

המאמר יציע קריאה חדשה בדנ"פ 5852/10 מדינת ישראל נ' שמש, על ידי ההבחנה התאורטית הקלסית שפיתח מאיר דן כהן בין כללי התנהגות לכללי שיפוט. המאמר יראה שההבחנה האמורה מתאימה גם לניתוח של כלל הפסלות הפסיקתי שעוצב בדוקטרינת יששכרוב. כלל זה מהווה כלל שיפוט הנסב על הפרת כללי התנהגות של גורמי החקירה בהשגת הראייה שקבילותה נבחנת. בעניין שמש ביקשה המשטרה מבית המשפט לתת אישור מראש להפרת מספר כללי התנהגות במסגרת החקירה. ייטען כי דעת הרוב בעניין שמש שגתה כאשר אפשרה את הפרת כללי ההתנהגות, ואילו דעת המיעוט, שבה החזיק השופט דנציגר, צדקה כאשר ביקשה למנוע זאת. המאמר יראה כי כיוון שבעניין שמש טרם הופר כלל התנהגות עובר להחלטת בית המשפט, אזי הדוקטרינה המתאימה לדיון הייתה דוקטרינת הביקורת המנהלית בפלילים ולא דוקטרינת יששכרוב. בהמשך המאמר ייטען כי דנ"פ שמש הניח תשתית לקיום משפטי זוטא לקבילות ראיות חפציות בשלב הטענות המקדמיות ובפני שופט שונה מזה שידון בהליך העיקרי. המאמר יצביע על כך שקיום משפט זוטא כזה יכול לפתור כשל המצוי עתה בסדר הדין הפלילי בישראל, ויתרונותיו הדיוניים עולים על חסרונותיו. עוד ייטען כי ניתן לעגן את קיומו של משפט הזוטא האמור בדין הקיים. זאת אם מכירים בכך שדוקטרינת יששכרוב היא סוג של הגנה מן הצדק.

1. מבוא

כלל פסילת הראיות הפסיקתי שהציג לראשונה בית המשפט העליון בעניין **יששכרוב**¹ זכה במשך השנים לכמה פיתוחים והרחבות משמעותיים בפסיקת בית המשפט העליון. השופט דנציגר היה שותף פעיל ומרכזי להרחבות אלו.

כך למשל, בעניין **פרחי** נקבע כי לא רק ראיות שהושגו באופן ישיר ומיידי תוך פגיעה בזכויות החשוד הן מועמדות לפסילה, אלא גם ראיות נגזרות מהן, אף שהאחרונות הושגו לכשעצמן ללא הפרת זכויות.² בעניין **בן חיים** הובהר כי גם ראיות חפציות שהושגו בחיפוש לא חוקי הן מועמדות טבעיות לפסילה.³ בעניין **אלזם** נקבע כי חומרת העבירה איננה קריטריון שיכול למנוע פסילת ראיות, כאשר נאשם שהורשע ברצח זוכה בבית המשפט העליון לאחר שנקבע כי ההודאה שהייתה הבסיס להרשעה הוצאה ממנו שלא כדין.⁴

במאמר זה אבקש לדון בפיתוח נוסף של דוקטרינת **יששכרוב**, שהשופט דנציגר ביקש להוביל ואף הצליח להביא בדעת רוב לקביעת הלכה בנושא. אלא שהמדינה הגישה בקשה לדיון נוסף שהתקבלה, ואת פסק הדין שניתן בו מקובל להבין כך שההלכה נהפכה והפיתוח נחסם.

מדובר בשאלת השלב שבו מוסמך בית המשפט להחיל את הדוקטרינה. ברע"פ 851/09 **שמש נ' מדינת ישראל** קבע השופט דנציגר, שכתב את חוות הדעת המרכזית של הרוב, כי ניתן להחיל את דוקטרינת יששכרוב גם בזמן החקירה.⁵ השופט דנציגר פסק כי במקום שבו המשטרה מבקשת מבית המשפט בשלב החקירה להכשיר מהלך שעלול לפגוע בהליך ההוגן, בית המשפט צריך להפעיל את הדוקטרינה, ובמקרים המתאימים למנוע מהמשטרה לבצע את ההליך החקירתי הפוגעני או לקבל את פירותיו. זאת, בין השאר, כדי שלא להביא למצב שבו אמון הציבור בבית המשפט ייפגע. פסק דין זה נהפך בדנ"פ 5852/10 **מדינת ישראל נ' שמש**, שנידון בהרכב של שבעה שופטים.⁶ חמישה

* ד"ר אלקנה לייסט הוא הסגור המחוזי של מחוז תל אביב של הסנגוריה הציבורית, ומרצה מן החוץ באוניברסיטת תל אביב.

** ברצוני להודות לאסף הרדוף, יגאל בלפור, משה קשלים, ענת הורוויץ, רענן גלעד, שחר אלדר, ומערכת כתב העת על הערות מועילות מאוד.

¹ ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי**, פ"ד סא(1) 461 (2006). כלל הפסלות הפסיקתי יכונה במאמר זה מעתה ואילך "דוקטרינת יששכרוב".

² ע"פ 4988/08 **פרחי נ' מדינת ישראל**, פ"ד סה(1) 626 (2011).

³ ע"פ 10141/09 **בן חיים נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 6.3.2012).

⁴ ע"פ 1301/06 **עזבון אלזם נ' מדינת ישראל**, פ"ד סג(2) 177 (2009).

⁵ רע"פ 851/09 **שמש נ' מדינת ישראל**, פ"ד סד(1) 288 (2010) (להלן: רע"פ שמש).

⁶ דנ"פ 5852/10 **מדינת ישראל נ' שמש**, פ"ד סה(2) 377 (2012) (להלן: דנ"פ שמש).

שופטים, בראשות הנשיאה ביניש, פסקו כי לאור מאפייניו של כלל הפסילה הפסיקתי, ובעיקר העובדה כי הוא צריך להתחשב בפרמטרים שיתגבשו רק במהלך הדיון בתיק הפלילי, לא ניתן להפעיל אותו בשלב החקירה. על פי דעת הרוב בדנ"פ שמש, במקרה כזה על בית המשפט להתיר את ההליך החקירתי שהמשטרה ביקשה לבצע, מבלי לבחון אם הוא פוגע בזכויות ומנוגד להליך ההוגן ומבלי לשקול כלל את חוסר ההגינות שבהליך. זוהי הקריאה המקובלת בדעת הרוב.

מאמר זה יציע קריאה מחודשת בדנ"פ שמש וזאת באמצעות ההבחנה התיאורטית הקלאסית שפיתח מאיר דן כהן בין כללי התנהגות לכללי שיפוט.⁷ לצורך כך תיערך לתיאוריה של דן כהן אדפטציה קצרה מהמשפט הפלילי המהותי למשפט הפלילי הפרוצדוראלי. יישום ההבחנה בין כללי התנהגות לכללי שיפוט על עובדות דנ"פ שמש והנימוקים שניתנו בו יבהיר מדוע התוצאה שאליה הגיעה דעת הרוב הייתה מוטעית. זאת לאור הפגיעה שהיא עלולה לגרום באמון הציבור בבית המשפט, כפי שקבע השופט דנציגר. עם זאת, מיישום ההבחנה בין כללי התנהגות לכללי שיפוט תעלה מסקנה נוספת. לפי תובנה זו, על העובדות הקונקרטיות של דנ"פ שמש לא ניתן היה להחיל את דוקטרינת יששכרוב, אלא דווקא את דוקטרינת הביקורת המנהלית בפלילים.⁸ במסגרת דוקטרינה אחרונה זו ניתן היה לאסור מראש את ביצוע ההליך החקירתי שפגע בזכויות החשודים למשפט הוגן. ההבחנה בין כללי התנהגות לכללי שיפוט תסייע גם לחלוף את הרציו המדויק של עמדת הרוב בפסק הדין. על פי רציו זה, אין לשלול באופן גורף את הפעלת דוקטרינת יששכרוב במקרים המתאימים גם בשלב החקירה.

המשך המאמר יראה כי עמדת הרוב בדנ"פ שמש יכולה לשמש עוגן פסיקתי לקיום משפט זוטא לקבילות ראייה חפצית בהליך מקדמי מיד לאחר הגשת כתב האישום. יוצג הצורך בעריכת משפט זוטא כזה, תוך העלאת הפרדוקס הדיוני שמולו עומד כיום נאשם שיש לו טענות כנגד קבילות ראייה חפצית. ייטען כי המצב הקיים פוגע בזכותו של נאשם כזה להליך הוגן ומביא לתוצאות לא מדויקות של ההליך הפלילי. הפתרון הדיוני הנכון הוא מתן אפשרות לקיום משפט זוטא מקדמי בסוגיית קבילות הראייה החפצית בפני שופט אחר מזה שינהל את התיק העיקרי. המאמר ינסה לשכנע כי יתרונותיו של פתרון כזה עולים על חסרונות אפשריים שלו. ייטען עוד כי ניתן לעגן את הפתרון האמור במצב הנורמטיבי הקיים, מבלי צורך בשינוי חקיקה כלשהו.

כדי להוכיח טענה אחרונה זו יבקש המאמר להראות כי במשפט הישראלי הקיים, וברמת הפשטה גבוהה, דוקטרינת יששכרוב היא מקרה פרטי של דוקטרינת ההגנה מן הצדק.⁹ יחס ההכלה האמור שבין דוקטרינת יששכרוב לדוקטרינת ההגנה מן הצדק, נוסף לתובנה ששתי הדוקטרינות חלות רק במקרה שבו כלל התנהגות כבר הופר ובודקות מה התוצאות הראויות של ההפרה, מביא למסקנה נוספת. מסקנה זו חושפת הבחנה מעניינת בין דוקטרינת ההגנה מן הצדק לדוקטרינת הביקורת המנהלית בפלילים, שלא נדונה עד היום בפסיקה או בספרות.

לאחר מבוא זה, בפרק השני יתוארו עובדות מקרה שמש וחוות הדעת המרכזיות של השופטים בפסקי הדין ברשות הערעור הפלילי ובדיון הנוסף. בפרק השלישי תוצג בשלושה תתי-פרקים ההבחנה שפיתח דן כהן בתיאוריה של המשפט הפלילי המהותי בין כללי התנהגות לכללי שיפוט,

⁷ Meir Dan-Cohen, *Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law*, 97 Harv. L. Rev. 625 (1984). למעשה, כפי שדן-כהן הראה, ההבחנה בין שני סוגי הכללים הוצגה לראשונה בתקופה המודרנית אצל בנתם, ויש לה שורשים במשפט העברי. שם, בעמ' 626.

⁸ לתיאור דוקטרינת הביקורת המנהלית בפלילים ראו למשל: רענן גלעדי "דוקטרינת הביקורת המנהלית בפלילים" ספר אליהו מצא 529 (אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, שרון חנס ורענן גלעדי עורכים, 2015).

⁹ דוקטרינת ההגנה מן הצדק מעוגנת כיום כטענה מקדמית על פי ס' 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] התשמ"ב-1982 (להלן: חסד"פ).

ההתאמה שניתן לעשות לה לתיאוריה של סדר הדין הפלילי והתובנות המעניינות שהיא מעלה בנוגע לדני"פ שמש. הפרק הרביעי יעסוק בתשעה-תתי פרקים במשפט זוטא לקבילות ראיה חפצית על פי דוקטרינת יששכרוב בשלב הטענות המקדמיות. בפרק זה ייטען כי מדובר במכשיר דיוני שהוא גם רצוי וגם מצוי, כלומר מעוגן, בדין הישראלי.

2. תיאור עניין שמש

ענין שמש בא לאוויר העולם בעקבות שתי תאונות רכבת שאירעו בדרום הארץ בתוך כשבועיים וחצי בקיץ 2005. הרכבת מינתה ועדות חקירה פנימיות לבחינת האירועים האמורים. במהלך הבדיקה, עובדי הרכבת חויבו להופיע בפני הוועדות ולהשיב על שאלות בנוגע לתאונות. אסור היה להם להיות מיוצגים על ידי עורך דין. הובטח להם כי התשובות שייתנו תהיינה סודיות ולא תועברנה לשום גורם מחוץ לרכבת. התאונות נחקרו גם על ידי משטרת ישראל, והעובדים נחקרו גם במשטרה. בשלב מסוים של החקירה פנתה המשטרה לבית המשפט בהליך לפי סעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי, כדי שיורה לרכבת למסור למשטרה את הודעות העובדים בוועדות הבדיקה הפנימיות.¹⁰ בתי המשפט השלום והמחוזי נענו לבקשת המשטרה.¹¹ בבית המשפט העליון פני הדברים היו שונים. דעת רוב של השופטים דנציגר ורובינשטיין קיבלה את בקשות רשות הערעור שהגישו הרכבת ועובדיה.

השופט דנציגר קבע כי לאור חשיבותה של הזכות להליך הוגן, ראוי להפעיל את דוקטרינת יששכרוב כבר בשלב החקירה. לדבריו, החלת הדוקטרינה כבר בשלב החקירה עולה בקנה אחד עם הרציונל המניעתי שלה – היא מונעת מראש פגיעה בהגינותו ובטהרתו של ההליך הפלילי.¹² החלה מוקדמת כזו מתאימה לפי עמדתו של השופט דנציגר גם לרצונו של המחוקק שעניינים הקשורים להגינות ההליך הפלילי יתבררו מוקדם במסגרת ההליך – כפי שעולה מחקיקת סעיף 149 (10) לחוק סדר הדין הפלילי שעיגן את ההגנה מן הצדק.¹³

השופט רובינשטיין הצטרף לתוצאה שהגיע אליה השופט דנציגר, אם כי לא הביע עמדה בשאלת החלת דוקטרינת יששכרוב בשלב החקירה. לדידו של השופט רובינשטיין, די בכך שהעברת ההודעות של העובדים בוועדות החקירה של הרכבת תהיה בניגוד להבטחה מפורשת של הרכבת, שהיא גוף דו-מהותי שחלים עליו כללי המשפט הציבורי. חובת ההגינות של הרכבת כלפי עובדיה הנובעת מהמשפט הציבורי מונעת מבית המשפט לאשר העברה זו.

השופט אדמונד לוי נותר בדעת מיעוט. אמנם הוא לא היה יכול להתעלם מהטענות בדבר חוסר ההגינות שבמסירת ההודעות למשטרה.¹⁴ עם זאת, לדעתו יש להבחין בין שאלות של חיסיון, שיכולות להידון בשלב החקירה המשטרית, לסוגיות של קבילות, שמקומן יכירן רק בשלב המשפט העיקרי.

המדינה הגישה בקשה לדיון נוסף ובו הקערה התהפכה על פיה פעם נוספת. חוות דעת של הנשיאה ביניש, שאליה הצטרפו ארבעה שופטים נוספים, קבעה על פי הקריאה המקובלת של פסק הדין,

¹⁰ פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט–1969 (להלן: פסד"פ).

¹¹ לפסק הדין בבית המשפט המחוזי ראו ע"פ (מחוזי ב"ש) 4314/07 שמש נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 17.12.2008).

¹² רע"פ שמש, לעיל ה"ש 5, פס' 34 לפסק דינו של השופט דנציגר.

¹³ שם, פס' 32 לפסק דינו של השופט דנציגר. בפרק הרביעי ייעשה שימוש בתובנה זו של השופט דנציגר שלומדת אנלוגיה מכלל הנסב על דוקטרינת ההגנה מן הצדק לכלל שצריך לחול על דוקטרינת הפסילה הפסיקתית.

¹⁴ שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט לוי: "לא אוכל להתכחש לטענתם של העובדים החוששים שהעברת הודעותיהם לידי המשטרה תהא כרוכה בפגיעה בזכותם להליך הוגן". בדני"פ שמש, לעיל ה"ש 6, פס' 24 לפסק דינה של הנשיאה ביניש, הנשיאה הטילה ספק אם ההודעות שהמשטרה מבקשת תוכלנה להיות מוגשות במשפט הפלילי עצמו. מכאן שאף היא סבורה שיש פגיעה בהוגנות בהעברתן.

שאינן להפעיל את דוקטרינת יששכרוב בשלב החקירה אלא בשלב ניהול המשפט עצמו. השופטים דנציגר ורובינשטיין נותרו במיעוט.

השופט דנציגר הדגיש בחוות דעתו בדיון הנוסף את הפגיעה הקשה שתיווצר באמון הציבור, במערכת המשפט ובליגיטימיות המוסרית של ההכרעה השיפוטית אם תתקבל דעת הרוב. על פי השופט דנציגר, עלול להיווצר רושם שבית המשפט מאפשר את התרחשות הפגיעה בזכויות החשוד בעודו משקיף מן הצד מבלי להתערב תוך הפגנת אדישות לערך ההליך ההוגן.¹⁵ פסילה מאוחרת בלבד לא תוכל לשקם את אמון הציבור במערכת המשפט, שלא הושיטה סעד אפקטיבי בזמן אמת.¹⁶ השופט דנציגר עמד על כך שיש אינטרס ציבורי עצמאי שגופי החקירה יפעלו על פי חוק ובהגינות, ועל בית המשפט למנוע מראש פעולות של גופי החקירה שאינן עומדות בסטנדרטים אלו. השופט דנציגר הטעים כי במקרה זה, הפרת הזכות להליך הוגן תיגרם על ידי העברת ההודעות שנתנו העובדים בפני ועדת החקירה של הרכבת לידי המשטרה - אותו המהלך שבית המשפט מתבקש עתה לאשר.¹⁷

הנשיאה בניש הובילה כאמור את דעת הרוב. בבסיס נימוקיה עמד אופייה הגמיש של דוקטרינת יששכרוב והעובדה שחלק מהשיקולים שבהם צריך להתחשב כדי להפעיל אותה קשור לחומרת העבירה ולחיוניותה של הראייה להוכחת האשמה. רק בית המשפט בהליך העיקרי יכול להתחשב בכלל השיקולים אשר ביניהם צריך לאזן. בשלב החקירה, בהליך לפי סעיף 43 לפסד"פ, בית המשפט רואה רק מקטע צר יחסית של הפרשה. לכן אין לו בשלב זה את הכלים המתאימים להפעיל את הדוקטרינה.¹⁸

הנשיאה הבהירה כי למשטרה מותר להשתמש בחומר שאיננו קביל במשפט ולנסות להפיק ממנו ראיות קבילות. תכליתה של דוקטרינת יששכרוב אינה למנוע מהמשטרה להשתמש בראיות שאינן קבילות כדי לקדם את החקירה, אלא לשמור על הגינותו של הליך שמיעת הראיות בבית המשפט.¹⁹ במענה לעמדתו של השופט רובינשטיין על החשיבות שיש לתת לחובת ההגינות של הרשות ענתה הנשיאה בניש כי השאלה שבמוקד הדיון היא לא אם הייתה הפרה של חובת ההגינות אלא מה השלב הנכון לשקול את העניין.²⁰

חשוב לציין שתי נקודות מעניינות בפסק דינה של בניש. הנקודה הראשונה היא שהנשיאה קבעה שכיוון שבית המשפט לא נותן את ידו לעידוד מעשים בלתי חוקיים, יכול להיות שבמקרה שבו הושגה ראייה תוך הפרה ברורה של החוק, בית המשפט עשוי לסרב לבקשה של המשטרה לפי סעיף 43 שהראייה תועבר אליה, וזאת בשל אותה הפרת חוק שהביאה להשגת הראייה. הנשיאה הותירה סוגיה זו ביצריך עיון.²¹

הנקודה השנייה היא שבמענה לנימוקי עמדת השופט דנציגר בדיון הנוסף, ציינה הנשיאה בניש, במסגרת דעת הרוב, כי "אין חולק כי מבחינת סדר הבאת הראיות במשפט ניתן בהחלט לדון בשאלת קבילותה של ראייה זו או אחרת מיד פתיחת המשפט".²²

¹⁵ שם, פס' 13 לפסק דינו של השופט דנציגר.

¹⁶ שם, פס' 16 לפסק דינו של השופט דנציגר.

¹⁷ שם, פס' 18 לפסק דינו של השופט דנציגר. שם, פס' יז לפסק דינו של השופט רובינשטיין, אשר גם עמד על נקודה חשובה זו.

¹⁸ שם, פס' 15, 17 לפסק דינה של הנשיאה בניש.

¹⁹ שם, פס' 16 לפסק דינה של הנשיאה בניש.

²⁰ שם, פס' 33 לפסק דינה של הנשיאה בניש.

²¹ שם, פס' 12 לפסק דינה של הנשיאה בניש. הסוגיה נותרה ביצריך עיון לאור העובדה שלעמדתה, במקרה זה לא הייתה כלל הפרת חוק כלשהי מצד המשטרה.

²² שם, פס' 30 לפסק דינה של הנשיאה בניש.

שתי הנקודות האחרונות מעמדתה של הנשיאה ביניש, יחד עם יישום ההבחנה התאורטית בין כללי התנהגות לכללי שיפוט, יוצרים את האפשרות לקריאה נוספת וחדשה בדעת הרוב בדנ"פ שמש. עבור עתה לבחינת ההבחנה האמורה ולהחלטה על עובדות דנ"פ שמש וההנמקות המשפטיות שניתנו בו.

ההבחנה בין כללי התנהגות לכללי שיפוט והחלטה על דנ"פ שמש

3. א. ההבחנה בין כללי התנהגות לכללי שיפוט במשפט הפלילי המהותי

דן כהן הציג ופיתח את ההבחנה ביחס לכללי המשפט הפלילי המהותי.²³ על פי התיאוריה, ניתן לחלק את הכללים השונים של המשפט הפלילי המהותי לשני סוגים, אשר נבדלים בקהל היעד שלהם ובתפקידיהם. שני הסוגים הם כללי פעולה, הנקראים גם כללי התנהגות, וכללי החלטה, הנקראים גם כללי שיפוט. כללי הפעולה מופנים לציבור הרחב. תפקיד כללי הפעולה הוא להסדיר את האיסורים והחובות השונים החלים על הציבור. מדובר בקוד של כללי עשה ואל תעשה. דוגמאות פשוטות לכללי פעולה הם הכללים "אל תגנוב" או "אל תרצח". נמעני כללי ההחלטה לעומת זאת הם לא האזרחים של המדינה אלא השופטים. כללי ההחלטה אמורים להנחות את השופטים איך לנהוג כאשר כללי הפעולה הופרו. דוגמאות בסיסיות לכללי החלטה הם הכללים שלפיהם המחשבה הפלילית הדרושה לעבירת הגנבה היא מטרה לשלילת קבע של הרכוש שנלקח ללא רשות,²⁴ והעונש המקסימלי על גנבה מן הסוג הפשוט הוא שלוש שנים.²⁵

דן כהן הזמין את הקוראים לערוך ניסוי מחשבתי מעניין שלפיו קיימת "הפרדה אקוסטית" בין נמעני כללי הפעולה לנמעני כללי ההחלטה.²⁶ כל אחד מן הקהלים מבודד ונפרד. ציבור האזרחים מקבל רק את קודקס כללי ההתנהגות.. הפרדה דמיונית כזו יכולה להתגבר על כשלים שקיימים במערכת משפטית שאין בה הפרדה והציבור הרחב מודע לכללי השיפוט ומכלכל את צעדיו לפיהם. כשל עלול להיגרם מכך שכלל שיפוט יכול להעביר מסר נורמטיבי שמתנגש או מפחית מהכוח הנורמטיבי שמעביר כלל ההתנהגות. דן כהן הדגים את העניין בין השאר באמצעות סייג הכורח.²⁷ סייג הכורח הוא סייג מסוג פטור. על פיו ניתן לפטור אדם שעבר על החוק, באופן לא מוצדק, בשל איום בפגיעה קשה שהופנה אליו אם לא יבצע את העבירה. המשפט מעניק את הפטור מאחריות פלילית לאור חוסר ההוגנות של הטלת האחריות במקום שבו אולי גם השופט עצמו היה נכנע לאיום. דוגמא למקרה שמעלה את סייג הכורח היא כאשר אדם הורג שני אנשים חפים מפשע על פי ציווי של מי שמאיים להרוג את ילדו של המאויים אם הפשע לא יבוצע.

במשך שנים מעמדו של כלל הכורח והיקף התפרשותו לא היו ברורים. הדבר נובע, לפי ניתוחו של דן כהן, מהמסר הנורמטיבי הנוגד שכלל זה משמיע למסרים הנורמטיביים של העבירות השונות ומתוצאות הלוואי הרעות שעלולות להיות לו על הציבור הרחב. בעוד האיסורים השונים של המשפט הפלילי מורים לציבור לא לגנוב, לא להרוג ולא לבצע עבירות באופן כללי, כלל הכורח משמיע באוזניהם כי בנסיבות מסוימות, גם אם יבצעו עבירות באופן לא מוצדק ואסור – הם עדיין יופטרו. משפט פלילי ללא סייג הכורח יהיה משפט לא הוגן. שופטים יענישו אנשים שביצעו מעשים אסורים תחת כפייה קשה שהשופטים עצמם לא היו מסוגלים לעמוד בה.

²³ Dan-Cohen, לעיל ה"ש 7.

²⁴ סי' 383(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

²⁵ סי' 384 לחוק העונשין.

²⁶ Dan-Cohen, לעיל ה"ש 7, בעמ' 634-640.

²⁷ סי' 34 יב לחוק העונשין.

עולם של הפרדה אקוסטית פותר את הבעיה. בספר כללי ההתנהגות סייג הכורח לא יוזכר. על כן ההרתעה לא תיפגע. הסייג יופיע בספר כללי השיפוט. השופטים ידעו כי עליהם לפטור מאחריות מי שביצע עבירה תחת כורח. כך ההגינות לא תיפגע. ההפרדה האקוסטית תאפשר למשפט הפלילי לשמור גם על ההרתעה וגם על ההגינות. לכאורה, בעולם נטול הפרדה אקוסטית, כמו בעולם שלנו, הדבר בלתי-אפשרי.

דן כהן הראה כי גם בעולם שלנו קיימת הפרדה אקוסטית חלקית. חלק מכללי השיפוט אינם תואמים לכללי ההתנהגות. ההפרדה הזו מתאפשרת בכלים שונים של "העברה חלקית" של כללי השיפוט אל הספירה הציבורית שהמשפט נוקט בהם. דוגמא לשיטה כזו היא עמימות שקיימת לעתים גם בעולמנו לגבי קיום והיקף כללי השיפוט שסייג הכורח הוא כאמור אחד מהם.

דוגמא נוספת שמבהירה את הפער בין כללי השיפוט כפי שתופס אותם הציבור לכללי השיפוט כפי שהם באמת ניתנה דווקא על ידי סינגר.²⁸ סינגר הפנה את תשומת הלב לפער בין עונשי המקסימום על כל עבירה לרמת הענישה שמושגת בפועל. הציבור הרחב, אם הוא פונה לחוק העונשין ובדק את הענישה הנקובה בצד כל עבירה, מתרשם מענישה מקסימלית מחמירה יחסית לביצוע יחיד של מעשה העבירה. לעומת זאת, כל מי שעוסק במשפט פלילי יודע כי הענישה בפועל על ביצוע מעשה יחיד היא נמוכה הרבה יותר מהעונש המקסימלי הקבוע בחוק.

ניתן לעשות שימוש בכלי האנליטי שהציב דן כהן גם מבלי להתחייב לקיומה של הפרדה אקוסטית, מלאה או חלקית. כך למשל הציב רובינסון ניתוח מבני פונקציונאלי של כללי המשפט הפלילי המהותי בעקבות ההבחנה בין כללי ההתנהגות לכללי שיפוט.²⁹ רובינסון הציע לזנוח את ההבחנה הוותיקה בין כללי אקטוס ראוס לכללי מנס ריאה. במקומה הראה רובינסון שניתן למיין את הדוקטרינות השונות של המשפט הפלילי לשלוש קבוצות שונות – דוקטרינות של כללי התנהגות, דוקטרינות של תנאי סף לאשמה ודוקטרינות שרק מדרגות את האשמה. שתי הקבוצות האחרונות הן דוקטרינות של כללי שיפוט שרובינסון הבחין ביניהן על פי תפקידן הפונקציונאלי.

כפי שהראה רובינסון, ההבחנה הפונקציונאלית בין כללי התנהגות לכללי שיפוט מסייעת להבין טוב יותר את ההבחנה בין סייגים לאחריות פלילית מסוג הצדקה לסייגים לאחריות פלילית מסוג פטור. בעוד סייגים מסוג הצדקה הם כללי פעולה, סייגים מסוג פטור הם כללי שיפוט.³⁰ כאשר מדובר בסייג מסוג הצדקה, אף שהנאשם ביצע עבירה במובן זה שרכיבי האחריות הפלילית שלה מתמלאים, עדיין מעשהו מוצדק. המעשה מוצדק בשל כך שהגן על אינטרסים חשובים יותר מאלו שנפגעו על ידי ביצוע העבירה. כך למשל, מי שהורג ברצייה, במודעות ובכוונה תחילה אדם אחר, ממלא ככלל את רכיבי עבירת הרצח. עם זאת, מעשהו יהיה מוצדק אם ההרוג הוא מתבל שעמד להפעיל חגורת נפץ בגן מלא ילדים, אם המבצע הנבחן לא היה יורה בו. המבצע המוצדק ראוי לשבח על מעשהו. אמנם, רכיבי האחריות הפלילית של עבירת הרצח, כפי שעיצב אותם המחוקק, מתקיימים באופן פורמלי. עם זאת, נראה שגם המחוקק בעצמו, אם היה נשאל על ידי המבצע רגע לפני ביצוע המעשה אם הוא יכול לירות ולהרוג את המתבל שעומד להתאבד ולהרוג הרבה אחרים, היה מאשר את ביצוע המעשה. בשל איכות זו, סייגים לאחריות פלילית מסוג הצדקה הם כללי

²⁸ בטקסט נכתב דווקא, כיוון שסינגר היה ממבקריו החריפים של התיאוריה האמורה של דן-כהן. Richard Singer, *On Classism and Dissonance in the Criminal Law: A Reply to Professor Meir Dan-Cohen*, 77 J. Crim. L. & Criminology 69 (1986).

²⁹ Paul H. Robinson, *Should the Criminal Law Abandon the Actus Reus – Mens Rea Distinction?*, in ACTION AND VALUE IN CRIMINAL LAW 187 (Stephen Shute et al. eds., 1993); PAUL H. ROBINSON, STRUCTURE AND FUNCTION IN CRIMINAL LAW (1997).

³⁰ התובנה כי ההצדקות הם כללי פעולה והפטורים הם כללי שיפוט היא גם מרכיב מרכזי בתיאוריה של פלטשר לגבי הצדקות ופטורים, ראו למשל: George P. Fletcher, *The Right and The Reasonable*, 98 Harv. L. Rev. 949 (1985).

התנהגות.³¹ דוגמאות לדוקטרינות כאלו הן דוקטרינת ההגנה העצמית בגרסאותיה המצדיקות ודוקטרינת הרעה הפחותה שידועה גם כסייג הצורך.

סייגים מסוג פטור הם שונים. המעשה שבוצע לא רק ממלא באופן פורמלי את רכיבי האחריות הפלילית של העבירה. המעשה גם איננו מוצדק. נעיין בדוגמת הריגת שני הילדים החפים מפשע בשל איום על המבצע שילדו שלו יירצח אם לא יהרוג את שני הילדים החפים. המשפט לא רוצה לתמרץ ביצוע התנהגות כזו. אם המבצע היה שואל את המחוקק רגע לפני הביצוע אם מותר לו להרוג את שני הילדים החפים כדי להציל את ילדו שלו, תשובת המחוקק הייתה בשלילה מוחלטת. גם אם בסופו של דבר המשפט יפטור את המבצע בשל הגנת הכורח הפוטר, הוא עדיין יגנה את המעשה. הפטור יינתן רק בדיעבד. סייגים מסוג פטור הם באופן ברור כללי שיפוט.

3.3. הבחנה בין כללי התנהגות לכללי שיפוט במשפט הפלילי הדיוני

ראינו שהכלי האנליטי של הבחנה בין כללי התנהגות לכללי שיפוט והבחנה כי כלל שיפוט שחל על מקרה מסוים יכול להיות שונה מכלל ההתנהגות שחל על אותה סיטואציה יכולים לסייע בהבנת תופעות שונות הקשורות במשפט הפלילי המהותי.

ניתן לעשות לתיאוריה של דן כהן שהוצגה לגבי המשפט הפלילי המהותי אדפטציה כך שתחול גם על המשפט הפלילי הפרוצדורלי.³² ההתאמה תהיה מעניינת, כי הפעם הנמענים של כללי ההתנהגות לא יהיו רק חברי הציבור הרחב, אלא גם ואולי בעיקר גורמי אכיפת החוק – השוטרים, התובעים ואף בתי המשפט עצמם. דוגמא לכלל התנהגות המופנה לשוטר אפשר למצוא בסעיף 24 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים).³³ טרם מעצר, עליו להזדהות בפני העצור כשוטר, לומר לו שהוא עצור ולהסביר לו את סיבת המעצר. דוגמא לכלל התנהגות המופנה לתובע יכולה להימצא בסעיף 85 לחוק סדר הדין הפלילי, המנחה את התובע כיצד לכתוב כתב אישום ומהם הפרטים המינימליים שאמורים להיות באישום. דוגמא לכלל התנהגות המופנה לבית המשפט הוא הכלל שאין לגזור את דינו של נאשם למאסר שלא בפניו.³⁴ גם הציבור הרחב הוא עדיין נמען של כללי ההתנהגות של הפרוצדורה הפלילית. דוגמא לכלל המופנה כלפי הציבור הוא הכלל שאם לנאשם יש טענת אליבי, עליו להשמיע אותה בהזדמנות הראשונה.³⁵ כללי השיפוט של סדר הדין הפלילי נועדו להכריע מה יהיה הדין במקום שבו את כללי ההתנהגות המתוארים לעיל הפרו נמעניהם השונים.³⁶ במסגרת האדפטציה למשפט הפרוצדורלי התיאוריה המפרידה בין כללי התנהגות לכללי שיפוט יכולה לתת תיאור מעניין גם של כלל פסילה כמו זה שעוצב בדוקטרינת יששכרוב.³⁷ בעוד כללי

³¹ בתובנה שסייגים מסוג הצדקה הם כללי התנהגות נעשה בעבר שימוש לצורך הוכחת טענה מושגית, ולפיה לא ניתן לדבר על "הצדקה חלקית". על כן השיח המקובל שמשמש במונח של הצדקה חלקית (למשל, כדי לאפיין את דוקטרינת הקנטור) הוא מוטעה. אלקנה לייסט **המניע במשפט הפלילי** 136–141 (2018); Shachar Eldar & Elkana Laist, *The Misguided Concept of Partial Justification*, 20 LEGAL THEORY 157 (2014).

³² דן-כהן עצמו כתב כי ניתן לעשות אדפטציה להבחנה גם לתחומי משפט אחרים מאשר המשפט הפלילי המהותי. Dan Cohen, לעיל הי"ש 7, בעמ' 626.

³³ ס' 24 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו–1996 (להלן: חוק המעצרים).

³⁴ ס' 129 לחסד"פ.

³⁵ ס' 152(ג) לחסד"פ.

³⁶ ס' 215 לחסד"פ קובע כלל שיפוט טיפוסי ועמום, באופן המתאים לרעיון של העברה סלקטיבית. על פי כלל זה, בית המשפט של ערעור רשאי לדחות ערעור אף אם קיבל את הטענות לגופן, וזאת אם הגיע למסקנה שלא היה עיוות דין.

³⁷ תיאור מעניין כזה של כללי הפסילה בארצות הברית נעשה בשנות התשעים במאמר קלסי של קרול סטייקר ולפניה במאמר של אליזבת פיליפס מרש בשלהי שנות השמונים. Carol S. Steiker, *Counter-Revolution in Constitutional Criminal Procedure? Two Audiences, Two Answers*, 94 Mich. L. Rev. 2466 (1996); Elizabeth Phillips Marsh, *On Rollercoasters, Submarines, and Judicial Shipwrecks: Acoustic Separation and the Good Faith Exception to the Fourth Amendment Exclusionary Rule*, 1989 U. Ill. L. Rev. 941 (1989).

ההתנהגות יהיו עדיין במישור של סדר הדין הפלילי, הרי שכלל השיפוט מצוי הפעם בגבולות דיני הראיות.³⁸

נמעני כללי ההתנהגות הם השוטרים. כללי ההתנהגות האמורים מכתבים את המותר והאסור בהשגת ראיות כנגד החשוד. נמעני כללי השיפוט הם השופטים במשפטו של הנאשם שהראיות נגדו הושגו בניגוד לכללי ההתנהגות החלים על השוטרים. עליהם להחליט אם ראיות שהושגו בניגוד לכללי ההתנהגות יכולות להיות קבילות. דוגמאות לכללי התנהגות טיפוסיים במשפט הישראלי הם הכלל שעל המשטרה לתעד סירוב של חשוד להיוועץ בסגור טרם חקירתו;³⁹ הכלל שבעת גביית הודעה, אם חשוד מבקש להתייעץ עם סגור יש להפסיק את החקירה ולאפשר לו לעשות זאת ואסור להמשיך בחקירה כאילו בקשה כזו לא הושמעה;⁴⁰ הכלל שבהיעדר חשד סביר ניתן לבצע חיפוש על הגוף רק אם החשוד נתן לכך הסכמה מדעת;⁴¹ הכלל שאם בעת נטילת דגימת ד.נ.א. שחשוד כלשהו לא היה חייב לתת הובטח לו כי ייעשה שימוש בדגימה רק לחקירה של פשע מסוים, ולא תבוצע השוואה בין הדגימה של החשוד למאגר דגימות הד.נ.א. של המשטרה, אסור למשטרה להפר את ההבטחה ולבצע השוואה למאגר האמור;⁴² כלל שאסור למשטרה לנסות ולהסית חשוד נגד סגורו;⁴³ כלל שאסור למשטרה להניח למדובר להשתמש בסמים יחד עם החשוד;⁴⁴ כלל שאסור להציג בפני חשוד חוות דעת שקרית של מעבדה לזיהוי פלילי שלפיה טביעות אצבע שלו נמצאו בזירת האירוע, אך מותר לשקר ולומר לו כי טביעת אצבע שלו נמצאה בזירת האירוע וזוהתה על ידי המעבדה לזיהוי פלילי, כל עוד אין מציגים לו חוות דעת מזויפת⁴⁵ וכל עוד לא נקטו בתחבולה האמורה מיד עם פתיחת החקירה, אלא רק לאחר שאמצעים אחרים לא הביאו להתקדמות.⁴⁶ כלל שיפוט אמור לקבוע מה דינן של הפרות של כללי ההתנהגות של שוטרים במישור של דיני הראיות. כלל השיפוט צריך לקבוע אם ראיות שהושגו תוך הפרה של כללי ההתנהגות תהיינה קבילות. עד שניתן פסק הדין בעניין יששכרוב, כלל השיפוט במשפט הישראלי היה שלא היתה להפרות של כללי ההתנהגות שמורים לשוטרים מה מותר ואסור בעת השגת הראיות נפקות

³⁸ מישורים אחרים שבהם יכולים להיות כללי שיפוט הם המישור הפלילי והמישור המשמעתי בהליך שייפתח כנגד השוטרים. ראו למשל: דן ביין "כללי החקירה המשטרית – היש מקום לקודיפיקציה של חוקי הצידי" **עיוני משפט** יב 129 (1987). דוגמא מעניינת להתייחסות של בית המשפט העליון למישורים שונים שבהם מתפקדים כללי התנהגות וכללי שיפוט ניתן למצוא בבג"ץ 5100/94 **הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נג(4) 817 (1999). בפסק דין זה שבו נבחנו פרקטיקות חקירה פוגעניות של שירות הביטחון הכללי, קבע הנשיא ברק כי פעולה חקירתית שלא ניתן לתת לה הסמכה מראש במישור המשפט המנהלי (לקבוע אותה ככלל התנהגות) יכולה להיחשב בדיעבד כבלתי-עניינה במישור הפלילי מכוח סייג הצורך (כלל שיפוט), וכל זאת מבלי לשכוח שיש מישור נוסף שבו יש לבחון את הפעולה, והוא קבילות הראייה שהושגה באמצעות הפעולה החקירתית האמורה, בשדה דיני הראיות. בית המשפט העליון לא התייחס להבחנה בין כללי התנהגות לכללי שיפוט בציינו את מישורי הדיון השונים, אך נראה שדן כהן היה יכול להשתמש בפסק דין זה כדוגמא מצוינת להעברה סלקטיבית ויצירת הפרדה אקוסטית חלקית מבחינת חוקרי השב"כ. לדיון הקושר את פסק הדין האמור להבחנה בין כללי התנהגות לכללי שיפוט, ראו שי עקביא וזנר "על כללי התנהגות והכרעות שיפוטיות בהלכה ובמשפט" **עיוני משפט** לב 305, 335–336 (2010).

³⁹ כלל זה קבע בדעת יחיד השופט דנציגר בע"פ 10049/08 **אבו עזא נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 23.8.2012). לאחרונה בית המשפט העליון קיבל פה אחד את הכלל האמור בע"פ 2868/13 **חייבטוב נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 2.8.2018).

⁴⁰ ס' 34(ב) לחוק המעצרים; ע"פ 9956/05 **שי נ' מדינת ישראל**, פ"ד סג(2) 742 (2009).

⁴¹ עניין **בן חיים**, לעיל ה"ש 3. ראוי לציין כי כלל ההתנהגות שהשופט דנציגר הציע לאמץ בדעת יחיד באותו עניין היה שונה. השופט דנציגר אימץ את הכלל שעליו המליצה הסגוריה ולפיו רק חשד סביר יכול לשמש עילה חוקית לחיפוש. הסכמה מדעת איננה כשרה לכך. לעמדה המצדדת בכלל שהציע השופט דנציגר, ראו למשל: יניב בן הרוש "מה הבעיה בהסכמה לחיפוש משטרתי" **הפרקליט** נד 43 (2016).

⁴² ס' 14 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה) – חיפוש בגוף החשוד ונטילת אמצעי זיהוי) התשנ"ו–1996 (להלן: חוק החיפוש); עניין **פרחי**, לעיל ה"ש 2.

⁴³ עניין **אלזם**, לעיל ה"ש 4; ע"פ 5956/08 **אל עוקה נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 23.11.2011).

⁴⁴ עניין **חייבטוב**, לעיל ה"ש 39.

⁴⁵ ע"פ 398/89 **מנצור נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 19.1.1994).

⁴⁶ ע"פ 2939/09 **פילצה נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 15.10.2009). לביקורת על כלל ההתנהגות המאפשר שקרים לנחקר על ידי החוקרים באשר לקיום ראיות מפלילות נגדו, ראו למשל: רינת קיטאיסנג'ירו "איסור לשקר לחשוד באשר לקיום ראיות מפלילות" (לא פורסם).

במישור קבילות הראיות שהושגו תוך הפרת אותם כללי ההתנהגות. להוציא את השטח המצומצם יחסית שכיסו שלושת כללי הפסילה החקיקתיים, גם ראיות שהושגו תוך הפרת כללי ההתנהגות היו קבילות במשפט.⁴⁷ כלל הפסלות הפסיקתי שהתקבל במשפט הישראלי בעניין יששכרוב הביא למהפכה במובן זה שנקבע שיש לבית המשפט סמכות לפסול ראיות שהשיגו שוטרים תוך הפרת כללי התנהגות. חידוש לא פחות חשוב הוא קביעת היקפם של כללי התנהגות. במשטר הקודם שבו אף הפרה לא הובילה לפסילת הראיות היה מעט מאוד דיון בכללי ההתנהגות. כיוון שלא הייתה תוצאה להפרתם, הם לא היו רלבנטיים לדיון. עצם יצירתו של כלל שיפוט שבמסגרתו נפסלות ראיות בשל הפרת כללי התנהגות טמנה בחובה גם יצירת כללי התנהגות חדשים והבהרת גבולותיהם של הקודמים.⁴⁸ הרציונל של כלל הפסלות הפסיקתי טמון ברצון להגן על טוהר ההליך השיפוטי והוא נובע מזכותם של החשודים והנאשמים להליך הוגן.⁴⁹

אך יש לשים לב שלא כל הפרת כלל התנהגות אמורה להביא לפסלות הראיה שהושגה תוך הפרת הכלל. כלל השיפוט שאימץ בית המשפט העליון הישראלי הוא כלל מורכב וגמיש, כלל של בטלות יחסית.⁵⁰ במסגרת יישום כלל השיפוט, בית המשפט מחיל קריטריונים רבים שניתן למינם לשלוש קבוצות – אמות מידה הקשורות לחומרת הפרת כלל ההתנהגות, אמות מידה המתמקדות בקשר בין הפרת כלל ההתנהגות לראיה שהושגה, וכאלו שמאזנות בין התועלת החברתית שבפסילת הראיה לנוק החברתי שייגרם מפסילה כזו. בהינתן כלל זה, בהחלט ייתכן שאף שכלל התנהגות הופר, בית המשפט יורה על קבלת הראיה.⁵¹

העמימות והגמישות של דוקטרינת יששכרוב מתאימים למודל של הפרדה אקוסטית חלקית שהציג דן כהן. בעולם של הפרדה אקוסטית מלאה, השוטרים היו מודעים רק לכללי ההתנהגות שמתווים את הדרכים האפשריות היחידות מבחינתם לגבות ראיות. הם היו סבורים כי ראיות שתושגנה שלא על פי דרכים אלו – תיפסלנה. לכן היה להם תמריץ כבד משקל שלא להפר כללים אלו. ברם, השופטים היו חופשיים במקרים המתאימים לקבל ראיות שהושגו בניגוד לכללי ההתנהגות, וזאת מבלי שקבלה כזו הייתה משדרת לשוטרים מסר שמחליש את כללי ההתנהגות. בעולם שבו אין הפרדה אקוסטית מלאה ניתן להשיג הפרדה אקוסטית חלקית על ידי יצירת כלל שיפוט עמום וגמיש.⁵²

⁴⁷ כללי הפסלות החקיקתיים הם: ס' 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971; ס' 32 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981; ס' 13 לחוק האזנות סתר, התשל"ט-1979. פסלות ראיות על סמך סעיפים אלו הייתה נדירה.

⁴⁸ לדיון וניתוח התופעה ראו יואב ספיר וגיא רובינשטיין "יששכרוב בפעולה: על יתרונויותיה של דוקטרינת הפסלות היחסית ועל תרומתה להגנה על זכויות הפרט" (לא פורסם).

⁴⁹ עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 1, פס' 61 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. לניתוח שלפיו מקורה של דוקטרינת פסילת ראיות כמו דוקטרינת יששכרוב היא בגישה הליברטריאנית, ראו למשל: גבריאל הלוי **תורת דיני הראיות** כרך ג 267-284 (2013). הלוי מסביר בין השאר איך הגישה הליברטריאנית, בניגוד לגישה הקהילתנית, מאפשרת בשם השמירה על זכויות הפרט "קניז" בין הפגמים בחקירת המשטרה שפגעו בזכות ההליך הוגן של החשוד למעשה העבירה שביצע אותו חשוד. לניתוח הבוחן גם לאור המשפט המשווה רציונלים אפשריים שונים לדוקטרינת יששכרוב וגוזר פתרונות לסוגיות ארייתיות הקשורות בדוקטרינה לפי הרציונלים האמורים, ראו למשל: יובל מרין "תיוג אתני והשלכותיו הראייתיות: היקף תחולתה הראוי של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית" **המשפט ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה** 64, 5 (2017).

⁵⁰ עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 1, פס' 62 לפסק דינה של השופטת ביניש. השופטת ביניש הגדירה את הדוקטרינה כדוקטרינה יחסית; שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט חשין: באותו עניין הגדיר השופט חשין את דוקטרינת יששכרוב כדוקטרינה של בטלות יחסית.

⁵¹ שם, פס' 63-74 לפסק דינה של השופטת ביניש. בספרות נמתחה ביקורת על כך שכלל הפסילה הוא גמיש ולא קשיח, במובן זה שהתוצאה היחידה של הפרת כלל התנהגות על ידי החוקרים בעת שהשיגו ראיה מסוימת היא לא פסילת הראיה. ראו למשל: קרן שפירא-אטינגר ורון שפירא "כלל הפסלות הישראלי – בשולי הלכת יששכרוב" **דין ודברים** ג 427 (2007), בועז סנג'ור "כלל פסילת הראיות שהושגו שלא כדין בהלכת יששכרוב – בשורה או אכזבה?" **משפט וצבא** יט 67 (2007). סנג'ור ביקר באותו מאמר גם את העובדה שבניגוד לדין בארצות הברית, הרציונל של חינוך והרתעת השוטרים לא נקבע כרציונל ישיר לדוקטרינת יששכרוב. לעמדה בספרות שכלל פסלות גמיש הוא עדיף דווקא מנקודת המבט התומכת בזכויות חשודים ונאשמים ראו ספיר ורובינשטיין, לעיל ה"ש 48.

⁵² Steiker, לעיל ה"ש 37. קרול סטייקר, שכאמור החילה את ההבחנה בין כללי התנהגות לכללי שיפוט על כללי הפסלות בארצות הברית, ציינה שיש להבחין בין שני סוגי קהלים – המשטרה והציבור הרחב. לטענתה קשה מאוד להשיג הפרדה

מאז התקבל במשפט הישראלי כלל השיפוט של דוקטרינת יששכרוב נערכו לו מספר תיקונים והבהרות. כך למשל הובהר שלצורך הצבה בנוסחת הדוקטרינה עבירת ההריגה אינה נחשבת עבירה חמורה. זאת כיוון שהיא לא מחייבת יסוד נפשי של כוונה;⁵³ שהקריטריונים של חיוניות הראיה הנבחנת להוכחת האשמה ושל חומרת האישום הם בעלי משקל נמוך יותר משאר הקריטריונים;⁵⁴ שניתן לפסול גם ראיות חפציות;⁵⁵ שניתן לפסול גם ראיות נגזרות – ראיות שהושגו לכשעצמן תוך הקפדה על כללי ההתנהגות, אך מקורן בראיה שהושגה תוך הפרה של כללים אלו;⁵⁶ שניתן לפסול במשפטו של נאשם X ראיות שהושגו תוך הפרת כללי ההתנהגות בחקירתו של חשוד Y.⁵⁷ כל הפיתוחים האמורים נוגעים לאפיונה של דוקטרינת יששכרוב ככלל שיפוט. הם קשורים לאופן שבו השופטים אמורים להתמודד עם הפרות של כללי ההתנהגות המופנים לשוטרים.

במבט ראשון, גם הדיון בעניין **שמש** נגע אך ורק לאופן שבו בית המשפט אמור להפעיל את כלל השיפוט שנוצר בעניין יששכרוב. השאלה שהועלתה לדיון היא עיתוי הפעלת כלל זה – האם ההפעלה תהיה רק בעת הדיון באשמה הפלילית, כפי שקבעו חמשת שופטי הרוב, או שמא כבר בשלב המוקדם של החקירה הפלילית, כפי שהציע השופט דנציגר.

עם זאת, בחינה קפדנית יותר של הסוגיה שהייתה על כף המאזניים בעניין **שמש**, באספקלריה של ההבחנה בין כללי התנהגות לכללי שיפוט תביא למסקנה שונה לחלוטין. מסקנה זו תבהיר את נימוקו של השופט דנציגר באשר לפגיעה שתתרחש באמון הציבור אם בקשתה של המשטרה תיענה על ידי בית המשפט, ואת הטעות של שופטי הרוב בדנ"פ **שמש**. לבחינה זו נעבור כעת.

3.ג. בחינת דנ"פ שמש תוך שימוש בכללי האנליטי של ההבחנה בין כללי התנהגות לכללי שיפוט

3.ג.1 דעת הרוב בדנ"פ שמש התירה מראש הפרת כללי התנהגות

אמנם השאלה שהוצבה בדיון הנוסף בעניין **שמש** התרכזה בסוגיית העיתוי הנכון של הפעלת דוקטרינת יששכרוב. אבל כדי להעריך באופן נכון יותר את עמדות הרוב והמיעוט צריך להיזכר בשאלה הראשונית שהוצבה לפתחו של בית המשפט. כזכור, המשטרה פנתה לבית משפט השלום בבקשה לפי סעיף 43 לפסד"פ כדי שיוורה לרכבת להעביר למשטרה את הודעות עובדי הרכבת שניתנו בפני ועדות הבדיקה הפנימיות. מדובר בהודעות שניטלו כאשר אסור היה לעובדי הרכבת להיות מיוצגים על ידי עורכי דין, כאשר יש להם חובה להופיע בפני הוועדות הללו ובעת שהובטח להם שלא ייעשה שימוש חיצוני בעדויות אלו. ככל שההודעות האמורות לא תועברנה למשטרה וההבטחה תישמר, אין כל פגיעה בהליך ההוגן.

אקוסטית, אפילו חלקית, מול המשטרה. הניתוח של סטייקר מראה כיצד בית המשפט העליון של ארצות הברית בהרכב שמרני יחסית בראשות הנשיאים רנקוויסט ובורגר הביא לשינוי בכללים הליברלים שיצר בית המשפט בראשות וורן שנחשב ליברלי יותר. סטייקר הראתה שבית המשפט של רנקוויסט ובורגר לא שינה את כללי ההתנהגות, הידועים גם לציבור, אך כן שינה את כללי השיפוט. בדרך כזו, השינוי היה פחות ניכר לציבור, אך המשטרה הבינה אותו היטב. אסף הרדוף, מבלי לדבר על הפרדה אקוסטית מלאה או חלקית, התייחס לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית הישראלית כאל "קלף משוגע" שיש בידי בית המשפט והשוטרים לא יודעים מה יהיה השימוש בו. אסף הרדוף "חזות של זכויות, מהות של צדק: סיפורה הרטורי והמהותי של ההכרעה הפלילית" **דין ודברים** ח 33, 78 (2014).

⁵³ עניין **שי**, לעיל ה"ש 40, פס' 19 לפסק דינה של הנשיאה בינש.
⁵⁴ עניין **פרחי**, לעיל ה"ש 2; עניין **אל עוקה**, לעיל ה"ש 43; עניין **חייבטוב**, לעיל ה"ש 39. לעומת זאת ראו עמדתו של השופט עמית בע"פ 5417/07 **בונר נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 13.5.30).

⁵⁵ עניין **בן חיים**, לעיל ה"ש 3.
⁵⁶ עניין **פרחי**, לעיל ה"ש 2.

⁵⁷ פיתוח אחרון זה הושמע בינתיים כדעת יחיד של השופט מזוז שהושארה ב'צריך עיון' על ידי שופטים אחרים, ע"פ 3237/15 **יהודה נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 1.6.2016). ראו גם גיא רובינשטיין ומשה סרוגוביץ' "דוקטרינת הפסילה הפסיקתית ותחולתה על עדים" (לא פורסם).

לעומת זאת, ניתן לחשוב על שלושה כללי התנהגות המופרים במעשה של העברת ההודעות מהרכבת לידי המשטרה. כלל התנהגות אחד הוא הכלל שאוסר על המשטרה לגבות הודעה מחשוד מבלי ליידע אותו כי יש לו זכות להתייעץ עם סגור. הכלל השני הוא זה שאוסר על המשטרה לגבות הודעה מחשוד טרם שתזהיר אותו כי כל מה שיאמר עלול לשמש כנגדו. במקרה זה, אם יועברו ההודעות שניתנו בפני ועדות הבדיקה הפנימיות של הרכבת לידי המשטרה – תקבל המשטרה הודעות של חשודים, אשר נאסר עליהם להתייעץ עם עורך דין ואשר נאמר להם שהדברים לא ישמשו כנגדם בידי גוף חיצוני לרכבת.⁵⁸ מעבר לאי-הודעה על זכות ההתייעצות ועל כך שהדברים יוכלו לשמש כנגדם, יש בהעברת ההודעות מהרכבת לידי המשטרה גם הפרת הבטחה שניתנה לעובדי הרכבת שההודעות ישמשו אך ורק את הרכבת. בהינתן כלל התנהגות שלישי שאוסר להפר הבטחה שניתנה לחשוד טרם גביית ראייה באשר לשימוש שיעשו בה – גם כלל התנהגות כזה הופר.⁵⁹

יוצא אפוא שבקשת המשטרה מבית המשפט לפי סעיף 43 לפסד"פ היא כי בית המשפט יורה על הפרת שלושה כללי התנהגות במהלך החקירה, וזאת ביחס למספר גדול של חשודים. מתן הוראה מצד בית המשפט על הפרת כללי ההתנהגות עלולה לפגוע קשות ביוקרתו של בית המשפט ובאמון הציבור בו. מעבר לכך, היא עלולה לשדר מסר נורמטיבי שלילי לשוטרים העוסקים בגביית ראיות שכללי ההתנהגות החלים עליהם אינם תקפים באמת, ומכל מקום שבית המשפט לא מייחס להם חשיבות. הוראה כזו חותרת באופן מהותי גם תחת התוקף של כללי ההתנהגות שהופרו וגם תחת מעמדו של בית המשפט כגוף אובייקטיבי.

במקרה הרגיל של הפעלת כלל הפסילה הפסיקתי ככלל שיפוט, בית המשפט דן במסגרת המשפט עצמו בהפרת כלל התנהגות של גביית ראיות שבצעו בעבר השוטרים. הוא שוקל אם לקבל את הראיה על אף ההפרה. צריך להבחין בין מקרה רגיל זה למקרה שלפנינו. במקרה הרגיל, גם אם בית המשפט במהלך המשפט עצמו יקבל את הראיה שנגבתה על אף הפרת כלל ההתנהגות, הוא עדיין יוכל לגנות את הפרת כלל ההתנהגות ולנמק את קבלת הראיה במסגרת השיקולים השונים של כלל השיפוט. הוא יוכל לשמר את תוקפו של כלל ההתנהגות ואת מעמדו של בית המשפט ואת אמון הציבור בו. במקרה כזה לא יהיה אפשרי לומר כי בית המשפט הוא שותף להפרת כלל ההתנהגות. כך למשל, בעניין פרחי מתח בית המשפט העליון ביקורת קשה על כך שהמשטרה הפרה את ההבטחה שנתנה לפרחי עת נטלה ממנו את דגימת הד.נ.א. והשתמשה בה גם להשוואה למאגר דגימות הד.נ.א. הכללי ולא רק לבחינת מעשה עבירה מסוים כפי שהתחייבה. השופט לוי שפך קיתונות של רותחין על חוסר ההגינות שבפעולת המשטרה ועל כך שהופרה הבטחה ברורה שניתנה לנאשם.⁶⁰ כתוצאה מהפרת הבטחה זו, בית המשפט פסל את הדגימה האמורה וגם ראייה שנגזרה ממנה. על אף זאת, הוא אישר את הרשעתו של פרחי על סמך ראיות שנגזרו אף הן, באופן רחוק יותר, מאותה ראייה פסולה. ברור על פי פסק דין פרחי שבית המשפט העליון מגנה את הפרת ההבטחה, ונראה ברור מהרטוריקה של השופטים כי אם המשטרה הייתה פונה אליהם טרם שהפרה את ההבטחה ושואלת אותם אם הדבר מותר – היו עונים לה בשלילה נחרצת.⁶¹

⁵⁸ השופט דנציגר כינה זאת, ובצדק "מסלול עוקף חקירה". רע"פ שמש, לעיל ה"ש 5, פס' 40 לפסק דינו של השופט דנציגר.

⁵⁹ כלל התנהגות כזה ניתן להסיק כאמור מעניין פרחי, לעיל ה"ש 2.

⁶⁰ שם, פס' 13 לפסק דינו של השופט לוי: "הכשרת נתוני הזיהוי כראיה מפלילה, חרף ההבטחה המפורשת שניתנה בעת נטילתם שלא לעשות כן, עשויה לפגוע קשות באמון הציבור ברשויות המדינה. התנהלות כזו אינה עולה בקנה אחד עם הסבירות וההגינות ששלטון אמור לנקוט, והיא מובילה לתחושה כי המטרה של מיצוי ההליך הפלילי מקדשת את האמצעים".

⁶¹ הרדוף העלה נקודה זו בביקורת שמתח על דעת הרוב ברע"פ שמש. הרדוף, לעיל ה"ש 52, בעמ' 83.

לעומת זאת, במקרה שלפנינו, לאור קבלת עמדת דעת הרוב בדנ"פ, יש הוראה פוזיטיבית של בית המשפט להפר שלושה כללי התנהגות, ביניהם הכלל של הפרת הבטחה בנוגע להיקף השימוש שיעשה בראיה שנגבתה מהחשוד. בית המשפט מאפשר מראש את הפרת הכללים האלו.⁶² המשטרה לא מסוגלת לבצע את ההפרה בעצמה, ומבקשת מבית המשפט, תוך שימוש בסעיף 43 לפסד"פ, שיורה על כך. ברור שבמקרה זה בית המשפט הוא שותף פעיל ומרכזי להפרת כללי ההתנהגות באופן שעלול לפגוע באופן קשה באמון הציבור בו. כאשר במהלך הדיון בתיק הפלילי בית המשפט יתבקש לבחון בדיעבד את ההפרה האמורה, הוא כבר לא יוכל לבקר אותה באותו אופן שביקר את הפרת כלל ההתנהגות בעניין פרחי. הפעם, בית המשפט היה שותף לביצוע ההפרה הזו.

כדי לעמוד על הזהירות הרבה שעל בית המשפט לנקוט כאשר נבחנת התייחסותו מראש לכללי התנהגות מעניין להשוות את ההתרחשות שהייתה בדנ"פ שמש לתופעה שאיתר שי וזנר במשפט העברי.⁶³ וזנר השתמש בהבחנה של דן כהן בין כללי התנהגות לכללי שיפוט כדי להציג ולנתח פער מעניין שעולה מספרות ההלכה. הפער קיים בין כלל ההתנהגות החל על אדם באופן ישיר בעניין כלשהו לבין כלל ההתנהגות שבית הדין יורה לו לפעול על פיו. זאת, אם האדם יפנה לבית הדין ויבקש הוראות כיצד לפעול. טרם שאציג שתי דוגמאות לכך מתוך מאמרו של וזנר, אזכיר כי בדוגמאות אלו אנו חוזרים לרגע משדה המשפט הפלילי הפרוצדורלי, שבו אנו עוסקים כעת ושנמעני כללי ההתנהגות בו הם השוטרים גובי הראיות, לשדה המשפט הפלילי המהותי. שבו נמעני כללי ההתנהגות הם אנשים מכלל הציבור.

הדוגמא הראשונה היא דוגמת ההסגרה. על פי כלל התנהגות מסוים מותר לציבור להסגיר אדם ספציפי מישראל אם אויב זר מאיים כי אם אותו אדם ספציפי לא יוסגר, אזי כל הקהילה תושמד. כלל התנהגות זה, המתיר את הסגרתו של האדם הספציפי שביקש האויב הזר, מוגד לכלל התנהגות אחר, ולפיו אם האויב הזר לא ציין אדם ספציפי שהוא דורש את הסגרתו, אלא ביקש אדם כלשהו – אין להסגיר אף אחד. כאמור, קיים במשפט העברי כלל ההתנהגות המתיר לכל אחד מהציבור להסגיר אדם מהקהילה שדרש האויב באופן ספציפי. על אף זאת, קיים במשפט העברי כלל שיפוט שאם בית הדין נשאל מראש אם מותר להסגיר את האדם הספציפי שדרש האויב, עליו לומר לשואל כי אסור לבצע הסגרה כזו. זאת, גם לנוכח האיום בהריגת כל הקהילה.⁶⁴

הדוגמא השנייה היא הלכת העגונה אשר בעלה טבע ונעלם בים. על פי פרשנותו של וזנר, ניתן לומר כי ההלכות השונות מצביעות על כך כי לעגונה זו מותר להינשא בשנית. על אף זאת, אם תשאל העגונה את בית הדין אם הוא מתיר לה להינשא בשנית, התשובה שתקבל היא שהדבר אסור.⁶⁵

בשני המקרים מתקיימת התופעה הבאה: יש כלל התנהגות שמותר לאדם לעשות X. אם יעשה האדם X מבלי לשאול את בית הדין, הוא לא עבר כל עבירה. אבל, אם הוא יפנה לבית הדין ושאל אותו אם מותר לו לעשות X, בית הדין יורה לו שלא לעשות X. כלל ההתנהגות המכוון לאזרח הוא – "מותר לעשות X". כלל השיפוט המכוון לשופט הוא "אם האזרח שואל אותך אם מותר לעשות X, אף שזה היה מותר לו לולא שאל אותך, אמור לו שאסור לעשות X".

⁶² למעשה, דעת הרוב סירבה לדון בשאלה אם המעשים המבוקשים על ידי המשטרה מהווים הפרות. זאת אף ששופטי המיעוט דנציגר ורובינשטיין קבעו באופן ברור שמדובר בהפרות של ההליך ההוגן, ואף שהנשיאה ביניש הביעה ספק אם ההודעות תהיינה קבילות במשפט עצמו. דנ"פ שמש, לעיל ה"ש 6, פס' 24 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. שופטי הרוב העדיפו לאפשר את המעשים ולקבוע כי הדיון בשאלה אם מדובר בהפרות יידחה לשלב שמיעת הראיות. החלטה זו שקולה מבחינה מעשית למתן אישור להפרת כללי התנהגות, ככל שישתברר כי אכן מדובר בהפרות.

⁶³ עקביא וזנר, לעיל ה"ש 38.

⁶⁴ שם, בעמ' 317–320.

⁶⁵ שם, בעמ' 326–330.

את הסיבה לפערים האלו מסביר וזנר בין השאר בשיקולים מוסדיים הקשורים לתדמית של בית הדין. לעיתים גם אם מותר לעשות מעשה מסוים, לא ראוי ששופט יגיד שזה מותר. אמירה כזו של השופט עלולה לפגוע באמון הציבור בבית הדין וביוקרתו של בית הדין.⁶⁶

נשווה ניתוח זה למה שקרה בדנ"פ שמש. בדוגמאות שהביא וזנר מהמשפט העברי, אף שכלל התנהגות התיר מעשה מסוים, בית הדין נזהר ואסר על ביצוע המעשה כאשר נשאל על כך. בדנ"פ שמש לעומת זאת המקרה הפוך לגמרי. כלל התנהגות אוסר ביצוע מעשה מסוים, אך כאשר בית המשפט נשאל לגביו מבעוד מועד, בית המשפט הורה על ביצוע ההפרה. בעניין שמש כלל ההתנהגות קבע שאסור לעשות X, אך כלל השיפוט שבית המשפט נהג על פיו היה – אם השוטר שואל אותך אם מותר לעשות X, הורה לו שזה מותר. למעשה, ההתרחשות בעניין שמש הייתה קיצונית עוד יותר. המשטרה ביקשה מבית המשפט שיוציא צו המורה על עשיית X, על אף כלל ההתנהגות שאומר אחרת, וכך אכן עשה בית המשפט.⁶⁷

מהדיון עד כה עולה כי השורה התחתונה של דעת הרוב שלפיה ניתן לאפשר למשטרה לקבל מהרכבת את הודעות העובדים שניתנו בפני ועדות הבדיקה הפנימיות היא שגויה. בית המשפט נתן הכשר להפרת כללי התנהגות. דבר זה עלול להביא לפגיעה קשה באמון הציבור בבית המשפט. כפי שכתב השופט דנציגר, אם הרציונל של דוקטרינת יששכרוב הוא הרציונל המניעתי של שמירה על הגינות וטוהר ההליך השיפוטי, אין היגיון שבית המשפט יתיר מראש את ביצוע ההתנהגות הפוגעת בהגינות ורק בשלב מאוחר יותר יבחן את קיום הפגיעה ונפקותה.

II.ג.3 על עובדות דנ"פ שמש לא ניתן להחיל את דוקטרינת יששכרוב אלא את דוקטרינת הביקורת

המנהלית בפלילים

ההבחנה בין כללי התנהגות לכללי שיפוט חושפת לא רק את הטעות שבתוצאה הסופית של עמדת הרוב. ההבחנה האמורה מראה גם כי על עובדות המקרה הקונקרטיות של דנ"פ שמש לא ניתן להחיל את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית. הדבר איננו נובע מכך שחסרים בשלב החקירה נתונים החיוניים להפעלת הדוקטרינה שיתגלו רק בזמן המשפט, כפי שנקבע בדעת הרוב. לא ניתן להחיל את דוקטרינת יששכרוב על עובדות דנ"פ שמש כיון שדוקטרינה זו חלה רק במקרים שבהם כבר הופר כלל התנהגות ועל בית המשפט להחליט מה תהיינה תוצאות ההפרה. דוקטרינת יששכרוב, על פי הגדרתה, היא דוקטרינה של בטלות יחסית. היא חלה במקרים שבהם כבר אירעה הפרת כלל התנהגות בעת השגת ראיה מסוימת. באמצעות הדוקטרינה, בית המשפט בוחן את נפקות הפרת כלל ההתנהגות.

העובדות בדנ"פ שמש זימנו סיטואציה אחרת. גורמי החקירה עדיין לא הפרו כלל התנהגות. הם פנו לבית המשפט כדי שיכשיר את ההפרה. על הסיטואציה הזו חלה דוקטרינה אחרת.⁶⁸ מדובר בדוקטרינת הביקורת המנהלית בפלילים.⁶⁹ על פי דוקטרינה זו, יש לבית המשפט הדין בהליך פלילי

⁶⁶ שם, בעמ' 314–316.

⁶⁷ על פי הסייג בהערת שוליים 62 ניתן לומר שבית המשפט לא הורה על הפרת כלל התנהגות אלא העדיף להתיר את ההתנהגות המבוקשת ולא לבדוק כלל אם מדובר בהפרה של כלל כאמור, על אף קיום טענה שמדובר בהפרה.

⁶⁸ הרדוף סבר אף הוא באופן אינטואיטיבי כי התוצאה האופרטיבית הנכונה בדנ"פ שמש הייתה זו שבפסק דינו של השופט דנציגר, אבל שעמדת הנשיאה ביניש, שלא ניתן להחיל את דוקטרינת יששכרוב, נכונה אף היא. הוא העלה את הסברה שמא צריך להשתמש בדוקטרינה אחרת שתמנע את מעשי המשטרה. הרדוף, לעיל ה"ש 52, בעמ' 82–83.

⁶⁹ לתיאור מקיף של הדוקטרינה ראו גלעדי, לעיל ה"ש 8.

סמכות לתת לגורמי החקירה צו אל תעשה המונע מהם לבצע פעולה מסוימת, כמו גם צו עשה המחייב אותם לפעולה כלשהי.⁷⁰

על פי הדוקטרינה שהוצבה לראשונה בפסק הדין בעניין **ניר עם כהן**,⁷¹ הסמכויות שהיו לבית המשפט הגבוה לצדק ביחס לפעולות של גורמי האכיפה שהניבו הליכים פליליים הועברו לידי בתי המשפט שבהם מתנהלים ההליכים הפליליים האמורים.⁷² הערכאות הדיוניות הפליליות יכולות לפעול בעצמן מכוח העילות המנהליות ולהעניק את הסעדים הנהוגים במשפט המנהלי. הערכאה הדיונית הפלילית היא בעלת סמכויות של "בג"צ קטן" ביחס לפעולות של הרשות.⁷³ למעשה, מאז ההחלטה בעניין **ניר עם כהן** האמור, בית המשפט העליון סגר את שעריו בכובעו כבג"צ בפני עתירות המוגשות כנגד רשויות אכיפה בגדרי ההליך הפלילי.⁷⁴ זאת בשל כך שקיים "סעד חלופי" עבור העותרים האמורים. הם יכולים לפנות לערכאה הדיונית הפלילית. דוקטרינת הביקורת המנהלית יכולה להיות מופעלת, על פי הפסיקה, לא רק על ידי בית משפט שדן בתיק הפלילי עצמו לאחר שהוגש כתב אישום, אלא גם על ידי בתי משפט פליליים הדנים בהליכים מוקדמים להגשת כתב האישום, דוגמת הליך המעצר.⁷⁵ אמנם, במקרה הרגיל יהיה זה העותר שעתיד להיפגע מפעולה שלטונית כלשהי שיפנה לבית המשפט הדן בהליך הפלילי, בדיוק כפי שהיה יכול לפנות פעם לבית המשפט הגבוה לצדק ולבקש סעד כדי למנוע מראש את הפגיעה. הסעד המבוקש יכול כאמור ללבוש גם צורת צו עשה או צו אל תעשה.⁷⁶ במקרה של דני"פ **שמשי**, הייתה זו דווקא המשטרה שפנתה לבית המשפט כדי שיורה לרכבת להעביר אליה את הודעות העובדים, ובכך למעשה יגרום להפרת כללי התנהגות החלים על הרשות. כאמור בית המשפט הדן בהליך פלילי כלשהו מוסמך להוציא נגד הרשות צווי עשה ואל תעשה מכוח העילות המנהליות ביחס לאותו הליך. זאת אם פנה אליו עותר שעתיד להיפגע מהימנעות או מביצוע אותן פעולות. באותה המידה ומכוח קל וחומר, בית המשפט בהליך הפלילי שאליו פונה המשטרה בבקשה לפי סעיף 43 לפסד"פ לקבל צו שיאפשר לה להפר כללי התנהגות מוסמך שלא להוציא את הצו האמור מכוח דוקטרינת הביקורת המנהלית בפלילים.

למעשה, זה בדיוק מה שעשה השופט רובינשטיין בעניין **שמשי**. הוא אמנם לא כתב באופן מפורש שהוא פועל מכוח דוקטרינת הביקורת המנהלית בפלילים. אבל הוא פסק שאין להיעתר לבקשת המשטרה. זאת בשל כך שיש לראות ברכבת ישראל גוף ציבורי דו-מהותי שכללי המשפט הציבורי

⁷⁰ ראו לדוגמה ת"פ (מחוזי ת"א) 12935-02-17 **מדינת ישראל נ' שמעוני** (פורסם בנבו, 9.5.2018). בית משפט שדן בתיק פלילי אסר על הפרקליטות לערוך השלמת חקירה בתיק. זאת בשל העילות המנהליות של חריגה מהנחיות פנימיות והיעדר מידתיות. בית המשפט הוציא, מכוח דוקטרינת הביקורת המנהלית בפלילים, צו אל תעשה, המונע מהפרקליטות והמשטרה לערוך את השלמת החקירה שביקשו לבצע. כל זאת על פי בקשת הנאשמים שעתרו בפני בית המשפט שדן בהליך הפלילי, מכוח העילות המנהליות האמורות.

⁷¹ בג"ץ 9131/05 **ניר עם כהן ירקות אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד התעשייה המסחר והתעסוקה** (פורסם בנבו, 6.2.2006).

⁷² לתיאור של הדוקטרינה ופסקי דין מכל הערכאות שיישמו אותה, ראו גלעדי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 541–545. להסתייגות מהעת האחרונה, שניתנה באוביטר, להפעלה של אמת המידה של דוקטרינת הביקורת המנהלית בפלילים באופן מקביל לזה של ההגנה מן הצדק, ראו את עמדתם של השופטים מלצר ושהם ברע"פ 1611/16 **מדינת ישראל נ' ורדי** (פורסם בנבו, 31.10.18). יצוין כי לצד הסתייגות זו לא שלל השופט מלצר את האפשרות שההגנה מן הצדק תורחב כך שתכלול את אמות המידה המשמשות לביקורת מנהלית, כולל עילת הסבירות.

⁷³ שם, בעמ' 543.

⁷⁴ שם, בעמ' 531–533. בית המשפט העליון כן דן בטענות מכוח דוקטרינת הביקורת המנהלית שבבתו כערכאת ערעור על ערכאות פליליות דיוניות ששמעו טענות אלו – ראו למשל רע"פ 4562/11 **מוחתסב נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 7.3.2013).

⁷⁵ שם, בעמ' 555. ראו גם בג"ץ 7393/07 **דור-און תפעול תחנות דלק בע"מ נ' רשות המסים בישראל** (פורסם בנבו, 28.10.2007); בג"ץ 3241/07 **גונדר נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 18.4.2007). החלטה של ערכאה דיונית בשלב המעצר שפעלה מכוח הדוקטרינה ניתן למצוא במ"ת (שלום ת"א) 29008-03-18 **מדינת ישראל נ' שבייב** (לא פורסם, 7.5.2018). בהחלטה האחרונה, בית משפט השלום שדן בבקשה למעצר עד תום הליכים של עצור הפעיל את דוקטרינת הביקורת המנהלית בפלילים. הוא נתן למשרד הבריאות צו עשה כדי לממן את שהותו של העצור בבית חולים כחלופת מעצר, וזאת חלף כליאתו עד לתום ההליכים.

⁷⁶ לסעד הציווי שבסמכות בג"ץ ראו: דפנה ברק-ארוז **משפט מינהלי** כרך ד – משפט מינהלי דיוני 414–415 (2017). דוגמא למתן צו אל תעשה על ידי ערכאה דיונית מכח דוקטרינת הביקורת המנהלית ראו כאמור בעניין **שמעוני**, לעיל ה"ש 70.

חלים עליו. העברת הודעות העובדים, על פי השופט רובינשטיין, בניגוד גמור להבטחה שנתן הגוף המנהלי, מתנגשת עם חובת ההגינות שכל גוף ציבורי חייב בה.⁷⁷ בשל כך בית המשפט הנדרש לנושא מוסמך וצריך לאסור מראש את ההפרה האמורה.

3.ג. III הרציו של עמדת הרוב בדנ"פ שמש

המסקנה שלא ניתן להחיל על עובדות דנ"פ שמש את דוקטרינת יששכרוב אין משמעה שלא ניתן להחיל בשום מקרה את הדוקטרינה האמורה בשלב החקירה. ניתן לחשוב על סוג מקרים שבהם כלל ההתנהגות כבר הופר כאשר המשטרה פונה לבית המשפט בבקשה לפי סעיף 43 לפקודה בבקשה שהראיה תעבור אליה. נדמיין מצב שבו ידוע למשטרה כי חשוד מסוים הודה בפני גורמים אזרחיים בביצוע עבירה. ידוע גם כי ההודאה האמורה הוצאה ממנו בניגוד לדין ותוך הפרת זכויות ברורה – למשל באלימות או באיום באלימות. נניח כי ההודעה מוחזקת בידי הגורמים האזרחיים במקום לא ידוע, וגורמים אלו אינם מוכנים למסור אותה למשטרה.⁷⁸ במקרה כזה המשטרה עשויה לפנות לבית המשפט לצורך קבלת צו לפי סעיף 43 לפקודה. העובדות המתוארות בדוגמא אכן מציירות מצב שבו הפרת כלל ההתנהגות בוצעה טרם הפנייה לבית המשפט. בעצם ההעברה של ההודאה למשטרה אין לכשעצמה הפרת כלל התנהגות. במקרה כזה, יש אפשרות מושגית להחלת דוקטרינת יששכרוב בשלב החקירה. מדובר במצב שבו על בית המשפט לבחון את התוצאה הראויה, מבחינת הקבילות העתידית של הראיה, של הפרת כלל התנהגות שהייתה בעבר. זאת בדיוק כמו במקרה שבו הדוקטרינה מופעלת באופן רגיל, בשלב שמיעת הראיות בתיק הפלילי. מערכת עובדות זו שונה מנסיבותיו של דנ"פ שמש, שבו עדיין לא הופר כלל ההתנהגות.

כזכור, דווקא לגבי מערכת עובדות מהסוג הזה דעת הרוב בדנ"פ שמש השאירה ב'צריך עיון' את השאלה אם יוכל בית המשפט, עוד בזמן החקירה, למנוע את העברת הראיה בשל אי-החוקיות שדבקה בהשגתה.⁷⁹ הנשיאה ביניש לא קבעה באופן ברור באיזו דרך יבחן בית המשפט בהליך החקירה אם להעביר את הראיה המתבקשת או לפסול את קבילותה כבר בשלב מוקדם זה. מהדבק הדברים נראה שהיא מסכימה שהדוקטרינה שתוחל היא דוקטרינת יששכרוב, בשינויים המחויבים לאור מקדמיותו של הליך החקירה, בדיוק כפי שקבע השופט דנציגר בדעת המיעוט.

סיכומו של ניתוח דנ"פ שמש על עובדותיו וחוות הדעת השונות של השופטים בו, באספקלריה של ההבחנה התיאורטית בין כללי התנהגות לכללי שיפוט יהיה אפוא כזה: דעת הרוב טעתה בשורה התחתונה של פסק דינה בכך שנתנה צו לרכבת להעביר לידי המשטרה את הודעות העובדים בפני ועדות הבדיקה הפנימיות של הרכבת. בעצם העברת ההודעות למשטרה הופרו מספר כללי התנהגות ונפגעה זכותם של העובדים להליך הוגן. בין השאר הוכשרה הפרת הבטחה שניתנה לעובדי הרכבת בטרם העידו בפני ועדות הבדיקה הפנימיות. הפרת כללי ההתנהגות היא בעלת פוטנציאל לפגיעה קשה של אמון הציבור בבית המשפט וזילות של כללי ההתנהגות שהופרו, בעיני הציבור ובעיני גורמי האכיפה. כיוון שבעת פניית המשטרה לבית המשפט עדיין לא הופר כלל התנהגות כלשהו, אלא

⁷⁷ השופט רובינשטיין כיוון את חיציו נגד הרכבת כרשות מנהלית. נראה שהתיאור הנכון הוא שהפרת הכללים מתבצעת משילוב של הבטחת הרכבת לעובדים כי ההודעות תהיינה חסויות, והדרישה של המשטרה לקבל את ההודעות, בניגוד לעמדת הרכבת.

⁷⁸ שאלה מעניינת נוספת שמעוררת דוגמא זו היא השאלה עד כמה כללי דוקטרינת יששכרוב או דוקטרינת ההגנה מן הצדק חלים כאשר מי שהפר את כללי ההתנהגות הם לא אנשי רשות. לדיון מעניין בנושא ראו רע"פ 1201/12 קטיעי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.1.2014). לצורך הדוגמא נניח כי שתי הדוקטרינות חלות גם על ראיות שנתפסו שלא כדין על ידי גורמים אזרחיים.

⁷⁹ דנ"פ שמש, לעיל ה"ש 6, פס' 12 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. ראו גם טקסט נלווה להערת שוליים 21 במאמר זה.

שבקשת המשטרה הייתה למתן הכשר להפרת כלל כזה, דוקטרינת יששכרוב לא הייתה יכולה לחול על עובדות העניין. זאת בשל כך שדוקטרינת יששכרוב, ככלל של בטלות יחסית, היא דוקטרינה שחלה רק לאחר שכלל התנהגות הופר, ועל בית המשפט לשקול את נפקות ההפרה. הדוקטרינה המתאימה לחול במקרה זה הייתה דוקטרינת הביקורת המנהלית בפלילים. דוקטרינה זו אכן הוחלה בחוות דעת המיעוט של השופט רובינשטיין, אופרטיבית, גם אם לא דקלרטיבית. במסגרת דוקטרינה זו, בית המשפט מוסמך לאסור על רשויות החקירה לבצע פעולה פלוגנית או לחייב אותן לבצע פעולה אלמונית. בוודאי שהוא מוסמך שלא להיעתר לבקשה של גורמי האכיפה לקבלת צו שמכשיר פגיעה בכללי התנהגות. ברציו ההחלטה של דעת הרוב אמנם נפסק כי על העובדות הקונקרטיות של דני"פ שמש אין להחיל את דוקטרינת יששכרוב בשלב החקירה המשטרית. לעומת זאת, השאלה המעניינת יותר, אם ניתן להחיל את דוקטרינת יששכרוב בשלב החקירה בסיטואציה שבה כבר הופר כלל התנהגות והמשטרה מבקשת לקבל את הראיה שהושגה שלא כדין, נותרה ב'צריך עיון'.

עד עתה נדונה שאלת עיתוי הדיון בדוקטרינת יששכרוב. הפרק הרביעי יעסוק גם בשאלת אופן הדיון בטענת חוסר קבילות לפי הדוקטרינה, שאלה השלובה בסוגית עיתוי של הדיון.

4. משפט זוטא לדיון בקבילות ראיות חפציות לפי דוקטרינת יששכרוב

4.א. כללי

כזכור קבעה הנשיאה ביניש בדני"פ שמש כי "אין חולק כי מבחינת סדר הבאת הראיות במשפט ניתן בהחלט לדון בשאלת קבילותה של ראיה זו או אחרת מיד עם פתיחת המשפט".⁸⁰ עמדתה זו של הנשיאה ביניש בדני"פ שמש, המייצגת את עמדת הרוב בפסק הדין, מניחה תשתית פסיקתית לאפשרות של קיום דיון מקדמי בשאלת הקבילות של ראיות חפציות. עמדה זו של דעת הרוב בדני"פ שמש מתיישבת עם האנלוגיה שערך השופט דנציגר ברע"פ שמש בין טענת פסלות ראיות לפי דוקטרינת יששכרוב לטענה המקדמית של הגנה מן הצדק. השופט דנציגר העלה את האנלוגיה כדי להראות שגם הדיון בדוקטרינת יששכרוב צריך להיות בשלב מקדמי.⁸¹ כפי שנראה בהמשך, הפתרון הדיוני המיטבי בעניין זה הוא כי ההליך המקדמי האמור יישמע במסגרת משפט זוטא בפני מותב השונה מהמותב שישמע את הראיות בתיק העיקרי.

משפט זוטא כזה הוא חיוני להבטחת ההליך ההוגן, לאפשרות השימוש בדוקטרינת יששכרוב, ויש לו יתרון ברור על המצב הנוכחי מבחינת הדיוק בתוצאותיו של ההליך המשפטי בבחירה בין זיכוי הנאשם או ביטול האישום. יתרונות אלו מתגברים על החסרונות הנטענים של קבלת החלטה בשאלת הקבילות מבלי שיהיו בידי בית המשפט כל הנתונים הנדרשים להכרעה ושל הפגיעה ביעילות הדיונית. בהמשך ייטען כי לפתרון האמור יש גם עיגון בהוראות הדין.

הצורך במשפט זוטא לקבילות ראיות חפציות נובע בעיקר מפרדוקס פרוצדורלי הקיים בסדר הדין ובדיני הראיות הישראליים. הפרדוקס האמור עלול למנוע מנאשמים מלהשתמש בדוקטרינת יששכרוב ולטעון על פיה. זאת אף שראיות חפציות שבהן התביעה רוצה להשתמש כנגדם נתפסו בחיפוש בלתי-חוקי. הסיבה לכך היא שעצם העדות של הנאשם על נסיבות החיפוש ועל תפיסת החפץ על ידי המשטרה בכליו – כדי להוכיח את התנאים העובדתיים להתקיימות הדוקטרינה – מהווה

⁸⁰ שם, פס' 30 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

⁸¹ רע"פ שמש, לעיל הי"ש 5, פס' 34 לפסק דינו של השופט דנציגר. כזכור, עמדתו של השופט דנציגר הייתה כי דיון מקדמי כזה יכול להתבצע עוד בשלב החקירה המשטרית.

הודאה בכך שהחזיק את החפץ האסור. ההודאה בהחזקת החפץ האסור בעדות בין כתלי בית המשפט מייתרת לחלוטין את הדיון בשאלת קבילותו של החפץ.⁸² הפתרון היחיד לבעיה זו, כפי שנראה בהמשך עלה מספר פעמים בשנים האחרונות בערכאות הדיוניות הנמוכות, הוא עריכת משפט זוטא לגבי קבילות הראיה החפצית בשלב מקדמי של המשפט ובפני מותב אחר מזה שמנהל את ההליך העיקרי.⁸³

4.ב. משפט זוטא לבירור קבילות הודאה לפי סעיף 12 לפקודת הראיות

כיום נערך משפט זוטא ככלל אך ורק לגבי קבילות הודיות לפי מבחני סעיף 12 לפקודת הראיות. משפט הזוטא נערך כחלק מההליך העיקרי ובפני אותו מותב המנהל הליך זה.⁸⁴ המאפיינים העיקריים של משפט זוטא הנהוגים היום לגבי קבילות הודאות לפי סעיף 12 לפקודת הראיות החשובים לדיוננו הם אלה: הסוגיה היחידה לדיון במשפט זה היא סוגיית היות ההודאה חופשית ומרצון לאור נסיבות גבייתה. על ההגנה להגיש לבית המשפט מסמך טענות שבו מפורטות עובדות לגבי אופן גביית הראיה, שאם הן נכונות, אזי לטענתה על הראיה להיפסל שכן היא ניתנה שלא באופן חופשי ומרצון. התביעה פותחת במשפט הזוטא בהבאת ראיותיה ועליה להוכיח מעבר לספק סביר עובדות המראות כי לא נפלה אי-חוקיות בגביית ההודאה. לאחר פרשת התביעה מתקיימת פרשת הגנה. בפרשה זו מעיד הנאשם. גם בחקירה הנגדית אסור לשאול אותו שאלות הנוגעות לביצוע העבירות שבהן הואשם אלא אך ורק שאלות הנוגעות לאופן גביית ההודאה.⁸⁵ בסיום משפט הזוטא, על בית המשפט להחליט אם הוא מקבל או פוסל את ההודאה. לאחר מתן ההחלטה בשאלת קבילות ההודאה על פי סעיף 12 המשפט ממשיך כאמור בפני אותו מותב.⁸⁶ במשפט הזוטא המוצע לפתרון הדילמה הבלתי-אפשרית של הנאשם שרוצה לטעון לפסלות ראייה חפצית יש שני שינויים בולטים. ראשית, השאלה המוצגת לדיון היא עדיין שאלת קבילות הראיה, אך הפעם לא לפי הקריטריונים של הודאה שניתנה באופן חופשי ומרצון, אלא על פי הקריטריונים של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית. השוני הבולט השני הוא שלאחר החלטה במשפט הזוטא, על המשפט להמשיך בפני שופט אחר.

4.ג. משפט זוטא לבירור קבילות הודאה על פי דוקטרינת יששכרוב

שאלת קיומו של משפט זוטא לשם בחינת קבילות הודאות גם לפי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית עלתה לאחרונה על שולחן הדיונים האקדמי במאמרם של בלום, רבין ואריאל.⁸⁷ השלושה בחנו את שאלת היחס בין סעיף 12 לפקודת הראיות ודוקטרינת הפסילה הפסיקתית, מבחינה מהותית ומבחינה פרוצדורלית. הבחינה הדיונית בתרכזה בשאלה אם ראוי לקיים גם את בירור סוגיית הקבילות של הודאות לפי דוקטרינת יששכרוב במסגרת משפט זוטא. זאת בהינתן שקבילותן של

⁸² ס' 154 לחסד"פ. לאחרונה תיאר בית משפט השלום בתל אביב את הפרדוקס האמור, ראו ת"פ (שלום ת"א) 19159-05-16 **מדינת ישראל נ' סולימנוב** (פורסם בנבו, 31.12.2017); ת"פ (שלום ת"א) 44002-09-16 **מדינת ישראל נ' וקנין** (פורסם בנבו, 24.4.2018).

⁸³ להלן בה"ש 116-117 הפניות למספר החלטות בערכאות הנמוכות.

⁸⁴ לתיאור מפורט יותר של מאפייני משפט הזוטא ראו הלוי, לעיל ה"ש 49, בעמ' 257-266.

⁸⁵ פעם היה נהוג בשיטת המשפט הישראלית כי במשפט זוטא אסור לבית המשפט לעיין בהודאה שנגבתה. היום כלל זה איננו נוהג יותר, ומוסכם כי לבית המשפט היושב במשפט זוטא לפי סעיף 12 יש שיקול דעת לעיין בהודאה שבמחלוקת, ככל שעיון זה יכול לתרום להחלטה בשאלה האם ההודאה ניתנה באופן חופשי ומרצון. ראו למשל ע"פ 6144/10 **גטצאו נ' מדינת ישראל**, פס" 13 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 10.4.2013).

⁸⁶ דוגמא למקרה שבו בית המשפט העליון הורה על זיכוי אדם בשל כך שלא נוהל משפט זוטא על קבילות הודאתו הוא ע"פ 467/69 **טקסון נ' מדינת ישראל**, פ"ד כו(1) 95 (1970).

⁸⁷ 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 (2017).

הודאות על פי סעיף 12 לפקודת הראיות, שעל פיו יש לבדוק אם ההודאה ניתנה באופן חופשי ומרצון, נבחנת במסגרת משפט זוטא.

בלום, רבין ואריאל עמדו על כך שבשנים עברו התפתחה עמדה בפסיקה ובעיקר בספרות שלפיה יש לבטל את הפרוצדורה של משפט הזוטא גם ביחס לקבילות הודאות לפי סעיף 12.⁸⁸ הנימוק המרכזי לכך היה שמשפט הזוטא שנקלט במשפט הישראלי מהמשפט המקובל, עוד בימי המנדט, הוא נטע זר בשיטת המשפט הישראלית. הדבר נובע מכך שההצדקה להתפתחותו במשפט המקובל היא קיומה של שיטת המושבעים שאיננה נוהגת בארץ.⁸⁹

בלום, רבין ואריאל הראו בצורה משכנעת כי עדיין יתרוונתיו של משפט הזוטא לגבי קבילות הודאה לפי סעיף 12 עולים על חסרונותיו. הם הציעו שלא להפריז ביכולת של השופטים להתעלם מראיות מפלילות שאליהן כבר נחשפו. על כן הם הסכימו שעדיף היה שמשפט הזוטא יתנהל בפני שופט אחר מזה שינהל את ההליך העיקרי והציעו שאם ההודאה נפסלת, הדיון יעבור לשופט אחר. עם זאת, גם בהיעדר היבט זה של פיצול דיון בין מותבים שונים, קבעו השלושה כי אין מקום לבטל את משפט הזוטא ככלי לבחינת קבילות הודאות. לדבריהם, עצם הדיון במשפט זוטא ממקד את הדיון בשאלת מתן ההודאה באופן חופשי ומרצון. העובדה ששאלה זו מוכרעת כבר בתחילת הדיון ולא לאחר שמיעת כל הראיות הופכת את ההכרעה בשאלת הקבילות לנקייה יותר. השופטים בשלב ההתחלתי עדיין אינם מושפעים משיקולים אחרים ומראיות נוספות שאינם רלבנטיים לשאלת ה"חופשית ומרצון". כך גם, השופטים פחות בסיכון להיקלע לקונפליקט שבו הם סבורים מחד גיסא כי ההודאה איננה קבילה, אך מאידך גיסא שהנאשם אשם, בין השאר על סמך אותה הודאה.

עוד הצביעו בלום, אריאל ורבין על כך שקיום משפט זוטא לגבי קבילות ההודאה מקדם את השמירה על זכות השתיקה של הנאשם. קיום משפט זוטא לגבי קבילות ההודאה מאפשר לנאשם לטעון לגבי נסיבות גביית ההודאה והיותה שלא חופשית ומרצון מבלי להקריב את זכות השתיקה שלו לגבי עצם האשמה. לעומת זאת, בשיטה דיונית שבה אין משפט זוטא, נאשם שירצה להעיד לגבי נסיבות גביית האמרה יהיה חשוף לחקירה נגדית באשר לשאלה האם הוא אשם.⁹⁰

בלום, רבין ואריאל התנגדו גם לטענה כי משפט הזוטא פוגע ביעילות. יש לו, לעמדתם, פוטנציאל דווקא לקצר הליכים. כך למשל החלטה במשפט הזוטא כי ההודאה קבילה יכולה להביא נאשם למסקנה כי עליו להודות באשמה וכך לחסוך שמיעת עדים רבים אחרים. החלטה כי ההודאה איננה קבילה בתום משפט זוטא יכולה לתמרץ את התביעה לסגת מהאישום או להציע הסדר טיעון מקל.

⁸⁸ דוגמא מייצגת לזרם זה ניתן לראות במאמרו של גרשון אוריון "בעד ביטול משפט זוטא" הפרקליט לב 541 (1979).
⁸⁹ זהו בתמצית טיעון המתנגדים משפט זוטא גם ביחס לקבילות הודאות לפי סעיף 12 לפקודת הראיות – על פי שיטת המושבעים, השופט מחליט בשאלת קבילות הראיה בהליך שהמושבעים אינם חלק ממנו, ואילו המושבעים מחליטים בשאלת האשמה בהינתן הראיות שמובאות בפניהן לאחר קיומו של משפט הזוטא. לפי ניתוח זה, משפט הזוטא דרוש לאור חוסר המקצוענות המשפטית של המושבעים, שחזקה עליהם שאם ייחשפו להודאה של הנאשם, או אפילו רק ישמעו על עצם קיומה, לא יוכלו להתעלם ממנה, אף אם היא איננה קבילה. על פי קו מחשבה זה של המצדדים בביטול משפט הזוטא, בישראל, שבה יושבים בדיון שופטים מקצוענים, אין צורך במשפט זוטא, שכן השופטים ידעו להתעלם במקרה הצורך מראיה שהוחלט שהיא לא קבילה. נימוק נוסף בעד ביטול משפט הזוטא משקיף על הסוגיה במבט הפוך, אך מגיע לאותה מסקנה. בהיעדר מושבעים ובניהול משפט הזוטא בפני המותב העיקרי, ניטל ממשפט הזוטא עוקצו העיקרי, והוא ההפרדה בין זהות השופט שמחליט בנושא קבילות הראיה לזהות המותב שקובע את הכרעת הדיון. בהיעדר רכיב זה של משפט הזוטא, הוא פשוט מיותר. השילוב בין העדר הצורך בישראל במשפט הזוטא לאור מקצוענות השופטים לעובדה שממילא היתרון המרכזי שלו אינו יכול להתקיים בישראל לאור זהות המותב, מצטרף גם לטיעון כי משפט הזוטא רק מסרבל את הדיון ומביא להארכה לא מוצדקת של ההליך המשפטי.

⁹⁰ פן נוסף הנוגע להגינות ההליך כלפי הנאשם – בהעדרו של משפט זוטא ובהיעדר החלטה מוקדמת באשר לקבילות הראיה טרם פתיחת פרשת ההגנה, לא ידע הנאשם אם ההודאה נגדו קבילה אם לאו, ולא ידע אם להתייחס לנקודות העולות ממנה. השופט ג'ובראן ראה בכך פגיעה בזכויות ונימוק עצמאי לקיום משפט זוטא, ראו עניין **גטצאו**, לעיל ה"ש 85, פס" 17 לפסק דינו של השופט ג'ובראן. לעומתו, בע"פ 639/79 **אפללו נ' מדינת ישראל** פ"ד לד(3) 561, פס" 12 לפסק דינו של השופט ברק (1980); השופט ברק סבר כי לנאשם אין כל זכות לדעת מה הראיות נגדו בזמן שהוא מעיד, וכינה ידיעה כזו בשם "יתרון טקטי" שלא מצוי במגנה כרטה של הנאשם.

אותם הנימוקים שמצדיקים קיום משפט זוטא לגבי קבילות הודאות לפי סעיף 12 לפקודת הראיות מצדיקים, לדעת בלום, אריאל ורבין, גם קיום משפט זוטא לגבי קבילות הודאות לפי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית. לטענתם, הדבר גם הוגן יותר כלפי הנאשם וגם יעיל יותר בלום, אריאל ורבין צידדו בדעת היחיד של השופט גיבוראן בעניין **גטצאו**, פסק הדין היחיד של בית המשפט העליון שבו נידונה, אם כי באוביטר, שאלת קיום משפט זוטא לקבילות הודאה לפי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית.⁹¹ פסק הדין לא הגיע לכדי קביעת הלכה ברורה בסוגיה.⁹²

4.4. ד. שיקולים בעד משפט זוטא לבירור קבילות ראייה חפצית על פי דוקטרינת יששכרוב

בלום, רבין ואריאל הגבילו את דיונם לאופן בחינת קבילותה של הודאה לפי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית. הם לא דנו בשאלה כיצד תבורר קבילותה של ראייה חפצית על פי דוקטרינת יששכרוב. מעבר לנימוקים התומכים במשפט זוטא לגבי קבילות הודאות שנדונו בתת-הפרק הקודם, יש שני נימוקים מרכזיים המצדיקים קיום משפט זוטא גם לבירור קבילות ראייה חפצית. הנימוק הראשון הוא הפגיעה הקשה ביותר בהליך ההוגן בהעדר אפשרות כזו. הנימוק השני הוא הדיוק שהדבר יביא בתוצאת ההליך הפלילי. נבחן נימוקים אלו לפי הסדר.

4.4.1 פגיעה בהליך ההוגן בהעדר אפשרות לזוטא מקדמית לבירור קבילות ראייה חפצית

בפרקטיקה, מאז פרסום פסק הדין בעניין **בן חיים**, סנגורים מעלים פעמים רבות טענות נגד קבילותן של ראיות חפציות. לטענתם, ראיות אלו נתפסו בחיפוש לא חוקי שנערך ללא קיומו של חשד סביר וללא הסכמה מדעת או בצורה אחרת שלא באופן הקבוע בחוק.⁹³ בעיקר עולות טענות אלו במשפטים שבהם האישום היחיד הוא החזקתו של חפץ אסור בהחזקה שנתפס בחיפוש כאמור. מדובר לרוב בכתבי אישום של החזקת סכין או החזקת סמים מסוכנים.

כזכור, אחד הנימוקים לקיום משפט זוטא לגבי קבילות הודאות היה הצורך לשמר את זכות השתיקה של הנאשם במקביל ליכולתו לטעון נגד קבילות ההודאה. ללא משפט זוטא לגבי קבילות הודאה, הנאשם יוכל להעיד על נסיבות גביית ההודאה רק במסגרת פרשת ההגנה. או אז, ייאלץ להשיב בחקירה נגדית גם על השאלה אם הוא אשם אם לאו. על נאשם כזה לבחור בין העלאת

⁹¹ עניין **גטצאו**, לעיל ה"ש 85. לכל נימוקיו של השופט גיבוראן לקיום משפט זוטא כאמור, הדומים לאלו שהציבו בלום, רבין ואריאל, הוסיפו הם נימוק נוסף של יעילות. במקרים רבים, טענות לגבי קבילותה של ראייה יהיו גם לאור תנאי סעיף 12 לפקודת הראיות וגם בשל דוקטרינת הפסילה הפסיקתית. במקרים אלו, ממילא יתקיים כבר משפט זוטא לגבי היות ההודאה חופשית ומראון לפי סעיף 12. אך יעיל יהיה במסגרת אותו משפט זוטא לטפל גם בנושא הקבילות לפי דוקטרינת יששכרוב.

⁹² בעניין **גטצאו**, הדין בשאלת קיום משפט הזוטא לבחינת רכיבי דוקטרינת יששכרוב היה באוביטר ובשולי פסק הדין, לאור העובדה שהוסכם על הרכב השופטים שהיו די ראיות להוכחת האשמה גם ללא ההודאה. השופט שהם, שכתב את חוות הדעת העיקרית בעניין **גטצאו**, כלל לא התייחס לשאלת קיום משפט זוטא על מנת לברר סוגיית קבילות לפי דוקטרינת יששכרוב. זאת מפני שההודאה באותו מקרה כלל לא נדרשה לשם הרשעה. השופט עמית לעומת זאת הביע בקצרה דעתו כי אין לקיים משפט זוטא כאמור. אחד מנימוקיו המרכזיים היה דומה מאוד לנימוק של דעת הרוב בדני"פ **שמש**. כיוון שלצורך קבלת החלטה בקבילות לפי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית יש צורך להתחשב בשיקולים שיוודעו רק בסיום ההליך, יש לשמור החלטה זו לסימו של המשפט, לאחר שמיעת כל הראיות.

⁹³ הטענות האמורות באות על רקע זה שבעקבות פסק דין **בן חיים** בוטלו כתבי אישום רבים והושגו זיכויים בתיקים רבים אחרים. בסמוך לאחר פרסום פסק דין **בן חיים** פנה הסנגור הציבורי הארצי לראש חטיבת התביעות במשטרת ישראל בטענה שיש לבטל עשרות כתבי אישום, שצורפו לפנייה, כיוון שהם מתבססים על ראיות שנאספו בחיפושים לא חוקיים. במענה לפנייה זו אכן בוטלו כשבעים כתבי אישום. מאז פרסום פסק הדין גם זוכו עשרות נאשמים ברחבי הארץ לאור טענות בדבר אי-חוקיות החיפוש שהניב את הראיות כנגדם. ראו דיווח משרד המשפטים **הסניגוריה הציבורית דו"ח פעילות 2015** 17-18 (2016). לדוגמאות מייצגות ממחוז תל אביב לזיכויים בשנתיים הקודמות לכתביבת מאמר זה, על בסיס טענה לחיפוש לא חוקי בעקבות פסק דין **בן חיים** ראו ת"פ (שלום ת"א) 4663-10-14 **מדינת ישראל נ' אבו טאלב** (פורסם בנבו, 25.9.2016); ת"פ (שלום ת"א) 29684-12-16 **מדינת ישראל נ' יקובוב** (פורסם בנבו, 26.6.2017); ת"פ (שלום ת"א) 16795-10-15 **מדינת ישראל נ' אהל** (פורסם בנבו, 8.2.2017); ת"פ (שלום ת"א) 6221-12-16 **מדינת ישראל נ' אוהיון** (פורסם בנבו, 13.2.2018); ת"פ (שלום ת"א) 50516-05-13 **מדינת ישראל נ' יחיא-סיים** (פורסם בנבו, 25.10.2016); ת"פ (נוער ת"א) 55548-05-15 **מדינת ישראל נ' פלוני** (לא פורסם, 28.9.2016); -67-06-1767 (נוער ת"א) **מדינת ישראל נ' פלוני** (לא פורסם, 22.11.2016).

הטענה נגד נסיבות גביית האמרה שגוררת בעקבותיה חשיפה לחקירה נגדית בקשר לאשמה לבין אי-העלאת הטענה לגבי נסיבות גביית האמרה. עדיין, נאשם כזה יוכל לבחור להעיד בקשר לנסיבות גביית האמרה ולהכחיש את האשמה לגופו של עניין כאשר יישאל על כך במסגרת החקירה הנגדית. גם ללא משפט זוטא, העדות בקשר לנסיבות גביית האמרה איננה מונעת את הכחשת האשמה לגופה.

המצב שונה כאשר המשפט הוא בקשר להחזקת חפץ אסור בהחזקה ועולה טענה כנגד קבילות ראייה זו בשל חיפוש לא חוקי. ללא משפט זוטא בפני מותב אחר, הבחירה של הנאשם איננה רק בין העלאת הטענה לגבי חוקיות החיפוש והיחשפות לחקירה הנגדית לבין אי-העלאת הטענה. כאשר מדובר בראייה חפצית, עצם עדותו של הנאשם על נסיבות תפיסת החפץ האסור בהחזקה מהווה מיניה וביה הודאה בין כותלי המשפט בהחזקה האסורה. על כן, לכאורה הדילמה היא חמורה פי כמה. מדובר בפרדוקס. עצם העלאת הטענה על מציאת החפץ בחיפוש בלתי-חוקי של המשטרה ועדות על נסיבות חיפוש בלתי-חוקי זה מהווה הודאה בהחזקת החפץ. גם אם בית המשפט יסבור כי עליו לפסול את הראייה לאור החיפוש הבלתי-חוקי, עדיין תוכל התביעה להוכיח את עצם ההחזקה האסורה על ידי הודאתו של הנאשם בעת עדותו במשפט, כאשר תיאר את נסיבות התפיסה של החפץ ברשותו. למעשה, אין באמת דילמה לנאשם במקרה זה. מתן עדות במסגרת פרשת הגנה שלפיה החיפוש היה לא חוקי שקולה להודאה באשמה. ללא משפט זוטא, אין טעם לנאשם לפנות לדוקטרינת הפסלות הפסיקתית במקרה שבו עדותו נדרשת כדי לבסס את עובדות אי-חוקיות החיפוש.

כאשר מדובר בשאלת קבילות של ראייה חפצית מתחדדת לא רק הכרחיותו של משפט הזוטא אלא גם הצורך במותבים שונים במשפט הזוטא ובהליך העיקרי. במקרה של קבילות הודאה, שופט מקצוען יכול לכאורה להתעלם מהודאת חוץ שניתנה בעת החקירה המשטרתית שנפסלה על ידו גם אם ראה אותה במו עיניו במהלך משפט הזוטא.⁹⁴ מכל מקום, עדותו של הנאשם במשפט הזוטא לגבי נסיבות גביית ההודאה במשטרה איננה נוגעת לשאלת האשמה המיוחסת לו בכתב האישום. לכן, בהינתן אמונה במקצוענותו המלאה של השופט, אין צורך דוחק בהחלפת המותב. במקרה של קבילות ראייה חפצית, גם מקצוענות מלאה של השופט לא תסייע. לצורך הוכחת נסיבות תפיסת הראייה על ידי המשטרה במסגרת טענה כי חיפוש זה איננו חוקי, הנאשם מודה למעשה, בעת משפט הזוטא, כי החזיק את החפץ האסור.

אי-קיומו של משפט זוטא לגבי קבילות ראיות חפציות מוביל לקושי בלתי-אפשרי ולהליך בלתי-הוגן עוד לפני שלב העדות. כבר בשלב ההקראה, הנאשם עלול להידרש לוותר על אחת מטענות ההגנה שלו. נבחן לדוגמא, מקרה שגרתי למדי שבו לנאשם בהחזקת סכין על פי סעיף 186 לחוק העונשין יש שתי טענות הגנה:⁹⁵ האחת היא שהחיפוש היה בלתי-חוקי,⁹⁶ והשנייה היא כי החזקת הסכין הייתה למטרה כשרה. מה תהיה תשובת הנאשם בהקראה? הטענה כי החזקת הסכין הייתה למטרה כשרה סותמת את הגולל על שאלת חוקיות החיפוש שאמורה להביא לפסילת הסכין. בטיעון כי החזקה הייתה למטרה כשרה גלומה הודאה בעצם ההחזקה. מצד שני, אם הנאשם לא יאמר

⁹⁴ לביקורת שלפיה גם שופטים מקצועיים יתקשו להתעלם מראייה שהם פסלו ראו הרדוף, לעיל ה"ש 52, בעמ' 77. הרדוף התייחס לשופטים בערכאת הערעור שסברו שיש לפסול ראייה שהתקבלה בערכאה הדיונית. הרדוף הציע במקרה כזה להחזיר את הדיון לערכאה דיונית אחרת שלא תיחשף לראייה הפסולה.

⁹⁵ מדובר בדוגמא שנתן בית המשפט בעניין **וקנין**, לעיל ה"ש 82. יש לשים לב ששתי טענות ההגנה האמורה אינן סותרות אחת את השנייה, ויכולות לדור בכפיפה אחת.

⁹⁶ נניח שהשופט אמנם כתב בדו"ח הפעולה שלו כי הסביר לנאשם את זכויותיו טרם שהאחרון הסכים לחיפוש, ועל כן אף ללא חשד סביר עילתו של החיפוש היא בהסכמה מדעת. אבל הנאשם טוען בתוקף כי לא הוסבר לו שום דבר, והחיפוש בוצע בהסכמתו הפסיבית לאור דרישה של השופט.

בהקראה כי ההחזקה הייתה למטרה כשרה, אזי יקשה עליו בעת פרשת ההגנה לטעון לקו זה. זאת נוסף לכך שעצם העדות על כך תהווה הודאה בהחזקת הסכין.⁹⁷ נדמה כי ההליך ההוגן נפגע קשות אם על נאשם לוותר על אחד מקווי הגנה תקפים שיש לו. פרוצדורה השוללת מנאשם העלאת טענה תקפה והמונעת ממנו להעיד על פגיעה בזכויותיו בהליך תפיסת הראיות היא פרוצדורה גרועה וצריך לתקן אותה. מדובר בפגיעה קשה מאוד בהליך ההוגן. הפתרון הפשוט לבעיה הוא עריכת משפט זוטא לגבי קבילות ראיה חפצית בפני מותב השונה מזה שינהל את ההליך העיקרי. או אז ייפתר הפרדוקס. עמידה על הזכות שבית המשפט לא יתחשב בראיה חפצית שנתפסה על ידי המשטרה לא תהיה שקולה להודאה באשמה. הנאשם יוכל למצות קו הגנה זה ללא חשש. הנאשם יוכל לטעון במשפט הזוטא כי החיפוש היה בלתי-חוקי, וגם אם יפסיד במשפט הזוטא יוכל לטעון לאחר מכן, ובהליך אחר, כי ההחזקה הייתה למטרה כשרה.

4. ד. ii. דיוק בתוצאת ההליך

בקיום הליך מקדמי של משפט זוטא בקשר לקבילות הראיה החפצית על פי דוקטרינת יששכרו גלום יתרון נוסף, והוא הדיוק בתוצאת ההליך. במקרים רבים הראיות היחידות כנגד מי שמואשם בהחזקת חפץ האסור בהחזקה הן ראיות הקשורות בהליך תפיסת החפץ. כיום, אם נפסק שהליך החיפוש והתפיסה היה בלתי-חוקי, הנאשם יזוכה בדין. הדבר הוא פועל יוצא של בירור חוקיות החיפוש והתפיסה בהליך שמיעת הראיות העיקרי. אם החיפוש הוא בלתי-חוקי בנסיבות שמצדיקות את פסילת הראיה, ובהנחה שהתביעה איננה יכולה להוכיח את האישום ללא הראיה החפצית ונגזרותיה, הגיוני הוא שהתוצאה היא זיכוי.

אבל, בהנחה שברור לכולם שהנאשם אכן החזיק את החפץ האסור בהחזקה והראיה נפסלת אך ורק בשל שיקולים הנוגעים להגיונות ההליך, באופן שסותר את האמת העובדתית, נראה נכון יותר שכתב האישום יבוטל במקום שהנאשם יזוכה.

ניקח לדוגמה שוב נאשם שמיוחסת לו העבירה של החזקת סכין לפי סעיף 186 לחוק העונשין. נראה נכון יותר שזיכוי יהיה דינו של מי שלא החזיק כלל סכין כפי שמייחס לו כתב האישום או שלא הייתה לו מודעות להחזקה או שהחזיק סכין למטרה כשרה. לעומת זאת, אם נאשם אכן החזיק בסכין ללא מטרה כשרה, אך הסכין נפסלה בגלל חיפוש לא חוקי שנערך לנאשם, נראה נכון יותר מבחינת מערכת החוק שכתב האישום יבוטל. הנאשם אמנם לא צריך להיות מורשע, אך אין סיבה שתהיה הכרעת דין המזכה אותו ממעשה שברור לכולם שהוא ביצע.

את תוצאת ביטול האישום אפשר להשיג אם סוגית קבילות הראיה החפצית הנגזרת מחוקיות החיפוש והליכי התפיסה תיבחן בשלב מקדמי. כל עוד הליך משפט הזוטא מתקיים במסגרת הליך מקדמי, אזי תוצאה של קביעה שהראיה שבמחלוקת נפסלה, המלווה בהודעה של התביעה על חזרה מכתב אישום, אמורה להוביל לביטול אישום ולא לזיכוי הנאשם.

ללא משפט זוטא לגבי קבילות ראיה חפצית עלולה להתרחש אחת משתי תוצאות לא טובות, במשפט שבו היה חיפוש לא חוקי שהוביל לתפיסת ראיה כלשהי. במקרה האחד הנאשם, בעקבות הפרדוקס שתואר, לא יעיד על נסיבות החיפוש הבלתי-חוקי, הראיה שנתפסה בחיפוש בלתי-חוקי זה תתקבל, על אף הפגיעה בהליך ההוגן, והנאשם יורשע. במקרה השני הנאשם יעיד על נסיבות

⁹⁷ ניתן לעשות אדפטציה לדוגמת החזקת הסכין למקרה של החזקת סמים. האישום הוא בהחזקת סמים שלא לצריכה עצמית. הנאשם רוצה לטעון גם כי החיפוש שבו נתפס החומר היה בלתי-חוקי וגם כי הסמים הוחזקו לצריכה עצמית בלבד.

החיפוש, תוך תקווה שבית המשפט יתעלם מכך שבעדות זו גלומה הודאה בהחזקת החפץ האסור. אם בית המשפט אכן יפעל כמצוות סעיף 154 לחוק סדר הדין הפלילי, אזי עצם העדות על נסיבות התפיסה תעלה לכדי הודאה בהחזקה. הנאשם שוב יורשע, שכן טענת חוסר הקבילות שלו תביס את עצמה ותיהפך ללא רלבנטית. אם בית המשפט יתעלם מההודאה בהחזקה במהלך הדיון ויורה על פסילת הראיה מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, בהעדר ראיות אחרות להחזקה – הנאשם יזוכה. זאת, אף שהוא אכן החזיק את החפץ האסור ללא הצדקה כלשהי.

שיקול הדיוק בתוצאת ההליך מראה שמשפט זוטא מקדמי לבירור קבילות ראיה חפצית הוא חשוב לא רק לתומכי מודל ההליך התקין במאמר התיאורטי הקלסי שהציב פאקר לתיאור כללי סדר הדין הפלילי.⁹⁸ גם לתומכי מודל ריסון הפשיעה יש מה להרוויח מפרוצדורה זו. מי שביצע עבירה ולא ניתן להרשיע אותו רק בגלל פגם בהשגת הראיות לא ייחשב למי שזוכה בדין אלא כמי שכתב האיטום נגדו בוטל.⁹⁹

4.ה. שיקולים נגד משפט זוטא לבירור קבילות ראיה חפצית על פי דוקטרינת יששכרוב

כנגד קיום משפט זוטא בהליך מקדמי בפני שופט אחר לבירור קבילות ראיה חפצית יש שני טיעונים נגד עיקריים: אחד קשור בכך שבשלב המקדמי עדיין אין בידי בית המשפט את כל הנתונים הנדרשים על ידי דוקטרינת יששכרוב. טיעון הנגד השני קשור בפגיעה ביעילות הדיונית שהאפשרות למשפט זוטא כזה עלולה לעורר.

להלן נדון בשני הטיעונים האמורים. סיכומו של הדיון יהיה שאין בכוחם להתגבר על הנימוקים התומכים בקיומו של משפט זוטא לבירור קבילות ראיה חפצית.

4.ה. | בשלב המקדמי אין לבית המשפט את כל הנתונים הנדרשים להחלטה לפי דוקטרינת

יששכרוב

כזכור, הנשיאה ביניש קבעה בדני"פ שמש כי "אין חולק כי מבחינת סדר הבאת הראיות במשפט ניתן בהחלט לדון בשאלת קבילותה של ראיה זו או אחרת מיד עם פתיחת המשפט". על אף זאת, ועל פי הקריאה המקובלת של פסק הדין, ניתן לחלוץ מדעת הרוב גם טיעון השולל עריכת משפט זוטא לקבילות ראיה חפצית בשלב המקדמי של המשפט.

הנימוק המרכזי של דעת הרוב בדני"פ שמש לעמדה כי לא ניתן להחיל את דוקטרינת יששכרוב בשלב החקירה המשטרית נגע לאופייה הגמיש של הדוקטרינה ולכך שהיא אמורה להתחשב בשני שיקולים מרכזיים שעדיין לא ידועים בשלב החקירה המשטרית. אחד השיקולים הוא חומרת העבירה המיוחסת לנאשם. השיקול השני הוא חיוניותה של הראיה להרשעת הנאשם, ובמילים אחרות, האם ניתן להרשיע את הנאשם גם אם ראיה זו תיפסל. כיוון שתוכנם של שני שיקולים אלו אינו ידוע עדיין בשלב הדיוני של הליך החקירה המשטרית, אפשר להסיק כי לא ניתן להפעיל את הדוקטרינה כהלכתה בשלב דיוני זה. השלב הדיוני המתאים לדוקטרינה הוא רק שלב שבו תוכנם של השיקולים הללו ידוע. במובן זה, דעת הרוב פוסקת, באופן שנראה משכנע למדי, כי הפרוצדורה הולכת אחרי המהות.¹⁰⁰ הרעיון של טיעון "הפרוצדורה הולכת אחרי המהות" הוא שהשלב הדיוני

⁹⁸ Herbert Packer, *Two Models of the Criminal Process*, 113 U. Pa. L. Rev. 1 (1964)

⁹⁹ להשלכות הרישומיות של אופן סגירת תיק, ראו למשל בג"צ 4539/92 קבלרו נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד (3) (1996).

¹⁰⁰ לכתובה שמנסה לתת תשתית מושגית ליחסים בין נורמות פרוצדוראליות לנורמות מהותיות במשפט ראו לדוגמה עפר מלכאי ורונית לוי שנור "היחס בין פרוצדורה למהות: מה קדם למה?" **פרוצדורות** 93 (טליה פישר ואיסי רוזןצבי עורכים, 2014).

הנכון להפעלת דוקטרינה מסוימת במשפט ייבחר על פי השלב במשפט שבו הדוקטרינה תוכל להישקל בצורה הטובה ביותר לפי רכיביה המהותיים.

נסה להצרין את עמדת הרוב. מהותה של הדוקטרינה דורשת התחשבות בשיקולים X ו-Y. שיקולים X ו-Y אינם ידועים בשלב N של ההליך המשפטי, אלא רק בשלב $2+N$. לכן מבחינת הפרוצדורה – השלב הדייוני המתאים להפעלת הדוקטרינה הוא שלב $2+N$.¹⁰¹ זהו הבסיס העיוני לעמדת הרוב בדנ"פ שמש. הטיעון נגד הפעלת דוקטרינת יששכרוב בשלב N, שלב החקירה המשטרית, נראה תקף גם לגבי שלב $1+N$, שלב הטענות המקדמיות לאחר כתב האישום, אם כי בעוצמה פחותה. גם בשלב של הטענות המקדמיות עדיין נתון אחד חסר – הנתון של חיוניות הראיה.¹⁰²

אבל דווקא הרציונל העמוק של טיעון "הפרוצדורה הולכת אחרי המהות" יכול לתת תשובה טובה לטיעון האחרון נגד עריכת משפט זוטא מקדמי לקבילות ראיות חפציות.

אמנם, החלטה בשאלת קבילות ראיה חפצית בשלב הטענות המקדמיות לא תוכל להתחשב באופן מדויק בפרמטר של חיוניות הראיה להרשעה. אבל יש להכניס למשוואת "הפרוצדורה הולכת אחרי המהות" נתון נוסף. זאת בעקבות הפרדוקס שתואר קודם, ושפניו עומד נאשם שמבקש לטעון ביחס לנסיבות התפיסה של הראיה. על פי הנתון החדש, אם לא תהיה לנאשם אפשרות להעלות טענת פסלות של ראיה חפצית לפי דוקטרינת יששכרוב מיד עם תחילת המשפט ובמסגרת משפט זוטא בפני מותב אחר, הטענה הזו לא תוכל להיות מועלית על ידי הנאשם. ללא מתן פרוצדורה מתאימה של משפט זוטא בפני שופט אחר, לא יהיה שום שימוש לדוקטרינת יששכרוב. עתה, ההיגיון של הכלל "הפרוצדורה הולכת אחרי המהות" צריך להביא לקבלת הרעיון של משפט זוטא בפני מותב אחר במסגרת הליך מקדמי. אמנם, בהחלטה מיד בתחילת המשפט לאחר הגשת כתב האישום לא יוכל לבוא לידי ביטוי הקריטריון של חיוניות הראיה להרשעה. ברם, בהמתנה עד לסיום המשפט, הדוקטרינה לא תוכל בכלל לפעול. על המשפט להחליט אם עמידה על אמת המידה של חיוניות הראיה שווה את הנזק של העדר היכולת הכללית להפעיל את הדוקטרינה. במסגרת הכרעה זו יש לזכור שהקריטריון של חיוניות הראיה הוא ממילא אחד הקריטריונים הבעייתיים של דוקטרינת יששכרוב. יש שופטים הסבורים כי יש לבטל אותו אף ללא קשר לסוגיה הפרוצדוראלית. לדעתם, גם מבחינה מהותית אין בו כל הצדקה.¹⁰³ נראה כי האיזון הנכון הוא בווייתור על הקריטריון כדי להציל את הדוקטרינה כולה.

בכל הקשור לאישומים בהחזקת חפץ אסור להחזקה, כאשר טענת הפסלות היא לגבי החיפוש שבמסגרתו נתפס אותו חפץ אסור, הדילמה של הפסקה הקודמת היא קלה בהרבה. אפשר להניח כי הראיה הנבחנת חיונית מאוד להרשעה. ברוב המקרים, ללא הראיה האמורה לא ניתן להרשיע את

¹⁰¹ במקרה של שאלת החלת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית בשלב החקירה, אפשר להציב כשיקול X את חומרת העבירה המיוחסת, את שיקול Y כחיוניות הראיה. את שלב N בשלב החקירה, את שלב $1+N$ כשלב ההליך המקדמי לאחר הגשת האישום וטרם מתן תשובה לאישום, ואת שלב $2+N$ כשלב שלאחר שמיעת ההוכחות. יש לתת את הדעת לכך שעשויים להיות שלבים נוספים של המשפט שבהם יכולה לעלות שאלת קבילות ראיות לאור פגמים שאירעו בהליכי השגתן. למשל שלב דיון בבקשת הארכת מעצר ימים כפי שאירע בבש"פ 9220/12 פרץ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.12.2012), ובבקשת הארכת מעצר עד לתום הליכים, בש"פ 5612/18 גבאי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.8.2018).

¹⁰² אם כי אם הדיון במשפט הזוטא ייערך בפני שופט שלא ינהל את ההליך העיקרי, הוא יוכל להידרש לחומר הראיות, ולקבל תשובה לכאורית באשר לחיוניות הראיה שאותה הוא מתבקש לפסול, לפחות על פי חומר זה, וטרם שהראיות עברו את כור ההיתוך של המשפט.

¹⁰³ הדבר בא לידי ביטוי באופן המוחשי ביותר בעניין פרחי, לעיל ה"ש 2, שבו כינה השופט לוי את הקריטריון האמור "חרב פיפיות". לביקורת נוספת על קריטריון זה ראו גם בועז סנגיר "כלל פסילת הראיות שהושגו באמצעים פסולים מתפתח, אך עדיין ללא נכונות לשלם מחיר חברתי (ולזכות אשם בעבירה חמורה שעודנו חי)" משפטים על אתר ד2 (2012).

הנאשם בהחזקה. ניתן לנהל את משפט הזוטא בתחילת המשפט, תחת ההנחה הזו. כך גם הקריטריון האמור הובא בחשבון.¹⁰⁴ המסקנה היא שעל פי עקרון הפרוצדורה הולכת אחרי המהות, שהיה הנימוק המרכזי של דעת הרוב בדני"פ שמש, יש לערוך משפטי זוטא בתחילת המשפט, בפני מותב אחר, כדי להחליט בטענות קבילות המופנות כנגד ראיות חפציות.

4.ה.ii. עריכת משפט זוטא לגבי קבילות ראיה חפצית תפגע ביעילות הדיונית

טיעון נוסף נגד עריכת משפטי זוטא לבירור קבילות ראיות חפציות בשלב הטענות המקדמיות בפני שופט שונה מזה שידון בתיק העיקרי הוא טיעון הפגיעה ביעילות. על פי טיעון היעילות, מתן אפשרות כזו תסרביל מאוד את ההליך הדיוני ותביא להקצאת משאבים מרובים. טיעון היעילות יוכל להסתמך על פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין **אפללו**,¹⁰⁵ שבו נפסק שאין לקיים משפט זוטא לקבילות קלטות שמע. בין השאר נקבע בו כי "משפט איננו קונפדרציה של משפטי זוטא (אשר לעתים מתמשכים הם והולכים והופכים להיות 'משפטי רבא'). אלא מהווה אחדות ושלמות אחת המתנהל על פי רצף אחיד". עוד נקבע באותו פסק דין כי אין לפצל את המשפט ולערוך בו משפטי זוטא כמספר טענות אי-הקבילות שתעלה הסנגוריה, ובאשר למשפט זוטא הנוהג לגבי קבילות הודאות לפי סעיף 12 לפקודת הראיות צפה בית המשפט העליון כי זהו חריג שייוותר חריג עד שיבוטל אף הוא בידי המחוקק.

לכאורה, אם זו עמדת בית המשפט העליון ביחס למשפט זוטא שאמור להתנהל בפני אותו שופט, קל וחומר שזו תהיה העמדה כאשר מדובר במשפט זוטא שאמור להיערך בפני שופט אחר שמערכת המשפט תיאלץ להקצות לשמיעת אותו תיק.

התשובה לטיעון השולל משפטי זוטא לקבילות ראיה חפצית בשל נימוק היעילות הדיונית תהיה בשלושה מישורים. המישור הראשון הוא הטענה כי משפטי זוטא כאלה לא בהכרח יפגעו ביעילות הדיונית. המישור השני הוא התמודדות עם פסק הדין בעניין **אפללו** וטענה כי אין הוא רלבנטי לענייננו. המישור השלישי הוא המישור הנורמטיבי, באיזון בין היעילות הדיונית להגנה על זכויות. ראשית, כלל לא בטוח שמשפטי זוטא לגבי קבילות ראיה מסוימת, שיידונו בראשית המשפט יביאו לשמיעת עדויות רבות יותר ולהארכת ההליך המשפטי. פעמים רבות, החלטה במשפט הזוטא יכולה להביא לסיום מהיר של המשפט. כפי שכתבו בלום, אריאל ורבין בנוגע למשפט זוטא ביחס לקבילות הודאה, אם יוחלט שהראיה איננה קבילה, פעמים רבות תודיע התביעה על מחיקת האישום. אם יוחלט שהראיה קבילה, הדבר עשוי לשכנע את הנאשם להגיע להסדר טיעון.¹⁰⁶ במקרים אלו ייחסכו כל העדים במשפט שאינם קשורים לסוגיית קבילותה של הראיה. על מי שטוען כי עריכת משפט זוטא לקבילות ראיה חפצית בשלב המקדמי של המשפט תביא לפגיעה ביעילות על ידי התמשכות הליכים להראות כי מספר העדים שישמעו במשטר דיוני של משפטי זוטא מקדמיים כאלה צפוי להיות גבוה יותר ממספר העדים שנשמעים עתה ללא קיומו של הליך זה. הוכחה כזו איננה בנמצא כרגע.

לגבי הטענה כי עתה תיאלץ המערכת להקדיש לכל תיק שני שופטים – אחד להליך המקדמי שידון בטענת הזוטא ושני להליך העיקרי אפשר להשיב בשתיים. ראשית – לא בכל תיק תועלה טענת זוטא מקדמית כזו. מעבר לכך, ברבים מבתי משפט השלום ממילא מוקצים שופטים נפרדים להליך

¹⁰⁴ בעניין **וקנין**, לעיל ה"ש 82, ההחלטה הוגבלה למשפטים מעין אלו.

¹⁰⁵ עניין **אפללו**, לעיל ה"ש 90.

¹⁰⁶ בלום, רבין ואריאל, לעיל ה"ש 87.

ההקראה והטענות המקדמיות מזה ולהליך ההוכחות מזה.¹⁰⁷ לא יהיה צורך בהקצאה מיוחדת של משאבים אפוא לצורך ניהול משפטי זוטא מקדמיים.

לגבי עניין **אפללו**, יש לשים לב שהוא עסק בשאלה אם נכון לקיים משפט זוטא לצורך בחינת תנאי הקבילות הטכניים של סרט הקלטה. התוצאה האופרטיבית שלו שאין צורך בקיום משפט כזה נכונה גם על פי מאמר זה.¹⁰⁸ לצורך החלטה בקבילות הטכנית של סרט הקלטה אין שום צורך לשמוע את הנאשם. הפרדוקס הדיוני המהווה את הבסיס לטיעון בדבר משפט זוטא לבירור קבילות ראייה חפצית על פי דוקטרינת יששכרוב כלל לא מתעורר.¹⁰⁹ מעבר לכך, את פסק דין אפללו, שניתן בשנת 1980, יש לקרוא באספקלריה של האקלים המשפטי והתקופה שבה ניתן. חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, כמו גם דוקטרינת יששכרוב, עדיין לא באו לאוויר העולם. המגמה הברורה שבה הלך בית המשפט בידיני הראיות הייתה מקבילות למשקל.¹¹⁰ בית המשפט סבר כי המחוקק עומד לבטל גם את הליך משפט הזוטא לקבילות הודאה לפי סעיף 12 לפקודת הראיות, דבר שלא קרה. לאור כל אלו ספק אם פסק דין **אפללו** יכול לשמש נימוק כבד משקל נגד קיום משפט זוטא לבירור קבילות ראייה חפצית לפי דוקטרינת יששכרוב.

גם מי שסיבור כי קיום משפט זוטא לבירור קבילות ראייה חפצית לפי דוקטרינת יששכרוב אכן יפגע במידת מה ביעילות הדיונית יצטרך לשכנע מדוע יש להעדיף את היעילות הדיונית, שהיא ערך מכשירי מסדר שני, על הזכות להליך הוגן ועל הצורך של מערכת המשפט להגיע לתוצאה מדויקת של ההליך הפלילי. במקרה זה, הפרדוקס הדיוני שתואר בהעדרו של משפט זוטא לקבילות ראייה חפצית מביא לפגיעה קשה בהליך ההוגן. פרדוקס זה עלול להביא את הנאשם לוותר על העלאת טענות משפטיות חיוניות להגנתו. לאור הבכירות הנורמטיבית של נימוקי ההגנה על הזכות להליך הוגן ושל הצורך להביא לתוצאה מדויקת של ההליך הפלילי על נימוקי היעילות הדיונית, ובהעדר הוכחה מכרעת לפגיעה קשה ביעילות, נראה שאין בכוחו להביא לשלילת המכשיר הדיוני החדש.¹¹¹

1.4. הדיון המשפטי בערכאות הנמוכות

שאלת קיומו של משפט זוטא לקבילות ראייה חפצית לא הגיעה עדיין באופן חזיתי לבית המשפט העליון.¹¹² בערכאות הנמוכות הדעות בעניין זה חלוקות.¹¹³ ברוב המשפטים שאלה זו כלל איננה עולה, והדיון מתנהל תוך עיוורון לכך שעדותו של הנאשם בקשר לנסיבות תפיסת הראייה מהווה

¹⁰⁷ עניין **וקנין**, לעיל ה"ש 82.

¹⁰⁸ עם זאת נראה, בניגוד להנמקה בעניין **אפללו**, לעיל ה"ש 90, כי ההליך הוגן כן מחייב החלטה מיידיית של בית המשפט בשאלת קבילות ההקלטה מבלי להמתין בעניין זה להכרעת הדין. זאת כדי שהנאשם ידע עוד טרם פרשת ההגנה אילו ראיות יכולות לשמש נגדו ואילו לא. הדבר יכול להשפיע על השאלה אם להעיד ואילו עדי הגנה עליו להביא. ראו דיון, שם.

¹⁰⁹ נימוק נוסף הוא שביט המשפט העליון הבחין בעניין **אפללו** בדרך דומה נוספת בין משפט זוטא לצורך בחינת קבילות הודאה לפי סעיף 12 לפקודת הראיות לבדיקת קבילות טכנית של סרט הקלטה. בית המשפט העליון עמד על כך שלמשפט זוטא לפי סעיף 12 לפקודת הראיות יש השפעה על הגינות החקירה המשטרית ויש לו ערך חינוכי, דבר הנעדר משאלת קבילותה הטכנית של סרט הקלטה. על פי פרמטרים אלו של הגינות החקירה והערך החינוכי של משפט הזוטא שאליהם הפנה בית המשפט העליון, נראה שסוגיית הקבילות של ראייה חפצית לפי דוקטרינת יששכרוב דומה הרבה יותר למשפט הזוטא לפי סעיף 12 לפקודת הראיות מאשר למשפט הזוטא לגבי הקבילות הטכנית שאותו דחה בית המשפט העליון.¹¹⁰ את שיא המגמה ניתן לראות בד"נ 23/85 **מדינת ישראל נ' טובול**, פ"ד מב(4) 309 (1988). דוקטרינת יששכרוב עומדת בניגוד חריף למגמת המעבר מקבילות למשקל.

¹¹¹ לביקורת על מתן משקל רב מדי לצורך ביעילות הדיון ראו קנת מן "הלחצים לקיצור משך הדיון המשפטי והשפעתם על מהותו של ההליך הפלילי" **הסניגור** 200, 9 (2013). להתייחסות לאיזון הנכון בין שיקול היעילות לשיקול שמירת הזכות להליך הוגן, ראו גם עניין **וקנין**, לעיל ה"ש 82.

¹¹² בד"נ **שמש**, לעיל ה"ש 6, לקביעתה של דעת הרוב ששאלת הקבילות יכולה להתברר מיד עם תחילת המשפט אמנם יש משמעות רבה, אבל שאלת אופן הדיון לא הוזכרה בה.
¹¹³ להלן בה"ש 115–116, ההחלטות סותרות.

הודאה בין כתלי בית המשפט בהחזקת החפץ האסור.¹¹⁴ ברוב מקרים שבהם ההגנה ביקשה קיום דיון משפט זוטא לשם בחינת קבילות ראיה חפצית ענה בית המשפט בשלילה לאור העדר עיגון בדין לקיום משפט כזה, אפילו בפני אותו שופט הדן בתיק העיקרי.¹¹⁵ אבל גם כאשר בית המשפט קיבל את הבקשה לקיום משפט זוטא לקבילות ראיה חפצית, לאור הפרדוקס הבלתי-אפשרי שהנאשם ניצב בפניו, הוא קבע שאין אפשרות לערוך את משפט הזוטא האמור בפני שופט אחר. זאת אף שהיה מקובל על בית המשפט שאישר את קיום משפט הזוטא שהדין הראוי הוא קיום משפט זוטא בפני שופט אחר. נפסק שהדבר בלתי-אפשרי ללא שינוי חקיקה. זאת כיוון שאין כיום אפשרות בדין הישראלי לקיום משפט זוטא בפני מותב אחר.¹¹⁶ לטענה שאין לקיים משפטי זוטא לגבי קבילות ראיות חפציות, אפילו בפני אותו שופט הדן בתיק העיקרי, כיוון שאין לכך עיגון נורמטיבי בדין אפשר להשיב שתי תשובות, האחת קצרה והשנייה ארוכה. התשובה הקצרה היא שאין צורך בעיגון בדין לקיומו של משפט זוטא שכזה. הסיבה לכך היא שגם לקיומו של משפט זוטא לגבי קבילות הודאה על פי סעיף 12 לפקודת הראיות אין עיגון כזה. על פי התשובה הקצרה, כפי שמשפט הזוטא לגבי סעיף 12 לפקודת הראיות, הבוחן את היות ההודאה חופשית ומרצון, לא הצריך עיגון חקיקתי, כך הוא הדבר גם לגבי משפט זוטא לגבי ראיות חפציות.

מי שלא ישתכנע מהתשובה הקצרה לטיעון שאין לקיים משפט זוטא לגבי קבילות ראיה חפצית כיוון שאין לכך עיגון נורמטיבי בדין מוזמן לעיין בתשובה הארוכה יותר לטיעון זה. על פי התשובה הארוכה, עיגון כזה קיים אף קיים. הוא אף מאפשר את קיומו של משפט הזוטא בפני מותב אחר. נעסוק בתשובה הארוכה בתת-הפרק הבא.

4.ז. העיגון הנורמטיבי בדין הקיים לקיום משפט זוטא להכרעה בקבילות ראיות חפציות בדין הישראלי

סעיף החוק המאפשר את קיום ההליך הוא סעיף 143 א לחוק סדר הדין הפלילי, שהוסף לחוק בתיקון מספר 48 בשנת 2006. כותרת השוליים של הסעיף היא "דיון מקדמי".¹¹⁷

הסעיף מתאים גם על פי תכליותיו וגם על פי תנאיו לקיום משפט זוטא לגבי קבילות ראיה חפצית.¹¹⁸ ראינו כבר כי קיום משפט זוטא לגבי קבילות ראיה חפצית יכול להיות יעיל מאוד, שכן הוא יחסוך את שמיעת שאר הראיות. בין אם משום שהנאשם יבחר להודות לאחר שיסתבר שהראיה קבילה ובין משום כך שהתביעה תחזור בה מכתב האישום אם יסתבר שהראיה איננה קבילה.

תכליות אלו של משפט זוטא לגבי ראיות חפציות מתאימות לתכליותיו של ההליך המקדמי לפי סעיף 143 א (ב) – בחינת האפשרות לצמצום המחלוקות העובדתיות או המשפטיות, ייתור הצורך בשמיעת ראיות בהליך העיקרי וסיום הדיון במסגרת ההליך המקדמי.

¹¹⁴ ראו למשל את פסקי הדין המצוטטים בה"ש 93 לעיל, שבהם ניתן זיכוי מבלי שעלתה סוגיית קיום משפט זוטא לקבילות הראיה החפצית.

¹¹⁵ ת"פ (שלום ת"א) 60543-02-15 **מדינת ישראל נ' לוטפי** (פורסם בנבו, 17.7.2016); ת"פ (שלום ת"א) 52199-05-16 **מדינת ישראל נ' ביטשון** (לא פורסם, 29.3.2018); עפ"י (מחוזי ת"א) 14027-11-15 **בטיחאת נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 1.2.2016); ת"פ (שלום חי') 10915-03-15 **מדינת ישראל נ' מנחם** (פורסם בנבו, 20.6.2018); ת"פ (שלום ת"א) 29711-02-16 **מדינת ישראל נ' אבדורחמנוב** (פורסם בנבו, 3.6.2018).

¹¹⁶ עניין **סולימנוב**, לעיל ה"ש 82; עניין **וקנין**, לעיל ה"ש 82. ראוי לציין שההחלטה בעניין וקנין לקיים משפט זוטא הסתכמה בין השאר על ההערה בדני"פ **שמש**, לעיל ה"ש 6, פס' 30 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. לקביעה של בית משפט שלום שניתן לברר טענת פסלות ראיה בשלב הטענות המקדמיות אך מבלי להתייחס לסוגיית משפט זוטא, ראו ת"פ (שלום רח') 59911-12-13 **מדינת ישראל נ' פרי** (פורסם בנבו, 20.4.2015).

¹¹⁷ סי' 143 לחסד"פ.

¹¹⁸ יש לשים לב שעל פי סעיף 143א(ח), הסעיף לא חל בתיקי הרכב בבית המשפט המחוזי ולא בתיקי עבירות קלות כהגדרתן בסעיף 240(א) רישא לחסד"פ. סעיף 143א, על אף הסיוג האמור של סעיף 143א(ח), משמש גם כמקור לסמכות הגישור של בית המשפט. ראו עמי קובו "הגישור הפלילי" **המשפט** כד 301, 308–311 (2018).

העובדה שעל פי סעיף 143 א (ו) פרוטוקול הדיון המקדמי לא יועבר לשופט הדן בהליך העיקרי, פותרת את הבעיה העיקרית של נאשם הרוצה לטעון לאי-קבילות הראיה החפצית לאור אי-החוקיות של נסיבות תפיסתה בידי המשטרה אך לא רוצה להודות בעצם ההחזקה בפני השופט בהליך העיקרי.¹¹⁹ סעיף 143 א(ו) פותר את המצב האבסורדי שעצם העדות שנועדה להביא למסקנה משפטית של אי-קבילות הראיה החפצית כדי שהתביעה לא תוכל להוכיח את קיום הנסיבה של קיום הראיה החפצית טומנת בחובה הודאה בקיומה של הראיה החפצית, באופן שמייתר את כל הדיון לגבי שאלת קבילות הראיה.

יכולה לעלות טענה כי במסגרת ההליך המקדמי לא אמורות להישמע ראיות. טענה זו איננה נכונה. לפי סעיף 143 א (ה), אם הדיון המקדמי לא הביא לסיום הדיון בהליך כולו, הדיון בכתב האישום יעבור לשופט אחר, שימשיך לדון בכתב האישום לפי סימנים ה' עד ז' לאותו פרק. הפרק בחוק סדר הדין הפלילי שבו ממוקם סעיף 143 א הוא פרק ה', הנקרא "הליכי משפט". סעיף 143 א מצוי בסימן ד' לאותו פרק, שכותרתו "פתיחת המשפט". סימן ה' מתווה את הכללים ל"בירור האשמה", סימן ו' ל"סדר חקירת העדים", וסימן ז' עוסק ב"פסק הדין".

לכאורה, על פי תיאור זה, אכן רק בהליך העיקרי ניתן לשמוע עדים. אבל יש לשים לב שהסעיפים המסדירים את שמיעת הטענות המקדמיות, סעיפים 149-151 לחוק, מצויים בסימן ד' לחוק סדר הדין הפלילי. מדובר באותו סימן בדיוק שבו מצוי גם סעיף 143 א המסדיר את שמיעת ההליך המקדמי. מכך שסעיף 143 א (ה) מאפשר העברת הדיון לשופט אחר רק לצורך המשך הדיון בסעיפים ה' עד ז' עולה שהדיון המקדמי חולש גם על הטענות המקדמיות. למעשה, לשופט הדן בהליך מקדמי יש סמכות מעין ייחודית לדון בטענות מקדמיות שמעלה הנאשם מרגע שהתחיל דיון מקדמי.¹²⁰ לפי פסיקת בית המשפט העליון, במסגרת הדיון בטענות מקדמיות, בית המשפט רשאי לשמוע ראיות כדי לקבוע ממצאים עובדתיים שישמשו אותו בהחלטה המשפטית אם לקבל טענה מקדמית זו או אחרת שהעלה הנאשם.¹²¹ בהינתן שתי הטענות:

א. בית משפט הדן בהליך מקדמי מוסמך לדון בטענות מקדמיות של הנאשם.

ב. בית משפט הדן בטענה מקדמית מוסמך לשמוע ראיות לצורך הכרעה בטענה המקדמית.

נובעת מסקנה שבית משפט בהליך מקדמי מוסמך לשמוע ראיות לצורך הכרעה בטענה המקדמית. עדיין אפשר לטעון שהדבר איננו מוכיח שבית משפט בהליך מקדמי מוסמך לשמוע ראיות על אי-קבילות ראיה חפצית. על פי טענת הנגד, כל שהוכח הוא שבית משפט הדן בהליך מקדמי מוסמך לשמוע ראיות לגבי טענות מקדמיות. טענת פסלות ראיה חפצית לאור דוקטרינת יששכרוב איננה טענה מקדמית, ולכן הדרא קושיא לדוכתא.

התשובה לתהייה האחרונה מצויה ביחס שבין דוקטרינת יששכרוב לבין טענת ההגנה מן הצדק. למעשה, במובנים רבים, טענת פסלות ראיות לאור דוקטרינת יששכרוב היא מקרה פרטי של טענת ההגנה מן הצדק. על פי סעיף 149 (10) לחוק סדר הדין הפלילי, טענת ההגנה מן הצדק היא טענה מקדמית. בשל כך אפשר לשמוע ראיות לצורך הכרעה בטענה מקדמית של ההגנה מן הצדק. אם

¹¹⁹ עניין גטצאו, לעיל ה"ש 85, פ"ס 13 לפסק דינו של השופט גיבוראן. השופט גיבוראן בדעת היחיד שלו בעניין גטצאו העלה את סעיף 143 א(ו) כדוגמא לפתרון של בעיית היחשפות השופט לראיות הפסולות במהלך משפט זוטא. הדיון בעניין גטצאו היה כאמור לגבי קבילות הודאה.

¹²⁰ הסמכות היא לא ייחודית לגמרי, שכן את רוב הטענות המקדמיות ניתן להעלות בכל שלב, אז גם אם הדיון כבר הועבר לשופט ההליך העיקרי, לפי סעיף 143 א(ה) עדיין יש סמכות לבית המשפט לשמוע את רוב הטענות המקדמיות. ¹²¹ ע"פ 896/80 יוקר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 160 (1981); ע"פ 603/92 ברוך נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 114 (1992).

נתייחס לטענת פסלות ראייה חפצית מכוח דוקטרינת יששכרוב כאל טענה מקדמית של הגנה מן הצדק, ניתן יהיה לשמוע ראיות בשאלת פסלות הראייה החפצית בהליך המקדמי. כזכור, השופט דנציגר ערך ברע"פ שמש אנלוגיה בין דוקטרינת יששכרוב לדוקטרינת ההגנה מן הצדק, כדי להראות שניתן לדון בדוקטרינת יששכרוב בשלב מוקדם של ההליך.

4.n. דוקטרינת הפסילה הפסיקתית כמקרה פרטי של דוקטרינת ההגנה מן הצדק

נעבור עתה להוכחה קצרה של הטענה כי טענת פסלות מכוח דוקטרינת הביקורת הפסיקתית היא מקרה פרטי של טענת הגנה מן הצדק. יצוין כי טענת ההכלה האמורה מתיימרת לחול על ניסוח הדוקטרינות והמבחנים שלהן במשפט הישראלי העכשווי. הדיון לא יתפרס על מקורותיהן של הדוקטרינות או על ניסוחים אפשריים אחרים שלהן.¹²² נתחיל את הוכחת הטענה בהשוואת הנוסחות הכלליות של הדוקטרינות במשפט הישראלי.

טענת הגנה מן הצדק לפי הגדרתה בחוק היא טענה שהגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית. על פי הפסיקה, תוצאה של קבלת טענת הגנה מן הצדק יכולה ללבוש צורות שונות – החל מביטול האישום כולו, דרך ביטול רק חלק מסעיפי האישום,¹²³ פסלות ראייה ועד להשפעה בשלב גזר הדין בלבד על ידי הקלה בעונש.¹²⁴

ההגדרה הכללית של דוקטרינת יששכרוב היא שלבית המשפט יש שיקול דעת לפסול את קבילותה של ראייה רלבנטית בפלילים, אם הוא נוכח לדעת כי הראייה הושגה שלא כדין וכי קבלתה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן החורגת מגדריה של פסקת ההגבלה.¹²⁵ כבר מהגדרות ראשוניות אלו ברור הקשר האינהרנטי בין שתי הדוקטרינות. שתיהן נובעות מהרציונל של הצורך בקיומו של הליך הוגן. שתיהן מורות כי פגיעה בהליך ההוגן עשויה להסתיים במתן סעד מהותי לנאשם. פסילת הראייה, שהיא הסעד המרכזי והיחיד שנותנת דוקטרינת יששכרוב בשל פגיעה בהליך ההוגן, היא אחד הסעדים שניתן במסגרת דוקטרינת ההגנה מן הצדק. לא רק בחינת הניסוח הכללי של שתי הדוקטרינות אלא גם בחינת התנאים המפורטים להחלתן מצביעים על הקשר הקרוב ביניהן.

על פי הפסיקה, טרם קבלת טענת הגנה מן הצדק על בית המשפט לעבור שלושה שלבים אנליטיים.¹²⁶ השלב הראשון הוא זיהוי הפגמים שנפלו בהליכי המשפט הפלילי שנקטו כנגד הנאשם וקביעת עוצמתם. כל זאת במנותק משאלת האשמה. בשלב השני, על בית המשפט לבחון אם בהמשך קיומו של ההליך הפלילי, לנוכח הפגמים שזוהו בשלב הראשון, יש תחושה של פגיעה מהותית בתחושת הצדק וההגינות. בשלב זה על בית המשפט לערוך איזון בין אינטרסים רלבנטיים שונים. בית המשפט אמור להתחשב בין השאר בחומרת העבירה המיוחסת לנאשם, בעוצמת הראיות, בחומרת

¹²² למקורות ההגנה מן הצדק ראו ישגב נקדימון **הגנה מן הצדק** 29–46 (מהדורה שנייה, 2009). לניסוח אחר של ההגנה מן הצדק, ראו ענבל דוכובני זאבי "הגנה מן הצדק: צדק אינדבידואלי בעולם של חוקים כלליים; היכרות עם הדוקטרינה הניו-יורקית" **הסניגור** 249, 4 (2017).

¹²³ השאלה אם אחד הסעדים האפשריים במסגרת הגנה מן הצדק הוא לא רק ביטול האישום אלא המרתו בסעיף אישום קל יותר נותרה עדיין ביצריך עיון בפסיקת בית המשפט העליון, ראו **גטצאו**, לעיל ה"ש 85; ע"פ 10477/09 **מובארק נ' מדינת ישראל**, פס' 153 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור (פורסם בנבו, 10.4.2013); ע"פ 5975/14 **אגבריה נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 31.12.2015); רע"פ 6091/11 **פלוגי נ' התובע הצבאי הראשי** (פורסם בנבו, 27.2.2012). על פניו נראה כי העמדה שיש לבית המשפט סמכות לתת גם את הסעד הזה של המרת אישום חמור באישום קל ממנו לאור העובדה שהוא יכול לתת את הסעד המשמעותי יותר של ביטול האישום כולו היא עמדה שקשה לחלוק עליה. ראו גם עניין **אגבריה**, שם, פסק דינה של השופטת ברק-ארז, שפסקה כי מטעם זה יש לבית המשפט סמכות גם להעניק את הסעד של המרת אישום, בעוד חבריה להרכב הותירו את הסוגיה ביצריך עיון.

¹²⁴ ע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוביץ**, פ"ד נט(6) 776, 808 (2005). להתייחסות נוספת לסעד פסילת ראייה מכוח טענת הגנה מן הצדק באותו פסק דין ראו שם, בעמ' 830–831.

¹²⁵ עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 1, פס' 63 לפסק דינה של השופטת ביניש.
¹²⁶ עניין **בורוביץ**, לעיל ה"ש 124, בעמ' 807–808, פסק הדין שבו נקבעו שלושת השלבים האנליטיים האמורים.

הפגיעה בזכויות הנאשם, במידת האשם הרובץ על כתפי הרשות בשל פגיעה זו ובנסיבותיו האישיות של הנאשם וכן במצבו של קרבן העבירה. בשלב השלישי, על בית המשפט לבחון את הסעד שעליו להעניק אם הגיע למסקנה כי אכן בהמשך ניהול ההליך יש משום פגיעה מהותית בתחושת הצדק וההגינות. עליו לבחון אם ניתן לרפא את הפגמים בהליך באמצעים מתונים יותר מאשר ביטול כתב האישום כולו, כמו מתן הקלה בעונש, פסילת ראיה כלשהי, המרת אישום כלשהו לאישום קל יותר או ביטול חלק מהאישומים בכתב האישום. אם אף סעד מתון יותר לא יכול לרפא את הפגמים בהליך – על בית המשפט להורות על ביטול כתב האישום כולו.

נשווה תנאים אלו של דוקטרינת ההגנה מן הצדק לתנאי החלטה של דוקטרינת יששכרוב. התנאי הראשוני לתחולתה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית הוא כי ראיה שהתביעה מבקשת את הגשתה הושגה שלא כדין. השגה שלא דין, משמעה על פי הפסיקה

*"באמצעים בלתי חוקיים, קרי – מנוגדים להוראה הקבועה בחוק, בתקנה או בנוהל מחייב; באמצעים בלתי הוגנים; או באמצעים הפוגעים של כדין בזכות יסוד מוגנת... על בית המשפט להשתכנע כי רשויות אכיפת החוק השיגו את הראיה בדרך בלתי חוקית, בלתי הוגנת או תוך פגיעה שלא כדין בזכות אדם מוגנת".*¹²⁷

השלב השני בהפעלת דוקטרינת יששכרוב הוא הבחינה אם קבלת הראיה במשפט תביא לפגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן, שלא על פי גדריה של פסקת ההגבלה – כלומר לפגיעה מהותית בזכות להליך הוגן שאיננה לתכלית ראויה ובמידה העולה על הנדרש.

לצורך קבלת החלטה במסגרת שלב שני זה בית המשפט צריך להפעיל שלוש קבוצות של אמות מידה: הקבוצה הראשונה של אמות מידה קשורה באופייה וחומריתה של אי-החוקיות. במסגרת קבוצה זו נבדקת אופייה וחומריתה של אי-החוקיות שהביאה להשגת הראיה – האם טכנית או מהותית. כמו כן, נבחנת שאלת תום הלב או הזדון של הרשות החוקרת בעת ביצוע ההפרה שהביאה לתפיסת הראיה. עוד במסגרת קבוצה זו נבחנות קיומן של "נסיבות מקלות" להפרה מצד הרשות החוקרת ונבחן גם אם ניתן היה להשיג את הראיה בדרך אחרת, ללא הפעלת אמצעים לא חוקיים או לא הוגנים. קבוצת השיקולים השנייה עניינה במידת ההשפעה של אמצעי החקירה על הראיה שהושגה. במסגרת זו נבחן עד כמה האמצעי הבלתי-הוגן שהופעל משפיע על המימנותה של הראיה ועד כמה קיומה של הראיה עצמאי מאי-החוקיות שהביאה להשגתה. קבוצת השיקולים השלישית עניינה באיזון הנזק מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילת הראיה. במסגרת קבוצה זו, שהייתה שנויה במחלוקת כבר מלכתחילה, נבחנים חיוניות הראיה הנבחנת להרשעת הנאשם וחומריתה האשם המיוחסת לו.¹²⁸

בהשוואה בין התנאים הספציפיים של הדוקטרינות, קל מאוד לראות את הדמיון ביניהן. השלב הראשון של בחינת ההגנה מן הצדק, זה הבדוק את חומרית הפגמים בהליך, דומה מאוד לשלב הראשון בדוקטרינת יששכרוב, ולאחריו לקבוצת הקריטריונים הראשונה בשלב השני. בשני המקרים מאותרים הפגמים בהליך ונבחנת חומריתם של פגמים אלו, במנותק מהאשם המיוחס לנאשם.

השלב השני והשלישי של דוקטרינת ההגנה מן הצדק – איזון האינטרסים שמעמת את חומרית הפגמים עם חומרית האישומים, עוצמת הראיות, ואינטרסים נוספים הקשורים בהליך, כמו גם

¹²⁷ עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 1, פס' 64 לפסק דינה של השופטת ביניש.
¹²⁸ שם, פס' 69–74 לפסק דינה של השופטת ביניש.

בחירת הסעד המדויק שיינתן לנאשם בעקבות הפגמים, דומים מאוד לשיקולים המובאים בחשבון בקבוצת השיקולים השנייה, ובעיקר בקבוצת השיקולים השלישית של דוקטרינת יששכרוב. הדמיון בולט כאמור מאוד לעין. שתי הדוקטרינות נועדו להגן על ההליך ההוגן. שתיהן דוקטרינות של בטלות יחסית, שמאזנות בין הפגיעה בהליך ההוגן לפגיעה בציבור. בשתיהן יכול להתקבל סעד משמעותי עבור הנאשם. ההבדל המרכזי בין שתי הדוקטרינות הוא היקף הפריסה שלהן. בעוד דוקטרינת ההגנה מן הצדק נוגעת לכל שלבי ההליך הפלילי ולסוגי פגיעה שונים שיכולים להיות בנאשם במסגרת הליכים אלו, דוקטרינת יששכרוב נוגעת אך ורק לשאלת השגת ראיות שלא כדין ובאופן בלתי-הוגן. מכאן השוני בסעדים של כל אחת מהדוקטרינות. הסעדים של דוקטרינת ההגנה מן הצדק הם רבים ומגוונים, מהקלה בעונש ועד פסילת האישום, כאשר בתוכם, גם הסעד של פסילת ראיות הוא אפשרי. לדוקטרינת יששכרוב יש סעד אחד, והוא פסילת הראיות שהושגו שלא כדין.¹²⁹ עד לאחרונה בית המשפט העליון לא עסק באופן מסודר ביחס בין דוקטרינת ההגנה מן הצדק לדוקטרינת יששכרוב. הוא הסתפק בהתבטאויות שלפיהן יש בין הדוקטרינות "חפיפת מה" או "זיקת גומלין" אבל ללא ניתוח מעמיק.¹³⁰ לאחרונה, במסגרת פסק הדין בעניין חייבטוב, השופט מלצר התייחס לשישה הבדלים הקיימים, לעמדתו, בין שתי הדוקטרינות.¹³¹ ההבדלים המתוארים בפסק דינו של השופט מלצר יוצגו להלן. על פי הטיעון שיועלה עתה, אף אחד מהבדלים הנטענים אינו יכול לפגום במסקנה האנליטית שלפיה דוקטרינת יששכרוב היא מקרה פרטי של דוקטרינת ההגנה מן הצדק.

ההבדל הראשון שהוצג הוא כי דוקטרינת ההגנה מן הצדק מעוגנת כיום בחוק, בעוד מקורה של דוקטרינת יששכרוב הוא בפסיקה בלבד. על העובדה הזו לא ניתן כמובן לחלוק. גם מקורה ההיסטורי של כל דוקטרינה הוא שונה, ובמקומות שונים בעולם כך הוא הדבר גם לגבי הניסוח העדכני שלהן.¹³² עם זאת, הדבר אינו יכול לשלול את הטענה שעל פי ניסוח הכללי של הדוקטרינות במשפט הישראלי ושל המבחנים הפרטניים להפעלת כל דוקטרינה והסעדים שניתנים במסגרתה, דוקטרינת יששכרוב מהווה מקרה פרטי של דוקטרינת ההגנה מן הצדק. יתרה מזו, ככל שתתקבל הטענה שדוקטרינת יששכרוב היא מקרה פרטי של ההגנה מן הצדק, הרי שאף היא מעוגנת באותו סעיף חוק, מעבר להכרה בה בפסיקה.

ההבדל השני שהוצג בפסק הדין הוא כי קבלת הטענה של ההגנה מן הצדק אין בה כדי להוות זיכוי של הנאשם מן העבירה שיוחסה לו, שכן הדיון בטענה מתנהל במנותק משאלת אשמתו או חפותו של הנאשם. לכך יש לענות כי גם התוצאה של קבלת טענה לפי דוקטרינת יששכרוב איננה בהכרח זיכוי, אלא אך ורק פסילת הראיה שקבילותה נבחנה במסגרת הדוקטרינה. הדיון בשאלת הקבילות לפי דוקטרינת יששכרוב אף הוא מתנהל ללא קשר לשאלת האשמה בתיק. ייתכן שכוונתו של השופט מלצר הייתה שבעת החלת דוקטרינת יששכרוב יש להתחשב בחיוניות הראיה שבמחלוקת להרשעה.

¹²⁹ בעניין פרחי, לעיל ה"ש 2, קבע השופט לוי כי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית היא גמישה יותר מדוקטרינת ההגנה מן הצדק. נראה כי קביעה זו הייתה מוטעית. לביקורת על כך ועל חוסר השימוש בדוקטרינת ההגנה מן הצדק בעניין פרחי בעת גזירת העונש, 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" **הסיגור** 173–174, 4 (2011).

¹³⁰ לביטוי "זיקת גומלין" ראו עניין **מובארק**, לעיל ה"ש 123, פ"ס 153 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור. לביטוי "חפיפת מה" ראו עניין **גטצאו**, לעיל ה"ש 85, פסק דינו של השופט עמית. בעניין **מובארק**, לעיל ה"ש 123, נאמר באותו מקום מפי השופטת נאור ש"פגמים בהתנהלות חוקרים בחקירה פלילית, המעלים את סוגית דוקטרינת הפסילה הפסיקתית לפי הלכת יששכרוב, עשויים לשמש בסיס אף לטענת הגנה מן הצדק". אבל לא נאמר שדוקטרינת הפסילה הפסיקתית היא מקרה פרטי של הגנה מן הצדק. גם בספרות לא נמצאה טענה כזו.

¹³¹ עניין **חייבטוב**, לעיל ה"ש 39, פ"ס 9 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר.

¹³² נקדימון, לעיל ה"ש 122; דוכבוני זאבי, לעיל ה"ש 122.

על כך יש לענות שגם בעת הפעלת דוקטרינת ההגנה מן הצדק, בית המשפט רשאי להתחשב על פי הפסיקה בשאלת עוצמת הראיות כנגד הנאשם.¹³³

ההבדל השלישי בין הדוקטרינות שמנה השופט מלצר (שדומה במידת מה לשני) הוא שהתוצאה של קבלת טענת הגנה מן הצדק היא ביטול האישום, בו בזמן שמשמעות קבלת הטענה של דוקטרינת יששכרוב היא זיכוי, ככל שהראיות שנפסלו הן היחידות עליהן יכול האישום להתבסס. הערכה של ההבדל הזה באספקלריה של טענת ההכלה של דוקטרינת יששכרוב בתוך דוקטרינת ההגנה מן הצדק תניב שתי נקודות: ראשית, ביטול האישום הוא רק אחד הסעדים שניתן להשיג במסגרת דוקטרינת ההגנה מן הצדק, גם אם החמור שביניהם. פסילת ראיה היא אחד הסעדים הנוספים. שנית, נכון הוא שכיום תוצאה של פסילת ראיה לפי דוקטרינת יששכרוב, בהעדר ראיות מספיקות אחרות להרשעה, היא זיכוי ולא ביטול אישום. אך כפי שנכתב קודם לכן מדובר באחד החסרונות של השיטה הקיימת, שאינה נוהגת לאפשר עריכת משפט זוטא לקבילות ראייה חפצית בשלב הטענות המקדמיות.¹³⁴ בשיטה דיונית שמאפשרת קיום משפט זוטא בשלב מקדמי לקבילות ראיה חפצית, גם תוצאות פסילת ראיה לפי דוקטרינת יששכרוב עתידה להיות ביטול האישום ולא זיכוי. ההבדל הרביעי שהציג השופט מלצר נובע מההבדל השלישי. על פי הבדל זה, לאחר ביטול אישום כתוצאה מקבלת טענה של הגנה מן הצדק ניתן לחדש במקרים מסוימים את האישום, להבדיל ממקרה שהסתיים בזיכוי כתוצאה מפסילת ראיה לפי דוקטרינת יששכרוב. תשובה לכך תהיה ברוח התשובה השנייה להבדל הקודם. אין הצדקה אמיתית לכך שתוצאת קבלת טענה של הגנה מן הצדק תהיה שונה מתוצאת קבלת טענה מכוח דוקטרינת יששכרוב, בכל הקשור ליכולת להעמיד לדין את הנאשם מחדש. על פי השיטה הקיימת יש לכאורה הבדל, בשל כך שדוקטרינת יששכרוב נדונה בשלב התיק העיקרי ולא בשלב המקדמי. תוצאתה זיכוי להבדיל מביטול אישום. אבל נראה שגם מי שהועמד לדין וכתב האישום נגדו בוטל כתוצאה מקבלת טענה של הגנה מן הצדק יוכל לחסום הגשת כתב אישום מחדש אם תתגלנה ראיות חדשות נגדו. זאת יוכל לעשות באמצעות העלאת טענה של סיכון כפול.¹³⁵

ההבדל החמישי שהעלה השופט מלצר הוא שדוקטרינת יששכרוב מכוונת ראיות בעוד דוקטרינת ההגנה מן הצדק מכוונת הליך, ועל פי הלכת בורוביץ' צריכה לצלוח שלושה שלבים כדי שתתקבל. ההגנה מן הצדק מכוונת עצמה לנאשם, להגינות ההליך כלפיו ולצדק, ונותנת עדיפות לערכים אלו על פני הצורך בהרשעה. גם הבדל זה לא יכול להביא למסקנה שדוקטרינת יששכרוב איננה מקרה פרטי של דוקטרינת ההגנה מן הצדק. דוקטרינת ההגנה מן הצדק מאגדת אוסף של טענות אפשריות בדבר סעדים שונים שיש לתת לנאשם במסגרת ההליך הפלילי, בשל הפרות כללים של הרשות כלפיו בנוגע להגינות אותו הליך. דוקטרינת יששכרוב היא סוג טענות אחד במסגרת זו, המתמקד בהגינות הליך השגת הראיות כנגד הנאשם ובסעד האפשרי של פסילתן בשל הפגיעה בהגינות ההליך. על כן גם דוקטרינת יששכרוב מתמקדת בנאשם ובהגינות ההליך כלפיו.

ההבדל השישי שהציג השופט מלצר הוא שדוקטרינת יששכרוב נושאת פניה לעבר – נסיבות ההודאה או דרך השגת הראיה, לעומת ההגנה מן הצדק, שאמנם יוצאת לדרך ממה שקרה אך מדגישה את ההשלכות של הדבר על התנהלותן של הרשויות בהווה ועל תדמית מערכת המשפט בזמן נתון ובעתיד.

¹³³ עניין בורוביץ', לעיל ה"ש 124, בעמ' 807.

¹³⁴ ראו דיון בתת-פרק II לפרק זה.

¹³⁵ יש להבחין לעניין זה בין טענת הגנה מן הצדק שהתקבלה לאחר דיון הוכחות בהליך העיקרי לטענת הגנה מן הצדק שהתקבלה בשלב המקדמי. נראה כי טענת סיכון כפול אמורה לחסום ביטול אישום בהגנה מן הצדק גם במקרה השני.

עם כל הכבוד, נראה שהבדל מוצג זה בטעות יסודו. שתי הדוקטרינות מתבססות על הפרת כלל שהייתה בעבר על ידי גורמי האכיפה שקשורה להליך המשפט הפלילי של הנאשם או החשוד, ובוחנות אם יש מקום לתת סעד במסגרת הליך זה, בשל הפרת הכלל. גם בדוקטרינת יששכרוב הרציונל העיקרי של טוהר ההליך המשפטי, מכוון לשמירת התדמית של מערכת המשפט בזמן נתון וזמן עתיד.

יוצא אפוא שההבדלים שהוצגו אינם פוגמים במסקנה שדוקטרינת יששכרוב היא סוג פרטי של דוקטרינת הגנה מן הצדק. מסקנה זו עולה גם מדברים שכתבה השופטת ברק ארז בעניין **חיבטוב** בתגובה להבדלים שהעלה השופט מלצר. השופטת ברק ארז קבעה שיש היבטים משותפים בין הדוקטרינות, הנובעים מכך ששתיהן מכוונות להגנה על זכויות יסוד ועל הגינות ההליך. היא סברה שההבדלים שהציע השופט מלצר ראויים לעיון נוסף. השופטת ברק ארז הצביעה על כך שדוקטרינת יששכרוב היא כלל קונקרטי יותר, אשר על פני הדברים יש לתת לו עדיפות כאשר הפסול בהתנהגותן של הרשויות דבק בשלב איסוף הראיות, להבדיל מפגמים שעניינם עצם ההעמדה לדין וניהול ההליך הפלילי.¹³⁶ הערה זו של השופטת ברק ארז מתיישבת לחלוטין עם טענת ההכלה בין הדוקטרינות שעלתה במאמר זה.

מהדיון עד כה ניתן להסיק שבמשפט הישראלי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית היא אכן מקרה פרטי של דוקטרינת ההגנה מן הצדק. על כן, כפי שאפשר לנהל הליך הוכחות במסגרת הליך מקדמי כדי לבסס עובדתית טענה מקדמית של הגנה מן הצדק, כך אפשר לנהל הוכחות כדי להוכיח אי-קבילות ראייה חפצית במסגרת משפט זוטא שינוהל בהליך מקדמי.

גם אם ימצא מי שיטען שאין הכלה מלאה של דוקטרינת הפסילות הפסיקתית בדוקטרינת ההגנה מן הצדק, הוא עדיין יוכל להסכים שלצורכי ניהול משפט זוטא באשר לסוגית קבילות ראייה חפצית במסגרת ההליך המקדמי אפשר לקבל כי טענת פסלות ראיות לפי דוקטרינת יששכרוב היא מקרה פרטי של טענת הגנה מן הצדק.¹³⁷

המסקנה היא שלא רק שניהול משפט זוטא לבירור קבילות ראייה חפצית לפי דוקטרינת יששכרוב הוא רצוי, הוא גם מעוגן בדין הישראלי העכשווי. אין צורך בתיקון חקיקה כדי לקיים אותו.

ט.4. הבחנה אנליטית בין דוקטרינת הביקורת המנהלית בפלילים לדוקטרינת ההגנה מן הצדק

מסקנה נוספת ואינצידנטלית שנובעת מהדיון בשני הפרקים האחרונים ומהבחנה בין כללי התנהגות לכללי שיפוט נוגעת למתיחת הבחנה אנליטית בין דוקטרינת הביקורת המנהלית לדוקטרינת ההגנה מן הצדק, שלא נדונה עד כה בספרות ובפסיקה.¹³⁸ מהפרק השלישי למדנו שדוקטרינת הביקורת המנהלית יכולה למנוע הפרת כללי התנהגות מראש, בעוד דוקטרינת יששכרוב חלה רק כאשר כלל התנהגות כבר הופר, ויש לבדוק מה נפקות ההפרה. מהפרק הרביעי הסקנו שדוקטרינת יששכרוב היא מקרה פרטי של דוקטרינת ההגנה מן הצדק. מכאן נובע שכפי שדוקטרינת יששכרוב חלה רק כאשר כלל התנהגות כבר הופר, ויש לבחון מה תהיה תוצאת ההפרה, כך הוא גם לגבי דוקטרינת ההגנה מן הצדק. היא איננה יכולה למנוע עוולות מראש. צירוף התובנות

¹³⁶ עניין **חיבטוב**, לעיל ה"ש 39, פס' 10 לפסק דינה של השופטת ברק ארז.

¹³⁷ ונראה שכך גם אפשר להבין את האנלוגיה שעשה השופט דנציגר בין דוקטרינת יששכרוב לדוקטרינת ההגנה מן הצדק, לצורך שמיעה מוקדמת של הדוקטרינה הראשונה, ברע"פ **שמש**, לעיל ה"ש 5, פס' 32 לפסק דינו של השופט דנציגר.

¹³⁸ להבחנות אחרות שנמתחו בעבר בין הדוקטרינות ראו גלעד, לעיל ה"ש 8, בעמ' 545–553. להסתייגות מהחלת שתי אמות המידה הנפרדות של הגנה מן הצדק ושל דוקטרינת הביקורת המנהלית בפלילים, ראו את עמדתם של השופטים מלצר ושהם בדיון באוביטר בעניין **ורדי**, לעיל ה"ש 72.

האמורות יביא לתובנה חדשה ולפיה קיימת הבחנה חשובה בין דוקטרינת הביקורת המנהלית בפלילים לדוקטרינת ההגנה מן הצדק. הראשונה יכולה למנוע מראש הפרת כללי התנהגות, ואילו השנייה אינה מוכשרת לכך. יש לשים לב לכך שדוקטרינת הביקורת המנהלית איננה מוגבלת אך למניעה מראש של הפרת כללים. היא יכולה, בדיוק כמו דוקטרינת ההגנה מן הצדק ודוקטרינת יששכרוב, לתת סעדים גם על הפרה שכבר קרתה. עם זאת חשוב להבין כי יש לה גם את היכולת למנוע הפרת כללים מראש, אפיון שנעדר מדוקטרינת ההגנה מן הצדק ומדוקטרינת יששכרוב.

5. סיכום

במאמר נותחו העמדות השונות של השופטים בדנ"פ **שמש** בראי של ההבחנה בין כללי התנהגות לכללי שיפוט. הסתבר שבכל הנוגע לעובדות של דנ"פ **שמש**, בית המשפט לא היה רשאי להעביר את הראיות המבוקשות מידי הרכבת לידי המשטרה. זאת בשל כך שעצם ההעברה מהווה בנסיבות המקרה הפרה של כלל התנהגות על ידי בית המשפט. בשל כך, בנסיבות אלו, לא היה צורך להפעיל את דוקטרינת יששכרוב אלא דווקא את דוקטרינת הביקורת המנהלית בפלילים. דעת הרוב שפסקה כי אין מניעה להעביר את הראיות לידי המשטרה הייתה מוטעית בראיה זו. הניתוח שנערך חשף את העובדה כי בפלח מקרים אחר שבו המשטרה תבקש צו של בית המשפט להעברת ראיות מצד שלישי לידיה, וכאשר ראיות אלו הושגו תוך הפרת זכויות החשוד, יש טעם לשאלת החלת דוקטרינת יששכרוב בשלב החקירה. לגבי פלח מקרים זה, דעת הרוב הותירה את הסוגיה ב'צריך עיון', ולא הביעה התנגדות גורפת לכך.

המשך המאמר עסק בצורך לעריכת משפט זוטא לבירור קבילות ראיות חפציות לפי דוקטרינת יששכרוב. נטען כי משפט זוטא שכזה צריך להיערך בשלב הטענות המקדמיות ובפני מותב שונה מהמותב שישמע את ההליך העיקרי. נטען כי לאפשרות דיונית כזו יש עיגון בהערות שנשמעו בדנ"פ **שמש** על ידי הנשיאה ביניש והשופט דנציגר. הדיון שנערך הראה כי יתרונותיו של פתרון דיוני זה עולים על חסרונותיו וכי הוא חיוני כדי לתקן כשל שקיים עתה בסדר הדין הפלילי הישראלי העלול למנוע את השימוש בדוקטרינת יששכרוב. עוד עלה שניתן לעגן את עריכתו של משפט זוטא כזה בדין הקיים. לצורך הבהרת אותו עיגון נטען כי דוקטרינת יששכרוב היא מקרה פרטי של דוקטרינת ההגנה מן הצדק. עוד עלה מהדיון הבדל אנליטי בין דוקטרינת ההגנה מן הצדק לדוקטרינת הביקורת המנהלית.

לסיכום הדיון, ומן הבחינה האופרטיבית, ראוי היה שהערכאות הדיוניות יורו על קיום משפט זוטא כזה במקרים המתאימים. על אף העיגון הקיים בדין, ולאור ההחלטות הסותרות של הערכאות הדיוניות בסוגיה, ראוי היה שגם המחוקק יאמר את דברו ויסדיר בחקיקה באופן ברור את הפרוצדורה של קיום משפט זוטא מקדמי לבירור קבילות ראיות חפציות לפי דוקטרינת יששכרוב. במבוא של המאמר נסקרה בקצרה תרומתו הרבה של השופט דנציגר לפיתוח וביסוס דוקטרינת יששכרוב במישורים שונים. דנ"פ **שמש** נתפס כאמור כמקרה שבו עמדתו של השופט דנציגר לא התקבלה לבסוף בשלב הדיון הנוסף, כך שפיתוח נוסף לדוקטרינה שהציע השופט דנציגר נחסם. הקריאה המוצעת של דנ"פ **שמש** במאמר זה ביקשה להאיר שני עניינים מרכזיים. ראשית, תוך שימוש בכלי התיאורטי של ההבחנה בין כללי התנהגות לכללי שיפוט, ניסה המאמר לשכנע מדוע התוצאה שאליה כיוון השופט דנציגר בדנ"פ **שמש** הייתה נכונה ומדוע הפוטנציאל של הפגיעה באמון הציבור בבית המשפט לאור קבלת עמדת הרוב הוא כה גדול. הדיון אף האיר את העובדה כי בניגוד למה שמקובל לחשוב על תוצאות דנ"פ **שמש**, דעת הרוב לא חסמה את הפעלת דוקטרינת

יששכרוב בהליך החקירה בחלק לא מבוטל מן המקרים. כך נעשה בפרק השלישי. שנית, המאמר ניסה להראות כיצד מתוך הדיון בדני"פ **שמש** ניתן למצוא עיגון לפרוצדורה דיונית חיונית שתאפשר את החלת דוקטרינת יששכרוב בשלב מוקדם של ההליך העיקרי, וכך תביא להרחבת השימוש בה. זאת הייתה מטרת הפרק הרביעי.

הסיכום הוא שגם בעניין **שמש** הצליח השופט דנציגר להרחיב ולבסס את דוקטרינת יששכרוב, ובכך להגן על זכותם של חשודים ונאשמים למשפט הוגן.