

הערת פסיקה: על פסלותו של פרי העץ המורעל, ועל הגנה מן הצדק בשלב הענישה - בעקבות ע"פ 4988/08 פרחי נגד מדינת ישראל¹

מאת: ד"ר אלקנה לייסט²

מבוא

ביום 01/08/11 פורסם פסק דינו החשוב של בית המשפט העליון בעניינו של איתן פרחי. פסק הדין מהווה המשך ופיתוח של כלל פסלות הראיות הפסיקתי שעוצב על ידי בית המשפט העליון בעניין **יששכרוב**³. הנושא המרכזי בו עוסק פסק דין **פרחי** הוא אפשרות פסילתן של ראיות אשר כשלעצמן הושגו באמצעים כשרים, אך הן נובעות מראיות שהושגו באמצעים פסולים. מדובר באפשרות לפסול את "פרי העץ המורעל", או את ה"ראיות הנגזרות" כהגדרתו של בית המשפט העליון בפסק הדין.

נושא כללי חשוב נוסף שנדון בעניין **פרחי** הוא שאלת היחס בין כלל הפסילה הפסיקתי שנקבע בעניין **יששכרוב** לכלל הפסילה החקוק שבסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, מקום בו היתה פגיעה גם בהליך החוק, וגם בפרטיות כהגדרתה בחוק הגנת הפרטיות⁴.

בפסק הדין יש מספר קביעות חשובות ומוצדקות. עם זאת ניתן להעלות ביקורת בקשר למידת הקוהרנטיות של חלק מן ההנמקות והכללים שנקבעו בעניין פסלות הראיות, לאיחוד שנעשה בין שני כללי הפסילה השונים, ובעיקר באשר ליחס בין נימוקיהם השונים של השופטים לשורה התחתונה של פסק הדין. ניכר היעדר פרופורציה בין ההכרה המלאה של

השופטים בפגיעה הקשה בזכויותיו של פרחי להליך הגון ולפרטיות, לעובדה שלא ניתנו לו למעשה כל תרופה או סעד ממשיים. הוא הורשע בדין, והעונש שנגזר עליו, עשרים וחמש שנות מאסר בפועל, הוא חמור יחסית, גם ביחס לעבירות שיוחסו לו. היעדר פרופורציה זה נובע מכך ששופטי בית המשפט העליון לא השתמשו בדוקטרינה משפטית המתאימה לחול על עובדות האירוע.

על פי התזה שתוצג במאמר, היה צורך להפעיל בעניינו של פרחי באופן מידתי את דוקטרינת ההגנה מן הצדק בשלב הענישה. הפעלה כזו של דוקטרינת ההגנה מן הצדק, היתה מאפשרת לבית המשפט העליון להתחשב ולאזן באופן מידתי ומדוד בין כלל השיקולים המושכים לכיוונים שונים.

לאחר הצגתן של עובדות המקרה הרלבנטיות ושל קביעותיו הנורמטיביות של בית המשפט העליון, אבקש לבקר אפוא את פסק הדין בשני מישורים שונים. המישור הראשון הוא מישור פסלות הראיות - פיתוחה של הלכת **יששכרוב** והקביעות בקשר לאפשרות ולתנאי הפסלות של ראיות נגזרות. הביקורת במישור זה תופנה גם כלפי היחס שנקבע בין כלל הפסלות של הלכת **יששכרוב** לכלל הפסילה החקוק של סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות. מישור הביקורת השני הוא המישור הדוקטרינארי - הוא יתמקד בכך שבית המשפט העליון כלל

1 פורסם בנבו (2011), להלן - עניין פרחי.

2 עורך דין במחלקת תיקי בית המשפט העליון בסניגוריה הציבורית הארצית ומרצה מן החוף באוניברסיטאות תל אביב ובר אילן, ובמרכז האקדמי למשפט ועסקים. תודתו נתונה לאבי ארוניס, איתי הרמלין, אסף הרדוף, גיל שפירא, טל ענר, יואב ספיר, ירון ליפסס, ישי שרון, משה סרוגוביץ, עמית דויטשר, ענת יערי, רענן גלעדי ורתם רוזנברג, על ההערות הטובות שנתנו לי ביחס לרעיונות המאמר. העמדות המובעות בו הן על אחריותי בלבד.

3 ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו) (2006). פסקי דין בהם פותחה הלכת **יששכרוב** הם ע"פ 645/05 **זליגר נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו) (2006); ע"פ 9965/05 **שי נגד מדינת ישראל** (פורסם בנבו) (2009); ע"פ 1301/06 **אלום נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו) (2009); ע"פ 2939/05 **פילצה נגד מדינת ישראל** (פורסם בנבו) (2009); רע"פ 851/09 **שמש נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו) (2010); ע"פ 8974/07 **לין נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו) (2010).

4 חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

5 חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - חיפוש בגוף החשוד ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ז-1996.

6 ת"פ (ת"א) 1084/06 (פורסם בנבו) (2008).

7 חשוב להבהיר כבר בשלב זה כי בעצם הקביעה שראיות נגזרות עשויות להיפסל לא היה חידוש. כבר בהלכת **יששכרוב**, בפסקה 71 לפסק דינה, קבעה הנשיאה ביניש עניין זה. למרות זאת, כפי שייטען בהמשך, לאור אי הבהירות לגבי משמעות הכלל לפיו "בישראל לא חלה תורת פרי העץ המורעל", יש שסברו גם לאחר הלכת

לא נדרש למכשיר המשפטי המתאים לחול בעניין שלפניו, הוא דוקטרינת ההגנה מן הצדק בשלב גזר הדין.

פסק דין פרחי - רקע עובדות המקרה

במסגרת חקירת פרשת רצח, פנתה המשטרה ל"מתנדבים" שונים, שלא הוגדרו כחשודים בביצוע הרצח, והציעה להם כי ימסרו בהסכמה דגימת ד.ג.א. כדי שמעורבותם בפרשה זו תישלל באופן סופי. בין השאר פנתה המשטרה לפרחי. על פי מצוות סעיפים 14 ו-14א ל"חוק החיפושים"⁸ הובהר לפרחי בכתב כי לא ייעשה שימוש בדגימה זו, אלא לצורך חקירת אותה פרשיית רצח. על רקע הבהרה זו נתן פרחי את הסכמתו למתן הדגימה. בסופו של דבר, נמצא על פי הדגימה כי פרחי איננו קשור לאותו רצח. עם זאת, הדגימה שלו הזכירה למומחית המשטרתית נתוני דגימות אחרות, זהות בנתונין, שהופיעו בשלוש זירות בהן התרחשו עבירות מין חמורות, ביניהן אונס ומעשה סדום. בניגוד להסכם הברור ולהוראות החוק ערכה המשטרה השוואה בין הדגימה שמסר פרחי לצורך בחינת מעורבותו בפרשת הרצח לבין אותן דגימות. התברר כי יש ביניהן התאמה.

המשטרה החליטה לעצור את פרחי ולפתוח נגדו בחקירה בחשד לביצוע עבירות המין. במסגרת חקירה זו נלקחה ממנו כדין דגימת ד.ג.א. נוספת בתחבולה חקירתית שהוכרה כלגיטימית. דגימה חדשה זו היתה הראייה המרכזית עליה התבססה התביעה שהגישה נגד פרחי כתב אישום שכלל שתי עבירות אינוס, מעשה סדום, ושני מעשים מגונים. ראיות נוספות היו בעיקר איכוני פלאפון של פרחי שהצביעו על כך שהיה בקרבת זירות העבירה במועדים הרלבנטיים, והתבטאויות שונות שלו במהלך החקירה שנטען שיש בהן משום "ראשית הודייה".

ההליך בבית המשפט המחוזי⁹

כבר בפתח הדיון בבית המשפט המחוזי הודיעה המדינה כי לא תבקש להתבסס על דגימת הד.ג.א. הראשונה שנלקחה

מפרחי, אלא רק על הדגימה השנייה. ההגנה טענה כי יש לבטל את כתב האישום מכח דוקטרינת ההגנה מן הצדק, או למצער לפסול את כל הראיות בתיק, שכן כולן נובעות מהפרת ההבטחה שניתנה לפרחי. בית המשפט המחוזי החליט כי מרגע שהמדינה לא מבקשת להתבסס על ראיות הד.ג.א. הראשונה שוב "אין על פני הדברים, כל חשש לפגיעה בהוגנותו של ההליך המשפטי עצמו". לאור חומרת כתב האישום והאינטרס הציבורי החליט בית המשפט המחוזי לקבל את ראיות הד.ג.א. החדשה (כמו גם את הראיות הנגזרות האחרות) ולבסס עליה את הכרעת דינו המרשיעה. על פרחי נגזרו עשרים וחמש שנות מאסר בפועל, בנוסף לפיצוי כספי נכבד למתלוננות.

פסק דינו של בית המשפט העליון

בית המשפט העליון הציב לעצמו את שתי השאלות הבאות:

"המשטרה מצהירה כי לא תעשה שימוש מסוים בראיה הנמסרת לה בהסכמה, אולם פועלת בניגוד לאותה הצהרה ועושה שימוש בראיה זו לצורך הרשעתו של מוסרה. האם על ראיה זו להיפסל? ומה יהא דין של ראיות נוספות שהושגו מכוח ובעקבות אותה הפרה?"

בית המשפט העליון קבע שהפרת ההבטחה שלא להשתמש בדגימת הד.ג.א. שנמסרה על ידי פרחי בהסכמה, מעבר לחקירת הרצח שבשלה ניתנה, עולה לכדי פגיעה משמעותית בזכויות היסוד להליך הוגן ולפרטיות.

בית המשפט קבע כי ראיות שהושגו תוך פגיעה בפרטיות בנוסף לפגיעה בהגנות ההליך, יעברו הליך בדיקה חד שלבי, שבמסגרתו יוטמע כלל הפסלות של חוק הגנת הפרטיות לתוך כלל הפסלות הפסיקתי שנקבע בעניין **יששכרוב**,¹⁰ בשינויים המחוייבים. לאור זאת בחן בית המשפט את שאלת קבילות הראיות השונות. שאלת הקבילות עברה אפוא בכור המצרף של נוסחת הפסלות הפסיקתית שהוצבה בהלכת **יששכרוב**. מסקנתו של בית המשפט העליון, פה אחד,

יששכרוב כי לא ניתן לפסול בישראל ראיות נגזרות. כך עולה למשל מעמדת המדינה בעניין פרחי עצמו, כפי שהיא מתוארת בפסק הדין. לכן יש חשיבות רבה לפסיקה בסוגיית הראיות הנגזרות בעניין פרחי.

8 דנ"ץ 9/83 **בית הדין הצבאי לערעורים לו עקנין**, פ"ד מב (3) 837 (1988).

9 ראו עמדת המדינה בסעיף 35 לתגובת הפרקליטות לבקשת רשות הערעור ברע"פ 10141/09 **בן חיים נ' מדינת ישראל**. בבקשה נטען על ידי הסניגוריה, בין השאר, כי חיפוש לא חוקי בכיסוי של המבקש עולה לגדר פגיעה בפרטיות על פי חוק הגנת הפרטיות, ולכן צריך להיפסל על פי כלל הפסלות שבסעיף 32 לחוק. כך השיבה המדינה: "ספק אם עניינו של המבקש 1 בא בגדר חוק הגנת הפרטיות, וממילא בגדר הכלל האמור. סעיף 2 לחוק, המגדיר מהי 'פגיעה בפרטיות', לא מזכיר את החיפוש. ספק רב בעינינו, כי פניה עניינית של שוטר בבקשה לבצע חיפוש עולה כדי 'הטרדה אחרת' - מונח הסל שבסעיף 2". בעניין זה (שבו, למען הגילוי הנאות, הח"מ הוא אחד מהסניגורים), התקיים דיון בפני בית המשפט העליון, אך נכון לכתיבת שורות אלו טרם ניתנה החלטה.

10 פסקה 73 לפסק דינה של הנשיאה ביניש בעניין יששכרוב.

11 ראו למשל בועז סנגרו "כלל פסילת הראיות שהושגו שלא כדין שנקבע בהלכת יששכרוב - בשורה או אכזבה? דעה והזמנה לדיון נוסף" **משפט וצבא** יט 67, 110-109 (2007).

12 ראו פסקה 26 לעניין זליגר, לעיל הערה 3, אליו הפנה גם בית המשפט העליון בעניין פרחי.

אמת מידה זו היא חד כיוונית. תום לב של הרשות בהשגת הראייה באמצעים פסולים הוא נייטרלי ולא מהווה "נסיבה לקולא" מבחינת הרשות. לעומת זאת, זדון ואי חוקיות מכוננת מצד הרשות הם נתונים בעלי משקל לצורך נוסחת האיזון. עוד קביעה חשובה ומוצדקת של בית המשפט העליון בעניין פרחי מתייחסת לקבוצת הקריטריונים השלישית בהלכת יששכרוב לעניין פסלות הראייה, זו הבוחנת את הנזק מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילת הראייה. שתי אמות מידה הוצבו בהלכת יששכרוב בקבוצה זו. הראשונה היתה מידת החיוניות של הראייה להרשעה, כך שככל שמדובר בראייה חיונית יותר לתביעה לצורך הרשעת הנאשם הנטייה תהיה לקבלה, וככל שהתביעה יכולה להביא להרשעה בלעדיה הנטייה תהיה לפוסלה. אמת המידה השנייה היתה חומרת העבירה. נקבע כי ככל שהעבירה חמורה יותר הנטייה תהיה לקבל את הראייה שהושגה באמצעי פסול, וככל שהעבירה קלה יותר, הנטייה תהיה לפסול אותה. כבר בהלכת יששכרוב קבעה הנשיאה ביניש שמדובר באמות מידה בעייתיות, וכי רק בעתיד ייקבע מה יהיה משקלן של אמות מידה אלו.¹⁰ הספרות ביקרה קריטריונים אלו בצורה נחרצת,¹¹ וגם פסיקת בית המשפט העליון שבאה בעקבות הלכת יששכרוב הביעה ספק באשר לנכונותן.¹² נראה שבניין פרחי הובהר באופן סופי על ידי בית המשפט העליון כי כאשר הפגיעה בזכויות הנאשם חמורה "אין בקבוצת השיקולים הזו כדי להכשיר את הראייה אף כשהעבירות המיוחסות לנאשם הינן מהחמורות בספר החוקים, וחיוניותה להרשעתו היא נכבדת". בית המשפט אף הכתיר את שתי אמות המידה הללו בתיאור הלא מחמיא "חרב פיפיות".¹³

ביקורת על פסק הדין במישור פסלות הראיות

ביקורת על היחס שנקבע בין כלל הפסלות הפסיקתי לכלל הפסלות של חוק הגנת הפרטיות הביקורת הכללית הראשונה שאציג נוגעת ליחס שקבע בית המשפט בעניין פרחי בין כלל הפסלות הפסיקתי לכלל הפסלות שבסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות. בית המשפט

היתה כי את ראיית הד.ג.א. הראשונה, הראייה העיקרית, יש לפסול. נקבע כי ככלל ראיות נגזרות הן קבילות, וזאת בשל כך שבישראל לא התקבלה תורת פירות העץ המורעל הנוהגת בארצות הברית. עם זאת הובהר כי גם ראיות אלו אינן חסינות, ובמקרים חריגים הן תיפסלנה.⁷ רוב השופטים, לוי ודניצגר, קבעו כי גם את ראיית הד.ג.א. השנייה, הנגזרת, יש לפסול במקרה זה. לעומת זאת, כל אחד מהם, מנימוקים שונים, החליט לקבל את הראיות הנגזרות האחרות. שניהם סברו כי אף לאחר פסילתה של ראיית הד.ג.א. השנייה נותרו די והותר ראיות כדי להרשיע את המערער. שופטת המיעוט, חיות, הסכימה לכללים השונים שנקבעו בדעת הרוב, וסברה שבמקרה הקונקרטי אין להבחין בין הראיות הנגזרות, ושלאור חומרת העבירה יש לקבל את כולן. הרשעתו של פרחי נותרה אם כן על כנה, והעונש שנגזר עליו לא שונה.

קביעות כלליות חשובות העולות מפסק הדין

בפסק הדין מצויות מספר קביעות כלליות חשובות ומוצדקות.

פסק הדין קובע כי חוק החיפוש אינו מוציא מתחולתו את חוק הגנת הפרטיות. חוק הגנת הפרטיות שריר וקיים, ויש לו תחולה מלאה גם כאשר מתקיים חיפוש על ידי הרשויות. קביעה זו של בית המשפט העליון, ששורשיה עוד בדעת הרוב בהלכת **ועקנין** הותיקה,⁸ עומדת בניגוד לעמדתה האקטואלית של פרקליטות המדינה.⁹

קביעה חשובה נוספת עוסקת בנפקות "תום הלב" של הרשות במסגרת קבוצת הקריטריונים הראשונה שנקבעה בהלכת **יששכרוב** לעניין פסלות הראייה, הקשורה לחומרתה של הפרת הדין על ידי הרשות. בית המשפט העליון מבהיר כי נקודת המוצא היא שהרשויות נוהגות בפעולותיהן בתום לב ובהגינות. לפיכך, אם מסתבר כי להשגת הראייה נלוו זדון או אי חוקיות מכוננת, בוודאי שיש בכך כדי להעצים את הפגיעה ואת חומרת ההפרה. מאידך גיסא, אם האמצעי הפסול היה מלווה בתום לב מצד אנשי הרשות הרלבנטיים, אין בכך כדי לרפא את ההפרה. במלים אחרות, בית המשפט מבהיר כי

¹³ לעניות דעתי בית המשפט העליון הרחיק לכת בפסק דין פרחי בקביעת כלל זה לגבי קבוצת הקריטריונים השלישית, ולמעשה, אף הוא עצמו לא הלך באותו מקרה בתלם זה אותו התווה. אסביר את דבריי. נראה לי לגמרי נכון שמידת החיוניות של הראייה להרשעה לא צריכה להוות אמת מידה לצורך בחינת השאלה אם יש לפסול את הראייה. בדיוק כפי שקבע בית המשפט בעניין פרחי אמת מידה זו עלולה "ליצור תחושה כי האדם הינו כלי משחק בידי השלטון המשנה את הכללים בהתאם לצרכיו". לא כך הוא לגבי הקריטריון של חומרת העבירה. בעניין זה מקובלת עלי העמדה של השופט גרוניס בעניין יששכרוב כפי שהובעה בפסקה 6 לפסק דינו. לעניין זה ראו גם את הניתוח התיאורטי במאמרם של קרן שפירא ואינגר ורון שפירא "כלל הפסלות הישראלי בשולי הלכת יששכרוב" **דין ודברים** ג' 427, 452-440 (2008). יש להבחין בין ראיות שהאמצעי הפסול משפיע על מהימנותן, כמו הודאות למיניהן, למול ראיות הפציות שמידת אמינותן לא מושפעת מהאמצעי הפסול. בעוד שקבלת ראיות שמידת מהימנותן מוטלת בספק רק בגלל שמדובר בעבירה חמורה היא אכן מסוכנת ומהווה חרב פיפיות, לא כך הוא הדבר כשמדובר בראיות שאמינותן לא נפגעה. במקרה הראשון, מעבר לפגיעה בהגינות ההליך, יש חשש של ממש להרשעת חף מפשע. ככל שהעבירה חמורה יותר והעונש הצפוי גבוה יותר דווקא מתחזק הצורך לפסול את הראייה. במקרה השני הפגיעה היא בהגינות ההליך, או בזכויות אחרות, אך אין חשש להרשעת חף על סמך הראייה הפסולה. במקרים אלו לדעתי, ראוי לשקול את שאלת חומרת העבירה. למעשה, כך עשה בית המשפט העליון עצמו בעניין פרחי עת החליט לקבל את הראיות הנגזרות מלבד דיגמת הד.ג.א.

¹⁴ בר"צ 6650/04 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בנתניה, פ"ד סא (1) 281 (2006).

העליון קבע שבמקרה בו יש פגיעה גם בזכות לפרטיות וגם בזכות להליך הוגן, לא תהיה בחינה דו שלבית, שהינה "מלאכותית" לדעת בית המשפט. תיעשה בחינה אחת מאוחדת, תחת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, כאשר כלל הפסלות של סעיף 32 יעבור למעשה "הידמות" והיבלעות" לתוך דוקטרינה זו. עם זאת בית המשפט הבהיר כי סעיף 32 לא יופשט מהמאפיינים הייחודיים שנתן לו המחוקק.

בית המשפט העליון נימק קביעה זו בהשראה של הלכת **יששכרוב** ושל המהפכה החוקתית על כלל הפסלות של חוק הגנת הפרטיות. כך למשל הוזכר שבפסק דין בעניין אזרחי שניתן לאחר עניין **יששכרוב**, נקבע על ידי הנשיא ברק כי אמות המידה השונות שיופעלו לצורך בחינת קבילות ראייה שהושגה תוך פגיעה בפרטיות תהיינה דומות בעקרון לאלו שנקבעו בהלכת **יששכרוב**.¹⁴

ביקורתי על כלל הבחינה החד שלבית שקבע בית המשפט העליון בעניין **פרחי** היא פורמאלית ומהותית. הביקורת הפורמאלית היא שכלל זה סוטה, מבלי לומר זאת, מן המתווה בו צעד בית המשפט העליון בעניין **יששכרוב**. גם בעניין **יששכרוב** היו שני כללי פסילה רלבנטיים - סעיף 12 לפקודת הראיות, וכלל הפסלות הפסיקתית שנוצר באותו פסק דין. לכאורה, גם בעניין **יששכרוב** היה ניתן לערוך בחינה חד שלבית תחת כלל הפסלות הפסיקתית, שיטמיע לתוכו את סעיף 12 האמור. בית המשפט העליון נהג אחרת, הוא ביצע בחינה דו שלבית. ראשית של קבילות ראייה על פי סעיף 12, ורק לאחר מכן, ובמנותק, של קבילותה על פי כלל הפסלות החדש, הובהר על ידי בית המשפט כי ראייה הקבילה על פי אמות המידה שמציב הכלל האחד, עשויה להיפסל על פי הקריטריונים של הכלל השני.¹⁵ הליכה בתוואי שנחרש בעניין **יששכרוב**, היתה אמורה להנביע גם בעניין **פרחי** שתי בדיקות עצמאיות. בית המשפט העליון סטה ממתווה זה מבלי לתת הסבר לכך.

הביקורת המהותית קשה יותר. מהכלל שנקבע בעניין **פרחי** עלול להשתמע שבעקבות המהפכה החוקתית וההתפתחות דיני הראיות שחלה בהלכת **יששכרוב**, מעמדה של הזכות

לפרטיות דווקא נסוג. קודם לכן הכלל היה כי ראייה שהושגה תוך פגיעה בפרטיות דינה פסלות, ועל בית המשפט היה להתאמץ ולנמק מדוע אף על פי כן הוא מקבל את הראייה. זהו נוסחו הברור של כלל הפסלות שבסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות. לעומת זאת, על פי כלל הפסלות הפסיקתית, גם אם מדובר בראייה שהושגה באמצעים פסולים, הכלל הוא קבילות והחריג הוא פסלות. אם סעיף 32 יטמע בתוך כלל הפסלות הפסיקתית, ייצא כי גם כשמדובר בפגיעה בפרטיות, המוסדרת בכלל פסילה חקיקתית מפורש, הכלל יהיה קבילות והחריג יהיה פסלות. התוצאה היא אבסורדית. המהפכה החוקתית, הלכת **יששכרוב** וכלל הפסלות הפסיקתית פגעו במעמדה של הזכות החוקתית לפרטיות, והחלישו את כלל הפסלות המפורש שקבע המחוקק בחוק הגנת הפרטיות.

לעניות דעתי, בית המשפט העליון בעניין **פרחי** לא כיוון לתוצאה כה מוזרה. יש דרך לפרש את פסק דין **פרחי** באופן שימנע זאת. כזכור, בית המשפט קבע אמנם כי גם במקרים בהם היתה פגיעה בפרטיות בנוסף לפגיעות אחרות יהיה שלב בחינה אחד על פי אמות המידה של כלל הפסלות הפסיקתית. עם זאת הוא הבהיר, כי במסגרת בחינה אחת זו, סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות לא יאבד את מאפייניו הייחודיים. בית המשפט העליון לא פירט את כל המאפיינים הייחודיים הללו. ניתן לומר כי אחד המאפיינים הייחודיים הבולטים של כלל הפסילה של חוק הגנת הפרטיות הוא הוראתו כי במקום שבו הושגה ראייה תוך פגיעה בפרטיות, הכלל הוא דווקא פסלותה של הראייה והחריג הוא קבילותה. נטל ההסבר מדוע ראייה שהושגה תוך פגיעה בפרטיות היא קבילה מונח על שכם הצד שטוען לאותה קבילות. הפרשנות הראויה של קביעת בית המשפט העליון בעניין **פרחי** היא אפוא כי אמנם יש שלב בחינה אחד, בו אמות המידה שתופעלנה הן אלו שנקבעו בהלכת **יששכרוב**. עם זאת, נקודת המוצא של בית המשפט תהיה כי דינה של הראייה שהושגה תוך פגיעה בפרטיות היא פסלותה של הראייה. רק במקרים חריגים ראייה שכזו תתקבל.

15 ראו פסקאות 75 ו-80 לפסק דינה של הנשיאה ביניש בעניין יששכרוב.

16 פסקה 20 לפסק דינה של השופט אדמונד לוי ופסקה 4 לפסק דינה של השופט יורם דנציגר. כאמור, חשוב לציין שקביעה זו, לפיה אמות המידה לפסילת ראייה עיקרית הן אותן אמות מידה לפסילת ראייה נגזרת, כבר נאמרה על ידי הנשיאה ביניש בעניין יששכרוב (בפסקה 71 לפסק הדין). על אף זאת המדינה המשיכה לטעון בעניין פרחי כי אין לפסול ראיות נגזרות, וזאת בשל הפסיקה לפיה תורת פירות העץ המורעל לא חלה בישראל.

17 בפסק הדין הובאה דוגמה לנתק כזה. מדובר במקרה בו נערך חיפוש בלתי חוקי בבית, שהסתיים במציאת נשק, שהינו פסול כראייה עיקרית. בעקבות החיפוש הבלתי חוקי, נתקבלה הודאה, שהיא ראייה נגזרת, שלא הוצאה כשלעצמה באמצעים פסולים, בביצוע עבירה נוספת באמצעות הנשק, עבירה שהנשק בלבד לא יכול היה להביא להרשעה בה. עיון זהיר בדוגמה זו יעלה מסקנה מעניינת. במקרה הרגיל שבא באופן תדיר בפני בתי המשפט בערכאות הנמוכות, נמצא חפץ אסור בהחזקה בחיפוש בלתי חוקי, למשל, סכין, או סמים מסוכנים, ומצטרפת אליו הודאה בהחזקת אותו חפץ. מהדוגמה שנתן בית המשפט בפסק הדין עולה לכאורה, כי הודאה שכזו, במובחן מהודאה בביצוע מעשה אסור עצמאי באותו החפץ, כן תהיה פסולה. זאת לאור הזיקה ההדוקה בינה לחיפוש הלא חוקי, ומכיוון שלא התקיים נתק מהותי בין הפסול שבדבק בחיפוש להודאה בהחזקת החפץ.

18 ראוי להבהיר שתי נקודות בקשר למבחן "הסיבתיות המשפטית" אותו ציין בית המשפט. ראשית, מקורו של המבחן דיני העונשין המהותיים, בכל בחינה של קיומו של קשר סיבתי. בית המשפט ציין כי המבחן נוהג ככלי לחיחום המקרים בהם תוטל אחריות פלילית במקרה של רשלנות. נראה כי בית המשפט לא דק פורטא בעניין

המשך מעמך 7

ביקורת על הכלל בדבר אי-פסלות ראיות נגזרות

הביקורת הכללית השנייה שאציג נוגעת לקביעה לפיה ככל שמדובר בראיות הנגזרות מראיות עיקריות פסולות, הכלל הוא קבילות והחריג פסלות. אף שיש להסכים עם הניתוח של בית המשפט ביחס לאפשרות פסילת ראיות נגזרות ועם המבחן שהציב לשאלת קבילותן, אין להסכים עם השורה התחתונה האמורה. גם כאן ניתן להציע דרך לפרש את הכלל שנקבע באופן שיתגבר על הקשיים המתעוררים.

הכלל שהציג בית המשפט העליון בנוגע לקבילותה של ראיה נגזרת הוא שככלל ראיה נגזרת תהיה קבילה במשפט, אך במקרים חריגים בהם הפסול שנפל בראיה הראשית מכתים את הראיה הנגזרת באופן היורד לשרשו של עניין, ראוי יהיה לפסול גם אותה.

בית המשפט הבהיר כי אמות המידה בנוגע להחלטה האם יש לפסול ראיה נגזרת הם אותם שיקולים המשמשים לבחינה האם לפסול את הראיה הראשית, בשינויים המחוייבים.¹⁶ על פי הניתוח שנערך, בכל מקרה בו הוחלט על פסילתה של ראיה עיקרית, יש לבדוק את הזיקה שלה לראיות הנגזרות ממנה, אם אלו קיימות. במקרים בהם אי החוקיות שדבקה בראיה העיקרית דבקה גם בראיה הנגזרת, תגבר הנטייה לפסול גם את הראיה הזו. מצד שני, במקום בו על אף הזיקה הסיבתית-עובדתית בין הראיה הראשית לראיה הנגזרת התקיים "נתק מהותי", כהגדרת בית המשפט, בין הפסול שנפל בראיה הראשית לראיה הנגזרת, תקטן הנטייה לפסול את הראיה הנגזרת.¹⁷ כלומר, מלבד סיבתיות עובדתית, צריכה להתקיים גם "סיבתיות משפטית" בין הראיה העיקרית לראיה הנגזרת.¹⁸ במסגרת בחינת סיבתיות משפטית זו יישקלו שיקולי מדיניות.

המבחן שהציב בית המשפט העליון לפסלותה של ראיה נגזרת הוא ראוי, שכן אכן ראוי שאמות המידה לפסלותה של ראיה נגזרת יהיו דומות לאמות המידה לפסלותה של הראיה הראשית, אלא אם קיים נתק מהותי ביניהן. עם זאת נראה כי מבחן זה אינו מתאים לשורה התחתונה שקבע בית המשפט, ולפיה רוב הראיות הנגזרות תתקבלנה. הרי אם אמות המידה

לפסילת ראיה נגזרת הן אותן אמות מידה לפסילת ראיה ראשית, ואם הראיה הראשית אכן נפסלה לאחר שהופעלו עליה אמות מידה אלה, נראה כי גם הראיה הנגזרת צריכה להיפסל, ברוב המקרים. ההבדל היחיד המובנה בין הראיה הראשית לראיה הנגזרת הוא קרבתה לאמצעי הפסול. לדעתי מדובר בשיקול משני יחסית בנוסחת האיזון. כמו כן, על פי פסיקת בית המשפט, ממילא רק נתק מהותי בין הפסול שנפל בראיה הראשית לבין הראיה הנגזרת יביא לקבילותה של הראיה הנגזרת, כך שגם מבחינה זו ברירת המחדל אמורה להיות פסלות הראיה הנגזרת ולא קבילותה.

הכלל הראוי הוא אם כן כי כאשר מדובר בראיה נגזרת שמוצאה מראיה עיקרית פסולה, הכלל הוא פסלותה של אותה ראיה נגזרת, והחריג הוא קבילותה באותם מקרים שבהם אכן התקיים נתק מהותי בין הפסול לראיה הנגזרת. מדוע אם כן בית המשפט העליון קובע כי הכלל הוא קבלתה של הראיה הנגזרת, ופסלות תוכרוז רק במקרים נדירים? הדבר נעשה כדי לשמר את ההלכה הותיקה לפיה בישראל לא התקבלה תורת פירות העץ המורעל הנוהגת בארצות הברית.¹⁹

אבל נראה שקיימת אי בהירות מושגית בהקשר זה אצל בית המשפט. בפסקי הדין שקדמו להלכת **יששכרוב**, וגם בספרות, כאשר נאמר כי בישראל, בניגוד לארצות הברית, פירות העץ המורעל לא נפסלים, היתה הכוונה שלבית המשפט כלל אין סמכות לפסול ראיות רלבנטיות, בין ראיות עיקריות ובין ראיות נגזרות, בשל הדרך בה הושגו.²⁰ אמירה זו בוודאי אינה נכונה עוד כיום, לאחר הלכת **יששכרוב**, שבה הובהר כי לבית המשפט יש סמכות כזו, הגם שזו סמכות גמישה, שהוא אינו חייב להפעילה באופן אוטומטי (בניגוד למצב בארצות הברית), אלא יש לו שיקול דעת בעניין, על סמך קריטריונים שונים, בדומה למצב במדינות רבות נוספות.²¹

ברור אפוא כי לא היה שום הגיון שבית המשפט בעניין **פרחי** יגביל את המבחן - הגמיש ממילא - לפסלות ראיה נגזרת, ויצמצם את תחולתו רק בגלל ההלכה הותיקה שלפיה תורת פירות העץ המורעל לא חלה בישראל. הרי

זה. נכון שמבחן הקשר הסיבתי המשפטי אינו לוגי בלבד, והוא כולל גם שיקולי מדיניות. הוא אכן מופעל גם בעבירות רשלנות תוצאתיות, הדרושות מעצם טיבן כעבירות תוצאתיות קיומו של קשר סיבתי, עובדתי ומשפטי. אבל הוא מוחל גם בעבירות תוצאתיות אחרות, שאינן עבירות רשלנות, כמו הריגה, רצח או גרימת חבלה חמורה. מנגד הוא לא מופעל בעבירות רשלנות התנהגותיות, בהן לא נדרשת תוצאה, וממילא לא נדרש קשר סיבתי בין ההתנהגות לתוצאה. הערה שנייה בקשר למבחן זה היא כי בדיני העונשין תפקידו הוא לצמצם את מעגל האחראים, מבין אלו שגרמו סיבתית-עובדתית לנזק לקרות (אחרת, על פי האמרה הידועה, אדם הראשון יהיה אשם בכל העבירות הפליליות שנעברו מאז בריאת העולם). מצד שני, מבחן הסיבתיות המשפטית בדיני הקבילות בא לצמצם את מספר הראיות שתיפסלנה, ובכך הוא מרחיב את מעגל האשמים.

19 ראו בהרחבה של בית המשפט כי דרישת הסיבתיות המשפטית באה למנוע החלה עקיפה של דוקטרינת פירות העץ המורעל שלא התקבלה בשיטתנו, בפסקה **20** לפסק דינו של השופט לוי. וראו גם פסקה 1 לפסק דינו של השופט דנציגר.

20 ראו למשל אליהו הרנון "ראיות שהושגו שלא כדין" **מחקרי משפט** יג' 139, 140 (1996). לדוגמא מהפסיקה, המוזכרת באותו מאמר, ראו ע"פ 2286/91 **מדינת ישראל נ' אילוז**, פ"ד מה (4) 289, 304.

21 לעניין היכולת לפסול ראיות נגזרות ראו פסקה 71 לפסק דינה של הנשיאה ביניש בעניין יששכרוב. בעניין אלזם, לעיל הערה 3, הלכה למעשה הוחלט על פסלותה של ראיה נגזרת. נקבע שם בדעת הרוב כי את הודאת המערער בפני חוקרי המשטרה ניתן היה לפסול גם אם בהתנהגותם של השוטרים כשלעצמה לא נפלו פגמים

נראה כי אי הבהירות המושגית הזו ביחס למשמעות האמירה שלפיה "תורת פירות העץ המורעל אינה חלה בישראל", היתה בעוכרי בית המשפט העליון עת כתב את ההלכה בעניין **פרחי**. אילו היה מדקדק במשמעותה העדכנית של אמירה זו, השוללת רק את נוקשותו של הכלל האמריקני אך לא את עצם סמכותו הגמישה של בית המשפט לפסול ראיות נגזרות, היה מבחין כי אין כל קושי בקביעת כלל של פסלות וחרגי של קבילות, במקום להיפך. לא בכדי כבר נאמר כי "ערפול מושגי הוא תקלה בפני עצמה שאת נזיקה הממשיים קשה להעריך מראש"²².

כמו בביקורת הקודמת, נראה גם כאן שקיימת אפשרות לפרשנות של הכלל שנקבע בעניין **פרחי** ביחס לראיות הנגזרות, שתתגבר על הבעייתיות שהוצגה. אמנם בית המשפט העליון קבע כי ככלל ראיות נגזרות תהינה קבילות ורק במקרים חריגים הן תיפסלנה. אך ניתן לקרוא את המונח "ראיות נגזרות" ככזה המתייחס לא רק לראיות אשר נגזרות מראיות עיקריות **פסולות**, אלא באופן רחב יותר, ככזה המתייחס גם לראיות אשר נגזרות מראיות עיקריות **קבילות**. לפי קריאה זו ברור, שככלל, ראיות נגזרות (במובן הרחב) הן קבילות, כפי שככלל ראיות עיקריות הן קבילות.²³ מכאן, שהמבחן לפסילת ראיה נגזרת הוא אכן אותו מבחן לפסילת ראיה עיקרית, בשינוי המחוייב של המרחק היחסי מהאמצעי הפסול. לאור זהות הכמעט מוחלטת במבחנים, ברוב המקרים ראיה נגזרת שמקורה בראיה עיקרית פסולה תיפסל אף היא, אלא אם קיים נתק מהותי בין האמצעי הפסול שהביא לראיה העיקרית לבין הראיה הנגזרת. לאחר שפורטו הביקורות על הקביעות הכלליות בפסק דין **פרחי** במישור כללי פסלות ראיות, אעבור לדיון במישור הביקורת השני, הדוקטרינארי.²⁴

ביקורת על פסק הדין במישור הדוקטרינארי - אי השימוש בדוקטרינה של הגנה מן הצדק בשלב הענישה

מישור הביקורת השני על פסק דין **פרחי** הוא לא על מה

ממילא אין בישראל פסילה אוטומטית של ראיות נגזרות שמקורן בראיות עיקריות פסולות, כמו שאין בישראל פסילה אוטומטית של ראיות עיקריות שהושגו באמצעים פסולים. למעשה, ניתן לחשוב על שלוש משמעויות שונות לכלל שלפיו בישראל לא חלה תורת פירות העץ המורעל. על פי המשמעות הראשונה, לבתי המשפט בישראל אין סמכות לפסול ראיות רלבנטיות בשל אמצעים פסולים שבאמצעותם הן הושגו.

על פי המשמעות השנייה, לבתי המשפט בישראל אמנם יש סמכות לפסול ראיות רלבנטיות עיקריות שהושגו באמצעים פסולים, אך אין להם סמכות לפסול ראיות שנגזרו מראיות עיקריות אלו, אם בהשגת הראיות הנגזרות כשלעצמן לא נפל פסול.

כאמור, לאחר הלכת **יששכרוב**, שתי משמעויות אפשריות אלו לכלל שוב אינן נכונות.

על פי המשמעות השלישית, לבתי המשפט בישראל יש סמכות לפסול ראיות רלבנטיות, בין עיקריות ובין נגזרות, שהושגו באמצעים פסולים, אך אין הם עושים שימוש בסמכותם זו באופן אוטומטי. על פי משמעות שלישית זו אין בישראל כלל קשיח לפסילת ראיות, כפי שנוהג בארצות הברית, אלא כלל גמיש בלבד.

קל לראות ששתי המשמעויות הראשונות של הכלל אינן נכונות כיום, בעוד שהמשמעות השלישית היא נכונה. בישראל לא נוהג כלל קשיח לפסילת ראיות, אלא כלל גמיש ויחסי. רק במובן אחרון זה לא חלה בישראל "תורת פירות העץ המורעל". אך למשמעות שלישית זו אין השלכה על השאלה שנדונה בעניין **פרחי**. בעניין **פרחי** נדונה המשמעות השנייה של הכלל. כבר בהלכת **יששכרוב** הוכרע, כאמור, שיש לבתי המשפט בישראל סמכות לפסול ראיות נגזרות באמצעות כלל פסילה גמיש, כאשר אמות המידה להכרעה בדבר פסלות הראיה הנגזרת דומות לאלו המופעלות לגבי הראיה העיקרית, בשינויים המחוייבים. הפיתוח הנדרש לכלל זה, שכבר נקבע בעניין **יששכרוב**, היה רק יציקת תוכן נוסף למבחנים אלו.

המצדיקים את פסילת ההודאה האמורה. זאת לאור הפגם החמור שנפל בהתנהגות המדובבים. כיון שההודאה בפני החוקרים נולדה מתוך ההודאה בפני המדובבים, ניתן לפסול גם אותה. מדובר במקרה מובהק של פסילת פרי העץ המורעל שהוא ראיה נגזרת. מעניין לראות כי ההרכב שישב בעניין **פרחי** - השופטים לוי, חיות ודניצ'גר - הוא ההרכב שנתן גם את פסק דין אלום. בעניין **פרחי** נראה כי בסופו של דבר חומרת העבירה הובילה לכך שראיות המספיקות להרשעתו - לפחות לעמדת השופטים - תתקבלנה, והוא הורשע בדין. בעניין אלום לעומת זאת, על אף שמדובר היה בעבירה חמורה אף יותר, של רצח, הראיה נפסלה, והמעורר זוכה לבסוף. 22 רון שפירא "מבנה היסוד העובדתי של העבירה" מגמות **פפליים** 113, 131 (עורך אלי לדרמן, 2001).

23 אני מודע כמובן לכך שמדובר בפרשנות דחוקה לכלל שנקבע בעניין **פרחי**. עם זאת, כיון שהיא מביאה לכלל נורמטיבי נכון, וניתן לעגן אותה לשונית, אף כי בדוחק, בדברי השופטים, היא נראית לי אפשרית ורצויה.

24 ניתן למתוח ביקורת על קביעות נוספות בעניין **פרחי** שהן בעלות אופי ספציפי יותר. בעיקר ניתן למתוח ביקורת על הקביעה שלאחר פסילת ראית הדג.ה השנייה, לא קיים ספק סביר בשאלת אשמתו של **פרחי**. כך גם ניתן למתוח ביקורת על ההבחנה שערכו השופטים דניצ'גר ולי בין הראיות הנגזרות השונות כך שהחליטו לפסול את ראית הדג.ה החדשה אך לקבל את שאר הראיות הנגזרות. נראה כי דווקא פסק דינה של השופטת חיות בעניין זה, הקובע שאין הבחנה אמיתית בין הראיות הנגזרות לצורך הדיון בשאלת קבילותן, ומקבל בסופו של דבר את כולן, הוא הקהרנטי יותר. מפאת קוצר היריעה לא אפרוש ביקורות אלו בפירוט במאמר זה.

25 מעניין לצייין כי בית המשפט העליון כן דן בתחולה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק בשלב הדיון בהכרעת הדין. בית המשפט קבע כי לאור חומרת הפגיעה בהליך

פרחי הורשע בסופו של דבר על סמך ראיות שנבעו כל כולן מהפרת ההבטחה שגרמה להתגבשות החשד כנגדו. העונש שנגזר עליו - עשרים וחמש שנות מאסר בפועל על שני מקרי אונס ושני מקרי מעשים מגונים שלא עירבו מגע שלו במתלוננות, הוא עונש כבד מאוד. בית המשפט העליון לא שקל אפילו להקל בעונשו של פרחי לאור העובדה ששורשו של ההליך היה בפגיעה קשה בזכויותיו. בית המשפט סבר כי "ההגנה היחידה העומדת לו היא בדרישה לפסול את ראיית הד.ג.א. מלשמש נגדו במשפט"²⁵.

אבל לפרחי עמדה הגנה נוספת. מדובר בדוקטרינת ההגנה מן הצדק בשלב גזר הדין.²⁶ דוקטרינת ההגנה מן הצדק נועדה לתת סעד למי שניהול ההליך נגדו עומד בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית.²⁷ המבחן להתגבשות ההגנה מן הצדק, כמו נוסחת האיזון של כלל הפסלות הפסיקתי, הוא גמיש ונשען על איזון בין אינטרסים שונים. הדוקטרינה יכולה להעניק לנאשם שנפגע מפעולת הרשות מגוון של סעדים אפשריים. החל בביטול כתב האישום, ביטול אישומים מסויימים²⁸ או המרתם באישומים קלים יותר, דרך פסילת ראייה, השתקת הרשות מלטעון טענה כלשהי, ועד להקלה בעונשו של נאשם שהורשע.²⁹ כוחה של הדוקטרינה הוא בגמישות שלה. יש לשים לב כי במובן חשוב מאוד דוקטרינת ההגנה מן הצדק היא גמישה הרבה יותר מאשר כלל הפסלות הפסיקתי. כלל הפסלות הוא גמיש רק במישור המבחנים להחלתו. הסעד שלו הוא בינארי - פסלות הראייה או קבלתה, שבתורה יכולה להביא להרשעה או לזיכוי. דוקטרינת ההגנה מן הצדק היא גמישה לא רק בשאלת עצם תחולתה, אלא גם בשאלת הסעד שהיא נותנת. במסגרת הסעד של הקלה בעונש, הגמישות היא מירבית. הסעד יכול להיות רגיש באופן מושלם לגודל הפגיעה.³⁰

דוקטרינת ההגנה מן הצדק מתאימה ככפפה ליד למקרהו של פרחי. מצד אחד נראה נכון כי לאור חומרת העבירות ומסוכנותו של פרחי העולה ממנה, לא ראוי לזכותו ולשחררו, על אף הפגיעה הקשה בזכויותיו שהביאה לגיבוש החשד כנגדו. כל זאת בהינתן מהימנות המלאה של הראיות

שיש בו אלא על מה שאין בו. נניח שניתן להסכים כי לאור חומרת העבירות ומסוכנותו הרבה של פרחי לציבור, ובהינתן מהימנות המלאה של ראיית הד.ג.א. השנייה, יש לקבלה ולהורות על הרשעתו. עדיין קשה להבין מדוע הפגיעה הקשה בזכויותיו של פרחי להליך הוגן ולפרטיות לא תהווה שיקול משמעותי ביותר בעת גזירת עונשו. דוקטרינת ההגנה מן הצדק מאפשרת התחשבות שכזו.

בית המשפט העליון התבטא באופן ברור ביותר באשר לגודל הפגיעה בזכויותיו של פרחי כתוצאה מהפרת ההבטחה שניתנה לו על ידי הרשויות. נקבע כי הבטחת המשטרה השפיעה על שיקול דעתו של פרחי ושיבשה את כושר הבחירה שלו. מעת שהופרה ההבטחה, על פי קביעת בית המשפט, איבד פרחי הלכה למעשה את יכולתו להגן על חזקת חפותו. נקבע כי במקום בו היתה הסתמכותו של פרחי כה גדולה, מחייבת ההגינות כלפיו להגן על האינטרס שלו שהפרת ההבטחה לא תקפחו. בית המשפט עמד על כך שמעבר להגינות כלפי פרחי עצמו יש לדאוג גם להיבט הציבורי, שכן הכשרת נתוני הזיהוי שנולדו מתוך הפרת ההבטחה המפורשת, עלולה לפגוע קשות באמון הציבור ברשויות המדינה.

בית המשפט סבר כי די בפסילת ראיות הד.ג.א., הראשונה והשנייה (תוך הותרת יתר הראיות הנגזרות כקבילות), כדי לרפא את הפגמים הקשים שהולידו את ההליך הפלילי כנגד פרחי. אך נראה כי בית המשפט לא היה ער באופן מלא להבחנה חשובה הנוגעת לעניינו של פרחי ולנפקיותיה של אותה הבחנה. במקרה זה הפגיעה הקשה בזכויותיו של פרחי לא התמצתה רק בהשגת ראיות עיקריות ונגזרות נגדו. הפגיעה הקשה האמורה היא שהצמיחה מלכתחילה את עצם החשד נגדו באשר לביצוע העבירה הנבחנת. אילולא הפרת ההבטחה, לא היה קם כנגד פרחי חשד כלשהו ביחס לביצוע עבירות המין. יש לאבחן בין מקרה כזה למקרה השגרתי, בו יש חשד שהתגבש באופן לגיטימי, ורק במהלך חקירתו של אותו חשד הושגו ראיות באמצעים פסולים. במקרה של פרחי החשד עצמו התגבש בדרך אסורה. לא רק העץ והפירות מורעלים, אלא השורשים אף הם רקובים.

ההוגן, התקיימו דרישותיו של השלב הראשון להקמתה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק, מתוך השלושה שהוצבו בע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נגד בורוביץ**, פ"ד נט (6) 776. עם זאת, בית המשפט המשיך וקבע כי גם בהנחה שדרישותיו של השלב השני התמלאו, עדיין לאור חומרת העבירה, לכל היותר ניתן היה להגיע לסעד של פסילת הראייה (שאפשרי גם הוא לפי הלכת בורוביץ), סעד שממילא יכול להינתן על ידי דוקטרינת הפסלות הפסיקתית של הלכת יששכרוב. אם בית המשפט סבור שניתן היה לפסול ראייה מכח דוקטרינת ההגנה מן הצדק, קל וחומר שניתן היה להקל בעונש, שכן ההקלה בעונש היא בדרך כלל סעד מתון הרבה יותר מפסלות ראייה שיכולה להביא לזיכוי ממש.

26 כבר בעניין **בורוביץ**, בפסקה 21 לפסק הדין, נאמר כי אחד הסעדים שעשויים להינתן במסגרת דוקטרינת ההגנה מן הצדק הוא הקלה בעונש.

27 סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.

28 דוגמא מאלפת מהזמן האחרון בה ניתן סעד מידתי באמצעות דוקטרינת ההגנה מן הצדק לאחר שהתקבלה ראייה שהושגה באמצעים פסולים ניתן לראות בפסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים בע/10/124 **סמ"ר מ.א. נ' התובע הצבאי הראשי** (פורסם בנבו) (2011). שופטי הרוב החליטו לקבל את הראייה ועל כן לאשר הרשעה של המערער. עם זאת, לאור אותם פגמים הם מצאו להיעתר לבקשה החלופית של ההגנה ולהפעיל את דוקטרינת ההגנה מן הצדק, על דרך ביטול ההרשעה בעבירה הנובעת מן העובדות שהוכחו, וגוררת רישום פלילי, והשארה על כנה של הרשעה בעבירה נוספת הנובעת מאותה התנהגות, אך שאין בצדה רישום פלילי.

29 על מגוון הסעדים שדוקטרינת ההגנה מן הצדק יכולה להעניק לנאשם ראו פסקה 21 לפסק דין בורוביץ; ע"פ 5124/08 **גאבר נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו)

ידי רשויות האכיפה, בעניין מעמדו של קריטריון תום הלב של הרשות במסגרת בחינת חומרת הפרת הדין שנעשתה על ידה בהשגת הראייה, ובסייג שפורט במאמר, גם בעניין הקביעה ביחס למשקל שיש לתת לקבוצת הקריטריונים השלישית (שעניינה חומרת העבירה ונחיצות הראייה לתביעה) בנוסחת האיזון של כלל הפסלות הפסיקתי. יש לברך גם על הקביעה הברורה כי ניתן לפסול ראיות נגזרות ואף על המבחן שנקבע לבחינת קבילותן של ראיות אלו. את הקביעות בפסק הדין לפיהן כלל הפסלות של חוק הגנת הפרטיות ייטמע בתוך כלל הפסלות הפסיקתי, וכי בדרך כלל ראיות נגזרות תתקבלנה, יש לבקר, ולפרש בהתאם לקווים שהוצעו במאמר. מכל מקום, בסופו של דבר, לאחר ההחלטה לקבל חלק מן הראיות הנגזרות ולבסס עליהן הרשעה, היה מקום להקל באופן משמעותי עם פרחי בעת גזירת העונש על ידי שימוש בדוקטרינת ההגנה מן הצדק. בסופו של יום, למרות הקביעות העקרוניות החשובות, נראה כי עם פרחי עצמו, לא נעשה צדק.

שבמחלוקת. מצד שני, נראה כי לפגיעה הקשה הזו חייבים לתת ביטוי משמעותי. מצבו של פרחי חייב להיות בסופו של יום טוב יותר, ובאופן משמעותי, מאשר של מי שהורשע בביצוע אותם מעשים מבלי שפגעו בבוטות כזו בזכויותיו. דוקטרינת פסילת הראיות שהיא בינארית מבחינת הסעד שהיא מציעה, איננה מתאימה במקרה זה. הכלי המתאים הוא דוקטרינת ההגנה מן הצדק בשלב הענישה. נכון, היה צריך לקבל את הראיות שהושגו באמצעים פסולים ולהרשיע באמצעותן את פרחי. אבל היה צריך גם להקל איתו משמעותית - לדעתי עד כדי הפחתה של מחצית מעונשו - באמצעות דוקטרינת ההגנה מן הצדק.

סיכום

פסק דין פרחי הוא פסק דין חשוב בפיתוח דיני פסלות הראיות בישראל. ניתן לברך על הקביעות של בית המשפט בעניין תחולת חוק הגנת הפרטיות על חיפושים הנערכים על

(2011), בפסקה 25; זאב סגל ואבי זמיר "הגנה מן הצדק באור חוק סדר הדין הפלילי" ספר דיויד וינר - על משפט פלילי ואתיקה 231, 262-259 (דרור ארד - אילון, יורם רבין, יניב ואקי עורכים) (2009). ראו גם את דעתו של השופט מלצר בע"פ 10715/08 ולס נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו) (2009) שצידדה בהפחתת עונשו של המערער לאור אמצעים פסולים שהופעלו בחקירתו.

30 באופן פרדוקסלי, בית המשפט מציין בעניין פרחי בדונו בהכרעת הדין כי הוא נמנע מלהפעיל את דוקטרינת ההגנה מן הצדק, כיון ש"דוקטרינת הפסילה הפסיקתית מאפשרת גמישות רבה יותר בהפעלת שיקול הדעת השיפוטי... הסעד המוענק בגדרה מידתי יותר" (פסקה 10 לפסק הדין). השיגאה של בית המשפט גלויה על פניה. הוא השווה בין הסעד הקיצוני של ביטול כתב האישום שמאפשרת (אך לא מחייבת) דוקטרינת ההגנה מן הצדק, לסעד המתון יותר של פסלות הראייה שמעניקה דוקטרינת הפסילה הפסיקתית. הוא לא בחן כלל את סעד ההקלה בעונש, המתון בהרבה, שיכול אף הוא להיתן על ידי דוקטרינת ההגנה מן הצדק.