

מהזכות לשתוק לזכות לדעת – ובחזרה (?)

חובת האזהרה במשפט הפלילי בראי ע"פ 1779/22 משה נ' מדינת ישראל

מאת

יהונתן דיין*

א. מבוא

ב-18 בספטמבר 2020, ערב ראש השנה, התרחש אחד ממקרי האלימות הקשים והמתוקשרים שידעה החברה הישראלית בשנים האחרונות: ניסיון הרצח המזועזע של שירה איסקוב בידי בעלה דאז, אביעד משה, לנגד עיני בנם הפעוט. הפרשה עוררה הד ציבורי חסר תקדים, לוותה בסיקור אינטנסיבי ומעורבות ציבורית נרחבת, והפכה לסמל במאבק באלימות נגד נשים.¹ אך מתחת לפני השטח הציבורי, כמעט מחוץ לעין התקשורת, התבררה סוגיה משפטית מעניינת וייחודית: בית המשפט הרשיע את משה, בין היתר, בעבירה של התעללות בקטין, לא בשל מעשה ישיר כלפיו – אלא על בסיס נוכחותו של הילד בן השנתיים בזירת התקיפה הקשה.²

במהלך ניהול ההליך בפני בית המשפט המחוזי ובמסגרת ערעורו לבית המשפט העליון, העלה משה שורה של טענות, ובהן גם טענה עקרונית: כי לא הוזהר במהלך חקירותיו במשטרה בדבר החשד שביצע עבירת ההתעללות בבנו, וכי יש בטענה זו לבדה כדי להביא לזיכויו מהרשעתו בעבירה. פסק הדין, שניתן מפי השופט אלרון בהסכמת המותב, דחה טענה זו, בין היתר בהסתמך על הלכת בלחניס משלהי שנות ה-90, תוך שקבע כי לא קיימת לחשוד זכות להיות מוזהר תוך נקיבת סעיף עבירה כלשהו.³

"חובת האזהרה" המוטלת על גורמי החקירה מהווה נדבך מרכזי בשמירה על זכויותיהם של חשודים ונאשמים, ותכליתה אינה פרוצדורלית בלבד, כי אם מהותית.⁴ חרף חשיבותה של חובת האזהרה, זו לא עוגנה במפורש בחקיקה. למעשה, גבולותיה, תוכנה ודרכי יישומה גובשו לאורך השנים בעיקר באמצעות הפסיקה, שידעה התפתחויות ותמורות של ממש.⁵ במרוצת השנים התקבעה בפסיקה גישה פרשנית מרחיבה, שלפיה האזהרה אינה מסתכמת באזהרה כללית המיידעת את החשוד בדבר זכותו לשמור על זכות השתיקה, אלא מחייבת העברת מידע ממשי, ברור ורלוונטי לחשוד, לרבות פירוט נסיבות החשד והקשרו העובדתי.⁶

ההסתמכות המפורשת על פסק הדין בעניין בלחניס בפסק הדין בעניין משה, ויישומו על נסיבות המקרה, מלמדת כי בית המשפט שב ואימץ גישה מצמצמת, הרואה ב"חובת האזהרה" כאמירה כללית, המעמידה את החשוד בדבר זכותו "לשתוק" בלבד.⁷

* עו"ד בפרקליטות מחוז תל אביב (פלילי). בוגר תואר ראשון בהצטיינות מאוניברסיטת בר אילן, וסטודנט לתואר שני באוניברסיטת תל אביב במסלול "משפט פלילי ומדעים פורנזיים". ברצוני להודות לעו"ד ספיר יורלביץ-דיין על הערותיה המועילות.

¹ ראו לדוגמה: מתן וסרמן "כולנו עם שירה": 25 אלף איש חתמו על עצומה נגד עסקת טיעון עם אביעד משה "מעריב" (26.1.2021); <https://perma.cc/W6MW-J8F3>; תמיר סטיינמן ולי נעים "בית המשפט הרשיע את אביעד משה בניסיון רצח של שירה איסקוב: ניתני אמון מלא בעדות המתלוננת" N12 (25.8.2021); <https://perma.cc/F4MA-DG33>; גלעד מורג "נדחה ערעור אביעד משה, השופט נחרד: 'נורא שבנוראים, דנתי באלפי תיקים – כזה אני לא זוכר'" Ynet (18.6.2023); <https://perma.cc/ZZ6W-JQDV>.

² לפי ס' 386 לחוק העונשין, התשל"ז-1977; ע"פ 1779/22 משה נ' מדינת ישראל, פס' 16-18, 44-52 (נבו) (18.6.2023).

³ ע"פ 1382/99 מדינת ישראל נ' בלחניס, עמ' 4 (נבו) (1.11.1999); עניין משה, לעיל ה"ש 2, בפס' 50.

⁴ Rinat Kitai, A Custodial ; D. A. Thomas, The Revised Judges' Rules, 4 BRIT. J. CRIMINOLOGY 383, 383-89 (1964).

⁵ American Law, 19 BYU J. PUB. L. 205, 219-23 (2004) (להלן: קיטאי).

⁶ יעקב קדמי על הראיות – הדין בראי הפסיקה 88-91 (2009) (להלן: קדמי).

⁷ ראו פרקים ב-ה לרשימה.

בני שטיינברג "מה נותר מן האזהרה על זכות השתיקה" הפרקליט מח' 163, 179-185 (2004) (להלן: שטיינברג).

דומה כי הכרעה בסוגיה רגישה ומורכבת זו נעשתה באורח קצר ובלקוניות שאינה הולמת את חשיבותה, תוך היעדר דיון בתכלית המהותית של חובת האזהרה והזכויות הקנויות לחשוד מכוחה, ובניגוד למגמה הפרשנית בפסיקה שהתפתחה מאז הלכת בלחניס אשר הרחיבה את תחולתה וגדרה של חובת האזהרה.⁸ יתרה מזו, מאז פסק הדין בעניין משה, ניכרת מגמה של חלחול גישה מצמצמת זו גם לערכאות הדיוניות.⁹

לאור האמור, מטרתה של רשימה זה היא לבחון את גישת בית המשפט העליון בפרשת משה בכל הנוגע לחובת האזהרה, ולהעמידה אל מול ההתפתחויות העקרוניות שחלו בפסיקה. במסגרת זו, ינותח המתח שבין ההלכה המצמצמת לבין המגמה העכשווית בפסיקה, תוך עיון בתכלית המהותית של חובת האזהרה. הרשימה תבקש לעמוד על חשיבותה של המגמה הפרשנית המרחיבה שהתעצבה בפסיקה באשר לתוכנה של חובת האזהרה, ולקרוא להימנע מצמצומה באופן שיפגע בזכות להליך הוגן של חשודים ונאשמים.

ב. על חובת האזהרה: בין מהות לצורה

הזכות ל-"הליך הוגן" בהליך הפלילי הוכרה זה מכבר בפסיקת בתי המשפט כזכות בעלת מעמד חוקתי, הנגזרת מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹⁰ מהכרה זו נגזרת קשת רחבה של זכויות דיוניות ומהותיות, "זכויות בת", המבטיחות את מימוש ההליך ההוגן בפועל, ובהן הזכות להיוועץ בעורך דין, הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית, זכות השתיקה, חובת האזהרה, ועוד.¹¹ ואולם, בשונה מאחיותיה ה"זוהרות", חובת האזהרה אינה תופסת לעיתים את מרכז הבמה; אף על פי כן, חשיבותה ראשונה במעלה, שכן היא מהווה שער הכניסה למימוש יתר זכויותיו של החשוד.¹²

חובת האזהרה היא חובה משפטית המוטלת על הרשות החוקרת, המחייבת להזהיר אדם הנחקר כחשוד בעבירה פלילית. במרבית שיטות המשפט בעולם תוכנה כולל יידוע מפורש ובזמן אמת של החשוד בדבר החשד הקונקרטי המיוחס לו, לרבות נקיבה מפורשת בעבירה הפלילית הספציפית שבה הוא נחשד.¹³ תכליתה להבטיח כי החשוד יבין לאשורו את מצבו המשפטי ואת ההשלכות האפשריות של אמרתו או של שתיקתו במהלך החקירה; בכך היא מהווה תנאי מוקדם וחיוני למימוש מודע ואפקטיבי של יתר זכויותיו. החובה מתגבשת עם היווצרות יסוד סביר לחשד, ולפיכך חלה, ברוב המקרים, כבר בראשית ההליך החקירתי – מועד קריטי לעיצוב אופיו של ההליך ולהשפעה על תוצאותיו. משום כך, קשורה חובת האזהרה בקשר הדוק והכרחי לשאר זכויות החשוד: היא לא רק חלק מהן, אלא המנגנון המאפשר את מימושו, ובכך, מעבר לחשיבותה העצמאית, היא משמשת תנאי יסוד להבטחת הליך הוגן.¹⁴

אולם, אף שאין מחלוקת עקרונית במשפט הישראלי באשר לעצם קיומה של חובה זו ולהיותה תנאי לקיומו של "הליך הוגן", לאורך השנים היקפה ותוכנה המדויק נותרו שנויים במחלוקת. שאלות כמו מהי רמת הפירוט הנדרשת, האם יש צורך בהבהרה מילולית או בכתב, האם יש למסור לחשוד חשד כללי או

⁸ הדיון כולו בסוגיית חובת האזהרה בפסק הדין הסתכם בשתי פסקאות בלבד. ראו עניין משה, לעיל ה"ש 2, בפסי' 50–51.
⁹ ראו לדוגמה: ת"פ (שלום ראש"צ) 4254-04-24 מדינת ישראל נ' בן חיים, פסי' 26 (נבו 9.10.2024); ע"פ (מר') 60233-02-23 אוחנה נ' פרקליטות מחוז תל-אביב – מיסוי וכלכלה, פסי' 29 (נבו 8.9.2024).
¹⁰ ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, סא(1) 461 (2006), פסי' 67 לפסק הדין של השופטת (כתוארה דאז) בייניש; ע"פ 7915/15 גדבאן נ' מדינת ישראל, פסי' 8–12 לפסק הדין של השופט הנדל (נבו 9.7.2017), וההפניות שם.
¹¹ אהרן ברק חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק כרך ב 1156–1161 (יצחק זמיר עורך 2023).
¹² ע"פ (ארצי) 4595-06-24 דנה זוהר שרותי כח אדם בע"מ - מדינת ישראל, פסי' 67–79 (נבו 24.6.2025).
¹³ Christina Schulz, *Officer, What's the Charge: An Analysis of Confession Law in Light of Colorado v. Spring*, 30 ARIZ. L. REV. 551, 559–61 (1988) (להלן: Schulz).
¹⁴ Michael Pilyavsky, *The Duty of the Israeli Police to Warn a Suspect About His/Her Right to Remain Silent Due to the Israeli Basic Law on Human Dignity and Freedom*, 7 OPEN J. LEGAL STUD. 1 (2024).

תשתית עובדתית מדויקת (בהתאם לשלב בו נמצאת החקירה), והאם נדרש שהחשוד יבין בפועל את האזהרה – נותרו פתוחות במידה רבה הן בחקירה והן בפסיקה.¹⁵

שאלות אלו ממחישות כי אין מדובר בדרישה טכנית-פורמלית, אלא בזכות דיונית מהותית, אשר עיצובה המוסדי משליך ישירות על יכולתו של החשוד להפעיל שיקול דעת אפקטיבי, לכלכל את צעדיו, ולהתגונן כראוי. כאשר האזהרה נמסרת באופן חלקי, עמום או מאוחר, עלול החשוד שלא להבין את מהות החשד המופנה כלפיו, את חומרתו או את ההשלכות האפשריות של מסירת גרסה מצידו. חשש נוסף נוגע לזכות ההיוועצות: בהיעדר מידע מהותי על תוכן החשד, גם עורך הדין, אם יפנה אליו, לא יוכל להעניק לחשוד ייעוץ מושכל, משום שלא יהיה בידיו להבין את מסגרת המקרה ואת הסיכון המשפטי הקיים בפני החשוד. בהיעדר תשתית עובדתית מספקת, הייעוץ המשפטי נעשה כללי, זהיר ולעיתים אף חסר תועלת מעשית. בכך, האזהרה אינה רק מבוא טכני לחקירה, אלא חוליה קריטית בתשתית של הליך פלילי הוגן.¹⁶

ואף על פי שמדובר בזכות בעלת חשיבות מכרעת להוגנות ההליך, מעמדה בחקירה הישראלית נותר דל ומוגבל. עיגונה הנורמטיבי של חובת האזהרה לוקה בחסר, ואין בנמצא מסגרת סטטוטורית מקיפה המסדירה את תוכנה, היקפה ותנאיה באופן מפורש.¹⁷

ג. היעדרה של הסדרה לחובת האזהרה בחקירה הישראלית

הסמכות לערוך חקירה של נחקרים במסגרת הליך פלילי מעוגנת בהוראות פקודת הפרוצדורה הפלילית,¹⁸ הקובעת את התנאים והאופן שבהם רשאים הרשות החוקרת להפעיל סמכות זו.¹⁹ אולם, הוראות הפקודה עוסקות בעיקר בקביעת סמכות לביצוע החקירה ואינן כוללות פירוט מהותי של אופן ניהול החקירה או הגבלות תוכניות עליה. מדובר בהסדר מצומצם, שמשרטט את גבולות החקירה רק מן הזווית המינהלית והפורמלית, מבלי לקבוע מנגנוני הגנה מהותיים לנחקר.²⁰

על רקע זה, מצופה היה כי חוק ייעודי המכוון לחקירת חשודים יעסוק גם בהיבטים המהותיים של האקט החקירתי, ובראשם חובת האזהרה. ואולם, חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים),²¹ אשר נועד להסדיר את מסגרת החקירה כלפי מי שמוגדר כחשוד, כמעט ואינו נוגע בתוכן המהותי של החקירה, ואין בו כל התייחסות לסוגיות מהותיות כגון מידת הפירוט של החשד שעל החוקר למסור לחשוד או אופן יידועו בדבר זכויותיו.²² חריג כמעט יחיד להיעדר ההסדרה המהותית מצוי בסעיף 5 לחוק, המקנה לשר לביטחון פנים סמכות לקבוע חובות ואיסורים שיחולו על חוקרי משטרה בעת חקירת חשוד.²³ ואולם, עד כה לא הותקנו תקנות מכוח סעיף זה, העוסקות או המסדירות את חובת האזהרה.²⁴ בכך, סעיף זה נותר בגדר מסגרת כללית בלבד, שאין בה כדי לעגן את חובת האזהרה או להסדיר את פרטי יישומה, וממילא אינה ממלאת את הוואקום הנורמטיבי שנוצר בהיעדר עיגון מהותי של זכות זו בחוק.²⁵

¹⁵ שטיינברג, לעיל ה"ש 7, וכן עמ' 166–169.

¹⁶ ראו, בשינויים המחייבים: Schulz, לעיל ה"ש 13, בעמ' 553–557, 567.

¹⁷ קיטאי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 218–220.

¹⁸ פקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות), 1934.

¹⁹ שם, בס' 2.

²⁰ קדמי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 113–126.

²¹ חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התשס"ב–2002, ס"ח 468.

²² הדרישה לחקירה בשפת החשוד, הקבועה בסעיף 2, מהווה דוגמה כמעט ייחודית לדרישה מהותית בחוק.

²³ ס' 5 לחוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים).

²⁴ להרחבה בנושא ראו: ירון אונגר **כתב זכויות לחשוד – סקירה משווה** 11–12, וה"ש 51 שם (הכנסת, הלשכה המשפטית, תחום

חקיקה ומחקר משפטי 2013).

²⁵ עמיקם הרפז ומרים גולן **משפט ושיטור – זכויות אדם וסמכויות משטרה** 220–225 (2018) (להלן: הרפז וגולן).

השתקפות נוספת למגמת ההסדרה המצומצמת ניתן למצוא גם במבנה הנורמטיבי העוסק בענייני עצורים. עובר לחקיקתו של חוק המעצרים,²⁶ קבע סעיף 10 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש)²⁷ כי כאשר אדם אדם הובא לתחנת משטרה, וקיים יסוד סביר לחשוד שביצע עבירה או שיש לשקול להאשימו בה, טרם קבלת החלטה בדבר מעצרו או שחרורו – יש להודיע לחשוד את "טיב האשמה שבה הוא נחשד או נאשם". דרישה זו הייתה, במובנים רבים, הביטוי הישיר והמפורש ביותר שניתן בחקיקה לחובת האזהרה כלפי עצור, והיא עמדה כתנאי להפעלת סמכות המעצר בנסיבות אלו.²⁸

עם חקיקת חוק המעצרים, בוטל סעיף 10 שלעיל. כך שכיום, המסגרת הנורמטיבית המרחיבה ביותר ביחס לחובת האזהרה מצויה בסעיף 28 לחוק המעצרים, המחייב את הקצין הממונה להזהיר את העצור, לפני ההחלטה על המשך מעצרו, לרבות יידוע בדבר זכותו לשמור על זכות השתיקה, וההשלכות האפשריות של שתיקה זו.²⁹ תחולת חובה זו הורחבה בפסיקה אף לחשודים שאינם עצורים.³⁰ ואולם, גם הוראה זו לא עסקה בגופה של חובת האזהרה במובנה הרחב, שכן לא נקבע בה מהו היקף הפירוט הנדרש, כיצד יש למסור את המידע או מהי זיקתו של היידוע למימוש זכויות נוספות של החשוד.

חוסר זה מקבל משנה תוקף ואף ממד של אנומליה משפטית, כאשר בוחנים את הוראות חוק השיפוט הצבאי;³¹ סעיף 266 לחוק, שכותרתו "הזהרת נאשם", קובע את זכותו של חשוד כי לא תיגבה ממנו אמרה בטרם הוזהר בשפה פשוטה ומובנת לו, ובטרם הוברר כי הבין את האזהרה;³² סעיף 267(א) אף נוקט צעד נוסף ומורה על נוסח האזהרה הקונקרטי שיש למסור לחשוד: "אתה חשוד בביצוע עבירה פליונית, האם ברצונך לומר דבר בקשר לעבירה האמורה? אין אתה חייב לומר דבר אם אין רצונך בכך, ואולם כל מה שתאמר יירשם ויכול לשמש ראיה במשפטך".³³ הפער בין ההסדרה המפורטת והמחייבת של "חובת האזהרה" בדין הצבאי לבין ההיעדר הכמעט מוחלט של עיגון מקביל בדין ה"כללי" מחריף את החסר הנורמטיבי, וממחיש את העדר ההגנה הסטטוטורית על אחת מזכויות היסוד של חשוד בהליך הפלילי בדין הקיים.

אשר על כן, חובת האזהרה טרם זכתה לעיגון מהותי וברור בחקיקה הישראלית. ההסדרים הקיימים ממוקדים בעיקר בהיבטים פורמליים של סמכות החקירה, ואינם מפרטים את היקף המידע שעל החוקר למסור לחשוד או את אופן מימוש זכויותיו. חסר זה הוביל לכך שהחובה התעצבה בעיקר בפסיקה. התוצאה היא הסדרה נורמטיבית חלקית, הנשענת על פרשנות שיפוטית ולא על קביעה סטטוטורית ברורה.³⁴

ד. מהוראות מנחות לפרשנות מרחיבה: עיצובה של חובת האזהרה בפסיקה

על רקע חסר חקיקתי זה, נטלה הפסיקה על עצמה תפקיד מרכזי בעיצוב חובת האזהרה. מכותרתה של חובה זו הגיעה מתקנות השופטים (Judges' Rules) אשר התפתחו במסגרת המשפט המקובל האנגלי, כמערכת כללים מנחים שמטרתם להסדיר את אופן חקירתם של חשודים בידי אנשי מרות, בעיקר שוטרים,

²⁶ חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו–1996, ס"ח 338.

²⁷ פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט–1969, דמ"י 284.

²⁸ ובנוסף המלא, עובר לביטול הסעיף: "באדם לתחנת משטרה מכל טעם שהוא ויש לממונה יסוד סביר לחשוד בו שעבר עבירה או להאשימו בה, רשאי הקצין הממונה, לאחר שהודיע לו את טיב האשמה שבה הוא נחשד או נאשם...".

²⁹ ס' 28 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים); ע"פ 10049/08 אבו עזא נ' מדינת ישראל, פס' 115 (נבו 23.8.2012).

³⁰ ע"פ 9956/05 שי נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(2) 764, 742 (2009); ע"פ 6613/99 סמירק נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 529, 554–555 (2002).

³¹ חוק השיפוט הצבאי, התשט"ו–1955, ס"ח 189.

³² ובנוסף: "לא יגבה קצין בודק עדותו של אדם שהוא סבור, כי יש מקום להאשים אותו בעבירה, ולא יקבל ממנו אמרה אלא לאחר שהזהירו, בשפה שהחשוד שומע ובמלים פשוטות, ולאחר שראה שהאזהרה הובנה על ידיו".

³³ ס' 267(א) לחוק השיפוט הצבאי.

³⁴ קיטאי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 218–220.

ולוודא שהודאות מפלילות שנגבות מהם יינתנו באופן חופשי ומרצון.³⁵ לאורך שנים רבות התקנות לא עוגנו בחקיקה, אך זכו להכרה נורמטיבית והיוו כלי מרכזי להכוונת עבודת המשטרה. במובן זה, התקנות שיקפו תפיסה שלפיה הודאה שנמסרה בלא שהוסברו לחשוד מספר זכויות בסיסיות ואלמנטריות, או תוך פגיעה בזכויות אלו, עלולה להיות פגומה עד כדי אי-קבילותה כראיה במשפט.³⁶

תקנה מס' 2 לתקנות קבעה כי משהתגבש בידי החוקר "יסוד סביר לחשד" לפיו אדם עשוי להיות מעורב בביצוע עבירה, קמה החובה להזהירו בטרם יחקר.³⁷ האזהרה כוללת הבהרה מפורשת כי החשוד אינו חייב לומר דבר אלא אם הוא חפץ בכך, וכי כל דבר שייאמר על ידו עשוי להירשם וישמש ראיה בהמשך ההליך הפלילי.³⁸ אולם, נקבע כי אין די בהבהרה כללית לחשוד בדבר זכותו לשתוק או כי דבריו עשויים לשמש ראיה. על החוקר להציג בפני החשוד, במפורש ובמועד המתאים, את העובדות המקימות את העבירה המסוימת שבה הוא נחשד. במילים אחרות, האזהרה אינה טכנית בלבד, אלא מהותית – עליה לאפשר לחשוד להבין מהי התשתית העובדתית והמשפטית שמונחת נגדו, באופן שיאפשר לו להפעיל שיקול דעת מושכל בדבר מסירת גרסתו או בחירה לשמור על זכות השתיקה.³⁹

בהמשך לכך, עובר להקמת המדינה, בתקופת המנדט הבריטי, נקלטו תקנות השופטים בישראל באמצעות סימן 46 לדבר המלך במועצתו.⁴⁰ עם זאת, עם קום המדינה הובהר בפסיקות בתי המשפט בישראל כי תקנות השופטים אינן מהוות דין מחייב, אלא מערכת הנחיות מנחות בלבד. בכך, אין בהפרת הוראות התקנות כדי לפסול אוטומטית את קבילותה של ראיה, אלא יש לייחס לראיה את המשקל המתאים לפי מכלול נסיבות העניין, טיב ההפרה וההקשר שבו נגבתה ההודאה.⁴¹

גישה זו עוצבה והשתרשה בפסיקה, ובאה לידי ביטוי מובהק בפסקי דין דוגמת **בלחניס**, שכאמור צוטט בעניין **משה**, כי: "אין זכות יסוד להיות מוזהר תוך נקיבת סעיף עבירה כלשהו". גישה זו נשענת על ההבנה שתכלית האזהרה היא להבטיח את זכות השתיקה – לא דווקא למסור לחשוד מידע מדויק בדבר חשד ספציפי, אלא להעמידו על עצם היותו רשאי לשתוק.⁴² וברוח התקופה אף נקבע על ידי הנשיא שמגר: "האזהרה מפני הודאה לא באה אלא כדי להעמיד את החשוד בביצוע עבירה על זכותו החוקית לקיים בידי את זכות השתיקה, היינו – למלא פיו מים ולשתוק, בעמדו... מול איש מרות החוקר אותו..."⁴³

נמצאנו למדים כי בשאלת קבילות ההודאה ומשקלה, הגישה ששלטה בכיפה בפסיקה בישראל במילניום הקודם נקטה בגישה מרוסנת ביחס להפרות של חובת האזהרה. ככלל, בתי המשפט ראו באזהרה כלי להבטחת זכות השתיקה של החשוד – הא ותו לא. כלומר, אמצעי דיוני שנועד להעמיד את החשוד על זכויותיו ולמנוע מצב שבו ימסור גרסה מבלי להיות מודע לחירותו לשתוק.⁴⁴

ואולם, מאז פסק הדין בפרשת **בלחניס** החלה להתגבש בפסיקה מגמה פרשנית חדשה, אשר מבקשת להרחיב את חובת האזהרה ולהעניק לה תוכן מהותי, מעבר להגנה על זכות השתיקה בלבד. מגמה זו קיבלה ביטוי ראשון ומשמעותי בפסק הדין בפרשת **חננה**, שניתן מספר שנים מועטות לאחר עניין **בלחניס**, שם נדון

³⁵ James Dawson, *The Judges' Rules: Where to Now*, 6 POLY L. REV. 71 (1981).

³⁶ קדמי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 88.

³⁷ ע"פ 20/49 **האדי נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד ג 13, 31–30 (1950).

³⁸ הרפז וגולן, לעיל ה"ש 25, בעמ' 242.

³⁹ T. E. St. Johnston, *Judges' Rules and Police Interrogation in England Today*, 57 J. CRIM. L. CRIMINOLOGY & POLICE SCI 85 (1966).

⁴⁰ דבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1947–1922; שגיא אשכנזי **כיצד לשבור את שלשלאות השופט?** 73 (2021).

⁴¹ שם. ראו גם: ע"פ 161/77 **זוהר נ' מדינת ישראל**, לב(1) 326 (1977).

⁴² עניין **בלחניס**, לעיל ה"ש 3, פסקי הדין של השופטים אילן וקדמי.

⁴³ ע"פ 533/82 **זכאי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לח(3), 59, 70–69 (1984).

⁴⁴ קדמי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 90–91.

מקרה בו הוגש כתב אישום נגד מספר נאשמים בגין מספר אישומים תוך שהמשטרה לא חקרה את החשודים באופן מלא וברור. בחלק מהמקרים לא הוצגו לחשודים כל האישומים שיוחסו להם, לא נאמר להם באילו מקרים ובאילו מועדים בוצעו לכאורה העבירות המיוחסות להם, ולעיתים אף לא צוין מי הם המתלוננים. כמו כן, חלק מהנחקרים נחקרו על אירועים כלליים בלבד, מבלי לפרט באילו עבירות מדובר או מה בדיוק טיב החשד. בנוסף, חלק מהנאשמים נחקרו על מקצת האירועים בלבד, למרות שכתב האישום ייחס להם מעשים נוספים. משכך, בית המשפט קמא זיכה את הנאשמים מחלק מהאישומים שיוחסו להם, בין היתר נוכח הפגם שנפל בהתנהלות הרשות החוקרת בכל הנוגע לחובתה להזהיר את הנאשמים בעת היותם חשודים, עובר לחקירותיהם.⁴⁵

בערעור על פסק הדין, בית המשפט המחוזי קבע כי הפגם שנפל בדבר חובת האזהרה בעניינם של הנאשמים אינו עניין טכני או פרוצדורלי בלבד, אלא כזה שנוגע לליבת זכויות החשודים. אף שאין הוראת חוק מפורשת המטילה חובה על המשטרה לפרט לחשוד את מהות החשדות נגדו במהלך חקירה, קבע בית המשפט כי מדובר בזכות יסוד מתחייבת. ההיגיון פשוט: אין זה סביר לצפות מאדם למסור גרסה או לבחור לשתוק אם אינו יודע על מה הוא נחקר.⁴⁶

עוד הטעים בית המשפט שעל חשוד לדעת מהי התשתית העובדתית והמשפטית המונחת נגדו, כדי שיוכל לגבש עמדה מודעת באשר לאופן התגובה שלו. על החשוד לדעת אם מדובר באירוע ספציפי, מה נטען שקרה, מתי התרחש, ואיזו עבירה מיוחסת לו. היעדר מידע כזה שולל ממנו את האפשרות להפעיל שיקול דעת מושכל, בין אם להציג אליבי, למסור גרסה מסייעת, או לבחור לשתוק, ובכך נפגעת זכותו להליך הוגן.⁴⁷ עוד נקבע, כי גם אם החקירה לוותה באזהרה כללית בדבר הזכות לשתוק, אין בכך די. אם לא נמסרה לחשוד תשתית קונקרטית ומובחנת ביחס לחשד נגדו, האזהרה ריקה מתוכן.⁴⁸

בקשת רשות הערעור שהוגשה לבית המשפט העליון נדחתה.⁴⁹ בכך, על אף שמדובר בהחלטה שניתנה על ידי "דן יחיד", זו מהווה את סימני ראשיתו של שינוי פרשני הרואה באזהרה רכיב מהותי, ויוצק בה תוכן ממשי המחייב את גילוי מהות החשד באופן קונקרטי, כתנאי יסוד למימוש זכויותיו של החשוד ולהבטחת הליך הוגן.

בהמשך לאותה מגמה פרשנית שהתוותה בעניין **חננה**, פסק הדין בפרשת **אבו עצא** המשיך לצעוד באותה דרך פרשנית, תוך שהוא מעניק לתפיסה זו עיגון נורמטיבי מחייב. בניגוד לאופיו החלוצי אך מוגבל של פסק הדין בעניין **חננה**, בפרשת **אבו עצא** בית המשפט קבע, בהתבסס על סעיף 28(א) לחוק המעצרים כי אזהרה תקינה, "אזהרה כדין", היא אזהרה אשר כוללת שלושה רכיבים מהותיים: ראשית, הודעה לחשוד כי אינו חייב לומר דבר שעלול להפלילו; שנית, כי כל דבר שיאמר עשוי לשמש ראיה נגדו; ושלישית, כי שתיקה או הימנעות מלהשיב על שאלות עלולה לחזק את הראיות נגדו.⁵⁰ מעבר לכך, נקבע כי אזהרה כדן חייבת לכלול גם פירוט של העבירות שבזיקה אליהן מתבצעת החקירה. קרי – החשוד זכאי לדעת לא רק שהוא חשוד, אלא במה בדיוק הוא חשוד.⁵¹

בית המשפט קבע כי העדרו של אחד מן הרכיבים הללו פוגם באזהרה והופך אותה לבלתי מספקת, גם אם הפגם נוצר ללא כוונות זדון של הרשות החוקרת. בכך שב והבהיר בית המשפט כי חובת האזהרה אינה עניין

⁴⁵ ע"פ (ת"א) 70035/04 מדינת ישראל נ' חננה, פס"ד ה' (נבו) 9.9.2004.

⁴⁶ שם, בפסקה ד'.

⁴⁷ שם, בפסקה ו'.

⁴⁸ שם.

⁴⁹ רע"פ 10255/05 חננה נ' מדינת ישראל (נבו) 7.11.2005.

⁵⁰ עניין **אבו עצא**, לעיל ה"ש 29.

⁵¹ שם, בפס"ד 123.

פורמלי, אלא מנגנון דיוני מהותי שתכליתו מבקשת להבטיח את מודעות החשוד למעמדו, לסיכונים המשפטיים הנשקפים לו, ולזכויותיו להימנע מהפללה עצמית, וכן להיוועץ בעורך דין.⁵² החידוש המהותי שנקבע בפסק הדין טמון בהעתקת התכלית של חובת האזהרה מהמישור הצר של הגנה על זכות השתיקה, אל עבר מימושה של הזכות הרחבה יותר לחיסיון מפני הפללה עצמית, וזכות ההיוועצות.⁵³

בהמשך לקביעות העקרוניות ב**אבו עצה**, כשנה לאחר מכן ניתן פסק הדין בעניין **מובארק** שעסק בשאלה מתי בדיוק קמה חובת האזהרה, וחידד את גבולותיה. תחילה, בפסק הדין, בית המשפט שב והבהיר את שנקבע בעניין **אבו עצה** כי עצם קיומה של "אזהרה כללית", קרי, הודעה לחשוד שהוא רשאי לשתוק – אין בה כדי לקיים את חובת האזהרה כאשר אין בצידה פירוט של העבירה הקונקרטית שביחס אליה התגבשה תשתית ראייתית. האזהרה איננה אקט סמלי, אלא שלב קרדינלי המאפשר לחשוד להבין את הסיכון המשפטי שהוא ניצב בפניו. בהיעדר יידוע על טיב החשד, לא רק במונחי הסעיף העונשי אלא גם מבחינת התשתית העובדתית הקונקרטית, ניטלת מהחשוד האפשרות לקבל החלטה מודעת האם לשתף פעולה, למסור גרסה, או לשתוק.⁵⁴

עוד נקבע, כי משהתגבש אצל הגוף החוקר יסוד סביר לחשד לביצוע עבירה מסוימת, מוטלת עליו החובה להפסיק את גביית העדות ולהעביר את הנחקר למעמד של חשוד מיד, תוך מתן אזהרה מפורטת על העבירה הרלוונטית. זהו תנאי מוקדם, מהותי, לגביית אמירות קבילות. בית המשפט הדגיש כי אי-אזהרה במועד פוגעת לא רק בזכויות הפרט של החשוד, אלא גם באמינות ההודאה שנמסרת בנסיבות אלה. מדובר בפגם שיכול להביא לפגיעה במשקל וקבילות ההודאה עצמה, ובנסיבות מסוימות – להביא אף לפסילתה.⁵⁵

פסק הדין בפרשת **מובארק**, אפוא, מסכם בתוכו שורת חידושים וקביעות שיפוטיות מרכזיות הנוגעות להיקפה ומהותה של חובת האזהרה. ראשית, בעוד שבעבר נתפסה חובת האזהרה ככלי להבטחת זכות השתיקה או לכל היותר זכות ההיוועצות, הרי שנקבע כי עיקר תכליתה הוא להבטיח, בנוסף, את הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית. זוהי זכות רחבה ומהותית יותר – כאשר כולן יחד מהוות נדבך מהותי במימוש הזכות להליך הוגן.

שנית, נקבע כי אין די באזהרה כללית וסתמית: נדרשת אזהרה קונקרטית, ברורה וממוקדת, הכוללת פירוט ממשי של העבירה ושל התשתית העובדתית שביסוד החשד, באופן שיאפשר לחשוד להבין את הסיכון המשפטי הנשקף לו ולהפעיל שיקול דעת אפקטיבי ביחס לבחירת קו הגנתו לחשדות המועלים כלפיו. שלישית, נקבע כי המועד שבו קמה חובת האזהרה הוא קריטי. משהתגבש בידי החוקר יסוד סביר לחשד לביצוע עבירה מסוימת, קמה החובה מיידית להזהירו כדין, ביחס לאותה עבירה ולתשתית העובדתית שברשות החוקרים. אי-קיום חובה זו פוגם באופן ממשי בקבילות האמירות שמסר החשוד, ואף עשוי להוביל לפסילתן.⁵⁶

נמצאנו למדים כי המגמה בפסיקה התאפיינה בהרחבה עקבית של גבולות חובת האזהרה ובהעמקת תוכנה המהותי. ואולם, פסק הדין בעניין **משה** מבטא נסיגה לעמדה המצמצמת, הרואה בחובת האזהרה אמצעי להבטחת זכות השתיקה ותו לא. לא זו בלבד שמדובר בחזרה לעמדה שדומה כי נזנחה בפסיקה בעשורים האחרונים, אלא שהדבר נעשה בלא כל ניתוח עיוני או טיעון מהותי, תוך הסתפקות בהישענות על

⁵² שם.

⁵³ שם. להרחבה על השוני בין זכות השתיקה לחיסיון מפני הפללה עצמית ראו: רע"פ 8600/03 **מדינת ישראל נ' שרון**, פ"ד נח(1) 748 (2003).

⁵⁴ ע"פ 10477/09 **מובארק נ' מדינת ישראל**, פס' 3, 94–101 (נבו 10.4.2013).

⁵⁵ שם, בפס' 99, 101.

⁵⁶ שם.

אותה הכרעה בעניין **בלחניס** – באופן המתעלם הלכה למעשה משורת פסקי הדין המאוחרים, שניתנו במהלך שני העשורים שחלפו מאז, ואשר פיתחו, הרחיבו ועיצבו מחדש את חובת האזהרה.⁵⁷

ה. המסגרת המשפטית לבחינת פגמי חובת האזהרה

מכאן נמשיך אל הנדבך הבא: בהינתן שנפל פגם מהותי בחובת האזהרה של החשוד, כיצד יש לאפיין אותו, ובאילו קונסטרוקציות משפטיות יש לבחון את השלכותיו.

הפסיקה שהובאה עד כה מיקדה את בחינת הפגמים שנפלו בחובת האזהרה במסגרת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית,⁵⁸ לצד עמיתתה – סעיף 12 לפקודת הראיות, הקובע כי הודאה תתקבל כראיה רק אם נמסרה באופן חופשי ומרצון.⁵⁹

אך האם דרכים אלו מהוות את האפשרות היחידה לבקר את מעשי רשויות אכיפת החוק כאשר נופל פגם בחובת האזהרה? נראה כי התשובה לשאלה זו היא שלילית.

בעניין **אברג'ל**, שניתן אף הוא אך לאחרונה על ידי השופט אלרון עצמו, בהסכמת חברי המותב, נקבע במפורש כי כללי הפסילה, בין אם מכוח סעיף 12 לפקודת הראיות ובין אם מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית – אינם מהווים מסלול ייחודי ובלעדי לבחינת פגמים בהליך החקירתי או בשלב השגת הראיות. ההכרה בפגמים שנפלו בהתנהלות רשויות האכיפה עשויה להוליד ביקורת שיפוטית גם במסלולים נורמטיביים אחרים, ובראשם מכוח דוקטרינת "הגנה מן הצדק". בכך, ככל שניתן להצביע על פגם חריף וחמור בהתנהלות רשויות האכיפה והתביעה, מוקנית לבית המשפט סמכות רחבה להעניק סעד אפקטיבי שיתקן את חוסר האיזון שנוצר, אף מבלי להיזקק למבחני הפסילה "הרגילים".⁶⁰ הסעדים שמסגרת זו אינם מצטמצמים לפסילת הראיה עצמה, אלא עשויים ללבוש מופעים מגוונים: ביטול מלא של כתב האישום, תיקון כתב האישום באופן שיצמצם את היקפו, המרת סעיפי האישום לעבירות פחותות חומרה, ואף פסילה ממוקדת של ראיה מסוימת בלבד.⁶¹

ביטוי לגישה זו מצוי בהכרה של בתי המשפט בכך שפגמים באזהרת החשוד נבחנים לא רק במסגרת הסמכות לפסילת ראיה שהושגה שלא כדין, אלא גם במסלולים נוספים של ביקורת שיפוטית, בשלבים שונים של ההליך הפלילי. לעיתים בתי המשפט הכריעו בסוגיית הפגם ומידת השפעתו במסגרת של "טענות מקדמיות".⁶² במקרים אחרים, נדונו טענות מסוג זה בשלב הכרעת הדין,⁶³ בנוסף, פגמים באזהרה אף עלו והתקבלו במסגרת טענת "אין להשיב לאשמה".⁶⁴

בכך, בעוד שהפסיקה העדכנית הכירה בכך שפגם בחובת האזהרה עשוי לשקף כשל מהותי בהתנהלות רשויות החקירה, כשל המצדיק בחינה במסגרת מגוון מסלולי ביקורת שיפוטית, על שלל שלביו, פסק הדין בעניין **משה** צמצם לא רק את תוכנה המהותי של החובה, אלא גם את היקף ההתמודדות עמה, תוך תחימת הביקורת לסמכות לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין.⁶⁵

⁵⁷ עניין **משה**, לעיל ה"ש 2, בפס' 50.

⁵⁸ הדגש הינו על דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, שכן באותה עת טרם נחקק תיקון 19 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, במסגרתו נוסף סעיף 56א אשר העניק סמכות לבית המשפט לפסול ראיה שהושגה שלא כדין מכוח הסדר חקיקתי כללי.

⁵⁹ ס' 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש].

⁶⁰ רע"פ 5334/23 **אברג'ל נ' מדינת ישראל**, פס' 48 (נבו) 14.7.2024.

⁶¹ שם.

⁶² תו"ב (ר"ג) 47074-05-14 **בן שבת נ' ועדה מקומית לתכנון ובנייה רמת גן** (נבו) 29.6.2015.

⁶³ ת"פ (ח') 1060/10 **מדינת ישראל נ' חסונה** (נבו) 30.3.2017.

⁶⁴ ת"פ (ב"ש) 15081-04-11 **מדינת ישראל נ' מחמוד צלאח** (נבו) 10.7.2011.

⁶⁵ עניין **משה**, לעיל ה"ש 2, בפס' 50.

ו. סיכום

בהתבוננות כוללת על פסק הדין בעניין **משה**, ניכר כי מדובר בחריג בנוף הפסיקה העדכנית. בעוד שפסיקות בתי המשפט מאז עניין **בלחניס** שיקפו מגמה עקבית של העמקה עיונית והרחבה מהותית של חובת האזהרה, גישתו של בית המשפט בעניין **משה** מציגה גישה מצמצמת המחזירה את הדיון לנקודת המוצא של שלהי שנות ה-90. פער זה מתחדד לנוכח האופן התמציתי שבו נדונה החובה, מבלי לפרט או לנמק את הבחירה בגישה הפרשנית המצמצמת שנקטה, ומתוך התעלמות מהמגמה הברורה שהתעצבה בפסיקה לאורך זמן.

בהיעדר עיגון חקיקתי מפורש לתוכנה של חובת האזהרה, כאשר עיצוב הזכות נתון כמעט באופן בלעדי לפרשנותו של בתי המשפט, האחריות המוטלת עליו כבדה שבעתיים. במצב דברים זה, פסק דין המתעלם מהתפתחויות פסיקתיות מהותיות ומאמץ גישה מצמצמת ללא דיון או נימוק, עלול לסמן תחילתה של מגמת נסיגה מדאיגה מההרחבה ההדרגתית והעקבית שחלה בפסיקה בכל הנוגע להיקפה ולגדריה של חובת האזהרה.⁶⁶

אין חולק כי דרך המלך היא הסדרה מפורשת של חובת האזהרה בחקיקה. ואולם, כל עוד לא נעשה כן, מתחייבת קריאה לזהירות שיפוטית. חשוב שבתי המשפט ימשיכו במגמה של הרחבת והעמקת חובת האזהרה, תוך הכרה בתפקידה המהותי בהבטחת הזכות להליך הוגן ובמימוש זכויותיהם של נחקרים. המגמה שהתפתחה בפסיקה משקפת הבנה עמוקה של המורכבות הגלומה בחקירה פלילית ושל הצורך להגן על החשוד, ולאפשר לו לקבל החלטות מודעות ומושכלות בנוגע להתנהלותו במסגרת שלב החקירה. לדידי, נסיגה ממגמה זו, כפי שעולה מפסק הדין בעניין **משה**, תפגע באיזון העדין בין צרכי החקירה לבין זכויות חשודים להליך הוגן, על שלל נגזרותיהן.

⁶⁶ ראו בעניין זה ה"ש 9 לעיל.