

הגנה חוקתית מוחלטת לעקרונות היסוד שבהצעת חוק-יסוד: זכויות בהליך הפלילי

מאת

מרים גור-אריה*

הצעת חוק-יסוד: זכויות בהליך הפלילי מבוססת על ההנחה כי הגשמת התכליות של הדין הפלילי מחייבות פגיעה בזכויות של מי שהיא צד להליך הפלילי; ולכן, מכפיפה את ההגנה החוקתית על זכויות היסוד בהליך הפלילי למבחני המידתיות החוקתיים. רשימה זו טוענת כי ההקפדה על הזכויות בהליך הפלילי חיונית להבטחת הלגיטימיות של ההליכים הפליליים, במסגרתם המדינה, באמצעות רשויות אכיפת החוק, מייחסת לפרט אשמה, שמביאה להטלת סטיגמה על התנהגותו ולגזירת עונשו. כדי להבטיח כי הזכויות הבסיסיות בהליך הפלילי לא יתפסו כמכשול בדרך להגשמת התכליות של הדיון הפלילי ראוי להעניק הגנה חוקתית מוחלטת, שאיננה כפופה למבחני המידתיות, לכמה מעקרונות היסוד שבהצעת החוק: לעקרון החוקיות המכפיף את המשפט הפלילי לשלטון החוק והמעגן את הדרישה להזרה הוגנת; לליבת ההליך ההוגן המגנה על התנאים המינימליים הנדרשים להבטחת הלגיטימיות של ההליך הפלילי; ולחזקת החפזות המבטיחה כי כבוד החשודה ישמר במסגרת כל ההליכים המתנהלים נגדה עד למתן פסק דין סופי של הרשעה. למרות הרתיעה מהענקת הגנה חוקתית מוחלטת לזכויות מהותיות, טוענת הרשימה כי ההגנה המוחלטת על הזכויות הדיוניות בהליך הפלילי, היא שתעניק לגיטימציה לאיזון החוקתי המתחייב בין הזכויות המהותיות של העבריין הנפגעות על ידי עצם ההפלה, הסטיגמה הטמונה בהרשעה והענישה, לבין זכויות הקרבן והאינטרס הציבורי. האיזון יוגבל למקרים בהם העבירה הוגדרה בחוק שהיה בתוקף בזמן ביצוע המעשה (עקרון החוקיות), יחול רק ביחס למי שאשמתם הוכחה מעבר לכל ספק (חזקת החפזות), ויעשה במסגרת הליך הוגן.

מבוא. א. מתח בין תכליות הדין הפלילי לבין זכויות בהליך הפלילי? ב. עקרון החוקיות. ג. הליך הוגן. ד. חזקת החפזות. ה. הגנה חוקתית מוחלטת לזכויות דיוניות בהליך הפלילי – הצדקה. ו. סיכום.

מבוא

הצעת חוק-יסוד: זכויות בהליך הפלילי¹ מעגנת "בחוק יסוד, את זכויות היסוד בהליך הפלילי ובכלל זה בחקירה הפלילית, במעצר ובמשפט הפלילי".² התפיסה ביסוד הצעת החוק היא כי ההצעה משתלבת במארג החוקתי הקיים... בהתאם, חוזרת הצעת החוק, בהתאמה

* פרופסור אמריטה, מופקדת הקתדרה למשפט פלילי ע"ש השופט בזיל וונש, הפקולטה למשפטים האוניברסיטה העברית. תודתי לחברי ולחברות מערכת משפטים על ההערות המועילות.

¹ ה"ח 1523, עמ' 692 (2 במרץ 2022).

² דברי ההסבר, שם בעמ' 693.

קלה, על הסעיפים הכלליים של שני חוקי היסוד... [חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק]... סעיף המטרה (סעיפים 1 ו-2 להצעת החוק) מבטא בין השאר את הרעיון כי זכויות היסוד המפורטות בחוק היסוד המוצע מיושמות במסגרת ההליכים הפליליים, אשר מלכתחילה קיומם נועד להשגת תכליות שהן הכרחיות בחברה דמוקרטית בדמות שמירה על אינטרסים ציבוריים חיוניים ובכללם שמירה על הביטחון האישי של פרטי החברה ועל ביטחון המדינה. הגשמת תכליות אלה, הניצבות ביסוד הדין הפלילי, מחייבות את קיומם התקין והיעיל של הליכים פליליים ובלית ברירה פגיעה בזכויות אדם מוגנות. האיזון בין ההגנה על הזכויות המפורטות בחוק היסוד המוצע לבין ההגנה על הערכים החברתיים שאותם מקדמים ההליכים הפליליים ייבחן, כמקובל בשיטתנו המשפטית, לפי הוראות סעיף 17 להצעת חוק היסוד שעניינו "פגיעה בזכויות", הוזהה כאמור למקביליו בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק יסוד: חופש העיסוק.³

להענקת מעמד חוקתי לזכויות בהליך הפלילי חשיבות רבה, ויש לברך על עצם היוזמה לחוקק חוק יסוד: זכויות בהליך הפלילי שיעניק הגנה חוקתית לזכויות חשודים, עצורים ונאשמים בכל שלבי ההליך הפלילי. עם זאת, אינני שותפה להנחת המוצא שביסוד ההצעה לפיה הגשמת התכליות של הדין הפלילי מחייבת, "בלית ברירה", פגיעה בזכויות היסוד המוענקות למי שהיא צד להליך הפלילי וכי לכן יש לאזן בין הגשמת התכליות של הדין הפלילי לבין זכויות היסוד בהליך הפלילי באמצעות מבחני המידתיות המעוגנים בסעיף 17 להצעת החוק והמקבילים אלה שבפסקת ההגבלה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁴ בלא להמעט מחשיבות ההגנה שהמשפט הפלילי מעניק לערכים חברתיים בסיסיים ולתחושת הביטחון של הציבור, אני סבורה כי קיימים שיקולים כבדי משקל המחייבים הגנה חוקתית ייחודית לזכויות היסוד בהליך הפלילי. מכוח שיקולים אלה ראוי יהיה להעניק לכמה מעקרונות היסוד המנויים בהצעת החוק, והמאגדים בתוכם מגוון של זכויות, הגנה חוקתית מוחלטת, שלא תהיה כפופה למבחני המידתיות.

חלק א של הרשימה יתמקד בהנחה שביסוד הצעת חוק היסוד בדבר קיומו של מתח הכרחי בין הגשמת התכליות של הדין הפלילי לבין הזכויות בהליך הפלילי. חלק זה יחשוף את הנטייה של הפסיקה להעדיף את הגשמת התכליות של הדין הפלילי על פני זכויות בהליך הפלילי, יסביר את הבעייתיות הטמונה בנטייה זו, ויטען כי ההגנה על הזכויות בהליך הפלילי אינה מהווה בהכרח מכשול בדרך להגשמת התכליות של ההליך הפלילי; ההגנה על הזכויות הבסיסיות בהליך הפלילי, כדוגמת אלו המאוגדות תחת עקרונות היסוד שבהצעת החוק, נדרשת להגשמתן של תכליות אלה. *בחלקים ב-ד* של הרשימה אתיחס לעקרונות היסוד שבהצעת החוק ואטען כי כדי להבטיח כי הזכויות המאוגדות תחת עקרונות אלה לא תיתפסנה כמכשול בדרך להגשמת התכליות של ההליך הפלילי ראוי להעניק להן הגנה חוקתית מוחלטת. העקרונות אליהם אתיחס הם: עקרון החוקיות (סעיף 4 להצעת החוק), המכפיף את המשפט הפלילי לשלטון החוק והמעגן את הדרישה להזרה הוגנת; ההליך ההוגן (סעיף

³ שם, עמ' 694. ההבהרה הוספה

⁴ חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ס"ח 1391 בעמ' 150, 253.1992), סעיף 8.

3 להצעה) שליבתו מגנה על התנאים המינימליים הנדרשים להבטחת הלגיטימיות של ההליך הפלילי במסגרתו המדינה, באמצעות רשויות אוכפות החוק, מייחסת אשמה, מגנה ומענישה; חזקת החפות (סעיף 6 להצעת החוק) המבטיחה כי כבוד החשודה ישמר במסגרת כל ההליכים המתנהלים נגדה עד למתן פסק דין סופי של הרשעה.⁵ בכל אחד מחלקים אלה אפרט את השיקולים הייחודיים המצדיקים הגנה חוקתית מוחלטת לעקרון היסוד שבו מתמקד החלק, ואצביע על היקף ההגנה הנדרש והשלכותיה. חלק הי של הרשימה יתמקד בהצדקה הכללית להענקת הגנה חוקתית מוחלטת לזכויות דיוניות בהליך הפלילי. בחלק זה אסביר מדוע הענקת הגנה חוקתית כאמור אינה חשופה לרתיעה מלהעניק הגנה חוקתית מוחלטת לזכויות יסוד "מהותיות", כדוגמת ההגנה המוחלטת המוענקת במשפט הגרמני לכבוד האדם. מסקנות הרשימה יודגשו בחלק המסכם.

א. מתח בין תכליות הדין הפלילי לבין זכויות בהליך הפלילי?

כאמור, הצעת חוק יסוד: זכויות בהליך הפלילי מבוססת על ההנחה לפיה קיים מתח הכרחי בין תכליות הדין הפלילי, לבין זכויות חשודים ונאשמים במסגרת ההליכים הפליליים נגדם. כדי להבטיח הגנה יעילה על האינטרסים המוגנים באמצעות הדין הפלילי, אין מנוס מלפגוע בזכויות יסוד של המעורבים בהליכים הפליליים. התפיסה ברבר קיומו של מתח בין תכליות הדין הפלילי לבין זכויות היסוד בהליכים הפליליים נתמכת על ידי משנתו של Herbert Packer שטען, כבר בשנת 1964, לקיומם של שני מודלים אידאולוגיים מתחרים להליכים פליליים: המודל המבוסס על הצורך במניעת עבירות – "crime control" למול המודל המבוסס על הזכות להליך הוגן – "due process".⁶ לגישתו, הליכים פליליים בשיטות משפט שונות מצויים בתווך שבין שני מודלים אלה; כאשר היחס בין המודלים בשיטה נתונה הוא דינמי – לעיתים יש נטייה להעדיף מניעה יעילה של עבירות, ולעיתים גוברת ההכרה בחשיבות הזכויות של חשודים, עצורים ונאשמים להליך הוגן.⁷ בעשורים האחרונים, ניכרת בפסיקה הישראלית נטייה להעדיף את האינטרס הציבורי באכיפה יעילה שתגביר את ההגנה על הערכים המוגנים על ידי איסור העבירה על פני זכויות חשודים ונאשמים להליך הוגן, וניתן אף לאתר בפסיקה התבטאויות הרואות בזכויות להליך הוגן מכשול בדרך להגשמת התכליות של הדין הפלילי.

כך למשל, בדיון הנוסף הפלילי בפרשת גנימאת (1995), הדגיש הנשיא שמגר כי: מרבים לדבר על איזון בין זכויות החשוד או הנאשם לבין זכויות הציבור. מבחינת אופן התייחסותו של השומע, נושא עמו ניסוח זה דימוי של פרט נרדף (החשוד או הנאשם) מול עוצמת גולית' החברתי, אח גדול קולקטיבי אדיר,

⁵ על אף חשיבותו של עקרון האשמה, המונסח גם הוא, בסעיף 5 להצעת חוק היסוד, כסטדנרט, לא אתייחס ברשימה זו לעקרון זה, משום שמאפייני האשמה הם מגוונים ושונים, ותיכנן הגנה חוקתית שונה לכל אחד ממאפיינים אלה.

⁶ Herbert L. Packer, *Two Models of Criminal Process* 113 U. PA. L. REV. 1. (1964)

⁷ HERBERT PACKER, *THE LIMITS OF THE CRIMINAL SANCTION*, 149-248

John (Stanford University Press, 1968). לדוגמא ליחס הדינמי בין המודלים במשפט האנגלי ראו, Lea, *Hitting Criminals Where It Hurts: Organised Crime and the Erosion of Due Process* 35 CAMBRIAN L. REV. 81 (2004).

המניף, כביכול, את אגרופו. אולם תיאור כאמור אינו נותן בהכרח את דעתו למציאות לאשורה: העברייני האלים, האנס, השוד, האדם הפזיז המסכן חיי אדם, הם האיום המידי, התדיר והאפקטיבי על הקורבן חסר הישע, שהחברה אינה יכולה או אינה מסוגלת להגן עליו בעת צרה; על פי רוב היא נחלצת לפעולה רק לאחר מעשה, ולעתים קרובות גם מאוחר מדי.⁸

בפרשת **סילגדו** (2002) השופט שטרסברג-כהן שהסתמכה על דברים אלה הבהירה כי בשנים האחרונות גוברת במשפט הישראלי ההכרה, כי לצד הצורך להגן על זכויות האדם של העברייני, קיים צורך מקביל למנוע הפיכתו של חוק היסוד למגן שבידי העברייני, המונע את הפעלתו האפקטיבית של הדין הפלילי ואת השגת התכליות החברתיות ההכרחיות שביסודו. בהיות העברייני נתון לשליטתה של מערכת אכיפת החוק, נטתה הרטוריקה של ההגנה על זכויות האדם, כפי שיושמה במסגרת המשפט הפלילי, להתמקד בהגנה על זכויות האדם של העברייני מפני עוצמתה של מערכת זו. לאחרונה מסתמנת מגמה לחזק את ההגנה על הקורבן, על החברה ועל יחידה מפני פגיעתו הרעה של העברייני.⁹

ולאחרונה, בפרשת **נחמני** (2021) מצא לנכון השופט עמית, להוסיף לפסק דינו "הרהורים לפני סיום" לפיהם

הערעור דנן הוא אך דוגמה אחת מני רבות לתהליך שעובר המשפט הפלילי בשני העשורים האחרונים – **משיח של ראיות לשיח של זכויות**. בימים עברו, המשפט הפלילי התמקד בעבודה המייגעת והאפורה של בחינת כל ראיה לגופה, קבילותה, משקלה והצטברותה למכלול של ראיות, והכל על מנת לממש את תכלית כל התכליות של המשפט – חקר האמת. אך בעשורים האחרונים דומה כי המקום של ה"יש הראייתי" הולך ונזנח לטובת טענות לפגמים כאלה ואחרים בחקירה ובהליכי התביעה, טענות לאי חוקיות של מעשה זה או אחר במהלך החיפוש-תפיסה-חקירה, טענות להגנה מן הצדק ועוד. טענות כאלה, מסיטות את ההליך הפלילי מדרך המלך ומהתכלית של חקר האמת, גורמות להליך הפלילי להסתרבל ולהתארך עוד יותר, ולמעשה מביאות להיפוך תפקידים: **"הנאשם קם מכיסאו והופך לקטיגור, והמאשימה אמורה מכאן ואילך להתגונן ולהוכיח כי פעלה כחוק"**. מבלי לכפור בתרומת שיח הזכויות להליך הפלילי ולזכויות הנאשם, לטעמי, הגיעה העת כי ההליך הפלילי שהלך והסתרבל ישיל מעליו משקולות שנוספו לו בשנים האחרונות, ויחזור ויעמיד במרכז הבמה את החתירה לביזור האמת העובדתית.¹⁰

⁸ דנ"פ 2316/95 עימאד גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589 בעמ' 620, ההדגשה הוספה.

⁹ ע"פ 4424/98 סילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529, פסקה 9 לפסק דינה של השופטת שטרסברג כהן, ההדגשה הוספה

¹⁰ ע"פ 19/4039 נחמני נ' מדינת ישראל, השופט עמית פסקה 102 ההדגשות הוספו. עמדה דומה, אם כי מתונה יותר, הובעה על-ידי השופט שטיין בפסק הדין ע"פ 6359/21 מדינת ישראל נ' עלא אל עמראני (פורסם בנוב. 8.9.2022), לדבריו: "לא כל הפרת זכות אשר נתונה לחשוד או לנאשם, לא כל סטייה מהשורה, ולא כל טעות

ההנחה כי ההגנה על זכויות חשודים ונאשמים להליך הוגן מציבה מכשולים בפני השגת התכליות של הדין הפלילי מתעלמת מייחודו של המשפט הפלילי כמוסד משפטי מאשים, מגנה ומעניש. התכלית של המשפט הפלילי היא אכן להגן על ערכים בסיסיים (חיי אדם, שלמות הגוף, קניין) ועל אינטרסים חיוניים לקיום המסגרת המדינית ולפעילות התקינה של הרשויות, וכן להעניק תחושת בטחון לציבור. אולם, ההגנה על ערכים אלה נעשית באמצעות פגיעה משמעותית בזכויות. הגדרתם של האיסורים הפליליים מגבילה את חירות הפעולה הכללית, גינוי פלילי באמצעות ההרשעה פוגע בכבוד, גזירת העונש מטילה מגבלות כבדות משקל על חירות התנועה ועל זכויות נוספות. הפגיעה בזכויות נכפית על החשודה ועל הנאשמת באמצעות מערכת אכיפת החוק, שמטיבה היא מערכת עוצמתית, כאשר קיים אי שוויון בולט בין היכולות העומדות לרשות מערכת אכיפת החוק לבין אלו העומדות לרשות החשודה והנאשמת הבודדת. כפייתה של פגיעה כה משמעותית בזכויות הפרט עשויה להיות מוצדקת רק כאשר היא נעשית במסגרת הליכים הוגנים, שיבטיחו את הכבוד וזכויות נוספות של העצורה, הנחקרת, והנאשמת בכל שלבי ההליך, וירסנו את הכוח העצמתי של מערכת אכיפת החוק. ההקפדה על זכויות ההליך ההוגן חיונית להבטחת הלגיטימיות של ההליכים הפליליים, במסגרתם המדינה, באמצעות רשויות אכיפת החוק, מייחסת לפרט אשמה, שמביאה להטלת סטיגמה על התנהגותו ולגזירת עונשו. לגיטימיות זו תתערער משמעותית אם בתי המשפט יירתעו מלברר טענות בדבר "פגמים כאלה ואחרים בהליכי התביעה... אי חוקית של מעשה זה או אחר במהלך חיפוש-תפיסה-חקירה", כדברי השופט עמית בפרשת נחמני.¹¹

בפרשת נחמני התמקד השופט עמית במתח שבין שיח הזכויות לבין חקר האמת. ההנחה בדבר קיומו של מתח כאמור מתעלמת מהעובדה כי לא מעט מזכויות ההליך ההוגן מיועדות דווקא להגיע לחקר האמת ולהבטיח כי רק מי שאשמה תורשע בכצוע עבירה. בעקבות פרויקט החפות, שהעלה למודעות את המספר הלא זניח של מקרים שבהם הורשעו חפים מפשע בשיטות משפט שונות,¹² ניתן היה לצפות כי בניגוד לתפיסה העולה מדבריו של השופט עמית בפסק דין נחמני, בתי המשפט יקפידו על הזכויות בהליך הפלילי, ואף יידרשו לטענות הנוגעות לפגמים או אי-חוקיות בניהול ההליכים בשלבים השונים, במטרה להגיע לחקר האמת. חשוב מזאת, כשמדובר במשפט הפלילי, הנחתו של השופט עמית כי חקר

מצדם של חוקרי משטרה ובעלי תפקידים אחרים האמונים על אכיפת הדין הפלילי תביא לפסילתה של ראייה אשר הושגה בעקבות אותה הפרה, סטייה או טעות. אם נאמר אחרת, נמצא את עצמנו הופכים את הנאשם למאשים ואת רשויות האכיפה לנאשמות, ועל ידי כך יוצרים הרתעת-יתר בעבור כל אותן הרשויות ואנשיהן, משתקים את פועלם של כל אלה, ומחלישים את הלחימה שחברתנו מנהלת נגד הפשיעה הגואה (פס' 45).

פרשת נחמני שם, והטקסט הסמוך

ראו, J. DWYER, P. NEUFELD & B. SCHECK, ACTUAL INNOCENCE: FIVE DAYS FROM 2 EXECUTION AND OTHER DISPATCHES FROM THE WRONGLY CONVICTED (New York, 1st ed., 2000); BRANDON L. GARRETT, CONVICTING THE INNOCENT: WHERE CRIMINAL PROSECUTIONS GO; WRONG (Harvard U Press, 2011) קנת מן, "סדר דין פלילי מנהלי: הסדרי טיעון, הרשעות שווא של אשמים ופיקוח שיפוטי" משפט, חברה ותרבות 217 (עורך אלון הראל, 2017); דוד וינר, ורד דותן "הרשעת חפים מפשע: בעקבות פרסומו של הספר 'חפות ממשית'" הסניגור 3 41 (2000); דורון מנשה, "אידיאל חשיפת האמת ועקרון ההגנה מפני הרשעת שווא — אנטומיה של יחסים מסובכים" קריית המשפט ב 307 (תשס"ב — 2002).

11

12

האמת היא בבחינת "תכלית כל התכליות של המשפט", הופכת את היוצרות ומתייחסת לאמצעי להשגת התכליות של המשפט הפלילי כאל מטרה בפני עצמה. התכלית של המשפט הפלילי היא להגן על ערכים חיוניים ועל תחושת הביטחון של הציבור על-ידי העמדה לדין של החשודים בבצוע עבירה, ייחוס אשמה והטלת גינוי פלילי על מי שהורשעו וגזירת עונש פלילי. הגשמת תכליות אלה אכן מחייבת להגיע לחקר האמת, אבל זאת כדי להבטיח שייחוס האשמה, הגינוי והעונש ייוחסו רק למי שביצעו עבירה. המשפט הפלילי עצמו כולל הסדרים מפורשים המבוססים על הנכונות להכפיף את חקר האמת ללגיטימיות של ההליך הפלילי. ההסדר הכולט ביותר בהקשר זה נובע מחזקת החפות וממידת ההוכחה הנדרשת כדי לסתור אותה – מעבר לכל ספק סביר.¹³ מידת הוכחה זו משקפת שיפוט ערכי הנגזר מאופיו המאשים והמגנה של המשפט הפלילי לפיו עדיף שעשרה אנשים אשמים יצאו זכאים מאשר חף מפשע אחד יורשע.¹⁴

פגיעה בלגיטימיות של ההליכים הפליליים תגרור בעקבותיה בהכרח פגיעה במעמדה של המדינה כמאשימה, שתאבד את זכותה המוסרית להאשים, לגנות ולהטיל עונש, באמצעות רשויות אוכפות החוק. פגיעה בלגיטימיות של ההליכים הפליליים עלולה גם לפגוע באמון הציבור, המושפע, כפי שמראה הספרות הקרימינולוגית, מ"צדק הליכי procedural justice –".¹⁵ ביסוד התפיסה של הצדק ההליכי ההנחה כי השגת הציות לחוק וההצלחה בהעברת מסרים של גינוי פלילי – תכליות מרכזיות של המשפט הפלילי – מותנות באמון הציבור במערכת הצדק הפלילי. אמון זה נרכש כאשר הציבור תופס את ההליכים בשלב החקירה, המעצר, המשפט והענישה כהוגנים.

אף שהעדפת האינטרס הציבורי על פני זכויות של חשודים ונאשמים בכל שלבי ההליך הפלילי היא בעייתית ומטרירה, אין היא מפתיעה. חשודים ונאשמים אינם מעוררים אמפתיה. קל יותר להזדהות עם הקרבן מאשר עם התוקפן. החשודים והנאשמים נתפסים כאחרים.¹⁶ אם להשתמש בביטוי המקובל בסוציולוגיה, לעיתים נתפסים החשודים והנאשמים כ"שטן

¹³ בחזקת החפות אדון בחלק ד להלן

¹⁴ כאמרתו היודעה של בלקסטון, ראוי: WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND (1769; Boston, 1962), Bk IV, ch. 27, 420

¹⁵ TOM R TYLER, WHY PEOPLE OBEY (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1990); Jason Sunshine and Tom R. Tyler. *The Role of Procedural Justice and Legitimacy in Shaping Public Support for Policing* 37(3) LAW AND SOCIETY REVIEW 513 (2003); Mike Hough, Jonathan Jackson, Ben Bradford, Andy Myhill, and Paul Quinton, *Procedural Justice, Trust and Institutional Legitimacy*, 4 (3) POLICING: JOURNAL OF POLICY AND PRACTICE 203 (2010); Antony Bottoms and Justice Tankebe, *Beyond Procedural Justice: A Dialogue Approach to Legitimacy in Criminal Law*, 102(1) JOURNAL OF CRIMINAL LAW AND CRIMINOLOGY 102, 119 (2012)

¹⁶ Mordechai Kremnitzer and Lina Saba-Habesch, *Human Dignity and the Right to Due-Process*, in HUMAN DIGNITY AND CRIMINAL LAW (Eric Hilgendorf & Mordechai Kremnitzer eds.) 117, at 12-21; יואב ספיר, "הגנה ראויה על אנשים לא נחמדים: הערות על מגילת הזכויות הרזה שבהצעת החוקה" משפט וממשל י 571, בעמ' 80-579 (תשס"ז). ספיר מסביר את תפיסת העבריינים כאחרים במונחים רולסיאניים לפיהם "קובעי הכללים מתקשים לשים את עצמם מאחורי מסך הבערות ולדמיין שהם עצמם עלולים להיות זקוקים להגנת זכויותיהם של חשודים או נאשמים" (בעמ' 579)

עממי";¹⁷ תפיסה המאפשרת למי שתופסים עצמם כאנשים נורמטיביים להרחיק את עצמם מהעבריינים: אנחנו הטובים והם הרעים. עמדה זו, בצד ההכרה הגוברת בחשיבותן של הזכויות הדיוניות של קרבנות העבירה,¹⁸ מחזקת את הנטייה להעדיף את האינטרס הציבורי באכיפה יעילה שתחזק את ההגנה על הערכים המוגנים באמצעות איסור העבירה, תיתן מענה לקרבנות העבירה, ותגביר את תחושת הביטחון של הציבור, על פני ההקפדה על זכויות נאשמים וחשודים בהליך הפלילי. לנטייה זו תורמת גם העובדה שהצלחתן של רשויות אוכפות החוק נמדדת לאור מספר ההצלחות ב"פיענוח" עבירות ולאור מספר ההרשעות. הלחץ הציבורי לשלוח מי שנתפסים בעיני הציבור כעבריינים לכלא גובר בתקופות של חרדה ציבורית, שעשויה להיות מושפעת ממתח בטחוני, מהיווצרותה של פאניקה מוסרית¹⁹ ואף מעצם החשיפה לעובדת ביצוען של עבירות חמורות; לחץ המייצר צורך בפתרון מיד. בתי המשפט התופסים את תפקידם במסגרת אכיפת החוק הפלילי בין השאר, כמי שפועלים לחיזוק תחושת הביטחון של הציבור, עלולים לראות בזכויות להליך הוגן כמציבות מכשול בפני הגשמה יעילה ומהירה של תכליות המשפט הפלילי.

לאור זאת, ספק אם ניתן לצפות שרשויות אוכפות החוק, המעוניינות להבטיח את האפקטיביות של מניעת עבירות, יהיו אלה שידאגו כי לא יחול כרסום בזכויות הדיוניות של חשודים ונאשמים. ההתבטאויות בפסיקה שהובאו לעיל אף מלמדות כי לא ניתן לצפות שבמסגרת האיוון בין ההגנה החוקתית על זכויות חשודים ונאשמים לבין האינטרס הציבורי במניעת עבירות כמתחייב ממבחני פסקת ההגבלה, כפי שמוצע בהצעת חוק יסוד: זכויות בהליך הפלילי, בתי המשפט יעניקו עדיפות להגנה על הזכויות ההכרחיות להענקת לגיטימציה להליך הפלילי.

החשש מפני הנטייה לפגוע בזכויות חשודים ונאשמים בהליך הפלילי בשם האינטרס הציבורי בהגשמת התכליות של הדין הפלילי הביא מספר כותבים למסקנה כי יש להעניק הגנה חוקתית מיוחדת לזכויות חשודים ונאשמים בהליך הפלילי, אם כי הייחוד של ההגנה הנדרשת משתנה בין כותב לכותב. יואב ספיר סבור כי בשל פגיעותן של זכויות חשודים ונאשמים, יש לעגן את ההגנה עליהם במסמך חוקתי בהיר ומפורט שלא יותיר לבתי המשפט שיקול דעת רחב.²⁰ מרדכי קרמניצר ולינה סבה-הבאש סבורים כי יש להעניק הגנה חוקתית מוחלטת לזכותה של חשודה ושל נאשמת להגן על עצמה במסגרת ההליכים המתנהלים נגדה; זכות המהווה את הליכה של "הליך הוגן".²¹ הליכה של הזכות להליך הוגן, לגישתם, כוללת את הזכות לדעת את פרטי האשמה ואת זכות ההתייצבות בהליכים המתנהלים נגד החשודה,

17 STANLEY COHEN, *FOLK DEVILS AND MORAL PANICS* (3rd ed. 2002); ERICH E. SOLOVITZ, *SOCIAL CONSTRUCTION OF DEVIANCE*, 27-28 (2nd ed. 2009); ERICH E. SOLOVITZ & NACHMAN BEN-YEHUDA, *MORAL PANICS: THE CONSTRUCTION OF DEVIANCE*, 27-28 (2nd ed. 2009).

18 ראו למשל הזכויות הדיוניות המוענקות לנפגעי עבירה מכוח חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001, ס"ח תשס"א מס' 1782 מיום 21.3.2001.

19 להשפעתה של פאניקה מוסרית על המשפט הפלילי ראו, Miriam Gur-Arye, *The Impact of Moral Panic on the Criminal Justice System – Hit-and-Run Traffic Offenses as a Case Study*, 20(2) *NEW CRIMINAL LAW REVIEW*, 309-353 (2017).

20 ספיר, ה"ש 16 לעיל בעמ' 590.

21 קרמניצר, סבה-הבאש, ה"ש 16 לעיל בעמ' 128-130.

העצורה, והנאשמת.

בלא להמעיט מחשיבות ההגנה הייחודית כפי שהוצעה על ידי הכותבים השונים, אני סבורה כי לא די בהצעות אלו כדי להבטיח את הלגיטימיות של ההליך הפלילי; לגיטימיות המחייבת הקפדה על זכויות ההליך ההוגן והשתחררות מהתפיסה כי זכויות אלה מציבות מכשול בפני הגשמת התכליות של הדין הפלילי. בצד הגדרה חוקתית של כללים המפרטים אספקטים שונים של הזכויות להליך הוגן, כהצעתו של ספיר, יש מקום גם להגנה חוקתית על עקרונות יסוד המאגדים בתוכם מגוון זכויות יסוד, כדוגמת העקרונות המוסדרים בהצעת החוק והנוגעים בעקרון החוקיות, בהליך הוגן ובחזקת החפות. בדומה לקרמניצר ולסבה-הבאש, גם אני סבורה כי ראוי להעניק הגנה מוחלטת לחלק מהזכויות של המעורבים בהליך הפלילי, שתמנע את הכפפת הפגיעה בזכויות אלה למבחני המידתיות, כפי שהתפתחו במשפטנו במסגרת פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אולם, אני מציעה להרחיב את ההגנה המוחלטת מעבר לזכותם של החשודים ושל הנאשמים להגן על עצמם, ולהעניק הגנה מוחלטת לכמה מעקרונות היסוד המפורטים בהצעת חוק יסוד: זכויות בהליך הפלילי, כאשר השיקולים המצדיקים הענקה הגנה מוחלטת עשויים להשתנות בהתאם לעקרון בו מדובר. בחלקים הבאים של הרשימה ארחיב על השיקולים המצדיקים הגנה מוחלטת על עקרון החוקיות, על ליבת הזכות להליך הוגן ועל חזקת החפות, ועל היקפה הראוי של הגנה זו.

ב. עקרון החוקיות

סעיף 4 להצעת חוק יסוד: זכויות בהליך הפלילי, מעניק הגנה חוקתית לעקרון החוקיות. הסעיף מחייב כי הגדרת התנהגות כעבירה וקביעת העונש ייעשו בחוק – סעיף 4(א) להצעה, כי החוק שמגדיר את ההתנהגות כעבירה לא יחול על מעשים שנעשו קודם היכנסו לתוקף (איסור תחולה רטרואקטיבית) – סעיף 4(ב), וכי לא יוטל עונש החמור מזה שהיה קבוע לעבירה בעת ביצועה – סעיף 4(ג) הצעת החוק.²²

דברי ההסבר להצעת חוק יסוד: זכויות בהליך הפלילי, מייחסים חשיבות מיוחדת לעקרון החוקיות, "המהווה עיקרון ראשון במעלה במסגרת עקרונות המשפט הפלילי המהותי".²³ חשיבותו של העיקרון, לפי דברי ההסבר, נעוצה בכך שהוא מבטא מעין אמנה חברתית בין החברה ובין הפרט ותורם ליציבות ולוודאות. הוא מבטיח לפרט כי התנהגותו המותרת היום לא תהווה עילה להטלת

²² סעיף 4 להצעת החוק קובע:

עיקרון החוקיות

(א) אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או לפיו.
 (ב) לא יישא אדם באחריות פלילית בשל מעשה או מחדל אם בשעה שביצע אותו לא היו המעשה או המחדל אסורים בחוק או לפיו.
 (ג) לא יוטל על אדם עונש בשל עבירה שביצע, החמור מזה שהיה קבוע לעבירה, בחוק או לפיו, בשעת ביצועה. הצעת החוק אינה מסדירה את הממד הנוסף של עקרון החוקיות, הנוגע בתחולת החוק הפלילי במקום ביצוע העבירה, והמחייב להבחין בין תחולה טריטוריאלית לבין תחולה אקסטראטריטוריאלית, ראו חוק העונשין, תשל"ז-1977 פרק ג סעיפים 17-7.

²³ ה"ש 2 לעיל, עמ' 695

אחריות פלילית בעתיד. כמו כן הוא מבטא את התפקיד המניעתי של דיני העונשין, תפקיד הניתן למימוש רק אם תחולת האיסור היא כלפי העתיד לבוא ולא כלפי העבר.²⁴

מדברים אלה עולה, כי בניגוד לתפיסה הכללית המונחת ביסוד הצעת חוק היסוד בדבר המתח ההכרחי בין הזכויות בהליך הפלילי המנויות בהצעת החוק לבין תכליות המשפט הפלילי, עקרון החוקיות מהווה תנאי הכרחי להגשמתן של תכליות המשפט הפלילי. תפיסה זו מתיישבת עם האופן שבו מוסדר עקרון החוקיות בחוק העונשין, תשל"ז-1977. תיקון 39 לחוק העונשין,²⁵ הגדיר את עקרון החוקיות, על ממדיו השונים, במסגרת החלק המקדמי של חוק העונשין²⁶ השולט הן על החלק הכללי²⁷ והן על חלק העבירות²⁸ שבחוק העונשין. המשמעות היא כי ההליך הפלילי כולו - הטלת אחריות פלילית לעבירות וגזירת העונש על מי שהורשעו בביצוען, בהתאם לעקרונות האחריות הפלילית ולכללים הנוגעים בענישה והמבנים את שיקול הדעת השיפוטי - כפוף לעקרון החוקיות.

ראייתו של עקרון החוקיות כעקרון יסודי מקדמי, המהווה תנאי הכרחי להגשמת התכליות של המשפט הפלילי, מתיישבת עם הטענה המרכזית של רשימה זו, שנדונה בפרק הקודם, ולפיה אין לתפוס את זכויות היסוד בהליך הפלילי כמציבות מכשול להגשמת התכליות של הדין הפלילי. ראייה זו של עקרון החוקיות מהווה שיקול אחד, חשוב אמנם, מבין מכלול השיקולים התומכים במסקנה כי יש להעניק לעקרון החוקיות בתחום הפלילי הגנה חוקתית מוחלטת, שאינה מכפיפה אותו למבחני המידתיות. עקרון החוקיות בתחום הפלילי, מכפיף את המשפט הפלילי לשלטון החוק, ומיועד להגן על זכויות בסיסיות של חירות ושוויון ולמנוע שרירות.²⁹ הדרישה כי איסור העבירה והעונש יוגדרו בחוק מבטיחה כי הגבלת חירותו של הפרט לנהוג כרצונו והכפפתו לכוחו הכופה של המשפט הפלילי ייעשו בידי הריבון – המחוקק. האיסור על החלה רטרואקטיבית של העבירה ושל העונש מיועד לספק "הזהרה הוגנת" המבטיחה אוטונומיה כרכיב של כבוד האדם: על כל אדם לדעת מראש מהם האיסורים המוטלים עליו ומהם העונשים הצפויים בגין הפרת האיסור כדי שתהיה לו האפשרות לבחור שלא להפר את האיסור ולכלכל את צעדיו באופן שימנע את הכפפתו למשפט הפלילי. הגדרת גבולותיו של האיסור מראש בחוק, ולא בדיעבד במקרה קונקרטי זה או אחר, תרסן את כוחן של רשויות אוכפות החוק, תמנע שרירות, תאפשר שוויון לפני החוק שתחולתו תושפע מהמעשה ולא מהאישיות של העושה, ותעניק בטחון וודאות. אין אינטרס ציבורי, חשוב ככל שיהיה, שיכול להצדיק פגיעה בעקרון שלטון החוק ובזכויות הבסיסיות הכרוכות בהזרה הוגנת, על-ידי הטלת אחריות פלילית בגין מעשים שלא היו אסורים בחוק בעת ביצוען, או על-ידי גזירת עונש החמור מזה שהיה מוגדר בחוק בעת ביצוע המעשה.

24 שם, עמ' 696

25 חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי) (תיקון מס' 39), התשנ"ד-1994

26 חוק העונשין, סעיפים 1-17

27 חוק העונשין, סעיפים 18-90

28 חוק העונשין, סעיף 91 ואילך

29 על חשיבותו של עקרון החוקיות בפלילים, ראו Mordechai Kremnitzer, *Interpretation in Criminal Law*, 21 ISR. L. REV. 358 (1986); בועז סנג'ור "פרשנות מרחיבה בפלילים?!" **עלי משפט** ג 165 (2003); מרים גור-אריה, "זכויות האדם והמשפט הפלילי המהותי", **משפטים** נ 759, בעמ' 767 (תשפ"א).

במקרים בהם ההגנה על אינטרסים חברתיים חיוניים מחייבים הגדרתה של עבירה פלילית חדשה, או החמרת העונש, המחוקק, והוא בלבד, מוסמך לחוקק עבירה מתאימה שתחול על מעשים שיתרחשו לאחר שהחקיקה תיכנס לתוקף.

על פניו, המסקנה כי, ראוי להעניק הגנה חוקתית מוחלטת לעקרון החוקיות משום שאין אינטרס ציבורי, חשוב ככל שיהיה, שיכול להצדיק פגיעה בעקרון שלטון החוק ובזכויות הבסיסיות הכרוכות בהזרה הוגנת, אינה מתיישבת עם דברי ההסבר להצעת החוק המכירים בחריג לעקרון החוקיות שמכוח מבחני המידתיות יצדיק החלה רטרואקטיבית של איסורים על "פשעים חמורים וקיצוניים ... הכוללים מעשים נגד משפט העמים, שקיים קונצנזוס בין-לאומי בדבר אי חוקיותם";³⁰ כדוגמת החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם משנת 1950, שהוחל על פשעי הנאצים נגד היהודים שבוצעו עוד קודם להקמתה של מדינת ישראל.

הטענה כי החלתם של החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, תש"י-1950³¹ והחוק בדבר מניעתו של הפשע השמדת עם, תש"י-1950³² על הפשעים שביצעו הנאצים במהלך השואה מנוגדת לעקרון החוקיות, משום שחוקים אלה חלים רטרואקטיבית על מעשים שנעשו קודם להקמתה של מדינת ישראל, נדונה בפסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת אייכמן. בית המשפט דחה את הטענה בהתבססו על התחולה האוניברסלית של החוק הפלילי:

הפשעים שיוחסו למערער, לא רק שהם נושאים כולם אופי בינלאומי, אלא תוצאותיהם המזיקות והקטלניות היו כה מקיפות ונפוצות עד שהיה בהן כדי לפגוע עמוקות ביסודות — ואף ביציבות — של הקהילה הבינלאומית. על-כן, מדינת ישראל הייתה זכאית, על-פי העיקרון של סמכות אוניברסלית ובשמה בעניין זה בתפקיד של "שומר המשפט הבינלאומי" ומבצעו, לשפוט את המערער בפלילים. מכיוון שכך, אין חשיבות לעובדה, כי מדינת ישראל לא הייתה קיימת בעת שנעברו העבירות הנדונות.³³

פסק הדין בפרשת אייכמן הפך לפסק דין משפיע במשפט הבינלאומי, המהווה, בעיני רבים, הבסיס המודרני לתחולה האוניברסלית; תחולה החלה על עבירות שבעת ביצוען היו עבירות נגד משפט העמים — כדוגמת העבירות של השמדת עם ועבירות נגד האנושות.³⁴ כל מדינה המצטרפת לקהילה הבינלאומית נקראת לפעול בשם הקהילה ולהעמיד לדין מי שביצעו מעשים שבעת הביצוע היוו עבירות נגד משפט העמים יהיה רגע הצטרפות המדינה לקהילה הבינלאומית אשר יהיה. מאחר שבתו המשפט של המדינה אינם מוסמכים להחיל במישרין את "משפט העמים" הצפייה היא שכל מדינה החברה בקהילה הבינלאומית תכלול בגדר דיני

³⁰ ה"ש 2 לעיל בעמ' 696.

³¹ ס"ח תש"י מס' 57 מיום 9.8.1950 עמ' 281.

³² ס"ח תש"י מס' 42 מיום 7.4.1950 עמ' 137.

³³ ע"פ 336/61 אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז, פסקה 12 (1962)

³⁴ ראו למשל, Christopher C. Joyner, *Arresting Impunity: The Case for Universal Jurisdiction in Bringing War Criminals to Accountability* 59 LAW AND CONTEMPORARY PROBLEMS 153, 165 (1996). Anthony Sammons, *The "Under-Theorization" of Universal Jurisdiction: Implications for the Legitimacy on Trials of War Criminals by National Courts* 21 BERKLEY JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 111, 137 (2003)

העונשין שלה גם איסורים על עבירות נגד משפט העמים שיחולו על מעשים שבעת ביצוע היו עבירות לפי משפט זה. דברי ההסבר להצעת החוק הרואים בחוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם ובחוק למניעת הפשע השמדת עם חריג לעקרון החוקיות האוסר על תחולה רטרואקטיבית של החוק הפלילי, אותו ניתן להצדיק באמצעות מבחני המידתיות, מכרסמים בהבנה הבינלאומית שהושגה בעקבות פרשת אייכמן בדבר חשיבותה של התחולה האוניברסלית ואופן פעולתה, ויש להצטער על כך.³⁵

הצעת חוק יסוד: זכויות בהליך הפלילי, מסתפקת בהגדרת עקרון החוקיות, בלא להסדיר את התנאים הנדרשים להגשמתו. אחד התנאים המרכזיים להבטחת שלטון החוק והזכויות המאוגדות תחת עקרון החוקיות מחייב כי הגדרת העבירה בחוק תהיה ברורה באופן המאפשר הזהרה הוגנת. על החשיבות בהגדרה ברורה של עבירה כתנאי להגשמתו של עקרון החוקיות עמד בית המשפט העליון במשפטנו עוד בשנות החמישים בפרשת אש"ד (1954).³⁶ בהתייחסו לעבירה האוסרת על כל מעשה הגורם לתקלה ציבורית³⁷ אותה ראה כעבירת סל, הדגיש בית המשפט כי

דומה הדבר כאילו הופקד בית המשפט על ידי המחוקק לקבוע ולהחליט בכל מקרה ומקרה אם מעשים מסוימים מהווים – או אינם מהווים – עבירה בתחומיו הבלתי מוגבלים של הסעיף [...] נמצא, לכאורה, בני אדם נענשים על מעשים שהוגדרו כעבירות לאחר עשייתם, בחינת "עונשים ואין מזהירים". נוהג זה – כך אפשר לטעון ולקבול – עשוי לקעקע את עצם היסודות אשר עליהם מושתתים העקרונות של שלטון החוק וחופש פעולותיו של הפרט במדינה, והוא היפוכו הגמור של הכלל המקודש במשפט הפלילי "אין עונשין אלא אם כן מזהירין".³⁸

בית המשפט שלא ראה עצמו מוסמך לבטל את העבירה, העניק לה פרוש מצמצם תוך שהוא קורא למחוקק לבטלה.³⁹

כחמישים שנה לאחר מכן, הוחלט על קיום דיון נוסף בפרשת שבס (2004), במטרה לעצב את גבולותיה של העבירה של הפרת אמונים,⁴⁰ המהווה

³⁵ בתיקון 39 לחוק העונשין (לעיל ה"ש 25) החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם והחוק למניעת הפשע השמדת עם הוצאו מגדר התחולה האוניברסלית של דיני העונשין (המוסדרת בסעיף 16 לחוק העונשין תחת הכותרת "עבירות נגד משפט העמים"), ונכללו בגדר התחולה הפרוטקטיבית, סעיף 13 לחוק העונשין, שהורחבה ל"עבירות נגד המדינה או העם היהודי (ההדגשה הוספה)". מאחר שהצעת חוק יסוד: זכויות בהליך הפלילי איננה מסדירה את תחולת החוק הפלילי במקום ביצוע העבירה, הדין בשאלה האם ראוי היה לכלול חוקים אלה בגדר התחולה הפרוטקטיבית חורג מגדרה של רשימה זו.

³⁶ ע"פ 53/54 אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ח 785 (1954).

³⁷ העבירה הייתה מוגדרת בזמנה בס' 105 לפקודת החוק הפלילי, 1936, אשר נהפך לס' 198 לחוק העונשין.

³⁸ אש"ד, לעיל ה"ש 36, פס' 4 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) חשין (ההדגשה הוספה).

³⁹ רק בחלוף יותר מחמישים שנה, בשנת 2008, בוטלה העבירה בהסתמך על פסק הדין בעניין אש"ד, שם. ראו חוק העונשין (תיקון מס' 100), התשס"ח–2008 (ס"ח 2176).

⁴⁰ המוגדרת בסעיף 284 לחוק העונשין.

עבירה ייחודית ומיוחדת, עבירה בת 'ריקמה פתוחה', עבירה שגבולותיה אינם ברורים כלל ועיקר. העבירה 'עבירת מסגרת' היא. ושלא כדרכן של עבירות פליליות אין היא בנויה על יסודות מוגדרים באורח מדוייק וברור.⁴¹

בהבדל מגישתו של בית המשפט בפרשת **אשד**, במסגרת הדיון הנוסף בפרשת **שבס סבר** הנשיא ברק כי אין להעניק לעבירה של הפרת אמונים פרוש שיצמצם את היקף העבירה ויתחום את גבולותיה. לדבריו,

במתן פירוש לאיסור הפלילי של הפרת אמונים עלינו להבטיח כי יסודות העבירה ישקפו התנהגות פסולה בעלת היבט פלילי. אל לנו לתת לעבירה פירוש רחב מדי שישתרע על התנהגות שההיבט הדומיננטי בה הוא בעל אופי משמעותי... אך באותה מידה יש להיזהר מפני סכנה אחרת הרובצת לפתחו של בית-המשפט. יש להימנע מלתת לעבירה פירוש מצמצם, אשר ישלול מהחברה הישראלית מכשיר חשוב בשמירה על הערכים המונחים ביסוד השירות הציבורי.⁴²

נטייתה של הפסיקה להעדיף פרשנות תכליתית על פרשנות המצמצמת את היקף האיסור אינה חדשה.⁴³ עם זאת כאשר יסודותיה של העבירה מוגדרים בבירור, הפרשנות התכליתית מוגבלת לזיהוי הערך המוגן באמצעות איסור העבירה, ואילו יסודות העבירה (הן היסוד העובדתי והן היסוד הנפשי) הם שתוחמים את היקף ההגנה שמעניקה העבירה לערך מוגן זה. כאשר מדובר בעבירת סל כדוגמת העבירה של הפרת אמונים, בהיעדר יסודות ברורים בהגדרת העבירה, תיחומו של היקף ההגנה על הערכים המוגנים באמצעות העבירה מסור לבתי המשפט, בסתירה לעקרון החוקיות.

יתרה מזאת, בפסק הדין בפרשת **פלוני** מהעת האחרונה, הכפיף השופט שטיין את הפרשנות התכליתית עצמה לעקרון החוקיות. לדבריו

פרשנותם התכליתית של עבירות ועונשים, הינה, לאמיתו של דבר, פרשנות דו-תכליתית אשר מגשימה את עיקרון החוקיות בכל היבטיו, ולא רק בהיבט אחד של מיצוי הדין עם העבריין, המקודם על ידי הגוף המאשים. היבטים אלו כוללים, לצדו של מיצוי הדין עם העבריין אשר הפרו את הוראות החוק הפלילי, הקפדה הדוקה על כך שכוחות השררה שבידי רשויות האכיפה יישמרו בתוך הגבולות שהחוק קבע להם. במסגרת זאת, עבירות ועונשים חייבים להיקבע בתוך כללים משפטיים מוגדרים וברורים, המנוסחים ברמת רזולוציה גבוהה ככל שניתן, ולא בתוך סטנדרטים מופשטים ועמומים אשר

⁴¹ ציטוט מדבריו של השופט (כתוארו אז) חשין, בהחלטתו על קיום דיון נוסף המובאת בדנ"פ 1397/03 **מדינת ישראל נ' שבס**, פ"ד נט(4) 385 (2004), פס' 29 לפסק דינו של הנשיא ברק.

⁴² שם, פס' 31 לפסק דינו של הנשיא ברק (ההדגשה הוספה)

⁴³ לפסק הדין המוביל בהקשר זה, ראו ע"פ 787/79 **מזרחי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לה(4) 421, פס' 2-5 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק (1980). לביקורת על עמדה פרשנית זו, ראו סנג'רו "פרשנות מרחיבה", לעיל ה"ש 29; מרדכי קרמניצר וליאת לבנון "בית המשפט כמסייע לדבר חקיקה – על הסיוע לדבר עברה ועל הפרשנות בפלילים" **מחקרי משפט** יז 403 (2002). הפרשנות התכליתית אומצה חלקית בס' 34 לחוק העונשין (שהוסף בחוק העונשין (חלק כללי וחלק מקדמי) (תיקון מס' 39) לעיל ה"ש 25). בהתאם לסעיף זה, במקרים שבהם הפרשנות התכליתית מניבה שני פירושים סבירים על הפרשן לבחור בפרשנות המצמצמת את האיסור.

מאפשרים לרשויות האכיפה להעצים את כוחן באמצעות פרשנות יצירתית כזאת או אחרת, אשר מרחיבה את היקף האיסורים הפליליים בהתאמה לרצונן ולמטרותיהן.⁴⁴

לעומת זאת, בפרשת שבס ראה הנשיא ברק יתרון בהגדרה רחבה ומכלילה של עבירה משום העיקרון הטמון בהכללה עשוי לחול על מצבים שקשה לצפותם או להגדירם מראש בעת החקיקה, אך הם נגזרים מנסיבות הזמן והמקום. תהא זו תוצאה בלתי ראויה אם השימוש בהכללות אלה, עד כמה שהוא פוגע בזכויות אדם חוקתיות, יהא בלתי חוקתי.⁴⁵

החלת העבירה של הפרת אמונים על מצבים שלא הוגדרו מראש, משום שקשה היה לצפותם, עומדת בסתירה לעקרון החוקיות: היא אינה מאפשרת הזהרה הוגנת ומעבירה את הסמכות להגדיר את גבולות האיסור מהמחוקק לרשויות אוכפות החוק בכלל ולבתי המשפט בפרט, ובכך היא עלולה להעצים את כוחן של רשויות אוכפות החוק על חשבון זכויותיו של הפרט הבודד.⁴⁶ זאת ועוד, בדו"פ שבס ייחס בית המשפט חשיבות להגנה על אמון הציבור בעובדי הציבור ובנבחרי. ⁴⁷ ככל שהעבירה של הפרת אמונים מותירה שיקול דעת רחב לרשויות אוכפות החוק להחליט האם התנהגותו של נבחר או עובד ציבור מהווה הפרת אמונים בעלת פסול פלילי, כך עלולים להתערער ספקות בענייניות ההחלטה להעמיד לדין נבחר ציבור או עובד ציבור ואף בהצדקתה של ההרשעה, ספקות העלולים לפגוע באמון הציבור ברשויות אוכפות החוק. הגדרה ברורה של הגבולות של העברה הפלילית בכלל והעבירה של הפרת אמונים בפרט, על ידי המחוקק היא שעשויה להגביר את אמון הציבור במערכת אכיפת החוק, המיישמת קריטריונים ברורים להפללה.

עקרון החוקיות מחייב כי הכלים למלחמה בשחיתות הציבורית יוגדרו על-ידי המחוקק, באופן ברור שיאפשר להבחין בין מקרי שחיתות המתאימים לטיפול באמצעות הדין המשמעתי, לבין אלה שהפסול שבהם מצדיק לראות בהם עבירה פלילית. גם אם יש חשש שבהקשרים מסוימים הנוגעים בשחיתות ציבורית יירתע המחוקק מלאסור על עבירות מפורטות שיגבילו את פעולותיהם של נבחרי הציבור, הדרך להתמודד עם רתיעה כזו היא באמצעות דעת הקהל ואמצעי לחץ נוספים על המחוקק, ולא על ידי העברת הסמכות להחליט איזו התנהגות פסולה ראוי שתוכתם בכתם של עבירה פלילית לבתי המשפט. קיומן של עבירות סל, כדוגמת העבירה של הפרת אמונים, מלמד כי כדי להגשים את עקרון החוקיות, כמתחייב מהשיקולים שביסודו, ראוי להוסיף להצעת חוק יסוד: זכויות בהליך הפלילי הסדר מפורש לפיו, "לא תוטל אחריות פלילית או עונש על עבירה שיסודותיה

⁴⁴ ע"פ 3583/20 פלוני נ' מדינת ישראל מיום 9.1.2020, פס' 36 לפסק דינו של השופט שטיין (ההדגשה הוספה)

⁴⁵ ענין שבס, לעיל ה"ש 41, פס' 30 לפסק דינו של הנשיא ברק (ההדגשה הוספה)

⁴⁶ ביקורת על היקפה הלא מוגדר של העבירה של הפרת אמונים, הושמעה עוד קודם לעניין שבס (שם). ראו למשל, מרדכי קרמניצר "על העבירה של מרמה והפרת אמונים לפי סעיף 284 לחוק העונשין ועל המחשבה הפלילית" משפטים יג 275 (1983); קנת מן "אי-יושר כמרכיב באחריות פלילית בעבירות שיש בהן הפרת נאמנות" עיוני משפט י 505 (1984); מרים גור-אריה "הפרת אמונים מצד עובדי הציבור ונבחרי – האם עביה פלילית?" פלילים ח 253, 260–270 (1999) יובל קרניאל "הפרת אמונים של עובדי ציבור – הצעה לפרשנות המבוססת על הערך המוגן על ידי העבירה" משפט וממשל ז 415 (2004).

⁴⁷ ענין שבס, לעיל ה"ש 41, פס' 45 לפסק דינו של הנשיא ברק.

לא הוגדרו במפורש בחוק, באופן המאפשר הזהרה הוגנת". הסדר כזה מתיישב עם התפיסה המקובלת בשיטות משפט שונות לפיה, עבירה פלילית שיסודותיה אינם מוגדרים בצורה ברורה פוגעת בזכויות חוקתיות ולכן איננה חוקתית. בארצות הברית הפסילה החוקתית של העבירה מתבססת על הזכות החוקתית להליך הוגן.⁴⁸ לפי דוקטרינת ה- Void-for-Vagueness,⁴⁹ עבירה פלילית תוכרוז כלא חוקתית באחד משני מקרים: או במקרה שבו הגדרת העבירה אינה ברורה דייה כדי לספק הזהרה הוגנת,⁵⁰ או במקרה שבו הגדרת העבירה אינה מספקת הנחיה ברורה לרשויות אכיפת החוק ההכרחית למניעת הפליה.⁵¹ במשפט הגרמני עבירה שהגדרתה איננה ברורה באופן המאפשר הזהרה הוגנת נתפסת כעבירה הפוגעת בכבוד האדם, וכזו – איננה חוקתית.⁵²

ברומה להגנה החוקתית על עקרון החוקיות, גם ההגנה החוקתית המונעת הטלת אחריות פלילית ועונש בגין עבירה שהגדרתה איננה ברורה דיה, שראוי כי תתווסף להצעת החוק, צריכה להיות מוחלטת. פסילתה החוקתית של עבירה שיסודותיה אינם מוגדרים דיים מיועדת להבטיח את הזכויות הכרוכות בהזהרה הוגנת ובמניעת שרירות. את ההגנה על האינטרסים החברתיים המוגנים באמצעות המשפט הפלילי אפשר וראוי יהיה להבטיח באמצעות חקיקתה של עבירה מתאימה שיסודותיה מוגדרים בבירור.

ג. הליך הוגן

סעיף 3 להצעת חוק יסוד: זכויות בהליך הפלילי קובע כי

3 הליך הוגן.

אדם זכאי לכך שהליך פלילי שהוא צד לו יהיה הוגן.

בצד סעיף זה מפרטת הצעת החוק זכויות ספציפיות, הנגזרות מהזכות החוקתית להליך הוגן: הזכות נגד הפללה עצמית (סעיף 8 להצעה), הזכות לייצוג משפטי (סעיף 9 להצעה), זכות עציר לדעת את סיבת המעצר וזכותו של נחקר לדעת את פרטי החשדות נגדו (סעיפים 10 (ב) 11 (ב)), זכותו של עצור להיות מובא בפני רשות שיפוטית (סעיף 10 (ג) להצעה). מהי אם כך התכלית של סעיף 3 להצעת החוק, המעניק הגנה חוקתית כללית לזכות להליך הוגן, בצד הזכויות הספציפיות של הליך הוגן המפורטות בסעיפים נוספים של ההצעה?

מדברי ההסבר משתמע כי המטרה

היא לעגן את הזכות להליך הוגן, על תוכנה הרחב, כזכות חוקתית, וזאת כדי לשמור על זכויות האדם של מי שהוא צד להליך הפלילי. זאת, ברוח הדין

⁴⁸ U.S. Const. Amend. VI & XIV

⁴⁹ למשמעותה של דוקטרינה זו, ראו Robert C. Post, *Reconceptualizing Vagueness: Legal Rules and Social Orders*, 82 CAL. L. REV. 491 (1994); Orin S. Kerr, *Vagueness Challenges to the Computer Fraud and Abuse Act*, 94 MINN. L. REV. 1561, 1573–1575 (2010)

⁵⁰ ראו City of Chi. v. Morales, 527 U.S. 41, 56 (1999); Coates v. Cincinnati, 402 U.S. 611, 614 (1966) (1971); Giaccio v. Pennsylvania, 382 U.S. 399, 402 (1966)

⁵¹ Coates v. Cincinnati, שם.

⁵² ראו Miriam Gur-Arye & Thomas Weigend, *Constitutional Review of Criminal Prohibitions Affecting Human Dignity and Liberty: German and Israeli Perspectives*, 44 ISR. L. REV. 63, 65 nn. 4–6 (2011)

הבינלאומי, ברוח הרציונליים שבבסיס הדין הישראלי בתחומי סדר הדין והראיות, וברוח הפסיקה הישראלית שפיתחה ופירשה את הזכות להליך הוגן מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁵³

ההנחה היא כי בנוסף להסדרים הספציפיים שבהצעת חוק היסוד, על המחוקק והפסיקה ליצוק תוכן קונקרטי לזכות החוקתית להליך הוגן, הן באמצעות הסדרים הקיימים כבר היום בדיון הפלילי ובדיני הראיות והן באמצעות פיתוח של היבטים נוספים של הליך הוגן. אם אכן זוהי התפיסה, כי אז ספק אם יהיה בהגנה חוקתית על זכות כללית להליך הוגן שאינה מפורטת, כדי להתגבר על הנטייה להעדיף את האינטרס הציבורי על פני זכויות של הליך הוגן. בהקשר זה אני שותפה לעמדתו של ספיר, שהובאה לעיל, לפיה כדי להבטיח כי בתי המשפט, יקפידו על ההגנה החוקתית הנדרשות לזכויות ההליך ההוגן, ובהיקף הראוי, יש לפרט את מכלול הזכויות להליך הוגן במסמך חוקתי.⁵⁴

הענקת הגנה חוקתית כללית לזכות להליך הוגן, בצד הסדרים של זכויות ספציפיות המשתייכות להליך הוגן, עשויה להיות מוצדקת כאשר ההגנה הכללית מגנה על ליבת הזכות להליך ההוגן על דרך העיקרון ואילו ההסדרים הספציפיים נותנים ביטוי לזכויות קונקרטיות הנגזרות מעקרון זה. אולם, טכניקה חקיקתית כזו מחייבת לפרט את הזכויות הנכללות בליבת הזכות להליך הוגן. בליבת הזכות להליך הוגן ראוי לכלול את התנאים המינימליים הנדרשים להבטחת הלגיטימיות של ההליך הפלילי. תנאים אלה כוללים את הזכות של כל מי שנחשדת בבצוע עבירה שאשמתה תתברר בהליך שיתנהל בפני גוף עצמאי בלתי תלוי, בהתאם לחוק; כן כוללים תנאים אלה הענקת זכות אפקטיבית להתגונן המחייבת ליידע את החשודה והנאשמת בפרטי האישום נגדה, לחשוף את חומר הראיות בפניה, ולאפשר לה להיות נוכחת בכל ההליכים המתנהלים נגדה.⁵⁵ באופן מפתיע, לא כל ההיבטים האלה, המעוגנים הן במסמכים בינלאומיים⁵⁶ והן בחוקות שביטוח משפט שונות,⁵⁷ נכללים במסגרת הזכויות הספציפיות המפורטות בחוק היסוד. כך למשל, אין הצעת החוק מעגנת את זכותה של חשודה ושל נאשמת להיות נוכחת בכל ההליכים המתנהלים נגדה; הזכות למידע מוגבלת לזכותה של עצורה לדעת את סיבת מעצרה וזכותה של נחקרת לדעת את החשד המיוחס לה לפני גביית עדותה, אין הצעת החוק מתייחסת לזכותה שלנאשמת לדעת את פרטי האישום ומהו חומר הראיות נגדה.

ההגנה החוקתית על ליבת הזכות להליך הוגן מגשימה את עקרון החוקיות בכך שהיא מבטיחה כי ההליך של ייחוס האשמה וגזירת העונש יעשה בהתאם לחוק, ובמגבלותיו. ההגנה על ליבת ההליך ההוגן מבטיחה כי תהיה לחשודה ולנאשמת זכות להשתתפות אפקטיבית בהליכים המשפטיים; זכות שתאפשר לה לממש את המתחייב משיטת המשפט האדברסרית

⁵³ לעיל ה"ש 2 בעמ' 695

⁵⁴ ראו ה"ש 16 לעיל הטקסט הצמוד לה.

⁵⁵ ראו ברוח דומה, קרמניצר וסבה-הבאש, ה"ש 16 לעיל. עם זאת, חשוב להזכיר כי הדגש אצלם הוא על הזכות להתגונן, שאיננה כוללת את כל התנאים אותם אני מציעה לכלול בליבת הזכות להליך הוגן.

⁵⁶ ראו למשל, סעיף 10 להכרזה האוניברסלית לזכויות אדם, 1948; סעיף 14.1 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 1966.

⁵⁷ ראו למשל, סעיף 11(d) של הצ'רטר הקנדי לזכויות ולחירויות, 1982; התיקון ה-6 לחוקה האמריקנית; סעיף 34 לחוקה של דרום אפריקה, 1997.

ולצמצם את פערי המידע בין המידע שנאסף על-ידי המדינה/המאשימה במהלך החקירה לבין המידע שבידי החשודה והנאשמת. הזכות להשתתפות כאמור מחייבת לאפשר לחשודה ולנאשמת להיות נוכחת בכל ההליכים המתנהלים נגדה ולקבל את המידע הדרוש, הן על פרטי האישום והן על חומר הראיות. בנוסף, ההגנה החוקתית על ליבת ההליך ההוגן מקדמת את האופי האקספרסיבי של המשפט הפלילי⁵⁸ באמצעות הליכים שקופים הטומנים בחובם גינוי – סטיגמה פלילית – של מי שנמצא אשם בכצוע עבירה. העברת מסרים של גינוי פלילי על מי שהורשעו בעבירה פלילית חיונית להגשמת התכלית של מניעת עבירות. כדי להבטיח שההגנה על ליבת ההליך ההוגן אכן תעניק לחשודה ולנאשמת את הזכויות המתחייבות מהתנאים המינימליים להבטחת הלגיטימיות של ההליכים הפליליים, ראוי להעניק הגנה מוחלטת לליבת ההליך ההוגן. המעמד של חשודה או של נאשמת טומן בחובו, בהכרח, פגיעה בזכויות הנגרמת על יד מעצר, עיכוב לחקירה, חיפוש ועוד. פגיעה זו היא לעיתים מוצדקת. החשש הוא כי מהעובדה שהפגיעה בזכויות המתחייבת מהמעמד של חשודה או של נאשמת היא לעיתים מוצדקת, עלול להיווצר הרושם המוטעה כי מכלול הזכויות הדיוניות של החשודה העצורה והנאשמת אינו מספיק חשוב, ולכן במקרים המתאימים ניתן לפגוע בהם כדי לקדם את האינטרס הציבורי במניעת עבירות. רושם זה עלול להתחזק בשל התפיסה המייחסת לזכויות דיוניות חשיבות פחותה בהשוואה לזכויות מהותיות ולאינטרס הציבורי.⁵⁹ תפיסה אחרונה זו מתעלמת מהקשר ההדוק בין פגיעה בזכויות הדיוניות לבין הפגיעה המשמעותית בכבוד החשודה והנאשמת הנגרמת על-ידי ייחוס אשמה, סטיגמה ועונש בלא שהייתה למי שהואשמו, הורשעו ונענשו זכות אפקטיבית להתגונן. על עומק הפגיעה בכבוד העלולה להיגרם כתוצאה מאי הקפדה על התנאים המינימליים הנדרשים להבטחת הלגיטימיות של ההליך הפלילי ניתן ללמוד מההשפלה שחוו "נאשמים" שנחשדו בעיני משטרים טוטליטריים והואשמו, הורשעו והוענשו בלא הליכים הוגנים.⁶⁰

התנאים הנכללים בליבת הזכות להליך הוגן, כפי שפורטו לעיל, עלולים להתנגש, עם אינטרסים ציבוריים. לא פעם נטען כי שיקולים ביטחוניים, למשל, אינם מאפשרים חשיפת ראיות שיש בהן להפליל את הנאשמת החשודה בביצוע עבירות ביטחוניות, או אף מונעים התייצבותה של חשודה או נאשמת בהליכים המתנהלים נגדו.⁶¹ המתח שבין ליבת הזכות להליך הוגן לבין שיקולים ציבוריים/ביטחוניים אינו שונה במהותו מהמתח בין אשמה למסוכנות, הקיים במסגרת תורות הענישה בין תורות גמוליות השמות את הדגש על ענישה ההולמת את אשמתו של הנענש לבין תורות תועלתניות השמות את הדגש על הצורך להגן על החברה באמצעות הרעתם של "עבריינים מסוכנים". בשני ההקשרים - הוויתור על התנאים

⁵⁸ על האופי האקספרסיבי של המשפט הפלילי, ראו JOEL FEINBERG, SHAME PUNISHMENT, 89-112 (1st ed. 2014); Jean Hampton, An Expressive Theory of Retribution in RETRIBUTIVISM AND ITS CRITICS, 1-25 (Wesley Cragg ed. 1992)

⁵⁹ קרמניצר וסבה-הבאש, לעי ה"ש 16 בעמ' 119.

⁶⁰ קרמניצר וסבה-הבאש, שם בעמ' 121. על השפלה כפגיעה בכבוד האדם הנגרמת על-ידי הליכים משפטיים במשטרים טוטליטריים, ראו: AVISHAI MARGALIT, THE DECENT SOCIETY, (HARV. U Press, 1998) at. 211

⁶¹ על המתח בין הזכות להליך הוגן לבין שיקולים בטחוניים בהרחבה, ראו קרמניצר וסבה-הבאש, לעיל ה"ש 16 בעמ' 128-38.

הנכללים בליבת הזכות להליך הוגן בשל שיקולים ביטחוניים והעדפת שיקולים תועלתניים על פני דרישת האשמה במסגרת הענישה - פוגעים בכבוד האדם במונח הקנטיאני, משום שהם מאפשרים להתייחס אל הפרט רק כאל אמצעי להשגת מטרות חברתיות. יש שיטות משפט הפותרות את המתח הקיים בתחום הענישה על ידי מתן עדיפות חוקתית לדרישת האשמה. כך למשל, במשפט הגרמני, לדרישת האשמה מעמד חוקתי הנגזר מכבוד האדם, והיא נתפסת כאילוץ דאונטולוגי על שיקולי הרתעה, המונע הטלת אחריות ועונש החמורים מאשמת העבריינין גם במקרים שבהם החמרה כזו נדרשת לצורכי הרתעה.⁶² במשפט הישראלי, הצעת חוק היסוד: זכויות בהליך הפלילי מעניקה לדרישת האשמה מעמד חוקתי במסגרת הטלתה של האחריות הפלילית.⁶³ בהקשר לענישה, העמדה כי יש להעניק עדיפות לאשמת העבריינין על פני השגת מטרות תועלתניות באה לידי ביטוי במסגרת הבניית שיקול הדעת בענישה, שהוספה למשפטנו בשנת 2012⁶⁴ והמעניקה בכורה "לקיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו [...]".⁶⁵ כמתחייב מתורת הגמול. עיקרון זה על בית המשפט לכבד גם במקרים שבהם הוא סבור "כי יש צורך בהרתעת הרבים מפני ביצוע עבירה מסוג העבירה שביצע הנאשם, וכי יש סיכוי של ממש שהחמרה בעונשו של הנאשם תביא להרתעת הרבים", שאז רשאי בית המשפט אמנם להביא בחשבון את הנדרש לצורך הרתעת הרבים "ובלבד שהעונש לא יחרוג ממתחם העונש ההולם".⁶⁶

אילוץ הדומה לזה שקיים במשפט הגרמני בהקשר לדרישת האשמה, ראוי לאמץ גם במסגרת ליבת הזכות להליך הוגן, ולהעניק לתנאי המינימום הנכללים בה, הגנה חוקתית מוחלטת, שתמנע פגיעה, אפילו מידתית, בליבת הזכות להליך הוגן. ניתן להיעזר בהקשר זה בהשראה מהמשפט הגרמני לפיו ההגנה החוקתית המוחלטת שמעניק חוק היסוד הגרמני לכבוד האדם⁶⁷ משתרעת לא רק על הערך הכללי של כבוד האדם, אלא גם על הגרעין של כבוד האדם המצוי בליבת זכויות אחרות.⁶⁸ אמנם במשפט הישראלי, ההגנה החוקתית על

⁶² ראו גור-אריה וויגנד, לעיל ה"ש 5252, בעמ' 85-86; Miriam Gur-Arye, *Human Dignity of "Offenders": A Limitation on Substantive Criminal Law*, 6 J. CRIM. L. & PHIL. 187, 190-192 (2012) Mordechai Kremnitzer & Tatjana Hörnle, *Human Dignity and the Principle of Culpability*, 44 ISR. L. REV. 115 (2011)

⁶³ סעיף 5 להצעת חוק היסוד קובע

עיקרון האשמה

(א) לא תוטל אחריות פלילית באין אשמה

(ב) לא יישא אדם באחריות פלילית בשל עבירה שעבר אדם אחר

⁶⁴ חוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב-2012, ס"ח 2330.

⁶⁵ חוק העונשין, סעיף 40ב.

⁶⁶ שם, ס' 140. הסדר מקביל קיים גם ביחס להרתעת היחיד, כאמור בס' 140 לחוק העונשין.

⁶⁷ סעיף 1 ל Basic Law for the Federal Republic of Germany קובע:

(1) Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority

⁶⁸ ראו, קרמניצר וסכה-הבאש לעיל ה"ש 16 בעמ' 118-19

כבוד האדם במסגרת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו איננה מוחלטת.⁶⁹ עם זאת, כשמדובר באספקטים של כבוד האדם המצויים בליבת הזכות להליך הוגן, המיועדת להבטיח את תנאי המינימום הנדרשים להבטחת הלגיטימיות של ההליך הפלילי, השיקולים שהובהרו במהלך פרק זה מחייבים להעניק לליבה זו הגנה מוחלטת.⁷⁰ המשמעות המעשית של מסקנה זו תהיה כי במקרים בהם מסיבות שונות לא ניתן לחשוף בפני הנאשמת את הראיות נגדה, או שלא ניתן לאפשר לה להיות נוכחת בכל ההליכים המתנהלים נגדה, לא ניתן יהיה גם לנהל הליך פלילי נגדה וממילא לא ניתן יהיה להרשיעה בביצוע עבירה פלילית ולגזור את עונשה. אני ערה לעובדה כי השלכה זו עלולה לתמרץ פניה לאמצעים אחרים כדי לעקוף את המגבלות על ההליך הפלילי המתחייבות מהענקת הגנה חוקתית מוחלטת על ליבת ההליך הוגן, כדוגמת הפניה למעצרים מנהליים שפגיעתם בזכויות הפרט היא משמעותית.⁷¹ חשוב עם זאת להדגיש כי אף שהצעת חוק היסוד מוגבלת לזכויות בהליך הפלילי דווקא, מן הראוי יהיה להשלים את הליך החקיקה על ידי הענקת הגנה חוקתית גם על זכויות בהליך המנהלי בכלל, וודאי בהליכים המסתיימים במעצרים מנהליים. הדיון בהיקף ההגנה הנדרשת במסגרת ההליכים המנהליים חורג מרשימה זו.⁷²

ד. חזקת החפות

סעיף 6 להצעת חוק יסוד: זכויות בהליך הפלילי מעניק הגנה חוקתית לחזקת החפות: כל אדם הוא בחזקת חף מפשע כל עוד לא נקבעה אשמתו בידי רשות שיפוטית.

הצעת החוק מאמצת תפיסה רחבה של חזקת החפות הכוללת פן ראייתי ופן מהותי. הפן הראייתי, היותר מוכר של חזקת החפות, מטיל את הנטל להוכיח את אשמתה של הנאשמת על התביעה, שחייבת להוכיח את האשמה מעבר לכל ספק סביר. הפן המהותי של חזקת החפות מייחד את הסמכות להרשיע ולהטיל גינוי פלילי לרשות השופטת, ומחיל את חזקת החפות גם על הליכים הקודמים למשפט עצמו. כל עוד לא הורשעה הנאשמת בפסק דין סופי על ידי רשות שיפוטית, רשויות אוכפות החוק חייבות להתייחס אליה, בכל השלבים של ההליך הפלילי – חקירה, מעצר העמדה לדין – כאל מי שהיא חפה מפשע.⁷³

⁶⁹ על ההבדלים בין היקף ההגנה על כבוד האדם במסגרת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, לבין ההגנה על כבוד האדם במשפט הגרמני, ראו גור-אריה וויגנד, לעיל ה"ש 52 בעמ' 84-89; Ariel Bendor & Michael Shacs, *The Constitutional Status of Human Dignity in Germany and Israel*, 44 ISR. L. REV. 25 (2012); מרדכי קרמיצר, מיכל קרמר, *כבוד האדם כערך חוקתי עליון ומוחלט במשפט הגרמני - האם גם בישראל?* (2011).

⁷⁰ ראו גם ההצדקה הכללית להענקת הגנה חוקתית מוחלטת לזכויות דיוניות בפרק ה להלן.

⁷¹ על הבקורת על הפניה למעצרים מנהליים בהקשר זה ראו קרמיצר וסבה-הבאש, לעיל ה"ש 16, בעמ' 31-130.
⁷² על חשיבות ההגנה על זכויות הליך הוגן ביחס לעבירות מנהליות ראו פסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם: *Osturk v. Germany*, 6 Eur. H.R. Rep. 409 (1984); *Schmautzer v. Austria*, 21 Eur. H.R. Rep. 511 (1995).

⁷³ על חזקת החפות במובנה זה ראו, רינת קיטאי, "חשיבותה של חזקת חפות פוזיטיבית, תפקידה וטיבה בהליכים הקודמים להכרעת הדין בפלילים", *עלי משפט* ג 405 (תשס"ד); Pamela R Ferguson, *The Presumption of Innocent and its Role in the Criminal Process* 27 CRIMINAL LAW FORUM, 131 (2016); Kimberly Kessler Ferzan, *Preventive Justice and the Presumption*

חזקת החפות במובנה זה "מכתיבה את היחס שעל רשויות האכיפה להעניק לאדם שטרם הורשע בדינו, בלא תלות בהסתברות אשמתו".⁷⁴ עד למתן פסק דין סופי על ידי בית המשפט לא ניתן להטיל עליה כל סנקציה עונשית.⁷⁵ אף שההיבט המהותי של חזקת החפות, בהבדל מזה הקושר בינה לבין נטלי ההוכחה הוא פחות מוכר, ההיבט המהותי של חזקת הוכר בפסיקה עוד בשנות השישים:

אין לייחס לאדם מעשה פלילי כל עוד לא הוכחה ונקבעה אשמתו בהליכים שיפוטיים כדין... האישום הוא אישום, החקירה היא חקירה, וההעמדה לדין העמדה לדין, וכבודם ומשקלם וחומרתם במקומם מונחים. אבל תהא אשר תהא מידת האמון שמותר ואפשר ליחסו להם, ויהיו אשר יהיו המסקנות שמותר ואפשר להסיק מהם - דבר אחד אין בהם, ואינו יכול מטבע ברייתם לעולם להיות בהם, והוא הוכחה או קביעה של עשיית מעשה פלילי מידי מאן דהוא... זכות היסוד שבחזקת זכאי ניתנת לאדם לא רק כדי שלא יענש כל עוד לא נשפט, אלא גם כדי שכבודו, שמו הטוב ויתר זכויותיו, האישיות והחומריות, לא ייפגעו בשל מעשהו הפלילי, במאומה, כל עוד לא נשפט.⁷⁶

חזקת החפות במובנה המהותי משלימה את העקרונות האחרים שבהצעת חוק היסוד בהם דנתי לעיל, ומשתלבת בהם. קביעת האשמה בידי רשות שיפוטית, לשם סתירתה של חזקת החפות, חייבת להעשות בהתאם לחוק המגדיר את ההתנהגות כעבירה ושהיה בתוקף בעת הביצוע (עקרון החוקיות). הליך קביעת האשמה, לשם סתירתה של חזקת החפות בפני בית המשפט, חייב להיות הוגן. ביחס לעקרונות האחרים טענתי כי ראוי להעניק להם הגנה חוקתית מוחלטת, האם ראוי להעניק הגנה מוחלטת גם לחזקת החפות?

ברומה לעמדתי לגבי הליך הוגן, גם בהקשר לחזקת החפות אני סבורה כי ראוי להעניק הגנה מוחלטת לליבת חזקת החפות המחייבת להתייחס אל החשודה ואל הנאשמת כאל חפות מפשע כל עוד אשמתן לא הוכחה בבית המשפט במסגרת הליך הוגן; וזאת בשל השיקולים כבדי המשקל שביסוד חזקת החפות מצד אחד והחשש מפני נטיה מוגברת שלא לכבד את כל המתחייב משיקולים אלה, מהצד האחר. הליבה של חזקת החפות מגבילה את הכוח של רשויות אוכפות החוק לפגוע בכבוד של החשודה והנאשמת, בכך שהיא מחייבת להתייחס אליה כמי שהיא חפה מפשע בכל שלבי ההליך הפלילי. החובה להתייחס אל החשודה ואל הנאשמת כמי שהיא חפה מפשע, והדרישה להמנע מפגיעה בכבודה, חיוניות להבטחת היחסים שבין המדינה המאשימה לבין נחקרת, חשודה או הנאשמת בכצוע עבירה.⁷⁷ אף שהמדינה, באמצעות רשויות אוכפות החוק, היא המאשימה, כל עוד הנאשמת לא הורשעה בפסק דין סופי על המדינה לדאוג כי הכבוד של החשודה ושל הנאשמת וזכויותיה האחרות

of Innocence, 8 CRIM LAW AND PHILOS, 505 (2014); Victor Tadros, *The Ideal of the Presumption of Innocence*, 8 CRIM LAW AND PHILOS, 449 (2014); Thomas Weigend, *Assuming that the Defendant Is Not Guilty: The the Presumption of Innocence In the German System of Criminal Justice*, 8 CRIM LAW AND PHILOS, 285 (2014)

דברי ההסבר להצעת חוק יסוד זכויות בהליך הפלילי, ה"ש 2 לעיל, בעמ' 699.

קיסאי, ה"ש 73 לעיל בעמ' 41-44.

בג"ץ 62/94 גולד נ' שר הפנים, טז 1846 בעמ' 1851 (1962), ההדגשה הוספה.

קרמניצר וסכה-הבאש, לעיל ה"ש 61, בעמ' 121-22.

74

75

76

77

לא יפגעו בשל החשדות או האישומים נגדה. יש גם הטוענים כי למרות שביצוע העבירה מבטא קונפליקט בין העברייין לבין החברה, חזקת החפות מאפשרת לרכך את הניכור בין הפרט לבין החברה במהלך ההליך הפלילי.⁷⁸ בנוסף, מאפשרת חזקת החפות לאזן בין פערי הכוחות שבין רשויות אוכפות החוק לבין הפרט החשודה בבצוע עבירה על-ידי הטלת נטל ההוכחה על התביעה ודרישה לרמת הוכחה של מעבר לכל ספק סביר. ביסוד חזקת החפות בהקשר זה מונח שיפוט ערכי, שכבר הוזכר,⁷⁹ לפיו בשל אופיו המגנה והמעניש של המשפט הפלילי עדיף שעשרה אנשים שבצעו עבירה יצאו זכאים מאשר אדם אחד שלא בצע כל עבירה ימצא אשם.

הדרישה מרשויות אוכפות החוק להתייחס לנחקרת, לעצורה או לנאשמת, כאל מי שהיא חפה מפשע עלולה להתפס על ידן כמנוגדת למטרות החקירה, למלאכת איסוף הראיות ולניהול ההליך הפלילי בבית המשפט, המכוונים כולם להוכיח את אשמתה של הנאשמת. חוקרים ותובעים המזדהים עם תפקידים, עלולים להתייחס אל החשודים או אל הנאשמים כאל מי שמציבים מכשולים בפני מערכת אכיפת החוק במטרה להמלט מהחקירה או מהעונש. הנטיה הכללית להעדיף את האינטרס הציבורי על פני הזכויות בהליך הפלילי ואף לתפוס זכויות אלה כמכשול להגשמת התכלית של הדין הפלילי, עליה הצבעתי בחלק א של הרשימה, עלולה להתחזק, כאשר לנגד עיניהן של רשויות אוכפות החוק נמצאת חשודה קונקרטיית אותה עליהן לחקור או נאשמת שלגביה הן נדרשות להוכיח כי היא ביצעה עבירה; אין מדובר ב"אחר" מופשט, אלא באדם ספציפי הנמצא בעימות מוחשי עם רשויות אוכפות החוק.

לאור כל אלה, אני סבורה כי ראוי להעניק לליבה של חזקת החפות הגנה חוקתית מוחלטת. לצורך תיחום ההיקף הראוי של ההגנה החוקתית המוחלטת על ליבת חזקת החפות יש לתת את הדעת להשלכות המתחייבות מהחלטה של חזקת החפות בכל ההליכים. למשל, מתי ובאלו תנאים מעצר לפני משפט יתיישב עם חזקת החפות. דיון בהשלכות אלה חורג ממגבלותיה של רשימה זו. את ההיקף המתחייב מהענקת הגנה מוחלטת לליבת חזקת החפות אדגים להלן באמצעות הפן הראייתי, והיותר מוכר, של חזקת החפות, המטיל על התביעה את הנטל להוכיח את האשמה מעבר לכל ספק סביר.

חוק העונשין מעגן, בחלק הכללי, את הפן הראייתי של חזקת החפות. סעיף 34 כב לחוק קובע

נפקותו של ספק

34 כב (א) לא יישא אדם באחריות פלילית לעבירה אלא אם כן היא הוכחה

מעבר לספק סביר.

(ב) התעורר ספק סביר שמא קיים סייג לאחריות פלילית, והספק לא הוסר,

יחול הסייג.

חוק העונשין, אמנם מעביר את נטל הבאת הראיות לנאשם הרוצה להתגונן בהתבסס על אחד מהסייגים השוללים את פליליות המעשה, בקבעו בסעיף 34. "מלבד אם נאמר בחיקוק אחרת, חזקה על מעשה שנעשה בתנאים שאין בהם סייג לאחריות פלילית". עם זאת, העברת נטל זה אינה סותרת את חזקת החפות משום שבסופו של יום, ספק סביר גם בקיומו של סייג

⁷⁸ קיטאי לעיל ה"ש 73, בעמ' 443.

⁷⁹ ה"ש 14 לעיל והטקסט הצמוד אליה.

לאחריות הפלילית, מחייב לזכת את הנאשם (כאמור בסעיף 34כב(ב) לחוק). למרות זאת, יש הקשרים שבהם דיני העונשין מעבירים את נטל השכנוע, ולא רק את נטל הבאת הראיות, לנאשם, שאז מידת ההוכחה הנדרשת ממנו זהה לזו הנדרשת מתובע במשפט אזרחי – מאזן הסתברויות.⁸⁰ למשל, במסגרת עבירות של אחריות קפידה, די כי התביעה תוכיח את היסוד העובדתי של העבירה ואילו על הנאשם מוטל להוכיח כי "נהג ללא מחשבה פלילית וללא רשלנות ועשה כל שניתן למנוע את העבירה".⁸¹ במקרים בהם התביעה הוכיחה את יסודות הנסיון לבצע עבירה, יוענק פטור מנסיון למי שהוכיח כי "מחפץ נפשו בלבד ומתוך חרטה, חדל מהשלמת המעשה או תרם תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה".⁸² האם העברת נטל ההוכחה, כולל נטל השכנוע, כאמור פוגעת בחזקת החפות?

חזקת החפות נפגעת בכל מקרה של העברת נטל השכנוע, ולא רק נטל הראיה, לנאשם. השאלה אם פגיעה כזו היא מוצדקת תהיה מותנית בשאלה האם העברת נטל השכנוע מכרסמת בליבה של חזקת החפות, שאז, לגישתי, לא ניתן יהיה להצדיק אותה, או שמא הפגיעה היא בפריפריה של החזקה, שאז הצדקתה תהיה כפופה למבחני המידתיות. הליבה של חזקת החפות מחייבת כי הוכחת האלמנטים החיוניים להענקת אופי פסול מבחינה פלילית להתנהגותו של הנאשם תהיה מסורה בידי התביעה. כל עוד לא הוכח הפסול לא ראוי להתייחס אליו כאל אשם, וזאת בין אם מדובר באלמנטים פוזיטיביים הנדרשים להענקת אופי פסול להתנהגות והבאים לידי ביטוי ביסודות העבירה, ובין אם מדובר באלמנטים השוללים את הפסול מכוח הסייגים לאחריות פלילית. לאור זאת אני סבורה כי העברת נטל ההוכחה לנאשמת בעבירות של אחריות קפידה, להוכיח שלא הייתה רשלנית, ושעשתה כל שניתן כדי למנוע את התקלה, פוגעת בליבת חזקת החפות, וככזו אין היא מוצדקת. בלא שהתביעה הוכיחה לפחות רשלנות, התנהגות הנאשמת איננה בעלת אופי פלילי ולא ראוי להתייחס אליה כאל "אשמה", ולפיכך אף לא ראוי להעביר אליה את הנטל לשכנע שאיננה אשמה.⁸³ לעומת זאת, הענקת פטור בגין ניסיון, איננה שוללת את האופי הפסול של התנהגותה של מי שניסתה לבצע עבירה. הפטור מבוסס על הנכונות לתת תוקף למפנה הנפשי שחל אצל המנסה (חזרה בתשובה) לאחר שניגשה לבצוע העבירה⁸⁴ או על הרצון לתמרץ את המנסה לחדול מיוזמתה מהשלמת הביצוע.⁸⁵ לפיכך, העברת הנטל להוכחת הפטור עקב חרטה לנאשמת איננה פוגעת

⁸⁰ ראו למשל ע"פ 4675/97 רוזוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 337, פס' 35 לפסק דינו של השופט חשין (1999)

⁸¹ חוק העונשין, סעיף 22(ב).

⁸² חוק העונשין, סעיף 28.

⁸³ מסקנה זו מתיישבת עם המגמה להוציא את העבירות של אחריות קפידה מתחום המשפט הפלילי ולהפכן לעבירות מנהליות. על השיקולים שביסוד מגמה זו עמדתי בהרחבה במקום אחר, ראו, מרים גור-אריה, *אחריות מוחלטת לעבירות של "תקנת הציבור" - קריאה להוצאתה מהמשפט הפלילי ולהעברתה אל המשפט המנהלי, גבורות לשמעון אגרנט* (א. ברק, ר. גביון, י. זמיר, נ. ליפשיץ, ש"ז פלר, מ. קרמניצר, י. שחר – עורכים, התשמ"ז), 241. מגמה זו באה לידי ביטוי (חלקי אמנם) בחוק העבירות המנהליות, תשמ"ו-1986. על מגמה דומה בשיטות משפט זרות ראו: Regulatory Enforcement and Sanction Act, 2008 (UK); Act on Regulatory Offences, 1987 (Germany)

⁸⁴ ע"פ 401/99 מצארווה נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(3) 561 (1999).

⁸⁵ ע"פ 5767/14 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנוב 16.6.2015).

בליבת חזקת החפות, וניתן יהיה להצדיקה לאור מבחני המידתיות. השאלה באיזה מקרים הענקת פטור, או סייג אחר לאחריות הפלילית, איננה שוללת את האופי הפסול של ההתנהגות, וככזו העברת הנטל להוכחת הפטור על הנאשמת אינה פוגעת בליבתה של חזקת החפות, תלויה בין השאר בסיווג הסייגים השונים בדיני העונשין, והיא חורגת ממגבלותיה של רשימה זר.⁸⁶

ה. הגנה חוקתית מוחלטת לזכויות דינויות בהליך הפלילי – הצדקה

ההגנה החוקתית על זכויות יסוד במשפט הישראלי כפופה למבחני המידתיות. במקרים של התנגשויות בין זכויות ואינטרסים ציבוריים, המשפט הישראלי מאזן בין הזכויות לבין עצמן ובין הזכויות לבין האינטרסים הציבוריים באמצעות מבחני המידתיות שבפסקאות ההגבלה שבחוקי היסוד השונים, כפי שפותחו בהרחבה בפסיקה.⁸⁷ בהשראת המשפט החוקתי הגרמני מעניק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הגנה חוקתית לכבוד האדם (הגנה שאינה מצויה בחוקה של ארצות הברית ואף לא בחוקה הקנדית).⁸⁸ עם זאת, בניגוד להגנה המוחלטת לכבוד האדם שמוענקת על-ידי חוק היסוד הגרמני, חוק היסוד הישראלי מכפיף גם את ההגנה על כבוד האדם למבחני המידתיות המפורטים בפסקת ההגבלה של חוק היסוד.⁸⁹ הכפפת ההגנה על כבוד האדם למבחני המידתיות מתחייבת, זוהי ההנחה, מהקשיים הטמונים בהענקת הגנה מוחלטת לזכויות יסוד. הגנה מוחלטת לכבוד האדם תחייב, מצד אחד, להעניק לכבוד האדם פרוש מצומצם שיאפשר במקרים המתאימים, להעניק עדיפות לזכויות או אינטרסים ציבוריים מתנגשים. פרוש מצומצם עלול לחתור תחת עצם החשיבות החוקתית המיוחסת לכבוד האדם. מהצד האחר, דבקות בהגנה המוחלטת על כבוד האדם עלולה להכשיר הקרבתן של זכויות

⁸⁶ היו שהציעו להסתמך בהקשר זה על ההבחנה בין הגנות המצדיקות את המעשה, שאז הנטל לשכנע כי ההגנה לא התקיימה צריך להיות מוטל על התביעה, לבין הגנות הפוטרות את העושה בגין מעשיו הפסולים שאז ניתן להעביר את נטל השכנוע להתקיימות הפטור לנאשם, ראו למשל – Alex Stein, *Criminal Defences and the Burden of Proof*, 28 COEXSITENCE 133 (1991) (1991) ספציפית המקובלת במשפט האנגלי לגבי הפטור מחמת אי-שפיות, שהנטל לשכנע בקיומו מוטל שם על הנאשם, ראו *R v Lambert* [2002] QB 1112. לבקורת על העברת נטל השכנוע לנאשם במקרים כדוגמת אי-שפיות ראו Tados לעיל ה"ש 74 בעמ' 450-52. בהשראת המשפט המקובל האנגלי, גם אצלנו נטל השכנוע לגבי אי-שפיות הוטל בעבר על הנאשם מכוח חזקת השפיות שהיתה קבועה בסעיף 18 לחוק העונשין (סעיף 13 לפקודת החוק הפלילי 1936). תיקון 39 לחוק העונשין (לעיל, ה"ש 25) ביטל את חזקת השפיות, והכפיף את הגנת אי-השפיות בדומה להסדרים הנוגעים בסייגים האחרים, לחזקת החפות (ראו הטקסט הקודם לה"ש 81 לעיל). בפרשת **רוזוב** (לעיל ה"ש 81) הבחין בית המשפט (בדעת רוב) בהקשר זה בין סייגים לאחריית פלילית בעלות תחולה כללית (כדוגמת אלה המנויים בחוק העונשין, סעיפים 134-134), לגביהן נטל השכנוע בדבר אי התקיימות הסייג צריך להיות מוטל על התביעה, לבין סייגים יחודיים לעבירות ספציפיות, המשקפים מדיניות ספציפית בתחום מסויים, כדוגמת הסייגים שבסעיף 152 לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968, שאז ניתן להצדיק העברת נטל השכנוע לנאשם.

⁸⁷ לדין במבחני המידתיות כי שהתפתחו במשפטנו ראו, אהרן ברק, **מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** 225-262 (2010); מרדכי קרמיניצר, **המידתיות החוקתית: קווים (ראויים) לדמותה, מידתיות במבט ביקורתי ומשווה** (מרדכי קרמיניצר עורך, 2016) בעמ' 10-102.

⁸⁸ חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, סעיפים 1, 2.

⁸⁹ חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, סעיף 8. על ההבדלים בין ההגנה על כבוד האדם במשפט הגרמני לבין ההגנה על כבוד האדם במשפט הישראלי, ראו לעיל ה"ש 69.

יסוד משמעותיות או של אינטרסים ציבוריים בעלי משקל משמעותי. בלא להמעיט מהקשיים הטמונים בהגנה חוקתית מוחלטת, אני סבורה כי כשמדובר בהגנה על זכויות דיוניות בסיסיות, כדוגמת אלו בהן דנתי בחלקים הקודמים של רשימה זו, קשיים אלה הם פחות משמעותיים.

התוכן של כבוד האדם, הנתפס הן כערך והן כזכות יסוד, בדומה לזכויות ולערכים מהותיים אחרים, אינו מאופיין במסמך החוקתי עצמו, ולפיכך הוא כפוף לפרשנויות הניתנות ליישום על מגוון רחב של מצבים. הזכויות בהליך הפלילי עליהן יש לטענתי להגן באופן מוחלט מוגבלות למצבים מוגדרים. זכויות אלה אמנם נגזרות מעקרונות כלליים, שככלל ובהבדל מכללים מפורטים היקף התחולה שלהם נתון לפרשנות. עם זאת, היקף התחולה של שניים מהעקרונות בהם דנה רשימה זו נקבע, או ראוי היה שיקבע, במפורש בהצעת החוק. הצעת החוק מאפיינת את עקרון החוקיות באמצעות תנאים מוגדרים שאינם מותירים פתח משמעותי לפרשנות. עקרון החוקיות בהתאם להצעה חל על מצבים הנגזרים במישרין מהדרישה כי הגדרת העבירה והעונש ייעשו בחוק, כי החוק שמגדיר את העבירה יהיה תקף בזמן הבצוע, ומהדרישה שלא יוטל עונש חמור מזה שניתן היה להטיל בהתאם לחוק היה בתוקף בזמן הבצוע. בהתאם לטענתי, את ליבת הזכות להליך הוגן ראוי להגדיר באופן מפורש כך שתכלול זכויות מוגדרות, הן כאלו הנוגעות לניהול ההליך בהתאם לחוק בפני גוף בלתי תלוי, והן כאלו המבטיחות השתתפות אפקטיבית בהליך על-ידי ידוע על פרטי האישום וחומר הראיות ומתן אפשרות להיות נוכחת בכל ההליכים. לעומת זאת, היקפה של הליכה של חזקת החפות, אכן נתון לפרשנויות. עם זאת, אפילו ביחס לחזקת החפות, המגוון של המקרים הקונקרטיים המעוררים את השאלה האם מדובר בליבת החזקה או בפריפריה שלה הוא מוגבל. לאור זאת, החשש כי הגנה מוחלטת על הזכויות הדיוניות הנגזרות מעקרונות היסוד האמורים תגרום לפרשנות מצומצמת מדי של הזכויות באופן שיכרסם בעצם ההגנה עליהן, או לפרשנות מרחיבה מדי שתפגע בזכויות ובאינטרסים מנוגדים הוא פחות משמעותי.

יתרה מזאת. הזכויות הדיוניות מסדירות את ההליך שיביא להגשמתה של "תכלית ראויה" כנדרש במסגרת מבחני המידתיות החוקתיים. ככלל, אין מניעה להפריד בין היקף הגנה החוקתית לזכויות הדיוניות לבין היקף ההגנה המתחייב להגשמת התכלית הראויה. במקרים המתאימים, ניתן יהיה להכפיף את הגשמת התכלית למבחני המידתיות החוקתיים ובה בעת להעניק הגנה חוקתית מוחלטת לזכויות הדיוניות. משמעות ההפרדה תהיה כי גם במקרים בהם התכלית היא ראויה ומצדיקה פגיעה מידתית בזכויות יסוד, הצדקתה של הפגיעה איננה משתרעת על ההליכים להגשמתה של התכלית, לעיתים אף להפך; הצדקתה של הפגיעה בזכויות הנדרשת להגשמתה של תכלית ראויה, תהיה מותנית בכך שתכלית זו הושגה במסגרת הליכים הוגנים שאינם פוגעים בזכויות יסוד. דוגמא בולטת בהקשר הקרוב לענייננו, היא זו של הזכות שלא להיות נתון לעינויים בחקירה. עינויים בחקירה נחשבים למקרה קיצוני של פגיעה בכבוד: הוצאת אינפורמציה מנחקר שלא מרצונו באמצעות עינויים הופכת את הנחקר ללא יותר מאשר כלי בידי רשויות החקירה.⁹⁰ למרות הרתיעה מפני הענקת הגנה חוקתית

Miriam Gur-Arye & Florian Jessberger The Protection of Human Dignity in Light of Recent German and Israeli Experiences, 44 Interrogations – Reflections in

מוחלטת לכבוד האדם, קיימת הסכמה רחבה, שבאה לידי ביטוי גם באמנות בינלאומיות,⁹¹ כי יש להעניק הגנה חוקתית מוחלטת לזכות שלא להיות נתון לעינויים.⁹² ההנחה היא כי אין אינטרס ציבורי, כולל בטחון המדינה, שיכול להצדיק הוצאת אינפורמציה מנחקרים באמצעות עינויים. גם אם הגשמת התכלית של הגנה על בטחון המדינה עשויה להצדיק פגיעה מידתית בזכויות יסוד של הפרט, הצדקה זו איננה משתרעת על עינויים בחקירה המיועדים להשיג את האינפורמציה החיונית להגנה על הביטחון; אינפורמציה זו יש להשיג בדרכים אחרות שאינן פוגעות בכבוד הנחקרים.⁹³

הטענה של מאמר זה כי יש להעניק לזכויות הדיוניות המואגדות תחת עקרונות היסוד שבהצעת חוק יסוד זכויות בהליך הפלילי הגנה חוקתית מוחלטת מבוססת על הבחנה דומה. האופי הדואלי של המשפט הפלילי מחייב להכפיף את ההפלה (קביעתה של התנהגות כעבירה פלילית), הטלתה של האחריות הפלילית בצד הגינוי הפלילי הכרוך בה וגזירת העונש למבחני המידתיות החוקתיים. מבחנים אלה מחייבים לאזן בין זכויות היסוד של הקרבן – כדוגמת הזכות לחיים, לשלמות הגוף, לבעלות על הרכוש, והאינטרס הציבורי – הפעילות התקינה של הרשויות למשל, המוגנים באמצעות המשפט הפלילי, מצד אחד, לבין זכויות היסוד של העבריין הנפגעות על ידי המשפט הפלילי: חירות הפעולה הכללית הנפגעת על-ידי

Gäfgen, *ISR. L. REV.*, 229 at 234, 241 (2011) כן ראו פסיקתו של בית הדין האירופי לזכויות אדם, 108v. Germany, App. No. 22978/05, Grand Chamber judgment of June 1, 2010, § אמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים, 1984; סעיף 7 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1966); סעיף 3 לאמנה האירופית בדבר זכויות אדם, 1950

Henry Shue, *Torture*, in *TORTURE: A COLLECTION*, (Sanford Levinson ed. 2004), 47

; עמיהוד גלעד, *ציווי מוסרי מוחלט: אסור לענות משפט וממשל* ד 425 (1997); דניאל סטטמן, *שאלת המוחלטות המוסרית של האיסור לענות משפט וממשל* ד 161 (1997)

מעמדו של האיסור המוחלט על עינויים במשפט הישראלי אינו חד משמעי. בבג"ץ 94/5100 *הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל*, פ"ד נג (817) 1999 (4) פסל בית המשפט העליון את הפרקטיקה של חקירה המיועדת להוציא אינפורמציה מהנחקר באמצעות שימוש באמצעי חקירה פיזיים, בלא לכנות חקירה זו "עינויים". עם זאת, בית המשפט הותיר פתח המאפשר ליועץ המשפטי לממשלה לקבוע באלה תנאים ייחנה חוקר שנקט בפרקטיקה הפסולה מהגנת הצורך. בג"ץ העינויים, לא הביא לפסילתה של הפרקטיקה של "חקירת צורך" המאפשרת לחוקרים להשתמש באמצעי חקירה מיוחדים (כולל אמצעים פיזיים) כדי לסכל פיגועים או סכנות אחרות העלולות לנבוע ממי שהוכרו כפצצה מתקתקת. שאלת קבילות ההודעות שהתקבלו תחת חקירת צורך נדונה לאחרונה ב"פ 7388/20 *בן אוליאל נ' מדינת ישראל*, (נבו 1.9.2022)). בית המשפט הדגיש כי ה"הודאות שהושגו בחקירות הצורך עצמן תוך שימוש באמצעים מיוחדים" אינן קבילות. עם זאת, היה מוכן לקבל הודאות מאוחרות מהנימוק שהקשר הסיבתי בין ההודאות שהושגו באמצעות חקירת הצורך לבין ההודאות האחרות נותק (השופט אלרון פס' 91). לביקורת על בג"ץ העינויים, שנמנע מלהטיל איסור מוחלט על עינויים ראו, גלעד שם; סטטמן שם; מרדכי קרמיניצר ויובל שני, "האיסור המוחלט של עינויים ויחס אכזרי, בלתי אנושי ומשפיל: ההיית או חלמתי חלום – עמדתו של המשפט הישראלי בסוגיית שיטות החקירה המיוחדות" *משפט ועסקים* כה, 223 (תשפ"ב-2022); Mordechai Kremnitzer & Re'em Segev, *The Legality of Interrogational Torture: A Question of Proper Authorization or a Substantive Moral Issue?*, 34 *ISR. L. REV.* 509, 516-27 (2000); Miriam Gur-Arye, *Can the War Against Terror Justify the Use of Force in Interrogation? Reflections in Light of the Israeli Experience*, in *TORTURE: A COLLECTION* 183 (S. Levinson ed., 2004)

ההפללה, הכבוד הנפגע על ידי ההרשעה, וחרות התנועה וזכויות נוספות הנפגעות על-ידי הענישה, מהצד האחר. ההגנה המוחלטת על הזכויות הדיוניות לה טענתי במאמר זה תבטיח כי האיזון בין האינטרסים של הקרבן והאינטרס הציבורי מצד אחד, ושל העבריינין מהצד האחר, יוגבל למקרים בהם העבירה הוגדרה בחוק שהיה בתוקף בזמן ביצוע המעשה (עקרון החוקיות), יחול רק ביחס למי שאשמתם הוכחה מעבר לכל ספק (חזקת החפות), ויעשה במסגרת הליך הוגן. הגנה חוקתית מוחלטת לעקרונות שביסוד הזכויות בהליך הפלילי, לה טענתי ברשימה זו, תחזק את הלגיטימיות של הפגיעה בזכויות המהותיות של העבריינין במסגרת האיזון בין זכויות אלו לבין זכויות הקרבן והאינטרס הציבורי.

1. סיכום

בניגוד להנחה שביסוד הצעת חוק יסוד: זכויות בהליך הפלילי, לפיה קיים מתח הכרחי בין התכליות של הדין הפלילי לבין הזכויות בהליך הפלילי, הטענה המרכזית של רשימה זו היא כי האינטרס הציבורי בהגשמת התכליות של הדין הפלילי מחייב הקפדה על זכויות בהליך הפלילי בכל שלביו – מעצר, חקירה וניהול המשפט. ייחודו של המשפט הפלילי כמוסד משפטי מאשים, מגנה ומעניש מחייב כי הפגיעה בזכויות הנכפית על העבריינים באמצעות המערכת העוצמתית של אכיפת החוק תעשה במסגרת הליכים הוגנים. ההקפדה על זכויות ההליך ההוגן חיונית להבטחת הלגיטימיות של ההליכים הפליליים, במסגרתם המדינה, באמצעות רשויות אכיפת החוק, מייחסת לפרט אשמה, שמביאה להטלת סטיגמה על התנהגותו ולגזירת עונשו. שמירה על הלגיטימיות של ההליכים הפליליים מחייבת הענקת הגנה חוקתית מוחלטת לכמה עקרונות יסוד המנויים בהצעת חוק היסוד והמשתלבים זה בזה. ההגנה המוחלטת על עקרון החוקיות, המחייב כי הגדרת העבירה והעונש ייקבעו בחוק שיחול על מעשים שנעשו לאחר היכנסו לתוקף (איסור רטרואקטיביות), מיועדת להכפיף את ההליכים הפליליים לשלטון החוק ולהבטיח את הזכויות הכרוכות בהזרה הוגנת. את ההגנה המוחלטת על עקרון החוקיות ראוי גם להחיל על התנאים הנדרשים להגשמת עקרון החוקיות, כשהעיקרי שבהם מחייב כי הגדרת העבירה תהיה ברורה באופן שיאפשר הזהרה הוגנת וימנע שרירות. ההגנה המוחלטת על ליבת ההליך ההוגן, נדרשת כדי להבטיח את תנאי המינימום הנדרשים מהליך משפטי המיועד לברר אשמה, להטיל סטיגמה פלילית ולגזור עונש – תנאים המחייבים כי ברור האשמה של חשודה בבצוע עבירה וגזירת עונשה של מי שהורשעה יעשו במסגרת הליך המתנהל בפני גוף עצמאי בלתי תלוי, בהתאם לחוק, במסגרתו יידעו את החשודה והנאשמת בפרטי החשדות והאישום נגדן ויאפשרו להן להתגונן. חזקת החפות במובנה המהותי נדרשת כדי להבטיח כי כבוד העצורה, החשודה והנאשמת ישמר במסגרת כל ההליכים המתנהלים נגדה. עד למתן פסק דין סופי של הרשעה יש להתייחס לחשודה, לעצורה ונאשמת כאל מי שהיא חפה מפשע, ולהימנע מהטלת סנקציה עליה. שמירה על כבודה של החשודה, העצורה והנאשמת מחייבת כי המדינה היא שתוכיח את כל האלמנטים הנדרשים להקנות אופי פסול מבחינה פלילית להתנהגות.

המסקנה כי ראוי להעניק הגנה חוקתית מוחלטת לעקרונות היסוד שבהצעת חוק יסוד: זכויות בהליך הפלילי מאתגרת את התפיסה הרווחת במשפטנו לפיה, פגיעה בזכויות יסוד המוגנות חוקתית עשויה להיות מוצדקת באמצעות מבחני המידתיות, המוגדרים בפסקות ההגבלה של חוקי היסוד. גם אם הרתיעה מלהעניק הגנה חוקתית מוחלטת לזכויות יסוד

מהותית היא מובנית, ביסוד ההגנה המוחלטת על זכויות בהליך הפלילי ההנחה כי הגנה זו הכרחית להענקת לגיטימציה להליך הפלילי, וממילא גם להגשמת התכליות של הדין הפלילי.