

ד"רציו | DRatio

נתיסד על-ידי עוה"ד ד"ר לירן אוהיון

ד"רציו | DRatio

אדר תשפ"ו | מרץ 2026 | גיליון 2

בולטין רבעוני למשפט עיוני

אני מודה מעומקא דליבא לכל מי שבחרו לעקוב, לקרוא, וכן להגיב בפומבי או בפרטי.

בתוך המרחב הציבורי כיום, נדמה, יכול ואך ביני לביני, שהתגמול מגיע ויגיע מהמהירות והרעש, ומכאן שהבחירה להקדיש זמן לקריאת עומק היא בניגוד לזרם המרכזי ולגבי ידידי כבר נקיטת עמדה שאפשר וצריך אחרת. לבסוף, כך אני מאמין בלב שלם, זו העמדה שמחזיקה ותחזיק מים. על כן, פלטפורמה זו פועלת וכן תפעל לפי ציוויו של החכם באדם, אמת קנה ואל תמכר; חכמה ומוסר ובינה (משלי, פרק כג, פסוק כג). לכם, נותר רק ליטול ולהעמיק בניגוד לזרם המרכזי, כאמור (זו גם הגישה הפילוסופית בה דגל מקס פיקאר, ראו: Pimentel "Carriage in Silence – Max Picard and the World of Silence" 2021-2022)

הבוחרים להעמיק במשפט הם אך מעטים, וטוב להיתלות בהקשר זה באילן גבוה, ג'ון סטיוארט מיל, שהכיר כי אנשי המחשבה נוטים להיות מיעוט והשאלה החשובה בנידון היא כדלקמן:

האם אנו משמרים את הקרקע שבה מחשבה כזו יכולה לצמוח?

ד"רציו-DRatio נולד בנקודה הזו, מתוך אהבת המשפט, אהבה שאינה תלויה בדבר, וכן מתוך אמונה בחשיבותו של דיון עקבי ברציו דסידנדי.

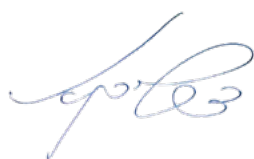
מטרתי הכנה בהקמת הפורום אינה להנחיל את דעותיי, אלא לחשוב לעומקם של הכללים, להרוויח בהירות ובעיקר ללמוד יחד איתכם כדי להבין טוב יותר. אם יש רעיון אחד בגיליון הזה, קודמו או אלה שיבואו בעתיד לבוא, בעזרת השם, שיצליח לחדד עבורי ועבורך מושג, להאיר קושי, או לפתוח חלון להבנה אחרת, מבחינתי זה כבר מצדיק את כינון הרעיון במתכונת קבע.

התמה המרכזית של הגיליון שלפניכם היא זכויות חשודים ונאשמים, מושג שמבחינת תפיסתו התיאורטית קיים ומוכר בשיח המשפטי ובכל זאת קיים פער עמוק בין השיח וההכרה התיאורטית בשמירה על זכויות לבין מבחן המעשה. המאמר שפותח את הגיליון דן באחת מהסוגיות שמעסיקות רבים והיא זכות ההיוועצות עם עורך דין והצורך לאפשר נוכחותו של האחרון גם בזמן החקירה. שאר הנושאים ידונו בשמירה על זכויות בשלבים אחרים של הדין הפלילי.

ודוקו, קיים סיכון מוגבר לפגיעה בזכויות דווקא מתוך פערי הכוחות המובנים בין המדינה
לאזרח שנחשד או שהואשם, וכפועל יוצא לגרימת עוול בל ישוער;
”דעתי היא שגם אני וגם אתה וגם שאר בני האדם סוברים שרע יותר לעשות עוול מלסבול
עוול.”

(סוקראטס, כתבי אפלטון חלק ראשון 316 הוצאת שוקן 1977)
מבחינתי, אי הבעת עמדה שוות ערך למעשה מעוול. הצטרפו אליי בקריאה לשנות והרבה
לפני לקרוא ולדעת.

קריאה מחכימה,



עו"ד ד"ר לירן אוחיון, העורך הראשי והמייסד

דוקטרינת החבילה: על הקשר הנורמטיבי בין היסק משתיקה לבין נוכחות סנגור בחקירה לירן אוהיון

מאמר זה מציע מסגרת אנליטית חדשה לבחינת זכות השתיקה בדין הישראלי שתיקרא להלן "דוקטרינת החבילה". לפי הדוקטרינה, אימוץ מנגנון ראייתי המייחס לשתיקת חשוד או נאשם משמעות מפלילה (Adverse Inference) מחייב אימוץ מקביל של הגנות פרוצדורליות.

הספרות והפסיקה בישראל עמדו לאורך השנים על רכיבים נפרדים של שחיקת זכות השתיקה: ביקורת על ייחוס משמעות מפלילה לשתיקה בשלבי ההליך, לרבות בהקשר של תוספות ראייתיות; דיון בסכנת "ספירה כפולה", בין שתיקה בחקירה לבין פגיעה במהימנות גרסה מאוחרת (ובכלל זה במסגרת דוקטרינת העדות הכבושה). חידושו של הכתוב לפניכם אינו בהצבעה על כל אחד מן הרכיבים כשלעצמו, אלא בהצעת דוקטרינת על מחייבת המאחדת אותם למבחן נורמטיבי-אופרטיבי. בפועל, **היסק משתיקה הוא לגיטימי רק כחלק מחבילת הגנות פרוצדורליות ובראשן נוכחות סנגור בזמן אמת בחקירה**. על יסוד זה אציע ארבעה תנאי יישום קונקרטיים (תנאי סף, שלילת היסק, אי-כפל, וצמצום סעיף 162/הלכת מילשטיין) הממירים ביקורת תיאורטית לכלל הכרעה ישים. הטענה המרכזית היא כי במשפט הישראלי התפתחה במצטבר זכות שתיקה מסויגת. הדין מאותת לחשוד שהפעלת הזכות לשותוק כרוכה במחיר ראייתי, בעוד שהמערכת אינה מבטיחה, ככלל, את ההגנה המוסדית המתאימה ביותר לצמצום עמימות השתיקה ולמניעת לחצים פסולים, ובראשן נוכחות סנגור בזמן אמת בחקירה.

זכות השתיקה המסויגת בדין הישראלי

זכות השתיקה היא ביטוי מוסדי לשני עקרונות על של ההליך הפלילי: חזקת החפות¹ והזכות לאי-הפללה עצמית.² אף שאין מחלוקת בדבר מרכזיותה,³ המציאות הנורמטיבית בישראל מעידה על שחיקתה המצטברת.⁴ במוקדים שונים של ההליך, הדין מאפשר לייחס לשתיקה משמעות מפלילה או מחלישה, ובכך יוצר תמריץ מובנה לחלץ הודאה בשים לב למעמדה הראייתי כמלכת הראיות,⁵ גם בתנאים של אי-שוויון מובנה בין הנחקר לבין רשויות החקירה.⁶ במישור הסטטוטורי, סעיף 28 לחוק המעצרים מעגן אזהרה שלפיה הימנעות מלהשיב לחשד "עשויה לחזק את הראיות" נגד העצור.⁷ במישור הדיוני-ראייתי בשלב המשפט, סעיף 162 (א) לחסד"פ⁸ קובע כי הימנעות נאשם מלהעיד עשויה לשמש חיזוק למשקל ראיות התביעה ואף סיוע במקום שבו הדין דורש סיוע. פסיקת בית-המשפט העליון, בפרשת מילשטיין,⁹ הרחיבה עוד את המנעד וקבעה כי בנסיבות מסוימות שתיקת נאשם במשפט

¹ רינת קיטאי סנג'רו **הזכות לאי-הפללה עצמית** 71-77 (2026).

² ראו דיונה המאלף של קיטאי סנג'רו בדבר ההצדקה ליתן זכות שתיקה מלאה בחקירה לחשוד: שם, בעמ' 22, 43-44, 67-70 (2026).

³ שם, בעמ' 22 והמקורות המאזכרים.

⁴ שם.

⁵ על מעמדה של ההודאה כמלכת הראיות בפועל בשיטה הישראלית קראו בהרחבה אצל מרדכי קרמיניצר ועדי גל **כיצד אפשר לצמצם את מספר הודאות השווא והרשעות העוול** 9-10, 16, 55 (2023); וראו דיונה של קיטאי סנג'רו, שם, בעמ' 112-114.

⁶ בועז סנג'רו **הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם** - גורמים ופתרונות 106 (2014).

⁷ חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996.

⁸ חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.

⁹ רע"פ 4142/04 מילשטיין נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סב (1) 378 (2006).

עשויה לשמש גם "דבר מה נוסף" להודאת חוץ, למשל להודאה בחקירת משטרה.

מכאן שאלת המחקר:

האם משטר ראייתי המייחס לשתיקה משמעות מפלילה בחקירה ובמשפט יכול להיחשב לגיטימי כאשר אין בדין הישראלי הכללי זכות לנוכחות סנגור בחדר החקירות?

טענתי היא שלילית. עם זאת, תשומת ליבכם כי הדיון שלפניכם יסוב סביב מי שנחשד שלא בעבירת ביטחון, או אז ההגבלות על מפגש עם עורך דין קשות יותר באופן מובהק ומעוגנות באופן חוקי.¹⁰ ביתר המקרים, בהיעדר חבילת הגנות פרוצדורליות מלאה היסק לחובה משתיקתו של חשוד מאבד את הצדקתו ככלי ראייתי נסיבתי והופך בפועל למנגנון לחץ ולמסלול עקיף של העברת הנטל, באופן המגדיל את הסיכון להודאות שווא ולהרשעות שווא.

הנחת המוצא הפופולרית כי חף מפשע ירצה לדבר אינה מתוקפת אמפירית.¹¹ שתיקה עשויה לנבוע ממגוון סיבות שאינן אשמה: הלם, פחד, חשש ממסירת פרטים שוליים שיתפרשו כמפלילים,¹² אי-הבנה של השלכות ראייתיות, או תפיסה שההליך מוכרע מראש.¹³ בהקשר זה, אם קיימת הסתברות שאינה אפסית להודאות כוזבות תחת לחץ, אזי כל תמריץ שלילי כלפי שתיקה אינו רק מגדיל שיתוף פעולה הוא גם עלול להגדיל טעויות.¹⁴

נקודת המוצא של המאמר היא פשוטה: גם אם קיימת מחלוקת בדבר המבנה החוקי הקיים, מתמרץ הודאות שווא או לא, די בהסתברות שאינה שולית כדי להצדיק עיצוב כללים ראייתיים שמצמצמים לחץ להודאה ומקטינים עמימות.¹⁵

בשיטת המשפט האנגלית קיימת הכרה בהיסק משתיקה, אך בצירוף של Safeguards כדלקמן:

- Code C מעגן זכות לייעוץ משפטי לכל חשוד, בכל זמן וללא תשלום.¹⁶
- מי שהותר לו להיוועץ בסוליסיטור, זכאי שהסוליסיטור יהיה נוכח בעת החקירה.¹⁷
- כאשר לא ניתנה לחשוד הזדמנות ממשית להיוועץ בסוליסיטור, חלות הגבלות על האפשרות להסיק לחובתו משתיקתו, וכן משתנה נוסח האזהרה בהתאם.¹⁸

¹⁰ ראו סעיף 35(א) לחוק סדר הדין הפלילי (אכיפה-מעצרים), התשנ"ו-1996.

¹¹ "Innocence claims the right of speaking, as guilt invokes the privilege of silence" האמירה מיוחסת לפילוסוף האנגלי ג'רמי בנתהאם: J. Bentham, A Treatise on Judicial Evidence, in M. Dumont (ed.) 241 (1825).

¹² ראו אצל קיטאי סנג'ור, לעיל ה"ש 1, בעמ' 23.

¹³ Griffin vs. California, 380 U.S. 609 (1965); ספרות על תגובות דחק קיצוניות מתארת תופעה של tonic immobility (קיפאון) הכוללת גם דיכוי תגובה קולית - כלומר קושי ממשי לדבר תחת פחד/אימה:

(How to cope with traumatic stress, American Psychological Association Site (May 23, 2025);

Yvonne Daly, Anna Pivaty, Diletta Marchesi, Peggy ter Vrugt, Human Rights Protections in Drawing Inferences from Criminal Suspects' Silence, Human Rights Law Review, Volume 21, Issue 3 696, 717 (2021).

Yvonne Daly, Anna Pivaty, Diletta Marchesi, Peggy ter Vrugt, Human Rights Protections in Drawing Inferences from Criminal Suspects' Silence - שם, בעמ' 717.

¹⁵ ראו בהקשר זה טענתו של סנג'ור לפיה בהערכה שמרנית 5% מכלל המורשעים בישראל הם חפים מפשע: בועז סנג'ור **הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם - גורמים ופתרונות** 257-256 (2014).

¹⁶ ראו סעיף 6 ב-1 Code C (PACE Code C - 6.1).

¹⁷ שם, בסעיף 6.8.

¹⁸ PACE Code C 2023, Annex C, Para 1, 2, 3.

בישראל, מוכרת זכות להיוועצות בעורך דין בשלב החקירה. הפרתה עשויה, בנסיבות מסוימות, לשאת השלכה ראייתית במסגרת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שנקבעה בהלכת יששכרוב.¹⁹

ואולם, יש להבחין באופן חד בין שתי זכויות שונות:

1. היוועצות (Consultation) - שיחה/פגישה לפני חקירה או בהפסקות, בכפוף לחריגים.
2. נוכחות סנגור בחקירה (Presence) - הימצאות פיזית של הסנגור בחדר החקירות בזמן גביית ההודעה, באופן שמאפשר התערבות מינימלית בזמן אמת (למשל בקשת הפסקה, הסתייגות מתועדת, הבהרת שאלה).

כידוע, המשפט הישראלי הכללי מעניק רק את האפשרות הראשונה²⁰. לשיטתי, זהו פער מוסדי בעל השלכה ישירה על היסק משתיקה. יש צורך לצמצם ככל האפשר הסברים חלופיים סבירים לשתיקה כמו בלבול, פחד ואי־הבנה, ונוכחות סנגור בזמן אמת היא ההגנה הפרוצדורלית שמקטינה באופן היעיל ביותר את עמימות ההחלטה לשתוק.

מכאן הצעתי להלן לאימוץ דוקטרינת החבילה.

דוקטרינת החבילה

דוקטרינת החבילה נשענת על שלושה יסודות:

- (1) יסוד אפיסטמי - שתיקה היא התנהגות עמומה. כדי לייחס לה משמעות מפלילה באופן רציונלי, יש לצמצם תנאים שמייצרים שתיקה שאינה קשורה לאשמה. נוכחות סנגור היא כלי לצמצום עמימות.
- (2) יסוד נורמטיבי - כאשר המדינה מבקשת להפיק רווח ראייתי מהפעלת זכות יסוד (שתיקה) עליה להבטיח תנאי מינימום של הגינות בהחלטה להפעיל אותה.
- (3) יסוד מוסדי - בגישה המשפטית העכשווית שתיקה נתפסת כמזיקה ראייתית, ומאחר שהסנגור אינו נוכח בזמן החקירה נוצרת מוטיבציה מערכתית להעצמת הלחץ לדבר ולהעדפת הודאות, על פני חיפוש ראיות חיצוניות. זהו כשל תמריצים.

על בסיס יסודות אלה מוצעים ארבעה תנאים אופרטיביים:

- (1) **זכות לנוכחות סנגור בחקירה כברירת מחדל**
כל עוד הדין מבקש לייחס לשתיקה משמעות מפלילה, יש לעגן זכות לנוכחות סנגור בחקירה לכל חשוד כנקודת מוצא. נוכחות הסנגור תהיה פסיבית־מוגבלת. לא ניהול החקירה, אלא אך אפשרות לבקש הפסקה לייעוץ; הסתייגות מתועדת; והבהרת אי־הבנה מהותית לפרוטוקול.
- (2) **אין היסק לחובה כנגד החשוד אם בחר בשתיקה כאשר לא ניתנה אפשרות ממשית להיוועצות ונוכחות סנגור בזמן החקירה**

¹⁹ ע"פ 5121/98 טור' (מיל') יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461 (2006); וראו בהקשר זה ע"פ 9956/05 אסף שי נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(2) 770, 768 (2009).

²⁰ ראו סעיף 34(א) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה-מעצרים) התשנ"ו-1996.

כאשר זכות הנוכחות לא מומשה אין להסיק לחובת החשוד משתיקתו, ויש להתאים את נוסח האזהרה.

(3) איסור סטטוטורי על "ספירה כפולה"

שתיקה בחקירה לא תשמש גם כחיזוק לראיות וגם כבסיס לפגיעה דרסטית במהימנות גרסה מאוחרת, לרבות באמצעות דוקטרינות משקל כגון עדות כבושה.²¹

(4) שתיקה אינה "סיוע" ואינה "דבר מה נוסף"

יש לקבוע כי הימנעות מהעדה אינה יכולה לשמש "סיוע" במובנו הטכני, ובוודאי לא "דבר מה נוסף" להודאת חוץ.²² לכל היותר, שתיקה תשמש שיקול משני במשקל ורק לאחר שקיימת תשתית ראייתית חיצונית.²³ כאן היסוד אינו רק הוגנות, אלא שימור מבנה נטל ההוכחה. התביעה נושאת בנטל, והשתיקה אינה משלימה חסר בראיות.

סיכום

הדיון בזכות השתיקה אינו דיון טכני. הוא מגלם הכרעה מוסדית בין מודל שמדגיש יעילות אכיפה גם במחיר סיכוני טעות לבין מודל שמעדיף הגינות וצמצום הרשעות שווא גם במחיר אובדן הרשעות מסוים. הדין האנגלי מלמד כי היסק משתיקה ככל שמותר, מחייב חבילת הגנות המבטיחה שהבחירה לשתוק היא בחירה הוגנת ומושכלת. הדין הישראלי מצוי בנקודת תורפה: הוא מאפשר לייחס לשתיקה משמעות מפלילה, אך אינו מעגן את מנגנון ההגנה האפקטיבי ביותר, כאמור, נוכחות סנגור בזמן אמת בחקירה. דוקטרינת החבילה מציעה מסגרת אנליטית ואופרטיבית. לאמור, ככל שהמדינה מבקשת להפיק רווח ראייתי מן השתיקה, עליה לשאת בעלות ההוגנות המוסדית שכרוכה בכך. רק כך ניתן לשמר עקביות נורמטיבית, שוויון פרוצדורלי, והפחתה ממשית של סיכוני הרשעת חפים.

²¹ על המושג "ספירה כפולה" או "ספירת יתר" ראו מאמרו המאלף של דורון מנשה "משקלה הראייתי של כבישת עדות הנאשם" הפרקליט נג (1) 41, 42 (2014) (לשיטתו של פרופ' מנשה אם החשוד בחר לשתוק כבישת העדות צריכה להיטמע כליל בראיית השתיקה. אחרת ההתייחסות אליה היא הצורה שגויה באופן של מחיר כפול: היסק ראייתי מהשתיקה כחיזוק לראיות וכן לכבישת העדות המאוחרת וראיית הגרסה כלא מהימנה שמשקלה הראייתי אפסי).

²² ראו לעניין זה את נוסחו של סעיף 162 (א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.

²³ הגישה האמורה מנוגדת לגישה של ההלכה הפסוקה עלי כתב: "הלכה היא כי שתיקתו של נאשם בחקירה עשויה לשמש כחיזוק לראיות התביעה נגדו.", ראו ע"פ 8823/12 שבתאי נ' מדינת ישראל, פסקה 29 (1.7.2014).

על תצלומי אוויר וחובת הפרטיקולריות המרחבית בעקבות רע"פ 5334/23 ²⁴ לירן אוהיון

פרשת אברגל משרטטת גבול חד לפרקטיקה המשטרית שהלכה והתרחבה, שעניינה שימוש בתצלום אוויר (תצ"א) כדי לעקוף את דרישת הכתובת המדויקת, ובה בעת לפרש את הסימון המרחבי כהיתר לחיפוש בכל המתחם גם אצל מי שאינו מושא הצו. בית המשפט העליון, ²⁵ מפי השופט אלרון ובהסכמת השופטים שטיין ורון, קבע כי תצ"א הוא תחליף לכתובת ולא מנגנון הרחבה. ודוקו, אין באמור כדי לשלול תצ"א המסמן בפירוש מספר יחידות נפרדות, ובלבד שהצו מפרט כל יחידה כיעד חיפוש עצמאי ושביית המשפט שיקלל את הפגיעה הנפרדת בכל מחזיק, ²⁶ ההבחנה אינה בין תצ"א לכתובת אלא בין מידע מרחבי מספק ומגודר לבין מידע עמום המאפשר הרחבה בלתי מבוקרת. ²⁷

לשיטתי זהו כשל שמאיים על ליבת ההליך ההוגן, ומכאן ההיקש המתבקש לחיפוש אחרים שנעשים בהסכמה. לאמור, גם אילו הייתה המשטרה מבקשת מן המחזיק הסכמה לחיפוש, אין בכך כדי להכשיר את החיפוש. ²⁸ ראשית, מבחינת עקרון חוקיות המנהל, הסכמה אינה יכולה ליצור סמכות יש מאין כאשר הדין מגדר את החיפוש בצו ממוקד. לכל היותר היא פועלת בתוך מסלול חוקי קיים. שנית, פערי הכוחות אינם רק שיקול של הגינות פרוצדורלית, אלא נתון מבני. הסכמה הניתנת לכוח חמוש, היא תחליף רע לדיון השיפוטי המוקדם שמטרתו לחדד גבולות. בהקשר הדיגיטלי, ההכרעה בבג"ץ 8298/22 ²⁹ הדגימה זאת בבהירות. שם, ³⁰ בית המשפט העליון הבחין בין הלכת בן חיים, שעסקה במסלולים סטטוטוריים המתירים חיפוש ללא צו בתנאים מסוימים, לבין חדירה לחומר מחשב ובכללן טלפון נייד לגביו נקבע מפורשות כי לא ייערך אלא על-פי צו של שופט ומשכך אין מסלול הסכמה עוקף צו. ³¹

אשר לכך, צו תקף חייב להכיל לתפיסתי את הפרטים הבאים: (א) שם המחזיק; (ב) מהות הנכס בו רוצים לחפש; (ג) השיטה לפיה יבוצע החיפוש, לרבות מנגנוני צמצום של הנזק, התיעוד והבקרה. **בפרשת אברגל** הכשל היה בהעברת מקום החיפוש לנכס אחר והזנחה של זהות היעד. בבג"ץ 8298/22 ³² הבעיה הייתה ניסיון להמיר את צו החיפוש השיפוטי בהסכמה של החשוד. ³³ יוצא אפוא שבשני המקרים הסטייה אינה מקרית, אלא משקפת העדפה של יעילות חקירתית על פני בקרת איכות של ההליך. לעניין זה טוב להיזכר במודל של פאקר, ³⁴

²⁴ רע"פ 5334/23 אברהם אברגל נ' מדינת ישראל (14.7.2024) (להלן: "פרשת אברגל").

²⁵ שם.

²⁶ שם, פסקה 36 לפסק דינו של השופט אלרון.

²⁷ שם.

²⁸ סכמה זו אינה מנוסחת כך בלשון הפקודה, אך היא נגזרת מן הדרישות המצטברות של סעיף 23 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969, ומן הפסיקה המפרשת אותן כתנאים מהותיים ולא טכניים, ראו רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל, פ"ד סד (3) 97, 122-123.

²⁹ בג"ץ 8298/22 הסנגוריה הציבורית נ' היועצת המשפטית לממשלה (31.8.2025).

³⁰ שם.

³¹ שם.

³² שם.

³³ טופס ההסכמה שנכלל בנספחי הנחיית פרקליט המדינה 7.14 "עקרונות הפעולה בנוגע לאופן התפיסה, החיפוש, ההעתקה והעיון במחשבים ובחומרי מחשב" (עדכון אחרון 24.5.2022); נוהל חטיבת החקירות של משטרת ישראל 03.300.035 "נוהל תפיסה וחיפוש במחשב" (פברואר 2021); הצגת עמדת המדינה לגבי חיפוש בהסכמה ללא צו.

³⁴ Herbert L. Packer, The Limits of the Criminal Sanction (1968)

ה- Crime Control שמאפשר שורת-ייצור של אכיפה מהירה, מול ה- Due Process כמנגנון איכות שממוקד בשלבי החקירה המוקדמים, כאשר הביקורת השיפוטית היא חד-צדדית. דווקא משום שמדובר בהליך ex parte שבו רק המדינה נוכחת, חובת הדיוק של מבקש הצו אינה פורמלית אלא מהותית. במילים אחרות, בהיעדר יריב, השופט נשען כליל על מהימנות התיאור המרחבי שהוצג לו, ולכן כל טשטוש הוא כשל דה-פקטו של זכות הטיעון של המחזיק.³⁵ כאשר תצלום אוויר או הסכמה הופכים לקיצור דרך, המערכת מחליקה לקוטב היעילות ומגדילה שגיאות מובנות, בעיקר כלפי צדדים שלישיים.

המשפט המשווה מחזק את ההיקש האמור: בארה"ב נקבע בפרשת Riley שטלפון נייד הוא "אחר" מבחינה כמותית ואיכותית, ולכן חיפוש בו מחייב צו; בקנדה נקבע ב-Vu כי צו חיפוש בחצרים אינו מסמיך אוטומטית חיפוש במחשב, ונדרשת הסמכה ספציפית בשל חדירה לפרטיות. עקרון הספציפיות הדיגיטלית הוא אנלוגי לעקרון הספציפיות המרחבית בפרשת אברגל. במילים אחרות, צו לשטח אינו צו לכל יחידת דיור.³⁶

מנקודת מבט אקטואלית, על רקע ריבוי חיפושים משטרתיים, פרשת אברגל מסמנת נתיב רגולטורי ברור: כפי שבג"ץ 8298/22 עסק בהנחיות ובטפסים, כך פרשת אברגל קוראת לגיבוש נוהל סדור לתצ"א.³⁷ הפתרון המוצע הוא "נוהל תצ"א" מקביל. כלומר, תצ"א מתוארך וברור, פירוט יחידות, סימון יעד, ציון אי-ודאות, וחובת עצירה ובקשה לצו מתוקן כאשר בשטח מתגלה פער בין הצו למציאות. זהו תנאי לא רק לקבילות ראיות אלא ללגיטימציה ציבורית, ומשכך גם ליעילות אכיפת החוק לאורך זמן.³⁸ לגבי דידי, על השוטרים המבצעים בשטח מוטלת החובה לאמת, טרם הכניסה לנכס, את התאמת היחידה הפיזית ליחידה המסומנת בתצ"א וכאשר מתגלית אי-התאמה, לרבות קיומו של מחזיק שאינו נקוב בצו, הפעולה חייבת להיעצר, והמשך החיפוש מותנה בצו מתוקן או נפרד.³⁹

³⁵ השוו לעניין בת הדיוק בתצהיר התומך בבקשה לצו חיפוש: Franks v. Delaware, 438 U.S. 154, 165 (1978).

³⁶ (Riley v. California, 573 U.S. 373 (2014); R. v. Vu, 2013 SCC 60 (2013)).

³⁷ סעיף 49 לפסק דינו של השופט אלרון בפרשת אברגל.

³⁸ נוהל אח"מ 300.01.066: בקשה להוצאת צו חיפוש - דרישת דיוק והצגת מידע; ראו פרשת אברגל, לעיל ה"ש 24.

³⁹ סטנדרט האימות אינו ודאות מוחלטת אלא סבירות ההחלטה, כשעל המבצע להיות משוכנע, על יסוד הנתונים שבידיו כי הוא חודר לנכס שהצו מכסה Maryland v. Garrison, 480 U.S. 79, 85 (1987) (לעניין חובת דיוק סבירה בעת מימוש צו חיפוש).

מה המשמעות של שקר בהליך הפלילי? לירן אוהיון

השקר במשפט פלילי אינו רק קטגוריה מוסרית, אלא מושג משפטי-אופרטיבי שנבחן על ציר כפול. לאמור, אחריות פלילית בגין אמירה כוזבת ומשקל ראייתי של אמירה כוזבת בתיק בו נדרשת הכרעה. ודוק, שופטים ממעטים בשימוש במילה המפורשת "שקר" בהתייחסם לעדות שנשמעה בפניהם, כך עולה מסקירה עיונית שביצעתי.⁴⁰

במישור האחריות הפלילית עבירה של עדות שקר מחייבת כי העד ימסור עדות כוזבת בדבר מהותי, ביועין⁴¹ ובתוך **ההליך השיפוטי**; לעניין זה אין די באי-דיוק, שכחה או פירוש שגוי,⁴² כשגם עדויות סותרות לא נכנסות לקטגוריה⁴³ מושא דיונינו.

כשמדובר בעדויות סותרות שניתנו על ידי אותו עד בפני רשויות שונות, נדרשת סתירה בשאלה עובדתית מהותית, ובנוסף בכוונה להטעות.⁴⁴ בדומה, מסירת ידיעה כוזבת לשוטר דורשת מודעות לכך שהידיעה כוזבת.⁴⁵

המכנה המשותף של כל האמור, שקר פלילי הוא טענה עובדתית שנמסרה בניגוד לאמונת הדובר, מתוך תכלית לגרום לרשות להסתמך עליה ולהסיט את מסלול הבירור. **בהיעדר מודעות או תכלית בהתאמה לעבירה, נקבל לכל היותר טעות, סתירה או שינוי גרסה שאינם עבירה.**

במישור דיני הראיות, הדין מכיר בכך שסתירות אינן מזהות בהכרח שקר. פקודת הראיות קובעת מפורשות כי בית-המשפט רשאי להסתמך על ראיות אף אם קיימות סתירות ביניהן.⁴⁶ הפסיקה חידדה כי אין לצפות מעד, ובפרט נפגעי עבירה, להיות "מכשיר לדיוק אוטומטי"⁴⁷ וכן לעולם תהיינה סתירות ואי-דיוקים בעדותם;⁴⁸ פערים בפרטים יכולים לשקף מגבלות זיכרון, קידוד-חסר של אירוע, או דינמיקה של שיחה ותשאול, ולא כזב מכוון.⁴⁹

⁴⁰ הוזנה המילה "שקר", "שיקר", "שיקרה" במאגר **דין רגע** ביום 01.02.2026; קיימת התייחסות למהימנות העד או העדה והשפעה ישירה על משקל עדותם; כמו כן עולות תהיות שאינן מוכרעות לגבי נכונות טענות.

⁴¹ המבחן הוא מבחן של מודעות סובייקטיבית של העברין עצמו ולא של אדם אחר בנעליו: ראו יעקב קדמי על **הדין בפלילים חלק ראשון** 127 (2012).

⁴² ראו את ההגדרה של סעיף 237 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

⁴³ שם.

⁴⁴ ראו סעיף 240 (א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977; לעניין זה כוונה להטעות משמעה צפייה של התרחשות התוצאה שהיא חזויה מראש וחפץ בה: ראו יעקב קדמי **על הדין בפלילים חלק ראשון** 127 (2012).

⁴⁵ סעיף 243 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

⁴⁶ סעיף 57 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971.

⁴⁷ ע"פ 100/55 מאיר נ' **היועץ המשפטי לממשלת ישראל**, פ"ד ט 1218, 1224 (1955).

⁴⁸ ע"פ 6643/05 מדינת ישראל נ' פלוני (03.07.2007).

⁴⁹ שם.

התאמת גרסה לראיות מתפתחות, מניע ברור, סתירות לכיוון אחד או התגלות הכזב באמצעות גורם חיצוני.

הנחיית פרקליט המדינה 2.5⁵⁰ מחזקת גישה זו: התביעה תטה לפתוח בחקירה כאשר הכזב או הסתירה ניתנו באופן מודע, נגעו בליבת העניין והיו בעלי פוטנציאל להשפיע על תוצאת ההליך, ובפרט כאשר הכזב נחשף בשל גורם חיצוני ולא בעקבות חזרה יזומה. במקביל היא מדגישה איזון אינטרסים כדי לא להרתיע עדים ונפגעי עבירה, ואף קובעת שכלל יש להימנע מפתיחה בחקירה נגד חשוד או נאשם על אמרה כוזבת שמסר במסגרת חקירתו או משפטו, למעט מקרים של עלילת שווא מפלילה נגד אחר או נסיבות מחמירות מיוחדות.

יישום שיטתי של המבחן יאפשר לבית-המשפט ולצדדים לתייג כל פער לפי מקור, מהותיות ותכלית, ולהסביר מתי מדובר בהטעיה. כלל עבודה פשוט הוא לחייב את ההכרעה בשני משפטים קצרים: מדוע זה פער מהותי? ומדוע הוא מלמד על כוונה להטעות? כך הגבול הדק יהפוך לכלל עבודה שקוף שיעלה את איכות ההכרעה השיפוטית.

⁵⁰ הנחיית פרקליט המדינה 2.5 "העמדה לדין של עד תביעה/מתלונן שחזר בו מעדותו במשטרה" (2016).

חוסר אשמה בבדיקה

לירן אוחיון

המשפט הישראלי ניסה לייצר הבחנה חדה בין חשד שנשאר לבין חשד שנשלל. טענתי כאן שקיימת נקודת זליגה שלא נסגרה חוקית ויש לעשות כן בהקדם. נקודת הזליגה המתוארת על ידי נוגעת באפשרות שמידע על תיק שנסגר ב"חוסר אשמה" ימשיך להתקיים כמידע-צל במערכות המדינה, ויזלוג להחלטות התאמה ביטחונית של מועמד פוטנציאלי, גם אם לא באופן רשמי. זאת, גם בלי ממצא אמפירי פומבי שמוכיח פרקטיקה כזו בשירות הביטחון הכללי, בו יעסוק הדיון שלהלן. לדידי, די במבנה ההסדרים שיוצג כדי לזהות סיכון מוסדי צפוי: החלטות קופסה שחורה נוטות להיסמך על נתוני עבר גם כשהדין מבקש לנטרלם, והטיה זו קשה לניטור בדיעבד.

העוגן הטקסטואלי לנטען הוא סעיף 27(א)(2) (ב) לחוק המידע הפלילי⁵¹, ולפיו הודעה על סגירת תיק היא פרט רישום משטרתי ובלבד שלא תיכלל הודעה כאמור אם ההחלטה התקבלה בשל חוסר אשמה. זוהי הכרעה נורמטיבית. לאמור, "חוסר אשמה" הוצא מגדר הרישום המשטרתי, כדי למנוע כתם תפקודי בהמשך. דוח מבקר המדינה מאשר את ההנחה התכליתית: רישום משטרתי משפיע על שם טוב ועל פרנסה, והחרגת "היעדר אשמה" נועדה למנוע את ההשלכה הזאת.⁵²

הקושי מתחיל בפער שבין "קבלת מידע" ל"שקילת מידע". סעיף 10 לחוק המידע הפלילי מאפשר גישה ישירה למרשם לגופים שמנויים בו, ובכלל זה מסלולי מסירה לגופי ביטחון. מנגד, סעיף 38(א) לחוק המידע הפלילי אוסר שקילה על מי "שאינו זכאי לקבל" את המידע המסוים. לכן השינוי הנדרש הוא כפי שאני מציע להלן: גם אם שירות הביטחון הכללי זכאי לקבל סוגי מידע מסוימים, אין בכך כדי להכשיר שקילה של נתון שהחוק מוציא מן הקטגוריה עצמה. על כן, הודעת סגירה ב"חוסר אשמה" אינה יכולה להיכלל בביטוי "פרט רישום משטרתי". במילים אחרות, זכאות כללית אינה שוברת חריג קטגורי. מול טענת Lex specialis (חקיקה ספציפית שגוברת) בחוק השב"כ המקנה סמכות לקבל מידע על מועמד פוטנציאלי,⁵³ התשובה היא כפולה: ראשית, חוק השב"כ עצמו מכפיף את פעילות השירות ל"כל דין".⁵⁴ שנית, חוק המידע הפלילי כבר כולל חריגים נקודתיים ומפורשים ביחס למידע "ללא הרשעה" ואף מתייחס לזיכוי בהקשרים מוגדרים. משמע המחוקק ידע להתיר כשביקש⁵⁵; שתיקתו ביחס ל"חוסר אשמה" היא בבחינת הסדר שלילי וסותם את הגולל על פרקטיקה שאינה מעוגנת של יכולת לבדוק מידע שנמחק. ובמילים פשוטות, תיק שנסגר בחוסר אשמה דינו להיעלם כלא היה מעולם.

⁵¹ חוק המידע הפלילי ותקנת השבים, התשע"ט-2019 (להלן: "חוק המידע הפלילי").

⁵² דו"ח מבקר המדינה "טיפול המשטרה והפרקליטות בסגירת תיקים פליליים", 2022.5-108.

⁵³ ראו סעיף 8(א)(1) לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002.

⁵⁴ ראו סעיף 7(א), שם.

⁵⁵ ראו סעיף 32 לחוק המרשם הפלילי.

כיצד שופטים מחליטים? עיונים אמפיריים בפסיקת בית המשפט העליון דוד גליקסברג | המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, והוצאת נבו, 2021

ספרו של פרופ' דוד גליקסברג מציע פרספקטיבה תיאורטית מעמיקה על תהליכי קבלת ההחלטות השיפוטיות, תוך התמקדות עיונית שיטתית במודלים המרכזיים שמעצבים ומשפיעים על ההכרעות, כשאותן תאוריות לא מקבלות ביטויין עלי פסק דין ברוב הגלוי לעין. בחרתי להתמקד בחלק העיוני של הספר בסקירת שללהלן, כשהניתוח של הכותב בהקשר זה מכיל מבנה לוגי רב-שכבתי: הוא פותח **במודל החוק** ומתאר כגישה פורמליסטית היסטורית, המתמקדת ב"לשון החוק, היסטוריה חקיקתית, כוונת המחוקק והתקדימים",⁵⁶ וכן מדגיש את תפקיד השופט בגישה זו כ"מתמטיקאי" המכמת עובדות.⁵⁷ בהמשך מאתגר זאת הכותב **במודל העמדה**, הגורס כי "האידאולוגיה היא הגורם היחיד המשפיע על ההחלטה השיפוטית"⁵⁸ בה משולבות גם תובנות ממדעי הפסיכולוגיה. הניתוח של הכותב שיטתי, כשבפרק הרביעי הוא מרחיב את היריעה למודלים נאו-מוסדיים, הרואים בבית המשפט מוסד פוליטי שמושפע ממבנה ארגוני ותרבות קבלת החלטות.⁵⁹ לשיטתו של הכותב אך בצירוף שלושת המודלים, מודל החוק, העמדה וכן המודל הנאו-מוסדי נוצר מבנה תלת-מודלי שיש בכוחו להסביר את המעשה השיפוטי עלי פסק דין או הכרעה.⁶⁰

מבחינה היסטורית, נקודת המוצא היא מודל החוק. כשמודל זה בבדידותו, לא העניק מענה ראוי לסוגיות השונות של העשייה השיפוטית, ועל רקע זה צמח מודל העמדה שביטוי המובהק מצוי בגישה הריאליסטית למשפט. ואולם גם צירוף של מודל העמדה לא העלה מזרז הולם לקשיי הבנתה של העשייה השיפוטית. מחקרים רבים הוכיחו כי מודל העמדה מתקשה להסביר את כל הספקטרום של העשייה השיפוטית, ובקשיים אלה של מודל העמדה טמונות הורטו ולידתו של המודל הנאו-מוסדי.⁶¹ העתקה זו של חלק ממודל החוק לתוך המודל הנאו-מוסדי יצרה זירת שיח הנשלטת במידה רבה על ידי דיסציפלינות חוץ-משפטיות, ובמרכזן מדעי המדינה:⁶²

"...השופטים אינם שחקנים אינדיבידואליים הפועלים בריק מוסדי, כך שהם מושפעים רק מעמדותיהם או מתפיסתם הפורמליסטית ביחס לחוק. בפועל השופטים מצויים בתוך מרחב מוסדי (הכולל, בין היתר, את הפסיפס של מוסדות השלטון השונים) אשר משפיע במידה רבה על ההכרעה השיפוטית..."⁶³

מכאן ובהתאם להסבר האמור מבהיר הכותב כי קיימת התנגשות מתמדת ויחסי גומלין בין כל העמדות כך שרק בצירופן ניתן להבחין בדברים הסמויים עלי פסק דין.

⁵⁶ דוד גליקסברג כיצד שופטים מחליטים? עיונים אמפיריים בפסיקת בית המשפט העליון 27 (2021) ..

⁵⁷ שם.

⁵⁸ שם, בעמ' 45.

⁵⁹ שם, בעמ' 71.

⁶⁰ שם.

⁶¹ שם, בעמ' 72.

⁶² שם, בעמ' 73.

⁶³ שם, בעמ' 75-76.

הספר חשוב ומומלץ לקריאה, זאת מבלי להזכיר גם את הניתוח האמפירי המרשים, שיכול ויעניק כלים רבים בידי השופטים בהתמודדות עם נטרול הטיות מובנות בפסיקותיהם, בידי עורכי הדין בניתוח פסקי דין וכן בידי חוקרים.