

עתידי הדרישה לרצון חופשי בחקירת חשודים

מאת

ד"ר קנת מן

מטרת רשימה זו היא להציע כי סעיף 37 של תזכיר חוק הראיות לא יחוקק בנוסח המוצע, עקב הכרסום הרב שייגרם בקשר להליך ההוגן במסגרת החקירה הפלילית כפי שהוא מוכטח כיום.

א. שורשי המבחן לקבילותן של הודאות נאשמים

דיני הראיות הישראליים הלכו במקורם אחרי הדין האנגלי¹. כידוע, תנאי מוקדם לקבילותה של כל ראיה הוא כי על הראיה לעבור בראש ובראשונה מבחן של מהימנות². אם ראיה כלשהי איננה מגיעה למידה מתאימה של מהימנות, אוי היא איננה קבילה, ובית-המשפט לא יכול לראות אותה כחלק ממסכת הראיות הנדונה, גם אם יפחית את משקלה למשקל קטן. מבחן זה חל על כל סוגי הראיות, לרבות אמרה מפלילה הבאה מפיו של נאשם³. מהימנות היא הענף הראשון ותנאי מוקדם לקבילותן של כל סוגי הראיות.

הענף השני של כללים הקובעים את קבילותן של אמרות נאשמים הוא מיוחד ואינו מתייחס לכל ראיה, אלא רק לאמרות של נאשמים שנמסרו לאיש מרות מחוץ לכותלי

1 ראה א' הרנון, דיני ראיות (דפוס אקדמי, תשל"א) 27 – 31.

2 ראה, J.H. Wigmore, *The Evidence In Trials at Common Law* (Boston, Chadbourn rev., 1972), vol. 4, sec. 1171–1172.

...Rules of admissibility may be grouped under three heads, the first dealing with probative value of specific fact, The second including artificial rules that do not profess to define probative value but yet aim at or, increasing and the third covering all those rules that rest on extrinsic policies irrespective of probative value.

ראה גם J.H. Wigmore, *The Evidence In Trials at Common Law* (Boston, Tillers rev., 1983) :sec. 11

The nature of the prophylactic rules is to endeavor by artificial expedients to remove, before the evidence is introduced, such sources of danger and distrust, as experience may have shown to lurk within it.

3 ראה ע"פ 115/82, 168 מועדי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 197. השופט אלון: אילו לא היה קיים סעיף זה [סעיף 12 לפקודת הראיות – ק'מ'] היינו נוקטים לענין הודיית הנאשם את המבחן הכללי הנקוט בדיני הראיות, היינו מבחן המהימנות, ועל התביעה לא היה מוטל אלא להוכיח נכונותה ומהימנותה של ההודייה (שם, בעמ' 262 – 263).

בית-המשפט. זהו המבחן של רצון חופשי המופיע בסעיף 12 של פקודת הראיות. סעיף זה מטיל על התביעה במשפט פלילי להוכיח מעל לכל ספק סביר כי מסירת האמרה על-ידי הנאשם היתה חופשית ומרצון⁴. כהקדמה לביקורת שאמתח על תזכיר חוק הראיות קיימת חשיבות להכנת מהותו של מבחן שני זה, בהתאם למשמעותו המקורית בדין האנגלי.

בפרספקטיבה של הפסיקה האנגלית והפסיקה המוקדמת של בית-המשפט העליון בארץ היו שני עקרונות בסיסיים ביותר:

- (1) הטעם למבחן בסעיף 12 היה שמירת מהימנות של אמרת הנאשם⁵.
 - (2) הדרישה הטכנית של המבחן היתה הוכחת חופש בחירה של האדם שממנו נגבתה האמרה⁶, ולעניין אחרון זה התפתחו בפסיקה, תת-מבחינים אשר היו אמורים לקבוע אם חופש הבחירה של נאשם נשלל ממנו בעת שהוא מסר אמרתו מחוץ לבית-המשפט. מבלי שנגדיר כאן את אותם תת-מבחינים, יודגש כי סעיף 12 היה מיועד מלכתחילה להפחית את הסכנה שבית-המשפט יסתמך על אמרות כוזבות או לא נכונות, בדיוק כשם שמבחן המהימנות הכללי החל על כל סוגי הראיות בא למנוע הסתמכות על ראיות אחרות לא-אמינות. ההבדל בין אמרות לבין ראיות אחרות לא היה נעוץ בייעוד המבחן או במטרתו, אלא בדרך אשר מערכת המשפט בחרה בה כדי להשיג את היעד. בית-המשפט באנגליה והמחוקק המנדטורי החמירו וקבעו לגבי אמרות של נאשמים כי בלא הוכחת חופשיות מסירת האמרה אסור לבית-המשפט להניח כי אמרת הנאשם מהימנה, אף-על-פי שבהתאם למבחן הכללי של מהימנות, בית-המשפט היה מקבל את האמרה⁷. לגבי כל הסוגים האחרים של ראיות לא נקבע כלל נוקשה זה.
- מכאן נובע, וזה מה שחשוב לענייננו, כי לפי הגיון המבחן אמרה שבית-המשפט היה קובע כי היא אמיתית ונכונה, לא תתקבל על-ידו אם נראה מנסיבות גבייתה כי הנאשם מסר אותה בניגוד לרצונו⁸. הטעם לכך, לפי מקורות ראשונים של המשפט האנגלי, היה

4 ע"פ 636/77 לוי נ' מדינת ישראל פ"ד לב(3) 768, 772.

5 כך הוסבר על-ידי מ"מ הנשיא (דאז) השופט אגרונט בע"פ 307/60 יאסין נ' היועמה"ש, פ"ד יז 1541:

הנימוק שעליו מתבסס הכלל הזה [פסילת הראייה לפי סעיף 12 של פקודת הראיות – ק"מ] איננו, כי ההודאה שניתנת בהשפעת אמצעים כג"ל היא בהכרח כוזבת, אלא שמסוכן הוא – כך הנחת המחוקק – לסמוך עליה כמכילה דברי אמת... (שם, בעמ' 1553).

6 גם זה הוסבר על-ידי מ"מ הנשיא (דאז) השופט אגרונט:
...הכלל השני [הפוסל הודאה של נאשם – ק"מ] יחול כאשר, מחמת אופיה ה"בלתי הוגן" של החקירה שגרמה למתן ההודאה – או בגלל האמצעים ה"פסיכולוגיים" שהשתמשו בהם כדי להשיגה – הוחלש רצון השתיקה (הדגשה שלי – ק"מ) של הנאשם – העציר במידה כה ניכרת עד שהחוק מניח – ללא התחשבות בתוכן ההודאה – כי בנסיבות כאלו אין לכטוח באמיתותה... (שם, בעמ' 1555).

7 ראה, למשל, דברי Cantley, J. ב" *Commissioners of Customs and Excise v. Harz Power* 151 Cr. Qpp.R. 123 (1967) הוא מסכים לכך שהודאתו של הנאשם היתה אמיתית, אבל המבחן של רצון חופשי מנע מבית-המשפט לקבלה; שם, בעמ' 145.

8 ראה דברי Lord Campbell בפסק המנחה (1852) 523 *Reg. v. Baldry* 5 Cox's Criminal Cases. The rule has been well laid down that if any worldly advantage from a confession, or any harm from refusing to confess, is held out to a prisoner, a confession thereby

שאיפתה של מערכת המשפט למנוע טעויות בתחום זה, שמא יורשע אדם חף מפשע בגלל האילוצים המיוחדים שהוא חש בהם תוך כדי חקירה פלילית נמרצת תחת השפעתה של המשטרה⁹. במלים אחרות: אפשר להגיד כי סעיף 12 התבסס על חזקה משפטית בלתי-ניתנת-לסתירה: אמרה שאיננה נמסרת באורח חופשי ומרצון איננה מהימנה. למרות העובדה שכלל זה יוביל לאי-קבילותן של אמרות נכונות מסוימות, ההנחה היתה כי הוא יפסול אמרות אחרות לא-נכונות ולא-אמינות שלולא מבחן מיוחד זה (של רצון חופשי) היו מתקבלות על-ידי בית-המשפט מכיוון שהן נראות נכונות על-פי כללי המהימנות הרגילים. המשפט האנגלי בחר בתחום דיני הראיות בכלל אשר היה מיועד למנוע הרשעות-שווא וכמחיר הנובע מכך היה צריך להשלים עם העובדה כי נאשמים מסוימים יזוכו בגלל פסילת אמרותיהם הנכונות והאמיתיות. בסיכומו של דבר, סעיף 12 משקף במקורו בחירה של מדיניות משפטית הבאה להגשים אחד האידיאלים העומדים בתשתית המשפט המקובל של המאה ה-20 והוא הבטחת הליך הוגן לכלל הנאשמים, אפילו אם מיעוט מנאשמים אלה יצאו נשכרים מכך שלא בצדק¹⁰.

ג. התפתחות הפסיקה בדין המקומי

מקובל לומר, שנשתרשו שתי גישות שונות באשר למשמעותו המשפטית של סעיף 12. אחת מזהה עם השופט לנדוי, והשנייה — עם השופט חיים כהן. כן מקובל לומר, כי ההבחנה בין שתי הגישות הללו נעוצה באופן שבו על בית-המשפט להחליט מתי שומה עליו לפסול אמרה של נאשם, כאשר הגישה השנייה גורסת שהשפעתה של התנהגות איש המרות על הנחקר היא הקובעת¹¹. לגישה הראשונה ניתן לקרוא אפוא גישה אוכייקטיבית, מכיוון שלפיה אין צורך לכדוק את תגובתו או את אופיו של הנחקר עצמו כדי להגיע למסקנה אם יש לפסול את האמרה, ובית-המשפט צריך לפתח קריטריונים

obtained must be excluded, and the reason is, not that the law supposed what had been said to be false, but that the statement was under some degree of violence, and not being free and voluntary, it is, upon the whole safer and better to exclude it altogether. (שם, בעמ' 532).

- 9 ראה Mirjan Damask, "Evidentiary Barriers to Conviction and Models of Criminal Procedure — A Comparative Study" *Univer. of Penn. Law Rev.* (1973) vol. 121, 506. הפרופ' דמסקה מציג עקרונות של שיטת משפט המציבה מכשולים פרוצדורליים בפני בעלי-דין כדי להבטיח גילוי האמת ולפעמים להגשים ערכים אחרים, כמו שמירת כבודו של האדם, המפחיתים את הסיכויים לגלות את האמת. ראה במיוחד בעמ' 578 — 587.
- 10 גישה זו מעוגנת בקונצפציה של ההליך הפלילי כמכשיר למניעת טעויות בהטלת הסנקציה הפלילית כערך מועדף על אכיפה של חוק. לפיתוח החשוב ביותר של גישה זו בספרות המשפטית מהתקופה שבה הוגדרו זכויות נאשמים ראה Herbert L. Packer, *The limits of criminal sanction* (Stanford University Press (1968) 149—173.
- 11 עיין בהדלים אלה א' הרנון (לעיל הערה 1), 251 — 256; N. Zaltzman, "The Israeli Approach to Evidence Obtained in Violence of the Right to Privacy" *18 Israel Law Review* (1983) 215, 221—252; י' קדמי, הראיות בפלילים (דפוס דיונון, תשמ"ג) 11 — 14; ג' אוריון, דיני הודאות וחקירה (דפוס רמות, תשמ"ה) 169 — 172.

אובייקטיביים להערכת אמצעים משטרתיים לגביית הודאות¹². גישה זו זכתה אף לכינוי "הגישה החינוכית" מאחר שבניתוח הקשר בין התנהגות המשטרה ובין השפעתה בפועל על הנאשם בית המשפט מפנה את עיקר תשומת-לבו לאופיין של פעולות המשטרה, וכל החלטה לפסול הודאה מהווה מסר למשטרה שבתי המשפט לא יקבלו התנהגות כגון דא ויהיה כוחה הראייתי של האמרה אשר יהיה¹³ אמרה הנמסרת בעקבות התנהגות פסולה לא תהיה קבילה אפילו אם לא היתה השפעה על הנחקר.

השופט חיים כהן הסתייג מגישתו האובייקטיבית של השופט לנדוי וקבע, כי הקריטריון החשוב ליישומו של סעיף 12 הוא מידת ההשפעה שהיתה להתנהגות המשטרה על אותו נחקר עצמו אשר ממנו נגבתה האמרה¹⁴. לפי גישה זו, צריך בית המשפט לבדוק את כוח ההתנגדות של הנחקר, תגובותיו בעת גביית האמרה, תוכן ההודאה עצמה וכל הראיות הנסיבתיות היכולות לשפוך אור על הקשר בין המשטרה ובין התנהגות הנחקר. בגלל אופי זה של הגישה השנייה ניתן לקרוא לה "הגישה הסובייקטיבית", דהיינו: גישה המתבססת על אופיו הסובייקטיבי של הנחקר. בעיניו של השופט ח' כהן, סעיף 12 אינו צריך לשמש מכשיר המחנך את המשטרה, אלא עליו לעצב מסגרת שבה תתקבלנה האמרות המהימנות ותיפסלנה האמרות שאינן מהימנות, כאשר חופשיות רצונו של הנחקר תהווה מבחן לאמינות ההודאה¹⁵. הגישה האובייקטיבית תפסול אמרות אשר ייתכן שהן מהימנות כדי לשמור על כבודו של הנחקר אף-על-פי שאותו נחקר היה חזק דיו או חכם דיו בכדי להתגבר על כל השפעה שלילית של ההתנהגות הפסולה של המשטרה כאותו מקרה¹⁶. זו תוצאה אשר השופט כהן נמנע מלהגיע אליה.

ההבחנה שסיכמתי לעיל היא המקובלת ביותר ובאה לידי ביטוי לעתים קרובות כאשר השופטים מנתחים ומיישמים את סעיף 12 כפסיקתם בערעורים בתחום זה¹⁷. ברם, ישנה הבחנה בסיסית אחרת בין שתי גישות אלה אשר לא קיבלה תשומת-לב מספקת בפרשנות הפסיקה. לאור חשיבותה הרבה של ההבחנה השנייה שתפורט להלן, תמוה מאוד חוסר

- 12 ראה ע"פ 264/65, 273 ארצי נ' היועהמ"ש, פ"ד כ(1) 225; ע"פ 183/78, 191/79 אבו מידג'ים נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(4) 533.
- 13 ראה דברי השופט זילברג בע"פ 56/51 מזרחי נ' היועהמ"ש, פ"ד ה 1504, 1513. השווה דברי השופט לנדוי באבו מידג'ים (להלן, בהערה 16).
- 14 ראה ע"פ 400/66 אבו חצירה נ' היועהמ"ש פ"ד כ(4) 787; ע"פ 127/66 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(3) 507; ע"פ 369/78 אבו מדיג'ים נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(3) 376.
- 15 בפסילת ההודאה של המערער מס' 3 הגיע השופט ח' כהן למסקנה זו: "אין ההודיה מעידה על עצמה, למעלה מכל ספק סביר, שהיא באה מתוך רצון חופשי להודות, ולא כתוצאה מן הפחד והטרור של אלימות החוקרים" (ע"פ 369/78 אבו מדיג'ים נ' מדינת ישראל, שם, בעמ' 364).
- 16 השופט לנדוי הדגיש כי גישתו למבחן הנערץ בסעיף 12 אינה מבוססת על הצורך להשחמש בכלל של דיני ראיות לחנך את המשטרה, אלא כהגנה על האזרח בפני הגזמות של המשטרה אשר יפגעו ב"כבוד האדם בעת חקירתו". השופט לנדוי מצא "תוצאות לוואי" במסר החינוכי הנמסר למשטרה כאשר הודאה נפסלת עקב התנהגותה הפסולה של המשטרה: ע"פ 183/78, 191/79 אבו מידג'ים נ' מדינת ישראל (לעיל, הערה 12) שם, בעמ' 539.
- 17 ראה, למשל, ע"פ 484/80 דרעי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(2) 215; ע"פ 168/82, 115 מועדי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 197, 222 – 223.

תשומת-הלב אליה, והבחנה זו נעשית היום משמעותית ביתר שאת על רקע תזכיר חוק הראיות והתפתחויות אחרות בתחום דיני ראיות ופרוצדורה פלילית.

ההבחנה השנייה היא זאת: השופט לנדוי השתמש לקביעת קריטריונים לפסילת אמרות נאשמים בשאלה, האם התנהגות המשטרה עלולה להוביל למתן אמרה כוזבת או לא-נכונה או לפגיעה בכבודו של האדם¹⁸. לפי גישה זו, כל סוגי ההתנהגות העלולים להוביל לתוצאות לא-רצויות אלה, ייחשבו כפסולים. לעומת זאת, השופט כהן הציג שאלה אחרת: האם התנהגות המשטרה הובילה בפועל למתן אמרה כוזבת או לא-נכונה או למתן אמרה בניגוד לרצונו של הנחקר¹⁹. בגישה האובייקטיבית הופחתה עד כדי היעלמות ההתחשבות בקיומו או באי-קיומו של יסוד חופשיות הרצון של הנאשם בעת מסירת האמרה מחוץ לבית-המשפט, והיא שמה את כל משקלה על כוחה (האובייקטיבי) של התנהגות המשטרה לפגוע במהימנות האמרה²⁰ או בכבוד האדם²¹. במובן זה הגישה של השופט לנדוי הופכת את הטעם המקורי של סעיף 12 (השואב את ממדיו מאפשרות הפגיעה במהימנות האמרה) למבחנו הטכני, במקום חופשיות הבחירה.

כתשובה להבחנה שנייה זו ייאמר, כי האופי המיוחד של הגישה האובייקטיבית גורם לכך ששאלת הרצון החופשי של הנאשם תהיה מיותרת מכיוון שממילא האמרה תיפסל כאשר קיימת התנהגות משטרתית פסולה. למעשה, המבחן של השופט לנדוי נחשב כמבחן המכביד יותר על המשטרה ותומך בזכויות הנאשם יותר מאשר המבחן של השופט כהן. הערכה זו נראית נכונה כל עוד יישומו של המבחן של השופט לנדוי כולל כתוצאת-לוואי הגנה על רצון חופשי. אבל סבורני, עם כל הכבוד, שסכנה ממשית טמונה בגישה של השופט לנדוי, כמו בגרסה א של תזכיר חוק הראיות, השואב את ניסוחו מהמבחן של השופט לנדוי, והיא זאת: מה קורה במצבים שבהם התנהגות המשטרה עלולה (ככלל ולא בהכרח לגבי אותו נאשם) להוביל למתן אמרה בניגוד לרצונו של הנחקר, אם כי אותה התנהגות משטרתית איננה נחשבת כעלולה להוביל למתן אמרה כוזבת או לא-נכונה או לפגיעה בכבוד האדם. במלים אחרות: האם תיתכן שלילת רצון חופשי מבלי לפגוע בכבודו של אדם? התשובה היא חד-משמעית: כן; ואפילו אם השופט לנדוי עצמו לא היה מגיע לתוצאה כזאת. מה, למשל, לגבי מצב דברים כזה: תוך כדי חקירה נוקבת, המשטרה מחליטה לשלוח את הנחקר להסתכלות פסיכיאטרית בבית-חולים. הנחקר עובר שורה של ראיונות ומבחנים. לאחר-מכן, החוקר מציג בפני הנחקר תעודה רפואית הקובעת שהוא איננו שפוי דיו כדי לעמוד לדין. בעקבות הורעה זו של החוקר, הנחקר מאבד את עשתונותו ומוסר הודאה המפלילה את עצמו. דא עקא; תעודת הרופא הינה כוזבת וחלק מתחבולה המכוונת להביא את הנחקר למסור הודאה. מה נפקותו של השימוש בתעודה רפואית כוזבת כדי ליצור מצג שוא אשר יטעה את הנחקר. בהנחה שההודאה נראית מהימנה, האם היא גם קבילה? ייתכן שכן, לפי מבחנו של השופט לנדוי או גרסה א של תזכיר החוק; ייתכן שלא, לפי מבחן המחייב קיומו של יסוד חופשיות הרצון.

- 18 ע"פ 264/65, 273 ארצי נ' היועהמ"ש, פ"ד כ(1) 225, בעמ' 231; ע"פ 183/78, 191/79 אבו מידג'ם נ' מדינת ישראל (לעיל, הערה 12) שם, בעמ' 539.
- 19 ע"פ 127/66 ברנס נ' מדינת ישראל (לעיל, הערה 14) שם, בעמ' 515.
- 20 ע"פ 264/65, 273 ארצי נ' היועהמ"ש (לעיל, הערה 18) שם, בעמ' 231.
- 21 ע"פ 183/78, 191/79 אבו מידג'ם נ' מדינת ישראל (לעיל, הערה 12) שם, בעמ' 539.

אם הגישה האובייקטיבית של השופט לנדוי מחמירה עם המשטרה כיוון שהיא פוסלת הודאות מהימנות כאשר התנהגות המשטרה פסולה, היא מחמירה עם הנאשם כמובן זה שהיא מאפשרת ויתור על הדרישה לרצון חופשי בפועל בעת מתן האמרה. בהשוואה לכך, הגישה של השופט כהן איננה מחמירה עם המשטרה כמקרים שבהם לא קיימת השפעה שלילית על הנאשם, אבל היא מחמירה עם המשטרה כמובן שהיא מחייבת שמירה בפועל על הרצון החופשי של הנאשם.

ההבחנה השנייה מעמידה בפנינו שאלה שיש לה חשיבות מרכזית ביותר לאיזון בין האינטרס של הציבור להבטיח הליך הוגן לנאשמים והאינטרס המקביל של הציבור להבטיח את אכיפת חוקי המדינה: האם המשטרה תתבקש לשמור על רצון חופשי של הנאשם בעבודתה הקשה בכל הקשור לקידום חקירות פשעים, נוסף על שמירתה על דרכי חקירה אנושיות; או האם נסתפק בדרישה שהמשטרה תקיים חקירותיה באופן שמהן יוכל בית-המשפט להסיק מסקנה כי האמרה נראית נכונה ואמיתית (כמו שכל ראייה חייבת להיראות) בצירוף התנאי כי המשטרה לא השתמשה באחד האמצעים הקיצוניים האסורים.

ג. פרשת "מועדי" ותזכיר החוק

בעת כתיבת רשימה זו, פסק-הדין האחרון המנחה בסוגיית סעיף 12 הוא מועדי נ' מדינת ישראל²². אם נתייחס לדעותיהם של שלושת השופטים אשר החליטו בעניין זה כמגבשים את ההלכה המקומית המחייבת היום, אין לחלוק על כך כי גישתו של השופט חיים כהן יצאה כשידה על העליונה. בעוד שהיו הבדלים חשובים בין שלושת השופטים (אשר אל אחד מהם אתייחס בהמשך), הרי שכל אחד מהם נקט עמדה כי סעיף 12 מחייב את התביעה להוכיח את קיומו בפועל של רצון חופשי של הנאשמים בעת מסירת הודאותיהם כתנאי מוקדם לקבלת ההודאות כראיה. כמובן זה, המבחן המשפטי שנקבע במועדי פוסע בעקבות המבחן המקורי של הדין האנגלי ודוחה את הגישה של השופט לנדוי המתבססת כולה על הערכת התנהגות המשטרה. הדרישה להוכיח רצון חופשי באה לידי ביטוי כדלקמן: לגבי "מקרים בהם לא הושגה ההודאה בדרכים כה נפסדות עד שהן פוגעות בערכי יסוד מקובלים" אמר השופט גולדברג שיש לבדוק אם יש ראייה המוכיחה כי על-אף האמצעי הפסול לא נשלל רצונו החופשי של הנחקר ולא נפגמה חופשיות הודאתו, כפי שהדבר נעשה במקרה של תחבולה ורמייה מצד החוקרים. בדרך זו לא תונח רק הנחת "חוק" בדבר סכנה של הודאת שקר, שאפשר שאין לה כל אחיזה על-פי חומר הראיות במציאות של המקרה הנדון. שהרי אם הצליחה התביעה לשכנע את בית-המשפט בראיה חיובית שאף-על-פי שנקט האמצעי הפסול, "לא הוחלש רצון השתיקה של הנחקר", כי "הודה המודה לשם הודיה", כלומר: שהחליט על דעת עצמו ומתוך שיקולים ומניעים משלו לגלות סוד מעשיו ולהודות בהם... מה הטעם עוד לדבוק בהנחת "חוק" שהופרכה²³? (ההדגשה שלי ק"מ).
כך נאמר גם על-ידי השופט י' כהן:

22 ראה לעיל, הערה 3.

23 שם, בעמ' 224.

ברצוני להדגיש, שאין אני גורס, שהודאת נאשם היא קבילה, גם אם לא הוכח שניתנה מרצונו החופשי של הנאשם, אם שוכנע בית-המשפט שההודאה היא הודאת אמת. ככל מקרה בו לא הצליחה התביעה להוכיח מעל לכל ספק סביר, שההודאה ניתנה על ידי הנחקר מרצונו החופשי, חייב בית המשפט לפסול את ההודאה. גם אם אין לו ספק, שהדברים שאמר הנחקר אמת²⁴.

בפירושו של סעיף 12 הצטרף השופט אלון באשר לדרישה להוכיח חופשיות הרצון כתנאי לקבילות הודאה²⁵.

לעניינינו, חשוב להצביע על הבדל אחד בדעותיהם של שלושת השופטים בפרשת מועדי אשר מתבטא בדעתו היחידה של השופט גולדברג לגבי בדיקה אובייקטיבית של התנהגות המשטרה. השופט גולדברג קובע, כי בית-המשפט יפריד בין שני סוגי התנהגות אפשרית של איש-מרות הגובה אמרה. הסוג הראשון הוא התנהגות הפוגעת בערכים בסיסיים של החברה ושולל את כבודם של בני-אדם²⁶. בהתרחש התנהגות אפשרית זו בית-המשפט יפסול אמרה הנמסרת בעקבותיה ללא בדיקה נוספת כלשהי, לרבות בדיקה אם קיים רצונו החופשי של הנחקר. זו מזכירה, כמובן, את גישתו של השופט לנדוי. הסוג השני הוא כל התנהגות אחרת, דהיינו: כל האמצעים שהמשטרה משתמשת בהם לשכנע או להביא אדם למסור גרסה, כולל תחבולות ולחץ פסיכולוגי, ובלבד שאין באמצעים הללו פגיעה בסיסית בכבודו של הנחקר. לגבי תחום שני זה, בית-המשפט יבדוק אם נשלל בפועל הרצון החופשי של הנחקר, כלומר: בית-המשפט יפעיל את המבחן המרצע על-ידי השופט ח' כהן²⁷. להפרדה זו בין שני סוגי התנהגויות לא הצטרפו השופטים י' כהן ואלון, כך שהגישה של השופט גולדברג מהווה כיום גישה מעורבת וחדשה ליישומו של סעיף 12. גישתו קובעת מבחן כפול המחייב את הוכחתן של התנהגות נאותה של איש המרות וקיומו של רצון חופשי כתנאים מצטברים לקבילות הודאות.

על רקע זה יש להבין ביתר דיוק את השלכותיו של סעיף 37 של תזכיר החוק. בשתי החלופות שלו מחברי ההצעה מציעים לבטל את הדרישה להוכחת רצון חופשי של הנחקר. השוני בין שתי החלופות נעוץ בכך שגרסה א כוללת התייחסות מיוחדת לסוגי התנהגות הפוגעים בכבוד האדם (בדומה להפרדה שנקבעה על-ידי השופט גולדברג במועדי) ופוסלת על הסף אמרות הנמסרות בעקבות סוגי התנהגות אלה²⁸. לגבי סוגי התנהגות אחרים, הוא קובע מבחן הדורש שהתביעה תוכיח מהימנות רגילה²⁹ ובוה הוא

24 שם, בעמ' 250.

25 שם, בעמ' 262 – 263. יש להוסיף כי השופט אלון הביע את דעתו בפרשת מועדי כי ההצעה הקודמת של משרד-המשפטים (ראה "הצעת חוק ראיות חדש", הפרקליט לד [תשמ"א] 137) אשר הציעה מהימנות האמרה כמבחן יחיד אפשרי לקבילות הודאות "ראוי הוא לעיין" (שם, בעמ' 265). לגבי הצעה זו ראה א' הרנון, "היש מקום למהפכה בריני הראיות? משפטים יב (תשמ"ג), 575, 590 – 592.

26 שם, בעמ' 223 – 224.

27 שם, בעמ' 224.

28 ראה גרסה א של סעיף 37 של תזכיר חוק הראיות.

29 שם.

שונה מהמבחן של השופט גולדברג הדורש הוכחת רצון חופשי. גרסה ב של סעיף 37 של תזכיר החוק איננה כוללת כל הבחנה ודורשת הוכחת מהימנות בלבד לגבי כל אמרה של נאשם, תהיה התנהגותו של גובה האמרה אשר תהיה. המשותף לשתי החלופות והאלמנט של הסעיף הנדון אשר מהווה שינוי בסיסי בדין הקיים הוא החלפת הדרישה של רצון חופשי בדרישה של מהימנות רגילה.

ד. כרסום נוסף בהליך ההגון בחקירה הפלילית?

אחד מעמודי-התווך שתמך בכניין הקרוי "ההליך הפלילי" הוא המגן המיוחד שמערכת- המשפט העניקה לאדם החשוד בעבירה פלילית. מול הכוח הרב של זרועות המדינה, סברו השופטים האנגלים כי מערכת-המשפט חייבת לקיים כללים פרוצדורליים שיבטיחו את מהימנותן של שיטות החקירה הפלילית³⁰. כאמור לעיל, אחד מכללים אלה היתה הדרישה לשמור על הרצון החופשי של החשוד כאשר הוא יתבקש למסור גרסה לגבי האשמות המופנות נגדו. למעשה, דרישה זו היא פן אחד של זכות השתיקה של החשוד במשפט המקובל. כל עוד החשוד יכול לבחור בחופשיות הדעת שלא למסור גרסה, יש לומר שזכותו לא לדבר נשמרת, וכתוצאה מכך, כאשר האדם מחליט כן לדבר, מתקיים ביטחון גדול שדבריו יהיו נכונים ואמיניים.

בשנות השישים, כאשר המחוקק תיקן את המורשת הבריטית, התחולל כרסום משמעותי בכללים הפרוצדורליים המבטיחים את חופשיות הדעת של החשוד במערכת- המשפט הישראלית. במיוחד נתקבלו שני תיקונים של חוק סדר הדין הפלילי אשר חייבו את הנאשם לפני קיום משפטו:

- (1) לגלות קרהגנה המבוססת על אליבי.
- (2) לגלות חוות-דעת של מומחים שהוא רוצה להשתמש בהם.
- (3) הפכו את שתיקת הנאשם בבית-המשפט לראייה נסיבתית מפלילה³¹.

בית-המשפט העליון הלך כד בבד באותו כיוון כאשר לשלבי החקירה שהמחוקק לא התייחס אליהם, והפך את שתיקת החשוד בעת החקירה מתוך לבית-המשפט לראיה מפלילה בנסיבות מסוימות³². שינויים אלה יוצרים, ללא ספק, לחץ על החשוד ועל

30 ראה Patrick Devlin, *The Criminal Prosecution in England* (London, 1960) 26, et. seq.

31 ראה סעיף 152(ג-ד) של חוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב-1982 ס"ח 43; תיקון מס' 2 לחוק סדר הדין הפלילי התשכ"ה-1965, ס"ח התשל"ג-1973, 224; וסעיפים 82-84 ו-152(ב) של חוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב); תיקון מס' 8 לחוק סדר הדין הפלילי, התשכ"ה-1965, ס"ח התשל"ו-1976 244.

32 בקשר לזכות השתיקה על היבטיה השונים ראה א' הרנון, "על זכות השתיקה" משפטים א (1968) 95; א' יורן, "זכות השתיקה של הנאשם וביקורת שופטים על הליכי החקירה המוקדמת" הפרקליט כה (1969) 64; ח' כהן, "על זכויות הנאשם" הפרקליט (1970) 42; א' קפלן, "על זכות השתיקה" זכרונות האורח בישראל (ירושלים דפוס קמאי, 1982); ג' אוריון, דיני הודאות וחקירה, (לעיל, הערה 11), שם, 77-82; *Israel Reports to the Ninth*; Harnon, "The Right of Silence in Israel"; 82-77.

הנאשם למסור גרסה, שמא אי מסירתה יעמוד לו לרועץ³³.
 אם ישאל המשפטן המצוי בארץ, אם במדינת ישראל יש לאדם החשוד בעבירה פלילית זכות שתיקה הוא יענה בחיוב. כך יענה גם אדם אחר שאינו משפטן, אף-על-פי שזכות השתיקה כבר נתכרסמה במידה משמעותית על-ידי חקיקה ופסיקה. כאמור לעיל, שורת עדיין בין אזרחי ישראל הדעה כי זכות השתיקה היא אחת מזכויות-היסוד החשובות של האדם במדינת ישראל. חוסר סימטריה זו — בין דעת הציבור לגבי המצב הקיים ובין המצב לאמיתותו — מראה במקרה זה עד כמה מושרש עמוק הרעיון של הבטחת זכות שתיקה בתודעת העם. ייתכן כי תפישה זו אפילו הוגברה בשנים האחרונות בעקבות הפרסום הרב שחקירות קיבלו כתחום הפשיעה של הצווארון הלבן, כאשר היה ברור שחשודים לקו בהלם תוך כדי עמידה בפני חקירות ממושכות ונוקבות. נשאלת אפוא השאלה האם רצוי שינוי אשר ישאיר בדין הישראלי שרידים בלבד של זכות השתיקה בשלב החקירה הפלילית? הנני סבור שלא, ונדמה לי שהתפתחויות בעת האחרונה בתחום אכיפת החוק בישראל תומכות בדעת זו.
 מזה שנים מספר גוברות והולכות שתי תחושות מקבילות באשר להליכי אכיפת החוק. אחת היא שממדי הפשיעה בארץ גדלים והחקירות הפליליות נעשות קשות יותר בגלל התחכום של העבריינים³⁴. השנייה היא, שממדי אלימות פיזית ופסיכולוגית של חוקרי הרשויות גדלים³⁵. כאשר שתי התופעות האלה עומדות אחת מול רעותה, נוצר רושם של קשר סיבתי — פשיעה נפוצה וקשה יותר גוררת התמרה באמצעי החקירה. בנסיבות אלה נוצרת אף תופעה אחרת — הפיתוי הגדול לצמצם את הריסון, המצוי בפרוצדורה הפלילית, והמגביל את המשטרה כדי לאפשר למשטרה לעבוד באפקטיביות יתירה.

- Congress of Comparative Law, Jerusalem 1974; D. Libai, "Interrogation of a Suspect and the Privilege against self-incrimination" Israel Yearbook of Human Rights (1972) 274*
- 33 המחוקק תיקן אף את פקודת הראיות, ובשנת 1968 נתקבל מה שהיום מופיע כסעיף 47 של פקודת הראיות (נוסח משולב), החש"א — 1971, האומר, בסעיף קטן א, "ישאין אדם חייב למסור ראייה אם יש בה הודיה בעובדה שהיא יסוד מיסודותיה של עבירה שהוא מואשם בה או עשוי להיות מואשם בה". אם סעיף זה חל על גביית הודאות בידי חוקרים משטריים, פירוש שיכול לעלות מבג"צ 447/72 ישמחוביץ נ' פינס ברוך, פ"ד כז(2) 253, 259, כי אז מתעוררת שאלה מעניינת: מדוע כתי-המשפט לא שילבו מעולם סעיף זה בכדיקת הודאה שנמסרה על-ידי חשוד לחוקר-המשטרה. התשובה לכך יכולה להיות, כי דברי השופט זוסמן בפרשת ישמחוביץ מוטעים, וסעיף 47 לא חל על גביית הודאות — פירוש העולה מסעיף 52 של פקודת הראיות. סעיף אחרון זה מחיל את סעיף 47 של הפקודה על כתי-משפט ובתי-דין ועל מסירת ראיות "כפני רשוח, גוף, או אדם המוסמכים על-פי דין לגבות ראיות"; לכאורה חוקרים משטריים אינם מוסמכים לגבות "ראיות" אלא גובים אמרות או הודאות. גביית ראיות היא תפקיד של גוף שיפוטי או מעין-שיפוטי המוסמך לתת החלטה המעניקה זכויות. פירוש מגביל זה של פרק ג של פקודת הראיות עולה בקנה אחד עם מטרת המחוקק כאשר נתקבל החוק לתיקון דיני ראיות, התשכ"ח — 1968. המטרה העיקרית היתה להגביר את אמצעי-הכפייה של כתי-המשפט לחייב עדים להעיד. במסגרת זו בחר המחוקק להגדיר אף את החריגים לחובה זו, הכולל את הזכות שלא למסור ראייה מפלילה: ס"ח 535 התשכ"ח — 1968; הצעת חוק לתיקון פקודת העדות (מס' 6), התשכ"ז — 1967.
- 34 ראה דו"ח הוועדה לבירור נושא הפשיעה בישראל (ברשות עו"ד ארווין ש' שמרון), ירושלים, פברואר 1978.
- 35 דו"ח ועדת סירוטה-ראיתן, 1979.

מאידך גיסא, מעניין לראות כי באותה תקופה קמה שורה של פעולות ממלכתיות המכוונות להידוק ההגבלות על רשויות החקירה ולשמירת מערכת-הריסון הקיימת. הדוגמא הבולטת ביותר לתופעה אחרונה זו היא הוועדה לתיקון סמכויות משטרה בראשות השופט דב לוין³⁶. אין חולק על כך, כי משרד-המשפטים הקים ועדה זו כדי להיענות לביקורת הולכת וגוברת של הציבור שלפיה המשטרה איננה פועלת כריסון מספיק, ומשימת הוועדה היא להציע פתרונות להידוק הפיקוח על המשטרה. השינוי המוצע על-ידי מחברי תזכיר החוק נע בכיוון ההפוך לגמרי, ואם יתקבל סעיף 37 הרי שהוא עלול ליצור התנגשות חזיתית עם השינויים בפרוצדורה פלילית אשר אפשר וימלאו על-ידי ועדת לוין³⁷. אם המדיניות הרצויה כיום בתחום סמכויות המשטרה היא הידוק מסוים של הפיקוח, אזי אין כלל היגיון בחקיקת סעיף 37. אם אנשי משרד-המשפטים סבורים היום אחרת, דהיינו: שיש לשחרר את המשטרה מהגבלות הקיימות דוגמת הדרישה לרצון חופשי שבסעיף 12 לפקודת הראיות, כי אז מוטב שעמדה זו תבוא לידי ביטוי בוועדה אשר הוקמה לטפל בתחום זה כולו, או בפני ועדה ציבורית רחבה אחרת.

ה. המצב בדין האמריקני והאנגלי

תומכי השינוי המוצע יגידו כי החלופה הראשונה בסעיף 37 של תזכיר החוק כבר חוקקה באנגליה³⁸, ואם מדינה דימוקרטית זו, שממנה שאבנו את רוב-רובם של מושגי-היסוד שלנו בתחום הפרוצדורה הפלילית, ראתה לנכון לעשות כך, ראוי שגם אנחנו נעשה זאת. שנית, תומכי השינוי יגידו כי היום יש נסיגה גדולה מההגנות שהוענקו לחשודים בארצות-הברית בשנות השישים, כאשר בית-המשפט העליון שם יצר, בשורה של תקדימים מנחים, מסגרת רחבה וחדשה של זכויות החשוד והנאשם³⁹.

36 הוועדה לסדר דין פלילי (אמצעים משטורתיים). הישיבה הראשונה של הוועדה התקיימה ביום 9.1.85.

37 ראה הצעת חוק לסדר דין פלילי (אמצעים משטורתיים), התשמ"ד – 1984, ערוכה על-ידי השופט הר"ר ד' ביין.

38 ראה, *The Police and Criminal Act, 1984; Halsbury's Statutes of England* (London, 3rd ed., 1985) vol. 54(1) p. 452, 457 Section 76(2) Confessions

If, in any proceedings where the prosecution proposes to give in evidence a confession was or may have been obtained — (a) by oppression of the person of anything, who made it; or (b) in consequence in the said or done which was likely circumstances existing at the time, to render underliable any confession which might be him in consequence thereof, the court shall not allow the confession to be given in evidence against him except in so far as the prosecution proves to the court beyond a reasonable doubt that the confession (notwithstanding that it may be true) was not obtained as aforesaid.

39 התעוררות ודאגה נשמעו בחקופה האחרונה בעיקר בקשר ל"נסיגה" בתחום ההגנות בפני חיפושים בלתי-חוקתיים. ראה, לדוגמא, *Silas Wasserstrom, "The Incredible Shrinking Fourth"*

באשר לארצות-הברית: נוצר בארץ רושם מוטעה שבשנים האחרונות התחוללה נסיגה משמעותית בדין האמריקני לגבי זכויות החשוד בחקירה הפלילית. אין חולק על כך כי הכללים הנוקשים שנקבעו בפסק-הדין המנחה *Miranda v. Arizona*⁴⁰ ממשיכים לחול. כללים אלה יצרו מסגרת שבה החוקר המשטרתי מנוע מדובר עם החשוד בלא נוכחות עורך-דין, אלא-אם-כן החוקר מסביר לחשוד קודם-לכן כי יש לו זכות לנוכחות עורך-דין בעת כל תשאול משטרתי (ושכר טרחת עורך-הדין יושלם על-ידי בית-המשפט אם אין לו אמצעים מתאימים), והחשוד מוותר על זכות זו ברצון חופשי⁴¹. עקרונות מנחים אלה של פסק-דין מירנדה מבוססים לא רק על הטעם, ששמירתם תבטיח את מהימנותה של האמרה הבאה מפיו של נאשם, אלא כיום הם מבוססים על זכות עצמאית המצהירה כי אין אדם חייב להפליל את עצמו אפילו אם אמרתו אמיתית במאת האחוזים. כבר שנים רבות, לפני מתן פסק-דין מירנדה, השתרש בארצות-הברית הרעיון שהשיטה האדברסרית מחייבת שתובטח לחשוד הזכות להימנע מלהשתתף השתתפות פעילה בחקירה נגד עצמו, וכי כוח השלטון חייב לכבד את רצונו של החשוד לשתיקה מוחלטת⁴². זהו מצב משפטי השונה לחלוטין מהמצב הקיים במקום שבו מסבירים לחשוד שיש לו זכות שתיקה ואז החוקר חופשי להתחיל לתשאל אותו (כמו באנגליה ובישראל)⁴³. בישראל של היום אין, כמו-כן, לחשוד זכות לנוכחות עורך-דין בעת קיום תשאול משטרתי ואין גם זכות להפגש עם עורך-דין לפני שמתחילים בתשאול הראשון⁴⁴ (אשר נחשב הן על-ידי המשטרה והן על-ידי הסניגוריה כנקודה הרגישה ביותר לגורלו של החשוד). מה שחשוב לעניינו כאן הוא לא להציע כי מדינת ישראל תאמץ את הדין האמריקני בנושא זה, אלא להדגיש את המרחק העצום שכבר קיים בין הדין הישראלי היום (לפני השינוי המוצע בתזכיר החוק) ובין הדין האמריקני היום.

מדוע אפוא נוצר בישראל רושם כי האמריקנים מוותרים על ההגנה הרחבה שהחשוד נהנה ממנה לפי הדין האמריקני? הסיבה העיקרית היא, כי מלומדים ופוליטיקאים אמריקניים מהמחנה אשר תמך בשינויים שהוכנסו לדין האמריקני בשנות השישים חוששים כי תיקונים קלים אשר נקבעו לפי פסיקה חדשה של בית-המשפט העליון עלולים להוביל לפגיעה של ממש בעקרונות מירנדה⁴⁵. נוכל ללמוד עד כמה תיקונים

Amendment" 21 *Am. Crim. Law Rev.* (1984), 257; Daniel M. Harris, "The Return to Common Sense — A Response to the Incredible Shrinking Fourth Amendment" 22 *Am. Crim. Law Rev.* (1984), 25

Miranda v. Arizona 384 U.S. 436 (1966) 40

שם, בעמ' 467 — 473. 41

J.H. Wigmore, *The Evidence in Trials at Common Law* (Boston, Chadbourne, 1972), vol. III, sec. 822, p. 329. 42

אפילו הפרת חובת האזהרה לא תפסול בהכרח הודאת נאשם. ראה האדי נ' היועהמ"ש, פ"ד ג 13, 34 — 33. 43

ראה סעיף 29(ד) של חוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב — 1982, המאפשר רחיית פגישה בין החשוד לבין עורך-הדין כאשר החוקר המנסה לגבות הודאה נמצא בעיצומו של תהליך התשאול. 44

השופט מרשל חושש שכלל חדש היוצר חריג למירנדה שיוכיל ל-Chaos, ראה דעת המיעוט שלו ב-*New York v. Quarles* (להלן, הערה 56), 4799. 45

אלה רחוקים מלשנות את המסגרת הבסיסית האמריקנית — ביחוד בהשוואה למסגרת הישראלית — אם נשקול פסק-דין מרכזי ב"נסיגה" האמריקנית. בפסק-דין *New York v. Quarles* 46v. בית-המשפט העליון דן בסיטואציה זו: הקורבן לתקיפה ניגשה לשוטר כמה דקות לאחר שהתוקף עזב אותה והסבירה לשוטר שהתוקף תמוש באקדח, כיצד הוא נראה ולאיזה כיוון ברח. השוטר רדף בכיוון שצוין לו והגיע לאותו אדם כאשר זה ניסה להמלט בתוך סופרמרקט. השוטר תפש את האדם, חיפש את האקדח על גופו וכאשר לא מצא אותו, שאל את האדם החשוד כתוקף: "איפה האקדח?" החשוד הצביע על אחד מהמדפים שניצבו בסופרמרקט ושם מצא השוטר את האקדח. במהלך משפטו של אדם זה בניו-יורק טענה הסניגוריה כי בהצגת השאלה "איפה האקדח?" מבלי להסביר לנאשם את זכויותיו לפי מירנדה, לרבות הזכות לנוכחות עורך-דין בעת הצגת השאלה, לא קיימה המשטרה את המוטל עליה ויש לפסוק שהאקדח, שנתגלה בעקבות השאלה, פסול כראיה. בית-המשפט העליון בניו-יורק הסכים עם הסניגוריה⁴⁷, ופסק כי האקדח לא היה כשיר כראיה. בית-המשפט העליון הפדרלי קיבל את ערעורה של המדינה בנקודה זאת ויצר חריג לכללי מירנדה אשר זכה בשם *The Public Safety Exception To The Miranda Doctrine*⁴⁸. בקיצור: חריג זה קובע כי המשטרה יכולה לשאול שאלות ספורות כאשר קיימת סכנה מיידית לשלום הציבור והשאלות מכוונות למניעת מימושה של הסכנה (דוגמת חיפוש אקדח טעון), מבלי לקיים קודם-לכן את הנאי מירנדה. מחריג זה נבעה צעקת הליברלים באמריקה, כי בית-המשפט נסוג מזכויות חשובות של החשוד. מותר לציין כי לעומת המצב השורר בישראל, התיקון של פסק-דין *Quarles* נראה בלתי-משמעותי לחלוטין.

באשר לאנגליה: אין ספק כי השינוי המופיע בסעיף 76 של חוק הראיות החדש הקשור להליכים פליליים מהווה שינוי חשוב במסגרת ההגנות המבוטחות לחשודים ולנאשמים במדינה זו. יש לציין כאן כי שינוי זה היה קונטרוברסלי כאשר הוצע, והתקבל על-ידי הפרלמנט הבריטי רק אחרי מאבק מייגע בין התומכים והמתנגדים, אשר העמידו את שאלת זכויותיו של הנאשם בפני הצבעה פוליטית⁴⁹. מאידך גיסא, ברור כי ההצעה

46 52 United States Law Week 4790 (1984), 104 s. Ct. 2626 (1984)

47 ראה *New York v. Quarles* 58 N.Y. 2d 664, 444 N.E. 2d 984 (1982)

48 *New York v. Quarles*, 52 United States Law Week 4790 (1984) at p. 4793

49 ראה *L.R. Michael Zander, "The Criminal Process — A Subject Ripe for a Major Inquiry" L.R. (1977) 249*

The Report (of the criminal law revision committee's on evidence in criminal cases) ran into a barrage of criticism... The furore provoked by the report centred principally around the recommendations to attenuate the right of silence in the police station and to reverse the police caution.

ראה גם Doreen McBarnet, "Balance and Clarity — Has the royal Commission : Achieved Them?" *Crim L.R.* (1981) 445, 466

The 1970s were characterised by the rise of a powerful law and order lobby not only on electoral platforms but also in the media, as the police for the first time engaged in an active campaign of public relations, the committee's proposal to remove the criminal law revision epitomised and fuelled the right to silence both campaign.

לשינוי החוק עברה בדיקה מדוקדקת בוועדות ממלכתיות לפני שהגיעה לפרלמנט – כמנהגה של מדינה זו⁵⁰.

ברצוני להעלות במסגרת הערות השוואתיות אלה שתי נקודות בנוגע לביטול הדרישה לרצון חופשי בדין האנגלי.

(1) ראוי שהגופים השוקלים חקיקה ישראלית יחקרו היטב את הרקע לשינוי בתחום זה באנגליה והניסיון המעשי של בתי-המשפט באנגליה מאז שהשינוי נכנס לתוקפו, וכן ראוי שתוצאות בדיקה זו תתפרסמה להערכת ציבור המשפטנים בישראל, לפני שהחוק שלנו יתוקן. נקודה זו מועלית בעיקר לאור הגוון המובהק של מדיניות חברתית הטמון בשינוי הנדון, מאחר שמדובר לא רק במבחן משפטי טכני אלא בשינוי מאזן-הכוחות של השלטון והאזרח. באנגליה, לדוגמא, נמתחה ביקורת חריפה על שינוי המסגרת לבחינת כשרותן של הודאות.

There is strong sense of the baby being thrown out with the bathwater. (the) Finding that the police station is coercive by nature does not inevitably lead to the conclusion that the voluntariness principle should be removed. It would be equally logical to extend the exclude questioning in the voluntariness principle to police station⁵¹.

במקום לחקות את השינוי אשר התקבל לא מכבר באנגליה, יש להמתין כדי לבדוק את תוצאות הניסיון והערכת הצלחתו.

(2) לאור סיכום המצב המשפטי השורר היום ביחס לקבילותן של הודאות נאשמים, אפשר למקם את ישראל בין אנגליה ובין ארצות-הברית. ההגנה, מוצדקת או לא-מוצדקת, אשר הנאשם זוכה לה בארצות-הברית חזקה ורחבה פי כמה וכמה מזו הנוהגת בישראל. מאידך גיסא, לפי הרקע המשפטי החדש באנגליה, אפשר להסיק את המסקנה שמדינת ישראל שומרת על מסגרת משפטית טובה יותר מבחינת בטחונו של הנאשם שהוא לא יהיה חשוף לאמצעי חקירה מוגזמים. בעקבות תזכיר חוק הראיות, מדינת ישראל עומדת בפני בחירה קשה: האם עדיין לשאוף ולהגן על הרצון החופשי של הנאשם כמשפט פלילי, או האם ללכת בכיוון החדש של המשפט האנגלי, מקום שחלה בו באחרונה נסיגה ממשית בהחלט.

במתן תשובה לשאלה זו סבורני, שפסק-דין מועדי מראה היטב כי הדרישה לשמירה על רצון חופשי לא תעמוד כמשול גדול מדי בפני מאמצי המשטרה לנהל חקירות מתוחכמות ומקוריות.

אדרבה, פסק-דין זה מוכיח ללא ספק כי המושג רצון חופשי הוא מושג משפטי אשר

50 ראה: Criminal Law Revision Committee, Eleventh Report Evidence General, Cmnd. 4991; Report of the Royal Commission on Criminal Procedure, cmnd 8092.

51 Doreen McBarnet, "Balance and Clarity — Has the Royal Commission Achieved them" (לעיל, הערה 49) שם, בעמ' 429. ראה גם ביקורת ב" Thomas Gibbons, "The Conditions of Deffention and Questioning by Police", *Crim L.R.* (1985) 564, 558.

בית-המשפט יכול לווסת בהתאם לנסיבות⁵². שמירתו כתנאי לקבילת אמרות נאשמים תשאיר בידי בית-המשפט את היכולת למתוח ביקורת אפקטיבית על הליכי המשפט הפלילי כאשר יסתבר כי הנאשם ניסה שלא לדבר אלא לחכות ליעוץ משפטי שהוא חפץ בו ולמרות זאת נאלץ לדבר בטרם עת. יש להביט במצב עדין זה לא רק מהפרספקטיבה של הפושע המועד שמנסה להתחמק משיני חוק, אלא גם מהפרספקטיבה של אדם המואשם פעם ראשונה, אולי בעבירה כלכלית, המוצא את עצמו נותן הסברים הנראים למשטרה כמפלילים כאשר בתום משפט ארוך, יקר ופוגע (הכולל ישיבה במעצר עד תום ההליכים) הוא יזוכה, מכיוון שהסבריו הראשונים לא הובנו נכון או לא סיפקו תמונה מלאה ואמינה. אין לתקן נזק אשר נגרם במצבים אלה. כאן נשאלת השאלה אם לא הגיע הזמן להעמיד את זכות השתיקה מתוך לכותלי בית-המשפט על רגליים עצמאיות, ולא רק כאמצעי-עזר שנועד להבטיח מהימנות.

ההצעה המונחת בסעיף 37 תהווה ללא ספק כרסום נוסף ואולי תהווה אפילו הריסה כללית של זכות השתיקה של החשוד לפני המשפט במערכת הפלילית הישראלית. נכון ששתיקה לא תתחשב לעבירה, ובמובן זה האופי המינימלי של זכות זו יעמוד בעינו: מאידך גיסא, המגן המהותי ביותר של חופשיות הדעת של הנחקר לא יתקיים יותר בדין הישראלי. השינויים של שנות השישים היוו כרסום עקיף בזכות זו מכיוון שחובת הרשות לשמור על חופשיות הרצון לא נפגעת כלל. האמרה של הנאשם נשארה לא-קבילה כל עוד לא הוכחו התנאים המוקדמים של סעיף 12. לעומת זאת, השינוי המוצע היום מהווה פגיעה ישירה, כוללת ומקיפה בחופשיות הדעת. לפי גרסה ב, מרגע שיתקבל השינוי המוצע ואילך נמסר מסר לרשויות החקירה כי אין עוד צורך לשמור על חופשיות הדעת של החשוד; והחוקר יוכל לבחור בכל דרך שהוא מעדיף לניהול חקירתו, ובלבד שבכוא

52 העובדה ששלושת השופטים הגיעו למסקנה שהנאשמים מסרו את הודאותיהם ברצון חופשי מראה בעליל, שהמושג המשפטי "רצון חופשי" קיבל פירוש מיוחד השונה בהרבה מפירושו המקובל כמושג פסיכולוגי או חברתי. החוקרים סיפרו לחשודים כי רק הודאה מצדם תביא את הבידואים שלא לנקום בבני-משפחתם; כי מי שמודה ברצח עשוי לקבל חנינה; כי אם לא יודו, המשטרה תרחיב את החקירה ותעצור בני-משפחה נוספים; כי אם אחד האחים החשודים יקח את האשמה על עצמו אזי ישוחררו שני אחיו — פרשת מועדי (לעיל, הערה 3), 214. כמובן לגבי אחד החשודים לא התקיימה פגישה עם עורך-הדין שלו במשך יותר משבוע על-אף דרישותיו החוזרות (שם, בעמ' 229). השופט גולדברג, לאחר שבחן את ההשפעה של סיפורי החוקרים על אחד החשודים שמסר הודאה, הגיע למסקנה שההודאה נמסרה ברצון חופשי בזה הלשון:

...כפי שכבר צוין לגבי סייף, אין זה מן הנמנע, כי הדכדוך ואולי אף הייאוש, תקפו את דאשה מעצם המצב שאליו נקלע ומהבנת חומרנו, ואין הם מעידים בהכרח על שכירת רוחו מלחץ החקירה דווקא (שם, בעמ' 229).

הקונצפציה של רצון חופשי העולה מדברי השופט גולדברג מתרכזת על נקודת-הזמן שבה החשוד מחליט למסור הודאה, ומפחיתה את חשיבותו של רצון החשוד בתחילת החקירה. כאשר בתחילת החקירה החשוד חפץ בשתיקה, אלא שבמשך תקופת החקירה המשטרה מביאה את החשוד באמצעות תחבולות ולחצים לא-קונצפציה לרצון או לנכונות להודות, כי אז אין להסיק שחופש הרצון של החשוד נשלל. קונצפציה זו של רצון חופשי מאפשרת לבית-המשפט שיקול-דעת רחב לעצב את גבולותיו של המושג כפי שנסיבות העניין תדרושנה. יש, כמובן, סכנה בגישה זו, והיא: שבת-המשפט ישמרו על המלה "רצון חופשי", אבל לא על קיומו בפועל. בהקשר זה סבורני, שבפרשת מועדי השופטים מתחו את המושג רצון חופשי לשולי הגבול אשר מושג זה יכול לסבול.

העת, בית־המשפט יציין שהודאת הנאשם היא הודאת אמת. לפי גרסה א נמסר מסר לרשויות כי מותר לעשות את הכול כדי לגבות הודאה מחשוד בעל־כורחו, ובלבד שלא ננקטה פעולה המשפילה את כבודו של האדם. מוטב שחברי־הכנסת יבינו משמעות זו של השינוי שבסעיף 37 של תזכיר החוק אם יתבקשו לשקול אותו: כי כל הרעיון של חופשיות הרצון – בין אם רואים אותו כמכשיר להבטחת מהימנות האמרה של הנאשם ובין אם רואים אותו כעיקרון של השיטה האדברסרית המטילה על התביעה את הנטל לאתר ראיות מבלי להיות תלויה בהפעלת כוח על החשוד – עומד להתבטל אם יוחק סעיף 37 של תזכיר החוק; וזאת בזמן שבו בית־המשפט העליון הדגיש בפסיקתו את מרכזיותו של מושג זה לבדיקת כשרותן של הודאות נאשמים.

למעשה, אחת התמיהות הגדולות של סעיף 37 היא שמשרד־המשפטים, במסגרת ועדה לא־ציבורית, ראה לנכון להציע תיקון בהסדר הנוגע ישירות לעניין הנמצא בתחום סמכותה של הוועדה הציבורית שהוא הקים. ברם, חשובה מכך היא העובדה כי השינוי המוצע בתזכיר החוק נוגד את הרוח הנושבת כיום כציבור ומהווה כרסום רציני בהליך ההוגן אשר מאז ומתמיד היווה עמוד־תווך לעשיית צדק במשפט הפלילי בישראל. כמי שמסכים לכך שהמשטרה זקוקה להתעצמות ולתמיכה רחבה ביותר מול קשיי הגילוי והפענוח העומדים בפניה היום, סבורני שהפתרון צריך לבוא בהגברת כוח־האדם והעלאת איכות הכלים הטכניים והאנושיים. מובן שכיוון זה הוא יקר (והכיוון המוצע על־ידי משרד־המשפטים בעטיפת סעיף 37 הוא זול יחסית), אבל עובדה זו אינה צריכה להביא לחקיקה מוטעית. סעיף זה דורש, כמו סעיפים אחרים שבתזכיר חוק הראיות, בדיקה נוספת לפני שיוחלט להגישו לכנסת כחקיקה חדשה רצויה.