

“הזכות לייצוג משפטי בחקירה” - כללי הצייד במבחן המשפט המשווה

יאיר תירוש*

1. מבוא והצגת הנושא 2. הזכות לייצוג משפטי בהליכי חקירה-
האינטרסים העומדים ביסוד הסוגיה א. הטעמים שביסוד הזכות
לייצוג משפטי ב. הטעמים ביסוד הגישה השוללת זכות לייצוג משפטי
בחקירה 3. הסדרת הסוגיה בראי המשפט המשווה א. כללי ב.
ההסדר בדין האנגלי 1. ההתפתחויות בדין האנגלי עד לשנות ה-80
2. ההתפתחויות בדין האנגלי משנות ה-80 והוראות ה-PACE 3.
הזכות לייצוג משפטי של חשוד במשפט האנגלי- כללי 4. החובה
ליידע חשוד בדבר קיומה של זכותו לייצוג משפטי 5. זכותו של העצור
להיוועץ בעורך דין ביחידות במהלך החקירה 6. נוכחותו של עורך
הדין בהליכי החקירה 7. סיכום ומגמות בפסיקה ובספרות המשפטית
באנגליה בשנים האחרונות ג. הדין הקנדי 1. כללי- רקע 2. החובה
ליידע נחקר בדבר קיומה של זכותו לייצוג משפטי (1) הנסיבות בהן
נוצרת החובה ליידע נחקר בדבר זכותו לייצוג משפטי (2) תוכנה של
חובת היידוע 3. זכותו של החשוד להיוועץ בעורך דין ביחידות במהלך
החקירה 4. נוכחותו של עורך הדין בהליכי החקירה 5. סיכום ומגמות
עתידיות בדין הקנדי ד. הסדר הסוגיה בארצות הברית 1. כללי 2.
רקע היסטורי ומגמות בדין הנהוג בארצות הברית 3. החובה ליידע
חשוד בדבר זכותו לייצוג משפטי (1) הנסיבות בהן חובה ליידע חשוד
בדבר זכותו לייצוג משפטי (2) החריגים להלכת מירנדה 4. זכותו של
החשוד להיוועץ ביחידות בעורך דין 5. זכותו של החשוד לנוכחות
סניגור במהלך הליכי החקירה 6. סיכום ומגמות עתידיות בדין
האמריקאי 4. בחינה ביקורתית של הסדר הסוגיה במשפט
הישראלי א. רקע- ההכרה בזכות לייצוג משפטי בחקירה בחקיקה
שיפוטית ב. הסדר הסוגיה בחוק והשפעות המהפכה החוקתית ג. חובת
רשויות החקירה ליידע חשוד בדבר זכותו להיוועץ בעורך דין 1. תוכן
ההודעה על הזכות להיוועץ בעורך דין 2. משמעות הפרתה של החובה
3. מתי קמה חובה ליידע חשוד בדבר זכותו לייצוג משפטי ד. זכות
החשוד לפגוש את עורך דינו 1. תוכנה של הזכות 2. דחיית

* סרן. לשעבר, תובע בתביעה הצבאית בדותן. כיום, קצין מחקר והדרכה בכיר במגמה הפלילית של בית הספר למשפט צבאי. תלמיד תואר שני במשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

הפגישה ה. נוכחותו של עורך הדין בהליכי חקירה 1. הזכות לנוכחות סניגור במהלך גביית עדותו של החשוד 2. נוכחות סניגור במהלך עריכת מסדר זיהוי 3. סיכום 5. סוף דבר

"...The history of liberty has largely been the history of observance of procedural safeguards. And the effective administration of criminal justice hardly requires disregard of fair procedure imposed by law."^{**}

1. מבוא והצגת הנושא

שיטת המשפט הפלילי במדינה דמוקרטית מאזנת בין שני אינטרסים עיקריים: הרצון להילחם בפשיעה כדי להגן על תושבי המדינה (Law & Order) והשמירה על חירות הנחקר או החשוד בשלב החקירה (Due Process)¹. שני אינטרסים אלה מבוססים על זכויות יסוד שמעמדן החוקתי עוגן בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. האינטרס להכימה יעילה בפשע נובע מזכויות היסוד לכבוד, לקניין, לשלמות הגוף ובמקרים קיצוניים מהזכות לחיים², ואילו האינטרס לשמור על זכויות הנחקר³ מבוסס על זכויות האדם שלא להעצר ללא אשמה, זכותו לכבוד, לפרטיות ולחופש תנועה. המתח בין אינטרסים מנוגדים אלה וסוגיית האיזון הראוי ביניהם מעלים את השאלה המרכזית העומדת בבסיסם של דיני החקירה ועומדת אף בבסיסו של מאמר זה.

גישת היסוד של מערכת המשפט הישראלית כיום, לאחר חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ופסיקתו של בית המשפט העליון בפסקי הדין בפרשת גנימאת⁴ ופרשת החקירות

^{**} השופט פרנקפורטר בפסק הדין *McNabb v. U.S.* 318 U.S. 332, 347 (1943).
¹ א' הרנון "ראיות שהושגו שלא כדין: מבט השוואתי" ספר **לנדוי** (כרך ג', תשנ"ה) 983, 984; ע"פ 152/51 **טריפוס ואח'** נ' **היועמ"ש**, פ"ד ו' 17, 31 וכן **דין וחשבון הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר** (א' גולדברג (יו"ר), 1994) (להלן: דו"ח ועדת גולדברג) עמ' 6-7.
² י" קרפ "המשפט הפלילי- יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאחר חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" **הפרקליט מב** (תשנ"ה) 64, עמ' 70-71 וכן ע"פ 2910/94 **יפת ואח'** נ' **מ"י פ"ד** (2) 221, עמ' 369 וכמו כן J.D. Grano "Criminal Procedure: Moving From The Accused As Victim To The Accused As Responsible Party" **Harvard Journal of Law & Public Policy** vol. 19 (1995) pp 711.
³ בג"צ 5100/94 **הועד הציבורי נ' עינויים בישראל ואח'** נ' **ממשלת ישראל ואח'** (טרם פורסם), ד"נ 9/83 **בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין**, פ"ד מב(3) 837, דנ"פ 2316/95 **גנימאת נ' מ"י**, פ"ד מט (4) 589.
⁴ **גנימאת**, לעיל הערה 3, שם.

בשב"כ⁵ דוגלת בהרחבת ההגנה שהייתה נהוגה בעבר לזכויות הנחקר או החשוד. עם זאת, בשל היעדרם של כללים ברורים המסדירים את כללי החקירה, או כפי שהם מכונים בספרות המשפטית "כללי הצייד"⁶, עדיין נותר שטח הפקר נרחב וסוגיות רבות בתחום דיני החקירה נותרו פרוצות ובלתי מוסדרות באופן מפורש וברור בחוק ובפסיקה. היעדר הסדר בסוגיות אלה מעמיד לעתים את גורמי החקירה בפני שוקת שבורה וחוסר ודאות לגבי זכויות הנחקרים וסמכויות החוקרים בעת החקירה.

במסגרת מאמר זה נבחן סוגיה מרכזית אחת מבין הסוגיות הנמצאות בליבו של שטח הפקר משפטי זה והיא השאלה מהו ההיקף הראוי של זכות הנחקר לייצוג משפטי במהלך חקירתו במשטרה. מטרתנו תהיה לבחון את המצב המשפטי הקיים כיום בסוגיה זו במשפט הפלילי הישראלי, באמצעות השוואתו למערכות משפט זרות, להצביע על כשלים קיימים ולהציע פתרונות אפשריים.

במישור התיאורטי קיימת קשת רחבה של אפשרויות לקביעת ההיקף של זכות הנחקר לייצוג משפטי. מצדה האחד של הקשת, קיים המודל לפיו עורך דינו של נחקר יכול להיות נוכח ולייצג את הנחקר בכל הליכי החקירה ואף לשאול את הנחקרים האחרים בפרשה שאלות מטעם הנחקר⁷. מנגד, מצידה השני של קשת האפשרויות, קיימים מודלים משפטיים המתבססים על השיטה האינקוויזטורית האוסרים או מגבילים בצורה ניכרת את זכות החשוד להיוועץ בעורך דין עד לשלב הגשת כתב האישום⁸. כמוכן שקיימים מודלים

⁵ הוועד הציבורי נ' עינויים בישראל, לעיל הערה 3, שם.

⁶ ח' כהן "על זכויות הנאשם" הפרקליט כ"ו (תשל"ל) 42, 43, 46. במאמרו מצטט השופט חיים כהן את דבריו המפורסמים של Denman L.J. בסוגיה זו:

"Human beings are ... not to be run down, like beast of pray without respect to the laws of chase".

התייחסות דומה לסוגיה ראה במאמרו של השופט ד' ביין "כללי החקירה המשטרית-היש מקום לקודיפקציה של 'חוקי הצייד'?" עיוני משפט יב (תשמ"ו) 129, 130.

⁷ כך למשל, בוועדת חקירה ממלכתית או צבאית, נחקר שנשלח לו מכתב אזהרה רשאי להיות מיוצג בהליכי הוועדה על ידי עורך דין, כפי שנקבע בהוראת הפיקוד העליון 5.0201 וכן בסעיף 15 (ב) לחוק ועדות חקירה, תשכ"ט-1968: "אדם שהודע לו כאמור בסעיף קטן (א) רשאי להתייצב לפני הוועדה אם בעצמו ואם ע"י עורך דין, להשמיע דברו ולחקור עדים אף אם כבר העידו לפניו". נעיר בהקשר זה כי אמנם הליך של ועדת חקירה אינו מוגדר כהליך פלילי אך לאור פסיקת בית המשפט העליון בעניין פרשת ויסות מניות הבנקים והשימוש הרב שיכולות לעשות רשויות החקירה בחומר ועדת החקירה קשה לנתק את הקשר בין הליך חקירה זה לחקירה הפלילית העתידית (ע"פ 2929,2910,3737/94 יפת ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221).

⁸ ג' אוריון דיני הודאות וחקירה (1985) 73-75. יש לציין, כי עד שנת 1993 לא הייתה קיימת בצרפת לחשוד זכות להיוועץ בעורך דין עד שהחשוד הובא בפני שופט כ- 48 שעות לאחר מעצרו. בשנים האחרונות שונה החוק וכיום החשוד יכול להיוועץ בעורך דין במסגרת פגישה של חצי שעה לפני חקירתו על ידי המשטרה. נציין כי במדינות אחרות, שהושפעו מהמשפט הקונטיננטלי, כגון מרוקו וסנגל, קיימות הגבלות דומות. להרחבה ביחס להסדר במשפט הקונטיננטלי:

רבים המצויים בין שני המודלים הקיצוניים שהוצגו ובכללם המודל הקיים במשפט הישראלי כיום.

בטרם נעמוד על הסדר הסוגיה בדין הזר ובדין הישראלי, נבחן את הטעמים שביסוד הזכות לייצוג לעומת הטעמים עליהם מתבססת הגישה המתנגדת לקיומה של הזכות.

2. הזכות לייצוג משפטי בהליכי חקירה- האינטרסים העומדים ביסוד הסוגיה

א. הטעמים שביסוד הזכות לייצוג משפטי

הזכות לייצוג משפטי בהליכים פליליים הוכרה בישראל ובמדינות רבות נוספות כזכות יסוד חוקתית⁹. זכות הייצוג מתבססת על מספר טעמים וחשיבותה העיקרית נעוצה בהיותה המפתח לידיעה של הנחקר את זכויותיו האחרות. למעשה מהווה זכות הייצוג זכות יסוד המאפשרת מימושן של זכויות אחרות¹⁰ כגון הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית, הזכות להיות חופשי ממעצר או מהגבלת חירות שלא כדין (למשל מעצר או עיכוב לא חוקי), זכותו של האדם לשלמות גופו (כגון זכותו שלא להיות מושא לבדיקות ולחיפושים מסוימים לשם איסוף ראיות) וזכותו לכבוד (למשל זכותו לחקירה הוגנת ללא הפעלת אמצעים פסולים על ידי חוקריו).

ניתן לטעון אמנם כי אין צורך בזכות לייצוג משפטי כדי ליידע את החשוד בדבר משמעות זכויותיו וניתן ליידע אותו באמצעות הטלת חובת יידוע על רשויות החקירה, בדומה להסדר הקיים של אזהרת חשוד בתחילת חקירתו וההודעה בדבר קיום זכות השתיקה. עם זאת הדעה הרווחת כפי שהוצגה לעיל, המבוססת בין היתר על התנהגות המשטרה בעבר,

R. Grote "Protection of Individuals in the Pre- Trial Procedure" **The Right To a Fair Trial** (Editors D. Wiessbrodt, R. Wolfrum, Springer, Berlin, 1997) 699, 721-722 .

H. Trouille "A Look at French Criminal Procedure" **Crim. L.R.** [1994] 735, p. 740, 743.

⁹ נציין כי נעמוד בהרחבה על ההסדר המשפטי והרקע ההיסטורי להכרה בזכות לייצוג משפטי כזכות חוקתית בהמשך הדיון. אי מגן "הזכות ליצוג בפלילים" **הפרקליט מד** (התשנ"ט) 243, 248-252, 260 – 264 וכן בג"צ 3412/91 **סופיאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזח"ע ואח'**, פ"ד מז(1) 843, 847, 851-850.

¹⁰ ד' ליבאי **דיני מעצר ושחרור** (שוקן, 1978) 182, ע"פ 96/66 **טאו נ' היועמ"ש**, פ"ד כ (2) **Miranda v. Arizona** 384 U.S. 436 (1966), **Escobedo v. Illinois** 378 .564, 539 U.S. 478 (1964) וכן:

J. Schaefer, "Federalism & State Criminal Procedure" **Harvard L.R** vol. 68 (1956) 1, p.8

היא כי רשויות החקירה לא יוכלו להתגבר על ניגוד האינטרסים המובנה מעצם תפקידם בהסברת מלוא הזכויות לנחקר¹¹. כמו כן ספק אם הנחקר יוכל לשאול אותן שאלות ללא מורא ולקבל תשובות שיאפשרו לו לממש באופן מלא את זכותו לייצוג משפטי.

טעם נוסף התומך בזכותו של החשוד לייצוג משפטי בהליכי החקירה הוא הבטחת אמינות הראיות המושגות במהלך החקירה וחוקיות החקירה. פן אחד של טעם זה הוא העובדה שפיקוח משפטי הדוק של סניגור על הליכי החקירה מחייב את המשטרה לפעול בחקירה תוך הפעלת שיקול דעת סביר ואך ורק על פי הסמכויות המוקנות לה בחוק¹². כך, למשל, פיקוח כזה בשעת החקירה יכול למנוע חקירות "דורסניות" במשך שעות ארוכות שעלולות להניב הודאות כוזבות. פן שני לטעם זה מתייחס בעיקר להליכי חקירה שבשל טבעם קשה לעורכם פעם נוספת (כגון: מסדר זיהוי). בהליכים כאלה נוכחות עורך דין שיבחן את תקינות ההליך תבטיח את מהמינות הראיות, שכאמור אין אפשרות להשיגם פעם נוספת¹³.

טעם שלישי¹⁴ לזכות הנחקר לייצוג משפטי נעוץ דווקא באינטרס העיקרי של יעילות החקירה, שיש הרואים בו את הטעם העיקרי המצדיק שלילת זכות הנחקר לייצוג משפטי. במספר מקרים ניתן לומר שדווקא מתן ייצוג משפטי לנחקר עשוי להבטיח חקירה אפקטיבית יותר. כך, למשל, כאשר קיימות ראיות היכולות לסייע בהוכחות חפות הנחקר, עורך דינו יכול לסייע באיתורן, להביאן לידיעת רשויות החקירה ולהבטיח את בדיקתן ההוגנת. מקרה נוסף הוא כאשר נחקר מעוניין לשתף פעולה עם רשויות החקירה ולסייע להמשך החקירה תוך הבטחת זכויותיו. במקרה כזה עשוי ייצוג משפטי להבהיר לחשוד את משמעותם של הסדרים כגון עסקת טיעון והסכם עד מדינה ולשכנע אותו במקרים רבים לבחור לסייע לרשויות החקירה בהמשך חקירתו¹⁵.

¹¹ דו"ח ועדת גולדברג, לעיל הערה 1, עמ' 8 וכן ע"פ 115/82 מועדי ואח' נ' מ"י, פ"ד ל"ח(1) 197. באותו מקרה ביהמ"ש קבע כי חלק מחוקרי המשטרה הבהירו לחשודים בשעת החקירה כי הם עורכי דין ועצתם המשפטית להם היא שלא לבחור בזכות השתיקה. זאת בניגוד לעצתו של עורך דינם של החשודים באותו שלב בחקירה ומתוך רצון להשיג חומר מרשיע כנגד החשודים. פסק דין זה ממחיש את ניגוד העניינים בו מצויים חוקרי המשטרה ואת הסכנות והפגיעה האפשרית בזכויות הנאשם הטמונים באותו ניגוד עניינים.

¹² ד' ביינן "זכותו של חשוד הנתון במעצר לסניגור בהליכי החקירה - לקראת פתרונות של פשרה" הפרקליט לט (תשנ"ד) 108, עמ' 110 וכן ליבאי, לעיל הערה 10, שם.

¹³ ביינן, לעיל הערה 12, עמ' 112 וכן ע"פ 648/77 קריב נ' מ"י, פ"ד לב(2) 746, ע"פ 559/77 מאירי נ' מ"י, פ"ד לב(2) 180 וכן U.S. v. Wade 338 U.S. 218 (1967).

¹⁴ ביינן, לעיל הערה 12, עמ' 112.

¹⁵ נציין כי הספרות המשפטית מונה מספר נימוקים נוספים התומכים בזכותו של הנחקר לייצוג משפטי בהליכים פליליים. כך, למשל, העובדה כי הזכות לייצוג משפטי יוצרת איזון בפני הלחץ המופעל על החשוד על ידי רשויות החקירה במהלך חקירתו ומונעת מצב של הודאות שווא. לנימוקים נוספים ראה ג' גרשוני "זכותו של החשוד להיות מיוצג על ידי עורך דין" משפט וצבא 8 (1988) 161, עמ' 172 וכן ביינן, לעיל הערה 12, עמ' 109-112.

ב. הטעמים ביסוד הגישה השוללת זכות לייצוג משפטי בחקירה

שלילת זכותו של חשוד לייצוג משפטי נתמכת במספר טיעונים שביסודם אינטרס הציבור להבטיח את יעילות החקירה, הלחימה בפשיעה וגילוי האמת. כאמור, יעילות החקירות ויעילות הלחימה בפשע הוכרו אף הם כאינטרס חברתי חשוב ביותר הנסמך על זכויות יסוד בסיסיות¹⁶. כדבריו של לורד סימון:

“עיוות הדין עלול לבוא מזיכויים של האשמים לא פחות מהרשעתם של החפים מפשע”¹⁷.

בספרות המשפטית מוכרים שני טעמים עיקריים המבססים את הטענה כי מתן זכות לייצוג משפטי במהלך חקירה עלולה לפגוע ביעילות החקירה: הדחיפות ו"הסטריליות"¹⁸. יסוד הדחיפות משמעו היעדר האפשרות להמתין לנוכחות ולייצוג משפטי של הנחקר בשל הסכנה שבניתיים תעלמנה או תועלמנה ראיות. יסוד זה מתחזק במידה שמדובר במערכת עבירות הנמצאות בתהליכי ביצוע, בהן קיים החשש שהשותפים לעבירה שטרם נעצרו ימשיכו במעשיהם הפליליים.

יסוד "הסטריליות" מתבסס על הצורך למנוע דליפת אינפורמציה באמצעות הסניגור אל העולם החיצוני. דליפה זו של אינפורמציה עלולה לגרור העלמת ראיות, בידוי ראיות ותיאום מהלכים בין הנאשם לשותפים ולעדים פוטנציאליים. כן עלול הסניגור "להדליף" לנחקר אינפורמציה שהעלמתה מן החשוד היא בבחינת טקטיקה לגיטימית של החוקרים, כגון מעשיהם של אחרים המעורבים בפרשה, האם נעצרו, האם מסרו פרטים מסוימים בחקירתם או לא וכו'.

טעם נוסף המוזכר על ידי המתנגדים למתן זכות לנחקר להיפגש עם סניגור במהלך החקירה הוא החשש כי הסניגור עשוי ליעץ ללקוחו לבחור בזכות השתיקה, או להימנע מסייע לרשויות החקירה בהליכי חקירה אחרים. ייעוץ זה לחשוד בעת החקירה עלול לפגוע בהמשכה, להקשות על התממשות האינטרס הציבורי לגילוי האמת ובמקרים מסוימים אף למנוע כליל בירור העובדות לאשורן וגילוי האמת¹⁹. עם זאת נקבע לא אחת כי נימוק זה לשלילת זכות הנחקר להיפגש עם סניגור אינו תקף, שכן אין בו כדי להגן על

¹⁶ קרפ, לעיל הערה 2, שם.

¹⁷ כפי שצוטט בע"פ 152/51 טריפוס ואח' נ' היועמ"ש, פ"ד ו' 17, 31 וכן בדו"ח ועדת גולדברג, לעיל הערה 1, עמ' 7.

¹⁸ בין, לעיל הערה 12, עמ' 112-113.

¹⁹ שם, שם. וכן ליבאי, לעיל הערה 10, שם.

התממשות האינטרס הציבורי להבטיח את שמירת החוק והסדר הציבורי אלא רק למנוע את התקיימותו של אינטרס זה²⁰. לעניין זה יפים דבריו של פרופ' שחר²¹:

“...החשש העיקרי הממריץ את רשויות האכיפה לחקור בטרם פגישה הינו החשש מפני כוחו של סניגור ליידע את החשוד לכל מגוון זכויותיו החוקיות בחקירה, במיוחד זכות השתיקה. אם אכן זהו החשש, הרי שהוא מבטא בוז עמוק לעיקרון של שלטון החוק ולכבוד האדם”.

3. הסדרת הסוגיה בראי המשפט המשווה

א. כללי

בחלק זה של המאמר נסקור בקצרה את התמודדותן של שיטת המשפט האנגלית, הקנדית והאמריקאית עם השאלה הרלוונטית. מטרתנו בסקירה זו תהיה לנסות וללמוד מנסיוןן של שיטות משפט אלו לצורך הקניית פרספקטיבה רחבה יותר לבחינת הסדר הסוגיה בדין הישראלי. מובן שאין לקבל את ההסדר המשפטי הנהוג בשיטות אלה כ"תורה מסיני" ולאמץ אותו בהכרח כהסדר הראוי. כוחו של המשפט המשווה הוא בהשראתו וכוח זה מוגבל הוא, שכן תמיד יש לשקול את השוני החברתי והתרבותי בין שיטות המשפט השונות²².

במהלך הדיון נסקור בקצרה את המגמות והתפתחויות העיקריות של הדינים הללו בשנים האחרונות כאשר אנו מתמקדים בשלושה מרכיבים עיקריים של הזכות לייצוג: המרכיב הראשון- יצירת המודעות לזכות, המרכיב השני- מתן האפשרות לממש את הזכות, זאת למשל על ידי מתן אפשרות להיפגש או להתייעץ בטלפון ללא דיחוי עם עורך דין, ולבסוף המרכיב השלישי המתיר נוכחותו של עורך דין בעת קיום פעולות חקירה מסוימות.

²⁰ **בין, לעיל** הערה 12, עמ' 113 וכן **מגן, לעיל** הערה 9, עמ' 248. לגישת המשפט האנגלי ראה:

D. Wolchover & A. Heaton- Armstrong **On Confession Evidence** (London, Sweet & Maxwell, 1996) pp. 247–248.

²¹ "שחר" סדר דין פלילי " **ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ב- תשנ"ג** (עורך: א' רוזן צבי) 375, 400.

²² א' ברק "הקונסטטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני) " **מחקרי משפט יג**, (תשנ"ו- 1996) 5, עמ' 16-17.

ב. ההסדר בדין האנגלי

1. ההתפתחויות בדין האנגלי עד לשנות ה-80

על פי המשפט המקובל זכותו של אדם לייצוג משפטי מתחילה במשפט עצמו ואין לו זכות לייצוג משפטי בכל הליך פלילי הקודם למשפט²³. עם השנים החלה בפסיקה האנגלית מגמה לצמצם כלל מחמיר זה. מגמה זו הגיעה לשיאה בשנות ה-60' בהן התקיים דיון ציבורי ארוך בשאלת היקפה של הזכות לייצוג משפטי ומשמעות הזכות לאי הפללה עצמית. מגמה זו מצאה את ביטוייה באופן רשמי לאחר שועדת השופטים עיגנה בהקדמה ל"תקנות השופטים" משנת 1964 את זכותו של החשוד לייצוג משפטי. במבוא לתקנות השופטים נקבע כי אין בתקנות כדי לפגוע בעקרון לפיו כל אדם רשאי, בכל שלב של החקירה, להתקשר עם עורך דין ולהיוועץ בו ביחידות כל עוד לא יגרום הדבר דחייה או פגיעה בלתי סבירה בחקירה או יצור עיוות דין²⁴.

עם זאת, על אף עיגון הזכות בתקנות השופטים הרי שבפועל לא חל שינוי משמעותי במצב המשפטי באנגליה ולחשודים לא הייתה אפשרות מעשית לממש את זכותם לייצוג משפטי במהלך החקירה. מצב זה נבע משתי סיבות עיקריות: האחת, נוסח תקנות השופטים קבע זכות מוגבלת יחסית לחשוד, זכות זו לא כללה, למשל, נוכחות של עורך דין בשעת גביית עדות מחשוד, אלא הקנתה אך ורק זכות לחשוד לפגישה עם סניגורו. הסיבה השנייה והעיקרית לכך שתקנות השופטים הפכו למעשה לאות מתה טמונה בכך שלא היה להן כל מעמד משפטי מחייב ולא נקבעה כל סנקציה ממשית בגין הפרתן²⁵. סיבה זו נוצרה בשל סירובם של בתי המשפט האנגליים לפסול ראיות כבלתי קבילות גם במקרים בהם הושגו ראיות תוך הפרה בוטה של זכותו של החשוד לייצוג משפטי²⁶. כתוצאה ישירה מסיבות אלה מחקר שנערך באנגליה בשנת 1970 גילה כי רק 11% מכלל הנאשמים באוכלוסיית המדגם, נפגשו עם סניגור לפני שהוגש נגדם כתב אישום. כאשר מתוך אלה שביקשו רשות מהמשטרה להיפגש עם עורך דין ניתנה הזכות ל- 26% מהמבקשים בלבד²⁷.

²³ ליבאי, לעיל הערה 10, שם.

²⁴ שם, עמ' 182-183 וכן ראה נוסח תקנות השופטים: Practice Note [1964] 1 All E.R. 237.

²⁵ ליבאי, לעיל הערה 10, עמ' 182 – 183 וכן הרנון, לעיל הערה 1, עמ' 1000.

²⁶ P. Mirfield "Silence, Confessions and Improperly Obtained Evidence" (Clarendon, Oxford, 1997) pp. 178.

²⁷ M. Zander "Access to a Solicitor in the Police Station" [1972] Crim.L.R 342.

2. ההתפתחויות בדין האנגלי משנות ה-80' והוראות ה-PACE

בעקבות סדרה ארוכה יחסית של מיקרים בהם הורשעו נאשמים עקב מתן הודאות כוזבות וחקירות לא הוגנות שבוצעו על ידי רשויות החקירה באנגליה עבר הדין האנגלי תהליך ארוך וממושך של שינוי²⁸. ראשיתו של השינוי בשנת 1978 עם הקמתה של ועדה מלכותית שמטרתה היתה לבחון את הליך החקירה המשטרית. מסקנותיה העיקריות של הוועדה, שהתבססה על שורה ארוכה של מחקרים, היו שמבחן הוולונטריות (האם ההודאה נתנה מרצונו הטוב והחופשי של החשוד) הוא בעייתי ואינו אפקטיבי למניעת מצבים של הרשעה בהסתמך על הודאות כוזבות שהושגו באמצעים פסולים. הוועדה המליצה כי הדין הקיים ישונה וכי יקבע מפורשות כי כל הודאה שהושגה באלימות, בעינויים או כתוצאה ממניעת זכויות יסודיות אחרות של הנאשם תיפסל ולא ניתן יהיה להגישה לבית המשפט²⁹.

בעקבות המלצות הוועדה נחקק בשנת 1984 ה-Police and Criminal Evidence Act³⁰ (להלן: "ה-PACE") שנכנס לתוקף בתחילת שנת 1986. ה-PACE יצר מהפכה בדיני החקירה באנגליה כאשר אימץ חלק מהמלצות הוועדה המלכותית ושינה את נקודת המבט לבחינת קבילותה של ראייה. אם בעבר הדגש היה על השאלה האם הראייה ניתנה בהתאם לדרישת הוולונטריות, הרי שעל פי החוק החדש הבחינה הייתה האם התנהגותם של החוקרים הייתה ראויה וזאת מתוך הנחת היסוד שבמידה והחקירה נוהלה בצורה שאינה הוגנת פוגעת עובדה זו בזכותו של הנחקר להליך הוגן ובכבודו של אותו אדם. הפגיעה במהימנות הראייה אינה תנאי הכרחי עוד לפסילת הראייה אלא השאלה היא האם קבלת הראייה תפגע בזכותו של החשוד להליך ראוי³¹.

עם כניסת ה-PACE לתוקף נכנסו לתוקף גם ה-Codes of Practice שהם סדרה מפורטת של כללים הקבועים בחקיקת משנה שאושרו על ידי בתי הפרלמנט האנגליים לאחר הליך ארוך של דיון ציבורי. כללים אלה מפרטים בלשון בהירה את זכויות הנחקרים וסמכויות המשטרה בשלבים שונים של החקירה וביניהן את זכותם לייצוג משפטי בשלב החקירה. החוק האנגלי קובע כי על בית המשפט קיימת חובה להתייחס לכללים אלה ולשאלה מהי

²⁸ על הרקע לשינוי והפרשיות העיקריות, ובחן "The Guilford Four" וה-"Birmingham Six" ראה:

Report of the Royal Commission on Criminal Justice HMSO (1993), p.1
²⁹ הרנון, לעיל הערה 1, עמ' 987 וכן:

The Report of the Royal Commission on Criminal Justice HMSO (1981)
Police and Criminal Evidence Act, 1984. (להלן: PACE)³⁰

³¹ הרנון, לעיל הערה 1, עמ' 990-1002 וכן ע' גרוס "כלל פסילה חוקתי- האם יש לו מקום בישראל" משפטים ל (תשנ"ט) 145, עמ' 170 – 173.

משמעות הפרתם אם הופרו במקרה ספציפי³². כמו כן הפרתן של הוראות אלה על ידי רשויות החקירה מהווה עילה להעמדה לדין בהליך משמעתי.

סעיף 78 ל-PACE השלים את המהפכה בדין האנגלי על ידי הענקה לבתי המשפט סמכות שבשיקול דעת לפסול ראייה שעלולה לפגוע בהגינות ההליך הפלילי. בתי המשפט האנגליים³³ אימצו את עקרונות החקיקה החדשה ופעלו ברוחה כאשר עשו שימוש רב בסעיף 78 וקבעו כי ראיות שהושגו לאחר שחוקרי המשטרה הפרו את זכויות החשודים על פי ה-PACE וה-Codes of Practice הן פסולות. אחת הסוגיות שבהן הייתה השפעה ניכרת לשינוי זה בדין היא סוגיית זכותו של החשוד לייצוג משפטי בחקירה.

3. הזכות לייצוג משפטי של חשוד במשפט האנגלי- כללי

כאמור הדין האנגלי בסוגיה עבר שינוי ניכר עם חקיקתו של החוק החדש המסדיר את פעילות המשטרה להשגת ראיות פליליות (PACE) וה-Code of practice. נציין כי אחד מפסקי הדין הראשוניים בהם נפסלה הודאה לאחר ה-PACE הוא פסק דין Samuel³⁴. באותו מקרה הנאשם נעצר בחשד שביצע שוד ופריצה, בקשתו להיוועץ עם עורך דין נדחתה בטענה שמפגש עם עורך דין עלול ליידע חשודים אחרים במעשה. בית המשפט קבע כי המניע האמיתי של החוקרים בדחיית הפגישה היה החשש סנטיגורו של החשוד ייעץ לו לשמור על זכות השתיקה. בית המשפט זיכה את הנאשם וקבע כי הפגיעה בזכותו של החשוד לסניגור, שהיא אחת מזכויותיו היסודיות, מצדיקה פסילתה של ההודאה שכן סביר להניח כי במידה והיה פוגש החשוד את עורך דינו היה שומר על זכות השתיקה. גישה זו מאפיינת את המצב המשפטי בדין האנגלי כיום, אותו נבחן על פי המרכיבים השונים שפורטו לעיל.

4. החובה ליידע חשוד בדבר קיומה של זכותו לייצוג משפטי

המרכיב הראשון של הזכות לייצוג מתבטא בדין האנגלי בהטלת חובה מפורשת בחוק על קצין המשטרה ליידע כל עצור המצוי בתחנת המשטרה בדבר קיומה של הזכות להיוועץ בעורך דין. חובה זו מוכרת כאחת ממספר זכויות המוקנות לחשוד עם מעצרו ולאחר

³² הרנון, לעיל הערה 1, ע"מ 990, 1002. וכן סעיף 67 (11) ל-PACE.

³³ Mirfield, לעיל הערה 26. כן הרנון, לעיל הערה 1, עמ' 997 וכן:

A.A.S. Zuckerman "The Principles of Criminal Evidence" (Clarendon press, Oxford, 1989) pp. 325-328.

³⁴ R. v. Samuel [1988] 2 All E.R. 135. ראה גם:

H. Fenwick "Curtailling the Right To Silence, Access to Legal Advice & 78" [1995] Crim.L.R 132.Section.

הבאתו לתחנת החקירה ובהן זכותו לעיין ב- Code of practice (להלן- התקנות) וזכותו להודיע לבן משפחה על מעצרו.³⁵ החובה ליידע את העצור בדבר זכותו לייצוג משפטי אינה ניתנת להתנאה, כאשר קיימת חובה ליידעו מחדש בדבר קיום הזכות במספר סיטואציות נוספות. בכל אחת מסיטואציות אלה יש לשאול את החשוד האם הוא מעוניין בייצוג: בשעת המעצר בתחנת המשטרה, עם תחילת חקירת החשוד או תחילתה לאחר הפסקה משמעותית, בעת בחינת הצורך בהמשך המעצר על ידי קצין (לקצין משטרה באנגליה יש סמכות להורות על הארכת מעצרו הראשוני של חשוד), בעת עימותו עם עדות של אדם אחר בפרשה, לאחר האשמתו הרשמית בביצוע עבירה כלשהי, לפני קיומו של מסדר זיהוי ולפני עריכת חיפוש בגופו.³⁶ במידה שהחשוד אינו מעוניין במימוש הזכות לאחר שהודעה לו זכותו יש לתעד את סיבת סירובו בתיק החקירה.

יש לציין כי בדין האנגלי כיום ישנה לאקונה בשאלה האם קיימת חובת יידוע לאחר מעצרו של אדם ובטרם הבאתו לתחנת המשטרה. הדעה הרווחת היא כי הזכות נוצרת אך ורק עם הבאת החשוד לתחנת המשטרה, כאשר בעת חקירות בזירת האירוע אין חובה ליידע את החשוד בדבר זכותו לייצוג משפטי. בספרות המשפטית באנגליה נמתחת ביקורת קשה על חוסר הקוהרנטיות וההשלכות של היעדר החובה ליידע את החשוד בטרם הבאתו לתחנת המשטרה.³⁷

אף שמרבית התקנות חלות אך ורק על עצורים ישנם מספר מקרים שבהם אף שמדובר במי שאינו עצור קיימת חובה ליידע אותו בדבר זכותו לייצוג משפטי.³⁸ כך, למשל, כל אדם המגיע לתחנת משטרה מרצונו החופשי במטרה לסייע לחקירה יכול לעזוב לפי רצונו, אלא אם כן נעצר. לעומת זאת במקרים בהם הוחלט כי לא ניתן להרשות לו לעזוב, יש ליידע אותו באופן מיידי כי הוא נמצא במעצר ולהביאו בפני קצין ממונה, שאחראי ליידע אותו בדבר זכויותיו ובכללן הזכות לייצוג משפטי. גם במקרים בהם ההחלטה היא לא לעצור את הנחקר אבל להזהירו כחשוד בביצוע עבירה, על קצין

³⁵ Lord Hailsham of St. Marylebone **Halsbury's Laws of England** (4th ed., Butterworths, London, 1990) volume II(I) pp. 537.

וכן: Pace 1984: Code of Practice C, Par. 3.1

³⁶ **Code of Practice C, לעיל** הערה 35, פסקה 6.5, אין חובה להוסיף וליידע את אותו אדם כאשר ברור שהוא אינו מבקש או רוצה לדבר עם סניגור בטלפון או להפגש עם סניגור. עם זאת במידה ובמהלך מעצרו של חשוד בעבירה מסויימת עולה חשד כי ביצע עבירה נוספת יש להעמיד אותו שוב על זכות ההיוועצות ביחס לעבירה זו (**Calvin Lloyd**) 88 Criminal Ap. R.332 (1989) **Absolam**.

³⁷ **Wolchover & Heaton- Armstrong, לעיל** הערה 20, עמ' 254 257- וכך סעיף 56 ל- PACE.

³⁸ **Wolchover & Heaton- Armstrong, לעיל** הערה 20, עמ' 249 וכך **Code of Practice C, לעיל** הערה 35, פסקה 3.15 והערה 1A.

המשטרה ליידע את החשוד שאין חייב להישאר בתחנת המשטרה ובמידה שיבחר להישאר בתחנת המשטרה הוא זכאי לקבל ייעוץ משפטי.

חובת היידוע אינה מתבטאת אך ורק באמירה סתמית לחשוד, על ידי שוטר, שיש לו זכות לייצוג משפטי. לאחר תיקונו של החוק בשנת 1991 קיימת חובה על רשויות החקירה ליידע את הנחקר באופן ברור כי³⁹: (א) זכותו להתייעץ בפרטיות עם עורך דין, (ב) הוא זכאי לייעוץ משפטי חינם, (ג) זכותו לעיין בכל עת ב- Codes of Practice, (ד) זכויות אלה הן זכויות מתמשכות והוא יכול לנצלן בכל שלב חקירתו או מעצרו. כדי להבטיח את אפשרותו של החשוד לממש את זכותו לייצוג משפטי נקבעו ב- Code of practice מספר אמצעים נוספים לוודא שהחשוד מודע לקיומה. אמצעי ראשון הוא חובתו של קצין משטרה למסור הודעה כתובה לנאשם הכוללת הסבר בדבר זכויותיו ובהן זכותו לייצוג משפטי⁴⁰. במסגרת הודעה זו מקבל העצור דף מידע בדבר הסידורים בהם יוכל לנקוט כדי לממש את זכותו לייצוג משפטי, במידה וזהו רצונו. אמצעי נוסף הוא חובתו של השוטר האחראי, ללא דיחוי, להבטיח קיומה של הזכות לייצוג לאחר שמימושה התבקש, ואף להסביר לחשוד כי הזכות לייצוג כוללת גם את הזכות להתייעץ בטלפון עם סניגור.

אמצעים נוספים מתייחסים לקבוצות אוכלוסייה מיוחדות⁴¹. כך, למשל, חובה להעביר את ההודעה בדבר זכויות החשוד למתורגמן כדי שיסביר לחשוד את זכויותיו במידה והלה אינו דובר אנגלית. במידה שמדובר באדם בעל מגבלה העלולה לפגוע בהבנתו או במימוש זכותו חובה שיהיה נוכח במקום קרוב משפחה או אדם אחר בעל קשר לנאשם כדי להסביר לו את משמעות ההודעה. בנוסף קובעות התקנות כי חובה אף להציב כרוזת המפרסמת את קיומה של הזכות והדרך למימושה בתחנות המשטרה⁴².

כדי להבטיח את מימושה של הזכות ואת אפקטיביות ההודעה על הזכות, קובעות התקנות כי אסור לאיש משטרה לומר דבר העלול לשכנע עצור לוותר על זכותו לייצוג משפטי⁴³, וכי בכל מקרה חייבת ההודעה להינתן לפני תחילת חקירתו של אותו עצור ביחס לביצוע עבירה כלשהי⁴⁴.

³⁹ Wolchover & Heaton- Armstrong, לעיל הערה 20, עמ' 251 וכן Code of Practice C, לעיל הערה 35, פסקה 3.1.

⁴⁰ Wolchover & Heaton- Armstrong, לעיל הערה 20, עמ' 252 וכן Code of Practice C, לעיל הערה 35, פסקאות 3.2 ו 3.5 והערות 3E ו-6H.

⁴¹ Code of Practice C, לעיל הערה 35, פסקאות 3.6 – 3.14.

⁴² Wolchover & Heaton- Armstrong, לעיל הערה 20, עמ' 252 וכן Code of Practice C, לעיל הערה 35, פסקה 6.3 והערה 6H.

⁴³ Code of Practice C, לעיל הערה 35, פסקה 6.4.

⁴⁴ שם, פסקה 6.6.

חשוב לציין כי המגמה בבתי המשפט באנגליה היא להגן בצורה רחבה על הזכות לייצוג משפטי ועל חובת היידוע. כך, למשל, בתי המשפט באנגליה קבעו לא אחת כי אי קיום חובת היידוע על הזכות לייצוג משפטי חמור לא פחות מאשר מניעת מפגש עם עורך דין שלא כדין⁴⁵. בתי המשפט אף הרחיבו את חובת היידוע גם למקרים שאינם מוסדרים באופן מפורש על ידי החוק או התקנות אך פעולות רשויות החקירה סתרו את רוח החוק. כך למשל בפסק דין Chahal⁴⁶ נדונה השאלה מהי המשמעות של שיחת טלפון מעורר דין ללקוח ששהה במעצר שלא הועברה ולא ניתנה הודעה על התרחשותה לנחקר. בית המשפט לערעורים קבע באמרת אגב כי על אף שזכותו של הלקוח לקבלת השיחה לא הוסדרה במפורש בחוק או בתקנות יש מקום לפסול הודאה במקרה זה שכן הופרה זכותו של הנחקר לייצוג משפטי.

5. זכותו של העצור להיוועץ בעורך דין ביחידות במהלך החקירה

המרכיב השני של הזכות לייצוג משפטי באנגליה מתבסס על זכותו של עצור או מי שמוחזק בתחנת משטרה להיוועץ בעורך דין ביחידות בכל זמן החקירה. הדין האנגלי רואה בזכותו של העצור להיוועץ בעורך דין זכות יסודית, ובדומה להסדר המתייחס לחובת היידוע, קובע מספר אמצעים כדי להבטיח קיום זכות זו על ידי רשויות החקירה. כך, למשל, בקשת העצור להיוועץ בעורך דין והשעה בה הוא ביקש זאת חייבת להיות מתועדת ברישומי תיק החקירה, כאשר חובה לאפשר פגישה כזו בתוך זמן סביר מרגע הבקשה ובכל מקרה תוך 36 שעות מרגע הבקשה⁴⁷. סעיף 58 ל- PACE מבטיח לכל עצור זכות לייצוג משפטי חינוך מסניגור העובד בשירות הציבורי ללא התחשבות ביכולתו הכלכלית, זאת כדי למנוע הפליה בין עצורים בשל מצבם הכלכלי. לצורך הבטחת זכות זו מופעלת בין היתר תורנות מיוחדת המאפשרת קבלת ייעוץ משפטי 24 שעות ביממה. כן קיים פיקוח על רמת עורכי הדין הציבוריים ונציגיהם המוסמכים לתת ייעוץ משפטי וכן נסיונות להעלות רמה זו⁴⁸.

חשוב לציין כי ההתייעצות בין עורך הדין לנחקר צריכה להתקיים במקום בו הם יכולים להיוועץ ביחידות, גם כאשר חשוד נועץ בעורך דינו באמצעות טלפון⁴⁹.

⁴⁵ Mirfield, לעיל הערה 26, עמ' 179 וכן Wolchover & Heaton- Armstrong, לעיל הערה 20, עמ' 253.

⁴⁶ Mirfield, לעיל הערה 26, עמ' 179 וכן R. v. Chahal Crim. L.R. [1992] 124.
⁴⁷ Code of Practice C, לעיל הערה 35, Annex B וסעיף 58 ל- PACE למעט בעבירות על פי ה- Prevention of Terrorism Act (Temporary Provisions) Act 1989 בהן ניתן על פי Annex B לדחות את הפגישה אף ל- 48 שעות.

⁴⁸ Wolchover & Heaton- Armstrong, לעיל הערה 20, עמ' 272-285 וכן: L. Bridges & J.Hodgson "Improving Custodial Legal Advice" Crim.L.R. [1995] p. 101.

⁴⁹ Code of Practice C, לעיל הערה 35, הערה 6J וכן פסקה 6.1.

התמריץ העיקרי אותו קובע הדין האנגלי כדי להבטיח קיומה של פגישה בין עורך הדין לבין לקוחו על ידי חוקרי המשטרה הוא הטלת סנקציה על חוקרי המשטרה לפיה אין לחקור, או להמשיך בחקירתו של חשוד שביקש להיפגש בסניגור עד לפגישתם⁵⁰. עם זאת הכיר המחוקק האנגלי בעובדה שלעתים קיימים אינטרסים הגוברים על זכותו של העצור להיוועץ בעורך דין והקנה, בנסיבות מסוימות, סמכות לחוקר משטרה לדחות את הפגישה⁵¹. בטרם סקירת העילות לעיכוב זכותו של העצור להיוועץ בעורך דין חשוב לציין כי בתי המשפט פירשו הוראה זו בצמצום רב וקיימים מקרים מועטים בלבד בהם היא חלה⁵². בכל מקרה בו נשללת זכותו של חשוד להיפגש בעורך דין חובה להודיע לו על השהיית זכותו להפגש בסניגור ולפרט את סיבת שלילת הזכות ברישומי המעצר. הסמכות לעכב את הפגישה עם עורך דין מוגבלת בחוק האנגלי ומחייבת התקיימות נסיבות ספציפיות. במידה שאותן נסיבות מפסיקות להתקיים חובה להודיע לנחקר על הפסקתן לנחקר ולאפשר לו להיפגש ללא דיחוי עם סניגור⁵³.

כאמור ה-PACE מציין מספר מקרים בהם מוסמך קצין משטרה לדחות פגישה בין סניגור ללקוח. הקטגוריה הראשונה של מקרים קובעת שורת תנאים מצטברים שבהתקיימם ניתנת לקצין משטרה סמכות לדחות את הפגישה מטעמי בטחון וזאת כאשר החקירה עוסקת בביצועה של עבירה חמורה⁵⁴: (1) החשוד עצור בגין עבירה חמורה המנויה ברשימה הקבועה בחוק וטרם הואשם באופן רשמי בביצועה (2) לדעת הקצין הפגישה עלולה לגרום להפרעה חמורה בחקירה, או לגרום בעקיפין לפגיעה בראיות הקשורות בביצוע עבירות חמורות, לסייע להברחת רכוש הקשור לביצוע העבירה, או לגרום לפגיעה גופנית באדם או להימלטות חשודים נוספים שטרם נעצרו.

⁵⁰ Wolchover & Heaton- Armstrong, לעיל הערה 20, עמ' 260.

⁵¹ שם, עמ' 260 - 264 וכן Code of Practice C, לעיל הערה 35, פסקאות 6.6, 6.7.

⁵² The Report of the Royal Commission on Criminal Justice HMSO (1993), p. 35, נציין כי מחקרים שנערכו בשנים האחרונות הראו שהשימוש בסמכות זו כמעט ואינו מתקיים, כך במחקרם של Bucke ו-Brown שסקרו 12,000 מקרים לא נמצא אפילו מקרה אחד בו נעשה שימוש בסמכות קצין המשטרה לדחות את הפגישה עם עורך דין. ראה:

Ashworth The Criminal Process- An Evaluative Study (2nd ed., Oxford University Press, 1998) p. 125.

⁵³ פסקה 6.7 ל- Code of Practice C, לעיל הערה 35.

⁵⁴ Wolchover & Heaton- Armstrong, לעיל הערה 20, עמ' 316-303 וכן Code of Practice C, לעיל הערה 35, פסקה 6.6, Annex B וכן סעיפים 58(6), 116 ו-118(2) ל-PACE. כן קיימים כללים ספציפיים לעבירות על פי החוק למניעת טרור המפורטים ב-Annex B וקצרה היריעה מלפרטם במסגרת זו.

הקטגוריה השנייה בה ניתן לדחות את קיום הזכות עוסקת במקרים דחופים⁵⁵. במקרים אלה, אף אם לא מתקיימים התנאים האמורים לעיל, קצין משטרה מוסמך לעכב את הפגישה עם עורך דין כאשר יש לאותו קצין יסוד סביר להניח שדחייה תגרום סיכון מיידי לאדם או נזק חמור לרכוש. קטגוריה זו מיועדת לשימוש במקרים חריגים ביותר, כגון מצב של חקירת שותף של חוטפים המחזיקים בכני ערובה ומצבי חירום דומים.

שתי סמכויות נוספת לדחיית הזכות כרוכות בסיטואציות היוצרות דחייה שאינה סבירה בחקירה כתוצאה מאירועים הקשורים בהתעכבות עורך הדין⁵⁶. כך מוקנית לקצין משטרה סמכות להמשיך בחקירה ללא מתן זכות היוועצות במקרה שעורך דין הסכים להתייצב והזמן עד להתייצבות עורך הדין יגרום לדחייה בלתי סבירה בחקירה, או במקרה שלא ניתן ליצור קשר עם עורך הדין שמונה על ידי האדם והוא אינו מבקש לדבר עם עורך דין אחר. במקרים אלה קצין משטרה יכול לאשר גביית אמרה מהחשוד ללא נוכחות עורך דין. כדי לצמצם שימוש בסמכות זו מטילות התקנות חובה על המשטרה ליידע אדם, אף אם זה ויתר על זכותו לעורך דין, כאשר מגיע לתחנת משטרה עורך דין ומבקש ליידע את אותו אדם בדבר הגעתו וזאת אף אם הוא מצוי במהלך החקירה.

יש לציין כי החוק האנגלי אינו מכיר באינטרס של סטריליות החקירה כמצדיק מניעת פגישה בין עורך דין מסוים לבין לקוחו. אין הגבלה או אפשרות למנוע מעורך דין לייצג למספר חשודים באותה פרשה. כך שלמעשה קיימת אפשרות תיאורטית שעורך הדין ימעל באמון הניתן לו ויסייע ללקוחותיו לתאם עדויות או להעביר מידע חיוני ביניהם שעלול לסכל את החקירה. ההנחה העומדת בבסיס תפיסה זו היא שתפקידו של עורך הדין הוא להכריע בשאלות של ניגוד עניינים על פי הקוד האתי שלו ודי במישור האתי כדי למנוע את סיכול החקירה⁵⁷.

כאמור, להבדיל מחובת היידוע, זכות המפגש עם סניגור היא זכות שהחשוד יכול לוותר עליה. על מנת להבטיח כי החשוד מודע לזכותו ומוותר עליה מרצונו הטוב והחופשי עליו לחתום על טופס בו הוא מוותר על זכותו. בנוסף לחתימה זו, נקבע בתיקון לחוק משנת 1995 כי במקרה כזה ישאל החוקר את העצור לסיבות בגללן הוא מוותר על זכותו לייצוג משפטי ויתעד אותן בתיק החקירה⁵⁸. במקרים בהם בתחילת החקירה ביקש החשוד להשתמש בזכותו לייצוג משפטי ומאוחר יותר ויתר על זכות זו הנטל להוכיח כי החשוד

⁵⁵ Wolchover & Heaton- Armstrong, לעיל הערה 20, עמ' 264 - 271 וכן פסקאות 3.5 ו-6.5 והערה C-56, Code of Practice C, לעיל הערה 35.

⁵⁶ Wolchover & Heaton- Armstrong, לעיל הערה 20, עמ' 262-264 ופסקה 6.6 ל-Code of Practice C, לעיל הערה 35.

⁵⁷ Code of Practice C, לעיל הערה 35, הערה 6G.

⁵⁸ Wolchover & Heaton- Armstrong, לעיל הערה 20, עמ' 261-262 וכן פסקה 6.6 ל-Code of Practice C, לעיל הערה 35.

ויתר על זכותו מרצונו הטוב והחופשי גבוה יותר. לכן במקרים אלה יש להקליט את החשוד ברשמקול כמי שמסכים לוותר על זכותו או לקבל הסכמתו בכתב להתחיל בחקירתו ללא היועצות בעורך דין. בנוסף לכך מחייב ה-PACE לאחר תיקונו בשנת 1995 כי קצין בדרגת מפקח ומעלה שבדק את הסיבות לשינוי התיר בכתב להמשיך את החקירה לאחר ששוכנע כי החשוד ויתר על זכותו מרצונו הטוב והחופשי.⁵⁹

זכותו של הנחקר לייעוץ היא לייעוץ על ידי עורך דין ספציפי על פי בחירתו.⁶⁰ במידה שעורך הדין בו חפץ החשוד אינו יכול או אינו מעוניין להיפגש עם הנחקר, הרי שחובה לאפשר לו לממש את זכותו לקבל ייעוץ משפטי מעורך דין ציבורי או לנסות וליצור קשר עם עורך דין פרטי אחר. אם נכשל החשוד בנסיונו ליצור קשר עם עורך דין בשני המקרים, רשויות החקירה רשאיות להחליט אם לאפשר לחשוד ניסיונות נוספים למצוא סניגור או לחוקרו.⁶¹

6. נוכחותו של עורך הדין בהליכי החקירה

המרכיב השלישי בהבטחת זכות הייצוג במשפט האנגלי מאפשר לעורך הדין להיות נוכח בהליכי חקירה מסוימים. משמעותה העיקרית של זכות זו היא החובה המוטלת על רשויות החקירה שלא לחקור את החשוד ולגבות את אמרתו ללא מתן האפשרות הסבירה לעורך דינו להיות נוכח במהלך גביית עדותו.⁶² כך חובה על רשויות החקירה ליידע את סניגורו של החשוד אם הוא מצוי בתחנת המשטרה או ניתן ליצור איתו קשר טלפוני, בדבר גביית אמרתו של החשוד ולאפשר נוכחותו בעת גביית האמרה. נציין שנוכחותו של עורך דין נדרשת אף במספר הליכי חקירה אחרים שהחשובים בהם הם מסדר זיהוי או

⁵⁹ **Wolchover & Heaton- Armstrong**, לעיל הערה 20, עמ' 271 - 272 וכן פסקה 6.6 והערה 6I ל- **Code of Practice C**, לעיל הערה 35.

⁶⁰ **Wolchover & Heaton- Armstrong**, לעיל הערה 20, עמ' 273 וכן הערה 6B ל- **Code of Practice C**, לעיל הערה 35.

⁶¹ יש לציין כי "עורך דין" על פי ה-PACE פירושו אדם שיש לו רשיון לעריכת דין, מתמחה או אדם המופיע ברשימת הסיוע המשפטי כמי שרשאי להפגש עם לקוח לצורך מתן ייעוץ משפטי. אם מדובר במי שאינו מורשה לתת ייצוג משפטי הנשלח על ידי עורך דין, קצין בדרגת מפקח יוכל לאסור על ביקורו אם הוא סבור שהביקור עלול לפגוע בחקירה. עם כניסתו של אותו נציג לתחנה יחולו עליו כל הכללים החלים לגבי עורך דין.

בהפעלת שיקול הדעת האם להתיר כניסת נציג שאינו מוסמך על המפקח לקחת בחשבון במיוחד האם הזהות והמעמד של חסר ההכשרה הובהרה דיה, האם הוא אדם מתאים לתת ייעוץ משפטי (כך למשל האם יש לו רישום פלילי עדכני). אם המפקח מסרב לאפשר לנציג להיות נוכח בהליכי החקירה עליו להודיע לעורך הדין ששלח אותו ולאפשר לו לעשות סידורים חלופיים לפני תחילת החקירה.

ראה: **Wolchover & Heaton- Armstrong**, לעיל הערה 20, עמ' 285-287 וכן פסקאות 6.12-6.11 ל- **Code of Practice C**, לעיל הערה 35.

⁶² **Code of Practice C**, לעיל הערה 35, פסקה 6.5.

מסדר זיהוי מצולם בווידיאו⁶³. נציין כי בנקודה זו המשפט האנגלי מעניק הגנה נרחבת ביותר לחשוד במיוחד בהתחשב בעובדה שלאחר חקיקת ה-PACE חלק ניכר מהחקירות בתחנת משטרה חייבות להיות מוקלטות ברשמקול⁶⁴. קלטות הרשמקול אמורות לאפשר למעשה לבית המשפט להתרשם באופן בלתי אמצעי מהוגנות החקירה וכך לייתר את אחד מהתפקידים העיקריים של עורך הדין בחקירה כפי שראינו לעיל.

תפקידו היחיד של עורך הדין הנוכח בהליכי חקירה אלה בתחנת המשטרה הוא להגן על הזכויות של לקוחו ולקדם אותן⁶⁵. עורך הדין רשאי להתערב כדי להבהיר שאלה או כדי להתמודד אם שאלה שהוצגה באופן לא ראוי ללקוחו, ליעץ ללקוחו שלא לענות על שאלות מסוימות, להתריע על ביצוע הליכי חקירה הנוגדים את החוק או לבקש לעצור את החקירה ולתת ללקוחו ייעוץ משפטי נוסף⁶⁶.

עם זאת, מידת התערבותו של עורך הדין בהליכי החקירה היא מוגבלת. במידה שעורך הדין נוהג בהתנהגות שאינה ראויה בסמכותו של קצין משטרה שאינו קשור לחקירה להרחיק את עורך הדין מחדר החקירות⁶⁷. ניתן לעשות זאת אך ורק אם התנהגות עורך הדין מונעת ומפריעה באופן שאינו סביר להצגת שאלות ראויות לחשוד. דוגמאות להפרעות לא סבירות: מתן תשובה לשאלה על ידי סניגור במקום החשוד או הכנת תשובות כתובות לחשוד על ידי הסניגור כדי שיקריא אותן לחוקרים. הגישה הרווחת בחוק, בפסיקה ובספרות המשפטית האנגלית היא כי הוצאתו של סניגור מחקירה הוא צעד קיצוני שיש לבצעו אך ורק במקרים חמורים ביותר. מובן שהחוק אינו מכליל בגדר התנהגות שאינה ראויה ייעוץ משפטי של סניגור לחשוד שלא לשתף פעולה עם חוקריו. הכוונה היא להתנהגות פסולה של ממש שאינה ראויה לעורך דין ומסכלת את החקירה. במקרה כזה חובה לעצור את החקירה מיד לאחר הרחקתו של עורך הדין ולאפשר לחשוד נוכחותו של סניגור אחר שייצגו במהלך החקירה⁶⁸.

7. סיכום ומגמות בפסיקה ובספרות המשפטית באנגליה בשנים האחרונות

⁶³ Code of Practice C, לעיל הערה 35, Annex A סעיף 1, Annex B סעיף 7.
⁶⁴ B. Dickson "The Right to a Fair Trial in England & Wales" The Right To a Fair Trial (Editors D. Wiessbrodt, R. Wolfrum, Springer, Berlin, 1997)487 p. 497 וכן Mirfield, לעיל הערה 26 עמ' 166.
⁶⁵ להרחבה בעניין זה ראה:
 Roberts "Questioning the Suspect: the Solicitor's Role" [1993] Crim.L. R. 368.
⁶⁶ Code of Practice C, לעיל הערה 53, הערה 6D.
⁶⁷ Code of Practice C, לעיל הערה 53, פסקאות 6.9-6.11.
⁶⁸ Wolchover & Heaton-Armstrong, לעיל הערה 20, עמ' 301-303.

כפי שראינו הדין האנגלי עבר ב- 20 השנים האחרונות מהפכה של ממש בהכרה בזכות החשוד לייצוג משפטי בחקירה. השינויים הרבים בדין האנגלי נוצרו לאחר הליך חקיקה ממושך ודיון ציבורי ותוך הסתמכות על מחקרים משפטיים ואחרים לבחינת הנושא. עקב הניסיון המר מהעבר ואי ההקפדה של רשויות החקירה על תקנות השופטים, נקבעו כללים מפורטים בתקנות תוך צמצומו של שטח ההפקר המשפטי למינימום האפשרי וקביעתן של סנקציות ברורות על הפרת זכויות הנחקר. כן נקבעה סנקציה חמורה ביותר המעניקה שיקול דעת לבתי המשפט לפסול ראייה במידה שהופרו הוראות החוק או התקנות ולא ניתנה לנחקר זכותו לייצוג משפטי.⁶⁹

בשנת '93 הוגשו ממצאי ועדה מלכותית לבחינת המצב המשפטי לאחר ה- PACE ומסקנותיה ויישומן החלקי מצביע במידה רבה על המגמות בדין האנגלי בסוגיה⁷⁰. הועדה בחנה מספר מחקרים שהראו כי הייתה עלייה של 8% בעקבות תיקון החוק בבקשות העצורים לסיוע משפטי בשנים לאחר חקיקת ה- PACE (מ- 24% מהחשודים ל- 32%). הועדה סברה כי יש לנסות לבצע מספר שינויים בחוק כדי להעלות את מספר החשודים המיוצגים בחקירה והציעה מספר הצעות לשינוי המצב המשפטי הקיים. כך הועדה הציעה לשנות את הדין שהיה בתוקף בשנת 1993 לפיו על עצור המעוניין לוותר על זכותו לייצוג משפטי לחתום על ויתור בטופס. לדעת הועדה ייתכן שמספר רב של עצורים מוותר על זכות זו ללא מחשבה מספקת ולכן המלצתה היתה לוודא על ידי מילוי דף המצביע על כל האפשרויות העומדות בפני העצור כאשר על העצור לבחור ולסמן כי ברצונו לוותר על זכותו לעורך דין. כן המליצה הועדה לחייב בחוק את החוקרים להקליט את הויתור על הייצוג המשפטי ברשמקול בחדר המעצר. כפי שראינו בסקירה לעיל חלק ניכר מהמלצות הועדה התקבלו ויושמו בחוק הקיים בעיקר בתיקון בשנת 1995. בעקבות תיקון זה עלה מספר החשודים המבקשים להיוועץ בעורך דין ב- 8% נוספים (מ- 32% ל- 40% מהחשודים)⁷¹. נציין כי מגמה זו של ניסיון לשפר את רמת הייצוג המשפטי והזמינות שלו כדי לאפשר לכל חשוד ייצוג משפטי נמשכת כיום.

מגמה נוספת בדין האנגלי כיום נוגעת לסמכות המשטרה לדחות את פגישתו של העצור עם עורך דין ולהמשיך בחקירתו ללא ייצוג משפטי. כפי שראינו לעיל, בסמכות זו כמעט ולא נעשה שימוש, למעט בעבירות מסוימות על פי החוק למניעת טרור בהן ניתן לעכב את הפגישה עם הסניגור לתקופה של 48 שעות⁷². במקרים אלה על פי החוק האנגלי לשתיקת הנאשם יש משקל ראייתי. מצב משפטי זה נדון בשנת 1996 בבית הדין האירופי

⁶⁹ Mirfield, לעיל הערה 26 וכן הרנון, לעיל הערה 1, עמ' 997 וכן "Cross & Tapper C. Tapper on Evidence" (9th ed., Butterworths, London, 1999) p. 194.

⁷⁰ The Report of the Royal Commission on Criminal Justice, לעיל הערה 52.

⁷¹ Ashworth, לעיל הערה 52, עמ' 124. יש לציין כי באופן כללי בעבירות חמורות יותר עולה אחוז הייצוג על ידי עורך דין.

⁷² Dickson, לעיל הערה 64, עמ' 496 ו- 497.

לזכויות אדם בפרשת Muarry. באותו מקרה נעצר הנאשם בבית בצפון אירלנד בו הוחזק כשבוי אדם אחר, סוכן משטרה שהופעל כנגד ה-I.R.A. הנאשם נחקר במשך 48 שעות כ-12 פעמים כאשר כאמור עוכבה באותה תקופה פגישתו עם עורך דין. הנאשם שתק במהלך חקירות אלה ובית המשפט האנגלי ראה בשתיקה זו ראייה מחזקת את טענות התביעה. בית הדין האירופי קבע כי במקרה זה העמידו למעשה בפני החשוד שתי ברירות: האחת שמירה על זכות השתיקה והשנייה אי שמירה על זכות השתיקה ומסירת עדות מבלי שיוכל לנצל את זכותו לסניגור. בנסיבות אלה סבר בית הדין כי נפגעה זכותו של החשוד להליך הוגן הקבוע בסעיף 6 ל-European Convention of Human Rights. נראה כי פסק דין זה ופסקי דין נוספים של בית הדין האירופי עשויים לשנות בעתיד את המצב המשפטי באנגליה בסוגיה זו. במיוחד לאור חקיקתו של The Human Rights Act 1998 המאמץ באופן פורמלי את האמנה האירופית לזכויות האדם כבעל תוקף של חוק במשפט האנגלי ובכלל זה את סעיף 6 לחוק⁷³.

לסיכום ניתן לומר כי הדין האנגלי מנסה להתמודד עם הקושי הנדון ולאזן בין האינטרסים השונים בסוגיה. נראה כי מגמתו היום היא לנסות ולאפשר לחשוד ייצוג משפטי מקסימלי כאשר האיזון הולך ונוטה יותר מבעבר לכיוון זכויות החשוד על חשבון האינטרס הציבורי למניעת פשעים וגילוי האמת.

ג. הדין הקנדי

1. כללי- רקע

בדומה לאנגליה, כך גם בקנדה בתחילת שנות ה-80 השתנה בצורה ניכרת מעמדה של הזכות לייצוג משפטי על ידי סניגור במהלך החקירה. בשנת 1982 עם כניסתה לתוקף של החוקה הקנדית Canadian Charter of Rights and Freedoms (להלן- הצ'רטר) קיבלה לראשונה זכות זו מעמד חוקתי ועוגנה בסעיף 10 (B) לחוקה. לפני כינונו של הצ'רטר הקנדי לזכויות וחירויות, זכות זו נשענה בעיקר על ידיעתו של חשוד שהוא יכול להשתמש בזכות זו ולא היה לה כל מעמד חוקתי. סעיף 10 (B) לצ'רטר שענין את הזכות בחוקה הוסיף לזכות לייצוג משפטי שהוכרה במשפט הקנדי עוד לפני הצ'רטר את החובה

⁷³ שם, שם. כן 29, 1996, E.H.R.R., vol. 22, *Muarry v. U.K.*, ובנוסף *Mirfield*, לעיל הערה 26 עמ' 309 – 315. כן:

Crim.L.R. "Inferences From Silence & European Human Rights Law" Mundy [1996] 370.

S. Stavros "The Guarantees For Accused Persons Under Article 6 of the European Convention on Human Rights" *The Right To a Fair Trail* (Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993) pp. 201- 221.

לעניין השפעתו של The Human Rights Act 1998 ראה:

A. Ashworth "Article 6 and the Fairness of Trails" *Crim.L.R.* [1999] 261.

ליידע כל אדם המעוכב או עצור בדבר זכותו לייצוג משפטי ולאפשר לו לממש זכות זו ללא דיחוי.⁷⁴ הצ'רטור כולל אף את סעיף 24 המאפשר לכל מי שזכויותיו המובטחות על ידי הצ'רטור נפגעו או נדחו לפנות לבית המשפט בבקשה לפסול את הראיות שהושגו שלא כדין. סעיף זה הקנה לבתי המשפט סמכות לפסילת ראיות שהושגו תוך הפרת זכויות בסיסיות ובכללן הזכות לייצוג משפטי בהליכי חקירה. פסילה זו תבצע לאחר בחינת נסיבות העניין ומתוך שיקול כי קבלתה של הראייה עלולה לגרום לעיוות דין, כאשר מטרת כלל הפסילה היא להגן על המוניטין של מערכת המשפט ומראית פני הצדק וכן לאפשר לחשוד הליך הוגן.⁷⁵

סעיף 10 (B) לצ'רטור מעגן שתי זכויות המתייחסות לייצוג משפטי בהליכים פליליים: הזכות הראשונה היא לשכור את שירותיו ולהיות מיוצג על ידי עורך דין ללא דיחוי והשנייה להיות מיוודע על קיומה של זכות זו (חובת היידוע). כאמור המשפט הקנדי שם דגש על האינטרס של הבטחת הוגנות החקירה והליכי עשיית הצדק. לכן על פי תפיסה זו עיקר החשיבות של הזכות לייצוג משפטי בהליכי החקירה הוא באינפורמציה ובסיוע שהסניגור מעניק לחשוד ובעיקר הבטחת ההגנה על זכותו שלא להפליל את עצמו. בהתאם לכך גישת בית המשפט העליון הקנדי, אותה נבחן בהמשך, היא להעניק הגנה מורחבת ומעמד מיוחד לזכות לייצוג על ידי עורך דין כדי למלא את המטרות האמורות תוך שימוש בפרשנות תכליתית ומרחיבה של סעיף 10 (B) לצ'רטור.⁷⁶

2. החובה ליידע נחקר בדבר קיומה של זכותו לייצוג משפטי

(1) הנסיבות בהן נוצרת החובה ליידע נחקר בדבר זכותו לייצוג משפטי

R.J. Marin *Admissibility of Statements* (9th ed., Canada Law Book Inc.,⁷⁴ Aurora, Canada 1999) pp.5-1.

⁷⁵ הרנון, לעיל הערה 1, עמ' 1003 – 1006 וכן גרוס, לעיל הערה 31, עמ' 170 – 177.

T. Quigley *Procedure in Canadian Criminal Law* (Carswell, Scarborough⁷⁶ ,1997) pp.143 – 144.

על פי החוק הקנדי כל חשוד שעוכב או נעצר הוא בעל זכות לייצוג משפטי וחייבים ליידע אותו בדבר קיומה של זכות זו לפני חקירתו במשטרה. בתי המשפט הקנדיים נדרשו לא אחת לשאלה מהו "עיכוב" או "מעצר" בהקשר זה. התפיסה הבסיסית שהנחתה את בית המשפט בפרשנות המושגים הללו, ובעיקר בפרשנות המונח "עיכוב", היא שמן הראוי לפרש את המושגים באמצעות פרשנות תכליתית אף מעבר למשמעותם המקובלת כדי למנוע מצב שאדם יפליל את עצמו מבלי שיזכה לייצוג משפטי ויהיה מודע לזכויותיו.⁷⁷

אחד מפסקי הדין המרכזיים הדנים בפרשנות הראויה למושג עיכוב ניתן בעניין Therens.⁷⁸ באותו מקרה נדון עניינו של חשוד שהתבקש לערוך בדיקת נשיפה לאחר שהיה מעורב בתאונת דרכים. החשוד שיתף פעולה באופן מלא עם חוקרי המשטרה וביצע את בדיקת הנשיפה בהתאם לדרישה, כאשר לא הודע לא באף שלב על זכותו לייצוג משפטי. במשפטו טען החשוד כי יש לפסול את דגימת הנשיפה שכן זו נלקחה ממנו בעת שהיה מעוכב על ידי המשטרה, מבלי שהודיעו לו על זכותו לייצוג משפטי בניגוד להוראות הצ'רטר. בית המשפט בערכאה הראשונה קבע שלא התקיימו הוראות סעיף 10 (B) לחוקה ולא הודע לחשוד על זכותו לייצוג משפטי ולכן פסל את תוצאות מבחן הנשיפה, כך גם קבע בית המשפט לערעורים. על החלטה זו הוגש ערעור לבית המשפט העליון הקנדי שדן בעיקר בשאלה האם בסיטואציה של בדיקת נשיפה מצוי החשוד במצב של "עיכוב" על פי הגדרת הצ'רטר.

בפסק דינו המנחה בסוגיה קבע שופט בית המשפט העליון הקנדי, Le Dain, כי יש לפרש את המילה עיכוב בסעיף 10(B) לצ'רטר באופן תכליתי בהתאם למטרתו של הסעיף. הנחת הבסיס שעליה מבוסס הסעיף היא כי בסיטואציות של עיכוב ומעצר הגבלת החירות עשויה למנוע מהחשוד גישה לייצוג משפטי, או עלולה לנטוע באדם את ההרגשה כי אין הוא זכאי להיוועץ באותו שלב עם סניגור. לכן מטרת הסעיף היא להגן על זכויות החשוד ולהבטיח שבמקרים אלה, שבהם הוא סבור שאין ביכולתו להיוועץ בעורך דין, יידעו אותו חוקרי המשטרה כי קיימת לו זכות זו. בית המשפט הסיק ממטרה זו שלמעשה משמעות המילה עיכוב היא הגבלה של חירות, השונה ממעצר, במהלכו זקוק אדם באופן סביר לייצוג משפטי אבל עלול להימנע מקבלת ייצוג כזה בין בשל אי יכולת פיזית ובין בשל מניעה פסיכולוגית.⁷⁹

בית המשפט קבע כי בנסיבות המקרה על פי החוק הקנדי סירוב להבדק בבדיקת נשיפה ללא צידוק סביר בנסיבות המקרה היה עלול להוביל למעצרו של החשוד ולהוות לכאורה

⁷⁷ Marin, לעיל הערה 74, עמ' 2-5 – 26-5.

⁷⁸ R. v. Therens (1985) 1 S.C.R. 613.

⁷⁹ מעניין ציין כי באנגליה נקבע במפורש בפסקה 11.1A ל- Code of practice C כי בדיקות נשיפה אינן מהוות חקירה לצורך הסוגיה של מתן זכות ייצוג לסניגור ואין חובה לאפשר מפגש לפני עריכתן עם סניגור.

עבירה פלילית על פי החוק הקנדי. כך שלמעשה Therens היה, בעת שהתבקש לתת דגימת נשיפה, בסכנה אפשרית של מעצר והעמדה לדין במידה שיסרב לדרישת רשויות החקירה. לכן לדעת בית המשפט הייתה באותו מקרה מניעה פסיכולוגית אפקטיבית שעשויה הייתה ליצור בקרב החשוד תחושה שהוא חייב לקיים את הבדיקה ואין לו זכות להיוועץ בעורך דין. מניעה פסיכולוגית זו היא שיצרה את הסיטואציה של עיכוב בנסיבות המקרה, ומכאן שהחשוד היה מעוכב בעת שהתבקש להיבדק בבדיקת נשיפה וחובה היה ליידעו בדבר זכותו לייצוג משפטי.

יש לציין כי הגדרה זו ל"עיכוב" מתווה עד היום עד העקרונות לפירוש המושג "עיכוב" בדין הקנדי למרות שצומצמה במקצת על ידי פסקי דין נוספים.

פסק דין עיקרי חשוב נוסף בשאלה הוא R. v. Moran⁸⁰ שם עלתה השאלה האם כאשר אדם מוזמן לחקירה במשטרה הוא נכלל בגדר ההגדרה של "מעוכב" על פי הצ'רטר. במקרה זה החשוד הגיע לתחנת המשטרה לאחר שבשיחת טלפון עם חוקר נשאל האם הוא מעדיף שהמשטרה תבוא לביתו או שהוא יבוא לתחנה לחקירה. הוא בחר ללכת לתחנת המשטרה ולמסור שם את גרסתו, כאשר לאחר חקירה זו הוא הורשה ללכת לביתו ונעצר חודשים מאוחר יותר.

בית המשפט שדן במקרה זה קבע שבקשתה של המשטרה היא הצעה שקשה מאוד לסרב לה היוצרת מניעות פסיכולוגית ולכן נוצר כאן עיכוב. לכן הייתה חובה על החוקרים ליידע את החשוד על זכותו לייצוג על ידי עורך דין. בפסק דין זה ובשורה של פסקי דין נוספים⁸¹ נקבעו סדרה של מבחני עזר בהם יכולים להעזר בתי המשפט בקביעה האם מתקיים "עיכוב":

- 1) הלשון המדויקת בה השתמש חוקר המשטרה בבקשתו מהחשוד לבוא עמו לתחנת המשטרה והאם הותיר לחשוד בחירה לערוך את החקירה בתחנת המשטרה או במקום אחר.
- 2) האם החשוד לווה על ידי המשטרה לתחנה או בא בעצמו.
- 3) האם החשוד עזב בסוף החקירה או האם הוא נעצר.
- 4) השלב בו נערכה החקירה - כלומר האם החקירה הייתה חלק מחקירה כללית של פשע או פשע אפשרי או האם המשטרה כבר החליטה שפשע התבצע ושהחשוד היה מעורב בכיצועו והחקירה התבצעה במטרה להשיג כנגדו ראיות מפלילות.
- 5) האם למשטרה היה יסוד סביר להניח כי החשוד ביצע את העבירה שעליה נסבה החקירה.
- 6) אופי השאלות בחקירה - האם היה מדובר בשאלות כלליות שמטרתן השגת מידע או האם החשוד עומת עם ראיות הקושרות אותו לביצוע העבירה.

D. Stuart **Charter Justice in Canadian Criminal Law** (Carswell⁸⁰ (Ont. C.A.), Scarborough, 1997) p.257-261
⁸¹ **Marin**, לעיל הערה 74, עמ' 13-5 – 26-5 וכן **Quigley**, לעיל הערה 76, עמ' 92 - 93.

7) הרגשתו הסובייקטיבית של החשוד - האם הרגיש שהוא מעוכב. תחושה זו היא כמובן מבחן עזר ואין היא בעלת אופי מכריע בשאלה האם התקיים "עיכוב" שכן המבחן הוא אובייקטיבי.

יש לציין כי בנסיבות מיוחדות חייבת המשטרה ליידע בשנית חשוד בדבר זכותו לייצוג משפטי, לאחר שניתנה לו כבר הודעה בעת שעוכב או נעצר קודם לכן. נסיבות אלה מתקיימות במקרה שהחשוד משנה את דעתו לאחר שויתר על זכותו לייצוג משפטי ומבקש להיוועץ בעורך דין וכן במקרה בו ההאשמות בהן מואשם החשוד משתנות. כך למשל בפסק הדין *R. v. Black*⁸² נעצר החשוד בחשד לביצוע ניסיון לביצוע רצח. במהלך החקירה מת קורבן העבירה ובית המשפט קבע שחובה היה על המשטרה ליידע את החשוד בדבר המוות, העובדה שהוא נחשד בביצוע רצח ולהודיע לו שוב על זכותו לייצוג משפטי.

(2) תוכנה של חובת היידוע

במידה שאכן התקיים עיכוב, על חוקרי המשטרה ליידע את החשוד בדבר זכותו לייצוג משפטי. תוכן המידע שחייב להיות מסופק על ידי המשטרה לחשוד במסגרת חובת היידוע עבר שינויים רבים במהלך השנים, עד שהתגבשה הלכה אחידה בעניין על ידי בית המשפט העליון⁸³. בית המשפט העליון הגדיר ב- *R. v. Brydges*⁸⁴ את חובת היידוע כמחייבת בנוסף להודעה על זכותו לייצוג משפטי אף הודעה כי קיימת בחוק אפשרות למתן ייצוג משפטי חינם בנסיבות מסוימות. פסק הדין *Bartle*⁸⁵ קבע שחובת היידוע כוללת אף מתן הודעה לחשוד בדבר הדרך להתקשר לשירותי הייצוג הציבוריים כגון מתן מספרי הטלפון וכו'.

עם זאת בפסק הדין בעניין *Prosper*⁸⁶ דחה בית המשפט את הטענה כי הצ'רטר מחייב את המדינות השונות להבטיח ייצוג על ידי סניגור ציבורי ולאפשר סיוע משפטי ראשוני ומידי חינם. בית המשפט קבע כי סעיף 10 (B) לא העניק באופן מפורש זכות לסיוע משפטי ראשוני ומידי חינם, כאשר אף ההיסטוריה החקיקתית של הצ'רטר מוכיחה כי זכות זו נדחתה בזמן חקיקת הצ'רטר. נציין בהקשר זה כי הדיעה הרווחת בספרות היא שבית המשפט העליון הקנדי בהתחשב באופייה הפדרלי של קנדה לא רצה להטיל על

⁸² *R. v. Black* (1989) 2 S.C.R. 138 וכן *Quigley*, לעיל הערה 76, עמ' 147.

⁸³ *Quigley*, לעיל הערה 76, עמ' 144 – 145.

⁸⁴ *R. v. Brydges* (1990) 1 S.C.R. 190

⁸⁵ *R. v. Bartle* (1994) 33 C.R. (4th) 1 (S.C.C.)

⁸⁶ *R. v. Prosper* (1994) 33 C.R. (4th) 33 (S.C.C.)

המדינות השונות בקנדה חובות שעלותן הכספית גבוהה⁸⁷ ולכן דחה את הטענה האמורה.⁸⁸

קיימת ביקורת רבה בספרות המשפטית על ההסדר המשפטי של חובת היידוע במשפט הקנדי⁸⁹. הביקורת מתמקדת בטענה שהחוקרים אינם חייבים לוודא האם החשוד הבין את האינפורמציה שנמסרה לו שכן המבחן לבדיקה האם התקיימה חובת היידוע הוא כאמור אובייקטיבי. רק במקרים בהם קיימת אינדיקציה שלחשוד אין את היכולת להבין את הזכויות נוצרת חובה על החוקר להסביר את ההודעה בצורה שתהיה מובנת לחשוד הספציפי. הסדר זה דורש למעשה מחשוד שלא יוכל להבין את ההודעה כתוצאה ממגבלה מסויימת ליידע את השוטר בדבר מצבו, לפני מתן ההודעה, דרישה לא סבירה במקרים רבים.

3. זכותו של החשוד להיוועץ בעורך דין ביחידות במהלך החקירה

אם חשוד מבקש להיוועץ עם עורך דין, מתגבשות מספר חובות המוטלות על רשויות החקירה כדי לאפשר מימוש הזכות: 1) קיימת החובה להציע לו אפשרות סבירה לעשות כן- בחובה זו כלולים האמצעים כגון טלפון ואפשרות לדבר בפרטיות עם עורך דינו. 2) החובה להפסיק את החקירה עד למתן האפשרות הסבירה לחשוד לדבר עם עורך דינו. חובה זו של מניעת המשך החקירה עד להגעתו של עורך הדין נקבעה על ידי המחוקק הקנדי כפשרה לאחר שנדחתה ההצעה למתן ייצוג על ידי סניגור ציבורי שיהיה תורן בבית המעצר. למעשה חובה זו מציבה סנקציה מעשית נוספת על האפשרות לפסול את הראייה המבטיחה שהחשוד יוכל לממש את זכותו להיוועץ בעורך דין. בצורה זאת גם בהיעדר הנהגת שיטה של תורנות חובה של סניגורים ציבוריים בבתי המעצר מובטח כי כל חשוד יוכל להיוועץ בעורך דין לפני המשך החקירה וגביית אמרתו אם רצונו בכך.⁹⁰

כאמור הזכות לייצוג משפטי ניתנת לויתור על ידי החשוד. הסטנדרטים הנדרשים כדי להוכיח כי החשוד ויתר על זכותו הם גבוהים ויש להוכיח כי החשוד תוך שקילת הנסיבות החליט לוותר על זכותו בצורה חופשית. ויתור יכול להיות משתמע אבל מובן שקיים

⁸⁷ נציין כי בשנת 92-93 למרות העובדה שכ- 35% מהבקשות לסיוע משפטי חינום מהמדינה נדחות, ההוצאה הכספית בשנה זו של מדינות קנדה השונות נאמד ביותר מ- 600 מיליון דולר.

K. Roach & M.L. Friedland "The Right to a Fair Trial in Canada" **The Right To a Fair Trial** (Editors D. Wiessbrodt, R. Wolfrum, Springer, Berlin, 1997) 3 p. 12.

⁸⁸ Quigley, לעיל הערה 76, עמ' 145.

⁸⁹ שם, עמ' 145 – 146.

⁹⁰ שם, עמ' 145 – 147.

קושי ראייתי רב בהוכחה כי הויתור היה חופשי תוך שקילת הנסיבות מבלי שהויתור יובע בצורה מפורשת⁹¹.

מבלי להתעלם מחובות המשטרה בהתחשב בסעיף 10 (B) החשוד חייב להפעיל שקידה ראויה במימוש זכותו לעורך דין. היעדר התמדה בנסיונו לקבל ייצוג משפטי עשוי להיחשב כויתור על הזכות. כך למשל בפסק הדין R. v. Leclair בית המשפט מצא שחשוד נקט בשקידה ראויה כאשר הוא התעקש להתקשר לעורך דין על פי בחירתו באמצע הלילה. בית המשפט פסק שזוהי זכותו לעשות כן לתקופת זמן סבירה לפני שניתן להניח שויתר על זכותו⁹².

⁹¹ שם, עמ' 147 – 148 וכן Marin, לעיל הערה 74, עמ' 37-5 – 45-5.
⁹² Quigley, לעיל הערה 76, עמ' 147 - 148.

4. נוכחותו של עורך הדין בהליכי החקירה

הדין הקנדי מכיר בחשיבות הרבה שיש לשמירה על יעילות החקירה מחד, ומנגד בחשיבות ההגנה על זכויות החוקתיות של חשוד בביצוע חקירות אלה. לשם כך הציב הדין מספר הגבלות על חקירתו של החשוד: כך למשל על המשטרה קיימת חובה להציע לחשוד עסקת טיעון לחשוד אך ורק באמצעות עורך דינו.⁹³ חובה נוספת היא איסור לחקור את החשוד על היחסים בינו ובין עורך דינו. כמו כן אסור לחקור חשוד שביקש שלא לדבר עם המשטרה בהיעדרו של עורך דינו.⁹⁴

עם זאת הכיר בית המשפט הקנדי בכך שבהקשרים שונים לא ניתן לאפשר לעורך דין להיות נוכח בהליכי החקירה ואף לחשוד להיוועץ בעורך דין על ידי פגישה (להבדיל מייעוץ טלפוני) על אף שהחשוד עוכב וקמה חובה ליידע אותו בדבר זכותו לייצוג משפטי. כך, למשל, ככל שמדובר במכשירים למדידת אלכוהול. בית המשפט העליון קבע שדרישה לתת בדיקות נשיפה כאלה משמעותה עיכוב. אך עם זאת קבע בית המשפט כי הדרישות התפעוליות של המכשיר הם כאלה שזוהי הגבלה הוגנת על זכות לייצוג על ידי עורך דין. הנימוקים לכך היו: החשיבות שהבדיקה תערך באופן מידי והעובדה שכשלון במבחן לא מוביל כשלעצמו לאחריה פלילית. הזכות לייצוג מתקיים בשלב הבא של בדיקות נשיפה שתוצאותיהן עלולות להוביל להרשעה בפלילים. פסיקה דומה בנושא חיפוש קובעת כי ניתן לבצע חיפוש ללא צורך להמתין לייצוג משפטי אלא אם חוקיות החיפוש תלויה בהסכמה או אם קיים חוק המאפשר בקשה לעיון חוזר של ההחלטה לחפש.⁹⁵

5. סיכום ומגמות עתידיות בדין הקנדי

כפי שראינו הדין הקנדי עבר אף הוא שינוי משמעותי עם כניסתו לתוקף של הצ'רטר המאפשר לבתי המשפט לפסול ראיות שהושגו תוך הפרת זכות הייצוג. הצ'רטר הרחיב את הזכות לייצוג וקבע לראשונה את חובת היידוע. עם זאת להבדיל מהמצב המשפטי באנגליה בה נוסחו כללים משפטיים ברורים בנושא זכות הייצוג, הדין הקנדי העדיף לקבוע עקרון חוקתי כללי. שיטה זו הותירה לאקונה משפטית רחבה בסוגיות אלה שיצרה מצב של חוסר ודאות משפטי בשאלות רבות הקשורות לזכות הייצוג על ידי סניגור. חוסר ודאות זה נותר אף כיום בסוגיות מסוימות למרות התייחסות רבה בפסיקה הקנדית לסעיף 10 (B) לצ'רטר ונסיונות רבים לצמצם את חוסר הודאות על ידי בתי המשפט השונים במספר רב של פסקי דין שמקצתם אף סותרים אלה את אלה. לסיכום, הדין הקנדי כיום מותיר שטח הפקר של חוסר ודאות בנושאים רבים וכתוצאה מכך מעניק שיקול דעת

⁹³ Stuart, לעיל הערה 80, עמ' 282 – 283.

⁹⁴ Quigley, לעיל הערה 76, עמ' 148.

⁹⁵ שם, עמ' 148 – 149.

נרחב לרשויות החקירה. שיקול דעת שלא תמיד מופעל על ידי רשויות החקירה במקרים רבים בצורה התואמת את מטרות החוק כפי שראינו בסקירה זו.

ד. הסדר הסוגיה בארצות הברית

1. כללי

שיטת המשפט הפדרלית מעניקה סמכויות נרחבות לכל מדינה (STATE) מהמדינות המרכיבות את ארצות הברית. בתחום המשפט הפלילי לכל מדינה סמכות לחוקק חוקים פליליים וסדרי דין פליליים לשם הסדרת הסדר הציבורי, הביטחון, המוסר ובריאותם של תושבי אותה מדינה⁹⁶. כך שלכאורה סקירה של סוגיית הזכות לייצוג המשפטי בהליכים פליליים בארצות הברית פירושה סקירה של הדינים השונים בכל מדינה ומדינה וכן הדין הפדרלי החל במקרים של פשעים בין מדינות ופשעים כנגד הממשל הפדרלי של ארצות הברית. מובן שקצרה היריעה במאמר זה כדי לסקור את כל השיטות המשפטיות הללו.

המשותף לשיטות משפט נפרדות אלה הוא החוקה האמריקאית ופסיקת בית המשפט העליון המפרשת אותה. החוקה ופסקי דינו של בית המשפט העליון קובעים את הזכויות החוקתיות שחובה להעניק לכל חשוד בכל מדינה ומדינה. אין מדובר במערכת קוהרנטית של חוקים וכללים, בדומה למשל להסדר בדין האנגלי, אלא במעין רשת ביטחון המבטיחה את זכויותיו הבסיסיות של החשוד כאשר כל מדינה יכולה להקנות לחשוד זכויות נוספות. אחת מהזכויות המובטחות על ידי החוקה ופסיקת בית המשפט העליון היא הזכות לייצוג משפטי בהליכים פליליים. במאמר זה, נעמוד על ההתפתחויות בפסיקה של בית המשפט העליון והוראות החוקה בסוגיה הנדונה⁹⁷.

2. רקע היסטורי ומגמות בדין הנהוג בארצות הברית

התיקון השישי לחוקה האמריקאית ביסס כבר בשנת 1791, עם קביעתו, את זכותו של הנאשם במשפט פלילי לייצוג משפטי בהליכים שלאחר העמדתו לדין. תיקון זה קובע כי:

⁹⁶ ק' מן "ביקורת שיפוטית וערכי יסוד בהליך הפלילי: זכות הייצוג במשפט האמריקני ופיתוח המשפט הישראלי" **עיוני משפט יג** (תשמ"ז) 557, 568 – 572.
⁹⁷ T. J. Hickey **Criminal Procedure** (Mcgraw- Hill, Boston, 1998) p.2-12

“In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right ... to have the assistance of counsel for his defense.”

מטרתה של זכות הייצוג המוסדרת בתיקון השישי לחוקה היתה למנוע מצב בו עלול אדם לאבד את חירותו או את חייו מבלי שהדבר יתקיים במסגרת הליך הוגן שבו הוא יהיה מיוצג על ידי עורך דין.⁹⁸

החל משנות ה-30 ובעיקר בתחילת שנות השישים, בעקבות שורה ארוכה של פסקי דין תקדימיים, הורחבה ועוצבה הזכות לייצוג משפטי להליכים הקודמים למשפט והוחלה על המדינות השונות בארצות הברית. במסגרת הרחבה זו נקבע כי קיימת חובה לאפשר לנאשם ייצוג משפטי ובמידה שאין ביכולתו של הנאשם לשכור שירותיו של עורך דין קיימת חובה על המדינה או הרשות הפדרלית לאפשר לו ייצוג משפטי חינם.⁹⁹ כיום חלה הגנתו של התיקון השישי על כל אדם המואשם בביצוע מרבית העבירות הפליליות בארצות הברית ובכל מקרה בו מוטל על אדם עונש מאסר בפועל בשל ביצוע עבירה פלילית.¹⁰⁰

זכות זו, שמטרתה כאמור הבטחת הליך הוגן בדיון המשפטי, נוצרת עם תחילת ההליכים המשפטיים האדוורסרים המתחילים לרוב בעת האשמתו הרשמית של החשוד בביצוע העבירה. הזכות מתקיימת החל מנקודה זו בכל אחד מהשלבים החשובים שיש להם השפעה קריטית על ההליך המשפטי (Critical Stages)¹⁰¹. כדי להבטיח את כיבוד הזכויות הרי שבמידה שהרשויות יפרו אותן, כל הראיות שהושגו כתוצאה מההפרה או נובעות ממנה אינן קבילות¹⁰². עם זאת, חשוב לציין כי התיקון השישי לחוקה ופסיקת בית המשפט העליון בעקבותיו אינם מעניקים לחשוד הגנה וזכות לייצוג משפטי במרבית הליכי החקירה, שכן מרבית ההליכים מתקיימים בדרך כלל לפני האשמתו הרשמית בביצוע העבירה.

באמצע שנות ה-60 קבע בית המשפט העליון האמריקאי במספר פסקי דין כי זכותו של החשוד להימנע מלהפליל את עצמו בחקירה (הידועה גם כזכות השתיקה) הקבועה

⁹⁸ *Johnson v. Zerbst* 304 U.S. 458, 463 (1938)

⁹⁹ מן, לעיל הערה 96, עמ' 572 - 600 ופסקי דין רבים שהחשובים שבהם:

Gideon v. Wainwright 372 U.S. 335, 342 (1963) וכן *Johnson v. Zerbst*, לעיל

הערה 98, שם.

¹⁰⁰ *Scott v. Illinois* 440 U.S. וכן *Baldasar v. Illinois* 446 U.S. 222, 232 (1980)

(1979) 367.

¹⁰¹ *Kirby v. Illinois* 406 U.S. וכן *Powell v. Alabama* 287 U.S. 45, 62 (1932)

(1972) 682, 689 (דעת הרוב).

¹⁰² *U.S. v. Turnbull* 888 F.2d U.S. 636, 638.(9th cir. 1989)

בתיקון החמישי לחוקה¹⁰³ מחייבת את רשויות החקירה להעניק לחשוד זכויות מסוימות במהלך החקירה. אחד מפסקי הדין המרכזיים שנפסק בסוגיה זו הוא *Malloy v. Hogan*¹⁰⁴. בפסק דין זה נקבע לראשונה כי הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית הקבועה בתיקון החמישי לחוקה חלה על כל ההליכים הפליליים בכל המדינות בארצות הברית מכוח התיקון ה-14 לחוקה.

באותה שנה הלך בית המשפט העליון צעד נוסף לקראת הרחבת ההכרה בזכות הייצוג בהחלטה בפרשת *Escobedo*¹⁰⁵. באותו מקרה, בו נמנעה מחשוד זכותו להיפגש בעורך דינו למרות בקשתו, קבע בית המשפט כי זכותו של החשוד להימנע מפני הפללה עצמית מחייבת את המשטרה בעת ביצוע החקירה להעניק לחשוד זכויות וביניהן זכותו לייצוג משפטי. בית המשפט קבע בפסק הדין בהקשר זה כי שלילת זכותו החוקתית של החשוד להפגש עם עורך דינו הנובעת מזכותו לאי הפללה עצמית מצדיקה פסילה של אמרתו בלא קשר לשאלה האם עמדה ההודייה במבחן הוולונטריות. גישה זו מבוססת על התפיסה כי שיטה משפטית המתבססת על הודאות בהן חשודים מפלילים את עצמם בביצוע עבירות היא בטווח הארוך מהימנה פחות מאשר שיטה המבוססת על איסוף חומר ראיות בלתי תלוי. עם מתן פסק הדין החל ויכוח ציבורי נרחב בארצות הברית שבעקבותיו הוגשו מספר ערעורים במקרים דומים לבית המשפט העליון האמריקאי.

על רקע פסקי הדין הללו והדיון הציבורי בעקבותיהם בשנת 1966 פסק בית המשפט העליון את פסק הדין המנחה בסוגיה בפרשת *Miranda* (להלן: מירנדה)¹⁰⁶. עובדות המקרה היו כדלקמן: ארנסטו מירנדה, אדם עני בן 23 עם השכלה מצומצמת שלדעת מספר מומחים סבל ממחלת נפש, נעצר כחשוד בביצוע חטיפה ואונס לאחר שזוהה במסדר זיהוי על ידי קורבן האונס. במהלך חקירתו שארכה שעות ספורות בלא שהופעל עליו כל לחץ, כוח או איומים ובלא שהובטחו לו הבטחות כלשהן, מסר הודאה בעל פה, ואחר כך כתב הודאה מפורטת שאת תוכנה אישר בחתימתו. בבית המשפט טען מירנדה בהסתמך על הלכת *Escobedo* כי נשללה ממנו זכותו לייצוג משפטי ולכן הודאתו אינה קבילה כראייה. טענותיו של מירנדה נדחו על ידי בתי המשפט בערכאות הנמוכות והוא הורשע בחטיפה ובאונס.

בית המשפט העליון של ארצות הברית דן בערעורו של מירנדה ובשלושה ערעורים שעסקו במקרים דומים והעלו שאלות משפטיות דומות. ברוב של חמישה שופטים מתוך תשעה נקבע כי זכות הנאשם שלא להפליל את עצמו המפורטת בתיקון החמישי לחוקה

¹⁰³ על פיו "...no person ... shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself."

¹⁰⁴ *Malloy v. Hogan* 378 U.S. 1, 8 (1964)

¹⁰⁵ *Escobedo v. Illinois* 378 U.S. 478 (1964)

¹⁰⁶ *Miranda v. Arizona* 384 U.S. 436 (1966)

מחייבת נקיטת מספר אמצעים על ידי רשויות החקירה, כדי להבטיח את מימושה של הזכות. כך בסיטואציה שעלתה בפסק הדין כאשר אדם מצוי בחזקת המשטרה או נשללת ממנו הזכות לחירות באופן ממשי והוא נחקר על ידי רשויות החקירה השונות יש צורך במספר הגנות פרוצדורליות שימנעו פגיעה בזכויותיו ונקבעו במפורש בפסק הדין:

“He must be warned prior to any questioning that he has the right to remain silent, that anything he says can be used against him in a court of law, **that he has the right to the presence of an attorney, and that if he cannot afford an attorney one will be appointed for him prior to any questioning if he so desires**”¹⁰⁷.

בית המשפט קבע כי במקרה של פגיעה בזכויות בסיסיות אלה של החשוד הראייה שהושגה לא תהיה קבילה בבית המשפט¹⁰⁸. כן נקבע כי בעובדות המקרה הופרו הזכויות הללו ולכן ההודאה אינה קבילה וכתוצאה ישירה מכך הרשעתו של מירנדה בחטיפה ובאונס בטלה¹⁰⁹.

פסק דין זה יצר שינוי של ממש בדין האמריקאי ונחשב עד היום כאחד מפסקי הדין המרכזיים והחשובים במשפט האמריקאי. מאז פסק הדין ועד היום נכתבה ספרות משפטית רבה על פסק הדין וניתנו עשרות פסקי דין התומכים או מסייגים אותו. המגמה העיקרית מאז בפסיקה האמריקאית היא לצמצם את הלכת מירנדה ולאפשר לחוקרים לבצע יותר ויותר חקירות ללא צורך במתן הזכויות המוזכרות בפסק הדין. עם זאת בשל העובדה שמרבית ההלכות נקבעות על ידי בתי משפט במדינות שונות קשה לדבר על חזית אחידה בדין האמריקאי וקיימות סתירות בין החלטות שונות של הערכאות השיפוטיות השונות¹¹⁰. במסגרת סקירה זו נבחן את ההסדר המשפטי בסוגייה בדין האמריקאי לאחר מירנדה על פי החלוקה למרכיביה העיקריים של הזכות לייצוג משפטי.

¹⁰⁷ שם, עמ' 478 – 479.

¹⁰⁸ אלא אם כן ההפרה נכנסת לגדר החריגים לכלל שנבחן בהמשך הדיון או שמדובר בטעות טכנית בלבד שלא פגעה בזכויותיו של החשוד:

U.S. v. Collins 40 F.3d 95, 99 (5th Cir. 1994)

¹⁰⁹ חשוב לציין כי מטרת הפסילה על פי המשפט האמריקאי היא להרתיע את החוקרים מלפגוע בזכויות החשודים ולחנך את המשטרה להבדיל מהגישה הקנדית אותה בחנו לעיל שהדגש בה הוא להגן על הוגנות החקירה ותדמית המערכת המשפטית ולהבטיח את הזכות למשפט הוגן (הרנון, לעיל הערה 1, עמ' 1006).

¹¹⁰ Y. Kamisar & W.R. LaFave & J.H. Israel **Modern Criminal Procedure** (7ed., West, St. Paul, 1990) pp.543-557

3. החובה ליידיע חשוד בדבר זכותו לייצוג משפטי

(1) הנסיבות בהן חובה ליידיע חשוד בדבר זכותו לייצוג משפטי

פסיקת בית המשפט העליון בעניין מירנדה קבעה כי ראיות שהושגו בחקירה יהיו קבילות אך ורק אם נשמרו זכויותיו של החשוד הנובעות מזכותו שלא להפליל את עצמו. בין הזכויות הללו מצויה החובה ליידיע אותו בדבר זכותו לייצוג משפטי, וכן בדבר זכאותו במקרים מסוימים לשירותי סניגור ציבורי חנם. עם זאת הלכת מירנדה חלה כאמור אך ורק בהתקיימם של שני תנאים מצטברים:

(1) החשוד מצוי בהחזקת המשטרה (Custody), או נשללת ממנו הזכות

לחירות באופן ממשי על ידי הרשויות.

(2) אותו חשוד נמצא בהליכי חקירה על ידי רשויות החקירה.

הפסיקה האמריקאית בדומה לפסיקה הקנדית, דנה במספר רב של פסקי דין מה משמעות המונח "בהחזקת המשטרה" לעניין חובת היידוע. המבחן שנקבע בפסיקה האמריקאית הוא מבחן אובייקטיבי- האם החשוד הסביר בנסיבות המקרה היה בהחזקת המשטרה ולא על תחושתו הסובייקטיבית של החשוד¹¹¹. הלכה למעשה בתי המשפט בארה"ב נקטו גישה פורמליסטית למדי ודקדקו האם החשוד היה באופן פורמלי במעצר. יש לציין כי גישה זו שונה מאוד מהגישה בפסיקה הקנדית שם באמצעות פרשנות תכליתית הורחבה ההגדרה "בהחזקת המשטרה" גם למקרים בהם לא היה למעשה עיכוב או מעצר פורמלי¹¹².

כפי שראינו בסקירת המשפט הקנדי המבחן האובייקטיבי יוצר מספר רב של מקרי ביניים בהם קשה להכריע האם אותו אדם מצוי ב"החזקת המשטרה" או לא. בשנים האחרונות בתי המשפט השונים בארה"ב נקטו כאמור בפרשנות מצמצמת בפירוש המילים "בהחזקת המשטרה" במסגרת מגמת הכירסום בהלכת מירנדה¹¹³. בהתאם לגישה זו קבעה הפסיקה האמריקאית מספר מבחני עזר לבחינה האם החשוד מצוי ב"החזקת המשטרה". כך למשל, בשורה של פסקי דין נקבע שכאשר החקירה מתקיימת בתחנת משטרה, בתוך מכונית משטרה, או בבית כלא ההנחה הבסיסית תהיה בדרך כלל כי אותו אדם נמצא בהחזקת המשטרה. לעומת זאת, כאשר החקירה מתקיימת בביתו של החשוד, בזירת פשע כאשר שוטר מגיע למקום ושואל מיידית שאלות את הנוכחים במקום, או במהלך חיפוש,

¹¹¹ נציין כי התחושות הסובייקטיביות של השוטרים יכולות להעיד על כנות גירסתם ויש להם רלוונטיות במידה ונאמרו לחשוד בשעת המעצר:

Berkemer v. Macarty 468 U.S. 420, 442 (1984).

¹¹² **Georgetown L. J.** 717, 854 - 857 [1996] "Criminal Procedure Project" וכן

Quigley, לעיל הערה 76, עמ' 93 - 94.

¹¹³ **Hickey**, לעיל הערה 97, עמ' 270 - 274.

או ביקורת שגרתית בכבישים כולל בדיקות אלכוהול, ההנחה היא כי החשוד אינו בהחזקת המשטרה.

התנאי השני לצורך החלת מבחן היידוע היא כאמור השאלה האם מתקיימת חקירה של החשוד. בפסק הדין בעניין Rhode Island V. Innis¹¹⁴ נפסק כי אין הכוונה אך ורק לחקירה פורמלית אלא הכוונה למעשים או למילים של המשטרה שבאופן סביר עשויים לגרום תגובה מפלילה של חשוד. הגדרה מרחיבה זו צומצמה במספר פסקי דין לאחר פסק דין Rhode Island V. Innis. כך למשל, הוגדרו בפסיקה¹¹⁵ מספר שלבים בחקירה שאינם נחשבים כ"חקירה" לצורך הפעלת חובת היידוע. מספר דוגמאות לשלבים אלה הם: הליכי חיפוש רגילים בעת מעצר (לקיחת טביעות אצבע וכו'), שאילת שאלות ביציאה ומכניסה מארצות הברית, שאילת שאלות בזירת האירוע, פגישה בין הרשויות לאזרח ביוזמת האזרח.

(2) החריגים להלכת מירנדה

במסגרת צמצום הלכת מירנדה קבעה הפסיקה בארה"ב מספר חריגים שבהם לא חלה ההלכה. חריגים אלה קובעים כי גם אם לא מולאו הדרישות בהלכת מירנדה הראייה שהושגה תהיה קבילה וניתן יהיה להגישה לבית המשפט¹¹⁶. בחלק זה של סקירתנו נבחן ארבעה חריגים עיקריים להלכת מירנדה הרלוונטיים בעיקר למקרים בהם ראייה הושגה ללא מתן הודעה לחשוד על זכותו לייצוג משפטי. החריג הראשון הוא במקרה ששלוש הציבור מחייב חקירה מיידית ללא אפשרות ליידע את החשוד בדבר זכויותיו. דוגמא לנסיבות אלה מצויה בפסק הדין New York V. Quarles¹¹⁷. באותו מקרה אישה התלוננה בפני שני שוטרים שנאנסה זמן קצר לפני כן והאנס לאחר שאנס אותה נכנס לסופרמרקט סמוך כשהוא חמוש ברובה. השוטרים עצרו את החשוד, ערכו עליו חיפוש ומצאו שהוא לובש נרתיק לנשק. אחד השוטרים שאל את החשוד היכן הרובה והחשוד הצביע על מקומו. לאחר שנמצא הנשק, נעצר החשוד והוסברו לו זכויותיו. בית המשפט העליון קבע שלמרות שהתקיימו התנאים שנקבעו במירנדה, אין לפסול את הראיות שהושגו. שכן הצורך המיידית להבטיח את שלום הציבור ולהרחיק את הנשק מרשות הרבים גובר בנסיבות המקרה על זכויות החשוד שלא להפליל את עצמו.

החריג השני לכלל הוא מצומצם יחסית ומתקיים כאשר יש צורך להשתמש בראייה שהושגה כדי להוכיח אך ורק אמינות גירסתו של עד או של הנאשם. יש לציין כי חריג זה

¹¹⁴ Rhode Island v. Innis 446 U.S. 291 (1980)

¹¹⁵ Hickey, לעיל הערה 97, עמ' 274 – 277.

¹¹⁶ שם, עמ' 280 – 286 וכן Criminal Procedure Project, לעיל הערה 112, עמ' 860 – 861.

¹¹⁷ New York v. Quarles 467 U.S. 649, 655 – 656 (1984)

מאפשר שימוש בראייה אך ורק למטרה זו אף אם היה יכולה להוכיח עובדות נוספות הנתונות במחלוקת בין הצדדים למשפט¹¹⁸.

חריג שלישי להלכת מירנדה עוסק בשורה של מקרים בהם ההפרה של הלכת מירנדה היא זניחה וניתנת לריפוי על פי הפסיקה האמריקאית. הקריטריונים המאפשרים ריפוי הפגם הם: זמן רב שעבר בין הפגם לבין הראייה שהושגה, היעדר קשר ישיר בין הפגם להשגת הראייה והעובדה שהפגם היה קטן מלכתחילה. דוגמא לשימוש בחריג זה ניתנת על ידי המלומד פרופסור טום הייקי בספרו¹¹⁹: אדם נעצר ונחקר בחשד לביצוע עבירה וזאת מבלי שהתקיימה חובת הידוע כנדרש בחוק. לאחר החקירה הוא משוחרר לביתו ושבויעים לאחר מכן מתייצב מרצונו בתחנת המשטרה לענות על שאלות בנוגע לאותו אירוע. בתחילת החקירה מיידעים אותו על זכותו לייצוג משפטי וזכויותיו האחרות והוא מוסר אמרה המפלילה אותו בביצוע העבירות המיוחסות לו.

החריג הרביעי הוא כאשר הראייה שמבקשים להסתמך עליה לא נבעה באופן ישיר מהפרת הלכת מירנדה. הפסיקה האמריקאית הכירה בחריג זה לראשונה בפרשת Michigan V. Tucker¹²⁰. באותו מקרה לא יידעו חוקרי המשטרה חשוד לפני חקירתו בדבר זכותו לייצוג משפטי. במהלך חקירתו מסר להם החשוד שם של עד אשר לטענתו יעיד כי בשעת האירוע היה במקום אחר (עד אליבי). העד שנחקר על ידי המשטרה, בעקבות דברי החשוד, מסר במהלך חקירתו אמרה הקושרת את החשוד לביצוע העבירה. בית המשפט העליון קבע שהראייה קבילה, למרות הפרתה של הלכת מירנדה, בהיעדר קשר ישיר בין ההפרה לבין הראייה שהושגה.

4. זכותו של החשוד להיוועץ ביחידות בעורך דין

כאמור העקרון שנקבע בהלכת מירנדה הוא כי במקרה שחשוד מודיע כי הוא מעוניין בייצוג משפטי אין להמשיך בחקירה עד למתן ייצוג משפטי לחשוד¹²¹. בפרשת Edwards¹²² נדון באופן ספציפי נושא הפרת זכותו של החשוד להיוועץ בעורך דין ונקבעה ההלכה המנחה בסוגיה ספציפית זו של זכותו של החשוד שלא להחקר בטרם הוא נועץ בעורך דין. הלכה זו קובעת כי אין לחקור חשוד המביע באופן ברור את רצונו שלא להחקר עד לפגישתו עם עורך דין אלא אם הוא עצמו יוזם את המשך החקירה. כלל זה

¹¹⁸ Hickey, לעיל הערה 97, עמ' 282 – 283.

¹¹⁹ שם, עמ' 283 – 284.

¹²⁰ Michigan v. Tucker 417 U.S. 433, 444 - 446 (1984)

¹²¹ R.S. Frase " Fair Trial Standards in the Unites States of America" **The Right To a Fair Trial** (Editors D. Wiessbrodt, R. Wolfrum, Springer, Berlin, 1997) 31 p. 36.

¹²² Edwards v. Arizona 451 U.S. 477 (1981)

מבטיח במידה רבה את זכויות הנחקר ומונע, למעשה, מרשויות החקירה להמשיך את החקירה עד שהחשוד יוכל לממש את זכותו להיוועץ בעורך דין. יש לציין כי כלל זה המרחיב במידה רבה את ההגנה על זכויות החשוד צומצם במידה ניכרת על ידי הפסיקה.

כך למשל בפסק הדין בעניין Mosley¹²³ הנאשם הואשם בשוד, נעצר, ולאחר שהודיעו לו על זכויותיו ביקש לשמור על זכות השתיקה. חוקרי המשטרה כיבדו את בקשתו והפסיקו את החקירה. מספר שעות לאחר מכן חוקר אחר הזהיר אותו בשנית, יידע אותו על זכותו לייצוג משפטי וחקר אותו ביחס לרצח שהתרחש במהלך שוד אחר. בחקירה זו הודה החשוד בביצוע הרצח וכן בביצוע השוד עליו נחקר קודם לכן. בית המשפט העליון קבע שבמקרה זה לא הופרה זכותו של החשוד לסניגור שכן החוקר המתין זמן משמעותי מסירובו של החשוד להחקר והעמיד אותו שוב על זכותו. יש לציין כי כל החריגים שציינו לעיל להלכת מירנדה חלים בשינויים המחוייבים גם על זכותו של החשוד להפגש עם סניגורו במהלך החקירה.

זכותו של החשוד לייצוג משפטי ניתנת לויתור על ידי החשוד, כאשר הנטל הוא על התביעה להוכיח כי החשוד הספציפי ויתר באופן מודע על זכותו. על אף העובדה שויתור מפורש אינו הכרחי, ההלכה הפסוקה היא כי בתי המשפט לא יסיקו על ויתור משתיקתו של החשוד בלבד. השיקולים אותם שוקלים בתי המשפט בבחינה האם הויתור היה מודע כוללים בחינה של מכלול הנסיבות במקרה וביניהן: השכלתו של החשוד, גילו, היכרותו עם מערכת המשפט, מצבו הפיזי והנפשי, האם הוסברה לו הזכות, מידת ההבנה שלו את ההסבר, הזמן העובר ממתן חובת היידוע ועד לתחילת החקירה¹²⁴. יש לציין כי הזכות לייצוג היא זכות מתמשכת ואף לאחר הויתור על הזכות יכול החשוד במהלך החקירה המשטרית לבקש להפסיק את החקירה עד שיוכל לממש את זכותו להיוועץ בעורך דין¹²⁵.

5. זכותו של החשוד לנוכחות סניגור במהלך הליכי החקירה

הלכת מירנדה הורחבה על ידי הפסיקה האמריקאית בפסק הדין בעניין Minnick בו נקבע שבמידה שחשוד מיוצג על ידי סניגור אין לחקור אותו שלא בנוכחותו של הסניגור, אלא אם כן החשוד ויתר באופן מודע על זכות זה¹²⁶. החובה לאפשר נוכחות סניגור במהלך החקירה מתקיימת בכל מקרה שרשויות החקירה מעוניינות לחקור חשוד שביקש לממש את זכותו לייצוג משפטי, למעט מקרים בהם מתקיים אחד מהחריגים להלכת מירנדה כפי שפורטו בהרחבה לעיל.

¹²³ Michigan v. Mosley 423 U.S. 96 (1975)

¹²⁴ Criminal Procedure Project, לעיל הערה 112, עמ' 861 - 863.

¹²⁵ שם, עמ' 863 - 865.

¹²⁶ Minnick v. Mississippi 498 U.S. 146 (1990)

החובה להימנע מלחקור חשוד המבקש לשמור על זכותו להיוועץ בעורך דין הורחבה על ידי הפסיקה האמריקאית במספר פסקי דין בהקשר של שימוש בסוכן סמוי או במדובר על ידי רשויות החקירה¹²⁷. בית המשפט העליון קבע כי שימוש במדובר כמי ששואל את החשוד שאלות בבית המעצר או מחוצה לו לאחר שהחשוד ביקש שלא להחקר אלא בנוכחות סניגור מהווה הפרה של הלכת מירנדה במידה שהנחקר טרם הואשם באופן רשמי בביצוע עבירה, או של התיקון השישי לאחר הליך האישום. עם זאת, נפסק כי שימוש במדובר מותר אך ורק כאשר המדובר שומע את דברי החשוד בלבד ואינו שואל את החשוד שאלות שעשויות לפגוע בחיסיון שלו בפני הפללה עצמית.

בית המשפט העליון האמריקאי נקט גישה דומה של הגנה על זכויות חשודים גם בהליכי חקירה אחרים השונים מגביית אמרתו של החשוד. אחת הדוגמאות הבולטות לכך היא ההלכה הפסוקה של בית המשפט העליון בנושא נוכחותו של סניגור במסדרי הזיהוי. פסק הדין בעניין Wade¹²⁸ קבע כי לחשוד קיימת זכות לנוכחות עורך דין במסדר זיהוי על פי התיקון השישי לחוקה מכיוון שמדובר בשלב קריטי בחקירה. פסק הדין קובע כי נוכחות של עורך דין עשויה למנוע פגמים אפשריים בהליכי ביצועו של מסדר הזיהוי וזיהוי לא מדויק של חשוד שעלול להוביל להרשעת חפים מפשע.

עם זאת למרות רציונל זה מבחינה הפסיקה בין שני מקרים: הראשון, כאשר החשוד הואשם באופן רשמי בביצוע עבירה, והשני במקרה שהחשוד טרם הואשם בביצוע העבירה. ביחס למקרה הראשון בו הואשם החשוד בביצוע העבירה נפסק כי התיקון השישי לחוקה מעניק לחשוד במקרה זה זכות לנוכחות סניגורו במסדר הזיהוי. במידה שמתקיים מסדר בשלב זה ללא נוכחות עורך דין חובה על התביעה להראות כי היה ויתור מודע של החשוד על זכותו. הפרת זכות זו מהווה פגם שאינו ניתן לריפוי, כך שמסדר זיהוי כמו גם כל זיהוי עתידי לאחר אותו אירוע אינו קביל אלא במקרים חריגים בהם ניתן להוכיח כי הזיהוי החדש לא הושפע בכל דרך שהיא מהזיהוי הראשוני במסדר הזיהוי הפגום.

במקרה השני המתקיים בהליכים שקודמים להאשמתו הרשמית של החשוד בביצוע עבירה אין לרשויות החקירה חובה כי עורך דינו של החשוד יהיה נוכח במהלך מסדר הזיהוי. הנימוק הפורמלי לפסיקה זו היא שההגנה של התיקון החמישי לחוקה (החיסיון מפני הפללה עצמית) אינה מחייבת נוכחות עורך דין ואין מתקיימים התנאים המנויים

¹²⁷ Hickey, לעיל הערה 97, עמ' 279.

¹²⁸ U.S. v. Wade 388 U.S. 218 (1967) וכן Criminal Procedure Project, לעיל הערה 112, עמ' 843-846.

בהלכת מירנדה. יש לציין כי בפסיקה האמריקאית הובעה ביקורת רבה על הבחנה זו וצמצומה של הלכת מירנדה בהקשר זה¹²⁹.

עם זאת הפסיקה האמריקאית¹³⁰ אינה מתירה לחשוד זכות לנוכחותו או לנוכחות עורך דינו במרבית הליכי החקירה האחרים. כך למשל אין לחשוד זכות להיות נוכח בעת זיהוי חשוד מתמונות המשטרה (אלבום עבריינים), לקיחת דגימות כתב של החשוד, בחינה של שיניו, צילומו בעת מעצרו, זיהוי קולו של החשוד, בדיקות מדעיות של התאמת טביעות האצבעות, דגימות דם, או בדיקות מדעיות נוספות כגון בחינת התאמת שיער וסיבי בגדים. פסיקת בית המשפט העליון בנקודה זו נשענת על ההנחה כי הידע המדעי והטכנולוגי בבדיקות אלה מוכר וידוע. כך שבמידה וההליך בוצע באופן שעלול להביא לתוצאות מטעות יוכל החשוד להוכיח זאת במשפטו על ידי חקירה נגדית של עורכי הדין והעדתם של עדים מומחים מטעמו. זאת להבדיל מהליך של מסדר זיהוי או מהליך החקירה שאינם בדיקות בעלות אופי מדעי וספק רב אם ניתן להפריך את ממצאיהן באמצעות עדים מומחים.

6. סיכום ומגמות עתידיות בדין האמריקאי

כפי שראינו, הדין בסוגיית הזכות לייצוג משפטי בהליכים פלילים בארצות הברית עבר מספר שינויים משמעותיים בשבעים השנים האחרונות. למעשה ניתן להשוות את המצב המשפטי בסוגיה לתנועת מטוטלת: בתחילת המאה כמעט ולא היו הגנות לחשוד, בשנות השלושים הורחבה ההגנה עד שהגיעה לשיאה בפסק הדין בעניין מירנדה ומאז המטוטלת נעה חזרה לכיוון צמצום זכויות הנאשם וכרסום הלכת מירנדה.

עם זאת, למרות הכרסום בהלכת מירנדה ניתן לומר כי הסדר הסוגייה במשפט האמריקאי נוטה במידה רבה לטובת זכויות הנאשם. מאז פסיקת פסק הדין בעניין מירנדה נערכו בארצות הברית מחקרים רבים¹³¹ לבדוק את השפעות הלכת מירנדה על נתוני הפשע וזכויות החשודים. תוצאותיהם של מחקרים אלה אינן חד משמעיות: מחד, מסקנותיהם של מחקרים רבים הן כי מירנדה כובלת באזיקים את ידי השוטרים ואינה מאפשרת להם להילחם בפשע באופן אפקטיבי, מנגד, מחקרים אחרים מצביעים על השפעה שולית של

¹²⁹ Kirby v. Illinois 406 U.S. 682 (1972) (ראה דעת הרוב לעומת דעת המיעוט).

¹³⁰ Criminal Procedure Project, לעיל הערה 112, עמ' 845.

¹³¹ Hickey, לעיל הערה 97, עמ' 286-288 וכן:

P.G. Cassel & B.S. Hayman "Police Interrogation in the 1990s: An Empirical Study of the Effects of Miranda" 43 U.C.L.A. Law Review p. 909 (1996)

G.C. Thomas "Is Miranda a Real World Failure? A Plea for More & Better Empirical Evidence" 43 U.C.L.A. Law Review p. 821 (1996)

הלכת מירנדה על אחוז החקירות שאינן מסתיימות בהצלחה וכן על השפעה חיובית ביותר בפעילות השוטרים ובשמירה על זכויות חשודים בעת מעצרם. נראה שאין ולא תהיה תשובה ברורה לזיכוח מהן השפעות הלכת מירנדה על הסדר הציבורי וזכויות החשוד. עם זאת אין ספק שפסק הדין בעניין מירנדה הפך לאחד מפסקי הדין המשפיעים ביותר על ההסדר המשפטי בסוגיה במשפט האמריקאי ובשיטות משפט אחרות וביניהם שיטת המשפט הישראלית.

4. בחינה ביקורתית של הסדר הסוגיה במשפט הישראלי

א. רקע - ההכרה בזכות לייצוג משפטי בחקירה בחקיקה שיפוטית

הסדר הסוגיה בחוק הישראלי היה מבוסס במשך שנים ארוכות על עקרונות שנקבעו על ידי המשפט האנגלי¹³². כפי שראינו לעיל ההסדר במשפט האנגלי הכיר בעיקר בזכות לייצוג משפטי במהלך המשפט. עם זאת, במשפט האנגלי זכותו של החשוד להפגש עם עורך דין במהלך החקירה הייתה מוגבלת למדי וגובשה במסגרת הפסיקה ומאוחר יותר במסגרת "תקנות השופטים". כך גם במשפט הישראלי הזכות לייצוג משפטי על ידי סניגור בהליכי החקירה נקבעה ראשית בפסיקת בית המשפט העליון ואספקטים מסויימים שלה הוכרו מאוחר יותר בחקיקה.

שני פסקי הדין המנחים שביססו את הזכות לייצוג משפטי במשפט הישראלי ניתנו על ידי בית המשפט העליון במהלך שנות ה-60. בפסק הדין בעניין חסין יאסין ביסס בית המשפט העליון את מעמדה של זכות ההיוועצות כזכות יסוד¹³³:

"משנתבקש עורך דין על ידי נאשם - עציר (או קרוביו) להושיט לו עזרה משפטית, מחובת המשטרה לאפשר לעורך הדין, אם יבקש רשות, להתראות עם העציר בהקדם האפשרי, כדי שיוכל ליעץ לו בדבר זכויותיו ולעזור לו לערוך את הגנתו. המשטרה רשאית שלא לנהוג בדרך זו רק במקרה יוצא מן הכלל ורק כאשר יש בידה סיבה מוצדקת. יודגש כי החשש, פן עשוי עורך הדין להשפיע על העציר לבל ימסור הודעה למשטרה אינו מהווה סיבה שכזאת".

פסק הדין המרכזי השני שביסס הלכה זו ניתן בפרשת טאו¹³⁴. באותו מקרה נקבע כי הזכות להיוועץ בעורך דין אינה אלא אספקט אחר של זכות השתיקה. כן נפסק כי שלילת

¹³² ליבאי, לעיל הערה 10, שם.

¹³³ ע"פ 307/60 יאסין ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז 1541, עמ' 1570.

זכותו של חשוד לייצוג משפטי בעת חקירתו ולפני גביית עדותו עשויה לגרור את המסקנה כי האמרה נגבתה שלא מרצונו הטוב והחופשי של החשוד וכך להפוך את הודאתו לבלתי קבילה.

בתי המשפט השונים בישראל חזרו והסתמכו על ההלכה המנחה של שני פסקי הדין הללו בשורה ארוכה של פסקי דין¹³⁵. למעשה מהווים פסקי דין אלה עד היום את הבסיס המשפטי לאפשרות לפסול ראיות שהושגו תוך הפרת זכותו של חשוד לייצוג משפטי¹³⁶. מכוח העקרון שהודאתו של החשוד חייבת להיות מרצונו הטוב והחופשי ולאחר שויתר באופן מודע ותוך הפעלת שיקול דעת על זכות השתיקה¹³⁷.

ב. הסדר הסוגיה בחוק והשפעות המהפכה החוקתית

בתחילת שנות ה-80 נקבעה לראשונה בחקיקה הישראלית זכותו של החשוד להיות מיוצג בהליכי חקירה פלילית¹³⁸. עם שינוי זה הצטרפה ישראל לרשימת המדינות המתוקנות בהן קיימת הוראה דקלרטיבית הקובעת את זכותו של החשוד להיות מיוצג על ידי עורך דין, או כדברי הנשיא שמגר¹³⁹:

”זכותו של עציר להפגש עם עורך דין לצורך התייעצות מוכרת זה מכבר כאחת מזכויות היסוד של האזרח וחוק סדר הדין הפלילי תיקון מס' 15 עיגן זכות זו בחוק והגדיר אותה בבירור.”

עם זאת, תיקון זה הסדיר באופן חלקי בלבד את הסוגיה והתעלם ממספר שאלות יסודיות בדבר תפקידו של עורך הדין בחקירה. כך למשל, אין בתיקון התייחסות לשאלה האם הסניגור יכול להיות נוכח בהליכי חקירה כגון גביית עדות מהחשוד ומסדר זיהוי ואם כן מהי מידת המעורבות המותרת. היעדר התייחסות לשאלות אלה בולט במיוחד לאור סעיף 22 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961 הקובע את זכותו של כל אדם להיות מיוצג על

¹³⁴ עניין טאו, לעיל הערה 10, עמ' 547. יש לציין כי זכות זו התבססה בפסיקה גם על הוראת סעיף 22 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א 1961 וכן על כללי הצדק הטבעי.

¹³⁵ ע"פ 127/76 בונס נ' מדינת ישראל, פ"ד ל (3) 516, עניין מועדי, לעיל, הערה 11, שם, ע"פ 533/82 זכאי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח (3) 57, 65, ע"פ 747/86 אייזמן ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מב (3) 454, ע"פ 344/75 נחום נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(1) 659.

¹³⁶ קדמי על הראיות (מהדורה משולבת ומעודכנת, תשנ"ט-1999) עמ' 25 – 28.

¹³⁷ זאת כמובן על פי סעיף 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א 1971.

¹³⁸ תיקון מספר 15 לחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה 1965, תשמ"א-1981. ראה גם את הצעת החוק, ה"ח 1508 התשמ"א-1981, עמ' 171 בה נקבע כי: "זכותו של החשוד להיפגש עם עורך דין לצורך התייעצות אינה כתובה מפורשות בספר החוקים, אך היא מוכרת כאחת מזכויות היסוד... הסעיף המוצע בא לעגן באופן מפורש בחוק את עקרון היסוד..."

¹³⁹ עניין זכאי, לעיל הערה 135, עמ' 65.

ידי עורך דין בפני כל רשויות המדינה. חלק משאלות אלה, כפי שנראה להלן, נותר ללא תשובה ברורה.

ב- 20 השנים שחלפו מאז נקבע התיקון לחוק עברו הסעיפים המסדירים את נושא המעצר וסדרי הדין הפלילי מספר תיקונים ורפורמות. ההשפעה הגדולה של חוקי היסוד והמהפכה החוקתית לא דילגה על הדין הפרוצדורלי הפלילי ובאה לידי ביטוי בשינויים נרחבים בחקיקה¹⁴⁰ ובפסיקתו של בית המשפט העליון¹⁴¹. השינוי הגדול בחוק המתייחס לנושא זכות הייצוג על ידי סניגור בחקירה בוצע בשנת 1996 במסגרת קביעת הנוסח החדש של חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה- מעצרים), תשנ"ו- 1996 (להלן: החוק). תיקון זה התבסס על המלצותיה של ועדה ציבורית בראשותו של השופט דב לוי ונוסח הצעת חוק שהכין השופט דן ביי. במסגרת התיקון עברו דיני המעצרים שינויים רבים בהשפעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובין היתר קוצרו אורכי תקופת המעצר, נקבע מוסד העיכוב והעקרון שאין לעצור אדם אם ניתן לעכבו, כן נקבעו זכויות מינימליות בבתי הכליאה להן זכאי כל עציר ועוד¹⁴². שינוי נוסף היה בחקיקת חוק הסנגוריה הציבורית בשנת 1995 שהרחיב במידה רבה את זכות הייצוג על ידי סניגור ציבורי לנאשמים חסרי אמצעים.

עם זאת, ביחס לשינויים הגדולים הללו היו שינויים מינוריים ומעטים יחסית בדין הנוגע לזכות החשוד לייצוג על ידי סניגור במהלך החקירה. למעשה לא היו כמעט שינויים בחוק או בפסקי דין מנחים של בית המשפט העליון בנושא זה משנת 1992 והדין מתבסס על הוראות חוק ופסיקה שעיקריה נקבעו בשנות ה-70 וה-80 לפני המהפכה החוקתית. פסקי דין עקרוניים של בית המשפט העליון, אשר דנו בסוגיה בשנים האחרונות, הכירו בזכות הייצוג על ידי סניגור בשלב החקירה כזכות חוקתית הנובעת מזכותו של האדם לכבוד ומזכותו לחירות¹⁴³. כפי שנראה בהמשך הסקירה, מצב זה בו קיימת הכרה בזכות כזכות חוקתית והאקלים המשפטי מסביבה משתנה, אך היקף ההגנה על הזכות אינו משתנה, יוצר סתירות פנימיות רבות ואי אחידות בגישת הדין.

¹⁴⁰ כך נחקקו מספר חוקים חדשים בהתאם לעקרונות הקבועים בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. נזכיר את: חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה- חיפוש בגוף החשוד) תשנ"ו-1996, חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה- מעצרים) וכן את חוק הסניגוריה הציבורית, תשנ"ו-1996.

¹⁴¹ למשל בג"צ 5100/94 הוועד הציבורי נ' עינויים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח' (טרם פורסם), דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מ"י, פ"ד מט (4) 589.

¹⁴² להרחבה ראה: י. אלבשן "סדר דין פלילי: חוק המעצרים החדש" עיוני משפט כב (פברואר 1999) 87.

¹⁴³ א' ברק פרשנות במשפט כרך שלישי "פרשנות חוקתית" (תשנ"ד- 1994) 422, בג"צ 6302/92 רומחיה נ' משטרת ישראל, פ"ד מ"ז(1) 209 וכן עניין סופיאן ומגן, לעיל הערה 9, שם. כמו כן ראה בש"פ 5136/98 מנבר נ. מ"י (לא פורסם).

ג. חובת רשויות החקירה ליידע חשוד בדבר זכותו להיוועץ בעורך דין

1. תוכן ההודעה על הזכות להיוועץ בעורך דין

סעיפים 25, 27 ו-28 לחוק קובעים כי לאחר שהובא עצור לתחנת המשטרה יש להביא אותו בפני קצין ממונה שיחליט בדבר המשך מעצרו. במידה והוא מחליט לעצרו חייב הקצין על פי סעיף 32 (1) לחוק להסביר לעצור כי זכותו להודיע על מעצרו לאדם קרוב ולעורך דינו וכן כי זכותו להפגש עם עורך דין. כן עליו ליידעו כי במידה והוא עונה על הקריטריונים בחוק הסנגוריה הציבורית הוא זכאי לסניגור ציבורי חינם. חובת היידוע של החשוד בדבר זכותו לסניגור הינה חובה קוגנטית שרשויות החקירה חייבות לבצע עם מעצרו. יש לציין שעוד לפני חקיקת החוק קבעה פסיקת בית המשפט העליון מספר כללים בהקשר של חובת היידוע¹⁴⁴:

- (1) יש להודיע לעצור על זכותו להיפגש עם עורך דין באופן פוזיטיבי ולא להמתין עד שידרוש מפגש כזה.
- (2) אין צורך לחזור ולהזכיר לו על זכות זו זמן קצר לאחר ההודעה, אולם אם בתחילה סירב ואחר כך ביקש להפגש עם עורך דין יש לאפשר את המפגש ללא דיחוי.
- (3) עם הימשכות החקירה יש לחזור ולהזכיר לעצור כי עומדת לו הזכות להיפגש עם עורך דין, אם כי אין צורך להודיע לו על זכותו בשלבים קריטיים בחקירה כגון גביית הודאתו.
- (4) על פי סעיף 33(ג) לחוק חובה למסור לחשוד בעת ההודעה על הזכות רשימה של עורכי דין, המוכנים לשמש סניגורים לעצירים מטעם לשכת עורכי הדין. כדי לוודא קבלת ההודעה העצור יאשר בחתימת ידו קבלת ההודעה.

פסק דין זה הינו חריג ולמעשה לא נקבעו בחוק ובפסיקה כללים ברורים להסדרת תוכנה של חובת היידוע. כך למשל לא ברור האם המבחן לחובת היידוע הוא מבחן אובייקטיבי או סובייקטיבי, כלומר האם נדרש שרשויות החקירה יודעו כי החשוד הספציפי יבין את זכותו לייצוג משפטי או די בכך שרשויות החקירה יידעו אותו בדבר זכותו כפי שהיו נוהגים במקרה של חשוד סביר. כן לא נקבעו הוראות ספציפיות ביחס לאנשים בעלי מגבלות שעשויות להקשות עליהם להבין את תוכנה ומשמעותה של ההודעה בדבר זכותם לעורך דין. יש לציין כי מצב בו חובה זו ואופן ביצועה אינה מוסדר בחוק מותר פתח רחב לחוקרי המשטרה להשפיע על החשוד שלא כדאי לא לעשות שימוש בזכותו להיפגש עם סניגור¹⁴⁵.

¹⁴⁴ ע"פ 334/86 סבאח נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(3) 857, 866 וכן מ' סגי זקס חירות ממעצר (1998) עמ' 107 – 108.

¹⁴⁵ **ביין, לעיל** הערה 12, עמ' 117. במאמרו מציע השופט ביין כדי להתגבר על בעייה זו לקבוע מינוי סניגור ציבורי בתחילת החקירה לחשודים במקרים בהם על פי החוק קיימת

2. משמעות הפרתה של החובה

פסק הדין בעניין סופיאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה¹⁴⁶ הוא אחד מפסקי הדין המרכזיים הדנים במעמדה של חובת היידוע במשפט הישראלי. באותו מקרה מסביר המשנה לנשיא אלון את האינטרסים שעליהם מבוססת חובת היידוע ודן בחשיבותה של הזכות בדין הישראלי:

"... מן הזכות היסודית של העצור להיפגש עם עורך דין נגזרות ומשתמעות הזכות לקבל הודעה על קיומה של זכות זו והחובה המוטלת על הרשויות להודיע על כך לעצור. מי שאינו יודע על קיומה של זכות, לא יוכל לנסות לממש אותה. ובמיוחד כך הוא שמדובר באדם שנעצר, ונפשו טרודה, ועשוי הוא לא לדעת כיצד עליו לנהוג ומה עליו לעשות. אשר על כן זכאי הוא העצור, ומחויבות הן הרשויות, שיודיעו לו על זכותו להיפגש עם עורך דין... כלל גדול הוא בעולמה של היהדות כי 'מי שאינו יודע לשאול את פתח לו (מכילתא בא פרשה י"ח; ירושלמי, פסחים פרק י' הלכה ד). אין זה עיקרון בתחום החינוך והלימוד בלבד, לעניין הלכות שונות, שבהן בעל דין עלול לקפח את זכותו המשפטית מתוך שהוא נמצא במצוקה, אישית או כלכלית, ואינו יודע מה טענה עליו לטעון כדי לבוא על זכותו..."

פסק דין מרכזי נוסף בסוגיה הדין במעמדה של חובת היידוע ובמשמעות הפרתה נדון בשנת 1997 בפני בית הדין הצבאי לערעורים בעניין התצ"ר נ' יששכרוב¹⁴⁷. באותו מקרה טוראי יששכרוב נקלט בשעת לילה מאוחרת בכלא צבאי, במהלך קליטתו התבקש להתפשט, ואז נפל מבגדיו דבר מה, עטוף בנייר שנחשד כסם. תחילה ניסה החשוד להסתיר את החפץ מתחת לרגליו, אך לאחר מכן אמר לשוטרים בכלא: "זה גראס", אני יכול להסביר". למחרת היום הגיע חוקר מצ"ח לכלא כדי לחקור את החשוד. טרם חקירתו קיבל לידי את החפץ שנפל מבגדי הנאשם והתרשם שאכן מדובר בסם מסוכן מסוג "גראס". כן שמע החוקר מפי השוטרים בכלא כי החשוד התוודה בפניהם על שימוש קודם שעשה בסם מסוכן, כאשר לא היה ברור מדברי החשוד אם השימוש נעשה בעת שירותו הצבאי או לפניו. כעשרים דקות לאחר תחילת חקירתו הודה החשוד בשימוש ב"גראס" בעשר הזדמנויות שונות במהלך שירותו הצבאי. לאחר הודאתו של החשוד

חובה למנות סניגור במהלך המשפט. יש לציין כי ממחקרים שנעשו באנגליה עולה כי ב-41% מהמקרים ניסו החוקרים להניא את החשוד מלהיועץ בסניגור במהלך חקירתו. ראה: H. Fenwick "Evading Access To Legal Advice" *The Journal of Criminal Law* vol.59 (1995) 199.

¹⁴⁶ עניין סופיאן, לעיל הערה 9, שם.

¹⁴⁷ ע' 139/97 / התצ"ר נ' יששכרוב, פסקי דין נבחרים של בית הדין הצבאי לערעורים 1998, עמ' 123.

ובטרם הושלמה גביית האמרה, יצא החוקר מחדר החקירות ושוחח בטלפון עם מפקד בסיס מצ"ח. באותה שיחת טלפון הורה לו מפקדו לעצור את החשוד. החוקר, לאחר שסיים את שיחת הטלפון, המשיך בגביית אמרת החשוד והודיע לחשוד על מעצרו ועל זכותו להיוועץ בעורך דין כרבע שעה לאחר סיום גביית האמרה.

יש לציין כי הוראות חוק השיפוט הצבאי, תש"ו-1955 (להלן: החש"צ) בנושא הפנו, באותה עת, להוראות חוק המעצרים עליהן עמדנו לעיל. עם זאת ההוראות הפנימיות של המשטרה הצבאית החוקרת שהתבססו על פסיקת בתי הדין הצבאיים הרחיבו את ההגנה הקבועה בחוק ביחס לחיילים בקובען כי:

"במידה וידוע מראש שחייל עתיד להיעצר, יש להודיע לו מהם החשדות והזכויות טרם חקירתו לרבות זכות היוועצות עם עורך דין".

כך שלמעשה זכותו של מי שנעצר על ידי המשטרה הצבאית להודעה על זכותו לעורך דין הייתה מקיפה יותר מזכותו של מי שנעצר על ידי משטרת ישראל. יש לציין כי תיקון מספר 34 לחש"צ תשנ"ח-1988 שהתקבל לאחר המקרה עיגן הוראה פנימית זו בסעיף 1א227 לחש"צ. בית הדין הצבאי המחוזי קבע כי במעשיו הפר חוקר מצ"ח את הוראות המשטרה הצבאית החוקרת ולא מילא את חובת היידוע. שופטי הרוב בערכאה זו קבעו בהחלטתם כי לנוכח הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, יש לפסול את ההודאה בגין הפגיעה בזכות ההיוועצות למרות שההודאה ניתנה מרצונו הטוב והחופשי של החשוד. זאת בשל העובדה שחוק היסוד שינה את מאזן הכוחות ויצר כלל פסילה חדש המיועד להגן על פגיעה בזכויות חוקתיות כגון זכות ההיוועצות בעורך דין שמן הראוי להשתמש בו בעובדות המקרה. שופט המיעוט חלק על דעת הרוב בעניין החומרה של פגיעת חוקר מצ"ח בזכויות החשוד. לדעתו האינטרס הציבורי חברתי של מלחמה בעבריינות גובר על פני זכויות החשוד בהיעדר הוראה ברורה המתירה פסילת ראייה במקרים כגון המקרה נשוא הדיון.

בית הדין הצבאי לערעורים הפך את החלטתו של בית הדין בערכאה ראשונה בקבעו כי בנסיבות המקרה אין מקום לפסילת הודאת הנאשם. לדעת השופטים בבית הדין הפרה של זכותו של חשוד לייצוג משפטי אינה פוסלת את קבילות הראייה. לדעת שניים מהשופטים עם חקיקת חוקי היסוד הפכו זכויות היסוד ובכללן זכותו של החשוד להיוועץ בעורך דין לזכויות חוקתיות, ונקודת האיזון בינן לבין שאר הערכים הוסטה לכיוון זכויות אדם. אלא שלמרות שינוי זה אי הודעה למי שעומד להיעצר, ואף למי שנעצר, על זכותו להיוועצות, אף אם היא נעשית שלא בתום לב, אינה כשלעצמה, הפרה קיצונית של זכות בסיסית עד כדי כך, שתביא לפסלות ההודייה שנמסרה מרצון טוב וחופשי. לדעת השופט השלישי השאלה אינה מה מעמדה והיקף תחולתה של זכות ההיוועצות ומה הם האמצעים

הראויים להבטחת יישומה אלא אם ההודייה היא "חופשית ומרצון" כאמור בסעיף 12 לפקודת הראיות. לדעתו בנסיבות המקרה הפגיעה בזכות ההיוועצות אינה שוללת את רצונו החופשי של החשוד.

יש לציין כי פסק הדין של בית הדין הצבאי המחוזי מהווה אחד מפסקי הדין הראשוניים¹⁴⁸ לאחר המהפכה החוקתית בו פסל בית המשפט ראייה תוך שימוש בדוקטרינה של "פירות העץ המורעל" שמקורה כפי שראינו לעיל במשפט האמריקאי. פסק הדין נדון כיום בערעור בפני בית המשפט העליון.

נציין כי השאלה האם ראוי להחיל בישראל כלל פסילה חוקתית במקרה של הפרת זכויות חוקתית כגון הזכות להיוועץ בעורך דין ובאילו נסיבות יש להפעיל כלל זה היא שאלה שקצרה היריעה מלהשיב עליה בהרחבה במסגרת מאמר זה. נושא זה נדון בהרחבה במשפט האמריקאי ובמשפט הישראלי ומחכה כיום להכרעתו של בית המשפט העליון¹⁴⁹. עם זאת נציין כי לדעתנו מכיוון שמדובר בסוגיה עקרונית בעלת השלכות רחבות על מערכת המשפט הפלילית מן הראוי שהחלטה בסוגיה זו תתקבל בהליך חקיקה מסודר. על הליך זה להסתמך על תשתית עובדתית מתאימה הכוללת מחקרים רחבי היקף בנושא וכן דיון ציבורי נרחב שיכלול שקילת וביקת השלכותיה של החלטה מסוג זה על מערכת המשפט הישראלית. נציין כי ספק אם קיימים כיום נתונים מספיקים ביחס למצב הקיים בישראל¹⁵⁰ והשלכות קבלת הכלל בדבר פירות העץ המורעל על מערכת אכיפת החוק.

¹⁴⁸ בתי"פ (נצ"י) 511/97 **מדינת ישראל נ' עודה** (לא פורסם) פסל בית המשפט המחוזי בנצרת רישום של שיחה שערך חוקר עם עצור בתחנת משטרה מבלי שהזהירו לפני קיום השיחה שזכותו לא לומר דבר. בית המשפט הסתמך על הטענה כי עם חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירות קיימת הצדקה לפסילת ראיות שהושגו תוך הפרה של זכות יסוד חוקתיות המוגנות בחוק.

¹⁴⁹ ראה בין היתר: **הרנון, לעיל** הערה 1, שם; **גרוס, לעיל** הערה 31, שם; **עניין ועקנין, לעיל** הערה 3, שם.

A.J. Ashworth "Excluding Evidence As Protecting Rights" (1977) **Crim.L.R.** 723, **Grano, לעיל** הערה 2, שם. **P.G. Cassel & B.S. Hayman** ו- **G.C. Thomas, לעיל** הערה 131, שם. וכן:

S. J. Schulhofer "Miranda's Practical Effect" **Nw. U. L. R.** vol. 90, 500 (1996)
 P.G. Cassel "Miranda's Social costs: An Empirical Reassessment" **Nw U.L.R.** vol. 90, p. 387 (1996).

¹⁵⁰ נציין כי על פי מחקר שנערך על ידי הסניגוריה הציבורית מתברר כי 47% מהעצורים במחוז תל אביב טענו כי כלל לא נאמר להם על זכותם להיוועץ בעורך דין (נייר עמדה של הסניגוריה הציבורית בשאלת קבילותה של הודאת חשוד שלא נמסרה לו הודעה על זכותו להיוועץ בעורך דין, פברואר 2000, הוגש לבית המשפט העליון במסגרת הדיון בפרשת יששכרוב). מעניין להשוות מחקר זה למחקר מקביל שנערך באנגליה וממנו עולה כי רק ב 2.6% מהמקרים לא הודיעו רשויות החקירה לחשודים על זכותם לייצוג משפטי. לדיון בתוצאות מחקר זה ראה בין היתר:

H. Fenwick, "Evading Access To Legal Advice" **The Journal of Criminal Law** vol.59 (1995) 199.

3. מתי קמה חובה ליידע חשוד בדבר זכותו לייצוג משפטי

כפי שראינו לעיל קיימת תשובה שונה לשאלה מתי קמה החובה ליידע חשוד בדבר זכותו לייצוג משפטי במערכת האזרחית והצבאית. במערכת האזרחית על פי הוראת סעיף 32 לחוק המעצרים החובה ליידע את החשוד בדבר זכותו לייצוג משפטי קמה לאחר שהקצין הממונה החליט לעצור את החשוד. בעוד שלפי הוראות סעיף 1א227 לחש"צ חובה זו קמה ביחס לחייל כשלפי הדין קיימת אפשרות קרובה למדי שייעצר. שוני זה שנוצר בתחילה בעקבות פסיקתו של בתי הדין הצבאיים והוראות מצ"ח הפך לשוני הקבוע בחוק בשנת 1997.

נציין כי בתזכיר להצעת החוק בה תוקן חוק השיפוט הצבאי נקבע כי:

"בהצעה זו צה"ל עושה כבוד דרך לפני, ומאמץ הסדר העולה בקנה אחד עם רוחו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אף שמערכת החקירה והשפיטה האזרחית טרם הכירה בו"¹⁵¹.

עם זאת לא ברור מהי ההצדקה ליצור הבחנה בהקשר זה בין זכויותיו של חייל ובין זכויותיו של אזרח (כך למשל, במה שונה מעמדו של חייל בסוגיה מזה של שוטר מג"ב או תלמיד בתיכון). לדעתנו הגישה הקיימת כיום בחוק לפי התשובה לשאלה מהו הסטטוס של אדם חייל או אזרח קובעת את היקף ההגנה החוקתית לה הוא זכאי בסוגיה זו אינה ראויה ויש לקבוע הסדר זהה לחיילים ולאזרחים.

כמו כן נציין כי הן בהסדר האזרחי והן בהסדר הצבאי קיימת התעלמות ממטרתה של חובת היידוע על פי הפסיקה. כפי שראינו לעיל בהחלטתו של השופט אלון בפרשת סופיאן מטרתה של חובת היידוע במשפט הישראלי היא: "לסייע לאדם שנעצר, ונפשו טרודה, ועשוי הוא לא לדעת כיצד עליו לנהוג ומה עליו לעשות. אשר על כן זכאי הוא העצור, ומחוייבות הן הרשויות, שיודיעו לו על זכותו להיפגש עם עורך דין"¹⁵². נראה שמטרה זו מבוססת על הצורך ליידע אדם הנמצא במצב של לחץ נפשי בדבר זכויותיו. מכאן שאם רוצים לאפשר מימושה של מטרה זו יש להרחיב את חובת היידוע גם למקרים נוספים כגון עיכוב והליכי חקירה אחרים שעשויים ליצור מצב של לחץ נפשי אצל הנחקר, בדומה להלכה הרווחת במשפט הקנדי שסקרנו לעיל. שינוי זה בחקיקה נובע גם מהמהפכה החוקתית ששינתה את מאזן הכוחות והכירה בזכות הייצוג כזכות חוקתית שיש להעניק לה הגנה מוגברת בחוק. נציין כי השינוי ימנע מצבים בהם חוקרי משטרה

A. Sanders, "Access To Legal Advice & Police Malpractice" **Criminal Law Review** (1990) 494.

¹⁵¹ תזכיר חוק השיפוט הצבאי מיום 7 למאי 1996.

¹⁵² עניין סופיאן, לעיל הערה 9, שם.

עוצרים את החשוד רק בסיום החקירה כדי להמנע מליידע אותו על זכותו לייצוג משפטי (בדומה לעובדות פסק הדין בעניין יששכרוב).

ד. זכות החשוד לפגוש את עורך דינו

1. תוכנה של הזכות

זכותו של החשוד להיוועץ בעורך דין הוכרה כאמור במשפט הישראלי בפסיקה עוד לפני הסדרתה המפורשת בחוק המעצרים. כיום הוראות סעיף 34 לחוק קובעות במפורש כי לכל עצור קיימת זכות להיפגש עם עורך דין ולהיוועץ בו. זכות זו יש לאפשר לעצור ללא דיחוי, ביחידות ובתנאים המבטיחים את סודיות השיחה.

עם זאת, למרות הסדרה של הזכות בחוק ופסקי הדין של בית המשפט העליון המכירים בזכות כזכות חוקתית, שמעמדה התחזק לאחר המהפכה החוקתית, החוקים הקיימים כיום בסוגיה אינם מבטיחים הגנה מספקת לזכות זו. כך למשל, הזכות ניתנת להתנאה על ידי החשוד, כאשר בניגוד למרבית שיטות המשפט אותן סקרנו לעיל אין התביעה חייבת להוכיח כי החשוד ויתר באופן מודע על זכותו אלא הנטל במשפט הישראלי כיום הוא על החשוד להוכיח כי נמנעה ממנו זכותו לפגוש בסניגור. הוכחה שאינה פשוטה כלל ועיקר, במיוחד לאור העובדה כי לרוב בית המשפט יצטרך להכריע במקרים מסוג זה האם אמינה יותר גרסת החשוד או גרסת החוקרים. נקודה נוספת שאינה מוסדרת בחוק, ובכך למעשה יוצרת פרצה בהסדר החוקי היא בשאלה, האם יכול החשוד לממש את זכותו על ידי שיחת טלפון לעורך דינו. נראה שכיום בהיעדר הסדר תוכלנה רשויות החקירה, מסיבה זו, לסרב לבקשתו של החשוד להיוועץ בעורך דינו בטלפון.

חסרון נוסף בדין הישראלי בסוגיה זו הוא שאין הוא קובע הוראות המונעות מרשויות החקירה לחקור את החשוד לפני שמימש את זכותו להיוועץ בעורך דין¹⁵³. כך למעשה האינטרס של רשויות החקירה הוא לעכב ככל האפשר את הפגישה בין הסניגור לחשוד כדי לנסות ולחקור את החשוד בטרם קיבל ייעוץ משפטי שעלול לסכל את המשך החקירה. לאור העובדה שלרוב כל המגעים בין עורך הדין לבין החשוד נעשים עד לפגישה באמצעות המשטרה נוצר כאן פתח המאפשר לחוקרים לעכב במכוון את הפגישה כדי לאפשר חקירה של החשוד מבלי שיוועץ בסניגורו¹⁵⁴. בנוסף לכך אין בחוק קביעה תוך כמה זמן צריכה להתקיים הפגישה בין החשוד ועורך דינו, עובדה המקלה על האפשרות של רשויות החקירה לעכב ככל היותר את הפגישה בין החשוד לסניגור¹⁵⁵.

¹⁵³ יש לציין כי פסיקת בית המשפט העליון בנקודה זו קובעת במפורש כי ניתן לחקור את החשוד אף אם זה לא מימש את זכותו לייצוג משפטי (עניין זכאי, לעיל הערה 135, עמ' 60).

¹⁵⁴ **ביין, לעיל** הערה 12, עמ' 118 – 120.

¹⁵⁵ **גרשוני, לעיל** הערה 15, עמ' 172 – 173.

נקודה נוספת בה אין מוקנית הגנה מספקת לזכותו של החשוד להיוועץ בעורך דינו היא האפשרות של רשויות החקירה ושל בתי המשפט לדחות את מימושה של זכות הייצוג על ידי הטלת איסור על החשוד לפגוש את עורך דינו.¹⁵⁶

2. דחיית הפגישה

כפי שצינו לעיל, סעיף 34 (ב) לחוק קובע כי במידה שעצור מבקש להיפגש עם עורך דין חובה לאפשר זאת ללא דיחוי. אולם, לסעיף זה חריגים רבים הקבועים בסעיפים 34 ו-35 לחוק. חריגים אלה מאפשרים לרשויות החקירה במגוון רחב של מקרים לדחות את הפגישה לתקופות זמן ארוכות יחסית. האפשרות לדחייה מתחלקת בחוק למספר קטגוריות שבהן סמכויות שונות לדחיית הפגישה עם עורך דין.¹⁵⁷ נציין כי עם שלילת זכותו של החשוד להיפגש עם עורך דינו יש להודיע לו על כך באופן מיידי וניתנת לו האפשרות לתקוף את ההחלטה בערכאה השיפוטית המתאימה.¹⁵⁸ יש לציין כי סמכויות רחבות אלה של רשויות החקירה צומצמו במידה רבה על ידי הפסיקה שהגבילה את המקרים בהם ניתן לעשות בהן שימוש.¹⁵⁹ עם זאת, למרות התייחסות הפסיקה לדחיית הפגישה עם עורך דין כאל סמכות שאין לעשות בה שימוש

¹⁵⁶ הגבלה נוספת על הזכות לייצוג משפטי מצוייה במערכת המשפט הצבאית שם קיימת הגבלה על בחירת עורך דין עימו נפגש החשוד. שכן החשוד זכאי להיות מיוצג וממילא גם להפגש רק על ידי אדם שאושר לשמש כסניגור צבאי לפי סעיף 318 לחש"צ (גרשוני, לעיל הערה 15, עמ' 178).

¹⁵⁷ סמכויות דחיית הפגישה עם עורך דין המפורטות בסעיפים 34 ו-35 לחוק הן:
 (1) דחייה קצרה לשם מניעת פגיעה בהמשך החקירה - סעיף 35 לחוק מעניק לקצין משטרה בדרגת רב פקד ומעלה סמכות לדחות את הפגישה בין חשוד לסניגורו לפרקי זמן של מספר שעות. סמכות זו נועדה לשימוש במקרה בו החשוד נמצא בהליכי חקירה ואי דחיית הפגישה והפסקת החקירה עלול לסכן באופן ממשי את החקירה.
 (2) במידה וקצין בדרגת רב פקד סבור כי פגישת העצור עם עורך דין עלולה לסכל או לשבש מעצרים של חשודים נוספים באותו עניין רשאי הוא להורות על דחיית הפגישה לפרק זמן של עד 24 שעות משעת המעצר.
 (3) קצין משטרה בדרגת רב פקד רשאי שלא לאפשר פגישה לתקופה שלא תעלה על 48 שעות משעת המעצר, אם שוכנע שהדבר דרוש לשם שמירה על חיי אדם או לצורך מניעת פשע או אם מדובר בעבירת בטחון והפגישה עלולה לסכל את המשך החקירה.
 (4) בעבירות בטחון קיימת אפשרות לקצין משטרה לדחות פגישה עם סניגור ל-10 ימים, כאשר נשיא בית המשפט המחוזי רשאי להאריך תקופה זו פעם נוספת ל-21 יום. על סמכויות אלה נתונה לסניגור אפשרות ערעור בפני נשיא בית המשפט המחוזי אם מדובר בהחלטה של קצין משטרה, ובפני שופט בית המשפט העליון אם מדובר בהחלטת בית המשפט המחוזי.

יש לציין כי במערכת הצבאית לא הייתה קיימת בעבר סמכות לדחות את הפגישה עם סניגור שכן לא נקבעו בחוק חליפים לגורמים האזרחיים האמורים. מצב זה תוקן לאחרונה עם תיקונו של סעיף 227 לחש"צ. ראה גם גרשוני, לעיל הערה 15, 191 – 192.

¹⁵⁸ סופיאן, לעיל הערה 9, שם.
¹⁵⁹ בג"צ 6302/92 רומחיה נ' משטרת ישראל, פ"ד מז(1) 209, בג"צ 128/84 חזן נ' מאיר, פ"ד ל"ח(2) 24, 27 וכן בג"צ 4965/94 קהלני ואח' נ' שר המשטרה (לא פורסם).

אלה במקרים חריגים, רשויות החקירה משתמשות בסמכות זו לעתים תכופות בעיקר בחקירת עבירות על רקע בטחוני¹⁶⁰.

בהשוואה למדינות אחרות בעולם סמכויות רשויות החקירה הישראליות לעכב את הפגישה עם עורך דין לתקופה של 21 יום הן דרקוניות במידה רבה. ספק רב אם ניתן יהיה להצדיק סמכות זו גם ביחס לדמוקרטיה אחרות המצויות במצב בטחוני דומה למדינת ישראל כגון צפון אירלנד שם ניתן להשהות פגישה עם סניגור בעבירות הקשורות בטורר לתקופה מקסימלית של 48 שעות¹⁶¹. נראה שבהתחשב באופייה הדמוקרטי של מדינת ישראל ראוי לפקח על השימוש שנעשה בסמכויות אלה על ידי רשויות החקירה השונות בצורה מסודרת יותר. יש לציין כי כיום אין נתונים מסודרים על השימוש בסמכויות אלה וקשה לעמוד על היקף התופעה והשפעותיה.

ה. נוכחותו של עורך הדין בהליכי חקירה

החוק הישראלי אינו דן כלל בשאלה האם עורך הדין רשאי להיות נוכח בהליכי חקירה מסוימים. כך למעשה הותר המחוקק את שיקול הדעת להכריע בשאלה זו לבתי המשפט השונים, שפסקתם בנושא מועטה באופן יחסי. במסגרת סקירת מרכיב זה של הזכות לייצוג משפטי נתמקד בשתי הסיטואציות העיקריות במהלך החקירה, שאף עלו במסגרת פסקת הערכאות השיפוטיות השונות: מסדר זיהוי וגביית עדות חשוד. כפי שנראה להלן הגישה שהובעה על ידי בתי המשפט בשאלות אלה אינה אחידה ומציבה סימני שאלה בדבר הקוהרנטיות של הדין הישראלי בסוגיה זו כיום.

1. הזכות לנוכחות סניגור במהלך גביית עדותו של החשוד

אחד מפסקי הדין הראשונים בהם עלתה לראשונה שאלת זכותו של עורך דין להיות נוכח בהליכי חקירה היה בדיון הנוסף בעניין מפקד מצ"ח נ' פלוני¹⁶². באותו מקרה נדונה השאלה האם רשאי עורך דינו של קצין בצבא שנחשד בביצוע עבירות מין כלפי שתי חיילות להיות נוכח במהלך חקירתן של שתי המתלוננות. בעת מתן פסק הדין הייתה בחש"צ הוראה ספציפית בנושא זה שיצרה הסדר שונה מההסדר בדין הפלילי "הרגיל". הוראה זו שהייתה קבועה באותה עת בסעיף 264 לחש"צ קבעה כי:

¹⁶⁰ ראה: A. Feldman "The Right to a Fair Trial In Israel" **The Right To a Fair Trial** (Editors D. Wiessbrodt, R. Wolfrum, Springer, Berlin, 1997) 457, 468.

¹⁶¹ **Grote**, לעיל הערה 8, עמ' 722, לשם השוואה בצרפת ניתן להשהות את הזכות בעבירות חמורות למשך 35 שעות.

¹⁶² ד"ר 13/74 מפקד משטרה צבאית חוקרת ואח' נ' פלוני, פ"ד ל (3) 617.

"רשאי הנאשם (הכוונה בסעיף היא לחשוד), בין אם הודעה לו האשמה ובין אם לאו, לדרוש מאת הקצין הבודק (על פי הוראת סעיף 252 לחש"צ חוקר מצ"ח הוא קצין בודק) לשמוע אותו ולהזמין ולשמוע עדים להגנתו, וכן לתת לו אפשרות לחקור חקירה שכנגד כל עד שהעיד לחובתו, אלא אם כן נגבתה העדות בפני הנאשם וניתנה לו אפשרות לחקור חקירה שכנגד".

הקצין החשוד ביקש בהתאם להוראות הסעיף לצרף את עורך דינו כדי שזה יוכל לחקור את העדות כנגדו בחקירה נגדית. משסורבה בקשתו על ידי מפקד מצ"ח עתר לבג"צ בסוגיה זו. בג"צ¹⁶³ קיבל את העתירה ברוב של שני שופטים כנגד דעת מיעוט של שופט אחד, בקובעו כי סניגור רשאי מכוח סעיף 22 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961, כללי הצדק הטבעי והיעדר הוראה השוללת נוכחות עורך דין בהליך להיות נוכח במהלך הליכי החקירה. על החלטה זו ערערו רשויות החקירה והמקרה נדון בדיון נוסף.

בדיון הנוסף בשאלה זו נקבע מפורשות כי על פי החש"צ אין לעורך דינו של חשוד זכות להיות נוכח במהלך חקירתו של חשוד, שכן על פי מטרתו של החוק ניתן לראות כי הוא קובע הסדר שלילי בנקודה זו. קביעה דומה קבע בית המשפט ביחס לחקירות משטרה וזאת מתוך הכרה בעובדה שנוכחות זו עלולה לסרב ולסכל את המשך החקירה. הנמקתו של בית המשפט בפסק הדין הסתמכה על הנחת היסוד על פיה¹⁶⁴:

"...אין הכרח ששלילת זכות הייצוג או צמצומה יהיו מפורשים בחוק ודי בכך שלפי מטרת החיקוק, מבנהו, וההוראות השונות המצויות בו, משתמע ברורות שכוונת המחוקק היא לשלול או לצמצם את זכות הייצוג."

כן קבע בית המשפט שהליכי חקירה אינם אלא צעד ראשון לקראת דיונים משפטיים שבהם תיפול ההכרעה הסופית ועל כן אין להקנות לו זכות לייצוג כבר בשלב זה. יש לציין כי נימוקים אלה שהיו נכונים לתחילת שנות ה-70¹⁶⁵ ספק אם יעמדו היום במבחן חוקי היסוד לאחר המהפכה החוקתית¹⁶⁶. נראה שלאור ההכרה בזכות לייצוג על ידי סניגור כזכות יסוד חוקתית, המסקנה המתבקשת היא ששלילתה בהליך מרכזי כגביית

¹⁶³ בג"צ 517/74 פלוני נ' מפקד מצ"ח, פ"ד כט (2) 169.

¹⁶⁴ מפקד מצ"ח נ' פלוני, לעיל הערה 162, עמ' 622.

¹⁶⁵ לביקורת על פסק הדין והנמקתו ראה גרשוני, לעיל הערה 15, עמ' 164 - 170.

¹⁶⁶ ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(3) 355, עמ' 421.

עדות מהחשוד¹⁶⁷, על ידי הסתמכות על פרשנות בדרך של הסדר שלילי, המנוגדת לעקרונות היסוד החוקתיים¹⁶⁸ אין לה מקום בדין הישראלי כיום. עם זאת, למרות מסקנה מתבקשת זו לא שונתה מאז פסק הדין בעניין פלוני מדיניות רשויות החקירה שלא לאפשר נוכחות עורך דין במהלך גביית אמרה מהחשוד¹⁶⁹.

2. נוכחות סניגור במהלך עריכת מסדר זיהוי¹⁷⁰

בשורה ארוכה של פסקי דין קבע בית המשפט כי לנאשם קיימת זכות יסוד לנוכחותו של עורך דינו כמשקיף בעת עריכת מסדר זיהוי "חי" ומסדר זיהוי תמונות, זאת ללא קשר לשלב בחקירה בו נערך המסדר. בית המשפט הגדיר את תפקידו של עורך הדין כמשקיף בלבד שתפקידו מתמצה בהבטחת תקינות ההליך, כך שאין לסניגור זכות להתערב במהלך המסדר וכל שיכול לעשות הוא להעיר הערות לאחראי על המסדר בדבר קיומם של גורמים שעשויים לפגוע באמינות הזיהוי. האחראי על עריכת המסדר חייב לרשום את הערות הסניגור בפרוטוקול מסדר הזיהוי ולנסות ולתקן. במידה שהסניגור נכח במסדר הזיהוי ולא העיר הערות בנקודה מסוימת לא ניתן יהיה לתקוף את תקינותו של מסדר הזיהוי בנקודה זו בשלב מאוחר יותר. כך למשל במידה שסניגור היה נוכח במסדר זיהוי לא יוכל לעלות במהלך המשפט טענות שהמשתתפים בו לא היו דומים במראם בגילם או בלבושם, אם טענות אלה לא הועלו על ידו במהלך מסדר הזיהוי.

כן נקבע בפסיקה כי על עורך מסדר הזיהוי מוטלות מספר חובות אקטיביות כדי להבטיח את נוכחותו של סניגור במסדר זיהוי¹⁷¹: עליו לברר האם החשוד מיוצג על ידי עורך דין, במידה שאינו מיוצג יש להסביר לו כי יש לו זכות לייצוג משפטי ולנוכחות עורך דינו במהלך מסדר הזיהוי, יש לעשות את כל הפעולות הדרושות לאיתור עורך הדין ולוודא כי

¹⁶⁷ על חשיבותם המרכזית של הליכי החקירה לאור מעמדה של "חזקת החפות" במשפט הישראלי כיום ראה מ. לינדרשטראוס "חזקת החפות" במשפט הישראלי ובמשפט האמריקני- סוגיות נבחרות (1999).

¹⁶⁸ ב' אוקון וע' שחם "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטי" המשפט ג' (התשנ"ו- 1996) 265, וכן ברק, לעיל הערה 22, שם. השווה לשינוי ההלכה שהייתה נהוגה בנושא העילות למעצר עד תום ההליכים בעקבות המהפכה החוקתית בהלכת גנימאת, לעיל הערה 3, שם. ¹⁶⁹ יש לציין כי לאחרונה דחה בג"ץ עתירה שהוגשה על ידי עמותה ציבורית כנגד משטרת ישראל שבקשה לחייב את משטרת ישראל לאפשר לעורך דינו של חשוד להיות נוכח במהלך החקירה, במידה והחשוד הביע את רצונו לכך. עתירה זו התבססה בעיקר על הנימוק המוזכר לעיל ונדחתה על ידי בית המשפט בטענה שמדובר בעתירה תיאורטית שאין לדון בה אלא במקרה ספציפי בו המשטרה מונעת מעורך דין להיות נוכח בעת חקירת חשוד (ראה בג"צ 6621/99 מגן- למען קידום זכויות הפרט בהליך הפלילי נ' משטרת ישראל ואח' (לא פורסם)).

¹⁷⁰ קדמי על הראיות- הדין בראי הפסיקה (1991) חלק שני, עמ' 577 – 579.
¹⁷¹ ע"פ 648/77 קריב נ' מ"י, פ"ד לב(2) 180 וכן ראה סיכום ההלכות הרלוונטיות בספרו של קדמי על הראיות- הדין בראי הפסיקה (1997) חלק ראשון, עמ' 509 – 510.

הוא יודע על מקום עריכת מסדר הזיהוי¹⁷². במידה שמסדר הזיהוי מתקיים ללא נוכחות עורך דין אין בכך אוטומטית כדי לפסול את הראייה. אך כאשר לא התקיימו מאמצים סבירים להבטחת נוכחותו של הסניגור במסדר הזיהוי יהיה בכך כדי לפגום במידה ניכרת במשקלו הראיתי של מסדר הזיהוי ולהביא לכך שהזיהוי יהיה נטול כל משקל¹⁷³.

3. סיכום

כפי שניתן לראות, גישת המשפט הישראלי בסוגיה זו אינה אחידה וספק עם עומדת במבחנים החוקתיים שנקבעו בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. מחד, ביחס לנוכחות סניגור בעת גביית אמרת חשוד, קובע בית המשפט הישראלי עמדה שמרנית למדי המבוססת על המשפט האנגלי שלפני התיקון ב – PACE לפיה אין לאפשר לעורך דין להיות נוכח בחקירה. מנגד, במסדר זיהוי מציג בית המשפט גישה ליברלית ביותר המעניקה לחשוד זכויות רחבות ביותר שאינן מקובלות במרבית המדינות לנוכחות מלאה במסדרי זיהוי מבלי להתחשב בשלב עריכתם בין כשמדובר במסדר זיהוי "רגיל" ובין במסדר "זיהוי בתמונות".

בהקשר זה נציין כי על פי המלצות דו"ח ועדת גולדברג¹⁷⁴ יש להתיר נוכחות עורך דין במהלך הליכי החקירה במידה שזו אינה מוקלטת ברשמקול או מצולמת בווידיאו כהמלצת הוועדה. לדעת הוועדה מצלמות הווידיאו תבטחנה את תקינות החקירה ולכן במקרים אלה אין חובה שתהיה נוכחות עורך דין בהליכי החקירה. עם זאת מחקרים באנגליה¹⁷⁵ בה מופעלת שיטה זו מוכיחים כי אין במצלמות הווידיאו או בקלטות הרשמקול כדי להבטיח את תקינות החקירה, בשל העובדה שניתן בקלות יחסית לבצע פעולות חקירה או להפעיל על החשוד לחצים בלתי הוגנים בלא שהדבר יתועד במצלמות הווידיאו או בהקלטות הרשמקול. כך שנראה שמסקנה זאת, עם כל הכבוד, מתעלמת מהצורך להבטיח את הוגנות החקירה על ידי מתן האפשרות להפגש עם עורך דין.

¹⁷² מעניין לציין כי בע/ 244/84 טור' רועי נ' התצ"ר (לא פורסם) הובעה דעה שונה על ידי בית הדין הצבאי לערעורים. בפסק הדין נפסק כי אין מצ"ח צריכה להמתין עד שחשוד ישכור סניגור בטרם עריכת מסדר זיהוי וכן אין רשויות החקירה חייבות ליזום מינוי סניגור לחשוד במקרה זה. נראה שמשמעותו של פסק דין זה קהתה במידה רבה לאור פסיקתו המנחה של בית המשפט העליון בסוגיה והמהפכה החוקתית.

¹⁷³ ע"פ 559/77 מאירי נ' מ"י, פ"ד לב(2) 180, ובעיקר דבריו של השופט ח. כהן בעמ' 182 בהתייחס לאי נוכחותו של עורך דין במסדר זיהוי בניגוד לפסיקת בית המשפט העליון. באותו מקרה לא היה מוכן בית המשפט לייחס שום משקל הוכחתי למסדר הזיהוי בתמונות שהתקיים בהיעדר הסניגור וכתוצאה ישירה מקביעה זו קבע כי הנאשם זכאי בדין מחמת הספק.

¹⁷⁴ דו"ח ועדת גולדברג, לעיל הערה 1, עמ' 27 – 29.

¹⁷⁵ א. קמר "דבר מה מפי הנאשם" פלילים ה' כרך 1 (תשנ"ו) 277, בעיקר האיזכורים והטקסט בה"ש 17.

נראה שהפתרון הראוי בסוגיה זו יהיה לקבוע בדין הישראלי כללים ברורים ופומביים¹⁷⁶, שיקבעו לאחר דיון ציבורי. לדעתי יש לאפשר במסגרת כללים אלה נוכחות עורך דין בעת גביית עדות החשוד ובעת עריכת מסדר זיהוי, כמו גם בעת עריכת הליכי חקירה אחרים שאינם מוסדרים כיום בחוק או בפסיקה שאין בנוכחות עורך דין כדי לפגום בהתקיימותם¹⁷⁷ (כגון: בדיקות נשיפה, בדיקות שתן לגילוי סמים וכו'). יש להותיר חריג לכללים אלה במקרים בהם קצין משטרה בדרגה בכירה יאשר שדחיפות החקירה או "סטריליות החקירה" אינם מאפשרים נוכחות עורך דין. מובן שבכללים אלה יש להסדיר פרוצדורה ברורה של הודעה לעורך דין על קיום ההליכים כמו גם סנקציות בדין המשמעתי ובמשקל הראיות המושגות במידה ומופרות הוראות אלה¹⁷⁸. נראה שבסוגיה זו ניתן ללמוד מהניסיון המשפטי של המשפט האנגלי בסוגיה ולקבוע כללים בדין הישראלי הדומים ל Code of Practice שיבטיחו שמירתם של זכויות החשוד בהליכים אלה.

5. סוף דבר

כפי שציינו במובאה שהובאה בראשיתו של מאמר זה מפי השופט פרנקפורטר, ההיסטוריה של החירות היא במידה רבה ההיסטוריה של שמירת ההגנות הפרוצדורליות¹⁷⁹. אמנם במבט ראשון נראים "חוקי הצייד" כנושא טכני, מקצועי, אך למעשה כללים אלה הם המבטיחים את זכויות היסוד החוקתיות וביניהן הזכות לייצוג משפטי בהליכי החקירה¹⁸⁰.

במאמר זה ראינו כי הדין הישראלי כיום אינו קובע כללים ברורים בסוגיה ומותיר שאלות חשובות רבות מדי ללא מענה. חוסר בהירות זו פוגעת בשני הצדדים: הן בחוקר שאינו יודע מה אסור ומה מותר והן בחשוד שזכויותיו אינן מובטחות על פי הדין הקיים. מצב זה עלול לגרום לתוצאות קשות של פגיעה בזכויות החשודים ובכבוד האדם מחד ושל העמדה לדין משמעתי או פלילי של חוקרים שחרגו מסמכותם מבלי דעת מנגד.

המסקנה המתבקשת ממאמר זה היא שיש צורך בהסדרם המשפטי המפורט של כללי החקירה בדין הישראלי בסוגיית הזכות לייצוג על ידי סניגור בהליכי חקירה ובהיבטים הרחבים יותר המתייחסים לכל הליכי החקירה. לדעתי אין להסתפק בהסדרת כללים אלה בהוראות הפנימיות של רשויות החקירה. הוראות אלה אינן מתפרסמות ברבים ואין הן

¹⁷⁶ לחשיבות פומביות הוראות אלה והבעייתיות הנוצרות כתוצאה מאי פירסומם ראה **ליבאי, לעיל** הערה 10, עמ' 186.

¹⁷⁷ השווה לעמדתו הדומה של א' שטרוזמן "הגנת החשוד מפני הודאת שווא" **המשפט א'** (1993), עמ' 223 – 224.

¹⁷⁸ לעניין זה ראה **ביין, לעיל** הערה 6, שם. כן ראה **ליבאי, לעיל** הערה 10, עמ' 186.

¹⁷⁹ **McNabb v. U.S.** 318 U.S. 332, 347 (1943)

¹⁸⁰ **ביין, לעיל** הערה 6, עמ' 141 – 143.

עוברות תהליך של דיון ציבורי ההכרחי לשם מציאת האיזון הנכון בין האינטרסים והערכים השונים בסוגיה. יש צורך בקביעת כללים אלה על ידי הכנסת או על ידי ועדה ציבורית שתוכל לבחון את התמונה המלאה ולעמוד על מכלול השאלות העולות בסוגיה¹⁸¹. נראה שבקביעת כללי החקירה ראוי יהיה להיעזר במשפט ההשוואתי ככלי עזר כפי שנעזרנו בו בעבודה זו.

לסיכום, אין לראות בקביעתם של כללי החקירה בדין כתרופת פלא שתמנע את הבעיות הרבות עליהם עמדנו במאמר זה. אך אין ספק שזהו צעד אחד בכיוון הנכון שעשוי לפתור בעיות רבות בעתיד.

¹⁸¹ השווה למסקנותיו של **בין, לעיל** הערה 6, עמ' 142 – 143.