

יישום מבחין – תאוריה ומעשה בתחום סמכויות החקירה וזכויות חשודים

מאת

חגית לרנאו*

- א. הקדמה. ב. מיגור הפשיעה למול הגנה על זכויות חשודים ונאשמים.
- ג. התפתחות דיני המעצר והחקירה בישראל; 1. חוק המעצרים; 2. האזנות סתר;
3. זכות השתיקה ואזהרת מירנדה; 4. הקמת הסניגוריה הציבורית והזכאות לייצוג.
- ד. סיכום: יישום מבחין.

א. הקדמה

במאמר זה אדון בכוחות המופקדים בידי המשטרה בשלב החקירה הפלילית ובכללם סמכויות המעצר. המאמר מחולק לשלושה חלקים: אפתח במישור התאורטי ובו אתמקד בשיקולי מדיניות ובאינטרסים החברתיים הבאים לידי ביטוי בהקשר של הפעלת כוחות שלטוניים כלפי חשודים ונאשמים. כנקודת מוצא לחלק זה תשמש ההמשגה של הרברט פאקר, אשר מתאר את ההליך הפלילי כמובנה על שני מודלים נוגדים, המקיימים ביניהם מתח מתמיד: מודל ההליך התקין ומודל מיגור הפשיעה.

בחלק השני, שהוא עיקר המאמר, אסקור התפתחויות מרכזיות בחקיקה משנות התשעים הנוגעות לסמכויות מעצר וחקירה ולזכויות חשודים. לצד סקירת החקיקה אציג ממצאים אמפיריים, כאשר ממצאים כאלו קיימים. הסקירה הקצרה שאביא מלמדת על מגמה שלפיה, פעם אחר פעם, הוראות החוק שנועדו להבטיח זכויות לחשודים ולעצורים מיושמות באופן חלקי בלבד.

* סגנית הסניגורית הציבורית הארצית. המאמר נכתב במהלך עבודתי כמרצה במכון לקרימינולוגיה, בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים.

לסיכום המאמר אציע הסבר ליישום חלקי זה באמצעות הצגת מושג תאורטי חדש שאותו אכנה "יישום מבחין". המושג "יישום מבחין" נועד להדגיש כי ההבחנות הנוצרות במצב הקיים עולות בשלושה רבדים שונים: א. "רובד תיאורי", הקשור למחקר ולאיסוף הנתונים באשר לצורת יישום הוראות החוק, שמהם מצטיירת תמונה ולפיה הוראות החוק אשר נועדו להגן על זכויות חשודים ועצורים מיושמות באופן חלקי בלבד; ב. "רובד אטיולוגי/סיבתי", הקשור להסברים שונים המצביעים על הסיבות המבניות בבסיס היישום החלקי של הוראות החוק; ג. "רובד תוצאתי", הבוחן את ההשפעות שיש ליישום המבחין על מערכת המשפט ועל החברה. להבנתי, בחלק גדול מהמקרים, הפרקטיקה של יישום חלקי של הוראות החוק פוגעת בייחוד בחשודים ובעצורים מהשכבות המוחלשות של האוכלוסיה, כלומר בעיקר בחשודים שהמודעות שלהם לזכויותיהם היא פחותה ואשר ממילא הם חסרים משאבים אישיים וכלכליים לדרוש שזכויותיהם על-פי חוק יקוימו.

ב. מיגור הפשיעה למול הגנה על זכויות חשודים ונאשמים

אחד המפתחות המעניינים להבנת ההליך הפלילי הוצע בסוף שנות השישים על-ידי משפטן בשם Herbert Packer. פאקר מתאר את המשפט הפלילי כמבוסס על שני אינטרסים סותרים, המשפיעים עליו בר-זמנית ויוצרים בבסיסו קונפליקט ערכי מתמיד¹. פאקר הציע המשגה של האינטרסים הללו באמצעות שני מודלים תאורטיים, פרדיגמטיים ונורמטיביים, המבטאים התייחסויות ערכיות נוגדות לגבי מהותו ותפקידו של המשפט הפלילי: The Crime Control Model (מודל מיגור הפשיעה), אשר בבסיסו האינטרס הציבורי לשמור על החוק, ותכליתו היא מערכת אכיפת חוק יעילה, וה־ Due Process Model (מודל ההליך התקין), שבבסיסו הרצון להגן על האזרח מפני הפעלה נוקשה מדי של כוחות השלטון, ותכליתו היא מערכת משפט המציבה לעצמה בקרות ואיזונים. המודלים הללו אינם תיאור של מציאות משפטית אלא מעין "זיקוק תאורטי" של אינטרסים ועקרונות ערכיים. לטענת פאקר, האינטרסים והעקרונות הערכיים של שני המודלים מתקיימים בבסיס כל מערכת משפט, דבר חקיקה או הלכה משפטית ולעולם מקיימים מתח מתמיד ביניהם. החיפוש אחר נקודת איזון ראויה בין הערכים הנוגדים הוא חלק משמעותי בתהליך עיצוב אופיה של מערכת המשפט.

1 H.A. Packer *The Limits of the Criminal Sanction* (1968).

מודל מיגור הפשיעה² מעצב את מערכת אכיפת החוק מתוך שאיפה לקיים פיקוח אפקטיבי ויעיל על הפשיעה, לצמצם את רמת העבריינות ולשמור על הסדר הציבורי. כל זאת במטרה להגן על שלום הציבור, ביטחוננו ורכושו מפני הפגיעה העבריינית הרעה. מילת המפתח במודל זה היא יעילות, כלומר ניצול מרבי של המשאבים הכלכליים והחברתיים העומדים לרשות מערכת אכיפת החוק לצורך יצירת פיקוח אפקטיבי. הפיקוח נמדד במספר העבריינים המובאים לדין, מורשעים ובאים על עונשם. אף שהמודל אינו מבקש לבטל את הערכאה השיפוטית, המגמה העיקרית בו היא חיזוק השלבים הראשונים של ההליך הפלילי, שלבים שבהם מידת הפורמליות והטקסיות היא פחותה ועל כן הם מהירים יותר וזולים יותר. אשר על כן, המודל מבטא שאיפה להרחיב ככל האפשר את הסמכויות המופקדות בידי יחידות החקירה והתביעה. כך, לפי מודל זה, תהא מגמה לחזק את סמכויות המשטרה לבצע פעולות המסייעות לחקירה, כמו האזנות סתר ומעצרים. בהמשך ההליך הפלילי, בשלב ההעמדה לדין, תתבטא המגמה הזו בשאיפה להרחיב את סמכויות הפרקליטות וגופי התביעה בכל הקשור לניסוח כתבי אישום ולעריכת הסדרי טיעון. המשטרה העומדת בבסיס מודל זה היא לצמצם, במידת האפשר, את כמות התיקים שבהם נשמעות ראיות ומתקיים הליך משפטי אדוורסרי (לעומתני) אשר דורש משאבים רבים ואשר נסמך על החלטה שיפוטית, שנמצאת במעמד נחות יחסית מבחינת היקף המידע הנחשף לעיני השופט³.

מודל ההליך התקין שם במרכזו ההתייחסות המשפטית את זכויות הפרט. הערך המוסרי שעליו מבוסס מודל זה הוא החשש מפני שימוש מוטעה או מוגזם ומפני שימוש לרעה בכוחות שהחברה מפקידה בידי מערכת אכיפת החוק. הרצון הוא להרחיב את ההגנה על הפרט מפני פגיעה לא מוצדקת או מוגזמת מצד מוסדות השלטון בפרטיותו ובחירותו. על-פי מודל זה, מרכז הכובד של ההליך הפלילי הוא בקיומה של ערכאה שיפוטית חסרת פניות אשר בוחנת בצורה ביקורתית את פעולות רשויות החקירה והתביעה. הערכאה השיפוטית אמורה להבטיח שהכוחות שהופקדו בידי הרשות המבצעת הופעלו בצורה נאותה. לפי מודל זה, הקריטריון העיקרי למדידת איכות ההליך הפלילי הוא אמינות. הזמן והכסף המושקעים בקיום ההליך המשפטי הם תנאים

2 אני מודעת לכך שהתרגום המתבקש של המונח היה "מודל הפיקוח על הפשיעה", עם זאת המינוח "מודל הפיקוח" עלול להטעות את הקורא הבקיא בתאוריות קרימינולוגיות ואשר רגיל לשימוש במונח זה בהקשר תאורטי שונה לחלוטין. השימוש במונח "מיגור הפשיעה" מבטא בצורה טובה את האינטרסים הערכיים שאותם מייצג המודל ומצביע על קשר בין הרובד התאורטי לבין מדיניות אכיפת החוק המבוססת על תפיסת יסוד של "מלחמה בפשיעה".

3 להרחבה ראו מאמרו של מרדכי קרמינצ'ר הסוקר את המגבלות והקשיים בשיטת המשפט האדוורסרית: מ' קרמינצ'ר "התאמת ההליך הפלילי למטרה של גילוי האמת, או האם לא הגיעה העת לסיים את עונת המשחקים" משפטים יז (תשמ"ח) 475.

הכרחיים לשמירה על מערכת אמינה. מחיר חברתי נוסף אשר ראוי לשלמו על-פי מודל זה, הוא הידיעה שפיקוח דווקני על פעולות רשיות החוק וקביעת רף גבוה להוכחה בפלילים, יביאו לידי כך שמערכת המשפט תשחרר ללא הרשעה וללא עונש אנשים אשר מבחינה עובדתית היה ראוי להרשיעם. הדרישה להוכחת אשמתו של אדם מעבר לספק סביר והקביעה שלפיה עשרה אשמים חופשיים עדיפים על אדם אחד חף מפשע הכלוא בין כותלי בית הסוהר, נובעות מהערכים העומדים ביסוד מודל זה.

כאמור, פאקר מדגיש כי אף אחד מהמודלים אינו מתקיים באופן טהור ובלבד. שני המודלים הם המשגה של אינטרסים ערכיים המתקיימים במערכת אכיפת החוק, הם משפיעים על עיצובה ומשתקפים בהחלטות שיפוטיות, וכל מערכת משפט נדרשת למצוא איזון בין שני האינטרסים הנוגדים.

הקונפליקט הערכי בין מודל ההליך התקין למודל מיגור הפשיעה מקבל ביטוי חריף בייחוד כאשר הוא נבחן בהקשר של הפעלת כוח שלטוני בשלב המוקדם של החקירה הפלילית והמעצר. מחד גיסא, החקירה רק בתחילתה: אף שקיימים חשדות, טרם נאספו כלל הראיות, טרם נבדקו הטענות התומכות בחפותו האפשרית של החשוד וטרם גובשו ראיות לכאורה לצורך הגשת כתב אישום. בשלבים המוקדמים הללו, הסיכוי לטעות הוא גדול יותר ולכן קשה יותר להצדיק את הפגיעה בפרטיותו של אדם, בחירותו או בזכויות היסוד האחרות שלו. לחלק מהכוחות השלטוניים המופעלים בשלב זה, ובייחוד למעצר, עלולות להיות השפעות מרחיקות לכת על יכולת הפרנסה של האדם, על יחסיו החברתיים והמשפחתיים ועל שלמות העצמי שלו⁴. יתרה מכך, בספרות המקצועית הועלתה הטענה שהפעלת כוחות שלטוניים כלפי חשוד, ובייחוד מעצרו, משפיעה על שיקול הדעת השיפוטי בצמתי הכרעה מאוחרים יותר בהליך הפלילי. הטענה היא ששיקול הדעת של השופט מושפע לחומרה מהעובדה שהחשוד או הנאשם מובאים לאולם המשפט ממרתף המעצר, כשהם מלווים על-ידי שוטרים, פעמים רבות נתונים באזיקים ותקופת היותם כלואים כבר ניכרת בהופעתם החיצונית. כך ביחס להחלטה להאריך מעצרו של אדם לצורך חקירה או להותיר נאשם במעצר עד תום ההליכים המשפטיים, וכך ביחס לשאלת ההרשעה וביחס להחלטה להטיל עונש מאסר בפועל⁵.

4 לפירוט ההשלכות המשפטיות והחברתיות של המעצר ראו ק' מן "השלכות רשמיות וחברתיות של מעצרים" פלילים ג (1992) 284.

5 ראו לדוגמה: C. Foote "Compelling Appearance in Court: Administration of Bail in Philadelphia" 102 *U. Pa. L. Rev.* (1954) 1031; J.S. Goldkamp "Philadelphia Revisited: An Examination of Bail and Detention Two Decades after Foote" in *Crime and Delinquency* (1980) 179; J. Meyer, P. Jesilow *Doing Justice in the People's Court: Sentencing by Municipal Court Judges* (1997). איני רוצה לסטות יתר על המידה מהקו המרכזי של הדיון, עם זאת חשוב לציין כי קיימים גם הסברים אחרים למתאם בין היותו של אדם במעצר לבין החמרה בהחלטות שיפוטיות בהמשך ההליך

מאידך גיסא, הרחבת סמכויות החקירה וכוחות הפעולה של המשטרה ומתן כלים אפקטיביים בידיה, מגדילים את הסיכוי לחקירה מהירה ויעילה. יתרה מכך, תיק חקירה אשר יש בו בסיס ראייתי רחב ומוצק (ובייחוד אם הוא כולל גם הודאה של החשוד) מביא פעמים רבות להתייעלות ולקיצור של הליך בירור האשמה בשלב המשפט. בהקשר זה, יש לראות במעצר כלי חקירה אפקטיבי מאוד, המקנה ליחידה החוקרת יתרונות רבים, הן מבחינת הנוחות הארגונית של היחידה הן מבחינת הזעזוע שהמעצר גורם לתחושת הביטחון הבסיסית של העצור. המעצר מבנה יחסי כוח שבהם החשוד מצוי בעמדת חולשה המגדילה את הסיכוי שהוא ישתף פעולה עם חוקריו – יודה, ימסור מידע ויפיל אחרים.

בעשורים האחרונים אנו עדים לתהליך שבו אינטרס שלישי משתלב במסגרת התאורטית הדיכוטומית שהוצגה עד כה. אינטרס שלישי זה מתמקד בנפגע העבירה ומבסס לו מעמד עצמאי בתוך ההליך הפלילי. על-פי אינטרס זה, יש לתת משקל לשיקולים כגון הגנה על ביטחוננו האישי של נפגע העבירה, על אינטרסים כלכליים וחברתיים שלו ואף על תחושת הביטחון שלו.⁶ תהליך זה הרחיב את היקף השיקולים המשפיעים על מערכת אכיפת החוק, תוך יצירת גישה "תלת-ערכית".⁷

לצד הרחבת קשת השיקולים, מתפתחת סוגיה נוספת, המתמקדת בשאלה מהו המשקל היחסי אשר ראוי להעניק לכל אחד מהאינטרסים. האם מלאכת האיזון צריכה להתבסס על השאיפה להעניק ערך שווה לאינטרסים של הפוגע, נפגע העבירה והציבור, או שמא יש להעניק משקל יחסי רב יותר לאחד מהצדדים? ניתן לטעון שיש להעדיף את האינטרסים של נפגע העבירה, מכיוון שמעשיו של העבריין לוקים בפגם מוסרי והוא האחראי לפגיעה ולעוול שנגרמו כתוצאה מהמעשה הפלילי. מנגד עומדת הטענה

הפלילי. לפי הסברים אלו, מתאם זה מקורו בכך שאותם המשתנים, הקשורים לנאשם ולעבירה, משפיעים על החלטת השופט בכל אחד מצמתי ההכרעה. כלומר, ההחמרה לכאורה עם עצורים אינה בשל היותם עצורים אלא בגלל נסיבות המקרה, המצדיקות הן את המעצר הן את ההחמרה בשלבים מאוחרים יותר. ראו לדוגמה A.K. Bottomely *Prison Before Trial: a Study of Remand Decisions in Magistrates' Courts* (1970). הכתיבה על זכויות נפגעי עבירה בעשורים האחרונים היא רבה ומקיפה. מספר מקורות העוסקים בפן התאורטי של הדיון בזכויות נפגעי עבירה הם למשל ספרו המקיף של פרופ' לסלי סבה: L. Sebba *Third Parties: Victims and the Criminal Justice System* (1996) והמאמרים הבאים: D.E. Beloof "The Third Model of Criminal Process: The Victim Participation Model" *Utah. L. Rev.* (1999) 289; A. Sarat "Vengeance, Victims and the Identities of Law" 6 *Social and Legal Studies* (1997) 163. בשנת 2001 ניתן ביטוי פורמלי לאינטרסים של נפגע העבירה, עם חקיקתו של חוק זכויות נפגעי עבירה, תשס"א-2001, ס"ח 183.

מקור המינוח הוא בספרו המקיף של Sebba (לעיל, הערה 6), הדין ביצירת triadic approach.

המסורתית כי יש לחזק את ההגנה על האינטרסים של חשודים ונאשמים לנוכח תוצאות ההליך הפלילי, אשר יכול להביא לפגיעה, לעתים קשה ומתמשכת, בפרטיות, בחירות ובזכויות אחרות של העבריין ולפגיעה עקיפה במשפחתו⁸. יתרה מכך, ההליך הפלילי נועד להכריע בשאלת אשמתו או חפותו של הנאשם ולא בשאלת הסכנה הפוטנציאלית הנשקפת ממנו לציבור.

אין זה המקום להעמיק בדיון התאורטי הנרחב בסוגיה זו. אבקש להעיר שתי הערות קצרות המתמקדות בשילוב האינטרסים הנוגעים לנפגע העבירה במערכת האיזונים המבנה את שלב החקירה:

ראשית, אני סבורה שהמשקל היחסי שיש לתת לאינטרס של נפגע העבירה צריך להיגזר מהתקדמות ההליך הפלילי. בשלבים המוקדמים של ההליך הפלילי, צריך לשלב את האינטרסים של נפגע העבירה במידה מועטה יחסית, תוך מענה לצרכים הבסיסיים ביותר, כמו הגנה על גופו ושלומו של נפגע העבירה. ככל שההליך מתפתח, יש מקום לשלבם יותר ולכלול אינטרסים של פיצוי ואיחוי הנזק, מתן משקל לעמדה הרגשית של נפגע העבירה כלפי הנאשם וכו'. תפיסה זו נגזרת ממהות ההליך הפלילי אשר נועד בראש ובראשונה לברר את שאלת האשם או החפות של החשוד. לכן, יש הבדל מהותי בין מתן זכויות לנפגע העבירה להביע את דעתו באשר לעונש שיוטל על נאשם אשר כבר הורשע בדיון, לבין מצב שבו מתלונן מקבל זכות להביע דעתו לגבי נושאים כמו צורת ניהול החקירה, החזקת החשוד במעצר וכדומה.

הערת השנייה נוגעת לרובד מהותי יותר של הדיון. לא פעם מובלעת הנחה כאילו האיזון בין זכויות חשודים לזכויות נפגעי עבירה חייב להיעשות בתוך מסגרת מחשבה של מעין "משחק סכום אפס" – כלומר שחיזוק אינטרסים וזכויות של חשודים ונאשמים גורר פגיעה וצמצום בזכויות נפגעי עבירה (ולהיפך). לדעתי, הצרנתו של הדיון למונחים של "משחק סכום אפס" היא טעות, אשר משמשת לעתים לרשויות אכיפת החוק מפלט מפני אחריותן כלפי חשודים ומתלוננים כאחד. קיימים כמובן מקרים שבהם הגנה על אינטרס של אחד הצדדים תפגע באינטרס של האחר. כך, כאשר המתלונן מדווח על מצוקה נפשית או פחד שהוא חש בשל התנהגות החשוד, ונדרש איזון בין זכות המתלונן להגנה על גופו, או אף על השקט הנפשי שלו, לבין חירות החשוד. השאלה מהי נקודת האיזון הראויה בהקשר זה, מחייבת שקילת האינטרסים של המתלונן אל מול האינטרסים של החשוד. עם זאת ישנם אינטרסים רבים המשקפים חבויות של רשויות השלטון כלפי כל אחד מהצדדים (הן מתלוננים הן חשודים), אשר אינם מביאים לצמצום ופגיעה באינטרס של הצד האחר. אדם אשר מגיע להגיש תלונה בתחנת המשטרה מצפה לקבל שירות אדיב ומקצועי. יש לו ציפייה לגיטימית שתלונתו תירשם ושהמשטרה תפעל במיומנות על מנת לבדוק את התלונה, לאסוף ראיות ולהעמיד את הפוגע לדין. ציפיות

אלו של נפגע העבירה קשורות למפגש בין האזרח לבין המשטרה ואינן אמורות לפגוע באינטרסים לגיטימיים של החשוד. החשוד יכול אמנם להצטער על כך שחקירת המשטרה נעשתה ביעילות והובילה לאיסוף ראיות כנגדו, אך הצער האישי של העבריין אינו משקף אינטרס שיש למשפט עניין להגן עליו. עם זאת לחשוד יש אינטרסים משפטיים רבים שעליהם המשפט כן מבקש להגן, כמו האינטרס לקבל ייעוץ משפטי אפקטיבי, הרצון לקבל מידע על זכויותיו המשפטיות או האינטרס של החשוד להיות מוחזק בתנאי מעצר סבירים. כל אלו לא צריכים להימדד אל מול האינטרסים של נפגעי העבירה אשר גם עליהם המשפט והחברה מעוניינים להגן.⁹

צר המקום מכדי לפרוס את מלוא הדיון בדבר זכויותיהם של נפגעי העבירה. אני סבורה שדי בהערות שהובאו כדי לבסס את הטענה שבשלבים הראשונים של ההליך הפלילי, כאשר עדיין מתנהלת חקירה, מלאכת האיוון צריכה להתמקד בציר שבין האינטרס במיגור הפשיעה לבין ההגנה על זכויות החשוד. במקביל, יש לפעול על מנת להבטיח שרשויות אכיפת החוק ינהגו במתלוננים ובנפגעי העבירה בכבוד ובמקצועיות הנדרשים, תוך הקשבה לצורכיהם ומתן הסיוע הנדרש.

המסגרת התאורטית אשר הובאה עד כה מתייחסת לדיון בנוהגי המעצר ובהפעלת כוחות בשלב החקירה בתוך מסגרת השיח שמבנה הדיון המשפטי, כלומר בתוך מסגרת הרואה במעצר פעולה שנעשית במהלך חקירה, אשר נועדה לחשוף עבירות ולהביא את מבצעייהן לדיון ובכך להגן על ביטחון הציבור. בתוך מסגרת מושגית זו, אשמ אינדיווידואלי או חשד לאשם כזה הם ההצדקה להפעלת כוחות השלטון כלפי הפרט. לצד השיח המשפטי, התפתחו, החל משנות השבעים של המאה העשרים, גישות ביקורתיות, השואבות מתאוריות הקונפליקט¹⁰. גישות אלו מערערות על ההנחות

9 עלי להדגיש כי זאת השקפתי האישית, וכי קיימות הערות רבות בפסיקה אשר נוגדות גישה זו. דוגמה אחת להמחשת הבעייתיות בהצרת המתח בין האינטרסים השונים במושגים אלו ניתן למצוא בהתייחסותה של כבוד השופטת ביניש לפגיעה בזכות ההיוועצות בע"פ 6613/99 סמירק נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 529, 556: "אל מול זכות השתיקה של החשוד והנאשם, הזכות להיוועץ בעורך-דין והזכות להליך הוגן, עומדים אינטרסים ציבוריים חשובים כגון הלחימה בפשע, הגנה על בטחון המדינה ושלום הציבור, חשיפת האמת, ואף הצורך להגן על זכויותיו של נפגע העבירה שנפגע בעקבות המעשה הפלילי". קשה לי להבין מהי הזכות הלגיטימית של נפגע העבירה שעליה מבקש בית-המשפט להגן במשוואה המוצעת.

10 קצרה היריעה מהפניה מפורטת, אך במסגרת גישות הקונפליקט ניתן למנות את הגישות הניאו-מרקסיסטיות, את ה-Left Realism, את הפוסט-קולוניאליזם ותאורטיקנים כמו מישל פוקו, המדגיש יחסי כוח ויצירת שליטה כאלמנטים עיקריים של מערכת אכיפת החוק. השיח המשפטי ביחס לגישות אלו מתקיים במסגרת הזרמים של Critical Legal Studies ו-Critical Race Theory. ממגוון רחב של הפניות אפשריות ראו R. Delgado, J. Stefancic *Critical Race Theory: An Introduction* (2001).

שלפיהן הסדר החברתי משקף קונסנסוס ערכי והחוק הוא שוויוני ומבטיח הגנה שווה לאינטרסים של כלל הפרטים באוכלוסיה ושל קבוצות שונות בחברה. המשוואה של פרט (אשר עבר על החוק או לא עבר עליו) למול מוסדות השלטון (בהליך שמטרתו חשיפת האמת, ייחוס האשמה והטלת עונש) נשברת מול טענות בדבר היות החוק כלי במאבק כוח בין קבוצות אינטרסים בחברה. כך לדוגמה הפנו תאורטיקנים ניאור-מרקסיסטיים את תשומת הלב להבדלים הסוציו-דמוגרפים בין אלו המפקידים את הכוחות בידי המשטרה (המחוקק והשופט), שהם לרוב גברים, בגיל העמידה ובמעמד חברתי מבוסס, לבין האוכלוסיה שהיא המושא של הפיקוח המשטרה, אשר הפרופיל הנפוץ שלה הוא גברים צעירים, חסרי אמצעים, אשר תכופות משתייכים למיעוט אתני או לשוליים החברתיים¹¹. תאוריות הקונפליקט פיתחו התייחסות חשדנית בכל הקשור לרמה ההצהרתית של החוק. הטענה היא שרבים מהחוקים ומההסדרים החברתיים משמשים כדי לבסס הגמוניה ושליטה על אוכלוסיות מוחלשות, גם אם הם מוצגים בעטיפה מילולית של שוויון, צדק והגינות¹².

כדי לתת מקום לשיקולים מסוג זה מציע Sanders להרחיב את המערך התאורטי של פאקר ולהוסיף מודל שלישי שאותו הוא מכנה "מודל הדיכוי והשליטה" (Repressive Model). לטענתו, רק באמצעות מודל הדיכוי והשליטה אפשר להסביר כמה מהמאפיינים שהם חלק מהותי ממערכת אכיפת החוק, כמו הפניית חלק ניכר מהמשאבים המערכתיים למאבק בעבריינות רחוב המאפיינת אוכלוסיות חלשות. מודל הדיכוי והשליטה מאפשר, לדבריו, להסביר היקפים נרחבים של פעילות משטרתית, דוגמת מעצרים והאזנות סתר, אשר אינם מניבים ראיות מפלילות ואינם מסתיימים בכתבי אישום. לשיטתו, כאשר מביאים בחשבון את האינטרס של דיכוי ושליטה, מתבהר שהפעילויות הללו אינן בגדר טעויות ובזבוז משאבים, אלא הן פעילות שלטונית שוטפת שמטרתה איסוף מידע כללי, הגברת הנראות של מערכת אכיפת החוק וביסוס ריבונות ושליטה על האוכלוסיות החלשות יחסית.

ראינו אפוא שבשלבים הראשונים של ההליך הפלילי, כאשר החשדות טרם נבדקו בצורה נאותה, מתעורר בשיא העוצמה המתח שבין גישה ליברלית, התומכת בצמצום ההתערבות בחירויות הפרט (Due Process Model), לבין השאיפה לחזק ולייעל את פעולות החקירה, תוך הרחבת כוחות השלטון כנגד אנשים החשודים בביצוע עבירות

11 מספרות ענפה בעניין זה, ראו לדוגמה את מאמרו של Sandres, אשר כתיבתו מתייחסת ישירות למודלים התאורטיים של פאקר; "Thinking About Criminal Justice" A. Sanders in *Criminal Justice in Crisis* (M. McConville, L. Bridges eds., 1994) 141
 12 דיון מעניין בתפקיד שממלא בית-המשפט העליון ביצירת הפער בין הדימויים החברתיים על מערכת אכיפת חוק צודקת ושוויונית לבין הנוהגים המפלים ניתן למצוא אצל C.W. Haney "The Fourteenth Amendment and Symbolic Legality" 15 *Law and Human Behavior* (1991) 183

ופשעים (Crime Control Model). ראינו כי המתח הזה מחייב את המחוקק ואת מערכת המשפט למצוא איזונים מתאימים בין האינטרסים השונים. עמדנו על ארבעה אינטרסים. שלושה מהם משקפים את מסגרת השיח המשפטי וניתן למצוא להם ביטוי רחב ברטוריקה המשפטית המלווה את הליכי החקיקה, כמו גם בפסיקת בתי-המשפט בערכאות השונות. אינטרסים אלו הם מודל ההליך התקין, מודל מיגור הפשיעה והמודל המדגיש את הצורך להעניק מעמד משפטי לנפגעי עבירה. המודל הרביעי, הדן בחשיפה של מבני הכוח בחברה, הוא חיצוני למערכת המשפט ומשקף מבט ביקורתי המנסה להאיר רבדים נסתרים שאינם באים לידי ביטוי בשיח המשפטי הפורמלי. בניתוח הביקורתי, השיח המשפטי נתפס ככלי חברתי רב עוצמה, אשר אגב דיון גלוי בצורך לאזן בין אינטרסים מוכרים, מסתיר אינטרסים חברתיים סמויים. נעזוב לעת עתה את המיפוי התאורטי ונעבור לתיאור התפתחותן של סמכויות החקירה והמעצר לצורך חקירה במשפט בישראל.

ג. התפתחות דיני המעצר והחקירה בישראל

בשנות התשעים של המאה העשרים ניכרה במשפט הישראלי מגמה של הרחבת ההגנה על זכויות אדם ובכלל זה זכויות חשודים ונאשמים. במסגרת זו נחקקו חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי-יסוד: חופש העיסוק. בהקשר המצומצם של כוחות חקירה ומעצר, נחקקו בשנים אלו חוקים אחדים שנועדו לעצב ולהגדיר את הכוחות המופקדים בידי המשטרה ולקבוע הסדרים לפיקוח על הדרכים שבהן המשטרה מפעילה את סמכויותיה. חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996¹³, אשר נחקק בשנת 1996 ונכנס לתוקף במאי 1997, זכה לפרסום הרחב ביותר ועל כן אפתח בו את החלק העיקרי של המאמר. לצד חוק המעצרים עודכן חוק האזנת סתר, תשל"ט-1979¹⁴ ונקבעו בו סייגים והגבלות לביצוע האזנות סתר לצרכים פליליים, ונחקק חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף החשוד), תשנ"ו-1996¹⁵, אשר מסדיר את סמכויות החיפוש על גופו של אדם ולקיחת דגימות מרקמות גוף האדם שנועדו לשמש ראיות בחקירה (טביעות אצבע, רקמות מהחלק הפנימי של הלחי, דגימות דם וכו'). ביטוי נוסף ומשמעותי למגמה זו ניתן למצוא בהקמת הסניגוריה הציבורית ובהרחבה של הזכאות לייצוג עבור נאשמים בפלילים ועבור עצורים בעת החקירה¹⁶.

13 ס"ח 338 (להלן – חוק המעצרים).

14 ס"ח 938 (להלן – חוק האזנת סתר).

15 ס"ח 136 (להלן – חוק החיפוש).

16 מוקדם מדי להעריך הערכות כוללניות לגבי מגמות היסטוריות בחקיקה הישראלית, אך נדמה כי עם פרוץ האינתיפדה השנייה השתנתה האווירה הפוליטית-חברתית וצומצמה

כאמור, אפתח חלק זה של המאמר בסקירה של כמה חוקים מרכזיים הנוגעים לסמכויות מעצר וחקירה ולזכויות חשודים. בהקשר של סמכויות חקירה אתמקד בחוק המעצרים ובחוק האזנת סתר ובהקשר של זכויות חשודים, אדון בהוראות הקובעות תנאי החזקה מינימליים במעצר, בזכות השתיקה ובזכותם של עצורים ליעוץ משפטי מטעם הסניגוריה הציבורית. אין בכוונתי להציע פרשנות חדשה או ניתוח משפטי של החוקים (חלקם זכו בשנים האחרונות לכתיבה משפטית ענפה), אלא אתמקד בניסיון לעמוד על הדרך שבה מיושמות הוראות החוק נוכח ממצאים אמפיריים (ככל שממצאים אלו קיימים ונגישים).

1. חוק המעצרים

הבסיס לסמכויות המעצר בישראל היה הדין המנדטורי, אשר תמך במשטר כיבוש צבאי, והסמכויות שהוקנו בהקשר של מעצר לצורך חקירה היו רחבות מאוד יחסית לנהוג באנגליה ובארצות אחרות של המשפט המקובל. פקודת הפרוצדורה הפלילית המנדטורית הסמיכה שופט להורות על מעצרו של אדם לתקופה שלא תעלה על 15 ימים בכל פעם, בלא שנקבעו סדרי דין לקיום הדיון או קריטריונים להפעלת שיקול הדעת השיפוטי¹⁷. ההסדר המנדטורי הוטמע בחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982¹⁸. במהלך השנים גובשו סדרי דין ועילות מעצר ביחס לסמכות המעצר עד תום ההליכים, אך סמכות המעצר בשלב החקירה נשארה רחבה ולא מוסדרת עד לחקיקת חוק המעצרים בשנת 1996. הקשר בין חוק המעצרים לבין חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מקבל ביטוי פורמלי כבר בסעיף הראשון לחוק המעצרים, אשר קובע ברוח פסקת

מאוד המגמה הליברלית אשר אפיינה את שנות התשעים. שינוי זה בא לידי ביטוי גם בחקיקה המרחיבה את הכוחות המופקדים בידי המוסדות השלטוניים ואת סמכויותיהם. בהקשר זה ניתן למנות את הקמת מנהלת ההגירה והפניית משאבים ניכרים ליישום מדיניות נוקשה כלפי זרים ומהגרי עבודה. ביטוי נוסף הוא חקיקת חוק מאבק בארגוני פשיעה, תשס"ג-2003, ס"ח 502, המרחיב את תחום הגדרת הפליליות ומפקיד כוחות נוספים בידי המשטרה והפרקליטות. ממד נוסף במגמה זאת ניתן לראות בהתגברות הקולות הקוראים להרחיב את השימוש במעצרים מינהליים, אם כלפי חשודים בפשיעה מאורגנת ואם כלפי חשודים בעבריינות על רקע פוליטי-אידאולוגי. ביטוי נוסף למגמה ניתן למצוא כמובן בלחצים תקשורתיים ופוליטיים להחמרה מתמשכת ושיטתית בענישה, ובעלייה חדה שחלה בשנים האחרונות במספר האסירים הפליליים בבתי כלא בישראל.

17 סעיף 10(3) לפקודת הפרוצדורה הפלילית (מאסר וחיפוש) קבע: "בכל מקרה אחר יהא על שופט השלום, לאחר שחקר בסיבות מאסרו של האיש, לשחרר אותו או להרשות שיחזיקוהו עצור בתחנת המשטרה או במקום משמר אחר, כל אשר ימצא לנכון, למועד שלא יעלה על חמשה עשר ימים".

18 ס"ח 43.

ההגבלה כי "אין מעצר ועיכוב אלא בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו"¹⁹, וכי "מעצרו ועיכובו של אדם יהיו בדרך שתבטיח שמירה מירבית על כבוד האדם ועל זכויותיו"²⁰.

שני מקורות מרכזיים היו בסיס לדיונים והביאו בסופו של דבר לחקיקת חוק המעצרים: מקור אחד היה הצטברות נתונים אמפיריים אשר הציגו תמונה עגומה שלפיה נעשה שימוש רחב מדי בסמכויות המעצר, ללא בקרה מספיקה של בית-המשפט²¹. המסמך בעל ההשפעה הרבה ביותר היה דוח מבקר המדינה לשנת 1994, אשר מתח ביקורת על נוהגי המעצר של חשודים במהלך חקירתם²². על-פי הדוח נמצאו ליקויים בכ-40% מתיקי המעצר שנבדקו. הליקויים התייחסו להפעלת סמכות מעצר לא חוקית (3% מכלל המעצרים); מעצרים בהיעדר עילה (12.5% מכלל המעצרים) ותקופות מעצר אשר לא נוצלו לפעולות חקירה (24.5% מכלל המעצרים). על ההשפעה שהייתה לממצאים אלו אפשר ללמוד מכך שהנשיא ברק, בפסק-הדין בעניין גנימאת, מצטט חלק ניכר מהממצאים ומבסס עליהם ביקורת על נוהגי המעצר²³. המקור השני שואב מחקיקת חוקי-היסוד ומהדיון הנרחב בקהילה המשפטית על השפעת חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו על מעמדן של זכויות האדם בישראל²⁴.

19 סעיף 1(א) לחוק המעצרים.

20 שם, סעיף 1(ב).

21 ד' ליבאי "הליכי מעצר ושחרור בערובה בבית משפט השלום – מחקר ומעקב" עיוני משפט ג (תשל"ג-תשל"ד) 516; האגודה לזכויות האזרח בישראל זכויות האדם בישראל – תמונת מצב (1996). לפרשנות אחרת של הנתונים ראו א' שטרוזמן "על הרפורמה בחוק המעצרים" מראות המשטרה: בטאון משטרת ישראל 170 (1999) 16.

22 מבקר המדינה דו"ח שנתי 45 – לשנת תשנ"ה (1994), 338.

23 דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 645.

24 הספרות המשפטית בנוגע ליחס בין המשפט הפלילי וסדר הדין הפלילי לבין חוקי היסוד היא רחבה ומקיפה. לצד הטענה כי חוקי היסוד הקימו סטנדרט חדש לשמירה על זכויות אדם בארץ, נשמעת הטענה כי זכויות אדם היו מוגנות ומכובדות במערכת המשפט בארץ גם קודם לחקיקת חוקי היסוד. על-פי גישה זאת, הערך של חוקי היסוד הוא דקלרטיבי, בהצהירם על החשיבות אשר ניתנת ממילא לזכויות הפרט, ובסופו של דבר הגלגל הוא אותו הגלגל. טענה נוספת מסוג אחר היא שחוקי היסוד מרחיבים לא רק את ההגנה על חשודים ונאשמים אלא גם את ההגנה על קורבנות בפועל ובכוח; ראו: א' ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי" מחקרי משפט יג (תשנ"ו-תשנ"ז) 5; ע' גרוס "הזכויות הדיוניות של החשוד או הנאשם על-פי חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו" מחקרי משפט יג (תשנ"ו-תשנ"ז) 155. לעניין המתח שבין זכויות חשודים לזכויות נפגעי עבירה ראו י' קרפ "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות האדם" הפרקליט מב (תשנ"ה-תשנ"ו) 64 ולאחרונה גם ע' ארבל "המהפכה החוקתית במשפט הפלילי – האיזון שבין זכויות הנאשם לזכויות קורבנותיו" ספר שמגר (א' ברק ואח' עורכים, כרך ב, תשס"ג) 255.

דיני המעצר הפלילי בארץ מבחינים בין שני סוגים של מעצרים: מעצר במהלך החקירה, המכונה "מעצר ימים" (רמז לכך שהמעצר נעשה לתקופות זמן קצרות של ימים אחדים) ו"מעצר עד תום ההליכים", הנמנה ממועד הגשת כתב האישום ועד תום ההליך המשפטי. נוסף על ההבדל במעמדו של העצור (חשוד לעומת נאשם), נבדלים שני סוגי המעצרים במטרת המעצר ובסדרי הדין במהלך הדיון. כך לדוגמה, בשלב מעצר הימים קיים אינטרס חברתי לשמור על סודיות החקירה ועל כן החוק מאפשר (במגבלות מסוימות) להגיש לבית-המשפט מסמכים וראיות בלי להראותם לחשוד או לבא-כוחו. לעומת זאת עם הגשת כתב האישום קמה לנאשם, ככלל, זכות לעיין ולצלם את כל חומר החקירה אשר נאסף נגדו.

החוק קובע שלוש עילות מעצר עיקריות למעצר ימים²⁵:

עילת השיבוש – עילה זו קמה כאשר קיים יסוד סביר לחשש שהחשוד יימלט או יפעל לשיבושה של החקירה בדרך של העלמת ראיות, השפעה על עדים או בכל דרך אחרת.

עילת המסוכנות – עילה זו קמה במקרים שבהם קיים יסוד סביר לחשש שהחשוד יהיה סיכון לביטחונו של אדם, לביטחון הציבור או לביטחון המדינה, במידה וישוחרר. **עילת צורכי החקירה** – עילה זו קמה כאשר המשטרה מבקשת לבצע פעולות חקירה שלא ניתן לבצען כאשר החשוד משוחרר.

חקירה משטרית יכולה להיעשות בתנאי מעצר או ללא מעצר החשוד. חוק המעצרים מקנה למשטרה סמכות לעצור אדם בשלב החקירה לתקופה שלא תעלה על 24 שעות²⁶. לאחר מכן יש להביאו לפני שופט בית-משפט השלום, שבסמכותו להורות על המשך המעצר לתקופה שלא תעלה על 15 ימים בכל פעם²⁷. בחוק אין תקופת מקסימום

25 סעיף 13 לחוק המעצרים. עילת מעצר רביעית קבועה בסעיף 14 לחוק ועניינה מעצרו של מי שנמלט ממשמורת חוקית. בנוסף, סעיף 17(ד) לחוק קובע כי עם סיום החקירה ניתן להאריך מעצרו של חשוד לתקופה מקסימלית של 5 ימים נוספים, אם התביעה מצהירה שבכוונתה להגיש כתב אישום ובקשה למעצר עד תום ההליכים. סמכות זאת נועדה לקבוע ולתחם תקופת גישור בין החקירה לבין הגשת כתב האישום, כדי לאפשר לתביעה ללמוד את תיק החקירה ולהכין כתב אישום ובקשה למעצר עד תום ההליכים.

26 שם, סעיף 29(א). סייג לכלל זה קבוע בסעיף 30 לחוק, אשר מאפשר לקצין משטרה ממונה להשהות את הבאת החשוד בפני שופט למשך תקופה נוספת שלא תעלה על 48 שעות כאשר יש צורך לבצע פעולת חקירה דחופה. סייגים נוספים קיימים ביחס לעבירות ביטחוניות.

27 שם, סעיף 17(א). בחוק קיים חריג ביחס למעצרים המבוססים על עילת המעצר של צורכי חקירה, שאז אורך הזמן המקסימלי למעצר הוא 15 יום. לגבי קטינים קיים הסדר נפרד בסעיף 10 לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), תשל"א-1971, ס"ח 134, אשר בעיקרו מרחיב את הפיקוח השיפוטי באמצעות קיצור פרקי הזמן שבהם קטין יכול לשהות במעצר ללא דיון בפני ערכאה שיפוטית.

למעצר, אך ככל שמתארך מעצרו של החשוד, הדרישות הדיוניות להמשך המעצר הופכות קשיחות יותר. בתום 30 ימי מעצר, הבקשה להמשך המעצר צריכה להיות מוגשת באישור היועץ המשפטי לממשלה; לאחר 75 ימי מעצר רק בית-המשפט העליון מוסמך להורות על המשך המעצר²⁸.

אפשר לחלק את התחומים שאותם מסדיר חוק המעצרים לחמישה תחומים עיקריים: א. הרחבת הפיקוח השיפוטי על מעצרים שמבצעת המשטרה והסדרת סדרי הדין בדיון – בהקשר זה נקבעו כמה הוראות אשר מקנות לבית-המשפט מעמד מפקח²⁹: נקבעה עדיפות למעצר ראשוני בצו שופט³⁰; ניתנה עדיפות להפעלת סמכות העיכוב על פני סמכות המעצר, כאשר העיכוב נעשה על-ידי שוטר ללא שיהיה בידיו צו בית-המשפט³¹; נקבעו תקנות שלפיהן בתי-משפט ישמעו דיוני מעצר גם בשעות אחר הצהריים ובמוצאי שבת וחג³². ההוראה הידועה ביותר בהקשר של הרחבת הפיקוח השיפוטי היא צמצום משך הזמן שבמהלכו צריכה המשטרה להביא את העצור לפני ערכאה שיפוטית מ-48 שעות ל-24 שעות³³.

סדרי הדין קבועים בסעיף 15 לחוק, אשר קובע שהבקשה צריכה להיות מוגשת בכתב, מפרט את המסמכים שיש להגיש לבית-המשפט כדי לתמוך בבקשה וכן קובע הסדר דיוני למצב שבו הטוען המשטרתי מבקש להימנע מחשיפת מידע.

ב. הבניית שיקול הדעת של השופט לגבי העילות למעצר – ככלל, לפני ההחלטה על מעצרו של אדם, מתבקש השופט לבדוק שלושה מבחנים עוקבים ומצטברים. המבחן הראשון הוא המבחן הראייתי, שבמסגרתו מתבקש השופט לבחון אם קיימות די ראיות להקים חשד סביר שהעצור ביצע את המעשה המיוחס לו. משנקבע כי קיימות די ראיות, נדרש השופט לבחון את העילה למעצרו של האדם, כלומר את הערך החברתי המצדיק פגיעה בזכות לחירות. כאמור, החוק קובע שלוש עילות: מסוכנות, שיבוש הליכי חקירה וקיומן של פעולות חקירה שלא ניתן לבצע אותן אם החשוד אינו מצוי במעצר. אם נקבע כי קיימת עילה למעצרו של האדם, נדרש בית-המשפט להמשיך ולבחון את המבחן השלישי, שהוא מבחן החלופה למעצר. במבחן זה מתבקש השופט לבחון אם קיימת

28 ראו שם, סעיפים 17, 59 ו-62.

29 צבי נוח מרחיב מאוד בעניין זה כאשר הוא דן בשרשרת כללי העדפה שקובע המחוקק כדי להבטיח פיקוח אפקטיבי על עבודת המשטרה: צ' נח דיני מעצר ושחרור (חלק א, 1999).

30 סעיף 4 לחוק המעצרים.

31 שם, סעיף 23(ג). החוק לא שולל סמכויות מעצר על-ידי שוטר ללא צו, ואף מונה את הנסיבות שבהן קמה לשוטר סמכות כאמור, עם זאת החוק קובע עדיפות לסמכות העיכוב, המוגדרת כפגיעה בחירות המסויגת בזמן ובתכלית (עד שלוש שעות במקרה של אדם יחיד ועד שש שעות במקרה של מספר רב של מעורבים).

32 שם, סעיף 29.

33 שם, סעיף 17(ג) לחוק באשר לעצורים שנעצרו על סמך צו שיפוטי שניתן שלא בנוכחותם.

חלופה למעצר אשר תוכל להבטיח הגנה על הערך החברתי (כלומר שלילת המסוכנות או אפשרות שיבוש החקירה) תוך שימוש באמצעי אשר פגיעתו בחירות פחותה. חלופות מעצר נפוצות הן מעצר בית, פיקוח על-ידי קרובי משפחה, צו עיכוב יציאה מהארץ ועוד. לאחר כניסת החוק לתוקפו נעשו כמה ניסיונות להעריך את ההשפעה שהייתה להידוק הפיקוח השיפוטי ולקביעת עילות המעצר על פרקטיקת המעצרים בארץ. המחקרים שונים במתודות הבדיקה, אך הם מצביעים על מגמה אחידה, שלפיה הייתה לחוק השפעה מסוימת על משך המעצר (בעיקר ביחס לעצורים לתקופות קצרות של עד 48 שעות), אך הוא לא הביא לירידה בהיקף השימוש במעצרים³⁴. בכל הקשור ליישום החוק ולהשפעת הידוק הפיקוח השיפוטי על מעצרים מעניין השינוי במספר המעצרים מיד עם כניסת חוק המעצרים לתוקף. על-פי נתונים ארציים אשר מפרסמת משטרת ישראל, בשנת 1997 חלה ירידה משמעותית של כ-30% במספר המעצרים לצורך חקירה (מ-36,400 מעצרים בשנת 1996 ל-28,700 בשנת 1997). ירידה זו תואמת תיאורים של בכירים במשטרת ישראל לגבי התארגנות והיערכות שהיו במשטרה לקראת כניסתו של חוק המעצרים לתוקף ביוני 1997. במידה רבה משקפת הירידה של 30% בכמות המעצרים ציפייה לכך שהחוק יביא לשינוי מהותי במפת המעצרים בארץ והתארגנות בהתאם, אולם בשנת 1998, חודשים אחדים לאחר תחילת יישום חוק המעצרים ולאחר שהוראותיו הובאו למבחן בית-המשפט, עלה מספר המעצרים לצורך חקירה לרמה קרובה מאוד לרמת הבסיס בשנת 1996 (34,200 מעצרים). בשנת 1999 עלה מספר המעצרים לרמת שיא של 37,500 מעצרים. דגם ה-U הזה מלמד כי ככל שהייתה לחוק המעצרים מטרה להרחיב את הפיקוח השיפוטי על מנת להפסיק את ה"קלות הבלתי

34 בעניין זה נערכו בשנים שלאחר כניסתו לתוקף של חוק המעצרים שני מחקרים בבית-משפט השלום בתל-אביב. מחקר אחד נערך על-ידי האגודה לזכויות האזרח, והתבסס בעיקרו על תצפיות באולם המעצרים בבית-המשפט; ראו מ' אהרוני ללא עילה: יישום חוק המעצרים בידי המשטרה ובתי המשפט (האגודה לזכויות האזרח, 2000). המחקר השני נערך על-ידי והתבסס על ניתוח תוכני של פרוטוקולים מדיוני המעצר, תצפיות וראיונות עם עורכי-דין וטוענים משטרתיים; ראו H. Lernau "A Research Evaluation of the Israeli New Pretrial Detention Act" 35 *Isr. L. Rev.* (2003) 266. תמיכה במסקנה הכללית הזו ניתן למצוא גם בנתונים השוואתיים אשר פורסמו על-ידי מדור סטטיסטיקה של משטרת ישראל בשנים שלאחר כניסתו לתוקף של חוק המעצרים; ראו ד' גרבר-שגיב חוק המעצרים החדש: נתונים השוואתיים (מדור סטטיסטיקה משטרת ישראל, 1999); ד' גרבר-שגיב חוק המעצרים החדש: נתונים השוואתיים (מדור סטטיסטיקה משטרת ישראל, 2000) ובנתונים שפורסמו על-ידי מדור המחקר של הנהלת בתי-המשפט; השלכות התיקון בחוק המעצרים על תקופת המעצר (מד"ע – מחקר, דוחות, הערכה: הנהלת בתי-המשפט, 2000).

נסבלת של המעצר³⁵ בישראל, החוק לא השיג את מטרתו. למעט תקופת היערכות קצרה יחסית, לא הביא הפיקוח השיפוטי לידי צמצום בהיקף השימוש בסמכות המעצרים לצורך חקירה³⁶.

ג. הסדרת סמכות השחרור בתנאים מגבילים – פרק נפרד בחוק מסדיר את סמכות השחרור תוך הטלת ערבות וקביעת תנאי שחרור. החוק מקנה הן לקצין המשטרה הממונה על החקירה הן לבית-המשפט סמכות לשחרר עצור תוך קביעת תנאי שחרורו וערובה על-פי רשימה של תנאים מגבילים הקבועים בחוק. כן קובע החוק את סדרי הדין להגשת ערר על תנאי השחרור ואת התוצאות המשפטיות של הפרת התנאים³⁷.

ד. הסדרת סמכויות המשטרה במהלך החקירה כאשר החשוד נמצא במעצר – בהקשר זה החוק מסדיר כללים שהיו נהוגים עוד קודם, ללא עיגון פורמלי, באשר לצורת ביצוע המעצר, החובה להביא חשודים ללא דיחוי לתחנת המשטרה (למעט חריגים הקבועים בחוק) וביקורת פנימית בתחנת המשטרה (על-ידי קצין ממונה) על החלטת השוטף בשטח לעצור את החשוד, מיד עם הבאתו לתחנת המשטרה³⁸. בנוסף, קבועות בחוק הוראות אשר נועדו להבטיח שהחשוד יקבל מידע על זכויותיו המשפטיות ויוכל להיפגש עם עורך-דין ולקבל ייעוץ משפטי בסמוך ככל האפשר למעצרו. החוק קובע כי אדם שנעצר ללא צו שופט יובא ללא דיחוי לתחנת המשטרה, שם יפגוש בו קצין ממונה³⁹. הקצין הממונה נדרש לקרוא את דוח המעצר, לשמוע את טענות העצור ואת טענות עורך-דינו (אם נוכח במקום) ולהחליט אם אכן מתקיימת עילה למעצר. אם הקצין הממונה החליט לעצור את החשוד, מוטלת עליו החובה להסביר לעצור את זכותו שתימסר הודעה על מעצרו לאדם קרוב ולעורך-דין; את זכותו, במידה והוא מחוסר אמצעים כלכליים, להיות מיוצג על-ידי עורך-דין מטעם הסניגוריה הציבורית; את משך הזמן שניתן להחזיקו במעצר עד שישוחרר או עד שיובא לפני שופט⁴⁰.

35 הביטויים לקוחים מדבריו של חבר הכנסת דן מרידור בפרוטוקול ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ה-13 מיום 11.12.95. הרחבה והפניות נוספת לדיוני הוועדה ניתן למצוא בספרו של נוח (לעיל, הערה 29), עמ' 39 והלאה.

36 אציין כי התשובה הניתנת בדרך כלל לביקורת מסוג זה היא כי הגידול במספר המעצרים במהלך העשור האחרון משקף עלייה ברמת הפשיעה והפיכתה לפשיעה חמורה ואלימה יותר. בהיעדר כלים מהימנים למדידת רמות הפשיעה בישראל, קשה מאוד להעריך את הטענות הזו. בכל מקרה אין בטענה זו כדי להסביר את השינויים החדים שהיו במספר המעצרים בשנים 1997-1999.

37 סימן ו לחוק המעצרים, סעיפים 41-58.

38 שם, סימן ד, סעיפים 24-28.

39 על-פי סעיף 25 שם, הקצין הממונה הוא הקצין האחראי על החקירות בתחנה, בהיעדרו מפקד התחנה ובהיעדרו הקצין הממונה על התחנה.

40 שם, סעיפים 27, 28, 32 ו-33.

על-פי החוק יש לעצור זכות להיפגש עם עורך-דין ולקבל ייעוץ משפטי ללא דיחוי, למעט בנסיבות חריגות שבהן מוסמך הקצין הממונה (והוא בלבד) להורות על דחיית המפגש לשעות ספורות – וזאת רק בהחלטה מנומקת בכתב⁴¹.

הוראות אלו, שבבסיסן חובת המשטרה להעביר לעצור מידע ולאפשר לו נגישות מהירה לייעוץ משפטי, נועדו לאזן את מערך הכוחות בין המשטרה לבין החשוד. חלק גדול מהחשודים באים מאוכלוסיות חלשות, אינם מודעים לזכויותיהם ואינם יכולים לדרוש את מימושן. בשל כך קיימת חשיבות רבה להוראות החוק אשר מטילות על קצין משטרה את האחריות לספק לעצור מידע ולאפשר מפגש בינו לבין עורך-דין. בפועל, ברוב המקרים ההוראות האלו אינן ממומשות. בניגוד להוראות מפורשות של החוק, משטרת ישראל נוהגת לחקור את החשודים עוד לפני שהם נפגשים עם הקצין הממונה. לשיטת המשטרה, בשלב שבין הבאתו של החשוד לתחנת המשטרה ועד לתום החקירה הראשונה (שלב אשר יכול להימשך שעות אחדות), החשוד עדיין אינו נחשב באופן רשמי לעצור, ומכאן – לפי הנוהל הפנימי של משטרת ישראל – שהוא אינו זכאי להודיע על מעצרו, להיוועץ בעורך-דין או לקבל מידע על זכויותיו המשפטיות⁴². נוהג זה של המשטרה מבוסס על פרשנות מרחיבה מאוד (אשר להבנתי אין לה כל בסיס בלשון החוק) בדבר סמכות העיכוב, והוא נתמך בהנחיות המטה הארצי ולפיהן זמן חקירתם של עדים או של חשודים בתחנת המשטרה אינו עיכוב כמשמעותו בחוק המעצרים, ולכן אינו מובא בחשבון לצורך חישוב משך העיכוב⁴³. אשר לזכות לייצוג על-ידי הסניגוריה הציבורית וליידוע של הסניגוריה על רצונו של חשוד לקבל ייעוץ מטעם הסניגוריה ארחיב בהמשך, בחלק שבו אדון בזכות לייצוג ולייעוץ משפטי.

- 41 יש להבחין בין הזכות להיוועצות משפטית (הזכות להיפגש עם עורך-דין) לבין זכות הייצוג (הזכות שימונה לעצור עורך-דין מטעם הסניגוריה הציבורית). הזכות הראשונה עומדת לכל עצור, אשר זכאי לקיים קשר טלפוני עם עורך-הדין ולבקשו להגיע למתקן המעצר. הזכות השנייה תלויה במצבו הכלכלי של העצור ונרחיב עליה בהמשך.
- 42 בסוגיה חשובה זו פורסמו לאחרונה מאמרים אחדים; ראו: ג' דחוח, ש' מנחם "היוועצות בעורך דין בעת חקירה – זכות להלכה אך לא למעשה" התפרסם בשני חלקים: חלק א, הסניגור 107 (2006) 5; חלק ב, הסניגור 109 (2006) 5; "תירוש" "הזכות לייצוג משפטי בחקירה" – כללי הצייד במבחן המשפט המשווה" משפט וצבא 14 (תש"ס) 91.
- 43 פקודת המטא"ר 14.01.34 "עיכוב, מעצר ושחרור" (פורסמה בהודעת המטא"ר 1/03 (2.3.03)). במכתב שנשלח בחודש אפריל 2006 לפרקליט המדינה מטעם האגודה לזכויות האזרח בעניין זה נאמר: "...ויצא, שלא פעם שוהים חשודים בתחנת משטרה במשך שעות רבות עד מאוד (כמעוכבים, כנחקרים או אף כעצורים שטרם הובאו בפני הממונה על החקירה), מבלי שנמסרת להם הודעה על דבר זכותם להיוועץ בעורך-דין ו/או על זכותם לבקש ייצוג של סניגור ציבורי, ומבלי שמתאפשר בפועל לעורכי-דין להיפגש עימם ללא דיחוי". לעניין הזכויות המשפטיות של המעוכב ראו: א' גול "עיכוב לחקירה" ספר יצחק זמיר על משפט, ממשל וחברה (א' בנדור, י' דותן עורכים, 2005), 353 וכן מאמרו של ד' ארד-אילון "חקירה עד אין קץ" הסניגור 79 (2003) 5.

ה. תנאי מינימום להחזקת עצורים – תחום נוסף המוסדר בחוק המעצרים הוא קביעת תנאים בסיסיים לשמירה על בריאותם של עצורים ועל כבודם: אוורור, תאורה, הפרדה בין שטח המגורים לשטח השירותים, הספקתם של מיטה, מזרון ושמיכה, שעה של הליכה באוויר הפתוח ועוד⁴⁴. בשנים שחלפו מאז חקיקת חוק המעצרים נערכו שיפורים והתאמות במספר רב של מתקני כליאה בארץ, עם זאת דוחות שוטפים של הסניגוריה הציבורית, של האגודה לזכויות האזרח ושל לשכת עורכי-הדין מלמדים כי גם כיום חלק מבתי המעצר אינם ראויים לאכלוס, וכי גם מבין בתי המעצר ששופצו בעקבות הוראות החוק יש כאלו שעדיין אינם עומדים בתנאי המינימום הקבועים בחוק⁴⁵. מהדוחות עולה כי קיימת תופעה מתמשכת של אכלוס יתר במתקני המעצר, מה שגורם לצפיפות פיזית ולחוסר במיטות. בדוח האגודה לזכויות האזרח משנת 2003 נאמר כי בשל צפיפות יתר ומחסור במיטות, ישנים מדי יום כ-600 עצורים ואסירים על רצפת תאי הכליאה⁴⁶.

לשכת עורכי-הדין וארגון "רופאים לזכויות אדם" פעלו גם הם בנושא תנאי המעצר. במהלך השנים הוגשו לבית-המשפט העליון בשבתו כבג"ץ כמה עתירות באשר להפרות מתמשכות של תנאי המעצר. בנובמבר 1998 ניתנה החלטת ביניים בעתירה שהוגשה מטעם לשכת עורכי-הדין ואשר התמקדה בתנאים בבית המעצר במגרש הרוסים בירושלים. נטען כי במקום מוחזקים עצורים ללא מיטה ובית-המשפט התבקש להוציא צו האוסר להחזיק עצורים בניגוד להוראות החוק. עמדת הפרקליטות הייתה שאכן מדובר בהפרה של החוק, אך שהמדינה עושה מאמצים למצוא פתרונות לבעיית הצפיפות במתקני המעצר, ובכלל זה בניית אגף נוסף במגרש הרוסים והשלמת בניית בית מעצר בשרון. עוד נטען כי המשמעות המעשית של הוצאת צו כבקשת הלשכה תהא שהמשטרה תאלץ "להעביר את העצורים לבתי מעצר אחרים שאף בהם אין כיום די מיטות להחזקת כל העצורים". בהחלטתו הכיר בית-המשפט העליון במצוקה האובייקטיבית שהיא תוצאה של שנות הזנחה ארוכות, אך ציין כי אין הוא "יכול להשלים עם הפרה גלויה של החוק". למרות קביעה חד-משמעית זו, ניתנה החלטה מצומצמת מאוד בהיקפה הקובעת כי "לא יחזיקו במעצר בבית המעצר במגרש הרוסים כל עצור שאין לו מיטה". אמנם, החלטת בית-המשפט העליון הגנה על זכויות

44 ראו סעיף 9 לחוק המעצרים וכן תקנות סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) (תנאי החזקה במעצר), תשנ"ז-1997, ק"ת 664.

45 הסניגוריה הציבורית תנאי המעצר והמאסר במתקני המעצר של משטרת ישראל ובבתי הסוהר בישראל בשנת 2002 (2003); הסניגוריה הציבורית תנאי המעצר והמאסר במתקני המעצר של משטרת ישראל ובבתי הסוהר בישראל בשנת 2003 (2004).

46 האגודה לזכויות האזרח בישראל דו"ח זכויות האדם בישראל – 2003 (2003).

מינימליות של עצורים במגרש הרוסים, אך בה במידה היא העלימה עין מזכויות עצורים בכל מתקני המעצר האחרים.⁴⁷

שתי החלטות כלליות יותר ניתנו ביוני 2003⁴⁸. באחרונה מביניהן נקבע כי עצורים לא יוחזקו ללא מיטה בכל בתי המעצר בארץ, וכי תיאכפנה דרישות נוספות שעניינן תנאי החזקה של עצורים. ההחלטה ניתנה על סמך התחייבות השר לביטחון פנים כי משרדו ייערך בהתאם, ולשם כך נדחה מועד ביצועה לחודש יוני 2004⁴⁹. אין לזלזל בחשיבות החלטות אלו, אך יש גם מקום לביקורת כי על אף הוראות מפורשות בחוק המעצרים, תגובת בג"ץ לבעיה של תנאי המעצר הייתה איטית ומצומצמת, אף שמלכתחילה הקציב המחוקק זמן בין פרסום החוק לכניסתו לתוקף, לצורך התארגנות והתאמת מתקני המעצר.

מדוח הסניגוריה הציבורית לשנת 2005 בעניין תנאי המעצר עולה כי גם לאחר יוני 2004 ממשיכות הפרות שיטתיות של זכויות אדם בסיסיות במתקני המעצר. אמנם, בחלק גדול ממתקני המעצר שנבדקו הופסק הנוהג של הלנת עצורים על מזרון המונח על רצפת התא, אך נמצא כי בחלק ממתקני הכליאה מיושמות הוראות החוק והוראות בג"ץ באופן דווקני ומצומצם: בהיעדר הוראת חוק מפורשת המחייבת מיטה לכל אסיר, ניתנה הנחייה לבתי המעצר כי במצבים של לחץ וצפיפות ילינו על רצפת התא כלואים שהם בסטטוס של אסירים; באחד המתקנים נמצא כי אספקת המיטה לעצור היא רק לשעות הלילה, בניגוד לתפיסה שהמיטה מסמנת את תחום מרחב המחייב הפרטי של העצור וצריכה לשמש אותו לשימוש אישי גם במהלך שעות היום; נתגלו גם מקרים שבהם הוחזקו עצורים אשר נעצרו במהלך הלילה, כשהם כבולים בכניסה לבית המעצר או בחדרים חסרי מיטות למשך שעות ארוכות ללא תנאים מינימליים⁵⁰.

קשה להימנע מהתחושה כי בהקשר של תנאי מחייה מינימליים לעצורים, מעדיפות המשטרה ומערכת המשפט להעלים עין מהפרות מתמשכות של זכויות עצורים ולתמוך באינטרס הנותן כוחות ביצוע בידי המשטרה (מודל מיגור הפשיעה). אמנם, במהלך השנים השתנתה נקודת האיזון בין האינטרסים השונים וחוזקו זכויות העצורים (מודל ההליך התקין), אך השינוי הוא איטי ונעשה בעיקר בתגובה ללחצים ציבוריים ומשפטיים רבים ומתגברים. ההשתלשלות המשפטית שתוארה כאן מדגישה עד כמה יישום הוראות חוק, מפורשות ככל שיהיו, אינו מובן מאליו. ספק רב אם הוראות החוק היו מיושמות

47 בג"ץ 7082/97 הוועד המרכזי של לשכת עורכי הדין נ' השר לבטחון פנים, נבו – המאגר המשפטי הישראלי.

48 בג"ץ 5678/02 רופאים לזכויות אדם נ' השר לבטחון פנים (לא פורסם), ובג"ץ 1319/03 לשכת עורכי הדין נ' השר לבטחון פנים (לא פורסם) (להלן – בג"ץ לשכת עורכי הדין).

49 ראו בג"ץ לשכת עורכי הדין, שם.

50 הסניגוריה הציבורית תנאי המעצר והמאסר במתקני המעצר של משטרת ישראל ובבתי הסוהר בישראל בשנת 2004 (2005), 7-10.

ואם התנאים הפיזיים של העצורים היו משתפרים ללא הלחץ המתמשך והעקבי של לשכת עורכי-הדין, הסניגוריה הציבורית ועמותות חברתיות⁵¹.

2. האזנות סתר

חוק האזנת סתר מגדיר "האזנת סתר" כהאזנה לשיחת הזולת באמצעות מכשיר המאפשר קליטה או העתקה של תוכן השיחה, ללא הסכמה של אף אחד מבעלי השיחה. החוק מגדיר את פעולת ההאזנה, התקנת מכשיר האזנה או שימוש במידע שנאסף שלא כדין כעבירה פלילית שדינה עד 5 שנות מאסר. במהלך השנים, עם התפתחות הטכנולוגיה, הורחבה ההגדרה של המונח "שיחה" גם לתקשורת באמצעות מכונת פקס ולתקשורת בין מחשבים⁵². בית-המשפט העליון סייג את תחולת חוק האזנת סתר לקומוניקציה on line, והוציא ממסגרת החוק עיון בדואר אלקטרוני או מידע אחר האגור במחשב⁵³.

הערך החברתי שעליו מגן האיסור מפני האזנת סתר הוא ערך הפרטיות, עם זאת המחוקק הכיר בחשיבות של האזנות סתר למטרות ביטחון המדינה, לצורך מניעת עבירות ולגילוי עבריינים. בשנת 1995 תוקן חוק האזנת סתר ונוספו בו כללים אשר בדומה לחלק מהסדרים בחוק המעצרים, מרחיבים את הפיקוח השיפוטי על האזנות סתר המבוצעות על-ידי המשטרה ומגדירים את השיקולים שעל בית-המשפט לשקול בבואו לאשר או לשלול האזנת סתר. התיקון לחוק נועד להרחיב את ההגנה על פרטיותו ועל סוד שיחו של אדם, זכויות מהותיות אשר נקבעו בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. כיום נדרשת המשטרה להגיש בקשה להאזנת סתר בכתב לבית-המשפט המחוזי, ולקיים דיון בבקשה בנוכחות קצין משטרה בדרגת סגן ניצב ומעלה. על הבקשה להאזנת סתר להיות ממוקדת ולציין את זהות האדם ואת אמצעי הקשר או קו הטלפון שלגביהם

51 קיימת ספרות ענפה המנתחת תהליכים של יישום הוראות חוק תוך התייחסות למתח שבין המחוקק, הרשות המבצעת, NGOs ובתי-המשפט. לדוגמה: E. Bardach *The Implementation Game: What Happens After a Bill Becomes a Law* (1977); W.H. Clune "A Political Model of Implementation and Implications of the model for Public Policy, Research, and the Changing Roles of Law and Lawyers" 69 *Iowa L. Rev.* (1983) 47.

52 סעיפים 1 ו-2 לחוק האזנת סתר. תיקון לחוק התקבל ביום 4.4.05, פורסם בס"ח תשנ"ה 180.

53 א' פכטנר "האזנות סתר: המותר והאסור" (2004) <http://www.nfc.co.il/blog/Avraham/>. לאחרונה ניתנה בבית-המשפט המחוזי בתל-אביב החלטה, שלפיה הודעות דואר אלקטרוני המאופסנות על מחשב ספק השירות, כשלב מעבר לקליטתן במחשב האישי של הנמען, נמצאות בתהליך העברה לפני שהסתיימה ה"תקשורת בין המחשבים" והן בגדר המונח "שיחה" כהגדרתו על-פי חוק; ת"פ (ת"א) 40206/05 מדינת ישראל נ' פילוסוף, נבו – המאגר המשפטי הישראלי.

מתבקשת הבקשה. ההיתר לבצע האזנת סתר יכול להינתן על-ידי נשיא בית-משפט מחוזי או סגנו והוא ניתן לתקופה מוגבלת של עד שלושה חודשים בכל פעם⁵⁴. החוק מסמך את מפכ"ל המשטרה לאשר בכתב ביצוע האזנת סתר לזמן שלא יעלה על 48 שעות רק במקרים דחופים וחריגים ובכפוף לכך שהמפכ"ל יודיע על כך ליועץ המשפטי לממשלה⁵⁵.

אמצעי נוסף לפקח על מספר האזנות הסתר הוא דרישה ממפכ"ל המשטרה להעביר ליועץ המשפטי לממשלה מדי חודש דיווח על ההיתרים שניתנו על-ידי לביצוע האזנות סתר וכן הטלת חובה על השר לביטחון פנים לדווח אחת לשנה לוועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת על מספר הבקשות להאזנות סתר שהוגשו לבית-המשפט ועל מספר ההיתרים שניתנו⁵⁶.

אמצעי ייחודי נוסף, הוא הוראת החוק הקובעת כלל הפוסל את הקבילות המשפטית של ראיות שהושגו באמצעות האזנות סתר שבוצעו על-ידי המשטרה שלא על-פי דרישות החוק⁵⁷. כללי פסלות ראיות בגין מחדלים בפעולות חקירה של המשטרה כמעט ולא מצויים בשיטת המשפט הישראלית. כללי פסילה נחשבים לאמצעים אפקטיביים כדי להבטיח שהרשות המבצעת לא תחרוג מהסמכויות הניתנות לה על-פי חוק. על אף הרחבת סמכויות הפיקוח, ממשיך נושא האזנות הסתר לעלות תכופות לכותרות, בייחוד בעקבות ביקורת של אנשי ציבור וחברי כנסת שמצאו עצמם במצב שבו נפגעה פרטיותם ופרטיות בני משפחותיהם כתוצאה מהשימוש שעושה המשטרה בכלי זה⁵⁸.

דוח מבקר המדינה לשנת 2003 בדק מדגם של האזנות סתר שבוצעו על-ידי המשטרה בשנים 2001 ו-2002. על-פי הדוח, בשנת 2001 קיבלה המשטרה כ-1,300 היתרים לביצוע האזנות סתר ובשנת 2002 כ-1,100 היתרים. ממצאי מבקר המדינה מעלים נתונים חמורים על שימוש לא מבוקר בכלי חקירה זה וניצולו לאיסוף מידע מודיעיני כללי, להבדיל ממידע ממוקד על העבירה הספציפית בגינה מתבקש ההיתר. נמצא כי בכ-48% מהתיקים שנבדקו נמצאו תמלילים או תקצירים של שיחות אשר במהותן הן שיחות חולין העוסקות בנושאים אישיים ואינטימיים ותמלולן פוגע בפרטיות הדוברים. בהקשר לתמלול השיחות ורישום תקצירן, פעלו חוקרי המשטרה בניגוד

54 סעיף 6 לחוק האזנת סתר.

55 שם, סעיף 7.

56 שם, סעיפים 6(1) ו-6(2).

57 שם, סעיף 13.

58 אביגדור קהלני, לשעבר השר לביטחון פנים, ואביגדור ליכמן היו מהבולטים שדיברו נגד השימוש שעושה המשטרה בהאזנות סתר. פרשה ציבורית נוספת הייתה קשורה לניצב משה מזרחי, ראש אגף החקירות של המשטרה, אשר נחשד במתן הנחיות לביצוע האזנות סתר ולתמלול ורישום שיחות של אנשי ציבור בניגוד להוראות בית-המשפט ולהנחיות המשטרה.

להנחיות פנימיות של המשטרה ובכך-20% מהתיקים פעלו בניגוד להגבלות וסייגים מפורשים שנקבעו על-ידי בית-המשפט בשעה שניתן ההיתר לביצוע האזנת הסתר. נתוני הדוח מלמדים כי רק מיעוט מהאזנות הסתר שבוצעו (12.5% ביחידות המחוזיות ו-45% ביחידות הארציות) השיגו את היעד אשר לשמו התבקשה האזנה. עוד התרשם מבקר המדינה כי הבקשות לביצוע האזנות סתר שהמשטרה מגישה לבית-המשפט הן גורפות וכלליות, וכי חסר בהן פירוט של העבירה המצדיקה את האזנה, האדם שלשיחותיו מבקשים להאזין (להבדיל מהאזנה לקו טלפון) ותיחום משך הזמן להאזנה⁵⁹. אף שמבקר המדינה אינו מתייחס לתפקידו של בית-המשפט באישור בקשות המשטרה, נדמה כי הביקורת כנגד בקשות גורפות מדי משמיעה גם ביקורת על העובדה שהשופטים (נשיאי בתי-המשפט המחוזיים) אינם מקפידים די עם המשטרה⁶⁰.

3. זכות השתיקה ואזהרת מירנדה

זכות השתיקה של חשודים היא זכות עתיקת יומין בשיטת המשפט המקובל וככל הנראה הידועה ביותר מבין זכויות החשודים והנאשמים במשפט האנגלו-אמריקני. המקור ההיסטורי של זכות השתיקה שנוי במחלוקת, אף שמוסכם על חוקרים שזכות השתיקה התפתחה באנגליה כתגובת נגד לשימוש בעינויי גוף ולהטלת טרור נפשי שהיו חלק מרכזי מהליך החקירה והמשפט בארצות יבשת אירופה במהלך ימי הביניים ובתחילת תקופת ההשכלה⁶¹. אם אכן זכות השתיקה התפתחה באופן היסטורי כהגנה על

59 מבקר המדינה הדו"ח השנתי 2003 – לשנת 2003 ולחשבונית שנת כספים 2002 (2004). במסמך שהוגש לוועדת חוקה, חוק ומשפט מטעם מרכז מידע ומחקר של הכנסת ב-17 בדצמבר 2001, נערכה השוואה בהיקף השימוש בכלי האזנת סתר באנגליה, אוסטרליה, ארצות-הברית וישראל. המסמך קובע כי "...היחס בין מספר האזנות הפליליות בישראל לבין גודל האוכלוסיה הוא חריג בהשוואה למדינות אחרות"; ראו הכנסת – מרכז מחקר ומידע האזנות סתר – מחקר משווה (2001).

60 הדים לביקורת על בתי-המשפט כערכאת פיקוח ניתן למצוא בדברים של חבר הכנסת יולי אדלשטיין בדיון שנערך בוועדה לענייני ביקורת המדינה בכנסת ביום 17.5.04: "...גם ההזדהות שלנו בכנסת עם השוטרים שמנהלים, בלי מירכאות, מאבק קשה בפשיעה היא הזדהות מאוד עמוקה, אחרת לא היינו מגיעים לדיון הזה וגם מבקר המדינה המכובד לא היה מגיע לכתוב את הדוח הזה. [...] אני בא בטענות קודם כל לאלה שהיו צריכים לפקח. עם כל הכבוד לזה שאנחנו מדברים רק על האזנה לשיחות של חצי אחוז מכלל הפשיעה, הרי מצד שני למעלה מ-90% מהבקשות של המשטרה מאושרות בבית-המשפט. אפשר לומר שזה הודות לעבודה המדויקת שעשתה המשטרה לפני זה, אבל אפשר גם לומר שחלק מאותם אישורים שהתקבלו אף פעם לא בוצעו. יש גם מציאות כזאת. כנראה שהאישור ניתן ולאחר מכן הסתבר שאפשר גם בלי" (ראו פרוטוקול ישיבה מס' 87 של הוועדה לביקורת המדינה, הכנסת ה-16, 17.5.04).

61 השימוש בעינויים בארצות אירופה נעשה כחלק מתפיסה דתית שלפיה הודאה באשמה היא צעד הכרחי לקראת גאולת הנפש, ולוודא בתפיסה שאין הבחנה דיכוטומית ברורה בין אשם

חשודים ונאשמים מפני עינויי האינקוויזיציה, הרי שההצדקה להמשך קיומה של הזכות כיום ברורה פחות⁶². בהקשר הזה ידועה ומצוטטת רבות אמרתו של ג'רמי בנטהם משנת 1825 כי זכות השתיקה היא זכות של גנבים, וכי החפים מפשע מבקשים לדבר בעוד האשמים הם אלו שמבקשים להסתתר בצילה של זכות השתיקה⁶³.

בשיטות משפט שבהן מוכרת זכות השתיקה קיימת דרישה להזהיר את החשוד בדבר אופי החשדות נגדו וליידע אותו על זכויותיו, כולל זכותו שלא להפליל את עצמו במהלך החקירה. זוהי ה"אזהרה" ומכאן גם הביטוי "נחקר תחת אזהרה" שמשמעו שהאדם נחקר כחשוד (ולא כעד), וכי הוא הוזהר לגבי המשמעות המשפטית של החלטתו למסור את גרסתו או לשמור על זכות השתיקה⁶⁴. בלי להרחיב בנושא זה, ניתן לציין שההצדקות לקיומה של זכות השתיקה נשענות על תפיסת יסוד שלפיה חובת המדינה להציג ראיות כנגד אדם קודמת לדרישה ממנו להצטדק ולהצדיק את מעשיו (הצדקה שביסודה ערך הפרטיות), ועל הרצון לספק לנחקר "מרחב הגנה" בתוך הסיטואציה המאיימת של החקירה. על אף הצדקות אלה, במהלך השנים הולך ונחלש מעמדה של הזכות ובשיטות משפט שונות, כולל בישראל, נקבע מחיר ראייתי לבחירתו של חשוד לשתוק במהלך החקירה והמשפט⁶⁵.

מחקרים רבים מלמדים כי הערך הסימבולי של זכות השתיקה גבוה מערכה הממשית. נתונים חוזרים מראים כי רוב רובם של החשודים והנאשמים מדברים במהלך החקירה

לחפות. מכאן, שעצם החשדות כלפי אדם מלמד על אשם חלקי שלו ומצדיק שימוש באמצעים שיש בהם אלמנט עונשי. הסבר נוסף לשימוש בעינויים מתבסס על דיני הראיות אשר נתנו מעמד בכורה להודאת נאשם ואשר הקשו מאוד על הרשעה ללא הודאה. במאמר מרתק של Langbein הוא משווה בין התפקיד הפונקציונלי של עינויי הגוף שנערכו על-ידי האינקוויזיציה במשפט הקונטיננטלי עד למאה השמונה עשרה לבין התפקיד הפונקציונלי שאותו ממלאים הסדרי הטיעון בשיטת המשפט האדוורסרית כיום; J. Langbein "Torture and Plea Bargaining" 46 *U. Chi. L. Rev.* (1978) 3

F. McElree, K. Starmer "The Right to Silence" *Justice in Error* (C. Walker, K. Starmer eds., 1993) 58

להרחבה ולרקע על זכות השתיקה, כולל רקע היסטורי, משפט משווה וביקורת על ההסדר בכריטיניה שממנו שאב המחוקק הישראלי השראה ראו E. Skinnider, F. Gordon "The Right to Silence – International Norms and Domestic Realities (Paper presented to The International Center for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy" (2001) <http://www.icclr.law.ubc.ca/Publications/Reports/Silence-BeijingfinalOct15.PDF>

האזהרה ידועה בכינויה "אזהרת מירנדה" על שם פסק-הדין של בית-המשפט העליון בארצות-הברית אשר קבע כי חקירת חשוד ללא אזהרה היא פגיעה בזכויות חוקתיות שתוצאותיה פסילת ההודאה שנגבתה מלשמש ראייה קבילה בבית-המשפט; *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966)

G.W. O'Reilly "England Limits the Right to Silence and Moves Towards an Inquisitorial System of Justice" 85 *J. Cri. L. & Crim.* (1994) 402

והמשפט, מוסרים גרסה ופעמים רבות קושרים עצמם לעבירות המיוחסות להם ואף מודים בבית-המשפט⁶⁶. במחקר שהוזמן עבור הוועדה המלכותית על ההליך הפלילי בבריטניה, סקר Roger Leng ממצאים המראים שזכות השתיקה נשמרת רק על-ידי אחוז קטן מאוד של חשודים (רוב המחקרים המצוטטים מעריכים שרק כ-4% מהחשודים שומרים על זכות השתיקה, אף שקיימים מחקרים שמדווחים כי 23% מהחשודים שומרים על זכות השתיקה לפחות במהלך חלק משלבי החקירה). לנג עצמו מצא שרק 4.5% מהחשודים שנבדקו במחקר שמרו על זכות השתיקה⁶⁷. נדמה כי הדימוי הרווח, ולפיו חשוד שומר על שתיקתו ולאחר מכן עושה ככל יכולתו כדי להתמודד עם הראיות שמציגה התביעה, אינו מחזה כה שכיח במציאות.

כמו כללים רבים אחרים, זכות השתיקה והאזהרה נכנסו לשיטת המשפט הישראלית דרך הדין המנדטורי אשר נסמך על "תקנות השופטים" באנגליה. בית-המשפט בארץ לא ראה ב"תקנות השופטים" דין מחייב וקבע כי היעדר אזהרה לא יוביל בהכרח לפסילת ההודאה כראיה. למעשה, עד חקיקת חוק המעצרים לא היה לזכות השתיקה ולאזהרה שבצדה בסיס פורמלי בחוק הכתוב. כיום קובע חוק המעצרים חובת אזהרה, אף שהיא אינה מתייחסת לחקירת החשוד אלא לאפשרות הניתנת לחשוד להגיב טרם שיחליט הקצין הממונה על מעצרו⁶⁸. בפועל, האזהרה היא חלק מטופס גביית עדות מחשודים וחקירי המשטרה נוהגים להקריאה לחשודים לפני חקירתם:

"אין את/אתה חייב/ת לומר דבר; כל דבר שתאמרי/ עשוי לשמש ראיה נגדך; הימנעות מלהשיב לשאלות עשויה לחזק את הראיות נגדך."

מנוסח האזהרה עולים דברים אחדים: ראשית, זכות השתיקה נקבעה כזכות מסויגת אשר בצדה כלל שלפיו ניתן להסיק מסקנות אדורסריות כנגד החשוד השותק. שנית, הסייג שנקבע לזכות השתיקה משקף את ההנחה באמרתו הידועה של בנטהם ולפיה שתיקת החשוד מלמדת על אשמתו. יותר מכך, לשון האזהרה חושפת קיומה של מעין "חזקת אשם" ומסתרת בה הנחה עובדתית סמויה שדבריו של החשוד יתמכו בחשדות

G.C. Thomas, R.A. Leo "The effects of *Miranda v. Arizona* Embedded in our national culture?" in *Crime and Justice: A Review of Research* (M. Tonry ed., 2002) 203.

R. Leng *The Right to Silence in Police Interrogation: A Study of Some of the Issues Underlying the Debate* (Report Prepared for the Royal Commission on Criminal Justice, London, 1993). עם זאת בארצות-הברית, שבה, בניגוד לאנגליה, לא ניתן להסיק מסקנות מפלילות לחובת הנאשם בשל שימוש בזכות השתיקה, שיעור החשודים השותקים הוא גבוה יותר. מחקרים שונים מציינים את הנתון של כ-16%.

68 סעיף 28(א) לחוק המעצרים.

נגדו⁶⁹. רביעית, ספק רב אם אדם מן הישוב, ללא ידע במשפט הפלילי, יכול להבין את נוסח האזהרה ואת המשמעויות המשפטיות של שתיתו. ההבנה קשה בייחוד כאשר האזהרה נקראת באוזניו של חשוד בשעה שהוא נסער מהחשדות נגדו, מצוי במצב רגשי של לחץ וחוסר ודאות וחושש מפני מעצר אפשרי והשלכותיו. מכאן החשיבות הרבה שיש למפגש בין החשוד לעורך-דין, אשר יבהיר לו את זכויותיו החוקיות ואת המשמעות המשפטית שלהן, יעזור לחשוד להבין את המצב שבו הוא מצוי וייעץ לו בדבר הדרך שבה כדאי לו לנהוג⁷⁰.

4. הקמת הסניגוריה הציבורית והזכאות לייצוג

הקמת הסניגוריה הציבורית והרחבת הזכות לייצוג עצורים היא אחד התוצרים של האווירה הליברלית בחקיקה הפלילית בשנות התשעים. הסניגוריה הציבורית הוקמה בשנת 1995 כגוף בתוך משרד המשפטים האמון על מתן ייצוג בהליכים פליליים לזכאים לפי החוק⁷¹. בדומה לפרקליטות, הסניגוריה בנויה מחמישה מחוזות (הקמת המחוזות הייתה הדרגתית והמחוז האחרון, מחוז צפון, הוקם בינואר 1999) ומחלקה ארצית אשר אמונה על גיבוש מדיניות ועל ייצוג בערעורים לפני בית-המשפט העליון. מבנה הסניגוריה מבוסס על קבוצה קטנה יחסית של עורכי-דין שהם עובדי מדינה, תוך הפניית רוב רובה של עבודת הייצוג לעורכי-דין פרטיים חיצוניים, הפועלים מטעם הסניגוריה ומקבלים שכר טרחה בהתאם לכמות ולסוג התיקים הפליליים שבהם הם מייצגים⁷². הסניגוריה הציבורית אחראית לבחירת עורכי-הדין ולהכשרתם, לניתוב התיקים ולפיקוח על עבודת עורכי-הדין המייצגים מטעמה.

בשנת 1998 נקבעה זכאות לייצוג חשודים הנתונים במעצר בהתאם לקריטריונים כלכליים. בניגוד לנאשמים, עצורים זכאים לייצוג ללא תלות בחומרת העבירה המיוחסת להם⁷³.

69 להבדיל מנוסח אשר ממנו עולה שהחשוד אינו חייב לומר דבר, אך המשטרה מתחייבת לבדוק ולנסות לאמת מידע שהוא ימסור ושיכול לסייע לו להזים את החשדות נגדו.

70 חלק מהמחקרים מצביעים על כך שייעוץ משפטי בטרם חקירה מעלה את השימוש בזכות השתיקה; M. McConville, J. Hodgson *Custodial Legal Advice and the Right to Silence* (Report Prepared for the Royal Commission on Criminal Justice, London, 1992).

71 חוק הסניגוריה הציבורית, תשנ"ו-1996, ס"ח 8.

72 ד' מרשק-מרום "עיצוב דגם לסניגוריה ציבורית ישראלית" פלילים ד (1994) 311.

73 תקנות הסניגוריה הציבורית (ייצוג עצורים מחוסרי אמצעים), תשנ"ח-1998, ק"ת 1096. התקנות הוחלו במחוזות השונים בצורה הדרגתית. בנובמבר 2002 הוחלו התקנות במחוז חיפה.

הזכות לליווי משפטי ולייעוץ בשלב החקירה נחשבת לזכות יסוד של העצור אשר נועדה, בין היתר, להגן עליו מפני פגיעה בזכויות משפטיות אחרות שלו. זכות זו מוכרת ומוסדרת על-ידי אמנות ופורומים בין-לאומיים רבים, אשר הכירו בחשיבותו של ייצוג אפקטיבי ובקשר שבין מתן מעמד לסניגור במהלך החקירה לבין הזכות להליך תקין ואמינות החקירה⁷⁴. זוהי, בלשונו של נשיא בית-המשפט העליון, השופט ברק, "זכות בעלת אופי חוקתי. היא אחד הביטויים לזכויות האדם של העציר. היא מבטאת 'עיקרון גדול' של סדר דין פלילי במדינה דמוקרטית"⁷⁵. סניגור מיומן יסביר ללקוחו את הליכי החקירה וההליכים המשפטיים המתקיימים נגדו, ידע אותו בדבר זכויותיו, יסייע לו לשקול את מכלול הנסיבות שבהן הוא נתון, ייעץ לו כיצד לנהוג ויסביר לו את המשמעות המשפטית של החלטותיו. בנוסף, סניגור המלווה חשוד בשלב החקירה משמש אווץ לתלונותיו על דרך ניהול החקירה והוא יכול לפעול על מנת לברר תלונותיו ולהבטיח שיישמרו זכויות החשוד על-פי חוק. בנוסף לכל אלו, יכול הסניגור להיות עבור העצור מקור לתמיכה פסיכולוגית במצב הקשה של המעצר.

בדומה לזכויות אחרות הניתנות לחשודים, נדמה כי גם כאן קיים מתח בין האפשרות שהמפגש עם עורך-הדין יחזק ויעצים את העצור לבין האינטרס להגביר את יעילות החקירה המשטרית, תוך שמירה על חולשתו היחסית של העצור בסיטואציה של מעצר ותחקור. כאמור, פרשנות דווקנית ומצמצמת של המשטרה גורסת שהזכות להיוועצות עם עורך-דין קמה רק לאחר החקירה הראשונית (שבה החשוד נמצא במעמד של מעוכב בלי שזמן החקירה יובא בחשבון לצורך מגבלות הזמן על סמכות העיכוב), עם מעצרו של החשוד⁷⁶.

מחקר שערכה הסניגוריה הציבורית מלמד כי פגיעה בזכות ההיוועצות של חשודים לפני חקירה אינה בבחינת חריג, אלא כלל נהוג בחקירות המשטרה. מנתוני המחקר עולה כי רק למחצית מהעצורים נמסרה הודעה על זכותם להיוועץ עם עורך-דין; מבין אלו שנמסרה להם הודעה, רק כ-40% קיבלו את המידע לפני תום החקירה. גם כאשר החשוד ביקש ייצוג מטעם הסניגוריה הציבורית, הבקשה הועברה למשרדי הסניגוריה רק ב-50% מהמקרים וגם זה באיחור רב. למעשה, רק ב-2 מתוך 220 התיקים שנבדקו, פעלה המשטרה בצורה המאפשרת מתן ייעוץ משפטי אפקטיבי, בטרם חקירתו הראשונית של החשוד (ניתנה לעצור הודעה על זכות הייצוג ובקשת העצור לייצוג הועברה למשרדי הסניגוריה הציבורית במהלך השעתיים הראשונות למעצרו)⁷⁷. התוצאה היא שנוהלי

United Nations Center for Human Rights *Human Rights and Pre-trial Detention – A Handbook of International Standards Relating to Pre-trial Detention* (1994) 74

בג"ץ 6302/92 רומחיה נ' משטרת ישראל, פ"ד מז(1) 209. 75

ראו לעיל, הערות 42-43 והטקסט הנלווה אליהן. 76

הנתונים לקוחים מדוח של הסניגוריה הציבורית שנכתב במרץ 2003 וממחקר אשר הוצג על-ידי הסניגוריה הציבורית בטיעוניה כ"ידיד בית-המשפט" בע"פ 5121/98 יששכרוב נ' 77

עבודה של גופי החקירה במשטרה גורמים בפועל לפגיעה בזכויות יסוד של עצורים המפורטות ומפורשות בחוק המעצרים. הפגיעה נעשית בעיקר באותם העצורים המגיעים מרקע אישי וחברתי דל יחסית, ונדמה כי נוצרת חלוקה בין חשודים ועצורים המודעים לזכויותיהם ויכולים להיעזר בעורך-דין לבין עצורים וחשודים (שהם הרוב) שאינם ערים לזכויותיהם ושאינם בידם די ממון או הון אישי שמאפשר להם לעמוד על כך שזכויותיהם ימומשו.

כדומה לדיון על תנאי המעצר, גם השאלה בדבר יידוע עצורים על זכותם להיוועץ בעורך-דין (ועל זכותם להיות מיוצגים על-ידי עורך-דין מטעם הסניגוריה הציבורית) עמדה לפתחו של בית-המשפט העליון במשך שנים ארוכות, במסגרת ערעור פלילי על החלטת בית-המשפט הצבאי לערעורים. בפרשה זו נדון עניינו של חייל אשר נחקר במשטרה הצבאית בגין עבירות סמים קלות יחסית. החקירה התבצעה תוך פגיעה מודעת ומכוונת בזכותו להיוועץ עם עורך-דין, בניגוד לחוק ולהנחיות. בית-המשפט העליון, במושב תשעה, קבע כי אי-חוקקיות הדרך שבה נאספות ראיות עלולה להוביל לפסילתן והוא אף פסל את ההודאה שנגבתה מהחייל וזיכה אותו, אף שלא הייתה מחלוקת לגבי אמינותה ואמיתותה של ההודאה. בפסק-דין מקיף ועקרוני, יצר בית-המשפט העליון לראשונה בישראל כלל פסיקתי לפסילת ראיות אשר הושגו שלא כדין ותוך הפרה של הוראות חוק, תקנות או נוהלים מחייבים, כולל פגיעה בזכויות חשודים ונאשמים המביאה לפגיעה בזכות של נאשם להליך הוגן. בין יתר הזכויות בהליך פלילי הוגן, אשר בית-המשפט מונה כזכויות שהוכרו בשיטות משפט אחרות, נזכרות "הזכות של נאשם לדעת מדוע נעצר ובמה הוא מואשם, הזכות להיות מיוצג על-ידי עורך-דין, הזכות להיות נוכח במשפט, הזכות למשפט פומבי על-ידי ערכאה בלתי תלויה וניטראלית והזכות להתגונן במשפט ולהציג ראיות רלוונטיות"⁷⁸. הפוטנציאל החדשני שבהלכת יששכרוב הוא רחב מאוד, ובכוחה לסייע במיגור נורמות שליליות של אי-לגליזם במערכת אכיפת החוק הישראלית, עם זאת מימושו תלוי בצורה שבה יופעלו מבחני הפסילה, המבוססים על איזונים בין אינטרסים שונים, על-ידי בתי-המשפט⁷⁹.

התובע הצבאי הראשי, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 4.5.06) (להלן – עניין יששכרוב). חלק מהממצאים סוכמו בדוח של הסניגוריה; ראו א' קנצפולסקי דו"ח בקשר לאופן קיום הוראות החוק והנחיות מח"ק הנוגעות לחובת המשטרה ליידע עצורים על זכותם לבקש סניגור ציבורי ולהעביר את בקשתם לסניגוריה הציבורית (פרסום הסניגוריה הציבורית, 2004).

78 עניין יששכרוב, שם, פסקה 66 להחלטתה של כבוד השופטת ביניש.

79 במקום אחר הבעתי עמדה שלפיה הדרך להבטיח שהלכת יששכרוב תביא לשינוי משמעותי במשפט היא באמצעות אימוץ קריאה של ההלכה בהקשר חברתי רחב, תוך התייחסות לנורמות שליליות בתרבות הארגונית של המשטרה ובתרבות המשפטית בארץ; ראו ח' לרנאו, א' קנצפולסקי "אף על פי כן נוע תנוע" הסניגור 116 (2006) 5.

ד. סיכום: יישום מבחין

המאמר נפתח בתיאור המתח בין ערכים העומדים ביסוד אינטרס מיגור הפשיעה לבין ערכים העומדים ביסוד אינטרס ההליך התקין, המגנים על זכויות חשודים ונאשמים. מתח זה מצוי בלב לבו של המשפט הפלילי והוא מעצב את החקיקה ואת הפסיקה הנוגעות להליך הפלילי בכלל ולשלבי החקירה בפרט. המתח המתואר מתגלה בשיח המשפטי כאשר בוחנים הסדרים חוקיים וכאשר בוחנים את הרטוריקה של החלטות שיפוטיות. בהמשך המאמר סקרתי התפתחויות בחקיקה הישראלית בדבר זכויות חשודים ואת החוקים המרכזיים המבססים את כוחות החקירה של המשטרה, אך גם תוחמים אותם. לצד תיאור ההסדרים החוקיים נסקרו, ככל שניתן, נתונים מבדיקות ומחקרים אמפיריים. התמונה המתקבלת היא שפעמים רבות קיים פער בין הוראות החוק לעניין הזכויות הבסיסיות של חשודים ועצורים לבין יישומן במציאות. כך לגבי זכויות בסיסיות כמו התנאים הפיזיים שבהם מוחזקים עצורים והזכות להיוועץ עם עורך־דין; כך לעניין המגבלות שמטיל חוק האזנת סתר על חקירות המשטרה וכך גם לעניין ההשפעה המוגבלת שהייתה לחוק המעצרים על היקף המעצרים בארץ.

הטענה הראשונה שביקשתי לבסס במאמר היא שהוראות החוק המגנות על זכויות חשודים ועצורים מיושמות באופן צר וחלקי, תוך הפרת חלק מההוראות וניסיון לדבוק בפרשנות דווקנית ומצמצמת להוראות אחרות. זהו המישור הראשון שעליו מבוסס המושג "יישום מבחין". אני מודעת לכך שחלק הארי של הנתונים שהוצגו כדי לתמוך בתזה שאותה אני מעלה לקוח ממחקרי שטח שנערכו על-ידי גופים שהם בעלי עניין: הסניגוריה הציבורית או האגודה לזכויות האזרח, אך ההסתמכות על מחקרים אלו היא הכרח הנובע מכך שהמחקר האמפירי האקדמי על מערכת אכיפת החוק בארץ עדיין אינו מפותח דיו. כן חשוב לציין שגם בדיקות אמפיריות ומחקרים בלתי תלויים מצביעים על מגמה דומה. כך מחקריו של מבקר המדינה שצוטטו במאמר וכך גם מחקרים אקדמיים אודות יישום הוראות חוק בדבר זכויות עצורים שנערכו במקומות אחרים בעולם⁸⁰.

80 בעקבות חקיקת ה-PACE [Police and Criminal Evidence Act] באנגליה, ערך ה-Home Office שורה של מחקרים שנועדו לבחון את הדרך שבה יושמו הוראות החוק בפועל; D. Brown *Detention at the Police Station under the Police and Criminal Evidence Act 1984* (Home Office Research Study No. 104., HMSO, 1989); D. Brown, T. Ellis, K. Larcombe *Changing the Code: Police Detention Under the Revised PACE Codes of Practice* (HMSO, 1992); K. Bottomley, C. Coleman, D. Dixon, M. Gill, D. Wall *The Impact of Aspects of the Police and Criminal Evidence Act 1984 on Policing in a Force in the North of England* (Final report to ESRC, Unpublished, 1989); A. Sanders, L. Bridges "Access to Legal Advice and Police Malpractice" *Crim. L. Rev.* (1990) 494; M. McConville, A. Sanders, R. Leng *The Case for the Prosecution: Police Suspects and the Construction of Criminality* (1991).

ההסבר ליישום החלקי של הוראות החוק צריך, להבנתי, להתמודד עם שלוש הבחנות העולות מתיאור הנתונים: ההבחנה הראשונה היא שנדמה שצריך לחשוב על "היישום המבחין" כתופעה וכדפוס של התנהגות מערכתית, להבדיל ממצבור של כשלים נקודתיים. הבחנה שנייה, פשוטה יחסית, היא שהמשטרה, שהיא הרשות האמונה על ביצוע חקירות, נוטה להפעיל באופן רחב הוראות חוק התואמות את מטרותיה וערכיה הארגוניים (חשיפת עבריינות ומלחמה בפשיעה) ושואפת לצמצם ככל האפשר את הפרשנות וההשפעה של הוראות חוק המכרסמות בסמכויותיה וביעדיה המקצועיים. ההבחנה השלישית מתייחסת לתפקיד של בתי-המשפט כגורם אשר במקרים רבים נדרש לפקח על יישום הוראות החוק. הסקירה שהובאה כאן מגלה נטייה של בתי-המשפט (בערכאות השונות) להגיב במידה רבה של סבלנות ומתינות שעה שנפגעות זכויות חשודים ועצורים. הפיקוח הסבלני מתגלה בשנים הרבות שבהן נמנע בית-המשפט העליון מקביעת הלכה מפורשת אשר תגן על עצורים מהחזקתם בתנאים לא הומניטריים או הלכה שתקבע נפקות משפטית לפגיעה בזכויות יסוד של חשודים בעת החקירה; הוא מתגלה בין השורות גם בדוח מבקר המדינה החושף חוסר הקפדה של בתי-המשפט המחוזיים לגבי מילוי הוראות החוק המתייחסות לבקשות להאזנות סתר; הוא מתגלה בעובדה שהפיקוח המשפטי הקבוע בחוק המעצרים לא הביא לידי צמצום בשימוש בכלי של מעצרים לצורך חקירה.

שלוש ההבחנות הללו מלמדות כי נדרש הסבר היכול לתת מענה רחב וכללי לתופעה שאותה אני מכנה "יישום מבחין", וכי לא די בהסברים המבוססים על נסיבות ספציפיות המסבירות הפרה מסוימת של הוראת חוק יחידה. מכאן, שאין די בהסברים התולים את אי-יישום הוראות החוק הנוגעות לזכויות חשודים באישיותו או בערכיו של השוטר המבצע, בחיסרון במשאבים או בצורך בתקופת ביניים עד שהמערכת תסתגל לחוק חדש. אני סבורה כי התפיסה של הרברט פאקר בדבר קיומם של שני מודלים מתנגשים המעצבים את ההליך הפלילי יכולה לשמש כבסיס טוב להסביר את הפרקטיקה של מערכת המשפט הפלילי. המתח בין מודל מיגור הפשיעה למודל ההליך התקין ניכר גם בפערים בין ההסדרים הקבועים בהוראות החוק לבין יישומם בפועל. נקודת האיזון שבחר המחוקק בין המודלים המנוגדים היא שונה מזו המתגבשת במציאות בשטח. הממצאים האמפיריים מגלים כי בהיעדר לחצים מתמשכים מצד גורמים חיצוניים הדואגים לזכויות חשודים, המציאות היום-יומית של חקירות ומעצרים מושפעת בייחוד מאינטרס מיגור הפשיעה. זה האינטרס שעומד בבסיס התרבות הארגונית של המשטרה וזהו גם האינטרס אשר גורם לבית-המשפט להסכין להפרות מתמשכות של זכויות חשודים.

הנקודה האחרונה שעליה ברצוני להצביע נוגעת למישור התוצאתי, שהוא המישור השלישי שאותו המונח "יישום מבחין" מבקש להבהיר. אני סבורה שכדי להבין את ההשפעה של "היישום המבחין" על המציאות החברתית, לא די להסתמך על המסגרת התאורטית של פאקר. המודלים של פאקר מסבירים את היסוד הערכי של התנהגות

המשטרה ובתי המשפט שעה שהם מעניקים מעמד משני להוראות החוק המגנות על זכויות חשודים ועצורים, אך כפי שראינו, המשטרה היא רק צד אחד בבנייה של המציאות בחדרי החקירות ובתאי המעצר, מציאות המושפעת גם מלחצים שמפעילים גופים המבקשים להרחיב ולבסס את זכויות החשודים. הדוגמה של ההטבה בתנאי המעצר מראה כיצד לחץ מתמשך של מוסדות וארגונים חברתיים יכול להשפיע ולהביא ליישום מלא יותר של החוק. כלומר, הנטייה של המשטרה לצמצם בזכויות החשודים מוסתת בהתאם ליכולת של החשודים, באי-כוחם או ארגונים חיצוניים לדרוש את קיום הזכויות. במילים אחרות, אם במציאות היום-יומית של חדרי החקירות, המשטרה ובתי המשפט לא מקפידים להעניק את הזכויות החוקיות לכל החשודים, אזי נוצר מצב שבו הזכויות הללו ניתנות רק לאותם החשודים המודעים להן והיכולים לדרוש את מימושן. הדרישה לממש זכויות של חשודים ועצורים יכולה להיעשות ברמה החברתית על-ידי ארגונים בעלי עניין ויכולה להיעשות גם ברמה האישית בהתאם להון החברתי והאישי של כל חשוד ועצור. כלומר, למידת המודעות שלו לזכויותיו, למידת האסרטיביות שלו לדרוש את זכויותיו וליכולתו להעמיד חומה של הגנה משפטית מפני פגיעה בזכויותיו. מצבו של איש עסקים המואשם בהעלמות מס במיליוני שקלים טוב בהרבה ממצבו של חסר בית אשר גנב בושם במרכז הקניות השכונתי. הראשון יגיע לחקירה כשהוא מרופד במיטב עורכי-הדין, אשר יידעו אותו מראש בדבר זכויותיו המשפטיות וישמרו בדקדקנות ובדווקנות שהן תתמלאנה, ואילו זכויותיו המשפטיות של השני (זכות ההיוועצות עם עורך-דין, הבנת המשמעות המשפטית של זכות השתיקה וקבלת מידע על מצבו המשפטי) יישחקו תחת גלגלי נוהגי החקירה המקובלים. ברובד הזה, ההבחנה שיוצר "היישום המבחין" פוגעת בעיקר בחשודים ובעצורים הבאים מאוכלוסיות חלשות החסרות הון כלכלי וחברתי, שהם הנפגעים העיקריים מההפרות השיטתיות של הוראות החוק התומכות במודל ההליך התקין. אם המשטרה ובתי המשפט לא מקפידים להעניק את הזכויות החוקיות לכל החשודים, נוצר מצב שבו הזכויות הללו ניתנות רק לאותם החשודים המודעים להן והיכולים לדרוש את מימושן. החלוקה המבנית הזאת, ככל שהיא קיימת, תואמת את הביקורת העולה ממודל הדיכוי והשליטה, הרואה במערכת אכיפת החוק מערכת אשר עיקר כוחה מופנה לפיקוח ושליטה באוכלוסיות מוחלשות. לפי הגישה הזאת, על אף קיומו של רובד הצהרתי הטוען לשוויון ולהגינות חברתית, העובדה שזכויות חשודים אינן מיושמות באופן מלא מאפשרת מציאות שפוגעת בערך השוויון ותורמת להרחבת חוסר השוויון החברתי.