



אוניברסיטת חיפה
UNIVERSITY OF HAIFA

הפקולטה למשפטים

FACULTY of LAW

מסמך רקע בנושא הזכות להליך הוגן:

הזכות לחלופות מעצר

הזכות לחיסיון מהפללה עצמית

הזכות לפסלות ראיות שנאספו בצורה בלתי חוקית או תוך פגיעה

בזכויות

הזכות להגנה מסיכון כפול

הזכות לפיצוי בגין הליך רשלני, לא-הוגן, או הליך שפגע בזכויות

מוגש לועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת

ד"ר אמנון רייכמן

שרית יקוטי

נורית ענבל

ליאור אבו

עומר בכמן

גלעד כ"ץ

אילת לוי

ענבל רבינוביץ'

תוכן עניינים

שער 1: חלופות מעצר

- חלק א: מבוא והגדרת הזכות..... 3
- חלק ב': חלופות מעצר במשפט הישראלי..... 3
- חלק ג: חלופות מעצר בהצעות החוקה השונות..... 9
- חלק ד: הזכות לחלופות מעצר במשפט המשווה..... 10
- חלק ה: שאלות לדיון..... 15

שער 2: החיסיון מהפללה עצמית

- חלק א: מבוא..... 17
- חלק ב: החיסיון מהפללה עצמית במשפט הישראלי..... 17
- חלק ג': החיסיון מהפללה עצמית בהצעות חוקה בישראל..... 18
- חלק ד': החיסיון מהפללה עצמית במשפט המשווה..... 19
- חלק ה': שאלות לדיון..... 23

שער 3: פסלות ראיות שהושגו תוך פגיעה בזכויות

- חלק א': מבוא והצגת הזכות..... 25
- חלק ב': הזכות לפסלות ראיות שנאספו שלא כדין בישראל..... 25
- חלק ג': פסלות ראיות בהצעות חוקה בישראל..... 26
- חלק ד': הזכות לפסלות ראיות במשפט המשווה..... 27
- חלק ה': שאלות לדיון וחלופות לעיגון הזכות בישראל..... 33

שער 4: הגנה מפני סיכון כפול

- חלק א': מבוא והצגת הזכות..... 36
- חלק ב': הזכות לחיסיון מסיכון כפול בחוק ובפסיקה בישראל..... 36
- חלק ג': הזכות לחיסיון מסיכון כפול בהצעות חוקה לישראל..... 37
- חלק ד': החיסיון מסיכון כפול במשפט המשווה..... 37
- חלק ה': שאלות לדיון וחלופות אפשריות לעיגון הזכות בישראל..... 41

שער 5: הזכות לפיצוי בגין הליך רשלני, לא-הוגן, או הליך שפגע בזכויות מוגנות

- חלק א: מבוא והגדרת הזכות..... 43
- חלק ב: הזכות לקבלת פיצוי על ניהול הליך רשלני במשפט הישראלי..... 43
- חלק ג: הזכות לקבלת פיצוי על ניהול הליך רשלני או הפוגע בזכות חוקתית בראי הצעות החוק הקודמות..... 48
- חלק ד: הזכות בראי החקיקה והפסיקה הזרה..... 48
- חלק ה: עיגון הזכות בחוקות ובאמנות זרות..... 51
- חלק ו': שאלות לדיון וחלופות אפשריות לעיגון הזכות בישראל..... 56

שער 1: חלופות מעצר

חלק א: מבוא והגדרת הזכות

חלופות מעצר משקפות את עיקרון המידתיות שבדיני המעצר.

ישנן מספר הצדקות לקיומה של זכות זו בחוקה הישראלית העתידית:

ראשית, עיקרון החירות מקודש במדינה דמוקרטית. חלופות המעצר נותנות ביטוי פרקטי להגנה על עיקרון זה. למעשה, הן מהוות **שכבת הגנה נוספת על החירות** שכן הן מחייבות את בית המשפט שלא להפעיל כוחות באופן הפוגע בזכות זו יתר על המידה. כך, רק במידה ויוכחו עילות מסוימות נאפשר את המעצר. עיגון חוקתי לחלופות מעצר, יצמצם את הקלות היחסית בה נעצרים כיום חשודים בישראל ובכך ישפר את ההגנה המוענקת לזכות לחרות.

שנית, חזקת החפות, הנגזרת מהזכות להליך הוגן, הינה עקרון יסוד במשפט הישראלי. הזכות לחלופות מעצר מגינה על חזקה זו שכן בקרה חוקתית על כללי המעצר עד תום ההליכים (ואופן הפעלתם) עשויה לצמצם את מספר המקרים בהם אנשים שטרם הוכרעה אשמתם ישבו במעצר לאורך זמן רב¹. מעצר עד תום ההליכים מצוי במתח עם חזקת החפות. לא רק שמתעוררת תהייה בקרב הנאשם והציבור תחושה שמא תוצאת המשפט נקבעה מראש במצב בו הנאשם כבר מצוי בכלא, אלא שמעצר עד תום ההליכים מכביד על יכולתו של אדם להוכיח חפותו ועל נכונותו לעמוד בהתמשכות ההליכים בעניינו.

שלישית, העלאה לרמה חוקתית תחייב, כך התקווה, את רשויות האכיפה להראות מסוכנות הטמונה בחשוד (או בנאשם) הספציפי (ובכלל זה סיכון להפרעה בחקירה). דרישה זו תצמצם את מספר המקרים בהם נעשה שימוש במבחני מסוכנות "כלליים" או "קיבוציים", שאינם קשורים לחשוד או לנאשם עצמו. בכך מוענקת הגנה קונקרטית לכבודו של אדם ולזכותו האישית להליך הוגן.

חלק ב': חלופות מעצר במשפט הישראלי

1. הזכות לערבות וחלופות מעצר בחקיקה הישראלית

חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה- מעצרים), תשנ"ו-1966 מסדיר את עניין חלופות המעצר והשחרור בערובה:

מעצר לפי צו (מעצר ראשוני)

לגבי המעצר נקבע ששופט לא ייתן צו מעצר אם ניתן להסתפק בחלופה אחרת, סעיף 13(ב):

שופט לא יצווה על מעצר לפי סעיף קטן (א), אם ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך של קביעת ערובה ותנאי ערובה, שפגיעתם בחירותו של החשוד פחותה.

¹ ח' זנבדברג, "הארכת מעצר מעבר לתשעה חודשים", המשפט 16 (2003) 27.

מעצר עד תום ההליכים

לעניין מעצר עד תום ההליכים החוק קובע עילות מעצר וכן קובע שיש לנקוט באמצעי שפגיעתו פחותה- סעיף 21 (ב)(1):

21. מעצר לאחר הגשת כתב אישום

(א) הוגש כתב אישום, רשאי בית המשפט שבפניו הוגש כתב האישום לצוות על מעצרו של הנאשם עד תום ההליכים המשפטיים, אם נתקיים אחד מאלה:

1) בית המשפט סבור, על סמך חומר שהוגש לו, כי נתקיים אחד מאלה:

(א) קיים יסוד סביר לחשש ששחרור הנאשם או אי-מעצרו יביא לשיבוש הליכי משפט, להתחמקות מהליכי שפיטה או מריצוי עונש מאסר, או יביא להעלמת רכוש, להשפעה על עדים או לפגיעה בראיות בדרך אחרת;

(ב) קיים יסוד סביר לחשש שהנאשם יסכן את בטחונו של אדם, את בטחון הציבור, או את בטחון המדינה;

(ג) הואשם הנאשם באחד מאלה:

(1) עבירה שדינה מיתה או מאסר עולם;

(2) עבירת בטחון כאמור בסעיף 35(ב);

(3) עבירה לפי פקודת הסמים המסוכנים (נוסח חדש), התשל"ג-1973, למעט עבירה הנוגעת לשימוש בסם או להחזקת סם לשימוש עצמי;

(4) עבירה שנעשתה באלימות חמורה או באכזריות או תוך שימוש בנשק קר או חם;

(5) עבירת אלימות בבן משפחה כמשמעותו בחוק למניעת אלימות במשפחה, התשנ"א-1991,

חזקה כי מתקיימת העילה האמורה בסעיף קטן (ב), אלא אם כן הוכיח הנאשם אחרת.

2) בית משפט ציווה על מתן ערובה והערובה לא ניתנה להנחת דעתו של בית המשפט או שהופר תנאי מתנאי הערובה, או שנתקיימה עילה לביטול השחרור בערובה.

(ב) בית המשפט לא יתן צו מעצר לפי סעיף קטן (א), אלא אם כן נוכח, לאחר ששמע את הצדדים, שיש ראיות לכאורה להוכחת האשמה, ולענין סעיף קטן (א)(1), לא יצווה בית המשפט כאמור, אלא אם כן נתקיימו גם אלה:

1) לא ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך של שחרור בערובה ותנאי שחרור, שפגיעתם בחירותו של הנאשם, פחותה;

2) לנאשם יש סניגור, או שהנאשם הודיע שברצונו שלא להיות מיוצג בידי סניגור.

עיכוב כחלופת מעצר

סעיף 23 (ג) קובע את עקרון המידתיות, אם ניתן להסתפק בעיכוב אין צורך במעצר :

"(ג) לא ייעצר אדם לפי סעיף זה אם ניתן להסתפק בעיכוב".

הסדר פרטני לגבי ערובה

סימן ו' לחוק עוסק בערובה ובשחרור בערובה. סעיף 41 מגדיר מהי ערובה :

"ערובה" - ערבון כספי או ערבות עצמית של חשוד או של נאשם, בין לבדם ובין בצירוף ערבות מכל סוג שהוא, ערבות או ערבון כספי של ערבים, הכל כפי שיורה בית המשפט או הקצין הממונה, לפי הענין".

סעיף 42 עוסק בקביעת ערובה על ידי הקצין הממונה.

סעיף 43 עוסק בערר על החלטת הקצין הממונה

סעיף 44 עוסק בשחרור בערובה על ידי בית המשפט :

(א) חשוד שטרם הוגש נגדו כתב אישום, נאשם או נידון שערעור תלוי ועומד על פסק דינו, והוא נתון במעצר או במאסר, רשאי בית המשפט, לבקשתו, לצוות על שחרורו בערובה או ללא ערובה.

(ב) בית משפט רשאי לצוות על נאשם או על נידון, שערעור תלוי ועומד על פסק דינו, לתת ערובה, אף אם אינו מוסמך להורות על מעצרו לפי סעיף 21, כדי להבטיח את התייצבותו למשפט, ומשעשה כן, יראו את הנאשם או את הנידון כמי ששחרר בערובה.

סעיף 45 עוסק בסייג לשחרור.

סעיף 46 עוסק בשיקולים לקביעת ערובה :

(א) ציווה שופט לשחרר אדם בערובה או להטיל עליו ערובה, יקבע את סוג הערובה, גובה הערובה, וכן את תנאי הערובה ומשך תוקפם; והכל במידה שאינה עולה על הנדרש כדי להשיג את מטרות הטלת הערובה.

(ב) בהחלטתו לפי סעיף קטן (א) ישקול השופט גם את אלה -

(1) מהות העבירה;

(2) המידע שבידי התביעה;

(3) עברו הפלילי של האדם;

(4) מצבו הכלכלי של האדם ויכולתו להמציא את הערובה הנדרשת;

(5) האפשרות שהאדם יוכל לעמוד בתנאי הערובה.

(ג) בקביעת תנאי הערובה של קטין יתחשב השופט, בין השאר, בצרכיו המיוחדים כקטין".

סעיף 47 עסק בתוצאות אי המצאת ערובה.

סעיף 48 עוסק בתנאי השחרור בערובה. לעניין עבירות אלימות קובע הסעיף :

(ב1) הורה בית המשפט על שחרור של חשוד בעבירת אלימות בבו משפחה, או בעבירה שנעשתה באלימות חמורה, באכזריות או תוך שימוש בנשק חס או קר, ולא התנה את השחרור בהפקדת כלי הנשק שברשות החשוד כאמור בסעיף קטן (א)(12), יפרט את נימוקיו לכך בהחלטתו;

סעיף 49 עוסק בכתב הערובה.

סעיף 50 עוסק בפטור הערב.

סעיף 51 עוסק בתוצאות הפרת שחרור בערובה.

סעיף 58 עוסק בתוקף הערובה:

(א) הערובה ותנאי השחרור בערובה יתבטלו אם לא יוגש כתב אישום נגד החשוד תוך 180 ימים;

ואולם בית המשפט רשאי, בתוך תקופת הערובה, להאריך אותה ואת תנאיה, לתקופה נוספת שלא תעלה על 180 ימים, אם הוגשה בקשה באישור תובע.

(ב) בית המשפט רשאי להורות על הארכה נוספת של הערובה ותנאיה לתקופה שלא תעלה על 90 ימים, אם הוגשה בקשה לכך באישור היועץ המשפטי לממשלה.

סעיף 59 עוסק בשחרור מפאת אי הגשת כתב אישום:

"חשוד הנתון במעצר ולא הוגש נגדו כתב אישום תוך 75 ימים לאחר מעצרו, ישוחרר מן המעצר, בערובה או ללא ערובה".

סעיף 60 עוסק בשחרור בשל אי התחלת המשפט לאחר זמן סביר:

"נאשם, שלאחר הגשת כתב האישום נגדו היה נתון במעצר בשל אותו כתב אישום, תקופה המצטרפת כדי 30 ימים ומשפטו לא החל, ישוחרר מן המעצר, בערובה או ללא ערובה; ואולם רשאי בית המשפט לדחות את מועד תחילת המשפט, בלא שישוחרר, ל-30 ימים נוספים, אם ביקש זאת הנאשם או סניגורו".

סעיף 61 עוסק בשחרור בשל היעדרה של הכרעת דין:

(א) נאשם, שלאחר הגשת כתב אישום נגדו, היה נתון במעצר בשל אותו כתב אישום תקופה המצטרפת כדי תשעה חודשים, ומשפטו בערכאה הראשונה לא נגמר בהכרעת דין, ישוחרר מן המעצר, בערובה או ללא ערובה.

סעיף 62 עוסק בהארכת מעצר ובחידושו:

על אף הוראות סעיפים 59 עד 61, רשאי שופט של בית המשפט העליון לצוות על הארכת המעצר או על מעצר מחדש, לתקופה שלא תעלה על 90 ימים, ולחזור ולצוות כך מעת לעת, וכן להורות על שחרורו של הנאשם, בערובה או ללא ערובה.

סעיף 63 עוסק בשחרור לאחר זיכוי והחזרת הערבון:

זוכה נאשם, בוטל האישום או הופסקו הליכי המשפט, ישוחרר מיד ממעצרו, אם הוא עצור; ואם שוחרר בערובה, יופטרו הוא וערביו מערבונם ויוחזר הערבון

הכספי, הכל לפי הענין; ואולם, אם הודיעה התביעה כי בדעתה להגיש ערעור, רשאי בית המשפט לשחררו בערובה מטעמים שיירשמו, או להורות על מעצרו לתקופה שלא תעלה על 72 שעות לשם הגשת הודעת הערעור".

סעיף 64 עוסק במעצר בשל עבירה אחרת בהלך שחרורו של נאשם בערובה או מעצרו:

אין בהוראות סעיפים 59 עד 63 כדי למנוע מעצר החשוד או הנאשם, שחרורו בערובה או המשך מעצרו, בשל מעשה אחר, או מעצרו על ידי צו בית המשפט של ערעור.

2. פסיקה ישראלית

בפסק דין **חוטרי-ישי**², קבעה השופטת דורנר כי שימוש במעצר במקום שאין צורך בכך פוגע בעקרון המידתיות:

מעצרו של אדם, באין צורך ענייני בו, במטרה להטיל עליו תנאים מגבילים, פוגע בו "מעבר למידה הדרושה". ויוכיח המקרה שלפנינו, שבו לא נדרש כלל מעצרו של המשיב, אלא כל שביקשה המשטרה היה להבטיח את התייצבותו במשטרה ומניעת התקשרותו עם המעורבים בחקירה. למרות זאת, בית-המשפט המחוזי מתח ביקורת על המשטרה שלא עצרה את המערער או הגישה בקשה לעוצרו בטרם ביקשה הטלת ערובה עליו.

פירוש המוביל לתוצאה זו אינו מתיישב עם תכליותיהם של חוק היסוד וחוק המעצרים. עם זאת, מובן כי אף הטלת תנאים מגבילים פוגעת בחירותו של אדם, ועל-כן נדרשת להיות על-פי חוק. ברם, על-פי הגיונם של דברים ועל-פי תכליותיהם של חוק היסוד וחוק המעצרים, כלולה הסמכות להטיל ערובה, שפגיעתה בחירות פחותה מן המעצר, בסמכות המעצר".

השופט זמיר קבע כי הבסיס לחלופות המעצר הוא האמון כלפי הנאשם³:

חלופת מעצר, לרבות מעצר בית, מתבססת על אמון שבית-המשפט רוחש לנאשם. שהרי, אין חלופת מעצר אלא אם יש עילת מעצר, ואין עילת מעצר אלא אם יש יסוד סביר לחשש בדבר מסוכנות הנאשם, בדבר הימלטות מן הדין או שיבוש הליכי משפט. אם, אף-על-פי-כן, בית-המשפט מסתפק בחלופת מעצר, אין זאת אלא משום שהוא סומך על הנאשם שלא ינצל את השחרור מן המעצר כדי לעבור עבירה, להתחמק מן הדין או לשבש את הליכי המשפט. התנאים המגבילים של חלופת המעצר, יהיה זה מעצר בית ותהיה זו ערבות כספית, לעולם אינם מסלקים את החשש במידה מספקת, אלא אם הם מתאספים לאמון שהנאשם יקיים את תנאי השחרור, המפורשים והמשתמעים. אם נשמט האמון, מתמוטטת גם החלופה".

השופט אנגלרד מסביר את המסלולים השונים האפשריים לעניין ערובה⁴:

² בש"פ 952/00 מדינת ישראל נ' דרור חוטרי-ישי, פ"ד נד (1) 638, 641.

³ בש"פ 507/00 ששון מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד (1) 385, 391.

⁴ בשפ 1907/98 מדינת ישראל נ' ג'מיל כאל נב (2) 97, 103.

המצב המשפטי לגבי שחרור בערובה הוא כזה: נאשם הנתון במעצר יכול להשתחרר בערובה במהלך תשעת החודשים באחת משלוש דרכים:

א. על-פי סעיף 52(א) לחוק, במסגרת עיון חוזר בהחלטת בית-המשפט. הבקשה לשחרור במסגרת הוראה זו יכולה להתבצע הן על-פי פנייתו של העצור-הנאשם, הן על-פי פניית התביעה.

ב. בקשה לשחרור בערובה על-פי סעיף 44(א) לחוק. בקשה זו יכולה להיות מוגשת אך ורק על-ידי הנאשם.

ג. הדרך השלישית עולה מתוך ההוראה שבסעיף 61(א) לחוק. בסעיף זה נאמר כי בתום תשעת החודשים ישוחרר האדם הנתון במעצר, בערובה או ללא ערובה. מכאן, כי לבית-המשפט הסמכות לשחרר אותו בתום תשעת החודשים, בערובה. מאחר שאין הוראה מיוחדת מי הוא הזכאי לפנות לבית-המשפט, הדיון בתנאי השחרור יכול להתקיים הן ביוזמת הנאשם והן ביוזמת התביעה".

השופטת נתניהו⁵ קובעת שאם לא מתממשת עילת מעצר עד תום הליכים, אז יש לשחרר את הנאשם שכן:

עם כל החומרה הרבה שבעבירות, שהעורר הורשע בו, ובנסיבות ביצוען, כעולה מהכרעת הדין, הודתה גם באת- כוח המדינה לפניי, כי העורר איננו מסוכן לציבור. לא מתקיימת כאן, לכן - על-פי השקפתי שהובעה בהחלטתי הקודמת - אף אחת מהעילות, המצדיקות את מעצרו. אמנם העורר איננו עוד בחזקת זכאי. הוא כבר הורשע בדין, אבל עונשו למאסר טרם נגזר, ואין לדעת אם ייגזר למאסר. והמעצר... איננו נועד להוות מקדמה על חשבון העונש...דעתי, כי עצם ההרשעה יכולה להוות רק שיקול במכלול השיקולים הרגילים והמקובלים בדיון בשאלת מעצרו של אדם. הזכות לחירות קיימת גם למי שהורשע וטרם נגזר דינו למאסר".

לעניין עילת המסוכנות, קבעה השופטת דורנר⁶:

מהוראת סעיף 21(ב)(1) לחוק, אשר בעניין קביעת חלופת מעצר איננה מבחינה בין עילת המעצר בעבירות חמורות לבין עילת המעצר בעבירות אחרות, ומן האיזון הראוי בין זכותו החוקתית של האדם לחירותו לבין הצורך להגן על שלום הציבור, עולה כי גם בעילת מעצר הנסמכת על חומרת העבירה על בית-המשפט לבחון בחינה אינדיווידואלית בעניינו של כל נאשם ונאשם - ולא להסיק מסקנה כללית על-פי סוג העבירה, כאשר ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך של שחרור בערובה בתנאי שחרור שפגיעתם בחירותו של נאשם היא פחותה. אכן, חומרת העבירה היא שיקול הפועל כנגד קביעת חלופת מעצר, אך רק כשיקול שממנו ניתן ללמוד על התנהגותו הצפויה של הנאשם בעתיד. ואולם, גם כאשר המעצר נסמך על חזקת מסוכנות הנובעת מחומרת העבירה, גורם זה עשוי לאבד את כוחו בשל גורמים אחרים השוללים את החשש בפגיעה בביטחון הציבור".

⁵ בש"פ 695/85 ציון תוהמי נ' מדינת ישראל פ"ד לט (2) 836, 837.
⁶ בש"פ 4190/97 עמוס אבוקסיס נ' מדינת ישראל פ"ד נא (3) 651, 653.

לעניין גובה הערבות הכספית, קובעת השופטת דורנר כי⁷:

מן הדרישה... המתבטאת ביסוד המידתיות, מתבקש, בין השאר, איסור על קביעת תנאי ערבות מופרזים... בכל מקרה לא היה מקום לקבוע ערובה שהעורר אינו מסגל לעמוד בה.

ואילו השופטת פרוקציה קובעת לעניין זה כי⁸:

המגמה הטמונה בהסדר המעצרים [היא כי]... שוב לא נהיה עדים למצבים בהם עצורים שוהים במעצר תקופות ארוכות רק מן הטעם שלא הצליחו למצוא ערובות ומבלי שעניינם נשקל שוב בנסיון להתאים את היקף התנאים הכספיים שהוטלו ליכולת ולאפשרויות האוביקטיביות העומדות בפני הנאשם.

חשוב להדגיש ששחרור בערובה כולל ע"פ החוק הישראלי את כל חלופות המעצר כגון: איסור יציאה מהארץ, מעצר בית, הפקדת סכום כסף וכו'.

חלק ג: חלופות מעצר בהצעות החוקה השונות

במרבית הצעות החוקה לא עוגן הנושא של חלופות מעצר.

הצעת החוקה של הסנגוריה הציבורית

הצעת החוקה מטעם הסנגוריה הציבורית קובעת **בסעיף 6** כי :

לכל אדם שנעצר הזכות לאלה :

שמעצרו יהיה בדרך ובתנאים שיבטיחו שמירה מרבית על כבודו ועל זכויותיו.

שיודעוהו מיד על עילת מעצרו ועל זכויותיו במעצר ובחקירה ;

שתימסר, ללא דיחוי, הודעה על המעצר לאדם קרוב אליו ;

להיות מובא ללא דיחוי לפני רשות שיפוטית לבחינת מעצרו.

(ו) להשתחרר ממעצר, אם ניתן להשיג את מטרות המעצר בדרך אחרת".

⁷ בש"פ 2137/96 רודמן נ' מדינת ישראל פ"ד נב(2) 504, 508.

⁸ בש"פ 3153/00 שלומוב נ' מדינת ישראל (טרם פורסם) תקדין עליון 2000(2) 1157, פסקה 4(ד).

חלק ד: הזכות לחלופות מעצר במשפט המשווה

1. קנדה⁹

חוקת קנדה קובעת בסעיף 11 כי:

"Any person charged with an offence has the right

...

(e) **not to be denied reasonable bail without just cause**"

החוקה הקנדית קובעת שאדם העומד לדין פלילי יש לו הזכות שלא ישללו את שחרורו בערובה ללא סיבה מוצדקת.

בית המשפט העליון הקנדי קבע שהמושג "ערובה" כולל בתוכו את כל צורות השחרור האפשריות ממעצר כהסדר זמני שניתן ע"י רשות שיפוטית¹⁰. הסעיף קובע שמדובר בערבות סבירה. וכן, נקבע בפסיקה שזוהי זכות יסודית שלאדם הנתון במעצר תהיה אפשרות לצאת ממנו באמצעות ערבות סבירה, אלא אם כן תנתן סיבה מוצדקת שלא לפעול כך¹¹.

מה יכולה להיות סיבה מוצדקת? נקבע שדבר יחשב כמאפשר שלילת ערבות רק במקרים מאוד מצומצמים כאשר שלילת הערבות היא הכרחית לתפקוד המערכת ולא נלקחת כשיקול חיזוני. חוק העונשין הקנדי¹² קובע עילות שמתנות על הזכות לשחרור בערבות:

1. המעצר הכרחי להבטיח את הגעתו של העצור לדיון בעניינו.
 2. המעצר הכרחי להגנת הציבור לאור העובדה שישנה סבירות שהעצור יבצע פשעים נוספים טרם משפטו.
 3. המעצר דרוש לטובת הציבור. עילה זו בוטלה על ידי בית המשפט העליון הקנדי בפסק דין-¹³ **Morales** שקבע שהיא עמומה ולכן לא יכולה לעמוד במבחן החוקתי של עילה מוצדקת.
- חוק העונשין הקנדי מטיל את נטל ההוכחה על התביעה אולם, ישנם מקרים מסוימים בהם הנטל מועבר לנאשם ועליו להוכיח שלא מתקיימת עילת מעצר.
- בפסק דין **Morales**, קבע בית המשפט העליון הקנדי כי העברת נטל ההוכחה אינה חוקתית אלא אם כן היא נכנסת לגדר הסטנדרט החוקתי של סיבה מוצדקת, כפי שקבוע בסעיף 11(e). במקרה הנדון בפסק הדין לאור העובדה שהנאשם ביצע במהלך השחרור בערבות עבירה נקבע שהעברת הנטל היא אפשרית (מהווה סיבה מוצדקת) ועל הנאשם להוכיח שאין בכוונתו לבצע פשע נוסף בעת השחרור בערבות.

בפסק דין **Pearson**¹⁴, בית המשפט העליון הקנדי פסק שבמקרים של סחר בסמים¹⁵ העברת הנטל על הנאשם לעניין הערבות היא חוקתית מכיוון שבמקרים הללו של סחר בסמים יש

⁹ מבוסס על ספרו של Hogg:

P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, (Carswell 5th Ed, 2002) 1184-1187

R. v Pearson [1992] 3 S.C.R 665, 690¹⁰

Ibid., at 691¹¹

Criminal Code, R.S.C 1985, c. C-46, ss. 515-526¹²

R. v. Morales [1992] 3 S.C.R 711¹³

לנאשמים גישה ויכולת למימון שעלולים לאפשר הברחתם מהמשפט. דעת המיעוט סברה שהעברת הנטל היא רחבה מדי מזו ההכרחית ועל כן היא בלתי חוקתית ויש לבטלה. לפי גישה זו עניין הגישה למשאבים אינו רלוונטי כלפי סוחר או צורך הסמים "הקטן" ובכל זאת מעבירים גם לגביו את נטל ההוכחה.

2. דרום אפריקה

סעיף 35 לחוקת דרום אפריקה קובע:

(1) Everyone who is arrested for allegedly committing an offence has the right

f. to be released from detention if the interests of justice permit, subject to reasonable conditions.

בהתאם לסעיף זה, קובעת חוקת דרום אפריקה כי יש לכל עצור זכות להשתחרר ממעצר אם אינטרס הצדק מאפשר זו, בכפוף למגבלות סבירות.

הפסיקה בדרום אפריקה קובעת שלושה עקרונות על פיהם נבחנת שאלת הערבות¹⁶:

1. הסכנה שהנאשם יברח מהמשפט
2. האפשרות שהנאשם יבצע פשע לפני המשפט
3. האפשרות שהנאשם יפריע למהלך הצדק

3. אסטוניה

אין התייחסות בחוקה לעניין הערבות.

4. ארצות הברית¹⁷

התיקון השמיני לחוקה אמריקאית קובע:

Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted

החוקה האמריקאית קובעת שאין לדרוש ערבות מופרזת.

נושא השחרור בערובה מוסדר בחוק האמריקני. בחוק משנת 1966¹⁸ נקבע כי השחרור בערובה הינו הכללי, אזכור אפשרות מעצר היה בעבירות שעונשן מוות. סמכות המעצר בעברות אחרות

¹⁴ R. V. Pearson [1992] 3 S.C.R 665

¹⁵ יש לציין שגם פסק דין Oakes שבו נקבעו מבחני המידתיות עסק בנושא של סחר בסמים. פסק הדין עסק בדבר חקיקה בו נקבע כי המחזיק בסם מסוכן חזקה עליו שהשימוש בו הוא לצרכי מסחר. בית המשפט הקנדי קבע כי הוראה זו פוגעת בזכותו של הנאשם להנות מחזקת החפות כל עוד לא הוכרע דינו. ראו:

R. v Oakes [1986] 1 S.C.R 103

¹⁶ לקוח מתוך אתר אינטרנט של משרד משפטים אמריקאי The World Factbook of Criminal Justice Types <http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/pub/ascii/wfbcjcan.txt>

¹⁷ בנושא זה של המשפט המשווה האמריקאי התבססנו על מאמרן של בלהה כהנא וחייה זנדברג: ב' כהנא וחי' זנדברג, מעקב אחר שחרורם של משוחררים בערובה, המשפט 14 (2002) 40, 43-44.

הוכרה באופן משתמע והשימוש בה היה כאשר לא היתה אפשרות להבטיח התייצבותו של אדם למשפט באמצעות ערובה.

פסק דין מנחה בעניין הערבות הוא **Stack v. Boyle**¹⁹ בו בית המשפט עומד על חשיבות הזכות לערבות ועל הקשר בינה ובין חזקת החפות:

This traditional right to freedom before conviction permits the unhampered preparation of a defense, and serves to prevent the infliction of punishment prior to conviction. . . . Unless this right to bail before trial is preserved, the presumption of innocence, secured only after centuries of struggle, would lose its meaning.

בית המשפט העליון האמריקני קבע בפסק הדין הנדון כי ערובה שגובהה עולה על הדרוש כדי להשלים את מטרות הערובה, היא ערובה פסולה, כיוון שהיא מופרות על-פי **התיקון השמיני לחוקה**. בפסק דין זה וגם בפסק דין **Brandy v. United States**²⁰ נקבע כי אין להשלים עם מצב בו אדם ממשיך לשהות במעצר רק בשל אי יכולתו לגייס את הערובה.

החוק האמריקני שונה על ידי הקונגרס ב-1984²¹, כך שהוא קובע סמכות מפורשת למעצר אם לא ניתן למנוע את החשש מפני המלטותו של הנאשם מן הדין או אם לא ניתן למנוע את החשש שהנאשם יסכן אדם אחר או את הציבור. החוק קובע שאין לקבוע ערבות כספית כזו שתביא לכך שהנאשם יישאר במעצר²². כלומר, מהרגע שהוחלט שיש לשחרר בערובה את הנאשם (לאור העובדה שאין חובה לצוות על מעצרו) יש להמנע ממצב בו הוא לא יוכל לשאת בתשלום הערובה בשל העדר אמצעים כלכליים.

5. ניו זילנד

חוקת ניו-זילנד קובעת בסעיף 24:

Everyone who is charged with an offence"

(a) Shall be informed promptly and in detail of the nature and cause of the charge; and

(b) **Shall be released on reasonable terms and conditions unless there is just cause for continued detention...**"

חוקת ניו-זילנד קובעת כי אדם שיש נגדו כתב אישום צריך להיות משוחרר בתנאים סבירים אלא אם כן ישנה סיבה מוצדקת להמשך מעצרו.

החקיקה בניו זילנד²³ קובעת שלוש עילות מעצר עיקריות:

¹⁸ Bail Reform Act (1966) Pub. L. 89-465, 80 Stat 214

¹⁹ **Stack v. Boyle** 342 U.S 1 96 (1951)

²⁰ **Brandy v. United States** 81 S.Ct. 197, 5 Led. 2d. 218 (1960)

²¹ Bail Reform Act 18 U.S.C.A 3141-3156, Pub. L. 98-473, 98 Stat. 1985

²² נקבע בסעיף (c)(2) 3142 לחוק זה.

²³ **The Queen v. Whata August Keefe Richard James Rymer** CA162/04 date: 20.7.2004

ראשית, הערכה של סיכוי הבריחה של הנאשם; שנית, הסיכון שהנאשם יפריע להליכי המשפט נגדו, כגון שיבוש ראיות; שלישית, סיכון שהנאשם יבצע עבירה נוספת. בפסיקה של בית המשפט לערעורים של ניו-זילנד²⁴ נקבע שלפני בחינת עילות המעצר בית המשפט צריך לבחון האם הוא סבור שיש כלל צורך במעצר ממושך:

Thus, the first inquiry is whether the Court is satisfied of the need for continued detention. If it is not so satisfied, the Court must determine the "reasonable terms and conditions" on which an alleged offender ought to be released on bail.

כמו כן, בבחינת הערבות יש לבצע איזון בין ההגנה על החירות והחשש מבריחת הנאשם:

In determining what terms of bail are "reasonable" the Court must balance the likely restrictions on an alleged offender's liberty (on the one hand) against the interests of the community in ensuring that alleged offenders do not flee, interfere with evidence or re-offend while awaiting trial (on the other). Viewed in that way "reasonable terms and conditions" of bail can be seen as part of a process of managing the risks of flight, interference with evidence and re-offending. **Terms of bail should reflect the least restrictive outcome possible consistent with the community's expectation that adherence to bail terms will be properly monitored.**

6. אנגליה

מקורה של הזכות לערבות מקורה במגנה כרטא של אנגליה, יחד עם הזכות שלא יינתן עונש אכזרי ובלתי רגיל. כידוע אין באנגליה חוקה מסדירה את מגילת זכויות האדם, אם כי היא כפופה לאמנות של האיחוד האירופי.

על פי החוק באנגליה ישנה חזקה לטובת שחרור בערבות. חזקה זו ניתנת לסתירה מטעמים ברורים כגון חשש מהמלטות הנאשם או שהוא יפריע לעשיית הצדק. ישנה זכות ערעור מוגבלת על ההחלטה למנוע שחרור בערבות²⁵.

7. האיחוד האירופאי

האמנה האירופית בדבר זכויות אדם לא קובעת באופן מפורש את זכות חלופות המעצר.

²⁴ Ibid.

²⁵ The Bail Act (1974) ראו האינפורמציה שבאתר אינטרנט של משרד משפטים האמריקאי The World Factbook of Criminal Justice Types <http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/pub/ascii/wfbcican.txt>

בעניין שנדון בפסק דין **Tomasi**²⁶ בית המשפט האירופי לזכויות אדם בחן את העילות להחזקת העצור במעצר ממושך כפי שהובאו על ידי רשויות צרפת ולעניין עילת הפגיעה בבטחון הציבור נקבע כי :

This ground can be regarded as relevant and sufficient only provided that it is based on facts capable of showing that the accused's release would actually prejudice public order. In addition, detention will continue to be legitimate only if public order remains actually threatened

אם כן, עמדתו של בית המשפט האירופי לזכויות אדם בנוגע לעילות המעצר היא שלא רק שיש צורך להוכיח חשש להפרעת הסדר הציבורי כתוצאה משחרור נאשם בעבירה חמורה אלא יש להוכיח על סמך עובדות מוצקות ששחרור העצור יביא לפגיעה בסדר הציבורי²⁷. לעניין עילת המסוכנות נקבע כי קיומן של אינדיקציות לאשמת הנאשם אמנם רלוונטיות אך הן לא יכולות להצדיק תקופה כה ארוכה של מעצר לפני משפט :

The existence and persistence of serious indications of the guilt of the person concerned undoubtedly constitute relevant factors, but the Court considers, like the Commission, that they cannot alone justify such a long period of pre-trial detention²⁸.

יש לציין שבמקרה הנדון הנאשם שהה במעצר 5 שנים ו-7 חודשים כשהראיות נגדו היו לא מוצקות.

8. משפט בינלאומי

מגילת זכויות האדם והאמנה בדבר זכויות חברתיות ופוליטיות לא עוסקת בחלופות מעצר או בערבות.

²⁶ Tomasi v. France (1993) 15 E.H.R.R 1

²⁷ שם, עמ' 51-50.

²⁸ שם, שם.

חלק ה: שאלות לדיון

1. חלופות מעצר ועקרון המידתיות

לכאורה חלופות המעצר מהוות את הנדבך השני לעקרון המידתיות, לפיו, האמצעי הפוגע בזכות יסוד (במקרה של מעצר- החירות) צריך להיות האמצעי שפגיעתו פחותה. אולם, לדעתנו יש לחלופות המעצר מעמד מיוחד המצדיק את עיגונן הנפרד:

ראשית, אחת הבעיות המרכזיות במשפט הפלילי היא פגיעה בחירותם של חפים מפשע. ריבויים של מעצרים על ידי רשויות אכיפת החוק, לתקופה ארוכה שבסיומה משוחרר החשוד גורמים לפגיעה באמון הציבור במערכת המשפט.

שנית, בחוק סדר הדין הפלילי, ישנו עיגון מפורש של עיקרון המידתיות לגבי כל הליך של מעצר. גם בשנת 1996, עת חוקק חוק המעצרים לא נעלם מעיני המחוקק כי קיימת פסקת הגבלה ועקרון מידתיות בתוכה. למרות זאת, החליטו לעגן את עיקרון המידתיות כחלק מרכזי מהליך המעצר.

הרציונל שעמד מאחורי החלטת המחוקק קיים גם ברמה החוקתית. כשאנו עוסקים בלב ליבו של הדין הפלילי, בהגבלת החירות שהיא האמצעי הדרסטי ביותר, חובה עלינו להגדיר בפירוש ובחוקה לרשויות האכיפה כי זהו המוצא האחרון בלבד.

2. ערבות ושוויון

בעיה שעולה מיישומה של הזכות לערבות שלכאורה היא יוצרת פגיעה בשוויון, בין אלו המסוגלים לשאת בערבות ובין אלו שעקב קשיים כלכליים, יאלצו להישאר במעצר. בארצות הברית ובקנדה נקבע המבחן של ערבות סבירה העומדת במטרה שלשמה ניתנה.

עיקר הקושי של הנאשמים המונע מהם להשתחרר בערובה נובע משני דברים:

ראשית, גובהה של הערובה הנדרשת מהם. על פי ההצעה של השופטת בלהה כהנא ושל ד"ר חיה זנדברג²⁹ לאור הצורך בקביעת ערבות במהירות יש לפעול על פי "כללי אצבע". בבית המשפט שלום הפקדה של ערבות בסך 5,000 ₪ היא ההפקדה הטיפוסית. אכן, על פי מחקרן רוב העצורים משתחררים באותו יום של המעצר.

שנית, ערבות צד ג' שיש נאשמים שמתקשים לגישה שכן על פי המקובל הערב צריך להיות תושב ישראל בעל הכנסה קבועה. דרישה זו הינה בעייתית עד מאוד לגבי תושבי השטחים³⁰.

יש לציין שהמגמה בפסיקה הישראלית היא שלא לקבוע סכומים שלא ניתן לעמוד בהם, כפי שהדבר הובא בפרשות **רודמן ושלומוב**³¹.

²⁹ ב' כהנא וחי' זנדברג, ראו הערה 17 לעיל, 47.

³⁰ לענין זה ראו: ב' כהנא וחי' זנדברג "שחרור בערובה של תושבי השטחים", **המשפט** 7 (2002) 85.

³¹ ראו לעיל.

3. חזקת המסוכנות והזכות לחלופות מעצר

חוק המעצרים בסעיף 21(א)(1)(ג) קובע חזקה שלפיה אדם שנאשם בעבירות מסויימות צפוי לסכן את בטחון הציבור ועל כן יש להשאירו במעצר עד תום ההליכים. חזקה זו, המכונה חזקת המסוכנות, נתונה לביקורת ויש הטוענים שאינה ראויה.

הטענה היא שיש להגביל את חירותו של אדם רק כאשר ישנה הצדקה ראויה לכך.

ישנם מספר טעמים העומדים בבסיסו של מעצר עד תום ההליכים בשל חומרת העבירה³²:

ראשית, הרצון להשיג אפקט של הרתעה כללית. **שנית**, הבטחת אמון הציבור במערכת המשפט הפלילי ו**שלישית**, מענה על תחושת הצדק של הציבור ורצון ליצור בקרב הציבור תחושת בטחון.

על פי הביקורת המובאת על ידי ד"ר קיטאי³³, טעמים אלו אינם יכולים להצדיק מעצר של נאשמים שטרם הורשע בשל מספר סיבות:

ראשית, לא הוכח קשר אמפירי בין אפקט ההרתעה וביצוע העבירות. **שנית**, תחושות הציבור לא יכולות להביא לשלילת חירותו של אדם ללא הצדקה - אין פוגעים בזכות אדם על פי דעת קהל. **שלישית**, העמימות של קריטריון "חומרת העבירה" רבה ויוצרת חשש לניצול של מטרות מעצר אלו לצרכים לא ראויים כמו מעצר מתנגדים פוליטיים. **רביעית**, חזקת המסוכנות צופה פני עבר ולא פני עתיד כמו העילות האחרות, הראויות, למעצר.

אם יוחלט להעלות את הזכות לערבות לרמה חוקתית, בנוסח דומה לזה שבקנדה, הרי שחזקת המסוכנות יכולה להתפרש על ידי בית המשפט כלא חוקתית שכן היא מעבירה את נטל ההוכחה על הנאשם בכל מקרה שעבר עבירות מסוימות ללא דיון במקרה קונקרטי לגופו.

³² ר' קיטאי, "הניגוד בין חזקת המסוכנות שבחוק המעצרים לבין חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", הפרקליט (2) 2002, 282, 284-285.

³³ שם, עמ' 283-291.

שער 2: החיסיון מהפללה עצמית

חלק א: מבוא

החיסיון מהפללה עצמית פירושו כי אדם לא יאולץ להעיד כי ביצע מעשים פליליים או למסור ראיות ומסמכים שיפלילו אותו. עוד בימי חז"ל נקבע כי "אין אדם משים עצמו רשע" ובעולם הרחב זכות זו התפתחה כמענה כתוצאה ממקרים רבים בהם הושגו הודאות שווא בעינויים וכן מתוך רצון לחזק את מעמדו של הפרט המתגונן בפני מנגנון התביעה של המדינה שבידה אמצעים רבי יכולת.³⁴

זכותו של אדם שלא להפליל את עצמו שונה מזכות השתיקה, שהיא זכות רחבה יותר. תחת הזכות להימנע מהפללה עצמית אדם אינו רשאי לשתוק בעניינים הקשורים לאדם אחר, אלא אם כן יחשוף פרטים המפלילים את עצמו.

הצדקות ערכיות לחיסיון: החיסיון מהפללה עצמית נובע מן ההנחה כי אין לעמת בין נאמנותו של אדם למדינה (כעד, חשוד או נחקר) לבין נאמנותו האינסטינקטיבית לעצמו ללא חיסיון מהפללה עצמית היה אותו אדם שסירב להפליל את עצמו נחשף לתביעה נוספת בגין סירוב להעיד או בגין עדות שקר. הצדקה נוספת לחיסיון קמה מכח חזקת החפות: אם נפנים את ההנחה (שהיא במקרים רבות הנחה פיקטיבית) כי הנאשם חף מפשע עד שהתביעה תוכיח את אשמתו, אסור למדינה לדרוש ממנו להעיד כי הוא אשם או להודות בכך, בחקירתו במשטרה.

חזקת החפות, שדונה קודם למסמך זה, אף דורשת כי על המדינה להימנע מהנחת אשמתו של חשוד ככל הניתן ועליה לתת לו ליהנות מן הספק כל עוד אין די ראיות. החיסיון מפני הפללה עצמית מהווה אף הוא כלי שרת לאכיפתו של רציונל זה: קיומו של החיסיון מונע מהמדינה לפנות ל"דרך הקלה" ולהשיג את הודאתו של הנאשם באמצעות לחץ פיזי או נפשי. כך נאלצת התביעה להגיש כתבי אישום רק נגד אזרחים שיש לה ראיות מספקות להרשעתם ואילו המשטרה מחויבת להשיג ראיות חיצוניות ולא להתמקד בהפעלת לחץ על חשודים לטובת איסוף ראיות.

חלק ב: החיסיון מהפללה עצמית במשפט הישראלי

החיסיון מהפללה עצמית נקלט במשפט הישראלי ולדברי בית המשפט העליון: "הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית מוקנית בדין לכל אדם"³⁵. בהתייחס להליכי חקירה, מוסדרת הזכות בסעיף 2(2) לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות), לפיו על הנחקר להשיב נכונה על כל השאלות שהוא נשאל בחקירה "חוץ משאלות שהתשובות עליהן יהיה בהן כדי להעמידו בסכנת האשמה פלילית". בהתייחס להליכי-משפט מוסדרת הזכות לחיסיון בסעיף 47 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971. על-פי האמור בסעיף 47(א), "אין אדם חייב למסור ראיה אם יש בה הודיה בעובדה שהיא יסוד מיסודותיה של עבירה שהוא מואשם בה או עשוי להיות מואשם בה".

³⁴ אליהו הרנון "על זכות השתיקה", משפטים א' 95.

³⁵ רע"א 5381/91 חוגלה שיווק (1982) בע"מ נ' אריאל, פ"ד מו(3), 378, 380-381.

זכות השתיקה הינה הביטוי המובהק ביותר לחיסיון מפני הפללה עצמית (למרות שכאמור, היא רחבה ממנו). בצורתה ה"מוחלטת" - שלא לפצות פה ולא לומר דבר - הוענקה זכות השתיקה על-ידי המחוקק, במפורש, רק לנאשם במסגרת משפטו (סעיף 161 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), תשמ"ב-1982). בע"פ 1382/99 בלחניס נ' מדינת ישראל, תק-על 99(3) 1777, הביע בית המשפט את עמדתו כי זכות השתיקה היא זכות חוקתית.

החיסיון מפני הפללה עצמית, במסגרתה של חקירה, מקנה אך זכות שתיקה "יחסית", דהיינו זכות שלא להשיב על שאלות מפלילות. אך כשהמדובר בחשוד בביצוע עבירה, הנחקר בידי איש מרות, מתפרש חיסיון זה, על דרך ההרחבה, כזכות שתיקה מוחלטת.³⁶

העמדה לפיה הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית היא זכות חוקתית התחזקה לאחר חקיקת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. המחלוקת בפסיקה אינה עוסקת בשאלה האם זכות זו חוקתית אם לאו. נקודת המוצא היא שמדובר בזכות חוקתית ובשל כך עולה השאלה האם פגיעה בזכות זו מולידה תרופה חוקתית של פסילת ראייה שנתגלתה בעקבות הפגיעה בזכות.³⁷

חלק ג': החיסיון מהפללה עצמית בהצעות חוקה בישראל

1. הצעת חוק יסוד: זכויות האדם והאזרח, תשל"ג-1973³⁸

לפי ההצעה אין לחייב אדם להפליל את עצמו, למרות שנוסחה מעיד כי ישנם מקרים בהם הדבר יתאפשר, באמצעות חוק המורה זאת במפורש:

17. מניעת הפללה עצמית

אין מחייבים אדם להפליל את עצמו אלא מכוח החוק.

2. הצעת חוק יסוד: מגילת זכויות היסוד של האדם, תשמ"ג-1983

הצעה זו, המבוססת כמעט לחלוטין על הצעתו של חבר-הכנסת פרופ' קלינגהופר משנת 1964, קובעת כי כל אדם זכאי שלא יאלצו אותו להפליל את עצמו:

13. מי שהואשם בעבירה פלילית, אלו זכויותיו:

(7) שלא יאולץ להעיד נגד עצמו או להודות באשמה."

3. הצעת חוקה לישראל (1986)

הזכות מעוגנת באופן מפורש:

16. כל אדם זכאי שלא להפליל את עצמו.

³⁶ ע"פ 533/82 זכאי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 59, בעמ' 69; ומאמרו של אי הרנון, "על זכות השתיקה", הערה 34 לעיל.

³⁷ ראו דיון בנושא כלל הפסלות ותורת פירות העץ המורעל, שער 3 להלן.

³⁸ הצעת חוק-יסוד: זכויות האדם והאזרח, תשל"ג-1973, הצ"ח 448.

4. הצעת החוקה של הסנגוריה הציבורית

ההצעה עוסקת בזכויות האדם בהליך הפלילי. על-פי ההצעה לחשוד או לנאשם תעמוד זכות השתיקה בחקירה או במשפט והזכות ששתיקתו לא תשמש נגדו. כמו כן כל אדם זכאי שלא לומר דבר העשוי להפלילו, גם כעד:

”זכות השתיקה והחסיון מפני הפללה עצמית

7. זכות שתיקה לחשוד ולנאשם

(א) כל אדם זכאי שלא לומר דבר בחקירה המתנהלת נגדו.

(ב) כל אדם זכאי שלא להעיד בהליך משפטי המתנהל נגדו.

(ג) כל אדם זכאי ששתיקתו, בחקירה או במשפט, לא תשמש נגדו.

8. החסיון מפני הפללה עצמית לעד

(א) כל אדם זכאי שלא לומר דבר העשוי להפלילו.

5. הצעות חוקה אחרות:

בהצעות החוקה של יהודה פנחס כהן (1948), פרופ' אקצין (1964), פרופ' בנדור (2000), המכון הישראלי לדמוקרטיה (2004) ובהצעת חוק-יסוד: זכויות במשפט אין התייחסות מפורשת לזכות זו.

חלק ד': החיסיון מהפללה עצמית במשפט המשווה

1. אמנות כלליות ואזוריות

האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1966)

Article 14

3. In the determination of any criminal charge against him, everyone shall be entitled to the following minimum guarantees, in full equality:

(g) Not to be compelled to testify against himself or to confess guilt.

האמנה האמריקאית בדבר זכויות האדם (1969)

האמנה הפאן-אמריקאית בדבר זכויות האדם (אמנת סאן חוזה), שנחתמה ב-1969 ונכנסה לתוקפה ב-1978,³⁹ מכילה סעיף העוסק בזכות למשפט הוגן. סעיף זה מעגן את זכותו של הנאשם שלא להעיד כנגד עצמו ושלא להודות באשמה.

Article 8. Right to a Fair Trail

³⁹ American Convention on Human Rights, O.A.S.Treaty Series No. 36, 1144 U.N.T.S. 123 entered into force July 18, 1978.

2. Every person accused of a criminal offense has the right to be presumed innocent so long as his guilt has not been proven according to law. During the proceedings, every person is entitled, with full equality, to the following minimum guarantees:

g. The right not to be compelled to be a witness against himself or to plead guilty;

חוקת בית הדין הפלילי הבינלאומי :

Article 67: Rights of the accused

1. In the determination of any charge, the accused shall be entitled to a public hearing, having regard to the provisions of this Statute, to a fair hearing conducted impartially, and to the following minimum guarantees, in full equality:

...

(g) Not to be compelled to testify or to confess guilt and to remain silent, without such silence being a consideration in the determination of guilt or innocence

2. ארצות-הברית

זכותו של אדם שלא להפליל את עצמו עוגנה בתיקון החמישי לחוקה :

No person shall ... **be compelled in any criminal case to be a witness against himself**, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law;

בפרשת **Miranda** נקבע כי יש להודיע לחשוד על זכויותיו ובכלל זה על זכותו לחיסיון מהפללה עצמית, זכות השתיקה והזכות לעו"ד⁴⁰ שהן ביטויי של החיסיון בפועל.

3. קנדה :

זכותו של אדם שלא להפליל את עצמו מעוגנת בסעיפים 11 ו-13 לצ'רטר הקנדי :

11. Any person charged with an offence has the right - ...

(c) not to be compelled to be a witness in proceedings against that person in respect of the offence;

⁴⁰ **Miranda v. Arizona**, 384 U.S. 436 (1966).

סימן זה לצ'רטר מקנה לנאשם את הזכות שלא להעיד במשפטו. אם יחליט להעיד, הוא מסתכן בכל שיאלץ להפליל את עצמו ואין לו אפשרות שלא לענות לשאלה מפלילה כנהוג בארה"ב⁴¹.

החוקה הקנדית מגינה גם על עד בכל הליך שהוא:

Self-crimination

13. A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence.

בכך מוגן עד בפני שימוש שייעשה בעדותו כלפיו בהליך אחר, למעט בהליך שעניינו עדות שקר או עדויות סותרות. הגנה זו אינה מועילה לנאשם שבחר להעיד, שכן השימוש שייעשה בעדותו המפלילה יהיה באותו הליך⁴². בית המשפט העליון הקנדי קבע כי אין לחייב את העד (אשר מצא עצמו לאחר מכן נאשם) לדרוש כי ייחנה מהחיסיון מפני הפללה עצמית בזמן מתן העדות בהליך המקורי⁴³. סימן 13 חל בכל הליך ואין דרישה כי ההליך המקורי, בו העיד הנאשם יהיה הליך פלילי. יחד עם זאת, ההליך המאוחר, בו חל החיסיון, חייב להיות הליך פלילי או הליך העלול להוביל לסנקציה פלילית⁴⁴. יצוין כי גרסתו המקורית של סימן 13 הקנתה את החיסיון רק לעדויות שניתנו כתוצאה מכפייה (compulsion בשפת המקור) כלומר מכח צו זימון להעיד. גרסתו העכשווית של סימן 13 מחילה את החיסיון על כל עדות כיוון שהוא חל על עדויות בכל סוגי ההליכים (who testifies in any proceedings)⁴⁵.

כאמור, כאשר אדם מעיד בהליך המקורי ולאחר מכן מספק עדות סותרת בהליך בו הוא עומד לדין עומד לו החיסיון מפני הפללה עצמית ואין לעמת אותו עם עדותו הקודמת בטענה כי העדות הקודמת (והמרשיעה) היא העדיפה⁴⁶. עם זאת, רשאית התביעה להביא את העדות הקודמת על מנת להטיל ספק במהימנותו של הנאשם⁴⁷.

ראיות מפלילות שהושגו כתוצאה מעדותו המקורית של הנאשם סותרות אמנם קבילות לפי סימן 13, אך הצגתן סותרת את הדרישה להליך הוגן המצויה בסימן 7 לצ'רטר (לפיו אין שוללים חירות, חיים או ביטחון אלא בהתאם ליסודות הצדק)⁴⁸.

⁴¹ ראו Hogg, הערה 9 לעיל, 3-51.

⁴² שם, 1-51.

⁴³ שם, 2-51 וגם: Dubois v. The Queen (1985) 2 S.C.R. 350, 360.

⁴⁴ Knutson v. Sask. Reg. Nurses Assn. (1990) 75 D.L.R.

⁴⁵ פרשת Dubois, הערה 43 לעיל.

⁴⁶ R. v. Mannion [1986] 2 S.C.R. 272.

⁴⁷ R. v. Kuldip [1990] 3 S.C.R. 618.

⁴⁸ ראו R. v. S(R.J.) [1995] 1 S.C.R. 451 וגם Hogg, הערה 9 לעיל, 6-51.

4. ניו-זילנד

Section 25 [Fair Trial]

Everyone who is charged with an offence has, in relation to the determination of the charge, the following minimum rights:

...

(d) **The right not to be compelled to be a witness or to confess guilt**

5. דרום אפריקה

Section 35: Arrested, detained and accused persons

(1) Everyone who is arrested for allegedly committing an offence has the right-

...

(c) not to be compelled to make any confession or admission that could be used in evidence against that person;

...

(3) Every accused has a right to a fair trial, which includes the right

(h) to be presumed innocent, to remain silent, and not to testify during the proceedings;

...

(j) not to be compelled to give self-incriminating evidence;

סעיף 35 מחולק לשלושה חלקים: זכויות חשודים (מי שנעצרו בחשד שבצעו עבירה), זכויות במהלך המעצר וזכויות נאשמים. החיסיון מפני הפללה עצמית מנוי בחוקה גם לגבי חשודים (סימן 1(c) וגם לגבי נאשמים (סימן 3(j)). סימן 3(h) מקנה לנאשמים גם זכות שתיקה וזכות שלא להעיד במהלך משפטם, החופפת חלקית לחיסיון מפני הפללה עצמית.

6. אסטוניה

Article 22 [Presumption of Innocence, Right Against Self-Incrimination]

(1)...

(2) No one shall be required during a criminal investigation to prove his or her innocence;

(3) No one may be compelled to give testimony against themselves, or against close family;

7. המשפט העברי⁴⁹

חז"ל קבעו כי "אדם קרוב אצל עצמו, ואין אדם משים עצמו רשע". רש"י פירש זאת כאיסור על קבלת הודאה של אדם על עצמו ("קרוב פסול לעדות").⁵⁰ הרמב"ם פירש את ההיגיון שמאחורי הפסיקה בכותבו: "הסנהדרין אין ממיתין ולא מלקין המודה בעבירה, שמא נטרפה דעתו בדבר זה, שמא מן העמלין מרי נפש הוא המכחיס למות שתוקעין החרבות בבטנם ומשליכין עצמם מעל הגגות, שמא כך זה יבא ויאמר דבר שלא עשה כדי שיהרג". על-פי ההלכה, הודאתו של אדם צריכה להיתמך בעדות שני עדים.

חלק ה': שאלות לדיון

1. האם ראוי לכלול את החיסיון בחוקה?

מספר הצעות חוקה לא כללו חסיון זה. לדעתנו, ללא חיסיון מפני הפללה עצמית יוכלו הרשויות לאלץ אדם להעיד כנגד עצמו, באמצעים לגיטימיים לכאורה ועל-פי חוק. ללא חיסיון מפני הפללה עצמית תצומצם השפעתה של חזקת החפות כיוון שתחולתה תתקצר עד לרגע בו יישאל הנאשם אם הוא אשם וייחשף לסכנת העמדה לדין בגין עדות שקר או סירוב לצו בית משפט הקורא לו להעיד.

סקירת המשפט הישראלי מראה כי החיסיון מהפללה עצמית נקלט בישראל ברמה החוקית אך אין בכך כדי לצמצם את חיוניותה של קליטתו לרמה החוקתית. כשם שקיומם של חוקים רבים בישראל, הקובעים נורמות של שוויון זכויות החינוי לכבוד האדם, פרטיות ושמירה על קניין אינו מייתר את הצורך בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על סעיפיו השונים, אין קיומו של החיסיון ברמה החוקית מייתר את הצורך בקליטתו לרמה החוקתית. משמעותו של עיגון כזה היא כי החיסיון יוגן מפני פגיעה (אם מצד המחוקק ואם מצד בית המשפט) וכי הוא ייקלט בצורה חזקה ביותר בתודעת רשויות האכיפה והציבור, בשל כוחה המחנך של החוקה.

2. ההבדל בין זכות השתיקה והחיסיון מפני הפללה עצמית:

קיימת אפשרות להגן על זכות השתיקה, כפי שנעשה בחוקת דרום אפריקה, או להסתפק בהגנה על החיסיון מפני הפללה עצמית. כמו-כן, קיימת אפשרות להכיר גם בחיסיון מפני הפללת קרוב משפחה בדרגה ראשונה, כפי שנעשה בחוקת אסטוניה. לבסוף, קיימת שאלה בדבר המשמעות של הפעלת החיסיון: האם ניתן לגזור מהשימוש בו ראייה מחזקת במצבים מסוימים? לאור מורכבות השאלות מוצע לקבוע להותיר נושאים אלו לחקיקה שתידרש לעמוד בפסקת הגבלה, ובכך יובטח כי באמצעות דיון בית בתי המשפט ובין המחוקק יזכה ההליך ההוגן להגנה ראויה ובה בעת יישמרו עקרונות היסוד בדיון הפלילי.

⁴⁹ מבוסס על המאמר המפורסם באתר של פעילי "חזקת חפות" [URL: <http://www.court.org.il/nato/nato50.htm>] (נצפה לאחרונה: מרץ 2005).
⁵⁰ יבמות, כה, ע"ב.

3. חלופות אפשריות לחקיקת חיסיון מפני הפללה עצמית:

סקירת המשפט המשווה מראה כי ישנן שתי צורות עיקריות של חיסיון מפני הפללה עצמית: החיסיון האמריקני, המאפשר לנאשם או לחשוד לסרב לענות על שאלה והחיסיון הקנדי, המאפשר לו שלא להעיד וקובע כי אם יעיד עדותו תפליל אותו בהליך הנוכחי בלבד (אם הוא הנאשם בהליך זה). על פניו נראה שהחיסיון הקנדי מקדם את גילוי האמת יותר מהחיסיון האמריקני כיוון שהוא אינו מקנה זכות לסרב לענות על שאלות ונותן לנאשם לבחור בין הימנעות מעדות (שיתכן ותפגע בו) לויתור על החיסיון. מנגד, יהיו מי שיתנגדו לחיסיון כזה ויטענו כי הוא מציב את הנאשם בדילמה קשה מנשוא ובלתי מוסרית. חיסרון נוסף של החיסיון הקנדי הוא בכך שהוא יוצר חוסר ודאות לגבי המצב המשפטי בנושאים כגון האפשרות להסתמך על עדויות קודמות בחקירה נגדית ואופייה המפליל של הראייה⁵¹. בנושא בעיית החקירה הנגדית חומרת הבעיה ניכרת לאור דברי נשיא בית המשפט העליון בקנדה השופט Lamer כי הנחיית המושבעים לבחון את מטרת החקירה הנגדית היא בעייתית וקשה ליישום⁵².

4. תחולתו של החיסיון:

החיסיון הקנדי חל במהלך משפטו של נאשם או חשוד וגם כאשר הוא מעיד בהליך אחר. החיסיון האמריקני איננו מתייחס למעמד בו ניתנת העדות אלא מסתפק בקביעה כי אין לחייב אדם להעיד כנגד עצמו. גם בעניין זה מוצע להותיר את הנושא לחקיקה עתידית, שתידרש לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה, בדומה למודל הקנדי.

⁵¹ ראו דיון בחלק ג' למסמך זה.

⁵² ראו פסק דין Kuldip הערה 47 לעיל, 635.

שער 3 : כלל פסלות ופירות העץ המורעל

חלק א' : מבוא והצגת הזכות

כלל הפסלות ותורת פירות העץ המורעל, המתבססת עליו, נועדו להגן על הציבור מרשויות אכיפה שאינן מקפידות על כללי הדין ועל זכויות האדם, בבואן לאסוף ראיות. משמעותו של כלל הפסלות היא כי ראיות שנאספו תוך פגיעה בזכויות חוקתיות ו/או שלא על פי דין, לא יהיו קבילות בבית המשפט.

הויכוח בעניין קיומו של כלל פסלות נוגע למתח בין גילוי האמת לבין ההליך הראוי: מתנגדי כלל הפסלות גורסים כי עבירות או חריגות שביצעו השוטרים במהלך חקירתם אינן שוללת את אמיתות ממצאיהם ויש להתחשב באמת שנתגלתה ולטפל בשוטרים בהליך נפרד, משמעותי או פלילי.⁵³

תומכי כלל הפסלות סבורים שהוא הכלי המיטבי להרתעת רשויות האכיפה מפגיעה בזכויות אזרח והפרת החוק, לשימור הלגיטימיות המוסרית של הכרעת הדין בפרט ומערכת המשפט בכלל ולהגנה על זכויות האדם, הנחקר ע"י רשויות האכיפה.⁵⁴

תורת פירות העץ המורעל נהוגה בעיקר בארה"ב ולפיה כל ראיה נוספת שהושגה תוך הסתמכות על ראיה שנאספה שלא כדין, אף היא אינה קבילה בבית משפט. תורה זו היא למעשה סוג מיוחד של כלל פסלות.⁵⁵

המצדדים בתורת פירות העץ המורעל סבורים כי ללא פסילת הראיות שישגו בעקבות אותה ראיה שהושגה שלא כדין, ירוקן כלל הפסלות מתוכן. לפי גישה זו, לאחר שאספה המשטרה את הראייה הפסולה, במרבית המקרים היא מסוגלת לגלות בעקבותיה ראיות מפלילות אחרות ולכן גם אם תיפסל הראייה הראשונה, תמשיך המשטרה לפגוע בזכויות נחקרים, חשודים ונאשמים, כיוון שהתנהגות זו תשיג את הראיות, הנחוצות להרשעה.

חלק ב' : הזכות לפסילת ראיות שנאספו שלא כדין בישראל

בישראל אין כלל פסלות כללי וראיות ייפסלו כתוצאה מהליך לא הוגן רק כתוצאה מהסדרים קונקרטיים בחוק או משיקול דעתו של בית המשפט (במקרים קיצוניים ונדירים). תורת פירות העץ המורעל אינה מעוגנת בחוק או בפסיקה בישראל ובתי המשפט דחו אותה פעמים רבות כאמצעי מוגזם המקריב את האמת על מזבח תקינות התנהגותן של רשויות האכיפה.⁵⁶

הסדרים קונקרטיים המקימים כללי פסלות קיימים בחוק האזנת סתר,⁵⁷ המאפשר פסילת ראיות שנאספו על-ידי האזנה לא חוקית לשיחות טלפון ובחוק הגנת הפרטיות המאפשר פסילת

⁵³ ביטוי לגישה זו נמצא בדברי השופט אלון בד"נ 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין, פ"ד מב (3) 837-854, 855.

⁵⁴ א' הרנון, "ראיות שהושגו שלא כדין", מחקרי משפט י"ג 139, 144.

⁵⁵ שם, 140.

⁵⁶ ראו הרנון, הערה 54 לעיל, שם.

⁵⁷ חוק האזנת סתר. התשלט-1979, סעיף 13 ובנוסח עדכני: חוק האזנת סתר (תיקון), תשנ"ה-1995, ס"ח 1517.

ראיות שנאספו תוך פגיעה בפרטיות⁵⁸. חריגים אלו מפורשים בצמצום. למשל, נפסק כי פגיעה דרסטית בכבוד על-ידי השקיה כפויה של חשוד במי מלח, אינה מקיימת את החריג כיוון שהיא אמנם פוגעת קשות בכבוד העצור אך לא בפרטיותו, כפי שנדרש לעניין חוק הגנת הפרטיות⁵⁹.

קיימת גישה לפיה חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הובילה לשינוי ההלכה בישראל ולקליטת כלל פסלות יציר פסיקה. ישנם הטוענים כי כלל פסלות הוא נגזרת של חוק היסוד עצמו ולכן הוא כבר מעוגן ברמה החוקתית: פרשנות זו מציעה כי סעיף 11 לחוק היסוד, הידוע בכינוי פסקת הכיבוד ולפיו "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק זה", מחייבת את רשויות השלטון לא רק לא לפגוע בכבודו, חירותו קניינו ופרטיותו של אדם אלא גם שלא להפיק תועלת מפגיעה בזכויות אלו על ידי רשות אחרת⁶⁰. אחרים מסתפקים בטענה כי העלאת מעמדן של זכויות האדם במשפט הפלילי לרמה החוקתית מוסיפה להן מעמד וחשיבות במידה כזאת שהפרתן הבוטה מחייבת את פסילת הראיות⁶¹ וזאת בהתאם לשינוי האיזון שהתרחש במשפט הפלילי כולו בין המדינה לזכויות הנאשם, בעקבות המהפיכה החוקתית⁶².

יוזכר כי גישות אלו טרם זכו להכרה משמעותית במשפט הישראלי וראיות שנאספו שלא כדין עדיין קבילות ברובם של המקרים, אם כי ניכרת אי נחת של מקצת השופטים מן המצב הקיים⁶³.

חלק ג': פסלות ראיות בהצעות חוקה בישראל

הצעות החוקה הקודמות לא כללו סעיף מפורש העוסק בפסלות ראיות. יחד עם זאת במספר הצעות חוקה ישנם סעיפים מהם ניתן לגזור כלל פסלות יציר פסיקה, כפי שקרה בארה"ב:

1. הצעת החוקה של יהודה פנחס כהן (תש"ח-1948)

14 ביתו של אדם - זו רשותו. לא יכנס אדם לבית חברו שלא ברשות, ולא יערך בו חיפוש אלא אם כן הורשה לכך לפי הוראות החוק. לא תחולל סודיות של מכתבים, מברקים ושיחות טלפון. כל ביטול זמני של חירויות אלה, בימי מלחמה או בשעות חירום, יהא טעון אישור מפורש בחוק, אשר הוצאתו לפועל תעמוד תחת הפיקוח המתמיד של בית הנבחרים.

⁵⁸ חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א - 1981, ס"ח 120, סעיף 32. להלן נוסח הסעיף:
32. חומר פסול לראיה

חומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות יהיה פסול לשמש ראיה בבית משפט, ללא הסכמת הנפגע, זולת אם בית המשפט התיר מטעמים שיירשמו להשתמש בחומר, או אם היו לפוגע, שהיה צד להליך, הגנה או פטור לפי חוק זה.

⁵⁹ ד"נ ועקנין, הערה 53 לעיל, 849.

⁶⁰ ראו הרנון, הערה 54 לעיל וגם י" שחר, "סדר דין פלילי" ספר השנה של המשפט בישראל (תשנ"ב-תשנ"ג) 375, 419.

⁶¹ א' ברק, "המהפיכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות", משפט וממשל א', תשנ"ב 9, 12-13.

⁶² להרחבה בנושא שינויו של מאזן הזכויות במשפט הפלילי בעקבות המהפיכה החוקתית ראו ד"פ 2316/95 גנימאת נ' מ"י, פ"ד מט (4) 589.

⁶³ ראו בשי"פ 1153/02 מדינת ישראל נ' אברג'יל (מחוזי, ירושלים) בו קבע בית המשפט המחוזי כי פסילה יחסית אפשרית בהתאם לחומרת המקרה. בכך הפך בית המשפט המחוזי את קביעתו של בית משפט השלום, לפיה חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מחייב, לפחות במקרים בהם בוצע חיפוש ללא צו, פסילת ראיות על פי כלל "פירות העץ המורעל".

2. הצעת חוקה לישראל (1986)

זכות לפרטיות

- 19 א) כל אדם זכאי לצנעת חייו הפרטיים.
- ב) אין פוגעים בצנעת חייו של אדם, בסוד שיחו, במכתביו ובתקשורתו אלא מכח צו של בית-משפט שניתן על פי עילה הקבועה בחוק לשם הגנה על בטחון המדינה, מניעת עבירות וגילוי עבריינים.
- ג) חוק עשוי להסמיך פגיעה בזכות לפרטיות למטרות הקבועות בסעיף קטן (ב), אף ללא צו של בית-משפט, כאשר נסיבות מיוחדות של דחיפות מחייבות זאת ובלבד שהעניין יובא לאישורו של בית-משפט בהקדם האפשרי.

רשות היחיד

- 20 א) כל אדם זכאי להגנה על רשות היחיד.
- ב) אין נכנסים לרשות היחיד של אדם ללא הסכמתו ואין עורכים בה חיפוש אלא מכח צו של בית-משפט שניתן על פי עילה הקבוצה בחוק לשם הגנה על בטחון המדינה, שלומו של קטין, בריאות הציבור, מניעת עבירות וגילויין, הגנה על חי אדם או רכושו או ביצוע מעצר כדין.
- ג) חוק עשוי להסמיך פגיעה ברשות היחיד, למטרות הקבועות בסעיף קטן (ב), אף ללא צו של בית-משפט, כאשר נסיבות מיוחדות של דחיפות מחייבות זאת ובלבד שהעניין יובא לאישורו של בית-משפט בהקדם האפשרי.

חיפוש בגוף האדם בכליו

- 21 א) אין עורכים חיפוש בגופו של אדם אלא כאמור בסעיף 19, בשינויים המחוייבים.
- ב) אין עורכים חיפוש בכליו של אדם אלא כאמור בסעיף 20, בשינויים המחוייבים.

חלק ד': הזכות לפסלות ראיות במשפט המשווה

פסלות ראיות מעוגנת בשבע-עשרה חוקות לאומיות לפחות ובשתי אמנות בינלאומיות בולטות⁶⁴.

1. אמנות כלליות ואזוריות

האמנה נגד עינויים משנת 1984:

Article 15

Each State Party shall ensure that any statement which is established to have been made as a result of torture shall not be invoked as evidence in

⁶⁴ בין השאר מעוגנים כללי פסלות בחוקותיהן של קנדה, דרום אפריקה, ברזיל, קוסטה ריקה, קובה, מצרים, פרו פרגוואי ואתיופיה. לסקירה נרחבת בנושא תחולת זכות זו וזכויות אחרות בחוקות בעולם ראו: M.C. Bassiouni, "Human Rights In The Context of Criminal Justice: Identifying International Procedural Protections And Equivalent Protections in National Constitutions", 3 *Duke J. Comp. & Int'l L.* 235, 269.

any proceedings, except against a person accused of torture as evidence that the statement was made.

כלל זה קובע כי ראיות שנאספו על ידי עינויים יהיו בלתי קבילות.

האמנה הפאן אמריקאית בנושא זכויות אדם משנת 1969 (אמנת סן חוזה):

Article 8. Right to a Fair Trial

...

3. A confession of guilt by the accused shall be valid only if it is made without coercion of any kind.

כלל זה מגביל את עצמו להודאה באשמה ואינו מקור לתחולה כללית של תורת פירות העץ המורעל.

חוקת בית הדין הבינלאומי למשפט פלילי (ICC):

7. Evidence obtained by means of a violation of this Statute or internationally recognized human rights shall not be admissible if:

(a) The violation casts substantial doubt on the reliability of the evidence; or

(b) The admission of the evidence would be antithetical to and would seriously damage the integrity of the proceedings.

מדובר בכלל פסלות המיועד למקרים חמורים המותיר שיקול דעת בידי בית המשפט, אך מאידך מחייבו לנהל דיון בטענות הגנה בעניין זה. יצוין כי בתנאי השני (החליפי לקודמו קווי דמיון לדרישת כלל הפסלות הקנדי שקבלת הראייה תפגע באמון הציבור במערכת המשפט (ראו להלן) אך השפה שנבחרה היא קשיחה יותר מזו שבכלל הקנדי: נדרש כי קבלת הראייה תהיה מנוגדת להוגנות ההליך ותפגע בו באופן רציני.

2. ארצות-הברית

כלל הפסלות הוא יציר פסיקה המבוסס על התיקון הרביעי העוסק בחיפושם ותפיסות ותוך התחשבות בתיקון החמישי העוסק בהליך ראוי. נוסח התיקון הרביעי:

The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or

affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized

על בסיס דברים אלו פיתחה הפסיקה כלל לפיו ראיות שנאספו תוך פגיעה בזכויותיו החוקתיות של אדם, לא יהיו קבילות בבית משפט⁶⁵. הכלל הוא תרופה חוקתית כללית שנועדה להגן על התיקון הרביעי לחוקה ולא דווקא סעד חוקתי אישי של מי שנפגע מהחיפוש⁶⁶. מטרת הכלל היא להכווין את התנהגות הרשויות לנתיב החוקי וההולם של ההליך הראוי באמצעי יעיל יותר מהליכים משמעותיים או תביעות נפרדות.

בארה"ב נהוגה גם דוקטרינת פירות העץ המורעל (Fruit of the Poisonous Tree) לפיה לאחר שהושגה ראיה תוך פגיעה בזכויות חוקתיות, כל ראיה אחרת נגררת או משנית, כלומר ראיה שנאספה כתוצאה מהראיה הפסולה, אף היא פסולה⁶⁷. דוקטרינה זו צומצמה וראיות משניות משמשות בדיונים על מאסר על תנאי ודיוני חבר מושבעים גדול (פס"ד U.S v. Calandra⁶⁸).

יצוין כי בארצות הברית לא מקובלת דוקטרינת הבטלות היחסית והשיטה האמריקנית סולדת בעניין זה ממתן שיקול דעת רחב לבתי המשפט. עם זאת, מכירה השיטה במספר חריגים לכלל הפסלות:

(א) דוקטרינת הגילוי הבלתי נמנע (פסק דין *Nix v. Williams*⁶⁹):

אם ניתן להוכיח שהראיה הייתה מתגלית באופן עצמאי בסופו של דבר, היא קבילה

(ב) מקור עצמאי ובר תוקף (*Segura v. United States*⁷⁰):

אם המידע על הראיות הושג באופן עצמאי וחוקי, השגתן הבלתי חוקית אינה מונעת ניסיון נוסף (וחוקי) להשגתן ואינה מונעת התייחסות לעצם קיומן במשפט.

(ג) טעות בלתי מזיקה:

במקרה בו הראיה איננה מהותית לביסוס ההרשעה קבלתה לא תוביל לביטול ההרשעה בערעור.

(ד) תום לב (*United States v. Leon*⁷¹) (Good Faith)

אם איסוף הראיה נעשה על-ידי שוטרים שלא התכוונו להפר זכויות ולא ידעו שמתבצעת הפרה, אלא חשבו בתום לב ובסבירות שפועלים הם בהתאם לחוק (במקרה זה בהתאם לצו חיפוש שהוצא על-ידי שופט, אשר הוציא את הצו בהסתמך על תצהיר שהתברר בדיעבד כלקוי), תתכן הכרה בראיות כל עוד לא נגרם עוות דין לנאשם. זאת משום שלא ניתן להרתיע את המשטרה מקום בו פעלה בסבירות ובתום לב. יצוין כי המלחמה בסמים שהוכרזה על-ידי הנשיא רייגן עמדה ברקע פסק הדין, אשר עסק בתפיסת כמות גדולה של סמים בחיפוש זה.

⁶⁵ *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914)

⁶⁶ *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984)

⁶⁷ *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920)

⁶⁸ *United States v. Calandra*, 414 U.S. 338 (1974)

⁶⁹ *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984)

⁷⁰ *Segura v. United States*, 468 U.S. 796 (1984)

⁷¹ ראו הערה 56 לעיל.

3. אוסטרליה, סקוטלנד ובריטניה: גישת הפסלות היחסית

גישה זו מציעה פשרה בין כלל פסלות גורף להעדר כלל פסלות, וזאת באמצעות מתן כח לבית המשפט לפסול ראיה שהושגה באופן לא חוקי או לא הולם.⁷² המודל היחסי מאפשר איזון בין חובת ההוגנות כלפי הנאשם, התנהגות המשטרה וחומרתה וחומרת העבירה והאשם המוכח. בפועל שופטים אוסטרלים משתמשים בכוחם לפסול ראיות לעיתים נדירות בלבד.⁷³ לעיתים מנוסחים כללי הפסילה, המצויים בחוקים השונים, בדרך השלילה: הראיה פסולה אך ביכולת בית המשפט להכשירה.

4. קנדה:

כלל הפסלות הקנדי מעוגן בסימן 24(2) לצירטר הזכויות:

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

כלל פסלות זה אמור להיות פשרה בין הגישה האמריקנית התומכת בפסלות ראיות גורפת לגישת המשפט המקובל לפיה ראיות רלבנטיות שנאספו שלא כדין הינן קבילות.⁷⁴ הכלל מתווה נוסחה לפיה יש לזהות זכות חוקתית שנפגעה בהליך איסוף הראיות ואז הראיה תיפסל אם יוכח שקבלתה תפגע באמון הציבור במערכת המשפט.⁷⁵ נטל הטענה לפגיעה באמון הציבור מוטל על כתפי הנאשם.⁷⁶ פגם טכני שיוצר אי חוקיות לא יוביל לפסלות.

כלל הפסלות הקנדי מחמיר עם רשויות האכיפה בכך שהוא מבטל את דרישת הקשר הסיבתי הקיימת בארה"ב בין איסוף הראיות לפגיעה בזכות. הפגיעה בזכות לא חייבת להיות האמצעי הישיר לאיסוף הראיות אלא די שהזכות נפגעה במהלך איסוף הראיות, או בלשון המקור: Evidence obtained in a manner that infringed a charter right.⁷⁷ בית המשפט העליון הקנדי קבע כי לא נדרש שהראיה והפגיעה יהיו חלק מאותה "שרשרת אירועים"⁷⁸ ובכך קבע כי אין תחולה ישירה לתורת "פירות העץ המורעל".

לאחר הוכחת הפגיעה בזכות על הנאשם להראות, ברמת מאזן הסתברויות, שקבלת הראיה תוביל לפגיעה באמון הציבור במערכת המשפט.

⁷² *Bunning v. Cross* [1978] 141 CLR 54 at 75

⁷³ M Findlay, S Odgers, S Yeo. *Australian Criminal Justice*, Oxford 1994, 168

⁷⁴ ראו *Hogg*, הערה 9 לעיל, 38-2.

⁷⁵ *Hogg*, שם, 38.8.

⁷⁶ Alan Mewett, *An Introduction to the Criminal Process in Canada* (Scarborough, Ont.: Carswell, 2000), 161-165

⁷⁷ לעיל, בעמ' 164.

⁷⁸ *R. v. Strachan* [1988], 2 S.C.R. 980

בית המשפט קבע כי שלושה מרכיבים חולשים על קביעה זו⁷⁹: הוגנות ההליך, חומרת התנהגות המשטרה והשפעה הכוללת של הפסילה על מערכת המשפט.

הוגנות ההליך

בית המשפט קבע כי הוגנות ההליך נפגעת בהתאם לאופי הראיות שהוצגו במשפט⁸⁰. המדובר בראיות אמינות שללא סעיף 24(2) לא היתה בעיה בקבילותן⁸¹. הרציונל בבסיס דרישת הוגנות ההליך הוא הגנה על הזכות מפני הפללה עצמית. על בית המשפט לבחון האם מדובר בראיות "עצמאיות", שהושגו ללא השתתפות הנאשם, או בראיות שהשגתן היתה כרוכה בכפיית הנאשם בניגוד לזכויותיו להמנע מהפללה עצמית. קבלת ראיות עצמאיות אינה מובילה לפגיעה בהוגנות ההליך, למרות שהראיות הושגו תוך פגיעה בזכות. לעומת זאת, ראיות שבהפקתן אולץ הנאשם להשתתף – כגון הצהרה שניתנה בכפייה, או דגימה שנלקחה ללא הסכמה מגופו של אדם⁸² – אינן קבילות, אלא אם תראה התביעה, לפי מאזן ההסתברויות, כי היתה מגיעה לראיות אלו באופן עצמאי, ללא פגיעה בזכות מוגנת⁸³. למשל, ראיות הנובעות מהפללה עצמית שלא מדעת, כגון הודאה שהושגה במצב של שכרות⁸⁴, או בדיקת אלכוהול באמצעות נשיפה, שהושגה ללא אזהרה או מתן אפשרות התייעצות עם עו"ד⁸⁵, אינן קבילות. מלומדים טוענים כי הפסיקה אינה עקבית ביישום "כלל ההתגלות", דהיינו הכלל על פיו על התביעה להראות כי הייתה מגיעה לראיות באופן עצמאי⁸⁶.

חומרת הפגיעה בזכות הטמונה בהתנהגות המשטרה

מרכיב חומרת הפגיעה בזכות עוסק בהתנהגות המשטרה. נבחן האם לפנינו פגיעה מכוונת בזכויות הנאשם. אם יראה הנאשם כי במהלך איסופן המשטרה ידעה או היה עליה לדעת כי היא פוגעת בזכויות הנאשם, ייפסלו הראיות.⁸⁷ **נסיבות מקילות**: אם מדובר בפעולה מורכבת במיוחד בית המשפט יתחשב בכך ותיתכן קבלת הראיות⁸⁸. מדובר למשל במקרים בהם קיים חשש ממשי לניצול הזכות לטובת עיכוב המשטרה והשמדת ראיות⁸⁹. **רצון טוב או תום לב (Good Faith)**: כאן נבחן האם פעלה המדינה בתום לב, בהנחה שהמדובר בראיות עצמאיות. פסק דין Therens יצר תקדים לפיו ראיות יפסלו גם כשהמשטרה פעלה בתום לב (המשטרה לא הייתה מודעת לשינוי

⁷⁹ *R. v. Collins* [1987] 1 S.C.R. 265, 280. זהו תרגום חופשי ולהלן נוסחו המקורי של המבחן: (1) the nature of the evidence; (2) the nature of the conduct by which the evidence was obtained; and (3) the effect on the system of justice of excluding the evidence."

⁸⁰ *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607

⁸¹ *Hogg*, וגם *R. v. Burlingham* [1995] 2 S.C.R. 206, פסקה 29.

⁸² *R. v. Pohoretsky* [1987] 1 S.C.R. 945

⁸³ ראן פסק דין *Burlingham*, הערה 81 לעיל.

⁸⁴ *Cf. R. v. Smith* [1991] 1 S.C.R. 714

⁸⁵ *R. v. Therens* [1985] 1 S.C.R. 613

⁸⁶ *Hogg*, 38.14-38.16, ראו גם פרשת *R. v. Silveira* [1995] 2 S.C.R. 297 בה נקבע כי למרות שהראיות לא היו

מתגלות ככל הנראה, יש לבחון גם את חשיבותן.

⁸⁷ לדוגמה *R. v. Duguay* [1989] 1 S.C.R. 93, לדיון רחב יותר ראו *Hogg*, 38.17.

⁸⁸ *R. v. Tremblay* [1987] 2 S.C.R. 435

⁸⁹ *R. v. Strachan*, הערה 78 לעיל. שם מדובר היה בחשש להשמדת סמים והמשטרה עצרה את החשוד בביתו והפעילה שליטה אישית ומעקב צמוד ועיכבה את היועצות עם עו"ד.

במצב המשפטי, לפיו היא פוגעת בזכויות שלא כחוק והיא פעלה לפי הדין הקודם)⁹⁰. בפסק דין **Simmons** סויגה עמדה זו⁹¹, ונקבע שבמצבים בהם המשטרה אספה ראיות עצמאיות בתום לב תוך שהיה לה יסוד סביר להאמין שהיא פועלת כחוק⁹² הראיות תהיינה קבילות. עם זאת, כאשר המשטרה פועלת ללא כל סמכות חוקית תהא זו אינדיקציה לחוסר תום לב⁹³.

השפעת הפסילה על מערכת המשפט

בשלב זה נבחנת עוצמת הפגיעה בזכויותיו המוגנות של הנאשם שנגרמה כתוצאה מהתנהגות רשויות האכיפה. ככל שהפגיעה קשה יותר, כך ייטה בית המשפט שלא לאפשר את קבלת הראייה⁹⁴. מנגד, נבחנת העלות החברתית של פסילת הראיות, הן במקרה הספציפי (שחרור אדם הנאשם בפשע חמור) והן בהתחשב במגבלות העתידיות על פעילות המשטרה ובתי המשפט⁹⁵. ככל שהעבירה חמורה והראייה חיונית להרשעה ניטה לקבל את הראייה. עם זאת, לאור החשש מפני הרשעת חף, ניטה שלא לקבל את הראייה דווקא אם היא חיונית להרשעת אדם בעבירה חמורה⁹⁶. שלב זה של מבחן Collins מאוזכר בפסיקה לעיתים נדירות ובית המשפט נוהג לומר ששלטון החוק מחייב איזון על-פיו ייפסלו הראיות⁹⁷.

5. דרום אפריקה:

Section 35 Arrested, detained and accused persons

...

(5) Evidence obtained in a manner that violates any right in the Bill of Rights must be excluded if the admission of that evidence would render the trial unfair or otherwise be detrimental to the administration of justice.

כלל הפסלות הדרום אפריקאי דומה מאוד לכלל הקנדי בנוסח והוא מושפע ממנו גם ברמת פרשנות הכלל על ידי בית המשפט העליון⁹⁸. בדומה לקנדה מדובר בכלל שהוא מודל ביניים המפשר בין כלל פסלות קפדני כמו הכלל האמריקאי להעדר פסלות ראיות. הפשרה מושגת באמצעות מושגי שסתום המאפשרים קבלת ראיות כמו למשל הדרישה כי קבלת הראיות תהפוך את המשפט לבלתי הוגן או תזיק למערכת המשפט.

⁹⁰ Hogg, 38.18.

⁹¹ R v. Simmons [1988] 2 S.C.R. 495.

⁹² R v. Duarte [1990] 1 S.C.R. 30, 59.

⁹³ R. v. Feeny [1997] 2 S.C.R. 13; R. v. Genest, [1989] 1 S.C.R. 59.

⁹⁴ R. v. Feeny, *Supra*, para. 81, שם נפגעה זכות הנאשם לפרטיות.

⁹⁵ Hogg, 38.22, ראו.

⁹⁶ הכוונה כמובן לאפשרות שחף מפשע יורשע בעבירה חמורה על בסיס ראייה שקבלתה אינה הוגנת. ראו פסק דין

Collins, הערה 22 לעיל, 286.

⁹⁷ R v. Feeny ראו הערה 93 לעיל, פסקה 83.

⁹⁸ M. Chaskalson, *Constitutional Law of South Africa*, (Juta 1999), 26-8 (להלן: משפט חוקתי דרום אפריקאי).

כלל הפסלות החוקתי בדרום אפריקה מהווה חריג לכלל קבילות הראיות, שמקורו במשפט המקובל⁹⁹. מסיבה זו מדגיש בית המשפט העליון כי דרישת היעדר ההוגנות שבכלל הפסלות ראיות תיבחן לגופו של עניין והוא ממעט ליצור כללים ברורים שיראו מהו היעדר ההוגנות הנדרש¹⁰⁰. ברוב המקרים נפסלו ראיות שנאספו תוך פגיעה בחיסיון מהפלה עצמית¹⁰¹, בזכות להיוועצות עם עורך דין¹⁰² ובזכות לפרטיות¹⁰³.

פרשנות הדרישה כי קבלת הראיות תזיק למערכת המשפט (החליפית לדרישת הפגיעה בהוגנות המשפט) היא כי יש לאזן בין הפגיעה באינטרס הציבורי בשל אי הענשת אדם אשם לבין אינטרס הבטחת הצדק (בהקשר של התנהגות המנהל) וזאת לאור מספר גורמים¹⁰⁴:

טבען של הראיות, היסוד הנפשי של בעלי התפקידים ברשויות (האם הייתה כוונה להפר זכויות), האם ההפרה נבעה ממדיניות מוצהרת או מהחלטה אד-הוק, נסיבות מקלות של בהלה או חירום וחומרת העבירה¹⁰⁵. גם גורמים אלו מזכירים, בשינויים מסוימים, את הפסיקה הקנדית.

חלק ה': שאלות לדיון וחלופות לעיגון הזכות בישראל

1. האם ראוי לעגן את כלל הפסלות בחקיקת יסוד?

ויכוח ממושך ומורכב מתנהל בין המתנגדים לכלל הפסלות לתומכים בו. כלל פסלות מעוגן בחוקה רק במספר קטן יחסית של מדינות ומצא ביטוי באמנות בינלאומיות באופן חלקי בלבד. יחד עם זאת, לדעתנו יש חשיבות רבה לעיגונו של כלל הפסלות בחוקה ישראלית עתידית, בייחוד לאור ההתייחסות המועטה לפסלות ראיות בחקיקה ובפסיקה בישראל: בארה"ב פותח כלל פסלות קפדני, המופעל במקרים רבים מאוד ללא התייחסות מפורשת בחוקה. הכלל פותח מהתיקון הרביעי שדומה בנוסחו לסעיפי הצעות החוקה המגנים על רשות היחיד ועל הפרטיות ואוסרים חיפושים לא חוקיים.

למרות הדמיון בניסוח ספק אם חקיקתם של סעיפי חוקה המגינים על זכויות חשובות אלו יצמיחו כלל פסלות יציר פסיקה בישראל. ארה"ב היא מדינה בה קיימת גישה ערכית ברורה ומושרשת של צמצום התערבות המדינה בחיי הפרט ואפילו בנושאי חברה וכלכלה (מדיניות שזכתה לכינוי "מדינת שומר הלילה"). מדיניות זו השפיעה על תודעתם של שופטי ארה"ב והובילה, בין השאר ליצירת כלל הפסלות ולאכיפתו התקיפה לאורך השנים. בישראל גישה זו אינה שלטת ובתי המשפט נוטים לתפוס את עצמם כמוסד השותף לתביעה במלחמה בפשע ובאכיפת החוק ופחות כמגני זכויותיו של הפרט העומד למשפט¹⁰⁶.

⁹⁹ שם, 17-26.

¹⁰⁰ *Key v. Attorney general*, 1996 (4) SA 187 CC

¹⁰¹ *S v. Dladla* 1999 (4) SA 623 (CC)

¹⁰² *S v. Soci* 1998 (3) BCLR 376 (E)

¹⁰³ *S v. Nadioo & Another* 1998 (1) SACR 446 (D)

¹⁰⁴ *S v. Motloutsi* 1996 (2) BCLR 220 (C) 226-8

¹⁰⁵ ראו משפט חוקתי דרום אפריקאי, 20-26.

¹⁰⁶ ולראייה תשמש גישת בית המשפט בפסק דין ועקנין (לעיל, הערה 1) בו לא נפסלו ראיות על אף פגיעה קשה בכבוד העצור באמצעות השקייתו בכפייה במי מלח. הראיות לא נפסלו בשל פרשנות דווקנית ומצמצמת של סעיף פסלות

בהתאם לאמור בחלק הראשון, העדרו של כלל פסלות יציר חוקה חקיקה או פסיקה, עלול לעודד את רשויות האכיפה לפגוע בזכויות חשודים על בסיס ההנחה שהראיות יתקבלו בבית משפט ואילו הם ייתפסו כנציגי ציבור ש"עשו מה שצריך כדי להילחם בפשע". האלטרנטיבות המוצעות על ידי מתנגדי כלל הפסלות אין בהן כדי להגן על זכויות חשודים ונאשמים כיוון שהליך משמעותי אינו מקנה לנאשם כל סעד כנגד הפגיעה בזכויותיו והוא נכנס אליו כשהוא נושא את אות הקין של הרשעה בפלילים.

עיקרון נוסף התומך בעיגון כלל הפסלות בחוקה הוא עיקרון הצדק המנהלי, ניקיון כפיו של המנהל והשמירה על הלגיטימיות המוסרית של הכרעת הדין (ראו דיון בחלק א').

2. מודלים לכלל פסלות

פסלות יחסית:

ניתן לקבוע כלל פסלות חיובי או שלילי (מבחינת מעמדן הראשוני של הראיות, ראו משפט משווה בנושא) ובהתאם לכך להקנות לבתי המשפט את הסמכות לפסול ראיות או להכשירן בהתאם לשיקול דעתו. כפי שראינו בדיון במשפט המשווה, בתי המשפט נוטים לקבל ראיות שנאספו שלא כדין. נטייה זו נובעת מתפיסתם של בתי המשפט לגבי תפקידם המוסדי. מסיבה זו רצוי להגביל את שיקול דעתם של בית המשפט באמצעות קביעת כלל פסלות שלילי: הראיות תפסלנה אלא אם ישתכנע בית המשפט כי הפגיעה בזכויות הנאשם מידתית או כי אמון הציבור במערכת המשפט ייפגע על-ידי פסילה שכזו. כך תתקיים ביקורת הציבורית על בית המשפט בהכשירו ראיות שנאספו שלא כדין, בתקווה שביקורת זו תגביל את מקרי ההכשר למצבים משכנעים בלבד.

חיסרון בולט של כל מודל של פסלות יחסית הוא בעיית הלגיטימציה: פסלות יחסית יוצרת כלל פסלות עלי ספר שיוצר תחושה בקרב הציבור כי זכויותיו מוגנות אך בפועל שופטים ממעטים לפסול ראיות ונוטים כאמור להעדיף את ערך גילוי האמת. לפיכך נראה כי ניטיב לעשות אם נקבע שיקולים מנחים למחוקק מתי תותרנה ראיות שנאספו תוך פגיעה בזכות, בהתחשב בפיתוח הפסיקתי בקנדה ובדרום אפריקה.

פסלות מוחלטת

יתרונה הגדול של הפסלות המוחלטת הוא צמצום שקול דעתו של בית המשפט לגבי פסלות הראיות והבטחת זכויות הנאשם. בית המשפט יוגבל לחריגים מוגדרים ולא יוכל להכשיר ראיות, כפי שבוודאי ייטה לעשות, במודל של פסלות יחסית.

סקירת המשפט המשווה הראתה שני מודלים לפסלות מוחלטת - המודל האמריקני והמודל הקנדי. שני המודלים הכילו חריגים מוגדרים לפסילת הראיות ובחינת הפסיקה מראה שהחריגים דומים זה לזה למרות הפערים בניסוח הראשוני של כלל הפסלות (או היעדרו). שני המודלים הכילו חריג של תום לב וחריג של מקור עצמאי לגילוי הראייה (גם גילוי בלתי נמנע וגם מקור עצמאי ובר תוקף קרובים לכלל ההתגלות הקנדי). בשני המודלים חריגים אלו פותחו בסופו של דבר בפסיקה למרות המינוח העמום "פגיעה באמון הציבור במערכת המשפט" בו נקט הצ'רטר הקנדי.

הראיות שבחוק הגנת הפרטיות (ראו דיון בחלק ב') ויש בכך כדי להראות את גודל הספק כי יתפתח בישראל כלל פסלות יציר פסיקה שיגן על זכויות העציר.

קליטת חריגים כאלו תגביר את הוודאות בקרב הציבור לגבי הגבלת כלל הפסלות ותאפשר לשיטת המשפט הישראלית להיבנות על נסיון של השיטות האנגלו-אמריקניות. חשוב לזכור כי חריגים אלו מעבירים את הנטל מכתפי הנאשם (שהראה חוסר חוקיות או פגיעה בזכות) אל כתפי המדינה והעברת הנטל עצמה מחזקת את זכויות הנאשם.

ההבחנה בין איסוף ראיות לא חוקי לאיסוף הפוגע בזכויות

כפי שהוסבר בחלק ד', המשפט הקנדי דורש כי הנאשם יראה פגיעה בזכות חוקתית כדי שתחול פסלות ראיות ואינו מסתפק בהוכחתה של עבירה על החוק תוך כדי איסוף. לפחות במישור הסמנטי, כלל פסלות כזה מבטא פשרה בין תומכי הפסלות למתנגדיה. לפי פשרה זו, האמת תועדף על זכות הנאשם שהמשטרה תנהג כלפיו כחוק, אלא אם כן מדובר במצב חמור במיוחד, בו נפגעה זכות חוקתית. הביקורת על גישה זו היא שחוקים נועדו להגן על זכויות האזרח ולכן אין צורך בדיון חוקתי נוסף ומסורבל. כל חוק שמתווה כללים לגבי הליך איסוף הראיות נועד כדי להגן על זכויות אדם ולכן אין מקום להתעלם מהחוקים ולהראות כל פעם מחדש שהפרתם פגעה בזכות חוקתית. תגובה אפשרית לביקורת זו היא שחוקים רבים נועדו להגן על אינטרסים ציבוריים או על זכויותיהם של אנשים אחרים ולא דווקא על זכויות הנאשם. מסיבה זו, אין זה ראוי שחוקים כאלו ישמשו לנאשם למפלט מאשמתו¹⁰⁷. בשל נימוקים אלו, לדעתנו יש להעדיף את הגישה הקנדית המחייבת הוכחת פגיעה בזכות חוקתית, ברמת מאזן הסתברויות.

3. תורת פירות העץ המורעל

כפי שהוסבר בחלק א', ללא קבלת תורת פירות העץ המורעל יתכן מאוד כי כלל הפסלות ירוקן מתוכן כיוון שראיות משניות הינן קלות למציאה לאחר איסוף הראיה הראשונית, ובכך יינתן תמריץ למשטרה לפגוע בזכויות נאשמים ולהשיג הרשעות כתוצאה מכך. החשש כי תורת פירות העץ המורעל תשתק את המשטרה ותמנע סיכול פשע אינו הכרחי, לאור העובדה ששיעור סיכול בארה"ב אינו נמוך משיעור זה באירופה או במדינות בהן אין פסלות ראיות כלל. יוגדש כי החריגים לכללי הפסלות, אותם תיארו לעיל, חלים כמובן גם על ראיות משניות (לגביהן חלה תורת פירות העץ המורעל) ומאפשרים את קבלתן.

ניתן לחשוב על קליטת תורת פירות העץ המורעל באופן המתחשב בחומרת הפגיעה בזכויות ובאמון הציבור במערכת.

4. כלל הפסלות ופסקת ההגבלה

מודל של פסלות יחסית משתלב עם קיומה של פסקת הגבלה כללית כיוון שעל בית המשפט לנמק את החלטתו לפסול או לקבל ראיה והנימוק חייב להיות מידתי וסביר. עם זאת, קשה לצפות מבית המשפט שיקבע כי הוא עצמו פעל באופן לא מידתי או לא סביר. לאור נטייתו בתו המשפט שלא לפסול ראיות, סביר להניח שגם במודל פסלות יחסית, פסקת הגבלה כללית החלה על כלל הפסלות תוביל להכשרת ראיות אלא אם ייקבעו כללים מנחים להכשרת ראיות שהושגו תוך פגיעה בזכויות החשוד או הנאשם.

¹⁰⁷ חוק זכויות נפגעי עבירה למשל, קובע נהלים לגבי חקירת נפגעי עבירת מין והדיון בראיות הקשורות בהם. לדעתנו אין זה ראוי כי חריגה מהוראות חוק זה ישמשו את הנאשם לפסילת הראיות שלא פוגעות בזכויותיו אלא בזכויות נפגע העבירה.

שער 4: הגנה מפני "סיכון כפול"

חלק א': מבוא והצגת הזכות

החיסיון מסיכון כפול פירושו שאדם לא יעמוד יותר מפעם אחת בסכנת הרשעה בהליך פלילי בגין מעשה שעשה. זוהי הגדרה רחבה ביותר והיא מקפלת בתוכה מגוון זכויות אדם עליהן מגן החיסיון ועקרונות אותם הוא משרת:

ראשית, החיסיון נועד למנוע את הרשעתו הכפולה של אדם בגין אותו מעשה ואת כפילות העונש ובכך למנוע עונש מיותר ובלתי מידתי, הפוגע בכבודו ובחירותו של הנאשם. בנוסף לכך מגן החיסיון על עיקרון סופיות הדין- זכותו של נאשם "להשאיר את ההליך המשפטי מאחוריו" עם סיומו ולהיות חופשי מהחשש שיעמוד לדין שוב. בכך מוגנות זכויותיו של הנאשם, העברין או החשוד שזוכה לכבוד לפרטיות ולשוויון בפני החוק, לעומת מי שלא נחשד בהליכים. לבסוף, מגן החיסיון מפני עינוי דין: מצב בו מוצא עצמו אדם בסכנה תמידית להעמדה לדין חוזר ושוב, לפי שיקול דעת התביעה. רציונאל זה מגן גם על מי שההליך בעניינו לא הושלם בזיכוי או בהרשעה. מתוך הכרה בכך שלעיתים עצם קיומו של הליך הינו בגדר עונש.

חלק ב': הזכות להגנה מפני סיכון כפול בחוק ובפסיקה בישראל

חוק סדר הדין הפלילי מאפשר חיסיון חלקי מסיכון כפול במסגרת הטענות המקדמיות שעומדות לנאשם בתחילת משפטו. סעיף 149(5) לחוק מונה "זיכוי או הרשעה קודמת בשל המעשה נושא כתב האישום" כטענה מקדמית ואילו סעיף 150 לחוק מאפשר לביהמ"ש לבטל את כתב האישום בגין טענות מקדמיות אלו¹⁰⁸:

149. לאחר תחילת המשפט רשאי הנאשם לטעון טענות מקדמיות, ובהן —

- (1) חוסר סמכות מקומית;
- (2) חוסר סמכות עניינית;
- (3) פגם או פסול בכתב האישום;
- (4) העובדות המתוארות בכתב האישום אינן מהוות עבירה;
- (5) זיכוי קודם או הרשעה קודמת בשל המעשה נושא כתב האישום;

150. נטענה טענה מקדמית, יתן בית המשפט לתובע הזדמנות להשיב עליה, אולם רשאי הוא לדחותה גם אם לא עשה כן; בית המשפט יחליט בטענה לאלתר, זולת אם ראה להשהות את מתן החלטתו לשלב אחר של המשפט; נתקבלה טענה מקדמית, רשאי בית המשפט לתקן את כתב האישום או לבטל את האישום, ובמקרה של חוסר סמכות — להעביר את הענין לבית משפט אחר כאמור בסעיף 79 לחוק בתי המשפט.

ניסוח זה מאפשר הגנה על נאשם מפני עבירות נוספות הנובעות ממעשיו אך הוא מסויג על-ידי העיקרון הכללי המצוין בסעיף 5 לחוק לפיו אין דנים אדם על מעשה לגביו זוכה או הורשע קודם אלא אם גרם המעשה למותו של אדם. או-אז דנים אותו על כך אף אם הורשע קודם לכן בשל עבירה אחרת שבאותו מעשה:

¹⁰⁸ חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 ס"ח 43.

5. אין דנים אדם על מעשה שזוכה או הורשע קודם לכן בשל עבירה שבו; אולם אם גרם המעשה למותו של אדם, דנים אותו על כך אף אם הורשע קודם לכן בשל עבירה אחרת שבאותו מעשה; "הרשעה", לענין סעיף זה — לרבות העמדה למבחן ללא הרשעה תחילה.

יש לזכור כי במהלך ההליך המקורי יכולה התביעה לכלול בכתב האישום את כל העבירות שלטענתה מקיימים מעשי הנאשם¹⁰⁹.

פסיקת בית המשפט העליון עסקה רבות בסוגיה מהו "מעשה" שמקים את ההגנה שבסעיפים שצוינו. הפסיקה נוטה להשתמש במבחן צורני-עובדתי בעבירות רכוש ואילו במבחן מהותי-מוסרי בעבירות הנעברות בגוף. פער זה נובע מכך שלכל אדם אינטרסים וזכויות נפרדים ולכן נוטה בית המשפט להפריד את מעשי הנאשם למעשים נפרדים בהתאם לאנשים בהם פגע¹¹⁰.

ההרשעה או הזיכוי המקיימים את החיסיון במסגרת הטענה המקדמית (וגם במסגרת סעיף 5 הדקלרטיבי) הם הרשעה או זיכוי סופיים והחיסיון אינו עומד בסתירה לזכותה של המדינה לערער על הכרעת הדין המעוגנת בחוק.¹¹¹

חלק ג': הזכות לחיסיון מסיכון כפול בהצעות חוקה לישראל

הצעות החוקה הקודמות להליך הנוכחי לא כללו התייחסות לנושא החיסיון מסיכון כפול.

1. הצעת הסניגוריה הציבורית לחוק-יסוד: זכויות במשפט

12. לא ידון אדם בשל ביצוע מעשה ממנו זוכה או בגינו הורשע ולא יעמוד אדם בפני סיכון כפול להרשעה בשל מעשה אחד.

שאר הצעות החוקה שנסקרו לא כללו התייחסות לנושא החיסיון מפני סיכון כפול.

חלק ד': החיסיון מסיכון כפול במשפט המשווה

הזכות להגנה מסיכון כפול מעוגנת בלמעלה מחמישים חוקות בעולם ולפחות בארבע אמנות בינלאומיות בולטות¹¹².

¹⁰⁹ זאת מכוח סעיף 186 לחוק סדר הדין הפלילי.

¹¹⁰ ע"פ 6841/01 ביטון נ' מדינת ישראל, פ"ד נו (6) 794, 799.

¹¹¹ חוק סדר הדין הפלילי, הערה 15 לעיל, ס' 198 לחוק.

¹¹² בין השאר מעוגנת הזכות להגנה מסיכון כפול בחוקות המדינות הבאות: בנגלדש, קנדה, קוסטה ריקה, הרפובליקה הדומיניקאנית, פיג'י, הונדורס, קוריאה, ליבריה, מדגסקר, מאוריציוס, מקסיקו, נפאל, ניקארגואה, פקיסטן, פפואה-גינאה החדשה, פרגוואי, פרו, סינגפור, שוויץ, אוגנדה וזמביה. לפירוט נוסף לגבי עיגון הזכות בחוקות העולם ראו Bassiouni, לעיל הערה 64, 289.

1. אמנות כלליות ואזוריות

האמנה בנושא זכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966

Article 14

7. No one shall be liable to be tried or punished again for an offence for which he has already been finally convicted or acquitted in accordance with the law and penal procedure of each country.

אף על פי כן מדינות רבות מאפשרות פתיחה מחדש של הליכים בעקבות ראיות חדשות, כפי שיפורט לגבי בריטניה, החתומה על אמנה זו.

פרוטוקול 7 לאמנה האירופאית בדבר זכויות אדם וחירויות
יסודיות משנת 1950:

Article 4 – Right not to be tried or punished twice

1. No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State.

2. The provisions of the preceding paragraph shall not prevent the reopening of the case in accordance with the law and penal procedure of the State concerned, if there is evidence of new or newly discovered facts, or if there has been a fundamental defect in the previous proceedings, which could affect the outcome of the case.

סעיף זה מקנה הגנה מסיכון כפול אך מאפשר לכל מדינה החתומה על האמנה לסייג הגנה זו בסייג גילוי ראיות חדשות ומשמעותיות כפי שנעשה בבריטניה.

2. ארצות-הברית

החוקה האמריקאית כוללת חיסיון המנוי בתיקון החמישי לחוקה ואף נתפס כחלק מחובת ההליך הראוי שנובעת מהתיקון הארבעה עשר לחוקה. נוסח התיקון החמישי לחוקת ארה"ב:

...nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb;

החיסיון כלשונו מונע ענישה כפולה על עבירה או אישום שני לאחר זכוי או הרשעה בגין העבירה. פרשנות החיסיון על ידי בתי המשפט הרחיבה אותו וקבעה כי הוא אוסר אישום מאוחר יותר בגין עבירות העולות מהמתווה העובדתי ולא נכללו בכתב האישום המקורי.¹¹³

הפסיקה האמריקאית מראה כי אחד הנימוקים לקיומו של החיסיון הוא שניסיונות חוזרים ונשנים להעמיד אדם לדין ייגרמו לו מבוכה, עלויות ניכרות ומצב מתמיד של חוסר ביטחון וחרדה שעל אף חפותו יימצא אשם¹¹⁴. עם זאת קיימים בפסיקה האמריקנית **חריגים**: משפט חוזר (אם בגלל חוסר הסכמה של חבר המושבעים או מכל סיבה אחרת), ערעור לערכאה גבוהה, הכרזה על משפט חדש על-ידי בית משפט לערעורים, או עבירה שהיא בו זמנית מדינתית ופדרלית.¹¹⁵

3. קנדה

11. Any person charged with an offence has the right:

(h) If finally acquitted of the offence, not to be tried for it again and, if finally found guilty and punished for the offence, not to be tried or punished for it again;

סעיף 11(h) מעגן את החיסיון מסיכון כפול בחוקת קנדה, בכפוף למס' סייגים:

ההליך המקורי חייב להיות אישום בעבירה (offence). ההגנה לא תחול אם ההליך הראשוני לפיו נמצא החשוד אשם או זכאי היו משמעותיים או מנהליים¹¹⁶.

סייג נוסף הוא כי ההליך המקורי הסתיים (if **finally** acquitted of the offence) ולכן ההגנה לא חלה על הליך שעתיד להמשך בערעור, על משפטים חוזרים ועל משפט שנפסל (Mistrial)¹¹⁷. כשמדובר בהרשעה החיסיון קם רק אם הנאשם נענש ויתכן כי נאשם שנמצא אשם לא ייהנה מהחיסיון כי לא החל לרצות את עונשו או נענש בעונש על תנאי¹¹⁸.

סייג אינהרנטי לחיסיון הוא פרשנות המושג "עבירה אחת", כפי שנאמר בחלק א'. בית המשפט הקנדי דרש כי תהיה זהות מלאה ביסודות העבירה ולא הסתפק בחפיפה או הכלה¹¹⁹.

4. בריטניה

אין להעמיד לדין מי שהורשע או מי שזוכה בגין אותה עבירה או כל עבירה שניתן היה להאשימו בה במשפט הראשון, עקב אותו מתווה עובדתי. זהו כלל צר המעוגן ב Civil Justice

J.C Harr, K.M Hess, **Constitutional Law and the Criminal Justice System**, 2nd. ed (2002), 278. ¹¹³

.**Green v. United States**, 355 US 184 (1957) ¹¹⁴

שם. ¹¹⁵

או **Hogg**, הערה 9 לעיל, 48-30 ¹¹⁶

שם, שם. ¹¹⁷

.**R. v. T.R.** (No. 2) [1984] 7 D.L.R ¹¹⁸

.**R. v. Wigglesworth** [1987] 2 S.C.R. 541 ¹¹⁹

Act 2003¹²⁰, ומעבר אליו ישנה עילה כללית של שיבוש הליכים (abuse of process) המאפשרת למנוע משפטים נפרדים על מספר עבירות הנובעות מאותו מתווה עובדתי (ללא דרישת היכולת להעמיד לדין במשפט הראשון).¹²¹ מוכר **חריג** לפיו ניתן להעמיד שוב למשפט מי שזוכה אם יש ראיות חדשות משמעותיות (New and Compelling Evidence).¹²² החריג מאפשר את עקיפת החיסיון וצמצום תחולתו אך תומכיו טוענים שהוא מאפשר את גילוי האמת ומונע מאינטרס הצדק שלא יהיו זיכויים מוטעים.¹²³

5. הודו

סימן 20(2) לחוקת הודו קובע כי "אף אדם לא ייתבע וייענש יותר מפעם אחת בשל אותה עבירה"¹²⁴. הגנה זו היא צרה יותר מזו שמספק החיסיון הבריטי או האמריקאי כיוון שהוא אינו מספק חיסיון למי שזוכה אלא רק למי שהורשע ונענש- לא חל עיקרון autrefois acquit.¹²⁵ מקל וחומר ברור כי בהודו למדינה קיימת הזכות לערער על זיכוי של נאשם והליך זה אינו נוגד את החיסיון שיש לנאשם מסיכון כפול. כן נקבע כי החמרת עונשו של נאשם במסגרת ערעור אינה מהווה ענישה נוספת.¹²⁶ החיסיון מסיכון כפול מצומצם עוד יותר על-ידי הדרישה כי תהיה זהות מוחלטת בין העבירות להבדיל מהדרישה כי העבירה המאוחרת תכיל את העבירה הראשונה או תוכל בה.¹²⁷

6. אסטוניה:

Article 23 [Nulla Poena Sine Lege]

...

(3) No one may be tried or sentenced for a second time for an offence for which he or she has already been finally convicted or acquitted in accordance with the law.

7. ניו זילנד:

Section 26 [Nulla Poena Sine Lege, Double Jeopardy]

...

(2) No one who has been finally acquitted or convicted of, or pardoned for, an offence shall be tried or punished for it again.

R Taylor, M Wasik, R Leng, **Blackstone's Guide to The Criminal Justice Act 2003**, Oxford 2004,¹²⁰

95.

Connelly v. DPP, [1964] AC 1254¹²¹

Civil Justice Act 2003, part 10¹²²

Blackstone's Guide הערה 120 לעיל, 96 וגם 120.¹²³

בנוסחו המקורי של הסימן:¹²⁴

"No person shall be prosecuted and punished for the same offence more than once"¹²⁵

M.P Jain, **Indian Constitutional Law**, 5th ed, Wadhwa-Nagpur (2003), 1238-1239.¹²⁶

D.A. Kelshiker v. State of Bombay, AIR 1960 Bom. 225.¹²⁶

State of Bombay v. S.L Apte, AIR 1961 SC 578.¹²⁷

8. דרום אפריקה:

Section 35: Arrested, detained and accused persons

...

(m) not to be tried for an offence in respect of an act or omission for which that person has previously been either acquitted or convicted

נוסח זה מעגן חיסיון מסיכון כפול באופן חלקי כיוון שהוא מגן מפני אישום נוסף בגין אותו מעשה אך אינו מכיל הגנה מפני ענישה כפולה¹²⁸. אמנם, סימן 35 רבתי קובע כי אין להטיל עונש ללא משפט אך ישנו סיכון כי השניים לא יקראו יחד.

חריג האישום הנוסף בעבירת גרם מוות נקלט למשפט הדרום אפריקאי על ידי הפסיקה¹²⁹ ולפיו כזכור הרשעה או זיכוי בעבירה שאינה גרם מוות (כמו למשל חבלה חמורה) אינה מקימה חיסיון מסיכון כפול לגבי אישום בעבירת גרם מוות, אם הקרבן נפטר.

חלק ה': שאלות לדיון וחלופות אפשריות לעיגון הזכות בישראל

1. האם ראוי לכלול את החיסיון מסיכון כפול בחוקה?

סקירת המשפט הישראלי מלמדת כי החיסיון מסיכון כפול מעוגן בחקיקה הישראלית ואף בפסיקה. יחד עם זאת לקליטת החיסיון בחוק-יסוד ישנם מספר יתרונות:

א. עיגון עיקרון זה, המהווה ערובה לזכויות חוקתיות רבות (למשל, כבוד, פרטיות ושוויון בפני החוק) ברמה החוקתית מבטיח כי מחוקק עתידי לא יבטל את החיסיון שנתן דעתו להשלכות הפגיעה בזכויות החוקתיות עליהן הוא מגן.

ב. קליטת החיסיון לרמה החוקתית תבטיח גם כי חוק פוגע שכזה יהיה חשוף לבקורת שיפוטית שתבטיח את מידתיות הפגיעה בחסיון

ג. חוקי היסוד משגרים מסר לציבור בישראל כי המחוקק מחויב להגנה על זכויות האזרח וכי מחויבות זו היא ארוכת טווח ובת קיימא. קליטת החיסיון מסיכון כפול לרמה החוקתית תעביר לציבור מסר זה ותגביר את המודעות בקרב רשויות האכיפה ובציבור לקיומו של החיסיון והזכויות שהוא מבטיח.

¹²⁸ ראו משפט חוקתי דרום אפריקאי, 27-98.
¹²⁹ S. v. Ndou & Others 1971 (1) S.A 668 (A).

2. חלופות אפשריות לחקיקת חיסיון מסיכון כפול:

סיכון כפול צר

מדובר בהעתקת ההסדר החוקי הקיים שמבוסס על סעיף 5 לחוק סדר הדין הפלילי לרמה החוקתית כשליבת החיסיון היא כלל ההרשעה/זיכוי וגמישות מסוימת מתאפשרת דרך הגדרת המעשה עליו חל החיסיון. רצוי לעגן את החריגים המהותיים גם ברמה החוקתית, בייחוד אלו בדבר גרימת מותו של אדם וזכות הערעור של המדינה.

חריגים כגון "ראיות חדשות משמעותיות" אפשריים, אך יש לתת את הדעת לסיכון שבריקון החיסיון מתוכן, אם ראיות אלו היו נתנות להשגה על-ידי חקירה סבירה. גם הצרת החיסיון לכלל הרשעה בלבד בדומה לחיסיון ההודי אינו רצוי בשל הפגיעה באמון הציבור במערכת המשפט ותפקידה של מערכת זו לשים סוף להליך הפלילי לאחר הרשעה או זיכוי.

הגנה כנגד התעמרות בהליך הפלילי

מתווה ההגנה הרחב יאפשר גם מניעת אישומים במצב בו ההליך לא הסתיים בזיכוי או הרשעה, אם לדעתו נעשה שימוש לא הוגן בהליך (abuse of process). בהקשר זה יוזכר כי בישראל אפשרית הרשעה ראשונה על-ידי ערכאת ערעור שברשות, ובכלל זה בדיון נוסף. מצב זה עלול להוביל נאשמים לכלא לאחר שההליך בעניינם התמשך זמן רב ומתוך שינויים בפרשנות ההלכה על גבם.

שער 5: הזכות לפיצוי בגין הליך לא-הוגן ורשלני

חלק א: מבוא והגדרת הזכות

הזכות לפיצוי בגין הליך לא-הוגן ורשלני היא זכותו של אדם לתבוע את המדינה בגין הפגיעה שנגרמה לו, כתוצאה מניהול רשלני מטעם המדינה של הליך משפטי בעניינו. העקרון העומד מאחורי זכות זו הוא כי המדינה חבה חובת אמון כלפי אזרחיה לנהל כנגדם הליכים מבלי שתתיר, לא כל שכן מבלי שתעשה שימוש לרעה בכוחותיה ההליכיים. מימושה של זכות זו כרוך בעלויות לא מבוטלות בהן תאלץ המדינה לשאת. מנגד, התקווה היא כי עיגון זכות כזו ברמה החוקתית לא רק יבסס את האמנה החברתית בין האזרח למדינה אלא גם יגרום לרשויות המדינה בכלל ולרשויות האכיפה והשיפוט בפרט לפעול בצורה תקינה ולהקפיד על קיום החוקים ועל זכויות האדם במסגרת ההליכים אותה מנהלת המדינה.

חלק ב: הזכות לקבלת פיצוי על ניהול הליך רשלני במשפט הישראלי

1. כללי

אין חקיקה ספציפית או הלכה פסוקה הקובעת באופן מפורש פיצוי בגין ההליך הרשלני. יתכן והדבר נובע מכך שהזכות להליך הוגן טרם עוגנה כזכות חוקתית במדינת ישראל. אולם סקירת המצב המשפטי בישראל מראה כי ישנם שני מסלולים בהם ניתן לתבוע את המדינה כאשר הם מכסים את רוב האפשרויות בנושא:

מסלול אחד הוא במקרה של זיכוי **בדין הפלילי**. זכות זו מעוגנת בסעיפי חוק ופסקי דין שעוסקים בנושא זה.

המסלול השני הינו תביעה אזרחית כנגד המדינה בהתאם ל**דיני הנזיקין הכלליים**, תביעה שבמוקדה מעשה או מחדל אותו ביצעו גורמים אשר למדינה אחריות שילוחית בגינם. למשל, במקרה בו חוקרים הכו נחקר ניתן לתבוע את החוקרים ואת המדינה באמצעות עוולת התקיפה.

למרות תחולתם הרחבה של מסלולי תביעה אלו נשארים עדיין מקרים בהם, כיוון שהפעולה אינה עוולה נזיקית או האדם מורשע בסופו של דבר, אין אפשרות לתבוע פיצוי. בעיה זו תיפתר אם ניתן יהיה לתבוע בגין הפרת זכויות ההליך כשלעצמן.

2. הזכות בחקיקה הישראלית

הדין הפלילי

סעיף 80 לחוק העונשין העוסק בהוצאות הגנה מאוצר המדינה¹³⁰ קובע כי:

(א) משפט שנפתח שלא דרך קובלנה וראה בית-המשפט שלא היה יסוד להאשמה, או שראה נסיבות אחרות המצדיקות זאת, רשאי הוא לצוות כי אוצר המדינה ישלם לנאשם הוצאות הגנתו ופיצוי על מעצרו או מאסרו בשל האשמה שממנה זוכה, או בשל אישום שבוטל לפי סעיף 94(ב) לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב-

¹³⁰ חוק העונשין תשל"ז 1977.

1982, בסכום שייראה לבית המשפט; במשפט שמנהל קובל רשאי בית המשפט להטיל על הקובל תשלום כאמור.

(ב) שר המשפטים רשאי לקבוע בתקנות, באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, סכומי מקסימום להוצאות ולפיצויים האמורים.

(ג) החלטת בית המשפט לפי סעיף זה ניתנת לערעור כפסק דין בפלילים.

התנאים לתביעה הינם כדלקמן:

זיכוי והיעדר יסוד סביר לאשמה. יש לבדוק במקרה זה את התשתית הראייתית שעמדה בפני התביעה ולוודא כי תשתית זו לא הייתה מספקת להגשת כתב אישום.

נסיבות אחרות כגון הידרדרות במצבו האישי של הנאשם (לדוגמא הפסקת שירות צבאי, דיכאון). חלק נוסף מהנסיבות האחרות הוא התנהלות ההליכים המשפטיים עצמם ואופיו של הזיכוי.

בנוסף לסעיף 80 הנ"ל קובע סעיף 38 לחוק סדר הדין הפלילי¹³¹: פיצוי בשל מעצר שלא התגבש לכדי כתב אישום:

(א) נעצר אדם ושחרר בלא שהוגש נגדו כתב אישום, ומצא בית המשפט שלא היה יסוד למעצר, או שראה נסיבות אחרות המצדיקות פיצוי האדם, רשאי הוא לצוות כי אוצר המדינה ישלם לו פיצוי על מעצרו והוצאות הגנתו בסכום שיקבע בית המשפט.

(ב) נעצר אדם ושחרר, ומצא בית המשפט שהמעצר היה עקב תלונת סרק שהוגשה שלא בתום לב, רשאי בית המשפט לחייב את המתלונן, לאחר שנתן לו הזדמנות לטעון טענותיו לענין זה, לשלם, למי שנעצר, פיצוי על מעצרו והוצאות הגנתו, בסכום שיקבע בית המשפט.

(ג) שר המשפטים, באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, רשאי להתקין תקנות

(1) לענין ההליכים בבקשה לפיצוי לפי סעיף זה, בין לפני פניה לבית המשפט ובין בבית המשפט;

(2) לקבוע סכומים מרביים לפיצוי לפי סעיף קטן (א).

(ד) החלטת בית משפט לפי סעיף זה ניתנת לערעור כפסק דין בפלילים.

תביעה אזרחית נזיקית

בפני אדם שנפגע כתוצאה מניהול הליך לא-הוגן בעניינו עומד גם מסלול התביעה האזרחית. על התובע להוכיח עוולה נזיקית בהתאם לפקודת הנזיקין או חוקי לווין (כגון החוק הגנת הפרטיות). נטל ההוכחה בתביעה הוא כמובן על התובע לעניין הוכחת יסודות העוולה אלא אם נאמר אחרת בחוק. החוקים השונים מקימים ההגנות וחזקות, המחלקות אף הן נטלי הוכחה. במסלול זה אין הבדל בין תביעה בגין הליך רשלני לתביעה על פעולה רשלנית אחרת של המדינה, כגון רשלנות רפואית. מסלול זה מחייב הוכחת נזק ולכן אם הפרת הזכות החוקתית לא גרמה נזק לא יתקבל פיצוי מהמדינה והתביעה תידחה. לדוגמה, אם ניתן היה להרשיע אדם גם לו היתה ניתנת לו הזכות להיוועץ בעורך דינו, שנמנעה בפועל אין הוא יכול להצביע על נזק ולזכות בתביעה.

¹³¹ סעיף 38 לחוק סדר הדין הפלילי.

3. הזכות בפסיקה הישראלית

הדין הפלילי

הקריטריונים לקביעת חבותה של המדינה לפצות אדם בגין זכות זו הינם כלדקמן:

- א. זיכוי והעדר יסוד סביר לאשמה.
- ב. קיום נסיבות אחרות המצדיקות מתן פיצוי.
- ג. פעילות בלתי תקינה של רשויות החקירה והתביעה.
- ד. האם נגרמו לנאשם שזוכה עיוות דין או נזק משמעותי בשל ההליך.

קיום נסיבות אחרות

פסק הדין המנחה בסוגיית הפיצוי במקרה של זיכוי הוא **פרשת דבש**¹³². השופט חשין בדעת רוב קבע שההגדרות הטכניות של סוג זיכוי אינן מכריעות ואל לבית המשפט להגביל עצמו לסוג זיכוי כזה או אחר. לעניין המושג **"נסיבות אחרות"** נקבע¹³³:

קשה יותר לפיצוח היא העילה השנייה לחיובה של המדינה בפיצוי ובשיפוי, העילה של "נסיבות אחרות המצדיקות זאת". עילה זו צעירה מקודמתה. היא נולדה רק בשנת תשל"ה-1974, משנמצא כי העילה הוותיקה יותר - העילה הנבנית על כך ש"לא היה יסוד לאשמה" - צרה בתחומי התפרשותה, וכי אין די בה כדי להיות לעזר לנאשמים אשר מלכתחילה אפשר היה יסוד לאשמתם, אך בשל נסיבות וטעמים אחרים יש הצדק לפצותם ולשפוטם. עילה זו של "נסיבות... המצדיקות" שיפוי ופיצוי, עילה היא ללא גבולות וסייגים. אין לה לא גוף ולא דמות-הגוף ושואבת היא כוח ואון במישרין ממעיין הצדק. הצדק הוא האמור להורות לבית-המשפט הדרך, כמובן **תוך הבנה שזיכוי של נאשם באשר הוא אין די בו כדי לזכות בפיצוי. מושג-מפתח לענייננו הוא מושג העוול.**

בהמשך מצטט השופט חשין את דבריו של הנשיא לנדוי בפרשת **טוביהו**¹³⁴:

"..הוצאות ניתן להטיל רק בתור פיצוי על הוצאות ההגנה או על מעצר או מאסר שהיה בו משום עוול לנאשם..."

וכפי שנפסק בפרשת **רייש**¹³⁵:

הביטוי "נסיבות אחרות המצדיקות זאת" ביטוי עמום הוא - עמום הוא וראוי הוא כי יישאר עמום"; שיקול-דעתו של בית-המשפט, שיקול-דעת הוא הפורש. עצמו על-פני מרחבים, והוא שיכריע בנושא הפיצוי והשיפוי.

¹³² ע"פ 4466/98 ראמי דבש נ' מדינת ישראל, פ"ד נו (3) 73.

¹³³ שם, עמוד 92-90.

¹³⁴ ע"פ 277/78 מ"י נ' טוביהו, פ"ד לג(1) 297, בעמ' 303, מפי מ"מ הנשיא השופט לנדוי.

¹³⁵ ע"פ 7826/96 רייש נ' מ"י, פ"ד נא (1) 481, בעמ' 496-498, מפי השופט זמיר.

פעילות בלתי תקינה של רשויות החקירה והתביעה

הפסיקה מכירה במספר "עילות אב" המקימות פעולה בלתי תקינה של רשויות החקירה והתביעה:

1. אי-בדיקתה של טענת אליבי. בפרשת סבאח¹³⁶ החשוד העלה טענת אליבי; רשויות החקירה והתביעה לא בדקו טענה זו, ולסופו של דיון הביא הדבר לזיכוי של הנאשם.
2. אישום אדם בעלילת-שווא¹³⁷.
3. החלטה על העמדה לדין הגובלת בזדון או שאינה נתמכת בסיבה סבירה¹³⁸.

האם לנאשם שזוכה נגרם עיוות דין או נזק משמעותי בשל ההליך

ההלכה נתנה דעתה גם לשאלה אם נגרמו לנאשם שזוכה עיוות דין או נזק משמעותי בשל ההליך. כך, למשל, חויבה המדינה בפיצוי במקום שהוכח כי הנאשם נפל קורבן לעלילת-שווא שהטעתה את רשויות התביעה¹³⁹.

בכל המקרים לעיל נקבע כי מוצדק לתבוע פיצוי מן המדינה על הנזקים שנגרמו כתוצאה מפעילות בלתי תקינה זו של רשויות החקירה והתביעה.

סייגים לאחריות המדינה בגין הליך רשלני:

מנגד, נקבע כי בנסיבות מסוימות לא יהא זה מוצדק לחייב את המדינה בפיצוי ובשיפוי:

1. **נסיבות הקשורות בהתנהגות הנאשם** – כאשר התנהגות הנאשם הביאה להתעוררות חשדות נגדו, לפתיחה בחקירה או להגשת כתב-אישום נגדו.
2. **מקום שהתנהגותו של הנאשם** במהלך החקירה והמשפט לא תרמה לחקר האמת¹⁴⁰.
3. **נסיבות הקשורות באשמתו של הנאשם**, למרות זיכוי. למשל, מקום שהנאשם זוכה אך היה זה זיכוי מן הספק או בשל קושי טכני בהרשעתו. בנסיבות אלו נקבע כי על-אף הזיכוי לא יהא זה מוצדק לחייב את המדינה בפיצוי ובשיפוי¹⁴¹.
4. **מקום שבית-המשפט סבר כי התנהגות התביעה הייתה התנהגות ראויה ורצויה**, ניתן לגורם זה משקל לשלילת חיובה של המדינה בפיצוי ובשיפוי הנאשם. כך, למשל, מקום שהתביעה שקלה מחדש את עמדתה והחליטה לחזור בה מן האישום, נפסק כי אין לחייבה בהוצאות הגם שלא חל שינוי בנסיבות; טעם הדבר הוא שיש לעודד את התביעה, ושלא לרפות את ידיה, לשקול מחדש המשך ניהולו של ההליך הפלילי, ועל דרך זו להקטין את הנזק והטרחה העלולים לבוא על הנאשם¹⁴².

¹³⁶ ע"פ 52/89 מדינת ישראל נ' סבאח, פ"ד (1) 653.

¹³⁷ ע"פ 406/74 והב נ' מדינת ישראל, פ"ד כט (1) 803, 805.

¹³⁸ ע"פ 292/78 גבאי נ' מדינת ישראל, פ"ד לג (1) 36, 43.

¹³⁹ פרשת סבאח, עמ' 659-658.

¹⁴⁰ ע"פ 6/86 עפרי נ' מדינת ישראל (לא פורסם).

¹⁴¹ ע"פ 6509/97 חדד נ' מדינת ישראל (לא פורסם).

¹⁴² ע"פ 292/78 גבאי נ' מדינת ישראל, פ"ד לג (1) 36.

באותו פסק דין החזיקה השופטת דורנר בדעת מיעוט בציינה כי כאשר יש זיכוי מוחלט יש לתת פיצוי לנאשם¹⁴³.

לדעתי, אמת-המידה הראויה לתשלום של הוצאות משפט ופיצויים לנאשמים שזוכו בדין היא סוג הזיכוי - אם מן הספק הוא, או מוחלט. זיכוי מוחלט, שיקנה לפי אמת-מידה זאת זכות לתשלום, הינו בין שמלכתחילה לא היה יסוד להגשת כתב-האישום, ובין שבדיעבד התברר כי כך המצב.

אמת-מידה זו מתיישבת עם תכליתו של סעיף 80 לחוק, שעל-פיו, מצד אחד, הזיכוי הוא תנאי לפסיקת הוצאות משפט ופיצויים אך כשלעצמו אינו מספיק; ומצד אחר, היעדר יסוד לאשמה, שמשמעותו היא זיכוי מלא, מהווה עילה לתשלום. איני סבורה כי יש לצמצם עילה זו לאותם מקרים שבהם הגשת כתב-האישום לא הייתה סבירה, כלומר מקרים המקימים עילת רשלנות נגד המדינה המזכה את הנאשם לפיצויים מלאים שבגדרה הזכאות לפי סעיף 80 לחוק מהווה אך מעין תשלום תכוף."

בפסק דין **חמדאן**¹⁴⁴ נסוגה המדינה מכתב האישום ונקבע שיש לפצות את הנאשם תוך התיחסות לעובדה שהמדינה לקחה סיכון לגבי עמדת בית המשפט בסוגיה הנדונה, ואת על-גבו של הנאשם:

המדינה בחרה אפוא לצאת לדרך עם כתב-האישום תוך נטילת "סיכון" מסוים כי בבוא העת תהיה אנוסה לחזור בה ממנו, אם לא תתקבל עמדתה כי המידע החסוי והעדת מקורותיו אינם חיוניים להגנת המערער. בעצם הבחירה הזו של המדינה אין פגם, אולם משלבסוף אכן נאלצה לחזור בה מכתב-האישום, יש להביא את ה"סיכון" שהובא מלכתחילה בחשבון ההוצאות."

תביעה אזרחית רגילה כנגד המדינה.

המדובר בהליך אזרחי "רגיל" בו יש להוכיח רשלנות של גורמי המדינה המוסמכים אשר עסקו (או היו אמורים לעסוק) בניהול ההליך. כאמור, נטל ההוכחה על התובע. בפסק דין **גורדון**¹⁴⁵ נקבע שעיריית ירושלים תשלם פיצויים לאדם אשר נשלחו עליו דו"חות בטעות למרות שהודיע על כך לעירייה היא המשיכה לשלוח אותם וכשלא שילם נעצר.

למרות המדינה לא פעלה בזדון, קבע בית המשפט כי העוולה קמה גם כאשר מוכחת נגישה ברשלנות **ולכן היום ניתן לתבוע את המדינה על רשלנות** בכך שחוקריה לא בדקו את מה שהיו צריכים לבדוק בטרם הגשת כתב האישום.

כפי שנאמר בפסק דין **דבש**¹⁴⁶, זהו מסלול לגיטמי נוסף בו יכול אדם להעזר בבואו לתבוע בגין פגיעה בהליך הוגן לגביו.

¹⁴³ פרשת **דבש**, עמוד 131.

¹⁴⁴ ע"פ 303/02 **דרוויש חמדאן נ' מדינת ישראל** פ"ד נו (2) 550, 560.

¹⁴⁵ ע"א 243/83 **עיריית ירושלים נ' גורדון**, פ"ד לט(1) 113.

¹⁴⁶ פרשת **דבש** עמודים 89-90.

ככל גוף מינהלי חייבת התביעה לפעול בסבירות ובתום-לב, ואמת-המידה של הסבירות מאזנת בין השיקולים המושכים לצדדים. העמדה לדין חייבת שתעמוד במבחן של סבירות - מבחן סבירות מיוחד לה (...). - וכישלון באותו מבחן סבירות יכול שיחייב מסקנות לעניין שיפוי ופיצוי הנאשם על נזקים שנשא בהם. מבחינה מושגית כללית, העילה של היעדר יסוד להאשמה כהצדק לחיוב המדינה בהטבת נזקיו של נאשם שיצא זכאי בדינו, ניתן לראות בה שלוחה ונגזרת של משפט הנזיקין ושל החובה שחבים אנו ל"שכנינו". (...). המדינה חבה כלפי היחיד את חובת דונוני נ' סטיבנסון - היא החובה בעוולת הרשלנות - והעמדתו של פלוני לדין בלא שהיה יסוד להאשמה שקולה כנגד הפרת אותה חובה".

חלק ג: הזכות לקבלת פיצוי בגין הליך רשלני או הפוגע בזכות חוקתית בראי הצעות חוקה קודמות

1. הצעת החוקה של יהודה פנחס כהן (תש"ח-1948)

"כל הנאסר יוצא חייב או נענש שלא כדין. זכאי לגבות את פיצויו מידי המדינה."

שאר הצעות החוקה אין מכילות התייחסות מפורשת לזכותו של אדם לקבל פיצוי מן המדינה במידה ובמסגרת הליך שיפוטי או מנהלי נעשו כנגדו פעולות בניגוד לדין או נפגעו זכויותיו החוקתיות.

חלק ד: הזכות בראי החקיקה והפסיקה הזרה

1. אנגליה

זכותו של נאשם-זכאי להחזר הוצאות הוכרה במשפט האנגלי הסטטוטורי בראשית המאה העשרים¹⁴⁷. החוק לא קבע אמות-מידה לשיקול-דעת אימתי תיפסקנה הוצאות, וההכרעה ניתנה בידי בתי-המשפט. ב-1973 נחקק חוק נוסף שהמשיך את מגמת הטלת חובת הפיצוי על המדינה¹⁴⁸ לעניינם של בתי-משפט מסוימים (ה-MAGISTRATES' COURTS) קבע המחוקק פסיקת הוצאות אם היא צודקת וסבירה בנסיבות העניין ("JUST AND REASONABLE"). החוק האחרון בנושא זה הוא PROSECUTION OF OFFENCES ACT, 1985.

אופן יישומו של החוק נקבע בהוראות, אותן נוהג זקן השופטים באנגליה להוציא מעת-לעת, לגבי הפעלת שיקול-דעתם של בתי-המשפט. בהנחיות משנת 1959 הורה זקן השופטים כי כל עניין יוכרע על-פי נסיבותיו וכי אין לקבוע כללים נוקשים מראש¹⁴⁹. בה-בעת הוסיף זקן השופטים וקבע כי ניתן לשקול שיקולים כהתנהגות בלתי סבירה של התביעה. בשנת 1973 שונו ההנחיות וההנחיות

¹⁴⁷ COSTS IN CRIMINAL CASES ACT, 1908

¹⁴⁸ COSTS IN CRIMINAL CASES ACT, 1973

¹⁴⁹ LORD PARKER C.J., PRACTICE DIRECTION (COSTS IN CRIMINAL CASES) [1959] 1 W.L.R. 1090; 3 ALL E.R. 471

החדשות¹⁵⁰ קבעו עיקרון, ולפיו על דרך הכלל תיפסקנה הוצאות לנאשם שזוכה, אלא אם יימצא בנסיבותיו של עניין פלוני כי אין לעשות כן, וזאת כדי להבטיח את הזכות לייצוג הולם:

Although the award of costs must always remain a matter for the court's discretion, in the light of the circumstances of the particular case, it should be accepted as normal practice that when the court has power to award costs out of central funds it should do so in favour of a successful defendant, unless there are positive reasons for making a different order.

בהנחיות אלו מובאים שיקולים לשאלת פסיקתן של הוצאות. למשל: מקום שהתביעה פעלה מתוך זדון או בלא סיבה סבירה; מקום שהנאשם בהתנהגותו החשיד את עצמו או הביא את התביעה לסבור, בטעות, כי אשמתו חמורה משהייתה לאמיתם-של-דברים; מקום שיש ראיות מספיקות להרשעה אך הזיכוי נבע מטעם פרוצדורלי; מקום שנאשם זוכה מאישום אחד אך חויב באישום אחר, ניתן לבית-המשפט שיקול-דעת אם לשפותו עבור חלק מן ההוצאות שעמד בהן. הוראות החוק במשפט האנגלי מזכות נאשם שזוכה אך בהוצאות המשפט ולא בפיצויים בגין מעצרו.

2. אוסטרליה

בפרשת **Latoudis v. Casey**¹⁵¹ נקבעו עקרונות מנחים בדומה לאלו החלים בדין האנגלי. גם כאן אין המדובר אלא בהחזר הוצאות לנאשם שזוכה בדינו. בפסק-הדין הושמעו דעות שונות, ואולם הנטייה הכללית היא, להחזיר לנאשם שזוכה את הוצאותיו בגין הגנתו בבית המשפט.

3. גרמניה

בסעיף 467 לחוק סדר הדין הפלילי, נקבע כי עם זיכוי של נאשם יש לפסוק לטובתו (ולחובת המדינה) החזר על ההוצאות שעמד בהן. סעיף זה קובע אף חריגים לכלל. לא ינתן פיצוי כאשר:

- א. הנאשם הפליל את עצמו או לא הדיף האשמות שהוטחו בו ולא הפריך תשתית עובדת שדיברה נגדו;
- ב. הזיכוי הוא זיכוי טכני בלבד;
- ג. הנאשם שמר על זכות השתיקה באופן חלקי בלבד, ובכך גרם להתמשכות ההליך נגדו.

כמו כן, קובע הדין הגרמני הסדר תשלום פיצויים בגין מעצר לפני המשפט לנאשם שזוכה בדינו או לנאשם שההליך נגדו לא נסתיים (סעיף 2 לחוק בדבר פיצויים בגין פעולות של התביעה הפלילית, ה-STREG). כהוראת סעיף 5 לאותו חוק, פיצויים לא ייפסקו כאשר הוחל בהליך, או שההליך

LORD WIDGERY C.J., PRACTICE NOTE [1973] 2 ALL E.R. 592¹⁵⁰
Latoudis v. Casey (1990) 97 ALR 45.¹⁵¹

נתמשך והלך, בשל התנהגות הנאשם. על-פי סעיף 6 לאותו חוק, יכול בית-המשפט שלא להעניק פיצויים שעה שהנאשם הפליל את עצמו או שהזיכוי היה זיכוי טכני.

4. צרפת

בסעיף 149 לקודקס הפרוצדורה הפלילית: ה- CODE DE PROCEDURE PENALE - נקבע הסדר ולפיו יכול נאשם שזוכה לקבל פיצויים בשל מעצר זמני (DETENTION PROVISoire). נאשם שזוכה לא זכה בתחילה בפיצוי, אלא אם גרם לו המעצר נזק ועוול "בלתי רגיל ובעל חומרה יתירה"¹⁵² ואולם בתיקון שמיום 15.6.2000 הושמט תנאי זה, וכיום מוסמך בית-משפט לפסוק פיצויים בגין מעצר אך מטעם זה בלבד, בתנאי שהנאשם זוכה. אשר להוצאות, אלו לא תיפסקנה ככל הנראה גם בזיכוי של נאשם, אך ניתן לתבוע אותן מן המתלונן אשר פעל שלא בתום-לב (סעיף 472 לקודקס הפרוצדורה הפלילית).

5. ארצות-הברית

בתי המשפט האמריקניים נוטים שלא לחייב את המדינה בהוצאות נאשם שזוכה בדין¹⁵³. בה-בעת, במקרים מסוימים תחויב המדינה בכל-זאת בהוצאותיו של נאשם שזוכה. כך, למשל, בשנת 1997 חוקק הקונגרס חוק במישור הפדרלי¹⁵⁴. ולפיו תישא מדינה בהוצאות נאשם שזוכה אם הוכח כי האישום הוגש לבית-המשפט בקלות-דעת, בהקנטה או בהיעדר תום-לב, אלא-אם-כן נמצא לו לבית-המשפט כי פסיקת הוצאות לא תהא צודקת.

6. קנדה

הכלל במשפט הקנדי הוא שאין פוסקים פיצויים והוצאות לנאשם שיצא זכאי בדינו¹⁵⁵. גם בצ'רטר הקנדי לזכויות אדם אין הוראה הדורשת מתן פיצויים במקרים כאלה. הלכה זו זכתה לביקורת¹⁵⁶, והושמעה דעה כי יש לאמץ הסדר ולפיו יינתן ביטוי לפגיעה בזכויות היסוד של הפרט על דרך הענקת זכות לפיצויים ולהוצאות. עם זאת המשפט הקנדי מכיר בעילת תביעה אזרחית כנגד תובע, בהתקיים ארבעה תנאים: התובע יזם את ההליך; ההליך הסתיים לטובת הנאשם; כתב האישום הוגש ללא בסיס סביר בדין ובעובדה; התובע נהג בזדון או מתוך מטרה פסולה¹⁵⁷.

¹⁵² במקור:

Cette detention lui a cause un prejudice manifestement anormal et d'une particuliere gravite.

¹⁵³ **United States v. Horn** 29 F. 3D 75 (1994)

¹⁵⁴ A3006 U.S.C 18

¹⁵⁵ I.R.S. Reid, P.T. Burns "The Power To Award Costs In Criminal Cases Or How Judicial Illusions Remain Illusions None The Less" 24 **Crim. L.Q** (1981-1982) 455

¹⁵⁶ A Proposal For Costs In Criminal Cases (Law Reform Commission), Canada, 1973

¹⁵⁷ **Nelles v. Ontario**, [1989] 2 S.C.R. 170; **Proulx v. A.G. Quebec** [2001] 3 S.C.R.9; L. Sossin, "Crown Prosecutors and Constitutional Torts: The Promise and Politics of Charter Damages" (1994), 19 **Queen's L.J.** 372; J. Sopinka, "The Tort of Malicious Prosecution": Current Scope and Future Directions" (1995), 74 **Can. B. Rev.** 366; D. Butt, "Malicious Prosecution" (1996), **Can. B. Rev.** 335.

7. משפט הבינלאומי

בפרשת *Sekanina v. Austria*¹⁵⁸, עסק בית-הדין האירופי לזכויות האדם במקרה, בו הואשם פלוני ברצח אשתו ולאחר שזוכה בדינו ביקש לחייב את המדינה בהוצאות משפטו ובפיצויים על כך שישב שנה במעצר. בית-המשפט האוסטרי סירב לבקשה, בקובעו כי החשד נגד פלוני נותר בעינו. האיש פנה בתלונה לבית-הדין האירופי, ובית-הדין קבע כי שלילת פיצויים והוצאות בנסיבות אלו פוגעת בחזקת החפות הקבועה בסעיף 6(2) לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם [54], אשר-על-כן שלילה שלא-כדין היא.

משעה שקבע כי הנאשם חף מפשע, אל-לו לבית-המשפט לעשות שימוש בחומר ראיות כדי לסתור את חזקת החפות, אך ניתן להביא במניין השיקולים גם את טיבו של הזיכוי כגורם לשלילת פסיקתן של הוצאות לטובת הנאשם¹⁵⁹. עם זאת יצוין כי בית-הדין האירופי לא קבע כי מכוח האמנה גופה זכאי נאשם שזוכה לפיצוי בגין מעצרו, שכן עניין זה מסור למשפטה של כל מדינה ומדינה¹⁶⁰. עוד קבעה הוועדה שליד בית-הדין, כי אין פסול בשלילת פיצויים והוצאות מנאשם שזוכה מקום ששלילה זו סומכת עצמה להתנהגותו ואין היא מהווה עונש או תגובה לגופה של האשמה שממנה זוכה¹⁶¹.

חלק ה: עיגון הזכות בחוקות ובאמנות זרות

1. קרואטיה¹⁶²

Article 25

All arrested and convicted persons shall be treated humanely and their dignity shall be respected.

Anyone who is detained and accused of a criminal offence shall have the right to be brought before the court within the shortest term specified by law and to be acquitted or sentenced within the statutory term.

A detainee may be released on legal bail to defend himself.

Any person who has been illegally deprived of liberty or convicted shall, in conformity with law, be entitled to damages and a public apology.

לפי סעיף 25 לחוקת קרואטיה נקבע כי כל אדם שנשללה חירותו או אשר הורשע בפלילים שלא כדין זכאי לפיצויים ולהתנצלות פומבית.

¹⁵⁸ *Sekanina v. Austria* [1993] IIHRL 68 (25 August 1993)

¹⁵⁹ *Leutscher v. Netherlands* [1996] IIHRL 29 (26 March 1996)

¹⁶⁰ *Masson and Van Zon v. Netherlands* [1995] ECHR 32 (28 September 1995) at 510-511.

¹⁶¹ *Fashanu v. United Kingdom* (1998) 26 E.H.R.R. C.D. 217

¹⁶² סעיף 25 לחוקת קרואטיה.

Article 7

...

4. The conditions under which the State, following a judicial decision, shall indemnify persons unjustly or illegally convicted, detained pending trial, or otherwise deprived of their personal liberty shall be provided by law.

לפי סעיף 7(4) לחוקת יוון אדם זכאי לפיצוי מן המדינה בעקבות החלטה שיפוטית בהתקיימותם של מספר תנאים:

1. הרשעה באורח לא חוקי או לא צודק.

2. כליאה במהלך ההליך המשפטי אשר התנהל כנגדו.

3. שלילת חירותו שלא כדין.

החוקות המנויות לעיל מעגנות את הזכות לפיצוי במסגרת הליך פלילי שגוי או רשלני אשר גרם נזקים לנאשם או למורשע.

לעומת זאת ישנן חוקות הכוללות זכות כללית לפיצוי בגין הליך שגוי או רשלני מכל סוג (ואף החלטות אדמניסטרטיביות אחרות כפי שיובא להלן) ולא דווקא בגין הליך פלילי כזה:

3. אסטוניה¹⁶⁴

Article 25 [Right to Compensation]

Everyone shall have the right to compensation for moral and material injuries caused by anyone's unlawful action

לפי סעיף 25 לחוקת אסטוניה, לכל אדם הזכות לפיצוי בגין פגיעות נפשיות וחומריות אשר נגרמו עקב פעולה בלתי חוקית. (פרשנות למילה anyone מביאה למסקנה כי המדובר גם בנזקים אשר גרמה המדינה על מוסדותיה).

באשר לחסינות גופי המדינה, סעיף 153 לחוקת אסטוניה¹⁶⁵ מעגן את חסינותם של השופטים, אך זו עוסקת בחסינות מפני העמדה לדין פלילי: נשיא המדינה יכול להתיר העמדתו של שופט לדין פלילי, בעת כהונתו, בהתאם להמלצת בית המשפט הלאומי. היות והחסינות מפני העמדה לדין פלילי גרידא, תוקפה של הזכות לפיצוי, במסגרת ההליך האזרחי נזיקי בעינו עומד. סעיף דומה לגבי חסינות מפני העמדה לדין פלילי קיים גם לגבי הפרלמנט האסטוני¹⁶⁶. ולגבי הממשלה¹⁶⁷.

¹⁶³ סעיף 7 (4) לחוקת יוון.

¹⁶⁴ סעיף 25 לחוקת אסטוניה.

¹⁶⁵ סעיף 153 לחוקת אסטוניה.

¹⁶⁶ סעיף 76 לחוקת אסטוניה

¹⁶⁷ סעיף 105 לחוקת אסטוניה.

Article 46

...

3) Everyone is entitled to compensation for damage incurred as a result of an unlawful decision by a court or another state or public administration body, or as a result of an incorrect official procedure.

(4) Conditions and details concerning court and other legal protection will be set out in a law.

לפי הסעיף דלעיל, כל אדם זכאי לפיצוי בגין נזקים שאירעו כתוצאה מהחלטה שיפוטית, ציבורית או של גוף אחר מטעם המדינה אשר אינה חוקית. ראוי לציין שבניגוד לכל החוקות דלעיל חוקת סלובקיה הינה היחידה המעניקה זכות לפיצוי בגין כל הליך רשלני ולא מתנה את הפיצוי בהרשעה או מאסר או מגבילה את סוגי ההליכים המזכים בפיצוי.

באשר לחסינות גופי המדינה: ניתנת חסינות לשופטי בית המשפט החוקתי ובית המשפט העליון הסלובקי מהעמדה לדין פלילי ומעצרו¹⁶⁹. גם בהתאם לסעיף זה ניתן להסיק כי החסינות אינה מגנה מפני זכות הפיצוי בגין הליך רשלני או שגוי או בגין הליך הפוגע בזכות חוקתית.

Article 26 (Right to Compensation)

Everyone has the right to compensation for damage caused through unlawful actions in connection with the performance of any function or other activity by a person or body performing such function or activity under state authority, local community authority or as a bearer of public authority.

Any person suffering damage has the right to demand, in accordance with the law, compensation also directly from the person or body that has caused damage.

לפי חוקת סלובניה, לכל אדם יש את הזכות לפיצוי בגין נזקים שנגרמו כתוצאה מפעולה לא חוקית שבוצעה על ידי גוף מגופי המדינה. (ואין נפקא מינא כי המדובר רק בנזקים שנגרמו כתוצאה מהחלטה שיפוטית שגויה או רשלנית). יתרה מכך, לכל אדם אשר נגרם לו נזק כאמור לעיל יש את הזכות לדרוש, בהתאם להוראת חוק, פיצוי גם ישירות מהאדם או מהגוף אשר גרם לנזק.

¹⁶⁸ סעיף 46 (3) לחוקת סלובקיה.

¹⁶⁹ סעיף 136 לחוקת סלובקיה.

¹⁷⁰ סעיף 26 לחוקת סלובניה.

באשר לחסינויות גופי המדינה לחוקת סלובניה: סעיף 83 מעניק חסינות לנבחרים הפרלמנט הסלובני מפני העמדה לדין פלילי. ואין החסינות המוענקת נוגעת או פוגעת בזכות לפיצוי. גם חסינותם של שופטי סלובניה מעוגנת בחוקה:

Article 134 (Immunity of Judges)

No one who participates in making judicial decisions may be held accountable for an opinion expressed during decision-making in court. If a judge is suspected of a criminal offence in the performance of judicial office, he may not be detained nor may criminal proceedings be initiated against him without the consent of the National Assembly.

לאור סעיף זה, אין השופט היושב בדין חייב לתת את הדין על החלטותיו בבית המשפט. באשר להעמדה לדין פלילי- תותר העמדת שופט לדין פלילי רק באישור מלאית הפרלמנט. מנוסח הסעיף עולה כי לשופטים מוענקת חסינות גם בדין האזרחי, אולם אין מניעה לתבוע את המדינה לשופטי בית המשפט לחוקה יש חסינות מיוחדת הדומה לחסינותם של חברי הפרלמנט הסלובני.¹⁷¹

.6 ספרד

Article 121 [Indemnification]

Damages caused by judicial error and those which may result from the abnormal operation of the Administration of Justice shall provide the right to an indemnification by the State, in accordance with the law.

סעיף 121 לחוקת ספרד מעגן את הזכות לפיצוי בגין נזקים אשר נגרמו כתוצאה מטעות שיפוטית, וזאת בהתאם להוראות החוק. באשר לחסינות גופי המדינה בספרד, סעיף 71 לחוקת ספרד קובע חסינות מפני מעצר ומשפט פלילי. אין התייחסות ישירה לחסינות בדין האזרחי, אך ניתן לפרש את ההגנה הכללית המוענקת לביטוי דעה במהלך התפקיד ככוללת גם חסינות שכזו:

Article 71 [Indemnity, Immunity, Remuneration]

(1) The Deputies and Senators enjoy indemnity for the opinions expressed during the exercise of their functions.

¹⁷¹ סעיף 167 לחוקת סלובניה.

7. אמנות בינלאומיות אזוריות וכלליות

באמנה האירופאית לזכויות האדם 1950 :

ARTICLE 5

1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law:

5. Everyone who has been the victim of arrest or detention in contravention of the provisions of this article shall have an enforceable right to compensation.

לאור סעיף 5 דלעיל, כל אדם אשר נעצר או עוכב שלא כדין יש הזכות לפיצוי.

הצהרת זכויות האדם האמריקאית

Article 10. Right to Compensation

Every person has the right to be compensated in accordance with the law in the event he has been sentenced by a final judgment through a miscarriage of justice.

לאור החקוק בסעיף דלעיל, לכל אדם הזכות לפיצוי, בהתאם להוראות חוק, בגין הרשעה סופית שנעשתה שלא בצדק.

האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1966)

Article 9

....

5. Anyone who has been the victim of unlawful arrest or detention shall have an enforceable right to compensation.

לאור החקוק בסעיף 9 (5) דלעיל כל אדם אשר נעצר או עוכב שלא כדין יש הזכות (אשר עליה להיות אכיפה) לפיצוי.

חלק ו': שאלות לדיון וחלופות אפשריות לעיגון הזכות בישראל

1. בעיות העולות מחקיקת זכות לפיצוי בגין הליך רשלני

מחירן של זכויות והשלכות על מערכת המשפט

לרוע המזל טעויות משפטיות קורות ולכן החלטה גורפת על הזכות לפיצוי בגין כל הליך רשלני או שגוי (כפי שהציעה השופטת דורנר, שכל אימת שאדם מזוכה זיכוי מוחלט- הינו רשאי לפיצוי) תהא בעלת השלכות כלכליות נכבדות.

נשאלת השאלה כיצד ניתן יהיה לאזן בין החשיבות בהכרה בזכותו של יחיד שנגרמו לו נזקים לתבוע את המדינה רבת האמצעים על טעויותיה לבין הצורך בשימורה של מידת "חסינות" מסוימת וזאת לאור המשמעויות הכלכליות שיהיו להענקת הזכות. יש לזכור כי מתן אפשרות לפיצוי בגין הליך רשלני עלול להוסיף גם לעומס המוטל על בית המשפט.

ניגוד עניינים אינהרנטי בו ימצא בית המשפט

על בית המשפט לקבוע אימתי נדרשת רשות מרשויות המדינה (לא אחת בית המשפט עצמו) לפצות בגין הליך רשלני או שגוי. לאור המצב המשפטי הנהוג כיום בישראל, בבואו לבחון את תביעתו של אדם לפיצוי בגין נזקים שנגרמו בשל הליך רשלני או שגוי או עקב הפרת זכות חוקתית, בית המשפט הוא בו זמנית הגוף המפרש את המושגים המשפטיים המהווים את הקריטריונים לפיצוי ("נסיבות אחרות", מהי חמרת הנזק ואופיו, וכיוצא) וגם צד פוטנציאלי לסכסוך, כגוף המנהל הליכים ומסוגל לרשלנות.

יוצא איפוא, שעיון חוקתי לזכות, ללא קביעה פרטנית בחקיקה מתי ובגין מה בדיוק זכאי אדם לפיצוי הזכות, תהא בעלת משמעות דקלרטיבית בלבד ובפעל בית המשפט יחליט מתי הוא עצמו או גופים שפעלו במסגרת ההליך שהתנהל מולו- התרשלו או טעו. עם זאת, העיון ברמה החוקתית יטיל נטל, לפחות רטורי, על בית המשפט בבואו להצדיק מדוע פיצוי לא הוטל במקרים מסוימים.

2. אפשרויות לעיגון חוקתי לזכות לפיצוי בחוקה הישראלית

זכות רחבה לפיצוי בגין כל הליך רשלני, שגוי או כזה הפוגע בזכויות חוקתיות הליכיות

עיגון חוקתי, לפיו לכל אדם הזכות לפיצוי בגין נזק אשר נגרם כתוצאה מהחלטה שיפוטית שגויה או החלטה שגויה של כל גוף מדינתי אחר (בדומה לחוקת סלובקיה, סלובניה ואסטוניה).

זכות מצומצמת יותר החלה רק על מי שהורשע ו/או נשללה חירותו

הענקת הזכות לפיצוי לכל אדם אשר נשללה חירותו או אשר הורשע בפלילים שלא כדין. לפי חוקת קרואטיה אדם אשר נשללה חירותו או אשר הורשע בפלילי שלא כדין זכאי גם להתנצלות פומבית (בדומה לחוקת קרואטיה ויוון).

זכות לפיצוי צרה עוד יותר החלה רק במקרים בהם נשללה חירותו של אדם

הענקת הזכות לפיצוי לכל אדם אשר נעצר או עוכב שלא כדין (דהיינו רק בגין שלילת חירות). כפי שמצוי באמנות הבינלאומיות המנויות לעיל).

שימור המצב הקיים

הימנעות מעיגונה של הזכות בחקיקת יסוד והותרת הנושא לחקיקה הרגילה או הפסיקה, ביחוד בתחום דיני הנזיקין עצמם וביחס לעצם הפגיעה בזכות להליך הוגן כפגיעה בכל דבר אחר כגון קניינו של אדם או בריאותו.

הערה

לכל אפשרות ניתן לסייג את היקף הזכות באמצעות המשפט: "זכאי לפיצוי לפי חוק" כפי שנחקק באמנות השונות וזאת על מנת לאפשר לקבוע את היקף הזכות ובאילו מקרים יפוצה אדם בגין הליך רשלני או שגוי, וזאת כאחד הפתרונות לבעיות שהעלנו בפרק הקודם.

ביבליוגרפיה

חקיקה ישראלית:

- חוק האזנת סתר (תיקון), תשנ"ה-1995, ס"ח 1517.
חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א - 1981, ס"ח 120.
חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 ס"ח 43.
חוק העונשין תשל"ז-1977.

פסקי דין ישראלים:

1. בש"פ 952 / 00 מדינת ישראל נ' דרור חוטר-ישי, פ"ד נד (1) 638.
2. בש"פ 507 / 00 ששון מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד (1) 385.
3. בש"פ 695 / 85 ציון תוהמי נ' מדינת ישראל פ"ד לט (2) 836.
4. בש"פ 4190 / 97 עמוס אבוקסיס נ' מדינת ישראל, פ"ד נא (3) 651.
5. בש"פ 2137/96 רודמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(2) 504.
6. בש"פ 3153/00 שלומוב נ' מדינת ישראל (טרם פורסם), תקדין עליון 2000(2) 1157.
7. רע"א 5381/91 חוגלה שיווק (1982) בע"מ נ' אריאל, פ"ד מו(3), 378.
8. ע"פ 533/82 זכאי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 59.
9. ד"נ 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין, פ"ד מב (3) 837.
10. דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מ"י, פ"ד מט (4) 589.
11. בש"פ 1153/02 מדינת ישראל נ' אברג'יל (מחוזי, ירושלים).
12. ע"פ 6841/01 ביטון נ' מדינת ישראל, פ"ד נו (6) 794.
13. ע"פ 4466/98 ראמי דבש נ' מדינת ישראל, פ"ד נו (3) 73.
14. ע"פ 277/78 מ"י נ' טוביהו, פ"ד לג(1) 297.
15. ע"פ 7826/96 רייש נ' מ"י, פ"ד נא (1) 481.
16. ע"פ 52/89 מדינת ישראל נ' סבאח, פ"ד (1) 653.
17. ע"פ 406/74 והב נ' מדינת ישראל, פ"ד כט (1) 805.
18. ע"פ 292/78 גבאי נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(1) 36.
19. ע"פ 6/86 עפרי נ' מדינת ישראל (לא פורסם).
20. ע"פ 6509/97 חדד נ' מדינת ישראל (לא פורסם).
21. ע"פ 292/78 גבאי נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(1) 36.
22. ע"פ 303/02 דרויש חמדאן נ' מדינת ישראל פ"ד נו (2) 550.
23. ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113.

ספרות ישראלית:

- ח' זנדברג, "הארכת מעצר מעבר לתשעה חודשים", המשפט 16 (2003) 27.
ב' כהנא וחי' זנדברג "מעקב אחר שחרורם של משוחררים בערובה", המשפט 14 (2002) 40.
ב' כהנא וחי' זנדברג "שחרור בערובה של תושבי השטחים", המשפט 7 (2002) 85.
ר' קיטאי, "הניגוד בין חזקת המסוכנות שבחוק המעצרים לבין חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", הפרקליט 46(2) 2002.
א' הרנון "על זכות השתיקה", משפטים א' 95.
א' הרנון, "ראיות שהושגו שלא כדין", מחקרי משפט י"ג 139.
י' שחר, "סדר דין פלילי" ספר השנה של המשפט בישראל (תשנ"ב-תשנ"ג) 375.
א' ברק, "המהפיכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות", משפט וממשל א', תשנ"ב 9.

משפט עיברי:

יבמות, כה, ע"ב.

ספרות זרה:

- P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, (Carswell 5th Ed, 2002).
M.C. Bassiouni, "Human Rights In The Context of Criminal Justice: Identifying International Procedural Protections And Equivalent Protections in National Constitutions", 3 *Duke J. Comp. & Int'l L.* 235, 269.
M Findlay, S Odgers, S Yeo. *Australian Criminal Justice*, Oxford 1994, 168.

Alan Mewett, **An Introduction to the Criminal Process in Canada** (Scarborough, Ont.: Carswell, 2000), 161-165.
M. Chaskalson, **Constitutional Law of South Africa**, (Juta 1999).
J.C Harr, K.M Hess, **Constitutional Law and the Criminal Justice System**, Sd ed (2002) ,278.
R Taylor, M Wasik, R Leng, **Blackstone's Guide to The Criminal Justice Act 2003**, Oxford 2004.
M.P Jain, **Indian Constitutional Law**, Fth Ed, Wadhwa-Nagpur (2003), 1238-1239.
I.R.S. Reid, P.T. Burns "The Power To Award Costs In Criminal Cases Or How Judicial Illusions Remain Illusions None The Less" 24 **Crim. L.Q** (1981-1982) 455.
L. Sossin, "Crown Prosecutors and Constitutional Torts: The Promise and Politics of Charter Damages" (1994), 19 **Queen's L.J.**
J. Sopinka, "The Tort of Malicious Prosecution": Current Scope and Future Directions" (1995), 74 **Can. B. Rev.** 366.
D. Butt, "Malicious Prosecution" (1996), **Can. B. Rev.** 335.

חקיקה אמריקאית:

Bail Reform Act (1966) Pub. L. 89-465, 80 Stat 214.
Bail Reform Act 18 U.S.C.A 3141-3156, Pub. L. 98-473, 98 Stat. 1985 .

פסיקה אמריקאית:

Stack v. Boyle 342 U.S 1 96 (1951).
Brandy v. United States 81 S.Ct. 197, 5 Led. 2d. 218 (1960).
Miranda v. Arizona, 384 U.S 436 (1966).
Weeks v. United States, 232 U.S. 383 (1914).
United States v. Leon, 468 U.S. 897 (1984).
Silverthorne Lumber Co. v. United States, 251 U.S. 385 (1920).
United States v. Calandra, 414 U.S. 338 (1974).
Nix v. Williams, 467 U.S 431(1984).
Segura v. United States, 468 U.S. 796 (1984).
United States v. Horn 29 F. 3D 75 (1994)

חקיקה קנדית:

Criminal Code , R.S.C 1985, c. C-46, ss. 515-526.
Civil Justice Act 2003 , part 10.

פסיקה קנדית:

R. v Pearson [1992] 3 S.C.R 665, 690.
R. v. Morales [1992] 3 S.C.R 711.
R. v Oakes [1986] 1 S.C.R 103 .
Dubois v. The Queen (1985) 2 S.C.R. 350, 360.
Knutson v. Sask. Reg. Nurses Assn. (1990) 75 D.L.R.
R. v. Mannion [1986] 2 S.C.R. 272.
R. v. Kuldip [1990] 3 S.C.R. 618.
R. v. S(R.J.) [1995] 1 S.C.R. 451.
R v. Strachan [1988] 2 S.C.R. 980.
R. v. Collins [1987] 1 S.C.R. 265
R. v. Stillman, [1997] 1 S.C.R. 607

R. v Burlingham [1995] 2 S.C.R. 206
R. v. Pohoretsky [1987] 1 S.C.R. 945
Cf. R v, Smith [1991] 1 S.C.R. 714
R. v. Silveira [1995] 2 S.C.R. 297
R. v. Duguay [1989] 1 S.C.R. 93
R. v. Trembly [1987] 2 S.C.R. 435
R v. Simmons [1988] 2 S.C.R. 495
R v. Duarte [1990] 1 S.C.R. 30
R. v. Genest [1989] 1 S.C.R. 59
R. v. Feeny [1997] 2 S.C.R. 13
R. v. T.R. (No. 2) [1984] 7 D.L.R.
R. v. Wigglesworth [1987] 2 S.C.R. 541
Connelly v. DPP, [1964] AC 1254
Proulx v. A.G. Quebec [2001] 3 S.C.R. 9
Nelles v. Ontario, [1989] 2 S.C.R. 170

תקיקה בריטית:

COSTS IN CRIMINAL CASES ACT, 1908.
COSTS IN CRIMINAL CASES ACT, 1973.
LORD PARKER C.J., PRACTICE DIRECTION (COSTS IN CRIMINAL CASES) [1959] 1 W.L.R. 1090; 3 ALL E.R. 471.
LORD WIDGERY C.J., PRACTICE NOTE [1973] 2 ALL E.R. 592.

פסיקה בריטית:

Bunning v. Cross [1978] 141 CLR 54 at 75.
Latoudis v. Casey (1990) 97 ALR 45.

פסיקה ניו זילנדית:

The Queen v. Whata August Keefe Richard James Rymer CA162/04 date: 20.7.2004.

פסיקה ארופאית:

Tomasi v. France (1993) 15 E.H.R.R. 1.
Sekanina v. Austria [1993] IIHRL 68 (25 August 1993).

פסיקה דרום אפריקאית:

Key v. Attorney general, 1996 (4) SA 187 CC.
S v. Dladla 1999 (4) SA 623 (CC).
S v. Soci 1998 (3) BCLR 376 (E).
S v. Nadioo & Another 1998 (1) SACR 446 (D).
S v. Motloutsi 1996 (2) BCLR 220 (C) 226-8.
S. v. Ndou & Others 1971 (1) S.A 668 (A).
D.A. Kelshiker v. State of Bombay, AIR 1960 Bom. 225.
State of Bombay v. S.L Apte, AIR 1961 SC 578.