

## על הוגנות והדדיות בחקירה הפלילית – להחיות את היפיפייה הנמה: על זכותה של ההגנה לבקש צו להמצאת חפצים לצורכי חקירה על דרך סעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי

### בנימין ניומן\*

תחילתו של המשפט הפלילי היא בהגשת כתב אישום על ידי התביעה, וזאת לאחר שלשיתתה יש די ראיות המקימות סיכוי סביר להרשעה. בנקודת פתיחה זו, ההגנה מצויה בנחיתות ראייתית אל מול התביעה, ועיקר פעולותיה מתמקדות בבקשות לעיון בחומר חקירה לפי סעיף 74 לחסד"פ,<sup>1</sup> אשר מוגבלת בעיקר לחומר שנאסף על ידי הרשות החוקרת, ובבקשות לקבלת צו להמצאת מסמכים לפי סעיף 108 לחסד"פ, אשר נדונות אך לאחר תחילת המשפט, ובמעמד התביעה. מאמר זה מתמקד בזכותה של ההגנה לבצע פעולות לאיסוף ראיות לצורכי התיק הפלילי באופן עצמאי וללא מעורבות התביעה, וזאת באמצעות בקשה לקבלת צו להמצאת חפצים לפי סעיף 43 לפסד"פ,<sup>2</sup> תוך התמודדות עם ההחלטה בבש"פ 296/18 פלוני,<sup>3</sup> בה נקבע כי סעיף זה שמור לרשויות האכיפה בלבד. מאמר זה מתמודד עם הקביעות בעניין פלוני בכמה רבדים, ברובד המעשי ובצורך המעשי לאפשר להגנה לאסוף ראיות ללא מעורבות התביעה ואף בטרם הגשת כתב אישום; ברובד המשפטי ובאפשרות החוקית הקיימת על דרך סעיף 43 לפסד"פ; וברובד העקרוני, תוך דיון במובנו של עקרון ההוגנות בהליך הפלילי האדוורסרי. המאמר יטען כי אין די בזכות העיון כדי לאזן את פערי הכוחות בין הצדדים בהליך הפלילי, שכן אין בזכות זו כדי לגשר על הפערים הקיימים ביכולות איסוף הראיות של הצדדים, ויש להקנות להגנה זכות לאיסוף ראיות באמצעות צו שיפוטי. יתר על כן, נטען כי הוגנות ההליך אינה מחייבת גילוי הדדי, ואין לחייב את ההגנה לחשוף את הראיה שהושגה על ידי הצו בפני התביעה, שכן חובת גילוי מעין זו מכרסמת בזכות להימנע מהפללה עצמית. רק באמצעות מתן אפשרות להגנה לאסוף ראיות ללא מעורבות התביעה, הגם שזו מוגבלת על ידי צו שיפוטי, ניתן לאזן קמעה את פערי הכוחות המובנים בין הצדדים.

**א. מבוא. ב. על זכות העיון כאמצעי הגנה; 1. זכות העיון כזכות להליך הוגן; 2. סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי והיקפה של זכות העיון; 3. סעיף 108 לחסד"פ: צו כנגד צד ג' להמצאת מסמכים ומוצגים; 4. מגבלותיהן של זכויות העיון וגילוי. ג. הזכות לאיסוף ראיות מטעם ההגנה; 1. הבסיס התאורטי לקיומה של הזכות לאיסוף ראיות; 2. צו להזמנת חפץ לפי סעיף 43 לפסד"פ – אמצעי החקירה היחיד של ההגנה; 3. עניין פלוני. ד. הוגנות ההליך והחיסיון מפני הפללה עצמית; 1. הוגנות ההליך וביטוייה בזכות העיון; 2. הזכות להימנע מהפללה עצמית. ה. סיכום.**

\* מאמר זה נכתב מתוך הניסיון האישי של מחבר המאמר בשנים האחרונות כעורך דין פלילי מטעם הסנגוריה הציבורית. בימים אלה המחבר הוא תלמיד מחקר לתואר שלישי במסגרת לימודי משפט מתקדמים בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב והוא בעל התארים LL.M. מאוניברסיטת קיימברידג' ו MA בפילוסופיה מאוניברסיטת תל אביב; ו LL.B. במשפטים ופילוסופיה מהאוניברסיטה העברית.  
<sup>1</sup> סי' 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חסד"פ).  
<sup>2</sup> סי' 43 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 (להלן: פסד"פ).  
<sup>3</sup> בבש"פ 296/18 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.3.2018).

## א. מבוא

אדם נעצר על ידי המשטרה באזור רווי מצלמות אבטחה עירוניות בחשד למכירת שתי שקיות סם מסוג נייס'גאי לסוכן משטרת. החשוד מכחיש את המכירה, ולדבריו ישנן מצלמות עירוניות היכולות להוכיח את חפותו. אולם המשטרה, מבלי לבדוק לעומק את שאלת קיומם של סרטוני האבטחה, מסתפקת במזכר לקוני לפיו נודע לה כי המצלמות לא היו פעילות. מבחינה ראייתית, גרסתו של החשוד ניצבת מול גרסת הסוכן המשטרתית שהוביל למעצרו, ועל בסיס תשתית ראייתית זו, התביעה המשטרתית מחליטה על העמדת החשוד לדין.

ההליך הפלילי נכפה על נאשמים בין אם הם מעורבים באירוע הפלילי, ובין אם לאו, כאשר פערי הכוחות בין רשויות האכיפה לבין האזרח הפשוט משליכים על מורכבות מלאכת ההגנה. אדם החשוד בביצוע עבירה הוא מושא לחיפוש ולחקירה, ולעיתים הוא אף מושם במעצר או בתנאים מגבילים אחרים במהלך ההליך הפלילי. אולם, לאור הנחיתות הראייתית אל מול התביעה, ככל שהדבר נוגע לליבת האשמה ולראיות המוגשות מטעם התביעה להוכחת האשמה, מלאכתה של ההגנה קשה שבעתיים. לרשויות אכיפת החוק בלעדיות על ניהול החקירה הפלילית, כאשר לרשותן סמכויות רבות לצורכי איסוף ראיות, לרבות סמכויות עיכוב, מעצר, חקירה, חיפוש, תפיסה והעמדה לדין, ואילו מנגד להגנה אין כלל כלים לאיסוף ראיות, וכל אשר יש בידה הן הראיות המצויות בחזקתה וברשותה.

שיטת המשפט הישראלית מאופיינת בהיותה אדוורסרית, ובשיטת משפט זו, מצופה מההגנה לפעול להשגת ראיות שעשויות לתמוך בקו ההגנה, כאשר האמצעים העיקריים של ההגנה להשגת חומרי חקירה הם מימוש זכות העיון לפי סעיף 74 לחסד"פ ובקשה לקבלת צו להמצאת מסמכים לפי סעיף 108 לחסד"פ. זכות העיון לפי סעיף 74 לחסד"פ מקנה לנאשם זכות לעיין בחומר החקירה שנאסף בידי הרשות החוקרת, ולאור פערי הכוחות המובנים בין הצדדים, ובהיעדר היכולת של ההגנה לאסוף ראיות, מסתמכת ההגנה לרוב על ממצאי החקירה של התביעה ועל זכות העיון המוקנית לה לפי דין. אומנם, זכות העיון נתפסת כחלק מזכות היסוד של הנאשם לפרוס את הגנתו בבית המשפט,<sup>4</sup> אך זכות זו מוגבלת לחומר החקירה שנאסף, ולעיתים אין די בראיות המצויות בתיק החקירה. זכות העיון מאפשרת ליצור איזון ראייתי בין התביעה להגנה, אך היא מתעלמת מהאופן שבו פערי הכוחות בין הצדדים נוצרו מלכתחילה, באופן שבו התביעה השיגה את חומרי החקירה. כך, בדוגמה לעיל, זכות העיון תאפשר להגנה לקבל את מלוא חומר החקירה המצוי בתיק, אך אין בכך די, הואיל ומצלמות האבטחה לא נתפסו כראיה בתיק. מנגד, להגנה אפשרות לעשות שימוש בסעיף 108 לחסד"פ לקבלת צו להמצאת מסמכים המוחזקים בידי צד ג', אך גם בכך אין כדי להביא מזור, שהרי בקשה מעין זו ניתנת להגשה רק לאחר תחילת המשפט, תוך מעורבות התביעה בבקשה, כאשר חלוף הזמן עשוי לייצר קשיים בהשגת הראיה, ואילו מעורבות התביעה בבקשה תפגע במאמצי ההגנה ובזכותו של הנאשם להימנע מהפללה עצמית.

מאמר זה עניינו בזכותה של ההגנה לבצע פעולות לאיסוף ראיות לצורכי התיק הפלילי. המאמר יטען כי לאור מגבלות זכות העיון והגילויי מחד גיסא, והצורך של ההגנה באיסוף ראיות מאידך גיסא, יש מקום לאפשר להגנה לאסוף ראיות באופן עצמאי, ללא תלות בשלב המשפטי וללא

<sup>4</sup> בש"פ 8252/13 מדינת ישראל נ' שיינר, פ"ד סו(3) 442, פס' 11 לפסק דינו של השופט עמית (2014).

מעורבות התביעה, וזאת באמצעות בקשה לקבלת צו להמצאת מסמכים וחפצים לפי סעיף 43 לפסד"פ. בעוד שהדיון על אודות זכות העיון בפסיקה ובספרות הוא רחב, הדיון בסעיף 43 לפסד"פ לוקה בחסר, וזאת למעט מאמרו של פרופ' ביין מלפני עשור "התעוררות היפיפייה הנמה"<sup>5</sup>, אשר עיקרו דן בשימוש בסעיף 43 על ידי רשויות החקירה, והחלטה שניתנה לאחרונה בבש"פ 296/18 בעניין פלוני, אשר קבעה כי סעיף 43 לפסד"פ שמור לרשויות האכיפה בלבד.

מאמר זה מתמודד עם ההחלטה בעניין פלוני ומבקש להחיות את היפיפייה הנמה בשלושה רבדים, המעשי, המשפטי והעקרוני. ברובד המעשי, המאמר ידון בצורך המעשי של ההגנה להשגת ראיות לצרכיה ללא מעורבות התביעה, ואילו ברובד המשפטי, המאמר יבהיר את האפשרות המשפטית לעשות שימוש בסעיף 43 לפסד"פ על ידי ההגנה מבלי לחשוף את קו ההגנה. אולם מבעד למעבה הקונקרטיות, המאמר ידון ברובד העקרוני ובטענה הגלומה בהחלטה בעניין פלוני, לפיה די בזכות העיון לצורך צמצום פערי הכוחות בין התביעה להגנה. המאמר יטען כי אין די בזכות העיון כדי לאזן את פערי הכוחות בין הצדדים, שכן הסתפקות בזכות העיון מתעלמת מהאופן שבו התביעה השיגה את ראיותיה, ויש לאפשר להגנה כלי משפטי לאיסוף ראיות, ללא מעורבות התביעה, הגם שמוגבל בצו שיפוטי, וזאת באמצעות סעיף 43 לפסד"פ. יתר על כן, המאמר יטען כי ברובד העקרוני אין להטיל חובת גילוי על ההגנה ביחס למסמכים שהושגו ביוזמתה, הגם שהושגו באמצעות צו שיפוטי, הואיל וגילוי הדדי זה יביא לפגיעה אנושה בעקרון ההוגנות וכרסום בזכותה של ההגנה להימנע מהפללה עצמית.

בראשיתו של מאמר זה דיון בזכויות העיון והגילוי ומגבלותיהן, ובפרק השני המאמר יפרט על אודות התכליות העומדות בבסיס זכויות אלה, היקף פריסתן ומגבלותיהן. בפרק השלישי המאמר ידון בזכות לאיסוף ראיות מטעם ההגנה, תוך דיון משפטי בסעיף 43 לפסד"פ והתמודדות עם ההחלטה בעניין פלוני. לאחר מכן, בפרק הרביעי, המאמר ידון ברובד העקרוני במובן הוגנות ההליך והחיסיון מפני הפללה עצמית, תוך התייחסות לפערי הכוחות המובנים ביכולת החקירתית של הצדדים. המאמר יטען כי לצורך איזון פערים אלה, יש ליתן להגנה כלי חקירתי לאיסוף ראיות תוך שימוש בצו שיפוטי להמצאת מסמכים וחפצים, ללא מעורבות התביעה.

## פרק ב – על זכות העיון כאמצעי הגנה

### 1. זכות העיון כזכות להליך הוגן

תחילתו של המשפט הפלילי הוא בהקראת כתב האישום,<sup>6</sup> אך ראשיתו של ההליך הפלילי אינה בכתב האישום המוגש נגד מאן דהוא, אלא במעשה המהווה עבירה פלילית והחקירה הפלילית אשר נערכת בעקבות זאת על ידי רשויות החקירה.<sup>7</sup> בהליך פלילי, במסגרתו המדינה מעמידה אדם לדיון, מטילה מגבלות על חירותו ומבקשת להטיל סנקציות עונשיות אשר עשויות להגיע לכדי מאסר מאחורי סורג וברית, לאור יחסי הכוחות בין הפרט למדינה, נטל איסוף הראיות והוכחת האשמה מוטל על כתפי המדינה, ועליה להמציא את הראיות ללא הסתייעות בנאשם,

<sup>5</sup> דן ביין "התעוררות היפיפייה הנמה: צו להצגת חפץ או מסמך לפי סעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969" *מגמות בדיני ראיות ובסדר הדין הפלילי – ספר הרנון* 559 (ענת הורוויץ ומרדכי קמניצר עורכים, 2009) (להלן: ביין "היפיפייה הנמה").

<sup>6</sup> סי' 143 לחסד"פ.  
<sup>7</sup> דוד ליבאי "חקירת חשוד והחיסיון מפני הפללה עצמית" *הפרקליט* כט 92 (1973).

אשר הוא בחזקת חף מפשע כל עוד אשמתו לא הוכחה.<sup>8</sup> למדינה משאבים רבים לצורך ניהול חקירה פלילית, כגון יחידות משטרה וייעוץ מיומן. לאור ההשלכות שיש לפעולות החקירה על זכויותיהם של אחרים לחירות, פרטיות, קניין וכבוד,<sup>9</sup> למדינה בלעדיות על ניהול החקירה ומונופול על הפעלת כוח לגיטימית.<sup>10</sup> למשטרה, במסגרת תפקידה מטעם המדינה בגילוי עבירות והעמדה לדין,<sup>11</sup> סמכויות רבות לאיסוף ראיות, תוך הפעלת כוח, באמצעות חיפוש,<sup>12</sup> תפיסה,<sup>13</sup> חקירה<sup>14</sup> ומעצר,<sup>15</sup> הן באמצעות צו והן כסמכות מיידית ללא צו. יתרה מזו, למדינה אף הכוח והיכולת לקבוע את כללי המשחק לפיהם ההליך הפלילי מתנהל,<sup>16</sup> ובכך מוקנה לה יתרון מובנה על פני ההגנה מעצם היותה צד להליך.<sup>17</sup> מנגד, מטעמי יעילות ומחשש מפני שיבוש החקירה,<sup>18</sup> ההגנה אינה חשופה לחומר החקירה במהלך החקירה הפלילית, ורק לאחר הגשת כתב האישום, לנאשם הזדמנות להתוודע באופן מלא להאשמות המיוחסות לו. כתב אישום מוגש אך לאחר שהתביעה סבורה כי יש די ראיות המקימות סיכוי סביר להרשעה,<sup>19</sup> ובעוד שאיסוף ראיות התביעה נעשה במסגרת החקירה המשטרית, ההגנה מצויה בנחיתות ראייתית. לנוכח פערי כוחות באשר ליכולת איסוף הראיות,<sup>20</sup> להגנה זכות לעיין במלוא חומר החקירה אשר נאסף בתיק החקירה המצוי בידי התביעה ולהעתיקו, זכות הקיימת רק מעת הגשת כתב האישום.<sup>21</sup>

<sup>8</sup> ס' 34(בא) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 קובע כי ניתן להטיל אחריות פלילית רק אם האשמה הוכחה מעבר לספק סביר. לעניין נטל ההוכחה, ראו רע"פ 6831/09 **טורשאן נ' מדינת ישראל**, פס"כ 22-24 לפסק דינו של השופט גיוראן (פורסם בנבו, 18.7.2011); רינת קיטאיסנג'ור "שתיקה כהודאה: על התפישה המוטעית של שתיקה בבית משפט כדבר-מה נוסף להודאה בחקירה" **משפט וצבא** 18, 31, 61-62 (2005) (להלן: קיטאיסנג'ור "שתיקה כהודאה"); מרדכי לוי "טענת 'אין להשיב לאשמה' – בחינה מחדש" **פרקליט** מט 225, 241-242 (2006); Andrew Sanders et al., *CRIMINAL JUSTICE*, 10-11 (4<sup>th</sup> ed. 2010).

<sup>9</sup> חיה זנדברג "על זכות עיון בחומר חקירה: בשי"פ 8294/03 מקסימוב נ' מיי" **המשפט** י 335, 345 (2004) (להלן: זנדברג "על זכות עיון"); הסמכות לרשות לחקור יכולה להינתן רק מתוך הסמכה בחוק, ראו בג"ץ 4054/95 **הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נג(4) 817, 831 (1999). ראו גם ב"ש (ירושלים) 436/91 **Microsoft Cooperation נ' כל בו המחשב בע"מ** (פורסם בנבו, 16.12.1991), במסגרתו נדונה בקשה להוצאת צו חיפוש ותפיסה במסגרת קובלנה פרטית על הפרת זכות יוצרים, בקשה אשר נדחתה מהטעם שאין מקום ליתן סמכויות ביצוע כאלה בידי מי שאינו נושא באחריות שלטונית.

<sup>10</sup> איסי רוזנצבי וטליה פישר "מעבר לאזרחי ולפלילי: סדר דין חדש לסדרי הדין" **משפטים** לח(3) 489, 499 (2008); William J. Stuntz, *Substance, process, and the civil-criminal line*, 7 *CONTEM. LEGAL ISSUES* 1, 27-28 (1996) (להלן: Stuntz, *Substance*).

<sup>11</sup> דן בייך "העקרונות הכלליים לפעילות המשטרה באכיפת החוק בישראל – ההיבט המשפטי" **פלילים** ב 133, 135 (1991).

<sup>12</sup> למשטרה קמה סמכות חיפוש על גופו של אדם בין אם בדרך של הסכמה מדעת בהתאם לעניין **בן חיים**, רע"פ 10141/09 **בן חיים נ' מדינת ישראל**, פ"ד סה(3) 305 (2012), ובין אם קיים חשד לביצוע מעשה עבירה ספציפי בהתאם להוראת חוק ספציפית, כדוגמת סמכות חיפוש לפי ס' 28 לפקודת הסמים המסוכנים (נוסח חדש), התשל"ג-1973, לאור חשד לביצוע עבירה לפי פקודת הסמים, או חשד להחזקת נשק או לביצוע עבירת אלימות בהתאם לס' 3(ב) ו-3(א) לחוק סמכויות לשם שמירה על ביטחון הציבור, התשס"ה-2005. סמכות חיפוש במקום יכולה לקום אם יש יסוד להניח שבמקום ישנו חפץ שנועד לצורכי חקירה או משפט באמצעות צו לפי ס' 23 לפסד"פ, וללא צו לפי ס' 25 לאותו חוק; וחיפוש על גופו של אדם במקום שבו נערך חיפוש לפי ס' 29 לפסד"פ; חיפוש חדירה למחשב לפי ס' 23 לפסד"פ; חיפוש להמצאת מסמכים לפי ס' 43 לפסד"פ; וכן סמכויות חיפוש חודרניות בדמות האזנת סתר בהתאם לחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979.

<sup>13</sup> ס' 32(א) לפסד"פ.

<sup>14</sup> ס' 1(2) לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות), 1927, חא"י 439, מקנה למשטרה את הסמכות לדרוש מכל אדם להתייצב לחקירה.

<sup>15</sup> ס' 13 ר"צ לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק המעצרים).

<sup>16</sup> רוזנצבי ופישר, לעיל ה"ש 10, בעמ' 499.

<sup>17</sup> Abraham S. Goldstein, *The State and the Accused: Balance of Advantage in Criminal Procedure*, 17 *JONATHAN I. CHARNEY, Need for Constitutional Protections for Defendants*; 69 *YALE L.J.* 1149 (1960) *in Civil Penalty Cases*, 59 *CORNELL L. REV.* 478, 505 (1973).

<sup>18</sup> רע"פ 11364/03 **פלוני נ' משטרת ישראל**, פ"ד נח(5) 583, פס"כ 6-7 לפסק דינו של השופט לוי (2004); רע"פ 1230/18 **מליניאק נ' משטרת ישראל יחידת אתגר**, פס"כ 11 לפסק דינו של השופט גולדברג, פ"ד נא(3) (1997); בג"ץ 5699/07 **פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד סב(3) 550, פס"כ 5 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2008); ע"פ 3372/11 **קצב נ' מדינת ישראל**, פס"כ 387 לפסק דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 10.11.2011); "סגירת תיקים בעילת 'חוסר ראיות' ובעילת 'העדר אשמה'" **הנחיות פרקליט המדינה** 1.3, ס' 3-5 (התשע"ט).

<sup>20</sup> ראו מאמרו של גולדשטיין אשר מקשר בין פערי הכוחות לזכות העיון, Goldstein, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1185-1194.

<sup>21</sup> ס' 74(א)(1) לחסד"פ.

זכות העיון במשפט הישראלי נתפסת כאחת הזכויות הבסיסיות להן זכאי הנאשם במסגרת ההליך המשפטי.<sup>22</sup> מדובר בזכות יסוד, בעלת מאפיינים חוקתיים, הקנויה לנאשם במסגרת ניהול הליך פלילי, אשר נגזרת מהזכות להליך הוגן<sup>23</sup> ואשר נתפסת כזכות יסוד של הנאשם לפרוס את הגנתו בבית משפט.<sup>24</sup>

זכות העיון היא הכלי המרכזי של ההגנה להשגת חומרי החקירה בתיק הפלילי, ובאמצעות העיון בחומר החקירה יכול הנאשם להתוודע לראשונה לראיות שלכאורה קושרות אותו למעשה הפלילי המיוחס ולהיערך למשפט כדבעי.<sup>25</sup> עיון בחומר החקירה מאפשר להגנה לאמוד את טיבה של התשתית הראייתית,<sup>26</sup> למצוא ראיות לחפות, לבחון קיומם של סתירות ופגמים ואם יש בתשתית הראייתית די סיכוי להרשעה ולהיערך למלאכת ההגנה באמצעות הבאת ראיות נגדיות.<sup>27</sup>

יתר על כן, הזכות להליך הוגן מכילה בתוכה את זכותו של הנאשם שלא להיות מופתע על ידי התביעה באמצעות ראיות שלא היה מודע אליהן, שהרי הפתעת ההגנה באמצעות ראיה שלא הייתה גלויה בפניה עלולה להוביל להרשעת הנאשם מקום שיכול היה ליתן הסבר מניח את הדעת לאותה ראיה. איסור זה האוסר על התביעה להפתיע את ההגנה בראיות שלא ניתנה לה הזדמנות סבירה לעיין בהן מעוגן בסעיף 77(א) לחסד"פ, כאשר זכות העיון, ככל שהיא ניתנת במלואה, מונעת את הפתעת ההגנה.<sup>28</sup>

זכות העיון מאפשרת לקדם ערכים נוספים של המשפט הפלילי, ובין היתר באמצעות ניתן לקדם את ערך גילוי האמת, שהרי על ידי חשיפת חומר החקירה תוכל ההגנה לבחון את מהימנות ראיות התביעה ולהביא ראיות לסתירתן.<sup>29</sup>

---

<sup>22</sup> עניין **שיינר**, לעיל ה"ש 4, פ"י 11 לפסק דינו של השופט עמית' בש"פ 7064/08 **מדינת ישראל נ' ברקו**, פ"ד (סג) 453, פ"י 21 לפסק דינה של השופטת חיות (2009).

<sup>23</sup> בש"פ 9322/99 **מסארווה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(1) 376, 381 (2000). בדומה לכך, גם בית הדין האירופי לזכויות אדם קבע בעניין Edwards v. United Kingdom, 15, Eur. Ct. H.R. 417 (1992) כי הזכות להליך הוגן המעוגנת בס' 6 לאמנה האירופית לזכויות אדם מטילה על התביעה חובת גילוי ביחס לכל Material evidence באנגליה, על התביעה קיימת חובת גילוי כללית ביחס לכל חומר החקירה המצוי בידי התביעה, לרבות חומר חקירה שלא נעשה בו שימוש על ידי התביעה Unused Evidence, ראו Attorney General's Office, Attorney General's Guidelines on Disclosure 2005 and 2011 (11.12.2012) <https://www.gov.uk/guidance/attorney-general-s-guidelines-on-disclosure-2005-and-2011>, וראו גם: Ashworth, THE CRIMINAL PROCESS 259 (4<sup>th</sup> ed., OUP 2010) (להלן: Ashworth, THE CRIMINAL PROCESS).

בארצות הברית, בעניין Brady v. Maryland, 373 U.S. 83 (1963), נקבע לראשונה כי הסתרת מידע הרלוונטי לאשמה או לענישה של נאשם בפלילים היא הפרה של הזכות להליך הוגן due Process המעוגנת בס' 14 לחוקה האמריקאית. ובעניין Kyles v. Whitley, 514 U.S. 419 (1995) (להלן: עניין Kyles), נקבע כי אין צורך להראות שתוצאת המשפט הייתה משתנה, אלא די להראות כי הנאשם לא זכה למשפט הוגן עקב איקיום חובת הגילוי. יודגש, היקף זכות העיון אינו אחיד בין מדינות בתוך ארצות הברית, כאשר בשליש מהמדינות היקף הזכות יחסית רחב, ואילו ב-12 מדינות חובת הגילוי מוגבלת בהתאם לסטנדרטים הפדרליים ואינה מאפשרת להגנה לעיין ברשימת עדי התביעה ובתצהירים, אלא אך לפני מועד שמיעת העדויות. לעניין זה ראו, Jenny Roberts et al., *Too Little, Too Late: Ineffective Assistance of Counsel, the Duty to Investigate, and Pretrial Discovery in Criminal Cases*, 31 FORDHAM URB.L.J. 1097, 1099 (2003).

<sup>24</sup> ע"פ 4765/98 **אבו סעדה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נג(1) 832, 838 (1999). על טעמיה של זכות העיון, ראו זנדברג יעל זכות עיון, לעיל ה"ש 9, בעמ' 337-339.

<sup>25</sup> עניין **מסארווה**, לעיל ה"ש 23.

<sup>26</sup> עניין **ברקו**, לעיל ה"ש 22.

<sup>27</sup> שם; עניין **אבו סעדה**, לעיל ה"ש 24. זנדברג יעל זכות עיון, לעיל ה"ש 9, בעמ' 338.

<sup>28</sup> ע"פ 179/79 **מדינת ישראל נ' גברון**, פ"ד לד(2) 688, 692 (1980); זנדברג יעל זכות עיון, לעיל ה"ש 9, בעמ' 338-339.

<sup>29</sup> עניין **אבו סעדה**, לעיל ה"ש 24, בעמ' 838; ראו גם את פסק הדין האמריקאי בעניין Kyles, לעיל ה"ש 23, בעמ' 440.

לזכות העיון טעם נוסף, והוא איזון פערי הכוחות בין רשויות התביעה לבין ההגנה.<sup>30</sup> בעוד שבהליך הפלילי חובת הגילוי היא חד-כיוונית<sup>31</sup> והיא מחייבת אך ורק את התביעה לאפשר לצד שכנגד לעיין בחומר החקירה שנאסף, ההגנה אינה מחויבת למסור לתביעה חומרי חקירה המצויים ברשותה, בין אם מדובר במידע מפליל או מזכה, בחריג של חוות דעת מומחה,<sup>32</sup> כאשר האיסור לפי סעיף 77(א) לחסד"פ על הפתעת הצד שכנגד חל רק על התביעה. בהתאם לכך, ההגנה אינה מחויבת לחשוף את קו ההגנה<sup>33</sup> ולעדכן בדבר זהות עדי ההגנה, ולחשוף זכות שתיקה בחקירה<sup>34</sup> ובמשפט.<sup>35</sup>

על מובנה של הזכות להליך הוגן ארחיב את הדיון עוד בהמשך, אבל כבר עתה ניתן לדלות מתוך טעמיה של זכות העיון כי הזכות להליך הוגן מכילה בתוכה את זכותה של ההגנה להיערף למשפט ולנהל משפט מבלי שתופתע על ידי חומר חקירה שלא נחשף בפניה ואת צמצום פערי הכוחות בין הצדדים.

## 2. סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי והיקפה של זכות העיון

זכות העיון קמה מעת שהוגש כתב אישום כנגד הנאשם, וסעיף 74(א)(1) לחוק סדר הדין הפלילי קובע כי ההגנה רשאית "לעיין בכל זמן סביר בחומר החקירה וכן ברשימת כל החומר שנאסף או שנרשם בידי הרשות החוקרת, והנוגע לאישום שבידי התובע ולהעתיקו."

רבות נכתב על זכות העיון, והפסיקה גדושה בשאלת היקף פריסתה של זכות העיון ואימתי חלה הזכות.<sup>36</sup> נקודת המוצא היא שאדם שהוגש כנגדו כתב אישום, זכאי לעיין בכל חומר החקירה אשר נאסף על ידי רשויות התביעה ואשר רלוונטי לאישום,<sup>37</sup> דהיינו "חומר עובדתי הרלוונטי למשפט של הנאשם אשר נאסף או הופק באותה חקירה אשר הובילה לפתיחת המשפט."<sup>38</sup> המחלוקת המרכזית היא אילו חומרים מוגדרים כחומרי חקירה אשר חובת הגילוי חלה לגביהם, והאם ישנם חומרי חקירה המוחרגים מתחולת סעיף 74 לחוק, משיקולי חיסיון לטובת המדינה או לטובת הציבור,<sup>39</sup> חיסיון אחר, שיקולי פרטיות<sup>40</sup> או תכתובת פנימית של התביעה.<sup>41</sup> הבחינה היא דו-שלבית, כאשר ראשית יש לקבוע את הרלוונטיות של החומר לתיק החקירה, ולאחר מכן יש לבחון את שיקולי החסיונות והאינטרסים המנוגדים, ועל בית המשפט

<sup>30</sup> עניין **שיינר**, לעיל ה"ש 4, פס' 1 לפסק דינו של השופט עמית; בש"פ 6695/11 **מדינת ישראל נ' פלוני**, פס' 5 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 27.9.2011); בש"פ 11042/04 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פ"ד נט(4) 203, פס' 4 לפסק דינו של השופט גרוניס (2004) (להלן: **עניין פלוני 2**). לעניין איזון הפער ראו Goldstein, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1180-1182, 1185-1194.

<sup>31</sup> עניין **פלוני**, לעיל ה"ש 3, פס' 10 לפסק דינו של השופט עמית. יוער, ועוד אתעכב על כך בהמשך, בארצות הברית בית המשפט העליון הפדרלי קבע בהחלטה בעניין Wardius v. Oregon, 412 U.S. 470, 475 (1973) (להלן: עניין Wardius), כי הזכות להליך הוגן מקימה חובת גילוי הדדית "Discovery is a two-way street".

<sup>32</sup> סי' 83 לחסד"פ.  
<sup>33</sup> בש"פ 1628/90 **אבו רקייק נ' מדינת ישראל**, פ"ד מד(3), 314 (1990); בש"פ 2270/06 **אל עילווי נ' מדינת ישראל**, פ"ד סא(3) 74, פס' 19 לפסק דינה של השופטת נאור (2006).

<sup>34</sup> סי' 2(2) לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות).  
<sup>35</sup> סי' 152(א) ו-161(א)(2) לחסד"פ.

<sup>36</sup> עניין **שיינר**, לעיל ה"ש 4; עניין **ברקו**, לעיל ה"ש 22; עניין **אבו סעדה**, לעיל ה"ש 24; זנדברג "על זכות עיון", לעיל ה"ש 9.

<sup>37</sup> בש"פ 1378/20 **זגורי נ' מדינת ישראל**, פס' 8 לפסק דינו של השופט שטיין (פורסם בנבו, 7.4.2020).

<sup>38</sup> שם, פס' 13 לפסק דינו של השופט שטיין.

<sup>39</sup> סי' 44-45 לפקודת הראיות, [נוסח חדש], התשל"א-1971.

<sup>40</sup> ראו את הדיון בעניין **שיינר**, לעיל ה"ש 4; עניין **פלוני 2**, לעיל ה"ש 30.

<sup>41</sup> בש"פ 6384/19 **עאמר נ' מדינת ישראל**, פס' 24 לפסק דינה של השופטת וילנר (פורסם בנבו, 30.10.2019); בש"פ 10787/06 **אבו שחאדה נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 17.1.2007).

לערוך איזון בין אינטרס הנאשם לבין החיסיון המוגן והפגיעה בזכויותיהם של צדדים שלישיים.<sup>42</sup>

יחד עם הזכות לעיין בחומר חקירה, קמה להגנה הזכות לקבל רשימה של כל החומר שנאסף בידי רשות החקירה, לרבות חומר חסוי או חומר אחר שהתביעה החליטה שאינו מוגדר כחומר חקירה.<sup>43</sup> באמצעות רשימת חומר החקירה ההגנה יכולה לבחון אילו חומרים לא הועברו לידיה. למרות האמור, במרבית המקרים אין די ברשימה האמורה, והניסיון האישי של צוות ההגנה הוא שמאפשר לאמוד אילו חומרים לא הועברו לידיה ונדרשים להימצא בתיק החקירה. ככל שישנו ויכוח על אודות חומרים שלא הועברו לידי ההגנה, ההגנה רשאית בהתאם לסעיף 74(ב) "לבקש, מבית המשפט שאליו הוגש כתב האישום, להורות לתובע להתיר לו לעיין בחומר שהוא, לטענתו, חומר חקירה ולא הועמד לעיונו." על החלטה מעין זו קיימת זכות ערעור בהתאם לסעיף 74(ה'), ועל כך הפסיקה גדושה בהחלטות ודיונים בנושא.<sup>44</sup>

הכלל המרכזי שהועמד בפסיקה לבחינת הגדרת חומר כ"חומר חקירה" הוא מבחן הרלוונטיות. ככל שהחומר הוא רלוונטי לאישום ולניהול הגנתו של הנאשם, אזי מדובר בחומר חקירה שלגביו חלה חובת גילוי. מבחן הרלוונטיות הוא מבחן אשר מוכרע באופן פרטני בכל מקרה, כאשר החומר נבחן על פי טיבו ומידת הזיקה לסוגיות הנדונות.<sup>45</sup> הקו המנחה של הפסיקה הוא לפרש את מבחן הרלוונטיות באופן ליברלי,<sup>46</sup> וכל חומר שקשור ישירות ובעקיפין לאישום,<sup>47</sup> ושיש בו פוטנציאל הגנה לנאשם,<sup>48</sup> לרבות חומר המצוי בפריפריה של האישום,<sup>49</sup> ראוי שייחשב כרלוונטי להגדרתו כחומר חקירה לצורכי העיון.

באמצעות זכות העיון ההגנה יכולה לדרוש מרשויות התביעה להמציא לה את כל החומר הרלוונטי לאישום, אולם לעיתים חומר אשר לדעת ההגנה הוא רלוונטי לאישום, אינו מצוי בחזקת התביעה, בין אם היחידה החוקרת החליטה שלא לאסוף את אותו חומר חקירה ובין אם מכל סיבה אחרת. הגם שחזקה על רשויות החקירה שאספו את כל החומר הרלוונטי לאישום, ואי-הימצאות חומר בתיק החקירה מהווה אינדיקציה שאין מדובר בחומר חקירה,<sup>50</sup> ככל שמדובר בחומר חקירה אשר רלוונטי לאישום הפסיקה קבעה שמבחן הרלוונטיות גובר על ההחזקה הפיזית. לכן, במקרים בהם מדובר בחומר חקירה רלוונטי לאישום, ושצריך היה להימצא בידי התביעה, נקבע כי סעיף 74 לחסד"פ מקים חובה על התביעה לפעול להמצאת אותו חומר חקירה הגם שאינו נמצא בחזקתה.<sup>51</sup>

### 3. סעיף 108 לחסד"פ: צו כנגד צד ג' להמצאת מסמכים ומוצגים

<sup>42</sup> עניין שינר, לעיל ה"ש 4, פסי' 11 לפסק דינו של השופט עמית.  
<sup>43</sup> זאת בהתאם לסי' 74(א) לחסד"פ כפי שתוקן בתיקון מס' 75, התשע"ו-2016.  
<sup>44</sup> בש"פ 5881/06 בניזרי נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(1) 684 (2007); בש"פ 5221/08 מוחמד נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 1.9.2008); בש"פ 6507/09 קצב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 13.9.2009).  
<sup>45</sup> עניין פלוני 2, לעיל ה"ש 30; בש"פ 3099/08 אברהמי נ' מדינת ישראל, פסי' 9 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 2.2.2009).  
<sup>46</sup> עניין ברקו, לעיל ה"ש 22, פסי' 22 לפסק דינה של השופטת חיות.  
<sup>47</sup> בש"פ 4157/00 נמרודי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 625, פסי' 6-7 לפסק דינו של השופט זמיר (2000); עניין מסארוה, לעיל ה"ש 23, בעמ' 381.  
<sup>48</sup> עניין אברהמי, לעיל ה"ש 45, פסי' 6 לפסק דינו של השופט מלצר.  
<sup>49</sup> עניין מוחמד, לעיל ה"ש 44, פסי' 8 לפסק דינה של השופטת ארבל.  
<sup>50</sup> בג"ץ 9264/04 מדינת ישראל נ' בית משפט השלום בירושלים, פ"ד ס(1) 388, 360 (2005) (להלן: עניין שרים).  
<sup>51</sup> ע"פ 1152/91 סיקסיק נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(5) 8, פסי' 7-8 לפסק דינו של השופט חשין (1992); בש"פ 3831/02 מצרי נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 337, 339 (2002).

בעוד שזכות העיון לפי סעיף 74 נועדה לאפשר להגנה עיון בחומר שנאסף ונמצא בתיק החקירה, לעיתים ההגנה תרצה לבקש חומר אשר אינו מצוי בידי רשויות החקירה. אמצעי נוסף הקיים להגנה להמצאת חומרי חקירה הוא בקשה מבית המשפט להוצאת צו להמצאת מסמכים ומוצגים בהתאם לסעיף 108 לחסד"פ, במסגרתו "בית המשפט רשאי, לבקשת בעל דין או מיזמת בית המשפט, לצוות על עד שהוזמן או על כל אדם אחר להמציא לבית המשפט במועד שיקבע בהזמנה או בצו, אותם מסמכים הנמצאים ברשותו ושפורטו בהזמנה או בצו." בקשה מעין זו יכול שתהיה מוגשת לאחר תחילת המשפט, ואף במהלך דיוני ההוכחות, לשופט הדן בתיק, ובשונה מסעיף 74 שניתן לערור בעניינו,<sup>52</sup> החלטה לפי סעיף 108 היא החלטת ביניים שאין עליה זכות ערר, אלא במסגרת ערעור על התיק העיקרי.<sup>53</sup>

הן סעיף 108 והן סעיף 74 לחסד"פ מאפשרים להגנה לבקש מבית המשפט לקבל צו להמצאת מסמכים, אך בעוד שבקשה לפי סעיף 74 ממוענת לתביעה בדרישה להמצאת חומר החקירה המבוקש, בקשה לפי סעיף 108 ממוענת לעד שהוזמן או לכל אדם אחר המחזיק בחומר המבוקש, כאשר פעולת המצאת הצו תיעשה לרוב על ידי ההגנה. בהתאם לכך, נקודת המוצא בהבחנה שבין הליך לפי סעיף 74 לבין בקשה לפי סעיף 108 היא טכנית, ועניינה בזהות המחזיק בחומר המבוקש והאם החומר נמצא בתיק החקירה המצוי בידי התביעה.<sup>54</sup>

כאמור לעיל, ההגנה יכולה לבקש מבית המשפט להורות למאשימה להמציא חומר חקירה הרלוונטי לאישום הגם שאינו מצוי בחזקתה, כאשר השאלה היא האם החומר המבוקש מצוי בליבת המחלוקת והיה צריך להימצא בידי התביעה או בשליטתה. ככל שהחומר מצוי בליבת המחלוקת הראייתית,<sup>55</sup> ושלא ניתן לפקפק ברלוונטיות של החומר למשפט,<sup>56</sup> אזי ניתן לבקש את החומר המבוקש על דרך זכות העיון לפי סעיף 74 לחסד"פ, הואיל ואותו חומר היה צריך להימצא מלכתחילה בתיק החקירה, למרות שלא נאסף. יודגש, חומר ראייתי שיש בו כדי לתמוך בגרסת החפות של נאשם ולהטיל ספק באשמות המיוחסות הוא חומר מהותי לאישום, אשר ההגנה זכאית לקבלו על דרך סעיף 74 לחסד"פ.<sup>57</sup> לעומת זאת, תחולת סעיף 108 לחסד"פ רחבה יותר ומאפשרת קבלת צו ביחס לחומר אף שאינו בליבת האישום.<sup>58</sup>

יתרה מזו, ככל שהחומר מוחזק בידי צד ג', החלטה בבקשה לפי סעיף 74 מחייבת את המאשימה לפעול להמצאת חומר החקירה המבוקש, אף בניגוד לעמדתו של המחזיק, ואילו בבקשה לפי 108 נדרש המחזיק להמציאו לבית המשפט.<sup>59</sup> לנוכח זאת, כאשר מדובר בחומר שחלים עליו חיסיון או סוגיות של פרטיות,<sup>60</sup> דרך המלך היא בקשה לפי 108, שכן אז המחזיק הוא צד להליך ויש לו זכות טיעון.<sup>61</sup>

<sup>52</sup> עניין פלוני, לעיל ה"ש 3, פסי' 3 לפסק דינו של השופט עמית.

<sup>53</sup> סי' 41 ר' 52 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984; בש"פ 8735/09 מרדינגר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.11.2009).

<sup>54</sup> עניין שיינר, לעיל ה"ש 4, פסי' 21 לפסק דינו של השופט עמית; עניין מסארווה, לעיל ה"ש 23, בעמ' 383.

<sup>55</sup> על ההבחנות בין סי' 74 ר' 108 לחסד"פ ראו עניין שיינר, לעיל ה"ש 4, פסי' 15-18 לפסק דינו של השופט עמית; עניין שרים, לעיל ה"ש 50, בעמ' 376; בש"פ 9305/08 פלוני נ' בית ספר אל מאמוניה לבנות, פסי' 12 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 3.12.2008) (להלן: עניין אל מאמוניה); עניין פלוני, לעיל ה"ש 3, פסי' 3 לפסק דינו של השופט עמית.

<sup>56</sup> עניין זגורי, לעיל ה"ש 37, פסי' 11 לפסק דינו של השופט שטיין.

<sup>57</sup> שם, פסי' 16, 54-58 לפסק דינו של השופט שטיין.

<sup>58</sup> שם; עניין שיינר, לעיל ה"ש 4, פסי' 18 לפסק דינו של השופט עמית.

<sup>59</sup> שם, פסי' 15 (ח) לפסק דינו של השופט עמית.

<sup>60</sup> עניין מסארווה, לעיל ה"ש 23, בעמ' 382-383.

<sup>61</sup> עניין שיינר, לעיל ה"ש 4, פסי' 15 (ו) לפסק דינו של השופט עמית. אף שגם בית המשפט שדן בבקשה לפי סי' 74 לחסד"פ יכול לדון גם בחומר שחל עליו חיסיון, ראו בש"פ 8815/15 סעד נ' מדינת ישראל, פסי' י"ד לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 10.5.2016).



בקשה לפי סעיף 74 לעיון בחומר החקירה מתבקשת לרוב מיד לאחר הגשת כתב האישום, ובדרך כלל מימוש הזכות ומיצויה נעשים עוד טרם התשובה לאישום, ובכך להגנה אפשרות לעיין בכל החומר הרלוונטי לתיק הפלילי ולהיערך להגנתה בהתאם. מנגד, ברירת המחדל בדיון בבקשה לפי סעיף 108 היא שהדיון נדון לפני השופט שדן בתיק העיקרי, לבקשת שני הצדדים, במהלך שלב הראיות,<sup>62</sup> הגם שנקבע כי במקרים המתאימים ניתן להגיש בקשה לפי סעיף 108 עוד טרם ההוכחות.<sup>63</sup> הואיל ובקשה לפי סעיף 74 מבוקשת בשלב המקדמי של המשפט, בטרם שמיעת ההוכחות, ולעיתים החומר מושא המחלוקת אינו קביל או שהצדדים אינם מעוניינים להגישו לשופט שדן בראיות, אזי בקשה לפי סעיף 74 נדונה לפני שופט שאינו דן באישום. בהתאם לכך, קבלת חומרים בהתאם לסעיף 74 מאפשרת להגנה לבחון מראש את טיבו של החומר, וזאת מבלי שתצטרך לחשוף אותו לבית המשפט שדן באישום. בשונה מכך, בקשה לפי סעיף 108 מוגשת למותב שדן באישום, ובכך ההגנה מסתכנת בחשיפת אותו חומר מבוקש לפני השופט שדן באישום,<sup>64</sup> אף שבמקרים המוצדקים ניתן לבקש את העברת הדיון בבקשה לפי סעיף 108 לפני שופט תורן.<sup>65</sup>

#### 4. מגבלותיהן של זכויות העיון והגילוי

בנקודת הפתיחה של המשפט הפלילי, ההגנה מצויה בנחיתות ראייתית, כאשר האמצעים העיקריים של ההגנה להשגת ראיות לצורכי ניהול המשפט הם האמצעים שבדרך זכות העיון לפי סעיף 74 לחסד"פ וזכות הגילוי באמצעות צו להמצאת מסמכים בהתאם לסעיף 108 לחסד"פ. לנוכח פערי הכוחות המובנים בין הצדדים באיסוף ראיות והמצאתן, והיעדר היכולות של ההגנה לאסוף חומרי חקירה, ההגנה מסתמכת לרוב על זכות העיון ועל חומרי החקירה שנאספו בידי רשויות החקירה. אומנם זכות העיון מאפשרת להגנה להיערך למשפט ולאמוד את חומרי החקירה המצויים בבסיס התשתית הראייתית, אך חסרונה הוא בהגבלתה לחומרי החקירה שמצויים בתיק החקירה ובתלותה של ההגנה בגוף החוקר ובכיווני החקירה המותווים על ידיו, והרי אין זה נדיר להיווכח כי רשויות החקירה פסחו על מידע מסוים שעשוי להיות רלוונטי להגנה בשל כיוון חקירה מוטעה וחד־ממדי. ניתן לעיין בפסקי הדין השונים בהם זוכו נאשמים בשל מחדל חקירה, על מנת להכיר במשמעות הראייתית של חקירה חד־ממדית.<sup>66</sup> מנגד, ההגנה אינה יכולה ליטול סיכון ולהסתמך על כך שתזוכה עקב מחדל חקירתי, והרי אין הכרח שאותו חומר שאינו ידוע המבוקש על־ידי ההגנה יוביל לזיכוי הנאשם,<sup>67</sup> וגילוי של חומר

<sup>62</sup> עניין שרים, לעיל ה"ש 50, בעמ' 377.

<sup>63</sup> עניין אל מאמוניה, לעיל ה"ש 55, פס' 12 לפסק דינה של השופטת ארבל.

<sup>64</sup> עניין שינר, לעיל ה"ש 4, פס' 15 לפסק דינו של השופט עמית.

<sup>65</sup> בש"פ 2502/14 פלוני נ' לשכת הרווחה המחלקה לשירותים חברתיים (פורסם בנבו, 24.4.2014); עניין אל מאמוניה, לעיל ה"ש 55, פס' 13–17 לפסק דינה של השופטת ארבל. לעניין זה ראו החלטת בית דין צבאי לערעורים בהליך עלב"ש 3/20 סמל נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם, 15.6.2020), אשר פסל הרכב מלדון בתיק בשל היחשפותו לחומר חקירה במסגרת בקשה לפי ס' 108 לחסד"פ, הואיל וחשיפת ההרכב למידע זה הקים חשש למשוא פנים ולפגיעה במראית פני הצדק.

<sup>66</sup> ע"פ 173/88 אסרף נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(1) 785, 792 (1990); על מחדלי החקירה והנוק הראייתני שנגרם להגנה ראו רון שפירא "מחדלים בחקירת משטרה והשלכותיהם על ההליך הפלילי – חלק א" הסניגור 97 (2005); רון שפירא "מחדלים בחקירת משטרה והשלכותיהם על ההליך הפלילי – חלק ב" הסניגור 98 (2005).

<sup>67</sup> הפסיקה לא אחת קבעה כי אין במחדל חקירה כדי להביא לזיכוי של נאשם. כך בהליך ע"פ 5633/12 ניימן נ' מדינת ישראל, פס' 49–58 לפסק דינו של השופט שהם (פורסם בנבו, 10.7.2013), שם נקבע כי חרף מחדל חקירה משמעותי של אירשליחת המתלוננת לבדיקה רפואית, אין במחדל זה כדי לגרום לנזק ראייתי ולפגוע בהגנת המערער, הואיל ואין בו כדי להקים ספק סביר. ראו גם ע"פ 3947/12 סלאח נ' מדינת ישראל, פס' 44 לפסק דינו של השופט דניצגר (פורסם בנבו, 21.1.2013); ע"פ 5386/05 אלחורטי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 18.5.2006). ראו גם עמיקם הרפז ומרים גולן משפט ושיטור – זכויות אדם וסמכויות משטרה 238 (2018).

חקירה רלוונטי בשלב מקדמי של ההליך מקבל משמעות אחרת מאשר חומר חקירה שאינו ידוע בשלב הסופי של המשפט, אשר הרשות החוקרת לא טרחה להמציאו.

לרשויות החקירה בלעדיות על ניהול החקירה, אולם לעיתים מסמכים וחפצים רלוונטיים אשר מצויים בידי צדדים שלישיים אינם נאספים ואינם מצויים בידי הרשויות החוקרות. אומנם להגנה היכולת לדרוש מהמדינה לפעול להשגת אותם חומרי חקירה באמצעות הפרשנות הליברלית של סעיף 74 לחסד"פ, אך זו מצומצמת לליבת המחלוקת הראייתית, וחזקה שחומר שאינו מצוי בתיק החקירה, אינו "חומר חקירה" כהגדרתו. להגנה גם אמצעי חקירה בדמותו של סעיף 108 לחסד"פ, במסגרתו ניתן לבקש מצד ג' שהוא עד במשפט או כל אדם אחר להמציא חומר אשר מוחזק בידי וואשר רלוונטי לתיק. אך מדובר בכלי מצומצם, אשר מיועד להידון אך לאחר הגשת כתב האישום ולאחר תחילת ניהול התיק הפלילי, מבלי שתהיה להגנה השתות לבחון את הראיה בטרם המענה לכתב האישום. יתרה מזו, מדובר בבקשה שמוגשת תוך מעורבות התביעה ומודעותה להליך נשוא הבקשה, וכך ההגנה מסתכנת בשיתוף התביעה בחומר חקירה שאין היא יודעת את טיבו, בין אם מדובר בראיה מזכה או מפלילה. ככל שמדובר בראיה מפלילה, שיתוף התביעה באותה ראיה תפגע אנושות בזכותו של הנאשם להימנע מהפללה עצמית ובחסיון קו ההגנה, ואילו ככל שמדובר בראיה שתומכת בעמדת ההגנה, שיתוף התביעה באותה ראיה יפגע ביכולת ההגנה לנהל חקירה נגדית אפקטיבית.<sup>68</sup>

ניטול את הדוגמה שהועלתה בתחילת המאמר, אשר לקוחה מתיק שכותב המאמר ייצג בו מטעם ההגנה נאשם אשר הואשם בעבירה של מכירת סם לסוכן משטרתי, ואשר מכחיש את העסקה חרף עדות סותרת של השוטר הסמוי אשר היה במגע עם הנאשם. בתיק החקירה מצוי מזכר משטרתי לקוני המציין כי למיטב ידיעת עורך המזכר, המצלמות לא היו פעילות באותה עת. למרות המזכר, ההגנה הגישה בקשה באמצעות סעיף 108 לחסד"פ לקבלת צו שיוורה למוקד העירוני להודיע אם המצלמה אשר נמצאת בקרבת מקום הייתה שמישה במועד האירוע, וככל שישנם, להמציא את תוצריה. במסגרת הצו התקבל מענה לפיו המצלמה העירונית הייתה תקינה במועד האירוע, בניגוד לאמור במזכר המשטרתי, אך כיוון שסרטוני האבטחה נשמרים אך למשך 30 ימים, סרטוני האבטחה של אותה מצלמה ממועד האירוע לא נשמרו במערכת. דוגמה זו ממחישה היטב את הדילמה בה מצויה ההגנה בהגשת בקשה לבית המשפט לקבלת צו להמצאת חומרי חקירה באמצעות סעיף 108 לחסד"פ. הואיל וניתן לבקש את הצו אך לאחר תחילת המשפט, סרטון האבטחה כבר לא היה זמין. נחמה פורתא, שלאור תשובת העירייה בדבר העובדה כי המצלמות לא היו תקולות, ניתן היה לחקור את השוטר שערך את המזכר בחקירה נגדית ולהטיח בפניו מידע זה בשל איהדיוקים שהתגלו במזכר. אולם הואיל והדיון בבקשה לפי סעיף 108 נעשה במעמד שני הצדדים, תוך מעורבות התביעה בהליך, חקירתו הנגדית לא תהיה אפקטיבית הואיל ומידע זה עתה גלוי בפני התביעה. יתרה מזו, בהינתן עדותו המפלילה של הסוכן המשטרתי, הגם שהנאשם עודנו מכחיש את העבירה, ספק אם המחדל החקירתי באי-איסוף סרטון האבטחה יוביל לזיכויו מחמת מחדל חקירה.

<sup>68</sup> ראו את הדילמה המוצגת במאמרו של Shane, Justin B. *Money Talks: An Indigent Defendant's Right to an Ex Parte Hearing for Expert Funding*, 17 CAP. DEF. DIG. J. 347 (2005), במסגרתו מבקר כותב המאמר את הפרקטיקה במדינת וירג'יניה שבה בקשות למימון חוקר פרטי לצורכי ההגנה נערכות באולם פתוח בפני התביעה, כאשר בקשת נאשם למימון חוקר פרטי לצורך אימות טענת אליבי עשויה להוביל את התביעה לפעול לבדיקת האליבי גם אם ההגנה זנחה קו זה.

בטרם אדון בזכות לאיסוף ראיות והאמצעים הנוספים הקיימים ברשות ההגנה, אבקש לסכם את הדיון על אודות היקף תחולת סעיפים 74 ו-108 לחסד"פ ומגבלותיהם באמצעות הטבלה דלהלן:

הזכות:	סעיף 74 – זכות העיון	סעיף 108 – זכות הגילוי
<b>תכלית:</b>	עיון בחומר החקירה שנאסף בידי רשויות החקירה.	גילוי מסמכים המצויים בידי צד ג' לצורכי המשפט.
<b>השלב בהליך:</b>	לאחר הגשת כתב אישום ובדרך כלל לפני תחילת המשפט.	בתחילת המשפט או במהלך דיוני ההוכחות.
<b>החומר עליו חל:</b>	מבחן הרלוונטיות, שנוגע לליבת האישום.	חומר שאינו בלב האישום.
<b>מיקומו הפיזי של החומר המבוקש:</b>	חומר המצוי בתיק החקירה (ברירת המחדל), אולם ניתן לדרוש מהתביעה להשיג את החומר שאינו בתיק אם מדובר בחומר רלוונטי.	חומר שמוחזק בידי צד ג'.
<b>נמען הבקשה:</b>	התביעה	צד ג' המחזיק בחומר המבוקש.
<b>הגורם המבקש:</b>	הגנה.	הגנה/תביעה.
<b>המותב:</b>	שופט תורן.	שופט שדן באישום (ברירת המחדל), אם כי ניתן לבקש שיידון לפני שופט תורן.
<b>המגבלות:</b>	מוגבל לחומר המצוי בתיק החקירה ולקו החקירה של התביעה.	ניתן לבקש רק לאחר תחילת המשפט. הבקשה נדונה במעמד התביעה תוך חשיפתה לחומר המבוקש.

### ג. הזכות לאיסוף ראיות מטעם ההגנה

#### 1. הבסיס התאורטי לקיומה של הזכות לאיסוף ראיות

ההליך הפלילי בשיטת המשפט הישראלית מאופיין בהיותו הליך אדוורסרי.<sup>69</sup> ההנחה היא שבית המשפט פועל כגוף ניטרלי אשר מכריע על בסיס הראיות המוגשות לפניו, ותפקידם של

<sup>69</sup> בג"ץ 156/56 שור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יא 285, 297–298 (1957); ע"פ 153/60 שפר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טו 263, 268 (1961); ע"פ 192/87 דמיאניוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(2) 141, 150 (1987), שם הכיר בית משפט בכך שהשיטה בישראל יונקת מהשיטה האדוורסרית, אך על בית המשפט האחריות לניהול המשפט והוא מכריע בשאלות של כשרות ראיות וקבלתן. ראו גם ורד דשא מערכת המשפט בישראל 101–110 (נבו הוצאה לאור, 2019); עמנואל גרוס "שיטת הדיון האדוורסרית בהליך הפלילי – האם היא מאפשרת אקטיביזם שיפוטי?" עיוני משפט יז 867, 884 (1993).

הצדדים להליך להמציא את הראיות, לגבשן, להגישן ולהתעמת עם הראיות של הצד שכנגד.<sup>70</sup> במסגרת הליך פלילי, בו הנטל להבאת הראיות מוטל על התביעה, תפקידה של ההגנה לאתגר את ראיות התביעה ולהתעמת עמן ולהביא ראיות להזימן.<sup>71</sup> אומנם בישראל, ישנו כרסום מסוים במאפייניו האדוורסריים של ההליך,<sup>72</sup> במעורבות יתרה של בתי המשפט בהליך,<sup>73</sup> בחריגים שהתווספו לכלל איקבילות עדויות שמועה<sup>74</sup> ובכרסום בזכות להתעמת עם עדי תביעה;<sup>75</sup> אך המסגרת הכללית לפיה בית המשפט מכריע על בסיס הראיות המובאות לפניו<sup>76</sup> שומרת על מאפיינה האדוורסרי.<sup>77</sup> לנוכח מאפייני אדוורסרי זה של ההליך הפלילי, הגם שרשויות החקירה נדרשות לאסוף ראיות הן מפלילות והן מזכות,<sup>78</sup> אם ההגנה לא תיזום ותשיג ראיות שעשויות להועיל לקו ההגנה, הן לא תוגשנה, ובית המשפט לא יוכל להתייחס אליהן.

אולם, כאמור בפרק הקודם, בשלב החקירה הפלילית ואיסוף הראיות ישנו פער מובנה בין יכולות החקירה של הצדדים.<sup>79</sup> בעוד שלמשטרה ולשאר רשויות האכיפה בלעדיות על ניהול החקירה הפלילית מטעם המדינה, הכולל משאבים חומריים וסמכויות חיפוש ותפיסה, מנגד ניצב אדם, אשר תחילה אך חשוד בביצוע עבירה שטרם הובררה דיה, אשר לעיתים מצוי מאחורי סורג וברית, ללא יכולת ליצור קשר עם אף גורם חיצוני מלבד עורך דינו,<sup>80</sup> וכל אשר יש בידו זו אפשרות לייצוג משפטי, ובמקרים המתאימים במימון ציבורי,<sup>81</sup> כאשר במקרים

<sup>70</sup> שם, בעמ' 869–870. רוזנצבי ופישר, לעיל ה"ש 10, בעמ' 498; קנת מן "אפליית נאשמים לרעה על רקע חוסר ביצוע החקירה שכנגד" הפרקליט לח 466, 466–467 (1987) (להלן: מן "אפליית נאשמים"). Sanders et al., לעיל ה"ש 8, בעמ' 14; *Procedure, in The TRIAL ON TRIAL VOLUME 2: JUDGMENT AND CALLING TO ACCOUNT* 223 (Anthony Duff et al. eds., 2006); Gerard E. Lynch, *Our Administrative System of Criminal Justice* 66 FORDHAM L. REV. 2117, 2119–2121 (1998).

<sup>71</sup> מן "אפליית נאשמים", לעיל ה"ש 70, בעמ' 468; אסף הרדוף "פסיביזם שיפוטי ומשפט פלילי פיקטיבי: על הרשעות בלתי יסודיות ובעיית השקר המשפטי" המשפט כד 39, 66 (2018); Roberts et al., לעיל ה"ש 23, בעמ' 1104–1105; *The Role of the Criminal Defence Lawyer in an Inquisitorial Procedure: Legal and Ethical Constraints*, 9 LEGAL ETHICS 125, 128 (2006).

<sup>72</sup> גרוס, לעיל ה"ש 69, בעמ' 884–892.

<sup>73</sup> לעניין מעורבות בית המשפט בהזמנת עדים, ראו יוסף אלרון "קבלת ראיות שלא על פי סדרי הדיון" המשפט 15, 23 (2007); אליעזר לדרמן "הזמנת עדים מטעם בית משפט במשפט פלילי" עיוני משפט ד 392 (1974). לעניין מעורבות בית המשפט בניהול ההליך ובלחצים המופעלים להגעה להסדר טיעון באמצעות גישור או דיון מקדמי, ראו עמי קובו "הגישור הפלילי" המשפט כד 301, 317, 340–343 (2018); קנת מן "הלחצים לקיצור משך הדיון המשפטי והשפעתם על מהותו של ההליך הפלילי" הסניגור 200, 9, 13 (2013).

<sup>74</sup> חיה זנדברג "הכלל הפוסל עדות שמיעה: עלייתו, נפילתו ועלייתו" הלכה ומשפט: ספר הזיכרון למנחם אלון 223 (אדרעי ואחי עורכים, 2018).

<sup>75</sup> ע"פ 5249/01 מוזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 656, 670 (2002). ס' 2ב(א) לחוק לתיקון סדר הדיון (חקירת עדים), התשי"ח-1957, מתיר שמיעת עדות של מתלונן בהליך פלילי, בשל עבירת מין או עבירת סחר בבני אדם, שלא בנוכחות הנאשם אך בנוכחות הסניגור, רס' 2ג(א) לחוק מתיר שמיעת עדות של עד קטין בהליך פלילי בשל עבירה המנויה בתוספת לאותו חוק, שלא בנוכחות הנאשם, זאת אם שוכנע בית המשפט שמסירת העדות בפני הנאשם עשויה לפגום בקטין ובעדותו. הפסיקה, אף היא, הכירה באינטרסים חשובים שמפניהם נסוגה זכות הנאשם להישיר מבט לפניו של העד המעיד נגדו. כך, בית המשפט התיר העדת עדים מאחורי פרגוד וזאת כדי להגן על ביטחונם האישי (ע"פ 889/96 מוחמד נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 433 (1997); תפ"ח (מחוזי ת"א) 1010/06 מדינת ישראל נ' עיזאת (פורסם בנבו, 3.8.2006)). במסגרת ת"פ 23818-02-15 מדינת ישראל נ' בקמן (פורסם בנבו, 25.12.2016), בית המשפט התיר להעיד מתלונן בעבירת אלימות מאחורי פרגוד, באופן שלא יהיה קשר עין בין המתלונן לבין הנאשם, ובמסגרת ת"פ 54598-05-17 מדינת ישראל נ' ניסן (פורסם בנבו, 26.4.2018), בית המשפט התיר העדת עד קטין לעבירת אלימות מאחורי פרגוד.

<sup>76</sup> עניין טורשן, לעיל ה"ש 8, פס' 23 לפסק דינו של השופט גובראן. ע"פ 3971/90 אסיס נ' אוסטרובסקי, פ"ד מה(1) 670, 661 (1990). ראו את הדיון של השופט הנדל בע"פ 5617/15 מריסאת נ' מדינת ישראל, פס' 9–11 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 27.7.2016), על הבעייתיות בשימוש של בית המשפט בסמכותו להבאת ראיות לפי ס' 167 לחסד"פ מקום שמדובר ביוזמת בית המשפט להכנסת ראיה פורנזית חדשה שיש בה כדי להטיב עם התביעה, וזאת לנוכח השיטה האדוורסרית לפיה בית המשפט מכריע על בסיס הראיות המובאות לפניו.

<sup>77</sup> רוזנצבי ופישר, לעיל ה"ש 10, בעמ' 498; גרוס, לעיל ה"ש 69, בעמ' 876.

<sup>78</sup> ע"פ 721/80 תורג'מן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(2) 466, 472 (1981); ע"פ 4029/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 52 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 10.7.2012).

<sup>79</sup> ראו לעיל ה"ש 17.

<sup>80</sup> ס' 9(ב)(6) לחוק המעצרים; תק' 10(ב) לתקנות סדר הדיון הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) (תנאי החזקה במעצר), התשנ"ז-1997; רינת קיטאיסנג'ירו המעצר: שלילת החירות טרם הכרעת הדיון 15–25, 445 (2011) (להלן: קיטאיסנג'ירו המעצר).

<sup>81</sup> ס' 18(א) לחוק הסניגוריה הציבורית, התשנ"ו-1995.

רבים עם השחרור ממעצר ועד הגשת כתב האישום,<sup>82</sup> החשוד נמצא ללא ייצוג.<sup>83</sup> אותו אדם אשר נחשד בביצוע עבירה אינו חשוף לחומר החקירה, אלא אך לאחר הגשת כתב האישום, ונאסר עליו בהמשך ליצור קשר עם מי מהמעורבים בפרשה, וזאת מחשש לשיבוש החקירה.<sup>84</sup> אין לו אפשרות ליזום הליכים משפטיים לאיסוף ראיות באופן עצמאי, ואף שלאדם בעל אמצעים יש יכולת לממן עורך דין ולפנות אל בעלי מקצוע ושררה, אין לו יכולת לערוך חיפוש ולתפוס חפצים, וקל וחומר לעשות שימוש בכוח סביר, כפי שיש למשטרה. המשפט הפלילי נפתח עם הקראת כתב האישום, כאשר באמתחתה של התביעה ראיות להוכחת האשמה, אולם בנקודת פתיחה זו של ההליך הפלילי, ההגנה מצויה בנחיתות ראייתית, כאשר לרוב אין ברשותה חומר רב הקשור לתיק, וכל אשר יש ביכולתה להמציא אלה חומרי חקירה המצויים ברשותה ובחזקתה.<sup>85</sup> אומנם זכות העיון מאפשרת להגנה לעיין בחומר החקירה המצוי בתיק ולאמוד את התשתית הראייתית של התביעה, ובכך לייצר איזון בין הראיות המצויות בידי התביעה לבין אלה שבידי ההגנה, אולם איזון זה מתעלם מהאופן שבו פערי הכוחות נוצרו מלכתחילה והאופן שבו התביעה השיגה את חומרי החקירה, וחסרונו מצוי בכך שהוא מוגבל לחומרי החקירה שנאספו על ידי רשויות החקירה.

במסגרת ההליך האדוורסרי מצופה מההגנה לא לשקוט על השמרים ולהסתמך על ראיות התביעה, אלא מצופה ממנה לחקור, לבדוק, לברר ולמצוא ראיות אשר עשויות להיטיב עם קו ההגנה מחד גיסא,<sup>86</sup> ולהזים את ראיות התביעה מאידך גיסא,<sup>87</sup> בין אם לפני תחילת המשפט ובין אם לאחריו.

בשונה מישראל, בארצות הברית, לעורך הדין מטעם ההגנה קמה חובה לנהל חקירה עצמאית באמצעות תשאול עדים פוטנציאליים והשגת ראיות עצמאיות בטרם תחילת המשפט,<sup>88</sup> כאשר

<sup>82</sup> "משך טיפול התביעה עד להגשת כתב האישום" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 4.1202 (התש"פ); צח בן יהודה **משך הטיפול בתיקי עבירות עד להגשת כתב האישום או גניזתם** (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2017).  
<sup>83</sup> ס' 18(א) לחוק הסניגוריה הציבורית מונה כמה עילות למתן ייצוג מטעם הסניגוריה הציבורית, ובעוד שנאשם אשר הוגש נגדו כתב האישום והתביעה עותרת לעונש עם רכיב של מאסר יהיה זכאי לסניגור ציבורי, וזאת בהתאם לס' 18(א)(1) לחוק הסניגוריה הציבורית בשילוב עם ס' 15(א)(5) לחסד"פ, חשוד שטרם הוגש נגדו כתב האישום יהיה זכאי לסניגור ציבורי רק עם הוא עצור וזכאי בהתאם לקריטריון כלכלי בהתאם לס' 18(א)(7) לחוק הסניגוריה הציבורית, או בית משפט מינה לו סניגור ציבורי בהתאם לס' 15(ד) לחסד"פ. דבר זה מביא למצב שבו חשודים אשר מתנהלת חקירה בעניינם, לא יזכו לסניגור במימון ציבורי אם הם אינם עצורים ואינם זכאים לכלכלית. ראו גם מאמרו של סטנטס לעניין קשייהם של חשודים במהלך חקירה, בעוד לרוב הם אינם מיוצגים בשלב זה של ההליך בטרם הגשת כתב האישום, William J. Stuntz, *Lawyers, Deception, and Evidence Gathering*, 79 VA.L.REV. 1903, 1906-1905, 1927 (1993) (להלן: *Stuntz, Deception*).

<sup>84</sup> חשוד יכול להשפיע על מהלך תקין של חקירה באמצעות השמדת ראיות והעלמתן, ראו ב"ש 77/54 **חלצי נ' היועץ המשפטי**, פ"ד ט 36 (1955); ובאמצעות ניסיון להשפיע על עדים למסור גרסה שקרית, בדרך של איומים, שידול או שוחד ב"ש 1/73 **מדינת ישראל נ' לבאי**, פ"ד כז(1) 253, 254 (1973); ב"ש 29/81 **לוי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לה(2) 449 (1981). בפסיקה הובעה העמדה ששחרור אדם לביתו בעבירת מין במשפחה עשוי להקים עילת מעצר מסוג שיבוש בשל החשש להפעלת לחץ על קורבן העבירה שלא להעיד, ב"ש 4514/04 **מדינת ישראל נ' פלוני** (פורסם בנבו, 16.5.2004), ואף ניסיונות התפייסות עם משפחת קורבן העבירה אף הם הקימו עילת מעצר מסוג שיבוש, ראו ב"ש 2222/97 **מדינת ישראל נ' חוסאם**, פ"ד נא(1) 109, 113 (1997). קיטאיסניגורו **המעצר**, לעיל ה"ש 80, בעמ' 100.

<sup>85</sup> ההנחה היא שלצדדים יש יכולת להשיג ראיות אשר מצויות תחת שליטתם, ראו Stephen M. Bundy & Einer R. Elhauge, *Do Lawyers Improve the Adversary System – A General Theory of Litigation Advice and Its Regulation*, 79 CALIF. L. REV. 313, 323-324 (1991).  
<sup>86</sup> Peter W. Tague, *The Attempt to Improve Criminal Defense Representation*, 15 AM.CRIM.L.REV. 109, 118 (1977) (להלן: *Roberts et al.*); לעיל ה"ש 23, בעמ' 1105.  
<sup>87</sup> *Stuntz, Deception*, לעיל ה"ש 83, בעמ' 1946.  
<sup>88</sup> אף שהסטנדרטים של לשכת עורכי הדין האמריקאית American Bar Association (ABA) אינם מחייבים, ס' 4-4.1-4-4.3 לסטנדרטים לניהול הגנה בהליך פלילי מורים כי על עורך דין מטעם ההגנה מוטלת חובה לנהל חקירה על ידי השגת ראיות עצמאיות, לרבות עריכת ראיונות עם כלל העדים הפוטנציאליים. ראו גם www.americanbar.org/groups/criminal\_justice/standards/DefenseFunctionFourthEdition; Roberts et al.; YALE KAMISAR ET AL., *MODERN CRIMINAL PROCEDURE*, 1249-1253 (1994); לעיל ה"ש 23, בעמ' 1106; Tague; לעיל ה"ש 86, בעמ' 118-119.

ניהול חקירה עצמאית על ידי עורך הדין מטעם ההגנה הוא חלק מזכותו החוקתית<sup>89</sup> של נאשם לסיוע משפטי אפקטיבי באמצעות עורך דין מטעמו.<sup>90</sup> כך, במסגרת הסטנדרטים של לשכת עורכי הדין האמריקאית (ABA – American Bar Association), מצופה מעורך הדין מטעם ההגנה לערוך חקירה עצמאית לצורך השגת ראיות עצמאיות, לרבות עריכת ראיונות עם כלל העדים הפוטנציאליים, ובפרט עדי תביעה,<sup>91</sup> ביקורי זירה, איסוף ראיות, גילוי מסמכים ופניות למומחים פורנזיים וחוקרים פרטיים.<sup>92</sup> יתרה מזו, לצד הזכות החוקתית לסיוע משפטי,<sup>93</sup> לנאשמים זכות חוקתית לקבלת מימון כלכלי לצורכי ניהול ההגנה, לרבות חוקרים פרטיים ועדים מומחים,<sup>94</sup> כאשר במשפט הפדרלי ובמרבית המדינות בארצות הברית ניתן להגיש בקשה לקבלת מימון לאמצעי הגנה במעמד צד אחד.<sup>95</sup>

לנוכח חשיבותה של חקירה עצמאית לייצוג אפקטיבי, בית המשפט העליון הפדרלי בארצות הברית, בהחלטה בעניין **טיילור** (2000),<sup>96</sup> הורה על ביטולו של פסק דין שדן נאשם בעבירת רצח לעונש מוות, הואיל וזכותו החוקתית של הנאשם לסיוע משפטי אפקטיבי נפגעה על ידי כך שעורך הדין לא פעל בסטנדרט הנדרש לאיסוף ראיות על אודות רקעו של הנאשם, אשר היה בכוחן לשנות את תוצאות ההליך המשפטי.<sup>97</sup> החובה של הסגור לחקור מבוססת על ההכרה בדבר החשיבות הקריטית של שלב קדם-המשפט כשלב החשוב ביותר בהכנה של ההגנה.<sup>98</sup> בהקשר זה, להגנה אף כלים לשם מימוש יכולת חקירתית זאת, באמצעות הזכות החוקתית לכפות על עדי הגנה להופיע בבית משפט בהתאם לזכות הכפייה Compulsory Process Clause המעוגנת בתיקון השישי לחוקה.<sup>99</sup>

יתרה מזו, סעיף 17(c) לכללי הפרוצדורה הפלילית הפדרלית בארצות הברית Federal Rules of Criminal Procedure מאפשר לצדדים לפנות לבית המשפט לזמן עד לצורך המצאת חפץ או מסמך לפני המשפט.<sup>100</sup> סעיף 17(c) אינו מיועד לאפשר להגנה הליך גילוי רחב יותר מהיקפה של זכות העיון המעוגנת בסעיף 16 לכללי הפרוצדורה הפלילית,<sup>101</sup> אך סעיף זה מאפשר לצדדים

<sup>89</sup> U.S. CONST. amend. VI.

<sup>90</sup> בהחלטה של בית המשפט העליון הפדרלי בארצות הברית בעניין Williams v. Taylor, 529 U.S. 362 (2000) (להלן: Williams v. Taylor). הסטנדרטים של לשכת עורכי הדין האמריקאית, לעיל ה"ש 88, נקבעו כסטנדרט לייצוג הולם. בפסק דין זה נקבע שאיביצוע פעולות חקירה עצמאיות מהווה פגם בייצוג, אשר הוא חלק מהזכות של נאשם לייצוג הולם; ראו גם Wiggins v. Smith, 539 U.S. 510 (2003).  
<sup>91</sup> Henderson v. Sargent, 926 F.2d 706, 711–712 (8th Cir. 1991); עוד בעניין ראו Roberts et al., לעיל ה"ש 23, בעמ' 1105–1121; *Adequacy of Fact Investigation in Criminal Defense*; Margaret L. Steiner, *Lawyers Trial Preparation*, 1981 Ariz. St. L. J. 523, 525–526, 536–540 (1981).  
<sup>92</sup> שם, בעמ' 526–527.

<sup>93</sup> אומנם יש בארצות הברית זכות חוקתית לקבלת סיוע משפטי, אך מדינות רבות אינן מתקצבות כנדרש את משרדי הסגוריה הציבורית המדינתיים באופן שגורם לכך שסגורים רבים מטעם המדינה מטפלים בתיקים רבים ומצויים בעומס רב, שאינו מאפשר להקדיש תשומת לב מיטבית לכל תיק ותיק, ראו Bruce A. Green, *Criminal Neglect: Indigent Defense from a Legal Ethics Perspective*, 52 EMORY L.J. 1169 (2003).  
<sup>94</sup> Aimee Kumer, *Reconsidering AKE v. Oklahoma: What Ancillary Defense Services Must States Provide to Indigent Defendants Represented by Private or Pro Bono Counsel*, 18 TEMP. POL. & CIV. RTS. L. REV. 783, 784–787 (2009).

<sup>95</sup> המשפט הפדרלי בארצות הברית מכיר באפשרות של נאשם ללא אמצעים להגיש בקשה במעמד צד אחד למימון מומחה או חוקר פרטי, ראו ס' 3006A לכללי הפרוצדורה הפלילית, (2000) 18 U.S.C. § 3006A(e)(1), וכך גם מדינות רבות מאפשרות בקשות אלה במעמד צד אחד, ראו Shane, לעיל ה"ש 68, בעמ' 352–356, 369–373, במסגרתו מבקר שיין את הפרקטיקה במדינת וירג'יניה אשר אינה מאפשרת לדון בבקשות מעין־אלה במעמד צד אחד, לאור הפגיעה בזכות להימנע מהפללה עצמית.  
<sup>96</sup> עניין Williams v. Taylor, לעיל ה"ש 90.

<sup>97</sup> ראו גם Wiggins v. Smith, 539 U.S. 510 (2003).

<sup>98</sup> House v. Balkcom, 725 F.2d 608, 618 (11th Cir. 1984).

<sup>99</sup> Washington v. Texas, 388 U.S. 14, 19 (1967).

<sup>100</sup> סעיף זה מיועד לצורך המצאת חפצים לפני המשפט, ראו Lester B. Orfield, *Discovery and Inspection in Federal Criminal Procedure*, 59 W. VA.L.REV. 221, 313 (1957).

<sup>101</sup> Peter J. Henning, *Defense Discovery in White Collar Criminal Prosecutions*, 15 GA. ST. U.L. REV. 601, 610 (1999).

להליך הפלילי להשיג חפצים ומסמכים המצויים בידי צדדים שלישיים,<sup>102</sup> ואשר עומדים בקריטריונים של הרלוונטיות, קבילות וספציפיות.<sup>103</sup> אומנם, הסעיף קובע כי בית המשפט רשאי לאפשר לצדדים לעיין באותו חפץ או מסמך, אך לא אחת נעשה שימוש בסעיף זה מטעם ההגנה לפני תחילת המשפט ובמעמד צד אחד.<sup>104</sup>

גם בישראל, הגם שההגנה מוגבלת ביכולת החקירה, אין באפשרותה לשוחח עם עדי תביעה ועליה לשמור פן תשבש חקירה, אם ההגנה לא תחקור ותחפש ראיות שעשויות להיטיב עימה, לא יהיו בידיה ראיות שיתמכו בקו ההגנה. ככל שמדובר בראיות אשר בחזקתה ובהישג ידה של ההגנה, באפשרותה להשתמש בהן ולהגישן לבית המשפט. אולם, מסמכים רבים עשויים להימצא בידי צדדים שלישיים, ואין בידי ההגנה יכולת לשים ידה עליהם, ועל אחת כמה וכמה בעולם הטכנולוגי של היום, כאשר מסמכים רבים מצויים בידי חברות סלולר ואינטרנט וחברות פרטיות אחרות, המחזיקות מידע דיגיטלי רב המצוי ברשת הסלולר ובמשתת. לא רק זאת, מדובר במידע דיגיטלי אשר ישנה חשיבות להשגתו בהקדם, ובדומה לחפץ פיזי אשר עשוי להיאבד, מידע אלקטרוני עשוי להימחק מהשרת של המחזיק לאחר שהות מסוימת.<sup>105</sup> לאור זאת, עולה צורך לאפשר להגנה לקבל היתר לפנות אל צד ג' בשלב מוקדם של ההליך לצורך השגת הראיה בטרם תימחק.<sup>106</sup>

להגנה האפשרות הפורמלית להגיש בקשה להמצאת מסמכים המצויים בידי צד ג' בהתאם לסעיף 108 לחסד"פ, אך כפי שפורט לעיל, מדובר בכלי מצומצם אשר נדון בשלב מאוחר בהליך, לאחר תחילת המשפט, תוך חשיפת התביעה והשופט שדן באישום לאותו חומר חקירה מבוקש, וזאת אף בטרם חשיפת ההגנה לטיבו של אותו חומר חקירה וטרם הידרשותה לשאלת הגשת החומר כראיה במשפט.

הכלים המרכזיים והכמעט בלעדיים של ההגנה בניהול הגנתה להשגת ראיות וחומרי חקירה הם האמצעים שבדרך מימוש זכות העיון לפי סעיף 74 לחסד"פ ובקשה לקבלת צו לפי סעיף 108 להמצאת מסמכים אשר נתפסת כזכות נלווית לזכות העיון. אולם, לנוכח מגבלותיהן של זכויות העיון והגילוי, עולה צורך מעשי מצד ההגנה לקבל אפשרות חוקית בדמות צו בית משפט לתפוס חפצים ומסמכים אשר עשויים לשמש לה כראיה במשפט, עוד בשלב החקירה לפני הגשת כתב האישום, וזאת ללא מעורבות התביעה בבקשה. הוגנות ההליך מחייבת כי גם להגנה תינתן הזכות לאסוף ראיות וחומרי חקירה שעשויים להיות לה לעזר, ולנוכח זאת, המאמר מבקש להחיות את היפיפייה הנמה ולהפנות את אור הזרקורים לסעיף 43 לפסד"פ, אשר מקנה לשופט סמכות להזמין כל אדם להציג חפץ אשר רצוי לצורכי חקירה ומשפט.

<sup>102</sup> שם, בעמ' 644, 629; 969 F. Supp. 587, 593 (E.D. Cal. 1997); United States v. Tomison.

<sup>103</sup> United States v. Nixon, 418 U.S. 683, 700 (1974).

<sup>104</sup> Gerrilyn G. Brill et al., *Panel Discussion: Criminal Discovery in Practice*, 15 GA.ST.U.L.REV. 781, 794-795 (1999).

<sup>105</sup> על קשיי ההגנה בהתמודדות עם ראיות מחשוביות, כאשר אחד האתגרים המרכזיים הוא שלעיתים רבות עד שזכות העיון ניתנת להגנה, הראיה הדיגיטלית הרלוונטית נמחקת, ראו Rebecca Mercuri, *Criminal defense challenges in computer forensics*, INTERNATIONAL CONFERENCE ON DIGITAL FORENSICS AND CYBER CRIME 137 (2009).

<sup>106</sup> גם בארצות הברית יש הקוראים לאפשר להגנה לעשות שימוש בס' 17 לכללי הפרוצדורה הפלילית הפדרלית לצורך איסוף ראיות דיגיטליות המוחזקות בידי צדדים שלישיים. Daniel K. Gelb & Daniel B. Garrie, *E-Discovery in Criminal Cases: A Need for Specific Rules*, 43 SUFFOLK U.L.REV. 393 (2010).

## 2. צו להזמנת חפץ לפי סעיף 43 לפסד"פ – אמצעי החקירה היחיד של ההגנה

סעיף 43 לפסד"פ מורה כי שופט אשר רואה "שהצגת חפץ נחוצה או רצויה לצורכי 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."

בניגוד לדיון רב־ההיקף הקיים בפסיקה על אודות זכות העיון, הדיון בסעיף 43 לפסד"פ לוקה בחסר, וזאת למעט הדיון הכמעט יחידי שעורר פרופ' דן ביין במאמרו "התעוררות היפיייה הנמה" מלפני כעשור.<sup>107</sup> סעיף 43 לפסד"פ מקנה לבית המשפט סמכות להורות לכל אדם להתייצב בבית המשפט ולהמציא חפץ אשר מצוי בחזקתו, אשר רצוי או נחוץ לצורכי חקירה או משפט. סעיף זה מופיע בפקודת סדר הדין הפלילי, יחד ולאחר שאר הוראות החוק שעניינן סמכויות החיפוש והתפיסה, ורשויות החקירה עושות שימוש תדיר בסעיף זה לצורך קבלת צו לתפיסת מסמכים וחפצים.<sup>108</sup>

סעיף 43 מטיל על נמען הצו, אשר מחזיק בחפץ, חובה להמצאת החפץ, ובעניין שרון נקבע כי הסעיף חל גם על נמענים שהחפץ נמצא בשליטתם אף שאינו מצוי בחזקתם הפיזית.<sup>109</sup> הואיל והסעיף נוקט לשון של "רצוי", אין צורך להראות כי החפץ הכרחי לחקירה, ודי להראות כי החפץ רלוונטי לחקירה.<sup>110</sup> למרות שהדבר לא נאמר במפורש, אך לאור העובדה כי הוראת החוק מצויה בפקודת סדר הדין הפלילי, אזי ברי כי הסמכות בסעיף 43 מתייחסת אך לחקירה או משפט בעלי אופי פלילי, אף שאין צורך שעניינו יוגבל לחקירה בדבר אחריות פלילית וניתן להחיל את הסעיף גם על הליכים נלווים להליך פלילי, כמו בענייני הסגרה ומעצר.<sup>111</sup>

בעוד שסעיף 108 לחסד"פ עניינו בסמכות בית המשפט לצוות על עד שהוזמן לבית המשפט להמציא מסמכים, סעיף 43 אינו עוסק בעדים, אלא אך בהמצאת חפצים. מדובר בצו טכני להשגת מסמכים שאינו כולל בתוכו סמכות לחקור את אותו אדם שברשותו החפץ הנדרש.<sup>112</sup> סעיף 108 עניינו הליך משפטי שכבר החל בבית משפט ואף בשלב שמיעת הראיות, ועל כן ברירת המחל היא שבקשה לפי סעיף 108 תידון לפני שופט שדן בתיק, ואילו דיון בבקשה לפי סעיף 43 יכול להיערך לפני כל שופט, אף שאינו דן באישום, שופט בית משפט שלום או בית משפט מחוזי.<sup>113</sup> יתר על כן, בעוד שסעיף 108 נדון אך לאחר שהמשפט החל, על פניו אין מניעה לעשות שימוש בסעיף 43 גם בשלב החקירה וגם בשלב המשפט לאחר הגשת כתב האישום.<sup>114</sup>

יודגש כי הסעיף אינו מקנה סמכות לכל אדם לדרוש מאדם אחר חפץ לצורכי חקירה, אלא אך מאפשר לקבל צו שיפוטי, כאשר שופט רשאי ליתן צו כאמור, וזאת לאחר שיקול דעת.<sup>115</sup> סעיף 43 מאפשר לכפות על מחזיק החפץ להתייצב לפני בית המשפט, וכך לאפשר למחזיק זכות טיעון בעניין מושא הצו,<sup>116</sup> ואם מתעורר צורך בכך, להורות על קיום דיון במעמד הצדדים.<sup>117</sup> בעניין

<sup>107</sup> ביין "היפיייה הנמה", לעיל ה"ש 5.

<sup>108</sup> עניין מליניאק, לעיל ה"ש 18.

<sup>109</sup> ע"פ 1761/04 שרון נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(4) 9, 16 (2004) (להלן: עניין שרון 1).

<sup>110</sup> ביין "היפיייה הנמה", לעיל ה"ש 5, בעמ' 562.

<sup>111</sup> שם, בעמ' 564.

<sup>112</sup> שם, בעמ' 574.

<sup>113</sup> שם, בעמ' 575.

<sup>114</sup> שם, בעמ' 563–564.

<sup>115</sup> עניין שרון 1, לעיל ה"ש 109, פס' 17 לפסק דינו של השופט אור.

<sup>116</sup> רע"פ 8600/03 מדינת ישראל נ' שרון, פ"ד נח(1) 763, 748 (2003) (להלן: עניין שרון 2); דנ"פ 5852/10 מדינת

ישראל נ' שמש, פ"ד סה(2) 377, פס' 21 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2012) (להלן: עניין שמש 1); רע"פ 851/09

שמש נ' מדינת ישראל, פ"ד סד(1) 288, פס' 19–26 לפסק דינו של השופט דנציגר (2010) (להלן: עניין שמש 2);

ביין "היפיייה הנמה", לעיל ה"ש 5, בעמ' 568, 577.

<sup>117</sup> עניין שרון 2, לעיל ה"ש 116, פס' 14 לפסק דינו של השופט אור.



**שרון**, בית המשפט ציין כי דרך המלך להשגת חומרי חקירה מטעם המשטרה היא בהתאם לסמכויות החיפוש הקבועות בחוק ללא צורך בצו לפי סעיף 43, 118<sup>118</sup> אולם בביקורת על החלטה זו נטען על ידי שיש לבכר את השימוש בסעיף 43 לקבלת צו שיורה לצד ג' על מסירת המסמך המבוקש, על פני הפעלת סמכויות החיפוש הנתונות למשטרה, הואיל וקבלת הצו היא פעולת חקירה שיש בה פגיעה פחותה בזכויותיו של מושא החיפוש לכבוד, קניין וחירות, 119<sup>119</sup> תוך מתן זכות טיעון למחזיק החפץ. הואיל וסמכויות החיפוש הן סמכויות שיש בהן כדי לפגוע בפרטיות של מושא החיפוש, יש להפעילן אך במקרים בהם נעשית עבירה מקרוב וישנו צורך בהתעתת החשוד בשל החשש מפני שיבוש החקירה.<sup>120</sup>

בשנים האחרונות, בעקבות המידע הרב המוחזק בידי צדדים שלישיים בעולם הטכנולוגי של היום, כדוגמת חברות סלולר וחברות פרטיות אחרות המחזיקות מידע דיגיטלי רב במרשתת ובסלולר, חלה עלייה בשימוש בסעיף 43 על ידי רשויות החקירה, שהרי במקרים אלה לא ניתן לעשות שימוש בסמכויות חיפוש לצורך תפיסת המסמכים, ובקשות להוצאת צווים למטרות חקירה הן עניין שבשגרה בבתי משפט השלום.<sup>121</sup>

בניגוד לשאר הסעיפים המצויים בפקודת סדר הדין הפלילי אשר מקנים לשוטר סמכות לערוך חיפוש או לתפוס חפצים, סעיף 43 אינו מציין מי הגורם שרשאי לפנות לבית המשפט, ועל פניו אין מניעה מכל אדם לבקש מבית המשפט צו כאמור, ככל שהחפץ רצוי או נחוץ לצורכי חקירה או משפט.<sup>122</sup> ובעניין **אל מאמוניה הכיר** בית המשפט באופן ראשוני בכך ששימוש בסעיף זה יכול להיעשות הן ביוזמת ההגנה והן ביוזמת התביעה.<sup>123</sup> חרף זאת, השימוש בסעיף זה על ידי ההגנה הוא מועט,<sup>124</sup> לרבות ניסיון אישי של כותב המאמר שנעשה במעמד צד אחד ללא מעורבות התביעה,<sup>125</sup> ונדמה כי ההגנה לא גילתה את הפוטנציאל של הסעיף. אולם בעוד שפרופ' בייך פתח את השער להגנה לעשות שימוש בסעיף 43 לצרכיה, החלטתו של השופט עמית בבש"פ 296/18 בעניין **פלוני** נעלה את השער, ועל כן יש לערוך דיון מחדש בסעיף זה.

### 3. עניין פלוני

<sup>118</sup> שם, בעמ' 767.

<sup>119</sup> בייך "היפיפייה הנמה", לעיל ה"ש 5, בעמ' 570-571.

<sup>120</sup> שם, בעמ' 567, 582.

<sup>121</sup> עניין **מליניאק**, לעיל ה"ש 18, פס' 11 לפסק דינו של השופט קרא. ס' 43 לפסד"פ הוא סעיף גג לצורך המצאת מסמכים המוחזקים בידי ג', לרבות חומרי מחשב וחומרים דיגיטליים אחרים, ראו חיים ויסמונסקי **חקירה פלילית במרחב הסייבר** 180 (2015). כאמור, עובר לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), התשס"ח-2007, איכון של חשודים באמצעות מחקר תקשורת שהתקבל מחברת התקשורת נעשה על ידי ס' 43 לפסד"פ, ראו הרפז וגולן, לעיל ה"ש 67, בעמ' 348. לגבי הצורך להוצאת צו להשגת ראיות דיגיטליות בארצות הברית ראו, Orin S. Kerr, *Digital evidence and the new criminal procedure*, 105 COLUM. L. REV. 279, (2005) 293, 309.

<sup>122</sup> בייך "היפיפייה הנמה", לעיל ה"ש 5, בעמ' 564.

<sup>123</sup> עניין **אל מאמוניה**, לעיל ה"ש 55, פס' 10 לפסק דינה של השופט ארבל.

<sup>124</sup> בע"פ 502/15 **מדינת ישראל נ' פלוני** (פורסם בנבו, 16.2.2015), נדון ערעור על החלטה בבקשה ליתן חומר חקירה במעמד צד אחד, ובמסגרת אמרת אגב לאחר שהערעור נמשך על ידי המדינה, בית המשפט העליון בהרכב של שלושה ציין כי על אף שדרך המלך להשגת חומר נוסף במהלך המשפט היא באמצעות ס' 108 לפסד"פ, לא נשללה האפשרות מההגנה לדרוש חומר בין אם באמצעות ס' 43 לפסד"פ ובין אם באמצעות ס' 3 לפסד"פ. כך גם בהליך ב"ש (שלום ירושלים) 6751/02 **אדלר נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 20.5.2003), נעשה ניסיון של הסנגוריה לעשות שימוש בס' 43 לפסד"פ, בעוד שצד ג' (לשכת הרווחה) הייתה המשיבה בהליך, הגם שכותרת הבקשה מפנה גם לסמכות לפי ס' 108 לפסד"פ. בדומה לכך, גם בהליך ת"פ (מחוזי ת"א) 40431/99 **מדינת ישראל נ' גולד** (פורסם בנבו, 13.11.2006) נעשה ניסיון לעשות שימוש בס' 43 לפסד"פ, אך שם בית המשפט החליט כי ס' 43 לפסד"פ אינו ההליך המתאים במקרה בו החלה שמיעת העדים, ראו עניין **גולד**, פס' 2, 5 לפסק דינו של השופט שהם.

<sup>125</sup> במסגרת תיק פלילי שנוהל על ידי כותב המאמר, הוגש ערעור על החלטה בצ"א 8094-11-15 **אלברט נ' בנק לאומי סניף 18** (לא פורסם, 3.11.2017), במסגרתה נדחתה בקשת ההגנה להמצאת סרטון אבטחה מידי בנק לאומי בהתאם לס' 43 לפסד"פ ללא שהתביעה תהיה מיודעת לבקשה, ובהחלטה שבערעור בבית המשפט המחוזי בתל אביב, בע"פ 43133-11-15 **אלברט נ' סניף 816** (לא פורסם, 4.1.2016), נענה בית המשפט המחוזי לבקשת ההגנה והורה בהחלטה שאינה מנומקת על החזרת הדיון לבית משפט קמא על מנת שבית המשפט השלום ידון בבקשה ללא יידוע התביעה בבקשה.

בעניין **פלוני** ביקש העורר לקבל צו להמצאת ראיות כאשר הודיע העורר מבעוד מועד בבקשתו שהחומר יועבר לעיונו בלבד תוך שהוא מסתמך על סעיף 43 לפסד"פ, ואם בית המשפט לא יאפשר זאת, הוא מבקש לחזור בו מהבקשה. בהחלטתו, השופט עמית דן באופן מפורש בזכויות הגלומות בסעיף 43, והואיל וסעיף 43 ממוקם בפסד"פ, שעניינה ככלל הוא סמכויות החיפוש והתפיסה של המשטרה, לעמדתו סעיף 43 מיועד לרשויות החקירה והתביעה בלבד.<sup>126</sup> לדידו, הואיל והפסיקה שעניינה גילוי חומרי חקירה לפי סעיפים 74 ו-108 מפותחת ומפולפלת דיה, אין מקום להוסיף על כך אפיק נוסף.<sup>127</sup> נוסף על כך, מתן אפשרות להגנה לעשות שימוש בסעיף 43 במעמד צד אחד הוא מתכון לתקלות, שהרי הצו המכוון כנגד צד ג' המחזיק בחפץ עשוי לעורר שאלות של פרטיות וסודיות.<sup>128</sup> בהיבט העקרוני, נטען כי קיימת הבחנה ברורה בין שלב החקירה טרם הגשת כתב האישום לבין השלב שלאחריה, כאשר סעיף 43 עניינו הוא אך שלב החקירה לפני הגשת כתב האישום.<sup>129</sup> בעוד שעד להגשת כתב האישום הרשות החוקרת אינה מחויבת לחשוף את החומרים והראיות בתיק החקירה, החל מהגשת כתב האישום הקלפים פתוחים, וזכותו של נאשם לקבל את מלוא חומר הראיות, כאשר הפסיקה אף הרחיבה את תחולת זכות הגילוי לפי סעיף 74 באופן שההגנה תוכל לנצל אותו באופן אופטימלי ואף לבקש חומרים שאינם מצויים בידי המשטרה. ולכן, לדידו של השופט עמית, אין מקום להרחיב את סל הסעדים בדמות סעיף 43 לפסד"פ.<sup>130</sup>

בהיבט המשפטי, ניתן לטעון שבעוד שלהחלטתו של השופט עמית יש מעמד מנחה, אין מדובר בהלכה פסוקה מחייבת לפי סעיף 20(ב) לחוק יסוד: השפיטה, שהרי מדובר בהחלטה שניתנה על ידי דן יחיד.<sup>131</sup> ודא עקא, במסגרת הליך 502/15, בית המשפט העליון בהרכב של שלושה ציין באמרת אגב לאחר משיכת הערעור על ידי המדינה כי דרך המלך של ההגנה להשגת ראיות היא באמצעות סעיף 108 לפסד"פ, אך הותיר את הפתח להגנה לעשות שימוש בסעיף 43 גם ללא מעורבות התביעה בבקשה.<sup>132</sup>

השאלה שעלתה בעניין **פלוני** היא זכותו של נאשם לעשות שימוש בסעיף 43 לפסד"פ במעמד צד אחד לאחר הגשת כתב האישום, וחרף הכרה בכך שלשון הסעיף יכולה לסבול את פרשנות ההגנה,<sup>133</sup> בהתאם להחלטות קודמות,<sup>134</sup> קבע השופט עמית כי עניינו של סעיף 43 הוא בשלב החקירה לפני כתב אישום.<sup>135</sup> לכאורה, השופט עמית אינו מכריע בשאלת זכותו של חשוד לעשות שימוש בסעיף 43 בשלב החקירה,<sup>136</sup> וחרף הכרה ראשונית בפסיקה בעניין **אל מאמוניה**, לפיה ניתן לעשות שימוש בסעיף הן ביוזמת ההגנה והן ביוזמת התביעה,<sup>137</sup> ותוך היתלות

<sup>126</sup> עניין **פלוני**, לעיל ה"ש 3, פס' 15 לפסק דינו של השופט עמית; עניין **אל מאמוניה**, לעיל ה"ש 55, פס' 9 לפסק דינה של השופטת ארבל.

<sup>127</sup> עניין **פלוני**, לעיל ה"ש 3, פס' 12 לפסק דינו של השופט עמית.

<sup>128</sup> שם, פס' 10 לפסק דינו של השופט עמית.

<sup>129</sup> שם, פס' 9 לפסק דינו של השופט עמית.

<sup>130</sup> שם, פס' 10 לפסק דינו של השופט עמית.

<sup>131</sup> רע"א 7152/94 **שידלוב נ' קיהן**, פ"ד מט(5) 309 (1996).

<sup>132</sup> ע"פ 502/15 **מדינת ישראל נ' פלוני** (פורסם בנבו, 16.2.2015).

<sup>133</sup> עניין **פלוני**, לעיל ה"ש 3, פס' 10 לפסק דינו של השופט עמית.

<sup>134</sup> בש"פ 6521/09 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פס' 4 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 7.9.2009) (להלן: עניין **פלוני 1**); בש"פ 3945/13 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פס' 7 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 12.6.2013) (להלן: עניין **פלוני 2**); בש"פ 4533/17 **מדינת ישראל נ' זאודי**, פס' 13 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 14.6.2017); עניין **שיינר**, לעיל ה"ש 4, פס' 14 לפסק דינו של השופט עמית; עניין **אל מאמוניה**, לעיל ה"ש 55, פס' 9 לפסק דינה של השופטת ארבל.

<sup>135</sup> עניין **פלוני**, לעיל ה"ש 3, פס' 9 לפסק דינו של השופט עמית.

<sup>136</sup> שם, פס' 15 לפסק דינו של השופט עמית.

<sup>137</sup> עניין **אל מאמוניה**, לעיל ה"ש 55, פס' 10 לפסק דינה של השופטת ארבל.

בעובדה שהסעיף ממוקם בפקודת סדר הדין הפלילי שעיקר עניינה הוא סמכויות החיפוש והתפיסה של המשטרה, קובע השופט עמית כי השימוש בסעיף 43 מסור למשטרה בלבד.<sup>138</sup> אולם, העובדה שסעיף 43 לפסד"פ ממוקם בפקודת סדר דין הפלילי שעניינה הוא סמכויות חיפוש וחקירה, אין בה כדי למנוע מההגנה לעשות בו שימוש, והרי אין מחלוקת כי בקשה להמצאת חפץ היא אמצעי לאיסוף ראיות שנועד לצורכי חקירה, והשאלה היא האם ההגנה זכאית ליכולת איסוף ראיות מעין-זו, או בכלל. יתרה מזו, העובדה כי סעיפים אחרים בפקודה מורים על סמכות שוטר כאשר סמכות זו נדרשת, ובסעיף 43 אין זכר לסמכויות המשטרה, מלמדת כי אין זה מחייב סעיף 43 יוגבל לשימוש רשויות החקירה בלבד. מבחינה משפטית, באשר לשלב בהליך בו ניתן לעשות שימוש בסעיף 43 לפסד"פ, אף שבכמה החלטות נקבע כי הליך לפי סעיף 43 עניינו הוא בשלב שבטרם הגשת כתב אישום,<sup>139</sup> אין מניעה מבחינת לשון הסעיף לעשות שימוש בסעיף בין אם בשלב החקירה ובין אם בשלב המשפט. אומנם במקרים מסוימים, כאשר חשוד מודע לקיומה של ראיה אובייקטיבית שעשויה לתמוך בעמדתו וישנה דחיפות להגשת אותה ראיה בטרם תאבד, מתעורר צורך לבקש את אותה ראיה אף בשלב החקירה בטרם הגשת כתב האישום, כאשר סעיף 43 הוא האמצעי היחיד המאפשר להגנה לדרוש את המצאתו של חפץ או מסמך בשלב החקירה, לא ניתן להגביל את סעיף 43 רק לשלב שלפני הגשת כתב האישום. בהיבט המעשי, ככל שתחום חלותו של סעיף 43 יוגבל לשלב שלפני כתב האישום בלבד, ההגנה תתקשה בשימוש בסעיף 43 בשלב זה, הן בשל החשש לשיבוש והן לאור העובדה כי עיני ההגנה טרם שזפו את ראיות התביעה<sup>140</sup> וטרם ניתנה החלטה בדבר הגשת כתב אישום.

יתר על כן, החשש הקיים במתן אמצעי חקירה להגנה לתקלות בדמות פגיעה בפרטיות של צד ג' או חשש משיבוש הליכי חקירה, אין בו כדי למנוע מההגנה לעשות שימוש בסעיף. הסעיף אינו מקנה סמכות לכל אדם לדרוש מאדם אחר חפץ לצורכי חקירה, אלא הסעיף מאפשר לקבל צו שיפוטי, כאשר שופט רשאי ליתן צו כאמור, וזאת לאחר שיקול דעת.<sup>141</sup> בהיבט המעשי, ככל שמתעורר חשש לתקלות, אזי תפקידו השיפוטי של בית המשפט להפעיל שיקול דעת ולאזן בין האינטרסים השונים, לרבות החשש משיבוש חקירה ופגיעה בפרטיותם של אחרים,<sup>142</sup> ובית המשפט יכול במקרים הנדרשים להזמין לדיון את נמען הצו, או כל אדם אחר שעשוי להיפגע,<sup>143</sup> וליתן לו זכות טיעון במעמד הצד שכנגד.<sup>144</sup> בנוסף, ניתן לקבוע מנגנונים שימנעו את החשש משיבוש החקירה, על ידי קביעת הוראה לפיה ההגנה רשאית לפנות בבקשה מעין-זו רק מקום שפנתה לרשות החוקרת וזו סירבה או נמנעה מלעשות זאת משיקוליה השונים. בהיבט המעשי, אין בטעם הפרוצדורלי לפיו הליכי הגילוי גם כך סובלים מהתדיינויות יתר כדי לשלול פריסה את האפשרות של ההגנה לעשות שימוש בסעיף 43, שהרי הזכות קיימת בחוק, וכמבואר לעיל, לאור חסרונו ומוגבלותו של סעיף 108, ישנו טעם מעשי לאפשר להגנה לעשות שימוש בסעיף 43 כאמצעי חקירה. סעיף 108 מאפשר לכל צד במשפט להזמין עד או אדם אחר

<sup>138</sup> שם, פס' 15 לפסק דינו של השופט עמית.

<sup>139</sup> עניין פלוני 1, לעיל ה"ש 134, פס' 4 לפסק דינה של השופטת ארבל; עניין פלוני 2, לעיל ה"ש 134, פס' 7 לפסק דינה של השופטת ארבל; עניין זאודי, לעיל ה"ש 134, פס' 13 לפסק דינו של השופט דנציגר; עניין שיינר, לעיל ה"ש 4, פס' 14 לפסק דינו של השופט עמית; עניין אל מאמוניה, לעיל ה"ש 55, פס' 9 לפסק דינה של השופטת ארבל.

<sup>140</sup> Roberts et al., לעיל ה"ש 23, בעמ' 1153–1154.

<sup>141</sup> עניין שרון 2, לעיל ה"ש 116, פס' 17 לפסק דינו של השופט אור.

<sup>142</sup> בייך "היפיפייה הנמה", לעיל ה"ש 5, בעמ' 563.

<sup>143</sup> עניין שרון 2, לעיל ה"ש 116, בעמ' 763; עניין שמש 1, לעיל ה"ש 116, פס' 21 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; עניין שמש 2, לעיל ה"ש 116, פס' 19–26 לפסק דינו של השופט דנציגר.

<sup>144</sup> עניין שרון 2, לעיל ה"ש 116, בעמ' 763; בייך "היפיפייה הנמה", לעיל ה"ש 5, בעמ' 568, 577.

להמציא לבית המשפט מסמך המצוי ברשותו. כאמור לעיל, הזכות לפי סעיף 108 קמה אך לאחר תחילת המשפט, אולם לעיתים רבות יש צורך דחוף להשגת חומר חקירה, אף בטרם תחילת המשפט, בין אם בשל הצורך לשמור על טריות זיכרונם של העדים ובין אם בשל הצורך להשגת חומר דיגיטלי או אחר בטרם יימחק ויאבד.

מבחינת מדיניות משפטית, מתן אפשרות להגנה לעשות שימוש בסעיף 43 לפסד"פ מגלם יתרונות פוזיטיביים רבים לניהול החקירה ולטיוב עבודת רשויות החקירה. אם רשויות החקירה יבקשו לשמור על בלעדיות החקירה ולמנוע מההגנה לאסוף ראיות, רשויות החקירה יידרשו לנהל חקירה באופן יסודי ולהפוך כל אבן לצורך בחינת טענות הגנה, וככל שהרשות תסבור שאותה ראיה דרושה לצורכי חקירה, היא תוכל במקביל לפעול להשגתה. יתרה מזו, איסוף ראיות באופן יסודי על ידי שני הצדדים יאפשר לצדדים להתעמת עם הראיות של הצד שכנגד, ובמקרים המתאימים עשוי להוביל לסגירת תיקים בשלב מוקדם של ההליך, בין אם על ידי שכנוע המשטרה לסגירת התיק ובין אם על ידי הגעה להסדר טיעון בהמשך ההליך, ובכך למנוע התדיינות מיותרות ועינוי דין לנאשמים. דא עקא, בקשה זו של ההגנה מתעוררת אך מקום שהרשות החוקרת החליטה משיקולים השונים שאין לה צורך בהשגת אותה ראיה, ובעיקר בשל כך מתעורר הצורך של ההגנה להמציאה.

ניטול את הדוגמה שהוצגה לעיל, במסגרתה ההגנה ביקשה לקבל את סרטון האבטחה אשר מכסה את קרות האירוע. ככל שהיה בסרטון כדי לאשש את גרסתו של הנאשם, המצאת הסרטון על דרך סעיף 43 לפסד"פ הייתה מביאה לכך שניתן היה להוכיח באמצעות הסרטון המדובר כי הנאשם לא ביצע את העבירה שמיוחסת לו, ובכך להביא לשחרורו ממעצר ואולי אף לזיכויו. תוצאה זו תקצר את ההליך המשפטי, תפחית את העומס על בית המשפט ואף את העלויות המנהליות הכרוכות בניהול ההליך המשפטי וכן תמנע את הגשת כתב האישום, שמלווה בדיוני הוכחות, ועוד.

יתר על כן, ללא מתן אפשרות להגנה לעשות שימוש בסעיף 43 לצורך המצאת מסמך או חפץ אשר עשוי לתמוך בגרסתה, כל אשר ההגנה תוכל לטעון בסופו של יום הוא טענה בדבר מחדל חקירתי של המשטרה, אולם ספק אם אותו חומר חקירה שאינו ידוע שהמשטרה התרשלה באייהשגתו יוביל לזיכויו של הנאשם,<sup>145</sup> בייחוד כאשר קיימת גרסה של סוכן משטרתי הטוען אחרת.

אולם מעבר לכך, בקשה לפי סעיף 108 מוגשת תוך ידיעת התביעה ובית המשפט על אודות הבקשה והחומר שיושג בעקבות הבקשה, אולם במקרים רבים עולה צורך לאסוף חומרי חקירה מבלי לערב את התביעה והשופט הדן בתיק. ככל שהראיה שתושג היא ראיה מפלילה, חשיפת הראיה לבית המשפט ולתביעה, אף בטרם עיון בראיה, תוביל לפגיעה חמורה בזכות להימנע מהפללה עצמית, ואילו ככל שהראיה היא ראיה מזכה, ההגנה לא תוכל להפתיע את התביעה במהלך החקירה הנגדית.

בהיבט המשפטי, אומנם ההליך האדוורסרי-פילי מחייב ככלל דיון במעמד שני הצדדים, אך הדיון הפילי מכיר במצבים שבהם בקשה להגשת ראיה תידון במעמד צד אחד. כך, בקשות להוצאת צווי חיפוש ותפיסה נדונות כדרך שגרה לפני שופט תורן במעמד צד אחד,<sup>146</sup> וזאת למעט המקרים החריגים בהם החשוד מודע מראש לגבי ביצוע פעולות החיפוש ומבקש באופן

---

<sup>145</sup> עניין ניימן, לעיל ה"ש 67, פס' 49-58 לפסק דינו של השופט שהם; עניין סלאח, לעיל ה"ש 67, פס' 44 לפסק דינו של השופט דנציגר; עניין אלחורטי, לעיל ה"ש 67.  
<sup>146</sup> עניין מליניאק, לעיל ה"ש 18, פס' 11 לפסק דינו של השופט קרא.

פוזיטיבי לערוך דיון במעמד שני הצדדים בבקשה להוצאת צו חיפוש.<sup>147</sup> יודגש, הפסיקה הכירה בכך שבמקרים חריגים אין לשלול את האפשרות שגם ההגנה תוכל לבקש דיון במעמד צד אחד, במסגרת בקשות לגילוי ראיות ועיון בחומרי חקירה,<sup>148</sup> ואף בתיקון העקיף לפקודת הראיות אשר תוקן בתיקון מס' 75 לחוק סדר הדין הפלילי<sup>149</sup> הכיר המחוקק באפשרותה של ההגנה לעתור לגילוי ראיה חסויה תוך מתן הסברים במעמד צד אחד.<sup>150</sup> על ידי עיגון זכותה של ההגנה לדרוש גילוי ראיות מבלי לחשוף את קו ההגנה לתביעה, הכיר המחוקק בכך שחובת הגילוי אינה הדדית, ושהאינטרס של הנאשם באיסוף ראיות באופן עצמאי מבלי שייחשף קו ההגנה הוא אינטרס לגיטימי ומוגן.<sup>151</sup> יוער כי העובדה שההגנה מעוניינת לקבל לידיה צו להמצאת חפץ לצורכי המשפט במעמד צד אחד ללא מעורבות התביעה אין בה כדי למנוע מהרשות לפעול להשגת אותה ראיה באופן עצמאי, ככל שהיא סבורה שמדובר בראיה אשר דרושה לצורכי החקירה והמשפט. ברם, בהיבט העקרוני, במסגרת ההליך האדוורסרי מצופה מההגנה לפעול להשגת חומרי חקירה אשר יתמכו בקו ההגנה, וכשם שלרשות החוקרת אפשרות לפעול להשגת ראיות במעמד צד אחד, כך יש ליתן להגנה את האפשרות לבקש צו להמצאת חפצים ללא מעורבות התביעה.<sup>152</sup>

מאמר זה מבקר את החלטתו של השופט עמית בעניין **פלוני** וקביעתו כי סעיף 43 מסור לרשויות האכיפה בלבד, כאשר לטענת המאמר יש לאפשר את השימוש בסעיף 43 להגנה הן בשלב החקירה והן בשלב לאחר הגשת כתב האישום, ואף במעמד צד אחד ללא מעורבות התביעה.

<u>סעיף 43 – זכות האיסוף</u>	<u>החלטה בעניין פלוני</u>	<u>טענת המאמר</u>
<b>תכלית:</b>	איסוף ראיות לצורכי חקירה או משפט	
<b>השלב בהליך:</b>	בשלב החקירה לפני הגשת כתב אישום.	אין מניעה גם בשלב החקירה וגם לאחר הגשת כתב אישום, כל עוד לצורכי חקירה.
<b>החומר עליו חל:</b>	חפץ אשר רצוי או נחוץ לצורכי חקירה.	
<b>נמען הבקשה:</b>	צד ג' המחזיק בחפץ.	
<b>הגורם המבקש:</b>	מסור לרשויות החקירה בלבד.	הן התביעה והן ההגנה.

<sup>147</sup> ראו צ"ח 51789-10-10 להב 433 נ' גולן (פורסם בנבו, 30.10.2019), במסגרתו נדונה בקשת משטרה לצו חיפוש במכשיר הטלפון הנייד של החשודים במעמד שני הצדדים, וזאת לאור התנגדותם. מדובר במקרה יוצא מהכלל, בו החשודים היו מודעים לבקשה לצו חיפוש, כאשר מרבית הבקשות מעיריאלה נדונות במעמד צד אחד, ראו עמדת הסנגוריה הציבורית בבש"פ 7917/19 אוריך נ' מדינת ישראל, פסי' 11 לפסק דינו של השופט אלרון (פורסם בנבו, 25.12.2019).

<sup>148</sup> בש"פ 6071/17 מדינת ישראל נ' פישר, פסי' 33 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 27.8.2017); בש"פ 4764/06 מדינת ישראל נ' אופנר (פורסם בנבו, 15.6.2006); עניין פלוני 2, לעיל ה"ש 134, פסי' 6 לפסק דינה של השופטת ארבל; עניין שרון 2, לעיל ה"ש 116, פסי' 14 לפסק דינו של השופט אור.

<sup>149</sup> חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 75), התשע"ו–2016 (תיקון עקיף לפקודת הראיות [נוסח חדש]), התשל"א–(1971).

<sup>150</sup> סי' 46(א) לפקודת הראיות.

<sup>151</sup> דברי ההסבר להצעת חוק חומר מודיעיני (תיקוני חקיקה), התשע"ד–2014.

<sup>152</sup> לעניין זה ראו עניין אבו רקייק, לעיל ה"ש 33, במסגרתו בית המשפט קיבל מההגנה טיעון חסוי בכתב מבלי להיחשף לתביעה, תוך הדגשה כי "כפי שמותר לתביעה להגיש לעתים חומר חסוי לבית המשפט בעת הדיון בעניין מעצרו של חשוד על-מנת לוודא שלא תסוכל האפקטיביות של חקירה משטרתית, כך יש גם לאפשר לסנגוריה שלא לגלות את כל קלפיה בשלב הדיון המוקדם בעניין בקשתו של הנאשם להשתחרר בערובה, כך שלא יישטט מידיה גורם ההפתעה בו היא מתכוונת להיעזר במהלך המשפט". ראו גם עניין אל עילוי, לעיל ה"ש 33.

לפני כל שופט, כאשר הבקשה יכולה להידון במעמד צד אחד.	לפני שופט תורן.	<b>המותב:</b>
---	-----------------	---------------

נחזור לדוגמה המלווה את הדיון במאמר ולבקשת ההגנה להמצאת צו לרשות העירונית להמצאת סרטון האבטחה ללא מעורבות התביעה בהליך. העובדה שהנאשם מודע לכך כי ישנה מצלמת אבטחה במקום מאפשרת להגנה ליזום הליך בקשה לצד ג' להמצאת חפץ או מסמך, אף בטרם תחילתו של המשפט. יתר על כן, כיוון שמדובר בראיה גולמית שאינה ניתנת לשינוי, ברי כי קבלת תוצרי סרטון האבטחה אינה מעוררת חשש של שיבוש חקירה, ועל כן אין מניעה ממתן אפשרות להגנה לעיין בראיה זו. מעבר לאמור, הואיל ורשויות החקירה סברו כי אין מקום להשקיע מאמץ בהשגת אותו סרטון אבטחה, אין מקום לחייב את ההגנה לערב את התביעה בבקשתה לקבלת אותו חומר חקירה ולגרום לחשיפת חומר חקירה אשר השגתו הייתה פרי יוזמתה של ההגנה בלבד.

עניין זה נוגע לטענה העקרונית בדבר זכותה של ההגנה לביצוע פעולות לאיסוף ראיות מטעמה, שכן ממקרא החלטתו של השופט עמית, עולה כי נקודת המוצא היא שאין להגנה זכות לאיסוף ראיות באמצעות צו שיפוטי באופן עצמאי, ודי להגנה בהליכים הקיימים כיום באמצעות סעיפים 74 ו-108, כאשר "בתי המשפט הקדישו החלטות לא מעטות לפיתוח סעיף 74 ועיצוב גבולותיו, כדי שההגנה תוכל לנצל אותו באופן אופטימלי."<sup>153</sup> אומנם, כדברי השופט עמית בעניין **שיינר** "זכות הגילוי והעיון נתפסת כחלק מזכות היסוד של נאשם לפרוס את הגנתו בבית משפט",<sup>154</sup> אך אין די בזכות העיון לצורך ניהול הוגן של ההליך והיערכותה של ההגנה למשפט, שכן לעיתים אין בחומר הראיות שבתיק החקירה די, ויש לאפשר להגנה לבצע פעולת חקירה באופן עצמאי ללא מעורבות התביעה.

#### **ד. הוגנות ההליך והחיסיון מפני הפללה עצמית**

עד כה, הדיון במאמר היה דיון קונקרטי ומעשי, אשר דן בזכותה של ההגנה לבצע פעולות לאיסוף ראיות באמצעות דרישה מצד שלישי להמצאת מסמכים או חפצים על ידי צו שיפוטי וללא מעורבות התביעה, תוך התמודדות עם החלטתו של השופט עמית בעניין **פלוני** וביקורת עליה. כפי שהחל להתבהר, ויידון כעת באריכות, מבעד למעבה הקונקרטיות של ההחלטה בעניין **פלוני**, בבסיס ההחלטה עומדת תפיסה מסוימת על אודות מובנה של הוגנות ההליך בהליך האדוורסרי של סדר הדין הפלילי, שאותה אבקש לבאר כעת.

##### **1. הוגנות ההליך וביטוייה בזכות העיון**

הזכות להליך הוגן היא זכות מסגרת כללית החלה על כל שלבי ההליך הפלילי, משלב החקירה המשטרתית ועד סוף ריצוי עונש המאסר, כאשר הגדרתה של הזכות והיקף תחולתה עמומים<sup>155</sup>

<sup>153</sup> עניין **פלוני**, לעיל ה"ש 3, פס' 12 לפסק דינו של השופט עמית.

<sup>154</sup> עניין **שיינר**, לעיל ה"ש 4, פס' 11 לפסק דינו של השופט עמית.

<sup>155</sup> ראו את ניתוחה של השופטת ביניש בע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי**, פ"ד סא(1) 461, 562–566, פס' 66 לפסק דינה של השופטת ביניש (2006).

ומשתנים משיטת משפט לרעותה.<sup>156</sup> קצרה היריעה במאמר זה מהצגת ניתוח נורמטיבי כולל על אודות הזכות להליך הוגן תוך התייחסות לכלל המופעים השונים בהם זכות זו מקבלת ביטוי בהליך הפלילי. די לציין כי מתוך הזכות להליך הוגן גזר בית המשפט העליון בישראל זכויות וכללים קונקרטיים שונים ומגוונים, ביניהם הזכות להיוועצות בחקירה ופסילת הודאות שנגבו תוך הפרת זכות זו,<sup>157</sup> פסילת ראיות חפציות שהושגו שלא כדין,<sup>158</sup> מתן סעד להתנהלות שאינה תקינה של הרשות בעת הגשת כתב האישום,<sup>159</sup> הזכות לנוכחות במשפט,<sup>160</sup> זכות השתיקה והזכות להימנע מהפללה עצמית.<sup>161</sup> עיקר עניינה של הזכות להליך הוגן הוא הבטחת פרודורה הוגנת לצדדים בניהול המשפט, אולם מובנה של הוגנות ההליך ואופן ביטוייה בפועל משתנה ביחס לזכויות הדיוניות השונות, שהרי אין דמיון בין הכלל בדבר פסילת ראיות שהושגו שלא כדין לבין הזכות לנוכחות במשפט או לחלופין הזכות להימנע מהפללה עצמית. ענייננו הוא זכות העיון והחקירה, ובהקשר זה אבקש לזקק את מובנה של הזכות להליך הוגן כפי שהוא מקבל ביטוי בזכות העיון.

בעניין **פלוני**, חזר השופט עמית על חשיבותה של זכות העיון, תוך הפניה לדבריו בעניין **שיינר**.<sup>162</sup> לפיהם תכלית הגילוי היא הוצאת האמת, מתן אפשרות לנאשם לבחון את הראיות ולהיערך למשפט, וזכותו של הנאשם להליך הוגן. בעוד שעד להגשת כתב האישום הרשות החוקרת אינה מחויבת לחשוף את החומרים בתיק החקירה, מרגע הגשת כתב האישום ההליך מתנהל בקלפים פתוחים, ולתביעה קמה חובה להעביר לעיון ההגנה את מלוא חומר החקירה, כאשר חובת הגילוי היא חדיסטית. בכך, לדידו, "ניתן ביטוי גם להכרה בפערי הכוחות בין הצדדים, ובצורך לפצות את הנאשם על חולשתו ביחס לעוצמתן של הרשויות החקירה והתביעה".<sup>163</sup> על תכליות אלה אבקש להוסיף את מניעת הפתעת הנאשם על ידי חומר חקירה שלא היה מודע אליו, אשר אוזכרה בקצרה לעיל.<sup>164</sup>

מהנמקתו של השופט עמית עולה כי הזכות להליך הוגן עומדת בפני עצמה לצד התכליות האחרות של זכות העיון. ברם, לא ברור מה מובנה של הזכות להליך הוגן במנותק משאר התכליות, ולשם כך יש לשאול באיזה מובן מתן זכות העיון הוא ביטוי להוגנות ההליך. בעוד שהתכלית של גילוי האמת אינה קשורה בהכרח להוגנות ההליך, שכן מדובר בערך המושג כתוצאה אפשרית, אך לא הכרחית, של מתן זכות העיון, התכליות האחרות קשורות למאפייניו של עקרון הוגנות ההליך, שהרי עניינן הוא מתן ערובות פרודורליות לניהול הוגן של ההליך. כך, מתן אפשרות להגנה להיערך למשפט, מניעת הפתעת הנאשם וצמצום פערי הכוחות עניינם הוא אופן ניהול ההליך ומתן זכות הוגנת להגנה במסגרת ההליך.

<sup>156</sup> ראו בעניין זה, DEBORAH CHENEY ET AL., CRIMINAL JUSTICE AND THE HUMAN RIGHTS ACT 1998 (Vol. 2, Jordans Ltd 2001) 75-76; עוד ראו דבריו של השופט עדיאל בבג"ץ 3992/04 **מימון כהן נ' שר החוץ**, פ"ד נט(1) 49, 67-68 (2004).

<sup>157</sup> עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 155.

<sup>158</sup> עניין **בן חיים**, לעיל ה"ש 12; כללי הפסילה הנהוגים בארצות הברית שבמסגרתם נפסלות ראיות שהושגו שלא כדין מבוססים על הזכות להליך הוגן Due Process המעוגנת בתיקון השישי לחוקה. לעניין זה ראו, Rochin James Stribopoulos, *Lessons from the Pupil: A Canadian Solution*; v. California, 342 U.S. 165 (1952) *to the American Exclusionary Rule Debate*, 22 B.C. INT'L & COMP. L. REV 77 (1999).

<sup>159</sup> ע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוביץ**, פ"ד נט(6) 776 (2005); זאב סגל ואבי זמיר "הגנה מן הצדק באור חוק סדר הדין הפלילי – סדר חדש של הגינות משפטית" **ספר דיויד וינר – על משפט פלילי ואתיקה** 231 (דרור ארד איילון, יורם רבין ויניב ואקי עורכים, 2009).

<sup>160</sup> בג"ץ 7357/95 **ברקי פטה המפריס בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(2) 769, 776 (1996); בש"פ 8823/07 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פ"ד סג(3) 500, פס' 17 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (2010).

<sup>161</sup> בג"ץ 6319/95 **חכמי נ' שופטת בית המשפט השלום בתל-אביב**, פ"ד נא(3) 750, 755 (1997).

<sup>162</sup> עניין **שיינר**, לעיל ה"ש 4, פס' 11 לפסק דינו של השופט עמית.

<sup>163</sup> עניין **פלוני**, לעיל ה"ש 3, פס' 10 לפסק דינו של השופט עמית.

<sup>164</sup> עניין **גברון**, לעיל ה"ש 28, בעמ' 692; זנדברג "על זכות עיון", לעיל ה"ש 9, בעמ' 338-339.

תשומת לב מיוחדת ניתנת בהחלטה בעניין פלוני לעניין צמצום פערי הכוחות, שהרי ממקרא ההחלטה עולה כי לצורך איזון פערי הכוחות בין התביעה להגנה, די בכך שהתביעה תאפשר להגנה לעיין בחומר החקירה המצוי בתיק, ולא בכדי ציין השופט עמית כי "בתי המשפט הקדישו החלטות לא מעטות לפיתוח סעיף 74 ועיצוב גבולותיו, כדי שההגנה תוכל לנצל אותו באופן אופטימלי".<sup>165</sup> מדבריו עולה כי הואיל וזכות העיון פותחה דיה, אין מקום לאפשר להגנה יכולת חקירתית עצמאית של המצאת מסמכים באמצעות צו שיפוטי.

על עניין זה אבקש להתעכב קמעה, שכן ככל שמובנה של ההוגנות בהקשר של זכות העיון הוא בצמצום פערי הכוחות, מדובר בהבנה חלקית של הוגנות ההליך הפלילי. בהליך הפלילי קיימים פערי כוחות מובנים בין התביעה להגנה, כאשר למדינה משאבים רבים, לרבות ייעוץ משפטי מקצועי ומיומן ויחידות משטרה בעלות סמכות לאיסוף ראיות והפעלת כוח לצורך השגתן.<sup>166</sup> פערי כוחות אלה מועצמים בשלב החקירה, שהוא השלב הראשוני של ההליך, עוד בטרם הגשת כתב האישום. בשלב זה, למדינה מונופול על ניהול החקירה, ולרשויות החקירה, ובפרט למשטרה, סמכויות חקירה, עיכוב, מעצר, חיפוש ותפיסה לצורך איסוף ראיות וגיבוש תשתית ראייתית להעמדה לדין; ואילו כל שיש בידי החשוד, במקרה הטוב בו לא ייוותר במעצר, היא אפשרות לייצג משפטי,<sup>167</sup> כאשר לרוב עם השחרור ממעצר ועד הגשת כתב האישום הוא יימצא ללא ייצוג<sup>168</sup> ונטול סמכויות לאיסוף ראיות, למעט ראיות המצויות גם כך בחזקתו וברשותו.

אין מחלוקת בדבר חשיבותה של זכות העיון להיערכות ההגנה למשפט, אך אין במתן זכות לעיין בחומר המצוי בידי התביעה כדי לאזן את יחסי הכוחות בין הצדדים להליך הפלילי, ויש בקביעה זו התעלמות מהאופן שבו התביעה השיגה את ראיותיה. איזון פערי הכוחות בין רשויות האכיפה לבין ההגנה מחייב להביא בחשבון את השלב החקירתי הקדם משפטי תוך התייחסות ליכולות החקירה של הרשות, ולאזן בין יכולות אלה לבין אלה של ההגנה. הוגנות ההליך אינה מתמצית באיזון הפערים הראייתיים בין הצדדים לתיק הפלילי (התובע והסנגור), אלא האיזון המתחייב מעקרון ההוגנות מחייב התייחסות לעוצמה העודפת של המשטרה והרשויות בשלב החקירה, הכוללת בתוכה סמכויות חיפוש, תפיסה, מעצר וחקירה, תוך שימוש בכוח, מול ההגנה, שאין בידיה יכולות חקירה כלל.

תחילתו של ההליך הפלילי הוא בשלב החקירה הקדם משפטי וסופו בשחרור לאחר ריצוי עונש המאסר, ועקרון ההוגנות חל באותה מידה על שלב החקירה הקדם משפטי. לא בכדי במסגרת ההתפתחות ההיסטורית של ההליך האדוורסרי הפלילי התפתחו כללי פסלות ראייתיים, אשר הגבילו את קבילותן של ראיות במשפט, מתוך הצורך ליתן מענה לחשש לתקינות הליך החקירה הקדם משפטי, בין אם מטעמי מהימנות הראיות,<sup>169</sup> ובין אם בשל החשש לפגיעה שלא כדן

<sup>165</sup> עניין פלוני, לעיל ה"ש 3, פס' 12 לפסק דינו של השופט עמית.

<sup>166</sup> רוזן-צבי ופישר, לעיל ה"ש 10, בעמ' 499, *Stuntz, Substance*; לעיל ה"ש 10, בעמ' 27-28.

<sup>167</sup> ס' 18(א) לחוק הסניגוריה הציבורית, התשנ"ו-1995.

<sup>168</sup> בעוד שחשוד שטרם הוגש נגדו כתב אישום יהיה זכאי לסנגור ציבורי אם הוא עצור וזכאי בהתאם לקריטריון כלכלי בהתאם לס' 18(א)(7) לחוק הסניגוריה הציבורית, או שביט משפט מינה לו סנגור ציבורי בהתאם לס' 15(ד) לחסד"פ; עם הגשת כתב האישום, נאשם יהיה זכאי לסנגור ציבורי ככל שהתביעה עותרת לעונש עם רכיב מאסר, בהתאם לס' 18(א)(1) לחוק הסניגוריה הציבורית בשילוב עם ס' 15(א)(א) לחסד"פ. יוצא מכאן, כי חשוד שטרם הוגש נגדו כתב אישום ואינו זכאי כלכלי, או שאינו עצור, בין אם שוחרר בתנאים או שלא נעצר מלכתחילה, לא יהיה זכאי לסנגור ציבורי. לדיון דומה בארצות הברית ראו *Stuntz, Deception*, לעיל ה"ש 83, בעמ' 1905-1906, 1927.

<sup>169</sup> בנייתו היסטורית של התפתחות ההליך הפלילי במשפט המקובל, Langbein הראה כי הכללים הראייתיים בדבר איקבילות עדות שמיעה, עדות אופי, סיוע לעדות שותף, דרישת חופשיות הרצון להודאת נאשם, הם כללים ראייתיים שהתפתחו במאות ה'17 וה'18 באנגליה מתוך החשש לאמינות הראיות שנאספו בשלב הטרם משפט. ראו John H. Langbein, *THE ORIGINS OF ADVERSARY CRIMINAL TRIAL*, 180-247, 333 (OUP 2003).



בזכויות חשודים בהליך החקירה והפגיעה שנגרמת עקב כך בהוגנות ההליך.<sup>170</sup> אולם, בעוד שטעמי מהימנות קשורים לגילוי האמת והכרעות שיפוטיות על בסיס עובדות מהימנות, כללי הפסלות, שעניינם הוא הפגיעה בזכויות חשודים בהליך השגת הראיות, קשורים להוגנות ההליך בשלב החקירה המשטרית. עקרון ההוגנות חל על הליך החקירה הקדם משפטי באותה מידה שהוא חל בשלב המשפט, ויתרה מזו, כללי הפסלות מלמדים שעיקרון זה מאפשר לגרוע מיכולתה של התביעה לנהל את ההליך המשפטי באמצעות פסילת ראיות מהימנות עקב הפגיעה שנוצרה בשלב הקדם משפטי.<sup>171</sup> הואיל והוגנות ההליך משתרעת על כל שלבי ההליך הפלילי החל מתחילת שלב החקירה המשטרית, לא ניתן להתעלם מפערי הכוחות בשלב החקירה המשטרית, וצמצום פערי הכוחות מחייב לאזן את יכולות החקירה של הצדדים ולאפשר גם להגנה לעשות שימוש בכלים משפטיים לאיסוף ראיות מטעמה. כשם שלמטרה יש כלים רבים לאיסוף ראיות, ובין היתר האפשרות להוצאת צווי חיפוש ותפיסה במעמד צד אחד, תוך הפעלת כוח למימושם, כך יש לאפשר להגנה אמצעי חקירה מסוים, אם כי מידתי ובהתאם למידותיה, תוך הכרה כי ההגנה אינה רשות שלטונית.

## 2. הזכות להימנע מהפללה עצמית

בין יתר הזכויות והעקרונות שהתפתחו בהליך האדוורסרי ואשר נועדו לאזן את פערי הכוחות שאינם שוויוניים בין הצדדים, תוך הגבלת יכולת החקירה של המשטרה,<sup>172</sup> נמנות גם זכות השתיקה בחקירה<sup>173</sup> ובמשפט<sup>174</sup> וזכותו של כל אדם להימנע מהפללה עצמית.<sup>175</sup> יוער כי יש המבחינים מבחינה משפטית בין זכות השתיקה אשר חלה ביחס לחשוד או נאשם בחקירה או במשפט, לבין הזכות להימנע מהפללה עצמית אשר נתונה לכל אדם, אך מוגבלת לראיות מפלילות בלבד. בעוד שמבחינה משפטית זכות השתיקה היא מוחלטת ולא ניתן לכפות על חשוד או נאשם להעיד בחקירה או במשפט, ככל שמדובר בזכות להימנע מהפללה עצמית החוק

---

גם במשפט הישראלי, עדות שמועה נחשבת כראיה שאינה קבילה בשל חוסר היכולת לאמוד את אמינותה, ראו אליהו הרנון "הכלל הפוסל עדות שמועה – מה מקומו במשפט הישראלי?" **משפטים** ו 73, 84–85 (1975). בנוסף, במשפט הישראלי, בשנותיה הראשונות של המדינה, בית המשפט העליון ראה בדרישת החופשיות ומרצון לעניין הודאת הנאשם הקבועה בסי' 12 לפקודת הראיות, כדרישה שנועדה להגן על מהימנות ההודאה גרידא, אך בהמשך בתי המשפט החלו לעשות שימוש בדרישת החופשיות ומרצון לצורך הגנה על אוטונומיית הנחקר, דבר שהחל לקבל ביטוי בגישתו של השופט גולדברג בע"פ 115/82 **מועזי נ' מדינת ישראל**, פ"ד (ח)197, 222–224 (1984). על התפתחות דרישת החופשיות ומרצון ראו בעניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 155, פסי' 25–27 לפסק דינה של השופטת ביניש. ראו גם בנימין בלום, יורם רבין וברק אריאל "אופן בחינת הודאת חשודים בדין הפלילי בישראל: בחינה מהותית ופרוצדורלית של היחס בין סעיף 12 לפקודת הראיות לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית" **משפטים** מו 815, 817–820 (2017).

<sup>170</sup> במסגרת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית אשר התפתחה בעניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 155, פסי' 63–67 לפסק דינה של השופטת ביניש, ניתנה לבית המשפט סמכות לפסול ראיות שהושגו שלא כדין אשר קבלתן עשויה לפגוע בהוגנות ההליך.

כך גם בע"פ 4988/08 **פרחי נ' מדינת ישראל**, פ"ד (ה)626, פסי' 19 לפסק דינו של השופט לוי (2011), בית המשפט פסל ראיות דני"א שהושגה מדגימת רוק תוך הפרת הבטחה של המשטרה כי לא יעשה בדגימה שימוש למטרות אחרות מזו שלשמה נלקחה; עניין **בן חיים**, לעיל ה"ש 12, בית המשפט הורה על פסילת ראיה חפצית שהושגה על ידי חיפוש שאינו חוקי, וזאת בשל הפגיעה בזכות להליך הוגן.

על הדמיון בין דוקטרינת הפסילה הפסיקתית לדוקטרינת ההגנה מן הצדק ראו דברי השופט מלצר בע"פ 2868/13 **חייבטוב נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 2.8.2018). ראו גם אלקנה לייסט "על כללי התנהגות, כללי שיפוט, ועל קיום משפט זוטא לבחינת קבילות ראיות חפציות – קריאה חדשה בדני"פ 5852/10 מדינת ישראל נ' שמש" **ספר יורם דנציגר** 461, 493–498 (לימור ז'רגוטמן, עידו באום עורכים, 2019).

<sup>171</sup> ראו דברי השופט אהרן ברק בע"פ 951/80 **קניר נ' מדינת ישראל**, פ"ד (ה)3)505, פסי' 3 לפסק דינו של השופט ברק (1981): "צורכי הנאשם, אלה צרכיו האמיתיים למשפט הוגן, אם בשלב החקירה ואם בשלב המשפט".

<sup>172</sup> בני שטיינברג "מה נותר מן האזהרה על זכות השתיקה" **הפרקליט** מח 163, 168 (2006); גיא רוטקופף "על החובה למסור מסמכים לרשות הצורך להגדיר מחדש את תחומי החיסיון מפני הפללה עצמית וזכות השתיקה: בעקבות רע"פ 8600/03 מ"י נ' גלעד שרון" **המשפט** יא 293, 304 (2007).

<sup>173</sup> סי' 222 (2) לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות).

<sup>174</sup> סי' 152 (א) 161 (א) (2) לחסד"פ.

<sup>175</sup> סי' 47 לפקודת הראיות.

מאפשר לבית המשפט לחייב עד להעיד, הגם שיש בעדותו כדי להפיל, אך זאת תוך קביעת איסור שימוש באמירות המפלילות כנגדו.<sup>176</sup> על אף הבחנה זו, מבחינה רעיונית, זכות השתיקה נגזרת מהזכות להימנע מהפללה עצמית, שכן מדובר באמצעי קונקרטי להימנע מהפללה עצמית,<sup>177</sup> ואילו הזכות להימנע מהפללה עצמית היא זכות כללית הכוללת בתוכה את חסיון קו ההגנה, לרבות חיסיון על אודות זהות עדי ההגנה וראיות המצויות בידי ההגנה. מוחרגים מכך מסמכים ציבוריים שנוצרו מכוח דין ושלרשות זכות לאותם מסמכים<sup>178</sup> ועדות מומחה המוחרגת מהחיסיון במשפט הישראלי.<sup>179</sup>

הזכות להימנע מהפללה עצמית היא אחת מהערבות למשפט הוגן,<sup>180</sup> מוגנת באמנות בין-לאומיות וקיבלה הכרה והגנה חוקתיות במדינות רבות.<sup>181</sup> הזכות להימנע מהפללה עצמית נגזרת מעקרון חזקת החפות ומכך שהנטל על הרשות לגייס את הראיות ולהוכיח את האשמה,<sup>182</sup> ולא על הנאשם לספקן.<sup>183</sup> נטל זה מודגש בהליך הפלילי לאור פערי הוכחות המובנים בין הצדדים.<sup>184</sup> אם החשוד הוא בחזקת חף מפשע, על המדינה להתייחס אל אזרחיה כחפים מפשע, ואין היא צריכה לדרוש מחשודים לספק ראיות מפלילות.<sup>185</sup> בנוסף, בין יתר הטעמים לזכות השתיקה והזכות להימנע מהפללה עצמית מצוי הטעם של כיבוד אוטונומיית הרצון של החשוד על ידי המדינה בחברה דמוקרטית,<sup>186</sup> כאשר לא ניתן לכפות על החשוד לשתף פעולה תוך מסירת מידע שעלול לפגוע בו.<sup>187</sup> מתן זכות השתיקה מאפשר לחשוד להימנע מהטרילמה שבין הפללה עצמית, עדות שקר או קבלת סנקציה בגין אישיתוף פעולה.<sup>188</sup> לזכות השתיקה יש גם ערך אינסטרומנטלי, בכך שעמידה על הזכות עשויה למנוע הודאות שווא,<sup>189</sup>

<sup>176</sup> חסיון שימוש מעוגן בסי' 47(ב) לפקודת הראיות. על ההבחנה בין חיסיון כללי לבין חסיון שימוש, ראו עניין שרון 2, לעיל הי"ש 116, בעמ' 756-757.

<sup>177</sup> Ian Dennis, *Instrumental Protection, Human Right or Functional Necessity? Reassessing the Privilege Against Self-Incrimination*, 54 C.L.J. 342, 346 (1995). (להלן: Dennis).

<sup>178</sup> רע"פ 4574/99 **מדינת ישראל נ' לגזיאל**, פ"ד נד(2) 289, 294 (2000), שם בית המשפט חייב את ההגנה למסור לתביעה העתק מחומר החקירה אשר נמסר לה על ידי התביעה, אך לא היה מצוי ברשות התביעה עקב איבודו.

<sup>179</sup> סי' 82 לחסד"פ.

<sup>180</sup> ליבאי, לעיל הי"ש 7, בעמ' 92.

אומנם הזכות להימנע מהפללה עצמית אינה מעוגנת במפורש באמנה האירופית לזכויות אדם, אך בכמה החלטות בית הדין האירופי לזכויות אדם קבע כי זכות השתיקה והזכות להימנע מהפללה עצמית הן סטנדרטים המוכרים בין-לאומית הנגזרים מהזכות להליך הוגן אשר עוגן בסי' 6 לאמנה האירופית לזכויות אדם. ראו, Saunders v. UK 23 EHRR 313, [68] (1997). (להלן: עניין Saunders). ראו גם Murray v. UK 22 EHRR 29 [45] (1996). (להלן: עניין Murray); Funke v. France [44] 16 E.H.R.R. 297 (1993). (להלן: עניין Funke).

דניס, בביקורת על החלטות של בית דין האירופי, טוען כי יש קושי בסיווג של החיסיון מפני הפללה עצמית כזכות שנגזרת מהזכות להליך הוגן, הואיל ומדובר בזכות שנתונה לפרשנות, ואין זה ברור מה היקף תחולת הזכות ומה מובנה בהקשר של החיסיון מפני הפללה עצמית, והאם ניתן לאזן את הזכות עם אינטרס אחר. ראו Dennis, לעיל הי"ש 177, בעמ' 374.

<sup>181</sup> U.S. Const. amend. V; International Covenant on Civil and Political Rights, 1966, art. 14(3)(9); Canadian Charter of Rights and Freedoms, art. 13.

בישראל, נוסף על הוראות החיקוק הספציפיות, נקבע בעניין **חכמי**, לעיל הי"ש 161, בעמ' 766, כי זכות השתיקה והזכות להימנע מהפללה עצמית הן נגזרות מהשיטה האדוורסרית הנהוגה בישראל.

<sup>182</sup> Dennis, לעיל הי"ש 177, בעמ' 353.

<sup>183</sup> קיטאיסנג'רו "שתיקה כהודאה", לעיל הי"ש 8, בעמ' 31, 61-64. לביקורת על גזירת נטל ההוכחה מחזקת החפות ראו יניב ואקי **מעבר לספק סביר: גמישות ההוכחה בדין ישראלי** 288 (נבו הוצאה לאור, 2013).

<sup>184</sup> Andrew Ashworth, *Four Threats to the Presumption of Innocence*, 10 E.& P. 241, 250 (2006). (להלן: Ashworth, *Presumption of Innocence*).

<sup>185</sup> Mike Redmayne, *Rethinking the Privilege Against Self-Incrimination*, 7 O.J.L.S. 209, 218-219 (2007). (להלן: Redmayne).

<sup>186</sup> קיטאיסנג'רו "שתיקה כהודאה", לעיל הי"ש 8, בעמ' 57-58; שטיינברג, לעיל הי"ש 172, בעמ' 164; Ashworth, *Presumption of Innocence*, לעיל הי"ש 184, בעמ' 249.

<sup>187</sup> שטיינברג, לעיל הי"ש 172, בעמ' 169-170; אליהו הרנון "על זכות השתיקה" **משפטים** א 95, 96 (1968); עניין שרון 2, לעיל הי"ש 116, בעמ' 759; עניין **חכמי**, לעיל הי"ש 161, בעמ' 766.

<sup>188</sup> שטיינברג, לעיל הי"ש 172, בעמ' 179; קיטאיסנג'רו "שתיקה כהודאה", לעיל הי"ש 8, בעמ' 52-53; Redmayne, לעיל הי"ש 185, בעמ' 221.

<sup>189</sup> למרות שאין בזכות להימנע מהפללה עצמית די כדי למנוע הודאות שווא עקב שימוש בכוח ואמצעים אחרים, ראו Dennis, לעיל הי"ש 177, בעמ' 344. באמצעות ניתוח תורת המשחקים, שטיין וזיידמן טוענים שמתן זכות שתיקה לחשודים מפחית את התמריץ של חשודים אשמים למסור עדות שקרית, ראו Daniel J. Seidmann and

בין אם על ידי הגבלת אמצעים פסולים ובין אם במתן ערובה לחופשיות הודאת הנאשם,<sup>190</sup> ובכך הזכות מחזקת את עקרון חזקת החפות.<sup>191</sup> אולם יתרה מזו, זכות השתיקה והזכות להימנע מהפללה עצמית התפתחו כראקציה של המשפט המקובל לשיטה האינקוויזיטורית,<sup>192</sup> על ידי הקניית הגנה לחשוד מפני שימוש לרעה בסמכות והגבלת כוח הכפייה של הרשויות בחקירה הפלילית.<sup>193</sup> בכך, הזכות להימנע מהפללה עצמית היא אמצעי של החשוד להפוך את הליך החקירה המשטרתי, שנושא אופי אינקוויזיטורי, להליך אדוורסרי.<sup>194</sup> בדומה לזכות העיון, תכליתה של הזכות להימנע מהפללה עצמית היא צמצום פערי הכוחות בין הצדדים באמצעות הגבלת כוחה החקירתית של המשטרה,<sup>195</sup> ובכך הזכות נותנת תוקף להוגנות ההליך.<sup>196</sup>

בהיבט העקרוני, ההחלטה בעניין **פלוני** עניינה אינו רק מובנה של הוגנות ההליך, כפי שבא לביטוי בדיון על אודות היקפה של זכות העיון וביחס ליכולת החקירה ואיסוף הראיות מצד ההגנה, אלא הוא גם בזכות להימנע מהפללה עצמית. שהרי מניעת האפשרות מההגנה לאסוף ראיות ללא מעורבות התביעה, תוך העמדת ההגנה בדילמה בין השגת חומר החקירה תוך חשיפתו לתביעה לבין אי-השגת אותו חומר חקירה, יוצרת פגיעה משמעותית בחסיון קו ההגנה המוגן במשפט הישראלי. בהחלטה בעניין **פלוני**, השופט עמית הכיר בחשיבותו של חסיון קו ההגנה,<sup>197</sup> אך סייג זאת בקביעה כי חסיון קו ההגנה אינו מן המעלה הראשונה,<sup>198</sup> תוך הפניה לעניין **פישר**<sup>199</sup> ועניין **חכמי**.<sup>200</sup> ואכן, בדומה לשיטות שונות במשפט המקובל,<sup>201</sup> בישראל

---

Alex Stein, *The Right to Silence Helps the Innocent: A Game-Theoretic Analysis of the Fifth Amendment Privilege*, 114 HARV. L. R. 430 (2001).

<sup>190</sup> שטיינברג, לעיל ה"ש 172, בעמ' 168; עניין **שרון 2**, לעיל ה"ש 116, בעמ' 759; עמנואל גרוס "החסיון מפני הפללה עצמית – האמנם ציון דרך במאבקו של האדם הנאור לקידמה?" **מחקרי משפט** ז' 167, 175 (1989).

<sup>191</sup> ראו את הנטען בפסק הדין של בית הדין האירופי לזכויות אדם בעניין Saunders, לעיל ה"ש 180, פס' 68–69.  
<sup>192</sup> הרנון "על זכות השתיקה", לעיל ה"ש 187, בעמ' 106.

<sup>193</sup> Dennis; Ian Dennis, THE LAW OF EVIDENCE 198 (4th ed. Sweet & Maxwell, London, 2010), לעיל ה"ש 177, בעמ' 374.

<sup>194</sup> ליבאי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 96.

R. Kent Greenawalt, *Silence as a Moral and Constitutional Right*, 23 WM. & MARY. L. REV. 15, <sup>195</sup>

(1981), 46; דן ביין "ההגנה החוקתית על חזקת החפות" **עיוני משפט** כב(1) 11, 12 (1999); רוטקופף, לעיל ה"ש 172, בעמ' 306; ליבאי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 94–96; שטיינברג, לעיל ה"ש 172, בעמ' 168.

<sup>196</sup> ליבאי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 93–94.

<sup>197</sup> הפסיקה הכירה בזכותה של ההגנה שלא לחשוף את קלפיה על מנת לשמור על גורם ההפתעה, ראו עניין **אבו רקייק**, לעיל ה"ש 33; עניין **אל עילווי**, לעיל ה"ש 33.

<sup>198</sup> עניין **פלוני**, לעיל ה"ש 3, פס' 14 לפסק דינו של השופט עמית.

<sup>199</sup> עניין **פישר**, לעיל ה"ש 148, פס' 33 לפסק דינו של השופט עמית, בו נקבע כי חסיון קו ההגנה אינו מוחלט בהקשר של מילות חיפוש למיפוי קבצים דיגיטליים המבוקשים לפי ס' 74 לחסד"פ, אשר עשויות לחשוף את קו ההגנה.

<sup>200</sup> עניין **חכמי**, לעיל ה"ש 161, בעמ' 766, במסגרתו בית המשפט קבע כי "הזכות שלא לחשוף את קו ההגנה אינה יכולה להועיל לו כנגד חובתו למסור עדות במשפטו של אחר".

<sup>201</sup> במשפט האנגלי, בעוד שבעבר עד לשנת 1996 לא הייתה כל חובת גילוי על ההגנה, ונאשם היה נהנה מחיסיון

מלא, כיום (UK) Criminal Procedure Rules 2020, c.3 § 3 קובע כי על ההגנה לעזור לבית המשפט לנהל את

התיק ולזהות את הנושאים לדיון, ומכאן נקבע כי על ההגנה לידע על אודות קו ההגנה. בנוסף, נקבע בהתאם לס' 3.10

כי הצדדים צריכים לעשות כל שדרוש להיות מוכנים למשפט, לרבות הכנת עדים ויידוע בית המשפט על

אודות כל דבר שעשוי להשפיע על התקדמות הדיונים. עוד על חובת הגילוי של נאשם בדיון האנגלי ראו

Abenaa Owusu-Bempah, *Defence participation through pre-trial disclosure: issues and implications*, 17.2 E.& P. 183 (2013).

יתרה מזו, Criminal Justice and Public Order Act 1994, art. 35 קובע כי שופט יכול להנחות את המושבעים

להביא בחשבון את שתיקתו של חשוד בחקירה. יוער, כי אומנם בית הדין האירופי לזכויות אדם קבע בעניין

Saunders, לעיל ה"ש 180, כי קביעת סנקציה בדמות של ביזיון בית משפט בגין שתיקה בחקירה בעבירות מיסוי

וניירות ערך פוגעת בזכות להימנע מהפללה עצמית, אך בעניין Murray, לעיל ה"ש 180, נקבע כי אין בהסקה

ראייתית מתוך שתיקת נאשם כדי לפגוע בזכות להימנע מהפללה עצמית, כל עוד החשוד הוזהר בכך והראיות

מחייבות הסבר. על התפתחות הדין האנגלי ראו Ashworth, THE CRIMINAL PROCESS, לעיל ה"ש 23, בעמ'

156–145, Redmayne; לעיל ה"ש 185, בעמ' 209.

בארצות הברית, בית המשפט העליון האמריקאי אישר עוד בשנת 1970, בעניין Williams v. Florida, 399 U.S.

(1970) 78 את החוקים המדינתיים המחייבים את ההגנה להודיע על טענת אליבי ועל רשימת עדי ההגנה שנועדו

לתמוך באליבי. עוד לעניין חובת הגילוי המוטלת על ההגנה בארצות הברית ראו להלן ה"ש 224.

הזכות להימנע מהפללה עצמית אינה מוחלטת, כאשר סדר הדין הפלילי מחייב את ההגנה ליתן מענה לכתב אישום<sup>202</sup> ולהודיע בדבר טענת אליבי בהזדמנות הראשונה,<sup>203</sup> וכאשר קיימת קביעה מפורשת של החוק כי הימנעות נאשם מלהעיד עשויה לשמש חיזוק לראיות התביעה.<sup>204</sup> למרות האמור, אין בכך כדי לפגוע בחסיון קו ההגנה ולכפות על ההגנה לגלות ראיות אשר מצויות בחזקתה והושגו ביוזמתה. יתרה מזו, המחוקק הכיר בכך כי חובת הגילוי היא חד-צדדית כאשר הטיל חובה אך ורק על התביעה לחשוף את ראיותיה<sup>205</sup> ואסר אך ורק על התביעה להפתיע את ההגנה בראיות שלא חשפה בפניה,<sup>206</sup> ומנגד המחוקק הכיר באפשרותה של ההגנה לדרוש גילוי ראיה חסויה מבלי לחשוף את קו ההגנה, תוך מתן הסברים לבית המשפט במעמד צד אחד.<sup>207</sup>

ענייננו הוא מתן זכות להגנה לקבל צו משפטי לתפיסת מסמכים וחפצים מבלי לחושפם בפני התביעה. בעוד שניתן להצדיק את המשקל הראייתי שניתן לשתיקת נאשם בשל הצורך לברר את גרסתו כחלק מהבירור החקירתי, שונים הם פני הדברים ביחס לראיות עצמאיות המוחזקות ברשות ההגנה ואשר הושגו ביוזמתה. יודגש כי למעט מסמכים ציבוריים אשר נוצרו מכוח חוק לטובת הרשות,<sup>208</sup> הפסיקה קבעה כי החיסיון מפני הפללה עצמית חל על מסמכים שהמשרה מבקשת אותם, ולא רק במהלך חקירה.<sup>209</sup> יתר על כן, אין הדבר דומה לעניין **שרון**, בו הוטלה על גלעד שרון חובה פוזיטיבית מכוח צו לפי סעיף 43 לפסד"פ למסור למשרה מסמכים המצויים בשליטתו, שכן המסמכים לא נועדו לחקירה בעניינו, אלא לחקירת אביו, ומסמכים אלה לא נדרשו לצורך הפללתו.<sup>210</sup> יתרה מזו, בית המשפט קבע כי במקרה שיש בחומרים אלה כדי להפלילו, ניתן לצוות על מסירת המסמכים תוך מתן חסיון שימוש.<sup>211</sup> אולם נוסף על כך, בעניין **שרון**, מדובר היה במסמכים אשר המשטרה ביקשה לגביהם באופן פוזיטיבי צו לברר את טיבם כחלק מצורכי החקירה,<sup>212</sup> והמשטרה קיבלה צו להשגתם מבעוד מועד, ואין הדבר דומה לענייננו, במסגרתו ההגנה מבקשת מיוזמתה להשיג ראיה שרשויות החקירה החליטו מסיבות כאלה ואחרות שאין צורך בהשגתה. יודגש, כי אין הדבר מונע מרשויות החקירה להוציא צו מטעמן להשגת אותו חומר חקירה ככל שהן סבורות שהצו נדרש לצורכי חקירה, אולם אין מקום להטיל חובת גילוי על ההגנה מקום שהמדינה לא טרחה לפעול להשגת אותו חומר חקירה.

מבין השורות, עולה כי הקושי של השופט עמית בעניין **פלוני** הוא השימוש של ההגנה בהליך המשפטי לצורכי ההגנה בלבד, "כאמור, העורר לא מסתפק בכך ומשאלתו היא מרחיקת לכת:

<sup>202</sup> ס' 152(א) לחסד"פ.

<sup>203</sup> ס' 152(ג) לחסד"פ.

<sup>204</sup> ס' 162 לחסד"פ. לביקורת על המשקל הראייתי שניתן לשתיקה נאשם, ראו קיטאיסנג'רו "שתיקה כהודאה", לעיל ה"ש 8, בעמ' 69–74, שם נטען כי ספק אם שתיקה יכולה למלא חסר ראייתי.

<sup>205</sup> ס' 74 לחסד"פ.

<sup>206</sup> ס' 77(א) לחסד"פ.

<sup>207</sup> ס' 46(1א) לפקודת הראיות.

<sup>208</sup> עניין **לגזיאל**, לעיל ה"ש 178, בעמ' 294.

<sup>209</sup> עניין **שמש 2**, לעיל ה"ש 116, פס' 11 לפסק דינו של השופט דנציגר; עניין **שרון 2**, לעיל ה"ש 116, בעמ' 754; ע"פ 2910/94 **יפת נ' מדינת ישראל**, פ"ד (2) 221, 304 (1996).

שימת לב, כי בבית הדין האירופי לזכויות אדם נקבע בפרשת Funke, לעיל ה"ש 180, כי שימוש בראיות שהושגו על ידי חיוב נאשם להמציאן מבלי לנסות להמציא ראיות מטעם התביעה הוא הפרה של הזכות להימנע מהפללה עצמית, הנגזרת מהזכות להליך הוגן. מנגד, בעניין Saunders, לעיל ה"ש 180, פס' 130, נקבע כי החיסיון מפני הפללה עצמית אינו חל על מסמכים המוחזקים בידי ההגנה, ושהרשויות פעלו לשם המצאתם באמצעות צו שיפוטי. ראו גם Redmayne, לעיל ה"ש 185, בעמ' 215.

<sup>210</sup> עניין **שרון 2**, לעיל ה"ש 116, בעמ' 761.

<sup>211</sup> שם, בעמ' 764.

<sup>212</sup> שם, בעמ' 763.

הוא מבקש לעשות שימוש בבית המשפט, באמצעות מנגנון שנקבע בחוק, כדי להשיג ראייה לידי – ולעיניו בלבד – תוך כדי ההליך המשפטי.<sup>213</sup> יוצא מכאן, כי הטעם המרכזי לפגיעה בזכות להימנע מהפללה עצמית הוא הקושי במתן שימוש בהליך משפטי לצורכי ההגנה בלבד. ואכן, יש טעם בטענה זו, הואיל ושונים הם פני הדברים בין ראיות המוחזקות בידי ההגנה אשר חסיון קו ההגנה חל עליהן, לבין ראיות שהושגו באמצעות כוח כופה של המדינה בדמות צו שיפוטי להמצאת מסמכים וחפצים. נדמה כי לא רק שההגנה מבקשת לחסות תחת החיסיון מפני הפללה עצמית להסתרת ראיות המצויות בחזקתה, אלא ההגנה מבקשת לעשות שימוש בצו שיפוטי להמצאת מסמכים בכוח שיפוטי, תוך שימוש ברשות השופטת במימון ציבורי לצורך הפקת ראייה, תוך הסתרתה מפני התביעה ומפני השופט שדן באישום, ולעשות בה שימוש רק אם תועיל להגנה. אולם גם טעם זה אינו יכול לעמוד, שהרי העיקרון הבסיסי בהליך האדוורסרי הוא הניטרליות השיפוטית, ואף שבית המשפט הוא רשות מדינתית הממונת על ידי הציבור ונועדה לשרתו, במסגרת הליך פלילי בו המדינה היא צד להליך שומה על בית המשפט שלא לשים את עצמו במקום התביעה,<sup>214</sup> ולהגן על האזרח הפרטי מפני כוחה הכופה של המדינה.<sup>215</sup> על כן על בית המשפט להיזהר ביתר קפידה בזכויותיהם של הנאשמים בהליך, תוך מתן ערובות דיוניות לשמירה על הוגנות ההליך. בשיטת המשפט האדוורסרית בישראל, בית המשפט הוא גוף עצמאי, ואינו רשות הפועלת מטעם המדינה ורשויות האכיפה, ובית המשפט נדרש לערוך איזונים באופן תמידי בין הצורך לאכוף את החוק לבין זכויותיהם של נאשמים ואחרים בהליך הפלילי.<sup>216</sup> אשר על כן מוטלת על בית המשפט החובה לפעול באופן ניטרלי, ולא לנטות לצד התביעה, וכשם שלמשטרה ולרשויות החקירה סמכות לאסוף ראיות ולעשות שימוש בצווים שיפוטיים ובכוח כופה להשגת ראיות במעמד צד אחד מבלי לחושפן בפני ההגנה, כך יש לאפשר גם להגנה לעשות שימוש בצווים לצורך המצאת מסמכים וחפצים במעמד צד אחד. ההנחה שכל צו שניתן על ידי בית המשפט יש לשתפו באופן אוטומטי עם המדינה חוטאת לעקרון העצמאות השיפוטית ולתפקידו של בית המשפט בהגנה על האזרח הפרטי מפני כוחה של המדינה, ובפרט פוגעת בזכויותיהם של נאשמים להימנע מהפללה עצמית וביכולתם לאסוף חומרי חקירה במעמד צד אחד. לכן, אין זה מחייב שתוצרו של הליך משפטי יועבר לידי התביעה באופן אוטומטי.

בהיבט המעשי, סגירת הדלת בפני ההגנה מלבקש צו להמצאת מסמכים במעמד צד אחד, תוביל לכך שההגנה תירתע מעשיית שימוש בצו שיפוטי מעין־זה בשל החשש כי אותו חומר חקירה

<sup>213</sup> עניין פלוני, לעיל ה"ש 3, פס' 14 לפסק דינו של השופט עמית.  
<sup>214</sup> לפי ס' 12(א)–12(ב) לכללי האתיקה לשופטים, התשס"ז–2007, על שופט לנהוג בשוויון בבעלי הדין ובעורכי הדין המופיעים לפניו, להימנע מכל אמירה או מעשה שיש בהם כדי לפגום בחזות אובייקטיבית ומקצועית, לשמור על חזות ניטרלית ולהימנע מליצור בהתנהגותו ובדבריו יסוד לחשש ממשי למשוא פנים. על חשיבות הניטרליות השיפוטית בהליך הפלילי ראו בג"ץ 6301/18 כץ נ' שרת המשפטים, פס' 76–77 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 27.12.2018), בו נערך דיון בדין משמעתי שהוטל על שופטת בית משפט שלום שבמסגרת דיון מעצר ימים התעורר חשד כי תיאמה את עמדתה עם התובע המשטרתי בתיק המעצר; ראו גם ע"פ 5518/91 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד מו(3) 525 (1992), לפיו בית המשפט אינו צד מעוניין בתוצאת המשפט; על העצמאות השיפוטית כחובה אתית המוטלת על שופט ראו מורן סבוראי "העצמאות השיפוטית כרכיב מרכזי באתיקה השיפוטית" שערי משפט ה 295 (2009); חיה זנדברג "פסלות שופט בהליך פלילי" מגמות בדיני ראיות ובסדר הדין הפלילי–ספר הרנון 341, 344–346 (2009).

<sup>215</sup> לחשיבות עצמאות בתי המשפט והפרדה בין הרשויות להגנה על זכויות אזרח ראו מרדכי קרמיניצר וגיא לוריא "על הרוח העצמאית של השופטים בישראל" ספר דורית ביניש 135, 148 (אוני בר אילן ונבו עורכים, 2018). ראו גם מאיר שמגר "עצמאות מערכת השיפוט כיסוד הסדר הדמוקרטי" הפרקליט מב 245, 254–255 (1995).  
על תפקיד בית המשפט כמגן מכוח השררה של הרשות ראו Antony Duff, THE REALM OF CRIMINAL LAW, Sanders et al.; 32 (2018), לעיל ה"ש 8, בעמ' 16. ראו גם רוזנצבי ופישר, לעיל ה"ש 10, המציגים את ההצדקה לכללי פרוצדורה נוקשים בהליך פלילי כנגזרת מתפקידו של בית המשפט בהגנה על האזרח מפני כוח השררה.  
<sup>216</sup> יש המציגים את כללי הפרוצדורה של ההליך הפלילי כאיזון בין כמה תפיסות של צדק בהליך הפלילי, Roach Herbert L.; Kent, Four Models of the Criminal Process, 89 J. CRIM L. & CRIMINOLOGY. 671 (1999).  
Packer, Two Models of the Criminal Process, 113 U. PA. L. REV. 1 (1964).

עשוי להפיל את הנאשם, ובכך תימנע מההגנה האפשרות להשיג חומרים שאולי עשויים לתמוך בקו ההגנה, כאשר האפשרויות המצויות בידי ההגנה לאיסוף חומרי חקירה מוגבלים ואין בידיה כל אפשרות אחרת להשגת חומרי חקירה באופן עצמאי. יתר על כן, ככל שרשויות החקירה סבורות שיש צורך חקירתי בהשגת אותו חומר חקירה, פתוחה בפניהן הדלת לבקש צו שיפוטי להשגת אותו חומר חקירה. בהיבט של מדיניות שיפוטית, מתן אפשרות להגנה לעתור במעמד צד אחד לקבלת חומר חקירה עשוי לטייב את ניהול החקירה המשטרית ולתמרץ את הרשות החוקרת לאסוף את מרב הראיות, לרבות ראיות מזכות. לא בכדי המחוקק קבע כי למעט עדויות מומחים לפי סעיפים 82–84 לחסד"פ, ההגנה אינה מחויבת להעביר ראיות לידי התביעה, ועל אחת כמה וכמה כאשר מדובר אך בפעולת חקירה בטרם קבלת תוצר הצו.

קריאה אחרת של אותה טענה מעלה סוגיה עקרונית נוספת, לפיה התנהלות הצדדים בהליך המשפטי מחייבת גילוי הדדי, וכשם שלאחר הגשת כתב האישום הקלפים פתוחים והתביעה מחויבת לחשוף את כל חומר הראיות בפני ההגנה, כך ראיה שמושגת על ידי ההגנה באמצעות צו שיפוטי מחייבת את ההגנה באופן הדדי למסרה לידי התביעה. אולם גם טעם זה אינו יכול לעמוד, שכן הוגנות ההליך האדוורסרי הפלילי אינה מחייבת גילוי הדדי בהליך, שהרי אזי ההגנה הייתה צריכה לחשוף את כל ראיותיה וטענותיה. אכן, ניתן לטעון כי בעוד שלהגנה שמור חסיון קו ההגנה ואין היא מחויבת לחשוף ראיות שהושגו באופן עצמאי, כאשר ההגנה עושה שימוש בצו שיפוטי להשגת חומרים הרי חלה עליה חובת הגינות של גילוי לאור העובדה כי נעזרה באמצעי שלטוני להשגת אותה ראיה. אולם אין די בטעם זה, שהרי המחוקק כבר הכיר בכך שבהליך הפלילי חובת הגילוי היא חד־צדדית,<sup>217</sup> כאשר איסור ההפתעה אף הוא חד־צדדי ומוטל אך ורק על התביעה,<sup>218</sup> ומנגד הכיר המחוקק באפשרותה של ההגנה לעתור לגילוי ראיה חסויה תוך מתן הסברים במעמד צד אחד.<sup>219</sup> יתרה מזו, אין מדובר בדרך שאינה הוגנת הפותחת מתווה סודי להשגת ראיות, אלא בכלי לגיטימי לאיסוף ראיות, כאשר זה האמצעי הכמעט יחיד שניתן להגנה לצורך איסוף ראיות באופן עצמאי.

דא עקא, יש בהטלת חובת גילוי הדדית כדי לפגוע בחסיון קו ההגנה ובזכות להימנע מהפללה עצמית, ובכך הדדיות זו חותרת תחת הוגנות ההליך. על עניין זה אבקש להתעכב קמעה, שכן על פניו ניתן לטעון שהוגנות ההליך מחייבת הדדיות, שהרי החלה שוויונית של זכות מסוימת היא חלק אינטגרלי ממובנה של הוגנות, ואין נפקא מנה אם ההוגנות מקנה יתרון להגנה, או לתביעה. אולם לשם כך, אבקש לחזור לדיון על אודות מובנה של הוגנות ההליך בהקשר של זכות העיון. ככל שהוגנות ההליך בזכות העיון נובעת מהתכלית של מניעת הפתעת הנאשם, מבחינת רעיונית ניתן לטעון כי יש להחיל עיקרון זה באופן שוויוני ולמנוע מההגנה להפתיע את התביעה במהלך המשפט. יוער כי אומנם סעיף 77(א) לחסד"פ הוא סעיף חד־צדדי המגביל אך ורק את התביעה מהפתעת ההגנה תוך קביעת איסור על הגשת ראיות שלא הועברו קודם להגנה, אך מנגד ההגנה נדרשת ליתן מענה לכתב האישום, ויש בכך כדי ליטול את העוקץ מיכולתה של ההגנה להפתיע את התביעה. על אף האמור, ההגנה אינה מחויבת לחשוף את

<sup>217</sup> ס' 74 לחסד"פ.

<sup>218</sup> ס' 77(א) לחסד"פ.

<sup>219</sup> ס' 46(1א) לפקודת הראיות.

ראיותיה ואת עדיה, וכך מתאפשר להגנה לשמור על חסיון קו ההגנה, והשיטה המשפטית בישראל מכירה ביחס חד־סטרי זה.<sup>220</sup> אולם, אין זה מובנה היחיד של הוגנות ההליך בהקשר זה. ככל שמובנה של הוגנות ההליך בהקשר של זכות העיון הוא מתן הזדמנות להגנה להיערך למשפט על ידי חשיפת הראיות המצויות בידי התביעה, על פניו, גם בהתאם למובן זה, אין מניעה שזכות העיון תחול באופן הדדי. אולם, חד־צדדיותה של זכות העיון, באופן שהיא מאפשרת אך להגנה להיערך למשפט, נגזרת מהנטל המוטל על התביעה לאיסוף ראיות והוכחת האשמה,<sup>221</sup> תוך מתן אמצעים שאינם מבוטלים בדמות סמכויות כופות של חיפוש, תפיסה, חקירה, עיכוב ומעצר לצורך איסוף ראיות להוכחת האשמה. בדומה לזכות העיון, אף הזכות להימנע מהפללה עצמית נגזרת מהנטל המוטל על התביעה באיסוף ראיות, כאשר משמעותה של הזכות להימנע מהפללה עצמית היא שאין לחייב את הנאשם לספק את ראיות התביעה.<sup>222</sup> אשר על כן, ישנו קושי בהצדקת קביעת חובת גילוי הדדית, שכן חובה הדדית זו, במסגרתה נוטל על ההגנה חובה לחשוף את ראיותיה ולמוסרן לתביעה, תוביל לכרסום החיסיון מפני הפללה עצמית ותאיין את הנטל המוטל על התביעה לאיסוף ראיות. וכפי שנטען לעיל, המשטרה אינה מנועה מלפעול להשגת אותו חומר חקירה באופן עצמאי ככל שסבורה שיש לכך צורך חקירתי, ובכך תצדיק את הנטל המוטל עליה.

יתרה מזו, ככל שמובנה של הוגנות ההליך בהקשר של זכות העיון הוא בצמצום פערי הכוחות בין הצדדים, אזי כאמור לעיל אין די בזכות העיון כדי להוביל לצמצום פערי הכוחות, ויש לאפשר להגנה יכולת לאיסוף ראיות, זאת לצורך איזון פערי הכוחות החקירתיים בין הצדדים. אולם מעבר לכך, בהקשר זה, הפגיעה בזכות להימנע מהפללה עצמית באמצעות קביעת חובת גילוי הדדי תוביל לפגיעה באחת ממטרותיה של זכות זו, והיא צמצום פערי הכוחות והגבלת החקירה המשטרתית, ובכך גם תביס את אחת ממטרותיה של זכות העיון ועל ידי כך תוביל לפגיעה משמעותית בהוגנות ההליך.

יש שיטענו שאין מקום לכרוך את הזכות להימנע מהפללה עצמית עם זכות העיון, שהרי בעוד שאחת מתכליותיה של זכות העיון היא גילוי האמת על ידי שיתוף המידע שנאסף ונחקר, הזכות להימנע מהפללה עצמית, על פניה, פועלת בכיוון נגדי ומטילה צל המכסה את האמת על ידי מתן הצדק לנאשם להימנע מחשיפת מידע רלוונטי לאישום המיוחס. לעניין זה יש להעיר כי הזכות להימנע מהפללה עצמית אינה מונעת מרשויות החקירה לאסוף מידע שהן סבורות שרלוונטי לאישום, אלא אך מטילה את הנטל על המאשימה מבלי שתוטל חובה על ההגנה לספק מידע זה. בהתאם לכך, בענייננו, אין בבקשת ההגנה לקבלת צו להמצאת מסמך או חפץ כדי למנוע מהרשות החוקרת להוציא צו דומה ככל שהרשות סבורה שהראיה דרושה לחקירה, כפי שאירע בעניין רע"פ גלעד שרון, שבמסגרתו היחידה החוקרת ביקשה באופן פוזיטיבי לאסוף מידע הרלוונטי לאישום.<sup>223</sup> אולם, ככל שהרשות נמנעת מלדרוש את אותו מסמך או חפץ, אין להטיל על ההגנה חובת גילוי ביחס לראיה שהושגה ביוזמתה.

<sup>220</sup> המחוקק הכיר ביחס חד־צדדי זה בכך שהטיל חובת גילוי אך ורק על התביעה בהתאם לס' 74 לחסד"פ ואף אסר על התביעה להפתיע את ההגנה בראיות שלא נחשפה אליהן בהתאם לס' 77(א) לחסד"פ, כאשר מנגד, ההגנה אינה מחויבת לחשוף את ראיותיה. ראו עניין **אבו רקייק**, לעיל ה"ש 33; עניין **אל עילווי**, לעיל ה"ש 33, ואף המחוקק בס' 46(1א) לפקודת הראיות התיר להגנה לעתור לגילוי ראיה תוך מתן הסברים במעמד צד אחד מבלי שתאלץ לחשוף את טענותיה. עוד בעניין, ראו זנדברג "על זכות עיון", לעיל ה"ש 9, בעמ' 346.

<sup>221</sup> קיטאיסנג'רו "שתיקה כהודאה", לעיל ה"ש 8, בעמ' 31, 61-64.

<sup>222</sup> שם; Dennis, לעיל ה"ש 177, בעמ' 353.

<sup>223</sup> עניין **שרון 2**, לעיל ה"ש 116, בעמ' 763.

לעניין זה, מעניין להשוות עם הדין בארצות הברית, בו נקבע בהחלטה של בית המשפט העליון הפדרלי בעניין Wardius (1973) כי הזכות להליך הוגן המעוגנת בתיקונים החמישי והארבעה עשר לחוקה האמריקאית מחייבת להחיל את חובת הגילוי באופן הדדי בין התביעה להגנה "Discovery is a two way street".<sup>224</sup> בעניין Wardius עקרון ההדדיות נקבע לטובת ההגנה תוך קביעה כי המדינה אינה יכולה לדרוש מההגנה למסור אליבי מבלי לידע את ההגנה על אודות רשימת עדי התביעה, אך יש בגילוי הדדי זה כדי לפגוע בזכויות ההגנה. אליה וקוץ בה, בהחלטה בעניין Taylor (1988),<sup>225</sup> נקבע כי לאור חובת ההדדיות בחובת הגילוי אין מניעה מהטלת סנקציה על ההגנה בדמות מניעת העדוה של עד הגנה, וזאת עקב איידידוע מראש על אודות הכוונה להעיד את אותו עד, חרף הזכות החוקתית המעוגנת בתיקון השישי לחוקה האמריקאית לכפיית העדתם של עדי הגנה.

על אף האמור, אין בדין הנוהג בארצות הברית כדי לפגוע בטענת המאמר. ראשית, חובת הגילוי שנקבעה בדין האמריקאי נקבעה ביחס לראיות שההגנה מבקשת לעשות בהן שימוש ולהגישן בשלב המשפט, ואילו בענייננו, מדובר אך ורק בהליך ראשוני לאיסוף ראיות באמצעות צו להמצאת מסמכים בטרם קבלת תוצר הצו ובטרם החלטת ההגנה אם לעשות בתוצר הצו שימוש כראיה במשפט. על כן, בשלב החקירה ואיסוף הראיות, חסיון קו ההגנה חל ביתר שאת. יתר על כן, ככל שמדובר בהליך ראשוני לאיסוף ראיות, במשפט הפדרלי בארצות הברית, וכן במרבית המדינות, מתאפשר להגנה להגיש בקשת מימון לאמצעי הגנה כדוגמת עדים מומחים וחוקרים פרטיים במעמד צד אחד.<sup>226</sup>

אולם כפי שהוצג לעיל, ובשונה מישראל, בארצות הברית ההגנה מצופה לנהל חקירה עצמאית באמצעות תשאול עדים והשגת ראיות עצמאיות בטרם תחילת המשפט,<sup>227</sup> כאשר ניהול חקירה עצמאית הוא חלק מזכותו החוקתית של נאשם לסיוע משפטי ולייצוג הולם ואפקטיבי המעוגן בתיקון השישי לחוקה האמריקאית.<sup>228</sup> כך, להגנה אף כלים לשם מימוש יכולת חקירתית זו, באמצעות הזכות החוקתית לכפות על עדי הגנה להופיע בבית משפט,<sup>229</sup> ואף פנייה לבית המשפט לצורך זימון עדים לצורך המצאת חפצים ומסמכים,<sup>230</sup> כאשר לעיתים ניתן לבקש זאת במעמד צד אחד.<sup>231</sup>

<sup>224</sup> עניין Wardius, לעיל ה"ש 31, בעמ' 476. יוער כי חובת גילוי הדדית מעוגנת באופן מפורש בכללי הפרוצדורה הפלילית הפדרליים של ארצות הברית, r. 16. Federal Rules of Criminal Procedure. במדינות שונות בארצות הברית קיימות חובות גילוי כלפי ההגנה, כאשר 11 מדינות מחייבות את ההגנה לגלות את קו ההגנה; 14 מדינות מחייבות את ההגנה למסור את רשימת שמות עדי ההגנה; 10 מדינות נוספות מחייבות את ההגנה למסור שמות עדיה בהתאם לדרישה מהצד שכנגד; 12 מדינות נוספות מקנות לתביעה סמכות להשיג את תצהירי עדי ההגנה; 3 מדינות נוספות מקנות סמכות כזו על פי דרישת גילוי מטעם התביעה; 22 מדינות קובעות חובת גילוי ביחס לדו"חות של מומחים; 16 מדינות קובעות חובת גילוי ביחס למסמכים המצויים בידי ההגנה; 5 מדינות נוספות מאפשרות לחייב את ההגנה להמציא חומר רלוונטי אחר. Robert P. Mosteller, *Discovery Against the Defense: Tilting the Adversarial Balance*, 74 CALIF. L. REV. 1567, 1580-1582 (1986); ראו גם Barry Nakell, *The Effect of Due Process on Criminal Defense Discovery*, 62 KY.L.J. 58 (1973).

<sup>225</sup> Taylor v. Illinois, 484 U.S. 400 (1988).

<sup>226</sup> המשפט הפדרלי בארצות הברית מכיר באפשרות של נאשם ללא אמצעים להגיש בקשה במעמד צד אחד למימון מומחה או חוקר פרטי, ראו סי' 3006A לכללי הפרוצדורה הפלילית, (2000) 18 U.S.C. § 3006A(e)(1). לסקירת הדין בעניין זה במדינות השונות בארצות הברית תוך ביקורת על מדינת וירג'יניה, שאינה מאפשרת בקשות מעין אלה במעמד צד אחד, ראו Shane, לעיל ה"ש 68, בעמ' 352-356, 373-369.

<sup>227</sup> KAMISAR ET AL., לעיל ה"ש 88, 1253-1249; Roberts et al., לעיל ה"ש 23, בעמ' 1105-1121; Tague, לעיל ה"ש 86, בעמ' 119-118; Steiner, לעיל ה"ש 91, בעמ' 525-527, 540-536; סי' 4-4.3-4-4.1 לסטנדרטים של לשכת עורכי הדין האמריקאית, לעיל ה"ש 88.

<sup>228</sup> עניין Williams v. Taylor, לעיל ה"ש 90.

<sup>229</sup> Washington v. Texas, 388 U.S. 14, 19 (1967).

<sup>230</sup> United States v. Nixon; Federal Rules of Criminal Procedure, U.S.C. § 17(c); United States v. Tomison, לעיל ה"ש 102, בעמ' 593; Orfield, לעיל ה"ש 100, בעמ' 313; Henning, לעיל ה"ש 101, בעמ' 610.

<sup>231</sup> Brill et al., לעיל ה"ש 104, בעמ' 795-794.



הואיל והפרקטיקה המשפטית בארצות הברית מקנה להגנה יכולות לאיסוף ראיות, הגם שעדיין קיימים פערי כוחות בין הצדדים,<sup>232</sup> אזי נקודת המוצא בתחילת המשפט מתחילה להידמות להליך האזרחי בו שני הצדדים למתנס המשפטי מחזיקים בראיות לצורכי המשפט,<sup>233</sup> וזאת בשונה מישראל, בה הבלעדיות על החקירה הפלילית נתונה לרשות החוקרת. לאור נקודת המוצא בארצות הברית, בה כל אחד מהצדדים מחזיק במארג ראייתי עצמאי, ניתן להצדיק חובת גילוי הדדית, חרף הפגיעה בזכות להימנע מהפללה עצמית. יוער, כי אומנם בארצות הברית זכות העיון אף היא נגזרת מהזכות להליך הוגן, אולם היקפה של זכות העיון משתנה ממדינה למדינה, כאשר בחלק מהמדינות העיון ברשימת עדי התביעה מתאפשר אך ורק בשלב ההוכחות לפני מועד החקירה הנגדית.<sup>234</sup>

יתרה מזו, הואיל ולהגנה אפשרויות חקירה וציפיות ברורות לנהל חקירה עצמאית, הצורך לאזן את פערי הכוחות בחקירה קטן משמעותית מהצורך הקיים בישראל. מנגד, בישראל, ישנו פער משמעותי בין יכולות החקירה של הרשות לבין זו של ההגנה, כאשר להגנה אין כלל יכולת לאסוף ראיה שאינה מצויה ברשותה, ועל כן זכות העיון היא חד־סטרית. אולם, בהתאם לנטען לעיל, אין די בזכות העיון ואיזון הפער הראייתי בתחילת המשפט, אלא יש מקום לאפשר להגנה יכולת חקירתית באמצעות קבלת צו להמצאת מסמכים, וזאת מבלי לפגוע בחסיון קו ההגנה. סיכומו של דבר, הטענה המרכזית היא שכשם שלרשויות החקירה בשלב קדם המשפט סמכות לנהל חקירה, אף במעמד צד אחד, יש לאזן במעט את פערי הכוחות ולאפשר גם להגנה אמצעי לאיסוף ראיות בדמות קבלת צו שיפוטי להמצאת חפצים ומסמכים, ללא מעורבות התביעה. מדובר בצו שיפוטי הנתון לשיקול דעתו של בית המשפט, שברשותו לשקול את מכלול השיקולים, לרבות הפגיעה בפרטיות ובקניינם של אחרים והחשש משיבוש חקירה, תוך מתן אפשרות לזמן את הצד שכנגד במידת הצורך. אומנם מדובר ביכולת מוגבלת לאיסוף ראיות, אך יש באמצעי זה כדי ליתן מענה למקרה שהועלה בתחילת המאמר, בו ההגנה מבקשת לקבל צו להמצאת סרטון אבטחה אשר לא התבקש על ידי רשויות החקירה. מדובר בחומר חקירה גולמי ואובייקטיבי, ועל כן אין בבקשה זו כדי לפגוע בניהול החקירה על ידי המשטרה. יתרה מזו, הואיל והבקשה לקבלת תוצרי מצלמות האבטחה היא בקשה שהתבקשה ביוזמת ההגנה, בעוד שרשויות החקירה זנחו קו חקירה זה, אין כל הצדקה לחשוף את תוצרי החקירה ואת קו ההגנה בפני התביעה.

ברובד התאורטי, הטענה היא שהוגנות ההליך במובנה כצמצום פערי הכוחות בין הצדדים אינה מתמצית בזכות העיון ובפיתוחה בפסיקה, שכן אין די בזכות העיון כדי לאזן את פערי הכוחות בין הצדדים ביכולת איסוף הראיות, אלא אך במתן זכות עיון להגנה בתוצרי החקירה המשטרית. זכותה של ההגנה לבצע פעולות לאיסוף ראיות באמצעות קבלת צו שיפוטי להמצאת מסמכים נגזרת לא רק מהצורך המעשי להיערך למשפט כדבעי, אלא בהיבט העקרוני הזכות נגזרת אף היא מהזכות להליך הוגן והצורך לאזן את פערי הכוחות באמצעות מתן אמצעי לאיסוף ראיות בדמות צו להמצאת מסמכים. יתרה מזו, הואיל ואין הדדיות ביכולת החקירה, כך אין לדרוש הדדיות בחובת הגילוי, ועל אחת כמה וכמה כאשר חובת גילוי מעין־זו

<sup>232</sup> Goldstein, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1182; Roberts et al., לעיל ה"ש 23, בעמ' 1097.  
<sup>233</sup> רוזנצבי ופישר, לעיל ה"ש 10, בעמ' 499–500. על היתרונות של גילוי מסמכים לבעלי הדין בהליך אזרחי ראו אלון קלמנט, רועי שפירא "יעילות וצדק בסדר דין אזרחי – גישה פרשנית חדשה" משפט ועסקים ז' 75, 94–101 (2007). על היחס שבין יכולות החקירה וחובת הגילוי בהליך אזרחי בארצות הברית ראו Wayne D. Brazil, *Adversary Character of Civil Discovery: A Critique and Proposals for Change*, 31 VAND. L. REV. 1295, 1315–1319 (1978).  
<sup>234</sup> Roberts et al., לעיל ה"ש 23, 1098–1099.

תוביל לפגיעה משמעותית בזכות להימנע מהפללה עצמית, אשר אף היא נועדה להגבלת רשויות החקירה וצמצום פערי הכוחות. במסגרת ההליך הפלילי, בו מתקיימים פערי כוחות מובנים בין הצדדים, אין משמעה של הוגנות ההליך הדדיות. הוגנות ההליך מחייבת קביעת כללים שיאפשרו לאזן את פערי הכוחות, וזאת באמצעות מתן כלים להגנה לבצע פעולות להשגת מסמכים וחפצים ומבלי לפגוע בחסיון קו ההגנה על ידי חשיפתם בפני התביעה.

## ה. סיכום:

ההליך הפלילי כופה עצמו על אנשים המעורבים בהליך, בין אם מדובר בנאשם אשר הוגש נגדו כתב אישום, חשוד שנחקר, אשר במקרים מסוימים אף נעצר על ידי המשטרה, או כל אדם אחר אשר יש לו מידע בדבר האירוע הפלילי שהתרחש ונדרש לחקירה. במסגרת הליך החקירה, לרשויות החקירה בלעדיות על החקירה הפלילית, כאשר בסמכותן להפעיל אמצעי חקירה דורסניים, הכוללים חקירה, מעצר, חיפוש ותפיסת חפצים, אף ללא צו שיפוטי, ואילו בידי ההגנה אין אמצעים לאיסוף ראיות שיתמכו בטענותיה.

ההליך הפלילי בישראל מאופיין בהיותו הליך אדוורסרי, במסגרתו על הצדדים להמציא את הראיות, ובית המשפט מכריע אך על בסיס הראיות המובאות לפניו. אומנם רשויות החקירה נדרשות לאסוף ולהמציא את כל הראיות הרלוונטיות, בין אם מדובר בראיות מפלילות ובין אם מדובר בראיות מזכות, אך לא אחת, היחידה החוקרת אינה פועלת להשגת ראיה מסוימת, בשל היעדר משאבים, היעדר עניין או תפיסה כנה כי אין מדובר בחומר רלוונטי לדידה. במסגרת ההליך האדוורסרי, אם ההגנה לא תיזום ותשיג ראיות התומכות בקו ההגנה, בית המשפט לא יוכל להתייחס אל אותן ראיות. לנוכח זאת, מהטעם הפשוט שיש לאפשר להגנה להיערך למשפט, יש לאפשר להגנה להשיג ראיות אשר המשטרה נמנעה מלהשיגן, משיקוליה השונים, וזאת באמצעות מתן זכות לקבלת צו להמצאת מסמכים וחפצים.

האפשרות המרכזית של ההגנה להמציא מסמכים וראיות היא באמצעות זכות העיון לפי סעיף 74 לחסד"פ והזכות הנלווית אליה לפי סעיף 108 לאותו החוק. אפשרויות אלה להשגת חומרי חקירה אינן נותנות מזור להגנה, שכן זכות העיון לפי סעיף 74 מוגבלת לחומר חקירה שנאסף על ידי הרשות החוקרת ומצוי בידי התביעה, ואילו בקשה לפי סעיף 108 מתאפשרת אך ורק לאחר תחילת המשפט, ובמעמד שני הצדדים באופן שפוגע בחסיון קו ההגנה. אומנם הדיון המרובה בפסיקה על אודות היקפה של זכות העיון ואופן תחולתם של סעיפים אלה מעלה על נס את חשיבותה של זכות העיון, אולם לאור מגבלותיהן של זכויות העיון והגילוי, אין די בכך לצורך איסוף ראיות והיערכות ההגנה למשפט.

מאמר זה מציע פתרון למגבלות כוחות החקירה של ההגנה, וזאת בדמות צו להמצאת חפץ הרצוי לצורכי חקירה או משפט לפי סעיף 43 לפסד"פ, תוך התמודדות עם החלטתו של השופט עמית בעניין פלוני, אשר קבע כי סעיף זה שמור לרשויות החקירה בלבד. בהיבט המעשי, נטען כי ישנו צורך ממשי לאפשר להגנה זכות מעין־זו, ואלמלא כן, ההגנה תתקשה לאסוף ראיות לצרכיה ותימצא בנחיתות ראייתית מובנית ללא יכולת לגשר על פער זה. ואילו בהיבט המשפטי, על אף ההחלטה בעניין פלוני, אין מניעה משפטית לעשות שימוש בסעיף זה על ידי ההגנה, הואיל וישנו פתח לכך בהחלטת בית המשפט בעניין אל מאמוניה ולשון הסעיף מאפשרת זאת.

מאמר זה אינו מתמקד אך ורק ברובד הפרקטי, אלא המאמר עורך דיון ברובד העקרוני ובמובנה של הוגנות ההליך בהקשר של זכות העיון. נטען, כי אין די בזכות העיון כדי לאזן את פערי הכוחות בין הצדדים, שהרי זכות העיון אך מאפשרת להגנה לעיין בחומרים המצויים בידי התביעה, ואין בה כל התייחסות לאופן שבו הושגו חומרי החקירה ולפערי הכוחות הקיימים ביחס ליכולת הצדדים להשגת ראיות. נטען כי מובנה של הוגנות ההליך בהקשר של זכות העיון הוא מתן אפשרות להגנה להיערך למשפט וצמצום פערי הכוחות בין הצדדים. בהקשר זה נטען כי צמצום פערי הכוחות מחייב התייחסות אף לפערים ביכולות החקירה, והאיזון הנדרש מחייב מתן אמצעי להגנה לאסוף ראיות, הגם שהוא מוגבל בצו שיפוטי. יתר על כן, יש לאפשר להגנה לבקש צו מעין זה ללא מעורבות התביעה, שכן יידוע התביעה בפעולת ההגנה לאיסוף ראיות יחתור תחת החיסיון מפני הפללה עצמית, אשר נגזר אף הוא מהנטל המוטל על התביעה לאיסוף ראיות ומהצורך בצמצום פערי הכוחות המובנים בין התביעה להגנה. הטענה היא שהוגנות ההליך אינה מחייבת הדדיות בגילוי ראיות, ודא עקא, יש בגילוי הדדי זה כדי לפגוע בהוגנות ההליך.