

11-2017

# The Admissibility of Confessions Under Israeli Law: Procedural and Substantive Differences Between the “Free and Voluntary” Standard and the Judicial Exclusionary Rule for Unlawfully Obtained Evidence

Binyamin Blum  
blumb@uchastings.edu

Yoram Rabin

Barak Ariel

Follow this and additional works at: [https://repository.uchastings.edu/faculty\\_scholarship](https://repository.uchastings.edu/faculty_scholarship)

---

## Recommended Citation

Binyamin Blum, Yoram Rabin, and Barak Ariel, *The Admissibility of Confessions Under Israeli Law: Procedural and Substantive Differences Between the “Free and Voluntary” Standard and the Judicial Exclusionary Rule for Unlawfully Obtained Evidence*, 46 *Mishpatim* 815 (2017). Available at: [https://repository.uchastings.edu/faculty\\_scholarship/1502](https://repository.uchastings.edu/faculty_scholarship/1502)

This Article is brought to you for free and open access by UC Hastings Scholarship Repository. It has been accepted for inclusion in Faculty Scholarship by an authorized administrator of UC Hastings Scholarship Repository.

## **אופן בחינת הודאות חשודים בדין הפלילי בישראל: בחינה מהותית ופרוצדורלית של היחס בין סעיף 12 לפקודת הראיות לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית**

מאת

**בנימין בלוס, יורם רבין וברק אריאל\***

במשפט הישראלי, קבילותן של הודאות נאשמים כפופה לשתי דוקטרינות: סעיף 12 לפקודת הראיות, הדורש כי ההודאה תינתן "חופשית ומרצון", ודוקטרינת הפסילה הפסיקתית המעניקה לבית המשפט שיקול דעת לפסול ראיות שהושגו באמצעים פסולים. בפסק דין יששכרוב הביע השופט גרוניס עמדה לפיה סעיף 12 בפרשנותו הנוכחית למעשה כלול בגדר הדוקטרינה הפסיקתית. מאז יששכרוב, הגבול העדין שבין הדוקטרינות אכן נותר עמום. מאמר זה בוחן את ההבדלים המהותיים והדיוניים, התיאורטיים והמעשיים, שבין שתי הדוקטרינות החופפות הללו. המאמר מדגיש את האופי המתקן, הצופה פני עבר, של סעיף 12 לעומת טוהר ההליך והוגנותו, הצופים פני עתיד, והעומדים במרכז הדוקטרינה הפסיקתית; אופיו המוחלט של סעיף 12 לעומת האיוונים המאפיינים את דוקטרינת יששכרוב; והליך משפט הזוטא הנוהג בבחינת הודאות לפי סעיף 12 אך לא לפי דוקטרינת יששכרוב. המאמר קורא לשמר של שתי הדוקטרינות על אף החפיפה החלקית ביניהן תוך הדגשת המקרים שבהם שתי הדוקטרינות עשויות להוביל לתוצאות מנוגדות. כמו כן אנו קוראים להחלתו של משפט הזוטא גם בבחינתן של הודאות לפי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית כדי לתת תוקף מלא לדוקטרינה זו.

**מבוא:** הערתו של השופט גרוניס. א. המבחנים לפסילתה של הודאת נאשם: המישור המהותי של סעיף 12; 1. מהו רצון חופשי?; 2. פרשת יששכרוב; 3. הלכת יששכרוב והשפעתה על המישור המהותי של סעיף 12; 4. סיכום ביניים. ב. משפט הזוטא כהליך נפרד: המישור הדיוני של סעיף 12; 1. משפט זוטא – מהו?; 2. משפט הזוטא ושיטת המושבעים – קשר כל יינתק?; 3. שורשיו ההיסטוריים של משפט הזוטא; 4. ביקורת על המוסד של משפט הזוטא בישראל וההצעות לביטולו; 5. המסגרת הדיונית לבחינתן של הודאות מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית. ג. סיכום.

\* בנימין בלוס הוא מרצה בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים; יורם רבין הוא היועץ המשפטי למבקר המדינה ולשעבר דקן בית הספר למשפטים ע"ש חיים שטריקס, המסלול האקדמי במכללה למנהל; ברק אריאל הוא מרצה בחוג לקרימינולוגיה באוניברסיטה העברית בירושלים. הכותבים מבקשים להודות לפרופ' יובל מרין על הערותיו לטיוטה קודמת של המאמר וכן לתם נכטיגל ולניר אייזנברג על עזרתם במחקר.

### מבוא: הערתו של השופט גרוניס

בפרשת יששכרוב יצר בית המשפט העליון דוקטרינת פסילה פסיקתית לראיות אשר הושגו שלא כדין.<sup>1</sup> פסק הדין נסב בעיקר על שאלת קבילות הודאתו של נאשם שלא הועמד על זכותו להיוועץ בסנגור. בית המשפט העליון בחן את הודאתו משתי זוויות: הראשונה, לאור סעיף 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות), הדורש שהודאת נאשם תהיה "חפשית ומרצון"; השנייה, לאור דוקטרינת פסילה פסיקתית לראיות שהושגו שלא כדין.

בחלקו הראשון של פסק הדין, שבו בחן בית המשפט את ההודאה לאור סעיף 12, הרחיב בית המשפט העליון את קשת המקרים שבהם עשויה הודאה להיפסל אף ללא הוכחת שלילה בפועל של רצונו החופשי של הנחקר או קשר סיבתי בין האמצעי הפסול לבין מסירת ההודאה. בית המשפט קבע שלא רק נקיטת אלימות חמורה יכולה להוביל לפסילה של ההודאה, אלא גם שיטות חקירה מבזות ומשפילות במידה קיצונית. עם זאת הגיע בית המשפט העליון למסקנה כי אין מקום במקרה ספציפי זה לפסול את הודאתו של הנאשם מכוח סעיף 12, שכן היעדר האזהרה בדבר זכותו של הנאשם להיוועץ בעורך דין לא שללה את אוטונומיית הרצון שלו, מאחר שהוא הוזהר בדבר זכותו לשתוק ובחר לשתף פעולה עם חוקרו אף לאחר שנועץ בסנגור.

לפיכך פנה בית המשפט לבחינת הודאתו של יששכרוב מכוח דוקטרינת פסילה פסיקתית, הנגזרת מהזכויות החוקתיות לחירות ולכבוד האדם, והמדגישה את טוהר ההליך השיפוטי. בנוסחה שיצר איזון בית המשפט בין שלוש מערכות שיקולים: חומרת האמצעים הפסולים שהופעלו כלפי הנאשם; השפעתם של האמצעים הפסולים על הראיה; חישוב העלות לעומת התועלת שבפסילת הראיה. לאור איזון זה הגיע בית המשפט למסקנה כי דין הודאתו של הנאשם להיפסל. על בסיס זה התקבל הערעור בחלקו.

בדחתו את הערעור נותר השופט (כתוארו אז) גרוניס בדעת יחיד. בפסק דינו מתח השופט גרוניס ביקורת הן על עצם יצירתה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית בדרך של "חקיקה שיפוטית" והן על תוכנה ומרכיביה השונים של הדוקטרינה החדשה. בין היתר עורר השופט גרוניס את השאלה איזו השפעה תהיה לדוקטרינת יששכרוב על פרשנות סעיף 12 לפקודת הראיות, הדורש כי הודאה תהיה "חפשית ומרצון". לגישתו של גרוניס, בעולם שלאחר יששכרוב מקומו של סעיף 12 נותר לא ברור: אם הסעיף נועד לא רק להבטיח את מהימנות ההודאה אלא גם את אוטונומיית הרצון של הנחקר, הרי שסעיף 12 לכאורה "נבלע" בתוך דוקטרינת הפסילה הפסיקתית הרחבה יותר, החלה לא רק על הודאות אלא גם על כל סוגי הראיות. לפיכך קרא השופט גרוניס לחזור לפרשנות צרה של סעיף 12, המתמקדת במסגרת משפט הזוטא במהימנות ההודאה, הא ותו לא, כאשר דוקטרינת הפסילה הפסיקתית תתמקד בשיקולים חוץ-הוכחתיים כגון טוהר ההליך במקרים שבהם מהימנות הראיה איננה מוטלת בספק.<sup>2</sup>

1 ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461 (2006).

2 שם, פס" 5 לפסק דינו של השופט גרוניס.

משפטים מו תשע"ח      אופן בחינת הודאות חשודים בדין הפלילי בישראל: בחינה מהותית ופרוצדורלית של היחס בין סעיף 12 לפקודת הראיות לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית

דעתו של השופט גרוניס אמנם נדחתה בפסק הדין, אולם קושייתו נותרה בעינה. כמעט עשור חלף מאז פרשת יששכרוב. ביקורות רבות נמתחו על דוקטרינת יששכרוב ועל השפעתה – או חוסר השפעתה – על פסיקת בתי המשפט. אולם אחד מן ההיבטים שטרם זכו להתייחסות מחקרית הוא השפעת הלכת יששכרוב על יישום סעיף 12 לפקודת הראיות והיחס שבין שתי הדוקטרינות: זו שקובע החוק וזו שיצרה הפסיקה.

מאמר זה מבקש אפוא לעשות שני דברים: ראשית, לתאר כיצד בפועל נבחנות כיום הודאות בבתי משפט במדינת ישראל, הן מבחינה פרוצדורלית והן מבחינה מהותית; שנית, להציע עמדה נורמטיבית באשר לאופן הרצוי – מהותית ופרוצדורלית – לבחינת הודאות. המאמר מחולק לשני חלקים: החלק הראשון מוקדש למישור המהותי של סעיף 12, קרי: דיון במצוי וברצוי מבחינת הקריטריונים המוחלים על הודאות אשר נטען כי נגבו שלא כדין. במסגרת זו נסקור את המבחנים לפסילת הודאה מכוח סעיף 12 שהיו מקובלים ערב הלכת יששכרוב ואת השינויים שהכניסה הלכה זו במבחני הפסילה. בהמשך נציע תשובה לקושייתו של השופט גרוניס באמצעות ניתוח תאורטי למבחן חופשיות הרצון שבסעיף 12 באופן המבחין בינו לבין דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שיצר בית המשפט העליון בפרשת יששכרוב.

החלק השני ייוחד למישור הפרוצדורלי, קרי: המסגרת הדיונית המצויה והרצויה לבחינתן של הודאות מכוח סעיף 12 ומכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית. רצוניתן של הודאות נבחנה עוד לפני קום המדינה, בהליך של "משפט זוטא", ואילו דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שיצרה הלכת יששכרוב לא דרשה מפורשות הליך מיוחד. בפסיקה הובעו מעת לעת דעות שלפיהן ההכרעה בקבילותה של הודאה מכוח הדוקטרינה הפסיקתית צריכה להיעשות רק בתום ההליך. לדידנו, גם ביישום הדוקטרינה הפסיקתית משפט הזוטא משמש כלי צודק, יעיל וראוי יותר. נטען כי אף בשיטה ללא מושבעים משפט הזוטא הוא כלי דיוני חיוני לשמירה על זכויות הנאשם. הצעתנו היא שכדי להעניק הגנה טובה יותר לזכויות אלו על מותב המחליט לפסול הודאת נאשם – הן מכוח סעיף 12 והן מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית – להעביר את הדיון בהליך העיקרי למותב אחר שלא נחשף לתוכנה של ההודאה או לעצם קיומה.

## א. המבחנים לפסילתה של הודאת נאשם: המישור המהותי של סעיף 12

### 1. מהו רצון חופשי?

חקיקתה של פקודת העדות משנת 1924<sup>3</sup> הייתה הצעד הראשון מצד שלטונות המנדט לשינוי דיני הראיות בפלשתינה (א"י). הפקודה החליפה חלק מדיני הראיות העות'מאניים בדיני ראיות אנגליים.<sup>4</sup> באשר להודאות, סעיף 9 לפקודת העדות קבע כך:

3 Evidence Ordinance, 1924, 1 THE LAWS OF PALESTINE 670 (Robert Harry Drayton ed., rev. ed. 1934). הפקודה המקורית כללה 13 סעיפים בלבד, אך היא תוקנה מעת לעת ובמשך הזמן נוספו לה סעיפים רבים.

“Evidence of a confession by the accused that he has committed an offence is admissible only when the prosecution has given evidence of the circumstances in which it was made and the court is satisfied that it was free and voluntary”.

הנוסחה האנגלית – free and voluntary – המעוגנת כיום בסעיף 12 לפקודת הראיות ואשר תורגמה לעברית “חפשית ומרצון” – היא עמומה וטעונה פרשנות; הפסיקה התמודדה עם הקושי לפרשה עוד מראשית ימיה.<sup>5</sup> מעט מפתיע ובניגוד לנרטיב ההיסטורי הרווח בפסיקה ובספרות המשפטית הישראלית – לפיהם הפסיקה נעה לעבר הכרה גוברת והולכת בזכויות חשודים<sup>6</sup> – נראה שדווקא בתקופת המנדט המונח “חופשי ומרצון” זכה לפרשנותו הרחבה ביותר: בפרשת Berkovitz קבע בית המשפט העליון המנדטורי שאזהרה פגומה שניתנה לנאשמים, שלפיה הם יצטרכו למסור את גרסתם לחוקר או בפני בית המשפט, הספיקה כדי לקבוע שרצונם החופשי של הנחקרים נפגע באופן הפוסל את הודאתם.<sup>7</sup> בית המשפט העליון המנדטורי קבע שבנוסח זה של האזהרה הוליד החוקר שולל את הנחקרים בכך שגרם להם להבין שהם אינם רשאים לשתוק. הודאתם נפסלה אף שהנחקרים באותו מקרה היו בעצמם אנשי משטרה, והיה ניתן להניח שזכויותיהם כנחקרים היו נהירות להם. בית המשפט הוסיף וקבע שמהימנות ההודאה איננה מטריאלית כלל להכרעה אם נפגע רצונו החופשי של הנחקר לצורך סעיף 9 לפקודת העדות (כיום סעיף 12 לפקודת הראיות).<sup>8</sup> בשנותיה הראשונות של המדינה צמצם בית המשפט העליון הישראלי את הדוקטרינה המנדטורית, אשר בה זיהה פורמליזם אנגלי מיותר. בפסקי דינו הראשונים נקט בית המשפט העליון גישה שלפיה כלל הפסילה נועד להגן על אמינות ההודאות, הא ותו לא.<sup>9</sup> עם זאת לפחות חלק מן השופטים ראו בסעיף 12 לא רק דרך להבטחת מהימנותן של הודאות אלא גם ערובה לשמירה על זכויות הנחקר. למשל, לדידו של השופט לנדוי בפרשת ארצי, המבחן הוא של מהימנות ההודאה,<sup>10</sup> אך בנסיבות של אמצעי חקירה אלימים,

4 על התפתחות דיני הראיות בארץ מהתקופה העות'מאנית ואילך ראו אליהו הרנון דיני ראיות חלק ראשון 31–26 (1970).

5 עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 1, פס' 23 לפסק דינה של השופטת ביניש.

6 שם, פס' 24 לפסק דינה של השופטת ביניש.

7 Berkovitz v. Att'y Gen., 9 P.L.R. 654 (S.C., 1942).

8 שם, בעמ' 661: “The question as to whether or not a confession is true is utterly immaterial : 661 when considering its admissibility”

9 ראו ע"פ 2/48 עבד אל-לוג' נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד א 92, 96 (1948), מפי השופט ש"ז חשין: “הטעם לפיסולה של הודאה הניתנת מתוך לחץ או הבטחה מונח בחשש שיש לחשוש, כי הלחץ או ההבטחה שימשו לנאשם דחיפה לתת הודאה בלתי-נכונה מתוך רצון להיחלץ מן הלחץ או מתוך תקווה להפיק טובת הנאה מן ההבטחה”; ע"פ 242/63 קריתי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(3) 477, 497–498 (1964), מפי השופט הלוי; ע"פ 270/65 קיסי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יט(3) 561, 566 (1965), מפי השופט זוסמן: “[...] הודאה שלא ניתנה מרצונו החפשי של אדם היא בבחינת ראיה שאינה מהימנת, ואין סומכים עליה. סעיף 9 לא בא להבטיח דרכי חקירה הוגנים, שאילו היתה זאת מטרתו, היתה גם הודאה שניתנה עקב תחבולה ורמיה פסולה לראיה, ולא היא.”

10 ע"פ 264/65 ארצי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כ(1) 225, 231 (1966): “נכון הדבר שהמבחן הוא מבחן המהימנות.”

משפטים מו תשע"ח      אופן בחינת הודאות חשודים בדין הפלילי בישראל: בחינה מהותית ופרוצדורלית של היחס בין סעיף 12 לפקודת הראיות לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית

איומים, דברי פיתוי לא הוגנים או הבטחות תיפסל ההודאה אוטומטית אף ללא חשש למהימנותה.<sup>11</sup> בפרשה זו הסביר לנדוי את הבסיס העיוני לגישתו זו: "[...] נזכור נא שדרכי החקירה המשטרית הנהוגה במשטר פלוני הן בבואה די נאמנה של טיב המשטר כולו. שומה על אנשי המשטרה ושומה על בתי-המשפט לשמור ולהשמר מתופעות הידועות לנו לשימצה ממשטרים טוטליטריים, שבדרכיהם לא נלך".<sup>12</sup>

מן העבר השני סבר השופט חיים כהן שאף כאשר מדובר באמצעי חקירה פסול קיצוני אשר בכוחו לשלול את רצונו החופשי של נחקר, אין בכך בהכרח כדי לפסול את ההודאה. יש לבחון אם האמצעים שננקטו שללו בפועל את רצונו החופשי של הנאשם הקונקרטי. אז ורק אז תיפסל ההודאה מחשש להיותה הודאת שווא. לפי הגישה הפרשנית האמורה, אי-החוקיות בגביית ההודאה אינה פוסלת כשלעצמה כל עוד לא קם חשש לאמתות תוכנה. ובלשונו של השופט ח' כהן: "[...] הודית הנאשם לחוד, והתעללות חוקריו לחוד".<sup>13</sup>

בין שתי עמדות קיצון אלו הובעו גם גישות ביניים, לדוגמה: בפרשת יאסין סבר השופט אגרנט כי יש לבחון הודאות חוץ של נאשמים בשני שלבים, ועל פי שני מבחנים: אובייקטיבי וסובייקטיבי. אם לאמצעי חקירה היכולת להוביל אדם להודות בעברה שלא חטא בה, הרי שיש לפסול את ההודאה מבלי לבחון בהכרח אם דרכי החקירה הללו שללו את רצונו החופשי של הנאשם הקונקרטי. אולם גם אם מדובר באמצעי קיצוני פחות, אשר בית המשפט מתרשם מבחינה אובייקטיבית שאין בכוחו להוביל להודאת שווא, ייתכן שתהיה לכך השפעה ראייתית: אם אמצעי חקירה זה הוביל את הנאשם הספציפי להודות, הרי שיש להביא זאת בחשבון לעניין המשקל הניתן להודאה.<sup>14</sup> יש לשים לב שמדובר בגישה סלחנית מזו של שיטתו של השופט לנדוי להפרת זכויותיהם של חשודים, שכן לדידו של אגרנט הודאה תיפסל רק אם יש באמצעים כשלעצמם כדי להקים חשש להודאות שווא. גישת ביניים אחרת, שהפכה להלכה המחייבת משנות השמונים ועד להלכת יששכרוב, נקבעה בפרשת מועדי בפסק דינו של השופט גולדברג.<sup>15</sup> לפי גישה זו, הכלל הוא כי אין באי-חוקיות החקירה כשלעצמה כדי לפסול הודאה לפי סעיף 12 לפקודת הראיות. יש לבחון

11 שם: "[...] הלכה פסוקה היא שהודאה, אשר ניתנה בלחץ איומים או בהשפעת דברי פתוי והבטחות, דינה להפסל; ואין נפקא מינה אם אולי סבור בית-המשפט שלמרות האיום או ההבטחה לא גרם הדבר במקרה הקונקרטי שלפניו למתן הודאה כוזבת".

12 שם, בעמ' 232.

13 ע"פ 369/78 אבו מדיג'ים נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(3) 376, 381 (1979). על שורש המחלוקת בין שתי הגישות הפרשניות האמורות עמד השופט ח' כהן בע"פ 183/78 אבו מידג'ים נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(4) 533, 546 (1980), בוז הלשון: "[...] למעשה מתלבטים אנו, זה בכה וזה בכה, בשאלת המדיניות השיפוטית הראויה לבית-משפט זה לנקוט. מחד גיסא, חובתנו היא להגן על כבוד האדם שלא ייפגע בידי המתעללים בו, ולעשות ככל אשר לא ידינו לרסן את חוקרי המשטרה מלהשיג מטרת חקירתם באמצעים פסולים ונפשעים; מאידך גיסא, חובתנו היא להילחם בפשיעה ההולכת וגוברת והורסת כל חלקה טובה במדינה זו, ולמנוע הפקרת שלום הציבור לתעלוליהם של פושעים אלימים אך באשר הוכו בידי חוקרי המשטרה. דומני כי המחלוקת בינינו אינה אלא על עדיפויות: לסברת חברי הנכבד עדיפה ההגנה על כבוד האדם וזכויותיו היסודיות, ואילו לדידי עדיפה ההגנה על שלום הציבור". ראו גם דברי הנשיא י' כהן בע"פ 115/82 מועדי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 197, 249 (1984).

14 ע"פ 307/60 יאסין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז 1556-1555, 1541 (1963).

15 פרשת מועדי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 222-224.

מבחינה עובדתית ככל מקרה לגופו אם היה באמצעי החקירה הפסול כדי לשלול את חופשיות רצונו של הנאשם במסירת הודאתו, שאז תיפסל קבילות ההודאה מחשש לאמתותה. עם זאת במקרים שבהם הגיעה רמת הפסלות "כדי פגיעה 'בצלם דמות האדם' של הנאשם וכדי [...] דרגת חקירה ברוטלית ובלתי-אנושית"<sup>16</sup>, אז תיפסל ההודאה בלא לבחון את ההשפעה בפועל של אמצעי החקירה הפסול על חופשיות רצונו של הנחקר הספציפי. כפי שהסבירה לימים השופטת ביניש, "גישה זו משלבת בין הטעמים האפשריים השונים לכלל הפסילה שבהוראת סעיף 12 לפקודת הראיות. היא מייחסת משקל נכבד לתכלית שעניינה הגנה על אמינותן של הודאות נאשמים לשם שמירה על שלום הציבור ולחיימה בפשיעה. עם זאת, במקרים בהם נעשה שימוש באמצעי חקירה פסולים באופן קיצוני עד כדי 'פגיעה בצלם דמות האדם' של הנחקר, כי אז רואה הגישה האמורה ליתן משקל רב להגנה על הזכות לכבוד האדם ולשלמות הגוף והנפש, בלא לבחון אם, בנסיבות המקרה, נשלל בפועל רצונו הטוב של הנאשם במסירת הודאתו"<sup>17</sup>. כאמור, גישה פרשנית זו שקבעה השופט גולדברג בעניין מועדי הפכה להלכה המקובלת בפסיקת בתי המשפט.<sup>18</sup> מכל מקום, עד לפסק הדין בפרשת יששכרוב, שבו נעסוק להלן, המבחן היחיד לקבילותה של הודאת חוץ של נאשם היה זה הקבוע בסעיף 12(א) לפקודת הראיות, שלפיו הודאה תהיה קבילה רק אם ניתנה "חפשית ומרצון".

## 2. פרשת יששכרוב

קו פרשת מים – לפחות מבחינה רטורית – ביחסו של בית המשפט לראיות שהושגו שלא כדין, לרבות הודאות, הייתה ההחלטה בפרשת יששכרוב. בפרשה זו נידונה שורת אישומים נגד חייל בשירות סדיר בגין החזקת סם מסוכן ושימוש בו בניגוד לסעיף 7 לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973. הערעור נסב בעיקר על קבילות הודאתו של טוראי יששכרוב.<sup>19</sup> עובדות פסק הדין לא היו שנויות במחלוקת בערעור: הנאשם הודה בפני חוקרו בשלושת האישומים שיוחסו לו בבוא העת בכתב האישום. החוקר אמנם הזהירו בדבר זכותו לשתוק, אך נמנע ממכוון מלהודיע לו שהוא עצור ולא העמידו על זכותו להיוועץ בעורך דין. בית המשפט העליון נדרש לשאלה אם דינה של ההודאה להיפסל מסיבה זו. שאלה זו נבחנה בפסק הדין בשני אפיקים נפרדים: לפי סעיף 12 לפקודת הראיות ולפי דוקטרינת פסילה פסיקתית בהשראת חוקי היסוד, שאותה יצר בית המשפט העליון בפסק הדין, ושלפיה במקרים מסוימים יכול בית המשפט לפסול ראיות שנגבו שלא כדין. בבחנה את הודאתו של טוראי יששכרוב נדרשה השופטת (כתוארה אז) ביניש תחילה לשאלה האם יש לפסלה מכוח סעיף 12. על אף שלאורך השנים השמירה על זכויות הנחקר הוכרה לפחות על ידי חלק מן השופטים כתכלית אפשרית של סעיף 12, לגישתה של ביניש

16 שם, בעמ' 224.

17 פרשת יששכרוב, לעיל ה"ש 1, פס' 25 לפסק דינה של השופטת ביניש.

18 שם; ע"פ 154/85 אברושמי נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(1) 387, פס' 9 לפסק דינו של השופט חלימה (1987); דברי הנשיא שמגר בד"נ 3081/91 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(4) 441, 446-448 (1991);

וכן דברי המשנה לנשיא מצא ברע"פ 3268/02 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 761, 793 (2005).

19 פרשת יששכרוב, לעיל ה"ש 1, פס' 2 לפסק דינה של השופטת ביניש.

משפטים מו תשע"ח      אופן בחינת הודאות חשודים בדין הפלילי בישראל: בחינה מהותית ופרוצדורלית של היחס בין סעיף 12 לפקודת הראיות לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית

זו מעולם לא נחשבה תכליתו העיקרית או העצמאית "ומרכז הכובד הרעיוני של כלל הפסילה הנדון הושם על החשש מפני קבלתן של הודאות שווא כראיה"<sup>20</sup>. לכן, לפחות לפי ההלכה שנהגה עד המהפכה החוקתית, מאחר שלא התעורר חשש למהימנות הודאתו של יששכרוב לא היה מקום לפסלה רק בגלל שהחוקר נמנע, גם אם במכוון, מאזהרתו.

עם זאת, הסבירה השופטת ביניש, חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו "יצר הזדמנות למבט פרשני מחודש" בנוגע לתכליותיו של סעיף 12 המדגיש במידה רבה יותר את זכויות הנאשם להליך הוגן. לפיכך קבעה ביניש "שאמצעי חקירה פסולים שיש בהם כדי לפגוע שלא כדין בזכותו של הנחקר לשלמות הגוף או כדי להשפילו ולבזותו מעבר לנדרש כתוצאה מעצם קיומה של חקירה, יובילו לפסילה של ההודאה מיניה וביה" בלא הכרח לבחון את אמתות ההודאה או את הקשר הסיבתי שבין הפגיעה לבין מסירת ההודאה.<sup>21</sup> לצד הגנה זו על צלם דמות האדם של החשוד קרא בית המשפט להכיר גם בהגנה רחבה יותר על אוטונומיית הרצון של הנחקר ועל זכותו לבחור אם למסור הודאה בחקירתו, דבר הנגזר מזכות השתיקה המוקנית לחשודים ולנאשמים.<sup>22</sup> כך קבע בית המשפט כי לאחר חוקי היסוד פגיעה ניכרת באוטונומיית הרצון של הנחקר – גם אם זו לא הגיעה כדי "ביזויו והשפלתו" וגם אם לא העמידה בספק את אמתות הודאתו – עשויה להוביל לפסלות הודאה מכוח סעיף 12.<sup>23</sup>

למרות הגדרה חדשה זו למבחן חופשיות הרצון קבע בית המשפט בפרשת יששכרוב כי בנסיבות הקונקרטיות של פסק הדין הימנעות החוקר מאזהרת טוראי יששכרוב בדבר מעצרו וזכותו להיוועץ בעורך דין לא פגעה באופן ניכר באוטונומיית הרצון שלו ולכן לא פסלה את הודאתו מכוח סעיף 12, וזאת משום שהוא כן הוזהר בדבר זכותו לשתוק ומשום שהוא בחר לשתף פעולה עם חוקריו גם לאחר שנועץ בסנגור. לפיכך פנה בית המשפט לבחינת הודאתו של יששכרוב מכוח דוקטרינת פסילה פסיקתית בהשראת חוקי היסוד.

אף שבית המשפט העליון סיווג את פסיקתו בפרשת יששכרוב כפורצת דרך בנוגע לפסיקה שקדמה לה, נראה שלעניין פרשנותו של סעיף 12 לא חידש בית המשפט הרבה לעומת גישתו של השופט גולדברג בפרשת מועדי.<sup>24</sup> על אלו ניתן להוסיף כי במיוחד בהשוואה לפרשנות שניתנה למונח "חפשית ומרצון" בתקופת המנדט, ולאחר מכן בידי השופט לנדוי, נראה שהלכת יששכרוב איננה מהפכנית כלל כפי שנטען. בפרשנותו החדשה לסעיף 12 המיר בית המשפט העליון מושג עמום אחד – "חפשית ומרצון" – במונח ערטילאי אחר – "אוטונומיית הרצון של הנחקר". על כן ייתכן כי יותר מכול החידוש המשפטי בפרשנות סעיף 12 בפרשת יששכרוב הוא דיסקורסיבי, מעין "חידוד חושים" לאור

20 שם, פס' 30 לפסק דינה של השופטת ביניש.

21 שם, פס' 32–33 לפסק דינה של השופטת ביניש.

22 שם, פס' 34 לפסק דינה של השופטת ביניש.

23 שם.

24 ראו דעתם של מרין וקיטאי-סנג'רו שהטילו ספק בשאלה האם אכן מדובר בהרחבה או שמא בשינוי רטורי גרידא אשר הותיר בעינו את המבחן שקבע השופט גולדברג בעניין מועדי, לעיל ה"ש 13: יובל מרין ורינת קיטאי-סנג'רו "Miranda, Collins ויששכרוב – על הפער בין הרצון לבין המצוי בהלכת יששכרוב" משפטים לז 429, 433 (2007): [...] חרף הצהרתו של בית המשפט העליון – שלפיה חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מחייב שינוי במיקום של נקודת האיוון בין חקר האמת לבין הצורך להגן על חשודים ונאשמים [...] הרי שאין בהלכת יששכרוב סטייה משמעותית מהדין שקדם לה".



השינוי הקונספטואלי הרחב יותר במסגרת המהפכה החוקתית, אך לא הרבה יותר מכך. גם הפסיקה שבאה בעקבות הלכת יששכרוב איננה מלמדת על שינוי ניכר בפסילתן של הודאות מכוח סעיף 25.12<sup>25</sup>

מכל מקום, בית המשפט לא סיים את הניתוח בקביעה שאוטונומיית הרצון של יששכרוב לא נפגעה. בית המשפט המשיך לבחון אם התנהגותו הפסולה והמכוונת של החוקר עשויה כשלעצמה להוות בסיס לפסילת ההודאה מכוח דוקטרינת פסילה חדשה שאותה יצר בפסק דין יששכרוב. בבחנו את אמרתו של יששכרוב התווה בית המשפט קווים מנחים לדוקטרינת הפסילה החדשה: תכליתה, המודל העיוני שבבסיסה, מידת גמישותה והיקף שיקול הדעת השיפוטי שבה. בית המשפט העליון דחה את הדגש ההרתעתי-חינוכי וכן את המודל ה"פרוטקטיבי" העומדים ביסוד כלל הפסילה החוקתי בחלק ממדינות העולם. במקומם הדגיש בית המשפט את תפקיד כלל הפסילה בהגנה על טוהר ההליך והגינותו. לפי בחירה זו הסביר בית המשפט כי הדוקטרינה שיוצר צופה פני עתיד ולא פני עבר, וכי היא מניעתית ואינה מתקנת, כלומר הדוקטרינה נועדה למנוע פגיעה עתידית נוספת בזכויותיו של הנאשם שתיגרם אם הראיה הנגועה תתקבל, והדבר יקריין על הוגנות ההליך וטוהרו; היא לא נועדה להקנות סעד בגין הפגיעה שאירעה בעת החקירה. כמו כן בחר בית המשפט במודל גמיש הנתון לשיקול דעת, המאזן שלל שיקולים חברתיים, במקום בכלל נוקשה המחייב פסילת ראיות במקרים שבהם נפגעו זכויות מסוימות של נחקר.<sup>26</sup>

כדי להנחות את שיקול הדעת השיפוטי בפסילת ראיות התווה בית המשפט שלוש קבוצות של שיקולים שעשויים להיות רלוונטיים: אופייה וחומרתה של אי-החוקיות; מידת ההשפעה של אמצעי החקירה על הראיה; הנזק מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילת הראיה. בכל אחת מן הקבוצות נתן בית המשפט כמה שיקולי משנה לדוגמה בהדגישו שאין מדובר ברשימה מחייבת או ממצה. לדוגמה, בחישוב הנזק מול התועלת החברתית שבפסילת הראיה הסביר בית המשפט שניתן לשקול, בין היתר, את חומרת העברה, את מרכזיות הראיה להוכחת העברה ואת קיומן של ראיות חלופיות. עם זאת בית המשפט לא נתן הנחיות ברורות באשר ליחס שבין שלוש מערכות השיקולים ושיקולי המשנה שאותם מנה. ביקורות רבות נוספות נמתחו על הלכת יששכרוב ומערכת האיזונים שיצרה, אולם לא זה המקום לסקרן.<sup>27</sup> אנו נמקד את הדיון ביחס שיצר פסק הדין בין סעיף 12 לבין דוקטרינת הפסילה הפסיקית.

25 Binyamin Blum, "Exclude Evidence, You Exclude Justice"? A Critical Evaluation of Israel's Exclusionary Rule after Issacharov, 16 Sw. J. INT'L L. 385 (2010) (להלן: *A Critical Evaluation of Israel's Exclusionary Rule*).

26 פרשת יששכרוב, לעיל ה"ש 1, פס' 55-62 לפסק דינה של השופטת ביניש.

27 על הלכת יששכרוב, לרבות ביקורת עליה, ראו מרין וקיטאי-סנג'רו, לעיל ה"ש 24; קרן שפירא-אטינגר ורון שפירא "כלל הפסלות הישראלי – בשולי הלכת יששכרוב" דין ודברים ג 427 (2007); בועז סנג'רו "כלל פסילת הראיות שהושגו שלא כדין שנקבע בהלכת יששכרוב – בשורה או אכזבה? דעה והזמנה לדיון נוסף" משפט וצבא יט 67 (2007); בועז סנג'רו "כלל פסילת הראיות שהושגו באמצעים פסולים מתפתח, אך עדיין ללא נכונות לשלם מחיר חברתי (ולזכות אשם בעבירה חמורה שעודנו חי)" משפטים על אתר ד 25 (2012); Binyamin Blum, *Doctrines Without Borders: The "New" Israeli*;

### 3. הלכת יששכרוב והשפעתה על המישור המהותי של סעיף 12

כזכור, אחת מן השאלות שהעלה השופט גרוניס בפרשת יששכרוב נגעה ליחס שבין דוקטרינת הפסילה הפסיקתית לבין סעיף 12 לפקודת הראיות. בפסק דינה התייחסה השופטת ביניש להבדלים שבין שתי הדוקטרינות.<sup>28</sup> ביניש דחתה את הבחנתו המוצעת של היועץ המשפטי לממשלה שלפיה סעיף 12 הסדיר את נושא קבילותן של הודאות נאשמים הסדר ממצה. דעת הרוב של השופטת דחתה גם את הצעתו של השופט גרוניס שלפיה סעיף 12 ייוחד לפסילת הודאות רק במקרים שבהם מתעורר ספק בדבר אמתותן, ואילו דוקטרינת הפסילה הפסיקתית תחול במקרים שבהם האמצעים הפסולים לא העלו ספקות בדבר מהימנות הראיה אך יש מקום לפסלה משיקולים חוץ-הוכחתיים.

בניסיון לתת מענה לקושייתו של השופט גרוניס הבחינה השופטת בין שתי הדוקטרינות על סמך התכלית שבבסיס כל אחת מהן: דוקטרינת הפסילה הפסיקתית נועדה למנוע פגיעה בזכות להליך הוגן שתתרחש בעתיד אם תתקבל ההודיה כראיה במשפט, וסעיף 12 נועד דווקא להעניק סעד בגין פגיעה ניכרת באחת מזכויות הנאשם שאירעה בעת גביית ההודיה.<sup>29</sup> בכך סעיף 12 מבטא את מה שבית המשפט העליון כינה בפרשת יששכרוב "המודל המתקן" המאפיין את הדוקטרינה האמריקנית.

מהבחנה זו של השופטת ביניש נובעות הבחנות נוספות. חלקן נזכרות במפורש או במשתמע בפקודת הראיות ובפסק דין יששכרוב עצמו; יתרתן עלות מן הפסיקה שבאה בעקבותיו. מניתוח סעיף 12 עולה כי הכלל הקבוע בו איננו כפוף לאיזונים שיפוטניים, שלא ככלל הפסילה הפסיקתית. למשל, היותה של הודאה ראייה מרכזית או יחידה בעברה חמורה עשוי להוביל לקבלתה על פי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית – על אף פגמים חמורים בגבייתה – ואילו על פי סעיף 12 שיקולים אלו אינם רלוונטיים כלל: אם נפגע רצונו החופשי של הנחקר – דין ההודאה להיפסל.

מקרה נוסף שבו סעיף 12 עשוי להניב תוצאה שונה מכלל הפסילה הפסיקתית הוא במצבים שבהם אבדה אוטונומיית הרצון של הנחקר מבלי שהדבר לווה בפעולה לא חוקית דווקא של חוקריו. דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, לפחות כפי שהיא מוגדרת כעת, איננה יכולה להוביל לפסילתה של הודאה מעין זו מאחר שתנאי מוקדם לתחולתה הוא שההודאה נגבתה "שלא כדין".<sup>30</sup> עם זאת לדעתנו הדגש של בית המשפט העליון על אוטונומיית הרצון של הנחקר בפרשו את סעיף 12 משמעותו שניתן לפסול הודאת נאשם אף אם פעולת חוקריו שהובילו לאבדן האוטונומיה אינן נגועות בהכרח באי-חוקיות, או אף אם עומדת לחוקריו הגנה בגין פעולתם. שאלה זו טרם התחדדה כל צורכה בפסיקה, אולם נידונה

; *Exclusionary Rule and the Dangers of Legal Transplantation*, 60 STAN. L. REV. 2131 (2008)

Blum, *A Critical Evaluation of Israel's Exclusionary Rule*, לעיל ה"ש 25.

28 פרשת יששכרוב, לעיל ה"ש 1, פס' 75 לפסק דינה של השופטת ביניש.

29 שם.

30 שם, פס' 64 לפסק דינה של השופטת ביניש. השופטת ביניש הותירה את גבולות ההגדרה "שלא כדין"

בצריך עיון, אולם עולה מדבריה כי ההגדרה רחבה מהשאלה אם הפעולה חוקית וכוללת גם היבטים

מוסריים התלויים בין היתר בשאלת העברה הנחקרת.

באמרת אגב בפרשת אל סיד.<sup>31</sup> הגדרתו של החשוד באותו מקרה – "פצצה מתקתקת" – הקנתה לחוקריו את הגנת הצורך בהפעלים "אמצעים מיוחדים" בעת חקירתו וגביית הודאתו. השופט הנדל קבע ש"התנהגות חוקרי השב"כ לחוד ובחינת הודאת המערער שנגבתה על ידם לחוד"<sup>32</sup> באופן העשוי לרמז על האפשרות לפסילתן של הודאות מעין אלו על בסיס סעיף 12. אם הדגש בקבילותה של הודאה הוא על אוטונומיית הרצון של הנחקר, הרי שהמטרות הסיכוליות הלגיטימיות של השב"כ אינן בהכרח צריכות להכשיר את ההודאה.<sup>33</sup>

#### 4. סיכום ביניים

אף שביט המשפט העליון לא נכנס בפרשת יששכרוב לעובי הקורה בשאלת ההבחנה שבין בחינתה של הודאה מכוח סעיף 12 לבין בחינתה לאור דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, כמה רמזים בפקודת הראיות, בפסק הדין עצמו ובפסיקה שבעקבותיו מצביעים על הבדלים בין שתי הדרכים לבחינת הודאה: תחילה, מטרתו של סעיף 12 היא "מתקנת" לעומת המודל המניעתי שבבסיס הדוקטרינה הפסיקתית; שנית, סעיף 12 איננו נתון לאיזונים שביסוד הדוקטרינה הפסיקתית; שלישית, סעיף 12 איננו תלוי בהכרח באי-חוקיותו של האמצעי ששלל את חופשיות רצונו של הנחקר.

מדובר אפוא בשתי דוקטרינות המשלימות האחת את רעותה מבחינה נורמטיבית, וכל אחת נועדה להבטיח היבט אחר של זכויות החשוד: סעיף 12 נועד להגן על אוטונומיית הרצון של נחקרים, ודוקטרינת הפסילה הפסיקתית נועדה לשמור על שלטון החוק.<sup>34</sup> מובן שבנסיבות עובדתיות מסוימות – כמו בפרשת יששכרוב עצמה – אפשר ששתי הדוקטרינות יחולו במקביל. אולם כפי שניתן לראות, אין הכרח שכך יהיה. לטעמנו, בשל ערכי המהפכה החוקתית ההיבטים השונים של כל אחת מן הדוקטרינות ראויים להגנה. יש חשיבות בהבהרת הגבולות וההבדלים שבין שתי הדוקטרינות, בין היתר כדי למנוע זליגה מן האחת אל רעותה. לדוגמה, קיימת סכנה שאף שסעיף 12 (בניגוד לדוקטרינה הפסיקתית) איננו מאפשר "לאזן" את היעדר רצונו החופשי של הנחקר אל מול שיקולים אחרים, "תקרין" דוקטרינת יששכרוב על הסעיף באופן שיאפשר איזונים מעין אלו, למעשה אף אם לא להלכה, בעברות חמורות שבהן ההודאה היא ראייה מרכזית. אם אוטונומיית הרצון של הנחקר היא אכן השיקול הבלעדי בסעיף 12, אין מקום לאיזונים מעין אלו. לטעמנו, רצוי להבהיר בחוק את ההבחנות בין שתי הדוקטרינות בהדגשת תוכנו הייחודי של סעיף 12 ביחס לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית.

כמו כן מאחר שלפי פסיקתה של השופטת ביניש בפרשת יששכרוב סעיף 12 נועד להעניק סעד לנחקר בגין פגיעה בזכויותיו, ומאחר שלפי הפסיקה הוא איננו נתון לאיזונים,

31 ע"פ 1776/06 אל סיד נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.9.2011).

32 שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט הנדל.

33 מסיבות שונות לא הכריע בית המשפט בסוגיה זו בפסק דין אל סיד. עם זאת השופט הנדל סימן סוגיה זו כראויה לליבון בבוא העת לאור פסק דין יששכרוב ופרשנותו החדשה לסעיף 12.

34 לעניין היחס שבין דוקטרינת הפסילה הפסיקתית לעקרון שלטון החוק ראו רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(3) 305 (2012), פס' 3 לפסק דינו של השופט דנציגר.

הרי אין מניעה לקבוע א-פריורי, במפורש ובמדויק בחוק אילו הן זכויותיהם של נחקרים אשר בגינתן תיפסל הודאתם מניה וביה. לכל הפחות ניתן לקבוע הפרות המקימות חזקה שיש לפסול את הודאתם. לטעמנו, יש צורך בקווים מנחים ברורים באשר לסוגי אי-החוקיות אשר יש בהם כדי לפסול הודאה ללא קשר למהימנות ההודאה וללא צורך בהוכחת קשר סיבתי בין הזכות שנפגעה לבין היעדר חופש הרצון של הנחקר, לדוגמה פגיעה פיזית בנחקר, חקירה ממושכת בתנאים קשים או מניעת מפגש עם סנגור ראוי שיוכלו לפסולתה של הודאה מחמת היעדר רצון חופשי. אולם במצב הקיים נותרת עמימות באשר למידת האוטונומיה שיש לשמר בחקירה כדי להבטיח את קבילותה של ההודאה. עובדה זו אף איננה מנחה כראוי את רשויות החקירה באשר לגבולות שבין אסור ומותר במסגרת החוק. סוגיה זו בעייתית במיוחד בכל הקשור לתחבולות חקירתיות, לרבות השימוש במדוכבים. ניתן לראות תחילתה של מגמה מעין זו בתזכיר של הצעת החוק לתיקון סעיף 12, אשר קובע כי הודאה שנגבתה בעינויים דינה להיפסל.<sup>35</sup> דומה שהוועדה שעל בסיס המלצותיה נוסח תזכיר החוק<sup>36</sup> ראתה לנגד עיניה את הצורך ליצוק תוכן מוחשי יותר לסעיף 12 באופן המבחין בינו לבין דוקטרינת יששכרוב.<sup>37</sup> לצורך הסעיף מוגדרים עינויים כך: "מעשה אשר באמצעותו נגרם במכוון כאב חמור או סבל חמור, פיסי או נפשי". עם זאת התיקון מדבר אך ורק על מצבי קיצון, של כאב או סבל חמורים. ואף כאן התלבטו חברי הוועדה אם יש צורך בהוכחת קיומו של קשר סיבתי בין הכאב והסבל החמורים לבין ההודאה ("בעקבות"), או שדי בכך שההודאה ניתנה "לאחר" שנגרם אותו כאב או סבל חמור.<sup>38</sup> לטעמנו, כדי לתת הגנה מלאה לאוטונומיית הרצון של הנחקר המטרה אשר בית המשפט העליון ראה לנגד עיניו כאשר הכריע בעניינו של יששכרוב, מן הדין שאף כאב וסבל שאינם "חמורים" יוכלו לפסילת הודאה. זאת ועוד, אם פסילת ההודאה אכן נועדה להעניק סעד בגין הפגיעה בזכויות לכבוד האדם ולשלמות הגוף והנפש, כפי שקבעה השופטת ביניש, אין לדרוש מן הנאשם להוכיח קיומו של קשר סיבתי בין העינויים לבין ההודאה. יש מקום לקבוע חזקה משפטית חלוטה כי מקום שבו ננקטו עינויים, דין הודאות שנגבו לאחר מכן להיפסל.

35 תזכיר הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (הודאת נאשם), התשע"ה–2015 [www.tazkirim.gov.il/Tazkirim\\_Attachments/42444\\_x\\_AttachFile.pdf](http://www.tazkirim.gov.il/Tazkirim_Attachments/42444_x_AttachFile.pdf) (להלן: תזכיר הצעת החוק).

36 הוועדה המייעצת לשר המשפטים לעניין סדר דין פלילי וראיות בראשות שופטת בית המשפט העליון בדימוס, השופטת עדנה ארבל, שמונתה בידי שר משפטים (להלן: הוועדה, או ועדת ארבל). המלצותיה של הוועדה בנושא של הודאת חוץ של נאשם הוגשו בחודש מאי 2015.

37 יש לציין, כי הוועדה הציעה לעגן בפקודת הראיות, במסגרת סעיף חדש ונפרד – סעיף 12א – גם את עילת הפסילה הפסיקתית של פגיעה בזכות להליך הוגן אשר נקבעה בפרשת יששכרוב, זאת על מנת שהפקודה לאחר תיקונה, תכלול הסדר חוק כולל לעניין קבילות הודאת חוץ של נאשם, ובכדי לתת ביטוי בספר החוקים להלכה משמעותית כל כך. לאור כך מוצע בתזכיר להוסיף לפקודה את סעיף 12א שייקבע כך: "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 הודאה".

38 תזכיר הצעת החוק, לעיל ה"ש 35, בעמ' 3.

## ב. משפט זוטא כהליך נפרד: המישור הדיוני של סעיף 12

משקרנו את ההבחנות המהותיות שבין סעיף 12 לפקודת הראיות לבין דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, נפנה עתה לבחינת ההבדלים הדיוניים בין שתי הדוקטרינות. לעומת בחינתן של הודאות מכוח סעיף 12 המחייב ניהולו של "משפט זוטא" בדבר רצוניותה של ההודאה, דוקטרינת הפסילה הפסיקתית איננה מחייבת הליך דומה. בטרם נבחן אם ראוי לאמץ את משפט הזוטא גם עבור דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, נעמוד בקצרה על התפתחות המוסד של משפט הזוטא וההצדקות לקיומו במערכת משפט ללא מושבעים.

### 1. משפט זוטא – מהו?

סעיף 12 לפקודת הראיות – וקודמו, סעיף 9 לפקודת העדות<sup>39</sup> – לא קבעו מפורשות הסדר דיוני בשאלה כיצד ומתי תיבחן קבילותה של הודאת נאשם.<sup>40</sup> אף שזכרו לא בא בפקודת הראיות או בחוקי הפרוצדורה הפלילית, המשפט הישראלי ירש מן המשפט המקובל הליך ייחודי הקרוי "משפט זוטא": אם ביקשה התביעה להגיש את הודאתו של נאשם, והנאשם טוען כי זו לא נמסרה מרצונו החופשי, על בית המשפט לקיים הליך נפרד שבמסגרתו תוכרע שאלת קבילותה של ההודאה בלבד.<sup>41</sup> אף שאין בדינו תיעוד היסטורי ישיר של מועד קליטתו של משפט הזוטא, סביר להניח כי הפרקטיקה נקלטה באמצעות מנגנון השלמת החסר שבסימן 46 לדבר המלך במועצתו לארץ-ישראל, 1922.<sup>42</sup> מפסק דינו של בית

39 סעיף אשר היווה כלי קיבול ארץ ישראלי להלכות האנגליות על דיני ההודאות. ראו דבריו של השופט חשין בע"פ 177/53 גרוסברגר נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ח 182, 185 (1954): "על כשירותן של הודאות נאשמים כראיה מדובר בסעיף 9 לפקודת העדות [...] סעיף זה – אשר בו העביר המחוקק למשפט הארץ את ההלכה האנגלית שבדיני הודאות [...]".

40 גם הפסיקה המנדטורית שנגעה לסעיף 9 לפקודת העדות לא עסקה בהסדר הדיוני של "משפט זוטא" אלא בעיקר בררישה כי ההודאה תינתן "free and voluntary". על כך ראו למשל Ibrahim v. Att'y Gen., 8 P.L.R. 66, 67 (S.C., 1941); Yusif v. Att'y Gen., 8 P.L.R. 506, 508 (S.C., 1941); El Gen., 8 P.L.R. 66, 67 (S.C., 1941); Hiji v. Att'y-Gen., 9 P.L.R. 252, 254 (S.C., 1942); עניין Berkovitz, לעיל ה"ש 7.

41 אליהו הרנון דיני ראיות חלק שני 277–278 (1977) (להלן: הרנון דיני ראיות); יעקב קדמי על סדר הדין בפלילים חלק שני – הליכים שלאחר כתב אישום א 1438 (2009). וראו את תיאור ההליך גם בע"פ 20/49 עבדול האדי נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ג 13, 41 (1950), מפיו של השופט ש"ז חשין: "מתנגד הנאשם לקבלת ההודאה, עליו לנמק התנגדותו. בשלב זה, כאמור, אין שום נטל של הוכחה רובץ עליו, אך עליו לציין מה פסול או פסולים רואה הוא בגיבוי ההודאה. עליו לא רק לקרוא את הפסולים בשם, כגון: כפייה, שידול, הבטחה וכיוצא בזה, אלא גם לפרט את טיב הפסול, המסיבות שבהן נעשה ועל ידי מי נעשה. פרטים אלה עשויים להעמיד את התביעה הכללית על המשמר, ולאורם היא יודעת מה הוכחות עליה להשמיע כדי לפרכם. משהשמיעו את הוכחותיהם – התביעה הכללית את הוכחותיה וההגנה את הוכחותיה היא – יש בידו של בית המשפט לקבוע, והוא קובע, לא אם הנאשם הוכיח מציאותם של פסולי נהג, אלא אם התביעה הכללית הצליחה להוכיח דבר העדרם. זוהי הדרך ההגיגית והיחידה שיש ללכת בה, פרט למקרים יוצאים מהכלל".

42 ייתכן כי הטעם להיעדר תיעוד היסטורי ישיר הוא שהקליטה הראשונית נעשתה בערכאות הדיוניות, שפרסום החלטותיהם בתקופת המנדט היה מועט אם בכלל. עם זאת בפסיקת בית המשפט העליון המנדטורי ניתן למצוא אמירות כלליות שלפיהן כשהדבר נגע לחסרים ולפגמים בפקודת העדות המנדטורית – שימש המשפט האנגלי מקור משלים. ראו למשל Seligman v. Att'y Gen., 6 P.L.R.

משפטים מו תשע"ח אופן בחינת הודאות חשודים בדין הפלילי בישראל: בחינה מהותית ופרוצדורלית של היחס בין סעיף 12 לפקודת הראיות לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית

המשפט העליון בפרשת *Jitawi*, שניתן בשנת 1945, עולה שמשפט זוטא היה כבר באותה עת פרקטיקה מקובלת בבתי המשפט המנדטוריים.<sup>43</sup> חשוב לציין שחלק בלתי נפרד מהפרקטיקה של משפט הזוטא בתקופת המנדט הייתה ההלכה הפסוקה שאסרה על בית המשפט לעיין בהודאת נאשם בעת שהוא דן בקבילותה של ההודאה במשפט הזוטא.<sup>44</sup> לאחר קום המדינה נקלטו למשפט הישראלי דיני הראיות המנדטוריים, ובהם ההלכות שנקבעו בקשר למוסד משפט הזוטא.<sup>45</sup> גם לאחר קום המדינה לא עוגן הנוהג לקיים משפט זוטא בהוראה חקוקה. עם זאת הפסיקה קבעה כי עריכתו של משפט זוטא השתרשה כה עמוק במשפט הישראלי עד שיש לראות בה אחת מזכויות הנאשם.<sup>46</sup>

כמו ההליך העיקרי, גם במשפט הזוטא התביעה היא הנושאת בנטל ההוכחה, וחובה עליה להוכיח מעבר לספק סביר שאין יסוד לטענות הפסול שהעלה הנאשם.<sup>47</sup> אמנם בית המשפט רשאי לדחות את נימוקיו של משפט הזוטא לשלב הכרעת הדין, אך ההכרעה בשאלת הקבילות צריכה להינתן מיד,<sup>48</sup> משני טעמים עיקריים: הראשון, שנאשם העורך את הגנתו רשאי לדעת מהו מכלול חומר הראיות לחובתו; שנית, הנאשם רשאי לעמוד על כך שאמרה לא

405, 410 (S.C., 1939): "This argument might carry force if the Evidence Ordinance were a code of evidence – it is not however anything of the sort [...]. The Ottoman Law of Evidence was notoriously deficient and antiquated, and in practice for many years the Courts of this country, where no definite provision can be found in the Ottoman Law or in any ordinance in regard to evidence, have applied the provisions of the English Common Law on this subject. This in my opinion is the correct procedure, and it justified by the provisions of Art. 46 of the Palestine Order-in-Council, 1922 [...]"; Jarad v. Att'y Gen., 5 P.L.R. 111, 113–114 (S.C., 1938): "We think that the Evidence Ordinance replaced the archaic provisions of the Mejlle, and, in so far as that Ordinance may be defective, English Common Law is to be applied, and in practice, the Courts have taken that view"

Jitawi v. Att'y Gen., 12 P.L.R. 325, 326 (S.C., 1945): "In this the learned Judges deviated from the practice of these Courts, a practice which we think is highly desirable and which we trust will always be followed, that is where an allegation is made that a confession is not free and voluntary the evidence on this point should be taken forthwith and the Judge's decision on the issue should be recorded forthwith"

44 ראו אורי שטרומן "המלך עירום או חבר-המושבעים השולט בבית-המשפט בישראל" עיוני משפט יג 175, 200–201 (1988); כפי שנראה להלן, הלכה זו נקלטה במשפט הישראלי אך בוטלה בסופו של דבר. 45 דרך המנגנון שנקבע בס' 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח–1948. פסק הדין הראשון של בית המשפט העליון הישראלי, אשר תיאר מוסד זה – שוב, ללא ציון שמו המפורש – היה עניין עבדול האדי, לעיל ה"ש 41, בעמ' 41.

46 ע"פ 467/69 טקסון נ' מדינת ישראל, פ"ד כד(1) 95, 98, 104 (1970): "ואם כי עריכת משפט-זוטא איננה ממצוות החוק החרות, הרי היא השתרשה כה עמוק אצלנו, שיש לראות בה אחת מזכויות הנאשם" (פסק הדין מפנה בהקשר זה לפסק הדין המנדטורי בעניין *Jitawi*, לעיל ה"ש 43); ראו גם ע"פ 639/79 אפללו נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 561 (1980), פס' 11 לפסק דינו של השופט ברק.

47 קדמי, לעיל ה"ש 41, בעמ' 1441.

48 עם זאת יש לציין שכדי למנוע עיוות דין ניתן לקיים דיון בקבילותה של הודאה גם מחוץ למסגרת משפט הזוטא אם הנאשם לא העלה התנגדות לקבלת הראיה, והשאלה התעוררה רק בשלב מאוחר יותר בדיון.

קבילה לא תהיה לנגד עיניו של בית המשפט בכואו להכריע בדין.<sup>49</sup> החליט בית המשפט שלא לקבל הודאה, מחובתו להתעלם לחלוטין מעצם קיומה.<sup>50</sup> על החלטה במשפט זוטא אין ערעור "עצמאי", שכן מדובר בהחלטת ביניים בהליך פלילי; ניתן לערער עליה רק במסגרת הערעור על הכרעת הדין.<sup>51</sup>

## 2. משפט הזוטא ושיטת המושבעים – קשר בל יינתק?

את משפט הזוטא ירש המשפט הישראלי מן ה-*voir dire* או ה-*"trial within a trial"* של המשפט המקובל.<sup>52</sup> העמדה הרווחת בספרות הישראלית היא שמשפט הזוטא שנקלט בארץ-ישראל ולאחר מכן בישראל היה תולדה טבעית של שיטת המושבעים וקשור בה קשר אמיץ.<sup>53</sup> יחס הדוק זה בין משפט הזוטא לבין שיטת המושבעים, כך לפי הטענה, נובע מהיותם של המושבעים הדיוטות הנתונים להשפעות ולהטיות קוגניטיביות חמורות במיוחד באופן הערכת משקלן של ראיות בהכרעות משפטיות. לכן יש להקפיד שלא לחשפם לראיות כבדות משקל כגון הודאות, אשר עשויות להטות שלא כראוי את קבלת ההחלטות שלהם ולהכריע את כף ההליך הפלילי.<sup>54</sup> חשש זה, כך לפי הטענה, נחלש כאשר בדין יושבים שופטים מקצועיים, אשר אינם נתונים להטיות הקוגניטיביות שמהן סובלים הדיוטות. רצינות זה הוא מרכיב חשוב בביקורת כללית יותר על דיני הקבילות האנגלו-אמריקניים המיושמים בישראל ואחד מן הנדבכים המרכזיים בגישת בית המשפט העליון שלפיה יש לעבור מכללי קבילות למשקל.<sup>55</sup>

49 הרנון דיני ראיות, לעיל ה"ש 41, בעמ' 279; ע"פ 69/49 לוי נ' היועץ המשפטי, פ"ד ד 89, 91–92 (1950).

50 ע"פ 210/81 עקביוב נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(3) 393, 398 (1982).

51 קדמי, לעיל ה"ש 41, בעמ' 1443; ע"פ 69/53 סיף נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ז 801, 806–807 (1953).

52 משמעות הביטוי *voir dire* היא "לומר אמת". שם זה איננו מיוחד להליך של בחינת חופשיותן של הודאות ואף לא לבחינת קבילותן של ראיות ככלל. הליך בחירת המושבעים מכונה אף הוא כך. כמו כן יש עוד ראיות שקבילותן מותנה בקיום *voir dire*. באשר להליך זה בכל הקשר לקבילות הודאות ספציפית ראו PAUL ROBERTS & ADRIAN ZUCKERMAN, CRIMINAL EVIDENCE 524–525 (2nd ed. 2010).

53 שטרומן, לעיל ה"ש 44, בעמ' 205; גרשון אוריון "בעד ביטול משפט זוטא" הפרקליט לב 541 (1979): "אולי יראה הדבר מוזר בעיני המשפטן הישראלי המורגל והאמון על שיטת משפט ללא חבר-מושבעים, אך דיני הראיות של בישראל, שהועתקו משיטת המשפט האנגלית, נוצרו – בין השאר – כדי לשרת בית-משפט המבוסס על חבר-מושבעים"; ושם בעמ' 543: "[...] אימץ בית המשפט העליון שלנו פרוצדורה של משפט זוטא המתאימה לבתי משפט של מושבעים דווקא".

54 כפי שנראה, הקשר לשיטת המושבעים היווה בהמשך את הבסיס לטענה, כי משפט הזוטא אינו דרוש בשיטה משפטית כגון זו הישראלית שהיא נעדרת מושבעים, ומכאן ההתעמקות בקו טיעון זה.

55 ראו למשל אצל שפירא-אטינגר ושפירא, לעיל ה"ש 27, בעמ' 432: "[...] החלת כללי הקבילות האנגליים לכל פרטיהם ודקדוקיהם על שופט מקצוען, נראית משונה. מהבחינה הזו נראה הדין שהבריטים החילו בארץ ישראל ובמושבות בלתי אנגליות אחרות (היינו דין אנגלי בלא מושבעים) כמין שעטנו הסובל, כמצופה ממעשה כלאיים, מבעיות קשות. [...] בשיטת כלאיים זו מקבלים הכללים הנוגעים לקבילות ראייה אופי מיוחד: אם הם גמישים וכפופים לשיקול דעתו של השופט, הם חסרי משמעות למעשה, שכן אינם ממלאים את התפקיד של הגבלת מקבל ההחלטות העובדתיות בבחירת



אולם דומה שפרשנות זו – הן בנוגע למשפט הזוטא והן בנוגע לדיני הראיות ככלל – נוטה להמעית בערך שהמשפט המקובל מייחס לכישוריהם של מושבעים ובו בזמן להפריז ביכולותיהם הקוגניטיביות של שופטים להתעלם מראיות שנחשפו אליהן: כפי שמצביע Damaška, מן העובדה שיש הפרדה בין שופטים למושבעים בעניין זה אין משתמע חוסר אמון דווקא ביכולותיהם של הדיוטות לאמוד ראיות בזהירות המתבקשת, שהרי אם לא כן, קשה להסביר מדוע שיטות מושבעים ממשיכות להפקיד את גורלם של בעלי הדין אף בהתדיינות מורכבות ובדיני נפשות בידי גוף שאיננו מוכשר לכך.<sup>56</sup> מנגד, לא ברור אם אמנם שופטים אינם נתונים להטיות קוגניטיביות דומות.<sup>57</sup> מחקרים אמפיריים מלמדים שיש נטייה להפריז ביכולותיהם של שופטים מקצועיים בהיבט זה.<sup>58</sup>

הסבר משכנע יותר לקיומו של משפט הזוטא הוא שעצם ההפרדה בין שופטים למושבעים יוצקת תוכן ממשי יותר בפסילתן של ראיות (ללא קשר למיהות הגורם שאליו מועברת ההכרעה: מושבעים הדיוטות או גורם אחר). לפי פרשנות זו לדיני הראיות האנגלו-אמריקניים, רצוי הוא שהגוף החורץ את דינו של נאשם לא ייחשף כלל לראיות שדינן להיפסל, במיוחד כאשר הוא מתבקש להתעלם מראיות מהימנות הנפסלות משיקולים חוץ-הוכחתיים, וזאת כדי להבטיח שרק ראיות רלוונטיות יישקלו בהכרעת הדין. ההפרדה בין שופטים המכריעים בדבר קבילותה של ראיה לבין מושבעים המכריעים בדבר משקלה מבטיחה ששאלות בדבר קבילותן של הודאות שנויות במחלוקת לא תושפענה משיקולים שהוגדרו לא רלוונטיים מן הצד האחד (כגון חומרת העברה, מרכזיות הראיה ואף מהימנות במקרה של הודאה), ומבלי שעצם החשיפה לראיה בעת ההכרעה בקבילותה תשפיע על גורל ההליך כולו מן העבר האחר.<sup>59</sup> שיטת המושבעים אם כן מאפשרת בידוד זה באופן ששיטות ללא מושבעים לעתים קרובות אינן מאפשרות.<sup>60</sup> אמנם גם בשיטות מושבעים המציאות מקשה לעתים על בידודם של המושבעים; לא מן הנמנע שבמהלך חקירתם של עדים המושבעים נחשפים לראיות לא קבילות. הפרדה אקוסטית מוחלטת איננה בת יישום. אולם מערכות משפט עם מושבעים מקפידות להבטיח לכל הפחות שמושבעים לא ייחשפו

56 החומר שעל פיו יפסוק". יש לציין שגם במדינות שבהן נוהגים חברי מושבעים ניכר מעבר כזה, אך במתינות רבה בהרבה. ראו ROBERTS & ZUCKERMAN, לעיל ה"ש 52, בעמ' 700. עם זאת בארצות הברית ניתן לזהות בשנים האחרונות דווקא הקשחה של כללי הקבילות, לפחות בהליכים פליליים, וניתוח דווקני יותר ל-Confrontation Clause שבתיקון השישי לחוקה הפדרלית. ראו לדוגמה Crawford v. Washington, 541 U.S. 36 (2004); Davis v. Washington, 547 U.S. 813 (2006).

57 MIRJAN R. DAMAŠKA, EVIDENCE LAW ADRIFT 29 (1997).  
58 A. Leo Levin & Harold K. Cohen, *The Exclusionary Rules in Nonjury Criminal Cases*, 119 PA. L. REV. 905, 909–911, 919 (1971).

59 חמי בן נון "הטיות קוגניטיביות והחלטות שיפוטיות: אינטואיציה וחשיבה סדורה במלאכתו של השופט" **שערי משפט** ה' 177, 242 (2009); Andrew J. Wistrich, Chris Guthrie & Jeffrey J. Rachlinski, *Can Judges Ignore Inadmissible Information? The Difficulty of Deliberately Disregarding*, 153 PA. L. REV. 1251 (2005), אם כי דווקא בתרחיש שבו נתבקשו השופטים להתעלם מהודאה שנגבתה שלא כדין נראה שהם הצליחו לעשות זאת. שם, בעמ' 1318–1322.

59 Levin & Cohen, לעיל ה"ש 57, בעמ' 919–920. לעניין הצורך להפריד בין מהימנות ההודאה לבין קבילותה ראו Jackson v. Denno, 378 U.S. 368, 376–377 (1964).

60 DAMAŠKA, לעיל ה"ש 56, בעמ' 42–56.



לראיות מרכזיות – כגון הודאות – אם דינן של אלו להיפסל.<sup>61</sup> בארצות הברית חשיפתם של המושבעים להודאה לא קבילה היא עילה לבחירת חבר מושבעים חדשים כעניין חוקתי הנגזר מן הזכות להליך הוגן.<sup>62</sup> משפט הזוטא הוא דוגמה מובהקת לניסיון של המשפט המקובל לבודד את העיסוק בראיית תביעה מרכזית באופן המאפשר התמקדות אך ורק בשאלות שהוגדרו רלוונטיות – שאלת חופשיות הרצון של הנאשם – ומבלי שידיעה על תוכן ההודאה ועל עצם קיומה תשפיע על תוצאות ההליך כולו. ואכן, במשפט האמריקני, גם במשפטים המתנהלים בפני שופטים התפתחו מנגנונים המבטיחים כי השופט המכריע בתיק העיקרי לא יהא חשוף להודאה – אם ישנה כזו – אם דינה להיפסל.<sup>63</sup>

### 3. שורשיו ההיסטוריים של משפט הזוטא

עיון בתהליכים ההיסטוריים שהובילו ליצירתו של משפט הזוטא תומך במסקנה שהוא איננו בהכרח תולדה של חוסר אמון בכישוריהם הקוגניטיביים של מושבעים; הוא נובע משורת תהליכים אחרים שאירעו במשפט המקובל במהלך המחצית השנייה של המאה השמונה-עשרה, אשר מטרתם הייתה להפריד בין הגוף המכריע בדבר קבילותן של ראיות לבין הגוף החורף את דינו של הנאשם.

לפי ניתוחו ההיסטורי של Langbein, אף ש"כלל הווידוי" (The Confession Rule), שלפיו על הודאה להיות חופשית ומרצון, ומשפט הזוטא – כמו מרבית דיני הראיות – שניהם יצירי המאה השמונה-עשרה, כלל הווידוי קדם למשפט הזוטא בכמה עשורים.<sup>64</sup> עד תחילת המאה השמונה-עשרה לא נודעה משמעות ראייתית כלשהי להיותה של ההודאה רצונית; גם הודאות כפיות התקבלו בהליכים פליליים.<sup>65</sup> בהסבירו את מקורות "כלל הווידוי" מטעים Langbein את ההיסטוריה החברתית של לונדון במאה השמונה-עשרה שהובילה ליצירתו. לפי מחקרו, המתבסס בעיקר על מקורות ארכיוניים מן ה-Old Bailey, בית המשפט הפלילי המרכזי בלונדון, מבחן חופשיות הרצון נולד משורת סכסוכים בין אדונים למשרתיהם שמקורם בחשדות בגין גנבה מן המעביד. ברבים מן המקרים הבטיחו האדונים למשרתיהם מחילה בתמורה להודאתם באשמה. אולם הודאה זו, שהושגה באמתלת שווא, הוצגה לאחר מכן בהליכים הפליליים נגד אותם משרתים.<sup>66</sup> כלל הווידוי קבע שגם אם ההודאה מהימנה, אין להעניק לה משקל אם הושגה בהשאה ובהבטחות שווא.

61 Fed. R. Evid. 104(c); 18 U.S.C. § 3501(a) (1994)

62 עניין *Denno*, לעיל ה"ש 59.

63 Frederick Schauer, *On the Supposed Jury-Dependence of Evidence Law*, 155 PA. L. REV. 165, 201 (2006): "We see some of this in the process by which federal magistrates in search-and-seizure and confession cases make factual determinations to screen even from the trial judge those items of relevant, but unconstitutionally obtained, evidence that are best left out of the proceedings entirely"

64 John H. Langbein, *Historical Foundations of the Law of Evidence: A View from the Ryder Sources*, 96 COLUM. L. REV. 1168, 1198 (1996). לנגביין מוצא את התיעוד המוקדם ביותר לפסילתן של הודאות בשנת 1771. שם, ה"ש 147.

65 שם.

66 JOHN H. LANGBEIN, *THE ORIGINS OF ADVERSARY CRIMINAL TRIAL* 230 (2003)

החשוב לענייננו הוא שאת שורשיו של כלל הווידוי, הקובע כי על ההודאה להיות "חפשית ומרצון" (free and voluntary) – נוסחה שאותה ינחיל המשפט המקובל בבוא העת לכלל שטחי החסות של האימפריה הבריטית – מתארך Langbein בשנות השלושים של המאה השמונה-עשרה.<sup>67</sup> אולם גם לאחר שבשלה ההכרה השיפוטית שעל הודאות להיות חופשיות ומרצון, התפיסה שהיעדר רצון חופשי של הנאשם מחייב את פסילתה של ההודאה – ולא רק אזהרת המושבעים בדבר הוגנות השימוש בה נגד הנאשם – נולדה רק כמה עשורים לאחר מכן, בשנות השישים של המאה השמונה-עשרה.<sup>68</sup> רק כמה שנים לאחר מכן, באמצע שנות השבעים של המאה השמונה-עשרה, נולד הרעיון כי הדרך הדינית הרצויה להכרעה בסוגיה זו היא בניהול הליך נפרד ללא נוכחות המושבעים ולא דרך הנחייתם של המושבעים להתעלם מן ההודאה אם הגיעו למסקנה כי נפגם רצונו החופשי של הנאשם.<sup>69</sup> משמע, הגורם המידי ליצירת משפט הזוטא לא היה חבר המושבעים – אשר אפיין את מערכת המשפט המקובל מאות שנים קודם להולדת משפט הזוטא – ואף לא כלל הווידוי עצמו, אלא הפיכתו של כלל הווידוי לכלל פסלות במקום הנחיה להפעלת שיקול דעת באומדן משקלן של ראיות.

תמורה נוספת שחלה בהליך השיפוטי בסוף המאה השמונה-עשרה משני צדי האוקיינוס האטלנטי תרמה אף היא לעיצוב משפט הזוטא ודיני הראיות בכלל: ההפרדה בין שאלות שבחוק, המסורות להכרעתו של השופט, לשאלות שבעובדה, המסורות להכרעת חבר המושבעים. Langbein (כמו גם Morton Horwitz, בהקשר האמריקני) סבור שעד שנות השמונים של המאה השמונה-עשרה נהגו חברי מושבעים להכריע בשתי השאלות – חוק ועובדה – גם יחד.<sup>70</sup> אולם משגבר הצורך בוודאות ובעקיבות משפטית, בין היתר בשל לחץ של עורכי הדין שהחלו להיות שותפים פעילים יותר בהליך, החלו שופטים ליטול לעצמם את הסמכות להכריע בסוגיות שהוגדרו משפטיות. למושבעים נותרה הסמכות השיווית להכריע בשאלות עובדתיות בלבד. בדיני הראיות נלוותה להפרדה בין חוק לעובדה הבחנה נוספת, קשורה, אך לא לגמרי חופפת, בין קבילות – המסורה לשופטים – לבין משקל – המסור למושבעים.<sup>71</sup> כך עברה גם ההכרעה בדבר רצוניותה של ההודאה והשלכותיה

67 שם, בעמ' 220.

68 שם, בעמ' 221–222.

69 שם, בעמ' 249–250. לדידו של לנגביין, הראשון שהציע לפסוק בשאלות בדבר קבילותן של ראיות מחוץ לטווח שמיעתם של המושבעים היה Lord Glenbervie בשנת 1776, וזאת יותר מעשור לאחר שכלל הווידוי נוצר.

70 שם, בעמ' 250. לדיון בהתפתחות בארצות הברית ראו MORTON J. HORWITZ, THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW: 1780–1860, 28 (1977).

71 LANGBEIN, THE ORIGINS OF ADVERSARY CRIMINAL TRIAL, לעיל ה"ש 66, בעמ' 216–217, "In reality, there is no clear or determinate boundary separating the descriptive realm of fact from the normative realm of law." כפי ששאלת חופשיות הרצון בהודאות מעידה, ההבחנות בין חוק לעובדה ובין קבילות למשקל אינן תמיד חופפות חפיפה מלאה. לעתים קשה להבחין בין שאלה שבחוק לשאלה שבעובדה, שכן הסוגיות כרוכות זו בזו. שאלת חופשיות הרצון היא שאלה עובדתית בעיקרה, אשר עליה מוחלים סטנדרטים משפטיים הנוגעים לשאלה מה ייחשב רצון חופשי. מכאן שסיווגה במשפט המקובל כשייכת להכרעתם של שופטים ולא של מושבעים מעולם לא הייתה מובנת מאליה: מושבעים אמנם יכלו

הראייתיות – שאלה מעורבת של חוק ועובדה – מסמכותם של המושבעים לסמכותם של השופטים.

השתלשלות היסטורית זו מרמזת שהוצאת ההכרעה בענייני קבילות מידיהם של המושבעים נבעה מצורך בעקיבות ובוודאות משפטית, ששיטת המושבעים התקשתה (ומתקשה) להקנותן ככלל. על אף קיומו של כלל הוידוי בשיטת המושבעים האנגלית מאז שנות השלושים של המאה השמונה-עשרה, משפט זוטא לא נוצר עד שהכלל הפך מכלל משקל (המסור למושבעים) לכלל פסילה (המסור לשופטים). בשנים שבין יצירת כלל הפסלות לבין הולדת משפט הזוטא בשלהי ההכרה שבראייה מרכזית, כגון הודאה, אי אפשר להביא ל"פסילתה" במובן המלא של המילה אם אלו שנתבקשו להתעלם מקיומה נחשפו אליה. מכאן עלה הצורך שגובה בדרישתם של סנגורים, להפרדת ההליך לפסילתן של הודאות<sup>72</sup> באמצעות הליך ייחודי שהכיר בכובד משקלה של ההודאה ולכן הבטיח את בידוד הגוף המכריע בהליך העיקרי מתוכנה עד שזו תתברר כקבילה. הפרדה זו הייתה הכרחית אפוא לא בגלל חוסר יכולתם של מושבעים לקבוע אם הודאה ניתנה מרצון טוב וחופשי אלא מתוך הבנה שמרגע שייחשפו לעצם קיומה של הודאה – גם אם יחליטו לפסול אותה בשל היעדר רצון חופשי (בניגוד למהימנותה לדוגמה) – לא יוכלו להתעלם מקיומה. דברים אלו יפים אפוא לא רק למושבעים אלא גם לשופטים.

#### 4. הביקורת על המוסד של משפט הזוטא בישראל וההצעות לביטולו

האם יש כיום הצדקה למוסד משפט הזוטא בבחינתן של הודאות מכוח סעיף 12? בפסיקה ובספרות הישראלית עולות מעת לעת טענות נגד קיומו של ההליך. הוועדה לתיקון סדר הדין הפלילי בראשותו של השופט לנדוי הציעה בעבר (על דעת רוב חבריה) לבטל את משפט הזוטא ולשלב את בירור הנסיבות של מתן ההודאה עם בירור יתר הראיות במשפט<sup>73</sup>. לפי ההצעה, בתחילת המשפט תמיד תתקבל ההודאה על תנאי, ורק בתום ההליך במסגרת הכרעת הדין יכריע בית המשפט סופית בשאלה אם ההודאה הייתה חופשית ומרצון<sup>74</sup>. הצעה זו לא התקבלה בסופו של דבר.

להתעלם מהודאה – או לתת לה משקל פחות – אם הגיעו למסקנה שהיא לא ניתנה מרצון חופשי או אם הטילו ספק במהימנותה, גם אם השופט הכריע שההודאה קבילה. אולם מנגד, הכרעה עובדתית ומשפטית של שופט בדבר היעדר רצונו החופשי של הנאשם מנעה מחבר המושבעים להתרשם מהנסיבות שאפפו את מתן ההודאה או ממהימנותה. בכך קנו שופטים סמכות להכריע גם בשאלות עובדתיות בכל הנוגע לרצונותן של הודאות.

72 LANGBEIN, THE ORIGINS OF ADVERSARY CRIMINAL TRIAL, לעיל ה"ש 66, בעמ' 244.

73 הרנון דיני ראיות, לעיל ה"ש 41, בעמ' 281.

74 שם. וראו דברי השופט לנדוי בעצמו בעניין טקסון, לעיל ה"ש 46, בעמ' 98–99: "יכול להיות שבאחד הימים יבטל המחוקק את הצורך בניהול משפט-זוטא ויורה על שילוב הראיות על השאלה, אם ההודאה ניתנה מרצונו הטוב של הנאשם, במערכת הראיות האחרות של התביעה ושל ההגנה. אך כל עוד לא עשה המחוקק כן, אין לסטות מן הנהוג של עריכת 'משפט-זוטא' על קבילותה של הודאה, מיד כאשר מתנגד הנאשם לקבלתה וטעמי התנגדותו מגלים נימוק מספיק לפסילת ההודאה".

משפטים מו תשע"ח      אופן בחינת הודאות חשודים בדין הפלילי בישראל: בחינה מהותית ופרוצדורלית של היחס בין סעיף 12 לפקודת הראיות לדוקטרינת הפסילה הפסיקית

כאמור, אחת הטענות הרווחות נגד משפט הזוטא היא היותו שתל משפטי מלאכותי הקשור בהדיקות לשיטת המושבעים.<sup>75</sup> כפי שראינו, ניתן לחלק ביקורות אלו לשניים: היעדר צורך במשפט הזוטא בשל מקצועיות השופטים והיעדר האפשרות ליצוק בו משמעות, מאחר שהשופט המכריע בתיק העיקרי הוא אף המכריע במשפט הזוטא. ביקורת זו מקבלת משנה תוקף כאשר המותב הדין בתיק העיקרי נחשף לא רק לנסיבות של גביית ההודאה אלא גם לתוכנה בעת משפט הזוטא – כפי שההלכה הישראלית כיום מאפשרת במקרים מסוימים.<sup>76</sup>

75 כפי שכותב אוריין, לעיל ה"ש 53, בעמ' 541: "חבר מושבעים מורכב מאנשים שאינם משפטים, אורחים רגילים של כל אחד מהם אורח-חיים שונה והוא מצטייד במסורת שונה. הגורם המאחד אותם הוא ניסיון חיים (common sense). קשה לדרוש מאנשים אלו להתעלם כליל מהודאה באשמה של הנאשם שהובאה לידעתם ושל אחר מכן הוכרזה על-ידי השופט כבלתי קבילה. לכן, מונעים מחבר המושבעים לעיין בהודאת חוץ של נאשם כל עוד לא נבדקה על ידי השופט (trial judge) ונמצאה קבילה"; עוד מציין המחבר כי מאז עניין *Denno*, לעיל ה"ש 59, שניתן בבית המשפט העליון בארצות הברית, אין משתפים עוד את חבר המושבעים בבתי המשפט בארצות הברית בקביעת כשרותה של הודאה כקבילה, ומובן שחבר המושבעים אינו קורא הודאת חוץ של נאשם כל עוד לא הכריז השופט שהיא קבילה. לאפשר לחבר המושבעים להיות "מורעל" באמצעות הודאת חוץ של נאשם תוך כדי הניסיון לקבוע את רצוניותה של ההודאה הוא מעשה אסור על פי החוקה של ארצות הברית. ראו גם שטרוזמן, לעיל ה"ש 44, בעמ' 205: "המסקנה היא, שאין צורך שנתהדר בהגנת הנאשם ובפיקוח על שיטות החקירה של המשטרה על-ידי ניהול משפט-זוטא, שמקומו בשיטת-משפט אחרת וחיוניותו שם להגנת הנאשם נובעת מהחשש מהשפעותיהן של ההודאות הפסולות על חברי-המושבעים. אצלנו, משפט-זוטא הוא נטע זה, שאינו משתלב עם שיטת-המשפט שלנו ואינו תואם את גישתנו לראיות אחרות ששאלת קבילותן נתונה במחלוקת, על-אף שתוכנן היה יכול להשפיע על חברי-המושבעים, אילו היה קיים אצלנו". וראו גם דבריו של השופט גויטיין בעניין *גרוסברגר*, לעיל ה"ש 39, בעמ' 190–191: "נוכחותו של חברי-המושבעים באנגליה והיעדרו בארץ הנם דבר בעל חשיבות יסודית. העובדה שחבר המושבעים עוזב את אולם בית-המשפט בשעה שמתנהל הדיון לגבי כשרותה של הודאת-הנאשם, מוכיחה כי קיים חשש שהמושבעים יושפעו מתוכן ההודאה באם יגיע לאזניהם, על אף אזהרתו של השופט שאסור להם להתחשב בה. לא הרי השופט בישראל כהרי המושבעים באנגליה; לאחר שישמע את הצהרת הנאשם, יכול השופט להחליט שאין היא כשרה כראיה ולהמשיך בבירור המשפט. ההנחה היא: שבהיות השופט מנוסה בהלכות ראיות, יוכל לשמוע את הראיות הכשרות ואת שאינן כשרות, ובסופו של דבר יתן את החלטתו רק בהתאם לראיות הכשרות; לא כן שנים-עשר המושבעים, שבהיותם אנשים פשוטים – בין מנקי רחובות בין חנוונים – בשמעם שהנאשם עצמו הודה במשטרה שהוא הוא שביצע את העבירה – יהא זה קשה מנשוא עבורם שלא להתחשב בדברים הללו שהנאשם אמרם, כביכול, בעצמו. וקיים חשש שיאמרו בינם לבין עצמם: 'מי יודע טוב יותר מהנאשם עצמו, ומה לעורך-הדין כי ידבר על ראיות כשרות ופסולות?'". ראו גם דברי השופט ח' כהן בעמ' 127/76 *ברנס נ' מדינת ישראל*, פ"ד ל(3) 507, 512 (1976): "השופטים המלומדים לא הסתכלו בהודיה עצמה, בטרם החליטו החלטתם שקבילה היא כראיה – משל למושבעים הדיוטות, שאין מראים להם מסמך בטרם החליט השופט שקביל הוא כראיה. אם קיים חשש סביר שמושבעים הדיוטות לא יהיו מסוגלים להוציא מלבם את אשר קראו קודם לכן ועל-פיו התרשמו כאשר התרשמו – לגבי שופטים מקצועיים חשש כזה איננו סביר. אפילו ראו וקראו מסמך שקבילותו כראיה מוטלת בספק, משהחליטו לדחותו ולא לקבלו כראיה, חזקה עליהם שסיחור דעתם ממנו לחלוטין, כאילו לא ראוהו ולא קראוהו מימיהם".

76 בעבר היה אסור לבית המשפט להיחשף לתוכנה של ההודאה לצורך קביעת קבילותה. ראו עניין *לוי*, לעיל ה"ש 49, בעמ' 92: "[...] כאשר הצהרותיו של נאשם, אשר נעשו מחוץ לבית המשפט, מותקפות לא בשל מה שכתוב בהן, אלא – כמו במקרה דנן – בשל פגם חיצוני, כגון: שנגבו בדרך לא חוקית, זכותו של הנאשם היא, שתכנן של אותן הצהרות לא יהיה לנגד עיניו של בית המשפט, ושלא יקרא בהן כלל,

אף שמדובר בשתי ביקורות שונות בתכלית, יש נטייה לאחד אותן באופן שפוסט על השאלה אם ניתן לצקת תוכן בהפרדה, מתוך הנחה שהפרדה איננה נחוצה כלל בגלל היותם של השופטים מקצועיים. הנחת היסוד שבבסיס גישות אלו למשפט הזוטא, ודיני הראיות בכלל, מניחה שהדיוטות ניחנים בכושר קוגניטיבי נמוך משל שופטים. אולם כפי שראינו, על הנחה זו ניתן לחלוק משני כיוונים: תחילה, לא ברור כלל ששופטים אכן אינם סובלים מהטיות קוגניטיביות דומות, ואף אם שופטים נתונים פחות להטיות מעין אלו, מדובר על ספקטרום ולא על בינריות. יתר על כן, מערכות משפט הממשיכות להעסיק מושבעים יוצאות מתוך נקודת הנחה שהדיוטות טובים ומוכשרים לבצע את מלאכת ההכרעה המופקדת בידיהם אף בדיני נפשות. לו הייתה האמונה שהדיוטות אינם יכולים לבצע מלאכה זו, הרי שלא היו מפקידים את ההכרעה בידיהם. כמו כן, כפי שראינו, עיון היסטורי במוסד משפט הזוטא מלמד שהפרדת סמכות ההכרעה בדבר קבילותן של הודאות ומסירתן לשופטים לא נבעה בהכרח מתוך חוסר אמון ביכולתם של מושבעים להכריע נכונה, אלא ייתכן שנבעה מתוך ההבנה שעל מנת לצקת תוכן אמתי בפסילת ההודאה, אי אפשר להפקיד מלאכה זו בידי אותו הגוף המכריע בתיק.

אם כן, נפנה לשאלת הבידוד בין השופט המכריע במשפט הזוטא לבין הגוף המכריע בהליך העיקרי – והיעדרו של היבט זה במערכת המשפט הישראלית. אמנם יש ממש בטענה שחשיפת השופט לקיומה של הודאה – קל וחומר לתוכנה – שוללת את אחת ממטרותיו המרכזיות של משפט הזוטא. עם זאת יש דרכים חלופיות שבהן מערכת המשפט הישראלית יכולה ליצוק במשפט הזוטא תוכן הדומה לזה הקיים בשיטות מושבעים. דרך אחת היא להנחות שופטים שהחליטו בתום משפט זוטא לפסול הודאה להעביר את הדיון בתיק למותב

ובמיוחד עם סיומו של המשפט, כשהוא סוקר את כל חומר הראיות ועובר לכתיבת פסקו, כדי שלא תהא עליו השפעת עקיפין ממה שנאמר בהן". על עמדה זו חזרו בתי המשפט עד שנות השישים. ראו עניין יאסין, לעיל ה"ש 14, בעמ' 1556: "בבואו להחליט, אם הנסיבות מחייבות להסיק שההודאה אינה קבילה, חלילה לו, לבית המשפט, לשעות אל תוכנה [...]". אולם ההלכה כיום היא הפוכה: לבתי משפט כיום מותר לעיין בתוכן ההודאה כדי לקבוע את קבילותה. ראו לעניין זה פרשת אבו מידג'ם, לעיל ה"ש 13, בעמ' 540: "בנוגע לשאלה אם מותר לבית המשפט לעיין בהודאה עצמה לפני שהוא מחליט על קבילותה, יתכן שהרחקנו לכת באיסור על כך שמקורו בהפרדת הסמכויות בין השופט וחבר המושבעים באנגליה". עם זאת בע"פ 296/85 חמידאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(4) 564, 573 (1987), נקבע כי "לא די לתביעה, כי תבקש מבית המשפט שיעיין באמרה [...] אלא עליה לפרט בקשתה ולנמקה. זאת כדי לשכנע את בית המשפט, כי על-פי המבחן הראוי שנוכר לעיל קיימת הצדקה להיעתר לבקשה". ראו קדמי, לעיל ה"ש 41, בעמ' 1442. ראו גם ע"פ 516/79 בר-זיו נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(2) 576, 585 (1981): "יש שופטים הגורסים, כנראה, כי עיון שכזה אסור הוא [...], ואחרים גורסים, כי הוא מותר [...]". כשלעצמי נראה לי, כי יש להשאיר השאלה, אם לעיין בהודאה אם לאו, לשיקול-דעתו של בית המשפט, שכן עשויים להיות מקרים, בהם עיון בהודאה עשוי להשליך אור ישיר על עצם קבילותה [...]"; פרשת מועדי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 263: "לדעתי, רשאי בית המשפט, אם נראה לו מן הדרוש ומן הנכון, לקרוא את האמור בהודיה כדי להכריע, אם היא ניתנה מרצונו החופשי של הנאשם. איסור העיון בהודיית הנאשם, שיסודו במציאות המשפטית האנגלית של שיפוט בידי חבר מושבעים, קשה להצדיקו בשיטה המשפטית הנהוגה אצלנו. והרי מעשים שבכל יום הם, שבית המשפט מעיין בהודייתו של נאשם, אך אינו סומך על האמור בה – ומתעלם מכך – ככל שמצויים בהודיה דברים, הנוגעים לנאשם אחר השותף לאותה עבירה, ואין אנו חוששים, שמא מושפע בית המשפט מעיונו בהודיה גם לעניין הכרעתו בדיון של הנאשם השותף לעבירה".

משפטים מו תשע"ח אופן בחינת הודאות חשודים בדין הפלילי בישראל: בחינה מהותית ופרוצדורלית של היחס בין סעיף 12 לפקודת הראיות לדוקטרינת הפסילה הפסיקית

אחר, בדומה להנחיות חוק סדר הדין הפלילי במקרים של קדם-משפט.<sup>77</sup> הצעה זו נסמכת על ההבנה שיש ראיות שגם שופט מקצועי איננו יכול להתעלם מקיומן, ומרגע שנחשף אליהן – לא ראוי שיכריע בהליך העיקרי. פתרון זה איננו זר למערכת המשפט הישראלית: זוהי, בין היתר, הסיבה שבגללה שופטי מעצרים, הנחשפים לעברם הפלילי של נאשמים, אינם דנים בתיק העיקרי אף שייטכן שאם היו עושים כן היה בכך כדי ליעל את ההליך הפלילי.

אולם גם אם לא תאומץ הגישה המחייבת את העברת ההליך למותב שופטים אחר במקרים שבהם נפסלו הודאות, הרי שעדיין יש הצדקה לקיומו של משפט זוטא. יש הטוענים שמלאכותיותו של משפט הזוטא והיותו נטע זר למשפט הישראלי דווקא פוגעים בזכויות נאשמים. קרמניצר וסנג'רו טוענים שההפרדה בין שלב משפט הזוטא, שבו נבחנת ומוכרעת שאלת קבילות ההודאה, והשלב השני, המשפט העיקרי, שבסיומו נקבע משקל ההודאה – פועלת לרעת הנאשם. לטענתם, היא יוצרת נטייה בקרב שופטים לקבוע במשפט הזוטא שההודאה קבילה מתוך הסתמכות על השלב שלאחר מכן – הכרעת הדין בהליך העיקרי – שבמסגרתו נקבע משקלה של ההודאה. לטענתם, בתי המשפט מניחים שההכרעה באשר לקבילות אינה גורלית, שהרי לאחר מכן יהיה ניתן לייחס להודאה משקל קטן אם יש לכך הצדקה.<sup>78</sup> לדעת קרמניצר, "אין בהכרח תחושה של הכרעה גורלית, של סוף פסוק מעשי בשאלת חפותו או רשעותו של הנאשם".<sup>79</sup> לכן, לדעתם, שופטים בישראל ממעטים לפסול הודאות. אולם הנחה זו מבוססת בעיקרה על אינטואיציה ולא על מחקר אמפירי, ולא ברור אם ביטול משפט הזוטא בהכרח ישנה את המצב הקיים באופן שייטיב עם נאשמים בהיבט זה.

כנגד עמדתם של קרמניצר וסנג'רו ניתן לטעון כי היעדרו של משפט זוטא דווקא עשוי להזיק עוד יותר: התומכים בביטולו של משפט הזוטא אינם מייחסים משקל ראוי לכך שהליך נפרד זה מסייע לזקק את השאלה המשפטית הטעונה הכרעה: רצונו החופשי של הנחקר. דחיית ההכרעה בדבר קבילותה של הודאה לתום ההליך עלולה להקשות על בית המשפט לבודד את שאלת אוטונומיית הרצון משיקולים כגון מהימנות הראיה או להקשות עליו להתעלם משיקולים שאינם רלוונטיים (דוגמת חומרת העברה וקיומן של ראיות חלופיות מלבד ההודאה אשר אינן אמורות להישקל במסגרת סעיף 12). בדחיית מועד ההכרעה יש כדי להקשות על שופטים להתמקד בשיקולים הרלוונטיים כפי שסורטטו בחלקה הראשון של הלכת יששכרוב (הדן בסעיף 12) ובפסיקה שקדמה לה בייחוד במקרים שבהם בית המשפט מחד השתכנע במהימנות ההודאה, ומאידך הוא סבור שנשלל רצונו החופשי של הנחקר שלא לצורך. במקרים אלו שופטים יתקשו, מסיבות מובנות, לבצע את מצוות סעיף 12 ולפסול את ההודאה מאחר שמשמעותה הישירה והמידית של הכרעה זו עשויה להיות זיכוי של אדם אשר בית המשפט השתכנע במשך ההליך באשמתו, בין היתר

77 ראו ס' 143א(ה) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.

78 בועז סנג'רו "ההודאה כבסיס להרשעה – האומנם 'מלכת הראיות' או שמא קיסרית הרשעות השווא" עלי משפט ד 245, 257 (2005); מרדכי קרמניצר "הרשעה על סמך הודאה – האם יש בישראל סכנה להרשעת חפים מפשע?" המשפט א 205, 206-205 (1993).

79 שם, בעמ' 214.

בשל התלכדות ההודאה עם יתר ראיות התביעה.<sup>80</sup> לעומת זאת הכרעה מיד לאחר משפט הזוטא, בתחילתו של ההליך הפלילי, כאשר שאלת קבילותה של ההודאה עומדת לדיון בבדידותה, וכאשר עוד לא נפרסה יתר התשתית הראייתית בתיק חוסכת משופטים דילמה קשה זו,<sup>81</sup> במיוחד אם ההכרעה בהליך העיקרי תועבר למותב אחר אם נפסלה ההודאה, כפי שהוצע לעיל.

יתרה מזאת, למשפט הזוטא נודע תפקיד חשוב בהטלת האחריות לפסילה על המשטרה ולא רק על השופט. משפט הזוטא מבודד את הדיון בשאלת האמצעים שננקטו כלפי הנחקר באופן שמציג בפני הציבור והמשטרה במישרין את השלכות התעלמותה של המשטרה מן החוק. הותרת ההכרעה לתום ההליך עלולה לטשטש מסר זה. בידודו של משפט הזוטא מונע מהאחריות לפסילת ההודאה (ולזיכוי הנאשם במקרים מסוימים) מלהיות מוטלת רק על ראשו ועל מצפונו של השופט; במקום זאת מתחדדת ההכרה בהיות המשטרה, אשר שללה מן הנחקר את רצונו החופשי, אחראית לפסילה. כיוון שההיזקקות לאלימות ולאמצעים פסולים אחרים מצד חוקרי המשטרה היא תופעה קיימת, אין לוותר על אותם אמצעי פיקוח מעטים, אפילו יש בהם רק סיכוי־מה לצמצם את התופעה.<sup>82</sup>

שימור משפט הזוטא כשלב פרוצדורלי נפרד מבטיח גם שמירה על זכויות חשודים, ובמיוחד מבטיח שמירה על היבט חשוב של זכות השתיקה של הנאשם במשפטו.<sup>83</sup> קיומו של משפט הזוטא מאפשר לנאשם להעיד על נסיבותיה של גביית ההודאה (ולא להסתפק בחקירה נגדית של עדי התביעה או בהבאת עדים אחרים מטעמו) מבלי להקריב בהכרח את זכות השתיקה המוקנית לו בהליך העיקרי.<sup>84</sup> אמנם התביעה היא הנושאת בנטל השכנוע בדבר רצונו החופשי של הנאשם במתן הודאתו, אולם משזו עמדה בנטל הראשוני, נודעת חשיבות לעדותו של הנאשם עצמו על נסיבות חקירתו. במסגרת משפט הזוטא יכול הנאשם להעיד, אם ירצה, אך ורק על נסיבות גבייתה של הודאת החוץ שלו – מבלי שהתביעה תוכל

80 אליהו הרנון "היש מקום למהפכה בדיני הראיות? (הערות על הצעת חוק הראיות, התשמ"א-1981)" משפטים יב 575, 590 (1983) (להלן: הרנון "מהפכה בדיני הראיות?"); הרנון דיני ראיות, לעיל ה"ש 41, בעמ' 281.

81 מובן שדיון זה מניח שרצוי הוא שנאשם יזכה אף אם בית המשפט השתכנע באשמתו אם אין די ראיות קבילות נגדו ללא הודאתו, וכשהוכרע שלא ניתנה מרצון חופשי. ניתן כמובן לחלוק על עמדה זו, אך בנקודה זו אנו מקבלים את נקודת המוצא של בית המשפט העליון בפרשת יששכרוב, לעיל ה"ש 1, שזוהי אכן העמדה הרצויה.

82 הרנון "מהפכה בדיני הראיות?", לעיל ה"ש 80, בעמ' 590. וראו גם דבריו של השופט ברק בעניין אפללו, לעיל ה"ש 46, בעמ' 574: "כשלעצמי, רואה אני את עיקר מעלתו בכך שיש לו השפעה על הגינות החקירה המשטרית"; אך ראו תשובתו של שטרומן, לעיל ה"ש 44, בעמ' 203: "הדרישה להשאיר את משפט-הזוטא על כנו יכולה להתבסס רק על הצורך להבטיח את שלום הנחקרים מפני אלימות השוטרים, אשר ידעו שאין הודעה כפויה משמשת ראיה. אינני בטוח כי אכן חשש זה מונע את החוקרים מלהוציא הודאות בדרכים פסולות. יש אומרים שהאיסור על קבלת הודאות מטעמים אלה מעודד את החוקרים להסתיר את האמת מבית-המשפט על שיטות החקירה".

83 R. v. Brophy, [1982] AC 476 482 (HL) 482 (appeal taken from N. Ir.).

84 מובן שהנאשם יוכל באמצעות חקירת עדי התביעה ועדים נוספים מטעמו – אם במשפט זוטא ואם בהליך העיקרי – להעלות חלק מראיותיו בדבר האמצעים הפסולים שננקטו כלפיו, אולם אלו לעתים קרובות אינם מספיקים.



לחקור אותו בחקירה נגדית לגופו של עניין על העברה המיוחסת לו. אם יבוטל משפט הזוטא, ודינן של הודאות יוכרע כפי שמוכרעת קבילותן של יתר הראיות, הרי שמסירת גרסתו של הנאשם בדבר הנסיבות של גביית הודאתו תידחה (אם בכלל יבחר להעיד) לפרשת ההגנה.<sup>85</sup> בכך יש כדי לכפות על נאשמים בחירה לא הוגנת בין שתיקה ובין עדות וחקירה נגדית מלאה בהליך העיקרי שלא תוגבל לבחינת נסיבות חקירתם והיות הודאתם חופשית ומרצון. זאת אף שרשויות החקירה – ולא הנאשם – הן האחראיות (אם תתברר טענתו כאמתית) לשלילת רצונו החופשי בגביית ההודאה. למעשה, ביטול משפט הזוטא מעניק לתביעה יתרון בחקירתו הנגדית של הנאשם בשל הפרת חוק של המשטרה. לא זו בלבד אלא שההודאה תהיה מונחת לנגד עיני בית המשפט במהלך כל פרשת התביעה באופן שעשוי לעצב את אופי ההתדיינות בהליך כולו. חלופה אחרת, והוגנת עוד פחות, היא להקדים את עדותו של הנאשם לפרשת התביעה מיד עם הגשת הודאתו. הקדמת העדות שתפר לחלוטין את סדר ההליך בשיטתנו המשפטית ובתפיסה שלפיה על התביעה להוכיח בעצמה את יסודות כתב האישום מבלי להידרש לעזרת הנאשם בביסוס התיק.

טענה נוספת בפי מבקרי משפט הזוטא במתכונתו הנוכחית היא היותו הליך המסרב למאריך את המשפט שלא לצורך.<sup>86</sup> אולם אין ביטחון שביטול משפט הזוטא יגביר בהכרח את יעילות ההליך.<sup>87</sup> ממילא כל עוד נודעת משמעות ראייתית להיותה של הודאה חופשית ומרצון, שומה על בית המשפט לבחנה לפני שהוא נסמך עליה בהכרעתו; בדיקה כזו לא תהיה בהכרח קצרה יותר אם תיערך בשלב מאוחר יותר של ההליך. אדרבה, ההכרעה במשפט הזוטא עשויה דווקא לקצר את ההליך משום שבמקרים רבים היא מייטרת את המשכו:<sup>88</sup> מרגע שהוכרע שההודאה קבילה יכול נאשם שהשליך את יהבו על קבלת טענתו לפסלותה להסיק שכלתה אליו הרעה. במקרה כזה אפשר שיעדיף להודות – אם כחלק מהסדר טיעון ואם לאו – בתקווה שהדבר יוביל להמתקת עונשו. מנגד, במקרים שבהם ההודאה היא ראייה מרכזית שבהיעדרה אין לתביעה די ראיות כדי לבסס הרשעה, פסילת ההודאה בשלב מוקדם עשויה אף היא לייתר את קיומו של הליך מלא, שכן במקרים שבהם התביעה מתבססת על ההודאה ועל "דבר מה נוסף" ללא ההודאה, ייתכן שלא ימצאו די ראיות אחרות להרשעה.<sup>89</sup> דחיית ההכרעה בשאלת קבילות ההודאה לתום ההליך במקרים

85 דחיית הכרעה זו גם עלולה להעניק לתביעה הזדמנות לעצב את הנרטיב של אופן גביית ההודאה באופן שעדותו של הנאשם בדבר האמצעים שנקטו כלפיו כבר תהיה משכנעת הרבה פחות. עדות הנאשם במשפט הזוטא מאפשרת לו להכות בברזל בעודו חם. לעניין חשיבותם של דיני הראיות במשפט האנגלו-אמריקני במניעת הקשחתם של נרטיבים ראו DAMAŠKA, לעיל ה"ש 56, בעמ' 79.

86 ראו למשל ע"פ 412/70 ליבוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד כה(2) 225, 227 (1971): "[...] ואשר לא משפט זוטא כי אם משפט רבא הוא השם הראוי לו [...]" (מפי השופט חיים כהן); ע"פ 400/66 אבו-חצירה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כ(4) 787, 797 (1966): "[...] וייתכן ובדרך זו אפשר יהיה לחסוך מקצת מזמנו של בית-המשפט המבוזבו יתר-על-המידה במשפטי 'זוטא'".

87 הרנון "מהפכה בדיני הראיות?", לעיל ה"ש 80, בעמ' 590.

88 כך לדוגמה בעברות נגד ביטחון המדינה (הרנון דיני ראיות, לעיל ה"ש 41, בעמ' 281).

89 אמנם לצורך הרשעה הפסיקה דורשת "דבר מה נוסף", אולם במקרים מסוימים ניתן להשלים "דבר מה" זה באמצעות שתיקת הנאשם. ראו לעניין זה רע"פ 4142/04 מילשטיין נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סב(1) 378 (2006). מכל מקום, בתיקים שבהם הציעה התביעה הודאה ותוספת ראייתית אפשר שההליך יתמשך שלא לצורך לפרשת הגנה ארוכה כאשר מראש לא היה בה צורך משום שדין ההודאה להפסל.



כגון אלו יכולה לחייב שמיעת פרשת הגנה מלאה, שייתכן שאין בה כלל צורך. לפיכך גם מבחינת יעילות ההליך יש ערך בקיומו של משפט זוטא ובהכרעה מוקדמת בשאלת קבילותה של הודאה.

### 5. המסגרת הדיונית לבחינתן של הודאות מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית

בחלק הראשון דנו בהבדלים המהותיים שבין סעיף 12 לבין דוקטרינת הפסילה הפסיקתית. אולם לצד הבדלים אלו בדין המהותי יש – או לפחות ייתכנו – גם הבדלים פרוצדורליים בין השניים: המשפט המקובל קובע שעל בחינת רצונית ההודאה להתבצע במסגרת משפט זוטא ברגע שהתביעה מבקשת להגישה – על פי רוב בתחילת פרשת התביעה – ואילו בית המשפט העליון בפרשת יששכרוב לא קבע מפורשות את הזמן ואת האופן שבהם יש לבחון מבחינה פרוצדורלית הודאות לאור דוקטרינת הפסילה הפסיקתית. האם יש להכריע גם בכך במסגרת משפט זוטא, או שמא רק בסוף ההליך, לאחר שנפרסה כלל התשתית הראייתית? אמנם בפרשת יששכרוב ובפסיקה שבאה בעקבותיה נקבע כי הודאות נתונות לבחינה דו-שלבית, האחת מכוח סעיף 12 והאחרת מכוח הדוקטרינה הפסיקתית,<sup>90</sup> אולם לא ברור מפסק הדין אם יש גם פער זמנים בין השניים. מהעובדה שדוקטרינת הפסילה הפסיקתית מציעה לבתי המשפט לשקול את חיוניות הראיה בהכרעתו בעניין הפסלות משתמע שעליו להמתין לתום פרשת ההוכחות. אולם הלכת יששכרוב לא קבעה זאת מפורשות.<sup>91</sup> לדעתנו, הטעמים שבגינם יש לקיים משפט זוטא בטענות מכוח סעיף 12 תקפות באותה מידה לבקשות פסלות מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית.

בפרשת שמש נדרש בית המשפט העליון באמרת אגב לשאלת המועד והמסגרת הדיונית לפסלות הודאות.<sup>92</sup> השאלה המרכזית שעמה התמודד בית המשפט הייתה שונה מעט מהשאלה שעליה נסב הניתוח דנן. שם נשאלה השאלה אם ניתן לפסול ראיות מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית עוד בשלב החקירה המשטרית, בטרם הוגש כתב אישום, או שמא רק בשלב המשפט עצמו. עם זאת במענה לשאלה זו התייחסו השופטים באמרות האגב שלהם לסוגיות רחבות יותר של התזמון והמסגרת הדיונית לטענות פסלות מכוח הדוקטרינה הפסיקתית באופן המקרין על הסוגיה שבה עסקינן. דעת הרוב סברה שאין מקום לייחד הליך נפרד לבחינת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין לפני הגשת כתב אישום, ואילו השופט דנציגר סבר (בדעת מיעוט) שהן מבחינת הוגנות ההליך והן מבחינת יעילותן יש טעם במיצוי הדיון בשאלות קבילות מעין אלו בשלב מוקדם ככל שניתן, ואם צריך – אף בהליך מקדמי נפרד בשלב החקירה המשטרית.<sup>93</sup> את עמדתו סמך השופט דנציגר בין היתר על מגמות בדין האוסטרלי, הקנדי<sup>94</sup> ואף הישראלי, המאפשרות – ולעתים מחייבות – דיון בטענות נגד

90 ע"פ 10715/08 ולס נ' מדינת ישראל, פס' 20 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 1.9.2009).

91 בנוסף, הלכת יששכרוב לא שינתה את המשפט המקובל באשר לקיומם של משפטי זוטא מכוח סעיף 12.

92 דנ"פ 5852/10 מדינת ישראל נ' שמש, פ"ד (2) 363 (2012).

93 שם, פס' 7 לפסק דינו של השופט דנציגר.

94 בקנדה, מקום הולדתה של דוקטרינת יששכרוב, מקובל לנהל משפט זוטא אף במקרים שבהם נטען שהופרה זכות מכוח הצ'רטר. במצבים שבהם התנגדותו של הנאשם לקבילות הודאתו נובעת הן מכך שזו נמסרה בניגוד לרצונו החופשי והן אגב הפרה של אחת מזכויותיו מכוח הצ'רטר מקובל לנהל את מה

משפטים מו תשע"ח אופן בחינת הודאות חשודים בדין הפלילי בישראל: בחינה מהותית ופרוצדורלית של היחס בין סעיף 12 לפקודת הראיות לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית

הוגנות ההליך – לרבות דיון בקבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין – בהליך מקדמי לפני הדיון העיקרי (כגון משפט זוטא). בתגובה לדעת הרוב כתב דנציגר כי השיקול של חיוניות הראיה ומרכזיותה – אשר כאמור לעיל יכול להוביל למסקנה שניתן ליישם את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית רק בתום ההליך – צריך להיות משני ביחס לפגיעה בזכותו של הנאשם להליך הוגן. במקרים שבהם הפגיעה הייתה בוטה, מרכזיות הראיה לדידו איננה יכולה "להציל" את ההודאה. לכן אין לדחות את הדיון גם אם משמעות הדבר היא שלא יהיה ניתן לעמוד בשלב הפסילה על חיוניות הראיה לאישום במלואה.<sup>95</sup>

בתגובה כתבה הנשיאה ביניש כי עמדתו של דנציגר עומדת בניגוד מוחלט ל"מושכלות יסוד", אשר הלכת יששכרוב היא אך דוגמה אחת ליישום, ולפיהם "שום זכות של אדם, היא מעמדה אשר יהא, אינה מוחלטת [...]".<sup>96</sup> ביניש אמנם הכירה בכך שכאשר מדובר בהפרה חמורה ובוטה של הזכות להליך הוגן, יידרשו שיקולים כבדי משקל כדי להכשיר את הראיה, אולם היא קבעה כי "גם בנסיבות מעין אלה תידרש עריכת איזון בין השיקולים השונים, ואין לקבוע באופן אפ-רירי כי הזכות להליך הוגן נהנית מעדיפות מוחלטת".<sup>97</sup> עם זאת קבעה ביניש ש"אין חולק כי מבחינת סדר הבאת הראיות במשפט ניתן בהחלט לדון בשאלת קבילותה של ראיה מסוימת מייד לאחר פתיחת המשפט".<sup>98</sup> משמע, אף הנשיאה ביניש לא שללה את האפשרות שדיון בקבילות הודאות מכוח הדוקטרינה הפסיקתית יתקיים בהליך פרוצדורלי מוקדם ונפרד דוגמת משפט זוטא.

גם בפרשת גטצאו נדרש בית המשפט העליון בשולי פסק דינו לשאלת התזמון והמסגרת הדיונית.<sup>99</sup> במקרה זה נתגלעה באמרת אגב מחלוקת בין דעת הרוב (מפי השופטים שהם ועמית) לבין שופט המיעוט ג'ובראן סביב השאלה אם בכלל יש מקום לדון בפסילתה של הודאה מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית מקום שבו התשתית הראייתית מספיקה להרשעת הנאשם אף ללא ההודאה השנויה במחלוקת. השופט שהם סבר שאין לסרב ולהאריך את ההליך בשאלות תאורטיות מקום שאין להן נפקות מעשית לתוצאת ההליך. השופט ג'ובראן לעומתו סבר שיש טעם לדון בשאלת פסילתן של ראיות מרכזיות – כגון הודאות – גם אם הדבר לא ישליך על תוצאת ההליך, ושלעיתים אף מוטב לעשות זאת בהליך

שקרוי "Blended Voir Dire". ראו R. v. Voss, (1989) 50 C.C.C. (3d) 58 (Can. Ont. C.A.). יש לציין שבקנדה קיימים פערים בנטל ההוכחה בבקשות פסילה בין זה שמכוח המשפט המקובל לבין זה שמכוח הצ'יטר: בבקשות פסילה מכוח המשפט המקובל על התביעה להוכיח את חופשיות הרצון של הנאשם מעבר לספק סביר (כמו בישראל), ואילו בבקשות פסילה מכוח הצ'יטר הנטל הוא על הנאשם לבסס את הפגיעה בזכויותיו. לכן אף שקבילות ההודאה נידונה באותו הליך של blended voir dire, על בית המשפט להפריד באופן ההכרעה בין השאלות השונות. בארץ שאלת נטל ההוכחה ומידתה מכוח הדוקטרינה הפסיקתית נותרה בפרשת יששכרוב בצריך עיון.

95 עניין שמש, לעיל ה"ש 92, פס' 8 לפסק דינו של השופט דנציגר: "כך, למשל, עת מדובר בהפרה חמורה ובוטה של הזכות להליך הוגן, לא יהיה כלל צורך במלאכת האיזון האמורה, שכן שיקול זה צריך שיגבר על כל שיקול אחר. לכן אף מתאיין הצורך בדחיית המועד לדיון בטענות המבוססות על פגיעה בזכות להליך הוגן".

96 שם, בעמ' 405.

97 שם.

98 שם.

99 ע"פ 6144/10 גטצאו נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.4.2013).

נפרד ומוקדם לפני שנגלתה בפני בית המשפט התשתית הראייתית המלאה. השופט עמית הוסיף בפסק דינו הנפרד שדיון בקבילות הודאה בשלב מוקדם בהליך עשוי למנוע מבית המשפט לאזן בין אינטרסים באופן שבו הנחה בית המשפט בפסק דין יששכרוב:<sup>100</sup> בית משפט לא יוכל לאמוד את מרכזיות הראיה – שיקול שנזכר מפורשות בפרשת יששכרוב – אלא לאחר שנחשף לכלל המסכת הראייתית של התביעה. מכך נובע שהעת הנכונה לבחון קבילותה של הודאה מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית היא בתום ההליך בלבד, אולם ייתכן שאז תתייטר השאלה בשל קיומן של ראיות חלופיות מספיקות.

אשר לטעמים שמנה השופט ג'ובראן לנימוק עמדתו, תחילה הסביר ג'ובראן כי הימנעות מהכרעה בסוגיית קבילותה של ראיה שהושגה שלא כדין יכולה להוביל לכך שהראיה השנויה במחלוקת בכל זאת תשפיע בפועל על תוצאת ההליך.<sup>101</sup> וגם אם זו למעשה לא השפיעה, אפשר שייווצר רושם ציבורי שהיא הכריעה את הכף לרעת הנאשם.<sup>102</sup> מאחר שטוהר ההליך השיפוטי הוא אחת מן התכליות של דוקטרינת הפסילה החוקתית, הרי שיש חשיבות מיוחדת לכך שהצדק ייראה ולא רק ייעשה.

שנית קבע ג'ובראן שהכפפת ההכרעה בקבילות הראיה לנחיצותה להכרעה למעשה מרוקנת במקרים רבים את הדוקטרינה מתוכנה. אף שהרתעת המשטרה מעולם לא הייתה תכלית מרכזית של הדוקטרינה, היעדר התייחסות שיפוטית לראיה שנגבתה שלא כדין רק משום שאין היא נחוצה להרשעה משמעותה שבית המשפט יעבור לעתים קרובות לסדר היום על הפרות חוק – אפילו בוטות – של המשטרה רק מאחר שאין נלווית לפסילת הראיה תוצאה אופרטיבית ישירה. בכך תאבד האפשרות להשתמש בדוקטרינה כדי לחדד את תחומי האסור והמותר בחקירות משטרה, וזוהי אחת מתוצאות הלוואי הרצויות של דוקטרינת יששכרוב. לנימוק זה של השופט ג'ובראן ניתן להוסיף שמאחר שמרכזיות הראיה נכללה בתור שיקול אחד מני רבים במסכת האיזונים שנקבעה בפרשת יששכרוב לשם הכרעה בשאלת הקבילות, משתמע שיש לפחות לדון בפסלות הראיה גם אם היא איננה נחוצה להכרעה; לא ראוי מטעם זה לבדו לדלג על הדיון בשאלת הקבילות כולה כל אימת שהראיה איננה חיונית.

נימוק נוסף בפי השופט ג'ובראן הוא שעל הנאשם לדעת בפתח פרשת ההגנה אם הודאתו תיפסל כדי לכלכל צעדיו בהמשך. התנהלותו של הנאשם בהגנתו, במיוחד בחירתו אם להעיד, באשר על אילו נושאים להעיד ומה לומר בעדותו, נקבעת במידה רבה בהכרעה אם הודאת החוץ שלו תתקבל כראיה.<sup>103</sup> על שיקול זה עמדנו לעיל, מזווית אחרת, כאשר דנו בחשיבותו של משפט הזוטא גם במערכת משפט ללא מושבעים. לדוגמה, בחירת הנאשם אם למסור בבית המשפט גרסה שונה מהודאת החוץ שהתביעה מבקשת להגיש מפיו יכולה להיות מושפעת מן השאלה אם ההודאה התקבלה, שכן אם ימצאו אי-התאמות בין

100 שם, פס' 29 לפסק דינו של השופט שהם, פס' 10–12 לפסק דינו של השופט ג'ובראן; פס' א ר-ג לפסק דינו של השופט עמית.

101 שם, פס' 13 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

102 שם, פס' 14 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

103 שם, פס' 17 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

משפטים מו תשע"ח אופן בחינת הודאות חשודים בדין הפלילי בישראל: בחינה מהותית ופרוצדורלית של היחס בין סעיף 12 לפקודת הראיות לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית

שתי הגרסאות, הראיות נגדו עלולות להתחזק.<sup>104</sup> ג'ובראן אמנם נמנע מלומר דברים נחרצים בעניין התזמון והמסגרת הדיונית לבחינתן של הודאות, אולם הוא העיר ש"אפשר שהגיעה העת להצמיד את הדין הפרוצדוראלי הנוגע לבחינת קבילותה של ראיה מכוח סעיף 12 לפקודת הראיות לדין החל על בחינת קבילותה של ראיה מכוח הלכת יששכרוב, ולקבוע כי במקרים המתאימים, בהם ראוי בשל מרכזיותה של הראיה להשלים את בירור קבילותה של הראיה בטרם מתן פסק הדין, יערך משפט זוטא".<sup>105</sup>

לנימוקיהם של ג'ובראן ודנציגר ניתן להוסיף עוד סיבה – יעילות – שבגללה יש להכריע בקבילותן של הודאות לפי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית במסגרת משפט הזוטא. מאחר שרבים מן המקרים המעוררים שאלות קבילות מכוח הדוקטרינה הפסיקתית מעוררים גם שאלות בדבר תחולתו של סעיף 12 (כפי שהיה בפרשת יששכרוב עצמה), הליך הזוטא יתקיים בלאו הכי. בדחיית ההכרעה בקבילות הראיה מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית יש כדי לסרב לא לצורך את ההליך וליצור כפילות הן בהבאתן של ראיות לעניין קבילותה של ההודאה והן בטיעוני הצדדים בדבר פסלותה.

בערכאות הדיוניות שוררת לא מעט אי־ודאות סביב שאלת התזמון והאופן שבו יש לדון בקבילותן של הודאות לאור דוקטרינת הפסילה הפסיקתית. השופט מיכאל קרשן – חבר בוועדת ארבל<sup>106</sup> – עמד על חוסר ודאות זה ועל נפקותיותו בפירוט בפרשת ירון.<sup>107</sup> בוועדת ארבל עצמה הועלתה שאלת התזמון ואופן בחינתן של הודאות לאור דוקטרינת הפסילה הפסיקתית כחלק מן המצע לדיון, אולם היא לא נידונה לעומקה.<sup>108</sup> באחד מן הנוסחים

104 ש.ם.

105 ש.ם, פס' 14 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

106 לעיל ה"ש 36.

107 ת"פ (שלום כ"ס) 2912-07 מדינת ישראל נ' אלון ירון, פס' 107–112 (פורסם בנבו, 12.7.2012). בין היתר מפנה בית המשפט לת"פ (שלום ת"א) 4932/06 מדינת ישראל נ' אינדיג (פורסם בנבו, 3.9.2008), ולת"פ (שלום נצ') 4813/05 מ' י' פרקליטות מחוז הצפון-פלילי נ' חברת דקל עבודות בטון (פורסם בנבו, 29.3.2009), שם הוכרעה קבילותן של ההודאות לפי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית במסגרת משפט זוטא. לעומת זאת בת"פ (מחוזי י-ם) 377/04 מדינת ישראל נ' וול (פורסם בנבו, 3.7.2007) ובת"פ (מחוזי י-ם) 1061/05 מדינת ישראל נ' גבע (פורסם בנבו, 11.6.2009) נדחתה ההכרעה לתום ההליך (אף שראוי לציין שבפרשת וול בית המשפט המחוזי עדיין דן בקבילות ההודאה לאור דוקטרינת הפסילה הפסיקתית תחת תת-הכותרת "משפט זוטא". ראו פס' 7). נוסף על פסקי דין אלו ניתן להזכיר גם את ת"פ (שלום ת"א) 28411-01-12 מדינת ישראל נ' סוואן (פורסם בנבו, 6.8.2012), אשר גם שם נידונה פסלותה של הודאה מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית במסגרת משפט הזוטא.

108 פרוטוקול ישיבה מיום 30.1.2014. מדבריה של עו"ד עינת גדעוני (ש.ם, בעמ' 3) עולה שהדבר הופיע במצע לדיון. השופט מיכאל קרשן סבר, כמו השופטים ג'ובראן ודנציגר, שיש לדון בקבילות הודאות גם מכוח הדוקטרינה הפסיקתית במסגרת משפט הזוטא (ש.ם, בעמ' 3). מדבריו של השופט יורם נועם עולה שהדיון עשוי להתנהל בכל שלב בהליך, וההכרעה יכולה להינתן רק בסוף. אולם חוות דעתם איננה מבוססת על ממצאים אמפיריים. בדיון מיום 24.4.2014 חזר השופט קרשן על דבריו ואמר ש"ההיבטים הפרוצדורליים מצריכים הסדרה [...] שאלת הנטל והשאלה מה השלב בדיון להעלאת הטענה, בהן ניתן להגיע להכרעה. טענת יששכרוב לגבי הודאות צריכה לעלות בתחילת המשפט, כמו במשפט זוטא, והנטל הוא על התביעה מעל לספק סביר. ביחס להודאות אני מרגיש שאנחנו על קרקע בטוחה יותר בהקשר הזה לעומת ראיות חפציות. לגבי הודאות כבר עשו את המהלך המחשבתי הזה... אם לא נאמר מילה על הפרוצדורות, זה יקרה מאליו, הפרוצדורה תחול כמו בסעיף 12". השופט קרשן העלה את

לסעיף 12 שהציעה הוועדה, אשר היה אמור להסדיר בחוק את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, הוצע שהודאות שנגבו שלא כדין אך שנקבע שלא שללו את אוטונומיית הרצון של הנחקר תתקבלנה "על תנאי", והכרעה בשאלת קבילותן תידחה לשלב הכרעת הדין.<sup>109</sup> הצעה זו לא מצאה את דרכה לתזכיר החוק שבסופו של דבר נוסח בוועדה, שלא התייחס כלל להיבט הדיוני לבחינתן של הודאות. אולם כפי שהדיון לעיל מלמד, בפרוצדורה אשר דרכה מוכרעת קבילותה של הודאה גלום הפוטנציאל להכריע את תוצאות ההליך. כמו במקרים רבים אחרים, לדין הפרוצדורלי היכולת ליצוק תוכן בכלל המהותי או לעקר כליל.

\*\*\*

אף שהחוק החרות איננו קובע הליך מיוחד לפסלות הודאות מכוח סעיף 12, זה יותר ממאתיים שנה שהמשפט המקובל קובע שיש לבחון את חופשיות רצונו של הנחקר במסגרת משפט זוטא. כפי שנטען בפרק זה, אף שמערכת המשפט הישראלית איננה שיטת מושבעים, טעמים כבדי משקל של הוגנות ואף של יעילות מכתביים הכרעה בקבילותה של הודאה במסגרת משפט זוטא, בין שפסילתה מתבקשת בשל פגיעה בחופשיות רצונו של הנחקר ובין מכוח דוקטרינת פסילה פסיקתית.

ההלכה בישראל דוגלת (לפחות לעת עתה) בקיומו של משפט זוטא להכרעה בשאלת חופשיות רצונו של הנחקר, אך הפסיקה מאז פרשת יששכרוב טרם הכריעה מפורשות בשאלת התזמון והמסגרת הדיונית להכרעה בפסלות הודאות מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית. לדעתנו, אף שיש נימוקים שעשויים להצדיק את דחייתה של ההכרעה בקבילותה של הודאה מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית לתום ההליך, יש לדחיה זו מחיר אשר איננו עולה בקנה אחד עם חלק מעקרונות המהפכה החוקתית והשפעתה על זכויות חשודים: בדחיית ההכרעה יש כדי לפגוע בזכות השתיקה המוקנית לנאשם וכדי לפגוע בטוהר ההליך השיפוטי – אף במקרים שבהם בית המשפט מחליט בסופו של דבר לפסול את ההודאה. כמו לגבי סעיף 12, אף בדוקטרינת הפסילה הפסיקתית ההכרעה במסגרת משפט הזוטא מסייעת בכידוד השאלה העיקרית העומדת לדיון והיא אם חומרת ההפרה בחקירה מצדיקה את פסילת ההודאה. דחיית ההכרעה מטשטשת הכרעה זו, ולפי הלכת גטצאו אף עשויה לייתר אותה. זאת באופן שעשוי להגביר את הסקפטיות והציניות הקיימות כבר כך לגבי חשיבות דוקטרינת הפסילה הפסיקתית ובתוך כך – הזכות להליך הוגן במשפט הישראלי. נוסף לכל אלו, לא זו בלבד שאין בקיום משפט זוטא כדי לסרב את ההליך הפלילי; הוא עשוי אף לקצר אותו. הדבר נכון לא רק לפסילת הודאות מכוח סעיף 12 אלא גם לפסילה מכוח הדוקטרינה הפסיקתית. במיוחד כאשר מנוהל ממילא משפט זוטא סביב שאלת חופשיות רצונו של הנחקר לפי סעיף 12, נראה שדווקא בהפרדת הדיון בקבילות ההודאה מכוח

הנושא כבר בפרוטוקול הישיבה שנערכה ב-30.5.2013 (בעמ' 5) והתקש ש"חשוב לטפל בהיבטים הפרוצדורליים של יששכרוב – השלב הדיוני בו הטענה צריכה לעלות וכו'" בתגובה אמרה השופטת ארבל באותה ישיבה: "אנחנו לא ניכנס לפרטי פרטים... יש לדבר על עקרונות ולהשאיר מרחב שיקול דעת".

109 ראו בפרוטוקול ישיבה של ועדת ארבל מיום 30.1.2014 (עמ' 10 לפרוטוקול הישיבה, מפי עו"ד עינת גדעוני): "בית המשפט ידחה את ההחלטה בדבר קבילות הודאה כאמור בסעיף קטן זה, לשלב הכרעת הדין וההודאה תהיה קבילה על תנאי עד הכרעת הדין".

משפטים מו תשע"ח      אופן בחינת הודאות חשודים בדין הפלילי בישראל: בחינה מהותית ופרוצדורלית של היחס בין סעיף 12 לפקודת הראיות לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית

דוקטרינת הפסילה הפסיקתית ודחייתה לתום ההליך העיקרי יש כדי לסרב את הדיון שלא לצורך.

### ג. סיכום

האם צדק הנשיא גרוניס בטענתו כי סעיף 12 ייבלע ויהפוך לאות מתה במשפט הישראלי לאחר הלכת ישככרוב? ברמה הדיונית אין ספק שההלכה יצרה חזיתות חדשות, שלא לומר בלבול רב, בגבולות הגזרה הן בכללים המהותיים והן בדרכים הדיוניות לטענות נגד הודאות שהושגו שלא כדין. ההלכה לא התוותה חד-משמעית עבור נאשמים את הדרך אשר ילכו בה כדי להשיג על קבילותה של הודאה, אם מכוח החוק ואם מכוח הפסיקה. לדידנו, המסקנה המתבקשת היא שבמסגרת הרפורמות המוצעות לגבי סעיף 12 לפקודת הראיות יחודד היחס שבין דרישת חופשיות הרצון לאמות המידה שנקבעו בדוקטרינת הפסילה הפסיקתית בכל הנוגע להודאות לאור הקווים שהותוו בחלקו הראשון של המאמר. כמו כן יש להכריע בין המסגרות הדיוניות האפשריות להכרעה בשאלות מהותיות אלו. לדידנו, על הכרעות בקבילותן של הודאות – הן מכוח סעיף 12 והן מכוח הדוקטרינה הפסיקתית – להתקיים במסגרת משפטי זוטא. כמו כן לטעמנו על הסעיף המתוקן לדרוש הפרדה פרסונלית בין שופט שהחליט לפסול הודאה לבין המותב המכריע בהליך העיקרי. בדרישות אלו אין כדי לסרב את ההליך הפלילי יתר על המידה; אדרבה. אולם גם אם יש בכך כדי לסרב, מספר התיקים המצומצם יחסית שבהם נפסלות הודאות נאשמים איננו צפוי להוסיף רבות על העומס שעל מערכת בתי המשפט, ואילו התועלת – הן לאיכות הצדק והן למראיתו – צפויה להיות רבה. אם אכן בשלה ההכרה, כפי שטוען הנשיא ברק, שזכויות חשודים ונאשמים נגזרות ממושג כבוד האדם ומעוגנות בחוקי היסוד שלנו, דומה שאין זה מחיר מוגזם לשלם.<sup>110</sup>

110 אהרון ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (מהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג 5, 22–23 (1996).