

תיחום גבולות השימוש במדובבים משטרתיים סמויים לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

ניר פלסר*

1. הצגת הנושא
2. שורשיה והתפתחותה של זכות השתיקה
 - א. מקורה של הזכות לאי-הפללה עצמית
 - ב. קליטתה של הזכות לחסיון מפני הפללה עצמית במשפט האמריקני
 - ג. קליטתה של הזכות לחסיון מפני הפללה עצמית במשפט הישראלי
 - ד. הטעמים להצדקת קיומה של זכות השתיקה במסגרת החקירה המשטרתית
 - ה. מעמדה של זכות השתיקה לאור המהפכה החוקתית
3. השימוש במדובב כתחבולה הפוגעת בזכות השתיקה
 - א. גישתו של המשפט הקנדי
 - ב. ההבחנה בין מדובב "אקטיבי" ל-"פסיבי"
 - ג. המצב הקיים במשפט הישראלי
 - (1) אלימות ואיום באלימות
 - (2) שיטת תחקור בלתי-הוגנת
 - (3) יצירת לחץ נפשי בלתי-הוגן
 - (4) הפיתוי וההשאה
 - (5) לסיכום
 - ד. הגישה הראויה במשפט הישראלי
4. תוצאות הפגיעה בזכות בעלת מעמד חוקתי
 - א. גישת המשפט הקנדי
 - ב. המצב לפני חקיקת חוק היסוד
 - ג. המצב המשפטי לאור המהפכה החוקתית
 - ד. תרופת הבטלות
5. לסיכום

* בעת כתיבת החיבור היה המחבר תלמיד שנה רביעית לתואר ראשון במשפטים (LL.B.) ועוזר הוראה בבית-הספר למשפטים במכללה האקדמית נתניה. תודתי נתונה לפרופ' עמנואל גרוס, הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה; כמו-כן ברצוני להודות לשופט גלעד נויטל, שופט בית-משפט השלום בתל-אביב-יפו ומרצה לסדר דין פלילי במכללה האקדמית נתניה; ולבסוף, לבודק האנונימי מטעם מערכת כתב-העת, על הערותיהם הבונות אשר סייעו רבות לי לשיפורו והרחבתו של חיבור זה.

1. הצגת הנושא

מיהו המדובב המשטרתי? האם שוטר? אזרח? עבריין? לאמיתו של דבר יכול הוא להיות כל אחד מן השלושה. הוא יכול להיות אזרח מן השורה, כגון אברהם קשפיצקי ז"ל, אשר כונה "מיסטר איקס", ואשר כל רווחיו מעבודתו ומעמלו היו מחשיפת האמת. אותו "מיסטר איקס" אף המשיך בעיסוקו כמדובב גם מעבר לשירות המילואים במשטרה הצבאית החוקרת והתנדב מזמנו הפרטי כדי לסייע לרשויות החוק השונות¹. המדובב יכול להיות גם איש משטרה מן המניין, כמו שמעון סביר. מי אשר היה לימים ראש היחידה הארצית לחקירת פשעים חמורים, החל את דרכו במשטרה כחוקר, אשר לעיתים קרובות "ירד למחתרת" בזהות בדויה על-מנת לאסוף ראיות מרשיעות כנגד עבריינים².

לעיתים יכול המדובב להיות עבריין, אשר מסכים ליטול על עצמו את תפקיד המדובב ולשתף-פעולה עם רשויות החוק, תמורת הקלה בהסתבכויותיו הפליליות. ידוע המקרה של מיכל חן, אשר בעת היותה בת 29 נתפסה בידי משטרת ישראל בעבירות מרמה קלות. לאחר שהובטח לה כי התיקים אשר עמדו תלויים נגדה ייסגרו, הסכימה לשתף-פעולה ולשמש כמדובבת סמויה. היא הושמה בתא מעצר ביחד עם גיטית איזראלוב, אשר הוחשדה ברצח בעלה³ על-ידי הטבעתו ביחד עם מכונניתו בפארק הירקון אשר בתל-אביב⁴.

אם כן, נשאלת השאלה מהו תפקידו של המדובב המשטרתי? תיאור מדויק וקולע ניתן למצוא בדבריו של סא"ל (במיל.) צביקה קרוכמל, לשעבר מבכירי חוקרי מצ"ח:

"תפקידו של מדובב הוא לנסות להוציא מחשודים פרטים, אשר אין הם מוכנים למסור באופן ישיר וגלוי לחוקריהם. הדבר מתאפשר לעיתים בסיטואציות שבהן לא עולה בדעתם של החשודים, כי האיש עימו הם משוחחים כמעט בחופשיות, הוא למעשה סוכן שתול של המשטרה. באין ספור מקרים, שימשו

1 ש' גז, מ' רונן, המשפט הפלילי – מדריך שימושי לדיני העונשין (1990) 115–117; צ' קרוכמל, "כתם-פרשת רמי דותן" (1997) 86. לאחר שהפיל ברשתו את ישראל גוטליב, אז ראש עיריית בני-ברק, בפרשת השוחד של השר וחבר-הכנסת אהרון אבו-חצירא, הוציא בית-המשפט צו איסור פרסום על שמו לכל ימי חייו. כאשר מעלליו כמדובב המשיכו להתפרסם בעיתונים, זכה הוא לכינוי "מיסטר איקס".

2 במהלך שנות השישים נטל על עצמו זהות של אסיר והושם בתא מעצר ביחד עם חשוד ברצח בת גיסתו. פעילותו כמדובב סמוי סייעה לאחר-מכן בהרשעתו של אותו חשוד; ראה: נ' רועי, העולם התחתון והפשע המאורגן בישראל (תשנ"ג) 150.

3 ת"פ (ת"א) 614/86 מדינת ישראל נ' איזראלוב (לא פורסם); ע"פ 224/88 איזראלוב נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 661.

4 גז ורונן, לעיל הערה 1, שם בעמ' 116; נ' רועי, לעיל הערה 2, שם בעמ' 150.

עדויותיהם ושיחותיהם המוקלטות של מדובבים עם חשודים, חומר ראיות חשוב להרשעתם של אותם חשודים"⁵.

אכן האמצעי החקירתי המצוי בדמותו של המדובב הסמוי, הוכר במהלך הפסיקה ובפרקטיקת המשפט הפלילי, ככלי חקירתי חשוב ויעיל ביותר. בשנים האחרונות עדים אנו לכך כי השימוש הרב אשר עושה משטרת ישראל באמצעי חקירתי זה, סייע בפענוח פרשיות רצח⁶, שוד⁷ אונס⁸ ופשעים חמורים נוספים. לעיתים משמשת פעילותו של המדובב לשם חיזוק הראיות הקיימות נגד הנאשם⁹. פעמים אחרות מובילה

5 צ' קרוכמל, לעיל הערה 2, שם בעמ' 85. השווה: דבריו של השופט מצא בע"פ 2815/95 אלבה נ' מדינת ישראל, תקדין-עליון כרך 96(3) 97, 135:

"סוכן מוכנס לתאו של חשוד, שהוא מתחזה לעבריין שנכלא ותפקידו להוציא מפי החשוד דברים אותם נמנע מלמסור בחקירתו".

וכן, דברי השופט קדמי בבג"צ 1563/95 עו"ד מרדכי כץ נ' היועץ המשפטי לממשלה ו-8 אח', תקדין-עליון כרך 97 (2) 710, 700:

"הפעלתו של צור כ-סוכן חשאי אינה רחוקה מהפעלתו של 'מדובב': שניהם רוכשים במרמה את אמונו של החשוד ובכך 'מפתים' אותו להיחשף בפניהם".

6 ת"פ (ת"א) 320/95 מדינת ישראל נ' בן-שטרית (לא פורסם); ע"פ 5314/96 בן-שטרית נ' מדינת ישראל, תקדין-עליון כרך 98(1) 405. שם התוודה החשוד בפני מדובב משטרתי סמוי אשר הושם בתאו והתחזה לעבריין בכיר בעולם התחנות. לאחר שבן שטרית ביקש את ייעוצו בנושא החקירות, התוודה בפניו כי ביצע את הרצח.

תפ"ח (ת"א) 245/95 מדינת ישראל נ' יעקובוב, דינים-מחוזי כרך לב(2) 329. במקרה דנן פוענח רצח אכזרי במיוחד של סכתא ונכדה. השניים נרצחו ולאחר מכן ראשם נערף לשם הוכחת ביצוע הרצח. המדובב המשטרתי אשר הוכנס לתאו של החשוד החל לפתח עימו קשרי ידידות ואמון ואף יעץ לו בהמשך חקירותיו. ייעוץ זה אפשר למשטרה להגיע לחקר האמת, לאור שינוי גרסאותיו התכוף של הנאשם.

7 ת"פ (ת"א) 75/96 מדינת ישראל נ' מלניק, תקדין-מחוזי כרך 97(2) 3804. שם התוודה הנאשם בפני מדובב משטרתי אשר התחזה לעבריין מנוסה. הלה שימש לנאשם כיועץ בחקירותיו ובמהלך "הייעוץ" הביא להתוודותו של הנאשם. התוודותו של הנאשם בפני המדובב והקלטותיהן בידי חוקרי המשטרה, שימשו לאחר-מכן את עיקר חומר הראיות המרשיע במשפטו.

תפ"ח (ת"א) 56/98 מדינת ישראל נ' סבן ואח' (לא פורסם). שם שימשה פעילותו של המדובב המשטרתי לחשיפת מעשי שוד מזוין ועבירות שוד ופריצה אחרות אשר טרם הוחשד בהם הנאשם. בש"פ 8772/99 חן נ' מדינת ישראל, תקדין-עליון כרך 100(1) 327. פעילותו של מדובב משטרתי אשר התחזה לחולה ליד מיטתו של חשוד בשוד מזוין, הביא לחשיפת כנופיית שודדים אשר פעלה בקרב יהלומני הבורסה ברמת-גן, לרבות יהלומן אשר סיפק את מידע הפנים אודות ההובלות, תמורת 20 אחוז מהשלל.

8 ת"פ (ב"ש) 73/93 מדינת ישראל נ' על-עובייד, תקדין-מחוזי כרך 94(3) 561. הנאשם הורשע ברציחתה ובאינוסה של חנית קיקוס ז"ל. התוודותו בפני מדובב משטרתי סללה את הדרך להודאתו בפני חוקרי המשטרה ושימשה לאחר מכן כחיזוק למהימנות ההודיה בפני המשטרה. ראה בעניין זה גם: דנ"פ 4342/97 מדינת ישראל נ' אל-עובייד, דינים-עליון כרך נד 178; וכן: "פרשת חנית קיקוס" הסניגור ירחון מס' 15 (יוני 1998) 17-18.

9 בש"פ 5264/96 אוהנה נ' מדינת ישראל, תקדין-עליון כרך 96(3) 1302. שיחותיו של העורר עם המדובב המשטרתי אשר הוכנס לתאו, שימשו חיזוק לראיות הקיימות נגדו בחשד להברחת סם מסוכן מסוג קוקאין בהיקף של 40 ק"ג.

ההתוודות של החשוד בפני המדובר לשיתוף-פעולה עם החוקרים עד כדי חציית הקווים והפיכתו לעד מדינה¹⁰.

על-כן, רואים אנו כי התחבולה החקירתית של הכנסת מדובר סמוי לתאו של החשוד, הינה אמצעי חקירתי בעל חשיבות רבה בפעילותן של רשויות החוק למיגור הפשיעה החמורה. לנוכח שכיחותן של תחבולות אלה, נשאלת השאלה בדבר הבסיס לחוקיותן? כבר נודעה מקדמת דנא הדגשתה של הפסיקה על מתן הרשאה רחבה ביותר לחוקרי הפלילים לעשות שימוש בתחבולות, וכל זאת למען איסוף הראיות כנגד עבריינים. כדבריו המפורסמים של השופט ויתקון כי:

"אין אני מוכן להיתמם ולדרוש מהחוקרים, שלא ישאלו שאלות מכשילות או שלא ישתמשו במה שנקרא 'תחבולות'. חקירתו של פושע אינה משא ומתן בין שני סוחרים שלווים והגונים, המנהלים את עיסקם על בסיס אמון הדדי... מחוקר המשטרה המשתדל לדובב חשוד, אין אני דורש 'הגינות' זאת"¹¹.

אך ידועים גם דבריו של השופט מצא אשר תחם את גבולות הסבירות של אותן תחבולות, תוך הדגשתו את האיזונים השונים הכרוכים בכך:

"הכלל הוא כי בסייגים מסוימים מותר לחוקרי המשטרה להשתמש בתחבולות... על-פי הניסיון ניתן אף לומר, כי השימוש בתחבולות מהווה, לא פעם, תנאי הכרחי להצלחתה של חקירה. ובמסגרת מלחמתה של החברה בפשיעה, ובעיקר בפשיעה החמורה, אין למעשה מנוס מהכשרת השימוש גם באמצעים כאלה; 'כי בתחבולות תעשה לך מלחמה' (משלי כד ו')... אך על האמצעים שהם נוקטים להיות סבירים. מה גדרה של סבירות? דומה שאת גבול ההיתר תוחמים שני סייגים עיקריים: האחד, שאין להשתמש בתחבולה המפירה את זכות החשוד להימנע מהפללה עצמית¹²..."¹³ (ההדגשה שלי – נ.פ.).

10 בש"פ 3155/00 מדינת ישראל נ' כאמל תורכ ו-4 אח', תקדין-עליון כרך (2)00. שני אסירים הוחשדו בפריצה לבנק במהלך חופשתם מהכלא ביחד עם מספר שותפים. התוודותו של אחד המעורבים בפני מדובר סמוי, הובילה להפיכתו לעד מדינה, ולמסירת מידע קריטי אשר הוביל לאיתור חלק מהרכוש הגנוב.

11 ע"פ 216/74 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(1) 340, 352.

12 השווה בעניין זה ל-ע"פ 28/59 פלוני נ' היועץ המשפטי, פ"ד יג 1205, 1210:

"אם השמיטה המרמה את הבסיס מתחת ליכולתו של הנחקר לעשיית השימוש בזכות השתיקה או בזכות ההיוועצות-הרי זו תחבולה 'נפסדת', העשויה להוביל לפסילת הודיה הנמסרת בעקבותיה".

13 פרשת אלבה, לעיל הערה 5, שם בעמ' 134. השווה גם: דברי השופטת פרוקצ'יה בערכאה דלמטה, ת"פ (י"ם) 251/94 מדינת ישראל נ' אלבה, תקדין-מחוזי כרך (2)95 עמ' 3428, 3458: "אין צורך לומר כי בכל מקרה עדיף כי מהלכי החקירה לא יכרכו שימוש באמצעים גבוליים-לרבות שימוש בתחבולות ובמעשי הטעייה. יש והדבר בלתי-נמנע, והוא בבחינת רע-הכרחי, אשר כל עוד לא משבש רצונו החופשי של הנחקר, ניתן להכשירו".

אם כן, נשאלת השאלה המתבקשת, מה הוא מעמדו המשפטי של השימוש במדובב סמוי? האם תחבולה חוקית או שמא בלתי-חוקית בשל פגיעתה בזכות השתיקה? בהמשך דבריו קובע השופט מצא כי:

"...אף השימוש במדובב נתפס כתחבולה חקירתית מותרת. המדובב אינו מפר את זכות החשוד לאי-הפללה עצמית; שכן בידי החשוד לשמור על זכות השתיקה, בכל הנוגע לנושא החקירה, גם בשיחו ושיגו עם מדובב".

האמנם? חיבור זה יבחן את השימוש אשר עושות רשויות החקירה בתחבולה חקירתית זו תוך בחינת נפקותה המשפטית לנוכח הפרשנות החוקתית אליה מחויב בית-המשפט עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו¹⁴. כמו-כן, ייבחן השימוש באמצעי חקירתי זה לאור המשפט המשווה, אשר ניתן לומר כי כבר "צבר ניסיון" ופירש לעומק את הנפקויות המשפטיות¹⁵.

2. שורשיה והתפתחותה של זכות השתיקה

בטרם נוכל לבחון את מעמדה של זכות השתיקה במשפט הישראלי, ואת הפגיעה בה באמצעות השימוש במדובב המשטרתי, נסקור קודם את שורשיה והתפתחותה בשיטתנו ובשיטות המשפט האנגלו-אמריקניות. בכך נוכל גם לעמוד על חשיבותה וחיוניותה במסגרת מערכת המשפט של מדינה דמוקרטית ומתוקנת.

א. מקורה של הזכות לאי-הפללה עצמית

יש המזהים את שורשיה של זכות השתיקה, לאמור זכותו של האדם לחסיון מפני

וכן, דבריו של השופט שמגר (כתוארו אז) ב"ע"פ 476/79 בולס נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 805, 785:

"המשטרה רשאית להפגיש חשוד עם סוכן מוסווה שלה, מתוך תקווה, שהחשוד יפתח את סגור לבו בפני איש שיחו ביתר נכונות מאשר בחקירתו על-ידי איש המשטרה. אין לראות בכך מעשה תרמית, הפוסל קבילותה של ראיה".
 14 ס"ח 1391, תשנ"ב עמ' 150; ראה סעיף 11 לחוק היסוד: "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה".
 לתחולת סעיף זה על מערכת בתי-המשפט, ראה דברי השופט ריבלין ב"בש"פ 2910/00 כהן נ' מדינת ישראל, תקדין-עליון כרך (2)00, עמ' 1069, 1070:
 "פיסקת הכיבוד שבחוק יסוד כבוד האדם וחירותו חובקת את החלטותיו של בית המשפט וקושרת אותן לעקרונות היסוד שבחוק".

וכן, דברי השופט דורנר ב"בג"צ 5263/94 הירשנזון ו-4 אח' נ' שר האוצר, פ"ד מט(5) 837, 847.
 15 R. v. Liew [1999] 3 S.C.R. 227; R. v. Broyles [1991] 3 S.C.R. 595; R. v. Hebert [1990] 2 S.C.R. 151.

הפללה עצמית (*The privilege against self-incrimination*), במשפט האנגלי. זאת כתוצאה מהתנגדותה של החברה האנגלית לשיטת המשפט האינקויזיטורית בכלל, ולגילויי האכזריות אשר רווחו באותה תקופה בידי האינקויזיציה הקדושה בספרד בפרט¹⁶.

בעקבות האנרכיה אשר שררה באנגליה במאה ה-15, פעלה מועצת המלך לתגבור סמכויותיה במלחמתה כנגד מתנגדי המשטר והעבריינים הפליליים. לשם כך חוקק הפרלמנט הבריטי בשנת 1487 את ה-*Star Chamber Act*, אשר הקנה לוועדה מצומצמת של מועצת המלך את הסמכות לחקור חשודים ועדים ולשפוט אותם. ועדה זו, ראתה זאת כחובתה לדכא צורות מסוימות של הפרת הסדר הציבורי על-ידי הפעלתה של השיטה האינקויזיטורית במשפט עצמו¹⁷.

בעת חקירת הנאשם, עשתה ועדת ה-*Star Chamber* שימוש בשבועה אשר נודעה בשם *ex officio*. לפי הליך זה, היה הנאשם נשבע בספרי הקודש לומר את האמת, וחויב להשיב לכל שאלה אשר הופנתה אליו, אפילו אם זו גרמה לו להתוודות במעשה העבירה¹⁸.

לקראת סוף המאה ה-16 הותקפה שיטת החקירה האינקויזיטורית עצמה. המפנה המכריע בשיטה זו, חל במשפטו של ג'ון לילבורן (*John Lilburn*). לילבורן הואשם כי הדפיס וייבא חוברות אשר יש בהן הסתה וכפירה בדת. בחקירתו המוקדמת בידי היועץ המשפטי בפני ה-*Star Chamber*¹⁹, הכחיש את ההאשמות נגדו. לאחר-מכן, נתבקש להתייחס לעבירות אחרות, שבהן לא הואשם או שלא היו קשורות לחשדות המיוחסים לו. לילבורן סירב לענות על שאלותיו של היועץ המשפטי בנמקו כי אין הוא חייב להשיב לשאלות אשר מטרתן היא השגת הודאה ממנו ביחס למעשים אשר בית-המשפט אינו יכול לבססם בראיות אחרות. במילותיו של לילבורן עצמו:

16 ע' גרוס, "החסיון מפני הפללה עצמית-האמנם ציון דרך במאבקו של האדם הנאור לקידמה?", מחקרי משפט ד' (תשמ"ט) 167, 168; 169, 167 (1896); 591, 596-597 (1896); *Brown v. Walker*, 161 U.S. 591, 596-597 (1896).
 "The maxim nemo tenetur seipsum accusare had its origin in a protest against the inquisitorial and manifestly unjust methods of interrogating accused persons, which have long obtained in the continental system, and, until the expulsion of the Stuarts from the British throne in 1688, and the erection of additional barriers for the protection of the people against the exercise of arbitrary power, were not uncommon even in England".

17 ד' ליבאי, "חקירת החשוד והחסיון בפני הפללה עצמית", הפרקליט כ"ט (תשל"ד) 92, 94.
 18 ע' גרוס, לעיל הערה 16, שם בעמ' 169; ע' קפלן, "על זכות השתיקה" זכויות אזרח בישראל – קובץ מאמרים לחיים ה. כהן (1982) 241, 246.

19 היועץ המשפטי לממשלה (*Director of Public Prosecution*), הוסמך להאשים אדם בפני ה-*Star Chamber* על-סמך עדויות של אנשים, אשר זהותם לא נודעה לחשוד, ומבלי שהיה זכאי ל"עיונות" עם עדי התביעה. מנגד היה מחויב הנאשם, מכוח שבועת ה-*ex officio*, למסור עדות מלאה, גם אם הביאה להודייתו בעבירה המיוחסת. ראה בעניין זה: ד' ליבאי, לעיל הערה 17.

"I am not willing to answer you to anymore of these questions because I see you go about this examination to ensnare me; for seeing the things for which I am imprisoned cannot be proved against me, you will get other matter out of my examination; and therefore, if you will not ask me the thing laid to my charge, I shall answer no more; ...and of any other matter that you have to accuse me of I know it is warrantable by the law of god and I think by the law of the land, that I may stand upon my just defense and not to answer to your interrogatories"²⁰.

על טענתו זו חזר לילבורן בפני ביהמ"ש, אשר דחה אותה ודן אותו למלקות ומאסר. בשנת 1640 פנה באמצעות עורך-דינו, לפרלמנט בבקשה לביטול החלטתו של ה-*Star Chamber*. בקשה אושרה תוך קביעת פיצויים. כמו-כן, נקבע כי פסק-הדין הוא בלתי-חוקי: "*Illegal and against the liberty of the subject*". משלא קוימה ההחלטה, פנה לילבורן לבית הלורדים אשר דן בערעורו וקיבלו. בדיון הערעור טען פרקליטו כי הוא שבועת ה-*ex officio* הינה מנוגדת לחוקי האל, הטבע והממלכה. זאת בשל:

"...An oath to answer all such questions as should be demanded of him, it being contrary to the laws of God, nature and the kingdom for any man to be his own accuser".

בית הלורדים קבע כי פסק-הדין הוא בלתי-חוקי, בלתי-הוגן ופוגע בזכות החופש המובטחת לפי ה"מגנה קרטה". מקרהו של *Lilburn* ביחד עם מקרים נוספים (כגון: *Prynne* ו-*Leighton*, משפטם של תריסר הבישופים, משפטו של המלך צ'רלס, *Scroop* ועוד) גרמו ללחץ ציבורי אשר הביא לביטולו של ה-*Star Chamber Act* בשנת 1641²¹.

20 ע' גרוס, לעיל הערה 16, שם בעמ' 170; ראה גם: J.H. Wigmore "The Privilege Against Self-Incrimination" 5 *Harv. L. Rev.* (1901) 610, 621-623.

21 ע' גרוס, לעיל הערה 16, שם בעמ' 171; *Wigmore*, לעיל הערה 20, שם בעמ' 625-626; C. Pitmann "The Colonial and Constitutional History of the Privilege Against Self-Incrimination in America" 21 *Va. L. Rev.* 763, 774 (1935) דברי Chief Justice Warren:

"On account of the Lilburn Trial, Parliament abolished the Inquisitorial Court of the Star Chamber Act and went further in giving him generous reparation. The lofty principles of which Lilburn had appealed during his trial gained popular acceptance in England".

Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 459 (1966).

ב. קליטתה של הזכות לחסיון מפני הפללה עצמית במשפט האמריקני

העיקרון בדבר הזכות לאי-הפללה עצמית נקלט במשפט האמריקני, בהשפעתה של האווירה הציבורית אשר שררה באנגליה בעקבות משפטו של *Lilburn*. הפורייטנים אשר נרדפו באנגליה בשל דעותיהם ואמונותיהם, היו מראשי הציבור אשר האיץ את ביטולו של מוסד ה-*Star Chamber* על שבוועת ה-*ex officio* בה עשה שימוש. בין השנים 1637 ל-1650, תסיסתם של הפורייטנים לקידום חסיון מפני הפללה עצמית בערה ביתר שאת.

קבוצות הפורייטנים אשר היגרו למושבות הבריטיות החדשות באמריקה הצפונית, נטלו עימם את ההתנגדות למוסד ה-*Star Chamber* ואת התמיכה בחסיון. עם הגיעם ל"עולם החדש" הקימו הפורייטנים את ביתם וחברתם בהתבסס על ערכים אלה. כך ניתן ללמוד מלשון ה-*Body of Liberties*, סדרת חוקים אשר חוקקו בידי המתישבים החדשים והבטיחו את זכויותיהם במקום מושבם החדש:

"No person shall be bound to inform, present or reveal any private crime or offense..."²².

העיקרון בדבר החסיון מפני הפללה עצמית עוגן שנים רבות אחר-כך בחוקתה של ארה"ב, במסגרת התיקון החמישי:

"No Person...shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself".

עיקרון זה נתקבל בפסיקתו של בית-המשפט העליון האמריקני, כעיקרון-על המייצג את ציון הדרך במאבקו של האדם הנאור לקדמה²³. במהלך השנים קיבל עיקרון זה חיזוק ניכר בידי בית-המשפט העליון על-ידי חיוב רשויות החקירה ליידע חשודים בדבר זכותם לאי-הפללה עצמית²⁴. בכך נפסק על-ידי בית-המשפט העליון של ארה"ב, כי הזכות לחסיון מפני הפללה עצמית חלה גם על ההליך הטרום-משפטי, לאמור ההליך החקירתי המנוהל בידי המשטרה²⁵.

22 Pittman, לעיל הערה 21, שם בעמ' 776.

23 דברי Mr. Justice Frankfurter:

"The privilege against self-incrimination registers important advance in the development of our liberty-one of the great landmarks in man's struggle to make himself civilized".

Mr. Justice דברי גם: *Ulmann v. United States*, 350 U.S. 422, 426 (1956); *Goldberg* ב-378 U.S. 52, 55 *Murphy v. Waterfront Commission of New York Harbor*, (1964).

24 *Miranda*, לעיל הערה 21, שם בעמ' 468.

25 שם בעמ' 467:

"Today, then, there can be no doubt that the Fifth Amendment privilege is available

לפיכך, גם ניסיונותיו של המחוקק האמריקני לעקוף את החלטת *Miranda*, עלו בתוהו וזאת לאור עיגונה החוקתי של הזכות והשרשתה העמוקה בשיטת המשפט האמריקנית.²⁶

ג. קליטתה של הזכות לחסיון מפני הפללה עצמית במשפט הישראלי

החסיון מפני הפללה עצמית, התקבל בשיטתנו המשפטית ועוגן במסגרת מספר חיקוקים, כפי שעוד יפורט בהמשך. ניתן לציין כי עיגונה של זכות זו במשפט הישראלי, נובעת אף מתחולתו של המשפט הבינלאומי המנהגי, מכוח האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרח וזכויות פוליטיות משנת 1966.²⁷ חרף האמור לעיל, ערך הדין הישראלי הבחנה חדה בין זכותו של "עד" שלא להפליל את עצמו – כעולה מלשון סעיף 47 (א) לפקודת הראיות²⁸ – לבין זכותו

outside of the criminal court proceedings and serves to protect persons in all settings in which their freedom of action is curtailed in any significant way from being compelled to incriminate themselves".

26 דברי Chief Justice Rhenquist ב-*Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000): "Miranda, being a constitutional decision of this court, may not be in effect overruled by an Act of congress".

במקרה דנן דובר בחוק פדרלי, 18 U. S. C. §3501, אשר החזיר את מבחן הוולונטריות לבחינת קבילותה של הודאת חשוד. העותר, הורשע בידי בית-משפט מחוזי פדרלי בגין שוד מזוין, על-סמך הודאתו לסוכן הבולשת הפדרלית (*Federal Bureau of Investigation*). בעתירתו, טען Dickerson כי הודאתו בלתי-קבילה לאור העובדה כי לא הוזהר בדבר זכויותיו לפי הלכת *Miranda*. התביעה הפדרלית טענה כי לאור החוק האמור, אין לפסול את ההודאה רק בשל אי-הקראת האזהרה. בית-המשפט העליון ביטל את הרשעתו בקבעו כי החלטת *Miranda* היא חוקתית ואין המחוקק יכול לעקוף אותה בחקיקה נוגדת.

לסקירת פסק-הדין ראה: *F.B.I. Law Enforcement* 70 (8) "Miranda Revisited" T.D. Petrowski *Bulletin* (Aug. 2001) pp. 25–32.

27 *G.A. Res. 2200 (XXII)*, 21 *GAOR Supp.* 16, at 52 U.N. Doc. A/6316 (1966). ראה בעניין זה סעיף 14 (ג) (3) ל-*International Covenant on Civil and Political Rights*, 1966: "In the determination of any criminal charge against him, everyone shall be entitled... not to be a witness against himself or to confess his guilt".

על תחולת המשפט הבינלאומי ההסכמי בשיטת המשפט הישראלית, ראה: ע"פ 174/54 שטמפפר נ' היועץ המשפטי, פ"ד י' 5; ע"פ 336/61 אייכמן נ' מדינת ישראל, פ"ד טז(3) 2033, 2100–2037; בג"צ 785/87 עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח', פ"ד מב(2) 1; וכן: רע"א 7092/94 *Her Majesty The Queen in Right of Canada* נ' אדלסון ו-5 אח', תקדין-עליון כרך 97(3), עמ' 292, 296.

"לפי פסיקתו העקבית של בית משפט זה, המשפט הבינלאומי המנהגי הוא חלק ממשפט הארץ, וזאת בכפופות לדבר חקיקה ישראלי הקובע הוראה סותרת".

28 ראה סעיף 47 (א) לפקודת הראיות [נוסח משולב], תשל"א–1971: "אין אדם חייב למסור ראיה אם יש בה משום הודיה בעובדה שהיא יסוד מיסודותיה של עבירה שהוא מואשם בה או עשוי להיות מואשם בה".

של "חשוד" שלא להשיב לשאלות חוקריו בעת חקירתו. כך נקבע בידי השופטת דורנר בפרשת אלמליח כי:

"...מימוש הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית במהלך חקירת המשטרה אינו מותנה בקביעת מעמדו הפורמלי של הנחקר, כעד או כחשוד. בעניין זה המבחן הוא מהותי ומתמקד בשאלה, האם בתשובות שהנחקר נדרש לתת יש בו כדי להעמידו בסיכון ממשי שיואשם בפלילים, שאז אין הוא חייב להשיב לשאלות חוקריו... עם זאת, הכלל הוא, שכאשר משתנה מעמדו של מי שנחקר על-ידי המשטרה והוא הופך מעד לחשוד בכיצוע עבירה, קמה לו זכות רחבה עוד יותר – לשתוק בחקירתו מבלי לומר דבר, אף ביחס לשאלות שאילו היה עד היה מחויב על-פי חוק להשיב עליהן"²⁹ (ההדגשה שלי – נ.פ.).

זכות השתיקה של "חשוד" נגזרת מן הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית, ומצאה את ביטויה החקיקתי במסגרת הוראת סעיף 2 (2) לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות)³⁰. הווה אומר, כי בידי "עד" יש חסיון מפני הפללה עצמית ואילו ל"חשוד" עומדת זכות לשתיקה מוחלטת, בבחינת "שב ואל תעשה". כלשונו של השופט מצא בפרשת חוגלה:

"זכות השתיקה הינה הביטוי המובהק ביותר לחיסיון מפני הפללה עצמית. בצורתה ה'מוחלטת' – שלא לפצות פה ולא לומר דבר – הוענקה זכות השתיקה על-ידי המחוקק במפורש רק לנאשם במסגרת משפטו (סעיף 161 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב–1982). החיסיון מפני הפללה עצמית, במסגרתה של חקירה, מקנה אך זכות שתיקה 'חסית', דהיינו זכות שלא להשיב על שאלות מפלילות. אך כשהמדובר בחשוד בכיצוע עבירה, הנחקר בידי איש מרות, מתפרש גם חיסיון זה, על דרך ההרחבה, כזכות שתיקה מוחלטת..."³¹ (ההדגשה שלי – נ.פ.).

29 ע"פ 3445/01 אלמליח נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(2) 865, 869.
 30 ראה דבריו של השופט אילן ב-ע"פ 1382/99 בלהניס נ' מדינת ישראל, דינים-עליון כרך נו 165; וכן לשונו של סעיף 2 (2) לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות), 1927:
 "אדם הנחקר כך, יהיה חייב להשיב על כל השאלות, שיציג לו בשעת החקירה אותו קצין-משטרה, או קצין מורשה אחר כנ"ל, חוץ משאלות שהתשובות עליהן יהי בהן כדי להעמידו בסכנת אשמה פלילית".
 31 רע"א 5381/91 חוגלה שיווק (1982) בע"מ נ' אריאל, פ"ד מו(3) 378, 381; "קדמי, על הראיות (תשס"ג, חלק שני) 912; השווה גם לדבריה של השופטת שטרסברג-כהן:
 "היקפה של זכות השתיקה רחב יותר מזה של החיסיון מפני הפללה עצמית, ואילו הייתה עומדת לרשותו של המערער זכות השתיקה, הוא היה רשאי שלא להעיד. אך בעוד החיסיון מפני הפללה עצמית נתון לעד, נתונה זכות השתיקה לנאשם והכוונה היא לנאשם במשפטו שלו... ההגנה העודפת המוענקה בזכות השתיקה, נעוצה בכך שמטרת העדות היא להרשיע

השתרשותה של זכות השתיקה במשפטנו נעוצה בעובדה כי ההליך הפלילי בישראל מבוסס על השיטה האנגלו-סכסית, דהיינו האקוזטורית-אדברסרית³². אך ראשיתו של ההליך הפלילי מתחיל בחקירת המשטרה³³, הליך שהוא אינקוויזטורי במהותו³⁴.

- את העד עצמו. במצב דברים זה, כשכמוקד ההליך ניצבת הרשעת המעיד, קמה לו הזכות שלא יטרידו אותו במובן – 'the right to be let alone' (ההדגשה שלי – נ.פ.). בג"צ 6319/95 ברלס נ' חכמי, פ"ד נא (3) 765, 750.
- 32 על אפיוניה של השיטה האדברסרית בישראל, ראה: ע' גרוס, "שיטת הדיון האדורסרית בהליך הפלילי-האם היא מאפשרת אקטיביזם שיפוטי", עיוני משפט י"ז (תשנ"ג-1993) 867, 884-892.
- 33 סעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982. ס"ח 1043, תשמ"ב, עמ' 43: "נודע למשטרה על ביצוע עבירה, אם על-פי תלונה ואם בדרך אחרת, תפתח בחקירה".
- ראה בעניין זה גם: סעיף 3 (א) (1) לפקודת המטה הארצי מס' 14.01.01: "לפי סעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, חייבת משטרת ישראל, ככלל, לפתוח בחקירה משודעת לה על ביצוע עבירה, אם על-סמך תלונה ואם בכול דרך אחרת".
- וכן: בג"צ 6972/96 התנועה לאיכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה, דינים-עליון כרך נה 442. להלן מסממניה האינקוויזטוריים של החקירה הפלילית:
- 34 א. אין לשופט כל תפקיד בניהול החקירה והחשוד ניצב לבדו מול חוקרי המשטרה. על מהותה של החקירה המשטרית ראה דברי השופט כהן ב-ב"ש 134/83 מדינת ישראל נ' אסמעיל, פ"ד לז (1) 374, 371:
- "חקירת המשטרה אינה במהותה הליך מעין שיפוטי, ואין להשוות את כללי ההתנהגות, שצריכים לכוון את החוקר המשטרתי במלאו את תפקידו, לכללי האתיקה, המחייבים נושאי משרות שיפוטיות או מעין שיפוטיות...על-כן אין מקום לקבוע לגבי חקירה משטרית נורמות, שכוחן יפה לגבי הליכים שיפוטיים או מעין שיפוטיים".
- ב. המשטרה מנהלת את חקירותיה בחדרים סגורים הרחק מעיני הציבור וללא נוכחותו וייצוגו של עורך-דין בעת החקירה עצמה. זאת בניגוד להליך כגון ועדת חקירה ממלכתית או ועדת חקירה צבאית. ראה בעניין זה: סעיף 15 (ב) לחוק ועדות חקירה, תשכ"ט-1968. ס"ח 548, תשכ"ט, עמ' 28:
- "אדם שהודע לו כאמור בסעיף קטן (א) רשאי להתייצב לפני הועדה אם בעצמו ואם על-ידי עורך-דין...".
- וכן: "תירוש, 'הזכות לייצוג משפטי בחקירה-כללי הצייד במבחן המשפט המשווה', משפט וצבא 14 (יוני 2000), 91, 92-93 והאסמכתאות אשר הובאו שם.
- ג. אין לחשוד הנחקר זכות לעימות (*confrontation*) עם מאשימו, לאמור העדים המעידים נגדו. ראה בעניין זה דברי השופט ויתקון, ב-בג"צ 515/74 פלוני נ' מפקד מצ"ח ו-2 אח', פ"ד כט (2) 171, 169:
- "בחקירה כזאת... לא יעלה על הדעת שיורשה לפרקליטו של החשוד לחקור עדים שמסרו הודעות לחובתו...בחקירה משטרית רגילה אין החשוד רשאי לחקור עדים...".
- על זכותו של הנאשם לעימות עם מאשימו, ראה למשל את התיקון השישי לחוקה האמריקנית: "In all criminal cases the accused shall enjoy the right to be confronted with witnesses against him".
- ד. הדגש בחקירת המשטרה מושם על רישום העדויות בידי השוטרה-החוקר בעוד שהשיטה האדברסרית, שמה דגש על שמיעת העדויות בפני שופט וחבר-מושבעים. ראה לדוגמא: סעיף 118 לחוק סדר הדין הפלילי:
- "עדות כאמור (לרבות קבלת מסמכים ומוצגים אחרים – נ.פ.)... תיגבה בפני תובע ובפני נאשם...".

ד. הטעמים להצדקת קיומה של זכות השתיקה במסגרת החקירה המשטרית

פרופ' ליבאי העלה במאמרו שלושה טעמים עיקריים המצדיקים, לדעתי, את קיומה של זכות השתיקה במסגרת החקירה המשטרית³⁵:

1. שימור הממד האדברסרי בחקירה: על-מנת לשמר את האופי האדברסרי של ההליך הפלילי, הקנה המחוקק לחשוד הנתון לחקירה פלילית את החסיון מפני הפללה עצמית. חשוד המפעיל חסיון זה, מכריז על עצמו בכך כי הוא "צד אדברסרי" לרשות החקירה ולתביעה המבקשת להעמידו לדין. מכאן כי החסיון בהליך טרום-משפטי זה, בא ליטול את עוקץ האפקטיביות של השיטה האינקויזיטורית, מתוך חשש פן תהפוך לחסרת מעצורים ותתנכל לחיי הפרט, לחירותו ולכבודו. זכות השתיקה מהווה יסוד אדברסרי אשר ננעץ בתוך השיטה האינקויזיטורית הטרומ-משפטית, בכדי ליצור בה יריבות (אדברסריות) בין הצד החוקר לצד הנחקר³⁶. יריבות זו יוצרת כללי "משחק הוגן" ("fair play") אשר

וכן את שימת הדגש בעניין זה בידי בית-המשפט העליון בקבעו ב"ע"פ 141/65 רחביה נ' היועץ המשפטי, פ"ד כ (2) 376, 384, כי:

"חקירתו של כל עד חייבת להתנהל בבית-המשפט בפומבי, בנוכחות שני בעלי-הדין, תוך מתן הזדמנות שווה, לתמוך או לסתור, לכל אחד משני הצדדים. זאת היא הערוכה היחידה למיצוי הדין וגילוי האמת...".

ה. אין השוטר החוקר כבול לדיני הראיות, ובסמכותו להיעזר בראיות בלתי-קבילות במהלך החקירה, כגון: עדויות שמיעה (למשל מידע מודיעיני הנמסר על-ידי מודיעים משטריים, ראה בעניין זה: ש' גז, לעיל הערה 1, שם בעמ' 95, וכן: סעיפים 4 (ו) ו-4 (ח) לפקודת המטה הארצי מספר 14.04.02), בדיקה במכונת פוליגרף [ראה בעניין זה: א' אלעד, "תקפות הפוליגרף בחקירה הפלילית", פלילים ב (1991) עמ' 189] וכיו"ב. לאי-תחולת דיני הראיות בחקירה ניתן ללמוד מהוראותיו של סעיף 273 לחוק השיפוט הצבאי:

"קצין בודק אינו כפוף לדיני הראיות הנהוגים בבתי-הדין הצבאיים והרשות בידו לקבל ראיות לפי שיקול דעתו".

על הסכנה הטמונה בהיעדר ממד אדברסרי בחקירה ראה: מ' קרמניצר, "המשטרה וזכויות האדם", משפט וממשל ב (תשנ"ד) 159, 162.

35 ד' ליבאי, לעיל הערה 17, שם בעמ' 96-100.

36 יפים לעניין זה דבריו של Justice McLachlin:

"... our system meticulously provides for a public trial only after a specific accusation and where the accused is protected by detailed procedures and strict evidentiary rules. Ordinarily he is represented by a lawyer to ensure that he in fact receives all of the protections to which he is entitled. The accused is under no legal or practical obligation to respond to the accusation until there is an evidentiary case to meet. *There is a hypocrisy to a system which provides such protections but allows them all to be ignored at the pre-trial stage where the interrogation frequently occurs in secret, after counsel has been denied, with no rules at all and often where the suspect or accused is deliberately misled about the evidence against him. The privilege against self-incrimination clearly imports the right to choose whether to testify or to remain silent. The accused is usually advised by counsel. The presence of the presiding*

אמורים לשמור על האופי האנושי של החקירה ולהציב גבולות לכוחה וסמכותה הנרחבת של המשטרה, ולסייג את שיטות החקירה שלה³⁷.

2. שמירה על זכותו של החשוד לפרטיות: קיים קושי מעשי לכפות על אדם חובת דיבור בין אם אותו דיבור הינו מפליל ובין אם לאו; חובת הדיבור הינה הלכה למעשה כפייה לחובת גילוי לב מצדו של האדם, חובה אשר מהווה גזירה קשה בין אם האדם הינו חף מפשע ובין אם הינו אשם. שכן, לכל אדם עניינים או מצבים אשר השתיקה יפה להם³⁸, וגזירת חובת גילוי-לב הינה דרישה דורסנית וחודרנית למדי, הדורשת מן האדם לחשוף את ענייניו הפרטיים ולעיתים הכמוסים ביותר, לחושיהם הבוחנים של זרים³⁹. לפיכך, מקנה זכות השתיקה לחשוד מסתור ומחסה מפני אותה חודרניות שלטונית. כלשונו של Mr. Justice Goldberg:

“The privilege against self-incrimination... reflects... our respect for the inviolability of the human personality and the right of each individual to a private enclave where many lead a private life”⁴⁰.

בנסיבות אלה, באה זכות השתיקה לחסוך מהאדם את הדילמה הקשה: האם

judge precludes undue pressure by the Crown. The consequences of testifying or not are clear. The philosophic and practical relationship between the privilege against self-incrimination and the right of the suspect to remain silent prior to trial suggests that the same right of choice should prevail at the earlier phase of the criminal process”.

(ההדגשות שלי – ג.פ.)

Hebert, לעיל הערה 15, שם בעמ' 174–175.
 37 ד' ליבאי, לעיל הערה 17, שם בעמ' 92–93, 96–98. ראה תימוכין לגישה זו במשפט האמריקני: כדברי Mr. Justice Frankfurter ב-*Rogers v. Richmond*, 365 U.S. 534, 541 (1961):

“That ours is an accusatorial and not an inquisitorial system—a system in which the state must establish guilt by evidence independently and freely secured and may not by coercion prove its charge against an accused of his own mouth”.

38 כך הם למשל אותם מקרים של בני-זוג החוטאים בני-אוף; אותם בני-אדם אשר נטויותיהם המיניות אינן מקובלות בקרב החברה בה הם חיים; או למשל בני-אדם אשר התנהגותם המינית נחשבת בקרב החברה כסטייה; וכיו"ב עניינים אשר נוגעים לפרטיותו של האדם.

39 בדוק וראה כי הזכות לפרטיות הינה:
 “...The right to live one's life in seclusion, without being subjected to unwarranted and undesirable publicity. In short, it is the right to be let alone”.

Warren & Brandeis “The *Melvin v. Reid*, 112 Cal. App. 285, 289. ראה בעניין זה גם: *Right to Privacy*” 4 *Harv. L. Rev.* 193 (1980)

“...Now the right to life has come to mean the right to enjoy life—the right to be let alone”.

לאישור גישות אלה ראה: *Katz v. United States*, 389 U.S. 347, 351 (1967).
 40 *Murphy*, לעיל הערה 23, שם בעמ' 55; וכן ראה: א' הרנון, “על זכות השתיקה”, משפטים א (תשכ"ח) 95, 110.

לחשוף את ענייניו הפרטיים – באם המדובר בחשוד אשם, להפליל את עצמו? או שמא לבצע עבירה באמצעות מתן עדות שקר? ודוק כי:

“... human experience teaches us that those who expect public dissemination of their remarks may well temper candor with a concern for appearances...”⁴¹.

3. ערך האמת במסגרת ההליך המשפטי⁴²: שכן, במהלך החקירה ניצב החשוד לבדו אל מול חוקריו ללא כל סיוע משפטי. בנסיבות אלה מקונן החשש שמא חוקרי המשטרה ישתמשו לרעה באווירה המאיימת והעוינת אשר יוצרת הסיטואציה של חקירה משטרתית, על-מנת לגבות הודאות מן החשוד. לפיכך, יש להבטיח את זכותו של החשוד לשתוק שעה שהוא ניצב בסיטואציה זו, על-מנת להגן עליו מפני מצבים בהם בשל תחקור מבלבל ומלחיץ, יפליל את עצמו במעשים אשר לא ביצע⁴³. ניתן אם כן לסכם ולומר, כי הרציונל העומד מאחורי טעם זה הינו דרבון רשויות החקירה לאסוף ראיות חיצוניות, אשר מקורן אינו בהודאתו של החשוד. פים לעניין זה דבריו של Mr. Justice Goldberg:

“We have also learned the companion lesson of history, ancient and modern, that a system of criminal law which comes to depend on the confession will, in the long run, be less reliable and more subject to abuses than a system which depends on extrinsic evidence independently secured through skillful investigation”⁴⁴.

החברה במדינה דמוקרטית נקרת תמיד בין שני אינטרסים שונים: הרצון להיאבק בפשיעה ולהגן על תושבי המדינה מחד, ומאידך לשמור על חירותו של החשוד⁴⁵. שכן החקירה כמוה כציד, בה קיימים שני אינטרסים נוגדים: החוקר-הצייד המבקש בתפיסת העבריינים על-ידי איסוף ראיות מרשיעות כנגדם. לבין החשוד (“הטרף”)

41 *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683, 705 (1974).

42 על ערך האמת במסגרת ההליך המשפטי ראה דבריו של הנשיא ברק:

“...הערך המרכזי של המשפט הוא הצדק. הערך המרכזי של השיפוט הוא האמת. מבחנו של המשפט הוא לגבי כללים צודקים. מבחנו של השיפוט הוא ביכולתו לקבוע את האמת, כלומר את המציאות כמות שהיא, ולאורה להגשים את הצדק. דיני הראיות וסדרי הדין לא באו אלא כדי לשרת מטרה זו: חשיפת האמת.”

א' ברק, “משפט, שיפוט ואמת”, משפטים כז (תשנ"ו) 11, 12.

43 E.D. Driver “Confessions and the Social Psychology of Coercion” 82 *Harv. L. Rev.* 43 (1968); Kassin S. & Kiechel “The Psychology of False Confessions: Compliance, Internalization and Confabulation” 7 *Psychological Science* 125 (1996).

44 *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478, 490 (1964).

45 תירוש, לעיל הערה 34, שם בעמ' 92; ד' ליבאי, לעיל הערה 17, שם בעמ' 97.

המבקש לדחות מעליו את החשד ולחזור החברה נקי מכל רבב. כללי החקירה, הם "כללי הציד", חייבים לתמרן ולאזן בין שני אינטרסים מנוגדים אלה⁴⁶. אשר על-כן, משהכריז על עצמו חשוד כ"צד אדברסרי" באותה זירת התגוששות-חקירתית, בה אין לא שופט ולא קהל, פתוחות בפניו שתי אפשרויות: האחת אקטיבית: למסור את גרסתו ואת עמדתו לחשד המיוחס לו; והשנייה פסיבית: חוסר תגובה באמצעות מחסה תחת זכות השתיקה. הערכים החברתיים והמשפטיים מונעים מבעדנו מלהכתיב לחשוד את הדרך בה יבחר. לאמור, כי אין כופים על אותו חשוד את הדרך בה יבחר לנהל את קו הגנתו. באם מדובר בחשוד חף מכל פשע, אין לדרוש ממנו כי יסתכן בניהול מערכה כנגד השוטרים החוקרים, בטריטוריה ה"עוינת", קרי תחנת המשטרה. זכותו כי יובא לטריטוריה "נייטרלית" יותר כגון אולם בית-המשפט. באם עסקינן אנו בחשוד האשם בעבירה המיוחסת לו, אין לכפות עליו כי יודה באשמה וישמש כמאשימו⁴⁷. ויודגש בעניין זה:

"... כי הקנייתה של זכות שתיקה מוחלטת לחשוד, מבטיחה שהחשוד לא יסתכן באמירת דברים אשר בדיעבד יסתבר שהיה בהם כדי להפלילו, גם אם בשעת החקירה נראה היה שאין בדברים כדי להוות ראיה מפלילה בעתיד..."⁴⁸.

כשם שלא ניתן לכפות על חשוד את החיוב למסור את גרסתו, כך גם לא ניתן

46 ד' ביין, "כללי החקירה המשטרתי-היש מקום לקודיפיקציה של 'חוקי הציד'?", עיוני משפט יב (תשמ"ז) 119, 120. ראה גם דברי Lord Chief Justice Denman, ציטטה מתוך ח' כהן, "על זכויות הנאשם", הפרקליט כו (תשל"ל) 42, 43:

"Human beings are... not to be run down like beasts of pray without respect to the laws of the chase"

להשוואה עם גישת המשפט האמריקני, ראה: L.P. Taylor "Illinois v. Perkins: Balancing the Need for Effective Law Enforcement against a Suspect's Constitutional Rights" 1991 *Wisc. L. Rev.* 989, 1024-1027.

47 השווה בעניין זה את הכלל הלקוח מן הדין העברי כי "אין אדם משים עצמו רשע" (סנהדרין ט, ב). לפירוט נרחב בדבר פרשנותו של כלל זה, ראה: נ' רקובר, ניבי תלמוד ספריית המשפט העברי (1990), 22; וכן: "A. Enker "Self-Incrimination in Jewish Law-A Review Essay", דיני ישראל ד (תשל"ג) CVII; א' קירשנבאום, "הכלל 'אין אדם משים עצמו רשע' בהלכות בני נח", דיני ישראל ב (תשל"א-1971) 71.

על חשיבות הדין העברי במערכת המשפט בישראל, ראה דברי השופט אלון בכ"ב"ש 15/86 מדינת ישראל נ' צור, פ"ד מ(1) 706, 713:

"חוק יסודות המשפט מהווה את אחד החוקים הבסיסיים וקובעי התשתית של מדינת ישראל. מכוחו משמשים עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל כתשתית וכעקרונות יסוד לכלל המערכת המשפטית במדינה".

48 רע"פ 8600/03 מדינת ישראל נ' שרון (טרם פורסם – פסק דין מיום 10/12/03) עמ' 9 לפסק-הדין, בפסקה 9.

לכפות את השתיקה על חשוד אשר מרצונו הטוב והחופשי חפץ להתוודות בפני חוקריו ולהכות על חטא.
 לסיכום: רואים אנו כי זכות השתיקה בחקירה הפלילית הינה זכות אשר הפעלתה נתונה לשיקול-דעתו של החשוד ואין בידי חוקרי המשטרה הסמכות לחייב את החשוד למסור גרסה⁴⁹. עם זאת, באם חפץ החשוד, מרצונו הטוב והחופשי, להכות על חטא ולהתוודות על ביצוע העבירה בפני חוקריו, אין כופים עליו את השתיקה. בכך ניתן לומר כי זכות השתיקה בהליך הטרם-משפטי הינה זכות מוחלטת מפני כוחן הכופה של רשויות החקירה, אך זכות יחסית מצדו של החשוד, אשר נתונה לשיקול-דעתו.

ה. מעמדה של זכות השתיקה לאור המהפכה החוקתית

במרץ 1992 התרחשה מהפיכה חוקתית בקרב המשפט הישראלי, עם חקיקתם של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק, אשר קבעו מספר זכויות אדם כבעלות עוצמה חוקתית על-חוקתית⁵⁰. אמנם, רובן של זכויות אלה כבר הוכר בעבר, מיעוטן מכוח חקיקה ורובן מכוח פסיקתו של בית-המשפט העליון. אך עם חקיקתם של חוקי יסוד אלה, הועלו הן לרמה נורמטיבית בעלת מעמד חוקתי. לאמור, כי לא עוד ניתן יהיה לפגוע בזכויות אלה בחוק רגיל של הכנסת אלא אם כן עומד הוא בדרישותיה של פסקת ההגבלה. כלומר, כי הוא הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, וכן כי הוא נחקק לתכלית ראויה ופגיעתו בזכויות האדם החוקתיות אינה עולה על הנדרש⁵¹.

עיקר ההשפעה יש לזכויות האדם על ההליך הפלילי. הליך זה הקשור קשר אמיץ לחירותו האישית של הפרט, עד כי טבעי הוא הדבר כי האיזון החדש בין הפרט

49 ראה בעניין זה: דברי השופט מצא ברע"א 53819/91 "חוגלה" שיוק (1982) בע"מ נ' אריאל, פ"ד מו(3) 379, 380:

"זכות השתיקה העומדת למשיב בחקירת המשטרה, היא מוחלטת וחלה גם על שאלות שהתשובה עליהן איננה עלולה להפילור".

ראה גם: דנ"פ 3898/90 זילברברג נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 24.

50 ראה דברי השופט דב לוין ב"בג"צ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(1) 463, 441:

"בחודש מרץ 1992 נפל דבר ביסודות המשפט בישראל. נתקבלו ונכנסו לתוקף שני חוקי-היסוד המגדירים ומבססים במידה וברמה חוקתיים זכויות יסוד של האזרח".

וכן: דברי השופט ברק ב"ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, תקדין-עליון כרך 95(3) 1694, 1782:

"המהפכה החוקתית התחוללה בכנסת במרס 1992. הכנסת העניקה למדינת ישראל מגילת זכויות אדם חוקתית".

51 א' ברק, "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)", מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 5, 6 וכן האסמכתאות אשר הובאו שם.

לכלל, כמשתקף במתן מעמד חוקתי לזכויות הללו, ישפיע במישרין גם על סדר הדין הפלילי.⁵²

מכאן כי לאור חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו יש לפרש מחדש את האיזון בין יחס הכלל אל הפרט ככול הנוגע לסדרי הדין הפלילי ולדרכי החקירה המשטרית. השופט ברק סבור כי זכות השתיקה היא בעלת מעמד חוקתי. דעתו זו מבוססת על ההכרה לפיה, זכות השתיקה היא חלק מכבוד האדם במובן שאין להכריח אדם למסור גרסה⁵³. ניכר כי אכן ניתן להסביר פרשנות זו, לאור הזיקה ההדוקה שבין המושג "כבוד" לבין המושג "אוטונומיה" או "חירות"⁵⁴. כלשונו של הנשיא ברק:

"בבסיסו של מושג זה [המושג כבוד] עומדת ההכרה כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על-פי רצונו וזאת במסגרת החברתית עמה הוא קשור ובה הוא תלוי"⁵⁵.

מכאן ניתן להסיק כי זכות השתיקה מעוגנת בחוק היסוד, באשר היא מהווה ביטוי להיותו של האדם יצור חופשי, אוטונומי, בעל חופש רצון, בחירה ופעולה. בנוסף לכך, סבור פרופ' עמנואל גרוס, כי ניתן לגזור את זכות השתיקה מן החזקה לפיה כל אדם הוא בחזקת זכאי – זאת כל עוד לא הורשע בדין (חזקה זו נלמדת הן מחירותו האישית של אדם והן מזכותו לכבוד)⁵⁶.

יתרה מזאת, יש הסבורים כי זכויותיהם של חשודים ונאשמים בהליך הפלילי (כולל ההליך הטרור-משפטי הטומן בתוכו את החסיון מפני הפללה עצמית, המקים לחשוד את זכות השתיקה המוחלטת⁵⁷), נגזרות מזכותו הבסיסית לחירות, זכות המעוגנת בחוק היסוד. מכאן, שעם חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, עלה מעמדן ומשקלן

52 בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 421.
 53 א' ברק, פרשנות במשפט (תשנ"ד, חלק שלישי) 433; א' ברק, "כבוד האדם כזכות חוקתית", הפרקליט מא (תשכ"ד) 271, 285; ע' גרוס, "הזכויות הדיוניות של החשוד או הנאשם על-פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 155, 179.
 54 ד' סטטמן, "שני מושגים של כבוד", עיוני משפט כד (תשס"א) 541, 571.
 55 צוטט מתוך: ד' סטטמן, לעיל, שם בעמ' 571 והאסמכתאות אשר הובאו; וכן השווה לדבריו של השופט חשין:

"האדם הוא כבודו וכבודו של האדם הוא אדם. כבודו של אדם זכאי הוא לשמירה ולהגנה, הכול כדבר הוראות הסעיפים 2 ו-4 לחוק היסוד. כבודו של אדם משמיע מעצמו חופש רצון ובחירה" (ההדגשה שלי – נ.פ.).

ע"א 3077/90 פלוגית נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578, 592–593.
 56 ראה: ע' גרוס, לעיל, שם בעמ' 179; וכן: מ' לינדנשטראוס, חזקת החפות במשפט הישראלי ובמשפט האמריקני – סוגיות נבחרות (1999) 5; לאימוץ גישה זו ראה ת"פ (נצ') 511/97 מדינת ישראל נ' עודה, תקדין-מחוזי כרך 97(4) 493 (פסק-הדין).
 57 ראה: דברי השופט גינת בת"פ (נצ') 511/97 מדינת ישראל נ' עודה, תקדין מחוזי כרך 97(4) 2, והאסמכתאות אשר הובאו שם.

של זכויות אלה לרמה נורמטיבית של זכויות חוקתיות⁵⁸. שכן, שינוי מרכז הכובד בין זכויות הפרט לבין טובת הכלל הביא עמו שינוי של מבנה הפירמידה הערכית. כפועל יוצא מכך, הפכו סדרי הדין הפלילי לכלי מרכזי בשירות זכויות היסוד החוקתיות⁵⁹. לדעתנו – ולאור הטעמים אשר כבר פורטו לעיל – ניתן כיום לחזק את הרציונל החוקתי של זכות השתיקה גם לנוכח עיגונה של הזכות לפרטיות במסגרת חוק היסוד. הזכות לפרטיות קשורה לגישתם של אנשים אחרים למעשינו, למחשבותינו, ולדעותינו. זכות זו נובעת מהרצון לעודד חופש, אוטונומיה, יחסים בין-אישיים ואת קיומה של חברה חופשית. על-כן הזכות לפרטיות היא שליטתו של האדם על המידע אשר הוא רוצה להעביר או לא להעביר לידיעתם של אחרים. לפיכך, הזכות לפרטיות לעולם נפגעת, כאשר הפרט נעשה מוקד של תשומת-לב⁶⁰.

ודו"ק כי, תשומת-הלב פוגעת בפרטיות גם אם אף מידע חדש לא נתגלה. משכך הדברים, נועדה תכליתה החוקתית של זכות השתיקה ליטול את העוקץ מחדירתן השלטונית של רשויות החקירה אל נבכי פרטיותו של האדם.

אשר על-כן, משהוכרה זכות השתיקה כבעלת מעמד חוקתי, כפי שתואר דלעיל, פגיעה בה יכולה להיעשות אך ורק בהתקיים דרישותיה של פסקת ההגבלה⁶¹.

3. השימוש במדובב כתחבולה הפוגעת בזכות השתיקה

כפי שנאמר לעיל, פגיעה בזכות השתיקה יכולה להיעשות אך ורק לפי דרישותיה של פסקת ההגבלה, לאמור כי אמצעי החקירה הננקט יהיה בעל אופי מידתי וכי התחבולה לא תסכל את זכותו של החשוד לחסיון מפני הפללה עצמית (כאמור, זכות השתיקה בהליך הטרומ-משפטי). תוך שימת דגש על עקרונות אלה, נבחן כעת את מידתיות השימוש במדובבים כתחבולה חקירתית, ואת הפגיעה בזכות השתיקה.

58 ראה דברי השופטת יהודית צור בת"פ (י"ם) 108/98 מדינת ישראל נ' אסקין, תקדין-מחוזי כרך 1 (3)71.

59 ת"פ (ת"א) 10345/98 רחמילביץ' נ' מדינת ישראל, פס"מ תשנ"ט (2) 12, 23.

60 R. Gavison "Privacy and the Limits of Law" 89 *Yale L.J.* 421, 423 (1980). השווה גם *Brandeis*, לעיל, שם בעמ' 198:

"...The right of determining, ordinarily, to what extent his thoughts, sentiments and emotions shall be communicated to others".

וכן:

"...Control we have over information about ourselves".

Turkington & Allen "Privacy: צוטט מתוך: C. Fried "An Anatomy of Values" 140 (1970) *Law: Cases and Materials*" West Group (St. Paul, Minn. 1999) 73.

61 ראה: סעיף 8 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו; א' ברק, לעיל הערה 39, שם בעמ' 23 והאסמכתאות אשר הובאו שם אשר יידונו בהמשך: *R. v. Broyles* [1991] 3 S.C.R. 595; *R. v. Hebert* [1990] 2 S.C.R. 151.

א. גישתו של המשפט הקנדי

בשנת 1982 עברה קנדה מהפכה חוקתית, עם קבלת חוקתה החדשה בדמותו של ה-*Canadian Charter of Rights and Freedoms*⁶². הצ'רטר מפרט הן את זכויות האדם הכלליות והמקובלות, כגון: הזכות לחירות ולביטחון אישי, והן את הזכויות המפורשות אשר מטרתן להבטיח את הצדק הפרוצדוראלי לנאשם בפלילים⁶³. במסגרת פרק זה נדון בתמורות אשר חלו במשפט הקנדי, ביחסו לזכויות הדיוניות של הנאשם בפלילים ובמיוחד בזכותו הטרומ-משפטית שלא להפליל את עצמו. סעיף 7 לצ'רטר קובע כי:

"Everyone has the right to life liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice"⁶⁴.

בדומה לחוקה האמריקנית, אף הצ'רטר הקנדי אינו מכיר מפורשות בזכות השתיקה הטרומ-משפטית של החשוד. כך גם אין הוראה מפורשת של הצ'רטר בדבר אזהרתו של החשוד בדבר זכויותיו (הזכות לאי-הפללה עצמית, הזכות להיוועצות עם עורך-דין וכיו"ב⁶⁵).

אולם, זכות השתיקה בהליכי החקירה הטרומ-משפטיים פורשה בידי בית-המשפט העליון הקנדי באמצעות סעיף 7 לצ'רטר. כדברי השופט *Sopinka*:

"The right to silence which has been recognized as a principle of fundamental justice under s. 7 of the Canadian Charter of Rights and

62 Enacted as: Schedule B to the Canada Act (1982) U.K., 1982 c.11. נכנס לתוקף ב-7 באפריל 1982 (להלן: "הצ'רטר").

63 ראה בעניין זה: ע' גרוס, לעיל הערה 53, שם בעמ' 156; וכן: א' הרנון, "ראיות שהושגו שלא כדין – האם נשתנה המצב המשפטי בעקבות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו?", מחקרי משפט יג (תשנ"ו) עמ' 139, 142; K. Roach "The Effects of the Canadian Charter of Rights on Criminal Justice" 33 *Isr. L. Rev.* 607, 612–621 (1999).

64 השווה בעניין זה לסעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו: "אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם". וכן סעיף 4 לחוק היסוד: "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו".

65 השווה עניין זה במשפט הישראלי: נוסח האזהרה כעולה מפקודת המטה הארצי מס' 14.10.021; סעיף 34 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה-מעצרים), התשנ"ו-1996; וכן פרשנות בית-המשפט העליון כדברי השופט בייסקי בע"פ 334/86 סבאה נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(3) 866, 857.

"... נוהג נכון הוא שלא להמתין לבקשה מפורשת מצד העצור אלא להודיע לו על זכותו זו אף מבלי שבאה על כך בקשה מצדו...".

Freedoms, is based on society's distaste for compelling a person to incriminate him or herself with his or her own words"⁶⁶.

בדומה לשיטתנו המשפטית, מהווה זכות השתיקה בהליכי החקירה המשטרתיים, מנגנון הגנה המאזן בין כוחה הרב של הרשות לבין החשוד העומד לעיתים חסר-אונים מול מכבש הלחצים המופעלים עליו בידי חוקרי המשטרה. כלשונו של בית-המשפט העליון הקנדי:

"The right to silence is triggered when the accused is subjected to the coercive powers of the state through his or her detention. This right protects against the use of state power to subvert the right of an accused to choose whether or not to speak to the authorities"⁶⁷.

וכן:

"...s. 7 imposes limits on the power of the state over the detained person and seeks to effect a balance between their respective interest. Under s. 7, the state is not entitled to use its superior power to override the suspect's will and negate his choice to speak to the authority or to remain silent"⁶⁸.

עם זאת, גם כאן כמו בשיטתנו המשפטית⁶⁹, זכות השתיקה אינה מוחלטת, אלא נתונה לשיקול דעתו של החשוד⁷⁰.

ב. ההבחנה בין מדוכב "אקטיבי" ל"פסיבי"

אם אמנם אין זכות השתיקה מוחלטת, ונתונה לפיכך לבחירתו של החשוד, מהו דינו של השימוש במדוכב? האם הפרה של זכות השתיקה, על-ידי חתירה תחת זכותו

R. v. Chambers [1990] 2 S.C.R. 742; *Dickson* גם דברי הנשיא *R. v. Noble* [1997] 1 S.C.R. 874 66 :S.C.R. 1293

"The right to silence can properly be exercised by an accused person in the investigative stages of the proceedings...and is a basic tenet of our legal system falling within the ambit of s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms".

Broyles, לעיל הערה 15. 67

Hebert, לעיל הערה 15. 68

ד' ליבאי, לעיל הערה 17, שם בעמ' 100-101. 69

R. v. Liew [1999] 3 S.C.R. 227 70

"The right to silence is not absolute, however, capable of being discharged only by waiver".

באמצעות תחבולה⁷¹? או שמא מהווה הודאתו בפני מדובב את רצונו החופשי למסור את גרסתו לאדם כלשהו, על אף העובדה כי סירב למסור קודם לכן את גרסתו לחוקריו? בסוגיה זו, נקרע בית-המשפט העליון הקנדי בין רצונו לחזק את ידי המשטרה במלחמתה לביעור נגע הפשיעה הגוברת, לבין שמירה על זכויותיו החוקתיות של החשוד.

עניין זה עלה לראשונה בפרשת *Hebert*. במקרה דנן, הוחשד המערער כי ביצע שוד מזוין בבית-מלון. המשטרה אשר ניהלה חקירה סמויה בעניינו, הצליבה מידע מודיעיני משלושה מודיעים שונים⁷², כי *Neil Gerald Hebert* הוא אשר ביצע את השוד האמור.

הוא אותר בידי המשטרה (*The Royal Canadian Mounted Police*), הושם במעצר והובהרו לו זכויותיו בדבר זכות השתיקה ובדבר זכותו להיוועץ עם עורך-דין. על אף רצונו להיוועץ עם סניגורו, ועל אף בקשתו להמתין עד בואו של עורך-הדין, נלקח *Hebert* לחדר החקירות שם תושאל על-ידי אחד הבלשים, אך הוא שמר על זכות השתיקה וסירב לענות על שאלותיהם.

לפיכך, הושם *Hebert* בחדר המעצר ביחד עם שוטר אשר התחזה לעציר. השוטר *Miller*, החל לשוחח עם החשוד והצליח לגרום לו להודות במיוחס לו. בהתבסס על סעיף 7 לצ'רטר, קבע שופט הערכאה הראשונה כי זכות השתיקה של הנאשם הופרה בידי הרשויות. זאת לגישתו כי:

"The defendant exercised his right to remain silent and at no time thereafter waived his right... by agreeing to speak to a person in authority. He was then, by trickery, induced to make incriminating statements. That is a willful and deliberate breach of the defendant's right to silence...".

בית-המשפט לערעורים של שטחי היוקון (*The Court of Appeal for the Yukon Territories*) הפך את ההחלטה ומכאן הגיע המקרה בפני בית-המשפט העליון הקנדי.

71 הצורך בשימוש בתחבולה הוכר בפסיקה הקנדית ב-, *Rothman v. R.* [1981] 1 S.C.R. 640, 641-642, כדברי השופט Lamer:

"The authorities, in dealing with shrewd and often sophisticated criminal, must sometimes for necessity resort to tricks or other means of deceit and should not...be hampered in their work"

72 על השימוש המשטרתי במודיעים סמויים בחקירה משטרתית סמויה, ראה: גז, לעיל הערה 1, שם בעמ' 95; *R. Billingsley, T. Nemitz & P. Bean "Informers-Policing, Policy, Practice"*; *Willan Pub.* (Portland, Oregon 2001), p. vii

"Information and intelligence have always been, and will remain, the most essential components of policing and, indeed, all law enforcement work. They are the life blood of every inquiry from the simplest of offences to the most complex organized crime or matter of national security".

תוך סקירת חשיבותה של זכות השתיקה ומעמדה החוקתי, הגיע בית-המשפט העליון הקנדי למסקנות הבאות:

א. אין איסור על המשטרה להמשיך לחקור חשוד לאחר שהביע את רצונו להיוועץ בעורך-דין. מאמצי שכנוע מצד המשטרה בעת תשאול כאמור, אין בהם פגיעה בזכות השתיקה, זאת כל עוד אין הם שוללים את רצונו של החשוד או מקהים את חושיו עד כדי אובדן כושר הבחירה.⁷³

ב. זכות השתיקה נתונה אך ורק לאחר מעצר, לאמור למי אשר נמצא במשמורת חוקית.⁷⁴ ניתן לשער כי רציונל זה מבוסס על הסברה כי עצם שהייתו של החשוד במעצר, מאפשר לרשויות החקירה כר נוח לפעולה לשם ערעור רצונו לשמור על זכותו של השתיקה. זאת, אם באמצעות הטעייה⁷⁵ ואם באמצעות תחקור בלתי-הוגן

73 השווה למשפט הישראלי: י' קדמי, על הראיות (תשס"ג, חלק ראשון) 55 והאסמכתאות אשר הובאו שם. כדברי השופט קדמי:

"...אין מנוס מעצם קיומה של חקירה; וחקירה יעילה, מעצם טיבעה כרוכה בחדירה מעמיקה אל תוך רשות הפרט... ברם הדין מבחין הבחן היטב, בין שיטת תחקור הוגנת וסבירה המכוונת עניינית לגילוי האמת... לבין זו המכוונת לשבירת רוחו של הנחקר ולטמטום חושיו, במטרה ליטול ממנו את כושרו לשקול ולהשיב עפ"י בחירתו. משנשברה רוחו של נחקר וחושיו טומטמו-שוב אין לומר עליו שתשובותיו ניתנות מתוך 'בחירה' אם להשיב או לאו".
ראה גם: ע"פ 251/63 אבו ניל נ' היועץ המשפטי, פ"ד יח(1) 267; בג"צ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, תקדין-עליון כרך 39(3) 458, 467.
לעניין המשך החקירה על אף בקשתו של החשוד להיוועצות עם עורך-דין, ראה: ע"פ 307/60 יאסין נ' היועץ המשפטי, פ"ד יז(3) 1541; ע"פ 96/66 טאו נ' היועץ המשפטי, פ"ד כ(2) 539; ע"פ 533/82 זכאי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 57.

74 לפרשנות המושג "משמורת חוקית" במשפט הישראלי ראה: ע"פ 787/79 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 421; ד' ליבאי, דיני מעצר ושחרור (תשל"ח) 89:

"המשמורת החוקית היא מצב משפטי של שלילת או הגבלת חופש התנועה של אדם כדין, ולא רק מצב עובדתי של השגחה עליו או פיקוח על תנועותיו. לכן, אם נתקיים התנאי שאדם 'הושם' במשמורת, אין בעובדה שהורשה להסתובב במתקן הכליאה או מחוצה לו ללא ליווי או פיקוח צמוד כדי לערער את דבר המשך היותו מבחינה משפטית ב'משמורת'..."
וכן: ד"נ 5/83 מדינת ישראל נ' סויסה ואח', תקדין-עליון כרך 84(1) 427.

לתחולתה של זכות השתיקה בעת משמורת חוקית בלבד במשפט האמריקני, השווה דברי Mr. Chief Justice Warren ב-Miranda, לעיל הערה 21, שם בעמ' 444:

"By custodial interrogation, we mean questioning initiated by law enforcement officers after a person has been taken into custody or otherwise deprived of his freedom of action".

וכן, לאי-תחולת זכות השתיקה בעת הפעלתו של סוכן סמוי, מחוץ למשמורת חוקית, השווה: *Hoffa v. United States*, 385 U.S. 293, 304 (1966).

75 כלשונו של Mr. Chief Justice Burger:

"... the mere fact of custody imposes pressures on the accused; confinement may bring into play subtle influences that will make him particularly susceptible to the ploys of undercover Government agents".

People v. Whitt, 36 Cal. 3d ; וכן ראה: *United States v. Henry*, 447 U.S. 264, 274 (1980)
.724, 742 (1984); *Cahill v. Rushen*, 501 F. Supp. 1219, 1228 (E.D. Cal. 1980)

תוך שימוש במדובבים משטרתיים סמויים. כלשונו של השופט Warner מביהמ"ש לערעורים פליליים במדינת פלורידה:

"...the pressures of custody make a suspect more likely to confide in others and to engage in 'jailhouse bravado'... *The state is in a unique position to exploit this vulnerability because it has virtually complete control over the suspect's environment. Thus, the state can ensure that a suspect is barraged with questions from an undercover* until suspect confesses"⁷⁶ (ההדגשה שלי – נ.פ.).

ג. זכות השתיקה אינה חלה על הודאות מרצון הנאמרות לעצירים או אסירים אחרים. הפגיעה בזכות נעשית אך ורק כאשר הרשות פועלת לשלול את זכותו החוקתית של החשוד לבחור שלא למסור את גרסתו לחוקריו. וכדברי בית-המשפט העליון הקנדי:

"The violation of the suspect's rights occurs only when the Crown acts to subvert the suspect's constitutional right to choose not to make a statement to the authorities"⁷⁷.

ד. יש לעשות הבחנה בין השימוש בסוכן סמוי (מדובב) אשר מתכונן ועוקב אחר החשוד, לבין השימוש בסוכן סמוי אשר פועל אקטיבית למשוך מהחשוד מידע מפליל, תוך פגיעה בזכותו של החשוד לשתוק⁷⁸.

⁷⁶ *Voltaire v. State of Florida*, 697 So. 2d 1002, 1005 (1997)

⁷⁷ השווה למשפט האמריקני, כדברי השופט Warner, ב-*Voltaire v. State of Florida*, 697 So. 2d 1002, 1011 (1997)

"As appellant was in custody and was being interrogated, he had a constitutional right to remain silent. Walls prohibits the police from engaging in 'gross deception' as a means of evading those constitutional rights...It seems clear that the police went out of their way to deceive appellant into making a statement without concern for appellant's constitutional rights".

⁷⁸ בלשונו של בית-המשפט:

"A distinction must be made between the use of undercover agents to observe the suspect, and the use of undercover agents to actively elicit information in violation of the suspect's choice to remain silent".

השווה לדברי בית-המשפט העליון האמריקני ב-*Khulmann v. Wilson*, 477 U.S. 436, 459 (1986):

"A defendant does not make out a violation of that right by simply showing that an informant, either through prior arrangement or voluntarily, reported his incriminating statements to the police. Rather he must demonstrate that the police and their informant *took some action, beyond merely listening, that was designed deliberately* to elicit incriminating remarks" (ההדגשה שלי – נ.פ.).

על-כן, ראינו כי בית-המשפט מבחין בין המדובב האקטיבי לבין הפסיבי. אך השאלה עדיין נותרה פתוחה ובלתי-פתורה: הכיצד נבחין בין שני הסוגים? עניין זה התעורר בפרשת *Broyles*. נער בעייתי בן 16, אשר נזרק מביתו על-ידי אמו, הוחשד בידי המשטרה כי רצח את סבתו. בידי המשטרה היו ראיות נסיבתיות בלבד (הוא נראה נוהג ברכבה של הסבתא מספר פעמים בבוקר היעלמותה, ומסר גרסאות סותרות בדבר מעשיו באותו הבוקר). יחד עם זאת, הוא נעצר בגין עבירת מרמה ולאחר שהוזהר כחוק בידי השוטרים וניתנה לו ההזדמנות להיוועץ עם עורך-דין, הוא הובל אחר כבוד לחדר החקירות שם תושאל בידי אחד הבלשים ממחלק הרצח. לאחר מספר תשאולים מאוחרים, ארגן צוות החקירה מפגש בין *Broyles* לבין *Ritter*, חברו אשר הסכים לשתף-פעולה עם המשטרה ולבש מכשיר הקלטה זעיר בעת המפגש. במהלך הפגישה, *Broyles* אמנם לא הודה בכיצוע הרצח, אך מסר מידע אשר סתר את גרסאותיו הקודמות.

בית-המשפט העליון בבואו לדון בפרשה, תוך הסתמכות על הלכת *Hebert*, החל לבחון את המפגש במספר מובנים. לפי קביעתו, יש לבחון קודם כל באם פעל המדובב כסוכן מטעם הרשות או לא? אם מדובר במדובב "עצמאי", הרי שיש לבחון את מהות יחסי-הגומלין בין המדובב לרשות ובין המדובב לחשוד. לאמור, באם לרשות הייתה יד בדבר או לפחות מודעות לכך כי אותו מדובב מנסה להוציא מהחשוד מידע מפליל⁷⁹.

כאמור, פגיעה בזכות השתיקה נעשית רק כאשר המדובב הינו סוכן מטעם הרשות⁸⁰. לפיכך, פיתח בית-המשפט את המבחן הדו-גורמי: א. בחינת מהות יחסי הגומלין בין הרשות לבין המדובב: לגישתו של Justice *Iacobucci*, אם המדובב שוחח עם רשויות החקירה לאחר הוצאת ההודעה מפי החשוד, הרי שאין הוא מהווה סוכן מטעמן; לפיכך:

"Only if the relationship between the informer and the state is such

להסבר אודות המונחים "*actively elicited*" ו-"*deliberate elicitation*" ראה: K.A. Crawford "The Sixth Amendment Right to Counsel: Application and Limitations" 70 (7) *F.B.I. Law Enforcement Bulletin* (July 2001) p. 27, 28

79 השווה בעניין זה לדבריו של Chief Justice Bird, מביהמ"ש העליון של מדינת קליפורניה: "... the critical inquiry is whether the state has created a situation likely to provide it with incriminating statements from an accused".

People v. Whitt, 36 Cal. 3d 724, 742 (1984)

80 ראה דבריו של Chief Justice Bird:

"...if an informant interrogates an accused, but acts on his own initiative rather than at the behest of the government, the government may not be said to have deliberately elicited the statements".

Whitt, לעיל, שם בעמ' 742; וכן ראה: *United States v. Thomas*, 708 F.2d 132 (4th Cir. 1983); *United States v. Malik*, 680 F.2d 1161 (7th Cir. 1982)

that the exchange between the informer and the accused is materially different from what it would have been had there been no such relationship should the informer be considered a state agent for the purposes of the exchange”.

על-מנת לפשט מבחן זה, מציע Justice Iacobucci לשאול את השאלה הבאה:

“... would the exchange between the accused and the informer have taken place, in the form and manner in which it did take place, but for the intervention of the state or its agents?”⁸¹.

במילים אחרות: מציע Justice Iacobucci לבחון באם קשריו של המדובב עם רשויות החקירה אכן השפיעו בפועל על אופן חילופי הדברים בינו לבין החשוד. כך גם מביע השופט את מודעותו לנסיבות בהן רשויות החקירה עשויות לעודד מדובבים להוציא הודאות מפלילות מחשודים, אף ללא קשר מקדים עמם:

“For example, the authorities may provide an incentive for the elicitation of incriminating statements by making it known that they will pay for such information or that they will charge the informer with a less serious offence”⁸².

במקרים אלה עדיין יהיה על ביהמ”ש לבחון את נסיבות המקרה ולשאול את עצמו האם שיח-הדברים בין המדובב לבין החשוד היו מנוהלים, אף ללא תמריציה של הרשות החוקרת?

ב. בחינת דרכי הוצאת המידע המפליל מפי החשוד: לאמור, האם המידע אשר נמסר מפי החשוד, הוצא באופן אקטיבי (“actively elicited”)?⁸³

81 Broyles, לעיל הערה 15, שם בעמ’ 608.

82 Broyles, שם בעמ’ 609; ראה מסקנות חקירתו הנרחבת של חבר המושבעים הגדול במחוז לוס-אנג’לס אשר קבע כי:

“Some inmates were able to achieve an elevated status because of their activities as informants”.

“Investigation of the Involvement of Jailhouse Informants in the Criminal Justice System: (להלן: *in Los Angeles County*)” (Report of the 1989–90 Los Angeles County Grand Jury *United States v.* “דו”ח חבר המושבעים הגדול”). לדוגמאות מן הפסיקה האמריקנית ראה: *United States v. Thomas*; *Sampol*, 636 F.2d 621, 632–638 (D.C. Cir. 1980) שם בעמ’ 136–135.

83 Broyles, לעיל הערה 15, שם בעמ’ 609–610.

- בבוא בית-המשפט לענות על מבחן-המשנה השני, עליו להכריע באמצעות בחינתם של שני גורמים נוספים⁸⁴:
1. בחינת טיב חילופי הדברים בין החשוד לבין המדובב: לאמור, האם המדובב חיפש ודרש מידע מן החשוד, באופן אשר עשוי להגדיר את חילופי הדברים כמעין תשאול? במילים אחרות: על ביהמ"ש לבחון באם הקטעים הרלוונטיים של השיחה היו "החלופה הפונקציונלית של חקירה" *"the functional equivalent of an interrogation"*⁸⁵?
 2. בחינת מהות היחסים בין המדובב לבין החשוד: קרי, האם ניצל המדובב תכונות מסוימות הנובעות מן היחסים הללו, לשם "חילוץ" המידע המפליל? כגון:
 - (א) חבר אשר בא לבקר את חברו השוהה מעצר או לחילופין אב המבקר את בנו וכיו"ב;
 - (ב) האם החשוד היה במצב פגיע או חלש ביחס למדובב, או אף מחויב כלפיו בצורה כלשהי (למשל: עציר חדש מול עציר וותיק במתקן המעצר; עציר

84 *Broyles*, לעיל שם בעמ' 611.

85 לפירוש נרחב יותר של המושג "the functional equivalent of an interrogation" ראה: *Rhode* Mr. Justice Stewart *Island v. Innis*, 291 U.S. 298-302 (1980) שם נקבע המבחן בידי על-פיו:

The Miranda safeguards come into play whenever a person in custody is subjected to either express questioning or its *functional equivalent*. That is to say, the term "interrogation" under Miranda refers not only to express questioning, but also to any words or actions on the part of the police (other than those normally attendant to arrest and custody) that the police should know are reasonably likely to elicit an incriminating response from the suspect. The latter portion of this definition focuses primarily upon the perceptions of the suspect, rather than the intent of the police".
(ההדגשה שלי — נ.פ.).

לאמור, כי המונח "תשאול" מתייחס לא רק לשאלות ספציפיות המכוונות לחשוד, אלא כל פעולה או מילים של השוטרים אשר נועדו לגרום, או שקיימת סבירות כי הן עלולות לגרום לחשוד להפליל את עצמו. לשם קביעת סבירות הפעולה, מתייחס בית-המשפט מנקודת-מבטו של החשוד, ולא מתוך נקודת מבטם של השוטרים. כלומר, כי בית-המשפט מתייחס לתכונות המיוחדות של החשוד ולא לכוונתם של השוטרים.

ראה בעניין זה גם: *Brewer v. Williams*, 430 U.S. 387 (1977) באותו מקרה, שוטר ליווה חשוד בחטיפתה ורציחתה של ילדה בת 10. השוטר, אשר היה מודע לאדיקותו הדתית של החשוד, החל לדבר אל ליבו על כך כי הילדה זקוקה ל"קבורה נוצרית הולמת" ("a Christian burial"). בית-המשפט העליון בפסק-דינו של Mr. Justice Stewart, קבע כי השיחה ניצלה את רגישותו הדתית של החשוד, והגיע לידי חלופה פונקציונלית של חקירה.

לדיון ופירוט נרחב יותר על שיטות חקירה אלה ראה: W.S. White "Interrogation Without Questions: Rhode Island v. Innis, United States v. Henry" 78 *Mich. L. Rev.* (1980) 1209, 1224-1236.

בעל מעמד בכיר ומיוחס⁸⁶; פער גילאים ניכר בין השניים או לחילופין מצב מנטלי נחות של החשוד מזה של המדובב⁸⁷ וכו');
 (ג) וכן, האם הביא המדובב את החשוד בדרכי עורמה לידי מצב מנטלי בו עשוי החשוד לשוחח עמו ביתר קלות (למשל שימוש בסמים, משקאות חריפים, וכו')?

לאור בחינת כל הגורמים גם יחד, הגיע בית-המשפט העליון הקנדי למסקנה כי שיחתו של Ritter אכן היתה החלופה הפונקציונלית של חקירה, וכי הוא ניצל את חברותו עם Broyles לשם חילוץ המידע המפלייל.
 יישומם של המבחנים הנ"ל הלכה למעשה, הגיע בפרשת Liew⁸⁸. במהלך פשיטה משטרתית מתוכננת על סוחרי הסמים, נעצר Kok Leong Liew בידי המשטרה בחשד למעורבות בעסקה בסם מסוכן מסוג קוקאין, בהיקף כולל של קילוגרם.
 הפשיטה בוצעה, אך לא עלתה יפה. חלק מצוות המעצר זיהה את Liew כמי שהיה מעורב בעסקה, אך לא באופן וודאי. השוטר הסמוי אשר תיווך בעסקה – Jones — לא יכול היה לזהותו כלל כמי אשר מעורב בעסקה. עם ביצוע המעצר, בימה המשטרה גם את מעצרו של Jones, ושניהם נלקחו לחקירה במשרדי מחלק הסמים. שם, תיאם Jones עם עמיתו כי הוא יוכנס לתאו של Liew וינסה לדובבו.
 עם היכנסו של Jones לתא, הוא התיישב על כסא הרחק מן החשוד ונמנע מקשר עין עימו. כעבור כדקה, פנה אליו Liew והחל לשוחח עימו על עסקת הסמים תוך הפללתו.

86 ראה הערותיה של ועדת החקירה לבדיקת המצב בבתי-הסוהר בישראל: "חברת האסירים היא חברה מאורגנת בעלת חוקים עצמאיים, שקיימת בנפרד בתוך הכלא. האסיר הנכנס לכלא צריך להסתגל לא רק לחוקים הפורמליים של שלטונות הכלא, אלא גם לחוקים הבלתי-פורמליים של חברת האסירים, הקשורים בקיומה של הירארכיה מעמדית ברורה בתוך בית-הסוהר. האסיר משתלב בהירארכיה זאת בהתאם למאפיינים שונים — מידת קשיחותו, קשריו עם המנהיגים וכו'. עליו להיכנע ולקבל על עצמו את כללי המשחק הקיימים. במידה והוא מתמרד נגד כללי המשחק האלה, הוא מסכן את בטחונו האישי. בנסיבות אלה נתון האסיר בכל שעות היממה לחסד 'האדוונים', שהם בעלי הכוח וההשפעה שבקרב האסירים..." (ההדגשה שלי — נ.פ.).
 "דין וחשבון ועדת החקירה לבדיקת המצב בבתי-הסוהר בישראל" (תשמ"א); צוטט מתוך: נ' רועי, לעיל הערה 2, שם בעמ' 26.

87 ראה הערתו חבר המושבעים הגדול במסגרת הדו"ח:
 "... it is particularly perilous to place a juvenile, who will be tried as an adult, with adults because of the ability of adults to prey on the naivete of the juvenile. Obviously' less astute inmates could be similarly tricked. Such inmates are an especially enticing opportunity to a wily informant — who might, for example, offer to assist the defendant in his case and thereby elicit the defendant's knowledge of law enforcement's version of the crime".

לעיל, שם בעמ' 31.

88 לעיל הערה 15.

במשפטו טען הנאשם כי המדובר במשטרתי פגע בזכות השתיקה. לבסוף הגיע העניין להכרעתו של בית-המשפט העליון אשר הסתמך על הלכות *Hebert* ו-*Broyles* לשם בחינת התנהגותו של המדובר. בפרשת *Liew* נקבע כי:

“Hebert expressly allows for situations where though speaking to an undercover officer, the detainee’s speech is voluntary, in the sense that he must be taken to have freely accepted the risk of her own actions. In deciding whether the statements were actively elicited, it must be determined whether the state agent actively sought out the information such that the exchange could be characterized as akin to an interrogation”.

מן העובדות אשר נקבעו בערכאה ראשונה, הגיע בית-המשפט העליון להכרעה כי המדובר לא פעל באופן אקטיבי להוציא מהחשוד מידע מפליל, אלא אך ניצל את היכרותו עימו על-מנת שזה ישוחח על העבירה המיוחסת לו. לכן, אין הדבר עולה לכדי חלופה פונקציונלית לחקירה ולכן אין הדבר פוגע בזכות השתיקה החוקתית של החשוד.

ג. המצב הקיים במשפט הישראלי

כבר נאמר לעיל, כי השימוש במדובר משטרתי סמוי נתפס בשיטתנו המשפטית כתחבולה חקירתית לגיטימית ומותרת. יתרה מזאת, לדעת בית-המשפט הרי שאין בפעילותו זו של הסוכן המשטרתי, כדי לפגוע בזכותו של החשוד שלא להפליל את עצמו. שכן, בידיו של החשוד מצויה האפשרות לשמור על זכות השתיקה גם בשיחתו עם המדובר הסמוי. גישה זו מתיישבת כחוט השני עם גישתה העקבית של הפסיקה בכל הנוגע לתחבולות בכלל⁸⁹. עמד על כך השופט ויתקון עוד בשנותיה הראשונות של המדינה בקבעו כי:

“אין פוסלים הודאה שנתקבלה מפי חשוד בעבירה על-ידי תחבולה או אפילו מעשה מרמה”⁹⁰.

את תחילת הביקורת אודות התחבולות המשטרטיות ניתן למצוא בדבריו של השופט כן בפרשת ביטר⁹¹, באומרו כי:

89 לרשימה ממצה של תחבולות משטרטיות בעת חקירה פלילית, ראה: מ' כרמון, “על חוקרים ונחקרים ומה שביניהם” (2000) 114–119.
90 ע”פ 186/55 מיזאן נ’ היועץ המשפטי, פ”ד יא 769, 772.
91 ב”ש 22/87 ביטר נ’ מדינת ישראל, פ”ד מא (1) 52.

"... חייבים לתחום גבולות לשימוש באמצעים כאלה, ולדעתי, חיבור מסמכים שקריים ו'מפוברקים' חורג מתחום המותר. ישנו הבדל משמעותי בין אי-גילוי האמת או אף אמירת אי-אמת לנחקר לבין הטעייתו על-ידי חיבור מסמכים כוזבים המתיימרים להיות ראיות ממשיות. ישנה כאן סכנה כי ייפרץ כל סכר... לא נראה לי, כי תחבולה שלובשת צורה קיצונית ובוטה כזו הינה לגיטימית, ואפילו אין כוונה להעלים בסופו של דבר את פרטי התחבולה מפני בית המשפט"⁹².

לגישתו של השופט כך, יש לעשות הבחנה בין אמצעי שיש בו כדי להביא לפסילת הודאה כראייה, לבין אמצעי הראוי לגינוי ולביקורת בשל חוסר ההגינות שבו⁹³. אך ככלל, אין בית-המשפט פוסל ראיה אשר הושגה בדרך בלתי-הוגנת, או על אחת כמה וכמה, בדרך בלתי-חוקית. כעולה מדברי השופט שמגר (כתוארו אז) בפרשת כולוס⁹⁴:

"... אכן הבוחן היא במידה רבה בכוחה ההוכחתי של הראיה, אשר קבילותה נבחנת... ככל שכוחה ומשמעותה ההוכחתיים של הראיה גדלים, הולכת וקטנה הנטייה לפסול קבילותה בשל פגמים בדרך השגתה"⁹⁵.

מכאן עולה, כי קבילותה של הודאה אשר הושגה בידי מדוכב משטרתי סמוי, תיבחן לאור מבחני הקבילות. מבחן קבילותה של הודיה מקופל במילים "חופשית ומרצון"⁹⁶. שתי מילים אלו מציגות מונח משפטי טכני, ואין לייחס להן את משמעותן המילולית. לאמור: כי המדובר בהודיה הנמסרת באורח חופשי לחלוטין, כאשר הנחקר משוחרר מכל לחץ או מתוך רצון כן להודות, אלא בהודיה הנמסרת בנסיבות אשר בהן קיימת בידי המוסר יכולת הבחירה⁹⁷.

על כן, המבחן לפסלות הודיה בשל תחבולה, נעוץ בשאלה אם היה בה כדי

92 שם בעמ' 55.

93 ח' משגב, "פיברוק ראיות-האם הותר הרסן?", הפרקליט לח (תשמ"ח) 491, 492.

94 לעיל הערה 13, שם בעמ' 801.

95 השווה באותו עניין לדברי ה-Lord Hodson, ב-Selvey v. Director of Public Prosecution, [1970] A.C. 304, 346:

"...There is abundant authority that in a criminal case there is discretion to exclude evidence, admissible in law, of which the prejudicial effect against the accused outweighs its probative value in the opinion of the trial court".

96 ראה סעיף 12 לפקודת הראיות:

"עדות של הודיית הנאשם כי עבר עבירה, תהא קבילה רק אם הביא התובע עדות דבר הנסיבות שבהן ניתנה ההודיה ובית המשפט ראה שההודיה הייתה חופשית ומרצון" (ההדגשה שלי – נ.פ.).

97 ראה בעניין זה לגבי השימוש בתחבולות: כץ, לעיל הערה 5, שם בעמ' 709:

"על אף יסוד המרמה הטמון בכל תחבולה, כל עוד אין היא מייתרת את הצורך ב'בחירה' אם למסור הודאה אם לא-אין היא משמיטה, כשלעצמה, את הבסיס מתחת ל'חופשיות הבחירה' של המודה".

לשלול את יכולת הבחירה של החשוד⁹⁸. על חשיבות זו ניתן ללמוד מפרשת כיאל⁹⁹. במקרה דנן נעתר בית-המשפט העליון לבקשתו של הסניגור לחקור את המדובב, סוכן של שירות הביטחון הכללי, אשר הביא להודאת הנאשם בעבירה שיוחסה לו. בהחלטתו זו צייץ בית-המשפט כי:

“בבירור השאלה אם העותר מסר את אמרתו בחקירה מרצון טוב וחופשי, או שמא עשה כן (כטענת הסניגור) בהשפעת לחץ שהופעל עליו על-ידי הסוכן הסמוי שהוחדר לתאו, אכן עשויה להיות חשיבות לחקירתו של הסוכן בבית המשפט.”

אך הכיצד תיבחן רצוניותו וחופשיותו של החשוד? סקירת הפסיקה מלמדת כי ניתן לרכז ולמיין את הגורמים המביאים לכלל פסילתה של הודיה בארבע קבוצות נפרדות¹⁰⁰:

(1) אלימות ואיום באלימות

ככלל, עשיית שימוש באלימות הינה פסולה ואין מדקדקים בהקשר זה “במידה ובאופי”¹⁰¹. עם זאת, לא כל שימוש בכוח יחשב ל”אלימות”. כך למשל, אם מדובר במגע פיסי קל אשר מטרתו להסב את תשומת הלב, לא ייחשב הדבר לאלימות. עם זאת

98 השווה למשפט האמריקני: *State v. Manning*, 506 So. 2d 1094, 1099 (Fla. Dist. Ct. App. 1983); *G.E. Dix* “Federal” (1987); *State v. Jackson*, 304 S.E.2d 134 (N.C. Sup. Ct. 1983); *Constitutional Confession Law: The 1986 and 1987 Supreme Court Decisions* 67 *Tex. L. Rev.* 231, 338–339 (1988).

99 וכן: י’ קדמי, (חלק ראשון), לעיל הערה 73, שם בעמ’ 29. בש”פ 9074/00 כיאל נ’ מדינת ישראל (לא פורסם – החלטה מיום ה-18/12/00). לסקירת פסק-הדין ראה: “חקירתו של מדובב-צעד חיוני להגנה במשפט זוטא ולכן מצדיק הסרת חסיון”, הסניגור ירחון מס’ 47 (2001) 24.

100 י’ קדמי, (חלק ראשון), לעיל הערה 73, שם בעמ’ 54–75. ראה גם: ב’ כהן, “סעיף קטן 12 (א) לפקודת הראיות (נוסח חדש), תשל”א-1971: אי-קבילות הודיות, בסך הסכנה למהימנות תוכנן”, ספר לנדוי כרך ב (1995), 1033–1044.

101 א’ ברק, “על משפט, שיפוט ואמת”, משפטים כז (1) 11, 14: “לעיתים גילוי האמת יפגע בפרט-בכבודו, בשלמותו הגופנית והנפשית, בפרטיוטו ובשמו הטוב-עד כי המשפט מוכן לוותר על גילוי האמת.”

השווה גם לדברי המלומד Ashworth במאמרו, “Excluding Evidence as Protecting Rights” [1977] *Crim. L. Rev.* 723, שם בעמ’ 732–733: “...No system of criminal justice values truth above all other considerations. The greatest possible efficiency in crime control and conviction of the guilty should be sacrificed to the protection of individuals from certain types of treatment at the hands of law enforcement officers”.

לאימוץ גישה זו בידי הנשיא לנדוי, ראה: ע”פ 183/78 אבו-מידג’ים נ’ מדינת ישראל, פ”ד לד(4) 535, 540.

כיום, לפי גישת מועדי¹⁰², גם כאשר מדובר בנקיטה באלימות של ממש, עדיין נותר מקום לבדיקה¹⁰³, אם עפ"י המבחן הסובייקטיבי, הייתה באותה אלימות כדי לשלול את רצונו החופשי של החוקר¹⁰⁴.

(2) שיטת תחקור בלתי-הוגנת

ככלל, אין מנוס מעצם קיומה של חקירה, וחקירה יעילה, מעצם טבעה הינה חודרנית ומעמיקה אל תוך נבכי רשות הפרט. אך עדיין הדין מבחין בין שיטת תחקור הוגנת וסבירה המכוונת לגילוי האמת, לבין זו המכוונת לשבירת רוחו של הנחקר ולטמטום חושיו, במטרה ליטול ממנו את כושרו לשקול ולהשיב עפ"י בחירתו.

תחקור ותשאול, גם המכבידים והלוחצים אשר ביניהם, אין בהם פסול כל עוד הם מצויים במתחם הסבירות. לעומת זאת, כאשר אלה חורגים מן הסביר, ההוגן והצודק, ונועדו הם לשבור את רוחו של הנחקר, הרי הם פסולים.

לעיתים, היא משך החקירה, גורם המעיד על חריגה ממתחם הסבירות של תשאול. חקירה הנמשכת שעות ארוכות למדי, ללא הצדקה עניינית, ותוך שלילת זכויות בסיסיות (מנוחה נאותה, אכילה, שתייה, עשיית צרכים וכיו"ב) תיחשב לבלתי-הוגנת אשר מכוונת לשלילת כושר בחירתו של הנחקר¹⁰⁵.

מנגד יכול התחקור הדורסני להוות אינדיקציה לחקירה בלתי-הוגנת. המטרת שאלות על הנחקר מבלי שהות לחשוב ולהשיב עליהן, או לחילופין, הנחתת שאלות במפגיע בקצב מהלך אימים, יכול להיחשב לתחקור דורסני אשר מטרתו לשמש כמכשך לחצים על הנחקר.

(3) יצירת לחץ נפשי בלתי-הוגן

מהותה של שיטת חקירה זו נעוצה בשבירת רוחו של הנחקר "מבפנים" על-ידי

102 ע"פ 115/82 מועדי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 197.

103 כלשונו של השופט גולדברג בפרשת מועדי:

"במקרים כאלה על בית המשפט לשקול את כל נסיבות העניין ולהחליט, אם במקרה המסוים העומד לדיון ניתנה ההודאה מרצון חופשי על אף האמצעים הפסולים."

104 השווה לדברי וועדת גולדברג, שם בעמ' 17-18:

"אם רוצח או אנס שהודה במעשה העבירה, יזוכה כל אימת שחוקר נהג שלא כשורה והטיח כלפיו מילת עלבון, או אחז בו בכוח בלי שיהיה בכך צורך, כי אז יוחלש שלטון החוק ולא יחזק."

[דין וחשבון הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר" (השופט אליעזר גולדברג – יו"ר הוועדה, 1994)].

105 ראה לדוגמא: ע"פ 154/85 אברושמי נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(1) 387. במהלך פרק זמן של 66 שעות, נחקר אברושמי בפועל 60 שעות רצופות, ללא הרף בידי חוקרי השב"כ. חלק מהזמן נחקר בעמידה, מקום ישיבתו הוחלף לעיתים תכופות ממסדרון ששרר בו קור עז לחדר בקרבת תנור חם. כמו-כן גם לא הורשה לו להיכנס לשירותים על-מנת לעשות את צרכיו.

השפלה, גידופים, וכיו"ב אמצעים אשר מכוונים אל נפשו של הנחקר פנימה¹⁰⁶. כך למשל, בנסיבות מסוימות, כליאתו של חשוד בתא בודד למשך תקופה ממושכת וללא הצדקה עניינית, תוביל למסקנה כי זו נועדה ליצור לחץ נפשי אצל החשוד¹⁰⁷. לחץ אסור ופסול אשר יכול להוביל לפסילתה של ההודיה.

(4) הפיתוי וההשאה

משמעות המילים "פיתוי" ו"השאה" בהקשר זה, מכוונות לטובת הנאה ממשית או מוחשית לנחקר בעבור וויתורו על זכותו לחסיון מפני הפללה עצמית¹⁰⁸. פיתוי והשאה במשמעותן האמורה, הינן אמצעים פסולים, שכן אין זה הוגן וסביר להעמיד את הנחקר בפני פיתוי "רב עוצמה" להיחלץ מלחצי החקירה בה הוא נמצא, על-ידי מסירת הודיה. על-כן, פיתוי והשאה פוגמים ב"חופשיות הרצון" וכפועל יוצא מכך מביאים לחשש ממשי להודיה כוזבת¹⁰⁹.

(5) לסיכום

מן המפורט לעיל, מסיקים אנו כי הודיה שהושגה בתחבולה הינה קבילה, אך יש כי נסיבות מסוימות ואופן השגתה ישפיעו על משקלה ומהימנותה¹¹⁰. לעיתים, יש בנסיבות כדי להטיל ספק במהימנותם של המדוכבים המשטרתיים עצמם, כעולה מדברי הנשיא (בדימ') שמגר בפרשת קנדי¹¹¹:

"עדותו של המדוכב מחייבת זהירות בהערכתה: המדוכב באדם שמקצועו בדיבוב ואשר המשך העסקתו במקצוע זה מותנה בהצלחתו החוזרות ונשנות

106 הסכנה הטמונה בהודיות שווא כתוצאה מלחצים אלה, מצויה בעיקר בקרב אוכלוסיות חלשות, כגון: בעלי אינטליגנציה נמוכה, בעלי הפרעות נפשיות מסוימות, קטינים וכיו"ב. ראה בעניין זה: מ' גלבוץ, "חוסר הרציונליות שבהודאת שווא רציונלית-הערות למאמרו של עו"ד עמי קובר", הסניגור ירחון מס' 55 (2001) 3, 6 והאסמכתאות אשר הובאו שם.
S.M. Kassin "The Psychology of Confession Evidence" 52 (3) 1997
G. Johnson "False Confessions and Fundamental Fairness: The Need for Electronic Recording of Custodial Interrogations" *American Psychologist* 221, 224-225 (1997) וכן:
6 *B.U. Pub. Intl. L.J.* 719 (1997)

107 השווה למשפט האמריקני: *White v. Texas*, 310 U.S. 530 (1940); *Canty v. Alabama*, 309 U.S. 629 (1940); *M.G. Paulsen "The Fourteenth Amendment and The Third Degree"* 65 *Stan. L. Rev.* 411, 415-416 (1954).
108 ראה למשל: 377/67 מדינת ישראל נ' בן-הרוש ואח', פ"ד כג(1) 197, 212.
109 ראה בעניין זה גם: R.J. Ofshe & R.E. Leo "The Decision to Confess Falsely: Rational Choice and Irrational Action" 74 *Den. U.L. Rev.* 979, 999 (1997); R.P. Conti "The Psychology of False Confessions" 2 (1) *The Journal of Credibility Assessment and Witness Psychology* 14, 21-23 (1999).

110 ע"פ 533/82 זכאי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 57, 71.
111 ע"פ 497/92 קנדי נ' מדינת ישראל, תקדין-עליון כרך 95(3) 2077, 2078.

לסייע בבירור עניינם של חשודים אשר אין די ראיות עצמאיות לביסוס הרשעתם. המדובר בדרך כלל באנשים עם רקע עברייני, הבקאים בעגה 'המקצועית' ובהתנהגות העבריינית"¹¹².

לעיתים, יש באופן השגת ההודאה כדי לעורר ספק באמינותה, כגון מצב בו היא נסמכת על מזכר של הסוכן המשטרתי עצמו לאחר מעשה, ללא הקלטה או צילום של אופן הדיבוב עצמו¹¹³.

על כן, ניתן לסכם כי עצם השימוש בתחבולת המדובב לא פוסלת לכשעצמה את הודאת הנאשם, אלא קבילותה נבחנת לאור רצונו החופשי ויכולת בחירתו למסור את אמרתו המפליגה. מששוכנע בית-המשפט כי אכן קבילה ההודאה, ייבחן משקלה הראייתי לאור אמינותה ומהימנותה. לאמור, כי נסיבות הדיבוב ואמינותו של המדובב עצמו יכולים לפגום באמינות ההודאה. כמאוזכר בדברי הנשיא ברק בפרשת יעקובוביץ¹¹⁴:

"לאחר ששמעתי את עדותו של סמי... והתרשמתי ממנו באופן ישיר ובלתי אמצעי ..., ובשים לב למכלול הראיות בתיק המתייחסות לעד זה-הגעתי לכלל מסקנה כי אין ניתן לבסס על עדותו – כל עוד אין לה גיבוי מפורש בהקלטות¹¹⁵ – כל ממצא עובדתי לחובתם של הנאשמים".

112 השווה בעניין זה ל-ע"פ 3537/91 עטר נ' מדינת ישראל, תקדין-עליון (1)93, 321, 325: "המדובב הוא עבריין שאמינותו עלולה להיות מפוקפקת, אם משום שיש לו אינטרס אישי, מטובתו, לסייע למשטרה ולזכות להקלות ולהטבות ממנה, ואם משום שאישיותו מהבחינה הערכית מפוקפקת, והקפדה על האמת איננה ממאפייני האופי שלו".

113 על קבילותם של הקלטה או צילום כהודאה בכתב, ראה דברי השופט גולדברג ב-ע"פ 323/84 שריקי נ' מדינת ישראל, פ"ד לט' (3) 505, 515:

"דרישת האותנטיות תבוא אפוא על סיפוקה, מבחינת רכיב זה, כל אימת שדברי העד נשמרים כלשונם, בלי קשר לסוג האמצעי בו הם נרשמים, יהא זה כתב, סרט הקלטה או רישום במחשב; ובלבד שאין בתהליך האחסון כדי לעוות או לשנות כהוא זה את תוכנם, ושהתוכן יהיה ניתן בכל עת, ובדרך בטוחה ומוגדרת, לפענוח חד משמעית".
על תנאי הקבילות של סרטי הקלטה ראה: ע"פ 869/81 שניר ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לח' (4) 169.

לסיכום מקיף של נושאים אלה, ראה: נ' זלצמן, "סליל-הקלטה כמסמך והדרישה הראייתית בכתב", עיוני-משפט יב (תשמ"ז) 77.

114 מ"ח 6983/98 יעקובוביץ נ' מדינת ישראל, תקדין-עליון כרך (2)99, 924, 928.

115 על חיזוק אמינות העד ראה: ע"פ 4938/94 שמרלינג ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 181, 195; ע"פ 949/80 שוהמי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 62, 72: "החיזוק בא להסיר חשש מפני מתן אמון באמרה, והוא יכול ללבוש צורת חיזוק לתיזה, המועלית באמרה, כגון חיזוק להאשמה בביצוע עבירה...".

על הצורך בתיעוד חקירות משטריות בכלל, ראה: ע"פ 124/87 נאפסו נ' התצ"ר, פ"ד מא(2) 632, 637. על הצורך והחשיבות בתיעוד חקירות באמצעים אלקטרוניים ראה: וועדת גולדברג, לעיל הערה 78, שם בעמ' 32-35. על מחקרים ראשוניים בנושא זה, ראה: A. Grant. "Videotaping Police Questioning: A Canadian Experiment" 1 [1987] *Crim. L. Rev.* 375; E. Goldstein "Photographic and Videotape Evidence in the Criminal Courts of England and Canada" 1 [1987] *Crim. L. Rev.* 384.

ד. הגישה הראויה במשפט הישראלי

סבורני כי גישתו של בית-המשפט העליון הקנדי צריכה להשתלב ולהנחות את המשפט הישראלי, זאת לאור הדמיון בין הצ'רטר הקנדי לבין חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הקיים אצלנו. שכן, גישתו של בית-המשפט העליון הישראלי אף תואמת את מקבילו הקנדי. כזכור, קבע השופט מצא כי השימוש במדובב הינו חוקי¹¹⁶, תוך סייגו את קביעתו זו כי תחבולה סבירה היא כל עוד אין היא פוגעת בזכותו של החשוד לחסיון מפני הפללה עצמית.

על-כן, ניתן לומר כי בית-המשפט העליון הישראלי מקבל גישה זו, אם כי בפרשת אלבה¹¹⁷ לא נכנס הוא לעומקו של עניין על-מנת לבחון את הדקויות השונות הנובעות מהפעלתו של מדובב אקטיבי או פסיבי. בפועלו לפי גישה זו, ממשיך ביהמ"ש בקביעתו העקבית בדבר חוקיות השימוש במדובבים סמויים כאמצעי תחבולה חקירתית¹¹⁸.

סבורני, כי בהיעדר בחינה מחודשת ומעמיקה של סוגיית המדובבים, חטא ביהמ"ש. משהוכרה זכות השתיקה כבעלת מעמד חוקתי הנובע מכבודו וחירותו של האדם, גגיעה בה יכולה להיעשות אך ורק בהתקיים דרישותיה של פסקת ההגבלה¹¹⁹. לפיכך, משנחקק חוק היסוד ושונו הקונספציה והראייה החוקתית, יש לבחון מחדש לא רק את הדין המתחדש, אלא גם את הדין הקיים. כדברי הנשיא ברק:

"מעמדו החוקתי של חוק היסוד מקריין עצמו לכל חלקיו של המשפט הישראלי. הקרנה זו אינה פוסחת על הדין הישן. אף הוא חלק ממשפטה של מדינת ישראל. אף הוא רקמה מרקמותיה. ההקרנה החוקתית הבאה מחוק היסוד משפיעה על כל חלקי המשפט הישראלי. היא בהכרח גם על הדין הישן"¹²⁰.

דא עקא, כי חוק היסוד בהביאו את הבשורה החוקתית החדשה, מחייב את בית המשפט לבחון מחדש את הדין הקיים ואת הלכותיו הקודמות, תוך ראיית הדברים דרך המשקפיים החוקתיות של חוק היסוד¹²¹. הלכה אשר הייתה שרירה וקיימת טרם

116 לציטוט דבריו של השופט מצא, ראה: פרק הצגת הנושא והערה 13, וכן: ע"פ 4577/98 דין נ' מדינת ישראל, פ"ד נה (4) 405, 411.

117 לעיל הערה 5, שם בעמ' 134-135.

118 ראה דברי השופט שמגר (כתוארו אז), לעיל הערה 13.

119 ראה בעניין זה: א' ברק, לעיל הערה 39, שם בעמ' 23. על פסקת ההגבלה ואיזוניה, ראה: א' ברק, "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות", משפט וממשל א (תשנ"ב) 9, 22; א' ברק, "זכויות יסוד מוגנות: ההיקף וההגבלות", משפט וממשל א (תשנ"ג) 253, 265.

120 דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 653. ראה בעניין זה גם: רע"א 5222/93 גוש 1992 בניין בע"מ נ' חברה חלקה 168 בגוש 6181 בע"מ, תקדין-עליון כרך 94(2) 1458, 1459; בג"צ 3914/92 לב נ' ביה"ד הרבני האזורי בתל-אביב-יפו, תקדין-עליון 94(1) 1139, 1144.

121 כדברי הנשיא ברק, לעיל, שם בעמ' 652:

"עצם מציאותן של זכויות יסוד חוקתיות בעלות תוקף על-חוקי מטילה על הפרשן המשפטי את התפקיד להשקיף על הדין הקיים מתוך אספקלריה שונה".

המהפכה החוקתית, אינה בהכרח תקפה בעידן החוקתי הנוכחי¹²². דברים אלה כבדי משקל עוד יותר לענייננו, שכן עסקינן בנו במקרה דנן בהליך הפלילי. הליך אשר אין דומה לו ביכולותיו לפגיעה בחירותו, בקניינו, ובשמו הטוב של האדם. לפיכך, בכואו של הפרשן המשפטי לבחון סוגיה בהליך זה, עליו ליתן את מלוא ההתייחסות לזכויות-היסוד של הנאשם לכל ירמסו ויהפכו לאות מתה וחסרת כל תוכן בספר החוקים.

לענייננו, חשוד הנתון במעצר ונחקר בהיותו במשמורת חוקית, נתון ללחצי החוקר¹²³ ולאווירה מאיימת הפועלת לחתור תחת זכות השתיקה¹²⁴. כבר נאמר על-ידינו מקודם, כי חשוד השומר על זכותו לשותוק, מבקש ליטול את העוקץ מן ההליך האינקוויזטורי המנוהל נגדו¹²⁵.

אם כך, מה הועילו חכמים בתקנתם אם יאפשרו פגיעה בזכות זו על-ידי אמצעי רמייה והטעייה דורסניים? מכאן כי באיזון האינטרסים המתנגשים יש ליטול את העוקץ והדורסנות מן התשאל הסמוי, תוך שמירה על אפקטיביות החקירה, באמצעות אימוץ ההבחנה בין מדובב אקטיבי לפסיבי.

122 ראה תימוכין לגישה זו, בדבריה של י' קרפ, "המשפט הפלילי-יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו", הפרקליט מ"ב (תשנ"ה) 64, 80-79:

"נראה שהשינוי הבולט, העשוי לצמוח מחקיקתו של חוק-היסוד, הוא באפשרות הביקורת השיפוטית על דברי החקיקה העונשית על-פי מבחניו של חוק-היסוד ובהקמתן של תרופות האחוזות בביקורת שיפוטית זו. אולם ברור הוא שההשלכות האפשריות של כפיפות המשפט הפלילי לחוק-היסוד חלות מעבר לתחומה של ביקורת החקיקה הפלילית והן משתרעות על מכלול תחומיה של מערכת הצדק הפלילי ועל תכניה ודרכי הגשמתה".
לשינוי הגישה הקונספטואלית בפסיקה, ראה לדוגמא: בש"פ 6654/93 בינקין נ' מדינת ישראל, מח(1) 290.

123 ש' גז, לעיל הערה 1, שם בעמ' 107-108, 127. על השימוש במעצר כאמצעי לשם השגת הודאות, ראה: א' בנדור, "גבייה של הודאת נאשם וקבילותה-מטרות, אמצעים, ומה שביניהם", פלילים ה' (תשנ"ו) 245, 253-258:

"השימוש הרב במעצר, יחד עם תנאי המעצר הקשים, מעידים שמעצר משמש אמצעי חקירה, שלמעשה-אף אם לא להלכה-תפקידו המרכזי הוא השגת הודאות מן החשודים. עצם ההימצאות במעצר, ובמיוחד תנאיו הקשים, יוצרים לחץ על עצורים להודות בעבירות המיוחסות להם".

השווה גם לדברי השופט ביין ב"ת"פ (חי') 42/83 מדינת ישראל נ' ג'באלי, פס"מ מד (1) 385, 391:

"תנאי מעצר גרועים יכולים להביא לדחיית קבילותה של הודאהוגם מבלי שניתן ליחס לחוקרים התנהגות פסולה".

124 כדברי בית המשפט העליון בפרשת *Miranda*, לעיל הערה 21, שם בעמ' 437: "The atmosphere and environment of incommunicado interrogation as it exists today is inherently intimidating and works to undermine the privilege against self-incrimination"

125 ראה בעניין זה: לעיל פרק 2 (ג), וכן: ד' ליבאי, לעיל הערה 17, שם בעמ' 97.

4. תוצאות הפגיעה בזכות בעלת מעמד חוקתי

לאחר שהגענו למסקנה כי יש בהפעלתו של מדוכב אקטיבי כדי לפגוע בזכות השתיקה של חשוד, יש לשאול מהו הסעד לו זכאי הנאשם אשר נפגע מפעילותו של מדוכב זה? לאמור, האם ניתן יהיה לפסול את הודאתו בשל הפגיעה בזכות עקרונית בעלת מעמד חוקתי? ננסה לענות על שאלות אלו תוך השוואה לדין הקנדי ותוך בחינת השינוי אשר חל במשפטנו עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כל זאת תוך שימת דגש על הפגיעה בזכות השתיקה.

א. גישת המשפט הקנדי

בטרם חוקק הצ'רטר נקט המשפט הקנדי בגישתו של המשפט המקובל, לפיה כל ראיה רלוונטית הינה קבילה, מבלי לשים לב לדרך בה הושגה¹²⁶. כדברי בית-המשפט בעניין *Wray*:

"...I am not aware of any judicial authority in this country or in England which supports the proposition that a trial judge has a discretion to exclude admissible evidence because, in his opinion, its admission would be calculated to bring the administration of justice into disrepute..."¹²⁷.

גישה זו זכתה באותה תקופה לתימוכין באנגליה, כעולה מדברי הלורד Diplock מבית הלורדים, בעניין *Sang*:

"The function of a judge at a criminal trial as respects the admission of evidence is to ensure that the accused has a fair trial according to law. It is no part of judge's function to exercise disciplinary powers over the police or prosecution as respects the way in which evidence to be used at the trial is obtained by them..."¹²⁸.

עם חקיקתו של הצ'רטר, נכנס לתוקף סעיף 24 אשר קובע את אכיפת הזכויות אותן מקנה הצ'רטר. לעניין ההליך הפלילי, מגדיר סעיף 24 (2) כי:

"Where in proceedings under subsection (1), a court concludes that

126 הרנון, לעיל הערה 63, שם בעמ' 142.

127 D.V. MacDougall "The Exclusionary Rule : צוטט מתוך: *R. v. Wray* [1970] S.C.R. 272 and It's Alternatives-Remedies for Constitutional Violations in Canada and the United States" 76 *J. Crim. L. & Criminology* (1985) 68, 622.

128 *R. v. Sang* [1979] 2 ALL E.R. 1222 צוטט מתוך MacDougall, שם בעמ' 621.

evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all circumstances, admission of it in the proceedings would bring administration of justice into disrepute"¹²⁹.

עם חקיקתם של סעיפי הצ'רטר החדש, נאלץ בית-המשפט העליון בקנדה לפרש מחדש את קבילותן של ראיות אשר הושגו תוך פגיעה בזכויות ובניגוד לכללי הצ'רטר. המבחן המנחה לפסילתן של ראיות אשר הושגו בניגוד לכללי הצ'רטר, נקבע בפרשת *Collins*¹³⁰. באותו מקרה, המערערת, *Ruby Collins*, הייתה נתונה למעקב סמוי של שוטרי מחלק הסמים. כאשר התיישבה לה במסבאה, אחד השוטרים ניגש אליה, הזדהה כשוטר ותפסה בגרונה (זאת כדי למנוע ממנה מלבלוע את מנות הסמים אשר בהחזקתה)¹³¹ ומשכה לכיוון הרצפה, תוך שהוא מורה לה להשליך את החפץ אשר היא מחזיקה בידה-בלון המכיל סם מסוכן מסוג הרואין. בערכאה ראשונה, קבע בית-המשפט כי החיפוש נעשה ללא יסוד סביר (*reasonable ground*), ולכן נערך שלא כדין. החיפוש הבלתי-חוקי הפר בכך את זכותה החוקתית של המערערת לפי סעיף 8 לצ'רטר:

"Everyone has the right to be secure against unreasonable search and seizure".

129 השווה בעניין זה את לגישה הבריטית החדשה הנושבת, באמצעות סעיף 78 ל-*Police and Criminal Evidence Act (1984)* (להלן: ה-*PACE*):

"In any proceedings the court may refuse to allow evidence on which the prosecution proposes to rely to be given if it appears to the court that, having regard to all the circumstances, including the circumstances in which the evidence was obtained, the admission of the evidence would have such an adverse effect on the fairness of the proceedings that the court ought not to admit it".

לפירוט נרחב יותר אודות ה-*PACE* וכלל הפסילה החדש, ראה: M. Zander "The Police and Criminal Evidence Act 1984 (3rd Ed.)" *Sweet & Maxwell* (London, 1995) pp. 243-246; Richard May "Criminal Evidence (4th ed.)" pp. 296-308, והאסמכתאות אשר הובאו שם.

130 *R. v. Collins* [1987] 1 S.C.R. 265

131 השווה למקרים דומים בארץ: ב"ש 688/84 מדינת ישראל נ' קורטאם, פ"ד מ(1) 253. באותו מקרה בלע הנאשם 45 גרם של סם מסוכן מסוג הרואין, בעת שנרדף בידי שלושה בלשי מחלק הסמים של משטרת חיפה.

ראה גם: ע"פ 4188/95 לוי ו-2 אח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(1) 539. במקרה דנן, הורשעו שלושה שוטרים בגרימת מותה ברשלנות של פרוצה בשם בלוריה אוהיון ז"ל, אשר נחשדה בהחזקת סם מסוכן. צוות הבילוש המשטרתי אשר עצר אותה ניסה לגרום לה להקיא את מנת הסם אשר ניסתה לבלוע על-ידי אחיזה ולחיצה על גרונה. במהלך הניסיון הנ"ל, נפטרה החשודה. בערכאה ראשונה ובערכאות הערעור עמדה לדיון שאלת חוקיות השיטה המשטרית הנ"ל, אשר אושרה על-ידי רשויות משטרת ישראל לשם טיפול בחשודים בהחזקת סם.

חרף זאת, הכריז בית-המשפט קמא על קבילותן של הראיות והרשיע את *Collins* בהחזקת סם מסוכן.

בערעורה של *Collins* בפני בית-המשפט העליון, נשאלה השאלה: האם יש לפסול את קבילותה של הראיה, הסמים המסוכנים אשר נתפסו בחיפוש, לאור הפרת זכויותיה החוקתיות וזאת לאור האמור בסעיף 24 (2) לצ'רטר?
דעת הרוב של פסק-הדין (השופטים Dickson, Lamer, Wilson ו-La Forest) השיבה על שאלה זו בחיוב, תוך קביעת שלושה קריטריונים לפסילת ראיות אשר הושגו בניגוד להוראות הצ'רטר¹³²:

1. אם הראיה עלולה להשפיע על הגינות המשפט, כגון: הודאה אשר הושגה בתחבולה או לחילופין הצהרה אשר הושגה תוך הפרת זכות השתיקה של הנאשם או זכותו להיוועץ בעורך-דין. יחד עם זאת, נטה בית-המשפט שלא לפסול ראיות חפציות, כיוון שאין הן מושגות באמצעות הנאשם ואין בהשגתן משום הפרת החסיון להפללה עצמית. לפיכך, ראיה חפצית תיפסל אך ורק כאשר הושגה תוך הפרה חמורה של הצ'רטר;
2. חומרת ההפרה של הצ'רטר, והאם בוצעה ההפרה בתום-לב ועל בסיס יסוד סביר;
3. אם פסילת הראיה תפגע במערכת המשפט, למשל, כאשר ברור כי בוצעה עבירה, ותוך שימת דגש על העובד כי בוצע פשע חמור. יחד עם זאת, כאשר הדרך בה הושגה הראיה תשפיע על הגינות המשפט, לא תטה חומרת העבירה את הכף לחובת הגשמתה.

לפיכך, קבעו שופטי דעת הרוב, כי הראיה המפלילה תיפסל והורו על עריכת משפט חדש למערערת.

לאור הסעדים החוקתיים החדשים ובהתבסס על החלטה זו, הגיע בית המשפט העליון להכרעה בעניין *Hebert*¹³³, כי הפירות אשר הושגו מהפגיעה בזכותו של החשוד לשתוק באמצעות מדובב אקטיבי (לפי המבחנים אשר נקבעו דלעיל בפרק הקודם) צריכים להיפסל מכוח סעיף 24 (2). את דעתם זו נימק השופט *Dickson* בקבעו כי:

“The evidence obtained in breach of the accused’s right under s. 7 should be excluded pursuant to s. 24 (2) of the Charter. Where an accused is conscripted to give evidence against himself after clearly electing not to do so by use of an unfair trick practiced by the authorities, and where the resultant statement is the only evidence against him, the reception of the evidence would render the trial unfair”.

132 ע' גרוס, לעיל הערה 53, שם בעמ' 181; ראה גם: *Roach*, לעיל הערה 63, שם בעמ' 621–625.
133 לעיל הערה 15.

על-כן אנו רואים כי אחד מהשיקולים לפסילת אמרתו המפלילה של החשוד, אשר הושגה בתחבולה בלתי-חוקית, הוא העובדה כי זוהי הראיה היחידה נגדו או הראיה המרכזית נגדו. הכרזתה של האמרה כקבילה, תפגע בהגינות ההליך המשפטי כנגד הנאשם. חרף זאת עולה מדברי בית-המשפט, כי מקום בו ישנן ראיות אחרות המצביעות על אשמתו, יטה בית-המשפט שלא לפסול את הראיה מכיוון שראיה זו רק מחזקת את אשמתו אשר הוכחה על-ידי הרשויות בדרכים חוקיות. בית-המשפט ער לעובדה כי פסילתה של ראיה מרכזית כגון אמרתו של החשוד, תביא בהכרח לזיכויו בהליך הפלילי, אך מתייחס לכך כאל מחיר ההגינות של ההליך המשפטי:

"...While the exclusion of the evidence would result in an acquittal, since virtually the only evidence against the accused was his statement to the undercover policeman,... it is the admission of the evidence, not the exclusion, that would bring the administration of justice into disrepute"¹³⁴.

על החלטתו זו חזר בית-המשפט העליון בעניין *Broyles*¹³⁵, שם נקבע כי אופן הפעלתו של חברו של החשוד כמדוכב פגעה בזכות השתיקה שלו. אי-לכך, נקבע, תוך הסתמכות על הלכת *Collins*, כי יש לפסול את אמרתו המפלילה לאור סעיף 24 (2). זאת לדעת בית-המשפט כי:

"Self-incriminatory evidence strikes at one of the fundamental tenets of a fair trial, the right against self-incrimination, and the unfairness of the trial will be only increased if the conviction depends on the self-incriminatory evidence".

אם-כן, גם כאן מייחס בית-המשפט חשיבות רבה למשקלה של הראיה "הפגומה" על הרשתו של הנאשם, בעת הפעילו את שיקול-דעתו השיפוטי אם לפסול את הראיה או לא.

ניתן לסכם ולומר, כי עם העלאת רמתן הנורמטיבית של זכויות מסוימות לרמה חוקתית, שינתה מערכת המשפט הקנדית את גישתה לקבילותן של ראיות אשר הושגו בדרכים פסולות. בהתייחס לאמרותיו של חשוד, אשר זכותו החוקתית לאי-הפללה

¹³⁴ השווה בעניין זה להרהוריו והתלבטותיו של השופט חיים כהן ב-ע"פ 369/78 אבו-מידג'ם ו-2 אח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(3) 381, 369:

"שאלתי את עצמי אם על-ידי השימוש השיפוטי אשר אנו השופטים עושים בראיות-ולו גם כשרות מבחינת דיני הראיות-שהושגו על ידי חוקרים פושעים, אין אנו עושים עצמנו שותפים לאחר מעשה לפשעיהם..." (ההדגשה שלי – נ.פ.)..

¹³⁵ לעיל הערה 45.

עצמית נפגעה ונרמסה בידי רשויות החקירה, בודק בית-המשפט קודם כל את משקלה ביחס לשאר הראיות.

באם ניתן לומר, כי אמרה מפלילה זו הינה ראיה מרכזית, אשר בלעדיה יזוכה הנאשם, תהא נטייתו של בית-המשפט לפסול את הראיה תוך הכרה בחסיון לאי-הפללה העצמית כזכות יסוד במשפט הפלילי. שכן, אין להרשיע אדם על-ידי כפייתו להעיד כנגד עצמו, ולפיכך יש לפסול את הראיה הפגומה¹³⁶.

ב. המצב המשפטי לפני חקיקת חוק היסוד

בישראל אין כל הסדר סטטוטורי כללי בדבר ראיות אשר הושגו שלא כדין, למעט סעיף 12 לפקודת הראיות אשר דן בקבילותן של הודאות. אמנם, קבע המחוקק כי יש לפסול דברים אשר נקלטו בדרך של האזנות-סתר אשר בוצעו בניגוד לחוק¹³⁷, וכן חומר אשר הושג תוך פגיעה בפרטיות¹³⁸, אך כללי פסילה אלה נחשבים כיוצאים מן הכלל במסגרת הדין הישראלי. הכלל הנוהג הוא כי אין מקום לפסול ראיה רלוונטית אך ורק משום שהאמצעים אשר ננקטו לשם השגתה פגעו בצורה זו או אחרת בזכות יסוד¹³⁹. אשר על-כן, אין עוררין על כך כי בתי-המשפט בישראל, לא אימצו את הגישה המשפטית הדוגלת בפסילתן של ראיות אשר הושגו באמצעים פסולים ובלתי-חוקיים; לא את כלל הפסילה האמריקני (*the exclusionary rule*)¹⁴⁰, ולא את הגישה האנגלית הגורסת כי במקרים מעין אלו מסורה ההחלטה לשופטים היושבים כדין, להחליט לפי שיקול-דעתם, באם לפי נסיבות העניין ראוי לקבל או לפסול ראיה אשר הושגה בדרכים פסולות ונפסדות¹⁴¹.

136 השווה בעניין זה גישת המשפט האנגלי העכשווי:

"The privilege against self-incrimination is deep rooted in English law and it would make a grave inroad upon it if the police were to believe that if they improperly extracted admissions from an accused which were subsequently shown to be true, they could use those admissions against the accused for the purpose of obtaining a conviction. It is better by far to allow a few guilty men to escape conviction than to compromise the standards of a free society".

:Mr. Justice Holmes גם לדברי *Lam Chi-Ming v. R.* [1991] 3 All E.R. 172, 179

"I think it is a less evil that some criminals should escape than that the government should play an ignoble part".

Olmstead v. United States, 277 U.S. 438, 470 (1928).

137 ראה סעיף 13 לחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979.

138 ראה סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

139 הרנון, לעיל הערה 63, שם בעמ' 140 והאסמכתאות אשר הובאו.

140 אשר לא פעם זכה לביקורת בהיותו "טכני" במהותו; ידועה לעניין ביקורתו של Judge Cardozo: "The criminal is to go free because the constable has blundered".

People v. Defore, 242 N.Y. 13, 21 (1926).

141 ראה לעניין זה את דבריו של השופט אלון:

"במערכת בתי המשפט בישראל הלכה מקובלת היא, שאין עליה עוררין, כי ראיה, שכשרה

כדברי מ"מ הנשיא חשין בפרשת פלוני:

"הכלל הוא כי אין לפסול כראיה הודאה שהוצאה מפיו של נאשם באמצעי תחבולה או מרמה, כל עוד לא נעשה שימוש בהטחות או באיומים. השאלה אשר על בית-המשפט להציג לעצמו היא תמיד אחת: האם עשויים היו התחבולה, ההבטחה, הפיתוי והאיום להשפיע על הנאשם להודות במה שלא חטא?... מבחינה מוסרית יש אמנם לפקפק אם ראוי להם לשומרי החוק הרשמיים להשתמש בתחבולות עורמה כדי להשפיע על אזרח הנתון בידם להודות באשמה המיוחסת לו. אך זו היא שאלה הבאה מתחום האתיקה והפילוסופיה של המשפט. בכשרותה של ההודאה כראיה אין היא נוגעת"¹⁴².

טענה כבדת משקל אשר עמדה תמיד לדיון בעד החלתו של כלל הפסילה, הייתה כי יש להתיע את הרשויות מלעבור החוק על-ידי פגיעה בזכויות החשוד. כדברי Justice Brandeis:

"Decency, security and liberty alike demand that government officials shall be subjected to the same rules of conduct that are commands to the citizen. In a government of laws, existence of the government will be imperiled if it fails to observe the law scrupulously. Our government is the potent and the omnipotent teacher. For good or for ill, it teaches the whole people by its example, crime is contagious. If the government becomes a lawbreaker it breeds contempt for the law. It invites every man to become a law unto himself, it invites anarchy to declare that in the administration of the criminal law, the end justifies the means-to declare that the government may commit crimes in order to secure the conviction of a private criminal-would bring terrible retribution. Against that pernicious doctrine this court should resolutely set its face"¹⁴³.

ומהימנה היא כשלעצמה אך הושגה באמצעים פסולים ובלתי חוקיים, קבילה היא, ולבית המשפט אף אין שיקול דעת לפסלה" (ההדגשה שלי – נ.פ.).

ע"פ 115/82 מועדי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 197, 262.
 142 ע"פ 28/59 פלוני נ' היועץ המשפטי, פ"ד יג, 1205, 1210-1211; לאימוץ גישה זו – אם באופן מרחיב ואם באופן מצומצם – ראה: ב"ש 22/87 ביטר נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(2) 52, 55 (פסקה 7 לפסק-הדין); ע"פ 115/82 מועדי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 197, 245 [פסקה 4 לפסק-דינו של הנשיא (בדימוס) כהן]; ע"פ 16/82 מלכה נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(4) 309, 319 (פסקה 9 לפסק-דינו של השופט בייסקי).

143 *Olmstead*, לעיל הערה 136, שם בעמ' 485. השווה גם דברי ה-U.S. National Commission : *on Law Observance and Enforcement I (1931)*

"Respect for law, which is the fundamental prerequisite of law observance, hardly

גברים אלה לא נעלמו מעיניו של בית-המשפט, אך הרצון להגיע לחקר האמת גבר על הרצון להרתיע את הרשויות, כדברי המשנה לנשיא אלון:

"...שיקולים של חינוך אנשי מרות ושל הגנה על כבוד הנאשם וחירותו, אין בהם אפוא כדי להביא להתעלמות מהאמת העובדתית בפסיקת האמת המשפטית..."¹⁴⁴.

גישה זו הביאה לעיתים זלזולם של אנשי החוק בחוק עצמו עליו הופקדו לאכוף. כך למשל, למרות דרישתו של בית-המשפט לקיים את תקנות השופטים ולהזהיר את הנאשם בדבר זכויותיו, היו קציני משטרה אשר התעלמו מפורשות מהנחיות אלה של בתי-המשפט בטענה כי: "בהיותי אדם מנוסה, כוונתי אינה למלא טפסים"¹⁴⁵.

זלזול בוטה זה לא נעלם מעיני בית-המשפט¹⁴⁶, ויש אשר הביעו ספקות בדבר אפקטיביות הרתעתו של הדין-המשמעתי המשטרתי (במקרים של חריגה מהנהלים ומהנחיות בית-המשפט) ומהעמדתם לדין פלילי (במקרים קיצוניים של עבירה על החוק לשם איסוף הראיות המרשיעות) לשם הרתעת אנשי המרות מלחזור על מעשיהם הפסולים, והזהירו את המשטרה לבל לא תשמע לאזהרות בית-המשפט¹⁴⁷.

אפשר לומר כי גישה זו חלחלה לה למערכת בתי-המשפט ובתי-הדין הצבאיים גם לאחר חקיקת חוק היסוד, כעולה מעניינו של טור' יששכרוב¹⁴⁸. באותו מקרה, נקלט טור' יששכרוב בשעת לילה מאוחרת בכלא הצבאי (כלא 6) ונתבקש על-ידי מדריכי-הכליאה (שוטרי המשטרה הצבאית) להתפשט כחלק מחיפוש אשר נערך בגופו

can be expected of people in general if the officers charged with enforcement of the law do not set the example of obedience to its precepts".

צוטט מתוך: A.E. Sutherland Jr. "Crime and Confession" 79 *Harv. L. Rev.* 21, 39 (1965).

144 ד"נ 9/83 ביה"ד הצבאי לערעורים ואח' נ' ועקנין, פ"ד מב(3) 837, 855.

145 ע"פ 161/77 זוהר נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(1) 326, 329.

146 כדברי השופט עציוני בעניין זוהר:

"אמנם אין תקנות השופטים הוראות מחייבות ואמנם הלכה היא בידינו שאימתן אזהרה אינו פוסל ההודעה מלכתחילה, אך זלזול המשטרה בכללי האזהרה המוקדמת נראה בעיני כמסוכן".

147 ראה: דברי השופט ברק ב-ע"פ 260/78 סלימאן נ' היועץ המשפטי, פ"ד לג(2) 204, 207:

"ערים אנו לקשיים הרבים לפנייהם עומדת המשטרה במלחמתה בעבריינות, אך יש לשמור מכל משמר כי במלחמתה זו לא תעבור המשטרה ונמצא כי אלה, הפועלים בשם החוק, מפירים אותו. מן הראוי להדגיש, כי השיטה הנוהגת אצלנו-שאותה קלטנו מהמשפט האנגלי-אינה השיטה היחידה בה ניתן לנהוג, ובידינו הדבר לשנותה".

וכן דבריו של השופט עציוני בעניין זוהר, לעיל הערה 73, שם בעמ' 329:

"אם אמנם יימשך הזלזול בסדרי גבית עדות... ייתכן שמן הראוי יהיה לדון בשינוי ההלכה ולהחליט על אי-קבילותה של הודאה שנגבתה שלא כדין...".

148 עמ' 139/97 התצ"ר נ' טור' יששכרוב, פד"צ (1998) 123. יש לציין כי עניין זה עומד כרגע להכרעה בבית-המשפט העליון, בפני הרכב מורחב של תשעה שופטים (הנשיא ברק, המשנה לנשיא שלמה לוין, השופטים אור, מצא, חשין, דורנר ובייניש). ראה בעניין זה: החלטת הנשיא ברק מיום ה-30.3.00 ב-ע"פ 5121/98 טור' יששכרוב נ' התצ"ר.

ובבגדיו. בעת שפשט את בגדיו, נפל מבגדיו דבר מה אשר היה עטוף בנייר. תחילה ניסה להסתיר זאת מעיניהם של המדריכים, אך לאחר-מכן התוודה ובאומר: "זה 'גראס' (סם מסוכן מסוג קנביס¹⁴⁹ – נ.פ.), אני יכול להסביר". כמו-כן התוודה המערער בפני מפקד האגף על שימוש קודם בסם, אם כי לא היה ברור אם הדבר נעשה בזמן שירותו הצבאי או לפני גיוסו. קצינה מסגל בית-הכלא דיווחה על האירוע לבסיס מצ"ח (משטרה צבאית חוקרת) המרחבי, וחוקר מטעם הבסיס בא למחרת במטרה לחקור את האירוע. החוקר קיבל לידי את החפץ מאחד הקצינים והתרשם אף הוא כי מדובר ב'גראס'. לאחר-מכן, נלקח טור' ישכרוב לחקירה והודה בשימוש ב'גראס' בעשר הזדמנויות שונות. לאחר רישום עדותו זו, ניגש החוקר לטלפן אל מפקד בסיסו, והלה הורה לו לעצור את החשוד. משחזר החוקר לחדר המשיך לגבות את אמרתו של ישכרוב, מבלי שהודיע לו כי הוא עצור או כי הוא זכאי להיוועץ עם עורך-דין. זכות הנתונה לחשוד לא רק מכוח חוק סדר הדין הפלילי¹⁵⁰, אלא גם מכוח הוראות פנימיות של מצ"ח עצמה:

"במידה וידוע מראש שחייל עתיד להיעצר, יש להודיע לו מהם החשדות והזכויות טרם חקירתו לרבות זכות היוועצות עם עורך-דין".

בערכאה ראשונה בפני בית-הדין הצבאי במחוז שיפוט מטכ"ל¹⁵¹, נפסלה אמרתו של הנאשם בשל היעדר אזהרתו של החשוד בדבר ההיוועצות עם עורך-דין ובשל אי-הודעת החוקר על כוונתו לעצרו. כתוצאה מפסילת אמרתו זוכה הנאשם מכמה וכמה אישומים. בית-הדין הצבאי לערעורים אשר דן בערעור, הכיר בעובדה כי זכותם של חיילים להיוועץ עם עורך-דין הינה רחבה יותר מזו של אזרחים, הנעצרים בידי משטרת ישראל¹⁵². עם זאת, קבע בית-הדין כי על-אף היותה של זכות ההיוועצות זכות חוקתית, אין באי-האזהרה לכשעצמה כדי לפסול את קבילותה של ההודיה. שכן, אין פוסלים ראייה רק בשל העובדה כי התקבלה בניגוד לחוק או לדין. לגישתו של בית-הדין, גם לאחר חקיקת חוק היסוד לא נשתנה מצב זה, בנמקו כי:

"מטרת המשפט היא לעשות צדק על-ידי חשיפת האמת. בלא חשיפת האמת, אין נעשה צדק... לחשיפת האמת העובדתית חשיבות עליונה לא רק בשל שיקולי

149 ראה: סעיף 1 לחלק א, סימן א, לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973. דמ"י 526, 23.

150 ראה: סעיף 34 (א) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה-מעצרים), התשנ"ו-1996.

151 פסק-דין מיום ה-20.5.97 בפני אל"מ קלוגמן, רס"ן ביטון וסרן נדב, בתיק מט/932/96 התצ"ר נ' טור' רפאל יששכרוב (לא פורסם).

152 כלשון בית-הדין:

"זכותו של החייל להיוועצות רחבה יותר מזו של מי שנעצר בידי משטרת ישראל. בעוד שחוק המעצרים מעניק את הזכות האמורה, מוענקת הזכות בצבא גם למי שעתיד להיעצר. בשני המקרים המדובר בזכות יסוד, המוענקת לעצור". פסקה 14 לפסק-הדין.

צדק והרצון להגשים מטרות המשפט; יש לה חשיבות לעניין הלגיטימיות של פסק-הדין ושמה הטוב של מערכת המשפט. ככל שיווצר פער גדול יותר בין האמת המשפטית לבין האמת העובדתית, כך ייתפס פסק-הדין¹⁵³, יותר ויותר, כבלתי-צודק וכבלתי-לגיטימי, וכן ייפגע שמה הטוב של מערכת השיפוט...¹⁵⁴ התרחקות מאמת עובדתית עלולה לפגוע במוניטין של בית המשפט בעיני הציבור הנאורו כשהפשיעה גואה, ומטרתו העיקרית של המשפט הפלילי היא להגן על החברה וערכיה...¹⁵⁵.

ג. המצב המשפטי לאחר המהפכה החוקתית

אם כן, האם באמת נשתנה המצב לאחר המהפכה החוקתית? האם אכן הביא חוק היסוד לשינוי בדפוסי החשיבה המשפטית? לגישתו של השופט ברק:

"... במצבים אלה מתבקש השופט-הפרשן לעיין מחדש בפרשנות שניתנה בעבר ולבחון עצמו מחדש. ביסוד בחינה מחדשת זו, עומד הנתון החוקתי החדש, שעניינו חוקי היסוד החדשים. בחינה מחדשת זו צריכה להיעשות מזווית הראיה החדשה, פרי ההפנמה של חוקי היסוד, וההכרח בשינוי העמוק שהם הביאו למשפט ולחברה בישראל... חוקה אינה רק משפט. היא חברה, היא היסטוריה והיא מבט מחדש על החיים ועל המשפט"¹⁵⁶.

על-כן, האם ניתן לומר כי כלל הפסילה מעוגן בחוק היסוד? יש הסבורים כי לאור המהפכה החוקתית יש לבחון מחדש את סוגיית פסילתן של ראיות, אשר הושגו תוך

153 על חשיבות התקבלותו של פסק-הדין בקרב הציבור הרחב ראה דבריו של פרופ' Nesson: "A primary goal of the legal system is to encourage and enable citizens to assimilate legal rules into their behavior. Through trials, society seeks not only to discover the truth about a past event, but also to forge a link between crime and punishment, between wrong and liability. Society attempts, through the judgements of its courts, to project a behavioral message that will influence individuals' conduct".

C. Nesson "The Evidence or the Event? On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts" 98 *Harv. L. Rev.* 1357, 1359 (1985)

154 על חשיבות "שמה הטוב" של מערכת המשפט ראה דבריו של כב' השופט (כתוארו אז) ברק: "אמון הציבור ברשות השופטת הוא הנכס היקר ביותר שיש לה לרשות זו. זהו גם מנכסיה היקרים של האומה. ידועה אמרתו של דה-בלוק, כי חוסר האמון בשפיטה הוא תחילת סופה של החברה...".

בג"צ 732/84 צבן נ' שר הדתות, פ"ד מ(4) 141, 148; וכן השווה: *United States v. Lee*, 106 U.S. 196, 223 (1882); *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, 267 (1962).

155 יששכרוב, לעיל הערה 148, שם בפסקאות 49 ו-50 לפסק הדין.

156 דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 655.

שימוש באמצעים בלתי-הוגנים ובלתי-חוקיים, זאת לאור העלאתן של זכויות החשוד והנאשם למדרגה חוקתית.

יש הקושרים את כלל הפסילה החוקתית עם פסקת הכיבוד¹⁵⁷. לאמור, כי הכרזה על קבילותן של ראיות "פגומות" ושימוש בהן בהליך הפלילי, אינו עולה בקנה מידה אחד עם הוראת המחוקק, המטילה את חובת הכיבוד על הרשות השופטת¹⁵⁸.

השופט אלון סבור כי ראיה אשר נגבתה תוך כדי פגיעה חמורה בכבוד האדם ובצנעתו-ניתן לפסול את קבילותה, וזאת לפי שיקול-דעתו של בית-המשפט ולאור נסיבות המקרה. זאת לדעתו, לאור העיקרון העברי כי גדול כבוד הבריות אשר דוחה מצוות "לא תעשה" שבתורה, כמו גם לאור סעיפים מפורשים המצויים בחוק היסוד¹⁵⁹.

תימוכין לגישה זו נמצא בפרשת אסקין¹⁶⁰. בפרשה זו, נסבה המחלוקת סביב אמרתו המפלילת (דו"חות זיכרון-הדברים אשר נערכו בידי צוות החקירה) של הנאשם אשר נמסרו לחוקרי שירות הביטחון הכללי (להלן: שב"כ). מהעובדות אשר נקבעו בידי בית-המשפט, ניתן היה ללמוד כי אופן החקירה, כפי שנוהלה, שללה ביודעין את זכותו של החשוד שלא להפליל את עצמו, כעולה מעדותו של אחד מחוקרי השב"כ, המכונה "רוני". לגישתו, מטרת החקירה היא מודיעינית, ולכן אין מזהירים את החשוד בדבר זכויותיו. זאת כיוון שמטרתה של החקירה היא ביטחונית מניעתית ולא למטרת איסוף ראיות¹⁶¹. על-סמך עדותו ועל-סמך עדותם של חוקרי שב"כ נוספים, עמדה השופטת צור על ההבדלים בין החקירה המשטרית לבין חקירת השב"כ.

בעוד שבחקירה משטרית, אם החוקר נמנע מלהזהיר את החשוד או מלהפר את זכותו שלא להפליל עצמו, הרי שמדובר ברשלנות או בטעות המעידה על חריגה מן הכללים ומן הנהלים המשטרתיים-הפנימיים. חקירת השב"כ, בהיותה מניעתית ומודיעינית, הינה דורסנית ומטרתה להשיג את המידע בכל מחיר וגם אם במחיר

157 לפסקת הכיבוד ותחולתה על מערכת המשפט ראה: לעיל הערה 13.

158 ע' גרוס, "כלל פסילה חוקתית-האם יש לו מקום בישראל?", משפטים ל' (תשנ"ט) 145, 165.

159 מ' אלון, "חוקי היסוד-עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית: סוגיות במשפט הפלילי", מחקרי משפט י"ג (תשנ"ו) 27, 83. ראה אימוץ גישה זו בדבריו של השופט רון שפירא ב"ת פ (טבריה) 2778/93 מדינת ישראל נ' פלה ואח', תקדין-שלום כרך 98(2) 150, 167:

"מבלי לקבוע גבולות ברורים לכללי הפסלות בנוגע לראיה שהתקבלה שלא כדין, גם אני סבור כי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו יצר זכויות חוקתיות לכל נאשם או חשוד ושינה את נקודת האיזון בבחינת קבילותם של ראיות. חוק היסוד מחייב מתן דגש על הליך גביית הראיות ככל שהוא מתייחס לתכונותיו הסובייקטיביות של נאשם מסוים. לא ניתן עוד לבחון את הליך גביית הראיות במדדים אובייקטיביים בלבד ויש לשים דגש על הפן הסובייקטיבי המתייחס לטיבו של כל נאשם ונאשם וכן לנתונים הייחודיים של כל אירוע חקירתי".

לעיל הערה 44.

161 להרחבה אודות מטרותיה ותכליותיה של החקירה הביטחונית מול החקירה הפלילית-משטרית, ראה: "דין וחשבון ועדת החקירה של שירות הביטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עוינת", ספר לנדוי כרך א (תשנ"ה) 280-281.

זכויותיו של החשוד. אי-הזהרתו והפרת החסיון לא-הפללה עצמית, אינה חריגה מהכלל אלא היא הכלל המנחה!

לאור הבחנה זו הגיעה השופטת צור להחלטה, תוך סקירת הספרות והפסיקה הרלוונטית, כי עם עיגונה של זכות השתיקה בחוק היסוד, הפרה בוטה ומכוונת של זכות השתיקה אינה עומדת בקו אחד עם הוראות היסוד ולכן אין לקבל את אמרותיו המפלילות, של הנאשם כראיות קבילות.

ד. תרופת הבטלות

יש הגוזרים את כלל הפסילה החוקתית מהזכות החוקתית עצמה. לפי העיקרון כי: "מקום שבו הזכות, שם התרופה" (*ubi ius ibi remedium*)¹⁶². נקודת המוצא היא, כי הזכות והסעד שלובים הם זה בזה. ללא הסעד אין קיום לזכות כשם שללא הזכות אין קיום לסעד¹⁶³. הרציונאל העומד מאחורי נקודת מוצא זו הינו פשוט: מה טובה היא הענקת הזכות וחיקיקת איסור בעל מעמד חוקתי האוסר את הפגיעה בה או שלילתה, אם פעולה מנוגדת לאיסור זה עומדת בעינה תקפה ותופסת?¹⁶⁴. כוחו ההרתעתי שלפני פגיעה בזכות, טמון בסעד. לאמור, כי התרופה היא אשר נותנת את ביטויה הממשי לזכות.

בניגוד לדין הקנדי (סעיף 24 לצ'רטר), חוק-היסוד אינו כולל בתוכו באופן מפורש

162 א' ברק, לעיל הערה 41, שם בעמ' 703–704.
 163 ע' גרוס, "תרופות חוקתיות", משפט וממשל ד (תשנ"ח) 433, 436 והאסמכתאות אשר הובאו שם.

164 ראה בעניין זה דברי השופט גינת בפרשת עודה, לעיל הערה 43, שם בעמ' 496:
 "...פגיעה בזכות החוקתית באופן שאינו עומד במבחנים שבחוק היסוד, מצדיקה את פסילתה של ראייה שהושגה כתוצאה מפגיעה זו. פסילתה של הראייה מסמלת את המחיר החברתי אותו מוכנה החברה לשלם על-מנת לשמר את הערך המוגן. על-מנת להבטיח את זכויות היסוד, יש למנוע מתן לגיטימציה לפגיעה בהן על-ידי רשויות השלטון (ובכלל זה המערכת המשפטית). לא ניתן לשמור על הזכות הקונסטיטוציונית אם המערכת המשפטית מוכנה להקריבה לצורך השגת הרשעה במשפט פלילי. פסילת הראייה הינה הכרחית על-מנת להגן על הערכים החוקתיים [ראה: *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961)] בהיעדר סנקציה חוקתית אין משמעות לזכויות החוקתיות" (ההדגשה שלי – נ.פ.).

ראה גם דברי Mr. Justice Clark:

"...The admission of the new constitutional right by Wolf could not consistently tolerate denial of its most important constitutional privilege, namely, the exclusion of the evidence which an accused had been forced to give by reason of unlawful seizure. To hold otherwise is to grant the right but not in reality to withhold its privilege and enjoyment". (ההדגשה שלי – נ.פ.).

Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643, 656 (1961); וכן ראה דבריו של פרופ' גרוס בעניין זה:
 "בהיעדר תרופות חוקתיות, תהיה השמירה על זכויות הפרט בבחינת רשות, ואילו הפגיעה בהן תהיה בפועל".

את הסעדים בגין הפרת הזכויות החוקתיות המעוגנות בו. לפי גישתו של השופט ברק, שתיקתו של המחוקק בנושא הסעד, אינה הסדר שלילי. נקודת-מוצאו של השופט ברק היא כי חוק-היסוד הינו בעל אופי תרופתי הנועד לרפא את הפגיעה בזכויות החוקתיות המעוגנות בו¹⁶⁵.

תרופת הבטלות אשר אומצה עד כה במשפטנו והמוכרת לנו יותר, היא בטלותו של חוק אשר נוגד את תנאי פסקת-ההגבלה. פסקה זו קובעת את מבחן המידתיות המורכב משלושה מבחני-משנה מצטברים לבחינת חוקתיותו של החוק הרגיל¹⁶⁶:

(א) מבחן ההתאמה: נדרש קשר של התאמה בין המטרה לאמצעי. האמצעי החקיקתי צריך להוביל להגשמתה של המטרה החקיקתית.

(ב) מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה: האמצעי החקיקתי משול לסולם, שעליו מטפס המחוקק להשגת התכלית החקיקתית. על המחוקק לעצור באותו שלב משלבי הסולם, שבאמצעותו מושגת התכלית החקיקתית, ואשר פגיעתו בזכות האדם פחותה¹⁶⁷.

(ג) מבחן האמצעי המידתי: האמצעי הנבחר אפילו מתאים הוא (רציונלית) להשגת המטרה, ואפילו אין אמצעי מתון ממנו, צריך לקיים יחס ראוי בין התועלת שתצמח ממנו לבין היקף פגיעתו בזכות האדם החוקתית. מבחן זה בוחן את התוצאה של החקיקה ואת האפקט שיש לה על זכות האדם החוקתית.

על-כן, לאור האמור לעיל, יש לבחון את האמצעי החקיקתי אשר הופעל באמצעות מבחן המידתיות על-מנת לשקול באם הוא אינו עולה על הנדרש¹⁶⁸. באם התשובה על כך חיובית, כלומר כי אינו מידתי ופוגע בזכותו החוקתית של החשוד, הרי שיש לפסול ראייה זו מכוח תרופת הבטלות.

ניסינו בחיבור זה לקבוע את מתחם הסבירות לשימוש במדוכבים לשם חילוץ אמרות מפלילות מחשודים, בידי רשויות החקירה ואת מהות הפגיעה הנלווית כתוצאה מכך,

165 ע' גרוס, לעיל, שם בעמ' 439.

166 ראה לעניין זה: דברי השופט ברק ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 436-437 (פסקה 95); וכן ב"בג"צ 1715/97 לשכת מנהלי השקעות נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 385; ראה גם חזרה על מבחן זה בידי השופט זמיר ב"בג"צ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 270 (פסקה 25); ובידי השופט דורנר ב"בג"צ 7852/98 ערוצי זהב ושות' ו-2 אח' נ' שרת התקשורת, פ"ד נג(5) 423, 430 (פסקה 11). להרחבה אודות מבחן המידתיות, ראה: א' ענבר, המשפט החוקתי בראי ההלכה הפסוקה (2001) 111-122.

167 בנק המזרחי, לעיל, שם בעמ' 437 והאסמכתאות אשר הובאו שם.

168 השווה בעניין זה לדין הגרמני הדוגל בעיקרון היחסיות (*Verhältnismässigkeit*), ולפיו על ביהמ"ש לדאוג לאיזון נאות בין מידת הצורך להגן על זכויותיו החוקתיות של הנאשם אל מול חומרת העבירה ומידת החשד כלפיו. ביהמ"ש נקט במבחן "מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה" ("least drastic means"). אם אמצעים פוגעניים פחות נדרשים לשם השגת הראיות, הרי שאמצעים פוגעניים יותר לא יאושרו בידי ביהמ"ש. ראה: C.M. Bradley "The Exclusionary Rule in Germany" 96 *Harv. L. Rev.* 1032, 1041 (1983).

בזכות השתיקה. כפי שנאמר כבר, אמצעי חקירתי זה הינו יעיל והשימוש בתחבולות הינו בבחינת "הכרח בל יגונה" במלחמתה של החברה לביעור נגע הפשיעה בקרבה¹⁶⁹. אך לכול האמצעים הללו, אפילו יהיו לגיטימיים, יש לתחום את מתחם הסבירות; קרי: הכללים והמבחנים להפעלתם¹⁷⁰.

תיחום מתחם הסבירות נשען על מספר הנמקות:

(א) העיקרון הפרוטקטיבי ("a protective principle")¹⁷¹: הפסילה באה להגן על זכויותיו של הנחקר, אשר נפגע מהשגת הראיה שלא כדין. את תכליתו של העיקרון ביטא המלומד Ashworth במאמרו:

"If a legal system declares certain standards for the conduct of criminal investigation... then it can be argued that citizens have corresponding rights to be accorded certain facilities and not to be treated in certain ways. If the legal system is to respect those rights, then it is arguable that a suspect whose rights have been infringed should not thereby be

169 ראה בעניין זה דבריו של השופט בייסקי ב"ע"פ 16/82 מלכה נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(4) 309, 319-318:

"הלבטים בדבר התייחסות לראיה אשר הושגה בדרכים לא הוגנות, בעורמה או תוך אי-הקפדה על תקנות השופטים, היא מנת חלקן של כל הערכאות ברוב המדינות, מחמת הניגודים בין המגמה להבטיח חקירה הוגנת ושמירה על כבוד האדם גם כלפי מי שנאשם בביצוע עבירה, ובין הצורך הלגיטימי להגן על החברה על-ידי גילוי העבריינים...".
170 המלומד LaFave גורס כי על-מנת ש"כלל הפסילה", ו"כללי המשחק" אשר עליהם הוא מתבסס, יהיו אפקטיביים עליהם לעמוד במספר קריטריונים:
(א) כי הדרישות החוקיות מהמשטרה יפותחו באופן מפורט ותוך התחשבות בצרכים הפרקטיים של גורמי אכיפת החוק (באיזון עם זכויות הפרט כמוכן).
(ב) כי הדרישות הללו ינוסחו באופן נהיר וברור לכל הדרגים המשטרתיים מהקצין הבכיר ועד השוטר הזוטר.

ראה לעניין זה: W.R. LaFave "Improving Police Performance Through The Exclusionary Rule-Part I: Current Police and Local Court Practices" 30 *Missouri L. Rev.* 391, 395-396 (1965); וכן ראה את דבריו של השופט Clark בקובעו כי:

"Every moment of every day, somewhere in the United States, a law enforcement officer is faced with the problem of search and seizure. He is anxious to obey the rules that circumscribe his conduct in this field. *It is the duty of this Court to lay down those rules with such clarity and understanding that he may be able to follow them*" (ההדגשה שלי-ג.פ.).

אף שנאמרו אודות דיני החיפוש, יפים הם גם לעניינו. על-מנת לשמור על עקביות והיגיון בפסיקה, כמו גם להנחות כראוי את אנשי המשטרה, מחובתו של בית המשפט לקבוע כללים ברורים ונהירים אשר מובנים לכל שוטר ושוטר. בעניינינו: מחובתו של בית המשפט לקבוע באופן ברור מהי ההתנהגות אשר עונה לגדר מדובב "אקטיבי" ומהי התנהגות אשר עונה לגדר המדובב "הפסיבי".

171 הרנון, לעיל הערה 63, שם בעמ' 145.

placed at any disadvantage: by 'disadvantage' is meant... that evidence obtained by the investigators as a result of the infringement should not be used against the suspect. And *the appropriate way of ensuring that the suspect does not suffer this disadvantage is for the court of trial to have the power to exclude evidence obtained by improper methods...*¹⁷².

(ב) הרתעת הרשויות: תכליתו של עיקרון זה הינה חינוכית, ונובעת מאופייה של המשטרה המודרנית בכלל, ושל משטרת ישראל בפרט. שוטרים רבים רואים (כחלק ממאבקם בפשיעה ובשמירת הסדר החברתי) ב"כללי המשחק" הדמוקרטיים מנגנון מפריע. הערכים הדמוקרטיים נראים בעיניהם כעניינים טכניים ופורמליים: בירוקרטיים או "רכים" ומתירניים מדי; בלתי פרקטיים ותלושים ממציאיות החיים היומיומית. כללים אלה נתפסים אם כן בידי השוטרים כמפריעים לאכיפת חוק טובה ויעילה, ומעלה בקרבם גישה דו-ערכית ואף צינית, המתעלמת לא פעם מאכיפת חוק הוגנת ושומרת זכויות¹⁷³.

ניתן אם כן לומר בהשערה נאמנה למדי למציאות, כי ללא מגבלות אלה, תהא מערכת אכיפת החוק פרועה וחסרת-רסן. כלשונו של השופט לנדוי, אשר קבע כי:

172 Ashworth, לעיל הערה 101, שם בעמ' 725.

173 מ' אמיר, "משטרה ודמוקרטיה-כמה בעיות יסוד", משטרה וחברה 1 (1997) 35. Jerome Skolnick גורס, כי חוקרי המשטרה עושים הבחנה ברורה בין הדין הפלילי המהותי, לבין הדין הפלילי הפרוצדורלי. לאמור, כי הראשון הינו זה אשר מסמל את המוסר והצדק ואשר יש לאוכפו, בעוד השני הינו "טכני" המציב מכשולים ומגבלות בדרכם לאכיפה טובה ויעילה של הראשון. מכאן כי שוטר אשר נתפס עובר על הכלליים הפרוצדורליים, אינו ראוי לגינוי או לסטיגמה שלילית, כיוון שהוא "פעל במישור מוסרי שונה".
לא פעם מנחה ומובילה "מומחיות" השוטר את צעדיו על חשבון חזקת החפות. כלשונו של Skolnick:

"The policeman views criminal procedure with the administrative bias of the craftsman, a prejudice contradictory to due process of law. That is, the policeman tends to emphasize his own expertness and specialized abilities to make judgements about the measures to be applied to apprehend 'criminals', as well as the ability to estimate accurately the guilt or innocence of suspects. He sees himself as a craftsman, at his best, a master of his trade. As such, he feels he ought to be free to employ the techniques of his trade, and that system ought to provide regulations contributing to his freedom to improvise, rather than constricting it. There is an attitude toward judges, for instance, a sentiment akin to that of Shaw's epigram, 'Those who can, do; those who cannot, teach'. Like other doers, he tends to be resentful of critics who measure his value by abstract principles rather than the 'reality' of the world he know and lives and sees".

J.H. Skolnick "Justice Without Trial: Law Enforcement in a Democratic Society" (New York, 2nd ed. 1975); צוטט מתוך: א' שטיין, "סעיף 10א לפקודת הראיות ופירושו: התפתחות חיובית או סכנה לעיוות דין?", משפטים כא (תשנ"ב) 325, 346.

"דרכי החקירה המשטרית במשטר פלוני הן בבואה די נאמנה של טיב המשטר כולו"¹⁷⁴.

(ג) הלגיטימיות והמוסריות של הכרעת הדין¹⁷⁵: שכן, קבלת ראייה שהושגה באמצעים המנוגדים לחוק, מערערת את הסמכות המוסרית של מערכת השיפוט להרשיע אדם ולהטיל בו סטיגמה של עברייני. ניכר כי עיקרון זה נועד להגן על יושרה של המערכת המשפטית ("judicial integrity")¹⁷⁶ כמי אשר מופקדת על עשיית הצדק. התרופה החוקתית של פסילת הראייה מהווה אפוא סעד אשר נועד להגנה על המערכת השיפוטית כדי למנוע את ביזויה ופגיעה במוניטין שלה (*disrepute*). שכן, קבלתן של ראיות אשר הושגו שלא כדין, עלול להביא את הציבור לידי תובנה לפיה בתי המשפט הינם "שותפים" להפרת זכויות מצד המשטרה. לגישתו של ד"ר דורון מנשה, נדרשים שופטים לנהוג בהגינות, לגלם מידות של יושר אישי, להפגין אובייקטיביות, נייטרליות ועצמאיות. אשר על-כן, מחויבים השופטים מכוח תורת "היושר השיפוטי", לשמור על טוהר ההליכים השיפוטיים באמצעות הרחקתם של מניפולציות ומעשים המכוונים לניצולם לרעה של ההליכים¹⁷⁷. גישה זו עולה בקנה מידה אחד עם דעתנו, לפיה פגיעה בזכויותיו החוקתיות של החשוד בידי גורמי המשטרה, מחייבת את המערכת השיפוטית בהרחקתם של אותם מעשים מקרבתה על-מנת לשמר את טוהר ההליכים. כך גם נועד העיקרון לבטא את תגובתו של ביהמ"ש, כי אין הוא מוכן למחול למפרי חוק היסוד, וכי לא ישלים עם התנהגות בלתי-נסבלת של רשויות החקירה והתביעה וכפועל יוצא מכך למנוע את ניצולם של הליכי המשפט לרעה.

5. לסיכום

ניסינו במסגרת חיבור זה להשליך אור על השימוש המשטרתי במדובבים סמויים.

174 ע"פ 264/65 ארצי נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(1) 225, 232. השווה גם דבריו של הנשיא ברק ב-בג"צ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, תקדין-עליון כרך 99(3) 458, 467: "חברה דמוקרטית, שוחרת חופש, אינה מוכנה שחוקרים ישתמשו בכל האמצעים על-מנת לחשוף את האמת".

על הקונפליקט המתמיד והאינטרסים המתנגשים, בין החתירה לחקר האמת לבין השמירה על ערכים כגון כבודו של החשוד וזכויותיו, ראה: א' ברק, "על משפט, שיפוט ואמת", משפטים כ"ז (תשנ"ו) 11-16.

175 הרנון, לעיל הערה 63, שם בעמ' 145.

176 כלשונו של Judge Tamm: "[To] preserve the public confidence in the purity and efficiency of judicial proceedings". ראה לעניין זה: *Konstantinidis v. Chen*, 626 F. 2d 933, 937 (D.C. Cir. 1980).

177 ד' מנשה, כבילת שיקול הדעת השיפוטי בשאלות עובדתיות (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור למשפטים", אוניברסיטת ת"א, 2000) 82.

סוגיה אשר על אף חשיבותה הרבה בפרקטיקת המשפט הפלילי, טרם זכתה לדיון שיפוטי ואקדמי מעמיק.

תוך התחקות אחר התפתחותה של זכות השתיקה (במשפט הישראלי והמשווה), הגענו לכלל מסקנה, כי התמורות הקונסטיטוציוניות אשר חלו בשיטתנו המשפטית, דורשות תיחום של גבולות השימוש המשטרתי במדובבים סמויים. תיחום חוקתי זה, יצר לדעתנו הבחנה ברורה בין שימוש לגיטימי בדמותו של "המדובב הפסיבי", לבין שימוש בלתי-לגיטימי בדמותו של "המדובב האקטיבי".

לנוכח חשיבותה של הסוגיה, כמו גם היעדר דיון אקדמי קודם, ראינו לנכון להרחיב את יריעת הדיון, ולדון גם בהשלכות הראייתיות של השימוש הבלתי-לגיטימי במדובבים אקטיביים. אנו בדעה כי התמורות החוקתיות אשר חלו בשיטת המשפט הישראלי, קידמו דיני ראיות קונסטיטוציוניים, אשר אימצו כללי פסלות חדשים.

אנו תקווה כי חיבור זה יאיר את עיניהן של האקדמיה המשפטית ושל הרשות השופטת, לשם בחינתה ופיתוחה של הסוגיה לאור תורת הפרוצדורה הפלילית-חוקתית, והכללים המנחים אשר נארגו לפיה.

