

**על החובה למסור מסמכים לרשות
הצורך להגדיר מחדש את תחומי החיסיון
מפני הפללה עצמית ואת זכות השתיקה
בעקבות רע"פ 8600/03 מ"י נ' גלעד שרון¹**

גיא רוטקופף*

- א. פתח דבר
- ב. הרקע הנורמטיבי
- ג. גישת בית המשפט העליון באשר לתחולת החיסיון מפני הפללה עצמית בנוגע למסמכים טרם פרשת גלעד שרון
- ד. פרשת גלעד שרון
- ה. הביקורת על פסק הדין בפרשת גלעד שרון
1. האם בכלל קיימת זכות שתיקה מוחלטת לחשודים? — השארת השאלה בצריך עיון
- 1.1 ההצדקות לזכות שתיקה מוחלטת בחקירת משטרה
- 1.2 שימוש המדינה ב"נוסח אזהרת חשוד" לביסוס טענת היעדר זכות שתיקה לחשודים
2. האם ראוי להחיל את הוראות סעיף 47 לפקודת הראיות על חשודים בעשיית עברה?
- ו. היקף ההגנה — היכולת לעשות שימוש "עקיף" בראיה ובפרותיה ו. היקף ההגנה — היכולת לעשות שימוש "עקיף" בראיה ובפרותיה
- ז. סיכום

* דוקטור למשפטים, מרצה בבית הספר למשפטים המסלול האקדמי המכללה למינהל. הריני מבקש להודות למורי פרופ' אהרון אנקר, אשר הנחה אותי בעבודת הדוקטורט, על הימים והלילות ששיתף אותי במחשבותיו והאיר את דרכי בנכבי המשפט. כמו כן אבקש להודות לחברי עו"ד אסף הראל על הערותיו והארותיו המועילות, וליעל ביכלר, חברת מערכת כתב העת "המשפט".

1 רע"פ 8600/03 מ"י נ' שרון, פ"ד נח(1) 748 (להלן: פרשת גלעד שרון).

א. פתח דבר

החיסיון מפני הפללה עצמית, כשמו כן הוא, מטרתו להגן על אדם מפני הפללת עצמו. ככזה, הוא יכול להתפרס על מגוון רחב של אירועים. ה"מפגש" עם הרשות² יכול להניב כמה דרישות מצד האחרונה³. ברשימה זו בחרנו להתמקד בסוגיית תחולתם העיונית של החיסיון מפני הפללה עצמית ושל זכות השתיקה בנוגע לסמכותה של הרשות לכפות על אדם למסור מסמך שברשותו.

בשורה של פסקי דין, כפי שנראה להלן, עסק בית המשפט העליון בישראל בסוגיית היקפו של החיסיון מפני הפללה עצמית במובנו זה. נראה כי פסיקותיו של בית המשפט בעבר לא התבססו על יישום ראוי של הרציונלים לחיסיון, אלא היו פתרון אד-הוק, בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה, מבלי ליצור פרשנות אחידה שתשמש הלכה פסוקה בשאלה זו. לאחרונה נדרש בית המשפט העליון לסוגיה זו בפרשת גלעד שרון. לראשונה נערך דיון מקיף תוך הצגה ויישום ראוי של הרציונלים לזכות השתיקה ולחיסיון מפני הפללה עצמית. כפי שנציג ברשימה זו, פסק הדין מהווה רק סנונית ראשונה בנושא זה, ואין מנוס מעריכת רפורמה חקיקתית אשר תעצב ותגדיר מחדש שאלות יסוד בתחום החיסיון מפני הפללה עצמית.

ב. הרקע הנורמטיבי

החיסיון מפני הפללה עצמית נקלט והוכר בארץ ישראל המנדטורית דרך סימן 46 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, 1922⁴, כחיסיון כללי המאפשר לאדם שלא למסור ראיות שיש בהן כדי להעמידו בסכנת אשמה פלילית⁵. ההוראה החקוקה הראשונה בעניין זה קבוצה, עד לעצם היום הזה, בסעיף 2(2) לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות) (להלן: "פקודת הפרוצדורה הפלילית – עדות") הקובע שאדם

2. במונח "רשות" אנו כוללים ראשית את הרשות החוקרת – המשטרה, ואף את בית המשפט, בשינויים המחויבים.

3. פנייתה של הרשות לצורך קבלת עדות מאדם בגין מעשיו, היא ליבתו של החיסיון, אולם יש שהדרישה חורגת מתחום העדות והורבלית. כך, למשל, דרישה שאינה ורבלית, יכולה להתבטא בכמה אופנים: יש שהרשות דורשת הצגת מסמך אשר נמצא בידי האדם או בשליטתו; לעתים דורשת הרשות שיתוף פעולה ביצירתו של מסמך כגון דרישה כי האדם יערוך חשבון, דו"ח וכו'; במקרים אחרים מתבקש אדם ליתן דגימה מכתב ידו לצורך השוואה; לעתים דורשת הרשות הצגת מיטלטלין אשר בחזקתו של אדם.

4. ס' 46 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, 1922 (להלן: "דבר המלך במועצה").

5. השלב הראשוני של הקליטה התבצע דרך קליטתן של תקנות השופטים, אשר נקבעו באנגליה בשנים 1912–1918, ומטרתן הייתה להדריך את המשטרה בעבודתה. תקנות אלו קבעו מפורשות כי על השוטר החוקר אדם חלה חובה להזהיר את הנחקר שאין הוא חייב ליומר דבר. להרחבת החלק ההיסטורי ראו א' מלחי תולדות המשפט בארץ ישראל (מהדורה שנייה, תשי"ב–תשי"ג) 139.

הנחקר בידי שוטר חייב להשיב נכונה על כל השאלות "חוץ משאלות שהתשובות עליהן יהיה בהן כדי להעמידו בסכנת אשמה פלילית". סעיף זה רלוונטי לשלב הטרור משפטי. ההוראה העיקרית העוסקת בחיסיון מפני הפללה עצמית, הן בשלב הטרור משפטי והן במשפט עצמו⁶, הוספה בשנת 1968, עם חקיקת הוראת סעיף 5 לפקודת הפרוצדורה הפלילית – עדות, ומצויה כיום בסעיף 47 לפקודת הראיות, הקובע כך:

"ראיות מפלילות

- (א) אין אדם חייב למסור ראייה אם יש בה הודיה בעובדה שהיא יסוד מיסודותיה של עבירה שהוא מואשם בה או עשוי להיות מואשם בה.
- (ב) ביקש אדם להימנע ממסירת ראייה מחמת שהיא עשויה להפלילו כאמור בסעיף קטן (א) ובית המשפט דחה את הבקשה והראיה נמסרה, לא תוגש הראיה נגד אותו אדם במשפט שבו הוא מואשם בשל העבירה שהעובדה המתגלית מן הראיה היא יסוד מיסודותיה, אלא אם הסכים לכך.
- (ג) נאשם שבחר להעיד במשפטו כעד הסגוריה, לא יחול עליו סעיף זה לגבי העבירה שהוא מואשם בה באותו משפט" (ההדגשה שלי – ג.ר.).

לכד מן ההוראות לעיל, קיימים סעיפי חוק נוספים הדנים בחיסיון מפני הפללה עצמית, אולם רובם ככולם מפנים לסעיפי חוק אלה⁷. זכותו של נאשם במשפט שלא להשיב לאישום נדונה בסעיף 152 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] תשמ"ב–1982, המאפשר לנאשם "שלא להשיב" כתגובה להקראת כתב האישום. סעיף 161(א)(2) לחוק זה, עוסק בשלב פרשת ההגנה וקובע שהנאשם רשאי "להימנע מהעיד"⁸.

6 ס' 52 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א–1971 (להלן: "פקודת הראיות") מרחיב את תחולת החיסיון בצורה משמעותית בקבועו: "הוראות פרק זה יחולו הן על מסירת ראיות בפני בית משפט ובית דין והן על מסירתן בפני רשות, גוף או אדם המוסמכים על פי הדין לגבות ראיות; ובמקום שמדובר בפרק זה ב'בית משפט' – גם בית דין, גוף או אדם כאמור במשמע" (ההדגשה שלי – ג.ר.).

7 לעניין זה ראו את הוראת ס' 10 לחוק ועדות חקירה, תשכ"ט–1968 (להלן: "חוק ועדות חקירה"); הוראת ס' 28(א) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו–1996 (להלן: "חוק המעצרים החדש").

8 כפי שרמזנו לעיל, הדין בחיסיון במשפט הישראלי מושפע, לדעתנו, מן העובדה שהעיקרון הכללי שלפיו "אדם זכאי שלא להפליל עצמו" אינו קבוע בהוראה חוקית או חוקתית אחת הנפרשת על כל הסוגיות המשפטיות. התפתחותו של המשפט הישראלי באופן הדרגתי והיעדר הקודיפיקציה במשפט הפלילי הדינו הביאו להכרה הדרגתית בזכויות פרוטקולריות המגנות על היבטים שונים של החיסיון. כך למשל ההגנה על חשוד מפני הפללתו העצמית נקבעה בהוראה מנדטורית; ההגנה על עד שבס' 47 לפקודת הראיות הוכרה בשלב מאוחר יותר, והמונח "אין אדם חייב למסור ראייה" הקבוע בו, השפיע על היקף הפרשנות העתידית של בית המשפט. זו גם הסיבה לכך שמרבית ההלכות שנדרן בהן בהמשך נעדרו קביעה עקרונית לעניין החיסיון מפני הפללה עצמית והיוו פתרון אדי-הוק לשאלות המשפטיות שעוררה הסוגיה.

במשפט הישראלי נהוגה ההבחנה בין החיסיון מפני הפללה עצמית לבין זכות השתיקה. הראשון הנו מונח כולל לחיסיון שניתן לאדם מפני הפללת עצמו, והשני מכון ליישום מסוים, המתבטא בשתיקה מוחלטת של נשוא ההליך הפלילי, חשוד ונאשם, בחקירה או בבית המשפט.⁹

ג. גישת בית המשפט העליון באשר לתחולת החיסיון מפני הפללה עצמית בנוגע למסמכים טרם פרשת גלעד שרון

המונח "מסמך", מעצם טבעו, משמש לתיאור כל חפץ שעליו רשומים נתונים כלשהם. מטבע הדברים ניתן לייחס זאת גם למסמכים כגון קלטות וידאו ואודיו וכן תקליטורי מחשב¹⁰. חשוב להבחין בין מסמכים קיימים לבין מסמכים שהרשות דורשת מאדם ליצור. מסמך קיים יכולה הרשות לקבל גם בדרכים אחרות, כגון בעזרת צו חיפוש. מאידך, הדרישה לייצר מסמך טומנת בחובה כפייה רחבה יותר מצד המדינה, ובכל הנוגע לתוכן הדברים, הדבר משול, לדעתנו, לעדות ורבלית¹¹. הפעם הראשונה שנדונה סוגיה זו הייתה בע"פ 242/63 קריתי נ' הי"מ¹², שבו הורשע המערער במסירת ידיעות בלתי נכונות בהצהרת הון שהגיש לפקיד השומה. בערעורו לבית המשפט העליון ביקש המערער לפסול את הראיה המרכזית נגדו — הצהרת ההון הכוזבת, וזאת בקונסטרוקציה המשפטית הבאה: לדבריו, הצהרת ההון, שממנה עלה לכאורה שעבר עבירות מס, משולה להתוודות, וככזו עליה להיות מרצון טוב וחופשי. אולם העובדה שחויב למסור אינה שוללת את יסוד הרצון הטוב והחופשי וכפועל יוצא, פוסלת את הצהרת ההון (ההתוודות). בקבעו שהחיסיון מפני הפללה עצמית לא חל על המסמכים הנדונים, קובע בית המשפט את הכלל שלפיו החיסיון אינו חל על רישומים שהחוק דורש מן האזרח לעשותם מתוך מטרה שיובאו לידיעת הציבור. מסמכים אלו, לדברי בית המשפט, הנם

9 ראו רע"א 5381/91 חוגלה שיווק (1982) בע"מ נ' אריאל, פ"ד מו(3) 378: "זכות השתיקה הינה הביטוי המובהק ביותר לחיסיון מפני הפללה עצמית. בצורתה המוחלטת" — שלא לפצות פה ולא לומר דבר — הוענקה זכות השתיקה על-ידי המחוקק, במפורש, רק לנאשם במסגרת משפטו [...] החיסיון מפני הפללה עצמית, במסגרתה של חקירה, מקנה אך זכות שתיקה "חסית", דהיינו זכות שלא להשיב על שאלות מפלילות. אך כשהמדובר בחשוד בביצוע עברה, הנחקר בידי איש מרות, מתפרש גם חיסיון זה, על דרך ההרחבה, כזכות שתיקה מוחלטת" (ההדגשה שלי — ג.ר.). שם, בע' 381 (להלן: פרשת חוגלה); וראו רע"פ 3445/01 אלמליח נ' מ"י, פ"ד נו(2) 865, 869; כן ראו מאמרו של ש"ז פלר "על 'זכות השתיקה' — חסרת הטעם וההושעה" משפט ועסקים א (תשס"ד) 385; ב' שטיינברג "מה נותר מן האזהרה על זכות השתיקה?" הפרקליט מח (תשס"ה) 163.

10 בעניין זה ניתן להקיש מע"פ 869/81 שניר נ' מ"י, פ"ד לח(4) 169.

11 שונה המצב כאשר לא מדובר בתוכנו האינפורמטיבי של המסמך אלא ביצירת מסמך לצורך זיהוי והשוואת כתב ידו של נשוא ההליך. דרישה זו נעדרת כל פן ורבל, והדבר דומה יותר לחקירות אחרות שעיקרן זיהוי ולא הפללה עצמית.

12 ע"פ 242/63 קריתי נ' הי"מ, פ"ד יח(3) 477.

"בעלי אופי ציבורי"¹³. בפרשה זו לא דן בית המשפט בשאלת תחולתו העקרונית של החיסיון על מסמכים, אלא הניח את המוגמר.

אחד מפסקי הדין המצוטטים ביותר בנושא הנו ע"פ 663/81 חורי נ' מ"י¹⁴. הסוגיה שנידונה בפרשה זו עסקה ביכולתו של בית המשפט לעשות שימוש ראייתי בעצם סירובו של נאשם להיבדק בבדיקה של טבילת ידיים בכלורופורם, לאחר שנחשד בהחזקת סם¹⁵. עניין זה חייב את בית המשפט העליון לדון בתחולת החיסיון מפני הפללה עצמית בנוגע לבדיקות גופניות. מסקנתו של בית המשפט הייתה כי יש לפרש את החיסיון כמעניק הגנה רק מפני הפללה ורבליה וכי אין הוא מתפרש כמגן מפני חיפוש בגופו של אדם. בעשותו כן אימץ בית המשפט, באופן עקרוני¹⁶, את ההבחנה המקובלת במשפט האמריקני, המצמצמת את הגנת החיסיון מפני הפללה עצמית לעדות ורבליה גרידא¹⁷. אף על פי כן מעיר השופט שמגר בהערת אגב¹⁸ שהחיסיון חל גם על מסמכים¹⁹:

"הזכות לאי-הפללה עצמית איננה אלא תמצית של הכלל [...] ואשר לפיו איש אינו חייב להשיב על שאלה, אם התשובה לשאלה עלול להיות בה, לדעת בית המשפט, כדי להניח את היסוד להבאתו לדין פלילי של מי שמשיב את התשובה. זכות זו מתייחסת גם לדרישה להצגתם של מסמכים ומטלטלים אחרים" (ההדגשה שלי – ג.ר.).

אמרת אגב זו צוטטה, מכאן ולהבא, כאילו הייתה הלכה מחייבת, מבלי שבית המשפט נדרש לבחון מחדש את שאלת התחולה העקרונית על מסמכים²⁰. בע"פ 725/97 קלקודה נ' הרשות לפיקוח חקלאי²¹ נדרש בית המשפט העליון לשאלת החיסיון על מסמכים, והפעם דן בה באריכות. המקרה נסב סביב סירובם של

13 שם, בע' 492.

14 ע"פ 663/81 חורי נ' מ"י, פ"ד לו(2) 85 (להלן: פרשת חורי).

15 עובדות פסק הדין מתארות כי הנאשם נצפה על ידי שוטר כאשר הוא משליך דבר מה מידיו לתוך חור בגדר שעליה נשען. השוטר הכניס מיד את ידו אל תוך החור והוציא משם סם מסוכן מסוג חשיש. על מנת לקשור בין הנאשם לבין הסם, הנאשם נתבקש להסכים לטבול את ידיו בכלורופורם וסירב. בשל סירובו הבדיקה לא נתבצעה.

16 פרשת חורי, לעיל הערה 14, בע' 90.

17 *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966).

18 משפט זה הנו הערת אגב משתי סיבות: הראשונה היא כי בית המשפט כלל לא נתבקש לפסוק בחיסיון מפני הפללה עצמית בנוגע למסמך ואכן לא פסק כך, והשנייה כיוון שמהותו של פסק הדין, כפי שהודגש על ידי השופט בייסקי בפסק דינו הייתה בחינת ערכו הראיתי של הסירוב למסור ראיה.

19 פרשת חורי, לעיל הערה 14, בע' 91.

20 בע"פ 2910/94 יפת נ' מ"י, פ"ד נ(2) 221 עסק בית המשפט בחוקיות השימוש במסמכי ועדת חקירה במשפט הפלילי, שהחל בעקבותיה. השופט ד' לרין קובע: "אשר לזכות מפני הפללה עצמית, זכות זו מתייחסת בבירור גם לדרישה להצגתם של מסמכים בכתב". שם, בע' 304 (להלן: פרשת יפת).

21 ע"פ 725/97 קלקודה נ' הרשות לפיקוח חקלאי, פ"ד נב(1) 749.

בעליהם של משקי חלב למסור לרשות לפיקוח חקלאי מסמכים שונים וכיניהם ספרי חשבוניות, חשבוניות מס, ספרי תקבולים ותשלומים, קבלות על שיווק חלב, מסמכים על קניות וכיוצא באלה מסמכים, שיש בהם כדי להעיד על תנועות החלב. את סירובם נימקו בחיסיון מפני הפללה עצמית. הרשות לפיקוח חקלאי, מן הצד שכנגד, טענה, כי סמכותה מכוח סעיף 21 לחוק הרשות לפיקוח חקלאי, תשמ"ח-1988, אינה כפופה להגנת החיסיון.

בנתחו את המקרה מעלה השופט חשין את שאלת ההבחנה העיונית בין תחולת החיסיון מפני הפללה עצמית, לעניין עדות ורבליה, לבין תחולת החיסיון בנוגע למסמך²², אך נמנע מדיון עקרוני בשאלת החיסיון על מסמכים. לבסוף מגיע השופט למסקנה שהחיסיון נסוג מפני חוק הרשות לפיקוח חקלאי ומחייב את המערער למסור את המסמכים לרשות²³.

פרשה נוספת שבה עסק בית המשפט העליון בסוגיה יוצאת דופן, מבחינה עובדתית ומשפטית כאחד, היא ע"פ 7574/99 מ"י נ' לגזיאל²⁴. כאן המקום לציין כי פרשה זו אינה נוגעת לליבתו של הדיון שבפנינו – חיובו של אדם למסור מסמך במהלך חקירה או משפט – אלא בשאלה אגבית שמהותה חיוב למסור העתק של תיק חקירה שאבד. עם זאת, גם בפסק הדין בפרשה זו יש נגיעות לעניינינו.

המשיב הואשם בבית משפט השלום בקרית-גת בעברות הקשורות בזיוף שטרי כסף. סמוך לפני מועד ההוכחות אבד תיק החקירה וזאת ככל הנראה בזמן העברתו משלוחת הפרקליטות באשקלון לפרקליטות מחוז דרום בבאר-שבע. בא כוח המדינה ביקש מבית המשפט שיורה לנאשם למסור את ההעתקים המצולמים של חומר החקירה, אשר ניתנו לידי עורך דינו בהליך העיון בחומר החקירה. עורך הדין סירב להיעתר לבקשה בטענה, כי לא ניתן לחייב את מרשו למסור את המסמכים וזאת מתוקף החיסיון מפני הפללה עצמית.

בית המשפט העליון קבע כי בא כוח הנאשם חייב למסור את המסמכים. במקרה זה אין ספק כי מדובר ב"מסמכים קיימים", ובית המשפט לא יכול היה להתעלם מתחולתו של החיסיון בנוגע למסמכים. הטיעון המרכזי שהוביל את השופט ש' לרין למסקנה כי יש להשיב את החומר לרשויות התביעה טמון בעובדה שהחומר שייך להן, ומכך יש להסיק שסירוב למסור חומר שכזה מהווה שימוש בזכות שלא בתום לב²⁵. לעומתו השופטת שטרסברג-כהן מרחיבה את פסק דינה ומבססת אותו על בחינת החיסיון מפני הפללה עצמית²⁶.

22 שם, בע' 759.

23 שם, בע' 768.

24 רע"פ 4574/99 מ"י נ' לגזיאל, פ"ד נד(2) 289.

25 שם, בע' 292.

26 שם, בע' 295: "המסמכים לא נערכו על ידי המשיב ותוכנם אינו פרי מחשבתו ויצירתו. אם על מסמך פרטי ואישי שנערך על ידי הפרט על פי חובה שבדין, לא חל החיסיון, קל וחומר

בחינת פסקי הדין שלעיל מלמדת שלא ניתן להצביע על קו מקשר בין ההחלטות השונות. במובן זה, העובדות בפרשת גלעד שרון, שבה נדון להלן, היוו בסיס איתן לדיון עקרוני בשאלה.

ד. פרשת גלעד שרון

לאחרונה נדרש בית המשפט העליון לדיון מפורש בשאלת תחולת החיסיון מפני הפללה עצמית וזכות השתיקה על מסמכים, וזאת בפרשת גלעד שרון²⁷. בפרשה זו נחקר גלעד שרון, בנו של ראש הממשלה אריאל שרון, בחשד לעברות הקשורות לפרשת "סיריל קרן"²⁸. במהלך החקירה שמר גלעד שרון על זכות השתיקה ולא שיתף פעולה עם חוקריו. החוקרים, אשר היו מעוניינים במסמכים שונים הנוגעים לפרשיות האמורות, נמנעו מלערוך חיפוש בביתו, מאחר שהוא מתגורר עם אביו, וזוכה, לגישת החוקרים, לחסינות מחיפוש²⁹.

עקב כך, פנו החוקרים לבית המשפט השלום בתל-אביב³⁰, במעמד צד אחד, על מנת שיוציא צו המחייב את גלעד שרון למסור את המסמכים³¹. בית המשפט נענה לבקשה והוציא צו המורה לגלעד שרון למסור את המסמכים שפורטו בצו, ביניהם חוזים, התקשרויות, מסמכי בנקים ועוד מסמכים היכולים לשפוך אור על הפרשה, ואשר למטרה קיים יסוד סביר שהם נמצאים ברשותו. על החלטה זו ביקש גלעד שרון לקיים דיון במעמד שני הצדדים. ביום 6.8.3002 פרסם בית המשפט את החלטתו בבקשה³². בית המשפט השאיר את הצו על כנו, ובעשותו כן ביסס את החלטתו על שני נימוקים, משפטי ועובדתי. באשר לנימוק המשפטי קבע בית

שכך הוא לגבי מסמכים שנערכו על ידי הרשות והגיעו ממנה לפרט. במסמכים כאלה מחזיק הפרט באופן פיזי, אולם על פי מהותם, תוכנם ומקורם אין הם — למעט נייר הצילום עצמו — קניינו של המחזיק בהם וזכותה של הרשות לקבל לידיה את המסמכים שהיא עצמה יצרה בחקירתה. אילו סיווגנו את המסמכים לפרטיים ולציבוריים, כפי שנעשה בארצות-הברית, הייתי מסווגת מסמכים אלה כמסמכים ציבוריים, אלא שאין סיווג זה מתחייב כדי לקבוע שהחיסיון אינו חל על המסמכים הנדונים. לפיכך אין המשיב רשאי להתגונן נגד מסירת המסמכים למעוררת בטענת חיסיון מפני הפללה עצמית בין שהם בידיו ובין אשהם בידיו בא-כוחו" (ההדגשה שלי — ג.ר.).

27 פרשת גלעד שרון, לעיל הערה 1.
28 במסגרת הפרשה נחקר חשד למעורבותו של גלעד שרון בקבלת כספים באופן לא חוקי מאיש העסקים הדרום אפריקני מר סיריל קרן.

29 ס' 1(א)2 לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, תשי"א-1951 קובע, תחת הכותרת "חסינות בפני חיפוש", כי "חבר הכנסת יהיה חסין [...] בפני חיפוש בדירתו".

30 הבקשה הוגשה בפני השופט גולדין ביום 16.7.2003.

31 ס' 43 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969, הקובע, תחת הכותרת "הזמנה להציג חפץ" כי: "ראה שופט שהצגת חפץ נחוצה או רצויה לצרכי חקירה או משפט, רשאי הוא להזמין כל אדם, שלפי ההנחה החפץ נמצא בהחזקתו או ברשותו, להתייצב ולהציג את החפץ, או להמציאו, בשעה ובמקום הנקובים בהזמנה".

32 ב"ש (שלום ת"א) 3390/03 שרון נ' מ"י (טרם פורסם, החלטה מיום 6.8.3002), דינים שלום כד 312.

המשפט, כי המסמכים, שגלעד שרון מסרב למסור אינם חוסים כלל בהגנתו של החיסיון מפני הפללה עצמית. הטעם המרכזי להחלטה הנו, כי מסמכים אלו הם מסמכים "ציבוריים" או "מעין ציבוריים" הנעדרים כל ממד אישי, ולפיכך אינם נכללים בזכותו של החשוד שלא להפליל את עצמו במוצא פיו. הנימוק השני הנו הנימוק העובדתי ולפיו, בחקירתו במשטרה גרס גלעד שרון כי "הוא מסרב להשיב לשאלות בחקירה שמטרתה לפגוע באביו ולגרום לו נזק, מתוך מטרה מוצהרת להפיל ראש ממשלה מכהן, בדרך לא דמוקרטית"³³. משטען כך, לדעת בית המשפט, נסחם הגולל על הטענה כי יש במסירת המסמכים כדי להפליל את עצמו (אלא את אביו), ומשכך לא עומדת לו טענת החיסיון מפני הפללה עצמית. על ההחלטה האמורה הוגש ערעור לבית המשפט המחוזי³⁴ שישב בהרכב שלושה שופטים. בית המשפט המחוזי הפך את ההחלטה על פיה, וקבע כי זכות השתיקה של החשוד כוללת בחובה גם את הזכות שלא למסור מסמכים לרשות, וכי גלעד שרון אינו חייב למלא את הוראת הצו השיפוטי.

בעשותו כן הטעים בית המשפט כי סעיף 47 לפקודת הראיות אינו חל על חשוד בעשיית עברה ביחס למשפטו שלו, אלא רק על עדים אינפורמטיביים. כאן המקום לציין כי גישה זו שנקט ראש ההרכב – השופט שלי טימן – היא הגישה שאנו רואים כתואמת את המצב המשפטי הראוי כפי שנסקור בהמשך רשימה זו. לפיכך הבחינה צריכה להיעשות, לדעת בית המשפט, לאור סעיף 2(2) לחוק הפרוצדורה הפלילית – עדות, המעניקה לחשוד זכות שפורשה בפסיקת בתי המשפט כזכות שהיא בבחינת "שב ואל תעשה"³⁵.

על ההחלטה האמורה הוגש ערעור (ברשות) לבית המשפט העליון, אשר ישב בהרכב מורחב של חמישה שופטים³⁶. פסק הדין ניתן פה אחד מפיו של השופט אור, אשר הפך את החלטת המחוזי והתווה את הדרך לחיובו של גלעד שרון למסור את המסמכים לרשות המשטרה ולקיים את הצו השיפוטי. בעשותו כן הפריד בית המשפט את הדין לשני חלקים. בחלק הראשון דן בית המשפט בזכות השתיקה. בית המשפט משאיר בצריך עיון את השאלה אם חשוד זכאי לזכות שתיקה מוחלטת

33 שם, בפסקה 25 לפסק הדין.

34 ע"פ (ת"א) 71374/03 שרון נ' מ"י (טרם פורסם), תקדין מחוזי 2003(3) 2951 (להלן: ע"פ גלעד שרון).

35 שם, בפסקה 13 לפסק הדין, משתמש בית המשפט ב"שורת ההיגיון" בבואו להכריע: "אמור מעתה: אם נחייב נאשם או חשוד להביא את המסמכים הנדרשים ממנו ולטעון לגביהם (למשל טענה לחיסיון) – נפגע בעיקרון הבסיסי של זכות השתיקה המוחלטת. ראשית, הבאת המסמך טומנת בחובה הודאה כי המסמך ברשות החשוד, ולעיתים די בכך כדי להפלילו. שנית, העלאת הטענה כי המסמך עלול להפלילו, היא הפרת השתיקה, וכיצד יטען החשוד לגבי המסמך מבלי שיפגע בזכותו שלו להפליל את עצמו? כלומר: שורת ההיגיון מלמדת שלא יעלה על הדעת להחיל זכות שתיקה מוחלטת רק על דיבור, ואילו לגבי מסמכים, שעלולים להפליל מי שחשוד בדבר עבירה, לא תעמוד לחשוד לגביהם הזכות לשתוק בבחינת 'שב ואל תעשה'."

36 פרשת גלעד שרון, לעיל הערה 1.

או שמא זכותו היא רק שלא לומר דבר העלול להפלילו³⁷. אך גם בהנחה שלחשוד מוקנית זכות שתיה מוחלטת בחקירה, מגיע בית המשפט למסקנה שזכות השתיקה אינה כוללת בחובה את הזכות להמרות צו שיפוטי המחייב מסירת מסמכים. לפיכך קובע בית המשפט כי על גלעד שרון למלא אחר הוראות הצו ולהפקיד את המסמכים בבית המשפט כנדרש. בחלק השני קובע בית המשפט שייתכן שמסירת המסמכים תוגן על ידי החיסיון מפני הפללה עצמית, בכפוף לסמכות בית המשפט להורות על הסרת החיסיון, תוך הענקת "חיסיון שימוש" בראיות המפלילות את החשוד³⁸.

בדונו בהצרת זכות השתיקה לזכות ורבליית גרידא, משתמש בית המשפט ביישום הרציונלים העומדים בבסיסו של החיסיון³⁹: "הרצון להימנע ממתן כוח רב בידי המשטרה והדאגה לנחקר אשר ניצב לבדו אל מול חוקריו אינם רלוונטיים, ובכל מקרה הרלוונטיות שלהם פחותה בהרבה כשמדובר בדרישה להמציא מסמכים על פי צו. קודם מסירת המסמכים על פי דרישה כזו קיימת לחשוד המקבל את הצו הן האפשרות להיוועץ עם סגור הן האפשרות לפעול לביטול הצו. בנוסף, היות שמדובר בראיות אובייקטיביות, בנות-קיימא, ולא בראיות בעלות אופי של עדות, החשש שחוקרי המשטרה ינקטו אמצעים פסולים על-מנת להגיע אל נכחי תודעתו של החשוד אינו מתקיים גם הוא. אשר לחשש מפני הודאה כוזבת של חשוד בחקירתו הוא אינו מצדיק, כשלעצמו, את הקנייתו של זכות שתיה ככל שהדבר נוגע למסמכים. החשוד אינו נדרש ליצור את הראיה בעצמו, אלא להמציא מסמכים שנוצרו בעבר ואשר קיימים ברשותו. לגבי מסמכים כאלה יכולתו למסור ראיות שקריות קטנה בהרבה במסמכים בהשוואה לעדות בעל-פה. בנוסף, כשמדובר במסמכי מקור ציבוריים באופיים, היכולת להתחקות אחר מהימנותם גבוהה יותר לעומת היכולת להתחקות אחר מהימנותה של עדות בעל פה. יוצא שגם בחשש זה אין כדי להצדיק את הרחבתה של זכות השתיקה והחלתה על מסמכים. גם הרצון להימנע מלהטיל על אדם חובות עשה אינו מתקיים כשמדובר במסמכים. שלא כמו העדות, מסירת המסמכים אינה דורשת מן הנחקר ליצור, באופן אקטיבי, את הראיות המבוקשות לדרישת חוקריו, אלא אך להמציא לידיהם ראיות שנוצרו בעבר ואשר קיימות ברשותו. למעשה, המצאת מסמכים בהתאם לצו דומה לחיפוש המתבצע בתצרו של אדם יותר מלמסירת עדות בעל-פה [...] שיתוף הפעולה הנדרש מחשוד בשעה שהוא מקיים את הצו הינו מזערי".

לדעתנו, בית המשפט יישם את הרציונלים השונים באופן ראוי. גם אנו חושבים שאין בזכות השתיקה כל הצדקה להגנה מפני מסירת מסמכים קיימים, מאותם נימוקים שפירט בית המשפט בפסק דינו⁴⁰. אולם אותם הנימוקים, הרשומים לעיל,

37 שם, בע' 759.

38 שם, בע' 763.

39 שם, בע' 760.

40 לדיון מקיף בשאלת הרציונלים לזכות השתיקה והחיסיון מפני הפללה עצמית ראו ג' רוטקופף

מצדיקים לדעתנו גם שלא להחיל את הוראות החיסיון מפני הפללה עצמית הקבוע בסעיף 47 לפקודת הראיות, בנסיבות המתוארות. אך לא כך פסק בית המשפט העליון, ועבר לדון בשאלת תחולתו של סעיף 47 לפקודת הראיות, בנוגע למסמכים אלו. לגישתו, הסעיף הקובע חיסיון מפני הפללה עצמית, חל, באופן עקרוני, על מסמכים, ובית המשפט הדין בעניין נדרש לבחון כל מסמך ומסמך. בשלב הראשון יצטרך בית המשפט לבחון אם יש במסמך כדי להפליא את החשוד בכיצוע עברה פלילית. אם התשובה לשאלה זו שלילית יחויב החשוד למסור את המסמך. בית המשפט מטעים, כי במסגרת השיקולים שיש לשקול בשלב זה יש לתת משקל לאופיים של המסמכים – היותם "פרטיים" או "ציבוריים". לדעת בית המשפט, על האחרונים לא יחול החיסיון⁴¹. בהנחה שבית המשפט יגיע למסקנה שיש במסמכים כדי להפליא את החשוד, עדיין לא נסתם הגולל על היכולת לחייבו למסור. לדעת בית המשפט העליון, במקרה שכזה תערוך הערכאה הדנה איוון בין התכלית להגן על זכותו של החשוד שלא להפליא עצמו, לבין האינטרס הציבורי של איתור עבריינים והרשעתם בדין. אם באיוון האמור יד האינטרס הציבורי על העליונה, יחייב בית המשפט את החשוד או את העד למסור את המסמכים, ויעניק להם "חיסיון שימוש", קרי חסינות מפני שימוש נגדם באותה ראייה שמסירתה נכפתה עליהם⁴².

ה. הביקורת על פסק הדין בפרשת גלעד שרון

מוטב לו היה בית המשפט העליון פוסק שמבחינה עקרונית הן החיסיון מפני הפללה עצמית והן זכות השתיקה אינם כוללים את הזכות להימנע מלמסור מסמך קיים, והיה מחייב את גלעד שרון למסור את המסמכים, אף אם הם מפלילים אותו. כפי שראינו בהנמקתו של בית המשפט, הרציונלים המרכזיים מצדיקים זאת. כמו כן, ניתן להציע לפרש את המונח "ראייה" הקבוע בסעיף 47 לפקודת הראיות, באופן מצמצם החל רק על "ראייה עדותית" (Testimonial Evidence). תימוכין לכך מצויים בלשון הסעיף המורה: "אין אדם חייב למסור ראייה אם יש בה הודיה" (ההדגשות שלי – ג.ר.). המונח הודיה מאפשר את גידורה של הראייה בראייה "הודאית" או "עדותית" ובכך למנוע את תחולת ההגנה על ראיות שאינן עדותיות.

ביקורתנו על פסק הדין נחלקת לשלוש רמות שונות: ראשית, לדעתנו העובדה

"החיסיון מפני הפללה עצמית וזכות השתיקה במשפט הישראלי: יישומם הראוי לאור טעמיהם בשיטות משפט שונות" (עבודת דוקטורט למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן, 2005).
 41 פרשת גלעד שרון, לעיל הערה 1, בע' 763–764. לדעתנו שאלה זו לא הייתה אמורה להיבחן כאן אלא בשלב השני הבוחן את שאלת היכולת לכפות את מסירת המסמך. בית המשפט אף מציע שדין זה ייערך במעמד החשוד וסנגורו בלבד, וזאת על מנת שלא לחשוף את הפוטנציאל המפליל של כל מסמך.

42 שם, בע' 765.

שבית המשפט העליון השאיר בצריך עיון את שאלת קיומה של זכות השתיקה בנוגע לחשוד בחקירה, יכולה להוביל לכרסום בזכות השתיקה, בניגוד מוחלט לרציונלים של הזכות. שנית, העובדה שבית המשפט מחיל את הוראות סעיף 47(ב) לפקודת הראיות על חשוד בעברה, בנוגע לאותה עברה שבה נחקר, מהווה פרשנות לא ראויה של הסעיף, הנוגדת את מטרתו ואינה עולה בקנה אחד עם רוחו של החוק. שלישית, פרשנותו של בית המשפט שלפיה סעיף 47(ב) לפקודת הראיות מקנה לבית המשפט את שיקול הדעת ליתן "חיסיון שימוש" אינה נלמדת כלל מהוראות החוק ואינה יכולה לדור בכפיפה אחת עם היקף ההגנה שמעניק הסעיף לשימוש עתידי בפרות הראיה הכפויה להוכחת האשמה. להלן נדון בביקורתנו בשלוש סוגיות אלו.

1. האם בכלל קיימת זכות שתיקה מוחלטת לחשודים? – השארת השאלה בצריך עיון

בסיכומים שהגישה המערערת (מדינת ישראל) לבית המשפט העליון בפרשת גלעד שרון⁴³, הוקדש פרק נרחב לשאלת עצם קיומה של זכות שתיקה מוחלטת לחשוד בחקירה. לתפישתה של המדינה, לחשוד בחקירה לא עומדת זכות לשתיקה מוחלטת, אלא אך ורק הזכות היחסית שלא להפליל עצמו תוך חיובו לענות על שאלות שאינן מפלילות. את עמדתה זו תומכת המדינה בארבעה נימוקים: הראשון, לשון החוק שאינה מעניקה זכות שתיקה מוחלטת אלא רק זכות שלא לענות על שאלות שיש בהן כדי להפלילו. השני, נוסח אזהרת עצורים, המאפשר לעצור להימנע מלומר דבר העלול להפלילו. השלישי, מטרת החקירה הפלילית לעומת תכלית המשפט הפלילי. והרביעי, אבחון פסיקת בית המשפט העליון, שהכירה לאורך השנים בזכות שתיקה מוחלטת לחשודים. מטעמים אלו מגיעה המדינה לכלל מסקנה כי אין ולא צריכה להיות זכות שתיקה מוחלטת לחשודים בחקירה, אלא חיסיון מפני הפללה עצמית שמשמעותו זכות להימנע מלומר דברים שיש בהם כדי להפלילים וחובה לומר דברים שאין בהם סכנת הפללה.

כאמור, בית המשפט העליון בחר שלא להכריע בשאלה זו מן הטעם שאין הוא נדרש להכרעה זו, ואף אם קיימת זכות שתיקה אין היא כוללת את הזכות להימנע מלמסור מסמך⁴⁴. העובדה שבית המשפט בחר שלא להכריע בשאלה כה מהותית, מעמידה את זכות השתיקה בסימן שאלה משפטי, ויכולה להוות פתח לכרסומה העתידי של הזכות. יתרה מזאת, אם רשויות אכיפת החוק יפרשו את היעדר ההכרעה בשאלה זו באופן שאינו מאפשר לחשוד זכות שתיקה מוחלטת, קיים חשש ממשי לקיפוח זכויותיהם של חשודים תוך הגברת האופי האינוקוויטורי של החקירה הפלילית.

43 סיכומים מטעם המערערת אשר הוגשו לבית המשפט ביום 15.10.2003 (עותק שמור במערכת).

44 פרשת גלעד שרון, לעיל הערה 1, בע' 758.

אין ככוונתנו לבחון אחת לאחת את טענות המדינה בעניין זה, אך ברצוננו להעיר כמה הערות חשובות המעמידות בסופן שאלה את ההנמקות המשפטיות. ראשית, אנו מסכימים שאין בחקיקה הישראלית כל הוראה מפורשת המעניקה לחשודים זכות שתיה מוחלטת. עובדה זו אינה סותרת את הגולל על קיומה. קיומה של זכות השתיקה המוחלטת לחשודים הוכר לאורך השנים בפסיקת בתי המשפט⁴⁵, והכרה בזכות זו אף נובעת מיישומן הראוי של ההצדקות לזכות השתיקה כפי שנציגן להלן.

1.1 ההצדקות לזכות שתיה מוחלטת בחקירת משטרה

נראה שבית המשפט העליון בפרשת גלעד שרון נוטה בעצמו להצדיק את קיומה של זכות השתיקה, הוורבלית, לחשוד בחקירה. זאת ניתן להסיק מעיון ביישום הרציונלים של הזכות וההבחנה שנקט השופט אור בין הצדקת קיומה של זכות שתיה ורבילית, כנגד אי-הצדקתה של זכות שתיה לגבי מסמכים. אכן, זכות שתיה לחשוד בחקירה מוצדקת, בין היתר, מהטעמים שעליהם עמד בית המשפט: העובדה שבחקירה המשטרתית החשוד ניצב לבדו אל מול חוקריו ללא נוכחות עורך דינו; החשש מהודאת שווא שתיגבה בעקבות נקיטת אמצעים פסולים מצד הרשות החוקרת, הקושי ביכולת ההתחקרות אחר מהימנותה של הראיה והרצון להימנע מהטלת חובת עשה על החשוד⁴⁶.

שלב החקירה המשטרתית הנו אינקוויזטורי מטבעו, וככזה יש לבחון את היקפה של זכות השתיקה בחקירה בדרך אשר תבטיח הגנה מרבית לחשוד. זכות השתיקה היא יסוד אדברסרי הנעוץ בחקירה המשטרתית האינקוויזטורית מטבעה. בשנים האחרונות איבדה גם החקירה חלק מאופייה האינקוויזטורי, בעיקר נוכח ההכרה בזכויות מסגרת לחשודים ולנאשמים, כגון הרחבת הזכאות להיוועצות בעורך דין⁴⁷, האפשרות להיות מובא בפני שופט בהקדם והקשחת עילות המעצר⁴⁸, כמו גם החיוב להקליט בווידיאו ובאודיו חקירות מסוימות וכך להביא לשקיפות⁴⁹. זכויות אלו אמנם מקטינות את החשש מ"כוחה המשחית" של הרשות החוקרת, אולם בכל זאת לחקירה אופי אינקוויזטורי מובהק היכול להשפיע על אופן פעולתו של החשוד⁵⁰.

45 פרשת חוגלה, לעיל הערה 9 וההפניות המובאות שם.

46 פרשת גלעד שרון, לעיל הערה 1, בע' 759.

47 בעניין זה ראו חוק הסנגוריה הציבורית, תשנ"ו-1996 (להלן: "חוק הסנגוריה הציבורית").

48 בעניין זה ראו חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996 (להלן: "חוק המעצרים החדש").

49 לאחרונה נחקק חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), תשס"ב-2002, אשר קובע כללים לגבי חקירות חשודים לרבות: חיוב לחקור בשפת החשוד (ס' 2), מתן העדפה לחקירה בתחנת המשטרה (ס' 3) וחיוב תיעוד חזותי – וידיאו – של כל חקירה בעברה שהעונש הקבוע בצדה הנו עשר שנות מאסר ומעלה (ס' 7). חשוב לציין כי תחילת החוק נדחתה לאור חומרת העברות והשלמת תחולת הוראותיו תהיה כארבע שנים מיום חקיקתו.

50 ראו רבני השופט דורנר בדנ"פ 4342/97 מ"י נ' אל עבדי, פ"ד נא(1) 736; כן ראו ע' גרוס

אִי־הכרה בזכות שתיקה מוחלטת לחשודים יכולה להביא להודאות שווא, הן עקב סיבות לא רציונליות הקשורות בחשוד עצמו⁵¹ והן עקב מניעים רציונליים שלפיהם יעדיף החשוד להודות בביצוע עברה שלא ביצע, מתוך תקווה, כי בשלב המשפט תינתן לו האפשרות "לתקן" את המעוות כאשר יעמוד בפני שופט ניטרלי. בהיעדר זכות שתיקה יגבר הפיתוי להפעיל "אמצעי השאה" על חשודים, והדבר עלול להביא להגברת החיכוך בין החשוד לחוקר. חשש זה נובע, לדעתנו, מהעובדה שביטול החיסיון יחייב חשוד למסור גרסה, לעתים כוזבת, אשר ניתן יהיה להזימה בראיות מזירת העברה. מצב זה יכול להגביר את הרגשת התסכול וחוסר האונים אצל הגוף החוקר והגברת היחסים האינוקוויזטוריים, בלאו הכי, של החקירה המשטרתית. מחד ייתכן שלמשתרה יהיו כלים להפריך את הגרסה השקרית ומאידך החשוד הרציונלי יעמוד בסירובו להודות בביצוע העברה, ויוסיף לסבך את עצמו בשקרים.

ביטול הזכות יאפשר לחשוד, אשר ביצע בפועל את העברה, "לחקות" את תשובתו של החשוד אשר לא ביצע את העברה, על ידי כך שבסופו של יום, שניהם ימסרו את אותה הגרסה — "לא עשיתי". בדרך זו יגבר הסיכוי להרשעת חפים מפשע עקב טשטוש הגבולות בין שני סוגי החשודים⁵².

אמנם עדיין נשמעת הטענה הקלאסית בדבר היותו של החיסיון מפני הפללה עצמית מכשול מפני גילוי האמת, ויש הקוראים לביטולו של החיסיון בשל כך⁵³. אולם לדעתנו, אף שייתכנו מצבים שבהם ניתן לשער כי ביטול החיסיון מפני הפללה עצמית יביא את החשוד שביצע את העברה להודות בביצועה ובכך לסייע בחקר האמת, נראה כי במקרים רבים תהיה זו אך נאיביות לצפות להתרחשות מסוג זה, וזאת מן הטעם המרכזי שחשוד רציונלי לא יבחר, ככל הנראה, באסטרטגיה זו.

"החיסיון מפני הפללה עצמית — האומנם ציון דרך במאבקו של האדם הנאור לקידמה?" מחקרי משפט ז' (תשמ"ט) 167. במאמר זה מוצג דיון ביקורתי על חיסיון מפני הפללה עצמית; ד' ליבאי "חקירת חשוד והחיסיון מהפללה עצמית" הפרקליט כט (תשל"ד) 92.

51 בעניין זה ראו ע' קובו "הודאות שווא רציונליות" הסנגור 54 (תשס"א) 3.

52 בעניין זה ראו ע/126/02 סמל מרסינו ורב"ט מילשטיין נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם), תקדין צבאי 2004 (1) 13, שם יושם הרציונל שהוצע במאמרו של Seidmann ו־D.J. Stein: "The Right To Silence Helps The Innocent: A Game-Theoretic Analysis of The Fifth Amendment Privilege" 114 *Harv. L. Rev.* (2000) 431: "Therefore, a guilty defendant would seek refuge in lies, rather than in silence, whenever the prosecution could not refute her lies easily. An interrogated suspect has no such option because she is largely unaware of the evidence thus far gathered by the police, and she does not know what evidence against her the police might obtain in the future. Hence, the right to silence, in the form of an evidentiary privilege against adverse inferences, would be considerably more successful in diverting suspects from lying during custodial interrogation than in diverting defendants from perjuringly testifying at trial". *Ibid.*, at p. 491.

53 ראו א' שטרומן "המלך עירום או חבר מושבעים השולט בבית המשפט בישראל" עיוני משפט יג (תשמ"ח) 175; J. Bentham *Rational of Judicial Evidence — Specially Applied*; 175 *to English Practice* (Littleton, Colorado, vol. V, 1995).

גם תחושת ההגינות כלפי החשוד מחייבת להביא לידי איזון בין משאביו של הגוף החוקר לאלו של החשוד. מהצד האחד של המתנס עומדת הרשות החוקרת שהנה בעלת אמצעים כבירים לצורך גילוי האמת. המשטרה, המתקצבת על ידי המדינה, היא בעלת ציוד חקירה מתקדם הכולל משאב אנושי, מספר רב של חוקרים וכן משאבים טכנולוגיים כגון ציוד הקלטה, בילוש, תיעוד וכו'. יתרה מזאת, לרשות המשטרה עומד גוף לאיסוף ראיות מדעיות מזירת העברה, אשר גם הוא ממומן מתקציב המדינה. למשטרה אף עומדת מערכת נרחבת של מודיעין סמוי ומדובבים משטריים המספקים מידע סמוי על אודות החשוד. כל האמור לעיל מלמד כי ברשות הגוף החוקר מצוי "מידע". מידע זה, שמקורו בביקור בזירת העברה או באיסוף ראיות מדעיות או מודיעיניות. מן הצד השני של המתנס עומד החשוד, נטול אמצעים⁵⁴ ובעל מידע מוגבל. אמנם בידי מי שביצע בפועל את העברה קיים מידע באשר לאופן ביצועה, אך הוא נעדר מידע באשר לכמותו ולאיכותו של המידע אצל הגוף החוקר. הזכות לקבל את העתקים מחומר החקירה, וכך להתעדכן במידע המצוי ברשות החוקרת, קמה רק עם הגשת כתב האישום. עד למועד זה החשוד אינו זכאי לדעת מהו החומר שעומד נגדו⁵⁵. איננו גורסים שראוי לציידו במידע זה בשלב כה מוקדם, מן הטעם הפשוט שגם למשטרה, במקרים רבים, אין המידע הדרוש, וכי חשיפתו עלולה לסכל את מהלכה התקין של החקירה. אולם, לדעתנו, אין לכפות עליו למסור גרסה.

חוסר האיזון המתואר לעיל, מלמד על עליונות הגוף החוקר, והוא מהווה את המקור העיוני להכרה בזכויות חשודים ונאשמים, כתת-קבוצה במסגרת זכויות האדם. המשפט מוכן להכיר גם בזכויות של מי שההנחה היא שביצע בפועל את העברה. במסגרת זו שיטת המשפט הישראלי מכירה כיום במגוון זכויות העומדות לטובת חשודים ונאשמים, אשר המרכזיות שביניהן הן: הזכות להיות מיוצג על ידי עורך דין (במקרים מסוימים אף הזכות לסגור ציבורי "חינם אין כסף"⁵⁶) והזכות להיות מובא בפני שופט לא יאוחזר מעשרים וארבע שעות מרגע המעצר⁵⁷. זכויות אלה אינן מונעות מהחשוד את הצורך להתעמת עם חוקרי המשטרה ולהשיב להאשמה המוטחת בפניהם. זכות השתיקה היא המגן היחיד הנותן מחסה לחשוד המבקש להכין עצמו אל מול הגוף החוקר, בראש ובראשונה, כמו גם להכין את הגנתו לקראת משפטו הצפוי. הפערים במידע, כפי שתוארו לעיל, מהווים את הבסיס ל"טרילמה" שבפניה יעמוד החשוד אילו הזכות תבוטל: להודות ולהפליל עצמו; לשקר וכך לחשוף עצמו לחקירה

54 חשוב לציין שאף אם יש בידי החשוד אמצעים כספיים, הוא איננו יכול לפגוע בעבודת המשטרה כי הדבר יהווה עברת "שיבוש מהלכי משפט", כך שאמצעיו הכלכליים אינם מסייעים לו באיזון בינו לבין הגוף החוקר.

55 ס' 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] תשמ"ב-1982 (להלן: "חוק סדר הדין הפלילי").

56 זכות זו מותנית כמובן במצבו הכלכלי של העבריין מתוך מטרה להשוות את זכויותיו של חשוד חסר אמצעים לזכויותיהם של חשודים בעלי אמצעים. בעניין זה ראו הוראותיו של חוק הסנגוריה הציבורית.

57 ס' 29(א) לחוק המעצרים החדש.

חודרנית יותר כשידור על התחתונה, עקב העובדה שהמידע המצוי אצלו מוגבל, וכנראה ניתן יהיה להוכיח שהוא אינו דובר אמת ואף להעמידו לדין בגין מתן עדות שקר; לשתוק וכך לחשוף עצמו לעברת ביזיון. לבד מן הטעם המוסרי יש גם יתרון מעשי לחוסר הרצון להעמיד את החשוד בפני ה"טרילמה", וזאת מן הטעם שכל הנראה, חשוד היודע לכלכל צעדיו באופן רציונלי, לא יבחר בשום מקרה להודות באשמה, אלא יעדיף לשקר מתוך תקווה ששקרו לא יעומתו או יוכחו בעתיד. לסיכום, הקושי בחיוב אדם לגרום לעצמו נזק חמור במוצא פיו, מקבל משנה תוקף בעת החקירה המשטרתית, שבה כל הזדקורים מופנים למוצא פיו של החשוד — "ספר מה עשית" — "המט קלון על עצמך".

ניתן להצביע גם על רציונל דמוקרטי-ליברלי⁵⁸, המצדיק את זכות השתיקה בחקירה. לאור רציונל זה, התומך בהצדקת החיסיון בזכות המאפשרת יצירת חיץ בין האזרח לרשות החוקרת, קיים צורך בעריכת איוונים שונים, העשויים להשתנות בסטואציות השונות שבהן מתבקשת זכות השתיקה. יחסי האמון, הכבוד והנימוס שחב השלטון לאזרח אינם מוחלטים, והם יכולים להיות מושפעים מגורמים שונים. המדד המשמעותי שבו נעשה שימוש הנו מידת התשתית הראייתית. מהו הנטל המוטל על רשויות המדינה עובר לפנייתה לאזרח? מהו השלב שבו מוצדק לצפות מהאזרח לפתוח את סגור לבו? יישומו של רציונל זה על ההליך הפלילי מלמדנו שכל שהראיה חזקה יותר, כך גדלה הציפייה שהאזרח יענה לדרישות הרשות. עלינו לבחון אפוא מה מייחד את הליך החקירה לעומת כלל ההליך הפלילי, ורק אז לבחון כיצד ייחוד זה משפיע על הצדקת יכולתה של הרשות לדרוש מן האזרח שיציידה במידע שברשותו. איוון זה הנו ערכי ביסודו ונובע, במרבית המקרים, מהשקפתו הסובייקטיבית של מבצע האיוון. אולם אנו ננסה, עד כמה שניתן, לקבוע את האיוון הראוי בין האינטרסים הנוגדים: מחד זכותו של האזרח שלא להיות מוטרד על ידי רשויות אכיפת החוק מבלי שיצדיקו תחילה את מעשיהן — זכות הנובעת מחובת האמון שחב השלטון לאזרח במדינה דמוקרטית — ומנגד, זכותה וחובתה של המדינה לחקור עברות, לאתר את העוברים עליהן, להעמידם לדין ולמצות עמם את הדין בכלים אובייקטיביים.

לדעתנו, רציונל זה מוביל להכרה רחבה בזכות השתיקה של החשוד. בשלב כה מוקדם, שבו אין עדיין ראיות של ממש והראיות הקיימות טרם נבחנו שיפוטית בידי שופט מקצועי ובלתי תלוי, על המדינה מוטלת חובה להוכיח לכאורה את אשמתו של החשוד בטרם תוכל לדרוש ממנו שישתף עמה פעולה וייתן תשובות לשאלותיה. לקיומן של ראיות ובחינתן בהליך שיפוטי קיימת חשיבות מכרעת המשפיעה על "חובתו" של החשוד להשיב על האשמה⁵⁹.

58 לריון ברציונל זה ראו רוטקופף, לעיל הערה 40, בע' 55.
59 ניתן לעקוף קושי זה על ידי יצירת משטר משפטי שבו ישותף בית המשפט בהכרעה העקרונית אם לחייב את החשוד להשיב. משטר שכזה יחייב את בית המשפט לבחון את הבסיס הראיתי הגולמי נגד החשוד ובהתאם לקבוע אם ראוי לשלול ממנו את זכות השתיקה.

גם אלמנט החירות מחייב הגנה על "מחשבותיו ורגשותיו" של החשוד, בשלב כה מוקדם של ההליך הפלילי שבו טרם נאספו ראיות כלפיו. יתר על כן, בחיובו של החשוד לשתף פעולה בשלב כה מוקדם, יש מן החשש להטרדת חשודים ו"מסעות ציד"; רשויות אכיפת החוק יעדיפו להעמיד חשודים אקראיים ולתחקרם בדבר עברות שביצעו לכאורה או שלכל הפחות, יגדל התמריץ "לעגל פינות" בדרך להודאה המיוחלת. הפנייה לאזרח תיעשה מבלי שקיים חשד מוגדר מראש אלא מתוך ניסיון לצוד ראיות.

האינטרס של המדינה לאתר חשודים ולהעמידם לדין צריך לסגת, בשלב זה, מחירותו של האדם והציפייה הלגיטימית שלו, שלא להיות מוטרד על ידי הרשות ולא להיות מחויב במתן דין וחשבון על פועלו. לפיכך, כאמור, יש לקבוע יחס ישיר בין קיומן של ראיות וחוזקן לבין קיומה של הצדקה לפנייה לאזרח — ככל שהראיה חזקה יותר, כך גדלה הציפייה שהאזרח ייענה לדרישות הרשות.

יישומם של רציונלים אלה מוצא את ביטוי גם בגישתו של המשפט המשווה לשאלת היחס בין החיסיון מפני הפללה עצמית לבין זכות השתיקה. המשפט הישראלי ירש את ההבחנה בין זכות השתיקה לחיסיון מפני הפללה עצמית, משיטת המשפט האנגלי⁶⁰. בארצות-הברית ההגנה החוקתית הנובעת מהתיקון החמישי לחוקה, ככל שהיא דנה בנושא ההליך הפלילי — החשוד והנאשם, רחבה יותר מההגנה הניתנת לעד. עד רגיל נתפס כמי שהדין מחייבו לסייע במלאכת חשיפת האמת, ולפיכך לא תעמוד לו הזכות למלא פיו מים ככל שיחפוץ. חובתו תהיה לשתף פעולה עם רשויות החקירה והמשפט, אך תעמוד לו הזכות שלא למסור דברים היכולים להעמידו בפני סכנת אשמה פלילית⁶¹. לעומת זאת החשוד והנאשם רשאים לבחור למלא פיהם מים ולהצהיר על רצונם לשתוק בחקירת המשטרה ואף לזכות בפריבילגיה האולטימטיבית שלא לעלות כלל על הדוכן במשפטם⁶².

המשפט הקנדי אף הוא מעניק זכות שתיקה לחשוד. על אף העובדה שהצ'רטר הקנדי מעניק הגנה מפורשת רק לעדים ולנאשמים, ואין בו כל הוראה המתייחסת לשלב הטרם משפטי — לחשודים, למעוכבים ולעצורים — קבע בית המשפט העליון בקנדה שזכות השתיקה, בשלב הטרם משפטי, הנה חלק מהצדק הבסיסי (Fundamental Justice), וככזו ראויה להגנת סעיף 7 לצ'רטר הקנדי⁶³, כנגזרת של הזכות לחירות⁶⁴.

60 S. Easton *The Case for the Right to Silence* (Hants, 2nd ed., 1998) 19

61 החיסיון מפני הפללה עצמית מגן על העד באופן חלקי, ואין הוא זכאי לטעון לחיסיון כללי אלא פרטני. בעניין זה ראו: *Allen v. Illinois*, 478 U.S. 364 (1986); *N. River Inc. Co v.* *Stefanou*, 831 F. 2d 484 (4th Cir. 1987); *U.S. v. Gibbs*, 182 F. 3d 408 (6th Cir. 1999)

62 *Harris v. New York*, 401 U.S. 222 (1971); *U.S. v. Rodrigues*, 14 F. 3d 1040 (5th Cir. 1994)

63 Canadian Charter of Rights and freedoms, § 7: "Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice" (ההרגשות שלי — ג.ר.).

64 *R. v. Hebert* [1990] 2 S.C.R. 151, 163

זכות השתיקה אף הוכרה בשנים האחרונות באירופה, וזאת למרות העובדה כי התפתחותה של הזכות הייתה דווקא במדינות שבהן נהוגה השיטה האדברסרית. סעיף 6(1) לאמנה האירופית לזכויות אדם ואזרח משנת 1950⁶⁵, מבטיח את הזכות ל"משפט הוגן" שממנו גזר בית הדין הבינלאומי בשטרסבורג את זכות השתיקה בפרשת *Heaney*⁶⁶. בפרשה זו סירבו העותרים למסור פרטים, או עדות כלשהי, לשוטרים שעצרו אותם בגין חשד לפיגוע שבו נהרגו כמה חיילים בריטיים. סירובם עלה כדי עברה עצמאית. לטענתם, קביעת עברה פלילית הנובעת משתיקה מנוגדת לסעיף 6 לאמנה. בית הדין קיבל את העתירה וקבע שזכות השתיקה חלה וכי לא ניתן לקבוע עברה פלילית נגד מי שבחר שלא להשיב לשאלות חוקריו. נראה כי הן הרציונלים שהזכרנו לעיל והן שיטות המשפט המערביות מכירים בזכות שתיקה מוחלטת כאשר מדובר בנושא ההליך הפלילי וראוי שהמשפט הישראלי ימשיך בהכרה זו. השארת שאלה כה יסודית ב"צריך עיון" עלולה לכרסם בזכות השתיקה דווקא בסיטואציה שבה הכרתה נדרשת ביותר.

1.2 שימוש המדינה ב"נוסח אזהרת חשוד" לביסוס טענת היעדר זכות שתיקה לחשודים כאמור, בסיכומיה בפרשת גלעד שרון טענה המדינה, כי זכות השתיקה היחסית נובעת גם מאופן אזהרת חשוד במעצר הקובעת מפורשות כי החשוד זכאי שלא להפלייל עצמו. בטענה זו השמיטה המדינה עובדה חשובה מאוד לבידור הסוגיה, ועמדתה, כפי שהוצגה, אף עומדת בניגוד מוחלט לעמדתו ולנהייתיו של אליקים רובינשטיין, היועץ המשפטי לממשלה לשעבר ושופט בית המשפט העליון בהווה. נוסח אזהרת חשוד נקבעה ב"תקנות השופטים" אשר ניתנו בשנת 1912 באנגליה. התקנות קבעו שיש להזהיר חשודים, טרם גביית אמרתם, בדבר זכותם שלא להשיב על האשמה. תקנות אלו נקלטו בישראל דרך סימן 46 לדבר המלך במועצה, בכמה פסקי דין⁶⁷, ואף בחוק השיפוט הצבאי שבו נקלטו התקנות כלשונן⁶⁸. רשויות החקירה השונות, עשו לעתים שימוש בנוסחים שונים. היו מי שהזהירו כי החשוד רשאי שלא לומר דבר. מנגד היו מי שהזהירו כי החשוד רשאי שלא להעלות להפליילו, וכך יכול היה להתקבל הרושם, בעיני החשוד, כי הוא חייב לספק מידע שאין בו כדי להפליילו. כמו כן, ניתן היה להצביע על הקושי שלפיו, מחד, חשוד היה מזהיר כי "אין הוא חייב לומר דבר" ומאידך, אם לא יאמר דבר, ייתכן שבתי המשפט יעשו שימוש ראייתי בשתיקתו, כך שבסופו של יום, אף ש"הובטח" לו שאין הוא חייב לומר דבר, מצא הנאשם ששתיקתו הייתה לו לרועץ.

European Convention for Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1950 65
art. 6(1) [<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D5CC24A7-DC13-4318-B457-5C6901491A/0/EnglishAnglais.pdf>] (last visited on 30.1.2006)

Heaney v. Ireland [2000] E.C.H.R. 34720/97 (להלן: פרשת *Heaney*). 66

בעניין זה ראו ע"פ 21/49 האדי נ' הי"מ, פ"ד ג 13; ע"פ 73/50 אל הדדהד נ' הי"מ, פ"ד ה 345. 67

ס' 272–266 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו–1955. 68

בשנת 1996 נחקק חוק המעצרים החדש, אשר מכיל חובת פגישה של קצין משטרה עם אדם טרם מעצרו. החוק קובע, בסעיף 28(א) תחת הכותרת "שמיצת טענות העצור" כך: "לא יחליט הקצין הממונה על מעצרו של אדם, על המשך מעצרו או על שחרורו בערובה, ולא יקבע את סוג הערובה, גובהה ותנאיה, בלי שיתן תחילה לאותו אדם הזדמנות להשמיע את דברו, לאחר שהזהירו כי אינו חייב לומר דבר העלול להפלילו, כי כל דבר שיאמר עשוי לשמש ראיה נגדו וכן כי הימנעותו מלהשיב על שאלות עשויה לחזק את הראיות נגדו" (ההדגשה שלי — ג.ר.). לאור נוסח זה, רשאי האדם להימנע רק מלומר דברים שיש בהם כדי להפלילו⁶⁹. הסיפה של הסעיף מלמדת על רצונו של המחוקק להסביר לעצור, כבר בשלב החקירה, את המשמעות המשפטית של הימנעותו מלהעיד. פתרון זה לבעיה שהוצגה לעיל, בעייתי כשלעצמו. ניסוח זה, שקשה להאמין שהנו ברור לכל החשודים, קובע ברישה כי אין הוא חייב לומר דבר אך מזהירו, כי אל מול היעדר החובה, תלויה חרב "חיזוק הראיות".

בחודש דצמבר 1997 זימן היועץ המשפטי לממשלה הקודם, אליקים רובינשטיין, את נציגי רשויות החקירה השונות בישראל, לדיון בדבר האחרת נוסח האזהרה⁷⁰. בדיון הוצגו הקשיים הנובעים מהשימוש בנוסחי אזהרה שונים, ובסיכומי יצאה הנחיה מוסכמת, לאחד את כל נוסחי האזהרה לעניין חשודים, בכל רשויות החקירה, ולתמוך בהצעת חוק שתחייב את הנוסח הבא⁷¹: "אין את/ה חייב/ת לומר דבר; כל שתאמר/י עשוי לשמש ראיה נגדך; הימנעות מלהשיב לשאלות עשויה לחזק את הראיות נגדך".

בדיון זה הובעה דעה המתנגדת לנוסח האזהרה שנקבע בחוק המעצרים החדש, והוסכם על דעת כל הנוכחים כי: "יש לחזור לאזהרה הקלאסית (הגדרת זכות שתיקה ולא זכות להמנע מהפללה עצמית) גם במעצרים, ולתמוך בהצעת החוק בענין, אך לכלול בה גם את האזהרה ששתיקת חשוד עלולה לשמש חיזוק לראיות לחובתו" (ההדגשה שלי — ג.ר.).

לסיכום, ניתן לומר שכיום מוסדר נוסח האזהרה בהנחיה, מוסכמת, של היועץ המשפטי לממשלה, המורה לחשוד כי עומדת לו זכות שתיקה, ולא רק חיסיון מפני הפללה עצמית, ומזהירה אותו כי הימנעותו מלהעיד עשויה לחזק את הראיות נגדו. אזהרה זו היא הנוסח המודפס על טופס "גביית אמרה מחשוד" וזהו הנוסח שלפיו הוזהר גלעד שרון.

69 כאן המקום לציין כי בהצעת החוק הוצע להעניק לחשוד זכות "שלא לומר דבר". ראו ס' 26 להצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה — עיכוב, מעצר ושחרור), תשנ"ה-1995 ה"ח 316.

70 הדיון נערך בלשכת היועץ המשפטי לממשלה ביום 7.12.1997. עותק ממסמך סיכום הדיון הנושא את הכותרת "סיכום דיון בנושא: נוסח האזהרה לחשודים ונחקרים", מיום 15.12.1977 שמור במערכת.

71 שם, בע' 3.

העובדה שבסיכומיה לא ראתה המדינה לנכון ליידע את בית המשפט העליון על קיומה ויישומה של הנחיה שכזו תמוהה בעינינו. הכיצד מצד אחד מתווה היועץ המשפטי לממשלה מדיניות שלפיה יש לאמץ את הגישה המכירה בזכות שתירה מוחלטת ומאידך הצוות הכפוף לו מתעלם מהנחיה זו?

2. האם ראוי להחיל את הוראות סעיף 47 לפקודת הראיות על חשודים בעשיית עברה?

לדעתנו, שגה בית המשפט העליון כאשר החיל את הוראות סעיף 47 לפקודת הראיות בנוגע לחשודים בחקירה. אמנם, לאור לשונו, חל הסעיף על "אדם", קרי הדין אינו מבחין בין חשוד, נאשם ועד. כל אחד מהם זכאי שלא למסור ראיה שיש בה כדי להפלילו. אולם פירושו הנכון הוא כי כל אחד מהם רשאי לעשות שימוש בחיסיון בנוגע למשפט אחר שבו הוא מואשם או עשוי להיות מואשם, ואין להחילו על החשוד בעשיית העברה.

מטרתו העיקרית של הסעיף היא להוות תמריץ לעדים להעיד במשפטים פליליים ללא חשש שמא יסבכו עצמם בעברה פלילית⁷², ואין כל כוונה משתמעת מהסעיף לחול על חשוד בחקירה או על נאשם במשפטו הוא. הבחנה זו הוצעה ויושמה כדין על ידי השופט שלי טימן בדיון בפרשה בבית המשפט המחוזי⁷³. אדם שהיה עד לעברה חייב, אם נתבקש לכך על ידי רשויות אכיפת החוק, לבוא ולהעיד⁷⁴.

מקור החובה להעיד טמון בחשיבותה לבירור האמת במשפט. מטרה זו היא העומדת בבסיס ההליך הפלילי כולו, וקידומה חשוב ליצירת מערכת משפט צודקת, הזוכה לאמון הציבור. החיסיון מפני הפללה עצמית הוא המגן העיקרי הקיים בידי העד לצורך "הגנה עצמית" כל אימת שיישאל שאלה שיש בה כדי להפלילו. ללא החיסיון, עדים רבים שהיו יכולים לתרום תרומה ממשית לבירור האמת במשפט פלוני, לא יעידו כלל עקב חששם מגילוי עברה שעברו, אפילו הייתה זו עברה זוטא. הקושי בהחלת סעיף 47 לפקודת הראיות על חשודים נובע מהחשש שחשודים רבים יזמנו לחקירה במשטרה במסווה של עדים, ובהיעדר

J.T. McNaughton "The privilege Against Self-Incrimination: Its Constitutional Affection, Raison d'Etre and Miscellaneous Implications" 51 *J. Crim. L., Criminology & Police Sci.* (1960) 138, 143.

73 ע"פ גלעד שרון, לעיל הערה 34, בפסקה 12 לפסק הדין: "סעיף 47 לפקודת הראיות מתייחס לחקירה של עד שלא במשפטו שלו, אפילו אם הוא נאשם, או עשוי להיות נאשם במשפט אחר, ואינו חל על חקירתו של נאשם במשפטו שלו עצמו. מסקנה זו מתבקשת מהוראות סעיף 47(ג) לפקודת הראיות, ובמיוחד כשסעיף 47 נקרא ביחד עם סעיף 161 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982" (ההדגשות שלי – ג.ר.).

74 שאלת החובה להעיד ראיה אף היא למחקר מעמיק, בין היתר, עקב העובדה שהיא מהווה בפועל "הכרחת האדם לסיכון עצמי". שאלה היא אם כיום לנוכח חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו ניתן לכפות על אדם להעיד, כאשר אין בדבר כדי להפלילו. בישראל הוראת ס' 73 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984 קובעת את החובה להתייצב ואת הדרך לאכוף חיוב זה.

זכות שתיקה "יאולצו" על ידי מערכת אכיפת הדין הפלילי, להפליל עצמם. חזוק משמעותי לטענה שסעיף 47 לפקודת הראיות אינו אמור לחול על מי שהוא חשוד בעשיית עברה מצוי בסעיף קטן (ב), המעלה את שאלת סמכותו של בית המשפט לכפות מסירת ראיה מפלילה. סוגיה זו דרושה ליבון, בעיקר נוכח ניסוחו של הסעיף. מבחינה מילולית, מאפשר הסעיף לדחות את בקשתו של העד שלא למסור ראיה. התוצאה המשפטית של דחייה זו הנה מתן "חיסיון שימוש" לגבי הראיה שנמסרה. מה טעם יש ליתן "חיסיון שימוש" לחשוד בעשיית עברה כאשר מטרת החקירה הנה לאתר ראיות מפלילות נגדו? ואימתי קמה הסמכות של בית המשפט לדחות את בקשתו של העד? האם לבית המשפט שיקול דעת אם לחייב את העד למסור ראיה מפלילה או שמא רק אם סבר שאין בראיה כדי להפלילו, מוסמך בית המשפט לעשות שימוש בסמכות זו? אם הפרשנות הראשונה היא הנכונה ולבית המשפט יש סמכות, בשיקול דעת, לכפות מסירת ראיה מפלילה ולאחר מכן להעניק, בשיקול דעת, "חיסיון שימוש" מפני אותה ראיה, ניתן לומר שהחיסיון הנו יחסי ואינו מעניק הגנה ממשית מפני מסירת ראיות מפלילות. אם, לעומת זאת, הפרשנות השנייה היא הנכונה, אזי אם יתברר לבית המשפט, בדיעבד, כי בעדות שכפה יש כדי להפליל, מעניק הדין (ולא בית המשפט) "חיסיון שימוש" מפני אותה הראיה במשפטו העתידי של העד.

לדעתנו, כוונת המחוקק הייתה לאמץ דווקא את הגישה השנייה,⁷⁵ אחרת לא היה המחוקק מעניק זכות להימנע מלמסור ראיות מפלילות, כפי שהכתוב מלמד בסעיף 47(א) כי "אין אדם חייב למסור...". יתרה מכך, סעיף 47 מצוי תחת פרק ג' לפקודת הראיות העוסק בכל תחום הראיות החסורות. חלק מהחסיונות בלתי ניתנים להסרה וחלקם ניתנים להסרה. כאשר המחוקק העניק סמכות לבית המשפט להסיר חיסיון, ניכר כי עשה כן במפורש ואף התווה את האיוון הראוי לצורך הסרת החיסיון.⁷⁶ מנגד, כאשר המחוקק שותק לעניין סמכות בית המשפט להסיר חיסיון, מדובר בחיסיון מוחלט.⁷⁷ סעיף 47 לפקודת הראיות אינו מעניק כל סמכות שבשיקול דעת לבית המשפט להסיר את החיסיון, וכך יש לדעתנו לפרשו.

בפרשת גלעד שרון אומצה דווקא הפרשנות הראשונה, בהשאירה את הסמכות בידי בית המשפט לכפות על העד את מסירת הראיה המפלילה, תוך הענקת "חיסיון

75 לפרשנות דומה ראו ע' גרוס עד המדינה (חשמ"ט): "נכון כי סעיף זה אינו קובע מתי יכפה בית המשפט על העד את מתן העדות [...] יתכן שבתי-המשפט ייטו דווקא לפרש סעיף זה פירוש מצמצם, כלומר שסעיף קטן (א) והרישא לסעיף קטן (ב) מלמדים על כוונת המחוקק שאין לכפות על עד מסירת עדות העשויה להפלילו, ורק אם סבר בית המשפט שאין באותם דברים כדי להפלילו ולכן כפה עליו מסירת עדות ובדיעבד התברר כי אמנם הוא הפליל עצמו בא הסיפא לסעיף קטן (ב) ומתקן את הדברים על ידי איסור השימוש באותה עובדה שנחשפה שהוא גם יסוד מיסודות העבירה שיוחסה לו". שם, בע' 220.

76 ראו הוראות ס' 44, 45, 49, 50, 55 לפקודת הראיות.

77 ראו הוראות ס' 47, 48, 51 לפקודת הראיות.

שימוש" לראיה זו⁷⁸. למען הזהירות מוסיף בית המשפט שהסמכות ליתן "חיסיון שימוש" לגבי מסמך מוקנית אך ורק לבית המשפט ולא לרשות החוקרת⁷⁹. העובדה שגלעד שרון היה בגדר "נשוא ההליך הפלילי" – חשוד בביצוע עברות – לא מנעה מבית המשפט את השימוש בסעיף 47 לפקודת הראיות.

לדעתנו, הפרשנות שנקט בית המשפט העליון בפרשת גלעד שרון, אינה עולה בקנה אחד עם הוראות סעיף 47 לפקודת הראיות ואף איננה מאזנת כראוי בין הרצון להגיע לחקר האמת לבין החיסיון מפני הפללה עצמית. בית המשפט מתעלם מהעובדה ש"חיסיון שימוש" פורש, בישראל, כחסינות מצומצמת החלה רק על השימוש הישיר בראיה שהתקבלה. אין כל מניעה מצד רשויות החקירה לעשות שימוש בראיה לצורך איתור ראיות קבילות אחרות שישמשו בסיס להעמדתו לדין של עד. במקרה שכזה, ייתכן שהאינטרס של "חקר האמת" לא יתממש, מן הטעם שהעד, בידועו על היקפה המוגבל של החסינות יעדיף לסרב למסור את הראיה ולשאת בתוצאות סירובו, תהיינה אשר תהיינה. ייתכן, מאידך, שניתן ללמוד מפסק הדין על שינוי הגישה באשר להיקף החסינות, ותוצאתו תהיה אימוץ הכלל האמריקני האוסר שימוש ישיר או עקיף בראיה שהתקבלה⁸⁰.

כאמור, קיים קשר הדוק בין השאלה שלעיל לבין היקף ההגנה שמעניק הדין מפני שימוש בראיה ובפרותיה באופן עקיף, לצורך חקירה והעמדה לדין של מוסרה. נפנה כעת לדון ביחסה של הפסיקה בישראל לשאלה זו.

ו. היקף ההגנה – היכולת לעשות שימוש "עקיף" בראיה ובפרותיה

קושי נוסף, הטמון בקונסטרוקציה הקבועה בסעיף 47 לפקודת הראיות, כפי שפורש בפרשת גלעד שרון, נעוץ בעובדה שהסעיף אינו פוסל, לכאורה, עשיית שימוש "עקיף" בראיה שנמסרה ושימוש בפירותיה – ראיות אחרות שהושגו אגב חשיפת הראיה. במה דברים אמורים: פלוני מחויב על ידי בית המשפט להעיד נגד אלמוני, ובעדותו מספר כי הוא ואלמוני ביצעו עברה בצוותא. לימים, כשיוגש כתב אישום נגד פלוני, הוראת הדין קובעת ש"לא תוגש הראיה", משמע לא תוגש עדות/הודאתו, אך אין חסינות מפני העמדה לדין של אותו אדם בגין העברה שחשף בפני בית המשפט בכפייה, או למצער דרישה שלא ניתן לעשות שימוש בראיות שהגיעו אליהן מתוך הראיה שנמסרה. בסופו של יום, הודאתו היא שהביאה להפללתו, שהרי בלעדיה לא היו כלל חושדים בו בעשיית עברה. למיטב ידיעתנו, הקושי שהוצג לעיל, לא נדון, במישורין, בנוגע להוראת סעיף

78 פרשת גלעד שרון, לעיל הערה 1, בע' 765. כאן המקום לציין שבית המשפט העליון רומז שמדובר בהלכה שנקבעה בבג"ץ 5836/95 חכמי נ' לוי, פ"ד נא(3) 750, 764, אלא שמקריאת פסק הדין ניכר כי מדובר לכל היותר בהערת אגב של השופט שטרסברג-כהן.

79 פרשת גלעד שרון, לעיל הערה 1, בע' 765.

80 ראו דיון להלן בפרק ו'.

47(ב) בבית המשפט העליון בישראל. אולם בית המשפט העליון דן בשאלה דומה, בפרשת יפת, בעניין ויסות מניות הבנקים, אשר זכתה לכינוי "משפט הבנקאים". בפרשה זו גזר השופט ד' לוי גזרה שווה בין הוראות סעיף 47(ב) לבין הוראות סעיף 14 לחוק ועדות חקירה⁸¹. בעניין זה עמדה לדיון בפני בית המשפט, שאלת השימוש אשר ניתן לעשות בחומר שהושג תוך כדי עבודתה של ועדת חקירה כראיה קבילה במשפט פלילי. הדיון נסב סביב חוקיותה של פעולת חוקרי המשטרה בשימוש הנרחב שעשו בחומר שאספה ועדת השופט בייסקי, אשר נתמנתה לחקור את הסיבות למפולת הבורסה של שנת 1983. טענת המערערים הייתה, כי השימוש אשר נעשה בחומר היה מנוגד לקבוע בסעיף 14 לחוק ועדות חקירה שמטרתו להגן על העד מפני "הסיכון" שבמסירת "אמת" לבית המשפט. בדחותו את הטענה קבע בית המשפט⁸²: "המדובר בהגנה מצומצמת לפיה לא יעשה שימוש ישיר בדבריו של העד לחובתו אולם אין מניעה לקיים חקירה בעקבות המידע שנאסף מפיו של עד, אפילו הפך להיות נאשם בשלב מאוחר יותר, ולהעמידו לדיון על-פי הראיות שיושגו במסגרת העדות. לפיכך, מותר לתביעה לקרוא הודעות מועדת החקירה, מותר לה להשתמש בהודעות לצורך הכנת תשתית לחקירה, אך אסור לה להפוך את ההודעה לראיה" (ההדגשה שלי — ג.ר.).

לא זו בלבד שקשה לנו להסכים עם התוצאה שאליה הגיע בית המשפט, אלא שנראה לנו כי ההקבלה שעשה בית המשפט בין כלל זה לבין הוראת סעיף 47(ב) לפקודת הראיות, אינה במקומה. חוק ועדות חקירה אינו כופה שיתוף פעולה, והנחקר בפני הוועדה זכאי שלא להפליל עצמו⁸³. לעומת זאת, בסעיף 47(ב) לפקודת הראיות רשאי בית המשפט, לאור הפרשנות בפרשת גלעד שרון, לכפות על אדם למסור גרסה מתוך "הבטחה" שהראיה לא תשמש נגדו. לפיכך, מטעם זה לבדו נראה לנו שיש להעניק פרשנות רחבה יותר למונח "לא תוגש הראיה" שבסעיף 47(ב) לפקודת הראיות. מקור נוסף להבחנה בין הסעיפים מצוי בהיקף החסינות. חוק ועדות חקירה קובע חיסיון כללי על עדויות שנאספו בוועדת חקירה, מן הטעם שמטרתה העיקרית היא הגעה לחקר האמת. חיסיון זה חל על כל העדויות, ללא יוצא מן הכלל. במצב דברים שכזה אך טבעי הדבר שניתן יהיה לעשות שימוש בפרותיהן של הראיות, כיוון שאם לא ייעשה כן, תקטן בצורה משמעותית היכולת לאתר ראיות חיצוניות. מאידך, החיסיון מפני הפללה עצמית מאוד נקודתי, תכליתו שונה, והוא דן בהיקף צר יותר של עדות. לפיכך, ניתן לאמץ פירוש מרחיב של החיסיון ואגב כך מתן חסינות מפני שימוש בפירות העדות הכפריה.

על מנת שנוכל לבחון את הוראת סעיף 47(ב) לפקודת הראיות לעומקה, יש ראשית לראות נכוחה שהסעיף, כפי שפורש בפרשת גלעד שרון, מאפשר לבית

81 פרשת יפת, לעיל הערה 20, בע' 494.

82 שם, בע' 495.

83 ראו ס' 10 לחוק ועדות חקירה.

המשפט לכפות, דה־פֿקטו ודה־יורה, למסור גרסה אשר יכולה, ברמה גבוהה של הסתברות, להוות קצה חוט להפלתו העתידית של מוסרה. הפרשנות המצמצמת, שלפיה הסעיף מגן רק מפני שימוש ב"ראיה" — בעדותו המפלילה בלבד — אינה מספקת, וזאת עקב העובדה שהמשטרה תהא רשאית, ואף במקרים רבים מסוגלת, לאתר ראיות, שהושגו תוך שימוש במידע הכפוי, אשר יביאו בסופו של דבר להפלתו במשפט העתידי.

העד הנכון יכלכל צעדיו באופן הבא: מחד, קיים חשש מפני סירובו לבצע את הוראת בית המשפט, אשר יעמיד אותו בסכנת ענישה בגין ביזיון בית המשפט, ומאידך, קיים חשש מפני מתן קצה חוט לרשויות אכיפת החוק, בהפלתו העתידית בעברה. בחירתו של החשוד תושפע מהנוסחה הבאה: ככל שחומרת העברה, והסיכוי לאתר ראיות חיצוניות להוכחת האשמה גדולים יותר, כך יטה העד להסתכן באי־מסירת הראיה או במתן עדות שקרית. במצב דברים זה ניתן לומר שיש בהסדר הקיים "כפייה" משמעותית מאוד למסור עדות מפלילה או שקרית, והעובדה שההפלה הנה "רחוקה", אינה מעלה או מורידה לעניין זכותו של העד שלא להפליל את עצמו.

תכלית ההוראה הקבועה בסעיף 47(ב) לפקודת הראיות היא לעודד את העד להעיד אמת מבלי שיחשש שעדותו תביא בסופו של דבר להפלתו. ההוראה חלה על משפט פלילי ואזרחי כאחד. תכלית זו אינה מושגת באמצעות הפרשנות המרחיבה שנקט בית המשפט בפרשת גלעד שרון.

נקודת המוצא של בית המשפט מצביעה על העדפה ברורה של אינטרס המדינה או הציבור להעמיד לדין פורעי חוק, מתוך ניסיון להגיע לחקר האמת, על ידי כפיית עדות מפלילה. כפי שהצגנו לעיל, נקודת מוצא זו מוטעית, כיוון שהעד הנכון יסרב, על פי רוב, לשתף פעולה במקרים שתוארו לעיל. אם למדינה יש אינטרס להרשיע את הנאשם או לברר את האמת במשפט אזרחי, ראוי שתעניק חיסיון כולל לעדותו. אם פרשנות זו היא שתאומץ על ידי בית המשפט, יעלה הדבר בקנה אחד עם החלטת בית המשפט בפרשת גלעד שרון, אשר העדיפה את חשיפת הראיה תוך מתן שיקול דעת לבית המשפט להורות על חשיפתה בהעניקה "חיסיון שימוש" לעד.

מעניינת מאוד עמדת המשפט הקנדי בשאלה זו. סעיף 13 לצ'רטר הקנדי מעגן את ההגנה הניתנת לעד מפני הפללה עצמית בקבעו "חיסיון שימוש אוטומטי" לעד המעיד בהליך שיפוטי, מהגשת עדותו בהליך פלילי עתידי, למעט במקרים של עדות שקר או מתן עדויות סותרות⁸⁴. הצ'רטר הקנדי אינו מאפשר לעד להימנע מלמסור גרסה שיש בה כדי להפלילו. ההפך הוא הנכון, העד מחויב למסור את

Canadian Charter of Rights and freedoms, § 13: "Self-Crimination: A witness who testifies 84 in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence"

הגרסה, אולם הוא קונה לעצמו חסינות אוטומטית, מהיכולת לעשות שימוש בעדותו נגדו בעתיד. באשר לפרות עדותו, הכיר בית המשפט העליון בקנדה בקושי שנוצר בעקבות היעדר ההגנה לפרות העדות בסעיף 13, וקבע כי יש להכיר ב"חיסיון שימוש עקיף". ההגנה רחבה ומאפשרת לשופט לפסול ראיה שלא הייתה מושגת בלעדי עדותו הכפויה של העד⁸⁵.

במשפט האמריקני, כאשר מדובר בעד אינפורמטיבי, זכותו מצטמצמת רק לעניינים שיש בהם כדי להעמידו בסכנת אשמה פלילית. בפרשת *Hoffman*⁸⁶ סקר בית המשפט העליון הפדרלי את ההלכות המרכזיות בנוגע להיקפו של החיסיון ביחס לעדים. המקרה נסב סביב הרשעתו של הופמן בעברת ביזיון בית המשפט עקב סירובו לענות לחלק מהשאלות שנשאל על ידי חבר מושבעים גדול אשר שימש כוועדת בדיקה בענייני פשע מאורגן. בסכמו את ההלכות המרכזיות⁸⁷ קובע השופט קלארק (Clark), כי הגנת החיסיון מפני הפללה עצמית על העד מוגבלת עד מאוד. החיסיון אינו חרב ביד העד אלא מגננה מטעם השופט. הסמכות נתונה בידי השופט לקבוע אם יש בשאלה מסוימת כדי להפליל את העד, וזאת עליו לעשות כאשר הוא צופה פני עתיד. בהיעדר ידיעה מה תהיה תשובתו של העד, אין בידי השופט כל אפשרות לדעת מהו משקלה המפליל של התשובה⁸⁸. בנוסף, קיים קושי ממשי לדעת מראש אם תשובתו של העד תספק קצה חוט (Link) בשרשרת הראיות שיידרשו לצורך הרשעתו. כיצד ניתן לדעת מראש אם תשובתו תהווה חלק משרשרת הראיות כלפיו באין כל ידיעה באשר לראיות כלשהן כנגדו?

85 ראו: *R. v. S. (R.J.)* [1995] 1 S.C.R. 451: "I am of the opinion that the use of any evidence that could not have been obtained *but for* the participation of the accused in the construction of the evidence for the purposes of the trial would tend to render the trial process unfair [...] Finally, the burden of proof must be considered. In this regard, I see no reason to depart from the general *Charter* rule pursuant to which the party claiming a *Charter* breach must prove that breach on a balance of probabilities. Thus, it should fall to the accused to demonstrate that proposed evidence is derivative evidence deserving of the limited immunity protection I have described." *Ibid*, at p. 555 (הדגשות שלי – ג.ר.).

86 *Hoffman v. U.S.*, 341 U.S. 479 (1951) (להלן: פרשת *Hoffman*).
87 *Ibid*, at p. 487: "The privilege afforded not only extends to answers that would in themselves support a conviction under a federal criminal statute but likewise embraces those which would furnish a link in the chain of evidence needed to prosecute the claimant for a federal crime. (*Patricia*) *Blau v. United States*, 340 U.S. 159 (1950). But this protection must be confined to instances where the witness has reasonable cause to apprehend danger from a direct answer. *Mason v. United States*, 244 U.S. 362, 365 (1917), and cases cited. The witness is not exonerated from answering merely because he declares that in so doing he would incriminate himself — his say-so does not of itself establish the hazard of incrimination. It is for the court to say whether his silence is justified, *Rogers v. United States*, 340 U.S. 367 (1951), and to require him to answer if it clearly appears to the court that he is mistaken" (הדגשות שלי – ג.ר.).

88 ניתן אף לתאר מצב שבו סקרנותו של השופט ורצונו לרדת לחקר האמת יטו את הכף לטובת חיוב העד במתן תשובה.

בקביעת זכאותו של העד לחיסיון, על השופט לכדוק את חשש ההפללה מנקודת ראותו של העד עצמו ולנסות לענות על השאלה: האם קיים חשש סביר לעמוד למשפט פלילי בעקבות העדות.

מבחינה פרקטית ניתן לחייב עד להשיב על שאלות, אולם לא ניתן "להוציא" את המידע בכוח מעד המסרב לשתף פעולה ומוכן להסתכן בביזיון בית המשפט ולא להשיב על השאלה על אף החיוב. בנוסף, חיובו של עד להשיב על שאלה שנשאל מטעם בית המשפט, חרף בקשתו שלא להשיב, מפאת החשש להפללה עצמית, טומן בחובו חשש שדבריו אכן יביאו בפועל להפללתו. השופט לומד על "טעותו" רק בדיעבד, כשנאמרים הדברים. קושי זה הוליד את דוקטרינת "חיסיון השימוש", אשר מבטיחה שבית המשפט לא ייעשה שימוש ראיתי בדברים שנאמרו על ידי העד⁸⁹. ביטוי להוראה חוקית מסוג זה מצוי בקוד הפדרלי האמריקני⁹⁰. חיסיון השימוש בנוגע לעדותו הכפויה של העד נראה לכאורה רחב: לא רק שהעדות מוגנת, אלא כל מידע ישיר או עקיף אשר הושג באמצעות אותה עדות, מוגן. בעניין זה ניתן לתאר מצב שלפיו נאשם פוטנציאלי, אשר יזומן להעיד במשפטו של אחר, יחפץ לקבל חיסיון מפני שימוש בעדותו וכך יחסום את האפשרות של העמדתו שלו לדין. אולם מתן חיסיון שימוש אינו מונע מרשויות אכיפת החוק להגיע אל ראיות מרשיעות נגד אותו העד בדרכים חלופיות, חיצוניות לעדות. בניגוד לחסינות מהעמדה לדין, חסינות זו היא רק מהבאת ראיה או ראיות אשר הושגו כתוצאה מעדותו של העד.

בפרשת *Kastiger*⁹¹ פירש בית המשפט העליון של ארצות-הברית את סעיף 6002 לקוד הפדרלי. בפרשה זו זומנו העותרים להופיע בפני חבר מושבעים גדול בשנת 1971. המדינה סברה מראש שהעותרים יסרכו למסור את עדותם ולפיכך הוציאו מבעוד מועד צו לחסינות ראיתית על עדותם. חרף הצו, סירבו העותרים למסור את עדותם עקב חששם שהיקפו של החיסיון הראיתי אינו רחב, כחיסיון מפני הפללה עצמית, ולכן אין הם מחויבים לוותר על זכותם שלא להפליל עצמם.

89 ניתן להטיל חיסיון ראיתי רק מכוח הוראה חוקית. לא ניתן לעשות זאת באמצעים שיפטיים, בהיעדר דין מסמך, בעניין זה ראו: *U.S. v. Doe*, 465 U.S. 605 (1984).

90 ראו: 18 U.S.C. § 6002: "Whenever a witness refuses, on the basis of his privilege against self-incrimination, to testify or provide other information in a proceeding before or ancillary to — (1) a court or grand jury of the United States, (2) an agency of the United States, or (3) either House of Congress, a joint committee of the two Houses, or a committee or a subcommittee of either House, and the person presiding over the proceeding communicates to the witness an order issued under this title, the witness may not refuse to comply with the order on the basis of his privilege against self-incrimination; but no testimony or other information compelled under the order (or any information directly or indirectly derived from such testimony or other information) may be used against the witness in any criminal case, except a prosecution for perjury, giving a false statement, or otherwise failing to comply with the order" (הדרגשות שלי — ג.ר.).

91 ראו: *Kastiger v. U.S.*, 406 U.S. 441 (1972) (להלן: פרשת *Kastiger*).

בעקבות סירובם להעיד דן אותם בית המשפט למאסר עקב ביזיון בית המשפט וערעורם נדחה.

טענתם של העותרים הייתה כי החוק, המאפשר עדות כפויה, סותר את התיקון החמישי לחוקה ובשל כך בטל. לחלופין טענו העותרים כי אף אם אין סתירה שכזו, היקפו של החיסיון הראיתי מצומצם מהיקפו של החיסיון מפני הפללה עצמית וככזה אין הוא מהווה תחליף ראוי. לסיכום טענותיהם, ביקשו העותרים לפרש את החוק המטיל חיסיון ראיתי כאילו הוא מעניק חיסיון כוללני (Transactional Immunity) החל על העברה ולא על העדות הכפויה. השופט פאוול (Powell), בדחותו את העתירה, קבע כי חסינות השימוש היא חסינות רחבה המעניקה הגנה מפני שימוש, ישיר או עקיף, בראיה הנמסרת בכפייה. בית המשפט לא מצא כל טעם להיעתר לבקשת העותרים ולפרש את החוק כמעניק חסינות כוללנית. חסינות השימוש אמורה לשמש "תחליף ראוי" לחיסיון מפני הפללה עצמית ולא להעניק זכות רחבה מן הזכות המקורית⁹².

מטרתה של חסינות השימוש היא להקטין את החשש של העד מפני הפללתו העצמית, והיא מבטאת את העדפת הרשות להגיע לחקר האמת על פני האינטרס הצר שבהעמדה לדין פלילי. בידי העד נתונה הכררה שלא להעיד ולחשוף עצמו לעברת ביזיון בית המשפט. חשיבותה של הפרשה היא ביצירת מה שמכונה "Kastiger Hearing" אשר מטיל על המדינה את הנטל להוכיח כי הראיות שהביאו להרשעה, הושגו באופן עצמאי ובלתי תלוי, ולא מכוח העדות הכפויה שהוטל עליה "חיסיון שימוש".

Ibid, at p. 453: "The statute's explicit proscription of the use in any criminal case of 'testimony or other information compelled under the order (or any information directly or indirectly derived from such testimony or other information)' is consonant with Fifth Amendment standards. We hold that such immunity from use and derivative use is coextensive with the scope of the privilege against self-incrimination, and therefore is sufficient to compel testimony over a claim of the privilege. While a grant of immunity must afford protection commensurate with that afforded by the privilege, it need not be broader. Transactional immunity, which accords full immunity from prosecution for the offense to which the compelled testimony relates, affords the witness considerably broader protection than does the Fifth Amendment privilege. The privilege has never been construed to mean that one who invokes it cannot subsequently be prosecuted. Its sole concern is to afford protection against being 'forced to give testimony leading to the infliction of 'penalties affixed to [...] criminal acts.' Immunity from the use of compelled testimony, as well as evidence derived directly and indirectly therefrom, affords this protection. It prohibits the prosecutorial authorities from using the compelled testimony in any respect, and it therefore insures that the testimony cannot lead to the infliction of criminal penalties on the witness"

ז. סיכום

פסק הדין בעניין גלעד שרון תרם תרומה חשובה בעצם העובדה שבית המשפט העליון בחן שאלות יסודיות בסוגיית העיקרון נגד הפללה עצמית וביישומו הראוי לאור טעמיו השונים. אכן, אין כל הצדקה ראויה להגנה להעניק לחשוד זכות שלא למסור מסמך קיים הנמצא ברשותו והנעדר כל אלמנט "הודאתי" מכוח זכותו לשתיקה או זכותו שלא להפליל את עצמו. ייתכן שניתן יהיה להצביע על אינטרסים אחרים כגון זכותו לפרטיות וחזקת החפות שעומדת לו לצורך הגנה יחסית על מסירת מסמכים אלו.⁹³

אכן, בית המשפט העליון אינו פועל בתוך ריק משפטי, ועליו לצקת תוכן להוראות החוק ולנסות לשמור על קוהרנטיות. צורך זה, והעובדה שהמשפט הדיוני הפלילי נמצא בתחילת הליך הקודיפיקציה הכתיב לבית המשפט דיון ארוך, ולטעמנו, מיותר, בחיסיון מפני הפללה עצמית, כפי שהוא מוצא את ביטויו בסעיף 47 לפקודת הראיות. אנו גורסים שפרשנותו הראויה של הסעיף אינה מצדיקה החלתו על נשוא ההליך הפלילי במשפטו הוא. פרשנות שכזו, תפתח את הפתח לרשויות גם לכפות על חשוד מסירת הודאה מפלילה תוך הענקת "חיסיון שימוש", בכפוף לפרשנות העתידית של המונח "ראיה" הקבוע בסעיף. אמנם בית המשפט צמצם את ההלכה למקרה שבו מוצא צו מכוח סעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי⁹⁴, המאפשרת כפיית מסירת מסמך. לנו לא ידוע על חוק המאפשר הוצאת צו המחייב חשוד למסור גרסה. אולם החלטה זו פותחת פתח עתידי לטענה שלפיה סעיף 2(2) לחוק הפרוצדורה הפלילית – עדות, אינו קובע מפורשות זכות שתיקה, אלא חיסיון מפני הפללה עצמית, ומשם קצרה הדרך ליישום הקונסטרוקציה המשפטית שייסד בית המשפט גם על כפיית עדות מפלילה מהחשוד. יש לשוב ולדון בחיסיון מפני הפללה עצמית ובזכות השתיקה ולפרשם, או לחוקק הוראות חדשות תחת ההוראות הקיימות, אשר יסדירו את הסוגיה לאור טעמיהם העיקריים של החיסיון ושל זכות השתיקה. יש להכיר בזכות שתיקה ורבליט אשר תחול על חשודים בעשיית העברה ותאפשר להם "למלא פיהם מים" בשלב החקירה המשטרית. בכל הנוגע לעדים, אף אם הם חשודים ונאשמים בעניין אחר, החוששים מהפללה עתידית, יש לפעול כמצוות הוראת סעיף 47 לפקודת הראיות. הפרשנות שלפיה חסינות השימוש הנה בשיקול דעת בית המשפט, כפי שנקבע בפרשת גלעד שרון, תתאפשר רק אם תוענק חסינות רחבה מפני שימוש בראיה הכפויה כנגדם ובפרותיה. פרשנות זו, ייתכן שתאפשר להגיע לחקר האמת.

93 ראו פלר, לעיל הערה 9, בע' 386.

94 לדיון בהיקף סמכותו של בית המשפט ובהיקף החיובים המוטלים על מי שהוצא לגביו צו כאמור ראו ע"פ 1761/04 שרון נ' מ"י, פ"ד נח(4) 9.