

איך הרגה פקודת מס הכנסה את זכות השתיקה

מאת

ד"ר חיים גבאי*

א. מבוא

החיסיון מפני הפללה עצמית ("The Privilege Against Self Incrimination") הנהוג בכל שיטות המשפט המערבי וביניהן המשפט הישראלי, נתפס כאחת מזכויות האדם בכלל ולחלק מהזכות להליך הוגן בפרט. זכות זו, הנוכרת בחוקים השונים¹, מאמצת את הגישה שעל-פיה אסור לאלץ אדם להעיד נגד עצמו. מאחורי גישה זו עומד העיקרון, כי כל אדם הינו חף מפשע אלא אם כן הוכח אחרת - עיקרון הנגזר מחזקת החפות.²

במשפט הישראלי, בדומה לשיטות משפט רבות בעולם המערבי, נהוג להבחין בין חשודים ונאשמים לבין עדים. בעוד שלחשודים ולנאשמים עומדת הגנת חיסיון מקיפה יותר, המגיעה עד כדי זכות שתיקה מוחלטת בחקירה ובבית משפט ("Right To Silence"), ההגנה הניתנת לעדים מצומצמת ומוגבלת יותר והם אינם זכאים לזכות שתיקה מוחלטת - ההגנה מוקנית להם רק מפני תשובות אשר יש בהן כדי להעמידם בסכנת אשמה פלילית. על ההבחנה שבין שתי הקטגוריות עמד השופט מצא בפרשת חוגלה.³

"זכות השתיקה הינה הביטוי המובהק ביותר לחיסיון מפני הפללה עצמית. בצורתה ה"מוחלטת" - שלא לפצות פה ולא לומר דבר - הוענקה זכות השתיקה על-ידי המחוקק, במפורש, רק לנאשם במסגרת (...). החיסיון מפני הפללה עצמית, במסגרתה של חקירה, מקנה אך זכות שתיקה "יחסית",

* תודתי נתונה לרעייתי ציפי גבאי על מתן הרעיון המצוי בבסיס חיבור זה. מקור הרעיון שימש לה כר נרחב לכתובה במסגרת לימודיה לתואר השני במשפטים, בנושא "שתיקתם של אישי ציבור". כמו כן הנני מודה על הסיוע והעצות המועילות שהביאו לגיבוש ושיבוח חיבור זה.

1. גיבושה של הזכות בישראל נעשה בסעיף 2(2) לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות), 1927, המאפשר לחשוד לשתוק במהלך חקירתו במשטרה, ובסעיף 47(א) לפקודת הראיות (נוסח חדש), התשל"א-1971, החל מכוח הוראות סעיף 52 לפקודה הנ"ל על חקירתו של אדם בפני בימ"ש ובפני כל רשות, גוף או אדם המוסמכים על-פי דין לגבות ראיות. בנוסף, סעיף 28 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), תשנ"ו-1996, מחייב שוטר או עובד ציבור להזהיר את החשוד וליידעו בדבר זכותו לחיסיון מפני הפללה עצמית בטרם מעצרו. כמו כן, סעיף 161 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב-1982 קובע כי ביהמ"ש צריך להסביר לנאשם, כי הוא רשאי גם להימנע ממתן עדות ולשתוק. על היקפה של הזכות ראו פרק ד להלן.

2. ראו חוק העונשין, התשל"ז-1977, סעיף 34(ב)א.

3. רע"א 5381/91 חוגלה שיווק (1982) בע"מ נ' משה אריאל, פ"ד (מו" 3) 378 (1992).

דהיינו זכות שלא להשיב על שאלות מפלילות. אך כשהמדובר בחשוד בביצוע עבירה, הנחקר בידי איש מרות, מתפרש גם חיסיון זה, על דרך ההרחבה, כזכות שתיקה מוחלטת."

במשפט העברי מוכר הכלל התלמודי, "אין אדם משים עצמו רשע"⁴. משמעותו של כלל זה הינה, שאדם אינו יכול להודות בביצוע עבירה. במובן מסוים, הכלל התלמודי מתייחס לחיסיון, לפיו אדם רשאי שלא להפליל עצמו, אולם, יודגש כי בשונה מהדין הישראלי, הכלל התלמודי אינו מותיר את הבחירה בידי החשוד, אלא פוסל אותו מלהעיד כנגד עצמו.⁵

בספרות העיונית⁶ ובפסיקה⁷ קיימת ביקורת רבה לגבי היקפה של זכות השתיקה והשימוש שנעשה בה על-ידי עבריינים. הביקורת מתחדדת בעיקר על רקע השימוש הגובר בזכות זו על-ידי אישי ציבור⁸. במילים אחרות, הביקורת מתמקדת בתועלת בזכות זו ובצורך לשמר אותה. שורשיה של הביקורת נטועים בדבריו המפורסמים של ג'רמי בנטהם, פילוסוף ומשפטן אנגלי, לפיהם, אם היו מתאספים עבריינים מכל הסוגים ומנסחים שיטה לפי אוות נפשם, היו קובעים את זכות השתיקה ככלל ראשון להגנתם.⁹ על-פי תפיסה זו, רק אנשים שפשעו יסתתרו מאחורי שתיקתם ואילו חף מפשע אף פעם לא ינצל זכות זו, אלא יזעק לחפותו. ביקורת זו ודיון ציבורי ומשפטי רחב יותר שבא בעקבותיה, הביאו אחדים לטעון, כי יש לבטל את זכות השתיקה כליל, מאחר שלטענתם, "זכות השתיקה נולדה באנגליה כשהיו חקירות אלימות, והיו מכים חשודים כדי להוציא הודאות. היום אנחנו חיים בעידן אחר, ואין יותר צורך בזה. מי ששותק - הרי שיש לו מה להסתיר".¹⁰

לעומתם טענו אחרים, שלא רק שיש לשמור על קיומה של זכות השתיקה אלא שיש לשפר את ההגנה שנותן לה המשפט הישראלי¹¹; יש שהוסיפו, כי זכות השתיקה הינה "מלכת זכויות הנאשם", ולדעתם, "חפים מפשע הורשעו כי לא שתקו ודיברו שטויות במשטרה".¹²

-
4. סנהדרין, ט, ב.
 5. ראו דיון במשפט העברי להלן, פרק ב תת-פרק 2.
 6. גיא רוטקופף, "הצורך להגדיר מחדש את תחומי החיסיון מפני הפללה עצמית ואת זכות השתיקה", **המשפט** 21 (פברואר 2006), 49.
 7. ע"פ 8600/03, **מדינת ישראל נ' גלעד שרון**, פ"ד נח(1) 748 (2003).
 8. לדוגמה, השר אריה דרעי, שנמנה בין השותקים הגדולים בחקירתו במשטרה; כמו כן, מזכיר הממשלה לשעבר והשר דהיום עו"ד יצחק (בוזי) הרצוג ואנשי עמותות ברק. ביקורת קשה במיוחד נמתחה גם על סגנית השר נעמי בלומנטל, שלדעת המבקרים ניצלה זכות זו. בדומה, השר לשעבר ח"כ שלמה בניזרי, ועוד.
 9. ראו דברי ג'רמי בנטהם, כפי שמתורגמים ומצוטטים אצל אליהו הרנון, "על זכות השתיקה", **משפטים** א, 95.
 10. ראו דברי השופט בדימוס אורי שטרוזמן בדיון שנערך בוועדת חוק, חוקה ומשפט בכנסת, בנושא זכות השתיקה, בתאריך 19.8.03. וכן, מאמרו בו הוא קורא לביטולה של הזכות, אורי שטרוזמן "המלך עירום או חבר המושבעים השולט בבית-המשפט בישראל" **עיוני משפט** יג (תשמ"ח) 175. וכן יצחק זמיר, "הפיתרון וועדת חקירה", **הארץ**, 2.1.03.
 11. ראו בני שטיינברג, "שתיקה בחקירה - איך מיישמים את הזכות", **עורך דין**, חוברת 35 (2002), 40.
 12. ראו דברי ח"כ רוני בר-און בדיון בוועדת חוק, חוקה ומשפט בנושא זכות השתיקה, מיום 19.8.03.

אלה גם אלה יסכימו בוודאי, שעל אף היותה של זכות זו יסוד מיסודותיו של המשפט בישראל, הרי שבכל הנוגע ליחס של רשויות המס לנישום ולקשרי הגומלין הקיימים ביניהם, זכות זו נפגמת עד שלעיתים נדמה כי אינה קיימת כלל בדין הפיסקאלי. במילים אחרות, הנישום נדרש לעיתים תכופות להופיע במשרדי שלטונות המס, למסור מסמכים ולהשיב על שאלותיהם של פקידי המס - שאלות שתשובות עליהן יכולות לעיתים להפיל. סירוב לענות על שאלותיהם של פקידי המס מהווה עבירה הן על פקודת מס הכנסה¹³ והן על חוק מס ערך מוסף.¹⁴

בשורות הבאות אתאר ואסקור את התפתחותה של זכות השתיקה בהיסטוריית המשפט. בהמשך, אעמוד על דרך קליטתה של הזכות במשפט הישראלי ואבחן את ההסדר החקיקתי הנוהג בישראל. בחינה זו תבדוק, בין היתר, את הקשר הסיבתי ההיסטורי - האם הזכות כפי שהיא מופיעה בשיטת המשפט הישראלי נובעת מאותם הסדרים משפטיים שהיו נהוגים בעבר, או אולי הינה יישום לא מדויק של הסיבות ההיסטוריות שהביאו להכרה בה. לבחינה זו יש נפקות לנושא מאמר זה, שכן יישום לא מדויק של הסיבות ההיסטוריות יוביל בהכרח למסקנה בדבר ביטולה של הזכות או לפחות לצמצומה בהיבטים אחדים. כמו כן, אנסה לענות על שאלות אחדות המתעוררות באשר להיקפה של הזכות - מי רשאי לחסות בצילה במובנה הרחב ולמי שמורה הזכות במובנה הצר. שאלות אלו יובילו, לדעתי, בהכרח להגדרת הזכות ולגבולותיה. דיון נכבד, שישפוך אור על חיבורי, יהיה בפרק שיעסוק בבחינת הרציונלים והצידוקים לזכות השתיקה - דיון אשר יסייע לנו בניסיונו להתמודד עם השאלה, האם יש מקום לשמר את המצב הקיים בכל הנוגע ליחסי הגומלין הקיימים בין הנישום לשלטונות המס בכל הנוגע לחקירות האזרחיות והפיליות שעורכים השלטונות לנישום, או אולי נדרשת חקיקה נוספת, שתדגיש את חשיבותה של הזכות גם ביחסי רשויות המס כלפי האזרח.

אציין שסקירת הזכות במשפט המשווה חורגת מתחום הדיון ולכל היותר אתייחס לעקרונות אחדים של משפט העמים בכל הנוגע להתפתחותה של הזכות במקומות אלה.

ב. החיסיון מפני הפללה עצמית - רקע היסטורי

1. כללי

בספרות העיונית קיימת מחלוקת באשר למקורותיו ההיסטוריים של החיסיון מפני הפללה עצמית. יש הנוהגים לחפש את המקור לחיסיון זה במשפט

13. פקודת מס הכנסה (נוסח חדש), התשכ"א-1961. סעיף 216(2).

14. חוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975. סעיף 117(א)(1). בחוק זה הגירסה מרוכבת יותר, שכן בשונה מהסעיף המקביל בפקודת מס הכנסה, היא אינה מטילה סנקציה על מי שסרב להשיב על שאלה שהופנתה אליו.

העברי.¹⁵ לשיטתם של אלה, החיסיון ינק את מהותו מהכלל ש"אין אדם משים עצמו רשע". והוא 'חזר למשפטנו' עם קליטת "מהות המשפט המקובל".¹⁶ אחרים סבורים, כי מקורו של החיסיון נעוץ בשינוי שחל באנגליה במאה השמונה-עשרה, ביחס לאופן ניהול המשפט ובעיקר לעיצובה של השיטה האדוורסרית, עם ההכרה בזכותו של החשוד או הנאשם לייצוג בידי עורך-דין, ובדיקת חומר הראיות על-ידו.¹⁷ אולם, הדעה הרווחת היא, כי מקורו של החיסיון הוא מוקדם יותר והוא תוצר לוואי של מרוץ סמכויות בין בתי המשפט הכנסייתיים לבין בתי המשפט של המלך באנגליה, שהחל במאה ה-12.¹⁸

המחלוקת ועוצמתה רלוונטיים לענייננו בעיקר לצורך הבנת הרציונלים שהביאו להכרה בחיסיון מפני הפללה עצמית בעבר ולהצדקתם בתקופתנו. במילים אחרות, בחינת הקשר הסיבתי ההיסטורי - האם החיסיון מפני הפללה עצמית, כפי שהוא מוכר בשיטת המשפט הישראלית, נובע מאותם הסדרים משפטיים שהיו נהוגים בעבר או, אולי, הינו יישום לא מדויק של הסיבות ההיסטוריות, ואז דינו לעבור מן העולם או לפחות צמצומו בהקשרים שונים, כמו לדוגמה בהקשר לנושא מאמר זה.

2. המשפט העברי

במקומות רבים בספרות העיונית נדחתה התפיסה, כי צידוקה של זכות השתיקה מצוי במשפט העברי¹⁹ ואשר נשענת על הכלל התלמודי "אין אדם משים עצמו רשע".²⁰ טענתם של המתנגדים לתפיסה זו היא, כי הכלל לפיו אדם אינו כשר להעיד נגד עצמו אינו זהה, כלל ועיקר, לחיסיון מהפללה עצמית לפי המשפט העברי. נקודת המוצא לביקורת היא הפירוש הניתן לכלל התלמודי, היינו "אדם אינו יכול לפסול עצמו על-פיו דהא אין קרוב מעיד לא לזכות ולא לחובה ואדם קרוב אצל עצמו".²¹ מכאן הם מסיקים, כי נאשם בפלילים אינו מעיד למען עצמו, לא לזכות ולא לחובה. הוא אינו משים עצמו רשע ואינו מעיד על עצמו שאינו כזה.²²

הרציונל לכך ניתן ע"י הרמב"ם בספרו "משנה תורה"²³:

-
15. דיון מפורט לתפיסה זו ראו, אהרון קירשנבאום "אין אדם משים עצמו רשע: הלכה פרדוקסלית במשפט העברי", פלילים ז', (התשמ"ח) 197, 209.
 16. ראו הטקסט הצמוד להערת שוליים 38 להלן.
 17. גיא רוטקופף, "החיסיון מפני הפללה עצמית וזכות השתיקה במשפט הישראלי" (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה", אב תשס"ד) 7.
 18. שם, שם.
 19. ראו שטרזמן לעיל, הערה 10, בעמ' 181. וכן, רוטקופף לעיל, הערה 17, בעמ' 11, וכולי.
 20. סנהדרין ט, ב; סנהדרין כ"ד, א; יבמות כ"ה, ב.
 21. רש"י, סנהדרין כ"ה, א.
 22. דיון נרחב לגבי זכות השתיקה במשפט העברי על כל היבטיה ראו, אהרון קירשנבאום הרשעה עצמית במשפט העברי (ירושלים תשס"ה).
 23. רמב"ם, סנהדרין י"ח, ו.

”גזירת הכתוב היא שאין ממיתין בית דין ולא מלקין את האדם בהודאת פיו, אלא על-פי שנים עדים... הסנהדרין אין ממיתין ואין מלקין המודה בעבירה שמא נטרפה דעתו בדבר הזה, שמא מן העמלין מרי נפש הוא המחכים למוות שתוקעין החרבות בבטנם ומשליכין עצמם מעל הגגות, שמא כך זה יבוא ויאמר דבר שלא עשה כדי שייהרג.”

מכאן ניתן להסיק, כי ביסוד הכלל מצוי החשש מפני הודאות שווא או מפני התאבדויות.²⁴ מכיוון שכך, ומאחר שכלל תלמודי זה אינו יכול לשמש בסיס לנהוג בשיטת המשפט בישראל, אשר על-פיה הכל כשרים לעדות, כולל החשוד או הנאשם, אשר אם ירצה יכול להעיד לטובתו²⁵ - נפנה להתחקות אחר מקורותיה של זכות השתיקה באנגליה.

3. התפתחות הזכות באנגליה

כפי שצינו לעיל, הדעה הרווחת בקרב חוקרי המשפט היא, כי מקורה של זכות השתיקה הוא בימי הביניים של אירופה, כאשר בבתי המשפט הכנסייתיים באנגליה יושמה שיטת המשפט של *Ius commune*. החיסיון בראשיתו בא לידי ביטוי במימרה הלטינית הידועה "*Nemo tenetur prodere seipsum*", שמשמעותה "*No person is to be compelled to accuse himself*".²⁶ למעשה, החיסיון המודרני, במובנו היום, הינו תוצר של מאבקי כוח בין בתי המשפט של המלך לבין בתי-המשפט הכנסייתיים (star chamber וה-high Commission), והשוני בדרכי ההוכחה בבתי משפט אלו.²⁷

ההכרה ההיסטורית בחיסיון באה כתגובה לדרכים האינקוויזיטוריות ושיטות העינויים בחקירת נאשמים, שהיו קשורות ב-star chamber ובבתי הדין הכנסייתיים העתיקים.²⁸ השלטונות באנגליה הגיעו להכרה, כי חקירת נאשם בשבועה (*Ex officio*)²⁹ היא דבר המנוגד לחוקי האל והטבע. כיוון שהחברה

24. חלופה אחרת מצויה ברציונל שהועלה על-ידי הרדב"ז (רבי דוד בן זמרה) המציע להבחין בין דיני ממונות לדיני נפשות. לשיטתו, בדיני ממונות אדם יכול להעיד בעניינו, על-פי הכלל "הודאת בעל דין כמאה עדים...". ועדותו תחייב אותו כאילו העידו עליה מאה עדים. הואיל ורכושו וממונו של אדם הם שלו, והוא יכול לעשות בהם כרצונו, וגם אם תהא הודאת אדם בדיני ממונות שיקרית, אין זה כל כך נורא. לעומת זאת, בדיני נפשות על-פי הדין העברי, נפש האדם אינה קניינו ואין הוא יכול לעשות בה כרצונו. כך לדוגמה, התאבדות בהלכה היהודית מהווה עבירה חמורה, ובדומה גם גופו של האדם אינו קניינו. מכאן, שעל-פי הרדב"ז, "אין אדם משים עצמו רשע" - אדם אינו יכול לחרוץ בהודאת פיו גורל של דבר שאינו בשליטתו. ראו קירשנבאום **לעיל**, הערה 15, בעמ' 209.

25. פקודת הראיות (נוסח חדש), התשל"א-1971, סעיף 2.

26. ראו רוטקופף **לעיל**, הערה 17, בעמ' 12.

27. **שם**, בעמ' 12.

28. ראו הרנון, **לעיל**, הערה 9, בעמ' 106.

29. השופטים בבתי המשפט הכנסייתיים היו נוהגים להשביע את הנאשמים בספרי הקודש, כי עליהם לומר את האמת ומרגע זה היו הנאשמים אנוסים להשיב על כל שאלה שהופנתה אליהם ביחס לעבירה בה הם מואשמים, לרבות תשובות שהיה בהן בכדי להפליים תוך כדי התוודותם בעבירה. שבועה זו אף קיבלה מעמד "מעין חוקתי" עת נחקקה בחוקותיהם של הארכיבישוף Otho בשנת 1236 ושל הקרדינל Boniface בשנת 1272. ראו Wigmore, כפי שמובא אצל רוטקופף **לעיל**, הערה 17, בעמ' 13.

באנגליה הביעה סלידה חריפה ביותר משיטות אלה, גם התגובה המשפטית עליה היתה קוטבית, ונקבע, כי לא ניתן כלל לשמוע את הנאשם כעד.³⁰

שטרזמן מציין, כי הטראומה של שיטות החקירה של האינקוויזיציה נתנה ונותנת אותותיה עד היום בשיטת המשפט האנגלית, הן בעת חקירתו של החשוד והן בעת משפטו: בעת החקירה עונה החשוד כדי להוציא מפיו הודאה בעבירה המיוחסת לו, ההודאה היתה קבילה כראיה והוקראה לפני חבר המושבעים.³¹ בשנת 1848, בעקבות ההכרה בחובת השתיקה של הנאשם במשפט, הוכרה זכותו של החשוד לא להשיב לשאלות בעת החקירה, והוטלה חובה להודיעו על זכותו לשתוק. בעת המשפט חוייב הנאשם להשיב לשאלות תחת שבועה, שבועה שבוטלה, כאמור, בנימוק שהיא נוגדת את חוקי האל והטבע.³² בסופו של תהליך, בשנת 1898, נחקק The criminal evidence Act 1898 - לפיו ניתנה לנאשם הזכות להעיד, אם רצה בכך, או לשתוק.³³ עקרונותיו של חוק זה תקפים עד היום והועתקו גם לישראל.

4. התפתחות החיסיון במשפט האמריקאי

החיסיון מפני הפללה עצמית אומץ מהמשפט המקובל האנגלי באמריקה הצפונית במקביל להכרה בו באנגליה במאה ה-17. ארה"ב הינה המדינה הראשונה שהחיסיון נקבע בחוקתה בתיקון החמישי לחוקה בשנת 1791.³⁴ למעשה, עוד בטרם נקבע החיסיון בחוקת ארה"ב, העניקו חלק ממדינות ארה"ב מעמד חוקתי לחיסיון בחוקותיהן המדינתיות. כך לדוגמה, מיוחסת זכות ראשונים לג'ורג' מייסון, מנסח חוקת מדינת וירג'יניה, שהיה הראשון שקבע את החיסיון כזכות חוקתית ב"פסקה שמונה" ל"הכרזת הזכויות" של וירג'יניה, אשר שימשה בסיס איתן לכינון מגילת הזכויות הפדראלית.³⁵

-
30. ראו הרנון לעיל, הערה 9, בעמ' 106.
31. ראו שטרזמן לעיל, הערה 10, בעמ' 179.
32. שם, שם.
33. שטרזמן מדגיש, כי חוק זה נחקק אחרי שני משפטים שהוגשו נגד אדם אחד, האחד פלילי והשני אזרחי. אותו אדם נאשם במרמה ובמשפט הפלילי לא יכול היה להתגונן, כי נאסר עליו להעיד. הוא הורשע ונדון למאסר. במשפט האזרחי נתבע לשלם פיצויים בגין הנזק שנגרם כתוצאה ממעשה המרמה. במשפט זה העיד, ועדותו כה הרשימה את המושבעים, עד כי בעת עדותו הראשית כבר פסקו לזכותו. התוצאות השונות של שני המשפטים, שנשענו על אותן עובדות, שכנעו את סניגורו של הנאשם, שייצג אותו גם בהליכים האזרחיים, שיש צורך מייד לשתות את החוק. ראו שטרזמן לעיל, הערה 10, בעמ' 180.
34. "לא יובא אדם לדין על פשע שדינו מיתה, או על פשע נתעב אחר, אלא על-פי חוות-דעת או כתב-אישום של חבר מושבעים גדול (לחקירה מוקדמת), למעט מקרים שיתרחשו בצבא היבשה, בצי או במיליציה, במהלך שירות פעיל, בעת מלחמה או סכנה לציבור; וכן לא תרחף על אדם פעמיים סכנה לחייו או לגופו בגין אותה עבירה, ולא יאולץ להעיד במשפט פלילי נגד עצמו, ולא ישללו חייו, חירותו או קניינו בלי הליך משפטי תקין, ולא ילקח קניינו הפרטי לשימוש הציבור בלי פיצוי הוגן". התיקון החמישי, שהתקבל ב-1791, והידוע כחלק מכתב הזכויות של חוקת ארה"ב של אמריקה, שהוצע על-ידי הקונגרס ואושר על-ידי בתי המחוקקים של המדינות, ועל-פי הסעיף החמישי של החוקה המקורית.
35. ראו סקירה ממצה לגבי קליטת הזכות במשפט האמריקאי אצל רוטקופף לעיל, הערה 17, מעמ' 83 ואילך.

יש לזכור, כי שיטת המשפט האמריקאית, הידועה בהישגיה המיוחדים בתחום ההגנה על זכויות האזרח, אימצה את החיסיון מפני הפללה עצמית בשל החשש מפני הפגיעה בזכויות האזרח, חשש אשר נבע מהאפשרות שבהיעדר מגילת זכויות, שיטת המשפט המקובל תוחלף לשיטה הקונטיננטלית, וכך עלולה לחדור שיטת העינויים האינקוויזיטורית שהיתה נהוגה בצרפת, ספרד וגרמניה לצורך קבלת הודאות.

החיסיון אומץ לאחר דיונים וויכוחים אודות כינונו של התיקון החמישי לחוקת ארה"ב, שנסובו בעיקר על ריב הסמכויות בין המשטר הפדרלי למדינות, בעיקר עקב חששם של האנטי-פדרליסטים מפני רמיסת זכויות אדם ופגיעה בזכויותיהם של אזרחי המדינות. בסופו של תהליך, החיסיון אומץ דרך התיקון הארבעה-עשר לחוקת ארה"ב, אשר כונן בשנת 1868 וקבע כי:

"...nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the law"³⁶

ג. החיסיון מפני הפללה עצמית - רקע נורמטיבי

1. כללי

החיסיון מפני הפללה עצמית נקלט במשפט הישראלי דרך סימן 46 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, 1922.³⁷ וכדברי השופט הלוי בפרשת קריתני:³⁸

"עם קליטת "מהות המשפט המקובל" בארצנו, דרך צינון הסימן 46, לדברי המלך במועצתו על ארץ ישראל וסעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, חזר עקרון המשפט העברי לצור מחצבתו."

36. "...מדינה לא תשלול מאדם את חייו, חירותו או קניינו, בלי הליך משפטי נאות; ולא תשלול מכל אדם שבתחומי שיפוטה הגנה שווה על-ידי החוקים". ראו סעיף 1 לתיקון 14 של חוקת ארצות-הברית של אמריקה.

37. דבר המלך במועצתו - king's order in council - הוא כינוי לשיטת חקיקה שנהוגה בבריטניה, במדינות חבר העמים הבריטי ובעבר ברחבי האימפריה הבריטית. שיטת חקיקה זו נהגה גם במנדט הבריטי על פלסטינה - ארץ ישראל, ואף שהיא אינה נהוגה בישראל, חוקים שנחקקו על-פיה בתקופת המנדט עדיין תקפים במדינת ישראל, לפי החלטת מועצת המדינה הזמנית ב-1948 ובכפוף לתיקונים שקבעה המועצה, שנוספו ע"י הכנסת במשך השנים. עם כינון המנדט הבריטי בא"י, פורסם בלונדון ב-10.08.1922 דבר המלך במועצתו על פלסטינה (the Palestine order in council), קובץ חוקים באנגלית, שתורגם והתפרסם גם בעברית ובערבית. החוקים שפורסמו ב"דבר המלך במועצתו" בשנת 1922 הסדירו עניינים עקרוניים באופי שלטון המנדט ואופן ניהולו, ולפיכך הוא שימש מעין חוקה למנדט הבריטי. ראו א. מלחי, **תולדות המשפט בארץ ישראל** (מהדורה שנייה, תשי"ב-תשי"ג), 139 ואילך.

38. ע"פ 242/63 מיכאל קריתי נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד יח(3) 483, 497 (1964).

למעשה, החיסיון המאפשר לאדם להימנע מהשתתפות במלאכת הפללתו, התבצע תחילה דרך קליטתו של "תקנות השופטים", אשר שימשו עד שנת 1984³⁹ ככלי מרכזי להסדרה ולבקרה של עבודת המשטרה באנגליה.⁴⁰ על-פי התקנות, אין לחקור חשוד אלא לאחר שהוזהר שזכותו לא לענות על שאלות ותשובותיו לשאלות מפלילות יכולות לשמש נגדו. בתחילה, התקנות השפיעו באורח משמעותי על עבודת המשטרה. הפסיקה המנדטורית בארץ ישראל ייחסה חשיבות רבה לתקנות השופטים, ולעיתים ציינו השופטים שהתקנות נועדו להדריך לא רק את המשטרה, אלא אף את בית המשפט.⁴¹ אולם, לאחר קום המדינה פחת המשקל שניתן לתקנות השופטים ונקבע, כי אין להן כוח של דין מחייב והן משמשות אך כהנחיה לחוקרי המשטרה.⁴²

נדמה, כי זו התפתחות נוספת לזכות השתיקה, כפי שהתפתחה במשפט האנגלי - זכות שלא רק שהיא קיימת דה-יורה, אלא מובאת לידיעתו של החשוד בטרם יפליל עצמו דה-פקטו. קליטת תקנות אלה במשפט הישראלי וחקיקת חוקים מאוחרת, הם שגיבשו את הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית כפי שיפורט להלן.

2. ההסדר החקיקתי

הוראת החוק הראשונה המוכרת בדין הישראלי, שאיפשרה לאדם שלא למסור ראיות שיש בהן כדי להעמידו לדין, מצויה בפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות).⁴³ הוראה זו חלה על השלב החקירתי והיא קובעת, כי אדם חייב להשיב ככונה לשאלות שנשאל ע"י קצין משטרה לקצין מורשה אחר, חוץ משאלות שהתשובות עליהן עלולות להעמידו בסכנת אשמה פלילית. ובלשון החוק:

"חקירת עדים על ידי קצין

(1) קצין משטרה בדרגת מפקח ומעלה, או קצין אחר או סוג אחר של קצינים המורשים בכתב, בדרך כלל או במיוחד, על ידי שר המשפטים, לערוך חקירות על ביצוע עבירות, רשאי לחקור בעל-פה כל אדם המכיר, לפי הסברה, את עובדותיה ונסיבותיה של כל עבירה, שעליה חוקר אותו קצין-משטרה או אותו קצין מורשה

39. מאז שנת 1984 מוסדרות סמכויות המשטרה באנגליה בחקיקה ראשית, בעקבות חקיקת Police and Criminal Evidence Act, 1984. מכוחו של החוק הותקנו קבצים של קודים לפעולה, Code of Practice, הכוללים הנחיות לביצוע. ראו, בני שטיינברג "מה נותר מן האזהרה על זכות השתיקה?" הפרקליט כרך מח (2004), 163, 170.

40. "תקנות השופטים" הותקנו באנגליה בשנים 1918-1912 ע"י שופטי הממלכה ומטרתן היתה גיבוש כללים מנחים לעבודת המשטרה, בכל הנוגע לחקירת חשודים.

41. ראו משה שלגי וצבי כהן, סדר הדין הפלילי, (מהדורה שנייה, תשס"א), 84.

42. שטיינברג מציון, כי הגם שהפסיקה לא ראתה עצמה כבולה בתקנות השופטים כאמת מידה עיקרית לקבילותן של הודאות, היא שבה וחזרה לתקנות אלו כמקור לאזהרה, גם בפסקי הדין שניתנו בשנים האחרונות. ראו שטיינברג לעיל, הערה 39, בעמ' 170.

43. פקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות), 1927, סעיף 2(2).

אחר כנ"ל ורשאי הוא לרשום בכתב כל הודעה, שמוסרה אדם הנחקר כך.

(2) אדם, הנחקר כך, יהיה חייב להשיב נכונה על כל השאלות, שיציג לו בשעת החקירה אותו קצין משטרה, או קצין מורשה אחר כנ"ל, חוץ משאלות שהתשובות עליהן יהיה בהן כדי להעמידו בסכנת אשמה פלילית."

הוראה נוספת המקנה לחשוד חיסיון מפני הפללה עצמית **בשלב החקירתי** מצויה בחוק חדש יחסית, המכונה חוק המעצרים.⁴⁴ חוק זה מורה לקצין הממונה על מעצרו של אדם שלא לשחררו בערובה, או שלא להמשיך את מעצרו, בלא שייתן תחילה לאותו אדם להשמיע את דברו, לאחר שהזהירו כי אינו חייב לומר דבר העלול להפילו. אולם, כל שיאמר עשוי לשמש כראיה נגדו.

הוראה מרכזית אחרת העוסקת בחיסיון מפני הפללה עצמית, הן לגבי **השלב החקירתי והן לגבי שלב המשפט**, היא הוראת סעיף 47 לפקודת הראיות.⁴⁵ בשל חשיבותה של הוראה זו, נביאה כלשונה:

"ראיות מפלילות

א. אין אדם חייב למסור ראייה אם יש בה הודיה בעובדה שהיא יסוד מיסודותיה של עבירה שהוא מואשם בה או עשוי להיות מואשם בה.

ב. ביקש אדם להימנע ממסירת ראייה מחמת שהיא עשויה להפילו כאמור בס"ק (א), ובית המשפט דחה את הבקשה והראיה נמסרה, לא תוגש הראיה נגד אדם במשפט שבו הוא מואשם בשל העבירה שהעובדה המתגלית מן הראיה היא יסוד מיסודותיה, אלא אם הסכים לכך.

ג. נאשם שבחר להעיד במשפטו כעד הסניגוריה, לא יחול עליו סעיף זה לגבי העבירה שהוא מואשם בה באותו משפט."

גם **בשלב המשפט** מוקנית לנאשם זכות החיסיון מפני הפללה עצמית; הוראת החוק המצויה בסדר הדין הפלילי⁴⁶ מאפשרת לנאשם להימנע מלהעיד במשפטו, כאשר הרציונל העומד ביסוד ההוראה הוא, שנאשם במשפטו לא ישתתף במלאכת הפלתו, מלאכה שכידוע מוטלת על התביעה, ומקנה לו זכות שתיקה גם במהלך משפטו בנוסף לזכותו לשתוק במהלך חקירתו.⁴⁷

44. חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996, סעיף 28.

45. פקודת הראיות **לעיל**, הערה 25, ס' 47.

46. חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, סעיף 161.

47. יודגש כי הוראת סעיף 161 לחסד"פ הנוכרת מתייחסת לעדותו בשלב ההגנה במשפטו. חוק סדר הדין הפלילי מאפשר לנאשם כבר בתחילת משפטו, בשלב הקראת כתב האישום בפניו, להימנע מלהשיב להאשמות נגדו, אפשרות אשר גם היא נגזרת מהחיסיון מפני הפללה עצמית השמורה לחשוד. ראו **שם**, סעיף 152.

כאן המקום לציין, כי גם לעניין חקירות שנערכות בצבא, נקבעה אזהרה עוד קודם לקביעתה בחוק האזרחי, והיא מעוגנת בחוק השיפוט הצבאי⁴⁸ בשלוש הוראות חוק שתכליתן היא החובה על קצין הגובה הודאה מחשוד/חייל מבלי שהזהירו תחילה. האזהרה תדגיש בפני החשוד, כי אינו חייב לומר דבר אלא אם רצונו בכך, אולם כל שיאמר ישמש ראיה במשפטו.

קליטתו של החיסיון מפני הפללה עצמית וגיבושו בחוק הישראלי מעלים שאלות אחדות לגבי היקפו של החיסיון. השאלה הראשונה שמתעוררת היא, מי זכאי לחסות בצילה של הזכות במובנה הצר - האפשרות שלא להשיב לשאלות מפלילות, ומי ייחנה מזכות השתיקה המוחלטת - מובנה הרחב של הזכות. מכאן תתעורר, קרוב לוודאי, השאלה הבאה: האם החיסיון מצומצם רק לזכות שתיקה מילולית או שהיקפו רחב יותר והוא מתפרס על כל שיתוף פעולה עם רשויות האכיפה - כמו הגנה על מסמכים, ראיות פיזיות כגון השתתפות במסדרי זיהוי ומתן דגימות וכולי. בפרק הבא ננסה לתאר את התפתחות הפסיקה והתמודדותה עם שאלות אלו ואחרות להגדרת הזכות ולקביעת גבולותיה במשפט הישראלי.

ד. היקף החיסיון מפני הפללה עצמית

1. כללי

הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית המצויה בפקודת הראיות הינה זכות יסוד המוקנית לכל אדם, הן במישור הפלילי והן במישור האזרחי, ומכוחה כל אדם הנדרש על-פי החוק להשיב לשאלות - אם במסגרתה של חקירה ואם במסגרתו של דיון - פטור ממתן תשובה עליהן אם יש בכך כדי לסבכו באחריות לביצועה של עבירה.⁴⁹

הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית היא זכותו של הפרט הנחקר, הנדרש להשיב לשאלות המוצגות לו על-פי החוק, ורק הוא יכול לוותר על זכות זו. בהקשר זה קבע בית-המשפט, כי את החיסיון יש לתבוע לפני מתן תשובה שיש בה כדי להפילו. בעל חיסיון שהשיב ללא התנגדות על שאלה, אף כי התשובה עלולה להפילו - ויתר על החיסיון, ותשובתו קבילה כראיה נגדו בכל משפט אזרחי ופלילי.⁵⁰ יחד עם זאת, בית המשפט בפרשת קריתי קבע, כי הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית אינה מוחלטת והיא ניתנת לשלילה,

”בישראל (שלא כמו בארצות הברית) אין ערובה חוקתית לחיסיון, והמחוקק בן חורין לבטלו או לשוללו.”⁵¹

48. חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955, סעיפים 266-268.

49. יעקב קדמי, **על הראיות**, (חלק שני, 2003), 711.

50. ראו 242/63 **לעיל**, הערה 38, בעמ' 498.

51. שם, בעמ' 500.

כך לדוגמה, בשיטת המשפט הישראלית, הזכות נשללת מכוח הוראות חוק לגבי תחום מסויים כמפורט בגוף ההוראה.⁵² היא נשללת גם על-פי סמכותו של בית המשפט לחייב את הנחקר להשיב תשובה מפלילה מכוח סעיף 47(ב) לפקודת הראיות.⁵³ יודגש, כי החיסיון מקנה פטור ממתן תשובה מפלילה אך אינו מאפשר מתן תשובה כוזבת, שתסתיר את העובדה שתשובת אמת עלולה היתה להפילו.⁵⁴

2. תחולה פרסונלית

ההוראה המצויה בפקודת הראיות, העוסקת בחיסיון מפני הפללה עצמית והמתייחסת הן לשלב החקירתי והן לשלב המשפט, אינה מבחינה בין חשוד, נאשם או עד.⁵⁵ הפסיקה היא שיצרה את האבחנה בין החיסיון מפני הפללה עצמית לבין זכות השתיקה, הבחנה אשר בהכרח מלמדת על היקף ההגנה בצילה יחסה אותו אדם המופיע בסעיף 47 כאמור ("אין אדם חייב...") בהתאם לסטטוס שלו - "חשוד", "נאשם", "עד" וכו'. מקובל לחשוב, כי החיסיון מפני הפללה עצמית הינו זכות הנתונה לכל אדם שלא להשיב לשאלות מפלילות - סוג של זכות שתיקה יחסית, השמורה בדרך כלל לעדים, בעוד שהזכות להגנה רחבה

52. המחוקק שולל את הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית בתחומים מסויימים. הדבר מקובל בחוקים פיסקליים. כך לדוגמה, לגבי הדרישה להמצאת מסמכים לשלטונות המס כדי שפקיד השומה יגיע לידיעה מלאה בדבר הכנסתו של אדם. הנישום חייב, על-פי דין, לספק לפקיד השומה את כל הידיעות הנדרשות, אפילו אם תתגלה אגב כך עבירה פלילית. הרציונל שעומד מאחורי ההוראה הוא, שהידיעה הדרושה לפקיד השומה מצויה על-פי רוב בידי האזרח, ואילו פקיד השומה יתקשה בהשגתה מבלי שיתוף פעולה אקטיבי מצידו של הנישום. ראו פקודת מס הכנסה [נוסח חדש], התשכ"א-1961, סעיף 135. בדומה, מקובל לראות את ההוראה בדבר חובת הנחקר בחקירה פומבית על-פי פקודת החברות כהוראה השוללת את הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית, וזאת לנוכח לשון ההוראה האומרת "הנחקר יחקר באזהרה ועליו לענות על כל שאלה שבית המשפט ירשה להציג או יציג לו...". ראו פקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983, סעיף 298(ה). הוראות דומות מצויות בחוק הפיקוח על המטבע, תשל"ח-1978, סעיף 14; וכן, פקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], תשי"ם-1980, סעיף 30(ב); וכן חוק מבקר המדינה [נוסח משולב], תשי"ח-1958, סעיף 11.

53. ביקורת רבה נמתחה באשר לסמכותו של בית-המשפט לחייב אדם למסור תשובה מפלילה. שורש הביקורת נעוץ בניסוחו המעורפל של סעיף 47(ב) העומד בסתירה לזכות השתיקה המוקנית לאדם. גרוס סבור, כי "נכון שסעיף זה אינו קובע מתי יכפה בית המשפט על העד את מתן העדות...יתכן שבת-המשפט ייטו דווקא לפרש סעיף זה פירוש מצמצם, כלומר שסעיף קטן (א) והרישא לסעיף קטן (ב) מלמדים על כוונת המחוקק שאין לכפות על עד מסירת עדות העשויה להפילו, ורק אם סבר בית-המשפט שאין באותם דברים בכדי להפילו ולכן כפה עליו מסירת עדות ובדעבד התברר כי אמנם הוא הפליל עצמו - בא הסיפא לסעיף קטן (ב) ומתקן את הדברים על-ידי איסור השימוש באותה עובדה שנחשפה שהוא גם יסוד מיסודות העברה שיוחסה לו" ראו עמנואל גרוס **עד המדינה** (תשמ"ט) 220. קושי נוסף שהסעיף מעלה הוא, שהסעיף אינו פוסל, לכאורה, עשיית שימוש "עקיף" בראיה שנמסרה ושימוש ב"פירוטיה" - ראיות אחרות שהושגו אגב חשיפת הראיה. ראו דיון נרחב לגבי היקף סמכותו של בית-המשפט בהפעלת סעיף 47(ב) בע"פ (ת"א) 71374/03 **שרון נ' מדינת ישראל**, תקדין מחוזי 2003(3) 2951 (2003).

54. ראו קדמי **לעיל**, הערה 49, בעמ' 902.

55. ראו פקודת הראיות **לעיל**, הערה 25, סעיף 47.

יותר בצורת שתיקה מוחלטת - שלא לפצות פה ולא לומר דבר - הוענקה לחשוד בביצוע מעשים פליליים הנחקר על-ידי איש מרות, או לנאשם במשפטו.⁵⁶

גרוס מציג חלוקה נוספת המתייחסת לחשוד. לשיטתו, את היקף החיסיון מפני הפללה עצמית השמור לחשוד צריך לבחון בשני מישורים: החיסיון העומד לחשוד או לנאשם לפני משפטו, והחיסיון העומד לחשוד או לנאשם במהלך המשפט.⁵⁷ לשיטתו, השוני נעוץ בהתפתחות ההיסטורית של השיטה האדוורסרית, שבמהלכה הנאשם היה פסול לעדות במשפטו, אולם הודאותו בפני נציגי הרשות היו קבילות. במילים אחרות, בתי המשפט של ה-Common Law קבעו, שאין לכפות אדם להיות המאשים של עצמו ולכן לנאשם לא הותר להעיד בשבועה. לעומת זאת, באותם בתי משפט נהגו לסמוך על הודאות של הנאשם אשר נגבו ממנו בחקירה מוקדמת על-ידי שופטי השלום, ומשום שהחקירה לא היתה תחת שבועה - לא היה לחיסיון מפני הפללה עצמית כל תוקף משפטי.⁵⁸

סיכום ביניים מעלה, כי זכות השתיקה של נאשם, שנובעת מחסיונו שלא להפיל את עצמו, היא רחבה בהרבה מזו השמורה לו בזמן החקירה, שכן הוא מורשה לבחור שלא להעיד, וממילא שלא להעמיד עצמו לחקירה, מה שאין בידו לעשות בשלב קודם - אין לו זכות להימנע מלהיחקר אלא אך לשתוק במקום שהוא עלול להפיל את עצמו.

הזכות הרחבה העומדת לחשוד או לנאשם במסגרת חקירה משטרית או במסגרת הדיון המשפטי, אינה עומדת לעד. עד בהליך פלילי או אזרחי חייב להעיד וחלה עליו רק הזכות הבסיסית לחיסיון מפני הפללה עצמית, ללא ה"הרחבה" הנעוצה במעמדו כ"חשוד" או כ"נאשם" בעניינו שלו.

על זכות של עד לחיסיון מפני הפללה עצמית במובנה הצר עמד בית-המשפט בפרשת חוגלה:⁵⁹

"החיסיון מפני הפללה עצמית במסגרתה של חקירה מקנה אך זכות שתיקה "יחסית", דהיינו זכות שלא להשיב על שאלות מפלילות..."

בפרשה זו נקבעה קביעה נוספת, שצמצמה את הזכות הקיימת לעד גם כאשר מתנהלים שני הליכים במקביל - אזרחי ופלילי. בית-המשפט דחה בקשה לזכות

56. ראו הטקסט הצמוד להערה 3, לעיל.

57. עמנואל גרוס, "החיסיון מפני הפללה עצמית - האומנם ציון דרך במאבקו של האדם הנאור לקידמה?"; מחקרי משפט ז' (תשמ"ט), 167, 181.

58. גרוס מציין, שגם בשלב מאוחר יותר, כאשר גובשו "תקנות השופטים" אשר קבעו, בין היתר, את החובה להזהיר את החשוד כי אינו חייב להפיל את עצמו, הן היו לא יותר מאשר הנחיות שהפרתן לא גרמה בהכרח לפסילת ההודאה. שם, שם.

59. ראו רע"א 5381/91 לעיל הערה 3, בעמ' 381.

שתיקה "מוחלטת" מצידו של עד בהליך אזרחי מתוך חשש שמא יפליל עצמו בהליך הפלילי:⁶⁰

"... זכות השתיקה של נאשם מוגבלת למשפט בו הוא מואשם, והוא הדין בזכות השתיקה של חשוד שאף היא מוגבלת לחקירה בה הוא מואשם. מחוץ למסגרת המשפט הפלילי המסוים, ומחוץ למסגרת החקירה המשטרית המסוימת, דין הנאשם והחשוד כדין כל אדם. עומדת להם הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית, אך אין עומדת להם זכות השתיקה".⁶¹

טענה נוספת של עד להחיל עליו את זכות השתיקה במובנה הרחב בעדותו בהליך האזרחי, מחשש שיחשוף את קו הגנתו, נדחתה בפרשת חכמי:⁶²

"לעניין החיסיון מפני הפללה עצמית אין הצדקה רעיונית להבחנה בין עד העלול להפליל עצמו כאשר משפטו תלוי ועומד נגדו לבין עד העלול להפליל עצמו ועדיין אין מתנהל נגדו משפט באותו עניין אלא צפוי להתנהל כזה בעתיד. בשני המקרים עליו להעיד, ובשני המקרים ניתן לו חיסיון מפני הפללה עצמית".⁶³

בית המשפט מוסיף:

"זכות זו אינה קיימת באופן עצמאי, נראה כי זכות זו נגזרת מזכות השתיקה ומשיטת המשפט האדוורסרית, המטילה את נטל הוכחת האשמה על התביעה. כשם שזכות השתיקה אינה עומדת לעד, כך גם הזכות שלא לחשוף את קו הגנתו אינה עומדת כנגד החובה להעיד... על כל פנים, אין בכוחה של הזכות העומדת לנאשם שלא לחשוף את קו הגנתו, כדי למנוע ממנו מתן עדות במשפטו של אחר".⁶⁴

הקושי המתעורר בספרות ובפסיקה הוא, מתי משתנה הסטטוס של אדם המשיב לשאלות. השאלה רלוונטית לגבי סדרה של מצבים בהם אדם חייב לענות על השאלות שנשאל כעד, ובמהלך עדותו הופך הוא לחשוד. את הקושי הזה ניסתה השופטת דורנר ליישב בפרשת אלמליח:⁶⁵

"כידוע, מימוש הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית במהלך חקירת המשטרה אינו מותנה בקביעת מעמדו הפורמאלי של הנחקר כעד או

60. שם, שם.
61. דעה דומה באותו עניין הושמעה על-ידי השופטת שטרסברג-כהן בפרשת לופטין, ראו רע"א 854/97, לופטין יצחק נ' מוניקה תכשיטים בע"מ ואח', פדאור 97(ד), 80, בעמ' 2 (1997).
62. בג"צ 6319/95, יוסף חכמי נ' שופטת בית המשפט השלום בת"א ואח', פ"ד נא(3), 750 (1997).
63. שם, בעמ' 764.
64. שם, בעמ' 766.
65. רע"פ 3445/01, אלמליח נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(2), 865, 869 (2002).

כחשוד. בעניין זה, המבחן הוא מהותי ומתמקד בשאלה האם בתשובות שהנחקר נדרש לתת יש כדי להעמידו בסיכון ממשי שיואשם בפלילים, שאז אין הוא חייב להשיב לשאלות חוקריו...

עם זאת, הכלל הוא, שכאשר משתנה מעמדו של מי שנחקר על-ידי המשטרה והוא הופך מעד לחשוד בביצוע עבירה, קמה לו זכות רחבה עוד יותר - לשתוק בחקירתו מבלי לומר דבר אף ביחס לשאלות שאילו היה עד מחויב על-פי חוק להשיב עליהן. שאלת מעמדו של הנחקר, כעד או כחשוד, עשויה אפוא לעורר קושי - כפי שאירע בענייננו - כאשר המשטרה מצפה מנחקר, כי ימלא חובותיו על-פי החוק כעד, הגם שהנחקר מבקש לממש את זכויותיו כחשוד. אזי, השאלה הרלוונטית היא, על-פי אילו אמות-מידה יש לקבוע את מעמדו של הנחקר.

המשטרה, כרשות שלטונית, חבה בחובה מוגברת של הגינות כלפי נחקרים, למצער ככל שהדבר נוגע למימוש זכויותיהם... מחובה זו נגזר כי המשטרה מנועה מלהתכחש למצג שהעמידה בפני נחקר בדבר זכויותיו, אם הנחקר הסתמך על מצב זה ושינה את מצבו לרעה. על כן, אף כאשר הנחקר לא הוזהר פורמאלית כי הוא נחשד בביצוע עבירה, ברי כי הוא רשאי לממש את זכות השתיקה אם המשטרה העמידה בפניו מצג שלפיו היא חושדת בו כי ביצע עבירה, בוודאי שמצג זה של המשטרה שולל את הפליליות הטמונה בסירובו של הנחקר להשיב לשאלותיה בנסיבות אלו, אף אם יתברר בדיעבד כי הנחקר היה במעמד של עד".

יוצא איפוא, שהפסיקה שהבחינה בין מעמדו של החשוד או הנאשם לבין מעמדו של העד - החילה את הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית בצורתה כזכות השתיקה המוחלטת, היינו באופן הרחב, בעוד שזכות זו, השמורה גם לעדים במצבים אחדים, צומצמה על-ידי הפסיקה רק למצבים בלתי נמנעים, שבהם העד יכול להביא לידי הפללתו.

הדיון לעיל לגבי התחולה הפרסונלית של הזכות, מעורר את השאלה לגבי מהותה של השתיקה הטמונה בזכות - האם היא חלה רק על ראיה ורבאלית, מילולית, או אולי היא תחול על כל מסמך היכול להוות ראיה שהרשות מנסה לבסס דרך החשוד. על שאלה זו ואחרות אנסה לענות בשורות הבאות.

3. תחומי החיסיון

הניסוח השונה של הוראות החוק המסדירות את נושא תחולה החיסיון בפקודת הפרוצדורה הפלילית ובפקודת הראיות, מצדיק את הדיון בשאלה שאותה עוררתי לעיל, ולגביה קיימת כתיבה רבה והתייחסות בפסיקה. בעוד שקיימת הסכמה לגבי סעיף 2(2) לפקודת הפרוצדורה הפלילית, העוסק בזכותו של נחקר לסרב ל"שאלות שהתשובות עליהן יהיה בהן כדי להעמידו בסכנת האשמה

פלילית", חל אך ורק על הראיה המילולית,⁶⁶ שונה העניין לגבי סעיף 47 לפקודת הראיות, לאור קביעתו כי:

"אין אדם חייב למסור ראיה אם יש בה הודיה בעובדה שהיא יסוד מיסודותיה של עבירה - שהוא מואשם בה, או עשוי להיות מואשם בה."

המחוקק לא פירט מהי אותה ראיה, ולא יזה יסוד מיסודותיה של העבירה היא מתייחסת. האם יש לפרש את מילותיו של הסעיף כמתייחסות רק לעניין ראיות שיש בהן הודאה ב"יסודות העבירה", משמע רכיבי היסוד הנפשי והעובדתי, או, אולי לכל רכיב אחר של העבירה? קדמי מציין, כי אין תמימות דעים בקשר להיקפה של הזכות - האם היא חלה רק על ראיה המפלילה במישורין - ראיה שהיא עצמה תביא להפלת העד, או שמא גם לראיה עקיפה, דהיינו, חשיפת "קצה חוט" אשר בחקירה יוביל להפלת הנאשם. בתי-המשפט נוטים לפרש את המושג "הפללה עצמית" בהרחבה, ונמנעים מלחייב מתן תשובה שיש חשש שהיא מעמידה את המשיב ב"סכנה ממשית של הפללה".⁶⁷

התשובה לשאלה זו תסייע לנו בהבחנה בין חסינות מהפללה עצמית, הנסובה על תשובות בעל-פה לשאלות שנשאל אדם, לבין חסינות מהפללה עצמית, שכוללת גם מסירה של מסמכים המוחזקים בידו של אדם. ההיגיון בהבחנה זו נעוץ באחד מהצידוקים המסורתיים שניתן לזכות השתיקה,⁶⁸ היינו, שהחיסיון מפני הפללה עצמית נועד להגן על החשוד מפני אלימות חוקרים. לעומת זאת, במקרה של קבלת ראיה חפצית קיימת מהחשוד, או כל ראיה אחרת כמו דם, שיער וכולי, הנחוצות לבדיקות מעבדתיות, ממילא אלימות חוקרים אינה יכולה להשפיע על אמינותן.⁶⁹

נדמה שהדיון בשאלה זו בספרות העיונית ובפסיקה, ימיו כימי המשפט בישראל. קדמי סבור כי:⁷⁰

"הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית מתייחסת ל"הפללה" בהתבטאות בעל-פה או בכתב - לרבות בהצגה של חפצים מפלילים."

קדמי נשען בתפיסתו על פרשת חורי, בה נקבע:

"איש אינו חייב להשיב על שאלה, אם התשובה לשאלה עלול להיות בה, לדעת בית-המשפט, כדי להניח את היסוד להבאתו לדין פלילי של מי שמשיב את התשובה. זכות זו מתייחסת גם לדרישה להצגתם של מסמכים ומיטלטלין אחרים."⁷¹

66. ראו גרוס לעיל, הערה 57, בעמ' 183.

67. ראו קדמי לעיל, הערה 49, בעמ' 901.

68. ראו פרק ה להלן, ההצדקות והרציונלים לחיסיון מפני הפללה עצמית.

69. ראו גרוס לעיל, הערה 57, בעמ' 185.

70. ראו קדמי לעיל, הערה 49, בעמ' 908.

71. ע"פ 663/81, אברהם חורי נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2), 85, 91 (1982).

עיון מעמיק בפסיקה מעלה, כי השאלה נדונה שנים רבות קודם לכן, עת בית המשפט דן בערעורו של אדם שהורשע במסירת ידיעות בלתי נכונות בהצהרת ההון שהגיש לשלטונות המס. לטענתו, הצהרת ההון הכוזבת, שממנה עלה לכאורה שעבר עבירות מס, משולה להתוודות, וככזו עליה להיות מרצון טוב וחופשי. החובה למסור את ההצהרה, וממילא את הידיעות הכלולות בתוכה, נוגדת את זכותו לחיסיון מפני הפללה עצמית, ולפיכך הוא מבקש מבית המשפט לפסול את הראיה המרכזית נגדו - הצהרת ההון הכוזבת. בית-המשפט קבע, שהחיסיון מפני הפללה עצמית לא חל על המסמכים הנדונים; היינו, החיסיון אינו חל על רישומים שהחוק דורש מן האזרח לעשותם מתוך מטרה שיבאו לידיעת הציבור.⁷²

בפרשה אחרת, פרשת **קלקודה**,⁷³ נדרש בית-המשפט לבחון מחדש את שאלת התחולה העקרונית של החיסיון מפני הפללה עצמית על מסמכים. בפרשה זו הדיון נסב על סירובם של בעלי משק חקלאי למסור לרשות לפיקוח חקלאי מסמכים שונים וביניהם ספרי חשבונות, חשבוניות מס, ספרי תקבולים ותשלומים וכיוצא באלה, שיש בהם כדי להעיד על תוצאתם. את סירובם נימקו בחיסיון מפני הפללה עצמית. בדיון מקיף שערך בית המשפט בשאלת ההבחנה הרעיונית בין תחולת החיסיון מפני הפללה עצמית לעניין עדות קומוניקטיבית לבין החלתה על מסמכים, מגיע בית-המשפט למסקנה, שהחיסיון נסוג מפני סעיף 21 לחוק הרשות לפיקוח חקלאי, שאינו כפוף להגנת החיסיון, ומחייב את בעלי המשק החקלאי למסור מסמכים לרשות.⁷⁴

פרשה נוספת ומשונה במעט, שמהותה חיוב נאשם למסור תיק חקירה, ושיש בה בכדי ללמד על היקפו של החיסיון מפני הפללה עצמית, הינה פרשת **לגזיאל**.⁷⁵ בפרשה זו, סירב הנאשם לבקשת הפרקליטות למסור תיק חקירה שאבד בפרקליטות ושמצוי בידי עורך-דינו של הנאשם, שהתקבל לידי תוך כדי ההליך לשם עיון בחומר החקירה.⁷⁶ סירובו של הנאשם למסור את המסמכים נבע, לשיטתו, מתוקף החיסיון מפני הפללה עצמית. בית-המשפט קבע, בין היתר, כי המסמכים נערכו ע"י הרשות, ולנאשם לא היה חלק בעריכתם ובתוכנם, שאינו פרי מחשבתו ויצירתו. בנוסף, המסמכים אינם קניינו, למעט נייר הצילום. לפיכך, אי מסירתם לרשות הינו שימוש מצידו בזכות בחוסר תום לב.⁷⁷ בית-המשפט הורה לנאשם למסור את המסמכים לידי הפרקליטות.

נדמה שהגולל נסתם על השאלה בפרשת **גלעד שרון**.⁷⁸ במסגרת הפרשה נחקר חשד למעורבותו של גלעד שרון, בנו של ראש הממשלה, בקבלת כספים באופן

72. ראו ע"פ 242/63 לעיל, הערה 38, בעמ' 492.
 73. ע"פ 725/97, **קלקודה נ' הרשות לפיקוח חקלאי**, פ"ד נב(1), 749 (1998).
 74. שם, בעמ' 768.
 75. ע"פ 7574/99, **מדינת ישראל נ' לגזיאל**, פ"ד נד(2), 289 (2000).
 76. חוק סדר הדין הפלילי לעיל, הערה 46, ס' 74.
 77. ראו 7574/99 לעיל, הערה 75, בעמ' 295-296.
 78. ראו 8600/03 לעיל, הערה 7.

בלתי חוקי מאיש העסקים הדרום-אפריקני סיריל קרן. במהלך החקירה שמר גלעד שרון על זכות השתיקה ולא שיתף פעולה עם חוקריו. שיתוף הפעולה נדרש מצידו למסירת מסמכים שהיו ברשותו, הנוגעים לפרשיות השונות, אותם לא השיגו החוקרים בשל הימנעותם מעריכת חיפוש בביתו של ראש הממשלה דאז. בית-משפט השלום הורה לשרון למסור את המסמכים שפורטו בצו. הערכאות השונות שדנו בסוגיה הפכו זו את החלטת קודמתה.⁷⁹ ביהמ"ש העליון, אשר ישב בהרכב מורחב של חמישה שופטים קבע,⁸⁰ לאחר ניתוח מעמיק של זכות השתיקה, שזו אינה משתרעת גם על מסמכים שהחשוד מתבקש למסור. הדיון שקיים בית המשפט בשאלה זו התבסס על ניתוח הרציונלים העומדים בבסיסה של הזכות, רציונלים שנדון בהם להלן.

ה. ההצדקות והרציונלים לחיסיון מפני הפללה עצמית

1. כללי

בספרות העיונית⁸¹ ובפסיקה⁸² קיים דיון רחב לגבי היקפה ותחומי השתרעותה של זכות השתיקה. הדיון נסוב בעיקר לגבי הרציונלים והטעמים הקיימים ביסודה של הזכות. כך לדוגמה, בפרשת שרון, שהוזכרה בקצירת האומר בסוף הפרק הקודם,⁸³ התבסס בית-המשפט טרם החלטתו על הטעמים המצויים בבסיסה של הזכות וביישומם. בפרשה מוקדמת יותר⁸⁴, מנה בית-המשפט שלושה טעמים להצדקתה של זכות השתיקה:

- א. הרצון החברתי לאזן בין הצורך ביציבות, חוק וסדר לבין החשש מפני האדרת כוחם של השלטון המרכזי וזרועו המשטרית.
- ב. החשש הנובע מהרחבת החובות מסוג 'עשה' משום הטלת גזירות שרוב הציבור לא יוכל לעמוד בהן.
- ג. החשש מפני מתן עדות שקר מצידו של חשוד או נאשם, שהחיסיון משמש אלטרנטיבה לה.

79. כך לדוגמה, הפכה ערכאת הערעור את החלטת ביהמ"ש השלום וקיבלה את הטענה שזכות השתיקה של החשוד כוללת בחובה גם את הזכות שלא למסור מסמכים לרשות. ערעור ברשות שהוגש לביהמ"ש העליון הפך כידוע את החלטת ביהמ"ש המחוזי. ראו ב"ש (שלום - ת"א) 339/03, שרון נ' מדינת ישראל, דינים שלום כ"ד 312, מיום 6.8.03. וכן, ע"פ (ת"א) 71374/03, לעיל, הערה 53.

80. ראו 8600/03 לעיל הערה 7.

81. דוד ליבאי "חקירת חשוד והחיסיון מפני הפללה עצמית" הפרקליט כט (תשל"ד) 92, 98. וכן, גרוס לעיל הערה 57, ע"פ 172-181. וכן הרנון לעיל, הערה 9, בעמ' 110.

82. ע"פ 196/85 ישראל זילברברג נ' מדינת ישראל פ"ד מד(4) 485, בעמ' 495-496 (1990). וכן, 232/55 היועץ המשפטי נ' גרינוולד פ"ד יב(3) 2070, 2078 (1958). וכן, ע"פ 242/63 לעיל, הערה 38, בעמ' 489-492.

83. ראו ע"פ 8600/03 לעיל, הערה 7.

84. ראו ע"פ 196/85 לעיל, הערה 82.

במקומות אחרים⁸⁵ מצאנו דיון מעמיק יותר וטעמים נוספים להצדקתה של זכות השתיקה שיש לנחקר. בשורות הבאות נתייחס לחלק מהם - לאלה שיקדמו אותנו בדיון המרכזי זכות השתיקה בדיני המס.

2. החיסיון כתוצר השיטה האדוורסרית

החיסיון מפני הפללה עצמית התפתח, כאמור, במשפט האנגלי על רקע נסיבות מיוחדות של הזמן. יש כאלה הרואים בו דבר ייחודי לשיטת המשפט האדוורסרי אשר לפיו, המדינה היא זו האמורה להוכיח את העבירה המיוחסת לנאשם כביכול, מתוך ראיות עצמאיות ובלתי תלויות בנאשם עצמו.⁸⁶

על-פי גישה זו, המדינה, שלרשותה תקציבים, פרקליטים, אנשי חוק ושופטים, עומדת מול האזרח חסר האמצעים. במציאות כזו, החיסיון הוא הכוח המוחלט היחיד אשר בידי החשוד, עמו הוא יכול להדוף את המתקפה נגדו.⁸⁷ ליבאי סבור, כי הצדקה זו הינה ההצדקה העיקרית להכרה בזכות, מן הטעם שהחיסיון מהווה יסוד אדוורסרי, שנעץ בתוך השיטה האינקוויזיטורית הטרנס-משפטית, מתוך מטרה להציב גבולות לכוחה של הרשות.⁸⁸

נדגיש, שהזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית אינה נהוגה רק בשיטת המשפט האדוורסרית והיא חלה גם בשיטת המשפט הנהוגת בקונטיננט.⁸⁹

ביקורת: לו היינו מאמצים גישה זו, הרי שלא היינו יכולים להתייחס לאף אימרה ולאף ראיה שבאה מצד הנאשם עצמו, והרי ידוע שאין זה כך במשפט הישראלי. זאת ועוד, במספר לא מבוטל של עבירות, העד המרכזי או אף היחיד, הוא החשוד בעבירה; לו שיטה זו תאומץ, הרי שבמקרים כאלה לא תהיה אפשרות להוכיח את העבירה.⁹⁰ בנוסף, השיטה האדוורסרית אינה גורסת, כי חשוד רשאי למלא פיו מים ובלבד שלא תיחשף עבירתו.

3. החיסיון כהגנה מפני שימוש לרעה על-ידי הרשויות

החיסיון על-פי נימוק זה מהווה, למעשה, אמצעי מניעת-הרתעת המונע מראש ניסיון של השגת הודאה של החשוד באמצעים פסולים כמו איום, פיתוי ולחץ. עוד בשנותיה הראשונות של המדינה, בית המשפט העליון ציין, כי לא יהסס לפסול הודאה שנגבתה באמצעים פסולים, וזאת בכדי להניא את השוטרים מלנקוט אמצעים לא חוקיים, בלתי כשרים, ל"סחיטת" הודאות מחשודים.⁹¹

85. ראו גרוס **לעיל**, הערה 57. וכן, רוטקופף **לעיל**, הערה 17.

86. ראו גרוס **לעיל**, הערה 57, בעמ' 174.

87. ראו רוטקופף **לעיל**, הערה 17, בעמ' 58.

88. ראו ליבאי **לעיל**, הערה 81, בעמ' 96.

89. ראו גרוס **לעיל**, הערה 57, בעמ' 174.

90. **שם**, עמ' 175.

91. ע"פ 56/51, **מזרחי נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד 9(ה), 1504, 1513 (1951).

רוטקופף מדגיש⁹², שהצדקה זו יוצאת מנקודת הנחה, שהמשטרה לא תפעל מתוך שיקולים זרים ולא תנסה "לתפור תיק" על חשודים, שלדעתה הינם חפים מכל פשע, אלא דווקא מתוך רצון להרשיע את הנאשם, מלווה ב"עצלות" וברצון "לעגל פינות" על-מנת להגיע להודאה מהירה ויעילה במקום לנסות לתור אחר ראיות "חיצוניות" להרשעה.

בתי המשפט ציינו, כי איסור שימוש באמצעי לחץ כלפי חשוד יכול לנבוע מתוך שתי מטרות אפשריות:

א. העדפת שלמות גופו ורוחו של האדם, אפילו הוא חשוד בביצוע עבירה, על-פני כל שיקול אחר, ובכלל זה אמינותם של הדברים הנרשמים בהודאה⁹³;

ב. החשש מפני חוסר אמינותם של דברים הנמסרים על-ידי אדם בתנאי לחץ.⁹⁴

נדמה שגם המתנגדים לזכות מסכימים, שכל אדם זכאי להליך הוגן - שלא יופעלו עליו כל לחצים בלתי אנושיים על-פי טבעם, כמו לחצים פיזיים ולחצים נפשיים - אולם לדעתם, גם נימוק זה אינו מצדיק את הזכות במלואה.

ביקורת: ספק אם יש כיום במדינה דמוקרטית או בשיטת משפט מערבית, חשש אמיתי מפני הפעלת לחץ פיזי כלפי חשודים וזאת בעיקר על רקע הזכויות החוקתיות המוגדרות, כמו זכות היוועצות בעורך-דין, תיעוד הליך החקירה וכו'. בנוסף, אם אכן יש חשש מלחץ פיזי, כזה או אחר, ניתן להתמודד עמו באמצעות סנקציות ענישה על החוקר, ולא על-ידי פסילת ההודאה ובוודאי לא על-ידי מתן זכות שתיקה, שבמיוחד בעבירות חמורות פוגמת בגילוי האמת ובהענשת העבריינין.

4. הפללה עצמית - עדות שקר - ביזיון בית המשפט

הצדקה זו מכונה "בעיית הטרילמה" שבפניה יעמוד החשוד אילו הזכות תבוטל: **להודות** ולגלות קלונו ברבים, וכך להזמין עליו עונש,⁹⁵ **לשקר** וכך לחשוף עצמו לחקירה סבוכה יותר, שבסופה הוא עלול לעמוד לדין גם בגין עדות שקר באם תוכח אשמתו,⁹⁶ **לשתוק** וכך לחשוף עצמו לעבירת הביזיון.

הצדקה זו הינה אינטואיטיבית במהותה ומעמידה בפני החשוד שלוש אופציות רעות מבחינתו, וזו הסיבה שהצדקה זו זכתה גם לכינוי "רציונל

92. ראו רוטקופף לעיל, הערה 17, עמ' 29.

93. ע"פ 183/78, 191/79, אבו מידג'ם נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(4), 533, 540 (1980).

94. ע"פ 412/70, ליבוביץ' נ' מדינת ישראל, פ"ד כה(2), 225, (1971) וכן, ע"פ 127/76 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(13), 507, 515 (1976).

95. ראו ליבאי לעיל, הערה 81, בעמ' 98.

96. שם, בעמ' 99.

אינטואיטיביי".⁹⁷ ליבאי סבור, כי יש משהו בלתי סביר ובלתי אנושי להעמיד אדם בפני טרילמה זו.⁹⁸

ביקורת: נדמה, כי אין משהו לא אנושי בחיובו של חשוד לומר אמת ולמסור גירסה בקשר לחשד המיוחס לו. זאת ועוד, במאזן בין שני אינטרסים - זכות החשוד מפני הפללה עצמית מול זכות רשויות האכיפה ללמוד את האמת מפיו - אין לומר כי הדרישה מהחשוד או נאשם לומר את האמת ולמסור גרסה הינה בלתי סבירה או לא אנושית. גרוס ממשיך ושואל, האם מתקבל על הדעת כי אדם שעבר עבירה רשאי לדרוש מהחברה, כי תימנע מלהעמידו באותה התלבטות. האם ההגנה על עבריין היא ערך הגובר על זכות החברה לדעת?⁹⁹

5. משחק הוגן

הצדקה זו אף היא מתבססת על השיטה האדוורסרית, שלפיה השחקנים הינם יריבים האמורים להתחרות ביניהם בצורה הוגנת וספורטיבית. בנטהם ביסס נימוק זה על תיאוריית "הצייד והשועל", לפיה הצייד מאפשר לקורבנו להתרחק מרחק סביר בטרם ילכוד אותו. במלים אחרות, באמצעות החיסיון מפני הפללה עצמית, המשפט מאפשר לחשוד לנסות להגן על עצמו מפני המדינה המנסה ללכודו.¹⁰⁰ אכן, על-פי נימוק זה, אין קושי להסביר את החיסיון, הנותן למתחרה חלש מקדם ביטחון טרם התמודדותו עם יריב חזק יותר - המדינה, וזאת כדי לשפר את סיכוייו. נדמה, שגם טעם זה נעוץ בשיטת המשפט הנוהגת בישראל, אשר כמו כל שיטה משפטית, קובעת לעצמה את הכללים והפרוצדורות על-פיהם יתברר המשפט הפלילי והאמת תצא לאור. קביעתם של כללים אלה חייבת להיות הוגנת ומתחשבת במעמדם ובכוחם של הצדדים ליריבות: מצד אחד, המדינה, שלרשותה צבא גדול ופרשים בדמותם של רשויות האכיפה - משטרה ופרקליטות, ומהצד האחר, החשוד או הנאשם המתמודד עם מערכת זו.

ביקורת: טעם זה מדמה את שיטת המשפט לתחרות ספורט ואת יריבות הצדדים לזירת התגוששות בין מתחרים.¹⁰¹ כידוע, המשפט הינו הליך של בירור העובדות ובדיקת אשמתו של הנאשם, ולפיכך הליכי המשפט בכלל והמשפט הפלילי בפרט, אינם יכולים להידמות למשחק ואין כל תחרות בין היריבים המצויים בו. יתרה מכך, אין כל חוסר הוגנות בכך שאדם זכאי, שבודאי לא

97. ראו רוטקופף **לעיל**, הערה 17, בעמ' 41.

98. ראו ליבאי **לעיל**, הערה 81, בעמ' 98.

99. ראו גרוס **לעיל**, הערה 57, בעמ' 173.

100. **שם**, בעמ' 177.

101. רבים מאנשי המשפט נוהגים לתאר את השיטה המשפטית הנוהגת בישראל, השיטה האדוורסרית ומהלכי המשפט, כזירת אגרוף שבה היריבים מנהלים דו-קרב לפני עיניו הבוחנות של השופט. כך לדוגמה, תיאר השופט זוסמן את היריבות בביהמ"ש "אם לא יצטמצם השופט בטענות בעלי הדין, אלא יורד לזירת ההתגוששות...". ע"א 1166/66, **חלקה 62 גוש 6946 בע"מ נ' מוניק זמל**, פ"ד כ(4), 226, 232 (1966).

ביצע את המעשים המיוחסים לו, ימסור גרסתו כאשר אין לו מה להסתיר ולא יסתתר מאחורי החיסיון, שכן הוא איננו מפליל את עצמו. נקודת המוצא לביקורת זו היא, שזכאי יוכל, אם ירצה, להוכיח את צדקתו, שכן הוא אינו זקוק לזכות השתיקה מאחר שבהסבריו אינו מפליל עצמו אלא להיפך - הוא מנקה הוא את עצמו מהחשדות המיוחסים לו.

6. החיסיון כתוצר של חירות הפרט

טעם נוסף הנובע, לדעתנו, מהתפתחותה של הזכות במשפט האמריקאי, הינו הטעם השמור לאלה הרואים את החיסיון מפני הפללה עצמית כחלק מזכות הפרטיות השמורה לאדם. גרוס מדגיש, כי הזכות לפרטיות, אשר התפתחה בשנות ה-60 של המאה הקודמת בארצות-הברית, כללה מרכיב חשוב המצוי ביסוד החיסיון מפני הפללה עצמית.¹⁰² למעשה, הזכות לפרטיות, שעוצבה במשפט האמריקאי כללה, בין היתר, את זכותו של אדם "לשלוט" על המידע אודותיו.¹⁰³ אחרים שצידדו בגישה זו, הדגישו דווקא את המגבלה של החברה לחדור לפרטיותם של האינדיבידואלים המרכיבים אותה. כך לדוגמה, גביזון הגדירה פרטיות באופן שיכלול את המרכיבים חשאיות-אלמוניות-בדידות (Secrecy- Anonymity- Solitude).¹⁰⁴

מכאן, שלדעתם של התומכים בטעם זה, מוצדק להכיר בחיסיון מפני הפללה עצמית, בין היתר בכדי להגן על אותה "חשאיות", "אלמוניות" ו"מסתוריות" המצויים בבסיסה של הזכות לפרטיות, שאלמלא כן, בהיעדרו של החיסיון יהיה האדם חייב לשתף את חוקריו במסתרי ליבו - עניין העומד, כאמור, בסתירה לזכות הפרטיות.¹⁰⁵

ביקורת: כיום הזכות לפרטיות מוגנת בשני חיקוקים - חוק הגנת הפרטיות¹⁰⁶ וחוק האזנת סתר.¹⁰⁷ ועניינה של הזכות הוא הגנה על פרטיותו של אדם ואין

102. ראו גרוס לעיל, הערה 57, בעמ' 60.

103. ראו רוטקופף לעיל, הערה 17, בעמ' 60.

104. ראו ציטוט של גביזון מתוך 421, 89 *Yale L.J.*, (1980), R. Gavison, "Privacy and the Limits of Law", כפי שמובא אצל רוטקופף לעיל, הערה 17, בעמ' 60.

105. אלה המוצאים תימוכין לטעם זה מהמשפט האמריקאי קושרים את הזכות לפרטיות לחיסיון מפני הפללה עצמית ממבנה החוקה. בעוד הזכות לפרטיות מופיעה בתיקון הרביעי לחוקה, החיסיון מפני הפללה עצמית מצוי בתיקון החמישי, כאמור. לדעתם, הסמיכות שבחיקוק שתי הזכויות מלמדת על הקשר שבין שתיהן. לשיטתם, גם הגדרתה של הזכות לפרטיות, כפי שהיא חקוקה בתיקון הרביעי והמובאת להלן, מלמדת שהיא כוללת את ההפללה העצמית.

"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".

המונח *In their persons* ניתן להבנה ככולל גם את הדברים הפרטיים, ומכאן שהוא מגן על ההפללה העצמית. ראו, תיקון רביעי לחוקת ארה"ב.

106. חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

107. חוק האזנת סתר, התשל"ט-1979.

היא כוללת את החיסיון מפני הפללה עצמית ובוודאי שלא עזרה לאדם להסתיר מעשה עבירה מעיני הרשות. כך בפרשת **ועקנין** קבע השופט בך (במיעוט):

"האמת העובדתית אכן עדיפה בכל משפט על חיסכון מסוים בזמן השיפוט. עם זאת, קבע המחוקק בחוק הגנת הפרטיות, כי פרטיותו של אדם ראויה להגנה וכי דבר המושג כתוצאה מצנעת הפרט, לא יוכל להועיל לפוגע בדיון המשפטי, אלא אם כן יחליט בית-משפט אחרת, על-פי שיקול דעתו. זהו אחד המקרים החריגים בהם ניתנה עדיפות לאינטרס ציבורי אחר על-פני האינטרס שבגילוי כל ראויה אפשרית בעת דיון משפטי."¹⁰⁸

יתרה מכך, הזכות לפרטיות לא נובעת מהרעיון, כי זכותו של אדם לפינה משלו שם יוכל, באין מפריע, לעבור עבירות. הזכות לפרטיות נועדה, בין היתר, לבקר את מעשי הרשות במעקבה אחר התנהגות האזרח.¹⁰⁹ ניסיון לכלול בזכות זו את החיסיון מפני הפללה עצמית היה בהכרח גורר גם איסור לחשוף עובדות העלולות לפגוע בשמו הטוב של האזרח, קשריו האינטימיים או מעמדו החברתי - ערכים שלגביהם נקבע בפסיקה שהם נדחים ואינם שקולים כנגד זכותה של המדינה לחקור מעשה עבירה.¹¹⁰

7. החיסיון כהגנה על חופש הביטוי

הצדקה נוספת שמקורה אף הוא בהתפתחות זכויות האדם בארצות הברית, היא הגישה הרואה את החיסיון מפני הפללה עצמית כהגנה על חופש הביטוי, דהיינו - הגנה מפני פגיעה אפשרית בחופש הביטוי או האמונה, וכן במניעת או סיכול חקיקתם של "חוקים רעים". רוטקופף מציין¹¹¹, כי בתקופת הסנטור מקרתי בארה"ב התחולל "ציד מכשפות" אחר אנשים שהחזיקו בדעות פרו-קומוניסטיות, והחיסיון שימש כמפלט מפני רדיפות המשטר. אלה טענו, כי החיסיון מפני הפללה עצמית נועד, בין היתר, להגן על חופש הביטוי והאסיפה, המעוגן בתיקון הראשון לחוקה האמריקאית.

"Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances"¹¹²

108. ד"נ 9/83, בית הדין הצבאי לערעורים נ' משה ועקנין, פ"ד מב(3), 837, 873 (1988).

109. ראו גרוס לעיל, הערה 57, בעמ' 79.

110. ראו דברי המשנה לנשיא מנחם אלון בד"נ 9/83 לעיל, הערה 108, בעמ' 849.

111. ראו רוטקופף לעיל, הערה 17, בעמ' 72.

112. "הקונגרס לא יחוקק חוק הנוגע למיסודה של דת, או אוסר פולחן דתי חופשי, או מגביל את חופש הדיבור או העיתונות או זכותם של בני-אדם להתכנס בדרך - שלום ולבקש מן הממשל תיקון של עוולות", ראו תיקון 1 לחוקת ארצות-הברית של אמריקה.

מבין התומכים בנימוק זה יש כאלה שמתחו את ההצדקה עד כדי הטענה, שהחיסיון מהווה הגנה על חופש הביטוי בכך שהוא יביא לצמצום חוקים האוסרים "חקירת דעות" ופגיעה בחופש הביטוי - לא רק מניעת הפגיעה על-ידי רשויות החקירה, אלא הרתעת המחוקק מקביעת האיסור. נראה שהצדקה זו תשמש כמשענת לטענתם של כל אישי הציבור בארץ, הנאחזים בחיסיון מפני הפללה עצמית בעת חקירתם על-ידי רשויות האכיפה, כאשר הם נדרשים להסביר מעשים אחדים בהם הם חשודים.

נדגיש, כי בתי המשפט בארה"ב סירבו דה-פקטו להכיר בזכות השתיקה כמגינה על זכות הביטוי, בכך שדחו את טענותיהם של חשודים להכיר בחקירות הפוליטיות כמנוגדות לחופש הביטוי והאסיפה שלהם, אם כי הם לא מצאו דרך להתגבר על בקשתם של החשודים לשמור במקרים כאלה על שתיקה דה-יורה.

ביקורת: כיום, במדינות דמוקרטיות בהן חופש הביטוי אינו נזקק עוד להגנה של החיסיון מפני הפללה עצמית, נשמטת הקרקע מפני רציונל זה. זאת ועוד, גם אם תתקבל הצדקה זו, הרי שהיא יכולה להגן על 'מתנגדי המשטר' רק בפני הליך פלילי, אך אין היא יכולה להגן עליהם מפני אמצעים אחרים שניתן להשית עליהם. יתרה מכך, רציונל זה יהיה תקף רק לגבי עבירות אחדות, שביסודן חופש הביטוי, אך מה לגבי עבירות אחרות, שאינן קשורות ל"חקירת דעות", והרי ההצדקה נועדה לתת לגיטימציה לחיסיון בכל תחום עבירה שם הוא חל.

8. מקלט לעבריינים וגם מגן לחפים מפשע

החיסיון מפני הפללה עצמית נתפס כמקלט לעבריינים שיש להם סיבה לחשוש ויש להם מה להסתיר מעיני החוק. ואכן, לעבריינים אלה, החיסיון אכן מהווה מקלט מפני החוק - הם רשאים להסתיר את עבירותיהם ובכך אף להכשיל, אולי, את חקר האמת. לפיכך, אנו נוטים לקשור בין הצורך לשתוק ובין הסיבה - החשש להפללה עצמית של אלו שעברו את העבירה. יש כאלה שסבורים, שכשם שהחיסיון מגן על עבריינים, הוא גם משמש כמגן לחפים מפשע. לשיטתם, אדם חף מפשע יכול ליפול בלשונו, ולסבך עצמו בעבירה שכלל לא ביצע עקב חרדה, בלבול ועצבנות יתר. אף הרמב"ם הכיר באפשרות זו, שאדם יפליל עצמו ויודה בעבירה אותה לא ביצע עקב בלבול או היותו "מר נפש המבקש לטרוף נפשו בכפו והכל כאשר מדובר בעבירה שדינה מוות"¹¹³. יתרה מכך, קיים חשש שחשוד חף מפשע יאמר דברים העלולים להפלילו כאשר הוא מוסר את עדותו במשטרה יותר מאשר עבריין בעל עבר פלילי, המכיר היטב את "חוקי המשחק" והינו מודע לזכויותיו.¹¹⁴ אדם החף מכל פשע הנחקר במשטרה חושש מ"הלבשת תיק" מצידו של החוקר, והוא מתרכז בשאלות שנשאל מתוך מטרה להבין את מטרתו, וזאת במקום להתרכז במסירת האמת - מצב המאפשר לחוקר משטרה מנוסה למצוא סתירות אגביות בעדותו של אותו אדם.

113. רמב"ם משפטים, סנהדרין י"ח, א.

114. קנת מן, "אפליית נאשמים לרעה על רקע חוסר ביצוע החקירה שכנגד", הפרקליט ל"ח, (תשמ"ט), 466.

אפשרות כזו כמעט ואינה קיימת אצל עבריין הממלא פיו מים, ומכיר את כללי המשחק כאמור.¹¹⁵

ביקורת: נדמה שאת הביקורת הממוקדת לנימוק זה, המעלה על פניו סתירה פנימית, מצאנו אצל גרוס.¹¹⁶ הביקורת פותחת בשאלה, הכיצד ייתכן כי חיסיון מפני הפללה עצמית יוכל להגן על חף מפשע? לשיטתו:

"האם תמצוי לומר כי חף מפשע עלול להכשיל בלשונו ולסבך עצמו בעבירה שכלל לא עבר? נדמה כי אפשרות כזו היא בלתי סבירה, ובוודאי שאין היא משקפת את הכלל. לאדם חף מפשע אין מפני מה לחשוש: הוא לא עומד בסכנה של הפללה עצמית, ובוודאי שחיסיון זה אינו דרוש לו כדי להוכיח את צדקתו. כל שעליו לעשות הוא להפנות את חוקריו אל גרסתו האמיתית, ולהעמידה להכרעת בית המשפט."

1. החקירה האזרחית והדילמה

סעיפים רבים בפקודת מס הכנסה ובחוק מע"מ מסמיכים את עובדי המס לחקור, לדרוש ולקבל ידיעות, מסמכים, ספרים או הסברים מהנישום, וזאת בכדי להגיע לידיעה מלאה בדבר הכנסתו של אדם. נדמה, כי ההוראה המרכזית לעניין סמכויותיו של פקיד השומה להשיג ידיעות מהנישום ולדרוש ממנו שיתוף פעולה מלא מצויה בסעיף 135 לפקודת מס הכנסה.¹¹⁷ הוראה זו מאפשרת לפקיד השומה לדרוש מהנישום כל דוח שיצוין בהודעת פקיד השומה. ההוראה ממשיכה וקובעת, כי פקיד השומה רשאי לדרוש מהנישום שיתייצב לפניו, בעצמו או על-ידי נציגו, וימסור לו את כל הפרטים הדרושים, ובכלל זה פנקסים, מסמכים, תעודות ודוחות שפקיד השומה יראה בהם צורך.¹¹⁸

ההוראה ממשיכה וקובעת, כי פקיד השומה רשאי להיכנס לכל מקום בו מתנהל עסק או משלח-יד, לבדוק את כל המסמכים, רשומות ותעודות אחרות, ולדרוש הסברים מבעלי העסק שאליו נכנס. אם לא די בכך, הרי שהוא יכול לחייב את הנישום בעסקו לגלות היכן מצויים פנקסי החשבונות או מסמכים אחרים - להיכנס למקום הימצאם, גם אם אינם מצויים במקום הטבעי של העסק, לבדוק אותם ולדרוש הסברים מהנישום - הסברים שחייב הוא לספק.¹¹⁹

115. השופט חיים כהן מתייחס להבחנה בין חקירת חשוד במשטרה לבין חקירת נאשם בבית המשפט. לשיטתו, חשוד, ובעיקר זה החף מפשע, כל עמידתו בדין אינה אלא רעדה ופחד, מרוב פחד אינו מסוגל לחשוב בקור רוח ולכלכל את ענייניו בסבירות. פחדו גובר עליו ממה שצפוי לו עצמו, והוא פוחד על שלום ילדיו מפרסום גנותו ברבים. מכאן, ניתן ללמוד כי דבריו ובעיקר הודאתו ניתנה כאשר הוא נתון לפחדים אלה, ולעיתים אין בינה לבין האמת ולא כלום. ראו חיים כהן, "על זכויות הנאשם", הפרקליט כ"ו, (תשל"ט), 42, 46.

116. ראו גרוס לעיל, הערה 57, בעמ' 180.

117. הוראה דומה ומקבילה מצויה בסעיפים 108 ו-109 לחוק מע"מ המאפשרת למנהל המע"מ לדרוש מסמכים, דוגמאות וידיעות, ומקנה לו סמכויות חיפוש ותפיסה שכוללים סמכות לחקור אדם. ראו, חוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975, סעיף 109(א)(3).

118. ראו פקודת מס הכנסה (נוסח חדש), התשכ"א-1961, סעיף 135(1).

119. שם, סעיף 135(2).

סמכות היחקירה האזרחית¹²⁰ הנתונה לפקיד השומה - לחקור לא רק את הנישום עצמו, אלא גם כל אדם אחר שיש לו קשר עסקי עם הנישום ולסייע לגיבוש הראיות בעניין הכנסתו של הנישום - מצויה בסעיף 135(4) לפקודת מס הכנסה. בשל חשיבותה של הוראה זו, אביאה כלשונה:

"(4) רשאי פקיד השומה להזמין כל אדם שיש לו קשר עסקי עם הנישום והיכול, לפי דעתו, להעיד בענין ההכנסה, שיתייצב לפניו ולחקור אותו בשבועה או שלא בשבועה, ולדרוש מאדם כאמור למסור לו מסמכים הנוגעים לאותה הכנסה, ובלבד שפקיד או מורשה או עובד של הנישום או כל אדם אחר המועסק בעיניו על יסוד של מהימנות אישית לא יחקר אלא על פי דרישתו של הנישום וכן לא יחקור פקיד השומה מיזמתו הוא את בן-זוגו של החייב במס, ילדיו או הוריו."

יודגש, כי סמכות זו הנתונה לפקיד השומה מסויגת לגבי דרישת מידע מעובדים, פקידים, אנשים המועסקים על יסוד של מהימנות אישית, כמו פקיד או עובד של הנישום, וכן בני זוג, ילדים והורים. אולם, סמכות זו המאפשרת לפקיד השומה להשיג ידיעות מצדדים שלישיים, אינה הסמכות היחידה שהמחוקק העניק לפקיד השומה בסעיף 135(4).

סעיף אחר מאפשר לפקיד השומה לדרוש מידע מבעל עסק או משלח-יד בעניין קשריו העסקיים עם ספקיו, לקוחותיו, או מי שיש לו איתו קשרים עסקיים. לפי סעיף זה, אין הדרישה חייבת להתייחס לנישום מסוים וניתן להפעיל את הסמכות כדי לאסוף מידע על נישומים שונים לצורך שומה או מודיעין, פרט כמובן לסייגים שהסעיף מפרט לגבי דרישת מידע מעורכי דין, רופאים ופסיכולוגים.¹²¹

120. לשון זו מתייחסת לפעולותיו של פקיד השומה האזרחי הנסמכות על הסעיפים השונים שיובאו להלן, שעל פיהם מוסמך פקיד השומה האזרחי לחקור ולקבל מידע מהנישום ומהסובבים אותו - פעולות אשר בתחום הדין האזרחי, ופקיד השומה אינו חייב להזהירו בטרם ימסור את האינפורמציה הנדרשת.

121. ראו פקודת מס הכנסה, לעיל הערה 118, סעיף 135א קבלת מידע מבעלי המקצוע המפורטים בסעיף כפופה להוראות החלות על החיסיון הניתן להם. כך לדוגמה, על עורך דין חל החיסיון מכוח סעיפים 235א-235ד לפקודת מס הכנסה. סעיפים אלה קובעים גם דרך דיונית לבחינת שאלת החיסיון. הוראות אלו חלות על מסמכים שיש בהם סוד מקצועי, דהיינו, חילופי דברים בין לקוח לבין עורך הדין, שיש להם קשר לשירות המקצועי שניתן על-ידי עורך הדין ללקוח, דהיינו על אותם מסמכים הקשורים לעבודתו של עורך-הדין ככזה. יודגש, כי סייג זה לא יחול על מסמכים אחרים שלא חלה עליהם חובת הסודיות. לדוגמה, עורך-דין המחזיק בחוזה שכירות של משרדו ויש בידו קבלות על שכר הדירה ששילם לבעל הבית, רשאי ואף חייב למסור מסמכים אלה לידי פקיד השומה אם נדרש לעשות כן. לגבי סעיפים נוספים המקנים חיסיון לעורך הדין בעבודתו מול לקוחו, ראו פקודת הראיות (נוסח חדש), התשל"א-1971, סעיף 48. וכן, חוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961, סעיף 90. בדומה, סעיפי חיסיון שונים מונעים מפקיד השומה לחקור ולקבל מידע מפסיכולוג או מרופא. ראו פקודת הראיות (נוסח חדש), התשל"א-1971, סעיפים 49 ו-50. בפרשת **ישמחוביץ**, בית-המשפט סייג את החיסיון הניתן לרופא כך שהחיסיון שבינו לבין המטופל לא יחול באופן גורף וקבע שפרט לאופי הטיפול הרפואי ומהותו, כל שאר המידע המצוי אצל הרופא בקשר למטופל אינו חסוי מפניו של פקיד השומה. אולם, יש לזכור כי מדובר בפסיקה ישנה, שנתקבלה עוד טרם חקיקת חוקי היסוד וחוקים אחרים המגינים על פרטיותו של האזרח. ראו בג"צ 447/72 ד"ר ברנרדו ישמחוביץ נ' אהרון ברך ואח', פ"ד כז(2) 253 (1973).

סעיפים אחרים המסמיכים את פקיד השומה להשיג ידיעות ומסמכים מצדדים שלישיים מצויים בהוראותיו של פרק ב לחלק ח בפקודת מס הכנסה. כך לדוגמה, פקיד השומה רשאי לדרוש מנישום שהוא מעביד, דוח בדבר זהותם של עובדיו וכן בדבר התשלומים והקצובות שניתנו בשל עבודתם אצלו.¹²² ההוראה מציינת, שכאשר מדובר בחבר-בני-אדם, יש לראות את המנהל או פקיד ראשי אחר כמעביד לעניין זה, וכל דירקטור של חברה או אדם המועסק בהנהלתה - כעובד החברה.¹²³

הוראה אחרת מסמיכה את פקיד השומה לדרוש דוח על הכנסה המתקבלת או המשתלמת לאחר. הסעיף קובע, שאין חשיבות למעמדו המשפטי של אותו אדם המקבל או המשלם רווחים או הכנסה השייכים לאחר. אותו אדם יכול שיהיה אפוטרופוס, מתווך, נאמן, שליח וכדומה. רשימה זו מרחיבה את מגוון האנשים שעליהם פקיד השומה יכול להפעיל את סמכותו המצוינת בסעיף.¹²⁴

סעיף אחר מסמיך את פקיד השומה לדרוש פרטים מדייר או ממי שעושה שימוש במבנים, בקרקע או בבניין תעשייתי, בדבר בעל המבנה או הקרקע, שמו, מענו ודמי השכירות או כל תמורה אחרת הניתנת לבעלים.¹²⁵ בדומה, סעיף נוסף מסמיך את פקיד השומה לדרוש דוח מבעל בית מלון או מוסד, שיכלול פרטים בדבר שמו של המתגורר או הדייר היושב שם ביום הדרישה.¹²⁶

הוראה נוספת מאפשרת לפקיד השומה לחקור ולדרוש מכל עובד של גוף ציבורי להמציא כל פרט שנדרש לו לצורך הפעלת הפקודה,¹²⁷ ואותו עובד חייב לספק לפקיד השומה כל אינפורמציה שתידרש ממנו.¹²⁸ סעיף דומה אחר מאפשר לפקיד השומה לקבל מידע מסווג המצוי במוסד לביטוח לאומי והנדרש לו לצורך מילוי תפקידו על-פי כל דין.¹²⁹

הוראה מעניינת אחרת, המאלצת אדם לדווח לשלטונות המס על הסכם עבודה לתשלום נטו והחלה גם על המשלם וגם על המקבל, מספקת מקור אינפורמציה חיוני לעבודתו של פקיד השומה. ההוראה מדגישה, שאם ההסכם לתשלום נטו נעשה בין הצדדים בכתב, עליהם לצרפו לדיווח שידווחו המשלם והמקבל לפקיד השומה.¹³⁰

אם לא די בהוראות אלה שפורטו לעיל, הרי שהוראות משלימות נוספות מאפשרות לפקיד השומה לדרוש מילואים או תוספות לדוחות שכבר הוגשו על-ידי הנישום¹³¹ וכן

122. שם, סעיף 136(א).
 123. שם, סעיף 136(ב).
 124. שם, סעיף 137.
 125. שם, סעיף 138.
 126. שם, סעיף 139.
 127. לעניין זה גוף ציבורי יכול להיות אחד מאלה: א. המדינה; ב. כל גוף העומד לביקורתו של מבקר המדינה; ג. כל גוף אחר ששר האוצר קבע אותו, באישור ועדת הכספים של הכנסת, כגוף ציבורי.
 128. ראו פקודת מס הכנסה לעיל הערה 118, סעיף 140.
 129. שם, סעיף 140א.
 130. שם, סעיף 141.
 131. שם, סעיף 142.

העתק מכתב תובענה שמגיש אדם לבית-המשפט כאשר התובענה מתבססת על גובה הכנסתו.¹³²

סעיף נוסף בפקודת מס הכנסה מסמיך את פקיד השומה לפנות גם לרואה החשבון של חבר-בני-אדם או של אגודה שיתופית, אשר ערך ביקורת על הדוחות הכספיים ואישר את המאזנים, בכדי שזה ימסור דוח מפורט על היקף הביקורת שנערכה ועל ממצאיה.¹³³ בכך, למעשה, יכול פקיד השומה לחדור ליחידות חדריו של הנישום ולקבל את פירוט הביקורת שנערכה על-ידי גורם המצוי בכל מה שנעשה אצל הנישום ואף לקבל ממצאים שעלו במהלך הביקורת. ממצאים אלה ישמשו בהמשך לביסוס קביעותיו של פקיד השומה באשר להכנסתם של אותם גורמים.

הנה כי כן, פקודת מס הכנסה מעניקה לפקיד השומה מגוון סמכויות להשגת ידיעות מגורמים שונים, במטרה לאפשר את גביית המס המגיע למדינה ולהבטיח נשיאה שוויונית בנטל המיסים. חלקן של סמכויות אלו מופעל כלפי הנישום עצמו וחלקן מופעל כלפי צד שלישי אשר יש לו מידע אודות הנישום, עסקאותיו, הכנסותיו וכל פרט אחר היכול לסייע לפקיד השומה לאמוד את הכנסתו של הנישום.

השאלה שמתעוררת היא, מה הדין לגבי אדם שיסרב לדרישותיו של פקיד השומה או שימנע משיתוף פעולה עימו.

פקודת מס הכנסה מאפשרת לפקיד השומה להפעיל סנקציות אזרחיות-עונשיות, החל מהטלת קנסות על הסרבן וכלה בקביעת שומות לפי מיטב השפיטה, שלפיהן ימציא פקיד השומה לסרבן שומה לפי אומדנו, שלא בהכרח תתבסס על מסמכי הנישום עצמו אלא על אומדנים והערכות שנערכו בעסקים דומים, שלעיתים לא יעלו עם הכנסתו של הנישום הספציפי. אולם, נראה כי הסנקציה הקשה ביותר מצויה דווקא בפרק העונשין - חלק יא לפקודת מס הכנסה והקובעת כי,

"אדם אשר בלי סיבה מספקת עבר את העברות המנויות להלן, דינו - מאסר שנה או קנס כאמור בסעיף 61(א)(2) לחוק העונשין, או שני העונשים כאחד:

(1);

(2) **לא התייצב כפי שנדרש לכך בהודעה לפי פקודה זו או שהתייצב אך לא השיב לשאלה שנשאל כדין;**

(3)¹³⁴

שאלה זו תעורר, קרוב לוודאי, שאלה אחרת שתעמוד במרכז הדיון והיא השאלה לגבי נישום שנדרש על-ידי פקיד השומה לספק מסמך כלשהו או להשיב תשובה לשאלה מסוימת, ויש במסמך זה או בתשובה ששיב לפקיד השומה בכדי להפיל עצמו.

132. שם, סעיף 144א.

133. שם, סעיף 131ב.

134. שם, סעיף 216(2).

כך לדוגמה, בדוח השנתי שחייב אדם להגיש לפקיד השומה, חייב אדם להצהיר על כל הכנסותיו - העלמת הכנסה כלשהי מהדוח או השמטתה תחייב סנקציה פלילית חמורה, שהעונש בצידה הוא שבע שנות מאסר.¹³⁵ במקרה כזה, כיצד ינהג אדם כאשר בין הכנסותיו קיימת גם הכנסה שדיווח עליה יסגיר בוודאי פעילות בלתי חוקית אחרת? האם יכול הנישום להשמיט את ההכנסה מהדוח תוך כדי שהוא נתלה בטענת החיסיון מפני הפללה עצמית? בדומה, נשאל לגבי אדם שנדרש להגיש הצהרת הון ובין הפריטים שעליו להצהיר בדוח קיים פריט שדיווח עליו או שהימצאותו בין נכסי הנישום המוצהרים תביא אותו לידי הפללה עצמית, האם רשאי הוא להשמיט פריט זה מהצהרת הון? השאלה מתחדדת לאור הדילמה המצויה בפניו והמציבה אותו בפני שתי רעות מבחינתו: מצד אחד, אם לא יצהיר על אותו פריט והעניין יתגלה לפקיד השומה, הרי שיועמד לדין בגין הגשת הצהרת הון כוזבת;¹³⁶ ומצד האחר, הצהרה על הפריט מביאה להפלתו בעבירה אחרת, חמורה לא פחות ולעיתים חמורה יותר. במילים אחרות, האם יכול הנישום לטעון לחיסיון מפני הפללה עצמית במובן הרחב שלה ולשמור על זכות השתיקה בכל הנוגע למסמכיו?

שאלות אלו ואחרות מקבלות משנה-תוקף על רקע שיתוף הפעולה הקיים בין רשויות המס לבין רשויות האכיפה השונות, ובעיקר על רקע שיתוף הפעולה הקיים בין המשרדים האזרחיים לבין המחלקות העוסקות בטיפול הפלילי ברשות המיסים.

בשורות הבאות אתאר ואסקור את שיתוף הפעולה ויחסי הגומלין הקיימים בין ההליך הפלילי להליך האזרחי.

ז. יחסי הגומלין בין הטיפול הפלילי לטיפול האזרחי בתיקי המס

סמכויות האכיפה הנתונות לשלטונות המס מופעלות, למעשה, על ידי שני פקידי שומה שונים. פקיד השומה האזרחי מופקד על ביצוע ההליכים האזרחיים ופקיד השומה הפלילי אמון על הטיפול הפלילי בתיק ועל הפעלת הסנקציות הפליליות כנגד עברייני מס. סמכויותיו של פקיד השומה האזרחי הוגדרו בפקודת מס הכנסה ולו מוקנית הסמכות ל"חקירה אזרחית", שהוזכרה ופורטה לעיל.¹³⁷ פקיד השומה לחקירות הינו פקיד שומה ככל פקיד שומה אזרחי, ובנוסף הוקנו לו סמכויות חקירה פלילית בדומה לסמכויות החקירה הנתונות לקצין משטרה.¹³⁸ בין סמכויות האכיפה האזרחית והפלילית קיימים יחסי גומלין ותלות הדדית, הפועלים כמערכת משולבת שמטרתה גביית מס אמת, מחד, ויצירת הרתעה למעלימי המס בפועל ולמשתמטים בכוח, מאידך.¹³⁹

135. שם, סעיף 220.

136. שם, שם.

137. ראו הערה 120 לעיל.

138. ראו פקודת מס הכנסה לעיל הערה 118, סעיף 227.

139. ראו, מ. אקוניס, ש. הראל "יחסי הגומלין בין החלק העונשי-פלילי לחלק האזרחי של פקודת מס הכנסה" "מיסים", יג/א-51.

שלטונות המס מדגישים, כי אין סיבה מעשית או חוקית המונעת טיפול מקביל במישור האזרחי ובמישור הפלילי, ומאמינים כי טיפול פלילי ואזרחי במקביל יביא להגברת ההרתעה וליתר ציות מצד הנישומים. בנוסף, ניתוק הטיפול האזרחי מהטיפול הפלילי או עיכובו יביא לכך, שחשוד בפלילים יצא נשכר בשל התארכות הטיפול הפלילי. לפיכך, שלטונות המס הנחו ומנחים את עובדיהם בהוראות ביצוע המחייבות טיפול מקביל בתיקו של הנישום בין כל זרועות המס ובכל התחומים, כמו מיסוי מקרקעין, שומה, ניכויים, ניהול ספרים וכו'.¹⁴⁰ הוראת ביצוע זו עוסקת בהעברת מידע לחקירות על גילוי עבירות מס במהלך הביקורת השוטפת המתבצעת במשרדי השומה האזרחיים. במילים אחרות, פקיד השומה האזרחי יעביר לפקיד השומה לחקירות או לרפרנט החקירות מטעמו, את כל החשדות והממצאים שהתגלו תוך כדי ובמהלך הטיפול האזרחי בתיק. הוראת הביצוע אינה מבחינה, ובצדק, בין המידע המפליל שהגיע ממקורותיו של פקיד השומה, כמו הצלבה עם ספקים, לקוחות, או, מאגרי מידע שעומדים לרשותו, לבין מידע שהתקבל מהנישום עצמו, שהיה עליו למוסרו על-פי הוראות הפקודה - מידע מפליל שלא הוזרר לגביו כי מסירתו תביא להפללתו.¹⁴¹ לא זו גם זו, הוראת הביצוע מנחה כי:

"עובדי פקיד שומה חקירות, רשאים, במסגרת תפקידם לגילוי עברות וחשיפתן, לדלות ולקבל מידע מפקיד השומה (האזרחי) וממחלקות אחרות באגף לגבי כל נושא הקשור לתיקי נישומים."¹⁴²

סעיף 4.6 בהוראת הביצוע ממשיך וקובע, שבמידת הצורך, או אם מתבקשות השלמות לצורך הטיפול הפלילי (דוחות, ספירת מלאי, הצהרות הון, ביקורת ניהול ספרים וכו'), יסתייעו עובדי החקירות בפקיד השומה האזרחי אצלו מתנהל התיק וישקלו עמו במשותף את הצעדים הדרושים לצורך ביצוע ההשלמות, ההשלכות והממצאים לגבי המשך הטיפול.¹⁴³

יחד עם זאת, הוראת הביצוע ערה לקונפליקט הקיים בין הטיפול האזרחי לטיפול הפלילי וקובעת כי:

"אם חושש הנישום במהלך הטיפול השומתי מ"הפללה עצמית" עקב השומה המוסכמת, יש אפשרות לציין על-גבי ההסכם כי: הסכם זה ישמש אך ורק לצורך השומה האזרחית."¹⁴⁴

140. ראו, הוראת ביצוע מספר 12/93 "יחסי גומלין בין הטיפול הפלילי לטיפול האזרחי" מיום 1/3/93. בימים אלה ממש שוקדים ברשות המיסים על הוראת ביצוע חדשה (להלן: **הוראת ביצוע חדשה**) המסדירה את שיתוף הפעולה שבין הליכי השומה האזרחיים לבין ההליכים הפליליים בתיקי העלמת הכנסות ובתיקי סרבנים, החל מקבלת המידע והשימוש בו, המשכו בטיפול הפלילי במשרדי החקירות וכלה בטיפול האזרחי כמתחייב מההליך הפלילי. נוהל זה מרענן ומרחיב את הוראת הביצוע 12/93 הנ"ל.

141. ראו פרק ו' החקירה האזרחית והדילמה "לעיל".

142. ראו הוראת ביצוע 12/93 **לעיל** הערה 139, סעיף 4.5. וכן, סעיף 3.2.5 בטיטת הוראת הביצוע החדשה.

143. **שם**, סעיף 4.6. וכן, סעיף 3.2.6 בהוראת הביצוע החדשה.

144. **שם**, סעיף 9.4. וכן, סעיף 4.3.6 להוראת הביצוע החדשה.

עיון מעמיק בהוראת הביצוע מלמד, כי התייחסות זו עונה רק לחלק צר של הדילמה - לחלק הפשוט שלה. במילים אחרות, הוראה זו מתייחסת לשלב שבו התגבשו ממצאים מחשידים במשרדי פקיד השומה לחקירות, וממצאים אלה מועברים לטיפול של פקיד השומה האזרחי במישור השומתי במקביל להמשך ההליכים במישור הפלילי. כאן נדרשת התייחסותו של הנישום לממצאים - התייחסות שיש בה כדי להפילו. אולם, הוראת הביצוע אינה מתייחסת לשלבים המוקדמים שקדמו לפתיחה בחקירה פלילית, שהתבססה בין היתר על פרטים שמסר הנישום על-פי חובתו כאמור לפקיד השומה האזרחי. הוראת הביצוע אינה עונה על קושי נוסף, והוראותיה אף מחמירות אותו, קושי המתרחש תדיר בפרקטיקה הקיימת: כאשר מתבקשות מפקיד השומה האזרחי השלמות או בדיקות טרום חקירתיות, אשר יש בהן בכדי להפיל את הנישום; השלמות אלה יכולות ללבוש צורה של דרישת מסמכים או נתונים, כמו דוח חסר, שיפריך או יאושש את החשד, או הצהרת הון שתעיד על השמטת פריט ולעיתים, גם הסבר ורבלי אחר, שניתן לפקיד השומה האזרחי, עלול לסבך את הנישום בפלילים.

יוצא איפוא, כי יחסי הגומלין הקיימים בין יחידות המס השונות גורמים לכך שכל מידע שמוסר הנישום במשרד פקיד השומה האזרחי ואשר לא חלות עליו הוראות הדין הפלילי בדבר אזהרה וזכות השתיקה, עובר, או יכול להיות מועבר, לפקיד השומה לחקירות ועלול לשמש נגדו בהליך פלילי. יש כאלה שחששו כי בהעדר אזהרה, פקיד השומה האזרחי עלול להפוך בעקיפין לידו הארוכה של פקיד שומה לחקירות ובכך לעקוף את זכות השתיקה המוענקת לחשוד בעבירה פלילית.¹⁴⁵ בשורות הבאות אעמוד על מעמדה והיקפה של הזכות בראי הפסיקה.

ח. יישום הזכות בדיני המס

החשש מפני פגיעה בזכויות הפרט העסיק, וממשיך להעסיק, את בתי-המשפט באשר למעמדה ולהיקפה של הזכות בכל הנוגע ליחסי שלטונות המס אל הנישום, וזאת על רקע הטיפול בו במישורים השונים, האזרחי והפלילי, ובהתחשב ביחסי הגומלין השוררים בין זרועות האכיפה השונות, כפי שתוארו לעיל.

נדמה, שהשאלה הראשונה שבית-המשפט נדרש לה היא לגבי מעמדה של זכות השתיקה במשפט הישראלי, ומהו האיזון הראוי שבינה לבין אינטרסים אחרים. במילים אחרות, האם זכות השתיקה, השמורה לחשוד או לנאשם, תגבר על ערך אחר כמו חובתו של אדם למסור עדות במשפטו של אחר, או ניהול הליכי משפט בדרך המקובלת ותוך היזקקות לכל הכלים הדיוניים הקיימים בחוק, או בקביעת מס אמת וכו'.

145. ראו, מ. אקוניס, ש. הראל לעיל הערה 138. מלבד קשיים אלה, מצביעים המחברים על קשיים נוספים בטיפול המקביל במישור הפלילי והאזרחי. קושי מהותי נוסף התעורר בעקבות הלכת ד.ג.ד, אולם דיון נרחב בקשיים אלה חורג ממסגרת הדיון. ראו, ח. גבאי "סעיף 194 - החיפזון מהשטן, כיצד מלכדה הלכת ד.ג.ד את סעיף 194" "מיסים" כא/6 (דצמבר 2007) א-38.

עיון בפסיקה מעלה, כי באופן מסורתי, החלטות בתי-המשפט כרסמו בזכות זו שנתפסה כזכות יסוד וקבעו, כי הזכות תיסוג בפני אינטרסים אחרים. כך לדוגמה, בפרשת **חכמי נקבע**, כי זכות השתיקה איננה מוחלטת ויש להסיגה מפני חובתו של עד למסור עדות במשפטו של אחר, תוך הגנה על זכותו מפני הפללה עצמית.¹⁴⁶

בפרשה אחרת,¹⁴⁷ אשר עסקה בניהול הליכים אזרחיים ופלייליים זה לצד זה, נדרש בית-המשפט לעכב את ההליך האזרחי עד לסימומו של ההליך הפליילי, בשל חששו של הנאשם מפני הפללה עצמית, על-ידי גילוי ראיותיו במישור האזרחי. בית-המשפט דחה את הבקשה וקבע, כי בשל התארכות ההליכים, אין זה ראוי שמשפטים אזרחיים יישארו תלויים ועומדים עד אשר יסתיימו ההליכים הפלייליים באותו ענין. כך, גם בפרשת **חוגלה**, נסוגה זכות השתיקה בפני ניהול הליכי משפט תקינים, והוגבלה להליך הפליילי שבו היה חשוד המשיב, אשר ביקש שלא לספק במסגרת בירור התובענה חומר ראיות העלול להפלילו.¹⁴⁸

מעמדה והיקפה של זכות השתיקה בדיני המס נדונו בפסקי-דין רבים, ובית המשפט נדרש להכריע בין זכות זו לבין האינטרס של קביעת מס אמת. נדמה, שנקודת-המוצא בדיון בשאלה זו היתה בפרשת **קריתי**, שם ביקש הנאשם שלא להרשיעו בגין מסירת ידיעות בלתי-נכונות בשתי הצהרות הון שהגיש לפקיד השומה. לטענתו, הצהרות ההון אינן קבילות כראיה, בהיותן התוודויות במובן סעיף 9 לפקודת העדות. עוד טען הנאשם, כי הצהרות ההון לא ניתנו מרצונו החופשי, ומשום כך אינן קבילות כראיה נגדו.¹⁴⁹ במהלך הדיון בית-המשפט מתח את השאלה והציב במרכז את ה"דילמה המשפטית": האם אדם יפליל את עצמו על-ידי הודאת אמת בעבירה שביצע, או שיבצע עבירה חדשה על-ידי סירוב להעיד או על-ידי מתן עדות שקר?¹⁵⁰ מובן מאילו, כי הדילמה אוצרת בתוכה את השאלה המשפטית, האם אומנם החוק כופה להשיב לשאלה, שיש בה משום 'הפללה עצמית', או אולי עומד לנחקר 'חיסיון', היינו, הזכות לסרב להשיב על שאלות שהתשובה עליהן עלולה להעמידו בסכנת אישום פליילי.¹⁵¹ בית-המשפט מדגיש, כי לפי המשפט המקובל, רשאי נחקר לסרב להשיב על שאלה, שאלמלא כן היה מחובתו החוקית להשיב עליה תשובת אמת:

"אין בישראל כל ערובה חוקתית לחיסיון מפני הפללה עצמית, והמחוקק בין חורין לבטלו או לשוללו."¹⁵²

בית-המשפט מגיע למסקנה, כי באיזון שבין הכפייה המצויה בחוק¹⁵³, שעל-פיה על אדם להשיב על שאלותיו של פקיד השומה האזרחי בכדי להגיע לידיעה מלאה על

146. ראו בג"צ 6319/95 **לעיל**, הערה 62.
 147. ראו רע"א 854/97 **לעיל**, הערה 61.
 148. ראו רע"א 5381/91 **לעיל**, הערה 3, ע"ע 381-382.
 149. ראו ע"פ 242/63 **לעיל**, הערה 38, עמ' 488 ואילך.
 150. **שם** בעמ' 498.
 151. **שם**, שם.
 152. **שם** בעמ' 500.
 153. ראו פקודת מס הכנסה **לעיל**, הערה 13. סעיף 135.

הכנסתו של אדם, לבין זכותו לסרב לענות לשאלות בתשובות שעלולות להפלילו, הרי שזכותו להפלה עצמית תיסוג.

לתוצאה דומה הגיע בית-המשפט גם בפרשת **פוקה הירש**, עת קבע כי:

"אף בלא שהדבר נאמר בפירוש בפקודה, משחייב אותו החוק לדבר, ביטל את זכות השתיקה."¹⁵⁴

בית-המשפט מנמק את קביעתו בכך שאלמלא כן, הרשות תתקשה להשיג ראיה המצויה, על-פי רוב, בידי האזרח.

אקוניס והראל ראו בפרשת **זילברברג**¹⁵⁵ נקודת מפנה ורוח חדשה בגישת בית-המשפט.¹⁵⁶ בפרשה זו קבע בית-המשפט, כי יש לפרש את חוק הפיקוח בצורה מצמצמת, תוך הכרה בזכות החשוד לסרב להשיב על שאלות מחשש להפלה עצמית, בלי שסירובו יהווה עבירה על החוק. לדעתי, נסיבותיה המיוחדות של פרשה זו ותוצאות פסקי-הדין שבאו לאחריה, מצביעות על כך שהלכת **זילברברג** לא קנתה שביתה ואילו הלכת **קריתי** המשיכה לשלוט בכיפה בדרך זו שזכות השתיקה הוגבלה, גודרה ותוחמה רק למקומות שהחוק לא דחק אותה במפורש. זאת, למרות שבית-המשפט הכיר בחשיבותה של הזכות ובמקומה במשפט הישראלי, ולכל היותר הותיר לה מרחב מחיה רחב יותר, גם על חשבון החוק, בכך שהגביל את פקידי השומה לחייב נישום למסור מידע על-פי סמכותם בסעיף 135 לפקודה, רק לצורכי שומה ולא למטרות אחרות.¹⁵⁷ במילים אחרות, פקיד השומה יפעיל את סמכויותיו בתום-לב, ולא יפעילן כדי להשיג ראיות להוכחת עבירה פלילית במסווה של הליך שומה אזרחית.

נדמה, שהריכוך שהלכת **זיידל** התכוונה לבצע בהלכת **קריתי**, אינו יעיל ואינו ישים, ובוודאי שלא יביא מזור לזכות השתיקה בדיני המס. שכן, גם אם נעמיד במרכז הפרקטיקה הנוהגת את החזקה המוכרת מתחום המשפט המנהלי - כי פקיד השומה האזרחי פועל בתום-לב ומפעיל את סמכויותיו כדין, הרי שפקיד השומה דורש מסמכים ופרטים נוספים בכתב ובעל-פה, בכדי להגיע להכנסתו האמיתית של אדם, וזאת בכדי לקבוע מס אמת. כל עוד אין בידיו תמונה שלמה, הרי שפקיד השומה ימשיך לחקור ולדרוש תשובות לשאלותיו - שאלות שעל הנישום להשיב עליהן. רק בסיומה של החקירה האזרחית מתקבלת התמונה הכללית, ומשנוכח פקיד השומה כי

154. ע"פ 524/72 מדינת ישראל נ' פוקה הירש פ"ד כז(2) 776 (1973).

155. דנ"פ 3898/90 זילברברג נ' מדינת ישראל פ"ד מו(2) 24 (1992).

156. שי הראל ומאיר אקוניס "חיסיון מהפלה עצמית גם בחקירה אזרחית" לפי הפקודה ופס"ד קלקודה -

האומנם סוף פסוק? "מיסים" יד/2 (אפריל 2000) א-60. המחברים מודים, מספר שורות לאחר מכן, כי

בפרשת **קלקודה** שבאה שנים אחדות לאחר מכן "סטה בית המשפט מקביעותיו בדנ"פ זילברברג" ואילו

עיון בפסיקה שניתנה לאחר מכן מעלה, כי בתי המשפט חזרו לעמדה המקורית כפי שבאה לידי ביטוי

בפרשת **קריתי**. שם, בעמ' א-69.

157. ראו ע"פ 143/73 מדינת ישראל נ' זיידל פ"ד כח(2) 19 (1974).

נעברה עבירה על פקודת מס הכנסה, ובעיקר עבירת פשע,¹⁵⁸ חייב הוא להעביר את ממצאיו ואת חשדותיו לגבי הנישום אל פקיד השומה לחקירות, אשר בוודאי ישתמש בראיות ובמצאי המישור האזרחי גם לחקירה הפלילית.

שאלה נוספת שהעסיקה, וממשיכה להעסיק, את בית-המשפט היא, מהו היקפה של זכות השתיקה בדיני המס והאם ניתן למתוח אותה גם על ההליכים האזרחיים המתנהלים במקביל להליך הפלילי. שאלה זו נדונה בפרשות שונות, אשר במהלכן התבקש בית-המשפט לדחות ולעכב את הדיון האזרחי המתקיים בתיק עד לאחר סיום ההליכים בתיק הפלילי, כאשר שני התיקים מתנהלים בחפיפה מלאה ונסמכים על אותן עובדות. משמעות אחת של הבקשה היא, כי על ההליך האזרחי יוחל החיסיון מפני הפללה עצמית, מאחר שדיון בו עלול להביא להפללה עצמית בתיק הפלילי. במקרים אלה נדרשו בתי-המשפט לבחון את היקפו של החיסיון מפני הפללה עצמית, ולאזן בהתנגשות שבין יעילות הדיון ובין החיסיון מפני הפללה עצמית.

עיון מעמיק בפסיקה מעלה, כי בתי-המשפט הגבילו את הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית לגדרותיו של הדיון הפלילי, ודחו על-פי רוב את הבקשות לעכב את ההליך האזרחי.¹⁵⁹ כך לדוגמה, בפרשת **לופטין** קבע בית-המשפט, שאין לעכב את הדיון האזרחי עד שיסתיים ההליך הפלילי באותו נושא.¹⁶⁰ גם בפרשת **אבו שאהין אלהאם**¹⁶¹ סקר בית-המשפט בהרחבה את הפסיקה בנושא, את שיקולי היעילות, ההליכים המשפטיים ואת הפגיעה האפשרית בזכות השתיקה ובזכות להימנע מהפללה עצמית, וקבע, שבעיקרון אין לעכב את ההליך האזרחי, אלא אם כן יתברר שקיומו יפגע בזכות דיונית מהותית של בעל הדין, ודחה את הבקשה. בדומה, בפרשת **גלם**¹⁶² ביקש המערער לעכב את הדיון בתיק עד להכרעה בתיק הפלילי שהוגש כנגדו, או שעומד להיות מוגש כנגדו, בנימוק שקיום ההליך האזרחי לפני הדיון הפלילי יאלץ אותו לחשוף את קו הגנתו, שהוא עלול להפיל את עצמו, ושהעיכוב יגרום ליעילות הדיון כי ממצאי ההליך הפלילי יכולים לשמש באזרחי. בית-המשפט דחה את בקשתו תוך שהוא מדגיש כי:

158. ראו פקודת מס הכנסה **לעיל**, הערה 13, סעיף 220.

159. אני ער לכך, כי בפרשת **ברקי פטה אינטרנשיונל** הגיע בית המשפט לתוצאה שונה. בפרשה זו העדיף בית-המשפט את הזכות להימנע מהפללה עצמית ומתח את הזכות גם למסגרת ההליך האזרחי. בית-המשפט העדיף את הזכות להימנע מהפללה עצמית על-פני יעילות הדיון. ראו, ע"ש (ת"א) 51/92 **ברקי פטה אינטרנשיונל בע"מ נ' מנהל מס ערך מוסף, "מיסים"** ח/4-ה-270 (1994). החלטה דומה התקבלה בפרשת **דודאי**, כאשר בית-המשפט הורה לעכב את הדיון האזרחי עד לסיומו של ההליך הפלילי. אולם, הנימוקים לכך היו שונים ומעוררי מחלוקת. ראו, עמ"ה 14/93 **דוד דודאי נ' מדינת ישראל "מיסים"** יד/2 (אפריל 2000) ה-9 (2000). וכן, החלטת השופטת פרוקציה בתיק זה מיום 14.1.97. אדגיש כי פסקי דין אלה ונסיבותיהם סוטים מהקו הכללי שבית-המשפט קבע לעצמו, היינו, הגבלתה של הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית אל בין גדרותיו של הדיון הפלילי בלבד.

160. ראו רע"א 854/97 **לעיל** הערה 61.

161. ע"ש 1232/97 **אבו שאהין אלהאם נ' מנהל מע"מ "מיסים"** יב/3 (יוני 1998) ה-39 (1998).

162. ע"ש 1623/99 **גלם ניסים נ' מנהל מע"מ "מיסים"** יד/2 (אפריל 2000) ה-34 (2000).

”יש להפריד בין זכות השתיקה לבין זכות החיסיון מפני הפללה עצמית. החיסיון מפני הפללה עצמית מעוגן בסעיף 47 לפקודת הראיות, זכות השתיקה מעוגנת בסעיף 161 לחוק סדר הדין הפלילי, ושתי הזכויות אינן מוחלטות.”

בית-המשפט מדגיש, כי זכות השתיקה אינה חלה מחוץ להליך הפלילי עצמו ולכל היותר שמורה לנישום זכות החיסיון מפני הפללה עצמית אם יתבקש להשיב על שאלות שיש בהן כדי להפילו. אם לקביעות אלה נוסיף את ההלכה שיצאה תחת ידו של בית המשפט¹⁶³, הקובעת שבמקרים בהם קיימת הוראת חוק מפורשת הרי שזכות השתיקה, שכידוע אינה זכות מוחלטת, תיסוג מפני הוראת החוק, הרי שלא ברור מה עוד נותר מזכות השתיקה בכל הקשור לדיני המס.

ט. סיכום

החיסיון מפני הפללה עצמית ויישומו, המתבטא בשתיקה מוחלטת של נשוא ההליך הפלילי, חשוד ונאשם בחקירה או בבית-משפט, מוגן כערך עליון במשפט הישראלי. אולם יש לזכור, כי הליכי משפט תקינים והוגנים וגביית מס אמת גם הם אינם זכויות זניחות בכל חברה דמוקרטית ויש לאזן בין זכויות אלו.

נדמה, שמעקב אחר הזכות והתפתחותה מאז ימי הביניים ועד לימינו מגלה, כי קיים כרסום בלתי פוסק הן בחקיקה¹⁶⁴ והן בפסיקה.¹⁶⁵ הכרסום מתייחס למעמד של הזכות ולהיקפה בדין הכללי ובעיקר בדיני המס, בהם ההליכים האזרחיים שלובים בהליכים הפליליים ואף חופפים להם. הרציונל לכך הוא שהראיות למעשיו של הנישום מצויות בידי ולפקיד השומה יש קושי להגיע לראיות אלו. לפיכך, המחוקק היקנה לפקיד השומה סמכויות רבות שהשימוש בהן גורם לטשטוש הגבול הדק שבין הטיפול האזרחי לבין הטיפול הפלילי, ובהכרח זכות השתיקה נפגעת.

אני סבור, כי יש להמשיך ולמצוא נוסחאות משפטיות מלבד אלה שנקבעו בפסיקה, שיבטיחו את הגבלת החיסיון בכל הנוגע ליחסי שלטונות המס עם הנישומים, בדומה לאלה המבקשים לבטלו בכל הנוגע לאישי ציבור.

לדעתי, טובים דבריו של פרופ' פלר שסבר כי :

”זכות השתיקה הינה המצאה חסרת טעם כאשר היא מיוחסת ל”חשוד” או ל”נאשם” וחסרת הושעה כאשר מדובר בעד...”

לשיטתו :

163. ראו הטקסט הצמוד להערה 154 לעיל.

164. ראו חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים) לעיל, הערה 44.

165. ראו ע”פ 8600/03 לעיל, הערה 7.

"...מדובר באנטינומיה שטעונה חליצה. מן הדין, אפוא, לערוך מעין מטבוליזם בגוף המשפט, ולחלץ ממנו את הביטוי "זכות השתיקה" כמושג פסולת שנוצר בו ואשר נועד להפרשה, ולהותיר כפרוטופלסמה נקייה את חזקת החפות באין הפרכה כדין.¹⁶⁶

אם דבריו של פלר טובים ליסתם חשודי, לא כל שכן כאשר הם מתייחסים לנישום וליחסיו עם שלטונות המס, שהרי, מה עוד נותר מזכות השתיקה בדיני המס?

166. ש"ז פלר "על זכות השתיקה - חסרת הטעם וההושעה" מתוך **משפט ועסקים** (כרך א תשס"ד) 385, 386.