

## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 5121/98

בפני : כבוד הנשיא א' ברק  
כבוד המישנה לנשיא (בדימ') מ' חשין  
כבוד השופטת ד' ביניש  
כבוד השופט א' ריבלין  
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה  
כבוד השופט א' א' לוי  
כבוד השופט א' גרוניס  
כבוד השופטת מ' נאור  
כבוד השופט ס' גובראן

המערער : טורי (מיל') רפאל יששכרוב

נ ג ד

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

ערעור על פסק הדין של בית הדין הצבאי לערעורים מיום 13.5.98 בתיק 139/97/9 שניתן על ידי כבוד השופטים : אלוף אילן שיף, תא"ל מנחם פינקלשטיין, אל"מ (מיל') יעקב קדמי

תאריך הישיבה : כ"ט בסיון התשנ"ט (13.6.1999)

בשם המערער : עו"ד אלי זהר, עו"ד רועי בלכר, עו"ד עמית קריספין

בשם המשיב 1 : עו"ד עינת רון

בשם המשיב 2 : עו"ד יהושע רזניק

בשם הסנגוריה הציבורית הארצית : עו"ד קנת מן, עו"ד עמי קובו  
בשם לשכת עורכי הדין בישראל : עו"ד אביגדור פלדמן, עו"ד מיכאל ספרד

### פסק-דין

השופטת ד' ביניש :

לפנינו ערעור על פסק-דינו של בית-הדין הצבאי לערעורים לאחר שניתנה על ידו 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 דיוננו: ראשית, האם בהשראתו הפרשנית של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן גם: חוק היסוד) יש לקבוע כי העדר הודעה כדין בדבר זכות ההיוועצות בעורך-דין, פוסלת בהכרח קבילותה של הודאת נאשם בהתאם לסעיף 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות). שאלה זו עניינה בפרשנות הוראת-סעיף 12 הנ"ל, המתנה קבילותה של הודאה בהיותה "חופשית ומרצון". שנית, האם ניתן להורות על פסילתה של הודאה כאמור מכוח דוקטרינה פסיקתית-הלכתית לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין. טענה זו מעוררת סוגיה עקרונית שעיקרה האם על בית-משפט זה לאמץ בפסיקתו דוקטרינה כללית לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין, ואם כן- מה טיבה של הדוקטרינה ומהם גדריה.

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

#### עיקרי העובדות והשתלשלות ההליכים בתיק

1. ביום 17.12.96, 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 18.12.96 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 בו היה המערער כלוא כי המערער התוודה בפניו על שימוש קודם שעשה בסם, אף כי לא היה ברור מדבריו של המערער אותה עת האם השימוש האמור נעשה עובר לגיוסו לצה"ל או לאחר גיוסו.

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: "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, וזאת במהלך תקופת נפקדותו מהצבא. בשעה 17:30, בטרם נשלמה גביית האמרה, יצא רב"ט אופיר מחדר החקירות ושוחח בטלפון עם מפקד המשטרה הצבאית בחיפה, 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 בפני החוקר הצבאי את המקרים בהם עשה שימוש בסם מסוג קנבוס בהיותו חייל ואף השיב לשאלות החוקר בנוגע להחזקת הסם שנתפס ברשותו בעת קליטתו בכלא. 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.

למחרת, ביום 19.12.96, שוחח המערער בטלפון עם הסנגורית 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.

2. ביום 6.1.97 הוגש לבית-הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוט מטכ"ל (להלן גם: בית-הדין) כתב-אישום כנגד המערער. בשלושת פרטי האישום הראשונים יוחסו למערער עבירות של שימוש בסם מסוכן לפי סעיפים 7(א) ו-7(ג) לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], תשל"ג-1973 (להלן: פקודת הסמים). פרט האישום הרביעי ייחס למערער עבירה של החזקת סם מסוכן לפי אותם הסעיפים בפקודת הסמים.

בפני בית-הדין הודה המערער בפרט האישום הרביעי שעניינו בעבירה של החזקת סם מסוכן, אולם כפר בפרטי האישומים הראשון עד השלישי שעניינם בעבירות של שימוש בסם מסוכן. לשם הוכחת שלושת האישומים האמורים ביקשה התביעה להתבסס על ההודעה הראשונה שנגבתה מהמערער בחקירתו, במסגרתה הודה כי עשה שימוש בסם מסוכן במספר הזדמנויות בהיותו חייל (להלן: ההודאה). בכל הנוגע להודאה זו, לא היתה מחלוקת בפני בית-הדין הצבאי בנוגע לעניינים הבאים: ראשית, התביעה אישרה בפני בית-הדין כי בנסיבות העניין פעל החוקר הצבאי שלא כדין כאשר גבה מהמערער את אימרתו בלא להודיעו קודם לכן כי הוא עצור וכי זכותו להיוועץ עם עורך-דין. לעניין זה נתייחס בהרחבה בהמשך הדברים. שנית, סנגורו של המערער אישר כי הודאת מרשו בפני החוקר הצבאי ניתנה בלא שהופעלו על המערער לחצים חיצוניים בחקירה אשר היה בהם כדי לפגום ברצונו הטוב והחופשי למסור את הודאתו. עוד

הסכים הסנגור כי אם ייקבע שההודאה שנגבתה מהמערער קבילה ויינתן לה משקל מלא, הרי יש בה כדי להוכיח את אשמת מרשו בעבירות שיוחסו לו. הסנגור אף לא חלק על כך שבחומר הראיות קיים דבר-מה נוסף, קרי תוספת ראייתית התומכת באמיתותה של ההודאה האמורה. עיקר המחלוקת בין הצדדים נגעה לשאלת קבילותה של ההודאה שנגבתה תוך הפרת חובת היידוע בדבר זכות ההיוועצות. טענת הסנגור בעניין זה היתה כי מאחר והחוקר הצבאי לא הזהיר את מרשו בדבר זכותו להיוועץ בעורך-דין טרם תחילת החקירה, הרי הודאת המערער נגבתה תוך פגיעה שלא כדין בזכות האמורה ולפיכך אין להתיר הגשתה כראיה.

3. בבית-הדין הצבאי המחוזי התקבלה בדעת-רוב טענת הסנגור 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 כלשהיא על-פי פקודת הסמים.

בפתח נימוקי הכרעת-הדין שניתנו בנפרד, התייחס בית-הדין הצבאי המחוזי לסעיף 12 לפקודת הראיות, המתנה קבילותה של הודאת נאשם בכך שניתנה "חופשית ומרצון". בית-הדין ציין כי בהתאם להלכה הפסוקה של בית-המשפט העליון, אין די בהעדר אזהרה על זכות ההיוועצות כדי לפסול קבילותה של הודאה לפי סעיף 12 הנ"ל, להבדיל מהשפעה אפשרית על משקלה הראייתית של ההודאה. לפיכך, פנה בית-הדין לבחון את טענת הסנגור בדבר פסילת קבילותה של ההודאה מחוץ לגדריו של סעיף 12 לפקודת הראיות. עיקר טענתו של הסנגור בהקשר זה היתה כי נוכח הוראותיו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, על בית-המשפט להורות על פסילתה של ראייה שהושגה תוך פגיעה שלא כדין בזכויות חוקתיות.

דעת הרוב בבית-הדין המחוזי סברה כי דין טענתו האמורה של הסנגור להתקבל. לגישת שופטי הרוב, פיסקת הכיבוד הקבועה בסעיף 11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מחייבת כי בנסיבות מתאימות, תיפסל ראייה שהושגה תוך פגיעה בזכות חוקתית של הנאשם, על-מנת להגן על מעמדה ויושרה 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 שבפניו, 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 בהעדר שינון והטמעה של הנהלים החדשים אותה עת. שופט המיעוט אף ראה לציין כי לאחר תום גביית האמרה, סייע החוקר הצבאי למערער ליצור קשר עם הסנגוריה הצבאית על-מנת לממש את זכותו להיוועץ בעורך-דין. בהתחשב בכך, סבר שופט המיעוט כי עוצמת הפגיעה בזכויותיו של המערער לא היתה קשה וחמורה במידה המצדיקה את פסילת קבילותה של ההודאה.

4. התביעה הצבאית ערערה בפני בית-הדין הצבאי לערעורים כנגד פסילת קבילותה של ההודאה הנדונה, וכנגד זיכוי של המערער בדעת-רוב מהעבירות של שימוש בסם מסוכן.

בית-הדין הצבאי לערעורים (השופטים: א' שיף, מ' פינקלשטיין וי' קדמני) קיבל את הערעור פה-אחד בקובעו כי בנסיבות העניין, אין לפסול את קבילות הודאתו של המערער. עם זאת, שופטיו של בית-הדין נחלקו 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 ולחימה 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 הסנגור, ואף אין בחוק היסוד כדי להורות על אימוצה של דוקטרינה פסיקתית לפסילת ראיות שהושגו תוך 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 חוקתי בשיטת המשפט הישראלית, שכן ממילא הוראת-סעיף 12 לפקודת הראיות מהווה 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, תשט"ו-1955 (להלן: חוק השיפוט הצבאי) "ניתנת בזאת רשות ערעור לפני בית-המשפט העליון".

5. בהתאם לפסק-הדין האמור, הוחזר הדיון לבית-הדין הצבאי של מחוז מטכ"ל. בפני בית-הדין לא חלק הסנגור כי נוכח 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, וזאת בנוסף להרשעתו הקיימת בעבירה של החזקת סם מסוכן. אשר לעונשו של המערער, הרי נוכח 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 כלשהיא לפי פקודת הסמים.

6. נוכח רשות הערעור שנתן בית-הדין הצבאי לערעורים על פסק-דינו, הגישו באי-כוח המערער ערעורם בפני בית-משפט זה. טענתם העיקרית בערעור היתה כי נוכח מעמדה וחיבתה של זכות ההיוועצות בעורך-דין, יש להורות על פסילת ההודאה שנגבתה מן המערער תוך פגיעה שלא כדין בזכות האמורה. ביום 13.9.98 הודיע היועץ

המשפטי לממשלה בתוקף סמכותו לפי פקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש], כי הוא מתייצב בהליך זה שכן מתעוררת במסגרתו "סוגיה שהיא בעלת חשיבות משפטית וציבורית רבה – בתחום דיני הראיות וזכויותיו החוקתיות של החשוד".

בישיבתו של בית-משפט זה ביום 13.6.99 (הנשיא א' ברק והשופטים ת' אור וא' מצא) הוחלט כי הערעור יישמע על דרך של סיכומים בכתב בפני הרכב מורחב של שופטים. לבקשת המערער, נקבע כי הודעת הערעור תשמם כסיכומים בכתב מטעמו. בהתאם להחלטה האמורה, הגישו המשיב 1 – התובע הצבאי הראשי, וכך המשיב 2 – היועץ המשפטי לממשלה, סיכומים בכתב של טיעוניהם בערעור.

7. ביום 25.10.99 הגישה הסנגוריה הציבורית הארצית לבית-משפט זה בקשה להגשת טיעון בכתב מטעמה במעמד של "ידיד בית-משפט". ביום 9.12.99 הגישה לשכת עורכי-הדין 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 והן במערכת השיפוט האזרחית, ויש בה כדי לעורר מגוון רחב של שאלות מורכבות בתחום החוקתי ובתחום הפלילי-ראייתי. בדיון מסוג זה, לסנגוריה הציבורית שתפקידה על-פי חוק הוא ייצוג עצורים ונאשמים במערכת השיפוט האזרחית, וכן ללשכת עורכי-הדין המאגדת את עורכי-הדין הפעילים בישראל, יכולת לסייע לליבון הסוגיות הנדונות. נוכח תפקידם של הגופים האמורים, מומחיותם וניסיונם בייצוג נאשמים, הרי צירופם להליך עשוי לתרום להעמקת הדיון והבהרתו. בהתחשב בכך, ועל-מנת שתוצג תשתית רחבה וכוללת ככל הניתן באשר לשאלות המתעוררות לפנינו, סברנו כי יש מקום לאפשר לסנגוריה הציבורית הארצית וללשכת עורכי-הדין להביע עמדתן בהליך זה.

אשר על כן, החלטנו ללא התנגדות הצדדים, על צירופן של הסנגוריה הציבורית הארצית ולשכת עורכי-הדין בישראל להליך שלפנינו, וקיבלנו את סיכומי טענותיהם (על השיקולים להורות על צירופו של גוף כצד להליך במעמד "ידיד בית-משפט", ראו: דנ"פ 9384/01 מוחמד אל נסאסרה נ' לשכת עורכי הדין של מדינת ישראל

(טרם פורסם), בפסקה 16 לפסק-דין; ע"א 10425/03 מדינת ישראל נ' דיטה שאשא ואח' (טרם פורסם); בג"ץ 769/02 הועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נז(6) 285; מ"ח 7929/96 אהמד קוזלי ו-4 אח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 529, 553-555 והאסמכתאות המובאות שם).

#### טיעוני הצדדים בערעור

8. בטיעוניהם בכתב פרשו 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 אליהם התייחסו בסיכומיהם.

9. הטיעונים מטעם המערער הוצגו לפנינו על-ידי עורכי-דין מטעמה של הסנגוריה 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 כנגד החלטתו של בית-הדין הצבאי לערעורים שלא לפסול את קבילות הודאת מרשם. לשיטת באי-כוח המערער, מאחר והודאת 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 נוכח 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 הפרת הזכות האמורה. סעד זה עשוי להיגזר לשיטת הסנגורים הן מהזכות החוקתית עצמה, והן מסעיפי המטרה, ההגנה והכיבוד הקבועים בהוראותיו של חוק היסוד. לפי אותה גישה, מן הראוי לאמץ דוקטרינת פסילה יחסית המותירה שיקול-דעת בידי בית-המשפט לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין.

בעניינו של המערער, טענו הסנגורים כי מן הדין לפסול את קבילות הודאתו, בין היתר נוכח 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 בה 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.

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 לבית-משפט זה לאמץ פרשנות לפיה אי מתן אזהרה בדבר זכות ההיוועצות תוביל בהכרח לפסילת קבילותה של הודאה שמסר הנאשם בחקירתו. לגישת התביעה הצבאית, מטעמים שפירטה בהרחבה, מן הראוי להתיר על כנה את הפרשנות הנוהגת בהלכה הפסוקה, ולפיה אי מתן אזהרה כדין בדבר זכות ההיוועצות בעורך-דין אינה פוסלת כשלעצמה קבילותה של הודאה לפי סעיף 12 לפקודת הראיות. אשר לשאלת אימוצה של דוקטרינה כללית לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין - טענה התביעה הצבאית כי העדרה 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. נוכח מכלול הטעמים שמנתה, טענה התביעה הצבאית כי דין הערעור להידחות באופן שפסק-דינו של בית-הדין הצבאי לערעורים יוותר על כנו.

11. כפי שצוין לעיל, היועץ המשפטי לממשלה ראה להודיע על התייצבותו בהליך שלפנינו. 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.

בכל הנוגע להוראת-סעיף 12 לפקודת הראיות, הוסיף בא-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 בה, כשלעצמה, כדי לפגום בחופשיות רצונו של הנאשם במסירת הודאתו בחקירה, ואין לראות בה 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.

בכל הנוגע לשאלת אימוצה של דוקטרינה פסיקתית לפסילת ראיות שהושגו לא כדין, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היתה כי אימוץ דוקטרינה כאמור תיצור מהפיכה בתחום דיני הראיות. לפיכך, על-פי הטענה, אם בכלל יש מקום לאימוץ דוקטרינה זו, הרי מן הראוי שהדבר ייעשה בחקיקה של הכנסת ולא בדרך של חקיקה שיפוטית על-ידי בית-המשפט. בא-כוח היועץ המשפטי לממשלה עורר ספק האם מכלול זכויותיהם הדיוניות של חשודים ונאשמים בפלילים אמנם 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, העדרה 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 במסגרת חוק היסוד האמור. מטעמים אלה, הצטרף בא-כוח היועץ המשפטי לממשלה בהסכמה לעמדת התביעה הצבאית לפיה דין הערעור על פסק-דינו של בית-הדין הצבאי לערעורים להידחות.

באי-כוחה של הסנגוריה 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 הסנגוריה 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 הסנגוריה הציבורית, המחקר האמור מלמד כי קיימת תופעה, המהווה על-פי הטענה פרקטיקה רווחת, ולפיה שוטרים נמנעים שלא כדין מלהודיע לנחקרים על זכותם להיוועץ בעורך-דין או דוחים את מתן ההודעה לאחר תום גביית אמרתו של הנחקר, באופן המסכל את יכולתו לממש את זכות ההיוועצות באורח אפקטיבי. על רקע זה, עמדתה העקרונית של הסנגוריה הציבורית הינה כי ראוי שבית-משפט זה יאמץ דוקטרינת פסילה פסיקתית, במסגרתה יהיה רשאי בית-המשפט לפי שיקול-דעתו להורות על פסילת ראיות שהושגו תוך הפרת זכויות-יסוד של נחקרים בהליכים פליליים. לגישת הסנגוריה הציבורית, אימוצה של דוקטרינה כאמור הינו הכרחי לשם הגנה על זכויותיהם של חשודים ונאשמים ולמען שמירה על הגינותו של ההליך הפלילי ועל יושרה ואמינותה של המערכת השיפוטית.

לשכת עורכי-הדין (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-ידו 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 שיטתו המשפטית בשלה לאימוצה של דוקטרינה פסיקתית שתשלול קבילותן של ראיות שהושגו תוך הפרת זכויות חוקתיות של נחקרים. על-פי הטענה, באימוצה של דוקטרינה כאמור יהיה כדי לחנך ולהרתיע חוקרים משימוש באמצעי חקירה שאינם כדין, וכדי להגן באופן יעיל על זכויות האדם ועל אמינותה של המערכת השיפוטית.

12. ניתן, אפוא, לסכם כי לפנינו נפרשו עמדות שונות ביחס למגוון הסוגיות המתעוררות בפרשה שלפנינו – בהן 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, נוכח הוראותיו של חוק היסוד, לפתח דוקטרינה יחסית שתותיר שיקול-דעת בפסילת ראיות שנתקבלו שלא כדין.

## התמשכות ההליך

13. בטרם נפנה לבחינת העמדות שהוצגו לפנינו ולהכרעה בסוגיה הכבדה שהונחה לפתחנו, נציין כי מלאכת כתיבתו של פסק-דיןנו 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 בפסקתו 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"צ 249/82 ועקנין נ' בית-הדין הצבאי לערעורים, פ"ד לז(2) (393, 422)). מדובר בסוגיה אשר ביחס אליה נכתבה ספרות רבה הן בישראל והן 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"צ 249/82 ועקנין הנ"ל, נמנע השופט ברק להידרש לשאלת אימוצה של דוקטרינה כאמור בשיטתנו המשפטית, מן הטעם כי מכלול החומר הרלוונטי לעניין לא נפרש בפני בית-המשפט (שס, שס). עם זאת, באותה פרשה עמד הוא על מקצת מן השאלות המתעוררות בהקשר הנדון, בלא להכריע בהן: "הנפסול ראה, שהושגה בדרכים פסולות, מכול וכול? הנבחין בין ראיות שונות לבין דרכים פסולות שונות? הניתן שיקול-דעת לבית-המשפט? על-פי אלו מבחנים?" (שס, 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 מספר 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 ראיה), התשס"ה-2005 שעניינה מתן שיקול-דעת כללי לבית-המשפט לפסול ראיה שהושגה שלא כדין על-פי אמות-מידה עליהן נעמוד בהמשך הדברים). נוכח 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 והכרעה בהן. עם זאת, כפי שיובהר להלן, אין בפסק-דיננו משום מענה מלא למכלול השאלות הכרוכות בסוגית 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 הכרעתנו בשאלות העקרוניות המתעוררות בערעור זה, כדי לפגוע מהותית במערער.

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

#### זכות ההיוועצות בעורך-דין וחובת היידוע לגביה

##### 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, פ"ד יז(3) 1541, 1570; ע"פ 96/66 טאו נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כ(2) 539, 545-546; עוד ראו: ע"פ 533/82 זכאי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 57, 65; ע"פ 334/86 סבאח נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(3) 857, 865; ע"פ 747/86 אייזנמן נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(3) 447, 453).

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:

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

**"זכות  
העצור  
להיפגש  
עם עורך-  
דין**

חשיבותה של זכות הפגישה וההיוועצות עם סנגור בשלב החקירה נובעת מכך שככלל, חקירה על-ידי אנשי מרות מהווה סיטואציה מורכבת ולוחצת עבור 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 עם עורך-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 המשמעויות הנלוות לאי מסירת גירסה בחקירת המשטרה. כבר נאמר בפסיקתו של בית-משפט זה כי: "הזכות לסנגור טומנת בחובה את האפשרות הלגיטימית שעורך-דין ייעץ לחשוד או לנאשם לשתוק ולא למסור כל הודעה למשטרה" (ע"פ 747/86 אייזמן הנ"ל, בעמ' 452 לפסק-דינו של השופט גולדברג). מטעם זה, נהוג לראות בזכות ההיוועצות בעורך-דין אספקט אחר של זכות השתיקה (ראו: ע"פ 307/60 יאסין הנ"ל, בעמ' 1570; ע"פ 96/66 טאו הנ"ל, בעמ' 546; ע"פ 747/86 אייזמן הנ"ל, בעמ' 452; בג"צ 3412/91 סופיאן עבדאללה נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור חבל עזה, פ"ד מז(2) 843, 847, בפסק-דינו של המשנה-לנשיא אלון; בג"צ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח' נ' השר לביטחון פנים ואח', פ"ד נח(2) 746, 764, בפסק-דינו של השופט ריבלין).

בהמשך לדברים אלה, נעיר כי בפסיקתו של בית-משפט זה הסתמנה בעבר העמדה לפיה הזכות לשתוק ולא לומר דבר, עומדת לא רק לנאשם במשפטו אלא גם לחשוד בחקירתו (ראו למשל: רע"א 5381/91 חוגלה נ' אריאל, פ"ד מו(3) 378, 381, בפסק-דינו של השופט מצא; ע"פ 1382/99, 1486 בלחניס נ' מדינת ישראל (לא פורסם), בפסק-דינו של השופט אילן; רע"פ 3445/01 אלמליח נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(2) 865, 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' גלעד שרון, פ"ד נח(1) 748 בעמ' 756-757 ו-759 לפסק-דינו של המשנה לנשיא אור והאסמכתאות המובאות שם). שאלה זו אינה מתעוררת במקרה שלפנינו, ולפיכך נותרה אף אנו בצריך-עיון.

זכות ההיוועצות בעורך-דין מסייעת, אפוא, לוודא כי העצור מודע למכלול זכויותיו בחקירה. בנוסף לכך, עשוי סנגורו 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 שמואל קריב נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 729, 743, שם עמד הנשיא שמגר על הטעמים המצדדים בנוכחותו של סנגור בעת עריכת מסדר זיהוי לחשוד; כן ראו: ד' ביין "זכותו של חשוד הנתון במעצר לסניגור בהליכי החקירה – לקראת פתרונות של 'פשרה'" הפרקליט לט (תש"ן) 108, 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: י' תירוש "הזכות לייצוג משפטי בחקירה" – כללי הצייד במבחן המשפט המשווה" משפט וצבא 14 (תש"ס) 91, 94-95). נוכח מכלול הטעמים האמורים, אין חולק בדבר מעמדה הרם ומרכזיותה 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 על 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 סנגורו. סייגים אלה מעידים כי כזכויות-יסוד אחרות, אף זכות ההיוועצות בעורך-דין אינה מוחלטת ויש שעליה לסגת מפני זכויות ואינטרסים מתחרים (ראו: בג"צ 3412/91 סופיאן הנ"ל, בעמ' 848 לפסק-דינו של המשנה לנשיא אלון; ע"פ 6613/99 סמירק נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 529, 554; בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נז(2) 349, 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 סנגור ציבורי, וזאת בנסיבות המנויות בהוראת-סעיף 18 לחוק הנ"ל. הגבלת הזכות לייצוג מטעם הסנגוריה הציבורית על-פי העילות המנויות בסעיף 18 לחוק, מושתתת אף היא על התפיסה כי הזכות לייצוג משפטי בכלל והזכות לייצוג משפטי במימון ציבורי בפרט, אינן זכויות מוחלטות ויש לאזן עם זכויות ואינטרסים מתחרים בהתאם לעילות ולתנאים המפורטים בחוק.

#### 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 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"צ 3412/91 סופיאן הנ"ל:

"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 דיין".  
(שם, בעמ' 850).

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 חובת 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, שכוחן נתפס כמנחה בלבד (ראו: ע"פ 69/53 סיק' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ז(2) 801, 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 לעוצרו, 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 הנ"ל, בעמ' 545). בעניין שלפנינו, אין 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.

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

**"הסברת זכויות לעצור"**

32. החליט הקצין הממונה לעצור את החשוד, יבהיר לו מיד את דבר המעצר ואת סיבת המעצר בלשון המובנת לו, ככל האפשר, וכך-

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

(2) ... "

(ההדגשה אינה במקור- ד.ב.).

הוראת-סעיף 19 לחוק הסנגוריה הציבורית, העוסקת במתן הודעה על האפשרות למינוי סנגור ציבורי, קובעת בזו הלשון:

**"הודעה לעצור על אפשרות למינוי סנגור ציבורי"**

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

(ב) ... "

(ההדגשות אינן במקור- ד.ב.).

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

17. בטיעוניהם בפני 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, והאם חובה זו הופרה בעניינו של המערער.

בטיעוניהם עמדו באי-כוח המערער על שתי אפשרויות פרשניות למונח "עצור" בסעיף 32(1) לחוק המעצרים: על-פי הפרשנות המצמצמת, אותה ביקשו הסגורים לדחות, חובת היידוע בדבר זכות ההיוועצות בעורך-דין קמה עם קבלתה של החלטה 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 בו קמה חובת היידוע בדבר זכות ההיוועצות. יתרה מזאת; עיכוב מלאכותי ושלא בתום-לב במסירת ההודעה על המעצר במטרה לדחות באופן מגמתי את מועד חובת היידוע בדבר הזכות להיוועץ בסגור, עשוי כשלעצמו להוות פגיעה בזכויותיו הדיוניות של החשוד על כל המשמעויות הנגזרות מכך. יחד 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 הסגוריה הציבורית, נדרשת כיום פרשנות מרחיבה למונח "עצור" בסעיף 32(1) לחוק המעצרים. על-פי הפרשנות

המוצעת על-ידם, 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 לצרכי חקירה, באופן שחירותו וחופש התנועה שלו מוגבלים; זאת, אף אם לא התקבלה החלטה מצד הקצין הממונה בדבר מעצרו של החשוד. הסנגוריה 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"עד" ל"חשוד" ראו: רע"פ 3445/01 אלמליח נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(2) 865). ואמנם, בקנדה, בדרום-אפריקה ובארצות-הברית חלה חובת היידוע בדבר זכות ההיוועצות בעורך-דין לא רק לגבי עצורים אלא גם לגבי חשודים המעוכבים לצרכי חקירה. אשר למשפט האנגלי - חובת היידוע בדבר זכות ההיוועצות בעורך-דין חלה, ככלל, על "עצור" בהגיעו לתחנת המשטרה (ראו: סעיף 58(1) ל- Police and Criminal Evidence Act, 1984 (להלן: ה-PACE); וכן: PACE, Code of Practice C, Par. 3.1). עם זאת, קיימות נסיבות בהן 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 32(1) לחוק המעצרים עשויה היתה להתעורר בנסיבות העניין שלפנינו, שהרי הודאתו של המערער נגבתה ממנו בהיותו חשוד בעבירות לפי פקודת הסמים ומעוכב לצרכי חקירה, אך בטרם קיבל הודעה בדבר מעצרו בגין עבירות אלה. בנסיבות האמורות, עולה לכאורה השאלה האם בהתאם לסעיף 32(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 לפיה ההכרעה בדבר פרשנותו של המונח "עצור" בסעיף 32(1) הנ"ל אינה דרושה בעניינו של המערער. לפיכך, אף שנוטה הייתי לאמץ את הפרשנות המרחיבה למונח "עצור" בסעיף 32(1) כנטען על-ידי הסנגורים, איני רואה להכריע בסוגיה זו במקרה דנן והיא נותרת בצריך-עיון.

#### הפרת חובת היידוע בעניינו של המערער

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**  
1א227. 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 המחוייבים כאמור בסעיף 227א; לעניין סעיף זה, 'לפי הדין'- לרבות לפי ההלכה הפסוקה".  
(ההדגשה אינה במקור- ד.ב.).

הנה כי כן, בנוגע לחקירת חיילים על-ידי שוטרים צבאיים, קבע המחוקק מפורשות כי הזכות להיוועץ בעורך-דין וחובת ההודעה על 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, ביחס לחיילים גם נקבע בחוק השיפוט הצבאי הסדר לפיו כל נחקר שהוא חייל וצפוי להיעצר וכן כל נאשם שהוא חייל זכאים לייצוג על-ידי הסנגוריה הצבאית (ראו: סעיף 227א(6) וסעיף 316 לחוק האמור).

19. הוראת-סעיף 1א227 הנ"ל לחוק השיפוט הצבאי התקבלה בשנת 1998 במסגרת תיקון 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 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 18.12.96 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. נוכח 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 האם אי אזהרתו של המערער בפתח חקירתו בדבר זכותו להיוועץ בסנגור, 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, תתכנה גישות שונות בנוגע לשאלה אילו 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 (טרם פורסם), בפסקה 9 לפסק-דין; לגישה הקוראת לזהירות בהרחבת היקף הזכויות הנכללות בכבוד האדם וחירותו בלא שנימנו במפורש בחוק היסוד, ראו: בג"צ 453/94, 454 שדולת הנשים בישראל נ' שר התחבורה ואח', פ"ד מח(5) 501, 535-536, בפסק-דינו של השופט זמיר; א' בנדור "בגנות היחסיות של זכויות יסוד", משפט וממשל ד (תשנ"ז) 343, 344; ה' סומר "הזכויות הבלתי מנויות- על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח (תשנ"ז) 257, 267, 331, 337; לגישה המצדדת בהכללת זכויות דיוניות של חשודים, עצורים ונאשמים בפלילים בזכות החוקתית לכבוד ולחירות, ראו: א' ברק פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית (תשנ"ד, כרך ג) 431-433 (להלן: ברק – פרשנות חוקתית); מ' אלון "חוקי היסוד- עיגון ערכיה של מדינת יהודית ודמוקרטיית" מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 27, 34 (להלן: מ' אלון); ע' גרוס "הזכויות הדיוניות של החשוד או הנאשם על-פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 155, 156, 179 (להלן: גרוס – זכויות דיוניות); י' קרפ "המשפט הפלילי - יאנוס של זכויות האדם: קונסטרוקציונליזציה לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מב (תשנ"ה) 64, 80-82; לאמירות בפסיקתו של בית-משפט זה לפיהן זכות ההיוועצות בעורך-דין מהווה זכות חוקתית בהיותה נגזרת מכבודו של העצור ומחירותו, ראו: בג"צ 3412/91

סופיאן הנ"ל, בעמ' 847-848, ו-850 בפסק-דינו של המשנה לנשיא אלון; בג"צ 6302/92 רומחיה נ' משטרת ישראל ואח', פ"ד מז(1) 209, 212 בפסק-דינו של הנשיא ברק; בש"פ 5136/98 נחום מנבר נ' מדינת ישראל (לא פורסם); בג"ץ 3239/02 מרעב הנ"ל, בעמ' 380 לפסק-דינו של הנשיא ברק; בג"צ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח הנ"ל, 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: *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966) (להלן: הלכת *Miranda*); כן ראו: *W. R. LaFave & J.H. Israel Criminal Procedure* (2th ed., 1992) 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 איננו נדרשים להכרעה בסוגיה המקיפה והמורכבת הנוגעת למעמדן החוקתי של זכויותיהם הדיוניות של חשודים, עצורים ונאשמים בפלילים, אף שנראה כי בפסיקתנו מסתמנת הגישה לפיה 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 אינני 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 ניתן לקבוע כי בהשראתם של חוקי היסוד התחזק מעמדה של הזכות האמורה והחובה להתחשב בה; זאת, נוכח זיקתה האפשרית לכבודו ולחירותו של הנחקר ובהתחשב בהיותה חלק מהזכות להליך פלילי הוגן עליה נעמוד בהרחבה בהמשך הדברים. בהתחשב בכך, העדר הודעה כדין בדבר הזכות להיוועץ בעורך-דין עשויה בנסיבות מתאימות להוביל לפסילת הודאה שמסר הנאשם בחקירה. מהו הבסיס הנורמטיבי לכך ובאילו 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 נאשם כראיה** 477. לא יקבל בית דין צבאי הודאת נאשם כראיה, אלא אם שוכנע כי ניתנה על ידי הנאשם מרצונו 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 מסקנותינו 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 והמערער לא הוזהר כדין בפתח חקירתו בדבר זכותו להיוועץ בעורך-דין, הרי ההודאה 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 האם 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 קבילותה של הודאת נאשם כנטען על-ידי הסנגורים.

פרשנות סעיף 12 לפקודת הראיות עובר לחוק היסוד

23. כלל הפסילה הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות מקורו במשפט המקובל האנגלי (ראו: *Ibrahim v. R.* [1914] A.C. 599). 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' מסיקה, פ"ד מט(2) 669, 677-678 והאסמכתאות המובאות שם; לדעה לפיה כלל הפסילה המעוגן בסעיף 12 לפקודת הראיות חל גם על הודאות שנמסרו בפני מי שאיננו איש מרות, ראו: ' קדמי על הראיות (תשס"ד, כרך א) 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 פיזית שהם אינהרנטיים למצב בו הוא 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"צ 5100/94 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד נג(4) 817, 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 היתה משפטית-טכנית; לפיה, 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 סיק' הנ"ל, בעמ' 808; ע"פ 636/77 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(3) 768, 774; ע"פ 4427/95 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 557, 564; ע"פ 6613/99 סמירק הנ"ל, בעמ' 541; דנ"פ 4342/97, 4530 אל עביד נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 736, 837, 865).

השאלה מהו "לחץ חיצוני" פסול שיש בו כדי לשלול את יכולת הבחירה של הנאשם בחקירתו, תידון בהמשך הדברים. בשלב זה של הדיון, רואים אנו להדגיש כי אף אם הוכח שהודאה שמסר נאשם בחקירתו קבילה כראיה בהיותה "חופשית ומרצון",



על בית-המשפט להוסיף ולבחון את משקלה ומהימנותה של ההודאה. זאת מאחר ו"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, פ"ד מה(4) 441, 448).

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 (תשנ"ה), בעמ' 8-10 (להלן: דו"ח הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד); ב' סנג'רו "ההודאה כבסיס להרשעה - האמנם 'מלכת הראיות' או שמא קיסרית הרשעות השווא" עלי משפט ד (תשס"ה) 245, 249 ואילך; על הגישה השלטת בפסיקתנו לפיה הודאת נאשם מהווה ראיה להוכחת אשמה בפלילים אשר קבילותה ומשקלה יבחנו בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה לגופו, ראו: דנ"פ 4342/97, 4530 אל עביד הנ"ל בעמ' 819-820 מפי השופט אור, בעמ' 834-833 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, 4530 אל עביד 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 בכפוף 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 ומנסיבות 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 שניגבו תוך שימוש באמצעי חקירה שעיקרם כפיה ואלימות או

איום בהם, וכן כדי לפסול הודאות שנגבו תוך שימוש בתחבולה או פיתוי בלתי הוגנים. אותה עת, התפיסה השלטת בפסיקה היתה כי מבחן "חופשיות הרצון" נועד להגן על אמינותן של הודאות שנמסרו בפני אנשי מרות. לפי אותה תפיסה, אמצעי חקירה פסולים, כגון: אלימות, כפייה ואיומים או דברי פיתוי והבטחה מצד איש מרות, עלולים להוביל למסירת הודאות שקר ולפיכך יש לפסול 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* (8<sup>th</sup> ed., 1995) 664 (להלן: *Cross & Tapper, 1995*); M.A. Godsey "Rethinking the Involuntary Confession Rule: Toward a Workable Test for Identifying Compelled Self-Incrimination" 93 *Cal. L. Rev.* (2005) 465, 481-482; על כך שבית-משפט זה בשנותיו הראשונות אימץ מהמשפט המקובל את התפיסה לפיה כלל הפסילה הנדון נועד להגן על אמינות ההודאות, ראו: ע"פ 2/48 אל-לוג' נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד א(1) 92, 96-97 מפי השופט ש.י. חשין; ע"פ 307/60 יאסין הנ"ל, בעמ' 1554; ע"פ 242/63 קריתי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(3) 477, 497-498, מפי השופט הלוי; ע"פ 270/65 קיסי ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יט(3) 561, 566, מפי השופט זוסמן).

עם השנים, הוסט הדגש מאמצעי כפייה ואלימות פיזית שנתפסו 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 בה נקטו גורמי החקירה עם קבלת הראיה במשפט. בנוסף, 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: ע' גרוס "כלל פסילה חוקתי - האם יש לו מקום בישראל?" משפטים ל (תשנ"ט) 145, 156-157 (להלן: ע' גרוס - כלל פסילה חוקתי); א' הרנון "ראיות שהושגו שלא כדין: מבט השוואתי" ספר לנדוי (א' ברק וא' מזוז עורכים, תשנ"ה, כרך ב) 983, 1018 (להלן: הרנון - מבט השוואתי); עוד ראו והשוו: א' שטיין "מקורות ותיאוריה בעשיית משפט" משפטים כט (תשנ"ח) 5, 6-8; על ההתפתחות בהבנת הטעמים למבחן "חופשיות

הרצון" במשפט המקובל האנגלי טרם חקיקתו של ה-PACE, ראו: *Cross & Tapper*, 1995 הנ"ל, בעמ' 666-668).

25. החל מסוף שנות ה-70 של המאה הקודמת הסתמנו שלוש גישות פרשניות ביחס לטעמיו 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.

לפי גישה פרשנית אחת שדוברה העיקרי בפסיקתנו היה הנשיא לנדוי, אמצעי חקירה פסולים מן הסוג של אלימות פיזית, איומים, דברי פיתוי והבטחה לא הוגנים או הפעלת לחצים פסיכולוגיים אסורים על הנאשם בחקירתו, שוללים מיניה וביה את קבילות הודאתו נוכח 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, פ"ד ל(3) 197, 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, האם 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 בגבית 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, פ"ד לג(3) 376, 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,

168 מועדי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 197, 249; עוד ראו פסק-דינו של השופט ח' כהן בע"פ 183/78, 191/79 אבו מידג'ם נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(4) 533).

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 המשטרה. דומני כי המחלוקת בינינו אינה אלא על עדיפויות: לסברת חברי הנכבד [הנשיא מ' לנדוי-ד.ב.] עדיפה ההגנה על כבוד האדם וזכויותיו היסודיות, ואילו לדידי עדיפה ההגנה על שלום הציבור."

(ע"פ 183/78, 191/79 אבו מידג'ם הנ"ל, בעמ' 546 - 547)

גישה פרשנית שלישית ביחס להוראת-סעיף 12 לפקודת הראיות נקבעה בע"פ 115/82, 168 מועדי הנ"ל בפסק-דינו של השופט גולדברג (בעמ' 222-224). גישה פרשנית זו היוותה דרך-ביניים בין שתי הגישות הפרשניות האחרות עליהן 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 האם היה באמצעי החקירה הפסול כדי לשלול את חופשיות רצונו של הנאשם במסירת הודאתו, שאז תיפסל קבילות ההודאה מחשש לאמיתותה. עם זאת, במקרים בהם 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 בהם 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 האם 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, 168 מועדי הנ"ל (ראו למשל: פסק-דינו של השופט חלימה בע"פ 154/85 אברושמי נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(1) 387; דברי הנשיא שמגר בד"נ 3081/91 קוזלי הנ"ל בעמ' 448-446; וכן: דברי המשנה-לנשיא מצא ברע"פ 3268/02 קוזלי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם), בפסקה 28).

26. לצורך הדיון שלפנינו ראוי להדגיש כי לפי שלוש הגישות הפרשניות עליהן 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 בהם נקבע כי העדר הודעה כדין בדבר זכות השתיקה לא יביא בהכרח לפסילת הודאה שנמסרה בחקירה, אף כי הקפדה על אזהרת החשוד טרם גביית אמרתו תקל על בית-משפט בבואו להכריע בדבר קבילות ההודאה ומשקלה, ראו: ע"פ 307/60 יאסין הנ"ל, בעמ' 1556; ע"פ 161/77 זוהר נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(1) 326, 329; ע"פ 450/82 אבו-עין טריפי נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(2) 589, 603; ע"פ 1382/99, 1486 בלחניס נ' מדינת ישראל (לא פורסם), בפסק-דינו של השופט אילן ובפסק-דינו של השופט קדמי; לפסקי-דין בהם 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 הנ"ל, בעמ' 46-65 ו-68 לפסק-דינו של הנשיא שמגר; ע"פ 747/86 אייזנמן הנ"ל, בעמ' 454 לפסק-דינו של השופט גולדברג; ע"פ 6021/95 גומז-קרדוסו ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 769, 784-785, בפסק-דינו של השופט מ' חשין; ע"פ 6613/99 סמירק הנ"ל, בעמ' 545-555; יצוין כי המקרים בהם 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, פ"ד לג(1) 297, 300-301, בפסק-דינו של המ"מ לנשיא לנדוי; ע"פ 611/80 מטוטיאן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 85, 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:

**"הודאת  
נאשם  
מרצונו  
הטוב**

478. העובדה שאמרת נאשם שיש בה הודאה נתקבלה 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 נוכח 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 והן במדינות נוספות שאימצו את המבחן האמור מהמשפט המקובל האנגלי. הטיעונים המרכזיים שהושמעו כנגדו 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: מ' לנדוי "הערות על הצעת חוק הראיות המתוקנת" משפטים טז (תשמ"ו) 17, 26; דו"ח הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד הנ"ל, בעמ' 12; עוד ראו: *Lafave & Israel* הנ"ל, בעמ' 298-299; *Godsey* הנ"ל, בעמ' 469-471; *M. Zander The Police and Criminal Evidence Act 1984* (London, 4<sup>th</sup> ed., 2003) 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* הנ"ל בעמ' 294). לאחר שהתקבלה הלכת *Miranda* - אשר כלליה הפכו להיות המבחן המרכזי 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 העדר אזהרה והודעה על זכות ההיוועצות. לאחרונה חלה הפחתה ניכרת במעמדו של מבחן "חופשיות הרצון" כאמת מידה מספקת לקבילות, וזאת נוכח פסיקתו של בית-המשפט הפדרלי העליון בפרשת *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000) (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* בנוגע לקבילותן של הודאות נאשמים. נוכח הלכת *Dickerson*, דומה כי בשיטת המשפט האמריקאית 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* [2000] 2 S.C.R. 3 (להלן: פרשת *Oickle*) אליו נשוב ונתייחס בהמשך הדברים).

28. בניגוד למדינות המשפט המקובל בהן אומץ מבחן "חופשיות הרצון" בדרך פסיקתית, הרי בשיטתנו המשפטית עוגן המבחן האמור מלכתחילה בחוק החרות (ראו: סעיף 9 לפקודת העדות המנדטורית אשר הוחלף בשנת 1971 בסעיף 12 לפקודת הראיות). משך השנים, נעשו מספר ניסיונות להציע תיקוני חקיקה מקיפים לפקודת הראיות, במסגרתם 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' א' ידין שפורסמה ב- הפרקליט

לד (תשמ"א) 137, 147; סעיף 37 על שתי גירסאותיו בהצעת חוק הראיות, התשמ"ה-1985 שנוסחה על-ידי ועדה בראשותו של הנשיא מ' לנדוי ופורסמה ב-משפטים טז (תשמ"ו) 3; ד"ח הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד הנ"ל, בעמ' 11-19, וכן דעת-המיעוט של פרופ' קרמניצר, שם, בעמ' 58-64; עוד ראו: הצעות-חוק פרטיות שונות לתיקון סעיף 12 לפקודת הראיות, בפיסקה 13 לעיל).

בעניין שלפנינו, אינני רואה להתייחס לטיעוני הביקורת שהושמעו כנגד 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 האם לאחר קבלתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מן הדין לשנות מהפרשנות שניתנה בהלכה הפסוקה להוראת-החוק האמורה. לבחינתה של שאלה זו נפנה כעת.

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, פ"ד מט(3) 355 ובדנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589. 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, בצינונו 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 הנ"ל, בעמ' 643; ההדגשה במקור- ד.ב.).

בפרשת גנימאת הסתמנו, אמנם, הברדלי 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 הנ"ל, בעמ' 652-655, אל מול עמדתו של השופט מ' חשין, שם, בעמ' 639-643; עוד ראו: בג"צ 7357/95 ברקי פטה המפריס (ישראל) בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 769, 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.

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 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, לפיה חזקה על כל דבר חקיקה כי הוא נועד לקיים ולהגן על זכויות האדם. יחד עם זאת, טרם חוקי היסוד לא היתה בפסיקתו של בית-משפט זה תמימות דעים בנוגע לשאלה האם ובאילו 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 לפיה הודאה שנגבתה באמצעים פסולים אינה הודאת אמת (ראו: דבריו של הנשיא לנדוי בע"פ 347/75 הירש הנ"ל, בעמ' 200; עוד ראו: ע"פ 115/82, 168 מועדי 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 נתפסה כתכלית מרכזית ועצמאית של סעיף 12 הנ"ל, ומרכז הכובד הרעיוני של כלל הפסילה הנדון הושם על החשש מפני קבלתן של הודאות-שווא כראיה (ראו בהקשר זה: גרוס – כלל פסילה חוקתי הנ"ל, בעמ' 157; מ' מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 503, 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 ותפיסות-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, פ"ד מה(4) 529, 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.

32. חוק היסוד יצר הזדמנות למבט פרשני מחדש 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. משמעות הדבר הינה כי בנסיבות מתאימות שיפורטו להלן, תיפסל קבילותה של הודאה לפי סעיף 12 הנ"ל בשל הפגיעה שלא כדין בזכויותיו של הנחקר, וזאת אף כאשר אין מתעורר חשש בדבר אמיתות ההודאה.

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.

על רקע זה, מתעוררת השאלה מה הן זכויות הנחקר עליהן 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 חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הוסיף ותרם לביצור מעמדן - הזכות לשלמות הגוף והנפש של הנחקר והזכות לאוטונומיה של הרצון החופשי.

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 כזכויות-יסוד בסיסיות הכלולות "במגילת הזכויות השיפוטית" (ראו: דבריו של השופט ברק בבג"צ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294, 298 והאסמכתאות המוזכרות שם). כפי שצוין לעיל, ההכרה בזכויות אלה השפיעה על פרשנותו של סעיף 12 לפקודת הראיות עוד בטרם התקבל חוק היסוד (ראו למשל: גישתם הפרשנית של הנשיא לנדוי ושל השופט גולדברג, בפסקה 25 לעיל). עם חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, נקבע במסגרתו מפורשות 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 לפיה 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, פ"ד מו(4) 487, 490; עוד ראו: ברק - פרשנות חוקתית הנ"ל, בעמ' 420).

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; זאת, 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, 168 מועדי 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" עשוי להיות רחב מבעבר. זאת, נוכח השפעתו הפרשנית של חוק היסוד ובהתחשב במשפט הבינלאומי ההסכמי שישראל צד לו. (ראו והשוו: פסק-דינו של הנשיא ברק בבג"צ 5100/94 הועד הציבורי נגד עינויים הנ"ל; עוד ראו והשוו: דעת-המיעוט של פרופ' קרמניצר בדו"ח הועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד הנ"ל, בעמ' 58-64).

בנסיבות עניינו של המערער, לא הועלתה טענה לפיה 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 אוטונומיה 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 מתפיסת 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"צ 7357/95 ברקי פטה המפריס (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) 842, 837 באומרו כי: 'כבוד האדם משתקף, בין היתר, ביכולתו של יצור אנוש בתור שכזה לגבש את אישיותו באופן חופשי, כרצונו, לבטא את שאיפותיו ולבחור בדרכים להגשמתן, לבחור בחירותיו הרצוניות, 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", פ"ד נג(4) 571, 526).

(על מעמדה החוקתית של הזכות לאוטונומיה של הרצון החופשי ראו עוד: דבריו של השופט גולדברג בדנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני ואח', פ"ד נ(4) 661, 723-724; דברי השופט ריבלין בבג"צ 8111/96 הסתדרות העובדים החדשה נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ, פ"ד נח(6) 481, 595-597; דבריו של השופט מ' חשין בבש"פ 92/00

פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 240, 250; א' ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא (תשנ"ג) 271, 277-279 (להלן: ברק – כבוד האדם כזכות חוקתית); ח' כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית – עיונים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט-טפ"ר היובל (תשנ"ד) 9, 38; יצוין כי לגישתה של י' קרפ, נכללת הזכות הגרעינית לאוטונומיה של הרצון החופשי - להבדיל מהזכויות הנגזרות ממנה - בגדר המעגל הפנימי של הזכות החוקתית לכבוד וחירות. ראו: י' קרפ "מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" משפטים כה (תשנ"ה) 129, 142).

בהתחשב בכך, פגיעה משמעותית וחמורה באוטונומיה 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 שעניינם 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 משמעותית באוטונומיה הרצון של הנאשם במסירת הודאתו. לפיכך, פגיעה מן הסוג האמור היא שתוביל לפסילת קבילותה של הודאה בהתאם לסעיף 12 הנ"ל, והכל בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה לגופו. מסקנה פרשנית זו עולה בקנה אחד עם פסיקתו של בית-משפט זה עובר לחוק היסוד, לפיה יש לבחון בכל מקרה על-פי נסיבותיו, האם השימוש באמצעי החקירה הפסול הוביל לשלילת הרצון החופשי ויכולת הבחירה של הנאשם במסירת הודאתו (ראו: דבריו של השופט גולדברג בע"פ 115/82, 168 מועדי הנ"ל, בעמ' 224-225; דבריו של הנשיא י' כהן, שם, בעמ' 251-252; דבריו של השופט אלון, שם, בעמ' 263-268). עם זאת, בעוד שבעבר ההצדקה שניתנה לפסילתה של הודאה לפי סעיף 12 נשענה על ההנחה לפיה שלילת חופש הבחירה של הנחקר מקימה בהכרח חשש לאמינות הודאתו, הרי על-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 פסילה חוקתית הנ"ל, בעמ' 156 ו-179; י' קדמי על הראיות (תשס"ד, כרך א) 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 ופגיעה בזכויות אלה עלולה לפגוע באופן מהותי בחופש הרצון והבחירה של הנחקר במסירת הודאתו. כך למשל, יהיה מקום לפסילתה של הודאה לפי סעיף 12, בנסיבות בהן 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 האם לשתף פעולה עם חוקריו.

אין באמור כדי להפחית מכך שבבסיס ההגנה על זכות השתיקה ועל זכות ההיוועצות בעורך-דין מונחים טעמים נוספים מעבר להגנה על אוטונומית 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: רע"פ 8600/03 גלעד שרון הנ"ל, בעמ' 759 לפסק-דינו של המשנה-לנשיא אור; עוד ראו: ב' שטיינברג "מה נותר מן האזהרה על זכות השתיקה?" הפרקליט מח (תשס"ה) 163, 165-169; ע' גרוס "החיסיון מפני הפללה עצמית - האמנם ציון דרך במאבקו של האדם הנאור לקידמה?" מחקרי משפט ז (תשמ"ט) 67, 172-181; *Lafave & Israel*; הנ"ל בעמ' 43; A.R. Amar & R.B. Lettow "Fifth Amendment First Principles: The Self Incrimination Clause" 93 *Mich. L. Rev.* (1995) 857; 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 לפיה 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 באוטונומית הרצון החופשי של הנחקר. בהתאם לכך, פגיעה שלא כדין בזכות השתיקה או בזכות ההיוועצות בעורך-דין תוביל לפסילת קבילותה של הודאת נאשם במסגרת סעיף 12 הנ"ל, רק כאשר יש באותה פגיעה על-פי אופיה ועוצמתה בנסיבות העניין, כדי לפגוע באופן חמור בחופש הבחירה ובאוטונומית 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 משמעותי יכולתו של הנאשם לבחור האם לשתף פעולה עם חוקריו (ראו: פסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן בע"פ 5825/97 שלום נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 933, 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: א' בנדור "גבייה של הודאת נאשם וקבילותה – מטרות, אמצעים ומה שביניהם" פלילים ה (תשנ"ו) 245, 265, 269).

36. סיכומם של דברים; אף שמקבלת אני את עמדתם של באי-כוח המערער לפיה יש לפרש את הוראת-סעיף 12 לפקודת הראיות בהשראתו של חוק היסוד, יש לדחות את טענתם לפיה 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 ללשונה 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 באוטונומית 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 בהן 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 דגן הוכחה פגיעה משמעותית בזכות ההיוועצות של המערער, בין היתר בהתחשב בקביעתו של בית-הדין הצבאי לפיה החוקר נמנע 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 האם נפגע באופן משמעותי 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 סנגורית צבאית, הוא בחר להשיב לשאלות החוקר בעת גביית אמרתו השנייה (ת/5). בנסיבות אלה, אין לומר כי אי מתן ההודעה כדין בדבר זכות ההיוועצות הובילה לפגיעה מהותית באוטונומית 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, פ"ד נו(3) 274, 283, שם קבעה השופטת נאור כי נוכח 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 משמעותית בזכות לאוטונומית 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 דיוננו. שאלה נפרדת שיש להכריע בה הינה האם אי מתן ההודעה כדין בדבר זכותו של המערער להיוועץ בעורך-דין, צריכה להוביל לפסילת הודאתו בהתבסס על דוקטרינה פסיקתית לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין וזאת 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 במסגרת הודעת הערעור שהוגשה לפנינו היתה 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 רשויות אכיפת החוק. לשאלה מהן ראיות שהושגו "שלא כדין" נתייחס בהרחבה בהמשך הדברים. בשלב זה של הדיון ומבלי למצות את העניין, נציין כי מדובר בראיות שהושגו באמצעי חקירה המנוגדים להוראה הקבועה בחוק, בתקנה או בנוהל מחייב, או תוך פגיעה שלא כדין בזכות יסוד מוגנת.

הטענה בדבר הצורך באימוצה של דוקטרינת פסילה פסיקתית, מעוררת מספר 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 האם 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.

קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין טרם חוקי היסוד

39. נקודת המוצא לדיוננו בסוגית 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 עליה עמדנו בהרחבה לעיל. השנייה, הוראת-סעיף 13 לחוק האזנת סתר, תשל"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 תשנ"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:

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

(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."

כלל פסילה חקיקתי שלישי קבוע בסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"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, כי על דרך הכלל, יש לפסול ראייה שהושגה תוך פגיעה שלא כדין בפרטיות. עם זאת, כלל הפסילה הינו יחסי במובן זה שהוא מאפשר קבלת ראייה כאמור, אם הנפגע הביע הסכמתו לכך; אם בית-המשפט, על-פי שיקול-דעתו, התיר שלא לפסול את הראייה מטעמים שיירשמו; או כאשר יש לפוגע הגנה או פטור לפי החוק.

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, 168 מועדי הנ"ל, בעמ' 262 לפסק-דינו; עוד ראו: ע"פ 480/85, 527 קורטאם נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 673, 691 מפי השופט בך; בג"צ 3815/90 גילת נ' רוני מילוא-שר המשטרה, פ"ד מה(3) 414, 420 מפי השופט ש' לוי; וכן: ע"פ 1302/92 מדינת ישראל נ' נחמיאס ואח', פ"ד מט(3) 309, בעמ' 321 לפסק-דינו של השופט בך ובעמ' 341 לפסק-דינו של השופט מצא).

התפיסה שהשתרשה בפסיקתו של בית-משפט זה טרם חוקי היסוד, היתה כי כל עוד לא נקבע אחרת בחוק, אין לפסול קבילותה של ראייה 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 ראייה, שכשרה ומהימנה היא כשלעצמה אך הושגה באמצעים פסולים ובלתי חוקיים, קבילה היא..." (ע"פ 115/82, 168 מועדי הנ"ל, בעמ' 262; לדברים דומים ראו גם: ע"פ 476/79 (המ' 658/80) בולוס נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 785, 801-802 מפי השופט שמגר; ע"פ 16/82 מלכה נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(4) 309, 317-320 מפי השופט בייסקי; ד"נ 9/83 בית-הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין, פ"ד מב(3) 837, 855 מפי המשנה-לנשיא אלון). לפי אותה תפיסה, אי החוקיות מהווה שיקול לעניין קביעת משקלה של הראייה, ובמקרים קיצוניים עשויה היא להפחית ממשקלה עד לאפס; אולם אין בה כדי להשפיע על קבילות הראייה.

ההלכה האמורה של בית-משפט זה תאמה בעיקרה את הגישה המסורתית שנהגה במשפט המקובל האנגלי, ולפיה אי חוקיות בהשגת ראייה 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 ראייה, בנסיבות בהן קבלתה היתה בלתי הוגנת כלפי הנאשם (ראו: *Kuruma v. The Queen* [1955] A.C. 197, 204 (להלן: הלכת *Kuruma*)). עם זאת, ההלכה האמורה כמעט ולא יושמה בפסיקה האנגלית, ושיקול-הדעת לפסילת ראיות במסגרתה הופעל

במקרים נדירים ויוצאי-דופן בלבד (ראו בעניין זה: C. Tapper Cross & Tapper – 498 *On Evidence* (9<sup>th</sup> ed. 1999) (להלן: Cross & Tapper, 1999); עוד ראו: ע"פ 476/79 בולוט הנ"ל, בעמ' 802-800 מפי הנשיא שמגר; בג"צ 249/82 ועקנין הנ"ל, בעמ' 402-401 לפסק-דינו של השופט בך; וכן: הרנון - מבט השוואתי הנ"ל, בעמ' 990-988).

40. ההלכה הפסוקה לפיה אופן השגת הראיה אינו משפיע לעניין קבילותה, מעוגנת בעיקרה בשני טעמים. ראשית, בפסיקתנו שלטה התפיסה לפיה תכלית 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 קניד נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (3) 505, 516-517; דברי השופט אור בע"פ 5614/92 מסיקה הנ"ל, בעמ' 681). יודגש כי חשיפת האמת העובדתית לא נתפסה מעולם כמטרה בלעדית או מוחלטת של דיני הראיות בפלילים, בהתחשב בקיומם של אינטרסים וערכים מתחרים עליהם נעמוד בהמשך הדברים. עם זאת, על-פי הגישה שהיתה מקובלת עימנו עובר לחוקי היסוד, משקלה של התכלית בדבר חשיפת האמת העובדתית היה ניכר, באופן שסטייה ממנה לטובת הגנה על ערכים ואינטרסים נוגדים נתפסה כחריג שהיו שסברו כי הוא מצריך חקיקה מפורשת (ראו: דבריו של השופט אלון בע"פ 115/82, 168 מועדי הנ"ל, בעמ' 259-262 לפסק-דינו). בהתאם לכך, הגישה שהתקבלה בהלכה הפסוקה היתה כי ככלל, אין למנוע מבית-המשפט מידע רלוונטי לבירור חפות או אשמה, ולפיכך אופן השגתה של ראיה אינו משפיע על קבילותה אלא על משקלה בלבד.

שנית, עד שנות השמונים התאפיינו דיני הראיות שלנו בכללי קבילות פורמליסטים שנועדו להגן על אמינות תוכן של ראיות המוגשות לבית-המשפט. הכלל הפוסל עדות שמיצה היה אחד מכללי הפסילה המרכזיים בהקשר זה, שנשאב בשעתו אל שיטתנו המשפטית מן המשפט המקובל האנגלי. החל משנות השמונים של המאה העשרים החלה להתפתח במשפטנו מגמה חדשה שהתפתחה במגביל לשינויים שחלו גם בשיטות המשפט האנגלו-אמריקני, שיטות שמסורתן קרובה לשלנו. עיקרה של אותה המגמה היה צמצום הסייגים הפורמליים החלים על קבילותן של ראיות, על-מנת להותיר בידי בית-המשפט סמכות להחליט בדבר אמינותן ומשקלן. לפי אותה תפיסה, צמצומם 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, במסגרתו 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 בצינונו כי:

"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 הראיה. הווי אומר, במקום מחסום הקבילות, שהיקפו הולך אט אט ומצטמצם, התפתחה בעולם המשפט האנגלו-אמריקני הגישה, המבכרת בדיקה עניינית של כל ראיה רלוונטית על ידי הערכאה השיפוטית. במקום סייגים פורמאליסטיים באה בדיקת האמינות (trustworthiness). בכך יש משום התקרבות בין שיטות המשפט האנגלו-אמריקניות והקונטיננטליות".

(דנ"פ 4390/91 מדינת ישראל נ' חג' יחיא, פ"ד מז(3) 661, 671).

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 ראיה 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 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, פ"ד מח(1) 62, 80; וראו עוד: ד"נ 23/85 טובול הנ"ל, 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, פ"ד מג(4) 529, 532-533; דברי השופט אור בע"פ 5614/92 מסיקה הנ"ל, בעמ' 680-681 והאסמכתאות המובאות שם; דברי בע"א 2515/94 עו"ד יוסף לוי נ' עיריית חיפה ואח', פ"ד נ(1) 723, 730-733; דברי השופט שטרסברג-כהן בבג"צ 6319/95 חכמי נ' שופטת בית משפט השלום בתל-אביב-יפו ואח', פ"ד נא(3) 750, 760-761). מגמת המעבר מכללי קבילות להערכה מהותית של ראיות, השפיעה אף היא במידה מסוימת על עיצוב עמדתו העקרונית של בית משפט זה לפיה דרך השגתה של ראיה 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 למשל: ד"נ 9/83 ועקנין הנ"ל וכן ע"פ 480/85, 527 קורטאם הנ"ל לעניין פרשנות ההיגד "הטרדה אחרת" בסעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות; עוד ראו: בג"צ 3815/90 גילת הנ"ל לענין פרשנות הוראותיו של חוק האזנת סתר).

42. סיכומם של דברים; המחוקק הישראלי נמנע מלקבוע הסדר כולל ומפורש בשאלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין. טרם חוקי היסוד, העמדה שהתקבלה בהלכה הפסוקה היתה 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. 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.

בסיכום פרק זה יצויין 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, פ"ד לב(1) 326, 329). לעניין זה התייחס גם השופט ברק בע"פ 260/78 סלימאן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לג(2) 204, בציינו כי:

"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, בעמ' 207; ההדגשה אינה במקור - ד.ב.; עוד ראו בהקשר זה: דבריו של השופט ח' כהן בע"פ 369/78 אבו-מדיג'ם הנ"ל, בעמ' 381-383).

בדברים אלה יש כדי ללמד כי מאז ומתמיד, ראה עצמו בית-משפט זה מוסמך לפסוק כי אי חוקיות בגבייתה של ראייה עשויה לפסול את קבילותה; עם זאת, נוכח הטעמים שהובהרו לעיל, בחר בית-המשפט להימנע מקביעת הלכה כאמור, ובנסיבות מתאימות הסתפק בהפחתת משקל הראייה עד לאפס עקב אי-חוקיות שהיתה כרוכה בהשגתה. (ראו למשל: ע"פ 559/77 מאירי נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 180, שם נתן בית-המשפט משקל אפסי לתוצאותיו של מסדר זיהוי תמונות שנערך בלא נוכחות סגורה).

עוד נציין כי בשורה של פסקי-דין נקבע כי אין לאמץ בשיטתנו המשפטית את כללי פסילת הראיות הנוהגים בשיטת המשפט האמריקאית המכונים "תורת פירות העץ המורעל". (ראו למשל: ע"פ 183/78, 191/79 אבו-מידג'ם הנ"ל, בעמ' 537-538 לפסק-דינו של הנשיא לנדוי; ע"פ 476/79 בולוס הנ"ל, בעמ' 801 מפי הנשיא שמגר; ע"פ 115/82, 168 מועדי הנ"ל, בעמ' 261-262 לפסק-דינו של השופט אלון; ד"נ 9/83 ועקנין הנ"ל, בעמ' 852 מפי הנשיא שמגר; ע"פ 2286/91 מדינת ישראל נ' אילוז, פ"ד מה(4) 289, 304 מפי הנשיא שמגר; עוד ראו: ע"פ 6613/99 סמירק הנ"ל, בעמ' 555). בהמשך דיוננו נתייחס לדוקטרינה האמריקאית האמורה. עם זאת, בשלב זה של הדיון רואה אני להעיר כי אף שבית-משפט זה דחה בפסיקתו את כללי הפסילה האמריקאיים הנתפסים 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 בסוגית קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין והשפעת חוק היסוד על איתור נקודת האיזון הראויה ביניהם

43. עלינו להכריע בשאלה האם לאורו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מתבקש שינוי בהלכה העקרונית לפיה דרך השגתה של ראייה 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, פ"ד לד(3) 561, 575; וכן: בג"צ 7357/95 המפרים 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 והן על-פי מראית הדברים, ועשויים לערער את אמון הציבור בכוחה של הרשות השופטת בעשיית דין צדק לפרט ולכלל.

44. חשיפת האמת העובדתית הינה אמצעי מרכזי 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 בקידום של ערכים אלה התחזק עם העלייה ברמת הפשיעה ונוכח מידת התחכום של האמצעים בהם נוקטים 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: א' ברק "על משפט, שיפוט ואמת" משפטים כז (תשנ"ו) 11 (להלן: ברק – על משפט, שיפוט ואמת)).

עם זאת, מעולם לא היתה 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" (A.J.Ashworth "Excluding" [1977] *Crim.L.Rev.* 723, 732-733). ואמנם, הערכים והאינטרסים המשפיעים על עיצוב דיני הראיות שלנו, מגוונים. מבלי 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 כדוגמת בטחון המדינה או שלום הציבור. ישנם כללי ראיות המבוססים על טעמים של נוחות הבירור המשפטי, מהירותו ויעילותו, כדוגמת החזקות הראייתיות. מאפיינים רבים של דיני הראיות שלנו נעוצים במסורתנו המשפטית ובשיטת המשפט האדברסרית הנוהגת אצלנו, בה 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 פלונית הנ"ל בעמ' 744-745 והאסמכתאות המובאות שם; עוד ראו: ע"א 61/84 ביאזי נ' לוי, פ"ד מב(1) 446, בפיסקה 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, מטרותיו ומאפייניו. דיני הראיות בהליך הפלילי אינם יוצאי דופן בהקשר זה. עוד קודם לחוקי היסוד הושפע עיצובם של דיני הראיות בפלילים מתכלית ההגנה על זכויות הנאשם.

התכלית של הגנה על זכויות הנאשם והתכלית של חשיפת האמת העובדתית שתיהן 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 למשל, הכלל הראייתי לפיו 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. בהקשרים אלה, שתי התכליות האמורות משלימות זו את זו.

על אף האמור, יש והתכלית של הגנה על זכויות הנאשם מתנגשת חזיתית בתכלית של חשיפת האמת. הדוגמה המובהקת לכך הם כללים המונעים מבית-המשפט ראיות שבכוחן 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 שייעודם הוא למנוע כניסת מידע לבית-המשפט כאשר קיים חשש בדבר אמינותו. דוגמה לכך הוא 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 ואינטרסים חברתיים מתחרים. במקרים אלה, מתעורר צורך במציאת האיזון הראוי בין התכליות הנוגדות על-פי משקלם היחסי של הערכים השונים המונחים בבסיסן (ראו: נ' זלצמן "אמת עובדתית" ו'אמת משפטית' - מניעת מידע מבית-המשפט לשם הגנה על ערכים חברתיים" עיוני משפט כד (תשס"א) 263, 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 ראיה לא תיבחן לפי דרך השגתה. זאת, כדי שמלוא המידע הרלוונטי יוצג בפני בית-המשפט ויאפשר את בירורה של האמת העובדתית. ההגנה על זכויותיהם של נפגעי העבירה מצדדת אף היא בכך שמכלול הראיות הרלוונטיות יובאו בפני 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 כנגדו 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 בהן הפגם שנפל בהליכי החקירה היה טכני וזניח. לפי גישה זו, על ההליך הפלילי להתמקד בשאלה האם הוכחה האשמה המיוחסת לנאשם, אם לאו. טיפול בחוקרים שנהגו שלא כדין בדרך השגת הראיה, מן הראוי שייעשה באמצעים אחרים - משמעתיים, פליליים או אזרחיים - ולא על-ידי פסילת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין.

מאידך גיטא, אין חולק כי על רשויות אכיפת 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"צ 5100/94 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל הנ"ל, בעמ' 835). ובמילותיו של השופט ד' לוין: "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, פ"ד נ(2) 221, בעמ' 368 לפסק-דינו). קבלתה במשפט של ראייה שהושגה שלא כדין על-ידי גורמי אכיפת החוק, עשויה בנסיבות מסוימות לפגוע בערכים מרכזיים בשיטתנו המשפטית ובהם - עשיית הצדק, שמירה על הגינות ההליך הפלילי וטוהרו וכן הגנה על כבודו של הנאשם וחירותו. על-פי תפיסה 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 באמצעותה מגיע בית-המשפט להכרעה בנסיבות העניין שבפניו. השתתת ההרשעה על ראייה שהשגתה נעשתה בדרך בלתי חוקית או תוך פגיעה משמעותית בזכות אדם מוגנת, מאפשרת לגורמי החקירה להנות 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 הנ"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 בסוגית 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 ולאנטרס 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 ואינטרסים 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 הנ"ל:

"החידוש שהתחדש עם חקיקתם של חוקי היסוד אינו...בעצם ההכרה בזכויות האדם ובצורך לקיים איזון בין 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 מעמדן 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, 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...מיתחם חדש של הליך ראוי לתוך המערכת הקיימת..." (דברי השופט ד' לויין בע"פ 2910/94 יפת 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: ב' אוקון וע' שחם "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטי" המשפט ג (1996) 265, 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 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, תהלום 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 הנ"ל בעמ' 273).

אל מול דברים אלה יהיה מי שיטען כי ניתן להצביע על אמצעים משפטיים אחרים - משמעותיים, פליליים או אזרחיים - להתמודדות עם אי חוקיות הכרוכה בהשגתן של ראיות על-ידי רשויות אכיפת החוק. לפי אותה טענה, נוכח קיומם של אמצעים משפטיים חלופיים, אין מקום לפסילת ראיות בשל דרך השגתן תוך סטייה מהערך המרכזי של חשיפת האמת העובדתית. המענה לטענה זו נעוץ בכך שהאמצעים החלופיים מיועדים להציע סעד עבור הפגיעה שכבר התרחשה בזכויותיו של הנאשם בעת השגת הראיה. עם זאת, אין באותם האמצעים כדי למנוע פגיעה בלתי-מידתית בהגינות ההליך הפלילי וטוהרו 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.

ויוודגש; 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 הנ"ל, בעמ' 621; כן ראו: דבריו של הנשיא ברק, שס, 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 משמעותה 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 ראיה 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 גדריה של פיסקת ההגבלה”.

(ע"פ 6613/99 סמירק הנ"ל, בפיסקה 14 לפסק הדין; ההדגשות אינן במקור - ד.ב.; עוד ראו בעניין זה: ע"פ 5203/98 חסון 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"צ 6319/95 חכמי 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 ראיה שהושגה שלא כדין בנסיבותיו של כל מקרה לגופו ועל-פי אמות-מידה עליהן 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 הדינאמיים 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 פורמאליים ומתן עדיפות לבחינה מהותית של ראיות על-פי משקלן ואמינותן. כפי שצוין לעיל, מגמה מאוחרת זו הושתתה, בין-היתר, על התפיסה לפיה ככלל, הבאת המידע הרלוונטי בפני בית-המשפט תאפשר לו להתרשם בעצמו מאמינותו ומערכו ההוכחתי, ותקדם אותו לקראת התכלית של חשיפת האמת. מגמה זו הייתה מעוגנת בתפיסה לפיה חשיפת האמת העובדתית מהווה ערך מרכזי 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 הנ"ל, בעמ' 13). השאיפה האמורה נותרה על כנה, אך נוכח 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 פורמאליים 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 הפורמאליים, ובה בעת הונהגו דוקטרינות המאפשרות פסילתן של ראיות שהושגו שלא כדין על-פי שיקול-דעת 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 פגיעה שלא כדין בזכות לפרטיות. זאת ועוד; משך השנים, עמד בית-משפט זה מספר פעמים 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 ראייה 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 הנ"ל, בעמ' 415 מפי הנשיא ברק).

ואמנם, עם חקיקתם של חוקי היסוד ניכרו בפסיקתנו מגמות של הגמשת נקודת האיזון 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 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, פ"ד נו(1) 625, 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 הנ"ל, בעמ' 1024 בהערת-שוליים 150; כן ראו: מ' אלון 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 הנ"ל, בעמ' 546 ו-555 לפסק-דיני; ע"פ 5203/98 חסון הנ"ל בעמ' 283 לפסק-דינה של השופטת נאור; דבריי בע"פ 2180/02 קאסם נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 642, 654; וראו התייחסות לאמירות אלה בע"פ 9970/03 דרעי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם), בפסקה 6 לפסק-דינו של הנשיא ברק; בש"פ 6689/01 מגדלאני נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 173, 176-177, בהחלטתו של השופט דיבלין; בג"צ 266/05 פילנט ואח' נ' אל"מ דני עפרוני ואח' (טרם פורסם) בפסקה 3 לפסק-דינו של השופט

רובינשטיין; לפסקי-דין של ערכאות דלמטה המצדדים באימוצה של דוקטרינת פסילה כאמור, ראו למשל: ת"פ (נצרת) 511/97 מדינת ישראל נ' עודה (לא פורסם); ת"פ (ת"א-יפו) 4598/01 מדינת ישראל נ' בן-שושן (לא פורסם)). התמיכה באימוצה של דוקטרינה לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין בשיטתנו המשפטית, הובעה גם בכתיבתם האקדמית של מלומדים רבים (ראו בעניין זה: גרוס - זכויות דיוניות הנ"ל, בעמ' 180; גרוס - כלל פסילה חוקתי הנ"ל, א' ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 5, 24-23; א' הרנון "ראיות שהושגו שלא כדין - האם נשתנה המצב המשפטי בעקבות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו?" מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 139 (להלן: הרנון - ראיות שהושגו שלא כדין); זלצמן הנ"ל; י' שחר "סדר -דין פלילי" ספר השנה של המשפט בישראל (תשנ"ב-תשנ"ג) 375; אלון 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 פסילה 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 לפיה 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 יימנע 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 האם יש לשנות מההלכה הפסוקה שנהגה בשיטתנו המשפטית עד כה, ולפיה דרך השגתה של ראייה 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. וככאלה הם מהווים חלק "מהמשפט המקובל נוסח ישראל" (ראו: רע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה נ' עפרה גלעד, פ"ד מט(2) 516, 524 מפי הנשיא ברק; עוד ראו: דברי הנשיא שמגר בד"נ 23/85 טובול הנ"ל, בעמ' 318-319 ודבריו בב"ש 298/86 ציטרין נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז תל-אביב, פ"ד מא(2) 337, 354). הגישה שנהגה בשיטתנו עד כה ולפיה דרך השגתה של ראייה אינה משפיעה על שאלת קבילותה, אף היא אינה יציר המחוקק אלא פרי פסיקתו של בית-המשפט. בהתחשב בכך, הסמכות לשנותה היתה נתונה בידי 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 בסוגית 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 הנוהגים 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"צ 547/84 עוף העמק, אגודה חקלאית שיתופית רשומה נ' המועצה המקומית רמת-ישי, פ"ד מ(1) 113, 145). לפיכך, נדרשת זהירות רבה בטרם ישנה בית-משפט זה מפסיקתו בסוגיה העקרונית של קבילות ראיות שהושגו שלא כדין. ואמנם, כפי שיפורט להלן, אימוצה הפסיקתי של הדוקטרינה הנדונה יעשה במתינות ובזהירות, תוך מתן שיקול-דעת לבית-המשפט לבחון את שאלת קבילותה של ראייה שהושגה שלא כדין בכל מקרה על-פי נסיבותיו ובהתאם לאמות-מידה עליהן נעמוד בהמשך הדברים. זאת ועוד; פסק-דיננו לא ייתן מענה למכלול השאלות הכרוכות באימוצה של דוקטרינה פסיקתית כאמור, וממילא שאלות אלה תוכלנה למצוא מענה בפסיקה עתידית, בדרך של צעידה זהירה ממקרה למקרה. בוודאי 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.

יחד עם זאת, ראוי להדגיש כי הצורך בשמירה על היציבות והוודאות המשפטית, אין פירושו כי על ההלכה הפסוקה לקפוא על שמריה בלא יכולת להשתנות ולסגל עצמה לצרכי 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" (א' ברק שופט בחברה דמוקרטית (2004) 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.

בהמשך לדברים אלה, נציין כי מבט השוואתי אל עבר מדינות אחרות בעלות שיטת משפט קרובה לשלנו, מלמד כי חלקן אימצו דוקטרינות לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין בדרך שיפוטית. כך למשל, 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 ולא 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* ) 54 CLR 141 (1978) (להלן: פרשת *Bunning*)). מאוחר יותר, התקבלו ה-Evidence Acts 1995 במסגרתם נקבעו הוראות פסילה סטטוטוריות החלות בבתי המשפט הפדרליים. אין לשלול את האפשרות כי תהליך דומה יתרחש בעתיד גם אצלנו, באופן שהכרה 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 נוכח העדרו 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 ממספר טענות-משנה אותן 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"צ 249/82 ועקנין הנ"ל נקבע מפורשות 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, בעמ' 423; ההדגשה אינה במקור - ד.ב.). שנית, מבחינה תכליתית אין לפרש את הוראות-הפסילה האמורות, כמעידות 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 הנ"ל, בעמ' 1026). על-פי תפיסתי, 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 שהיתה כרוכה בהשגתה הינה סעד אפשרי.

יצוין כי שאלה נפרדת היא האם 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.

52. התביעה הצבאית הראשית והיועץ המשפטי לממשלה הוסיפו וציינו לפנינו כי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו קובע הוראה מפורשת בדבר פסילת ראיות שהושגו

תוך פגיעה שלא כדין בזכויות המוגנות במסגרתו. 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.

טענה זו דינה להידחות. חוקי היסוד בדבר זכויות האדם אינם קובעים כל הוראה בדבר תרופות או סעדים בגין פגיעה בזכויות המוגנות במסגרתם. 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, בהעדר 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 לתפיסה הכללית של שיטתנו המשפטית כי במקום שבו הזכות - שם התרופה (*ubi ius ibi remedium*) (ראו: ברק - שופט בחברה דמוקרטית הנ"ל, בעמ' 238-237; ברק - פרשנות חוקתית הנ"ל, בעמ' 365 ו-703; ד' ברק-ארז עוולות חוקתיות-ההגנה הכספית על הזכות החוקתית (תשנ"ד) 151 (להלן: ברק-ארז); ע' גרוס "תרופות חוקתיות" משפט וממשל ד (תשנ"ח) 433, 436-439 (להלן: גרוס - תרופות חוקתיות).

ואמנם, במספר פסקי-דין אימץ בית-משפט זה את התפיסה הפרשנית לפיה 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, פ"ד מט(4) 221, 276, 415-419 נפסק כי בית-המשפט מוסמך להכריז על בטלותו של חוק רגיל העומד בסתירה לחוק היסוד, כחלק מהתפיסה לפיה 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 הנ"ל פסק בית-משפט זה בדעת-רוב כי פגיעה שלא כדין בזכות חוקתית מוגנת (הזכות לאוטונומית הרצון של הפרט), עשויה להוות ראש נזק עצמאי בר-פיצוי במסגרת עוולת הרשלנות הנזיקית. יש להניח כי בעתיד נדרש לשאלת ההכרה בסעדים נוספים בגין הפרת זכויות חוקתיות ולשאלת הדרך באמצעותה יעוצבו סעדים כאמור - האם ייגזרו הם במישרין מחוק-

היסוד או שמא יהא עליהם למצוא את מקומם במערכות דינים חיצוניות לו (על הדרכים האפשריות לעיצוב סעדים בגין הפרת זכויות חוקתיות, ראו: ברק - פרשנות חוקתית הנ"ל, בעמ' 780-781; עוד ראו: ברק-ארז הנ"ל, בעמ' 149 ואילך; גרוס - תרופות חוקתיות 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, העדרה 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 התפיסתי אליו הוביל חוק היסוד, תוך מתן משקל רב מבעבר להגנה על זכויות הנחקר והעצור אל מול צרכי 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

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 ותפיסות-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.

שינויים נורמטיביים אלה מחייבים חשיבה מחודשת בשאלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין. אם בעבר נהגה בשיטתנו ההלכה הפסוקה לפיה 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 וטוהרו. האיזון הראוי בין מכלול הערכים והאינטרסים המתחרים בסוגיה הנדונה, מוביל לאימוצה של דוקטרינת פסילה יחסית, במסגרתה יהא מסור לבית-המשפט שיקול-דעת להכריע בנוגע לקבילותה של ראיה שהושגה שלא כדין בנסיבותיו של כל מקרה לגופו ועל-פי אמות-מידה עליהן נעמוד להלן.

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

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 המרכזיות 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 להנות מפירותיה של אי החוקיות שהיתה 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.

לפי גישה אחרת, פסילתן של ראיות שהושגו שלא כדין נועדה בעיקרה כדי 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".

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 להיתפס כמי שמכשיר את הפגם ונותן ידו לאחר מעשה לאי החוקיות שבהתנהגות החוקרים. זאת ועוד; מאחר ושלב החקירה המשטרית מהווה חלק מהמערכת הכוללת של עשיית הצדק, הרי קבלתה 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 יושפעו בהכרח ממכלול התכליות עליהן עמדנו. עם זאת, השאלה הניצבת לפנינו הינה מהי התכלית הראשית או הדומיננטית שראוי כי תונח בבסיסה של דוקטרינה כאמור.

השאלה השנייה המשפיעה על עיצובה של הדוקטרינה הנדונה עניינה במודל העיוני עליו 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 בהן הזכות המוגנת העומדת במרכזה של דוקטרינת הפסילה הינה זכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן (להלן: "המודל המניעתי").

השאלה השלישית המשפיעה על עיצוב דוקטרינה לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין, נוגעת למידת גמישותה ולהיקף שיקול-הדעת הנתון לבית-המשפט במסגרתה. גם בעניין זה תתכנה שתי אפשרויות מרכזיות: 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.

מבט השוואתי אל עבר שיטות-משפט אחרות הקרובות לשיטתנו מלמד כי שלוש השאלות האמורות הובילו להתפתחותם של שני דגמים מרכזיים 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 השראה מההסדרים הנוהגים בתחומיהן בסוגיה הנדונה לפנינו. מובן כי המבט ההשוואתי 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 לצרכי 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 לפיה 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: J. Stribopoulos "Lessons From the Pupil: A Canadian Solution to the American Exclusionary Rule Debate" 22 ; R. h. Fallon & ; (להלן: Stribopoulos) *B.C.Int.&Comp.L.Rev.* (1999) 77, 101 D. J. Melzer "New Law, Non-Retroactivity, and Constitutional Remedies" 104 *Harvard L.Rev.* (1991) 1731, 1810). התכלית ההרתעתית-חינוכית השפיעה באופן דומיננטי על עיצובם של כללי הפסילה האמריקאיים. 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 הראיה שהושגה כתוצאה ישירה מהפרת זכותו החוקתית של הנאשם, אלא גם כל ראיה אחרת שאותרה במישרין או בעקיפין באמצעות המידע שנחשף באותה ראיה 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 עליו מושתתים כללי הפסילה בארצות-הברית הינו "המודל המתקן". פסילת הראיה מהווה סעד עבור הפגיעה בזכותו החוקתית של הנאשם אשר התרחשה בעת השגת הראיה. פסילת הראיה מיועדת, אפוא, ליתן סעד בגין פגיעה שהושלמה בעבר, ואין ייעודה למנוע פגיעה עתידית בערך או בזכות מוגנים. עוד נציין כי מראשיתם, עוצבו כללי הפסילה האמריקאיים ככללים גורפים, שלא הותירו בידי בתי-המשפט שיקול-דעת בשאלת פסילתן של ראיות שהושגו תוך הפרת החוקה. עם זאת, בעקבות ביקורת רבה שהושמעה משך השנים כנגד נוקשותם של כללי הפסילה האמורים, הכיר בית-המשפט הפדרלי העליון בחריגים לכללים אלה, שהיה בהם כדי לרכך במעט את חובת הפסילה הגורפת שנקבעה במסגרתם. עוד יודגש כי נוקשותם של כללי הפסילה האמריקאים היתה בעלת תוצאות מרחיקות לכת מבחינת הכרסום בתכלית של אכיפת החוק, לחימה בפשע וחשיפת האמת, ועקב התוצאות החברתיות הללו נמתחה ביקורת על כללים אלה בארצות הברית ומחוצה לה.

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

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

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

(1)...

(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.

סעיף 24(2) לצ'רטר מציב, אפוא, שני תנאים לפסילת ראיות לפיו: ראשית, יש להוכיח כי הראיה הושגה תוך 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 לפי 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 האם ההתנהגות הבלתי חוקית של גורמי החקירה הובילה לפגיעה בהליך עשיית הצדק, אלא האם 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 תקבל 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 המרכזיים בהקשר זה הינו האם קבלת הראיה במשפט תפגע בהגינותו של ההליך הפלילי (ראו: R.J. Sharpe & K.E. Swinton *The Charter of Rights and Freedoms* 178-179 (1998)).

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 ומעמדה 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 ממטרותיה העיקריות (ראו בעניין זה: R. v. Collins [1987] 1 S.C.R. 265, 281 (להלן: פרשת Collins); P.W.Hogg Constitutional Law of Canada (Student ed., 2005) (להלן: Hogg). 911).

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:

#### 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 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.

נקודת המוצא עליה מושתת סעיף 78(1) ל-PACE הינה כי כל ראיה רלוונטית קבילה במשפט. עם זאת, בהתאם לסעיף 78(1) הנ"ל, מוסמך בית-המשפט לפסול קבילותה של ראיה שהוגשה בפניו על-ידי התביעה, לאחר שבחן את העניינים הבאים: ראשית, על בית-המשפט לבחון את מכלול נסיבות המקרה, לרבות נסיבות השגת הראיה. שנית, על בית-המשפט להשתכנע כי בנסיבות העניין, קבלת הראיה במשפט תהא בעלת השפעה כה שלילית על הגינות ההליכים עד כי יש לפוסלה.

הנה כי כן, המחוקק האנגלי ראה לאמץ דוקטרינת פסילה יחסית, המותירה בידי בית-המשפט שיקול-דעת בשאלת פסילתה של ראיה שהושגה בדרך בלתי כשרה. המבחן המרכזי בהקשר זה הינו האם בנסיבות העניין, קבלת הראיה במשפט תיצור פגיעה משמעותית בהגינות ההליכים. בדומה לסעיף 24(2) לצ'רטר הקנדי, פסילת הראיה לפי סעיף 78(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 78(1) הנ"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* הנ"ל בעמ' 347; R. Stone "Exclusion of Evidence under Section 78 of the Police and Criminal Evidence (Act: Practice and Principles" [1995] 3 *Web JCLI*).

יצוין כי בהתאם למצב המשפטי באנגליה, דוקטרינת הפסילה האנגלית אינה מותנית בכך שהראיה הושגה תוך פגיעה שלא כדין בזכות חוקתית מוגנת. די להוכיח כי בהתחשב במכלול נסיבות העניין - לרבות נסיבות השגת הראיה - קבלתה במשפט תפגע בהגינות ההליכים. עיון בפסיקה האנגלית מלמד כי במרבית המקרים בהם נפסלו ראיות לפי סעיף 78(1) הנ"ל, מדובר היה בראיות שהושגו על-ידי המשטרה תוך הפרה משמעותית של הוראות ה-PACE או של כללי ההתנהגות הנספחים לחוק האמור שהם בעלי מעמד של חקיקת-משנה (*Codes of practice*). 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 האירופאית לזכויות אדם (ECHR) שותקת בשאלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין, ועניין זה מוסדר במשפטן הפנימי של המדינות. עם זאת, בית-הדין האירופאי 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 האם קבלת הראיה תהפוך את המשפט בכללותו לבלתי הוגן על-פי סעיף 6 לאמנה. בכך אישר בית-הדין האירופאי את עמדתו של המשפט האנגלי בסוגיה (ראו: *Zander* הנ"ל, בעמ' 347-348; *ARCHBOLD – Criminal Pleading, Evidence and Practice* (London, P.J. Richardson ed., 2003) 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 עליו 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

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 ותפיסות-היסוד הנוהגות בה, ועל רקע ההשראה הפרשנית שניתן לשאוב מניסיוןן של מדינות אחרות כפי שפורט לעיל, ניתן לדעתי להגיע למסקנות הבאות:

מבין שני המודלים העיוניים עליהם עמדנו, דומה כי המודל המתאים לשיטתנו המשפטית הינו "המודל המניעתי" לפיו 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 בפיסקה 20 לעיל, שאלת מעמדה החוקתי של זכויותיהם הדיוניות של נחקרים, חשודים ונאשמים בפלילים אף היא טרם זכתה למענה ברור וכולל. תכונה גישות שונות בשאלה אילו 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. טול לדוגמה מקרה של חיפוש בלתי חוקי. הפגיעה שלא כדין בזכות לפרטיות 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 ומודל 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 הנ"ל, בעמ' 170). רביעית, ניתן להצביע על סעדים חלופיים - פליליים, משמעתיים, נזיקיים ויתכן שגם חוקתיים - בגין הפגיעה הראשונית בזכות מוגנת של הנחקר בעת השגת הראיה. בהתחשב בקיומם של סעדים חלופיים כאמור ונוכח המחיר החברתי הכרוך בפסילתן של ראיות שבכוחן לתרום לכירור האמת, ספק אם מתקיימת הצדקה לאימוצו של "המודל המתקן".

מרביתם המכריע של הקשיים האמורים אינו מתעורר בנוגע "למודל המניעתי", במסגרתו משמשת הפסילה סעד מגונן שנועד למנוע פגיעה עתידית בערך מוגן עם קבלת הראיה במשפט. ואמנם, מלבד שיטת המשפט האמריקאית, יתר מדינות המשפט המקובל אליהן התייחסנו ראו לאמץ את "המודל המניעתי" ולבסס עליו את דוקטרינות הפסילה הנוהגות במסגרתן.

61. אשר לתכלית הדומיננטית שתונח במרכזה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית אותה נאמץ - נראה כי התכלית ההרתעתית-החינוכית אינה יכולה לשמש תכלית ראשית של הדוקטרינה האמורה. בהתבסס על הניסיון האמריקאי, מתעורר ספק האם פסילת ראיות שהושגו שלא כדין אמנם משמשת אמצעי יעיל לחינוך ולהרתעה של רשויות החקירה מפני שימוש באמצעי חקירה בלתי כשרים (ראו בעניין זה: *LaFave & Israel* הנ"ל בעמ' 315-316; *H.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 Marq.L.Rev.* 45, 55 (1994)). 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 כנגד החוקרים שסרחו. פתיחת הליכים כאמור מהווה סנקציה ישירה כנגד אותם חוקרים, ולפיכך יש הסבורים כי מדובר בסעד יעיל יותר לצרכי 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 והסנגוריה הציבורית צידדו באימוצה של דוקטרינה יחסית, המותירה לבית-המשפט שיקול-דעת לפסילת קבילותן של ראיות שהושגו 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"צ 6319/95 חכמי הנ"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 לקחתם בחשבון, אין זה רצוי לאמץ כלל פסילה נוקשה אלא יש להותיר בידיהם של בתי-המשפט שיקול-דעת בשאלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין, וזאת בהתחשב בנסיבותיו של כל מקרה לגופו. מטעמים אלה, כבר הובעה בבית-משפט זה הדעה בעבר, כי אין מקום לאימוץ כללי פסילה נוקשים כדוגמת אלה הנוהגים בשיטת המשפט האמריקאית, וכי יחסיותה של דוקטרינת הפסילה הינה "...תנאי בסיסי לעשיית צדק" במסגרתה (דברי השופט מצא בע"א 1302/92 נחמיאס הנ"ל, בעמ' 339).

יצוין כי הותרת שיקול-דעת כאמור בידיו של 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 הנ"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 נוכח 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 האמריקאית.

63. בהתחשב במכלול המסקנות אליהן הגענו בדיוננו עד כה, ניתן לנסח את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית אותה אנו מאמצים לשיטתנו באופן הבא:

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.

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 משמעותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן שלא בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה. יודגש כי בהתאם "למודל המניעתי" עליו 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.

#### (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 העדר החוקיות או חוסר ההגינות של אמצעי החקירה, חייבת להיבחן בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה לגופו. כבר נאמר בפסיקתנו כי:

"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-תנועה".



(דבריו של הנשיא י' כהן בע"פ 115/82, 168 מועדי הנ"ל, בעמ' 250-251 לפסק-דינו; על העקרונות הכלליים לכללי חקירה סבירים, ראו גם: דבריו של הנשיא ברק בבג"צ 5100/94 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל הנ"ל, בעמ' 834-836 לפסק-דינו).

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

יודגש כי במסגרת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, אין הכרח להוכיח כי הראיה הושגה תוך הפרתה של זכות בעלת מעמד חוקתי. כאמור, בניגוד למצב המשפטי בארצות-הברית, בקנדה ובדרום-אפריקה, הרי בישראל טרם התגבשה מגילת זכויות חוקתית שלמה וכוללת, ולפיכך תחולתה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית אינה מוגבלת לראיות שהושגו תוך הפרתה 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 פגיעה שלא כדין בזכות אדם מוגנת.

(ב) קבלת הראיה במשפט תפגע מהותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן שלא על-פי גדריה של פיסקת ההגבלה

65. במרכזו של התנאי השני לתחולתה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, ניצבת זכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן. בכך מתממשת תכליתה המרכזית של הדוקטרינה הנדונה, להגן על זכויות הנאשם ועל הגינות ההליך הפלילי וטוהרו. בכך צועדים אנו בנתיב דומה לזה בו בחרו אנגליה, קנדה ודרום-אפריקה, אשר הציבו במרכזן של דוקטרינות הפסילה הנוהגות בשיטתן המשפטית, את ההגנה על הגינות ההליכים ועל אופן הציבור במלאכת עשיית הצדק. בהקשר זה, יצוין כי הצעת-החוק לתיקון פקודת הראיות (פסילת ראיה), התשס"ה-2005, אשר הונחה על שולחן הכנסת ביום 21.2.05, הציעה אף היא לבסס את פסילתן של ראיות שהושגו "באמצעים פסולים", על זכותו של הנאשם להליך הוגן.

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 האמריקאית 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 להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם, הוראת-סעיף 14(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות והוראת-סעיף 6 לאמנה האירופאית לזכויות אדם, מעגנות במסגרתן 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 בה מדובר (ראו בעניין זה: D. Cheney, L. Dickson, J. Fitzpatrick & S. Uglow *Criminal Justice and The Human Rights Act 1998* (1999) 75-76 (להלן: Cheney); עוד ראו והשוו: דבריו של השופט עדיאל בבג"צ 3992/04 אלי מימון-כהן נ' מר סילבן שלום, שר החוץ ואח', פ"ד נט(1) 49, 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 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 הנ"ל, בעמ' 381). שלישית, 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 הזכות להליך פלילי הוגן מהווה זכות מסגרת, שעשויה לשמש בסיס לגזירתן של זכויות דיוניות רבות של הנחקר, החשוד והנאשם בפלילים. מבלי 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 וניטרלית 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* הנ"ל, בעמ' 77-78). במדינות רבות בעלות מסורת משפטית דומה לשלנו וכן בפסיקתו של בית-הדין האירופאי 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, למשל, עמדתה של הפסיקה האנגלית בהקשר זה, אשר אושרה על-ידי בית-הדין האירופאי לזכויות אדם: שם, בעמ' 90-86; עוד ראו: A. Ashworth "Article 6 and the Fairness of Trials" [1999] *Crim.L.R.* 261, 265-267).

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.

רבים סבורים כי עם חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הזכות להליך פלילי הוגן זכתה 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 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 354, 375; דברי הנשיא ברק במ"ח 8483/00 דרעי נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(4) 253, 263; דברי השופט טירקל בע"פ 1741/99 יוסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 750, 767; דברי השופטת שטרסברג-כהן בבג"צ 6972/96 התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי, פ"ד נא(2) 757, 782; עוד ראו: ברק – פרשנות חוקתית הנ"ל, בעמ' 422; ברק - כבוד האדם כזכות חוקתית הנ"ל, בעמ' 281; בעניין שלפנינו, אין אנו נדרשים להכריע בשאלה האם 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"צ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה ואח' נ' ראש הממשלה - אריאל שרון ואח' (טרם פורסם) 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 פיסקת 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 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 אותה אנו מאמצים.

68. הגבלתה של הדוקטרינה הנדונה לנסיבות בהן קבלת הראייה במשפט תוביל לפגיעה משמעותית בזכות להליך הוגן שלא על-פי גדריה של פיסקת 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 עליהם 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' לוין לפיהם: "אסור שהאינטרס הציבורי לשמירת טוהר ההליך השיפוטי ישכיח 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 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, פ"ד מח(4) 621, 630).

נוסחת האיזון העקרונית בין מכלול האינטרסים והערכים האמורים היא זו עליה 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 בפניו. 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 האם יש לפסול קבילותה של ראייה במסגרת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, על בית-המשפט לבחון מגוון של שיקולים בהתאם לנסיבות העניין המונח בפניו. 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 המדובר 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 וחומרתה של אי החוקיות שהיתה 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 פגיעה שלא כדין בזכות מוגנת של הנחקר. בהתאם לכך, קבוצת השיקולים הראשונה הרלוונטית להכרעה בשאלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין, מתמקדת בהתנהגותם הפסולה של רשויות החקירה. בהקשר זה, ראוי לבחון את הנתונים הבאים:

ראשית, מהי אופייה וחומרתה של חוסר החוקיות או 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 פגיעה משמעותית בזכות-יסוד מרכזית של הנחקר. בדרך-כלל, קבלתה במשפט של ראייה שהושגה תוך פגמים טכניים ושוליים לא תפגע באופן משמעותי 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 סילבסטר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד א 5, 18-19; עוד ראו: דבריי בדנ"פ 4603/97 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 160, 197). מנגד, במקרים בהם הראייה הושגה תוך הפרה בוטה של הוראת-חוק מפורשת שנועדה להגן על זכויותיהם של נאשמים בחקירתם, או בנסיבות בהן השגת הראייה היתה כרוכה בפגיעה

חמורה בזכות-יסוד מרכזית של הנחקר, יגדל משקלם של הערכים המצדדים בפסילת הראיה. בין שני קצוות אלה של סוגי הפגיעות יש מתחם רחב של אפשרויות. לא כל סטיה מכללי החקירה ולא כל אמצעי שהופעל בחקירה, גם אם אינם מקובלים על בית המשפט, יביא לפסילת הראיה. יצוין כי חומרת ההפרה של כללי החקירה התקינה, מהווה שיקול מרכזי לפסילתה של ראיה שהושגה שלא כדין בכל שיטות המשפט בהן נוהגות דוקטרינות פסילה יחסיות. עוד יודגש כי גישה זו עולה בקנה אחד עם דוקטרינת הבטלות היחסית הנוהגת בשיטתנו, לפיה לא כל סטיה מהדין או פסלות תביא לתוצאה של בטלות.

שנית, ראוי לבחון האם רשויות אכיפת החוק עשו שימוש באמצעי החקירה הבלתי כשרים במכוון ובזדון או שמא 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 הראיה במשפט. התנהגות פוגענית מכוונת מצד גורמי החקירה עשויה, אפוא, להוות נסיבה כבדת-משקל בעד פסילת הראיה גם כאשר הפגם אינו חמור. יחד עם זאת, ראוי להעיר כי העובדה שהרשות פעלה בתום-לב אין בה בהכרח כדי למנוע את פסילת הראיה כאשר הדבר מתחייב מההגנה על זכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן. כך למשל, בנסיבות בהן הפגם שנפל בדרך השגת הראיה היה חמור וכלל פגיעה משמעותית בזכויותיו המוגנות של הנחקר, כי אז בעצם העובדה שהרשות פעלה בתום-לב לא יהיה כדי למנוע את פסילת הראיה. יצוין כי זו ההלכה הנוהגת גם בקנדה ובאנגליה (לעניין ההלכה הנוהגת בקנדה, ראו את פסק-הדין המנחה בעניין *Collins* וכן: *Hogg* הנ"ל, בעמ' 927-926 ו-929; לעניין ההלכה הנוהגת באנגליה, ראו: *ARCHBOLD* הנ"ל, בעמ' 1480).

שלישית, על בית-המשפט לבחון האם במקרה הבא בפניו מתקיימות "נסיבות מקלות" שבכוחן להפחית מחומרתה של אי החוקיות שהיתה כרוכה בהשגת הראיה. כך למשל, כאשר אי החוקיות בה נקטו רשויות החקירה נועדה למנוע את העלמתה או 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 בטחון הציבור (ראו והשוו: ע"פ 6613/99 סמירק הנ"ל, בעמ' 546 לפסק הדין).

רביעית, יש לבחון באיזו מידה של קלות ניתן היה להשיג את הראיה באופן חוקי. ככל שהשגת הראיה בדרכים כשרות היתה 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.

לבסוף, ניתן לבחון האם הראיה היתה 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 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

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 שהיתה כרוכה בהשגת הראיה, עשויה להשפיע על מהימנותה ועל ערכה ההוכחתי של הראיה. בנסיבות בהן מתעורר חשש לאמינות הראיה, נחלש המתח שבין ערך חשיפת האמת לבין ההגנה על הגינות ההליך וטוהרו, באופן שעשוי לתמוך בפסילת הראיה. שנית, יש לבחון האם קיומה של הראיה הינו עצמאי ונפרד מאי החוקיות שהיתה כרוכה בהשגתה. בנסיבות בהן 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 לאופיה של הראיה בה מדובר - חפצית, מילולית או אחרת. ראיות חפציות, כגון: נשק, סם או רכוש גנוב, הן בעלות קיום עצמאי ונפרד מאי החוקיות שהיתה 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: *European Criminal Procedure* (M.Delmas-Marty & J.R.Spencer ed., 2002) 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 ודוקטרינת הפסילה הפסיקתית אותה 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: בפיסקה 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 עליהם עמדנו לעיל, ובהם: אופיה וחומרתה של אי החוקיות שהובילה להשגת הראיה הראשונה, טיב הראיה הנגזרת בה מדובר, והזיקה בינה לבין אי החוקיות שהיתה 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 האם המחיר החברתי הכרוך בפסילת הראיה גבוה מן התועלת האפשרית שתצמח מכך. הפרמטרים העיקריים בעניין זה הינם חשיבות הראיה להוכחת האשמה, מהות העבירה המיוחסת לנאשם ומידת חומרתה. כאשר מדובר בראיה חשובה ומכרעת לתביעה וכאשר העבירות המיוחסות לנאשם חמורות מאד, 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 לפגוע בעשיית הצדק ובאמון הציבור בכת-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* הנ"ל, בעמ' 605; פרשת *Bunning* הנ"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* 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 כבואם להכריע בשאלת קבילותן של ראיות שהושגו בניגוד לצ'רטר (ראו: Hogg הנ"ל, בעמ' 931-932; לביקורת על המגמה האמורה בפסיקה הקנדית, ראו: Stribopoulos הנ"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 תקבל הראיה במשפט; ומאידך גיסא, למידת הפגיעה באינטרסים הנוגדים אם תיפסל קבילותה של הראיה. חשוב להדגיש כי אף אחד מהשיקולים עליהם 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 היתה 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.

בהתחשב בנוסחת האיזון העקרונית עליה עמדנו ונוכח אמות-המידה המנחות כפי שפורטו לעיל, דומה כי החששות שהביעה לפנינו התביעה מפני חוסר וודאות שתיגרם בעקבות אימוצה של דוקטרינת פסילה פסיקתית בשיטתנו המשפטית, הינם מוגזמים. מאחר ומדובר בדוקטרינה גמישה, הרי פעמים רבות תתבקש תוצאה זהה ביחס למצב ההלכתי הקיים. במקרים מסוימים, יתבקש שינוי בתוצאה אולם שינוי זה הינו בלתי נמנע נוכח השינויים הנורמטיביים אליהם 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 עליה עמדנו בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה לגופו. עם הזמן יתבהר טיבה והיקפה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שהתשתית לה הונחה בפסק-דיננו. בקשות חסרות יסוד לפסילת ראיות תלכנה ותתמעטנה, והטיעונים יהפכו לממוקדים יותר. ניסיוןן 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 ודאות 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 הנ"ל, בעמ' 420; וכן דבריו בבג"צ 7357/95 המפריס הנ"ל, בעמ' 787-788).

תחולתה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית על הודאות נאשמים

75. הסוגיה האחרונה אליה 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 אותה אנו מאמצים לשיטתנו. השאלה הפרשנית המתעוררת בהקשר זה הינה האם כלל הפסילה הקבוע בסעיף 12 הנ"ל מהווה הסדר ממצה לעניין קבילותן של הודאות נאשמים - כפי שטען בא-כוח היועץ המשפטי לממשלה בסיכומיו לפנינו וכפי שסבר בדעת-יחיד אחד משופטי ההרכב בבית-הדין הצבאי לערעורים; או שמא אין בסעיף 12 הנ"ל כדי להוות הסדר ממצה כאמור, ולפיכך אין מניעה כי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית תחול גם על הודאת נאשם.

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 מזכויותיו 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 במסגרת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית ולהפך.

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* 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* הנ"ל, בעמ' 1476, וכן: *Cross & Tapper, 1999* 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 (2005) par. 14.67:* ([www.austlii.edu.au/au/other/alrc/publications/dp/69/](http://www.austlii.edu.au/au/other/alrc/publications/dp/69/)).

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 אותה אנו מאמצים לשיטתנו. שאלה זו אינה מתעוררת בנסיבות המקרה שלפנינו. לפיכך, אינני רואה להכריע בסוגיה זו והיא תישאר בצריך-עיון.

סיכום 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 ראיה שהיא רלוונטית - קבילה במשפט. עם זאת, בהתאם לדוקטרינה האמורה לבית-המשפט שיקול-דעת לפסילת קבילותה של ראיה בפלילים, אם נוכח לדעת כי הראיה הושגה שלא כדין וקבלתה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן שלא בהתאם לגדריה של פיסקת 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 לאופיה ולחומרתה של אי החוקיות שהיתה כרוכה בהשגת הראיה; למידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה 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 האם בקשה לפסילת ראיה 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.

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 בפני בית-המשפט, ככל שיהא מקום ליישומה בנסיבות העניין (ראו והשוו: רע"א 8925/04 סולל בונה בנין ותשתיות בע"מ וח' נ' עזבון המנוח אחמד עבד אלחמיד ז"ל ואח' (טרם פורסם); וכן: מ"ח 8390/01 אקסלרוד נ' מדינת ישראל (טרם פורסם)).

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, פ"ד מא(2) 512 ואינני מוצאת להביע כל עמדה בסוגיה זו. אשר ליתר הטיעונים המופיעים בחוות-דעתו של חברי השופט גרוניס, המענה להם מצוי בדבריי לעיל ואינני רואה להוסיף בעניינם דבר.

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 אמרתו, הזהיר החוקר את המערער בדבר זכותו לשתוק, אולם נמנע מלהזהירו בדבר זכותו להיוועץ בעורך-דין. במהלך גבייתה של האמרה האמורה, הודה המערער בפני החוקר הצבאי כי עישן סם מסוג קאנבוס במספר 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 אמרתו. רק כרבע שעה לאחר סיום גבייתה של האמרה הראשונה, הודיע החוקר הצבאי למערער כי הוא עצור וכי זכותו להיוועץ בעורך-דין.

בפני 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. נוכח 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 לאוטונומית 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 האם יש מקום לפסילת הודאתו הנדונה של המערער בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית אותה 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, כשאינן 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 עליה מושתתת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית ומאמות-המידה המנחות להפעלת שיקול-הדעת השיפוטי במסגרתה. אם וככל שהדבר יידרש, ישפיע מהותו ואופיו של השירות הצבאי על יישומן של אמות-המידה עליהן עמדנו, בהתחשב בנסיבותיו של כל מקרה לגופו (על פסקת ההגבלה המיוחדת הקבועה בסעיף 9 לחוק היסוד, ראו: פסק-דינו של השופט זמיר בבג"צ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון ואח', פ"ד נג(5) 241, 262-267).

81. בנסיבות העניין שלפנינו, מתקיים התנאי הראשון לתחולתה של דוקטרינת 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 האם 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 ותקינותם של הליכי החקירה (ראו פסקה 14 ואילך). בהתחשב בכך, ציינו כי פגיעה משמעותית 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 תום-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 שהיתה כרוכה בגביית הודאתו של המערער ומהווה נסיבה כבדת-משקל בעד פסילתה כראיה. לכך יש להוסיף את הקלות הרבה בה ניתן היה לגבות את הודאת המערער כדין, וכן את העובדה כי העבירות שיוחסו למערער אינן מן החמורות שבספר החוקים. מנגד, ראוי לציין כי בטיעונו בפני בית-הדין הצבאי, אישר הסנגור 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 עליהם 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, היתה ההפרה האמורה תופעה רווחת בחקירותיה של המשטרה הצבאית החוקרת. הסנגוריה הציבורית הארצית העלתה טענה דומה לגבי חקירות המשטרה. בסיכומיה בכתב, פירטה הסנגוריה הארצית תוצאותיו של מחקר שדה שערכה בסוף שנת 1999 ובמהלך שנת 2003. המחקר נערך לגבי אוכלוסיה של 220 עצורים במחוז תל-אביב. על-פי הטענה, ממצאיו של המחקר מלמדים כי חלק ניכר מהעצורים בתחנות המשטרה אינם מקבלים הודעה כדין בדבר זכותם להיוועץ בסגור. על כך אעיר כי ספק בעיניי אם שיטת המחקר וגודל האוכלוסייה שנבדקה במסגרתו, מאפשרים הסקת מסקנות מהימנות וכוללניות כנטען לפנינו. ואמנם, הסנגוריה הציבורית אישרה בטיעוניה כי עשויות להיות הטיות בממצאי המחקר שערכה. מכל מקום, בעניין שלפנינו לא 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 שהיתה כרוכה בהשגת הראיה מהווה תופעה רווחת, אף כי הוכחה כאמור עשויה להוות נסיבה שביט-המשפט יביא במסגרת שיקוליו. שנית, נוכח מכלול הטעמים שהובאו לעיל, ובמיוחד נוכח קביעתו של בית-הדין הצבאי לפיה 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 והסנגוריה הציבורית הארצית ובין אם לאו.

82. אשר על כן, ונוכח מכלול הטעמים עליהם 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 בה 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.

ש ו פ ט ת

הנשיא א' ברק:

אני מסכים.

ה נ ש י א

השופט א' ריבלין:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופטת א' פרוקצ'יה:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופט א' א' לוי:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופטת מ' נאור:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת



השופט ס' ג'ובראן:

אני מסכים לפסק דינה המאלף והמקיף של חברתי השופטת ביניש.

ש ו פ ט

המישנה לנשיא (בדימ') מ' חשין:

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.

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.

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 היתה "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 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. 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 בהלוך 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 בני התקופה, דרכם שהם חודרים אל תוככי החוק ומזינים אותו בשורשיו. אנו עצמנו הננו בנות ובנים ל"רוח הזמן", וברוחנו - "רוח הזמן" - נציב ונניצב את החוק על רגליו. ראו והשוו: דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס, פ"ד נב(3)1, 71 ואילך; רע"א 6339/97 דוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 265, 199 ואילך.

5. "הָאֵתְדָּ בָּא-לְגוּרַיִן שְׁפֹטֵי שְׁפֹטֵי", כך קראו בזעם אנשי סדום הרעים אל-עבר לוט (בראשית יט, ט). 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-כי-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-כי-כן, בתקופתו הפורמטיווית של המשפט המקובל, לשו בת-המשפט בחומרי יסוד ויצקו מהם עיקרי יסוד, דוקטרינות ואופני-מחשבה. בשלב הבא, השלב המתקדם יותר, עשו בת-המשפט - ועימהם המחוקק - לקריסטליזציה של כללי המשפט, להרקתו של החומר ההיולי אל תוך כלים נוקשים יותר, כלים שאמורים היו להקל על בת-המשפט להחיל את הדין על מערכות עובדות הבאות לפנייהם להכרעה בהן. תכלית הקריסטליזציה היתה, שתחת אשר יהא עליהם על בת-המשפט להעסיק עצמם, שוב ושוב, בעשרות ואפשר במאות תקדימים, יצרו בת-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.

המישנה לנשיא (בדימ')

### 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 האם 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], תשל"א-1971 (להלן - פקודת הראיות); סעיף 13 לחוק האזנת סתר, תשל"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 אותם 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 (הוצאת מוסד הרב קוק, תש"ן) חלק לא תעשה,

מצווה ר"צ). משורדים אנו שלב נוסף בסולם, מגיעים אנו לצורך בשמירה על הגינותו של ההליך הפלילי בהיבט הדיוני שלו, בנבדל ממטרתו הסופית, היינו, הקביעה האם הנאשם הינו אשם או זכאי.

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 באילו תנאים תתקבל ראייה בא הכלל האומר שכמעט כל ראייה 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 כנגד מחסומי קבילות היא שעלולים הם לפגוע ביכולתו של בית המשפט לחשוף את האמת, שכן יהא עליו להתעלם מראייה 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 כנגד התביעה ולא כנגד הנאשם. התוצאה עלולה אכן להיות שהאשם יצא זכאי בדינו משום שראייה מפלילה לא נתקבלה. לעומת זאת, קבלתה של הראייה והעברתה של הבחינה למישור המשקל עלולה לגרום לכך שיהיו מקרים בהם הזכאי יימצא 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, פ"ד מב(4) 309, בעמ' 359-360:

"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 כהויות; 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.

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 שלעיתים 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 השופטת ד' ביניש דנה בהרחבה בהתפתחות הפרשנית של סעיף 12 לפקודת הראיות. ברי כי במקור התפרש הסעיף אך לגבי מקרים בהם 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 התפיסה 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 לאבחנה בין הודאת נאשם לבין אימרה של עד (או של נאשם אחר באותו כתב אישום). טול מקרה בו הודאתו של נאשם משמשת אף כראייה נגד נאשם אחר (על פי כתב אישום אחד). נניח כי בשל פגמים שונים בחקירה מחליט בית המשפט כי אין לקבל את ההודאה כנגד הנאשם שהודה בשל חשש לאמינותה. האם ייתכן שאותה ראייה עצמה תהא כשרה כנגד השותף לכתב האישום? (ראו א' שטיין, סעיף 10א לפקודת הראיות ופירושו: התפתחות חיובית או סכנה של עיוות-דין? משפטים כא (תשנ"ב) 325, 339, ה"ש 15-16). דומה שהפסיקה לא הרחיקה לכת עד כדי קביעה כי ניתן יהיה לסמוך על האימרה נגד הנאשם האחר אף אם היא לא נתקבלה כראייה נגד נותנה בשל סוגיית אמינות (הבעייה התעוררה בע"פ 242/85 חזן נ' מדינת ישראל, פ"ד מא (2) 512. ראו את דעתו של השופט ש' לוין, עמ' 526, מול האות ג'). חושש אני, כי קבלתה של הדוקטרינה עלולה ליצור מדרון חלקלק שסופו יביאנו לכך שהודאה אשר לא נתקבלה כנגד 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 לראייה שהושגה שלא כדין. כלומר, ככל שמדובר בעבירה חמורה יותר יקטן הצידוק לפסילתה של הראייה 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 ראייה 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. כמובן שמהלכים או מעשים מסויימים של גופי החקירה עשויים להיחשב כיוצרים חזקה חלוטה בדבר פגיעה במהימנות (ראו ע"פ 115/82 מועדי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח (1) 197).

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

