

תיחום גבולות השימוש במדוכבים 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 במדוכב כהחבלה הפוגעת בזכות השתיקה
- א. גישתו של המשפט הקנדי
- ב. ההבחנה בין מדוכב "אקטיבי" ל"פסיבי"
- ג. המצב הקיים במשפט הישראלי
- 1) אלימות ואיום באלימות
- 2) שיטת חקור בלתי-הוגנת
- 3) יצירת לחץ נפשי בלתי-הוגן
- 4) הפיתוי וההשאה
- 5) לטיכום
- ד. הגישה הראויה כמשפט הישראלי
4. הוצאות 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 (J.L.B.) ועודד הוראה בבית-הספר למשפטים במכללה האקדמית נתניה.
חודתי נתונה לפורום עמנואל גרוס, הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה; כמדין ביצוני להודות לשופט גלעד נויטל, שופט בית-משפט השלום בתל-אביב-יפו ומרצה לסדר דין פלילי במכללה האקדמית נתניה; ולבסוף, לבורך האנונימי מטעם מערכת כתב-העת, על הערותיהם הבונות אשר סייעו רבות לי לשיפורו והרחבתו של חיבור זה.

1. הצגת הנשוא

מיהו המדובר במשטרה? האם שוטף? אורח? עבריין? לאמיתו של דבר יכול הוא להיות כל אחד מן השלושה. הוא יכול להיות אורח 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 כמדובר גם מעבר לשירות המלואים במשטרה הצבאית החוקרת והתנדב מזמנו הפרטי כדי לסייע לרשויות החוק השונות¹. המדובר יכול להיות גם איש משטרה מן המניין, כמו שמעון סביר. מי אשר היה לימים ראש היחידה הארצית לחקירת פשעים חמורים, החל את דרכו במשטרה בחוקר, אשר לעיתים קרובות "יידד למחתרת" בזווית בדויה על-מנת לאסוף ראיות מרשיעות כנגד עבריינים².

לעיתים יכול המדובר להיות עבריין, אשר מסכים לטול על עצמו את תפקיד המדובר ולשתף-פעולה עם רשויות החוק, תמורת הקלה בהסתבכותו הפלילית. ידוע המקרה של מיכל חן, אשר בעת היותה בת 29 נתפסה בידי משטרת ישראל בעבירות מרמה קלות. לאחר שהוכנס לה כי החקים אשר עמדו תליים נגדה ייסגרו, הסכימה לשתף-פעולה ולשמש כמדוברת סמויה. היא הושמה בתא מעצר ביחד עם גינתית איואלוב, אשר הוחשדה בריצח בעלה³; על-ידי הטבעתו יחד עם מכוננית בפארק וירקון אשר בתל-אביב⁴.

אם כן, נשאלת השאלה מהו תפקידו של המדובר במשטרה? תיאור מדויק וקולע ניתן למצוא בדבריו של סא"ל (במל) צביקה קרובל, לשעבר מבכירי חוקרי מצ"ח:

"תפקידו של מדובר הוא לנסות להוציא מהשוידים 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 ג'ו, ג'ו, מ' רוזן, המשפט הפלילי - מדיין שימושי לדיני העונשין (1990) 115-117; צ' קרובל, "כנסת-פרשת רמי דותן" (1997) 86. לאחר שהפיל בהשטן את ישראל גוטליב, או ראש עיריית בני-ברק, בפרשת השוחד של השר וחבר-הכנסת אהרון אבי-חצירא, הוציא בית-המשפט צו איסור פרסום על שמו לכל ימי חייו. כאשר מעללי המדובר המשיכו להתפרסם בציבור, זכה הוא לכינוי "מיסטר איקס".

2 כמולך שנות השישים נטל על עצמו זהות של אסיר והושם בתא מעצר ביחד עם חשוד בריצח בת גיסתו. פעילותו כמדובר סמוי סייעה לאחר-מכן בהרשעתו של אותו חשוד; ראה: נ' רוני, העולם התחתון והפסע המאורגן בישראל (תשנ"ז) 150.

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

4 ג'ו רוזן, לעיל הערה 1, שם בעמ' 116; נ' רוני, לעיל הערה 2, שם בעמ' 150.

עודיותיהם ושיחותיהם המוקלטות של מדובכים עם חשודים, חומר ראיות חשוב להרשעתם של אותם חשודים"⁵.

אכן האמצעי החקירתי המצוי בדמותו של המדובר 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 כפענח פרישות רצה⁶, שוד⁷ אונס⁸ ופשעים חמורים נוספים. לעיתים משמשת פעילותו של המדובר לשם חיזוק הראיות הקיימות נגד הנאשם⁹. פעמים אחרות מובילה מסוכן מסוג קוקאין בדיקת של 40 ק"ג¹⁰.

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

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

7 דבר, הופט קדמי בבג"צ 1563/95 ער"ד מודדי כן נ' הויעץ המשפטי לממשלה ר"ר אה"ר, תקדין-עליון כרך (2) 97, 700, 710.

8 "הפעלתו של צור כ-סוכן חשאי" אינה רחוקה מהפעלתו של 'מדובר': שניהם רוכשים כמראה את אמנתו של החשוד וכך 'מפתים' אותו להישף בפניהם".

9 ת"פ (ת"א) 320/95 מדינת ישראל נ' בן-דשור (לא פורסם); ע"פ 5314/96 בן-דשור נ' מדינת ישראל, תקדין-עליון כרך (1)98 405. שם התוודה החשוד בפני מדובר משטרתי סמוי אשר הושם בתא והתחזה לעבריין בכדי בעולם החתה. לאחר שכן שטרית ביקש את ייעוצו בנושא החקירות, התוודה בפניו כי ביצע את הריצח.

10 תפ"ח (ת"א) 245/95 מדינת ישראל נ' יעקובוב, דינים-מחוזי כרך (2) לב' 329. במקרה דגן פוענח רצח אבוזי במיוחד של סכתא ונדה. השניים נצטוו ולאחר מכן ראש נעוץ לשם הוכחת כיוצא בזה. המדובר 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 שני גרסאותיו התכוף של הנאשם.

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

8 תפ"ח (ת"א) 56/98 מדינת ישראל נ' סכן ואח' (לא פורסם). שם שימשה פעילותו של המדובר המשטרתי לחשיפת מעשי שוד מזוין ועבירות שוד ופריצה אחרות אשר טרם הודשו בהם הנאשם. כש"פ 8772/99 חן נ' מדינת ישראל, תקדין-עליון כרך (1)00 327. פעילותו של מדובר משטרתי אשר התחזה לחולה ליד מיטתו של חשוד כשוד מזוין, הביא לחשיפת נטופית שודדים אשר פעלה בקרב ילדומני בהורסה ברמת-גן, לרבות הילוסן אשר סיפק את מידע הפנים אודות הוזהלות. תמונת 20 אחוז מהשלל.

9 ת"פ (ב"ש) 73/93 מדינת ישראל נ' עלי-עובידי, תקדין מחוזי כרך (3)94 561. הנאשם הורשע בריצחה ובאניושה של חניית קיקוס ז"ל. התוודותו בפני מדובר משטרתי סללה את הדרך להודאתו בפני חוקרי המשטרה ושימשה לאחז מכן כחזקן למדיניות ההודיה בפני המשטרה. ראה בעניין זה גם: ד"ר 4342/97 מדינת ישראל נ' אל-עובידי, דינים-עליון כרך נד 178; וכן: "פרשת חניית קיקוס" הסינוגר ירחון מס' 15 (זיוני 1998) 17-18.

10 כש"פ 5264/96 אותנה נ' מדינת ישראל, תקדין-עליון כרך (3)96 1302. שיתותיו של העורר עם המדובר המשטרתי אשר הוכנס לתאו, שימשו חיזוק ראיות הקיימות נגדו בחשד להברחת סם מסוכן מסוג קוקאין בדיקת של 40 ק"ג.

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

על-כן, רואים אנו כי התחבולה החקיריתית של הכנסת מדוכב סמוי לחאו של החשוד, הינה אמצעי חקירתי בעל חשיבות רבה בפעילותו של רשויות החוק למיגור הפשיעה החמורה. לנוכח שכיחותו של התחבולות אלה, נשאלת השאלה בכבר הבסיס לחוקיותו? כבר נודעה מקדמת דנא הדגשתה של הפטיקה 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 כמה שנקרא 'תחבולות'. חקירתו של פושע אינה משא ומתן בין שני סותרים שלווים והגונים, המנהלים את עיסוקם על בסיס אמון הדדי... מחוקר המטרה המשתלל לדוכב 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 כסיגים מסוימים מותר לחוקרי המטרה להשתמש בתחבולות... על-פי הניסיון ניתן אף לומר, כי השימוש בתחבולות מהווה, לא פעם, תנאי הכרחי להצלחתה של חקירה. ובמסגרת מלחמתה של התורה בפשיעה, ובצורך בפשיעה החמורה, אין למעשה מנוס מהוכחת 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 חותמים שני סייגים עיקריים: האחד, שאין להשתמש בתחבולה המפירה את זכות החשוד להימנע מהפללה עצמית"¹².

(ההדגשה שלי — ג.פ.).

10 בשי"פ 3155/00 מדינת ישראל נ' קאמל תורב ר"ד אה', חקירי-עליון כרך 200 (2) 560. שני אסירים הוחשדו בפריצה לבנק במהלך חרפתם מהכלא בידו עם מספר שותפים. התוודותו של אחד המעורבים בפני מדוכב סמוי, הובילה להפיכתו לעד מדינה. ולמסירת מידע קריטי אשר הוביל לאיתור הלק מהרכוש הגנוב.

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

12 השווה בעניין זה ל"ע"פ 28/59 פלוגי נ' הוינץ המשפטי, פ"ד יג 1205, 1210: "אם השמיטה המרמה את הבסיס מחמת ליבולתו של הנחקר לעשיית השימוש בזכות השתיקה או בזכות ההיוועצות-הירי זו תחבולה 'נפסדת', העשויה להוביל לפסלת הודיה הנמסרת בעקבותיה".

13 פרשת אלבה, לעיל הערה 5, שם בעמ' 134. השווה גם: דברי השופט פרוקצ'יה בערכאה דלמטה, ת"פ (י"ס) 251/94 מדינת ישראל נ' אלבה, חקירי-מחוי כרך 295 (עמ' 3458, 3428: "אין צורך לומר כי בכל מקרה עדיף כי מהלכי החקירה לא ירכיבו שימוש באמצעים גבוליים-לרבות שימוש בתחבולות וכמעשי הטעייה. יש והדבר בלתי-נמנע, הואו בכתיבת רע-הזכרה, אשר כל עוד לא משבש רצונו החופשי של הנחקר, ניתן להכשירו".

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

"...אף השימוש במדוכב נתפס כתחבולה חקיריתית מותרת. המדוכב אינו מפר את זכות החשוד לאי-הפללה עצמית; שכן בידי החשוד לשמור על זכות השתיקה, בכל הנוגע לנושא החקירה, גם כשיחו ושיגו עם מדוכב".

האמנם? חיבור זה יבין את השימוש אשר עושות רשויות החקירה בתחבולה חקיריתית זו תוך כחינת נפקותה המשפטית לנוכח הפרשנות החוקתית אליה מחויב בית-המשפט עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו"¹⁴. כמיר-כן, "יבחן השימוש באמצעי חקירתי זה לאור המשפט המשווה, אשר ניתן לומר כי כבר "צבר ניסיון" ופירש לעומק את הנפקות המשפטיות"¹⁵.

2. שורשיה והתפתחותה של זכות השתיקה

כטרם נוכל לבחון את מעמדה של זכות השתיקה במשפט הישראלי, ואת הפגיעה בה באמצעות השימוש במדוכב המטרתו, נסקור קודם את שורשיה והתפתחותה כשיטתו 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 (כתאורו אז) ב"ע"פ 476/79 בולוס נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (1) 805, 785: "המטרה רשאית להפגיש חשוד עם סוכן מוסווה שלה, מתוך תקווה, שהחשוד יפתח את

סגור לבו בפני איש שיהיו ביתו נכונות מאשר בחקירתו על-ידי איש המשטרה. אין לדאות 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 חוקי-יסוד זה".

15 לחותלת סעיף זה על מערכת בתי-המשפט. ראה דברי השופט ריבלין ב"כ"פ 2910/00 כהן נ' מדינת ישראל, חקירי-עליון כרך 200 (עמ' 1069, 1070: "עיסוק חיבור שבחוק יסוד כבוד האדם וחירותו חובקת את החלטותיו של בית המשפט וקושרת אותו לעקרונות היסוד שבחוק".

וכן, דברי השופט דודר ב"בג"צ 5263/94 הירשבוזן ר"ד אה' נ' שר האוצר, פ"ד מט"פ (5) 837, 847. R. v. Hebert [1990] 3 S.C.R. 595; R. v. Broyles [1991] 3 S.C.R. 227; R. v. Liew [1999] 3 S.C.R. 151.

"I am not willing to answer you to any more 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 לילברון בפני ביהמ"ש, אשר דחה אותו ורן 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-יחוקי: "Illegal and against the liberty of the subject". משלא קוימה ההחלטה, פנה לילברון לבית הלורדים אשר רן בערעורו וקיבלו. בדיון הערעור טען פרקליטו כי הוא שובות 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-יחוקי, בלתי-הוגן ופוגע בזכות החופש המובטחת לפי ה"מגנה קרטא". מקרוה של *Lilburn* ביחד עם מקרים נוספים (כגון: *Prynne* ו-*Leighton*, משפטם של תריסר הבישופים, משפטו של המלך צ'ילס, *Star Chamber Act* ו-*Scroop* 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. Pittmann "The Colonial and Constitutional History of the Privilege Against Self-Mr. Chief Justice Warren 1935) 763, 774 *Va. L. Rev.* 21 *Incrimination*. ראה גם: 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)

הפללה עצמית (*The privilege against self-incrimination*), במשפט האנגלי. זאת כתוצאה מהתנגדותה של החברה האנגלית לשיטת המשפט האינקוויזיטורית בכלל, ולגילויי האכזריות אשר רווחו באותה תקופה בידי האינקוויזיציה הקדושה בספרד בפרט¹⁶. בעקבות האנרכיה אשר שררה באנגליה במאה ה-15, פעלה מועצת המלך לתגבור סמכויותיה כמלחמתה כנגד מתנגדי המשטר והעבריינים הפליליים. לשם כך חוקק הפרלמנט הבריטי בשנת 1487 את ה-*Star Chamber Act*, אשר הקנה לועדה מצומצמת של מועצת המלך את הסמכות לחקור חשודים ועדים ולשפוט אותם. ועדה זו, ראתה זאת כחובתה לרכב צורות מסימות של הפרת הסדר הציבורי על-ידי הפעלתה של השיטה האינקוויזיטורית במשפט עצמו¹⁷.

בעת חקירת הנאשם, עשתה ועדת ה-*Star Chamber* שימוש בשבועה אשר נודעה בשם *ex officio*. לפי הל"ך זה, היה הנאשם נשבע בספרי הקודש לומר את האמת, וחויב להשיב לכל שאלה אשר הופנתה אליו, אפילו אם זו גרמה לו להתודות במעשה העבירה¹⁸. לקראת סוף המאה ה-16 הותקפה שיטת החקירה האינקוויזיטורית עצמה. המפנה המכריע בשיטה זו, חל במשפטו של ג'ון לילברון (*John Lilburn*). לילברון הואשם כי הדפיס וייבא חוברות אשר יש בהן הסתה וכפירה בדת. בחקירתו המוקדמת בידי הוועד המשפטי בפני ה-*Star Chamber*¹⁹, הכחיש את ההאשמות נגדו.

קשורות לחשדות המיוחסים לו. לילברון סירב לענות על שאלותיו של הוועד המשפטי במקומו כי אין הוא חייב להשיב לשאלות אשר מטרחה היא השגת הודאה ממנו ביחס למעשים אשר בית-המשפט אינו יכול לבססם בראיות אחרות. במלוחתו של לילברון עצמו:

16 ע' גרוס, "החסיין מפני הפללה עצמית האמנם ציון דרך במאבקו של האדם הנאור לקידמה?", מחקרי משפט ז' (תשמ"ט) 167, 168; (1896) 591-596 U.S. 161 *Walker v. Brown*

"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 והחסיין בפני הפללה עצמית", הפרקליט כ"ט (תשל"ד) 92, 94, 99, ע' גרוס, לעיל הערה 16, שם בעמ' 169; ע' קפלן, "על זכות השתיקה" זוויות אורח בישראל — קובץ מאמרים לחיים ה', כוץ (1982) 241, 246.

19 הוועד המשפטי לממשלה (*Director of Public Prosecution*), הוסמך להאשים אדם בפני ה-*Star Chamber* על-סמך עדויות של אנשים, אשר זדוהם לא נודעה לחשוד, ומבלי שהיה זכאי ל"עצמות" 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.

לפיכך, גם ניסיונותיו של המחוקק האמריקני לעקוף את החלטת *Miranda*, עלו בתוהו וזאת לאור עיגונה החוקתי של הזכות והשרשתה העמוקה בשיטת המשפט האמריקנית²⁶.

ג. קליטתה של הזכות לחסיין מפני הפללה עצמית כמשפט הישראלי

החסיין מפני הפללה עצמית, התקבל בשיטתנו המשפטית ועוגן במסגרת מספר חקיקים, כפי שעוד יפורט בהמשך. ניתן לציין כי עיגונה של זכות זו כמשפט 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-2000 (530 U.S. 428): "Miranda, being a constitutional decision of this court, may not be in effect overruled by an Act of congress".

כמקרה דגן דובר בחוק פדרלי, 18 U. S. C. §3501, אשר החזיר את מבחן הוולונטריות לבחינת קבילותה של הודאת חשוד, הורשע בידי בית-משפט מחוזי פדרלי בגין שוד מזוין, על-סמך הודאתו לסוכן הבלשתי הפדרלי (Federal Bureau of Investigation). בעתירתו, טען Dickerson כי הודאתו בלתי-קבילה לאור העובדה כי לא הוזנה 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.

²⁷ *Bulletin* (Aug. 2001) pp. 25-32. *International Covenant on Civil and Political Rights*, 1966 (g) (3) 14 Doc. A/63/16.

²⁸ ראה בעניין *International Covenant on Civil and Political Rights*, 1966 (g) (3) 14 Doc. A/63/16. "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 הסכמי בשיטת המשפט הישראלית, ראה: ע"פ 174/54 טממפפר נ' הוינץ המשפטי, פ"ד 5: 5 ע"פ 336/61 אייכמן נ' מדינת ישראל, פ"ד (303) 2033, 2100-2037; בג"צ 785/87 עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח"י, פ"ד (מב) 1 (2) וכו'; רע"א 7092/94 *Her Majesty The Queen in Right of Canada* נ' אולסון ו-5 אח"י, תקדין-עליון כרך (3)197, עמ' 292, 296.

²⁹ לפי פסיקתו העקבית של בית משפט זה, המשפט הבינלאומי המנהגי הוא חלק ממשפט הארץ, הוא ככפופות לדבר חקיקה ישראלית הקובע הוראה סותרת".

³⁰ ראה סעיף 47 (א) לפקודת הראיות [נוסח משולב], תשל"א-1971: "אין אדם חייב למסור ראיה אם יש בה משום הודיה כעובדה שהיא יסוד מיסודותיה של עבירה שהוא מואשם בה או עשוי להיות מואשם בה".

ב. קליטתה של הזכות לחסיין מפני הפללה עצמית כמשפט האמריקני

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

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

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

העיקרון בדבר החסיין 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, בעיקרון-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 ליידיע חשודים בדבר זכותם לאי-הפללה עצמית²⁴. בכך נפסק על-ידי בית-המשפט העליון של ארה"ב, כי הזכות לחסיין מפני הפללה עצמית חלה גם על החליך הטרנס-משפטי, לאמור החליך 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".

²⁴ Mr. Justice Brandeis: *United States v. Ulmann*, 350 U.S. 422, 426 (1956); *Murphy v. Waterfront Commission of New York Harbor*, 378 U.S. 52, 55-56 (1964).

²⁵ שם בעמ' 467: "Today, then, there can be no doubt that the Fifth Amendment privilege is available

של "חשוד" שלא להשיב לשאלות חוקריו בעת חקירתו. כך נקבע בידי השופטת דורנר כפושטת אלמליח כ"י:

"...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 שהנתקף נדרש לתת יש בו כדי להעמידו בסיון 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 בביצוע עבירה, קמה לו זכות רחבה עוד יותר – לשחוק בחקירתו מבלי לומר דבר, אף ביחס לשאלות שאילו היה עד היה מחויב על-פי חוק להשיב עליהן"²⁹ (ההדגשה שלי – ג.פ.).

זכות השתיקה של "חשוד" נגזרת מן הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית, ומצאה את ביטוייה החקיקתי במסגרת חוקת 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 כפרשת חוגלה:

"זכות השתיקה הינה הביטוי המובהק ביותר לחיסיון מפני הפללה עצמית. בצורתה המוחלטת – שלא לפנות פה ולא לומר דבר – הענקה 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 "יחסית", דהיינו זכות שלא להשיב על שאלות מפלילות. אך כשהמדובר בחשוד בביצוע עבירה, הנחקר בידי איש מרות, מתפרש גם חיסיון זה, על דרך ההרחבה, כזכות שתיקה מוחלטת"³¹ (ההדגשה שלי – ג.פ.).

29 ע"פ 3445/01 אלמליח נ' מדינת ישראל, פ"ד נו"כ (2) 869, 865.
30 ראה דבריו של השופט אילן ב"ע"פ 1382/99 בלחניס נ' מדינת ישראל, דינים-עליון כרך נג 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 המשטרה, 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) ב"מ נ' אריאל, פ"ד מו (3) 381, 378: "קדמי, על הראיות (תשס"ג, חלק שני) 912: השונה גם לדבריה של השופטת סטרסברג-כהן:

"הקופה 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 נוחל לעד, נחונה זכות השתיקה לנאשם לזכותו היא לנאשם במשפטו שלו... ההגנה הערפת המוענקת בזכות השתיקה, נעוצה בכך שמטרת העדות היא להרשיע

מאזני משפט ג – תשס"ה תיחום גבולות השימוש במדובבים משתדתיים סמויים השתדשותה של זכות השתיקה במשפטנו נעוצה בעובדה כי ההליך הפלילי בישראל מבוסס על השיטה האנגלו-סכסית, דהיינו האקדוטורית-אדווקטורית³². אך ראשיתו של ההליך הפלילי מתחיל בחקירת המשטרה³³, הליך שהוא אינקוויזיטורי במהותו³⁴.

אך העד עצמו. במצב דברים זה, כשבמוקד ההליך ניצבת הרשעת המעיד, קמה לו הזכות שלא יטרידו אותו במוכן – "the right to be left alone" (ההדגשה שלי – ג.פ.). בג"צ 6319/95 בלס נ' חכמי, פ"ד נא (3) 750, 765.

32 על אפיוניה של השיטה האדווקטורית בישראל, ראה: ע' גרוס, "שיטת הדין האדווקטורית בהליך הפלילי-נאשם היא מאפשרת אקטיביזם שיפוטי", עיני 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: "נעד 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: "לפי סעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, חייבת משטרת ישראל, ככלל, לפתח בחקירה משוערע לה על ביצוע עבירה, אם על-סמך תלונה ואם ככול דרך אחרת".

וכן: בג"צ 6972/96 חנוניה לאיכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה, דינים-עליון כרך נה 442. להלן מסמגיה אינקוויזיטוריים של החקירה הפלילית:

א. אין להשפט על תפקיד בניהול החקירה והחשוד ניצב לבדו מול חוקר המשטרה. על מהותה של החקירה המשטרית ראה דברי השופט כהן ב"ב"ש 134/83 מדינת ישראל נ' אסמיל, פ"ד (1) 374, 371:

"חקירת המשטרה אינה במהותה הליך מעין שיפוטי, ואין להשוות את כללי ההתנהגות, שצריכים לכוון את החוקר המטרהו במלאו את תפקידו, לכללי האתיקה, המתייבים נשאי משרות שיפוטיים או מעין שיפוטיים... על-כן אין מקום לקבוע לגבי חקירה משטרית נורמות, שבהן יפה לגבי הליכים שיפוטיים או מעין שיפוטיים".

ב. המשטרה מגלה את חקירתה בחורים סגורים החקק עיני הצביור וללא נכחותו 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.

השכ"ט, עמ' 28: "אדם שחודש לו כאמור בסעיף קטן (א) רשאי להתייצב לפני הועדה אם בעצמו ואם על-ידי עורך-דין...".

וכן: "הירוש", "הזכות לייצוג משפטי בחקירה-כללי הצידי במבחן המשפט המשווה", משפט וצבא 14 (יזני 2000), 91-92-93 והאסמכתאות אשר הובאו שם.

ג. אין לחשוד הנחקר זכות לעימות (confrontation) עם מאשימיו, לאמור העדים המעידים נגדו. ראה בעניין זה דברי השופט יתקון, ב"ב"צ 515/74 פלוגי נ' מפקד מצ"ח ר"ח אה', פ"ד כט"ז (2) 169, 171:

"בחקירה כזאת... לא יעלה על הדעת שירושא לפקלרטו של החשוד לחקור עדים שמטרו הודעות לחובתו... בחקירה משטרית רגילה אין החשוד רשאי לחקור עדים...".

על זכותו של הנאשם לעימות עם מאשימיו, ראה למשל את החיקוק השישי להוקה האמריקנית: "In all criminal cases the accused shall enjoy the right to be confronted with witnesses against him".

ד. הרגה בחקירת המשטרה מושם על רישום העדויות בידי השוטף-החוקר בעוד שתישטה האדווקטורית, שמה דגש על שמיעת העדויות בפני שופט שופט-חבר-מושבשעים. ראה לדוגמא: סעיף 118 לחוק סדר הדין הפלילי:

"עדות כאמור (לרבות קבלת מסמכים ומוציגים אחרים – ג.פ.)... תיגבה בפני תובע ובפני נאשם...".

אמורים לשמור על האופי האנושי של החקירה ולהציב גבולות לכוחה וסמכותה הנרחבת של המשטרה, ולסיג את שיטות החקירה שלה.³⁷

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 להם,³⁸ וגזירת חובת גילוי-לב הינה דרישה דורסנית וחודרנית למדי, הדרושה מן האדם לחשוף את ענייני הפרטים ולעיתים הכמוסים ביותר, לחשיהם הבוחנים של זרים.³⁹ לפיכך, מקנה זכות השתיקה לחשוד מסוחר 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.
(והדרגשות של – ג.פ.)

37. *Hebert*, לעיל הערה 15, שם בעמ' 174-175.

ד' ליבאי, לעיל הערה 17, שם בעמ' 92-93, 96-98. ראה תומכין לגישו זו במשפט האמריקני: *Rogers v. Richmond*, 365 U.S. 534, 541 (1961) ב' Mr. Justice Frankfurter 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-רוח החושאים בניאוף; אותם בני-אדם אשר נטויותיהם המיניות אינן מקובלות בקרב החברה בה הם חיים; או למשל בני-אדם אשר התנהגותם המינית נחשבת בקרב החברה כמטייה; וכדו"ב עניינים אשר נוגעים לפרטיותו של האדם.

39. ברוך 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 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".
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) 110, 95.

ד. הטעמים להצדקת קיומה של זכות השתיקה במסגרת החקירה המשטרתית

פרופ' ליבאי העלה במאמרו שלושה טעמים עיקריים המצדיקים, לדעתו, את קיומה של זכות השתיקה במסגרת החקירה המשטרתית:³⁵

1. שימור הממד האדברסרי בחקירה: על-מנת לשמר את האופי האדברסרי של החליך הפלילי, הקנה המחוקק לחשוד הנחנן לחקירה פלילית את החסיון מפני הפללה עצמית. חשוד המפעיל חסיון זה, מכריז על עצמו בכך כי הוא "צד אדברסרי" לרשות החקירה ולחביעה המבקשת להעמידו לדין.

מכאן כי החסיון בהליך טרום-משפטי זה, בא ליטול את עוקץ האפקטיביות של השיטה האינקוויזיטורית, מתוך חשש פן תהפוך לחסרת מעצורים ותתנכל לחיי הפרט, להזיזותו ולכבודו. זכות השתיקה מהווה יסוד אדברסרי אשר נענץ בתוך השיטה האינקוויזיטורית הטרנס-משפטית, בכדי ליצור בה ידיבות (אדברסריות) בין הצד החוקר לצד הנחקר.³⁶ ידיבות זו יוצרת כללי "משחק הונגן" ("fair play") אשר

וכן את שימת הדגש בעניין זה בידי ביה-המשפט העליון בקבועו ב"פ 141/66 רחביה ג' היעני המשפטי, פ"ד כ 376, 384, כ"י:

"חקירתו של כל עד הייבת להתנהל בבית-המשפט בפומבי, בנוכחות שני בעלי-הדין, תוך מוון הדמנות שווה, לתמוך או לסתור, לכל אחד משני הצדדים. זאת היא הערובה היחידה למיצוי הדין וגילוי האמת...".

ה. אין השוטר החוקר ככול לדיני הראיות, ובסמכותו להיעזר בראיות בלתי-קבילות כמדליך החקירה, כגון: עדויות שמיעה (למשל מידע מודיעיני הנמסר על-ידי מודיעים משטרתיים. ראה בעניין זה: ש' גז, לעיל הערה 1, שם בעמ' 95; וכן: סעיפים 4 (ו') (ג') לפקודת המטה הארצי מספר 14.04.02, בדיקה כמותית פוליגוף [ראה בעניין זה: א' אלער, "זקופת הפוליגוף בחקירה הפלילית", פלילים 6 (1991) עמ' 189] וכדו"ב לאי-החזקה דיני הראיות בחקירה ניתן ללמוד מהוראותיו של סעיף 273 לחוק השיפוט הצבאי:

"קצין בורק אינו כפוף לדיני הראיות הנהוגים בבתי-הדין הצבאיים והרשות בידי לקבל ראיית לפי שיקול דעתו".

על הסכנה הטמונה בהיעדר ממד אדברסרי בחקירה ראה: מ' קרמניצר, "המשטרה הכונית 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 hypocrisly 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

המבקש לדחות מעליו את החשד ולחזור החברה נקי מכל רבב. כללי החקירה, הם "כללי הציד", הייבם לתמוך ולאזן בין שני אינטרסים מנוגדים אלה.⁴⁶ אשר על-כן, משהכריז על עצמו חשוד כ"צד אדברסרי" באותה זירת התגורשות חקירתית, בה אין לא שופט ולא קהל, פתוחות בפניו שתי אפשרויות: האחת אקטיבית: למסור את גוסתו ואת עמדתו לחשד המיוחס לו; והשנייה פסיבית: חוסר תגובה באמצעות מחסה תחת זכות השתיקה.

הערכים החברתיים והמשפטיים מונעים מבעדנו מלהכתוב לחשוד את הדרך בה יבחר. לאמור, כי אין כופים על אותו חשוד את הדרך בה יבחר לנהל את קו הגנתו. כאם מדובר בחשוד חף מפשע, אין לדרוש ממנו כי יסתכן בניהול מערכה כנגד השוטרים החוקרים, בטריטוריה ה"עוינת", קרי תנתן המטרה. זכותו כי יובא לטריטוריה "נייטרלית" יותר כגון אולם בית המשפט.

כאם עסקין אנו בחשוד האשם בעבירה המיוחסת לו, אין לכפות עליו כי יודה באשמה וישמש כמאשימו.⁴⁷ ויודגש בעניין זה:

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

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

46 ד' ביין, "כללי החקירה המשטרתית-היש מקום לקדיפיצייה 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 (תש"ל) 42, 43.

"Human beings are... not to be run down like beasts of prey without respect to the laws of the chase".
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, "ניב תלמוד ספריית המשפט העברי (1990), 22; וכן: "Self-Incrimination in Jewish Law-A Review Essay", A. Enker, דיני ישראל ד (תשל"ב) CVII; א' קירנבאום, "הכלל אין אדם משים עצמו רשע" בהלכות בני נח", דיני ישראל ב (תשל"א-1971) 71.

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

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

לחשוף את ענייני הפרטיים — באם המדובר בחשוד אשם, להפליא 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 המשפטי.⁴² שכן, במהלך החקירה ניצב החשוד לבדו אל מול חוקריו ללא כל סיוע משפטי. בסיבות אלה מקונן החשש שמא חוקריו המשטרה ישתמשו לרעה באווירה המאיימת והעוינת אשר יצרת 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 ומלחץ, יפליל את עצמו במעשים אשר לא ביצע.⁴³ ניתן אם כן לסכם ולומר, כי הרצינול העומד מאחורי טעם זה הינו דרכון רשויות החקירה לאסוף ראיות חיצוניות, אשר מקורן אינו בהודאתו של החשוד. יפים 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 נוקטת תמיד בין שני אינטרסים שונים: הרצון להיאבק בפשיעה ולהגן על תושבי המדינה מזה, ומאידך לשמור על חירותו של החשוד.⁴⁵ שכן החקירה כמוה כצייד, בה קיימים שני אינטרסים נוגדים: החוקר-הצייד המבקש בתפיסת העבריינים על-ידי איסוף ראיות מרעיונות 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 המשיא 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: השיפת האמת".

43 א' ברק, "משפט, שיפוט ואמת", משפטים כו (תשנ"ג) 11, 12.

E.D. Driver "Confessions and the Social Psychology of Coercion" 82 Harv. L. Rev. 43 (1968); Kassir 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.

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 גרסה.⁴⁹ עם זאת, באם חפץ החשוד, מרצונו הטוב והחופשי, להכות על חטא ולהתוודות על ביצוע העבירה לפני חוקריו, אין כופים עליו את השתיקה. בכך ניתן לומר כי זכות השתיקה בהליך הטרור-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 החרתשה מהפכה חוקתית בקרב המשפט הישראלי, עם חקיקתם של חוק 'סוד' כבוד האדם וחירותו וחוק 'סוד' חופש העיסוק, אשר קבעו מספר זכויות אדם כבעלות עוצמה חוקתית על-חוקית.⁵⁰ אמנם, רובן של זכויות אלה כבר הוכר בעבר. מיעוטן מכוח חקיקה ורובן מכוח פסיקתו של בית המשפט העליון. אך עם חקיקתם של חוקי 'סוד' 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 לחכלית ראויה ופגיעתו בזכויות האדם החוקתיות אינה עולה על הנדרש.⁵¹

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 מוז(3) 379, 380.

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

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

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

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

וכן: דברי השופט ברק בע"א 6821/93 בנק המודיעי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, תקדין-עליון כרך 3195 (3) 1694, 1782.

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

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

לכלל, כמשתקף במתן מעמד חוקתי לזכויות הללו, ישפיע במישורו גם על סדר הדין הפלילי.⁵²
 מכאן כי לאור חקיקת חוק 'סוד' כבוד האדם וחירותו יש לפרש מחדש את האיזון בין יחס הכלל אל הפרט בכל הנוגע לסדרי הדין הפלילי ולדרכי החקירה המשטרתית. השופט ברק סבור כי זכות השתיקה היא בעלת מעמד חוקתי. דעתו זו מבוססת על ההכרה לפיה, זכות השתיקה היא חלק מכבוד האדם במונח שאין להכריח אדם למסור גרסה.⁵³ ניכר כי אכן ניתן להסביר פרשנות זו, לאור היקף 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 להייתו 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 החסיין מפני הפללה עצמית, המקים לחשוד את זכות השתיקה המוחלטת⁵⁷), נגזרות מזכותו הבסיסית לחירות, זכות המעוגנת בחוק היסוד. מכאן, שעם חקיקתו של חוק 'סוד' 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 (א' 433: ברק, "כבוד האדם כזכות חוקתית", חקיקת מא (תשכ"ד) 271, 285; צ' גרוס, "הזכויות הדיניות 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 יג (תשנ"ו) א' 541, 571.

55 צוטט מתוך: ד' סטטמן, לעיל, שם בעמ' 571 והאמנתאות אשר הובאו; וכן השווה לדבריו של השופט חשין:

"האדם הוא כבוד 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 — ג.פ.).

56 ע"א 3077/90 פלוגי נ' פלוגי, פ"ד מט(2) 578, 593-592.

ראו: צ' גרוס, לעיל, שם בעמ' 179; וכן: מ' לינדנשטראוס, חוקת החפזת במשפט הישראלי ובמשפט האמריקני — סוגיות נבחרות (1999) 5: לאימוץ גישה זו ראו ת"פ 511/97 מדינת ישראל נ' עודה, תקדין-מחוזי כרך 4197 (4) 493 (פסקה 9 לפסק-הדין).

57 ראה: דברי השופט גינת בת"פ (צצ) 511/97 מדינת ישראל נ' עודה, תקדין-מחוזי כרך 4197 (4) 2, והאמנתאות אשר הובאו שם.

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 מותרן להבטיח את הצדק הפורצדוראלי לנאשם בפלילים.⁶³
 במסגרת פרק זה נדון בתמורות אשר חלו במשפט הקנדי, כיתחו לזכויות הדיניות 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.

כדומה לחוקה האמריקנית, אף הצ'רטר הקנדי אינו מכיר מפורשות בזכות השתיקה הטרומ-משפטית של החשוד. כך גם אין הוראה מפורשת של הצ'רטר בדבר אוהרתו של החשוד בדבר זכויותיו (הזכות לאי-הפללה עצמית, הזכות להיוועצות עם עורך-דין וכיו"ב).⁶⁵

אולם, זכות השתיקה בהליכי החקירה הטרומ-משפטיים פורשה בידי בית-המשפט העליון הקנדי באמצעות סעיף 7 לצ'רטר. בדברי 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 c.11 1982 U.K., (1982) Schedule B to the Canada Act. Enacted as: נכנס לתוקף ב-7 באפריל 1982 (להלן: "הצ'רטר").

63 ראה בעניין זה: ע' גורס, לעיל הערה 53, שם בעמ' 156; וכן: א' הרמן, "ראיות שהושגו שלא כדין — האם נשתנה המצב המשפטי בעקבות חוק יסוד: כבוד האדם והירותו?", מחקרי משפט יג (תשנ"ו) עמ' 139, 142; on the Canadian Charter of Rights and the Effects of the Criminal Justice".
 64 *Criminal Justice*, 33 *Isr. L. Rev.* 607, 612-621 (1999).
 השווה בעניין זה לסעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם והירותו:

"אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם כאשר 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 פרשות בית-המשפט העליון בדברי השופט ביסקי בע"פ 334/86 מכאן נ' מדינת ישראל. פ"ד מנד(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...".

של זכויות אלה לרמה נורמטיבית של זכויות חוקתיות.⁶⁶ שכן, שינוי מרכזי הנוכח בין זכויות הפרט לבין טובת הכלל הביא עמו שינוי של מבנה הפירמיה הערכית. כפועל יוצא מכך, הפכו סדרי הדין הפלילי לכלי מרכזי בשירות זכויות היסוד החוקתיות.⁶⁷
 לדעתנו — ולאור הטעמים אשר כבר פורטו לעיל — ניתן כיום לחוק את הדינול 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 שלישו 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-לב.⁶⁸
 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 מהדירתן השלטונית של רשויות החקירה אל נבכי פרטיותו של האדם.

אשר על-כן, משהוזכרה זכות השתיקה כבעלת מעמד חוקתי, כפי שתואר לעיל, פגיעה בה יכולה להיעשות אך ורק בהתקיים דרישותיה של פסקת ההגבלה.⁶⁹

3. השימוש במדרכ בתהבולה 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 להסיון מפני הפללה עצמית (כאמור, זכות השתיקה בהליך הטרומ-משפטי). תוך שימת דגש על עקרונות אלה, נבחן כעת את מידתיות השימוש במדרכים בתחבולה חקירתית, ואת הפגיעה בזכות השתיקה.

58 ראה דברי השופטת יהודית צור בה"פ (י"פ) 108/98 מדינת ישראל נ' אסקין, תקדימ-מחודד כרך 1 (371).

59 ת"פ (ת"א) 10345/98 רחמילביץ' נ' מדינת ישראל, פס"מ תשנ"ט (2) 12, 23.
 60 (1980) 423, 421 *Yale L.J.* 89 "Privacy and the Limits of Law".
 R. Gavison. 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 והירותו; א' ברק, לעיל הערה 39, שם בעמ' 23; הדאטמכתאות אשר הובאו שם אשר יידונו בהמשך: [1991] 2 S.C.R. 151; R. v. Broyles [1990] 2 S.C.R. 595.

כאמצעות תהבולה?⁷¹ או שמא מהווה הודאתו בפני מדוכב את רצונו החופשי למסור את גרסתו לאדם כלשהו, על אף העובדה כי סירב למסור קודם לכן את גרסתו לחוקרי? בסוגיה זו, נקבע 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 המעורר כי ביצע שוד מזוין בבית-מלון. המשטרה אשר ניהלה חקירה סמויה בעניינו, הצליכה 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 והוכהרו 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 הכלשים, אך הוא שמר על זכות השתיקה וסירב לענות על שאלותיהם.

לפיכך, הושם *Hebert* כחוזר המעצר כיהוד עם שוטף אשר התחזה לעציר. השרטר *Miller*, החל לשוחח עם החשוד והצליח לגרום לו להודות במידות לו. בהתבסס על סעיף 7 לצירטר, 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..."

The Court of Appeal for the Yukon היקוקן (*Rothman v. R.* [1981] 1 S.C.R. 640):

71 הצורך בשימוש בתהבולה הוכר בפסיקה קנדיה כי: *Rothman v. R.* [1981] 1 S.C.R. 640-642: "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 המשטרהי מודיעים סמויים בחקירה משטרהית סמויה, ראה: גו, לעיל הערה 1, שם בעמ' 95: "Informers-Policing, Policy, Practice" (Portland, Oregon 2001), p. vii: *Willam Pub.* "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".

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 המשטרהיים, מנגנון הגנה המאזן בין כוחה הרב של הרשות לבין החשוד העומד לעיתים חסר-אונים מול מכשב 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.

ובן:

"...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.

כ. ההכנה 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 התירה תחת זכותו

R. v. Chambers [1990] 2 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".

67 *Broyles*, לעיל הערה 15.

68 *Hebert*, לעיל הערה 15.

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

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

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

תוך שימוש בדוכבים 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..."⁷⁶ (ההדגשה שלי – ג.פ.).

ג. זכות השתיקה אינה חלה על הדאוא מוצן 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 (מדוכב) אשר מתבונן ועוקב אחר החשוד, לבין השימוש בסוכן סמוי אשר פועל אקטיבית למשוך מהחשוד מידע מפליל, תוך פגיעה בזכותו של החשוד לשותק.⁷⁸

⁷⁶ *Voltaire v. State of Florida*, 697 So. 2d 1002, 1005 (1997).
⁷⁷ *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 כלשונו 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".
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...".
(ההדגשה שלי – ג.פ.).

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 תשאל כאמור, אין בהם פגיעה בזכות השתיקה, זאת כל עוד אין הם שוללים את רצונו של החשוד או מקלים את חושיו עד כדי אובדן כושר הבחירה.⁷³

ב. זכות השתיקה נתונה אך ורק לאחר מעצר, לאמור למי אשר נמצא במשמורת חוקתית.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 מגום מעצם קיומה של חקירה: וחקירה יעילה, מעצם טיבכה כרוכה בחדירה מעמיקה אל תוך רשות הפרט... ברם היין 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 להשקיף ולהשיב עפ"י בחינתו. משנשברת רוחו של הנחקר וחושיו טומטמי-שוב אין לומר עליו שתשובותיו ניתנות מתוך 'בחירה' אם להשיב או לא".
ראה גם: ע"פ 251/63 אבו ניל ב' הוינץ המשפטי, פ"ד (1)ת"א 267: בניצ' 5100/94 הוועד הצבאי נגד עניינים בישראל ב' ממשלת ישראל, תקדין-עליון כרך 399 (3)99, 458, 467.

⁷⁴ לעניין המשך החקירה על אף בקשתו של החשוד להיוועצות עם עורך-דין, ראה: ע"פ 307/60 יאסון ב' הוינץ המשפטי, פ"ד (3)ת"א 1541: ע"פ 96/66 טאו ב' הוינץ המשפטי, פ"ד (2)ת"א 539: ע"פ 533/82 זכאי ב' מדינת ישראל, פ"ד (3)ת"א 57.
⁷⁵ לפרשנות המושג 'משמורת חוקתית' במשפט הישראלי ראה: ע"פ 787/79 מורדי ב' מדינת ישראל, פ"ד (4)ת"א 421: ד' ליבאי, דיני מעצר ושחרור (תשל"ח) 89.
"המשמורת החוקתית היא מצב משפטי של שלילת או הגבלת חופש התנועה של אדם כדון, ולא רק מצב עובדתי של השגחה עליו או פיקוח על תנועתו. לכן, אם נתקיים התנאי שאדם 'חושם' במשמורת, אין בעובדה שחורשה להסתובב במתקן הכליאה או מחוצה לו ללא ליווי או פיקוח צמוד כדי לערערו את דבר המשך היווה מבהינה משפטית ב'משמורת'...".
וכן: ד"ר 5/83 מדינת ישראל ב' סוויסה ואח', תקדין-עליון כרך 184 (1)84, 427.
לחולתה של זכות השתיקה בעת משמורת חוקתית 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, לא-יחולת זכות השתיקה בעת הפעלתו של סוכן סמוי, מהזן למשמורת חוקתית, השווה: *Hoffa v. United States*, 385 U.S. 293, 304 (1966).

כלשונו של Chief Justice Burger ב'*Hoffa v. United States*, 385 U.S. 293, 304 (1966):
"... 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) ; *People v. Whitt*, 36 Cal. 3d (1984); *Cahill v. Rusheen*, 501 F. Supp. 1219, 1228 (E.D. Cal. 1980) ; 724, 742 (1984)).

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.

כמילים אחרות: מציע Justice Iacobucci לבחון אם קשריו של המדוכב עם רשויות החקירה אכן השפיעו בפועל על אופן חילופי הדברים בינו לבין החשוד. כך גם מכיע השופט את מודעותו לנסיבות בהן רשויות החקירה עשויות לעודד מדוכבים להוציא הודאות מפלילות מחשודים, אף ללא קשר מקרים עמום:

“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 שיחידהברים בין המדוכב לבין החשוד היו מנוהלים, אף ללא תמריצה של הרשות החוקרת?

ב. בחינת דרכי הוצאת המידע המפלייל 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 מקנות הקיטרו 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” (Report of the 1989–90 Los Angeles County Grand Jury) in *United States v. United States v. United States*, 636 F.2d 621, 632–638 (D.C. Cir. 1980).
 לעיל הערה 80, שם בעמ’ 136–135.

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

על-כן, ראינו כי בית-המשפט מבחין בין המדוכב 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 נזק מביטו על-ידי אמו, הוחשד בידי המשטרה כי רצח את סבתו. בידי המשטרה היו ראיות נסיכותיות 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 ניתנה לו ההודמנת להיוועץ עם עורך-דין, הוא הוכל אחר כבוד לחדר החקירות שם הושאל בידי אחד הכלשים מפגש בין *Broyles* לבין לאחר מספר תשאולים מאוחרים, ארגן צוות החקירה מפגש בין *Broyles* לבין

Ritter, חברו אשר הסכים לשתף-פעולה עם המשטרה ולכש מכשיר הקלטה זעיר בעת המפגש. במהלך הפגישה, *Broyles* אמנם לא הודה בכיצוע הרצח, אך מסר מידע אשר סתר את גרסאותיו הקודמות.

לבחון את המפגש במספר מובנים. לפי קביעתו, יש לבחון קודם כל באם פעל המדוכב כסוכן מטעם הרשות או לא? אם מדובר במדוכב “עצמאי” הרי שיש לבחון את מהות יחסי-הגומלין בין המדוכב לרשות ובין המדוכב לחשוד. לאמור, באם לרשות הייתה יד בדבר או לפחות מודעות לכך כי אותו מדוכב מנסה להוציא מהחשוד מידע מפלילי⁷⁹.

לאמור, פגיעה בזכות השתיקה נעשית רק כאשר המדוכב הינו סוכן מטעם הרשות⁸⁰. לפיכך, פיתח בית-המשפט את המבחן הדרגורמי:
 א. בחינת מהות יחסי הגומלין בין הרשות לבין המדוכב: לגישתו של Justice Iacobucci, אם המדוכב 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, *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”.

Thomas v. Cox, 708 F.2d 132 (4th Cir. 1983); *United States v. United States v. United States*, 680 F.2d 1161 (7th Cir. 1982).

בעל מעמד בכיר ומיוחס⁸⁶; פער גילאים ניכר בין השניים או לחילופין מצב מנטלי נחות של החשוד מזה של המדוכב⁸⁷ וכיו"ב);
 (ג) וכן, האם הביא המדוכב את החשוד בדרכי עוזמה לידו מצב מטלי בו עשוי החשוד לשוחח עמו ביתר קלות (למשל שימוש בסמים, משקאות חריפים, וכיו"ב)?

לאור בחינת כל הגורמים גם יחד, הגיע בתי-המשפט העליון הקנדי למסקנה כי שיחתו של Rutter אכן היתה החלופה הפונקציונלית של חקירה, וכי הוא ניצל את חברותו עם Broyles לשם חילוץ המידע המפליג.
 יישומם של המבחנים הנ"ל הלכה למעשה, הגיע בפרשת Liew.⁸⁸ במהלך פשיטה משטרתית מתוכננת על סוחר הסמים, נעצר Kok Leong Liew בידי המשטרה בחדר למעורבות בעסקה בסם מסוכן מסוג קוקאין, בהיקף כולל של קילוגרם.
 הפשיטה ביצעה, אך לא עלתה יפה. חלק מצוות המעצר זיהה את Liew כמי שהיה מעורב בעסקה, אך לא באופן ורדאי. השוטר הסמוי אשר תיווך בעסקה — Jones — לא יכול היה לזוהתו כלל כמי אשר מעורב בעסקה. עם ביצוע המעצר, כיימה המשטרה גם את מצערו של Jones, ושניהם נלקחו לחקירה במשרדי מחלק הסמים. שם, תיאם Jones עם עמיתו כי הוא יכנס לתאו של Liew וינסה לדווכו.

עם הזיכנסו של Jones לתא, הוא התיישב על כסא הרחק מן החשוד ונמנע מקשר עין עימו. כעבור דקה, פנה אליו Liew והחל לשוחח עימו על עסקת הסמים וזן הפללתו.

86 ראה הורויה של ועדת החקירה לבידיקת המצב בתי-הסוהו בישראל:
 "זכרת 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 הידארכיה מעמית בידרה בתוך בית הסוהו. האסיר משתלב בהירארכיה זאת בהתאם למאפיינים שונים — מידת קשיחותו. קשריו עם המנהיגים וכיו"ב. 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 במקרב האסירים...". (ההודגשה שלי — ג.פ.).
 "ידן חשבונו ועת החקירה לבידיקת המצב בתי-הסוהו בישראל" (תשנ"א): צוטט מתוך: ג' ריעי, לעיל הערה 2, שם בעמ' 26.

87 ראה הערתו חבר המשבעים 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".

31. לעיל, שם בעמ' 31.
 88 לעיל הערה 15.

בבוא בתי-המשפט לענות על מבחן-המשנה השני, עליו להכריע באמצעות בחינתם של שני גורמים נוספים⁸⁴:

1. בחינת טיב חילופי הדברים בין החשוד לבין המדוכב: לאמור, האם המדוכב חיפש וודש מידע מן החשוד, באופן אשר עשוי להגדיר את חילופי הדברים כמעין תשאול? במילים אחרות: על כיהמ"ש לבחון באם הקטעים הרלוונטיים של השיחה היו "החלופה הפונקציונלית של חקירה" (*the functional equivalent of an "interrogation"*)⁸⁵?
2. בחינת מהות היחסים בין המדוכב לבין החשוד: קרי, האם ניצל המדוכב תכונות מסוימות הנובעות מן היחסים הללו, לשם "חילוף" המידע המפליג? 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 למדוכב, או אף מחויב כלפיו בצורה כלשהי (למשל: עציר חדש מול עציר ותיק במתקן המעצר; עציר

84 Broyles, לעיל שם בעמ' 611.
 85 לפירוש נרחב יותר של המושג "the functional equivalent of an interrogation" ראה: Rhode v. Mr. Justice Stewart 291 U.S. 298-302 (1980) שם נקבע המבחן בידי Mr. Justice Stewart על-פי:

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".

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 להפליג את עצמו, לשם קביעת סבירות הפעולה, מתייחס בתי-המשפט מנקודת-מבטו של החשוד, ולא מתוך נקודת מבטם של השוטרים. כלומר, כי בתי-המשפט מתייחס לתכונות המיוחדות של החשוד ולא לכונתם של השוטרים.

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

לירון 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.* 1209, 1224-1236.

... חיוביים לתחום גבולות לשימוש באמצעים כאלה, ולדעת, חיבור מסמכים שקרירים רמפובורקים' חורג מתחום המותר. ישנו הבדל משמעותי בין אי-גילוי האמת או אף אמירת אי-אמת לנחקר לבין השעייתו על-ידי חיבור מסמכים כותבים המתמיימים להיות ראיות ממשיות. ישנה כאן סכנה כי ייפרץ כל סכר... לא נראה לי, כי תחבולה שלובשת צורה קיצונית ובוטח כוזב הינה לגיטימית, ואפילו אין כוונה להעלים בסופו של דבר את פרטי התחבולה מפני בית המשפט".⁹²

לגישתו של השופט בן, יש לעשות הבחנה בין אמצעי שיש בו כדי להביא לפסילת הודאה כראייה, לבין אמצעי הראוי לגינוי ולביקורת בשל חוסר ההגינות שבו.⁹³ 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 או) כפורשת בלוס"⁹⁴:

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

מכאן עולה, כי קבלתה של הודאה אשר הושגה בידי מדורכב 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 המדורכב בהודיה הנמסרת באורח חופשי לחלוטין, כאשר הנחקר משוחרר מכל לחץ או מתוך רצון כן להודות, אלא בהודיה הנמסרת בניסבות אשר בהן קיימת בידי המוסר יכולת הבחירה"⁹⁷.

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

⁹² שם בעמ' 55.

⁹³ ה' משגב, "פירוק ראיות-האם הותר הדסן?", הפריקליט לח (תשמ"ח) 491, 492.

⁹⁴ לעיל ערה 13, שם בעמ' 801.

⁹⁵ הוטה באותו ענין לדברי ה" Lord Hodson, ב" *Director of Public Prosecution v. Selvey* [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 עמ' 12 לפקודת הדין:

"עדות של הודיה הנאשם כי עבר עבירה, תהא קבילה רק אם הביא התובע עדות כדבר הנסיבות שבין יתנה ההודיה ובית המשפט ראה שההודיה הייתה חופשית ומרצון" (ההדגשה שלי – נ.פ.).

⁹⁷ ראה בענין זה לגבי השימוש בתחבולות: כ"ן, לעיל ערה 5, שם בעמ' 709: "על אף יסוד המרמה הטמון בכל תחבולה, כל עוד אין היא מייחרת את הצורך ביבחיורה" אם למסור הודאה אם לא-אין היא משמיטה, כשלעצמה, את הכסיס מתחת ל'חופשית הבחירה' של המודד".

במשפט טען הנאשם כי המדורכב המשטרתי פגע בוכות השתיקה. לבסוף הגיע הענין להכרעתו של בית-המשפט העליון אשר הסתמך על הלכות Hebert ו-*Broyles* לשם בחינת התנהגותו של המדורכב. כפרשת *Liew* נקבע כי:

"Hebert expressly allows for situations where thought 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 המדורכב לא פעל באופן אקטיבי להוציא מהחשוד מידע מפילי, אלא אך ניצל את הכרתו 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 במדורכב 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 להפליג את עצמו. שכן, בידי של החשוד מצייה האפשרות לשמור על זכות השתיקה גם בשיחתו עם המדורכב הסמוי. גישה זו מתיישבת כחוט השני עם גישתה העקבית של הפסיקה בכל הנוגע לתחבולות בכלל.⁹⁸ עמד על כך השופט יתרון עוד בשנותיה הראשונות של המדינה בקבעו כי:

"אין פוסלים הודאה שנתקלה מפי חשוד בעבירה על-ידי תחבולה או אפילו מעשה מרמה"⁹⁹.

את תחילת הביקורת אודות התחבולות המשטרתיים ניתן למצוא בדבריו של השופט בן כפרשת ביטר.⁹¹ באומרו כי:

⁸⁹ לשימה ממצה של תחבולות משטרתיים בעת חקירה פלילית, ראה: מ' כרמון, "על חוקרים ונחקרים ומה שביניהם" (2000) 114-119.

⁹⁰ ע"פ 186/55 מוזאן נ' היועץ המשפטי, פ"ד יא 769, 772.

⁹¹ ב"ש 22/87 ביטר נ' מרינת ישראל, פ"ד מא(1) 52.

כיום, לפי גישת מועד¹⁰², גם כאשר מדובר בנקיטה באלמות של ממש, עדיין נותר מקום לבדיקה¹⁰³, אם עפ"י המבחן הסובייקטיבי, הייתה באותה אלימות כדי לשלול את רצונו החופשי של החוקק¹⁰⁴.

(2) שיטת תחקיר 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 תחקיר הוגנת וסבירה המכוונת לגילוי האמת, לבין זו המכוונת לשבירת רוחו של הנחקר ולטמטום חושיו, במטרה ליטול ממנו את כושרו לשקול ולהשיב עפ"י בחינתו.

תחקיר ותשאלו, גם המכבידים והלוחצים אשר ביניהם, אין בהם פסול כל עוד הם מצויים במתחם הסבירות. לעומת זאת, כאשר אלה חודרים מן הסביר, הווגן והצודק, ונועדו הם לשבור את רוחו של הנחקר, הרי הם פסולים.

חקירה הנומשכת שעות ארוכות למדי, ללא הצדקה עניינית, ותוך שלילת זכויות בסיסיות (מנוחה נאותה, אכילה, שתיה, עשיית צרכים וכד"ב) תחשב לבלתי-הוגנת אשר מכוננת לשלילת כושר בחירתו של הנחקר¹⁰⁵.

מנגד יכול התחקיר הדורסני להוות אינדיקציה בלתי-הוגנת. המטרת שאלות על הנחקר מבלי שהות לחשוב ולהשיב עליהן, או להלופין, הנחת שאלות במפגיע בקצב מהלך אימים, יכול להיחשב לתחקיר דורסני אשר מטרתו לשמש כמכשך לחצים על הנחקר.

(3) יצירת לחץ נפשי בלתי-הוגן

מדותה של שיטת חקירה זו נוצרה בשבירת רוחו של הנחקר "מכפנים" על-ידי

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

103 כלשונו של השופט גולדברג בפרשת מועדי:

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

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

"אם רוצה או אנס שהודעה במעשה העבירה, יזוכה כל אימת שתוקר נהג שלא כשורה והיצי כלפיו מילת עלבון, או אחז בו בכוח בלי שיהיה בכך צורך, כי אז ייחלש שלטון החוק ולא יתוקר".

[היין ורשבין הודעה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חודר

(השופט אליעזר גולדברג – י"ד הודעה, 1994)].

105 ראה לדוגמה: ע"פ 154/85 אבוזשמא נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(1) 387. במהלך פרק זמן של

66 שעות, נחקר אבוזשמא בפועל 60 שעות רצופות. ללא הרף בידי חוקרי השב"כ, חלק מהזמן נחקר במימדיה, מקום ישיבתו הוחלף לעיתים תכופות ממסדרון ששדר בו קור עז לחדר בקרבת

תנור חם. כמרבין גם לא הודשה לו להיכנס לשירותים על-מנת לעשות את צרכיו.

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

"בכירור 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 לחאוו, אכן עשויה להיות חשיבות לחקירתו של הסוכן בבית המשפט".

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

(1) אלימות ואיום באלמות ככלל, עשיית שימוש באלמות הינה פסולה ואין מדקדקים בהקשר זה "במידה ובאופי"¹⁰¹. עם זאת, לא כל שימוש בכוח יחשב ל"אלמות". כך למשל, אם מדובר במוע פיסקל אשר מטרתו להסב את תשומת הלב, לא ייחשב הדבר לאלמות. עם זאת

98 השווה למשפט האמריקני: *State v. Manning*, 506 So. 2d 1094, 1099 (Fla. Dist. Ct. App. 1983) G.E. Dix "Federal"; *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 בש"פ 9074/00 כיאל נ' מדינת ישראל (לא פורסם – החלטת מיום ה-18/12/00). לסקירת פסק-הדין ראה: "חקירתו של מדובר-צד חייני להגנה במשפט זוטא ולכן מצדיק הסרת חסיון", *הסניגור ירחון מס' 47* (2001) 24.

100 "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 למדינתנו תוכנו", *ספר לנדוי כרך ב'* (1995), 1033-1044.

101 א' ברק, "על משפט, שיפוט ואמת", *משפטים* כז (1) 11, 14.

"לעיתים גילוי האמת יפגע בפרטי-כבודו, בשלמותו הגופנית והנפשית. בפרטיותו וכשמו הטוב-עד כי המשפט מוכן לוותר על גילוי האמת".

השווה גם לדברי המלומד Ashworth במאמרו, "Excluding Evidence as Protecting Rights", *Crim. L. Rev.* 723-733.

"...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".

102 ע"פ 183/78 אביר-מירג' נ' מדינת ישראל, פ"ד לת"א (4) 540, 535.

לסייע בבירור עניינם של חשודים אשר אין די ראיות עצמאיות לביסוס הרשעתם. המדובר בדרך כלל כאנשים 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 הדיבור עצמו¹¹³.

על כן, ניתן לסכם כי עצם השימוש בחתובות המדובר לא פוסלת לכשעצמה את הודאת הנאשם, אלא קבלותה נבחנת לאור רצונו החופשי ויכולת בחירתו למסור את אמרתו המפליגה. מששוכנע בית-המשפט כי אכן קבלה ההודאה, יבחן משקלה הוראית לאור אמינותה ומודעותה. לאמור, כי נסיבות הדיבור ואמינותו של המדובר עצמו יכולים לפגום באמינות ההודאה. כמאוזכר בדברי הנשיא ברק בפרשת 'עקובוביץ'¹¹⁴:

"לאחר ששמעתי את עדותו של סמ"י... והתרשמתי ממנו באופן ישיר ובלתי אמצעי... ובשים לב למכלול הוראות בתיק המתחייבות לעד זה היגעת לכלל מסקנה כי אין ניתן לבסס על עדותו - כל עוד אין לה גיבוי מפורש בהקלטות¹¹⁵ - כל ממצא עובדתי לחובתם של הנאשמים".

112 הוודה בעניין זה ע"פ 3537/91 עטר נ' מדינת ישראל, תקדין-עליין (1993) 321, 325.

113 המדובר הוא עברייני שאמינותו עלולה להיות מפקפקת, אם משום שיש לו אינטרס אישי מוטבחו, לסייע למשטרה ולזכות להקלות ולהטבות ממנה, ואם משום שאישינותו מהבוזיה הערכית מופקת, והקפדה על האמת אינה מאפייני האופי שלו".

114 על קבלותם של הקלטה או צילום כהודאה בכתב, ראה דברי השופט גולדברג בע"פ 323/84 שרייף נ' מדינת ישראל, פ"ד (3) 515, 505.

115 "דידשת 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 ושהתוכן יהיה ניתן בכל עת, ובדרך כטוחה ומוגדרת, לפענוח חד משמעי".

על תנאי הקבלות של סרטי הקלטה ראה: ע"פ 869/81 שניר ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד (4) 169.

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

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

115 על חיזוק אמינות העד ראה: ע"פ 4938/94 שמולינג ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד (5) 181, 195; ע"פ 949/80 שרהמי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד (4) 62, 62.

"החזיקו בא להסיי תשש מפני מתן אמון באמרה, והוא יכול ללבוש צורת חיזוק להיתר, המועילת באמרה, כגון חיזוק להאשמה בכיצוד עבירה..."

על הצורך בתיקור קידוח משטרתיים בכלל, ראה: ע"פ 124/87 נאפטו נ' התצ"ר, פ"ד (2) 632, 637. על הצורך והחשיבות בתיקור קידוח באמצעים אלקטרוניים ראה: ועדת מאלברג, לילי 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.

השפלה, גידופים, וכי"כ 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 נעודה ליצור לחץ נפשי אצל החשוד¹⁰⁷. לחץ אסור ופסול אשר יכול להוביל לפסילתה של ההודאה.

(4) הפיתוי וההשאה

משמעות המילים "פיתוי" ו"השאה" בהקשר זה, מכוונות לטובת הנאה ממשית או מוחשית לנחקר כעבור ויתורו על זכותו לחסיין מפני הפללה עצמית¹⁰⁸. פיתוי והשאה במשמעותן האמורה, הינן אמצעים פסולים, שכן אין זה הוגן וסביר להעמיד את הנחקר בפני פיתוי "רב עצומה" 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 כזוה¹⁰⁹.

(5) לסיכום

מן המפורט לעיל, מסיקים אנו כי הודיה שהושגה בתחבולה הינה קבילה, אך יש כי נסיבות מסוימות ואופן השגתה ישפיעו על משקלה ומדימונה¹¹⁰. לעיתים, יש בנסיבות כדי להטיל ספק במהימנותם של המדוכבים המשטרתיים עצמם, כעולה מדברי הנשיא (ברמ"י) שמגר בפרשת קנדי¹¹¹:

"עדותו של המדוכב מחייבת זירות בהערכתה: המדוכב באדם שמקצועו בדיבור ואשר המשך העסקו במקצוע זה מותנה בהצלחתו החוזרת ונשנות

106 הסכנה הטמונה בהודיות שווא כתוצאה מלחצים אלה, מצויה בעיקר בקרב אוכלוסיות הלשות, כגון: בעלי אינטליגנציה נמוכה, בעלי הפרעות נפשיות מסוימות, קטנים וכי"כ. ראה בעניין זה: מ' גלובי, "חוסר הצינוניות שבהודאת שווא רצינית-הערות למאמרו של עו"ד עמי קובני", הסניגור ירחון מס' 55 (2001) 3, 6 והאממכתאות אשר הובאו שם.

לשם הדגמה ראה: (3) 52 "The Psychology of Confession Evidence" S.M. Kassir "The Psychology of Confessions and False Confessions" and: וכן: "American Psychologist" 221, 224-225 (1997) Fundamental Fairness: The Need for Electronic Recording of Custodial Interrogations" 6. *B.U. Pub. Int'l. L.J.* 719 (1997).

107 הוודה למשפט האמריקני: *Canty v. Alabama*, 309 (1940); *White v. Texas*, 310 U.S. 530 (1940); *U.S. 629* (1940) לקיירת פסק-הדין ראה גם: "The Fourteenth Amendment" M.G. Paulsen "The Third Degree" 65 *Stan. L. Rev.* 411, 415-416 (1954) and "The Third Degree".

108 ראה למשל 377/67 מדינת ישראל נ' בידהוש ואח', פ"ד (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 "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 (3) 57, 71.

111 ע"פ 497/92 קנדי נ' מדינת ישראל, תקדין-עליין כרך 3(95) 2078, 2077.

ד. האגישא הראויה במשפט הישראלי

סבורני כי גישתו של בית-המשפט העליון הקנדי צריכה להשתלב ולהנחות את המשפט הישראלי, זאת לאור הדמיון בין הצדטר 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 במדובר הינו חוקי¹¹⁶, תוך סיגו את קביעתו זו כי תחבולה סבירה היא כל עוד אין היא פוגעת בזכותו של החשוד לחסיין מפני הפללה עצמית.

על-כן, ניתן לומר כי בית המשפט העליון הישראלי מקבל גישה זו, אם כי בפרשת אלכה¹¹⁷ לא נכנס הוא לעומקו של עניין על-מנת לבחון את הדקיות השונות הנובעות מהפעלתו של מדובר אקטיבי או פסיבי. בפועלו לפי גישה זו, ממשיך בידמ"ש בקביעתו העקבית בדבר חוקיות השימוש במדובכים סמויים כאמצעי תחבולה תקינה¹¹⁸.

סבורני, כי בהיעדר בחינה מחדשת ומעמיקה של סוגיית המדובכים, הטא ביהמ"ש. משחוכרה זכות השתיקה כבעלת מעמד חוקתי הנובע ממכבוד וחירותו של האדם, פגיעה בה יכולה להיעשות אך ורק בהתקיים דרישותיה של פסקת ההגבלה¹¹⁹.

לפיכך, משנתקק חוק היסוד ישנו הקונספציה והראייה החוקתית, יש לבחון מחדש לא רק את הדין המתחדש, אלא גם את הדין הקיים. כדברי הנשיא ברק:

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

רא 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 הערה 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"ב) 265, 253.

120 דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 589. ראה בעניין זה גם: רע"א 5222/93 גוש 1992 בניין בע"מ נ' חברי חלקה 168 בגוש 6181 בגוש, תקדין-עליון כרך 2194 (2) 1458, 1459; בג"צ 3914/92 לב נ' ביה"ד הדבני האזורי בתל-אביב-יפו, תקדין-עליון 1194 (1) 1144, 1139.

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

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

המהפכה החוקתית, אינה בהכרח תקפה בעידן החוקתי הנוכחי¹²². דברים אלה כבדי משקל עוד יותר לענייננו, שכן עסקינן אנו במקרה דנן בהליך הפלילי. הליך אשר אין דומה לו ביכולותיו לפגיעה בחירותו, בקניינו, ובשמו הטוב של האדם.

לפיכך, בבואו של הפרשן המשפטי לבחון סוגיה בהליך זה, עליו ליתן את מלאו ההתייחסות לזכויות-היסוד של הנאשם לבל ירמסו ויהפכו לאות מתה וחסרת כל תוכן בספד החוקים.

לענייננו, חשוד הנתון במעצר ונתקק בהיותו במשמורת חוקית, נתון ללחצי החוקק¹²³ ולאווירה מאיימת הפועלת לחתור תחת זכות השתיקה¹²⁴. כבר נאמר על-דינו מקודם, כי חשוד השומר על זכותו לשתוק, מבקש ליטול את העוקץ מן ההליך האינוקויטורי המנוהל נגדו¹²⁵.

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

122 ראה תימוכין לגישה זו, בדבריה של י' קרפ, "המשפט הפלילי-אנוני של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק-יסוד: כבוד האדם והחירות", הפירקליט מ"ב (תשנ"ה) 64, 80-79.

123 "צאה שהשינוי הבולט, העשוי לצמות מחקקתו של חוק-היסוד, הוא באפשרות הביקורת השיפוטית על דברי החקיקה העונשית על-פי מבחניו של חוק-היסוד ובהקמתו של תרופות האחרות בביקורת שיפוטית זו. אולם ברור הוא שההשלכות האפשריות של כפופות המשפט הפלילי לחוק-היסוד חלות מעבר לתחומה של ביקורת החקיקה הפלילית והן משתרעות על מכלול תחומיה של מערכת הצדק הפלילי ועל תכניה ודרכי הגשמתה".

124 לשינוי הגישה הקונספטואלית בפסיקה, ראה לדוגמא: בש"פ 6654/93 בניקין נ' מדינת ישראל, מת(1) 290.

125 ש' גז, לעיל הערה 1, שם בעמ' 107-108, 127. על השימוש במעצר כאמצעי לשם השגת הודאות, ראה: א' בנדר, "גבייה של הודאת נאשם וקבילותה-מטרות, אמצעים, ומה שביניהם".

פלילית ה' (תשנ"ו) 245, 253-258.

126 "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 ההמצאות במעצר, ובמיוחד תנאיו הקשים, יוצרים לחץ על עצורים להודות בעבירות המיוחסות להם".

השווה גם לדברי השופט ביינ"פ כ"ח"פ (ח"י) 42/83 מדינת ישראל נ' ג'באלי, פס"מ מד (1) 385, 391.

127 "תנאי מעצר גרועים יכולים להביא לדחית קבלותה של הודאהוזה מכלי שניתן ליתם לחקרים התנהוגת פסולה".

128 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".

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

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 הצירטר החדש, נאלץ בית-המשפט העליון בקנה לפרש מחדש את קבילותן של ראיות אשר הושגו תוך פגיעה בזכויות ובניגוד לכללי הצירטר. המבחן המונה לפסילתן של ראיות אשר הושגו בניגוד לכללי הצירטר, נקבע בפרשת Collins¹³⁰ באותו מקרה, המערערת, Ruby Collins, הייתה נתונה למעקב סמוי של שוטרי מחלק הסמים. כאשר התיישבה לה במסבאה, אחד השוטרים ניגש אליה, הודדה כשטר ותפסה בגרונה (זאת כדי למונע 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 נעך שלא כדין. החיפוש הבלתי-חוקי הפר בכך את זכותה החוקתית של המערערת לפי סעיף 8 לצירטר:

"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 that 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, ראו: 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.

130 *R. v. Collins* [1987] 1 S.C.R. 265
131 מקרה כליע הנאשם 45 גרם של סם מסוכן מסוג הרואין, בעת שנדרך בידי שלושה בלשי מחלק הסמים של משטרת חיפה. ראה גם: ע"פ 4188/95 לוי ר-ג אחי' נ' מדינת ישראל, פ"ד (מטו) 539. במקרה דנן, הודשע שלושה שוטרים בהרימת מוחה ברשלנות של פורצה בשם בלוויה אוזוין ז"ל, אשר נחשדה בחזקת סם מסוכן. צוות הבילוש המשטרתי אשר עבר אותה ניסה לגרום לה להקיף את מנת הסם אשר ניתנה לבלוע על-ידי אחיה ולחצה על גרונה. במהלך הניסיון הניל, נפטרה החשודה. בערכאה ראשונה ובערכאות הערעור עמדו לדיון שאלת חוקיות השיטה המשטרותית הנ"ל, אשר אושרה על-ידי רשויות משטרת ישראל לשם טיפול בחשודים בחזקת סם.

4. תוצאות הפגיעה בזכות בעלת מעמד חוקתי

לאחר שהגענו למסקנה כי יש להפעלתו של מדובר אקטיבי כדי לפגוע בזכות השתיקה של חשוד, יש לשאול מדוע הסעד לו זכאי הנאשם אשר נפגע מפעילתו של מדובר 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 הצירטר נקט המשפט הקנדי בגישתו של המשפט המקובל, לפיה כל ראיה רלוונטית הינה קבילה, מבלי לשים לב לדרך בה הושגה¹²⁶. בדברי 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 להימוכין באנגליה, כעולה מדברי הלורד דיפלוק 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 הצירטר, נכנס לתוקף סעיף 24 אשר קובע את אכיפת הזכויות אותן מקנה הצירטר. לעניין ההליך הפלילי, מגדיר סעיף 24 (2) כי:

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

הרנון, לעיל הערה 63, שם בעמ' 126.
127 D.V. MacDougall "The Exclusionary Rule: Constitutional Violations in Canada and the United and Its Alternatives-Remedies for Constitutional Violations" (1985) 68, 622 *States*" 76 *J. Crim. L. & Criminology* (1985) 68, 622.

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

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 בהגנות 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 הרושיות בדרכים חוקיות.

בית המשפט ער לעובדה כי פסילתה של ראיה מרכזית כגון אמרתו של החשוד, תביא בהכרח לזיכויי בהליך הפלילי, אך מתייחס לכך כאל מחיר ההגנות 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 למסקלה של הראיה “הפגומה” על הרשתתו 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, שיתנה מערכת המשפט הקנדית את גישתה לקבילותן של ראיות אשר הושגו בדרכים פסולות. בהתייחס לאמורתי של חשוד, אשר זכותו החוקתית לאי-הפללה

¹³⁴ השווה בעניין זה להרחיבי ההלכותיו של השופט היים בהן ב-ע”פ 369/78 אברימדיגס ר’ אה’ נ’ מדינת ישראל, פ”ד לג(3), 369, 381:

“שאלתי את עצמי אם על-ידי השימוש השיפוטי אשר אנו השופטים עושים בראיות-לו גם כשירות מבחינת דיני הראיות-שחושגו על ידי חוקרים פושעים, אין אנו עושים עצמנו שותפים לאחר מעשה לפשעיהם...” (ההדגשה שלי — ג.פ.).

¹³⁵ לעיל הערה 45.

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) לצירטר?

דעת הרוב של פסק-הדין (השופטים *Lamer, Wilson, Dickson* ו-*La Forest*) השיבה על שאלה זו בחיוב, תוך קביעת שלושה קריטריונים לפסילת ראיות אשר הושגו בניגוד להוראות הצירטר-¹³²:

1. אם הראיה עלולה להשפיע על הגינות המשפט, כגון: הודאה אשר הושגה בתחבולה או לחלופין הצהרה אשר הושגה תוך הפרת זכות השתיקה של הנאשם או זכותו להיועץ בעורך-דין. יחד עם זאת, נטה בית-המשפט שלא לפסול ראיות חפציות, כיוון שאין הן מושגות כאמצעות הנאשם ואין בהשגתן משום הפרת החסיון להפללה עצמית. לפיכך, ראיה חפצית תיפסל אך ורק כאשר הושגה תוך הפרת חמורה של הצירטר;

2. חומרת ההפגה של הצירטר, והאם בוצעה ההפגה בחוסר-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 לוחבת הגשמה.

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

לאור הסודים החוקתיים החדשים ובהתבסס על החלטה זו, הגיע בית המשפט העליון להכרעה בעניין *Hebert*¹³³, כי הפירות אשר הושגו מהפגיעה בזכותו של החשוד לשתוק כאמצעות מדוכב אקטיבי (לפי המבחנים אשר נקבעו דלעיל כפרק הקודם) צריכים להיפסל מכה 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.

דבריו 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 כמה שלא חשא?... מבינה מוסרית יש אמנם לפקפק אם ראוי להם לשומרי החוק הרשמיים להשתמש בתחבולות עורמה כדי להשפיע על אורת הנתון בידם להודות באשמה המיוחסת לו. אך זו היא שאלה תבאה תחום האתיקה והפילוסופיה של המשפט. בכשרותה של ההודאה כראיה אין היא נוגעת"¹⁴².

טענה כבדת משקל אשר עמדה תמיד לדין כעד החלתו של כלל הפסילה, הייתה כי יש להרתיע את הרשויות מלעבור החוק על-ידי פגיעה בזכויות החשוד. דבריו :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 invited 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 אין אין שיקול דעת לפסלה" (ההדגשה שלי — ג.נפ.).
ע"פ 115/82 מועדני נ' מדינת ישראל, פ"ד (1) 197, 262.
ע"פ 28/59 פלוני נ' הויעץ המשפטי, פ"ד יג, 1205, 1210-1211; לאימץ גישה זו — אם באופן מרחיב ראו באופן מצומצם — ראה: ב"ש 22/87 ביטו נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(2) 52, 55 (פסקה 7 לפסק-הדין); ע"פ 115/82 מועדני נ' מדינת ישראל, פ"ד (1) 197, 245 [פסקה 4 לפסק-דין של הנשיא (בדימוס) כהן]; ע"פ 16/82 מלכה נ' מדינת ישראל, פ"ד (4) 309, 319 (פסקה 9 לפסק-דין של השופט ביסקי).
143 *U.S. National Commission on Law Observance and Enforcement I (1931)* : "Respect for law, which is the fundamental prerequisite of law observance, hardly

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-הפלה העצמית כזכות יסוד במשפט הפילי. שכן, אין להרשע אדם על-ידי כפיתו להעיד כנגד עצמו, ולפיכך יש לפסול את הראיה הפגומה¹³⁶.

ב. המצב המשפטי לפני חקיקת חוק הודו
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 האונות-סתר אשר בוצעו בניגוד לחוק¹³⁷. וכן חוזר 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 כתי-המשפט בישראל, לא אימצו את הגישה המשפטית הרוגלת 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 מעיין אלו מסורה ההחלטה לשופטים היושבים בדיון, להחליט לפי שיקול-דעתם, באם לפי נסיבות העניין ראוי לקבל או לפסול ראיה אשר הושגה בדרכים פסולות ונפסדות¹⁴¹.

136 השורה בעניין זה גישה 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 *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 האונת סתר, התשל"ט-1979.
138 ראה סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.
139 הנתון, לעיל הערה 63, שם בעמ' 63. והאמסכתאות אשר הובאו.
140 אשר לא פעם זכה לביקורת כהדחתו "סבני" במועדו; ידועה לעניין ביקורתה של Judge Cardozo : "The criminal is to go free because the constable has blundered".
141 ראה לעניין זה את דבריו של השופט אליון : *People v. Defore, 242 N.Y. 13, 21 (1926)*.
"במערכת בתי המשפט בישראל הלכה מקובלת היא, שאין עליה עוררין, כי ראיה, שכשרה

ובבגדיו, בעת שפשט את בגדיו, נפל מבגדיו דבר מה אשר היה עטוף בנייר. תחילה ניסו להסתיר זאת מעינייהם של המדריכים, אך לאחר-מכן התורה ובאומרו: "זה ג'ראס" (ס מסוכן מסוג קנביס)¹⁴⁹ – אני יכול להסביר". כמרכז התורה המעצב פני מפקד האגף על שימוש קודם כסס, 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 למחות במטרה לחקור את האירוע.

חוקר קיבל לידיו את החפץ מאחד הקצינים והתרשם אף הוא כי מדובר בג'ראס'. לאחר-מכן, גלח טורי ישככרב לחקירה והודה בשימוש בג'ראס' בעשר הודמויות שונות. לאחר ירושם עדותו זו, ניגש החוקר לטלפן אל מפקד בסיסו, והלה הורה לו לעצור את החשוד. משחזר החוקר לחדר המשיך לגבות את אמרתו של ישככרב, מבלי שהודיע לו כי הוא עצור או כי הוא זכאי להיועץ 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 היועצות עם עורך-דין".

בערכאה ראשונה בפני בית-הדין הצבאי במחוז שיפוט מטכ"ל¹⁵¹, נפסלה אמרתו של הנאשם בשל היעדר אוהרתו של החשוד בזכר ההיועצות עם עורך-דין ובשל אי-הודעת החוקר על כוונתו לעצרו. כתוצאה מפסילת אמרתו וזכה הנאשם מכמה וכמה אישומים. בית-הדין הצבאי לערעורים אשר דן בערעור, הכיר בעובדה כי זכותם של חיילים להיועץ עם עורך-דין הינה רחבה יותר מזו של אזרחים, הנעצרים בידי משטרת ישראל¹⁵². עם זאת, קבע בית-הדין כי על-אף היוותה של זכות ההיועצות זכות חוקתית, אין באי-האזהרה לכשעצמה כדי לפסול את קבלותה 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 אנכיפה-מעצרים), התשנ"ו-1996.
151 פסק-דין מיום ה-20.5.97 בפני אל"מ קלוגמן, רס"ן ביטון וסרן נדב, בתיק מט/92/96 התצ"י ג' טורי רפאל ישככרב (לא פורסם).
152 כלשון בית-הדין:
"זכותו של החייל להיועצות רחבה יותר מזו של מי שנעצר בידי משטרת ישראל. בעוד שחוק המעצרים מעניק את הזכות האמורה, מונעת הזכות בצבא גם למי שעומד להיעצר. בשני המקרים המדובר בזכות יסוד, המונעת לעצור".
פסקה 14 לפסק-הדין.

דברים 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 ללולום של אנשי החוק בחוק עצמו עליו הופקדו לאכוף. כך למשל, למרות דרישתו של בית-המשפט לקיים את תקנות השופטים ולהזהיר את הנאשם בזכר זכויותיו, היו קציני משטרה אשר התעלמו מפרשות מהנחיות אלה של בית-המשפט בטענה כי: "בהיותי אדם מגונה, כוונתי אינה למלא ספסים"¹⁴⁵. ולולו בוטח 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 המרעישות) לשם הרתעת אנשי המרות מלחזור על מעשיהם הפסולים, והזהירו את המשטרה לכל לא תשמע לאזהרות בית-המשפט¹⁴⁷.

אפשר לומר כי גישה זו חללה לה למערכת בתי-המשפט ובתי-הדין הצבאיים גם לאחר חקיקת חוק היסוד, כעולה מעיניו של טורי ישככרב¹⁴⁸. באורו מקרה, נקלט טורי ישככרב בשעת לילה מאוחרת ככלא 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: (1965) 21, 39 *Harv. L. Rev.*: "Crime and Confession".
144 ד"ר 9/83 ביה"ד הצבאי לערעורים ואח' ג' ועקנין, פ"ד מב(3) 855, 837.
145 ע"פ 161/77 זוהר ג' מדינת ישראל, פ"ד (1) 329, 326.
146 כדברי השופט עציוני בעניין זוהר: "אמנם אין תקנות השופטים והראות מחייבות ואמנם הלכה היא בדינו שאי-מקו אוהרה אינו פוסל ההודעה מלכחילה, אך לולו המשטרה בכללי האזהרה המוקדמת נראה בעיני כמסוכן".
147 ראה: דברי השופט ברק ב"ע"פ 260/78 סלימאן ג' היועץ המשפטי, פ"ד לג(2) 204, 207: "ערים אנו לקשים הרבים לערים עומדת המשטרה במלחמתה בעביונות, אך יש לשמור מכל משמר כי במלחמתה זו לא תבזר המשטרה ונמצא כי אלה, הפועלים בשם החוק, מפריים אותו. מן הראוי להדגיש, כי השיטה הנהוגת אצלנו-שאוחה קלטו מהמשפט האנגלי-אינה השיטה היחידה בה ניתן לנהוג, וכידינו הובר לשנותה".
וכן בדבריו של השופט עציוני בעניין זוהר, לעיל הערה 73, שם בעמ' 329:
"אם אמנם יימשך הולול בסדרי גבית ערות... ייתכן שמן הראוי יהיה לרדן כשינוי ההלכה ולהחליט על אי-קבלותה של הודאה שנוגבת שלא כדיון...".
148 עמ' 139/97 התצ"י ג' טורי ישככרב. פ"צ 123, יש לציין כי עיניו זה עומד כרגע להכרעה בבית-המשפט העליון, בפני הרכב מורחב של תשעה שופטים (הנשיא ברק, המשנה לנשיא שלמה לויץ, השופטים אור, מצא, חשין, דורנר ובייניש). ראה בעניין זה: החלטת הנשיא ברק מיום ה-30.3.00 ב"ע"פ 5121/98 טורי ישככרב ג' התצ"י.

צדק והרצון להגשים מטרת 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, יזתה ויותר, כבלתי-צודק ובלתי-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 כאמת נשתנה המצב לאחר המהפכה החוקתית? האם אכן הביא חוק היסוד לשנינו 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 בשנינו 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 התמקלותו של פסק-הדין בקרב הציבור הרחב ראה דבריו של פרופ' נססון: "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 (בתוארו אז) ברק: "אמון הציבור ברשות השופטת הוא הנסך היקף ביותר שיש לה לרשות זו. זהו גם מנסיכה היקרים של האומה. ידועה אמרתו של דוד בלוקי, כי חוסר האמון בשפיטה הוא תחילת סופה של החברה...".

בג"צ 732/84 צבן נ' שר הרוחות, פ"ד (4) 148, 141 (וכן השווה: *United States v. Lee*, 106

155 יששכרוב, לעיל הערה 148, שם בפסקאות 49 ו-50 לפסק הדין. *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, 267 (1962); U.S. 196, 223 (1882).

156 ד"רפ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט"ז 589, 655.

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

יש הקושרים את כלל הפסילה החוקית עם פיסקות הכיבוד¹⁵⁷. לאמור, כי הכרזה על קבלותן 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 וכבעת-הניתן לפסול את קבילותה, וזאת לפי שיקול-דעתו של בית-המשפט ולאור נסיבות המקרה. זאת לדעתו, לאור העיקרון העברי כי גדול כבוד הבירות 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 (ד"ר) זכרון-הברים 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, שלא כידועין 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 למטרות איסוף ראיות¹⁶¹. על-סמך עדותו ועל-סמך עדותם של חוקרי שב"כ נוספים, עמדה השופטת צור על ההבדלים בין החקירה המשטרתית לבין חקירת השב"כ.

בעוד שבחקירה משטרתית, אם החוקק נמנע מלהזהיר את החשוד או מלהפר את זכותו שלא להפליל עצמו, הרי שמדובר ברשלנות או בטעות המעידה על חריגה מן הכללים ומן הנהלים המשטרתיים-דפנימיים. 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' גורס, "כלל פסילה חוקתית-האם יש לו מקום בישראל?", משפטים ל' (תשנ"ט) 145, 165.

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

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

160 לעיל הערה 44.

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

את הסעדים בגין הפרת הזכויות החוקיות 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 בו.¹⁶⁵

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 הרגיל.¹⁶⁶

(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 פחותה.¹⁶⁷

(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 הזכות 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 הנדרש.¹⁶⁸ באם התשובה על כך חיובית, כלומר כי אינו מידתי ופוגע בזכותו החוקתית של החשוד, הרי שיש לפסול ראייה זו מבחינת תרופת הבטלות.

ניסינו בחיבור זה לקבוע את מתחם הסבירות לשימוש במדוברים לשם חילוץ אמרות מפלילות מתשדירים, 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"ו (4) 221, 436-437 (פסקה 95); וכן ב"בג"צ 1715/97 לשבת מנהלי השקעות

נ' שר האוצר, פ"ד נא"ד (4) 367, 385; ראה גם חזרה על מבחן על בירי השופט זמיר ב"בג"צ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג"ס (5) 241, 270 (פסקה 25); ובידי השופט דורנר ב"בג"צ 7852/98 ערצני יחב ושות' ר"א אה' נ' שרת התקשורת, פ"ד נג"ס (5) 423, 430 (פסקה 11).

¹⁶⁷ להרחבה אודות מבחן המידתיות, ראה: א' ענבר, המשפט החוקתי כראי ההלכה הפסוקה (2001) 111-122.

¹⁶⁸ בנק המזרחי, לעיל, שם בעמ' 437 והאסמכתאות אשר הובאו שם.

השווה בעניין זה לדין הגרמני הודגל בעיקרון היחסיות (*Verhältnismässigkeit*), ולפיו על ביהמ"ש לדאוג לאיזון נאות בין מידת הצורך להגן על זכויותי החוקתיות של הנאשם אל מול חזרת העבירה ומידת החשש כלפיו. ביהמ"ש קט במבחן "מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה"

("at least drastic means"), אם אמצעים פוגעניים פחות נדרשים לשם השגת האיזון, הרי שאמצעים פוגעניים יותר לא יאשרו בידי ביהמ"ש. ראה: The Exclusionary "Rule in Germany" 96 *Harv. L. Rev.* 1032, 1041 (1983).

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

לאור הבחנה זו הגיעה השופטת צוד להחלטה, תוך סקירת הספרות והפסיקה הרלוונטית, כי עם עיגונה של זכות השתיקה כחוק היסוד, הפרה בוטה ומוכנת של זכות השתיקה אינה עומדת בקו אחד עם הוראות היסוד ולכן אין לקבל את אמרתו המפלילת, של הנאשם כראיות קבילות.

ד. תרופת הבטלות

יש הגורסים 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 לסעד.¹⁶³ הרציונאל העומד מאחורי נקודת מוצא זו הינו פשוט: מה טובה היא הענקת הזכות וחקיקת 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, סמוך בסעד. לאמור, כי התרופה היא אשר נותנת את ביטויה הממשי לזכות.

ביגוד לדין הקנדי (סעיף 24 ל'צ'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) 436, 433 והאסמכתאות אשר הובאו שם.

¹⁶⁴ ראה בעניין זה דברי השופט גינת בפרשת עזרה, 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 הריאה 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 המקצועית). לא ניתן לשמור על הזכות הקונסטיטוציונית אם המערכת המשפטית מוכנה להקריבה לצורך השגת הרשעה במשפט פלילי. פסילת הריאה הינה הכרחית על-מנת להגן על הערכים החוקתיים [ראה: (1961) 367 U.S. 643] (*Mapp v. Ohio*). בהיעדר סנקציה חוקתית אין משמעות לזכויות החוקתיות" (הודגשה שלי – ג.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 seizure." (1961) 367 U.S. 643, 656 (*Mapp v. Ohio*). וכן ראה דבריו של פרופ' גרוס בעניין זה: "ביעדר תרופות חוקתיות, חדיה השמירה על זכויות הפרט בבחינת רשות, ואליו הפגיעה בהן תהיה כפועל".

בזכות השתיקה. כפי שנאמר כבר, אמצעי חקירת זה הינו יעיל והשימוש בתחבולות הינו בבחינת "הכרח כל יגונה" במלחמתה של החברה לביעור גנע הפשיעה בקרבה¹⁶⁹. אך לכול האמצעים הללו, אפילו יהיו לגיטימיים, יש לתחום את מתחם הסכירות: קרי: הכללים והמבנים להפעלתם¹⁷⁰.

תיחום מתחם הסכירות נשען על מספר הנמקות:
(א) העיקרון הפרוטקטיבי ("a protective principle")¹⁷¹: הפסילה באה להגן על זכויותיו של הנחקר, אשר נפגע מהשגת הראיה שלא כדיון. 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 בע"פ 1678/82 מלכה נ' מדינת ישראל, פ"ד (4) 309, 319-318.

"הלבטים בדבר החיסרות לראיה אשר הושגה בדרכים לא הוגנות, בעורמה או תוך אי-הקפדה על תקנות השופטים, היא מנת חלקן של כל הערכאות ברוב המדינות, מהמתניחים בין המגמה להכניח חקירה הוגנת ושמירה על כבוד האדם גם כלפי מי שנאשם בכביעת עבירה, ובין הצורך הלגיטימי להגן על החברה על-ידי העבירינים...".

170 המלומד LaFave גורס כי "על-מנת ש"כלל הפסילה", ו"כללי המשתק" אשר עליהם הוא מתבסס, יהיו אפקטיביים עליהם לעמוד במספר קריטריונים:

(א) כי הדררשות החוקיות מהמטרה יפותחו באופן מפורט ותוך התחשבות בצרכים הפרקטיים של גורמי אכיפת החוק (באיון עם זכויות הפרט כמוכב).
(ב) כי הדררשות הללו ינוסחו באופן נזיר וברור לכל הדרגים המשטרתיים המקיני הכניר ועד השוטף הזוטרי.

ראה לעניין זה: The Exclusionary Rule Through The 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.).

שנאמרו אודות דיני החיפוש, יפים הם גם לעניינו. על-מנת לשמור על עקבות היגיון בפסיקה, כמו גם להנחות כראוי את אנשי המשטרה, מחובתו של בית המשפט לקבוע כללים ברורים ונהירים אשר מוכנים לכל שוטף ושוטר. בעניינינו: מחובתו של בית המשפט לקבוע באופן ברור מדי ההתנהגות אשר עונה לגדר מדוכב "אקטיבי" ומדי הנהגות אשר עונה לגדר המדוכב "הפסיבי".

171 הדיון, 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 ככלל, ושל משטרת ישראל בפרט. שוטרים רבים רואים (כחלק ממאבקם בפשיעה ובשמירת הסדר החברתי) ב"כללי המשתק" הדמוקרטיים מנגנון מפריע. הערכים הדמוקרטיים נראים בעיניהם כענינים טכניים ופורמליים: כירוקרטיים או "רכים" ומתורניים מדי; בלתי פרקטיים ותלושים ממציאות החיים היומיומית. כללים אלה נתפסים אם כן בידי השוטרים כמפריעים לאכיפת חוק טובה ויעילה, ומעלה בקרבם גישה דירעורית ואף צינית, המתעלמת לא פעם מאכיפת חוק הוגנת ושמירת זכויות¹⁷³.

יתכן אם כן לומר בהשערה נאמנה למדי למציאות, כי ללא גבולות אלה, תהא מערכת אכיפת החוק פרוצדורית וחסרת-דסן. כלשונו של השופט לנדוי, אשר קבע כי:

172 Ashworth, לעיל הערה 101, שם בעמ' 725.
173 מי אמר, "משטרה דמוקרטית-ימה בעיות יסוד", משטרה חזקה ורבה 1 (1997) 35 Jerome.

הדין הפלילי הפרוצדורלי. לאמור, כי הראשון הינו זה אשר מסמל את המוסר והצדק ואשר יש לאוכפו, בעוד השני הינו "טכני" המציב מכשולים ומגבלות בדרכם לאכיפת טובה ויעילה של הראשון. מכאן כי שוטף אשר נתפס עובר על הכללים הפרוצדורליים, אינו ראוי לגינתי או לסיגומה שלילית, כיוון שהוא "פעל במישור מוסרי שונה".
לא פעם מנחה ומובילה "מומחיות" השוטף את צעדיו על חשבון חוקת החופת. 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 expertise and specialized abilities to make judgments 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) 346-325.

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

תוך התחקות אחר התפתחותה של זכות השתיקה (במשפט הישראלי והמשוואה), הגענו לכלל מסקנה, כי התמורות הקונסטיטוציוניות אשר חלו בשיטתנו המשפטית, דורשות תיחום של גבולות השימוש המשטרתי במדוכבים סמויים. תיחום חוקתי זה, יצר לדעתנו הבחנה ברורה בין שימוש לגיטימי בדמותו של "המדוכב הפסיבי", לבין שימוש בלתי-לגיטימי בדמותו של "המדוכב 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 במדוכבים אקטיביים. אנו בדיעה כי התמורות החוקתיות אשר חלו בשיטת המשפט הישראלי, קידמו דיני ראיות קונסטיטוציוניים, אשר אימצו כללי פסלות חדשים. אנו תקווה כי חיבור זה יאיר את עינינו של האקדמיה המשפטית ושל הרשות השופטת, לשם בחינתה ופיתוחה של הסוגיה לאור תורת הפרוצדורה הפלילית-חוקתית, ההכללים המנחים אשר נארגו לפיה.

"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 ביוזיה ופגיעה במוניטין שלה (*disrepute*). שכן, קבלתן של ראיות אשר הושגו שלא כדין, עלול להביא את הציבור לידי תוכחה לפיה בתי המשפט הינם "שוותפים" 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 בתכונותיו החוקתיות של החשוד בידי גורמי המשטרה, מחייבת את המערכת השיפוטית בהרחקתם של אותם מעשים מקרכתה 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 במדוכבים סמויים.

174 ע"פ 264/65 ארצי נ' מיימת ישראל, פ"ד (1) 225, 232. השוהה גם דבריו של הנשיא ברק בביג"צ 5100/94 הועד הציבורי נגד עניינים בישראל נ' ממשלת ישראל, תקדין-עליון כרך (3) 99: 467, 458. "חברה דמוקרטית, שוחרת חופש, אינה מוכנה שחוקרים ישתמשו בכל האמצעים על-מנת להשוף את האמת".
על הקונפליקט המתמיד והאינטרסים המתנגשים, בין החתירה לחקך האמת לבין השמירה על ערכים כגון כבודו של החשוד וזכויותיו, ראה: א' ברק, "על משפט, שיפוט ואמת", משפטים כ"ז (תשנ"ז) 11-16.

175 הרנון, לעיל הערה 63, שם בעמ' 145.

176 כלשונו של Judge Tamim על efficiency and the public confidence in the purity and efficiency of judicial proceedings".
(D.C. Cir. 1980).

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