

זכותו של חשוד המצוי במעצר להיוועצות בסנגור

1. מבוא

בפרק זה אעמוד על זכותו של חשוד המצוי במעצר להיוועצות עם סנגור ועל תפקידו של סנגור לפני הגשת כתב אישום בעניינו. תפקידו של הסנגור בשלב זה צריך להשליך על זכותו של העצור להיוועצות ולמפגש עמו ועל היקפה. בשלב המשפט עצמו אין מחלוקת ממשית על חשיבות תפקידו של סנגור ותרומתו להגנה על נאשמים, חפים מפשע ואשמים כאחד. ברור גם כי לאחר הגשת כתב אישום לסנגור יש תפקיד חשוב בהכנתה של פרשת ההגנה לקראת המשפט.¹ גם לפני הגשת כתב אישום ישנם הליכי חקירה הנושאים אופי אדברסרי. כך, בית המשפט העליון בארצות הברית קבע כי הזכות לייצוג על ידי סנגור חלה בשלבים קריטיים של ההליכים הטרום משפטיים.² פסק הדין המנחה בסוגיה זו הינו *United States v.*

* חלקים מסוימים מפרק זה פורסמו במאמר הבא: יובל מרין ורינת קיטאי-סנג'רו "Mirada", Collins ויששכרוב – על הפער בין הרצוי לבין המצוי בהלכת יששכרוב "משפטים" 429 (2007).

1 *Ralph Ruebener, Police Interrogation: The Privilege Against Self-Incrimination, the Right to Counsel, and the Incomplete Metamorphosis of Justice White*, 48 U. MIAMI L. REV. 511, 559 (1994). יצוין כי בארצות הברית הזכות לסנגור קמה עם הגשת כתב אישום, גם אם החקירה טרם הסתיימה: *Massiah v. United States*, 377 U.S. 201 (1964). הגשת כתב אישום מתחילה הליך משפטי אדברסרי, המשנה את מערך זכויותיו של הפרט. לפיכך, המשטרה אינה רשאית מאותה נקודת זמן לחקור אדם לגבי האירועים נשוא כתב האישום ולנסות לחלק ממנו אמרות מפלילות ללא נוכחות סנגור. סנגור אמור להגן על נאשם באותה נקודת זמן, כפי שהוא אמור להגן עליו במשפט עצמו. בפסק דין *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964), בית המשפט העליון האמריקני קבע כי ההליך האדברסרי בין המדינה לחשוד נוצר מהרגע שבו חקירת המשטרה מתמקדת בחשוד ומנסה להביאו לידי הודאה באשמה. קביעה זו בוטלה, למעשה, בפסק דין *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), אשר הבהיר, בעמ' 444, כי כוונת בית המשפט בפרשת *Escobedo* במושג "מיקוד החקירה" הייתה לחקירת החשוד בתנאי מעצר. ראו לעניין זה גם, *Moran v. Burbine*, 475 U.S. 412, 429-430 (1986).

2 כך, למשל, תשובת הנאשם לאישום מהווה שלב קריטי, אם במהלכה מחויב הנאשם להעלות טענות הגנה מסוימות, אשר אי-העלאתן במועד יכולה לשלול את זכותו לטעון אותן במהלך

המעצר: שלילת החירות טרם הכרעת הדין

Wade,³ שבו נקבעה זכאותו של חשוד לייצוג על ידי סנגור בעת עריכתו של מסדר זיהוי חי.⁴ שלבים קריטיים אלה הם אותן נקודות זמן שבהן נוכחותו של סנגור חיונית לשם הבטחת זכותו של הנאשם למשפט הוגן במשפט עצמו.⁵ בשלבים אלה יכולה להיות הרעה כנגד החשוד באופן לא הוגן ופגיעה בהגנתו במשפט, אשר סנגור יכול לתקנה באותו שלב, ואשר תיקונה מאוחר יותר במהלך המשפט יהיה קשה. נוכחות סנגור בשלבים הקריטיים נחוצה אפוא כדי להבטיח לחשוד הגנה ראויה במשפט, אם יוגש נגדו כתב אישום.⁶ לאור זאת, נפסק בעניין *Wade* כי חשוד זכאי לנוכחותו של סנגור בעת עריכת מסדר זיהוי חי, שכן מסדר זיהוי טומן בחובו פוטנציאל רציני למניפולציות ולהטיה לרעה, וכתוצאה מכך, לזיהוי בלתי אמין, שתיקונו במהלך המשפט עלול להיות בלתי אפשרי.⁷ סנגור לא יוכל להבחין במניפולציות, אם לא יהיה נוכח במסדר הזיהוי. החשוד עצמו לא יהיה מסוגל לתאר כראוי את הפרוצדורה שננקטה במסדר הזיהוי או לגלות ליקויים במסדר הזיהוי.⁸ גם אם החשוד מסוגל לעשות זאת, ייתכן שירצה מטעמים טקטיים לשמור על זכות השתיקה.⁹ בית המשפט העליון אצלו קבע אף הוא בפסק דין קריב כי חשוד זכאי לנוכחות סנגור במסדר זיהוי חי.¹⁰ הפרוצדורה הנוהגת במסדר זיהוי ממחישה את היבטיו האדברסריים של הליך זה: החשוד וסנגורו רשאים להפנות את תשומת לבו של האחראי לעריכת המסדר כי ניצב מסוים אינו מתאים להשתתפות במסדר הזיהוי; לחשוד שמורה הזכות לבחור את מיקומו בשורת הניצבים במסדר; הסנגור רשאי להעיר לעורך מסדר הזיהוי על פגמים וליקויים

המשפט, ולהביא להרשעתו של חף מפשע: *Hamilton v. Alabama*, 368 U.S. 52 (1961). ההליך המוקדם שבו מתקבלת החלטה האם יש אפשרות סבירה (probable cause) שהנאשם ביצע עבירה מהווה אף הוא שלב קריטי, שכן סנגור יכול בשלב זה למנוע לחלוטין את הגשת כתב האישום על ידי הצבעה על חולשות בגרסת התביעה, וכן להפיק יתרונות טקטיים מידיעה של גרסת התביעה: *Coleman v. Alabama*, 388 U.S. 218 (1967).

388 U.S. 218, 224 (1967) 3

חובה זו צומצמה, עם זאת, בפסק דין *Kirby v. Illinois*, 406 U.S. 682 (1972) כחלה רק על 4 השלב שלאחר האישום הפורמלי, שכן רק בשלב זה מתחיל הליך אדברסרי, שבו ניצב הפרט מול כוחה המאורגן של המדינה. על צמצום זה נמתחה ביקורת רבה, שלפיה אותם רציונלים לנוכחותו של עורך דין מתקיימים גם לפני השלב של אישום פורמאלי. ראו, למשל, Barry C. Feld, *Criminalizing Juvenile Justice: Rules of Procedure for the Juvenile Court*, 69 141, 210-214 MINN. L. REV. (1984); John B. Wefing, *Wishful Thinking by Ronald J. Tabak: Why DNA Evidence Will Not Lead to the Abolition of the Death Penalty*, 33 CON. L. REV. 861, 881, 884 (2001); דורון מנשה "זכות הייצוג של חשוד בהליכי מסדר" **על משפט** ה' 29, 34 (2006).

לעיל הערה 3, בעמ' 224-227. 5

על חשיבותו ותפקידו של סניגור בהליכי מסדר זיהוי ראו בהרחבה מנשה, לעיל הערה 4. 6

לעיל הערה 3, בעמ' 236. 7

שם, בעמ' 230-231. 8

שם, בעמ' 231. 9

ע"פ 648/77 קריב נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 729, 743 (1978). 10

פרק שישה-עשר: זכותו של חשוד המצוי במעצר להיוועצות בסנגור

שנפלו בו; החשוד וסנגורו רשאים להציג לעד המזוהה מיד לאחר ההצבעה על החשוד שאלות הנוגעות לוודאות הזיהוי. כמו כן, הסנגור יכול לנקוט יוזמה שתבטיח כי החשוד לא יבלוט במראהו בין הניצבים, כגון החלפת לבושו.¹¹ לעומת זאת, בית המשפט העליון האמריקני פסק כי מסדר זיהוי תמונות, בניגוד למסדר זיהוי חי, אינו מחייב נוכחות של סנגור במהלכו.¹² זאת, בניגוד להלכה אצלנו אשר דורשת נוכחות סנגור גם במסדר זיהוי תמונות.¹³

בניגוד לתפקידו של הסנגור בהליכי חקירה הנושאים אופי אדברסרי, תפקידו של סנגור בשלב הקודם להגשת כתב אישום, ככל שמדובר במתן ייעוץ לחשוד, הוא פחות ברור. יתרה מכך, תפקיד זה אף שנוי במחלוקת.¹⁴ בהליכי חקירה סנגור אינו ממלא את התפקיד הקלאסי של הצגת ראיות וחקירת עדים. נהפוך הוא, חקירה משטרית נושאת אופי אינקוויזיטורי מובהק. מטבע הדברים, החשוד אינו יכול להילוות לעבודת המשטרה, לפקח עליה ולהגיב על התפתחותה. וכשאלתו הרטורית של בית המשפט העליון: "כיצד תוכל המשטרה למלא תפקידה ולגלות פשעים, אם תהא חייבת בכל שלב ושלב להזמין את החשוד על מנת שהוא או פרקליטו יחקור את העדים חקירת שתי וערב? מי יאות בתנאים כאלה למסור לה ידיעות?"¹⁵ יתרה מכך, אצלנו מוטלות על סנגור הגבלות על עריכת חקירה עצמאית מטעם הסנגור.¹⁶

להלן אבחן, על רקע השוני שבין חקירה משטרית לבין ניהול דיון בבית המשפט, את ההצדקות להכרה בזכות היוועצות רחבה בסנגור לפני הגשת כתב אישום וכן אעמוד על טעמי הביקורת שנמתחה כנגד זכות זו.

2. עמדת החוק והפסיקה בנוגע לזכות היוועצות בסנגור

הן הפסיקה, הן החוק מכירים בזכות היוועצות של עצור בסנגור ובחשיבותה. הפסיקה נוטה לדעה כי זכותו של חשוד עצור להיוועצות בסנגור נגזרת מהזכות לחירות אישית, המעוגנת בסעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹⁷ חוק המעצרים מעגן את זכותו של

- 11 ראו, לדוגמה, ע"פ 437/82 אבו נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(2) 85, 92 (1983).
- 12 United States v. Ash, 413 U.S. 300 (1973).
- 13 ע"פ 416/71 עווד נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 780, 775 (1972).
- 14 דוד ליבאי דיני מעצר ושחרור 182 (1978).
- 15 בג"ץ 185/64 פלוני נ' שר הבריאות, פ"ד יט(1) 122, 127-128 (1965).
- 16 ע"פ 141/65 רחביה נ' היועץ המשפטי, פ"ד כ(2) 376, 382-384 (1966). לביקורת על ההגבלות המוטלות על הסנגור לשוחח עם עדים ראו: אורנה אליגון-דר "על זכותו וחובתו של הסניגור לשוחח עם עדי התביעה" הסניגור 3 42 (ספטמבר, 2000).
- 17 בג"ץ 3412/91 סופיאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה, פ"ד מז(2) 843, 847 (1993); בג"ץ 6302/92 רומחיה נ' משטרת ישראל, פ"ד מז(1) 212, 209 (1993) (זכותו של עצור

המעצר: שלילת החירות טרם הכרעת הדין

עצור להיפגש עם עורך דין ולהיוועץ בו,¹⁸ ומחייב ככלל את האחראי על החקירה לאפשר פגישה בין העצור לבין סנגורו ללא דיחוי.¹⁹ בית המשפט העליון אמר באמרת אגב כי, ככל הנראה, החובה ליידע חשוד בדבר זכותו להיוועץ עם סנגור 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".²⁰ ואכן, כפי שמדגיש ארד-אילון, זכות ההיוועצות בסנגור נגזרת מזכותו של אדם להליך הוגן נוכח פגיעה בזכויותיו, ואין צורך בהוראה חוקית מפורשת להקנייתה.²¹ מנגד, יש הסבורים כי לנוכח הפגיעה המוגבלת באופן יחסי של העיכוב ולנוכח העובדה כי המעוכב אינו מנותק מהסובבים אותו לפרק זמן ארוך ואינו זקוק לתיווכו של סנגור בינו לבין העולם שמחוץ לכותלי בית המעצר, יש לאפשר למעוכב להיוועץ בסנגור רק בתום העיכוב.²² בארצות הברית, המשטרה חייבת להודיע לחשוד על זכות השתיקה הנתונה לו וכן על זכותו לייצוג על ידי סנגור רק בסיטואציה של חקירה בתנאי מעצר.²³ מעצר צריך להיות פורמלי או כרוך בשלילת חופש התנועה במידה המקורשת למעצר פורמלי.²⁴ חקירה

- להיוועצות עם סנגור היא בעלת אופי חוקתי; בג"ץ 3425/01 טארק נ' שר הביטחון, פ"ד נה(4) 583, 581 (2001). ראו לעניין זה גם: יהודית קרפ "החקיקה הפלילית לאור חוקי היסוד" מחקרי משפט יג 275, 281 (1996). בפסקי דין מאוחרים יותר הושארה השאלה האם זכות ההיוועצות בסנגור היא בעלת מעמד חוקתי בצריך עיון: ע"פ 6613/99 סמירק נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 529, 554-556 (2002); ע"פ 5203/98 חסון נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 274, 283 (2002). אולם בפסק הדין המנחה בפרשת יששכרוב בית המשפט נטה לדעה כי המדובר בזכות חוקתית וקבע כי אין מחלוקת על כך שחוק היסוד חיוק את מעמדה של הזכות בעומד "על חשיבותה ומרכזיותה בשיטתנו המשפטית", ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, סעיף 20 (פורסם בנבו, 4.5.2006). לחשיבותה של זכות ההיוועצות בסנגור ראו גם: ע"פ 1301/06 עזבון המנוח אלזם ז"ל נ' מדינת ישראל, סעיף 25 לפסק דינו של השופט אדמונד לוי (פורסם בנבו, 22.6.2009).
- 18 סעיף 34(א) לחוק המעצרים.
- 19 סעיף 34(ב) לחוק המעצרים. ראו גם: ע"פ 307/60 יאסין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז 1541, 1570 (1963).
- 20 פרשת יששכרוב, לעיל הערה 17, סעיף 17.
- 21 דרור ארד-אילון "חקירה עד אין קץ" הסניגור 79, 5, 9 (אוקטובר 2003). לעניין החובה להודיע גם למעוכב על זכותו להיוועץ בסנגור ראו גם: גיל דחוח, שלי מנחם "היוועצות בעורך-דין בעת חקירה-זכות להלכה אך לא למעשה (חלק א)" הסניגור 107, 5, 7-8 (פברואר, 2006).
- 22 אורנה גלבשטיין, מאיר גלבוש "עיכוב לחקירה או עיכוב בחקירה" הסניגור 81, 5, 8-9 (דצמבר, 2003).
- 23 Laurie Magid, *Questioning the Question-Proof Inmate: Defining Miranda Custody for Incarcerated Suspects*, 58 OHIO ST. L.J. 883, 901 (1997)
- 24 *Minnesota v. Murphy*, 465 U.S. 420, 430 (1984); *California v. Beheler*, 463 U.S. 1121, 1125 (1983); Gordon Van Kessel, *The Suspect as a Source of Testimonial Evidence: A Comparison of the English and American Approaches*, 38 HASTINGS L.J. 1, 44 (1986)

פרק שישה-עשר: זכותו של חשוד המצוי במעצר להיוועצות בסגור

הינה תשאול מפורש או מקבילו הפונקציונלי המתייחס למילים או להתנהגות, שהשוטר צריך לדעת כי הינם צפויים באופן סביר לחלץ הודאה מפליה מפי החשוד.²⁵ החקירה צריכה לשקף אלמנט של כפייה מעבר למגולם בעצם המעצר.²⁶ מצב של עיכוב, שבו אדם אינו רשאי לעזוב את תחנת המשטרה באופן חופשי, הינו קרוב מאוד למעצר. חקירה רצופה האורכת שעות אחדות עלולה לפגוע בכוח רצונו של הנחקר ולגרור לו לחוש כי הוא נתון לחסדי החוקרים. מן הראוי, לפיכך, לתת גם למעוכב הגנות דינויות ראויות. קצין ממונה חייב להודיע לעצור על זכותו להיפגש עם סגור וכן על זכותו להיות מיוצג על ידי סגור מטעמו או על ידי סגור ציבורי אם הוא מחוסר אמצעים.²⁷ הפסיקה עמדה על כך כי חובת הודעה זו מהווה פועל יוצא של זכות העצור להיות מיוצג על ידי סגור ולהיוועץ בו, שכן "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... כלל גדול הוא בעולמה של יהדות כי מי שאינו יודע לשאול – את פתח לו...".²⁸ על פי הפסיקה, אין חובה להזכיר לעצור את זכותו להיוועצות עם סגור בתחילת כל חקירה, אולם עם התמשכות החקירה, ראוי לחזור עליה לפרקים.²⁹ כאשר עצור משנה את דעתו ומבקש להיוועץ בסגור בשלב מאוחר יותר של החקירה יש להיעתר למבקשו.³⁰ המשטרה חייבת להעמיד לרשות העצור את רשימת עורכי הדין המוכנים לייצג עצורים, שנערכה על ידי לשכת עורכי הדין.³¹ עם זאת, המשטרה אינה חייבת לאפשר לעצור

25 בפרשת Rhode Island v. Innis, 446 U.S. 291, 301 (1980) היו העובדות כדלקמן: Innis, חשוד ברצח, נסע עם שני שוטרים ברכב. השוטרים לא פנו אליו ישירות, אלא שוחחו כביכול ביניהם. אחד השוטרים אמר לשני כי בקרבת מקום יש בית ספר לילדים מוגבלים, וכי רק אלוהים יודע מה יקרה אם אחד מהם ימצא את הנשק ויפגע בעצמו. בשומעו שיחה זו הודיע Innis לשוטרים כי אינו מסוגל לשאת דברים אלה, וכי יראה להם היכן נמצא הנשק שבאמצעותו ביצע את הרצח. לפני שהגיעו לזירת העבירה הודיעו השוטרים ל-Innis על זכויותיו. הודאותיו המפלילות של Innis וכן כלי הנשק הוצגו כראיה במשפטו והובילו להרשעתו בעבירות של רצח וחטיפה. בנוסבות עניינו של Innis, קבע בית המשפט כי לא התבצעה חקירה, שכן הלה לא היה חשוף לתשאול ישיר או למקבילו הפונקציונלי. השיחה בין שני השוטרים הייתה קצרה. חוקרי המשטרה לא היו צריכים לצפות, ובפועל אין אינדיקציה כי צפו, שהחשוד יגלה רגישות יתר לגורלם של ילדים מוגבלים, וכי יחשוף מידע מפליל לאחר שישמע את שיחתם. לא עלה גם כי החשוד נמצא במצב נפשי של דיכאון או רגישות יתר.

26 לעיל הערה 25, בעמ' 300.

27 סעיף 1(32) לחוק המעצרים. ראו גם סעיף 19(א) לחוק הסגוריה הציבורית, תשנ"ו-1995.

28 פרשת סופיאן, לעיל הערה 17, בעמ' 850. ראו גם: פרשת יששכרוב, לעיל הערה 17, סעיף 16.

29 ע"פ 334/86 סבאח נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(3) 866, 857 (1990); פרשת סופיאן, לעיל הערה

17, בעמ' 852.

30 פרשת סבאח, לעיל הערה 29, בעמ' 866.

31 סעיף 33(ג) לחוק המעצרים.

המעצר: שלילת החירות טרם הכרעת הדין

ליצור קשר באופן ישיר עם הסנגור, שלא באמצעות איש משטרה.³² זכות ההיוועצות של עצור בסנגור צריכה לחייב את המשטרה לאפשר לעצור ליצור קשר עם עורכי דין נוספים, אם הסנגור שנבחר על ידיו אינו זמין או אינו מעוניין בייצוג.³³ יש לאפשר לעצור לשוחח עם עורך דינו ביחידות ובתנאים המבטיחים את סודיות השיחה.³⁴ השופט אברהם בבית המשפט המחוזי בנצרת קבע כי במקרה הרגיל יש לאפשר פגישה בין עצור לבין סנגורו ללא מחיצה שמפרידה ביניהם, שכן מחיצה פוגעת באופן קשה באפקטיביות הייצוג: היא אינה מאפשרת שיחה בו-זמנית בין העצור לבין כמה אנשים בצוות ההגנה, אינה מאפשרת עיון משותף במסמכים, ומחייבת העברת כל מסמך באמצעות סוהר.³⁵

הגם שנוכחות סנגור בעת החקירה מסייעת לריכוך אווירת הכפייה הקיימת בחקירה בתנאי מעצר,³⁶ החוק אינו מעגן את זכותו של העצור לנוכחות של סנגור במהלך החקירה, במובחן מזכות ההיוועצות עמו בטרם החקירה ובהפסקות שבין החקירות.³⁷

32 דן ביינן "זכותו של חשוד הנתון במעצר לסניגור בהליכי החקירה – לקראת פתרונות של פשרה" הפרקליט לט 108, 118 (1989) (המותח ביקורת על היעדר חובה זו). תקנה 10(ג) לתקנות סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) (תנאי החזקה במעצר), תשנ"ז-1997, קובעת כי "עצור שטרם הוגש נגדו כתב אישום למעט עצור שאינו זכאי על פי החוק להיפגש עם עורך-דינו, יהיה זכאי לבקש בכתב ממפקד מקום המעצר שיתקשרו טלפונית למשרדו של עורך דינו לשם מסירת הודעה מטעמו;...".

33 ביינן, לעיל הערה 32, בעמ' 118.

34 סעיף 34(ג) לחוק המעצרים.

35 עת"א (מינהלי נצ') 49300-07-10 מחול נ' שרות בתי הסוהר, סעיף 9 (פורסם בנבו, 31.8.2010).

36 Christopher Slobogin, *An Empirically Based Comparison of American and European Regulatory Approaches to Police Investigation*, 22 MICH. J. INT'L L. 423, 445 (2001)

37 זהו גם המצב בצרפת: Stewart Field, Andrew West, *A Tale of Two Reforms: French Defense Rights and Police Powers in Transition*, 6 CRIM. L. F. 473, 486 (1995)

Slobogin, לעיל הערה 36, בעמ' 443; וביפן Arne F. Soldwedel, *Testing Japan's Convictions: the Lay Judge System and the Rights of Criminal Defendants*, 41 VAND. J. TRANSNAT'L L. 1417, 1466 (2008). זאת, בניגוד למצב במקומות אחרים. כך, באנגליה:

Home Office, *Code of Practice for the Detention, Treatment and Questioning of Persons by Police Officers* (1985), para. 6.5; ANDREW ASHWORTH, *THE CRIMINAL PROCESS-AN EVALUATIVE STUDY* 17-18 (1994); John D. Jackson, *Silence and Proof: Extending the Boundaries of Criminal Proceedings in the United Kingdom*, 5 INT. J. OF EVID. AND PROOF 145, 148 (2001). עם זאת, Code C, para. 6.9 קובע באופן מפורש שאסור לסנגור לשבש את מהלך החקירה, והוא אף יכול להידרש ולעזוב את חדר החקירות, אם התנהגותו אינה מאפשרת לחוקר לחקור את החשוד באופן מסודר. לגבי זכותו של עצור בארצות הברית לנוכחות סנגור במהלך החקירה ראו להלן סעיף 3. לסקירה של המצב המשפטי בנקודה זו במדינות נוספות ראו ליאור בן דוד "נוכחות עורך דין בחקירת חשוד-סקירה משווה" מטעם מרכז המחקר והמידע בכנסת. הסקירה ניתנת לצפייה באתר הכנסת: www.knesset.gov.il.

פרק שישה-עשר: זכותו של חשוד המצוי במעצר להיוועצות בסנגור

בארצות הברית, כאשר חשוד, הנחקר בתנאי מעצר, מביע את רצונו להיוועץ בסנגור, יש להפסיק באופן מיידי את החקירה עד להגעתו של סנגור, אלא אם כן החשוד יזם בעצמו שיחה נוספת עם המשטרה.³⁸ יתרה מכך, חוקרי המשטרה אינם רשאים לחדש את חקירתו של חשוד כזה ללא נוכחותו של סנגור, גם אם ניתנה לחשוד הזדמנות להיפגש עם סנגורו לפני.³⁹

גם באנגליה ככלל יש להפסיק את החקירה עד אשר החשוד מקבל, על פי בקשתו, את הייעוץ המשפטי מסנגור. כמו כן, הסנגור רשאי להיות נוכח בחקירה, אלא אם כן ההמתנה להגעתו של הסנגור תגרום לעיכוב בלתי סביר של החקירה.⁴⁰ אצלנו פסק בית המשפט העליון כי המשטרה אינה חייבת להמתין בחיבוק ידיים עד להגעתו של הסנגור לתחנת המשטרה, ואינה חייבת להפסיק את הליכי החקירה כאשר עצור מביע את רצונו להיוועץ בסנגור.⁴¹ הלכה זו מרוקנת במידה רבה מתוכן את הזכות לסנגור, שכן במקרים רבים החשוד מוסר אמירות מפלילות לפני שמתאפשר לו להיפגש עם סנגור.⁴² אולם הלכה זו רוככה בפרשת שי, אשר בה פסק בית המשפט העליון מפי הנשיאה ביניש כי "העלאת בקשה מטעם נחקר להיפגש עם עורך-דין מחייבת ליצור קשר עם הסנגור באופן מיידי ככל הניתן (בהנחה שלא מתקיים סייג המאפשר את דחיית המפגש ביניהם על-פי התנאים הקבועים בחוק). עוד נוטה אני לדעה כי בנסיבות בהן הסנגור מודיע על כוונתו להגיע למתקן החקירות במועד סמוך סביר, הרי שככלל יש להמתין לבואו כדי לאפשר לנחקר לממש את זכותו להיוועץ בעורך-דין בטרם יימשכו הליכי החקירה. עם זאת, כל עוד לא הודיע הסנגור על כוונתו להגיע למיתקן החקירות במועד סמוך סביר, ניתן להמשיך בפעולות החקירה,

38 Edwards v. Arizona, 451 U.S. 477 (1981).

39 Minnick v. Mississippi, 498 U.S. 146 (1990). ההנחה הינה שחשוד המבקש סנגור החליט כי אינו יכול להתמודד עם החקירה המשטרית בכוחות עצמו: Slobogin, לעיל הערה 36, בעמ' 446. זאת, בניגוד למצב שבו החשוד מביע את רצונו לממש את זכות השתיקה, שאז חוקרי המשטרה יכולים לנסות את מזלם פעם נוספת על ידי חקירה חוזרת: Michigan v. Mosley, 433 U.S. 96 (1977). יש המתנגדים לאבחנה זו, התלויה בשאלה אלו מבין שני סוגי הזכויות בוחר החשוד לממש: Willard Pedrick, *Miranda Thirty-five Later: A Close Look at the Majority and Dissenting Opinions in Dickerson*, 33 ARIZ. ST. L.J. 387, 416 (2001); Magid, לעיל הערה 23, בעמ' 890.

40 Home Office, Code of Practice C for the Detention, Treatment and Questioning of Persons by Police Officers (1985), para. 6.3, 6.6.

41 ע"פ 533/82 זכאי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח (3) 57, 66-67 (1984); ע"פ 747/86 אייזנמן נ' מדינת ישראל, פ"ד מב (3) 447, 454-453 (1988); בית המשפט נוטה לדעה כי חוק המעצרים, הנוקט בביטוי "ללא דיחוי" לעומת "בהקדם האפשרי" כנוסחו הקודם של סעיף 29(ג) לחוק סדר הדין הפלילי, תשמ"ב-1982, לא שינה הלכה זו: פרשת חסון, לעיל הערה 17, בעמ' 283.

42 Field & West, לעיל הערה 37, בעמ' 487.

המעצר: שלילת החירות טרם הכרעת הדין

אלא אם מתקיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות את הפסקת החקירה על אתר אף בטרם התקבלה מהסנגור הודעה כאמור.⁴³

הן החוק הן הפסיקה בישראל, חרף הכרתם הכללית בחשיבות הזכות להיוועצות בסנגור, נוקטים עמדה שלפיה בנסיבות מסוימות זכות זו נסוגה מפני אינטרסים גוברים. כך, קבע בית המשפט העליון כי כנגד הזכות להיוועץ עם עורך דין "עומדים אינטרסים ציבוריים חשובים כגון הלחימה בפשע, הגנה על בטחון המדינה ושלוש הציבור וחשיפת 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 פסקת ההגבלה".⁴⁴ כפי שניווכח בהמשך, חוק המעצרים מעניק סמכות רחבה מאוד לעכב פגישה בין עצור לבין סנגורו.⁴⁵

3. תפקידו של הסנגור בשלב החקירה

פסק דין *Escobedo v. Illinois*,⁴⁶ אשר ניתן על ידי בית המשפט העליון האמריקני בשנת 1964, מדגים היטב את תפקידו של הסנגור במתן ייעוץ לחשוד על אודות זכויותיו ומצבו המשפטי.

בעניינו של Escobedo, שנחשד ברצח גיסו, מנעה המשטרה פגישה בינו לבין סנגורו למרות בקשותיו החוזרות ונשנות של החשוד לפגוש את סנגורו, ולמרות בקשת סנגורו, שהגיע לתחנת המשטרה, לשוחח עם לקוחו. עם זאת, Escobedo שוחח עם סנגורו על החשד נגדו בעת היותו משוחרר בערובה לפני מעצרו. בנוסף, עורך הדין הצליח לראות בחטף את לקוחו מבעד לדלת חדר החקירות, והחווה לעברו תנועה, שהתפרשה על ידי Escobedo כאזהרה שלא לומר לחוקריו דבר. החוקרים מצדם לא יידעו את Escobedo בדבר זכות השתיקה הנתונה לו וכן בדבר השימוש המפליל שניתן לעשות כנגדו בדבריו. Escobedo נעתר להצעת חוקריו להתעמת עם שותפו, לאחר שחוקריו סיפרו לו על טענת שותפו שלפיה ירה בגיסו. בעימות הטיח Escobedo לעבר שותפו כי הוא זה שירה במנוח. לאחר שגילה באופן זה ידיעה על נסיבות התרחשותה של העבירה, כבר קל היה לחלץ מפיו אמרות המסבכות אותו בקשר לביצוע רצח. Escobedo הורשע ברצח בהתבסס על הודאותיו.

43 ע"פ 9956/05 שי נ' מדינת ישראל, סעיף 15 (פורסם בכנו, 4.11.2009).
44 פרשת סמירק, לעיל הערה 17, בעמ' 555. ראו גם, לעניין יחסיותה של זכות ההיוועצות בסניגור, פרשת סופיאן, לעיל הערה 17, בעמ' 848, בש"פ 9467/02 שירות הביטחון הכללי נ' אבו מיאלה, פ"ד נח(4) 244, 241 (2002), פרשת יששכרוב, לעיל הערה 17, סעיף 15.
45 ראו להלן סעיף 5.
46 לעיל הערה 1.

בית המשפט העליון האמריקני פסק ברוב דעות כי הודאתו של Escobedo פסולה מלשמש כראיה בשל הפרת זכותו להיפגש עם סנגור.⁴⁷ בית המשפט הדגיש את אידיעתו של Escobedo, כי על פי החוק במדינת Illinois שותף לביצוע העבירה נושא באחריות מלאה לרצח כמו מי שלחץ על ההדק, שממנו נורתה הירייה הקטלנית. סנגור יכול היה ליידעו בדבר מצב חוקי זה. קיים קשר בין הזכות לסנגור במהלך החקירה לבין הזכות לסנגור במהלך המשפט, שכן הודאת החשוד באשמה בתחנת המשטרה משפיעה באופן משמעותי על מהלך המשפט ויכולה להביא, הלכה למעשה, להרשעתו. במקרה של הודאה, שבו המשפט הופך, הלכה למעשה, ל"ערעור על החקירה", הזכות לסנגור במהלך המשפט הופכת לעניין פורמלי גרידא. תובע ציני יכול לסבור כי הנאשם יכול כעת לשכור את שירותיו של עורך הדין המוכשר ביותר, שכן ממילא אין שום דבר שיש ביכולתו של הסנגור לעשות למען לקוחו לאחר הודאתו באשמה בעת חקירתו. בית המשפט העליון האמריקני גינה את ניצול בורותו של החשוד באשר לזכויותיו החוקתיות ואת פחדה של המשטרה כי נוכחות סנגור תניע את החשוד לעשות שימוש בזכותו שלא להפליל את עצמו, ופסק כי החוקה הכריעה במסגרת איזון האינטרסים לטובת הצורך של החשוד להיות מידוע בדבר זכותו שלא להפליל את עצמו. מצב שבו חשוד נדרש להתמודד עם אשמה רצינית אולם גישתו לאמצעים שיאפשרו לו התמודדות זו נשללת, פוגע בהגינות ובשוויון. הודאתו של Escobedo נפסלה אפוא בשל הפרת זכותו להיוועצות בסנגור שיכול היה, כאמור, להעמידו על זכויותיו ועל המצב החוקי בקשר לעבירה שבה נחשד.

הלכת *Miranda* המפורסמת⁴⁸ הדגישה כי הזכות לסנגור בטרם הגשת כתב אישום, כאשר טרם החל הליך אדברסרי של עימות בין הפרט לבין המדינה, קמה בסיטואציה ייחודית של חקירה בתנאי מעצר שבה החיסיון מפני הפללה עצמית נתון בסכנה. הלכת Escobedo (שם דיבר בית המשפט העליון האמריקני על זכאות לסנגור במצב שבו מתמקדת החקירה בחשוד ופותרת בכך מעין הליך אדברסרי) מתפרשת אף היא לאור הלכת *Miranda*, שכן גם בה מדובר היה בחקירה בתנאי מעצר. מהו אפוא תפקידו של סנגור בעניינו של חשוד עצור המצוי בהליכי חקירה?

ככל שעורך דין נכנס לתמונה בשלב מוקדם יותר של החקירה, כך יהיה קל יותר למצוא ראיות הפועלות בכיוון של זיכוי. כך, סנגור יוכל לבקש מהמשטרה לאסוף ראיות ספציפיות

47 בית המשפט העליון האמריקני קבע באותו פסק דין, שם, בעמ' 486, 491, כי הזכות שנפגעה היא הזכות לייצוג על ידי סנגור, המעוגנת בתיקון השישי לחוקה האמריקנית. אולם לאחר מכן, בפסק דין *Miranda*, להלן הערה 1, הבהיר בית המשפט העליון האמריקני כי הזכות החוקתית הנפגעת בשל הפרת זכותו של נחקר עצור להיוועצות עם סנגור היא הזכות מפני הפללה עצמית, המעוגנת בתיקון החמישי לחוקה האמריקנית, ולא הזכות לייצוג על ידי סנגור.

48 לעיל הערה 1.

המעצר: שלילת החירות טרם הכרעת הדין

או לחקור עדים מסוימים במטרה להוכיח את חפותו של החשוד.⁴⁹ על פי תפיסה זו, ייצוג יעיל במשפט מחייב התייעצות מוקדמת.⁵⁰

בנוסף, בית המשפט העליון בישראל עמד בכמה פסקי דין על כך שזכותו של עצור לפני הגשת כתב אישום להיוועץ בסנגורו "איננה אלא אספקט אחר של זכות השתיקה."⁵¹ זוהי, למעשה, תמציתה של הלכת *Miranda*. בפסק דין *Miranda* בית המשפט העליון האמריקני ביסס את זכותו של חשוד הנחקר בתנאי מעצר לסנגור לא על הזכות האדברסרית עצמה לייצוג על ידי סנגור, אלא על זכותו של חשוד לאי הפללה עצמית. הסיטואציה של חקירה בתנאי מעצר היא כופה מעצם טיבה ומפעילה על עצור לחץ לדבר. אדם נלקח מסביבתו המוכרת לסביבה מבודדת. הוא מוקף בגורמים עוינים וחשוף לטכניקות כופות של שכנוע. סביבה של חקירה בתנאי מעצר יכולה ואף מיועדת להכניע את כוח רצונו החופשי של הנחקר. לפיכך, כל אמרה הנאמרת בנסיבות כאלה אינה יכולה להיחשב רצונית באופן אמיתי. ללא ערובות הולמות, חקירה בתנאי מעצר מכילה בחובה לחצים אינהרנטיים הפועלים כדי להתגבר על רצונו של החשוד להתנגד ולהכריח אותו לדבר, כאשר בנסיבות אחרות לא היה עושה כן באופן חופשי. ההנחה שחקירה בתנאי מעצר יוצרת אווירת כפייה היא הנחה שאיננה ניתנת לסתירה. בית המשפט העליון האמריקני התווה באופן מפורש כמה ערובות פרוצדורליות קונקרטיות ששמירה עליהן היא תנאי הכרחי להגנה על זכותו של חשוד להיעדר הפללה עצמית, וכפועל יוצא מכך, לרצוניותה של הודאתו: רשויות החקירה צריכות להודיע לחשוד על זכות השתיקה הנתונה לו וכן על זכותו להתייעץ עם סנגור נבחר או ציבורי ועל זכותו לנוכחות של סנגור במהלך החקירה, וכמובן, לאפשר לו לממש את אותן זכויות. הזכות לסנגור היא הכרחית אפוא כדי להגן על זכותו של חשוד הנחקר בתנאי מעצר להיעדר הפללה עצמית. סנגור הכרחי כדי להוות משקל נגד לכפייה הכרוכה בחקירה נמשכת וכדי לאזן את הלחצים הפסיכולוגיים האינהרנטיים הקיימים באווירה של חקירה בתנאי מעצר.⁵² לכן, אם העצור מביע את רצונו בנוכחות של סנגור במהלך החקירה, יש

49 Marea L. Beeman, *Fulfilling the Promise of the Right to Counsel: How to Ensure that Counsel is Available to Indigent Defendants* 1) Upon Questioning Following Arrest and 2) Following Probable Cause Determination and Awaiting Indictment, 27 NEW ENGLAND J. ON CRIM. & CIVIL CONFINEMENT 27, 39 (2001); ביין, לעיל הערה 32, בעמ' 112; יאיר תירוש "הזכות לייצוג משפטי בחקירה" – כללי הצייד במבחן המשפט המשווה "משפט וצבא 14, 91, 95 (2000); ליבאי, לעיל הערה 14, בעמ' 182; פרשת יששכרוב, לעיל הערה 17, סעיף 14.

50 וראו אצלנו: בג"ץ 515/74 פלוני נ' מפקד משטרה צבאית חוקרת, צה"ל, פ"ד כט(2) 169, 175-176 (1975).

51 ע"פ 96/66 טאו נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כ(2) 539, 545-546 (1966); ע"פ 115/82 מועדי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 197, 231 (1984); פרשת אייזמן, לעיל הערה 41, בעמ' 452; פרשת סופיאן, לעיל הערה 17, בעמ' 847; פרשת יששכרוב, לעיל הערה 17, סעיף 14.

52 ראו גם ביין, לעיל הערה 32, בעמ' 110.

פרק שישה-עשר: זכותו של חשוד המצוי במעצר להיוועצות בסנגור

להפסיק באופן מיידי את החקירה עד להגעתו של סנגור.⁵³ אם רשויות החקירה אינן מודיעות לנחקר על זכויות אלו, ישנה חזקה חלוטה כי ההודאה הושגה בתנאים של כפייה, ולפיכך אינה רצונית, ואינה יכולה לשמש כראיה במשפט.

יצוין כי הלכת *Miranda* אושרה בשנת 2000 על ידי בית המשפט העליון האמריקני בפרשת *Dickerson*.⁵⁴ בית המשפט קבע כי הלכת *Miranda* מהווה פרשנות של הזכות מפני הפללה עצמית המעוגנת בחוקה האמריקנית. לפיכך, חקיקה של הקונגרס העומדת בניגוד לעקרונות שנקבעו בפסק דין *Miranda* אינה תקפה. בשנת 1968, כשנתיים לאחר פסק דין *Miranda*, חוקק הקונגרס חוק שנועד לבטל הלכה זו. על פי אותו חוק, רצוניותה של הודאה תיבחן על פי מכלול הנסיבות, כאשר הכללים שהותוו על ידי בית המשפט העליון האמריקני בפרשת *Miranda* מהווים אך אינדיקציות לבחינת רצוניותה של ההודאה. בפרקטיקה, חוק זה נותר כאבן שאין לה הופכין, שכן משרד המשפטים האמריקני לא הסתמך עליו בדיונים על קבילות הודאותיהם של נאשמים במשטרה, אלא נצמד להלכת *Miranda*.⁵⁵ לאחר שבית המשפט הפדרלי של המחוז הרביעי החליט מיוזמתו לדון בחוק וקבע את תקפותו,⁵⁶ דן בית המשפט העליון האמריקני בשאלה האם הלכת *Miranda* נגזרת מהחוקה האמריקנית, ופסק בחיוב.

פסק דין *Miranda* הסיט את הדגש מהזכות לייצוג על ידי סנגור כזכות עצמאית, שהודגשה בפסק דין *Escobedo*, לזכותו של חשוד הנחקר בתנאי מעצר שלא להפליל את עצמו. על פי בית המשפט העליון ב-*Miranda* זכות השתיקה היא הזכות הנתונה בסכנה בסיטואציה של חקירה בתנאי מעצר.

פסק דין *Escobedo* הדגיש את האופי האדברסרי של יחסי פרט-מדינה. לפיכך, הוא ייחס חשיבות מירבית לנקודה שבה הנאשם הופך לחשוד העיקרי או מוקד החקירה. יש אכן העומדים על כך כי הזכות לסנגור בחקירה נובעת מהשיטה האדברסרית וממצב העימות

53 לעיל הערה 1, בעמ' 474.

54 *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000).

55 וראו לעניין זה: *Dickerson v. United States: The Right to*

Remain Silent, the Supreme Court, and Congress, 37 AM. CRIM. L. REV. 1165, 1169-70

(2000). ואכן, התביעה בפרשת *Dickerson* הצטרפה לעמדתו של הנאשם שלפיה יש לבטל את

ההחלטה בדבר קבילות הודאתו: Paul G. Cassell, *The Paths Not Taken: The Supreme*

Court's Failures in Dickerson, 99 MICH. L. REV. 898, 898 (2001).

56 *United States v. Dickerson*, 166 F.3d 667 (4th Cir., 1999).

המעצר: שלילת החירות טרם הכרעת הדין

שבין המדינה לבין החשוד.⁵⁷ בניגוד לכך, בפסק דין *Miranda* החקירה בתנאי מעצר זוהתה כגורם המעניק לעצור את ההגנות החוקתיות.⁵⁸ ואכן, סנגור אמור להגן על חשוד עצור מפני שבירה נפשית ופיזית. תפקידו של הסנגור הוא להסביר לעצור את זכויותיו,⁵⁹ בעיקר את זכות השתיקה,⁶⁰ וכן את השלכותיה הראייתיות. סנגור יכול להזהיר את החשוד מפני תחבולות חקירה אפשריות.⁶¹ סנגור יכול לדרוש מהחוקרים לשפר את תנאי המעצר.⁶² חוקרים יירתעו יותר משימוש באמצעים פסולים או מהצגת דרישות לא סבירות לחשוד כאשר הם יודעים שסנגור מלווה את החשוד, לעומת מצב שבו עצור נחקר מבלי שיש ביכולתו להיות בקשר עם אדם כלשהו מחוץ לבית המעצר.⁶³ סנגור יכול להבהיר לעצור לאלו סוגי חיפוש הוא מחויב להסכים ולאילו הינו רשאי לסרב. הוא יכול להבהיר לו את המגבלות המוטלות על אורכה של תקופת המעצר. תפקיד הסנגור הוא להסביר לעצור את החוק המהותי, כפי שיכול היה לעשות בעניינו של Escobedo. בנוסף, סנגור יכול לחזק את רוחו של העצור.⁶⁴ כל אדם שחווה חקירה נגדית אגרסיבית על ידי תובע או סנגור במשפט יכול לדמיין בנקל את הלחצים הפועלים ליצירת בלבול וטעות בקרב חשוד הנחקר לבדו, ללא סנגור, במשך שעות בתחנת המשטרה.⁶⁵ סנגור מקל על העצור לבחור באופן חופשי האם לשתף פעולה עם החוקרים. הוא ניצב לצד העצור בסיטואציה הקשה של שלילת חירותו אגב החשדות בביצוע עבירה פלילית, ומבהיר לו כי אינו ניצב לבדו מול המדינה. הסנגור מבהיר לחשוד כי תפקידו הוא לסייע לו.⁶⁶ הוא מקטין

- 57 Charles D. Weisselberg, *Saving Miranda*, 84 CORNELL L. REV. 109, 142 (1998); דעת המיעוט של השופטים Stevens, Brennan & Marshall בפרשת *Moran v. Burbine*, לעיל הערה 1, בעמ' 434.
- 58 Steven Penney, *Theories of Confession Admissibility: A Historical View*, 25 AM. J. CRIM. L. 309, 367 (1998).
- 59 פרשת יאסין, לעיל הערה 19, בעמ' 1570; דנה מרשק מרום "עיצוב דגם לסניגוריה ציבורית ישראלית" פלילים ד 311, 340 (1994); פרשת יששכרוב, לעיל הערה 17, סעיף 14; עזבון המנוח אלזם, לעיל הערה 17, סעיף 25 לפסק דינו של השופט אדמונד לוי.
- 60 *R. v. Brydges*, (1990) 1 S.C.R. 190, 206.
- 61 דחוח ומנחם, לעיל הערה 21, בעמ' 5.
- 62 יורם סגיאקס חירות ממעצר 96 (1998); מרשק מרום, לעיל הערה 59, בעמ' 341; ליבאי, לעיל הערה 14, בעמ' 182; אורי שטרומן "הגנת החשוד מפני הודאת שווא" המשפט א 217, 221 (1993).
- 63 Robert K. Calhoun, *Confessions and the Right to Counsel: Reflections on Recent Changes in Turkish Criminal Procedure*, 6 ANN. SURV. INT'L & COMP. L. 61, 63 (2000); מרשק מרום, לעיל הערה 59, בעמ' 341; שטרומן, לעיל הערה 62, בעמ' 220.
- 64 סגיאקס, לעיל הערה 62, בעמ' 96; מרשק מרום, לעיל הערה 59, בעמ' 341; ליבאי, לעיל הערה 14, בעמ' 187.
- 65 Stephen J. Schulhofer, *Reconsidering Miranda*, 54 U. CHI. L. REV. 435, 437 (1987).
- 66 דחוח ומנחם, לעיל הערה 21, בעמ' 5.

פרק שישה-עשר: זכותו של חשוד המצוי במעצר להיוועצות בסגור

את פערי הכוחות בין החשוד לבין המדינה.⁶⁷ בנוסף, סגור מהווה גורם מתווך בין העצור לבין משפחתו, חבריו ומעסיקיו בעולם שמחוץ לכותלי בית המעצר.⁶⁸ מטעמים אלה סגור ממלא תפקיד ייחודי ובלתי ניתן לתחליף הן בהגנה על זכותו של חשוד הנחקר בתנאי מעצר מפני הפללה עצמית הן בהגנה על הזכות הבסיסית להליך הוגן.

4. טעמי ההתנגדות להיתר מפגש בין עצור לבין סגור

חף חשיבותה של הזכות לסגור, ישנם המתנגדים למעורבותו של סגור בהליך החקירה בכלל.⁶⁹ לטענתם, יעילות החקירה מצדיקה מתן פרק זמן למשטרה לחקור את העצור ללא הפרעות וללא מתן הזדמנות להיוועץ בעורך דין.⁷⁰ נוכחות של סגור תהרוס את אוירת הכפייה החיונית לשם שיתוף פעולה של החשוד עם המשטרה.⁷¹ על פי דעה זו, ההודאה היא כלי חשוב, אולי אף החשוב ביותר, לחקר האמת ולאכיפת החוק. מבחינה היסטורית, הודאה באשמה אף נתפסה כמלכת הראיות.⁷² ההלם והלחץ הראשוני מביאים את החשוד למסור גרסה לא מעובדת ואמיתית.⁷³ החשש הוא שנוכחות של סגור בחקירה תביא להודאות מעטות בלבד.⁷⁴ אין מקום לעודד חשוד שלא להודות באמצעות מתן הזדמנות למפגש עם סגור, וכתוצאה מכך, לפגוע ביכולתן של רשויות אכיפת החוק לבצע

67 ראיך ג'רג'ורה "זכויות היתר של משטרת ישראל בעניני מעצר חשודים ומפגש עם סגור" הפרקליט לו 92, 94 (1984).

68 Bruce Ackerman, *The Emergency Constitution*, 113 YALE L.J. 1029, 1073 (2004).

69 JOSEPH D. GRANO, CONFESSIONS, TRUTH AND THE LAW 158-159 (1993); HAROLD J. ROTHWAX, GUILTY: THE COLLAPSE OF CRIMINAL JUSTICE 102 (1996).

70 ראו, למשל, י' נחמיאס "הפרקליט והמשטרה בחקירה ובמשפט" הפרקליט טו 234, 236 (1959).

71 W. Lidstone, T.L. Early, *Questioning Freedom: Detention for Questioning in France, Scotland and England*, 31 INT'L & COMP. L.Q. 488, 510 (1982).

72 Stephen C. Thaman, *Miranda in Comparative Law*, 45 SAINT LOUIS U.L.J. 581 (2001).

לביקורת על תפיסת ההודאה כ"מלכת הראיות" ראו: בועז סג'ור "ההודאה כבסיס להרשעה – האמנם 'מלכת הראיות' או שמא קיסרית הרשעות השווא" עלי משפט ד 245 (2005); Boaz Sangero, *Miranda Is Not Enough: A New Justification for Demanding "Strong Corroboration" to a Confession*, 28 CARDOZO L. REV. 2791 (2007); Boaz Sangero, Mordechai Halpert, *Proposal to Reverse the View of a Confession: From Key Evidence Corroboration to Corroboration for Key Evidence* (UNIVERSITY OF MICHIGAN Requiring JOURNAL OF LAW REFORM, forthcoming).

73 מובא אצל גיל דחוח ומנחם, לעיל הערה 21, בעמ' 5.

74 Laurie Magid, *The Miranda Debate: Questions Past, Present, and Future A Review of the Miranda Debate: Law, Justice, and Policing*, Edited by Richard A. Leo and George C. Thomas III, 36 HOUS. L. REV. 1251, 1306-1307 (1999).

המעצר: שלילת החירות טרם הכרעת הדין

את מלאכתן, להגיע לחקר האמת, לאכוף את החוק ולהגן על הציבור.⁷⁵ יש הסבורים אף כי לגיטימי לעצור חשוד כדי להניע אותו לשתף פעולה עם המשטרה, ולנצל בכך את אלמנט הלחץ והמתח הכרוך בשלילת החירות.⁷⁶ לפי הילך מחשבה שחיוני דווקא לשמור על הלחץ האינהרנטי שיוצר המעצר, אין מקום להעניק ערובות פרוצדוראליות שיפיגו לחלוטין לחץ זה, אלא רק ערובות שיפיגו חשש לחץ בוטה, כגון באמצעות אלימות פיזית. בניגוד לתפקידו של הסנגור במשפט עצמו, ישנה טענה שלפיה סנגור בשלב שלפני הגשת כתב האישום תורם דווקא להעלמת האמת ולא לגילוייה.⁷⁷ החשוד בתחנת המשטרה אינו צריך להתמודד עם סוגיות משפטיות ועם כללי פרוצדורה אלא עם שאלות עובדתיות הנוגעות למעורבותו בעבירה.⁷⁸ סנגור מייצג לחשוד באופן רגיל לשמור על זכות השתיקה,⁷⁹ ובכך הוא מונע גם מסירת הודאות רצונית. נטען כי במניעת הודאות רצונית סנגור אינו מגן על שום אינטרס חברתי, אלא רק גורם לכך שהוכחת אשמתו של החשוד תהיה קשה יותר.⁸⁰ כך, למשל, במקרהו של Escobedo, תפקידו של הסנגור היה לשנות את דעתו על ידי שכנועו של חשוד, שהביע נכונות להודות, שהודאה תהיה, ככלות הכול, מעשה מוטעה.⁸¹ סנגור יאפשר אמנם לחשוד המכה על חטא מחשבה שנייה, אשר תאפשר לו להבין את תוצאות התוודותו ולהימלך בדעתו, אולם לנוכח החובה לציית לחוק, מחשבה שנייה כזו אינה מקדמת שום ערך חברתי.⁸² במונחים של גילוי האמת צריך לשמוח שהודאתו של Escobedo תרמה להרשתו, ושסיכוייו לזיכוי מוטעה לא גברו.⁸³ אם אנחנו רוצים שחשודים אשמים יתוודו, שוויון בין החשוד לבין החוקר חותר תחת מטרה זאת.⁸⁴ אין צורך בשוויון כוחות בין החשוד לבין חוקריו, מטרת החקירה היא איסוף ראיות,

.Gerald M. Caplan, *Questioning Miranda*, 38 VAND. L. REV. 1417, 1441 (1985) 75

.Mohammed-Holgate v. Duke, (1984) Q.B. 209, 216 76

.GRANO, לעיל הערה 69, בעמ' 158. 77

Henry J. Friendly, *The Bill of Rights as a Code of Criminal Procedure*, 53 CAL. L. REV. 78

(1965), 929, 946, GRANO; לעיל הערה 69, בעמ' 158, ROTHWAX; לעיל הערה 69, בעמ' 102.

Gordon Van Kessel, *Quieting the Guilty and Acquitting the Innocent: A Close Look at a New Twist on the Right to Silence*, 35 IND. L. REV. 925, 979

(2001/2002).

Arnold N. Enker, Sheldon H. Elsen, *Counsel for the Suspect: Massiah v. United States and Escobedo v. Illinois*, 49 MINN. L. REV. 47, 66

(1964).

.Louis Michael Seidman, *Brown and Miranda*, 80 CAL. L. REV. 673, 735 (1992) 81

.Caplan, לעיל הערה 75, בעמ' 1464. 82

.GRANO, לעיל הערה 69, בעמ' 31. 83

.Caplan; 34, בעמ' 1458-1457, בעמ' 75, לעיל הערה 75, בעמ' 1458-1457. 84

פרק שישה-עשר: זכותו של חשוד המצוי במעצר להיוועצות בסנגור

והחשוד צריך להידרש לספר את האמת.⁸⁵ שוויון כמטרה עצמאית מביע אדישות לתוצאה, בעוד שהחברה מעוניינת בגילוי האמת.⁸⁶ הזכות לסנגור אינה צריכה להיות מיועדת לעזור לחשוד להתגונן מפני האפשרות שהחקירה תצליח.⁸⁷ עניין אחד הוא שהסנגור יבחן את חוזק הראיות במשפט (ולעניין זה זיכוי אשם אינו מוטעה אם התביעה לא עמדה בנטל ההוכחה), ועניין שונה לחלוטין הוא לאפשר לסנגור למנוע מהתובע מלכתחילה להשיג ראיות אמינות.⁸⁸ בנוסף, ישנן שיטות חקירה רבות שאינן שנויות במחלוקת, כמו השוואת טביעת אצבע או האזנת סתר, ששימוש בהן יכול להביא לכך שהמשפט יהיה רק "ערעור על החקירה", ושהסנגור המוצלח ביותר לא יוכל להשיג זיכוי, ולפיכך טיעון ההזדמנות ההוגנת לזיכוי אינו יכול להיות טיעון עצמאי.⁸⁹

כיוון שסנגור מיעץ לעצור פעמים רבות לשמור על שתיקה והוא מסייע לעצור בעצם נוכחותו להתמודד עם הלחץ המופעל עליו, אין תימה כי סנגור נתפס בעיני חוקרי המשטרה לעתים קרובות כגורם מפריע, המחבל במאמצים להעמיד לדין את העבריין ולהרשיעו.⁹⁰ סנגור בוודאי לא ייעץ לחשוד להודות באשמה, שכן אין כל יתרון שסנגור יכול להפיק מהודאה מוקדמת באשמה, שלא יוכל להשיג במשא ומתן מאוחר יותר עם התביעה.⁹¹ בפרשת *Moran v. Burbine*⁹² בית המשפט העליון האמריקני הכיר בכך שנוכחותו של עורך דין במהלך החקירה יכולה להשפיע על תוצאת המשפט לטובת הנאשם. עם זאת, בית המשפט קבע כי העובדה שסנגור יכול להביא תועלת לחשוד אינה מקנה כשלעצמה לחשוד זכות לסנגור.⁹³

ישנם הסבורים כי הסרטת החקירה בוידאו צריכה להוות תחליף לזכות ההיוועצות בסנגור. הסרטת החקירה בוידאו יכולה ללמד כי הודאתו של העצור לא נמסרה בכפייה, ובניגוד לזכות לסנגור, אין בה כדי לחבל בחקירה.⁹⁴ ואכן, תיעוד החקירה בוידאו מסיר את

- 85 שטרוזמן, לעיל הערה 62, בעמ' 222 (אם כי הלה מדגיש את חשיבותו של הסניגור להבטחת יחס הולם כלפי החשוד).
- 86 GRANO, לעיל הערה 69, בעמ' 34.
- 87 שם, בעמ' 158; ROTHWAX, לעיל הערה 69, בעמ' 102.
- 88 GRANO, לעיל הערה 69, בעמ' 158.
- 89 שם, בעמ' 31.
- 90 ליבאי, לעיל הערה 14, בעמ' 182, 187.
- 91 Enker & Elsen, לעיל הערה 80, בעמ' 68.
- 92 לעיל הערה 1, בעמ' 422 (המשטרה אינה חייבת להודיע לחשוד, שוויתר על זכותו לסנגור, על כך שמשפחתו שכרה עבורו סנגור, ושהסנגור מעוניין ליצור עמו קשר).
- 93 שם, בעמ' 431-432.
- 94 Paul G. Cassell, *Miranda's Social Costs: An Empirical Reassessment*, 90 Nw. U. L. Rev. 387, 486-498 (1996). ועדת גולדברג הציעה לאפשר נוכחות של סנגור כשהחקירה אינה מתועדת בוידאו: דוח ועדת גולדברג "הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר" 27 (1994).

המעצר: שלילת החירות טרם הכרעת הדין

הסודיות האופפת את חקירת המשטרה, מגן על החשוד מפני אלימות ומאפשר לחשוד להוכיח את טענותיו בדבר הלחץ שהופעל עליו במקרה המתאים.⁹⁵ עם זאת, ניתן להפעיל על הנחקר לחץ בדמות איומים או פיתויים גם מחוץ לחדר החקירות, כמו גם בתוכו בחלקים מהחקירה שאינם מצולמים ומוקלטים.⁹⁶ בנוסף, הווידאו אינו יכול לסלק את אוירת הכפייה הנוצרת מעצם הסיטואציה של חקירה בתנאי מעצר, ולפיכך אינו יכול להבטיח את רצוניות ההודאה ולהוות תחליף לנוכחותו של סנגור.

הובעה דעה כי ניתן להסתפק בהטלת חובה על המשטרה להודיע לעצור על זכויותיו. אולם ישנם מחקרים המראים כי החוקרים מפעילים לחץ פסיכולוגי על העצור לוותר על זכות השתיקה ועל זכות הייצוג.⁹⁷ חוקרים משכנעים את העצור כי מוטב שיספר את האמת או שימסור גרסה כלשהי, וכי שתיקה אינה יכולה להועיל לו. קשה ביותר לסמוך על חוקרי המשטרה כי ישיבו תשובות אובייקטיביות לשאלותיו של העצור על זכויותיו. קיים ניגוד אינטרסים אינהרנטי בין הרצון לקידום החקירה באמצעות חילוץ הודאה מפלילה לבין החובה להסביר לעצור את זכותו שלא לשתף פעולה בקידום החקירה.⁹⁸ לא ניתן לצפות מהשוטרים לייעץ לחשוד לדבר ולייעץ לו שלא למסור גרסה בעת ובעונה אחת.⁹⁹ גם העצור לא ירגיש כי ביכולתו לשאול את שוללי חירותו בחופשיות את אותן שאלות שיוכל לשאול עורך דין, כאשר הינו חושש שמא שאלותיו יעמדו לו לרועץ ויביאו להפללתו.¹⁰⁰ הסרטת החקירה בווידאו אינה יכולה גם היא להתגבר על חשש זה, ולכן הרציונל של פסק דין *Miranda* אינו יכול להביא להסתפקות בהסדר זה כאמצעי להבטיח את רצוניות אמרתו של חשוד. ביין מציע לאפשר נוכחות של אדם ניטרלי בחקירה כפשרה בין האינטרסים המנוגדים.¹⁰¹ אלא שגם אפשרות זו קשה ליישום. אם אותו אדם ניטרלי לא יהיה משפטן, ספק אם ניתן לסמוך עליו כי יידע כהלכה את העצור על זכויותיו.¹⁰² לנוכח זאת, נראה כי

- Deborah Young, *Unnecessary Evil: Police Lying in Interrogations*, 28 CONN. L. REV. 425, 477 (1996); Paul G. Cassell, *The Costs of the Miranda Mandate: A Lesson in the Dangers of Inflexible, "Prophylactic" Supreme Court Inventions*, 28 ARIZ. ST. L.J. 299, 311 (1996); Welsh S. White, *False Confessions and the Constitution: Safeguards Against Untrustworthy Confessions*, 32 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 105, 153-154 (1997)
- שטרומן, לעיל הערה 62, בעמ' 220. 96
- וראו לעניין זה: Richard A. Leo, *The Impact of Miranda Revisited*, 86 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 621, 658-665 (1996); Weisselberg, לעיל הערה 57, בעמ' 155. 97
- ראו גם תירוש, לעיל הערה 49, בעמ' 95. 98
- Caplan, לעיל הערה 75, בעמ' 1461. 99
- תירוש, לעיל הערה 49, בעמ' 95. 100
- ביין, לעיל הערה 32, בעמ' 114-116. 101
- Fare, Acting Chief Probation Officer v. Michael C., 442 U.S. 707, 719 (1979) 102
- בית המשפט העליון האמריקני שלפיה זכותו של חשוד מפני הפללה עצמית נפגעה כאשר

סנגור אכן נחוץ כדי לצמצם את הסכנה של הכפפת כוח רצונו של העצור לכוח רצונם של חוקריו.

5. השהיית המפגש בין חשוד הנתון במעצר לבין סנגור

עמדתי להלן על תפקידו החשוב של הסנגור במתן ייעוץ לעצור ובהגנה עליו מפני שבירת כוח רצונו, כמו גם על טעמי ההתנגדות לנוכחותו של סנגור בשלב החקירה. חוק המעצרים, לצד הכרתו בזכותו של העצור להיוועץ בסנגור, מאפשר להשהות את המפגש ביניהם. הסמכות לעכב את המפגש כוללת בחובה את הסמכות לאסור על כל סוג של מגע בין הסנגור לבין העצור, כגון באמצעות העברת מכתב.¹⁰³ בית המשפט העליון קבע בעבר כי המשטרה רשאית לעכב מפגש בין עצור לבין סנגורו בשלב החקירה "רק במקרה יוצא מהכלל ואך כאשר יש בידה סיבה מוצדקת".¹⁰⁴ חוק המעצרים קובע כיום באופן כללי מהי אותה "סיבה מוצדקת". כאשר עצור נמצא בעיצומם של הליכי חקירה או של פעולות אחרות הקשורות בחקירה והמחייבות את נוכחותו של החשוד להשלמתן (כדוגמת שחזור) באופן שהפסקת החקירה או דחייתה בשל המפגש יכולה לסכן את החקירה באופן ממשי, קצין בדרגת רב פקד ומעלה הממונה על החקירה רשאי להורות בכתב על דחיית המפגש לכמה שעות.¹⁰⁵ סמכות זו יוצרת חשש כי יועדפו שיקולים של נוחות החקירה על פני שמירה על זכויות העצור.¹⁰⁶ כמו כן, ניתן להשהות את המפגש עד 24 שעות משעת המעצר אם "סבר הקצין הממונה כי פגישת העצור עם עורך הדין עלולה לסכל או לשבש מעצרו של חשודים נוספים באותו ענין, למנוע גילוי ראיה או תפישת דבר שהושג בקשר לאותה עבירה"¹⁰⁷ וכן לתקופה של 48 שעות אם הקצין הממונה "שוכנע שהדבר דרוש לשם שמירה על חיי אדם או לצורך סיכול פשע, או שהדבר כרוך בעבירת בטחון והתקיימה עילה" לעיכוב הפגישה, המפורטת בחוק לגבי עצורים החשודים בעבירות ביטחון.¹⁰⁸ החלטה על דחיית המפגש בין חשוד עצור שלא בעבירות ביטחון לבין סנגור לפרק זמן של למעלה משעות ספורות היא

הותר לו להתייעץ עם קצין מבחן ולא עם סנגור, שכן קצין מבחן אינו יכול ליעץ לעצור בדבר זכויותיו בדומה לעורך דין).

103 פרשת אבו מיאלה, לעיל הערה 44, בעמ' 244-245.

104 לעיל הערה 19, בעמ' 1570.

105 סעיף 34(ד) לחוק המעצרים. ראו גם פרשת מועדי, לעיל הערה 51, בעמ' 232.

106 דחוח ומנחם, לעיל הערה 21, בעמ' 6. סמכות זו מופעלת לעתים מזומנות, כאשר לא תמיד

מקוימת החובה לתעד בכתב את עצם עיכוב המפגש ואת סיבותיו: שם, בעמ' 8

107 סעיף 34(ה) לחוק המעצרים.

108 סעיף 34(ו) לחוק המעצרים. על פי הסיפה של הסעיף, אין בדחיית המפגש "כדי לגרוע מזכותו של עצור, שביקש זאת, שתינתן לו הזדמנות סבירה להיפגש עם עורך דין לפני שיובא לבית המשפט בעניין מעצרו."

המעצר: שלילת החירות טרם הכרעת הדין

נדירה באופן יחסי. לגבי עצורים בעבירות ביטחון, כהגדרתם בסעיף 35(ב) לחוק המעצרים, הסמכות להשהות את המפגש מופעלת באופן כמעט אוטומטי.¹⁰⁹ קיימת סמכות להשהות את הפגישה בעניינם של עצורים אלה עד 21 ימים אם "הפגישה עלולה לשבש מעצרו של חשודים אחרים" או "הפגישה עלולה להפריע לגילוי ראיה או תפישתה, או לשבש את החקירה בכל דרך אחרת" או "מניעת הפגישה דרושה כדי לסכל עבירה או כדי לשמור על חיי אדם".¹¹⁰ קצין ממונה יכול להשהות את המפגש בעשרה ימים,¹¹¹ נשיא בית משפט מחוזי יכול להשהותו בעשרים ואחד ימים.¹¹² ישנה חובה להודיע לעצור באופן מיידי על ההחלטה לעכב את המפגש בינו לבין סנגורו. חובה זו נובעת מזכותו של אדם לדעת על כל שינוי שחל בזכויותיו ומהצורך לאפשר לעצור לפעול למימושה של הזכות הנפגעת.¹¹³ כמו כן, יש לפרט את העילה או הטעם לעיכוב המפגש (היינו, ביטחון הציבור או טובת החקירה).¹¹⁴ יש לבחון גם את משך הזמן הנחוץ להשעיית המפגש, ולא להשהותו באופן אוטומטי למשך פרק הזמן המרבי הקבוע בחוק.¹¹⁵ עצור רשאי לערוך בפני נשיא בית המשפט המחוזי ובהיעדרו, בפני סגנו, על ההחלטה לעכב את המפגש עם סנגורו.¹¹⁶ העצור יכול להגיש ערר נוסף בזכות לבית המשפט העליון, שידון בערר בשופט אחד. אם החליט בית המשפט המחוזי על ביטולו של צו עיכוב המפגש, הוא רשאי להשהות החלטה זו ל-48

- 109 ג'רג'ורה, לעיל הערה 67, בעמ' 95.
110 סעיף 35(א) לחוק המעצרים.
111 סעיף 35(ג) לחוק המעצרים.
112 סעיף 35(ד) לחוק המעצרים.
113 פרשת סופיאן, לעיל הערה 17, בעמ' 852-853; פרשת טארק, לעיל הערה 17, בעמ' 583; השופט רובינשטיין אמר בהקשר זה את הדברים הבאים בבש"פ 10879/05 אלעבד נ' מדינת ישראל, סעיף ה(3) (פורסם בנבו, 18.12.2005): "אוסף, כי באשר למפגש עם עורך דין, לדעתי – והדברים נאמרים לאו דווקא בהקשר לתיק זה בלבד – כשם שדחייתה של פגישת עצור עם עורך דין לפי סעיף 35(ג) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) תשנ"ו-1996 (להלן חוק המעצרים) בעקבות מניעה בטחונית מחייבת הודעה לעצור, כך משהוסרה המניעה יש לומר באופן יזום לעצור כי המניעה סרה וכי עתה בידו להיפגש עם עורך דין. המדובר במימוש זכות שהיא זכות יסודית (ראו סעיף 34(א) לחוק המעצרים, אך אין הדברים מתמצים שם), ועל הנוגעים בדבר להבטיח בהוראות מתאימות כי דבר זה יקום תדיר; זו הרוח הנכונה העולה מסעיף 35 לחוק המעצרים, קרי, כי דחיית פגישה עם עורך דין קצובה בזמן, ומשחלפה המניעה יש להודיע על כך לנוגע בדבר". תקנה 3 לתקנות סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) (דחיית פגישת עצור בעבירות בטחון עם עורך דין), תשנ"ז-1997 קובעת: "הודעה על החלטה בדבר דחיית הפגישה כאמור בתקנה 2 תימסר לעצור בהקדם האפשרי;...".
114 בג"ץ 128/84 חזן נ' מאיר, פ"ד לח(2) 24, 27 (1984).
115 שם, בעמ' 27; פרשת סופיאן, לעיל הערה 17, בעמ' 855-856; בש"פ 1144/06 זיאד נ' מדינת ישראל, סעיף ו (פורסם בנבו, 9.2.2006).
116 סעיף 35(ז) לחוק המעצרים.

פרק שישה-עשר: זכותו של חשוד המצוי במעצר להיוועצות בסגור

שעות, אם ביקש זאת נציג התביעה והודיע על רצונו לערער עליה.¹¹⁷ הדיון בערר יתקיים באופן שיימנע מפגש בין העצור לבין סגורו, אלא אם כן החליט בית המשפט כי אין בקיום הדיון בנוכחות העצור וסגורו גם יחד כדי לסכל את המטרה של דחיית המפגש.¹¹⁸ כמו כן, ניתן להסתמך בדיון בערר על חומר החסוי במלואו מאת העורר.¹¹⁹ הכלל הוא כי דיון בערר מתקיים בהיעדרו של החשוד,¹²⁰ כך, שמטבע הדברים, ההליך אינו אדברסרי, וסיכוייו של החשוד להצליח בערר אינם גבוהים. עם סיום החקירה יש לאפשר מפגש בין העצור לבין סגורו.¹²¹ לדברי השופט רובינשטיין, בתום התקופה של עיכוב המפגש יש לאפשר לחשוד, לאחר שהתייעץ עם בא כוחו, לקיים דיון מחודש בעניין מעצרו באמצעות הגשת בקשה לעיון חוזר.¹²²

באנגליה ניתן לדחות מפגש בין עצור לבין סגורו לפרק זמן מרבי של 36 שעות, או לפרק זמן של 48 שעות לגבי חשודים בעבירות טרור, מרגע הגעת העצור לתחנת המשטרה.¹²³ ניתן להשהות את המפגש אם לקצין המשטרה יש סיבות טובות להניח שיהיה בו כדי לגרום להפרעה לאיסוף העדויות בעבירה חמורה, לפגיעה באנשים אחרים, לאזהרת חשודים אחרים שטרם נתפסו או למניעת החזרה של רכוש שהושג כתוצאה מעבירה.¹²⁴ אם החשש להעברת מסרים באמצעות הסגור ממשיך להתקיים גם בתום תקופה זו, ניתן להורות כי המפגש בין העצור לבין סגורו יתקיים בנוכחות שוטר.¹²⁵ השהיית המפגש של חשודים בעבירות טרור עם סגורו היא עניין מקובל.¹²⁶

השופט רובינשטיין עמד על כך ש"ניסיונו מלמדנו כי חלק מן האמצעים שנתן המחוקק בידי הרשויות החוקרות בנושאי ביטחון, כגון מניעת פגישה עם עורכי דין... ככל שיהיו מכבידים מבחינת מערך הזכויות, יש ביסודם נימוקים טובים על פי צרכי חקירה לגיטימיים".¹²⁷ להלן נבחן אלו נימוקים עשויים להצדיק עיכוב מפגש בין עצור לבין סגורו.

- 117 סעיף 35(י) לחוק המעצרים.
118 סעיף 36(ז) לחוק המעצרים.
119 פרשת טארק, לעיל הערה 17, בעמ' 583.
120 כהוראת סעיף 35(ו) לחוק המעצרים.
121 פרשת סופיאן, לעיל הערה 17, בעמ' 855.
122 פרשת זיאד, לעיל הערה 115, סעיף ה.
123 Police and Criminal Evidence Act 1984, & 58(5); Code of Practice, Annex B(A)(a)(3), (6)(7).
124 Regina v. Dodd, 74 Crim. App. 50, 55 (C.A. : PACE, § 58(8) ראו גם פסיקה קודמת לחוק: .1981).
125 Brennan v. United Kingdom, 34 E.H.R.R. 507, 518 (2002).
126 Stephen J. Schulhofer, *Checks and Balances in Wartime: American, British and Israel Experiences*, 102 MICH. L. REV. 1906, 1942 (2004).
127 בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, סעיף ג' (פורסם כנבו, 11.2.2010).

המעצר: שלילת החירות טרם הכרעת הדין

בעתירה שהוגשה כנגד צו איסור מפגש גורף של עצורים בשטחים, שנעצרו במסגרת מבצע "חומת מגן", עם סנגור במשך תקופת המעצר קבע בית המשפט בדחותו עתירה שהוגשה על ידי ארבעה ארגונים של זכויות אדם: "לדעתנו, לא יעלה על הדעת שבמהלך פעולות לחימה ובסמוך להן יאפשר המשיב פגישה של אנשים שקיים לגביהם חשש שהם מסכנים או עלולים לסכן את ביטחון האזור, את ביטחון כוחות צה"ל או את ביטחון הציבור עם עורכי-דין, כל עוד לא בשלו התנאים המאפשרים שקילת נסיבותיו האינדיווידואליות של כל עצור ועצור".¹²⁸ החשד נגד אדם לביצועה של עבירה פלילית או לכוונה לבצע עבירה פלילית בעתיד הקרוב יכול להתחזק או להיחלש בהתאם להתפתחות החקירה. אולם כיצד יש בעובדה כי נסיבותיו האינדיווידואליות של החשוד טרם התבהרו דיין כדי להשליך על קיום המפגש בינו לבין סנגורו? כיצד מפגש בין עצור לבין סנגורו יכול לגרום לסיכול החקירה?

מפגש בין סנגור לבין עצור יכול לפגוע ברציפות החקירה וביכולת לחלץ מידע מהעצור. דחיפות החקירה אינה מאפשרת, לעתים, את השתייתו כאשר מדובר בעבירה המתבצעת כעת או העלולה להתבצע בקרוב, באופן שקיים חשש להעלמת ראיות, להעלמות שותפים או לביצועה של עבירה.¹²⁹ אולם מקרים אפשריים כאלה אינם מצריכים לעכב את החקירה יותר מאשר שעות ספורות, ובוודאי לא שלושה שבועות. משלב מסוים חקירה רצופה מביאה להתשת הנחקר וליצירת לחץ נפשי ופיזי כבד עליו.

חשש נוסף העומד ביסוד איסור המפגש הינו החשש להעברת מידע באמצעות הסנגור מן החשוד או אליו, המתייחס, למשל, לגורלם של שותפים לעבירה ולהתנהגותם וגרסתם בעת החקירה.¹³⁰ חשש זה מבטא גישה חשדנית כלפי הסנגור.¹³¹ יתרה מכך, העברת מידע על ידי סנגור יכולה להוות עבירה פלילית מצדו.¹³² יש להניח כי התנהגות כזו מצד סנגור היא נדירה למדי.¹³³ אם אכן זהו החשש העומד ביסוד עיכוב המפגש, הוא מחייב התייחסות לעורך הדין המסוים שנבחר על ידי העצור ולא לכלל עורכי הדין, באופן שעיכוב המפגש

128 בג"ץ 2901/02 המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(3) 19, 21 (2002).

129 תירוש, לעיל הערה 49, בעמ' 96; ביין, לעיל הערה 32, בעמ' 112.

130 ביין, לעיל הערה 32, בעמ' 112-113; תירוש, לעיל הערה 49, בעמ' 96; שטרזמן, לעיל הערה 62, בעמ' 222. לחשש זה בתורכיה ראו: Report of the Joseph R. Crowley Program, *Special*: Report: Justice on Trial: State Security Courts, Police Impunity, and the Intimidation of Human Rights Defenders in Turkey, 27 FORDHAM INT'L L.J. 2129, 2154 (1999).

131 ביין, לעיל הערה 32, בעמ' 129 (המציין כי במרבית המקרים גם קרוב, שיודע על דבר מעצרו של החשוד, יוכל להזהיר את שותפיו).

132 R. v. Samuel, (1988) 2 All E.R. 135, 143 (C.A. Crim. Div.)

133 שם, בעמ' 143-144.

יחול על הסנגור החשוד בלבד.¹³⁴ לעניין זה יפים דבריו של השופט אברהם בבית המשפט המחוזי בנצרת אשר נאמרו כנגד הוראת שירות בתי הסוהר לקיים מפגש בין עצור בעבירות ביטחון לבין סנגורו כאשר מחיצה מפרידה ביניהם: "בשולי הדברים אציין, כי לעולם יהיו עורכי דין שיסרחו, שימעלו בתפקידם, יעבירו מידע לעציר, יתאמו ראיות, גרסאות ועוד כיו"ב, כפי שיהיו מי שיעבירו חפצים אסורים לעציר. אלא שהטיפול בעשבים שוטים אלו איננו צריך לבוא בדמות של הוראה גורפת, שתחול על כלל המפגשים בין עורכי דין לעצירים ביטחוניים, תוך פגיעה קשה בזכות ההיוועצות, כי אם בדרכים אחרות, משמעותיות או פליליות. המאבק באותם עורכי דין המועלים באמון הניתן בהם אינו יכול לבוא על חשבון זכותו של עציר, שטרם הוכרע דינו, להיוועץ עם עורך הדין, ומכאן על חשבון זכותו לקיומו של הליך פלילי הוגן".¹³⁵

אולם ברי כי לא בכל המקרים חשש ממעשיו של הסנגור המסוים הוא שעומד ביסוד עיכוב המפגש בין העצור לבין הסנגור. כך, בפסק דין סופיאן אמר בית המשפט את הדברים הבאים: "בשולי הדברים נעיר, כי מר יקיר, בא-כוחו המלומד של העותר, ביקש, כי את הדיון שקיימנו ביום... בעניינו של העותר נקיים בנוכחות העותר. לא ראינו לנכון להיענות לבקשה זו. קיום הדיון בנוכחות העותר בנסיבות המקרה המיוחדות שלפנינו היה שם לאל את איסור המפגש בין העותר לעורך-דין".¹³⁶ איש לא יעלה, כמוכן, על דעתו כי עורך דין יקיר היה פועל לשיבוש החקירה.¹³⁷ לא חשד ספציפי כלפי הסנגור הוא שעמד אפוא ביסוד איסור המפגש.

אולם גם במקרים שבהם אין כל חשד כלפי סנגור ספציפי, יכול להתעורר חשש כי הסנגור ישמש כלי תמים להעברת מידע. עצור יכול לקבוע עם שותפיו או עם עושי דברו עוד לפני תחילת מעצרו קודים למתן הוראות, אשר יימסרו באמצעות חילופי דברים תמימים עם הסנגור. החשש להעברת מסרים אשר יסייעו, למשל, לאי-לכידתם של שותפים אחרים, הוכר על ידי בית הדין האירופי לזכויות אדם כטעם לגיטימי לעיכוב מפגש או לקיום המפגש

134 שם, בעמ' 144; דחוח ומנחם, לעיל הערה 21, בעמ' 6. ראו והשוו: סעיף 45 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], תשל"ב-1971. על פי ס"ק (ב), "היה לנציב או למנהל בית סוהר חשד ממשי כי פגישת אסיר עם עורך דין מסוים תאפשר ביצוע עבירה המסכנת את ביטחוננו של אדם, את ביטחון הציבור, את ביטחון המדינה או את ביטחון בית הסוהר, או עבירת בית סוהר הפוגעת פגיעה ממשית במשמעת בבית הסוהר העלולה להביא לשיבוש חמור בסדרי בית הסוהר וניהולו, רשאי הוא להורות על מניעת הפגישה לתקופה כאמור בסעיף קטן (ג)...".

135 פרשת מחול, לעיל הערה 35, סעיף 19.

136 לעיל הערה 17, בעמ' 856.

137 מדובר ביועץ המשפטי של האגודה לזכויות האזרח. והשוו לפרשת Samuel, לעיל הערה 132, בעמ' 145, שם עמד בית המשפט על כך שהמשטרה עיכבה מפגש בין עצור לבין סנגורו שלא כדין, ביודעה כי מדובר בעורך דין בעל מוניטין וניסיון רב, שלא סביר היה להניח כי יולך שולל על ידי בחור בן 24.

המעצר: שלילת החירות טרם הכרעת הדין

בנוכחות שוטר.¹³⁸ בית הדין האירופי לזכויות אדם עמד על כך שקיימת זכות הנובעת מעקרון ההליך ההוגן לקיום המפגש בין העצור לבין סנגורו ביחידות ומחוץ לטווח השמיעה של אדם שלישי.¹³⁹ אם עורך הדין אינו יכול לשמוע מלקוחו פרטים הנחוצים להגנתו, עזרתו תאבד חלק גדול מתועלתה.¹⁴⁰ עם זאת, זכות זאת ניתנת להגבלה, למשל, על ידי התניית הפגישה בין עצור לבין סנגור בנוכחותו של שוטר במהלכה.¹⁴¹ גם אם לא ברור באיזו מידה שוטר יכול לעצור על אתר העברת מסרים המוחלפים באמצעות קודים, יכולה להיות לנוכחות השוטר השפעה הרתעתית אשר תמנע העברה של מידע באופן לא נאות.¹⁴² עם זאת, יש לבדוק האם ההגבלה על קיום מפגש ביחידות פגעה בזכותו של החשוד להתגונן, והאם אכן התקיים חשש שהסנגור יסייע לחשוד בהעברת מסרים.¹⁴³ החשש להעברת מסרים הובע באופן מפורש על ידי השופט זמיר בפסק דין חן.¹⁴⁴ השופט זמיר דן בערר על החלטת נשיא בית המשפט המחוזי בירושלים להתיר מפגש בין העצור לבין סנגורו בתנאים המגבילים הבאים: "א. בא-כוחו יתחייב שלא להעביר מסר כלשהו, ולו תמים, מבחוץ לעצור. ב. העצור יתחייב שלא להעביר מסר כלשהו, ולו תמים, לעורך הדין חוצה. ג. עורך הדין יתחייב שלא לדווח לזולת על אירוע כלשהו, ועל דיבור כלשהו, ועל דרישת שלום כלשהי, ועל מידע אחר כלשהו, בין תמים בין לא תמים, שנמסר לו על ידי העצור, זאת למעט העובדה שהעצור נמצא במעצר, עובדה הידועה ממילא למעונינים. ד. במהלך הפגישה יוכל להיות נוכח איש השב"כ". בבטלו את החלטת בית המשפט המחוזי אמר השופט זמיר: "צדק נשיא בית המשפט המחוזי כאשר קבע בהחלטתו שהזכות של עצור להיפגש עם עורך דין היא זכות חשובה מאד... לפיכך צדק נשיא בית המשפט המחוזי כאשר ביקש בהחלטתו לאזן בין הזכות של עצור להיפגש עם עורך דין לבין הצורך למנוע פגיעה בבטחון המדינה, אם בדרך של שיבוש החקירה, או מניעת המעצר של חשודים אחרים, ואם בדרך אחרת. עם זאת, ועל אף שאיפה לאיזון ראוי בין זכות הפגישה של עצור עם עורך דין לבין הצורך להגן על בטחון המדינה, יש להודות כי יש קושי רב, על פי טבע העניין, להגיע לאיזון כזה. הקושי עלול לנבוע מחומרת הסכנה לבטחון המדינה. לעתים, במקרים מסוג זה, מדובר בסכנה שאדם או ארגון יגרמו אסון גדול, בכוונה או שלא בכוונה. במקרים כאלה טמונה לעתים סכנה גדולה אפילו אם האפשרות שהסכנה תתממש קטנה. אפשר שמסר מתוכנן אך מוסווה, פליטת פה מקרית, ואפילו אמירה תמימה לכאורה, שמקורם בפגישה בין עצור לחשוד בעבירה בטחונית לבין עורך הדין שלו, עלולים להיות

138 פרשת Brennan, לעיל הערה 125, בעמ' 518.

139 שם, בעמ' 525.

140 שם.

141 שם.

142 שם.

143 שם. באותו מקרה נקבע כי חשש כזה לא הוכח: שם, בעמ' 526.

144 בש"פ 306/99 שירות הבטחון הכללי נ' חן (פורסם בנבו, 15.1.1999).

משמעותיים, אולי אפילו קטלניים. אין להתעלם מסכנה זאת כאשר נבדקת השאלה אם לאפשר, לצורך איזון ראוי, פגישה מוגבלת בתנאים אלה או אחרים... במקרה זה, לאחר שבדקתי ושקלתי את החומר החסוי, לרבות חומר שלא הוצג בפני בית המשפט המחוזי, בשל לחץ הזמן, הגעתי למסקנה כי בנסיבות המקרה ראוי לאשר את הצו שהוצא, המונע פגישה בין המשיב לבין עורך דין לתקופה של שלושה ימים, כפי שהוא. עם זאת, החליט השופט זמיר כי עורך הדין יהיה רשאי "להעביר אל העצור מכתב שבו יעדכן אותו כי דבר מעצרו ידוע לו, כי אינו יכול לפגשו בשל צו שהוצא למניעת המפגש, וכי יש לו על פי החוק זכות שתיקה או כל זכות אחרת."

אולם גם הסכנה שעורך הדין ישמש כלי תמים להעברת מידע היא סיטואציה לא שכיחה.¹⁴⁵ לשם כך צריך להניח תחכום רב מצד העצור, ונאיביות וחוסר מחשבה מצד עורך הדין.¹⁴⁶ בעוד שבאחד המקרים פסק בית המשפט באנגליה כי גם אם ניתן לייחס תחכום רב לעצורים מסוימים, אין סיבה להניח נאיביות מצד עורכי הדין המייצגים אותם,¹⁴⁷ נפסק במקרה אחר כי ניסיון החיים מלמד שעורכי דין אכן משמשים כערוץ תקשורת תמים, באופן שמפגש ביניהם לבין עצור עלול להביא לאזהרת שותפים שטרם נתפסו לממש את התכנית שנקבעה מראש לשיבוש הליכים. עם זאת, בנסיבות המקרה הספציפי קבע בית המשפט כי לנוכח העובדה שקרובי החשוד ידעו על מעצרו, לא היה יסוד סביר להניח שמפגש עם סגור יגרום לאזהרת שותפים שטרם נתפסו ולהעלמת הרכוש הגנוב.¹⁴⁸

כך או אחרת, גם את הסכנה להעברת מידע באופן תמים ניתן לנטרל. אחת הדרכים ללמוד על הכוונה האמיתית העומדת ביסוד הפגיעה בזכות היא לבחון האם ננקטו אמצעים שיש בהם כדי להשיג את המטרה בדרך פוגעת פחות. על הסכנה להעברת מידע ניתן להתגבר על ידי הגבלתה של זכות ההיוועצות לסגורים שקיבלו אישור בלתי מסויג לפי סעיף 318 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955 (המתייחס לייצוג חיילים בבית דין צבאי) או לסגורים הנמנים על הצוות הפנימי בסגוריה הציבורית. סעיף 14 לחסד"פ מרחיב את האפשרות להגביל את זכותם של חשודים ונאשמים להיות מיוצגים על ידי סגור על פי בחירתם בקובעו כי "אישור שר הביטחון בכתב כי בטחון המדינה מחייב סייג זה, לא יהיה חשוד או נאשם זכאי להיות מיוצג – אם בהליכי חקירה בעבירה ואם בהליכים לפני שופט או בית משפט – אלא בידי אדם שאושר באישור בלתי מסויג לשמש סגור לפי סעיף 318 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955". כך, באנגליה משרד הפנים הוציא הנחיה שלפיה יש להשהות פגישה בין עצור לבין סגורו רק אם יש יסוד סביר לחשוב שהסגור הספציפי

145 פרשת Samuel, לעיל הערה 132, בעמ' 144.

146 ש.ם.

147 ש.ם.

148 Regina v. Alladice, 87 Crim. App. 380, 384-385 (1988) (זאת, בניגוד לעמדתו של בית

המשפט בפרשת Samuel, לעיל הערה 132).

המעצר: שלילת החירות טרם הכרעת הדין

ישמש אמצעי – בין תמים ובין אם לאו – להעברת מידע, אשר יכולה להביא להתממשות אחת הסכנות המצדיקות את השהיית המפגש. במקרה כזה, המשטרה צריכה לשקול לתת לעצור אפשרות להתייעץ עם סנגור ציבורי (duty solicitor).¹⁴⁹ קשה מאד להניח כי סנגור שקיבל אישור בלתי מסויג לייצוג בעבירות ביטחוניות יפר איסור זה ויעביר – ולו באקראי – מידע מהעצור לאחר, או מאחר לעצור.¹⁵⁰

6. הקשר שבין היועצות בסנגור לבין זכות השתיקה

עמדתי על כך כי ההתנגדות לאפשר לעצור להיוועץ בסנגור במהלך חקירתו מונעת מחשש כי היועצות כזו תגרום לחשודים רבים יותר לבחור בשתיקה. ואכן, מחקר שנערך באנגליה מצא כי 57% מהחשודים שקיבלו עצה משפטית עשו שימוש בזכות השתיקה לעומת 22 אחוזים מהחשודים הלא מיועצים.¹⁵¹

אולם הערכה בדבר אי-נכונות מצד החשוד לשתף פעולה עם המשטרה אם יתאפשר לו להיפגש עם סנגורו אינה נתפסת ואינה צריכה להיתפס כסיכול חקירה.¹⁵² לחשוד נתונה זכות שתיקה, הנתפסת כערובה חיונית להליך הוגן.¹⁵³ לפיכך, אין זה לגיטימי לעכב מפגש בשל החשש כי סנגור יקל על לחץ המעצר או יידע את החשוד על זכות השתיקה הנתונה לו.¹⁵⁴ כך, באנגליה עצם העובדה שחשוד הנתון במעצר טרם מסר הודעה למשטרה,¹⁵⁵ או

- Mark Berger, *Legislating Confession Law in Great Britain: A Statutory Approach to Police Interrogations*, 24 U. MICH. J. L. REFORM 1, 38 (1990) 149
- Ellen C. Yaroshesky, *Secret Evidence and the Courts in the Age of National Security: The Slow Erosion of the Adversary System: Article III Courts, FISA, CIPA and Ethical Dilemmas*, 5 CARDOZO PUB. L. POL'Y & ETHICS J. 203, 231 (2006) 150
- הפיליפי לערעורים באנגליה על כי חשש להעברת מידע באופן תמים מצד עורכי הדין הנמנים על ה־Duty solicitors הוא זניח: פרשת Samuel, לעיל הערה 132, בעמ' 144.
- Roger Leng, *The Right to Silence Debate*, in 25 SUSPICION AND SILENCE: THE RIGHT TO SILENCE IN CRIMINAL INVESTIGATIONS (David Morgan & Geoffrey M. Stephenson, 1994) 151
- ביין, לעיל הערה 32, בעמ' 129.
- Murphy v. Waterfront Commission of New York Harbor, 378 U.S. 52, 55 (1964); 152
- Mitchell J. Frank, Dawn Broschard, *The Silent Criminal Defendant and the Presumption of Innocence: In the Hands of Real Jurors, Is Either of Them Safe?*, 10 LEWIS & CLARK L. REV. 237, 262 (2006) 153
- כך, קבע השופט Fortas בפרשת Wade, לעיל הערה 3, בעמ' 261: בארצות הברית מחייבת זכות השתיקה את כלל המדינות בהיותה חלק מעיקרון ההליך ההוגן המעוגן בתיקון הארבעה עשר: Malloy v. Hogan, 378 U.S. 1 (1964).
- ביין, לעיל הערה 32, בעמ' 113; פרשת Samuel, לעיל הערה 132, בעמ' 144. 154
- Van Kessel, לעיל הערה 24, בעמ' 55; Regina v. Lemsatef, 64 Crim. App. 242, 246 (C.A.) 155
- פרשת Alladic, לעיל הערה 148, בעמ' 384; 1976)

פרק שישה-עשר: זכותו של חשוד המצוי במעצר להיוועצות בסגור

סגור צפוי לייעץ לחשוד שלא להשיב על שאלותיהם של חוקרי המשטרה,¹⁵⁶ אינם מהווים סיבה לעיכוב המפגש. בית המשפט העליון אצלנו פסק כי "החשש פן עשוי עורך-הדין להשפיע על העציר לבל ימסור הודעה למשטרה" אינו מהווה סיבה מוצדקת לעיכוב המפגש.¹⁵⁷ בית המשפט הבהיר – לפחות ברטוריקה – כי לא די שעיכוב המפגש עם סגור הוא "נוח או מועיל או רצוי", אלא שפגיעה בזכותו של עצור להיוועץ עם סגור "נסבלת רק כאשר הדבר חיוני מבחינתם של צורכי הביטחון והכרחי מבחינתה של טובת החקירה. בכל הנוגע לטובת החקירה... הכרחי הוא להראות, כי קיום פגישה בין עצור לבין עורך הדין תסכל את החקירה".¹⁵⁸ נדרשת "זיקה של צורך" בין ההחלטה לעכב מפגש עם סגור לבין טובת החקירה.¹⁵⁹

למרות הרטוריקה שבה נוקט בית המשפט העליון, נראה כי השהיית המפגש בין עצור לבין סגורו באה דווקא "להתגבר" על הקשר ההדוק שבין הזכות לסגור לבין זכות השתיקה, קשר שתואר בהלכת *Miranda*. ראיה לכך ניתן ללמוד מפסק דין שריתח, שבו לא רק שבית המשפט אישר מניעת מפגש של עצור עם סגורו, אלא אף דחה את בקשת הסגור להודיע לעצור על זכות השתיקה הנתונה לו ועל כך שמשפחתו מינתה לו סגור. בפרשה זו החליט בית המשפט כדלהלן: "העותר יודע כי נאסרה ונאסרת פגישה בינו לבין עורכי-דין, אולם עורך-דין רוזנטל... מבקש הוא שיודע לעותר כי מי-שהם מן החוץ העמידו לו עורך-דין לייצגו, הוא עורך-דין רוזנטל. היצגנו שאלה זאת לפני המשיב ונציגיו, ושוכנענו כי יידועו של העותר על-כך – בנוסף ליידועו על כי מנוע הוא לפגישה עם עורך-דין – יהיה בו כדי לפגוע ב'טובת החקירה'. עוד מבקש עורך-דין רוזנטל, שיותר לו למסור לעותר בכתב כי זכאי הוא לשתוק בחקירתו ושלא להפיל את עצמו. גם לעניין זה שמענו את המשיב ונציגיו, וגם לעניין זה שוכנענו כי 'טובת החקירה' ו'בטחון האיזור' תובעים שלא להיענות למבוקשו של עורך דין רוזנטל".¹⁶⁰ יתרה מכך, בניגוד להלכות מפורשות קיימות של בית המשפט, שלפיהן יש להודיע לעצור באופן מיידי על מניעת המפגש בינו לבין סגורו,¹⁶¹ בכמה פסקי דין קבע בית המשפט דברים הפוכים בתכלית. כך, השופט חשין קבע בפרשת **בסאם נתשה**: "בא-כוח העותר ביקש כי יודע לעותר על המניעה כי יפגש עם עורך-דין אך

Home Office, Code of Practice for the Detention, Treatment and Questioning of Persons 156
by Police Officers (1985), annex B, para. 3.
פרשת יאסין, לעיל הערה 19, בעמ' 1570. ראו גם: **עזבון המנוח אלזם**, לעיל הערה 17, סעיף 157
25 לפסק דינו של השופט אדמונד לוי.
פרשת רומחיה, לעיל הערה 17, בעמ' 211-213. הציטוט לקוח מעמ' 213. ראו גם פרשת חזן נ' 158
מאיר, לעיל הערה 114, בעמ' 27.
פרשת **סופיאן**, לעיל הערה 17, בעמ' 854. 159
160 בג"ץ 9314/01 **שריתח נ' שירות הביטחון הכללי** (פורסם בנבו, 27.11.2001).
161 לעיל הערה 113.

המעצר: שלילת החירות טרם הכרעת הדין

נענים אנו לבא-כוח המדינה שלא יודע כך לעותר, ומאותם טעמים שלא הותר לו להיפגש עם בא-כוחו.¹⁶² על עמדתו זו חזר השופט חשין בפרשה אחרת, שבה ביטל את החלטת בית המשפט המחוזי להעביר לעצור מכתב שבו ידווח לו כי מונה על ידי המשפחה לייצגו, כי קיים איסור מפגש, כי נתונה לו זכות שתיקה וכי החוק אוסר על נקיטה באיזמים ובעיניניים, המדינה טענה כי העצור יודע על זכותו לשתיקה והתנגדה להעברת המכתב.¹⁶³ השופט חשין קבע כי "...גם מעשה תמים לכאורה של העברת מכתב כמבוקש – ובלא שאטיל דופי חלילה בעורך-הדין – עלול לפגוע בתכלית מתכליות החוק."¹⁶⁴

יש להדגיש כי זכות השתיקה במובנה הרחב משמעותה היא הזכות שלא לשתף נציג מטעם הרשות החוקרת בגרסת ההגנה. לעניין זה יש להניח כי החשש מאזהרת החשוד על ידי הסנגור מפני נפילה למלכודות, כדוגמת מדובב, עומד במידה רבה ביסוד איסור המפגש בין עצור לבין סנגורו.

בארצות הברית פסק, כאמור, בית המשפט בעניין *Escobedo* כי החוקה ערכה את איזון האינטרסים לטובת זכותו של החשוד להיות מידע על ידי סנגור על זכותו שלא להפליל את עצמו.¹⁶⁵ נאמר שם כי שיטת משפט המכבדת את עצמה אינה צריכה לחשוש שאם החשוד יורשה להיוועץ בסנגור, הוא יהיה מודע לזכויותיו ואף ישתמש בהן.¹⁶⁶ אם שימוש בזכויות חוקתיות יחבל ביעילותה של מערכת אכיפת החוק, סבר בית המשפט העליון האמריקני, כי אזי קיים ליקוי בסיסי ביותר באותה מערכת.¹⁶⁷ דברים דומים השמיע יורם שחר: "נראה כי החשש העיקרי הממריץ את רשויות האכיפה לחקור בטרם פגישה הינו החשש מפני כוחו של סנגור ליידיע את החשוד בכל מגוון זכויותיו החוקיות בחקירה, במיוחד זכות השתיקה. אם אכן זהו החשש, הרי שהוא מבטא בוז עמוק לעיקרון של שלטון – החוק ולכבוד האדם. טיבו של החוק שהוא נעשה בפומבי, והוא מכוון לבני – האדם שיידעו אותו. חוקר המבקש לנצל את בורותו של אדם שאינו יודע את זכויותיו על-פי-חוק, ואינו מאפשר למשפטן ללמדו את זכויותיו דווקא באותו רגע בחייו שהוא נזקק להן... אינו נוהג בו שוויון ואינו נוהג בו כבוד. אפילו מטרתו ראויה, דרכו אינה ראויה..."¹⁶⁸

162 בג"ץ 801/00 נתשה נ' בית המשפט הצבאי בארז (פורסם בנבו, 1.2.2000).

163 פרשת אבו מיאלה, לעיל הערה 44, בעמ' 245.

164 לעיל בעמ' 246.

165 לעיל הערה 1, בעמ' 488.

166 שם, בעמ' 490.

167 שם, בעמ' 490.

168 יורם שחר "סדר הדין הפלילי" ספר השנה של המשפט בישראל 375, 400 (תשנ"ב-תשנ"ג).

7. אבחנה בין חקירה שתכליתה גילוי עברייני לגבי עבירה שאירעה בעבר לבין חקירה שתכליתה מניעת עבירה עתידית

בפסק דין סמירק ערך בית המשפט העליון אבחנה בין חקירת שב"כ שתכליתה חילוץ מידע כדי למנוע התבצעותה של עבירה כנגד ביטחון המדינה בעתיד (שאזי אין חובה להודיע לחשוד על זכות השתיקה, וממילא גם על זכותו להיוועץ בסנגור) לבין חקירה שתכליתה בירור החשד בקשר לעבירה שהתבצעה ואיסוף ראיות לצורך ניהול משפט (שאזי חובת ההודעה קיימת).¹⁶⁹ אבחנה זו יכולה להסביר את פסיקת בית המשפט העליון בפרשת שריתח: אם אין חובה להודיע לנחקר על זכותו לשתיקה (הגם שמותר לו לשתיק, במובן זה ששתיקה בחקירה אינה מהווה עבירה פלילית), אזי אין גם צורך שסנגור יידע את הנחקר על זכות זאת. בארצות הברית מוכר ה-"public safety exception" להלכת *Miranda*¹⁷⁰ על פי הלכת *Quarles*, אשר קבעה חריג זה, כאשר חקירתו המיידית של החשוד נחוצה כדי להגן על הציבור, אין צורך להודיע לו על זכות השתיקה הנתונה לו ועל זכותו לסנגור כל עוד הסכנה עומדת בעינה. במקרהו של *Quarles*, קורבן האונס הודיעה לחוקרי המשטרה כי האנס מצויד ברובה, וכי הוא נמצא בחנות סופרמרקט סמוכה. כאשר אחד השוטרים נכנס לחנות, החשוד רץ וניסה להימלט ממנה. השוטר תפס את החשוד וכאשר ראה כי ידיו ריקות, כבל אותו ושאל אותו היכן נמצא הרובה. החשוד הצביע על קרטון ריק, ואמר שהרובה נמצא בתוכו. בית המשפט העליון האמריקני פסק כי בנסיבות של הימצאות רובה טעון במקום ציבורי יש לערוך איזון אינטרסים בין זכויות העצור לבין הצורך לשמור על שלום הציבור וביטחונו; הצורך בסילוק הרובה גובר, ואין חובה להודיע לעצור על זכויותיו באופן מיידי. בית המשפט העליון האמריקני לא הגדיר את גבולות החריג של ה-"public safety". הוא פסק, עם זאת, כי הצורך לגלות ראיות גרידא בעבירה חמורה אינו נכלל בגדר חריג זה. הגם שבפועל החריג של ביטחון הציבור מיושם לעתים רחוקות למדי,¹⁷¹ יש בו פוטנציאל לניצול לרעה של כוח המשטרה. כך, האם ניתן לומר, למשל, כי עצם העובדה שעברייני מסוכן מסתובב חופשי מאיימת על ביטחון הציבור באופן המקים חריג להלכת *Miranda* ומאפשר את חקירתו ללא מתן הודעה על זכויותיו?¹⁷²

השופט Marshall בדעת המיעוט בפרשת *Quarles* סבר כי אך מובן הוא שאם ישנו חשש להתפוצצות פצצה ניתן לחקור את החשוד בלי להודיע לו על זכויותיו. עם זאת, במקרה שבו מעייניה של הרשות החוקרת נתונים אכן לסיכול עבירה בעתיד, אזי בהיעדר אפשרות לחשוד לממש את זכויותיו החוקיות, לא ניתן יהיה להשתמש בראיות שהושגו לצורך סיכול

169 פרשת סמירק, לעיל הערה 17, בעמ' 545-546.

170 New York v. Quarles, 467 U.S. 649 (1984).

171 וראו לעניין זה: Cassell, לעיל הערה 55, בעמ' 929.

172 Steven Andrew Drizin, *Supreme Court Review: Fifth Amendment-Will the Public Safety Exception Swallow The Miranda Exclusionary Rule?*, 73 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 692, 692-693 692, 713-714 (1984).

המעצר: שלילת החירות טרם הכרעת הדין

עבירה עתידית כראיות מפלילות במשפטו.¹⁷³ הלכה כזו הייתה מונעת פגיעה בזכויותיו של החשוד במסווה של חקירתו לצורך סיכול עבירה, ומאלצת את רשויות אכיפת החוק לבחור באחד משני המסלולים, מניעה או איסוף ראיות, במקום לאכול את העוגה ולהותיר אותה שלמה.¹⁷⁴ דעת הרוב בפרשת *Quarles*, לעומת זאת, קבעה כי לא ניתן להבחין באופן חד בין שני מסלולים אלה, וכל עוד הרשות החוקרת פעלה כהלכה, אין מקום ל"הענשתה" באמצעות פסילת ראיות.¹⁷⁵ אולם יש לזכור כי דווקא לגבי חשודים בעבירות טרור ישנו חשש רב במיוחד לניצול לרעה של כוחה של הרשות החוקרת, הן בשל הצורך למנוע עבירות חמורות הן בשל תחושת זרות ואף שנאה כלפי מי שחשוד בפגיעה או ברצון לפגוע בביטחון המדינה. דווקא בעבירות כאלה פיקוח של סנגור על התנהלות החקירה הינו נחוץ במיוחד.

8. סיכום

קיים קשר הדוק בין זכות השתיקה לבין הזכות להיוועצות בסנגור, תפקידו המרכזי של סנגור הוא להגן על חשוד הנתון במעצר מפני שבירת כוח רצונו. החשיבות המיוחדת לזכות השתיקה משליכה במידה רבה ואף מכרעת על החשיבות המיוחדת לזכות ההיוועצות בסנגור. הזכות לסנגור משתלבת בשיטת משפט המכבדת את זכות השתיקה של חשוד במשטרה. בשיטת משפט שבה קיימת תפיסה שלפיה חשוד צריך לסייע לרשויות אכיפת החוק בחקר האמת, סנגור ייתפס ביתר קלות כמכשול בדרך להשגת המטרה. הגם שהפסיקה הדגישה את חשיבותה של זכות ההיוועצות בסנגור עבור העצור, ניכרת אמביוולנטיות ביחסה של שיטת המשפט הישראלית לזכותו של חשוד המצוי במעצר להיפגש עם סנגור, בעיקר בכל הנוגע לעצורים החשודים בעבירות נגד ביטחון המדינה. חוק המעצרים מאפשר להשהות פגישה בין עצור בעבירות ביטחוניות לבין סנגורו לפרק זמן ארוך ביותר של 21 ימים,¹⁷⁶ לעומת פרק זמן של 48 שעות לגבי עצור בעבירות אחרות. הפסיקה הישראלית טרם השיבה באופן ברור על השאלה מה הם הטעמים המצדיקים עיכוב כזה, ולא הודתה כי מטרתו של העיכוב היא הפעלת לחץ על העצור לשתף פעולה עם חוקריו על ידי בידודו ומניעת הסנגור מיידועו על זכויותיו ועל המצב המשפטי בעניינו. כפי שהראתי, קיים פער בין הרטוריקה שאותה נוקט בית המשפט העליון, שלפיה מטרה כזאת אינה לגיטימית, לבין ניתוח הפסיקה המאשרת איסור גורף על מפגש בין עצור לבין סנגורו. מן הראוי להתאים את הדין הנוהג לרטוריקה היפה שברקע, על מנת לממש בפועל את זכויותיהם של החשודים.

173 לעיל הערה 170, בעמ' 686.

174 Steven D. Clymer, *Are the Police Free to Disregard Miranda*, 112 YALE L.J. 447, 550 (2002).

175 לעיל הערה 170, בעמ' 656-658.

176 וראו: Askoy v. Turkey, 23 E.H.R.R. 553, 590 (1996) (פסיקתו של בית הדין האירופי לזכויות אדם שלפיה גם לנוכח מצב החירות השורר בדרום מזרח תורכיה אין מקום למנוע מחשוד בעבירות טרור להיפגש עם סנגורו במשך ארבעה עשר ימים).