

## בשולי דו"ח ועדת גולדברג

**גבייה של הודאת נאשם וקבילותה – מטרות, אמצעים,  
ומה שביניהם  
(אגב דין וחשבון הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד  
ולעניין העילות למשפט חוזר  
(השופט אליעזר גולדברג – יושב-ראש, 1994))**

מאת  
אריאל בנדור\*

- א. פתח-דבר
- ב. המלצות הוועדה
- ג. על חשגת הודאות כמטרתה של חקירת עבירות
  1. כללי
  2. דוגמה: מעצר כאמצעי להשגת הודאות
  3. עמדת הוועדה
- ד. קבילות הודאות שניתנו מחוץ לבית-המשפט
  1. ההלכות הקיימות
  2. בחינה ביקורתית של המלצות הוועדה  
(א) כללי  
(ב) היחס בין המלצות הוועדה לבין החסיון מפני הפללה עצמית  
(ג) הגיון הפנימי של המלצות הוועדה והתיישבותן עם הדין הראוי  
(1) הגבלתה של שלילת הקבילות להודאות שהושגו באמצעים פסולים  
(2) הגבלתה של שלילת הקבילות להודאות שהושגו תוך פגיעה קשה בכבוד האדם  
(3) הקשר הסיבתי  
(4) סיכום
  3. לקראת דין ראוי
- ה. הקלטת התחקורים, צילוםם בווידיאו ונוכחות עורכי-הדין של הנחקרים בהם
  1. תיעוד התחקורים
  2. השפעה על מהלך התחקורים
- ו. סוף-דבר

\* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. תודתי נתונה לגב' גלית אקרמן על עזרתה המועילה במחקר, ולחברי מערכת "פלילים" על הערותיהם.

## א. מתחידבר

1. ועדת המומחים בראשות שופט בית-המשפט העליון אליעזר גולדברג,<sup>1</sup> שהדו"ח שהגישה הוא הנושא של רשימה זו, מונתה עליידי שר המשפטים ושר המשטרה "לבחינת המצב המשפטי, באשר להרשעת נאשם על סמך הודאתו ללא ראיות חיצוניות נוספות ולבדיקת התוספת הנדרשת כ'דבר מה' ומהם הלקחים שיש להפיק מהמצב העובדתי והמשפטי בנושא זה."<sup>2</sup> כן התבקשה הוועדה "לבחון מחדש את העילות בחוק לעריכת משפט חוזר ולהמליץ אם נדרשים תיקונים בחוק או בפרקטיקה בנושא זה."<sup>3</sup> מצירוף שני הנושאים - הודאת נאשם והעילות למשפט חוזר - שאינם קשורים לכאורה זה לזה, מתברר הרקע להקמת הוועדה: חשש, ולעיתים אף ודאות, שנאשמים הורשעו על-יסוד הודאות-שוא. חשש זה הייב לבחון, מחד-גיסא, את מעמדן הראייתי של הודאות נאשמים, ומאידך-גיסא, את האפשרות לעריכת משפט חוזר לנאשמים שהתעורר חשש כי הורשעו על-יסוד הודאות-שוא. ביוזמתה, הרחיבה הוועדה את תחום עיסוקה, והקדישה חלק נכבד מן הדו"ח לשיטות שההודאות נגבות בהן ולדרכים שיש לנקוט כדי למנוע חקירות שלא כדין.

2. כל הסוגיות שאדון בהן ברשימה זו נוגעות בהודאות שניתנו מחוץ לבית-המשפט. לאחר סקירה כללית של המלצות הוועדה, אפנה לדיון במצב הקיים, שהשגת הודאות מהווה בו מטרתה של חקירת עבירות, ואדגים זאת במעצר "לצורך חקירה". על רקע זה אדון בקבילות הודאות שניתנו מחוץ לבית-המשפט. לבסוף אתייחס להמלצות הוועדה - שלדעתי, אפשר שהן החשובות שבהמלצותיה מבחינת השלכותיהן המעשיות - בדבר הקלטת התחקורים,<sup>4</sup> צילומם בווידיאו ונוכחות של עורכי-הדין של הנחקרים בהם. מבלי

1 דין וחשבון הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר (א' גולדברג (יו"ר), 1994) (להלן: דו"ח הוועדה). חברי הוועדה היו: שופט בית-המשפט העליון אליעזר גולדברג - יושב-ראש; שופטת בית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו עדנה קפלן-הגלר; שופטת בית-משפט השלום בתל-אביב-יפו נירה לידסקי; המשנה ליועץ המשפטי לממשלה עורכת-דין יהודית קרפ; פרופסור מרדכי קרמניצר מן הפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים; היועצת המשפטית של משרד המשטרה עורכת-דין חנה קלר; היועץ המשפטי של משרת ישראל עורך-דין יוסי סדבון; פרקליטת מחוז המרכז עורכת-דין נורית שניט; עורך-דין אורי וגמן; ראש היחידה הארצית לחקירת פשעים חמורים במשטרת ישראל תת-ניצב אבי כהן.

2 דו"ח הוועדה, שם, בע' 3.

3 שם, שם.

4 ברשימה זו אשתמש במלה "תחקור" בהוראה של הפניית שאלות לחשוד ועימותים ישירים אחרים עימו במטרה לקבל הודאה, להבדיל מן החקירה בכללותה, הכוללת גם שימוש בדרכים אחרות להשגת מידע על אודות העבירה הנחקרת.

למעט בחשיבות ההקפדה על מהימנות ההודאות ועל כך שלא יורשעו נאשמים על-יסוד הודאות-שוא, לא אתמקד בכך ברשימה זו.

### ב. המלצות הוועדה

3. אלה המלצותיה העיקריות של הוועדה:

(1) מעמדה של הודאה מחוץ לכותלי בית-המשפט כראיה: הוצע, בדעת-רוב, כי הנוסח הקיים של סעיף 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971,<sup>5</sup> יוחלף בנוסח כדלקמן:

"(א) אמרה של אדם מחוץ לבית המשפט תקובל כראיה נגדו במשפט פלילי.  
 (ב) על אף האמור בסעיף קטן (א), לא תקובל האמרה כראיה אם ניתנה לאחר שנקטו כלפי הנחקר באחד מאלה: יחס בלתי אנושי, אלימות של ממש, עינויים גופניים, עינויים נפשיים, השפלה קשה, או איום באחד מאלה.  
 (ג) טען נאשם שאמרתו הושגה באמצעי כאמור בסעיף קטן (ב) על התביעה להוכיח שהאמרה לא הושגה כאמור.  
 (ד) אין באמור בסעיף קטן (ב) לפסול ראיות עצמאיות אחרות לאשמתו של הנאשם שנתגלו כתוצאה מההודיה.  
 (ה) לא יורשע נאשם על פי אמרה שנתקבלה לפי סעיף קטן (א) אלא אם יש בחומר הראיות ראיה חיזונית נוספת שהיא בגדר ראיית סיוע, דבר לחיזוק, או דבר מה נוסף, אשר יש בה, בנסיבות העניין, לדעת בית המשפט, להסיר ספק סביר בדבר אמינותה של האמרה בכל הנוגע לביצוע העבירה.  
 לעניין סעיף קטן זה רשאי בית המשפט להביא בחשבון גם את אי קיומן של הוראות שבדין או הוראות מחייבות אחרות בעת החקירה.  
 (ו) טען נאשם שאמרתו ניתנה לאחר שנקטו כלפיו באמצעי כאמור בסעיף קטן (ב), תקובל האמרה על תנאי וההכרעה בענין קבילותה תנתן בהכרעת הדין, אם ביקש זאת הנאשם."<sup>6</sup>

שלושה מבין חברי הוועדה הציעו שבין סעיפים קטנים (ד) ו-(ה), יוסף סעיף קטן שייקבע בו:

"לא יורשע נאשם על פי אמרה שניתנה לאחר שנקטו כלפיו באמצעים פסולים שאינם עולים כדי האמצעים הפסולים המפורטים בסעיף קטן (ב), או תוך הפרה של ממש של הוראות שבדין או הוראות מחייבות אחרות החלות על החקירה, אלא אם יש בחומר

5 ג"ח 421 (להלן: פקודת הראיות).

6 דו"ח הוועדה, לעיל הערה 1, בע' 21-22.

הראיות ראייה חיצונית נוספת שהיא בגדר ראיית סיוע, ואולם במקרים מיוחדים ומטעמים שיירשמו רשאי בית המשפט להרשיע בהעדר סיוע, אם יש בחומר הראיות ראייה נוספת שהיא חיצונית לנאשם, אשר יש בה בנסיבות העניין כדי לתמוך בהודייתו בעבירה.<sup>7</sup>

שניים מבין חברי הוועדה, פרופסור מרדכי קרמניצר<sup>8</sup> והמשנה ליועץ המשפטי לממשלה יהודית קרפ,<sup>9</sup> הציעו שפסילת הודאה על-פי סעיף קטן (ב) לא תותנה בהפעלת אמצעים של אלימות ממשית או השפלה קשה, ויהיה די בשימוש באמצעי אלימות או השפלה "סתם" שהודאה תיפסל. פרופסור קרמניצר הציע להוסיף לעילות הפסילה שבסעיף קטן (ב) אף "התשה או דיכוי שיש בהם כדי למוטט כוח רצונו של נחקר."<sup>10</sup> פרופסור קרמניצר אף הציע לקבוע את דרישת הסיוע כדרישה כללית, שיהיה ניתן לסגת ממנה רק במקרים מיוחדים ומטעמים שיירשמו, ואזי להסתפק בראיה נוספת חיצונית לנאשם, שיש בה, בנסיבות העניין, כדי לתמוך בהודאתו בעבירה.<sup>11</sup>

(2) הטלת סנקציות על חוקרים שסרחו: הומלץ לנקוט סנקציות של ממש – פליליות או משמעטיות, לפי העניין – כלפי כל חוקר שיגבה הודאה שלא כדין. בעניין זה הוצע לשקול הגדלת העונש הקבוע כיום לעבירה של "לחץ של עובד הציבור" לפי סעיף 277 לחוק העונשין, תשל"ז-1977.<sup>12</sup> כן הוצע ששר המשטרה יתקן תקנות ובהן קודיפיקציה של כללים ברורים באשר למותר ולאסור בחקירה, וכן כללים באשר לחובות המוטלות על חוקרים במהלך החקירה. כמו-כן נכתב שראוי שתיקבע בתקנות חובת פיקוח של מפקדים על תהליך החקירה, וייקבעו סנקציות משמעטיות על הפרתם של כללים שאינה מגעת כדי עבירה פלילית. לדעת הוועדה, על בית-משפט שמצא או חשד כי חוקר השתמש באמצעים פסולים כלשהם להורות להעביר עותק מהכרעת-דינו אל היועץ המשפטי לממשלה, כדי להעמיד את החוקר לדין במהירות האפשרית.<sup>13</sup>

(3) זכות לנוכחות עורך-דין בחקירה: הומלץ שתוקנה לחשוד בסעיף 28 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982,<sup>14</sup> זכות לנוכחות עורך-דינו כמשקין בחקירתו (בדומה לזכות הנוהגת כיום לבקש נוכחות עורך-דין במסדר זיהוי), זולת אם תוסרט החקירה בווידיאו. עם זאת הומלץ להסמיך קצין משטרה בכיר, בהחלטה מנומקת בכתב, להורות שלא יוזמן עורך-הדין, אם שוכנע הקצין שהדבר דרוש לשם שמירת סודות הקשורים לבטחון המדינה או לשם מניעת סכנה לשלומו של אדם, וכן על-מנת שלא לעכב

7 שם, בע' 22.

8 שם, בע' 58-64.

9 שם, בע' 67.

10 שם, בע' 59-60.

11 שם, בע' 64-66.

12 ס"ח 226 (להלן: חוק העונשין).

13 דו"ח הוועדה, לעיל הערה 1, בע' 24-26.

14 ס"ח 43 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי).

את החקירה, אם שוכנע שהמתנה לעורך-הדין שהוזמן תגרום בנסיבות העניין עיכוב בלתי-סביר בהליך החקירה. הוועדה ציינה כי בעצם קיום עילה למניעת מפגש בין עורך-הדין לבין החשוד – כאמור בסעיף 29 לחוק סדר הדין הפלילי – לא יהיה בהכרח כדי למנוע את נוכחות עורך-הדין בחקירה. לנוכח החידוש שבתנהגת ההסדר בישראל, המליצה הוועדה שיינתן למשטרה פרק'זמן מתאים להיערך להפעלתו.<sup>15</sup>

(4) הקלטת חקירות: הומלץ שכל חקירה, על-יסוד תקנות מפורטות שיתקין שר המשטרה, תוקלט מראשיתה ותועמד לרשות הסניגוריה.<sup>16</sup>

(5) הסרטת חקירות בווידיאו: הומלץ שהחקירות יוסרטו בווידיאו. ההסרטות ייערכו על-פי חוק ועל-יסוד תקנות שיתקין שר המשטרה, וייקבעו בהן דרך היישום של השיטה, אמות-המידה שייקבע על-פיהן אם תהיה ההקלטה גלויה או סמויה, והעבירות או סוגי העבירות שתופעל בהן השיטה (כשהמגמה תהיה, במידת האפשר, להסריט את כל החקירות בכל סוגי העבירות). לנוכח ההיערכות שהשיטה מחייבת, המליצה הוועדה שהיא תופעל כתום תקופת-מעבר של שנתיים, שבמהלכה תופעל השיטה בדרך ניסויית לצורך צבירת ניסיון ולקחים.<sup>17</sup>

(6) עדות מומחה מטעם בית-המשפט בדבר אישיותו של נאשם: במגמה לתת בידי בית-המשפט כלי לבחון עד כמה הנאשם עשוי, מבחינת אישיותו, למסור הודאת-שוא, הומלץ שיוסף לפקודת הראיות או לחוק סדר הדין הפלילי סעיף שייאמר בו:

"(א) בית המשפט רשאי ביוזמתו, או לפי בקשת אחד הצדדים, למנות מומחה מטעמו אשר יחווה דעתו בענין מצבו הנפשי והשכלי של הנאשם ואישיותו, ובלבד שניתנה הסכמת הנאשם לכך.

(ב) נתמנה מומחה כאמור בסעיף קטן (א), יהיו הצדדים רשאים להזמין את המומחה לבית המשפט לחקירה, אולם לא יהיו רשאים להביא עדות נוספת של מומחה לענין הנדון אלא ברשות בית המשפט."<sup>18</sup>

(7) הרשעה על-יסוד הודאה לפני בית-המשפט: הומלץ שסעיף 154 לחוק סדר הדין הפלילי, בנוסחו היום, שכותרתו "דין עובדה שהודו בה", יסומן כסעיף קטן (א), ואחריו יבוא:

"(ב) בית המשפט רשאי, במקרה בו הנאשם אינו מיוצג, או בכל מקרה אחר שימצא לנכון, לברר מה הן הראיות שבתיק החקירה, וכן לקבל כתוספת ראיה חומר המצוי בו, בין לבקשתו ובין לבקשת אחד הצדדים, טרם שיחליט אם לקבל את ההודיה כראיה."<sup>19</sup>

15 דו"ח הוועדה, לעיל הערה 1, בע' 27-29.

16 שם, בע' 30-31.

17 שם, בע' 32-35.

18 שם, בע' 50.

19 שם, בע' 52-53.

(8) המלצות נוספות: עוד המליצה הוועדה על פעולת שתי מערכות בקרה לפיקוח על החקירות: מערכת בקרה פנימית – יחידת בקרה והכוונה ארצית של המשטרה, ומערכת בקרה חיצונית – שופטי המעצרים;<sup>20</sup> על פיתוח תורת תחקור של חשודים ודרכי הקנייתם באופן יסודי ושיטתי לחוקרים, לרבות הקפדה על מיון השוטרים שיעסקו בתחקורים, מבחינת אופיים ותכונותיהם;<sup>21</sup> על הרחבת השימוש בבדיקות פוליגרף;<sup>22</sup> ועל בהינתן תיק החקירה על-ידי התביעה בטרם יוגש כתב-אישום.<sup>23</sup> פרק מיוחד הוקדש לתחקור קטינים.<sup>24</sup> כן המליצה הוועדה על הגמשת העילות לעריכת משפט חוזר.<sup>25</sup>

## ג. על השגת הודאות כמטרתה של חקירת עבירות

### 1. כללי

4. בין לנוכח הבנתה את גבולות סמכותה ובין מטעמים אחרים השמורים עימה, לא דנה הוועדה במפורש בעצם שיטת החקירה של המשטרה ובתפקיד בשיטה זו של תחקור חשודים וקבלת הודאות מהם. הוועדה נתנה אומנם את דעתה על הכשרת החוקרים והפיקוח עליהם, אך לא התייחסה כמעט לשאלה עד כמה ראוי שהמשטרה תמקד את חקירותיה בתחקור חשודים. משתמע מן הדו"ח שהוועדה ראתה כנתון את מדיניותה הקיימת של המשטרה בעניין זה, וסברה רק שמן הראוי לעשות לשיפור כישוריהם של העוסקים בתחקור ולהגברת הפיקוח על פעולתם, ולעודד את המשטרה, באמצעות הדרישה להמצאת ראיות נוספות להודאת הנאשם, לפנות – כתוספת לתחקור החשודים וכהשלמה לו – לדרכים נוספות לאיסוף ראיות.<sup>26</sup> יחד עם זאת, עשוי להשתמע מדו"ח הוועדה כי לדעתה – ולמצער, לדעת רוב חבריה – תחקור חשודים בדרכים שכשורותן מפוקפקת הינו רע הכרחי,<sup>27</sup> ומכאן, מכוח קל וחומר, אפשר ללמוד שעצם התחקור אינו פסול.

לדעתי, קיימת זיקה בין הדינים בדבר הקבילות והמשקל של הודאות כראיה לבין דרכי החקירה והתחקור המשטרתיים ומקומה הכולל של קבלת הודאות במסגרת פעילות החקירה של המשטרה והראיות שהיא אוספת. חקירות המשטרה מיועדות, במידה רבה, להשגת עדויות שיוכלו לשמש ראיות בבית-המשפט. על-כן, דיני הראיות – לרבות

20	שם, בע' 36.
21	שם, בע' 37-39.
22	שם, בע' 40.
23	שם, בע' 46-49.
24	שם, בע' 41-45.
25	שם, בע' 54-57.
26	שם, בע' 21 (בעיקר סעיף 34).
27	ראו להלן, טקסט להערות 102-103.

מדיניות בתי-המשפט בתחום זה – אוצלים על פעילות החקירה של המשטרה. אכן, זיקה זו אינה פשוטה. כך, למשל, ידוע שבתורת "פירות העץ המורעל", הנוהגת בארצות-הברית, שראיות שהושגו שלא כדין נפסלות על-פיה, אין כדי למנוע שימוש בדרכי חקירה אסורות.<sup>28</sup> יחד עם זאת, אין בכך כדי לשלול את הקשר בין פעולות החוקרים לבין דיני הראיות.<sup>29</sup> לדוגמה, אפשר להניח שבשיטה – דוגמת המשפט העברי<sup>30</sup> – השוללת מהודאת נאשם מעמד של ראיה, היתה המשטרה מצמצמת את מאמציה בגביית הודאות למקרים שהדבר יסייע בהם באיסוף ראיות אחרות או באימותן.<sup>31</sup> יש איפוא מקום, לצורך בחינתן של המלצות הוועדה בדבר קבילותן של הודאות, לעמוד על מקומה הכללי של קבלת הודאות במסכת החקירה המשטרית.

5. חלק נכבד מן המאמץ החקירתי של משטרת ישראל, אם לא עיקרו, מכוון כיום להשגת הודאות מחשודים. חשודים בביצוע עבירה נחקרים במטרה שידו בה.<sup>32</sup> במקרים רבים, ממצאים שהולוכו להטלת החשד על נאשם שהודה לאחר-מכן אינם מוגשים כלל כראיות. בדרך-כלל, לאחר קבלת הודאה, אין החקירה נמשכת, וזולת אם אין ראיה קבילה מלבד ההודאה, שאז נמשכת החקירה במטרה למצוא ראיות שימשו "דבר-מה נוסף".

אפשר להסביר זאת בעיקר בשתיים אלה: ראשית, הודאה נחשבת – למעשה, אם לא להלכה – לראיה אמינה במיוחד. הסיכוי לזיכויו של נאשם שהודה במשטרה והודאתו התקבלה כראיה הינו מבוטל.<sup>33</sup> מאחר שהצלתן של ראיות החקירה נמדדת – בעיניהן שלהן ובעיני הציבור – על-פי שיעור החקירות שהסתיימו בהרשעת החשודים, אך טבעי שהן ירכזו את מאמציהן בהשגת סוג הראיה הגורר הרשעות במידה מירבית. שנית, תחקור חשודים במטרה להשיג מהם הודאות הינו אמצעי קל, זול ופשוט מכל דרכי החקירה האחרות, והוא דורש לכאורה פחות מיומנות, כישורים או השכלה. הודאה, מעצם טבעה, משמשת ראיה עיקרית, לעיתים כמעט יחידה, להוכחת אשמה. שכן, כרגיל, יש בה כדי להוכיח את כל יסודות העבירה, וקבלתה חוסכת כמעט לחלוטין את הצורך להשיג ראיות נוספות; להוציא, כאמור, "דבר-מה נוסף", שמשקלו במקרים רבים קל למדי<sup>34</sup> והשגתו

28 ראו: D.H. Oaks "Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure" 37 U. of Chicago L. Rev. (1970) 665.

29 ראו א' הרנון "ראיות שהושגו שלא כדין: מבט השוואתי" ספר לנדוי (א' ברק, א' מוזו – עורכים, תשנ"ה) 983.

30 ראו ע"פ 242/63 קרית נ' הי"מ, פ"ד יח(3) 477, 497 (להלן: ע"פ קרית).

31 ראו גם להלן, פרק ד.2.(ג)1.

32 ראו ח' ה' כהן המשפט (תשנ"ב) 475: "למעשה, רובה ככולה של החקירה המשטרית שלאחר תפיסת חשוד מכוונת להביאו לידי הודאה."

33 ראו מ' קרמניצר "הרשעה על סמך הודאה – האם יש בישראל סכנה להרשעת חפים מפשע?" המשפט א (תשנ"ג) 205, 205-206.

34 ראו א' הרנון דיני ראיות (תשל"ו, חלק שני) 282; ג' אוריון דיני הודאות וחקירה (תשמ"ה) 276-277.

אינה כרוכה בדרך-כלל בקשיים מיוחדים. אמצעי תקירה מדעיים (לרבות טביעות אצבעות, בדיקות דם ופוליגרף), מעקבים, האזנות-סתר, התחקות אחר עדי-ראייה ואמצעי תקירה נוספים, שאינם מבוססים על תחקור חשודים, הינם יקרים במקרים רבים, נקיטתם דורשת כוח-אדם רב ומיומן ולא תמיד הם גושאים פירות. תקירה באמצעים כאלה עשויה להניב לעיתים קרובות ראייה נסיבתית בלבד, שלא תספיק לבדה להוכחת אשמה, אלא נדרשות ראיות אחדות מסוגה.

6. הדין הקיים מקשה לכאורה עד מאוד על השגת הודאות במסגרת תחקור חשודים, והשגת ראיות כאלה, ולא-כל-שכן השימוש בהן, היו צפויים להיות נדירים. לחשודים נתון חסיון מפני הפללה עצמית,<sup>35</sup> ונהוג למעשה לראותם כבעלי זכות שתירה מלאה, בדומה לזכותם של נאשמים במשפט.<sup>36</sup> זכות השתיקה והחסיון מפני הפללה עצמית אף נכנסים בגדר זכות-היסוד של האדם לכבוד,<sup>37</sup> המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו,<sup>38</sup> ועל כל רשויות השלטון לכבדה.<sup>39</sup> מן הזכות החוקתית לכבוד אף נובע ש"אין לאפשר דרכי תקירה שבה הופך האדם אמצעי לסיפוק מידע."<sup>40</sup> לחשוד שאינו חפץ להיענש על מעשיו אין כל אינטרס לוותר על החסיון, זולת אם ממילא קיימות נגדו די ראיות אף בלעדי הודאתו. סעיף 12 לפקודת הראיות קובע, שהודאת נאשם כי עבר עבירה תהיה קבילה רק אם הוכח שההודאה היתה "הפשית ומרצון". סעיף 47(ב) לפקודה מוסיף על כך, שאם ביקש אדם להימנע ממסירת ראייה מחמת שהיא עשויה להפלילו, ובקשתו נדחתה על-ידי רשות החקירה<sup>41</sup> והראיה נמסרה, "לא תוגש הראיה נגד אותו אדם במשפט שבו הוא מואשם בשל העבירה שהעובדה המתגלית מן הראיה היא יסוד מיסודותיה, אלא אם הסכים לכך."<sup>42</sup> אפשר להניח שנאשם שהודה עקב תשוקתו להיענש או לנוכח ריבוי הראיות נגדו יודה בדרך-כלל גם בתשובה לכתב-האישום, כך שהודאתו במסגרת התחקור מחוץ לכותלי בית-המשפט לא תוגש כראיה במשפטו.

- 35 ראו פקודת הראיות, סעיף 47; חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955, ס"ח 171, סעיפים 256-257; פקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות), חא"י כרך א (ע) 439 (א) 467 (להלן: פקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות)), סעיף 2(2).
- 36 ראו י' קדמי על סדר הדין בפלילים (תשנ"ג, כרך ראשון) 351-352.
- 37 ראו א' ברק פרשנות במשפט (תשנ"ד, כרך שלישי - פרשנות חוקתית) 432-433.
- 38 חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150, סעיפים 2 ו-4.
- 39 שם, בסעיף 11. לדיון בסעיף זה ובמשמעותו ראו בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל (טרם פורסם) (להלן: בש"פ גנימאת). פסק-דין זה נידון כיום בדיון נוסף.
- 40 ברק, לעיל הערה 37, בע' 422.
- 41 ההוראות שבפקודת הראיות בעניין חסיונות - לרבות החסיון מפני הפללה עצמית - חלות, כפי שנקבע בסעיף 52 לפקודה, "הן על מסירת ראיות בפני בית משפט ובית דין והן על מסירתן בפני רשות, גוף או אדם המוסמכים על פי הדין לגבות ראיות."
- 42 ראו להלן, פרק ד.2.ב).



7. כיצד איפוא ניתן להסביר את השכיחות של מתן הודאות על-ידי חשודים בפלילים במסגרת תחקורם על-ידי חוקרי המשטרה ואת השכיחות של קבלתן כראיות? אפשר לטעון שהדבר נובע מן הטכניקה המשוכללת של "חקירת שתי וערב" שהחוקרים המשטרתיים מיומנים בה. אפשר אומנם להטיל ספק בעצם זכותם של החוקרים לתחקר חשוד שלא הביע את הסכמתו לכך, שכן, משמעותה של זכות השתיקה במשפט הפלילי עצמו היא מתן כוח לנאשם להחליט אם להעיר. הודיע הנאשם שאין ברצונו להעיר, לא תוכל התביעה להפנות אליו כל שאלה. אין להבין מדוע זכות הנתונה לנאשם תחת עיניו הפקוחות והניטרליות של בית-המשפט ובמסגרת הליך פומבי אינה נתונה לו בעת שהוא מצוי ביחידות עם חוקריו.<sup>43</sup> אך יהיה עניין זה כאשר יהיה, עובדה היא שחקירה נגדית בבית-המשפט שהנאשם מודה בה בעבירות שכפר בהן לפני-כן היא חזיון נדיר, השמור בדרך-כלל להצגות תיאטרון ולסרטי קולנוע וטלוויזיה. האם כוחם הרטורי, רמת שנינותם וכשרונותיהם הפסיכולוגיים של התובעים במשפטים פליליים נופלים במידה כה ניכרת מאלה של חוקרי המשטרה? ספק.

הרושם הוא שעיקר ההסבר לשכיחות האמורה של הודאות חשודים הנמסרות לחוקריהם במשטרה הוא, שתנאי החקירה ושיטות התחקור הגהוגים פוגעים ביכולתם של החשודים לפעול באופן רציונלי, ויש בהם למעשה משום פגיעה מהותית בזכות השתיקה ובחסיון מפני הפללה עצמית, ועל-כן אף בזכותם החוקתית של הנחקרים לכבוד. ספק רב אם יש אפשרות לקיים שיטת חקירה המבוססת על השגת הודאות מחשודים ובד בבד לשמור על זכויות היסוד שלהם.

ודקוק: דברי אינם מכוונים אך אל אותם מקרים – שיש לקוות שהם חריגים – שהסתבר בהם כי חוקרים נקטו כלפי חשודים עינויים במלוא מובן המלה, כדי להציל מפייהם הודאה. ענייני הוא בחקירות "שגרתיות", המנוהלות לכאורה כדיון.

## 2. דוגמה: מעצר כאמצעי להשגת הודאות

8. סלו, למשל, את עניין המעצר "לצורך חקירה". הדעת נותנת כי מעצר של אדם שלא הורשע ואפילו לא הצטברו נגדו ראיות המצדיקות הגשה של כתב-אישום יהיה נדיר למדי. למעצר יש השלכות חמורות, רשמיות וחברתיות. מעצם מהותו, המעצר פוגע בזכות האדם לחירות אישית, שהיא זכות בסיסית, המשנית אולי רק לזכות לחיים. המעצר כרוך ב"רישום פלילי", שיישאר חקוק בספרי הרישום של המדינה במשך כל חיי העצור, ויהיה זמין לגופים ציבוריים. המעצר תורם להגדרתו החברתית של העצור כ"עבריין".<sup>44</sup> פגיעה חמורה כזאת היתה אמורה להתאפשר רק מקום שהוכח בו בדרגה גבוהה של הסתברות כי הימנעות ממעצר תגרום נזק של ממש לעניין הציבורי; למשל, תסכל את החקירה, או אולי גם תוליך לביצוע עבירות נוספות על-ידי החשוד. זאת ועוד: החזקת חשוד במעצר מן הראוי שהיתה מותרת רק מקום שהוכח בו כי

43 ראו שם.

44 ראו, למשל, ק' מן "השלכות רשמיות וחברתיות של מעצרים" פלילים ג (תשנ"ג) 284.

בהגבלות אחרות, קלות יותר, על חירות החשוד – למשל, מעצר-בית, חובת התייצבות במשטרה או פיקוח או מעקב משטרתיים אחרים אחריו – אין כדי למנוע את הפגיעה בעניין הציבורי.

נוסף על כך – וכאן, לטעמי, עיקר עניינה של רשימה זו – היה מן הראוי שתנאי המעצר יהיו נוחים, וככל שהדבר מתיישב עם מצב המעצר והשגת מטרותיו, אף נעימים. הלא על-פי תורת המידתיות – המעוגנת עתה אף בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – על רשות הפוגעת בחירותו של אדם המוחזק כחף מפשע לעשות ככל הניתן כדי למוער את הפגיעה בו.

9. והנה, במציאות, מעצר במסגרת חקירת חשודים בעבירות שאינן קלות במיוחד מתבצע כדבר שבשגרה, כביכול מדובר במהלך סטנדרטי ואינטגרלי של החקירה.<sup>45</sup> אין מדובר רק במעצר על-ידי המשטרה, העשוי להימשך, לפי הדין הקיים,<sup>46</sup> עד ארבעים ושמונה שעות, ובנסיבות מיוחדות אף עד תשעים ושש שעות, המנוצלות במקרים רבים במלואן.<sup>47</sup> בשנת 1992 ביצעה המשטרה בתחומי הקו הירוק 40,917 מעצרים של חשודים בביצוע עבירות פליליות, ובשנת 1993 – 44,842 מעצרים.<sup>48</sup> במדגם שערכה מבקרת המדינה בחודשים מרס עד יולי 1994, נמצא שכ-40% מן המעצרים היו פגומים: 3% מן המעצרים לא היו חוקיים, כ-12.5% – לא-מוצדקים וכ-24.5% – מעצרים לא-מנוצלים.<sup>49</sup> גם בתי-המשפט הדנים בבקשות המשטרה להארכת מעצר נוהגים לעיתים מזומנות, וכוודאי לא במקרים נדירים, לקצוב לחשודים ימי מעצר נוספים, שמספרם נע בין ימים אחדים לבין שבועות

45 אחוז העצורים שמוגש נגדם כתב-אישום הינו נמוך. כך, בשנת 1982, מבין 35,850 עצורים, הואשמו 4,174 (11.6%). בשנת 1983, מבין 37,872 עצורים, הואשמו 2,517 (6.6%). ראו מבקר המדינה – דו"ח שנתי (דו"ח שנתי 37, ירושלים, 1987) 612 (להלן: דו"ח מבקר המדינה 37).

46 ראו סעיף 16 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969, נ"ח 284.

47 לשיקולים במעצר על-ידי הקצין הממונה במשטרה ראו קדמי, לעיל הערה 36, בע' 57 ואילך. המחבר מציין, בין השאר, כי בשלבי המעצר הראשוני והכליאה, יש לעילת המעצר המבוססת על חומרת העבירה המיוחסת לחשוד "משקל נכבד ביותר". ראו שם, בע' 59. לדברי המחבר, קיומו של עניין לציבור במעצר על-ידי המשטרה מוכר גם "אם בשל הצורך בהדגשת שלטון החוק, בהתחשב בכך שהמדובר במעשים הרומסים ערך זה... אם בשל כך שהמדובר במעשים שהפכו שכיחים באזור מסוים ויש בהם משום מטרד ציבורי המחייב תגובה מידית ונמרצת..." (שם, שם). עם זאת יצוין, כי באחרונה הגישה הממשלה הצעת-חוק המצמצמת מעצר חשודים המבוסס על חומרת העבירה בלבד על-ידי שוטר, ושוללת כליל מעצר כזה על-ידי שופט. ראו סעיפים 8 ו-21 להצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – עיכוב, מעצר ושחרור), התשנ"ה-1995, ה"ח 306.

48 ראו דו"ח מבקר המדינה – דו"ח שנתי (דו"ח שנתי 45, ירושלים, 1994) 380.

49 ראו שם, בע' 381-392.

מספר. כמדגם שערך מבקר המדינה בשנת 1987, נמצא שממוצע הבקשות למעצר שדחה בית-המשפט היה 11.7%.<sup>50</sup> כמדגם אחר, שנערך בשנת 1991 בבית-המשפט השלום בתל-אביב, נמצא שממוצע הבקשות שנדחו היה 18.82%.<sup>51</sup> הבסיס הראייתי הנדרש לביצוע העבירה הנטענת, לפחות בבקשת המעצר הראשונה, אינו רב. "פשיטא, שבתחילת הדרך, כאשר החקירה בחיתוליה – יסתפק ביהמ"ש בקיומו של חשד 'קל' יחסית, המבוסס על חומר דל שעיקרו מידע ומסקנה הגיונית מתחייבת."<sup>52</sup> אין עומדים על כך שהמשטרה תוכיח – מעבר להפרכת טברות-כרס בדבר התנהגות החשוד אם ישוחרר, שאינן מבוססות על ראיות ספציפיות – כי שחרור החשוד יפגע בחקירה או בשלום הציבור. במקרים רבים אף לא נבחן אם לשם הגשמת העניין הציבורי, אין אפשרות להסתפק בדרכים שאינן כרוכות בפגיעה כה קשה בחירותו של החשוד. לנוכח העובדה שבקשות המעצר מובאות לפני בית-משפט השלום, שהערעור על החלטותיו הוא לפני בית-המשפט המחוזי, מגיעות סוגיות אלה לדיון לפני בית-המשפט העליון אך לעיתים רחוקות.<sup>53</sup>

10. וחמור מכל: תנאי המעצר בישראל, לא זו בלבד שאינם נוחים כלל, אלא הם תנאים קשים בלשון המעטה.<sup>54</sup>

- 50 ראו דו"ח מבקר המדינה 37, לעיל הערה 45, בע' 610.
- 51 ראו א' פורג וג' קפלנסקי "הליכי מעצר לפני הגשת כתב אישום בבית משפט השלום – מחקר שדה" פלילים ג (תשנ"ג) 291, 297. ראו גם ד' ליבאי, "שחר, א' גנאל וא' הירש" "הליכי מעצר בבית-משפט השלום – מחקר מעקב" עיוני משפט ג (תשל"ג) 516, 537.
- 52 קדמי, לעיל הערה 36, בע' 96.
- 53 ראו ד' ביינ "הערות לתפקיד בית המשפט לעניין מעצר חשודים בשלב שלפני הגשת כתב האישום" הפרקליט כח (תשל"ב) 69. החלטות בודדות של בית-המשפט העליון בתחום זה מן השנים האחרונות הן: בש"פ 786/90 מ"י נ' סולטן (לא פורסם); בש"פ 5691/91 גלי נ' מ"י (לא פורסם); בש"פ 3153/92 שפר נ' מ"י (לא פורסם). בבש"פ גנימאת, לעיל הערה 39, שבית-המשפט העליון דן בו במעצר עד תום הליכי המשפט, ציינה השופטת דורנר, כי "משנתקבל חוקי-סוד: כבוד האדם וחירותו, עלינו לשוב ולבחון את פסיקתנו בתחום הדיון הפלילי – ובראש ובראשונה דיני המעצרים... כדי לברר אם הולמת היא את הוראות חוקי-היסוד ומגמותיו" (שם, בסעיף 6 לפסק-דינה של השופטת דורנר); ואילו המשנה-לנשיא ברק הוסיף, כי "מעצר לפני אישום אינו אמצעי חקירה. הוא אמצעי למניעת שיבוש החקירה" (שם, בסעיף 49 לפסק-דינו של המשנה-לנשיא ברק). ובהמשך: "אין לעצור אדם, אלא אם הדבר הוא חיוני. שיטת משפט דמוקרטית נאורה משתחררת ממנטליות של מעצר כאמצעי ראשון. מדינה שערכיה דמוקרטיים מאמצת מנטליות של מעצר כאמצעי אחרון" (שם, שם). אך עוד רחוקה הדרך עד שדברים אלה ישפיעו במידה של ממש על פסיקות של הערכאות הדנות בבקשות למעצר לפני אישום, שכאמור, בית-המשפט העליון כמעט שאינו נמנה עימן.
- 54 ראו דו"ח מבקר המדינה 37, לעיל הערה 45, בע' 612-614.

רשויות השלטון, לרבות בתי המשפט, למרבה הצער, התייחסו עד כה למצב מחירי זה כמעט כאל גזרה משמים, ועשו אך מעט כדי לתקנו (כין על-ידי שיפור ממשי של התנאים בבתי-המעצר ובין על-ידי הימנעות מירבית מהוצאת צווי-מעצר שידוע כי יבוצעו באופן בלתי-הולם).

ודוקו: לדידי, תיקון המצב בהקשר זה אינו אך בכך שכל עצור יזכה במיטה משלו ויעד שאף הוא טרם הושג, כמסתבר, אלא, כאמור, שתנאי המעצר יהיו נוחים, כך שמלבד עצם הפגיעה בחירות, לא תהיה בהם משום ענישה או הפעלת לחץ על העצור.

11. השימוש הרב במעצר, יחד עם תנאי המעצר הקשים, מעידים שמעצר משמש אמצעי חקירה, שלמעשה – אף אם לא להלכה – תפקידו המרכזי הוא השגת הודאות מן החשודים.

עצם ההימצאות במעצר, ובמיוחד תנאיו הקשים, יוצרים לחץ על עצורים להודות בעבירות המיוחסות להם. מעצר (או איום במעצר) אף מסייע – ולעיתים אף מהווה תנאי שאי-אפשר בלעדיו – לשימוש באמצעי חקירה בלתי-חוקיים במטרה לכפות על העצור להודות. הכוונה לאמצעים כגון אלימות או השפלה, הבטחה לשתרור מן המעצר תמורת הודאה וכיוצא באלה. אף דרכי חקור שאינן פסולות לפי ההלכת הקיימת, ועל-כך-פנים, אין בהן כדי לפסול את ההודאות שניתנו כתוצאה מהן – למשל, חקירה ממושכת או בשעות בלתי-שגרתיות – אינן אפשריות כמעט אלא כאשר החשוד מצוי במעצר. אכן, המשטרה ואף בתי-המשפט בישראל אינם מוכנים להכיר בכך שהשגת הודאה מן העצור – או בנוסח המקובל לעיתים, "שיתוף-פעולה" עם החוקרים – היא מטרת המעצר. העמדה הרשמית שמקובל להצהיר עליה היא, כניסוחו של ד"ר דן ביינ:

"אין להרשות כי המעצר ינוצל על מנת להשיג שיתוף פעולה מצד החשוד, להבריל מהפרעה אקטיבית למהלך החקירה. כל עוד קיימת במשפטנו זכותו של החשוד לשתוק ולא להפיל את עצמו, אין להפעיל עליו לחץ, לא ישיר ולא עקיף, על מנת שימציא למשטרה חומר ראיות כנגד עצמו."<sup>55</sup>

אלא שקיימים בפסיקה רמזים לגישה אחרת.<sup>56</sup> כך, למשל, ציין השופט ויתקון:

"חקירתו של פושע אינה משא-ומתן בין שני סותרים שלווים והגונים המנהלים את עסקם על בסיס אמון הדדי מירבי. ... מחוקר משטרה המשתדל לדובב חשוד... אין אני דורש 'הגינות' כזאת. זכותו של חשוד היא לשתוק ולא ל'הישבר'; זכותו וחובתו של חוקר להשתמש באמצעים סבירים כדי להשיג מהנחקר ידיעה."<sup>57</sup>

55 ביין, לעיל הערה 53, בע' 80.

56 השו"קמניצור, לעיל הערה 33, בע' 208-209.

57 ע"פ 216/74 כהן נ' מ"י, פ"ד כט(1) 340, 352 בין האותיות ב-ג. בע"פ 270/65 קיסי נ' הי"מ, פ"ד יט(3) 561 (להלן: ע"פ קיסי), בע' 566, בין האותיות ד-ה, אף ציין השופט זוסמן במפורש, כי "ניתן לומר שאדם המוחזק במעצר וחשוד בכיצוע פשע אינו נהנה מחופש מוחלט, ואף-על-פי-כן לא תיפסל הודאתו בשל כך בלבד".

דברים אלה אינם מתייחסים אומנם למעצד דווקא כאמצעי ל"דיבוב" השודים, אך עולה מהם שמותר בהחלט להפעיל על חשוד לחץ ישיר, ולא-כל-שכן לחץ עקיף, על-מנת שימציא למשטרה חומר ראיות נגד עצמו, ובלבד שמדובר באמצעים "סבירים". פרופסור דוד ליבאי הציג עמדה המצדיקה "במקרים מיוחדים" מעצד שמטרתו, למעשה, השגת הודאה. וכך, בין השאר, הוא נימק דעה זו:

"ראשית, משום שאין החסיון מהפללה עצמית שולל את זכותם של חוקרי המשטרה מלהציג לו שאלות. החסיון מקנה לחשוד 'אופציה לסרב' אבל אינו מטיל על השוטרי איסור לחקור. ייתכן ויחליט החשוד לוותר על החסיון, ויתור חופשי ומודע, לאחר שהואשם והועמד על זכויותיו. ...שנית, הלכה פסוקה היא שעובדת שבתו של החשוד במעצד אינה מהווה 'לחץ' השולל את רצונו החופשי של מוסר ההודייה. אם ההודייה הנמסרת בתנאים האמורים היא כשרה, מדוע יהיה מעצד לשם גביית הודייה כשרה פסול מעיקרו?"<sup>58</sup>

אכן, במחקר שנערך באנגליה בשביל המועצה המלכותית למשפט פלילי נמצא:

"The general practice of the police following arrest, is to detain the arrestee in order to obtain evidence by questioning. Put another way, the purpose of most arrests is to take the person to the controlled environment of the police station in order to question the person about the incident which gave rise to the arrest."<sup>59</sup>

על-כל-פנים, יהיו מניעהן של רשויות החקירה והשיפוט בעריכת מעצרים, לרבות תנאי המעצר הגרועים, אשר יהיו, אין לחדר שמעצד של חשוד מעלה במידה ניכרת את הסיכוי שהוא יודה בעבירה המיוחסת לו לפני חוקריו או לפני אחרים שהוא מופגש עימם בהיותו במעצר, כגון סוכנים סמויים. כך נמצא במחקר האמור שנערך באנגליה, כי במשך המעצר ניתנו הודאות על-ידי לא פחות מ-59.4% מן החשודים.<sup>60</sup> במיוחד יצוין כי 46% מבין החשודים, שהיה בידי המשטרה, לפני מעצדם, חומר ראיות חלש נגדם, הודו במשך המעצר בעבירות שיוחסו להם.<sup>61</sup> אין להגיה שכה רבים מן החשודים היו מודים אלמלא

58 ד' ליבאי דיני מעצר ושחרור (תשל"ח) 167-168. דא"עקא, קשה להשלים עם העמדה שמעצד של אדם כדי לגרום לו לוותר "באופן חופשי ומודע" על זכות שתיקתו - שהלא לשם כך נדרש המעצד - אינו מהווה לחץ פסול. ההלכה - ובעקבותיה אף עמדת הוועדה - שהודאה שניתנה כתוצאה מלחץ כזה היא ראייה כשרה, אינה נראית לי, ועל כך ארחיב בהמשך.

59 M. McConville *Corroboration and Confessions – The Impact of a Rule Requiring that no Conviction can be Sustained on the Basis of Confession Evidence Alone* (The Royal Commission on Criminal Justice, Research Study No. 13, London, 1993) 31

60 *Ibid*, at p. 32

61 *Ibid*, *ibid*

המעצר. לא-כל-שכן כשהמדובר בחשודים שלא היו נגדם, לפני ההודאה, ראיות משמעותיות, ולכן לא היה להם עניין להודות כדי להביא לידי הקלה בעונשם. הלא עניינם של האחרונים (זולת אלה שביקשו להיענש כדי לכפר על עבירותיהם) היה דווקא בכפירה, שגדול הסיכוי שהיתה מובילה לזיכויים.

### 3. עמדת הוועדה

12. הוועדה, כאמור, לא התייחסה לשיטת החקירה הקיימת של המשטרה, שתחקור חשודים במרכזה. ממילא, לא התמודדה הוועדה באופן חזיתי עם הדיסוננס שבין שיטה זו לבין הדינים החוקתיים בדבר זכויות החשודים, לרבות הזכות לכבוד.

אילו עסקה הוועדה באיוון מן הסוג הראשון, היה עליה לברר את צורכי החקירה ואת החלופות השונות לשיטות הקיימות, ולאזן בינם לבין זכויות האדם. תוצאה של איוון כזה מן הראוי שתהיה ניסוח של כללים מקיפים, שעניינם דרכי החקירה והתחקור המותרות והאסורות. הוועדה לא עסקה בכך באופן שיטתי, אלא פירטה באחדות מהמלצותיה דרכי פיקוח על החקירות, כגון הקלטה או צילום של התחקורים ונוכחות של פרקליטי החשודים בהם.

אכן, כפי שאפרט בהמשך,<sup>62</sup> אין, לדעתי, זיקה הכרחית בין השאלה אם האמצעים שהולכו לקבלת הודאה היו חוקיים לבין שאלת קבילותה של ההודאה כראיה נגד נותנה, אלא יש לבחון את הקבילות באספקלריה של העקרונות בדבר זכות השתיקה והחסיון מפני הפללה עצמית. אך לא זו היתה גישת הוועדה, שקשרה, בהתאם להלכה הקיימת, בין פסילת הודאה לבין חוקיות האמצעים שהולכו להשגתה. לכן, דווקא על-פי שיטתה, היה על הוועדה לבחון, ראשית לכל, את הכללים בדבר האסור והמותר בחקירה ובתחקור של חשודים. זאת, כאמור, היא לא עשתה.

בהיעדר בחינה מקיפה של הכללים הראשוניים – כלומר, דיני החקירה והתחקור, השרויים על-פי המצב הקיים בדיסוננס ובסתירות פנימיות קשות – נמצא הדיון בכללים המשניים, כלומר, הדינים בדבר הפיקוח על קיום הכללים הראשוניים והדינים בדבר תוצאות הפרתם, חסר.

### ד. קבילות הודאות שניתנו מחוץ לבית-המשפט

#### 1. ההלכות הקיימות

13. בסעיף 12 לפקודת הראיות (להלן: סעיף 12), בנוסחו הקיים – שמקורו בסעיף 9 לפקודת העדות המנדטורית משנת 1940<sup>63</sup> – נקבע:

62 ראו להלן, פרק ד.2.(ג)1 וכן פרק ד.3.

63 ח"א"י כרך א 650.

"עדות על הודיית הנאשם כי עבר עבירה, תהא קבילה רק אם הביא התובע עדות בדבר הנסיבות שבהן ניתנה ההודיה ובית המשפט ראה שההודיה היתה חפשית ומרצון."<sup>64</sup>

נוסחו של מבחן זה בדבר היות ההודאה "חפשית ומרצון" הינו מעורפל. שכן, מחד-גיסא, מתן הודאה על-ידי אדם בריא בנפשו לעולם מושפע מנסיבות חיצוניות, ואין הוא "חופשי" לחלוטין; ומאידך-גיסא, אדם בריא בנפשו לעולם מסוגל לבחור אם למסור הודאה אם לאו, אף אם הוא נתון ללחצים, קשים ככל שיהיו, להודות, ועל-כן תהיה הודאתו תמיד "חפשית ומרצון."<sup>65</sup>

14. לנוכח הקושי האמור בפירוש סעיף 12 על-פי לשונו כפשוטה, נפתחה הדלת לפרשנות שיפוטית יוצרת. אלא שעד היום – חמישים וחמש שנה מיום חקיקת הסעיף וארבעים ושבע שנה מיום קום המדינה – שרירות ועומדות לעניין מובנו של הסעיף אסכולות פרשניות שונות בקרב שופטי בית-המשפט העליון, ופירוש הסעיף טרם הוכרע. זאת ועוד: מובנם של חלק מפירושי של סעיף 12 אינו נהיר כשלעצמו, כך שאף אם היה אחד מהם מאומץ והשאר היו נדחים, לא היה הערפל מתפור. כפי שיפורט בהמשך,<sup>66</sup> אף נוסח הסעיף שהציעה הוועדה – נוסח הרוב, וכמוהו נוסח המיעוט – אינו ברור-לחלוטין. האסכולות הפרשניות נחלקות בין "גישת המהימנות", שיסוד הפסלות על-פיה הוא אך בחשש לאמינות ההודאות,<sup>67</sup> לבין "גישת חוקתית-חינוכית", שיסוד הפסלות על-פיה הוא גם בערך המוסרי שבא-שימוש בראיות שהושגו בדרכים פסולות וברצון להגיא את החוקרים מלנקוט דרכי חקירה פסולות.<sup>68</sup> מצויה אף "גישת-ביניים" – וזו היתה אף גישתו של יושב-ראש הוועדה, השופט גולדברג, בפסיקתו<sup>69</sup> – על פיה יש להבחין בין הודאה שניתנה בעקבות אמצעי חקירה הפוגעים בצלם האדם, שאז אחת דינה להיפסל, לבין הודאה שניתנה בעקבות אמצעים פסולים שלא הגיעו לדרגת חומרה כה גבוהה, שאז תתקבל ההודאה אם תצליח התביעה לשכנע את בית-המשפט "כי אף-על-פי שננקט האמצעי הפסול, לא הוחלש רצון השתיקה של הנחקר, וכי 'הודה המודה לשם הודיה,

64 פקודת הראיות, לעיל הערה 5.

65 אך השוו לדברי ממלא-מקום-הנשיא אגרנט בע"פ 307/60 יאסין נ' הי"מ, פ"ד יז 1541, 1553.

66 ראו להלן, פרק ד.2.7. (ג.א).

67 ראו, למשל, דברי השופט זוסמן בע"פ קיסי, לעיל הערה 57, בע' 566, בין האותיות ה-ו, ודברי השופט חיים כהן בע"פ 126/76 ברנס נ' מ"י, פ"ד (3) 507, 515 (להלן: ע"פ ברנס).

68 ראו, למשל, דברי השופט זילברג בע"פ 56/51 מזרחי נ' הי"מ, פ"ד ה 1504, 1513, בין האותיות ה-ו, וכן דברי ממלא-מקום-הנשיא לנדוי בע"פ 183/78 אבו מידג'ים נ' מ"י, פ"ד (4) 533, 537-540 (להלן: ע"פ אבו מידג'ים).

69 ראו ע"פ 115/82 מועדי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 197, 224-225 (להלן: ע"פ מועדי).

כלומר שהחליט על דעת עצמו ומתוך שיקולים ומניעים משלו לגלות סוד מעשיו ולהודות בהם.<sup>70</sup>

המשותף לכל הגישות הוא בכך, שהודאה תיפסל רק אם התקבלה בעקבות נקיטת אמצעים לא-חוקיים, ולמצער, לא-תקינים או לא-ראויים. אפשר שמטעם זה לא ראתה ועדת לנדוי לעניין שיטות החקירה של השב"כ קושי בקבלת הודאות שנגבו על-ידי חוקרי השב"כ כתוצאה מהפעלת לחץ, לרבות לחץ פיסי, מקום שהפעלת לחץ כזה היתה כדין, למשל, מכוחם של דיני הצורך.<sup>71</sup>

חוסר הבהירות המשותף לרבות מן הגישות הוא בכך, שלא ברור אם כלול בהן יסוד של קשר סיבתי בין האמצעים הפסולים לבין מתן ההודאה, שקריותה בכוח או שקריותה בפועל, ואם כן, קשר סיבתי לאיזו מהחלופות האלה. כך, לא ברור אם על-פי הגישה החוקתית-החינוכית, נדרש לשם פסילת הודאה קיומו של קשר סיבתי בין האמצעים הפסולים לבין מתן ההודאה. באשר לגישת המהימנות, אין זה ברור אם הקשר הסיבתי הנדרש הוא בין האמצעים שנקטו לבין אפשרות - כהנחה כללית, הנובעת מטיב האמצעים - לשקריות ההודאה, או שהודאה תיפסל רק מקום שהוטל ספק סביר במהימנותה, והיא תתקבל, למשל, אם ראיות אחרות מצביעות על אמיתותה. דוגמות לאי-בהירות מסוג זה אפשר למצוא בשפע בפסק-הדין בע"פ מועדי.<sup>72</sup> כך, למשל, כתב שם הנשיא יצחק כהן את הדברים הבאים:

"אני מסכים... כי האיזון המתאים בין הערכים השונים המתנגשים בעניין קביעת המדיניות השיפוטית הנאותה בנושא העדין שבו אנו דנים מחייב פסילת הודאות, אשר נתקבלו על-ידי אמצעים פסולים קיצוניים, כגון התעללות פיסית חמורה או שיטות אחרות, ביניהן שיטות 'פסיכולוגיות', שהשימוש בהן פוגם ב'דמותו ההומנית של המשטר במדינתנו, שעליו אנו שומרים מכל משמר'... במקרים כאלה החוק מניח, שהערך הראייתי של ההודאה הוא נפסד, ופוסל אותה מראש. אולם גם במקרים של שימוש באמצעי לחץ קיצוניים לא הייתי שולל בדיקה אם האמצעים הפסולים השפיעו בפועל על הנחקר... אם מתברר, שאמצעי הלחץ, יהיו אשר יהיו, לא השפיעו בפועל על הנחקר... אין להגיד שההודאה ניתנה כתוצאה משימוש באמצעים פסולים... ברצוני להדגיש, שאין אני גורס, שהודאת נאשם היא קבילה, גם אם לא הוכח שניתנה מרצונו החופשי של הנאשם, אם שוכנע בית המשפט שההודאה היא הודאת אמת."<sup>73</sup> [ההדגשה במקור.]

70 שם, בע' 224, מול האות ז.

71 ראו דין וחשבון ועדת-החקירה לענין שיטות החקירה של שירות הבטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עוינת (הנשיא מ' לנדוי - יושב-ראש, 1987, חלק ראשון) 71 (להלן: דו"ח ועדת לנדוי).

72 לעיל הערה 69.

73 שם, בע' 249-250.



מדברים אלה לא ברור אם עצם השימוש באמצעי לחץ קיצוניים פוסל את ההודאה (כפי שעולה מן הרישאה), או שמא יש לבחון בכל מקרה אם אמצעי הלחץ הניבו את מתן ההודאה (כפי שעולה מן הסיפא).

ואילו השופט אלון, אף הוא בע"פ מועדי, בציינו שהוא מסכים עם דברי השופט יצחק כהן, הבחין בין הודאה שניתנה כתוצאה מאמצעים פסולים לבין הודאה שניתנה שלא מרצון חופשי. לשיטתו, הודאה עשויה להינתן כתוצאה מאמצעי לחץ פסולים, ועדיין להינתן מרצון חופשי, כמשמעותו בסעיף 12.74 גישה זו אינה ברורה. כיצד אפשר לומר שהרצון למסור הודאה היה חופשי בכל מובן שהוא אם ניתנה ההודאה כתוצאה מאמצעי לחץ פסולים?

הפחות ברורה מכולן מבחינת מהות הקשר הסיבתי הנדרש בה היא גישת הביניים, שנקט בה השופט גולדברג בע"פ מועדי. בהנחה שבהיעדר קשר סיבתי בין האמצעי הפסול לבין מתן ההודאה, היא לא תיפסל בכל מקרה, לא ברורה נפקות ההבחנה על-פי גישה זאת בין שתי מידות החומרה של האמצעים הפסולים. שכן, אף לגבי האמצעים החמורים פחות ציין השופט גולדברג שההודאה תתקבל רק על-יסוד "מדיניות שיפוטית... של העדר השפעתו של האמצעי הפסול, שלא הגיע עד לכדי פגיעה בצלמו של הנחקר, על הנאשם העומד לדין".<sup>75</sup>

## 2. בחינה ביקורתית של המלצות הוועדה

### (א) כללי

15. הנוסח החדש של סעיף 12, כפי שהוצע על-ידי הוועדה, מתמקד לעניין הקבילות של הודאות שניתנו מחוץ לבית-המשפט בשתיים אלה: ראשית, בדומה לפרשנות שניתנה עד כה לסעיף 12 הקיים, ראתה הוועדה לשלול קבילות רק מהודאות שהושגו באמצעים בלתי-חוקיים ופסולים כשלעצמם: "יחס בלתי אנושי, אלימות של ממש, עינויים גופניים, עינויים נפשיים, השפלה קשה, או איום באחד מאלה",<sup>76</sup> ולדעת המיעוט, גם "אלימות" ו"יחס משפיל", אף אם אין הם "של ממש", ו"אמצעי דיכוי או התשה שיש בהם כדי למוטט כוח רצונו של נחקר".<sup>77</sup> שנית, הוועדה הציעה להבחין בין אמצעים הפוגעים ב"גרעין הקשה" של כבוד האדם, שנקיטתם תגרום, מניה וביה, לשלילת קבילותה של הודאה שהתקבלה בעקבותיהם, לבין אמצעים פסולים חמורים פחות, שנקיטתם לא תגרום

74 ראו שם, בע' 264. והשוו לדברי השופט חיים כהן בע"פ ברנס, לעיל הערה 67, בע' 515, בין האותיות ד-ה, כי "נשארתי השאלה תמיד שאלה שבעובדה: האם היה באמצעים הפסולים כדי להביא נאשם מיוחד זה העומד לפנינו לידי הודיית שקר או כדי לשלול רצונו, או שמא נאשם מיוחד זה אין אותו אמצעי פסול עשוי להשפיע עליו."

75 ע"פ מועדי, לעיל הערה 69, בע' 225, בין האותיות ג-ד.

76 דו"ח הוועדה, לעיל הערה 1, בע' 22.

77 שם, בע' 58 ו-67.

לפסילת ההודאה, אלא, לדעת הרוב, תשמש רק שיקול בקביעת משקלה הראייתית של ההודאה ועוצמתה של התוספת הראייתית שתידרש להרשעה עליה. וכך, בין השאר, נימקה הוועדה את הצעתה:

"המבחן אשר ראוי כי יתקבל הוא כי כל הודיה שהושגה בעינויים, או באמצעים פסולים חמורים כדוגמתם, ...אינה קבילה. זאת ללא כל קשר למהימנות ההודיה. מבחן זה אכן מאמץ כלל פסילה גורף, אולם לדעת הוועדה אין מנוס מהפעלתו של כלל זה ללא כל סייג, כשההודיה נתקבלה באמצעים כאלה, כדי ליישם הן את חוק יסודי: כבוד האדם וחירותו, והן את האמנה [נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים] עליה חתמה ישראל..."

אשר לאמצעים פסולים בחקירה שלא הגיעו לכדי עינויים, או אמצעים פסולים חמורים כדוגמתם, אין לדעת הוועדה להחיל עליהם את כלל הפסילה הגורפת. זאת לא משום שאין לראות בחומרה גם חקירה שכזאת, ולא משום שבאמצעים פסולים אחרים לא יכולה להיות פגיעה בכבודו של הנחקר, אלא מתוך איוון בין זכויותיו של הנחקר ובין המטרה הלאומית של מלחמה יעילה בעבריינות. ...אם רוצח או אנס שהודה במעשה העבירה, יזוכה כל אימת שחוקר נהג שלא כשורה והטית כלפיו מילת עלבון, או אחז בו בכוח בלי שהיה צורך בכך, כי אז יוחלש שלטון החוק ולא יחזק. את מניעתן של חקירות פסולות, שאינן מגיעות לכדי עינויים ודומיהם, ואת השמירה על זכויות הנחקר, יש להבטיח בדרכים אחרות... ולא בדרך שיש בה לערער חיי חברה תקינים ולמנוע השלטת חוק וסדר. החלת כלל פסילה גורף לגבי כל חקירה שאינה כשורה, תהא הסטייה שבה אשר תהא, הינה מירשם בדוק לפגיעה באמינותן של רשויות המשפט, וכבר נאמר כי זכויות אדם אינן במה לכליון לאומי.<sup>78</sup>

אפשר להטיל ספק בשני עקרונות אלה – הגבלת הפסילה להודאות שהושגו באמצעים לא-חוקיים והגבלתה להודאות שהושגו באמצעים הפוגעים באופן קשה בכבוד האדם – הן מבחינת ההרמוניה בינם לבין הדינים בדבר החסיון מפני הפללה עצמית – שהוועדה לא נתנה את דעתה עליהם – והן מבחינת הגיונם הפנימי והלימתם את הדין הראוי.

#### (ב) היחס בין המלצות הוועדה לבין החסיון מפני הפללה עצמית

16. בסעיף 47 לפקודת הראיות (להלן: סעיף 47), הכלול בפרק ג של הפקודה, נקבע, בין השאר:

"(א) אין אדם חייב למסור ראייה אם יש בה הודיה בעובדה שהיא יסוד מיסודותיה של עבירה שהוא מואשם בה או עשוי להיות מואשם בה.  
(ב) ביקש אדם להימנע ממסירת ראייה מחמת שהיא עשויה להפלילו כאמור בסעיף

78 שם, בע' 17-18.

קטן (א) ובית המשפט דחה את הבקשה והראיה נמסרה, לא תוגש הראיה נגד אותו אדם במשפט שבו הוא מואשם בשל העבירה שהעובדה המתגלית מן הראיה היא יסוד מיסודותיה, אלא אם הסכים לכך.<sup>79</sup>

בפסיקה נקבע שהן סעיף 12 והן סעיף 47 חלים על כל אמרה העשויה לסייע בהוכחת עבירה, ולא נדרש שהאמרה תכלול דווקא "הודיית הנאשם כי עבר עבירה", כאמור בסעיף 12, או "הודיה בעובדה שהיא יסוד מיסודותיה של עבירה", כאמור בסעיף 47.<sup>81</sup> בסעיף 52 לפקודת הראיות, החותם את פרק ג שלה, נקבע:

"הוראות פרק זה יחולו הן על מסירת ראיות בפני בית משפט ובית דין והן על מסירתן בפני רשות, גוף או אדם המוסמכים על פי דין לגבות ראיות; ובמקום שמדובר בפרק זה ב'בית משפט' – גם בית דין, גוף או אדם כאמור במשמע."<sup>82</sup>

חוקרי המשטרה – כאמור, בין השאר, בסעיף 12(1) לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות)<sup>83</sup> – נכנסים בגדר "רשות, גוף או אדם המוסמכים על פי דין לגבות ראיות", ועל-כך חלות עליהם הוראות סעיף 47 האמור לפקודת הראיות בדבר החסיון מפני הפללה עצמית.

בפסיקה יש רמזים שעניינו של סעיף 47(ב) הוא בהסמכה של הרשויות המוסמכות לגבות ראיות לחייב עד למסור ראיה אף אם יש בה כדי להפלילו.<sup>84</sup> התוצאה הקבועה בסעיף 47(ב) למקרה של הפעלת סמכות כזאת – החלה, כמדומה, מכוח קל וחומר במקרה של חיוב עד שלא בסמכות להפליל עצמו – היא, כאמור, שלילת קבילותה של הראיה נגד העד שחויב למסור אותה.

17. לדעתי, אין זה סביר לגרוס שהודאה שניתנה כתוצאה מהטלת חובה על-פי סמכות כדין לא תתקבל כראיה נגד גותן ההודאה, בעוד שהודאה שניתנה כתוצאה<sup>85</sup> מנקיטת

79 פקודת הראיות, לעיל הערה 5.

80 ראו ע"פ קריתי, לעיל הערה 30, בע' 490, בין האותיות ב-ג.

81 ראו ע"פ 663/81 חורי נ' מ"י, פ"ד לו(2) 85, 90-91.

82 פקודת הראיות, לעיל הערה 5.

83 פקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות), לעיל הערה 5.

84 ראו דברי השופט שמגר בע"פ 194/75 קינזי נ' מ"י, פ"ד לו(1) 477, 489, בין האותיות ה-ו. ראו גם ד' ליבאי "חקירת חשוד והחיסיון מפני הפללה עצמית" הפרקליט כט (תשל"ד) 92, 104-106; ליבאי, לעיל הערה 58, בע' 168; א' שטרומן "המלך עירום או חברי-המושבעים השולט בבית-המשפט בישראל" עיוני משפט יג (תשמ"ח-תשמ"ט) 175, 184.

85 נראה לי שבכל מקרה, אין זה ראוי לפסול הודאה אלא כאשר התקיים קשר סיבתי בין מסירתה לבין האמצעים שנקטו בהם החוקרים. ראו להלן, פרק ד.2(ג)(3).

אמצעים פסולים, אף כאלה שאינם מגיעים לדרגת חומרה מופלגת, תשמש ראייה קבילה. אף אם סעיף 47(ב), על-פי פירושו הנכון, אינו מהווה מקור הסמכה לחיוב עד למסור ראיות שיש בהן כדי להפלילו, ועניינו הוא בחיוב עד שיסודו בטעות או בחריגה מסמכות, הרי חיוב כזה אינו כרוך בהכרח ב"אי קיומן של הוראות שבדין או הוראות מחייבות אחרות בעת החקירה".<sup>86</sup> על-כך-פנים, איני רואה כיצד ניתן להבחין – ולא-כל-שכן כיצד ניתן להצדיק הבחנה – בין חיוב נחקר מתוך טעות או חריגה מסמכות למסור הודאה, שאז, כאמור בסעיף 47(ב), לא תוכל הודאתו לשמש ראיה נגדו, לבין גרימה לנחקר באמצעים פסולים, אף אם אינם מגיעים לדרגת חומרה מופלגת, למסור הודאה, שאז, לפי הצעת הוועדה, תהיה ההודאה ראייה כשרה נגד מוסרה.

נראה לי איפוא שהיחוד שייחודה הוועדה את שלילת הקבילות למקרים שניתנה בהם הודאה בעקבות נקיטת אמצעים פסולים, ולא-כל-שכן ההבחנה לעניין זה בין סוגים שונים של פסלות, אינם עולים בקנה אחד עם הדינים הקיימים בדבר החסיון מפני הפללה עצמית.

#### (ג) הגיון הפנימי של המלצות הוועדה והתיישבותן עם הדין הראוי

18. השגותי על המלצות הוועדה בדבר קבילותן של הודאות שניתנו מחוץ לבית-המשפט אינן מתמצות בקושי ליישן עם הדינים הקיימים בדבר החסיון מפני הפללה עצמית. אני מבקש להטיל ספק גם בהגיון הפנימי ובהתיישבותן עם הדין הראוי. אדון בשני היסודות העיקריים שבהצעת הוועדה: שלילת קבילות רק מהודאות שהושגו באמצעים בלתי-חוקיים ופסולים כשלעצמם, ורק מהודאות שהושגו באמצעים הפוגעים באופן קשה בכבוד האדם, לפי סדר זה.

(1) הגבלתה של שלילת הקבילות להודאות שהושגו באמצעים פסולים  
 19. כאמור,<sup>87</sup> קשה לפרש באופן מילולי את הנוסח הקיים של סעיף 12, על-פיו, הודאה שנתן נאשם מחוץ לבית-המשפט תוכל להתקבל כראיה נגדו רק אם הוכח שהיא היתה "חפשית ומרצון".<sup>88</sup>

יחד עם זאת, נוסח זה מגלם, לדעתי, רעיון חוקתי-הומניסטי חשוב, שהוא גם העומד ביסוד זכות השתיקה והחסיון מפני הפללה עצמית. הרעיון הוא שאין כופים על אדם לשמש עד נגד עצמו במשפט פלילי. כפייה כזאת הינה אכזרית, בלתי-אנושית ופוגעת בכבוד האדם. שכן, היא מעמידה את הנכפה לפני בחירה בין-שלוש אפשרויות, שכל אחת מהן עונש בצידה: אם יעיד נגד עצמו – ייענש בשל העבירה שעל אודותיה העיד; אם יסרב להעיד – ייענש בשל העבירה שבסירוב; ואם יעיד עדות-שקר – ייענש בשל העבירה שבעדות-השקר. אין רבים, גם לא הוועדה, התומכים בביטול זכות השתיקה בבית-

86 פקודת הראיות, לעיל הערה 5.

87 ראו לעיל, פרק ה.1.

88 פקודת הראיות, לעיל הערה 5.

המשפט,<sup>89</sup> ובוודאי לא במתן הזדמנות לתביעה להתיש את הנאשם בחקירות ממושכות נגד רצונו, כדי להניעו להודות באשמה המיוחסת לו. אכן, ייתכן שיש בכך כדי לגרוע במידת-מה מן האפשרות להרשיע אשמים ולהענישם. אך על-פי התפיסה העומדת ביסוד רעיון זה, פגיעה זאת – שניתן להמעיטה אם תקדיש המשטרה את עיקר מאמציה החקירתיים לאיסוף ראיות שאינן כרוכות בהפללה עצמית – אינה שקולה כנגד הפגיעה בכבוד האדם. זכות השתיקה אינה טקס בלבד, השמור לדיון באולם בית-המשפט. איזה ערך יש לזכות השתיקה בבית-המשפט אם ניתן להגיש כראיה נגד אדם אמרות שנגבו ממנו תוך הפרת הזכות?

ודקוי: עשויים להיות מצבים – למשל, כשנדרשת מניעה של ביצוע עבירה, גרימת נזק או סיכול החקירה על-ידי הנחקר או על-ידי אחרים – שתהיה בהם הצדקה להפעיל נגד הנחקר אמצעים, כגון מעצר, העשויים לפגוע באפשרותו לפעול באופן רציונלי, ואולי אף לחייבו למסור מידע שיש בו הודאה בעבירה. אך בכך אין כדי להכשיר הודאה כזאת – אף אם נגבתה באמצעים שהיו חוקיים ותקינים בנסיבות המקרה – כראיה נגד מוסרה. אומנם, חיוב אדם להפיל עצמו כרוך במקרים רבים בשימוש באמצעים פסולים, אך אין הדבר כך בכל המקרים.

זאת ועוד: אין כל טעם לפסול כראיה הודאה שהתקבלה תוך הפרת דין שאינה משליכה על "חופשיות הרצון" של הנחקר (למשל, הימנעות מרישום ההודאה, ובעתיד – אם ייושמו המלצות הוועדה<sup>90</sup> – הימנעות מהקלטת התחקור או צילומו). כשרות (או פסלות) האמצעים לחוד, ואי-הפיכה של אדם לאמצעי להספקת ראיות נגד עצמו לחוד.

20. אכן, מקובל לא להתנות קבילותה של הודאה בכך שמוסר ההודאה היה מודע בשעת מסירתה לכך שהיא תשמש ראיה נגדו.<sup>91</sup> אף-על-פי שחוקרי המשטרה נדרשים להזהיר על כך את הנחקרים, לא נקלטה אצלנו הלכת *Miranda*<sup>92</sup> האמריקנית, השוללת קבילותה של הודאה שניתנה בהיעדר הזהרה. על-כן, למשל, אין מניעה מהגשת הודאה שנקלטה כדין בדרך של האזנת-סתר כראיה.

לדעתי, אפשר להשלים עם גישה זו. אין בה כדי לגרוע מן העיקרון השולל כפייה על אדם להעיד נגד עצמו, שכן, אין מדובר בהכשרת הודאה שהושגה בכפייה כראיה. עניין אחד הוא לנקוט נגד נחקר באמצעי כפייה כדי להניעו להודות. עניין אחר הוא להימנע מלהדגיש באוזני נחקר שאין הוא חייב להעיד נגד עצמו (ובלבד, כמובן, שאין מתיימרים לחייב נחקר לעשות כן או יוצרים אצלו רושם כאילו זו חובתו). על-כל-פנים, יש מקום, לדעתי, לפסול הודאה כראיה מקום שבו היעדר הזהרה כאמור גרם לחשוד לסבור שהוא חייב למוסרה, ומשום כך מסר אותה.

89 אך ראו שטרומן, לעיל הערה 84, בע' 179-185.

90 ראו להלן, פרק ה.

91 ראו הרנון, לעיל הערה 34, בע' 90; אוריון, לעיל הערה 34, בע' 29.

92 *Miranda v. Arizona* 384 U.S. 436 (1966). וראו גם: *Minnick v. Mississippi* 112 L. Ed. 2d 489 (1990).

21. עמדת הוועדה כי תנאי לפסילת הודאה הוא השגתה באמצעים אסורים – כלומר, שהודאה עשויה להיפסל מלשמש ראיה אם הושגה שלא כדין – מעוררת תהייה. במה ייתודה של הודאה מראיות אחרות? הרי הכלל במשפטנו הוא שאין באי-חוקיות האמצעים שהושגה בהם ראיה כדי לגרוע מקבילותה.<sup>93</sup> החריגים לכך – ראיות שהושגו באמצעות האונת-סתר<sup>94</sup> או פגיעה בפרטיות<sup>95</sup> אסורות – הוסברו בכך שעבירות מסוג זה מבוצעות כרגיל דווקא לצורך איסוף ראיות, ולכן, פסילת הראיות דרושה כדי לשלול את המניע האופייני לביצוע העבירות.<sup>96</sup>

לפי הדין הקיים, השגת ראיות באמצעים הפוגעים בכבוד האדם – לרבות אמצעי אלימות ואף עינויים – אינה גורעת מקבילותן. כך, למשל, אמרת עד שניתנה מחוץ לבית-המשפט תתקבל כראיה לפי סעיף 10א לפקודת הראיות אף אם הושגה כתוצאה מעינוי העד. על-כן, אפשר להשתמש בהודאת נאשם הפסולה כראיה נגדו כראיה נגד שותפו, ואף "להצליב" שתי אמרות, הפסולות כראיות נגד מוסרן, אך הכשרות כראיות נגד שותפו.<sup>97</sup>

אכן, יש ויש מקום לשקול רפורמה כללית בדיני הראיות, על-פיה ייפסלו ראיות – לרבות הודאות – שהושגו שלא כדין, או למצער, ראיות שהושגו תוך פגיעה בגרעין הקשה של זכויות-היסוד של האדם. מטרותיה של רפורמה כזאת עשויות להיות הן הבעה של סלידת החברה מאמצעים אלה ואחרים ששימשו להשגת הראיות ואי-רצונה ליהפך ל"שותפה לפשע" על-ידי קבלתן, והן שלילת המניע מחוקרים עבריינים המבקשים להשיג ראיות בכל מחיר.

רפורמה כזאת עשויה כמובן להיות רלוונטית אף לעניין מצבים שהושגה בהם הודאה באמצעים פסולים מבלי שהיתה בכך הפרה שלא כדין של החסיון מפני הפללה עצמית (למשל, גביית הודאה בעינויים מחשוד בהעלמת מס, שהחוק לא העניק לו חסיון מלא מפני הפללה עצמית).

אולם רפורמה כזאת אינה נדרשת דווקא לעניין הודאות. הטעם המצדיק הגבלה מיוחדת לקבילות הודאות שניתנו מחוץ לבית-המשפט הוא, כאמור, הצורך להבטיח את זכות השתיקה והחסיון מפני הפללה עצמית, כלומר, למנוע כפיית אדם לשמש עד נגד עצמו. המבחן הרלוונטי לעניין זה הוא – כגרמו בנוסח הקיים של סעיף 12 – אם ההודאה היתה "חפשית ומרצון", ולא דווקא אם היא נגבתה כדין.

93 ראו, למשל, הרגון, לעיל הערה 34, בע' 259; הרגון, לעיל הערה 29.

94 ראו סעיף 13 לחוק האונת סתר, תשל"ט-1979, ס"ח 118.

95 ראו סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, ס"ח 128.

96 ראו ד"נ 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים נ' יעקנין, פ"ד מב(3) 837, 852, בין האותיות ה-ז.

97 ראו ע"פ 242/85 חזן נ' מ"י, פ"ד מא(1) 512, 518, 526, 527. לביקורת על הלכה זו ראו א' שטיין "סעיף 10א לפקודת הראיות: פרשנותו הראויה ופסיקתו של בית-המשפט העליון" משפטים כא (תשנ"א-תשנ"ב) 325, 338-339.

22. על-כּל-פּנים, לעניין שלילת המניע מחוקרים המבקשים להשיג הודאה באמצעות ביצוע עבירות – סוגיה שזכתה בהתייחסות ניכרת בפסיקה<sup>98</sup> – יוער רק שככל שיהיו כללי הפסילה דווקניים יותר, במובן זה שיצמצמו יותר את קשת המקרים שתיפסל בהם הודאה ויכבידו על הוכחתה של עילת הפסלות, כן יגדל הפיתוי לחוקרים לנהוג שלא כדין, מתוך תקווה שהפגם בפעולתם לא יוכח או לא יסוג כמצדיק את פסילת הראיה. למשל, כלל שישלול כליל את קבילותן של הודאות שניתנו מחוץ לבית-המשפט או יגביל את קבילותן למקרים חריגים יקטין ללא ספק את המוטיווציה של החוקרים להשיג הודאות כאלה, וממילא – כך אפשר להניח – את המקרים שהם יפעלו בהם שלא כדין לצורך השגתן. לעומת זאת, ספק עד כמה יהיה כלל דוגמת זה שהציעה הוועדה – המתנה פסילת הודאה בהשגתה באמצעים פסולים שאף פוגעים קשה בכבוד האדם – בעל השפעה מרתיעה בקרב חוקרי המשטרה.

(2) הגבלתה של שלילת הקבילות להודאות שהושגו תוך פגיעה קשה בכבוד האדם  
23. הוועדה ביססה את המלצותיה בעניין זה, כאמור, בעיקר על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>99</sup> וכך, בין השאר, נכתב בדו"ח הוועדה:

"לדעת הוועדה אין עוד משמעות למחלוקת הפוסקים לגבי פרשנותו של סעיף 12, לאחר חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר שינה את מעמדו הנורמטיבי של כבוד האדם בישראל... לדעת הוועדה, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו מותיר עוד כל ספק באשר לצורך בתיקונו של סעיף 12."<sup>100</sup>

כיצד הסיקה הוועדה מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו שמן הראוי להבחין, לעניין קבילותה של הודאה, בין סוגים שונים של אמצעים פסולים שבעקבותיהם ניתנה ההודאה? לדעתה, חוק-היסוד מגלם איוון בין זכויות-היסוד של האדם, וביניהן כבוד האדם, לבין מטרות לאומיות, וביניהן מלחמה יעילה בעבריינות. בהקשר הנידון, משמעותו של איוון כזה היא, לדעת הוועדה, כי מקום שהושגה הודאה בעקבות אמצעים הפוגעים באופן קשה בכבוד האדם, יגבר הערך שבכבוד האדם, וההודאה תיפסל מלשמש ראיה. לעומת זאת, מקום שפסלות האמצעים שנקטו החוקרים לא הגיעה לדרגת תומרה מן הסוג האמור, יגבר האינטרס שבמלחמה בעבריינות, וההודאה תתקבל כראיה. הוועדה הטעימה, כי בקבלת

98 ראו, למשל, דברי השופט חיים כהן בע"פ 369/78 אבו מדיג'ם נ' מ"י, פ"ד לג(3) 376, 380-383, ולעומתם דברי ממלא-מקום-הנשיא לנדוי בע"פ אבו מירג'ם, לעיל הערה 68, בע' 536-540.

99 לעיל הערה 38. כן הסתמכה הוועדה על האמנה נגד עינויים ונגד יחס או עונשים אכזריים, בלתי-אנושיים או משפילים, שישראל קשורה בה, ושנקבע בה, בין השאר, בסעיף 15, כי "מדינה חברה תבטיח כי הצהרה אשר הוכח כי נעשתה בלחץ עינויים לא תועלה כראיה בהליכים כלשהם..."

100 דו"ח הוועדה, לעיל הערה 1, בע' 11, 15.

ההודאה כראיה או באי-קבלתה לא יהיה כדי לייתר נקיטת סנקציות פליליות ומשמעתיות נגד חוקרים שפעלו שלא כדין.

24. גישה זו של הוועדה הינה בעייתית, אף בהנחה שלמרות האמור לעיל, מן הראוי להגביל פסילת הודאות לכאלה שהושגו באמצעים פסולים כשלעצמם. ראשית, עניינו של האיזון בין כבוד האדם לבין המלחמה בעבריינות הוא, בראש ובראשונה, בהגדרה של אמצעי החקירה המותרים. אך מקום שנקטו החוקרים אמצעי חקירה אסורים בשל פגיעתם בכבוד האדם, הגוברת על הצורך להילחם בעבריינות – שהרי אלמלא כן, היו אמצעים אלה מותרים – וכתוצאה מן הנקיטה באמצעים אסורים אלה הושגה הודאה, אין רלוונטיות – לצורך קבילות ההודאה – למידת החומרה של הפגיעה האסורה בכבוד האדם. במקרים שלעניינם של אמצעי חקירה מסוימים הפוגעים בזכויות האדם – למשל, האזנת-סתר – המטרה הלאומית של המלחמה בעבריינות גוברת בהם על הערך שבכבוד האדם, מן הראוי להתיר את השימוש באמצעים, ולא להסתפק ב"הכשרה" של ראיות שהושגו בעזרתם.

הוועדה ציינה אומנם, כאמור, שיש לראות בחומרה גם חקירה באמצעים פסולים שאינם פוגעים באופן קיצוני בכבוד האדם, אך "אם רוצה או אנס שהודה במעשה העבירה, יזוכה כל אימת שחוקר נהג שלא כשורה והטיח כלפיו מילת עלבון, או אחו בו בכוח בלי שהיה צורך בכך, כי אז יוחלש שלטון החוק ולא יחוזק."<sup>101</sup> אך אם, כדברי הוועדה, גם מקום שמדובר על חקירת רצח, האיזון הראוי בין כבוד האדם לבין המלחמה בפשיעה שולל ואף "רואה בחומרה" העלבה של החשוד או אחיזה בו בכוח, אף כאשר יש בנקיטת אמצעים אלה כדי להביא לידי הרשעת הרוצח ובאי-נקיטתם כדי להביא לידי זיכוי, מדוע ישתנה מיקומן של כפות-המאזניים כאשר אמצעים אלה כבר ננקטו?

דומה איפוא כי מקום שמדובר באמצעים אסורים, והללו שימשו לכפיית הנחקר לתת את ההודאה, ואלמלא נקיטתם, לא היתה ההודאה ניתנת, אין מקום להבחין בין דרגות שונות של איסור לעניין קבילות ההודאה כראיה.

שנית, הרושם הוא שהוועדה עצמה לא הבחינה בחדות בין השאלה אם אמצעי חקירה אלה ואחרים מותרים אם לאו לבין השאלה אם יש בנקיטתם כדי לפסול הודאה. כך, למשל, הובא בדו"ח הוועדה ציטוט מדברי ההסבר של השופט לנדוי להצעתו, הדומה להצעת הוועדה. ואלה, בין השאר, דברי השופט לנדוי שצוטטו על-ידי הוועדה:

"הבטחת שווא שהנחקר ישוחרר ממעצר אם ידבר, היא אמנם בלתי-הוגנת, ... [אך] כאן אני רואה הצדקה לתווה לעבר העדפת הצורך להילחם בעבריינות, על-פני הגינות גמורה בניהול החקירה."<sup>102</sup>

בנימוקיו לדעת-המיעוט שלו, ציין פרופסור קרמניצר, בין השאר:

101 שם, בע' 17-18.

102 שם, בע' 15.



"לא מקובלת עלי עמדת הרוב, לפיה האיזון בין זכויותיו של נחקר, ובהן זכותו לכבוד אנושי, לבין המטרה הלאומית של מלחמה יעילה בעבריינות עשוי להצדיק פגיעה בליבו של הערך 'כבוד האדם'. המלחמה בעבריינות חייבת להתנהל בדרכים שאין בהן פגיעה כזו. ...צריך לפסול מעיקרא כל היוזקות לאלימות (וסטירה – בכלל זה), ולהימנע מאבחנות שאין להן שיעור ואין להן הצדקה בין סוגים שונים של אלימות. ...גופו של הנחקר חייב להיות בבחינת 'טאבו' מוחלט לגבי החוקר. רק גישה השוללת כל אלימות – המגינה על גופו של נחקר גם מפני סטירה של החוקר על ידי פסילת האמרה – מעניקה את הכבוד הראוי ל'כבוד האדם', ומעבירה את המסר הדרוש לרשויות החוקרות."<sup>103</sup>

נראה איפוא כי אף חבר הוועדה בעל דעת-המיעוט לא הבחין בין שאלת חוקיותם של אמצעי החקירה לבין קבילות ההודאה, ומדבריו עולה שאף הרוב לא הבחין ביניהן בחדות. עממות זו בין אמצעי חקירה מותרים ואולי אף מומלצים (לנוכח הצורך הלאומי במלחמה בפשיעה) לבין אמצעי חקירה אסורים ופסולים, שעונש בצידם, הינה מסוכנת.<sup>104</sup> ואם הוועדה עצמה "התבלבלה", לא-כל-שכן חוקרי המשטרה, שספק אם יבחינו בין אמצעי חקירה מותרים וכשרים למהדרין לבין אמצעי חקירה שהם אסורים אומנם, אך צורכי המלחמה בפשיעה מחייבים לקבל הודאה שניתנה כתוצאה מנקיטתם.

שלישית, דומה שבגישת הוועדה יש פגיעה בזכויות הנאשם מעבר לזו המותרת על-פי הדין הקיים. שכן, דומה שעל-פי רוב הפירושים הקיימים לסעיף 12,<sup>105</sup> מקום שהודאה לא היתה ניתנת אלמלא השימוש באמצעים פסולים (או לפי הגרסה המצמצמת ביותר, מקום שאפשר שהאמצעים הפסולים השפיעו על אמיתות ההודאה), לא תהיה ההודאה קבילה אף אם הפסלות שבאמצעים לא היתה קיצונית. לעומת זאת, לפי הצעת הוועדה, הודאה שניתנה בעקבות שימוש באמצעים אסורים שאינם פוגעים באופן קשה בכבוד האדם תהיה קבילה. בכך אין כמובן כדי לגרוע מן הלגיטימיות של הפגיעה או מהצדקתה; אך ספק אם ראוי להסתמך בנקיטת צעד כזה על חוק-יסודי: כבוד האדם וחירותו, שעניינו בהגבלת הפגיעה בזכויות האדם, ולא בהגברת הפגיעה מעבר לזו הקיימת.<sup>106</sup>

### (3) הקשר הסיבתי

25. אף הנוסח של סעיף 12 שהציעה הוועדה – בדומה לפירושו של הסעיף הקיים<sup>107</sup> – אינו נקי מספקות פרשניים בדבר מהות הקשר הסיבתי. בסעיף קטן (ב) לסעיף 12 המוצע

103 שם, בע' 58-59.

104 ראו מ' קרמניצר "המשטרה וזכויות האדם" משפט וממשל ב (תשנ"ד-תשנ"ה) 159, 161.

105 ראו לעיל, פרק ד.1.

106 השוו א' בנדור "פגמים בחקיקת חוק-היסוד" משפט וממשל ב (תשנ"ד-תשנ"ה) 443,

452. אך ראו דעת-המיעוט של המשנה-לנשיא אלון בע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א

"קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 510-513.

107 ראו לעיל, הערות 72-75 והסקסט הקשור אליהן.

נאמר, כי אמרת נאשם שניתנה מחוץ לבית המשפט לא לתקבל כראיה "אם ניתנה לאחר שנקטו כלפי הנחקר"<sup>108</sup> אחד מן האמצעים הפסולים המפורטים. מנוסח זה לא ברור אם לפסילת האמרה די שהיא ניתנה - כדבר שבעיתוי - לאחר נקיטת האמצעים הפסולים, ואף אם יוכח שההודאה ניתנה ללא כל קשר לאמצעים אלה, היא לא תתקבל כראיה, או שמא, בהיעדר קשר סיבתי בין האמצעים הפסולים לבין מתן ההודאה, תתקבל ההודאה. הגם שהפירוש הראשון הולם יותר את הנוסח המוצע, נראה שהפירוש השני סביר יותר. הלא מה טעם יש בשלילת קבילותה של הודאה שלא ניתנה כתוצאה מנקיטת אמצעים פסולים? בדברי ההסבר של הוועדה<sup>109</sup> אין כדי לסייע לפתרון הבעיה, ודומה שמה הראוי להבהיר את נוסח הסעיף.

#### (4) סיכום

26. מן הדברים שנאמרו עד כה עולה קיומם של שני משתנים שהינם רלוונטיים לעניין קבילותן של הודאות שניתנו מחוץ לבית המשפט כראיה במשפטים פליליים: הפרמטר האחד, שהוועדה התמקדה בו, עניינו חוקיותם של אמצעי החקירה שההודאה הושגה בעזרתם. משתנה זה אינו מיוחד להודאות, אלא הוא רלוונטי לכל סוגי הראיות. המשתנה האחר, שהוועדה לא התייחסה אליו, עניינו "חופשיות הרצון" של מוסר ההודאה. משתנה זה מיוחד להודאות מבחינת הטעמים העומדים ביסודו.

משתנה שלישי, שנודעת לו חשיבות מרכזית על-פי ההלכות הקיימות בדבר קבילות הודאות, הוא מהימנות ההודאה. הגם שהקדישה לעניין זה חלק נכבד מן הדו"ח שהגישה, לא ראתה בו הוועדה גורם הנוגע בקבילות הודאה, אלא במשקלה הראייתי (לרבות עוצמת התוספת הראייתית שתידרש להרשעה על-פיה). דומה שבכך היה הצדק עם הוועדה. שכן, אין טעם לשלול קבילות מראיה רלוונטית אך משום השש למהימנותה. ברשימה זאת לא אתייחס, כאמור, לסוגיה חשובה זאת, וענייני כאן הוא בקבילותן של הודאות.

27. הוועדה יצאה ככל הנראה מן ההנחה, שאמצעי החקירה שצויינו על-ידיה כמצדיקים שלילה של קבילות הודאות שניתנו בעקבות נקיטתם - הפוגעים קשות בכבוד האדם - הם לעולם אמצעים אסורים. הגם שניתן אולי להסיג על הנחה זאת,<sup>110</sup> עיקר הקושי טמון בהמלצה לאפשר קבלתן של הודאות שהושגו באמצעים שאינם פוגעים בכבוד האדם במידה האמורה.

ראשית, עלול להינתן לחוקרים מסר כפול,<sup>111</sup> של איסור נקיטה בדרכי חקירה מסוימות, ויחד עם זאת עידוד להשתמש בהן לצורך המלחמה בפשיעה, והרושם הוא, כאמור, שמסר כזה ניתן כבר בדו"ח הוועדה עצמו.<sup>112</sup>

108 דו"ח הוועדה, לעיל הערה 1, בע' 22.

109 שם, בע' 11-21.

110 ראו במיוחד דו"ח ועדת לנדוי, לעיל הערה 71, בע' 55, 71-72.

111 ראו קרמניצר, לעיל הערה 33, בע' 105-106.

112 ראו לעיל, הערות 102-104 והטקסט הקשור אליהן.

שנית, תקלה מוסרית עלולה לצמוח אם יפיקו המדינה והחברה תועלת מפעולות חקירה פסולות ויורשו להסתמך על ראיות ש"יוצרו" שלא כדין במטרה שישתמשו בהן, באופן שהתועלת הראייתית לא היתה אגבית, אלא השגחה היתה תכלית העבירות. במיוחד יוטעם כי רוב חברי הוועדה לא היו מוכנים לשלול את קבילותן של הודאות שהתקבלו בעקבות אלימות שאינה "של ממש", של השפלה שאינה "קשה" או של התשה או דיכוי שיש בהם כדי למוטט את כוח רצונו של נחקר, לרבות כאלה שמטרתם היתה סחיטת הודאה.<sup>113</sup>

שלישית – וכאן נעוצה, לטעמי, הבעייתיות הרבה ביותר – תינתן אפשרות להכשרתן כראיה של הודאות שהתקבלו, בין באמצעים פסולים ובין באמצעים חוקיים, תוך הפרה של זכות השתיקה והחסיון מפני הפללה עצמית. מה שלא ניתן להיעשות בתוך כתליו "הסטרייליים" של בית-המשפט, יוגשם על-ידי עשייתו מחוץ לכתליו והחדרת התוצאה המוגמרת לתוכו.

הבעייתיות בהמלצות הוועדה בולטת במיוחד לנוכח הנסיגה המסוימת שיש בהן מבהינת זכויות הנאשם לעומת הדין הקיים.

### 3. לקראת דין ראוי

28. המלצות הוועדה בעניין הקבילות של הודאות שנמסרו מחוץ לבית-המשפט ניתנו, כאמור, על-יסוד איזון בין המטרה הלאומית של מלחמה יעילה בעבריינות לבין כבוד האדם ושאר זכויות-היסוד של האדם.

הקושי באיזון שערכה הוועדה הוא בכך, שהיא לא בחנה את כל הנתונים והשיקולים הרלוונטיים, לרבות צורכי החקירה והחלופות השונות לשיטות הקיימות, זכות השתיקה והחסיון מפני הפללה עצמית.

כמה מן השיקולים שהזכרתי הם בעלי אופי עובדתי מורכב. השגתם מחייבת מחקר רב. במסגרת הכנתה של רשימה זו לא היה באפשרותי להשלים את החסר מבהינת זאת בדו"ח הוועדה.

29. בכפיפות להסתייגות זאת, אני נוטה לסבור – מבלי לייתר, כמובן, את בחינת עריכתה של רפורמה כללית בדיני הראיות, שעניינה פסילת ראיות שהושגו שלא כדין – כי על המבחן בעניין קבילות הודאה שניתנה מחוץ לבית-המשפט להיגזר, בדומה למקובל בארצות-הברית,<sup>114</sup> מן העיקרון העומד ביסוד זכות השתיקה והחסיון מפני הפללה עצמית, כלומר, שאין לכפות על אדם להעיד נגד עצמו.

מותר לנסות לשכנע חשוד למסור הודאה, אך הודאה לא תתקבל כראיה אם היא נמסרה כתוצאה ממעשי כפייה, שפגעו ביכולתו של הנחקר לפעול כאדם רציונלי. ודוקו: אין די בכך שכוח רצונו של הנחקר לא יישלל (ככל ששלילה מוחלטת כזאת

113 ראו דו"ח הוועדה, לעיל הערה 1, בע' 17-18.

114 זאת, כמובן, מבלי להיות קשורים במבחנים ספציפיים אלה ואחרים המקובלים שם.

אפשרית בכלל<sup>116</sup>. אף פגיעה בכוח רצונו של נחקר, שהביאה לידי כך שימסור הודאה שאחרת לא היה מוסר, תביא לפסילתה. השאלה אינה צריכה להיות אם היה הנאשם יכול לא למסור את ההודאה למרות אמצעי החקירה שהופעלו כלפיו וכוונו נגד כוח רצונו, אלא אם נבעה ההודאה שנמסרה מאמצעים אלה, ואלמלא הפעלתם, אפשר שלא היתה נמסרת. על-כל-פנים, לחלופין, גם אם יוצאו אמצעי חקירה חוקיים מכלל האמצעים שנקיטתם תפסול הודאה, איני סובר שמן הראוי לקבל הודאה שהתקבלה תוך פגיעה בכוח הרצון של הנחקר – ועל-כן, בזכות השתיקה שלו – עקב נקיטת אמצעים אסורים שהופעלו במטרה להשיגה.

30. האינן במבחנים אלה כדי לפגוע בהגשמת המטרה הלאומית של המלחמה בפשע? מבחינות רבות, מלאכתם של חוקרי המשטרה והתובעים במשפטים פלייליים קלה ונוחה יותר ככל שהמגבלות על דרכי הגבייה של הודאות ועל קבילותן כראיות מועטות יותר. אך פגיעה בזכויות-יסוד של האדם – ולא-כל-שכן בזכות הבסיסית לכבוד ובזכויות הנגזרות ממנה – הינה לגיטימית רק כמוצא אחרון, לאחר שנעשה המירב כדי להימנע ממנה. לצערי, אין לומר שהשתתת החקירות המשטריות שמטרתן איסוף ראיות לצורך העמדה לדין על גביית הודאות, תוך פגיעה בעיקרם של זכות השתיקה והחסיון מפני הפללה עצמית – הכלולים כיום, לפי הגישה המקובלת, בזכות החוקתית לכבוד – עולה בקנה אחד עם עיקרון זה.

אין חולק שענישה על עבירות שכבר בוצעו היא אמצעי חשוב למלחמה בפשיעה. יחד עם זאת, כפי שכבר רמזתי, אמצעים העשויים להיות לגיטימיים לצורך מניעה ישירה של עבירות שטרם בוצעו – לרבות מעצר או הטלת חיוב על אדם למסור מידע נגד עצמו – אינם כאלה לצורך איסוף ראיות כדי לאפשר ענישת אדם על עבירות שכבר ביצע. מכאן שיש להבחין בין שאלת החוקיות של אמצעים משטרתיים כשלעצמה – אמצעים העשויים להיות לגיטימיים לצורך מניעת עבירות שטרם בוצעו – לבין שאלת הקבילות של "תוצאות-לוואי" של אמצעים כאלה – כלומר, לענייננו, הודאות – כראיות במשפטים בגין עבירות שכבר בוצעו. כל גישה אחרת תחייב עריכת רפורמה מקיפה בכללים הראשוניים והמשניים בדבר חקירות (לרבות מעצרים), תחקירים והאמצעים בעריכתם, זכות השתיקה והחסיון מפני הפללה עצמית.

על-כל-פנים, המבחן שאני מציע לחלופין בוודאי אינו עשוי לפגוע שלא כראוי במלחמה בפשע, זולת אם תפצים לעודד פעולות חקירה בלתי-חוקיות. הלא עצם האיסור על פעולות מסוימות משמעותו שהנוק שבהן עולה על התועלת שבמלחמה בפשע. בכך שפעולות בלתי-חוקיות כבר בוצעו אין כדי לשנות קביעה זו.

זאת ועוד: המלצות אחרות של הוועדה, בדבר הקלטת התחקורים, צילום בווידיאו ונוכחות עורכי-הדין של הנחקרים בהם, עשויות להפחית את מספר ההודאות הקבילות לא פחות – ואולי אף יותר – מן המבחנים שהצעתי בעניין קבילות ההודאות. בהמלצות אלה של הוועדה אדון עתה.

115 ראו לעיל, פרק ד.1.

**ה. הקלטת התחקורים, צילום בווידיאו ונוכחות עורכי-הדין של הנחקרים בהם**

31. הביקורת האמורה על המלצות הוועדה בעניין קבילות הודאות עשויה לאבד הרבה ממשמעותה המעשית לנוכח המלצות אחרות של הוועדה, שעניינן הקלטת התחקורים, צילום בווידיאו ונוכחות עורכי-הדין של הנחקרים בהם.<sup>116</sup>

המלצות אלה של הוועדה – ובמיוחד ההמלצה בעניין נוכחות עורכי-הדין בתחקורים – עשויות, אם יתקבלו ויישמו, לחייב את המשטרה לערוך שינוי דרמטי בשיטות חקירותיה. לא בכדי ציינה הוועדה שהיא ערה לחידוש שבהנהגת ההסדר בעניין נוכחות עורכי-הדין, ו"לפיכך ראוי הוא כי הצעה זו תיושם לאחר שינתן למשטרה פרק זמן מתאים להערכות."<sup>117</sup>

להמלצות אלה של הוועדה ערך משתי בחינות: ראשית, תיעוד התחקורים; שנית – ובכך העיקר, לדעתי – השפעה על מהלך התחקורים, הן מבחינת ההתנהגות של החוקרים והן מבחינת ההתנהגות של הנחקרים.

**1. תיעוד התחקורים**

32. התיעוד המדויק של התחקורים חשוב לצורך הכרעה בדבר קבילות הודאות הניתנות בהם.

ההודאות והתחקורים שקדמו להן מתועדים כיום, אם בכלל, בתרשומות אלה ואחרות שעורכים החוקרים. במקרים של מחלוקת בין החוקרים לבין נחקר באשר לנסיבות גבייתה של הודאה, כמו גם באשר לתוכנה, נשמעות אף עדויות בעל-פה. הדבר אינו מקל על בית-המשפט את ההכרעה במחלוקות כאלה, מה-גם שכל העדים במקרים מסוג זה הם בעלי-עניין לכאן ולכאן.

הנצחת התחקורים על-ידי הקלטתם או צילוםם בווידיאו,<sup>118</sup> ובמידת-מה גם עדות הראייה והשמיעה של עורכי-הדין, עשויות להקל על בית-המשפט בהכרעה.

33. יחד עם זאת, מאחר שאין מדובר בתיעוד מלא, שמקיף את כל משך שהייתו של החשוד במעצר, אלא בתיעוד התחקורים בלבד, ואף זאת בסייגים, ההליך חשוף למניפולציות אלה ואחרות של החוקרים, במטרה לתעד רק את התחקורים הכשרים, לחפות על אמצעי חקירה פסולים וכדומה.

כך, למשל, נטען לעיתים שאין לסמוך על "שחזור" עבירה על-ידי החשוד, הגם

116 ראו לעיל, הערות 14-17 והטקסט הקשור אליהן.

117 דו"ח הוועדה, לעיל הערה 1, בע' 28.

118 למחקרים ראשוניים בתחום זה ראו: A. Grant "Videotaping Police Questioning: A Canadian Experiment" 1 *Criminal L. Rev.* (1987) 375; E. Goldstein "Photographic and Videotape Evidence in the Criminal Courts of England and Canada" 1 *Criminal L. Rev.* (1987) 384.

שהשחזור הוסרט על-ידי החוקרים, משום שבידי האחרונים - לפני תחילת ההסרטה או במשך ההפסקות בה - אפשרות לביים את השחזור באמצעות הדרכת החשוד, איום עליו וכיוצא באלה. בדומה לכך, ניתן להימנע מלהקליט או לצלם חלק מן התחקורים, ולהנציח רק תחקור מבוים כאשר כבר ידוע מה יאמר החשוד, לערוך את סרטי ההקלטה או הצילום ולהשמיט מתוכם קטעים, או לפתוח בתחקור בטרם היה סיפק בידי עורך-הדין להגיע ולהיות נוכח בו.<sup>119</sup>

הסכנות הן חמורות, ויש להיות מודעים להן ולהיערך להתמודד עימן.<sup>120</sup> יהיה מקום להתייחס להקלטות ולתצלומים בחשד ההולם, ולהימנע מלדחות על הסף טענות בדבר אמצעים פסולים בחקירה אף כאשר לא באו אמצעים כאלה לביטוי בהקלטות ובתצלומים.

## 2. השפעה על מהלך התחקורים

34. ידועה אמרתו של שופט בית-המשפט העליון של ארצות-הברית, לואיס ברנדייס, כי "אור השמש הוא המחטא הטוב ביותר, ואור החשמל - השוטר היעיל ביותר."<sup>121</sup> אך ככל שמדובר בשיטור כלפי השוטרים עצמם, דומה שמכשיר ההקלטה והמצלמה הינם שוטרים יעילים עוד יותר, והיעיל מכולם הוא עורך-הדין של הנחקר, המשקיף על תחקורו.

35. עיקר משמעותן של המלצות הוועדה בדבר הקלטת התחקורים, צילומם והנוכחות של פרקליטי הנחקרים בהם הוא לא-דווקא תיעודם הנאמן, הגם שאף בחשיבותו אין למעט. העיקר, לדעתי, הוא, מחד-גיסא, חששם הצפוי של החוקרים לנקוט אמצעים פסולים, לרבות כאלה, שלפי המלצות הוועדה, לא יביאו לפסילת ההודאה, ואף אמצעים שאינם פסולים, אך העלולים לא להתקבל בעין יפה בקרב הציבור; ומאידך-גיסא, בהחלשת נכונותם של הנחקרים למסור הודאות.

השלכות אלה עשויות לצמוח בעיקר מנוכחות עורכי-הדין בחקירה. ראשית, אף-על-פי שהוועדה המליצה שעורכי-הדין יהיו מנועים מלהתערב בתחקור או לייעץ במהלכו ללקוחותיהם, קשה להעלות על הדעת שעורכי-הדין יבליגו ולא יתערבו מקום שיסברו כי החוקרים מנהלים את התחקור שלא כדין.

שנית, נוכחותם של עורכי-הדין, כמו גם ההקלטה והצילום - אם אלה אכן ייערכו בכל מגע בין החוקרים לבין החשוד - תרתיע את החוקרים מלהפעיל אמצעים פסולים כדי

119 לפי המלצות הוועדה, תוקנה לקצין בכיר, בין השאר, הסמכות לא לעכב את התחקור עד בוא עורך-הדין, אם שוכנע שהמתנה לעורך-הדין שהוזמן תגרום בנסיבות העניין עיכוב בלתי-סביר בהליך החקירה. ראו דו"ח הוועדה, לעיל הערה 1, בע' 28.

120 ראו א' שטרומן "הגנת החשוד מפני הודאת שווא" המשפט א (תשנ"ג) 217.

121 "Sunlight is said to be the best of disinfectants; electric light the most efficient policeman" (L.D. Brandeis *Other People's Money And How the Bankers Use It* (New York, 1967) 62.

להשיג הודאות מן הנחקרים. למעשה, הם יורתעו מלפעול בכל דרך שהיא ספק־פסולה, או אף בדרך שאינה פסולה, אך אינה הולמת או "אסתטית".  
שלישית, בטחונם של הנחקרים עצמם יגבר. תחושת חוסר הישע של אדם העומד לבדו לעומת חוקרים עויינים, שגורלו בידיהם, תיחלש עד מאוד אם עורך־דינו יהיה נוכח בתחקור, ובמידה פחותה אף לנוכח הקלטה או צילום.<sup>122</sup>  
לנוכח כל אלה, התנהגותם של הנחקרים עשויה להיעשות רציונלית יותר. לשון אחר, מאחר שמתן ההודאה מנוגד במקרים רבים לענייניו של הנחקר,<sup>123</sup> נראה שיינתנו פחות הודאות.

36. לא ניתן כמובן לחזות במדויק עד כמה יפחת מספרן של ההודאות עם יישומן של ההמלצות האמורות של הוועדה, ובמיוחד ההמלצה בדבר נוכחות עורכי־הדין בתחקורים. הדבר תלוי במידה רבה בניסוח הכללים בדבר נוכחות עורכי־הדין בתחקורים, הפעלתם הלכה למעשה והפיקוח – הפנים־משטרי והשיפוטי – על הפעלתם. ככל שתפחת יכולתם של החוקרים לערוך מניפולציות אלה ואחרות במטרה למנוע עורכי־דין מלהיות נוכחים בשלבים הקריטיים של התחקור, המניבים הודאות, כן יפחת, לפי השערת, שיעור ההודאות.

הוועדה לא התייחסה כלל בדו"ח לסוגיה זאת. בדומה להמלצות בדבר קבילות הודאות, לא עמדה הוועדה – על־כ־פנים, לא במוצהר, בדו"ח שהגישה – על מכלול השיקולים הרלוונטיים. אכן, אין להניח שהוועדה לא היתה מודעת שלהמלצותיה עשויה להיות השלכה על תוצאות החקירות המשטרתיות. כך, אפשר לשער שאחד הטעמים להמלצתה של הוועדה שאין לאפשר לעורך־הדין להתערב בתחקור ולייעץ לחשוד במהלכו היה הנחתה, שהתערבות וייעוץ כאלה יפגעו בנכונות החשודים "לשתף־פעולה" עם חוקריהם, ובכך לא תפצה הוועדה. אך הוועדה לא ציינה שיקול זה במפורש, ומבחינה זו, נימוקיה (אם לא שיקוליה) נותרו חסרים.

על־כ־פנים, ברור שהמלצות הוועדה בעניין הקלטת התחקורים, צילוםם בווידיאו ובמיוחד נוכחות עורכי־הדין של הנחקרים בהם מקדמות את החלתם הלכה למעשה של זכות השתיקה והחסיון מפני הפללה עצמית במסגרת החקירות המשטרתיות. מבחינה זו, הן מאזנות את ההמלצה בדבר קבלת הודאות שניתנו עקב אמצעים פסולים שלא הגיעו כדי פגיעה חמורה בכבוד האדם, ואולי אף מטות את הכף – ביחס למצב הקיים – לטובת זכויות החשודים והנאשמים.

122 ניתן לטעון נגד המלצת הוועדה כי נוכחות עורך־דין לא תותר מקום שהתחקור מצולם. שכן, למצער מבחינת תחושתם של הנחקרים, אין זהות בין נוכחות עורך־דין לבין צילום בווידיאו.

123 ראו גם לעיל, פרק ג.1.

## 1. סוף-דבר

37. למרות הביקורת שפירטתי ברשימה זאת על המלצות אלה ואחרות של הוועדה, הרי שברבות מהמלצותיה – לרבות אלה שלא נידונו ברשימה – מצאה הוועדה פתרונות טובים וראויים לסוגיות החשובות והמורכבות שהיא עסקה בהן.<sup>124</sup> אחת התרומות העיקריות של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ובמיוחד סעיף 5 שבו, המתמקד בזכויות-היסוד במשפט הפלילי<sup>125</sup> – היתה הפניית תשומת-ליבה של הקהילה המשפטית בישראל לאופי החוקתי המובהק של הריון הפלילי ודיני העונשין. אכן, מדו"ח הוועדה ניכר שהיא היתה ערה לכך שהסוגיות שהיא עסקה בהן אינן סוגיות דיוניות-טכניות, שמתחום דיני הראיות וסדר-הדין הפלילי גרידא, אלא הן מן הסוגיות החשובות והמרכזיות שבמשפט החוקתי בישראל. עירות זאת לא התבטאה ברטוריקה בלבד – הגם שאף בחשיבותה אין למעט – אלא היא אף השליכה על הדרכים שהוועדה התמודדה בהן עם השאלות שהוטל עליה לדון בהן ועל המלצותיה. האיוון החוקתי שערכה הוועדה, ברוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו והלכות-היסוד של המשפט החוקתי בישראל, בין זכויות, ערכים ואינטרסים אינו מתמצה בכל אחת מהמלצותיה, כשהיא בנפרד מן המלצות האחרות. האיוון מתבטא גם ביחס בין המלצות השונות. כך, למשל, המלצות בדבר קבילות הודאות שניתנו מחוץ לבית-המשפט – שאפשר שהן נוטות כשלעצמן במידה יתרה נגד זכויות הנאשם – מתאזנות במידה רבה על-ידי המלצות בדבר הקלטת התחקירים, צילום בווידיאו ונוכחות עורכי-הדין של הנחקרים בהם. על-כן, חשוב לראות את המלצות שבדו"ח הוועדה כמכלול. יש להיזהר ביישום חלקי שלהן, ולבחון בקפידה אם יישום כזה לא יפגע באיוון החוקתי הכולל הראוי.

124 ניתנת אמת להיאמר, כי בדרך-כלל, רשימה אגב דו"ח ועדה, ורשימה זו אינה יוצאת-מן-הכלל, לא תתמקד בהצגת עמדות הוועדה לאלה של הוועדה – שכן, עמדות אלה מפורטות ומנומקות בדו"ח הוועדה עצמו – אלא בהערות, לרבות הערות ביקורתיות, לדו"ח.

125 בסעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, לעיל הערה 38, נקבע, כי "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת."