

# זכות השתיקה, חובת האזהרה, זכות ההיוועצות וחובת היידוע - מאימתי קמות לחשוד בפלילים?

אריה פטר<sup>1</sup>

## על עדים, חשודים, "חיסיון מפני הפללה עצמית", "זכות השתיקה" ו"חובת האזהרה"

### רקע היסטורי

בסוף המאה ה-15 הוסמכו בתי המשפט האינקוויזטוריים המיוחדים שהוקמו באנגליה<sup>5</sup> להיזקק לשבועת ה-*ex officio*, שבועה שמכוחה נכפה על יעד להשיב לשאלות השופטים מבלי שידע האם, ובקרה, הוא מואשם, ומה הן הראיות שעליהן מבוסס החשד (ככל שישנו) נגדו.<sup>6</sup> כ-100 שנים לאחר מכן הוסמכו גם בתי הדין הכנסייתיים<sup>7</sup> להשתמש בפרוצדורה זו על-מנת לכפות ציות לתורת הכנסייה האנגלית. סירוב לציית לצו שיפוטי כזה בשתי הערכאות עלול היה להסב עונשים כבדים לסרבן.

במקרים רבים, שבועת ה-*ex officio* נכפתה על חברי הכנסייה הפוריטנית באנגליה על-מנת שיעידו בדבר אמונותיהם הדתיות ואף יחשפו את זהותם של חבריהם המאמינים.<sup>8</sup> משכך, פוריטנים רבים התנגדו בתוקף להליכים אלה וטענו, שכפייה על אדם להעיד נגד עצמו בבית משפט היא לא חוקית, ואף יש בה משום "הנחת המצפון האנושי על לוח מיתחה".<sup>9</sup> הקונפליקט הגיע לשיאו בשנת 1637, בעת ניהול המשפט המפורסם של ג'ון לילבורן (שזכה לאחר מכן לכינוי Freeborn John), אשר הועמד לדין בגין הפצת פרסומי הסתה והמרדה; לילבורן סירב להעיד בשבועה או להשיב לשאלות השופטים בבית המשפט המיוחד,

5 הכוונה היא ל-Court of Star Chamber, בית משפט, ששימש, בין היתר, את המלך צ'ארלס ה-1 כדי לאכוף אג'נדות כנסייתיות ופוליטיות שנויות במחלוקת. ראו: <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/563475/Court-of-Star-Chamber>.

6 ראו: CHARLES T. MCCORMICK, MCCORMICK ON EVIDENCE § 114 (4<sup>th</sup> ed. West Publishing Co. 1992); J. DRESSLER & A. MICHAELS, UNDERSTANDING CRIMINAL PROCEDURE §23.02 (4<sup>th</sup> ed. 2006); *Doe v. United States*, 487 U.S. 201, 212 (1988).

7 הכוונה היא ל-Court of the High Commission in Causes Ecclesiastical, שהוקם על-ידי הכתר האנגלי במאה ה-16. לאחר הקמתו הפך בית משפט זה לכלי דיכוי נגד אלה שלא סרו למרות הכנסייה. ראו: <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/265134/Court-of-High-Commission>; כן ראו: גבריאל הלוי תורת דיני הראיות חלק ד' 62-63 (2013); McCormick, שם.

8 ראו: ALLEN, STUNZ, HOFFMAN, LIVINGSTON & LEIPOLD, COMPREHENSIVE CRIMINAL PROCEDURE §752 (3<sup>th</sup> ed. 2005).

9 אמירה זו מיוחסת ל-Thomas Cartwright ושמונה קולגות שלו מהכנסייה הפוריטנית בשנת 1591, ולפיה כפיית אדם להעיד נגד עצמו הינה בבחינת "to put the conscience upon the rack". ראו: LEONARD W. LEVY, ORIGINS OF THE FIFTH AMENDMENT: THE RIGHT AGAINST SELF-INCRIMINATION § 177 (1968) (מובא בספרם של Allen & Hoffman, שם).

### מבוא

לקראת תום משמרת שקטה יחסית, מקבל מוקדן ב"מוקד 100" של המשטרה דיווחים על התפתחותה של קטטה המונית בסיום משחק כדורגל טעון במיוחד, שנערך באחד מאצטדיוני הכדורגל בארץ. המוקדן מזעיק את יחידת הסיור המשטרתית לאצטדיון, והשוטרים הראשונים שמגיעים לזירה מזהים עשרות אוהדים משתי הקבוצות מפליאים אלה באלה את מכותיהם בשולי המגרש. עוד רואים השוטרים קבוצות נוספות של אוהדים הצופים בנעשה, כשהתנהגותם של חלק מן הצופים הללו אף מצביעה, לכאורה, על הזדהות כזו או אחרת - ואף עידוד - להמשך מעשי האלימות כלפי אוהדי הקבוצה היריבה.

קצין הסיור הבכיר מורה לשוטרים להתפרס בשטח, להפריד בין הנצים, לכַנֵס את קבוצות האוהדים לפינות שונות של המגרש ולחסום את היציאות מן האצטדיון. לאחר השלמת משימה זו, מורה הקצין הבכיר לשוטרים להתחיל ב"תחקור" האירוע וב"תשאול" עשרות האנשים שנמצאים בפינות המגרש, שחלקם, לפי חשד ראשוני, השתתפו באופן פעיל בתגרה במקום ציבורי,<sup>2</sup> חלקם תרמו ליצירת תנאים לשם הסלמת התגרה,<sup>3</sup> וחלקם צפו במתרחש מהצד מבלי להתערב בנעשה.

או אז, שואל אחד הקצינים הזוטרים את הקצין הבכיר האם יש להודיע לכלל ה"מתחוקרים" וה"מתשאלים" בזירה, שנתונות להם זכות השתיקה והזכות להיוועץ בעורך-דין בטרם ישיבו לשאלות השוטרים. הקצין הבכיר, שחושש ממתן הוראה שגויה שעלולה לפגוע באפשרות הרשתתם של האשמים בביצוע עבירות פליליות, מתקשר מיד לפרקליטות כדי לקיים "זכות היוועצות" משלו עם הפרקליט התורן. במהלך השיחה מסביר הקצין לפרקליט התורן, ששוטריו מתחילים רק עתה לאסוף ראיות ועדיין אי-אפשר לקבוע על בסיס חשד סביר מי ומי מתוך עשרות האנשים שבזירה השתתף בקטטה, מי חיזק את ידיהם של המבצעים, מי אולי השתמש בכוח כדי להדוף תקיפה שלא כדון,<sup>4</sup> ומי נמנע מלהתערב בקטטה ורק צפה במתרחש ממרחק. מה ישיב לו הפרקליט?

ברשימה זו נבחן את התשובה לשאלה זו, וזאת על רקע הוראות הדין, ההלכה הפסוקה ועקרונות המשפט המשווה.

1 סגן מנהל המחלקה הפלילית בפרקליטות המדינה.  
2 191' ס' לחוק העונשין, התשל"ז-1977.  
3 31' ס' לחוק העונשין.  
4 134' ס' לחוק העונשין.

## ”הימנעותו של חוקר מליידע את החשוד על-אודות זכות השתיקה עלולה להביא לפסילת הודאה שנמסרה על-ידי החשוד מלשמש כראיה במשפט, בין בשל כך שההודאה לא הייתה 'חופשית ומרצון' כנדרש בסעיף 12 לפקודת הראיות, בין בשל כך שההודאה אינה עומדת בקריטריונים שנקבעו בפרשת יששכרוב, לקבלת ראיה שהושגה שלא כדין”

אותו “בסכנת אשמה פלילית”<sup>15</sup> בפסק דין ישן משנת ה-50 של המאה הקודמת נתן בית המשפט העליון תוקף לפרשנות זו, בציינו כי יעד אינו חייב להשיב על שאלות העלויות להפיליו, “אך משבחר לתת עדות במשטרה [...] עליו לתת עדות של אמת ולהשיב תשובות של אמת”<sup>16</sup>. חשוד - בשונה מעד - נהנה לא רק מחיסיון מפני הפללה עצמית, אלא אף מ”זכות השתיקה”; והנפקות היא שחשוד אינו חייב לומר דבר בחקירתו גם בהעדר חשש שתשובותיו תפללנה אותו.<sup>17</sup> ההצדקה להגנה העודפת שמוענקת לחשוד נעוצה בכך, שמטרת העדות היא “להרשיע את העד עצמו”<sup>18</sup>, ולכן “קמה לו הזכות שלא יטרידו אותו במובן *The right to be*

ובשל כך הוצלף בשוט, הועמד אל עמוד הקלון ולאחר מכן גם נכלא.<sup>10</sup> לאחר שחרורו, עתר לילבורן לפרלמנט, ובשנת 1641 ביטל הפרלמנט את בתי הדין הכנסייתיים, את בתי המשפט המיוחדים ואת השימוש בשבועת ה-*ex officio*.<sup>11</sup>

הדעה המקובלת בין המלומדים היא, כי אירועים אלה הם שהובילו לכך, שבסופו של דבר הגיעו בתי המשפט של המשפט המקובל באנגליה, ולאחר מכן מחברי החוקה בארה”ב ובמדינות אחרות, להכרה העמוקה, שאין לכפות על אדם להפיליל את עצמו במשפט פלילי.<sup>12</sup> הכרה זו מבוססת כיום גם על הרציונל, שאין להעמיד חשוד בפלילים בפני ה”טְרִילֵמָה האכזרית” (*Cruel Trilemma*), קרי בחירה בין הפללה עצמית, עדות שקר או בזיון.<sup>13</sup>

### הדין בישראל: חיסיון מפני הפללה עצמית וזכות השתיקה

סעיף 2(1) לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות) (להלן: “הפקודה”) מסמיך שוטר,<sup>14</sup> “לערוך חקירות על ביצוע עבירות” ו”לחקור בעל-פה כל אדם המכיר, לפי הסברה, את עובדותיה ונסיבותיה של כל עבירה [...] ורשאי הוא לרשום בכתב כל הודעה, שמוסרה אדם הנחקר כך”. סעיף 2(2) לפקודה מחייב נחקר “להשיב נכונה על כל השאלות, שיציג לו בשעת החקירה [החוקר] [...] חוץ משאלות שהתשובות עליהן יהיה בהן כדי להעמידו בסכנת אשמה פלילית”. משמע, “אדם המכיר את עובדותיה ונסיבותיה של כל עבירה” - ובלשון קצת פחות ארכאית, “יעד” - חייב “להשיב נכונה על כל השאלות”, אלא אם כן התשובות תעמְדֵנָה

15 הוראה דומה - המתייחסת לעדותו של עד בשלב המשפט, להבדיל מעדות שלב החקירה - מופיעה בס’ 47(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל”א-1971, וזו לשונה: “אין אדם חייב למסור ראיה אם יש בה הודיה בעובדה שהיא יסוד מיסודותיה של עבירה שהוא מואשם בה או עשוי להיות מואשם בה”.

16 ע”פ 96/58 אל-היב נ’ היועץ המשפטי לממשלה, פ”ד(יב) 911, 912 (1958). אמנם, בפרשה זו המערער לא היה רק יעד בזמן החקירה, אלא גם חשוד, אך בית המשפט דחה את טענת המערער שיש להבחין בין שני סוגי הנחקרים לצורך פרשנות ס’ 2(2) לפקודת הראיות, כך שלחשוד יהיה מותר למסור גרסה שקרית בחקירה משטרית.

17 הלוי, לעיל ה”ש 7, בעמ’ 89; יצויין עוד בהקשר זה, כי השופט דנציגר הטעים באמרת אגב כי “ייתכן כי ניתן לסבור” ש”אין הצדקה, ככלל” להעמיד לדין חשוד שאף שיקר באופן אקטיבי בעדותו במשטרה (להבדיל מחשוד שאך שמר על זכות השתיקה), וזאת “בנסיבות בהן אמירת האמת תחת השקר הייתה מעמידה אותו בסכנת אשמה פלילית”. הנימוק לכך, לדעת דנציגר, טמון ב”זכותו של נחקר להימנע מהפללת עצמו” וראו: ע”פ 3020/14 גנאם נ’ מדינת ישראל, פס’ 15 לפסק הדין (פורסם בנבו, 23.9.14); למותר לציין, כי סברה זו ש”ייתכן” שניתן לאחוז בה, הינה בגדר חידוש גדול; שהרי, זכותו של החשוד להימנע מהפללה עצמית מובטחת באמצעות זכות השתיקה המוחלטת העומדת לו, ומעולם לא שמענו שיעומדת לטובתו גם “זכות” למסור בחקירה על-פי דין גרסה כוזבת על-מנת להתחמק מעונש.

18 פרשת חכמי, לעיל ה”ש 13, מול האות ה’. יוער כי בפרשת חכמי התייחס בג”ץ לזכות השתיקה שיעומדת לנאשם במשפטו, לפי ס’ 161 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ”ב-1982, ולא לזכות השתיקה של חשוד במהלך חקירתו, אך כרי שהרציונל הינו דומה.

10 McCormick, לעיל ה”ש 6.

11 ראו: *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 459 (1966) (להלן: “הלכת *Miranda*”); כן ראו: McCormick, לעיל ה”ש 6.

12 ראו: הלוי, לעיל ה”ש 7, בעמ’ 63-68; McCormick, לעיל ה”ש 6, בעמ’ 114-116; הלכת *Miranda*, שם, בעמ’ 459-460; Dressler & Micheals, לעיל ה”ש 6, בעמ’ 753.

13 פרשת *Doer*, לעיל ה”ש 6; בנוסף, ראו: U.S. 582, *Pennsylvania v. Muniz*, 496 (1990); 596; ראו עוד דבריה של השופטת שטרסברג-כהן בבג”ץ 6319/95 חכמי נ’ שופנת בית משפט השלום בתל-אביב-יפו, פ”ד נא(3) 750, 765 (1997): “זכות השתיקה באה כדי למנוע מאדם להיקלע לטרילימה שבה הוא מיטלטל בין החובה המוסרית והמשפטית לומר את האמת לבין החולשה האנושית לשקר כדי להציל את עורו, לבין הסתבכות בבזיון בית המשפט עקב סירובו להיעיד. כל אלה נמנעים על-ידי זכות השתיקה”.

14 יוער, כי על-פי לשון הסעיף, הסמכות “לערוך חקירות על ביצוע עבירות” נתונה ל”קצין משטרה בדרגת מפקח ומעלה, או כל קצין אחר או סוג אחר של קצינים המורשים בכתב, בדרך כלל או במיוחד, על ידי שר המשפטים”; הנה כי כן, סמכות החקירה נתונה לכל שוטר על-פי הסמכה מאת שר המשפטים.

left alone",<sup>19</sup> זאת, בשונה מהליך שמטרתו להרשיע אדם אחר, שבו העד חייב להשיב לחוקר תשובת אמת לכל שאלה שאין בה כדי להפילו. יצוין, כי "זכות השתיקה" שנתונה לחשוד כוללת בחובה גם "חובת אזהרה", הרובצת על איש מרות החוקר אותו. מהותה של "חובת האזהרה" היא "להזהיר את מי שהוחלט להאשימו כי אין הוא חייב לומר מאומה, וכי כל מה שיאמר יירשם ויוכל לשמש כראיה במשפטו".<sup>20</sup> תכליתה של "חובת האזהרה" היא "להעמיד את המועמד לאישום בפני המצב לאשורו וכדי לאפשר לו להחליט באופן חופשי ומרצונו הוא על קו הגנתו", וכן לשמש בידי בית המשפט "כאחד האינדיקטורים לכך שהחקירה התנהלה כיאות וכי ההודאה שנתקבלה בחקירה זו אכן נתקבלה ללא לחץ או פיתוי".<sup>21</sup> משכך, הימנעותו של חוקר מליידע את החשוד על-אודות זכות השתיקה עלולה להביא לפסילת הודאה שנמסרה על-ידי החשוד מלשמש כראיה במשפט, בין בשל כך שההודאה לא הייתה "חופשית ומרצון" כנדרש בסעיף 12 לפקודת הראיות,<sup>22</sup> בין בשל כך שההודאה אינה עומדת בקריטריונים שנקבעו בפרשת **יששכרוב**,<sup>23</sup> לקבלת ראיה

שהושגה שלא כדיון.<sup>24</sup> העולה מכאן הוא, כי זכות השתיקה עומדת לאדם כל אימת שמתמלאים לגביו שני תנאים: ראשית לכול, האדם הינו "חשוד" בביצוע עבירה פלילית, להבדיל מ"עיד" שנית, האדם מצוי ב"חקירה" המתנהלת על-ידי שוטרי

24 אמנם, בפרשת **יששכרוב** לא נפסלה הודאת המערער עקב הפרת "חובת האזהרה" - שכן החוקר הצבאי יידע אותו בדבר זכות השתיקה (וראו: שם, בעמ' 484) - אלא ההודאה נפסלה עקב הפרת "חובת היידוע" בדבר זכות ההיוועצות עם עורך-דין (שם, בעמ' 572). עם זאת, לא יכול להיות ספק כיום, שגם הפרת "חובת האזהרה" עלולה להביא, בניסיונות מסיימות, לפסילת הודאה בשל פגיעה משמעותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן; וראו גם: פסק דין נוסף של בית המשפט העליון בע"פ 4606/12 זכרוב נ' **מדינת ישראל**, פס' 31 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 2.7.14), שם נטען לפגם באזהרה שנמסר למערער עובר לחקירתו הראשונה, כיוון שנאמר לו אך "כל מה שתניד יישמש נגדך" והוא לא ידע במפורש על-אודות זכותו לשתיקה (שם, בעמ' 4). לכך השיב בית המשפט העליון, כי "אף אם לא ניתנה למערער אזהרה חשוד פורמלית, הוא הוזרר על זכותו לשתיקה; כאשר נחקר המערער לראשונה בבית החולים, הזדהה השוטרים בפני המערער, הזהירו אותו כי הוא חשוד ברצח המנוחה וכי הוא זקוק לעורך דין".

25 אכן, השאלה אם הנחקר היושב לפני חוקר הינו בגדר "עיד" או "חשוד" אינה תמיד ניתנת לתשובה חד-משמעית, וראו לעניין זה: ע"פ 6281/12 **דורושב נ' מדינת ישראל**, פס' 10 לפסק דינו של השופט עמית, פס' 99 לפסק דינה של השופטת ברק-ארד (פורסם בנבו, 27.2.14); כן ראו: ע"פ 10477/09 **מונבארק נ' מדינת ישראל**, פס' 99 לפסק דינה של המשפחה לנשיא נאור (פורסם בנבו, 10.4.2013); רע"פ 1659/14 **חכים נ' מדינת ישראל**, פס' 10 לפסק הדין (פורסם בנבו, 14.3.2014); עם זאת, ברי שבמקרה רגיל שבו מתעורר אצל החוקר במהלך חקירת עד יסוד סביר להנחה שהנחקר עצמו גם חשוד בביצוע עבירה, על החוקר "לשנות מיד את אופי ואורח חקירתו" ולהזכיר לחשוד כי שמורה לו זכות השתיקה, וזאת בדרך של "אזהרה" כי אין הוא חייב לומר דבר, וכי כל דבר שיאמר יוכל לשמש ראיה". יעקב קדמי **על סדר הדין בפלילים חלק שני** 782 (מהדורה מעודכנת, 2008); ולעניין זה, ראו גם: דבריו המאלפים של Lord Justice Clerk Thomson בפרשת *Chalmers v. HM Advocate*, 1954 JC 66, 81: "[O]nce the investigation has gone to the extent that somebody is specifically cautioned and charged, thereafter nothing short of a voluntary statement is admissible against him. At the other extreme is the ordinary routine investigation of the police into the circumstances of the crime. In the course of such an investigation the man ultimately accused may be interviewed. It would unduly hamper the investigation of crime if the threat of inadmissibility were to tie the hands of the police in asking questions. It would help to defeat the ends of justice if what the person so questioned said in answer to ordinary and legitimate questions were not admissible in evidence against him [...] But there comes a point of time in ordinary police investigation when the law intervenes to render inadmissible as evidence answers even to questions which are not tainted [...] After the point is reached, further interrogation is incompatible with the answers being regarded as a voluntary statement, and the law intervenes to safeguard the party questioned from possible self-incrimination. Just when that point of time is reached is in any particular case extremely difficult to define - or even for an experienced police official to realise its arrival. There does come a time, however, when a police officer, carrying out his duty honestly and conscientiously, ought to be in a position to appreciate that the man whom he is in process of questioning is under serious consideration as the perpetrator of the crime. Once that stage of suspicion is reached, the suspect is in the position that thereafter the only evidence admissible against him is his own voluntary statement".

19 שם; אגב, ה"זכות שלא יטרידו נאשם", כדברי השופטת טרסברג-כהן בפרשת **חכמי**, מקורה בדבריו המאלפים של שופט בית המשפט העליון בארה"ב, השופט Louis Brandeis, בפרשת *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 478 (1928), שם נאמר: "The makers of our Constitution undertook to secure to secure conditions favorable to the pursuit of happiness. They recognized the spiritual nature, of his feelings, and of his intellect: significance of man They knew that only a part of the pain, pleasure and satisfactions of life are to be found in material things. They sought to protect Americans in their beliefs, their thoughts, their emotions and their sensations. They conferred, as against the Government, the right to be let alone - the most comprehensive of rights, and the right most valued by civilized men".

20 ע"פ 161/77 **זוהר נ' מדינת ישראל**, פ"ד לב(1) 330, 328 (מול האות ד') (1977).

21 שם, בעמ' 331 (מול האות ד').

22 למשל, ראו: שם; ע"פ 277/78 **מדינת ישראל נ' טוביהו**, פ"ד לג(1) 301 (1979).

23 ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד סא(1) 461 (2006) (להלן: "פרשת יששכרוב" או "הלכת יששכרוב").

אינה אלא בגדר "אספקט אחר של זכות השתיקה"<sup>28</sup> - קמה מיניה וביה, בדומה לזכות השתיקה, בכל עת שבה נחקר חשוד על-ידי שוטר, גם אם החשוד אינו בגדר "עצור" ולמצער "מעוכב"? שאלה זו תיבחן עתה.

### על עצורים, מעוכבים, "זכות ההיוועצות" ו"חובת היידוע"

#### א. ארצות הברית

בשנת 1966 פרסם בית המשפט העליון הפדרלי בארצות הברית את פסק הדין המונומנטלי בפרשת *Miranda v. Arizona*.<sup>29</sup> במהלך השנים הפך פסק דין זה לאייקון תרבותי בסרטים ובסדרות טלוויזיה העוסקים בעבודת משטרה, ומשכך, כל צופה של הז'אנר מכיר היטב את ארבע האזהרות שמחויב כל שוטר בארצות הברית למסור לחשוד עם מעצרו, ואלו הן: (1) "יש לך זכות שלא לומר דבר";<sup>30</sup> (2) "כל מה שתאמר עשוי לשמש נגדך בבית משפט";<sup>31</sup> (3) "יש לך זכות להיוועץ בעורך דין ולנוכחותו של עורך הדין בזמן החקירה";<sup>32</sup> (4) "אם הינך חסר אמצעים, ימונה עורך דין על-מנת לייצג אותך".<sup>33</sup>

יודגש: בפסק דין *Miranda* הסביר נשיא בית המשפט העליון בארצות

להבדיל משיח המתקיים בין חשוד ובין שוטר, שאינו בגדר "חקירה"<sup>26</sup>. אמת, קו הגבול המדויק שבין "חקירה" ובין שיח מסוג אחר, כמו גם קו הגבול שבין חקירת "יעד" ובין חקירת "חשוד", אינו תמיד חד וברור. עם זאת, החשוב לענייננו הוא, כי שני תנאים אלה עשויים להתקיים בלא קשר למעמדו החוקי של הנחקר - "עצור", "מעוכב" או מי שחירותו לא הוגבלה כל עיקר - וכפועל יוצא מכך זכות השתיקה (וחובת האזהרה שלצדה) נתונות אף לחשוד שאינו מצוי במשמורת המשטרה ורשאי אפוא לעזוב בלא הפרעה את מקום החקירה.<sup>27</sup>

ומכאן לשאלה הבאה: האם זכות ההיוועצות - שלפי ההלכה הפסוקה

<sup>26</sup> בהקשר זה יוער, כי ס' 1 לחוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התשס"ב-2002 (להלן: "חוק חקירת חשודים"), מגדיר "חקירה" כ"תשאול או גביית הודעה בקשר לעבירה, בידי שוטר". ככלל, ניתן לזהות בלא קושי אימתי חוקר גובה "הודעה" פורמלית מהחשוד (וראו לעניין זה: ס' 3 ו-4 לחוק חקירת חשודים), ולכן עיקר הקושי יהא, מן הסתם, לצקת תוכן למונח "תשאול" שבסעיף ההגדרה למונח "חקירה"; והשוו: ע"פ 6304/12 ספרונב נ' מדינת ישראל, פס' 52 לפסק דינו של השופט שהם (פורסם בנבו, 26.1.15) (הודאה ראשונית של המערער, שנמסרה לשוטר באופן ספונטאני ובי"טרם שהיה סיפק בידו להזהיר את המערער ולהודיע על עילת מעצרו", נמצאה קבילה); ע"פ 4609/14 בסט נ' מדינת ישראל, פס' 18-19 לפסק דינו של השופט זילברטל (פורסם בנבו, 1.3.15); והשוו בממלכה המאוחדת, Police and Criminal Evidence Act 1984, Code C, paragraphs 10.1.1-1.1A (חובת המשטרה להזהיר חשוד לפני קיום חקירה ("interview"), כפי שזו מוגדרת שם); בארצות הברית, מאפייניה של "חקירה" ("interrogation") נקבעו בפסיקה, וראו להלן ה"ש 40, והטקסט הצמוד לה.

<sup>27</sup> ראו, למשל: את פסק הדין של בית המשפט העליון בקנדה בפרשת *R. v. Turcotte*, 2 S.C.R. 519 [2005] פס' 51 לפסק דינה של השופטת: "In general, absent a statutory requirement to the contrary, individuals have the right to choose whether to speak to the police, even if they are not detained or arrested. The common law right to silence exists at all times against the state, whether or not the person asserting it is within its power or control". עם זאת, חשוב לציין, כי בדין הקנדי עיקרון זה - שלפיו אין להבחין בין עצור לבין מי שאינו עצור לצורך זכות השתיקה וחובת היידוע - מתייחס להודיה שניתנה באופן בלתי-וולונטרי ובניגוד לרצונו החופשי של המתוודה על-פי אמות המידה שבמשפט המקובל. לעומת זאת, באשר לזכות השתיקה החוקתית שנתונה לחשודים מכוח ס' 7 לצירטר הקנדי, נקבע בפרשת *R. v. Oickle*, [2000] 2 S.C.R. 3, כי הזכות בצירטר קמה אך ורק כשהחשוד מצוי במשמורת המשטרה. וכך גם בארצות הברית: כל עוד החשוד אינו בגדר "עצור", לא רובצת על אנשי המשטרה חובה להזהירו, כי נתונה לו הזכות שלא להפליג את עצמו. זאת, משום שהרציונל המונח ביסוד "חובת האזהרה" נועץ בלחצים החזקים שפועלים על נחקר לאחר שחירותו נשללה, כשהוא לפתע מוצא את עצמו מנותק מסביבתו הטבעית ובמידה רבה - חסר אוניס; וראו: *Berkemer v. McCarty*, 468 U.S. 420 (1984); *Salinas v. Texas*, 133 S. Ct. 2174 (2013).

<sup>28</sup> הלכת **יששכרוב**, לעיל ה"ש 23, בעמ' 496 ("נהוג לראות בזכות ההיוועצות בעורך-דין היבט אחר של זכות השתיקה"); כן ראו: ע"פ 96/66 טאו נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד (2) 539, 546 (1966); ע"פ 747/86 אייזמן נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(3) 447, 452 (1988); ע"פ 1301/06 עזבון אלזם נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 22.6.09); ע"פ 10049/08 אבו עצא נ' מדינת ישראל, פס' 99 לפסק דינו של השופט דניגר (פורסם בנבו, 23.8.12); ע"פ 846/10 בדוי נ' מדינת ישראל, פס' 59 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 14.7.14); ראו גם את פסק הדין של בית המשפט העליון בקנדה בפרשת *R. v. Sinclair*, [2010] 2 S.C.R. 310, 329-328 שם התייחסו הנשיאה *Beverley McLachlin* והשופטת *Louise Charron* לרציונל של זכות ההיוועצות לפי ס' 10(b) לצירטר הקנדי.

<sup>29</sup> הלכת *Miranda*, לעיל ה"ש 11.

<sup>30</sup> שם, בעמ' 467-468, בלשון פסק הדין (בגוף שני): "You have the right to remain silent"; וראו: הלכת *Miranda*.

<sup>31</sup> שם, בעמ' 469, בלשון פסק הדין (בגוף שני): "Anything said can and will be used against you in court".

<sup>32</sup> שם, בעמ' 471, בלשון פסק הדין (בגוף שני): "You have the right to consult with a lawyer and to have the lawyer with you during interrogation".

<sup>33</sup> שם, בעמ' 473, בלשון פסק הדין (בגוף שני): "If you are indigent a lawyer will be appointed to represent you".

**”קביעתו הנורמטיבית של בית המשפט העליון בארצות הברית בהלכת *Miranda* הינה, כי חשוד בפלילים זכאי לקבל את ארבע האזהרות שפורטו לעיל בהתמלא שלושה תנאים מצטברים: (1) החשוד הינו 'עצור' או 'במשמורת' המשטרה, או למצער בגדר מי שחירותו נשללה באופן משמעותי על-ידי המשטרה; (2) החשוד מצוי בחקירה; (3) החקירה היא חקירה משטרתית, להבדיל מחקירה המתנהלת על-ידי אדם או גוף פרטי. אם אחד האלמנטים הללו חסרים מן האינטראקציה שבין שוטר לבין חשוד, אזי לפי הלכת *Miranda* (וצאצאיה) אין חובה ליידע את החשוד בדבר זכויותיו לפי התיקון החמישי לחוקת ארה"ב”**

לעומת זאת, תשאול אדם שנמצא בזירת עבירה ואינו עצור אינו יוצר חובה על שוטר למסור את אזהרות *Miranda* לקתושאָל, כיוון שהאווירה הכפיייתית שאינהרנטית למעצר אינה מתקיימת במפגש מסוג זה. וכך בלשון הנשיא Warren:

“General on-the-scene questioning as to facts surrounding a crime or other general questioning of citizens in the fact-finding process is not affected by our holding. It is an act of responsible citizenship for individuals to give whatever information they may have to aid in law enforcement. In such situations the compelling atmosphere inherent in the process of in-custody interrogation is not necessarily present”.<sup>39</sup>

עינינו הרואות, אפוא, כי קביעתו הנורמטיבית של בית המשפט העליון בארצות הברית בהלכת *Miranda* הינה, כי חשוד בפלילים זכאי לקבל את ארבע האזהרות שפורטו לעיל בהתמלא שלושה תנאים מצטברים: (1) החשוד הינו 'עצור' או 'במשמורת' המשטרה, או למצער בגדר מי

הברית דאז, השופט Earl Warren, בשם חמשת שופטי הרוב,<sup>34</sup> כי ארבע האזהרות הללו חייבות להימסר רק בשעת "מעצר" החשוד או כניסתו ל"משמורת" המשטרה,<sup>35</sup> או למצער במועד שבו חירותו נשללת באופן משמעותי על-ידי המשטרה.<sup>36</sup> הנימוק לכך, לפי הנשיא Warren, טמון בעובדה, שפערי הכוחות בין רשויות אכיפת החוק ובין החשוד מתחדדים כאשר החשוד מוחזק בידי אנשי משטרה עוינים (לתפישתו), והוא מבודד ומנותק מאוהביו, מתומכיו ומסביבתו הטבעית. וכך בלשונו:

“We have concluded that without proper safeguards the process of in-custody interrogation of persons suspected or accused of crime contains inherently compelling pressures which work to undermine the individual's will to resist and to compel him to speak where he would not otherwise do so freely. In order to combat these pressures and to permit a full opportunity to exercise the privilege against self-incrimination, the accused must be adequately and effectively apprised of his rights and the exercise of those rights must be fully honored”.<sup>37</sup>

ובנוסף:

“To summarize, we hold that when an individual **is taken into custody or otherwise deprived of his freedom by the authorities in any significant way and is subjected to questioning**, the privilege against self-incrimination is jeopardized”.<sup>38</sup>

34 יוער, כי הלכת *Miranda* התקבלה ברוב של 5-4. ארבעת השופטים שהצטרפו לפסק הדין של הנשיא Warren היו השופטים Hugo Black, William Douglas, William Brennan Jr ו-Abe Fortas. שופטי המיעוט היו השופטים John Marshall, Byron White ו-Harlan, Potter Stewart, Tom Clark מצטרף למיעוט באופן חלקי.

35 הלכת *Miranda*, לעיל ה"ש 11, בעמ' 444, ובלשון פסק הדין: "taken into custody" ובמקור: "or otherwise deprived of his freedom by the authorities in any significant way"

37 שם, בעמ' 467. ראו גם עמ' 461 לפסק הדין, שם נאמרו דברים דומים בדבר הלחץ המופעל על-ידי חשוד לאחר מעצרו עקב הניתוק מסביבתו הטבעית והחזקתו במשמורת המשטרה: "An individual swept from familiar surroundings into police custody, surrounded by antagonistic forces, and subjected to the techniques of persuasion described above cannot be otherwise than under compulsion to speak"

38 שם, בעמ' 478-479.

39 שם, בעמ' 477-478.

## ב. קנדה

סעיף 10(b) ל-Canadian Charter of Rights and Freedoms (להלן: "הצ'רטר הקנדי") קובע, כי: "Everyone has the right on arrest or detention [...] to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right".<sup>40</sup> הווה אומר, זכות הייצוג קמה לפי הצ'רטר הקנדי בעת "מעצר או עיכוב" ("on arrest or detention"), ובכך לכאורה מרחיב הצ'רטר את זכות הייצוג ומעניק אותו לחשוד בפלילים בשלב מוקדם יותר מאשר לחשוד בארה"ב - דהיינו כבר במועד עיכוב על-ידי שוטר. עם זאת, הפרשנות של בית המשפט העליון בקנדה לביטוי זה התפתחה במהלך השנים, כפי שנראה מיד.

כך, למשל, בפרשת *Therens*<sup>44</sup> נתן בית המשפט העליון פרשנות מרחיבה למונח "detention", והגדירו כי "הגבלה על החירות שאינה מסוג מעצר, שבמסגרתה עשוי אדם להיזקק באופן סביר לסייע עורך דין, אך [סיוע] עורך הדין ללא דיחוי עלול להיות מעוכב או להימנע ממנו אלמלא ההגנה החוקתית".<sup>45</sup> עוד נקבע, כי "detention" מתקיים כאשר שוטר "נוטל שליטה על תנועתו של אדם באמצעות דרישה או הוראה שעלולה להיות בעלת השלכה חוקית משמעותית, ויש בה משום מניעת או הגבלת הגישה לעורך דין".<sup>46</sup> בנסיבותיה הקונקרטריות של פרשת *Therens* קבע אפוא בית המשפט העליון, כי המערער, נהג רכב שהיה חשוד בנהיגה בשכרות, אכן היה "detention" לכשנדרש על-ידי שוטר להתלוות עמו לתחנת

שחירותו נשללה באופן משמעותי על-ידי המשטרה;<sup>40</sup> (2) החשוד מצוי בחקירה; ו-3) החקירה היא חקירה משטרתית, להבדיל מחקירה המתנהלת על-ידי אדם או גוף פרטי.<sup>42</sup> אם אחד האלמנטים הללו חסרים מן האינטראקציה שבין שוטר לבין חשוד, אזי לפי הלכת *Miranda* (וצאצאיה) אין חובה ליידע את החשוד בדבר זכויותיו לפי התיקון החמישי לחוקת ארה"ב.<sup>43</sup> חובת היידוע קמה, כאמור לעיל, אך ורק כשהחשוד הוא עצור ומצוי בחקירה משטרתית.

40 לעניין זה ראו: פרשת *Berkemer v. McCarty*, לעיל ה"ש 27, שם קבע בית המשפט העליון בארצות הברית שאין חובה למסור את אזהרות *Miranda* לנהג החשוד בנהיגה בשכרות במקום עיכוב, כיוון שאין מדובר בחשוד שנמצא במשמורת המשטרה ("in custody"); כן ראו: *Commonwealth of Massachusetts v. Podlaski*, 385 N.E.2d 1379, 1383 (1979); *Commonwealth of Massachusetts v. McNelley*, 554 N.E. 37, 39 (1990); *Michigan v. Chinn*, 366 N.W.2d 83, 84-85 (1985); *Louisiana v. Stewart*, 2014 La. App. Lexis 164.

41 בשנת 1980 הסביר בית המשפט העליון בארצות הברית, כי "חקירה" הינה בגדר כפייה שהיא מעל ומעבר לכפייה האינהרנטית לעצם המעצר ("Interrogation") must reflect a measure of compulsion above and beyond that inherent in custody itself, ומשכך, "חקירה" מתקיימת לא רק בעת גביית הדו"ח פורמלית מחשוד ("express questioning"), אלא גם כאשר איש משטרה משתמש במילים או עושה מעשים (שאינם אך נלווים למעצר) שהוא אמור לדעת שיובילו, באופן סביר, לתשובה מפלילה מהחשוד (on any words or actions) the part of the police (other than those normally attendant to arrest and custody) that the police should know are reasonably likely to elicit an "incriminating response from the suspect". וראו לעניין זה: *Rhode Island v. Woods*, 446 U.S. 291, 300-302 (1980); *Innis*, 446 U.S. 291, 300-302 (1980); *Michigan v. Tucker*, 417 U.S. 433, 444-447 (1974); *Orin v. City of New York*, 630 F.2d 1031, 1034-1035 (2d Cir. 1980); *Illinois v. Perkins*, 496 U.S. 292, 297 (1990).  
42 ראו, למשל: *In re Eric J.*, 25 Cal.3d 522 (1979) (מעסיק הינו אזרח פרטי שאינו חייב ליידע עובד בדבר אזהרות *Miranda* לפני שהוא "חוקר" אותו); *In re Tracy*, 14 Pa. D. & C.3d 310 (1980) (סגן מנהל בית ספר אינו חייב למסור את אזהרות *Miranda* לפני "עיכובה" ו"חקירתה" של תלמידה החשודה בגניבת מעיל); *Orem v. City of Provo*, 2013 UT App 155 (אנשי אבטחה בחנות אינם בגדר שוטרים ולכן אינם חייבים למסור את אזהרות *Miranda* לפני "עיכובה" ו"חקירתה" של לקוחה החשודה בגניבת סחורה מהחנות).

43 יוער בהקשר זה, כי הגם שהתיקון השישי לחוקת ארה"ב - ולא התיקון החמישי - הוא שמעניק לכאורה את הזכות להיות מיוצג על-ידי עורך דין ("In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right [...] to have the assistance of counsel for his defense"), בית המשפט העליון קבע כי זכות הייצוג לפי התיקון השישי קמה בתחילת ההליך המשפטי ("In all criminal prosecutions"), שהיא לרוב בעת הגשת כתב האישום. וראו לעניין זה: *Brewer v. Williams*, 430 U.S. 387, 398-399 (1977) (אכן, זהו אחד החידושים הגדולים של הלכת *Miranda*: חרף העובדה שהתיקון החמישי אינו מזכיר כלל את זכות הייצוג, בית המשפט העליון הכיר בזכותו של חשוד היועץ בעורך דין ולקבל ייצוג בהליכי חקירה, לפי התיקון החמישי, במסגרת זכותו שלא להפלייל את עצמו עקב מעשי כפייה של הרשויות).

44 R. v. Therens, [1985] 1 S.C.R. 613 (להלן: "הלכת *Therens*").  
45 שם, פס' 52 לפסק דינו של השופט Gerald Le Dain: "In its use of the word 'detention', s. 10 of the Charter is directed to a restraint of liberty other than arrest in which a person may reasonably require the assistance of counsel but might be prevented or impeded from retaining and instructing counsel without delay but for the constitutional guarantee."  
46 שם, פס' 53 לפסק דינו של השופט Le Dain: "In addition to the case of *Le Dain*, there is in my opinion a detention within s. 10 of the Charter when a police officer or other agent of the state assumes control over the movement of a person by a demand or direction which may have significant legal consequence and which prevents or impedes access to counsel".

המשטרה לצורך בדיקת אלכוהול.<sup>47</sup> זמן קצר לאחר פרסום פסק הדין בפרשת *Therens* נזקק שוב בית המשפט העליון בקנדה, בפרשת *Thomsen*,<sup>48</sup> למועד היוולדה של זכות הייצוג לנהג החשוד בנהיגה בשכרות. כאן, נקבע על-ידי בית המשפט העליון, כי לאחר שנהג סירב למסור דגימת נשיפה, דרישתו של שוטר מהנהג לסור

לניידת משטרה שעמדה בסמוך ועיכובו שם במשך כרבע שעה יוצרים "detention" ואת הזכות להיוועץ בעורך דין.<sup>49</sup>

בפרשת *Orbanski* הבהיר בית המשפט העליון בקנדה,<sup>50</sup> כי לא כל עיכוב של אזרח על-ידי שוטר מגיע לכדי "detention" במובנו של סעיף 10(b) לצ'רטר, וכי יהיה זה אף בגדר "אבסורד" לקבוע, ש"תשאול שגרתני" ("routine questioning") על-ידי שוטר מקים את זכות הייצוג.<sup>51</sup> יתר על כן, גם במקום שבו חשוד הינו בגדר מעוכב על-ידי שוטר - כך שוודאי קמה לו זכות הייצוג - הצ'רטר עצמו מאפשר "הגבלות סבירות בדין"<sup>52</sup>

47 שם, פס' 58 לפסק דינו של השופט Le Dain. אמנם, היו חילוקי דעות בין שופטי בית המשפט העליון בקנדה באשר לתוצאה הסופית של פסק הדין, אך כל שבעת השופטים האחרים שישבו בדין הסכימו עם השופט Le Dain בעניין פרשנותו למונח "detention" והיישום הקונקרטי בניסבות העניין. וראו: פס' 1 לפסק דינו של הנשיא Brian Dickson, וכן פס' 5 לפסק דינם של השופטים Willard Estey, Jean Beetz, Julien Chouinard, ו-Bertha Wilson, פס' 15 לפסק דינם של השופטים Antonio Lamer, ופס' 19 לפסק דינו של השופט Roland Ritchie לא יושב בדין.

48 *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640. יוער, כי בפרשת *Thomsen*, כמו בפרשת *Therens*, כתב השופט Gerald Le Dain את פסק הדין המרכזי. ולעניינו, ראו בעיקר את עמ' 649 לפסק הדין.

49 *R. v. Orbanski*, [2005] 2 S.C.R. 3. פסק הדין ניתן ברוב של 7-2, כשפסק הדין של הרוב נכתב על-ידי השופטת Louise Charron (להלן: "הלכת *Orbanski*").

50 שם, פס' 30 לפסק דינה של השופטת Charron: "The right to counsel is triggered from the moment a driver is 'detained' within the meaning of s. 10. It is not every delay occasioned by a communication between a person and a police officer or other state authority that will amount to a detention within the meaning of the Charter [...] it would be absurd to suggest that routine questioning [...] constitutes a detention for the purposes of s. 10(b)".

51 *Orbanski*, פס' 1: "The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society".

## "בית המשפט העליון בקנדה מכיר באינטרס הציבורי החשוב שבמתן אפשרות למשטרה לאסוף מידע בזירה שבה קיים חשד סביר לביצוע עבירה, גם כשהפעילות עשויה להביא להתערבות במידת-מה עם חופש התנועה של הנוכחים במקום. לפיכך, זכות הייצוג קמה רק כאשר ההתערבות בחופש התנועה מגיעה לכדי התליית החירות האישית עקב הגבלה משמעותית"

על מימוש הזכות. השופטת Louise Charron הוסיפה לעניין זה בשם שופטי הרוב, כי ה"דין" עשוי להיות גם דין משתמע, ולא דווקא מפורש;<sup>53</sup> ומשכך, כשעסקין באינטרס הציבורי שבאכיפת דיני התעבורה בכלל, ובאיתור נהגים שיכורים בפרט, ה"דין" אכן מסמיך אנשי משטרה לשאול נהג שאלות גם בטרם הלה התייעץ עם עורך דין.<sup>54</sup> גישה אחרת

עלולה, לדעתה, להוביל למצב שבו שוטר תנועה העומד במחסום "ייטיב להעניק לנהגים את זכות ההיוועצות מיד לאחר שיורידו את חלונותיהם",<sup>55</sup> אך מסקנה זו לכשעצמה תגרום ל"עיכובים ארוכים ולרוב בלתי נחוצים"<sup>56</sup> של כלל הנהגים בכביש. בסופו של דבר, קבעה אפוא השופטת Charron, שהשימוש בדבריו של נהג מעוכב טרם התייעצותו עם עורך דין הינו מותר לצורך אישוש או הפרכת החשד לעצם הנהיגה בשכרות והמשך החקירה, אך אינו קביל כראיה ישירה להפלת הנהג בבית המשפט.<sup>57</sup> בשנת 2009 חלה תפנית נוספת בדין הקנדי, עת פרסם בית המשפט העליון את פסק הדין החשוב בפרשת *Grant*.<sup>58</sup> בפסק דין *Grant* זנח בית המשפט העליון את המבחן הקודם להיוועצותו של "detention", כפי שנקבע בפרשת *Therens*,<sup>59</sup> ובמקומו נקבע מבחן חדש, ולפיו "עיכוב" נולד אך ורק כאשר נוצרת הגבלה פיזית או פסיכולוגית משמעותית על

53 הלכת *Orbanski*, לעיל ה"ש" 50, פס' 42 לפסק דינה של השופטת Charron.

54 שם, פס' 45-48.

55 שם, פס' 45 לפסק דינה של השופטת Charron: "I respectfully disagree with the analysis of my colleague Justice LeBel [...] my colleague takes the view that police officers can only ask motorists about alcohol consumption before they contact counsel if legislation permits it [...] On that approach, a police officer would be well advised to provide motorists with their right to counsel as soon as they rolled down their window".

56 שם: "In my view, this would result in longer and often unnecessary detentions".

57 שם, פס' 58; והשוו: *R. v. Chand* [2006] B.C.S.C. 617. במחוז בריטיש קולומביה; *R. v. Kangas* [2013] A.B.Q.B. 383. לערעורים במחוז אלברטה.

58 *R. v. Grant* [2009] 2 S.C.R. (להלן: "הלכת *Grant*"). יוער, כי פסק דין *Grant* שימש אחד המוקדים למחלוקת החריפה שנתגלעה בין ביניש לבין דנציגר בדנ"פ 5852/10 *מדינת ישראל נ' שמש*, פס' 32 לפסק דינה של ביניש ופס' 31 לפסק דינו של דנציגר (פורסם בנבו, 9.1.12).

59 הלכת *Therens*, לעיל ה"ש" 44.

נוספים בזירה; משך העיכוב. (3) תכונותיו ונסיבותיו האישיות של האדם - ככל שהן רלוונטיות - לרבות גילו, מצבו הפיסי, היותו בן מיעוטים, ומידת תחכמו.<sup>66</sup> על רקע דברים אלה אפשר, אפוא, לסכם ולומר, כי בית המשפט העליון בקנדה מכיר באינטרס הציבורי החשוב שבמתן אפשרות למשטרה לאסוף מידע בזירה שבה קיים חשד סביר לביצוע עבירה, גם כשהפעילות עשויה להביא להתערבות במידת-מה עם חופש התנועה של הנוכחים במקום.<sup>67</sup> לפיכך, זכות הייצוג קמה רק כאשר ההתערבות בחופש התנועה מגיעה לכדי התליית החירות האישית עקב הגבלה משמעותית, כאמור לעיל.<sup>68</sup> זאת ועוד: במקרים מסוימים, כגון בדרכים שבהן אוכפים אנשי משטרה עבירות תעבורה, הצ'רטר הקנדי אינו מעניק זכות ייצוג אבסולוטית לחשוד גם כשהלה מצוי ב-"detention", ואפשר להגבילה באופן סביר על-פי דין.<sup>69</sup>

## ג. הממלכה המאוחדת

בשנת 2011 הגיעה שאלת מועד היולדה של זכות ההיוועצות לחשוד בפלילים גם לשערי בית המשפט העליון בממלכה המאוחדת.<sup>70</sup> סוגיה זו הגיעה לבית המשפט בלונדון בפרשת *Ambrose v. Harris*,<sup>71</sup> לאחר שבית המשפט הפלילי הגבוה בסקוטלנד (Appeal Court of the High Court of Justiciary) הפנה אליו, לבקשת הפרקליט הראשי בסקוטלנד (Lor Advocate),<sup>72</sup> את השאלה הבאה: האם, לפי הדין המקומי ועל רקע הוראותיה המחייבות של האמנה האירופית לזכויות אדם, זכות הגישה

אינטרס החירות האישית של אדם. פירוש הדבר הוא, כי לא כל "התערבות חולפת" ("fleeting interference")<sup>60</sup> או "התערבות טריוויאלית או לא משמעותית" ("trivial or insignificant interference")<sup>61</sup> בחירותו של אדם יש בה משום "detention" לפי הצ'רטר, אלא אך ורק "התליית החירות האישית עקב הגבלה פיזית או פסיכולוגית משמעותית".<sup>62</sup> עוד נקבע על-ידי בית המשפט העליון בפסק דין *Grant*, כי מבחן ה-"detention" הוא אובייקטיבי ויש לבחון, אפוא, האם אדם מן היישוב היה מסיק בנסיבות העניין כי לא עומדת בפניו אפשרות אחרת מלבד ציות לבקשה, או לדרישה, של איש המשטרה.<sup>63</sup> משכך, כוונותיו הסובייקטיביות של שוטר בזירת האירוע בדבר הטלת מגבלה ממשית על חופש התנועה של החשוד הספציפי אינה מכרעת.<sup>64</sup> יוער, עם זאת, כי אחד משופטי ההרכב, השופט Ian Binnie, חלק על דעת הרוב בנקודה זו והביע את דעתו, שיש לייחס משקל נכבד יותר למידע שהיה בידי המשטרה ולכוונותיה ביחס לחשוד לפני ובמהלך האירוע, גם אם החשוד עצמו לא היה מודע כלל לאלה.<sup>65</sup>

בית המשפט העליון גם פרס בפסק הדין לפני הערכאות הנמוכות כמה קריטריונים שיש לקחתם בחשבון לצורך בחינת השאלה האם אדם היה בגדר "מעוכב" במובנו של סעיף 10(b) לצ'רטר, ואלה הם: (1) נסיבות האירוע, באופן סביר, בעיניו של האדם; אופיה של פעילות המשטרה בזירה - האם היא בגדר סיוע כללי, שמירה על הסדר הציבורי, עריכת תשאול ביחס לאירוע ספציפי, או התמקדות בחשוד ספציפי לחקירה ממוקדת.

(2) אופי התנהגות של השוטרים בזירה; השפה שבה השתמשו; האם נעשה שימוש בכוח; המקום שבו המפגש התקיים; נוכחותם של אנשים

66 להרחבה, ראו: שם, פס' 44.

67 שם, פס' 35 ואילך.

68 לעיל ה"ש 62 והטקסט הצמוד לה.

69 לעיל ה"ש 52 והטקסט הצמוד לה.

70 בית המשפט העליון בממלכה המאוחדת הוקם ביום 10.10.09. בית המשפט העליון החליף את בית הלורדים בכל הנוגע לסמכויותו השיפוטיות, וראו לעניין זה: Constitutional Reform Act 2005, Part 3; Statutory Instrument 2009 No. 1604 (החוק והצו מופיעים באתר האינטרנט של הארכיב הלאומי בממלכה המאוחדת: [www.legislation.gov.uk](http://www.legislation.gov.uk)).

71 *Ambrose v. Harris*, [2011] UKSC 43.

72 אמנם, ה- Appeal Court of the High Court of Justiciary הוא הערכאה הגבוהה בסקוטלנד בעניינים פליליים, אך לפי ה- Scotland Act 1998, ניתן להעביר שאלות עקרוניות בנושאי סמכות (devolution issues) - כגון שאלת ההתאמה של הדין בסקוטלנד לאמנה האירופית לזכויות אדם - להכרעת בית המשפט העליון בממלכה המאוחדת: נספח 6, פס' 33. ראו גם פס' 14 לפסק דינו של Lord Hope בפרשת *Ambrose*, שם יש התייחסות לסמכותו של בית המשפט העליון לדון בהליכים שדוננו בבתי המשפט הפליליים בסקוטלנד.

60 הלכת *Grant*, לעיל ה"ש 58, פס' 24 לפסק דינה של הנשיאה Beverley McLachlin והשופטת Louise Charron.

61 שם, פס' 26.

62 ובמקור: "a suspension of the individual's liberty interest by a significant physical or psychological restraint". ראו: שם, פס' 44 (ההדגשות הוספו).

63 שם, פס' 31: "The question is whether the police conduct would cause a reasonable person to conclude that he or she was not free to go and had to comply with the police direction or demand".

64 שם, פס' 32: "The subjective intentions of the police are not determinative: [...] To answer the question whether there is a detention involves a realistic appraisal of the entire interaction as it developed, not a minute parsing of words and movements".

65 שם, פס' 175-180 לפסק דינו של השופט Binnie.



## ”בית המשפט העליון בממלכה המאוחדת קיבל אף הוא באחרונה את הגישה, שלפיה זכות הגישה לעורך דין העומדת לחשוד בפלילים קמה רק בשעת המעצר, ולמצער בשעה שחופש התנועה מוגבל באופן משמעותי. זאת, בשל האינטרס הציבורי, המחייב לאפשר לאנשי משטרה ללקט מידע ולשאול שאלות כלליות מאדם שעשוי להחזיק במידע רלוונטי, עוד בטרם עורכי דין נכנסים לתמונה, ובכך גם לאפשר לשוטרים קבלת החלטות מושכלות בדבר אופי הטיפול בנחקר עצמו”

לעורך דין קמה לנחקר רק לאחר מעצרו, או שמא בשלב מוקדם יותר.<sup>73</sup> השאלה התעוררה בשלושה הליכים שונים בסקוטלנד, שבהם נאשמים הפלילו את עצמם באוזני אנשי משטרה, מחוץ לתחנת משטרה, בטרם ניתנה להם גישה לעורך דין. ברוב של ארבעה לורדים מול אחד,<sup>74</sup> קבע בית המשפט העליון בממלכה המאוחדת, כי יש לקבל כעיקרון את הגישה האמריקנית בסוגיה זו, כפי שזו גובשה בהלכת *Miranda*,<sup>75</sup> ולפיה אין להעניק לנחקר זכות להיוועץ בעורך דין אלא אם כן מתמלאים לגביו שלושה תנאים מצטברים: האחד, שהנחקר הוא בגדר “חשוד”<sup>76</sup>; השני, שהנחקר מצוי ב”חקירה”<sup>77</sup>; והשלישי, שהנחקר מצוי ב”משמורת” המשטרה.<sup>78</sup> דעת הרוב בבית המשפט העליון גם קבעה, בניגוד לדעתו החולקת של Lord Kerr, כי המסקנה המשפטית האמורה אינה סותרת את האמנה האירופית לזכויות אדם כפי שזו פורשה

73 פרשת *Ambrose*, לעיל ה”ש 71, פס’ 3 לפסק דינו של Lord Hope.  
 74 ארבעת שופטי הרוב היו סגן נשיא בית המשפט העליון, Lord Hope, וכן השופטים Lord Brown, Lord Dyson, Lord Kerr, ו-Lord Clarke. היה בדת מיעוט.  
 75 הלכת *Miranda*, לעיל ה”ש 11.  
 76 פרשת *Ambrose*, לעיל ה”ש 71, פס’ 62-63 לפסק דינו של Lord Hope.  
 77 שם, פס’ 65.  
 78 שם, פס’ 64; לעניין זה, ראו גם: פס’ 82-83 לפסק דינו של Lord Brown, פס’ 99 לפסק דינו של Lord Dyson, פס’ 113, 117-120 לפסק דינו של Lord Matthew Clarke.

עד עתה על-ידי בית המשפט האירופי לזכויות אדם.<sup>79</sup> כאמור, ארבעה לורדים קיבלו את הרציונל של הלכת *Miranda* האמריקנית, שלפיו זכות ההיוועצות בעורך דין נתונה לחשוד רק בעת מעצרו, או למצער בעת שחופש התנועה שלו מוגבל באופן משמעותי. עמד על כך Lord Dyson, בהתייחסו לשוני המהותי שבין נחקר המצוי במשמורת המשטרה ובין נחקר שמצוי, למשל, בביתו או בשולי הכביש: “I do not doubt that being interrogated by the police anywhere can be an intimidating experience and that a person may make incriminating statements to the police wherever the interrogation takes place [...] On the other hand, the arresting of a suspect and placing him in custody is a highly significant step in a criminal investigation. The suspect cannot now simply walk away from the interrogator. For most suspects, being questioned after arrest and detention is more intimidating than being questioned in their home or at the roadside. The weight of the power of the police is more keenly felt inside than outside the police station”.<sup>80</sup>

דברים ברוח זו נאמרו גם על-ידי Lord Matthew Clarke, תוך מתן דגש על העובדה שהכרה בזכות ההיוועצות בעורך דין בטרם הגבלת החירות של החשוד עלולה לפגוע מעבר לנדרש בעבודת המשטרה, בייחוד בחקירות שעניינן הפרות סדר בקנה מידה רחב, קטטות המוניות וכיוצא ב:

79 שם, פס’ 64 לפסק דינו של Lord Hope: “I would hold that the Strasbourg court has not said, or at least not said with a sufficient degree of clarity, that a person who has become a suspect and is not in custody must, as a rule, have access to a lawyer while he is being questioned” (ראו עוד: במאמר Lord Dyson לפסק דינו של Lord Brown, פס’ 95 לפסק דינו של Lord Dyson. במאמר מוסגר יצוין, כי דבריו של הלורד Hope קיבלו לאחרונה אישור, עת דחה בית המשפט האירופי לזכויות אדם את עתירתו של אזרח בריטי יליד סומליה, שהורשע בסיוע לפעילי טרור שניסה לפוצץ מטען חבלה בלונדון בשנת 2005. העותר טען בעתירתו, בין היתר, כי זכות ההיוועצות בעורך דין קמה לנחקר מיד עם הפיכתו לחשוד - גם אם טרם נעצר - ולכן צריך היה לפסול את הודאתו הראשונה, אשר נגבתה הימנו במשטרה מבלי שנמסר לו כי הוא רשאי להיוועץ בעורך דין. בית המשפט האירופי קבע, כי חרף העובדה שההודעה הראשונה נגבתה מבלי שזכות ההיוועצות ניתנה לעותר, הרי שזכותו למשפט הוגן לא נפגעה, משום שהעותר הסכים בעת מפגשו הראשון עם אנשי המשטרה לסייע להם, התייצב באופן וולונטרי בתחנת המשטרה על-מנת למסור עדות, נחקר בתחילה כעד (ולא כחשוד), ואף היה חופשי לעזוב את תחנת המשטרה בכל עת. וראו: App. No. 50541/08, 50571/08, 50573/08. 40351/09 *Ibrahim v. United Kingdom* (16 December 2014).

80 פרשת *Ambrose*, לעיל ה”ש 71, פס’ 98 לפסק דינו של Lord Dyson (ההדגשה הוספה).

קטן (א) מוסיף וקובע, כי על הקצין הממונה להבהיר לעצור "את זכותו [...] להיפגש עם עורך דין [...] וכן את זכותו להיות מיוצג על-ידי סניגור [מהסניגוריה הציבורית]"<sup>84</sup>. חובה זו, הרובצת על כתפי הקצין הממונה, מכונה בהלכה הפסוקה "חובת היידוע"<sup>85</sup>.

לצד "חובת היידוע" העניק המחוקק לעצור, בסעיף 34 לחוק המעצרים, זכות מהותית "להיפגש עם עורך דין" (סעיף 34(א)), וזאת "ביחידות ובתנאים המבטיחים את סודיות השיחה" (סעיף 34(ג)). זוהי "זכות ההיוועצות" הישראלית, ולכאורה, זכות זו נתונה לחשוד בפלילים למן הרגע שהפך ל"עצור" (כאמור בכותרת סעיף 34 ["זכות העצור להיפגש עם עורך דין"]) ובסעיפים קטנים (א), (ב), (ג) ואילך לסעיף 34).

ואולם מסקנה זו מעוררת קושי מסוים, שכן סעיף 19(א) לחוק הסניגוריה הציבורית, התשנ"ו-1995, קובע, כי: "נעצר אדם והובא לתחנת משטרה או למתקן של רשות החוקרת על-פי דין או שהוא חשוד בביצוע עבירה, ויודע לו הממונה על התחנה או על החקירה, בהקדם האפשרי, כי באפשרותו לבקש מינוי סניגור ציבורי אם הוא זכאי לכך לפי חוק זה".

עינינו הרואות, אפוא, כי חובת היידוע שבסעיף 19(א) לחוק הסניגוריה הציבורית - למצער בסיפא שבו - הינה רחבה יותר מאשר חובת היידוע שבסעיף 32 לחוק המעצרים. שהרי, סעיף 32 לחוק המעצרים מטיל על המשטרה חובה להבהיר לחשוד "מיד" עם המעצר "את זכותו [...] להיפגש עם עורך דין"; מנגד, סעיף 19(א) לחוק הסניגוריה הציבורית מחייב את המשטרה להודיע לאדם ש"נעצר [...] או שהוא חשוד בביצוע עבירה", כי "באפשרותו לבקש סניגור ציבורי". מכאן, כי חובת היידוע שבסעיף

"Once a person's liberty is curtailed by the authorities, the balance of power between him and the representatives of the state shifts significantly and, it might be said, requires to be redressed by his having access to a lawyer [...] If the police are required to ensure that a person who they wish to question about the commission of a crime (in a situation where the circumstances point to the person being a possible suspect) should have access to a lawyer, if he so wishes, then such a requirement could hamper proper and effective investigations in situations which are often dynamic, fast moving and confused. The unfortunately regular street brawls in city and town centres, or disturbances in crowded places like night clubs, which, on occasions, result in homicide, are simply examples of situations which highlight the problems that might be involved"<sup>81</sup>.

ולסיכום פרק זה, בית המשפט העליון בממלכה המאוחדת קיבל אף הוא באחרונה את הגישה, שלפיה זכות הגישה לעורך דין העומדת לחשוד בפלילים קמה רק בשעת המעצר, ולמצער בשעה שחופש התנועה מוגבל באופן משמעותי. זאת, בשל האינטרס הציבורי, המחייב לאפשר לאנשי משטרה ללקט מידע ולשאל שאלות כלליות מאדם שעשוי להחזיק במידע רלוונטי, עוד בטרם עורכי דין "נכנסים לתמונה", ובכך גם לאפשר לשוטרים קבלת החלטות מושכלות בדבר אופי הטיפול בנחקר עצמו.<sup>82</sup>

## ד. ישראל

סעיף 32 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: "חוק המעצרים"), שכותרתו "הסברת זכויות לעצור" קובע, כי עם קבלת ההחלטה לעצור חשוד, יבהיר לו הקצין הממונה בתחנת משטרה<sup>83</sup> "מיד את דבר המעצר ואת סיבת המעצר". סעיף

84 יוער, כי בית המשפט העליון הטיח בעבר ביקורת על קיום חלקי של חובת היידוע, למשל כשחוקרי משטרה ידעו עצור על-אודות הזכות להיוועץ בעורך דין, אך נמנעו מלהודיע לו באופן ספציפי על זכותו להיות מיוצג על-ידי סניגור ציבורי. וראו: ע"פ 8974/07 ל"ן נ' מדינת ישראל, פס' כד-כה לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בבנו, 3.11.10) ("יש להקפיד על כריכת ההודעה על עצם זכות ההיוועצות עם ההודעה על אפשרות המינוי של סניגור ציבורי"); והשוו: ע"פ 5962/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 6 לפסק דינה של המשנה לנשיא (כתוארה דאז) נאור (פורסם בבנו, 2.5.12) (אי-עמידת החוקר על "מיצוי" זכותו של קטין להיוועץ בעורך דין אינו הופך את הודעת הקטין לבלתי-קבילה מנימוק זה כשלעצמו); והשוו בארצות הברית: *Chambers v. Lockhart*, 872 F.2d 274 (8<sup>th</sup> Cir. 1989) (השמטת הרכיב הרביעי באזהרות *Miranda* בדבר הזכות להיות מיוצג על-ידי סניגור ציבורי אינה בהכרח מובילה למסקנה שפנל פגם באזהרת הנחקר, בייחוד כאשר ברור שהנחקר אינו חסר-אמצעים).

85 ראו, למשל: בג"ץ 3412/91 סופיא נ' מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה, פ"ד מז(2) 850, 843 (1993); כן ראו: ע"פ 7758/04 אלקאדר נ' מדינת ישראל, בעמ' 20 לפסק דינו של השופט ס' ג'ובראן (פורסם בבנו, 19.7.07).

81 שם, פס' 116 לפסק דינו של Lord Matthew Clarke.

82 שם, פס' 65 לפסק דינו של Lord Hope; כן ראו: פס' 119 לפסק דינו של Lord Matthew Clarke; באשר לאופן יישומה של הלכת *Ambrose v. Harris* בבית המשפט הפלילי הגבוה בסקוטלנד (High Court of Justiciary), ראו: *Barrie v. Procurator Fiscal, Dundee* [2012] HCJAC 160.

83 "הקצין הממונה" מוגדר, בס' 25(א) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: "חוק המעצרים"), כ"קצין הממונה על החקירות בתחנה, בהעדרו - [מפקד] התחנה, ובהעדרם - [ה]קצין הממונה על התחנה".

## ”חובת היידוע שבסעיף 19(א) לחוק הסניגוריה הציבורית - למצער בסיפא שבו - הינה רחבה יותר מאשר חובת היידוע שבסעיף 32 לחוק המעצרים. שהרי, סעיף 32 לחוק המעצרים מטיל על המשטרה חובה להבהיר לחשוד ‘מיד’ עם המעצר ‘את זכותו [...] להיפגש עם עורך דין; מנגד, סעיף 19(א) לחוק הסניגוריה הציבורית מחייב את המשטרה להודיע לאדם שיעצר [...] או שהוא חשוד בביצוע עבירה, כי באפשרותו לבקש סניגור ציבורי”

הני”ל של השופטת ביניש, כך נדמה, ל-*ratio decidende* של הנשיאה ביניש בפרשת **אסף שי נ’ מדינת ישראל**<sup>90</sup>. בפרשה זו, המערער, נהג משאית, הועמד לדין בעבירת הריגה ובעבירות נלוות בגין מעורבותו בתאונת דרכים קטלנית, שבה קופחו חייו של נהג רכב שנסע מאחוריו. בהכרעת הדין קבע בית המשפט המחוזי - בהסתמך על הודעת המערער במשטרה, שנמסרה מבלי שהיה עצור - כי עובר לתאונה עיין המערער תוך כדי נהיגה במפת דרכים, וכי הסבת תשומת הלב מהנעשה בדרך הייתה סטייה גסה מרמת ההתנהגות הסבירה, אשר יוצרת חזקת מודעות לטיב ההתנהגות ולאפשרות הגרימה של התוצאה הקטלנית; ומשלא עלה בידי המערער להפריך חזקה זו, הוכח יסוד הפיזיות בהתנהגותו ויש להרשיעו בהריגה.

בית המשפט העליון, בדעת רוב,<sup>91</sup> קיבל באופן חלקי את ערעורו של המערער והרשיעו בעבירה של גרם מוות ברשלנות במקום בעבירת הריגה.<sup>92</sup> ויודגש, כי זיכוי של המערער מעבירת הריגה נבע במישורן מפסילת ההודעה האמורה,<sup>93</sup> וזאת נוכח עמדת הרוב, שזכות ההיוועצות של המערער נפגעה בזמן החקירה. ויש לשאול, אפוא, מדוע הגיעו שופטי הרוב למסקנה, שיש לפסול את הודעת המערער עקב הפגיעה בזכות ההיוועצות, בייחוד על רקע העובדה, שהמערער כלל לא היה “עצור”

19(א) חלה גם על חשוד שאינו עצור, הגם שהחובה המקבילה בסעיף 32 קמה לכאורה רק בעקבות מעצרו של החשוד. בפרשת **יששכרוב** עמדה השופטת ביניש (כתוארה אז) על ההבדל הקיים בין שתי הוראות החוק הללו ביחס לשאלה אימתי קמה חובת היידוע. בהקשר זה ציינה השופטת ביניש, כי יש “שתי אפשרויות פרשניות למונח ‘עצור’ בסעיף 32(1) לחוק המעצרים”:<sup>86</sup> האפשרות האחת, על דרך הפרשנות המצמצמת, היא, כי חובת היידוע “קמה עם קבלתה של החלטת מעצר על-ידי הקצין הממונה ומסירת הודעה על כך לחשוד”.<sup>87</sup> האפשרות השנייה, על דרך הפרשנות המרחיבה, גורסת, כי “החובה ליידע ‘עצור’ בדבר זכותו להיוועץ בעורך דין אינה כרוכה בהכרח בקבלתה של החלטת מעצר, אלא היא קמה כל אימת שאדם חשוד בביצוע עבירה ומעוכב במשמורת המשטרה לצורכי חקירה, באופן שחירותו וחופש התנועה שלו מוגבלים; זאת, אף אם לא התקבלה החלטה מצד הקצין הממונה בדבר מעצרו של החשוד”.<sup>88</sup> בסופו של יום, הותירה השופטת ביניש את ההכרעה בדבר פרשנותו הנכונה של המונח “עצור” בסעיף 32(1) בצריך עיון, וזאת משום שבנסיבות המקרה ההכרעה לא הייתה דרושה; עם זאת, השופטת ביניש הוסיפה הערה ולפיה נטייתה היא “לאמץ את הפרשנות המרחיבה”<sup>89</sup> כמתואר לעיל.

### פרשת אסף שי

כשלוש שנים וחצי לאחר פרסום הלכת **יששכרוב** הפך ה-*obiter dictum*

90 ע”פ 9956/05 שי נ’ מדינת ישראל (פורסם בנוב, 4.11.09). אכן, ביניש הצהירה במפורש בפרשת שי, כי אינה מכריעה בדבר הפרשנות הנכונה למונח “עצור” בס’ 32 לחוק המעצרים, הגם שביחס לס’ 34(ב) קבעה, כי המונח “עצור” כולל גם מי שאינו עצור, אך “מצוי במשמורת המשטרה”. הדעת נותנת, שבית המשפט העליון לא יפרש, בבוא היום, את ס’ 32 באופן צר יותר - ובכך ליצור חוסר הרמוניה בולט בין שתי הוראות החוק - ולכן אפשר להניח, ש”נטייתה” של ביניש בהלכת **יששכרוב** להעניק לס’ 32 פרשנות מרחיבה היא, לאמתו של דבר, כבר בגדר הלכה שאין עוררין עליה.

91 השופט רובינשטיין הצטרף לעמדת הנשיאה ביניש, שלפיה יש לזכות את המערער מהריגה, וזאת כנגד דעתה החולקת של השופטת ברלינר.

92 ועוד, כי המערער גם זוכה בפסק הדין של בית המשפט העליון מעבירה של נהיגה ללא אפשרות שליטה ברכב וראיית הדרך לפי תקנה 26(4) לתקנות התעבורה, התשכ”א-1961.

93 ראו: פרשת שי, לעיל ה”ש 90, פס’ 20 סיפא לפסק דינה של הנשיאה ביניש: “פסילת קבילותה של ההודעה המשטרית ת/18 שומטת את התשתית הראייתית שהובילה להרשעת המערער בעבירת הריגה ולפיכך יש לזכותו ממנה”.

86 הלכת **יששכרוב**, לעיל ה”ש 23, בעמ’ 500.

87 שם, מול האות ה’.

88 שם, בעמ’ 501 מול האות ב’. יצוין, כי זוהי הפרשנות שהוצעה הן על-ידי סניגוריו של יששכרוב, הן על-ידי הסניגוריה הציבורית הארצית. וראו: שם.

89 שם, מול האות ז’.

לצרכי חקירה כשהוא אינו בבחינת 'עצור'<sup>96</sup>. ואכן, בהמשך פסק הדין הביעה ביניש את דעתה, כי החוקר לא אפשר למערער במקרה דנא לממש את זכותו להיפגש עם עורך דין, ומטעם זה יש לפסול את ההודעה.<sup>97</sup> מעבר לכך, הסבירה ביניש שגם אי-אפשר להסיק שהמערער ויתר בפועל על זכות ההיוועצות כשהחליט למסור גרסה בחקירתו, וזאת מחמת "ספק" שנעוץ 'בהיעדרו של רישום בנוגע לנסיבות בהן ראה המערער להשיב לשאלות החוקר על-אף שבתחילה ביקש להפסיק את החקירה'.<sup>98</sup> השופט רובינשטיין הצטרף לעמדת ביניש בדבר קיומו של ה"ספק" שמא "לא ניתן למערער למצות את

96 שם, פס' 14 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (ההדגשות הוספו). יוער, כי מסקנת ביניש לעניין זה, שלפיה "על-פני הדברים" תחולת ס' 34(ב) "אינה מצומצמת למצבים בהם הנחקר שביקש זאת הינו עצור", אינה מנומקת. אין הסבר, אפוא, מדוע נמנעה ביניש (גם הפעם) מלקבוע באופן מפורש, שהמונח "עצור" בס' 32(1) כולל גם נחקר "שמצוי במשמורת המשטרה", הגם שביחס לס' 34(ב) לא מצאה כל קושי לאמץ, "על-פני הדברים", את הגישה הפרשנית המרחיבה למונח "עצור". ואפשר לשאול, מדוע בס' 34(ב) - להבדיל מס' 32(1) - הפרשנות המרחיבה מתבקשת על פניה? וצריך עיון.

97 שם, פס' 17-16 לפסק דינה של הנשיאה ביניש, לדעת ביניש, מוצדק היה לפסול את הודעת המערער כיוון שהתקיימו בפרשה זו "נסיבות מיוחדות ויוצאות דופן שהיה בכוח המצטבר כדי להצדיק את הפסקת החקירה על אתר לפי בקשת המערער, על-מנת לאפשר לו לממש את זכותו להיוועץ בעורך דין בטרם גביית האמרה". נסיבות אלו נעוצות, לדעתה, בכך שהמערער ביקש להיפגש עם עורך דין עוד בטרם הוצגו בפניו שאלות החוקר; בכך שהמערער לא היה עצור בעת שנחקר, ולא נשקפה ממנו סכנה ממשית לציבור; ובכך שלא הייתה דחיפות מיוחדת לגבות את הודעת המערער באותה עת, ואף "מתעורר ספק שמא החוקר המשטרתי ניסה להשפיע שלא כדין על המערער לוותר על זכות הייצוג". לעניית דעתי, ספק רב אם שלוש הנסיבות הללו ויוצרות "נסיבות מיוחדות ויוצאות דופן" שיש בהן כדי לבסס קביעה שהאחראי על החקירה לא "אפשר" למערער להיפגש עם עורך דין, ובכל הצניעות הנני מסכים לניתוח של השופטת ברלינר, בדעת מיעוט, לעניין זה. אוסיף רק כי באשר לנימוק השני של הנשיאה ביניש (הנוגע ישירות לנושא דיונו), עצם העובדה שהמערער "לא היה עצור בעת שנחקר ולא נשקפה ממנו סכנה ממשית לציבור" (וראו: שם, פס' 16), יש בה לכאורה כדי לחזק את השיקולים נגד פסילת ההודעה, ולא לתמוך בהם. לשון אחר, העובדה שהמערער לא היה בגדר "עצור" (וכאמור לעיל פס' 93, אף לא בגדר "מעוכב"), משמעה שהמערער היה רשאי לקום ולעזוב את חדר החקירות מבלי להשיב כלל לשאלות החוקר; ומשכך, כיוון שהחליט לבסוף למסור עדות - וכל זאת לאחר שנקבע במישור העובדתי שהמערער הוזהר בדבר זכות השתיקה וגם ידע בפועל על זכות ההיוועצות (שם, פס' 12 סיפא) - נדמה כי דווקא מסקנת השופטת ברלינר, שלפיה המערער הסכים מרצונו החופשי להשיב לשאלות החוקר, מקבלת חיזוק משמעותי. וכך בלשון השופטת ברלינר: "ליבת המסקנה היא כי זו היתה בחירתו של המערער [למסור הודעה], בחירה ששקלה את הטורח להגיע פעם נוספת מקרית אונן לעכו, את העובדה שאינו רוצה לראות יותר שוטרים ובאופן כללי את שאיפתו 'לגמור עם העניין הזה'. ב'תרגום' למונחי הלכת יששכרוב: 'החלטתו של המערער משקפת את רצונו החופשי והאוטונומי להמשיך בחקירה' (וראו: פס' 4 לפסק דינה של השופטת ברלינר. ההדגשה במקור). שם, פס' 17 לפסק הדין.

בזמן חקירתו, וכפי הנראה אף לא בגדר "מעוכב"<sup>94</sup>. עיון בפסק הדין של הנשיאה (דאז) ביניש בפרשת שי מלמד, כי באופן פורמלי שוב נמנעה הנשיאה מלהכריע בסוגיית התחולה של חובת היידוע, כאמור בסעיף 32 לחוק המעצרים, ביחס לחשוד שאינו בגדר עצור.<sup>95</sup> לאחר מכן הסבירה הנשיאה, כי גם בהנחה שהחוקר המשטרתי פעל שלא כדין כאשר נמנע מליידע את המערער בדבר זכותו להיוועץ בעורך דין, הרי שאין לפסול את ההודעה מנימוק זה, אלא בשל פגיעה בזכות ההיוועצות גופה, כפי שזו מעוגנת בסעיף 34(ב) לחוק המעצרים. וכך לדברי הנשיאה:

"סעיף 34(ב) לחוק המעצרים קובע, כי אם ביקש עצור להיפגש עם עורך-דין, יאפשר זאת האחראי על החקירה 'ללא דיחוי'. על-פני הדברים, החובה הקבועה בחוק לאפשר פגישה עם סנגור 'ללא דיחוי' אינה מצומצמת למצבים בהם הנחקר שביקש זאת הינו עצור, והחובה האמורה חלה גם כאשר הנחקר המבקש להיפגש עם סנגורו מצוי במשמורת המשטרה

94 "עוכב" מוגדר בדין הישראלי, בראש ובראשונה, כ"הגבלת חירותו של אדם לנוע באופן חופשי" (וראו: ס' 66 רישא לחוק המעצרים). בפרשת שי, הודעת המערער בחדר החקירות לא ניתנה בזמן שחירותו הוגבלה על-פי הוראה או דרישה של אנשי משטרה. אלא, כאמור בפסק הדין, המערער הגיע לבית-המשפט לתעבורה לשם דיון להשבת רישיון הנהיגה שלו בעקבות פסילה מינהלית. בתום הדיון בבית-המשפט, ניגש שוטר אל המערער וביקש הימנו להתלות אליו לתחנת המשטרה, שם הוזהר בדבר זכות השתיקה ונתבקש למסור עדות. המערער חש כי אין זה זמן מתאים למסור עדות וביקש להתייעץ עם עורך דין. בשלב זה - כדברי המערער בבית המשפט - "אלו הוא אמר לי תשמע, אתה יכול לתת עדות שזה יעזור לך כי אם לא, אני ביקשתי ממנו לראות עורך דין, אז הוא אמר לי - אם לא, אז מחר תצטרך לבוא עם עורך דין או בלי עורך דין ותצטרך לתחם על ערבות של 30,000 ש"ח" (וראו: פס' 9, 16, ו-17 לפסק דינה של הנשיאה ביניש, וכן פס' 4 לפסק דינה של השופטת ברלינר. ההדגשה הוספה). הנה כי כן, החוקר לא הודיע למערער, בתגובה לבקשתו "לראות עורך דין", כי הוא מנוע מלעזוב את תחנת המשטרה ו"לראות עורך דין" בשל היותו מעוכב (לא כל שכן עצור), אלא החוקר הסכים לעזיבת המערער את המקום, הגם שהודיעו שיצטרך לבוא למחרת להשלמת החקירה. לעניית דעתי, ברי כי עובדות אלו אינן יוצרות הגבלה נורמטיבית על החירות, ומשכך גם אין לראות את המערער כמי שהיה "מעוכב" בזמן החקירה.

95 פרשת שי, לעיל ה"ש 90, פס' 12 לפסק דינה של הנשיאה ביניש, כך בלשונו: "בהלכת יששכרוב דנתי בשאלת היקף החובה ליידיע נחקר שאינו עצור בדבר זכותו להיוועץ בעורך-דין. שאלה זו מתעוררת נוכח לשונה של הוראת-סעיף 32 לחוק המעצרים, ממנה עשוי לכאורה להשתמע כי חובת היידוע בדבר זכות ההיוועצות קמה עם קבלת החלטה על מעצרו של אדם ומתן הודעה על היותו עצור. בהלכת יששכרוב נטיתי לדעה כי חובת היידוע האמורה חלה כל אימת שאדם חשוד בביצוע עבירה ומעוכב במשמורת המשטרה לצרכי חקירה אף אם אינו עצור, אולם בנסיבות אלו עניין לא נדרשתי להכריע בדבר [...] נסיבות עניינו של המערער אף הן אינן מחייבות הכרעה בסוגיה האמורה" (ההדגשה הוספה).

חופש הבחירה ונפגעה האוטונומיה שלו<sup>99</sup>, וכן נתן משקל לכך, שפסילת ההודעה אין בה כדי להוביל לזיכוי המוחלט של המערער, "שהרי המערער יורשע מכל מקום בגרימת מוות"<sup>100</sup>. אפשר אפוא לסכם ולומר, כי לדעת ביניש, כפי שבאה לידי ביטוי בפרשת **שי**, טרם הוכרעה סופית השאלה האם חובת היידוע כלפי "עצור" בסעיף 32 לחוק המעצרים חלה גם על מי שאינו עצור, אך "מצוי במשמורת המשטרה". עם זאת, בכל הנוגע לחובה הרובצת על הקצין הממונה לאפשר ל"עצור" לממש את זכות ההיוועצות המעוגנת בסעיף 34(ב), הרי שלדעתה "על-פני הדברים, החובה [...] אינה מצומצמת למצבים

## " בפרשת קוטלאייר דחה בית המשפט העליון את הטענה, כי רובצת חובה על קצין משטרה בהליך שימוע מינהלי ליידיע נהג רכב על-אודות זכות ההיוועצות "

99 שם, פס' י"ד לפסק דינו של השופט רובינשטיין. בנקודה זו יצוין, כי קיומו של "ספק" - וליתר דיוק, "ספק סביר" - ביחס לשאלת הפגיעה בזכויות החוקתיות של נחקר הינו מבחן מחמיר בהרבה מהמבחן המקביל בדיון הקנדי ובדיון האמריקני. בקנדה, למשל, לשם הפעלת דוקטרינת הפסלות החוקתית, לא די בכך שהנאשם יעורר "ספק" ביחס לאפשרות שזכויות החוקתיות נפגעו, אלא עליו רובץ הנטל להראות, בדרגה של **מאזן הסתברויות**, כי כך אכן אירע; וראו לעניין זה: פרשת *Oickle*, לעיל ה"ש 27, פס' 38 לפסק דינו של השופט Frank Iacobucci: "[T]he Charter [right to silence] applies a different burden and standard of proof from that under the confessions rule. Under the former, the burden is on the accused to show, on a balance of probabilities, a violation of constitutional rights. Under the latter, the burden is on the prosecution to show beyond a reasonable doubt that the confession was voluntary" (ההדגשה הוספה). וראו גם: *L. Dufraimont, The Common Law Confessions Rule in the Charter Era: Current Law and Future Directions* 40 S.C.L.R. (2d) 249, 265 (2008). הנטל אמנם רובץ על **התביעה** להראות כי המשטרה עמדה בדרישותיה של הלכת *Miranda*, אך הנטל הוא ברמת **מאזן הסתברויות** - בשונה מ**ספק סביר**; וראו את פסק הדין של הנשיא *William Rehnquist* בפרשת *Colorado v. Connelly*, 479 U.S. 157 (1986). על רקע דברים אלה, נדמה כי המבחן שיישמו הנשיאה (דאז) ביניש והשופט רובינשטיין במקרה דנא - קרי קיומו של "ספק" גרידא בדבר ויתור המערער על זכות ההיוועצות - הינו מבחן מחמיר מדי, בייחוד נוכח העובדה שלא עסקינן ברף ההוכחה ליסודות העבירה.

100 שם, פס' ט"ו לפסק דינו של השופט רובינשטיין. האמת ניתנת להיאמר, כי שיקול זה יש בו במידה רבה משום "סימון המטרה לאחר יריית החץ", ואין צורך לומר, כי הכרעות שיפוטיות כאלו מגבירות את אי-הוודאות המשפטית בסוגיה שהינה בעלת חשיבות עצומה בבתי המשפט הפליליים בארץ בכל קשת העבירות הפליליות.

בהם הנחקר שביקש זאת הינו עצור"<sup>101</sup>.

### פרשת קוטלאייר

מועד לידתה של זכות ההיוועצות נדון שוב באחרונה בבית המשפט העליון במסגרת הדיון המאוחד בפרשות **קוטלאייר ורבינוביץ**<sup>102</sup>. בהליכים אלה העניק בית המשפט העליון רשות לערער על שתי החלטות שונות של בית המשפט המחוזי בחיפה<sup>103</sup>, שבהן נדחו ערריהם של נהג (קוטלאייר) ונהגת (רבינוביץ) שרישיונות הנהיגה שלהם נפסלו על-ידי קצין משטרה בהליך מינהלי עקב החשד שנהגו בשכרות. שני המערערים טענו כי נפל פגם בשימועים שנערכו להם על-ידי קצין משטרה, וזאת מכיוון שלא ידעה להם, ואף לא ניתנה להם אפשרות לממש את זכותם להיוועץ בעורך-דין עובר להחלטת הפסילה. במענה לטענה זו, טענה המדינה שתי טענות שונות ועצמאיות: הטענה האחת, כי חובת היידוע בדבר זכות ההיוועצות אינה "חובה" כל עיקר בהליך מינהלי, אלא אך ורק בהליך פלילי; וטענה שנייה, כי אפילו היינו עוסקים בשני המקרים בהליך פלילי "טהור", הרי שזכות ההיוועצות אינה קמה לחשוד בשלב כה מוקדם של ההליך, דהיינו טרם מעצרו ואף טרם הטלת מגבלה ממשית על חירותו. בית המשפט העליון קיבל, כאמור, את בקשות המערערים למתן רשות ערעור, אך דחה את שני הערעורים לגופם. כך, דחה בית המשפט העליון את הטענה, כי רובצת חובה על קצין משטרה בהליך שימוע מינהלי ליידיע נהג רכב על-אודות זכות ההיוועצות, וזאת בשל הרציונלים השונים

101 כאמור לעיל בה"ש 90, קשה להאמין שבית המשפט העליון יפרש, בבוא היום, את הביטוי "עצור" בס' 32 לחוק המעצרים באופן צר יותר מאשר בס' 34(ב). אלא אפשר להניח, שעל אף ששאלה זו טרם הוכרעה באופן פורמלי, הרי ש"חובת היידוע" נוצרת אף כאשר הנחקר טרם נעצר, ובלבד שהוא נחשב כמי ש"מצוי במשמורת המשטרה"; והשוו לדבריה של הנשיאה ביניש בע"פ 5954/06 **סרנצ'וקוב נ' מדינת ישראל**, פס' 18 לפסק הדין (פורסם בנבו, 13.10.10): "הדעה המקובלת היא כי זכות הייצוג וההיוועצות בעורך דין מסייעת לשמירה על זכויותיהם של נחקרים, להבטחת הגינותם של הליכי החקירה ולמניעת ניצול לרעה של פערי הכוחות המובנים בין העצור לאנשי המרות החוקרים אותו". ענינו הרואות, כי בציטוט זה התייחסה ביניש אך לפערי הכוחות שבין "עצור" ל"אנשי המרות חוקרים אותו", הגם שכבר הביעה **המשטרה**, אף אם טרם נעצר. עם זאת, נדמה כי בדברים קצרים אלה לא נסוגה ביניש מן הדברים המפורשים שאמרה בפרשת **שי** באשר לאימוץ גישה פרשנית מרחיבה למועד היווצרות זכות ההיוועצות, מה גם שהציטוט הרלוונטי נשאב לתוך פסק דין **סרנצ'וקוב מ'פסק דין יששכרוב** עצמו; וראו לעניין זה: הלכת **יששכרוב**, לעיל ה"ש 23, בעמ' 496.

102 רע"פ 2759/13 **רבינוביץ נ' מדינת ישראל**; רע"פ 8860/12 **קוטלאייר נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 16.1.14).

103 שתי ההחלטות ניתנו על-ידי השופט סעב בבית המשפט המחוזי בחיפה.

זאת ועוד: בהמשך פסק הדין העיר שהם, במסגרת קביעתו כי אין לגזור גזירה שווה בין הליכים פליליים להליכים מינהליים בכל הנוגע לזכות ההיוועצות, כי:

“אותם רציונאליים העומדים במרכזה של זכות ההיוועצות במסגרת החקירה הפלילית [...] מתקיימים בהליך השימוע המנהלי, בו עסקינן. קל וחומר, כי המבקשים לא יוכלו להיבנות מחובת היידוע בנוגע לזכות ההיוועצות, הנתונה לעצור במסגרת חקירה פלילית (או על-פי פרשנות מרחיבה יותר, לנחקר בחדש לביצוע עבירה), ולהקיש ממנה לגבי נהג שהזמן לשימוע, בהקשר לפסילה המינהלית.”<sup>113</sup>

ובכן, עיון מדוקדק בדבריו של שהם מלמד, כי אין בהם הצגה מדויקת דיה של הגישה הפרשנית המרחיבה למונח “עצור”, שצידדה בה ביניש בפרשות **יששכרוב ושי**. שכן שהם מתאר בשני המקומות דלעיל את הגישה המרחיבה כגישה, המחייבת ליידע “חשוד” הנמצא ב”חקירה” פלילית על-אודות זכות ההיוועצות, וזאת, לכאורה, בלא קשר לשאלת היותו ב”משמורת” המשטרה, או כמי שחופש התנועה שלו “מוגבל”. ונזכיר לעניין זה, כי ביניש ציינה פעם ועוד פעם, כי הגם שלא נדרש “מעצר” ממש על-מנת שתשתכלל חובת היידוע, הרי שלמצער נדרש, כי “אדם חשוד בביצוע עבירה ומעוכב במשמורת המשטרה לצורכי חקירה, באופן שחירותו וחופש התנועה שלו מוגבלים.”<sup>114</sup> הוזה אומר, לדעתה דרושים שלושה אלמנטים מצטברים להיווצרות חובת היידוע, והם: (1) “חשוד”; (2) “חקירה”; (3) “עיכוב במשמורת המשטרה/”חירות וחופש תנועה מוגבלים”, ממש כמו בארצות הברית, בקנדה ובממלכה המאוחדת (חרף קיומם של ניואנסים שונים בין המדינות, כמפורט בהרחבה לעיל). נוכח האמור, נדמה כי אין לראות בדבריו של שהם בפרשת **קוטלאייר** משום סטייה מדבריה של ביניש בפרשות **יששכרוב ושי**, כך שחובת היידוע הורחבה גם לעברו של נחקר שאינו מצוי כלל במשמורת המשטרה. ראשית, אין אינדיקציה כלשהי בפסק דין **קוטלאייר**, שזו הייתה כוונתו של שהם (או מי מהשופטים האחרים שישבו בהרכב); נהפוך הוא, ברור כשמש, ששהם הסכים לדבריה של ביניש לעניין זה, ולכן הוא גם מצא

העומדים ביסוד הליך פלילי והליך מינהלי;<sup>104</sup> תכליתה של פסילה מינהלית והעובדה שאין בה סטיגמה פלילית;<sup>105</sup> העובדה שמדובר ב”נזק” שאינו בלתי-הפיך ובשליה זמנית בלבד של האפשרות לנהוג ברכב;<sup>106</sup> ולבסוף, בשל הפגיעה הצפויה באינטרס הציבורי אם תורחבנה החובות המוטלות על הרשות,<sup>107</sup> וכפועל יוצא מכך תחול “עליה חדה של מספר הנהגים אשר יבחרו להיוועץ בעורך דין ולהיות מיוצגים על-ידו בהליך זה.”<sup>108</sup> בית המשפט העליון גם העיר, כי ייצוג על-ידי עורך דין בהליכי פסילה מינהליים, “למרות חשיבותו הרבה, עלול לגרום לסרבול ההליך, וליתר ‘משפטיזציה’ שלו.”<sup>109</sup>

לענייננו יוער, כי במסגרת הדיון המשפטי בדבר הרציונלים העומדים ביסוד חובת היידוע בהליך פלילי, הצביע השופט שהם (שכתב את פסק הדין העיקרי) על דבריה של ביניש בפרשת **יששכרוב**, שם הציעה - מבלי להכריע סופית, כאמור - לאמץ פרשנות מרחיבה למונח “עצור”, כך שחובת היידוע תתגבש “כל אימת שאדם חשוד בביצוע עבירה ומעוכב במשמורת המשטרה לצורכי חקירה.”<sup>110</sup> עוד הפנה שהם לדבריה של ביניש בפרשת **שי**, כפי שצוטטו לעיל,<sup>111</sup> ולאחר כל אלה סיכם את התשתית הנורמטיבית כדלקמן:

“עמדנו על כך שזכות ההיוועצות במסגרת הדין הפלילי, אף אם היא אינה בעלת מעמד חוקתי על-חוקי, נתפסת כזכות בעלת מעמד רם ביותר, והיא בגדר זכות יסוד של הנחקר, הנגזרת, הן מן הזכות להליך הוגן במשפט הפלילי והן מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מזכות זו נובעת גם החובה ליידע את העצור (ולפי הפרשנות המרחיבה יותר, גם את החשוד המצוי בחקירה פלילית) בדבר זכותו להיוועץ בעורך-דין, ובמקרים המתאימים להודיע לו על אפשרותו לבקש את מינויו של סיניגור ציבורי. אין צריך לומר, כי חובת היידוע וזכות ההיוועצות עצמה, שלובות זו בזו, ומשלימות האחת את רעותה.”<sup>112</sup>

104 פרשת **קוטלאייר**, לעיל ה”ש 102, פס’ 20-21 לפסק דינו של השופט שהם.

105 שם, פס’ 22-24.

106 שם, פס’ 24.

107 שם, פס’ 25.

108 שם, פס’ 26.

109 שם; כן ראו לעניין זה את פסק דינו של השופט רובינשטיין.

110 שם, פס’ 18 לפסק דינו של השופט שהם, השופט מפנה לפס’ 17 לפסק דינה של השופטת (כתוארה דאז) ביניש בהלכת **יששכרוב**.

111 לעיל ה”ש 95.

112 פרשת **קוטלאייר**, לעיל ה”ש 102, פס’ 19 לפסק דינו של השופט שהם.

113 שם, פס’ 21 סיפא לפסק דינו של השופט שהם.

114 באשר להלכת **יששכרוב**, ראו: לעיל ה”ש 88 והטקסט הצמוד לה. באשר לפרשת

**שי**, ראו: לעיל ה”ש 95, והטקסט הצמוד לה.

**“פרשנות סבירה ותכליתית של הוראות החוק השונות מובילה לכך, שחובת היידוע, ממש כמו זכות ההיוועצות עצמה, קמה בדין הישראלי כל אימת שמתמלאים שלושת התנאים שראינו במשפט המשווה, והם: ראשית, עסקינן באדם החשוד בביצוע עבירה; שנית, החשוד נמצא בחקירה על-ידי איש מרות; ושלישית, חופש התנועה של החשוד, בעת קיום החקירה, מוגבל באופן משמעותי. כפועל יוצא מכך, יש ‘לקרוא’ את סעיף 19(א) לחוק הסניגוריה הציבורית - בשילוב ההערות שבסוגריים המרובעים - כדלקמן: ‘נעצר אדם והוא לתחנת משטרה או למתקן של רשות החוקרת על-פי דין [וגם אם לא הובא העצור פיסית לתחנת המשטרה או למתקן של רשות חוקרת] או שהוא חשוד בביצוע עבירה [וחופש התנועה שלו מוגבל באופן משמעותי - כגון אם ‘הובא לתחנת משטרה’], יודיע לו הממונה על התחנה או על החקירה, בהקדם האפשרי, כי באפשרותו לבקש מינוי סניגור ציבורי אם הוא זכאי לכך לפי חוק זה”**

ו“הובא לתחנת משטרה”, ואילו בהמשך הסעיף נקבע כי החובה חלה כלפי כל “חשוד בביצוע עבירה” באשר הוא, גם אם החשוד אינו בגדר “עצור” (או “מעוכב”) ולא “הובא” כלל לתחנת המשטרה. מכאן עולה השאלה, אפוא, לא רק כיצד יש לפרש את סעיף 32 לחוק המעצרים אל מול סעיף 19(א) לחוק הסניגוריה הציבורית, אלא אף כיצד אפשר ליישב בין הרישא שבסעיף 19(א) (“הנ”ל ובין המשכו של הסעיף)? לעניות דעתי, פרשנות סבירה ותכליתית<sup>117</sup> של הוראות החוק השונות מובילה לכך, שחובת היידוע, ממש כמו זכות ההיוועצות עצמה,<sup>118</sup> קמה בדין הישראלי כל אימת שמתמלאים שלושת התנאים שראינו במשפט

117 וראו לעניין זה: ס’ 34 לחוק העונשין (שכותרתו “פרשנות”); כן ראו: רע”פ 2217/12 מדינת ישראל נ’ בראשי, פסק דינם של השופטים ארבל ורובינשטיין (פורסם בנבו 24.2.13); רע”פ 6800/13 קסטיאל נ’ מדינת ישראל, פס’ 9 להחלטת השופט שהם (פורסם בנבו, 26.11.13); אהרן ברק “על פרשנותה של הוראה פלילית” מחקרי משפט יז 347, 351 ואילך (2002).

118 לעיל ה”ש 96, והטקסט הצמוד לה.

לנכון להסתמך על הדברים בלא הסתייגות כלשהי.<sup>115</sup> שנית, דבריו המצוטטים של שהם הם בגדר *obiter dictum* מובהק, כיוון שהכרעתו הסופית של בית המשפט העליון בפרשיות אלו לא נסבה כלל סביב שאלת מועד ההיוועצות של חובת היידוע בחקירה פלילית, אלא סביב הקביעה הנורמטיבית שאין חובת יידוע כל עיקר בהליכים מינהליים. הנה כי כן, אין יסוד לסברה שבפסק הדין בעניין קוטלאייר הרחיב בית המשפט העליון את חובת היידוע מעבר ל”גישה המרחיבה” שאומצה זה מכבר על-ידי ביניש, ועוד נזכיר, כי הסניגוריה הציבורית הארצית צידדה בעצמה בגישה זו בפרשת יששכרוב.<sup>116</sup>

### חובת היידוע וזכות ההיוועצות בדין הישראלי - פרשנות הדין ומסקנות אופרטיביות

ראינו לעיל, כי ביניש התלבטה פעמיים בשאלה האם חובת היידוע כלפי “עצור” בסעיף 32 לחוק המעצרים חלה גם על מי שאינו עצור, אך “מצוי במשמורת המשטרה”. מנגד, בכל הנוגע לזכות ההיוועצות המעוגנת בסעיף 34(ב) לחוק נקבע על-ידי ביניש - בלא היסוס ובלא דיון של ממש - כי הזכות אינה מצומצמת למצבים שבהם הנחקר הינו בגדר “עצור”. נזכיר גם, כי ההתלבטות של ביניש בדבר מועד לידתה של חובת היידוע נגזרה מהסתירה לכאורה בין סעיף 19(א) לחוק הסניגוריה הציבורית ובין סעיף 32 לחוק המעצרים.

עם זאת, יודגש, כי הסתירה האמורה קיימת, לכאורה, לא רק בין שת הי הוראות החוק הללו, אלא אף בתוך סעיף 19(א) לחוק הסניגוריה הציבורית גופו. שכן סעיף 19(א) קובע, כאמור, כי “נעצר אדם והוא לתחנת משטרה [...] או שהוא חשוד בביצוע עבירה”, אזי “יודיע לו הממונה על התחנה או על החקירה כי באפשרותו לבקש מינוי סניגור ציבורי”. הנה כי כן, ברישא לסעיף 19(א) נקבע כי חובת היידוע קמה (רק) ביחס לאדם ש”נעצר”

115 אינדיקציה נוספת לכך שזוהי הפרשנות הנכונה לעמדתו המשפטית של השופט שהם מצויה בהחלטה שפורסמה בשלהי כתיבת רשימה זו, וראו: רע”פ 4536/14 רעד נ’ הוועדה המרחבית לתכנון ובנייה “מזרח השרון”, פס’ 9 לפסק הדין (פורסם בנבו, 9.7.14): “במקרה דנן, הפקח שוחח עם המבקש, מבלי ליידע את המבקש בדבר זכותו להיוועץ בעו”ד [...] יודגש, כי בענייננו, המבקש לא היה עצור, וגם לא מעוכב”. יצוין גם, כי השופט שהם הצביע בהחלטה זו על דבריו של השופט דנציגר (בדעת יחיד) בפרשת אבו עצא, לעיל ה”ש 28, פס’ 121 לפסק דינו של השופט דנציגר: “עמדה מרחיבה יותר, לכאורה” באשר לתחולת זכות ההיוועצות על כל אדם החשוד בעבירה שנמצא בחקירה משטרתית.

116 לעיל ה”ש 88.

בדוגמאות הבאות: כך, למשל, אין כל היגיון בהגבלת חובת היידוע לעצור, שנקבעה ברישא לסעיף 19(א) לחוק הסניגוריה הציבורית, רק החל מהמועד שבו העצור "הובא לתחנת המשטרה"; אלא יש להטיל חובה זו על המשטרה גם אם טרם הובא העצור לתחנת המשטרה (ובלבד שהוא נמצא ב"חקירה"). יתר על כן, אין זה סביר לפרש את חובת היידוע שבסעיף 19(א) כלפי "חשוד בביצוע עבירה" כפשוטה,

כיוון שמשמעות הדבר היא שהרישא לסעיף 19(א) הנ"ל הינה מיותרת לחלוטין (כיוון שכל "עצור" ש"הובא לתחנת המשטרה" הינו בהכרח גם "חשוד בביצוע עבירה"), וכך נמצא המחוקק כמי שהשחית את מילותיו לריק. זאת ועוד: סעיף 19(א) הנ"ל מתייחס, מטבע הדברים, אך ורק לחובת היידוע בדבר האפשרות לבקש מינויו של סניגור ציבורי (ובלבד שהחשוד/עצור "זכאי לכך לפי חוק זה"), ולכן חובת היידוע שבחוק הסניגוריה הציבורית אינה כוללת את הזכות של החשוד/עצור להיפגש עם עורך דין שאינו מהסניגוריה הציבורית; משמע, חובת היידוע בדבר הזכות להיוועץ עם עורך דין שאינו מהסניגוריה הציבורית מוסדרת באופן בלעדי בסעיף 32 לחוק המעצרים - אך הוראה זו, כאמור לעיל, חלה במפורש רק על "קצין ממונה", שהחליט "לעצור" חשוד (להבדיל מחשוד שחירותו מוגבלת באופן משמעותי ומצוי בחקירה מול חוקר). הנה כי כן, אין לפרש, לעניית דעתי, את סעיף 32 לחוק המעצרים וסעיף 19(א) לחוק הסניגוריה הציבורית כפשוטם. ראינו שפרשנות מילולית כזו עלולה, בין היתר, להביא לצמצום לא הגיוני של חובת היידוע ביחס לעצור שטרם הובא פיסית לתחנת משטרה; לחוסר הרמוניה בין שתי מערכות הדינים הדנות באותה סוגיה ממש; ואף לסתירה פנימית בין חלקיו השונים של סעיף 19(א) עצמו. אלא יש לפרש את הוראות החוק הרלוונטיות כמוצע לעיל, כך שחובת היידוע וזכות ההיוועצות בעורך דין (וסניגור ציבורי) צומחות בדין הישראלי כל אימת שמדובר בחשוד שנמצא בחקירה על-ידי איש מרות, וזאת בעת שחופש התנועה שלו הוגבל באופן משמעותי.

המשווה,<sup>119</sup> והם: ראשית, עסקינן באדם החשוד בביצוע עבירה; שנית, החשוד נמצא בחקירה על-ידי איש מרות;<sup>120</sup> ושלישית, חופש התנועה של החשוד, בעת קיום החקירה, מוגבל באופן משמעותי. כפועל יוצא מכך, יש "לקרוא" את סעיף 19(א) לחוק הסניגוריה הציבורית - בשילוב ההערות שבסוגריים המרובעים - כדלקמן:

**"נעצר אדם והובא לתחנת משטרה או למתקן של רשות החוקרת על-פי דין**

[וגם אם לא הובא העצור פיסית לתחנת המשטרה או למתקן של רשות חוקרת] או שהוא חשוד בביצוע עבירה [וחופש התנועה שלו מוגבל באופן משמעותי - כגון אם "הובא לתחנת משטרה"], וידיע לו הממונה על התחנה או על החקירה, בהקדם האפשרי, כי באפשרותו לבקש מינוי סניגור ציבורי אם הוא זכאי לכך לפי חוק זה".

וברוח דומה, כך יש לקרוא את החלק הרלוונטי בסעיף 32 לחוק המעצרים: **"החליט הקצין הממונה [ולאו דווקא הקצין הממונה, אלא גם כל איש מרות החוקר את החשוד] לעצור את החשוד [או שחופש התנועה של החשוד כבר מוגבל באופן משמעותי בלא מעצר], יבהיר לו מיד [...] את זכותו [...] להיפגש עם עורך-דין [...] וכן את זכותו להיות מיוצג על-ידי סניגור כאמור בסעיף 15 לחוק סדר הפלילי או לפי חוק הסניגוריה הציבורית".** אמת, אין חולק, כי המילים שניתוספו לנוסח ה"מתקן" של סעיפים 32 ו-19(א) הנ"ל יש בהן כדי לשנות את המשמעות המילולית ו"פשט המקרא" של הסעיפים הרלוונטיים; עם זאת, נדמה כי אפילו עסקינן בפרשנות מאולצת, הרי שפרשנות המקיימת את התכליות המונחות ביסוד הדין ואשר יש בה כדי ליצור הרמוניה בין הוראות חוק שונות, שלכאורה סותרות זו את זו (ובכל הנוגע לסעיף 19(א)), פרשנות שיש בה כדי ליישב סתירה פנימית בתוך אותו סעיף עצמו), הינה עדיפה על-פני פרשנות מילולית, פשטנית, שאינה סבירה ואשר עשויה להביא לתוצאות אבסורדיות של ממש.

ואכן, אפשר להמחיש את חוסר הסבירות שבפרשנות מילולית, בין היתר,

119 וכן בדבריה של הנשיאה ביניש בפרשת שי, לעיל ה"ש 90, למצער ביחס לזכות ההיוועצות גופה (תוך השארת שאלה זו ביחס לחובת היידוע בצריך עיון).  
120 והשוו: פרשת רעד, לעיל ה"ש 115, פס" 9 לפסק הדין, שם אפשר להבין מדבריו של השופט שהם שקיימת הבחנה בין שוטר לבין איש מרות אחר (כאן - פקח מטעם מוסד תכנוני) בכל הנוגע לחובת היידוע.



## סיכום

אפשר לסכם אפוא את הדין (הרצוי והמצוי) בישראל כדלקמן:

1. בחקירה פלילית נתון לַעֲד "יחסיין מפני הפללה עצמית", להבדיל מ"זכות השתיקה".
  2. בחקירה פלילית נתונה לחשוד "זכות השתיקה". כפועל יוצא מכך, כל אימת שאיש משטרה "חוקר" את מי שנחשב בעיניו ל"חשוד", עליו ליידע את הנחקר בדבר זכותו שלא לומר דבר, וכן להזהירו, כי כל אשר יאמר יירשם ויוכל לשמש כראיה במשפטו.
  3. באשר לזכות ההיוועצות, הרי שחובת היידוע אינה קמה ביחס לחשוד בפלילים, אלא אם כן הוא מצוי במשמורת המשטרה או שחופש התנועה שלו מוגבל באופן משמעותי (להבדיל מהגבלה "חולפת", "טריוויאלית" או "לא משמעותית" במהותה).<sup>121</sup>
  4. זכות ההיוועצות נתונה לחשוד בפלילים גם לפני מעצרו, ובלבד שהחשוד עומד לפני חקירה ומצוי במשמורת המשטרה. במצב דברים זה, מחויבים אנשי משטרה לאפשר לחשוד, לבקשתו, להיפגש עם עורך דין או סיגור ציבורי "ללא דיחוי"<sup>122</sup> וזאת בכפוף להוראות בדין.
  5. באשר לנחקר שאינו עצור ואף אינו מעוכב, אין חובה על אנשי המשטרה ליידע אותו בדבר זכותו להיוועץ בעורך דין,<sup>123</sup> וגם אין עליהם חובה "לאפשר" מפגש בינו לעורך דין או לנקוט בפעולות אחרות לשם כך. זאת, משום שהנחקר חופשי לקום וללכת בלא הפרעה ממקום החקירה, והוא אינו זקוק כלל ל"טובות" מאנשי המשטרה.
- ועל-פי כללים אלה נוכל עתה לשוב ולבחון את שאלת הקצין הזוטר שהצגנו במבוא לדיונו בדבר ה"חובה", כביכול, להודיע לכלל המתאשאלים באצטדיון, שנתונות להם זכות השתיקה והזכות להיוועץ בעורך-דין בטרם ישיבו לשאלות השוטרים. ובכן, פשיטא, לדעת, שאין חובה כזו, וזאת משום שטרם קיים יסוד סביר להניח מי ומי מתוך עשרות האנשים שבזירה

## "באשר לנחקר שאינו עצור ואף אינו מעוכב, אין חובה על אנשי המשטרה ליידע אותו בדבר זכותו להיוועץ בעורך דין, וגם אין עליהם חובה 'לאפשר' מפגש בינו לעורך דין או לנקוט בפעולות אחרות לשם כך. זאת, משום שהנחקר חופשי לקום וללכת בלא הפרעה ממקום החקירה, והוא אינו זקוק כלל לטובות מאנשי המשטרה"

הם בגדר "חשודים", מי בגדר "מתגוננים", מי בגדר "עדים", מי אולי בגדר "עוברי אורח" שלא ראו דבר, וכן מה הם החשדות שיש להחשיד בהם את החשודים (שטרם זוהו כלל).<sup>124</sup>

עם זאת, ככל שהחקירה מתקדמת - ובדרך כלל הדבר לא יתרחש ב"שטח", אלא בתחנת המשטרה<sup>125</sup> - השאלה הופכת למורכבת יותר. כפי שראינו, כל אימת שנופל חשד סביר לביצוע עבירה פליונית על חשוד ספציפי, מחויב החוקר להזהיר את הנחקר ולהודיעו, כי אין הוא חייב לומר דבר, וכי כל מה שיאמר יירשם ויוכל לשמש כראיה במשפטו. בשלב הבא, ככל שחופש התנועה של הנחקר יוגבל באופן משמעותי על-ידי אנשי המשטרה - כך שאין מדובר עוד בעיכוב חולף, שיאפשר לנחקר לעזוב את המקום בקרוב - על החוקר ליידע את הנחקר, כי נתונה לו זכות להיוועץ בעורך דין; ואם יבקש הנחקר לממש זכות זו, חייב החוקר לאפשר מפגש בינו לבין עורך הדין "ללא דיחוי", בכפוף להוראות שבדין. אין צורך לומר גם, שהפרת הוראה מהוראות הדין הללו עלולה להוביל לפסילת ראיות שתושגנה בעקבות הפרעה, וזאת בין מכוח סעיף 12 לפקודת הראיות, בין מכוח הלכת **יששכרוב** ועקרונות דוקטרינת הפסילה הפסיקית שנקבעו בה.

124 לעניין הקשיים באכיפת החוק בעקבות אירועים המוניים, כגון תגרה רבת משתתפים, ראו: ע"פ 5802/13 פאעור נ' מדינת ישראל, פסקה א' לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 21.10.14): "עסקינן [...] בנסיבות מורכבות, שהאכיפה לגביהן אינה פשוטה; ברי כי בעבירות הנעברות בנסיבות 'קבוצתיות' הכרוכות בהתקהלות ובקטטה לא אחת לא קל לזהות את העברייני הקונקרטי, כגון יורה או דוקר; וגם לא קל לבור את הבר סן התבן בעדויות שונות, שחלקן באות ממקורבים וקרובים, אשר יש הטוענים כלפיהם כי לא אמרו אמת כדי להגן על הקרוב המקורב".

125 אכן, חקירת חשוד תקיים ככלל בתחנת משטרה - אך אין הדבר הכרחי, וראו ס' לחוק חקירת חשודים.

121 כזכור, זוהי הטרימינולוגיה שמופיעה בהלכת *Grant* הקנדית, וראו: לעיל ה"ש 60 ו-61 והטקסט הצמוד לה; רצינול זה הוא זה העומד גם ביסוד פסק הדין בארה"ב *Berkemer v. McCarty*, לעיל ה"ש 27.

122 באשר למשמעות הביטוי "ללא דיחוי", ראו פסק דין שניתן לאחרונה על-ידי בית המשפט העליון בקנדה בפרשת *R. v. Taylor*, 2014 SCC 50, שם נקבע, כי יש לאפשר לחשוד המבקש להתייעץ עם סיגור לעשות כן עוד בטרם תיטלנה הימנו דימויות דם ("without delay").

123 אך ראו: לעיל ה"ש 115, באשר לתחולת זכות ההיוועצות על כל אדם החשוד בעבירה שנמצא בחקירה משטרית, להשקפתו (בדעת יחיד) של השופט י' דנציגר בפרשת אבו עצא.