינה שלא כדין יותר מארבעים מיליוני שקלים. אפל ניסה לרתום לעזרתו את פסק הדין שזיכה אותו, אלא שלשון סעיף 42 לפקודת

109 ראו: שם, פסקה 108 לפסק דינו של השופט דנציגר.

110 ראו: סעיף 28 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו–1996, ס"ח 338.

הראיות ברורה: רק הרשעה בפסק דין מרשיע מאפשרת הישענות כאמור.¹¹¹ קבלת פסק דין פלילי מזכה כראיה באזרחי אינה הגיונית, במיוחד במקרה כזה של אפל, שם נקבע כי הזיכוי אינו של חף ואינו משליך על ההליך האזרחי.¹¹² בהקשר קרוב תוקן ביולי 2012 סעיף 42א לפקודת הראיות¹¹³ ונמחקו מהסעיף המילים "של בית דין צבאי לעברות תנועה ופסק דין". הוזה אומר, גם פסק דין של בית דין צבאי לעברות תנועה יוכל להיות קרקע להגשת ראיות לכאורה בתביעה אזרחית.

10. חזקות

מורשע בגנבת רכב טען שהחזקה התכופה אינה מתקיימת בחלוף 18 שעות מגנבת הרכב ועד לתפיסתו ברכב, באשר ייתכן הסבר אחר להחזקה ברכב, ולכן יש להרשיעו אך בקבלת רכב גנוב (עברה זהה בחומרתה). השופטת ארבל דחתה הטענה: החזקה התכופה אינה תחומה בזמן מוגדר אלא תיקבע לפי נסיבות המקרה, ואף אם ייתכן שמי שמחזיק ברכב בנסיבות כאמור אינו הגנב, עדיין תחול החזקה, אך משקלה יפחת.¹¹⁴ התנהגות המערער וניסיונו לברוח לצד הימצאות הברזל במתג ההתנעה (סוויץ) של הרכב הגנוב מגדילים את משקלה במעט. המערער, בספקו הסבר מופרך, כשל מלכרסם בחזקה.

11. התערבות בממצאי עובדה

בתיק שעניינו הרשעה באינוס החליט בית המשפט העליון להתערב בממצאי עובדה ולזכות את הנאשם מחמת הספק. השופט זילברטל ציין שבית המשפט אינו נוהג להתערב בממצאי עובדה, אך קיימים חריגים לכלל, למשל כשיתרונה של הערכאה הדיונית מתבטל או מצטמצם.¹¹⁵ בעברות מין חשובה מאוד התרשמות בלתי אמצעית, אך מנגד גדל החשש להרשעת חפים, ונדרשת חובת הנמקה במצב של עדות יחידה, ולכן נדרשת בחינה קפדנית במיוחד של מסקנות הערכאה הדיונית בשל הכוח הרב במיוחד שיש לה. במקרה זה גילה השופט תהיות וזיכה את הנאשם מחמת הספק. השופט רובינשטיין הצטרף בהנמקה דומה וכמוהו גם השופט הנדל, שהטעים את הצורך לבחון את מילוי דרישת ההנמקה ולאורה גם סבר שאין מקום לצמצם במיוחד את ההתערבות בנוגע להרשעה בעברות מין.

111 ראו: ע"א 9070/07 אפל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.4.2012).

112 ראו בהקשר דומה: רע"א 4528/06 ברנס נ' מרכוס (פורסם בנבו, 18.05.2009).

113 ראו: חוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 15), תשע"ב-2012, ס"ח 511.

114 ראו: ע"פ 5492/11 אלרחמן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.8.2012) (להלן – פרשת אלרחמן).

115 ראו: ע"פ 7653/11 ידען נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.7.2012).

12. זרקור על הפסיקה 1: דוקטרינת הפסילה, מאגר דנ"א והפרת הבטחה מנהלית – או: ה"בלוף" של פרחי

(א) הצגת פסק הדין

דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, שנכללה בשנת 2006 בעניין **יששכרוב המפורסם**,¹¹⁶ הכריזה לראשונה בישראל על האפשרות לפסול ראיות שהופקו שלא כדין, אפילו בלי להישען על סעיף פסילה מפורש בחוק. מלידתה ובהגדרה הדוקטרינה היא גמישה ויחסית, מאפשרת שיקול דעת רחב לבית המשפט, אינה שוללת פסילה במצב כלשהו, ומנגד אינה מחייבת פסילה כאמור.¹¹⁷ הדוקטרינה הולידה פסיקה עשירה ומעניינת.¹¹⁸ אחד מפסקי הדין המרתקים והחשובים ביותר בהקשר זה, בעניין **פראי**, ניתן בקיץ 2011, ובתשע"ב נדונה ונדחתה עתירה לדיון נוסף בו.

במסגרת חקירת רצח עורכת הדין ענת פלינר, זיכרונה לברכה, בהיעדר קצה חוט, החליטה המשטרה לבחון נדגמים שאינם חשודים, לפי סעיף 14 לחוק החיפושים. קודם לנטילת הדגימה הובהר לפרחי שלא ייעשה בה שימוש לבד מהנדרש לחקירת תיק הרצח, כמתחייב במפורש בסעיף 14א לאותו חוק. באופן מקרי נזכרה ראש מאגר הדנ"א במעבדה לזיהוי פלילי בפרופיל קודם בתיקי אינוס, בדקה וגילתה התאמה של אחד ללמעלה ממיליארד לשרידי זרע שנמצאו בזירות האונס. לאחר המעצר נערכה דגימת נוספת מבלד סיגריה שלו ונתגלתה שוב התאמה. התביעה הכריזה שתשתמש רק בראיה זו. ראיות חשובות נוספות היו התנהגותו של פרחי בחקירה ובבית המשפט וסירובו לתת דגימות, עדויות המתלוננות שזיהוהו בקירוב אך לא לגמרי ואיכון הטלפון הנייד בשלוש זירות העברה. הסנגוריה ביקשה לזכותו בגין הגנה מן הצדק או לחלופין לפסול את הראיות כולן. בית המשפט המחוזי דחה את הבקשות, נסמך על ראיית הדנ"א השנייה, הרשיע את פרחי ושלח אותו לרצות 25 שנות מאסר בפועל.¹¹⁹

שלושת שופטי בית המשפט העליון דחו את ערעורו.¹²⁰ השופט לוי סירב להפעיל את דוקטרינת ההגנה מן הצדק בשל חריפות תרופתה. הוא ביקר את נוהלי מאגרי הדנ"א וקבע שלא רק ראיית הדנ"א הראשונה אינה חוקית אלא גם השנייה. במקום לדון בנפרד לפי סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות¹²¹ ולפי דוקטרינת הפסילה, דן לוי בפסילה במשותף,

116 ראו: ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד סא(1) 461 (להלן – עניין **יששכרוב**).

117 ראו: שם, פסקאות 46–49, 54, 62–74 לפסק דינה של השופטת ביניש.

118 לחלקה התייחסתי בפרק 2.2 ולחלקה אתייחס בהמשך.

119 ראו: תפ"ח (מחוזי ת"א) 1084/06 **פראי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 17.12.2007).

120 ראו: פרשת **פראי** (לעיל, הערה 7).

121 סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות.

סיפורה הרטורי והמהותי של ההכרעה הפלילית

במסגרת הדוקטרינה.¹²² הוא כתב שלפיה ניתן לפסול לא רק את הראייה שהושגה שלא כדין אלא גם ראיות נוספות שהושגו בעקבותיה. הראייה שהושגה במישור מן האמצעי הפסול – מצויה במוקד הפסילה; החידוש הוא שניתן לפסול גם את הראיות שהופקו בעקבות אותה ראייה, "הראיות הנגזרות". אמנם הכלל יהיה לא לפסול ראיות נגזרות, אך ככל שהזיקה ביניהן לבין הראייה הפסולה גדולה, תיתכן חריגה מהכלל. כדי לבחון את הזיקה פנה לוי לדיני העונשין, למבחן המקובל בעברות תוצאה: הקשר הסיבתי-העובדתי והמשפטי. הפעם הקשר הסיבתי-העובדתי התקיים בכל הראיות המפלילות בתיק, אלא שהקשר המשפטי נותק בשל סירובו של פרחי לשתף פעולה בחקירה. הראיות האחרות בתיק מאפשרות למסקנת ההרשעה לעמוד, ולכן נדחה הערעור על ההרשעה. הערעור על העונש החמור נדחה בשורות ספורות.

השופט דנציגר הצטרף לתוצאה ולהנמקה וקבע שהדוקטרינה מאפשרת לפסול גם ראייה נגזרת לפי אמות מידה מהותיות של הוגנות ההליך. הוא אימץ את מבחן הקשר הסיבתי שהציע לוי, אך לדידו הקשר המשפטי נותק דווקא בשל ראשית ההודאה שמסר פרחי, שהצדיקה איכון. השופטת חיות הצטרפה לתוצאה, בפסק דין קצרצר. היא לא ראתה צורך להבחין בין הראיות הנגזרות השונות, שכולן הושגו בגין הראייה הפסולה הראשונה, אלא שלגישתה הגינות ההליך אינה רק כלפי הנאשם כי אם גם כלפי נפגעי העברה והציבור בכללותו, ובשל יחסיות הדוקטרינה וחומרת העברות התקבלו הראיות והערעור נדחה.

פרחי עתר לקיום דיון נוסף. הנשיא גרוניס כתב עמודים ספורים, שהוקדשו ברובם להצגת האירועים ולפסק הדין שלעיל.¹²³ הוא דחה את בקשת פרחי לפסול את כל הראיות שהושגו בעקבות הראייה הפסולה ואת הטיועון נגד "האיחוד הנורמטיבי..." בין כלל הפסילה בסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות לבין כלל הפסילה הפסיקתית. גרוניס לא ראה הלכה משפטית חדשה ועילה לדיון נוסף. לדבריו, דוקטרינת פרי העץ המורעל עדיין אינה חלה במשפטנו, ולכן ככלל ראייה נגזרת תתקבל במשפט אף שבית המשפט מוסמך לפסלה במקרים המתאימים, על פי מבחני הקשר הסיבתי. שאלת המקרים המתאימים תתלבן בעתיד ואינה מצריכה דיון נוסף, במיוחד כשהפעם "...נפסק פה אחד שדי היה בראיות הנגזרות שלשיטת כל השופטים אינן פסולות, כדי לבסס את ההרשעה".¹²⁴

(ב) שבח: הגנה על זכויות הפרט

פסק הדין מחדש: לראשונה בישראל פוסל בית המשפט העליון לא רק ראייה שהופקה באופן פסול אלא גם את הראייה שהופקה בעקבותיה. זהו זרע ראשון של תורה חדשה,

122 שאלת היחס בין דוקטרינת הפסילה לבין כללי הפסילה בחוק הגנת הפרטיות ובחוק האזנת סתר הותרה בצריך עיון. ראו: עניין **יששכרוב** (לעיל, הערה 116) פס' 75 לפסק דינה של השופטת ביניש.

123 ראו: דנ"פ 5956/11 **פרחי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 31.5.2012).

124 שם, פסקה 11 להחלטה.

תורת פרי העץ המורעל.¹²⁵ זהו תמריץ ראשון מסוגו לרשויות בישראל להימנע מנורמות פסולות, באשר לא רק ראייה א, שהופקה כתוצאה ישירה של האמצעי הפסול, צפויה להיפסל כי אם גם הראיות שהופקו מראיה א. פוטנציאל ההגנה על זכויות הפרט גדל, אולי גדילה ניכרת.

(ג) ביקורת: זיכרון מושלם והבטחות שבורות

פרשת פרחי מתחילה מהפרת חוק ומהפרת הבטחה. סעיף 14א לחוק החיפושים אוסר במפורש על השוואת דגימות דנ"א של מתנדבים מחוץ להקשר שלו התנדבו; לפרחי הובטח שלא תיערך השוואה, אך המדינה השוותה. גרסת המדינה הייתה שראש מאגר הדנ"א נזכרה שראתה את הפרופיל בעבר ולפיכך בדקה אותו. גרסה זו, שנתקבלה בבית המשפט המחוזי ובהמשך בבית המשפט העליון, מעוררת תהיות. זכירת רצף דנ"א נראית משימה בלתי אפשרית.¹²⁶ אם הבלתי אפשרי אמנם קרה, יש להיפלא מדוע להסבר האמור אין זכר בהחלטת המעצר עד תום הליכים של פרחי בבית המשפט המחוזי,¹²⁷ שהרי בשלב זה כבר מצויים אנו לאחר שהוגש כתב אישום ונשקל כל החומר הראייתי הרלוונטי.¹²⁸

ואולם, אפילו אם גרסת הזיכרון המופלא נכונה, הרי שאין זה משנה כלל. הבטחה ניתנה; חוק נכתב. אין זה משנה אם ראש המאגר נזכרה; את החוק יש לכבד גם במצבים כאלו. גם הבטחות יש לכבד. טיעון המדינה שלא דובר במאגר משום שהמשטרה פנתה לקובץ אקסל נפרד – מוטב היה שלא ייטען. גם התרגיל השני של המשטרה, הזמנת פרחי לחקירה ולקיחת דגימה נוספת כדי להלבין את הדגימה הראשונה, הוא התחכמות שבאה לעקוף את החוק ולהפר את ההבטחה לקראת היתממות תביעתית בהמשך הדרך: "איננו

125 פסק דין יששכרוב דחה במפורש את תורת פרי העץ המורעל, אך בד בבד קבע כי פסילת ראיות שהופקו מהראיה הפסולה אינה בלתי אפשרית: "שאלת קבילותה של ראיה שאותרה בעקבות ראיה פסולה אחרת, תיבחן על-פי נסיבותיו של כל מקרה לגופו ובהתחשב בהשפעה שתהא לקבלתה של ראיה כאמור על זכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן". ראו: עניין יששכרוב (לעיל, הערה 116) פסקה 71 לפסק דינה של השופטת ביניש. להבדיל, ראו את פסק הדין המוביל האמריקני שניתן לפני קרוב לשישים שנה: *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

126 סנג'רו התייחס להסבר הזכירה המופלאה כתמים. ראו: סנג'רו (לעיל, הערה 98) בעמ' 31.
127 אני מכיר את החלטת המעצר רק משום שלימדתי את הפרשה עוד בטרם הגיעה לבית המשפט העליון. אלמלא כן, סביר שלא הייתי מטריח את עצמי לקרוא את החלטת המעצר, והסוד האמור היה חומק ממני.

128 גם בהיעדרה של גרסת הזכירה המופלאה, ושלא במפתיע, קיבל השופט מודריק בלי היסוס את בקשת המעצר, ובשלושה עמודים דחה את טענות ההגנה וקבע שסביר שראיית הדנ"א תתקבל במשפט, שכן חוק החיפוש איננו יוצר כלל פסילה ראייתית, וממילא כלל הפסילה הוא יחסי ולא ייטו להחילו על ראיות חפציות. ראו: ב"ש (מחוזי ת"א) 92557/06 בתיק עיקרי: פ"ח (מחוזי ת"א) 1084/06 מדינת ישראל נ' פרחי (פורסם בנבו, החלטה מיום 10.8.2006).

מציגים ראיות פסולות, אלא ראיות נקיות בלבד". התרגיל עבד בבית המשפט המחוזי בהצלחה מלאה; בבית המשפט העליון הוא כשל בהנמקה אך הצליח מבחינת השורה התחתונה.

(ד) ביקורת: הגנה מן הצדק – גדולה עלינו

בית המשפט דחה בקצרה ובקלות רבה מדי את טיעון ההגנה מן הצדק בקבעו ששינוי חדות מדי – ביטול האישום. נוח יותר לבית המשפט "לברוח" לדיני הראיות ולדוקטרינת הפסילה היחסית והגמישה, ולכן הוא אינו דן ברצינות בשאלת ההגנה מן הצדק.¹²⁹ יש להודות על האמת: זהו תיק מתאים מאוד לטענה זו.¹³⁰ אילו דובר בגנב קטן או בעבריין תנועה קל שלא היינו מגיעים אליו אלמלא הפרנו הבטחה וחוק, סביר להניח שבדיוק ההגנה מן הצדק הייתה הגורם המושיע שלו. הגנה זו מוכנה להניח שהנאשם אינו חף, אך עדיין משהו אינו מצדיק את העמדתו לדין. החשד הכבד נפל על פרחי רק בגלל התנהלות פסולה של הרשויות, הפרת הבטחה והפרת חוק, אם לא למעלה מכך. אלמלא התנהלות זו לא היה פרחי נתפס, לפחות לא בשלב זה. איני מתקשה לסווג את התנהלות המדינה כשערווריתית ובוודאי לומר שהתנהלותה לכל הפחות פוגעת בזכותו של פרחי להליך הוגן. עד היום לא הרבה בית המשפט העליון לקבל טענות הגנה מן הצדק, וכאשר קיבל

129 טענת ההגנה מן הצדק גדולה מטענת פסילה ראייתית במובן שהיא מביטה בהתנהלות החקירה כמכלול ואינה מסתפקת במבט ראייתי אנליטי בראיות, כאילו ניתן להפריד ביניהן. האמת, וכך מודה השופטת חיות, היא שאי אפשר להפריד. גם חיות אינה מתמודדת ברצינות עם טענת ההגנה מן הצדק המביטה במכלול החקירה הבעייתי עד מאוד. טענת ההגנה מן הצדק גם מתקשרת להפרת הבטחה שלטונית ולמשמעותה העתידית. ראו בעבר בנוגע להפרת הבטחה שלא להעמיד לדין: בג"ץ 5319/97 קוגן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נא(5) 67. ראו גם בהווה, התפתחות מטרידה בעקבות פרשת פרחי, תגובה בסגנון תורת משחקים: ילד שנאנס לקה בזיהום, והחשוד מסרב לעבור בדיקת דם לזיהוי הנגיף מחשש שהדבר ישמש ראיה לחובתו. בא כוח החשוד, ער להלכת פרחי, אינו מוכן להישען על הבטחת המדינה שלא ייעשה שימוש בדגימה. ראו: <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4320887,00.html>. אם כן, על הפרת הבטחות משלמים, אם לא היום אז מחר; זהו שיקול שראוי גם ראוי להישקל בדיוק בטענת "הגנה מן הצדק".

130 לייסט סבר שניתן להישען על הדוקטרינה לא כדי לבטל את ההליך אלא כדי להקל בעונשו הכבד של פרחי. ראו: אלקנה לייסט, "הערת פסיקה: על פסלותו של פרי העץ המורעל, ועל הגנה מן הצדק בשלב הענישה – בעקבות ע"פ 4988/08 פרחי נגד מדינת ישראל", הסנגור 4 (2011), בעמ' 10–11. הדברים אינם תואמים את לשון החוק, באשר הגנה מן הצדק היא טענה מקדמית שקבלתה אמורה להוביל לביטול האישום או לתיקונו ולא לזיכוי או להפחתת העונש. ראו: סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב]. מנגד, הדברים בהחלט תואמים את הפרשנות שניתנה להגנה מן הצדק בפסיקה: ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776, 808 (להלן – עניין בורוביץ); ע"פ 1224/07 מדינת ישראל נ' בלדב, פסקה 63 לפסק הדין (פורסם בנבו, 10.2.2010).

היה זה בעיקר בנוגע לעברות מינוריות.¹³¹ דומה שבתיקים חמורים הגנה זו היא הגנת־נייר; עליו היא כתובה ועליו תישאר. אולי כמו דוקטרינת הפסילה.

(ה) ביקורת: חוק הגנת הפרטיות ובררת מחדל של פסילה

בית המשפט העליון ערך ניתוח מאוחד לחוק הגנת הפרטיות ולדוקטרינת הפסילה. ימים טובים לזכויות הפרט: לא עוד אופציית פסילה יחידה כי אם שתיים. אולם האם בכלל חשוב אם נצטרך במסלול הפסילה החקיקתי או הפסיקתי? האמת היא שאין לזה חשיבות ממש.¹³² שני המסלולים מסתיימים ב"קלף ג'וקר": שיקול דעת רחב מאוד לבית המשפט לקבל את הראיה, בכל תיק. מדוע אפוא החליט בית המשפט לערוך את הדיון המאוחד לפי דוקטרינת הפסילה? דומה שהנחת המוצא של דוקטרינה זו נוחה יותר כשרוצים לקבל ראייה. הנחת המוצא שלה אינה אומרת שראיה שהופקה באופן פסול היא פסולה.¹³³ מנגד, הנחת המוצא של סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות דווקא אומרת זאת בדיוק: אם הראיה הופקה תוך פגיעה בפרטיותו של אדם וללא הסכמתו מדעת, אם לא הסכים בהמשך להגשת הראיה, אם אין לפוגע שהוא צד להליך הגנה או פטור, אז הראיה תיפסל אלא אם תתקבל מטעמים שיירשמו.¹³⁴ כך קבע נשיא בית המשפט העליון ברק מפורשות בפרשת פלונית.¹³⁵ קשה למצוא מקרים רבים שבהם דן בית המשפט העליון בפסילת ראיות לפי חוק הגנת הפרטיות. כאשר דן כאמור, קיבל את הראיות במשפט הפלילי תוך פרשנות מצמצמת לסעיפי הפגיעה בפרטיות המפורטים בחוק,¹³⁶ ודחה אותן בדיני המשפחה (פלונית) תוך פרשנות מצמצמת לסעיף ההגנות בחוק.¹³⁷ דומני

131 למשל בגין שיהוי גדול מאוד בהליך משמעתי בלשכת עורכי הדין נגד עורך דין שממילא עזב את הלשכה: על"ע 2531/01 חרמון נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל אביב, פ"ד נח(4) 55; ובעברות חניה, כשממילא המדינה לא עמדה עוד על ההרשעה: רע"פ 4355/08 לסקוב נ' עיריית תל אביב (פורסם בנבו, 15.1.2010). בית המשפט העליון ציין במפורש שהדוקטרינה לא זכתה ליישום ממשי, ראו: עניין בורוביץ (לעיל, הערה 130) פסקה 19 לפסק הדין.

132 מנגד, ניתן לגרוס שחוק הגנת הפרטיות אינו חל על ראיות הנגזרות, משום שאין מדובר עוד בראיות שהופקו תוך פגיעה בפרטיות.

133 סנג'רו ביקר בחריפות את מבנה הדוקטרינה, גם בהקשר זה. ראו: סנג'רו (לעיל, הערה 98) בעמ' 47–49.

134 לייסט ביקר את מהלך הניתוח המאוחד וציין שהוא נוגד את המסלול שהתווה בית המשפט העליון בעניין יששכרוב ויצא בחריפות נגד הפיחות בעניין בררת המחדל של פסילת ראיות בחוק הגנת הפרטיות. ראו: לייסט (לעיל, הערה 130) בעמ' 7.

135 בג"ץ 6650/04 פלונית נ' בר"ר האזורי בנתניה (פורסם בנבו, 14.5.2006) (להלן – עניין פלונית).

136 ראו שתי פרשות בולטות ומרתקות משנות השמונים: ע"פ 480/85 קורטאם נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 673; ד"נ 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין, פ"ד מב(3) 837.

137 וכך עשה גם בית הדין הארצי לעבודה: ע"ע 90/08 איסקוב נ' הממונה על חוק עבודת נשים (פורסם בנבו, 8.2.2011).

שבית המשפט ביכר ללכת במסלול הדוקטרינה משום שבו אין בררת מחדל של פסילה, אף שבשורה התחתונה הייתה נרשמת אותה תוצאה במסלול הפרטיות.

(1) ביקורת: הדואליות של מבחן הקשר הסיבתי

לראשונה בבית המשפט העליון פסל השופט לוי ראייה נגזרת, ולא סתם ראייה נגזרת: ראייה נגזרת חזקה ומשמעותית בתיק משמעותי. הפסילה עצרה בראיית הדנ"א השנייה. השופט לוי ביאר כי ראיות נגזרות הן ככלל קבילות, והשאלה תהיה אם הפסול בראייה הפסולה דבק בראיות שהופקו בעקבותיה. הפסול אינו דבק כאמור כאשר הקשר הסיבתי נקטע. כאן פנה לוי למבחן המקובל בעברות תוצאה כדיני העונשין בישראל: מבחן הקשר הסיבתי על שני רבדיו – העובדתי והמשפטי. מבחן הקשר הסיבתי העובדתי בודק אם התנהגות הנאשם היא חוליה בשרשרת שהביאה לתוצאה (בדרך כלל מוות). מבחן זה לרוב פשוט למעבר ונהיה מורכב יותר אם מעשהו של הנאשם הוא מחדל.¹³⁸ מבחן הקשר הסיבתי המשפטי כולל שני ממדים: ממד של צפיות וממד משלים, נורמטיבי. ממד הצפיות חוזר לנקודה שבה ביצע הנאשם את ההתנהגות ובוחרן אם בשלב זה היה ניתן לצפות את התוצאה הרעה. הממד הנורמטיבי בוחן אם ראוי להטיל אחריות על הנאשם במצב דברים זה.¹³⁹ לוי אימץ את המבחן כדיני הראיות והסיק כי התנהגות פרחי קטעה את הקשר הסיבתי שבין התנהגותה הפסולה של המדינה לבין הראיות שאספה בהמשך חקירתה. התנהגותו הקוטעת הייתה סירובו לשתף פעולה וראשית הודאה שמסר.¹⁴⁰ השופט דנציגר הצטרף למבחן ולמסקנה שפרחי קטע את הקשר הסיבתי, כשלגישתו הקטיעה נבעה משיתוף הפעולה ולא מהיעדרו.¹⁴¹ השופטת חיות נמנעה מלהתייחס למבחן הקשר הסיבתי.

פנייה למבחן הקשר הסיבתי נראית אפשרות הגיונית כדי לשאול היכן לעצור בשרשרת הפסילה. מחד גיסא, לא הגיוני ולא צודק שראייה אחת פסולה תפסול את כל שבא אחריה, ומאידך גיסא, כשמביטים בחוליות בשרשרת, קשה להתעלם לחלוטין מהפסלות הבוטה של החוליה הראשונה. מבחן הקשר הסיבתי משאיר שיקול דעת רחב

138 ראו: יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין (כרך א, תשע"א) בעמ' 269–275.

139 שם, בעמ' 276–299.

140 ראו: פרשת פרחי (לעיל, הערה 7) פסקה 21 לפסק דינו של השופט לוי: "...סירובו לשתף פעולה בהליכי החקירה וראשית הודאה שעלתה מאמירותיו – אלו נוצרו במעשיו ומחדליו של המערער, שנבעו משיקול דעתו ומרצונו החופשי, ובהיותו מיוצג ואין שמץ של אי-חוקיות בתיעודם. באלה יש לנתק את הקשר הסיבתי המשפטי בינו ובין הראייה הראשית".

141 ראו: שם, פס' 13 לפסק דינו של השופט לוי, וכן: "...משבחר המערער להתיר את סגור ליבו ולמסור את אמרותיו המפלילות השתנה המצב הראיתי באופן שאיפשר למשטרה לבצע פעולות חקירה נוספות כגון עריכת האיכון הסולוארי. אמרותיו המפלילות של המערער ניתקו את הקשר הסיבתי המשפטי ביחס להשוואה האסורה". אודה כי התקשיתי להבין את הניתוח הקצר של שני השופטים באשר לקטיעת הקשר הסיבתי.

מאוד לבית המשפט ומהווה לו זירה נוחה להכרעה. המבחן נראה במבט ראשון דרך אובייקטיבית ראויה להכרעה בשאלת הראיה הנגזרת, אלא שמלומד דיני ראיות שאינו עוסק גם בדיני עונשין היה עלול להחמיץ את הנקודה המכרעת הזאת: אותו מבחן ממש, במקומו ה"טבעי", דיני העונשין, נהוג בעיקר לשם הרחבת האחריות הפלילית ומפורש בנדיבות רבה, נדיבות לתזה התביעתית שלפיה הנאשם אחראי לתוצאה. בית המשפט העליון הרחיק לכת בעבר בפירוש המבחן המשפטי וקבע שניתן לצפות דברים רבים שלא קטעו את הקשר הסיבתי. הנה רשימה חלקית מאוד: טיפול רפואי לא מוצלח שגרם למוות הוא צפוי כל עוד אינו רשלנות רבתי;¹⁴² טיפול פרטי ברכב הוא פעולה שבגינה המטפלים, הבעלים והנהג אמורים לצפות תאונה הגורמת מוות;¹⁴³ הליכת רופאה לישון בשעה מאוחרת היא פעולה שאחריה צפוי שלא תתפקד כיאות למחרת במהלך ניתוח ושמטופלת תמות;¹⁴⁴ הותרת מקרר בחוץ ללא השגחה היא פעולה שאחריה ניתן לצפות מוות, גם אם רבים נהגו כך ולא צפו;¹⁴⁵ אפילו פעולה כמו התאבדות היא צפויה מצד אישה שבעלה התעלל בה.¹⁴⁶ אם התאבדות היא דבר צפוי, קשה להבין מדוע שיתוף פעולה וראשית הודאה לאחר שהחשוד יודע שהדני"א שלו נמצא בזירות פשע, אינם צפויים. ומנגד, גם אי-שיתוף פעולה לאחר שהחשוד יודע שהדני"א שלו הופק בניגוד לחוק ולהבטחה אינו בלתי צפוי בהתחשב בכך שהוא אינו סומך עוד על הרשויות, וזאת בצדק רב.¹⁴⁷ דומני ששני הדברים הם בגדר הצפוי לחלוטין, ובמובן זה אינם מנתקים את הקשר הסיבתי שבין ראיות הדני"א הפסולות לבין הראיות שהופקו בהמשך. גם הממד הנורמטיבי אינו מסייע למדינה: כל פעולותיה כווננו לאותו כיוון וכולן נשענו על ראייה פסולה מרכזית.

הנה שרשרת השגת הראיות במבט כרונולוגי, כשהסיום מתפצל:

1. לקיחת דגימות ממתנדבים ← 2. הפרת החוק והפרת הבטחה: הצלבת מידע של מתנדב ← 3. הגעה למידע מפליל ← 4. הזמנת המתנדב לחקירה ולקיחת דגימה נוספת בערמה ← 5. איסוף ראיות חיצוניות כמו איכון ← 6. שיתוף פעולה של המתנדב / אי-שיתוף פעולה של המתנדב (אין כל מניעה להחליף בין חוליות 5 ו-6).
- דומני שהחוליה היחידה הבלתי צפויה היא השנייה, וגם היא אינה "מפילה את הקוראת מכיסאה": התגלית שהמשטרה פעלה בניגוד לחוק והתפתחה לערוך השוואה

142 ראו: ע"פ 10023/06 טואלבו נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.12.2009).

143 ראו: ע"פ 140/10 חליליה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.3.2011).

144 ראו: ע"פ 4512/09 רוסי-לופו נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 31.8.2010).

145 ראו: ע"פ 196/64 היועץ המשפטי לממשלה נ' בש, פ"ד יח(4) 568; ד"נ 15/64 בש נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יט(1) 309.

146 ראו: ע"פ 7832/00 יעקובוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(2) 534; דנ"פ 983/02 יעקובוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 385.

147 סנגירו כתב שמוצדק שפרחי לא סמך על מי שחברו יחד להפר לו הבטחה. ראו: סנגירו (לעיל, הערה 98) בעמ' 33-34.

אסורה שאין לה כל קושי מעשי לבצע.¹⁴⁸ בכל זאת בית המשפט נמנע מפסילת הראיות הנותרות. זה לדעתי צפוי למדי.

(ז) ביקורת: הרשעה אובייקטיבית וסובייקטיבית – חזרה למבחן אבוטבול

כל השופטים הרשיעו את פרחי. השופטים לוי ודנציגר עשו כן תוך פסילת ראיות הדנ"א ותוך הישענות על יתר הראיות שדי בהן כדי לבסס את אשמתו של פרחי. חיות עשתה כן תוך הימנעות מפסילת הראיות ואמירה כנה כי בתיק כה חמור אין לפסול את הראיות. מנגד, המהלך של השופטים לוי ודנציגר מתעלם מהלכה ראייתית קודמת ותקפה או שוכח אותה: הלכת אבוטבול.¹⁴⁹ במצב שבו נפסלת ראייה מרכזית שנתקבלה בערכאה שלמטה, על בית המשפט לערעורים לבחון אם יש די ראיות קבילות להרשעה: זהו המבחן האובייקטיבי. אם לא, יש להורות על זיכוי; אם כן, אין עוצרים כאן ודוחים את הערעור, אלא בודקים אם הערכאה הדיונית נשענה, מבחינה סובייקטיבית, על הראיה הפסולה. אם מבחינה סובייקטיבית הראיה הפסולה השפיעה על ההרשעה, ובכירור זהו המצב בעניין פרחי, שהורשע בבית המשפט המחוזי שקיבל את ראיית הדנ"א השנייה, על בית המשפט לערעורים להשיב מטה את התיק לשקילה מחודשת. בית המשפט העליון אינו אמור לגשת ישר למבחן האובייקטיבי. בוודאי במצב שבו המבחן אינו נחרץ והראיות שנותרו עומדות לא זו בלבד שאינן נקיות לחלוטין (גם אם הן קבילות), הן גם אינן משכנעות לחלוטין. מתקבל הרושם שמבחן אבוטבול נשכח.¹⁵⁰

(ח) ביקורת: לא חשוב? על הסירוב לדיון הנוסף

הנשיא גרוניס דחה את העתירה לדיון נוסף וכתב שהתיק אינו מגלה שאלות מיוחדות, ודווקא אילו נפסלו הראיות, הייתה עילה לדיון נוסף. אין לי ספק: אילו היה הראיות נפסלות ופראי היה מזוכה, אכן היה נערך דיון נוסף, משום שהמדינה לא הייתה משלימה עם תוצאה כזו וכמוה גם התקשורת, הציבור ובית המשפט. האומנם אין עילה לדיון נוסף

148 וזו גם כל הבעיות במקרה דנן: החתול השומר על השמנת, מאגר הדנ"א של המתנדבים הנגיש למשטרה. אם אנו רוצים שלא תיגש אליו, עליו להיות בידיים אחרות. אין דרך אחרת לוודא שהמשטרה לא תיגש כאמור. החשש מהצלבה לא נעלם בגין פסילת ראיות דנ"א ולא היה נעלם אפילו נפסלו כל הראיות בתיק. אפשר ששוטר שמצליב שלא כדיון ומגלה "אוצר" כמו פרחי פשוט ימתין זמן מה ואז יחקור את החשוד בחשד אחר ו"יגלה" שהוא מצוי במאגר. המפתח יהיה להתאפק, לבסס חשד סביר לעברה אחרת ולהצניע את ההתנדבות בתיק הראשון, ואז ההשוואה תיחזה תקינה וחוקית. כמובן, בהיעדר התנדבות מוקדמת לא יהיה בסיס לחשוד בהצלבה שהיא חוקית ואף רצויה כשמדובר בחשודים חדשים. אבו חמאד נתפס שנתיים לאחר אונס בנסיבות מחמירות, בקשר לחקירה אחרת. ראו: ע"פ 9724/02 אבו חמאד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 71 (להלן – פרשת אבו חמאד).

149 עניין אבוטבול (לעיל, הערה 85).

150 לדיון בהלכת אבוטבול ראו גם: רע"פ 7755/01 מרציאנו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 913.

במצב הדברים כמות שהוא? ייתכן שהתנהלות הרשויות מצדיקה מבט מעמיק בתוצאה משום חריגותה או להפך – משום שיטתיותה; אפשר שהסכנה המובנית להצלבת מידע ולהפרת חוק החיפוש מצדיקה מבט נוסף; ייתכן שהפסילה הראשונה של ראייה נגזרת ויצירת המבחן של הקשר הסיבתי מצדיקה זאת; כך גם העובדה ששני מסלולי פסילה, חוקי ופסיקתי, נדונו יחד במסגרת המסלול הפסיקתי דווקא. על אלו יש להוסיף את העובדה שחיות סירבה לפסול את הראיות כולן, ולהבדיל מדברי הנשיא, לא ציינה כלל שהראיות האחרות מספיקות להרשעה. בעיניי, לפחות חלק מהשאלות ראיות לבחינה נוספת.

(ט) ביקורת: הבטחת השווא של הדוקטרינה

דוקטרינת הפסילה פתחה עידן חדש בישראל: אפשרות לפסול ראיות שהושגו בדרך לא חוקית גם ללא סעיפי פסילה חקיקתיים, שהם מצרך שמצוי במחסור גדול בישראל. ארבע-עשרה שנה לאחר לידת חוקי היסוד הגיעה הבשורה לנאשמים. אולם מאז עיקר עבודתה של הדוקטרינה, כך מסתמן בבית המשפט העליון לפחות, הוא פסילה בשני מצבים:

1. פסילת ראיות לא חיוניות להרשעה. לדוגמה: **אל-עוקה**.¹⁵¹
2. פסילת ראיות בנסיבות שהמחיר הערכי שלצד הפסילה נמוך עד לא קיים. כך היה בעניין **יששכרוב**, החייל המשוחרר שממילא הורשע בהחזקת סמים ושהדבר העיקרי שהפיק מההלכה הוא פגיעה ארוכת טווח בשמו הטוב;¹⁵² כך בעניין **אלום**, שהורשע בחייו וזוכה במוות;¹⁵³ כך בעניין **שי**, שזוכה מהריגה והורשע בגרימת מוות ברשלנות, עברה שניתן לקבל בגינה עונש מאסר זהה לזה שקיבל בגין הריגה, שנת מאסר וחצי.¹⁵⁴ אני מעריך שבית המשפט לא יסכים לשלם מחיר ערכי שיתבטא בפסילה משמעותית בתיק משמעותי.

סנגירו התלהב מפרשת **זינאתי** בשל נכונותו של בית המשפט לבצע "...מעין פסילה של ראייה שהושגה בניגוד לחוק המובילה לא רק להצהרה יפה של שמירה על הליך הוגן,

151 עניין **אל-עוקה** (לעיל, הערה 104).

152 ראו: עניין **יששכרוב** (לעיל, הערה 116). לביקורות משכנעות על הדוקטרינה ראו: סנגירו (לעיל הערה 98) בעמ' 49-10; יובל מריץ ורינת קיטאי-סנג'רו, "Collins, Miranda", 429 בעמ' 482-469; בועז סנג'רו, "כלל פסילת הראיות שהושגו שלא כדין שנקבע בהלכת יששכרוב – בשורה או אכזבה?", **משפט וצבא** יט (תשס"ז) 67, 76-115.

153 ראו: עניין **אלום** (לעיל, הערה 105). למאמר התייחסות לפסק דין זה ראו: בועז סנג'רו, "השימוש בתחבולות ובמדובבים לשם גביית הודאות – הרהורים בעקבות ע"פ 1301/06 עזרון המנוח יוני אלום", **עלי משפט** ט (תשע"א) 399.

154 ע"פ 9956/05 **שי נ' מדינת ישראל** (פורסם נבכו, 4.11.2009) (להלן – עניין **שי**). בסופו של דבר, ביום 18.2.2010, לאור חלוף הזמן (כמעט עשור) מהתאונה הפחיתה הנשיאה ביניש את עונשו לשישה חודשי עבודות שירות.

סיפורה הרטורי והמהותי של ההכרעה הפלילית

אלא אף לזיכוי מלא של נאשם חי שטרם נענש.¹⁵⁵ בסיום הדיון בפרשה צינן סנג'רו את התלהבותו, באשר לא שולם בפרשה מחיר חברתי כדי לשמור על זכויות הנאשם ועל הוגנות ההליך, שכן כנראה ממילא היה הנאשם חף.¹⁵⁶ איני יודע אם דובר בחף, אך אני נוטה להסכים לעניין המחיר: זיכויים על רקע חפות או ספק בעניין חפות אינם קשורים לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית. חשיבותה המעשית של הדוקטרינה לעניין הזיכוי בעניין זינאתי היא אפסית. אין הדוקטרינה עוסקת בשאלת אמתותן של הודאות. בתי משפט ממילא לא ירשיעו אדם על יסוד הודאתו במצב שלדעתם ההודאה היא שקרית, ואפילו ספק שקרית. ההיגיון וחוש הצדק יספיקו כדי לזכותו. מנגד, כשמדובר בהודאת אמת, שהופקה שלא מרצון חופשי, גם אז הדוקטרינה אינה נחוצה: סעיף 12 לפקודת הראיות מחייב פסילה, ללא איזון¹⁵⁷ וללא שיקול דעת.¹⁵⁸ אשר להודאות, הדוקטרינה נחוצה ומסוגלת להשפיע רק במצב אחד, בקיומם של שני תנאים מצטברים:

א. ההודאה נמסרה מרצון חופשי.¹⁵⁹ במצב אחר יחול סעיף 12 הקוגנטי והנחרץ.

ב. בית המשפט סבור שההודאה היא הודאת אמת. במצב אחר אין כל נחיצות בפסילה ראייתית, באשר אין טעם לפסול הודאת כזב שממילא משקלה הולך ואפס. לזיכוי בעניין זינאתי אין ולו קמצוץ קשר לשאלת הדוקטרינה, שאינה מוזכרת כלל בפסק הדין. צודק סנג'רו: אין פה מחיר ערכי הקשור לדוקטרינה. אולם חשוב להיזכר שיש מחיר ערכי גם בזיכוי כזה מחמת הספק: העדפת זיכוי אשם על פני הרשעת חף – בידיעה שאפשר שאשם מזוכה – גם אם לא במוצהר כבמקרה של מי שהראיה להוכחת אשמתו נפסלה.¹⁶⁰ זהו לטעמי אפיק זיכוי שלשופט קל הרבה יותר לפנות אליו, אף שעודנו קשה: לשלח לחופשי אדם שאין הוא בטוח באשמתו לעומת אדם שהוא בטוח באשמתו, אלא שהאשמה הוכחה בדרך לא ראויה.

סנג'רו מצא אופטימיות גם בפרשת אל-עוקה, שממנה עלה שחומרת העברה אינה צריכה להיות מדד בשאלת הפסילה. הוא הבין כי השופט הנדל סבור שאין כל חשיבות לחומרת העברה. סנג'רו תמך בפסילת ההודאה בפני החוקרים ויצא נגד קבלת ההודאות בפני המדובר. לצד האופטימיות תהה סנג'רו שמא הפסילה היא הצהרה על מחויבות

155 ראו: סנג'רו (לעיל, הערה 98) בעמ' 35.

156 שם, בעמ' 39.

157 ראו: מרין וקיטאי-סנג'רו (לעיל, הערה 152), בעמ' 434.

158 מכיוון שעניין זה גם אינו אובייקטיבי, עניין הרצון החופשי, הרי שהקרב הגדול ייערך שם, ובית משפט, שירצה לקבל הודאה, יוכל פשוט לקבוע שבנסיבות העניין היא ניתנה מרצון חופשי חרף אמצעים פסולים שהופעלו. ראו את פסק הדין החשוב גם כיום, מקץ כשלושה עשורים: ע"פ 168/82 מועדי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 197.

159 וכאן ממילא ניתן לצעוד במסלול סעיף 12 ולהקנות פרשנות נורמטיבית למונח "רצון חופשי". ראו: סנג'רו (לעיל, הערה 98) בעמ' 8–21.

160 ראו: דורון מנשה, "אידיאל חשיפת האמת ועקרונות ההגנה מפני הרשעת שווא אנטומיה של יחסים מסובכים", קרית המשפט א (תשס"א) 307, 312–313.

לזכויות הנחקר ללא גיבוי וללא תשלום המחיר החברתי של זיכוי אשם.¹⁶¹ כך אני סבור. אהיה נחרץ יותר: בית המשפט לא יזכה אדם שהודה בעברה חמורה אם הוא סבור שהודאתו היא אמת. הוא יסכים לפסול את ההודאה במצב שיש תחליף ראייתי, למשל הודאה אחרת או הפללה. גם במצב כזה, כמתואר קודם, אין כל טעם מעשי בדוקטרינה. מה הטעם לפסול הודאה א ולגשת להודאה ב? במצבים מסוימים יהיה טעם, למשל כשהודאה א מפלילה בפרטים חמורים מיוחדים שאינם עולים מהודאה ב. מצבים כאלו חשובים כשמדובר בעברות שאינן רצח. כשהתוצאה הסופית היא מאסר עולם חובה, אין זה משנה אם הרצח היה אכזרי יותר או פחות. בנוגע לעברות חמורות אחרות, אם הודאה ב אינה תחליף ראייתי הולם להודאה א, ואם הודאה א נראית לבית המשפט הודאת אמת, אסתכן ואעריך כי בית המשפט לא יפסול את הודאה א אלא אם הפסול בה זועק לשמים, והזעקה חזקה מזעקת הציבור הצפויה בגין זיכוי אשם בעברה חמורה או בגין הורדת מדרגה בהרשעתו.

ובחזרה לעניין פרחי. הוא אינו דומה כלל לעניין זינאתי. זינאתי עוסק בהודאה; פרחי בראיית דנ"א. הודאה, חרף כוחה הרב מאוד, תמיד חשודה כשלעצמה, וכשמהו בה פסול, במובן שהוא מעורר בלב בית המשפט ספק באשר לאמתותה וכשהיא הראיה העיקרית, אין צורך בדוקטרינת הפסילה בשביל לזכות את הנאשם. אין צורך גם בסעיף 12 לפקודת הראיות. בית המשפט אינו נדרש למנגנוני פסילה כשאין ברצונו להרשיע. הם עשויים לסייע לו רטורית, אך אינם נחוצים.¹⁶² מנגד, התאמת דנ"א בתיק אונס סדרתי היא ראיה שלאורה שום שופט בימינו לא יפקפק באשמת הנאשם.¹⁶³

ראיה כזו, המלמדת כי אשם לפנינו, דינה אחת משלוש תוצאות: האחת היא שבית המשפט יקבלה בשל יחסיות הדוקטרינה. השופטת חיות עושה כן ביושר, ואם יש לי טענה יחידה לפסק דינה, היא נוגעת לאמירה שלפיה "...הגינות ההליך אין משמעה רק הגינות כלפי הנאשם אלא גם כלפי נפגעי העברה והציבור בכללותו..."¹⁶⁴ שאלת הגינות ההליך הפלילי מתמקדת בנאשם, שהוא ורק הוא מושא ההליך. הקרבנות והציבור משקפים אינטרס חשוב (והפעם מכריע), אולם אין לכך קשר להגינות ההליך. יש לומר ביושר ובהגינות: מערכת המשפט לא הייתה ישרה והוגנת כלל וכלל כלפי פרחי. מצב זה רע הוא, אך כנראה רע פחות מהחלופה של מחילה על האינטרס הציבורי.

התוצאה האפשרית השנייה היא פסילת הראיה והגעה מודעת לתוצאה המנוגדת לאמת. היא תקרה רק במצב שהשאלה שעל הפרק היא קלת ערך בעיני בית המשפט. זו להערכת הסיבה שבג"ץ פסל את הראיה בפרשת פלונית, שעניינה בעל שנים חבריו יחד

161 ראו: סנג'רו (לעיל, הערה 98) בעמ' 41–43.

162 הם עשויים גם להזיק לאמון הציבור, אם יוצג שזוכה אשם בגין פסילת ראיות.

163 ראו: פרשת אבו חמאד (לעיל, הערה 148); ולאחרונה בקשר לעברות אחרות: ע"פ 149/12 אלמליח נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 24.9.2012).

164 ראו: פרשת פרחי (לעיל, הערה 7), פסק דינה של השופטת חיות.

צילמו את אשתו נואפת במרתף מגוריהם: ¹⁶⁵ בעיניים חילוניות ניאוף אינו עניין משפטי רציני. אונס סדרתי אינו ניאוף, ולכן תוצאה זו אינה אפשרית כאן.

לבסוף, התוצאה השלישית שניתן לצפות לה היא זו של שופטי הרוב: פסילת הראיה שמשקפת את האמת לצד קבלת הראיות האחרות והישענות עליהן לצורך הרשעה. כאן מצוי מצג השווא הגדול של הדוקטרינה והוא נוגע לראיות פסולות במצבים לא מעטים: גם כשבית המשפט פוסל ראיה בגין סיבה ערכית, ייתכן שהוא נחשף אליה, ומעת שנחשף אליה, אין ביכולתו למחקה מתודעתו. האם השופטים לוי ודנציגר, כשבחנו אם יש די ראיות להרשיע את פרחי, בחנו זאת באותו אופן שהיו עושים לו הגיע אליהם נאשם אחר באותן עברות וללא שמץ של ראיית דנ"א? עם כל הכבוד לרעיון של מקצועיות השפיטה, מסופקני אם יש בעולמנו ולו אדם אחד המסוגל למחוק מתודעתו ראיה שמשכנעת אותו ברמה של כמעט מאה אחוזים ולבחון את יתר הראיות בחינה הוגנת ומנותקת מתודעתו. ¹⁶⁶ הרי זו בדיוק הסיבה שאוסרים על ראיות מסוימות, כעדות שמועה וכראיות שלא עברו את רף הראיה המדעית: החשש מהטיה שיפוטית חזקה מדי. ¹⁶⁷ הדבר ההוגן, אם פוסלים את הראיות בתיקו של פרחי, היה להשיב את התיק מטה ולפתחו מחדש בפני הרכב חדש שלא נחשף לסוגיית הדנ"א. קשה מאוד לבית משפט להתעלם מהודאת חוץ של נאשם שבית המשפט עיין בה ופסל אותה; קשה שבעתיים להתעלם מראיית דנ"א משום שהמשקל שמיוחס לה הוא עצום. ¹⁶⁸ חרף פסילת ראיות הדנ"א לא היה לפרחי סיכוי לזיכוי, מסיבה פשוטה ויחידה: פרחי אשם, ואנו איננו מוכנים לטמון ראשנו בחול ולאפשר לו מועד ב כשכישלוננו במועד א זועק ומהדהד, ומהדהד.

סנג'רו כתב שפרשת פרחי חושפת חולשה גדולה נוספת של כלל הפסילה: היעדר יכולת להשתחרר מהראיה הפסולה, והכול כדי להרשיע את "המנוול התורן". ¹⁶⁹ אני מסכים. האם יש שופט בישראל שישלח לחופשי אנס סדרתי בגין העובדה שהרשויות הפרו הבטחתם לו והפרו גם את החוק? אני מעריך שלא. כאן אני נפרד מחברי סנג'רו, ואומר זאת ביושר ובמפורש: גם אני לא הייתי מזכה את פרחי ולא הייתי מוכן לשלם את המחיר הערכי האמור במצב שבו אין לי חובה חוקית לעשות כן. דוקטרינת הפסילה יחסית וגם חוק הגנת הפרטיות. לכן חרף הביקורת הקשה שיש לי אני חצי נבוך לומר: לא

165 ראו: עניין פלונית (לעיל, הערה 135).

166 סנג'רו כתב שהוא מתקשה להאמין שאדם מורשע על סמך ראיות כה חלשות. ראו: סנג'רו (לעיל, הערה 98) בעמ' 33.

167 השו: דורון מנשה, "שיקול דעת עובדתי, חופש הוכחה ותיוות בדבר מקצועיות השפיטה", הפרקליט מג (תשנ"ז) 83; דורון מנשה, הלוגיקה של קבילות ראיות (תשס"ט) בעמ' 17-18 (להלן – מנשה, "הלוגיקה").

168 כמו סנג'רו, גם אני מתקשה להשתחרר מהרושם שהראיות הפסולות חרצו את גורל התיק להרשעה. ראו: סנג'רו (לעיל, הערה 98) בעמ' 34.

169 שם, שם.

הייתי משלח לחופשי אדם כזה. חצי נבוך משום שבהרשעתו אני מעלים עין, הלכה למעשה, מההפרות המהותיות של הרשויות בתיק. חצי לא־נבוך משום שבצדו השני של המתרס עומד אנס סדרתי, והמחיר כבד מדי – לא להגינות (כדברי חיות) ולא לזכויות, אלא לאינטרס הציבורי.¹⁷⁰ פסק הדין הראוי בעיניי הוא זה של השופטת חיות, משום שהוא שם את הדברים על השולחן (כמעט) כמו שהם. פגיעה קשה בזכויות הנאשם ובהגינות ההליך – יש. אינטרס ציבורי גדול בקבלת הראיות המשקפות את האמת – יש גם כן. ליבת האינטרס גוברת על ליבת הזכות, ואנו רחוקים למדי מליבת הזכות; הצלבת מידע גנטי היא פעולה פוגענית פחות מאלימות, שאף היא לא בהכרח תביא לפסילת ראיות; שקר לחשוד, למרבה הצער, הוא פרקטיקה שכיחה גם אם לא ברמה של הפרת הבטחה. דוקטרינת הפסילה אינה מתאימה למי שאנו בטוחים באשמתם ולמי שאשמתם כבדה מנשוא ואין לנו דרך אחרת להוכיחה.

אסיים חלק זה באמירה מדוע דוקטרינת הפסילה חשובה, מדוע אינה חשובה, ומדוע היא בכל זאת חשובה. היא חשובה כי לראשונה היא מאפשרת לפסול ראיות נוסף על סעיפי הפסילה הערכיים ובכך פותחת צוהר להגנה בדיעבד על הפרט שנפגע בחקירתו. היא אינה חשובה משום שבתיקים חשובים היא אינה צפויה להביא לפסילת ראיות חשובות, כמו שאנו נוכחים שוב ושוב. למרות הכול אני סבור שהיא חשובה לזכויות פרטים: הדוקטרינה היא "קלף משוגע" שהמטרה והתביעה אינן יודעות בוודאות כיצד יופעל. הצגתי קודם הערכה ריאליסטית של ראיות גדולות וחיוניות בתיקים גדולים. בתיקים קטנים יותר הדוקטרינה עשויה להקנות הגנה טובה לפרט. בתיקים גדולים, שבהם בית המשפט אינו בטוח באשמת הנאשם, עיקר עבודתה תהיה רטורית. מתי תהיה מהותית? דומני שתרומתה המעשית, עליה לא נדע לעולם – הפעולות השיטוריות הנפסדות שנמנעו בגין חשש הרשויות מפסילת ראיות, מחד גיסא, והתיקים שהתביעה סגרה בגין חשש מפסילת ראיות, מאידך גיסא. אלו ואלו הם סיפורים שלא יסופרו ולא יתפרסמו ברשות השופטת ובמאגרי המידע המשפטיים. לדוקטרינה ודאי יש אפקט מצנן להתנהלות שיטורית פוגענית. דהיינו, עיקר פעולתה בתיקים לא זניחים אינה במישור של דיני הראיות, מישור הפיתוי לשופטים, אלא במישור סדר הדין הפלילי, מישור החקירה. במובן זה אולי מוטב שבית המשפט לא יגיד את שאומרת האקדמיה, שהדוקטרינה תביא לפסילה לא חשובה בלבד. יש ערך מהותי לרטרופיקה של הדוקטרינה.

(י) תהייה לסיום: מדוע נולדה הדוקטרינה?

שאלה של מיטב ידיעתי טרם נדונה היא מדוע בכלל נולדה דוקטרינת הפסילה. לא במובן ההצדקה, אלא דווקא במובן ההסבר. ההצדקה משכנעת: הגיוני וצודק שבית

170 ובלשונו של מנשה: פסילת ראיות פרובטיביות (בעיקר ראיות חותכות) מצריכה "בחירה טרגית" בין השלמות המוסרית של בית המשפט ורשויות האכיפה לבין המחויבות להגיע לאמת. ראו: מנשה, "הלוגיקה" (לעיל, הערה 167) בעמ' 141–142.

סיפורה הרטורי והמהותי של ההכרעה הפלילית

המשפט יוכל לפסול ראיות שהושגו שלא כדין כאשר אנו מנהלים הליכים בשם הדין. חוקי היסוד הם ההסבר המקובל והמפורש כהצדקה ללידת הדוקטרינה.¹⁷¹ איני בטוח שהוא ממצה. מה פשר הלידה אחרי עשורים שבהם בית המשפט העליון כותב ומקדש את המגמה של המעבר מקבילות למשקל? הרי בית המשפט יצר בעניין **יששכרוב** מחסום של קבילות במקום לפנות לאפיק המשקל, שאותו הוא מציג שנים רבות כפתרון הקסם לכל בעיה ראייתית.¹⁷²

ההצדקה למחסום שמקימה דוקטרינת הפסילה ברורה: לא את כל הבעיות ניתן לפתור במישור המשקל, ופרחי הוא ההוכחה שאפילו במישור הקבילות אי אפשר לפתור את כל הבעיות.

ההסבר למחסום מתפצל לשני חלקים: ראשית, **רווח רטורי**: בית המשפט ודאי מעוניין בתדמית של אביר זכויות האדם ומגנה של ההגינות, תדמית נהדרת מול העולם ומול האקדמיה. במקרים שראיות תיפסלנה, צפוי בית המשפט לכתוב על קידושן של זכויות האדם וההגינות ואולי אף לפרסם את פסק הדין באנגלית.¹⁷³ במצבים שראיות תתקבלנה חרף הפסול בהפקתן צפוי בית המשפט להצניע את הפגיעה בזכויות ובהגינות ולהטעים את האינטרס הציבורי באכיפת הדין הפלילי, את האמת והצדק. בקרב הזה לעתים יפסידו זכויות האדם וההגינות ולעתים יפסידו האינטרס הציבורי, האמת והצדק. **מנצח אחד** יהיה תמיד: בית המשפט, שמאזן ומכריע ובוחר בנרטיב שמסביר מדוע הטוב עמו. אילו באמת רצינו להגן על זכויות אדם בחקירה משטרתית, הדרך הנכונה לכך הייתה ליצור כלל פסילה קשיח, או טוב מכך: במקום זכות היועצות בעורך דין היינו קובעים חובת היועצות כזו בראשיתה של כל חקירה. האם אנו באמת מעוניינים, כמערכת משפט, בחשודים נבונים ומודעים, כאלו שמבינים מתי כדאי להם לשתוק? כאלו שנועצים בעורך דינם לפני שאמרו מילה לשוטרת? ברור שלא. המחוקק אינו מעוניין בכך, שאם לא כן היה אומר כן בחוק מחייב; בית המשפט אינו מעוניין בכך,

171 ראו: עניין **יששכרוב** (לעיל, הערה 116), פסקאות 46–49, 54, 67 לפסק דינה של השופטת ביניש. אחד ממבחני הדוקטרינה מפנה במפורש לפסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. שם, פסקאות 63, 65 לפסק דינה של השופטת ביניש. כן ראו מרין וקיסאי-סנג'רו (לעיל, הערה 152), בעמ' 457.

172 ראו: ר"ע 423/83 **מדינת ישראל נ' עיזבון המנוחה סילוורמן**, פ"ד לז(4) 281; ד"נ 23/85 **מדינת ישראל נ' טובול**, פ"ד מב(4) 309; ע"א 703/86 **ברנשטיין נ' היועמ"ש**, פ"ד מג(4) 529; דנ"פ 4390/91 **מדינת ישראל נ' חגי יחיא**, פ"ד מז(3) 661; ע"פ 7293/97 **ז'אפר נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(5) 460; ופסק דין חשוב שניתן כמחצית השנה לאחר הלכת יששכרוב וביטל את הלכת קינזי הוותיקה והמגבילה: בג"ץ 11339/05 **מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי בבאר שבע** (פורסם בנבו, 8.10.2006).

173 מבט באתר הרשות השופטת, אתר הראוי לשבח כשלעצמו, חושף שמעט מאוד פסקי דין פליליים זוכים לתרגום לאנגלית, לעומת פסקי דין רבים יחסית של בג"ץ. כאמור, פרשת **בן חיים** זכתה בתרגום לאנגלית; גם פרשת **יששכרוב**, שלא במפתיע. פרשת **פרחי** לא זכתה. ראו: הרשות השופטת – חיפוש פסקי דין בית המשפט העליון <http://elyon1.court.gov.il/verdictssearch/EnglishVerdictsSearch.aspx>

שם לא כן היה מוצא את הדרך לגרום לתוצאה זו להתממש (ומובן שהפרקליטות והמשטרה אינן מעוניינות בכך). בנוגע להליך הפלילי, ואולי לא רק אליו, אנו מעדיפים לדבר על זכויות ולא להביא חשודים לממשן, מעדיפים רטוריקה של זכויות על מהות של זכויות, מבכרים מראית עין על פני ויתור על האמת שבפי החשודים ובעקבותיה על האינטרס הציבורי ועל הצדק.

ההסבר השני למחסום קשור לקודמו. יצירת מחסום קבילות מנוגדת לכאורה למגמת המעבר מקבילות למשקל, שהיא מגמה שלטת, רחבה ועמוקה. כיצד מסבירים את הניגוד הקשה? פשוט מאוד: אין פה כל ניגוד. בעיניי, מגמת המעבר מקבילות למשקל עניינה אינו אמת, צדק או זכויות, אלא כוח; הכוח לקבל ראיות רלוונטיות נוספות ולעבדן לקראת הכרעה של אמת, צדק או זכויות. דוקטרינת הפסילה אינה סותרת את אותה מגמה אלא דווקא משלימה אותה ומגשימה אותה: היא מקנה לבית המשפט כוח חדש, שאין חובה לצדו. כוח לפסול – יש; חובה לפסול – אין. בית המשפט העניק לעצמו סמכות חדשה, שבה ישתמש כשימצא לנכון. זהו למעשה סודה של הדוקטרינה, סוד יצירתה, סוד הפעלתה, סוד חולשתה וסוד כוחה.

13. זרקור על הפסיקה 2: תחולתה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית בשלב החקירה

(א) הצגת פסק הדין

התפתחות מרכזית שנייה השנה בדיני הראיות חלה בעניין שמש. בשתי תאונות רכבת מקיץ 2005 היו שמונה הרוגים ופצועים רבים. הרכבת מינתה ועדות פנימיות שגבו עדויות מהעובדים. בהמשך פנתה המשטרה לבית משפט השלום לקבלת צו לפי סעיף 43 לפקודת החיפוש להצגת מסמכי העדויות. הרכבת התנגדה בשל החיסיון מהפללה עצמית של עובדיה. בית המשפט לתעבורה דחה הטענות.¹⁷⁴ בית המשפט המחוזי לא התערב.¹⁷⁵ בינתיים הואשמו בבית משפט השלום הרכבת ושני משיבים, שביקשו עם אחרים יחד רשות ערעור מבית המשפט העליון. השופט דנציגר קיבל את הבקשה לאור זכות העובדים להליך הוגן ולאור דוקטרינת הפסילה הפסיקתית; השופט רובינשטיין הצטרף לאור הבטחת הרכבת, גוף דו-מהותי, שלא לחשוף את החומרים. בדעת יחיד גרס השופט לוי כי דוקטרינת הפסילה עוסקת בפסילת ראיות לא בשלב החקירה אלא במסגרת ביורר האשמה, שרק אז מלאים ושלמים שיקולי הפסילה או הקבלה.¹⁷⁶

174 ראו: ב"ש (תעבורה אשד) 1203/06 רכבת ישראל נ' מדינת ישראל (טרם פורסם).
175 ראו: ע"פ (מחוזי ב"ש) 4314/07 שמש נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 17.12.2008).
176 ראו: רע"פ 851/09 שמש נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 22.7.2010).

סיפורה הרטורי והמהותי של ההכרעה הפלילית

המדינה עתרה לקיים דיון נוסף (גלגול רביעי!) שיבחן אם דוקטרינת הפסילה היא בת-החלה לפני הגשת כתב אישום. הנשיאה ביניש, אָם הדוקטרינה הפסיקתית, קיבלה הזדמנות להרחיבה אך בחרה להצטרף לעמדת השופט לוי ולהפוך את ההחלטה.¹⁷⁷ היא הטעימה את ההבחנה בין שלבי ההליך השונים ואת יחסיות הדוקטרינה וגמישותה שלאורן המקום הנכון להפעילה הוא בהליך בירור האשמה ולא לפניו: רק אז עולה התמונה העובדתית והמשפטית המלאה ביותר. דוקטרינת הפסילה באה להגן על הגינות ההליך הפלילי בבית המשפט ולא למנוע מראש את השימוש החקירתי בראיות שאינן קבילות במשפט. היות מידע מסוים לא קביל אינו מונע שימוש חקירתי בו. ביניש דחתה את הבקשה להכיר בחיסיון הלכתי חדש בנושא וחתמה את פסק דינה בבקורת על עמדת השופט דנציגר. השופטת ארבל הצטרפה לנשיאה והדגישה גם היא את חשיבות ההבחנה בין שלב בירור האשמה לשלב החקירה המשטרית. המשנה לנשיאה ריבלין, השופט לוי והשופטת נאור הצטרפו. שופטי דעת המיעוט בגלגול הקודם נותרו בדד.

השופט דנציגר שב על עמדתו: ההכרה בזכות להליך הוגן כזכות חוקתית מחייבת תוצאה משפטית שלפיה בנסיבות מתאימות ניתן למנוע העברת מסמכים וראיות חפציות לעיון המשטרה גם בשלב החקירה, מכוח דוקטרינת הפסילה. הוא ביקר את המשטרה על "מסע הדיג" שערכה, על שניסתה להגיע באופן לא ראוי לראיות שיכלה לאסוף בעצמה במסודר ובשמירה על כללי החקירה הראויים. גם עמדת הנשיאה בוקרה בחריפות, באשר אינה שוקלת כראוי נזקים בלתי הפיכים שעלולים להיגרם לנחקר ולחשוד אם לא יינתן בידיהם סעד אפקטיבי בזמן אמת, אינה נותנת תוקף משפטי ראוי לזכות להליך הוגן ועלולה לפגוע באמון הציבור במערכת המשפט ובלגיטימיות המוסרית שלו: "צדק מאוחר אינו צדק".¹⁷⁸ השופט דנציגר הביע חשש מהקרבת זכויות הפרט על מזבח האינטרס הציבורי וחשש מאיתור ראיות נגזרות באמצעות הראיה הפסולה שהופקה ללא התערבות בית המשפט. אל לאחרון להפוך למשקיף פסיבי מהצד, בעיקר בעידן שבו מתגברת מחאה אזרחית בגין התנהלות רשויות השלטון. הרציונל המניעתי של הדוקטרינה מחייב לאפשר התערבות גם בשלב מוקדם.

השופט רובינשטיין הצטרף לחברו אך בידל עצמו ממנו במובהק. חובת ההגינות כלפי העובדים של הרכבת כגוף דו־מהותי, לאור הבטחתה המפורשת והסתמכות העובדים, היא שמובילה לפתרון הולם והוגן – לאפשר לרכבת לחזור בה מהוויתור על החיסיון מהפללה עצמית.¹⁷⁹

177 ראו: עניין שמש (לעיל, הערה 100).

178 שם, פסקה 8 לפסק דינו של השופט דנציגר.

179 לניתוח השאלה של מועד תחולת הדוקטרינה לאור עניין שמש מחד גיסא והסמכת הצדדים את בית המשפט להכריע בשלב מוקדם יותר מאידך גיסא ראו: ת"פ (שלום כ"ס) 2912-07 וכלכלה מדינת ישראל נ' ירון (פורסם בנבו, 12.7.2012).

(ב) שבח וביקורת: למה לחכות כשהרציונל הוא מניעתי? על עיתוי ועל פיתוי ועל צדק מאוחר

לנוכח פיצול הדעות בפסק הדין אחד את השבח והביקורת. דעתי כדעת היחיד של השופט דנציגר: אין הצדקה מוחלטת שלא להתערב בזמן אמת. יתרה מזאת: הזמן המתאים ביותר להגן על זכויות הוא לפני חשיפת המידע שהופק תוך פגיעה בזכויות. יש לכך כמה סיבות:

ראשית, אם מודל הפסילה הוא מניעתי ולא סעד מתקן, כפי שהדגיש בית המשפט כשיצר אותו, מדוע למנוע את הפגיעה הנגזרת של הפרט, הפגיעה של הגשת הראיה לבית המשפט במשפטו, ולא למנוע את הפגיעה הראשית בזכות – עצם ההגעה לראיה הפסולה? וכיצד ניתן לעמוד מהצד בחיבוק ידיים במקרים שבהם הפגיעה בהגינות בולטת וניתנת למניעה בזמן אמת?¹⁸⁰ ניתן להשיב שהדוקטרינה מלכתחילה מגבילה את עצמה לפסילת ראיות, ואין נוהל מוכר של פסילת ראיות לפני שמיעת הראיות וניהול המשפט. זו תשובה טובה פורמלית, אך לא תשובה טובה, נורמטיבית. הדוקטרינה אינה פורמלית אלא פרי פסיקתי שמטרתו להגן על ערכים. אם אנו מעוניינים לצמצם פגיעה בנאשם נוכחי או פוטנציאלי, הגיוני למנוע – אם רק ניתן – את הפגיעה הראשית ולא רק את הפגיעה הנגזרת. זו דרך אמתית לשמירה מהותית על זכויותיו. מניעת הפגיעה הנגזרת היא חשובה, אך לא ברור, מבחינה נורמטיבית, מדוע בית המשפט מוכן לוותר ולהיכשל במודע במועד א ולגשת לכל היותר למועד ב, שבו הציון המרבי שיוכל להשיג נמוך יותר בהכרח – ציון מבחינת זכויות אדם. ההיגיון תומך במניעת הפגיעה הראשית בזכויות אדם ובהגינות ולא בעצימת עיניים למולה. אולם בהמשך לביקורת על פרשת פרחי, התוצאה של הנשיאה הגיונית: איננו רוצים באמת להגן על זכויות כמובן העדפתן על ההגעה לאמת ולצדק. אנו מעדיפים לאפשר את הפסול ולאסוף את הפיתוי, ובהמשך להימנע ממנו אם אינו גדול יתר על המידה.

הסיבה השנייה שמוטב להתערב בזמן אמת היא שבשלב שבו נמנעת גישה מהרשויות בזמן אמת לחומר שצפוי להיפסל בדיעבד, הרי שיש להן עוד זמן לתקן ולנסות לאסוף חומרים ולהגיע לאמת בדרך חוקית והוגנת.¹⁸¹ לרשויות יש מועד ב בעיתוי האמור. הסיבה השלישית היא ראליסטית: בהמשך לנאמר על הנקודה הקודמת, ניהול החקירה הוא זמן מצוין לפסול ראיה, משום שמחירה הערכי של הפסילה הוא כזה שניתן לקבלו, משפטית וציבורית. דנציגר הביע חשש שגם אם תיפסל הראיה מאוחר יותר, לא

180 ראו: סנג'רו (לעיל, הערה 98) בעמ' 45.

181 כדברי מנשה, כלל הפסילה מטיבו אינו כלל היסק אלא בלם חיצוני להיסק: כלל המבכר מחדל – איי-קבלת ראיה והערכתה – על מעשה. החלטה בדבר פסלות אינה סימטרית מבחינת שיקוליה להחלטה בדבר קבילות. הפסלות מצווה להימנע מהיסק ואינה מצווה לעשות היסק הפוך: מוותרת על אמצעי הוכחה פוטנציאלי אך אינה מביאה לשיבוש אקטיבי של חקר האמת. ראו: מנשה, "הלוגיקה" (לעיל, הערה 167) בעמ' 156, 188–189. כלומר, איננו נדרשים לחרוץ עובדה; ניתן לחפשה במקום אחר.

סיפורה הרטורי והמהותי של ההכרעה הפלילית

יועיל הדבר לנאשם שנגדו הופקו ראיות נגזרות. מי כמוהו יודע; אפילו שופט החרד לזכויות הפרט כדנציגר לא היה מסוגל לזכות את פרחי, שנגרם לו עוול ברור. קל יותר לוותר על פוטנציאל של ראיה מאשר לוותר על ראיה;¹⁸² קל יותר לוותר על וילון מספר 2 מאשר על ראיה מספר 1; קל יותר לוותר על פוטנציאל של אשם מאשר לוותר על אשם. זו הסיבה שקל יותר לזכות אדם מחמת הספק מאשר לזכותו מחמת ראיה פסולה. אילו פנה פרחי לבית המשפט רגע אחד לפני הצלבת המידע האסורה בבקשה למנוע מהרשות להפר את החוק, איני בטוח שהיה מתקשה למצוא שופט שייעתר לבקשתו לכבד את מצוות החוק. ודאי היה מתקשה הרבה פחות מאשר למצוא שופט בדיעבד שיפסול את כל הראיות שאליהן הוביל התוצר האסור והמפתה. לדעתי, אין בנמצא כשופט הזה. לכן הדרך הטובה ביותר להימנע מכניעה לפיתויים היא למנוע את יצירתם.

בדבר אחד אני מסכים עם הנשיאה: ייתכן שהדוקטרינה אינה מתאימה. ככלות הכול מדובר בדוקטרינה ולא בתאוריה, במכשיר מוכן ומוגבל ולא בעקרונות ובהצדקות. למכשירים יש לעתים נטייה להפוך פורמליים וצפידים גם אם לא נולדו כאלו. לכן אף שמדובר במכשיר טרי יחסית, ייתכן שהדוקטרינה אינה מתאימה, אך אולי צריך ליצור דוקטרינה חדשה, לא דוקטרינת פסילה אלא דוקטרינת מניעה. כך יהיה צינור אמתי לפרקטיקות שיטור נפסדות, ומניעת ראיות נגזרות, לטוב ולרע.

(ג) ביקורת: מסעות דיג פליליים ואזרחיים

השופט דנציגר ביקר את המשטרה שמבקשת לאסוף ראיות שהייתה יכולה להגיע אליהן בעצמה. הוא ציין כי אילו דובר בהליך אזרחי, היה בית המשפט קובע שמדובר ב"מסע דיג" ודוחה את בקשת בעל הדין לאלץ בעל דין למסור לו ראיות שביכולתו לאסוף בעצמו. דומני שדנציגר צודק והבעיה היא זו: בקשות מטעם המדינה לצווי חיפוש והמצאת חפצים אינן מעוררות בשופטת את החשדנות הטיפוסית המלווה אותה לנוכח בקשות בהליך האזרחי, כנראה משום שהמשטרה נראית אובייקטיבית או שבקשותיה נראות חשובות יותר. החטא הקדמון של פרשת שמש אינו הסירוב של בית המשפט לשחרר את הרכבת מחובתה למסור את המסמכים אלא הצו הראשון שהוצא, שחייב אותה למסור כאמור צו שמטיבו מוצא בלי לשקול את כל השיקולים הראויים שעל הפרק. ייתכן שבעניין צווי המצאת ראיות לגוף שאינו חשוד יש לעדכן את הפרוצדורה כדי שניתן יהיה להציף שיקולים חשובים בזמן אמת במקום לדון בדיעבד בחוקיות צו שכבר הוצא, כשברור שלא קל יהיה לערכאה שיפוטית לקבוע שצו שהוציאה ערכאה אחרת, ודאי צו שהוציאה היא עצמה, אינו חוקי.

182 לכן, להערכתו, קל לנו יותר לקבל מחסום של חיסיון מאשר מחסום של קבילות.

(ד) ביקורת: ההבחנה הלא עקיבה בין קבילות לחקירה

ראש ביקורת אחרון נוגע להבחנה הלא עקיבה בין קבילות לחקירה. הנשיאה ביניש הטעימה כי קבילות לחוד וחקירה לחוד. אכן יש בכך טעם: ככלל, שאלת הקבילות היא עניין לתיק בית המשפט ולא לתיק החקירה; ככלל מותר למשטרה לעיין במידע לא קביל. אולם ראשית, לא הרי עיון במידע לא קביל כעדות שמועה או רישום פלילי בשלב החקירה כהרי פנייה לבית משפט לקבלת צו הפוגע בזכויות פרט. במצב השני הפגיעה אקטיבית יותר, בחסות בית המשפט ובהכשרתו, ומה שיוכשר בהתחלה – ספק אם ייפסל בסיום. שנית, שאלת ההבחנה בין עיון בחומר לבין שימוש ראייתי משפטי בו לא עלתה כלל בעניין אחר, שבו הייתה מתבקשת בעיניי: עיון משטרתי בחומר מחשב שנתפס בצו שיפוטי כשעלתה טענה שאותו חומר הוא חסוי משום שמדובר בתכתובת בין לקוח לעורך דינו. בפרשת היינץ דווקא קבעה הנשיאה ביניש כי אין להעביר את החומר לעיון המשטרה במהלך החקירה, משום שהדבר יפגע בחיסיון.¹⁸³ לא ברור מדוע ההבחנה בין החקירה לבין המשפט חדה כל כך בעניין שמש ועמומה כל כך בעניין היינץ.¹⁸⁴

(ה) ביקורת עצמית: הדוקטרינה וכוח

בעקבות ההשערה שהבעתי על יצירת הדוקטרינה כמהלך להשגת כוח ניתן לתהות מדוע בית המשפט שולל או מונע מעצמו כוח נוסף, הכוח להתערב לפני המשפט. תשובתי נחלקת לשני פנים. האחד הוא שבית המשפט ממילא מחזיק בכוח בלתי מבוטל בשלבים של ניהול החקירה, כמו הוצאת צווים בסגנון זה שהוצא בעניין שמש. במצבים רבים ככלל אין צורך בפסילה; ניתן פשוט להימנע מהוצאת צווים. הפן השני הוא שבית המשפט אולי מעוניין בכוח אך אינו מעוניין בהצפה בזמן אמת, בפניות מצד חשודים אין-ספור בבקשה לפסילת ראיות. הצפה כזו תהיה כרוכה ודאי ב"עבודת חינם", בטיפול בשאלות שלא היו מגיעות בהמשך לבית המשפט: חשודים שהתיק נגדם היה נסגר לא היו מגיעים: זהו "הסיפור שלא סופר". מנגד, חשודים שנאשמו בהמשך ושראיות נגדם הופקו שלא כדין עשויים להודות – בהסדר טיעון או שלא¹⁸⁵ – או להיות מורשעים דרך ראיות אחרות, מה שיפחית מחשיבותה המעשית של שאלת הפסילה. דנציגר הציע שלא לראות "צל הרים כהרים" ולא לחשוש מהצפה. דומני שהחשש מהצפה – דווקא ממשי. הכוח לפסול ראיה מועיל לבית המשפט ומאפשר לו לפסול ראיות בכל עת שיראה לנכון; בית המשפט אינו מעוניין בכוח הפסילה בשלב שהתמונה אינה ברורה, וחשוב מכך –

183 ראו: רע"פ 8873/07 היינץ ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.1.2011).

184 העובדה שמדובר בחיסיון ולא בקבילות אינה מספקת הסבר בשעה שהחיסיון אינו חל כלל. לשאלת הפגיעה האמורה אשוב בהמשך: "חיסיון עורך דין וירטואלי: על חיסיון עורך דין, תכליתו וגבולותיו" (טרם פורסם).

185 בתקשורת דווח שחלק ניכר מהנאשמים בפרשה הגיעו להסדרי טיעון מגוונים. ראו: גלובס <http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000728878>.

בשלב שבו התמונה שמוצגת בפניו עשויה להיחסך ממנו אם ימתין. הכוח והאינטרס הציבורי עומדים מול זכויות האדם. את הכף מכריעה היעילות.

(ו) תהייה לסיום: מניעה או חינוך? מבט במשפט האזרחי

בדיון בפרשת פרחי הצגתי שורת תהיות. קודם לכן תהיתי בנוגע לשאלת המניעה: מדוע בית המשפט אינו מונע את הפגיעה בזמן אמת, את הפגיעה הראשונה והראשית? אסיים כעת במבט משלים לתהייה זו, בקפיצה לרגע לעולם המשפט האזרחי. דוקטרינת הפסילה הפסיקתית מגבילה את עצמה מפורשות לזירה הפלילית. היש לכך הצדקה או הסבר? הסבר תחילה. מכל השחקנים המככבים בבתי המשפט, בענפיו השונים, יש שחקן חוזר אחד שבולט מעל לכולם: המשטרה. זו אמונה על אכיפת הדין הפלילי ומלאכתה קשה ומורכבת. ברגיל היא עושה את תפקידה היטב. לעתים היא נוהגת שלא כדין, במודע או בטעות. הגיוני וצודק שיהיה כלי שיאפשר לפסול תוצר ראייתי שהופק שלא כדין; הגיוני להפעילו בעיקר כשמדובר בשחקן חוזר וחזק. אולם למעשה, מדוע זה הגיוני? הרי המודל שאומץ הוא מניעתי ולא מודל של סעד מתקן. אם המודל הוא מניעתי, כשהדגש אינו על העבר ועל חינוך אלא על ההווה ועל ההליך בבית המשפט, אין זה משנה אם עסקינן במשפט פלילי או באזרחי, בהפרה משטרתית או פרטית. נהוג אף לומר כי מה שעל הפרק במשפט האזרחי חשוב פחות ממה שעל הפרק במשפט הפלילי, לפחות במצבי קיצון.¹⁸⁶ אם אלו פני הדברים, כי אז המבט הראליסטי שהצגתי קודם, שמשער כי ראיות חשובות וחיוניות תיפסלנה רק במקרים לא חשובים, מלמד כי מקומה של הדוקטרינה אינו רק במשפט הפלילי. אין כל הצדקה שלא להחיל את הדוקטרינה גם בהליכים אזרחיים, שבהם לפחות במצבים רבים הקרבת האמת נראית כואבת פחות וצודקת יותר. אמנם האפקט החינוכי של פסילה כזו הוא אפסי לעתים קרובות כשמדובר בשני צדדים פרטיים לגמרי. אולם אין חשיבות לקיומו של אפקט כזה. אכן, לעתים פסיקת בית המשפט העליון מרמזת ששיקול החינוך דווקא חשוב לו.¹⁸⁷ אבל בלשונה, הדוקטרינה מדברת על מניעה ולא על חינוך, על הגינות ולא על תיקון. אם כך הוא הדבר, מדוע שלא להגן על אזרח א מפני ראיה שהפיק אזרח ב שלא כדין? דומני שזכויותיו של א בהחלט רלוונטיות גם במצב כזה. גם ההגינות בהליך האזרחי היא שאלה

186 התייחסתי לטיעון האמור והדגשתי שמדובר במקרי קיצון, שהרי לא תמיד המשפט הפלילי עוסק בשאלות הרוט-גורל ולא תמיד המשפט האזרחי עוסק בשאלות דלות-חשיבות. ראו: אסף הרדוף, "בעל נגד אישה, אמת נגד משפחה, או: המבט הרביעי על כשרות להעיד במשפט הפלילי", **דין ודברים** ג (תשס"ח) 273, בעמ' 301-302.

187 השופט דנציגר, שזיכה את אלזום, כתב שהוא מקווה שפסק הדין ישמש התראה למדובבבים. עניין אלזום (לעיל, הערה 105) פסקה 9 לפסק דינו של השופט דנציגר. במקום אחר כתבה השופטת ברלינר שאין טעם לפסול הודאת נאשם שנחקר בשנת 2001, בטרם הלכת **יששכרוב**. ראו: עניין שי (לעיל, הערה 154) פסקה 6 לפסק דינה של השופטת ברלינר. איני רואה טעם באמירות כאלו במודל שאינו חינוכי.

מעניינת מבחינת בית המשפט. ההצדקה המרכזית להבחנה הבינרית בין הפלילי לאזרחי, במוכן זה שאנו בכלל מסרבים לבחון אפשרות לפסול בהליך אזרחי ללא סעיף פסילה חוקי,¹⁸⁸ היא עניין החינוך. הצדקה זו ניתנת לתקיפה לפחות בסוגי מקרים שונים שבהם יש שחקנים חוזרים שניתן לחנך, כמו מעבידים וכמו חוקרים פרטיים, גורמים שצפויים להטמיע החלטות ראייתיות, להבדיל מאזרחים. אולם גם בהנחה שההצדקה עומדת לחלוטין – היא אינה מתיישבת עם המסר המניעתי של דוקטרינת הפסילה כפי שנוסח, המסר ה"אנטי-חינוכי" שלה, אם תרצו. סבורני שהחלת דוקטרינת פסילה במשפט האזרחי היא הגיונית ומוצדקת. ארבעה דברים צריכים לקרות לשם כך בהליך אזרחי: הפקת ראיות שלא כדין; דרישה מטעם עורכי דין לפסול ראיות; פסילת ראיות על ידי שופטת ערכאה דיונית; חידוש הלכה על ידי בית משפט עליון. הדבר הראשון ודאי קורה לא אחת. הדבר השני או השלישי, כנראה, אינם קורים מספיק. הדבר הרביעי יקרה כשבית המשפט העליון יפגוש בראיה שהופקה בדרך פוגענית במיוחד, בתיק שבו פסילתה תבוא בחשבון מבחינת ראיות אחרות שקיימות בו או מבחינת אינטרס חברתי שאינו דרמטי. הרווח הרטורי שיפיק בית המשפט העליון מדוקטרינה כזו קיים אף אם מוגבל מזה שהוא מפיך בענף הפלילי, אך זהו הסבר גרידא. כעניין של הצדקה, דומני שדוקטרינת פסילה מניעתית ראויה גם למשפט האזרחי.

ג. דיני העונשין

דיני העונשין מגוללים את "דיני הכותרות". בשעה טובה הגענו לשורה התחתונה, שגם בעניינה יש שביל סלול. אם היטיב המחוקק לסלול אותו, יהיו צעדי השופטת הפרשנית קלים יותר; אם סלל המחוקק שביל גם ומחוספס, תמצא עצמה השופטת בפני אתגרים שניתנים לא אחת לתיאור כדילמה של בחירה בין שתי אפשרויות: היצמדות לעקרון החוקיות, על כל הטוב שהוא מבקש להשיג, או היצמדות לחוש הצדק השיפוטי, על כל הטוב שהוא מבקש להשיג.

גם בתחום דיני העונשין עלו השנה חידושים חשובים, אף אם לא רבים. מעניין שהזירה הפלילית היא רק במיעוטה זירה שדנה ומחדשת בדיני העונשין. לפחות בשנה האחרונה.

¹⁸⁸ בפסק דין מהשנה האחרונה בתיק שעניינו תובענה לפיצויים מצד חברת ביטוח בגין תאונת דרכים ופציעת נוסע, פסל בית משפט השלום הקלטה ותמליל הקלטה שערך חוקר פרטי מתלמד ובלתי מוסמך לאחר שהתחזה לסוכן ביטוח והפר את תקנות החוקרים הפרטיים. בית המשפט המחוזי נמנע מלהתערב בפסילה. המשנה לנשיאה ריבלין הסכים להתערב אף שההליך טרם הסתיים והורה על קבלת הראיה. הוא הדגיש שאין בחוק החוקרים הפרטיים סעיף פסילה, הבהיר שסעיף פסילה בחוק הם החריג ולא הכלל, והפנה, באופן מוזר משהו, לפרשת מועדי. ראו: רע"א 7219/11 הפניקס נ' בויראת (פורסם בנבו, 11.6.2012).

1. הפללה

פקודת התעבורה תוקנה בנובמבר 2011.¹⁸⁹ התיקון החמיר בעונשו של נהג שהיה מעורב בתאונה חמורה ולא עצר ולא הזעיק עזרה, העלה את הענישה המרבית בעברה שבסעיף 64א לפקודה מתשע שנות מאסר לארבע-עשרה וצמצם את סמכות בית המשפט להימנע מהרשעה וממאסר בפועל. בנוסף, יצר המחוקק איסור מפורש חדש בסעיף 1א64, שלפיו על הנוסע המעורב בתאונה שבה נפגע אדם להימנע מלהזעיק את גופי ההצלה אלא אם עשה כן הנהג, שאם לא כן יוטל עליו מחצית מעונשו המרבי של הנהג. מעניין שמהלך זה קרה דווקא לאחר שבית המשפט העליון שב ואישר בהרחבה שניתן להרשיע נוסע במצב כזה בסיוע לעברת ההפקרה של הנהג, פרשה שעליה הורחב הדיון בכינוס שנת המשפט תשע"א.¹⁹⁰ כלומר, בין היצירתיות התביעתית לאקטיביזם השיפוטי בדיני העונשין נזכר גם המחוקק, לעתים רחוקות, לומר את דברו בעניין ההפללה, אולי בגין התחושה ש"פגע וברח" הפכה למכת מדינה בשנים האחרונות, או בגין מה שגור אריה כינתה בחדות ובאומץ: "פאניקה מוסרית".¹⁹¹

שאלת ההפללה, שהיא מהנושאים החשובים והזנוחים ביותר מבחינה אקדמית ופסיקתית, זכתה השנה לתשומת לב רחבה מאוד בהקשר מסוים: הצעת החוק הפרטית להפללה של צריכת זנות, אשר נדונה בוועדת חוקה, חוק ומשפט. ההצעה לא עברה במושב הכנסת הנוכחית, אך בעיניי יש חשיבות רבה לכך ששאלה של הפללה סוף-סוף זוכה לדיון ציבורי משמעותי.¹⁹²

2. פרשנות עברה

מעשה מגונה: פסק הדין בדיני עונשין המחדש והמעניין בעיניי השנה עוסק במעשה מגונה, ואגיע אליו בסיום חלק זה.

189 ראו: חוק לתיקון פקודת התעבורה (מס' 101), תשע"ב–2011, ס"ח 2.
190 ראו: ע"פ 2247/10 ימיני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.1.2011). לביקורת רחבה ואמיצה על פרשה זו ראו: מרים גור-אריה, "המשפט הפלילי בפסיקת בית המשפט העליון בשנת תשע"א – מגמה של הרחבת האחריות הפלילית של החמרת הענישה", **דין ודברים ז** (תשע"ג), 59, בעמ' 78–91; להתייחסות קצרה לתיקון החדש, ראו: שם, בעמ' 92–93.
191 שם, בעמ' 88–91.
192 לטיעון רחב בעד הפללה כאמור, ראו: נויה רימלט, "על זנות, מגדר ומשפט פלילי: הרהורים על הצעת החוק להפללת צרכי זנות", **משפט וממשל יג** (תשע"א) 439. לטיעון נגדי מקוצר ראו: אסף הרדוף, "הפרקטיקה של פסקת ההפללה: הצרה חוקתית של הדין הפלילי – המחשה באמצעות בחינת האיסור על צריכת זנות במבחני פסקת ההגבלה", **הסנגור** 182 (2012) 4. ראו דיון בשאלת ההפללה באופן כללי: אסף הרדוף, "פסקת ההפללה: טיעון חוקתי נגד הפללה – על גבולות המשפט הפלילי וגבולות פסקת ההגבלה", **משפטים מב** (תשע"ב) 243.

הלבנת הון: בפרשת התרופות המזויפות¹⁹³ נדונה גם שאלה עונשית: משמעות הביטוי "כוונה להסתיר" שבסעיף 3(א) לחוק איסור הלבנת הון.¹⁹⁴ השופטת ברק-ארז כתבה שאף שהרקע לחוק היה הצורך להילחם בפשעים חמורים, כסחר בנשק ובסמים, לא הוגבל החוק למלחמה בהם והוא ברחללה גם על עברות אחרות שיעדן רווח כלכלי. ההגנה ביקשה לצמצם את המונח כדי שלא יחול בכל מצב שבו אדם הסתיר את הכסף שהרוויח בעברה. ברק-ארז פירשה את המונח פרשנות תכליתית וקבעה שאם הכסף הוסתר כדי שיתאפשר שימוש עתידי בו, החוק יחול: נדרשת הסתרה נוספת על הסתרת העברה המקורית, אך אין נדרשת כוונה מיוחדת לתהליך הלבנת ההון כולו. לגישה, אין לשמור את החוק רק לשלבים המתקדמים של שרשרת ההלבנה. הפקדת כספים שמקורם בפעילות לא חוקית בחשבון בנק של עסק לגיטימי, כמעשה המערערים, מלמדת בבירור על "כוונה להסתיר" את המקור האסור של הכסף ולאפשר את המשך השימוש הלגיטימי בו. אגב אורחא הוסיפה השופטת שהלכת הצפיות מתבקשת במקרים שכאלו.

כעת אזכיר בקצרה שני פסקי דין מבית משפט השלום שעוסק בשאלות שבחזית המשפט, כאלו שמבוששות להגיע לבית המשפט העליון: שאלות של משפט פלילי ואינטרנט.

פרסום תועבה: עברות התועבה, המתוארות בסעיף 214 לחוק העונשין, הן אולי העברות המקוונות הנאכפות ביותר בישראל. רופא ילדים החזיק במחשבו כמעט 200,000 פרסומי תועבה שאותם הוריד מתוכנת שיתוף. בחקירתו ובמשפטו הודה בהחזקה אך כפר בפרסום, עברה חמורה בהרבה. בית משפט השלום קבע כי הורדת קבצים במצב שמאפשר למשתמשים אחרים להורידם, גם היא בבחינת "פרסום", ובהמשך גזר עליו 18 חודשי מאסר בפועל.¹⁹⁵

חדירה לחומר מחשב: אחת העברות הרחבות ביותר בישראל כמעט אינה זוכה לניתוח ביקורתי, למעט החלטות שניתן לספור על יד אחת, כולן מבית משפט השלום בירושלים: חדירה לחומר מחשב, עברה לפי חוק המחשבים.¹⁹⁶ נאשם הודה והורשע בעברות שונות, אך כפר בחדירה לחומר מחשב בקשר לשימוש במאגר נתונים שהושג שלא כדין וכלל ססמאות ומספרי כרטיסי אשראי. השופט רון מבית משפט השלום בירושלים סירב להרשיעו בחדירה לחומר מחשב, וזאת לאחר שבחר בפרשנות תכליתית מצמצמת לעברה וקבע שאין היא באה להגן על הפרטיות ועל הרכוש, ערכים המוגנים

193 ראו: פרשת **כהן סלכגי** (לעיל, הערה 57).

194 ראו: סעיף 3(א) לחוק איסור הלבנת הון, תש"ס-2000, ס"ח 293.

195 ראו: ת"פ (שלום חי) 46429-10-10 **מדינת ישראל נ' ברקאי** (פורסם בנבו, 27.11.2011).

196 ראו: חוק המחשבים, תשנ"ה-1995, ס"ח 366.

בעברות אחרות שבהן הורשע הנאשם. לשיטתו, העברה באה להגן על המרחב הקיברנטי, שבו לא ביקש הנאשם לפגוע.¹⁹⁷

רצח: השופט רובינשטיין הרחיב בנושא הרכיב "החלטה להמית" שביסוד הנפשי "כוונה תחילה" בעברת הרצח שבסעיף 300 לחוק העונשין וכתב שמדובר בחיזוי מראש של אפשרות התרחשות המוות וחפיץ במוות, לרבות במהלך האירוע עצמו.¹⁹⁸ לדבריו, בשל הקושי לדעת את שבלב האדם, משתמשים ב"חזקת הכוונה" ובאינדיקציות שונות כמו הצטיידות בנשק, שימוש חוזר בנשק קטלני, מקום הפגיעה, טיב הפגיעה וצורת הביצוע. על הנאשם לעורר ספק סביר כדי להפריך את הכוונה. דקירות חוזרות בחזה גם לאחר שהמנוח נפל מבססות את חזקת הכוונה ומלמדות על החפיץ בתוצאה. אמירה שלפיה לא התכוון להרוג אלא רק לפצוע אינה מפריכה את החזקה. רובינשטיין מצא כי יסוד ההכנה התקיים בנטילת סכין ובהחלפת נעליים לשם יציבות; יסוד היעדר הקנטור התקיים אף הוא, בהתחשב בכך שחלפה חצי שעה מאז הריב שהיה בינו לבין המנוח.

3. הגבול בין הכנה לניסיון

פלוגי הואשם בעברות של החזקת נשק ובניסיון לייצור נשק. בחקירתו הודה שהתכוון לייצר סוג מיוחד של כדור ולשם כך ערך חישובים מרובים. במשפט טען כי לא יצא מגדר ההכנה. השופט מלצר דחה הטענה: ייצור כדור אינו מצריך הכנסת חומרי גלם למעבדה ועיבודם, אלא כולל הליך מקדים ממושך ורב-שלבים, תכנונים וחישובים.¹⁹⁹ פעולות אלו שבהליך המקדים עשויות ללמד על מעבר משלב ההכנה אל שלב הניסיון, במיוחד במצב שמדובר בקצין משטרה לשעבר מבלרוסיה, מומחה בנשק.

לצד הרשעה במגוון עברות זוכו מערערים מחמת הספק בבית המשפט המחוזי מניסיון לרצח, כי פעולותיהם לא יצאו מגדר ההכנה. השופט זילברטל כתב את פסק הדין.²⁰⁰ הוא ציין שתיוקן 39 לחוק העונשין²⁰¹ מקשה את ההבחנה בין הכנה לניסיון, ולכן מבחני ההבחנה לפני התיוקן הם בתוקף גם אחריו: מבחן הקרבה המספקת ומבחן החד-משמעות.²⁰² גם בטווח שבין ההחלטה לבצע את העברה לבין מימושה תיתכנה

197 ראו: ת"פ (שלום י-ם) 40102-06-10 מדינת ישראל נ' עזרא (פורסם בנבו, 12.2.2012). את עברות התועבה וההדירה לחומר מחשב ניתחתי לאחרונה: אסף הרדוף, "דיני העונשין גולשים באינטרנט – היסוד הפיזי הווירטואלי", הפרקליט נב (תשע"ג) 67, 76–113.

198 ראו: ע"פ 10209/06 אל הייזל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.9.2012).

199 ראו: ע"פ 3355/10 פלוגי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.12.2011).

200 ראו: ע"פ 5927/11 הררי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.8.2012). שאלת ההבחנה בין הכנה לניסיון נדונה גם בפסק דין שעסק במעשה סדום, מפי השופטת ארבל. ראו: ע"פ 8200/11 פלוגי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.9.2012).

201 ראו: חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ד–1994, ס"ח 348.

202 מבחן הקרבה בודק עד כמה התנהגות מסוימת קרובה לעברה המושלמת; מבחן החד-משמעות בודק אם ההתנהגות הנדונה משקפת חד-משמעית את כוונת המבצע לעבור

פעולות הכנה שאינן ענישות, ורק "קפיצה איכותית" מאפשרת מעבר מההכנה לביצוע. סיורים ותצפיות ואפילו הצטיידות באקדח אינם בהכרח יוצאים מגדר ההכנה. במקרה דנן הוכח היסוד הנפשי, אך טרם גובשה תכנית קונקרטית למימוש הכוונה. לגישתו, אין למזער עד כדי להתעלם מדרישת היסוד העובדתי בעברת הניסיון גם כשבולט מאוד היסוד הנפשי. הזיכוי מעברה זו נותר על כנו.

4. הלכת הצפיות

בפרשת **אלרחמן** נדונה גם עברה של חבלה בכוונה מחמירה, לפי סעיף 329 לחוק העונשין, באשר הנאשם, גנב רכב שניסה לברוח מהמשטרה, כמעט דרס שוטר שנאלץ לקפוץ הצדה כדי שלא להידרס.²⁰³ ההגנה טענה שאי אפשר להחיל את הלכת הצפיות על עברות ניסיון: חבלה בכוונה מחמירה כוללת באחת מחלופותיה את יסוד הניסיון. השופט ארבל החליטה להחיל את הלכת הצפיות גם בעניין עברה זו: מודעות להסתברות קרובה לוודאי שהתוצאה תושג ללא רצון בהשגתה שקולה לחפץ להשיג את התוצאה. נסיעה לעבר שוטר במחסום המאותת לנהג לעצור פירושה צפי קרוב לוודאי לפגיעה בשוטר.

5. השותפים לעברה

השופט ג'ובראן כתב שסיווג השותפים הקשה על מלומדים ועל שופטים.²⁰⁴ מבחן העזר של השליטה הפונקציונלית – שליטה מהותית בפעילות העבריינית כראיה לביצוע בצוותא – אינו מבחן הכרחי לקביעת שותפות. השופט ג'ובראן הפנה למטפורת "מקבילית הכוחות" וקבע כי מיקום המערער בין חברי הקבוצה של הרוצחים, נוכחותו בזירת האירוע לכל אורכו והימלטותו ברכב עם הרוצחים לאחר הותרת המנוח שותת דם ללא רוח חיים, מלמדת על היותו חלק מהמעגל הפנימי של העברה, אף ללא הוכחת תרומה פיזית לרצח.

6. סייגים לעברה

בפרשת **ג'אן** נדון מרדף ברכב אחרי בני זוג לאחר איומי רצח ותוך נהיגה נגד כיוון התנועה.²⁰⁵ השופט עמית החליט לדון בסייג השכרות שבסעיף 34 לחוק העונשין, אף

את העברה. על מבחנים אלו ואחרים ראו: מרים גור אריה, "על ההבחנה בין הכנה לבין ניסיון", **משפטים** לב (תשס"ב) 505.

203 ראו: פרשת **אלרחמן** (לעיל, הערה 114).

204 ראו: ע"פ 4514/10 **דיבה נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 3.9.2012).

205 ראו: פרשת **ג'אן** (לעיל, הערה 67).

סיפורה הרטורי והמהותי של ההכרעה הפלילית

שלא הועלה במפורש בערכאה הדיונית. הוא כתב שסייג השכרות הוא "הגנה מדומה" שמרחיבה את אחריותו של מבצע העברה, לאור הדוקטרינה של התנהגות חופשית במקור,²⁰⁶ שהיא פיקציה נורמטיבית. האחרונה אינה חלה על עברות תוצאה: חזקת הפזיזות עוצרת שם. ג'אן ביקש לזכותו מעברות התוצאה שבהן הואשם: סיכון חיי אדם בנתיב תחבורה, איומים, חבלה במזיד והפרעה לשוטר. השופט עמית דחה את הטענות, הן משום שג'אן לא הוכיח את קיומו של המצב המשפטי שכרות (או אפילו שכרות חלקית), "...מצב קיצוני השקול לאי שפיות הדעת" שכמעט לעולם לא ייקבע שהתרחש, והן מפני שאין מדובר בעברות תוצאה כלל.²⁰⁷ לשאלה אם סייג השכרות יועיל לנאשם בעברות מסוג כוונה מיוחדת החליט השופט עמית שלא להידרש לה לנוכח הקביעה המשפטית שג'אן לא היה שיכור. כל חלקי הערעור נדחו.

7. ענישה

הבניית ענישה: בינואר 2012 התקבל תיקון נרחב לחוק העונשין שעניינו הבניית ענישה,²⁰⁸ וביוני 2012 נכנס לתוקפו, שש שנים לאחר הצעת החוק בעניינו.²⁰⁹ מטרתו המפורשת להציב רשימת עקרונות ושיקולי ענישה מנחים כדי לצמצם את שיקול הדעת השיפוטי הנוגע לענישה. סימן א'1 לפרק ו מבהיר כי העיקרון המנחה בענישה הוא הלימה, ומתווה שיקולים נוספים כשיקום, הגנה על שלום הציבור והרתעה. סבורני שהתיקון נוגע באחת הבעיות הקשות והרחבות בדיני הענישה: שיקול הדעת הרחב מדי של בתי המשפט. דומני שבעיית אי-האחידות בענישה היא חמורה והניסיון לפתור אותה הוא ראוי. עד כמה התיקון האמור מתקדש ומגביל את בית המשפט מהותית, להבדיל מרטורית – ימים יגידו.²¹⁰

התערבות שיפוטית בהליכי חקיקה: ענת קם הודתה והורשעה בריגול חמור ובמסירת ידיעה סודית ונשלחה לרצות ארבע וחצי שנות מאסר בפועל. היא ערערה על עונשה ובהמשך עתרה לבג"ץ נגד ועדת החוקה, חוק ומשפט בטענה שהוועדה מעכבת הליכים הנוגעים לשינוי העברות שבהן הורשעה והפחתת העונש שהן נושאות, כדי לסכל

206 דוקטרינה זו פירושה שאדם שנכנס בידועין למצב בעייתי או שלילי – יישא בתוצאות מעשיו הפליליים בעתיד בלי ליהנות מסייגים שונים ולעתים אף במנוגד לדוקטרינות אחרות. עיגון נוסף וכללי יותר לדוקטרינה, בלי קשר לשכרות, מצוי בסעיף 34 ליד לחוק העונשין.

207 ראו: פרשת ג'אן (לעיל, הערה 67) פסקה 12 לפסק דינו של השופט עמית.

208 ראו: חוק העונשין (תיקון מס' 113), תשע"ב–2012, ס"ח 102.

209 ראו: הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 92) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), תשס"ו–2006, ה"ח הממשלה 446.

210 לניסיון מפורט להתמודד עם התיקון לחוק בערכאה דיונית ראו: ת"פ 24143-01-11 (שלום ר"ג) **מדינת ישראל נ' זיתון** (פורסם בנבו, 9.7.2012). שאלת הבניית הענישה היא כמובן חשובה, חדשנית ומצדיקה מאמר שלם אם לא למעלה מכך. אולם תחילה אפשר שמוטב להמתין לראות כיצד מתמודדים בתי המשפט עם התיקון הלכה למעשה.

אפשרות שהשלמת ההליכים תביא להקלה בעונשה. קם דרשה מבג"ץ להורות לוועדה לקדם את ההליכים בהגנות וביעילות. השופט פוגלמן דחה את עתירתה וקבע שהתערבות בג"ץ בהליכי חקיקה מתהווים תהיה מרוסנת במיוחד.²¹¹ הוא ציין כי תקנון הכנסת מקנה שיקול דעת רחב ליו"ר ועדה בכנסת; בג"ץ יתערב רק במקרים חריגים שבהם מתגלה פגם היורד לשורש ההליך. לא כך קרה הפעם.²¹²

ענישה ומדיניות שיפוטית: שופט שלום בירושלים תהה, בנוגע לענישה בעברות מהירות, מדוע המדינה מאפשרת ייבוא מכוניות שמאפשרות את ביצוע עברות המהירות הקיצוניות, שהרי המדינה יכולה למנוע ייבוא כזה ולחסוך בעברות הללו, כמו גם בעברות הנלוות.²¹³ לגישתו, יש חוסר עקיבות בין מתן היתר לייבא כלי רכב מהירים לבין העמדה לדין של מי שמשתמש בהם. התהיות האמורות לא מנעו מהשופט להטיל עונש של פסילה בפועל בת כמעט שנה.

8. זרקור על הפסיקה: מעשה מגונה או חקיקה מגונה?

(א) הצגת פסק הדין

הרשעות במעשים מגונים בלי מגע ואף בלי קרבה פיזית הושגו בעבר בערכאות דיוניות בנוגע לאינטרנט ולטלפון,²¹⁴ אך לראשונה הרשעה במעשה מגונה באדם (להבדיל ממעשה מגונה בפני אדם) ללא מגע מאושרת בבית המשפט העליון. פסק הדין ניתן בנשימה האחרונה של תשע"א; הבקשה לדין נוסף נדונה עמוק בתשע"ב. עברייני מין סדרתי צילם איברי מין של נשים וקטינות במקומות ציבוריים ופרטיים, כולל בדירתו, ללא הסכמתן וללא ידיעתן, צפה בתמונות ואונן בעת הצילום או בצפייה בביתו. הלה הודה בסעיפי אישום רבים ומגוונים וטען רק נגד ההרשעה בחלק מעברות המעשים המגונים, כשלגישתו, ללא מגע בינו למתלוננת דובר במעשי מציצנות ובחדירה לפרטיות גרידא. בית המשפט המחוזי הרשיעו ושלחו לרצות 12 שנות מאסר בפועל.²¹⁵ בערעור הפנה השופט ג'ובראן לפסיקה קודמת שלפיה היסוד העובדתי במעשה מגונה כולל אלמנט של מיניות גלויה ושל חוסר הגינות, מוסר וצניעות לפי אמות מידה אובייקטיביות של האדם הממוצע.²¹⁶ פלוני הפך את קרבנותיו בעל כורחן וללא הסכמתן

211 ראו: בג"ץ 1111/12 קם נ' יו"ר ועדת החוקה (פורסם בנבו, 15.4.2012).

212 בסופו של דבר דווקא קיצר בית המשפט העליון את עונשה של קם בשנה תמימה. ראו: ע"פ 8445/11 קם נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.4.2012).

213 ראו: תת"ע (תעבורה י-ם) 6600-02-12 מדינת ישראל נ' נ.ל. (פורסם בנבו, 16.5.2012).

214 ראו: פ (שלום ראשל"צ) 2225/07 מדינת ישראל נ' ליאור (לא פורסם); ת"פ (שלום ראשל"צ) 41544-04-10 מדינת ישראל נ' לינג (פורסם בנבו, 30.5.2011); ובהמשך גם ת"פ

(שלום נצ') 12897-10-11 מדינת ישראל נ' סטרול (פורסם בנבו).

215 ראו: תפ"ח (מחוזי ב"ש) 1176/07 מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם).

216 ראו: ע"פ 9603/09 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 27.9.2011).

למושא לסיפוק תאוותו המינית ופגע באוטונומיה שלהן על גופן, בפרטיותן ובצניעותן. במצב זה לא נדרש מגע פיזי של המבצע בקרבן: זו פרשנות מרחיבה מוצדקת לעברה. השופט רובינשטיין הצטרף וציין שלעברה "רקמה פתוחה" והיא משתנה מעת לעת, מהקשר להקשר ומטכנולוגיה לטכנולוגיה, ועשויה להגיע לאופקים חדשים "שלא שערום אבותינו". לדבריו, אין חולק שגם צילום איברים אינטימיים מקיים את יסודות העברה בעולם הטכנולוגי הנוכחי. בשל האפשרויות החדשות למעשים מגונים, אין לפטור את המבצעים מהדין אך בשל היעדר מגע פיזי. גם הערעור על העונש נדחה. פלוני עתר לקיים דיון נוסף: ההלכה חדשנית, מרחיבה מאוד את האחריות הפלילית ומערפלת את תיחום העברה, מערבבת בין היסוד הנפשי לפיזי ופוגעת בעקרון החוקיות, במיוחד בשעה שקיימת עברה מתאימה אחרת בספר החוקים. הנשיאה ביניש דחתה את העתירה. היא הסכימה להניח שיש בהלכה חידוש, אך לא כזה שמצדיק דיון נוסף: ההלכה צועדת בעקבות הלכות קודמות ומפתחת אותן, מה גם שהקביעה בה מתיישבת עם לשון החוק והגיונם של דברים.²¹⁷ בעיניה, העיקר במעשה המגונה הוא האופי המיני ביסודו, ולכן אין לשלול את האפשרות להרשיע גם במצב של היעדר מגע פיזי בין המבצע לקרבן. זאת בעיקר במציאות המודרנית המאפשרת זאת בשל השינויים הטכנולוגיים הנלווים לה. בינתיים בית המשפט כבר הספיק להישען על הלכת פלוני לצורך הרשעה אחרת.²¹⁸

(ב) שבח: הגנה על קרבנות וענישה מחמירה

אשמתו המוסרית של פלוני אינה מוטלת בספק. מעשיו דוחים, מכוערים, פוגעניים. חדירתו לתחום הפרט, לפרטיות, לצנעת הפרט – קשה וכואבת. ענישתו החמורה מוצדקת לטעמי.

(ג) ביקורת על המחוקק: עברה עמומה ברוחב בלתי מוגבל

בפרשת בן חיים ביקרתי את בית המשפט העליון, שהקנה למשטרה סמכות שהמחוקק נמנע מלהקנות לה – סמכות לפגוע בזכויות אדם. בפרשות פרחי ושמש ביקרתי את אופן השימוש במכשיר שבנה בית המשפט, מכשיר להגנה על זכויות אדם, מכשיר שהמחוקק לא טרח כלל לבנות, ובכל זאת ביקרתי את בית המשפט על שבנה

217 ראו: דנ"פ 7457/11 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.2.2012).

218 בעניין פלוני קבע השופט מלצר שהוצאת איבר מינו של המערער ומעשה האונן שביצע עם אחיותו במתלוננת וניסיונו להוריד את חולצתה מהווים את מכלול היסוד העובדתי של המעשה המגונה באדם. מלצר הפנה להלכת פלוני וציין שגם אלמלא התקיים מגע פיזי הפעם, נוכח המיניות הגלויה במעשיו ובבחינת קל וחומר מנסיבות הלכת פלוני, היה מקום לקבוע שמעשיו הם מעשה מגונה. ראו: ע"פ 2281/09 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 16.4.2012).

מכשיר שבמצבים מסוימים מדבר אך אינו עושה. זו הפעם אבקר תחילה את המחוקק, שהוא ה"אשם" המרכזי בבעיה שבית המשפט, כמתואר מיד, אינו טורח לנסות ולפתור. אעשה כן בקצרה, משום שכבר הרחבתי בדבר במקום אחר בקשר לתחולת העברה האמורה באינטרנט.²¹⁹

עברת המעשה המגונה, באופן מדהים, נוזלית לחלוטין. "מעשה מגונה", הרכיב ההתנהגותי, מוגדר באמצעות פנייה ליסוד הנפשי של הנאשם. כל מעשה שנעשה כדי להפיק סיפוק מיני הוא בבחינת "מעשה מגונה". מדוע העברה כה רחבה? כנראה בגין תקלה היסטורית. בהצעת חוק מ-1986 הוצע להגדיר לראשונה מעשה מגונה בחקיקה, מאחר שמונח זה פורש בפסיקה פירוש לא ממצה ולא אחיד.²²⁰ סעיף 354 הציע: "מעשה מגונה – נגיעה מכוונת של איבר מוצנע של אדם בגופו של זולתו או נגיעה מכוונת כלשהי של אדם, אף על ידי חפץ, באיבר מוצנע של זולתו, והכל לשם גירוי מיני או לשם ביזוי, ואחת היא אם האיבר המוצנע היה חשוף או לבוש". ההצעה הראויה לא התקבלה. תיקון 22 לחוק העונשין, שהתקבל ב-1988, אסר מעשה מגונה, ואילו סעיף 349 קבע "העושה מעשה מגונה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים [...] דינו מאסר שלוש שנים".²²¹ במצב דברים זה, המילים "לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים" לא הסבירו ולא הגדירו מהו מעשה מגונה, אלא רק הוסיפו לו יסוד של כוונה מיוחדת. הצעת חוק מ-1990 נמנעה אף היא מלהסביר מהו מעשה מגונה, ודיברה על "מעשה מגונה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים".²²² במקום להשלים את החסר, הפך תיקון 30 לחוק העונשין, מאותה שנה, את היוצרות, בלי קשר להצעת החוק שהגישה הממשלה חודש לפני כן, והוסיף קו מפריד שיצר הגדרה. מאז ועד היום מוגדר מעשה מגונה כך: "מעשה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים".²²³ בלי טעם טוב ובלי הסבר, הפכה הכוונה המיוחדת שבסעיף מתנאי שהצטבר לרכיב התנהגות אשר לא הוגדר, להגדרה של רכיב ההתנהגות. במצב דברים זה, כל התנהגות עשויה לגבש "מעשה".

יוצא שעברות המין החמורות והקלות הן מעשה מגונה; כך גם התנהגויות מיניות חוקיות לגמרי. מה שהופך "מעשה מגונה" לעברה של "מעשה מגונה" הוא עשיית המעשה באדם אחר ללא הסכמתו. הסכמה אינה נתונה מצד מי שאינו מודע למעשה, כמובן; אם היא נתונה וניתנת בידי בגיר, המעשה עודנו מגונה אך פליליותו נעלמת. העניין מבלבל, שכן המחוקק כינה את העברה בכינוי מסוים ובתוך העברה הגדיר באותו כינוי את הרכיב ההתנהגותי שבעברה.

219 ראו: הרדוף (לעיל, הערה 197) בעמ' 113–121.

220 ראו: חוק העונשין (תיקון מס' 26), תשמ"ו–1986, ה"ח 303, בעמ' 306–307.

221 ראו: חוק העונשין (תיקון מס' 22), תשמ"ח–1988, ס"ח 62.

222 ראו: חוק העונשין (תיקון מס' 33), תש"ן–1990, ה"ח 223, בעמ' 226.

223 ראו: חוק העונשין (תיקון מס' 30), תש"ן–1990, ס"ח 196, בעמ' 197.

סיפורה הרטורי והמהותי של ההכרעה הפלילית

המחוקק יצר עברה חמורה השעונה על אי-הסכמתו של אדם אחד ועל מחשבתו המינית של אדם אחר. אם אדם חושב על חברו מחשבות מיניות בלא רשותו ונוגע בעצמו – בביתו ולבדו – ניתן לגרוס שזהו "מעשה מגונה באדם בלא הסכמתו", שהרי אף מעשה כזה הופך אנשים בעל כורחם וללא הסכמתם למושא לסיפוק תאוותו המינית של אחר. אם אדם שולח לאחר את תמונתו בעירום, או אפילו מלל מיני בלי שזה הסכים, גם זה לכאורה עשוי להוות מעשה מגונה כאמור.²²⁴ בהמשך לעניין המלל ניתן לסבור שגם הטרדה מינית של אחר, לפי החוק למניעת הטרדה מינית,²²⁵ היא מעשה מגונה. ההטרדה היא מינית ולכן מקיימת את היסוד ההתנהגותי, ולצד זאת היא ללא הסכמה ולכן מקיימת את הרכיב הנסיבתי.

לא רק הטרדה מינית עלולה להיחשב כמעשה מגונה; אפילו מעשה שבמודע הותר מחוץ לאיסור על הטרדה מינית עלול להיחשב כמעשה מגונה. כוונתי להצעה מינית ראשונה לאדם שטרם הראה שאינו מעוניין בה. בהנחה שלא הסכים להצעה המינית – רק הצעה מינית נוספת תיחשב כהטרדה מינית לפי סעיף 3(א)(3) לחוק למניעת הטרדה מינית. ההצעה הראשונה – פטורה. מנגד, היא עלולה להיחשב כמעשה מגונה לפי פרשנותו העדכנית של בית המשפט העליון, משום שנעשתה ללא הסכמת הצד השני ונעשתה לשם סיפוק, גירוי או ביזוי מיניים (זו המטרה מאחורי ההצעה). מרגע שהוסרה הדרישה שבהיגיון שלפיה מעשה מגונה "באדם" כרוך במגע באותו אדם – נסללת הדרך להפיכת מלים גרידא למעשה מגונה בעתיד. כלומר, עברת המעשה המגונה בולעת עברות קלות בהרבה, כהטרדה מינית, ואפילו התנהגויות לא מופללות, כאוננות במחשבה על אחר שלא הסכים. אולם לא רק זאת; היא בולעת גם עברות חמורות יותר. האינוס הבסיסי, המגולם בסעיף 345(א)(1) לחוק העונשין, הוא מעשה מגונה: מעשה לשם גירוי מיני ללא הסכמת הקרבן. כמוהו גם מעשה סדום בסיסי, בסעיף 347(ב) לאותו חוק. עברת המעשה המגונה היא ברוחב עצום. להבדיל מעברות אחרות ברוחב כזה, כמו גרימת מוות ברשלנות בסעיף 304 לחוק העונשין, עברה שגם היא חסרת גבולות מבחינת

²²⁴ בתחילת 2013 הרשיע בית המשפט העליון את פלוני בביצוע מעשים מגונים בילדה, בין היתר בכך שהציע לה הצעות מיניות לילדה, כשלעתים חשף את עצמו תוך כדי ההצעה. השופט ג'ובראן שב על ההלכה שקבע בעצמו, נשוא מאמרי זה, וציין שניתן לבצע מעשה מגונה באדם בלי מגע, ומה שמבדיל בין עברה של מעשה מגונה באדם לעברה של מעשה מגונה בפני אדם הוא שהראשונה עוסקת באדם פרטני. ראו: ע"פ 7725/11 פלוני נ' מדינת ישראל, ג'ובראן פס' 33–34 (פורסם בנבו, 24.1.2013). השופטת ברק-ארז הצטרפה באמרת אגב מרחיקת לכת משלה, שלפיה: "מעשה מגונה יכול להיעשות גם תוך שימוש במסרים אלקטרוניים, תמונות במחשב ועוד. בעולם שניתן לקיים קשר בין אנשים באמצעות חוטים, תדרים ומסרים אלקטרוניים, מעשה מגונה יכול להיעשות "באדם" באותם אמצעים ממש". ראו שם, ברק-ארז פס' 4–8. כך, כמדומני, נפרץ עוד חלק מהגבול העמום של עברת המעשה המגונה באדם נפרץ, ונתקע עוד מסמר בארון המתים של עברת המעשה המגונה בפני אדם.

²²⁵ ראו: חוק למניעת הטרדה מינית, תשנ"ח–1998, ס"ח 166.

היסוד ההתנהגותי, עברת המעשה המגונה אינה כוללת תוצאה, לא כל שכן תוצאה דרמטית כמוות. מה עושה בית המשפט כשנתקל בעברה כה רחבה?

(ד) ביקורת על בית המשפט: היכן הפרשנות המצמצמת?

כשעברה פלילית רחבה מאוד, חירות הפרט עלולה להיפגע יתר על המידה. כשהיסוד ההתנהגותי הוא אינסופי, יש להדגיש מאוד את היסוד הנסיבתי. היסוד הנסיבתי המרכזי בענייננו הוא היסוד "באדם". בפרשת פלוני בית המשפט לא נגע כלל ביסוד זה. סעיף 349 לחוק העונשין, שחמור פחות מסעיף 348, עוסק בבירור במעשה מגונה באדם ללא מגע בו. העובדה המשפטית שאפשר לבצע מעשה מגונה בפני אדם פירושה שלא כל מעשה מגונה ללא הסכמה הוא מעשה מגונה באדם. לפי שתי בחירות לשוניות, "באדם" ו"בפני אדם", אין זה סביר בעיני לקבוע שמעשה מיני ללא מגע כלשהו הוא באדם ולא בפניו. גם אם סביר לקבוע כאמור, אין זה בלתי סביר לקבוע אחרת, ודאי לאור כלל הפרשנות המצמצמת.²²⁶ פלוני לא היה צריך להיות מורשע במעשה מגונה באדם בגין המקרים שבהם לא נגע בקרבנותיו הישנות. מנגד, לצד הרשעותיו הרבות בעברות אחרות איני רואה קושי להרשיעו גם במעשה מגונה בפני אדם; העובדה שאדם ישן אין פירושה שהמעשה המגונה שנעשה לצדו אינו "בפניו" ולו מבחינת פוטנציאל הסכנה הגבוהה של יקיצה.

ביקורתי העיקרית על קביעת בית המשפט בעניין פלוני אינה דוקטרינרית אלא נורמטיבית. אין כל מחיר ערכי מידי לזיכוי פלוני מהעברות האמורות. ניתן היה לזכותו מכמה מעשים מגונים בלי להפחית ממאסרו²²⁷ ובלי לאבד את הסטיגמה של עבריין מין שהושגה בגין עברות רבות אחרות שבהן הודה. בכל זאת, בית המשפט התעקש. דומני שההתעקשות מתקשרת למודעותו של בית המשפט לפן העקרוני והתקדימי של הסוגיה; היום פלוני – מחר אלמוני. זה מסביר את ההרשעה, אך כמובן אינו מצדיק אותה. אילו זוהתה בעיה כללית, היה התיק הזה מתאים לאותת עליה למחוקק, כשאינו מחיר ערכי קונקרטי. זאת לא נעשה. אקפוץ לרגע הצדה.

בתחילת תשע"ג הוכרעה בקשת רשות ערעור של צבי כהן בעניין העלבת עובד ציבור. כהן כינה מתנדב משטרה "מושתן וילד מפגר". השופט ג'ובראן, כותב פסק דין פלוני, זיכה אותו בפרשנות מצמצמת לעברה²²⁸ בעקבות פרשת אונגרפלד, שבה הקדיש בית המשפט העליון תשעים עמוד לניתוח מצמצם של העברה האמורה.²²⁹ כאן ביקורתי

226 על הפיחות בכלל זה ראו: בועז סנג'ור, "פרשנות מרחיבה בפלילים!?", עלי משפט ג (תשס"ג) 165.

227 השופט ביניש כבר נהגה כך בעבר, עת זיכתה נאשם מתקיפה בנסיבות מחמירות והותירה את עונשו על כנו משום שהרשעתו באיננו נותרה על כנה. ראו: ע"פ 1639/98 דהן נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(4) 501.

228 רע"פ 229/12 כהן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 16.10.2012).
229 דנ"פ 7383/08 אונגרפלד נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.7.2011).

סיפורה הרטורי והמהותי של ההכרעה הפלילית

האחרונה: בית המשפט העליון מקדיש תשומת לב רבה לעברות מסוימות, עמל כדי לפרשן בצמצום, ואילו בעברות אחרות הוא אינו עושה כן אפילו כשההרשעה אינה נחוצה לשם השגת הצדק הקונקרטי. לתחושת, שאותה לא אנסה לבסס במאמר זה, בית המשפט העליון עורך ניתוח תכליתי מצמצם לעברות ביטוי בעיקר, ומזניח עברות אחרות. ניתוח מצמצם מתבקש לעברת המעשה המגונה, שמוגדרת כיום על ידי המחוקק הגדרה שערווייתית, לא פחות, בניגוד לכל הטוב שעומד מאחורי עקרון החוקיות. בינתיים איש אינו פוצה פה, אפילו בבית המשפט העליון, המופקד גם על ההגנה על זכויות הפרט. ייתכן שבית המשפט העליון רוצה צדק גם כשזה אינו מתיישב עם עקרונות מופשטים כעקרון החוקיות. בית המשפט אינו מעוניין לצמצם את העברה ולכבול את עצמו. החוק הרחב מקנה לו כוח. מדוע לצמצם את גבולותיו במקום להתנהל במסגרתם לפי חוש הצדק השיפוטי? הדבר שונה מהכוח שעמד על הפרק בעניין **שמש**; שם דובר בכוח שלצדו עבודה מרובה, מרובה מדי. הכוח בעניין **פלוגי** הוא כזה שמצריך פרשנות משפטית, זאת ותו לא. במצב כזה הכוח רצוי יותר מעיקרון מופשט כעקרון החוקיות, אותו נמר אקדמי של נייר.

סיכום

שנת המשפט תשע"ב מלאה בחידושים מאתגרים. סקרתי בהרחבה ארבע הכרעות מבית המשפט העליון. ברובד הקונקרטי תמה פרשת **בן חיים** בזיכוי שני עבריינים קלים מאוד ובהרשעת עבריין חמור. ברובד הכללי המסר שלה הוא שחיפוש ללא הסמכה הוא פסול, מסר בנאלי, ושחיפוש כזה עשוי להביא לפסילת התוצר הראייתי, מסר שאינו מובן מאליו אך גם רחוק מלהיות חידוש גדול, בעיקר כשאינו מחייב בכל תיק. המסר הכללי הנוסף של הפרשה הוא תביעתי ומשמעותי: יצירת סמכות שיטורית יש מאין, דרך הסכמה מדעת, גם אם אינה חופשית.

ברובד הקונקרטי פרשת **פרחי** תמה בפסילה לא חשובה של ראיות חשובות, לצד קבלת אחרות והרשעת עבריין חמור. ברובד המופשט הפרשה מחדשת באפשרה לפסול ראיות נגזרות חשובות, אך אינה מציעה דרך אמיתית לבחינת הראיות הנותרות ולנטרול משקלן של הראיות הפסולות.

פרשת **שמש** לא עמדה כלל בפני סיום עת נדונה. ברובד הקונקרטי הופרו ציפיות העובדים לחסיון מידע. ברובד המופשט קבע בית המשפט העליון שדוקטרינת הפסילה אינה חלה לפני המשפט. האם זהו רישיון להפר את החוק? ודאי שלא. האם זהו רישיון לנהוג באי־הגינות כשהחוק אינו אוסר במפורש לנהוג כך? אמנע מלהשיב.

פרשת **פלוגי** הסתיימה אף היא בהרשעה בעברות חמורות. ברובד הקונקרטי לא היה כל צורך בהרשעה שבמחלוקת, משום שהיו די והותר סעיפי אישום חמורים שאינם

במחלוקת. דומה שהרובד המופשט הוא שעומד מאחורי הרובד הקונקרטי: מחר יגיע אדם אחר לבית המשפט שאותו יהיה אי אפשר להרשיע בעברות אחרות. נראה שתפיסה בדבר האינטרס הציבורי בפריסה רחבה של העברה עומדת מאחורי הניתוח הדל של עברת המעשה המגונה לאורך השנים.

המכנה המשותף לארבע הפרשות המרכזיות שסקרתי הוא הפן התביעתי, שחרד לאינטרס הציבורי יותר מאשר לזכויות אדם. פן סנגוריאלי עולה בפרשת **בן חיים** בהחלטה לזכות אשמים, ופן סנגוריאלי עולה כמובן מדעת היחיד של השופט דנציגר בעניין **שמשי**. הפן התביעתי מאפיל עליהם. זכויות האדם של עוברי אורח חיים תיפגענה מפסק דין **בן חיים**; זכויותיו של אנס והאינטרס הציבורי ברשויות שומרות חוק נפגעו מפסק דין **פראסי**; זכויות עובדי הרכבת שלא להפלייל את עצמם מדעת וזכותם שגוף דו-מהותי יכבד את הבטחתו להם נפגעו מפסק דין **שמשי**; לבסוף, נפגע גם עקרון החוקיות מאיסור עמום ורחב מאוד, ובית המשפט העליון אינו נוקף אצבע בעניין **פלוגי** אלא חי בשלום עם פגיעה כה קשה בעקרון החוקיות. כיצד ניתן להסביר את התביעיות, את ההיצמדות לאינטרסים ולערכים על חשבון זכויות הנאשם בתיקים כבדים? דומני שללא כל קושי. כאשר ברור לבית המשפט שהנאשם אשם, זיכוי הוא תוצאה בלתי נסבלת אלא אם מדובר בעברה קלה, שאז יש רווח רטורי לבית המשפט, של הגנה על זכויות אדם. גם אז, הציבור לא בהכרח יקבל זיכוי בהבנה.²³⁰

כאשר ברור לבית המשפט שהתנהגותו של הנאשם הייתה מכוערת ובלתי נסבלת חברתית, זיכוי הוא תוצאה לא קבילה גם אם עקרון החוקיות דוחף לכיוונה.²³¹ מתקבל רושם שבית המשפט אינו חרד לזכויות אדם באותה מידה כשהאדם שעל הפרק הוא "נאשם מנוול". זהו סיפורו של המשפט הפלילי על כל ענפיו: מי שהוא "מנוול מוכח" – ודאי שיורשע; מי שהוא "נוכל קטן" שנעשה לו עוול בחקירתו או שהעברה שמיחסת לו אינה חמורה במיוחד – אפשר שיזוכה. שיטור לא חוקי, חוק לא חוקתי, הרשעות חוקיות: **דגיגים יזוכו וכרישים יורשעו**. זכויות אדם הן חשובות ומסיגות את האינטרס הציבורי כשהדבר משרת את האינטרס הציבורי, ובית המשפט יכול ורוצה לחיות אתו, בשם רטוריקה או כוח; זכויות אדם לא תגברנה כשהצדק חשוב יותר.

230 ראו למשל את רוח התגוביות לפסק דין **בן חיים**, שמאשימות את בית המשפט באלימות ובסיוע לפושעים: <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4199117,00.html>; ואת רוח התגוביות לזיכוי של **כהן** מהעלבת עובד ציבור לאחר הכינוי "מושתן ומפגר", תגוביות שמכבדות את בית המשפט באותו כינוי: <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4261489,00.html>.
מנגד, ראו את דברי השבח בעניין הרשעת **פראסי**: <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4293194,00.html>.
<http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3540136,00.html>.

231 ראו עוד: אסף הרדוף, "מדוע הציבור והכנסת אוהבים אקטיביזם", **עורך הדין** (2012) 86.