

לכבוד  
שר המשפטים, ח"כ גדעון סער

שלום רב,

**הנדון: העברת המלצות הוועדה לסדר דין פלילי וראיות**

הוועדה לסדר דין פלילי וראיות הפועלת מכח מינוי שר המשפטים, דנה בהצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (פסילת ראיה). לאחר שנבחנה הצעת החוק לתיקון פקודת הראיות (פסילת ראיה), התשי"ף – 2020<sup>1</sup> שהונחה על ידך על שולחן הכנסת ה- 23 ועם השלמת גיבושן של המלצות הוועדה, אני מתכבדת להעבירן אלייך.

למכתבי זה מצורף מסמך המלצות הוועדה הכולל סקירת המצב המשפטי ואת עמדות הרוב והמיעוט של חברי הוועדה בעניין שבנדון. לעיוןך והערותיך אם תמצא לנכון.

בברכה,

  
עדנה ארבל

יו"ר הוועדה לסדר דין פלילי וראיות  
שופטת בית המשפט העליון (בדימוס)

העתק:

נשיאת בית המשפט העליון, השופטת אסתר חיות  
היועץ המשפטי לממשלה  
פרקליט המדינה  
חברי הוועדה לסדר דין פלילי וראיות

# מדינת ישראל

## משרד המשפטים

תאריך: י"ז תמוז תשפ"א  
27 יוני 2021  
תיקנו: 803-04-2012-000901  
סימוכין: 803-99-2021-043978

### המלצות הוועדה לסדר דין פלילי וראיות בנושא פסילת ראיה

הוועדה המייעצת לענין סדר דין פלילי וראיות (להלן: הוועדה או הוועדה לסדר דין פלילי) הפועלת מכח מינוי של שר המשפטים, דנה בהצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (פסילת ראיה).

#### **הרקע לדין בהצעת החוק בוועדה**

בכנסת ה-23 דנה ועדת השרים לענייני חקיקה בהצעת החוק הפרטית של ח"כ דאז, וח"כ ושר המשפטים היום, גדעון סער בעניין פסילת ראיות<sup>1</sup> (להלן: הצעת החוק הפרטית). בדיון שהתקיים בוועדת השרים לחקיקה ביום 12.7.2020 סוכם על ידי הוועדה על דחיית הדיון לצורך בחינת הצעת החוק הפרטית על ידי הוועדה לסדר דין פלילי וראיות. בהתאם לכך, פנה שר המשפטים דאז, ח"כ אבי ניסנקורן, בבקשה שהוועדה תקיים דיון בהצעה ותסייע בגיבוש העמדה הראויה.

נוסח הסעיף שהוצע בהצעת החוק הפרטית במטרה להוסיף לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 הינו כדלקמן:

"בית המשפט רשאי לפסול ראיה שהושגה באמצעים פסולים שנגקטו כלפי הנאשם או כל אדם אחר".

#### **עבודת הוועדה לסדר דין פלילי**

הוועדה אליה הועברה לבחינה הצעת החוק הפרטית, החלה לדון בהצעה בישיבתה מיום 30.7.2020. ח"כ סער שהופיע בפני חברי הוועדה הציג את הצעת החוק בישיבתה השנייה של הוועדה בנושא כבר ביום 12.8.2020. הוועדה קיימה שמונה ישיבות בנושא, במהלכן נבחנה הצעת החוק הפרטית ונדונו הצעות נוספות לקביעת כלל לפסילת ראיות בחוק, בין היתר בשים לב לנוסח התיקון בהצעת החוק הממשלתית שעניינו בפסילת הודאת נאשם ונוסח על בסיס המלצות הוועדה בעבר במסגרת דיון בתיקון סעיף 12 לפקודת הראיות<sup>2</sup> (להלן – ההצעה הממשלתית).

---

<sup>1</sup> הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (פסילת ראיה), התש"ף – 2020 (9/69/23)  
<sup>2</sup> הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (תיקון מס' 18)(הודאת נאשם), התשע"ו – 2016

לצורך גיבוש ההמלצות בנושא הוצגו לחברי הוועדה חומרי רקע הנוגעים לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית ובכלל זה פסיקה עדכנית של בתי המשפט, כתיבה אקדמית בנושא וסקירה מפורטת של משפט משווה. כן, נשמעה עמדת נציגי שירות הביטחון הכללי בעניין.

הוועדה נתנה משקל רב לחומרי הרקע האמורים ולהערותיו של ח"כ גדעון סער בהתייחס להצעתו, במטרה לגבש עמדה ותקווה להציע נוסח מוסכם מטעם הוועדה. חברי הוועדה כולם הסכימו שיש מקום לעגן בחקיקה את סמכותו של בית המשפט לפסול ראיות שהושגו שלא כדין, ובכך להרחיב את הצעת הוועדה שהיתה הבסיס להצעת החוק הממשלתית. אולם המאמץ להגיע לעמדה אחידה במהלך דיונים רבים לא צלח, ועמדות החברים נחלקו לשתי עמדות עיקריות ובהתאם לכך, תובאנה המלצות הוועדה. האחד, נוסח של עמדת הרוב (9 חברי הוועדה); והשני נוסח של עמדת המיעוט (7 חברי הוועדה), המשקפים שתי גישות באשר לדרך המתאימה לעיגון כלל הפסילה בחוק.

כל חברי הוועדה סברו שיש לכלול בנוסח התיקון סעיף הקובע את נוסחת האיזון המסמיכה את בית המשפט לפסול ראיה מחמת פגיעה בהוגנות ההליך. התנאים המרכזיים שהסכימו חברי הוועדה שיש לכלול בנוסחת האיזון הם: הראיה הושגה שלא כדין, קבלת הראיה במשפט תפגע באופן מהותי בזכותו של הנאשם להליך הוגן וכי יש לתת משקל לאינטרס הציבורי בעת קבלת ההחלטה. הוועדה בדעת רוב המליצה לקבוע באופן פשוט וממצה את נוסחת האיזון ודעת המיעוט סברה כי יש לפרט בנוסחת האיזון את האינטרסים הציבוריים הנוגעים לחקר האמת ולהגנה על שלום הציבור. עוד סברה דעת המיעוט כי יש לפרט רשימת שיקולים שבהם יתחשב בית המשפט בבואו לדון באפשרות של פסילת ראיה, כרשימה פתוחה שאינה ממצה. עמדת הוועדה בדעת הרוב סברה שאין מקום להבניית שיקול הדעת השיפוטי בסוגיה זו.

### הרקע להמלצות הוועדה

הדיון שנערך בוועדה מהווה המשך לדיונים הקודמים של הוועדה במהלך השנים 2012-2015, בהן עסקה בנושא הודאת חוץ של נאשם. באותה עת, המליצה הוועדה שלא לערוך תיקון נרחב לסעיף 12 לפקודת הראיות, אלא להותיר על כנו את הביטוי "חפשית ומרצון", ולהוסיף סעיף הקובע עילה לפסילת הודאה מחמת הוגנות ההליך, וכן גם מספר הוראות העוסקות בקבילות הודאות ובפרט בפסילת הודאה שנגבתה בעינויים ובתוספת הראייתית הנדרשת להודאה.

הוועדה שקלה את האפשרות לעגן בפקודת הראיות הוראה אשר תסדיר את עילת הפסילה הפסיקתית ביחס לכל סוגי הראיות ולא רק ביחס להודאות, עם זאת המליצה על עיגון העילה ביחס להודאות בלבד באותה עת. הטעמים לכך היו, בין היתר, התמקדות הוועדה בהודאות והעובדה שהסדרה כאמור העלתה שאלות המצריכות בחינה רחבה ומורכבת, אשר טרם נערכה. בהמלצות הוועדה הובהר שאין בעיגון הלכת **יששכרוב**<sup>3</sup> לגבי הודאות משום הסדר שלילי ביחס לפסילת ראיות אחרות.

<sup>3</sup> ע"פ 5121/98 טור' רפאל יששכרוב נ' התובע הצבאי, סא(1) 461 (2006) (להלן: עניין יששכרוב).

המלצות הוועדה הוגשו בשנת 2015 לשרת המשפטים דאז, איילת שקד, וקיבלו ביטוי בהצעת החוק הממשלתית.<sup>4</sup> אולם, הליכי החקיקה של הצעה זו לא התקדמו מעבר לקריאה ראשונה, בשל עיכובים שונים בעבודת הכנסת.

## סקירת המצב המשפטי

### הלכת יששכרוב – דוקטרינת הפסילה הפסיקתית

בפסק הדין בעניין **יששכרוב** של השופטת ביניש, כתוארה אז, לימים כבוד הנשיאה ביניש, נקבעה עילת הפסילה הפסיקתית שנועדה למנוע פגיעה בזכות להליך הוגן. בפרשה זו נפסק כי לבית המשפט סמכות שבשיקול דעת לפסול ראיות מסוגים שונים ובכלל זה הודאות, אשר הושגו שלא כדין על-ידי גורמי אכיפת החוק. זאת על בסיס תפיסה לפיה קבלתה במשפט של ראיה שהושגה שלא כדין עלולה להכתים את ההרשעה ולפגוע בלגיטימיות שלה, גם אם אין חשש לאמיתותה. קבלת הראיה עלולה להביא לידי כך שבית המשפט יראה כמכשיר את הפגם ונותן ידלאי החוקיות שבהתנהגות החוקרים, העלולה לפגוע בטוהר ההליך השיפוטי, באמון הציבור בו ובהגנה על כבוד הנאשם וחירותו.<sup>5</sup> כמו כן, עולה החשש כי השתתת הרשעה על ראיה מסוג זה עלולה ליצור תמריץ לפעולות חקירה עתידיות בלתי כשרות.

לעניין היחס בין הדוקטרינה החדשה לבין כלל הפסילה הקיים על פי סעיף 12 לפקודת הראיות, נקבע בפסק הדין כי התכליות של כלל הפסילה הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות (הגנה על אמינות הודאות וכן הגנה על זכות הנחקר לשלמות הגוף והנפש ועל זכותו לאוטונומיה של הרצון החופשי) שונות מהתכליות של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית (שמירה על הזכות להליך פלילי הוגן ועל טוהר ההליך השיפוטי) ומשלימות אותן. לפיכך, מוצדק להחיל את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית על הודאות נאשמים, **לצדו** של כלל הפסילה הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות, ואין לראות בסעיף 12 הסדר ממצה לעניין קבילותן של הודאות. על כן, הודאת נאשם עשויה להימצא קבילה לפי סעיף 12 לפקודת הראיות, אך להיפסל במסגרת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, ולהיפך.<sup>6</sup>

נוסף על כך, לעניין היחס בין הכללים, בשונה מהוראת סעיף 12 המשמשת לפסילת הודאות בלבד, את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית ניתן להחיל גם ביחס לראיות אחרות. בעניין **יששכרוב** נקבע כי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית היא "כללית ומיושמת על כל סוגי הראיות".<sup>7</sup> כך למשל, בעניין **בן חיים**<sup>8</sup> נעשה שימוש בהלכת **יששכרוב** ביחס לראיות חפציות שהושגו בחיפוש בלתי חוקי.<sup>9</sup>

### המבחנים שנקבעו בהלכת יששכרוב וההתפתחויות בפסיקה המאוחרת

#### **1. תכליתה של עילת הפסילה הפסיקתית**

בגיבוש העקרונות המנחים לעילת הפסילה הפסיקתית ביקשה כב' השופטת ביניש (כתוארה אז)

<sup>4</sup> נוסח הסעיף בהצעת החוק הממשלתית הקובע את סמכותו של בית המשפט לפסול הודאת נאשם שנגבתה שלא כדין הוא: "בית המשפט רשאי שלא לקבל הודאה של נאשם אם שוכנע שההודאה הושגה שלא כדין וכי קבלתה במשפט תפגע באופן מהותי בזכותו של הנאשם להליך הוגן, בשים לב לאינטרס הציבורי בקבלת ההודאה."

<sup>5</sup> עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 3, פס' 45 לפסק הדין של השופטת ביניש.

<sup>6</sup> שם, פס' 75 לפסק הדין של השופטת ביניש.

<sup>7</sup> שם, פס' 76 לפסק הדין של השופטת ביניש.

<sup>8</sup> רע"פ 10141/09 **אברהם בן חיים נ' מדינת ישראל**, סה(3) (2012)305.

<sup>9</sup> עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 3, פס' 36 לפסק הדין של השופטת ביניש.

בפסק דין **יששכרוב** למצוא איזון ראוי בין ההגנה על זכויות הנאשם ושמירה על הגינות ההליך הפלילי וטוהרו, לבין ערכים נוגדים ובהם ערך גילוי האמת, הלחימה בפשיעה וההגנה על שלום הציבור ועל זכויותיהם של נפגעי עבירה.<sup>10</sup> לפי קביעתה, לאור חוקי היסוד, תכלית העילה היא הגנה על הגינות ההליך הפלילי וטוהרו, כאשר התכלית ההרתעתית-חינוכית עשויה להוות תוצאת לוואי של פסילת הראיות.<sup>11</sup>

במהלך השנים מאז הלכת יששכרוב והתפתחות הפסיקה התקבלו החלטות לפיהן מקומה של התכלית ההרתעתית מרכזית יותר. כך למשל, קבע כב' השופט ג'ובראן בע"פ 6144/10 **טדרוס גטצאו נ' מדינת ישראל** כי יש ליישם את הלכת יששכרוב גם אם טוהר ההליך הפלילי לא נפגע, ולו במטרה להכווין את התנהגותן של רשויות החקירה בעתיד.<sup>12</sup> יחד עם זאת, המשיכה ועדיין ממשיכה הפסיקה לתת משקל רב לאינטרסים של אמון הציבור במערכת המשפט וחקר האמת. בפרשת **בונר**<sup>13</sup> התייחס כב' השופט עמית לתכלית של שמירת אמון הציבור במערכת המשפט ולמורכבות הנלווית לבחינת שיקול זה. מחד, הרשעה בהסתמך על הליך לא הוגן עשויה לערער את אמון הציבור במערכת המשפט וביכולתה להגן על זכויות הפרט ולקיים משפט צדק. מאידך: "...אמון הציבור במערכת המשפטית עלול להיפגע גם בשל זיכוי רוצח או נאשם בעבירה חמורה בשל פגם שבעיני הציבור נתפס כענין טכני גרידא..."<sup>14</sup>.

גם מניעת פגיעה בזכויותיהם של נפגעי עבירה היא בבחינת תכלית המקבלת ביטוי בפסיקה. בהקשר זה, התייחס כב' השופט רובינשטיין בעניין **אסף שי** לפגיעה בזכויותיהם של נפגעי העבירה, במקרה בו יימלט עבריין מן הדין בשל 'דקדוקי עניות' של ההליך.<sup>15</sup>

## 2. התנאים להחלת עילת הפסילה הפסיקתית

על פי הדוקטרינה הפסיקתית שעניינה פסילת ראיה בפלילים בשל דרך השגתה נדרשים **שני תנאים מצטברים**: האחד, הראיה הושגה שלא כדין, והשני, קבלת הראיה במשפט תפגע בזכותו של הנאשם להליך הוגן שלא בהתאם לתנאי פיסקת ההגבלה - פגיעה שהיא משמעותית, לתכלית שאינה ראויה ובמידה שעולה על הנדרש.<sup>16</sup>

### א. השגת ראיה "שלא כדין"

ראיה שהושגה "שלא כדין" לעניין עילת הפסילה היא ראיה שהושגה תוך שימוש באמצעי חקירה המנוגדים להוראה הקבועה בחוק, בתקנה או בנוהל מחייב, או ראיה שהושגה באמצעים בלתי הוגנים או באמצעים הפוגעים שלא כדין בזכות יסוד מוגנת.<sup>17</sup> כמו כן, נדרשת זיקה בין הפעלת אמצעי חקירה בלתי כשרים לבין השגת הראיה, לשם פסילתה.<sup>18</sup>

<sup>10</sup> שם, פס' 62 לפסק הדין של השופט בניש.

<sup>11</sup> שם, פס' 60-61 לפסק הדין של השופט בניש.

<sup>12</sup> ע"פ 6144/10 **טדרוס גטצאו נ' מדינת ישראל** (10.4.2013), פס' 18 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (להלן: טדרוס).

<sup>13</sup> ע"פ 5417/07 **ניקולאי בונר נ' מדינת ישראל** (30.05.2013) (להלן: עניין בונר).

<sup>14</sup> שם, פס' 21 לפסק הדין של השופט עמית.

<sup>15</sup> ע"פ 9956/05 **אסף שי נ' מדינת ישראל** (2) סג' 742, פס' ט' לפסק הדין של השופט רובינשטיין (2009).

<sup>16</sup> עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 3, פס' 63 לפסק הדין של השופט בניש.

<sup>17</sup> שם, פס' 64 לפסק הדין של השופט בניש.

<sup>18</sup> שם, פס' 64 לפסק הדין של השופט בניש; ע"פ 860, 204/10 **עבדל-קאדר נ' מדינת ישראל**, בפס' 21 (להלן: עבדל-קאדר); ע"פ 2375/12 **מזרחי נ' מדינת ישראל** (מיום 20.8.13), בפס' 20 (להלן: מזרחי); ע"פ 4029/08 **פלוני נ' מדינת ישראל** (מיום 10.7.12), פס' 53 לפסק דינו של השופט דנציגר.

כך למשל, אם נפל פגם חוקי בחקירה מסוימת של הנאשם, הדבר לא יביא בהכרח לפסילת ראיה שהושגה בחקירה אחרת בה לא נפל פגם.<sup>19</sup> מבחן הזיקה עוסק בבחינת קשר סיבתי בין האמצעי הפסול לבין התנהגותו של הנחקר.<sup>20</sup>

## **ב. השיקולים לפסילת ראיה לפי עילת הפסילה**

בהתייחס לשאלה מתי קבלת ראיה שהושגה שלא כדין תפגע פגיעה משמעותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן נמנו בפרשת **יששכרוב** שלוש קבוצות עיקריות של שיקולים המהווים קווים מנחים להפעלת שיקול הדעת השיפוטי בעניין:

### **1. אופייה וחומריתה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה**<sup>21</sup>

ההתמקדות בקבוצת שיקולים זו היא התמקדות בהתנהגות פסולה של רשויות החקירה. ראשית, יש לבחון האם מדובר בהפרה טכנית קלה של כללי החקירה או נהליה, או בהפרה חמורה הפוגעת משמעותית בזכויות יסוד של הנחקר. חומרת ההפרה תהווה שיקול מרכזי לפסילת הראיה.<sup>22</sup> שנית, יש לבחון האם השימוש באמצעי הבלתי חוקי היה במכוון או בתום לב, כאשר שימוש מכוון עשוי להוות נסיבה כבדת משקל לפסילת הראיה אך תום הלב אינו מבטיח בהכרח את קבלתה.<sup>23</sup> שלישית, יש לבחון באיזו קלות ניתן היה להשיג את הראיה באופן חוקי. ככל שהשגתה של הראיה בדרכים כשרות הייתה קלה יותר, אי החוקיות עשויה להיחשב כחמורה יותר.<sup>24</sup> רביעית, האם הראיה היתה מתגלית גם לולא השימוש באמצעי החקירה הבלתי כשרים?<sup>25</sup> כמו כן, בית המשפט יבחן האם מתקיימות נסיבות מקלות שיש בהן כדי להפחית מחומרת אי החוקיות. כך למשל, כאשר החוקרים נקטו באמצעי הפסול בשל צורך דחוף לסכל פיגועים נוספים ולהגן על חיי אדם.<sup>26</sup>

### **2. מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה**<sup>27</sup>

בהקשר זה תיבחננה שתי שאלות הכרוכות זו בזו: האחת, באיזו מידה אי החוקיות עשויה להשפיע על מהימנות הראיה והשנייה, האם קיומה של הראיה הוא עצמאי ונפרד מאי החוקיות שבהשגתה. ביחס לשתי שאלות אלה קיימת חשיבות רבה לאופי הראיה שהושגה - אם הראיה חפצית, מילולית או אחרת.<sup>28</sup> כאמור, מבחן זה מזוהה עם תכלית חקר האמת בכלל הפסילה הפסיקתית.<sup>29</sup>

<sup>19</sup> עניין **בונר**, לעיל ה"ש 12, פס' 14 ו-19: "במקרה שלפנינו לא נטען, וממילא לא הוכח, כי דברי החוקרים למעורר בחקירה המאוחרת לפיהם עורך דין לא יעזור לו, היו גורם למתן הודאותיו של המערער בחקירתו הראשונה... אין אפוא בפגם שנוגע לכל היותר לחקירתו הראשונה של המערער, כדי לפגוע מהותית בזכותו להליך הוגן".

<sup>20</sup> ע"פ 1776/06 **אל סייד נ' מדינת ישראל** (מיום 5.9.11), פס' 11.

<sup>21</sup> עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 3, פס' 70 לפסק הדין של השופטת ביניש.

<sup>22</sup> שם; ע"פ 5956/08 **אל עוקה נ' מדינת ישראל** (מיום 23.11.11), פס' 12 לפסק דינו של השופט הנדל (להלן: אל עוקה); ע"פ 2939/09 **פילצה ואח' נ' מדינת ישראל** (מיום 15.10.09), פס' 25 סיפא לפסק דינה של השופטת נאור; וכן בע"א 4241/06 **לוי נ' מדינת ישראל** (מיום 12.3.09), פס' 18 לפסק דינה של השופטת ארבל: "איני סבורה כי תחבולה מעין זו [אמירה לנחקר שאינה תואמת את האמת לפיה מצבם של קרבנותיו אנוש] עשויה לפגוע בזכותו של הנחקר להימנע מהפלה עצמית או שהיא פוגעת בשורת הצדק".

<sup>23</sup> עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 3, פס' 70 לפסק הדין של השופטת ביניש.

<sup>24</sup> שם.

<sup>25</sup> שם.

<sup>26</sup> שם.

<sup>27</sup> שם, פס' 71 לפסק הדין של השופטת ביניש.

<sup>28</sup> שם.

<sup>29</sup> עניין **בונר**, לעיל ה"ש 12, פס' 17 לפסק דינו של השופט עמית.

בעניין **בן חיים** נדונה השאלה אם יש להחיל את הלכת **יששכרוב** על ראיות חפציות שהושגו בחיפוש בלתי חוקי. לאחר שנבחנו הפגמים בחיפוש והפגיעה בזכויות החשודים, בהתבסס על הלכת **יששכרוב**, פסל בית המשפט את הראיות תוך מתן משקל לשיקולים הבאים: היותן של העבירות לא חמורות ולא כרוכות באלימות או שמדובר בקורבנות יחד עם אי חוקיות חמורה בהשגת הראיות והעובדה כי לולא החיפוש הבלתי חוקי לא היו מושגות הראיות.<sup>30</sup> מאידך, נשקלה העובדה שמדובר בראיות חפציות, שאמינותן אינה שנויה במחלוקת והן בעלות קיום עצמאי ונפרד מאי החוקיות שבהשגתן.<sup>31</sup> אולם, בחוות דעתו של כב' השופט דנציגר חלק השופט על הגישה כי היותה של ראיה חפצית מהווה שיקול לאי פסילתה בשל מאפייניה. השופט נימק את עמדתו בכך שאין קשר הכרחי בין "חפציות" הראיה לבין הפגיעה בהגיונות ההליך המשפטי, וכי יש בפסילת ראיה חפצית כדי לשרת את התכלית ההרתעתית כלפי גופי החקירה.<sup>32</sup>

### 3. הנזק אל מול התועלת החברתית הכרוך בפסילת הראיה

שיקול זה בוחן את ההשפעה של פסילת הראיה על עשיית הצדק במובנה הרחב - האם המחיר החברתי הכרוך בפסילת הראיה גבוה מן התועלת שבכך. הפרמטרים לבחינה זו הם מהות העבירה ומידת חומרתה, וחשיבות הראיה להוכחת האשמה.<sup>33</sup> ביחס לחומרת העבירה ציינה כב' השופטת ביניש בפרשת **יששכרוב** את הקושי הקיים ברכיב זה, שכן מחד גיסא, ככל שהעבירה חמורה ופסילת הראיה תוביל לכך שהאשם לא ייתן את הדין על מעשיו, ייפגעו עשיית הצדק ואמון הציבור בבתי המשפט. מאידך גיסא, התחשבות בשיקול זה תביא לכך שדווקא בחקירת פשעים משמעותיים תפחת ההקפדה על הכללים לניהול חקירה הוגנת ותקינה. כב' השופטת ביניש לא הכריעה בשאלה באיזו מידה יש להתחשב בשיקול זה.<sup>34</sup>

נראה כי גם בפסיקה שניתנה לאחר פרשת **יששכרוב** לא קיימת תמימות דעים באשר למשקל שיש ליתן לחומרת העבירה. בפרשת **בן חיים** הדגיש בית המשפט כי ניתן לפסול את הראיות, בין היתר לאור קולת העבירות, שכן מידת הפגיעה באינטרס הציבורי והמחיר החברתי הכרוך בכך אינם גבוהים. גם כב' השופט עמית בפרשת **בונר** סבר כי יש לשקול את חומרת העבירה במסגרת מלאכת האיזונים העדינה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, אם כי הדגיש שאין משמע הדבר שחומרת העבירה כאשר מדובר בעבירות חמורות כגון רצח תטה בכל מקרה את הכף לחובת הנאשם. עם זאת, בשורה של פסקי דין אחרים שעסקו בעבירות חמורות, הסתייגו שופטי בית המשפט העליון מהאפשרות לייחס משקל משמעותי לחומרת העבירה או לחיוניות הראיה להוכחתה באופן שיטה את הכף לקבלת הראיה, במיוחד כאשר הפגיעה בהוגנות ההליך היתה מהותית.<sup>35</sup> ניתן אם כן לזהות בפסיקה מגמה ברורה שלפיה חומרת העבירה אינה מהווה שיקול להימנע מפסילת הראיה – וכי דווקא בעבירות חמורות יש להקפיד הקפדה יתרה על זכותו של נאשם להליך הוגן.<sup>36</sup> שיאה של

<sup>30</sup> עניין **בן חיים**, לעיל ה"ש 7, פס' 35 לפסק הדין של השופטת ביניש.

<sup>31</sup> שם.

<sup>32</sup> שם, פס' 2 לפסק הדין של השופט דנציגר.

<sup>33</sup> עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 3, פס' 72 לפסק הדין של השופטת ביניש.

<sup>34</sup> שם, פס' 72-73 לפסק הדין של השופטת ביניש.

<sup>35</sup> ע"פ 1301/06 **עזבון המנוח יוני אלזם ז"ל נ' מדינת ישראל**, סג(2) 177, פס' 8 לפסק הדין של השופטת חיות (2009) (להלן: עניין **אלזם**), ע"פ 4988/08 **איתן פרחי נ' מדינת ישראל**, סה(1) 626 (2011) (להלן: עניין **פראי**), עניין **אל עוקה**, לעיל ה"ש 21.

<sup>36</sup> רע"פ 1921/18 **חברת דור קלאים בע"מ נ' מדינת ישראל** (27.5.18).

מגמה זו מצא ביטוי בעניין **חייבטוב** בו נפסלה הודאתו של הנאשם, פסילה אשר הביאה לזיכוי מעבירת רצח, לאחר שכבר ריצה כ- 11 שנים בכלא. בית המשפט העליון הדגיש כי אין היגיון ביישום הלכת **יששכרוב** עת מדובר בעבירות קלות בלבד, ויישם אותה באופן שהוביל לזיכוי כאמור מרצח.<sup>37</sup>

לסיכום פרק זה, ראוי לחזור לדברי כב' הנשיאה ביניש בהלכת יששכרוב שהדגישה כי השיקולים שמנתה אינם מהווים רשימה סגורה ומשקלם היחסי ייקבע בהתחשב בנסיבותיו של כל מקרה לגופו.<sup>38</sup>

### להלן יפורטו עיקרי המלצות הוועדה:

כל חברי הוועדה סברו כי הגיעה העת לעגן בחקיקה את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, המהווה נדבך חשוב ומרכזי בדיני הראיות הנהוגים בשיטת המשפט הישראלית, וכי אין להסתפק בהלכה הפסוקה בעניין זה.

במסגרת הדיון בנוסח הצעת החוק הפרטית, הסכימו חברי הוועדה כי יש להעדיף נוסח הנותן ביטוי לנוסחת האיזון שפותחה בפסיקה, ויאפשר את המשך הפיתוח הפסיקתי, על פני נוסח כללי כפי שהוצע בהצעת החוק הפרטית שיצריך פיתוח ופרשנות מחודשת. כן, הסכימו חברי הוועדה כי בית המשפט רשאי לפסול ראיה גם במצב שבו ההפרה בוצעה כלפי אדם אחר, שאינו הנאשם. אפשרות זו קיימת על פי הנוסחים של עמדת הרוב ועמדת המיעוט.

חברי הוועדה סברו שיש להעדיף את המונח "שלא כדין" המוכר והמקובל בפסיקה העוסקת בפסילת ראיות, על פני השימוש במונח "אמצעים פסולים" אשר מוכר בפסיקה בהקשר של הפעלת אמצעים פסולים לגביית הודאה ויהיה טעון פרשנות חדשה כדי להחילו במסגרת המוצעת. הפסיקה הגדירה באופן רחב למדי את המונח "שלא כדין" ככזה הכולל אמצעי חקירה המנוגדים להוראה הקבועה בחוק, בתקנה או בנוהל מחייב, אמצעים בלתי הוגנים או אמצעים הפוגעים שלא כדין בזכות יסוד מוגנת.<sup>39</sup> על כן, סברו חברי הוועדה כי אין מקום לשינוי המונח המקובל.

כדי לקבוע את האיזון הנכון בין כלל האינטרסים ראוי להעמיד רף שאינו נמוך מדי לעניין מידת הפגיעה בזכותו של הנאשם להליך הוגן, ולכן בנוסח המוצע נכתב כי בית המשפט רשאי לפסול ראיה רק אם "קבלתה במשפט תפגע באופן מהותי בזכות להליך הוגן...". בהיבט זה, הצעת החוק הפרטית קבעה כלל מרחיב המאפשר פסילה של ראיה בכל מקרה של נקיטת "אמצעים פסולים" כלפי הנאשם או אדם אחר. בהעדר איזון ראוי בין האינטרסים לא תהיה הצדקה לפגיעה באינטרס של חקר האמת. קביעת כלל הפסילה בחקיקה מבלי לקבוע איזונים ותבחינים עלול להביא לשינוי של ממש באופן ניהול הליכים משפטיים ולפגיעה בהם.

שילוב מבחן האינטרס הציבורי בכלל הפסילה, המופיע בהלכת יששכרוב יש בו כדי לאזן את כלל הפסילה עם אינטרסים נוספים שלעיתים ימנעו את פסילת הראיה, ולעיתים דווקא ידגישו את ההכרח בפסילה. הצעת החוק הפרטית אינה מזכירה כלל את האינטרס הציבורי ואף בשל כך,

<sup>37</sup> ע"פ 2868/13 אלישע חייבטוב נ' מדינת ישראל פס' 89 לפסק הדין של השופט שהם (נבו) 02.08.2018 (להלן: עניין חייבטוב)

<sup>38</sup> יששכרוב, לעיל ה"ש 3, פס' 74 לפסק דינה של השופטת ביניש.

<sup>39</sup> שם, פס' 64 לפסק דינה של השופטת ביניש.



העדיפו חברי הוועדה נוסח חלופי.

לאחר הדיון ביחס להצעת החוק הפרטית המפורט לעיל שבמסגרתו הגיעו חברי הוועדה להסכמות, נחלקו עמדות חברי הוועדה בשאלת הדרך המתאימה לעיגון עילת הפסילה בחוק:

עמדת רוב חברי הוועדה, היא כי יש לעגן בחוק את הסמכות לפסול ראיות מחמת הוגנות ההליך, ולקבוע באופן פשוט וממצה את נוסחת האיזון. כך, על מנת להשאיר את פיתוח השיקולים הקונקרטיים השונים לפסיקה המתפתחת בנושא, ועל פי המקרים שיובאו בפני בית המשפט. לעמדתם, לא נכון להבנות את שיקול הדעת השיפוטי בסוגיה זו, באופן בו מציעה דעת המיעוט.

עמדת המיעוט בוועדה המליצה כי עיגון סמכות הפסילה ונוסחת האיזון, תיעשה תוך פירוט האינטרסים שאותם יש לאזן במסגרת נוסחת האיזון המקובלת בפסיקה, וכן יפורטו בדרך של רשימה פתוחה, השיקולים שינחו את בית המשפט ביישום נוסחת האיזון על נסיבותיו של כל מקרה. לפי עמדה זו, על תיקון החקיקה לשקף את ההתפתחויות שחלו בפסיקה ולבטא הכרעה נורמטיבית של המחוקק ביחס לאינטרסים והשיקולים שעל בית המשפט לשקול בהכריעו בעניין פסילת ראיה.

נוכח המחלוקת בין עמדת הרוב לעמדת המיעוט באשר לעצם פירוט השיקולים, לא דנה הוועדה בשיקולים המפורטים בנוסח שהציעה עמדת המיעוט בוועדה. כמו כן, לא נערך דיון מקיף בסוגיית מקומן של זכויות נפגעי עבירה במסגרת נוסחת האיזון שתיקבע.

בשל הפערים בין עמדות חברי הוועדה ומשום שבכל אחת מן הגישות תמכו מספר משמעותי של חברי ועדה, סוכם כי ההמלצה שתועבר בעניין זה לשר המשפטים, תציג את שתי הגישות – גישת הרוב וגישת המיעוט, ותפרט את הנימוקים לכל אחת מן הגישות. בהתאם, יובאו להלן נימוקי שתי העמדות ולאחריהן יוצגו הנוסחים המוצעים.

#### **עמדת הוועדה בדעת רוב: נוסחת איזון כללית**

לפי עמדת הרוב בוועדה, הנוסח שגובש על ידי הוועדה בעבר בעניין פסילת הודאת נאשם ונכלל בהצעת החוק הממשלתית, תוך עריכת השינויים המחויבים כדי להחילו ביחס לכל סוגי הראיות, עדיף על הנוסח שבהצעת החוק הפרטית. הטעמים לכך, פורטו לעיל.

לפי עמדת הרוב, ראוי לעגן בחוק את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שמקורה בהלכת יששכרוב. הנוסח המוצע מעגן את התכלית המרכזית של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית כפי שזו הוגדרה בפסיקה הישראלית, של שמירה על הגינות ההליך הפלילי. עילת הפסילה מתבססת על התפישה כי קבלתה במשפט של ראיה שהושגה שלא כדין עלולה להכתים את ההרשעה ולפגוע בלגיטימיות שלה, גם אם אין חשש לאמיתותה. קבלת הראיה עלולה להביא לכך שבית המשפט ייתפש כמי שמכשיר את הפגם ונותן ידו לאחר מעשה לאי החוקיות שבהתנהגות החוקרים, והיא עלולה לפגוע בטוהר ההליך השיפוטי, באמון הציבור בו ובהגנה על כבוד הנאשם וחירותו. כמו כן, עולה חשש כי השתתת הרשעה על ראיה מסוג זה עלולה ליצור תמריץ לעתיד לפעולות חקירה בלתי כשרות.

**הסעיף המוצע מסמיך את בית המשפט לפסול ראייה אם שוכנע שהיא הושגה שלא כדין וכי קבלתה במשפט תפגע באופן מהותי בזכות להליך הוגן, וזאת בשים לב לאינטרס הציבורי בעניין קבלת הראייה.**

סעיף זה מבטא איזון אשר בא לידי ביטוי בפרשת יששכרוב ובפסיקה שבאה בעקבותיה, בין הצורך בהגנה על הזכות להליך הוגן, המגלמת בחובה, בין היתר, ערכים ושיקולים של עשיית צדק, הגנה על כבוד האדם, טוהר ההליך הפלילי, הרתעה מפני פעולות חקירה פסולות בעתיד ומניעת פגיעה באמון הציבור במערכת השיפוטית; ובין האינטרס הציבורי בקבלת ההודאה, בגדרו נכללים, בין היתר, ערכים ושיקולים של גילוי האמת, מניעת עבריינות, הגנה על שלום הציבור והגנה על זכויות נפגעי העבירה. יודגש כי החלוקה האמורה אינה דיכוטומית וכי בגדר האינטרס הציבורי באים גם שיקולים הנוגעים לזכות להליך הוגן.

יוער כי אין בנוסח המוצע כדי להכריע במחלוקת הקיימת בפסיקה בנוגע לתחולת הלכת יששכרוב על הליכים מקדמיים כגון הליכי מעצר וחיפוש. יש לאפשר לבתי המשפט לקבוע עמדתם בסוגיה זו.

קביעת נוסחת האיזון בחוק באופן המוצע, תאפשר את המשך ההתפתחות שלה בפסיקה, כפי שנעשה עד היום, תוך מתן שיקול דעת רחב לבתי המשפט. בהתאם, עמדת רוב חברי הוועדה הייתה כי יש לדחות את ההצעה לעגן בחוק רשימת שיקולים העלולה לקבע את שיקול דעתו של בית המשפט בהחליטו אם לפסול ראייה שהושגה שלא כדין. לפי עמדה זו, ישנו טעם טוב בקביעת נוסחת איזון פשוטה וברורה, אך מאוזנת וממצה, ולהשאיר את פיתוח השיקולים הקונקרטיים השונים לפסיקה המתפתחת בנושא, ועל פי המקרים שיובאו בפני בית המשפט. לכן, לא נכון בסוגיה זו להבנות את שיקול הדעת השיפוטי באופן בו מציעה דעת המיעוט.

הכוונה של שיקול הדעת השיפוטי באמצעות מניית רשימה של שיקולים מנחים אינה מתאימה בהקשר זה מכמה טעמים:

ראשית, משום שהשיקולים שהוצעו בפסיקה הם רבים, מורכבים, חלקם שנויים במחלוקת, כולם נתונים לפרשנות, כל אחד מהם הוא תלוי נסיבות, ההיררכיה ביניהם אינה ברורה ומוסכמת וקיימת מחלוקת בדבר מידת חשיבותם. לעמדת רוב חברי הוועדה, אין מקום לניסיון להבניה של שיקול הדעת השיפוטי ביישום כלל הפסילה הפסיקתית בשל מגוון השיקולים המשפיעים, מורכבותם ומשקלם היחסי במקרה נתון.

חשוב מכך, פירוט השיקולים בחוק יוביל לדעת חברי הרוב, הלכה למעשה, לצמצום שיקול הדעת השיפוטי, או למצער להגבלת היכולת לפתח את המשך ההלכה בהתאם לנסיבות המשתנות שעוד תבואנה בפני בית המשפט בתיקים עתידיים. לא בכדי, מרבית המדינות מצאו לנכון לעגן כלל פסילה בדרך של נוסחת איזון כללית בלא לקבוע רשימת שיקולים.

שלישית, כלל פסילה יחסי, כפי שנקבע בהלכת יששכרוב וכפי שמוצע לעגן בחוק כעת, הוא כלל גמיש שבהגדרתו נועד להקנות שיקול דעת רחב לבית המשפט לעצב את הדין ולקבוע באופן קזואליסטי מהם המקרים בהם תוביל נוסחת האיזון לפסילת ראיות. אין זה מקרי כי כללי הפסילה היחסיים האחרים בדין הישראלי (סעיף 13(א)(2) לחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979 וסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981) קובעים אף הם נוסחת איזון גמישה, וכך גם החסיונות היחסיים כולם.

לסיכום, "רשימת מכולת" של שיקולים אפשריים אינה תורמת תרומה משמעותית להבניית שיקול הדעת של בתי המשפט, היא עלולה לצמצם את קשת המקרים בהם ייפסלו ראיות שנגבו שלא כדין והיא אינה הולמת כלל פסילה יחסי.

#### **עמדת המיעוט: נוסח מפורט**

אף לפי עמדת מיעוט חברי הוועדה, מוצדק לעגן את כלל הפסילה הפסיקתי בחוק, אך אין להסתפק בערך הסמלי וההצהרתי שבעיגון כללי של עילת הפסילה. לעמדתם מן הראוי שהמחוקק יהיה זה שיקבע את עיקר השיקולים שעל בית המשפט לקחת בחשבון בבואו להכריע אם לפסול ראייה מחמת הוגנות ההליך.

לעמדתם, פירוט האינטרסים שיש לאזן במסגרת נוסחת האיזון, לצד פירוט השיקולים שינחו את בית המשפט ביישום נוסחת האיזון, לא יצמצם את שיקול דעתו של בית המשפט, אלא יאפשר למחוקק לכוון את אופן קבלת ההחלטה על ידי בתי המשפט, וכך תגבר הוודאות המשפטית ותיווצר אחדות משפטית בתחום. הפירוט יסייע אף בהכוונת התביעה, אשר תונחה על ידי המחוקק בדבר אמות המידה והאיזונים הנדרשים בהחלטות בדבר העמדה לדין או סגירת תיקים.

#### **סעיף קטן (א) – האינטרסים שיש לאזן :**

לפי עמדה זו, אין להסתפק בנוסח הרחב שבהצעת החוק הפרטית ואף לא בנוסח של עמדת הרוב המותירים לבתי המשפט שיקול דעת כמעט בלתי מוגבל, אשר עלול להביא לפסיקות סותרות בנסיבות דומות מה שעשוי ליצור מבוכה ובלבול.

נוסחת האיזון המוצעת בנוסח זה כוללת בסעיף קטן (א) פירוט של האינטרסים השונים שיש לשקול במסגרת נוסחת האיזון, באופן שמאזן במסגרת האינטרס הציבורי הכללי את ההגנה על זכותו של נאשם להליך הוגן עם אינטרסים נוספים הנכללים באינטרס הציבורי הנוגעים לחקר האמת ולהגנה על שלום הציבור. לעמדת חברי הוועדה התומכים בנוסח זה, פירוט האינטרסים משקף את הפסיקה המקובלת והוא יסייע לבית המשפט במלאכת השקילה של האינטרסים השונים והאיזון ביניהם. במסגרת האינטרסים המוזכרים בסעיף יש לתת ביטוי גם לעניינו של נפגע העבירה בחקר האמת, מתוך הכרה בכך שנפגע העבירה אשר נפגע מביצוע אותה עבירה שבגינה מתנהל ההליך, יש אינטרס אישי ולגיטימי בבירור הפגיעה בו. כמו כן, האינטרס של ביטחון המדינה, אשר בא לידי ביטוי במיוחד בתיקים של עבירות בטחון וטרור, יקבל משקל בהחלטה והוא בא לידי ביטוי באינטרס של ההגנה על שלום הציבור המוזכר בסעיף.

#### **סעיף קטן (ב) – רשימה פתוחה של שיקולים :**

סעיף זה נוסח על פי המודל הקיים בחקיקה האוסטרלית<sup>40</sup> וכולל רשימה פתוחה של שיקולים שינחו את בית המשפט ביישום נוסחת האיזון על נסיבות המקרה. לעמדת החברים התומכים בנוסח זה, פירוט השיקולים יאפשר הכוונה מסויימת של שיקול הדעת השיפוטי וקידום הוודאות המשפטית, כאשר עוד קודם לכן - יסייע בהכוונת התביעה הכללית. לפי עמדה זו, אין להסתפק בנוסח הרחב שבהצעת החוק הפרטית ואף לא בנוסח של עמדת הרוב המותירים שיקול דעת כמעט בלתי מוגבל,

<sup>40</sup> Uniform Evidence Act 1995, s. 138

אשר עלול להביא לפסיקות סותרות בנסיבות דומות. לצד זאת, הדגישו חברי הוועדה כי אין כוונה ליצור רשימת שיקולים סגורה וקשיחה, וככל שתתעוררנה הנסיבות שתצדקנה זאת בעת יישום נוסחת האיזון יתווספו שיקולים רלוונטיים נוספים. עוד הובהר כי אף אחד מן השיקולים שפורטו בהצעה אינו מהווה שיקול מכריע, אלא שבהחלטה לפי סעיף זה, בית המשפט יתייחס לשיקולים המתאימים מתוך הרשימה ויתן להם את המשקל הראוי, בהתאם לנסיבות המקרה ולפי שיקול דעתו של בית המשפט. יתרה מזאת – בחלק מן השיקולים שברשימה יש כדי להטות לכיוון של פסילה או של קבלת הראיה – בהתאם לנסיבות המקרה. כך למשל ביחס לשיקול של טיב ההפרה ונסיבותיה, וכך אף ביחס לשיקול הנוגע לטיב העבירה שבגינה עומד הנאשם לדין.

להלן הנוסחים לתיקון סעיף 12 לפקודת הראיות עליהם ממליצה הוועדה :

עמדת הוועדה ברוב דעות :

**הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (תיקון מס'...)(פסילת ראיה), התשפ"א-2021**

|   |  |
|---|--|
| <p>לאחר סעיף 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א - 1971 יבוא -</p> <p>12א. (א) בית המשפט הדן במשפט פלילי רשאי שלא לקבל ראיה במשפט פלילי, אם שוכנע שהראיה הושגה שלא כדין וכי קבלתה במשפט תפגע באופן מהותי בזכות להליך הוגן, בשים לב לאינטרס הציבורי בעניין קבלת הראיה.</p> <p>(ב) אין באמור בסעיף קטן (א) כדי לפגוע בכללים לפסילת ראיות הקבועים בהוראות חוק אחרות.</p> | <p>הוספת סעיף 12א</p> <p>פסילת ראיה מחמת פגיעה בהוגנות ההליך</p> |
|---|--|

הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (תיקון מס'...)(פסילת ראיה), התשפ"א-2021

הוספת סעיף 12א

לאחר סעיף 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א - 1971 יבוא -

פסילת ראיה  
מחמת פגיעה  
בהוגנות ההליך

12א. (א) בית המשפט רשאי שלא לקבל ראיה במשפט פלילי, אם שוכנע שהראיה הושגה שלא כדין, (להלן: "ההפרה") וכי קבלתה תפגע פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן, והכל בהתחשב באינטרס הציבורי הנוגע לחקר האמת ולהגנה על שלום הציבור.

(ב) בהחלטה לפי סעיף קטן (א), יתחשב בית המשפט, בין היתר, בשיקולים הבאים:

- (1) טיבה של ההפרה, נסיבותיה וחומרתה;
- (2) האם ההפרה בוצעה במכוון או בתום לב;
- (3) מידת הפגיעה בזכויותיו של הנאשם עקב ההפרה;
- (4) האם ההפרה בוצעה כלפי הנאשם או כלפי אחר;
- (5) האם ההפרה בוצעה על ידי איש מרות או על ידי אדם אחר;
- (6) הזיקה שבין ההפרה לבין השגת הראיה;
- (7) טיבה של העבירה בגינה עומד הנאשם לדין;
- (8) מהימנות הראיה ומידת תרומתה לחקר האמת;

בכבוד רב,

אריאל ארבי  
עוזר

יו"ר הוועדה לסדר דין פלילי וראיות  
שופטת בית המשפט העליון (בדימו)