

שאלת חוקיותו של מעצר לצורך חקירה

מאת

רינת קיטאי סנג'רו*

א. מבוא. ב. עילת המעצר לצורך חקירה כדין הישראלי המצוי ובמשפט המשווה. ג. בחינת הלגיטימיות של מעצר לצורך הפעלת לחץ; 1. טיעונים התומכים בעילת המעצר; 2. טיעונים כנגד מעצר לצורך הפעלת לחץ – סכנה לשבירת כוח רצונו של הנחקר; 3. תוצאתה של הודאה בחקירה בתנאי מעצר. ד. מעצר לשם הפעלתם של אמצעי חקירה בתחומיו של בית המעצר. ה. אחרית דבר.

א. מבוא

גביית הודעתו של חשוד לאחר הפניית שאלות אליו בקשר למעורבותו בעבירה פלילית היא דרך מרכזית לחקירת עבירות¹. למעשה, עיקר החקירה המשטרית מכוון לכך שהחשוד, אשר חוקרי המשטרה סבורים כי ביצע את העבירה המיוחסת לו, יודה באשמה². חשודים רבים אכן מוסרים אמרות מפלילות כתוצאה מן החקירה³. הודאת

* מרצה, המכללה האקדמית למשפטים (רמת-גן). תודתי נתונה לד"ר בועז סנג'רו ולעו"ד מיכל אהרוני על הערותיהם המועילות.

1 H.J. Rothwax *Guilty: the Collapse of Criminal Justice* (1996), 69; G. Van Kessel "The Suspect as a Source of Testimonial Evidence: A Comparison of the English and American Approaches" 38 *Hastings L.J.* (1986) 1, 126

2 ב' סנג'רו "ההודאה כבסיס להרשעה – האומנם 'מלכת הראיות' או שמא קיסרית הרשעות השווא" עלי משפט ד (תשס"ה) 260, 245; א' בנדור "גבייה של הודאת נאשם וקבילותה - מטרות, אמצעים ומה שביניהם" פלילים ה (תשנ"ו) 251, 245; ד' דורנר "אמות מידה למעצר" הסניגור 23 (1998) 3, 6; S. Goldberg "Missouri v. Seibert: The Multifactor Test Should be Replaced With a Bright-Line Warning Rule to Strengthen Miranda's Clarity" 79 *St. John's L. Rev.* (2005) 1287, 1292; R.J. Toney "English Criminal Procedure Under Article 6 of the European Convention on Human Rights:

נאשם באשמה בעת חקירתו במשטרה ממלאת תפקיד מרכזי בהליך הפלילי⁴. הודאה כזו היא ראייה מכרעת במשפטו, וברובם המכריע של המקרים היא מובילה להרשעתו⁵. בהליך החקירה המעצר הוא אמצעי מרכזי לשם חילוץ הודאות מפי חשודים⁶. הצורך בחקירת העבירה הוא עילת מעצר ייחודית לשלב החקירה. כפי שאומר השופט חשין בפסק-דין ברונסון, בעילות האחרות "הגיבור הראשי הוא העצור, בעוד אשר בעילת סעיף 13(א)(3) הגיבורה הראשית היא החקירה"⁷. בניגוד לעילות המעצר שמטרתן למנוע מהחשוד לסכן את ביטחון הציבור או לשבש את הליכי החקירה והמעצר בעניינו, מעצר לצורך חקירה אינו מייחס לחשוד מעשה לא ראוי בעתיד. מטרת המעצר בעילה זו היא בעיקרה הבטחת נוחותה של החקירה ויעילותה. לצורך בחינתה של עילת מעצר זו יש להבחין בין שתי מטרות העומדות בבסיסה: על-פי המטרה הראשונה, המעצר נועד להוות אמצעי לחץ על החשוד כדי להניע אותו לשתף פעולה עם החוקרים⁸. בפרשת *Miranda* עמד בית-המשפט העליון האמריקני

Implications for Custodial Interrogation Practices" 24 *Hous. J. Int'l L.* (2002) 411, 426.

3 Toney (לעיל, הערה 2), עמ' 426-427. כך, על-פי ממצאי מחקר שנערך בארצות-הברית, שליש מהחשודים מודים בביצוע העבירה המיוחסת להם; P.G. Cassell, B.S. Hayman "Dialogue on Miranda: Police Interrogation in the 1990s: An Empirical Study of the Effects of Miranda" 43 *UCLA L. Rev.* (1996) 839, 842. באנגליה שיעור ההודאות של חשודים מגיע לכדי 60%; G.H. Gudjonsson *The Psychology of Interrogations and Confessions* (2003), 156.

4 Toney (לעיל, הערה 2), עמ' 426.
5 R.A. Leo, R.J. Ofshe "Criminal law: The Consequences of False Confessions: Deprivations of Liberty and Miscarriages of Justice in the Age of Psychological Interrogation" 88 *J. Crim. L. & Criminology* (1998) 429, 983-984. על-פי הפסיקה אצלנו די בדבר מה נוסף להודאתו של נאשם במשטרה לצורך הרשעתו; ע"פ 3/49 אנדרסקי נ' היועץ המשפטי, פ"ד ב 589, 592. לביקורת על תוספת ראייתית קלה זו ראו סג'ור, שם, עמ' 265-278.

6 M. Berger "Legislating Confession Law in Great Britain: A Statutory Approach to Police Interrogations" 24 *U. Mich. J. L. Reform* (1990) 1, 24; V. Bevan, K. Lidstone *A Guide to the Police and Criminal Evidence Act 1984* (1985), § 5.03 ("...the police frequently arrest a presumptively guilty person at a very early stage in the investigation with little or no evidence of the person's guilt and set out to prove that guilt by custodial questioning") עמ' 256.

7 בש"פ 5492/98 ברונסון נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(4) 116 (להלן – עניין ברונסון), 120.
8 דורנר (לעיל, הערה 2), עמ' 6; ד' ביין "הצעת חוק סדר הדין הפלילי (אמצעים משטריים) תשמ"ד-1984" משפט פלילי, קרימינולוגיה ומשטרה א (ג' אוריון עורך, תשמ"ו) 265, 289-290, הערה 69 (הנ"ל עומד על הסכנה שבשימוש לרעה בעילת מעצר זו כדי להפעיל לחץ על החשוד לשתף פעולה).

בהרחבה על כך שמטרתה של החקירה בתנאי מעצר היא להכפיף את החשוד לרצונו של החוקר.⁹ על-פי המטרה השנייה, מעצרו של החשוד נחוץ לצורך הפעלתם של אמצעי חקירה, או תחבולות חקירה, הדורשים קשר למיתקן בית המעצר, כדוגמת הכנסת מדובב לתאו של החשוד במטרה לסחוט ממנו הודאה מפלילה או האזנה לשיחתם של כמה חשודים במעורבות בעבירה אגב יצירת מפגש ביניהם.¹⁰

אין ספק כי עבור החוקרים חקירה בתנאי מעצר היא קלה ואפקטיבית יותר מאשר חקירה המתנהלת בעת היותו של החשוד חופשי.¹¹ די בעצם המעצר כדי לשבור את כוח רצונו של החשוד.¹² מעצר מבודד את החשוד ואינו מאפשר לו ליצור מגע עם משפחתו או עם חבריו, היכולים לחזקו בהתמודדותו עם החקירה.¹³ החשוד ניתן משגרת חיי¹⁴ וניתוק זה גורם לו תחושות של בדידות וחרדה המובילות אותו לפתח תלות בחוקריו.¹⁵ החשוד חווה חוויה של חוסר שליטה על חייו, כאשר החוקרים הם ששולטים בעיתוי החקירה, במשכה ובמידת הלחץ המופעל במהלכה.¹⁶ "דווקא בתקופה קשה זו מעונינת המשטרה בבידודו המוחלט, כדי שבשברון רוח יכה על חטא ויודה באשמתו"¹⁷. במצב זה של בדידות ושל אבדן שליטה קל יותר לחוקרים להפעיל על החשוד לחץ פסיכולוגי לשתף עמם פעולה, בייחוד באמצעות מסירת הודאה.¹⁸ תנאי המעצר הקשים פועלים אף

- 9 *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, pp. 457, 465 (1966) (custodial interrogation is "created for no purpose other than to subjugate the individual to the will of (the) examiner" (להלן – פרשת *Miranda*)).
- 10 דורנר (לעיל, הערה 2), עמ' 6.
- 11 M.L. Friedland *Detention before Trial* (1965), 40; ד' ביינ "הערות לתפקיד בית- המשפט לעניין מעצר חשודים בשלב שלפני הגשת כתב האישום" הפרקליט כח (תשל"ב) 69, 80; ח' זנדברג "הליכי חקירה שלא ניתן לקיימם אלא במעצר" הפרקליט מד (תש"ס) 587, 592.
- 12 ד' ליבאי, י' שחר, א' גנאל, א' הירש "הליכי מעצר ושחרור בערובה בבית-משפט השלום – מחקר מעקב" עיוני משפט ג (תשל"ג) 516, 527; פרשת *Miranda* (לעיל, הערה 9), עמ' 455.
- 13 שם, עמ' 450-449, 455; I.M. Rosenberg, Y.L. Rosenberg "A Modest Proposal for the Abolition of Custodial Confessions" 68 *North Car. L. Rev.* (1989) 69, 110; L. Magid "Questioning the Question-Proof Inmate: Defining Miranda Custody for Incarcerated Suspects" 58 *Ohio St. L.J.* (1997) 883, 928; Leo & Ofshe (לעיל, הערה 5), עמ' 997.
- 14 Magid (לעיל, הערה 13), עמ' 929.
- 15 H. Lernau "A Research Evaluation of the Israeli New Pretrial Detention Act" 35 *Isr. L. Rev.* (2001) 266, 267.
- 16 Leo & Ofshe (לעיל, הערה 5), עמ' 997.
- 17 ליבאי, שחר, גנאל והירש (לעיל, הערה 12), עמ' 527.
- 18 Berger (לעיל, הערה 6), עמ' 24.

הם לשבור את כוח רצונו של החשוד¹⁹. לפיכך אין תמה שחקירת חשודים בתנאי מעצר מניבה הודאות רבות מחקירה המתנהלת בעת היותו של החשוד חופשי²⁰. פעולות חקירה, כמו הכנסת מדובב, אינן ניתנות לביצוע באופן פיזי כאשר החשוד משוחרר²¹, לעומת פעולות אחרות הדורשות את נוכחותו של החשוד, כגון גביית הודעה או עריכת עימות בין החשוד לבין המתלונן, שעל פניהן אינן מצריכות אלא שימוש בסמכות העיכוב, הן בשל משך הזמן הקצר יחסית הנדרש להן הן לנוכח זכותו של החשוד שלא לשתף עמן פעולה. כמו כן, כאשר חשוד נתון במעצר, קל יותר לחוקרים לתפוס ממצאים לצורך הפקת דגימה (כגון הפרשות הנמצאות על ממחטת אף משומשת או דגימה של רוק הנשאר על כלי האוכל) או לתפוס ראיות חפציות, כגון שקית סמים המופרשת בעת עשיית צרכים²².

ב. עילת המעצר לצורך חקירה בדין הישראלי המצוי ובמשפט המשווה

מעצר לצורך קידום החקירה מקובל במספר רב למדי של מדינות, כמו צרפת²³, אנגליה²⁴, שבדיה²⁵, הונג-קונג²⁶, הודו²⁷, דרום אפריקה²⁸, סין²⁹ ואוסטריה³⁰. לעומת זאת עילת מעצר זו אינה נזכרת כמטרת מעצר לגיטימית באמנה האירופית בדבר זכויות אדם וחירויות בסיסיות; בארצות-הברית מעצר לצורך חקירה אינו עילת מעצר בדין הפדרלי, אם כי חקירה בתנאי מעצר היא עניין נפוץ³¹; בגרמניה עילת מעצר זו אינה

- 19 Lernau (לעיל, הערה 15), עמ' 267.
- 20 לנתון זה ראו Cassell & Hayman (לעיל, הערה 3), עמ' 872, 884.
- 21 נח דיני מעצר ושחרור (1999), 78.
- 22 זנדברג (לעיל, הערה 11), עמ' 597. דוגמה מובהקת לתפיסת ממצאים לצורך הפקת דגימה בעת מעצר ראו *R. v. Stillman* [1997] 1 S.C.R. 607, sections 58-60.
- 23 J. Hatchard, B. Huber, R. Vogler *Comperative Criminal Procedure* (1996), 80.
- 24 סעיף 37(2) ל-The Police & Criminal Evidence Act, 1984 מתיר בפירוש מעצר לצורך השגת הודאה ("or to obtain such evidence by questioning him").
- 25 H. von Hofer in F. Dünkel, J. Vagg (eds.) *Untersuchungshaft und Untersuchungshaftvollzug / Waiting for Trial* (1994) 576.
- 26 J. Vagg אצל Dünkel & Vagg, שם, עמ' 281.
- 27 B.B. Pande, שם, עמ' 303.
- 28 D. Van Zyl Smit, שם, עמ' 675.
- 29 E.J. Epstein, A.C. Byrnes & F.D. Gaer, שם, עמ' 796.
- 30 R. Miklau, I. Morawetz, W. Stangl "Pre-trial Detention in Austria" in *Preventive Detention* (S. Frankowski, D. Shelton (eds.), 1992) 140 (מציינים כי באוסטריה משתמשים הלכה למעשה, במעצר כאמצעי לחילוץ הודאה).
- 31 פרשת *Miranda* (לעיל, הערה 9), עמ' 440, 482.

נתפסת כלגיטימית³²; באנגליה היו שופטים במאה התשע-עשרה ובתחילת המאה העשרים אשר סברו כי למשטרה אין כלל סמכות לחקור חשודים הנתונים במעצר³³. כיום עילת מעצר זו קבועה בחוק ובית הלורדים אף אישר אותה כלגיטימית³⁴. מעבר לשאלת ההכרה הרשמית בעילת מעצר לצורך חקירה, היא מהווה פעמים רבות עילת מעצר סמויה³⁵.

בישראל עד לחקיקתו של חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996 (להלן – חוק המעצרים) לא היו עילות המעצר של חשודים מעוגנות בחוק, עם זאת בית-המשפט העליון הכיר בסמכות המעצר של חשוד מטעמים של טובת החקירה. כך למשל בפרשת פרוינד³⁶ אישר בית-המשפט העליון את מעצרו של אדם, אשר על-פי החשד התכוון להניח פצצה במשרד החינוך והתרבות כמחאה על החלטת הממשלה בדבר חינוך ממלכתי אחיד. בית-המשפט קבע כי "ברור, כי עבירה כגון זו היא חמורה ביותר מבחינת בטחון הציבור והמדינה... לכאורה, ברור לכל בר-דעת כי עבירה כגון זו אינה נעשית על-ידי אדם בודד והמשטרה היתה מתכחשת לחובתה ולתפקידה אילו היתה גם היא מתעטפת באיצטלא של נאיביות ולא היתה עושה מאמצים כדי לגלות אם יש כאן קשר מסתעף וכדי לגלות את כל הקושרים, או כדי לברר ולהיווכח שמה זהו מקרה שמחוץ לגדר הרגיל ושזהו ענין שרק איש אחד, או רק האנשים שנעצרו על ידה, מעורבים בו. במילוי תפקיד זה על ידי המשטרה, על כל אורח – ושופט מכל שכן – לסייע בידה, ולפחות – לא לשים מכשולים על דרכה"³⁷. הנשיא אולשן קבע באופן מפורש באחד מפסקי-הדין המוקדמים כי "אם כב' השופט מלחי התכוון לקבוע הלכה (וכלל לא בטוח שהתכוון לכך), שבמקרה שאין חשש לבריחת הנאשם, אזי הצורך בהשלמת החקירה אינו יכול לשמש נימוק למתן צו מעצר, בהעדר הוכחות ברורות שהנאשם אומר להתערב או לחבל בחקירת המשטרה, סבור אני שאין לה יסוד לא בחוק ולא בהגיון"³⁸. בפרשת גנימאת הנשיא ברק נסוג באמרת אגב ממדיניות זו, אשר אישרה

- J. Krümpelmann "Probleme der Untersuchungshaft im deutschen und ausländischen Recht" *ZStW* (1970) 1052, 1066, 1070 32
 K.W. Lidstone, T.L. Early "Questioning Freedom: עמ' 10; Berger (לעיל, הערה 6), עמ' 10; Detention for Questioning in France, Scotland and England" 31 *International & Comparative L.Q.* (1982) 488, 501-502 33
Mohammed-Holgate v. Duke (1984) Q.B. 209, p. 216 34
 עניין *Mohammed-Holgate* – (להלן – עניין *Holgate*)
 T. Saito, אצל Frankowski & Shelton, (לעיל, הערה 30), עמ' 182. 35
 ב"ש 30/53 פרוינד נ' היועץ המשפטי, פ"ד ז 516 (להלן – עניין פרוינד). 36
 שם, עמ' 517. 37
 ב"ש 26/54 היועץ המשפטי נ' אלנחם, פ"ד ח 390. 38

את הלגיטימיות של מעצר לצורך קידום החקירה, בקובעו כי "מעצר אינו אמצעי חקירה. מעצר הוא אמצעי למניעת שיבוש החקירה"³⁹. חרף דברים אלה, חוק המעצרים, שנחקק לאחר פרשת גנימאת, מכיר באפשרות לעצור לצורך חקירה, כאשר בית-המשפט שוכנע, מנימוקים מיוחדים, שיש צורך לנקוט הליכי חקירה שלא ניתן לקיימם אלא כשהחשוד נתון במעצר⁴⁰.

הן לשון החוק הן הסדריו המיוחדים מבהירים כי מדובר בעילת מעצר חריגה. כך, ניתן לעצור חשוד לצורך חקירה לחמישה ימים בכל פעם, עד לתקופה של 15 ימים⁴¹, בכפוף לסמכות של בית-המשפט העליון להאריך תקופה זו⁴², בשונה מהסמכות לעצור חשודים בעילות של שיבוש הליכי חקירה ומשפט ושל סיכון ביטחון הציבור לתקופה של 15 ימים בכל פעם⁴³, עד לתקופה של 75 ימים⁴⁴, הניתנים להארכה על-ידי בית-המשפט העליון⁴⁵. חוק המעצרים מבטא לכאורה תפיסה שלפיה "חובתה של המשטרה להשקיע כל מאמץ אפשרי בחקירתם של פשעים, אינה מותנית בהחזקתו של החשוד בביצועם במעצר. אדרבא, נקודת המוצא היא, שאין לעצור חשודים אלא במקום ובמידה שאין מנוס מכך... מעצרו של חשוד הוא היוצא מן הכלל ולא שחרורו בערובה"⁴⁶. בפסק-דין ברונסון⁴⁷ ניסה השופט חשין לבאר את כוונתה של הוראת החוק המעניקה סמכות מעצר לצורך חקירה. לדבריו "אין לפרש הוראת חוק זו כמכוונת דבריה להליכי חקירה אשר יסוכלו מכול וכול – אם לא יהא החשוד נתון במעצר... צירוף התיבות 'שלא ניתן לקיימם' פירושו הוא: שלא ניתן לקיימם באורח סביר וראוי בדרכי החקירה המקובלות והרגילות"⁴⁸. עוד אומר השופט חשין כי "ההכבדה על חקירת המשטרה, כשהיא לעצמה, בוודאי לא תחסה תחת כנפיה של הוראת סעיף 13(א)(3); ואולם, פגיעה חמורה וקשה ביכולת ניהולה הסביר של חקירה תבוא-גם-תבוא בגדריה של העילה הקבועה בסעיף 13(א)(3) לחוק"⁴⁹. לעניין זה יכולה שתיקת החשוד במשטרה להשפיע

39 דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589 (להלן – פרשת גנימאת), 649. וראו גם בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 439.
40 סעיף 13(א)(3) לחוק המעצרים.
41 שם.
42 שם, סעיף 62.
43 שם, סעיף 17(א).
44 שם, סעיף 59.
45 שם, סעיף 62.
46 'קדמי על סדר הדין בפלילים (כרך א, תשנ"ז), 143.
47 לעיל, הערה 7.
48 שם, עמ' 121.
49 שם.

על יכולת המשטרה לנהל את החקירה באופן סביר⁵⁰. על דרישת החוק מבית-המשפט לפרט "נימוקים מיוחדים שיירשמו", מדוע שוכנע "שיש צורך לנקוט הליכי חקירה שלא ניתן לקיימם אלא כשהחשוד נתון במעצר", אומר השופט חשין כי פירוט של הליכי חקירה ספציפיים יסכל את עצם קיומה של החקירה באופן שיווצר מעגל קסם⁵¹. לפיכך יש לנמק את הצורך במעצר באופן מופשט, רצוי תוך כדי הפניה למסמכים החסויים הרלוונטיים⁵². בפועל, במקרים רבים כותב בית-המשפט באופן לקוני כי המעצר דרוש לצורך "המשך חקירה"⁵³. גם בית-המשפט העליון מסתפק בהנמקה כללית למעצר בעילה זו כמו "לאחר שעיינתי בחומר החקירה שהונח לפני, מצטרף אני למסקנת בית-המשפט המחוזי, כי צרכי החקירה אכן מצדיקים מעצר של מספר ימים"⁵⁴. ודאי שאמירה לקונית כזו אינה עולה בקנה אחד עם החובה החוקית לפרט נימוקים שיירשמו. חלק מהשופטים אף אינו טורח לציין שפעולות החקירה הנדרשות לא יוכלו להתבצע אם החשוד לא יהיה נתון במעצר ונראה כי זהו מינימום ההנמקה הנדרש "באופן מופשט"⁵⁵. במצב דברים זה אין תמה שמעצר לצורך חקירה הוא עילת מעצר נפוצה ושגרתית⁵⁶.

פסק-דין ברונסון אינו מבהיר לאילו מבין שני המצבים שנדונו לעיל, מעצר לצורך יצירת אווירה של לחץ או מעצר לשם הפעלת אמצעי חקירה הדורשים קשר למתקן בית המעצר, מכוונת עילה זו. לשון החוק מתאימה לכאורה למצב השני, שבו יש צורך בנקיטת אמצעי חקירה מיוחדים בתחומי בית המעצר, אולם על פני הדברים הגבלתה של סמכות המעצר למצב זה בלבד אינה מעשית, שכן חשוד אשר יישלח למעצר בשל עילה זו, ידע מבעוד מועד על הכוונה להטמין לו מלכודות, כדוגמת מדובב. השופט חשין בפסק-דין ברונסון אינו מבהיר אם הוא מתיר במפורש מעצר לצורך הפעלת לחץ גרדא או שולל אותו. עצם ההתייחסות לשתיקת החשוד במשטרה עלולה להתפרש כהיתר כזה.

50 שם, עמ' 123.

51 שם, עמ' 122-125.

52 שם.

53 מ' אהרוני ללא עילה (האגודה לזכויות האזרח, 2000).

54 בש"פ 7032/05 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם).

55 עם זאת ניתן למצוא גם החלטות בנוסח "לא מצאתי עילה להורות על מעצרו של החשוד.

את החקירה ניתן לבצע כאשר החשוד משוחרר בתנאים מגבילים"; דוח תצפית בהליכי הארכת מעצר לפני הגשת כתב אישום בבית-משפט השלום בתל-אביב-יפו (השופטת זיוה הדסי-הרמן) של שולמית עמיר-לרר, מתנדבת מטעם האגודה לזכויות האזרח, מיום 17.7.06 (הדוח מצוי ברשותי).

56 אהרוני (לעיל, הערה 53).

ג. בחינת הלגיטימיות של מעצר לצורך הפעלת לחץ

הלגיטימיות של מעצר לצורך הפעלת לחץ על החשוד לשתף פעולה עם חוקריו שנויה במחלוקת. בחינת טיעוני המתנגדים לעילת מעצר זו והתומכים בה מחדדת את המתח בין תפיסה של Crime Control, הרואה את חזות הכל באכיפה יעילה של החוק הפלילי, לבין תפיסה של Due Process⁵⁷, אשר על-פיה יש לשמור על זכויות הפרט גם במהלך ניהול החקירה והמשפט.

1. טיעונים התומכים בעילת המעצר

עצם ניהול החקירה גורר, באופן בלתי נמנע, פגיעה בזכויות הפרט. יש מחיר הכרוך בקיומן של ראיות מפלילות נגד אדם היוצרות נגדו חשד סביר לביצוע עבירה, גם אם הוא חף מפשע. כשם שניתן בנסיבות אלה לבצע חיפוש בביתו או האזנת סתר לשיחותיו, אפשר גם לעצרו לצורך חקירה⁵⁸. חזקת החפות אינה משמשת מגן לאדם מפני עצם הניסיון להפריך אותה ואינה מונעת הפעלת אמצעים, אשר מטרתם היא הבהרת החשד כנגד אדם⁵⁹.

תומכי השימוש במעצר לצורך קידום החקירה רואים בו אמצעי חקירה לגיטימי. לטענתם, מעצר הוא כלי אפקטיבי לבידור החשד כנגד אדם, שכן בלעדיו הסיכויים לשיתוף פעולה מצד החשוד, ובוודאי להודאה שלו בביצוע העבירה, פוחתים באופן משמעותי⁶⁰. ברובם המכריע של המקרים החשוד הוא מקור המידע הטוב ביותר⁶¹. ללא שיתוף פעולה מצד חשודים, פשעים רבים לא יפוענחו⁶². בדרך כלל, מבצעי עבירה אינם מגיעים מזיומתם לתחנת המשטרה כדי להתוודות; כדי להשיג הודאה, נחוצה פעולה אקטיבית כלשהי של חקירה ושל מעצר מצד המשטרה⁶³. יש צורך במעצר חשוד לצורך

57 לתיאור מודלים אלה ראו H.L. Packer *The Limits of the Criminal Sanction* (1968), 149-173.

58 L. Magid "Deceptive Police Interrogation Practices: How Far Is Too Far?" 99 *Mich. L. Rev.* (2001) 1168, 1210 (בהתייחס לתחבולות חקירה).

59 על משמעותה של חזקת החפות ראו ר' קיטאי "חשיבותה של חזקת חפות פוזיטיבית, תפקידה וטיבה בהליכים הקודמים להכרעת הדין בפלילים" עלי משפט ג (תשס"ד) 405, 453.

60 עניין *Mohammed-Holgate* (לעיל, הערה 34), עמ' 216 (מעצר חשוד לצורך ניצולו של אלמנט הלחץ והמתח, הכרוך בשלילת החירות, לשם גביית הודעתו, הוא מטרה לגיטימית). מובא אצל Packer (לעיל, הערה 57), עמ' 187.

62 K.P. Jones "McNeil v. Wisconsin: Invocation of Right to Counsel Under Sixth Amendment by Accused at Judicial Proceeding Does Not Constitute Invocation of Miranda Right to Counsel for Unrelated Charge" 26 *Ga. L. Rev.* (1992) 1049, 1067.

63 מובא אצל Van Kessel (לעיל, הערה 1), עמ' 144.

חקירה כדי לתת למשטרה הזדמנות סבירה לחקור אותו ביחידות לפני שהוא בודה סיפור או מחליט שאינו משתף פעולה עם חוקריו⁶⁴. כל חקירה כוללת, בהכרח, לחץ מסוים, שיכול להיות חריף במיוחד כאשר מדובר בחשוד שביצע את העבירה המיוחסת לו, אולם לחצים אלה צריכים להטריד רק בשיטת משפט הרואה בבחירה של חשודים לשתף פעולה עם המשטרה עניין לא רצוי⁶⁵. האמרה שלפיה "אפשר לחקור בלי לעצור"⁶⁶ מנותקת מהמציאות. כאשר אדם מגיע לחקירה לאחר מנוחה בביתו ולאחר שקיבל חיזוקים מקרוביו ומידידיו, הסיכוי להוציא מפיו מידע מועיל לחקירה הוא קלוש ביותר⁶⁷. לא ניתן להטיל על רשויות אכיפת החוק את הנטל להוכיח את אשמתו של אדם בלי לציידן בכלים לשם כך. לפיכך יש לאפשר לרשויות החקירה פרק זמן סביר לניהול החקירה ללא מכשולים⁶⁸. ההודאה היא כלי חיוני ביותר בגילוי האמת, באכיפת החוק ובהגנה על שלום הציבור⁶⁹. לכך ניתן להוסיף כי להודאה יש חשיבות לא רק כראיה מפלילה לצורך הרשעה. החשוד האשם הוא לעתים האדם היחיד שיכול לשפוך אור על פרטי האירוע ולספר למשל מה קרה למנוח ברגעיו האחרונים. למידע זה יש חשיבות רבה עבור הציבור, ככלל, ועבור בני משפחתו וחבריו של המנוח, בפרט. אכן, טיפשותו של החשוד, המוסר הודאה המנוגדת לאינטרסים שלו, היא זו שמסייעת לעתים רבות לחקר האמת ולאכיפת החוק, אולם אין חיסיון נגד הפללה בהיסח הדעת או נגד הפללה טיפשית אלא רק כנגד הפללה כפויה⁷⁰. אין ספק שחשוד חלש או לא מתוחכם ייטה להודות בביצוע העבירה יותר מחשוד חזק וחכם, אולם הנחה זו אינה צריכה להטריד, נהפוך הוא: יש להתנחם בעובדה שלפחות חלק מהעבריינים מורשעים בעזרת הודאותיהם⁷¹.

64 מובא אצל Packer (לעיל, הערה 57), עמ' 187.

65 J.D. Grano *Confessions, Truth and the Law* (1993), 45.

66 מ' אהרוני אפשר לחקור בלי לעצור (האגודה לזכויות האזרח בישראל, 1997).

67 מובא אצל Packer (לעיל, הערה 57), עמ' 188 (כל סוג של התערבות חיצונית מפחית את הסיכוי לשיתוף פעולה מצד החשוד במהלך החקירה, ולפיכך יש לבודדו ממשפחתו וכן מעורך-דין).

68 וראו S. Field, A. West "A Tale of Two Reforms: French Defense Rights and Police Powers in Transition" 6 *Crim. L. F.* (1995) 473, 486 בצרפת, שלפיה יש לאפשר למשטרה תקופה ראשונית של חקירה, שאינה מופרעת על-ידי מתן זכויות לחשודים).

69 *Moran v. Burbine*, 475 U.S. 412, p. 426 (1986); *McNeil v. Wisconsin*, 501 U.S. 171 (1991); K.A. Roemer "The Maryland Survey 2001-2002: Recent Decisions: The Court of Appeals of Maryland: IV. Criminal Law and Procedure" 62 *Md. L. Rev.* (2003) 722.

70 דעת המיעוט בפרשת *Minnick v. Mississippi*, 498 U.S. 146, pp. 166-167 (1990); Roemer (לעיל, הערה 69), עמ' 746.

71 Magid (לעיל, הערה 58), עמ' 1181.

לחזוק טיעונים של תומכי המעצר לצורך קידום החקירה, ניתן להוסיף כי מעצר זה אינו יוצא בהכרח מנקודת מוצא של אשמה. תפיסה זו באה לידי ביטוי בדבריו של אחד משופטי בית-משפט השלום בתל-אביב-יפו לחשוד: "זה שאתה יושב מאחורי הזכוכית לא אומר שאתה אשם. צריכים לבדוק, אתה בפנים כדי לבדוק"⁷². ואכן, ישנן מדינות המקנות סמכות להשתמש במעצר כאמצעי לחץ לא רק כלפי חשודים אלא גם כלפי עדים, אשר אין כל חשד שביצעו עבירה, וזאת לצורך חילוץ המידע המצוי ברשותם⁷³.

2. טיעונים כנגד מעצר לצורך הפעלת לחץ – סכנה לשבירת כוח רצונו של הנחקר

תפיסה של Due Process אינה מתיישבת עם מעצרו של חשוד לצורך קידום החקירה⁷⁴. הטעם העיקרי לכך נובע מהסכנה לשבירת כוח רצונו של הנחקר. תהא אשר תהא חשיבותה של הודאת החשוד לצורך פענוח העבירה, נתונה לחשוד זכות שתיקה. חקירה בתנאי מעצר אינה מתיישבת עם זכות השתיקה הנתונה לחשוד⁷⁵. למעשה ההיפך הוא הנכון, שכן המשטרה משתמשת במעצר כדי להבטיח שחשוד לא ינצל, הלכה למעשה, את זכות השתיקה הנתונה לו⁷⁶. מכיוון שמעצר יכול לשבור את כוח התנגדותם של חשודים מסוימים ולהניע אותם לשתף פעולה עם חוקריהם, המעצר פוגע בזכות השתיקה הנתונה לחשוד וברצונו שלא לסייע לחקירה המתנהלת בעניינו והופך את החשוד לאמצעי באיסוף הראיות נגדו⁷⁷. המעצר הוא למעשה אמצעי כפייה שמטרתו לאלץ את החשוד לשתף פעולה, בדומה למאסר המוטל על עד בגין בזיון בית-

72 דוח תצפית בהליכי הארכת מעצר לפני הגשת כתב אישום בבית-משפט השלום בתל-אביב-יפו (השופט חנן אפרתי) של שולמית עמיר-לרר, מתנדבת מטעם האגודה לזכויות האזרח, מיום 13.3.06 (הדוח מצוי ברשותי).

73 כך, בצרפת קיימת סמכות לעצור עד לתקופה מוגבלת; Field & West (לעיל, הערה 68), עמ' 482; באוסטרליה רשויות הביטחון רשאיות לעצור אדם שאינו חשוד ל-24 שעות בכל פעם, עד לשבעה ימים, אם יש יסוד להניח שיש לו מידע הנוגע לעבירות טרור; C. Michaelson "International Human Rights on Trial – The United Kingdom's and Australia's Legal Response to 9/11" 25 *Sydney L. Rev.* (2003) 275, 282-283.

74 Packer (לעיל, הערה 57), עמ' 190.

75 D.A. Dripps "Foreword: Against Police Interrogation – And the Privilege Against Self-Incrimination" 78 *J. Crim. L. & Criminology* (1988) 699, 734 (לעיל, הערה 11), עמ' 80.

76 K.W. Lindson, T.L. Eearly "Questioning Freedom: Detention for Questioning in France, Scotland and England" 31 *International and Comparative Law Quarterly* (1982) 488, 508.

77 M. Dockray "Notes of Cases" 47 *Mod. L. Rev.* (1984) 727, 729-730.

משפט⁷⁸. עם זאת יש הסבורים כי אין סתירה בין חקירה בתנאי מעצר לבין זכות השתיקה, שכן זכות השתיקה היא זכות חלשה, ומובנה הוא שאין לכפות על אדם להשיב לשאלות⁷⁹. לפי עמדה זו, ההנחה היא כי חקירה בתנאי מעצר כשלעצמה אינה שקולה לכפייה להשיב על שאלות.

ואכן, השאלה אם חקירה בתנאי מעצר היא פגיעה בכוח רצונו של הנחקר היא "ציפור הנפש" של הטענה בדבר אי-חוקיותו של מעצר לצורך הפעלת לחץ. בית-המשפט העליון בישראל קבע כי הגם ש"קשה לחלוק על כך מבחינה עיונית טהורה" ש"אדם הנתון במעצר אינו יכול להיחשב בשום אופן כפועל מרצונו החופשי", אין למתוח את דרישת רצוניותה של ההודאה באופן זה⁸⁰. גם בהלכת יששכרוב דרש בית-המשפט פגיעה משמעותית וחמורה באוטונומיית הרצון של הנחקר כתנאי להתייחסות להודאתו כבלתי רצונית⁸¹. מקובל להניח כי הודאה שנגבתה באמצעי אלימות ברוטליים היא מקרה קלסי של הודאה לא רצונית⁸², אולם בתי-המשפט הרחיבו את המשמעות של הודאה לא רצונית מעבר למצב שבו ההודאה היא תוצאה של הפעלת אלימות פיזית קשה בחקירה⁸³. על דרישת הרצוניות נמתחה ביקורת, בטענה כי עמימותה אינה מספקת הדרכה לחוקרי המשטרה⁸⁴. אמנם, בתי-המשפט ניסו להבחין בין דפוסי התנהגות לגיטימיים לבין דפוסי התנהגות אסורים בחקירה⁸⁵, אולם אם מכירים בכך שלחץ מסוים בחקירה הוא לגיטימי, קשה לקבוע מתי הלחץ עובר את מידת המותר⁸⁶.

הלכת *Miranda* האמריקנית הרחיקה לכת מעבר למבחן הרצוניות המסורתי והרבה מעבר לפסיקה הישראלית, בקובעה באופן נחרץ כי חקירה בתנאי מעצר כופה מעצם

78 וראו לעניין זה פקודת בזיון בית משפט, חא"י, כרך א, (ע)332, סעיף 5.

79 Grano (לעיל, הערה 65) עמ' 44.

80 ע"פ 69/53 סי' נ' היועץ המשפטי, פ"ד ז 801, 808.

81 ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי (טרם פורסם) (להלן – עניין יששכרוב), פסקה 35.

82 דוגמה קלסית להודאה כזו הוא המקרה של *Brown v. Mississippi*, 297 U.S. 278 (1936).

83 W.J. Stuntz "Miranda's Irrelevance: Miranda's Mistake" 99 *Mich. L. Rev.* (2001) 975, 980. ולעניין זה ראו אצלנו "קדמי על הראיות (כרך א, תשנ"ט), 42.

84 S. Penney "Theories of Confession Admissibility: A Historical View" 25 *Am. J. Crim. L.* (1998) 309, 348, 355, 361; C.J. Ogletree "Are Confessions Really Good for the Soul? A Proposal to Mirandize Miranda" 100 *Harv. L. Rev.* (1987) 1826, 1833; S.J. Schulhofer "Reconsidering Miranda" 54 *U. Chi. L. Rev.* (1987) 435, 451.

85 A.L. Prebble "Manipulated by Miranda: A Critical Analysis of Bright Lines and Voluntary Confessions Under United States v. Dickerson" 68 *U. Cin L. Rev.* (2000) 555, 561. וראו אצלנו קדמי (לעיל, הערה 83), עמ' 42.

86 Stuntz (לעיל, הערה 83), עמ' 980.

טיבה⁸⁷. הסביבה של חקירה בתנאי מעצר מכוונת להכניע את כוח רצונו של העצור ויכולה להביאו למתן הודאה לא רצונית⁸⁸. חרף קביעה זו, בהלכת *Miranda* בית-המשפט איפשר חקירה משטרית תוך ניסיון לשמור על אוטונומיית הפרט⁸⁹. לפיכך הלכת *Miranda* לא אסרה על חקירה בתנאי מעצר אלא חייבה את החוקרים להודיע לחשוד הנחקר בתנאי מעצר על זכותו לשתוק ולהתייעץ עם סגור (נבחר או ממונה), ולאפשר לו לממש את אותן זכויות וכן להבהיר לו כי דבריו עלולים לשמש כראיה נגדו⁹⁰. בהיעדר ערובות אלו קמה חזקה חלוטה כי ההודאה ניתנה בתנאים של כפייה והיא אינה רצונית⁹¹.

(א) האם הנחת *Miranda* בדבר אי-רצוניות ההודאה היא נכונה?

השאלה מהי הודאה רצונית היא שאלה בעלת היבטים פילוסופיים ואמפיריים כאחד. קשה מאוד להגדיר את המונח "רצון" או את הקונספציה של כפייה⁹². אריסטו סבר כי פעולה לא רצונית היא כזו שנעשית במצב של כפייה או בשל בורות⁹³. הוא הבחין בין פעולה גופנית רצונית (זריקת טובין מאונייה בסערה כדי להציל חיי אדם) לבין המובן האבסטרקטי של הפעולה – שזו אינה רצונית שכן איש לא היה בוחר להיקלע למצב כזה⁹⁴. במובן האבסטרקטי, רצונו של החשוד הוא לפתוח את דלת חדר החקירות וללכת הביתה, אולם אפשרות זו אינה נתונה לו⁹⁵. האם בנסיבות של חקירה בתנאי מעצר (שהיא סיטואציה לא רצונית כשלעצמה) הודאתו של החשוד באשמה משקפת את רצונו?

תכופות אנו פועלים כתוצאה מלחצים חיצוניים: רבים עובדים כדי להתפרנס, הגם שהיו מעדיפים לבלות את זמנם באופן אחר; יש הלומדים משפטים כדי לרצות את

- 87 פרשת *Miranda* (לעיל, הערה 9), עמ' 458.
- 88 שם, עמ' 457.
- 89 Rosenberg & Rosenberg (לעיל, הערה 13), עמ' 102; Penney (לעיל, הערה 84), עמ' 366.
- 90 פרשת *Miranda* (לעיל, הערה 9), עמ' 457.
- 91 שם, עמ' 468-469.
- 92 L. Magid "The Miranda Debate: Questions Past, Present and Future A Review of the Miranda Debate: Law, Justice, and Policing, Edited by Richard A. Leo and George C. Thomas III" 36 *Hous. L. Rev.* (1999) 1251, 1260
- 93 Aristotle *Nicomachean Ethics*, Book III, *Voluntary Action and Responsibility*; reprinted in W.T. Jones et al. (eds.) *Approaches to Ethics* (1977) 61
- 94 Aristotle, שם, עמ' 61.
- 95 G.C. Thomas III "Book Review: Miranda's Illusion: Telling Stories in the Police Interrogation Room Miranda's Waning Protections. by Welsh S. White" 81 *Tex. L. Rev.* (2003) 1091, 1095

הוריהם. האם החלטות כאלו אינן החלטות רצוניות? הדעה המקובלת היא כי אדם אינו מאבד באופן רגיל את יכולת הבחירה שלו אלא בנסיבות חריגות, היכולות לשבשה. האם חקירה בתנאי מעצר כשלעצמה, שאינה מלווה באמצעים פסולים כגון אלימות או מניעת שינה, היא גורם היכול לשבור את כוח רצונו של הנחקר?

יש הסבורים כי השאלה היא במה אנו מתמקדים בבחינת אלמנט הכפייה: האם באספקט הרצוני של ההחלטה, שאזי נאמר שההודאה רצונית, או בנסיבות החיצוניות האופפות את קבלת ההחלטה, שאזי מסקנתנו תהיה שההודאה אינה רצונית⁹⁶. בחירה זו היא במידה רבה נורמטיבית⁹⁷. ואכן, בית-המשפט העליון האמריקני הכיר בכך שהודאת נאשם במשטרה אינה וולונטרית כהודאה ספונטנית או הודאה בפני איש דת, עורך-דין או פסיכיאטר, אולם לדבריו, במובן זה אף הודאה באשמה אינה וולונטרית⁹⁸.

גם בהתייחס לנסיבות החיצוניות האופפות את קבלת ההחלטה, יש החולקים על כך שעצם החקירה בתנאי מעצר פועלת לשבור את כוח רצונו של הפרט. הלכת *Miranda* מתארת חשוד רכרוכי למדי, גם כאשר ביצע לכאורה עבירות הדורשות קשיחות⁹⁹. ואכן, יש המתנגדים להנחה כי חקירה בתנאי מעצר מערכת כפייה אינה רצונית¹⁰⁰. כך, Cassell ו-Hayman טוענים כי בערך מחצית מההודאות ניתנות במהלך חמש עשרה הדקות הראשונות של החקירה ויש גם הודאות שניתנות במהלך חמש הדקות הראשונות או פחות מכך¹⁰¹. הודאה מהירה באשמה יכולה אולי להעיד על כך כי לא הופעל על הנחקר לחץ לא לגיטימי, אולם הממצאים בדבר הודאתם המהירה של חלק מהנחקרים אינם סותרים את תחושת חוסר האונים וחוסר השליטה על גורלו שחש חשוד, מעצם היותו נתון במעצר בסביבה עוינת¹⁰². חשוד צופה באופן רגיל כי חקירתו תהיה ארוכה ושתימשך עד אשר יספק לחוקריו תשובות שישביעו את רצונם¹⁰³. אם כך, בנסיבות שבהן החשוד מאמין כי החקירה לא תיפסק עד שימסור לחוקרים את התשובות שברצונם לשמוע, מדוע לא להקדים את המאוחר ולחסוך סבל מיותר? בנסיבות אלה אורכה של החקירה בפועל אינו רלוונטי לשלילתה של טענת הכפייה¹⁰⁴. על כל פנים, חקירות רבות הן מלחיצות ולא נעימות, והחוקרים משרדים במהלכן לנחקר כי הרשעתו

96 L.M. Seidman "Brown and Miranda" 80 *Cal. L. Rev.* (1992) 673, 724

97 ש.ם.

98 *Stein v. New York*, 346 U.S. 156, p. 186 (1953)

99 G.M. Caplan "Questioning Miranda" 38 *Vand. L. Rev.* (1985) 1417, 1447

100 מובא אצל Penney (לעיל, הערה 84), עמ' 311.

101 Cassell & Hayman (לעיל, הערה 3), עמ' 920.

102 על תחושת חוסר האונים מעצם המעמד של מעצר ראו: פרשת *Miranda* (לעיל, הערה 9), עמ' 455-457, 461.

103 *Berkemer v. McCarty*, 468 U.S. 420, p. 438 (1984).

104 W.S. White "False Confessions and the Constitution: Safeguards Against Untrustworthy Confessions" 32 *Harv. C.R. - C.L. L. Rev.* (1997) 105, 144

באשמה היא ודאית, עם הודאתו או בלעדיתה¹⁰⁵. אף ספרי הדרכה לחוקרי המשטרה יוצאים מתוך נקודת מוצא כי החשוד אינו נוטה בנקל להודות, וכי יש לנסות לשבור את התנגדותו¹⁰⁶.

ואכן, קשה לטעון ברצינות כי לא ניתן לעמוד בלחצים של חקירה רגילה הנערכת בתנאי מעצר. למעשה יש אנשים שכוח רצונם אינו נשבר גם לנוכח עינויים. דוגמה טובה לכך הוא מאבקו ההירואי הידוע של John Lilburne באנגליה בשנת 1637, אשר סירב להשיב לשאלותיו של בית-המשפט בנוגע לאישומים שלא נגעו ישירות למשפט המתנהל בעניינו, גם לנוכח עונש קשה של מלקות ושימה בסד¹⁰⁷, אולם עסקינן לא באנשים אשר אינם מודים באשמה אלא בנחקרים שמודים באשמתם בחקירה המתנהלת בתנאי מעצר.

חקירה בתנאי מעצר פוגעת מעצם טבעה באוטונומיית הפרט¹⁰⁸. כאמור, חשוד הנמצא בחקירה נטול כוח, שליטה וכבוד¹⁰⁹. ניתוק של אדם ממשפחתו, מחבריו ומשגרת חייו, וכן כליאתו בתא, בכידוד או עם אחרים, חלקם מרי נפש, בתנאים הטורחים להזכיר לו בכל רגע את עליבותו, יכולים גם יכולים לשבור את כוח הרצון. בסיטואציה כזו ויתור על זכויות אינו יכול להיחשב באופן אמיתי כרצוני¹¹⁰.

ההוכחה לכך שמעצר פוגע בכוח רצונו של הנחקר היא עצם מתן ההודאה על-ידי. חשוד רציונלי, שלא מופעל עליו לחץ, יבחר בדרך של הודאה לעתים נדירות בלבד¹¹¹. דברים אלה נראים מובנים מאליהם, שכן במקרה הרגיל הודאה מנוגדת לאינטרס של החשוד¹¹². ישנן כמובן גם סיבות רציונליות למתן הודאה רצונית: רצון למרק את המצפון¹¹³; תחושה של חשוד ש"המשחק נגמר", וכי המשטרה גילתה את העובדה שביצע עבירה באופן שהכחשה היא חסרת תועלת, בעוד שהודאה יכולה לפעול לטובתו¹¹⁴. יש גם המתגאים בביצוע העבירה, ביחוד כאשר מדובר בעבירה הנעברת על

105 Leo & Ofshe (לעיל, הערה 5).

106 Gudjonsson (לעיל, הערה 3), עמ' 17.

107 J.H. Wigmore "The Privilege against Self Incrimination: Its History" 15 *Harv. L. Rev.* (1902) 610, 624-626; נ' פלסר "תיחום גבולות השימוש במדוכבים משטרתיים סמויים לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" מאזני משפט ג (תשס"ג-תשס"ד) 439, 445-444.

108 Rosenberg & Rosenberg (לעיל, הערה 13), עמ' 102; Penney (לעיל, הערה 84), עמ' 359.

109 ראו הערות 12-15 והטקסט הנלווה אליהן.

110 Rosenberg & Rosenberg (לעיל, הערה 13), עמ' 110.

111 Stuntz (לעיל, הערה 83), עמ' 978; Dripps (לעיל, הערה 75), עמ' 700.

112 Magid (לעיל, הערה 58), עמ' 1198.

113 Roemer (לעיל, הערה 69), עמ' 747; Stuntz (לעיל, הערה 83), עמ' 987.

114 M. Reid "Note: United States v. Dickerson: אצל ראו למשל תיאור החקירה המובא אצל Uncovering Miranda's Once Hidden and Esoteric Constitutionality" 38 *Hous. L. Rev.* (2001) 1343, 1345-1346. ראו גם White (לעיל, הערה 104), עמ' 121.

רקע איראולוגי. ישנם פסיכולוגים הסבורים כי באדם קיים דחף להתוודות, אשר טקטיקות החקירה מביאות אותו לידי ביטוי¹¹⁵. אולם במצב הרגיל, קשה להתכחש לעובדה כי אדם אינו נוטה לפעול בניגוד לאינטרסים שלו. עם זאת נחקרים רבים הנתונים לחקירה בתנאי מעצר מרגישים לחץ לדבר¹¹⁶. ואכן, אפילו Cassell ו-Hayman, אשר אינם רואים בחקירה בתנאי מעצר כסיטואציה השוברת את כוח הרצון, מצאו כי חקירה בתנאי מעצר מניבה הודאות רבות יותר באשמה מאשר חקירה המתנהלת כאשר חשוד אינו נמצא בסטטוס של עצור¹¹⁷. המסקנה המתחייבת מכך היא כי הודאה של חשוד באשמה נובעת במקרה הרגיל משבירת כוח רצונו ולא "מרצונו להתוודות".

(ב) האם ניתן להפיג את אוירת הכפייה שיוצרת החקירה בתנאי מעצר?

בהלכת *Miranda* הניח בית־המשפט כי ניתן להפיג את הלחץ של חקירה בתנאי מעצר באמצעות ערובות מתאימות, אשר בהישמרן, הודאתו של חשוד יכולה לשקף את רצונו האמיתי¹¹⁸. ואכן, גם במקרה שבו החשוד מודע בפועל לזכויותיו, עצם העובדה שהחוקר מודיע לו עליהן מבהירה לחשוד כי גם החוקרים רואים עצמם כפופים לכללי התנהגות מחייבים של חברה תרבותית ואינם יכולים להתעמר בו כרצונם¹¹⁹. למעשה הן התוצאה הן המטרה של הערובות שקבע בית־המשפט העליון האמריקני בפרשת *Miranda* נועדו לאפשר למשטרה להמשיך לחקור בתנאי מעצר¹²⁰. אם מקבלים את ההנחה בדבר יכולתן של אותן ערובות להפיג את הכפייה הקיימת בחקירה בתנאי מעצר, אזי לכאורה אין עילה להתנגד למעצר לצורך חקירה מהטעם של הפגיעה בחסיון מפני הפללה עצמית. דא עקא, הנחה זו נראית נאיבית. בפועל, מרבית הנחקרים מוותרים הן על זכות השתיקה הן על זכותם לנוכחות של סגור בחקירה ומוכנים לשתף פעולה עם חוקריהם¹²¹. עובדה זו כשלעצמה מעמידה בספק את האפקטיביות של הלכת *Miranda* בהגנה על החשוד מפני הכפייה הכרוכה בחקירה בתנאי מעצר¹²². ואכן, כאשר חשוד מוותר על זכויותיו, הוא נותר חסר הגנה לנוכח טקטיקות חקירה כופות המנסות לשכנעו

115 Lindsone & Eearly (לעיל, הערה 76), עמ' 510.

116 Magid (לעיל, הערה 58), עמ' 1260.

117 לעיל, הערה 20.

118 פרשת *Miranda* (לעיל, הערה 9), עמ' 444, 467-468, 479.

119 Seidman (לעיל, הערה 96), עמ' 743.

120 Schulhofer (לעיל, הערה 84), עמ' 454.

121 Prebble (לעיל, הערה 85), עמ' 578-579; M. DeFillipo "You Have the Right to Better

Safeguards: Looking beyond Miranda in the New Millennium" 34 *J. Marshall L.*

Rev. (2001) 637, 639-640

122 DeFillipo (לעיל, הערה 121), עמ' 667, 668.

להודות באשמה¹²³. למעשה כמעט כל החקירות מערבות תרמית בצורה כזו או אחרת¹²⁴. כך למשל חוקר יכול לשרר סימפטיה לחשוד בעבירה מתועבת ולתת לו לחוש כי הקרבן הוא שאשם באירוע¹²⁵. חוקר יכול להגזים במשקל הראיות כנגד החשוד או לשקר לו בנוגע להימצאותה כביכול של ראיה, כגון הודאת שותף, טביעת אצבע או זיהוי על-ידי עד ראיה¹²⁶. אמנם, יש המציעים לאסור על החוקרים לנקוט סוגים שונים של תחבולות, כגון להבטיח הקלות לחשודים תמורת שיתוף פעולה או להציג בצורה מוטעית את הראיות כנגד החשוד¹²⁷. אחרים מתנגדים להצעות מעין אלו בטענה כי תחבולה היא חיונית להוכחת האשמה, וכי אין סיבה לאסור על תחבולה בחקירה ולא על סוגים אחרים של תחבולה, כגון האזנת סתר¹²⁸. השימוש בתחבולות חקירה נראה בעיני חוקרי המשטרה כמתחייב מטבעה של החקירה, שלפיה צד אחד, המשטרה, מעוניין לגלות את האמת מצד אחר, החשוד, שאם הוא אשם, הרי באופן טבעי אינו מעוניין לגלותה¹²⁹. למעשה אם נקיף באיסור את מכלול המצבים שבהם המשטרה יכולה להשיג הודאה מחשוד, כמו תרמית או ניצול פגיעותו הנפשית של החשוד, אזי התוצאה תהיה שקולה לאיסור על חקירה בכלל¹³⁰. על כן אין אפשרות להמציא כלל, פרט לאיסור טוטלי על חקירה בתנאי מעצר, אשר יבטל באמת ובתמים את הכפייה הקיימת בסיטואציה זו¹³¹.

כך, תיעוד החקירה בוודאו אינו יכול להפיג את אוירת הכפייה הקיימת בחדר החקירות. הקלטת החקירה בוודאו יכולה להוכיח כי לא ננקטו אמצעים פסולים על-ידי החוקרים (לפחות לא בעת ההקלטה), אולם אינה יכולה לשקף את חששותיו ואת רחשי לבו של החשוד¹³².

- 123 Stuntz (לעיל, הערה 83), עמ' 976, 989-988 Magid (לעיל, הערה 58), עמ' 1169 White ; (לעיל, הערה 104), עמ' 114. כך, בית-המשפט העליון האמריקני קבע כי הלכת *Miranda* (לעיל, הערה 9) אוסרת רק על כפייה ולא על שימוש בטקטיקות של תחבולה, כגון הכנסת מדובב לתאו של הנחקר; *Illinois v. Perkins*, 496 U.S. 292, p. 297 (1990) – (להלן – פרשת *Perkins*).
- 124 Magid (לעיל, הערה 58), עמ' 1168.
- 125 שם.
- 126 שם, עמ' 1174 Toney ; (לעיל, הערה 2), עמ' 430 Gudjonsson ; (לעיל, הערה 3), עמ' 8-9.
- 127 DeFillipo (לעיל, הערה 121), עמ' 705 White ; (לעיל, הערה 104), עמ' 147-153.
- 128 Magid (לעיל, הערה 58), עמ' 1186, 1197-1198.
- 129 Rothwax (לעיל, הערה 1), עמ' 81 Grano ; (לעיל, הערה 65), עמ' 33-34.
- 130 Stuntz (לעיל, הערה 83), עמ' 978.
- 131 Gudjonsson (לעיל, הערה 3), עמ' 25-26 ; DeFillipo (לעיל, הערה 121), עמ' 710 (עם זאת הנ"ל סבורה כי הצעה זו קיצונית מדי ולא רצויה).
- 132 R. Kitai "A Custodial Suspect's Right to the Assistance of Counsel – The Ambivalence of Israeli Law against the Background of American Law" 19 *BYU J. Pub'l. L.* (2004) 205, 216-217.

המרת החקירה המשטרית בחקירה על-ידי שופט¹³³ לא תפתור אף היא את בעיית הכפייה. חשוד נתון במשמורת גם בהגיעו אל השופט¹³⁴. מבחינת החשוד, עמידה בפני שופט יכולה להיות אף מאיימת יותר מאשר שיחה עם חוקר בתחנת המשטרה, בשל הבדלי המעמדות בין השופט לבין הנחקר, או בשל האווירה הפורמלית של המוסד השיפוטי¹³⁵. כמו כן ייתכן כי טקטיקת החקירה של שופט, המשוכנע באשמתו של החשוד, תשדר לחשוד, בדומה לחוקר המשטרה, מסר שלפיו אשמתו כבר נחרצה ותעודד את החשוד להודות מתוך יאוש.

יש הסבורים כי כדי להפיג את אוירת הכפייה, יש לתת לחשוד אפשרות ממשית, אשר איננה ניתנת לוותר, להיוועץ בסנגור בטרם החקירה¹³⁶. כפי שאמר השופט White בפרשת *Miranda*: אם מניחים שתשובתו של חשוד לשאלה היכן היית בלילה שעבר, אשר ניתנה ללא מתן אפשרות להיוועץ בסנגור, ניתנה שלא מרצונו החופשי, כיצד יכול בית-המשפט לקבל תשובה שלילית של החשוד לשאלה אם הוא רוצה להיוועץ בסנגור כרצונית¹³⁷? השופט White אמנם השמיע דברים אלה כנגד ההיגיון של הלכת *Miranda*, אולם ניתן ללמוד מהם כי אותם לחצים הפועלים על אדם לדבר, פועלים עליו גם כדי לוותר על זכויותיו¹³⁸. על ההצעה להתנות את קבילות הודאתו של נאשם במשטרה בהיוועצות מוקדמת עם סנגור נמתחה ביקורת. נטען כי הצעה כזו תביא לאי-יכולת מעשית לגבות הודעות מחשודים¹³⁹. הצעה כזו היא יקרה ואף בלתי מעשית לנוכח מחסור בסנגורים מיומנים, ותגרום לעיכובים בחקירה אשר יפגעו בנחקר עצמו¹⁴⁰. ספק אם הביקורת בדבר היעדר סנגורים מיומנים תקפה למדינת ישראל, שבה קיימת סנגוריה ציבורית טובה, אולם אפילו היוועצות מוקדמת בסנגור, הרצויה מאוד כשלעצמה, אינה מבטיחה שהודאתו של החשוד תהיה פרי רצונו, שכן לנוכח דוחק הזמן בתחנת המשטרה, המחייב מתן תשובה מידית, עלול הסנגור להטעות את לקוחו¹⁴¹. ההנחה שלפיה סנגור מיומן ייעץ ללקוחו לשמור על זכות השתיקה¹⁴² אינה נכונה מבחינה

133 להצעה זו ראו Dripps (לעיל, הערה 75), עמ' 730.

134 Rosenberg & Rosenberg (לעיל, הערה 13), עמ' 105.

135 DeFillipo (לעיל, הערה 121), עמ' 700.

136 Note "Supreme Court Review: Fifth Amendment: The Constitutionality of Custodial Penney ; Confessions" 82 *J. Crim. L. & Criminology* (1992) 878, 891, 898-900

(לעיל, הערה 84), עמ' 370 Ogletree; (לעיל, הערה 84), עמ' 1830, 1842.

137 פרשת *Miranda* (לעיל, הערה 9), עמ' 536.

138 Dripps (לעיל, הערה 75), עמ' 727-726 Seidman; (לעיל, הערה 96), עמ' 740.

139 DeFillipo (לעיל, הערה 121), עמ' 695 Stuntz; (לעיל, הערה 83), עמ' 979.

140 DeFillipo (לעיל, הערה 121), עמ' 696-695.

141 Prebble (לעיל, הערה 85), עמ' 584 Rosenberg & Rosenberg (לעיל, הערה 13), עמ' 105.

142 Seidman (לעיל, הערה 96), עמ' 735-734.

אמפירית ואינה רצויה בכל הנסיבות מבחינת הדאגה לאינטרסים של הלקוח. בנסיבות שבהן לחשוד יש הסבר סביר שיכול לנקות אותו מחדש, ייתכן שסנגור ייעץ ללקוחו למסור גירסה, שכן שתיקה במשטרה יכולה לשאת מחיר לרעתו של החשוד. שתיקה במשטרה יכולה להוות חיזוק לראיות התביעה¹⁴³ והיא מגבירה בעיני חוקרי המשטרה את החשד כנגד החשוד¹⁴⁴. כמו כן העובדה שהחשוד לא מסר את גירסתו בהודמנות הראשונה שניתנה לו יכולה להחליש את אמינותה של גירסה מאוחרת יותר בבית-המשפט. במצב שבו המשטרה אינה מגלה לחשוד את חומר הראיות שברשותה לפני הגשת כתב אישום, הסנגור נאלץ לתת לחשוד עצה אם לשתוק או לדבר בתנאים של אי-ודאות ועצה זו, מטבעה, יכולה להתגלות כמוטעית¹⁴⁵. יתרה מכך, ישנם אף סנגורים אשר משתפים פעולה עם המשטרה בהפעלת לחץ על החשוד להודות באשמה ואחרים שאינם מגיבים לנוכח חקירה עוינת ותוקפנית, ומשאירים את החשוד להתמודד עמה ללא סיוע¹⁴⁶.

בסיכומם של דברים, הצעות מעין אלו, המרחיקות לכת מעבר להלכת *Miranda*, נותנות תשובה חלקית בלבד לבעיית הכפייה. חקירה משטרית היא כופה מעצם טיבה, ככל שהיא מכוונת לחילוץ הודאתו של החשוד, שכן החקירה נועדה לשכנע את החשוד לומר דברים "בחינם", במקום "למכור" אותם לאחר מכן במסגרת משא ומתן לגיבושו של הסדר טיעון עם התביעה¹⁴⁷.

3. תוצאתה של הודאה בחקירה בתנאי מעצר

גם אם יש חשודים שכוח רצונם לא נפגע והם משתפים פעולה מרצונם, הרי לנוכח אווירת הכפייה שיוצר המעצר לכשעצמו, לא ניתן להפריד בין הודאה רצונית לבין הודאה שאינה כזו¹⁴⁸. לפיכך יש להתייחס להודאה של חשוד במשטרה, שניתנה בעת היותו נתון במעצר, כלא רצונית וכפועל יוצא מכך גם כבלתי קבילה כראיה¹⁴⁹.

143 ע"פ 139/52 היועץ המשפטי נ' קינן, פ"ד ז 619, 637-649.

144 D.J. Seidmann, A. Stein "The Right to Silence Helps the Innocent: A Game-Theoretic Analysis of the Fifth Amendment Privilege" 114 *Harv. L. Rev.* (2000) 431, 492.

145 Toney (לעיל, הערה 2), עמ' 432. מצב זה בעייתי במיוחד בשיטת משפט המכירה באפשרות להסיק מסקנות מפלילות מעצם עשיית שימוש בזכות השתיקה, כדוגמת אנגליה; Toney, שם, עמ' 431.

146 שם, עמ' 459 (לגבי אנגליה).

147 Stuntz (לעיל, הערה 83), עמ' 978.

148 Rosenberg & Rosenberg (לעיל, הערה 13), עמ' 111.

149 I.M. Rosenberg "Wolchover and Heaton-Armstrong on Confession Evidence" 20 *Hous. J. Int'l L.* (1997) 247, 260, 106, 110-109, 113; Dripps (לעיל, הערה 75), עמ' 701-702 (הנ"ל מציע לאפשר למשטרה

התייחסות כזו להודאה שניתנה בעת חקירה בתנאי מעצר מגינה על שני הרציונלים המרכזיים העומדים בבסיס הדרישה לרצוניות ההודאה: הבטחת מהימנות ההודאה והגנה על זכות החשוד לגבש החלטה אוטונומית¹⁵⁰.

(א) הבטחת מהימנות ההודאה

הגם שיש רציונלים שונים העומדים ביסוד הדרישה לרצוניות ההודאה, יש הסבורים כי הטעם העיקרי לדרישה זו הוא החשש למהימנותה של הודאה לא רצונית¹⁵¹. ואכן, כלל הפסילה של הודאה לא רצונית התבסס במאה התשע-עשרה על-ידי בית-המשפט העליון האמריקני לא על החסיון מפני הפללה עצמית, אלא על הרציונל של הפחתת האפשרות להרשעה מוטעית המסתמכת על הודאה מפורקת¹⁵². לנוכח זאת, יש הסבורים כי הבחינה העיקרית צריכה להתמקד בשאלה אם הדרך שבה הושגה ההודאה יוצרת סיכון לא סביר כי גם חף מפשע יודה בעבירה שלא ביצע¹⁵³. על-פי תפיסה זו, אין בהכרח מקום להציב מגבלות על החקירה, אם המגבלות אינן נחוצות לצורך הבטחתה של מהימנות ההודאה¹⁵⁴. בניגוד לכותבים הסבורים כי קיימת בעיה מערכתית רצונית של הודאות חפים מפשע, וכי הודאת שווא של חף מפשע היא תופעה רווחת¹⁵⁵, ישנם הטוענים כי סברות אלו מעולם לא הוכחו מבחינה אמפירית, וכי לא הוכח שמדובר בתופעה רווחת ולא באנקדוטות ספורות¹⁵⁶. על-פי דעה זו, אין ביסוס להנחה שחף מפשע יודה ויש לשמוח על כך שלפחות האשמים "החלשים" מודים¹⁵⁷. לפי גישה זו יש לבחון את הגורמים להודאות שווא. אם יוכח כי להודאת שווא אין קשר לאופן ניהול החקירה, למשל כאשר חשוד מודה בשל רצונו לחפות על אדם אחר, אזי אין טעם

לחקור את החשוד בתנאי מעצר, אולם לאסור על קבלת דבריו במשטרה כראיה נגדו). במלזיה (כאשר הייתה מאוחדת עם סינגפור) עד שנת 1960 הודאתו של חשוד במשטרה לא הייתה קבילה; B.L. Chua "Malaysia" in *The Accused* (J.A. Coutts (ed.), 1966) 156; Amar ו-Lettow סבורים כי גירסתו של חשוד במשטרה אינה צריכה להיות קבילה במשפט, אלא אם ניתנה בנוכחות סגור או אם הנאשם מסכים לקבלתה כראיה במשפט; A.R. Amar, R.B. Lettow "Fifth Amendment First Principles: The Self-Incrimination Clause" 93 *Mich. L. Rev.* (1995) 857, 909.

- | | |
|---|-----|
| על רציונלים אלה ראו Penney (לעיל, הערה 84), עמ' 313. | 150 |
| Magid (לעיל, הערה 58), עמ' 1174; Amar & Lettow (לעיל, הערה 149), עמ' 859. | 151 |
| Penney (לעיל, הערה 84), עמ' 322; White (לעיל, הערה 104), עמ' 111-112. | 152 |
| Magid (לעיל, הערה 58), עמ' 1178, 1187. | 153 |
| Magid (לעיל, הערה 13), עמ' 914-915, 921-922. | 154 |
| Leo & Ofshe (לעיל, הערה 5), עמ' 983; White (לעיל, הערה 104), עמ' 108. | 155 |
| Magid (לעיל, הערה 58), עמ' 1190. | 156 |
| Caplan (לעיל, הערה 99), עמ' 1457. | 157 |

להגביל את שיטות החקירה שנקטו כדי למנוע הודאה כזו¹⁵⁸. מחקר אמפירי כזה באשר לשיעור הודאות השווא אינו פשוט, שכן ניתן להוכיח חפות פוזיטיבית במקרים מעטים באופן יחסי, למשל כאשר בדיקת DNA מוכיחה שלא החשוד הוא שביצע את העבירה שבה הודה¹⁵⁹.

כדי לפסול חקירה צריך להראות שחקירה מועדת להניב הודאות לא מהימנות¹⁶⁰. לדעת Grano, המדברים על סכנה של הודאות חפים מפשע מביעים נכונות להקריב הודאות מהימנות רבות כדי למנוע הודאות לא מהימנות הניתנות מתוך רצון לחפות על אדם אחר או מתוך חולשת הדעת. לדעתו לא ניתן להגן על עמדה התומכת באי-קבלת הודאות בלי להראות שיש סכנה ממשית להודאה של חף מפשע. הוא סבור כי אין סכנה משמעותית להרשעתו של אדם חף מפשע על בסיס הודאה. אם נפסול הודאות של נאשמים בחקירה בשל חוסר מהימנותן, אותו היגיון צריך להביא גם לפסילת עדות של עדי ראייה בשל הסכנה של טעות בזיהוי, אולם לדבריו לא ניתן להגן בכל מחיר על חף מפשע מפני הרשעה¹⁶¹.

אמנם, האפשרות שאדם חף מפשע יודה בעבירה שלא ביצע נראית כמנוגדת לאינטואיציה¹⁶², אך דומה כי מבחינה אמפירית לא ניתן להכחיש את קיום התופעה של הודאת חפים מפשע, אף אם ממדיה של התופעה יכולים להיות שנויים במחלוקת¹⁶³. אולם מעבר לשאלה עד כמה ניתן להוכיח את הסכנה של הודאת חפים מפשע מבחינה אמפירית, ניתן להוכיחה מבחינה לוגית אף אם נקבל את הנחותיו של Grano (הנראות לי נכונות כשלעצמן), שלפיהן חקירה בתנאי מעצר אינה יוצרת כפייה השקולה לזו המאפשרת לנאשם ליהנות מהגנה של כורח (duress)¹⁶⁴, וכי חקירה כזו אינה cruel או inhumane גם אם אינה נעימה¹⁶⁵. Grano סבור כי אמנם קשה לחלוק על קיומו של קשר סיבתי בין לחץ המעצר לבין ההודאה במובן של but for causation, אך לא נובע מכך שחקירה בתנאי מעצר אינה נאותה¹⁶⁶, אולם אם לחץ המעצר הוא שמניב את ההודאה, ההודאה עצמה אינה מאפשרת להבחין בין חשודים אשמים לבין חשודים חפים מפשע.

- Magid (לעיל, הערה 58), עמ' 1191. 158
 שם, עמ' 1195-1196. 159
 Grano (לעיל, הערה 65), עמ' 30-31. 160
 שם, בעמ' 54-55. 161
 White (לעיל, הערה 104), עמ' 108. 162
 סג'רו (לעיל, הערה 2), עמ' 249-252; Gudjonsson (לעיל, הערה 3), עמ' 36-37. 163
 Grano (לעיל, הערה 65), עמ' 67-70. 164
 שם, עמ' 55. 165
 שם, עמ' 74-75. 166

בהיעדר ראיית סיוע אין אפשרות אמיתית להבחין בין אשם לבין חף מפשע¹⁶⁷. החוקרים יכולים לראות במצוקה של החשוד ראייה לאשמתו¹⁶⁸. המתח והחרדה של חף מפשע מהמעצר ומתוצאת החקירה יכולים להתפרש כניסיון של אשם להונות את חוקריו¹⁶⁹. התנגדותו הפנימית של חף מפשע להודות בעבירה שלא ביצע אינה חזקה בהכרח מייצר ההישרדות של אשם שאשמתו לא תתגלה.

Grano מניח כי חשודים ככלל הם גם אשמים. לדבריו: "Putting aside the interrogation of mere witnesses, police interrogation is generally intended to obtain from guilty suspects self-incriminating statements and clues to additional evidence or other suspects"¹⁷⁰. קונספציית אשמה זו, שאינה מתיישבת עם העובדה כי נגד מרבית החשודים לא מוגש כלל כתב אישום¹⁷¹, היא מסוכנת. כאשר החוקרים מניחים אשמה וסבורים כי החשוד מסתיר מהם את האמת, הם יכולים להתרכז בשבירת כוח רצונו של החשוד במקום לאסוף ראיות, היכולות לבסס או להחליש את החשד כנגדו.

אין מחלוקת כי מדרגה מסוימת של כפייה, יהיה החף מפשע מוכן להודות באשמה בדיוק כמו האשם¹⁷². מעצר הוא הפעלת לחץ לא לגיטימי, השקול במידה מסוימת לעינויים¹⁷³. הנקודה המכרעת לצורך פסילת הודאה שנגבתה בתנאי מעצר, היא העובדה שמכשיר המעצר אינו משמש מעצם טיבו לקידום החקירה אלא קידום החקירה מתאפשר בשל שבירת כוח רצונו של החשוד. בכך נבדל המעצר מאמצעי חקירה אחרים, כדוגמת האזנת סתר וחיפוש, המופעלים לשם חשיפת האמת. מעצר לצורך הפעלת לחץ אינו יכול להיות מסוגל נאמן בין חפים מפשע לבין אשמים; הוא בוחן כושר סבל ולא מהימנות; הוא עלול להביא לשבירת החלשים, בעוד שחזקים יותר לא יישברו בגינו.

אמנם, יש המזהירים כי איסור גורף על קבילותה של הודאה שנמסרה בתנאי מעצר יביא דווקא להגברת הלחץ המוטל על החשוד, שכן כאשר לחוקרים לא יהיה מה להפסיד מבחינה ראייתית, הם ינקטו באמצעים פסולים כדי להגיע דרך החשוד לראיות אחרות,

- 167 סג'ורו (לעיל, הערה 2), עמ' 278-265 Leo & Ofshe (לעיל, הערה 5), עמ' 991; Amar & Lettow (לעיל, הערה 149), עמ' 859-858, 922.
- 168 Leo & Ofshe (לעיל, הערה 5), עמ' 1014.
- 169 Gudjonsson; D. Ciraco "Reverse Engineering" 11 W.R.L.S.I. (2001) 41, 51-52 (לעיל, הערה 3), עמ' 26.
- 170 Grano (לעיל, הערה 65), עמ' 82.
- 171 לנתון זה בארצות-הברית ראו "Equal Justice in American Criminal Procedure" in Yale Kamisar, *Police Interrogation and Confessions* (1980) 36.
- 172 Gudjonsson; J.H. Langbein *Prosecuting Crime in the Renaissance* (1974), 156-157 (לעיל, הערה 3), עמ' 34.
- 173 Frankowski & Shelton (לעיל, הערה 30), עמ' 110 (הנ"ל משווים את תנאי המעצר הקשים לעינויים).

כגון עדים וראיות חפציות¹⁷⁴. ואכן, בימי הביניים בגרמניה נהגו החוקרים לענות את החשוד גם כדי להשיג ראיות חפציות אשר היו נחוצות להם כדי לעמוד בנטל ההוכחה הכבד להוכחת אשמתו¹⁷⁵. עם זאת על חשש זה ניתן להתגבר באמצעות הכלל של פסילת ראיות שהושגו שלא כדין. על כל פנים אין בו כדי להוות נימוק עצמאי כנגד אי-קבילותה של הודאה הנמסרת בתנאי מעצר.

(ב) הגנה על אוטונומיית הפרט

בית-המשפט העליון האמריקני עמד במאה העשרים על כך שמהימנות ההודאה ורצוניות ההודאה הן שתי שאלות נפרדות¹⁷⁶. בפסקי-דין אחדים – אשר המפורסמים שבהם הם *Escobedo* ו-*Miranda* – קשר בית-המשפט העליון האמריקני בין הדוקטרינה של רצוניות ההודאה לבין החסיון מפני הפללה עצמית¹⁷⁷. לפי רציונל זה, דרישת הרצוניות נועדה להגן על זכותו של חשוד לקבלת החלטה אוטונומית¹⁷⁸. זכות זו עומדת בפני עצמה – במנותק מהצורך להגן מפני שיטות חקירה פסולות או מהחשש לאי-מהימנות ההודאה¹⁷⁹. זכות השתיקה מציבה מגבלה כבדת משקל על הפעלת כוחה של המדינה כנגד הפרט, ומגינה על הפרט מפני חדירה לפרטיותו ולנככי חייו במהלך החקירה. לאדם, שהוא ישות עצמאית ונפרדת מהמדינה, יש זכות לשמור על מתחם אוטונומי פרטי משלו¹⁸⁰. זכות השתיקה מכבדת את היותו של החשוד אדם אוטונומי, הזכאי להחליט בדבר מידת שיתוף הפעולה שלו עם מאשימו ובדבר דרך ההגנה הרצויה והמתאימה לו כצד להליך הפלילי¹⁸¹.

היו שטענו כי הרציונל של שמירה על אוטונומיית הפרט אינו מצדיק כשלעצמו את החסיון מפני הפללה עצמית, אם הוא מנותק מהצורך להבטיח את מהימנות ההודאה ומהצורך להגביל שיטות חקירה לא הוגנות, וממילא אין הגיון בפסלות ההודאה

- G. Thomas III "The End of the Road for *Miranda v. Arizona*? On the History and Future of Rules for Police Interrogation" 37 *Am. Crim. L. Rev.* (2000) 1, 38 174
 Langbein (לעיל, הערה 172), עמ' 157. 175
Jackson v. Denno, 378 U.S. 368, pp. 384-386 (1964) 176
 Penney (לעיל, הערה 84), עמ' 330. 177
 שם. 178
 M.A. Godsey "Rethinking the Involuntary Confession Rule: Toward a Workable Test for Identifying Compelled Self-Incrimination" 93 *Cal. L. Rev.* (2005) 179
 Schulhofer (לעיל, הערה 84), עמ' 445-444. 501
 L.G. Ratner "Consequences of Exercising the Privilege against Self Incrimination" 180
 24 *U. Chi. L. Rev.* (1957) 472, 488-489
 G.W. O'Reilly "England Limits the Right to Silence and Moves towards an Inquisitorial System of Justice" 55 *J. Crim. L. & Criminology* (1994) 402, 422 181

בהתבסס על רציונל זה¹⁸². לעומת זאת ישנם טיעונים טובים מדוע יש לשמור על אוטונומיית הפרט שלא למסור גירסה חרף רצונו. זכות השתיקה באה להבטיח התנהגות הומנית של הרשויות, המתבטאת באי-חשיפת חשודים, חפים מפשע ואשמים כאחד, לחקירות לוחצות, אינטנסיביות וחודרניות¹⁸³. כך למשל זכות השתיקה מאפשרת לחשוד לסיים את החקירה לאחר כשעה שבה הסביר בסבלנות לחוקרים שהוא חף מפשע. ללא זכות שתיקה, חשוד יצטרך להיכנע לחקירה רצופה, האורכת שעות מרובות ואף ימים¹⁸⁴. ביטולה של זכות השתיקה יותיר חשוד, המחויב להשיב לכל שאלה המופנית לעברו במהלך החקירה, חסר אונים מול כוח המדינה¹⁸⁵. ידיעתו של החשוד כי הוא אינו חייב להשיב לחוקריו, וכי שמור לו מתחם אוטונומי בלתי חדיר, שומרת על כבודו כאדם ועל תחושת ערכו העצמי וממתנת עבורו במקצת את תחושת ההשפלה הנלווית באופן טבעי למעמד של חשוד בחקירה. היא מסייעת למנוע עריצות מצד רשויות השלטון, היכולה להיגרם כתוצאה מתחושת כוח בלתי מוגבל. זכות השתיקה מבהירה לרשויות אכיפת החוק כי יכולתן להטיל מרות על הנחקר ולהתחקות אחר מעשיו ומחשבותיו מוגבלת. לידעה זו חשיבות רבה שכן חרף חזקת החפות הנורמטיבית הנתונה לפרט, חזקת החפות איננה חולשת על החקירות המתנהלות במציאות¹⁸⁶. נהפוך הוא, פעמים רבות מתייחסים חוקרי המשטרה לחשוד כאשם ומבטלים כל הסבר שלו לחפותו כחסר ערך¹⁸⁷. ואולם, הידיעה כי החשוד רשאי לשתוק ולנתק מגע גורמת לחוקר לראות בנחקר אדם בעל רצון משלו שיש לכבדו, ולא כלי הנתון למרותו. תפיסה כזו מסייעת להרחיק את החוקר מפעולות לא כשרות. זכות השתיקה היא אפוא בלם מפני הדרדרות החקירה לפעולות פסולות ובלתי חוקיות¹⁸⁸. הניסיון ההיסטורי מלמד על הסכנה הטמונה במתן כוח רב יתר על המידה לרשויות אכיפת החוק. סכנה זו שרירה וקיימת גם בתקופה המודרנית¹⁸⁹.

- Penney (לעיל, הערה 84), עמ' 313, 374. 182
 S. Easton *The Right to Silence* (1991), 105 183
 Thomas (לעיל, הערה 95), עמ' 1111. 184
 M. Berger *Taking the Fifth* (1980), 40-41 185
 Thomas (לעיל, הערה 174), עמ' 23. 186
 White (לעיל, הערה 104), עמ' 119-120. 187
 Re *Gault*, 387 U.S. 1, p. 47 (1967) (בית-המשפט העליון האמריקני עמד על תרומתה של זכות השתיקה למנוע מהמדינה את האפשרות להתגבר על מחשבותיו ורצונו של הנחקר, ולשלול ממנו את רצונו להחליט אם לסייע למדינה בביסוס הרשעותו באמצעות הפעלת כוח פיזי או פסיכולוגי). 188
 טעמי זכות השתיקה יותר רחבים אפוא מהרקע ההיסטורי שהביא לצמיחתה על-פי כל גירסה שהיא. וראו גם *Re Gault*, שם. 189

ד. מעצר לשם הפעלתם של אמצעי חקירה בתחומיו של בית המעצר

כאמור, מעצר לצורך חקירה נחוץ לא רק לצורך הפעלת לחץ על החשוד לשתף פעולה עם חוקריו בחקירת העבירה המיוחסת לו. לעתים המשטרה זקוקה למעצרו של החשוד כדי להפעיל אמצעי חקירה הדורשים קשר למתקן בית המעצר. אמצעי החקירה העיקרי בעניין זה הוא מדובב מטעם המשטרה, המוכנס לתאו של החשוד במסווה של עצור. יש הסבורים כי שימוש במדובב, תוך ניצול מיתקן בית המעצר לצורך הפעלתו, הוא תחבולה חקירתית מותרת ואינו מפר את זכותו של החשוד להימנע מהפללה עצמית¹⁹⁰. לאדם יש חירות לשתוק, אך חירות זו אינה מקימה חובה על המשטרה להימנע מלהשיג את הודאתו של החשוד בדרך שאינה קשורה בתחקורו הישיר. בית- המשפט העליון האמריקני עמד על כך שהרציונל העומד מאחורי הלכת *Miranda* הוא "preventing government officials from using the coercive nature of confinement to extract confessions that would not be given in an unrestrained manner"¹⁹¹.

אולם אלמנט הכפייה הקיים בחקירה רגילה, נעדר במצב שבו החשוד משוחח עם חברו לתא¹⁹². נקיטה בתחבולות שמטרתן לנסוך בחשוד תחושת ביטחון אין לה דבר עם הניסיון למנוע את אוירת הכפייה הקיימת בחדר החקירות¹⁹³. ככלות הכול, גם כאשר אדם מספר את סיפורו לעצור שאינו מתחזה, יכול אותו עצור להסגיר את סודו תמורת טובת הנאה¹⁹⁴. מבחינה מעשית אך מובן הוא כי מתן הודעה לחשוד על זכויותיו על-ידי הסוכן הסמוי תגלה את זהותו, ולפיכך אינה מתיישבת עם חשאיות זהותו של המדובב¹⁹⁵. מבחינה עקרונית, האזהרה מיועדת להבהיר לחשוד "...כי אין עליו להתיירא מפני איש-המרות או לסמוך על הבטחות שהבטיח לו הלז להיטיב עמו אם יתוודה"¹⁹⁶, אולם "אזהרה כזאת מיותרת היא לחלוטין כשמגלגל הנאשם או החשוד-בעבירה שיחה עם חברו, שאינו איש-מרות. מטבע הדברים, שאין אדם כזה מפיל פחדו על החשוד בביצוע מעשה-עבירה ואין הבטחותיו למתוודה עשויות להתקבל על הדעת ולהשפיע באיזו מידה שהיא, מפני שאין הוא איש שררה"¹⁹⁷. הלכה זהה נקבעה בארצות-הברית:

- 190 פרשת *Perkins* (לעיל, הערה 123); ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד (נ) 521, 292.
 191 *Arizona v. Mauro*, 481 U.S. 520, pp. 529-530 (1987).
 192 פרשת *Perkins* (לעיל, הערה 123), עמ' 296.
 193 שם, עמ' 297.
 194 כפי שאירע אכן במקרה של *Perkins*, שם.
 195 K.Y. Kim "Self-Incrimination, Compulsion and the Undercover Agent – Illinois v. Perkins, 110 S. Ct. 2394 (1990)" 66 *Wash. L. Rev.* (1991) 605, 620-621.
 196 ע"פ 28/59 פלוני נ' היועץ המשפטי, פ"ד יג 1205, 1208.
 197 פרשת פלוני, שם. ראו לעניין זה גם פרשת *Perkins* (לעיל, הערה 123), עמ' 296-297.

אין צורך להזהיר את החשוד בדבר זכויותיו כאשר החשוד אינו מודע לכך שהוא משוחח עם אדם השייך למערכת אכיפת החוק¹⁹⁸. אל מול ההצדקות הללו בדבר הפעלת מדובב בתנאי מעצר, יש להדגיש כי אווירת הכפייה קיימת גם בעת שיחה עם מדובב, אם כי באופן שונה: המעצר מקנה למשטרה שליטה על סביבתו של החשוד¹⁹⁹. לעצור אין שליטה על הבחירה בחבריו לתא, הוא אינו יכול לעזוב ואינו יכול לדרוש מהם לעזוב²⁰⁰. החרדה הנגרמת על-ידי המעצר מוליכה את החשוד, לעתים קרובות, לחפש נחמה והקלה על-ידי דיבור עם הסובבים אותו²⁰¹. בניגוד לעצור אמיתי, סוכן סמוי מאומן בטכניקות פסיכולוגיות, אשר יכולות בכחש להביא את החשוד לכדי הודאה²⁰². טכניקות כאלו יכולות למשל לגרום לחשוד להמציא עבר פלילי, כדי לענות על ציפיותיו של חברו לתא²⁰³. תחבולה חקירתית המנצלת את מצבו הנפשי הרעוע של החשוד לשם גביית הודאה במעשיו לוקה הן בחוסר הגינות הן בחוסר מהימנות²⁰⁴.

אמנם מובן כי הטיעון בדבר הפעלת לחץ לא לגיטימי פחות חזק במקרים שבהם המעצר נחוץ לשם הפעלתם של אמצעי חקירה בתחומי של בית המעצר ולא לשם יצירת לחץ גרדא²⁰⁵; אולם מכיוון שאמצעי חקירה הקשורים למיתקן בית המעצר, כדוגמת מדובב, ניתנים להפעלה בכל סוג של עבירה בלי קשר לחומרתה, לנסיבותיה ולמידת האינטרס הציבורי בגילויה, קיים חשש מפני "מדרון חלקלק", ההופך את המעצר בטרם משפט לנורמה ויוצר מעין ענישה לפני משפט. גם אם יישום דווקני של עקרון המידתיות (היבט היחסיות) יכול להפיג חשש זה, יש לשלול מעצר לשם הפעלת אמצעי חקירה במתקן בית המעצר, גם מהטעם העקרוני הנוגע לתפיסת תפקידו של המעצר ולערובות הפרוצדורליות שיש להעניק לחשוד בעת הדיון בבקשת המדינה לשלול את חירותו. תוצאת המעצר היא שלילת חירותו של אדם באמצעות כליאתו מאחורי סורג וברית.

198 שם, עמ' 294.

199 Kim (לעיל, הערה 195), עמ' 615; L.P. Taylor "Illinois v. Perkins: Balancing the Need for Effective Law Enforcement against a Suspect's Constitutional Rights" *Wis. L. Rev.* (1991) 989, 1033.

200 Kim (לעיל, הערה 195), עמ' 614.

201 פרשת Perkins (לעיל, הערה 123), עמ' 308 (דעת המיעוט של השופט Marshall); Kim (לעיל, הערה 195), עמ' 615; Taylor (לעיל, הערה 199), עמ' 1033.

202 Kim (לעיל, הערה 195), עמ' 616.

203 כך למשל במקרהו של Perkins ניתן לומר כי המשטרה השתמשה ברצונו של החשוד לברוח ובחשש שלו מנידוי אם ישנה את סיפור הרצח שסיפר בעבר לחברו לתא; Taylor (לעיל, הערה 199), עמ' 1018.

204 וראו גם פלטר (לעיל, הערה 107), עמ' 473-456 (הנ"ל קורא לאימוץ ההבחנה הקיימת בקנדה בין מדובב אקטיבי לבין מדובב פסיבי).

205 דורנר (לעיל, הערה 2), עמ' 6.

תוצאה זו יכולה לנבוע באופן רגיל בהליך הפלילי רק מעונש מאסר, המוטל על אדם לאחר הרשעתו בביצוע עבירה, ואינה יכולה להתיישב עם החובה להתייחס אל אדם כחף מפשע. ניתן להכיר בנסיבות מסוימות בלגיטימיות של כליאה בטרם הרשעה, במצב שבו נשקפת סכנה ברורה מצדו של החשוד לביטחון הציבור או לתקינותם של הליכי החקירה והמשפט, אולם עילת המעצר לצורך חקירה אינה מיועדת למנוע מהחשוד לבצע מעשה לא ראוי בעתיד. כליאה כזו פוגעת בחזקת החפות במידה העולה על הנדרש. לנוכח הנזק הכבד הנגרם לפרט עקב מעצר, יש למצות דרכים אחרות, שאינן כרוכות בשלילת חירות ואינן יוצרות מעין ענישה לפני משפט כדי להגיע לחקר האמת בהליך הפלילי.

נוסף על כך, כאשר המדינה מבקשת את כליאתו של החשוד לצורך קידום החקירה, אין לחשוד כל אפשרות להתמודד עם בקשה זו על-ידי הצעת ערובות אשר יפיגו את הסיכון הלכאורי הנשקף ממנו, כפי שיש ביכולתו לעשות כאשר מעצרו מתבקש לשם מניעת שיבוש הליכי החקירה והמשפט או לשם מניעת ביצוע עבירות מסוכנות בעתיד. למעשה, החשוד אינו יכול להציג טיעון אפקטיבי כנגד עילת המעצר. כתוצאה מכך, לא ניתן לקיים הליך הוגן מינימלי בבקשת המדינה לעצור את החשוד לצורך קידום החקירה. כאמור, מעצר לצורך חקירה יכול להקל גם על תפיסת ממצאים פיזיים בבית המעצר לצורך הפקת דגימה או גילוי ראיה. בחלק ממקרים אלה (כגון כאשר יש חשש סביר שהחשוד נושא בתוך גופו סמים) קיימת עילת מעצר של שיבוש הליכי חקירה. במקרים אחרים ניתן להסדיר בחוק את הסמכות לחייב חשוד למסור דגימות או לאפשר חיפוש בגופו²⁰⁶. כאשר חשוד מתנגד שלא כדין לביצוע החיפוש או הבדיקה, אין צורך ביותר מאשר מעצר קצר במיוחד לשם כך, במידה שהחוק מאפשר את ביצוע החיפוש או הבדיקה תוך שימוש בכוח סביר.

ה. אחרית דבר

קיים מתח בלתי פתיר בין הרצון לשמור על אוטונומיית הפרט לבין הרצון להשיג ראיות לקידום החקירה באמצעות תחקורו של החשוד²⁰⁷.

מעצר אינו אמצעי חקירה לגיטימי²⁰⁸. מעצר מגביר את הסכנה לחילוף הודאות שווא מאת חשודים במטרה להשתחרר מהמעצר ולפגיעה בחפים מפשע כתוצאה מכך וכן לחילוף הודאות לא רצויות מצד אשמים, הנאלצים לוותר על זכותם להתגונן מפני

206 כפי שאכן נעשה אצלנו בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף החשוד ונטילת אמצעי זיהוי), תשנ"ו-1996.

207 Dripps (לעיל, הערה 75), עמ' 700-701.

208 Van Kessel (לעיל, הערה 1), עמ' 85; דורנר (לעיל, הערה 2), עמ' 6.

ההאשמות נגדם. אין מקום לעצור חשוד לצורך קידום החקירה גרדא, בלי שמיוחס לו חשש אמיתי ומבוסס לשיבוש הליכי החקירה והמשפט בעניינו או לסיכון ביטחון הציבור. חרף זאת, לא ניתן לאסור על גביית אמרתו של חשוד בתנאי מעצר, כאשר חשוד נתון במעצר מכוחה של עילה מוצדקת, גם מבחינת הצורך לשמור על זכויותיו של החשוד. יש לתת לחשוד המעוניין בכך אפשרות למסור את גירסתו ולנקות עצמו מחשד. במצב זה האילוץ הפיזי, היכול לפגוע בכוח רצונו של החשוד, הוא תוצאת לוואי של המעצר ולא מטרתו, עם זאת מכיוון שככלל חשוד מודה במשטרה לאחר שיצר ההישרדות שלו קרס, אין אפשרות להבחין מתוך ההודאה עצמה בין הודאה שקרית לבין הודאה מהימנה.

בית-המשפט העליון האמריקני, אשר לעומת בית-המשפט העליון אצלנו גילה בפרשת *Miranda* רגישות רבה לאפשרות של שבירת כוח רצונו של חשוד הנחקר בתנאי מעצר, פסח אף הוא על שתי הסעיפים: הוא הניח שחקירה בתנאי מעצר מיועדת להכניע את כוח רצונו של החשוד, וכי מצב כזה פסול. הנחה זו חייבה לכאורה את המסקנה כי חקירה בתנאי מעצר פסולה, ולמצער כי בנסיבות שבהן אין מנוס מקיומה (כגון כאשר קיימת עילת מעצר כנגד החשוד) אין לייחס לה משקל. ואולם בית-המשפט אישר בפרשת *Miranda* את האפשרות לחקור בתנאי מעצר, תוך קביעת ערובות שכביכול יפיגו את הלחץ האינהרנטי הקיים בחקירה מעין זו. כפי שניסינו להראות, אין אפשרות ממשית להפיג את הלחץ של חקירה בתנאי מעצר, וכפועל יוצא מכך אין אפשרות למנוע את הסכנה לשבירת כוח רצונו של החשוד.

בעבר הניחו כי לא ניתן לחלץ הודאה מפי החשוד ללא עינויים²⁰⁹. כיום מניחים כי לא ניתן להניע חשוד לשתף פעולה עם חוקריו ולמסור גירסה (רצוי כזו שתאשר את השערותו של החוקר בדבר אשמתו של החשוד) אלא בתנאי מעצר. המעצר כיום מחליף את העינויים ששימשו בעבר כאמצעי לחילוץ הודאה. אולם הדרך לחקר האמת אינה עוברת, ואינה צריכה לעבור, דרך שבירת כוח רצונו של הנחקר.

209 כך, עד המאה השמונה-עשרה עינויים היו אמצעי מקובל להשגת הודאה; Langbein (לעיל, הערה 172), עמ' 167.