

טור' (מיל') רפאל יששכרוב

נגד

1. התובע הצבאי הראשי
2. היועץ המשפטי לממשלה
3. הסנגוריה הציבורית הארצית
4. לשכת עורכי הדין בישראל

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

[4.5.2006, 13.6.1999]

לפני הנשיא א' ברק, המשנה לנשיא (בדימ') מ' חשין והשופטים ד' ביניש,
א' ריבלין, א' פרוקצ'יה, א' א' לוי, א' גרוניס, מ' נאור, ס' ג'ובראן

המערער, חייל בשירות סדיר במועדים הצריכים להליך, נקלט בבסיס כליאה צבאי בשל
נפקדות מן הצבא. במהלך קליטתו ככלא התגלתה בין חפציו חבילה ובה סם. המערער
נחקר על ידי חוקר צבאי אשר הבהיר לו כי הוא חשוד בשימוש ובהחזקה של סמים
מסוכנים וכי דבריו יוכלו לשמש כראיה נגדו. בחקירתו, הודה המערער כי עישן סם מסוג
קנבוס בהיותו חייל, במהלך תקופת נפקדותו מהצבא. למרות שהמשטרה הצבאית החליטה
לעצור עוד בעיצומה של חקירתו, הרי רק בסמוך לאחר סיום החקירה הודיע החוקר הצבאי
למערער כי הוא עצור וכי זכותו להיוועץ בעורך דין. לאחר היוועצותו עם סניגור צבאי
סירב המערער להוסיף על הדברים שאמר בחקירתו הראשונה.

נגד המערער הוגש כתב אישום לבית הדין הצבאי המחוזי, אשר ייחס לו עבירות של
החזקת סם מסוכן ושימוש בו. המערער הודה בעבירה של החזקת סם מסוכן, אך כפר
בפרטי האישומים שעניינם שימוש בסם מסוכן. בבית הדין לא הייתה מחלוקת כי, **בנסיבות
העניין, פעל החוקר הצבאי שלא כדין עת גבה מהמערער את אמרתו בלא להודיעו תחילה
כי הוא עצור וכי זכותו להיוועץ בעורך דין. גם לא הייתה מחלוקת כי הודאת המערער לפני
החוקר הצבאי ניתנה בלא שהופעלו על המערער לחצים חיצוניים בחקירה אשר היה בהם
כדי לפגום ברצונו הטוב והחופשי למסור את הודאתו. אשר לקבילות ההודאה שמסר
המערער בחקירה, פסק בית הדין הצבאי המחוזי, בדעת-רוב, כי יש לפסול את ההודאה,
עקב כך שנגבתה מהמערער בלא שהוזהר כדין בדבר זכותו להיוועץ בעורך דין. לפיכך,
זוכה המערער מהאשמות של שימוש בסם מסוכן שיוחסו לו בכתב האישום, והוא הורשע,
על פי הודאתו, בעבירה של החזקת סם מסוכן בלבד. בית הדין הצבאי לערעורים, שאליו
הוגש ערעורו של המשיב 1, קיבל את הערעור פה-אחד בקובעו כי אין לפסול את קבילות
הודאתו של המערער. בסיום פסק הדין ניתנה למערער רשות ערעור לבית המשפט העליון.
מכאן הערעור.**

המשיבים 3-4 עתרו להגשת טיעון בכתב מטעמם מפאת חשיבות ההליך, ובית המשפט נעתר לבקשות האמורות.

א הדיון בערעור נסב על שתי שאלות עקרוניות: ראשית, אם בהשראתו הפרשנית של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: חוק היסוד) יש לקבוע כי היעדר הודעה כדין בדבר זכות ההיוועצות בעורך דין פוסלת בהכרח את קבילותה של הודאת נאשם בהתאם לסעיף 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות). שנית, אם ניתן להורות על פסילתה של הודאה כאמור מכוח דוקטרינה פסיקית-הלכתית לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין.

ב

בית המשפט העליון (מפי השופטת ד' ביניש) פסק:

א. (1) סוגיית פסלותה של ראיה נוגעת בשורשיו ובעצביו של ההליך הפלילי. זוהי סוגיה בעלת חשיבות משפטית וציבורית רבה, אשר אין להכריע בה בלא לראות את התמונה החברתית הכוללת (1493).

ג

(2) (אליבא דמחנה לנשיא (בדימ') מ' חשין): פירושו של חוק הכנסת אין הוא כפירושו של חרס עתיק שנמצא בחפירות. חוק הכנסת הוא כריקמה חיה ונושמת המזינה עצמה ברוח ובחומר של החברה כפי שהיא מעת לעת. עיקרי יסוד ודוקטרינות שהם בני התקופה, דרכם שהם חודרים אל תוככי החוק ומזינים אותו בשורשיו (1475).

ד

ב. (1) זכותו של עצור להיות מיוצג על ידי עורך דין ולהיוועץ בו הוכרה כזכות יסוד מרכזית בשיטת המשפט הישראלית עוד בימי הבראשית של בית משפט זה (1495).

(2) חשיבותה של זכות הפגישה וההיוועצות עם סניגור בשלב החקירה נובעת מכך, שחקירה על ידי אנשי מרות מהווה, ככלל, סיטואציה מורכבת ולוחצת בעבור כל מי שנחקר בתנאי מעצר, כשהוא ניצב לבדו אל מול חוקריו (1496).

ה

(3) היוועצות העצור בעורך דינו מסייעת לוודא כי העצור מודע למכלול זכויותיו, ובהן הזכות לחקירה הוגנת בלא שיופעלו עליו אמצעי חקירה פסולים, החיסיון מפני הפללה עצמית וכן זכות השתיקה. ההנחה היא כי עורך הדין יקפיד על מתן הסבר לעצור בדבר זכויותיו בחקירה בלשון מובנת ופשוטה, וכן יבאר לו את הנפקויות הנלוות לאי מסירת גרסה בחקירת המשטרה (1496-ג).

ו

(4) אם ביקש עצור להיפגש עם עורך דין או אם ביקש עורך דין שמינה אדם קרוב לעצור להיפגש עימו, על האחראי על החקירה לאפשר זאת ללא דיחוי. אף שיש לאפשר פיקוח על תנועותיו של העצור, הרי על פגישת העצור עם עורך דינו להיעשות ביחידות ובתנאים המבטיחים את סודיות השיחה (1497-ה).

(5) כזכויות יסוד אחרות, אף זכות ההיוועצות בעורך דין אינה מוחלטת ויש שעליה לסגת מפני זכויות ואינטרסים מתחרים (1497-ה).

ז

ג. (1) מזכותו של העצור להיות מיוצג על ידי עורך דין ולהיוועץ בו, נגזרת זכותו לקבל הודעה על הזכות האמורה מצד גורמי החקירה. ללא ידיעה על דבר הזכות הנדונה, לא יהיה העצור מודע לזכותו לבקש להיוועץ בעורך דינו, והדבר עלול

- א
- לפגוע בזכות ההיוועצות גופה ואף להוביל בנסיבות מסוימות לפגיעה בהגיונות החקירה (498ב).
- ב
- ד. (בצריך עיון): בהשראתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובהתאם להסדר הקבוע בהוראת סעיף 19(א) לחוק הסנגוריה הציבורית, התשנ"ו-1995, עשויה להידרש כיום פרשנות מרחיבה למונח "עצור" בסעיף 32(1) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק המעצרים). לפיה, החובה ליידע "עצור" קמה כל אימת שאדם חשוד בביצוע עבירה ומעוכב במשמורת המשטרה לצורכי חקירה, באופן שחירותו וחופש התנועה שלו מוגבלים. עם זאת, ההכרעה בדבר פרשנותו של המונח "עצור" בסעיף 32(1) הנ"ל אינה דרושה בעניינו של המערער, והיא נותרת בצריך עיון (501א-ב, ז).
- ג
- ה. (1) הוראותיו של חוק המעצרים, בנוגע לזכות להיפגש עם עורך דין ולקבל הודעה על כך, חלות גם על חיילים הנחקרים על ידי המשטרה הצבאית (502א-ב).
(2) בהתחשב במאפיינים הייחודיים לחיילים ולחקירתם, ראה המחוקק לקבוע במפורש כי די בקיומה של אפשרות קרובה לוודאי שהחייל ייעצר, כדי להקים את זכותו להיוועץ בעורך דין ואת חובת ההודעה לגביה (502ה).
(3) על פי הדין שנהג בעת חקירתו של המערער, קמה החובה להודיע על זכות ההיוועצות בעורך דין כשהיה ידוע מראש כי החייל הנחקר עשוי להיעצר, וזאת אף בטרם התקבלה החלטה לעוצרו (502ז – 503א).
- ה
- ו. (1) הזכות החוקתית לכבוד ולחירות הינה בעלת תוכן ערכי מגוון, וזיקתה לזכויות החשוד, העצור והנאשם בפלילים היא אמיצה. עם זאת, תיתכנה גישות שונות בנוגע לשאלה אלו מהזכויות הדיוניות בהליך הפלילי אמנם נכללות בגדר הזכות החוקתית לכבוד ולחירות ומהו היקף ההגנה החוקתית שניתנת לזכויות שאינן מנויות במפורש בחוק היסוד (503ה-ו).
(2) בפסיקת בתי המשפט מסתמנת הגישה, שלפיה זכות ההיוועצות בעורך דין היא זכות חוקתית. אפילו זכות זו אינה בעלת מעמד חוקתי-על-חוקי, הרי על חשיבותה ומרכזיותה בשיטת המשפט הישראלית אין חולק (505א).
(3) היעדר הודעה כדין בדבר הזכות להיוועץ בעורך דין עשויה, בנסיבות מתאימות, להוביל לפסילת הודאה שמסר הנאשם בחקירה (505ב-ג).
- ז
- ז. (1) בהתאם לכלל הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות, על בית המשפט לפסול קבילותה של הודאת נאשם אם נמסרה שלא באופן חופשי ומרצון (506ז-ז).
(2) אדם נתון בחקירה בגין עבירות שבביצוען הוא חשוד, חווה לחץ נפשי ואי נוחות פיסית שהם אינהרנטיים למצב שבו הוא שרוי. בהתחשב בכך, ברי כי אין להעניק למונח "חופשית ומרצון" משמעות מילולית (506ז, 507ב).

(3) המשמעות שניתנה למונח האמור במשך השנים הייתה משפטית-טכנית, ולפיה, הודאת נאשם תיפסל רק אם הופעל עליו בעת החקירה "לחץ חיצוני" פסול, שהיה בו כדי לשלול את יכולתו לבחור באופן חופשי בין מסירת הודאתו לבין הימנעות ממסירתה (506-ב-ג).

א

ח. (1) אף אם הוכח שהודאה שמסר נאשם בחקירתו קבילה כראיה בהיותה "חופשית ומרצון", על בית המשפט להוסיף ולבחון את משקלה ואת מהימנותה של ההודאה, שכן גם שימוש בדרכי חקירה שהן מותרות עלול להביא לכך שנחקר יודה במה שלא חטא, בשל לחצים פנימיים שבנפש האדם (507-ד).

ב

(2) החובה הסטטוטורית לתיעוד חקירות חשודים בדרך חזותית או קולית נועדה לאפשר לבית המשפט להתרשם, בדרך הקרובה ביותר להתרשמות בלתי אמצעית, מאופן ניהול החקירה ומנסיבות מסירת ההודאה במהלכה. זאת, על מנת לסייע בידיו בקביעת קבילותן ומשקלן של הודאות שנמסרו בחקירה, וכדי לאפשר הגנה טובה יותר לזכויותיהם של נחקרים (508-ב-ג).

ג

ט. (1) על פי גישה פרשנית המהווה דרך-ביניים פרשנית, על דרך הכלל, אין באי החוקיות, כשלעצמה, כדי לפסול קבילותה של הודאה, אלא יש לבחון מבחינה עובדתית, בכל מקרה לגופו, אם היה באמצעי החקירה הפסול כדי לשלול את חופשיות רצונו של הנאשם במסירת הודאתו, שאז תיפסל קבילות ההודאה מחשש לאמיתותה (511-ב-ג).

ד

(2) במקרים שבהם הגיעה רמת הפסלות כדי פגיעה בצלם דמות האדם של הנאשם, וכדי דרגת חקירה ברוטלית ובלתי אנושית, כי אז תישלל קבילות ההודאה לפי סעיף 12 לפקודת הראיות מיניה וביה, בלא לבחון את ההשפעה בפועל של אמצעי החקירה הפסול על חופשיות רצונו של הנאשם (511-ג-ד).

ה

(3) ההסדר הקבוע בהוראת סעיף 478 לחוק השיפוט הצבאי תואם את הפרשנות שניתנה בהלכה הפסוקה להוראת סעיף 12 לפקודת הראיות, ולפיה אין באי מתן הודעה כדין בדבר זכות השתיקה או זכות ההיוועצות בעורך דין כשלעצמו כדי לפסול את קבילותה של הודאת נאשם, והדבר תלוי בנסיבותיו של כל מקרה לגופו (512 – 513 א).

ו

י. (1) חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו משמר בהוראה מפורשת את הדין שקדם לו, ולפיכך הוראת סעיף 12 לפקודת הראיות נותרה בתוקפה אף לאחר קבלתו של חוק היסוד. ההנחה הפרשנית הכללית הנוהגת בשיטתנו המשפטית, היא חזקה על כל דבר חקיקה כי הוא נועד להגן על זכויות האדם (515-ב-ג, 516 א).

ז

(2) עם חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הועלה מעמדה של זכויות האדם, המעוגנות במסגרתו, למעמד חוקתי על-חוקי. בכך נוצר שינוי במציאות הנורמטיבית בישראל (516ה).

(3) לאחר חקיקתם של חוקי היסוד, הודגשה החובה להתחשב בזכויות המעוגנות בהם במסגרת פרשנותם של דברי חקיקה קיימים, ובנסיבות מתאימות אף גדל המשקל שיש ליתן לזכויות אלה ביחס לערכים ולאינטרסים ציבוריים מתחרים.

- כך, על דרך הכלל, וכך, במיוחד, במשפט הפלילי הקשור קשר אמיץ לכבוד האדם ולחירותו (517א-ב).
- א (4) בהתאם לרוחו ולעקרונותיו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מן הראוי לחזק את מעמדה של התכלית בדבר הגנה על זכויותיו של הנחקר, כך שהיא תהווה טעם עיקרי העומד בפני עצמו לשם פסילת קבילותה של הודאה לפי סעיף 12 לפקודת הראיות (517ב-ג).
- ב (1) יא. ניתן לקבוע כי מרכז הכובד הפרשני השתנה וכי כיום מהווה ההגנה על זכויותיו של הנחקר תכלית מרכזית ועצמאית – ולא רק משנית ונלוות – לפסילת קבילותה של הודאות לפי סעיף 12 לפקודת הראיות (517ה).
- ב (2) כלל הפסילה הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות נועד בעיקרו להגן על שתי זכויות יסוד אשר הוכרו בשיטת המשפט הישראלית מימים ימימה: הזכות לשלמות הגוף והנפש של הנחקר, והזכות לאוטונומיה של הרצון החופשי (517ט).
- ג (3) הזכות לשלמות הגוף והזכות להגנה מפני מעשי ביזוי והשפלה הפוגעים באופן מהותי בשלמות הנפש עלו למדרגה חוקתית על-חוקית בעקבות חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (518ג).
- ג (4) נוכח התכלית שעניינה הגנה על זכויות נאשמים בחקירתם ובהשראתו של חוק היסוד, מן הראוי לפרש את כלל הפסילה המעוגן בסעיף 12 לפקודת הראיות כך שאמצעי חקירה פסולים, שיש בהם כדי לפגוע שלא כדין בזכותו של הנחקר לשלמות הגוף או כדי להשפילו ולבזותו מעבר לנדרש כתוצאה מעצם קיומה של חקירה, יובילו לפסילתה של ההודאה מיניה וביה, בלא צורך לבחון את השפעתם של אמצעי החקירה האמורים על אמיתות ההודאה שנמסרה בחקירה (518ד-ה).
- ד (5) לצד ההגנה על שלמות גופו ונפשו של הנחקר, נועד סעיף 12 לפקודת הראיות, על פי לשונו המפורשת, להגן על אוטונומיית הרצון ועל חופש הבחירה של הנאשם במסירת הודאתו בחקירה (הודאה "חופשית ומרצון"). פגיעה משמעותית וחמורה באוטונומיית הרצון ובחופש הבחירה של הנאשם במסירת הודאתו בחקירה, תוביל לפסילת ההודאה לפי סעיף 12 הנ"ל (519א, 520ב).
- ד (6) (אליבא דמשנה לנשיא (בדימ') מ' חשין): רק אדם הנהנה מאוטונומיה אישית – או אחרת: אדם שהאוטונומיה האישית שלו לא נפגעה באורח מהותי – יכול להודות באורח חופשי ומרצון, ורק הודיה הנשמעת כך מפי אדם תינהנה מחזקת האמיתות. מתן הודיה "חופשית ומרצון" אינה אלא אחת המניפסטציות לאוטונומיה של היחיד, ותחת אשר נרכז מעצמנו במניפסטציה – בגילוי החיצוני – נבכר לבחון את המקור, את השורש. למותר לומר כי האוטונומיה של היחיד כוללת מאליה גם את זכותו לשלמות גופו ונפשו (517א-575ב).
- ה (1) יב. לא כל פגיעה בזכות מוגנת של הנחקר תוביל בהכרח לפסילת קבילותה של הודאתו לפי סעיף 12 לפקודת הראיות. פרשנות כזו תפגע יתר על המידה בערכים הנוגדים שעניינם גילוי האמת, לחימה בעבריינות והגנה על שלום הציבור, ולפיכך אין לקבלה. נוסחו ולשונו של סעיף 12 מעידים כי כלל הפסילה

- המעוגן בו נועד להגן מפני פגיעה של ממש באוטונומיית הרצון של הנאשם במסירת הודאתו (520-ב-ג).
- א (2) יהיה מקום לפסול הודאה לפי סעיף 12, בנסיבות שבהן הנאשם לא הוזהר בדבר זכותו לשתוק ולא להפלייל עצמו בחקירה, ובדבר זכותו להיוועץ בעורך דין והוא לא היה מודע בפועל לזכויות אלה, באופן ששלל ממנו את יכולת הבחירה, אם לשתף פעולה עם חוקריו אם לאו (א-521-ב).
- ב (3) פגיעה שלא כדין בזכות השתיקה או בזכות ההיוועצות בעורך דין תוביל לפסילת קבילותה של הודאת נאשם על פי סעיף 12, רק כאשר יש באותה פגיעה, על פי אופייה ועוצמתה בנסיבות העניין, כדי לפגוע באופן חמור בחופש הבחירה ובאוטונומיית הרצון של הנחקר במסירת הודאתו (1521).
- ג (4) פגיעה בזכות השתיקה או בזכות ההיוועצות בחקירה, אף בנסיבות שבהן אין היא מובילה לפסילת קבילותה של ההודאה, עשויה לפגום במשקלה הראייתית (522-ד-ה).
- ד (5) בנסיבות דנן, אף שהוכחה פגיעה שלא כדין בזכות ההיוועצות בעורך דין בשל המחדל להזהיר את המערער בדבר הזכות האמורה טרם גביית אמרתו, אין לומר כי נוצרה פגיעה מהותית באוטונומיית הרצון ובחופש הבחירה של המערער במסירת הודאתו הראשונה, באופן המחייב את פסילתה בהתאם לסעיף 12 לפקודת הראיות (523, א).
- ה.ג. (1) המחוקק הישראלי נמנע מלקבוע הסדר כולל ומפורש בשאלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין. לפני חוקי היסוד, העמדה שהתקבלה בהלכה הפסוקה הייתה כי, על דרך הכלל וכל עוד לא נקבע אחרת בחוק, אי חוקיות בהשגתה של ראיה רלוונטית אינה משפיעה על שאלת קבילותה אלא על משקלה בלבד (528 – א529).
- ה (2) אף שבית משפט זה דחה בפסיקתו את כללי הפסילה האמריקניים הנתפשים בשיטתנו כחורגים מהאיזון הראוי בין האינטרסים והזכויות הרלוונטיים להליך הפלילי, הרי לא נשללה בפסיקה האפשרות לאימוצן של דוקטרינות אחרות לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין, אשר טיבן, היקפן וגדריהן שונים מאלה של הדוקטרינה האמורה (א-530-ב).
- ו.ד. (1) ייעודו המרכזי של ההליך הפלילי הינו קביעת חפות או אשמה. מטרה זו אינה מהווה אינטרס ייחודי של הפרט העומד לדין אלא אינטרס של החברה בכללותה. זיכוי מוטעה ובוודאי הרשעת שווא פוגעים בעשיית הצדק הן מבחינה מהותית הן על פי מראית הדברים, ועשויים לערער את אמון הציבור בכוחה של הרשות השופטת בעשיית דין צדק לפרט ולכלל (530-ד-1).
- ז (2) חשיפת האמת העובדתית הינה אמצעי עיקרי לעשיית צדק מהותי בפלילים. גילוי האמת מסייע לקביעת חפות או אשמה, ובכך הוא תורם להגשמתם של יעדי ההליך הפלילי ובהם: הלחימה בעבריינות, השמירה על שלום הציבור וההגנה על זכויות נפגעי העבירה בפועל או בכוח. בהתחשב בכל אלה, חשיפת

האמת העובדתית היא מאז ומתמיד תכלית דומיננטית של דיני הראיות בהליך הפלילי (1530-א531).

(3) עם זאת, מעולם לא הייתה חשיפת האמת מטרה מוחלטת או בלעדית של דיני הראיות, בהתחשב בקיומם של אינטרסים וערכים מתחרים הראויים אף הם להגנה. דיני הראיות מכירים, אפוא, בחשיבותו של הערך בדבר חשיפת האמת, אך גם ביחסיותו של ערך זה (א531-ב).

(4) (דעת מיעוט – השופט א' גרוניס): הערך העליון שצריך לעמוד לנגד עיני בית המשפט הוא צמצום מירבי של החשש מפני הרשעת שווא. אחריו בסדר החשיבות עומד האינטרס הציבורי להביא להרשעתם של אלה שחטאו ופשעו. משוורדים אנו שלב נוסף בסולם, מגיעים אנו לצורך בשמירה על הגינותו של ההליך הפלילי בהיבט הדיוני שלו, שנבדל ממטרתו הסופית, היינו, הקביעה אם הנאשם הינו אשם או זכאי (1576 – א577).

טו. (1) מכלול הערכים והאינטרסים המשפיעים על עיצובם של דיני הראיות, מחייבים מלאכת איוון העלולה להוביל ליצירת פער בין המציאות כפי שהיא נקבעת על ידי בית המשפט ("אמת משפטית") לבין המציאות כפי שהיא ("אמת עובדתית") (531ה).

(2) בין הערכים המשפיעים על עיצוב דיני הראיות, נכללות גם זכויותו המוגנות של האדם. ההגנה על זכויות האדם מהווה תכלית לעצמה בשיטתנו המשפטית, ומשפיעה היא על עיצובם של מכלול ענפי המשפט – כל ענף בהתאם למהותו, מטרותיו ומאפייניו. דיני הראיות בהליך הפלילי אינם יוצאי דופן בהקשר זה (532ב).

(3) התכלית של הגנה על זכויות הנאשם והתכלית של חשיפת האמת העובדתית, שתיהן כאחת משרות את מטרת-העל של המשפט שעניינה עשיית דין צדק ומניעת עיוות דין במובנן הרחב (532ג-ד).

(4) הכלל הראייתי שלפיו על התביעה להוכיח אשמה בפלילים מעבר לספק סביר וכן הכללים המחייבים בנסיבות מסוימות תוספת ראייתית לשם הרשעה בפלילים, משרתים הן את הערך של גילוי האמת והן את ההגנה על זכותו של הנאשם לכבוד ולחירות. יש שהתכלית של הגנה על זכויות הנאשם מתנגשת חזיתית בתכלית של חשיפת האמת (532ד-ה).

טז. (1) שאלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין מעוררת צורך במציאת איוון ראוי. הדילמה המתעוררת בהקשר זה היא בין מכלול של זכויות ואינטרסים הנוגעים לטובת הציבור, במובנה הרחב. מחד גיסא, אינטרס אכיפת החוק, הלחימה בעבריינות וכן ההגנה על שלום הציבור, מצדדים בכך שקבילותה של ראיה לא תיבחן לפי דרך השגתה. מאידך גיסא, על הרשויות לאכיפת החוק לפעול בדרכים חוקיות לשם מילוי תפקידן, תוך שמירה על זכויות הנחקר והנאשם (533א-ב, ה).

(2) הרוח המנשבת מחוקי היסוד והמשפיעה על הגישה הפרשנית בנוגע לאיוון הראוי בין התכליות השונות של דיני הראיות בפלילים, אף משליכה על סוגיית קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין (535ד).

- א (3) שאלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין אינה יכולה להיות מוכרעת על פי התכלית של חשיפת האמת ולחימה בעבריינות בלבד. אף כי תכלית זו היא התכלית המרכזית של ההליך הפלילי, מתבקשת כיום נקודת איזון גמישה יותר המתחשבת גם בזכויותיו המוגנות של הנאשם והצורך להגן על הגינות ההליך וטוהרו. אימוץ נקודת איזון גמישה בסוגיה הנדונה, תהלוך את המציאות הנורמטיבית החדשה שנוצרה עם קבלתו של חוק היסוד ותיתן ביטוי למחויבותנו להגנה על זכויות הפרט מפני פגיעה בו על-ידי רשויות השלטון (ה-535).
- ב (4) הגמשת נקודת האיזון בין מכלול הערכים המתחרים בשאלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין, אין משמעותה פסילה גורפת של כל ראיה שהושגה כאמור. אף חוקי היסוד לא הקנו מעמד מוחלט לזכויות האדם המוגנות במסגרתם. קיומה של פסקת הגבלה הקובעת את נוסחת האיזון לפגיעה בזכויות חוקתיות, מלמדת כי הזכויות המוגנות בחוק היסוד הן יחסיות ויש שעליהן לסגת מפני ערכים ואינטרסים מתחרים. ברוח זו יש לקבוע כי רק בנסיבות מתאימות יוביל האיזון בין הערכים המתחרים לפסילתה של ראיה שהושגה שלא כדין (1536 א-537).
- יח. (1) ייתכן שראוי היה כי אימוצה של דוקטרינה לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין ייעשה על ידי המחוקק. עם זאת, משלא בשלו הצעות החוק בנושא לכדי חקיקה אין מנוס מהכרעה שיפוטית בשאלה אם יש לשנות מההלכה הפסוקה שנהגה בשיטתנו המשפטית עד כה, ולפיה דרך השגתה של ראיה לחוד ושאלת קבילותה לחוד (א541).
- ה (2) בהתחשב בכך שפקודת הראיות אינה מהווה קודקס כולל וממצה, דיני הראיות הישראלים הם במידה רבה פרי פיתוחו של בית המשפט העליון, וככאלה מהווים חלק "מהמשפט המקובל נוסח ישראל". הגישה שנהגה עד כה, ולפיה דרך השגתה של ראיה אינה משפיעה על שאלת קבילותה, אף היא אינה יציר המחוקק אלא פרי פסיקתו של בית המשפט. בהתחשב בכך, הסמכות לשנותה הייתה נתונה בידיו של בית משפט זה מאז ומתמיד (ד-541).
- ו (3) שינוי בהלכה הפסוקה – במיוחד כאשר הוא עשוי להשפיע על ניהול ההליך הפלילי ועל דיני הראיות הנוהגים בו – לא נעשה כדבר שבשגרה. נדרשת זהירות רבה בטרם ישנה בית-משפט זה מפסיקתו בסוגיה העקרונית של קבילות ראיות שהושגו שלא כדין (ה-541).
- ז (4) הצורך בשמירה על היציבות והוודאות המשפטית, אין פירושו כי על ההלכה הפסוקה לקפוא על שמריה בלא יכולת להשתנות ולסגל עצמה לצורכי המציאות המשתנה. כך במיוחד, כאשר השינוי בהלכה הפסוקה נדרש לשם הגנה על זכויות האדם ולשם שמירה על הגינות ההליך הפלילי ועל עשיית הצדק במובנם הרחב (ג-542).
- ח (5) (אליבא דמשנה לנשיא (בדימו') מ' חשין): עת היא להגמיש מיסגרות נוקשות, לפרש מושגים על-פי תכליתם, לחטט בשורשיהם של כללים, להזריק לכללים שנקבעו את "רוח הזמן" ואת מושגי עשיית הצדק המקובלים עלינו כהיום הזה (א-576 ב).

- יט. (1) חוקי היסוד בדבר זכויות האדם אינם קובעים כל הוראה בדבר תרופות או סעדים בגין פגיעה בזכויות המוגנות במסגרתם. את שתיקתו של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו בעניין זה אין לפרש כהסדר שלילי (ג544-ד).
- רא (2) התפקיד של גיבוש הסעדים בגין הפרתן של זכויות חוקתיות מוטל בראש ובראשונה על כנסת ישראל. בידיה הכלים הראויים ליצירת הסדר כולל שיוביל להתאמה בין הפגיעה בזכות החוקתית לבין הסעד בגין כך (ד544-ה).
- ב (3) בהיעדר קביעה סטטוטורית בעניין זה, מוסמך בית המשפט לעצב סעדים מתאימים בגין הפרת הזכויות המוגנות בחוקי היסוד. זאת, מכוח חובתו הפוזיטיבית להגן על זכויות אלה ובהתאם לתפישה הכללית של שיטתנו המשפטית, כי במקום שבו הזכות – שם התרופה (ה544-ו).
- כ. (1) לשם קביעת טיבה וגדריה של הדוקטרינה לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין יש ליתן את הדעת לשלוש שאלות הכרוכות זו בזו: השאלה האחת נוגעת לתכליתה העיקרית של הדוקטרינה לפסילת ראיות בשל דרך השגתן. השאלה השנייה עניינה במודל העיוני שעליו מבוססת פסילת הראיות במסגרתה. השאלה השלישית המשפיעה על עיצובה של הדוקטרינה נוגעת למידת גמישותה ולהיקף שיקול הדעת הנתון לבית המשפט במסגרתה (ז546 – א547, א548, ה).
- ג (2) המודל המתאים לשיטת המשפט הישראלית הוא "המודל המניעתי", שלפיו פסילת הראיה תהווה סעד, שתכליתו למנוע פגיעה עתידית בערך מוגן עם קבלת הראיה במשפט, ולא סעד מתקן בגין הפגיעה הראשונית בנאשם שהושלמה בעת השגת הראיה (ג554-א).
- ד (3) אשר לתכלית הדומיננטית שתונח במרכזה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית – נראה כי התכלית ההרתעתית-החינוכית אינה יכולה לשמש תכלית ראשית של הדוקטרינה האמורה. קיים ספק בשאלה אם פסילת ראיות שהושגו שלא כדין משמשת אמצעי יעיל לחינוך ולהרתעה של רשויות החקירה מפני שימוש באמצעי חקירה בלתי כשרים. נוכח מחויבותו של בית משפט זה מאז ומתמיד להגנה על זכויות האדם ובהשראתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, נראה כי התכלית של הגנה על הגינות ההליך הפלילי וטוהרו הן התכליות הראשיות שסייעו בעיצובה של הדוקטרינה הנדונה (ג555-ב, ג, ו-ז).
- ה (4) אשר למידת גמישותה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, שאלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין מחייבת מציאת איזון ראוי בין ההגנה על זכויות הנאשם ושמירה על הגינות ההליך הפלילי ועל טוהרו, לבין ערכים ואינטרסים נוגדים ובהם – ערך גילוי האמת, הלחימה בפשע הגואה וההגנה על שלום הציבור ועל זכויותיהם של נפגעי עבירה (ז555 – א556).
- ו (5) בשל מורכבות הסוגיה וריבוי הגורמים שיש להביאם בחשבון, אין זה רצוי לאמץ כלל פסילה נוקשה אלא יש להותיר בידיהם של בתי המשפט שיקול דעת בשאלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין, בהתחשב בנסיבותיו של כל מקרה לגופו (ד556).

- כא. (1) תנאי ראשון לתחולתה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית הינו כי הראיה הושגה שלא כדין על ידי רשויות אכיפת החוק. השאלה מהי ראיה שהושגה "שלא כדין" אינה ניתנת לתשובה מדויקת וממצה (557ה).
- א (2) ככלל, ניתן לומר כי מדובר בראיה שהושגה באמצעי חקירה בלתי חוקיים, קרי – מנוגדים להוראה הקבועה בחוק, בתקנה או בנוהל מחייב; באמצעים בלתי הוגנים; או באמצעים הפוגעים שלא כדין בזכות יסוד מוגנת. במסגרת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, אין הכרח להוכיח כי הראיה הושגה תוך כדי הפרתה של זכות בעלת מעמד חוקתי (557ה-1).
- ב (3) במרכזו של התנאי השני לתחולתה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, ניצבת זכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן. בכך מתממשת תכליתה העיקרית של הדוקטרינה הנדונה להגן על זכויות הנאשם ועל הגינות ההליך הפלילי ועל טוהרו. מדובר בזכות מסגרת בעלת רקמה פתוחה, אשר כינויה ותוכנה המדויק משתנים משיטת משפט אחת לרעותה ואף באמנות הבינלאומיות השונות (1558, 559א).
- ג (4) ניתן להצביע על מספר מאפיינים של הזכות להליך פלילי הוגן בשיטתו המשפטית: ראשית, מטרתה של הזכות הנדונה הינה להבטיח פרוצדורה הוגנת וערובות דיוניות הולמות להגינותו של ההליך הפלילי כלפי הנאשם. שנית, הזכות להליך פלילי הוגן נוגעת בכל שלביו של ההליך הפלילי. שלישית, ההגנה על הזכות להליך פלילי הוגן אינה מתמצית בבחינת השפעתם הפוטנציאלית של פגמים דיוניים על תוצאות המשפט דווקא, אלא נדרשת בהקשר זה ראיה רחבה המתבססת על שיקולים כלליים של הגינות, צדק ומניעת עיוות דין (559ה-1).
- ד (5) שלב החקירה המשטרית מהווה הליך מקדים למשפט עצמו, באופן שפגמים שנפלו במסגרתו עשויים להשליך על הגינות ההליך הפלילי בכללותו (1559).
- ה (6) הזכות להליך פלילי הוגן כוללת את זכותו של נאשם לדעת מדוע נעצר ובמה הוא מואשם, הזכות להיות מיוצג על ידי עורך דין, הזכות להיות נוכח במשפט, הזכות למשפט פומבי על-ידי ערכאה בלתי תלויה וניטראלית והזכות להתגונן במשפט ולהציג ראיות רלוונטיות. כן כוללת הזכות האמורה את חזקת החפות, את עקרון החוקיות ואת האיסור להעמדת הנאשם בפני סיכון כפול להרשעה בגין אותו מעשה (560א-ב).
- ו (1) כב. (1) פגיעה שלא כדין בזכות להליך הוגן בפלילים עלולה לפגוע בזכותו החוקתית של הנאשם לחירות. כן עלולה היא לפגום בהערכתו העצמית של הנאשם וליצור אצלו תחושה של ביזוי וחוסר אונים כאילו היה כלי משחק בידיהם של אחרים, עד כדי פגיעה בזכותו החוקתית לכבוד (560ה-1).
- ז (2) לשם פסילתה של ראיה שהושגה שלא כדין נדרש כי קבלתה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכות להליך הוגן שלא על פי גדריה של פסקת ההגבלה, קרי – פגיעה שהיא משמעותית, לתכלית שאינה ראויה ובמידה שעולה על הנדרש. פסילת הראיה בנסיבות האמורות מתחייבת מסעיפי המטרה והכיבוד הקבועים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. היא נגזרת מחובתו של בית משפט שלא לפגוע בזכות החוקתית האמורה ("סטטוס שלילי") וכן מחובתו להגן עליה ("סטטוס חיובי") (561ג-ד).

(3) ככל הזכויות המוכרות בשיטה המשפטית הישראלית, אף הזכות להליך פלילי הוגן אינה מוחלטת. היקף ההגנה עליה נגזר מהצורך לאזן בינה לבין ערכים, זכויות ואינטרסים מתחרים (1561).

א

כג. (1) ניתן להצביע על שלוש קבוצות עיקריות של שיקולים הרלוונטיים לשאלה אימתי קבלתה במשפט של ראיה שהושגה שלא כדין תפגע פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן שלא לפי גדריה של פסקת ההגבלה: אופייה וחומריתה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה; מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה; הנזק מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילת הראיה. אין מדובר על רשימה נוקשה וממצה של שיקולים, אלא אך בקווים מנחים להפעלת שיקול דעתו של בית המשפט במסגרת נוסחת האיזון העקרונית עליה מבוססת דוקטרינת הפסילה הפסיקית (1562, ו-1564, 1565).

ב

(2) לא כל סטייה מכללי החקירה ולא כל אמצעי שהופעל בחקירה, גם אם אינם מקובלים על בית המשפט, יביא לפסילת הראיה (1563-ג-ד).

ג

(3) התנהגות פוגענית מכוונת מצד גורמי החקירה עשויה להוות נסיבה כבדת-משקל בעד פסילת הראיה גם כאשר הפגם אינו חמור, עם זאת העובדה שהרשות פעלה בתום לב אין בה בהכרח כדי למנוע את פסילת הראיה, כאשר הדבר מתחייב מההגנה על זכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן (1563).

ד

(4) (דעת מיעוט – השופט א' גרונר): כאשר מדובר על איש משטרה, אשר תפקידו חקירה של חשודים או עדים, קשה לקבל שמחדל מלהודיע לנחקר על זכות ההיועצות בעורך דין אינו מכוון (1580-ד).

(5) על בית המשפט לבחון אם במקרה הבא לפניו מתקיימות "נסיבות מקילות" שבכוון להפחית מחומרתה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה. ככל שהשגת הראיה בדרכים כשרות הייתה אפשרית וקלה, כך ההפרה של כללי החקירה התקינה עשויה להיחשב חמורה יותר, באופן שיתמוך במסקנה כי קבלת הראיה במשפט תיצור פגיעה משמעותית ובלתי מידתית בזכותו של הנאשם להליך הוגן (1564-א, ג).

ה

(6) אם הראיה הייתה מתגלית או מושגת על ידי רשויות אכיפת החוק, גם לולא השימוש באמצעי החקירה הבלתי כשרים, עשוי הדבר להפחית מעוצמת הפגיעה בזכותו של הנאשם להליך הוגן אם תתקבל הראיה המשפט (1564-ד).

ו

(7) יש לבחון אם קיומה של הראיה הינו עצמאי ונפרד מאי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגתה. בנסיבות שבהן התשובה לשאלה זו חיובית, אין באמצעי החקירה הבלתי כשרים כדי להשפיע על תוכן הראיה, והדבר עשוי להוות שיקול בעד קבלתה במשפט (1564 – 1565-א).

(8) ראיות חפציות, כגון: נשק, סם או רכוש גנוב, הן בעלות קיום עצמאי ונפרד מאי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגתן, ובדרך-כלל לא יהא באי-החוקיות האמורה כדי לפגום באמינותן (1565-ב).

ז

9) שיקול רלוונטי להכרעה בשאלת קבילותה של ראייה שהושגה שלא כדין, הינו אם המחיר החברתי הכרוך בפסילת הראייה גבוה מן התועלת האפשרית שתצמח מכך. הפרמטרים העיקריים בעניין זה הינם חשיבות הראייה להוכחת האשמה, מהות העבירה המיוחסת לנאשם ומידת חומרתה. השאלה באיזו מידה יראו בתי המשפט בישראל להתחשב בחשיבות הראייה ובחומרת העבירה, אינה דורשת הכרעה וניתן להותירה לימים שיבואו (1565-ז, 566ה-1).

10) (דעת מיעוט – השופט א' גרוניט): השיקול של חומרת העבירה יהיה מותר רק אם הנימוק לטענת הפסלות אינו קשור במהימנות (1579).

כד. (1) קיימת הצדקה תכליתית לכך שדוקטרינת הפסילה הפסיקתית תחול על הודאות נאשמים לצידו של כלל הפסילה הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות. בהתאם לכך, הודאת נאשם עשויה להימצא קבילה לפי הוראת סעיף 12 לפקודת הראיות אך להיפסל במסגרת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, ולהפך; וככזו דינה כדין כל ראייה אחרת במשפט (3568-ד).

2) אימוצה של הדוקטרינה בשיטתנו המשפטית הינה בגדר התפתחות מתבקשת וצפויה ואין בתחולתה משום פגיעה באינטרס הסתמכות ראוי להגנה. בהתחשב בכך, תחול ההלכה דנן על כל נאשם שתיקו תלוי ועומד לפני בית המשפט, ככל שיהא מקום ליישומה בנסיבות העניין (570ב).

3) בנסיבות הייחודיות דנן, קבלת הודאתו של המערער תיצור פגיעה משמעותית ובלתי מידתית בזכותו להליך פלילי הוגן ולפיכך יש להורות על פסילתה (1572).

4) בנסיבות דנן, נוכח העובדה שלפיה החוקר הצבאי נמנע במכוון מאזהרת המערער בדבר זכות ההיוועצות – יש לפסול את קבילות ההודאה שמסר בחקירה; זאת, בין אם הפרתה של חובת היידוע מהווה תופעה נפוצה ובין אם לאו (573ג).

כה. (דעת מיעוט – השופט א' גרוניט):

1) במקרים מסוימים, עלולה גישה המונעת קבילות להביא לכך שהאמת לא תצא לאור. ברובם המכריע של המקרים תפעל גישה זו במסגרת הליך פלילי נגד התביעה ולא נגד הנאשם (577ג-ד).

2) התוצאה עלולה אכן להיות שהאשם ייצא זכאי בדינו משום שראייה מפלילה לא נתקבלה. קבלתה של ראייה והעברתה של הבחינה למישור המשקל עלולה לגרום לכך שיהיו מקרים בהם הזכאי יימצא אשם (577ד).

3) החשש להרשעת שווא אף מתעצם כאשר עסקינן בהודאה, שהרי התוספת הראייתית הנדרשת להרשעה על פיה הינה מינימלית (1578).

4) בנסיבות דנן, הואיל והנחקר היה מודע לזכותו לשתוק, הרי אין הפרת החובה ליידע בדבר זכות ההיוועצות, כשלעצמה, מצדיקה פסילה של ההודאה. אילו נמנע החוקר גם מלומר למערער כי עומדת לו זכות השתיקה, ייתכן ששני המחללים יחדיו היו מצדיקים פסילתה של ההודאה (580א-ב).

חוקי יסוד שאוזכרו:

- חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, סעיפים 1א, 2, 4, 5, 8, 9, 10, 11.
- חוק-יסוד: חופש העיסוק, סעיף 10.

א

חקיקה ראשית שאוזכרה:

- פקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, סעיפים 10א, 12.
- פקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973, סעיפים 7(א), 7(ג).
- חוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, סעיפים 227א, 227א(6), 227א1, 267, 316, 440ט, 476, 477, 478.
- פקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש].
- חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, סעיף 29.
- חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 15), התשמ"א-1981.
- חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996, סעיפים 28(א), 32–36, 32(1), 34(א), 34(ב), 34(ג).
- חוק הסנגוריה הציבורית, התשנ"ו-1995, סעיפים 18, 19, 19(א).
- חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 34), התשנ"ח-1998.
- חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התשס"ב-2002, סעיף 16(ב).
- פקודת העדות, סעיף 9.
- חוק האזנת סתר, התשל"ט-1979, סעיפים 13, 13(א).
- חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, סעיפים 2, 32.
- חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001, סעיף 1.
- חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו-1996.

ב

ג

ד

ה

הצעות חוק שאוזכרו:

- הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות [נוסח חדש] (תיקון – אמרת נאשם מחוץ לבית המשפט), התש"ס-1999.
- הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 15) (הודאת נאשם בעבירות חמורות), התשס"א-2000.
- הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות [נוסח חדש] (תיקון – אמרת נאשם מחוץ לבית המשפט), התשס"ד-2004.

ו

ז

- הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (תיקון – ביטול הודאה שנגבתה
באלימות), התשס"ד-2004.
- א — הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (קבילות ומשקל הודיית נאשם),
התשס"ד-2004.
- הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (פסילת ראיה), התשס"ה-2005.
- הצעת חוק-יסוד: זכויות במשפט, סעיף 6.
- ב — הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 15) (הודאת נאשם בעבירות
חמורות), התשס"א-2000.
- הצעת החוק לתיקון פקודת הראיות (פסילת ראיה), התשס"ה-2005.
- הצעת חוק הראיות, התשמ"א-1981, סעיף 36.
- הצעת חוק הראיות, התשמ"ה-1985, סעיף 37.

ג

אמנות שאוזכרו:

- האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1966) כ"א 1040,
עמ' 269, סעיף 14(1).

ד

פסקי דין של בית המשפט העליון שאוזכרו:

- [1] דנ"פ 9384/01 אל נטסרה נ' לשכת עורכי-הדין בישראל, הוועד המרכזי,
פ"ד נט (4) 637 (2004).
- [2] ע"א 10425/03 מדינת ישראל נ' שאשא (לא פורסם, ניתן ביום
28.7.2004).
- ה [3] בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד
נד (6) 285 (2006).
- [4] מ"ח 7929/96 קוזלי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נג (1) 529 (1999).
- [5] בג"ץ 249/82 ועקנין נ' בית-הדין הצבאי לערעורים, פ"ד לז (2) 393
(1983).
- [6] ע"פ 307/60 יאסין ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז 1541 (1961).
- [7] ע"פ 96/66 טאו נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כ (2) 539 (1966).
- [8] ע"פ 533/82 זכאי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח (3) 57 (1984).
- [9] ע"פ 334/86 סבאח נ' מדינת ישראל, פ"ד מד (3) 857 (1990).
- [10] ע"פ 747/86 אייזנמן נ' מדינת ישראל, פ"ד מב (3) 447 (1988).
- [11] בג"ץ 3412/91 סופיאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה, פ"ד מז (2)
843 (1993).

ז

- [12] בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746 (2004).
- [13] רע"א 5381/91 חוגלה שיווק (1982) בע"מ נ' אריאל, פ"ד מו(3) 378 (1992).
- [14] ע"פ 1382/99 בלחניס נ' מדינת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 1.1.1999).
- [15] רע"פ 3445/01 אלמליח נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(2) 865 (2002).
- [16] רע"פ 8600/03 מדינת ישראל נ' שרון, פ"ד נח(1) 748 (2003).
- [17] ע"פ 648/77 קריב נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 729 (1978).
- [18] ע"פ 6613/99 סמירק נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 529 (2002).
- [19] בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נז(2) 349 (2003).
- [20] ע"פ 69/53 סייג' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ז 801 (1954).
- [21] ע"פ 7335/05 הסנגוריה הציבורית – מחוז נצרת נ' מדינת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 15.9.2005).
- [22] בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501 (1994).
- [23] בג"ץ 6302/92 רומחיה נ' משטרת ישראל, פ"ד מז(1) 209 (1993).
- [24] בש"פ 5136/98 מנבר נ' מדינת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 26.8.1998).
- [25] ע"פ 5614/92 מדינת ישראל נ' מסיקה, פ"ד מט(2) 669 (1995).
- [26] בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999).
- [27] ע"פ 636/77 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(3) 768 (1978).
- [28] ע"פ 4427/95 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 557 (1997).
- [29] דנ"פ 4342/97 אל עביד נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 736 (1998).
- [30] ד"נ 3081/91 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(4) 441 (1991).
- [31] ע"פ 2/48 אל-לוג' נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד א 92 (1948).
- [32] ע"פ 242/63 קריתי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(3) 477 (1964).
- [33] ע"פ 270/65 קיסי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יט(3) 561 (1996).
- [34] ע"פ 347/75 הירש נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(3) 197 (1976).
- [35] ע"פ 369/78 אבו מדיג'ס נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(3) 376 (1979).
- [36] ע"פ 115/82 מועדי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 197 (1984).
- [37] ע"פ 183/78 אבו מדיג'ס נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(4) 533 (1979).

- [38] ע"פ 154/85 אברושמי נ' מדינת ישראל, פ"ד מא (1) 387 (1987).
- [39] רע"פ 3268/02 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נט (5) 761 (2005).
- א [40] ע"פ 161/77 זוהר נ' מדינת ישראל, פ"ד לב (1) 326 (1977).
- [41] ע"פ 450/82 טריפי נ' מדינת ישראל, פ"ד לז (2) 589 (1983).
- [42] ע"פ 4998/95 גומז-קרדוסו נ' מדינת ישראל, פ"ד נא (3) 769 (1997).
- [43] ע"פ 277/78 מדינת ישראל נ' טוביהו, פ"ד לג (1) 297 (1979).
- ב [44] ע"פ 611/80 מטוסיאן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (4) 85 (1981).
- [45] בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (3) 355 (1995).
- [46] דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (4) 589 (1995).
- [47] בג"ץ 7357/95 ברקי פטה המפריס (ישראל) בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נ (2) 769 (1996).
- ג [48] ע"א 524/88 "פרי העמק" אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב – מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ, פ"ד מה (4) 529 (1991).
- [49] בג"ץ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד (3) 294 (1980).
- ד [50] ע"פ 3632/92 גבאי נ' מדינת ישראל, פ"ד מו (4) 487 (1992).
- [51] ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג (4) 526 (1999).
- [52] דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ (4) 661 (1996).
- [53] בג"ץ 8111/96 הסתדרות העובדים החדשה נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ, פ"ד נח (6) 481 (2004).
- ה [54] בש"פ 92/00 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נד (4) 240 (2000).
- [55] ע"פ 5825/97 שלום נ' מדינת ישראל, פ"ד נה (2) 933 (2001).
- [56] ע"פ 5203/98 חסון נ' מדינת ישראל, פ"ד נו (3) 274 (2002).
- [57] ע"פ 480/85 קורטאם נ' מדינת ישראל, פ"ד מג (3) 673 (1986).
- [58] בג"ץ 3815/90 גילת נ' שר המשטרה, פ"ד מה (3) 414 (1991).
- ו [59] ע"פ 1302/92 מדינת ישראל נ' נחמיאס, פ"ד מט (3) 309 (1995).
- [60] ע"פ 476/79 בולוס נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (1) 785 (1980).
- [61] ע"פ 16/82 מלכה נ' מדינת ישראל, פ"ד לו (4) 309 (1982).
- [62] ד"נ 9/83 בית-הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין, פ"ד מב (3) 837 (1988).
- ז [63] ע"פ 951/80 קניר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (3) 505 (1981).
- [64] דנ"פ 4390/91 מדינת ישראל נ' חג' יחיא, פ"ד מז (3) 661 (1993).
- [65] ע"פ 6147/92 מדינת ישראל נ' כהן, פ"ד מח (1) 62 (1993).
- [66] ד"נ 23/85 מדינת ישראל נ' טובול, פ"ד מב (4) 309 (1988).

- [67] ע"א 703/86 ברנשטיין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מג(4) 529 (1989).
- [68] ע"א 2515/94 ער"ד לוי נ' עיריית חיפה, פ"ד נ(1) 723 (1996).
- [69] א בג"ץ 6319/95 חכמי נ' שופטת בית משפט השלום בתל-אביב-יפו, פ"ד נא(3) 750 (1997).
- [70] ע"פ 260/78 סלימאן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לג(2) 204 (1979).
- [71] ע"פ 559/77 מאירי נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 180 (1978).
- [72] ע"פ 2286/91 מדינת ישראל נ' אילוח, פ"ד מה(4) 289 (1991).
- [73] ע"פ 639/79 אפללו נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 561 (1980).
- [74] ע"א 1354/92 היועץ המשפטי נ' פלונית, פ"ד מח(1) 711 (1994).
- [75] ע"א 61/84 ביאזי נ' לוי, פ"ד מב(1) 446 (1988).
- [76] ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221 (1996).
- [77] ג ע"פ 1668/98 היועץ המשפטי לממשלה נ' נשיא בית-המשפט המחוזי בירושלים, פ"ד נו(1) 625 (1998).
- [78] ע"פ 2180/02 קאסס נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 642 (2002).
- [79] ע"פ 9970/03 דרעי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 16.2.2005).
- [80] כש"פ 6689/01 מגדלאני נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 173 (2001).
- [81] ד בג"ץ 266/05 פילנט נ' סגן הפרקליט הצבאי, פ"ד נט(4) 707 (2005).
- [82] רע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה נ' גלעד, פ"ד מט(2) 516 (1995).
- [83] ב"ש 298/86 ציטרין נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז תל-אביב, פ"ד מא(2) 337 (1987).
- [84] ה בג"ץ 547/84 עוף העמק, אגודה חקלאית שיתופית רשומה נ' המועצה המקומית רמת-ישי, פ"ד מ(1) 113 (1986).
- [85] ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995).
- [86] ו בג"ץ 3992/04 מיומן-כהן נ' שר החוק, פ"ד נט(1) 49 (2004).
- [87] מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 354 (2002).
- [88] מ"ח 4843/00 דרעי נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(4) 253 (2003).
- [89] ע"פ 1741/99 יוסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 750 (1999).
- [90] ז בג"ץ 6972/96 התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(2) 757 (1997).
- [91] בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005).

- [92] דנ"פ 3750/94 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(4) 621 (1994).
- [93] ע"פ 1/48 סילבסטר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד א 5 (1948).
- א [94] דנ"פ 4603/97 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 160 (1998).
- [95] רע"א 8925/04 סולל בונה בניין ותשתיות בע"מ נ' עזבון המנוח אהמד עבד אלחמיד, פ"ד סא(1) 126 (2006).
- [96] מ"ח 8390/01 אקסטרוד נ' מדינת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 17.10.2005).
- ב [97] ע"פ 242/85 חזן נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(1) 512 (1987).
- [98] בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999).
- [99] דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס, פ"ד נב(3) 1 (1998).
- [100] רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199 (1999).
- ג פסקי דין של בתי המשפט המחוזיים שאוזכרו:
- [101] ת"פ (מחוזי נצ') 511/97 מדינת ישראל נ' עודה (לא פורסם, ניתן ביום 31.12.1997).
- ד פסקי דין של בתי משפט השלום שאוזכרו:
- [102] ת"פ (שלום ת"א) 4598/01 מדינת ישראל משטרה – מדור תביעות נ' בן-שושן (לא פורסם, ניתן ביום 3.9.2003).
- ה פסקי דין אוסטרליים שאוזכרו:
- [103] Bunning v. Cross [1978] H.C.A. 22; (1978) 141 C.L.R. 54.
- פסקי דין אמריקניים שאוזכרו:
- [104] Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966).
- ג [105] Dickerson v. United States, 530 U.S. 428 (2000).
- פסקי דין אנגליים שאוזכרו:
- [106] Ibrahim v. R. [1914] A.C. 599.
- [107] Kuruma v. The Queen [1955] A.C. 197.
- ז פסקי דין קנדיים שאוזכרו:
- [108] R. v. Oickle, [2000] 2 S.C.R. 3
- [109] R. v. Collins [1987] 1 S.C.R. 265.
- ח

ספרים ישראלים שאוזכרו:

- [110] אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ג – פרשנות חוקתית (1994).
- [111] יעקב קדמי על הראיות כרך א (2004).
- [112] אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית (2004).
- [113] דפנה ברק-ארוז עוולות חוקתיות: ההגנה הכספית על הזכות החוקתית (1993).

א

מאמרים ישראלים שאוזכרו:

- [114] דן ביין "זכותו של חשוד הנתון במעצר לסניגור בהליכי החקירה – לקראת פתרונות של 'פשרה'" הפרקליט לט 108 (1989).
- [115] יאיר תירוש "הזכות לייצוג משפטי בחקירה – כללי הצייד במבחן המשפט המשווה" משפט וצבא יד 91 (2000).
- [116] אריאל בנדור "בגנות היחסיות של זכויות יסוד" משפט וממשל ד 343 (1997).
- [117] הלל סומר "הזכויות הבלתי מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח 257 (1997).
- [118] מנחם אלון "חוקי היסוד – עיגון ערכיה של מדינת יהודית ודמוקרטית" מחקרי משפט יג 27 (1996).
- [119] עמנואל גרוס "הזכויות הדיוניות של החשוד או הנאשם על פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" מחקרי משפט יג 155 (1996).
- [120] יהודית קרפ "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מב 64 (1995).
- [121] בועז סנג'רו "ההודאה כבסיס להרשעה – האמנם 'מלכת הראיות' או שמא קיסרית הרשעות השווא" עלי משפט ד 245 (2005).
- [122] עמנואל גרוס "כלל פסילה חוקתי – האם יש לו מקום בישראל" משפטים ל 145 (1998).
- [123] אליהו הרנון "ראיות שהושגו שלא כדין: מבט השוואתי" ספר לנדוי כרך ב 983 (אהרן ברק וא' מזוז עורכים, 1995).
- [124] אלכס שטיין "מקריות ותיאוריה בעשיית משפט" משפטים כט 5 (1998).
- [125] אורי ידן "הצעת חוק ראיות חדש" הפרקליט לד 137 (1981).
- [126] משה לנדוי "הערות על הצעת חוק הראיות המתקנת" משפטים טז 17 (1985).

ב

ג

ד

ה

ו

ז

- [127] מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז 503 (1993).
- א [128] אהרון ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא 271 (1993).
- [129] חיים כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית – עיונים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט-ספר היובל 9 (1994).
- [130] יהודית קרפ "מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" משפטים כה 129 (1995).
- ב [131] בני שטיינברג "מה נותר מן האזהרה על זכות השתיקה?" הפרקליט מח 163 (2005–2006).
- [132] עמנואל גרוס "החסיון מפני הפללה עצמית – האמנם ציון דרך במאבקו של האדם הנאור לקידמה?" מחקרי משפט ז 67 (התשמ"ט).
- ג [133] אריאל בנדור "גבייה של הודאת נאשם וקבילותה – מטרות, אמצעים ומה שביניהם" פלילים ה 245 (1996).
- [134] אהרון ברק "על משפט, שיפוט ואמת" משפטים כז 11 (1996).
- [135] נינה זלצמן "אמת עובדתית" ו'אמת משפטית" – מניעת מידע מביט-המשפט לשם הגנה על ערכים חברתיים" עיוני משפט כד 263 (התשס"א).
- ד [136] בעז אוקון, עודד שחם "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטיים" המשפט ג 265 (1996).
- [137] אהרון ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג 5 (1996).
- ה [138] אליהו הרנון "ראיות שהושגו שלא כדין – האם נשתנה המצב המשפטי בעקבות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו?" מחקרי משפט יג 139 (1996).
- ו [139] יורם שחר "סדר-דין פלילי" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ב-תשנ"ג 375 (1994).
- [140] עמנואל גרוס "תרופות חוקתיות" משפט וממשל ד 433 (1998).
- [141] אלכס שטיין "סעיף 10א לפקודת הראיות ופירושו: התפתחות חיובית או סכנה של עיוות-דין?" משפטים כא 325 (1992).
- ז

ספרים זרים שאוזכרו:

- [142] W. R. LAFAVE, J. H. ISRAEL, N. J. KING, *CRIMINAL PROCEDURE* (2nd ed., 1992). א
- [143] COLIN TAPPER, CROSS & TAPPER, *ON EVIDENCE* (8th ed., 1995).
- [144] MICHAEL ZANDER, *THE POLICE AND CRIMINAL EVIDENCE ACT 1984* (4th ed., 2003).
- [145] COLIN TAPPER, CROSS & TAPPER, *ON EVIDENCE* (9th ed., 1999). ב
- [146] PETER W. HOGG, *CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA* (Student ed., 2005).
- [147] ARCHBOLD *CRIMINAL PLEADING, EVIDENCE AND PRACTICE* (P. J. Richardson ed., 2003).
- [148] D. CHENEY, L. DICKSON, J. FITZPATRICK, S. UGLOW, *CRIMINAL JUSTICE AND THE HUMAN RIGHTS ACT 1998* (1999). ג
- [149] M. DELMAS-MARTY, J. R. SPENCER (Editors.), *EUROPEAN CRIMINAL PROCEDURES*. (2002).
- [150] ROBERT J. SHARPE, KENT ROACH, *THE CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS* (1998). ד

מאמרים זרים שאוזכרו:

- [151] Mark A. Godsey, *Rethinking the Involuntary Confession Rule: Toward a Workable Test for Identifying Compelled Self-Incrimination*, CAL. L. REV. 467 (2005). ה
- [152] Akhil Reed Amar, Renée B. Lettow, *Fifth Amendment First Principles: The Self-Incrimination Clause*, 93 MICH. L. REV. 857 (1995).
- [153] A. J. Ashworth, *Excluding Evidence as Protecting Rights*, [1977] CRIM. L. REV. 723. ו
- [154] James Stribopoulos, *Lessons from the Pupil: A Canadian Solution to the American Exclusionary Rule Debate*, 22 BOSTON COLLEGE INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW REV. 77 (1999). ז
- [155] Richard H. Fallon, Jr & Daniel J. Meltzer, *New Law, Non-Retroactivity, and Constitutional Remedies*, 104 HARV. L. REV. 1731 (1991).

- [156] Richard Stone, *Exclusion of Evidence under Section 78 of the Police and Criminal Evidence Act: Practice and Principles*, [1995] 3 WEB J. C. L. I.
- [157] Harry M. Caldwell, *The Unruly Exclusionary Rule: Heeding Justice Blackmun's Call to Examine the Rule in Light of Changing Judicial Understanding about Its Effects Outside the Courtroom*, 78 MARQUETTE LAW REV. 45 (1994).
- [158] Andrew Ashworth, *Article 6 and the Fairness of Trials*, [1999] CRIM. L. REV. 261.

שונוות:

- [159] דו"ח הוועדה בראשותו של השופט גולדברג לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולענין העילות למשפט חוזר (1995).
- [160] ההצהרה האוניברסלית על זכויות האדם, 1948, סעיף 10.
- [161] האמנה האירופית לזכויות אדם, 1950, סעיף 6.
- [162] Australian Law Reform Commission *Review of the Uniforms Evidence Acts* (2005): www.austlii.edu.au/au/other/alrc/publications/dp/69/

מקורות המשפט העברי שאוזכרו:

- [א] בראשית, יט, ט.
- [ב] רמב"ם, ספר המצוות, חלק לא תעשה, מצווה ר"צ (הוצאת מוסד הרב קוק, התש"ן).

ערעור על פסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים (השופטים אלוף א' שיף, תא"ל מ' פינקלשטיין, אל"מ (מיל') י' קדמי) מיום 13.5.98 בתיק 139/97/9. הערעור התקבל ברוב דעות נגד דעתו החולקת של השופט א' גרוניס.

אלי זהר, רועי בלכר, עמית קריספיין – בשם המערער;

עינת רון – בשם המשיב 1;

יהושע רזניק, לשעבר המשנה לפרקליט המדינה – בשם המשיב 2;

קנת מן, עמי קובו – בשם המשיבה 3;

אביגדור פלדמן, מיכאל ספרד – בשם המשיבה 4.

פסק דין

א

השופטת ד' ביניש:

לפנינו ערעור על פסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים לאחר שניתנה על ידיו רשות ערעור לבית משפט זה. במוקד הערעור ניצבת שאלת ההשפעה של אי-מתן הודעה כדין בדבר הזכות להיוועץ בעורך דין, על קבילותה של הודאה שנמסרה בחקירה. שאלה זו נוגעת לשתי סוגיות עקרוניות שיעמדו במוקד דיונונו: ראשית, אם בהשראתו הפרשנית של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן גם: חוק היסוד) יש לקבוע כי היעדר הודעה כדין בדבר זכות ההיוועצות בעורך דין, פוסלת בהכרח את קבילותה של הודאת נאשם בהתאם לסעיף 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות). שאלה זו עניינה בפרשנות הוראתו של סעיף 12 הנ"ל, המתנה את קבילותה של הודאה בהיותה "חופשית ומרצון". שנית, אם ניתן להורות על פסילתה של הודאה כאמור מכוח דוקטרינה פסיקתית-הלכתית לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין. טענה זו מעוררת סוגיה עקרונית שעיקרה אם על בית משפט זה לאמץ בפסיקתו דוקטרינה כללית לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין, ואם כן – מה טיבה של הדוקטרינה ומהם גדריה.

ב

ג

ד

בטרם נפנה לדיון בשאלות האמורות, נעמוד על עיקרי העובדות וההליכים הרלוונטיים לערעור זה ועל טענות הצדדים כפי שהובאו בסיכומיהם בכתב.

ה

עיקרי העובדות והשתלשלות ההליכים בתיק

1. ביום 17.12.1996, סמוך לחצות, נקלט המערער בבסיס כליאה 396 (להלן: כלא 6) בגין נפקדות מהצבא. במהלך קליטתו בכלא התבקש המערער להתפשט, וכשהפשיל את תחתוניו נפלה מהם חבילה קטנה עטופה בנייר. תחילה ניסה המערער להסתיר את החבילה מתחת לרגלו, אך מיד לאחר מכן אמר: "זה גראס, אני יכול להסביר". קצינה מסגל הכלא דיווחה בשעה 02:30 על האירוע לבסיס המשטרה הצבאית החוקרת בחיפה. את הדיווח קיבל החוקר התורן אותה עת, רב"ט יונתן אופיר (להלן: רב"ט אופיר או החוקר צבאי). למחרת, ביום 18.12.1996 בשעה 16:40 הגיע רב"ט אופיר לכלא 6 על מנת לחקור את המערער. בטרם נפגש עם המערער, קיבל רב"ט אופיר לידיו את החבילה שנפלה מתחתוניו של המערער, ואף שמע ממפקד האגף שבו היה המערער כלוא כי המערער התוודה לפניו על שימוש

ו

ז

קודם שעשה בסם, אף כי לא היה ברור מדבריו של המערער אותה עת אם השימוש
האמור נעשה עובר לגיוסו לצה"ל או לאחר גיוסו.

א

בשעה 16:45 החל רב"ט אופיר בחקירת המערער, ולאחר כעשרים דקות החל
ברישום אמרתו. בתחילת גביית האמרה, ציין רב"ט אופיר באוזני המערער כדלקמן:

ב

"אני עומד לגבות את אמרתך בנסיבות היותך חשוד בשימוש והחזקה של סמים
מסוכנים. האם ברצונך לומר דבר בקשר לעבירה האמורה? אין אתה חייב לומר דבר
אם אין רצונך בכך, אולם כל אשר תאמר יירשם ויוכל לשמש כראיה משפטית". כבר
בראשית אמרתו, הודה המערער כי עישן סם מסוג קנבוס ("גראס") בהיותו חייל,
במהלך תקופת נפקדותו מהצבא. בשעה 17:30, בטרם נשלמה גביית האמרה, יצא
רב"ט אופיר מחדר החקירות ושוחח בטלפון עם מפקד המשטרה הצבאית בחיפה,

ג

סרן ניר גולן, אשר הורה לו לעצור את המערער. בתום שיחת הטלפון האמורה, חזר
רב"ט אופיר לחדר החקירות והמשיך לגבות מהמערער את אמרתו. המערער פירט
לפני החוקר הצבאי את המקרים שבהם עשה שימוש בסם מסוג קנבוס בהיותו חייל
ואף השיב לשאלות החוקר בנוגע להחזקת הסם שנתפס ברשותו בעת קליטתו בכלא.

ד

בשעה 18:27 סיים רב"ט אופיר לגבות את אמרת המערער. בשעה 18:35 הורה
רב"ט אופיר למערער למסור דגימת שתן, והמערער עשה כן. רק בשעה 18:45,
כרבע שעה לאחר סיום גביית האמרה הראשונה, הודיע רב"ט אופיר למערער כי הוא
עצור וכי זכותו להיוועץ בעורך דין.

ה

למחרת, ביום 19.12.1996, שוחח המערער בטלפון עם הסניגורית הפיקודית.
יום לאחר מכן חקר רב"ט אופיר את המערער בשנית וגבה ממנו אמרה שנייה (ת/5).
בפתח גביית האמרה ציין המערער: "אני לא רוצה להוסיף דבר, אין לי מה להוסיף".
בהמשך האמרה, ענה המערער על שאלות החוקר בנוגע להחזקת הסם שנתפס
ברשותו בעת קליטתו בכלא 6.

ו

2. ביום 6.1.1997 הוגש לבית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוט מטכ"ל (להלן
גם: בית הדין) כתב אישום נגד המערער. בשלושת פרטי האישום הראשונים יוחסו
למערער עבירות של שימוש בסם מסוכן לפי סעיפים 7(א) ו-7(ג) לפקודת הסמים
המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973 (להלן: פקודת הסמים). פרט האישום הרביעי
ייחס למערער עבירה של החזקת סם מסוכן לפי אותם הסעיפים בפקודת הסמים.

ז

בבית הדין הודה המערער בפרט האישום הרביעי שעניינו בעבירה של החזקת
סם מסוכן, אך כפר בפרטי האישומים הראשון עד השלישי שענינם בעבירות של

שימוש בסם מסוכן. לשם הוכחת שלושת האישומים האמורים ביקשה התביעה להתבסס על ההודעה הראשונה שנגבתה מהמערער בחקירתו, שבה הודה כי עשה שימוש בסם מסוכן בכמה הזדמנויות בהיותו חייל (להלן: ההודאה). בכל הנוגע להודאה זו, לא הייתה מחלוקת לפני בית הדין הצבאי בנוגע לעניינים הבאים: ראשית, התביעה אישרה לפני בית הדין כי, בנסיבות העניין, פעל החוקר הצבאי שלא כדין כאשר גבה מהמערער את אמרתו בלא להודיעו קודם לכן כי הוא עצור וכי זכותו להיוועץ בעורך דין. לעניין זה נתייחס בהרחבה בהמשך הדברים. שנית, סניגורו של המערער אישר כי הודאת מרשו לפני החוקר הצבאי ניתנה בלא שהופעלו על המערער לחצים חיצוניים בחקירה אשר היה בהם כדי לפגום ברצונו הטוב והחופשי למסור את הודאתו. עוד הסכים הסניגור כי אם ייקבע שההודאה שנגבתה מהמערער קבילה, וייתן לה משקל מלא, הרי שיש בה כדי להוכיח את אשמת מרשו בעבירות שיוחסו לו. הסניגור אף לא חלק על כך שבחומר הראיות קיים דבר-מה נוסף, קרי, תוספת ראייתית התומכת באמיתותה של ההודאה האמורה. עיקר המחלוקת בין הצדדים נגע לשאלת קבילותה של ההודאה שנגבתה תוך כדי הפרתה של חובת היידוע בדבר זכות ההיוועצות. טענת הסניגור בעניין זה הייתה כי מאחר שהחוקר הצבאי לא הזהיר את מרשו בדבר זכותו להיוועץ בעורך דין טרם תחילת החקירה, הרי שהודאת המערער נגבתה תוך כדי פגיעה שלא כדין בזכות האמורה ולפיכך אין להתיר את הגשתה כראיה.

3. בבית הדין הצבאי המחוזי התקבלה, בדעת-רוב, טענת הסניגור כי בנסיבות העניין יש לפסול את קבילות ההודאה שמסר מרשו בחקירה, עקב כך שנגבתה ממנו בלא שהוזהר כדין בדבר זכותו להיוועץ בעורך דין. לפיכך, זוכה המערער מהאשמות של שימוש בסם מסוכן שיוחסו לו בשלושת פרטי האישום הראשונים בכתב האישום, והוא הורשע על פי הודאתו בעבירה של החזקת סם מסוכן לפי פרט האישום הרביעי. יצוין, כי בגין הרשעתו של המערער בעבירה של החזקת סם מסוכן, גזר בית הדין על המערער עונש מאסר בפועל של 72 ימים החופף את תקופת מעצרו וכן עונש מאסר על-תנאי של חודשיים למשך שלוש שנים, לבל יורשע בעבירה כלשהי על פי פקודת הסמים.

בפתח נימוקי הכרעת הדין, שניתנו בנפרד, התייחס בית הדין הצבאי המחוזי לסעיף 12 לפקודת הראיות, המתנה את קבילותה של הודאת נאשם בכך שניתנה "חופשית ומרצון". בית הדין ציין כי, בהתאם להלכה הפסוקה של בית המשפט העליון, אין די בהיעדר אזהרה על אודות זכות ההיוועצות כדי לפסול את קבילותה

א של הודאה לפי סעיף 12 הנ"ל, להבדיל מהשפעה אפשרית על משקלה הראייתי של ההודאה. לפיכך, פנה בית הדין לבחון את טענת הסניגור בדבר פסילת קבילותה של ההודאה מחוץ לגדריו של סעיף 12 לפקודת הראיות. עיקר טענתו של הסניגור בהקשר זה הייתה כי לנוכח הוראותיו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, על בית המשפט להורות על פסילתה של ראיה שהושגה תוך כדי פגיעה שלא כדין בזכויות חוקתיות.

ב דעת הרוב בבית הדין המחוזי סברה כי דין טענתו האמורה של הסניגור להתקבל. לגישת שופטי הרוב, פסקת הכיבוד הקבועה בסעיף 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מחייבת כי, בנסיבות מתאימות, תיפסל ראיה שהושגה תוך פגיעה בזכות חוקתית של הנאשם, על מנת להגן על מעמדה ועל יושרה של מערכת עשיית הצדק ועל מנת ליתן הגנה אפקטיבית לזכויות הפרט. בהקשר זה, ציינו שופטי הרוב כי: "משקל האינטרסים של הגינות ההליך, וההקפדה על משמר זכויות הפרט, גובר על המשקל שיש ליתן לחתירה אל ה'אמת העובדתית' לצורך המאבק בפשיעה" (עמ' 36 לנימוקי הכרעת הדין). שופטי הרוב הוסיפו וציינו כי "[...] החלת כלל הפסילה אינה צריכה להיעשות באופן 'קשיח' אלא על דרך של שיקול-דעת שיפעיל בית-המשפט" (עמ' 38 לנימוקי הכרעת הדין; ההדגשה במקור – ד' ב'). בנסיבות עניינו של המערער, קבעו שופטי הרוב כי החוקר הצבאי שגבה את ההודאה "פעל – לאורך כל שלבי החקירה – ביודעין ובמכוון, בהפרו את זכות ההיוועצות של הנאשם [המערער], וכי אין מקום לייחס לו תום-לב בעניין זה". בהתחשב בכל אלה, סברו שופטי הרוב כי דין הודאתו הנדונה של המערער להיפסל ולפיכך יש לזכותו מהעבירות של שימוש בסם מסוכן.

מנגד, סבר שופט המיעוט כי ראוי לנהוג בזהירות רבה בטרם תשונה ההלכה הפסוקה בשאלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין, וכי בעניין זה ראוי שבית המשפט העליון הוא שיאמר את דברו. אשר לנסיבות העניין שלפניו, חלק שופט המיעוט על עמדת חבריו לעניין חומרת הפגיעה בזכויותיו של המערער. אמנם, לא היה חולק בין הצדדים כי החוקר הצבאי נהג שלא כשורה כאשר עיכב את ההודעה בדבר זכות ההיוועצות עד לאחר תום גביית האמרה מהמערער. עם זאת, בניגוד לשופטי הרוב, התרשם שופט המיעוט בבית הדין המחוזי כי החוקר הצבאי לא פעל בעניין זה במכוון ובזדון, אלא מתוך טעות שמקורה בהיעדר שינון והטמעה של הנהלים החדשים אותה עת. שופט המיעוט אף ראה לציין כי לאחר שנסתיימה גביית האמרה, סייע החוקר הצבאי למערער ליצור קשר עם הסניגוריה הצבאית על מנת

לממש את זכותו להיוועץ בעורך דין. בהתחשב בכך, סבר שופט המיעוט כי עוצמת הפגיעה בזכויותיו של המערער לא הייתה קשה וחמורה במידה המצדיקה את פסילת קבילותה של ההודאה.

4. התביעה הצבאית ערערה לבית הדין הצבאי לערעורים נגד פסילת קבילותה של ההודאה הנדונה, ונגד זיכויו של המערער בדעת-רוב מהעבירות של שימוש בסם מסוכן.

בית הדין הצבאי לערעורים (השופטים א' שיף, מ' פינקלשטיין וי' קדמי) קיבל את הערעור פה-אחד בקובעו כי, בנסיבות העניין, אין לפסול את קבילות הודאתו של המערער. עם זאת, נחלקו שופטיו של בית הדין בנימוקיהם להחלטה זו. שניים משופטי ההרכב סברו כי אף לאחר חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מן הראוי להעדיף את האינטרסים הציבוריים של חשיפת האמת ושל הלחימה בעבריינות, וכי אין מקום לפסילת הודאה אך בשל אי מתן אזהרה בדבר זכות ההיוועצות. לגישתם, חוק היסוד אינו מחייב שינוי בפרשנותה של הוראת סעיף 12 לפקודת הראיות, כנטען על ידי הסניגור, ואף אין בחוק היסוד כדי להורות על אימוצה של דוקטרינה פסיקתית לפסילת ראיות שהושגו תוך כדי פגיעה בזכות מוגנת של הנחקר. השופטים הדגישו בפסק דינם כי, ברמה העקרונית, מוסמך בית משפט זה לשנות מפסיקתו ולהורות על פסילתן של ראיות שהושגו שלא כדין, אולם, לדעתם, אין הדבר ראוי, שכן ספק אם המחוקק "הביע רצונו לחולל מהפכה בדיני הראיות, ולשנות פסיקה מושרשת" (עמ' 35 לפסק הדין; ההדגשה במקור – ד' ב.). בהתייחסם לנסיבות עניינו של המערער, קבעו השופטים כי "אי הודעה למי שעומד להיעצר ואף למי שנעצר על זכותו להיוועצות, אף אם נעשית שלא בתום-לב, אינה כשלעצמה הפרה קיצונית של זכות בסיסית עד כדי כך שתביא לפסלות ההודיה שנמסרה מרצון טוב וחופשי" (עמ' 31 לפסק הדין; ההדגשה במקור – ד' ב.).

השופט השלישי שישב בהרכב קבע בדעת-יחיד כי, במקרה דנן, אין צורך להידרש לשאלת אימוצו של כלל פסילה חוקתית בשיטת המשפט הישראלית, שכן הוראת סעיף 12 לפקודת הראיות מהווה ממילא הסדר ממצה לעניין שאלת קבילותה של הודאת נאשם. בנסיבות עניינו של המערער, קבע השופט כי לא היה בהימנעותו המכוונת של החוקר ממתן אזהרה בדבר זכות ההיוועצות בשלב הראוי בחקירה כדי לשלול את רצונו הטוב והחופשי של המערער במסירת הודאתו.

בהתחשב בטעמים האמורים, פסק בית הדין הצבאי לערעורים פה-אחד כי דין הערעור להתקבל וכי התיק יוחזר לבית הדין קמא על מנת שיקבל את הודאתו של המערער ויפסוק את דינו בהתאם. בסיום פסק הדין, קבע בית הדין הצבאי לערעורים כי בהתאם לסמכותו לפי סעיף 440ט לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 (להלן: חוק השיפוט הצבאי) "ניתנת בזאת רשות ערעור לפני בית-המשפט העליון".

א

5. בהתאם לפסק הדין האמור, הוחזר הדיון לבית הדין הצבאי של מחוז מטכ"ל. לפני בית הדין לא חלק הסניגור כי, לנוכח הקביעה שהודאת מרשו קבילה, הוכחה אשמתו במכלול העבירות שיוחסו לו בכתב האישום. בהתחשב בכך, הרשיע בית הדין המחוזי את המערער בשלוש עבירות של שימוש בסם מסוכן, נוסף להרשעתו הקיימת בעבירה של החזקת סם מסוכן. אשר לעונשו של המערער, הרי שלנוכח שחרורו משירות צבאי בגין חוסר התאמה ובהתחשב בזמן שחלף מאז ביצוע העבירות, נמנע בית הדין, בהסכמת הצדדים, מהטלת עונש מאסר בפועל על המערער בגין הרשעתו בשלוש העבירות של שימוש בסם מסוכן. לפיכך, בשל עבירות אלה, הושת עליו עונש מאסר על-תנאי של חודשיים למשך שנה וחצי שלא יעבור עבירה כלשהי לפי פקודת הסמים.

ב

ג

ד

6. לנוכח רשות הערעור שנתן בית הדין הצבאי לערעורים על פסק דינו, הגישו באי כוח המערער ערעורם לפני בית משפט זה. טענתם העיקרית בערעור הייתה כי בשל מעמדה וחשיבותה של זכות ההיוועצות בעורך דין, יש להורות על פסילת ההודאה שנגבתה מן המערער תוך כדי פגיעה שלא כדין בזכות האמורה. ביום 13.9.1998 הודיע היועץ המשפטי לממשלה, בתוקף סמכותו לפי פקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש], כי הוא מתייצב בהליך זה, שכן מתעוררת בו "סוגיה שהיא בעלת חשיבות משפטית וציבורית רבה – בתחום דיני הראיות וזכויותיו החוקתיות של החשוד".

ה

ו

בישיבתו של בית משפט זה ביום 13.6.1999 (הנשיא א' ברק והשופטים ת' אור וא' מצא) הוחלט כי הערעור יישמע – על דרך של סיכומים בכתב – לפני הרכב מורחב של שופטים. לבקשת המערער, נקבע כי הודעת הערעור תשמש כסיכומים בכתב מטעמו. בהתאם להחלטה האמורה, הגישו המשיב 1 – התובע הצבאי הראשי, וכן המשיב 2 – היועץ המשפטי לממשלה, סיכומים בכתב של טיעוניהם בערעור.

ז

7. ביום 25.10.1999 הגישה הסניגוריה הציבורית הארצית לבית משפט זה בקשה להגשת טיעון בכתב מטעמה במעמד של "ידיד בית-משפט". ביום

9.12.1999 הגישה לשכת עורכי הדין בישראל בקשה דומה מטעמה. מן הטעמים שלהלן, ראינו להיענות לשתי הבקשות האמורות.

במוקד הערעור שלפנינו ניצבת שאלת ההשפעה של אי מתן הודעה כדין בדבר הזכות להיוועץ בעורך דין על קבילות הודאה שמסר הנאשם בחקירה. שאלה זו מהווה חלק מסוגיה עקרונית רחבה יותר, שעניינה אימוצה של דוקטרינה לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין בשיטתנו המשפטית. מדובר בסוגיה בעלת חשיבות משפטית וציבורית ניכרת, הנוגעת למכלול רחב של נאשמים, הן במערכת השיפוט הצבאית הן במערכת השיפוט האזרחית, ויש בה כדי לעורר מגוון רחב של שאלות מורכבות בתחום החוקתי ובתחום הפלילי-ראייתי. בדיון מסוג זה, לסניגוריה הציבורית שתפקידה על פי חוק הוא ייצוג עצורים ונאשמים במערכת השיפוט האזרחית, וכן ללשכת עורכי הדין בישראל המאגדת את עורכי הדין הפעילים בישראל, יכולת לסייע לליבון הסוגיות הנדונות. לנוכח תפקידם של הגופים האמורים, מומחיותם וניסיונם בייצוג נאשמים, הרי שצירופם להליך עשוי לתרום להעמקת הדיון ולהבהרתו. בהתחשב בכך, ועל מנת שתוצג תשתית רחבה וכוללת ככל הניתן באשר לשאלות המתעוררות לפנינו, סברנו כי יש מקום לאפשר לסניגוריה הציבורית הארצית וללשכת עורכי הדין בישראל להביע את עמדתן בהליך זה.

אשר על כן, החלטנו – ללא התנגדות הצדדים – על צירופן של הסניגוריה הציבורית הארצית ושל לשכת עורכי הדין בישראל להליך שלפנינו, וקיבלנו את סיכומי טענותיהן (על השיקולים להורות על צירופו של גוף כצד להליך במעמד "ידיד בית-משפט", ראו: דנ"פ 9384/01 אל נטאטרה נ' לשכת עורכי הדין של מדינת ישראל [1], בפסקה 16 לפסק דיני; ע"א 10425/03 מדינת ישראל נ' שאשא ואח' [2]; בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל [3]; מ"ח 7929/96 קוזלי ואח' נ' מדינת ישראל [4], בעמ' 553–555, והאסמכתאות המובאות שם).

טיעוני הצדדים בערעור

8. בטיעוניהם בכתב פרושו הצדדים בהרחבה את עמדותיהם בסוגיות העקרוניות המתעוררות לפנינו, ותמכו את טעמיהם באסמכתאות רבות מן המשפט הישראלי ומן המשפט המשווה. בשלב זה של הדיון, נעמוד על עמדותיהם של הצדדים בקצרה, בלא להתייחס למכלול הטעמים והאסמכתאות שאליהם התייחסו בסיכומיהם.

9. הטיעונים מטעם המערער הוצגו לפנינו על ידי עורכי דין מטעמה של הסניגוריה הצבאית (עו"ד א' זהר, עו"ד ר' בלכר ועו"ד ע' קריספין). בהודעת ערעור מפורטת, המשמשת גם כסיכום הטענות מטעמם, עמדו באי כוח המערער על טעמיהם נגד החלטתו של בית הדין הצבאי לערעורים שלא לפסול את קבילותה של הודאת מרשם. לשיטת באי כוח המערער, מאחר שהודאת מרשם נגבתה בלא שהוזהר כדין בפתח חקירתו בדבר זכותו להיוועץ בעורך דין, יש לפסול את ההודאה מלשמש כראיה, וזאת – בהתבסס על שתי הוראות חוק חלופיות: האחת, סעיף 12 לפקודת הראיות; והשנייה, הוראותיו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

אשר להוראת סעיף 12 לפקודת הראיות, טענו באי כוח המערער כי לנוכח מעמדה וחשיבותה של זכות ההיוועצות בעורך דין, על בית משפט זה לשנות מהפרשנות הנוהגת בנוגע לסעיף 12 הנ"ל ולקבוע כי גביית הודאה בלא אזהרה כדין בדבר זכות ההיוועצות פוגעת בהכרח ברצונו הטוב והחופשי של הנאשם במסירת הודאתו, ולפיכך דינה להיפסל. לגישת באי כוח המערער, יש להרחיב את היקפו של כלל הפסילה הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות, כך שקבילותה של הודאה תיפסל כל אימת שנגבתה בלא שהנחקר הוזהר כדין בדבר זכותו להיוועץ בעורך דין. בד בבד, הדגישו באי כוח המערער כי, לשיטתם, הוראת סעיף 12 הנ"ל אינה מהווה הסדר ממצה לעניין קבילותן של הודאות נאשמים, וכי אין בה כדי למנוע אימוצה של דוקטרינה פסיקתית לפסילת ראיות – ובכלל זה הודאות שהושגו שלא כדין. בעניין זה, טענו באי כוח המערער כי בעקבות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, זכויותיהם של חשודים ונאשמים בפלילים זכו למעמד חוקתי על-חוקי, בהיותן נגזרות מן הזכות החוקתית לכבוד ולחירות. בהתאם לכך, אי מתן אזהרה בדבר הזכות להיוועץ בעורך דין מהווה, כך לפי הטענה, פגיעה שלא כדין בזכות חוקתית. לגישת באי כוח המערער, הסעד המתבקש בגין כך הינו פסילת ההודאה שנגבתה תוך כדי הפרת הזכות האמורה. סעד זה עשוי להיגזר, לשיטת הסניגורים, הן מהזכות החוקתית עצמה הן מסעיפי המטרה, ההגנה והכיבוד הקבועים בהוראותיו של חוק היסוד. לפי אותה גישה, מן הראוי לאמץ דוקטרינת פסילה יחסית המותרת שיקול דעת בידי בית המשפט לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין.

בעניינו של המערער, טענו הסניגורים כי מן הדין לפסול את קבילות הודאתו, בין היתר, מפאת חומרת הפגיעה בזכותו להיוועץ בעורך דין ובהתחשב בכך שבית הדין הצבאי קבע כי החוקר הצבאי הפר זכות זו בחוסר תום לב ובמכוון. באי כוח המערער הוסיפו וטענו כי אי מתן ההודעה למערער בפתח חקירתו בדבר זכותו

להיוועץ בעורך דין אינה בגדר מקרה חד פעמי, וכי בתקופה שבה נחקר המערער על ידי המשטרה הצבאית היו הפרות אלה תופעה רווחת. בהתחשב בכל אלה, סברו באי כוח המערער כי מן הדין לקבל את הערעור ולהורות על פסילת ההודאה הנדונה ועל זיכוי של המערער מהעבירות של שימוש בסם מסוכן.

א

10. מנגד, טענה התובעת הצבאית הראשית, אל"מ עינת רון, בסיכומיה בכתב כי דין הערעור להידחות, וזאת בהתבסס על הנמקת שופטי הרוב בבית הדין הצבאי לערעורים. אשר להוראת סעיף 12 לפקודת הראיות, טענה התביעה הצבאית כי אל לו לבית משפט זה לאמץ פרשנות שלפיה אי מתן אזהרה בדבר זכות ההיוועצות תוביל בהכרח לפסילת קבילותה של הודאה שמסר הנאשם בחקירתו. לגישת התביעה הצבאית, מטעמים שפירטה בהרחבה, מן הראוי להותיר על כנה את הפרשנות הנוהגת בהלכה הפסוקה, ולפיה אי מתן אזהרה כדין בדבר זכות ההיוועצות בעורך דין אינו פוסל, כשלעצמו, את קבילותה של הודאה לפי סעיף 12 לפקודת הראיות. אשר לשאלת אימוצה של דוקטרינה כללית לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין – טענה התביעה הצבאית כי היעדרה של חקיקה מפורשת בעניין זה עשוי ללמד על קיומו של הסדר שלילי המונע אימוצה של דוקטרינה כאמור בדרך שיפוטית. לפי הטענה, מן הראוי כי בית משפט זה יימנע מלאמץ בדרך של חקיקה שיפוטית דוקטרינה לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין כמבוקש על ידי באי כוח המערער. לנוכח מכלול הטעמים שמנתה, טענה התביעה הצבאית כי דין הערעור להידחות באופן שפסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים ייוותר על כנו.

ב

ג

ד

11. כפי שצוין לעיל, היועץ המשפטי לממשלה ראה להודיע על התייצבותו בהליך שלפניו. בפתח טיעונו בכתב, בשמו של היועץ משפטי לממשלה, טען המשנה דאז לפרקליט המדינה עו"ד י' רזניק, כי עמדת התביעה הצבאית הראשית מקובלת על היועץ המשפטי לממשלה ומשקפת את עמדתו בסוגיות העומדות לדיון.

ה

בכל הנוגע להוראת סעיף 12 לפקודת הראיות, הוסיף באי כוח היועץ המשפטי לממשלה כי מדובר בהסדר ממצה בנוגע לשאלת קבילותן של הודאות נאשם. בהתאם לפסיקתו של בית משפט זה, אי מתן הודעה כדין בדבר הזכות להיוועץ בעורך דין אין בו, כשלעצמו, כדי לפגום בחופשיות רצונו של הנאשם במסירת הודאתו בחקירה, ואין לראות בו אמצעי חקירה פסול באופן קיצוני מן הסוג המוביל בהכרח לפסילת קבילותה של ההודאה. על פי הטענה, הפרשנות האמורה להוראת סעיף 12 לפקודת הראיות היא ראויה ואין לשנות ממנה, באשר היא משרתת את האינטרס הציבורי בחשיפת האמת העובדתית בהליך הפלילי.

ו

ז

בכל הנוגע לשאלת אימוצה של דוקטרינה פסיקתית לפסילת ראיות שהושגו לא כדין, עמדת היועץ המשפטי לממשלה הייתה כי אימוץ דוקטרינה כאמור תיצור מהפיכה בתחום דיני הראיות. לפיכך, על פי הטענה, אם בכלל יש מקום לאימוץ דוקטרינה זו, הרי שמן הראוי שהדבר ייעשה בחקיקה של הכנסת ולא בדרך של חקיקה שיפוטית על ידי בית המשפט. בא כוח היועץ המשפטי לממשלה עורר ספק אם מכלול זכויותיהם הדיוניות של חשודים ושל נאשמים בפלילים אכן מעוגנות בזכות החוקתית לכבוד ולחירות. עוד ציין בטיעונו כי החקיקה שהתקבלה לאחר קבלתם של חוקי היסוד בתחום האכיפה הפלילית, אינה כוללת הוראה מפורשת לעניין פסילת ראיות שהושגו שלא כדין. על פי הטענה, היעדרה של הוראת חוק מפורשת בעניין זה, עשוי להצביע על קיומו של הסדר סטטוטורי שלילי שאין לעקפו באמצעות פרשנות מרחיבה להוראותיו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; כך במיוחד בכל הנוגע לזכויות שאינן מנויות במפורש בחוק היסוד האמור. מטעמים אלה, הצטרף בא כוח היועץ המשפטי לממשלה בהסכמה לעמדת התביעה הצבאית שלפיה דין הערעור על פסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים להידחות.

באי כוחה של הסניגוריה הציבורית הארצית, עו"ד ק' מן ועו"ד ע' קובו שצורפו להליך כאמור, עמדו בטיעוניהם שבכתב על מעמדה הרם של זכות ההיוועצות בשיטתנו המשפטית, על זיקת הגומלין בינה לבין זכות השתיקה ועל חשיבותה של זכות ההיוועצות לשם שמירה על ניהול הוגן של החקירה ולשם הגנה על מכלול זכויותיו של הנחקר. בהמשך טיעוניהם, עמדו באי כוחה של הסניגוריה הציבורית על ממצאיו של מחקר-שדה שערכו בסוף שנת 1999 ובמהלך שנת 2003 במחוז תל-אביב, במטרה לבחון את המתרחש בתחנות המשטרה לעניין מתן הודעה לנחקרים בדבר זכות ההיוועצות וזכות השתיקה. לטענת הסניגוריה הציבורית, המחקר האמור מלמד כי קיימת תופעה – המהווה, על פי הטענה, פרקטיקה רווחת – ולפיה שוטרים נמנעים שלא כדין מלהודיע לנחקרים על אודות זכותם ההיוועץ בעורך דין או דוחים את מתן ההודעה עד לאחר תום גביית אמרתו של הנחקר, באופן המסכל את יכולתו לממש את זכות ההיוועצות באורח אפקטיבי. על רקע זה, עמדתה העקרונית של הסניגוריה הציבורית הינה כי ראוי שבית משפט זה יאמץ דוקטרינת פסילה פסיקתית, שבמסגרתה יהיה רשאי בית המשפט, לפי שיקול דעתו, להורות על פסילת ראיות שהושגו תוך הפרת זכויות יסוד של נחקרים בהליכים פליליים. לגישת הסניגוריה הציבורית, אימוצה של דוקטרינה כאמור הינו הכרחי לשם הגנה על זכויותיהם של חשודים ושל נאשמים ולמען שמירה על הגינותו של ההליך הפלילי ועל יושרה ואמינותה של המערכת השיפוטית.

לשכת עורכי הדין בישראל (להלן גם: הלשכה) טענה אף היא כי על בית משפט זה לאמץ דוקטרינת פסילה פסיקתית של ראיות שהושגו שלא כדין. לטענת באי כוחה של הלשכה, עו"ד א' פלדמן ועו"ד מ' ספרד, חוק היסוד מחייב פיתוח סעדים חוקתיים על מנת להגן על הזכויות המעוגנות בו מפני פגיעה שלא כדין מצד הרשות המבצעת. על פי הטענה, הזכות להיוועץ בעורך דין ולהיות מיוצג על ידיו הינה זכות יסודית רבת חשיבות, המהווה חלק בלתי נפרד מהזכות למשפט הוגן, וכן זכות משלימה לזכות השתיקה ולחיסיון מפני הפללה עצמית. לטענת הלשכה, זכות ההיוועצות מהווה כיום זכות חוקתית הנגזרת מהזכות לכבוד האדם ולחירותו. אי מתן הודעה בדבר הזכות להיוועץ בעורך דין, עובר לגביית אמרתו של הנאשם בחקירה, מהווה פגיעה אנושה בזכות האמורה. מטעמים שפורטו בהרחבה בטיעוניה בכתב, סבורה הלשכה כי שיטתנו המשפטית בשלה לאימוצה של דוקטרינה פסיקתית שתשלול קבילותן של ראיות שהושגו תוך כדי הפרת זכויות חוקתיות של נחקרים. על פי הטענה, באימוצה של דוקטרינה כאמור יהיה כדי להנך חוקרים ולהרתיעם משימוש באמצעי חקירה שאינם כדין, וכדי להגן באופן יעיל על זכויות האדם ועל אמינותה של המערכת השיפוטית.

א

ב

ג

ד

12. ניתן, אפוא, לסכם כי נפרשו לפנינו עמדות שונות באשר למגוון הסוגיות המתעוררות בפרשה שלפנינו – ובהן טענות המתייחסות לפרשנותה של הוראת סעיף 12 לפקודת הראיות לאור חוק היסוד, וכן טענות המתייחסות לשאלת אימוצה של דוקטרינה פסיקתית לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין. יצוין כי אף לטענת הגורסים כי ראוי לאמץ דוקטרינה כאמור, התבקש בית המשפט, לאור הוראותיו של חוק היסוד, לפתח דוקטרינה יחסית שתותיר שיקול דעת בפסילת ראיות שנתקבלו שלא כדין.

ה

התמשכות ההליך

13. בטרם נפנה לבחינת העמדות שהוצגו לפנינו ולהכרעה בסוגיה הכבדה שהונחה לפתחנו, נציין כי מלאכת כתיבתו של פסק דיננו התעכבה עד עתה מסיבות שונות. כפי שעולה מטיעוני הצדדים, בין הסוגיות המתעוררות בערעור שלפנינו נכללת השאלה העקרונית בדבר אימוצה של דוקטרינה פסיקתית לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין, טיבה של הדוקטרינה האמורה וגדריה. כבר נאמר בפסיקתו של בית משפט זה כי: "[...] 'כלל הפסילה' נוגע בשורשיו ובעצביו של ההליך הפלילי [...] הסוגיה כולה היא בעלת חשיבות משפטית וציבורית רבה, ואין להכריע בה בלא לראות את התמונה החברתית הכוללת" (דברי השופט ברק בבג"ץ 249/82 ועקנין נ')

ו

ז

בית-הדין הצבאי לערעורים [5], בעמ' 422). מדובר בסוגיה אשר לגביה נכתבה ספרות רבה הן בישראל הן מחוצה לה. במדינות אחרות אומצו הסדרים מגוונים בשאלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין. בחלק מן המדינות חל שינוי בהסדרים הנוהגים בהקשר זה בעקבות התפתחויות משפטיות וחברתיות. בבג"ץ 249/82 ועקנין [5] הנ"ל, נמנע השופט ברק מלהידרש לשאלת אימוצה של דוקטרינה כאמור בשיטתנו המשפטית, מן הטעם כי מכלול החומר הרלוונטי לעניין לא נפרש לפני בית המשפט (שם [5], שם). עם זאת, באותה פרשה עמד הוא על מקצת מן השאלות המתעוררות בהקשר הנדון, בלא להכריע בהן: "הנפסול ראייה, שהושגה בדרכים פסולות, מכול וכול? הנבחין בין ראיות שונות לבין דרכים פסולות שונות? הניתן שיקול-דעת לבית-המשפט? על-פי אלו מבחנים?" (שם [5], בעמ' 422). שאלות אלה ניצבות לפנינו כיום והן קשות ומורכבות. המענה להן דרש איסוף חומר משיטות משפט שונות, לימוד והעמקה.

זאת ועוד; במהלך הזמן שחלף מאז הגשת הערעור, נדונו כמה הצעות לתיקוני חקיקה בסוגיות המתעוררות לפנינו (ראו: הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות [נוסח חדש] (תיקון – אמרת נאשם מחוץ לבית המשפט), התש"ס-1999, הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 15) (הודאת נאשם בעבירות חמורות), התשס"א-2000, הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות [נוסח חדש] (תיקון – אמרת נאשם מחוץ לבית המשפט), התשס"ד-2004, הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (תיקון – ביטול הודאה שנגבתה באלימות), התשס"ד-2004, וכן הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (קבילות ומשקל הודיית נאשם), התשס"ד-2004, שעניינן הצעות לתיקון הוראת סעיף 12 לפקודת הראיות. עוד ראו הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (פסילת ראייה), התשס"ה-2005, שעניינה מתן שיקול דעת כללי לבית המשפט לפסול ראייה שהושגה שלא כדין על פי אמות מידה שעליהן נעמוד בהמשך הדברים). לאור החשיבות המשפטית, הציבורית והחברתית של הסוגיות המונחות לפתחנו, ובהתחשב במגוון ההסדרים הנוהגים בהקשר הנדון במדינות אחרות, ראינו להמתין עם מתן הכרעתנו שמא יימצא לשאלות אלה מענה בחקיקתה של כנסת ישראל. משלא בשלו הצעות החוק האמורות לכדי חקיקה מאז הגשת הערעור ועד היום, אין מנוס מדיון בטענות הצדדים ומהכרעה בהן. עם זאת, כפי שיובהר להלן, אין בפסק דיננו משום מענה מלא למכלול השאלות הכרוכות בסוגיית קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין. יש להניח כי אם יתעורר הצורך בכך, יוסדרו שאלות אלה בעתיד בחקיקה שתהא תואמת את הוראותיו של חוק היסוד.

ראוי להדגיש כי בעיכוב מתן פסק הדין לא היה כדי ליצור פגיעה ממשית במערער. כפי שפורט לעיל, הרשעתו של המערער בעבירות של שימוש בסם מסוכן התבססה על הודאה אשר שאלת קבילותה היא העומדת במרכז הערעור שהוגש לבית משפט זה. בגין הרשעתו של המערער בעבירות של שימוש בסם מסוכן הושת עליו עונש מאסר על-תנאי לתקופה של שנה וחצי. תקופת התנאי האמורה כבר חלפה, וככל הידוע לנו – עונש המאסר המותנה לא הופעל במהלכה. בנסיבות אלה, לא היה בעיכוב מתן הכרעתו בשאלות העקרוניות המתעוררות בערעור זה כדי לפגוע מהותית במערער.

א

ב

על רקע האמור עד כה, נפנה לדיון בסוגיות העקרוניות המונחות לפתחנו.

זכות ההיוועצות בעורך דין וחובת היידוע לגביה

ג

חשיבותה של זכות ההיוועצות

14. זכותו של עצור להיות מיוצג על ידי עורך דין ולהיוועץ בו הוכרה כזכות יסוד מרכזית בשיטתנו המשפטית עוד בימי הבראשית של בית משפט זה (ראו ע"פ 307/60 יאסין ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה [6], בעמ' 1570; ע"פ 96/66 טאו נ' היועץ המשפטי לממשלה [7], בעמ' 545–546; עוד ראו ע"פ 533/82 זכאי נ' מדינת ישראל [8], בעמ' 65; ע"פ 334/86 טבאח נ' מדינת ישראל [9], בעמ' 865; ע"פ 747/86 אייזנמן נ' מדינת ישראל [10], בעמ' 453).

ד

עם קבלתו של חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 15), התשמ"א-1981, ניתן לזכות הפגישה וההיוועצות של עצור עם עורך דין עיגון סטטוטורי מפורש, והיא נקבעה בשעתו בהוראת סעיף 29 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982. הוראת חוק זו הוחלפה בסעיף 34(א) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק המעצרים), שנוסחו זהה לזה שהיה קבוע בהוראת סעיף 29 הנ"ל. וזו לשון הוראת הסעיף:

ה

ו

34. (א) עצור זכאי להיפגש עם עורך-דין ולהיוועץ
 "זכות
 העצור
 להיפגש
 עם עורך-
 דין

ז

חשיבותה של זכות הפגישה וההיוועצות עם סניגור בשלב החקירה נובעת מכך שחקירה על ידי אנשי מרות מהווה, ככלל, סיטואציה מורכבת ולוחצת בעבור כל מי שנחקר בתנאי מעצר כשהוא ניצב לבדו אל מול חוקריו. הדעה המקובלת היא כי זכות הייצוג וההיוועצות בעורך דין מסייעת לשמירה על זכויותיהם של נחקרים, להבטחת הגינותם של הליכי החקירה ולמניעת ניצול לרעה של פערי הכוחות המובנים בין העצור לאנשי המרות החוקרים אותו. בהקשר זה, ניתן להצביע על מספר טעמים המצדדים בזכותו של העצור לייצוג משפטי בשלב החקירה: ראשית, היוועצות העצור בעורך דינו מסייעת לוודא כי העצור מודע למכלול זכויותיו, ובהן הזכות לחקירה הוגנת בלא שיופעלו עליו אמצעי חקירה פסולים, החיסיון מפני הפללה עצמית וכן זכות השתיקה. ההנחה היא כי עורך הדין יקפיד על מתן הסבר לעצור בדבר זכויותיו בחקירה בלשון מובנת ופשוטה, וכן יבאר לו את הנפקויות הנלוות לאי מסירת גרסה בחקירת המשטרה. כבר נאמר בפסיקתו של בית משפט זה כי: "הזכות לסניגור טומנת בחובה את האפשרות הלגיטימית שעורך-דין ייעץ לחשוד או לנאשם לשתוק ולא למסור כל הודעה למשטרה" (ע"פ 747/86 אייזנמן [10] הנ"ל, בעמ' 452 לפסק דינו של השופט גולדברג). מטעם זה, נהוג לראות בזכות ההיוועצות בעורך דין היבט אחר של זכות השתיקה (ראו: ע"פ 307/60 יאסין [6] הנ"ל, בעמ' 1570; ע"פ 96/66 טאו [7] הנ"ל, בעמ' 546; ע"פ 747/86 אייזנמן [10] הנ"ל, בעמ' 452; בג"ץ 3412/91 טופיאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה [11], בעמ' 847, בפסק דינו של המשנה לנשיא אלון; בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח' נ' השר לביטחון פנים ואח' [12], בעמ' 764, בפסק דינו של השופט ריבלין).

בהמשך לדברים אלה, נעיר כי בפסיקתו של בית משפט זה הסתמנה בעבר העמדה שלפיה הזכות לשתוק ולא לומר דבר עומדת לא רק לנאשם במשפטו אלא גם לחשוד בחקירתו (ראו לדוגמה: רע"א 5381/91 חוגלה שיווק (1982) בע"מ נ' אריאל [13], בעמ' 381, בפסק דינו של השופט מצא; ע"פ 1382/99 בלחניס נ' מדינת ישראל [14], בפסק דינו של השופט אילן; רע"פ 3445/01 אלמליח נ' מדינת ישראל [15], בעמ' 869, בפסק דינה של השופטת דורנר). נזכיר כי לאחרונה ראה בית משפט זה להותיר בצריך עיון את שאלת היקף תחולתה של זכות השתיקה בחקירתו של חשוד (ראו רע"פ 8600/03 מדינת ישראל נ' שרון [16], בעמ' 756-757 ו-759 לפסק דינו של המשנה לנשיא אור והאסמכתאות המובאות שם). שאלה זו אינה מתעוררת במקרה שלפנינו, ולפיכך נותירה אף אנו בצריך עיון.

זכות ההיוועצות בעורך דין מסייעת, אפוא, לוודא כי העצור מודע למכלול זכויותיו בחקירה. נוסף לכך, עשוי סניגורו של העצור לתרום לשמירה על תקינות החקירה וחוקיות האמצעים המופעלים במסגרתה, וכן לסייע בהבטחת אמינותן של הראיות המושגות במסגרת הליכי החקירה (ראו, למשל, ע"פ 648/77 קריב נ' מדינת ישראל [17], בעמ' 743, שם עמד הנשיא שמגר על הטעמים המצדדים בנוכחותו של סניגור בעת עריכת מסדר זיהוי לחשוד. כן ראו דן ביין "זכותו של חשוד הנתון במעצר לסניגור בהליכי החקירה – לקראת פתרונות של 'פשרה'" [114], בעמ' 109–112). זאת ועוד, יש הסבורים כי ייצוגו של עצור על ידי עורך דין תורם ליעילות החקירה, במובן זה שעורך הדין עשוי לסייע לגורמי החקירה באיתור ראיות התומכות בחפותו של העצור, ואף לסייע במניעת מסירתן של הודאות שווא מצד עצורים (ראו יאיר תירוש "הזכות לייצוג משפטי בחקירה" – כללי הצייד במבחן המשפט המשווה" [115], בעמ' 94–95). לנוכח מכלול הטעמים האמורים, אין חולק בדבר מעמדה הרם וחשיבותה של זכות ההיוועצות בעורך דין בשיטתנו המשפטית.

15. נוכח חשיבותה של זכות ההיוועצות קובע כיום חוק המעצרים כי אם ביקש עצור להיפגש עם עורך דין או אם ביקש עורך דין שמינה אדם קרוב לעצור להיפגש עימו, "יאפשר זאת האחראי על החקירה, ללא דיחוי" (הוראת סעיף 34(ב) לחוק; ההדגשה אינה במקור – ד' ב'). עוד נקבע בחוק כי אף שיש לאפשר פיקוח על תנועותיו של העצור, הרי שעל פגישת העצור עם עורך דינו להיעשות ביחידות ובתנאים המבטיחים את סודיות השיחה (הוראת סעיף 34(ג) לחוק). יצוין כי לצידן של הוראות חוק אלה נקבעו סייגים המאפשרים, בנסיבות מתאימות, דחיית פגישתו של עצור עם עורך דין בהתאם לעילות ולתנאים הקבועים בחוק. עוד נקבע בחוק הסדר מיוחד בנוגע לפגישת עצור החשוד בעבירות ביטחוניות עם סניגורו. סייגים אלה מעידים כי, כזכויות יסוד אחרות, אף זכות ההיוועצות בעורך דין אינה מוחלטת ויש שעליה לסגת מפני זכויות ואינטרסים מתחרים (ראו: בג"ץ 3412/91 טופיאן [11] הנ"ל, בעמ' 848 לפסק דינו של המשנה לנשיא אלון; ע"פ 6613/99 סמירק נ' מדינת ישראל [18], בעמ' 554; בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון [19], בעמ' 380–381, בפסק דינו של הנשיא ברק).

לשם השלמת התמונה, נציין כי עם קבלתו של חוק הסנגוריה הציבורית, התשנ"ו-1995 (להלן: חוק הסנגוריה הציבורית), הוכרה בחוק זכאותם של חשודים ועצורים לייצוג על ידי סניגור ציבורי, בנסיבות המנויות בהוראת סעיף 18 לחוק הנ"ל. הגבלת הזכות לייצוג מטעם הסניגוריה הציבורית על פי העילות המנויות

בסעיף 18 לחוק, מושתתת אף היא על התפישה כי הזכות לייצוג משפטי בכלל, והזכות לייצוג משפטי במימון ציבורי בפרט, אינן זכויות מוחלטות ויש לאזן עם זכויות ועם אינטרסים מתחרים בהתאם לעילות ולתנאים המפורטים בחוק.

א

חובת היידוע לגבי זכות ההיוועצות

16. מזכותו של העצור להיות מיוצג על ידי עורך דין ולהיוועץ בו, נגזרת זכותו לקבל הודעה על הזכות האמורה מצד גורמי החקירה. הטעם לכך הוא כי ללא ידיעה על דבר הזכות הנדונה, לא יהיה העצור מודע לזכותו לבקש להיוועץ בעורך דינו, והדבר עלול לפגוע בזכות ההיוועצות גופה ואף להוביל בנסיבות מסוימות לפגיעה בהגינות החקירה. יפים בעניין זה דבריו של המשנה לנשיא אלון בבג"ץ 3412/91 טופיאן [11] הנ"ל:

ב

ג

"מן הזכות היסודית של העצור להיפגש עם עורך-דין, נגזרות ומשתמעות 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. אשר על כן זכאי הוא העצור, ומחויבות הן הרשויות, שיוודיעו לו על זכותו להיפגש עם עורך דין" (שם [11], בעמ' 850).

ד

ה

כאן המקום לציין כי חובת היידוע של רשויות החקירה בדבר זכויותיו של הנחקר ידעה התפתחויות עם השנים. אף על פי כן, דומה כי אין בשיטתנו הסדר סטטוטורי כולל ואחיד בעניין. אשר לחיסיון מפני הפללה עצמית וזכות השתיקה, הרי שחובת היידוע לגביהם נועדה לוודא כי הנאשם ער לזכויות אלה בעת חקירתו, וכי הוא ויתר עליהן במודע בעת מסירת אמרתו. בשנותיו הראשונות שאב בית משפט זה את חובת ההודעה על הזכויות האמורות מתקנות השופטים האנגליות, שכוהן נתפש כמנחה בלבד (ראו ע"פ 69/53 סי' נ' היועץ המשפטי לממשלה [20], בעמ' 805, והאסמכתאות המובאות שם). כיום, קובע סעיף 28(א) לחוק המעצרים חובה אזהרה, אף כי הסעיף האמור אינו מתייחס במישרין לאזהרת חשוד בדבר זכותו לשתוק בחקירה, אלא עניינו במתן הזדמנות לאדם להגיב טרם החלטה לעצרו, כאשר על הקצין הממונה מוטלת החובה להזהירו קודם לכן כי אינו חייב לומר דבר העלול להפלילו, וכי הימנעותו מלהשיב על שאלות עשויה לחזק את הראיות נגדו (ראו ע"פ 6613/99 סמירק [18] הנ"ל, בעמ' 545). בעניין שלפנינו, אין

ו

ז

חולק כי המערער הוזהר בפתח גביית אמרתו בדבר זכות השתיקה בהתאם לנוסח האזהרה הקבוע בסעיף 267 לחוק השיפוט הצבאי. בהתחשב בכך, אין מתעוררות בעניינו של המערער שאלות בנוגע לחובת היידוע בדבר הזכות האמורה ובנוגע להיקף תחולתה של זכות השתיקה בחקירתו של חשוד, להבדיל מנאשם.

א

אשר לחובת היידוע בדבר זכות ההיוועצות בעורך דין, הרי שהיא מעוגנת כיום במפורש בהוראותיהם של חוק המעצרים ושל חוק הסניגוריה הציבורית, שנחקקו לאחר קבלתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. וכך קובעת הוראת סעיף 32 לחוק המעצרים:

ב

32. החליט הקצין הממונה לעצור את החשוד, יבהיר	"הסברת
לו מיד את דבר המעצר ואת סיבת המעצר בלשון	זכויות
המובנת לו, ככל האפשר, וכן –	לעצור

ג

(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.

ד

(2) [...] ."

ה

(ההדגשה אינה במקור – ד' ב').

הוראת סעיף 19 לחוק הסניגוריה הציבורית, העוסקת במתן הודעה על האפשרות למינוי סניגור ציבורי, קובעת בזו הלשון:

ו

19. (א) "נעצר אדם והובא לתחנת משטרה או למתקן לעצור על	"הודעה
בביצוע עבירה, יודיע לו הממונה על התחנה או על החקירה, בהקדם האפשרי, כי	אפשרות
באפשרותו לבקש מינוי סניגור ציבורי אם	למינוי
הוא זכאי לכך לפי חוק זה.	סניגור
	ציבורי

ז

(ב) [...]".

(ההדגשות אינן במקור – ד' ב').

א

עיון בשתי הוראות החוק האמורות מלמד כי, על פני הדברים, קיימים הבדלים בין השתיים לעניין המועד שבו קמה החובה להודיע בדבר זכות ההיוועצות והזכות להיות מיוצג על ידי סניגור ציבורי: על פי הוראת סעיף 32(1) לחוק המעצרים, חובת היידוע בדבר זכות ההיוועצות קמה עם קבלת ההחלטה על מעצרו של אדם על ידי הקצין הממונה ומתן ההודעה על היותו "עצור". מנגד, על-פי הוראת סעיף 19(א) לחוק הסנגוריה הציבורית, החובה להודיע על אודות הזכות לבקש מינוי של סניגור ציבורי מתייחסת לעצור שהובא לתחנת המשטרה או ל"חשוד בביצוע עבירה".

ב

ג

17. בטיעוניהם לפני בית הדין הצבאי ואף לפנינו, התייחסו באי כוח המערער בהרחבה לשאלת הפרשנות הראויה של מונח "עצור" בסעיף 32(1) לחוק המעצרים. לגישתם, מן הראוי להכריע בשאלה זו על מנת לקבוע אימתי קמה לפי סעיף 32(1) הנ"ל החובה ליידע נחקר בדבר זכותו להיוועץ בעורך דין, ואם חובה זו הופרה בעניינו של המערער.

ד

ה

ו

ז

בטיעוניהם עמדו באי כוח המערער על שתי אפשרויות פרשניות למונח "עצור" בסעיף 32(1) לחוק המעצרים: על פי הפרשנות המצמצמת, שאותה ביקשו הסניגורים לדחות, חובת היידוע בדבר זכות ההיוועצות בעורך דין קמה עם קבלתה של החלטת מעצר על ידי הקצין הממונה ומסירת הודעה על כך לחשוד. לגישת באי כוח המערער, פרשנות זו אינה ראויה באשר היא עשויה להוביל לכך שגורמי החקירה יעכבו את מסירת ההודעה בדבר מעצרו של החשוד עד לאחר תום גביית אמרתו, באופן שהפגישה עם עורך הדין תאבד מכוחה האפקטיבי. ייאמר מיד כי המענה לחשש האמור נעוץ בקביעה כי אף לפי הפרשנות המצמצמת למונח "עצור", אין לומר כי עיכוב שלא כדין במסירת הודעה על החלטת מעצר יוביל לדחיית המועד שבו קמה חובת היידוע בדבר זכות ההיוועצות. יתרה מזאת, עיכוב מלאכותי ושלא בתום לב במסירת ההודעה על דבר המעצר, במטרה לדחות באופן מגמתי את מועד חובת היידוע בדבר הזכות להיוועץ בסניגור, עשוי כשלעצמו להוות פגיעה בזכויותיו הדיוניות של החשוד, על כל המשמעויות הנגזרות מכך. עם זאת, ברי כי לפי הפרשנות המצמצמת, חובת היידוע בדבר זכות ההיוועצות בעורך דין כרוכה בקבלת החלטה עניינית של הקצין הממונה בדבר

מעצרו של החשוד, ובכך יש כדי לצמצם את גבולותיה של חובת ההודעה בדבר הזכות להיוועץ בעורך דין.

לשיטת באי כוח המערער, בהשראתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובהתאם להסדר הקבוע בהוראת סעיף 19(א) לחוק הסנגוריה הציבורית, נדרשת כיום פרשנות מרחיבה למונח "עצור" בסעיף 132(1) לחוק המעצרים. על פי הפרשנות המוצעת על ידיהם, החובה ליידע "עצור" בדבר זכותו להיוועץ בעורך דין אינה כרוכה בהכרח בקבלתה של החלטת מעצר, אלא היא קמה כל אימת שאדם חשוד בביצוע עבירה ומעוכב במשמורת המשטרה לצורכי חקירה, באופן שחירותו וחופש התנועה שלו מוגבלים; זאת, אף אם לא התקבלה החלטה מצד הקצין הממונה בדבר מעצרו של החשוד. הסניגוריה הציבורית הארצית מצדדת אף היא בפרשנות האמורה, נוכח טענתה כי חובת היידוע בדבר זכות ההיוועצות קמה בפתח חקירתו של חשוד בביצוע עבירה. (על הקושי בקביעת קו הגבול בשאלה אימתי הופך אדם מ"ערד" ל"חשוד" ראו רע"פ 3445/01 אלמליח נ' מדינת ישראל [15]). ואמנם, בקנדה, בדרום-אפריקה ובארצות-הברית חלה חובת היידוע בדבר זכות ההיוועצות בעורך דין לא רק לגבי עצורים אלא גם לגבי חשודים המעוכבים לצורכי חקירה. אשר למשפט האנגלי – חובת היידוע בדבר זכות ההיוועצות בעורך דין חלה, ככלל, על "עצור" בהגיעו לתחנת המשטרה (ראו סעיף 158(1) ל-Police and Criminal Evidence Act, 1984 (להלן: ה-PACE); וכן PACE, Code of Practice, 3.1 (C, Par.)). עם זאת, קיימות נסיבות שבהן חובת היידוע בדבר זכות ההיוועצות חלה גם בטרם מעצרו של החשוד (ראו PACE, Code of Practice C, Par. 3.21).

לכאורה, שאלת פרשנותו של המונח "עצור" בסעיף 132(1) לחוק המעצרים עשויה הייתה להתעורר בנסיבות העניין שלפנינו, שהרי הודאתו של המערער נגבתה ממנו בהיותו חשוד בעבירות לפי פקודת הסמים ומעוכב לצורכי חקירה, אך בטרם קיבל הודעה בדבר מעצרו בגין עבירות אלה. בנסיבות האמורות, עולה לכאורה השאלה אם בהתאם לסעיף 132(1) הנ"ל, היה על החוקר להזהיר את המערער בפתח גביית אמרתו בדבר זכותו להיוועץ בעורך דין. למעשה, מן הטעמים שיובהרו להלן, מסכימה אני עם עמדתו של בית הדין הצבאי לערעורים שלפיה ההכרעה בדבר פרשנותו של המונח "עצור" בסעיף 132(1) הנ"ל אינה דרושה בעניינו של המערער. לפיכך, אף שנוטה הייתי לאמץ את הפרשנות המרחיבה למונח "עצור" בסעיף 132(1) כנטען על ידי הסניגורים, איני רואה להכריע בסוגיה זו במקרה דנן והיא נותרת בצריך עיון.

הפרת חובת היידוע בעניינו של המערער

א 18. כפי שהובהר לעיל, חקירתו של המערער נערכה על ידי המשטרה הצבאית החוקרת בהיותו חייל. בהתאם להוראת סעיף 227א לחוק השיפוט הצבאי, חלות על חקירה כאמור הוראות סעיפים 32 עד 36 לחוק המעצרים, בשינויים המחויבים. לפיכך, הוראותיו של חוק המעצרים בנוגע לזכות להיפגש עם עורך דין ולקבל הודעה על כך חלות גם על חיילים הנחקרים על ידי המשטרה הצבאית. עם זאת, סעיף 1א227 לחוק השיפוט הצבאי מוסיף וקובע כדלקמן:

”חייל
שנחקר
מבלי לגרוע מהוראות סעיף 227, יחולו
הוראות סעיפים 34 ו-35 לחוק סמכויות
אכיפה-מעצרים, לגבי חייל שנחקר ושלפי
הדין קיימת אפשרות קרובה לוודאי שייעצר,
הכל לפי העניין ובשינויים המחויבים
כאמור בסעיף 227א; לעניין סעיף זה, 'לפי
הדין' – לרבות לפי ההלכה הפסוקה.”

ג

ד

(ההדגשה אינה במקור – ד' ב').

ה

ו

הנה כי כן, בנוגע לחקירת חיילים על ידי שוטרים צבאיים, קבע המחוקק במפורש כי הזכות להיוועץ בעורך דין וחובת ההודעה על אודות הזכות האמורה יחולו על כל חייל שנחקר ושלפי הדין "קיימת אפשרות קרובה לוודאי שייעצר". כך, בהתחשב במאפיינים הייחודיים לחיילים ולחקירתם, ראה המחוקק לקבוע במפורש כי די בקיומה של אפשרות קרובה לוודאי שהחייל ייעצר, כדי להקים את זכותו להיוועץ בעורך דין ואת חובת ההודעה לגביה. יתרה מזו, באשר לחיילים גם נקבע בחוק השיפוט הצבאי הסדר שלפיו כל נחקר שהוא חייל וצפוי להיעצר וכן כל נאשם שהוא חייל זכאים לייצוג על ידי הסניגוריה הצבאית (ראו סעיף 227א(6) וסעיף 316 לחוק האמור).

ז

19. הוראת סעיף 1א227 הנ"ל לחוק השיפוט הצבאי התקבלה בשנת 1998 בתיקון מס' 34 לחוק. לפיכך, בעת שנחקר המערער בשנת 1996 טרם נחקקה הוראת החוק האמורה. עם זאת, הנחיות המשטרה הצבאית החוקרת שנהגו אותה עת, קבעו הסדר דומה לזה המעוגן בסעיף 1א227 הנ"ל, ולפיהן: "במידה וידוע מראש שחייל עתיד להיעצר, יש להודיע לו מהן החשדות וזכויותיו טרם חקירתו לרבות זכות ההיוועצות עם עורך-דין" (8/ס). בהתחשב בכך, אין חולק בין הצדדים לפנינו כי על

פי הדין שנהג בעת חקירתו של המערער, קמה החובה להודיע על דבר זכות ההיוועצות בעורך דין כשהיה ידוע מראש כי החייל הנחקר עשוי להיעצר, וזאת אף בטרם התקבלה החלטה לעוצרו. עוד אין מחלוקת כי החוקר הצבאי שחקר את המערער פעל בניגוד למתחייב מן ההנחיה האמורה: בפתח חקירתו של המערער ביום 18.12.1996 היה ברור כי הוא צפוי להיעצר, בהתחשב בכך שבעת קליטתו בכלא 6 נמצא ברשותו חומר שנחשד להיות סם מסוכן מסוג קנבוס. אף על פי כן, החל החוקר הצבאי בגביית אמרתו של המערער בלא להזהירו קודם לכן בדבר זכותו להיוועץ בעורך דין. זאת ועוד, אף לאחר שמפקדו של החוקר הצבאי הורה לו בשיחת טלפון במהלך החקירה לעצור את המערער, המשיך החוקר לגבות את האמרה ורק כרבע שעה לאחר תום גבייתה הודיע למערער על היותו עצור ועל זכותו להיוועץ בעורך דין. אין מחלוקת, אפוא, כי החוקר הצבאי פעל שלא כדין כאשר נמנע מלהזהיר את המערער בדבר זכותו להיוועץ בעורך דין בפתח גביית אמרתו, או, למצער, לאחר שמפקדו הורה לו במהלך גביית האמרה לעצור את המערער. לנוכח המחדל האמור של החוקר הצבאי, לא היה המערער מודע לזכות ההיוועצות בטרם נגבתה ממנו האמרה הראשונה. לפיכך, לא ביקש המערער להיוועץ בעורך דין בטרם הודה כי עשה שימוש בסם מסוכן בהיותו חייל. בנסיבות אלה, מוסכם על הצדדים לפנינו כי אי מתן ההודעה למערער בדבר זכותו להיוועץ בעורך דין, עלתה כדי פגיעה בזכות ההיוועצות גופה.

20. בטיעוניהם בכתב התייחסו הצדדים בהרחבה לשאלה אם אי אזהרתו של המערער בפתח חקירתו בדבר זכותו להיוועץ בסניגור, עלתה כדי פגיעה בזכות חוקתית. שאלה זו אינה פשוטה למענה, בהתחשב בכך שזכות ההיוועצות בעורך דין אינה מנויה במפורש בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אכן, הזכות החוקתית לכבוד ולחירות הינה בעלת תוכן ערכי מגוון, ודומה כי זיקתה לזכויות החשוד, העצור והנאשם בפלילים, אמיצה. עם זאת, תיתכנה גישות שונות בנוגע לשאלה אלו מהזכויות הדיוניות בהליך הפלילי אמנם נכללות בגדר הזכות החוקתית לכבוד ולחירות ומהו היקף ההגנה החוקתית שתינתן לזכויות שאינן מנויות במפורש בחוק היסוד (ראו בעניין זה דבריי בע"פ 7335/05 הסנגוריה הציבורית – מחוז נצרת נ' מדינת ישראל [21]), בפסקה 9 לפסק דיני; לגישה הקוראת לזהירות בהרחבת היקף הזכויות הנכללות בכבוד האדם וחירותו בלא שנמנו במפורש בחוק היסוד, ראו: בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל ואח' [22], בעמ' 535-536, בפסק דינו של השופט זמיר; אריאל בנדור "בגנות היחסיות של זכויות יסוד" [116], בעמ' 344; הלל סומר "הזכויות הבלתי מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית"

[117], בעמ' 331, 337. לגישה המצדדת בהכללת זכויות דיוניות של חשודים, עצורים ונאשמים בפלילים בזכות החוקתית לכבוד ולחירות, ראו: אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ג – פרשנות חוקתית [110], בעמ' 431–433 (להלן: ברק – פרשנות חוקתית); מנחם אלון "חוקי היסוד – עיגון ערכיה של מדינת יהודית ודמוקרטית" [118], בעמ' 34 (להלן: מ' אלון); עמנואל גרוס "הזכויות הדיוניות של החשוד או הנאשם על-פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" [119], בעמ' 156, 179 (להלן: גרוס – זכויות דיוניות); יהודית קרפ "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" [120], בעמ' 80–82. לאמירות בפסיקתו של בית משפט זה, שלפיהן זכות ההיוועצות בעורך דין מהווה זכות חוקתית בהיותה נגזרת מכבודו של העצור ומחירותו, ראו: בג"ץ 3412/91 סופיאן [11] הנ"ל, בעמ' 847–848, ו-850 בפסק דינו של המשנה לנשיא אלון; בג"ץ 6302/92 רומחיה נ' משטרת ישראל ואח' [23], בעמ' 212 בפסק דינו של הנשיא ברק; בש"פ 5136/98 מנבר נ' מדינת ישראל [24]; בג"ץ 3239/02 מרעב [19] הנ"ל, בעמ' 380 לפסק דינו של הנשיא ברק; בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח הנ"ל [12], בעמ' 764 לפסק דינו של השופט ריבלין).

יצוין כי בקנדה ובדרום-אפריקה ניתן לזכות ההיוועצות בעורך דין מעמד חוקתי מפורש. בקנדה מעוגנת זכות ההיוועצות בעורך דין בסעיף 10(b) לצ'רטר בדבר זכויות וחירויות, ואילו בדרום-אפריקה מעוגנת הזכות האמורה בהוראת סעיף 35(2)(b) לחוקה משנת 1996. בארצות-הברית הכיר בית המשפט הפדרלי העליון בזכות ההיוועצות בעורך דין כזכות חוקתית, בהיותה נגזרת מזכות הייצוג לפי התיקון השישי לחוקה וכן מהחיסיון מפני הפללה עצמית ומהזכות להליך הוגן המוגנים במסגרת התיקון החמישי לחוקה (ראו: [104] *Miranda v. Arizona*, להלן: הלכת *Miranda*); כן ראו: W. R. LAFAVE & J. H. ISRAEL CRIMINAL PROCEDURE [142], at pp. 529–530 (להלן: LAFAVE & ISRAEL)). בהמשך לכך, נציין כי הצעת חוק-יסוד: זכויות במשפט (ה"ח תשנ"ד 335), שהוכנה על ידי משרד המשפטים והונחה על שולחן הכנסת בשנת 1994, הציעה להקנות מעמד חוקתי מפורש לזכות הפגישה של עצור עם עורך דין ולזכות לקבל הודעה על כך (ראו סעיף 6 להצעת החוק). כידוע, הצעה זו לא הבשילה כדי חוק.

לאחר שנתתי דעתי למכלול ההיבטים הכרוכים בעניין, באתי למסקנה כי בעניין שלפנינו אין אנו נדרשים להכרעה בסוגיה המקיפה והמורכבת הנוגעת למעמדן החוקתי של זכויותיהם הדיוניות של חשודים, עצורים ונאשמים בפלילים, אף

א שנראה כי בפסיקתנו מסתמנת הגישה שלפיה זכות ההיוועצות בעורך דין היא זכות חוקתית. עם זאת, אף אם נאמר כי זכות ההיוועצות של עצור בעורך דין אינה בעלת מעמד חוקתי על חוקי – ובעניין זה איני רואה להביע עמדה – הרי על חשיבותה ומרכזיותה בשיטתנו המשפטית אין חולק. זאת ועוד, אף אם זכות ההיוועצות אינה נכללת בגדר המעגל הפנימי הצר של הזכות החוקתית לכבוד האדם וחירותו, הרי שניתן לקבוע כי בהשראתם של חוקי היסוד התחזק מעמדה של הזכות האמורה והחובה להתחשב בה. זאת, לנוכח זיקתה האפשרית לכבודו ולחירותו של הנחקר ובהתחשב בהיותה חלק מהזכות להליך פלילי הוגן שעליה נעמוד בהרחבה בהמשך הדברים. בהתחשב בכך, היעדר הודעה כדין בדבר הזכות להיוועץ בעורך דין עשוי, בנסיבות מתאימות, להוביל לפסילת הודאה שמסר הנאשם בחקירה. מהו הבסיס הנורמטיבי לכך ובאלו נסיבות תתבקש פסילה כאמור – אלה השאלות שיעמדו במרכזו של המשך דיוננו.

סעיף 12 לפקודת הראיות – הודאה "חופשית ומרצון"

21. משך עשרות שנים, חולשת בשיטתנו הוראת סעיף 12 לפקודת הראיות על שאלת קבילותה של הודאה שנמסרה במהלך חקירתו של נאשם. וזו לשון ההוראה:

"הודיה 12. (א) עדות על הודיית הנאשם כי עבר עבירה, תהא קבילה רק אם הביא התובע עדות בדבר הנסיבות שבהן ניתנה ההודיה ובית המשפט ראה שההודיה היתה חופשית ומרצון".

(ההדגשה אינה במקור – ד' ב').

הסדר דומה נקבע בסעיף 477 לחוק השיפוט הצבאי, שזו לשונו:

"הודאת 477. לא יקבל בית דין צבאי הודאת נאשם כראיה, נאשם אלא אם שוכנע כי ניתנה על ידי הנאשם מרצונו כראיה הטוב".

(ההדגשה אינה במקור – ד' ב').

אין חולק בין הצדדים לפנינו כי מבחן "הרצון הטוב", הקבוע בסעיף 477 לחוק השיפוט הצבאי, דומה במהותו למבחן "חופשיות הרצון" הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות. לפיכך, אף שדיוננו להלן ייסוב על פרשנותה של הוראת סעיף 12 לפקודת הראיות, הרי שמסקנותינו הפרשניות יהיו תקפות גם בנוגע לסעיף 477 לחוק השיפוט הצבאי.

22. בהודעת הערעור שהגישו, טענו באי כוח המערער כי לאחר קבלתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מן הראוי לשנות מהפרשנות הנוהגת בפסיקתו של בית משפט זה בנוגע לכלל הפסילה הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות. על פי הטענה, בהשראתו של חוק היסוד, יש לפסוק כי מאחר שהמערער לא הוזהר כדין בפתח חקירתו בדבר זכותו להיוועץ בעורך דין, הרי שההודאה שנגבתה ממנו אינה "חופשית ומרצון" ולפיכך יש לפוסלה בהתאם להוראת החוק האמורה. לשם הכרעה בטענה זו, נעמוד תחילה על הפרשנות שניתנה להוראת סעיף 12 הנ"ל בפסיקתו של בית משפט זה עובר לקבלתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לאחר מכן, נפנה לבחינת השאלה אם לאחר חקיקתו של חוק היסוד, מן הראוי לשנות מן הפרשנות הנוהגת בפסיקתנו בנוגע לסעיף 12 הנ"ל, ולקבוע כי אי מתן הודעה כדין בדבר זכות ההיוועצות בעורך דין, פוסלת בהכרח את קבילותה של הודאת נאשם, כנטען על ידי הסניגורים.

פרשנות סעיף 12 לפקודת הראיות עובר לחוק היסוד

23. כלל הפסילה הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות מקורו במשפט המקובל האנגלי (ראו [Ibrahim v. R. [106]]. מראשיתו, נועד הכלל האמור לבחון את הנסיבות הנוגעות לאופן גבייתה של הודאה במסגרת חקירה על ידי איש מרות (ראו דבריו של השופט אור בע"פ 5614/92 מדינת ישראל נ' מטיקה [25], בעמ' 677-678, והאסמכתאות המובאות שם. לדעה, שלפיה כלל הפסילה המעוגן בסעיף 12 לפקודת הראיות חל גם על הודאות שנמסרו בפני מי שאינו איש מרות, ראו יעקב קדמי על הראיות [111], בעמ' 12).

בהתאם לכלל הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות, על בית המשפט לפסול קבילותה של הודאת נאשם אם נמסרה שלא באופן חופשי ומרצון. השאלה מהי הודאה "חופשית ומרצון" אינה פשוטה להגדרה, ופסיקתו של בית משפט זה התמודדה עם שאלה זו מראשית ימיה. אדם הנתון בחקירה בגין עבירות שבביצוען הוא חשוד, חווה לחץ נפשי ואי נוחות פיסית שהם אינהרנטיים למצב שבו הוא

א שרוי. "חקירה מעצם טיבעה מעמידה את הנחקר במצב קשה [...] כל חקירה, ותהא זו ההוגנת והסבירה מכולן, מעמידה את הנחקר במצבים מביכים, מכבידה עליו, מחטטת בצפונותיו, חודרת לפני ולפנים של ציפור נפשו ויוצרת אצלו לחצים נפשיים חמורים" (ראו בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח' [26], בעמ' 834–835, בפסק דינו של הנשיא ברק, והאסמכתאות המוזכרות שם). בהתחשב בכך, ברי כי אין להעניק למונח "חופשית ומרצון" משמעות מילולית. ואמנם, המשמעות שניתנה למונח האמור משך שנות פסיקתו של בית משפט זה הייתה משפטית-טכנית. ולפיה, הודאת נאשם תיפסל לפי סעיף 12 הנ"ל רק אם הופעל עליו בעת החקירה "לחץ חיצוני" פסול, שהיה בו כדי לשלול את יכולתו לבחור באופן חופשי בין מסירת הודאתו לבין הימנעות ממסירתה (ראו: ע"פ 69/53 טיץ' [20] הנ"ל, בעמ' 808; ע"פ 636/77 לוי נ' מדינת ישראל [27], בעמ' 774; ע"פ 4427/95 פלוני נ' מדינת ישראל [28], בעמ' 564; ע"פ 6613/99 סמירק [18] הנ"ל, בעמ' 541; דנ"פ 4342/97 אל עביד נ' מדינת ישראל [29], בעמ' 837, 865).

ב השאלה מהו "לחץ חיצוני" פסול שיש בו כדי לשלול את יכולת הבחירה של הנאשם בחקירתו, תידון בהמשך הדברים. בשלב זה של הדין, רואים אנו להדגיש כי אף אם הוכח שהודאה שמסר נאשם בחקירתו קבילה כראיה בהיותה "חופשית ומרצון", על בית המשפט להוסיף ולבחון את משקלה ואת מהימנותה של ההודאה. זאת מאחר ש"[...] גם שימוש בדרכי חקירה שהן מותרות עלול להביא לכך שנחקר יודה במה שלא חטא", בשל לחצים פנימיים שבנפש האדם (ראו דברי הנשיא שמגר בד"נ 3081/91 קוזלי ואח' נ' מדינת ישראל [30], בעמ' 448).

ג התנאים לקביעת קבילותה ומשקלה של הודאת נאשם מלמדים כי אף שהודאה שנגבתה על ידי איש מרות מהווה ראיה קבילה להוכחת אשמה בפלילים, קיימים בחוק ובפסיקה חסמים שתכליתם להתמודד עם החששות הכרוכים בקבלתה כראיה (על הטעמים לחששות האמורים ועל הגורמים האפשריים למסירת הודאות שווא בחקירות בפני אנשי מרות, ראו דו"ח הוועדה בראשותו של השופט גולדברג לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולענין העילות למשפט חוזר [159], בעמ' 8–10 (להלן: דו"ח הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד); בועז סנג'רו "ההודאה כבסיס להרשעה – האמנם 'מלכת הראיות' או שמא קיסרית הרשעות השווא" [121], בעמ' 249 ואילך. על הגישה השלטת בפסיקתנו שלפיה הודאת נאשם מהווה ראיה להוכחת אשמה בפלילים אשר קבילותה ומשקלה ייבחנו בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה לגופו, ראו: דנ"פ 4342/97 אל עביד [29] הנ"ל, בעמ' 819–820 מפי השופט

אור, בעמ' 833–834 מפי השופט מ' חשין, בעמ' 855 מפי השופטת שטרסברג-כהן, בעמ' 857 מפי השופט מצא ובעמ' 865 מפי הנשיא ברק. לגישה הרואה בהודאת נאשם "ראיה חשודה" שמלכתחילה יש לבחון את מהימנותה מתוך יחס ספקני, ראו דנ"פ 4342/97 אל עביד [29] הנ"ל, בעמ' 836–839 מפי השופטת דורנר). בהמשך לדברים אלה, יצוין כי בשנת 2002 התקבל חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התשס"ב-2002, הקובע כי, ככלל, חקירתו של חשוד בתחנת המשטרה בעבירות חמורות, תתועד באופן חזותי כפוף לסייגים המנויים בחוק. הסדר זה אמור לחול בהדרגה באמצעות צווים שהוציא השר לביטחון פנים כאמור בסעיף 16(ב) לחוק. החובה הסטטוטורית לתיעוד חקירות חשודים בדרך חזותית או קולית נועדה לאפשר לבית המשפט להתרשם, בדרך הקרובה ביותר להתרשמות בלתי אמצעית, מאופן ניהול החקירה ומנסיונות מסירת ההודאה במהלכה. זאת, על מנת לסייע בידיו בקביעת קבילותן ומשקלן של הודאות שנמסרו בחקירה וכדי לאפשר הגנה טובה יותר לזכויותיהם של נחקרים (ראו דברי ההסבר להצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 15) (הודאת נאשם בעבירות חמורות), התשס"א-2000).

24. השאלה, מהי תכליתו של כלל הפסילה הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות, ידעה התפתחויות משך השנים. בראשיתו, שימש מבחן "חופשיות הרצון" כדי לפסול קבילותן של הודאות שנגבו תוך כדי שימוש באמצעי חקירה שעיקרם כפייה ואלימות או איום בהן, וכן כדי לפסול הודאות שנגבו תוך כדי שימוש בתחבולה או בפיתוי בלתי הוגנים. אותה עת, התפישה השלטת בפסיקה הייתה כי מבחן "חופשיות הרצון" נועד להגן על אמינותן של הודאות שנמסרו בפני אנשי מרות. לפי אותה תפישה, אמצעי חקירה פסולים, כגון: אלימות, כפייה ואיומים או דברי פיתוי והבטחה מצד איש מרות, עלולים להוביל למסירת הודאות שקר ולפיכך יש לפסול את קבילותן של הודאות אלה על הסף (על כך שבראשיתו נועד מבחן "חופשיות הרצון" להגן על אמינותן של הודאות במשפט המקובל האנגלי, ראו: C. TAPPER & CROSS, TAPPER – ON EVIDENCE [143], at p. 664 (להלן: CROSS & Mark A. Godsey, *Rethinking the Involuntary Confession* ; (TAPPER, 1995 *Rule: Toward a Workable Test for Identifying Compelled Self-Incrimination* [151], at pp. 481–482 (להלן: Godsey)). על כך שבית משפט זה בשנותיו הראשונות אימץ מהמשפט המקובל את התפישה, שלפיה כלל הפסילה הנדון נועד להגן על אמינות ההודאות, ראו: ע"פ 2/48 אל-לוג' נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל [31], בעמ' 96–97 מפי השופט ש"ז חשין; ע"פ 307/60 יאסין [6] הנ"ל, בעמ' 1554; ע"פ 242/63 קריתי נ' היועץ המשפטי לממשלה [32], בעמ' 497–498, מפי

השופט הלוי; ע"פ 270/65 קיטי ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה [33], בעמ' 566, מפי השופט זוסמן).

א עם השנים, הוסט הדגש מאמצעי כפייה ואלימות פיזית, שנתפשו כעילת פסילה, גם לטענות בדבר הפעלת לחצים נפשיים או פסיכולוגיים בלתי הוגנים על נאשמים בחקירתם. בד בבד, חלה התפתחות חשיבתית בנוגע לטעמים המונחים בבסיס כלל הפסילה הקבוע בהוראת סעיף 12 הנ"ל. לצד התכלית של הבטחת אמינותן של הודאות, היו שסברו כי מבחן "חופשיות הרצון" נועד להגן על זכויותיהם של נאשמים בחקירה ועל טוהר ההליך הפלילי. לפי אותה גישה, פסילת קבילותה של ההודאה נועדה ליתן סעד בגין הפגיעה בכבוד האדם של הנחקר, ועל מנת למנוע מבית המשפט ליתן ידו לאי החוקיות שנקטו גורמי החקירה עם קבלת הראייה במשפט. נוסף לכך, הובעה הדעה כי תכליתו של כלל הפסילה הקבוע בסעיף 12 הנ"ל היא לחנך ולהרתיע את גורמי החקירה מפני שימוש באמצעי חקירה פסולים (על ההתפתחות החשיבתית בנוגע לטעמים המונחים בבסיס כלל הפסילה המעוגן בסעיף 12 ראו עמנואל גרוס "כלל פסילה חוקית – האם יש לו מקום בישראל?" [122], בעמ' 156–157 (להלן: ע' גרוס – כלל פסילה חוקית); אליהו הרנון "ראיות שהושגו שלא כדין: מבט השוואתי" [123], בעמ' 1018 (להלן: הרנון – מבט השוואתי). עוד ראו והשוו אלכס שטיין "מקורות ותיאוריה בעשיית משפט" [124], בעמ' 6–8. על ההתפתחות בהבנת הטעמים למבחן "חופשיות הרצון" במשפט המקובל האנגלי טרם חקיקתו של ה-PACE, ראו CROSS & TAPPER, 1995 [143] הנ"ל, בעמ' 666–668).

ב החל מסוף שנות ה-70 של המאה הקודמת הסתמנו שלוש גישות פרשניות כלפי טעמיו של כלל הפסילה שבסעיף 12 לפקודת הראיות. כפי שיובהר להלן, שלוש הגישות הפרשניות התבססו, במידה זו או אחרת, על הטעם שעניינו הגנה על אמינותן של הודאות; השוני בין הגישות התבטא במשקל שניתן לתכלית שעניינה הגנה על זכויותיו של הנחקר.

ג לפי גישה פרשנית אחת, שדוברתה העיקרי בפסיקתנו היה הנשיא לנדוי, אמצעי חקירה פסולים מן הסוג של אלימות פיזית, אימים, דברי פיתוי והבטחה בלתי הוגנים או הפעלת לחצים פסיכולוגיים אסורים על הנאשם בחקירתו, שוללים מיניה וביה את קבילות הודאתו לנוכח הפגיעה הקשה בכבודו כאדם ובשלמות גופו ונפשו. לשם הגנה על זכויות הנחקר, מניחה הוראת סעיף 12 לפקודת הראיות הנחה שאינה ניתנת לסתירה ולפיה הודאה שנגבתה באמצעים פסולים כאמור אינה הודאת

אמת; לפיכך, יש לפוסלה על הסף, בלא צורך לבחון את מידת השפעתם בפועל של אמצעי החקירה הפסולים על חופש הרצון של הנחקר ועל אמיתות תוכנה של ההודאה. בהתאם לגישה האמורה, השאלה אם יש לחשוש לאמיתותה של הודאה שנגבתה באמצעים פסולים היא, אפוא, שאלה של חוק או, למצער, שאלה מעורבת של חוק ועובדה (ראו דבריו של הנשיא לנדוי בע"פ 347/75 הירש נ' מדינת ישראל [34], בעמ' 200).

לצד הגישה האמורה, הובעה בפסיקתו של בית משפט זה גישה פרשנית אחרת שדוברה העיקרי היה השופט ח' כהן. לפי אותה גישה, אף כאשר מדובר באמצעי חקירה פסול באופן קיצוני, יש לבדוק מבחינה עובדתית את נסיבותיו של כל מקרה לגופו, אם היה בו כדי לשלול בפועל את רצונו החופשי של הנאשם במסירת הודאתו – שאז תיפסל קבילותה מחשש להיותה הודאת-שווא – או שמא, על אף השימוש באמצעי חקירה כאמור, נותרה בידי הנאשם יכולת הבחירה החופשית בנוגע למסירת הודאתו, שאז תתקבל ההודאה כקבילה והדיון יתמקד בשאלת משקלה הראייתית. בהתאם לגישה הפרשנית האמורה, אי החוקיות בגביית ההודאה אינה פוסלת כשלעצמה את קבילותה, כל עוד לא נשלל רצונו החופשי של הנאשם במסירת הודאתו ואין חשש לאמיתות תוכנה. ובלשונו של השופט ח' כהן: "[...] הודית הנאשם לחוד, והתעללות חוקריו לחוד" (ע"פ 369/78 אבו מדיג'ם ואח' נ' מדינת ישראל [35], בעמ' 381). גישה פרשנית זו רואה את עיקר תכליתו של כלל הפסילה הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות בהבטחת אמינותן של ההודאות הנמסרות בחקירה (ראו גם דברי הנשיא י' כהן בע"פ 115/82 מועדי נ' מדינת ישראל [36], בעמ' 249. עוד ראו פסק דינו של השופט ח' כהן בע"פ 183/78, 191/79 אבו מדיג'ם נ' מדינת ישראל [37]).

על שורש המחלוקת בין שתי הגישות הפרשניות האמורות, עמד השופט ח' כהן בזו הלשון:

"[...] למעשה מתלבטים אנו, זה בכה וזה בכה, בשאלת המדיניות השיפוטית הראויה לבית-משפט זה לנקוט. מחד גיסא, חובתנו היא להגן על כבוד האדם שלא ייפגע בידי המתעללים בו, ולעשות ככל אשר לאל ידינו לרסן את חוקרי המשטרה מלהשיג מטרת חקירתם באמצעים פסולים ונפשעים; מאידך גיסא, חובתנו היא להילחם בפשיעה ההולכת וגוברת והורסת כל חלקה טובה במדינה זו, ולמנוע הפקרת שלום הציבור לתעלוליהם של פושעים אלימים אך באשר הוכו בידי חוקרי

המטרה. דומני כי המחלוקת בינינו אינה אלא על עדיפויות: לסברת חברי הנכבד [הנשיא מ' לנדוי – ד' ב'] עדיפה ההגנה על כבוד האדם וזכויותו היסודיות, ואילו לדידי עדיפה ההגנה על שלום הציבור" (ע"פ 183/78 אבו מידג'ס [37] הנ"ל, בעמ' 546–547).

גישה פרשנית שלישית כלפי להוראת סעיף 12 לפקודת הראיות נקבעה בע"פ 115/82 מועדי [36] הנ"ל, בפסק דינו של השופט גולדברג, בעמ' 222–224. גישה פרשנית זו היוותה דרך-ביניים בין שתי הגישות הפרשניות האחרות שעליהן עמדנו לעיל. בהתאם לגישה האמורה, על דרך הכלל, אין באי החוקיות, כשלעצמה, כדי לפסול קבילותה של הודאה לפי סעיף 12 לפקודת הראיות. לפיכך, יש לבחון, מבחינה עובדתית בכל מקרה לגופו, אם היה באמצעי החקירה הפסול כדי לשלול את חופשיות רצונו של הנאשם במסירת הודאתו, שאז תיפסל קבילות ההודאה מחשש לאמיתותה. עם זאת, במקרים שבהם הגיעה רמת הפסלות כדי פגיעה "בצלם דמות האדם" של הנאשם וכדי "[...] דרגת חקירה ברוטלית ובלתי אנושית", כי אז תישלל קבילות ההודאה לפי סעיף 12 הנ"ל מיניה וביה, בלא לבחון את ההשפעה בפועל של אמצעי החקירה הפסול על חופשיות רצונו של הנאשם. גישה זו משלבת בין הטעמים האפשריים השונים לכלל הפסילה שבהוראת סעיף 12 לפקודת הראיות. היא מייחסת משקל נכבד לתכלית שעניינה הגנה על אמינותן של הודאות נאשמים לשם שמירה על שלום הציבור ולחימה בפשיעה. עם זאת, במקרים שבהם נעשה שימוש באמצעי חקירה פסולים באופן קיצוני עד כדי "פגיעה בצלם דמות האדם" של הנחקר, כי אז רואה הגישה האמורה ליתן משקל רב להגנה על הזכות לכבוד האדם ולשלמות הגוף והנפש, בלא לבחון אם, בנסיבות המקרה, נשלל בפועל רצונו הטוב של הנאשם במסירת הודאתו. דומה כי גישה פרשנית זו היא המקובלת בפסיקתו של בית משפט זה מאז מתן פסק הדין בע"פ 115/82 מועדי [36] הנ"ל (ראו למשל פסק דינו של השופט חלימה בע"פ 154/85 אברושמי נ' מדינת ישראל [38]; דברי הנשיא שמגר בד"נ 3081/91 קוזלי [30] הנ"ל, בעמ' 446–448, וכן דברי המשנה לנשיא מצא ברע"פ 3268/02 קוזלי נ' מדינת ישראל [39], בפסקה 28).

26. לצורך הדיון שלפנינו ראוי להדגיש כי לפי שלוש הגישות הפרשניות שעליהן עמדנו, אי מתן הודעה כדין בדבר זכות השתיקה או זכות ההיוועצות בעורך דין, אין בה כשלעצמה כדי לפסול קבילותה של הודאה לפי סעיף 12 לפקודת הראיות. יצוין כי אף לפי גישתו הפרשנית של הנשיא לנדוי, המדגישה את ההגנה על זכויות הנאשם בחקירתו, אין באי מתן הודעה כדין בדבר זכות השתיקה או זכות ההיוועצות כדי להוות אמצעי חקירה פסול מן הסוג המוביל בהכרח לפסילת

קבילותה של ההודאה. העמדה שהתקבלה בפסיקתנו הינה כי יש לבחון בכל מקרה לגופו את השפעת הפגיעה בזכויות האמורות על חופשיות רצונו של הנחקר וכן על משקל ההודאה שמסר (לפסקי דין שבהם נקבע כי היעדר הודעה כדין בדבר זכות השתיקה לא יביא בהכרח לפסילת הודאה שנמסרה בחקירה, אף כי הקפדה על אזהרת החשוד טרם גביית אמרתו תקל על בית המשפט בבואו להכריע בדבר קבילות ההודאה ומשקלה, ראו: ע"פ 307/60 יאסין הנ"ל [6], בעמ' 1556; ע"פ 161/77 זוהר נ' מדינת ישראל [40], בעמ' 329; ע"פ 450/82 טריפי נ' מדינת ישראל [41], בעמ' 603; ע"פ 1382/99 בלחניס נ' מדינת ישראל [14], בפסק דינו של השופט אילן ובפסק דינו של השופט קדמי. לפסקי דין שבהם נקבע כי פגיעה שלא כדין בזכות ההיוועצות בעורך דין אינה מובילה בהכרח לפסילת קבילותה של הודאה שנמסרה בחקירה, ויש לבחון בכל מקרה לגופו את השפעת הפגיעה בזכות האמורה על חופשיות רצונו של הנחקר ועל משקל ההודאה שמסר, ראו: ע"פ 533/82 זכאי [8] הנ"ל, בעמ' 46-65 ו-68 לפסק דינו של הנשיא שמגר; ע"פ 747/86 אייזנמן [10] הנ"ל, בעמ' 454 לפסק דינו של השופט גולדברג; ע"פ 4998/95 גומז-קרדוסו ואח' נ' מדינת ישראל [42], בעמ' 784-785, בפסק דינו של השופט מ' חשין; ע"פ 6613/99 סמירק [18] הנ"ל, בעמ' 545-555. יצוין כי המקרים שבהם נפסלה הודאת נאשם לפי סעיף 12 הנ"ל בגין אי מתן הודעה כדין בדבר הזכות לשתוק או הזכות להיוועץ בעורך דין היו מועטים ביותר, ואלה היו אחוזים בנסיבותיו הייחודיות של כל מקרה. ראו למשל, ע"פ 277/78 מדינת ישראל נ' טוביהו [43], בעמ' 300-301, בפסק דינו של המ"מ לנשיא לנדוי; ע"פ 611/80 מטוסיאן נ' מדינת ישראל [44], בעמ' 105-107, בפסק דינו של השופט שמגר).

בהמשך לדברים אלה, נציין כי סעיף 478 לחוק השיפוט הצבאי קובע הסדר דומה לזה שנקבע בהלכה הפסוקה, וזו לשונו:

א	"הודאת נאשם שלא בהתאם לכללים הנקובים בסעיפים 266 עד 272 [ובהם החובה להזהיר נאשם בדבר זכותו לשתוק בחקירה – ד' ב'], אינה מונעת את בית-הדין מלקבוע כי ההודאה ניתנה מרצונו הטוב של הנאשם".
---	--

הנה כי כן, ההסדר הקבוע בהוראת סעיף 478 לחוק השיפוט הצבאי תואם את הפרשנות שניתנה בהלכה הפסוקה להוראת סעיף 12 לפקודת הראיות, ולפיה אין

באי מתן הודעה כדין בדבר זכות השתיקה או זכות ההיוועצות בעורך דין כשלעצמה כדי לפסול את קבילותה של הודאת נאשם, והדבר תלוי בנסיבותיו של כל מקרה לגופו.

27. בהודעת הערעור שהוגשה מטעמם, טענו באי כוח המערער כי לאור הוראותיו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מן הראוי לשנות מהפרשנות הנוהגת בבית משפט זה ולקבוע כי אי מתן אזהרה כדין בדבר זכות ההיוועצות בעורך דין תוביל בהכרח לפסילת קבילותה של הודאה לפי סעיף 12 לפקודת הראיות.

בטרם נפנה לבחינת הטענה האמורה, נציין כי במשך השנים נמתחה ביקורת רבה על מבחן "חופשיות הרצון" הן בארץ הן במדינות נוספות שאימצו את המבחן האמור מהמשפט המקובל האנגלי. הטיעונים העיקריים שהושמעו נגדו היו כי מדובר במבחן מלאכותי ועמום יתר על המידה לצורך הכרעה בשאלת קבילותן של הודאות; כי הטעמים המונחים בבסיסו אינם בהירים די הצורך; וכי קיים קושי רב בבחינת השפעתם של אמצעי חקירה פסולים על חופשיות רצונו של הנחקר בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה (ראו למשל, משה לנדוי "הערות על הצעת חוק הראיות המתוקנת" [125], בעמ' 26; דו"ח הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד [159] הנ"ל, בעמ' 12. עוד ראו: LAFAVE & ISRAEL [142] ה"ל, בעמ' 298–299; Godsey [151] ה"ל, בעמ' 469–471; וכן: M. ZANDER THE POLICE AND CRIMINAL EVIDENCE ACT 1984 [144], at pp. 312–313 (להלן: ZANDER). ואמנם, באנגליה – ארץ מולדתו של מבחן "חופשיות הרצון" – ואף באוסטרליה – שם נתקבל בפסיקה המבחן האמור שנשאב מהמשפט המקובל האנגלי – ראה המחוקק לזנוח את מבחן "חופשיות הרצון" ולהחליפו באמות מידה אחרות לבחינת קבילותן של הודאות נאשמים (ראו סעיף 76 ל-PACE האנגלי, וכן סעיפים 84, 85 ו-90 ל-Uniform Evidence Acts 1995 באוסטרליה).

בהמשך לדברים אלה, יצוין כי בתי המשפט הפדרליים בארצות-הברית אימצו בפסיקתם את מבחן "חופשיות הרצון" מהמשפט המקובל האנגלי, ובשנת 1936 הוחל המבחן האמור על המדינות באמצעות התיקון ה-14 לחוקה שעניינו הזכות להליך הוגן (ראו: LAFAVE & ISRAEL [142] ה"ל, בעמ' 294). לאחר שהתקבלה הלכת [104] *Miranda* – אשר כלליה הפכו להיות המבחן העיקרי לפסילת קבילותן של הודאות נאשמים – הוסיף מבחן "חופשיות הרצון" לשמש לצורך בחינת קבילותן של הודאות, אף כי למבחן זה נוספו הכללים שנקבעו באותה הלכה ולפיה קמה עילת פסלות בגין היעדר אזהרה והודעה על זכות ההיוועצות. לאחרונה, חלה

הפחתה ניכרת במעמדו של מבחן "חופשיות הרצון" כאמת מידה מספקת לקבילות, וזאת לאור פסיקתו של בית המשפט הפדרלי העליון בפרשת *Dickerson v. United States* [105] (להלן: פרשת *Dickerson*). באותה פרשה נדונה הוראת החוק הפדרלי שקבעה כי הודאת נאשם תתקבל כראיה קבילה אם הוכח שניתנה באופן חופשי ומרצון (18 U.S.C. 3501). בית המשפט העליון של ארצות-הברית פסל את הוראת החוק האמורה. מפסק דינו של בית המשפט משתמע כי מבחן "חופשיות הרצון" אינו מקנה הגנה מספקת לחיסיון מפני הפללה עצמית המעוגן בתיקון ה-5 לחוקה, ולפיכך אין די בו כדי להחליף את הכללים שנקבעו בהלכת *Miranda* [104] בנוגע לקבילותן של הודאות נאשמים. לאור הלכת *Dickerson* [105], דומה כי בשיטת המשפט האמריקנית נחלש עוד יותר מעמדו של מבחן "חופשיות הרצון" כמבחן בלעדי.

מנגד, נציין כי בשיטת המשפט הקנדית, אשר אף היא אימצה בדרך פסיקתית את מבחן "חופשיות הרצון" מהמשפט המקובל האנגלי, מוסיף מבחן זה לשמש לצורך בחינת קבילותן של הודאות נאשמים אף היום (ראו *R. v. Oickle* [108] (להלן: פרשת *Oickle*), שאליו נשוב ונתייחס בהמשך הדברים).

28. בניגוד למדינות המשפט המקובל שבהן אומץ מבחן "חופשיות הרצון" בדרך פסיקתית, הרי שבשיטתנו המשפטית עוגן המבחן האמור מלכתחילה בחוק החרות (ראו סעיף 9 לפקודת העדות המנדטורית אשר הוחלף בשנת 1971 בסעיף 12 לפקודת הראיות). משך השנים, נעשו כמה ניסיונות להציע תיקוני חקיקה מקיפים לפקודת הראיות, שבמסגרתם הוצע להחליף את מבחן "חופשיות הרצון" באמות מידה אחרות לבחינת קבילותן של הודאות נאשמים. עם זאת, הצעות אלה לא הבשילו כדי חוק (ראו סעיף 36 להצעת חוק הראיות, התשמ"א-1981, של פרופ' אורי ידין שפורסמה ב-הפרקליט [125], בעמ' 147; סעיף 37 על שתי גרסאותיו בהצעת חוק הראיות, התשמ"ה-1985, שנוסחה על ידי ועדה בראשותו של הנשיא משה לנדוי ופורסמה ב-משפטים [126]; דו"ח הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד הנ"ל [159], בעמ' 11-19, וכן דעת המיעוט של פרופ' קרמניצר, שם [159], בעמ' 58-64; עוד ראו הצעות חוק פרטיות שונות לתיקון סעיף 12 לפקודת הראיות, בפסקה 13 לעיל).

בעניין שלפנינו, איני רואה להתייחס לטיעוני הביקורת שהושמעו נגד מבחן "חופשיות הרצון" ולמבחנים החלופיים שהוצעו משך השנים למבחן האמור. נקודת המוצא להמשך דיוננו הינה כי הוראת סעיף 12 לפקודת הראיות נותרה על כנה

בספר החוקים ועל תוקפה אין חולק. בהתחשב בכך, השאלה שלפנינו הינה אם, לאחר קבלתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מן הדין לשנות מהפרשנות שניתנה בהלכה הפסוקה להוראת החוק האמורה. לבחינתה של שאלה זו נפנה כעת.

א

פרשנות סעיף 12 לפקודת הראיות לאחר חוק היסוד

29. שאלת השפעתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על פרשנותן של הוראות חוק שנחקקו טרם קבלתו, נדונה בהרחבה בפסק דינו של בית משפט זה בבש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל [45], ובדנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל [46]. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו משמר בהוראה מפורשת את הדין שקדם לו, ולפיכך הוראת סעיף 12 לפקודת הראיות נותרה בתוקפה אף לאחר קבלתו של חוק היסוד (ראו סעיף 10 לחוק היסוד). אין גם מחלוקת כי יש לפרש את החקיקה הישנה ברוחם ובהשראתם של חוקי היסוד. דברים מפורשים בעניין זה נאמרו בסעיף 10 לחוק-יסוד: חופש העיסוק. הדבר מתחייב כמסקנה פרשנית גם בגדריו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. עמד על כך השופט מ' חשין, בציינו כי: "[...] ראוי הוא חוק היסוד כי יזכה אותנו בהשראת פרשנות. ערוגת-ורדים שתל המחוקק בגן המשפט, וניחוחם יעלה באפנו. נפרש חוקים שלעבר ובושמו של חוק היסוד ישרה עלינו" (דנ"פ 2316/95 גנימאת [46] הנ"ל, בעמ' 643; ההדגשה במקור – ד' ב').

ב

ג

ד

בפרשת גנימאת [46] הסתמנו, אמנם, הבדלי גישות בנוגע לטיבה ולהיקפה של ההשפעה הפרשנית של חוק היסוד על הדין שקדם לו (ראו גישתו העקרונית של הנשיא ברק בדנ"פ 2316/95 גנימאת [46] הנ"ל, בעמ' 652–655, אל מול עמדתו של השופט מ' חשין, שם [46], בעמ' 639–643; עוד ראו בג"ץ 7357/95 ברקי פטה המפריס (ישראל) בע"מ נ' מדינת ישראל [47], בעמ' 780–781 לפסק דינו של השופט מ' חשין, ובעמ' 786–787 לפסק דינו של הנשיא ברק). עם זאת, להבדלי הגישות הללו אין משמעות מעשית בעניין שלפנינו, שכן אף לפי הדין שקדם לקבלתו של חוק היסוד, ניתן היה להגיע למסקנות פרשניות שונות מאלה שהיו מקובלות עד כה.

ה

ו

30. כאמור, כלל הפסילה הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות נועד מלכתחילה להגן על אמינותן של הודאות שנמסרו בפני אנשי מרות. משך השנים חלה התפתחות פרשנית ביחס לטעמים האפשריים המונחים בבסיסו של הכלל האמור. כפי שהובהר לעיל, התכלית שעניינה הגנה על זכויותיהם של נחקרים הוכרה

ז

בפסיקתנו עוד בטרם התקבלו חוקי היסוד בדבר זכויות האדם (ראו גישתם הפרשנית של הנשיא לנדוי ושל השופט גולדברג בפסקה 25 לעיל). ההכרה בתכלית זו תאמה את ההנחה הפרשנית הכללית הנוהגת בשיטתנו המשפטית, שלפיה חזקה על כל דבר חקיקה כי הוא נועד לקיים ולהגן על זכויות האדם. עם זאת, טרם חוקי היסוד לא הייתה בפסיקתו של בית משפט זה תמימות דעים בנוגע לשאלה אם ובאלו נסיבות יש להעדיף את התכלית שעניינה הגנה על זכויותיו של הנחקר על פני התכלית האחרת שעניינה הבטחת אמינותן של הודאות נאשמים. אף לפי הגישה הפרשנית שראתה ליתן משקל נכבד להגנה על זכויותיו של הנחקר, התבססה פסילת ההודאה, בין היתר, על הנחה שאינה ניתנת לסתירה ולפיה הודאה שנגבתה באמצעים פסולים אינה הודאת אמת (ראו דבריו של הנשיא לנדוי בע"פ 347/75 הירש [34] הנ"ל, בעמ' 200. עוד ראו ע"פ 115/82 מועדי [36] הנ"ל, בעמ' 223–224 לפסק דינו של השופט גולדברג).

נראה, אפוא, כי עובר לקבלתם של חוקי היסוד, הכיר בית משפט זה בהגנה על זכויות הנחקר כתכלית אפשרית של כלל הפסילה הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות. עם זאת, התכלית האמורה לא נתפשה כתכלית מרכזית ועצמאית של סעיף 12 הנ"ל, ומרכזו הכובד הרעיוני של כלל הפסילה הנדון הושם על החשש מפני קבלתן של הודאות שווא כראיה (ראו בהקשר זה: גרוס – כלל פסילה חוקתי [122] הנ"ל, בעמ' 157; מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" [127], בעמ' 549).

31. עם חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הועלה מעמדן של זכויות האדם המעוגנות במסגרתו למעמד חוקתי על-חוקי. בכך נוצר שינוי במציאות הנורמטיבית שלנו. שינוי זה מתבטא, בראש ובראשונה, באפשרות לביקורת שיפוטית על חוקתיותם של חוקים שהתקבלו לאחר קבלתם של חוקי היסוד. עם זאת, בכך בלבד אין כדי למצות את מלוא היקף השפעתה של חקיקת היסוד האמורה. רוחם ועקרונותיהם של חוקי היסוד מקרינים על כל ענפי המשפט ומשפיעים על מושגי יסוד ותפישות יסוד הנוהגים במסגרתם. בין היתר, כאמור, משפיעים הם על פרשנותה של החקיקה שהתקבלה טרם חוקי היסוד בדבר זכויות האדם.

בהקשר זה יודגש כי מראשית ימיו הכיר בית משפט זה בזכויות הפרט והתחשב בהן במסגרת פרשנותם של דברי חקיקה קיימים. אף בטרם חקיקתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, קבע בית-משפט זה כי "[...] תכליתו של כל דבר חקיקה היא

לקיים ולשמר זכויות יסוד ולא לפגוע בהן" (דברי השופט ברק בע"א 524/88 "פרי העמק" אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב [48], בעמ' 561). עם זאת, נראה כי לאחר חקיקתם של חוקי היסוד, הודגשה החובה להתחשב בזכויות המעוגנות בהם במסגרת פרשנותם של דברי חקיקה קיימים, ובנסיבות מתאימות אף גדל המשקל שיש ליתן לזכויות אלה ביחס לערכים ולאינטרסים ציבוריים מתחרים. כך על דרך הכלל, וכך במיוחד במשפט הפלילי הקשור קשר אמיץ לכבוד האדם ולחירותו.

א

ב

32. חוק היסוד יצר הזדמנות למבט פרשני מחודש גם בנוגע לתכליתו של כלל הפסילה המעוגן בסעיף 12 לפקודת הראיות. בהתאם לרוחו ולעקרונותיו של חוק היסוד, מן הראוי לחזק כיום את מעמדה של התכלית בדבר הגנה על זכויותיו של הנחקר, כך שהיא תהווה טעם מרכזי העומד בפני עצמו לשם פסילת קבילותה של הודאה לפי סעיף 12 לפקודת הראיות. נפקות הדבר הינה כי בנסיבות מתאימות שיפורטו להלן, תיפסל קבילותה של הודאה לפי סעיף 12 הנ"ל בשל הפגיעה שלא כדין בזכויותיו של הנחקר, אף כאשר אין מתעורר חשש בדבר אמיתות ההודאה.

ג

ד

ודוק, בדבריי אלה אין כדי לאיין את התכלית המסורתית של כלל הפסילה הנדון, שעניינה הגנה על אמינותן של הודאות. תכלית זו בעינה עומדת, כחלק מתכליתם הכללית של דיני הראיות בפלילים לגילוי האמת ולמניעת הרשעות שווא. זאת ועוד; ההגנה על זכויותיו של הנחקר עשויה לתרום לזיהוי אמצעי חקירה העלולים להוביל להודאות שקריות ולעיוות הדין. עם זאת, בהתחשב ברוחו ובעקרונותיו של חוק היסוד, ניתן לקבוע כי מרכז הכובד הפרשני השתנה וכי כיום מהווה ההגנה על זכויותיו של הנחקר תכלית מרכזית ועצמאית – ולא רק משנית ונלוות – לפסילת קבילותן של הודאות לפי סעיף 12 לפקודת הראיות.

ה

על רקע זה, מתעוררת השאלה מה הן זכויות הנחקר שעליהן נועד להגן כלל הפסילה המעוגן בסעיף 12 לפקודת הראיות. על שאלה זו ראוי להשיב בהתחשב בלשונו ובנוסחו של סעיף 12 הנ"ל; בשים לב לפרשנותו של הסעיף האמור בהלכה הפסוקה כפי שהתפתחה במשך השנים; ובהתאם לרוחו ולעקרונותיו של חוק היסוד. בהתחשב בכל אלה, נראה כי כלל הפסילה הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות נועד בעיקרו להגן על שתי זכויות יסוד אשר הוכרו בשיטתנו המשפטית מימים ימימה, אך דומה כי חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו הוסיף ותרום לביצור מעמדן – הזכות לשלמות הגוף והנפש של הנחקר והזכות לאוטונומיה של הרצון החופשי.

ו

ז

33. זכותו של נאשם לשלמות גופו ונפשו וזכותו שלא להיות מבוזה או מושפל מעבר לנדרש כתוצאה מעצם קיומה של חקירה, הוכרו בפסיקתו של בית משפט זה גם לפני חקיקת חוק היסוד בזכויות יסוד בסיסיות הכלולות "במגילת הזכויות השיפוטית" (ראו דבריו של השופט ברק בבג"ץ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר [49], בעמ' 298, והאסמכתאות המוזכרות שם). כפי שצוין לעיל, ההכרה בזכויות אלה השפיעה על פרשנותו של סעיף 12 לפקודת הראיות עוד בטרם התקבל חוק היסוד (ראו, לדוגמה, גישתם הפרשנית של הנשיא לנדוי ושל השופט גולדברג, בפסקה 25 לעיל). עם חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, נקבע בו במפורש כי "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם" וכי "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו" (סעיפים 2 ו-4 לחוק היסוד). בהתחשב בכך, נראה כי יש טעם רב בדעה שלפיה הזכות לשלמות הגוף והזכות להגנה מפני מעשי ביזוי והשפלה הפוגעים באופן מהותי בשלמות הנפש, עלו למדרגה חוקתית על-חוקית בעקבות חקיקתו של חוק היסוד (ראו דבריו של המשנה לנשיא אלון בע"פ 3632/92 גבאי נ' מדינת ישראל [50], בעמ' 490, עוד ראו ברק – פרשנות חוקתית [110] הנ"ל, בעמ' 420).
- ט נוכח התכלית שעניינה הגנה על זכויות נאשמים בחקירתם ובהשראתו של חוק היסוד, מן הראוי לפרש את כלל הפסילה המעוגן בסעיף 12 לפקודת הראיות כך שאמצעי חקירה פסולים שיש בהם כדי לפגוע שלא כדין בזכותו של הנחקר לשלמות הגוף או כדי להשפילו ולבזותו מעבר לנדרש כתוצאה מעצם קיומה של חקירה, יובילו לפסילתה של ההודאה מיניה וביה, בלא צורך לבחון את השפעתם של אמצעי החקירה האמורים על אמיתות ההודאה שנמסרה בחקירה. פרשנות זו קרובה בעיקרה לגישתו של השופט גולדברג בע"פ 115/82 מועדי [36] הנ"ל, אשר דומה כי היא זו שהתקבלה בפסיקתנו. עם זאת, טיבם והיקפם של אמצעי החקירה הפסולים שייכללו כיום בגדר המבחן של "פגיעה בצלם דמות האדם של הנחקר" עשויים להיות רחבים מבעבר. זאת, לנוכח השפעתו הפרשנית של חוק היסוד ובהתחשב במשפט הבינלאומי ההסכמי שישראל צד לו (ראו והשוו פסק דינו של הנשיא ברק בבג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים [26] הנ"ל; עוד ראו והשוו דעת המיעוט של פרופ' קרמניצר בדו"ח הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד הנ"ל [159], בעמ' 58–64).
- ט בנסיבות עניינו של המערער, לא הועלתה טענה שלפיה הופעלו נגדו אמצעי חקירה פסולים מן הסוג שיש בו כדי להשפיל ולבזות את הנחקר או כדי לפגוע בשלמות גופו ונפשו, ולפיכך סוגיה זו אינה מתעוררת במקרה שלפנינו.

34. לצד ההגנה על שלמות גופו ונפשו של הנחקר, נועד סעיף 12 לפקודת הראיות על פי לשונו המפורשת להגן על אוטונומיית הרצון ועל חופש הבחירה של הנאשם במסירת הודאתו בחקירה (הודאה "חופשית ומרצון").

הזכות לאוטונומיה של הרצון החופשי הוכרה בפסיקתו של בית משפט זה כזכות יסוד רבת חשיבות עוד בטרם קבלתם של חוקי היסוד בשנת 1992. עם זאת, דומה כי לאחר חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו התחזק מעמדה של הזכות האמורה, בהיותה נגזרת באופן ישיר מתפישת האדם כמטרה ולא כאמצעי, ובהתחשב בהיכללותה האפשרית של הזכות האמורה במעגל הפנימי של הזכות החוקתית לכבוד ולחירות. עמד על כך המשנה לנשיא אור בזו הלשון:

"ההכרה בזכותו של אדם לאוטונומיה היא רכיב בסיסי בשיטת המשפט שלנו, כשיטת משפט של מדינה דמוקרטית [...] היא מהווה את אחד הביטויים המרכזיים לזכותו החוקתית של כל אדם בישראל לכבוד, המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אכן, כבר נפסק כי אחד מן הביטויים של הזכות לכבוד הוא [...] חופש הבחירה של כל אדם כיצור חופשי, וכי בכך משתקפת התפיסה לפיה 'כל אדם [...] הוא עולם בפני עצמו, ומטרה בפני עצמה' (דברי הנשיא ברק בבג"ץ 7357/95 ברקי פטה המפרים (ישראל) בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 769, בפסקה 3 לפסק דינו) [...] על משמעותו של כבוד האדם, בהקשר זה, עמד הנשיא שמגר בע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני ואח', פ"ד מח(3) 837, 842 באומרו כי:

'כבוד האדם משתקף, בין היתר, ביכולתו של יצור אנוש בתור שוכה לגבש את אישיותו באופן חופשי, כרצונו, לבטא את שאיפותיו ולבחור בדרכים להגשמתן, לבחור בחירותו הרצונית, לא להיות משועבד לכפייה שרירותית, לזכות ליחס הוגן מצד כל רשות ומצד כל פרט אחר, ליהנות מן השוויון אשר בין בני אנוש...'".

(ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", ח"פה [51], בעמ' 571).

על מעמדה החוקתי של הזכות לאוטונומיה של הרצון החופשי ראו עוד: דבריו של השופט גולדברג בדנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני ואח' [52], בעמ' 723-724; דברי השופט ריבלין בבג"ץ 8111/96 הסתדרות העובדים החדשה נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ [53], בעמ' 595-597; דבריו של השופט מ' חשין בבש"פ 92/00 פלוני נ'

מדינת ישראל [54], בעמ' 250; אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" [128], בעמ' 277-279 (להלן: ברק – כבוד האדם כזכות חוקתית); חיים כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית – עיונים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" [129], בעמ' 38. יצוין כי לגישתה של יהודית קרפ, נכללת הזכות הגרעינית לאוטונומיה של הרצון החופשי – להבדיל מהזכויות הנגזרות ממנה – בגדר המעגל הפנימי של הזכות החוקתית לכבוד וחירות. ראו יהודית קרפ "מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" [130], בעמ' 142.

בהתחשב בכך, פגיעה משמעותית וחמורה באוטונומיית הרצון ובחופש הבחירה של הנאשם במסירת הודאתו בחקירה, תוביל לפסילת ההודאה לפי סעיף 12 הנ"ל. יודגש כי בדבריי אלה אין כדי לקבוע כי כל פגיעה בזכות מוגנת של הנחקר תוביל בהכרח לפסילת קבילותה של הודאתו לפי סעיף 12 לפקודת הראיות. פרשנות כזו תפגע יתר על המידה בערכים הנוגדים שענינם גילוי האמת, לחימה בעבריינות והגנה על שלום הציבור, ולפיכך אין לקבלה. נוסחו ולשונו של סעיף 12 לפקודת הראיות מעידים כי כלל הפסילה המעוגן בו נועד להגן מפני פגיעה של ממש באוטונומיית הרצון של הנאשם במסירת הודאתו. לפיכך, פגיעה מן הסוג האמור היא שתוביל לפסילת קבילותה של הודאה בהתאם לסעיף 12 הנ"ל, והכול בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה לגופו. מסקנה פרשנית זו עולה בקנה אחד עם פסיקתו של בית משפט זה עובר לחוק היסוד, שלפיה יש לבחון, בכל מקרה על פי נסיבותיו, אם השימוש באמצעי החקירה הפסול הוביל לשלילת הרצון החופשי ויכולת הבחירה של הנאשם במסירת הודאתו (ראו: דבריו של השופט גולדברג בע"פ 115/82 מועדי הנ"ל [36], בעמ' 224-225; דבריו של הנשיא י' כהן, שם [36], בעמ' 251-252; דבריו של השופט אלון, שם [36], בעמ' 263-268). עם זאת, בעוד שההצדקה שניתנה בעבר לפסילתה של הודאה לפי סעיף 12 נשענה על ההנחה שלפיה שלילת חופש הבחירה של הנחקר מקימה בהכרח חשש לאמיתות הודאתו, הרי שעל פי רוחו והשראתו של חוק היסוד, מן הראוי לקבוע כי ההגנה על חופש הרצון של הנחקר מהווה כיום תכלית העומדת בפני עצמה ומהווה טעם נכבד ועצמאי לפסילת קבילותה של ההודאה לפי סעיף 12 לפקודת הראיות.

35. בהמשך לדברים אלה, ראוי לציין כי הזכות לאוטונומיה של הרצון החופשי משמשת אחד הטעמים המרכזיים להגנה על חיסיון מפני הפללה עצמית ועל זכות השתיקה. לפיכך, יש הסבורים כי כלל הפסילה הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות נועד להגן על זכויות אלה וכן על זכות ההיוועצות בעורך דין הנלווית להן (ראו

למשל, גרוס – כלל פטילה חוקתי [122] הנ"ל, בעמ' 156 ו-179; יעקב קדמי על הראיות [111], בעמ' 22). ואמנם, פגיעה שלא כדין בזכויות האמורות במסגרת הליכי חקירה, תהווה שיקול נכבד בעת בחינת קבילותה של הודאה לפי סעיף 12 לפקודת ראיות. זאת מאחר שפגיעה בזכויות אלה עלולה לפגוע באופן מהותי בחופש הרצון והבחירה של הנחקר במסירת הודאתו. כך למשל, יהיה מקום לפסילתה של הודאה לפי סעיף 12, בנסיבות שבהן הנאשם לא הוזהר בדבר זכותו לשתוק ולא להפליל עצמו בחקירה ובדבר זכותו להיוועץ בעורך דין והוא לא היה מודע בפועל לזכויות אלה, באופן ששלל ממנו את יכולת הבחירה אם לשתף פעולה עם חוקריו אם לאו.

אין באמור כדי להפחית מכך שבבסיס ההגנה על זכות השתיקה ועל זכות ההיוועצות בעורך דין מונחים טעמים נוספים מעבר להגנה על אוטונומיית הרצון של הנחקר. האיזון בין הטעמים השונים המונחים בבסיסן של זכויות אלה מסייע לעיצוב גבולותיהן ולקביעת היקף ההגנה עליהן (על הטעמים האפשריים להגנה על זכות השתיקה ועל החיסיון מפני הפללה עצמית של חשוד בחקירתו, ראו: דע"פ 8600/03 שרון [16] הנ"ל, בעמ' 759 לפסק דינו של המשנה לנשיא אור; עוד ראו: בני שטיינברג "מה נותר מן האזהרה על זכות השתיקה?" [131], בעמ' 165–169; עמנואל גרוס "החיסיון מפני הפללה עצמית – האמנם ציון דרך במאבקו של האדם הנאור לקידמה?" [132], בעמ' 172–181; LAFAVE & ISRAEL [142] הנ"ל, בעמ' 43; Akhil R. Amar & Renée B. Lettow, *Fifth Amendment First Principles: The Self Incrimination Clause* [152]. על הטעמים השונים המונחים בבסיס ההגנה על זכותו של עצור להיוועץ בעורך דין ראו פסקה 14 לעיל והאסמכתאות המובאות (שם).

בהתחשב בכך, אין בידי לקבל את טענת באי כוח המערער שלפיה סעיף 12 לפקודת הראיות נועד להגן על מלוא היקפן של זכות השתיקה וזכות ההיוועצות בעורך דין, באופן שפגיעה בהן תוביל בהכרח לפסילת קבילותה של הודאה לפי סעיף 12 הנ"ל. כאמור, על פי לשונו ותכליתו של סעיף 12, נועד הוא להגן מפני פגיעה משמעותית באוטונומיית הרצון החופשי של הנחקר. בהתאם לכך, פגיעה שלא כדין בזכות השתיקה או בזכות ההיוועצות בעורך דין תוביל לפסילת קבילותה של הודאת נאשם על פי סעיף 12 הנ"ל, רק כאשר יש באותה פגיעה על פי אופייה ועוצמתה בנסיבות העניין, כדי לפגוע באופן חמור בחופש הבחירה ובאוטונומיית הרצון של הנחקר במסירת הודאתו. כך למשל, הימנעות החוקרים שלא כדין ממתן אזהרה בדבר זכות השתיקה בנסיבות בהן הוכח כי הנאשם היה מודע בפועל לזכותו

לשתוק, לא תוביל לפסילת הודאתו לפי סעיף 12 לפקודת הראיות, באשר בנסיבות אלה לא נפגעה באופן של ממש יכולתו של הנאשם לבחור אם לשתף פעולה עם חוקריו (ראו: פסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן בע"פ 5825/97 שלום נ' מדינת ישראל [55], בעמ' 944–945. עוד ראו והשוו עמדתו של פרופ' בנדור הסבור כי יש לפסול קבילותה של הודאה לפי סעיף 12 לפקודת הראיות, רק כאשר מתקיים קשר סיבתי בין אי מתן האזהרה בדבר זכות השתיקה לבין מסירת ההודאה בחקירה: אריאל בנדור "גבייה של הודאת נאשם וקבילותה – מטרות, אמצעים ומה שביניהם" [133], בעמ' 265, 269).

36. סיכומם של דברים, אף שמקבלת אני את עמדתם של באי כוח המערער שלפיה יש לפרש את הוראת סעיף 12 לפקודת הראיות בהשראתו של חוק היסוד, יש לדחות את טענתם כי אי מתן הודעה כדין בדבר זכות השתיקה או זכות ההיוועצות בעורך דין, מחייבת בהכרח את פסילתה של ההודאה לפי סעיף 12 הנ"ל. אף כי פגיעה בזכויות האמורות תהווה שיקול נכבד במסגרת בחינת קבילותה של ההודאה, אין מדובר בשיקול בלעדי או מכריע. בהתאם ללשונו ולתכליתה של הוראת סעיף 12 הנ"ל, יש לפסול מכוחה הודאה רק כאשר הפגיעה שלא כדין בזכות השתיקה או בזכות ההיוועצות בעורך דין יצרה פגיעה משמעותית וחמורה באוטונומיית הרצון ובחופש הבחירה של הנאשם במסירת הודאתו. קיומה של פגיעה כאמור תיבחן על פי נסיבותיו של כל מקרה לגופו. מכל מקום, ראוי להדגיש כי פגיעה בזכות השתיקה או בזכות ההיוועצות בחקירה, אף בנסיבות שבהן אין היא מובילה לפסילת קבילותה של ההודאה, עשויה לפגום במשקלה הראייתי.

37. אשר לנסיבות עניינו של המערער – אין מחלוקת בין הצדדים לפנינו כי החוקר הצבאי נמנע שלא כדין מלהודיעו על הזכות להיוועץ בעורך דין, וכי בנסיבות העניין עלה המחדל האמור כדי פגיעה בזכות ההיוועצות גופה (ראו פסקה 19 לעיל). כפי שיפורט בהמשך הדברים, בנסיבות המקרה דנן הוכחה פגיעה של ממש בזכות ההיוועצות של המערער, בין היתר בהתחשב בקביעתו של בית הדין הצבאי שלפיה נמנע החוקר במכוון ממתן הודעה כדין בדבר הזכות האמורה. אף על פי כן, לצורך בחינת קבילותה של ההודאה הנדונה על פי סעיף 12 לפקודת הראיות, השאלה הטעונה הכרעה הינה אם נפגע באופן מהותי חופש הבחירה של המערער במסירת הודאתו. בעניין זה, יש להביא בחשבון כי בפתח גביית אמרתו הוזהר המערער בדבר זכותו לשתוק בחקירה, בהתאם לנוסח האזהרה הקבוע בסעיף 267 לחוק השיפוט הצבאי. המערער היה מודע, אפוא, לזכות השתיקה בעת גביית

אמרתו הנדונה. עוד יצוין כי לאחר שהמערער התייעץ עם סניגורית צבאית, הוא בחר להשיב לשאלות החוקר בעת גביית אמרתו השנייה (ת/5). בנסיבות אלה, אין לומר כי אי מתן ההודעה כדין בדבר זכות ההיוועצות הוביל לפגיעה מהותית באוטונומיית הרצון ובחופש הבחירה של המערער במסירת הודאתו הראשונה, באופן המחייב את פסילתה בהתאם לסעיף 12 הנ"ל (ראו והשוו ע"פ 5203/98 חסון נ' מדינת ישראל [56], בעמ' 283, שם קבעה השופטת נאור כי לנוכח העובדה שהנאשם באותה פרשה הוזהר טרם החקירה בדבר זכותו לשתוק, ובהתחשב ביתר נסיבות העניין, אין בעובדה כי נפגעה זכותו להיוועץ בעורך דין כדי לפסול את קבילות הודאתו על פי סעיף 12 לפקודת הראיות).

הנה כי כן, אף שבעניינו של המערער הוכחה פגיעה שלא כדין בזכות ההיוועצות בעורך דין בשל המחדל להזהירו בדבר הזכות האמורה טרם גביית אמרתו, אין לומר כי בנסיבות העניין נוצרה פגיעה מהותית בזכות לאוטונומיית הרצון ולחופש הבחירה במסגרת כלל הפסילה הקבוע בהוראת סעיף 12 הנ"ל. מטעם זה, אין להתערב בהחלטתו של בית הדין הצבאי על שתי ערכאותיו, שלא להורות על פסילת הודאתו של המערער לפי הוראת סעיף 12 לפקודת הראיות.

עם זאת, בכך לא תם דיונונו. שאלה נפרדת שיש להכריע בה הינה אם אי מתן ההודעה כדין בדבר זכותו של המערער להיוועץ בעורך דין, צריכה להוביל לפסילת הודאתו בהתבסס על דוקטרינה פסיקתית לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין, מחוץ למסגרת סעיף 12 הנ"ל, כנטען על ידי באי כוח המערער. לבחינתה של סוגיה זו נפנה כעת.

דוקטרינה פסיקתית לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין בהליך הפלילי

38. כפי שצוין בראשית דברינו, טענה מרכזית שהועלתה בהודעת הערעור שהוגשה לפנינו הייתה כי אף אם אין בסעיף 12 לפקודת הראיות כדי לפסול את קבילות הודאתו של המערער, יש להורות על כך מכוחה של דוקטרינה פסיקתית לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין. על פי הטענה, על בית משפט זה לאמץ בדרך שיפוטית דוקטרינת פסילה כאמור לאורו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ייאמר מיד כי הדוקטרינה הנטענת אינה מגבילה עצמה להודאות נאשם, ותחולתה היא כללית – על כל סוגי הראיות בהליך הפלילי אשר הושגו שלא כדין על ידי הרשויות לאכיפת החוק. לשאלה מהן ראיות שהושגו "שלא כדין" נתייחס בהרחבה בהמשך הדברים. בשלב זה של הדיון ובלי למצות את העניין, נציין כי מדובר בראיות

שהושגו באמצעי חקירה המנוגדים להוראה הקבועה בחוק, בתקנה או בנוהל מחייב, או תוך כדי פגיעה שלא כדין בזכות יסוד מוגנת.

א

הטענה בדבר הצורך באימוצה של דוקטרינת פסילה פסיקתית, מעוררת כמה שאלות מורכבות שיש ליתן את הדעת עליהן. סדר הדיון בשאלות אלה יהיה כדלקמן: ראשית, נעמוד על המצב המשפטי בנוגע לקבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין טרם קבלתם של חוקי היסוד. על רקע זה, נפנה לבחינת השאלה אם במציאות הנורמטיבית החדשה שנוצרה עם חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו יש מקום לאימוצה של דוקטרינה פסיקתית לפסילת ראיות בשל דרך השגתן. מן הטעמים שיפורטו להלן, תשובתנו לשאלה זו תהא בחיוב. בהתחשב בכך, נפנה לבחינת טיבה, היקפה וגדריה של הדוקטרינה האמורה, ולקביעת אמות המידה הראויות לפסילת ראיות על פיה. את דיוננו נסיים ביישום תנאיה של הדוקטרינה הנ"ל על נסיבות עניינו של המערער.

ב

ג

קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין טרם חוקי היסוד

ד

39. נקודת המוצא לדיוננו בסוגיית קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין טמונה בכך שהמחוקק הישראלי נמנע מקביעת הסדר חקיקתי כולל ומפורש בסוגיה זו. עם זאת, בשלוש הוראות חוק ייחודיות קבע המחוקק כללי פסילה קונקרטיים בנוגע לראיות שהושגו בדרך בלתי כשרה: האחת, הוראת סעיף 12 לפקודת הראיות שעליה עמדנו בהרחבה לעיל. השנייה, הוראת סעיף 13 לחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979 (להלן: חוק האזנת סתר). במקורה, קבעה הוראת החוק האמורה כלל פסילה מוחלט של דברים שנקלטו בדרך של האזנת סתר שבוצעה בניגוד להוראות החוק. בשנת התשנ"ה תוקן סעיף 13 באופן שהקנה לבית-המשפט שיקול דעת שלא לפסול ראיה כאמור, בתנאים ובנסיבות המפורטים בסעיף. סעיף 13(א) בנוסחו המתוקן קובע כדלקמן:

ה

ו

"ראיות 13. (א) דברים שנקלטו בדרך של האזנת סתר בניגוד להוראות חוק זה [...] לא יהיו קבילים כראיה בבית משפט, אלא באחד משני אלה:

ז

(1) בהליך פלילי בשל עבירה לפי חוק זה;

(2) בהליך פלילי בשל פשע חמור, אם בית משפט הורה על קבילותה לאחר

ששוכנע, מטעמים מיוחדים שיפרט, כי
בנסיבות העניין הצורך להגיע לחקר
האמת עדיף על הצורך להגן על
הפרטיות. האזנת סתר שנעשתה שלא
כדין בידי מי שרשאי לקבל היתר
להאזנת סתר, לא תהיה קבילה כראיה
לפי פסקה זו, אלא אם כן נעשתה בטעות
בתום לב, תוך שימוש מדומה בהרשאה
חוקית".

א

ב

כלל הפסילה חקיקתי שלישי קבוע בסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-
1981 (להלן: חוק הגנת הפרטיות), ולפיו: "חומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות יהיה
פסול לשמש ראיה בבית משפט, ללא הסכמת הנפגע, זולת אם בית המשפט התיר
מטעמים שיירשמו להשתמש בחומר, או אם היו לפוגע, שהיה צד להליך, הגנה או
פטור לפי חוק זה". סעיף 32 הנ"ל קובע, אפוא, על דרך הכלל, כי יש לפסול ראיה
שהושגה תוך כדי פגיעה שלא כדין בפרטיות. עם זאת, כלל הפסילה הינו יחסי
במובן זה שהוא מאפשר קבלת ראיה כאמור, אם הנפגע הביע הסכמתו לכך, אם בית
המשפט, על פי שיקול דעתו, התיר שלא לפסול את הראיה מטעמים שיירשמו או
כאשר יש לפוגע הגנה או פטור לפי החוק.

ג

ד

בהלכה הפסוקה התקבלה הדעה כי כללי הפסילה המעוגנים בהוראות-החוק
האמורות הם בבחינת חריגים יוצאי דופן בשיטתנו המשפטית. ובלשונו של השופט
אלון: "[...] הוראות אלה הן בבחינת יוצא מן הכלל שאין בהן כדי לשנות מן הכלל
[...]" (ע"פ 115/82 מועדי [36] הנ"ל, בעמ' 262 לפסק דינו. עוד ראו: ע"פ 480/85
קורטאם נ' מדינת ישראל [57], בעמ' 691, מפ"י השופט בר; בג"ץ 3815/90 גילת נ' שר
המשטרה [58], בעמ' 420, מפ"י השופט ש' לוי, וכן ע"פ 1302/92 מדינת ישראל נ'
נחמיאס ואח' [59], בעמ' 321 לפסק דינו של השופט בר, ובעמ' 341 לפסק דינו של
השופט מצא).

ה

ו

התפישה שהשתרשה בפסיקתו של בית משפט זה טרם חוקי היסוד, הייתה כי כל
עוד לא נקבע אחרת בחוק, אין לפסול קבילותה של ראיה רלוונטית עקב אי חוקיותם
של האמצעים שננקטו לשם השגתה. ההלכה בעניין זה סוכמה על ידי השופט אלון
בזו הלשון: "במערכת המשפט בישראל הלכה מקובלת היא, שאין עליה עוררין, כי
ראיה, שכשרה ומהימנה היא כשלעצמה אך הושגה באמצעים פסולים ובלתי

ז

חוקיים, קבילה היא [...] (ע"פ 115/82 מועדי [36] הנ"ל, בעמ' 262. לדברים דומים ראו גם: ע"פ 476/79 בולוט נ' מדינת ישראל [60], בעמ' 801–802, מפי השופט שמגר; ע"פ 16/82 מלכה נ' מדינת ישראל [61], בעמ' 317–320, מפי השופט בייסקי; ד"נ 9/83 בית-הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין [62], בעמ' 855, מפי המשנה לנשיא אלון). לפי אותה תפישה, אי החוקיות מהווה שיקול לעניין קביעת משקלה של הראיה, ובמקרים קיצוניים עשויה היא להפחית ממשקלה עד לאפס, אולם אין בה כדי להשפיע על קבילות הראיה.

א

ב

ההלכה האמורה של בית משפט זה תאמה בעיקרה את הגישה המסורתית שנהגה במשפט המקובל האנגלי, ולפיה אי חוקיות בהשגת ראיה אינה פוסלת את קבילותה אלא משפיעה על משקלה בלבד. אמנם, בשנות החמישים נקבעה במשפט האנגלי הלכה שהסמיכה את בתי המשפט לפסול על פי שיקול דעתם קבילותה של ראיה, בנסיבות שבהן קבלתה הייתה בלתי הוגנת כלפי הנאשם (ראו *Kuruma v. The Queen* [107], at p. 204 (להלן: הלכת *Kuruma*)). עם זאת, ההלכה האמורה כמעט שלא יושמה בפסיקה האנגלית, ושיקול הדעת לפסילת ראיות במסגרתה הופעל במקרים נדירים ויוצאי דופן בלבד (ראו בעניין זה *COLIN TAPPER, CROSS & TAPPER – ON EVIDENCE* [145], at p. 498 (להלן: *CROSS & TAPPER, 1999*); עוד ראו: ע"פ 476/79 בולוט [60] הנ"ל, בעמ' 800–802, מפי הנשיא שמגר; בג"פ 249/82 ועקנין [5] הנ"ל, בעמ' 401–402 לפסק דינו של השופט בר, וכן הרנון – מבט השוואתי [123] הנ"ל, בעמ' 988–990).

ג

ד

ה

40. ההלכה הפסוקה, שלפיה אופן השגת הראיה אינו משפיע לעניין קבילותה, מעוגנת בעיקרה בשני טעמים. ראשית, בפסיקתנו שלטה התפישה שלפיה תכליתם העיקרית של דיני הראיות בהליך הפלילי הינה חשיפת האמת העובדתית לשם הרשעת האשמים וזיכויים של החפים מפשע (ראו למשל: דברי השופט ברק בע"פ 951/80 קניר נ' מדינת ישראל [63], בעמ' 516–517; דברי השופט אור בע"פ 5614/92 מטיקה [25] הנ"ל, בעמ' 681). יודגש כי חשיפת האמת העובדתית לא נתפשה מעולם כמטרה בלעדית או מוחלטת של דיני הראיות בפלילים, בהתחשב בקיומם של אינטרסים ושל ערכים מתחרים שעליהם נעמוד בהמשך הדברים. עם זאת, על פי הגישה שהייתה מקובלת עימנו עובר לחוקי היסוד, משקלה של התכלית בדבר חשיפת האמת העובדתית היה ניכר, באופן שסטייה ממנה לטובת הגנה על ערכים ועל אינטרסים נוגדים נחשבה כחריג שהיו שסברו כי הוא מצריך חקיקה מפורשת (ראו דבריו של השופט אלון בע"פ 115/82 מועדי [36] הנ"ל, בעמ' 259–262 לפסק

ו

ז

דינו). בהתאם לכך, הגישה שהתקבלה בהלכה הפסוקה הייתה כי, ככלל, אין למנוע מבית המשפט מידע רלוונטי לבירור חפות או אשמה, ולפיכך אופן השגתה של ראייה אינו משפיע על קבילותה אלא על משקלה בלבד.

א

שנית, עד שנות השמונים התאפיינו דיני הראיות שלנו בכללי קבילות פורמליסטיים שנועדו להגן על אמינות תוכנן של ראיות המוגשות לבית המשפט. הכלל הפוסל עדות שמיעה היה אחד מכללי הפסילה העיקריים בהקשר זה, שנשאב בשעתו אל שיטתנו המשפטית מן המשפט המקובל האנגלי. החל משנות השמונים של המאה ה-20 החלה להתפתח במשפטנו מגמה חדשה שהתפתחה במקביל לשינויים שחלו גם בשיטות המשפט האנגלו-אמריקני, שיטות שמסורתן קרובה לשלנו. עיקרה של אותה מגמה היה צמצום הסייגים הפורמליים החלים על קבילותן של ראיות על מנת להותיר בידי בית המשפט סמכות להחליט בדבר אמינותן ומשקלן. לפי אותה תפישה, צמצום של כללי הקבילות נדרש לשם גילוי האמת ועשיית הצדק, שכן יש בכך כדי לאפשר זרימה של מידע רלוונטי לבית המשפט אשר יבחן את אמינות המידע בנסיבותיו של כל מקרה לגופו. המגמה האמורה קיבלה ביטוי בחקיקה עם קבלתו של סעיף 10א לפקודת הראיות, שבו נקבע החריג הסטטוטורי בנוגע לכלל הפוסל עדות שמיעה, וכן בהלכה הפסוקה שצמצמה בדרך פרשנית את היקפם של כללי הפסילה השונים הנוהגים בשיטתנו המשפטית. עמד על כך הנשיא שמגר בצינון כי:

ב

ג

ד

"המגמה אשר באה לידי ביטוי בהתפתחותו של המשפט כהשתקפותה בחקיקה ובפסיקה הישראלית, כמו גם בארצות אחרות שבהן נוהגת תפיסת המשפט האנגלו-אמריקני, היא של צמצום הסייגים החלים על קבילותן של ראיות כדי להותיר בידי בית המשפט את הסמכות להחליט על משקלה של הראייה. הווי אומר, במקום מחסום הקבילות, שהיקפו הולך אט אט ומצטמצם, התפתחה בעולם המשפט האנגלו-אמריקני הגישה, המבכרת בדיקה עניינית של כל ראייה רלוואנטית על ידי הערכאה השיפוטית. במקום סייגים פורמאליסטיים באה בדיקת האמינות (trustworthiness). בכך יש משום התקרבות בין שיטות המשפט האנגלו-אמריקניות והקונטיננטליות" (ד"ר 4390/91 מדינת ישראל נ' חג' יחיא [64], בעמ' 671).

ה

ו

ז

לגישה זו עוצמה מיוחדת בשיטת המשפט הישראלי המבוססת על שיפוט מקצועי, להבדיל מהכרעה בידי מושבעים. תחת מחסומי קבילות ניתנה, אפוא,

עדיפות לגישה המבכרת בחינה מהותית של כל ראייה רלוונטית על ידי הערכאה השיפוטית. גישה זו משתלבת עם המגמה החוצה תחומים במשפטנו, והיא מבטאת מעבר מכללים פורמליים נוקשים למתן משקל לעקרונות יסוד במשפט, תוך כדי הפעלת שיקול דעת שיפוטי. מגמה זו תוארה בפסיקה ובספרות המקצועית כמעבר "מפורמאליזם ומנוקשות לגמישות ולשיקול-דעת" (ראו דברי השופט חשין בע"פ 6147/92 מדינת ישראל נ' כהן [65], בעמ' 80, וראו עוד: ד"נ 23/85 מדינת ישראל נ' טובול [66], בעמ' 331-340 לפסק דינו של הנשיא שמגר, ובעמ' 354 לפסק דינו של השופט ברק; דברי השופט קדמי בע"א 703/86 ברנשטיין נ' היועץ המשפטי לממשלה [67], בעמ' 532-533; דברי השופט אור בע"פ 5614/92 מסיקה [25] הנ"ל, בעמ' 680-681, והאסמכתאות המובאות שם; דבריי בע"א 2515/94 עו"ד לוי נ' עיריית חיפה ואח' [68], בעמ' 730-733; דברי השופטת שטרסברג-כהן בבג"ץ 6319/95 חכמי נ' שופטת בית משפט השלום בתל-אביב-יפו [69], בעמ' 760-761). מגמת המעבר מכללי קבילות להערכה מהותית של ראיות, השפיעה אף היא במידה מסוימת על עיצוב עמדתו העקרונית של בית משפט זה שלפיה דרך השגתה של ראייה לחוד, ושאלת קבילותה לחוד.

41. בהמשך לדברים אלה, נציין כי מעמדו המרכזי של ערך חשיפת האמת ומגמת המעבר מכללי קבילות לבחינת ראיות על פי מהותן ומשקלן, השפיעו גם על המגמה הפרשנית לכללי הפסילה שנקבעו בחקיקה. אשר לפרשנותה של הוראת סעיף 12 לפקודת הראיות – הרי טרם חוקי היסוד נתן בית משפט זה משקל פרשני נכבד לתכלית שעניינה הגנה על אמינותן של הודאות נאשמים, כחלק מראייתה של חשיפת האמת ערך מרכזי בשיטתנו המשפטית (ראו פסקה 30 לעיל). אשר לחוק האזנת סתר ולחוק הגנת הפרטיות – הפרשנות שניתנה להוראותיהם של החוקים שהנהיגו כללי פסילה, הצרה את היקפם של כללים אלה באופן שתאם את המגמה לצמצום מחסומי הקבילות הראייתיים בשיטתנו המשפטית (ראו לדוגמה, ד"נ 9/83 ועקנין [62] הנ"ל וכן ע"פ 480/85 קורטאם [57] הנ"ל לעניין פרשנות ההיגד "הטרדה אחרת" בסעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות; עוד ראו בג"ץ 3815/90 גילת [58] הנ"ל לעניין פרשנות הוראותיו של חוק האזנת סתר).

42. סיכומם של דברים, המחוקק הישראלי נמנע מלקבוע הסדר כולל ומפורש בשאלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין. לפני חוקי היסוד, העמדה שהתקבלה בהלכה הפסוקה הייתה כי, על דרך הכלל וכל עוד לא נקבע אחרת בחוק, אי חוקיות בהשגתה של ראייה רלוונטית אינה משפיעה על שאלת קבילותה אלא על

משקלה בלבד. עמדה זו הושתתה על המסורת המשפטית שירשנו מן המשפט המקובל האנגלי וכן על הטעמים של צמצום מחסומי הקבילות בשיטתנו המשפטית ומתן משקל נכבד לתכלית שעניינה חשיפת האמת בהליך הפלילי.

א

בסיכום פרק זה יצוין כי עמדתו הפרשנית של בית משפט זה טרם חוקי היסוד בנוגע לקבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין, התבססה על טעמים שבמדיניות שיפוטית ולא על טעמי סמכות. לא מעטים הם פסקי דין בהם התריע בית המשפט כי אם אי החוקיות בגביית ראיות תימשך, כי אז "[...] יתכן שמן הראוי יהיה לדון בשינוי ההלכה ולהחליט על אי קבילותה של הודאה שנגבתה שלא כדין [...]" (דברי השופט עציוני בע"פ 161/77 זוהר נ' מדינת ישראל [40], בעמ' 329). לעניין זה התייחס גם השופט ברק בע"פ 260/78 סלימאן נ' היועץ המשפטי לממשלה [70], בציינו כי:

ב

"ערים אנו לקשיים הרבים לפנייהם עומדת המשטרה במלחמתה בעבריינות, אך יש לשמור מכל משמר כי במלחמתה זו לא תעבור המשטרה את הגבול, ונמצא כי אלה, הפועלים בשם החוק, מפירים אותו. מן הראוי להדגיש, כי השיטה הנוהגת אצלנו – שאותה קלטנו מהמשפט האנגלי – אינה השיטה היחידה בה ניתן לנהוג, ובידינו הדבר לשנותה" (שם [70], בעמ' 207; ההדגשה אינה במקור – ד' ב').

ג

ד

עוד ראו בהקשר זה דבריו של השופט ח' כהן בע"פ 369/78 אבו מדיג'ם [35] הנ"ל, בעמ' 381–383.

בדברים אלה יש כדי ללמד כי מאז ומתמיד, ראה עצמו בית משפט זה מוסמך לפסוק כי אי חוקיות בגביית ראיות של ראיה עשויה לפסול את קבילותה; עם זאת, נוכח הטעמים שהובהרו לעיל, בחר בית-המשפט להימנע מקביעת הלכה כאמור, ובנסיבות מתאימות הסתפק בהפחתת משקל הראיה עד לאפס עקב אי-חוקיות שהייתה כרוכה בהשגתה (ראו, למשל, ע"פ 559/77 מאירי נ' מדינת ישראל [71], שם נתן בית המשפט משקל אפסי לתוצאותיו של מסדר זיהוי תמונות שנערך בלא נוכחות סניגור).

ה

ו

עוד נציין כי בשורה של פסקי דין נקבע כי אין לאמץ בשיטתנו המשפטית את כללי פסילת הראיות הנוהגים בשיטת המשפט האמריקנית המכונים "תורת פירות העץ המורעל" (ראו למשל: ע"פ 183/78 אבו מידג'ם [37] הנ"ל, בעמ' 537–538 לפסק דינו של הנשיא לנדוי; ע"פ 476/79 בולוס [60] הנ"ל, בעמ' 801, מפי הנשיא שמגר; ע"פ 115/82 מועדי [36] הנ"ל, בעמ' 261–262 לפסק דינו של השופט אלון; ד"נ 9/83

ז

ועקנין [62] הנ"ל, בעמ' 852, מפי הנשיא שמגר; ע"פ 2286/91 מדינת ישראל נ' אילוז [72], בעמ' 304, מפי הנשיא שמגר. עוד ראו ע"פ 6613/99 סמירק [18] הנ"ל, בעמ' 555). בהמשך דיוננו נתייחס לדוקטרינה האמריקנית האמורה. עם זאת, בשלב זה של הדיון רואה אני להעיר כי אף שבית משפט זה דחה בפסיקתו את כללי הפסילה האמריקניים הנתפשים בשיטתנו כחורגים מהאיזון הראוי בין האינטרסים והזכויות הרלוונטיים להליך הפלילי, הרי לא נשללה בפסיקתנו האפשרות לאימוצן של דוקטרינות אחרות לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין, אשר טיבן, היקפן וגדריהן שונים מאלה של הדוקטרינה האמורה.

האינטרסים המתנגשים בסוגיית קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין והשפעת חוק היסוד על איתור נקודת האיזון הראויה ביניהם

43. עלינו להכריע בשאלה אם לאורו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מתבקש שינוי בהלכה העקרונית, שלפיה דרך השגתה של ראיה אינה משפיעה על קבילותה. סוגיה זו כרוכה בשאלה רחבה יותר שעניינה השפעתו הפרשנית של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על תכליתם של דיני הראיות הנוהגים בהליך הפלילי.

אין מחלוקת כי ייעודו המרכזי של ההליך הפלילי הינו קביעת חפות או אשמה. ובלשונו של השופט ברק: "ההליך הפלילי מהווה מערכת מתואמת ומאוזנת של נורמות הבאה להגשים את המשפט הפלילי הסובסטנטיבי. מטרתו של ההליך הפלילי היא להביא לזיכוי של החף מפשע ולהרשעתו של האשם" (ע"פ 639/79 אפללו ואח' נ' מדינת ישראל [73], בעמ' 575, וכן בג"ץ 7357/95 המפריס [47] הנ"ל, בעמ' 784 לפסק דינו של הנשיא ברק). מטרה זו אינה מהווה אינטרס ייחודי של הפרט העומד לדין אלא אינטרס של החברה בכללותה. זיכוי מוטעה ובוודאי הרשעת שווא פוגעים בעשיית הצדק הן מבחינה מהותית הן על פי מראית הדברים, ועשויים לערער את אמון הציבור בכוחה של הרשות השופטת בעשיית דין צדק לפרט ולכלל.

44. חשיפת האמת העובדתית הינה אמצעי עיקרי לעשיית צדק מהותי בפלילים. גילוי האמת מסייע לקביעת חפות או אשמה, ובכך הוא תורם להגשמתם של יעדי ההליך הפלילי ובהם: הלחימה בעבריינות, השמירה על שלום הציבור וההגנה על זכויות נפגעי העבירה בפועל או בכוח. הצורך בקידומם של ערכים אלה התחזק עם העלייה ברמת הפשיעה ולנוכח מידת התחכום של האמצעים שנוקטים עבריינים לשם ביצוע מעשי עבירה והסתרתם מרשויות אכיפת החוק. בהתחשב בכל אלה,

חשיפת האמת העובדתית היא מאז ומתמיד תכלית דומיננטית של דיני הראיות בהליך הפלילי (ראו והשוו אהרן ברק "על משפט, שיפוט ואמת" [134] (להלן: ברק – על משפט, שיפוט ואמת)).

עם זאת, מעולם לא הייתה חשיפת האמת מטרה מוחלטת או בלעדית של דיני הראיות, בהתחשב בקיומם של אינטרסים וערכים מתחרים הראויים אף הם להגנה. דיני הראיות מכירים, אפוא, בחשיבותו של הערך בדבר חשיפת האמת, אך גם ביחסיותו של ערך זה. ובמילותיו של המלומד האנגלי Ashworth: "No system of criminal justice values truth above all other considerations" – ראו: A. J. Ashworth, *Excluding Evidence as Protecting Rights* [153], at pp. 732–733. ואמנם, הערכים והאינטרסים המשפיעים על עיצוב דיני הראיות שלנו, מגוונים. בלי להתיימר למצותם, נציין כי חלק מכללי הראיות הנוהגים בשיטתנו נעוצים בטעמים של מדיניות משפטית, כגון כללי החיסיון שתכליתם להגן על התחייבויות מוסריות או מקצועיות או על אינטרסים ציבוריים חיוניים דוגמת ביטחון המדינה או שלום הציבור. קיימים כללי ראיות המבוססים על טעמים של נוחות הברור המשפטי, מהירותו ועילותו, דוגמת החזקות הראייתיות. מאפיינים רבים של דיני הראיות שלנו נעוצים במסורתנו המשפטית ובשיטת המשפט האדוורסרית הנוהגת אצלנו, שבה תפקיד הבאת הראיות מוטל ככלל על שכמם של בעלי הדין המתדיינים.

מכלול הערכים והאינטרסים המשפיעים על עיצובם של דיני הראיות שלנו מחייבים מלאכת איזון, העלולה להוביל ליצירת פער בין המציאות כפי שהיא נקבעת על ידי בית המשפט ("אמת משפטית") לבין המציאות כפי שהיא ("אמת עובדתית"). לפער האמור התייחס המשנה לנשיא אלון בזו הלשון:

"המערכת המשפטית משתדלת היא להתאים, ככל האפשר, את עקרונותיה לאמת שבמציאות והרשות השיפוטית מיישמת את דרכי בירורה כדי להגיע במידה מירבית לבירורה של האמת העובדתית [...]. אך האמת העובדתית לא תמיד מוכרחה היא לעלות בקנה אחד עם האמת המשפטית. שתי אמיתות אלה יחסיות הן ולא תמיד זהות הן, ולא זו בלבד אלא אף אין הן צרות זו לזו. שהרי יודעת היא מערכת המשפט, ומודע הוא השופט, כי נקודת המוצא, דרכי הבירור, מהותן של הנורמות וכללי ההכרעה בעולם המשפט ומלאכת השיפוט שונים הם מאלה שבחקר העובדתי-ההיסטורי, ומתוך כך יודעים ומודעים הם, כי יש

שמסקנות ו'אמיתות' שונות יעלו בידי כל אחד מהם" (ע"א 1354/92 היועץ המשפטי נ' פלונית [74], בעמ' 744-745 והאסמכתאות המובאות שם).

א

עוד ראו ע"א 61/84 ביאזי נ' לוי [75], בפסקה א' לפסק דינו של השופט אלון.

45. בין הערכים המשפיעים על עיצוב דיני הראיות, נכללות גם זכויותיו המוגנות של האדם. ההגנה על זכויות האדם מהווה תכלית לעצמה בשיטתנו המשפטית, ומשפיעה היא על עיצובם של מכלול ענפי המשפט – כל ענף בהתאם למהותו, למטרותיו ולמאפייניו. דיני הראיות בהליך הפלילי אינם יוצאי דופן בהקשר זה. עוד קודם לחוקי היסוד הושפע עיצובם של דיני הראיות בפלילים מתכלית ההגנה על זכויות הנאשם.

ב

ג

התכלית של הגנה על זכויות הנאשם והתכלית של חשיפת האמת העובדתית, שתייהן כאחת משרתות את מטרת-העל של המשפט שעניינה עשיית דין צדק ומניעת עיוות דין במובנם הרחב. פעמים רבות, התכלית של בירור נאות של העובדות וגילוי האמת מתיישבת עם התכלית של הגנה על זכויות הנאשם. כך לדוגמה, הכלל הראיתי שלפיו על התביעה להוכיח אשמה בפלילים מעבר לספק סביר וכן הכללים המחייבים בנסיבות מסוימות תוספת ראיתית לשם הרשעה בפלילים, משרתים הן את הערך של גילוי האמת והן את ההגנה על זכותו של הנאשם לכבוד ולחירות. בהקשרים אלה, שתי התכליות האמורות משלימות זו את זו.

ד

ה

על אף האמור, יש שהתכלית של הגנה על זכויות הנאשם מתנגשת חזיתית בתכלית של חשיפת האמת. הדוגמה המובהקת לכך מתייחסת לכללים המונעים מבית המשפט ראיות שבכוון להצביע על אשמה, במטרה להגן על זכויות הנאשם. בהקשר זה, נציין כי כללים לפסילת קבילותן של ראיות עשויים להתבסס על אחד משני טעמים אפשריים. ישנם כללי פסילה שיעודם הוא למנוע כניסת מידע לבית המשפט כאשר קיים חשש בדבר אמינותו. דוגמה לכך היא הכלל הפוסל עדות שמיעה או הכלל הפוסל תוצאותיה של בדיקת פוליגרף לצורך הרשעה בפלילים. ייעודם של כללי פסילה אלה קשור באופן הדוק לתכלית בירור האמת. מנגד, ניתן להצביע על כללי פסילה המבוססים על טעמים שאינם קשורים לחקר האמת אלא נעוצים ברצון להגן על ערכים ועל אינטרסים חברתיים מתחרים. במקרים אלה, מתעורר צורך במציאת האיזון הראוי בין התכליות הנוגדות על פי משקלם היחסי של הערכים השונים המונחים בבסיסן (ראו נינה זלצמן "אמת עובדתית" ו'אמת

ו

ז

משפטית' – מניעת מידע מבית-המשפט לשם הגנה על ערכים חברתיים" [135], בעמ' 264–265 (להלן: זלצמן).

כאמור, שאלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין מעוררת צורך במציאת איזון ראוי. הדילמה המתעוררת בהקשר זה היא בין מכלול של זכויות ואינטרסים הנוגעים לטובת הציבור, במובנה הרחב. מחד גיטא, אינטרס אכיפת החוק, הלחימה בעבריינות וכן ההגנה על שלום הציבור, מצדדים בכך שקבילותה של ראייה לא תיבחן לפי דרך השגתה. זאת, כדי שמלוא המידע הרלוונטי יוצג לפני בית המשפט ויאפשר את בירורה של האמת העובדתית. ההגנה על זכויותיהם של נפגעי העבירה מצדדת אף היא בכך שמכלול הראיות הרלוונטיות יובאו לפני בית המשפט לשם בירור חפותו או אשמתו של הנאשם. בהתחשב במכלול האינטרסים האמורים, ניתן לטעון כי זיכוי האשם רק משום שגורמי החקירה השיגו את הראיה נגדו בדרכים בלתי כשרות, יש בה משום "מתת שמיים" לעבריין שאינו ראוי לה. עוד ניתן לטעון כי זיכוי כאמור כרוך במחיר חברתי כבד ועלול להוביל לפגיעה באמון הציבור בהליך הפלילי, במיוחד בנסיבות שבהן הפגם שנפל בהליכי החקירה היה טכני וזניח. לפי גישה זו, על ההליך הפלילי להתמקד בשאלה אם הוכחה האשמה המיוחסת לנאשם, אם לאו. טיפול בחוקרים שנהגו שלא כדין בדרך השגת הראיה מן הראוי שיעשה באמצעים אחרים – משמעתיים, פליליים או אזרחיים – ולא על ידי פסילת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין.

מאידך גיטא, אין חולק כי על הרשויות לאכיפת החוק לפעול בדרכים חוקיות לשם מילוי תפקידן, תוך שמירה על זכויות הנחקר והנאשם. עוד אין חולק כי המטרה של אכיפת החוק אינה מקדשת את האמצעים להשגתן של ראיות מפלילות. "חברה דמוקרטית, שוחרת חופש, אינה מוכנה שחוקרים ישתמשו בכל האמצעים על מנת לחשוף את האמת" (דברי הנשיא ברק בבג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל [26] ה"ל, בעמ' 835). ובמילותיו של השופט ד' לוי: "אסור לה לרשות לפגוע בזכויות המגיעות לנאשם במטרה להביא להרשעתו בכל מחיר, שכן טוהר ההליך השיפוטי הוא תנאי מוקדם לקיומה של מערכת משפט תקינה אשר בלעדיה אין" (ע"פ 2910/94 יפת ואח' נ' מדינת ישראל [76], בעמ' 368 לפסק דינו). קבלתה במשפט של ראייה שהושגה שלא כדין על ידי גורמי אכיפת החוק, עלולה בנסיבות מסוימות לפגוע בערכים חשובים בשיטתנו המשפטית ובהם – עשיית הצדק, שמירה על הגינות ההליך הפלילי וטוהרו וכן הגנה על כבודו של הנאשם וחירותו. על פי תפישה רחבה של מלאכת עשיית הצדק, אין היא מתמצית בחשיפת

האמת וביישום נכון של הדין על עובדותיו של מקרה נתון; עשיית הצדק מבוססת גם על הדרך שבאמצעותה מגיע בית המשפט להכרעה בנסיבות העניין שלפניו. השתתת ההרשעה על ראייה שהשגתה נעשתה בדרך בלתי חוקית או תוך פגיעה של ממש בזכות אדם מוגנת, מאפשרת לגורמי החקירה ליהנות מפרי חטאם והיא עלולה ליצור תמריץ לפעולות חקירה בלתי כשרות בעתיד. קבלת ראייה כאמור עלולה להצטייר כמתן גושפנקא מצד בית המשפט לאי החוקיות האמורה וכמתן יד גם אם לאחר מעשה להתנהגותם הבלתי כשרה של גורמי החקירה. בהתחשב בכך, בנסיבות מסוימות עלולה קבלתה של הראייה במשפט, לפגוע בהגינות ההליך השיפוטי ובטוהרו. עוד עלול להיפגע אמון הציבור במערכת השיפוטית שתפקידה להגן על זכויות הפרט מפני מעשים שלטוניים בלתי חוקיים.

כבר נאמר בפסיקתנו בהקשר אחר כי: "תוצאת ההליך אינה הכרעה משפטית התלויה בחלל האוויר. יש עימה גם הכרעה באשר לדרך הראויה לניהול ההליך ולשמירה על זכויותיהם של המתדיינים בפניו של בית-המשפט [...] פגם דיוני חמור הינו במידה רבה פגם מהותי חמור" (דברי הנשיא ברק במ"ח 7929/96 קוזלי [4] ה"ל, בעמ' 564). אשר על כן, עשיית הצדק במובנה הרחב ושמירה על אמון הציבור במערכת השיפוטית; ההגנה על זכויות הנאשם ועל הגינות ההליך הפלילי וטוהרו; וכן האינטרס המשותף לכלל ולפרט גם יחד בפסילת אמצעי חקירה בלתי חוקיים ובהרתעת הרשות החוקרת מפני נקיטת אמצעים דומים בעתיד; כל אלה תומכים בכך כי, בנסיבות מתאימות, אי חוקיות משמעותית בהשגת הראייה תוביל לפסילתה אף אם אין חשש לגבי אמיתות תוכנה.

46. מציאת האיזון הראוי בין מכלול הערכים המתנגשים בסוגיית קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין, אינה משימה פשוטה. כפי שפורט לעיל, טרם חוקי היסוד איזנה ההלכה הפסוקה בין האינטרסים המתחרים בקובעה כי, על דרך הכלל וכל עוד לא נקבע אחרת בחוק, אופן השגת הראייה אינו משפיע לעניין קבילותה של הראייה אלא לעניין משקלה בלבד. בכך ניתנה עדיפות מכרעת לערך גילוי האמת ולאיינטרס ההגנה על הציבור הכרוך בו.

המעמד שניתן לזכויות היסוד של האדם מאז הוחקו חוקי היסוד בשנת 1992, נתן משקל רב יותר לחובה להתחשב בזכויות האדם המוגנות, ובנסיבות מתאימות אף גדל המשקל שיש לייחס להן לעומת ערכים ואיינטרסים מתחרים. כך בוודאי בתחום המשפט הפלילי הנוגע באופן ישיר לזכותו של אדם – בין שהוא נאשם ובין

שהוא נפגע עבירה – לכבוד, לחירות ולשלמות הגוף והרכוש. יפים בעניין זה דבריו של הנשיא ברק בבש"פ 537/95 גנימאת [45] הנ"ל:

"החידוש שהתחדש עם חקיקתם של חוקי היסוד אינו [...] בעצם ההכרה בזכויות האדם ובצורך לקיים איזון בינן לבין צורכי הכלל. החידוש שהתחדש עם חוקי היסוד הוא בהעלאת רמתן הנורמטיבית של זכויות האדם לרמה חוקתית על-חוקית ובקביעת המרכיבים של האיזון הראוי [...] נמצא, כי החידוש בחוקי היסוד אינו בעצם קיומו של איזון. החידוש הוא במיקומה של נקודת האיזון. העלאת מעמדה של זכויות האדם מחד גיסא, וצמצום היקף השיקולים העשוי לפגוע בהן מאידך גיסא, יוצרים מעצם טבעם יחסי גומלין חדשים ונקודות איזון חדשות בין זכויות האדם לבין הפגיעה בהן" (שם [45], בעמ' 414; ההדגשות אינן במקור – ד' ב').

הרוח המנשבת מחוקי היסוד ומשפיעה על גישתנו הפרשנית בנוגע לאיזון הראוי בין התכליות השונות של דיני הראיות בפלילים, אף משליכה על סוגית קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין. כבר נאמר בפסיקתנו כי "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו יוצר [...] מתחם חדש של הליך ראוי לתוך המערכת הקיימת [...]" (דברי השופט ד' לוי ב"פ 2910/94 יפת [76] הנ"ל, בעמ' 368). במסגרת מתחם חדש זה, יש מקום לטענה כי יש באכיפה של הדין הפלילי נסיבות בהן קבלת ראיה שהושגה בדרכים בלתי כשרות עלולה לפגוע בהגינות ההליך כלפי הנאשם ובעשיית הצדק במובנה הרחב (ראו והשוו בעז אוקון ועודד שחם "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטי" [136], בעמ' 279). שאלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין אינה יכולה להיות מוכרעת על פי התכלית של חשיפת האמת ולחימה בעבריינות בלבד. אף כי תכלית זו היא התכלית העיקרית של ההליך הפלילי, מתבקשת כיום נקודת איזון גמישה יותר המתחשבת גם בזכויות המוגנות של הנאשם ובצורך להגן על הגינות ההליך ועל טוהרו. אימוץ נקודת איזון גמישה בסוגיה הנדונה, תהלוך את המציאות הנורמטיבית החדשה שנוצרה עם קבלתו של חוק היסוד ותיתן ביטוי למחויבותנו להגנה על זכויות הפרט מפני פגיעה בו על-ידי רשויות השלטון. אמנם, מניעתו של מידע רלוונטי מבית המשפט עשויה להוביל בנסיבות אלה לריחוקה של "האמת המשפטית" מן "האמת העובדתית". אולם תוצאה זו נגזרת מכך שהליך עשיית הצדק אינו עומד לעצמו אלא הוא חלק ממערכת חברתית מורכבת של ערכים, אינטרסים וזכויות הניתנים לאיזון (ראו זלצמן [135] הנ"ל, בעמ' 273).

אל מול דברים אלה יהיה מי שיטען כי ניתן להצביע על אמצעים משפטיים אחרים – משמעתיים, פליליים או אזרחיים – להתמודדות עם אי חוקיות הכרוכה בהשגתן של ראיות על ידי רשויות אכיפת החוק. לפי אותה טענה, לנוכח קיומם של אמצעים משפטיים חלופיים, אין מקום לפסילת ראיות בשל דרך השגתן תוך סטייה מהערך העיקרי של חשיפת האמת העובדתית. המענה לטענה זו נעוץ בכך שהאמצעים החלופיים מיועדים להציע סעד בעבור הפגיעה שכבר התרחשה בזכויותיו של הנאשם בעת השגת הראיה. עם זאת, אין באותם אמצעים כדי למנוע פגיעה בלתי מידתית בהגינות ההליך הפלילי ובטוהרו עם קבלתה במשפט של ראיה שהושגה שלא כדין. לעניין זה נשוב ביתר הרחבה בהמשך הדברים.

47. המסקנה המתבקשת מדיוננו עד כה הינה כי בהשראתם של חוקי היסוד נדרשת בחינה מחודשת של שאלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין והתאמתה למציאות הנורמטיבית החדשה שנוצרה. מתבקשת נקודת איזון גמישה יותר, אשר בצד החתירה למימוש התכלית של גילוי האמת ולחימה בפשיעה תיתן משקל להגנה על זכויות הנאשם כחלק מהשמירה על הגינות ההליך הפלילי וטוהרו וכחלק מעשיית דין צדק במובנו הרחב.

וידגש, אין בגישה זו קביעה כי ההגנה על זכויות הנאשם הפכה לתכלית העיקרית של דיני הראיות או כי תכלית חקר האמת איבדה מחשיבותה. התכלית האחרונה בעינה עומדת והיא נותרה מטרה ראשית של דיני הראיות בפלילים, לשם בירור חפות או אשמה ולשם הגנה על שלום הציבור מפני הפשע ההולך וגואה שהפך למתוחכם ולמאורגן מבעבר. זאת ועוד, כפי שצוין לעיל, ההליך הפלילי אינו מתמקד רק בהגנה על זכויות החשוד והנאשם, אלא גם בהגנה על כבוד האדם ועל זכויותיהם של נפגעי העבירה בפועל או בכוח. כבר נקבע בפסיקתנו כי: "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו נושא עמו בשורה חוקתית חקוקה לכל פרט בחברה, אולם בשורה זו נועדה לכל החברה ולא רק לעבריינים שבה. קורבן העבירה בפועל ובכוח וכל אזרח תמים-דרך זכאים להגנה על כבודם ועל חירותם מפני פחד, אימה ופגיעה, לא פחות מן הנאשם [...]" (דבריו של הנשיא שמגר בדנ"פ 2316/95 גנימאת [46] הנ"ל, בעמ' 621. כן ראו דבריו של הנשיא ברק, שם [46], בעמ' 651-652. עוד ראו סעיף 1 לחוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001, הנותן ביטוי סטטוטורי לתכלית שעניינה הגנה על כבוד האדם של נפגעי עבירות).

אשר על כן, הגמשת נקודת האיזון בין מכלול הערכים המתחרים בשאלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין, אין נפקותה פסילה גורפת של כל ראיה

שהושגה כאמור. יתרה מזו, אף חוקי היסוד לא הקנו מעמד מוחלט לזכויות האדם המוגנות במסגרתם. קיומה של פיסקת הגבלה הקובעת את נוסחת האיזון לפגיעה בזכויות חוקתיות, מלמדת כי הזכויות המוגנות בחוק היסוד הן יחסיות ויש שעליהן לסגת מפני ערכים ואינטרסים מתחרים. ברוח זו יש לקבוע כי רק בנסיבות מתאימות אליהן נתייחס בהמשך דברינו, יוביל האיזון בין הערכים המתחרים לפסילתה של ראייה שהושגה שלא כדין. כבר ציינתי בהזדמנות אחרת כי:

"שאלה היא אם זכות ההיוועצות עם עורך-דין כמשלימה של זכות השתיקה זכתה למעמד חוקתי בעקבות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; שאלה קשורה היא אם מתבקש כיום לאמץ כלל הפוסל הודאה שהושגה תוך הפרתן של הזכויות האמורות, ומה ראוי שיהא טיבו של אותו כלל [...] שאלות אלה אינן פשוטות. בין היתר נובעת מורכבותן מן העובדה שהזכויות האמורות – בין שזכו למעמד חוקתי ובין שלא – אינן מוחלטות; אל מול זכות השתיקה של החשוד והנאשם, הזכות להיוועץ בעורך-דין והזכות להליך הוגן עומדים אינטרסים ציבוריים חשובים, כגון הלחימה בפשע, הגנה על בטחון המדינה ושלום הציבור, חשיפת האמת, ואף הצורך להגן על זכויותיו של קורבן העבירה שנפגע בעקבות המעשה הפלילי. לפיכך, נדרשת מלאכת איזון עדינה ומורכבת בין מגוון זכויות, ערכים ואינטרסים מתחרים, בהתאם לערכי שיטתנו המשפטית ולפי גדרה של פיסקת ההגבלה" (ע"פ 6613/99 סמירק [18] הנ"ל, בפסקה 14 לפסק הדין; והדגשות אינן במקור – ד' ב').

עוד ראו בעניין זה: ע"פ 5203/98 חסון [56] הנ"ל, בעמ' 283 לפסק דינה של השופטת נאור. על הצורך במציאת איזון ראוי בין ההגנה על זכויות החשוד והנאשם לבין האינטרס הציבורי במיגור הפשע ובהגנה על נפגעי העבירה, ראו גם דבריה של השופטת שטרסברג-כהן בבג"ץ 6319/95 חכמי [69] הנ"ל, בעמ' 755–756.

כפי שיפורט בהרחבה בהמשך הדברים, האיזון בין זכויות הנאשם והגינות ההליך הפלילי לבין הערכים הנוגדים ובהם – ערך גילוי האמת, הלחימה בפשע וההגנה על שלום הציבור ועל זכויותיהם של נפגעי העבירה – מוביל לאימוצה של דוקטרינת פסילה יחסית. במסגרתה, יימסר לבית המשפט שיקול דעת להכריע בשאלת קבילותה של ראייה שהושגה שלא כדין בנסיבותיו של כל מקרה לגופו ועל פי אמות מידה שעליהן נעמוד להלן.

48. אימוץ דוקטרינת פסילה כאמור עלול לכאורה לכרסם במידת-מה במגמה שהסתמנה בשיטתנו המשפטית החל משנות השמונים, ועיקרה המעבר מכללי קבילות להערכה מהותית של ראיות. עם זאת, מדובר בהתפתחות הנטועה בתשתית הנורמטיבית שהניח חוק היסוד לחיזוק המגמה המתחשבת בזכויות האדם. אין מדובר בצעד המסיג את פסיקתנו לאחור לתקופת מחסומי הקבילות שידענו בעבר, אלא בהתפתחות נוספת הנבנית על בסיס התהליכים הדינמיים המתקיימים בדיני הראיות עד כה. אין היא באה לבטל את מגמת הפסיקה שהתפתחה בעשורים האחרונים. בעוד שבעבר מחסומי הקבילות הנוקשים נועדו למנוע מבית המשפט ראיות שעל אמיתותן הוטל צל מלכתחילה, הרי עם השנים, התפתחה מגמה של צמצום כללי קבילות פורמליים ומתן עדיפות לבחינה מהותית של ראיות על פי משקלן ואמינותן. כפי שצוין לעיל, מגמה מאוחרת זו הושתתה, בין היתר, על התפישה שלפיה, ככלל, הבאת המידע הרלוונטי לפני בית המשפט תאפשר לו להתרשם בעצמו מאמינותו ומערכו ההוכחתי, ותקדם אותו לקראת התכלית של חשיפת האמת. מגמה זו הייתה מעוגנת בתפישה שלפיה חשיפת האמת העובדתית מהווה ערך עיקרי של עשיית משפט צדק, וכי מן הראוי לשאוף להתאמה גדולה ככל הניתן בין המציאות כפי שהיא נקבעת בבית המשפט לבין המציאות כפי שהיא (ראו ברק – על משפט, שיפוט ואמת [134] הנ"ל, בעמ' 13). השאיפה האמורה נותרה על כנה, אך לנוכח המציאות הנורמטיבית שנוצרה בעקבות חוקי היסוד, מתבקשת כעת התפתחות נוספת בכיוון אימוצה של דוקטרינה המאפשרת פסילת קבילותן של ראיות; אלא שהפעם אין מדובר בכללי פסילה פורמליים ונוקשים, כפי שהיו נהוגים בעבר. לשיטתנו, דוקטרינת הפסילה החדשה שעלינו להנהיג היא גמישה ומבוססת על הצורך לאזן בין הערך של גילוי האמת לבין ערכים נוגדים שעיקרם הגנה על זכויות הנאשם ושמירה על הגינות ההליך הפלילי וטוהרו. מגמה דומה מאפיינת מדינות אחרות של המשפט המקובל ובהן – אנגליה, קנדה ואוסטרליה. כפי שיפורט להלן, גם במדינות אלה צומצמו מחסומי הקבילות הפורמליים, ובה בעת הונהגו דוקטרינות המאפשרות פסילתן של ראיות שהושגו שלא כדין על פי שיקול דעתו של בית המשפט.

49. ההתפתחות הנוכחית בשיטתנו המובילה לעבר אימוץ דוקטרינה לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין, אינה בגדר מהפיכה בלתי צפויה בדיני הראיות אלא בגדר צעד נוסף בתהליך הדרגתי. עוד טרם קבלתם של חוקי היסוד, ראה המחוקק לקבוע כללי פסילה בחוק האזנת סתר ובחוק הגנת הפרטיות בנוגע לראיות שהושגו תוך כדי פגיעה שלא כדין בזכות לפרטיות. זאת ועוד, משך השנים, עמד בית משפט זה

פעמים אחדות על האפשרות כי בעתיד תשונה ההלכה הפסוקה כך שאי חוקיות הכרוכה בהשגת הראיה תשפיעה על קבילותה (ראו פסקה 42 לעיל וההפניות המוזכרות שם). בהתחשב בכל אלה, ברור כי עוד בטרם התקבלו חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, ניתן היה לשנות מההלכה הפסוקה לפיה דרך השגתה של ראיה לחוד ושאלת קבילותה לחוד, אולם בפועל נמנע בית-משפט זה משינוי כאמור. חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו יצרה תמריץ לבחינה מחודשת של הסוגיה, ואף "[...] תמרור המסמן את הכיוון הראוי של ההתפתחות החדשה" (בש"פ 537/95 גנימאת [45] הנ"ל, בעמ' 415 מפי הנשיא ברק).

ואמנם, עם חקיקתם של חוקי היסוד ניכרו בפסיקתנו מגמות של הגמשת נקודת האזון בסוגיית קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין; כך, לאחר קבלתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, חל שינוי בגישתו הפרשנית של בית משפט זה בנוגע לכלל הפסילה המעוגן בסעיף 13 לחוק האזנת סתר. בהשראתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ראה בית משפט זה ליתן משקל רב מבעבר להגנה על הזכות החוקתית לפרטיות, על אף שדרך פרשנית זו הובילה להרחבת היקפו של כלל הפסילה הקבוע בסעיף 13 הנ"ל (ראו למשל, ע"פ 1302/92 נחמיאס [59] הנ"ל, בעמ' 331, מפי השופט בך, ובעמ' 352-353 מפי המשנה לנשיא ברק. עוד ראו בהקשר זה דברי הנשיא ברק בע"פ 1668/98 היועץ המשפטי לממשלה נ' נשיא בית-המשפט המחוזי בירושלים [77], בעמ' 631-632). יצוין כי המגמה האמורה, הנותנת משקל רב מבעבר לחובה להתחשב בזכויות הפרט במסגרת פרשנותם של כללי הפסילה הסטטוטוריים, מתיישבת היטב עם הפרשנות שהצענו לעיל בנוגע לכלל הפסילה הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות. ניתן לשער כי המגמה הפרשנית האמורה תשפיע בעתיד גם על פרשנותו של כלל הפסילה הקבוע בסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, אולם את הדיון בסוגיה זו ניתן להותיר לימים שיבואו (ראו בעניין זה הרנון – מבט השוואתי [123] הנ"ל, בעמ' 1024 בהערת שוליים 150; כן ראו מ' אלון [118] הנ"ל, בעמ' 79-83).

זאת ועוד, בשורה של פסקי דין שניתנו לאחר חקיקתו של חוק היסוד התייחס בית משפט זה בחיוב לאפשרות אימוצה של דוקטרינת פסילה יחסית שתאפשר בנסיבות מתאימות פסילת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין (ראו דבריי בע"פ 6613/99 סמירק [18] הנ"ל, בעמ' 546 ו-555 לפסק דיני; ע"פ 5203/98 חסון [56] הנ"ל, בעמ' 283 לפסק דינה של השופטת נאור; דבריי בע"פ 2180/02 קאסס נ' מדינת ישראל [78], בעמ' 654; וראו התייחסות לאמירות אלה בע"פ 9970/03 דרעי נ' מדינת ישראל

[79], בפסקה 6 לפסק דינו של הנשיא ברק; בש"פ 6689/01 מגדלאני נ' מדינת ישראל [80], בעמ' 176–177, בהחלטתו של השופט ריבלין; בג"ץ 266/05 פילנט ואח' נ' סגן הפרקליט הצבאי [81], בפסקה 3 לפסק דינו של השופט רובינשטיין. לפסקי דין של ערכאות דלמטה המצדדים באימוצה של דוקטרינת פסילה כאמור, ראו למשל: ת"פ (מחוזי נצי') 511/97 מדינת ישראל נ' עודה [101]; ת"פ (שלום ת"א) 4598/01 מדינת ישראל נ' בן-שושן [102]. התמיכה באימוצה של דוקטרינה לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין בשיטתנו המשפטית, הובעה גם בכתיבתם האקדמית של מלומדים רבים (ראו בעניין זה: גרוס – זכויות דיוניות [119] הנ"ל, בעמ' 180; גרוס – כלל פטילה חוקתי [122] הנ"ל; אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" [137], בעמ' 23–24; אליהו הרנון "ראיות שהושגו שלא כדין – האם נשתנה המצב המשפטי בעקבות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו?" [138] (להלן: הרנון – ראיות שהושגו שלא כדין); זלצמן [135] הנ"ל; יורם שחר "סדר-דין פלילי" [139]; אלון [118] הנ"ל, בעמ' 79–83).

הנה כי כן, אימוץ דוקטרינה לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין אינה בגדר מהפכה הזרה לשיטתנו המשפטית, כי אם בגדר התפתחות מתבקשת וצפויה. אין ספק כי חוק היסוד סלל את הדרך לשינוי החשיבתי הנדרש לצורך אימוצה של דוקטרינה כאמור. זאת ועוד, הוראותיו של חוק היסוד עשויות לשמש בסיס אפשרי לעיגונה הנורמטיבי של דוקטרינה זו, ועל כך יפורט בהמשך הדברים.

אימוץ דוקטרינת פטילה בדרך שיפוטית

50. התביעה הצבאית הראשית והיועץ המשפטי לממשלה טענו בסיכומיהם בכתב כי אף אם יש כיום מקום לאימוצה של דוקטרינה לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין בשיטתנו המשפטית, הרי אין זה מתפקידו של בית משפט זה להורות על כך בדרך של חקיקה שיפוטית. לטענתם, ההלכה, שלפיה דרך השגתה של ראיה אינה משפיעה על שאלת קבילותה, הינה הלכה מושרשת מימים ימימה, ולפיכך ראוי כי שינויה ייעשה על ידי המחוקק בלבד. יודגש כי התביעה אינה חולקת על כך שהלכה פסוקה אינה בגדר "דין" כמשמעותו בהוראת שמירת הדינים הקבועה בסעיף 10 לחוק היסוד. לפיכך, אין מחלוקת בין הצדדים לפנינו כי ההלכה הפסוקה בעניין קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין חשופה לשינויים ברוח חוק היסוד. עיקר טענתה של התביעה בהקשר זה הינה כי אף שבית משפט זה מוסמך עקרונית להורות על שינוי ההלכה האמורה, מן הראוי כי ימנע מכך עד אשר יאמר המחוקק את דבריו המפורשים בסוגיה.

ייתכן שראוי היה כי אימוצה של דוקטרינה לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין ייעשה על ידי המחוקק. מסיבה זו אף המתנו עם מתן פסק דיננו, בתקווה כי הסוגיה תוסדר בחקיקתה של כנסת ישראל (ראו פסקה 13 לעיל). עם זאת, משלא בשלו הצעות החוק בנושא לכדי חקיקה מאז הגשת הערעור ועד היום, אין מנוס מהכרעה שיפוטית בשאלה אם יש לשנות מההלכה הפסוקה שנהגה בשיטתנו המשפטית עד כה, ולפיה דרך השגתה של ראיה לחוד ושאלת קבילותה לחוד.

בהקשר זה יודגש כי בהתחשב בכך שפקודת הראיות אינה מהווה קודקס כולל וממצה, דיני הראיות שלנו הם במידה רבה פרי פיתוחו של בית משפט זה. ככאלה, הם מהווים חלק "מהמשפט המקובל נוסח ישראל" (ראו רע"א 1412/94 הסתדרות מדיציניית הדסה נ' גלעד [82], בעמ' 524 מפי הנשיא ברק. עוד ראו: דברי הנשיא שמגר בד"נ 23/85 טובול [66] הנ"ל, בעמ' 318–319, ודבריו בב"ש 298/86 ציטרין נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז תל-אביב [83], בעמ' 354). הגישה שנהגה בשיטתנו עד כה, ולפיה דרך השגתה של ראיה אינה משפיעה על שאלת קבילותה, אף היא אינה יציר המחוקק אלא פרי פסיקתו של בית המשפט. בהתחשב בכך, הסמכות לשנותה הייתה נתונה בידיו של בית משפט זה מאז ומתמיד.

ואמנם, כפי שצוין לעיל, עוד טרם חקיקתם של חוקי היסוד הניח בית משפט זה כי בסמכותו לשנות מן ההלכה הנדונה, אולם הוא נמנע מלהורות על כך מטעמים שבמדיניות שיפוטית. בהשפעתם של חוקי היסוד, מתבקשת כיום חשיבה מחודשת בסוגיית קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין, לשם התאמתה של ההלכה הפסוקה הנוהגת בעניין זה לשינוי שחל במציאות הנורמטיבית שלנו. אכן, שינוי בהלכה הפסוקה – בוודאי כאשר הוא עשוי להשפיע על ניהול ההליך הפלילי ועל דיני הראיות הנוגעים בו – לא נעשה כדבר שבשגרה. "גישה זו נובעת מהכבוד הנרכש לאחינו, שתורתם עולה מהספרים, מהצורך להבטיח ביטחון ויציבות ומתוך הכרה, כי יש להגשים ציפיות סבירות של בני הציבור, המבססות עצמן על פסיקתו של בית המשפט" (דבריו של השופט ברק בבג"ץ 547/84 עוף העמק, אגודה חקלאית שיתופית רשומה נ' המועצה המקומית רמת-ישי [84], בעמ' 145). לפיכך, נדרשת זהירות רבה בטרם ישנה בית משפט זה מפסיקתו בסוגיה העקרונית של קבילות ראיות שהושגו שלא כדין. ואמנם, כפי שיפורט להלן, אימוצה הפסיקתית של הדוקטרינה הנדונה ייעשה במתינות ובוזהירות, תוך מתן שיקול דעת לבית המשפט לבחון את שאלת קבילותה של ראיה שהושגה שלא כדין בכל מקרה על פי נסיבותיו ובהתאם לאמות מידה שעליהן נעמוד בהמשך הדברים. זאת ועוד, פסק דיננו לא ייתן מענה למכלול

א השאלות הכרוכות באימוצה של דוקטרינה פסיקתית כאמור, וממילא שאלות אלה תוכלנה למצוא מענה בפסיקה עתידית, בדרך של צעידה זהירה ממקרה למקרה. ודאי שהמחוקק יוכל לומר את דברו בסוגיה הנדונה אף לאחר מתן פסק דיננו, ולקבוע את ההסדר הראוי בעיניו ובלבד שהסדר חקיקתי זה יהא "הולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש" (סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). הנה כי כן, אימוצה של דוקטרינה פסיקתית לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין ייעשה מתוך רגישות וזהירות המתחייבים מהשינוי בהלכה הפסוקה שנהגה עד כה.

ב עם זאת, ראוי להדגיש כי הצורך בשמירה על היציבות ועל הוודאות המשפטית, אין פירושו כי על ההלכה הפסוקה לקפוא על שמריה בלא יכולת להשתנות ולסגל עצמה לצורכי המציאות המשתנה. כך במיוחד, כאשר השינוי בהלכה הפסוקה נדרש לשם הגנה על זכויות האדם ולשם שמירה על הגינות ההליך הפלילי ועל עשיית הצדק במובנם הרחב. בית משפט זה מחויב מאז היווסדו להגנה על זכויות האדם. הוא כפוף לחובת הכיבוד של הזכויות המוגנות בחוקי היסוד ולמתחייב מכך בכל הנוגע לניהולו של ההליך השיפוטי (ראו סעיף 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). בהתחשב בכל אלה, העובדה כי לאחר חוקי היסוד לא ראה המחוקק לקבוע דוקטרינה סטטוטורית מפורשת המתירה בנסיבות מתאימות פסילתן של ראיות שהושגו שלא כדין אין בה כדי לפטור את בית המשפט מחובתו להתאים את פסיקתו בסוגיה האמורה לרוחם של חוקי היסוד, לשם יצירת "קוהרנטיות נורמטיבית" (אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית [112]), בעמ' 63 (להלן: ברק – שופט בחברה דמוקרטית)). כך במיוחד, בהתחשב בעובדה שבית המשפט הוא המופקד על תהליך גילוי האמת ועשיית הצדק בהליך הפלילי, ומחובתו להשיג מטרות אלה ללא פגיעה בלתי מידתית בזכויות הנאשם.

ג בהמשך לדברים אלה, נציין כי מבט השוואתי אל עבר מדינות אחרות בעלות שיטת משפט קרובה לשלנו מלמד כי חלקן אימץ דוקטרינות לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין בדרך שיפוטית. כך לדוגמה, בארצות-הברית פיתח בית המשפט העליון של ארצות-הברית את כללי פסילתן של ראיות שהושגו תוך הפרה של זכויות חוקתיות. באנגליה, הכיר המשפט המקובל עוד בשנת 1955 בשיקול דעתו של בית המשפט להורות על פסילת ראיות שקבלתן תהא בלתי הוגנת כלפי הנאשם. כפי שצוין בפסקה 39 לעיל, סמכות זו כמעט שלא יושמה בפועל, והדוקטרינה האמורה הוחלפה בשנת 1984 בהוראות פסילה סטטוטוריות שנקבעו ב-PACE האנגלי

ועליהן נעמוד בהמשך הדברים. באוסטרליה אימץ בית המשפט הגבוה דוקטרינה פסיקתית, שהתירה פסילתן של ראיות שהושגו שלא כדין על פי שיקול דעת בית המשפט (*Bunning v. Cross* [103] (להלן: פרשת *Bunning*)). מאוחר יותר, התקבלו ה-Uniform Evidence Acts 1995, שבהם נקבעו הוראות פסילה סטטוטוריות החלות בבתי המשפט הפדרליים. אין לשלול את האפשרות כי תהליך דומה יתרחש בעתיד גם אצלנו, באופן שההכרה השיפוטית בדוקטרינה לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין, תוביל לעיגונה של הדוקטרינה הנדונה בחקיקה שתהא תואמת את הוראותיו של חוק היסוד.

51. התביעה הצבאית הראשית והיועץ המשפטי לממשלה הוסיפו וטענו בסיכומיהם בכתב כי לנוכח היעדרו של הסדר חקיקתי מפורש לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין יש לפרש את המצב הסטטוטורי הקיים בשיטתנו המשפטית כמעיד על כוונה מצד המחוקק ליצירת "הסדר שלילי" בסוגיה. טענה זו הורכבה מכמה טענות משנה שאותן נבחן להלן.

נטען לפנינו כי יש לפרש את שלושת כללי הפסילה הקבועים בסעיף 12 לפקודת הראיות, בסעיף 13 לחוק האזנת סתר ובסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, כמעידים על קיומו של הסדר חקיקתי שלילי לעניין אימוצה של דוקטרינה פסיקתית לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין; טענה זו אין לקבל ממספר טעמים. ראשית, מאז ומתמיד נמנע בית משפט זה מלבסס את פסיקתו בסוגית קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין על פרשנות זו. בבג"ץ 249/82 ועקנין [5] הנ"ל נקבע במפורש כי: "מהוראתו של סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות – הפוסל חומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות מלשמש כראיה בנסיבות מסוימות – אין ללמוד דבר – לא לחיוב ולא לשלילה – על מדיניות המחוקק באשר לכלל הפסילה בדרך כלל" (דברי השופט ברק, שם [5], בעמ' 423; ההדגשה אינה במקור – ד' ב'). שנית, מבחינה תכליתית, אין לפרש את הוראות הפסילה האמורות כהוראות המעידות על כוונה מצד המחוקק לשלילת אימוצה של דוקטרינה כללית לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין. כך למשל, אין היגיון לומר כי האזנת סתר ללא היתר כדין חמורה יותר מאשר השגת ראיה אחרת באמצעים בלתי כשרים (ראו בעניין זה הרנון – מבט השוואתי [123] הנ"ל, בעמ' 1026). על פי תפישתי, מכללי הפסילה הסטטוטוריים עשויה להשתמע עמדה עקרונית השונה מזו שנטענה על ידי התביעה הצבאית והיועץ המשפטי לממשלה, ולפיה, בנסיבות מתאימות, פסילת ראיה בשל אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגתה הינה סעד אפשרי.

יצוין כי שאלה נפרדת היא אם כללי הפסילה הקונקרטיים הקבועים בחקיקה, יוצרים הסדר ממצה לעניין קבילותן של הראיות הנדונות במסגרתם. לשון אחר: האם יש בכללים האמורים כדי למנוע את תחולתה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית על הודאות נאשמים ועל ראיות שהושגו בניגוד להוראותיהם של חוק האזנת סתר וחוק הגנת הפרטיות? לשאלה זו הנוגעת להיקף פרישתה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, נתייחס בהמשך הדברים.

א

ב

52. התביעה הצבאית הראשית והיועץ המשפטי לממשלה הוסיפו וצינו לפנינו כי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו קובע הוראה מפורשת בדבר פסילת ראיות שהושגו תוך כדי פגיעה שלא כדין בזכויות המוגנות בו. לטענתם, שתיקתו של חוק היסוד בעניין זה הינה "שתיקה רועמת" המצביעה על הסדר שלילי, באופן המונע אימוץ שיפוטי של דוקטרינה לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין.

ג

טענה זו דינה להידחות. חוקי היסוד בדבר זכויות האדם אינם קובעים כל הוראה בדבר תרופות או סעדים בגין פגיעה בזכויות המוגנות בהם. את שתיקתו של חוק היסוד בעניין זה אין לפרש כהסדר שלילי. כידוע, סעיף 1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי תכליתו של חוק היסוד הינה "להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". בלא סעדים בגין הפרת הזכויות המוגנות במסגרת חוק היסוד, תתרוקן ממשמעותה התכלית שעניינה הגנה על זכויות אלה. אכן, התפקיד של גיבוש הסעדים בגין הפרתן של זכויות חוקתיות מוטל, בראש ובראשונה, על כנסת ישראל. בידיה הכלים הראויים ליצירת הסדר כולל שיוביל להתאמה בין הפגיעה בזכות החוקתית לבין הסעד בגין כך. עם זאת, בהיעדר קביעה סטטוטורית בעניין זה, מוסמך בית המשפט לעצב סעדים מתאימים בגין הפרת הזכויות המוגנות בחוקי היסוד. זאת, מכוח חובתו הפוזיטיבית להגן על זכויות אלה ובהתאם לתפישה הכללית של שיטתנו המשפטית כי במקום שבו הזכות – שם התרופה (*ubi ius ibi remedium*) (ראו: ברק – שופט בחברה דמוקרטית [112] הנ"ל, בעמ' 237–238; ברק – פרשנות חוקתית [110] הנ"ל, בעמ' 365 ו-703; דפנה ברק-ארז עוולות חוקתיות-ההגנה הכספית על הזכות החוקתית [113], בעמ' 151 (להלן: ברק-ארז); עמנואל גרוס "תרופות חוקתיות" [140], בעמ' 436–439 (להלן: גרוס – תרופות חוקתיות).

ד

ה

ו

ז

ואמנם, בכמה פסקי דין אימץ בית משפט זה את התפישה הפרשנית שלפיה שתיקתו האמורה של חוק היסוד אינה מהווה הסדר שלילי לעניין ההכרה בסעדים שתכליתם להגן על הזכויות המוגנות בו. כך למשל, בע"א 6821/93 בנק המזרחי

המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי [85], בעמ' 276, 415–419, נפסק כי בית המשפט מוסמך להכריז על בטלותו של חוק רגיל העומד בסתירה לחוק היסוד, כחלק מהתפישה שלפיה חקיקת הכנסת חייבת להתאים עצמה למבנה החוקתי הכללי. בית המשפט פסק כך, על אף שחוקי היסוד בדבר זכויות האדם אינם כוללים הוראה מפורשת – להבדיל מקביעה משתמעת – בדבר קיומה של סמכות להכריז על בטלותו של חוק הנוגד את הוראותיהם. עוד נציין כי בע"א 2781/93 דעקה [51] הנ"ל פסק בית משפט זה בדעת-רוב כי פגיעה שלא כדין בזכות חוקתית מוגנת (הזכות לאוטונומיית הרצון של הפרט), עשויה להוות ראש נזק עצמאי בר-פיצוי במסגרת עוולת הרשלנות הנזיקית. יש להניח כי בעתיד נידרש לשאלת ההכרה בסעדים נוספים בגין הפרת זכויות חוקתיות ולשאלת הדרך שבאמצעותה יעוצבו סעדים כאמור – אם ייגזרו הם במישרין מחוק היסוד או שמא יהא עליהם למצוא את מקומם במערכת דינים חיצוניות לו (על הדרכים האפשריות לעיצוב סעדים בגין הפרת זכויות חוקתיות, ראו ברק – פרשנות חוקתית [110] הנ"ל, בעמ' 780–781. עוד ראו ברק-ארז [113] הנ"ל, בעמ' 149 ואילך; גרוס – תרופות חוקתיות [140] הנ"ל, בעמ' 439–440). מכל מקום, לצורך העניין שלפנינו, די לנו לקבוע כי אין בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הסדר שלילי לעניין פסילתן של ראיות שהושגו שלא כדין וכי ברוח הוראותיו של חוק היסוד מתבקש כיום אימוצה של דוקטרינה כאמור.

53. התביעה הצבאית והיועץ המשפטי לממשלה התייחסו בטיעוניהם בכתב גם לחוק המעצרים ולחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף החשוד), התשנ"ו-1996, אשר נחקקו לאחר קבלתם של חוקי היסוד. על פי הטענה, היעדרה של הוראת חוק מפורשת, המאפשרת פסילת ראיות שהושגו בניגוד להוראותיהם של החוקים האמורים, מלמדת על קיומו של הסדר שלילי לעניין אימוצה של הדוקטרינה הנדונה.

טענה זו אף היא דינה להידחות. שני החוקים האמורים נועדו להתאים את סמכויות המעצר, העיכוב והחיפוש למתחייב מהוראותיו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בחוקים אלה יש כדי להדגים את השינוי התפישתי שאליו הוביל חוק היסוד, תוך מתן משקל רב מבעבר להגנה על זכויות הנחקר והעצור אל מול צורכי החקירה בתחום סדר הדין הפלילי. החוקים האמורים אינם עוסקים כלל בהיבטים הראייתיים הכרוכים בהפעלת סמכויות המעצר, העיכוב והחיפוש, וממילא אין בהם כדי ללמד דבר – לחיוב או לשלילה – על עמדתו של המחוקק בנוגע לאימוצה של דוקטרינה לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין.

סיכום ביניים

א 54. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו העלה את זכויות האדם המוגנות במסגרתו למדרגה חוקתית על-חוקית. בכך נוצר שינוי במציאות הנורמטיבית שלנו. שינוי זה מתבטא, בראש ובראשונה, באפשרות לביקורת השיפוטית על חוקתיותם של חוקים שהתקבלו לאחר קבלתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. עם זאת, אין בכך כדי למצות את מלוא היקף השפעתה של חקיקת היסוד האמורה. חוקי היסוד משפיעים על אופן הפעלתו של שיקול הדעת השלטוני. רוחם ועקרונותיהם של חוקי היסוד מקרינים בעוצמה כזו או אחרת על כל ענפי המשפט ומשפיעים על מושגי יסוד ותפישות יסוד הנוהגים במסגרתם. בין היתר, משפיעים הם על פרשנותה של החקיקה שקדמה לחוק היסוד ועל "המשפט המקובל נוסח ישראל" המתפתח בפסיקתו של בית משפט זה.

ג שינויים נורמטיביים אלה מחייבים חשיבה מחודשת בשאלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין. אם בעבר נהגה בשיטתנו ההלכה הפסוקה שלפיה שאלת קבילותה של ראיה אינה נבחנת לפי דרך השגתה שכן כובד המשקל הפרשני בהקשר זה הושם על התכלית של חקר האמת ולחימה בעבריינות; הרי כיום מתבקשת נקודת איזון גמישה יותר המתחשבת בחובה להגן על זכויות הנאשם ועל הגינות ההליך הפלילי ועל טוהרו. האיזון הראוי בין מכלול הערכים והאינטרסים המתחרים בסוגיה הנדונה מוביל לאימוצה של דוקטרינת פסילה יחסית, שעל פיה יהא מסור לבית המשפט שיקול דעת להכריע בנוגע לקבילותה של ראיה שהושגה שלא כדין בנסיבותיו של כל מקרה לגופו ועל פי אמות מידה שעליהן נעמוד להלן.

ד אימוצה של דוקטרינה לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין וקביעת מידתה והיקפה של דוקטרינה כזו הם עניין הראוי לחקיקה. עם זאת, כאמור, דיני הראיות שלנו הם במידה רבה יציר הפסיקה, ובהיעדר הסדר חקיקתי שלילי בסוגיה, מוטלת על בית משפט זה החובה להתאים את הנורמה ההלכתית שקבע בשעתו למציאות הנורמטיבית המשתנה. מטעמים שעליהם עמדנו בהרחבה לעיל, המסקנה המתבקשת הינה כי בשלה העת לאימוץ דוקטרינה פסיקתית המאפשרת בנסיבות מתאימות פסילת ראיות שהושגו שלא כדין בשיטתנו המשפטית.

ה דגמים של דוקטרינות לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין – מבט השוואתי

55. לשם קביעת טיבה וגדריה של הדוקטרינה הנדונה יש ליתן את הדעת לשלוש שאלות מרכזיות הכרוכות זו בזו, אף כי לשם נוחות הדיון נציגן כשאלות נפרדות:

השאלה האחת נוגעת לתכליתה העיקרית של דוקטרינה לפסילת ראיות בשל דרך השגתן. בפסיקתו של בית משפט זה וכן בשיטות משפט אחרות הקרובות לשיטתנו, הובעו גישות שונות בשאלה זו. אנו נמקד מבטנו אל שלוש הגישות העיקריות בסוגיה. לפי גישה אחת, התכלית העיקרית לפסילת ראיה שהושגה שלא כדין הינה תכלית חינוכית-הרתעתית. בהתאם לגישה זו, פסילתה של ראיה שהושגה בדרך בלתי כשרה נועדה בעיקרה לחנך את גורמי החקירה ולהרתיעם מפני נקיטת אמצעים דומים בעתיד. זאת, באמצעות שלילת יכולתה של התביעה ליהנות מפירותיה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה. בהתאם לגישה זו, אמצעים חלופיים להרתעת שוטרים מפני שימוש באמצעי חקירה בלתי כשרים נמצאו כבלתי יעילים, ומכאן הצורך בפסילתן של ראיות שהושגו באמצעים כאמור.

א

ב

לפי גישה אחרת, פסילתן של ראיות שהושגו שלא כדין נועדה בעיקרה להגן על זכויותיהם של נאשמים בחקירתם. בהתאם לגישה זו, הפגיעה בזכויות מוגנות של הנחקר בידי גורמי אכיפת החוק מקימה הצדקה לכך שהחומר הראייתי שהושג עקב אותה פגיעה יהא בלתי קביל, כחלק מההגנה על זכויות אלה. גישה זו כונתה גם "הגישה הפרוטקטיבית".

ג

ד

לפי גישה שלישית, עיקר הדגש בפסילת ראיה שהושגה שלא כדין מושם על המימד המוסרי של ההליך הפלילי. לפי גישה זו, החלטה שיפוטית בדבר הרשעתו של אדם והענשתו, אינה מטילה עליו סנקציה משפטית בלבד – מאסר או קנס – אלא גם סנקציה מוסרית המתבטאת בסטיגמה הנלוות להרשעתו בפלילים. עשיית שימוש בראיה שהושגה בדרך בלתי כשרה על ידי רשויות אכיפת החוק, עלולה בנסיבות מסוימות להכתים את ההרשעה בפלילים ולפגום בלגיטימיות שלה. בין היתר, עלול בית המשפט להיתפש כמי שמכשיר את הפגם ונותן ידו לאחר מעשה לאי החוקיות שבהתנהגות החוקרים. זאת ועוד, מאחר ששלב החקירה המשטרית מהווה חלק מהמערכת הכוללת של עשיית הצדק, הרי שקבלתה במשפט של ראיה שהושגה בדרכי חקירה בלתי חוקיות עלולה לפגוע בטוהר ההליך השיפוטי ובאמון הציבור בו. בהתאם לגישה זו, פסילת הראיה נועדה להגן על ערכים שעיקרם טוהר ההליך הפלילי והגינותו, והיא נדרשת כחלק ממלאכת עשיית הצדק במובנה הרחב וכתנאי לאמון הציבור במערכת השיפוטית. כאן המקום להדגיש כי בין שלוש התכליות האמורות מתקיימת זיקה הדדית, וכי עיצוב טיבה וגדריה של דוקטרינה לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין יושפע בהכרח ממכלול התכליות שעליהן עמדנו.

ה

ו

ז

עם זאת, השאלה הניצבת לפנינו הינה מהי התכלית הראשית או הדומיננטית שראוי כי תונח בבסיסה של דוקטרינה כאמור.

א

השאלה השנייה המשפיעה על עיצובה של הדוקטרינה הנדונה עניינה במודל העיוני שעליו מבוססת פסילת הראיות במסגרתה. בעניין זה ניתן להצביע על שני מודלים מרכזיים. לפי מודל אחד, פסילת הראיה מהווה סעד מתקן בגין פגיעה שלא כדין בזכות מוגנת של הנאשם, אשר התרחשה בעת השגת הראיה. כפי שיובהר בהמשך הדברים, מודל עיוני זה מתיישב עם הגישה ההרתעתית-חינוכית, והוא עשוי להתיישב גם עם הגישה הפרוטקטיבית (להלן: "המודל המתקן"). מודל אפשרי אחר הוא כי פסילת הראיה נועדה למנוע פגיעה עתידית בערך מוגן, שהוא נפרד מן הזכות הראשונית שנפגעה בעת השגת הראיה. במסגרת מודל זה, פסילת הראיה מהווה סעד הצופה פני עתיד ותכליתו למנוע פגיעה שתתרחש בערך החברתי המוגן עם קבלת הראיה במשפט. כפי שיפורט להלן, מודל עיוני זה מתיישב עם הגישה הרואה בהגנה על ההליך הפלילי, טוהרו והגינותו את התכלית המרכזית לפסילתה של ראיה שהושגה שלא כדין. מודל עיוני זה עשוי להתיישב גם עם הגישה הפרוטקטיבית, במיוחד בשיטות משפט שבהן הזכות המוגנת העומדת במרכז של דוקטרינת הפסילה הינה זכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן (להלן: "המודל המניעתי").

ב

ג

ד

השאלה השלישית, המשפיעה על עיצובה של דוקטרינה לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין, נוגעת למידת גמישותה ולהיקף שיקול הדעת הנתון לבית המשפט במסגרתה. גם בעניין זה תיתכנה שתי אפשרויות עיקריות: האפשרות האחת הינה דוקטרינת פסילה מוחלטת הקובעת כי ראיה שהושגה שלא כדין פסולה כראיה. האפשרות השנייה הינה דוקטרינת פסילה יחסית המותירה לבית המשפט שיקול דעת להכריע בשאלת פסילתה של הראיה בהתחשב בנסיבותיו של המקרה המובא בפניו.

ה

ו

ז

מבט השוואתי אל עבר שיטות משפט אחרות הקרובות לשיטתנו מלמד כי שלוש השאלות האמורות הובילו להתפתחותם של שני דגמים עיקריים של דוקטרינות לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין. הדגם האחד מוצא את ביטויו בכללי הפסילה הנוהגים בארצות-הברית. הדגם השני הוא זה הנוהג במדינות המשפט המקובל האחרות ובהן קנדה, אנגליה, דרום-אפריקה ואוסטרליה. נפנה, אפוא, לבחון מקרוב את דוקטרינות הפסילה הנוהגות במדינות אלה, על מנת לשאוב מההסדרים הנוהגים בתחומיהן בסוגיה הנדונה לפנינו. מובן כי המבט השוואתי אינו מחייב אותנו בעיצוב דוקטרינה המתאימה לשיטתנו, וההפניה אל שיטות משפט הדומות

בבסיסן לשיטתנו היא אך לשם הרחבת הדעת והפקת לקחים מניסיוןן של מדינות אלה, ככל שניסיוןן זה רלוונטי לצורכי המציאות המשפטית בישראל.

(א) כללי הפסילה הנוהגים בארצות-הברית

56. כללי הפסילה (Exclusionary Rules) הנוהגים בארצות-הברית מבוססים בעיקרם על פסילת ראיות שהושגו בניגוד לתיקון הרביעי לחוקה שעניינו בעקרונות החיפוש והתפיסה; התיקון החמישי לחוקה שעניינו הגנה על הזכות מפני הפללה עצמית והזכות להליך הוגן; וכן התיקון השישי לחוקה, שעניינו בזכות הייצוג על ידי עורך דין. בפסיקתו של בית המשפט העליון של ארצות הברית התקבלה הגישה שלפיה כללי הפסילה האמורים נועדו בעיקרם למטרה חינוכית-הרתעתית – לבל תשוב המשטרה לעשות בעתיד שימוש באמצעי חקירה שיש בהם כדי לפגוע בזכויות חוקתיות של החשוד-הנאשם (ראו בעניין זה: James Stribopoulos, *Lessons From the Pupil: A Canadian Solution to the American Exclusionary Rule Debate* [154], at p.101; Richard H. Fallon & Daniel J. Melzer, *New Law, Non-Retroactivity, and Constitutional Remedies* [155], at p. 1810). התכלית ההרתעתית-חינוכית השפיעה באופן דומיננטי על עיצובם של כללי הפסילה האמריקניים. בין היתר, הובילה הגישה האמורה לפיתוחה של תורת "פירות העץ המורעל" בארצות-הברית (The fruits of the poisonous tree theory). בהתאם לתורה זו, על בית משפט לפסול לא רק את הראייה שהושגה כתוצאה ישירה מהפרת זכותו החוקתית של הנאשם, אלא גם כל ראייה אחרת שאותרה במישרין או בעקיפין באמצעות המידע שנחשף באותה ראייה ראשונה; כל זאת, אף כאשר מהימנותן של הראיות האמורות אינה מוטלת בספק. תורה זו נועדה בעיקרה להרתיע חוקרים מעשיית שימוש עתידי באמצעי חקירה בלתי כשרים, על ידי פסילת מכלול הראיות שאותרו עקב אי החוקיות האמורה.

המודל העיוני שעליו מושתתים כללי הפסילה בארצות-הברית הינו "המודל המתקן". פסילת הראייה מהווה סעד בשל הפגיעה בזכותו החוקתית של הנאשם אשר התרחשה בעת השגת הראייה. פסילת הראייה מיועדת, אפוא, ליתן סעד בגין פגיעה שהושלמה בעבר, ואין ייעודה למנוע פגיעה עתידית בערך או בזכות מוגנים. עוד נציין כי מראשיתם, עוצבו כללי הפסילה האמריקניים ככללים גורפים, שלא הותרו בידי בתי המשפט שיקול דעת בשאלת פסילתן של ראיות שהושגו תוך כדי הפרת החוקה. עם זאת, בעקבות ביקורת רבה שהושמעה משך השנים נגד נוקשותם של כללי הפסילה האמורים, הכיר בית המשפט הפדרלי העליון בחריגים לכללים אלה, שהיה בהם כדי

א לרכך במעט את חובת הפסילה הגורפת שנקבעה במסגרתם. עוד יודגש כי נוקשותם של כללי הפסילה האמריקניים הייתה בעלת תוצאות מרחיקות לכת מבחינת הכרסום בתכלית של אכיפת החוק, הלחימה בפשע וחשיפת האמת, ועקב התוצאות החברתיות הללו נמתחה ביקורת על כללים אלה בארצות-הברית ומחוצה לה.

ב בסיום דברים אלה, נציין כי במשך שנים שררה מחלוקת בשאלה אם כללי הפסילה האמורים מעוגנים בחוקת ארצות-הברית, אם לאו. בהלכת *Dickerson* [105] שעליה עמדנו בפסקה 27 לעיל, פסק בית המשפט העליון של ארצות-הברית בדעת-רוב כי כלל הפסילה שנקבע בהלכת *Miranda* [104] מושתת על בסיס חוקתי ולפיכך לא ניתן לבטלו בחוק רגיל של הקונגרס.

ג (ב) דוקטרינות הפסילה הנוהגות בקנדה, באנגליה, בדרום-אפריקה ובאוסטרליה

ד 57. מדינות אחרות של המשפט המקובל, ובהן – קנדה, אנגליה, אוסטרליה ודרום-אפריקה – אימצו דוקטרינות פסילה גמישות ומתונות יותר, המבוססות על מודל עיוני שונה מזה הנוהג בארצות-הברית.

סעיף 24(2) לצ'רטר הקנדי משנת 1982 קובע בזו הלשון:

"24. Enforcement

ה (1) [...]

ו (2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute".

ז סעיף 24(2) לצ'רטר מציב, אפוא, שני תנאים לפסילת ראיות, ולפיו: ראשית, יש להוכיח כי הראיה הושגה תוך כדי הפרה של זכות חוקתית המוגנת לפי הצ'רטר. שנית, על בית המשפט לפסול ראיה כאמור אם, בהתחשב במכלול הנסיבות, הוכח כי קבלת הראיה בהליכי המשפט תוביל לפגיעה מהותית במערכת עשיית הצדק.

הנה כי כן, בניגוד לכללי הפסילה הנוקשים הנוהגים בארצות-הברית, הרי שלפי סעיף 24(2) לצ'רטר הקנדי – השגת ראיה תוך פגיעה בזכות חוקתית אינה מחייבת, כשלעצמה, את פסילת קבילותה; הראיה תיפסל רק אם קבלתה במשפט תפגע בהליך עשיית הצדק. יודגש בהקשר זה כי המבחן המעוגן בסעיף 24(2) לצ'רטר אינו אם ההתנהגות הבלתי חוקית של גורמי החקירה הובילה לפגיעה בהליך עשיית הצדק, אלא אם קבלת הראיה במשפט תיצור פגיעה כאמור. מכאן שהפסילה אינה סעד מתקן בגין התנהגותם הבלתי כשרה של החוקרים בעת השגת הראיה, כי אם סעד שנועד למנוע פגיעה מהותית ביושרתה ובטוהרה של מערכת עשיית הצדק אם תתקבל הראיה במשפט ("המודל המניעתי"). עוד יודגש כי סעיף 24(2) נמנע מקביעת חזקה בעד פסילת ראיה שהושגה שלא כדין, והעניין נתון לשיקול דעתם של בתי המשפט על פי אמות מידה שנקבעו בפסיקתו של בית המשפט העליון הקנדי. בשלב זה נציין כי אחד השיקולים החשובים בהקשר זה הינו אם קבלת הראיה במשפט תפגע בהגינותו של ההליך הפלילי (ראו R. J. SHARPE & K. E. SWINTON THE CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS [150], at p. 178–179).

א

ב

ג

בהתחשב בכל אלה, הדעה המקובלת בפסיקה ובכתיבה האקדמית בקנדה הינה כי מטרתה הראשית של דוקטרינת הפסילה המעוגנת בסעיף 24(2) לצ'רטר אינה להרתיע או לחנך את אנשי המשטרה, כי אם להגן על הגינות ההליכים ולשמור על יושרה ועל מעמדה של מערכת עשיית הצדק. הרתעת גורמי החקירה מפני שימוש באמצעי חקירה בלתי חוקיים בעתיד, מהווה תוצאת לוואי רצויה של פסילת הראיה, אך אין היא משמשת כמטרה ממטרותיה העיקריות (ראו בעניין זה: R. v. Collins [109], at p. 281 (להלן: פרשת Collins); PETER W. HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA [146], at p. 911 (להלן: HOGG)).

ד

ה

58. אשר לאנגליה – הדוקטרינה הנוהגת בתחומה לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין, קבועה בהוראת סעיף 78(1) ל-PACE (Police and Criminal Evidence Act) (1984), המהווה חקיקה רגילה של הפרלמנט. וכך קובע סעיף 78(1) הנ"ל:

ו

"78. Exclusion of unfair evidence

- (1) 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

ז

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".

א

נקודת המוצא שעליה מושתת סעיף 178(1) ל-PACE הינה כי כל ראיה רלוונטית היא קבילה במשפט. עם זאת, בהתאם לסעיף 178(1) ה"ל, מוסמך בית המשפט לפסול קבילותה של ראיה שהוגשה לפניו על ידי התביעה, לאחר שבחן את העניינים הבאים: ראשית, על בית המשפט לבחון את מכלול נסיבות המקרה, לרבות נסיבות השגתה של הראיה. שנית, על בית המשפט להשתכנע כי בנסיבות העניין, קבלת הראיה במשפט תהא בעלת השפעה כה שלילית על הגינות ההליכים עד כי יש לפוסלה.

ב

ג

הנה כי כן, המחוקק האנגלי ראה לאמץ דוקטרינה של פסילה יחסית, המותירה בידי בית המשפט שיקול דעת בשאלת פסילתה של ראיה שהושגה בדרך בלתי כשרה. המבחן העיקרי בהקשר זה הינו אם, בנסיבות העניין, קבלת הראיה במשפט תיצור פגיעה של ממש בהגינות ההליכים. בדומה לסעיף 24(2) לצ'רטר הקנדי, פסילת הראיה לפי סעיף 178(1) ל-PACE אינה מיועדת להציע סעד מתקן בגין הפגיעה בנאשם שהושלמה בעת השגת הראיה, אלא תכליתה למנוע פגיעה עתידית בערך מוגן – הגינות ההליך הפלילי – עם קבלת הראיה במשפט. כמו בקנדה, אף הפסיקה האנגלית קבעה כי תכליתה הראשית של פסילת הראיה לפי סעיף 178(1) ה"ל אינה לחנך את המשטרה או להרתיע מפני שימוש באמצעי חקירה בלתי כשרים בעתיד, אלא להגן על הגינות ההליך ועל יושרה של המערכת השיפוטית (ראו: ZANDER [144] ה"ל, בעמ' 347 *Exclusion of Evidence*; Richard Stone, *Exclusion of Evidence*; 347 *Principles* [156]).

ד

ה

ו

יצוין כי בהתאם למצב המשפטי באנגליה, דוקטרינת הפסילה האנגלית אינה מותנית בכך שהראיה הושגה תוך כדי פגיעה שלא כדין בזכות חוקתית מוגנת. די להוכיח כי בהתחשב במכלול נסיבות העניין – לרבות נסיבות השגתה של הראיה – קבלתה במשפט תפגע בהגינות ההליכים. עיון בפסיקה האנגלית מלמד כי במרבית המקרים, שבהם נפסלו ראיות לפי סעיף 178(1) ה"ל, דובר בראיות שהושגו על ידי המשטרה תוך כדי הפרה ניכרת של הוראות ה-PACE או של כללי ההתנהגות הנספחים לחוק האמור שהם בעלי מעמד של חקיקת משנה (Codes

ז

עם זאת, הפסיקה האנגלית הדגישה כי ראיה עשויה להיפסל גם בשל שימוש באמצעי חקירה בלתי הוגנים, ואין הכרח בהוכחת אי חוקיות פורמלית בהשגת הראיה.

בסיום דברים אלה, נציין כי האמנה האירופית לזכויות אדם (ECHR) שותקת בשאלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין, ועניין זה מוסדר במשפטן הפנימי של המדינות. עם זאת, בית הדין האירופי פסק כי פגיעה בזכות מוגנת לפי האמנה בעת השגת הראיה, אינה מחייבת את פסילת קבילותה. לגישת בית הדין, יש לבחון בנסיבותיו של כל מקרה לגופו אם קבלת הראיה תהפוך את המשפט בכללותו לבלתי הוגן על פי סעיף 6 לאמנה. בכך אישר בית הדין האירופי את עמדתו של המשפט האנגלי בסוגיה (ראו: ZANDER [144] ה"ל, בעמ' 347-348; ARCHBOLD – CRIMINAL PLEADING, EVIDENCE AND PRACTICE [147], at p. 1477 (להלן): (ARCHBOLD).

59. החוקה של דרום-אפריקה משנת 1996 קובעת אף היא הוראה מפורשת בעניין פסילתן של ראיות שהושגו שלא כדין, וזו לשונה:

"35. Arrested, detained and accused persons

[...]

(5) Evidence obtained in a manner that violates any right in the Bill of Rights must be excluded if the admission of that evidence would render the trial unfair or otherwise be detrimental to the administration of justice".

בדומה לדוקטרינות הפסילה הנוהגות באנגליה ובקנדה, אף סעיף 35(5) לחוקת דרום-אפריקה קובע דוקטרינה יחסית המותירה לבית המשפט שיקול דעת בפסילת הראיה. המודל העיוני שעליו מבוססת דוקטרינת הפסילה אינו מתן סעד בגין הפגיעה בזכות החוקתית הראשונית בעת השגת הראיה, כי אם מניעת פגיעה עתידית בערכים מוגנים – הגינות ההליך והפגיעה במערכת עשיית הצדק – עקב קבלת הראיה במשפט ("המודל המניעתי").

אימוץ דוקטרינת פסילה פסיקתית בשיטתנו המשפטית – עקרונות מנחים

- א 60. כיצד ראוי לעצב את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית בישראל? מה ראוי שיהא טיבה של הדוקטרינה האמורה ומהם העקרונות הכלליים שינחו את קביעת גדריה? בהתחשב במאפיינים של שיטתנו המשפטית ותפישות היסוד הנוהגות בה, ועל רקע ההשראה הפרשנית שניתן לשאוב מניסיוןן של מדינות אחרות כפי שפורט לעיל, ניתן לדעתי להגיע למסקנות הבאות:
- ב מבין שני המודלים העיוניים שעליהם עמדנו, דומה כי המודל המתאים לשיטתנו המשפטית הינו "המודל המניעתי" שלפיו פסילת הראיה תהווה סעד שתכליתו למנוע פגיעה עתידית בערך מוגן עם קבלת הראיה במשפט, ולא סעד מתקן בגין הפגיעה הראשונית בנאשם שהושלמה בעת השגת הראיה. דחייתו של "המודל המתקן" נשענת על מספר טעמים: ראשית, "המודל המתקן" הנוהג בארצות-הברית מבסס את סעד הפסילה על קיומה של פגיעה בזכות חוקתית בעת השגת הראיה. בעת הנוכחית, שיטתנו המשפטית נעדרת מגילת זכויות אדם חוקתית שלמה וכוללת. כפי שצוין בפסקה 20 לעיל, שאלת מעמדן החוקתי של זכויותיהם הדיוניות של נחקרים, של חשודים ושל נאשמים בפלילים אף היא טרם זכתה למענה ברור וכולל. תיתכנה גישות שונות בשאלה אלו מהזכויות הדיוניות שאינן מנויות במפורש בחוק היסוד נכללות בגדר הזכות החוקתית לכבוד ולחירות. בהתחשב בכך, נראה כי אימוצו של "המודל המתקן" עשוי לעורר בשיטתנו המשפטית קשיים ניכרים. שנית, מבחינה עיונית, ספק אם פסילת ראיה שהושגה שלא כדין, אמנם מקנה סעד בגין פגיעה שהושלמה בזכות מוגנת של הנאשם. ניטול לדוגמה מקרה של חיפוש בלתי חוקי. הפגיעה שלא כדין בזכות הפרטיות ולקניין מתגבשת בעת החיפוש. אם נתגלתה באותו חיפוש ראיה אם לאו – אין הדבר מעלה או מוריד מבחינת הפגיעה בזכות שכבר התרחשה. לפיכך, יש ממש בטענה כי אין בפסילת הראיה כדי להוות סעד מתקן בגין פגיעה בזכות מוגנת שהושלמה. שלישית, יש הטוענים כי "המודל המתקן" מוביל להפליה פסולה בין נחקרים. זאת, מאחר שמודל זה מציע סעד בגין הפגיעה הראשונית בזכות החוקתית, רק עבור נחקרים שהועמדו לדין ואשר הראיה הוגשה במשפטם על ידי התביעה (ראו בעניין זה גרוס – כלל פסילה חוקתי [122] ה"ל, בעמ' 170).
- ד רביעית, ניתן להצביע על סעדים חלופיים – פליליים, משמעתיים, נזיקיים וייתכן שגם חוקתיים – בגין הפגיעה הראשונית בזכות מוגנת של הנחקר בעת השגת הראיה. בהתחשב בקיומם של סעדים חלופיים כאמור ולנוכח המחיר החברתי

הכרוך בפסילתן של ראיות, שבכוחן לתרום לבירור האמת, ספק אם מתקיימת הצדקה לאימוצו של "המודל המתקן".

רובם המכריע של הקשיים האמורים אינו מתעורר בנוגע "למודל המניעתית", שעל פיו משמשת הפסילה סעד מגוון שנועד למנוע פגיעה עתידית בערך מוגן עם קבלת הראיה במשפט. ואמנם, מלבד שיטת המשפט האמריקנית, יתר מדינות המשפט המקובל שאליהן התייחסנו, ראו לאמץ את "המודל המניעתית" ולבסס עליו את דוקטרינות הפסילה הנוהגות במסגרתן.

61. אשר לתכלית הדומיננטית שתונח במרכזה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שאותה נאמץ – נראה כי התכלית ההרתעתית-החינוכית אינה יכולה לשמש תכלית ראשית של הדוקטרינה האמורה. בהתבסס על הניסיון האמריקני, מתעורר ספק אם פסילת ראיות שהושגו שלא כדין אמנם משמשת אמצעי יעיל לחינוך ולהרתעה של רשויות החקירה מפני שימוש באמצעי חקירה בלתי כשרים (ראו בעניין זה: Harry M. Caldwell, *The Unruly*; 316–315 בעמ' [142], LAFAVE & ISRAEL הנ"ל [157], at p. 55). יצוין כי אף בהקשר הנדון, יש הטוענים כי קיימים אמצעים משפטיים חלופיים לחינוך ולהרתעה של חוקרים שעשו שימוש בדרכי חקירה בלתי חוקיות, ובהם פתיחה בהליכים משמעתיים, פליליים או אזרחיים נגד החוקרים שסרחו. פתיחת הליכים כאמור מהווה סנקציה ישירה נגד אותם חוקרים, ולפיכך יש הסבורים כי מדובר בסעד יעיל יותר לצורכי חינוך והרתעה.

בהתחשב בכל אלה, נראה כי אין בתכלית ההרתעתית-חינוכית כדי להוות בסיס איתן לעיצובה של דוקטרינה לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין בשיטתנו המשפטית. נוכח מחויבותו של בית משפט זה מאז ומתמיד להגנה על זכויות האדם ובהשראתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, נראה כי התכלית של הגנה על הגינות ההליך הפלילי וטוהרו, הן התכליות הראשיות שסייעו בעיצובה של הדוקטרינה הנדונה. התכלית ההרתעתית-חינוכית עשויה להוות תוצאת לוואי אפשרית – ואף רצויה – של פסילת הראיות במסגרתה של דוקטרינה זו.

62. אשר למידת גמישותה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית – באי כוחו של המערער וכן לשכת עורכי הדין והסניגוריה הציבורית צידדו באימוצה של דוקטרינה יחסית, המותירה לבית המשפט שיקול דעת לפסילת קבילותן של ראיות שהושגו

א שלא כדין בהתחשב בנסיבותיו של כל מקרה לגופו. ואמנם, טעמים רבים מצדדים באימוצה של דוקטרינה יחסית כאמור. כפי שפורט לעיל, שאלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין מחייבת מציאת איזון ראוי בין ההגנה על זכויות הנאשם ושמירה על הגינות ההליך הפלילי וטוהרו, לבין ערכים ואינטרסים נוגדים ובהם – ערך גילוי האמת, הלחימה בפשע הגואה וההגנה על שלום הציבור ועל זכויותיהם של נפגעי עבירה. כבר נאמר בפסיקתנו בהקשר אחר כי "יש [...] לשמור על איזון נאות בין הצורך בשמירה על זכות הפרט לכבוד, לחירות, לפרטיות ולמשפט הוגן אל מול הצורך להגן על זכויות החברה ופרטיה מפני הפשע. יש להימנע מלשלם מחיר יקר מדי, אם מתוך להיטות להצליח במלחמה בפשע ואם מתוך להיטות הפוכה, לגונן על החשוד והנאשם הגנת יתר" (דבריה של השופטת שטרסברג-כהן בבג"ץ 6319/95 חכמי [69] ה"ל, בעמ' 761). עקב כך, על מלאכת האיזון האמורה להיעשות בזהירות הראויה ובהתחשב במכלול נסיבות העניין. כפי שיפורט להלן, לא הרי אי חוקיות חמורה שבוצעה במכוון על ידי גורמי החקירה לשם השגת הראיה, כהרי פגם זניח בהליכי החקירה שנעשה בתום לב וללא השפעה ממשית על זכויותיו של הנחקר. בשל מורכבות הסוגיה וריבוי הגורמים שיש להביאם בחשבון, אין זה רצוי לאמץ כלל פסילה נוקשה אלא יש להותיר בידיהם של בתי המשפט שיקול דעת בשאלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין, בהתחשב בנסיבותיו של כל מקרה לגופו. מטעמים אלה, כבר הובעה בבית משפט זה הדעה בעבר, כי אין מקום לאימוץ כללי פסילה נוקשים דוגמת אלה הנוהגים בשיטת המשפט האמריקנית, וכי יחסיותה של דוקטרינת הפסילה הינה "[...] תנאי בסיסי לעשיית צדק" במסגרתה (דברי השופט מצא בע"א 1302/92 נחמיאס [59] ה"ל, בעמ' 339).

ב יצוין כי הותרת שיקול דעת כאמור בידי בית המשפט, עולה בקנה אחד עם תורת האיזונים הכללית המאפיינת את שיטתנו המשפטית והיא תואמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית (ראו בעניין זה אלון [118] ה"ל, בעמ' 83). זאת ועוד, אימוצה של דוקטרינה יחסית המקנה לבית המשפט שיקול דעת בשאלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין, עולה בקנה אחד עם חובתנו לנהוג במתינות ובזהירות לנוכח שינוי ההלכה שנהגה בסוגיה הנדונה עד כה (ראו על כך בפסקה 50 לעיל). תומכים בכך ההסדרים היחסיים שאומצו במדינות אחרות של המשפט המקובל והלקחים שהופקו מהביקורת שנמתחה על כללי הפסילה הגורפים שהונהגו בשיטת המשפט האמריקנית.

דוקטרינת הפסילה הפסיקתית – טיבה וגדריה

63. בהתחשב במכלול המסקנות שאליהן הגענו בדינונו עד כה, ניתן לנסח את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שאותה אנו מאמצים לשיטתנו באופן הבא:

א

הנחת המוצא בשאלת קבילותן של ראיות היא זו הנוהגת עימנו מאז ומתמיד, ולפיה ראיה שהיא רלוונטית – קבילה במשפט. עם זאת, לבית המשפט מסור שיקול דעת לפסול קבילותה של ראיה בפלילים, אם הוא נוכח לדעת כי הראיה הושגה שלא כדין וכי קבלתה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן החורגת מגדריה של פסקת ההגבלה.

ב

הנה כי כן, בהתאם לדוקטרינה הפסיקתית, פסילת קבילותה של ראיה בפלילים בשל דרך השגתה, תלויה בהתקיימותם של שני תנאים מצטברים: האחד – כי הראיה הושגה שלא כדין; והשני – כי קבלת הראיה במשפט תפגע מהותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן שלא בהתאם לתנאיה של פסקת ההגבלה. יודגש כי בהתאם "למודל המניעתית", שעליו עמדנו, מיועדת פסילת הראיה למנוע פגיעה שלא כדין בזכות להליך הוגן עקב קבלת הראיה במשפט – פגיעה שהיא מובחנת ונפרדת מהפגיעה הראשונית בנאשם שהושלמה בעת השגת הראיה. נעמוד כעת ביתר פירוט על טיבם של התנאים האמורים.

ג

ד

(א) ראיה שהושגה שלא כדין

64. תנאי ראשון לתחולתה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית הינו כי הראיה הושגה שלא כדין על-ידי רשויות אכיפת החוק. השאלה מהי ראיה שהושגה "שלא כדין" אינה ניתנת לתשובה מדויקת וממצה. ככלל, ניתן לומר כי מדובר בראיה שהושגה באמצעי חקירה בלתי חוקיים, קרי – מנוגדים להוראה הקבועה בחוק, בתקנה או בנוהל מחייב; באמצעים בלתי הוגנים; או באמצעים הפוגעים שלא כדין בזכות יסוד מוגנת. מטבע הדברים, שאלת היעדר החוקיות או חוסר ההגינות של אמצעי החקירה, חייבת להיבחן בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה לגופו. כבר נאמר בפסיקתנו כי:

ה

ו

"לא ניתן להגדיר, מה ייחשב לבלתי הוגן בחקירה ומנוגד למוסר, אלא מההכרח לדון בעניין זה לפי נסיבות כל עניין ועניין. כך, למשל, דרך חקירה, המותרת כלפי אדם בוגר, יש שהיא אסורה כלפי קטין, ומה שמותר לחוקר לעשות בחקירת רצח, ייתכן שהוא פסול בחקירת עבירת-

ז

תנועה" (דבריו של הנשיא י' כהן בע"פ 115/82 מועדי [36] הנ"ל, בעמ' 250-251 לפסק דינו).

א

על העקרונות הכלליים לכללי חקירה סבירים, ראו גם דבריו של הנשיא ברק בבג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל [26] הנ"ל, בעמ' 834-836 לפסק דינו.

ב

מכל מקום, לשם פסילת ראיה על פי הדוקטרינה הנדונה, נדרשת זיקה בין הפעלתם של אמצעי החקירה הבלתי כשרים לבין השגת הראיה. את שאלת אופייה ועוצמתה של הזיקה האמורה ניתן להותיר לימים שיבואו (על הזיקה האמורה במשפט הקנדי, ראו HOGG [146] הנ"ל, בעמ' 913-914).

ג

יודגש כי במסגרת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, אין הכרח להוכיח כי הראיה הושגה תוך כדי הפרתה של זכות בעלת מעמד חוקתי. כאמור, בניגוד למצב המשפטי בארצות-הברית, בקנדה ובדרום-אפריקה, הרי שבשראל טרם התגבשה מגילת זכויות חוקתית שלמה וכוללת, ולפיכך תחולתה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית אינה מוגבלת לראיות שהושגו בהפרתה של זכות חוקתית דווקא. תחת זאת, קובעת הדוקטרינה תנאי הדומה במהותו לזה הנוהג באנגליה ובאוסטרליה, ולפיו על בית המשפט להשתכנע כי רשויות אכיפת החוק השיגו את הראיה בדרך בלתי חוקית, בלתי הוגנת או תוך כדי פגיעה שלא כדין בזכות אדם מוגנת.

ד

ה

(ב) קבלת הראיה במשפט תפגע מהותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן שלא על פי גזרית של פסקת ההגבלה

65. במרכזו של התנאי השני לתחולתה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, ניצבת זכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן. בכך מתממשת תכליתה העיקרית של הדוקטרינה הנדונה, להגן על זכויות הנאשם ועל הגינות ההליך הפלילי ועל טוהרו. בכך צועדים אנו בנתיב דומה לזה שבו בחרו אנגליה, קנדה ודרום-אפריקה, אשר הציבו במרכזן של דוקטרינות הפסילה הנוהגות בשיטתן המשפטית את ההגנה על הגינות ההליכים ועל אמון הציבור במלאכת עשיית הצדק. בהקשר זה, יצוין כי הצעת החוק לתיקון פקודת הראיות (פסילת ראיה), התשס"ה-2005, אשר הונחה על שולחן הכנסת ביום 21.2.2005, הציעה אף היא לבסס את פסילתן של ראיות שהושגו "באמצעים פסולים", על זכותו של הנאשם להליך הוגן.

ו

66. על אף שהזכות להליך פלילי הוגן הוכרה בשיטתנו המשפטית כזכות יסוד בסיסית מימים ימימה, דומה כי הגדרת תוכנה והיקפה הפנימי של הזכות האמורה אינה משימה פשוטה. מדובר בזכות מסגרת בעלת רקמה פתוחה, אשר כינויה ותוכנה המדויק משתנים משיטת משפט אחת לרעותה ואף באמנות הבינלאומיות השונות. כך למשל, בשיטת המשפט האמריקנית קובעים התיקונים החמישי והארבעה-עשר לחוקה את הזכות להליך ראוי – due process; בדרום-אפריקה קובעת הוראת סעיף 35(3) לחוקה משנת 1996 את הזכות למשפט הוגן – fair trial; לעומת זאת, הוראת סעיף 11(d) לצ'רטר הקנדי, וכך גם הוראת סעיף 10 להצהרה האוניברסלית על זכויות האדם [160], הוראת סעיף 14(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות והוראת סעיף 6 לאמנה האירופית לזכויות אדם [161], מעגנות את הזכות לשימוע הוגן – fair hearing. היקפן הפנימי של הזכויות האמורות אינו זהה בין שיטות המשפט השונות ואף במקורותיו השונים של המשפט הבינלאומי. ברי, אפוא, כי הגדרת גבולותיה של הזכות להליך פלילי הוגן הינה משימה קשה ומורכבת, ועליה להיעשות בהתחשב במכלול העקרונות והמאפיינים של שיטת המשפט שבה מדובר (ראו בעניין זה: D. CHENEY, L. DICKSON, J. FITZPATRICK & S. UGLOW CRIMINAL JUSTICE AND THE HUMAN RIGHTS ACT 1998 [148], at pp. 75–76 (להלן: CHENEY); עוד ראו והשוו דבריו של השופט עדיאל בבג"ץ 3992/04 מימון-כהן נ' שר החוץ ואח' [86], בעמ' 67–68).

על רקע דברים אלה, דומה כי ניתן להצביע על מספר מאפיינים של הזכות להליך פלילי הוגן בשיטתנו המשפטית: ראשית, **מטרתה של הזכות הנדונה הינה להבטיח פרוצדורה הוגנת וערובות דיוניות הולמות להגינותו של ההליך הפלילי כלפי הנאשם.** ההגינות הפרוצדורלית היא, אפוא, הניצבת במרכזה של הזכות האמורה. שנית, **הזכות להליך פלילי הוגן נוגעת בכל שלביו של ההליך הפלילי – "אם בשלב החקירה ואם בשלב המשפט"** (דבריו של השופט ברק בע"פ 951/80 קניר [63] הנ"ל, בעמ' 516). ואכן, שלב החקירה המשטרית מהווה הליך מקדים למשפט עצמו, באופן שפגמים שנפלו במסגרתו עשויים להשליך על הגינות ההליך הפלילי בכללותו. עמד על כך השופט ח' כהן בציינו כי: "[...] אין החקירה המשטרית כולה אלא הכנה למשפט, ויש בפשעי החקירה כדי להטיל צל כבד על הליכי המשפט הבאים בעקבותיה" (ע"פ 369/78 אבו מדיג'ם [35] הנ"ל, בעמ' 381). שלישיית, ההגנה על הזכות להליך פלילי הוגן אינה מתמצית בבחינת השפעתם הפוטנציאלית של פגמים דיוניים על תוצאות המשפט דווקא, אלא נדרשת בהקשר זה ראייה רחבה המתבססת על שיקולים כלליים של הגינות, צדק ומניעת עיוות דין. לבסוף, נציין כי

א הזכות להליך פלילי הוגן מהווה זכות מסגרת, שעשויה לשמש בסיס לגזירתן של זכויות דיוניות רבות של הנחקר, החשוד והנאשם בפלילים. בלי למצות את הסוגיה, נציין כי בשיטות משפט זרות הקרובות לשיטתנו ואף באמנות בינלאומיות, כוללת הזכות להליך פלילי הוגן את זכותו של נאשם לדעת מדוע נעצר וכמה הוא מואשם, הזכות להיות מיוצג על ידי עורך דין, הזכות להיות נוכח במשפט, הזכות למשפט פומבי על ידי ערכאה בלתי תלויה ונייטרלית והזכות להתגונן במשפט ולהציג ראיות רלוונטיות. כן כוללת הזכות האמורה את חזקת החפות, את עקרון החוקיות ואת האיסור להעמדת הנאשם בפני סיכון כפול להרשעה בגין אותו מעשה (ראו CHENEY [148] הנ"ל, בעמ' 77-78). במדינות רבות בעלות מסורת משפטית דומה לשלנו, וכן בפסיקתו של בית הדין האירופי לזכויות אדם, נקבע כי הזכות להליך פלילי הוגן כוללת גם את זכות ההיוועצות בעורך דין ואף את זכות השתיקה והזכות מפני הפללה עצמית בשלב החקירה, אף שאין בכך כדי למנוע הסקת מסקנות שליליות משתיקתו של הנאשם בחקירתו (ראו, לדוגמה, עמדתה של הפסיקה האנגלית בהקשר זה, אשר אושרה על ידי בית הדין האירופי לזכויות אדם: שם [148], בעמ' 86-90; עוד ראו Andrew Ashworth, *Article 6 and the Fairness of Trials* [158], (at pp. 265-267).

ב 67. כאמור, בית משפט זה הכיר בזכות להליך הוגן כזכות יסודית ובסיסית מימים ימימה. הצעת חוק-יסוד: זכויות במשפט (ה"ח התשנ"ד 335) הציעה לעגן מפורשות את הזכות למשפט צדק ולהליך הוגן בחקיקת יסוד, אולם עד כה טרם נתקבלה הצעה זו.

ג רבים סבורים כי עם חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו זכתה הזכות להליך פלילי הוגן למעמד חוקתי על-חוקי. בעמדה זו יש טעם רב. פגיעה שלא כדין בזכות להליך הוגן בפלילים עלולה לפגוע בזכותו החוקתית של הנאשם לחירות לפי סעיף 5 לחוק היסוד. כן עלולה היא לפגום בהערכתו העצמית של הנאשם וליצור אצלו תחושה של ביזוי וחוסר אונים כאילו היה כלי משחק בידיהם של אחרים, עד כדי פגיעה בזכותו החוקתית לכבוד לפי סעיפים 2 ו-4 לחוק היסוד (על מעמדה החוקתי של הזכות להליך פלילי הוגן ראו דברי השופטת דורנר במ"ח 3032/99 ברנט נ' מדינת ישראל [87], בעמ' 375; דברי הנשיא ברק במ"ח 4843/00 דרעי נ' מדינת ישראל [88], בעמ' 263; דברי השופט טירקל בע"פ 1741/99 יוסף נ' מדינת ישראל [89], בעמ' 767; דברי השופטת שטרסברג-כהן בבג"ץ 6972/96 התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי [90], בעמ' 782; עוד ראו ברק – פרשנות חוקתית [110]

הנ"ל, בעמ' 422; ברק – כבוד האדם כזכות חוקתית [128] הנ"ל, בעמ' 281. בעניין שלפנינו, אין אנו נדרשים להכריע בשאלה אם הזכות להליך פלילי הוגן, והזכויות הפרטיקולריות הנגזרות ממנה, זכו למעמד חוקתי במלוא היקפן. די לנו בקביעה שאושרה לאחרונה בפסיקתו של בית משפט זה בהרכב מורחב של אחד-עשר שופטים ולפיה: "[...] בנסיבות מתאימות, פגיעה מהותית בזכות להליך הוגן תעלה כדי פגיעה בזכות החוקתית לכבוד האדם" (ראו: בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה ואח' נ' כנסת ישראל ואח' [91], בפסקה 173; ההדגשה אינה במקור – ד' ב').

בהתאם לכך, קובעת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית כי ראייה שהושגה שלא כדין תיפסל, אם קבלתה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכות להליך הוגן שלא על פי גדריה של פסקת ההגבלה. לשון אחר; לשם פסילתה של ראייה שהושגה שלא כדין, נדרש כי קבלתה במשפט תפגע בהגינות ההליכים כלפי הנאשם – פגיעה שהיא משמעותית, לתכלית שאינה ראויה ובמידה שעולה על הנדרש. בנסיבות אלה, קבלת הראייה במשפט תעלה כדי פגיעה שלא כדין בזכות החוקתית לכבוד ולחירות. כדי למנוע פגיעה זו, על בית המשפט לפסול את קבילותה של הראייה. פסילת הראייה בנסיבות האמורות מתחייבת מסעיפי המטרה והכיבוד הקבועים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. היא נגזרת מחובתו של בית משפט שלא לפגוע בזכות החוקתית האמורה ("סטטוס שלילי") וכן מחובתו להגן עליה ("סטטוס חיובי") (ראו ברק – כבוד האדם כזכות חוקתית [128] הנ"ל, בעמ' 273). בהתחשב בכל אלה, נראה כי מלבד השראתו הפרשנית הכללית של חוק היסוד, משמשות הוראותיו גם בסיס אפשרי לעיגונה הנורמטיבי של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שאותה אנו מאמצים.

68. הגבלתה של הדוקטרינה הנדונה לנסיבות שבהן קבלת הראייה במשפט תוביל לפגיעה משמעותית בזכות להליך הוגן שלא על פי גדריה של פסקת ההגבלה, נותנת ביטוי ליחסיותה של הזכות האמורה. אכן, ככל הזכויות המוכרות בשיטתנו המשפטית, אף הזכות להליך פלילי הוגן אינה מוחלטת. היקף ההגנה עליה נגזר מהצורך לאזן בינה לבין ערכים, זכויות ואינטרסים מתחרים שעליהם עמדנו, ובהם – ערך חשיפת האמת, הלחימה בעבריינות, ההגנה על שלום הציבור והשמירה על זכויותיהם של נפגעי העבירה בכוח ובפועל. נכונים בעניין זה דבריו של השופט ד' לויין שלפיהם: "אסור שהאינטרס הציבורי לשמירת טוהר ההליך השיפוטי ישכח מאתנו אינטרסים ציבוריים חשובים אחרים כגון, האינטרס הציבורי בהעמדה לדין,

מיצוי הליכים והוצאת האמת לאור והאינטרס הפרטי של הקורבן הנפגע" (ע"פ 2910/94 יפת [76] הנ"ל, בעמ' 369). "ההגינות בהליך, אשר אחריה אנו תרים, היא לא רק הגינות כלפי הנאשם, אלא גם כלפי מי שמבקש עזרתה של החברה כדי שתסיק מסקנות מביזויו והשפלתו כאדם" (דבריו של הנשיא שמגר בדנ"פ 3750/94 פלוני נ' מדינת ישראל [92], בעמ' 630).

נוסחת האיזון העקרונית בין מכלול האינטרסים והערכים האמורים היא זו שעליה עמדנו, ולפיה ראייה שהושגה שלא כדין תיפסל רק אם נוכח בית המשפט לדעת כי קבלתה במשפט תוביל לפגיעה משמעותית, שלא לתכלית ראויה ובמידה שעולה על הנדרש בזכות להליך פלילי הוגן. יישומה של נוסחת האיזון האמורה ייעשה על פי שיקול דעתו של בית המשפט, בהתחשב בנסיבותיו הייחודיות של המקרה הבא לפניו. להלן נעמוד על אמות המידה המנחות להפעלת שיקול הדעת השיפוטי האמור.

אמות המידה להפעלת שיקול הדעת השיפוטי במסגרת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית

69. לשם הכרעה בשאלה אם יש לפסול קבילותה של ראייה במסגרת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, על בית המשפט לבחון מגוון של שיקולים בהתאם לנסיבות העניין המונח לפניו. כפי שיפורט להלן, ניתן להצביע על שלוש קבוצות עיקריות של שיקולים הרלוונטיים לשאלה אימתי קבלתה במשפט של ראייה שהושגה שלא כדין, תפגע פגיעה משמעותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן שלא לפי גדריה של פסקת ההגבלה. יודגש כי אין מדובר ברשימה נוקשה וממצה של שיקולים, אלא אך בקווים מנחים להפעלת שיקול דעתו של בית המשפט במסגרת נוסחת האיזון העקרונית עליה מבוססת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית.

(א) אופייה וחומריתה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראייה

70. כפי שצוין לעיל, תנאי ראשון לתחולתה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית הוא כי הראייה הושגה שלא כדין, קרי: בדרך בלתי חוקית, בלתי הוגנת או תוך כדי פגיעה שלא כדין בזכות מוגנת של הנחקר. בהתאם לכך, קבוצת השיקולים הראשונה הרלוונטית להכרעה בשאלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין, מתמקדת בהתנהגותן הפסולה של רשויות החקירה. בהקשר זה, ראוי לבחון את הנתונים הבאים:

ראשית, מהם האופי והחומרה של חוסר החוקיות או של אי ההגינות שהיו כרוכים בהשגת הראייה. הדעת נותנת כי אין דינה של הפרה טכנית, זניחה או קלת ערך של כללי החקירה התקינה, כהרי הפרה חמורה של כללים אלה תוך כדי פגיעה מהותית בזכות יסוד מרכזית של הנחקר. בדרך כלל, קבלתה במשפט של ראייה שהושגה תוך פגמים טכניים ושוליים לא תפגע באופן רציני בזכותו של הנאשם להליך הוגן, ולפיכך לא תקום עילה לפסילתה. תוצאה זו ראויה, שכן "[...] הדיון הפלילי אינו צריך לקבל צורת משחק אשקוקי שבו מהלך אחד בלתי נכון קובע את גורל המשחק" (דברי הנשיא זמורה בע"פ 1/48 טילבסטר נ' היועץ המשפטי לממשלה [93], בעמ' 18–19. עוד ראו דברי בדנ"פ 4603/97 משולם נ' מדינת ישראל [94], בעמ' 197). מנגד, במקרים שבהם הושגה הראייה תוך כדי הפרה בוטה של הוראת חוק מפורשת שנועדה להגן על זכויותיהם של נאשמים בחקירתם, או בנסיבות שבהן השגת הראייה הייתה כרוכה בפגיעה חמורה בזכות יסוד מרכזית של הנחקר, יגדל משקלם של הערכים המצדדים בפסילת הראייה. בין שני קצוות אלה של סוגי הפגיעות קיים מתחם רחב של אפשרויות. לא כל סטייה מכללי החקירה ולא כל אמצעי שהופעל בחקירה, גם אם אינם מקובלים על בית המשפט, יביא לפסילת הראייה. יצוין כי חומרת ההפרה של כללי החקירה התקינה מהווה שיקול עיקרי לפסילתה של ראייה שהושגה שלא כדין בכל שיטות המשפט שבהן נוהגות דוקטרינות פסילה יחסיות. עוד יודגש כי גישה זו עולה בקנה אחד עם דוקטרינת הבטלות היחסית הנוהגת בשיטתנו, שלפיה לא כל סטייה מהדין או פסלות תביא לתוצאה של בטלות.

שנית, ראוי לבחון אם רשויות אכיפת החוק עשו שימוש באמצעי החקירה הבלתי כשרים במכוון ובזדון או שמה בתום לב. כאשר גורמי החקירה הפרו במכוון את הוראות הדין המחייבות אותם או פגעו ביודעין בזכות מוגנת של הנחקר, יש בכך כדי להעצים את חומרת ההפרה של כללי החקירה התקינה ואת הפגיעה האפשרית בהגינות ההליך אם תתקבל הראייה במשפט. התנהגות פוגענית מכוננת מצד גורמי החקירה עשויה, אפוא, להוות נסיבה כבדת משקל בעד פסילת הראייה גם כאשר הפגם אינו חמור. עם זאת, ראוי להעיר כי העובדה שהרשות פעלה בתום לב אין בה בהכרח כדי למנוע את פסילת הראייה כאשר הדבר מתחייב מההגנה על זכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן. כך למשל, בנסיבות שבהן הפגם שנפל בדרך השגת הראייה היה חמור וכלל פגיעה חמורה בזכויותיו המוגנות של הנחקר, כי אז בעצם העובדה שהרשות פעלה בתום לב לא יהיה כדי למנוע את פסילת הראייה. יצוין כי זו ההלכה הנוהגת גם בקנדה ובאנגליה (לעניין ההלכה הנוהגת בקנדה, ראו את פסק

הדין המנחה בעניין [109] Collins וכן HOGG [146] הנ"ל, בעמ' 926-927 ו-929. לעניין ההלכה הנוהגת באנגליה, ראו ARCHBOLD [147] הנ"ל, בעמ' 1480.

א

שלישית, על בית המשפט לבחון אם במקרה הבא לפניו מתקיימות "נסיבות מקילות" שבכוחן להפחית מחומרתה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה. כך למשל, כאשר אי החוקיות שנקטו רשויות החקירה נועדה למנוע את העלמתה או את השמדתה של ראיה חיונית על ידי הנאשם; כאשר הנאשם תרם לאי החוקיות שבניהול החקירה על ידי ניצול לרעה של זכויותיו; או כאשר אי החוקיות נבעה מצורך דחוף להגן על ביטחון הציבור (ראו והשוו ע"פ 6613/99 סמירק [18] הנ"ל, בעמ' 546 לפסק הדין).

ב

ג

רביעית, יש לבחון באיזו מידה של קלות ניתן היה להשיג את הראיה באופן חוקי. ככל שהשגת הראיה בדרכים כשרות הייתה אפשרית וקלה, כך ההפרה של כללי החקירה התקינה עשויה להיחשב חמורה יותר, באופן שיתמוך במסקנה כי קבלת הראיה במשפט תיצור פגיעה ניכרת ובלתי מידתית בזכותו של הנאשם להליך הוגן.

ד

ה

לבסוף, ניתן לבחון אם הראיה הייתה מתגלית או מושגת על ידי רשויות אכיפת החוק גם לולא השימוש באמצעי החקירה הבלתי כשרים. כאשר התשובה לשאלה זו חיובית, עשוי הדבר להפחית מעוצמת הפגיעה בזכותו של הנאשם להליך הוגן אם תתקבל הראיה המשפט (ראו והשוו ע"פ 5203/98 חסון [56] הנ"ל, בעמ' 283, שם הסיק בית המשפט כי, בהתחשב במכלול נסיבות העניין, היה הנאשם מוסר את הודאתו גם לולא הפגיעה שלא כדין בזכותו להיוועץ בעורך דין. לפיכך נמנע בית המשפט מלהורות על פסילת קבילותה של האמרה באותה פרשה).

(ב) מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה

ו

ז

71. קבוצת השיקולים השנייה הרלוונטית להפעלת שיקול הדעת השיפוטי במסגרת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, נוגעת למידת ההשפעה של אמצעי החקירה הבלתי חוקי או הבלתי הוגן על הראיה שהושגה. בהקשר זה, יש לבחון שתי שאלות הכרוכות זו בזו: ראשית, באיזו מידה אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה עשויה להשפיע על מהימנותה ועל ערכה ההוכחתי של הראיה. בנסיבות שבהן מתעורר חשש לאמינות הראיה, נחלש המתח שבין הערך שבחשיפת האמת לבין ההגנה על הגינות ההליך ועל טוהרו, באופן שעשוי לתמוך בפסילת הראיה. שנית, יש לבחון אם קיומה של הראיה הינו עצמאי ונפרד מאי החוקיות שהייתה כרוכה

בהשגתה. בנסיבות שבהן התשובה לשאלה זו חיובית, אין באמצעי החקירה הבלתי כשרים כדי להשפיע על תוכן הראיה, והדבר עשוי להוות שיקול בעד קבלתה במשפט.

בעניינן של שתי השאלות האמורות עשויה להיות חשיבות רבה לאופייה של הראיה שבה מדובר – חפצית, מילולית או אחרת. ראיות חפציות, כגון: נשק, סם או רכוש גנוב, הן בעלות קיום עצמאי ונפרד מאי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגתן, ובדרך כלל לא יהא באי החוקיות האמורה כדי לפגום באמינותן של ראיות אלה. לפיכך, משקלם של השיקולים המצדדים בקבלתן של ראיות חפציות הוא בדרך כלל רב (ראו M. Delmas-Marty & J. R. Spencer, EUROPEAN CRIMINAL PROCEDURE (ed.) [149], at p. 605 (להלן: EUROPEAN CRIMINAL PROCEDURE)). עם זאת, ראוי להדגיש כי גם בהקשר זה, אין מדובר בכלל נוקשה והדבר תלוי בנסיבותיו של כל מקרה לגופו.

בסיום דברים אלה, רואה אני לציין כי מאחר שדוקטרינת הפסילה הפסיקתית שאותה אנו מאמצים אינה מבוססת בעיקרה על תכלית הרתעתית-חינוכית, אין לאמץ בשיטתנו המשפטית את תורת "פירות העץ המורעל" הנוהגת בארצות-הברית (על תורה זו ראו בפסקה 56 לעיל). שאלת קבילותה של ראיה שאותרה בעקבות ראיה פסולה אחרת, תיבחן על פי נסיבותיו של כל מקרה לגופו ובהתחשב בהשפעה שתהא לקבלתה של ראיה כאמור על זכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן. בהקשר זה, יהא על בית המשפט לבחון את מכלול השיקולים שעליהם עמדנו לעיל, ובהם: אופייה וחומרתה של אי החוקיות שהובילה להשגת הראיה הראשונה, טיב הראיה הנגזרת בה מדובר, והזיקה בינה לביין אי החוקיות שהייתה כרוכה בניהול החקירה.

(ג) הנזק מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילת הראיה

72. קבוצת השיקולים השלישית שעשויה להיות רלוונטית להכרעה בשאלת קבילותה של ראיה שהושגה שלא כדין, עניינה בהשפעה שתהא לפסילת הראיה על מלאכת עשיית הצדק במובנה הרחב. השאלה המרכזית המתעוררת בהקשר זה הינה אם המחיר החברתי הכרוך בפסילת הראיה גבוה מן התועלת האפשרית שתצמח מכך. הפרמטרים העיקריים בעניינן זה הינם חשיבות הראיה להוכחת האשמה, מהות העבירה המיוחסת לנאשם ומידת חומרתה. כאשר מדובר בראיה חשובה ומכרעת לתביעה וכאשר העבירות המיוחסות לנאשם חמורות מאוד, הרי פסילת הראיה עשויה לפגוע יתר על המידה באינטרסים הנוגדים שעניינם לחימה בפשע והגנה על

שלום הציבור ועל נפגעי העבירה. בנסיבות אלה, פסילת הראיה תוביל לידי כך שהאשם בביצוע עבירות חמורות לא ייתן את הדין על מעשיו – תוצאה שעלולה כשלעצמה לפגום בעשיית הצדק ובאמון הציבור בבתי המשפט. מטעמים אלה, נוהגים בתי-המשפט באנגליה ובאוסטרליה להתחשב במידת חיוניותה של הראיה ובחומרת העבירה המיוחסת לנאשם, בבואם להכריע בשאלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין (ראו: EUROPEAN CRIMINAL PROCEDURE [149] ה"ל, בעמ' 605; פרשת *Bunning* [103] ה"ל; סעיף 138(3) ל-Uniform Evidence Acts 1995 באוסטרליה).

73. על אף הדברים האמורים, לא נעלם מעיניי כי מתן משקל לחשיבות הראיה ולחומרת העבירה המיוחסת לנאשם במסגרת ההכרעה בשאלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין, אינו נקי מקשיים. ההתחשבות בשיקולים האמורים עלולה להוביל לידי כך שדווקא בחקירות של פשעים חמורים בהן זכותו החוקתית של הנאשם לכבוד ולחירות ראויה להגנה משמעותית, תפחת ההקפדה על הכללים לניהול חקירה הוגנת ותקינה. בהקשר זה נציין כי בפרשת *Collins* [109] ראה בית המשפט העליון של קנדה לכלול את חומרת העבירה בגדר השיקולים הרלוונטיים להפעלת שיקול הדעת השיפוטי במסגרת סעיף 24(2) לצ'רטר; ואולם, הלכה למעשה נוהגים בתי המשפט בקנדה ליתן לשיקול האמור משקל נמוך ביותר, והם אינם מתחשבים בו בבואם להכריע בשאלת קבילותן של ראיות שהושגו בניגוד לצ'רטר (ראו: HOGG [146] ה"ל, בעמ' 931–932; לביקורת על המגמה האמורה בפסיקה הקנדית, ראו: Stribopoulos [154] ה"ל, בהערת שוליים 229).

השאלה באיזו מידה יראו בתי המשפט בישראל להתחשב בחשיבות הראיה ובחומרת העבירה המיוחסת לנאשם במסגרת הפעלת שיקול דעתם על פי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, אינה דורשת הכרעה בעניינו של המערער ואף אותה ניתן להותיר לימים שיבואו.

74. כאמור, רשימת השיקולים המפורטת לעיל אינה מתיימרת להיות רשימה סגורה וממצה. היא מדגימה את סוג הנסיבות והנתונים שיש בהם כדי להשפיע על הפעלת שיקול דעתו של בית המשפט במסגרת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית. נתונים אלה נוגעים, מחד גיסא, למידת הפגיעה בזכותו של הנאשם להליך הוגן אם תתקבל הראיה במשפט; מאידך גיסא, למידת הפגיעה באינטרסים הנוגדים אם תיפסל קבילותה של הראיה. חשוב להדגיש כי אף אחד השיקולים שעליהם עמדנו אינו בעל מעמד בלעדי או מכריע, וכי משקלם היחסי של השיקולים האמורים ייקבע

בהתחשב בנסיבותיו של כל מקרה לגופו. כך למשל, ככל שעוצמת ההפרה של כללי החקירה התקינה חמורה יותר ובלעדיה לא הייתה מושגת הראיה, וככל שהעבירה המיוחסת לנאשם קלה יותר, כך יפחת משקלם של האינטרסים המצדדים בקבלת הראיה במשפט. בנסיבות אלה, ההגנה על זכותו של הנאשם להליך הוגן עשויה להוביל לפסילת הראיה.

א

בהתחשב בנוסחת האיזון העקרונית שעליה עמדנו ונוכח אמות המידה המנחות כפי שפורטו לעיל, דומה כי החששות שהביעה לפנינו התביעה מפני חוסר וודאות שייגרם בעקבות אימוצה של דוקטרינת פסילה פסיקתית בשיטתנו המשפטית, הינם מוגזמים. מאחר שמדובר בדוקטרינה גמישה, הרי פעמים רבות תתבקש תוצאה זהה בהתייחס למצב ההלכתי הקיים. במקרים מסוימים, יתבקש שינוי בתוצאה אולם שינוי זה הינו בלתי נמנע נוכח השינויים הנורמטיביים שאליהם הובילו חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. שינוי זה ימצא את ביטויו עם התפתחותה של הפסיקה, בדרך של צעידה זהירה ממקרה למקרה ותוך יישום פרטני של נוסחת האיזון שעליה עמדנו בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה לגופו. עם הזמן יתבהרו טיבה והיקפה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שהתשתית לה הונחה בפסק דינו. בקשות חסרות יסוד לפסילת ראיות תלכנה ותתמעטנה, והטיעונים יהפכו לממוקדים יותר. ניסיון של מדינות אחרות שאימצו דוקטרינות יחסיות לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין – בין בדרך שיפוטית ובין בדרך חקיקתית – מלמד כי אמנם ניתן להתגבר על החששות מפני חוסר וודאות ומפני הצפה של בתי המשפט בטענות חסרות בסיס לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין. יש להניח כי בחלוף תקופת מעבר ראשונית, כך יקרה גם אצלנו (ראו והשוו דברי הנשיא ברק בבש"פ 537/95 גנימאת [45] הנ"ל, בעמ' 420, וכן דבריו בבג"ץ 7357/95 המפריס [47] הנ"ל, בעמ' 787–788).

ב

ג

ד

ה

תחולתה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית על הודאות נאשמים

ו

75. הסוגיה האחרונה שאליה נתייחס בטרם נפנה לבחון את עניינו הפרטני של המערער לפנינו, נוגעת לשאלת היחס בין כלל הפסילה הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות לבין דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שאותה אנו מאמצים לשיטתנו. השאלה הפרשנית המתעוררת בהקשר זה הינה אם כלל הפסילה הקבוע בסעיף 12 הנ"ל מהווה הסדר ממצה לעניין קבילותן של הודאות נאשמים – כפי שטען בא כוח היועץ המשפטי לממשלה בסיומיו לפנינו וכפי שסבר בדעת-יחיד אחד משופטי ההרכב בבית הדין הצבאי לערעורים; או שמא אין בסעיף 12 הנ"ל כדי להוות הסדר

ז

ממצה כאמור, ולפיכך אין מניעה כי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית תחול גם על הודאת נאשם.

א

בהתאם לגישתנו הפרשנית כפי שפורטה בפסקה 32 לעיל, לצד התכלית שעניינה הגנה על אמינותן של הודאות נאשמים, מיועד כלל הפסילה הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות להגן על זכותו של הנחקר לשלמות הגוף והנפש ועל זכותו לאוטונומיה של הרצון החופשי. פסילתה של הודאה לפי סעיף 12 מהווה, אפוא, סעד בגין פגיעה משמעותית שהתרחשה בעת גביית ההודאה באחת מזכויותו האמורות של הנאשם. לעומת זאת, דוקטרינת הפסילה הפסיקתית נועדה למנוע פגיעה שלא כדין בזכות להליך פלילי הוגן אם תתקבל הראיה במשפט. התכליות האמורות אינן סותרות זו את זו, אלא משלימות אחת את רעותה. אשר על כן, מתקיימת הצדקה תכליתית לכך שדוקטרינת הפסילה הפסיקתית תחול על הודאות נאשמים לצידו של כלל הפסילה הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות. בהתאם לכך, עשויה הודאת נאשם להימצא קבילה לפי הוראת סעיף 12 לפקודת הראיות אך להיפסל על פי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, ולהפך.

ב

ג

ד

תמיכה במסקנה האמורה ניתן למצוא במשפט המשווה. בית המשפט העליון של קנדה פסק כי מבחן "חופשיות הרצון" שאומץ בשעתו בפסיקה מן המשפט המקובל האנגלי, מוסיף להתקיים לצד דוקטרינת הפסילה שנקבעה בסעיף 24(2) לצ'רטר. עוד נפסק כי אין במבחן "חופשיות הרצון" כדי למנוע את תחולתה של הדוקטרינה האמורה על הודאות נאשמים (ראו פרשת *Oickle* [108] הנ"ל). בהמשך לדברים אלה, נציין כי דוקטרינות הפסילה שנקבעו באנגליה ובאוסטרליה לעניין ראיות שהושגו שלא כדין, הוחלו אף הן על כל סוגי הראיות – לרבות הודאות נאשמים. זאת, לצידם של הסדרים מיוחדים שנקבעו בחקיקה לעניין קבילותן של הודאות נאשם (לעניין תחולתה של דוקטרינת הפסילה המעוגנת בסעיף 78 ל-PACE האנגלי על הודאות נאשמים, ראו ARCHBOLD [147] הנ"ל, בעמ' 1476, וכן CROSS & TAPPER, 1999 [145] הנ"ל, בעמ' 193. לעניין תחולתה של דוקטרינת הפסילה האוסטרלית המעוגנת בסעיף 138 ל-Uniform Evidence Acts על הודאות נאשמים, ראו: *Australian Law Reform Commission Review of the Uniforms Evidence Acts* [162] par. 14.67).

ה

ו

ז

נוכח מכלול הטעמים האמורים, מתבקשת המסקנה כי אין בסעיף 12 לפקודת הראיות כדי להוות הסדר ממצה לעניין קבילותן של הודאות שמסר נאשם בחקירתו. לפיכך, אין מניעה כי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית תחול על פי תכליתה גם על

ראיות אלה. בשולי הדברים, נציין כי שאלה דומה עשויה להתעורר בנוגע ליחס שבין כללי הפסילה הקבועים בחוק הגנת הפרטיות ובחוק האזנת סתר לבין דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שאותה אנו מאמצים לשיטתנו. שאלה זו אינה מתעוררת בנסיבות המקרה שלפנינו. לפיכך, איני רואה להכריע בסוגיה זו והיא תישאר בצריך עיון.

סיכומם של דברים

76. תמצית עיקריה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, כפי שהוצגה לעיל, היא

זו:

הנחת המוצא בשאלת קבילותן של ראיות היא זו הנוהגת עימנו מאז ומתמיד, ולפיה ראייה שהיא רלוונטית – קבילה במשפט. עם זאת, בהתאם לדוקטרינה האמורה לבית המשפט שיקול דעת לפסילת קבילותה של ראייה בפלילים, אם נוכח לדעת כי הראייה הושגה שלא כדין וקבלתה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן שלא בהתאם לגדריה של פסקת ההגבלה. מדובר בנוסחת איזון עקרונית השואפת להשגת פשרה ראויה בין מכלול הזכויות והאינטרסים הרלוונטיים לשאלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין, ובהם: חשיפת האמת העובדתית, הלחימה בעבריינות וכן ההגנה על שלום הציבור ועל זכויות נפגעי העבירה, מחד גיסא, אל מול ההגנה על זכויות הנאשם ועל הגינות ההליך הפלילי וטוהרו, מאידך גיסא.

נוסחת האיזון האמורה תיושם על פי שיקול דעתו של בית המשפט בהתחשב בנסיבותיו של כל מקרה לגופו ובהתאם לאמות המידה המנחות עליהן עמדנו. אמות מידה אלה נוגעות לאופייה ולחומרתה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראייה; למידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראייה שהושגה; וכן לשאלת הנזק מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילתה. הדוקטרינה האמורה תהא כללית ומיושמת על כל סוגי הראיות, לרבות הודאות נאשמים.

77. יוער כי פסק דיננו מניח תשתית לאימוצה של דוקטרינה פסיקתית לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין, אולם אין בדברינו משום מענה מלא למכלול השאלות הכרוכות באימוצה של דוקטרינה כאמור. כך למשל, אין בפסק דיננו התייחסות לשאלה אם בקשה לפסילת ראייה שהושגה שלא כדין שמורה לנאשם בלבד או שמא גם התביעה יכולה להעלותה, או למשל: על מי הנטל להוכיח את המישור הראייתי הכרוך בבקשה לפסילה כאמור ומהו השלב המתאים להעלותה. שאלות

אלה יזכו בוודאי למענה בעתיד – אם בדרך של חקיקה שתהא תואמת להוראותיו של חוק היסוד, ואם בפסיקתו של בית המשפט בדרך של צעידה זהירה ממקרה למקרה.

א

78. מטבע הדברים, כל עוד לא יצאה הלכה מלפנינו, נמנעו הצדדים מלהתייחס בטיעוניהם לשאלת תחולתה בזמן של הדוקטרינה הפסיקתית לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין. דוקטרינה זו משתייכת לתחום דיני הראיות בפלילים ותכליתה להגן על זכותם של נאשמים להליך פלילי הוגן. אימוצה של הדוקטרינה בשיטתנו המשפטית הינה בגדר התפתחות מתבקשת וצפויה (ראו פסקה 49 לעיל), ואין בתחולתה משום פגיעה באינטרס הסתמכות ראוי להגנה. בהתחשב בכל אלה, תחול ההלכה שיצאה מלפנינו על כל נאשם שתיקו תלוי ועומד לפני בית המשפט, ככל שיהא מקום ליישומה בנסיבות העניין (ראו והשוו רע"א 8925/04 סולל בונה בניין ותשתיות בע"מ וח' נ' עזבון המנוח אחמד עבד אלחמיד ז"ל ואח' [95], וכן: מ"ח 8390/01 אקסטרוד נ' מדינת ישראל [96]).

ב

ג

79. בסיום הדברים ולמקרא חוות דעתו של חברי השופט גרוניס, ברצוני להעיר כי בניגוד למשתמע מפסקה 6 לחוות הדעת, אין בפסק דיני כל התייחסות להלכה שנקבעה בע"פ 242/85 חזן נ' מדינת ישראל [97], ואיני מוצאת להביע כל עמדה בסוגיה זו. אשר ליתר הטיעונים המופיעים בחוות דעתו של חברי השופט גרוניס, המענה להם מצוי בדבריי לעיל ואיני רואה להוסיף בעניינם דבר.

ד

ה

מן הכלל אל הפרט – יישום דוקטרינת הפסילה על נסיבות עניינו של המערער

80. כפי שפורט בהרחבה בראשית דיונו, במהלך קליטתו של המערער בכלא 6 בגין נפקדות מהצבא, נפלה מתחתונוי חבילה קטנה עטופה בנייר ואז אמר המערער: "זה גראס, אני יכול להסביר". למחרת היום, נחקר המערער בכלא על ידי חוקר צבאי. בתחילת גביית אמתו, הזהיר החוקר את המערער בדבר זכותו לשתוק, אולם נמנע מלהזהירו בדבר זכותו להיוועץ בעורך דין. במהלך גבייתת של האמרה האמורה, הודה המערער באוזני החוקר הצבאי כי עישן סם מסוג קאנבוס בכמה הזדמנויות בתקופת נפקדותו מהצבא. יוזכר כי בטרם נשלמה גביית האמרה, יצא החוקר הצבאי מחדר החקירות ושוחח בטלפון עם מפקד המשטרה הצבאית אשר הורה לו לעצור את המערער. בתום שיחת הטלפון האמורה, שב החוקר לחדר החקירות והמשיך לגבות מהמערער את אמתו. רק כרבע שעה לאחר סיום גבייתת

ו

ז

של האמרה הראשונה, הודיע החוקר הצבאי למערער כי הוא עצור וכי זכותו להיוועץ בעורך דין.

לפני בית הדין הצבאי ואף לפנינו, לא חלקה התביעה על כך שהחוקר הצבאי נהג שלא כדין כאשר נמנע מלהזהיר את המערער בדבר זכותו להיוועץ בעורך דין בטרם החל לגבות את אמרתו. כפי שהובהר לעיל, החוקר פעל בעניין זה בניגוד להסדר שהיה קבוע אותה עת בהנחיות המשטרה הצבאית החוקרת ואשר מאוחר יותר עוגן בסעיף 1א227 לחוק השיפוט הצבאי, ולפיו יש להודיע לחייל על זכותו להיוועץ בעורך דין, כל אימת שקיימת אפשרות קרובה לוודאי כי ייעצר. לנוכח מחדלו האמור של החוקר הצבאי, לא היה המערער מודע לזכות ההיוועצות בטרם נגבתה ממנו האמרה הראשונה. לפיכך, לא ביקש המערער להיוועץ בעורך דין בטרם הודה כי עשה שימוש בסם מסוכן בהיותו חייל. בנסיבות אלה, מוסכם על הצדדים לפנינו כי אי מתן ההודעה למערער בדבר זכותו להיוועץ בעורך דין, עלתה כדי פגיעה בזכות ההיוועצות גופה (ראו פסקה 19 לעיל).

באנו למסקנה כי על אף הפגיעה האמורה בזכות ההיוועצות, לא נוצרה פגיעה משמעותית בזכותו של המערער לאוטונומיית הרצון ולחופש הבחירה בעת מסירת הודאתו. בהתחשב בכך, פסקנו כי אין להתערב בהחלטתו של בית הדין הצבאי על שתי ערכאותיו, שלא להורות על פסילת הודאתו של המערער לפי הוראת סעיף 12 לפקודת הראיות. ואולם, במסקנה זו אין כדי לחתום את דיונו. שאלה נפרדת היא אם יש מקום לפסילת הודאתו הנדונה של המערער בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית שאותה אנו מאמצים לשיטתנו. יצוין כי הדוקטרינה הנדונה חלה בעניינו של המערער נוכח האמור בסעיף 476 לחוק השיפוט הצבאי, ולפיו: "דיני הראיות המחייבים בעניינים פליליים בבתי המשפט של המדינה מחייבים גם בבית דין צבאי [...]; והוא, כשאין הוראה אחרת בחוק זה". עוד יוער כי על אף שסעיף 9 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע פסקת הגבלה מיוחדת לכוחות הביטחון, הרי, ככלל, אין בכך כדי לשנות מנוסחת האיזון העקרונית שעליה מושתתת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית ומאמות המידה המנחות להפעלת שיקול הדעת השיפוטי במסגרתה. אם וככל שהדבר יידרש, ישפיעו מהותו ואופיו של השירות הצבאי על יישומן של אמות המידה שעליהן עמדנו, בהתחשב בנסיבותיו של כל מקרה לגופו (על פסקת ההגבלה המיוחדת הקבועה בסעיף 9 לחוק היסוד, ראו פסק דינו של השופט זמיר בבג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון ואח' [98], בעמ' 262-267).

81. בנסיבות העניין שלפנינו, מתקיים התנאי הראשון לתחולתה של דוקטרינה הפסילה הפסיקתית, שהרי אין מחלוקת לפנינו כי החוקר הצבאי פעל שלא כדין כאשר נמנע מלהזהיר את המערער בפתח גביית אמרתו בדבר זכותו להיוועץ בעורך דין. נותר, אפוא, לבחון אם קבלת הודאתו של המערער כראיה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכותו להליך פלילי הוגן שלא לפי גדריה של פסקת ההגבלה.

עמדנו לעיל על חשיבותה של זכות ההיוועצות בעורך דין ועל תרומתה לשמירה על הגינותם ועל תקינותם של הליכי החקירה (ראו פסקה 14 ואילך). בהתחשב בכך, ציינו כי פגיעה מהותית בזכות ההיוועצות בהליכי החקירה, עשויה בנסיבות מסוימות לפגוע בהגינות ההליך הפלילי בכללותו. בעניינו של המערער, קבע בית הדין הצבאי המחוזי בדעת-רוב כי החוקר הצבאי "פעל – לאורך כל שלבי החקירה – ביודעין ובמכוון, בהפרו את זכות ההיוועצות של הנאשם [המערער], וכי אין מקום לייחס לו תוס-לב בעניין זה" (עמ' 38 לנימוקי הכרעת הדין). בית הדין הצבאי לערעורים לא ראה להתערב בממצא העובדתי האמור, ואף אנו נמנע מכך בהליך שלפנינו. העובדה כי החוקר הצבאי נמנע במכוון מלהודיע למערער בדבר זכותו להיוועץ בעורך דין ופגע בזכות יסודית זו בזדון, מעצימה את חומרת אי החוקיות שהייתה כרוכה בגביית הודאתו של המערער ומהווה נסיבה כבדת משקל בעד פסילתה כראיה. לכך יש להוסיף את הקלות הרבה שבה ניתן היה לגבות את הודאת המערער כדין, וכן את העובדה כי העבירות שיוחסו למערער אינן מן החמורות שבספר החוקים. מנגד, ראוי לציין כי בטיעוניו לפני בית הדין הצבאי, אישר הסניגור כי לא היה באי החוקיות הנדונה כדי לפגום באמינות תוכנה של ההודאה שמסר המערער בחקירתו. ואולם, באמינותה הלכאורית של ההודאה, כשלעצמה, אין כדי להוות נסיבה כבדת משקל דיה אל מול יתר השיקולים שעליהם עמדנו. לפיכך, מתבקשת המסקנה כי בנסיבותיו הייחודיות של המקרה שלפנינו, קבלת הודאתו של המערער תיצור פגיעה משמעותית ובלתי מידתית בזכותו להליך פלילי הוגן ולפיכך יש להורות על פסילתה.

בהמשך לדברים אלה, נציין כי באי כוח המערער טענו בהודעת הערעור שהוגשה לפנינו כי הפרת חובת היידוע בדבר הזכות להיוועץ בעורך דין לא היוותה מקרה חד-פעמי וכי בעת שנחקר המערער, הייתה ההפרה האמורה תופעה רווחת בחקירותיה של המשטרה הצבאית החוקרת. הסניגוריה הציבורית הארצית העלתה טענה דומה לגבי חקירות המשטרה. בסיכומיה בכתב, פירטה הסניגוריה הארצית תוצאותיו של מחקר שדה שערכה בסוף שנת 1999 ובמהלך שנת 2003. המחקר

נערך לגבי אוכלוסייה של 220 עצורים במחוז תל-אביב. על פי הטענה, ממצאיו של המחקר מלמדים כי חלק ניכר מהעצורים בתחנות המשטרה אינו מקבל הודעה כדין בדבר הזכות להיוועץ בסניגור. על כך אעיר כי ספק בעיניי אם שיטת המחקר וגודל האוכלוסייה שנבדקה במסגרתו מאפשרים הסקת מסקנות מהימנות וכוללניות כנטען לפנינו. ואמנם, הסניגוריה הציבורית אישרה בטיעוניה כי עשויות להיות הטיות בממצאי המחקר שערכה. מכל מקום, בעניין שלפנינו אין מתעורר הצורך להכריע בכך: ראשית, כפי שהובהר לעיל, דוקטרינת הפסילה הפסיקתית אינה מבוססת בעיקרה על תכלית הרתעתית-חינוכית. לפיכך, אין הכרח להוכיח כי אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה מהווה תופעה רווחת, אף כי הוכחה כאמור עשויה להיות נסיבה שבית המשפט יביא במסגרת שיקוליו. שנית, לנוכח מכלול הטעמים שהובאו לעיל, ובמיוחד לנוכח קביעתו של בית הדין הצבאי, שלפיה החוקר הצבאי נמנע במכוון מאזהרת המערער בדבר זכות ההיוועצות, יש לפסול את קבילות ההודאה שמסר בחקירה; זאת, בין אם הפרתה של חובת היידוע מהווה תופעה נפוצה כנטען על ידי המערער והסניגוריה הציבורית הארצית ובין אם לאו.

82. אשר על כן, ולנוכח מכלול הטעמים שעליהם עמדתי, באתי למסקנה כי יש לקבל את הערעור בעניינו של המערער ולפסול את קבילות הודאתו בהתאם לתנאיה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית. לפיכך, יש לזכות את המערער משלוש עבירות של שימוש בסם מסוכן, ולהותיר על כנה את הרשעתו בעבירה של החזקת סם מסוכן שבה הודה. אשר לעונשו של המערער – הרי מטעמים שפורטו לעיל, נמנע בית הדין הצבאי מהטלת עונש מאסר בפועל בשל הרשעתו בעבירות של שימוש בסם מסוכן, והסתפק בהטלת מאסר על-תנאי בגין עבירות אלה. תקופת התנאי כבר הסתיימה, וככל הידוע לנו לא הופעל במהלכה עונש המאסר המותנה.

אני מציעה, אפוא, כי הערעור יתקבל וכי המערער יזוכה משלוש העבירות של

שימוש בסם מסוכן.

הנשיא א' ברק:

אני מסכים.

השופט א' ריבלין:

אני מסכים.

השופטת א' פרוקצ'יה:

א אני מסכימה.

השופט א' א' לוי:

אני מסכים.

ב השופטת מ' נאור:

אני מסכימה.

השופט ס' ג'ובראן:

ג אני מסכים לפסק דינה המאלף והמקיף של חברתי השופטת ביניש.

המישנה לנשיא (בדימ') מ' חשין:

ד קראתי את ה-*Magnum Opus* של חברתי, השופטת ביניש, ואני מסכים למסקנותיה, הן לעניין פירושה ויישומה של הוראת סעיף 12 לפקודת הראיות הן לעניין כוחן ופועלן של ראיות אשר הושגו שלא-כדין. ואם אמרתי להוסיף שתיים-שלוש הערות שוליים, לא נועדו אלו לגרוע כהוא-זה מדברי החוכמה של חברתי.

ה 2. אשר לפירושה ולתחומי פרישתה של הוראת סעיף 12 לפקודת הראיות: כפי שציינה חברתי בחוות-דעתה, הגרעין לפירוש המוצע על-ידה היה טמון בהוראת סעיף 12 כבר לפני היות חוקי היסוד. כל שאירע הוא, שחוקי היסוד ו"רוח הזמן" הנביטו את הזרע אשר שכן קודם לכן רדום ונחבא בתוככי הוראת סעיף 12; ומשנבט הזרע, הזינו אותו חוקי היסוד ו"רוח הזמן", וכך עלה בידו לצמוח ולגדול עד שהעלה פרי והוא הפרי שבידנו.

ו 3. שני יובלים היו לו לפירוש המוצע עתה להוראת סעיף 12. היובל האחד, מוצאו בהוראת סעיף 12 כלשונה וכפשוטה, דהיינו: שומה עליו על בית-משפט לוודא כי הודיה המוגשת לו כראיה הייתה "חופשית ומרצון"; כך ולא עוד. עתה מבקש אותו יובל להעלות בדרגה אחת או בדרגות אחדות את רמת ההפשטה של המושגים "חופשית ומרצון", בקובעו כי עיקר לענייננו – כך גם לעניינים אחרים – הוא באוטונומיה של היחיד, בחופש הבחירה הניתן לו ליתן – או שלא ליתן – הודיה "חופשית ומרצון". רק אדם הנהנה מאוטונומיה אישית – או אחרת: אדם

שהאוטונומיה האישית שלו לא נפגעה באורח מהותי – יכול להודות באורח חופשי ומרצון, ורק הודיה הנשמעת כך מפי אדם תיהנה מחזקת האמיתות. מתן הודיה "חופשית ומרצון" אינה אלא אחת המניפסטציות לאוטונומיה של היחיד, ותחת אשר נרכז מעצמנו במניפסטציה – בגילוי החיצוני – נבכר לבחון את המקור, את השורש. למותר לומר כי האוטונומיה של היחיד כוללת מאליה גם את זכותו לשלמות גופו ונפשו. על כל אלה נזכור ונשמור כי קביעתם של הקריטריונים אינה אלא ראשית המלאכה, וכי עיקר הוא בדרכי יישומם ובקביעת גדרים להם סביב-סביב.

4. היובל האחר הוא "רוח הזמן": השראה שזכינו לקבל מחוקי היסוד, מן האווירה הכללית שבמקומנו, ולא פחות מכך מרוח התקופה החודרת אלינו בעיקר ממדינות שאנו קרובים אליהן בהלך מחשבתנו המשפטית. נאמר בהלכה לא אחת ולא שתיים, כי פירושו של חוק הכנסת אין הוא כפירושו של חרס עתיק שנמצא בחפירות. חוק הכנסת היה כריקמה חיה ונושמת המזינה עצמה ברוח ובחומר של החברה כפי שהיא מעת לעת. עיקרי יסוד ודוקטרינות שהם בגי התקופה, דרכם שהם חודרים אל תוככי החוק ומזינים אותו בשורשיו. אנו עצמנו הננו בנות ובנים ל"רוח הזמן", וברוחנו – "רוח הזמן" – נציב ונייצב את החוק על רגליו. ראו והשוו דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס [99], בעמ' 71 ואילך; רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון [100], בעמ' 265 ואילך.

5. "הָאָחָד בְּא־לְגוֹר נִיִּשְׁפֹּט שְׁפֹט", כך קראו בזעם אנשי סדום הרעים אל-עבר לוט (בראשית, יט, ט [א]). כך נאמר אף אנו – זו הפעם במובנו הטוב של הדיבור – על הדוקטרינה הקרויה דוקטרינת "הבטלות היחסית" או "התוצאה היחסית". זה מקרוב באה אלינו הדוקטרינה, והנה משתלטת היא על שיטחי משפט לא שיערו ראשונים. וגם זו אמת, שנדרשנו לדוקטרינה זו (בחלקה) כל השנים, אם כי לא בשמה. הנה-כִּי-כן, הדוקטרינה המוצעת בידי חברתי השופטת ביניש לפסילת ראיות אשר הושגו בהליך פלילי שלא כדין – דוקטרינת "הפסלות היחסית" – אינה אלא בת לאמה – דוקטרינת "התוצאה היחסית".

6. הערה אחרונה: מגלים אנו – ולא בפעם הראשונה – כי ההיסטוריה חוזרת על עצמה, אם כי ברמת תיחכום והפשטה גבוהות מאלו של הגילגול הקודם. הנה-כִּי-כן, בתקופתו הפורמטיווית של המשפט המקובל, לשו בתי-המשפט בחומרי יסוד ויצקו מהם עיקרי יסוד, דוקטרינות ואופני-מחשבה. בשלב הבא, השלב המתקדם יותר, עשו בתי-המשפט – ועימיהם המחוקק – לקריסטליזציה של כללי המשפט, להרקתו של החומר ההיולי אל תוך כלים נוקשים יותר, כלים שאמורים היו להקל

על בתי-המשפט להחיל את הדין על מערכות עובדות הבאות לפנייהם להכרעה בהן. תכלית הקריסטליזציה הייתה, שתחת אשר היא עליהם על בתי-המשפט להעסיק עצמם, שוב ושוב, בעשרות ואפשר במאות תקדימים, יצרו בתי-המשפט ויצר המחוקק נוסחאות, נוקשות יחסית, להקל על בתי-המשפט את מלאכתם. ועתה באים אנו אל ימינו. עת היא להגמיש מיסגרות נוקשות, לפרש מושגים על-פי תכליתם, לחטט בשורשיהם של כללים, להזריק לכללים שנקבעו את "רוח הזמן" ואת מושגי עשיית הצדק המקובלים עלינו כהיום הזה. זאת עשתה חברתי השופטת ביניש, ותבורך על מעשה שעשתה.

השופט א' גרוניס:

1. חברתי השופטת ד' ביניש עמדה בפסק דינה המקיף והמעמיק על שורה ארוכה של סוגיות משפטיות בתחום של דיני הראיות בפלילים. בשל אילוצים שונים לא אוכל לדון בהרחבה בשאלות הרבות המתעוררות ואביא את עמדתי בקיצור ובתמצית, מן הכבד אל הקל, וביתר דיוק – מן הכללי אל הפרטי.

2. השאלה המקדמית והראשונה המתעוררת היא אם ראוי שבית המשפט יאמץ, על דרך "חקיקה שיפוטית", דוקטרינה רחבה של פסילת ראיות אשר הושגו שלא כדין. אכן, חברתי מצמצמת ומסייגת את היקפה של הדוקטרינה, אך עדיין נשאלת השאלה האם מהלך כה משמעותי אינו צריך להיעשות על ידי המחוקק. זאת במיוחד לאור העובדה שהסדרים פרטניים באשר לקבילותן של ראיות שמקורן בפעולות שלא כדין נתקבלו על ידי על ידי הכנסת (סעיף 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות); סעיף 13 לחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979, וסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981), ושעה שהצעות חוק בנושא חזרו ועלו על שולחנה של הכנסת. משדעתם של חבריי תומכת באימוצה של דוקטרינה כאמור, אתייחס אף לגופם של דברים.

3. לטעמי, לפני שניגשים לבחון את השאלה הנכבדה העומדת על הפרק – אימוץ דוקטרינה בדבר פסלות ראיות שהושגו שלא כדין – יש לבחון את הערכים שאותם אנו מעוניינים להגשים, ובמיוחד חובה עלינו לדרג את אותם ערכים מבחינת סדר חשיבותם. לדעתי, הערך העליון שצריך לעמוד לנגד עינינו הוא צמצום מירבי של החשש מפני הרשעת שווא. אחריו בסדר החשיבות עומד האינטרס הציבורי להביא להרשעתם של אלה שחטאו ופשעו. השילוב של שני ערכים אלה, אף מבחינת מעמדם היחסי, בא לידי ביטוי באמירה "מוטב שעשרה רשעים יצאו זכאים

משצדיק אחד יצא חייב", או בלשונו של הרמב"ם: "ויותר טוב ויותר רצוי לפטר אלף חוטאים, מלהרוג נקי אחד ביום מן-הימים" (ספר המצוות חלק לא תעשה, מצווה ר"צ [ב]). משוורדים אנו שלב נוסף בסולם, מגיעים אנו לצורך בשמירה על הגינותו של ההליך הפלילי בהיבט הדיוני שלו, בנבדל ממטרתו הסופית, היינו, הקביעה אם הנאשם הינו אשם או זכאי.

א

4. לאורכו ולרוחבו של פסק דינה של חברתי השופטת ד' ביניש, מזכירה היא את המעבר שחל בעשרות השנים האחרונות בתחום דיני הראיות מקבילות למשקל. תחת הסדרים שקבעו באלו תנאים תתקבל ראיה בא הכלל האומר שכמעט כל ראיה תהא קבילה, כך שבית המשפט יזדקק לה ויידרש לקבוע את משקלה. אלה התומכים בגישה זו סבורים כי היא נותנת ביטוי לתפקיד העיקרי של בית המשפט והוא חשיפת האמת. הטענה נגד מחסומי קבילות היא שעלולים הם לפגוע ביכולתו של בית המשפט לחשוף את האמת, שכן יהא עליו להתעלם מראיה רלוונטית. אין ספק שבמקרים מסוימים עלולה גישה המונעת קבילות להביא לכך שהאמת לא תצא לאור. עלינו לזכור כי ברובם המכריע של המקרים תפעל גישה כאמור במסגרת הליך פלילי נגד התביעה ולא נגד הנאשם. התוצאה עלולה אכן להיות שהאשם ייצא זכאי בדינו משום שראיה מפלילה לא נתקבלה. לעומת זאת, קבלתה של הראיה והעברתה של הבחינה למישור המשקל עלולה לגרום לכך שיהיו מקרים שבהם הזכאי ימצא אשם. להשקפתי, אין להתייחס באופן סימטרי להפכים: זכאי מול אשם. המעבר מקבילות למשקל עלול ליצור סימטריה בין אלה. לעניין זה אין לי אלא להביא מדבריו של השופט ש' לוי, בדעת מיעוט, בד"נ 23/85 מדינת ישראל נ' טובול [66], בעמ' 359-360:

ב

ג

ד

ה

"מעבר לשאלות תיאורטיות של פרשנות מבצבצת מבין השיטין ובתוך השיטין של חוות דעתם של שופטי הרוב הגישה, שככל שיוסרו ה'מכשולים הטכניים' של קבילות שלפניהם הועמדו בתי המשפט בעבר ועדיין עומדים הם כיום, כן יגבר כוחו של בית המשפט לעשות צדק ולקבוע את העובדות כהויתן; גישה זו נותנת משקל מכריע למה שהיא רואה ככוחם הבלתי מוגבל של בתי המשפט לגלות את האמת על יסוד התרשמותם מהעדויות בלבד והיא מבקשת להסיר מעל דרכה הוראות פרוצדורליות וראייתיות שלדעת הדוגלים בה כבר עבר עליהן הכלח.

ו

ז

לגבי דידי גישתם של שופטי הרוב פשטנית מדי; היא מדגישה מקרים אינדיבידואליים שבהם נמנע מבית המשפט, עקב מכשול ראייתי,

מלהגיע לחקר האמת (ומקרים כאלה קיימים ללא ספק) אך היא
 מתעלמת מקיומם של מקרים רבים אחרים שבהם עשויים שופטים שונים
 להתרשם במידה שונה מחומר ראיות נתון ולפיכך להגיע לקביעות
 עובדתיות שונות זו מזו; לא זו בלבד שכושר האבחנה של שופטים
 שונים אינו זהה, אלא שלעתים אין משך שמיעת הראיות והזמן הקצר בו
 עומד עד על דוכן העדים מאפשרים לבית המשפט להגיע למסקנות
 ודאיות במידה מספקת ומה גם שה'אמת' נקבעת אך לפי המציאות כפי
 שהיא עולה מחומר הראיות, העשויה שלא לשקף את המציאות
 "בשטח". בנסיבות אלה יש בהצבת מכשולים ראייתיים 'פורמליים'
 כביכול כדי לאזן את התמונה ולהטות את הכף, במידה מסויימת לעבר
 סטנדרטיזציה בקביעת הממצאים העובדתיים, לתרום לבטחון המשפטי
 ולשמש מעין ערובה קונסטיטוציונית מפני טעות או שרירות; קיומם של
 'מכשולים' פורמליים כאמור, דרוש ביתר שאת בשיטה משפטית כמו
 שלנו, בה קביעת הממצאים העובדתיים מסורה, בדרך כלל, אך לערכאה
 הדיונית ואין בית משפט לערעורים נוהג להתערב בהם אלא במקרים
 מיוחדים ונדירים. ודוק: אין אני מתכוון לומר שכל הוראה 'פורמלית'
 רצויה היא אך בשל היותה כזו, אלא יש לבחון בכל מקרה באיזו מידה
 היא משרתת מטרה רצויה ובאה לאזן סיכונים אותם יש למנוע [...]

אין ספק בדבר שכל שיטה משפטית המעדיפה קיומן של ערובות
 ראייתיות או דיוניות על פני מתן שיקול דעת בלתי מוגבל לבית המשפט
 או השוללת את קיומן משלמת מחיר לטובת רעותה. אכן בכל מקרה שבו
 נוצר עימות בין השיטות שומה על המחוקק או הפרשן, לפי הענין,
 ליצור את נוסחת האיזון המתאימה שתיתן ככל האפשר משקל מתאים
 לאינטרסים ולשיקולים המכחישים זה את זה".

יוער, כי החשש להרשעת שווא אף מתעצם כאשר עסקינן בהודאה, שהרי
 התוספת הראייתית הנדרשת להרשעה על פיה הינה מינימלית.

5. חברתי השופט ד' ביניש דנה בהרחבה בהתפתחותו הפרשנית של סעיף 12
 לפקודת הראיות. ברי כי במקור התפרש הסעיף אך לגבי מקרים שבהם נוצר,
 למצער, ספק באשר לאמינותה של ההודאה. הפסיקה הרחיבה את פרשנותו של
 הסעיף באופן שבנסיבות מסוימות לא היה עוד צורך לברר כיצד השפיעה פעולתו
 של איש הרשות על מהימנותה של ההודאה. הגישה המרחיבה תואמת את התפישה

לפיה פגיעה באוטונומיה של הנחקר (שיהפוך בהמשך לנאשם) או בחופש הבחירה שלו, עומדת בבסיסו של סעיף 12. תוהה אני אם היום, כאשר מתקבלת הדוקטרינה של פסלות ראיות שהושגו שלא כדין, אין מקום לחזור לפרשנות המקורית של סעיף 12. לשון אחר, נשאלת השאלה מדוע לא נותר מחוץ לגדרו של סעיף 12 את המקרים הבעייתיים בהם לא נוצר קושי באשר לאמינותה של הודאה, כך שלגביהם יחולו אותם כללים של הדוקטרינה החלים ביחס ליתר סוגי הראיות.

6. נקודה נוספת שיש ליתן עליה את הדעת נוגעת להבחנה בין הודאת נאשם לבין אמרה של עד (או של נאשם אחר באותו כתב אישום). טול מקרה בו הודאתו של נאשם משמשת אף כראיה נגד נאשם אחר (על פי כתב אישום אחד). נניח כי בשל פגמים שונים בחקירה מחליט בית המשפט כי אין לקבל את ההודאה נגד הנאשם שהודה בשל חשש לאמינותה. האם ייתכן שאותה ראיה עצמה תהא כשרה נגד השותף לכתב האישום? (ראו אלכס שטיין "סעיף 10א לפקודת הראיות ופירושו: התפתחות חיובית או סכנה של עיוות-דין?" [141], בעמ' 339, ה"ש 15–16). דומה שהפסיקה לא הרחיקה לכת עד כדי קביעה כי ניתן יהיה לסמוך על האמרה נגד הנאשם האחר אף אם היא לא נתקבלה כראיה נגד נותנה בשל סוגיית אמינות (הבעיה התעוררה בע"פ 242/85 חזן נ' מדינת ישראל [97]. ראו את דעתו של השופט ש' לוי, בעמ' 526, מול האות ג'). חושש אני כי קבלתה של הדוקטרינה עלולה ליצור מדרון חלקלק שסופו יביאנו לכך שהודאה אשר לא נתקבלה נגד נאשם בשל בעיית מהימנות (לפי סעיף 12 לפקודת הראיות), תהווה בסיס להרשעה נגד אחר (לפי מבחניה של הדוקטרינה הכללית).

על פי עמדתה של חברתי, יש לבחון את חומרת העבירה בגדר כלל השיקולים שעל בית המשפט להביא בחשבון שעה שהוא מחליט כיצד להתייחס לראיה שהושגה שלא כדין. כלומר, ככל שמדובר בעבירה חמורה יותר יקטן הצידוק לפסילתה של הראיה שהושגה בדרך בלתי כשרה. מסכים אני לכך, ובלבד שלא קיימת בעיית מהימנות על פי עילה שהייתה פוסלת הודאה לפי סעיף 12 לפקודת הראיות כפרשנותו המקורית. קשה לקבל שלא ניתן יהיה לסמוך על אותה ראיה במקרה בו האישום הוא בעבירה קלה, בעוד שניתן יהיה לעשות בה שימוש כאשר האישום הוא בעבירה חמורה. השיקול של חומרת העבירה יהיה מותר, אם הנימוק לטענת הפסלות אינו קשור במהימנות. מובן שמהלכים או מעשים מסוימים של גופי החקירה עשויים להיחשב כיוצרים חזקה חלוטה בדבר פגיעה במהימנות (ראו ע"פ 115/82 מועדי נ' מדינת ישראל [36]).

7. אפנה עתה לשתי נקודות הנוגעות לעובדות המקרה. כזכור, למערער לא נאמר על ידי השוטר הצבאי שחקר אותו כי זכאי הוא להיוועץ בעורך דין. איש המשטרה אמר למערער כי זכאי הוא לשתוק. האם בנסיבות אלה יש לפסול את ההודאה שמסר המערער? אין מחלוקת כי החוקר הפר את חובתו ליידע את המערער בדבר זכות ההיוועצות. עם זאת, אין טענה במקרה הנוכחי כי מתעוררת שאלה של מהימנות ההודאה. דעתי היא שהואיל והנחקר היה מודע לזכותו לשתוק, הרי אין הפרת החובה ליידע בדבר זכות ההיוועצות, כשלעצמה, מצדיקה פסילה של ההודאה. אילו נמנע החוקר גם מלומר למערער כי עומדת לו זכות השתיקה, ייתכן ששני המחדלים יחדיו היו מצדיקים פסילתה של ההודאה.

8. הנקודה האחרונה עוסקת בשאלה אם ועד כמה יש ליתן משקל לכוונתו של החוקר, שכזכור נקבע כי נמנע ממכוון מליידע את המערער באשר לזכותו להיוועץ בפרקליט. על פי עמדתה של חברתי השופטת ד' ביניש, הקביעה שעסקינן במחדל מכוון מהווה נסיבה כבדת משקל בעד פסילתה כראיה. על כך אעיר שתי הערות: ראשית, מתקשה אני לראות, לאור נסיבות המקרה, מה הקשר בין כוונתו של החוקר לבין קביעת הפסלות. אפשר שהיה מקום ליתן משקל נכבד לכוונה אלו מטרתו העיקרית של כלל הפסילה הייתה הרתעתית-חינוכית. אולם, לגישתה של חברתי זו אינה המטרה הדומיננטית. שנית, כאשר מדובר באיש משטרה שתפקידו חקירה של חשודים או עדים, כלום ניתן לקבל שמחדל כאמור אינו מכוון?!

9. לפיכך, אילו נשמעה דעתי היינו דוחים את הערעור.

לפיכך הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק דינה של השופטת ד' ביניש.

ניתן היום, ו' באייר התשס"ו (4.5.2006).