

“ונזהרתם מאד”: זִיזת אזהרת חשוד והיקפה כבסיס לפסילת הודאות, ביטול אישומים או המרתם

דב גלעד כהן¹

מבוא

במחצית שנת 2012 התקבלה בבית משפט השלום בכפר סבא החלטת ביניים בלתי שגרתי, ובה הורה בית המשפט על פסילת הודאות שנגבו מנאשמים שהועמדו לדין,² בין השאר, על עבירות לפי סעיף 220 לפקודת מס הכנסה.³

הנאשמים דשם טענו כי שומה על בית המשפט לפסול את הודאותיהם “בשל היעדר הפירוט באזהרה שהוזהרו”.⁴ לשם כך ניהלו הנאשמים “משפט זוטא”,⁵ הגם שכלל לא נטען שהופעל כלפיהם אמצעי פסול המוכר בפסיקה.⁶ טענתם התרכזה אך ורק בפערי הכוחות והידע המשמעותיים הקיימים בין החשוד ובין החוקר בפתחה של החקירה, וההכרח לאזנם באמצעות אזהרה נאותה ומקיפה. הדיון התרכז בשאלה אם נדרשו חוקרי רשות המסים לדקדק עמם – בשלב האזהרה ובטרם השיבו על שאלותיהם – בנוגע לחשדות הקונקרטיים המיוחסים להם, הן במישור העובדתי הן במישור המשפטי חוקי (העבירה הספציפית המיוחסת להם מבין שש החלופות המנויות בסעיף 220 הנ”ל בפרט); או אם די היה להחשידם באופן כללי בעבירות מס ולחשוף אותם בהדרגה לתשתית הראייתית שבידי החוקרים.

החלטתו של בית המשפט לפסול שתיים מן ההודאות שנגבו מהם התקבלה מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית.⁷ בית משפט השלום הניח שאין הכרח, אף לא אפשרות, להחשיד חשוד בכל סעיפי העבירה האפשריים העשויים להיכלל לימים בכתב האישום שיוגש נגדו. עם זאת נקבע כי חשוד זכאי להיות מוזהר מפורשות על כל חשד קונקרטי קיים בעת חקירתו – בשני המישורים הרלוונטיים, העובדתי והמשפטי – ואין החוקרים יוצאים ידי חובה ב”אזהרה כללית” על זכויותיו ומסגרת החשדות נגדו.

1 עורך דין (LL.B, LL.M), אוניברסיטת בר-אילן). תודתי שלוחה לכל אלו שהקדישו מזמנם לעיין בגלגוליה השונים של רשימה זו ולהעיר את הערותיהם המועילות: נסים ממן, בני שגיא, ירון גת, עפר ברטל, דרון מנשה, רענן גלעדי, יניב בה-רוש, אריה פטר, לירן זילברמן, נתנאל דגן ועדי לוזון.

2 ת”פ (שלום כ”ס) 2912/07 **מדינת ישראל נ’ ירון** (פורסם בנבו, 12.7.2012).

3 סעיף 220 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], התשכ”א-1961.

4 ה”ש 2, פס’ 69.

5 סעיף 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל”א-1971.

6 ע”פ 115/82 **מועדי נ’ מדינת ישראל**, פ”ד (לח) 197 (1984).

7 ע”פ 5121/98 **יששכרוכב נ’ התובע הצבאי הראשי**, פ”ד סא(1) 461 (2006).

יתר על כן נקבע כי היה על החוקרים לכלול באזהרה את תת-הסעיף המיוחס לחשוד, מני אלו המפורטים בסעיף 220 לפקודת מס הכנסה. בנסיבות המתאימות, נקבע, אי-החשדה או כל פגם מהותי אחר בְּזִיזת ובהיקף האזהרה עלולה לקפח את הגנת החשוד, לפגום במשקל הודאתו ואף לגרום לפסילתה. טעם הדבר, ציין בית משפט השלום, הוא הקשר שבין היקף האזהרה לזכות ההיוועצות. משלא כללו החוקרים באזהרה את תת-הסעיף המיוחס לחשוד, בית משפט השלום התרשם שהנאשמים (עת היו חשודים) לא הבינו עד תום את המיוחס להם ועל כן נפגעה זכותם להליך הוגן באופן המצדיק את פסילת הודאותיהם.⁸

“במאמר זה נבקש להבין אם אומנם יש זיקה בין אזהרת חשוד והיקפה ובין זכויות היסוד המוקנות לו בדין, ובפרט זכות ההיוועצות”

במאמר זה נבקש להבין אם אומנם יש זיקה בין אזהרת חשוד והיקפה ובין זכויות היסוד המוקנות לו בדין, ובפרט זכות ההיוועצות. ההודעה שנמסרה לחשוד על זכאותו לממש את זכויות היסוד שלו, האין בה כדי להגשים את תכליתן של זכויות אלה? האם אזהרה ‘כללית’, בלתי מסוימת, אכן מהווה פגיעה בזכויות יסוד ומזכה בסעד ההולם את עוצמת הפגיעה?

במסגרת זו נבקש לעמוד על חשיבותה של אזהרה מלאה ומפורטת, כחלק בלתי נפרד מזכותו של חשוד להבין ולדעת באופן פוזיטיבי את המיוחס לו ואת מה שעליו להתגונן מפניו, על מנת לתת בידיו את מלוא המידע הרלוונטי הדרוש לשם שכלול החלטה מושכלת על מסירת גרסה (או שתיקה) ולשם מימוש יעיל של זכות ההיוועצות בעורך דין, ובפרט בעבירות מורכבות שיש להן רובד עיוני מקצועי כגון עבירות מס, הגבלים עסקיים, ניירות ערך וכיוצא באלה.

המאמר מבקש לאגד למסמך אחד את הכללים המחייבים והבלתי מחייבים הנהוגים בסוגיה זו, כפי שהם משתקפים בחקיקה קיימת ומוצעת, בהמלצות מקצועיות, במשפט משווה ובעיקר בהחלטות שניתנו במרוצת השנים בערכאות שיפוטיות שונות, ולבסוף מציע מודל הבוחן את הפגם באזהרת החשוד (או בחקירתו גופא) ומתווה פתרונות אפשריים של הקשיים הנובעים מהעדר אזהרה.

8 על מנת לסבר את האוזן יובהר כי הודאות שנגבו מן החשודים בשלבים מאוחרים יותר, לאחר שהבינו את החשדות שעל הפרק ונועצו בעורכי דינם בהתאם, התקבלו כראיה לחובתם.

מקור האזהרה ותוכנה

שיאה של חקירת חשד למעשה פלילי הוא בגביית הודאה מן החשוד בביצוע המעשה. מפאת רגישותה ומשמעותיה הרת הגורל של חקירת חשוד, במרוצת השנים התגבשו בעניינה כללי יסוד פרי חקיקה, פסיקה, הנחיות ונהלים פנימיים, שעיקר תכליתם לוודא כי תישמרנה בקפידה זכויות היסוד הנתונות לו – ובהן זכות ההיוועצות וזכות השתיקה. האזהרה מהווה אמצעי מהותי לשמירת זכויותיו של החשוד, היות שהיא אפירורית ופוזיטיבית – הכרזה מפורשת על קיומן ועל הזכות לממשן.

בשנים שחלפו מעניין **יששכרוב**, כלל הערכאות השיפוטיות מגלות נכונות רבה יותר לדון בטענות על אי-קבילותן של הודאות שנגבו מחשודים בדרך שפגעה בזכותם להליך הוגן⁹, ונכונות רבה יותר לקבלן, בלי צורך לעמוד בקריטריונים הדווקניים וברף הדרוש לפסילת אמרת חוץ של נאשם על פי סעיף 12 לפקודת הראיות, שבעיקרו מכון לפגיעה משמעותית באוטונומיית הרצון החופשי עקב לחץ חיצוני.

המשפט הישראלי רואה באמרת חוץ מפלילה ראייה חזקה ואיכותית, המבטאת הלוך רוח ספונטני ומהימן, אשר בהצטרפה לתוספת ראייתית רלוונטית די בה להרשעת נאשם. אף על פי כן, החוק וההלכה הפסוקה אינם מתווים כללים לתוכנו המהותי ולדיותו של "האקט המכונן" את חקירת החשוד בעבירה – האזהרה, לא כל שכן כללים בדבר פגמים שנפלו בה ומשמעותם המעשית.

בטרם נפנה להתפתחות שחלה בתפיסתו של המשפט הישראלי את אזהרת החשוד, נפנה למקורותיה במשפט האנגלי, שכן בראשית דרכו ביסס המשפט הישראלי את קיומו של הצורך באזהרה על "תקנות השופטים" (Rules 'Judges). לאחר מכן נבחן הסדרים דומים בשיטות משפט אחרות, ונשוב לבחינת המצוי והרצוי במשפט הישראלי.

תקנות השופטים הן כללים מנחים לחקירת חשודים בידי אנשי מרות שגובשו במשפט המקובל האנגלי ונועדו להבטחת "חופשיותה" של אמרה מפלילה הנמסרת מפי חשוד.¹⁰ כאמור, עם הקמת המדינה אומצו

9 עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 7, פס' 25, 33-32, 68-63, 70-73.

10 **R. v. Voisin**, 1 K.B. 531 (1918). שם קבע השופט לורנס: "These rules have not the force of law; they are administrative directions the observance

כללים אלו בשיטת המשפט הישראלי, שהסתמכה ברובה על המשפט האנגלי.¹¹ תקנות אלה מונות כמה כללי יסוד שהותקנו בידי השופטים האנגליים ובראשם החובה להזהיר חשוד על העובדות המקימות עבירה מסוימת (Particulars), לצד הבהרה כי אינו חייב לומר דבר – וכל דבר שיאמר עשוי לשמש ראייה במשפטו.¹²

המשפט האנגלי התקדם מאד מאז נהגו תקנות השופטים הבלתי מחייבות. החוק האנגלי דהאינדנא (Police And Criminal Evidence Act) 1984 – pace והתקנות שהותקנו מכוחו¹³ קובעים שעם עיכובו או מעצרו של אדם, ולפני כל תשאול או חקירה, חובה ליידעו בכתב על זכות השתיקה (ומשמעותיה) וזכות ההיוועצות בעורך דין; עוד יש לאפשר לו לעיין בתקנות עצמן, בנוסח האזהרה שעומדים להזהירו בה ובגיליון העיכוב שלו – הכולל את סעיף העבירה שחירותו הוגבלת בגינה.¹⁴ תקנות pace מסדירות את נוסח האזהרה,¹⁵ מחייבות לשוב ולהזהיר את החשוד בתום כל הפסקה בחקירה,

"שיאה של חקירת חשד למעשה פלילי הוא בגביית הודאה מן החשוד בביצוע המעשה. מפאת רגישותה ומשמעותיה הרת הגורל של חקירת חשוד, במרוצת השנים התגבשו בעניינה כללי יסוד פרי חקיקה, פסיקה, הנחיות ונהלים פנימיים, שעיקר תכליתם לוודא כי תישמרנה בקפידה זכויות היסוד הנתונות לו – ובהן זכות ההיוועצות וזכות השתיקה"

of which the police authorities should enforce [...] It is important that they should do so, for statements obtained from prisoners, contrary to the spirit of these rules, **may be rejected** as evidence by the judge presiding at the trial." [ההדגשה אינה במקור].

11 ראו לדוגמה ע"פ 72/50 אל **דהדוד נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל**, פ"ד ה' 345 (1951).

12 להרחבה: T. E. St. Johnston, Judges' Rules and Police Interrogation in England Today, 57 J. Crim. L. Criminology & Police Sci. 85 (1966). עיינו שם בכלל המינהלי השישי הנגזר מתקנות השופטים, כפי שהופץ לשוטרים באנגליה: "As soon as a charge has been accepted [...] The accused person should be given a written [...] giving **particulars of the offense** with which he is charged. So far as possible the **particulars of the charge** should be stated in simple language so that the accused person may understand it, but they should also show clearly the precise offense in law with which he is charged." [ההדגשות אינן במקור].

13 Police And Criminal Evidence Act 1984 (PACE), CODE C Code of Practice for the Detention, Treatment and Questioning of Persons by Police Officers (להלן: "תקנות pace").

14 שם, סעיף 3.

15 שם, סעיף 10.5.

לקבילות אמרתו; על העובדה שכל אשר יאמר עשוי לשמש לחובתו; ועל זכותו לייצוג בידי עורך דין – עו"ד פרטי או עו"ד שימונה על ידי המדינה.²² החובה ליידע חשוד בדבר זכויותיו החוקתיות נתפסת במשפט האמריקאי כמחלטה (למעט חריגים נדירים), וכל סטייה ממנה תוביל ככלל לפסילת אמרתו. עם זה, יחסו של המשפט האמריקאי לתוכן האזהרה שונה בתכלית משיטות משפט מודרניות מקבילות, כגון המשפט האנגלי והמשפט הקונטיננטלי שנסקרו לעיל. הנושא הובא לפתחו של בית המשפט העליון בארה"ב במסגרת *Colorado v. Spring*,²³ שם נדון עניינו של אדם – ספרינג – שנעצר בחשד להחזקת נשק ולבסוף חולצה ממנו הודאה גם בגין מעשה רצח.

ספרינג ביקש לפסול את הודאתו במעשה הרצח שיוחס לו משום שחוקריו לא יידעו אותו מראש, במסגרת האזהרה, על כוונתם לחקור גם בגין עבירה זו. טענתו הייתה שאי החשדה במעשה הקונקרטי היא תחבולה נפסדת (trickery) ולפיכך, טען, ויתורו על זכות השתיקה – שהינה יסוד מוסד באזהרת "מירנדה" – לווה בפגם מהותי המצדיק את פסילת הודאתו. הערכאה הדיונית קיבלה את עמדתו של ספרינג ופסלה את הודאתו. בית המשפט העליון הפדראלי הפך את החלטת הערכאה הדיונית בדעת רוב ופסק כי רשויות החקירה יוצאות ידי חובתן בהעמדת החשוד על זכויותיו החוקתיות, שהן כשלעצמן מקיפות ורחבות. עוד נקבע כי מחדלם של החוקרים ממסירת מידע מוקדם על החשד הנחקר כלל אינה רלוונטית לנושא חופשיותה של ההודאה, שכן היא אינה פוגמת בהבנתו של החשוד את זכויותיו החוקתיות, כל עוד הועמד עליהן כדבעי.

הנה כי כן, כאמור לעיל, המשפט האמריקאי מקנה חשיבות רבה מאד לעצם יידוע חשוד על זכויותיו החוקתיות ולחיוניות בעורך

"המשפט האמריקאי מקנה חשיבות רבה מאד לעצם יידוע חשוד על זכויותיו החוקתיות ולחיוניות בעורך דין. פגם במישור יידוע החשוד בדבר זכויותיו יביא לידי פסילת כל אמרה שנגבתה ממנו"

²² ראו גם את הדוקטרינה שנקבעה בעניין *Massiah v. United States*, 377 U.S. (1964), ולפיה מעט שהוחל בהליכים אדברסאריים נגד החשוד, על ידי הגשת תלונה רשמית, זימון לשימוע או הגשת כתב אישום, הרשויות אינן רשאיות לחלץ הימנו הודאה מפלילה בעבירה המיוחסת לו, במישורן או בעקיפין, אלא אם כן ויתר במפורש ומדעת על זכות החיוניות. *Colorado v. Spring*, 479 U.S. 564 (1987).

ויתרה מכך – מחייבות להבהיר לנחקר את טיב החשדות וכן את הזמן והמקום שהעבירה בוצעה בהם.¹⁶ הדין הצרפתי (*Code de procédure pénale*) מחייב ליידע כל אדם שעוכב או נעצר בחשד לביצוע עבירה, בדבר טיב העבירה הנחקרת¹⁷ ובדבר זכות החיוניות וזכות השתיקה.¹⁸ כמוהו גם הדין הגרמני (*Strafprozessordnung*) מחייב ליידע את הנחקר על העבירה המסוימת שהוא חשוד בה ועל סעיף החיקוק הקובע אותה.¹⁹ המשפט האנגלי והמשפט הקונטיננטלי נוקטים אפוא עמדה מרחיבה בסוגיית האזהרה, ומחייבים את רשויות אכיפת החוק לפרט לפני החשוד את טיב החשדות הקיימים נגדו, במישור העובדתי והמשפטי כאחד.

המשפט האמריקאי מכיר בכמה סוגי "אזהרות", כולן יצירות פסיקה שפירשה את חוקת ארה"ב. הידועה שבהן היא "אזהרת מירנדה",²⁰ המחייבת את גורמי האכיפה להזהיר חשוד בביצוע עבירה פלילית, המצוי במשמורת רשויות החוק,²¹ על זכותו החוקתית לשתיקה, כתנאי

¹⁶ שם, סעיף 11, 10B.

¹⁷ *Code de procédure pénale* [c. pr. pén.] [Criminal Procedure Code] §§1-63 (Fr.): "nature of the offence which is being investigated".

¹⁸ שם, סעיף 4-63 מסדיר את החובה ליידע חשוד על זכות החיוניות, עם עיכובו או מעצרו. יודגש כי על פי סדרי הדין בצרפת, המפגש מוגבל ל-30 דקות. זאת ועוד, עורך דינו של החשוד רשאי לכתוב השגות על פעולות שנקטו לגבי החשוד ולצרפן לתיק החקירה; סעיף 116 מסדיר את חובת יידוע החשוד על זכות החיוניות וזכות השתיקה, עובר לביצוע חקירה בפני שופט חוקר.

¹⁹ *Strafprozessordnung* [StPO] [Code of Criminal Procedure] §§ 136, 137, 163a (Ger.). בסעיפים אלה מוסדרות זכות השתיקה וזכות החיוניות. החוק הגרמני מאפשר לחשוד לציין את הראיות שיש לגבות לצרכי הגנתו – וקובע חובה מפורשת לגבותן בהקדם האפשרי.

²⁰ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); אזהרות אחרות הקיימות במשפט האמריקאי הן "אזהרת גאריטי" ו"אזהרת קאלקיןס", שאינן רלוונטיות לנושא הנדון. להרחבה ראו:

Garrity v. New Jersey, 385 U.S. 493 (1967); *Kalkines v. United States*, 473 F.2d 1391 (Ct. Cl. 1973).

²¹ להרחבת המונח "מצוי במשמורת החוק", ראו: *Fifth Amendment – Right of Persons, Authenticated U.S. Government Information GPO 1453, 1514* (2013). ככלל אפשר לומר שהפסיקה האמריקאית חילקה את המונח לשני תנאים – האחד כי טוטל מגבלה על חופש התנועה של האדם, והשני כי בחינה אובייקטיבית מאוחרת בידי בית המשפט תעלה כי האדם נחקר כחשוד, בניגוד לחקירתו כעד; ראו גם אריה פטר "זכות השתיקה, חובת האזהרה, זכות החיוניות וחובת היידוע – מיאמתי קמות לחשוד בפלילים?" **משפט מפתח** 3, 16 (2015).

המקור הנורמטיבי לחובת האזהרה בהוראות חוק המעצרים.²⁸ אף על פי כן, גם הוראות חוק זה – על פי לשונן – אינן עוסקות אלא באזהרתו של חשוד במסגרת מעצרו, או במסגרת פעולות הנלוות למעצרו, ואינן ממלאות את הצורך באזהרתו של חשוד שאינו עצור.

“המילה האחרונה” בסוגיה זו, נכון לזמן כתיבת שורות אלו, נשמעה ביום 28.4.2014,²⁹ אז פורסם נוהל מס’ 03.300.268, “יידוע חשוד בדבר זכויותיו בטרם חקירה” (תחילת תחולה: 28.4.2014), מטעם חטיבת החקירות באגף לחקירות ולמודיעין במשטרת ישראל (להלן: “נוהל האזהרה”). הנוהל פורסם בהנחיית השר לביטחון פנים בעקבות פרסום תזכיר הצעת חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים) (תיקון), התשע”ב-2012 (להלן: “תזכיר חוק חקירת חשודים”), שמטרתו הייתה עיגון בחקיקה ראשית של הזכות להימנע מהפללה עצמית, זכות השתיקה וזכות ההיוועצות בעורך דין.

בפתח הנוהל נכתב כי “על פי הנוהל הקיים כיום, בטרם נחקר חשוד באזהרה, מוקראת לו הודעת האזהרה בדבר זכויותיו.”³⁰ ההנחיה בנוהל האזהרה היא כי עובר לחקירת חשוד ימסור לו החוקר בכתב “את עיקרי העובדות בדבר החשד המיוחס לו”, ויפרט לפניו את הזכויות המוקנות לו ובכללן זכות השתיקה, זכות ההיוועצות בעורך דין והזכות למינוי סניגור ציבורי לשם מימוש זכות ההיוועצות.³¹

הנה כי כן גם כיום המסגרת הנורמטיבית שנסמכת עליה סוגיית יידוע החשוד הנחקר על זכויותיו בישראל היא “רעועה” למדי או לכל הפחות אינה איתנה דיה. היינו מצפים כי סוגיה זו, שבמובנים מסוימים מהווה את הבסיס לזכויותיו של החשוד בהליך הפלילי – זכויות בעלות מעמד חוקתי – יעוגנו למצער בחקיקה ראשית, לא בנוהל ובפסיקה.³²

28 חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ”ו-1996 (להלן: “חוק המעצרים”), בפרט הוראות סעיף 24 ו-28.

29 ביום 14.7.2013 פורסמו תקנות הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) (נוסח הודעה לקטין חשוד על זכויותיו טרם חקירתו), התשע”ג-2013, המסדירות את נוסח אזהרתם של קטינים חשודים ויידועם על הזכויות המוקנות להם בחוק; וביום 1.2.2016 הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים) (תיקון – יידוע זכויות חשודים), התשע”ו-2016, במסגרתה הוצע להוסיף, בין השאר, את סעיף 1א(א) לחוק, המציע כי “לפני תחילת חקירת חשוד יבהיר חוקר לחשוד, ככל הניתן, בנסיבות העניין, בשפה שהוא דובר, את עיקרי העובדות בדבר החשד המיוחס לו”.

30 סעיף 1.1 לנוהל האזהרה.

31 בתקנות הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), אין התייחסות לנדון דידן – ואין לנו אלא להניח שהוראות מס’ 03.300.268 הנ”ל חל בחקירות קטינים.

32 בנקודה זו ראוי לציין לטובה דווקא את הוראות חוק השיפוט הצבאי, התשט”ו-1955 (להלן: “חש”צ”). אחת החובות המפורטות בהוראות סעיף 266-277 לחש”צ היא

דין. פגם במישור יידוע החשוד בדבר זכויותיו יביא לידי פסילת כל אמרה שנגבתה ממנו. ואולם רשויות האכיפה בארה”ב יוצאות ידי חובתן ביידוע החשוד, כאמור, ואינן נדרשות לכלול באזהרה מלכתחילה כל פרט בעניין החשדות המיוחסים לו.²⁴ אף על פי כן יש לזכור כי המשפט האמריקאי מעניק לחשוד זכויות יתר משמעותיות לעומת שיטת משפט אחרות, לרבות שיטת המשפט הישראלית, כגון זכות לנוכחות עורך דין בחקירה, בדרך שיש בה לאזן את הפגיעה האפשרית בהבנתו הקונקרטית של החשוד את טיב החשדות נגדו.²⁵

חקירת חשודים ואזהרתם בדין הישראלי

הסמכות הכללית לחקור כל אדם בקשר לחקירת חשד לביצוע עבירות פליליות מוסדרת בסעיף 2 לפקודת הפרוצדורה הפלילי (עדות).²⁶ הפקודה דלת הוראות ובעיקרה מכוננת סמכות מינהלית לחקור, לצד קביעת חובה על הנחקר להשיב נכונה על כל השאלות המוצגות לו, למעט “שאלות שהתשובות עליהן יהיה בהן כדי להעמידו בסכנת אשמה פלילית”.

חקירת חשודים מוסדרת בחוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התשס”ב-2002, שאף הוא נוגע בעיקר בפן החיצוני הנלווה לחקירת החשוד ואינו מתייחס לתוכנה המהותי של החקירה, מלבד קביעת חובה לחקור חשוד “בשפתו או בשפה שהחשוד מבין ודובר אותה”.²⁷ סעיף 5 לחוק הנ”ל מקנה לשר לביטחון פנים סמכות לקבוע חובות ואיסורים המוטלים על חוקר משטרה במסגרת ניהול חקירת חשוד, כפי שאכן נעשה בשנת 2014. נתייחס אליהם בהמשך.

כאמור, תקנות השופטים אומצו אל שיטת המשפט הישראלי בראשית דרכה העצמאית (ראו עניין **אל הדהוד**). במרוצת השנים הן נזנחו כמקור לאזהרה, והתבססה בפסיקה הגישה ולפיה אפשר למצוא את

24 שם. להשלמת התמונה נוסף כי דעת המיעוט בעניין Spring, מפי השופטים מרשל וברנו, גרסה כי יש זיקה בין תוכנה של האזהרה ובין זכות השתיקה, ובלשונם: “It seems to me self-evident that a suspect’s decision to waive this privilege will necessarily be influenced by his awareness of the scope and seriousness of the matters under investigation.” [ההדגשות אינן במקור]; עוד הוסיפו, כי יידוע החשוד בדבר כלל העבירות שהוא חשוד בהן עשויה לתרום באופן משמעותי לבחינת חוקיות המעצר ולמניעת טעויות בהליך.

25 לסקירת ההסדר במשפט האמריקאי, ראו: יאיר תירוש “הזכות לייצוג בחקירה” – כללי הצייד במבחן המשפט המשווה “משפט **וצבא** 91 14, 124 (התש”ס).

26 סעיף 2 לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות), 1927 (להלן: “הפקודה”).
27 סעיף 2 לחוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התשס”ב-2002.

“המסגרת הנורמטיבית שנשמכת עליה סוגיית יידוע החשוד הנחקר על זכויותיו בישראל היא ‘רעועה’ למדי או לכל הפחות אינה איתנה דיה. היינו מצפים כי סוגיה זו, שבמובנים מסוימים מהווה את הבסיס לזכויותיו של החשוד בהליך הפלילי – זכויות בעלות מעמד חוקתי – יעוגנו למצער בחקיקה ראשית, לא בנוהל ובפסיקה”

היקף האזהרה ופגמים שנפלו בה

עד לפני שנים אחדות סירב בית המשפט העליון להכיר ב“תקנות השופטים” ככללים מחייבים שסטייה מהם תביא לידי פסילת הודאה שנגבתה מחשוד.³³ כבמשפט האנגלי התקף אז, תקנות השופטים נתפסו ככללים מנחים בלבד, שראוי למשטרה להקפיד עליהם (best practice). נקבע כי פגיעה חמורה בתקנות עשויה לעורר ספק ברצונו החופשי של חשוד למסור הודאה,³⁴ ומכל מקום הוטעם בפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין בלחניס,³⁵ כי “האזהרה אינה אלא כלי לוודא שהחשוד מודע לזכותו לשתוק” (עמדה הדומה במהותה לדין האמריקאי), וכי “[...] אין האזהרה מהווה נושא לזכות יסוד חוקתית”. קביעה זו משמשת עד היום את רשויות התביעה תדיר, בעת שהן נדרשות

להתמודד עם טענות נאשמים על פגמים שנפלו באזהרתם בעת שהיו חשודים, פגמים שאינם עולים כדי “אב פסול”. בהמשך הדברים נבחן את הפיחות הגדול שחל בקביעה זו, עד כי אפשר לטעון שבוטלה. מאז עניין יששכרוב, נסוגו תקנות השופטים כבסיס נורמטיבי ונקבע, כי אף שאין הסדר סטטוטורי אחיד בדבר אזהרת חשוד בטרם גביית גרסתו, המקור הנורמטיבי שחובה זו קמה מכוחו הוא סעיף 28 לחוק

החובה להזהיר חשוד לפני גביית אחרת, לשוב ולוודא כי החשוד הבין את האזהרה ולבסוף להודיעו כי הוא “חשוד בביצוע עבירה פלונית”. עם זה סעיף 478 לחש״צ קובע שאין מניעה שבית הדין הצבאי יקבע לגבי אמרת נאשם שהתקבלה שלא בהתאם לכללים אלו, שניתנה מרצונו הטוב של הנאשם.

33 ראו לדוגמה, ע”פ 20/49 האדי נ’ היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ”ד 13, 33 (1950).

34 ע”פ 270/65 קיסי נ’ היועץ המשפטי לממשלה, פ”ד יט(3) 568, 561 (1965); יעקב קדמי על סדר הדין בפלילים - חלק ראשון (ב) 688, 788 (2008).

35 ע”פ 1382/99 מדינת ישראל נ’ בלחניס, 6, 4 (פורסם בנבו, 1.11.1999).

המעצרים.³⁶ זאת ועוד, כיום כבר אין חולק ש”מזכות השתיקה נגזרת חובת החוקר להבהיר לחשוד טרם שימסור גירסתו, כי אין הוא חייב לומר דבר, וזאת על מנת לוודא כי הוא ער לזכותו הבסיסית לשתוק, וכן על מנת לוודא כי ויתר במודע ומתוך רצון חופשי על זכות זו בעת מסירת אימרתו”,³⁷ מתוך תפיסה שזכות השתיקה וחזקת החפות כרוכות זו בזו;³⁸ כן הטעים בית המשפט העליון כי “אזהרה כדיון היא אזהרה הכוללת את כל שלושת הרכיבים [...] [יידוע על זכות השתיקה, על תוצאותיה האפשריות ועל זכות ההיוועצות - דג”כ] לעיל בנוסף לתיאור העבירות שבזיקה אליהן נחקר החשוד. אזהרה החסרה את אחד הרכיבים הנ”ל אינה אזהרה כדיון”.³⁹

העדרם של כללים חיצוניים או תוכניים במסגרת חקירת עבירות, כפי שתואר לעיל, היוו נושא ליבה בדיוני הוועדה המייעצת לשר המשפטים לעניין סדר דין פלילי וראיות (להלן: “ועדת נאור”), שהגישה את המלצותיה לשר המשפטים באפריל 2012. הרפורמה שהציעה הוועדה מקיפה בין השאר התייחסות לחובתו של נחקר להשיב על שאלות, למעט שאלות הפוגעות בחסינות יצירי חוק ופסיקה (כגון חיסיון עיתונאי), והצעה לעגן בחוק את זכות השתיקה כזכות אבסולוטית,⁴⁰ בין השאר מ”חשש מפער הכוחות בין החשוד לבין החוקרים וניצולו לרעה [...] וכן החשש

“מאז עניין יששכרוב, נסוגו תקנות השופטים כבסיס נורמטיבי ונקבע, כי אף שאין הסדר סטטוטורי אחיד בדבר אזהרת חשוד בטרם גביית גרסתו, המקור הנורמטיבי שחובה זו קמה מכוחו הוא סעיף 28 לחוק המעצרים”

36 לפני חקיקת חוק המעצרים הוסדרו דיני המעצרים בפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ”ט-1969, ובסעיף 9-10 נקבע, כי החלטה לעצור אדם תלווה בהסבר על “טיב האשמה שבה הוא נחשד” [ההדגשה אינה במקור].
37 ע”פ 1301/06 אלום נ’ מדינת ישראל, פ”ד ט(2) 177, פס’ 7 לפסק דינה של השופטת חיות (2009). ראו גם סקירתו הממצה ומאירת העיניים של השופט מזוז בע”פ 3237/15 יהודה נ’ מדינת ישראל, פס’ 22 לפסק דינו של השופט מזוז (פורסם בנבו, 1.6.2016).

38 לסקירה נרחבת של חשיבותה של זכות ההיוועצות, ראו: גליה ניצני “על מימושה של זכות ההיוועצות בסניגור ועל מערך הסניגוריה הציבורית לייצוג “סביב השעון” של עצורים לפני תחילת חקירתם” הסניגור 215, 4, 7-4 (2015).

39 ע”פ 10049/08 אבו עצא נ’ מדינת ישראל, 72 (פורסם בנבו, 23.8.2012). פסק דין זה דן בעיקר בויתור על זכות ההיוועצות, בחובת מתן אזהרה לחשוד ובשמעוּתה של סוגסטיה בחקירת חשוד.

40 כאמור לעיל, מסקנות הוועדה היוו בסיס לתזכיר חוק חקירת חשודים, וכן לפרסום נוהל משטרתי מס’ 03.300.268.

חשיבות האזהרה

החקירה באזהרה היא אירוע מכונן. לחשוד זו תחילתו של ההליך הפלילי. לרשות החוקרת זו הנקודה שהתזה שלה עומדת בה למבחן מול גרסתו (או שתיקתו) של החשוד ומעורבים אחרים. מטבע הדברים, וביתר שאת בחקירה, יש בין הגוף החוקר ובין הנחקר פערים כבדי משקל. פערים אלה נובעים מלחץ נפשי רב, מחוסר ידיעת טיבן של הראיות שנאספו בנוגע לחשוד, אם נאספו, חשש ממעצר, חרדה מפני משמעות ההליך בהווה ובעתיד, אי ידיעת הדין, העדר הבנה בנוגע לזכויות יסוד ונטייה לרצות בעלי שררה ומרות.

כפי שסברה ועדת נאור, הדעת נותנת שאפשר לנצל לרעה פערי כוחות אלה, ואת חולשתו הטבעית של הנחקר, הנובעת ממעמד כאוטי זה, ולהניא אותו מלעמוד על זכויותיו. סוגיה זו מבקשת לבוא על פתרונה עם ביסוס חובה חוקית ליידע חשוד על זכויותיו, חובה המוסדרת היום באמצעות ההלכה הפסוקה. ואולם עדיין בכוחה של הרשות החוקרת לטעת בלבול בנחקר ולמנוע ממנו מידע החיוני לו לשם שכלול החלטה מושכלת בדבר מימוש הזכויות המוקנות לו. בית המשפט העליון עמד על כך בעניין אדריס,⁴⁵ באומרו כי "[...] לא ניתן לשלול קיומה של קבוצת נאשמים המודה במשטרה במעשה שלא עשתה [...] לעתים, אדם מודה במעשה שלא ביצע לא מפני שהוא מרגיש אשם או שהמשטרה מפעילה כלפיו לחץ מיוחד, אלא בשל פגם שנפל בדרך בה הנאשם מבין את מצבו [...] גם אם אדם רוצה להחליט בצורה רציונאלית – החלטה זו עלולה להיות פגומה בגלל העדר הבנה מהי ההחלטה הרציונאלית. זאת בין היתר בנסיבות בהן נאשם מוחזק במעצר ונחקר בגין עבירה שהוא חשוד בביצועה, מבלי שמרבית חומר החקירה הוצג בפניו".

לעבירה פלילית יסוד עובדתי ולו היבטים של זמן, מקום ואופן ביצוע; יסוד נפשי בעל משרע משל עצמו. הניסיון מלמד כי יש גישות חקירתיות שונות ביחס לתוכן האזהרה. יש חקירות שאזהרת החשוד בהן כוללת פירוט מלא, פשוט ומובן של העובדות המגבשות את העבירה הנחקרת,

"החקירה באזהרה היא אירוע מכונן. לחשוד זו תחילתו של ההליך הפלילי. לרשות החוקרת זו הנקודה שהתזה שלה עומדת בה למבחן מול גרסתו (או שתיקתו) של החשוד ומעורבים אחרים"

45 ע"פ 6296/13 אדריס נ' מדינת ישראל, 7-6 (פורסם בנבו, 22.3.2015).

שהחשוד לא ידע בשעת החקירה האם אמירה כלשהי מפלילה אותו אם לאו".⁴¹

דיות האזהרה ותוכנה מקבלות לראשונה התייחסות לעצמן בסעיף 4 להמלצות הוועדה. אשר לאזהרה גופא, הוועדה המליצה להסדיר בחוק שני אלמנטים מצטברים – חובה ליידע כל חשוד, לאו דווקא עצור,⁴² בדבר זכויות היסוד שלו, קרי זכות ההיוועצות וזכות השתיקה, עם חובה "להבהיר לחשוד לפני תחילת החקירה את עיקרי העובדות בדבר החשד המיוחס לו". הגם שהוועדה לא התייחסה למידת הפירוט הנדרש במסגרת זו, הרי ייחודה של הצעה זו בעצם הטלת חובה קונקרטית להביא לידיעת החשוד, בטרם החל להשיב על שאלות החוקר – ולמעשה בטרם החליט בין מסירת גרסה ובין שתיקה – את עיקר המיוחס לו במישור העובדתי ("העובדות") והמשפטי ("החשד"), חלף אזהרה כללית ומעורפלת. הצעה זו אף משנה מקביעתו הנושנה של בית המשפט העליון ולפיה "אין זכות יסוד להיות מוזהר תוך נקיבת סעיף עבירה כלשהו".⁴³

עוד הוצע להסדיר בחוק את סוגיית האזהרה החוזרת לאחר הפסקה בחקירה, שאינה הפסקה הנעשית בין הודאות שנגבו באותו יום. אף מכך נלמדת החשיבות שייחסה הוועדה לאזהרת החשוד.⁴⁴

41 עמ' 5 לתזכיר לחוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים) (תיקון מס' 6), התשע"ב-2012.

42 סעיפים 24, 28 ו-32 לחוק המעצרים. עיון בהם מלמד כי החוק בנוסחו הדיוח (ובהתעלמות מהוראות הפסיקה שבאו אחריו) מחייב אזהרת חשוד ותיאור החשדות המיוחסים לו רק במקרי מעצר ובמקרים הנלווים למעצר (הארכת מעצר; שחרור בערובה). עם זה יודגש כי על פי סעיף 1 לחוק חקירת חשודים, "חקירה" פירושה גם "תשאול", ואין נפקא מינה אם נעשה ביחידה החוקרת, בשטח או בכל מקום אחר, ואם מדובר במי שעוכב או נעצר. ראו בעניין זה: ת"פ (שלום ב"ש) 20481-06-13 מדינת ישראל נ' אסייג, פס' 32-37 (פורסם בנבו, 11.2.2014); ת"פ (שלום ת"א) 9148-02-11 מדינת ישראל נ' שלום (פורסם בנבו, 22.4.2012); ת"פ (שלום ת"א) 20039-09-13 מדינת ישראל נ' נידם, פס' 11 (פורסם בנבו, 3.3.2014); ע"פ (מחוזי מרכז) 28090-02-15 מדינת ישראל נ' אדרי, פס' 31-34 (פורסם בנבו, 15.5.2016).

43 עניין בלחניס, לעיל ה"ש 35; יודגש, כי במקרה זה הוגשו הודאות הנאשם בהסכמה בשלב ההוכחות, ולכן התקשה בית המשפט העליון, בשלב הערעור, לקבל את טיעוני ההגנה בדבר קבילותה. ראו: סעיף 110 לחוק המעצרים.

44 עניין יהודה, לעיל ה"ש 36, פס' 39 לפסק דינו של השופט מזוז, למחלוקת הקיימת בסוגיה זו בפסיקת בית המשפט העליון.

המהותי. מחקר פסיקה מוליך למסקנה כי הערכאות השונות, לרבות בית המשפט העליון, מגלות פתיחות לנוכח טענה על אזהרה לאקונית, או אי-החשדה בעבירה מהעבירות שהנאשם הועמד לדין עליהן, עד כדי זיכוי מעבירות אלו – תוך מתיחת ביקורת על רשויות החקירה והתביעה. הסקירה שלהלן תמחיש את התפתחות הפסיקה ואת קיומן של החלטות פורצות דרך, בעלות אמירה ערכית בסוגיה זו – בהעדר חקיקה או הלכה פסוקה קונקרטיית.

ההחלטה המפורטת והקונקרטיית מכל ניתנה בפסק דין בערעור בעניין **חננה** מחוזי.⁴⁹ בעניין זה נדון ערעורה של המדינה על זיכויים של הנאשמים מרוב האישומים נגדם. מפסק הדין בערעור נלמד כי בית משפט השלום מצא טעם לפגם בכך שבחקירת המשטרה לא הוטח בנאשמים כל אשר יוחס להם בכתב האישום – אחד לאחד. מסיבה זו ראה בית משפט השלום לנכון לזכותם ממקצת האישומים. בית המשפט המחוזי סקר את מיעוט החקיקה הנוגעת לעניין ואת "תקנות השופטים", ומצא שלא נפל כל פגם בקביעתו העקרונית של בית משפט השלום. בית המשפט המחוזי דחה את עמדת התביעה ולפיה "אין כל הוראה מעוגנת בחוק החרות, המקנה לחשודים זכות קנויה ללמוד על החשדות כנגדם עוד במהלך החקירה המתנהלת כנגדם",⁵⁰ תוך מתיחת ביקורת חריפה על עצם העלאתה, בשים לב לכך שישנן זכויות "..." שאין ערוך לחשיבותן [...]"⁵¹, שלא זכו לעיגון עלי דף, הגם שאין חולק על עצם קיומן ומעמדם. לבסוף נקבע כי "..." כהוראה ערכית ומעשית גם יחד, חשוד צריך לדעת במה הוא נחקר. היעדרה של

לצד פירוט נאות של הוראות החקיקה הרלוונטיות,⁴⁶ וכפשיטתן בהמשך – זהו המצב הרצוי); ויש חקירות שפירוט העובדות באזהרה בהן דל מאוד (או בלתי קיים), והוא מקיף "רשימת" עבירות שהנחקר חשוד בהן, ולעיתים את שמות החקיקים בלבד;⁴⁷ וגם חקירות שהעובדות המיוחסות לחשוד מפורטות באזהרה באופן מספק אך ללא המשמעות המשפטית הקונקרטיית (הוראות החקיקה) הנגזרת מהן. לנוכח משקלה של אמרת חוץ מפלילה ובהתחשב בפערי הכוחות המשמעותיים שבין הגוף החוקר לנחקר, אנו נטען כאן כי אזהרה מלאה ומפורטת היא הבסיס להגשמת זכויות היסוד של הנחקר. היא חיונית למימוש אפקטיבי של זכות ההיוועצות, שכן רק בדרך זו יעלה בידי החשוד לפרט באוזני סניגורו את טיב החשד הקיים נגדו ואת המסגרת העובדתית הכללית לתמוך בו, ולקבל ייעוץ משפטי הולם. אזהרה לקיחה אינה פוגמת בזכות ההיוועצות בלבד אלא גם בזכותו של הנחקר לחיסיון מפני הפללה עצמית,⁴⁸ משום שבהעדר פירוט נאות של הדבר המיוחס שלו עלולה להיפגע מאוד יכולתו להבין את הפוטנציאל המפליל בהתבטאות זו או אחרת שלו, פגיעה במישור העובדתי ובמישור המשפטי כאחד.

סקירת פסיקה

כאמור, כיום אין חולק על קיומה של חובה להזהיר חשוד וליידעו במפורש על זכותו לשתוק ולהיוועץ בעורך דין. מחדל במישור הזה יביא קרוב לוודאי לידי פסילת אמרה מפלילה שמסר נאשם בעת שהיה חשוד. כך במישור הצורני, אך בישראל אין קונצנזוס על היקף האזהרה ועל תוכנה

49 ע"פ (מחוזי ת"א) 70035/04 **מדינת ישראל נ' חננה** (פורסם בנבו, 9.9.2004) (להלן: עניין **חננה** מחוזי); מדובר בערעור על ת"פ (שלום רחובות) 2116/03 **מדינת ישראל נ' חננה** (פורסם בנבו, 19.11.2003), במסגרתו זוכו הנאשמים מאישומים מסוימים מן הטעם שלא נחקרו עליהם במשטרה. בין הדברים נקבע שם בעמ' 4: "אין לצפות מהנאשם שיעשה את מלאכתה של המשטרה, וישלים בעדותו שלו – בחקירה הראשית – את מה שלא טרחה לעשות המשטרה"; והשוו לפסיקה אחרת מבית המשפט המחוזי בתל אביב מאותה תקופה: ע"פ (מחוזי ת"א) 70597/04 **הנדלמן נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 1.12.2005), המפנה לע"פ (מחוזי ת"א) 71758/04 **קדר נ' שויצר**, פס' 18 לפסק דינו של השופט המר (פורסם בנבו, 4.9.2005); נקבע שאין להגביל את סמכותה של התביעה "..." על ידי נוסח האזהרה או סעיף העבירה שנבחר על-ידי כל שוטר או חוקר זוטרי בתחילתה של החקירה". יודגש כי ההחלטה בעניין **הנדלמן** ניתנה בשים לב לכך שהערכאה הדיונית קבעה כמצא כי הנאשם דשם נחקר פוזיטיבית על המיוחס לו בחקירה גופא, משמע אין המדובר באישום שהתגבש יש מאין והפתיע את הנאשם.

50 ע"פ **חננה** מחוזי, פס' ד' לפסק דינה של השופטת ברלינר.

51 שם, פס' ה'.

46 דוגמה קונקרטיית מחקירת חשוד בעבירה של גרימת מוות ברשלנות: "הנני מודיעך כי הנך חשוד בגרימת מוות ברשלנות, בכך שהיית הסעת מביתו את הילד [שם הקטין המנוח] ברכב הפרטי מסוג [סוג הרכב ומספר הרישוי]. סמוך לשעה 08:30 לערך העמדת את רכבך הנ"ל בסמוך [למקום החניה], כאשר ברכב נותר הילד עד לשעה 13:00 ושם על פי החשד מצא את מותו"; דוגמה קונקרטיית מחקירת חשוד בעבירות עובדי ציבור ועבירות פיסקאליות: "אנו עומדים לחקור אותך באזהרה בחשד לביצוע עבירות של לקיחת שוחד עבור עצמך ועבור [חשוד נוסף], מרמה והפרת אמונים, קשירת קשר לביצוע פשע והלבנת הון, בקשר לתפקידו כ[תיאור התפקיד] וטיפולו בפרויקטים [שם המיזמים], וכן בחשד לשיבוש מלאכי חקירה, תיווך לשוחד ועבירות על פקודת מס הכנסה".

47 ראו דוגמה קונקרטיית מחקירת חשוד בעבירות ניירות ערך: "אני עומד לחקור אותך בשל חשד לביצוע עבירות לפי חוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968, ובכלל זה עבירות של אי גילוי ופרטים מטעים בדו"חות".

48 ראו סעיף 2(2) סיפא לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות), 1927; וכן סעיף 47(א) לפקודת הראיות.

החלטה משמעותית אחרת, הבוחנת את העניין הנדון בראי דוקטרינת הפסילה הפסיקיתית, ניתנה בבית משפט השלום בכפר סבא בעניין ירון, הנזכר בפתח המאמר. שם דובר בכתב אישום על עבירות מס. במשפט זוטא העלו הנאשמים טענות בדבר אזהרה "סתמית וכללית", שמנעה מהם להבין את טיב החשדות נגדם, וטענו כי החוקרים החשידו אותם בעבירה לפי סעיף 220 לפקודת מס הכנסה,⁵⁸ שכותרתו "מרמה וכו'", בלי ליידעם על החשד הקונקרטי (העלמת הכנסות) מבין החשדות האפשריים לפי הסעיף.

השאלה שעמדה לעיניו של בית המשפט היא – "[...] האם יש לפסול את הודאות הנאשמים בשל היעדר הפירוט באזהרה שהוזהרו".⁵⁹ בית המשפט התפנה לבחון את המתח שבין "תקנות השופטים", מכוחן יש לנקוב בסעיף העבירה המיוחסת לחשוד, ובין פסיקתו של בית המשפט העליון בעניין בלחניס – לפיו אין זכות יסוד להיות מוזהר תוך נקיבה בסעיף העבירה, ופסיקתו הפרוגרסיבית של בית המשפט המחוזי בעניין חננה. התביעה הציגה לבית המשפט שתי אסמכתות,⁶⁰ מהן ביקשה ללמוד שהעדר אזהרה מדוקדקת על כל פרט שלימים נהפך לאישום, אין משמעה שנגרם לנאשם עיוות דין המצדיק את זיכויו. בית המשפט סבר כי אין המשל דומה לראיה, מאחר שבאסמכתות אלה דובר בנאשמים שהכחישו את המיוחס להם, ולכן לא נדרשו שם בתי המשפט לשאלת קבילות ההודאות, כבמקרה הנדון.

כאמור במבוא, בית משפט השלום קבע כי לכאורה ברור שאין הכרח ואף אפשרות להחשיד חשוד בכל סעיפי העבירה האפשריים שלימים ייתכן שיוחסו לו. עם זה, כל חשוד זכאי לשמוע כל חשד קונקרטי שיש בידי החוקרים בעת חקירתו. עוד הוטעם כי "היקף חובת ההחשדה שבמסגרת האזהרה יהיה כהיקף ידיעות החוקרים. ומכאן עולה כי אם בתחילת החקירה היה מקום להחשיד חשוד בעבירה כללית, אך בהמשך החקירה חל שינוי בהיקף ידיעות החוקרים, מוטלת על החוקרים החובה להטיח בחשוד את החשד החדש או הקונקרטי יותר". בסופו של דבר, על סמך עניין בלחניס וחננה, הסיק בית משפט השלום כי אזהרה כללית עלולה לקפח את הגנת החשוד ולפגום במשקל הודאתו, ובמקרה קיצון אף להביא לידי פסילתה.⁶¹

58 סעיף 220 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], התשכ"א-1961.

59 עניין ירון, לעיל ה"ש 2, פס' 69.

60 שם, פס' 74; רע"פ 1030/05 ברקו נ' מדינת ישראל, פס' 4 (פורסם בנבו, 3.2.2005); ת"פ (י-ם) 2121/06 מדינת ישראל נ' שמשון, פס' 105 (פורסם בנבו, 22.10.2010).

61 ראו גם: יעקב קדמי על הראיות חלק ראשון 83 (מהדורה משולבת ומעודכנת, 2009); שם בעמ' 83: "[...] שונים יהיו פני הדברים, אם חוקר יעשה שימוש ב'האשמה'

אזהרה, ועוד יותר מכך העדרו של הסבר במה הוא נחשד עשויים לקפח את הגנתו מחד גיסא, ולפגוע במשקל ההודאה מאידך גיסא".⁵² החלטה זו ממחישה ביתר שאת את נכונותן של ערכאות הערעור ליתן דעתן לטענות בדבר דיות האזהרה – ולקבלן אם סברו שנפגעה הגנתו של נאשם. יתר על כן, בניגוד לפסיקתו של בית המשפט העליון ועמדתו (כחמש שנים קודם לכן) בעניין בלחניס, לשיטתו של בית המשפט המחוזי העדר אזהרה הכוללת הסבר ממצה של טיב החשדות – מקפח את הגנתו של הנאשם ופוגע במשקל ההודאה.⁵³ בקשת רשות ערעור שהוגשה לבית המשפט העליון על הרשעתם של הנאשמים בתיק זה נדחתה,⁵⁴ תוך אזכור הביקורת שמתח בית המשפט המחוזי על עמדת המדינה בעניין חקירת הנאשמים במשטרה.⁵⁵

כשלוש שנים לאחר מכן, בעניין יעקב,⁵⁶ נדון עניינם של שוטרים שהועמדו לדין בעבירה של גרימת מוות ברשלנות. כלל הנאשמים השיגו על קבילות הודאותיהם לפני הקצין הבודק שמונה לחקור את המקרה ולפני חוקרי המחלקה לחקירות שוטרים. לגוף העניין טענו, בין השאר, שהוזהרו באופן חסר – על עבירה קלה מכפי שהועמדו עליה לדין. חלק מן הנאשמים טענו במישור הזוטא וחלקם טענו להעדר קבילות מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקיתית. בית המשפט הסיק שהופרה זכותם של הנאשמים להיוועץ בעורך דין, בין בדרך של אי יידוע על זכותם זו מצד החוקרים, בין בדרך של החשדה בעבירה קלה, שנטעה בלב הנאשמים את האמונה שכלל אינם זקוקים לייעוץ משפטי. בית משפט השלום פסל את הודאות הנאשמים מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקיתית, אף שקבע שהם היו מודעים לזכויותיהם כחשודים ולא נשללה מהם אוטונומיית הרצון החופשי למסור את אמרתם. עם זה, ואף על פי שהחוקרים פעלו ללא כוונת זדון, אזהרתם הייתה לקויה והנאשמים הולכו שולל לגבי אופי החשדות המיוחסים להם וחומרם, "כתוצאה מכך לא הכינו את משנתם סדורה לקראת החקירה, ונפלו בפח".⁵⁷

52 שם, פס' 1.

53 למותר לציין כי שניים משלושת הזיכויים שנקשרו בטענה זו – נותרו על כנם.

54 רע"פ 10255/05 חננה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 7.11.2005).

55 שם, פס' 3 לפסק דינו של השופט לוי: "בית-המשפט דחה את טענת המדינה ולפיה לא מוטלת חובה על הגוף החוקר להבהיר לחשוד (במובחן מנאשם) מה הם החשדות שמיוחסים לו, אך ציין, באותה נשימה, כי אין לקשור בהכרח בין עצם החובה להבהיר לחשוד במה הוא חשוד, לבין מידת הדיוק בפרטים הנמסרים לו בזמן החקירה".

56 ת"פ (שלום חדרה) 2037/05 מדינת ישראל נ' יעקב (פורסם בנבו, 2.1.2007).

57 שם, פס' 6 לפסק דינו של השופט קפלן.

ראייתית המצדיקה אזהרה כאמור – מסכנת את קבילות אמירותיו של הנאשם לגבי אותן עבירות.⁶⁶ נסיים את סקירתנו בפסק הדין בעניין **כוכבי**.⁶⁷ הנאשם דשם הועמד לדין בגין עבירות שלא הוחשד בהן בחקירתו במשטרה. בית משפט השלום זיכהו מעבירות אלו על סמך פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין **אבו עצא**,⁶⁸ שממנו למד כי "תיאור העבירות שבזיקה אליהן נחקר החשוד" הוא חלק בלתי נפרד מן האזרה, ובהעדד תיאור כאמור, האזרה פגומה באופן שבעטיו עשוי בית המשפט להידרש לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית ולעקרונות כלליים של נזק ראייתי. היחידוש דשם נעוץ בביקורת המשותפת לגוף החוקר ולרשות התובעת. נקבע כי לו חפצה התביעה להעמיד חשוד לדין בגין עבירה שלא נחקר עליה, שומה היה עליה להפנות את התיק להשלמת חקירה בטרם תעשה כן.

66 יש לשים לב – בעניין **מובארק**, לעיל ה"ש 62 (וגם בעניין Spring, לעיל ה"ש 23), העבירה שלגביה לא הוזרה הנאשם הייתה עבירת רצח – עבירת Mala in se ("רע כשלעצמו") בעלת יסוד עובדתי וגבולות ברורים. על כן נשאלת השאלה, אם בעבירת הרצח, אשר כל אדם אשר ביצע אותה יזרה שמה יקשור עצמו – ולו בדוחק – למעשה, אי-אזרה עשוי לפגוע בזכות מפני הפללה עצמית, מה דינו של עבירת Mala prohibita ("רע בשל איסור") מורכבות, בעלות יסודות עובדתיים ערטילאיים וקשים לתיחום? עבירות כאמור הן לא עבירות שמבצען בהכרח יודע "בבטן" שבביצוען הוא מבצע עבירה; ואם מדובר בעבירה המוגדרת באופן רחב, גם ידיעת החוק לא תאפשר לחשוד לנצל את זכותו שלא להפיל את עצמו; ואף לא תאפשר לו לקבל ייעוץ מועיל מעורך דין.

67 ת"פ (רמלה) 23236-11-10 **מדינת ישראל נ' כוכבי**, פס' 23 (פורסם בנבו, 15.1.2015); בעניין זה זוכה נאשם מעבירות מסוימות שנכללו בכתב האישום, משום שלא הוחשד לגביהן בחקירתו במשטרה. נקבע כי "[...] אילו עמדה המשטרה בחובת האזרה בגין כל העבירות, ייתכן שהיה מוסר הסבר בנוגע לחשדות בגין שתי העבירות, אשר היה בו כדי לשכנע את התביעה להימנע מהגשת אישום בגינן". עוד נקבע כי "[ה]הימנעות מלהזהיר ולחקרו [...] הבילה לכך שלאשונה ניתנה לו ההזדמנות למסור לגביהן את גרסתו, בשלב המאוחר של מתן התשובה לאישום, שעה שזכרונו כבר לא היה טרי כפי שהיה בעת החקירה, וייתכן שבכך ניזוקה יכולתו להתגונן כראוי מפני החשדות".

68 שם, פס' 22, בית משפט השלום בעניין **כוכבי** מצא להפנות לפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין **אבו עצא**, לעיל ה"ש 39, הדין בנפקותם של פגמים באזהרת חשוד, וקבע בעקבות כך כי "[...] תיאור העבירות שבזיקה אליהן נחקר החשוד" הינו חלק בלתי נפרד מן האזרה – והעדרו מהווה פגם. עוד נקבע כי "אך ברור הוא כי התנהלות תקינה של המשטרה היתה צריכה להביא לכך שתימסר לנאשם [...] אזרה על כל אחת מן העבירות המיוחסות לו, כבר בעת חקירתו הראשונה [...] גם אם נשמטו חלק מן העבירות מעיני החוקר, צריכה היתה התביעה להתרעע על כך ולבקש השלמת החקירה בטרם הוגש האישום".

זמן קצר לאחר מכן נצפתה בבית המשפט העליון נסיגה של ממש מן העמדה העקרונית שהובעה בעניין בלחניס, במסגרת פסק הדין בעניין מובארק.⁶² במקרה זה נדונה טענתו של נאשם שמלכתחילה נחקר בחשד לשהייה בלתי חוקית והתחזות, ובה בעת תושאל בידי חוקריו כעד בלבד לעבירת רצח. בהמשך מצא עצמו מובארק חשוד, נאשם ומורשע בביצוע הרצח האמור (והשוו לעניין Spring). טענתו בערעור הייתה, בין השאר, שנפל פגם במועד החשדותו בעבירת הרצח וכי נכון היה להזהירו עליה קודם לכן, בשים לב לתשתית הראייתית שהייתה לפני חוקריו באותה העת. טענתו נדחתה לגופו של עניין. עם זה קבע בית המשפט העליון שלוש קביעות עקרוניות בנושא דיות האזרה והיקף ההחשדה המפורטת במסגרתה. נעמוד עליהן להלן.

הקביעה הראשונה הייתה כי "תכלית חובת האזרה היא העמדת החשוד על הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית [...]"⁶³. קביעה בכך שהתכלית הגלומה באזרה הועתקה ממישור היידוע הפורמלי על הזכות לשתוק אל מישור הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית – הטעונה הבנה מסוימת, אפילו בסיסית, של פוטנציאל ההפללה הגלום בהתבטאות זו או אחרת.⁶⁴ הקביעה השנייה, כהמשך ישיר של הראשונה, הייתה כי "בהזרת חשוד בעבירה המסוימת שבה הוא חשוד, יש כדי להביאו להבחין בין מידע שחשיפתו לא תפיל אותו באותה עבירה (להבנתו) לבין מידע שחשיפתו עלולה להפיל אותו באותה עבירה". הקביעה השלישית הייתה כי אי-אזרתו של חשוד בעבירות "שבהן רמת החשדות הגיעה לכדי חובת האזרה, היתה מסכנת את קבילות אמירותיו [...] לגבי אותן עבירות".⁶⁵

בקביעות אלה נסוג בית המשפט העליון לחלוטין מן העמדה שהובעה בעניין בלחניס, ועמד ביתר שאת על החובה להזהיר חשוד בעבירה מסוימת, תוך קביעה שהימנעות מעשות כן, חרף קיומה של תשתית

של חשוד בעבירה קלה, במודע ובמתכוון, ע"מ להניעו למסור הודעה, שאז עלולה התנהגותו לבוא בגדר תחבולה נפסדת שבכוחה לפסול הודיה".

62 ע"פ 10477/09 **מובארק נ' מדינת ישראל**, פס' 94-103 לפסק דינה של המשנה לנשיאה (כתוארה אז) נאור (פורסם בנבו, 10.4.2013). (להלן: "עניין מובארק").

63 שם, פס' 101.

64 סעיף 47(א) קובע כי "אין אדם חייב למסור ראייה אם יש בה הודיה בעובדה שהיא יסוד מייסודותיה של עבירה שהוא מואשם בה או עשוי להיות מואשם בה". ברי כי אין להגשים זכות זו בלא פירוט נאות באזרה.

65 עניין **מובארק**, לעיל ה"ש 61, פס' 101.

“בפסיקה שנסקרה מצאנו שאזהרה לאקונית (לא כל שכן העדר אזהרה) סווגה על פי אחד משלושה אופנים שונים: מחדל חקירתי העשוי לפגום במשקלה של הודאת נאשם; או, פגיעה בזכות להליך הוגן שבכוחה להוליד סעדים חליפיים – פסילת ההודאה, ביטול האישום הרלוונטי או זיכוי; וכן, בשים לב לחלוף הזמן – מחדל חקירתי העשוי לגבש נזק ראייתי המונע מן הנאשם להתגונן מפני המיוחס לו, באופן המצדיק סעד מני אלו”

רשויות אכיפת החוק בפרט,⁷² במסגרת טענות “אין להשיב לאשמה”⁷³, ולעיתים אף בהסכמת התביעה.⁷⁴

כאמור בראשית הדברים, במציאות אנו מוצאים שתי דרכים עיקריות שרשויות החקירה נוקטות להזהרת חשוד. **הדרך הראשונה** מפרטת את העובדות העיקריות המגבשות את החשד ואת העבירה המסוימת הנגזרת מהן (אזהרה מלאה); **השנייה**, מונה “רשימת” הוראות חיקוק המיוחסות לנחקר לצד פירוט עובדתי דל ביותר, או להיפך – פירוט

אזהרה חסרה: בין מחדל חקירתי לפגיעה מהותית בזכות להליך הוגן

השאלות הנדונות הן האם נחקר שאינו בקיא בבכחי החוק והמשפט יוכל לממש באופן אפקטיבי את זכותו החוקתית להיוועצות ולקבל יעוץ משפטי הולם בעניין חקירתו, בלי שהעבירה – על העובדות המגבשות אותה – תפורט באוזניו בטרם ישיב לשאלות החוקר? ומה משמעותה המעשית של אזהרה חסרה או לקייה?

בפסיקה שנסקרה מצאנו שאזהרה לאקונית (לא כל שכן העדר אזהרה) סווגה על פי אחד משלושה אופנים שונים: מחדל חקירתי העשוי לפגום במשקלה של הודאת נאשם; או, פגיעה בזכות להליך הוגן שבכוחה להוליד סעדים חליפיים – פסילת ההודאה, ביטול האישום הרלוונטי או זיכוי;⁶⁹ וכן, בשים לב לחלוף הזמן – מחדל חקירתי העשוי לגבש נזק ראייתי המונע מן הנאשם להתגונן מפני המיוחס לו, באופן המצדיק סעד מני אלו. עוד מצאנו שהחלטות שיפוטיות הדנות במשמעותה המעשית של אזהרה לקייה ניתנו בשלבים שונים של ההליך – החלטות בטענות מקדמיות,⁷⁰ בהכרעות דין מזכות בכלל,⁷¹ ותוך העברת ביקורת על

72 ת”פ (שלום י-ם) 2717/05 **מדינת ישראל נ’ בטאט**, פס’ 17 (פורסם בנבו, 22.3.2007), בית המשפט זיכה אדם שהועמד לדין על עבירות שלא הוזהר בהן. נקבע כי מדובר במחדל חקירתי וכי “יש להביע פליאה על המאשימה שמגישה כתב אישום כנגד אדם מבלי ליתן לו הזדמנות מוקדמת להגיב על מה שהיא חפצה לייחס לו”; ת”פ (שלום כ”ס) 17380-11-09 **מדינת ישראל נ’ שפיים** (פורסם בנבו, 1.2.2011).

73 ת”פ (מחוזי ב”ש) 15081-04-11 **מדינת ישראל נ’ צלאח** (פורסם בנבו, 10.7.2011), שם נדון עניינו של נאשם שהועמד לדין על כמה עבירות, בגין נסיונו להחדיר אל הכלא ציוד אסור – על מנת להעבירו לאסיר בטחוני חבר ארגון טרור. בית המשפט זיכה את הנאשם בטענת “אין להשיב לאשמה” בעבירה אחת והרשיעו אך בניסיון לעבור את יתר העבירות שיוחסו לו. בשולי פסק הדין מצא לנכון בית המשפט לבקר את מהלך החקירה. מלכתחילה נחקר הנאשם על הנכסת חפץ אסור לבית הסוהר, בהמשך הוחשד בקשירת קשר לביצוע פשע, ובסופו של דבר הועמד לדין על קידום פעילות ארגון טרור – עבירה חמורה ביותר שלא הוחשד בה כלל; ת”פ (שלום ת”א) 27549-02-14 **מדינת ישראל נ’ לבין** (פורסם בנבו, 30.6.2015).

74 ת”פ (מחוזי ת”א) 40365/07 **מדינת ישראל נ’ יחזקאל** (פורסם בנבו, 9.2.2010); שם נדון עניינו של נאשם שהוציא לפועל עם אחר תוכנית מרמה הנוגעת לרכבים משומשים מצי הרכב של ממשלת ישראל. כתב האישום פירט רכבים רבים נשוא העבירות. על חלקם לא נחקר הנאשם במשטרה. הפרקליטות הסכימה “שמשלא הוחשד הנאשם בעת חקירתו במשטרה בעבירות אלה, לא ניתן להרשיעו בעבירות בהן לא נדרשה תגובתו [...]”, ובית המשפט זיכה אותו מן האישומים שלא נחקר עליהם; ת”פ (שלום ת”א) 52832-02-11 **מדינת ישראל נ’ סלמה** (פורסם בנבו, 24.12.2012).

69 עניין **מובארק**, לעיל ה”ש 62, פס’ 39-73, 76, 79, 107, לסקירה ממצה של דוקטרינת הפסילה החקיקתית בהשוואה לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית.

70 (שלום ת”א) 27742-09-09 **מדינת ישראל נ’ ליסטר**, 3 (פורסם בנבו, 2.6.2010), בית המשפט קבע, ש”הליך פלילי תקין מחייב לאפשר לאדם להתייחס לחשדות נגדו, להציג גרסתו ואף להפנות לעדים וראיות לחיזוק דבריו”; ת”פ (שלום ת”א) 6967/03 **מדינת ישראל נ’ אפרים** (פורסם בנבו, 14.11.2005); ת”פ (שלום ת”א) 39469-10-13 **מדינת ישראל נ’ אסרף** (פורסם בנבו, 27.2.2014).

71 ת”פ (שלום ת”א) 12877/00 **מדינת ישראל נ’ בר-און** (פורסם בנבו, 6.3.2003), שם מצא בית המשפט לנכון לזכות את הנאשם מחמת הספק מעבירה של תקיפה בנסיבות מחמירות, מן הטעם ש”[...] המשטרה לא ראתה להחשיד את הנאשם בדבר [...] לו נשאל, אפשר שהיה בפי הנאשם הסבר לנטען נגדו. מחדל המשטרה לחקור את הנאשם בנקודה זו, **שולל** הסקת מסקנה מרשיעה מן העובדות הנתענות באימרת המתלוננת [...]” (ההדגשה במקור); ת”פ (שלום כ”ס) 2166/00 **מדינת ישראל נ’ גיל** (פורסם בנבו, 15.7.2003); ת”פ (שלום רמלה) 13945-06-09 **מדינת ישראל נ’ בן לולו** (פורסם בנבו, 3.6.2013); ת”פ (ת”א) 6109/05 **מדינת ישראל נ’ גדעון** (פורסם בנבו, 18.10.2006).

“במציאות אנו מוצאים שתי דרכים עיקריות שרשויות החקירה נוקטות להזהרת חשוד. הדרך הראשונה מפרטת את העובדות העיקריות המגבשות את החשד ואת העבירה המסוימת הנגזרת מהן (אזהרה מלאה); השנייה, מונה ‘רשימת’ הוראות חיקוק המיוחסות לנחקר לצד פירוט עובדתי דל ביותר, או להיפך – פירוט עובדתי מספק אך ללא העבירה הרלוונטית הנגזרת מהן (אזהרה חסרה)”

עובדתי מספק אך ללא העבירה הרלוונטית הנגזרת מהן (אזהרה חסרה).

לנוכח העתקתה של תכלית האזהרה ממישור היידוע הפורמלי אל ההקפדה על זכותו של החשוד לחיסיון מפני הפללה עצמית, במסגרת עניין **מובארק**, אנו סבורים כי אזהרה מלאה (הנגזרת מהיקף ידיעת החוקרים בזמן אמת) מהווה אמצעי הכרחי למימוש אפקטיבי של זכות ההיוועצות. אזהרה חסרה עלולה לפגום במידה רבה בהבנתו של הנחקר את פוטנציאל ההפללה העצמית הכרוך במענה לשאלות החוקר – במנותק משאלות של אשמה או חפות. מסקנה זו מתיישבת אף עם הערתו של בית המשפט העליון בעניין אדריס ולפיה “לעתים, אדם מודה במעשה שלא ביצע [...] בשל פגם שנפל בדרך בה הנאשם מבין את מצבו. [...] החלטה זו עלולה להיות פגומה בגלל העדר הבנה מהי ההחלטה הרציונאלית”⁷⁵. על כן, בנסיבות המתאימות, אזהרה חסרה עלולה להוות פגם מהותי המכרסם בזכות להליך הוגן, ולפיכך הודאה שנגבתה תחת אזהרה בלתי מספקת תהא מושא לפסילה. מן הטעם הזה אף מוצדק לבטל אישום (או הוראת חיקוק מסוימת מתוך אישום) אם נאשם הועמד לדין על עבירה שלא נחקר עליה מלכתחילה – ושלא ניתנה לו הזדמנות ראויה להתגונן מפניה במקור, כך שגרסתו לעניין, הנשמעת לראשונה בגדרי תשובתו על האישום – הינה כבושה על כורחו. לשיטתנו קיימת לכך גם הצדקה במישור המשפט המינהלי, לנוכח חשיבותה של זכות הטיעון.⁷⁶ נעיר כי תום ליבם של החוקרים הוא שיקול שיש להביא בחשבון בבחינת היקף הפגיעה בזכות, אך כשיקול

אחד מיני רבים, והודאה עשויה להיפסל גם אם פעלו אנשי המרות בתום לב מוחלט.⁷⁷ הדברים מקבלים משנה תוקף בעבירות שיש בהן פן מקל ופן מחמיר, בהתקיים יסוד עובדתי או נפשי מסוימים,⁷⁸ לא כל שכן עבירות סבוכות יותר, כגון עבירות הגבלים עסקיים וניירות ערך, שבצידן פן מקצועי ענף שאפשר לבסס מכוחו טענות הגנה מגוונות.

אף על פי כן אין מקום לקבוע כלל גורף שמשמעו פסילת הודאה, זיכוי או ביטול אישום כל אימת שאין התאמה מלאה בין נוסח האזהרה ובין החקירה גופא, או בינה ובין העבירות שבכתב האישום. לשם קביעת “מתחם” נסבל חרף אזהרה חסרה, מוצע לקבוע מודל בסיסי שייבחן בשאלות הבאות: (א) האם הוחשד הנאשם בכל הוראות החיקוק הרלוונטיות? (ב) האם יסודות העבירה שהועמד עליה לדין (אך לא הוחשד) נובעים במישרין מן העובדות/שאלות שעומת עימן? (ג) האם היווה נוסח האזהרה שיקול במימוש אחת מזכויות היסוד הקיימות לחשוד? (ד) האם העובדות שעומת עימן בחקירה גופא היוו שיקול במימוש אחת מזכויות היסוד הקיימות לחשוד? (ה) האם הושב התיק

“לשם קביעת ‘מתחם’ נסבל חרף אזהרה חסרה, מוצע לקבוע מודל בסיסי שייבחן בשאלות הבאות: (א) האם הוחשד הנאשם בכל הוראות החיקוק הרלוונטיות? (ב) האם יסודות העבירה שהועמד עליה לדין (אך לא הוחשד) נובעים במישרין מן העובדות/שאלות שעומת עימן? (ג) האם היווה נוסח האזהרה שיקול במימוש אחת מזכויות היסוד הקיימות לחשוד? (ד) האם העובדות שעומת עימן בחקירה גופא היוו שיקול במימוש אחת מזכויות היסוד הקיימות לחשוד? (ה) האם הושב התיק להשלמת חקירה? (ו) כמה זמן חלף ממועד ביצוע העבירות? (ז) האם נגרם לנאשם נזק ראייתי?”

77 ע"פ 10715/08 ולס נ' מדינת ישראל, פס' 28 לפסק דינו של השופט א' לוי (פורסם בנבו, 1.9.2009).

78 ראו לדוגמה, סעיף 361 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, המונה שלוש חלופות שונות בחומרתן – רשלנות, מודעות וכוונה, לעניין השארת ילד ללא השגחה; ועבירות לפי סעיפים 273 ו-274(1) לחוק הני"ל שעניינן תקיפת שוטר. היסוד העובדתי זהה בשתיהן והשוני נעוץ בקיומה או העדרה של כוונה להכשיל את השוטר בתפקידו. פער הענישה ביניהן הוא שנתיים (שלוש שנות מאסר לעומת חמש).

75 עניין **אדריס**, לעיל ה"ש 45, פס' 5 לפסק דינו של השופט הנדל.

76 ב"ש 8015/09 **קוניף נ' מדינת ישראל**, פס' 21-22, 24 (פורסם בנבו, 20.10.2009); ובאסמכתות המפורטות שם. הדברים יפים ביתר שאת וקל וחומר בשלב החקירה, שנאספות בו ראיות לחובתו (ולזכותו) של החשוד, ותוצריו משפיעים במישרין על שיקול הדעת המינהלי לעצם העמדתו לדין, ובזכות היסוד של חשוד (שהיה לנאשם) להתגונן מפני המיוחס לו במקור.

המתאימה עשויה להיות מסוגלת כתחבולה נפסדת,⁸⁰ בכפוף לבחינה פרטנית של הפגיעה הנגרמת בעטיה ביכולתו של החשוד לממש ביעילות את זכות ההיוועצות, לרבות עצם הבנתו את הצורך לממשה (ראו בעניין יעקב). עוד יש לבחון אם עקב המחדל, נפגעה יכולתו של החשוד לבחור בין שתיקה ובין מסירת גרסה עובדתית לחשדות המוטחים בו.⁸¹ ואולם מובן מאליו כי לא כל מקרה שכזה מצדיק סעד, ויש להוסיף ולברר את הבנתו של הנאשם את המיוחס לו בעת החקירה, בראי הפער שבין האזהרה ובין האישומים.

האם יסודות העבירה שהועמד עליה לדין (אך לא הוחשד) נובעים במישור מן העובדות/שאלות שעומת עימן? אם הועמד נאשם לדין על עבירות שלא הוחשד בהן, יש מקום לדקדק בשאלות שנשאל ובטענות שהוטחו בו במסגרת חקירתו. לא מן הנמנע שהגורם החוקר התרשל בחובתו להחשיד את הנאשם בעבירה המיוחסת לו, אך יסודותיה עולים בבירור מתוך השאלות שנשאל. מצב כזה אינו חף מקשיים, שכן הוא עדיין טומן בחובו פגיעה בזכות ההיוועצות. לכן מוצע שבנסיבות אלה ייבחן ה"פער" בין שלוש צלעות אלה: העובדות שפורטו באזהרה, הוראות החיקוק שהוחשד בהן הנאשם והשאלות שנשאל בחקירה גופא.

למשל, העמדה לדין בעבירה קלה, הנגזרת מעבירה חמורה שהוחשד בה הנאשם מלכתחילה – כגון גניבה לעומת שוד או תקיפה לעומת מעשה מגונה – תיחשב כלגיטימית, שכן ניתנה לו הזדמנות להתגונן מפני יסודותיה במקור. כלגיטימית תיחשב גם העמדה לדין בעבירה שיסודותיה המהותיים חופפים לעבירה שהנאשם הוחשד בה, כגון זיוף בכוונה לקבל באמצעותו דבר לעומת קבלת דבר במרמה; וכך גם העמדה לדין בנגזרת מחמירה של עבירה שהנאשם הוחשד בה,

להשלמת חקירה? (ו) כמה זמן חלף ממועד ביצוע העבירות? (ז) האם נגרם לנאשם נזק ראייתי?

יישום המודל – אימתי תיטה הכף לפסילת הודאה, לביטול אישומים או לזיכוי?

נקודת המוצא – אזהרה מלאה ומפורטת. נקודת המוצא היא שעובר להעמדתו לדין, נאשם הוחשד על ידי היחידה החוקרת בכל העבירות שיוחסו לו לבסוף בכתב האישום ובעיקרי העובדות המגבשות אותן, ונחקר עליהן לגופו של עניין ובאופן ממצה, ויודע כדין בדבר זכויותיו שלא לומר דבר ולהיוועץ בעורך דין. במצב דברים רצוי זה, אוטונומיית הרצון החופשי של החשוד אינה נפגעת; פערי המידע בינו ובין הרשות החוקרת מצטמצמים; מתאפשר לו לממש את זכות ההיוועצות שלו באופן יעיל – ולהבין את משמעות העבירות המיוחסות לו, על יסודותיהן העובדתיות

והנפשיים (וההגנות המסוימות הקיימות בצידן, מכוח חוק או פסיקה); מתאפשר לו להחליט החלטה מושכלת, בעצמו או לאחר ייעוץ, אם למסור גרסה ולבחור את קו ההגנה שלו ולבסס סייג לאחריות הפלילית; באפשרותו, עם פתיחת החקירה, להפנות לראיות ולעדי הגנה שבכוחם לאיין את החשדות נגדו, כולם או חלקם; נמנע מצב שהנאשם מציג בו גרסה כבושה על כורחו; ובאופן כללי מצטמצם עד מאוד החשש מפני נזק ראייתי לנאשם, בין מטעמים של אובדן יכולת מעשית לגבות עדויות ולתפוס ראיות,⁷⁹ בין מטעמים הקשורים בחלוף הזמן.

האם הוחשד הנאשם בכל הוראות החיקוק הרלוונטיות? כמפורט בהרחבה, דעתנו היא שהחשדה בכל הוראות החיקוק הרלוונטיות היא תנאי להעמדה לדין בעבירות אלה. ללא החשדה כדבעי, נמנע מן הנאשם מלממש את זכות ההיוועצות שלו באופן יעיל ומלא, ולהשכיל בדבר יסודותיה של כל עבירה ועבירה, על מנת להתגונן מפניהן כראוי. אי-החשדה כזאת פוגעת באופן ישיר בכללי הצדק הטבעי האוניברסליים ובראשן זכות הטיעון, ומכרסמת בזכותו של הנאשם להליך הוגן.

במסגרת זו, החשדתו של נאשם בעבירה לפי "חוק פלוני" (ראו עניין ירון) בלי לפרט את ההוראה הספציפית באותו החוק שהוא חשוד בהפרתה, או החשדתו בהוראת חיקוק רבת חלופות בלי להעמידו על החלופה

79 כגון עזיבת עד הגנה מהותי את הארץ והשמדת מסמכים בידי בעלי אינטרס מנוגד.

80 עניין ולס, לעיל ה"ש 77, שם ציין בית המשפט העליון כי הפרת זכות בתום לב אינה מונעת מלהעניק למי שנפגע מכך סעד אופרטיבי כגון פסילת הודאה. מרכז הכובד נע אל משמעותה הסובייקטיבית של הפרת הזכות (החשוד-נאשם) ואינו מתמקד במודעותו, במניעיו או במטרותיו של המפר (הגוף האוכף).

81 עניין בלחניס, לעיל ה"ש 34. ראוי להזכיר שאף בית המשפט העליון קבע בעמ' 4: "יתכן שנאשם יוכל להצליח במשפט זוטא במקום שישכנע את בית המשפט שלא שמר על זכותו לשתוק כי הטעו אותו לחשוב שיועמד לדין בעבירה קלה יותר, ואילו אם היה יודע ששיגשו נגדו אישום חמור, היה בוחר לשתוק".

כשהנסיבות המחמירות הן תולדה של מסקנה משפטית עיונית (למשל הסדר כובל בנסיבות מחמירות). בקל וחומר למדים שהעמדה לדין בעבירה חמורה על אף החשדה בעבירה קלה יותר וחרף החפיפה ביסודותיהן, כגון החשדה בגרימת מוות ברשלנות והעמדה לדין על הריגה – תהא פסולה.

האם היווה נוסח האזהרה שיקול במימוש אחת מזכויות היסוד (שתיקה וההיוועצות)? האם היוו העובדות שעומת עימן בחקירה גופא שיקול במימוש זה? שאלות אלה בוחנות את הקשר הסיבתי שבין האזהרה החסרה ובין הפגיעה במימוש זכויות היסוד – והיא רלוונטית אם חולצה אמירה מפלילה מפיו של החשוד. אם יוכח כי מתקיים קשר סיבתי בין הדברים, ובשים לב לעוצמת הפגיעה בזכויות יסוד, יהיה יסוד לבחון את פסילת האמירה, או להפחית ממשקלה, על פי הכללים שנקבעו לכך בפסיקה.⁸² בחינה כזו יכולה להיעשות במסגרת מקדמית ("זוטא") או בהליך העיקרי.

האם הושב התיק להשלמת חקירה עובר להעמדה לדין? אנו סבורים שהרשות

התובעת נושאת באחריות למחדלי היחידה החוקרת,⁸³ בין שהחקירה לוותה מלכתחילה בידי תובע, בין לאו. על כן, אם הרשות התובעת מבקשת להעמיד חשוד לדין על עבירות שלא הוחשד בהן (לא כל שכן נחקר לגופו של עניין), שומה עליה להפנות את התיק להשלמות חקירה בעניין זה. אם לוותה החקירה מלכתחילה בידי פרקליט, אזי הפסול מתחדד ומתעצם, שכן היה בכוחה של היחידה החוקרת להיוועץ בו בזמן אמת ולשכלל את נוסח האזהרה כדבעי. יובהר כי מבחן זה אינו מגבש פסול כשלעצמו, אלא מהווה אמת מידה שבכוחה לחזק מסקנה בדבר פסול באזהרת החשוד. זאת ועוד, השלמת חקירה אין משמעה בהכרח ריפוי פגעי העבר (אם ישנם), אלא אפשרות הקהייתם.

כמה זמן חלף ממועד ביצוע העבירות? האם נגרם לנאשם נזק ראייתי? שאלות אלה מבקשות לבחון את נפקות הפגם שבאזהרה החסרה מנקודת מבט של קיפוח הגנתו של הנאשם, בנסיבות שלא חולצה מפיו אמירה מפלילה. במסגרת זו מוצע לקבוע כי ככל שחלף זמן רב יותר מחקירתו של הנאשם ועד העמדתו לדין, כן תהא גבוהה יותר הנטייה שלא להתיר העמדתו לדין על הוראות חיקוק שלא הוחשד בהן או על מעשים שלא נחקר עליהם. זאת מתוך תפיסה שחלוף הזמן יוצר נזק ראייתי משום "הצורך במניעת מצב שיאבדו ראיות חשובות החיוניות לביורר האמת [...]".⁸⁴ עם זאת, נזק ראייתי אינו מותנה בחלוף הזמן והוא עשוי להתגבש גם אם הוחמצה הזדמנות לגבות עדות מהותית או לתפוס ראיה חיונית להגנתו של הנאשם – בעבירות שלא הוחשד בהן או לא נחקר בהן – משום שהיחידה החוקרת חדלה מליידע אותו על המיוחס לו, במסגרת האזהרה. בנסיבות אלה, ובהעדר יכולת לתקן את הנזק, ראוי שהנטייה תהיה שלא להתיר העמדה לדין או, לחלופין, לרפא את המחדל בדרך של ביטול אישומים או זיכוי.

"העמדה לדין בעבירה קלה, הנגזרת מעבירה חמורה שהוחשד בה הנאשם מלכתחילה – כגון גניבה לעומת שוד או תקיפה לעומת מעשה מגונה – תיחשב כלגיטימית, שכן ניתנה לו הזדמנות להתגונן מפני יסודותיה במקור. כלגיטימית תיחשב גם העמדה לדין בעבירה שיסודותיה המהותיים חופפים לעבירה שהנאשם הוחשד בה, כגון זיוף בכוונה לקבל באמצעותו דבר לעומת קבלת דבר במרמה; וכך גם העמדה לדין בנגזרת מחמירה של עבירה שהנאשם הוחשד בה, כשהנסיבות המחמירות הן תולדה של מסקנה משפטית עיונית (למשל הסדר כובל בנסיבות מחמירות)"

"כל מקרה נבחן לגופו ולא מן הנמנע כי במקרים שהפרת הזכות בהם אינה חמורה יתר על המידה או שהאינטרס הציבורי אינו מאפשר לבטל האישום חרף הפגם, יהיה אפשר להעניק לנאשם סעד מתון יותר מפסילת הודאה, ביטול אישומים או זיכוי; חלף זאת יתאפשר לנאשם להעלות גרסתו למיוחס לו לראשונה בעדותו הראשית, בלי שהדברים יסווגו כגרסה כבושה"

84 רע"פ 11476/04 מדינת ישראל נ' חברת השקעות דיסקונט, פס' 266 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בבנו, 21.2.2010); ע"פ 2144/08 מונדרוביץ נ' מדינת ישראל, פס' 66 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בבנו, 14.1.2010).

82 עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 7; עניין אבו עצה, לעיל ה"ש 39; עניין אלזם, לעיל ה"ש 37, ועוד.

83 עניין ולס, לעיל ה"ש 77; עניין כוכבי, לעיל ה"ש 67; וכן, ראוי להפנות לרע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל (פורסם בבנו, 6.3.2012).

סיכום: כל מקרה לגופו

במאמר זה הצענו מודל המבוסס על שאלות מנחות לבחינת עוצמתה של הפגיעה בזכויותיו של הנאשם, בעטייה של אזהרה לקיחה. אף בהתחשב במודל המוצע, עדיין יש לבחון כל מקרה לגופו ולהביא בחשבון את טיב הפגיעה בזכויות החשוד, את עוצמתה, את משכה, את תום ליבו של המפר, את הזיקה בין ההפרה ובין מימוש זכויות היסוד (שתיקה, היועצות), את מידת השפעתה בפועל על זכותו להליך הוגן, אם ניסו רשויות האכיפה לצמצם את הפגיעה והשלב שעשו זאת בו. כל מקרה נבחן לגופו ולא מן הנמנע כי במקרים שהפרת הזכות בהם אינה חמורה יתר על המידה או שהאינטרס הציבורי אינו מאפשר לבטל האישום חרף הפגם, יהיה אפשר להעניק לנאשם סעד מתון יותר מפסילת הודאה, ביטול אישומים או זיכוי; חלף זאת יתאפשר לנאשם להעלות גרסתו למיחס לו לראשונה בעדותו הראשית, בלי שהדברים יסווגו כגרסה כבושה. אפשר גם להביא בחשבון מצב שבו הרשעה בעבירה שהנאשם לא הוחד בה תהא חסרת נפקות אופרטיבית במישור העונש הקונקרטי או במישורים נלווים לעונש (כגון אי רישום פלילי, אי הטלת קלון או מתן היתר לכהן במשרה מסוימת חרף ההרשעה). את זה נשאיר לקביעתה של הפסיקה בעתיד.

חובת האזהרה נקלטה במשפט הישראלי דרך תקנות השופטים באנגליה. הגם שתקנות אלו העמידו דרישה לפרט באוזניו של חשוד את העובדות, את הנסיבות ואת העבירה הספציפית המיוחסות לו, מעמדן היה בלתי מחייב וסטייה מהן לא היוותה בדרך כלל פסול שבכוחו למנוע קבילותה של אמירת חוץ של חשודים. בית המשפט העליון מצא שתכליתה של האזהרה היא יידוע החשוד על זכותו לשתוק, ולא יותר מזה – גם לאחר חקיקת חוק המעצרים וגזירת המקור לחובת האזהרה מהוראותיו (עניין **בלחניס**).

זכויות היסוד של חשודים ונאשמים במשפט הישראלי התפתחו מאוד במרוצת השנים האחרונות, בין השאר בדמות ההגנה מן הצדק (והחקתה עלי דף), דוקטרינת הפסילה הפסיקתית (עניין **יששכרוב**) ועניין **בן חיים**. אין להיפלא אפוא על השינוי שחל בתפיסת תכליתה של האזהרה והעמדתה על הקפדה על זכותו של החשוד לחיסיון מפני הפללה עצמית (עניין **מובארק**). מימושה של תכלית זו מחייב את רשויות החקירה לכלול באזהרת החשוד את עיקרי העובדות המיוחסות לו ואת העבירה הספציפית שהוא חשוד בה, שאם לא כן יוכשל החשוד בהבנת הפוטנציאל המפליל הגלום באמירתו. מחדל במישור הזה עשוי להביא לידי פסילת האמירה ביחס לעבירות שהנאשם לא הוחד בהן כדבעי, אף אם הודעו לו כנדרש זכויות היסוד שלו לשתיקה ולהיוועצות.