

טור' (מיל') רפאל יששכרוב

על-ידי ב"כ אלי זוהר ו/או רועי בלכר
ו/או עמית קריספין ו/או יהונתן גינת
מרחוב רמב"ם 24, תל-אביב 65813
טל : 03-5162661 ; פקס : 03-5162668

המערער**- נ ג ד -****1. התובעת הצבאית הראשית**

הפרקליטות הצבאית הראשית
רח' דוד אלעזר 6, הקריה, תל-אביב
טל : 03-5693153 ; פקס : 03-5692094

המשיבה 1**2. היועץ המשפטי לממשלה**

רח' צאלח א-דין 29 ת.ד. 1087
ירושלים 91010

המשיב 2

טל : 02-6708525 ; פקס : 02-6274481

3. הסניגוריה הציבורית הארצית

רחוב קפלן 17 ת.ד. 7134,
תל - אביב 61071

ידיד בית המשפט

טל' : 03-6959850 ; פקס : 03-6090589

4. לשכת עורכי הדין בישראל

באמצעות ב"כ עו"ד אביגדור פלדמן ו/או סמדר
בן-נתן ו/או מיכאל ספרד ו/או ישי שורק מרח'
סימטת בית השואבה 6, תל-אביב 65814, טל :

ידיד בית המשפט

03-5608833, פקס : 03-5607176

טיעון הסניגוריה הציבורית כ"ידיד בית המשפט"

מבנה הטיעון - תוכן ענינים

4.....		I פתח דבר
4.....	המקרה הנדון בערעור זה כ"סיפור לדוגמא"	
5.....	עמדת הסניגוריה הציבורית בתמצית	
7.....		II זכות ההיוועצות בעורך דין בדין הישראלי
7.....	זכות ההיוועצות- העיגון החקיקתי	
7.....	זכות ההיוועצות היא זכות יסוד	
8.....	זכות ההיוועצות והגינות החקירה	
10.....	זכות ההיוועצות ועקרון השוויון	
12.....		III תפקידו של עורך הדין בעת חקירת חשוד
12.....	מניעת אלימות והפעלת לחץ נפשי בלתי הוגן	
13.....	צמצום הסיכון מפני הודאות שווא	
14.....	שחרור חשוד כשאינ עוד צורך בהמשך מעצרו	
15.....	שמירה על תנאי מעצר אנושיים	
16.....	הבטחת טיפול רפואי הולם	
17.....	מציאת חלופת מעצר	
17.....	הבהרת הזכויות לחשוד	
18.....	חשיבותה של זכות השתיקה	
20.....	סיכום ביניים	
21.....		IV מועד ההיוועצות
24.....		V מחקר השדה - כללי
24.....	מבוא	
24.....	המחקר ומטרותיו	
25.....	נוהלי המשטרה להודעה על הזכות וההסדר עם הסניגוריה הציבורית	
26.....	קבוצת המחקר	
27.....	שיטת המחקר	
27.....	עקרון הבדיקה המשולשת	
27.....	ראיון עצורים	

28	בדיקת התייעוד המשטרתי לגבי העצורים
28	בדיקת התייעוד הקיים בתיקי הסניגוריה הציבורית
28	הערה מתודולוגית
30	VI מחקר השדה - ממצאים
30	ההודעה על זכות ההיוועצות בעורך-דין
32	הבנת ההודעה על זכות ההיוועצות וידיעת השפה העברית
34	העצורים הזקוקים למתורגמן מתוך כלל העצורים
34	ההודעה על זכות ההיוועצות לאור בדיקת תיקי הסניגוריה הציבורית
35	מועד ההודעה על זכות ההיוועצות
37	ההודעה על זכות השתיקה
38	הסיבות לאי-שמירה על זכות השתיקה
39	מועד ההודעה על זכות השתיקה
39	השוואת מועדי ההודעה על זכות ההיוועצות ועל זכות השתיקה
40	מסקנות מחקר השדה
41	VII מ- Weeks - ל- Dickerson: הערות על הדין האמריקאי
41	רקע היסטורי - "מבחן הרצון החופשי" כמבחן לקבילות הודאות במשפט האמריקאי
42	ראשיתו של כלל הפסלות בדיני החיפוש - הלכת Weeks
42	כלל הפסלות בדיני החיפוש מקבל מעמד חוקתי - הלכת Mapp v. Ohio
43	אימוץ כלל הפסלות לגבי הודאות שנגבו שלא כדין
44	מניעת זכות ההיוועצות כעילת פסלות- הלכת Escobedo
45	זכות השתיקה כבסיס ערכי לזכות ההיוועצות
46	הלכת Miranda
47	האם תבוטל הלכת Miranda? - פרשת Dickerson
52	VIII הפתרון המוצע בדין הישראלי: שיקול דעת שיפוטי לפסילת ראיות
55	סיכומם של דברים

I פתח דבר

1. הסניגוריה הציבורית הוקמה על מנת להעניק ייצוג נאות בהליכים פליליים לעצורים ולנאשמים, רובם מעוטי יכולת, אשר ידם אינה משגת את האמצעים לשכור שירותיו של עורך-דין פרטי. הייצוג המשפטי ניתן בפריסה ארצית על ידי מערך המונה כ- 700 עורכי-דין, לרבות 50 עורכי דין עובדי מדינה. הסניגוריה הציבורית מייצגת נאשמים ועצורים בהיקף של כ- 20000 תיקים לשנה, על-פי קריטריונים של חומרת עבירה ושל זכאות כלכלית.
2. אוכלוסיית העצורים הנזקקת לשירותיה של הסניגוריה הציבורית היא בדרך כלל אוכלוסייה "חלשה", המורכבת, בין היתר, מאנשים חסרי השכלה, עובדים זרים, עולים חדשים (מחבר העמים ומאתיופיה), קטינים וחולי נפש. עבור עצורים, חשיבותה של הזכות להיוועץ בעורך דין [להלן: "זכות ההיוועצות"] היא משמעותית ביותר. רבים מהעצורים הנזקקים אינם מודעים לזכויותיהם ומתקשים להבין את ההסבר שניתן להם בדבר זכויות אלו.
3. אי מתן הודעה על זכות ההיוועצות בעורך דין לשכבות חלשות, משמעו פגיעה בעקרון השוויון, שכן בהעדר הודעה על הזכות להיוועץ בסניגור ציבורי - רק בעלי יכולת כלכלית יוכלו לממש את זכויותיהם.

המקרה הנדון בערעור זה כ"סיפור לדוגמא"

4. העילה למעצרו של טורי רפאל יששכרוב [להלן: "המערער"] התגבשה ביום 17.12.96 סמוך לשעת חצות. רק למחרת, ביום ה- 18.2.96 בשעה 16:40, החלה חקירתו. כל אותה עת לא קיבל המערער הודעה על זכותו להיוועץ בעורך-דין. במהלך החקירה קיבל החוקר הוראה ממפקדו לעצור את המערער. למרות זאת, החוקר המשיך בחקירה מבלי להודיע למערער על עובדת המעצר ומבלי להודיע לו על זכותו להיוועץ בעורך-דין. רק בשעה 18:45, כרבע שעה לאחר שסיים החוקר את גביית ההודעה ורק לאחר שהמערער הודה בעבירה המיוחסת לו ובעבירות נוספות, הודיע החוקר למערער על מעצרו ועל זכותו להיוועץ בעורך-דין.
 5. סיפורו של יששכרוב אינו סיפור בודד במציאות החקירות הנהוגה במחוזותינו. במהלך מחקרנו¹ נתקלנו במקרים רבים של אי הודעה על הזכות להיוועץ בעורך-דין, או הודעה מאוחרת על הזכות.
 6. להלן סיפורם של מספר עצורים כפי שנתבררו במהלך מחקר השדה, אשר לגביהם פניית המשטרה לסניגוריה הציבורית לשם שליחת סניגור כונן נעשתה באיחור רב ובניגוד לנדרש על-פי החוק:
- מ.ש. נעצר בתאריך 22.11.99 בשעה 9:30 בבוקר ונחקר שלוש פעמים. לראשונה נחקר בשעה 10:45, בשנית בשעה 16:55 ובשלישית בשעה 17:45. במהלך החקירה השלישית הודה בעבירה המיוחסת לו. בשעה 20:30 בערב נערכה פעולת חיפוש. רק בשעה 22:01 בלילה, למעלה מ- 12

¹ ר' להלן מחקר השדה במסגרת טיעון זה. המקרים שיובאו להלן הם מקרים שנדגמו מתוך 220 ראיונות עם עצורים שנערכו בבית משפט השלום בתל אביב. החומר עליו מתבססים סיפורים אלה מורכב מדו"חות מעצר ופעולה משטרתיים, הודעות חשוד, זכרונות דברים ודוח"ות שונים של המשטרה, ראיונות עם עצורים ופניות שנשלחו למשרדי המחוז של הסניגוריה הציבורית בתל אביב מתחנות המשטרה השונות באמצעות פקסימיליה.

שעות לאחר מעצרו, נשלחה לסניגוריה הציבורית בקשה לייצגו. ההודעה על הזכות להיוועץ בעורך-דין ניתנה למ.ש. תוך כדי חקירתו ובכך נפגעה זכותו זו.

7. ס.ב. נעצר ללא צו בתאריך 6.10.99 בשעה 13:19. בשעה 13:50 בצהריים הובא לתחנת המשטרה והועבר למחלקת חקירות. הוא נחקר בשעה 15:40 ולא קיבל כל הודעה על זכויותיו כעצור. הוא הובא בפני הקצין הממונה רק לאחר חקירה, בשעה 16:00. בשעה 22:19 בערב, 9 שעות לאחר שעת המעצר ולמעלה מ-6 שעות לאחר שעת הכליאה בידי קצין ממונה, נשלחה בקשת ייצוג בפקסימיליה לסניגוריה הציבורית. כמו במקרה הקודם, גם כאן ההודעה על הזכות ניתנה מאוחר מדי.

8. א.א. נעצר ביום 3.11.99 בשעה 16:15 אחה"צ. הוא נחקר בשעה 20:10. לטענתו ניתנה לו הודעה על זכותו להיוועץ בעורך-דין לפני שנעצר והוא ביקש מיד סניגור ציבורי. אולם רק בשעה 00:31, למעלה מ-7 שעות לאחר שנעצר, נשלחה בקשה למשרדי הסניגוריה הציבורית. במהלך אותן שעות כבר הספיקה המשטרה לחקור את א.א. ודוק, על אף שהפעם המשטרה הודיעה על הזכות ואף הודיעה עליה במועד, לא נתאפשר מימושה בפועל.

9. מקרים אלה ומקרים רבים אחרים שנבחנו על ידינו במהלך המחקר, מצביעים כולם על תופעה, שהיא הפרקטיקה הרווחת בתחנות המשטרה, על פיה זכויות שניתנו על ידי המחוקק אינן באות לידי מימוש אפקטיבי.

עמדת הסניגוריה הציבורית בתמצית

10. כדעת המערער, דעתה של הסניגוריה הציבורית היא כי ראוי שבית משפט נכבד זה יעצב תרופה של פסילת ראיות, כסעד משפטי מתאים למקרה של הפרת זכויות יסוד של נחקרים בהליכים פליליים. תרופה זו נחוצה למען שמירה על הגינות בסיסית בהליכים פליליים, למען שמירה על זכותו של החשוד לשתוק ואף על זכותו להבין את היתרונות שיש במקרים רבים במסירת גרסה מיידיית ומלאה. תרופה זו נחוצה אף כדי למנוע מצב בו בית-המשפט יתן ידו למעשים פסולים של המדינה, בקבלו ראיות, אשר הושגו שלא כדין.

11. יאמר כבר עתה: מטרת הסניגוריה הציבורית איננה לחזור על טענות שהובאו על-ידי המערער, אלא להביא בפני בית המשפט הנכבד תמונה ממוקדת של תפקידי הסניגור במתן ייעוץ וסיוע לעצורים, במהלך חקירתם. הסניגוריה הציבורית תטען, כי תפקידים אלה מתרכזים בעיקר בנקודה שבה העצור הנחקר זקוק לייעוץ באשר למשמעותה של זכות השתיקה ושל ההשלכות האפשריות הנובעות מהימנעותו מלמסור גרסה מלאה.

12. בהמשך, תבקש הסניגוריה הציבורית להביא בפני בית משפט נכבד זה את ממצאיו של מחקר שדה שבוצע על-ידיה. ממצאי המחקר מגלים מגמות הנוטות להראות כי עצורים אינם מסוגלים, הלכה למעשה בפרקטיקה הקיימת היום, לעשות שימוש באופן אפקטיבי בזכותם להיוועץ בעורך-דין בשלבים הראשונים של החקירה הפלילית. כתוצאה מכך, הם אינם מבינים את משמעותה של זכות השתיקה או את ההשלכות הנובעות מאי מסירתה של גרסה מלאה. ממצאים אלה מביאים אותנו למסקנה, המשתלבת במציאות מוכרת, כי זכות השתיקה והזכות לייעוץ משפטי במהלך החקירה הפלילית הן, לרוב, זכויות למראית עין.

13. הסניגוריה הציבורית מבקשת להביא בפני בית משפט נכבד זה, בקצרה, את התפתחותו של כלל הפסלות במשפט האמריקאי, וזאת, לא במטרה שבית המשפט יקרא את עיקריו פעם נוספת, אלא כיוון שפסיקה זו מראה בצורה הברורה ביותר את קשר-הגומלין החזק בין זכות השתיקה לבין הזכות לייעוץ משפטי. כמו-כן, פרק זה מתייחס לאפשרות כי בית המשפט העליון בארצות הברית יבטל את כלל הפסלות אשר נקבע בפסק הדין המנחה בסוגייה זו, פסק-דין Miranda, ויעמיד במקומו את כלל הרצון החופשי המוכר היטב במשפט הישראלי.
14. לסיום, תציג הסניגוריה הציבורית את עמדתה, לפיה הסעד של פסילת ראיות הוא הראוי ביותר לביצורן של זכויות היסוד של אדם בחקירתו. כן תטען הסניגוריה הציבורית כי בית משפט נכבד זה מוסמך ליצור סעד של פסילת ראיות, תוך קביעת עקרון הדומה לכלל הפסלות במשפט האנגלי.
15. הסניגוריה הציבורית מסכימה עם המערער כי ניתן גם להגן על זכויות החשודים בחקירה הפלילית במסגרת שינוי מבחני הקבילות שבסעיף 12 לפקודת הראיות. דא עקא, הואיל וכלל הרצון החופשי במשפט הישראלי עומד בפני מחיקה, מן הראוי להגן על זכויות החשוד בחקירות פליליות בדרך של יצירת כלל פסלות, הנובע מהחקיקה הנוגעת לזכויות עצמן, והמעוגן אף בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

II זכות ההיוועצות בעורך דין בדין הישראלי

זכות ההיוועצות- העיגון החקיקתי

16. זכות ההיוועצות בעורך-דין בהקשרו של ההליך הפלילי היא זכות סטטוטורית. המחוקק מכיר בזכותו של עצור להיוועץ בעורך-דין בחוק סדר הדין הפלילי [סמכויות אכיפה-מעצרים], תשנ"ו-1996 [להלן: "חוק המעצרים"], בו נקבע בסעיף 34 (א): "עצור זכאי להיפגש עם עורך דין ולהיוועץ בו".
17. סעיף 34(ב) לחוק המעצרים קובע:

"ביקש עצור להיפגש עם עורך דין או ביקש עורך דין שמינהו אדם קרוב לעצור להיפגש עמו, יאפשר זאת האחראי על החקירה, ללא דיחוי".

- מסעיף זה משתמעת חובה להודיע על קיומה של הזכות, ואכן עפ"י סעיף 32(1) לחוק המעצרים, על הקצין הממונה להבהיר לעצור את זכותו להיפגש עם עורך דין ואת זכותו להיות מיוצג על ידי סניגור, כאמור בסעיף 15 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 [להלן: "חוק סדר הדין הפלילי"] או לפי חוק הסניגוריה הציבורית, התשנ"ו-1995 [להלן: "חוק הסניגוריה הציבורית"]².
18. הסייגים שהציב המחוקק לפגישה ללא דיחוי עם עורך דין, מנויים בסעיף 34 (ד), (ה) ו- (ו) לחוק המעצרים. לאור סעיף זה, דחיית הפגישה תיעשה רק בנסיבות מסוימות ולתקופה מוגבלת בלבד. המחוקק פוגע בזכות המפגש עם עורך הדין רק בהתקיים אחת מהעילות המפורטות בחוק. הפגיעה בזכות תיעשה אך ורק על ידי מי שהוסמך לכך על פי החוק, ופרקי הזמן בהם ניתן לפגוע בזכות מוגבלים ביותר (בחשודים בעבירות שאינן עבירות ביטחון ניתן לעכב את הפגישה עד ל- 48 שעות, ובחשודים בעבירות כנגד ביטחון המדינה עד ל- 21 יום).
19. מקור חוקי נוסף לזכותם של עצורים וחשודים להיוועץ בעורך דין מצוי בסעיף 19 (א) לחוק הסניגוריה הציבורית, הקובע:

"נעצר אדם והובא לתחנת משטרה או למתקן של רשות החוקרת על פי דין או שהוא חשוד בביצוע עבירה, יודיע לו הממונה על התחנה או על החקירה, בהקדם האפשרי, כי באפשרותו לבקש מינוי סניגור ציבורי אם הוא זכאי לכך לפי חוק זה".

זכות ההיוועצות היא זכות יסוד

20. עוד טרם נחקקו חוק המעצרים וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הגדיר בית המשפט העליון את זכות הפגישה עם עורך דין ואת זכות ההיוועצות בו כ"זכות בעלת אופי חוקתי", כ"אחד הביטויים לזכויות האדם של העציר" וכ"עיקרון גדול של סדר דין פלילי במדינה דמוקרטית"³.

² בג"צ 3412/91 סופיאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור, פ"ד מז(2) 843 [להלן: "בג"צ סופיאן"].
³ בג"צ 6302/92 רומחיה נ' משטרת ישראל, פ"ד מז(1) 209, 212 וכך בג"צ 128/84 חזן נ' נצ"מ מאיר, פ"ד לח(2) 24 [להלן: "חזן"], בעמ' 27.

21. זכותו של עצור להיפגש עם עורך דין, כך קבע בית המשפט העליון בבג"צ סופיאן, היא זכות יסוד הנובעת מזכותו של אדם לחירות אישית. כן נקבע כי:

"... מן הזכות היסודית של העצור להיפגש עם עורך דין נגזרת ומשתמעת הזכות לקבל הודעה על קיומה של זכות זו והחובה המוטלת על הרשויות להודיע על כך לעצור. מי שאינו יודע על קיומה של זכות, לא יוכל לנסות לממש אותה. ובמיוחד כך הוא משמדובר באדם שנעצר, ונפשו טרודה, ועשוי הוא שלא לדעת כיצד עליו לנהוג ומה עליו לעשות".⁴

זכותו של עצור, כך נקבע, אף לדעת כי שללו ממנו את זכות ההיוועצות, וזכותו לדעת על שינוי שחל בזכויותיו על פי החלטת הרשות.

זכות ההיוועצות והגינות החקירה

22. הרקע להכרה בזכות ההיוועצות כזכות יסוד נעוץ בהכרתו של בית המשפט העליון בצורך להבטיח את הגינות החקירה לאור ערכי הדמוקרטיה, כבוד האדם והזכויות הנובעות ממנו. בתי המשפט חזרו פעמים אינספור על הצורך להקפיד על כך שחקירה משטרתית תתנהל תוך שמירה קפדנית על כללי החקירה ההוגנת. כך נאמר בבג"צ 249/82 ועקנין נ' בית הדין הצבאי לערעורים⁵:

"השופט לנדוי (כתוארו אז) נתן ביטוי לאמונה זו בפסק-דינו בע"פ 344/75, בעמ' 664, לאמור: 'גם בימים אלה, כאשר גוברת הברוטליות של אנשי העולם התחתון, אל להם לחוקרי המשטרה להיגרר לווייתור על אותן דרישות הכרחיות של חקירה הוגנת, שבלעדיהן תיפגם דמותו ההומאנית של המשטר במדינתנו, שעליו אנו שומרים מכל משמר'".

בע"פ 559/77 מאירי נ' מדינת ישראל אמר כבוד השופט ח' כהן⁶:

"תנאי בל יעבור לכל מלחמה בפשע הוא שהלוחמים יהיו שומרי חוק ויקפידו על קלה כחמורה בפעולתם שלהם; ובמידה שהם מזלזלים או מתרשלים בקיום מצוותיהם כלפי האזרחים הנלכדים ברשתם, בה במידה גורמים הם במו ידיהם להכשרת הפשע ולהגברתו".

לאחרונה בבג"צ 5100/94 הועד הציבורי נגד עינויים נ' ממשלת ישראל⁷ אמר כבוד הנשיא ברק בפסקה 22 לפסק הדין:

"בגיבוש כללי החקירה, מתנגשים שני ערכים או אינטרסים. מחד גיסא, הרצון לחשוף את האמת, ובכך להגשים את אינטרס הציבור בגילוי עבירות ובמניעתן. מאידך גיסא, הרצון להגן על כבוד האדם של הנחקר ועל חירותו... חברה דמוקרטית, שוחרת חופש, אינה מוכנה שחוקרים ישתמשו בכל האמצעים על

⁴ ר' בג"צ סופיאן, לעיל הערה 2, בעמ' 850 וכן ע"פ 6/87, 747/86, 11, אייזנמן נ' מ"י, פ"ד, כרך מב, (3) 454 [להלן: "אייזנמן"].

⁵ פ"ד לז(2) 393, 405.

⁶ פ"ד לב(2) 180, 181.

⁷ תק-על-99, עמ' 458 [להלן: "בג"צ הועד הציבורי נגד עינויים"].

מנת לחשוף את האמת... לעתים מחיר האמת הוא כה גבוה שחברה דמוקרטית אינה מוכנה לשלמו".

ובהמשך (באותה פסקה):

"[כללי החקירה] מבוססים מחד גיסא על שמירת צלם האדם של הנחקר (ראו ע"פ 115/82 מועדי נ' מדינת ישראל (פ"ד לח(1) 197, 222-224) ועל שמירת 'טוהר נשק החקירה' (ע"פ 183/78 הנ"ל, שם). מאידך גיסא, מתחשבים כללים אלה בצורך להילחם באופן אפקטיבי בתופעה העבריינית בכלל, ובפיגועים חבלניים בפרט. כללים אלה משקפים 'אמות מידה של סבירות, שכל ישר והגינות' (קדמי, שם, בעמ' 25). כללים אלה של החקירה חשובים הם למדינה הדמוקרטית. משקפים הם את אופייה. חקירה שלא כדין פוגעת בכבוד האדם של הנחקר. היא פוגעת גם בדמותה של החברה".

23. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לא עיגן מפורשות את זכויותיהם של חשודים ונאשמים, ואלה נגזרות מזכויות היסוד לחירות ולכבוד. ההליך הפלילי נועד להבטיח את זכויותיו של חשוד או של נאשם לחירות ולכבוד. ההליך הפלילי יפגע בזכויות אלה רק לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש.⁸

24. מעצרו של אדם פוגע בחירותו האישית, ועל כן זכאי הוא כי החקירה נגדו תתבצע על פי הכללים והמגבלות הקבועים בחוק הקובע את סמכויות המעצר והחקירה. ההנחה היא, כי המחוקק הגביל בחוק המעצרים את סמכויות רשויות החקירה, ויצר מערכת של כללים המאזנת בין אינטרס הציבור לחקור ולאסוף ראיות כנגד מי שחשוד בפלילים, לבין האינטרס של שמירה על זכויותיו וכבודו של מי שחשוד בפלילים והינו בחזקת חף מפשע. אינטרס אחרון זה אף הוא אינטרס ציבורי.

25. לא בכדי קבע המחוקק בסעיף 1(ב) לחוק המעצרים כי **"מעצרו ועיכובו של אדם יהיו בדרך שתבטיח שמירה מרבית על כבוד האדם ועל זכויותיו"**. שמירה מרבית על כבוד האדם וזכויותיו בהקשרה של חקירה משטרתית, פירושה, חקירה הוגנת ללא הפעלת לחץ, אלימות, או אמצעי פסול אחר נגד חשוד, ועוד פירושה, העמדתו של חשוד על זכויותיו.

26. חשודים ועצורים המוחזקים בתחנת המשטרה מובאים אליה בחשד כי ביצעו עבירה פלילית. כיוון שכך, נשלל מהם הכוח החוקי להחליט החלטות הקשורות למקום החזקתם ולמקום חקירתם, לצרכיהם הפיזיים (כגון גישה לשירותים, קבלת מזון), למגעם עם העולם החיצון (הכולל מפגש עם חברים, משפחה או עורך דין) ולמועד שחרורם מהמעצר המשטרתית. כל ההחלטות הללו נמצאות בידי המשטרה ובידי הקצין הממונה על החקירה.

27. דו"ח הוועדה לענין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולענין העילות למשפט חוזר, 1994 [להלן: **"דו"ח ועדת גולדברג"**] בעמ' 27, המליץ להקנות לחשוד בחוק את הזכות לנוכחות עורך דין כמשקיף בחקירה, זולת אם תוסרט החקירה בוידאו. המלצה זו טרם לא אומצה על ידי

⁸ ראו בענין זה: א. ברק, "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדינוני)", **מחקרי משפט** יג, תשנ"ו-1996, 5, בעמ' 23-25.

המחוקק ואין כיום כלל המתיר את נוכחותו של עורך דין במהלך חקירתו של חשוד. יחד עם זאת, עפ"י חוק המעצרים על הקצין הממונה המחליט על מעצרו של חשוד, להודיע לו על זכותו להיוועץ בעורך דין. גם עפ"י חוק הסניגוריה הצבורית על הממונה על התחנה או על החקירה, להודיע לעצור או לחשוד, בהקדם האפשרי, כי באפשרותו לבקש מינוי סניגור ציבורי.

28. נוכחותו של עורך דין בתחנת משטרה ופגישתו עם החשוד מאזנים, ולו במקצת, את אי השוויון הבולט בין החוקר, בעל הסמכות להחליט בכל הקשור לעתידו של החשוד או העצור, לפחות עד אשר יובא בפני ערכאה שיפוטית, לבין החשוד/העצור, המשולל כל שליטה על מצבו והנתון לחסדיה של המשטרה. עורך הדין ניצב כמגן על זכויותיו של חשוד לשמור על כבודו בחקירה ובמעצר.

זכות ההיוועצות ועקרון השוויון

29. החל מחודש נובמבר 1998 מייצגת הסניגוריה הצבורית חשודים ועצורים הזכאים לייצוג עפ"י חוק הסניגוריה הצבורית. במסגרת זו מייצגת הסניגוריה הצבורית חשודים ועצורים מחוסרי אמצעים.⁹

30. לעניין הפעלתו ויישומו של הדין הפלילי, באופן שוויוני, נאמרו הדברים הבאים מפי כבוד השופט בך בבש"פ 1149/91 מ"י נ' קובי¹⁰:

"כבר הבעתי את דעתי בעבר, שעם כל מודעותי לאינטרס הציבורי שבמניעת עבריינות נמשכת מצד נאשמים, הרי אין גם להתעלם מאינטרס ציבורי אחר, חשוב לא פחות, והוא נעוץ בשמירה על אמון הציבור בהפעלת ויישום הדין הפלילי באופן צודק ושוויוני. היווצרות התחושה בין נאשמים, משפחותיהם וחבריהם, שהחלטות בית המשפט בדבר הפגיעה בחירותם של נאשמים מתקבלות בצורה שרירותית ובאופן מקרי ומפלה, משיגה בנושא זה תוצאה שלילית, ויש להשתדל מאוד למנעה..."

31. דברים אלו יפים אף לענין יישומה של זכות ההיוועצות ומועד מסירת ההודעה לחשוד בדבר זכות זו. אין להתיר מצב בו חשוד לא יוכל לממש את זכותו להיוועץ עם עורך דין מיד עם מעצרו ובטרם נחקר רק משום שאינו מסוגל לשכור עורך דין פרטי. ניתן להניח שחשוד בעל אמצעים, ידו משגת לשכור עורך דין מיד עם מעצרו ואף בטרם מעצרו. חשוד כזה יעמוד בקשר רצוף עם עורך דינו, אשר יגיע מיד עם עיכובו לתחנת המשטרה, ואולי אף יהיה נוכח בעת עיכובו או מעצרו של מרשו עוד בטרם ילקח לתחנת המשטרה וייתכן שאף ילווה אותו לתחנת המשטרה.

32. החוק המסמיך את הסניגוריה הצבורית לייצג בהליכי מעצר, מבטא את יישומו של עיקרון השוויון בכך שמענה יכולים כלל החשודים והעצורים לממש הלכה למעשה את זכות

⁹ ר' סעיף 1 לתקנות הסניגוריה הצבורית (ייצוג עצורים מחוסרי אמצעים), התשנ"ח – 1998 [להלן "התקנות"].
¹⁰ פ"ד מה (2) 611, 615.

ההיוועצות הנתונה להם בחוק המעצרים. מעתה ניתנת הגנה שווה לכלל החשודים והעצורים, ובכללם חשודים ועצורים מחוסרי אמצעים המיוצגים על-ידי הסניגוריה הציבורית.

33. מילוי אחר הוראות חוק המעצרים וחוק הסניגוריה הציבורית כלשונם, דהיינו, יידוע עצורים/ חשודים על אתר בדבר זכותם להיוועץ עם עורך דין יפעילו, הלכה למעשה, אף את עקרון השוויון המהווה ערך יסוד בשיטת המשפט שלנו.

III תפקידו של עורך הדין בעת חקירת חשוד

34. מאליו מובן כי מפגש עם עורך-דין, העשוי ליעץ לחשוד בנסיבות הענין לשמור על זכות השתיקה, עלול לפגוע לעתים בניסיון להתגבר על מעשי עבריינות ובמלחמה בפשע. ברם, זהו מחיר שחברה דמוקרטית, אשר הכירה בזכויותיו של הפרט לחירות ולכבוד כזכויות יסוד, מוכנה לשלם. ההכרה בזכות ההיוועצות כזכות יסודית, כאמור בבג"צ **סופיאן**, מחזקת את דמותה של החברה כחברה הומאנית ומבדילה אותה ממשטרים חשוכים, בהם חקירות יכולות להתבצע רחוק מן העין וללא כל ביקורת.

35. נוכחותו של עורך-דין ומפגש בינו לבין החשוד נדרשים על מנת להבטיח שמירה על כללי חקירה הוגנים. להלן נבחן כיצד מסייע עורך-הדין להבטחת חקירה, שתתבצע תוך שמירה מירבית על כבוד האדם ועל זכויותיו.

מניעת אלימות והפעלת לחץ נפשי בלתי הוגן

36. חקירה הוגנת פירושה חקירה ללא אלימות וללא הפעלת לחץ נפשי בלתי הוגן כלפי נחקרים. למרבה הצער, הכאת חשודים במהלך חקירות, גם כיום, היא בגדר חזון נפרץ. הסניגוריה הציבורית, המטפלת באלפי תיקים בשנה, נתקלת לא פעם בעצורים המובאים לבתי משפט כשסימני מכות על גופם. אין חולק כי נקיטת אמצעי חקירה אלימים מכל סוג שהוא כלפי עצורים, היא בלתי חוקית ופסולה. אך לאחרונה נקבע בבג"צ **הועד הציבורי נגד עינויים**, בפיסקה 38 לפסק הדין, כי לממשלה או לשירות הביטחון הכללי אין סמכות-

"לקבוע הנחיות, כללים והיתרים באשר לשימוש באמצעים פיזיים במהלך חקירה... וכי לחוקר שב"כ אינדיבידואלי - כמו לכל שוטר - אין סמכות לנקוט אמצעים פיזיים הפוגעים בחרותו של הנחקר במהלך החקירה, אלא רק אמצעים המתבקשים בדרך כלל באופן אינהרנטי ממהות החקירה, הנדרשת להיות חקירה הוגנת וסבירה".

אין ספק, כי מפגש בין סניגור לחשוד ללא דיחוי עשוי לצמצם את האלימות הקיימת בחקירות מצד חוקרים כלפי חשודים.

37. בפס"ד אייזנמן אמר כבוד השופט בייסקי:

"... הלהיטות לקדם חקירה במהירות מטשטשת לעתים אצל החוקרים את הגבול בין המותר לבין האסור, בין אמצעים שבדוחק מותרים לבין הפעלת דרכי חקירה פסולים, בין תחבולה לבין הערמה וכדומה אמצעים, שדרכי חקירה הוגנים לא יפקדום".¹¹

38. טוען במאמרו פרופ' קרמניצר כי אין כל בקרה ופיקוח חיצוניים על שיטות החקירה של המערכת המשטרית בישראל:

¹¹ פס"ד אייזנמן, בעמ' 461.

"מבחינה מבנית, בולטים כאן העדר פיקוח חיצוני על המערכת המשטרית, בין אם פיקוח של הפרקליטות ובין אם פיקוח של שופט חוקר, העדר ביקורות פתע במהלך חקירות והיכולת החוקית למנוע מגע בין הנחקר לבין העולם החיצון, לרבות עורך דינו, מגע שיש בו משום הצצה חיצונית אל המתרחש בחקירה".¹²

39. בבריטניה, במסגרת ה- Practice Code of Police and Criminal Evidence Act 1984, נקבע כלל המתיר לעורך-דין להיות נוכח במהלך חקירתו של חשוד. אחת הסיבות לקביעת כלל זה היא להבטיח שהתנהגות המשטרה כלפי החשוד הוגנת, וכי המשטרה מתייחסת ברצינות הראויה להגבלות המוטלות על כוחה וסמכויותיה ואינה מנצלת לרעה את כוחה ואת מעמדה.¹³
40. אכן, אין בישראל הסדר חוקי המאפשר לפרקליטות, לשופט חוקר ואף לא לסניגור, הצצה לחדרי החקירות. הלכה למעשה, אין אפשרות למנוע מחוקר לדחות מפגש בין עורך הדין לבין חשוד, אף מעבר לזמן המותר על פי חוק המעצרים. יחד עם זאת, אין ספק שלו היה ההסדר החוקי הקבוע בחוק המעצרים ובחוק הסניגוריה הציבורית, הקובע את זכות ההיוועצות, מתבצע כלשונו על ידי חוקרי המשטרה, היה בו כדי להעניק מנגנון ביקורת ופיקוח מסוימים על המתרחש בחקירה.
41. בהתאם להסדר זה, היה עורך הדין פוגש את החשוד, משוחח עמו ומוודא כי החוקרים נוקטים כלפיו יחס אנושי. עורך הדין היה עומד על מצבו הגופני והנפשי של החשוד, והיה מסביר לו את זכויותיו. אם היה עולה חשדו של עורך הדין כי ננקט אמצעי פסול כלפי החשוד, יכול היה לפנות לבית המשפט על אתר, על מנת לדאוג כי השימוש באמצעי הפסול יופסק. בהעדר מפגש בין עורך-דין לבין חשוד, יידחה הטיפול המידי אשר ניתן להעניק לחשוד אשר זכויותיו מופרות.

צמצום הסיכון מפני הודאות שווא

42. כל הליך פלילי נפתח בחקירה משטרית. החקירה היא הצעד הראשון בפתחו של ההליך הפלילי, שסופו, באם יוגש כתב אישום, זיכוי או הרשעה. אין חולק כי נאשם בפלילים זכאי להליך הוגן.¹⁴ חקירה משטרית הוגנת היא אבן הדרך הראשונה בביסוס יכולתו של נאשם לזכות במשפט הוגן.
43. מטרתה של חקירה משטרית היא איסוף ראיות כנגד מי שחשוד בפלילים. אין זה סוד כי משנעצר אדם ונחקר, מבקשת המשטרה להציל מפיו הודאה. קיימות סיבות שונות למסירת

¹² קרמניצר, "הרשעה על סמך הודאה - האם יש בישראל סכנה להרשעת חפים מפשע?", **המשפט א'** (1993), 205, בעמ' 208 [להלן: "**קרמניצר**"]. ור' בענין זה ביקורת דומה למתרחש באנגליה: J. Spencer, Criminal Procedure in England - A Summary of its Merits and Defects - The Outlines of the System (מזורף **כנספח א'**). ספנסר סבור כי זוהי אחת מחולשותיה של שיטת המשפט האדברסרית, בה אין פיקוח על המתרחש בחקירה.

¹³ ר' A. Ashworth The Criminal Process- an evaluative study, [2nd ed., Oxford University Press] 1998.

pp. 72-73 [המאמר מצורף **כנספח ב'**]

¹⁴ ר' ע"פ 431/92 **ויטמן נ' מ"י**, תק-על 39(3) 1558, בפסקה 9.

הודאות שווא על ידי חשודים, וחלקן קשור לתנאי החקירה. עמדה על כך כבוד השופטת דורנר בדנ"פ 4342/97 מ"י נ' אל עביד¹⁵:

"מחקרים הראו כי לעתים עלולים תנאי המעצר והחקירה, בהצטרפם למאפייני האישיים של הנאשם, להובילו למצב שבו הוא יאבד יכולת לעמוד על האמת. במצב זה עלול הנחקר למסור לחוקריו גירסה שלפי סברתו היא המבוקשת על-ידיהם. זאת, אף שנחקר כזה מודע לכך שהגירסה שהוא מוסר אינה נכונה. כך, למשל, עשוי להימצא נחקר במצב שבו, בשל הלחץ המופעל עליו, הוא יהיה מוכן למסור כל גירסה, ובלבד שמעצרו וחקירתו יסתיימו ולו באופן זמני. לעתים אף עשוי הנחקר להיתפס לשיקולי 'כדאיות' מוטעים, כגון המחשבה כי יודה בחקירה ומאוחר יותר, במשפט, יוכיח את חפותו, או כי יודה בעבירה קלה יותר מזו המיוחסת לו, ובכך יפטור עצמו מן האשמה העיקרית. דוגמאות נוספות הן מקרים שבהם נחקרים חוששים מהפעלת אלימות או לחץ אחר בהמשך החקירה ומבקשים להקדים תרופה למכה באמצעות מסירת ההודאה, וכן נחקרים המבקשים למצוא חן בעיני חוקריהם..."

במקרים קיצוניים עשויה הסיטואציה של חקירה או מעצר לגרום להפנמת הגירסה המפלילה על-ידי הנחקר, בלי שהוא יהיה מסוגל להבחין בינה לבין המציאות כהווייתה.

תופעה זו קיימת, למשל, אצל נחקרים הנוטים בשל מבנה אישיותם המיוחד להיות מושפעים מגירויים חיצוניים וסביבתיים שלהם הם נחשפים במהלך החקירה המשטרית, לרבות התנהגות החוקרים, שאלותיהם ורמיזותיהם, עד כי מסוגלים הם לאמץ את הגירסה המפלילה ה'מוצעת' על-ידי החוקרים, ואף להשתכנע באמיתותה".

44. היוועצות בעורך דין אשר יבהיר לעצור את זכויותיו, עשויה למנוע או לצמצם את היקף המקרים בהם ימסור חשוד/עצור הודאה כוזבת, שעל-פי דיני הראיות היא קבילה אם נמסרה מרצון חופשי.¹⁶ כאשר מנהל נאשם משפט זוטא כנגד קבילות הודאתו, מבחינה מעשית, גדול הסיכוי שהודאתו תתקבל מהסיכוי שלא תתקבל.¹⁷ היוועצות בעורך דין כבר בשלב הראשון של החקירה, עשויה למנוע עיוות דין לנאשם בשלב המשפט.

שחרור חשוד כשאינו עוד צורך בהמשך מעצרו

45. סעיף 28 לחוק המעצרים מחייב את הקצין הממונה לשמוע את האדם או את עורך דינו, אם הוא נוכח באותה עת בתחנת המשטרה, בטרם יחליט על מעצרו של אדם. עורך הדין הנוכח בתחנת המשטרה עשוי לשכנע את הקצין הממונה כי אין עילה משפטית למעצר או כי ניתן להורות על שחרורו של החשוד בערובה בהתאם לסעיף 27 (ג) לחוק המעצרים.

¹⁵ פ"ד נא(1) 736, 837.
¹⁶ ר' גם: א. שטרומן "הגנת החשוד מפני הודאת שווא", המשפט א (1993) 217 [להלן: "שטרומן"], בעמ' 221.
¹⁷ פגישת הסניגור עם החשוד מתחילת דרכו במעצר, תאפשר לסניגור לראות בעיניו ולשמוע מפי החשוד על תנאי מעצרו, אלימות, לחצים ופיתויים המופנים כלפיו, לאסוף מיד את הראיות לכך, לתעד בכתובים את דרכי החקירה ולהפנות את בית המשפט והממונים המופקדים על החקירה, לנסיבות המעלות אפשרות של הודאת שווא מפי החשוד".
 קרמניצר, לעיל הערה 12, בעמ' 214, 216.

46. לא כל חקירה דורשת מעצרו של אדם. פגיעה בחירותו של אדם תיעשה רק לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש. חקירה הוגנת פירושה חקירה אשר אינה חורגת מעבר לנדרש, מבחינת תכליתה ואורכה. חוק המעצרים קובע בסעיף 29 כי "מי שנעצר בידי הקצין הממונה לפי סעיף 27 יובא בהקדם האפשרי, ולא יאוחר מ- 24 שעות, בפני שופט". סעיף 44 לחוק המעצרים קובע כי "חשוד שטרם הוגש נגדו כתב אישום, נאשם או נידון שערעור תלוי ועומד על פסק דינו, והוא נתון במעצר או במאסר, רשאי בית המשפט, לבקשתו, לצוות על שחרורו בערובה או ללא ערובה".

47. מפגש ללא דיחוי בין עורך דין לחשוד, עשוי להביא את עורך הדין למסקנה כי אין כל עילה משפטית להמשך החזקתו של חשוד במעצר, אפילו לא עד הבאתו בפני שופט כקבוע בסעיף 29 לחוק המעצרים. במידה ולהערכתו של עורך הדין קיימת עילה שבחוק להחזיק אדם במעצר, אולם ניתן להבטיח את מטרת המעצר בדרך של קביעת תנאי ערובה שפגיעתם בחירותו של החשוד פחותה, הוא עשוי להחליט לפנות לבית המשפט בבקשה לשחרור העצור בהתאם לסעיף 44 לחוק המעצרים.¹⁸

48. בת.מ. 10681/98 (שלום - ת"א) הובא קטין ביום 29.8.98 להארכת מעצר בפני כבוד השופטת ר. גרינברג, לאחר שנעצר ביום 28.9.98 בשעה 16:00 בשל חשד לביצוע עבירה של תקיפת שוטר. מן ההחלטה המורה על שחרורו של הקטין עולה כי לא היתה כל עילת מעצר, וכדברי השופטת:

"טוב היתה עושה המשטרה אילו שחררה את החשוד עוד אתמול בערביות, כמקובל במקרים אלה, ודומה כי מעצרו של החשוד והדיון בבקשה המונחת בפני הוא מיותר ואני רואה בו טעם לפגם".¹⁹

49. בת.פ. 369/97 (פתח-תקוה) החליט בית משפט השלום לפסוק פיצוי לנאשם לפי סעיף 80 לחוק העונשין, התשל"ז - 1997, לאחר שהתביעה ביקשה לחזור מכתב האישום שהוגש כנגדו. הנאשם שהינו אילם נעצר, ומשהובא לתחנת המשטרה לא העבירוהו לרשות הקצין הממונה, ולמעשה היה הנאשם עצור במשך כל שעות הלילה מבלי שהובא בפני קצין ממונה ומבלי שהוסברה לו זכותו להיפגש עם עורך דין. כך קבעה כבוד השופטת ברודי:

"אין צורך להכביר מלים בדבר חשיבות זכותו של חשוד שיוסבר לו מדוע נעצר וזכותו להיוועץ עם עורך דין, ועל אחת כמה וכמה כאשר מדובר בחשוד המוגבל ביכולתו לתקשר עם חוקריו, ומכאן שבאתי לכלל דעה כי בנסיבות המיוחדות של תיק זה, זכאי המבקש לפיצוי הקבוע בחוק בגין הפרת זכויותיו".²⁰

שמירה על תנאי מעצר אנושיים

50. סעיפים 7-11 לחוק המעצרים קובעים את תנאי החזקתם במעצר של עצורים. בסעיף 9(א) לחוק המעצרים נאמר: "עצור יוחזק בתנאים הולמים שלא יהיה בהם כדי לפגוע בבריאותו

¹⁸ לענין זכותו של עצור לפנות בכל עת לבית המשפט בבקשה לשחררו בערבות ר' ב"ש 2899/78 (מחוזי-י-ם) אבו יונס נ' מ"י, פ"מ מט (1) 175.

¹⁹ בעמ' 3. פרוטוקול הדיון מצורף כנספח ג'.

²⁰ בעמ' 7. ההחלטה מצורפת כנספח ד'.

ובכבודו." סעיף זה מפרט את התנאים להם זכאי העצור, לרבות תנאי תברואה הולמים, מיטה, מזרון ושמיכות לשימוש אישי, מזון, הליכה יומית באויר הפתוח והזכות לביקורים.

51. חקירה הוגנת פירושה גם מתן תנאי מעצר אנושיים, בהתאם לחוק. עורך הדין יוודא כי תנאי המעצר בהם נתון העצור הם תנאים ההולמים את כבודו של אדם והעולים בקנה אחד עם סעיף 9 לחוק המעצרים. אם התרשם עורך הדין כי תנאי המעצר אינם כאלה, יכול הוא לבקש מבית המשפט את שחרורו של העצור ולו מסיבה זו.

הבטחת טיפול רפואי הולם

52. חקירה הוגנת כוללת מתן עזרה רפואית הולמת לעצור, המתלונן כי אינו חש בטוב. מטבע הדברים, חוקרי המשטרה עסוקים במקביל במספר חקירות, ויכולתם לדאוג לכל הנחקרים ולהשגיח עליהם בו זמנית מוגבלת. על כן, פגישתו של עורך הדין עם החשוד חיונית ביותר. עורך הדין יבטיח כי מצבו הפיסי והנפשי של החשוד טוב, ואם לא כן, יטפל וידאג לכך כי החשוד יקבל את הטיפול הרפואי הראוי.

53. רק לאחרונה נמצא עצור ללא רוח חיים בתא מעצר בבית משפט השלום בתל אביב. עפ"י הבקשה להארכת מעצר, נעצר עצור זה ביום 10.1.2000 משום שנדרש לצרכי חקירה במספר תיקי משטרה. כבר עם מעצרו התלונן העצור כי אינו חש בטוב וביקש עזרה רפואית. הוא נלקח לבית החולים, שם הוחלט כי אין מקום לאשפוזו. משהוחזר לתא המעצר המשיך העצור להתלונן שאינו חש בטוב וזעק כי הוא "מרגיש שהוא עומד למות". חבריו לתא סיפרו כי הוא המשיך לצעוק כל הלילה לעזרה, אולם קריאותיו לא נענו. העצור, אשר הובא לבית המשפט בבוקר יום המחרת, מת בתא המעצרים בבית המשפט לאחר שזעק לשווא לעזרה אף במהלך שהותו שם. במקרה זה, משהובא העצור לתחנת המשטרה לא הגיעה למשרדי הסניגוריה הציבורית בקשה למינוי סניגור, אשר יכול היה להגיע לתחנת המשטרה מבעוד מועד.²¹

54. לענין הבטחת טיפול רפואי הולם ניתנה לאחרונה החלטה של כבוד השופטת קפלן בב"ש 91521/99 (ת"א) מ"י נ' יטח, בה הורתה כבוד השופטת על שחרורו של נאשם ממעצר עד תום ההליכים בקובעה את הדברים הבאים:

"מוכרחה אני לומר כי מה אשר הכריע הכף במאזן השיקולים הוא, מצבו של הנאשם, מצבו הפיזי/נפשי, לרבות העובדה כי חרף החלטתה של כבוד השופטת צירניאק מיום 4.7.99 בהתאם לבקשת עו"ד כהן כי יסופק לו טיפול רפואי וכי ידאגו לכך כי ישן על מיטה כמתחייב מהתקנות, הרי רק לאחר אשר כתב הוא את אותו מכתב קשה, המופיע לפני, כי ממשיך הוא לישון על הרצפה ואינו זוכה לכל טיפול רפואי למרות תחנוניו בניגוד להוראות דין ורק בזמן האחרון ביותר, בהתערבות פרקליטה מלומדת, שונה המצב; כי יצא קצפו של בית המשפט על כי לא מולאה הוראתו של בית משפט מפי השופטת צירניאק וכי לאחר מכן וקודם לכך, לא נהגו במשיב כפי אשר צריך היה לנהוג בו" [ההדגשה במקור].²²

²¹ מכתבה של הסניגוריה הציבורית לחוקר המטפל מצורף כנספח ה'.
²² בעמ' 14-15. ההחלטה מצורפת כנספח ו'.

מציאת חלופת מעצר

55. עורך הדין הפוגש בעצור משמש כמתווך בין העצור שאינו זכאי בשלב הראשון לפגוש את משפחתו, לבין משפחתו, שסביר להניח שמבקשת היא לתמוך בעצור ולסייע לו ככל האפשר בקיצור תקופת המעצר.
56. מתפקידו של עורך הדין ליצור קשר עם משפחתו של העצור וליידע את בני משפחתו על מעצרו. על עורך הדין לקבל מידע מן העצור על חלופות מעצר ולנסות לאתר עבורו אפשרות מעשית לחלופת מעצר, שכן, בית המשפט לא יורה על מעצרו של אדם אם ניתן להבטיח את מטרת המעצר בדרך הפוגעת פחות בחירותו (סעיף 13 לחוק המעצרים).

הבהרת הזכויות לחשוד

57. אחד מתפקידיו החשובים והחיוניים ביותר של עורך הדין הוא העמדת העצור על זכויותיו ומתן הסבר והבהרה לזכויות אלו. עורך הדין מעמיד את הנאשם על זכויותיו. הוא מתרגם לעצור את זכויותיו מהשפה המשפטית הסבוכה לשפה פשוטה יותר ומובנת, המאפשרת לעצור להבין את הסיטואציה בה הוא נמצא. אמנם הנוהג בחקירות משטרה הוא להזהיר את החשוד מפני הפללה עצמית, אולם לא ניתן להסתפק בכך. יש להניח שהעצור יוצא מנקודת הנחה שאם לחוקר יש זכות לתשאל אותו, הרי שלו יש חובה לענות לשאלות, ולא כך היא.
58. ערכו של מפגש בין עצור לעורך הדין אינו בהעברת רשימה אינפורמטיבית של זכויות החשוד אלא במתן הסבר לחשוד ובהבהרה של זכויותיו. ניתן להניח כי העצור אינו מבין לאשורן את המורכבויות המשפטיות הרלוונטיות לענין, כגון את משמעות היסוד הנפשי של העבירה בה הוא חשוד, את יישומם של דיני הראיות למקרה בו הוא חשוד או את התוצאה של מימוש זכות השתיקה. הזכויות על השלכותיהן יוסברו לעצור על ידי הסניגור.
59. עורך הדין יסביר לעצור לא רק את זכותו שלא להפליל עצמו, ואת משמעות הויתור על הזכות. על עורך הדין להסביר לעצור כי אם הוא בוחר למסור את גרסתו בעת המעצר, מן הראוי כי ימסור גרסה מלאה ומפורטת שניתן יהיה לבדקה, שאז, אם יוגש נגדו כתב אישום, לא תיתפס עדותו בבית המשפט כעדות כבושה.
60. עורך הדין ידגיש באוזני החשוד כי אם יבחר למסור גרסה, מן הראוי שימסור גרסת אמת, שהרי מסירת גרסה שקרית עלולה לפגוע בהגנתו של החשוד בעת קיום משפט, היה ויוגש נגדו כתב אישום. עורך הדין יסביר לחשוד כי שקרים מהווים ראיה נסיבתית לאשמה ועל כן עלולים להפלילו. עורך הדין אף יסביר לחשוד כי מסירת גרסה שקרית עלולה להוביל להעמדתו לדין בשל שיבוש הליכי חקירה ומשפט.
61. עורך הדין יסביר לחשוד כי אם הוא בוחר לשמור על זכות השתיקה, שתיקתו יכולה לשמש ראיה לחובתו. עורך הדין אף יסביר לחשוד כי אם הוא בוחר לשתוק במהלך החקירה ולמסור

גרסתו בבית המשפט, הרי שתיקתו בחקירה עשויה להוות ראיה נגדו. עוד יסביר עורך הדין לעצור השותק, כי עדות מאוחרת בבית המשפט תיחשב כגרסה כבושה, דבר הפוגם במשקלה.

חשיבותה של זכות השתיקה

62. כאמור לעיל, תפקיד מרכזי של עורך הדין בפגישתו עם החשוד, הוא ליעץ לו בנוגע לזכות השתיקה ובנוגע להשלכות המשפטיות של הימנעות ממסירת גרסה מלאה בחקירה. לא ניתן להבין את חשיבותו של תפקיד זה מבלי לעמוד תחילה על חשיבותה הרבה של זכות השתיקה, לאור הרציונל של זכות זו. לפיכך, נציג בקליפת אגוז את הנימוקים המרכזיים העומדים ביסודה של זכות השתיקה.
63. זכות השתיקה הוכרה זה מכבר במשפט הישראלי²³ ונראה כי מאז חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, קיבלה הזכות עיגון חוקתי.²⁴ זכות השתיקה במשפט הישראלי, מקורה במשפט האנגלי בו נתקבלה כחלק מהגבלת כוחו של השלטון בהתערבות בחיי הפרט. מופלא הדבר, כי אחד ממקורות זכות השתיקה במשפט האנגלי הוא המשפט העברי.²⁵
64. זכות השתיקה נובעת ממכלול של שיקולים, חלקם נובעים משיטת המשפט האדברסרית, חלקם נובעים מהבנת טבע האדם וחלקם נובעים מערך כבוד האדם.²⁶ השיקול הנוגע לשיטה

²³ ע"פ 196/85 זילברברג נ' מ"י פ"ד מ"ד(4) 485, 521. ר' גם דברי כבוד השופט חיים כהן "The privilege Against Self Incrimination Under Foreign Law" 51 J. Crim. L.C. & P.S.161, 178. [להלן: "כהן"] (המאמר מצורף כנספח ז').

"Although no part of a formal constitution, the principle is, in the words of Cardozo, 'so rooted in the traditions and conscience of our people as to be ranked as fundamental'; and any attempt to further restrict its scope application would be denounced as incompatible with democracy and the rule of law

²⁴ הנשיא ברק נוקט בספרו "פרשנות במשפט" לשון ברורה, בקובעו כי בדומה לזכויות אחרות בהליך הפלילי גם זכות השתיקה והזכות כנגד הפללה עצמית מהוות חלק מכבודו של אדם. ר' א. ברק, **פרשנות במשפט** (כרך שלישי - פרשנות חוקתית) עמ' 433. ר' גם א. ברק, "כבוד האדם כזכות חוקתית" **הפרקליט** מ"א(ג) 271, 285. א. בנדור "סדר דין פלילי ודיני ראיות: התפתחויות בזכויות היסוד של האדם במשפט הפלילי הדיוני", **ספר השנה של המשפט בישראל**, תשנ"ו (עורך: א. רוזן צבי) אוניברסיטת ת"א, 481, 533-532 אף הוא רואה בזכות השתיקה חלק מכבוד האדם. ר' גם מאמרו של השופט דן בייך, "ההגנה החוקתית על חזקת החפות", **עיוני משפט**, כ"ב תשנ"ט עמ' 11, 12, שאינו מכריע האם זכות השתיקה היא נגזרת חוקתית מ"הזכות לכבוד" או מ"הזכות לחירות". השופט בך בע"פ 196/85 זילברברג נ' מ"י מ"ד(4) 523 רואה בזכות השתיקה "זכות יסודית, שאין מקום לשלול אותה אלא במקרים בהם עולה במפורש וללא ספק שזו הפרשנות הסבירה היחידה של החוק הספציפי הנוגע בדבר". השופט שטרסברג-כהן בבג"צ 63319/95 **חכמי נ' שופטת בית משפט השלום בתל אביב - ביפו** נ"א(3) 750 [להלן: "בג"צ חכמי"] אינה מוכנה להכריע במסגרת פסק דינה במחלוקת המשפטית בשאלת מעמדה של זכות השתיקה, אך היא מציינת כי קיימות דעות לכאן ולכאן.

²⁵ רבים הכותבים הגורסים כי מקורותיה של זכות השתיקה במשפט האנגלי - אמריקאי נעוצים במשפט העברי דווקא, בכלל "אדם קרוב אצל עצמו ואין אדם משים עצמו רשע". אליבא דגירסא זו, עם קליטת עיקרון החסיון כנגד הפללה עצמית מן המשפט המקובל בשיטה הישראלית "חזר העיקרון העברי לצור מחצבתו" כדברי השופט הלוי בע"פ 242/63 **קרייטי נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד יח(3) 477, 497. שופט פסק הדין **Miranda v. Arizona** 384 U.S. 436, רואה במפורש את שורשי הזכות כנגד הפללה עצמית בארה"ב בכלל התלמודי "אין אדם משים עצמו רשע" ור' **Miranda v. Arizona** 384 U.S. 436, 458 (1966). מעוז גורס כי מדובר בחלק מ"תופעה אירונית", על פיה עקרונות מרכזיים שקלט המשפט הישראלי המודרני מתוך המשפט האנגלי, כגון איסור משוא פנים במשפט ומתן זכות טיעון הוגנת לשני הצדדים, נקלטו במשפט האנגלי מתוך המשפט העברי. לדבריו, העיקרון כנגד הפללה עצמית אותו נטלנו מן המשפט המקובל האנגלי וממשפטה של אמריקה אינו אלא גילוי המצומק של הכלל התלמודי "אין אדם משים עצמו רשע"; ר' א. מעוז, "מקומו של המשפט העברי במדינת ישראל" **הפרקליט** מ' חוברת א' 53, 56.

²⁶ בספרות המשפטית נהוג ליצור טיפולוגיות של ההצדקות לזכות השתיקה. ר' למשל המיון שמציע David Dolinko, "Is there a Rationale for the Privilege against Self - Incrimination?" 33 **UCLA L.R.** 1063(1986) [המאמר מצורף כנספח ח']. במאמרו מציע Dolinko אבחנה בין "הצדקות מערכתיות" - שיש בהן כדי לתרץ את המערכת

המשפטית, טמון בעקרונות השיטה האדברסרית, שבה נטל ההוכחה מעל לכל ספק סביר מוטל על התביעה. לפי גישה זו, אין זה רצוי לצפות מנאשם כי יספק לתביעה ראיות העלולות להפליילו ובכך ישא במקומה בנטל²⁷. כמו-כן, זכות השתיקה מהווה תמריץ לחוקרי המשטרה שלא להסתמך על דברי הנאשם לבדם, ולאתר ראיות חיצוניות אמינות יותר להוכחת האשמה. בנוסף, זכות השתיקה נועדה למנוע לחץ על נחקרים, ובכך מקטינה את הסיכון מפני הודאות שווא.

65. השיקול הנוגע לטבע האדם נובע מהחשש מפני הצבת הנאשם בפני "טרילמה" אכזרית: אם יפליל את עצמו - ייענש בשל העבירה שבשלה העיד, אם יסרב להעיד - ייענש בשל העובדה שסרב להעיד, ואם יעיד עדות שקר - יענש בשל עבירה של עדות שקר ובביזיון בית המשפט.²⁸

66. שיקולים נוספים נובעים מהערך בדבר כבוד האדם. זכות השתיקה מעניקה הגנה לחסיון מפני הפללה עצמית, כחלק מזכותו של אדם לאוטונומיה של הרצון החופשי ולפרטיות. לזכותו של הפרט שהמדינה תניח לו לנפשו, ולא תחדור לפרטיותו (the right to be let alone).²⁹ כך קבעה אף כבוד השופטת שטרסברג כהן בבג"צ חכמי, בסעיף 13 לפסק דינה:

"ההצדקה להגנה העודפת המוענקת בזכות השתיקה, נעוצה בכך שמטרת העדות היא להרשיע את העד עצמו. במצב דברים זה, כשבמוקד ההליך ניצבת הרשעת המעיד, קמה לו הזכות שלא יטרידו אותו במונח "The right to be let alone".³⁰

67. כל אדם זכאי ל"אוטונומיה" של רצונותיו הפרטיים, מעין מעגל פרטיות בלתי חדיר ע"י המדינה, הכולל את מחשבותיו, רצונותיו וידעותיו כלפי עצמו ומעשיו. האוטונומיה של הרצון הפרטי מונחת ביסודו של כבוד האדם. זכות השתיקה מהווה מחסום מפני חדירה אל תחום הפרטיות, ומבטאת את הרצון החופשי.³¹

68. לכן, גביית הודאה בלא שהנחקר ויתר מדעת על זכות השתיקה, מהווה פגיעה ברצון החופשי של הנחקר, בין אם הודאת אמת היא ובין אם לאו. לגישתנו, ללא זכות היועצות אפקטיבית בעורך-דין, לא יכול נחקר לוותר מדעת על זכות השתיקה, ולכן יש להניח שהודאתו ניתנה תוך פגיעה ברצונו החופשי.

המשפטית ולתמוך בה לבין "טיעון האכזריות" - הרואה בהפללה עצמית ענין "בלתי אנושי", הפוגע בכבוד האדם. Dolinko כולל במיון זה את כל ההצדקות המסורתיות המופיעות בספרות המשפטית האמריקאית והאנגלית תוך מתיחת ביקורת על ההצדקות.

²⁷ ר' J. T. McNaughton, "The Privilege against Self - Incrimination" 51 J. Crim. L.C. & P. S. 138, 148-149 [מצורף כנספח ט']. ר' ע. גרוס "החסיון מפני הפללה עצמית- האמנם ציון דרך במאבקו של האדם הנאור לקדמה?", מחקרי משפט ז' תשמ"ט, 167, בעמ' 174.

²⁸ נימוק זה מקורו בפס"ד Murphy v. Watterfront Commission of New York Harbor 378 U.S. 52, 55 [מצורף כנספח י']. הנימוק מצוטט לעתים בפסיקה הישראלית, ור' לאחרונה בג"צ חכמי. בחלק מפסקי הדין הפכה ה"טרילמה" ל"דילמה" ר' למשל ע"פ קרייתי בעמ' 498 וכן פס"ד מחוזי ע"ש 51/92 (ת"א) ברקי פטה אינטרנשיונאל נ' מ"י דינים מחוזי כ"ה (2).

²⁹ על כללי הפסלות של המשפט המקובל ר' John Fabian Witt "Making the Fifth: The Constitutionalization of American Self - Incrimination Doctrine, 1791-1903" 77 Tex.L.R. [1999] 825, 833-837.

³⁰ ר' בג"צ חכמי, לעיל הערה 24.

³¹ ע"פ 168/82, 115 מועדי נ' מ"י, פ"ד לח(1) 197, 271 [להלן: "מועדי"].

סיכום ביניים

69. זכות השתיקה אשר נועדה להגן על אשכול של אינטרסים, ובפרט על זכותו של הנחקר שלא להפליל את עצמו, אינה ניתנת למימוש אפקטיבי ללא זכות ההיוועצות. אין זה סביר לצפות כי נחקר יוכל להבין מהי זכות השתיקה על משמעויותיה, ללא שעורך-דין, האמון על האינטרסים שלו, יסביר לו את הדברים בשפה המובנת לו. לכן, ההודעה על זכות ההיוועצות חייבת להינתן בטרם החלה החקירה ולא במהלכה או בסופה. יש להכיר בכך שאין כל אפשרות לקיים את זכות השתיקה בלא שתינתן לחשוד הנחקר במשטרה האפשרות להיוועץ בעורך דין כבר בשלב הראשון של החקירה הפלילית.
70. ללא מתן הזדמנות אמיתית לנחקרים להיוועץ בעורך דין בשלב הראשון של החקירה הפלילית, תהיה זו אך פיקציה לומר כי קיימת לנחקרים בשיטת המשפט שלנו זכות שתיקה או זכות לאי הפללה עצמית. הנחקרים - דלי אמצעים, חסרי השכלה, דוברי שפות שאינן עברית - אינם מסוגלים להבין את משמעותה של זכות השתיקה או את היתרונות שבמסירה מיידידת של גרסה מלאה וכן את נוסח האזהרה שנאמר להם על-ידי החוקר, אם בכלל.
71. הייעוץ המשפטי בשלב הראשון של החקירה הפלילית אמור לסייע לנחקר להבין את זכויותיו בחקירות פליליות ולעזור לו להחליט כיצד ברצונו לנהוג בחקירתו. אכן, יהיו מקרים בהם עורכי הדין ייעצו לנחקר לשמור על שתיקה, אך אם אנו מתייחסים ברצינות לזכות השתיקה, אין מנוס מכך. **לא ניתן להכריז על זכות השתיקה כעל זכות יסוד חוקתית, ובו בזמן לא לאפשר לנחקרים לממשה.**

IV מועד ההיוועצות

72. עמדנו לעיל על חשיבותה של זכות ההיוועצות, אשר אין חולק כי היא זכות יסודית של חשודים ועצורים המעוגנת בחוק ובפסיקה הישראלים. מן הדוגמאות שהבאנו, ניתן ללמוד על החיוניות שבפגישה מיידית, ללא דיחוי, בין החשוד לבין עורך דינו. עוד למדנו, כי לא ניתן לממש את זכות ההיוועצות מבלי שהחשוד יודע עליה. משכך, חלה חובה שבחוק לידע את החשוד על זכותו להיוועץ בעורך דין.

73. חובת היידוע בדבר זכות ההיוועצות בעורך דין צריך שתחול מיד עם הבאתו של אדם לתחנת המשטרה, ועוד בטרם החלה חקירתו, שכן דחיית המפגש בין עורך-הדין לבין החשוד תחטא לתכלית המפגש. אם אמרנו קודם כי על עורך הדין מוטלת משימה שעניינה הבהרת זכויותיו המשפטיות של העצור, מה רבותא בהבהרת הזכויות הללו לאחר שהעצור כבר נחקר, בחר לשתוק או מסר גרסה, מבלי שהתוצאות של בחירתו מובנות לו עד תום? אכן, על מנת ליישם את תכלית המפגש ולא לפגוע באפקטיביות שלו, יש לידע את העצור על זכותו להיוועץ בעורך הדין בהקדם האפשרי ומיד עם הבאתו לתחנת המשטרה.

74. תכלית החוק - אף היא נועדה לאפשר לעצור להיפגש עם עורך דין ללא דיחוי, כאמור בסעיף 34 לחוק המעצרים:

"א) עצור זכאי להיפגש עם עורך דין ולהיוועץ בו.

"ב) ביקש עצור להיפגש עם עורך דין או ביקש עורך דין שמינהו אדם קרוב לעצור להיפגש עמו, יאפשר זאת האחראי על החקירה, **ללא דיחוי**".

75. סעיף 28(א) לחוק המעצרים מניח כי חקירתו של עצור תתבצע מיד עם מעצרו, ועל כן חייב הקצין הממונה להזהיר את החשוד:

"א) לא יחליט הקצין הממונה על מעצרו של אדם, על המשך מעצרו או על שחרורו בערובה, ולא יקבע את סוג הערובה, גובהה ותנאיה, בלי שיתן תחילה לאותו אדם הזדמנות להשמיע את דברו, לאחר שהזהירו כי אינו חייב לומר דבר העלול להפלילו, כי כל דבר שיאמר עשוי לשמש ראיה נגדו וכן כי הימנעותו מלהשיב על שאלות עשויה לחזק את הראיות נגדו".

76. סעיף 28(ב) לחוק המעצרים מניח, כי בעת החלטת ה"קצין הממונה" על מעצרו של אדם, כבר יכול שיהיה עורך-הדין נוכח בתחנת המשטרה ומשמיע דבריו בעניין. משמע - לחשוד כבר הודעה זכותו להיוועצות בעורך-דין, וזה כבר הגיע לתחנת המשטרה. וכך קובע הסעיף:

"ב) נכח סניגורו של החשוד, בתחנת המשטרה, במעמד החלטת הקצין הממונה, ישמע אותו הקצין הממונה לפני מתן החלטתו אם ביקש להשמיע דבריו; אין בהוראות סעיף קטן זה כדי לחייב את הקצין הממונה להמתין לבואו של הסניגור או לאפשר פגישה בין החשוד לסניגורו בניגוד להחלטה לפי סעיפים 34 ו-35".

77. גם סעיף 32 לחוק המעצרים מניח כי חקירתו של עצור תתבצע עם מעצרו:

”החליט הקצין הממונה לעצור את החשוד, יבהיר לו מיד את דבר המעצר ואת סיבת המעצר בלשון המובנת לו, ככל האפשר, וכן -

(1) את זכותו שתימסר הודעה על מעצרו, לאדם קרוב לו ולעורך-דין ואת זכותו להיפגש עם עורך-דין, הכל בכפוף להוראות סעיפים 34 עד 36; וכן את זכותו להיות מיוצג על ידי סניגור כאמור בסעיף 15 לחוק סדר הדין הפלילי או לפי חוק הסניגוריה הציבורית;

(2) את משך הזמן שניתן להחזיקו במעצר עד שישוחרר או עד שיובא בפני שופט”.

78. אם לעצור יש זכות להיפגש עם עורך הדין ללא דיחוי, ואם ההנחה היא שחקירתו של העצור נעשית מיד עם מעצרו, הרי שיש לידע את העצור בדבר זכותו להיוועץ בעורך דין מיד עם בואו של העצור לתחנת המשטרה ובטרם נחקר.

79. חיזוק לפרשנות זו אנו מוצאים בסעיף 19 לחוק הסניגוריה הציבורית, שהוא כאמור מקור נוסף בדין לזכות ההיוועצות. סעיף זה קובע:

”נעצר אדם והובא לתחנת משטרה או למתקן של רשות החוקרת על פי דין או שהוא חשוד בביצוע עבירה, יודיע לו הממונה על התחנה או על החקירה, בהקדם האפשרי, כי באפשרותו לבקש מינוי סניגור ציבורי אם הוא זכאי לכך לפי חוק זה”.

80. גם מסעיף 34 (ד) לחוק המעצרים אנו למדים, כי המחוקק הניח שפגישה עם עורך הדין עשויה להתקיים בטרם החלה חקירתו של העצור. סעיף זה קובע:

”נמצא העצור באותה עת, בעיצומם של הליכי חקירה או של פעולות אחרות הקשורות בחקירה, באופן שנוכחותו נדרשת כדי להשלים, ועריכת הפגישה עם עורך הדין ללא דיחוי, כאמור בסעיף קטן (ג), מחייבת את הפסקתם או את דחייתם למועד אחר, והקצין הממונה בדרגת רב פקד ומעלה (להלן בסעיף זה - הקצין הממונה) סבר כי הפסקתם או דחייתם עשויה לסכן, באופן ממשי, את החקירה, רשאי הוא להורות בהחלטה מנומקת בכתב, שפגישת העצור עם עורך הדין תידחה לזמן הנדרש כדי להשלים את הפעולה, ובלבד שההפסקה לא תעלה על שעות ספורות”.

81. אם ניתן לדחות או להפסיק את המפגש בשל עיצומם של הליכי חקירה שהפסקתם או דחייתם מסכנים באופן ממשי את החקירה, משמע כי מועד המפגש עם עורך הדין יכול שיתבצע עוד בטרם החלה החקירה. אם מפגש כאמור יכול שיתרחש עוד בטרם החלה חקירתו של העצור, כי אז יש להודיע לעצור בדבר הזכות להיוועץ בעורך דין בטרם החלה חקירתו.

82. הדיון במועד בו יש להודיע לעצור על זכותו להיוועץ עם עורך דין הוא בעל חשיבות, שכן מנסיגה של הסניגוריה הציבורית עולה כי במקרים רבים מודיעה המשטרה לעצור על זכות ההיוועצות רק לאחר החקירה, ומודיעה לסניגוריה הציבורית על רצון העצור להפגש בסניגור ציבורי אף לאחר מכן (ר' להלן בפרק העוסק במחקר השדה).

83. פרשנות סעיף 32 לחוק המעצרים, לפיה מועד ההודעה על זכות ההיוועצות הוא לאחר החקירה, תחטא לתכלית חוק המעצרים, ותפר את האיזון הראוי בין הצורך של המשטרה לחקור עבירות לבין הצורך לשמור על זכויותיו של האדם. פרשנות לפיה ניתן לחקור את העצור ורק לאחר חקירתו לידע אותו לגבי זכותו להיוועץ בעורך הדין, מרוקנת מתוכן את האפקטיביות שיש במפגש בין עורך הדין לבין חשוד או עצור, ועשויה להפוך את זכות ההיוועצות לאות מתה בספר החוקים.

V מחקר השדה - כללי

מבוא

84. במקרה נשוא ערעור זה לא הודיעו החוקרים לעצור על זכותו להיוועץ בעורך-דין טרם גביית ההודעה. בבואנו לחקור את הפרקטיקה הנוהגת של משטרת ישראל במתן הודעות לעצורים על זכותם להיפגש עם עורך-דין, שיערנו, כי מקרהו של יששכרוב איננו מקרה חריג. להערכתנו, מדובר בתופעה שכיחה בחקירות משטרה, לפיה לא מודיעים לנחקרים על זכות ההיוועצות ועל זכות השתיקה, או שמודיעים על זכויות אלה רק לאחר החקירה ולאחר שכבר נמסרה הודעה על ידם.
85. מתוך עבודתנו למדנו זה מכבר כי קיימת מדיניות לא פורמלית במשטרת ישראל שעניינה דחיית מתן ההודעה לעצורים על זכותם להיוועץ בעורך דין, למועד שלאחר גביית הודעתו של העצור. חוקרי משטרה ומפקדיהם שבו ואמרו לנו בהזדמנויות שונות כי אין הם מעוניינים לאמץ, הלכה למעשה, פרקטיקה לפיה יודיעו לעצור על זכותו להיוועץ בעורך-דין עוד בטרם יחקר, וזאת בשל החשש שהעצור אכן יבקש לערוך את פגישת הייעוץ עם עורך-הדין טרם נגבתה הודעתו הראשונה. חוקרי המשטרה ומפקדיהם מאמינים, אם כן, כי קיומה של פגישת ייעוץ עם עורך-דין תפחית את הסיכוי שהעצור ישתף פעולה וימסור הודעה מלאה. חשש זה, מפני סיכול הניסיון לברר את העובדות בהן חשוד העצור באמצעות העצור עצמו, הוא שמונע מתן הזדמנות לעצורים לממש מיידית או בסמוך למעצרים את זכותם להיוועץ בעורך-דין.

המחקר ומטרותיו

86. אמרותיהם הבלתי פורמליות של חוקרים ומפקדי משטרה לגבי מדיניות בלתי פורמלית אינן מהוות ראייה להוכחת הפרקטיקה הנוהגת של המשטרה בעת חקירת חשודים/ עצורים. לפיכך, החלטנו לערוך מחקר שדה על מנת לבחון את השאלה **אם ובאיזו מידה ממלאים חוקרי המשטרה אחר החובה להודיע לנחקר על זכות ההיוועצות בעורך דין מטעם הסניגוריה הציבורית.**³²
87. כמו-כן, לאור העובדה שפגישת הייעוץ עם עורך הדין חשובה כל-כך לשאלה **אם ניתנת הזדמנות ראויה לעצורים לממש את זכות השתיקה, נבדקה גם עובדת ההודעה לנחקר על זכות זו.**
88. עוד נבדקה במסגרת המחקר **שאלת עיתוי ההודעה על הזכויות** האמורות. למותר לציין, כי לשאלת העיתוי קיימת חשיבות מכרעת למימושה של הזכות, שכן אם הנחקר קיבל את ההודעה על זכות ההיוועצות לאחר שכבר נחקר ומסר הודעתו, הרי שהמשטרה, שכביכול מילאה את תפקידה בהודעה על הזכות, עשתה זאת באופן פורמלי בלבד. לא כל שכן לגבי זכות השתיקה, שהודעה אודותיה לאחר שכבר נמסרה הודעת חשוד מרוקנת את הזכות מכל תוכן.

³² על ביצוע בדיקה זו הקלה העובדה כי כיום, שלא כבעבר, מייצגים סניגורים ציבוריים כ- 75% מכלל העצורים המובאים לבית המשפט להארכת מעצר. ייצוג זה ניתן בכל רחבי הארץ למעט בשני מחוזות שבהם טרם ניתנה סמכות על פי חוק לסניגוריה הציבורית לייצג עצורים. במחוזות אלה - מחוז חיפה ומחוז נצרת - כ 90% מקרב העצורים אינם מיוצגים בדיון המשפטי בנושא הארכת מעצרים ב"מעצר ימים".

נוהלי המשטרה להודעה על הזכות וההסדר עם הסניגוריה הציבורית

89. למען הבנת אופן הביצוע של המחקר וממצאיו, נבהיר להלן מהם הנהלים המגדירים את אופן מימוש זכות העצור להיוועץ בעורך-דין בעת שהוא נתון במעצר בשלבים הראשוניים של חקירתו.
90. מדי שנה נעצרים ומובאים לתחנות המשטרה כ- 40,000 איש. בהתאם לחוק, מחוייבים חוקרי המשטרה להודיע לעצורים מיידית על זכותם להיוועץ בעורך-דין.³³ להערכתנו, עד להקמתה של הסניגוריה הציבורית והסמכתה לייצג עצורים, רק כ- 5% מן העצורים נפגשו עם עורך דין לפגישת ייעוץ טרם הובאו לבית המשפט להארכת מעצרו. מדובר היה בעצורים שנועצו בעורכי-דין פרטיים, שכן לפני הקמת הסניגוריה הציבורית, לא אפשרה השיטה הנהוגה מתן סיוע משפטי לעצורים-נזקקים בתחנות המשטרה עובר להבאתם בפני שופט המעצרים.
91. לאחר הקמתה של הסניגוריה הציבורית, והסמכתה לייצג עצורים,³⁴ הוקם צוות משותף של הסניגוריה הציבורית ומשטרת ישראל כדי לקבוע הנחיות שתאפשרנה לעצורים לממש את זכותם לייעוץ משפטי בתחנות המשטרה. הצוות המשותף ניסח הנחיה בענין ייצוגם של עצורים מחוסרי אמצעים וקטינים על-ידי הסניגוריה הציבורית, וכיום מתאפשרת, לבקשת העצור, פגישתו עם עורך-דין כבר בתחנת המשטרה. נבהיר להלן את עיקרי ההסדר.
92. על פי הסדר זה, החל מיום 1.11.98, מחוייבים חוקרים ושוטרים בתחנות משטרה ליידע עצורים, סמוך למעצרו, על זכותם להיפגש עם עורך-דין, ובכלל זה עם עורך-דין מן הסניגוריה הציבורית. למימוש זכות זו עיצבו הסניגוריה הציבורית ומשטרת ישראל שורה של טפסים חדשים לשימושם של חוקרים בתחנות המשטרה. ראשית, עוצב טופס הודעה לעצור על אפשרות מינוי סניגור ציבורי [מצורף **כנספח יב'**]. הודעה זו מנוסחת בארבע שפות (עברית, אנגלית רוסית וערבית), ועל השוטר להקריא לעצור את תוכן ההודעה. טופס נוסף נקרא "בקשה למינוי סניגור ציבורי לפי חוק הסניגוריה הציבורית" (להלן: "**פנייה**") [מצורף **כנספח יג'**]. על טופס הפנייה אמור החוקר למלא את פרטיו האישיים של עצור המבקש להיות מיוצג על-ידי סניגור ציבורי. טופס זה אמור להישלח מיד עם מילוי לשכת הסניגוריה הציבורית המחוזית. על פי הנחיות המשטרה [הנחיתת מח"ק, מצורפת **כנספח יד'**] אמור החוקר לסמן בסעיף 6 לאסמכתא לכליאה [מצורפת **כנספח טו'**] כי אכן הודיע לעצור על זכותו להיות מיוצג על-ידי סניגור ציבורי. כמו כן, על החוקר לציין באסמכתא כי הורה להעביר את בקשתו למינוי סניגור ציבורי לשכת הסניגוריה הציבורית, או לחלופין, כי העצור לא היה מעוניין למלא את הבקשה. עם קבלת הטופס שולחת הסניגוריה הציבורית סניגור ציבורי כונן לתחנת המשטרה.

³³ הוראות החוק השונות נוקטות מגוון של ציוויים המעידים על הצורך בהודעה דחופה על הזכות. ס' 19(א) לחוק הסניגוריה גורס "נעצר אדם והובא לתחנת המשטרה... יודיע לו הממונה על התחנה או על החקירה **בהקדם האפשרי**". ס' 1(32) לחוק המעצרים דורש כי הקצין הממונה יבהיר את זכות הפגישה לעצור **מיד**. ס' 34(ב) לחוק זה מבהיר כי עצור המבקש להפגש עם עורך דינו יאפשר זאת האחראי על החקירה **ללא דיחוי**. ור' גם הוראת ס' 34(ד) לחוק המעצרים, הגורסת כי אין לדחות היוועצותו של הנחקר בעורך דינו אלא לשעות ספורות בלבד ובעילה ספציפית בלבד, על פיה דחיית החקירה תסכן באופן ממשי את החקירה.

³⁴ התקנות המאפשרות מימושו של סעיף 18(א)7 לחוק הסניגוריה הציבורית נכנסו לתוקפן במחוז תל אביב והמרכז ביום 1.11.98 ובמחוזות ירושלים ובאר שבע ביום 1.1.99. תקנות הסניגוריה הציבורית (זכאות לייצוג לקטינים נוספים), תשנ"ח - 1998 הסמיכו את הסניגוריה הציבורית לייצג קטינים עצורים במחוזות האמורים, החל מאותם תאריכים.

הסניגור הכונן, אשר נשלח מתוך מערך של כווננים, בודק, קודם כל, את זכאותו הכלכלית של העצור ואם הלה זכאי, הוא עורך עמו פגישת ייעוץ.³⁵

93. במהלך הביקור מסביר עורך-הדין לעצור את זכויותיו על-פי חוק, ומקבל ממנו מידע שיאפשר לו להתכונן לדיון בבית המשפט, אשר על-פי רוב יתקיים בבוקר יום המחרת.

94. לשם השלמת התמונה יובהר, כי עצורים אשר לא נפגשו עם עורך-דין בתחנת המשטרה ואשר אינם מיוצגים על ידי עורך-דין פרטי, נקלטים על ידי תורן המעצרים של הסניגוריה הציבורית בבית המשפט [להלן: "קליטה"] ונשאלים פעם נוספת אם ברצונם להיות מיוצגים על ידי עורך-דין בדיון המשפטי בהארכת מעצרים. זכאותם הכלכלית של המעוניינים נבדקת, ומי שזכאי לסיוע משפטי מקבל ייצוג מטעם הסניגוריה הציבורית בדיון המשפטי בבית המשפט באותו היום. לאחר השלמת הבדיקה הכלכלית ובהתאם לתוצאותיה, ממשיכה הסניגוריה הציבורית לייצג את הזכאים לכך בהמשך ההליכים המשפטיים, אם יהיו כאלה.

95. הערת הבהרה: במהלך הצגת הנתונים ייערך שימוש בטרמינולוגיה זו של "פנייה", המציינת דיווח מטעם המשטרה למשרדי הסניגוריה הציבורית בדבר קיומו של עצור, המבקש להיוועץ בסניגור ציבורי, ו"קליטה" המציינת קליטתו של העצור ע"י תורן של הסניגוריה הציבורית לראשונה בבתי המשפט בדיון בבקשת המשטרה להארכת מעצרו. מצב של "קליטה" מצביע על היעדרה של "פנייה" מן המשטרה.

קבוצת המחקר

96. קבוצת המחקר נבחרה אוכלוסייה של 220 עצורים במעצר ימים אשר טופלו בדרך כלשהי על-ידי הסניגוריה הציבורית במחוז תל-אביב. אוכלוסייה זו מורכבת משתי קבוצות: הקבוצה הראשונה כוללת עצורים אשר ביקשו לראות סניגור ציבורי בעודם כלואים בתחנת המשטרה או בבית מעצר ואשר המידע אודותם הגיע אלינו באמצעות "פניה"; הקבוצה השנייה כוללת עצורים, אשר הובאו לבית המשפט להארכת מעצר ראשונה לבית-משפט השלום, ואשר ביקשו להיות מיוצגים על ידי סניגור ציבורי. המידע אודות עצורים אלה הגיע אלינו לאחר שעברו "קליטה" בידי סניגור ציבורי תורן.

מטבע הדברים, עצורים שלא ביקשו להיוועץ או להיות מיוצגים על-ידי סניגור ציבורי, בין אם משום שלא חפצו בסניגור כלל ובין אם משום שהיו מיוצגים על-ידי סניגור פרטי, אינם נכללים בקבוצת המחקר.

97. חשוב לציין, שאין מדובר דווקא בעצורים שיוצגו בסופו של דבר על ידי סניגור ציבורי. חלק מן ה"פונים" מתבררים כבעלי יכולת כלכלית ואינם מקבלים יעוץ משפטי או ייצוג מטעם הסניגוריה הציבורית. גם בתהליך ה"קליטה" נערך מיון על בסיס זכאות כלכלית ורק הזכאים זוכים לייצוג על ידי הסניגוריה הציבורית. ברם, אין אנו עוסקים כעת בזכות לייצוג גופא אלא בשלב מוקדם יותר - בהודעת המשטרה על זכות ההיוועצות. בשלב זה אין משמעות לשאלת

³⁵ יצוין, כי עורך הדין בעת הגעתו לתחנת המשטרה עורך לעצור בדיקה כלכלית ראשונית בלבד באמצעות ראיון אישי ומילוי שאלון מפורט בחתימת ידו של העצור.

הזכאות הכלכלית והדגש הוא על עצם ההודעה בדבר קיומה של הזכות, על עיתוי ההודעה ועל הבנת ההודעה ע"י הנאשם.

שיטת המחקר

עקרון הבדיקה המשולשת

98. שיטת המחקר נשענת על שלוש בדיקות שונות, והסקת המסקנות נעשתה תוך הצלבת המידע בין המקורות השונים. בדיקה אחת התמקדה בראיון עצורים³⁶, אשר הובאו לבית משפט השלום בתל אביב מתחנות משטרה שונות במחוז תל אביב. בדיקה נוספת התמקדה במידע שנאסף מהתיעוד המשטרתי לגבי קבוצת המרואיינים. בדיקה שלישית התמקדה בניתוח התיעוד הקיים בתיקי הסניגוריה הציבורית. הנתונים משלוש בדיקות אלה הוצלבו לשם הסקת מסקנות.

ראיון עצורים

99. הסניגוריה הציבורית מינתה מראיין מטעמה אשר יראיין את העצורים באוכלוסייה הנדגמת. בין התאריכים 27.9.99 - 6.1.00 רואיינו 220 עצורים בבית-משפט השלום בתל-אביב. חלק מהראיונות התבצעו באולם בית המשפט, וחלקם במקום החזקת העצורים בטרם הבאתם בפני שופט המעצרים.

100. יתרונו המרכזי של הראיון ככלי מחקר הינו במידע הרב שניתן להפיק ממנו. בראיון ניתן לשאול את העצור שאלות אודות הדברים שנאמרו לו בעת מעצרו, תוכן הדברים ומועדם, האם הבין את הדברים שנאמרו לו וכיו"ב. חסרונו המרכזי של כלי מחקר זה הינו הקושי לאמת את המידע שמוסר העצור בזמן הראיון.

101. יצוין, כי עצורים אשר לא יכלו להשיב על השאלות בראיון באופן ענייני, כגון עצורים הנמצאים תחת השפעת סם או אלכוהול, לא נכללו בקבוצת המחקר.

102. המראיין הציג בפני כל מרואיין שאלות קבועות מתוך שאלון שהוכן. המראיין הקריא לעצור והסביר לו ככל הנדרש את השאלות, ורשם את תשובותיו. במידת הצורך נעזר המראיין במתורגמן.

103. חשוב לציין, כי באופן מכוון נוסחו השאלות לגבי זכות ההיוועצות וזכות השתיקה באופן הבא: "מתי הודיעו לך על הזכות", ולא "האם הודיעו לך על הזכות". צורת השאלה כוללת את ההנחה, כי נהוג להודיע על הזכות.

זאת ועוד, כחלק מהבהרת השאלות, חזר המראיין על הנוסח המלא של ההודעה כפי שהיה על השוטר להקריאה, בכדי לוודא שהמראיין מבין את השאלה היטב.

104. מהראיונות למדנו אם ומתי ניתנה הודעה על הזכויות.

³⁶ "שאלון לעצור" מצורף כנספח טז'.

בדיקת התיעוד המשטרתי לגבי העצורים

105. במסגרת זו נבדק הרישום המשטרתי הקיים לגבי כל 220 המרואיינים. הרישום המשטרתי בענין העצורים מכיל מספר סוגי מסמכים, לרבות צווי מעצר, פניות לסניגוריה הציבורית מטעם המשטרה באמצעות מכשירי הפקסימיליה, רישומי פניות טלפוניות מטעם המשטרה שנרשמו על-ידי מזכירות המעצרים בסניגוריה הציבורית ופרוטוקולים של הדיון במעצר.
106. כלי מחקרי זה מספק מידע אודות **מועד מתן ההודעה**. נמדדו הפרשי הזמנים בין שעת המעצר לבין שעת שליחת הפנייה למשרדי הסניגוריה הציבורית. בתחילת המחקר נבדק דיוק השעה והתאריך במכשירי הפקסימיליה המשטרתיים, מהם מקבלת הסניגוריה הציבורית את בקשות הייצוג. במקרים בהם הפניה בוצעה בטלפון ולא באמצעות מכשיר הפקסימיליה, נבדק זמן השיחה כפי שנרשם על-ידי מקבל השיחה במשרדי הסניגוריה הציבורית. הנתונים רוכזו לטבלה מסכמת המכילה את נתוני שעת המעצר, שעת קבלת הפנייה במידה שקיימת, הפרש השעות ביניהם ותשובות המרואיינים.

בדיקת התיעוד הקיים בתיקי הסניגוריה הציבורית

107. בנוסף, נערכה בדיקה מקבילה בתיקי הסניגוריה הציבורית במחוז תל-אביב - מרכז. בדיקה זו נועדה להוות מעין "קבוצת ביקורת" לנתונים שיגיעו מ"ראיון העצורים בבית-המשפט".

הערה מתודולוגית

108. הואיל וממצאי המחקר מבוססים בעיקרם על ראיונות, מתבקשת כאן הערה מתודולוגית בקשר למהימנות הממצאים. כלי הראיון ככלי מחקר מעלה שאלות חשובות לגבי מהימנות התשובות. ידוע כי מרואיינים מנסים לנחש את המטרות הנסתרות של המראיינים ולהתאים את תשובותיהם באופן מכוון. כמו-כן, ידוע כי קבוצות אוכלוסייה מסוימות אינן מבינות היטב שאלות המוצגות בצורה של ראיון או אינן יודעות לנסח את תשובותיהן כהלכה. לפעמים קיימת הטיה (Bias) הנובעת מרצונו של המרואיין להשיג טובת הנאה הזרה למטרת המחקר.
109. במחקר זה, חובתנו להעלות את האפשרות המתייחסת לקבוצת מרואיינים מיוחדת זאת - עצורים טרם דיון בבית המשפט. יתכן כי מרואיינים מסויימים יחשבו שיטיבו את מצבם במתן תשובה לפיה המשטרה לא קיימה את חובתה בנוגע לזכויותיהם, ועל כן קיים קושי מסויים לסמוך על תשובותיהם. יש להצביע על כך שחלק מן הממצאים אינם מושפעים מתשובתו הסובייקטיבית של המרואיין - בעיקר לגבי כמות הפניות לייעוץ משפטי אשר הגיעה לסניגוריה הציבורית. ממצאים אלה הם מדויקים ובעלי משמעויות חשובות. ממצאים אחרים המתייחסים לתשובותיהם של העצורים לגבי השאלות - "מתי הודיעו לך על זכות השתיקה" ו"האם הודיעו לך על הזכות להיוועץ עם סניגור" - רגישים יותר להשפעות מטעות. מאחר ועסקינן בעצורים אשר לעתים רואים במשטרה "גורם עוין", יתכן שקיימת נטייה להאשים את המשטרה באי הקפדה על כללים האמורים להיטיב עמם כעצורים. יתכן שעצורים מסויימים יענו כי לא הודיעו להם על זכות ההיוועצות או על זכות השתיקה, כאשר

למעשה ההיפך הוא הנכון. ברם, קיימת גם האפשרות ההפוכה, וזאת כי עצורים ינסו לא "לסבך" את עצמם בשלב רגיש זה של מעצרים על ידי העלאת טענות כביכול כנגד המשטרה.

110. תוך מודעות לגורמים אפשריים אלה, שיש בהם כדי לעוות, שיטת העבודה של המראיין הייתה בנויה על פעולות מכוונות וברורות אשר נועדו לנטרל ככל האפשר קשר בין התשובות, לבין מה שעשוי לקרות לעצור בחקירה הפלילית המתנהלת כנגדו. המראיין הסביר לעצור כי תשובותיו אינן קשורות קשר כלשהו לשאלה אם יזכה לייצוג בידי סניגור ציבורי, לא לשחררו ממעצר ולא לכל דבר אחר שהוא עשוי לרצות לקבל. צעדים אלה סייעו למראיין ביצירת אוירה של אמון. על-אף צעדים אלה, קיים בוודאי טווח של טעות בממצאי המחקר. השפעה העשויה לגרום לעיוות קיימת במחקרים בכלל, ובמחקר המבוסס על ראיונות בפרט. יחד עם זאת, יש להדגיש כי המראיין התרשם התרשמות חזיתית כי מרבית העצורים הבינו היטב את השאלות אותן שאל, וניסו להשיב תשובות אמיתיות. להתרשמות זו יש ערך לא מבוטל. אופן זה של הסקת מסקנות עובדתיות מוכר היטב לבית המשפט, שגם הוא מסתמך לעתים על מילתו של אדם הבא להעיד בפניו.

VI מחקר השדה - ממצאים

111. במסגרת מחקר השדה נבדקה שאלת ההודעה על זכות ההיוועצות בעורך דין, מועד מתן הודעה על הזכות והודעה על זכות ההיוועצות לעצורים הזקוקים למתורגמן. כמו-כן, נבדק נושא ההודעה על זכות השתיקה, מועדה ומימושה.

במסגרת המחקר רואיינו 220 עצורים המהווים את אוכלוסיית המחקר.

להלן ממצאי המחקר בכל אחד מן הנושאים שנבדקו :

ההודעה על זכות ההיוועצות בעורך-דין

112. במסגרת חלק זה של המחקר, נבדקו שלושה שלבים בנוגע לזכות ההיוועצות בעורך-דין ולמימושה :

שלב א' - האם קיבל העצור הודעה על זכות ההיוועצות בעורך-דין [להלן - "שלב ההודעה"].

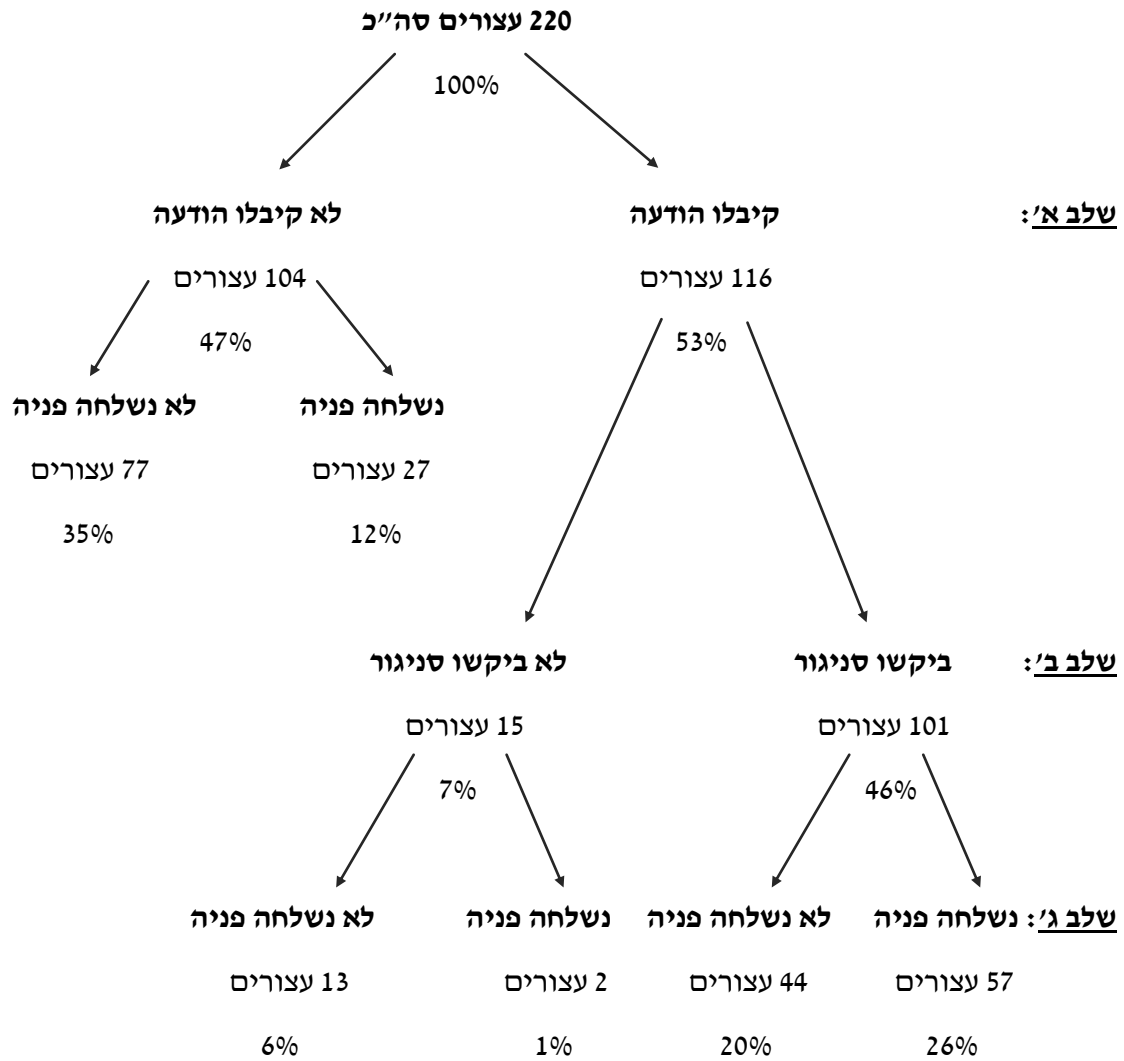
שלב ב' - האם ביקש העצור להיוועץ בעורך-דין [להלן - "שלב התגובה"].

שלב ג' - האם נשלחה פניה לסניגוריה הציבורית, כאשר העצור ביקש להיוועץ בסניגור ציבורי [להלן - "שלב הפניה"].

113. להלן תרשים המתאר את תוצאות המחקר בענין ההודעה על זכות ההיוועצות:

זכות ההיוועצות - הודעה, תגובה ופניה:

(כל נתוני האחוזים מתייחסים לסך-כל 220 העצורים)



114. לגבי "שלב ההודעה", 104 עצורים (המהווים 47% מהעצורים) טענו כי כלל לא יודעו לגבי זכותם להיוועץ בעורך-דין, בעוד ש- 116 עצורים (המהווים 53% מהעצורים) טענו כי יודעו על זכות זו. כלומר, כמעט מחצית מן העצורים טוענים שכלל לא הודיעו להם על זכותם להיוועץ בעורך-דין.
115. לגבי "שלב התגובה", 15 עצורים (המהווים 7% מכלל העצורים) מקרב העצורים שיודעו על זכות ההיוועצות, טענו כי לא ביקשו להיוועץ בעורך-דין, ואילו 101 עצורים (המהווים 46% מכלל העצורים) טענו שביקשו להיוועץ בעורך-דין.
- מנתון זה עולה שמקרב העצורים שטענו שהודיעו להם על זכות ההיוועצות, רובם המכריע ביקש להיוועץ בסניגור (101 עצורים, המהווים 87% מתוך 116 העצורים אשר טענו שיידעו אותם לגבי זכותם).
116. לגבי "שלב הפניה", מקרב העצורים שהודיעו להם על זכות ההיוועצות ושביקשו להיוועץ בעורך-דין, לגבי 57 עצורים (המהווים 26% מכלל העצורים) נתקבלה פניה במשרדי הסניגוריה הציבורית, ואילו לגבי 44 עצורים (המהווים 20% מכלל העצורים) לא נתקבלה פניה כזו.
- מנתון זה עולה שמקרב העצורים שהודיעו להם על זכות ההיוועצות ולטענתם ביקשו לממשה, לגבי כמעט מחצית לא נשלחה פניה לסניגוריה הציבורית (44 עצורים המהווים 43.5% מתוך 101 העצורים, אשר טענו שביקשו לממש את הזכות).
117. מהשוואת הנתונים שנתקבלו משלב הפניה, לנתונים אשר נתקבלו מן הראיונות מסתבר, כי קיימים עצורים אשר השיבו שלא הודיעו להם על זכות ההיוועצות, ובכל זאת נשלחה פניה בעינם. כמו כן, היו שטענו כי הודיעו להם על הזכות, הם לא ביקשו להיוועץ בסניגור, ובכל זאת נשלחה פניה בעינם. מהשוואה זו התעורר ספק אם הודיעו לעצורים אלה על זכות ההיוועצות, אם לאו.
118. להלן נניח שאכן הודיעו לעצורים אלה על זכות ההיוועצות, ובהמשך הדברים יובא הסבר אפשרי לעובדה שמתקבלות פניות במשרדי הסניגוריה הציבורית כאשר העצור טוען שכלל לא הודיעו לו על זכות ההיוועצות.
119. לפי הנחה זו, בשלב ההודעה, 77 עצורים (104 שטענו שלא קיבלו הודעה פחות 27 עצורים שנשלחה פניה בעינם), המהווים 35% מהעצורים, לא קיבלו כלל הודעה על זכות ההיוועצות. עוד עולה מהנתונים לפי הנחה זו ש- 44 עצורים, המהווים 20% מהעצורים, קיבלו הודעה על זכות ההיוועצות, ביקשו להיוועץ בסניגור אך לא נשלחה פניה לגביהם.
120. מנתונים אלה עולה חשד שלגבי מרבית העצורים או שלא ניתנה הודעה על זכות ההיוועצות (35%), או שקיבלו הודעה, ביקשו להיוועץ בסניגור, אך לא נשלחה פניה בעינם (20%). כך, 55% מהעצורים לא יכלו לממש את זכות ההיוועצות.

הבנת ההודעה על זכות ההיוועצות וידעת השפה העברית

121. מכלל אוכלוסיית המחקר נמצאו 38 עצורים הזקוקים למתורגמן (המהווים 17% מכלל העצורים). ביחס לקבוצה זו של עצורים, שאינם מבינים עברית, נבדקה שאלת ההודעה על

זכות ההיוועצות.³⁷ ממצאי הבדיקה העלו ש- 27 עצורים (המהווים 71% מתוך 38 עצורים הזקוקים למתורגמן) טענו שלא קיבלו הודעה על זכות ההיוועצות, בעוד שרק 11 עצורים (המהווים 29% מתוך 38 העצורים הזקוקים למתורגמן) טענו כי קיבלו הודעה על זכות זו.

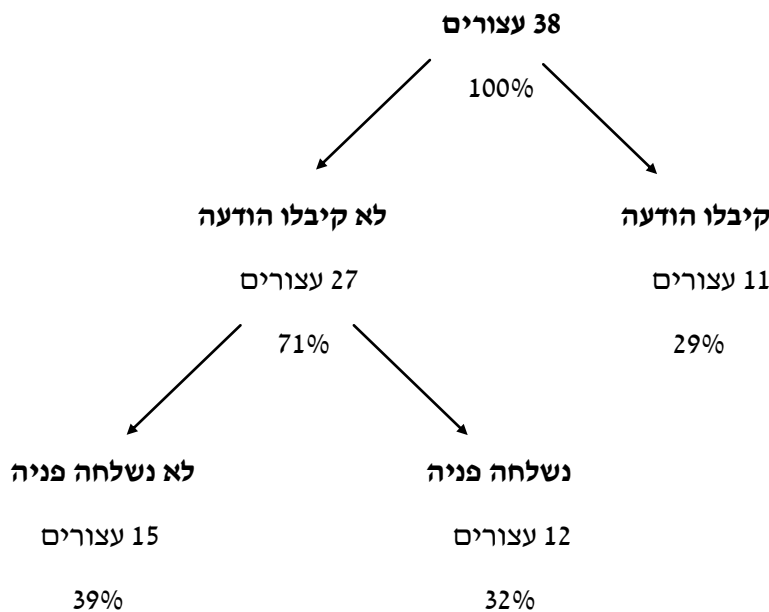
122. בדיקת קבוצת העצורים הזקוקים למתורגמן אשר טענו שלא יודעו על זכות ההיוועצות (27 עצורים) העלתה שלגבי 12 מתוכם (המהווים 32% מהעצורים הזקוקים למתורגמן) נשלחה פניה מהמשטרה למשרדי הסניגוריה הציבורית.

מנתון זה עולה שמקרב העצורים הזקוקים למתורגמן, אשר טענו שלא הודיעו להם על זכות ההיוועצות, לגבי כמעט מחצית מן העצורים נשלחה פניה (12 עצורים המהווים 44% מתוך 27 העצורים הזקוקים למתורגמן שטענו שלא הודיעו להם על הזכות).

123. מנתונים אלה עולה אפשרות לפיה חלק ניכר מהעצורים הזקוקים למתורגמן קיבלו אמנם הודעה על זכות ההיוועצות (ולכן כפי הנראה נשלחה פניה), אך, ככל הנראה, הם כלל לא הבינו את שנאמר להם, ומכאן טענתם, שלא הודיעו להם על הזכות.

ההודעה על זכות ההיוועצות לעצורים הזקוקים למתורגמן

(נתוני האחוזים להלן מתייחסים ל- 38 העצורים הזקוקים למתורגמן)



³⁷ מובן כי ראיון העצורים שאינם מבינים עברית, בוצע על-ידינו בסיוע מתורגמן.

העצורים הזקוקים למתורגמן מתוך כלל העצורים

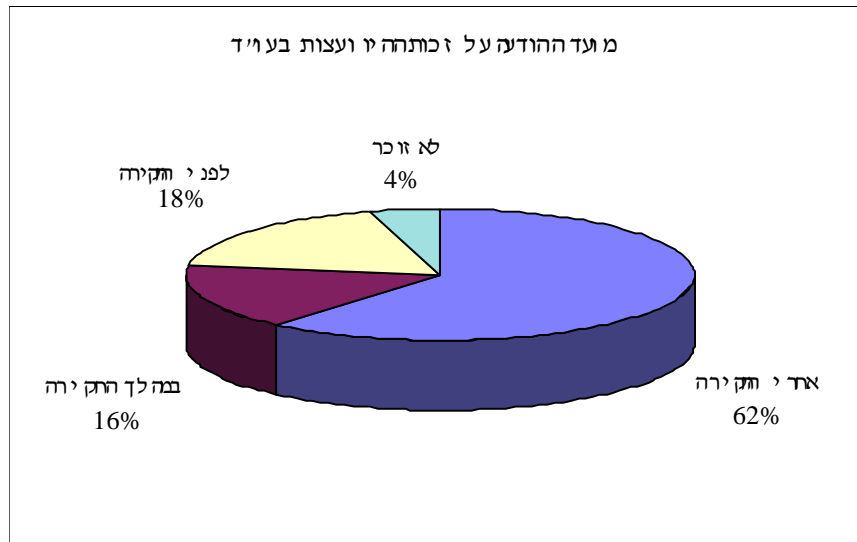
124. גודלה היחסי של קבוצת העצורים הטוענים שלא הודיעו להם על זכות ההיוועצות, מתוך העצורים הזקוקים למתורגמן (71%), עולה באופן משמעותי על גודלה היחסי של קבוצה זו בכלל אוכלוסיית העצורים שנבדקה (47%).
125. יצוין כי, העצורים הזקוקים למתורגמן שטענו שלא יודעו על זכות ההיוועצות ואשר נשלחה פניה בעניינם (12 עצורים), מהווים חלק ניכר מסך כל העצורים שטענו שלא יודעו על הזכות, ואשר נשלחה פניה בעניינם. זאת למרות שיעורם הנמוך יותר של העצורים הזקוקים למתורגמן באוכלוסיית המחקר כולה (17%).
126. נתונים אלה מספקים הסבר אפשרי לקושי שהוצג לעיל בדבר עצורים שטענו שלא הודיעו להם על הזכות, למרות שנשלחה פניה בעניינם. לפי הסבר זה, חלק ניכר מעצורים אלה כלל לא הבינו את ההודעה שנמסרה להם.

ההודעה על זכות ההיוועצות לאור בדיקת תיקי הסניגוריה הציבורית

127. במקביל למחקר אשר התבצע באמצעות ראיונות, נבדקו כל תיקי הסניגוריה הציבורית במחוז תל-אביב - מרכז בנוגע לעצורים אשר נעצרו בחודש אוקטובר 1999. בדיקה זו, של 386 תיקי עצורים, העלתה שלגבי 140 עצורים (המהווים 36% מכלל העצורים שנבדקו) נתקבלה פניה במשרדי הסניגוריה הציבורית, בעוד ש- 246 עצורים (המהווים 64% מכלל העצורים שנבדקו) נקלטו לראשונה על-ידי סניגור מטעם הסניגוריה הציבורית בבית-המשפט כאשר ביקשו להיוועץ ולהיות מיוצגים על-ידי סניגור ציבורי, וזאת מבלי שנתקבלה פניה לגביהם.
- נתון זה מאמת את המחקר אשר בוצע ביחס לאוכלוסיית המרואיינים, לענין היחס בין מספר העצורים שלגביהם נתקבלה פניה במשרדי הסניגוריה הציבורית לבין מספר העצורים אשר נקלטו לראשונה בבית-המשפט. בנוסף, נתון זה, לפיו 64% מהעצורים נקלטו לראשונה על-ידי סניגור ציבורי בבית-המשפט מבלי שנשלחה פניה בעניינם, מעלה חשד שמא לא הודיעה המשטרה על זכות ההיוועצות לחלק מעצורים אלה. עצורים אלה ביקשו **כולם** להיוועץ ולהיות מיוצגים על-ידי סניגור ציבורי כאשר הובאו לראשונה בפני שופט המעצרים (עצורים שלא ביקשו להיוועץ בסניגור ציבורי לא נבדקו). **לא יעלה על הדעת, שעצורים אלה כולם ויתרו במודע על זכותם להיוועץ בסניגור בשעת המעצר, ודווקא למחרת נמלכו כולם בדעתם.**

מועד ההודעה על זכות ההיוועצות

128. ביחס לקבוצת העצורים אשר טענו שהודיעו להם על זכות ההיוועצות (116 עצורים), נבדקה השאלה מתי יודעו לגבי זכות זו. מבדיקת תשובות העצורים עולה, כי 62% מהעצורים טענו שההודעה ניתנה לאחר תום החקירה. 16% מהעצורים טענו שההודעה ניתנה במהלך החקירה, ואילו רק 18% (21 עצורים), טענו שהודיעו להם על הזכות לפני או בסמוך לתחילת החקירה.



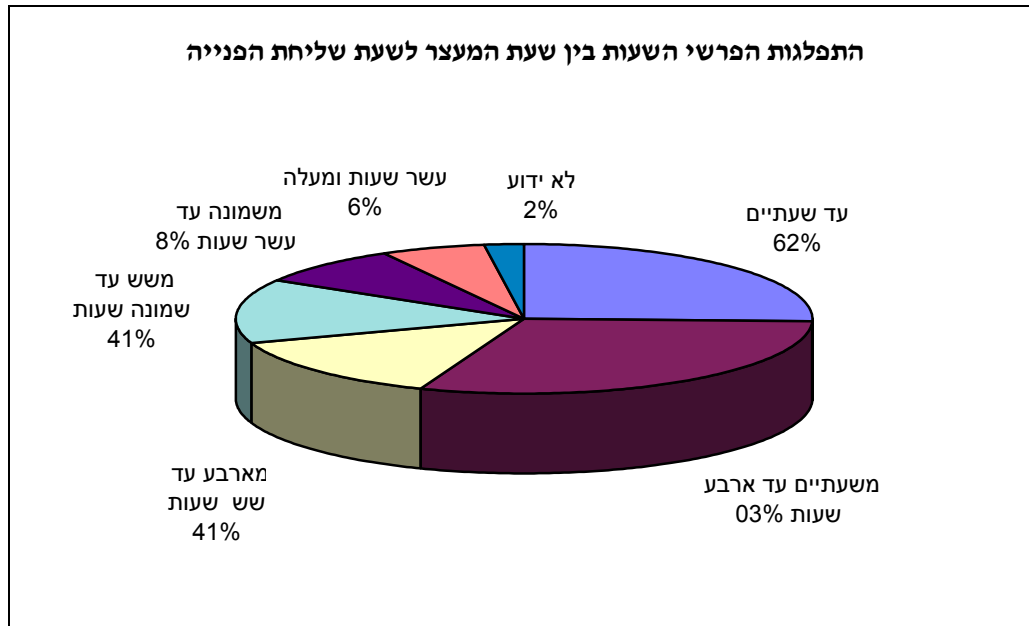
129. מנתונים אלה עולה, שאף כאשר מודיעה המשטרה לעצור על זכותו להיוועץ בעורך-דין, ניתנת ההודעה במרבית המקרים לאחר החקירה, בשלב בו האפקטיביות של ההודעה על זכות ההיוועצות פוחתת באופן משמעותי. רק לגבי מיעוט קטן של העצורים ניתנת ההודעה על הזכות לפני או בסמוך לתחילת החקירה.

130. כאמור לעיל, מקרב העצורים אשר טענו שהודיעו להם על זכות ההיוועצות (116 עצורים), נמצאו רק 21 עצורים (18%), אשר טענו שהודיעו להם על זכות זו לפני או בסמוך לתחילת החקירה. מקרב 21 עצורים אלה, 5 עצורים לא ביקשו להיוועץ בסניגור ו- 11 עצורים טענו שביקשו להיוועץ בסניגור, אך לא נשלחה פניה בעניינם. רק בעניינם של 5 עצורים, אשר טענו שביקשו להיוועץ בסניגור, נשלחה פניה למשרדי הסניגוריה הציבורית.

לגבי 5 עצורים אלה, שלכאורה מהלך הדברים בעניינם היה תקין (יודעו על הזכות בטרם חקירה, ביקשו להיוועץ בסניגור ונשלחה פניה), בדקנו את פער הזמנים בין שעת מעצרו לבין שעת שליחת הפניה למשרדי הסניגוריה הציבורית. מבדיקה זו הסתבר שרק לגבי 2 עצורים נשלחה הפניה בשעתיים הראשונות למעצרו (לגבי שלושת העצורים האחרים נשלחה ההודעה כ- 3, 6 ו-7 שעות לאחר שנעצרו). משמע, מתוך כלל המחקר נמצאו רק שני עצורים אשר הודיעו להם על זכות ההיוועצות בטרם חקירה, הם ביקשו סניגור ונשלחה פניה בעניינם במסגרת השעתיים הראשונות למעצרו.

131. זאת ועוד, במסגרת המחקר נבדק **פער הזמנים** בין שעת המעצר לבין זמן שליחת הפניה ללשכת הסניגוריה הציבורית, לגבי כלל העצורים אשר נשלחה פניה בעניינם.³⁸

להלן התוצאות שנתקבלו :



132. הבדיקה העלתה שבלמעלה מ-70% מן המקרים בהם נשלחה פניה ללשכת הסניגוריה הציבורית, היא נשלחה לאחר למעלה מ-4 שעות ממועד מעצרו, ובלמעלה מ-14% מן המקרים הפניה נשלחה למעלה מ-8 שעות לאחר שעת המעצר.

133. מנתונים אלה עולה שבחלק ניכר מהמקרים נשלחת פניה למשרדי הסניגוריה הציבורית רק בחלוף שעות ארוכות משעת המעצר, באופן המפחית את האפקטיביות של זכות ההיוועצות.

134. זאת ועוד, "שעת המעצר" היא לעתים רק בחלוף מספר שעות מעיכוב החשוד וחקירתו, טרם מעצרו, עובדה המאריכה בהרבה את השיהוי בין מועד ההודעה הקבוע בחוק לבין המועד שבו מתבצעת ההודעה.

³⁸ בדיקה זו התבצעה בהסתמך על מסמכים ורישומים משטרתיים.

ההודעה על זכות השתיקה

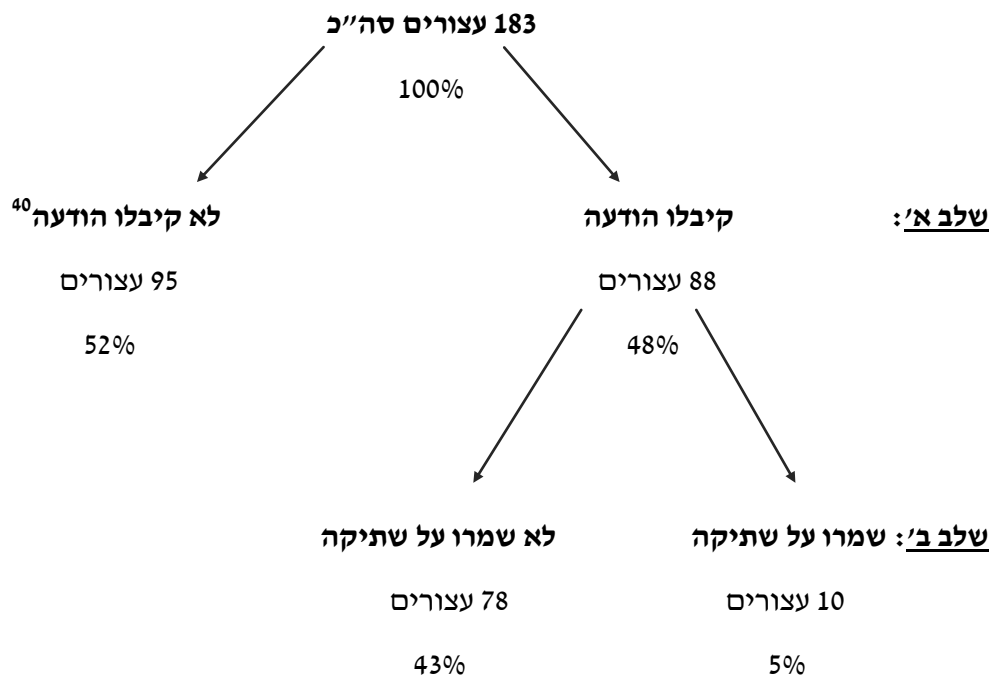
135. במסגרת חלק זה של המחקר נבדקו שני שלבים :

שלב א' - האם הקצין הודיע לעצור על זכות השתיקה [להלן - **"שלב ההודעה"**].

שלב ב' - האם העצור שמר על זכותו [להלן - **"שלב התגובה"**].

זכות השתיקה - הודעה ותגובה

(כל נתוני האחוזים מתייחסים לסך-כל 183 העצורים)³⁹



136. לגבי **"שלב ההודעה"**, טענו 95 עצורים (המהווים 52% מהעצורים) כי לא יודעו לגבי זכות השתיקה, בעוד ש- 88 עצורים (המהווים 48% מהעצורים) טענו שידעו.

137. לגבי **"שלב התגובה"**, מקרב העצורים שטענו שהודיעו להם על זכות השתיקה, טענו 78 עצורים (המהווים 43% מכלל העצורים) כי לא שמרו על שתיקה בחקירה, בעוד שרק 10 עצורים (המהווים 5% מכלל העצורים) טענו ששמרו על שתיקה בחקירתם.

מנתון זה עולה שמקרב העצורים שטענו שהודיעו להם על זכות השתיקה, רובם המכריע של העצורים לא ביקשו לשמור על שתיקה (78 עצורים המהווים 89% מ- 88 העצורים שידעו לגבי זכות השתיקה).

³⁹ בדיקת נושא זכות השתיקה החלה רק בשבוע השני של המחקר, ולפיכך הנתונים מתייחסים ל-183 עצורים בלבד.

⁴⁰ ביחס לעצורים אלה לא נבדק האם שמרו על זכות השתיקה, אם לאו.

הסיבות לאי-שמירה על זכות השתיקה

138. בקרב 78 העצורים שטענו שלא ביקשו לשמור על זכות השתיקה, נבדקה השאלה מדוע לא שמרו על זכות זו. מתשובות העצורים מסתבר שמרבית העצורים ביקשו למסור את גרסתם מתוך תחושה ש"לא היה להם מה להסתיר", שהם רצו "לספר מה שקרה" ו-"להסביר את המצב", מתוך תחושה "שזה טוב לענות" ואף מתוך החלטה להודות בחשדות המיוחסים להם.

יחד עם זאת, היו עצורים שטענו שלא שמרו על זכות השתיקה, מאחר שהודיעו להם על זכות זו רק לאחר החקירה, דבר המרוקן את הזכות מכל תוכן. כמו-כן, חלק מן העצורים טענו שחוקרי המשטרה אמרו להם ש"כדאי להם לענות", ש"זה לטובתם" וש"אם ידברו ישחררו אותם". במקרים אלה נטלו השוטרים לעצמם את תפקיד הסניגור, ו"יעצו" לעצורים בנוגע למימוש זכות השתיקה.

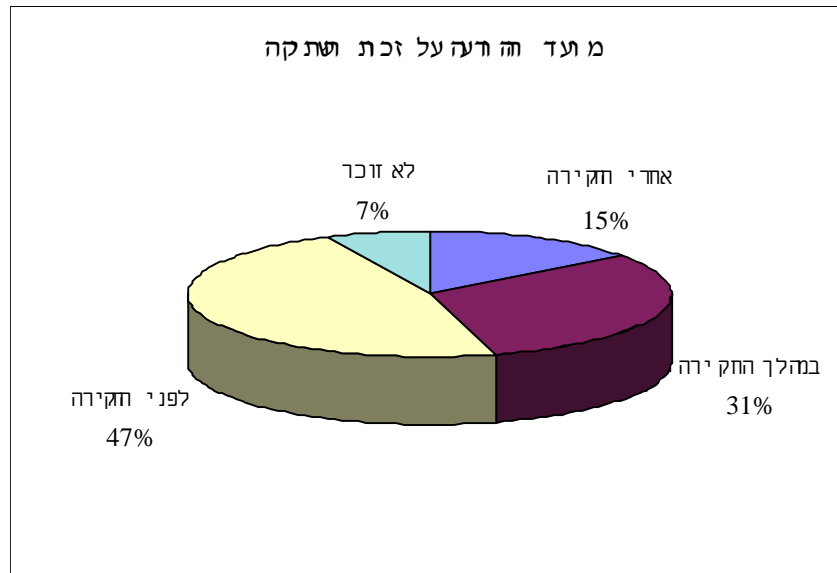
להלן התשובות שנתקבלו:

הסיבות לאי שמירה על זכות השתיקה

אחוזים	מספר עצורים	תשובת העצור
46%	36	"אין לי מה להסתיר"; "לא עשיתי כלום"; "אמרתי אמת"
10%	8	"שאלו אותי אז עניתי"; "דיברתי / מסרתי עדות"
9%	7	"סיפרתי מה שקרה"; "הסברתי את המצב"; "היה לי מה לומר"
6.5%	5	"הודיעו לי בסוף החקירה"
5%	4	"הודיתי"; "נתפסתי על חם"
5%	4	"לא זוכר"; "לא יודע"
4%	3	"אמרו לי שכדאי לענות/ שזה לטובתי/ שאם אדבר ישחררו אותי"
4%	3	"הייתי צריך לענות"
2.5%	2	"חשבתי שזה טוב לענות"; "רציתי לעזור לעצמי"
2.5%	2	"אמרתי מה שיכלתי להגיד"; "דיברתי לא משהו מיוחד"
2.5%	2	"רציתי לסגור הכל"; "לא חיפשתי בעיות"
1.5%	1	"לא הודיתי"
1.5%	1	"נתנו לי מכות"
100%	78	סה"כ

מועד ההודעה על זכות השתיקה

139. ביחס לקבוצת העצורים אשר טענו שהודיעו להם על זכות השתיקה (88 עצורים), נבדקה השאלה מתי הודיעו להם על זכות זו. מבדיקת תשובות העצורים עולה, כי 15% מן העצורים טענו שהודיעו להם על זכות השתיקה רק לאחר החקירה, ו 31% מהעצורים טענו שהודיעו להם על זכות השתיקה במהלך החקירה. רק 47% מן העצורים דיווחו שהודיעו להם על זכות השתיקה בסמוך לתחילת החקירה או לפנייה.



השוואת מועדי ההודעה על זכות ההיוועצות ועל זכות השתיקה

140. מהשוואת מועדי ההודעה על זכות השתיקה למועדי ההודעה על זכות ההיוועצות עולה הממצא הבא: 62% מהעצורים שהודיעו להם על זכות ההיוועצות, יודעו על הזכות רק לאחר החקירה, בעוד ש- 15% מהעצורים שהודיעו להם על זכות השתיקה, יודעו על הזכות רק לאחר החקירה. כלומר, שכיחות המצבים בהם מודיעים על הזכות רק לאחר החקירה, גדולה באופן משמעותי בזכות ההיוועצות בעורך דין לעומת זכות השתיקה.

מסקנות מחקר השדה

141. ניתוח ממצאי המחקר מוביל למסקנה, כי חלק ניכר מהעצורים אינם מקבלים הודעה על זכותם להיוועץ בסניגור. מקרב העצורים המיודעים בדבר זכות ההיוועצות, רובם המכריע של העצורים מבקשים לממשה. דא עקא, רבים מהם אינם זוכים להיוועץ בסניגור משום שלא נשלחת מהמשטרה פניה לגביהם למשרדי הסניגוריה הציבורית. כך מרבית העצורים אינם זוכים להיוועץ בסניגור בשלב הראשון של מעצרם, בין משום שלא יודעו בדבר הזכות ובין משום שלא נשלחה פניה בעניינם.
142. זאת ועוד, אף כאשר העצורים מיודעים בדבר זכותם להיוועץ בעורך-דין, הודעה זו נמסרת למרבית העצורים רק לאחר תום החקירה, בשלב בו האפקטיביות של הודעה על זכות ההיוועצות פוחתת באופן משמעותי. האפקטיביות של ההודעה על זכות ההיוועצות לאחר החקירה פוחתת במיוחד בכל הקשור לייעוץ משפטי לגבי האפשרויות החוקיות העומדות בפני הנחקר בעת החקירה, לרבות לצורך מתן יעוץ לגבי המעמד המשפטי של זכות השתיקה ומימושה. רק לגבי מיעוט קטן מקרב העצורים הודיעו השוטרים על זכות ההיוועצות בטרם החקירה או בסמוך לתחילתה.
143. לא זו אף זו, במקרים בהם נשלחת פניה למשרדי הסניגוריה הציבורית, חולפות לעתים קרובות שעות ארוכות משעת המעצר ועד לשעה שבה נשלחת הפניה למשרדי הסניגוריה הציבורית. כך עצורים רבים זוכים להיפגש עם סניגור רק כעבור שעות רבות לאחר שנשתיימה חקירתם, כאשר האפקטיביות של הפגישה פוחתת באופן משמעותי.
144. מסקנה נוספת העולה ממצאי המחקר היא, כי חלק ניכר מהעצורים הזקוקים למתורגמן קיבלו אמנם הודעה על זכותם להיוועץ בעורך-דין, אך ככל הנראה כלל לא הבינו את תוכנה של ההודעה. חוסר הבנתם של עצורים את זכויותיהם מחזק את הצורך בהיוועצות העצורים בעורך דין.
145. בענין זכות השתיקה, מתקבלת המסקנה לפיה רבים מהעצורים כלל אינם מקבלים הודעה על זכות זו. מקרב העצורים אשר מיודעים על זכות השתיקה, רובם המכריע של העצורים מעדיפים למסור גרסה מסיבות שונות. יחד עם זאת, חלק מן העצורים אינם שומרים על שתיקה משום שמודיעים להם על הזכות רק לאחר החקירה, או משום שחוקרי המשטרה מייעצים להם שלא לעמוד על זכותם.
146. כאן אנו חוזרים להערה המתודולוגית בראש פרק זה. יש בוודאי הטיות בממצאי המחקר ולפיכך אין אנו מבקשים מבית משפט נכבד זה להסתמך על דיוקם של האחוזים כאילו אין בהם מידה של הטעיה. אך מאידך גיסא, על פי שיטתו של המחקר, רמת מהימנותו מאפשרת לבית המשפט להסתמך על "מגמות" בממצאים. המגמות מלמדות כי המקרה הנדון בפני בית משפט נכבד זה מייצג תופעה משמעותית ולא רק חריגה נדירה. ואכן, הסניגוריה הציבורית מבקשת להציג את המחקר, אשר בו הושקעה מחשבה רבה, כמגלה מגמה מסויימת אשר יש בה כדי ללמד על ממדי התופעה, אם כי אין בו כדי למדוד אותה באופן מדויק.

VII מ- Weeks ל- Dickerson: הערות על הדין האמריקאי

רקע היסטורי - "מבחן הרצון החופשי" כמבחן לקבילות הודאות במשפט האמריקאי

147. במאה השמונה עשרה היה מקובל במשפט האמריקאי ה- voluntariness test כמבחן לקבילות הודאות. מבחן זה נגזר מהזכות ל"הליך הוגן" שבתיקון ה- 5 ובתיקון ה- 14 לחוקה. ה- voluntariness test מקביל במהותו למבחן "הרצון החופשי" המקובל היום במשפט הישראלי, במסגרת סעיף 12 לפקודת הראיות. במקורו נועד מבחן זה לשמור שלא תתקבלנה כראיות במשפט פלילי הודאות שאינן אמינות.

"...for centuries the rule that a confession was admissible so long as it was "voluntary" was more or less an alternative statement of the rule that a confession was inadmissible so long as it was free of influence which made it untrustworthy or 'probably untrue'"⁴¹

148. מבחן "הרצון החופשי" התמקד במקורו בשמירה על ערך האמת בהליך המשפטי. עם הזמן, יצקו בתי המשפט במבחן זה תכנים נוספים: שמירה על טוהר המידות של המשטרה והגנה על בתי המשפט מפני שיתוף הפעולה עם הרשות, כשזו הפרה זכויותיהם של אזרחים.

149. מענין לראות כיצד תכנים חדשים אלה נוסחו בידי בית המשפט העליון מפי השופט Frankfurter בשנת 1961 :

"Our decisions under [the Fourteenth Amendment] have made clear that convictions following the admission into evidence of [involuntary confessions] cannot stand

...

not so much because such confessions are unlikely to be true but because the methods used to extract them offend an underlying principle in the enforcement of our criminal law: that ours is an accusatorial and not an inquisitorial system."⁴²

150. מבחן הרצון החופשי, בהתמקדותו בהתנהגותן של רשויות החקירה, נועד ליצור כוח הרתעה כנגד מעשים לא חוקיים של רשויות החקירה. גישה זו אף רואה במבחן הרצון החופשי כלי לוודא, כי הודאת הנאשם המוגשת לבית המשפט תהיה אמינה מספיק כדי להשתית עליה הרשעה בפלילים. בשלב זה, בית המשפט העליון בארצות-הברית עשה שימוש בכלל הרצון

⁴¹ Y. Kamisar & W. R. LaFave & J.H. Israel **Modern Criminal Procedure- Cases, Comments and Questions** [St. Paul. Minn., 8th ed., 1994]452-458. [מצורף כנספח יז].

⁴² ר' (1961) 365 U.S. 735, 739 **Rogers v. Richmond** [מצורף כנספח יח].

החופשי כמנוף להשגת מטרותיו בשמירה על זכויות היסוד של הנחקר. רעיונות אלה עוגנו כולם במושג ה- **due process** שבתיקון ה-14 לחוקה.

ראשיתו של כלל הפסלות בדיני החיפוש - הלכת Weeks

151. כלל הפסלות, שהמערער דן מבקש להכריז על קיומו וליישמו, התפתח לראשונה במשפט האמריקאי בפס"ד ⁴³ **Weeks v. United States** ומוכר בשם "The exclusionary rule". בתי המשפט בארצות-הברית יצרו את כלל הפסלות במסגרת דיני החיפוש על מנת להבטיח הגנה נאותה על ערך הפרטיות בהליכים פליליים. אחת הסיבות העיקריות לאימוצו של כלל הפסלות מקורה במסקנת בתי המשפט, כי תרופות אחרות שמטרתן הגנה על הפרטיות, לא הביאו להקפדה על הגינות בחקירות פליליות מצד רשויות החקירה.

152. כלל הפסלות האמריקאי לא נתפס במקורו כמחויב מכוח החוקה, אלא כנחוץ לאכיפת נורמות המצויות בחקיקה פדראלית רגילה. בהתאם לכך, לא היו מדינות ארצות הברית מחויבות ליישמו במערכות המשפט שלהן, ואכן רבות מן המדינות לא אימצו את הכלל. בית המשפט העליון של ארצות הברית לא ראה בכלל הפסלות עקרון חוקתי המחייב את המדינות, ולכן ראיות היו המדינות להגן על אינטרס הפרט להגינות החקירה הפלילית באמצעים אחרים, דוגמת הדין המשמעתי המעניש את השוטר הפוגע בזכויות האזרח.

כלל הפסלות בדיני החיפוש מקבל מעמד חוקתי - הלכת Mapp v. Ohio

153. בשנת 1961 שינה בית המשפט העליון של ארצות-הברית את תפיסתו לגבי מעמדו המשפטי של כלל הפסלות בדיני החיפוש. בפסק הדין המנחה ⁴⁴ **Mapp v. Ohio** החיל בית המשפט העליון את כלל הפסלות לגבי ראיות שהושגו בחיפושים בלתי חוקיים, גם על מערכות המשפט של המדינות, וזאת כדי להגן על אינטרס הפרטיות של האזרח. כנימוק עיקרי לשינוי בתפיסתו, הצביע בית המשפט העליון על ממצאים ומסקנות מהנעשה על-ידי המשטרה ברחבי ארצות-הברית, אשר הוכיחו המשך קיומו של נוהג פסול בביצוע חיפושים. כמו-כן, מצא בית המשפט העליון כי מדינות רבות, אשר בעבר דחו את כלל הפסלות הראייתי, שינו מאז את עמדתן, מתוך צורך למצוא תרופה הולמת לשמירת הזכויות. במדינות בהן לא חל באותה תקופה כלל הפסלות נמצא, כי המשטרה לא נהגה באופן ראוי בכללי החיפוש ופגעה בזכות האזרחים לפרטיות.

154. כלל הפסלות הועלה, אם כן, לדרגה חוקתית ועל כן לא ניתן היה עוד לבטלו בחקיקה, לרבות בחקיקה פדראלית. כך אמר בית המשפט בענין **Mapp** :

“[The Supreme Court of California was] ‘compelled [to apply the exclusionary rule] because other remedies have completely failed to secure compliance with the constitutional provisions

⁴³ **Weeks v. United States** 232 U.S. 383 (1914) [מצורף כנספח יט].

⁴⁴ **Mapp v. Ohio** 367 U.S. 1684 (1961) [מצורף כנספח כ].

...
 The experience of California that such other remedies have been
 worthless and futile is buttressed by the experience of other States
 ...

factual considerations supporting the failure of [this Court in the past]
 to include the ... exclusionary rule... could not, in any analysis, be
 deemed controlling. [We are now led] to close the only courtroom
 door remaining open to evidence secured by official lawlessness in
 flagrant abuse of that basic right [to privacy],... We hold that all
 evidence obtained by searches and seizures in violation of the
 Constitution is, by the same authority, inadmissible in a state court”.⁴⁵

155. חשובה לענייננו גישתו הפרקטית והאמפירית של בית המשפט: על מנת לאכוף על המשטרה כללי התנהגות הוגנים, מגיע בית-המשפט למסקנה כי לא נותרה דרך אפקטיבית אחרת. בית המשפט מוצא כי קיים צורך למנוע את השימוש בראיות, אשר נאספו תוך כדי הפרת זכויות; כמו כן, מושם דגש על הצורך למנוע מצב, שבו בתי המשפט בערכאות הראשונות יאלצו לשתף פעולה עם רשויות המפרות זכויות חוקתיות, בכך שיכשירו ראיות שנאספו בדרכים פסולות.

“... there is a... consideration... of judicial integrity.’ The criminal goes free, if he must, but it is the law that sets him free. Nothing can destroy a government more quickly than its failure to observe its own laws, or worse its disregard of the charter of its own existence.”⁴⁶

156. בית המשפט העליון האמריקאי השתית את כלל הפסלות על התיקון הרביעי לחוקה - הזכות לפרטיות. תיקון זה והזכויות המוגדרות בו חייבו כלל פסלות משתי סיבות: ראשית, כדי ליצור כוח הרתעתי כנגד המשך הפרת הזכויות על-ידי רשויות החקירה, הפרה אשר הוכחה בממצאים אשר הובאו בפני בית המשפט; שנית, כדי למנוע יצירתם של מצבים בהם בתי המשפט עצמם מוכתמים על-ידי קבלת ראיות, אשר הושגו תוך כדי הפרת הזכויות.

אימוץ כלל הפסלות לגבי הודאות שנגבו שלא כדין

157. משנת 1964 הצביע בית המשפט העליון על היווצרותה של בעיה פרקטית קשה בקבלת החלטות, כאשר בתי משפט נאלצו להכריע אם הודאות הנאשמים נגבו בניגוד לרצונם החופשי. הואיל ובהתאם למבחן הרצון החופשי שאלת קבילותה של ההודאה היתה במקרים רבים שאלה עובדתית סבוכה, בתי המשפט בערכאות השונות חשו שאין מספיק ביטחון בנכונותן של ההחלטות בנושא קבילות ההודאות והסתמכות עליהן לשם הרשעת נאשמים.

⁴⁵ . ibid at p. 651-655

⁴⁶ . ibid at p. 659

כמו כן, שיטת בירור שאלת הקבילות, לפיה נאלצו בתי המשפט לבחון פעם אחר פעם את שאלת קיומו של הרצון החופשי, נחשבה יקרה ובזבזנית מבחינת משאבים.

158. בתקופה זו התחולל שינוי יסודי בגישת בית המשפט העליון של ארצות-הברית, באשר לקבילות הודאות. מבחן הרצון החופשי הוחלף באופן הדרגתי במבחן הזכויות. בשורה של פסקי דין, התמקד בית המשפט העליון בשני מקורות חוקתיים לפסילת ראיות: הזכות לייעוץ משפטי (**the right to counsel**) וזכות השתיקה (**the right to silence**). כשם שבדיני החיפוש התבסס בית המשפט על ממצאים ומסקנות לגבי אופן התנהגותם של שוטרים במהלך חיפושים, כך גם השינוי בגישה למבחן הנחוץ בקבילות הודאות, נבע מממצאים וממסקנות לגבי התנהגות החוקרים בחקירת חשודים בתחנות המשטרה.

159. על רקע הממצאים מן השטח והקושי בהפעלה יעילה של מבחן הרצון החופשי, החליט בית המשפט ליצור מבחני קבילות פשוטים ואובייקטיביים יותר, המעוגנים בזכויות פרוצדוראליות. הגישה החדשה בחנה את השאלה האם נתאפשר לנחקר ייעוץ משפטי בעת שנמצא תחת מרותה של הרשות בחקירה הפלילית.

מניעת זכות ההיוועצות כעילת פסלות - הלכת Escobedo

160. בשנת 1964 קבע בית המשפט העליון בארצות-הברית, בפסק הדין התקדימי, **Escobedo v. Illinois**⁴⁷, כי **מניעת פגישה עם עורך דין תביא לפסלותה של ההודאה אשר נגבתה מן הנאשם**. באותו מקרה נעצר החשוד והובא לתחנת המשטרה. החשוד ביקש לפגוש את עורך-דינו וזה התייצב בתחנת המשטרה וביקש לראות את החשוד. למרות זאת, עמדה המשטרה על כך שהפגישה תידחה עד להשלמת חקירתו של החשוד, אשר התנהלה אותה עת. בפסק דין מנחה בסוגייה הנדונה, קבע כבוד השופט גולדברג, כי זכויותיו של נחקר בתחנת המשטרה לא יישמרו אם לא תינתן לו הזדמנות הוגנת להיפגש עם עורך-דינו. פגישה עם עורך הדין הינה חיונית למתן הסבר לעצור/נחקר בדבר תוכן הזכויות ומשמעותן. כך אמר השופט:

“The ‘guiding hand of counsel’ was essential to advise petitioner of his rights in this delicate situation... This was the ‘stage when legal aid and advice’ were most critical to petitioner

...

We have learned the lesson of history, ancient and modern, that system of criminal law enforcement 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....

⁴⁷ **Escobedo v. Illinois** 378 U.S. 977 (1964) [מצורף כנספח כא].

We have also learned the companion lesson of history that no system of criminal justice can, or should, survive if it comes to depend for its continued effectiveness on the citizens' abdication through unawareness of their constitutional rights. No system worth preserving should have to *fear* that if an accused is permitted to consult with a lawyer, he will become aware of, and exercise, these rights".⁴⁸

161. בית המשפט יצר עקרון של פסלות בשל מניעת הפגישה עם עורך הדין, כדי להגן על זכויות חוקתיות: זכות שתיקה על פי התיקון החמישי והזכות לייצוג על פי התיקון השישי. בפסק דין זה יצר בית המשפט קשר הדוק בין זכות השתיקה לבין זכות ההיוועצות בעורך-דין. ללא קשר לשאלת הרצון החופשי, הימנעות המשטרה לאפשר את הפגישה בין עורך הדין לבין החשוד, הביאה לפסילת ההודאה.

זכות השתיקה כבסיס ערכי לזכות ההיוועצות - הלכת Miranda

162. הצעד הבא בפיתוח כלל הפסלות היה בפרשה המפורסמת, **Miranda v. Arizona** [להלן: "הלכת Miranda"].⁴⁹ לעניננו חשובה פרשה זו על מנת להבין את הבסיס הערכי, עליו עומדת זכות ההיוועצות בעורך דין (ולא לענין כללי האזהרה המפורסמים). הנה כי כן, הבסיס לזכות ההיוועצות טמון בזכות השתיקה:

"Therefore, the right to have counsel present at the interrogation is indispensable to the protection of the Fifth Amendment [underlying the privilege against self-incrimination and the right to silence]... Our aim is to assure that the individual's right to choose between silence and speech remains unfettered... A once-stated warning, delivered by those who will conduct the interrogation, cannot itself suffice to that end among those who most require knowledge of their rights. A mere warning given by the interrogators is not alone sufficient to accomplish that end. Prosecutors themselves claim that the admonishment of the right to remain silent without more "will benefit only the recidivist and the professional." Brief for the National District Attorneys Association as *amicus curiae*".⁵⁰

⁴⁸ ibid, at p. 985-989

⁴⁹ **Miranda v. Arizona** 384 U.S. 436, 458 (1966) [מצורף כנספח כב']

⁵⁰ ibid, at p. 469.

163. בבסיסה של הזכות להיוועצות בעורך דין עומד רצונו של בית המשפט להגן על זכויותיו של הנחקר בהליך הפלילי בשלבים הראשונים של החקירה. כך רואה בית המשפט את האינטרסים העומדים בבסיס זכות השתיקה:

“The major thrust of the policies undergirding the privilege is... our preference for an accusatorial rather than an inquisitorial system of criminal justice,... our fear that self-incriminating statements will be elicited by inhumane treatment and abuses,...our sense of fair play which dictates ‘a fair state-individual balance, ... our respect for the inviolability of the human personality,... our distrust of self-deprecatory statements,... our realization that the privilege, while sometimes a ‘shelter to the guilty,’ is often ‘a protection to the innocent”.⁵¹

164. בפסק דין זה מדגישים הנשיא וורן ושופטים נוספים כי המשמעות של זכות השתיקה היא לאפשר לאדם לבחור, בחירה אמיתית, שלא להפליל את עצמו. אומר הנשיא וורן:

“...the privilege has come rightfully to be recognized in part as an individual’s substantive right, a “right to a private enclave where he may lead a private life. That right is a hallmark of our democracy.

...

All these policies point to one overriding thought: the constitutional foundation underlying the privilege is the respect a government - state or federal - must accord to the dignity and integrity of its citizens”.⁵²

165. למערכת משפט, שעקרון חשוב בה הוא כבודו של אדם, זכות השתיקה מגנה על המרחב הפנימי האישי של האינדיבידואל, היינו, על זכותו הטבעית לשמור על פרטיות נפשית מול רצונה של הרשות לחדור אליה ולחפור בה.

Miranda הלכת

166. פסק הדין הידוע, *Miranda v. Arizona*, משמש כהלכה מנחה בנושא של קבילות הודאות במשפט האמריקאי. בהלכת *Miranda* קבע בית המשפט העליון של ארצות הברית כללים לגבי אופן הידוע של עצורים בדבר זכויותיהם בעת החקירה הפלילית. על פי הכללים, מיד עם עיכוב נחקרים ולפני חקירתם, חייב חוקר משטרה ליידעם על זכותם לשתוק, על זכותם להיפגש עם עורך-דין, על זכותם לדרוש נוכחותו של עורך דין בעת חקירתם, על זכותם למינויו

⁵¹ לעיל הערה 28, בעמ' 55.
⁵² לעיל הערה 49, בעמ' 460.

של עורך-דין ("סיניגור ציבורי") ועל האיסור לחקורם ללא מימוש זכויות אלה, אלא אם כן ויתרו הנחקרים **מודעת** על מימוש זכויותיהם. בצעד חשוב ומהפכני דאז, המשיך בית המשפט העליון וקבע, כי הודאת חשוד, אשר נמסרה בעקבות הפרתו של אחד הכללים האמורים, לא תהא קבילה במשפט הפלילי. בכך קבע בית המשפט חזקה **בלתי ניתנת לסתירה** כי הפרת מי מכללים אלה (כללי Miranda), מקימה מחסום ראייתי לקבילות הודאת חוץ של נאשם בעת משפטו.

167. מבחן הקבילות החדש קבע כי אם הופר כלל מכללי Miranda, לא ימשיך בית המשפט לבדוק אם ניתנה ההודאה על ידי החשוד מרצונו החופשי. מבחן הקבילות של Miranda יצר בדיקה פשוטה יחסית: במקום לבדוק אם נשמר רצונו החופשי של הנאשם, בודק בית המשפט נקיטתם של צעדים - יידוע הנחקר וקבלת ויתורו - אותם נדרשת המשטרה לנקוט לקראת חקירה אפשרית של החשוד. כללי Miranda יועדו להקל על הבדיקה, אותה צריך בית המשפט לבצע כדי להכריע אם ההודאה קבילה אם לאו. על פי פסק דין מנחה זה, היה וקוימו כללי Miranda - הרי שנוצרה חזקה הניתנת לסתירה של voluntariness (רצון חופשי); לעומת זאת, היה והופרו הכללים - כי אז נוצרה חזקה **בלתי ניתנת לסתירה** של העדר רצון חופשי, ובעקבות כך חל כלל פסילה מוחלט.

האם תבוטל הלכת Miranda? פרשת Dickerson

168. לאחרונה, בפסק דין ראשון מסוגו, *United States v. Dickerson*⁵³ [להלן: "Dickerson"], קבע בית משפט פדראלי לערעורים כי כלל הפסלות בכללי Miranda בוטל על ידי חקיקה פדראלית ישנה, ולכן לא יחול עוד במשפטים פליליים באזור שיפוטו. על-אף העובדה שבתו משפט פדראליים אחרים טרם פסקו כך, ועל-אף שבית המשפט העליון בארצות הברית טרם דן בנושא, הגיע בית משפט פדראלי זה למסקנה כי כללי Miranda אינם מחויבים מכוח חוקת ארצות הברית, ועל כן מוסמך היה המחוקק הפדראלי לבטלם. על פי דעת הרוב בפרשת Dickerson, כבר ביטל המחוקק הפדראלי את כלל הפסלות האוטומטית בשנת 1968, בעקבות Miranda, כאשר קבע כי המבחן לקבילות הודאות נאשמים יהיה מבחן הרצון החופשי ולא המבחן שנקבע על ידי בית המשפט ב-Miranda. על פי פרשנות זו, היה בכוחו של בית המשפט העליון ב-1966 לקבוע כי כללי Miranda יחולו על משפטים, כל עוד המחוקק לא קבע אחרת; אך היה וכללי Miranda אינם כללים חוקתיים - הרי שבכוחו של המחוקק היה לבטלם או לשנותם, וכך נעשה.

כך נכתב בדעת הרוב בענין Dickerson:

“...Congress enacted Sec. 3501 [בדבר כללי קבילות של הודאות] with the express purpose of returning to the pre-Miranda case-by-case determination of whether a confession was voluntary. We now turn to

⁵³ *United States v. Dickerson* 166 F.3d 667 (4th Cir. 1999) [מצורף כנספח כג].

the next inquiry: Does Congress possess the authority to supersede the irrebuttable presumption created in *Miranda* that any unwarranted statement to the police is involuntary, and therefore inadmissible?

...

Whether Congress has the authority to enact Sec. 3501, therefore turns on whether the rule set forth by the Supreme Court in *Miranda* is required by the Constitution.

...

Although the [Supreme] Court failed to specifically state the basis for its holding in *Miranda*, it did specifically state what the basis was not.

At no point does the Court refer to the warnings as constitutional rights. Indeed, the Court acknowledged that the Constitution did not require the warnings".⁵⁴

169. בקבעו כך, הגיע בית המשפט לערעורים למסקנה כי המחוקק הפדראלי אכן ביטל את החזקה הבלתי ניתנת לסתירה באשר להפרת כלל מכללי *Miranda*, וביקש לחזור למבחן הקודם במשפט האמריקאי שהוא מבחן הרצון החופשי. עם זאת, יש לשים לב לכך כי בבטלו את חזקת הפסלות לא התיימר בית המשפט לבטל את כלל *Miranda* באשר לחובת המשטרה לידע את החשוד באשר לזכויותיו. על פי פסק דין *Dickerson*, זכויות הנחקרים בכללי *Miranda* יישארו בעינן, אך לא תהיה יותר חזקה בלתי ניתנת לסתירה של העדר קבילות מאי קיומם של כללי *Miranda*. אי קיומם של כללי *Miranda* יבוא בחשבון בקביעת עמדה לגבי השאלה אם הרימה המדינה את הנטל המוטל עליה להוכיח כי אמרת החוץ של הנאשם נגבתה מבלי לפגוע ברצונו החופשי. שאלת הקבילות של ההודאה חוזרת להיות שאלה עובדתית באשר למושג "הרצון החופשי". על פי *Dickerson* בשאלה זו יצטרכו הצדדים להביא ראיותיהם לכאן ולכאן. כללי *Miranda* נשארים בתוקף ואילו חזקת הפסלות הראייתית מתבטלת. וכך נקבע בדעת הרוב:

"Finally, least there be any confusion on the matter, nothing in today's opinion provides those in law enforcement with an incentive to stop giving the now familiar *Miranda* warnings. As noted above, those warnings are among the factors a district court should consider when determining whether a confession was voluntarily given. [citations omitted] Indeed, federal courts rarely find confessions obtained in

⁵⁴ .ibid. 687-688

technical compliance with Miranda to be involuntary under the Fifth Amendment. [citations omitted] **Thus, providing the four Miranda warnings is still be best way to guarantee a finding of voluntariness**.⁵⁵

[ההדגשה אינה במקור]

170. השאלה הנשאלת היום היא אם שינוי זה יחול באופן כללי בדין האמריקאי בארצות הברית, או שמא בית המשפט העליון יבטל את פסק הדין של בית המשפט הפדראלי לערעורים. על החלטת בית המשפט הפדראלי בפרשת Dickerson הוגש ערעור ובית המשפט העליון החליט לדון בערעור במסגרת סמכותו שבשיקול הדעת לדון בתיקים הנוגעים לפרשנותם של חוקים פדראליים ובשאלות חוקתיות. לקראת הדיון, אשר עתיד להתקיים באביב 2000, מונה עורך דין מטעם המדינה לייצג את הנאשם ובמקביל ניתן אישור להגשת סיכומים למספר רב של amici curiae.⁵⁶

171. בעת כתיבת מסמך זה קיימת מחלוקת חריפה בקהילת המשפטנים האמריקאים לגבי העמדה הרצויה בסוגיה הנדונה ונטוש ויכוח לגבי השאלה מה יחליט בית המשפט העליון.⁵⁷

172. אחד הגופים שהגיש טיעון כ"ידיד בית המשפט" הינו ארגון גג של ראשי משטרות מקומיות בארצות-הברית. יודגש כי ארגון זה אינו מבקש כי בית המשפט העליון יבטל את הלכת Miranda. בסיכומיו כ- amici curiae הביע את עמדתו כדלהלן⁵⁸:

"We believe that law enforcement officers and officials have well-assimilated the Miranda rules into their police procedures. The overwhelming majority of officers on the street today have been

⁵⁵ ibid. 692

⁵⁶ בשיחה שערך לאחרונה הסניגור הציבורי הארצי, פרופ' קנת מן, עם הסניגור הציבורי האמריקאי שמונה לייצג את המערער בערעור שיערך בפני בית המשפט העליון, עו"ד James Warren Hundley, התבררו מספר עובדות מעניינות. לצורך הערעור מונה סניגור ציבורי לייצג את המערער בפני בית המשפט העליון. במקביל מונה amicus curiae להגן על עמדתו של בית המשפט הפדראלי לערעורים, וזאת לאור העובדה כי משרד המשפטים האמריקאי אינו מוכן לטעון נגד הלכת Miranda. ניתנה הסכמה להגשת סיכומים על ידי מספר רב של amici curiae. וביניהם: The American Civil Liberties Union, The National Legal Aid and Defender Association, Americans for Effective Law Enforcement, Inc., The International Association of Chiefs of Police, The National Sheriffs' Association, The Virginia Association of Chiefs of Police, The Washington Legal Foundation and The Safe Streets Coalition.

⁵⁷ ר', לדוגמה, Paul G. Cassell & Richard Fowles, "Handcuffing the Coops" A Thirty-Year Perspective on Miranda's Harmful Effects on Law Enforcement, 50 Stanford L. Rev. 1055 (1998); Paul G. Cassell, All Benefit, No Costs: The Grand Illusion of Miranda's Defenders, 90 Nw. U. L. Rev. 1084 (1996) [thousands of violent criminals escape justice as a result of Miranda].

מאידך גיסא, ראה לדוגמה, Stephen H. Schulhofer Miranda's Practical Substantial Benefits and Vanishingly Small Costs, 90 Nw. U. L. Rev. 500 (1996) and Stephen J. Schulhofer, Reconsidering Miranda, 54 U. Chi. L. Rev. 435 (1987)

⁵⁸ Brief Amici Curiae of American for Effective Law Enforcement, Inc., joined by the International Association of Chiefs of Police, Inc., the National Sheriffs' Association and the Virginia Association of Chiefs of Police.

trained in the post-Miranda era. Officers follow that decision and do not concern themselves, for the most part with the academic and political debate over the warnings' constitutional or extra constitutional nature".

כמו-כן ארגון זה מסביר כי,

"Amici submit that police administrators and prosecutors will encourage the police to continue to give Miranda warnings as an Important indicia of confessional voluntariness".

173. יש להבהיר כי ארגון הגג של המשטרות המקומיות אינו בא להגן על Miranda, אלא לומר כי ניתן ורצוי להמשיך להשתמש בכללי האזהרה שיש בו. לעומת זאת, ארגון הגג של הסניגורים הציבוריים וגופים למתן סיוע משפטי הגישו סיכומים הקוראים בתוקף להשאיר את הלכת Miranda על כנה.⁵⁹

174. ניתן, אם כן, לסכם את המשפט האמריקאי בסוגייה הנדונה כדלקמן: אם תתקבל עמדת בית המשפט הפדראלי בפרשת Dickerson, כי אז כללי Miranda המתייחסים לחובת הידוע ולזכויות הנחקר להיוועץ עם עורך דין יישארו על כנם, אך הפרתו של כלל מכללים אלה לא תביא לפסילה אוטמטית של הודאת החשוד. הפרת כלל היידוע של נחקרים או הפרת כללי הפגישה עם עורך הדין, תובא בחשבון על ידי בית המשפט בעת מתן תשובה לשאלה אם נפגע רצונו החופשי של הנחקר. אם נפגע רצונו החופשי של הנחקר - דין ההודאה להיפסל, וסיבה לכך יכולה להיות, כאמור לעיל, כי לא ניתנה לנאשם הודעה על זכותו להיוועץ בעורך דין, בעת שנחקר על ידי המשטרה.

175. אם פסק דין Miranda יוכרז כבטל מחמת חקיקה פדראלית מאוחרת, כי אז יחולו במשפט האמריקאי כללי החקיקה החדשה הכוללים הזדמנות להיפגש עם סניגור, כמפורט להלן:

"The trial judge in determining the issue of voluntariness shall take into consideration all the circumstances surrounding the giving of the confession, including (1) the time elapsing between arrest and arraignment of the defendant making the confession, if it was made after the arrest and before arraignment, (2) whether such defendant knew the nature of the offense with which he was charged or of which he was suspected at the time of making the confession, (3) whether or not such defendant was advised or knew that he was not required to make any statement and that any such statement could be used against

⁵⁹ ר' סיכומים של גוף זה כ- amicus curiae המצורפים כנספח כד'.

him, (4) whether or not such defendant has been advised prior to questioning of his right to the assistance of counsel, and (5) whether or not such defendant was without the assistance of counsel when questioned and when giving such confession.

The presence or absence of any of the above-mentioned factors to be taken into consideration by the judge need not be conclusive on the issue of voluntariness of the confession".⁶⁰

176. אם יבוטל כלל הפסלות, קיומם של כללי אזהרה אלה ישמר כגורם בעל משקל מיוחד בקביעת עמדה לגבי השאלה אם נשמר רצונו החופשי של הנחקר. עם זאת, אי קיומם של הכללים לא ישמש כאמת מידה לפסילה אוטומטית. שאלת הקבילות של ההודאה חוזרת להיות שאלה עובדתית באשר למושג ה"רצון החופשי".

177. מבחן הרצון החופשי בחקיקה הפדראלית האמריקאית, אם יתקבל, יהיה שונה בתכלית ממבחן הרצון החופשי הקיים במשפט הישראלי לאור פסק דין מועדי. במשפט הישראלי המבחן הוא "העדר שבירת רוחו של החשוד בחקירתו". אם פסק דין Dickerson יאושר על ידי בית המשפט העליון האמריקאי, נראה כי אי קיומם של כללי האזהרה ואי מתן ההזדמנות להיוועץ בעורך הדין, יהפכו לחזקה של פגיעה ברצון החופשי הניתנת לסתירה באמצעות ראיות מטעם התביעה.

⁶⁰ 18 U.S.C.A. § 3501

VIII הפתרון המוצע בדין הישראלי: שיקול דעת

שיפוטי לפסילת ראיות

178. המערער מבקש מבית המשפט הנכבד להגן, באמצעות הכלל לפסילת ראיות, על זכות השתיקה של הנחקר ועל זכותו של החשוד להיוועץ בעורך דין במהלך חקירתו. אם ייענה בית המשפט הנכבד לבקשה ראויה זו, כי אז נראה כי עליו לבחור בין שתי חלופות: לגבש כלל פסלות חדש בדין הישראלי ברוח ההלכות שנקבעו בארצות הברית, בקנדה ובאנגליה, או לחלופין, ליתן פרשנות חדשה לסעיף 12 לפקודת הראיות, לפיה השמירה על הרצון החופשי דורשת מתן הזדמנות להיוועץ בעורך-דין.

179. בבחירה בין שתי חלופות אלה, יש לתת תשומת לב מיוחדת למגמה המסתמנת לפיה המחוקק הישראלי יתבקש בתקופה הקרובה לבטל כליל את הדרישה לרצון חופשי שבסעיף 12 לפקודת הראיות. על פי ההצעה לתיקון סעיף 12 לפקודת הראיות הנמצאת בדיון מתקדם במשרד המשפטים,⁶¹ מוצע כי ייקבעו כללים חדשים לבדיקת קבילותן של הודאות חשודים. על פי השינוי המוצע, מבחן הרצון החופשי יתבטל ויבוא במקומו סעיף חדש אשר יביא לפסילתה של הודאה רק אם **"ניתנה לאחר שנקטו כלפי נותנה באחד האמצעים הפסולים האלה: יחס בלתי אנושי, אלימות של ממש, עינויים גופניים, עינויים נפשיים, השפלה קשה, או איום באחד מאלה"**, או אם יוכח כי ההודאה הינה הודאת שווא. בהתאם להצעה זו, אשר נוסחה ונדונה בעקבות המלצותיה של ועדת גולדברג בדבר מניעת הודאות שווא, כלל הפסילה במשפט הישראלי יופעל אך ורק בנסיבות בהן מדובר בהתנהגות בלתי אנושית של הרשות או כאשר מדובר בהודאת שווא.⁶²

180. הצעה זו לשינוי מבחן הקבילות של הודאת החשוד מבוססת על אימוץ סלקטיבי ובעייתי של הדין האנגלי. הצעת משרד המשפטים הולכת בעקבות סעיף 76 לחוק הראיות הפליליות המכונה: "Police and Criminal Evidence Act 1984" [להלן: "PACE"]. הסעיף הני"ל ביטל את מבחן הפסילה המתמקד ברצונו החופשי של החשוד, והציב במקומו מבחן המתמקד במעשיו של החוקר.⁶³

181. ברם, ההצעה העומדת לדיון כיום בישראל מתעלמת לחלוטין מסעיף 78 ל-PACE, אשר מעניק לבתי המשפט שיקול דעת לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין. הסעיף הני"ל מהווה מקור חשוב למתיחת ביקורת על הנסיבות בהן נגבות הודאות של חשודים בתחנות המשטרה. להלן נוסח הסעיף:

⁶¹ "הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (תיקון מספר 13), תשנ"ז-1997", חוזר משרד המשפטים מיום 28.3.99 [מצורף כנספח כה'].

⁶² וכך נאמר בדו"ח הוועדה, "לדעת הוועדה אין לדון בהודאה שנגבתה בחקירה פסולה שאינה מגיעה לכדי עינויים ודומיהם, במסגרת שאלת קבילותה של ראיה זו במשפט זוטא, אלא רק במסגרת משקלה של ההודאה". דו"ח הוועדה, בעמ' 18.

⁶³ ר' 76, Police and Criminal Evidence Act, 1984, Sec. 76: מן הראוי לציין כי הסעיף הני"ל קובע מחסום ראייתי גבוה יותר מזה המוצע על-ידי משרד המשפטים. על פי הסעיף יש לפסול הודאות אשר נגבו:

(a) by oppression of the person who made it, or

(b) in consequence of anything said or done which was likely, in the circumstances existing at the time, to render unreliable any confession which might be made by him in consequence thereof.

“In any proceedings the court may refuse to allow evidence on which the prosecution proposes to rely to be given if it appears to the court that, having regard to all the circumstances, including the circumstances in which the evidence was obtained, the admission of the evidence would have such an adverse effect on the fairness of the proceedings that the court ought not to admit it”.⁶⁴

כאן מדובר ב"כלל פסלות בשיקול דעת", הנועד לשמר את הגינות החקירה המשטרית. מאז שכלל זה נכנס לתוקף, בתי המשפט פסלו הודאות שנגבו על ידי חוקרי משטרה תוך הפרת הכללים לחקירה הוגנת.

“Section 78 is one of the most important provisions in the PACE Act [Police and Criminal Evidence Act] 1984, and one of the most often referred to in practice...[It] plays a fundamental role in the consideration of the admissibility of evidence, **particularly evidence of admissions and confessions**”.⁶⁵

182. החוק האנגלי מגדיר בפירוט רב את ההליכים הפרוצדוראליים החלים על המשטרה בשלב קליטתו של העצור בתחנת המשטרה, הן בחקיקה ראשית והן בתקנות מחייבות. הכלל המנחה הוא כי לעצור קיימת זכות להיוועץ עם עורך דין **בכל עת ובהקדם האפשרי**.⁶⁶ המשטרה חייבת להודיע לעצור על זכותו להיוועץ בעורך דין, לרבות באמצעות שיחת טלפון.⁶⁷ המשטרה חייבת לאפשר נוכחות של עורך דין בעת חקירה, אם עורך הדין הנו בתחנה, בדרך לתחנה או שניתן להשיגו טלפונית ולהזמינו לתחנה.⁶⁸ עורך הדין רשאי לתת לחשוד ייעוץ, אשר כתוצאה ממנו יימנע החשוד מלמסור מידע מפליל למשטרה.⁶⁹

⁶⁴ Police and Criminal Evidence Act 1984, Sec. 78

⁶⁵ Archbold "Criminal Pleading, Evidence and Practice" (London, 1999 ed) 1438

⁶⁶ Practice Code of Police and Criminal Evidence Act 1984 , Sec 5

(1) A person arrested and held in custody in a police station or other premises shall be entitled, if he so requests, to consult a solicitor privately at any time...

(4) If a person makes such a request, he must be permitted to consult a solicitor as soon as practicable except to the extent that delay is permitted by this section.

⁶⁷ Questioning of Persons by Police Officers, Sec. C:6.1

“...People in police detention must be informed that they may at any time consult and communicate privately , whether in person, in writing or by telephone with a solicitor, and that independent legal advice is available free of charge from a duty solicitor.”

⁶⁸ Code Sec. C:6.8

Where the person has been permitted to consult a solicitor and the solicitor is available (i.e. present at the station or on his way to the station or easily contactable by telephone) at the time the interview begins or is in progress, the solicitor must be allowed to be present while he is interviewed.

⁶⁹ Code Sec. C:6D

“The solicitor’s only role in the police station is to protect and advance the legal rights of his client. On occasions this may require the solicitor to give advice which has the effect of his client avoiding giving evidence which strengthens the prosecution case”.

183. בתי המשפט באנגליה רואים בכלל הפסלות שבסעיף 78, כלי למנוע מבתי המשפט מלהסתמך על ראיות אשר נגבו בניגוד לכללים המגדירים את זכותו של החשוד בעת חקירתו במשטרה, וזאת כדי למנוע "השפעה שלילית על הגינות ההליכים". דוגמה מאלפת לכך היא פסק-הדין בפרשת **David v. Parris**,⁷⁰ אשר ניתן בבית המשפט לערעורים פליליים בשנת 1989.

184. בפרשת Parris נעצר המערער בגין חשד שנטל חלק בשוד מזוין. המערער נלקח לתחנת משטרה, ובחקירתו הראשונה סירב לשתף פעולה ולענות על שאלות השוטרים תוך בקשה להיוועץ בעורך-דין. בקשה זו נדחתה. שלוש שעות מאוחר יותר הוא נלקח לחקירה בשנית ונטען, כי הסכים לדבר בתנאי שדבריו לא ירשמו. בראיון זה הוא מסר מספר אמרות אשר "הרכיבו" הודאה בדבר השתתפות בשוד. חקירתו השלישית נערכה בנוכחות עורך דין. בחקירה זו לא שיתף המערער פעולה וסירב לענות על שאלות השוטרים. במשפטו טען המערער כי לא הודה בפני חוקרי המשטרה וכי המציאו את הודאתו. בנסיבות אלה פסל בית המשפט את ההודאה, על פי הוראת סעיף 78, באומרו:

"...the failure to procure a solicitor was thus a breach of section 58 and the Code of Practice. Such a breach did not mean that any statement made by a defendant thereafter would necessarily be ruled out; but because the trial judge erroneously concluded that there had been no such breach, he never directed his mind to the question of fairness under section 78(1) of the 1984 Act. On the facts of the present case had the judge so directed his mind, he would have concluded that the admission of the evidence would operate unfairly and would have excluded it. Thus, since it was conceded that that was the only evidence of any value against the appellant, the conviction would be quashed".⁷¹

⁷⁰ **David v. Parris** (1989) 89 Cr.App.R. 68 [להלן: "פרשת Parris"] [מצורף כנספח כז'].

⁷¹ *ibid.*, at p. 69

סיכומם של דברים

185. עינינו הרואות כי כלל פסלות בשיקול דעת, כדוגמת סעיף 78 ל - PACE, עשוי לשמש כלי יעיל להבטחת זכויותיהם של נחקרים להיוועץ בעורך דין. הסניגוריה הציבורית סבורה, כי מן הראוי שבית משפט נכבד זה יאמץ כלל פסלות בשיקול דעת, בדומה לכלל הפסלות במשפט האנגלי. כלל כזה עשוי להוות בסיס משפטי לפסילת ראיות אשר הושגו תוך פגיעה בהגינותו של הליך החקירה הפלילית.
186. אין כיום כלי ראייתי יעיל במשפט הישראלי המסוגל להגן על פגיעה בהגינות ההליכים בשל הפרתן של זכויות חשודים ונחקרים. סעיף 12 לפקודת הראיות, כפי שפורש בפסיקה, אינו ממלא כיום פונקציה חשובה זו.⁷² אם תתקבל ההצעה לצמצם את סעיף 12 הנ"ל, ולבטל את מבחן הרצון החופשי שבו, הרי שהסעיף בוודאי לא יוכל למלא ביעילות את המטרה של שמירה על זכויותיו של הנחקר בחקירה המשטרית.
187. הסניגוריה הציבורית סבורה כי ערכי היסוד של המשפט הישראלי, וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, משמשים מקורות מתאימים ליצירתו של כלל פסלות, אשר יאפשר לבתי המשפט לפסול הודאה שנגבתה מבלי שניתנה לחשוד הנחקר הזדמנות נאותה להיוועץ בעורך דין.

רונית רובינסון, עו"ד
הסניגוריה הציבורית

עמי קובו, עו"ד
הסניגוריה הציבורית

פרופ' קנת מן
הסניגור הציבורי הארצי

⁷² נפנה גם לדברי כבוד השופט לנדוי בדו"ח ועדת-החקירה לענין שיטות החקירה של שירות הבטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עוינת, "הפסיקה של בית המשפט העליון שלנו נתונה עדיין בסד הפורמלי של סעיף 12 לפקודת הראיות. אבל במרוצת השנים צעד בית המשפט כברת דרך לקראת קבילות הודאות מפי נאשמים שנגבו באמצעי לחץ הרחוקים מלהעיד על חופש רצונו של המודה." עמ' 56.