

רעיון בלתי-קביל, אמת לא-נוחה: פסילת ראיות בגין אופן השגתן

אסף הרדוף*

דיני הראיות באים על רקע הדין המהותי ולצידו, ואמורים לאפשר לו להשיג את מטרותיו, מצד אחד, אך גם להציב גבולות לחלק מהמטרות ולהוסיף מטרות, מצד אחר. הדין הראייתי והדין המהותי אינם יצורים עצמאיים, אלא מכשיר חברתי שנועד לאפשר למערכת המשפט ולמדינה להשיג את מטרותיהן ולממש את ערכיהן. החיפוש אחר האמת אינו חזות הכל בשלב המשפט, וקיימות מגמות אחרות, שלעיתים נוגדות את האמת. ראיות מגוונות נפסלות – חלקן בגין חשש הוכחתי שהראיה תסיט את בית-המשפט מן האמת, וחלקן בגין חשש ערכי שמתקשר לאופן שבו הושגה הראיה. "פסילה ערכית" מתרחשת כאשר הראיה חזקה ומשכנעת אולם האופן שבו היא הושגה אינו כדון ולפיכך מתנגש בערכיה של שיטת המשפט. רעיון הפסילה הערכית מתקף מגבלות חוקיות דיוניות המוטלות על המשטרה ועל הציבור כולו, בדחותו את האפשרות לקבל ראיות שהושגו לא כחוק ולהתעלם בכך מאופן השגתן: המטרה אינה מקדשת את האמצעים, והכל כפופים לחוק, לרבות המשטרה. פסילת הראיות שולחת מסר הרתעתי חינוכי נגד איסוף ראיות עתידי לא כדון, מגינה על זכויות הפרט, מקדמת את הגינות ההליך, מונעת דיסוננס דמוקרטי ומאפשרת לגיטימציה מוסרית של ההכרעה השיפוטית.

המאמר מראה שכללי הפסילה בישראל מגינים על ערכים באופן דל, סמלי ולא-עקיב. הדילמה שבית-המשפט ניצב בפניה קשה מאוד: קבלת הראיה מאפשרת לו להגיע לאמת, אך תוך התעלמות מהדרך הפוגענית שבה הופקה הראיה; ואילו פסילת הראיה נותנת תשובה הולמת לפוגענות האמורה, אך

* דוקטור, מרצה בכיר, המכללה האקדמית צפת (מרצה, בין היתר, לדיני ראיות, לסדר הדין הפלילי ולדיני עונשין); מרצה מן החוץ באוניברסיטת חיפה; מפעיל ערוץ היוטיוב "משפטים בקטנה"; לשעבר תובע וסגור בפרקליטות הצבאית. תודה רבה לקורא החיצוני על הערות מאירות-עיניים. תודה ענקית למערכת משפט וממשל על הערות יסודיות, הצעות מעולות לשיפור המאמר וליווי סבלני, וכן לעורך הלשוני על תרומתו להשבחת המאמר. המאמר מוקדש בהערכה עצומה לשופט בדימוס ופרקליט המדינה לשעבר גבריאל בך, על סירובו להסתנוור מהאינטרס הציבורי ולמחול על הפרות דין במסגרת אכיפת הדין, ובעיקר על רגישותו ודאגתו לזכויות הפרט במסגרת דיני הראיות. האחריות לכל טעות שנפלה במאמר היא שלי בלבד. מחכה לתגובות: asafhardoof@gmail.com

מונעת ממנו את ההגעה לאמת. כאשר התיק שעל הפרק חשוב לבית- המשפט יותר מאופן הפקת הראיה, הוא מוצא דרך לקבל את הראיה, באמצעות מנגנוני איזון או בעזרת תמרון פרשני, ומעדיף את השגת הצדק הקונקרטי בתיק על הצדק שבהגנה הערכית. מבט אקדמי ראשון מסוגו בישראל על כל ארבעת מסלולי הפסילה הקיימים בישראל כמכלול מגלה כי ההגנה הערכית שפסילת הראיות מספקת היא חלקית ודלה. המאמר מציע כיוונים מגוונים לחיזוק ההגנה הערכית שהפסילה הערכית מתיימרת אך מתקשה לספק. נבחנות אפשרויות מגוונות לשינוי הדין הדינוני, המהותי והראייתי, במגמה לשלול את היכולת לחולל את הפגיעה הערכית שתפיק ראיות פסולות, ובמגמה ליצר לאוספי הראיות תמריצים שליליים להפקת ראיות לא כדין ולפגוע בהגניעה שלהם להפר את החוק.

מבוא. א. מסלולי הפסילה הערכית בישראל – איזונים ותמרונים: 1. מבוא; 2. פסילת האזנת- סתר; 3. פסילת ראיות שהופקו תוך פגיעה בפרטיות; 4. פסילת הודאת חוץ שנמסרה לא מרצון חופשי; 5. דוקטרינת הפסילה הפסיקתית; 6. מבט רוחבי על ערכים, על איזון ועל תמרון. ב. החולשה המבנית של רעיון הפסילה הערכית: 1. מבוא; 2. מהי פסילה ומה אינה פסילה; 3. פסילה ערכית סמלית מול פסילה ערכית מהותית; 4. הטיה ערכית נגד פסילה ערכית מהותית; 5. סיכום-ביניים: התועלת המוגבלת של כללי הפסילה הערכית. ג. הגנה ערכית משופרת: 1. מבוא; 2. פתרונות דינוניים מוקדמים; 3. פתרונות מהותיים; 4. פתרונות ראייתיים. ד. סיכום.

מבוא

דיני הראיות מכוונים לא רק את הצדדים למשפט, אלא גם את בית-המשפט עצמו, בהציבם לפניו אפשרויות ובעיקר מגבלות לגבי האופן שבו הוא יוכל להגיע לממצאים עובדתיים, ובצמצמם את חופש ההוכחה של הצדדים ושל בית-המשפט. הם באים על רקע הדין המהותי ולצידו, ואמורים לאפשר לו להשיג את מטרותיו, מצד אחד, אך גם להציב גבולות לחלק מהמטרות ולהוסיף מטרות, מצד אחר. ככלות הכול, אפילו הדין המהותי אינו יצור עצמאי, אלא מכשיר הבא לאפשר למערכת המשפט ולמדינה להשיג את מטרותיהן ולממש את ערכיהן. בהקשרים מסוימים דיני הראיות הם משרתי המשרתים: הם משרתים את הדין המהותי, שבתורו משרת את המדינה, את החברה ואת הפרט. בהקשרים אחרים דיני הראיות גוברים על הדין המהותי או מציבים מחסומים בפניו. בכל ההקשרים כולם המשפט הינו משרת חברתי, המבקש לקדם ערכים שונים ולדכא אחרים.

על רקע זה ברור שהחיפוש אחר האמת אינו יכול להיות חזות הכל בשלב המשפט, ושקיימות מגמות אחרות, שלעיתים נוגדות את האמת.¹ שתי מגמות בולטות כאלה הן יעילות,

Rohith V. Srinivas, *The Exclusionary Rule as Fourth Amendment Judicial Review*, 49 AM. CRIM. L. REV. 179, 224 (2012).

מצד אחד, וערכים, מצד אחר. מגמת היעילות, באופן טיפוסי, אינה מושכת לעבר האמת, אלא לקיצורי-דרך שונים, כגון האפשרות השיפוטית להישען על הודאות ותצהירים במקום לברר את האמת ביסודיות ולשמוע את העדים באופן מלא וביקורת².

מגמת הערכים בולמת את השאיפה להגיע לאמת, ומקימה מגבלות מסוג מיוחד – מחסומים ראייתיים. מחסום מסוג אחד הוא הכשרות להעיד. בני משפחה מסוימים אינם כשרים להעיד זה לחובת זה, וזאת לא בגלל החשש משקריהם, שהרי הם כשרים להעיד זה לזכות זה, אלא כדי להגן על התא המשפחתי.³ הדבר עלול לגרוע מהמדינה ראיות שחיוניות להרשעה. ילדים שלפי הטענה היו קורבנות של עברות מין אינם כשרים להעיד, וזאת לא בגלל החשש שהם יתבלבלו בעדותם או ישקרו, אלא כדי להגן עליהם מפני חוויית העדות הקשה. עניין זה אינו גורע מהמדינה ראיות (שכן נפסק כי עדות שנגבתה כדין על-ידי חוקר ילדים היא ראיה קבילה), אלא דווקא גורע מזכותה של הנאשם לחקירה נגדית.⁴ מחסום מסוג אחר הוא החיסיון. בעל-מקצוע מסוימים נהנים מזכות-יתר לא להשיב על שאלות מסוימות, וזאת לא בגין החשש מטעות עובדתית, אלא כדי לאפשר להם תקשורת חופשית עם לקוחותיהם.⁵ המדינה יכולה לְחַסוֹת ראיות מסוימות, וזאת לא בגין הפרעתן לאמת, אלא כדי להגן על סוד המשקף אינטרס מדינתי חשוב.⁶ גורמים אחרים נהנים מחיסיון כדי שיוכלו למלא תפקיד או לבצע מלאכה בלי חשש.⁷

- 2 על המתח שהשאיפה ליעילות מעוררת ראו, למשל, ע"פ 556/80 עלי נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(3) 169 (1983) (שבו נדונה השאלה אם ראוי לדרוש תוספת ראייתית כאשר הנאשם מודה בבית-המשפט); בג"ץ 4318/95 מדינת ישראל נ' פיוז, פ"ד מט(3) 702 (1995) (שבו נדונה השאלה אם ניתן להגיש אמרות חוץ בבית-המשפט בהליך הפלילי בדומה לנעשה בהליך האזרחי).
- 3 Patricia A. Boies, *The Husband-Wife Testimonial Privilege in the Federal Courts*, 59 B.U. L. Rev. 894, 905–907 (1979); אסף הרדוף "בעל נגד אישה, אמת נגד משפחה, או המבט הרביעי על כשרות להעיד במשפט הפלילי" דין ודברים ג 273, 284–350 (2007) (להלן: הרדוף "על כשרות להעיד במשפט הפלילי").
- 4 ע"פ 1360/93 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.6.1994); ולאחרונה ע"פ 3204/17 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 24.1.2018).
- 5 Paul W. Grimm et al., *Discovery About Discovery: Does the Attorney-Client Privilege Protect All Attorney-Client Communications Relating to the Preservation of Potentially Relevant Information?*, 37 BALT. L. REV. 413, 418 (2008); Adam C. Losey, *Clicking Away Confidentiality: Workplace Waiver of Attorney-Client Privilege*, 60 FLA. L. REV. 1179, 1185 (2008); רע"פ 8873/07 היינץ ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.1.2011); אסף הרדוף "חיסיון מרחוק או רחוק מחיסיון? חיסיון עורך-דין וירטואלי" משפט ועסקים יט 305, 311–313 (2015).
- 6 כ"ש 838/84 ליבני נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 729 (1984); אסף הרדוף "צללים של ביקורת ומנוחת הדעת: חיסיון לטובת המדינה, חקיקה לטובת המדינה ושופטים לטובת המדינה" (טרם פורסם).
- 7 ע"א 327/68 זינגר נ' ביינון, פ"ד כב(2) 602, 603–604 (1968); יצחק עמית "קבילות, סודיות, חיסיון ואינטרסים מוגנים בהליכי גילוי במשפט האזרחי – ניסיון להשלטת סדר" ספר אורי קיטאי Adrian A.S. Zuckerman, *Legal Advice Privilege*; (2007) עורך, 247, 263–270 (בועז סנג'רו עורך, 2007) *and Litigation Privilege – A Reassessment of the Private and Secure Zone* ראיות ובסדר הדין הפלילי – אסופת מאמרים לכבודו של פרופסור אליהו הרנון 105, 106–108, 115 (ענת הורוויץ ומרדכי קרמניצר עורכים, 2009); PETER MURPHY, *MURPHY ON EVIDENCE*; (2009) 462, 464, 468 (10th ed., 2008).

מבין המחסומים השונים בדיני הראיות, הפסילה (או הקבילות) הינה מחסום מוכר מאוד מבחינה ציבורית ונדון ביותר מבחינה משפטית. ראיות מגוונות נפסלות, משתי סיבות עיקריות. ראיה עשויה להיפסל עקב החשש שבית-המשפט, חרף מקצועיותו ונסיונו, לא יצליח להתמודד עם כשלי הראיה במישור המשקל ולזהות את חולשתה ההוכחתית (הפרובטיבית). זוהי "פסילה הוכחתית" – הראיה נפסלת בגין הפוטנציאל שלה להסיט את בית-המשפט מהאמת. לדוגמה, עדות-שמועה וראיות שלא עברו את רף הראיה המדעית נפסלות בגין החשש מהטיה שיפוטית חזקה מדי ובשל חוסר יכולת לעמוד על אמינותן.⁸

להבדיל, "פסילה ערכית" מתרחשת כאשר הראיה עצמה עשויה להיות חזקה ומשכנעת אולם האופן שבו היא הושגה אינו כדין ולפיכך מתנגש בערכיה של שיטת המשפט. רעיון זה מיושם בשטח בעיקר לגבי המשטרה. אכן, לעיתים לא-נדירות דווקא הגוף שתפקידו לאכוף את החוק מפר חוקים והנחיות בדרכו להוכיח הפרות חוק של פרטים בחברה. הואיל ודיני הראיות הם משרתים, כאמור, וכמוהם אפילו הדין המהותי, נמנע המחוקק מלתת לגורם כלשהו ייפוי-כוח בלתי-מוגבל לפגוע בזכויות ובערכים כדי לאכוף את הדין, וכל הליך פוגעני שסלל – הליך שמתיר פגיעה בזכויות הפרט – כולל גבולות ותנאים שיש לעמוד בהם כדי שהפגיעה תהיה מידתית. רעיון הפסילה הערכית נותן תוקף למגבלות החוקיות הדיוניות המוטלות על המשטרה ועל הציבור כולו, בדחתו את האפשרות לקבל ראיות שהושגו לא כחוק ולהתעלם בכך מאופן השגתן. הוא מתחבר למבט רחב יותר ואף דורש אותו: מערכת המשפט לא תעסוק רק בשאלה המהותית שעל הפרק השיפוטי, אלא גם בדרך לשם; המטרה אינה מקדשת את האמצעים, והכל כפופים לחוק, לרבות המשטרה.⁹

הרעיון האמור מזכיר את מורכבות העולם, את העובדה שמדובר בעימות בין צדדים שאף לא אחד מהם מייצג את הטוב המוחלט. הוא יוצא נגד התפיסה שניתן להילחם ברע באמצעות רע – כך בדין האזרחי, וכך אפילו בדין הפלילי. השגת ראיות לא כדין בדרך להוכחת הפרת הדין של הצד שכנגד הינה דיסוננס דמוקרטי ופגיעה בשלטון החוק.¹⁰ קבלה שיפוטית של ראיות שהושגו לא כדין משקפת דיסוננס מצטבר ופגיעה נוספת בפרט, שמתקשרת גם לחוסר הגינות כלפיו.¹¹ הדין בא להשיג מטרות רבות, וכל אדם לא רק מחויב לפעול לפי הדין, אלא גם זכאי להגנת הדין. אין לחטוא כדי למנוע חוטא אחר מלצאת נשכר.¹² פסילת ראיות אינה מבטלת את הפגיעה הראשונית בפרט, אלא באה לבטל או לצמצם את השלכותיה הרעות

8 אליהו הרנון "הכלל הפוסל עדות שמיעה – מה מקומו במשפט הישראלי?" משפטים ו 73, 76, 84–85 (1975); דורון מנשה "שיקול דעת עובדתי, חופש הוכחה ותיזות בדבר מקצועיות השפיטה" הפרקליט מג 83, 111–113 (1996) (להלן: מנשה "שיקול דעת עובדתי").

9 אליהו הרנון "ראיות שהושגו באמצעים בלתי הוגנים" הפרקליט כג 27, 27, 39 (1966).

10 ניתן לראות בכלל הפסילה סממן וסמל של שלטון החוק ושל הדמוקרטיה. Jenia Iontcheva Turner, *The Exclusionary Rule as a Symbol of the Rule of Law*, 67 SMUL. REV. 821, 823–832 (2014).

11 עמנואל גרוס "תרופות חוקתיות" משפט וממשל ד 433, 480–481 (1998).

12 השור Binyamin Blum, "Exclude Evidence, You Exclude Justice"? A Critical Evaluation of *Israel's Exclusionary Rule After Issacharov*, 16 SW. J. INT'L L. 385, 449 (2010) (להלן: Blum, *Israel's Exclusionary Rule After Issacharov*).

לחובתו, בבחינת צדק מאוחר לכל-הפחות. פסילה כזו שולחת מסר הרתעתי חינוכי נגד איסוף ראיות עתידי לא כדין, מגינה על זכויות הפרט, מקדמת את הגינות ההליך ומאפשרת לגיטימציה מוסרית של ההכרעה השיפוטית.¹³ כלל הפסילה פועל למפרע, אך גם לעתיד לבוא – כאמצעי להסדרת איסוף ראיות ולהגנה על זכויות וערכים¹⁴ אשר פועל לטווח ארוך ומספק הנחיה לשוטרים ולאחרים.¹⁵

אף שרעיון הפסילה הערכית נראה הגיוני, משכנע וצודק, הוא מעורר מחלוקות חריפות בין ליברליות לשמרנות, בין הגינות וזכויות לבין צדק ואמת.¹⁶ קשה עד-מאוד להחיל את הרעיון, וקיימות סיבות הגיוניות, צודקות ומשכנעות להימנע מליישמו.¹⁷ מאמרי יראה שכללי הפסילה בישראל מגינים על זכויות וערכים באופן לא-עקיב לכאורה, ומספקים לזכויות ולערכים הגנה שהיא לעיתים אקראית ולרוב חלשה. ההחלטה אם לפסול ראיה על רקע ערכי אינה נעשית בהקשר שמאפשר לספק הגנה חזקה לערך הנפגע, משום שאינטרסים וערכים חזקים יותר מושכים לכיוון ההפוך. גם אם יחוש אי-נוחות ואפילו כעס על האופן שבו הושגה, יתקשה בית-

13 אלי וילצ'יק "קבילות ראיות שהושגו בחו"ל בהאזנת-סתר" משפטים 462, 466–468 (1987); אליהו הרנון "ראיות שהושגו שלא כדין – האם נשתנה המצב המשפטי בעקבות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו?" מחקרי משפט יג 139, 148, 153 (1996); עמנואל גרוס "כלל פסילה חוקתי – האם יש לו מקום בישראל?" משפטים ל 145, 152, 170–177 (1999) (להלן: גרוס "כלל פסילה חוקתי"); בועז סנג'ור "כלל פסילת הראיות שהושגו שלא כדין שנקבע בהלכת יששכרוב – בשורה או אכזבה? דעה והזמנה לדיון נוסף" משפט וצבא 19, 67, 80–81 (2007) (להלן: סנג'ור "כלל פסילת הראיות שנקבע בהלכת יששכרוב"); Donald Dripps, *The Case for the Contingent Exclusionary Rule*, 38 AM. CRIM. L. REV. 1, 1–9 (2001); Mohammed Saif-Alden Wattad, "Did God Say, 'You Shall Not Eat of Any Tree of the Garden'?: Rethinking the 'Fruits of the Poisonous Tree' in Israeli Constitutional Law", 2005 OXFORD U. COMP. L.F. 5, secs. I, V; Matthew Allan Josephson, *To Exclude or Not to Exclude: The Future of the Exclusionary Rule After Herring v. United States*, 43 CREIGHTON L. REV. 175, 179–181 (2009); D. Taylor Tipton, *The Dunkin' Donuts Gap: Rethinking the Exclusionary Rule as a Remedy in Constitutional Criminal Procedure*, 47 AM. CRIM. L. REV. 1341, 1346–1348 (2010); Kenworthy Bilz, *Dirty Hands or Deterrence? An Experimental Examination of the Exclusionary Rule*, 9 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 149, 149–150 (2012); David Gray, *A Spectacular Non Sequitur: The Supreme Court's Contemporary Fourth Amendment Exclusionary Rule Jurisprudence*, 50 AM. CRIM. L. REV. 1, 14–18 (2013).

14 Luke M. Milligan, *The Source-Centric Framework to the Exclusionary Rule*, 28 CARDOZO L. REV. 2739, 2739 (2007).

15 Albert W. Alschuler, *Studying the Exclusionary Rule: An Empirical Classic*, 75 U. CHI. L. REV. 1365, 1374 (2008).

16 Timothy Lynch, *In Defense of the Exclusionary Rule*, 23 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 711, 712 (2000); Guido Calabresi, *The Exclusionary Rule*, 26 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 111, 111 (2003); Tonja Jacobi, *The Law and Economics of the Exclusionary Rule*, 87 NOTRE DAME L. REV. 585, 586 (2013); Richard M. Re, *The Due Process Exclusionary Rule: A New Textual Foundation for a Rule in Crisis*, 127 HARV. L. REV. 1885, 1888 (2014); Robert E. Belanger, *Judicial Decision Making and the Exclusionary Rule*, 21 TEX. REV. L. & POL. 69, 73 (2016).

17 Srinivas, לעיל ה"ש 1, בעמ' 180; Dripps, לעיל ה"ש 13, בעמ' 44.

המשפט לפסול ראייה חיונית בתיק כבד-משקל, וזאת לנוכח רצונו העז להגיע לאמת העובדתית שאותה ראייה חשפה לפניו. הדילמה שהוא ניצב בפניה קשה, אולי בלתי-אפשרית: קבלת הראיה מאפשרת לו להגיע לאמת, אך תוך התעלמות מהדרך הפוגענית שבה הופקה הראיה; ואילו פסילת הראיה נותנת תשובה הולמת לפוגענות האמורה, אך מונעת ממנו את ההגעה לאמת. כאשר היעד נראה לבית-המשפט חשוב מהדרך – כלומר, כאשר התיק המהותי שעל הפרק חשוב מאופן הפקת הראיה – בית-המשפט מוצא את הדרך לקבל את הראיה, באמצעות מנגנוני איזון או בעזרת תמרון פרשני, ומעדיף את השגת הצדק בתיק על הצדק שבהגנה הערכית על הנאשם. אותו נאשם – כעולה מהראיה המפוקפקת – עשה מעשה שנראה לבית-המשפט חמור מזה שנעשה כלפיו בהמשך, ולפיכך יפסול בית-המשפט ראיות מפוקפקות רק אם הן אינן חיוניות להרשעה או כאשר המחיר הערכי שבפסילה נמוך עד אפסי מבחינתו. המאמר, כמו מרבית החקיקה והפסיקה בסוגיה, עוסק במשפט הפלילי, אך רבות מתובנותיו יפות גם למשפט האזרחי. יודגש, כהערה מתודולוגית, כי המאמר מתייחס לחוק ולדוקטרינה במבט נורמטיבי, ולא במבט אמפירי. עיקר הביקורת שתוצע היא נורמטיבית ערכית, והיא מוסקת ממבט רוחב וממבט-עומק על חקיקה, פסיקה, ספרות זרה ובעיקר שיקולים שעל הפרק. המאמר מציג מבט אקדמי ראשון מסוגו בישראל על כללי הפסילה כמכלול, ולא רק על אחד מהם כשלעצמו, וזאת במגמה להפיק תובנה רחבה, להבדיל מביקורת נקודתית על מסלול מסוים. פרק א יפתח את גוף המאמר בהצגת ארבעת מסלולי הפסילה הקיימים בישראל. כל אחד מהמסלולים יזכה בדיון עצמאי קצר, לרבות עמידה על הקשיים שבדרך לפסילת הראיה ותרשים פסילה. לאחר-מכן, במבט רוחבי על המסלולים, אצביע על אי-עקיבות לכאורית מגוונת שעולה מהם, שמראה כי ההגנה הערכית שפסילת הראיות מספקת היא חלקית ודלה ביותר. בפרק ב אעמוד על חולשתו המבנית של רעיון הפסילה הערכית. אבחין בין פסילה ערכית לבין קביעות שיפוטיות דומות אך שונות, וכן בין פסילה ערכית סמלית לפסילה ערכית מהותית, ואגרוס כי האחרונה היא יצור נדיר למדי, שמופיע בעיקר בתיקים קלי-ערך, וזאת משום שבית-המשפט אינו יכול או אינו מעוניין לספק הגנה ערטילאית לערכים כאשר הדבר מאלצו לשלם מחיר קונקרטי כבד. בפרק ג אציע כיוונים מגוונים לחיזוק ההגנה הערכית שהפסילה הערכית מתימרת אך מתקשה לספק. אבחן אפשרויות מגוונות לשינוי הדין הדינוני, המהותי והראייתי, במגמה לשלול את היכולת לחולל את הפגיעה הערכית שתפיק ראיות פסולות, ובמגמה לייצר לאוספי הראיות תמריצים שליליים להפקת ראיות לא כדין ולפגוע בהגניעה שלהם להפר את החוק. לבסוף אסכם.

א. מסלולי הפסילה הערכית בישראל – איזונים ותמרונים

1. מבוא

בפרק זה אציג את ארבעת מסלולי הפסילה הערכית הקיימים בישראל, שלושה מהם בחקיקה ואחד בפסיקה: אפתח בהאזנת-סתר – המסלול המובהק הראשון של פסילה ערכית בישראל; אמשך למסלול המובהק השני – פסילת ראיות שהופקו תוך פגיעה בפרטיות; אתקדם לשלישי, שהוא הוותיק מכל בישראל, אך אינו פסילה ערכית גרידא, אלא פסילה ערכית שהיא גם הוכחתית – הודאת חוץ של נאשם שנמסרה לא באופן חופשי ומרצון; ואסיים בדוקטרינת

הפסילה הפסיקתית – המסלול הרביעי והאחרון מבחינה כרונולוגית, שגילו קצת יותר מעשור. כל מסלול יוצג בנפרד, תוך עמידה על האיזונים שהוא מאפשר והתמרונים השיפוטיים והפרשניים שהפעלתו כרוכה בהם. אסיים את הפרק במבט רוחבי על מסלולי האיזון, ואצביע על אי-העקיבות הלכאורית הבולטת שעולה ממנו בקשר להגנה הערכית באמצעות פסילת ראיות בישראל.

לפני הצגת המסלולים אבקש להדגיש כי הדיון השיפוטי במסלולי הפסילה שעון, כמו דיונים שיפוטיים אחרים, על שאלות עובדתיות. לעיתים קרובות שאלות אלה מצויות במחלוקת עזה, וטענות של נאשם בדבר ראיות שהופקו לא כדין אינן מבוססות בתשתית הולמת ולפיכך נדחות מבחינה עובדתית, ולא מבחינה משפטית. למשל, טענת נאשם כי הוכה על-ידי חוקריו סביר שתידחה (אם תידחה) בקביעה השיפוטית שגרסה זו אינה נכונה, מה שימנע דיון עוקב בשאלת המשמעות המשפטית של ההכאה. אף שנטל ההוכחה הפורמלי רובץ על התביעה, לעיתים קרובות נאשם קשה מאוד לבסס טענות בדבר הפרת דין משטרית ולשכנע את בית-המשפט בדבר גרסתו. סוגיית בירור העובדות שעל בסיסן ייערך הדיון בפסילה הינה חשובה ביותר, אך אינה מוקד מאמרי.

2. פסילת האזנת-סתר

(א) מבוא

חוק האזנת סתר, התשל"ט-1979, שמסדיר את המותר והאסור במעקב אחר תקשורת בין-אישית,¹⁸ החל להתגלגל כרעיון לאחר האזנות-סתר שערך שירות הביטחון הכללי לחברי כנסת,¹⁹ ונולד בהמשך כתגובה על פרקטיקה משטרית של האזנה בלתי-מוסמכת. אכן, אחת ממטרותיו של החוק היא להפוך התנהגות זו לבלתי-משתלמת.²⁰ החוק מכונן, בין היתר, כללים בדיני העונשין, בסדר הדין הפלילי ובדיני הראיות. בדיני העונשין הגביל המחוקק את חירות הפרט לבצע האזנת-סתר לשיחות של אחרים: אין שום מצב שבו אדם פרטי יכול לנהוג כאמור, ואין לאיסור כל סייג. החוק מגדיר שורה של מונחי-מפתח בסעיף 1, לרבות "האזנת סתר", "האזנה", "שיחה" ו"בעל שיחה". בקצרה, האזנה לשיחה של אחרים אסורה ללא הסכמת אחד מהם לפחות, אך זאת רק כאשר היא נעשית באמצעות מכשיר.²¹ שיחה אינה מוגדרת באופן מופשט, אלא מתואר שהיא ניתנת לביצוע במגוון מדיה, לרבות בתקשורת בין מחשבים. בסדר הדין הפלילי אפשר המחוקק למשטרה ולכוחות הביטחון לבצע האזנת-סתר, אולם רק ניצב-משנה ומעלה שהוסמך לכך יכול לבקש היתר להאזנת-סתר, ורק סגן ניצב ומעלה יכול לייצגו

18 אלכס שטיין "האזנת-סתר ומעקבים אלקטרוניים נסתרים כאמצעים לקידומה של חקירה פלילית ובטחונית" משפטים יד 530, 527 (1985).

19 גדי אשד "אוזניים לכותל": האזנות סתר בעידן החדש" משפט וצבא 16, 585, 594 (2003).

20 יוחנן גבאי "ראיות שהושגו בהאזנת סתר בין בני-זוג" הפרקליט לט 552, 557 (1990).

21 להבדיל מהאזנת-הסתר המסורתית, של שמיעה על-ידי עדי-סתר. נחום רקובר "קבילות ראיה שהושגה תוך פגיעה בפרטיות" פרשת השבוע ברוח המשפט 255 ("פרשת בלק") (2006) www.daat.ac.il/mishpat-ivri/skirot/255-2.htm

בדיון. על השופטת לשקול את מידת הפגיעה בפרטיות, ולוודא שההאזנה נחוצה לגילוי עברות פשע, לחקירתן או למניעתן. ניתן להתיר האזנת-סתר לתקופה של עד שלושה חודשים, שאז יש לחדש את ההיתר במידת הצורך.²²

לעומת חיפוש משטרת, שאליו אתייחס בקצרה בהמשך, הדרך להאזנת-סתר קשה בהרבה, בכמה מובנים מצטברים: בכיורו של הגורם המוסמך להגיש את הבקשה; בכיורו של הגורם שנדרש להופיע בבית-המשפט; בכיורו של המותב השיפוטי שיש לפנות אליו; ובחומרת החשד הנדרשת לשם מתן ההיתר. החוק הכריז על האזנת-סתר כיצור דואלי: עברה פלילית, מצד אחד, והליך איסוף ראיות משטרת (ובטחוני), מצד אחר. קיומו של המסלול הדיוני מניח שאין די בשיקול-הדעת המשטרת להצדקת האזנת-סתר, ונדרשת הגנה מתאימה לפרטיות האזרח.²³ להבדיל מחקיקה דיונית אחרת, שאליה אגיע בהמשך, חוק האזנת סתר לא זנח את דיני הראיות, ולא הותיר את כלליו חלשים וחסרי שיניים. המחוקק יצר את מסלול הפסילה הראשון בישראל שהינו ערכי באופן מובהק ואינו קשור למניעת ראיה על רקע הוכחתי, ובא לספק תמריץ שלילי נוסף לביצוע ההתנהגות: לא רק איסור פלילי, אלא גם כלל פסילה ראיתי.²⁴

(ב) מסלול הפסילה ואפשרויות האיזון והתמרון שבו

סעיף 13 לחוק האזנת סתר קובע הסדר פסילה מפורט. בררת-המחדל שהוא יוצר נהירה יחסית: "דברים שנקלטו בדרך של האזנת סתר בניגוד להוראות חוק זה... לא יהיו קבילים כראיה בבית משפט". אולם לבררת-מחדל זו יש שני חריגים מרכזיים. האחד והפשוט עניינו כתב אישום בגין האזנת-סתר, שבמסגרתו ניתן להגיש את תוצר העברה לבית-המשפט.²⁵ השני והמורכב, בסעיף 13(א), מאפשר לבית-המשפט לקבל תוצר לא-חוקי רק בהליך פלילי המתנהל בשל "פשע חמור", שהעונש בגינו הוא שבע שנות מאסר לפחות, וזאת בתנאי שבית-המשפט שוכנע, "מטעמים מיוחדים שיפרט, כי בנסיבות הענין הצורך להגיע לחקר האמת עדיף על הצורך להגן על הפרטיות". לחריג זה יש חריג: אם התוצר הלא-חוקי הופק על-ידי "מי שרשאי לקבל היתר להאזנת סתר", אין לקבל את הראיה. באורח מבלבל, גם לחריג יש חריג: אם התוצר הופק "בטעות בתום לב, תוך שימוש מדומה בהרשאה חוקית", בית-המשפט יכול לבחור לקבלו (בתנאי, כאמור, שמדובר בפשע חמור). מבחינה דיונית, נדרשת בקשה מגורם בכיר מאוד לקבל כראיה את התוצר הלא-חוקי, ובית-המשפט מוסמך לעיין בתוצר כדי להחליט אם לקבלו.

22 האזנת-סתר מסוימות אינן טעונות היתר, כמפורט בס' 8 לחוק האזנת-סתר.
 23 יהונתן גינת "התחולה החוץ-טריטוריאלית של זכויות האדם וגבולותיו של חוק האזנת סתר" הפרקליט מב 518, 538-539 (1996).
 24 וילצ'יק, לעיל ה"ש 13, בעמ' 468.
 25 חריג זה עלול להסתבך במצב שבו קורבן האזנת-הסתר הלא-חוקית מעוניין למנוע את הרשויות מלעייין בתוצרים – למשל, משום שהדבר עלול לפגוע בעבודתו העיתונאית. השו"ב ג"ץ 3815/90 גילת נ' שר המשטרה, פ"ד מה(3) 414 (1991).

באופן מעניין, אפילו האזנת-סתר שנערכה כדין אינה ראייה קבילה בהליך אזרחי או בקובלנה פרטית. החוק מדגיש כי ניתן לטעון לפסלותה של האזנת-סתר חוקית מסיבה אחרת – למשל, מפני שמדובר בעדות-שמועה בלתי-קבילה או מפני שבעל-שיחה מודה במסגרתה בעברה לא מרצון חופשי.²⁶

מהן אפשרויות האיזון והתמרון של מסלול הפסילה? כלל הפסילה אינו מוחלט.²⁷ אף שבררת-המחדל לגבי האזנת-סתר לא-חוקית היא פסילה, בית-המשפט מוסמך לאזן במקרים של פשע חמור, וזאת בתנאי שהאזנת-הסתר הופקה על-ידי גורם שלא היה יכול לקבל היתר, בעיקר אזרח, או לחלופין על-ידי גורם שהיה יכול לקבל היתר אך פעל בטעות ובסברה שיש לו היתר. ללא תנאים אלה בית-המשפט אינו מוסמך לאזן כלל.

תנאים אלה אינם קלים למילוי, אך גם אינם קשים במיוחד בהכרח. הם מאפשרים בעיקר לקבל תוצרי האזנת-סתר שהפיקו אזרחים כראיה מפלילה בפשעים חמורים נגד אזרחים אחרים. בפשעים קלים יותר אי-אפשר לקבל את הראיה כלל, ובפשעים חמורים אי-אפשר לקבל תוצר משטרתי לא-חוקי ללא דימוי בתום-לב שהתקיים אישור – דבר שלא קל לבסס. כלומר, בשני סוגי מצבים, בהתקיים מערך תנאים, כלל הפסילה נחרץ ואינו מותיר מקום לאיזון, ובכך חוזקתו.

חרף זאת, מערך התנאים לפסילה מאפשר תמרון פרשני – תמרון במובן של ניווט לעבר האפיק הרצוי לפרשן. השאלה אם מדובר בכלל בהאזנת-סתר שמנוגדת לחוק מותרת שיקול-דעת שיפוטי שאינו צר. היא טומנת בחובה שאלות מגוונות שההכרעה בהן מאפשרת להימנע מכניסה למסלול הפסילה. במסגרת הדיון אם מדובר בכלל ב"האזנה" אפשר לקבוע איזה שימוש ב"מכשיר" ייחשב האזנה. למשל, בעניין זינגר נקבע כי עיון בתכתובות דואר אלקטרוני והדפסתן אינם מהווים האזנה באמצעות מכשיר, אלא רק עיון על-גבי המכשיר – המחשב.²⁸ בית-המשפט החמיץ את העובדה שההעתקה נעשתה באמצעות המדפסת (או התעלם ממנה), ועצר את מסלול הפסילה של האזנת-סתר.²⁹

אפילו בהנחה שמדובר בהאזנה, השאלה אם מדובר ב"האזנת-סתר" מאפשרת לבית-המשפט מרחב תמרון, הן דרך המונח "בעל-שיחה" והן דרך המונח "הסכמה". למשל, בעניין צ'חנובר קבע בית-המשפט העליון כי מי שמשדר ברדיו חובבים בתדר פתוח לחבריו ומעביר

26 ע"פ 11331/03 קיס נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(3) 453 (2004).

27 ע"פ 5135/11 מדינת ישראל נ' ברקו, פס' 29 (פורסם בנבו, 31.5.2012).

28 רע"א 2552/16 זינגר נ' חברת יהב חמיאס טכנולוגיות (1990) בע"מ, פס' 51 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 10.5.2016).

29 המחוקק קבע הוראה מיוחדת שלפיה חדירה לחומר מחשב שנעשתה כדין אינה מהווה האזנת-סתר, כעולה מס' 23א(ג) לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט–1979 (להלן: פקודת החיפוש). את המסר הזה ניתן לפרוט לשלושה מסרים: האחד הוא שקיים דמיון בין חדירה כזו לבין האזנת-סתר, שאם לא כן לא היה המחוקק בוחר להעביר את מסר ההחרגה; מסר שני הוא שחרף הדמיון, ולנוכח ההחרגה, נאשם לא יוכל לדרוש את פסילתו של תוצר כזה כהאזנת-סתר; והשלישי הוא שלגבי חדירה כאמור שלא נעשתה כדין ניתן גם לטעון שמדובר בהאזנת-סתר.

להם שאלון בחינה בזמן-אמת, כדי לקבל מהם את התשובות, יוצר "בעלי-שיחה" נוספים, חובבי רדיו שעלו על השידור, גם אם בנסיבות המקרה התמצתה השיחה עימם בבקשתם לנאשם שיציג את עצמו ובתשובתו להם שידרו מהקו וייתנו "לעבוד", קרי, לבצע את המרמה האקדמית.³⁰

גם את המונח "הסכמה" ניתן לנווט ליעד מבטחים של קבלת הראיה, שהרי ההסכמה היא רעיון עשיר במיוחד.³¹ בהינתן שהמחוקק לא הגדיר את סוג ההסכמה הנדרש, ההסכמה ניתנת לניווט שיפוטי. למשל, בעניין מיטה, בדחתו את טענתה של מטפלת שנאשמה בתקיפת קשישה שהראיות נגדה הופקו בהאזנת-סתר, קבע בית-המשפט, אגב אורחא, כי קשישה שאינה מתפקדת מבחינה קוגניטיבית נתנה הסכמה משתמעת לצילומה.³²

לבסוף, גם השאלה אם מדובר בהאזנת-סתר שהיא "בניגוד להוראות [ה]חוק" מאפשרת לבית-המשפט מרחב תמרון. כאשר נערכה האזנה מחוץ למדינת ישראל, קבע בית-המשפט כי היא אינה בניגוד לחוק, משום שתחולתו הינה מקומית.³³ כאשר נערכה האזנת-סתר כדין לאדם מסוים, וברקע נשמעה שיחה של שניים מחבריו שלגביהם לא היו צווי האזנה, קבע בית-המשפט כי האזנת-הסתר חוקית, ואפילו כי מדובר באותה "שיחה".³⁴

30 ע"פ 48/87 צ'חנובר נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 581 (1987).

31 Stuart P. Green, *Consent*, כמופנה אצל PETER WESTEN, THE LOGIC OF CONSENT 4-7 (2004) 2505, 2513-2514 (2007) *and the Grammar of Theft Law*, 28 CARDOZO L. REV. 2505, 2513-2514 (2007) רון שפירא "דיני עונשין: מהתמקדות בפרט להכרעה במאבקים בין-קבוצתיים" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו 629, 645-654 (אריאל רוזן-צבי עורך, 1997); עמית פונדיק "בין מרמה לכפייה: על עברת האונס במרמה לגבי מיהות העושה" עיוני משפט לו 215, 221-227 (2013); אסף הרדוף "אינוס מרחוק או רחוק מאינוס? על מחוקק אדיש, על תביעה יצירתית ועל דיני האונס, מטרתם וגבולותיהם" עלי משפט יג 65, 91-120 (2016).

32 רע"פ 3651/14 מיטה נ' מדינת ישראל, פס' 10 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 23.7.2014).

33 ע"פ 5175/91 מדינת ישראל נ' אל מצרי, פ"ד מז(5) 624 (1993). לביקורת חריפה על קביעה זו ראו גינת, לעיל ה"ש 23. כן ראו וילצ'יק, לעיל ה"ש 13, בעמ' 471 ואילך.

34 ע"פ 5002/09 מדינת ישראל נ' ז'אנו, פס' 38 לפסק-דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 2.12.2010). בתיק אחר נדחתה הטענה כי האזנת-סתר שבוצעה לפני כניסתו לתוקף של חוק האזנת-סתר הינה פסולה: ע"פ 639/79 אפללו נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 561 (1980). בתיק נוסף נקבע כי הפרת תקנות האזנת סתר, התשמ"ו-1986, אינה מובילה בהכרח למסקנה שהאזנת-הסתר בוצעה לא כדין ולפיכך פסולה: ע"פ 2801/95 קורקין נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 791, 806 (1998). בעניין אחר נקבע כי שיחות טלפון שהוקלטו מכוח צו האזנת-סתר שניתן לצורך חקירת רצח קבילות כראיות במסגרת משפטו של המערער בגין עברות סמים: ע"פ 10532/09 סמהדאן נ' מדינת ישראל, פס' 8-12 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 5.8.2010).

3. פסילת ראיות שהופקו תוך פגיעה בפרטיות

(א) מבוא

אף שהאזנת-סתר מתחברת בצורה אינטואיטיבית להגנה על פרטיות, היא אינה ממצה אותה. שנתיים לאחר חוק האזנת סתר נולד בישראל החוק הכללי העוסק במפורש בפרטיות: חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

כמו חוק האזנת סתר, גם חוק הגנת הפרטיות מכונן, בין היתר, כללים דיניי העונשין ודיני הראיות. דיני העונשין הגביל המחוקק את חירות הפרט לפגוע בפרטיותו של אדם אחר, וקבע בסעיף 5 עברת עוון (שנת מאסר), שבהמשך נהפכה לפשע (חמש שנות מאסר). החוק אינו מגדיר באופן מופשט את המונח "פרטיות", אלא מציב בסעיף 2 רשימה סגורה – לעיתים עמומה ובכירור לא-ממצה – של פגיעות בפרטיות.

להבדיל מהאזנת-סתר, פגיעה בפרטיות אינה רק פשע, אלא גם עוולה אזרחית, כעולה מסעיף 4. מאידך גיסא, אך שוב להבדיל מהאזנת-סתר, שהיא עברה חסרת סייגים, לפגיעה בפרטיות יש סייגים, שהם רחבים מאוד בכוח.³⁵ זאת, אולי משום שפגיעה בפרטיות הינה חלק לא-נדיד בחיי הפרט, וקשה לדמיין לא רק אדם שלא נפגע בפרטיותו, אלא גם אדם שלא פגע בפרטיותם של אחרים – במובן החברתי בוודאי, ואולי גם במובן המשפטי הפורמלי. כמו חוק האזנת סתר, גם חוק זה מכונן סעיף פסילה, שהינו ערכי באופן מובהק ואינו קשור למניעת ראיה על רקע הוכחתי. אולם בעוד חוק האזנת סתר סולל פרקטיקה משטרית ומייצר עבור המשטרה לא רק הסמכה לפעולה, אלא גם סנקציה אפשרית אם תחרוג מההסמכה, חוק הגנת הפרטיות אינו סולל דרך משטרית לפגיעה בפרטיות. מדוע? אולי משום שהפגיעה המוגדרת באיסור נעשות בעיקר על-ידי פרטים. אך ייתכן שהסיבה אחרת: פרקטיקות משטריות שפוגעות בעליל בפרטיות סלולות בחקיקה אחרת, כגון דיני החיפוש, שאליהם אגיע בהמשך. ההפרדה החקיקתית משרתת את המדינה: מצד אחד, היא מוסמכת לבצע פעולות שפוגעות בפרטיות, דוגמת חיפוש; מצד אחר, פעולות אלה אינן מוגדרות כ"פגיעה בפרטיות" בחוק הגנת הפרטיות, ולכן כאשר המדינה מבצעת אותן, אפילו בניגוד לחקיקה המסמיכה, מסלול הפסילה של חוק הגנת הפרטיות אינו ניתן להפעלה. לדיסוננס ערכי זה אשוב בסוף הפרק.

(ב) מסלול הפסילה ואפשרויות האיזון והתמרון שבו

מסלול הפסילה בחוק הגנת הפרטיות פשוט מקודמו. ראיה שהופקה תוך פגיעה בפרטיות הינה פסולה, אלא אם כן התקיימו אחד משלושה חריגים. האחד הוא הסכמת הנפגע להגשת הראיה. מדוע שהנפגע יסכים לכך? בהנחה שהוא בעל-דין בתיק, ובעל-הדין האחר מבקש להגיש את הראיה, לא סביר שהוא יסכים. אולם אם הראיה שפגעה בו מלמדת משהו לטובתו או לטובת הצד שהוא תומך בו, ייתכן מאוד שהוא יסכים. למשל, אדם שהותקף מינית על-ידי אחר, שגם

35 גבאי, לעיל ה"ש 20, בעמ' 554.

צילם את המעשים בסתר,³⁶ עשוי להסכים שתיעוד התקיפה יוגש לבית-המשפט, בין בהליך פלילי ובין בתובענה נזיקית.

חריג שני הוא הגנה או פטור, אך רק כאשר הפוגע הוא בעל-דין. ההגנה בסעיף 18 לחוק ניתנת לפירוש רחב, אם בית-המשפט מעוניין בכך, והפטור בסעיף 19 לרשויות הביטחון הוא בוודאי בעל תחולה רחבה. מדוע נדרש שהפוגע יהיה בעל-דין כדי שהראיה תתקבל? לא ברור מה הטעם הנורמטיבי לכך.

החריג השלישי הוא הרחב מכל: "טעמים שיירשמו". זהו קלף מכריע, שמרחיב מאוד את הכוח השיפוטי ומצמצם מאוד את כוחו של כלל הפסילה. אף שסעיף 32 יוצר בררת-מחדל של פסילת ראיות שהושגו תוך פגיעה בפרטיות, הוא נותן בידי בית-המשפט כוח איזון עצום. כדי לפסול את הראיה צריך לעבור כברת-דרך ארוכה, אך בסיום תמיד ניתן לקבלה. בית-משפט שירצה לפסול – ייאלץ לעמוד בכל תנאי הפסילה; בית-משפט שירצה לקבל – יקבל.

הכוח המוחלט לאזן ולקבל את הראיה מצמצם לא רק את חשיבותו של כלל הפסילה, אלא גם את הצורך השיפוטי לבצע תמרון פרשני ולצמצם את התנאים לתחולתו. למרות זאת קיימים תיקים שבהם טענת הפסילה נדחתה לא על רקע איזון, אלא על רקע תנאי-הסף. למשל, אפילו השופט בכך – כנראה השופט העליון שבהחלטותיו בדיני הראיות ביטא דאגה לזכויות הפרט יותר מכל עמיתיו בתולדות ישראל – לא נמנע מדחיית טענת הפסילה על רקע זה. בעניין קורטאם ערכה המדינה לעציר ניתוח כפוי, כדי לחלץ מגופו שקיות סמים. הניתוח נערך חרף התנגדותו, אך לנוכח חוות-דעת רפואית שצפוי לחשוך מוות אם לא ינותח. לאחר שהדבר הוסבר לו על-ידי הרופאים והוא עמד על סירובו, התקבל לבסוף היתר שיפוטי לבצע את הניתוח. בנסיבות אלה, קבע השופט בכך, אין מדובר בפגיעה בפרטיות, לאור מטרת הפעולה.³⁷ להבדיל, בעניין ועקנין נתנו סוהרים בכלא צבאי לאסיר לשתות מי מלח כדי להוכיח שאין בגופו סמים. לאחר שהקיא שקית אחת וסירב לשתות עוד, השקוהו בכוח, ואז הוא הקיא שתי שקיות נוספות. בית-הדין לערעורים קיבל את הראיות, אולם בג"ץ הפך את ההחלטה. בדעת רוב ביקשו השופטים בכך ושינבוים להגן על זכויות הפרט באמצעות פסילת הראיה, וקבעו כי פרטיותו נפגעה. בדעת יחיד קבע השופט ברק כי המעשה האמור אינו פגיעה בפרטיות בדרך של "בילוש או התחקות אחרי אדם, העלולים להטרידו" (כלשון סעיף 2(1) לחוק הגנת הפרטיות), אלא תקיפה, ולפיכך תוצריו אינם פסולים.³⁸ בחלוף חמש שנים, במסגרת דיון נוסף, נהפכה דעת הרוב לדעת יחיד של השופט בכך, ואילו דעת היחיד של השופט ברק נהפכה לדעת הרוב, שלפיה אין מדובר בפגיעה בפרטיות, אלא בתקיפה "גרידא".³⁹ לעומת זאת, כאשר בית-המשפט מעוניין דווקא לפסול את הראיה, הוא יכול לפרש בהרחבה מהם בילוש או התחקות אחר אדם, ודרכם לפסול לא רק צילומי ניאוף, אלא גם עדויות על ניאוף. במקביל הוא יכול לפרש בצמצום את תנאי ההגנה של חוק הגנת הפרטיות, ולקבוע שגם אם יש לפוגע עניין אישי

36 ראו, לדוגמה, תפ"ח (מחוזי ת"א) 1021/04 מדינת ישראל נ' חוכרה (פורסם בנבו, 8.6.2005).

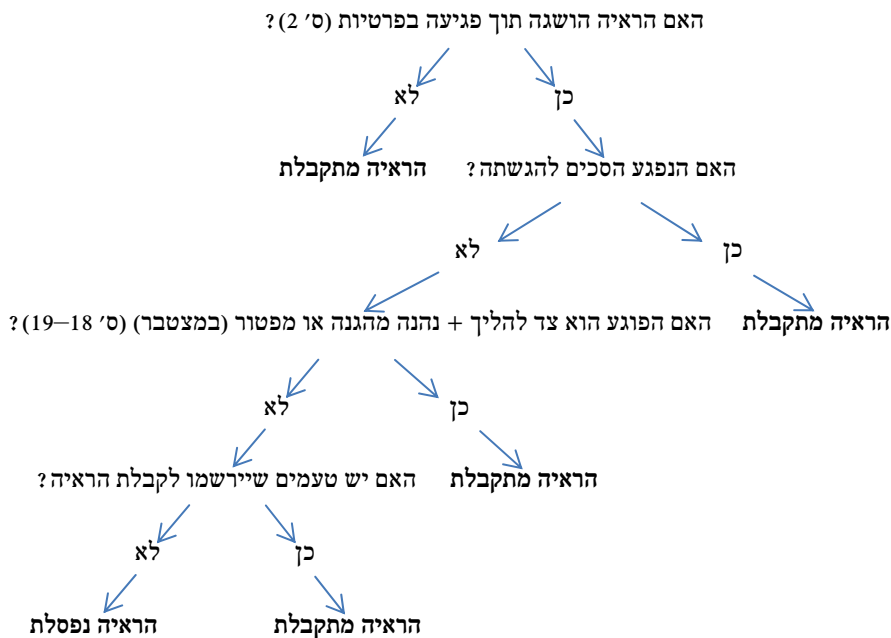
37 ע"פ 480/85 קורטאם נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 673 (1986).

38 בג"ץ 249/82 ועקנין נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד לז(2) 393 (1983).

39 ד"נ 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין, פ"ד מב(3) 837 (1988).

או אף חובה מוסרית לפגוע בפרטיות, אין תוס' לב בפגיעה, ולפיכך היא אסורה.⁴⁰ אולם דרכו של בית-המשפט אל הפסילה ארוכה ועקלקלה יותר מדרכו אל הקבילות. לסיכום, כלל פסילה זה מקנה לפרטיות הגנה ערכית חלשה למדי. הגדרת הפרטיות בחוק מצומצמת מאוד, ומותירה בחוץ הרבה מאוד מערך הפרטיות; סייגים מאפשרים בדיעבד את הפגיעה ואת הראיה; ובסופו של מסלול בית-המשפט מוסמך לקבל כל ראייה שהופקה תוך פגיעה בפרטיות.

תרשים 2: מסלול פסילה – פגיעה בפרטיות (לפי חוק הגנת הפרטיות)



4. פסילת הודאת חוץ שנמסרה לא מרצון חופשי

(א) מבוא

פקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א–1971, יצרה מגוון סעיפים שמציבים תנאים לקבלת ראייה בבית-המשפט. רבים מהם עוסקים בעדות-שמועה מסוגים שונים: סעיפים 9–10 מאפשרים לקבל עדות-שמועה מסוג *res gesta*; סעיף 20 מאפשר לקבל עדות מומחה וחוות-

40 בג"ץ 6650/04 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בנתניה, פ"ד סא(1) 581 (2006).

דעת רפואית; סעיף 23 מאפשר לקבל תעודה החתומה בידי עובד ציבור; וסעיף 36 מאפשר לקבל רשומה מוסדית. סעיפים אלה ואחרים יוצרים תנאים לקבילותן של ראיות במגמה להגן על מערכת המשפט מפני עדויות-שמועה בלתי-אמינות, ומשקפים בכך את ההנחה שרק עדויות-שמועה שעומדות בתנאי הסעיפים האמורים הינן אמינות דיין לחצות את רף הקבילות. עדויות שאינן עומדות בתנאים אלה נפסלות על רקע הוכחתי מחשש שנוקן, אם יתקבלו, יעלה על תועלתן, ולא יהיה אפשר למתן מספיק את נזקן באמצעות מישור המשקל.

סעיפים 11–12 עוסקים בדברים שמסר הנאשם מחוץ לכותלי בית-המשפט, בדרך-כלל (אך לא רק) בתחנת המשטרה בהיותו חשוד. גם דברים אלה הינם עדות-שמועה, באשר המעיד עליהם אינו יכול להגן על אמינות תוכנם של המסרים, אלא רק על עצם קליטתם. סעיף 11 עוסק באמרת חוץ שאינה הודיה ולפיכך חשיבותה ההוכחתי מוגבלת יחסית – למשל, אמרה המצביעה על חוסר מהימנות של הנאשם.

סעיף 12 עוסק בהודאת חוץ של נאשם, אשר בתוספת "דבר-מה נוסף" מאפשרת להרשיעו, ולפיכך חשיבותה להכרעת הדין גדולה ביותר. סעיף 12 (א) קובע כי עדות על הודיית הנאשם שעבר עברה תתקבל רק אם הראה התובע כיצד ניתנה ההודיה ובית-המשפט נוכח שההודיה הייתה "חפשית ומרצון": הודיה שלא ניתנה באורח חופשי ומרצון אינה יכולה להתקבל. ברגיל, מערכת המשפט מקבלת הודאה שניתנה בחקירה כמרבית הדרך להרשעה, ולא בכדי זכתה זו בכינוי "מלכת הראיות".⁴¹ אולם קיימות גם ביקורות לא-מעטות לגבי מעמדה.⁴² מדוע בעצם נפסלת הודיה שלא ניתנה מרצון חופשי? ניתן להציע שתי סיבות עיקריות לכך. האחת הינה פסילה הוכחתי: בהעדר רצון חופשי, החשש הוא שהודיית החוץ אינה משקפת את האמת. מבחינה היסטורית בכך התמקד בית-המשפט.⁴³ הסיבה האחרת שונה ומשלימה – פסילה ערכית: השגת הודיית חוץ לא מרצון חופשי פוגעת באוטונומיה של הפרט. רציונל זה הלך ותפס מעמד בכורה בישראל במשך השנים.⁴⁴

(ב) מסלול הפסילה ואפשרויות האיזון והתמרון שבו

מסלול הפסילה של סעיף 12 לפקודת הראיות הוא הקצר ביותר, ולכאורה גם הפשוט והנחרץ ביותר: הודיה שנמסרה לא באופן חופשי ומרצון – פסולה. מרגע שהסקנו כי עסקינן ב"הודיה"

41 למשל, דנ"פ 4530/97 מדינת ישראל נ' אל עביד, פ"ד נא(1) 736, 833–834 (1998); רע"פ 4142/04 מילשטיין נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סב(1) 378 (2006).

42 בועז סנג'רו "ההודאה כבסיס להרשעה – האומנם 'מלכת הראיות' או שמא קיסרית הרשעות השווא" עלי משפט ד 245 (2005); וכן דליה דורנר "מלכת הראיות נ' טארק נוג'ידאת – על הסכנה שבהודאות שווא ועל הדרך להתמודד עמה" הפרקליט מט 7 (2006); מרדכי קרמניצר "הרשעה על סמך הודאה – האם יש בישראל סכנה להרשעת חפים מפשע?" המשפט א 205 (1993).

43 ע"פ 5614/92 מדינת ישראל נ' מסיקה, פ"ד מט(2) 669, 677–678 (1995); קנת מן "עתיד הדרישה לרצון חופשי בחקירת חשודים" משפטים טז 76, 77–78 (1986).

44 ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461, פס' 24 לפסק-דינה של השופטת ביניש (2006). בארצות-הברית ההגנה השיפוטית על האוטונומיה של הרצון קדמה לכלל הפסילה הפסיקתית. ראו Tipton, לעיל ה"ש 13, בעמ' 1345–1346.

– מונח שהחוק אינו מגדיר ואשר פוּרְש בפסיקה ככולל גם הפללה עצמית מרומזת, "ראשית הודאה"⁴⁵ – אנו מתקדמים למסלול קצר מאוד.

כדי להגישה, התביעה צריכה לעמוד בשני תנאים בלבד, שלרוב מוגשמים בעדות אחת, של שומע ההודיה: הוכחה של מסירת ההודיה; והוכחת חופשיותה. אין תנאים עצמאיים נוספים. בין היתר, ואין זה מובן מאליו, אין צורך שהנאשם יחתום על ההודאה; אין צורך שההודיה תהיה בכתב; ואין אפילו צורך שהיא תינתן בתחנת משטרה או לפני איש מרות. כמו־כן, אין הכרח פורמלי בהליך מסוים לפנייה, דוגמת אזהרה או יידוע של החשוד בדבר זכותו להיוועץ עם עורך־דין. הודיה יכולה להיעשות לפני מעביד, לפני זר ולפני חברים בשיחה בעל־פה. גורמים מגוונים בוודאי יכולים להשפיע על חופשיות ההודיה, אולם אלה אינם מופיעים ברשימה פורמלית, ולכן אין חובה להתייחס אלא לשני התנאים שלעיל, שהאחד מהם נבלע כמעט תמיד באחר. מסלול הפסילה פשוט לא רק בהיבט הזה, אלא גם מבחינת נחרצותו: הודיה שנמסרה לא בחופשיות הינה פסולה. זהו כלל גורף ללא חריגים. סעיף 12 לפקודת הראיות מחייב פסילה, ללא איזון.⁴⁶

העובדה שמדובר בכלל פסילה דל־תנאים אינה הופכת אותו לפשוט להחלה, וכך גם נחרצותו; להפך, העדר היכולת הפורמלית של בית־המשפט לאזן בין השאיפה להגן על האוטונומיה של הרצון לבין השאיפה להגיע לאמת ולהרשיע אשמים אינו מותיר אותו חסר כלים: מה שאי־אפשר לאזן – קל לתמרן.

כתהיה מקדמית ניתן לשאול כיצד ניתן לדבר בכלל על "רצון חופשי" לגבי מי שנחקר בחשד חמור ובוודאי מצוי בלחץ נפשי ואולי גם פיזי, בעיקר (אך לא רק) אם הוא במעצר.⁴⁷ אילו נפסלה כל הודאה של עצור, ייתכן שהמשטרה הייתה מצמצמת את השימוש במעצר או נמנעת מחקירה במהלך המעצר. אולם פסילת הודאה של עצור אינה תדירה, אלא דווקא נדירה. הפעלתו של מבחן חופשיות הרצון כרוכה במגמות שונות, ולא בטוח שכולן מנסות בכנות לפצח את החידה המורכבת.

באופן שאינו מפתיע, המונח "רצון חופשי" אינו מוגדר בפקודת הראיות, ולא בכדי, באשר השאלה מהו בכלל רצון חופשי מגלמת סוגיה פילוסופית סבוכה מאין כמוה. הביטוי "חופשית ומרצון" הינו עמום ביותר.⁴⁸ גם השאיפה לצלול לנפשו של אדם אחר ולבחון בדיעבד – ונוסף על כך לא בדרך של שיח ישיר וכן עימו – אם הודה תחת אותו "רצון חופשי" הינה יומרנית ואולי בלתי־אפשרית. במובנים אלה קיים דמיון בין שאלת הרצון החופשי בדיני הראיות לבין

45 עניין קיס, לעיל ה"ש 26, בעמ' 461–463.

46 יובל מרין ורינת קיטאי־סנג'רו "Collins, Miranda" ויששכרוב – על הפער בין הרצון לבין המצוי בהלכת יששכרוב "משפטים" 434, 429 (2007); ע"פ 1292/06 תורק נ' מדינת ישראל, פס' 55 לפסק־דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 20.7.2009).

47 ע"פ 6613/99 סמירק נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 529, פס' 6 לפסק־דינה של השופטת ביניש (2002); מרין וקיטאי־סנג'רו, לעיל ה"ש 46, בעמ' 441–442.

48 סנג'רו "כלל פסילת הראיות שנקבע בהלכת יששכרוב", לעיל ה"ש 13, בעמ' 74–76; בנימין בלום, "יורם רבין וברק אריאל" "אופן בחינת הודאות חשודים בדין הפלילי בישראל: בחינה מהותית ופרוצדורלית של היחס בין סעיף 12 לפקודת הראיות לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית" משפטים 815, 818 (2017).

שאלת היסוד הנפשי בדיני העונשין. גם שם בית-המשפט מתבקש ומתיימר לצלול לתוך נפש האדם. בשני ההקשרים בית-המשפט אינו חופשי לערוך את המבחנים בצורה אובייקטיבית, מחוץ להקשר של התיק הפלילי שבו עליו להכריע; בשניהם הוא אינו חופשי להתעלם מהחשיבות של ההודאה או של היסוד הנפשי לתיק; ובשניהם הוא אינו משוחרר מכבלי ערכיו ומרצונו להגשים תוצאה הצודקת בעיניו.⁴⁹

כלומר, בית-המשפט אינו מוסמך לקבל הודיה שהוא קבע כי נמסרה לא באופן חופשי, אולם הוא לבדו קובע אם אכן כך היה. בלשון ציורית, בית-המשפט אינו יכול לפתוח שער נעול, אך הוא ורק הוא קובע אם השער אכן נעול.⁵⁰ אין שום מצב שבו בית-המשפט מנוע מלקבוע שהשער פתוח, גם כאשר ברור שהמשטרה הפעילה אמצעים פסולים – ואפילו קיצוניים – נגד הנאשם. בית-המשפט יכול, אם יבחר, למצוא מגוון סיבות שיסבירו מדוע, חרף הפסול, ההודיה נמסרה בכל-זאת מרצון חופשי.

למשל, בפסק-דין מועדי, שהוא מן המשפיעים והחשובים בנושא עד היום, הוסכם כי המדינה השתמשה באמצעים פסולים, כגון איום, הבטחה והשאה. חרף זאת נקבע כי לא נפגע הרצון החופשי. השופט גולדברג קיבל את ההודאה בכותבו כי היא נבעה ממעגל הראיות המתהדק.⁵¹ מעניינת השפה שבה השתמש הנאשם דאש, כפי שציטט השופט: "אפילו אם אני טיפש ואני רואה שסייף הודה אפילו עשרים אלף אליבי לא יעזור. אני הבנתי שזה לא יעזור כבר, אם הוא הודה. אפילו אם אני טיפש אני יודע שזה כבר אבוד, גמרנו, אין מנוס. וכשהוא אומר לי שאני לימדתי אותו לנהוג את הג'יפ, קשר אותי. ואומרים לי גם על האיל משהו, אז אין לי ברירה הייתי חייב לכתוב את מה שהם רוצים".⁵² דברי הנאשם מלאים עדויות על חוסר הבררה שחוהו. בין אם הדבר קשור לאמצעים הפסולים ובין אם לאו, שפתו אינה משקפת רצון חופשי. אולם מבחינה רטורית בית-המשפט יכול למצוא בכבלים אלה דווקא שחרור, משום שאין בהם פסול לדעתו. אין מניעה שיפוטית לקבוע שחרף הפעלת אמצעי משטרת פסול, ההודיה נמסרה מרצון חופשי.⁵³

ראוי להדגיש כי החוק אינו מדבר כלל על אמצעי פסול, כדבר הפסיקה, אלא על חופשיות הרצון. בית-המשפט קבע כי ברור שנחקר חשוד עשוי לחוות לחץ נפשי ופיזי בגין מצבו, ולפיכך יש להעניק למונח "חפשית ומרצון" לא פירוש מילולי, אלא פירוש משפטי-טכני מצמצם, שמתמקד בלחץ החיצוני שהופעל על הנאשם ואשר אפשר ששלל את יכולתו לבחור לשתוק.⁵⁴ אפילו המובן המצמצם פורש בצמצום, במגמה ברורה לקבל הודיות חרף טענות הנאשמים.⁵⁵

49 השוו Belanger, לעיל ה"ש 16, בעמ' 90.
 50 הרדוף "על כשרות להעיד במשפט הפלילי", לעיל ה"ש 3, בעמ' 311.
 51 ע"פ 168/82 מועדי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 197, פס' 52 לפסק-דינו של השופט גולדברג (1984).
 52 שם, פס' 53 לפסק-דינו של השופט גולדברג.
 53 מרין וקיטאי-סנג'רו, לעיל ה"ש 46, בעמ' 435.
 54 עניין סמירק, לעיל ה"ש 47, פס' 6 לפסק-דינה של השופטת ביניש.
 55 מרין וקיטאי-סנג'רו, לעיל ה"ש 46, בעמ' 434–435.

מבחינה משפטית ריאליסטית, בית-המשפט חופשי לקבל כל הודאה שירצה. חרף פסול, כיעור או בעייתיות בהתנהלותו של גובה ההודאה, בית-המשפט יכול למצוא סיבה רציונלית ולא-פסולה להודאה. למשל, בחקירה בטחונת שהייתה כרוכה בהשמת שקית על ראשו של החשוד ובהשמעת רדיו קולני, מצא בית-המשפט "אותות נידובו" של מידע" כאינדיקציה לרצון חופשי, מבלי להסביר מהם.⁵⁶ כאשר בית-המשפט מזהה פסול בפרקטיקה משטרתית, אפילו כזו שהוא כבר ביקר בחריפות בעבר, הוא מבקרה שוב, אך לבסוף מקבל את הראיה: הוא מתמרמר מהסכם מדובבים בסגנון חדש שערכה המשטרה, אשר יצר תמריץ-יתר להפקת הודאה בדומה להסכם מדובבים קודם בנוסח בעייתי גם-כן, אך קובע לבסוף כי הודאת הנאשם שעל הפרק נמסרה לא בגין השפעתו הפסולה של המדובב, אלא בגין מצפונו הכבד של הנאשם.⁵⁷ כאשר מדובבים השחירו את שמו של הסנגור ויעצו לחשוד לא לשתוק, אחד השופטים מדגיש את רצונו החופשי של החשוד, המתבטא בכך שהוא שמר על בחירתו לא להפליל את שותפיו.⁵⁸ כאשר חוקר משטרת השפיע כנראה לא כדין על הנחקר לוותר על זכותו להיוועץ עם עורך-דין, חרף בקשתו של הנחקר לעשות זאת, אחת השופטות מדגישה את רצונו החופשי של הנחקר, שבחר לוותר על ההיוועצות כדי לחסוך נסיעה ארוכה לחקירה נוספת.⁵⁹ בחקירת רצח, כאשר מדובב מציע לחשוד להודות בהריגה ולצאת בעונש קל ובתנאי כליאה טובים שיאפשרו לו לחיות "כמו מלך", בית-המשפט קובע כי מדובר בתמונה חלקית של החקירה, ומדגיש כי בהזדמנויות אחרות הבהיר המדובב לחשוד שלא יודה במה שלא עשה.⁶⁰ באופן דומה, איום מצד שוטר סמוי כלפי גופו או חייו של חשוד שעימו היה בתא, שלאחריו הודה החשוד במיחוס לו, לא הוביל לפסילת ההודאה, משום שהוא לא היה ב"רמה כה קיצונית", ולא הייתה בו "עוצמת פגיעה בכבוד האדם המצדיקה פסילת ההודאה מבלי להידרש לנפקותה על מסירת ההודאה".⁶¹ בהינתן ש"עסקינן באיומים מרומזים, ומכל מקום, לא מִיִּדִים",⁶² נקבע כי החשוד "הוכרע על ידי תרגיל החקירה המחוכם, ובחר מרצונו החופשי לחלוק עם חברו המדומה לתא המעצר את פרטי הפרשה שבה נחשד".⁶³ כאשר המשטרה נקטה פעולות של איומים, פיתוי והשאה, בהכריזה כי תביא את אבי החשוד למשטרה ותחשוף לפניו את עיסוקו

56 ע"פ 378/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' ז(8)(ב) לפסק-הדין (פורסם בנבו, 21.4.2005).

57 ע"פ 4029/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 47–54 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 10.7.2012). לפסק-דין מאוחר שעסק בגבולות השימוש במדובבים ובתחבולות חקירתיות, ואשר מסתיים בקבלת הראיות ובהרשעה ברוב דעות, ראו ע"פ 4109/15 מירז נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.7.2017).

58 ע"פ 1301/06 עזבון אלזם נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(2) 177, פס' 22 לפסק-דינו של השופט לוי (2009).

59 ע"פ 9956/05 שי נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(2) 742, פס' 4 לפסק-דינה של השופטת ברלינר (פורסם בנבו, 4.11.2009).

60 ע"פ 7939/10 זדורוב נ' מדינת ישראל, פס' 77–78 לפסק-דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 23.12.2015).

61 עניין מירז, לעיל ה"ש 57, פס' 33 לפסק-דינו של השופט (בדימי) זילברטל.

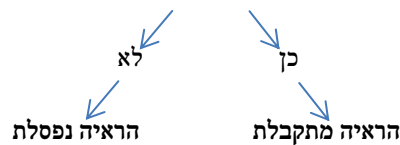
62 שם.

63 שם, פס' 12 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ג'ובראן. בדעת המיעוט הציע השופט הנדל לפסול את ההודאה ולזכות את הנאשם בגין המצג שהועבר לו שאם לא יודה הוא עלול לשלם על כך בשלמות גופו, וייתכן שאף בחייו.

של החשוד בזנות, בית-המשפט מוצא את חופש הרצון של החשוד בחזרתו על ההודאה בשלב מאוחר יותר ובקביעה כי ההודאה נעשתה מפאת ייסורי מצפון וחרטה.⁶⁴ יוצא שגם כלל פסילה זה חלש מבחינה מעשית.⁶⁵ עם זאת, כאשר בית-המשפט מעוניין לזכות חרף קיומה של הודאה, אין הוא חייב לפוסלה, אלא הוא יכול לייחס לה משקל נמוך או לא להסתפק במערך הראיות שנלווה לה.⁶⁶

תרשים 3: מסלול פסילה – הודאת חוץ שנמסרה לא מרצון חופשי (לפי פקודת הראיות)

האם ההודיה נמסרה באופן חופשי ומרצון? (ס' 12)



5. דוקטרינת הפסילה הפסיקתית

(א) מבוא

עד שנת 2006 התקיימו בישראל רק שלושת מסלולי הפסילה הערכית שנסקרו לעיל, וגם זאת לאחר שנים רבות שבהן לא היו בישראל מסלולי פסילה ערכית כלל. יתר על כן, בית-המשפט העליון הדגיש כי גם ראיה שהושגה לא כחוק עשויה להיות קבילה, וכי לעיתים אין לו אפילו שיקול-דעת לפוסלה,⁶⁷ ולא התייחס בשום דרך לדיסוננס העולה מקבלת ראיה שהושגה לא כחוק. בעניין ועקנין קיבל בית-המשפט העליון, ברוב דעות, ראיה שהושגה בתקיפה חמורה של אסיר על-ידי סוהריו, וזאת משום שהיא הושגה "רק" באמצעות תקיפה בנסיבות מחמירות, ולא באמצעות פגיעה בפרטיות.⁶⁸ עניין יששכרוב שם קץ לרטוריקה שלפיה לבית-המשפט אין

64 ע"פ 10477/09 מובארק נ' מדינת ישראל, פס' 62 ופס' 74 לפסק-דינה של המשנה לנשיא נאור (פורסם בנבו, 10.4.2013).

65 סנג'רו "כלל פסילת הראיות שנקבע בהלכת יששכרוב", לעיל ה"ש 13, בעמ' 78.

66 ע"פ 3967/91 מזון נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(3) 168, פס' א-ג לפסק-דינה של השופטת נתניהו (1992).

67 ראו עניין מועדי, לעיל ה"ש 51, פס' 6 לפסק-דינו של השופט אלון. כן ראו הרנון "ראיות שהושגו באמצעים בלתי הוגנים", לעיל ה"ש 9, בעמ' 27-31; משה בן-זאב "ראיות שהושגו שלא כהלכה – האמנם נפרצה הדרך לעקרון הפסילה?" הפרקליט לב 466, 469 (1979); וילצ'יק, לעיל ה"ש 13, בעמ' 465-466; מרין וקיטאי-סנג'רו, לעיל ה"ש 46, בעמ' 455, Wattad; לעיל ה"ש 13, ס' II-I.

68 ד"נ ועקנין, לעיל ה"ש 39. לסקירה היסטורית של רעיון הפסילה בישראל מלפני קום המדינה ועד פרשת יששכרוב ראו Binyamin Blum, *Doctrines Without Borders: The "New" Israeli Exclusionary Rule and the Dangers of Legal Transplantation*, 60 STAN. L. REV. 2131, (Blum, *The "New" Israeli Exclusionary Rule*: להלן: 2143-2150 (2008)).

שיקול-דעת כאמור, ושלפיה שאלת החוקיות של השגת הראיה אינה חשובה לתיק.⁶⁹ פסק-הדין המפורסם אפשר לראשונה לפסול ראיות שהושגו לא כדין גם ללא סעיפי פסילה חקיקתיים ישירים, וזאת במסלול פסיקתי בעל שני תנאים מהותיים מרכזיים.

(ב) מסלול הפסילה ואפשרויות האיזון והתמרון שבו

לפסילה הפסיקתית יש תנאי מקדמי פורמלי ושני תנאים מהותיים מצטברים. התנאי המקדמי הפורמלי הוא שמדובר בהליך פלילי, משום שהדוקטרינה הגבילה את עצמה במישורין רק להליכים כאלה. בין אם הדבר ראוי ובין אם לאו, בהליכים אזרחיים אין תחולה לדוקטרינה.⁷⁰ באשר לתנאים המהותיים, האחד הוא שהראיה הושגה לא כדין, וזאת בתפיסה רחבה של המונח "דין" ככולל חקיקה, חקיקת-משנה, פסיקה, נהלים מחייבים ואפילו זכויות.⁷¹ האחר הוא שהגשת הראיה בבית-המשפט תפגע בזכותו של הנאשם להליך הוגן. דוקטרינת הפסילה הציגה את עצמה ככלי שמטרתו אינה לחנך ולתקן פגיעה בנאשם שנעשתה בחקירתו, אלא למנוע פגיעה בהגיונות משפטו של הנאשם.⁷² רעיון ההגיונות פורש ככולל שלושה מבחני-משנה, שאינם תנאים מצטברים, אלא שאלות משתלבות. האחד בוחן את חומרת ההפרה של הדין; השני בוחן את היחס בין ההפרה לבין השגת הראיה; והשלישי מפעיל איזון תועלת-נזק מקבלת הראיה או מפסילתה.⁷³

מבחן-המשנה השלישי של הדוקטרינה מזכיר את ייפוי-הכוח המוחלט שנתן חוק הגנת הפרטיות לבית-המשפט לקבל כל ראיה שימצא לנכון. הוא אפילו קיצוני יותר: בעוד בררת-המחדל של חוק הגנת הפרטיות באשר לראיה שהושגה תוך פגיעה בפרטיות היא פסילה, דוקטרינת הפסילה אינה יוצרת בררת-מחדל כזו לגבי ראיה שהופקה לא כדין. עצם קיומו של התנאי המהותי השני שלה, על שלושת מבחני-המשנה שלו, מניח שהפרת הדין בדרך להשגת הראיה אינה תנאי מספיק לפסילתה. תחת הדוקטרינה, בית-משפט לעולם אינו חייב לפסול ראיה שהושגה לא כדין. כדי לפסול, עליו לצעוד כברת-דרך לא-קצרה; לעומת זאת, ההחלטה לקבל פשוטה, וניתנת לביסוס על מבחן-המשנה השלישי בכל מקרה ומקרה. שני מבחני-המשנה הקודמים אינם שולחים מסר נחרץ, ומותירים לבית-המשפט די קרקע לנמק את קבלת הראיה. גם המבחן של הפרת הדין מצריך פרשנות, וזו מאפשרת תמרון. אולם סופו של המסלול

69 עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 44.

70 אסף הרדוף "חזות של זכויות, מהות של צדק: סיפורה הרטורי והמהותי של ההכרעה הפלילית" דין ודברים ח 33, 85-86 (2014) (להלן: הרדוף "סיפורה הרטורי והמהותי של ההכרעה הפלילית"); עניין זינגר, לעיל ה"ש 28, פס' 52 לפסק-הדין. לאחרונה הוחלה הדוקטרינה גם לגבי דין משמעתי: עמל"ע (מחוזי-י-ם) 56780-09-17 ידיד נ' ועדת האתיקה המחוזית של לשכת עורכי הדין מחוז ת"א (פורסם בנבו, 10.1.2018).

71 עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 44, פס' 64 לפסק-דינה של השופטת ביניש.

72 לביקורת על הויתור על התפקיד המניעתי בהקשר של החקירה (להבדיל מההקשר של המשפט) ראו סנג'רו "כלל פסילת הראיות שנקבע בהלכת יששכרוב", לעיל ה"ש 13, בעמ' 101-104.

73 עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 44, פס' 65-74 לפסק-דינה של השופטת ביניש. מעניינים בהקשר זה שיקולי הפסילה החלופיים שהועלו בפסק-דינו המאלף של השופט שינבויס בבג"ץ ועקנין, לעיל ה"ש 38.

ידוע: איזון שיופעל כפי שימצא בית-המשפט לנכון. לנוכח זאת הצורך בתמרון מצטמצם מאוד. מי שמעוניין לקבל ראייה אינו צריך לעמול מבחינה פרשנית ולקבוע, למשל, שהיא הושגה בכל-זאת כדין.⁷⁴

בתיקים חמורים שבהם נקבע כי הראיה הושגה לא כדין קיבל בית-המשפט העליון לפחות חלק מהראיות בסופו של דבר, והגיע למסקנת הרשעה.⁷⁵ חומרת העברות הייתה אחד משיקולי הדוקטרינה עם לידתה, וגם בהמשך זכה שיקול זה בתמיכה שיפוטית.⁷⁶ הלכה למעשה זה המצב בתיקים חמורים גם בערכאות דיוניות.⁷⁷ כך לגבי רצח וקשר לרצח,⁷⁸ הריגה,⁷⁹ שוד,⁸⁰ התפרצות וגנבה,⁸¹ חבלה חמורה,⁸² עברות מין,⁸³ סחיטה באיומים⁸⁴ והחזקת סמים לא

- 74 מרין וקיטאי-סנג'רו, לעיל ה"ש 46, בעמ' 492; סנג'רו "כלל פסילת הראיות שנקבע בהלכת יששכרוב", לעיל ה"ש 13, בעמ' 105, 110–111.
- 75 למשל, ע"פ 9808/06 סנקר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 29.7.2010); ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(1) 626 (2011); ע"פ 10049/08 אבו עזא נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.8.2012); עניין ז'אנו, לעיל ה"ש 34; ע"פ 6144/10 גטצאו נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.4.2013).
- 76 ע"פ 5417/07 בונר נ' מדינת ישראל, פס' 21 לפסק-דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 30.5.2013).
- 77 לבחינה אמפירית של השפעתה הצנועה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית הישראלית בשנים 2009–2006 ראו Blum, *Israel's Exclusionary Rule After Issacharov*, לעיל ה"ש 12, בעמ' 406–404.
- 78 לדוגמה, תפ"ח (מחוזי ת"א) 1034/05 מדינת ישראל נ' אל עליווי, פס' 101–104 (פורסם בנבו, 21.6.2007); תפ"ח (מחוזי ב"ש) 1149/06 מדינת ישראל נ' אלטורי, פס' 5 (פורסם בנבו, 15.7.2008); תפ"ח (מחוזי ת"א) 1070/04 מדינת ישראל נ' שטרית, פס' 117 (פורסם בנבו, 25.9.2008); תפ"ח (מחוזי מר) 6839-07-08 מדינת ישראל נ' סטואר, פס' 229–247 (פורסם בנבו, 19.10.2010); תפ"ח (מחוזי ב"ש) 1171/07 מדינת ישראל נ' אלישע, פס' 317–318 (פורסם בנבו, 28.4.2011); תפ"ח (מחוזי ב"ש) 15488-07-11 מדינת ישראל נ' חמאסה, פס' 54–55 (פורסם בנבו, 15.7.2013); תפ"ח (מחוזי נצ') 7/10 מדינת ישראל נ' זועבי, פס' 191–222 (פורסם בנבו, 5.3.2014); תפ"ח (מחוזי ב"ש) 62958-12-12 מדינת ישראל – פמ"ד נ' בגץ (פורסם בנבו, 18.9.2014); תפ"ח (מחוזי נצ') 18194-07-14 מדינת ישראל נ' ח'ליפה, פס' 113–115 (פורסם בנבו, 9.9.2015); תפ"ח (מחוזי חי') 866-07-14 מדינת ישראל נ' שלומוב, פס' 52 (פורסם בנבו, 16.11.2016); תפ"ח (מחוזי מר) 51122-01-13 מדינת ישראל נ' קורסונסקי, פס' 28–41 (פורסם בנבו, 26.10.2017).
- 79 ת"פ (מחוזי ת"א) 40074/07 מדינת ישראל נ' ברכה (פורסם בנבו, 27.5.2008).
- 80 ת"פ (מחוזי חי') 30287-08-13 מדינת ישראל נ' עוזיאל, פס' 43 (פורסם בנבו, 4.11.2014).
- 81 עפ"ג (מחוזי חי') 35094-04-14 ששון נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.6.2014); ע"פ (מחוזי מר) 57513-07-15 זצני נ' מדינת ישראל, פס' 11 (פורסם בנבו, 24.5.2016).
- 82 לדוגמה, ת"פ (מחוזי י-ם) 38279-06-14 מדינת ישראל נ' פלוני (קטיץ), פס' 21–50 (פורסם בנבו, 19.4.2016).
- 83 לדוגמה, תפ"ח (מחוזי ת"א) 1125/06 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 25 (פורסם בנבו, 20.9.2007); תפ"ח (מחוזי ב"ש) 1158-09 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 30.10.2012); תפ"ח (מחוזי מר) 53-10-08 מדינת ישראל נ' אבוהי (פורסם בנבו, 28.6.2011); תפ"ח (מחוזי ת"א) 1023-07 מדינת ישראל נ' אשד (פורסם בנבו, 15.3.2016).
- 84 לדוגמה, ת"פ (מחוזי ת"א) 40186/07 מדינת ישראל נ' מטודי (פורסם בנבו, 19.1.2009); ע"פ (מחוזי ת"א) 61187-06-14 קורס נ' מדינת ישראל, פס' 12 (פורסם בנבו, 30.3.2015).

לצריכה עצמית.⁸⁵ קשה מאוד למצוא תיק חמור שבו נפסלו ראיות-מפתח והפסילה היא שהובילה לזיכוי, להבדיל מספק עובדתי באשמה. כלומר, בהתאם לתחזית האקדמית הפסימית שהוצעה לאחר לידת הדוקטרינה,⁸⁶ נראה עד כה שבית-המשפט אינו מוכן להפעיל את הדוקטרינה באופן שיצריך תשלום מחיר כבד מבחינת האינטרס הציבורי.⁸⁷ בית-המשפט אינו מוכן לפסול את הראיה אם מתקיימים שני תנאים מצטברים: הפסילה תוביל לזיכוי בעברה חמורה; והנאשם (שעודו חי) אכן אשם. אם העברה חמורה והנאשם אשם, לא צפוי זיכוי בגין פסילת ראיה. לעומת זאת, אם הנאשם אינו אשם לדעת בית-המשפט, אין צורך לפסול את הראיה לשם כך, ודוקטרינת הפסילה מיותרת,⁸⁸ וכך גם אם הנאשם מת, שאז אין מחיר ציבורי לזיכוי.⁸⁹

הדוקטרינה מספקת אם כן לבית-המשפט כלי נוסף – מכשיר גמיש ונוח מאוד אשר באופן גורף ותמידי מאפשר איזון ואף מזמין אותו. להבדיל מחוקי-היסוד, שהיו האמתלה הפורמלית ללידת הדוקטרינה,⁹⁰ ניתן לגרוס כי מטרתה האמיתית היא יצירת כוח שיפוטי נוסף: הדוקטרינה מאפשרת למערכת המשפט להדוף ביקורת ולהשיג רווח רטורי – חזות של הגנה על זכויות האדם והגינות ההליך – אך אינה מחייבת אותו לדבר.⁹¹ היא נותנת לו כוח, שבו ישתמש במועד ובאופן שימצא לנכון כדי לשלוח מסרים לרשויות, לציבור ולפרט.⁹² לצד זאת, בחלוף

85 לדוגמה, ע"פ (מחוזי מר') 46081-08-11 מדינת ישראל נ' חבושה, פס' 31–35 (פורסם בנבו, 26.2.2012); עפ"ג (מחוזי חי') 12284-04-15 חזימיה נ' מדינת ישראל, פס' 25–27 (פורסם בנבו, 17.6.2015); ת"פ (מחוזי ב"ש) 37165-03-16 מדינת ישראל נ' קריחלי (פורסם בנבו, 8.1.2017).

86 מרין וקיסאי-סנג'ור, לעיל ה"ש 46, בעמ' 488–489, 497–496; סנג'ור "כלל פסילת הראיות שנקבע בהלכת יששכרוב", לעיל ה"ש 13, בעמ' 114–115.

87 בועז סנג'ור "כלל פסילת הראיות שהושגו באמצעים פסולים מתפתח, אך עדיין ללא נכונות לשלם מחיר חברתי (ולזכות אשם בעבירה חמורה שעודנו חי) "משפטים על אתר ד 25, 43–41 (2012) (להלן: סנג'ור "כלל פסילת הראיות שהושגו באמצעים פסולים").

88 ראו זיכוי בבית-המשפט המחוזי של קטינים מעברת רצה, בין היתר לנוכח ראיות פסולות, כשלמעשה ניכר שבית-המשפט לא השתכנע באשמתם: תפ"ח (מחוזי מר') 10101-11-09 מדינת ישראל נ' ע' ש' (פורסם בנבו, 29.11.2015). ראו באופן דומה זיכוי מעברה של סיכון חיי אדם בנתיב תחבורה, תוך מתיחת ביקורת על התנהלות המשטרה ואזכור דוקטרינת הפסילה, אך תוך ביסוס הזיכוי על אדנים עובדתיים: ת"פ (מחוזי י-ם) 37260-08-11 מדינת ישראל נ' סגל (פורסם בנבו, 21.9.2014).

89 עניין עזבון אלזם, לעיל ה"ש 58. להתייחסות ראו בועז סנג'ור "השימוש בתחבולות ובמדוכבים לשם גביית הודאות" עלי משפט ט 399 (2011); Blum, *Israel's Exclusionary Rule After Issacharov*, לעיל ה"ש 12, בעמ' 408–411.

90 עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 44, פס' 34 לפסק-דינה של השופטת ביניש.

91 Blum, *The "New" Israeli Exclusionary Rule*, לעיל ה"ש 68, בעמ' 2139; Blum, *Israel's Exclusionary Rule After Issacharov*, לעיל ה"ש 12, בעמ' 397, 444–445, 447.

92 הרדוף "סיפור הרטורי והמהותי של ההכרעה הפלילית", לעיל ה"ש 70, בעמ' 78–80. היה מי שהציע שהרציונל העיקרי לכללי הפסילה האמריקאיים הוא הפרדת רשויות, בלמים ואיזונים, תגובה שיפוטית על עקיפה משטרית של סמכות. ראו Lynch, לעיל ה"ש 16, בעמ' 737–745.

משפט וממשל כ תשע"ט רעיון בלתי-קביל, אמת לא-נוחה: פסילת ראיות בגין אופן השגתן

השנים נדמה לעיתים שבית-המשפט כבר עייף מהטיעונים המועלים שוב ושוב בשם דוקטרינת הפסילה.⁹³

תרשים 4: מסלול פסילה – הדוקטרינה הפסיקתית



6. מבט רוחבי על ערכים, על איזון ועל תמרון

מבט על מלוא מסלולי הפסילה הערכית בישראל מגלה עקיבות בהקשרים מסוימים ואי-עקיבות לכאורית באחרים. זו גם זו מלמדות על חולשת הרעיון של הפסילה הערכית.

(א) עקיבות

העקיבות הבולטת ביותר שניתן לזהות היא שבכל אחד מהמסלולים יש לבית-המשפט יכולת גדולה מאוד לקבל את הראיות שנטען כי הן פסולות, בין באמצעות מנגנון איזון (חוקי או פסיקתי), בין באמצעות תמרון פרשני של שאלות ומונחים שהם תנאים למסלול הפסילה, ובין בשתי הדרכים גם-יחד. עניין זה מתיישב עם העקיבות המרכזית העולה במבט רחב ועמוק על סוגיית הראיות שהושגו לא כדין: העדפה חקיקתית ושיפוטית בישראל של האינטרס הציבורי על ההגנה על זכויות אדם ועל ערכים.

פירושו הברור של איזון המסתיים בקבלת הראיה הוא רצון שיפוטי לא לשלם מחיר בעבור הגנה על זכויות וערכים.⁹⁴ אולם גם התמרון חותר לאותה מטרה. אפילו בהנחה שכלל הפסילה

⁹³ "דומה, כי כמעט אין לך תיק שבו לא מועלית טענה לפסלות ראיה, ובעיקר, טענה לפסלות הודאה על סמך הלכת יששכרוב, כדי כך, שלעיתים מתקבל הרושם כי הלכה זו נתפשת בטעות כ'חפש את הפגם'. ולא היא". ראו עניין בונר, לעיל ה"ש 76, פס' 17 לפסק-דינו של השופט עמית.

⁹⁴ לגישת איזון אמריקאית תועלתנית שלפיה יש לפסול ראיות רק אם התועלת שנובעת מכך עולה על העלות, ראו Orin S. Kerr, *Good Faith, New Law, and the Scope of the Exclusionary Rule*, 99

שעל הפרק בהיר, מושאו – קרי הדין הרלוונטי – עשוי להיות עמום, מבלבל ואפילו סותר.⁹⁵ השאלה אם פעולה משטרית היא חוקית או לא רחוקה במקרים רבים מלהיות בהירה ואובייקטיבית, ומותרת לבית-המשפט שיקול-דעת רחב.⁹⁶ האחרון ישתמש בו כדי להגיע לתוצאה הרצויה בעיניו.⁹⁷

ככל שסמכות האיזון רחבה וגורפת יותר, הצורך בתמרון הפרשני פוחת; כאשר אין סמכות איזון, התמרון הפרשני מתרחב. חוק האזנת סתר מאפשר איזון במקרים מסוימים ותמרון פרשני באחרים; חוק הגנת הפרטיות ודוקטרינת הפסילה מאפשרים איזון תמיד, ונוסף על כך גם תמרון פרשני; סעיף 12 לפקודת הראיות שולל איזון, אך מאפשר תמרון פרשני עצום. במקרים רבים התוצאה היא קבלת הראיות, בין בקביעה שאין בהן פסול ובין בקביעה שניתן לקבלן חרף הפסול, כשלהבחנה בין שתי הקביעות הללו אין נפקות מבחינת ההגנה. מגמה זו מעלה תהיות קשות, שאעלה בהמשך, לגבי האפקטיביות של מסלולי הפסילה הישראליים.⁹⁸ תהייה אחרת, מהכיוון החוקתי ותוך שימת דגש בזכויות האדם, נוגעת במגמה השיפוטית להכריע באיזון שוב ושוב לחובת זכויות הפרט (הנאשם בדרך-כלל) ולטובת האינטרס הציבורי.

(ב) אי-עקיבות: ערכים שאינם מוגנים

מסלולי הפסילה עקיבים בריבוי חוריהם. גם אי-העקיבות הלכאורית שלהם קשורה לחורים – להגנה הערכית הלא-שלמה שמסלולי הפסילה מקנים לערכים. המובן האחד והבולט לכך הוא שערכים שונים אינם מוגנים בחוק, ועד לידת דוקטרינת הפסילה לא זכו בהגנה במישור הראיות כלל. למעשה, לבד מדוקטרינת הפסילה הכללית, שיש לה פוטנציאל להגן על כל ערך, ניתן לזהות רק שני ערכים או זכויות מוגנים: הזכות לפרטיות (בשני מסלולים) והזכות לאוטונומיה של הרצון (במסלול אחד).

מה לגבי ראיות שהושגו תוך פגיעה בערכים אחרים, דוגמת כבוד האדם, שלמות הגוף, המנהל התקין והיושר? מדוע לא מצא המחוקק לנכון לספק להם הגנה עצמאית רחבה כדיני הראיות? לא ברור. מה שברור הוא שעובר לדוקטרינת הפסילה נמנע בית-המשפט מלפסול

(2011) GEO. L.J. 1077, 1083 (להלן: *Kerr, Scope of the Exclusionary Rule*). קר כותב שמסלול

הפסילה האמריקאי תלוי בארבע שאלות: אם ההפרה גרמה לגילוי הראיות; אם יש לנאשם זכות עמידה לגביה; אם סוג ההפרה תומך בפסילה, לרבות איזון ההרתעה עם העלות של הפסילה; ולבסוף, אם פסילה היא תרופה אפשרית בהליך המדובר, שכן פסילה היא תרופה אפשרית במשפט עצמו ובערעור, אך לא בהליכים שונים אחרים (שם, בעמ' 1099–1102). אוליבר הרחיב בנושא האיזון, דחה את מבחני העלות-תועלת הקיימים, והציע חלופה של קטגוריות במקום איזון אד-הוק. Wesley MacNeil Oliver, *Toward a Better Categorical Balance of the Costs and*

Benefits of the Exclusionary Rule, 9 BUFF. CRIM. L. REV. 201, 201–270 (2005).

95 Belanger, לעיל ה"ש 16, בעמ' 73, 76, 97.

96 Calabresi, לעיל ה"ש 16, בעמ' 111.

97 Jacobi, לעיל ה"ש 16, בעמ' 657; Belanger, לעיל ה"ש 16, בעמ' 79–80.

98 לסקירת כללי פסילה זרים ראו Raymond A. Atkins & Paul H. Rubin, *Effects of Criminal Procedure on Crime Rates: Mapping Out the Consequences of the Exclusionary Rule*, 46 J.

L. & ECON. 157, 211–225 (2003). כן ראו גרוס "כלל פסילה חוקתי", לעיל ה"ש 13, בעמ' 160–

Wattad, לעיל ה"ש 13, ס' IV; Belanger, לעיל ה"ש 16, בעמ' 84–88.

ראיות שהושגו תוך פגיעה חמורה בכבוד האדם ובשלמות הגוף, בטיעון הפורמלי שאין מדובר בפגיעה בפרטיות.⁹⁹ דוקטרינת הפסילה צמצמה את אי-העקיבות, שכן לאחריה הזכויות והערכים שלא הוגנו בחקיקה זוכים בהגנה; אלא שזו חלשה מאוד, באפשרה איזון תמידי, כאמור.

(ג) אי-עקיבות: אי-התאמה בין תנאי החוק לבין הערכים

במבט פנימי על החוקים המספקים הגנה ראייתית ערכית בלבד מסתמנות הבחנות מגוונות, שמותירות את הזכויות והערכים החשובים ללא הגנה. למשל, בחוק האזנת סתר נדרש מכשיר כתנאי להאזנת-סתר, והחוק אינו מפרט מהו "מכשיר".¹⁰⁰ האם קליטת שיחה באמצעות הצמדת כוס לדלת הינה האזנה באמצעות "מכשיר"? ומה לגבי קליטת שיחה מרחוק באמצעות מכשיר שמיעה או באמצעות משקפת וקריאת שפתיים? הדבר תלוי בפרשנות הלשונית והתכליתית של המונח. אם החשש הוא מתיעוד השיחה, להבדיל מקליטתה גרידא, אזי רק כלי תיעוד הינו "מכשיר". האם מי ששומע בסתר ורושם בעט מתעד את השיחה באמצעות "מכשיר"? לעומת זאת, אם החשש הוא מקליטת השיחה, אזי גם אמצעי כגון מכשיר שמיעה, מוניטור ואפילו כוס יכול להיחשב מכשיר.¹⁰¹ בכל אופן ברור שניתן לפגוע בפרטיות בתקשורת גם ללא מכשיר: האזנה לשיחת אחרים בלי ידיעתם פוגעת בעליל, כאמור, והעברת תוכנה בלי רשותם מוסיפה רובד לפגיעה. אף אם ניתן לגרוס כי פגיעה זו פחותה, קשה לטעון שהיא אינה פגיעה כלל.

באופן דומה, חוק האזנת סתר אוסר להקליט שיחת אחרים בלי הסכמת אחד מהם, אך די בהסכמת אחד להפוך את ההקלטה לחוקית ולקבילה. מדוע? ההיסטוריה החקיקתית מגלה כי חרף ביקורות על הבעייתיות שבדבר, האפשרות לעשות כן התקבלה בסוף מכמה סיבות: הקלטה כזו היא אמצעי עדיף לשחזור השיחה על רישום, אשר ממילא מותר; אילו נדרשה הסכמה של כל הצדדים, היה צריך לקבוע שורת חריגים ארוכה; הקלטת משטרה עשויה לתרום גם לנאשם, באשר היא מספקת לו לעיתים אפשרות טובה יותר להתגונן, ועוד.¹⁰² אולם רוב הטענות הללו ניתנות להחלה גם לגבי האזנת-סתר ללא הסכמת שום צד לשיחה. הרי אדם שמקשיב לאחרים בסתר יכול לרשום את הדברים או פשוט לספרם. האזנה לשיחת אחרים ללא מכשיר עשויה לפגוע בצנעת הפרט ואף להוות עוולה או עברת הסגת גבול, אך חוק האזנת סתר לא יחול עליה.¹⁰³ כך או כך, הקלטת אדם אחר ללא הסכמתו פוגעת בביטחון בפרטיות

99 ד"נ ועקנין, לעיל ה"ש 39. לעומת זאת, היה אפשר למצוא גם בעבר דאגה לזכויות, ואף הבעה – לפחות רטורית – של נכונות לפסול ראיות שהושגו תוך פגיעה בזכויות, למשל במסגרת דיון בס' 12 לפקודת הראיות. ראו עניין מועדי, לעיל ה"ש 51, בעמ' 222–223.

100 שטיין, לעיל ה"ש 18, בעמ' 531.

101 לדיון במציאות טכנולוגית אחרת ראו גבאי, לעיל ה"ש 20, בעמ' 562–564.

102 שם, בעמ' 554.

103 ע"פ 1497/92 מדינת ישראל נ' צוברי, פ"ד מז(4) 177, 193 (1993).

התקשורת שלו, ועלולה לעיתים לפגוע קשות גם בערך חברתי חשוב נוסף – ערך האמון הבין-אישי.¹⁰⁴

באופן דומה, התמרון שערך בית-המשפט בעניין צ'חנובר נתן משמעות פיקטיבית למונח "בעלי-שיחה" כדי שבית-המשפט יוכל לקבל את הראיה, שבלעדיה הסתיים התיק בזיכוי בערכאה הדיונית.¹⁰⁵ מרוח פסק-הדין עולה כי מעצם בחירתו של בעל-שיחה לנהל את השיחה באופן שמאפשר לאחרים לקלוט אותה משתמעת הסכמה שלו להעתקת השיחה. קביעה זו משווה למעשה בין נכונות של אדם לשוחח חרף הסיכון שישמעוהו לבין נכונותו לשוחח במצב שיקליטוהו. האומנם שני חברים שיושבים בבית-קפה ומנהלים שיחה אינטימית הופכים את יושבי השולחנות האחרים לבעלי-שיחתם או נותנים הסכמה להקלטתם? אם נענה על כך בחיוב, אזי כל שיחה שנערכת במקום שמאפשר קליטה על-ידי צד שלישי כאילו הופכת את הקולט לבעל-שיחה או מאפשרת לטעון להסכמתם של בעלי-השיחה להאזנה. קביעה כזו פירושה שקשה למצוא בעולמנו מקום בטוח לניהול שיחות, משום שאפילו בביתו של אדם שכניו יכולים לעיתים לשמוע את שיחותיו. אף שאין מנוס מפגיעה בפרטיות בעולם האנושי,¹⁰⁶ אין פירוש הדבר שהמשפט צריך להשלים עם כל פגיעה בפרטיות רק מפאת האפשרות לבצע או קלות הביצוע.¹⁰⁷

בהמשך לכך, גם ההבחנה בין רשות היחיד לבין רשות הרבים, אשר מתירה לשוטר שהוסמך לכך לבצע האזנות-סתר מבלי לקבל היתר שיפוטי, היא בעייתית מאוד מבחינת ההגנה על הפרטיות בתקשורת,¹⁰⁸ שהרי הפרטיות, כידוע, נועדה להגן על אנשים, ולא על מקומות.¹⁰⁹ מבחינת ההגנה הערכית, גם התמרון השיפוטי לרעיון ההסכמה הינו בעייתי, דוגמת זה שנעשה בעניין מיטה, שבו נדונה תקיפתה של קשישה שאינה מתפקדת מבחינה קוגניטיבית. האם לגיטימי לפנות להסכמה משתמעת בשעה שחוק האזנת סתר, להבדיל מחוק הגנת הפרטיות, לא הגדיר הסכמה ככוללת את האפשרות הזו? כך או כך, דומני שבית-המשפט בלבד בין טובת הקשישה לבין הסכמתה. אי-אפשר להניח באופן גורף שאדם מסכים למה שנתפס על-ידי אחרים כטובתו: הדבר מבטל את רעיון ההסכמה ומחליפו בפרטנליזם, שעניינו הכפפת

104 אסף הרדוף "אין אמון – אין פרטיות? הקלטה חד-צדדית כהאזנת סתר ופגיעה בפרטיות ראייתית" ICON-S-IL BLOG (16.4.2018).

105 עניין צ'חנובר, לעיל ה"ש 30.

106 Matthew C. Keck, *Cookies, the Constitution, and the Common Law: A Framework for the Right of Privacy on the Internet*, 13 ALB. L.J. SCI. & TECH. 83, 108 (2002); Helen Nissenbaum, *Privacy as Contextual Integrity*, 79 WASH. L. REV. 101, 118 (2004).

107 אסף הרדוף "צילום חכם: האם צילום מחשב ללא רשות מהווה או ראוי להוות עברה פלילית?" *משפטים על אתר* יב 133, 140 (2019).

108 שטיין, לעיל ה"ש 18, בעמ' 533–534. בהקשר זה בעייתי במיוחד ההיתר החקיקתי לערוך האזנות-סתר בלי צו לעצורים ולאסירים, כעולה מס' 18 (1) לחוק האזנות-סתר. השוו שטיין, שם, בעמ' 539–541; אשד, לעיל ה"ש 19, בעמ' 598–599.

109 *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967).

הזכות האישית להגדרה עצמית בפני "טובת האדם"¹¹⁰. קל להסיק הסכמה משתמעת במצב שבו אדם מזהה מכשיר הקלטה שלא הוא הציב, מבין שהוא מוקלט, ובוחר להמשיך לדבר מבלי לומר במפורש שהוא מסכים להקלטתו.¹¹¹ אולם כיצד ניתן לדבר על הסכמה משתמעת מצד אדם שאינו מתפקד מבחינה קוגניטיבית? הרי הסכמת אפוטרופוס אינה זהה להסכמת חוסה.¹¹² אם הסכמה מיוחסת מספיקה, האם ניתן לטעון להסכמות משתמעות שונות במסגרת זוגיות?¹¹³ האם הורה יכול לתת הסכמה להקלטת ילדו בשיחה עם אחר גם אם הילד עצמו בבירור אינו מעוניין בכך? סבורני שלא. האם בית-המשפט יפסול תוצר של האזנה כזו המלמד על ביצוע עברה חמורה – לדוגמה, על-ידי מי ששוחח עם הילד? סבורני שלא.

מה שנכון לגבי חוק האזנת סתר נכון גם לגבי חוק הגנת הפרטיות. צילום אדם ברשות היחיד בלי הסכמתו בוודאי פוגע בפרטיותו, וכך עולה מסעיף 2(3) לחוק. התנאי "ברשות היחיד" תוחם את האיסור, ומותיר מחוץ לו, כאפשרות חוקית, צילום של אדם ברשות הרבים לא בהסכמתו. סבורני שרבים יסכימו כי הדבר פוגע בפרטיות, לפחות במקרים מסוימים. גם מעשים אחרים יעוררו בוודאי קונסנזוס חברתי בדבר פגיעתם בפרטיות – לפחות בזמן ובמקום נתונים בישראל דהיום, למשל – אך אינם מוגדרים כפגיעה בפרטיות. צילום אדם ברשות הרבים ללא רשותו מותר, וגם השימוש בתמונתו, כל עוד אין מדובר בפרסום ברבים שעלול להשפילו או לבזותו, כעולה מסעיף 2(4) לחוק. אולם קל להסכים שגם שימושים שונים בתמונה שאינם בצורה של פרסום כאמור פוגעים בפרטיות. הפרת חובת סודיות מוגדרת כפגיעה בפרטיות, לפי סעיפים 2(7) ו-2(8), אך חשיפת סודות של אחרים אינה מוגדרת ככזו. עיון ביומנו של אדם בלי רשותו אינו מוגדר פגיעה בפרטיות כל עוד לא הועתקו חלקים ממנו.¹¹⁴

במילים אחרות, אין התאמה ערכית-יסודית בין יסודות העברה המולידה פסילה ראייתית לבין תכלית העברה, והמצב רחוק מסימביוזה מושלמת.¹¹⁵ פירוש הדבר שהזכות או הערך המוגנים בחוק זוכים בהגנה חלקית מאוד; כך בנוגע לעברה, כך בנוגע לעוולה, וכך בנוגע לכלל הפסילה הראייתית.

s State of Mind, 88 CAL. L. REV. 759, 765 Meir Dan-Cohen, *Basic Values and the Victim* 110 (2000); JOEL FEINBERG, *THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW: HARM TO SELF* 57–58, 68–69 (1986).

111 גבאי, לעיל ה"ש 20, בעמ' 566.

112 למשל, ס' 6 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו–1996 (להלן: חוק החיפושים), דורש שתי הסכמות מצטברות לחיפוש פנימי בחשוד שהוא קטין או מוגבל מבחינה שכלית: הסכמת החשוד, מצד אחד, והסכמת האפוטרופוס שלו, מצד אחר.

113 גבאי, לעיל ה"ש 20, בעמ' 566.

114 ע"א 1581/92 ולנטין נ' ולנטין, פ"ד מט(3) 441, 449–450 (1995).

115 למבחן זה ראו אסף הרדוף עברת הגנבה 111–112 (2014); אסף הרדוף "חומר מחשב, חומר למחשבה: מבט תכליתי באיסור החדירה לחומר מחשב" משפט צדק? ההליך הפלילי בישראל – כשלים ואתגרים 651, 666–668 (אלון הראל עורך, 2017).

(ד) אי-עקיבות: הגנה שונה לערכים שונים

אי-העקיבות הלכאורית מתבטאת גם בכך שהערכים המוגנים זכו במסלולי פסילה נפרדים ושונים מאוד. במובן האיזון ובמובן התמרון, ערך הפרטיות זכה בהגנה שונה מערך האוטונומיה של הרצון החופשי. גם ערך הפרטיות כשלעצמו אינו זוכה בהגנה אחידה. הרי חוק האזנת סתר וחוק הגנת הפרטיות סובבים שניהם סביב אותו ערך – הפרטיות. מדוע היבט אחד של הפרטיות זכה בהגנה ראייתית חזקה מאוד, ואילו היבטים אחרים זכו בהגנה ראייתית דלה למדי? מדוע להבחין?¹¹⁶ האומנם הפרטיות בתקשורת משקפת את החלק הפגיע או החשוב ביותר בזכות לפרטיות, שראוי להגנה החזקה ביותר? מדוע ההגנה מפני פגיעה כזו חזקה יותר מההגנה מפני פגיעה קשה בעליל של צילום אדם ברשות היחיד ללא הסכמתו או מעקב ממושך אחריו?¹¹⁷ האם ההגנה החזקה יותר שחוק האזנת סתר מקנה קשורה לאישורה של פרודורה משטרית לפגיעה, שאינה קיימת בחוק הגנת הפרטיות? אם כן ואם לא, עולה מובן שלישי מעניין וחשוב במיוחד של אי-עקיבות לכאורית בהגנה הערכית – מובן שסובב סביב העימות בין האינטרס הציבורי באיסוף משטרתי של מידע לקראת העמדה לדין פלילי לבין הזכות לפרטיות.

(ה) אי-עקיבות: פגיעות משטריות בפרטיות ללא הגנה חקיקתית ראייתית

ההגנה הערכית שדיני הראיות פורשים על הזכות לפרטיות מאבדת חלק גדול מהגיונה במבט רוחבי. מתוך פגיעות משטריות רבות ומגוונות בפרטיות, רק ממקצתן מוקנית לפרט הגנה חוקית במישור דיני הראיות. האזנת-סתר הינה פרודורה משטרית שפוגעת בפרטיות; אם תבצע המשטרה לא כדין, הדבר עלול להביא לידי פסילת הראיה. פגיעה בפרטיות אינה פרודורה משטרית, ומשום כך אין דרך לבצעה כדין, אלא לכל-היותר ליהנות מהגנה או מפטור. הפגיעה בפרטיות שחוק הגנת הפרטיות עוסק בה הינה רשימה, ולא הגדרה מופשטת. פרקטיקות משטריות אחרות שפוגעות בעליל בפרטיות – לפי תפיסות פרטיות מגוונות – אינן נחשבות באופן פורמלי "פגיעה בפרטיות" לפי חוק הגנת הפרטיות או לחלופין נחשבות פגיעות שנעשו בפטור. לפיכך אין הן מקימות מסלול פסילה חקיקתי, אלא לכל-היותר את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית הגמישה והחלשה. לא בכדי הפסיקה בבית-המשפט העליון בנוגע לפסילת ראיות על רקע חוק הגנת הפרטיות היא דלה מאוד בכלל, ובמישור הפלילי בפרט. עניין זה מצדיק הרחבה מסוימת, באמצעות מבט על פגיעות משטריות אחרות בערך הפרטיות. קצרה היריעה מלהיכנס לעומקו של מונח הפרטיות. קולמוסים רבים נשברו בניסיון להבינו,¹¹⁸ אך הבנה מוסכמת אין. האופן שבו אתייחס לפרטיות יהיה אינטואיטיבי,¹¹⁹ מתוך

116 אשד כותב כי חרף הקשר בין הסוגיות, הקפידו הדיונים החקיקתיים על הפרדה ביניהן, וקביעת הגבולות בין הפרקטיקות לא נעשתה באופן מספק. ראו אשד, לעיל ה"ש 19, בעמ' 594.

117 השוו לביקורתו של שטיין מלפני שלושים שנה: שטיין, לעיל ה"ש 18, בעמ' 529.

118 ראו, למשל, Jed Rubenfeld, *The Right of Privacy*, 102 HARV. L. REV. 737, 740, 753–755 (1989); Jerry Kang, *Information Privacy in Cyberspace Transactions*, 50 STAN. L. REV. 1193, 1202–1203 (1998); AMITAI ETZIONI, *THE LIMITS OF PRIVACY* 183–215 (1999); Robert C. Post, *Three Concepts of Privacy*, 89 GEO. L.J. 2087, 2087–2096 (2001); Daniel J.

הנחה שהטוב שהיא מקדמת ידוע, וכמוהו גם הערכים המתנגשים בפרטיות.¹²⁰ לא אנסה להמשיג את הפגיעות השונות בפרטיות.¹²¹ אסתפק בתיאור קצר של פרקטיקות משטריות נפוצות ומוכרות אשר ניתן, לפחות מבחינה אינטואיטיבית, לגרוס כי הן פוגעות בערך הפרטיות, ובוודאי ניתן לסבור שכאשר הפרקטיקות הללו נעשות בניגוד לחוק, פגיעתן אינה ראויה ואינה מידתית.

סמכויות המשטרה משקפות איזון עדין בין ערכים מורכבים: מן הצד האחד, אינטרס הציבור באיתור אשמים, לקראת ענישתם וצמצום העברות, ומן הצד האחר, שורה ארוכה של זכויות אזרח שנפגעות.¹²² הדין הדיוני משרטט, בין היתר, את סמכויות המשטרה על רקע איזון בין הרצון לממש את הדין הפלילי המהותי לבין הרצון להגן על זכויות הפרט.¹²³ הסדר הציבורי, על כל הטוב שהוא מייצג, מתנגש בזכויות, על כל הטוב שהן מייצגות.¹²⁴ חלק מהפגיעות הן באזרחים שאשמתם הוכחה, וכעת עליהם לתת את הדין ולשלם על מעשיהם הרעים בחירותם, בכבודם, בשמם הטוב, בפרטיותם, בקניינם ועוד. אולם פגיעות אחרות נעשות הרבה לפני שהוכחה אשמתו של אדם בבית-המשפט, ואפילו הרבה לפני שהתביעה גיבשה החלטה להעמידו לדין. פגיעות אלה נעשות על-ידי המשטרה במהלך חקירתה. מלאכתה החיונית והמבורכת הינה קשה מאוד: להגיע לחשוד האשם ולסנן בדרך חפים, ולעשות זאת ביעילות, בכוח-אדם מוגבל, וחשוב לא פחות – באופן פוגעני כמה שפחות. סינון החפים הוא תהליך הכרחי למניעת הרשעת חפים בהמשך, אלא שהוא גם תהליך פוגעני, שכולל לעיתים פגיעות קשות בזכויותיו של מי שרק בהמשך יתברר כחף.

למשטרה יש כלים מגוונים לאיתור אשמים ולאיסוף ראיות. תשאול וחקירה הם כלי בולט וזול: ניסיון להגיע אל האמת באמצעות תקשורת עם מתלוננים, עדים וחשודים. כלי בולט אחר אינו כרוך בתקשורת כאמור, אלא בפעולה מול עצמים: חיפוש. החיפוש עשוי להיות פיזי, במקום או באדם, והוא עשוי גם להיות בלתי-מוחשי. סוג אחרון זה של חיפוש כולל מופעים

Solove, *Conceptualizing Privacy*, 90 CAL. L. REV. 1087, 1088, 1093–1147 (2002); Amitai ;Etzioni, *A Communitarian Perspective on Privacy*, 32 CONN. L. REV. 897, 897–900 (2000) מיכאל בירנהק "שליטה והסכמה: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" משפט וממשל יא 9, 22–59 (2007).

Daniel J. Solove, *A Taxonomy*; 1093 בעמ' 118, לעיל ה"ש 118, בעמ' 119 Solove, *Conceptualizing Privacy* 119 of *Privacy*, 154 U. PA. L. REV. 477, 485–486 (2006) ; בירנהק, לעיל ה"ש 118, בעמ' 15.

Daniel J. Solove, *The Virtues of Knowing Less*: ; 1219–1217 בעמ' 118, Kang, לעיל ה"ש 118, בעמ' 120 *Justifying Privacy Protections Against Disclosure*, 53 DUKE L.J. 967, 972–973 (2003)

Grayson Barber, *Personal Information in Government Records: Protecting the Public Interest in Privacy*, 25 ST. LOUIS U. PUB. L. REV. 63, 69–70 (2006) לעקרונות מוצעים להגבלת הפגיעה בפרטיות ראו 121

Amitai ; 160–159, 159 משפט וממשל ב 159, 1994) ; 122 Etzioni, *Implications of Select New Technologies for Individual Rights and Public Safety*, 15 HARV. J.L. & TECH. 257, 258–260 (2002)

William J. Stuntz, *The Uneasy Relationship Between Criminal Procedure and Criminal Justice*, 107 YALE L.J. 1, 6 (1997) סטנטז כתב שהדין הדיוני הפלילי הוא במהותו ענף של המשפט החוקתי. 123

William J. Stuntz, *Local Policing After the Terror*, 111 YALE L.J. 2137, 2141 (2002) 124

שונים, שחלקם אינם מכונים כלל "חיפוש" בחוק הישראלי, אך מהותם דומה במקרים רבים. לצד דמיונם בתפקיד, הם דומים גם בפגיעתם בפרטיות החשוד.

איסוף מידע מטעם המדינה פוגע בפרטיות בדרכים מגוונות.¹²⁵ סטנז (Stuntz) הצביע על פגיעה בשני רבדים של פרטיות בהקשר זה: הפגיעה באינטרס של שמירת התנהלות ומידע בסוד מפני המדינה, לנוכח חשיפת המידע לפני גופי מדינה בעקבות האזנת-סתר או חיפוש, למשל; והפגיעה שנובעת מהיחס אל הפרט כחשוד (פגיעה שמתאימה יותר לשיוך לערך הכבוד בישראל). במגבלות הדיוניות לגבי איסוף ראיות ניתן למצוא הגנה לשני רבדים אלה של הזכות.¹²⁶

סולוב (Solove), לעומת זאת, הציע טקסונומיה כללית של פגיעה בפרטיות, וחילקה לארבע קבוצות בסיסיות של פעילויות מזיקות: איסוף מידע, עיבוד מידע, הפצת מידע ופלישה. אפילו אם המידע אינו נחשף, עצם איסופו יכול להזיק. מודעות ישירה למעקב יוצרת אצל אדם תחושה לא-נוחה, ועלולה לגרום לכך שהוא ישנה את התנהגותו, יפעיל צנזורה עצמית ויפתח עכבות. בגלל ההשפעות המרסנות שלו, מעקב הוא כלי לשליטה חברתית המגביר את כוחן של הנורמות החברתיות, אשר פועלות ביתר יעילות כאשר אנשים נצפים על-ידי אחרים בקהילה. מעקב עשוי לתרום להרתעה מפני פשע, אלא ששליטה חברתית רבה מדי עלולה לפגוע בחירות, ביצירתיות ובהתפתחות העצמית. לפי השקפה אחת, מעקב הוא רע גם כאשר הוא סמוי, שכן הוא משקף חוסר כבוד למושא המעקב. אומנם, לפי סולוב, המודעות היא שמשיפעה על החירות, אולם גם למעקב סמוי עלולה להיות השפעה מצננת, וזאת כאשר אנשים מודעים לאפשרות של מעקב אך אינם בטוחים אם הם נצפים ("האפקט הפן-אופטי"). ניתן עם זאת לדמיין מנגנוני מעקב סמויים לחלוטין, כך שאנשים לא יהיו מודעים להם. אציין בקצרה כמה סוגי פרקטיקות שהוכשרו בחוק מבלי שהמחוקק גיבה את תנאיו ודרישותיו לביצוע הפרקטיקה באמצעות כלל פסילה ראייתי ערכי שיגן על הזכות לפרטיות.¹²⁷

סוג אחד של איסוף מידע מדינתי הוא חיפוש בגופו של אדם. אפילו חיפוש על גופו של אדם, המוסדר בפקודת החיפושים, אין קושי לתפוס כפוגע בפרטיות.¹²⁸ קל וחומר חיפוש בתוך גופו של אדם, אשר בוודאי נחשב פוגעני יותר. פרקטיקה זו נסללת בחוק החיפושים. המחוקק התיר למשטרה לערוך חיפוש חיצוני או פנימי בפרט החשוד. אף שהדרך לכל חיפוש מתחילה בבקשת הסכמה מהחשוד, קיימת פרוצדורה המאפשרת לערוך את החיפוש גם אם החשוד מתנגד לו: אם מדובר בחיפוש פנימי, יש לבקש מבית-המשפט לפעול כאמור; אם

Daniel J. Solove, *Digital Dossiers and the Dissipation of Fourth Amendment Privacy*, 75 S. CAL. L. REV. 1083, 1222, 1162–1163 (2002) 125

William J. Stuntz, *Privacy's Problem and the Law of Criminal Procedure*, 93 MICH. L. REV. 1016, 1021–1022 (1995) 126

איני נכנס לשאלות של כלים מתוחכמים ליירוט מסרים בתקשורת האלקטרונית, שאינם מותרים בחוק, ואין לי ידיעה על שימוש שנעשה בהם בישראל. על אלה ראו, למשל, Aaron Nance, *Taking the Fear Out of Electronic Surveillance in the New Age of Terror*, 70 UMKC L. REV. 751 (2002). אני נמנע גם מלהיכנס לכלים אחרים של איסוף מידע, דוגמת הסוכן המשטרה, שאוסף מידע באמצעות תקשורת, הגם שאינה תשאול וחקירה טיפוסיים. 127

Blum, *Israel's Exclusionary Rule After Issacharov*, לעיל ה"ש 12, בעמ' 425. 128

מדובר בחיפוש חיצוני, ניתן להפעיל כוח ללא בקרה שיפוטית. החוק אפילו מתיר לחפש בגופו של אדם שאינו חשוד, אך זאת רק לאחר קבלת הסכמתו בכתב, ותוך איסור מוחלט להשוות את נתוניו לתיקים אחרים ללא הסכמתו. אולם החוק אינו כולל סעיף פסילה בגין הפרות משטרתיות, ולפיכך הפרתו תוכל להוליד פסילה אך ורק דרך דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, וזאת גם אם ההפרה נעשתה באופן ברור, בוטה ואפילו מכוון.¹²⁹

סוג אחר של פרקטיקה משטרתית הפוגעת בעליל בפרטיות הוא חיפוש במקום או במחשב. חיפוש במקום מאפשר לחדור לביתו של הפרט, למבצרו. פקודת החיפושים סוללת בעבור המשטרה פרוצדורה קלה מאוד, מצד אחד, ללא כל השלכה ראייתית שנובעת מהפרת הפרוצדורה, מצד אחר. כדי להיכנס לביתו של הפרט, כל שוטר יכול לפנות לכל שופט שלום (או מחוזי) ולהציג לפניו חשד לעברה מכל סוג, אפילו חטא. החוק אינו דורש אפילו שידובר בביתו של חשוד, אלא די בסברה שיימצא בביתו של אדם דבר־מה לקידום החקירה. על השופט להסיק, מהחומר שלפניו, כי החיפוש בבית נחוץ להבטחת הצגת החפץ לחקירה או במשפט. הדרך המשטרתית למעוז הפרטיות של אדם – לביתו, לחדר השינה שלו, למגירותיו ולארונותיו – פשוטה מאוד. מבחינה פורמלית, ניתן לחפש בביתו של אדם כדי למצוא ראיות אפילו לעברת תעבורה קלה; ומי לא עובר עברות תעבורה קלות בשפע? הגם שברור כי המשטרה לא תשקיע משאבים באכיפת חטאים, בחירתו של המחוקק להתיר לה לעשות כן תמוהה מאוד, שהרי רבים בוודאי יסכימו כי חיפוש בביתו של אדם פוגע קשות בזכותו לפרטיות.¹³⁰

מה לגבי מחשב? תפיסת מחשב כרוכה באופן טיפוסי בפגיעה שנוגעת בשפע עצום של פעילות אישית. חדירה לכונן הקשיח תחשוף היסטוריה עצומה של פעילות כזו, מקוננת ואחרת. ניתן להניח שמה שאדם עושה במחשבו, בין אם במקוון ובין אם לאו, הוא פרטי לפחות במידה מסוימת, למעט כמובן אם הוא בחר לפרסם את מעשיו או אמירותיו. במחשב, שהוא מן הכלים החשובים בעולם המודרני, מתרכז מגוון פעילויות עשיר במיוחד: עבודה במשרד ומהבית, בידור, לימוד ומחקר, ייעוץ מקצועי, עיתונות, רדיו, טלוויזיה, קולנוע, מוזיקה, רשת חברתית, תקשורת אישית, סחר, ביורוקרטיה ומה לא. כל זאת ועוד אנו עושים מהמחשב, שלובש גם הוא צורות מגוונות: מחשב נייד, מחשב נייד, טלפון חכם ועוד. כאשר אנו עושים את כל מה שאנו עושים במחשב, אנו מייצרים מידע וחושפים מידע פרטי: האתרים שגלשנו אליהם; התגובות שפרסמנו מבלי לחתום את שמנו; הקבצים שהורדנו או שיתפנו בתוכנות; המסמכים שחיברנו; המוזיקה ששמענו; המשחקים ששיחקנו; התקשורת שבה השתתפנו וכדומה – כל אלה פרטיים, כהנחת-מוצא נורמטיבית אינטואיטיבית. אין הכוונה לטעון שחשיפתם מנוגדת לחוק הגנת הפרטיות או לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו – שהופך את הפרטיות ואת ההגנה מפני חיפוש והאזנה לזכויות־יסוד – אלא רק שהיא מתנגשת בתפיסות פרטיות שונות, בהיותה מנוגדת לרצונו ולבחירתו של הפרט, ועלולה לייצר השפעה מצננת בכל הקשור לשימוש

129 עניין פרחי, לעיל ה"ש 75.

130 Stuntz, *Privacy's Problem and the Law of Criminal Procedure*, לעיל ה"ש 126, בעמ' 1027.

במחשב. איסוף המידע על-ידי המשטרה מתחבר לפגיעות שונות בפרטיות,¹³¹ וגם אחריו ייתכנו ואף צפויות פגיעות נוספות.¹³² מבחינה חוקית, כמה קשה למשטרה לתפוס את מחשבנו ולחדור אליו? פקודת החיפוש אינה מוסיפה תנאים המייחדים את החדירה למחשב מהחיפוש במקום, למעט הדרישה שהשופט ישקול את פרטיותו של הנחפש ויציין במפורש את האישור לחדירה. בשנת 2005 הסמיכה פקודת החיפוש את מפכ"ל המשטרה לקבוע הוראות נוספות לעניין החיפוש במחשב, כדי לשמור על פרטיותו של הנחפש ועל שלמותו של חומר המחשב; לא במפתיע הוא טרם עשה כן, מן הסתם בהעדר הניעה להגביל את פקודיו באיסוף הראיות. החוק אינו דורש שהחיפוש יהיה בקשר לפשע בלבד, ואף לא בקשר לפשע או לעוון בלבד; ניתן לתפוס את מחשבו של אדם גם בחשד לחטא. החוק אף אינו דורש שהחיפוש יהיה בקשר לעברה ממוחשבת. יוצא שהדרך למחשבו של הפרט קלה מאוד, והגם שהמחוקק התייחס לעניין זה בשנת 2005, כלומר לא לפני שנים רבות כל-כך, ספק אם הוא היה יכול לדמיין את העידן הממוחשב של היום.

מגבלות הדין לגבי חדירה לחומר מחשב בטלות בשישים לעומת מגבלות הדין לגבי האזנת-סתר. מדוע? הרי המחשב כולל לא רק מידע פרטי עשיר ורחב במיוחד, אלא גם תיעוד של תקשורת. הסוגיה שעלתה בעניין פילוסוף מעמידה במוקד התנגשות בין שני מסלולים של תפיסת ראיות, שהאחד קל ופשוט מהאחר. באותו עניין נדונה השאלה אם יירוט משטרתי של דואר אלקטרוני מהווה חיפוש או האזנת-סתר. המדינה טענה כי מדובר בחיפוש ולכן צו החיפוש שהשיגה הסמיך אותה לבצע את היירוט. בית-המשפט המחוזי קבע כי מדובר דווקא בהאזנת-סתר, משום שהיירוט נעשה בזמן-אמת, ופסל את התוצר.¹³³ האם יש היגיון בכך שתקשורת בין פרטים בזמן-אמת תזכה בהגנה בצורת חומה גבוהה יחסית בעוד אותה תקשורת ממש, כאשר היא אגורה כגרסה מתועדת לצד תקשורת רבות נוספות, בצורה שקלה מאוד לאחזור ופגיעה במיוחד, תהווה "חפץ" שזוכה בהגנה בצורת גדר נמוכה וקלה מאוד לדילוג? השופט כבוב דאג להזכיר לרשויות כראוי כי הדרך למעקב מתמשך אחר הפרט מחייבת טיפוס מעל חומה. אבל הדרך לאותו מידע ממש, בשלב מאוחר יותר, קלה למדי. בהנחה

131 לעניין השפעתו של המעקב הממוחשב ראו גם John Alan Farmer, *The Specter of Crypto-Anarchy: Regulating Anonymity-Protecting Peer-to-Peer Networks*, 72 *FORDHAM L. REV.* 725, 729–732 (2003).

132 עיבוד המידע הוא פגיעה צפויה מאוד לאחר איסוף המידע על-ידי המשטרה. הכוונה לשימוש, לאחסון ולתמרון של מידע שכבר נאסף. ראו Solove, *A Taxonomy of Privacy*, לעיל ה"ש 119, בעמ' 505–523. דומני שייתכנו גם שתי צורות נוספות של פגיעה בפרטיות: הפצת המידע (שם, בעמ' 525–550), אם בדרך של דליפה ואם במסגרת המשפט הפלילי הפומבי; וכן פלישה להחלטות והתערבות בהן (שם, בעמ' 552–557), לנוכח המשמעות האפשרית של ההליך הפלילי. לפגיעות כלליות הכרוכות בכריית מידע ראו Tal Z. Zarsky, *Thinking Outside the Box: Considering Transparency, Anonymity, and Pseudonymity as Overall Solutions to the Problems of Information Privacy in the Internet Society*, 58 *U. MIAMI L. REV.* 991, 994–995 (2004).

133 דובר באחד מגלגוליה של פרשת הסוס הטרויאני: ת"פ (מחוזי ת"א) 40206/05 מדינת ישראל נ' פילוסוף (פורסם בנבו, 5.2.2007). לדין בסוגיה קרובה ראו דלית קן-דרור "לשלוח דואר אלקטרוני ממקום העבודה או לא לשלוח דואר אלקטרוני ממקום העבודה – זו השאלה: דואר אלקטרוני וסוגיית האזנות הסתר" הארת דין ה' 20 (2009).

שהפרט לא ימחק את הדואר האלקטרוני שיקבל וישלח (אם כי לעיתים הוא ימחק), בהנחה שאין דחיפות בהשגת המידע (אם כי לעיתים יש) ובהנחה שלא נוכל לקבוע כי מסרים שנשלחו הם בבחינת "שיחה",¹³⁴ הסבלנות תשתלם. אוצר של תכתובות זמין למחפש, ועשוי להקיף לא רק שלושה חודשים של תכתובות עם עשרה גורמים, אלא שלוש שנים של תכתובות עם אלף גורמים. פקודת החיפוש יוצרת דרך קלה מאוד להגיע לאוצר גדול של מידע, שחלקן פרטי מאוד ועל-כן חשיפתו פוגעת קשות בפרט. עניין פילוסוף מציב זרקור רק על חלק מהאוצר – חלק בהחלט לא-גדול שאינו מכסה את הכל – משום שהוא נצמד (בדין, לנוכח המסגרת) למינוח הטכני "שיחה" ולהבחנה התמוהה-משהו בין חפץ ניח לבין תקשורת נעה. פרשנות תכליתית של חוק האזנת סתר מועילה כדי להציל משהו מהפרטיות האבודה בתקשורת. פרטיות זו אינה בת-הצלה בנוגע לפקודת החיפוש. המחוקק ערך איזון ברור יחסית והותיר את הפרט ואת זכותו לפרטיות לחסדיהם של שופטי שלום, המתבקשים לחתום על מאות צווי חיפוש ביום.¹³⁵ קיימת הבחנה פורמלית ברורה בין האזנת-סתר לחיפוש במחשב. אולם מה הבסיס להבחנה הנורמטיבית ביניהם? הרי שתי הפרקטיקות מובילות לתוצאה של פגיעה קשה בפרטיותו של החשוד, ולעיתים גם בפרטיות התקשורת של צדדים שלישיים. תקשורת פרטית נפגעת הן כאשר היא מיורסת בזמן-אמת והן כאשר היא נתפסת ונסרקה בדיעבד.¹³⁶

סוג אחרון של פרקטיקה משטרתית פולשנית שאזכיר הוא איסוף נתוני תקשורת. חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), התשס"ח-2007, מאפשר למשטרה (ולגופים נוספים) לפנות לשופטת שלום ולבקש צו לקבלת נתוני תקשורת מבעלי רשיון בזק. הבקשה מוגשת בתצהיר, כמפורט בהרחבה בסעיף 3 לחוק. על המבקש להיות קצין מוסמך, קרי, סגן ניצב ומעלה. יש לשכנע את השופטת שהדבר נדרש למטרות שונות, אשר כוללות, בין היתר, גילוי עברות ועבריינים, ושאינן בכך כדי לפגוע בפרטיותו של אדם מעבר לנדרש. עברות מוגדרות לצורך העניין כפשעים ועוונות בלבד. ההיתר עשוי להינתן לתקופה של עד שלושים יום. במקרים דחופים קיים מסלול עוקף, המאפשר לקצין מוסמך להתיר קבלת נתוני תקשורת בלי צו לצורך מניעה של פשע, גילוי המבצע או הצלת חיי אדם, כאשר אי-אפשר לפנות

134 דומני שמבחינה לשונית "שיחה" עשויה להיות גם תיעוד של "שיחה", אלא שהגיונו של חוק האזנת-סתר צופה פני עתיד לקראת פעילות מתמשכת של האזנה, עד שלושה חודשים, מה שמלמד כי המחוקק בוודאי לא ביקש שחוק זה – הכולל גם הטלת איסור פלילי על האזנת-סתר – יתייחס גם לשיחות שנערכו ותועדו על-ידי המשתמשים עצמם.

135 כך לפי השופט כבוב עצמו בעניין פילוסוף, לעיל ה"ש 133, פס' 7א. ראו גם ביקורת חריפה של נציב קבילות השופטים על התנהלות שיפוטית חוזרת של הכרעות לקוניות "כמבוקש" בבקשות המדינה להארכת החוקה של תפוסים: ה"ת (שלום ת"א) 18-01-51876 הלוי נ' כוחן-עומר (לא פורסם, 25.4.2018).

136 לאתגר המיוחד של הדין לגבי חיפוש במחשבים ראו Orin S. Kerr, *Searches and Seizures in a Digital World*, 119 HARV. L. REV. 531, 537–538, 544 (2005); Orin S. Kerr, *Search Warrants in an Era of Digital Evidence*, 75 MISS. L.J. 85, 90–95 (2005) לאתגר המשפטי לגבי המעקב האלקטרוני ראו Susan Freiwald, *Online Surveillance: Remembering the Lessons of the Wiretap Act*, 56 ALA. L. REV. 9, 15–20, 42–44 (2004); Daniel J. Solove, *Reconstructing Electronic Surveillance Law*, 72 GEO. WASH. L. REV. 1264, 1267–1270, 1299–1301 (2004).

לשופטת, וזאת למשך עשרים וארבע שעות, כמפורט בסעיף 4 לחוק. על הקצין לדווח בהקדם לניצב-משנה ומעלה שהוסמך לכך. "נתוני תקשורת" מוגדרים בסעיף 1 כנתוני מיקום (איכון), נתוני מנוי (הכוללים חלופות שונות, לרבות כתובתו של המנוי ואמצעי התשלום שהוא השתמש בהם) או נתוני תעבורה (שגם הם מגוונים וכוללים, בין היתר, את מקור המסר ויעדו, ואת סוגו, מועדו, משכו והיקפו), "והכל למעט תוכנו של מסר בזק". בעניין האגודה לזכויות האזרח נדחו טענות חוקתיות נגד החוק, לרבות טענה שפגיעתו של החוק אינה מידתית שכן החוק אינו כולל סעיף של פסילת ראיות.¹³⁷

מבין ההסדרים שסקרתי לעיל בקצרה, זה שנוגע בהאזנת-סתר מטיל בעליל על המשטרה את הקשיים הרבים ביותר, ובהתאמה מייצר את ההגנה הערכית החזקה ביותר לפרט. ההסדר מגן על הערך מראש באמצעות דרישות שהיירוט יצא לדרך בגין עברות פשע בלבד, שהדרג המשטרתי שיאשר את הפנייה יהיה גבוה, ושהדרג השיפוטי שיקבל את הפנייה יהיה גבוה אף יותר באופן יחסי: נשיא או סגן נשיא של בית-משפט מחוזי. ההסדר מגן על הערך גם בדיעבד באמצעות סעיף קשוח למדי של פסילת ראיות בנוגע למשטרה, שקובע כי אם זו ערכה האזנת-סתר לא כחוק, וגם לא מתוך מחשבה שהיא עורכת אותה כחוק, ייפסל התוצר בהכרח. קיים אומנם גם מסלול מנהלי, אך אז ראש המשטרה עצמו נדרש לחתום על הצו, שיהיה תקף למשך ארבעים ושמונה שעות בלבד, ליידע את ראש התביעה ואת היועץ המשפטי לממשלה, ולדרוש אישור שיפוטי בדיעבד.

ההסדר הנוגע ביירוט נתונים קשוח פחות. כדי לצאת לדרך, די בחשד לעוון (נוסף על מצבי חירום שאינם קשורים לפשע כלל). גם כאן נדרשת דרגה משטרתית גבוהה, אולם הדרישה בנוגע לשופט צנועה בהרבה: כל שופט שלום. כמו-כן אין סעיף של פסילת ראיות. באשר למסלול המנהלי למצבי חירום, מסלול זה קשוח פחות מהמסלול המנהלי של האזנת-הסתר, חובת הדיווח היא פנים-משטרתית בלבד, ואין חובה לאשר את הצו בדיעבד. חרף התפיסה שגופו של אדם הוא מקדשו, ההסדר בנוגע לחיפוש בגוף קל למדי מבחינת המשטרה. כדי לצאת לדרך, נדרש חשד לעוון או לפשע. כל שוטר יכול להורות על חיפוש חיצוני בהסכמת החשוד, ולצורך חיפוש בכוח דרוש אישור של קצין. כל קצין יכול להורות על

137 הנשיאה (בדימי') ביניש הסכימה כי החוק פוגע בזכות לפרטיות, בנותנו יכולות איתור לרשויות וביוצרו חשש מפני השפעה "ממשמעת" על התנהלות האדם במרחבו הפרטי. אולם היא דחתה את העתירה, בנוקטה קריאה חוקתית ופרשנות מצמצמת של הסמכויות שהחוק מקנה, כך שיחולו רק ביחס לחשד ולחשוד קונקרטיים, ולא יאפשרו חיפוש-סל. ביניש סירבה לדרישת העותרים לפרש את החוק כך שלא יחול על עברות מסוג עוון, משום שלדעתה יש עברות עוון חמורות, כגון גרימת מוות ברשלנות ואיומים. היא דחתה גם את הבקשה לפסול את המסלול המנהלי של החוק, שמאפשר לרשויות במקרים שונים לקבל את הנתונים גם ללא צו, וכן את העתירה לקרוא לתוך החוק סעיף פסילה עצמאי, להבדיל מדוקטרינת הפסילה הפסיקתית. השופטת ארבל הצטרפה לפסק-דינה של הנשיאה (בדימי') ביניש, תוך הערה שאת המסלול המנהלי שבחוק יש לפרש כזמין רק באופן חד-פעמי, כלומר, שההיתר המנהלי אינו ניתן לחידוש לאחר שהוא פג. לפסק-הדין הצטרפו גם הנשיא גרוניס, השופטת נאור, השופטת חיות והמשנה לנשיא ריבלין. השופט מלצר הצטרף גם הוא, למעט זווית אחת שהטרידה אותו, באשר להגנה הנדרשת לחיסיון המקצועי ביחס למסלול המנהלי. בג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח נ' משטרת ישראל (פורסם בנבו, 28.5.2012).

ביצוע חיפוש פנימי בהסכמת החשוד, ולשם חיפוש פנימי כפוי די בפנייה של קצין לבית-משפט שלום. גם כאן אין סעיף של פסילת ראיות.

לבסוף, חרף התפיסה שביתו של אדם הוא מבצרו, וחרף התפיסה שמחשבו של אדם משקף פרטיות מכוננת, ההסדר הנוח ביותר מבחינת המשטרה הוא זה הנוגע בחיפוש בבית ובמחשב. כדי לצאת לדרך, די בחשד לחטא; אין דרישה בחוק לסמכות משטרתית גבוהה, ולו קצין, לצורך בקשת צו; ולצורך אישורו די בכל שופט שלום. לעומת זאת, אין מסלול מנהלי, ובכך ההסדר פוגעני מעט פחות, אף שקשה לדמיין מתי בכלל תזדקק המשטרה למסלול מנהלי. ראוי להדגיש כי חרף העדר מסלול מנהלי פורמלי, מצאה המשטרה דרך לעקוף את המסלול השיפוטי הקל, על-ידי הישענות על הסכמת החשוד לחדירה למחשבו.¹³⁸ גם כאן אין מסלול של פסילת ראיות.

טבלה 1: פרקטיקות משטרתיות הפוגעות בפרטיות

האזנת-סתור	חיפוש בגוף	תפיסה וחיפוש של חומר מחשב	יירוט נתונים
מחוזי נשיא / סגן נשיא פשע	שלום כל שופט עוון	שלום כל שופט חטא	שלום כל שופט עוון
סגן ניצב באישור ניצב- משנה	במקרים רבים אין צורך לפנות	שוטר	סגן ניצב או קצין שהוסמך
צד אחד 48 שעות באישור המפכ"ל, נדרש אישור שיפוטי בדיעבד	שני צדדים בררת-המחדל	צד אחד אין	צד אחד רק לגבי פשע, באישור קצין מוסמך
אפשרית	אפשרית	אפשרית	אפשרית
יש, קשיח למדי	אין	אין	אין
תוכן תקשורת	תוכן הגוף	תוכן ונתונים מגוונים	נתוני תקשורת ללא תוכן

¹³⁸ שיטה זו החלה במצ"ח – ע/78/14 (ערעורים צה"ל) פלח נ' התובע הצבאי הראשי (פורסם בנבו, 13.1.2015) – וזכתה בגיבוי שיפוטי גם מחוץ לצה"ל – עניין קורס, לעיל ה"ש 84. לביקורת ראו אסף הרדוף "כשאתה אומר כן, למה אתה מתכוון? על טכנולוגיה אינטימית, אוטונומיית החשוד ואופורטוניזם משפטי: חדירה לטלפון נייד ב'הסכמת' החשוד" הסנגור 4, 224 (2015). אחרי החלטת הנשיאה לערוך דיון בהרכב לגבי פן מסוים של השאלה, ולאחר הגשת סיכומים מפרקליטות המדינה, מהסנגוריה הצבאית, מהסנגוריה הציבורית ומהאגודה לזכויות האזרח, דחה פסק-הדין הקצרצר את הבקשה לתת רשות ערעור, ולא דן בה לגופה. ראו רע"פ 9446/16 התובעת הצבאית הראשית נ' סיגאוי (פורסם בנבו, 19.6.2017).

את הדין בהגנה הערכית החלקית מאוד אסיים בשני דגשים קצרים. ראשית, מה שנכון לגבי פרקטיקות משטריות פולשניות שחרגו מגבולות הדין נכון בוודאי לגבי פרקטיקות משטריות פולשניות שהן בעליל ללא הסמכה, דוגמת מעקב אלקטרוני.¹³⁹ שנית, ניתן לבקר את העקיבות לא רק לגבי הזכות לפרטיות, אלא גם לגבי הזכות לאוטונומיה של הרצון החופשי. האחרונה, שביט-המשפט העליון תיאר כהיבט חשוב של זכות חוקתית,¹⁴⁰ מוגנת לגבי הודאת נאשם, אך לא בהקשרים אחרים. רצון חופשי אינו תנאי לקבילותן של ראיות שהופקו תוך שיתוף-פעולה של הנאשם, ולעיתים ניתן גם לכפות עליו את ההליך – למשל, בחיפוש, לרבות חיפוש בגופו. באופן דומה, לא נדרש רצון חופשי כתנאי לקבילותה של הפללת אדם אחר.¹⁴¹ גם ההגנה שהדין מספק לערך זה חלקית מאוד.

כמובן, ניתן לנסות למצוא צידוקים והסברים שיתמכו בהגנה על האוטונומיה במקרה אחד אך לא באחר, ובכך לפתור את הדיסוננס או לצמצמו; אך ניתן גם להציע שהערך המוגן ראוי להגנה חזקה יותר במקרים שונים או לחלופין שאין צידוק להגן עליו גם במקרים שבהם הוא מוגן כיום. מבחינה ערכית, אין זה מובן מאליו שזכות מסוימת זוכה בהגנה במישור אחד אך אינה זוכה בהגנה כלל במישורים אחרים.

תרשים 5: פסילה ערכית



139 שטיין, לעיל ה"ש 18, בעמ' 553-556. פרקטיקות מגוונות במשפט הפלילי נערכות בישראל ללא הסמכה, ולרוב אינן מולידות דיון שיפוטי ביקורתי או פסילת ראיות. אסף הרדוף "דין פלילי בלתי-מוסמך: עקרון חוקיות המנהל פוגש את המשפט הפלילי" המשפט כה (עתיד להתפרסם, 2019).

140 עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 44, פס' 46-49, 54, 67 לפסק-דינה של השופטת ביניש. אחד ממבחני הדוקטרינה מפנה במפורש לפסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – שם, פס' 63, 65 לפסק-דינה של השופטת ביניש. כן ראו מרין וקיטאי-סנג'ור, לעיל ה"ש 46, בעמ' 457.

141 ראו ע"פ 323/84 שריקי נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(3) 505, פס' 20 לפסק-דינו של השופט גולדברג (1985).

(ו) הגנה על ערכים, חינוך, הגינות ומינוח

ביקורת אפשרית על טענותיי לעיל היא שדיבור על הגנה ערכית הינו משולל יסוד ותלוש מהמציאות הפסיקתית, באשר הפסיקה אינה מתימרת לעשות כן כלל. מן המפורסמות הוא שדוקטרינת הפסילה הפסיקתית הכריזה על עצמה כמודל מניעת, המדגיש את שאלת ההגינות בקבלת הראיה בבית-המשפט, ולא כמודל חינוכי או מתקן, המתמקד בפגיעה המשטרית בחשוד. אף שדוקטרינת הפסילה הפסיקתית אינה לב המאמר, אלא רק אחד מארבעת מושאיו (אם כי בשנים האחרונות עושה רושם שהוא זוכה בעיקר תשומת-הלב בתחום), חשוב עדיין להתייחס לטיעון.

ראשית, הגנה על ערכים וזכויות באמצעות פסילת ראיות אינה תפקיד שהדין הישראלי דחה. רחוק מכך: חוק האזנת סתר בכלל וסעיף הפסילה שבו בפרט לא באו כדי למנוע פגיעה בהגינות ההליך הפלילי, אלא כדי להגן על צנעת הפרט ולהרתיע מפני האזנת-סתר;¹⁴² גם בחוק הגנת הפרטיות אין זכר לדיון בהגינות השיפוטית, והמוקד הוא כמובן בהגנה על הזכות לפרטיות.¹⁴³

להגנה על זכויות ולרצון למנוע את הפגיעה הראשונית בזכויות – הפגיעה שמחוץ לבית-המשפט – יש יסוד עשיר גם בבית-המשפט בישראל, וקיימת רטוריקה שיפוטית עשירה שלפיה פסילת ראיות קשורה להגנה על זכויות וערכים. למשל, בעניין נחמיאס פסל בית-המשפט ראיות מפלילות בתיק סמים בגין האזנת-סתר שבוצעה אומנם בצו אך לא כלפי החשוד האמיתי. המשנה לנשיא ברק הדגיש כי פסילת הראיות אינה משקפת עמדה פורמלית, אלא "מתבקשת מהחשיבות החוקתית של הזכות". היא נועדה "להגן על הזכות החוקתית לפרטיות", שהיא "מהחשובות[ן] שבזכויות האדם".¹⁴⁴ פסיקה המטעימה את הרציונל של הגנת הפרטיות בקשר לחוק האזנת סתר, לרבות סעיף הפסילה שבו, אינה במחסור.¹⁴⁵ גם סעיף הפסילה שבחוק הגנת הפרטיות הוביל את בית-המשפט לכתיבה על זכות האדם וחשיבותה, ולא להתמקדות בהגינות ההליך גרידא. בעניין פלונית פסל בית-המשפט העליון צילומי ניאוף, בהדגישו את חשיבות "זכותו של אדם לפרטיות ולצנעת חייו" ואת הצורך להגן עליו מפני פגיעה באישיותו וב"אני" המוגן מפני עין הזולת.¹⁴⁶ סעיף 12 לפקודת הראיות פורש בפסקי-דין מסוימים לא ככזה המתמקד בשאלת האמת בלבד, ובוודאי לא ככזה המתמקד בהגינות שיפוטית, אלא ככזה

142 הצעת חוק דיני העונשין (האזנת סתר), התשל"ח-1978, ה"ח 301.

143 הצעת חוק הגנת הפרטיות, התש"ם-1980, ה"ח 206.

144 ע"פ 1302/92 מדינת ישראל נ' נחמיאס, פ"ד מט(3) 309, פסק-דינו של המשנה לנשיא ברק (1995).

145 ראו, למשל, ע"פ 949/80 שוהמי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 62, 76 (1981); ע"פ 2286/91 מדינת ישראל נ' אילון, פ"ד מה(4) 289, 298 (1991); בג"ץ 1135/02 זוגיאל נ' בית-הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד נו(6) 14, 22 (2002).

146 עניין פלונית, לעיל ה"ש 40, פס' 34 לפסק-דינו של הנשיא ברק. השופטות חיות וארבל הצטרפו לפסק-דינו של הנשיא ברק, וארבל אף כתבה בקצרה כי היא "מאמצת בכל לב את השירה והפרוזה על הזכות לפרטיות – היא נשמת אפו של היחיד".

המתעניין בזכויות הפרט בחקירתו.¹⁴⁷ לבסוף, גם דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, אף שהיא מתמקדת מבחינה פורמלית בנעשה בבית-המשפט, אינה מעלימה עין מן הפגיעה המוקדמת בזכויות ומן הרצון למונען בעתיד. פסקי-דין מגוונים שעסקו בזכות ההיוועצות אינם מתקוממים על פגיעה בזכות הנאשם בבית-המשפט, אלא על הפגיעות בזכויותיו כחשוד בחקירתו. בהקשרים כאלה אפילו רציונל החינוך הועלה לעיתים,¹⁴⁸ הן על-ידי מי שהציע לקבל את הראיות שבמחלוקת¹⁴⁹ והן על-ידי מי שהציע לדחותן.¹⁵⁰

שנית, ההבחנה בין המניעתי לבין החינוכי או המתקן אינה כה דרמטית. אפילו היה התפקיד העיקרי של פסילת ראיות בישראל על רקע השגתן לא כחוק "מניעתי", קרי כזה המתמקד בהגינות בקבלת הראיות בבית-המשפט, הייתה עדיין הביקורת שהצגתי לעיל תקפה, אלא שהיא הייתה פשוט מכוונת לרובד אחר. שאלת ההגינות בקבלת הראיה בבית-המשפט מוכרעת בחלקה הלא-קטן על-פי שאלת הפגיעה בחקירה: רוב מבחני הדוקטרינה מביטים אל העבר, אל מה שנעשה בחקירה המשטרית, ולא אל ההווה והעתיד, אל הדיון השיפוטי. אילו התמקד מודל הפסילה רק בשאלת ההגינות, היה אפשר לבקש לפסול דרכו שורה ארוכה של עדויות-שמועה שפוגעות בצורה קשה בזכות החקירה הנגדית של הנאשם, דוגמת אַמרה של ילד קורבן עברת מין.¹⁵¹ אולם המודל המניעתי רחוק מלנתק בין הקבילות בבית-המשפט לבין הפקת הראיה המקורית; להפך, הוא דווקא מכריע בראשונה גם לאור הפגם באחרונה. אף הספורת הישראלית, לרבות כזו שנכתבה לפני דוקטרינת הפסילה, הדגישה את הקשר שבין הפגיעה הראשונה בזכויות הפרט בחקירתו לבין הפגיעה המאוחרת בבית-המשפט.¹⁵² כלומר, מי שמבקש להמשיך בשיח על הגינות ומניעה יכול לקרוא באור זה את כל שנכתב לעיל לגבי חוסר עקיבות לכאורית גם לגבי הגינות בקבלת ראיות שהושגו לא כחוק בבית-המשפט. קשה לטעון ברצינות שראיה מסוימת, שהושגה בניגוד לדין באופן הפוגע בזכויות הפרט, תפגע גם בזכותו להליך הוגן, בעוד ראיה אחרת, שהושגה בניגוד לדין אחר באופן הפוגע בזכויות הפרט במידה שאינה פחותה, אינה פוגעת בזכות להליך הוגן. עוד חשוב לציין כי הזכות להליך הוגן אינה פורמלית ואינה מוגדרת בחוק ובפסיקה הישראלית. אף שהיא בוודאי רחבה יותר מהעיסוק בדיני ראיות גרידא, אין קושי לטעון כי בנוגע להשגת ראיות לא כדין הפגיעה בזכות מתקשרת לפגיעות ערכיות מוקדמות בזכות הפרט בחקירתו.

במילים אחרות, הדגש הדוקטרינרי אינו יכול להשמיט את הקרקע מתחת לרגליה של הביקורת הנורמטיבית. מאמרי אינו מתמקד בדוקטרינה בלבד, ובוודאי אינו מקדשה, אלא מציג ביקורת נורמטיבית על הדוקטרינה והחוק. איני טוען שפסילת הראיות נועדה למלא תפקיד

147 בלוס, רבין ואריאל, לעיל ה"ש 48, בעמ' 818–819.

148 ראו Blum, *Israel's Exclusionary Rule After Issacharov*, לעיל ה"ש 12, בעמ' 422.

149 בעניין שי, לעיל ה"ש 59, בפס' 6 לפסק-דינה, הטעימה השופטת ברלינר כי העובדה שהתנהגות המשטרה באותו מקרה התרחשה לפני הלכת יששכרוב מהווה שיקול לא לפסול את הראיה.

150 בעניין עזבון אלזם, לעיל ה"ש 58, בפס' 9 לפסק-דינו, הביע השופט דנציגר תקווה כי פסילת הראיות תהווה הרתעה למדובבים בעתיד, כדי שלא יפגעו בזכויות אדם.

151 לעיל ה"ש 4; אסף הרדוף "הגנה נגד הגינות: הגנת נפגעי עברה, הגעה לאמת והזכות להליך הוגן בראי החוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים)" משפט וממשל כא (עתיד להתפרסם, 2020).

152 גרוס "כלל פסילה חוקתי", לעיל ה"ש 13, בעמ' 178.

הפוך מזה שבית-המשפט תיאר בעניין כזה או אחר, ואיני טוען שיש לה תפקיד יחיד. בעיניי אין סתירה אמיתית בין תפקיד ערכי, תפקיד חינוכי ותפקיד מניעתי; המהות חשובה מהכותרת. אם כבר, הבחירה בכותרת "מניעתי", שנראית צנועה לעומת הכותרות "מתקן" ו"חינוכי", מחזקת את התזה המוצגת במאמר, שלפיה בית-המשפט מתקשה לפסול ראיות על רקע השגתן – עניין שיורחב מייד – ולפיכך הוא צמצם מראש את יומרותיו של מודל הפסילה.

ב. החולשה המבנית של רעיון הפסילה הערכית

1. מבוא

הפרק הקודם הציג את מסלולי הפסילה והציף קשיים לא-מבוטלים. הראיתי כיצד כל מסלולי הפסילה כוללים אפשרויות איזון ותמרון, והצבעתי על אי-עקיבות לכאורית בתחולתם, אשר מקשה בהכרח לספק הגנה ערכית מהותית ושלמה. בפרק זה תצלול הביקורת אל מעבר לאי-העקיבות בחוק הפורמלי ובדין הפסיקטי ואל מעבר למציאות הפסיקטית בשטח. כזכור, הבסיס הרעיוני לפסילה הערכית הוא הגנה מאוחרת על ערכים שכבר ספגו פגיעה מסוימת. הפגיעה הראשונה בזכות הפרט והעוול שנעשה לו בהשגת הראיות לחובתו לא כדין אינם ניתנים לביטול, אולם ניתן למנוע עוול על עוול ולהגן בכך על רובד אחר בזכות, על-ידי מניעת האפשרות להציג את הראיות בבית-המשפט בדרך לביסוס הטענה המהותית נגד הפרט החשוד. חשוב להדגיש: ממש כשם שעברה פלילית אינה רק נגד הקורבן, אלא נתפסת כפגיעה בציבור כולו,¹⁵³ גם כללי הפסילה מבקשים לצמצם נורמות בעייתיות. העוול שהפקת ראיה לא כדין גורמת אינו לפרט גרידא, ויש בו גם מימד חברתי ציבורי, במיוחד כאשר העוול משקף פגיעה חוזרת מצד גורם חזק. סירוב של מערכת המשפט להשלים עם הפרות דין של צד אחד בדרך להוכחת הפרות דין של צד אחר מבטא לא רק עקיבות ויושרה, אלא גם צדק.¹⁵⁴

אולם הפסילה הערכית כרוכה במחיר שקשה לעיתים לשלמו, ומכאן נובעת חולשה מובנית בדרך ליישומה. בפרק זה תוטעם החולשה המבנית בכללי הפסילה הערכית. אערוך הבחנות שונות כדי להיטיב להבין את רעיון הפסילה הערכית. אבחין בין פסילה ערכית לבין הפחתת משקל של ראיה בגין האופן שבו היא הושגה וכן בין פסילה ערכית לבין דחייה או אי-אימוץ של תזה עובדתית. לאחר-מכן אבחין בין מה שאכנה "פסילה ערכית סמלית", שהיא פסילה ערכית שאינה משנה את תמונת הממצאים העובדתיים בבית-המשפט, לבין "פסילה ערכית מהותית", שהיא פסילה שמשנה את התמונה האמורה. או-אז אצביע על הטיה שיפוטית ערכית נגד הפסילה הערכית המהותית, ועל המגמה של נקיטת פסילה ערכית מהותית רק בתיקים קלי-ערך.

John C. Coffee, Jr., *Does "Unlawful" Mean "Criminal"?: Reflections on the Disappearing Tort/Crime Distinction in American Law*, 71 B.U. L. REV. 193, 221 (1991)

154 שם, בעמ' 177–180; סנג'רו "כלל פסילת הראיות שנקבע בהלכת יששכרוב", לעיל ה"ש 13, בעמ' 94; גינת, לעיל ה"ש 23, בעמ' 539–540; Dripps, לעיל ה"ש 13, בעמ' 16.

2. מהי פסילה ומה אינה פסילה

פסילת ראיות פירושה הותרתן מחוץ לבית-המשפט, באופן שמונע ממנו את האפשרות לקבוע ממצא בהישען עליהן, קרי, להשתית את קביעותיו העובדתיות עליהן. שני מצבים קרובים אינם פסילה, וחשוב להדגיש זאת.

המצב הקרוב האחד הוא קבלת הראיה שהושגה לא כדין והתמודדות עם הפסול במישור המשקל. פסילת ראיה, על רקע ערכי או הוכחתי, מותירה אותה מחוץ לקביעת הממצאים באופן מלא, ועומדת בסתירה לתפיסה שניתן להתמודד עם הפסול במישור המשקל.¹⁵⁵ מישור זה, שבית-המשפט בישראל מציג שנים רבות כחלופה רצויה למישור הקבילות,¹⁵⁶ אינו כלי-יכול, ואינו מסוגל להגן על ערכים. ככל שכוחה ההוכחתי של הראיה שהושגה לא כדין גדל, האפשרות לצמצמו באמצעות הפחתת משקלו היא רטוריקה, סילוף או גרוע מכך. הכוח האמור אינו בר-נטרול, משום שהראיה כבר פילסה את דרכה למודעותו של השופט, צרבה את הכרתו ושכנעה אותו בהתקיימותו של מצב דברים מסוים. שכנוע זה אינו ניתן לאיון או אפילו להחלשה.¹⁵⁷ עובדה שהוצבה על השולחן, ואשר מלמדת בכירור את מה שלשמו התכנסו יושבי השולחן, אינה ניתנת להחלשה באמצעות ערכים. רק לפסילה יש פוטנציאל לבטל את כוחה, בהסירה אותה באופן מוחלט מהשולחן.

מצב קרוב אחר לפסילה ערכית הוא דחייה או אי-אימוץ של התזה העובדתית שעולה מהראיה. כמו בפסילה, גם ראיה שתוכנה נדחה שיפוטית כבלתי-מהימן לא פעלה בבית-המשפט לחובת הצד שנפגע מהשגתה. אולם אין לכך קשר לערכים. לא בכך עוסקים כללי הפסילה, ואין בהם צורך או תועלת בהקשר זה. כללי הפסילה עוסקים בראיות שאמינותן אינה נגרעת בגין אופן השגתן, ואולי אף מוגברת, דוגמת האזנת-סתר שחושפת אמת שהמשטרה בכירור לא השפיעה עליה.¹⁵⁸ הודאת חוץ של נאשם שבית-המשפט מסיק כי היא אינה משקפת את האמת אינה מצריכה כללי פסילה ערכית או אפילו כללי פסילה כלשהם.¹⁵⁹ בית-המשפט מוסמך וחופשי להסיק כי מדובר בהודאת-שווא, והודאה כזו אין בכוחה לפעול לחובת הנאשם. גם אם לא תוסר משולחנו של בית-המשפט, היא תישאר זנוחה ובלתי-רצויה, כמנה שנבדקה היטב ונמצאה בלתי-אכילה. להודאה (ולעיתים גם להודעה מפלילה מאת אחר) יש כוח רב, אך

155 אסף הרדוף "מדעי ההסכמה: שילוב בדיקת הפוליגרף במשפט הפלילי" הפרקליט נד 125, 159 – 160 (2016) (להלן: הרדוף "מדעי ההסכמה").

156 ר"ע 423/83 מדינת ישראל נ' עיזבון סילוורמן, פ"ד (4) 281 (1983); ד"נ 23/85 מדינת ישראל נ' טובול, פ"ד מב(4) 309 (1988); ע"א 703/86 ברנשטיין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מג(4) 529 (1989); דנ"פ 4390/91 מדינת ישראל נ' חג' יחיא, פ"ד מז(3) 661 (1993); ע"פ 7293/97 ז'אפר נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 460 (1998); בג"ץ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי בבאר-שבע, פ"ד סא(3) 93 (2006) Blum, *The "New" Israeli Exclusionary Rule*, לעיל ה"ש 68, בעמ' 2146.

157 עניין פרחי, לעיל ה"ש 75.

158 Calabresi, לעיל ה"ש 16, בעמ' 111.

159 לכן הגישה שלפיה בית-המשפט צריך לפרש כלל פסילה ככזה שבא לשלול ראיה לא-מהימנה היא בעייתית מאוד. ראו מן, לעיל ה"ש 43, בעמ' 79.

כאשר היא נמסרת בנסיבות מפקקות, עלול להתהוות ספק בליבו של בית המשפט באשר לאמיתותה.¹⁶⁰ בקיץ 2018 פסל בית-המשפט העליון הודאה שמסר החשוד למדובב שפעל באופן בעייתי ביותר – לאחר קבלת תמריצים כספיים להשיג הודאה, תוך שימוש בסמים יחד עם החשוד, ולאחר שהמדינה פגעה קשות בזכות החשוד להיוועצות – וזיכהו מעברת הרצח לאחר שנים רבות שישב בכלא. בית המשפט נשען על דוקטרינת הפסילה והדגיש את חשיבותה של זכות ההיוועצות, ונדמה לרגע שערכים הם בסיס הזיכוי. אולם ניכר החשש מהשפעת האמצעים הפסולים על תוכן ההודאה: בפסק הדין חוזר שוב ושוב הביטוי "הודאת שווא", וניכר שהתגנב לליבו של בית-המשפט ספק באשמת הנאשם, ושספק זה הוא שאחראי לזיכוי.¹⁶¹

כלומר, רק אם לדעת בית-המשפט מדובר בהודאת-אמת, כללי הפסילה יכולים לפעול ולהגן על ערכים על-חשבון האמת. כאשר הראיה שהופקה נגד הפרט נדחית על-ידי בית-המשפט כשקרית, כבלתי-אמינה, כראיה שאינה עומדת במידת ההוכחה הנדרשת, אין זה משנה אם ערכים נפגעו בדרך להשגתה.¹⁶² במישור הפלילי, זיכוי מחמת הספק, שעשוי להגיע אחר כך, מתקשר אומנם לערכים – לסדר עדיפויות משפטי שמעדיף זיכוי אשם על הרשעת חף, בידיעה שאפשר שאשם מזוכה¹⁶³ – אולם אין לו קשר לרעיון הפסילה הערכית. מי שמעוניין לדחות ראיה על בסיס אמינותה אינו נדרש למנגנוני פסילה. אלה עשויים לסייע לו לתמוך את החלטתו, אך הם אינם נחוצים. דחיית הודאת חוץ שבית-המשפט מצאה כוזבת – הודאה שקרית שהופקה לא מרצון חופשי – הינה אפשרית גם ללא כלל הפסילה שבפקודת הראיות, כשם שכל ראיה ניתנת לדחייה שיפוטית על רקע מהימנותה ואמינותה, אף אם היא התקבלה כדין. לתפיסתי, הפסילה הערכית מופעלת בדיני הראיות כלפי מי שנתפסים כאשמים, וכלפיהם בלבד.¹⁶⁴

3. פסילה ערכית סמלית מול פסילה ערכית מהותית

בחלק הקודם ראינו כי להבדיל ממישור המשקל, הפסילה הערכית מוציאה ראיה משולחנו של בית-המשפט, מצד אחד, ואינה מתקשרת לדחיית תזה עובדתית, מצד אחר. הבחנות אלה

160 הרדוף "סיפור הרטורי והמהותי של ההכרעה הפלילית", לעיל ה"ש 70, בעמ' 76.
 161 ע"פ 2868/13 חייבטוב נ' מדינת ישראל, פס' 81–106 לפסק-דינו השופט שהם (פורסם באר"ש, 2.8.2018). כדברי השופטת ברק-ארוז (שם, בפס' 6 לפסק-דינה), "הודאה שניתנה בסמוך לצריכתם של סמים מלווה בחשש אינהרנטי שמא החשוד לא הודה באופן חופשי ומרצון, ומעוררת ספק בדבר אמיתות הדברים". השו"ע"פ 2869/09 זינאתי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.11.2011).
 162 מרין וקיטאי-סנג'רו, לעיל ה"ש 46, בעמ' 474–483.
 163 דורון מנשה "אידיאל חשיפת האמת ועקרון ההגנה מפני הרשעת שווא – אנטומיה של יחסים מסובכים" קרית המשפט א 307, 312–313 (2001).
 164 השו"ע"פ Dripps, לעיל ה"ש 13, בעמ' 10, Kerr, *Scope of the Exclusionary Rule*; לעיל ה"ש 94, בעמ' 1097, Jacobi; לעיל ה"ש 16, בעמ' 636, Blum, *Israel's Exclusionary Rule After*; לעיל ה"ש 12, בעמ' 442, William J. Stuntz, *Warrants and Fourth Amendment Remedies*, 77 VA. L. REV. 881, 991 (1991).

מבהירות מה אינה פסילה ערכית. הבחנה חשובה אחרת היא בין שני סוגים של פסילה ערכית. "פסילה ערכית סמלית" מוציאה משולחנו של בית-המשפט ראייה אך אינה משנה את הממצאים העובדתיים, משום שראיות אחרות שהתקבלו הובילו את בית-המשפט לאותה תוצאה שאליה כיוונה הראייה הפסולה. להבדיל, "פסילה ערכית מהותית" מוציאה משולחנו של בית-המשפט ראייה וכתוצאה מכך משנה את הממצאים העובדתיים לטובת הצד שביקש לפסול את הראייה. פסילה כזו קשה הרבה יותר לבית-המשפט, ועל-כן נדירה מאוד, כפי שיפורט בתת-פרק הנוכחי.

פסילה ערכית סמלית עולה בעיקר כאשר קיימת ראייה חליפית: בית-המשפט פוסל ראייה אחת, אך ראייה אחרת בלתי-פסולה מובילה אותו – או מאפשרת לו להגיע – לאותה מסקנה עובדתית. כאשר יש ראייה חלופית חזקה, בית-המשפט אינו מתקשה לפסול את הראייה המפוקפקת. למשל, בית-המשפט פוסל הודאה אחת של נאשם בגין האופן שבו היא הושגה, אך מקבל הודאה אחרת של הנאשם ומגיע לתוצאה עובדתית דומה.¹⁶⁵ הדבר קורה לעיתים גם כאשר הראייה הפסולה שימשה להשגת הראיות שאחריה – הראיות הנגזרות.¹⁶⁶ במצב כזה גם הפסילה וגם ההגנה הערכית שבפסילה הינן סמליות. יש האומרים כי פסילות אלה חשובות, באשר הן שולחות מסרים לגורמי החקירה;¹⁶⁷ אחרים טוענים כי הפסילות הללו מיותרות, ריקות מתוכן, ובוודאי אינן מגינות על זכויות אדם.¹⁶⁸ פסילה סמלית עשויה לכלול אף זיכוי, אך כזה שלצידו הרשעה בעברות אחרות, חמורות לא פחות; גם אז משמעות הפסילה מצומצמת.

באופן מעניין ובעייתי אף יותר, אפילו כאשר אין ראייה חלופית חזקה, בית-המשפט עשוי לפסול את הראייה החזקה שבמחלוקת אך להישען על יתר הראיות, החלשות היותר, במגמה להגיע לאותה תוצאה. מבט ריאליסטי מעלה תרחיש לא-נוח שאפשר שמתקיים במקרים מסוימים: בית-המשפט נחשף לראייה הפסולה; היא שכנעה אותו בהתקיימות מצב דברים מסוים; וכעת הוא פונה ליתר הראיות שנותרו על שולחנו במגמה להצדיק את התוצאה ולהסביר מדוע יתר הראיות מובילות בדיוק לאותם ממצאים עובדתיים. זו דרך ריאליסטית – אם כי לא בלעדית, כמובן – לתפוס פסק-דין שונים שהסתיימו בפסילת ראיות אך בהרשעה לצידה.¹⁶⁹ כאן נחשף פגם דיוני עמוק וקריטי ברעיון הפסילה הערכית, ואולי גם ברעיון הפסילה בכלל: לעיתים היחשפות לראייה הפסולה עלולה לחרוץ את התיק. פגם דיוני זה עולה בכל

165 ראו, למשל, ע"פ 5956/08 אל עוקה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.11.2011).
 166 השו"ט טייך, לעיל ה"ש 18, בעמ' 549–550; מרין וקיטאי-סנג'רו, לעיל ה"ש 46, בעמ' 483–484.
 167 השו"ט עניין גטצאו, לעיל ה"ש 75, פס' 18 ופס' 41 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן; בלום, רבין ואריאל, לעיל ה"ש 48, בעמ' 839–841.
 168 סנג'רו "כלל פסילת הראיות שנקבע בהלכת יששכרוב", לעיל ה"ש 13, בעמ' 111. דריפס מדגיש כי המדינה מפיקה רווחים נוספים מהליכים שהיא מקיימת לא כדין, כגון השגת מידע וכן תפיסת סחורות פשע, שאינן מושבות כמובן לחשוד. ראו Dripps, לעיל ה"ש 13, בעמ' 17.
 169 ראו, למשל, עניין פרחי, לעיל ה"ש 75; עניין אל עוקה, לעיל ה"ש 165; עניין פילוסוף, לעיל ה"ש 133.

הסוגים של מסלולי הפסילה.¹⁷⁰ כאשר בית-המשפט פוסל ראיה חזקה ונחרצת בגין סיבה ערכית, לאחר שהוא כבר נחשף אליה, ספק אם יש ביכולתו להסירה מתודעתו ולנטרל את כוחה. כאשר מזהים את הפסול רק בערכאת ערעור, עלולים לבטל את ההרשעה בגין השפעתה הסובייקטיבית של הראיה הפסולה על השופט, אפילו נמצא שיש מספיק ראיות אובייקטיביות להרשעה.¹⁷¹ כלומר, מי שגורס כי הפסילה הערכית מפריעה לבית-המשפט להגיע לאמת אינו מדייק: בית-המשפט מגיע לאמת, אלא שהוא אינו יכול לקבוע את ממצא-האמת. יהיה מדויק אף יותר לומר שבית-המשפט יכול לקבוע ממצא-אמת, אך אינו יכול לעשות זאת תוך הישענות פורמלית על הראיה ששכנעה אותו בכך, אלא תוך הישענות מהותית סמויה עליה והישענות פורמלית גלויה על ראיות אחרות.¹⁷²

אומנם, ניתן לגרוס כי שופטים מקצועיים, להבדיל ממושבעים, מסוגלים לסלק מתודעתם את מה שהם תופסים כעובדה. התזה בדבר מקצועיות השפיטה עולה מפסיקת בית-המשפט העליון עצמו בשורה ארוכה של מקרים – למשל, במסגרת המגמה הפסיקתית המוכרת היטב של מעבר מקבילות למשקל.¹⁷³ התזה בדבר מקצועיות השפיטה עולה גם מהחוק עצמו. סעיף 56 לפקודת הראיות מתייחס למצב שבו הערכאה הדיונית קיבלה בטעות ראיה פסולה (לאו דווקא ראיה שהופקה לא כדין), וקובע כי הדבר כשלעצמו לא יוביל לפסילת פסק-הדין, אלא אם כן ערכאת הערעור סבורה כי הנאשם לא היה מורשע אלמלא אותה ראיה. כלומר, קיימות ראיות בפסיקה ובחוק לתזה בדבר מקצועיות השפיטה.

אולם קיימות גם ראיות שכנגד. אף שמדובר בקול נדיר, היה מי שהדגיש בעבר כי כללי פסילה – לפחות פסילה הוכחתית – אינם באים להפריע לבית-המשפט, אלא דווקא למנוע טעויות ושרירות וליצור סטנדרטיזציה בקביעת העובדות.¹⁷⁴ את סעיף 56 לפקודת הראיות שלעיל ניתן לפרש לא רק ככזה שתומך במקצועיות השפיטה, אלא גם ככזה שמכיר במוגבלותה, שאם לא כן הוא לא היה מתייחס להרשעה על-סמך ראיה פסולה גם במצב שבו אלמלא אותה ראיה לא הייתה הרשעה. סעיף זה אף נדון בפסיקה, אשר הבחינה בין הרובד האובייקטיבי של ההרשעה לבין הרובד הסובייקטיבי שלה, ואגב כך, אולי בלי משים, פקפקה במקצועיות השפיטה והבהירה כי הרשעה שיפוטית אינה רק דבר אובייקטיבי.¹⁷⁵ גם בספרות הישראלית הודגשה המוגבלות של מקצועיות השפיטה. אף שהוסכם כי ההכשרה המשפטית מגבירה את המקצועיות בהליך קבלת ההכרעה העובדתית, וכמוה גם הניסיון הנרכש, נכתב

170 סנג'רו כתב כי פרשת פרחי חושפת חולשה גדולה נוספת של כלל הפסילה: העדר יכולת להשתחרר מהראיה הפסולה, והכל כדי להרשיע את "המנוול התורן". ראו סנג'רו "כלל פסילת הראיות שהושגו באמצעים פסולים", לעיל ה"ש 87, בעמ' 34.

171 דנ"פ 188/94 מדינת ישראל נ' אבוטבול, פ"ד נא(2) 1 (1996).

172 השו" Dripps, לעיל ה"ש 13, בעמ' 11–12.

173 עניין סילוורמן, לעיל ה"ש 156, פס' 4 לפסק-דינו של מ"מ הנשיא שמגר; עניין טובול, לעיל ה"ש 156, בעמ' 344; עניין ז'אפר, לעיל ה"ש 156. על המגמה ראו Blum, *Israel's Exclusionary Rule* After Issacharov, לעיל ה"ש 12, בעמ' 438–440.

174 עניין טובול, לעיל ה"ש 156, פס' 5–6 לפסק-דינו של השופט ש' לוי; עניין ז'אפר, לעיל ה"ש 156, פס' 1 לפסק-דינו של השופט ש' לוי.

175 עניין אבוטבול, לעיל ה"ש 171, פס' 7 לפסק-דינו של השופט זמיר.

שקיימים עדיין גורמים החותרים תחת תזת המקצועיות, ושלנוכח מוגבלות זו נדרשים כללים בדיני ראיות.¹⁷⁶

כלומר, גם מי שמוצא פגמים קשים בשיטת המושבעים חייב להישמר מפני רומנטיזציה יתרה של מקצועיות השפיטה, באשר ספק אם שופטים אינם חשופים להטיות קוגניטיביות, וספק אם בכוחם להתעלם מראיות שהם נחשפו אליהן. גם אם יש לשופטים יתרון בחזית זו על מושבעים – וכלל לא ברור שכך – היתרון הוא "על ספקטרום ולא על בינריות".¹⁷⁷ יש לזכור ששופטים בפרט ומשפטנים בכלל לא עברו הכשרות קוגניטיביות מיוחדות. אף שחלק מעיסוקם הוא בשדה העובדות, הכשרתם הפורמלית ומומחיותם הן בשדה המשפט. מועמדים לשפיטה עוברים השתלמות בת חמישה ימים בסך-הכל, שאינה מתמקדת דווקא בשאלות של ראיות, ומעמדם הרם אינו מצביע על יכולת קוגניטיבית מיוחדת בתחום.¹⁷⁸ זאת, באופן כללי. באופן ספציפי, הדחקה, שהינה מנגנון פסיכולוגי מוכר, פועלת במגמה לא להתמודד עם נתון שאינו נוח לתודעה; היא אינה פועלת בצורה שמאפשרת למחוק מהתודעה בדיוק את הנתון שאותו היא מחפשת ואשר אליו היא שואפת. השופט – כאדם בכלל וכאדם ערכי בפרט, להבדיל מתוכנת מחשב – אינו יכול לסלק נתון חזק ולהתחיל מחדש תהליך שקילה. כך באופן כללי, וכך בוודאי כאשר הוא רואה ערכים חשובים על הפרק וכאשר הוא מעוניין להגיע לאמת ולצדק. הראיה הפסולה יוצרת בו הִנְיָעָה – מודעת או תת-הכרתית – להגיע לאמת שהשתקפה לפניו מן הראיה הפסולה. ספק אם יש בכוחה של ההכרה האנושית, בוודאי זו השיפוטית הערכית, להבדיל אולי מזו המדעית, למחוק נתונים ששכנעו מעבר לכל ספק. לנוכח הידיעה וההִנְיָעָה שלו, כל שנתר לשופט הוא להישען על הראיות הקבילות ולייצר בעזרתן נרטיב אשמה משכנע.¹⁷⁹ הדין המהותי מגביל סוגים שונים של נרטיבים, וכך עושים גם דיני הראיות; אולם החופש עודנו רב, עצום אפילו, וברגיל דיני הראיות אינם מונעים את בית-המשפט מלבנות נרטיבים אין-ספור בניסיון להגיע לאותה תוצאה.¹⁸⁰ אסיים תת-פרק זה בהשוואה קצרה לסוגיה דיונית שאינה קשורה לכאורה: פסלות שופט. שופט היושב בתיק נפסל במצבים שונים שבהם קיים חשש למשוא-פנים.¹⁸¹ שתי הצדקות

176 מנשה "שיקול דעת עובדתי", לעיל ה"ש 8, בעמ' 103–118.

177 בלום, רבין ואריאל, לעיל ה"ש 48, בעמ' 829–830, 834.

178 הרדוף "מדעי ההסכמה", לעיל ה"ש 155, בעמ' 152–153.

179 השוו להסקות של מושבעים מראיות שנפסלו ואפילו מראיות שלא הוגשו אצל Jacobi, לעיל ה"ש 16, בעמ' 619–633.

180 הנרטיב הוא גשר תרבותי בין הפרט לקהילה, בספקו דרך לספר אירועים, להסביר כיצד העולם פועל, בהתבסס על הבנות קיימות. משמעותו אינה תלויה במספר בלבד, אלא גם בשומע ובהיזון ההדדי ביניהם. Susan Bandes, *Empathy, Narrative, and Victim Impact Statements*, 63 U. CHI. L. REV. 361, 385 (1996); Lynne Henderson, *Without Narrative: Child Sexual Abuse*, 4 VA. J. SOC. POL'Y & L. 479, 483 (1997); Martha Merrill Umphrey, *The Dialogics of Legal Meaning: Spectacular Trials, the Unwritten Law, and Narratives of Criminal Responsibility*, 33 LAW & SOC'Y REV. 393, 402–403 (1999); נעמי חנס ושרון חנס "נרטיבים משפטיים של רצח בספרות: פיקציות המאירות תהליכים משפטיים" דין ודברים ה' 47, 53 (2000).

181 ס' 77א לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984.

עיקריות מצויות בבסיס הפסילה: הרצון להשיג צדק, מחד גיסא, ומראית פני הצדק, מאידך גיסא.¹⁸² הדבר אינו נובע מהתנהלות שיפוטית בעייתית גרידא, או אפילו קיצונית.¹⁸³ רק כאשר שופט מוצב בפני ניגוד עניינים חזק או כאשר התנהלותו בתיק מלמדת שהוא גיבש דעה נחרצת בשלב מוקדם מדי ושהסיכויים שהוא ישנה אותה בהמשך הדרך דלים, מערכת המשפט מוכנה להודות במוגבלות השופט, באנושיותו, ולפיכך מביאה לידי פסילתו מלהכריע בהמשך התיק, וזאת אפילו כאשר אותו שופט אינו מוכן להודות באמור וסבור כי הוא מסוגל לקבל הכרעה אובייקטיבית.¹⁸⁴

דומני שיהא זה הוגן לומר כי חשיפת שופט לראיה פסולה חזקה עשויה להקים עילה מהותית לפסילת השופט מלשבת בהמשך התיק: חשש למשוא-פנים, חשש אובייקטיבי שמא הוא לא יוכל להשתחרר מהכרתו. אין לכנות זאת "השתחררות מדעה קדומה", משום שאין מדובר בדעה קדומה או בדעה כלל. ידיעה אינה דעה. ככל שקשה וסבוך להשתחרר מדעה קדומה, קושי זה הינו כאין וכאפס לעומת השתחררות מידיעה, שהיא מלאכה בלתי-אפשרית, למעט אולי כאשר הידיעה הופרכה או באמצעות שטיפת-מוח. מבחינה ערכית, אם דעה שהקדימה את זמנה עלולה להביא לידי פסילת שופט, מבחינת הצדק ומראיתו, אזי ידיעה אסורה בוודאי צריכה להביא לידי פסילה כאמור. הואיל ומקובל – ולעיתים אפילו מותר בחוק – שהשופט יעיין בראיה הפסולה, ברי שמבחינה פורמלית אין סיכוי להביא לידי פסילת שופט במצב כזה. אולם השיקולים הנורמטיביים שבבסיס פסילת השופט מציעים שקיימת בעיה שרחוקה מלהיות קטנה. קיימות ראיות שאפילו שופט מקצועי אינו יכול להתעלם מהן, ומעת היחשפותן אליהן אין זה ראוי שהוא יכריע בהליך העיקרי; זו אחת הסיבות ששופט שדן בשאלת מעצרו של נאשם אינו יושב בתיק העיקרי, חרף הפגיעה ביעילות שנובעת מכך.¹⁸⁵

4. הטיה ערכית נגד פסילה ערכית מהותית

הפסילה הערכית המהותית מסלקת ראיה מכרעת משולחנו של בית-המשפט. אי-מתן משמעות שיפוטית להפרת הדין המשטרתי בדרך לאיסוף הראיה מעלימה עין מאמת קשה.¹⁸⁶ אולם אין להעלים עין מאמת קשה נוספת: סילוקה של הראיה הפסולה והמכרעת משולחנו של בית-המשפט היא גזרה שאין ציבור השופטים מסוגל או מעוניין לעמוד בה, לפחות במצבים רבים. על בית-המשפט לבחור בין שתי אפשרויות בעייתיות – "בחירה טרגית".¹⁸⁷ פסילת הראיה הערכית המהותית שולחת מסר חזק נגד האופן שבו הושגה הראיה, ומגבה את הערכים שנפגעו ממנו, אך בד בבד גורעת מהאפשרות להגיע לאמת העובדתית באותו משפט ולגבות את

182 כ"ש 48/75 ידיד נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(2) 375, 379 (1975).

183 ע"פ 1988/94 בראון נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(3) 608, 624–625 (1994).

184 ע"פ 7497/11 מדינת ישראל נ' אלקובי, פס' 8 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 14.11.2011).

185 בלוס, רבין ואריאל, לעיל ה"ש 48, בעמ' 834–835.

186 השו Lynch, לעיל ה"ש 16, בעמ' 749–750.

187 מנשה כתב על הבחירה הטרגית בין השלמות המוסרית של בית-המשפט ושל רשויות האכיפה לבין המחויבות להגיע לאמת. דורון מנשה הלוגיקה של קבילות ראיות 20–21, 141–142 (2008). השו Oliver, לעיל ה"ש 94, בעמ' 243.

הערכים המגולמים על-ידי הדין המהותי שעל הפרק. לעומת זאת, קבלת הראיה חרף הפסול שבה, וכמוה גם תמרון שיפוטי שנועד להגיע לממצא העובדתי שחשפה הראיה הפסולה, מאפשרים לממש את הערכים שמשקף הדין המהותי שעל הפרק, אך בד בבד מעלימים עין ומשלימים הלכה למעשה עם הפגיעה הערכית הגלומה בדרך שבה הושגה הראיה.

כלומר, דיני הראיות מתבקשים להכריע בעימות פנים-משפטי בין סדר הדין הפלילי לבין הדין המהותי. שתי האפשרויות טובות ושתיהן רעות, ואין דרך להשיג באופן ממשי – ולא בצורה רטורית גרידא – את שני היעדים הערכיים גם-יחד. ככתוב, פסילה ערכית אינה מבטלת את הפגיעה הראשונית בפרט, אלא אך מבקשת לבטל את השלכותיה המשפטיות הרעות לחובתה,¹⁸⁸ בבחינת צדק מאוחר. אלא שמול הצדק הזה ניצב הצדק שמגלם הדין המהותי במשפט. שני סוגי הצדק אינם משלימים, אלא הפכים: צדק לפרט הנפגע הוא אי-צדק לצד האחר, יהא זה פרט אחר או הציבור; ואי-צדק לפרט הנפגע יאפשר צדק לצד האחר.

בדילמה זו סללו החוק והפסיקה בישראל מסלולי פסילה שכוללים איוונים ותמרונים. במבט על המסלולים ניתן לזהות מגמה שיפוטית: פסילה ערכית מהותית תתרחש אך ורק כאשר השאלה שעל הפרק היא קלת-ערך בעיני בית-המשפט.¹⁸⁹ כך בהקשרים פליליים, כפסילת ראיות חפציות שהושגו לא כדין בתיקים קלים של החזקת כמות סמים נמוכה או נשיאת סכין;¹⁹⁰ וכך בהקשרים אזרחיים, כפסילת תיעוד של ניאוף בקשר לדיני משפחה.¹⁹¹ אני מתקשה לראות איזה רוצח (חי), אנס, שודד, סוחר הרואין, סוחר אדם או סוחר נשק יזוכה בגין פסילה ערכית מהותית – בישראל או במקומות אחרים.¹⁹² גם תביעה בעסקת-ענק לא תוכרע בגין ראיה פסולה באופן שיוליך את בית-המשפט לקביעת אמת משפטית שהוא יודע שהיא שקרית. הפסילה הערכית המהותית אינה מופעלת לגבי מי שאנו בטוחים באשמתם או בחבותם, שאשמתם או חבותם כבדות מנשוא ואשר אין לנו דרך אחרת להוכיחן.

בתחרות ה"אשמה נגד אשמה", בין ההפרה המשטרית להפרת הפרט,¹⁹³ האחרונה נוטה לנצח במובן של יצירת תגובה שיפוטית מהותית, וזאת לנוכח חוסר פרופורציה של הפגיעה הערכית.¹⁹⁴ הפגיעה שחולל הפרט מגולמת בדין המהותי,¹⁹⁵ ואילו זו שחולל אוסף הראיה – בדרך-כלל שוטר – מגולמת ברגיל בדין הדיוני או במשפט המנהלי. המטרות הגמולניות והתועלתניות של הדין הפלילי המהותי תלויות באכיפה, וככל שפסילה היא תגובת-נגד על

188 סנג'רו "כלל פסילת הראיות שנקבע בהלכת יששכרוב", לעיל ה"ש 13, בעמ' 102–103.
 189 גם בארצות-הברית תוארה מגמה רחבה של סלידה שיפוטית מכללי הפסילה. Dripps, לעיל ה"ש 13, בעמ' 11, 14; Melanie D. Wilson, *An Exclusionary Rule for Police Lies*, 47 AM. CRIM. ; L. REV. 1, 22–25 (2010).
 190 רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל (פורסם בנוב, 6.3.2012).
 191 עניין פלוני, לעיל ה"ש 40.
 192 Yale Kamisar, *In Defense of the Search and Seizure Exclusionary Rule*, 26 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 119, 131 (2003). מחקרים אמריקאיים גילו כי בתיקים חמורים אין כמעט פסילה ערכית. ראו Dripps, לעיל ה"ש 13, בעמ' 12; Jacobi, לעיל ה"ש 16, בעמ' 658.
 193 Tipton, לעיל ה"ש 13, בעמ' 1356.
 194 Srinivas, לעיל ה"ש 1, בעמ' 223; Jacobi, לעיל ה"ש 16, בעמ' 650–651, 673.
 195 Tipton, לעיל ה"ש 13, בעמ' 1356.

אכיפה, היא פועלת בניגוד למטרות הדין המהותי.¹⁹⁶ אומנם, כל מגבלה המושתתת על הכוח המשטרתי בקשר לאיסוף ראיות מונעת שימוש בראיות אמינות, במובן זה שהיא מסכלת את עצם גילויין המשטרתי; אולם כלל הפסילה מעורר קושי מיוחד, ביוצרו עלות גלויה למגבלות, המתבטאת לעיתים בשחרור העבריין בחזרה לחברה,¹⁹⁷ ובהמשך אולי אף בחזרתו לפשע.¹⁹⁸ הפסילה הערכית מצריכה תשלום מחיר. במקרים שבהם הדין המהותי משקף סוגיה שחשובה לשופטים יותר מסוגיית ההשגה של הראיות, יפעלו האחרונים ויפרשו את הדין ואת העובדות כמיטב יכולתם, ובהתאם לערכיהם, בניסיון להימנע מלשלם את המחיר. כפי שכתב ביושר השופט המלומד קלברזי (Calabresi), לשופטים אין עניין לעסוק בזיכוי נאשמים בגין עניינים טכניים; אם כבר, יש להם עניין לעסוק במניעת זיכוי אשמים על בסיס טכני. שופטת שניצבת בפני מי שהוא בבירור רוצח, המעלה טענה בעד פסילת ראיות, תעשה כמיטב יכולתה להרשיעו, משום שגם היא, כמו הציבור, אינה אוהדת את הרעיון של עבריינים מסוכנים שמשוחררים. לפיכך כל אימת שיתאפשר לה היא תקבע כי ההתנהלות המשטרית הייתה סבירה, ותקבל כמעט כל טענה משטרית כמוצדקת; אפילו בשעת ספק שיפוטי שמא השוטר משקר, המחשבה על רוצח או אנס חופשי תניע אותה לקבל את גרסת השוטר.¹⁹⁹ הדין ניתן לתמרון, ואכן מתומרן בהקשר זה.²⁰⁰ השופט יבחר את הכלים המתאימים כדי להגיע לתוצאה הרצויה בעיניו.²⁰¹

אם כן, הדיבור השיפוטי על זכויות נאשם ועל המחיר שראוי לשלם בעבורן²⁰² הוא המחאה שקשה מאוד לפדותה בהקשר המדובר, כמו-גם בהקשרים פליליים אחרים.²⁰³ כשם שהציבור אינו נוטה לתמוך בכללי פסילה,²⁰⁴ כך גם שופטים; ושופטים שחשים דחף לקבל את הראיה ימצאו דרך לעשות כן.²⁰⁵

-
- 196 Kerr, *Scope of the Exclusionary Rule*, לעיל ה"ש 94, בעמ' 1098.
- 197 Oliver, לעיל ה"ש 94, בעמ' 204–205.
- 198 מחקרים אמריקאיים מראים כי מי שנהנים מפסילת ראיות הם לרוב עבריינים חוזרים או כאלה שיחזרו לפשוע. ראו Jacobi, לעיל ה"ש 16, בעמ' 636–637.
- 199 Calabresi, לעיל ה"ש 16, בעמ' 112–113. כן ראו את דברי המחאה של השופט קרדוזה (Cardozo) על כך שהשוטר שגה ולפיכך הפושע צריך להשתחרר: *People v. Defore*, 150 N.E. 585, 587 (N.Y. 1926). כמופנה אצל Belanger, לעיל ה"ש 16, בעמ' 83.
- 200 Jacobi, לעיל ה"ש 16, בעמ' 657.
- 201 Belanger, לעיל ה"ש 16, בעמ' 79–80; Blum, *Israel's Exclusionary Rule After Issacharov*, לעיל ה"ש 12, בעמ' 444.
- 202 כדברי השופטת דורנר, "לזכות יסוד, מעצם מהותה, יש מחיר חברתי. מקום שבו למימוש של אינטרס אין כל מחיר, אין משמעות לעיגונו בזכות, ולא כל שכן בזכות יסוד חוקתית. הערך שבזכויות הציבור והקורבנות ככלל הוא קולקטיבי, ולמולו ניצבות זכויותיו של הנאשם הבודד". דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 645 (1995).
- 203 אסף הרדוף "הרומן שאינו נגמר והנרטיב שאינו מוכר: צללים של ספק ציבורי – בעקבות תיק זדורוב" מאזני משפט יא 271, 292 (2016) (להלן: הרדוף "צללים של ספק ציבורי – בעקבות תיק זדורוב").
- 204 Jacobi, לעיל ה"ש 16, בעמ' 646–647.
- 205 Kamisar, לעיל ה"ש 192, בעמ' 132.

פירוש הדבר עשוי להיות שהערכים הקשורים להשגת הראיות חלשים יותר מהערכים הקשורים לדין המהותי. פירוש חלופי הוא שלא הערכים חלשים יותר, אלא הגורם שמזמנם להגנתו, משום שהוא אינו נראה לנו נפגע תמים, אלא דווקא פוגע מיתמם. מידת ההזדהות שלנו עם הטוען הינה קריטית, ולעיתים היא עשויה לחזות אם נצדד בטענה אם לאו יותר מאשר תוכן הטענה. כאן ראוי להדגיש נקודה קריטית, המחברת בין דיני הראיות, סדר הדין הפלילי וזכויות אדם – נקודה שהשיח השיפוטי נוטה להחמיץ:

ככל שעסקינן במשפט הפלילי, פרקטיקה משטרית בעייתית אינה זוכה בדיון עצמאי אם היא ננקטה כלפי מי שהתבררו כחפים. חיפוש משטרתי לא־חוקי שנערך לחפים לא יידון בבית־המשפט כלל.²⁰⁶ המדינה לא תבקש לדון בחיפוש ולהצדיקו בדיעבד, משום שאין לה תמריץ לכך; והפרט החף אינו יכול לצאת נגד המדינה בהליך פלילי, משום שאין לכך מסגרת דיונית מתאימה.²⁰⁷ האזנת־סתר לא כדין שגילתה למשטרה כי החשוד הינו חף לא תובא לבית־המשפט על־ידי המשטרה, בהעדר תמריץ מבחינתה לעשות כן; והיא לא תובא על־ידי הפרט לא רק מפאת העדר מסגרת דיונית מתאימה, אלא גם בהעדר המינימום הדרוש לכל סעד: מודעות של הפרט לפגיעה בו. החפים והתמימים שהמשטרה או גורם אחר עשו כלפיהם עוול בחיפוש הראיות נותרים מחוץ לבית־המשפט ומחוץ לעולם המשפטי הפורמלי, כ"סיפור שלא סופר".²⁰⁸

אילו נדונה הפרקטיקה הנפסדת במצב כזה, לא היה קושי לצאת שיפוטי נגדה, משום שהערכים נמצאים רק לצד הנפגעים מתהליך איסוף הראיות הפסול והכושל. אולם כל מי שהם חפים בעליל אינם מובאים לפני בית־המשפט, וזה לא יראה את פניהם. הפנים היחידים שהוא יראה בהקשר של דיון בפרקטיקות משטריות בעייתיות יהיו סימפתיים הרבה פחות: פני האשם. כאשר בית־המשפט דן בזכויות הפרט בהקשר הפלילי וברור לו שהנאשם אשם, הדבר מוביל לשחיקה גדולה בזכויות הפרט, בשל רצונו של בית־המשפט להרשיע ולהגשים את מטרת הדין הפלילי המהותי.²⁰⁹ זו הטרגדיה האמיתית של הפסילה הערכית: היא מתקשה לסייע לאשמים, ואינה מסוגלת לסייע לחפים או אפילו לראותם.

במילים אחרות, כאשר המשטרה הפיקה בעזרת הפרקטיקה הנפסדת תוצר אטרקטיבי, הפרקטיקה אינה נמדדת עוד כשלעצמה, אלא יחד עם פיתוי ראייתי חזק לבית־המשפט. פרקטיקות משטריות מפרות־דין נדונות בבית־המשפט בשני הליכים אפשריים: בהליכים מקדמיים נגד חשוד, שאז התמונה העובדתית המונחת לפני החשוד מוגבלת ביותר; או בהליך הפלילי העיקרי, וזאת לאחר שאותן פרקטיקות נפסדות הצליחו להפיק ראיה חזקה ומשכנעת. בהקשר של המאמר, הפרקטיקות המשטריות הבעייתיות נדונות רק לגבי אשמים בעליל או לגבי חייבים בהליכים אזרחיים או מי שמסתמנים ככאלה. לגבי אשמים וחייבים אנו מתקשים

206 Dripps, לעיל ה"ש 13, בעמ' 27.

207 הרדוף "סיפורה הרטורי והמהותי של ההכרעה הפלילית", לעיל ה"ש 70, בעמ' 56; אסף הרדוף "יותר, הידברות, בג"ץ: שחרור חסמים בסדר הדין הפלילי, צמצום הכוח המנהלי והגברת הביקורת השיפוטי" ספר אליקים רובינשטיין (עתיד להתפרסם ב-2019). השוו Lynch, לעיל ה"ש 16, בעמ' 748.

208 הרדוף "סיפורה הרטורי והמהותי של ההכרעה הפלילית", לעיל ה"ש 70, בעמ' 33, 55–56, 84.

209 Calabresi, לעיל ה"ש 16, בעמ' 112.

לראות את רוחב הפגיעה של הפרקטיקה המשטרית הבעייתית, את שיטתיותה ואת העוול שהיא מגלמת, משום שעניינו נוטות להתמקד בפגיעה ובעוול שהם עצמם חוללו, כעולה מהתיק שלשמו התכנס בית-המשפט. זעקת העוול שהפרט זועק לא רק נחלשת אל מול העוול שמייחסים לו, אלא אף נתפסת כצינית. הנאשם אומנם נפגע, אך גם פגע, ובשל כך הוא אינו מעורר בשופט תחושת שותפות גורל, חמלה²¹⁰ או אפילו סימפתיה,²¹¹ משום שהוא מתקשה לדמיין את עצמו בנעליו, שאינן נעלי נפגע, אלא בעיקר נעלי פוגע, שעומו קשה לכל אדם להזדהות,²¹² בוודאי לשופט.

מבחינה ערכית, השופט נאלץ להשוות בין עוול לעוול, ולבחור להילחם בעוול הקשה יותר בעיניו. זיכוי אדם שהשופט בטוח באשמתו, בגין הפרות חוק משטריות ואחרות, הוא מלאכה קשה ואולי בלתי-אפשרית לשופטים רבים, במיוחד בתיק חמור של נאשם חי.²¹³ גם בהקשר האזרחי, קבלה או דחייה של תביעה שפירושה עמידה לצד תובע או נתבע שברור כי האמת אינה לצידו, אלא בצד שכנגד, וזאת רק בגין הפרות דין של הצד האחר באיסוף הראיות, רחוקה מלהיות פשוטה לשופט. השופט אינה מעמידה לדין את הפרקטיקה הנפסדת ואינה שוקלת את הפגיעה שהיא מסיבה לאזרחים חפים שאינם לפנייה – פגיעה שעשויה להיות רחבה ומכוערת, כמו במקרה של פרקטיקה שפוגעת בעיקר באוכלוסיות מסוימות, בפילוח גזעי או חברתי-כלכלי²¹⁴ – אלא מעמידה אותה אל מול האישום של הנאשם שלפניה. לתפיסתה, פסילת הראיה לא תעצור את הפרקטיקה הנפסדת, ואולי אף לא תועיל כלל, אלא אך תיתן מסר ערטילאי מחזק לערך מופשט. לעומת זאת, מחירה לא יהיה מופשט כלל, אלא קונקרטי.²¹⁵ קשה מאוד לשלם מחיר ערכי קונקרטי בעבור מסר מופשט, לוותר על יעד ערכי ברור ומוחשי בהווה בשאיפה לתרום בלתי-נודעת ליעד ערכי עתידי. ניתן אולי לומר אפילו כי אין זה טבע האדם, ובכלל זה טבעו של השופט.

ראוי להדגיש, כהערה מושגית, כי הנטייה השיפוטית להכריע בעימות שבין המופשט לבין הקונקרטי לטובת קבלת ראיה שהושגה לא כדין היא למעשה נטייה להעדיף את האינטרס הציבורי על זכויותיו של הפרט הנאשם.²¹⁶ עניין זה נראה מפתיע לרגע בשיח החוקתי, אולם אין זה מפתיע בענף אחד ומיוחד של המשפט הציבורי – המשפט הפלילי. "זכויות אדם" הוא מונח מלהיב מבחינה אקדמית, בעיקר במישורים חוקתיים מופשטים ונעמיים; אולם הוא רחוק מלהלהיב חברתית כאשר מבקשים לרתום אותו לטובת נאשם בפלילים.²¹⁷ בזירת המשפט

210 אבי שגיא "בין אתיקה של חמלה לאתיקה של צדק" צדק שלי, צדק שלך – צדק בין תרבויות 173, 182–176 (ידידיה צ' שטרן עורך, 2010).

211 Stuntz, *Warrants and Fourth Amendment Remedies*, לעיל ה"ש 164, בעמ' 915.

212 Calabresi, לעיל ה"ש 16, בעמ' 114–115.

213 Blum, *Israel's Exclusionary Rule After Issacharov*, לעיל ה"ש 12, בעמ' 411.

214 Saul Levmore & William J. Stuntz, *Remedies and Incentives in Private and Public Law: A Comparative Essay*, 1990 Wis. L. Rev. 483, 495. ראו גם Tipton, לעיל ה"ש 13, בעמ' 1351–606.

Jacobi; לעיל ה"ש 16, בעמ' 605–606.

215 עניין מועדי, לעיל ה"ש 51, בעמ' 263–264.

216 Blum, *Israel's Exclusionary Rule After Issacharov*, לעיל ה"ש 12, בעמ' 441.

217 הרדוף "צללים של ספק ציבורי – בעקבות תיק זדורוב", לעיל ה"ש 203, בעמ' 292.

הפלילי, שהיא הזירה הפחות-אהודה של המשפט הציבורי, וגם הזירה שבה הפגיעה המשפטית בזכויות הפרט היא הקשה ביותר,²¹⁸ קיימת מגמה מובהקת של העדפת האינטרס הציבורי.²¹⁹

5. סיכום-ביניים: התועלת המוגבלת של כללי הפסילה הערכית

כללי הפסילה הערכית מביאים תועלת שיפוטית מוגבלת ולזכויות ולערכים. הגיבוי הערכי שהם מספקים בבית-המשפט סמלי או חלש. הכללים מאפשרים למערכת המשפט לייצר חזות אדוורסרית מאוזנת, ולשלוח מסר שלפיו הדרך לבית-המשפט חשובה לעיתים לא פחות מהדין המהותי שנדון בו. למסר זה יש ערך רטורי ועיוני.

מעבר לכך, ייתכן שקיימת בישראל גם פסילה ערכית מהותית, ואפשר אפילו שהיא אינה נדירה, אלא שהיא מתרחשת בזירה סמויה: במשרדי התביעה. כללי הפסילה בישראל מותירים את רשויות האכיפה בחוסר ודאות לגבי קבילות הראיות, והדבר עשוי לצנן מראש הפרות דין משטריות, כמובן בהנחה שהמשטרה אינה שותפה להשקפה בדבר חולשתם של כללי הפסילה.²²⁰ אם הדין הופר בכל-זאת, התובעת שתקבל את תיק החקירה עשויה לחשוש שבית-המשפט לא יקבל את הראיה הבעייתית לנוכח דרך השגתה, ולפיכך היא עשויה להימנע מלבקש להגיש לבית-המשפט או אף להימנע כליל מהגשת כתב אישום. לכללי הפסילה יש בוודאי השפעה מצננת שאינה מגובה אומנם שיפוטית אך פועלת היטב ברשות התביעה,²²¹ וייתכן אף ששם עיקר פועלם.²²² באופן דומה, ייתכן שטיעוני פסילה שיושמעו לפני פתיחת הדיון בבית-המשפט יניעו אותה לסגת מהאישום או להגיע עם ההגנה להסכמות, שימנעו דיון שיפוטית בשאלת הפסילה הערכית. מה שנכון בהקשר הפלילי נכון במידה פחותה בלבד בהקשר האזרחי, שבו סעיף 12 לפקודת הראיות אינו רלוונטי ואין תחולה גם לדוקטרינת הפסילה, אשר הגבילה את עצמה למשפט הפלילי. עם זאת, בתיקים שונים עורך-הדין עשוי לחשוש מפסילת ראיה – למשל, מכוח חוק הגנת הפרטיות – ולפיכך להימנע מהגשת תביעה או להגיע לפשרה. הצלחתם של כללי פסילה נמדדת לא רק בבית-המשפט, ואפילו לא רק במשרדי התביעה, אלא גם – ואולי בעיקר – בשטח, שם היא מתבטאת בהפנמת הכללים על-ידי אוספי הראיות²²³ ובשינוי התנהגותם מפסולה למותרת,²²⁴ בעיקר בתיקים שחשוב להם להכריע.²²⁵ כלומר, כשם

218 מרדכי קרמניצר עיקרי מבנה וארגון של העבירות הספציפיות (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים, 1980); מרדכי קרמניצר "האם חסרי עבירות אנחנו?" משפטים יג 159, 160–161 (1983).

219 אסף הרדוף "אי-חקיקה, משפט-יתר וחירות-חסר: על פסיביזם חקיקתי ואקטיביזם ליטיגטורי-שיפוטי, גבולות המשפט וגבולות אי-המשפט" מאזני משפט יב 55, 70–83 (2019).

220 השוהו Dripps, לעיל ה"ש 13, בעמ' 14; Alschuler, לעיל ה"ש 12, בעמ' 445–446.

221 השוהו Jacobi, לעיל ה"ש 16, בעמ' 619.

222 Kerr, *Scope of the Exclusionary Rule*, לעיל ה"ש 94, בעמ' 1083.

224 מחקרים אמפיריים תומכים במסקנה שכללי פסילה מייצרים שינוי, והומחש גם כי אם המשטרה מפרה את החוק ואף-על-פי-כן אינה סובלת מסנקציות, היא ממשיכה להפר את החוק. ראו Myron W. Orfield, Jr., *The Exclusionary Rule and Deterrence: An Empirical Study of Chicago Narcotics Officers*, 54 U. CHI. L. REV. 1016, 1019–1022, 1024–1030 (1987).

225 Kamisar, לעיל ה"ש 192, בעמ' 132.

שחוקי-היסוד לא הובילו לפסילות חוקים רבות בישראל אך השפיעו על הליכי חקיקה ובכך השיגו חלק ממטרתם מחוץ לבית-המשפט,²²⁶ ייתכן שגם כללי הפסילה משיגים את מטרתם דווקא מחוץ לבית-המשפט.

לסיכום, קיימת תרומה רטורית של רעיון הפסילה הערכית, שניתן להתווכח עליה לנוכח העדר גיבוי ממשי לרעיון. את התרומה המעשית של הרעיון (כמו גם את מחירו המלא) לא יזכו מערכת המשפט והציבור לגלות. אם אנו רוצים תרומה גדולה יותר, ואולי גלויה יותר, דרוש שינוי.

ג. הגנה ערכית משופרת

1. מבוא

הפסילה הערכית בישראל פועלת בצנעה, בחולשה או בסתר. מי שסבור כי מצב זה משביע רצון – למשל, משום שההגעה לאמת חשובה בעיניו יותר מההגנה הערכית – עשוי לצעוד צעד נוסף ולהציע לבטל לגמרי את רעיון הפסילה הערכית. ביטול כזה יצמצם את הפער בין הרטוריקה למציאות, ימנע דיונים עקרים בבית-המשפט, ויגדיל את הסיכוי להגעה לאמת בבית-המשפט. לעומת זאת, מי שאינו מוכן להקריב זכויות וערכים על מזבח האמת, בווכרו כי האמת עצמה משרתת הגשמה של זכויות וערכים, ולכן מעוניין להבטיח הגנה חזקה יותר לזכויות ולערכים שנפגעים מאיסוף ראיות לא כדין, יחפש כיוונים לפתרון. אשוב ואדגיש כי גם מי שמתמקד בהמשגה של "הליך הוגן", ולא (כמוני) בהמשגה של הגנה על ערכים וזכויות, אינו יכול לא להכיר בקשר שבין הגינות ההליך השיפוטי לבין תהליך איסוף הראיות, משום שהאחרון הוא שמייצר בענייננו את הדיון בראשונה.

בפרק זה, האחרון בגוף המאמר, אצא מנקודת מוצא אשר דוחה את האפשרות להסתפק בתועלת המוגבלת של כללי הפסילה דהיום, מחד גיסא, ואת הרעיון הבעייתי שלפיו ניתן להפר דין אחד בדרך לאכיפת דין אחר בלי השלכות, מאידך גיסא. אבחן אפשרויות מגוונות לחיזוק ההגנה הערכית: אפתח בחיפוש פתרונות דיוניים, אתקדם לפתרונות מגוונים בדין המהותי, ואסיים בפתרונות בדיני הראיות.

יודגש כי כל כיוון לפתרון שאעלה ניתן וראוי להרחבה, לפירוט ולהעמקה. איני מתיימר להציג הצעות חוק או מתווה פסיקתי ממצה. לא הסתפקתי בביסוס הבעיה, אך הואיל והיריעה הנוכחית רחבה דייה, אסתפק בשלב זה בהצפת רעיונות מגוונים, שכל אחד מהם כולל מן הסתם יתרונות וחסרונות שראוי לשקול בקפידה.

2. פתרונות דיוניים מוקדמים

פסילה ערכית באה בתגובה על הפרת דין הפוגעת בפרט ובזכויותיו. פתרון במישור הדיוני יבקש למנוע את ההפרה מלכתחילה. במובן מסוים זו יומרה בלתי-אפשרית: הרי כבר קיים דין

²²⁶ ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל: עקרונות יסוד 256 (2005) (להלן: רובינשטיין ומדינה עקרונות יסוד).

דיוני המבקש לצמצם פגיעות בלתי-ראויות או בלתי-מידתיות של המשטרה בפרט, ואותו דין הופר. זו ראשית הבעיה: הדין הדיוני אינו משכיל למנוע את הפגיעה בזכויות הפרט.²²⁷ גם הדין הראייתי אינו מספק פתרון הולם.²²⁸ הניתן לעצור את הבעיה בראשיתה, למשל, על-ידי ערובות פרוצדורליות הולמות?²²⁹

אפתח ואדגיש כי דין דיוני לא יעצור משטרה שמוכנה ויכולה לפעול בניגוד לו. נכונות לפעול בניגוד לו פירושה שהמשטרה אינה חוששת מסנקציה שתושט עליה או על המדינה בגין ההפרה, בין משום שהסנקציה קלה ובין משום שאין סנקציה כלל. למשל, אם שוטר יודע כי חיפוש לא-חוקי שיערוך לא יגרור השלכות נגדו, נגד המשטרה ונגד המדינה, הוא עשוי להיות נכון לבצעו בלי חשש. כשם שהפרט הוא רציונלי והדין הפלילי המהותי מבקש להרתיעו באמצעות סנקציה מענישה, כך בוודאי גם השוטר. יתר על כן, להבדיל מהפרט הממוצע, יש יסוד להניח שהוא גם יודע את דרישות החוק ממנו, שכן כללי פסילה אמורים לתמרץ ידיעה משטרית משופרת של החוק,²³⁰ ולא רק ידיעה – אלא גם הבנה והפנמה.²³¹ אומנם, ההנחה שהשוטר יציית לחוק מתוך תפיסת החוק כראוי, אף ללא כל מורא מסנקציה, אינה מופרכת, גם אם אינה נכונה בכל המקרים. אזרחים רבים אינם מפרים חוקים לא בגלל חשש מסנקציות אפשריות, אלא בשל העדר הניעה או משום שהחוק מתיישב עם תפיסותיהם וערכיהם או מפני שהם מאמינים בלגיטימיות של מערכת המשפט.²³² אולם כאשר יש הניעה להפר את החוק והתפיסה הערכית אינה מספקת לבלימת ההתנהגות, הסנקציה הפוטנציאלית מבקשת לייצר תמריץ שלילי ומרתיע.²³³ כך לגבי האזרח, שהרי לעיתים הפרת החוק הינה רציונלית מבחינתו, ואפילו פשעים קשים הינם רציונליים לעיתים;²³⁴ וכך גם לגבי השוטר, שלעיתים המעשה הרציונלי מבחינתו הוא להפר את הדין כדי לתפוס את מי שאשם לדעתו במעשה העברה שהוא חוקר. הרבה לפני השופט, שניצב בפני פיתוי ראייתי, השוטר עלול להימצא בפני פיתוי דיוני, כאשר הצדק ברור לו ודוחף אותו להתנהגות מפרת-דין בדרך לאכיפת הדין כלפי אזרח. אחד מתפקידיו של כלל הפסילה הוא להרתיע את השוטר ולייצר למדינה תמריץ שלילי להפרת הדין.²³⁵ זאת, כמובן, בהנחה ששאלת ההרשעה מעניינת את המשטרה במידה מספקת.²³⁶

Nimrod Kozlovski, *A Paradigm Shift in Online Policing – Designing Accountable Policing* 227
 .322 (JSD Dissertation, Yale Law School, 2005)

Wilson, לעיל ה"ש 189, בעמ' 44. 228

מריין וקיטאי-סנג'רו, לעיל ה"ש 46, בעמ' 440. 229

Dripps, לעיל ה"ש 13, בעמ' 15, 17–18, Kerr, *Scope of the Exclusionary Rule*, לעיל ה"ש 94, בעמ' 1083. 230

זהו המצב הרצוי, גם אם לעיתים לא המצוי. ראו Orfield, לעיל ה"ש 224, בעמ' 1022–1023, 231
 Jacobi; לעיל ה"ש 16, בעמ' 600–607. ברור גם שהשוטר אינו מומחה למשפט, ואינו יכול לחזות כיצד יפרש בית-המשפט את הדין בהקשרים חדשניים. ראו Kerr, *Scope of the Exclusionary Rule*, לעיל ה"ש 94, בעמ' 1083.

TOM R. TYLER, WHY DO PEOPLE OBEY THE LAW – WITH A NEW AFTERWORD BY THE 232
 AUTHOR 3–4, 62 (2006)

HERBERT L. PACKER, THE LIMITS OF THE CRIMINAL SANCTION 39–46 (1968) 233

הרדוף "צללים של ספק ציבורי – בעקבות תיק זדורוב", לעיל ה"ש 203, בעמ' 302–304. 234

Gray, לעיל ה"ש 13, בעמ' 17–19, 25. 235

יכולת לפעול בניגוד לדין פירושה שהמשטרה מסוגלת, הלכה למעשה, להפר את הדין, ואין בפניה מעצור טכני. למשל, כדי לבצע חיפוש, האזנת-סתר או השוואת נתונים במאגר הגנטי, המשטרה אינה זקוקה לבית-המשפט מבחינה טכנית. לעומת זאת, כדי לבצע יירוט נתונים במצבים מסוימים, היא זקוקה לעזרת צד ג, ויש להניח שהלה ידרוש ממנה צו שיפוטי. אם כן, כאשר אין למשטרה יכולת טכנית עצמאית לבצע את הפעולה לא כדין, לסדר הדין הפלילי יש שיניים חזקות.²³⁷ מישור הנכונות הוא סובייקטיבי-הכרתי, ולכן ההתמודדות עימו מכוונת גם היא להכרתו של הגורם המוסדר. להבדיל, מישור היכולת הינו אובייקטיבי, ומצריך פתרון שימנע אפשרות של הגורם המוסדר לפעול בניגוד לנומה.²³⁸

כלומר, הדין הדיוני מתאים לספק הגנה לזכויות ולערכים כלפי משטרה שמעוניינת לציית לחוק ואינה מוכנה להפר אותו במודע, או כלפי משטרה שאינה יכולה אלא לציית לו. לגבי משטרה שמוכנה ויכולה להפר את החוק נדרשים פתרונות מהותיים או ראייתיים. מה שנכון לגבי המשטרה נכון גם לגבי גורמים נוספים, ציבוריים ופרטיים.

אף שפתרון דיוני לא יהיה שלם, ייתכן שהוא יוכל לצמצם חלק לא-מבוטל מהבעיה. יתרה מזו, הקפדה דיונית חזקה יותר תגן לא רק על האשמים והחייבים מפני פגיעות אסורות בהם, כפי שהפסילה הערכית מתיימרת לעשות, אלא גם – ואולי בעיקר – על החפים והתמים, אלה שסיפורם לא יסופר בהמשך בבית-המשפט בהעדר מסגרת מתאימה.²³⁹ פרוצדורה אפקטיבית תמנע פגיעות בלתי-ראויות ובלתי-מידתיות, וזהו אינטרס של כל אזרח בישראל, שעלול ברגע הלא-נכון ליפול קורבן לפרקטיקה משטרית לא-חוקית.

אולם לפרוצדורה אפקטיבית יש גם מחיר. כעולה מהמאמר, לעיתים פגיעות בלתי-ראויות מפיקות תוצאות ראייתיות מועילות. דומני שקל יותר לשלם בשלב מוקדם מחיר עמום ובלתי-ידוע מאשר לשלם בהמשך מחיר המונח על השולחן בצורת פיתוי ראייתי, שבית-המשפט מתקשה לעמוד בפניו.²⁴⁰ עלות נוספת ולא-מבוטלת של פרוצדורה אפקטיבית היא הצורך להשקיע שפע של משאבים ומאמץ, שכרוכים בנטל לא רק על אוספי הראיות, אלא גם על ספקי הצווים. עם זאת, בעבור ערכים ראוי לעבוד, אפילו קשה.

בעניין זה יש להדגיש כי מלאכת השיפוט בשלב המוקדם של איסוף ראיות נעשית כיום לרוב במעמד צד אחד, מן הטעם שאיסוף הראיות צריך להפגיע את הנחפש כדי להיות אפקטיבי, שאם לא כן הלה עלול להסתיר את הראיה או להשמידה. אולם העדר האדוורסריות מביא לידי פגיעה בפרט בשלושה מובנים מצטברים: האחד הוא שאין מי שיטען לטובתו ונגד

236 קיימות ראיות לכך שהמשטרה מתעניינת יותר במעצרים, בחילוט, בהפגנת נוכחות, בהשלטת סדר קהילתי ובהטרדת מיעוטים. Jacobi, לעיל ה"ש 16, בעמ' 605.

237 במצבים מסוימים יש לה יכולת טכנית אך היא חייבת בכל-זאת את שיתוף-הפעולה השיפוטי משום שבלעדיו יקים בית-המשפט מחסום בפניה. לדוגמה, אין למשטרה בעיה טכנית להחזיק חשוד במעצר ראשוני יותר מעשרים וארבע שעות ובמעצר ימים יותר מחמישה-עשר ימים, אך במצב כזה יוכל בא-כוח החשוד, אם יש לו כזה, לפנות לבית-המשפט ולקבל סעד נגד הפעולה הלא-חוקית המתמשכת.

238 LAWRENCE LESSIG, CODE AND OTHER LAWS OF CYBERSPACE 237–239 (1999).

239 לטיעון שלפיו גם כלל פסילה ערכית מגן על חפים, על-ידי צמצום הסיכוי לפגיעה עתידית בהם, ראו Dripps, לעיל ה"ש 13, בעמ' 13.

240 Stuntz, Warrants and Fourth Amendment Remedies, לעיל ה"ש 164, בעמ' 915.

הפגיעה בו בטרם התבצעה, אלא רק מי שיטען לחובתו; השני הוא שבית-המשפט אינו רואה את פני הפרט ואינו מביט בעיניו, וקל הרבה יותר לאשר פגיעה במי שרחוק מהעין ואולי יישאר לעולם כזה; והשלישי הוא שבהעדר סנגור ובהעדר הפרט, הדיון נהיה לא רק מוטה לרעת הפרט, אלא גם יסודי הרבה פחות. שופט שמתבקש על-ידי שוטר לחתום על מאה צווי חיפוש ביום, במעמד השוטר והשופט בלבד, לא יקדיש תשומת-לב מרובה לכל בקשה ובקשה, ונשיא בית-המשפט בוודאי לא יקצה לו משאבי זמן הולמים. זאת, לנוכח הבעיה המוכרת של עומס שיפוטי.²⁴¹ כך שאפילו מעורבות שיפוטית אינה בהכרח פתרון דיוני ראוי למניעת פגיעה ערכית בלתי-ראויה. בקרה שיפוטית כשלעצמה אינה מספקת; פרוצדורה ראויה מצריכה תשומת-לב ראויה.²⁴²

חרף ההסתייגויות האמורות, ניתן לחשוב על דרכים לייצר פרוצדורה שתצמצם את הפגיעות הבלתי-ראויות בפרט. ניתן לחשוב על דרכים למנוע מהמשטרה אפשרות טכנית לביצוע פרקטיקה ללא מילוי דרישות החוק. למשל, ניתן לייצר פרוצדורות שמבחינה טכנית לא המשטרה עצמה מבצעת, אלא גורם שלישי, דוגמת יירוט נתוני תקשורת. גם חיפוש או האזנות (להבדיל מחיפוש ספונטני הנעשה, למשל, על-ידי שוטר המגיע לזירת רצח טרייה) ניתנים ברגיל לביצוע על-ידי ישות שאינה המשטרה עצמה, אלא גורם ממשלתי אחר שזה תפקידו.²⁴³ אם צו חיפוש סטנדרטי ימומש על-ידי גורם ממשלתי לבר-משטרה, היכולת המשטרית לבצע חיפוש עצמאי לא תיעלם, אך יומרתה להפיק מכך ראיות כדין תצטמצם מאוד, ולצידה גם היכולת לתמרן ולעקוף את החוק. אפשר לטעון כי הפגיעה באזרח תצטמצם גם לנוכח העובדה שהמגע שלו יהיה עם גורמים שאינם שוטרים ואשר אין להם לפיכך עניין או להט-יתר לסיים חיפוש במציאה ובתפיסה. אולם כנגד זה ניתן לגרוס כי גם גורמים כאלה פתחו מדדי הצלחה, שכרוכים גם בתפיסת ראיות מפלילות ובסיוע למימוש האינטרס הציבורי באכיפת הדין הפלילי, ולפיכך עלולים לאבד את הניטרליות שבשמה הם נוסדו.

לחלופין ניתן לנסות להפוך פרוצדורה ליסודית ולקשוחה יותר, ואפילו לאדוורסרית כאשר הדבר אינו פוגע בצורה מהותית באפקטיביות שלה. יש סיבות טובות לכך שקיימים דינים לאיסוף ראיות ושאינם מסתפקים במתן חופש פעולה משטרתי למציאת ראיות, וסיבות טובות לא פחות לכך שחלק גדול מדיני איסוף הראיות תובעים מעורבות ובקרה שיפוטיות בעוד מועד.²⁴⁴ אולם לעיתים הדינים בלתי-מאוזנים באופן קיצוני, כך שגם דרישה דיונית לבקרה שיפוטית מראש אינה פותרת את הבעיה.

לדוגמה, חיפוש במחשב הינו פרוצדורה שקלותה המשפטית בישראל אינה סבירה, לדעתי, לנוכח פוגענותה העצומה. עושר המידע הממוחשב ופרטיותו ראויים להגנה חזקה יותר, כך

241 בנימין כהן "צמצום העומס – כיצד? מחקרי משפט ח 85 (1990); משה בורנובסקי ורן לחמן "ישימות הבוררות, כמנגנון להקלה בעומס על מערכת בתי-המשפט בישראל" הפרקליט מ 269 (1992); קרן וינשל-מרגל, ענבל גלון ויפעת טרבולוס "יצירת מדד משקלות תיקים להערכת העומס השיפוטי בישראל" משפטים מד 769 (2015).

242 בלום, רבין ואריאל, לעיל ה"ש 48, בעמ' 842.

243 K.A. Taipale, *Data Mining and Domestic Security: Connecting the Dots to Make Sense of Data*, 5 COLUM. SCI. & TECH. L. REV. 2, part IV(A)3 (2003).

244 השו" Stuntz, *Warrants and Fourth Amendment Remedies*, לעיל ה"ש 164, בעמ' 885–897.

שרק במקרים של חשד לפשע וציפייה סבירה למצוא ראיות לביצועו יהיה אפשר להגיע אליהם. הדרישה לחשד לפשע תסנן החוצה עברות רבות שניתן לחוקרן בצורה פוגענית פחות; והדרישה לציפייה סבירה למציאת ראיות תמנע את מה שהפסיקה מכנה בהקשרים אחרים "מסע דיג", שבמסגרתו זורקים רשתות בשפע בתקווה למצוא בסוף ראייה מרשיעה.²⁴⁵ מסע זה מסב פגיעה קשה בפרטיות ובערכים אחרים. בהקשר זה ניתן לייצר פרוצדורה דו-שלבית שמפרידה בין תפיסת המחשב לבין החדירה אליו. התפיסה תיערך בצו שיפוטי שניתן לפי דרישות המחוקק, רצוי כאלה שיהיו גבוהות בהרבה מהנוכחיות. המחשב שייפסס – יהא זה מחשב נייד, טלפון וכדומה – ינותק מהמרשתת ומפגיעה אפשרית בראיות מרחוק, ויובא מיידית לבית-המשפט. לאחר שיוועץ החשוד עם עורך-דין, ולאחר שהות קצרה שתאפשר להגנה להתכונן לדיון, ייערך דיון אדוורסרי בדבר בקשת המדינה לחדור למחשב. ניתן אפילו להפוך את היוצרות ולקיים דיון זה במעמד צד אחד שבו דווקא הסנגור יסתודד עם השופט ויבקש לשכנעו לצמצם את הפגיעה בפרט.

הליך כזה יהיה יסודי בהרבה מההליך דהיום, וימנע פגיעות ערכיות מיותרות בזכויותיהם של אשמים וחפים כאחד. הסינון ימנע את יצירת הפיתוי הראייתי בהמשך, שכן קל יותר לוותר על מה שערכו מצוי בספק. ההליך ימנע לא רק חדירות מיותרות לחומר מחשב, אלא אפילו תפיסות מחשב מיותרות. זאת, משום שלא רק המשטרה תדע שעליה להצדיק את התפיסה; גם השופט שיתבקש להתיר אותה יצטרך לחשוב גם על השלב הדיוני הבא, השלב האדוורסרי, ובכלל זה על פני החשוד שהוא יצטרך לראות, על טיעוני הסנגור שהוא יצטרך לשמוע, ואולי גם על הצורך לקבל החלטה שלא תיהפך בערר. לא יהא זה עוד הליך המסתכם בצו שיפוטי חסר פנים שקל לחתום עליו וקל יותר לטעות בו, אלא הליך המחייב אחריות שיפוטית גבוהה יותר. ככל שההליך יהיה שקוף יותר, תגדל אפשרות הביקורת עליו, ובעקבותיה גם האחריות שבהפעלת הסמכות.²⁴⁶ ניתן אף להגביר את האחריות ולשוב להליך בקרה לאחר החדירה, כדי לברר אם הוא היה מוצדק אם לאו.

כתהייה ריאליסטית קשה, ייתכן שהמדינה אינה מעוניינת באמת להגן על זכויות הפרט החשוד, שאם לא כן היא יכלה לכוון תנאי-מגן לכל פרוצדורה פולשנית ופוגענית. למשל, במקום זכות היועצות הייתה פרוצדורה שמחייבת את החשוד להיפגש עם סנגור לפני תחילת התשאול המשטרתי. פרוצדורה כזו הייתה מבטיחה הגנה על רבות מזכויות הנאשם, ואולי גם קידום של האפשרות להגיע לראיות מזכות.²⁴⁷ היא הייתה מבטיחה גם הרבה פחות שיתוף-

245 בדרך-כלל הביקורת בהקשר זה מופנית דווקא כלפי ההגנה, שמבקשת לעיין במה שלדבריה הוא "חומר חקירה" שהרשות החוקרת לא העבירה לידיה. בש"פ 2292/09 חייבטוב נ' מדינת ישראל, פס' 13 לפסק-דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 27.7.2009); בש"פ 8252/13 מדינת ישראל נ' שיינר, פס' 43 לפסק-דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 23.1.2014). לעיתים נדירות הביקורת מופנית כלפי המשטרה. דנ"פ 5852/10 מדינת ישראל נ' שמש, פס' 6 לפסק-דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 9.1.2012).

246 Kozlovski, לעיל ה"ש 227, בעמ' 343, 406; Erik Luna, *Transparent Policing*, 85 IOWA L. REV. 1107, 1120, 1170 (2000); Erik Luna, *Principled Enforcement of Penal Codes*, 4 BUFF. CRIM. L. REV. 515, 565–566 (2000).

247 השוו מריין וקיטאי-סנג'ור, לעיל ה"ש 46, בעמ' 443–445.

פעולה מצד חשודים, פחות הפללה ובוודאי פחות הפללה עצמית. בכך המשטרה והתביעה בוודאי אינן מעוניינות, ומכיוון שהן נלחמות להגשמת הדין המהותי שיצר המחוקק, ניתן לשער שאוזני המחוקק כרויות להן מאוד, לעיתים אף יותר מכפי שהן קשובות לרעיון של חירות הפרט.

3. פתרונות מהותיים

בהנחה שהדין הדיוני לא ימנע מהמשטרה את האפשרות הטכנית להפר את החוק, יש לכוון את הפתרונות לנכונותה, להגניעה שלה, כדי לצמצם את הסיכוי שהיא תעשה כן. דיני הראיות עושים זאת על ידי צמצום התמריצים להפרת החוק, ואילו הדין המהותי עשוי לעשות כן על ידי יצירת תמריצים לא להפר את החוק.²⁴⁸ כאשר המחוקק יוצר פרוצדורה והמשטרה פועלת בניגוד לדבר, ניתן לייצר השלכות שליליות לשוטר או למשטרה. אם ניתן להמריץ חשודים לשתף פעולה בחקירה,²⁴⁹ ניתן גם לספק למשטרה תמריצים מגוונים לציית לחוק ולעשות את עבודתה כמצופה ממנה, שאם לא כן היא תשלם מחיר. מתוך תפיסה שאין זכות ללא תרופה,²⁵⁰ ניתן להציב, למשל, תג מחיר פלילי, משמעותי או נזיקי.

במקרה הדרמטי ביותר ההשלכות יכולות להיות העמדה של שוטר לדין פלילי בגין הפרת החוק: סנקציה משפטית למי שפגע בזכויות.²⁵¹ יתרונו הגדול של כלל מהותי כזה הוא שאין עוד צורך בבחירה בין רע לרע, ואין עוד צורך להשלים עם שום מימד של הפרת דין. במקום שהפרט יזוכה ולא ישלם על מעשיו הרעים, או שאוסף הראיות לא יסבול כל השלכה שלילית כתוצאה ממעשיו הרעים, תחת כלל מהותי הפרט ישלם על מעשיו הרעים, ובד בבד אוסף הראיות ישלם גם הוא על מעשיו.²⁵² לשם כך דרוש איסור פלילי קונקרטי בנוגע להפרת הפרוצדורה או איסור עונשי כללי שמתאים לסוג ההפרה.

ברוב המקרים אין איסור פלילי קונקרטי בנוגע להפרת הפרוצדורה, ואין תמה בכך: המחוקק אינו ממנה לאיים על שלוחתו המשטרה בסנקציה פלילית בשעה שזו תרה למענו אחר מפרי החוק הפלילי המהותי, שאותו כונן הוא עצמו. גם האיסורים הכלליים, דוגמת אלה המצויים בחוק העונשין, התשל"ז–1977, אינם נפרשים בקלות על הפרות משטריות; אף כאשר ההפרות פוגעות בערכים דומים, הן אינן פוגעות בהם בצורה דומה, כלומר, אינן מקימות את יסודות האיסורים.

אפילו במצבים שיש בהם איסור פלילי קונקרטי או איסור כללי מתאים הסיכוי להעמדה לדין אינו גבוה, משום שהרשות האוכפת אינה נוטה להאשמה עצמית. למשל, האזנת סתר,

248 סטנטז כתב שפסילת ראיות שהושגו לא כדין היא הכלי העיקרי לאכיפת הגבלות על המשטרה. לטענתו, כלי זה מתאים להסדרת איסוף ראיות, אך לא להסדרת אלימות משטרית, בגין העדר קשר סיבתי בין שימוש בלתי-סביר בכוח לבין גילוי ראיות מפלילות. ראו Stuntz, *Privacy's Problem and the Law of Criminal Procedure*, לעיל ה"ש 126, בעמ' 1072.

249 דורון מנשה ולימור ריזה "יש שהנידון מנדב ראיה – תמריצים ראייתיים לעידוד חשודים ותביעה לשתף פעולה" מחקרי משפט כה 845 (2009).

250 Dripps, לעיל ה"ש 13, בעמ' 33.

251 Srinivas, לעיל ה"ש 1, בעמ' 217.

252 Tipton, לעיל ה"ש 13, בעמ' 1356; Dripps, לעיל ה"ש 13, בעמ' 10.

כזכור, היא לא רק פרוצדורה, אלא גם איסור פלילי. שוטר שמבצע האזנת-סתר לא כדין לא רק יוצר ראיה בלתי-קבילה בכוח, אלא גם עובר עברה מסוג פשע, ואזרח שמבצע האזנת-סתר בהכרח מבצע פשע. לשוטר ולאזרח אין סייג מתאים מפני העמדה לדין. אולם בפועל, אם הם הפיקו ראיות בעלות ערך, לא סביר שהם יועמדו לדין; ואם הם לא הפיקו, נראה שלא נדע על מעלליהם. סוהרים שמחזיקים אסיר בכוח ומשקים אותו מי-מלח כדי לאלצו להקיא את תכולת קיבתו, שחשודה ככוללת סמים, מבצעים לכל-הפחות עברה של תקיפה בנסיבות מחמירות לפי סעיף 382 לחוק העונשין. האמירה שניתן לקבל את הראיה ולהתייחס לאי-החוקיות שבמעשיהם בנפרד נשמעת הגיונית, אלא שהיא אינה תואמת את המציאות:²⁵³ הציבור לא יתמוך כנראה בהאשמת שוטרים בגין אכיפה נוקשה שהובילה לתפיסת אשמים;²⁵⁴ המחלקה לחקירות שוטרים קרוב לוודאי לא תמהר לעסוק דווקא בסוג כזה של התנהלות משטרתית בעייתית; התביעה אינה ששה להעמיד שוטרים לדין;²⁵⁵ ולבסוף, אפילו לנאשם עצמו אין בהכרח תמריצים מתאימים להתלונן על המשטרה, ולעיתים אף יש לו תמריצים דווקא לא להתלונן.²⁵⁶ אם כן, הפתרון של החלת הדין הפלילי המהותי, כגורם מצנן פוגענות בתהליך איסוף הראיות, נע על הקשת שבין פתרון פוגעני ולא-מידתי כלפי המשטרה ואוספי ראיות אחרים, בקצה האחד,²⁵⁷ לבין תמימות או סילוף המציאות – קרי, פתרון פיקטיבי – בקצה האחר.

אולם הדין הפלילי אינו היחיד שמאפשר להטיל סנקציה על שוטר שהפר את הדין. לפחות לגבי המשטרה וגורמים ציבוריים שונים ניתן לפנות לדין המשמעתי, שהוא בבירור מקל ומידתי בהרבה מבחינת הסנקציות האפשריות שלו. אומנם הבחירה לכנות את הפרות החוק על-ידי המשטרה "עברות משמעתי" מגמדת-משהו את עוצמת ההפרה באותם מקרים שבהם אין מדובר בהפרת נוהל משטרתית גרידא. אולם הדבר עשוי לשמש גורם מצנן להפרות. כמו בדין הפלילי, גם הדין המשמעתי מצריך גוף עם הניעה להעמיד לדין ועם יכולת לזהות ולהוכיח הפרות חוק משטרתיות לא רק כאשר הן נחשפו בבית-משפט,²⁵⁸ וכן מערכת שיפוטית עם משאבים שמבקשת לדכא הפרות חוק כאמור במלוא הרצינות. יש לעבוד כדי שתנאים אלה יתקיימו.²⁵⁹

253 ד"נ ועקנין, לעיל ה"ש 39; יורם שחר "סדר דין פלילי" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ב – תשנ"ג 375, 418–419 (אריאל רוזן-צבי עורך, 1994).

254 Dripps, לעיל ה"ש 13, בעמ' 19.

255 הרנון "ראיות שהושגו באמצעים בלתי הוגנים", לעיל ה"ש 9, בעמ' 42.

256 Calabresi, לעיל ה"ש 16, בעמ' 114.

257 מי שמבקש להעניש שוטרים בגין פגיעה בזכויות הפרט עשוי לבקש להעניש גם שופטים שפגעו כאמור. ראו Srinivas, לעיל ה"ש 1, בעמ' 218.

258 בהקשר זה עולה החשש שככל שיתחזק הכלל שנלחם בהתנהגות משטרתית פסולה – ברובד הראייתית או במישורים אחרים – ייטו השוטרים לשקר כדי למנוע את הפגיעה בהם. ראו Dripps, לעיל ה"ש 13, בעמ' 13; Alschuler, לעיל ה"ש 15, בעמ' 1376–1377; Orfield, לעיל ה"ש 224, בעמ' 1049–1050; Calabresi, לעיל ה"ש 16, בעמ' 113; Jacobi, לעיל ה"ש 16, בעמ' 607–611. החשש המטריד שהשתת ריבוי מגבלות שיפוטיות על המשטרה יוביל לריבוי שקרים של שוטרים עלה גם בישראל. ראו עניין מועדי, לעיל ה"ש 51, פס' 6 לפסק-דינו של הנשיא (בדימ') כהן.

259 הרנון כתב, אם כי לפני עשרות שנים, שגם העמדה לדין משמעתי היא נדירה בהקשר זה. ראו הרנון "ראיות שהושגו באמצעים בלתי הוגנים", לעיל ה"ש 9, בעמ' 42.

סנקציה רכה יותר עם פוטנציאל לצינון היא תובענה נזיקית. אזרח שנעשתה כלפיו פרוצדורה פוגענית שהפרה את החוק, ואשר נחווה על-ידי או נודעה לו, יוכל לתבוע את המדינה, ובמקרים חריגים אולי גם את השוטר עצמו – למשל, כאשר הלה הפר את החוק במודע ובאופן חמור. פיצוי אזרחי יכול להוות כלי מצנן חזק מאוד הן בידי חפים שנפגעו לשווא²⁶⁰ והן בידי אשמים שנפגעו לא כחוק, במקום סנקציה ראייתית או אפילו נוסף עליה.²⁶¹ יצירת עלות כלכלית להפרת הדין, שתיפול בסופו של דבר גם על המדינה והחברה,²⁶² תגדיל את נראותה של הבעיה.

יש הסבורים כי משטר נזיקי יועיל וירתיע יותר מפסילה ראייתית.²⁶³ אולם הדרך לכך אינה פשוטה. בתחילתה החף עלול לחשוש מהמשטרה, מכוחה ומן התמיכה השיפוטית שהיא זוכה בה ברגיל, ולהיתקל במחסומים מגוונים, דיוניים ומהותיים.²⁶⁴ בהמשכה הוכחת נזק אינה פשוטה תמיד מבחינת החף; ואילו הנזק שנגרם לאשם מכך שהוכחה אשמתו בוודאי אינו כזה שמערכת המשפט תשמח לכמת בנדיבות.²⁶⁵ במשטרים שונים פגיעה בזכות חוקתית אינה מקימה כשלעצמה זכות לפיצוי,²⁶⁶ ודומה שגם בישראל אין אדם יכול לתבוע על הפרת זכות ללא נזק. לבסוף, הפיצוי שיינתן עלול להיות נמוך,²⁶⁷ שכן התובע האשם אינו צפוי לעורר חמלה שיפוטית, וכך אפילו התובע החף, מתוך הנחה חברתית שהמשטרה אינה נטפלת לחפים.²⁶⁸

הנה כי כן, אף אם קל יותר לשופט לפסוק פיצוי נזיקי מאשר פסילה,²⁶⁹ עדיין צפוי שיפוט "ידידותי למשטרה".²⁷⁰ לפיכך, כדי שחלופה זו תהיה אפקטיבית, נדרשת עוולה מתאימה, ואולי גם פיצוי ללא הוכחת נזק, שנובע מעצם ההפרה המשטרית והחזקה החלוטה שכרוכה בה גם פגיעה בפרט – בפרטיותו ואולי גם בזכויות אחרות שלו. משטרה היודעת כי חיפוש לא-חוקי יעלה כסף למדינה תיזהר שבעתים לפני שתערוך אותו בלי צו שיפוטי. שופט היודע כי צווי חיפוש שניתנו ללא בחינה יסודית עלולים לעלות כסף למדינה, ואף להוביל לביקורת

260 Dripps, לעיל ה"ש 13, בעמ' 13.
 261 פסילת הראיה כשלעצמה אינה מהווה בהכרח פיצוי הולם לפרט על הפגיעה בזכויותיו. ראו Srinivas, לעיל ה"ש 1, בעמ' 216.
 262 Tipton, לעיל ה"ש 13, בעמ' 1356, 1359–1358.
 263 Jacobi, לעיל ה"ש 16, בעמ' 652–654; Christopher Slobogin, *Why Liberals Should Chuck the Exclusionary Rule*, 1999 U. ILL. L. REV. 363, 406.
 264 Dripps, לעיל ה"ש 13, בעמ' 18–19; Alschuler, לעיל ה"ש 15, בעמ' 1379–1382; Kerr, *Scope of the Exclusionary Rule*, לעיל ה"ש 94, בעמ' 1096–1097. השווה הרנון "ראיות שהושגו באמצעים בלתי הוגנים", לעיל ה"ש 9, בעמ' 43–44.
 265 William A. Schroeder, *Restoring the Status Quo Ante: The Fourth Amendment Exclusionary Rule as a Compensatory Device*, 51 GEO. WASH. L. REV. 633, 654–655 (1983). ראו גם Dripps, לעיל ה"ש 13, בעמ' 16–17, 27.
 266 Tipton, לעיל ה"ש 13, בעמ' 1353–1356.
 267 Dripps, לעיל ה"ש 13, בעמ' 25–26.
 268 Calabresi, לעיל ה"ש 16, בעמ' 114–115; Jacobi, לעיל ה"ש 16, בעמ' 655; Belanger, לעיל ה"ש 16, בעמ' 100.
 269 Slobogin, לעיל ה"ש 263, בעמ' 418.
 270 Kamisar, לעיל ה"ש 192, בעמ' 134.

שיפוטית (שאינה קיימת כיום) על החלטתו לתת צו חיפוש, ידקדק בתנאי החיפוש ויזכה במשאבי זמן הולמים לכך.

כמובן, לעיתים הפרט – בעיקר הפרט החף – אינו יודע כלל שהוא נפגע. כך קורה בהליכי-סתר שנעשים בלי ידיעתו ובלי הרגשתו. האזנת-סתר לא כדין פוגעת בפרטיותו באופן בלתי-ראוי בין אם נודע לו על כך ובין אם לאו – כך לפחות לפי תפיסה מהותית של הזכות לפרטיות,²⁷¹ להבדיל מתפיסה מכשירנית²⁷² – אולם תביעה אזרחית אינה יכולה להתקיים בלי אדם שמבקש לתבוע. לפיכך הפתרון שנדון פה אינו אפקטיבי להליכי-סתר שלא נחשפו בהמשך.

קושי אחר הוא שהמחוקק בוודאי לא ירצה לשאת בעלות הנובעת מהפרות המשטרה, והציבור לא יתמוך במתן כסף לאשמים.²⁷³ הסיכוי ליצירת עוולה מתאימה נמוך, והמחוקק בוודאי אינו רוצה להפגין גישה רכה כלפי פשיעה.²⁷⁴ חשש נוסף הוא מהרתעת-יתר של המשטרה, אשר תימנע מהפעלת סמכותה גם כאשר מותר לה לעשות כן, וזאת מחשש לסנקציה מאוחרת,²⁷⁵ במיוחד ישירה.²⁷⁶ כמובן, אין זה חשש מיוחד: גם כלל פסילה ראייתית ערכי עלול לייצר הרתעת-יתר למשטרה.²⁷⁷ מכל מקום, ניתן להתמודד עם חשש זה באמצעות יצירת חריגים – למשל, להתנהלות משטרתית בתום-לב.²⁷⁸

קו מהותי חלופי, שהציע קלברזי, נוגע בהקלה בעונשו של מי שהראיות נגדו הושגו לא כדין, באמצעות הפחתה פורמלית בניקוד שיבסס את הענישה, כסוג של סעד מתון יותר לנאשם,

- 271 לפי תפיסה זו, הפרטיות נפגעת גם ללא ידיעת הפרט על הפעולה המזיקה או על האפשרות של פעולה כזו, בלי קשר להחצנות ולהשלכות עתידיות. Post, לעיל ה"ש 118, בעמ' 2092–2093; Jeffrey H. Reiman, *Driving to the Panopticon: A Philosophical Exploration of the Risks to Privacy Posed by the Highway Technology of the Future*, 11 SANTA CLARA COMPUTER & HIGH TECH. L.J. 27, 38–40 (1995).
- 272 כאן הדגש הוא במטרות שהפרטיות משרתת, ובעיקר בחוויית הפרט לנוכח הפגיעה, שמתקשרת לעיבוד הקוגניטיבי כשלב חיוני בדרך לפגיעה בערכים המהותיים שהפרטיות מבקשת להגשים. לערכים המגוונים שהפרטיות מקדמת ולהצדקותיה ראו Solove, *Conceptualizing Privacy*, לעיל ה"ש 118, בעמ' 1144–1147; Kang, לעיל ה"ש 118, בעמ' 1212–1214; Solove, *A Taxonomy of Privacy*, לעיל ה"ש 119, בעמ' 484; בירנהק, לעיל ה"ש 118, בעמ' 59–69.
- 273 Dripps, לעיל ה"ש 13, בעמ' 18–19, 28–29.
- 274 Kamisar, לעיל ה"ש 192, בעמ' 127.
- 275 Stuntz, *Privacy's Problem and the Law of Criminal Procedure*, לעיל ה"ש 126, בעמ' 1073.
- 276 Tipton, לעיל ה"ש 13, בעמ' 1351.
- 277 Wilson, לעיל ה"ש 189, בעמ' 45; Jacobi, לעיל ה"ש 16, בעמ' 675. לטענה דובר הרתעת-חסר ראו Dripps, לעיל ה"ש 13, בעמ' 16; Orfield, לעיל ה"ש 224, בעמ' 1022–1023; Re, לעיל ה"ש 16, בעמ' 1894–1896; Slobogin, לעיל ה"ש 263, בעמ' 365, 369, 391. למידת ההרתעה של הכלל ראו גם Alschuler, לעיל ה"ש 15, בעמ' 1370–1372; Jacobi, לעיל ה"ש 16, בעמ' 594–600.
- 278 לכלל הפסילה האמריקאי יש חריגים מגוונים. ראו Gray, לעיל ה"ש 13, בעמ' 29–41; Milligan, *I. Investigation*; לעיל ה"ש 14, בעמ' 2763–2789; Josephson, לעיל ה"ש 13, בעמ' 181–185; *and Police Practices: The Exclusionary Rule*, 32 GEO. L.J. ANN. REV. CRIM. PROC. 172, 172–186 (2003).

ששופטים עשויים לקבלו יותר מאשר את הסעד הדרמטי והחריף של פסילת הראיה.²⁷⁹ כמובן, קושי גדול ברעיון הוא התמרון השיפוטי האפשרי, בסגנון מיקח וממכר: בית-המשפט עלול להציב מספר פיקטיבי, כדי להפחית ממנו בהמשך ולהגיע למספר שאליו כיוון מלכתחילה.²⁸⁰ ניתן לחשוב גם על קו מנהלי, שבמסגרתו יושתו סנקציות מגוונות על תחנת המשטרה שאחראית להפרת הדין, דוגמת סנקציה תקציבית, הדחה מתפקיד, עיכוב עלייה בדרגה וכדומה, וזאת מתוך הנחה שגם אם לא אכפת לה מפגיעה בזכויות, אכפת לה גם אכפת מפגיעה בתקציבה ובתפקודה.

מי שמבקש להגשים את אפיק הפתרון המהותי יוכל להציע כלים מגוונים לחיזוקו. למשל, ניתן להסמיך שופט בתיק פלילי, שבמסגרתו נדון אופן השגתה של ראיה, לקבוע כי הדבר היה לא-חוקי, ולהקים בכך חזקה חלוטה או יחסית לתובענה נזיקית, או לחייב פתיחה בחקירה פלילית או משמעתית, להבדיל מהסתפקות באמירה סתמית וריקה של אי-ויתור על הראיה בתואנה שניתן לפנות לכלים אחרים כסעד על ההפרה.²⁸¹ שופט שיודע כי הוא אינו מחויב לזכות אשמים עשוי לגלות כלפי טיעוניהם סימפתיה רבה יותר במישורים של סנקציה המוטלת על גורם אחר.²⁸² באופן משלים, קיומה של סנקציה חלופית לצד הסנקציה של פסילת ראיות הופך את האחרונה לקשה פחות לעיכול בהקשרים שונים.²⁸³

4. פתרונות ראיתיים

אף שהפתרון הקיים כיום במישור הראיות אינו מספק, ואינו מקנה הגנה ערכית אמיתית, אין משמעות הדבר שדיני הראיות אינם יכולים לבעיה, בין במצטבר לפתרונות האחרים שהוצעו כאן ובין במקומם.²⁸⁴

279 Calabresi, לעיל ה"ש 16, בעמ' 115–117. בישראל גרס לייסט כי במצב שבו הראיות הושגו בבירור לא כדין אך האשמה ברורה וחמורה ראוי להקל בעונשו הכבד של הנאשם במקום לבטל את ההליך או לפסול את הראיות. 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" הסניגור 174–173, 4, 10–11 (2011). דברים ברוח דומה הועלו בפסיקה לגבי הגנה מן הצדק: ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776, 808 (2005); ע"פ 1224/07 בלדב נ' מדינת ישראל, פס' 63 (פורסם בנבו, 10.2.2010). בית-המשפט המחוזי דחה בקשה לפסילת ראיות שהגיש נאשם שזכויותיו נפגעו, אך לנוכח הפגיעה הוא הקל בעונשו: עפ"ג (מחוזי חי') 47321-07-14 אבשלומוב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 30.10.2014).

280 לביקורת על הצעתו של קלברזי ראו Kamisar, לעיל ה"ש 192, בעמ' 135–140.

281 קלברזי כתב שכיום, למעט כלל הפסילה, אין כמעט תמריצים למשטרה לנהוג כראוי, ובהעדר תמריצים מתאימים, נסיונות ללמד את המשטרה ולהטיף לה אינם צפויים להועיל. ראו Calabresi, לעיל ה"ש 16, בעמ' 114.

282 השו Dripps, לעיל ה"ש 13, בעמ' 22–23, 34.

283 Schroeder, לעיל ה"ש 265, בעמ' 661.

284 סטנטז כתב שכלל הפסילה אינו מצריך את בית-המשפט לתמחר את עלות ההפרה המשטרית כמו דיני הנזיקין, ואינו מעניש את המשטרה כמו סנקציה פלילית, אלא פשוט שולל ממנה את היתרון שהשיגה. ראו Stuntz, Warrants and Fourth Amendment Remedies, לעיל ה"ש 164, בעמ' 910–911.

פתרון אפשרי מסוג אחד הוא במישור של דיות הראיות. מישור זה, שמתבטא בעיקר בחקיקה²⁸⁵ ולעיתים גם בפסיקה,²⁸⁶ מציג דרישה פורמלית לתוספת ראייתית לראיה עיקרית, כאשר ראיה זו חשודה באופן כלשהו בעיני מערכת המשפט כמוטה, כשקרית, כפגומה או כמטעה.²⁸⁷ מישור זה מגמתו לצמצם הרשעת חפים. ניתן להציע מגמה חלופית: שימוש בדרישה זו כהגנה ערכית על הפרט, שתיצור למשטרה תמריץ מסוג נוסף לא לאסוף ראיות בצורה פוגענית.²⁸⁸ המחיר שדרישת הדיות תובעת נמוך ממחירה של פסילת הראיה, אך אינו פיקטיבי כמו המחיר של הורדת משקלה, אלא מעשי, בהצריכו את המדינה להצביע על ראיה תומכת ברמה כזו או אחרת. אומנם, אין זה אפיק פשוט: ראשית, מישור הדיות מכוון לשאלת ההוכחה, ולא לשאלה הערכית; ושנית, מישור הדיות כשלעצמו אינו מספק תמיד פתרונות חזקים, שכן בדומה למסלולי הפסילה, גם השאלה מה מהווה תוספת ראייתית מאפשרת לבית-המשפט מרחב תמרון גדול למדי.²⁸⁹ חרף זאת, זהו קו שראוי לבדיקה.

קו חלופי במישור הראיות כולל שינוי דיוני: ניהול הליך מקדמי של דיון שיפוטי בבקשה לפסול ראיות.²⁹⁰ שופט יחיד – אולי כזה שיפתח מומחיות בנושא – ידון בבקשה הנקודתית מבלי להיות מעורב במשפט, מבלי לשמוע מהו מלוא מערך הראיות של התביעה, ואולי אף מבלי לערוך איוון שקשור לחשיבות הראיה.²⁹¹ ראיה שהושגה לא כדין – תיפסל.²⁹² בסיום הליך הפסילה יחל משפט ההוכחות לפני הרכב שונה, שאינו יודע אילו ראיות נפסלו ומדוע. כך האחריות לפסילת הראיה לא תוטל על כתפי בית-המשפט, אלא על הגורם שראוי כי יישא בנטל

285 למשל, ס' 11 לחוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים) התשט"ו-1955; ס' 20 לחוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית), התשס"ו-2005; ס' 54א(א) לפקודת הראיות.

286 ע"פ 3/49 אנדרלסקי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ב 589 (1949); ע"פ 6296/13 אדריס נ' מדינת ישראל, פס' 5-14 (פורסם בנבו, 22.3.2015).

287 להרחבה ראו יאיר הורביץ "ראיית הסיוע במשפט הפלילי – מגמות חדשות" משפטים ט 249 (1979); שלמה ניסים "מקומה הדיוני של דרישת הסיוע בהליכים פליליים" עיוני משפט יב 621 (1987); גבריאל הלוי תורת דיני הראיות כרך ד 591-703 (2013); יעקב קדמי על הראיות חלק ראשון 181-347 (2009).

288 Orfield, לעיל ה"ש 224, בעמ' 1054.

289 סנג'רו הדגיש כי דרישת החיזוק היא עלובה; השופטים מוצאים תמיד את התוספת שהם מחפשים, ולכן דרישת התוספת הזו חסרת משמעות. לעומתה, הוא מצא טעם בדרישת הסיוע. בועז סנג'רו "עדות שותף לעבירה – יעילות מול אמת (על ביטול הלכת קינוזי)" ספר גבריאל בך 335, 337-338 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בך עורכים, 2011). מנשה הציע לבטל את כללי הראיות, וגרס כי מדובר בדרישה מיותרת ומזיקה, שאינה מובילה לזיכוי חפים, אלא לזיכוי אשמים דווקא. דורון מנשה התיאוריה של דיני הראיות 68-74 (גיא סנדר עורך, 2017).

290 השו"ב Jacobi, לעיל ה"ש 16, בעמ' 619. בישראל העלה שופט שלום הצעה לערוך דיון מקדים בפסילת ראיות: ת"פ (שלום ת"א) 19159-05-16 מדינת ישראל נ' סולימנוב (פורסם בנבו, 31.12.2017). בתיק מאוחר פסק השופט כי יש לערוך דיון כזה: ת"פ (שלום ת"א) 44002-09-16 מדינת ישראל נ' וקנין (פורסם בנבו, 24.4.2018).

291 בקשה לפסול ראיה עשויה להוביל לכך שהמושבעים לא ייחשפו אליה כלל. באנגליה ובארצות-הברית עורכים דיון בבקשות כאלה לא מול מושבעים. Blum, *The "New" Israeli Exclusionary Rule*, לעיל ה"ש 68, בעמ' 2140.

292 השו"ב בלום, רבין ואריאל, לעיל ה"ש 48, בעמ' 830-832, 834-835.

זה: הגורם שהפר את הדין באיסוף הראיה.²⁹³ לא יהיה עוד צורך באפולוגטיקה שיפוטית לאחר החלטה לקבל ראיה שהושגה לא כדין.²⁹⁴ אפשר אפילו לטעון כי הליך כאמור לא רק לא יסרב לא את הדין, אלא אפילו ייעל אותו.²⁹⁵ ניתן לשאוב דמיון מהליך ישראלי שקיים כיום – בקשות של ההגנה לעיון בחומר חקירה.²⁹⁶

בהליך מקדמי כזה ניתן לפתור שתי בעיות שזוהו במאמר. האחת היא הפיתוי הראייתי שמוצב בפני בית-משפט שמודע לחשיבותה של הראיה המפוקפקת: פיתוי זה מוסר מהשולחן באמצעות הצבת השאלה כעצמאית, להבדיל מסוגיה נלווית העומדת לעומת אשמת הנאשם ומחווירה מולה. הבעיה האחרת היא ההיחשפות השיפוטית לראיה הפסולה וההשפעה ההכרתית ההכרחית שלה על המותב שאמור להכריע בתיק. פתרון זה מאפשר לספק הגנה חזקה יותר לזכויות ולערכים. הוא מוצע לגבי הסוגיה שנדונה במאמר – הפסילה הערכית – אך יפה גם לפסילה ההוכחתית, שבה לא הרחבתי אך שסובלת גם היא במידה רבה מאותן שתי בעיות. אולם לצד מעלותיו, יש לרעיון זה גם חולשות. האחת היא הוויתור על הראיות הפסולות ופגיעתו באינטרס הציבורי. בשלב זה, כזכור, כל בחירה היא גם בטוב וגם ברע, וזהו הרע העיקרי שבה. בהקשר זה ראוי להזכיר כי הצעה להפעיל את דוקטרינת הפסילה לפני המשפט התקבלה בישראל בגלגול שלישי אך נדחתה בגלגול רביעי על רקע רצונו של בית-המשפט העליון לפסול רק לאור שיקולי איזון, קרי, לפסול מבלי לשלם מחיר כבד.²⁹⁷ אולם המחוקק רשאי לשנות את מצב הדברים הזה, ולייסד הליך אשר חרף חולשותיו ומחירו יש לו גם כוח גדול להגן על זכויות הפרט בדיעבד, ובכך גם לייצר השפעה מצננת שתמנע את הפגיעות הראשוניות. אולי הוא גם יצמצם את הדיסוננס הגלום בכך שגורמים חזקים מפרים את החוק בבקשם לאוכפו, ויחזק בכך את אמון הציבור במערכת המשפט.²⁹⁸ חולשה נוספת היא שהשופט המכריע, אף שהוא לכאורה אדיש לשאלת התוצאה בתיק, עשוי לשקול שיקולים מערכתיים ולהימנע מפסילת ראיה שנראית לו חשובה, בין שזו "תחושת הבטן" שלו ובין שדבר חשיבותה של הראיה הועבר לו על-ידי גורם מעוניין בצורה לא-פורמלית. חולשה שלישית היא סרבול ההליך, ייקורו והארכתו.

ד. סיכום

הפסילה הערכית באה כדי לדכא הפרות דין, לקדם הגינות בהליך, ואף להגן על זכויות וערכים שכבר נפגעו, בדרך-כלל על-ידי המשטרה, מפני פגיעה נוספת – ההישענות השיפוטית על התוצר הפסול שהפיקה המשטרה, הכל לרעת הפרט העומד לדין. הפסילה מבקשת להזכיר כי מלוא המשפט ערכים: אין לרמוס את החוק בדרך לאכיפת החוק, ואין לדרוס ערכים בדרך

293 שם, בעמ' 836.

294 Blum, *Israel's Exclusionary Rule After Issacharov*, לעיל ה"ש 12, בעמ' 447.

295 בלום, רבין ואריאל, לעיל ה"ש 48, בעמ' 842–843.

296 ראו ס' 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב–1982.

297 דנ"פ שמש, לעיל ה"ש 245.

298 TYLER, לעיל ה"ש 232, בעמ' 73–75.

למימוש ערכים. המטרה אינה מקדשת את האמצעים, והאמצעים הפסולים מצריכים תגובה, שהיא יותר מחריקת שיניים רטורית גרידא.

רעיון ההגנה הראייתית הערכית מתבטא בדין הישראלי בצורה שרחוקה לכאורה מלהיות עקיבה או שלמה. היא רחוקה מלהיות עקיבה בכך שהיא אינה מספקת הגנה לכל הערכים, והערכים שזוכים בהגנה אינם זוכים בהגנה זהה באיכותה. זאת, אפילו כאשר מתבוננים על ערך אחד – הפרטיות: החוקים שמגינים עליו נותנים הגנה שונה לרבדים שונים שלו, בעוד רבדים אחרים אינם זוכים בהגנה כלל. כך לגבי הפרטיות, וכך לגבי זכויות אחרות, דוגמת האוטונומיה של הרצון החופשי.

בכל ההקשרים הערכיים הדילמה שהסוגיה מציבה בפני בית-המשפט קשה מאוד, באלצה אותו לבחור בין שתי אפשרויות ששתיהן טובות ושתיהן רעות. קל לו הרבה יותר להתחבר לטוב של האינטרס הציבורי באכיפת הדין מאשר לטוב של זכויות הפרט, בהינתן שאותו פרט – שהוא בדרך-כלל נאשם אשם – אינו נתפס כגורם שראוי להגנה, אלא להפך, כגורם שראוי לסנקציה משפטית. בית-המשפט אינו מוכן לשלם את המחיר ולפגוע באינטרס הציבורי כדי לספק הגנה ערכית מאוחרת לפרט שנפגע, בהינתן שאותו פרט אשם בעצמו בפגיעה ערכית. כלל הפסילה משקף אומנם הזדמנות נדירה – ואולי אף יחידה – להגן גם על החפים, אולם החפים אינם נוכחים ואינם נראים בבית-המשפט. לעומת זאת, בקשת הפסילה שהאשמים מעלים נראית צינית ומקוממת, וככל שאשמתם גדולה ומובהקת יותר, קשה יותר להיעתר לבקשתם. הפסילה הערכית שבית-המשפט בוחר בה הינה סמלית במקרים רבים, ומהותית בעיקר במקרים קלים. לכן תרומתם העיקרית של כללי הפסילה הערכית הינה רטורית. לצידה קיימת גם השפעה כלשהי מחוץ לבית-המשפט, אולם אותה קשה לאמוד משום שהיא אינה נודעת.

אם ברצוננו להביא לידי הגנה ערכית חזקה יותר, יש לשנות את השיטה. מאמרי בחן בקצרה אפיקים מגוונים של שינוי משפטי: דיוני, מהותי וראייתי. בהיבט הדיוני ניתן לפעול לצמצום הפגיעות בפרט הן על-ידי שלילת יכולתה של המשטרה לבצע הליכים מסוימים ללא בקרה משפטית, הן על-ידי בקרה שיפוטית יסודית והן באמצעות הליכים הוגנים ואדוורסריים היכן שניתן. בהיבט המהותי ניתן לנקוט סנקציות מגוונות נגד הפרות דין הקשורות לאיסוף ראיות: העמדה לדין פלילי במקרי-קיצון, העמדה לדין משמעתי במקרים קלים יותר, ותובענות נזיקיות בכל המקרים. בהיבט הראייתי ניתן לנסות לייצר תמריץ שלילי למשטרה במישור של דיות הראיות, ולדרוש תוספת ראייתית שלא תשלול את הראיה לחלוטין אך תגרע מהאפשרות להישען עליה ללא הצבעה על מקור נוסף שיגבה אותה. לחלופין ניתן לייצר הליך דיוני מקדמי שיעסוק בשאלת קבילותן של הראיות. הליך כזה יבחן את הדברים בצורה הוגנת יותר, ללא פיתוי ראייתי, וימנע מצב שבו בית-המשפט שפסל ראיה יודע את תוכנה ואינו מסוגל לנקותו ממוחו.

ניתן להגן על זכויות וערכים באמצעות צמצום היכולת לפגוע בהם וצמצום ההגנה לעשות כן. כדי למנוע מהמשטרה את האפשרות להפר את הדין, ניתן לחשוב על הליכים שיבוצעו כבררת-מחדל באמצעות גורם מנהלי מתאים אחר. כדי לצמצם את ההגנה שלה להפר את הדין, ניתן לחשוב על סנקציות פליליות, משמעתיות, אורזיות, מנהליות ואף ראייתיות. צמצום היכולת וההגנה צריך להיעשות לא רק ביחס לאוסף הראיות, אלא גם ביחס לגורם המקבל אותן. אולם שלילת יכולתו של השופט לקבל ראיות פסולות היא קשה עד בלתי-

אפשרית, משום שאין גורם מלבדו שיקבע מהי ראייה פסולה, וכל עוד הוא המחליט אם הראיה פסולה, הוא יכול לקבל את שיחפוץ. העברת ההחלטה לשופט אחר, אשר לא ישב בתיק, לא תעלים את הבעיה, אך ייתכן שהיא תצמצמה. כל הדרכים הללו ואחרות יאפשרו לספק הגנה שלמה יותר לחשודים, בין שאלה יתבררו אחר כך כחפים ובין שהם יתבררו כאשמים. האם אנו מעוניינים באמת לספק הגנה כזו ולהגן על זכויות או שמא רק לדבר עליהן?²⁹⁹ זו כבר שאלה אחרת.

299 השוו קרמניצר "המשטרה וזכויות אדם", לעיל ה"ש 122, בעמ' 161; הרדוף "סיפורה הרטורי והמהותי של ההכרעה הפלילית", לעיל ה"ש 70, בעמ' 80, 98.