

## שיח הזכויות, פופולזים והתגובה לפשיעה בחברה הערבית: על הצורך בהגנה חוקתית משודרגת על זכויות בפלילים

מאת

יואב ספיר\*

שלוש מגמות עכשוויות מגבירות את החשש לפגיעה בזכויותיהם של חשודים, נאשמים ומורשעים ומחזקות את הצורך בהגנה חוקתית על זכויות בפלילים. המגמה הראשונה היא הביקורת הנשמעת בבית המשפט העליון על שיח הזכויות בהליך הפלילי; השנייה היא עלייתו של הפופולזים הפוליטי העכשווי; המגמה השלישית היא הפשיעה בחברה הערבית והתגובות לה, שמתמקדות בהחמרת הענישה ובמתן סמכויות שיטור חדשות וחריגות. הרשימה מתארת את המגמות ואת החששות שהן מעלות, ועל רקען מתייחסת לשלושה חסרים עיקריים בהצעת חוק יסוד: זכויות בהליך הפלילי - העדרו של עקרון בהירות החוק הפלילי; העדר התייחסות לזכות לייצוג במימון המדינה; והתייחסות חלקית ביותר לשלב הענישה, שאינה כוללת איסור על ענישה לא פרופורציונאלית, התייחסות לשלב נשיאת העונש, ואיסור מפורש על עונש המוות. המדובר בחסרים מהותיים, שמתבקשת השלמתם, גם אם בסופו של דבר ייבחר מודל חקיקתי המעדיף מינימליזם ועמימות על פני בהירות ופירוט. זאת במיוחד על רקע המגמות והתהליכים המפורטים בחלקה הראשון של הרשימה. אמנם, ניתן יהיה להשלים את החסרים האמורים גם בדרך של פרשנות חוקתית, אך דרך המלך היא פירוט הזכויות האמורות במפורש בחוק היסוד. אל מול החסרים המשמעותיים, הצעת החוק כוללת סעיף שמירת דינים שקשה להצדיקו. סעיף כזה הוא מרחיק לכת, בלתי נחוץ לשם השגת מטרותיו ומזיק. סעיף שמירת דינים זמני, יכול לתת מענה טוב לחששות השונים ולאפשר תקופה ראויה של הערכה מחודשת של הדינים שמבקשים לשמר או לשנות, מבלי לוותר על האידיאל של אמת מידה חוקתית אחידה.

**מבוא. א. הצדקות אקטואליות להגנה חוקתית על זכויות בפלילים.** 1. הביקורת על שיח הזכויות בהליך הפלילי. 2. עלייתו של הפופולזים הפוליטי העכשווי. 3. התגובה לפשיעה בחברה הערבית. **ב. חסרים מרכזיים בהצעת חוק היסוד.** 1. עקרון הבהירות. 2. זכות לסניגור במימון המדינה. 3. הזכויות הנוגעות לשלב הענישה. 4. השלמת החסרים בדרך של פרשנות. **ג. נגד סעיף שמירת הדינים. ד. סיכום.**

\* פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל אביב. גירסה מוקדמת של הדברים המופיעים ברשימה זו הוצגו בפורום אקדמיה-משרד המשפטים בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן. הח"מ נטל חלק בדיונים שהתקיימו בהצעת חוק היסוד בוועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת בראשותו של ח"כ גלעד קריב, עד להחלטה על פיזור הכנסת. אני מודה למשתתפים בשני פורומים אלה, שהאינטראקציה עמם עזרה לי בפיתוח הרעיונות. תודה רבה לגיא רובינשטיין ולליאת הרט שקראו את טיוטת המאמר והעירו עליה וליותם לחובסקי על העזרה הטובה במחקר. תודה גם למערכת "משפטים על אתר" ולעורכת נגה אורדע על ההערות הטובות.

## מבוא

למעלה משלושים שנים חלפו מאז שהכנסת השתמשה בכובעה כרשות מכוננת וחוקקה חוקי יסוד שהם חלק ממגילת הזכויות של האזרח. כל מי שזכויות האזרח יקרות ללבם, מבינים כי ההצעה לחוקק פרק נוסף במגילת הזכויות, אחרי הפוגה כה ארוכה, היא רגע היסטורי חשוב. יש חשיבות מיוחדת לעיגון חוקתי של הזכויות הקשורות במשפט הפלילי. המשפט הפלילי הוא האתר בו המדינה מפעילה כלפי נתיניה ותושביה את הסמכויות הפוגעניות ביותר שבידיה. הפגיעות עלולות להיות חמורות ביותר, לגעת במגוון רחב מאוד של זכויות, ובשלבם שונים של ההליך: הזכויות לחירות, לקניין ולשם טוב נפגעות תדיר בשלב הענישה הפלילית, והן – כמו גם זכויות אחרות כגון הזכות לפרטיות, לחופש עיסוק ולכבוד – נפגעות גם מוקדם יותר, בשלבי החקירה והמשפט. מעבר לפגיעה בזכויות הנגרמת כתוצאה של חקירת עבירות, העמדה לדין וענישת המורשעים, גם האיסורים הפליליים כשלעצמם מגבילים את חירויות הפרט באוסרם התנהגויות מסוימות, ולעתים אף בהגבלת חירויות בסיסיות כמו חופש הביטוי, חופש העיסוק וחופש התנועה. לצד הפגיעה בזכויות הקשורה במהותן של המשפט הפלילי, הצדקה מקובלת להגנה החוקתית על הזכויות הקשורות במשפט הפלילי מצויה בפערי הכוחות האדירים שבין הפרט לבין המדינה ומנגנוני אכיפת החוק שהיא מפעילה.<sup>1</sup>

במאמר זה אבחן את הצעת החוק על רקע מגמות עכשוויות חשובות בארץ ובעולם. החלק הראשון של המאמר יציע הצדקות להגנה חוקתית נרחבת, מפורטת ובהירה על זכויות בהליך הפלילי, הקשורות במציאות חדשה המתהווה לנגד עינינו בזירה העולמית והמקומית. אתיחס לדיון על שיח הזכויות בהליך הפלילי בבית המשפט העליון הישראלי, לעליית הפופוליזם הפוליטי העכשווי בעולם ולתגובות לגל הפשיעה בחברה הערבית, ואטען כי מגמות ותהליכים אלה מצטרפים להצדקות שהצעתי בעבר באשר לעיגון חוקתי של זכויות בהליך הפלילי.

בחלק השני של הרשימה אתיחס למספר חסרים משמעותיים בהצעה. אטען שגם אם בוחרים במודל "רזה" יחסית של חוקי יסוד, ישנן זכויות שמן הראוי להכלילן במפורש בחוק היסוד. ארחיב לגבי כמה זכויות ועקרונות בסיסיים שהעדרם מן ההצעה מטריד במיוחד על רקע המגמות ותהליכים המתוארים בחלק הראשון: עקרון בהירות החוק הפלילי, הזכות לייצוג ולהיוועצות במימון המדינה וזכויות הקשורות בענישה. בחלק השלישי אתיחס לסעיף שמירת הדינים שבהצעת החוק, ואטען כי הוא אינו מוצדק.

<sup>1</sup> הצעת חוק היסוד לא מרחיבה באשר להצדקות הכלליות להגנה חוקתית על הזכויות הקשורות במשפט הפלילי. בדברי ההסבר, תחת ההצעה לעגן את הזכות להליך נאמר בהקשר זה: "זכות זו היא הבסיס שממנו צמחו זכויות מהותיות והסדרים פרוצדוראליים שנקבעו בחקיקה או בפסיקה ושנועדו להבטיח את ההגנה על זכויות אדם שהוא צד להליך הפלילי, לאורך כל שלבי ההליך, בשל יחסי הכוחות הבלתי שוויוניים בין רשויות אכיפת החוק לבין מי שההליך הפלילי מתנהל נגדו". ראו דברי הסבר להצעת חוק-יסוד: זכויות בהליך הפלילי, ה"ח 1523, 694.

## א. הצדקות אקטואליות להגנה חוקתית על זכויות בפלילים

ברשימה קודמת עמדתי על שלוש סיבות לכך שזכויותיהם של חשודים ונאשמים חשופות מעצם טבען, ובשל האקלים החברתי והפוליטי בו הן פועלות, לפגיעה מתמדת.<sup>2</sup> ראשית, הגנה על זכויותיהם של חשודים ונאשמים נתפסת כפוגעת ברשויות אכיפת החוק ובמלחמתן בפשיעה. מכאן קצרה הדרך לקשור בין הגנה על זכויותיהם של חשודים ונאשמים לבין פגיעה בביטחון הציבור. שנית, הנטלים המוטלים על האזרחים בשל פעולותיהן של רשויות האכיפה אינם נחלקים באופן שווה בין הפרטים בחברה. הרוב הגדול של נתיניה של מערכת המשפט הפלילי באים מהשכבות החלשות ביותר בחברה: עניים, מיעוטים, אנשים עם מוגבלויות גוף ונפש, מכורים לסמים ולאכזוהול, מהגרים, חסרי דיור ועוד. קובעי המדיניות ומקבלי ההחלטות ייטו לפגוע בזכויותיהם של חשודים ונאשמים בשל תפיסתם של האחרונים כ"אחרים" ובשל הקושי של הראשונים להעמיד עצמם מאחורי מסך הבערות ולנתק את עצמם ממאפייניהם האישיים וממצבם החברתי בטרם יגבשו עמדה בקשר לזכויות אלה. שלישית, קיים פער בין הדימוי של ההליך הפלילי לבין הדרך שבה הוא מתנהל במציאות. התפיסה הרווחת היא שהמשפט הפלילי שוויוני יותר, הגון יותר ומוטה יותר לטובת חשודים ונאשמים מכפי שהוא במציאות. הפער שבין תדמית המשפט הפלילי לבין המציאות עלול להביא לנכונות מוגברת לפגוע בזכויותיהם של חשודים ונאשמים.

עוד טענתי שם שבשל טעמים אלה, בהקשר של זכויות בהליך הפלילי עדיפה הגישה המרחיבה לפיה קיימת חשיבות לעיגון בהיר, מפורט ומפורש של הזכויות החוקתיות. זאת גם אם איננו מאמצים גישה זו בהכרח בכל הקשר של הוויכוח הכללי באשר לניסוח חוקות – מינימליזם ועמימות לעומת פירוט ובהירות. טענתי שההקשר הפלילי הוא מיוחד, ולגביו ידם של הטיעונים התומכים בפירוט ובהגדרה מדויקת של הזכויות במסמך החוקתי על העליונה. מהטעמים שציינתי, הקושי לצפות קשת של מקרים עתידיים, שבהקשרים אחרים יכול לתמוך בעמימות חוקתית, תומך בהקשר הפלילי דווקא בעיגון מלכתחילה של הכללים המגדירים את גבולות הכח של רשויות האכיפה. עיגון כזה יכול להקטין את החשש ממצב בו הכללים ייקבעו בעקבות מקרה פלילי קונקרטי שעלול לזעזע את הציבור.

למרבה הצער, יוזמת כינון החוקה אליה הגבתי במאמר הקודם לא הבשילה.<sup>3</sup> והנה אנו ניצבים בפני יוזמה נוספת, אליה אני מתייחס כאן. בחלק זה אמנה שלוש הצדקות נוספות לאלה שמניתי בעבר, לאימוץ גישה מרחיבה באשר לזכויות שיש לכלול באופן מפורש בחוק היסוד. הצדקה אחת קשורה בהתפתחות ספציפית בפסיקת בית המשפט העליון בישראל המבקרת את שיח הזכויות בהליך הפלילי ומסתייגת ממנו. ההצדקה השנייה קשורה במגמה עולמית שיש לה הדים גם אצלנו – עליית הפופוליזם הפוליטי. ההצדקה השלישית היא שוב מקומית והיא קשורה בפשיעה בחברה הערבית ובדרכים הננקטות כדי להיאבק בה.

שלוש המגמות אותן אתאר להלן מצטרפות להצדקות שהבאתי בעבר לעיגון חוקתי מפורט של זכויות הקשורות במשפט הפלילי, ומשתלבות בהן. אם נכון היה עוד לפני המגמות המתוארות במאמר זה לעגן את זכויות החשודים והנאשמים ברובד החוקתי, הרי שלנוכח

<sup>2</sup> יואב ספיר "הגנה ראוויה של "אנשים לא-נחמדים": הערות על מגילת זכויות הרוזה שבהצעת החוקה" משפט וממשל י 571 (תשס"ז).

<sup>3</sup> טיוטת הצעת חוקה בהסכמה רחבה, זמין באתר הכנסת: <https://main.knesset.gov.il/Activity/Constitution/Pages/ConstP.aspx>

הסכנות העכשוויות, שהן קונקרטיזציה והעצמה של הסכנות הכלליות, הרי שהצורך בעיגון חוקתי כזה מקבל משנה תוקף.

המדובר במגמות שהן אמנם עכשוויות ואקטואליות מאוד, אבל הן משמעותיות ביותר ורחוקות מאוד מלהיות שוליות, נקודתיות, או כאלה שניתן להניח שיחלפו במהרה. על כן, הן מצדיקות התייחסות ברובד החוקתי. הביקורת על שיח הזכויות בהליך הפלילי וההסתייגות ממנו, נוגעות למגוון רחב של זכויות ומעלות שאלות משמעותיות לגבי עצם ההצדקה של זכויות בהליך הפלילי, ובאשר לאיזון הנכון בין הערכים השונים העומדים בבסיס סדרי הדין. התמודדות עם רוחב יריעה כזה אינה יכולה להיות בתיקון חקיקה רגיל. הפופוליזם הוא, כידוע, אחת המגמות הבולטות ביותר בפוליטיקה העולמית בעשור האחרון, והשלכותיו האפשריות הן כמובן מרחיקות לכת ובחלקן בלתי צפויות. נטייתו של הפופוליזם לחלק את החברה ל"אנחנו" ו"הם", ובכלל זה ראייתן של קבוצות אוכלוסיה, ובהן חשודים ונאשמים, כמסוכנות, מצדיקה הקדמת תרופה למכה במישור החוקתי. הפופוליזם עצמו פועל אף הוא גם במישור החוקתי.<sup>4</sup> כך גם לגבי התגובות לפשיעה בחברה הערבית, אשר יכולות להיות מגוונות מאוד והשלכותיהן על החברה הישראלית ועל ניכור המיעוט הערבי ממנה עלולות להיות הרסניות. הגנה על זכויותיהם של מיעוטים היא תפקיד קלאסי של חוקה. עוד יש לזכור כי גלי פשיעה, כשמם כן הם, הם גלים שהולכים ובאים. לצערנו, סביר מאוד להניח שגל הפשיעה בחברה הערבית אינו גל הפשיעה האחרון עמו נתמודד. הכלי החוקתי יכול לתמוך בריסון ראוי של התגובות החקיקתיות והשיפוטיות גם לגלים עתידיים.

## 1. הביקורת על שיח הזכויות בהליך הפלילי

### (א) גישתו של השופט עמית

בפרשת נחמני, כתב השופט יצחק עמית, בהערת אגב, את הדברים הבאים:

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 לבירור האמת העובדתית.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Paul Blokker, *Populism as a Constitutional Project*, 17 INT'L J. CONST. L. 536 (2019); Jan-Werner Müller, *Populism and Constitutionalism*, THE OXFORD HANDBOOK OF POPULISM 590 (Cristobal Rovira Katlwasser et al. eds. 2019); David Landau, *Populist Constitutions*, 85 U. CHI. L. REV. 521 (2018).

<sup>5</sup> ע"פ 4039/19 נחמני נ' מדינת ישראל (נבו 17.3.2021). לדברים הצטרף גם השופט גרוסקופף, שם, עמ' 98. השופטת ברק ארוז הסתייגה מהם, שם, פס' 9 לחוות-דעתה.

דברים אלה, שנכתבו בעקבות טענות הסניגוריה ש"חיפוש משפחתי" שנעשה בפעם הראשונה על ידי משטרת ישראל במאגר ה-DNA המשטרתי אינו חוקי,<sup>6</sup> אינם בבחינת אמירה חד פעמית שנאמרה בנסיבות המיוחדות של אותו מקרה. הדברים משקפים גישה עקבית בה נוקט השופט עמית – גישה שבאה לידי ביטוי בשורה של פסקי דין, בהרצאות ובכתיבה אקדמית. השופט עמית מביע מורת רוח מריבוי הטענות להפרת זכויות חשודים ונאשמים בהליך הפלילי, ובאופן כללי מכך ש"שיח הזכויות" תופס את מקומו של "שיח הראיות". אליבא דשופט עמית, ריבוי הטענות להפרת זכויותיהם של הנאשמים והחשודים מסיט את ההליך הפלילי ממסלולו הנכון – בירור אשמת הנאשם או חפותו.

ניצנים לגישתו של השופט עמית לזכויות בהליך הפלילי ניתן למצוא כבר במאמר שפרסם בשנת 2004 עת כיהן כשופט בבית המשפט המחוזי. במאמר זה הלין השופט עמית כי "מי שמעניין בפסיקה דהיום ובדברי מלומדים, עשוי להתרשם כי כל תג ותג בתחום הדיוני והראיתי, הועלו עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לזכות יסוד מקודשת בעוד המטרה הנעלה של בירור האמת הולכת ונדחקת לשוליים".<sup>7</sup>

כשופט של בית המשפט העליון, פיתח השופט עמית רעיונות אלה. בשורה של מקרים ביקר את עצם העלאת הטענות לפגיעה בזכויות נאשמים וראה בכך בזבוז זמן שיפוטי ואף "עלבון לשכל הישר".<sup>8</sup> לשיטתו של השופט עמית פעמים רבות מדי "הנאשם קם מכסאו והופך לקטיגור" והמאשימה הופכת לנאשמת.<sup>9</sup> בפרט קיים שימוש יתר בטענות של "הגנה מן הצדק" שמן הראוי להחזיר את השימוש בה "למידותיו הראיות",<sup>10</sup> ובטענות לפסלות ראיות לפי הלכת יששכרוב, אשר לשיטתו של השופט עמית, נטענות "מעשה יום ביומו".<sup>11</sup> כמו-כן מלין השופט עמית על סרבולו של ההליך הפלילי בשל ריבוי ההליכים לקבלת חומר חקירה ולהסרה של תעודות חיסיון. הליכים אלה מהווים לשיטתו "משקלות על רגלי

<sup>6</sup> נחמני טען כי החיפוש המשפחתי נעשה ללא כל סמכות חוקית, ולפיכך ראוי לפסול את הראיות הנוגעות אליו ודגימות דנ"א נוספות שנלקחו ממנו לאחר שהחיפוש המשפחתי החשיד אותו. הטענה התבססה על כך שנוסח החוק מתיר למשטרה לבצע "השוואה" בין דגימות שנלקחו מזירות פשע ובין מאגר נתוני ה-DNA. בית המשפט קבע שמונח זה כולל גם השוואה שנועדה לאתר התאמה חלקית בלבד בין דגימת DNA ובין בן-משפחה של בעלי ה-DNA, שנמצא במאגר. האפשרות לאתר חשוד דרך בן משפחתו מעוררת סוגיות מורכבות שהעסיקו בתי משפט ברחבי העולם. כך, לאחרונה, אסר בית משפט בניו-יורק על חיפוש משפחתי בדנ"א, כיוון שלא נעשה מכוח הסמכה מפורשת בחוק. ראו Stevens v. N.Y. State Div. of Criminal Justice, 2020 N.Y. Slip Op. 30861 (N.Y. Sup. Ct. 2020) ERIN E. MURPHY, INSIDE THE CELL: THE DARK SIDE OF FORENSIC DNA 208-12 (2015).

<sup>7</sup> יצחק עמית "על הצורך בשינוי בהליך הפלילי" הסניגור 83 (2004).

<sup>8</sup> ע"פ 3768/08 סלאמה נ' מדינת ישראל, פס' 3 (נבו 7.11.2010). כן ראו ע"פ 8328/05 מיכני נ' מדינת ישראל, פס' 4 ר-10 (נבו 2.1.2012).

<sup>9</sup> בש"פ 6662/19 מדינת ישראל נ' בן עוז, פס' 11 (נבו 24.11.2019) וכן דבריו של השופט עמית בדנ"פ 5387/20 רוחם נ' מדינת ישראל, פס' 4 (נבו 15.12.2021).

<sup>10</sup> ע"מ 7485/19 קשקוש נ' מדינת ישראל, פס' 21 (נבו 6.7.2020).

<sup>11</sup> ע"פ 9808/06 סנקר נ' מדינת ישראל, פס' 3-4 (נבו 29.7.2010).

ההליך"<sup>12</sup>. דומה כי בבסיס גישתו של השופט עמית עומדת הסברה שאין קשר חזק בין זכויות בהליך הפלילי לבין חקר האמת.<sup>13</sup> גישה זו מסוכמת היטב בפרשת בונר:

בשנים האחרונות, ואומר את הדברים בזהירות, דומני כי מסתמנת מגמה של סטייה מהגרעין העיקרי של ההליך הפלילי אל הפריפריה של ההליך. במקום להתמקד בשאלה האם חומר הראיות עומד ברף של מעבר לספק סביר כנדרש בדין הפלילי (ה'יש' הראייתי), מושקעים עיקר המשאבים של הצדדים ושל בית המשפט בסוגיות נוסח מחדלי חקירה (ה'אין' הראייתי); הלכת יששכרוב; והגנה מן הצדק... זאת, מבלי להזכיר את המספר הגובר והולך של הליכים לגילוי חומר חקירה נוסף לפי סעיף 74 לחסד"פ, הליכים שאף הם עוסקים ב'אין' הראייתי... מצאתי לנכון לרשום 'הערת אזהרה' זו, מחשש שמא לאחר מירון המשוכות המתואר לעיל, הצדדים ובית המשפט עלולים להימצא מותשים בבואם להתייחס לגרעין הקשה של ההליך, קרי, לחומר הראיות גופו, אשר בלהט הטענות המקדמיות והמאוחרות נותר מבוויש בקרן זוית.<sup>14</sup>

לדבריו של השופט עמית בעניין נחמני הצטרף לאחרונה גם השופט גרוסקופף.<sup>15</sup> אך מן הראוי לציין כי גישה זו אינה נחלת כלל השופטים בבית המשפט העליון. כך למשל הסתייגו מדבריו בהקשרים שונים או ביטאו גישה שונה השופטת ברק ארז,<sup>16</sup> השופט ג'ובראן,<sup>17</sup> השופט אלרון,<sup>18</sup> השופט דנציגר<sup>19</sup> והשופט הנדל.<sup>20</sup> ועדיין, מדובר בהשקפה שיפוטית רחבה שצוברת תאוצה וחוזרת על עצמה בפסיקות רבות. מטבע הדברים נאחזת בה התביעה הכללית כמוצאת שלל רב ומצטטת אותה רבות. ואכן, למשנתו של השופט עמית בהקשר זה נודעת כבר השפעה בכלל הערכאות.<sup>21</sup>

<sup>12</sup> בש"פ 7014/12 מדינת ישראל נ' שאהין, פס' 7 (נבו 11.10.2012). פסק הדין עסק בבקשה להארכת מעצר לפי סעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996, ס"ח 136 (להלן: חוק המעצרים) שהוגשה בעיקרה בשל העיכוב בהליך הנובע מהצורך להוציא תעודת חיסיון. אין מחלוקת שהנטל הוא על התביעה להוציא תעודת חיסיון, ושהעיכוב בכך נובע מהתנהלותה. לגישתו של השופט עמית, למרות שכתוצאה מהתנהלות זו לא מיצה הנאשם את זכותו לעיין בחומר החקירה, ככלל אין לעכב את המשך שמיעת ההליך. לדעה אחרת, העומדת על הקושי בהתקדמות המשפט כל עוד לא הוכרעה סוגיית החיסיון, ראו דבריו של השופט רובינשטיין בבש"פ 3811/12 אגבאריה נ' מדינת ישראל, פסקה י' (10.7.2012).

<sup>13</sup> כך למשל בפרשת גטצאו חלק השופט עמית על הקשר שבין זכות ההיוועצות (בדומה לזכות כנגד הפללה עצמית וזכות השתיקה) לבין המטרה של חקר האמת. זאת להבדיל מהשופט ג'ובראן אשר עמד על הקשר בין השתיים. ראו ע"פ 6144/10 גטצאו נ' מדינת ישראל, עמ' 34-31 ו-45 (נבו 10.4.2013).

<sup>14</sup> ע"פ 5417/07 בונר נ' מדינת ישראל, פס' 17 (נבו 30.5.2013).

<sup>15</sup> נחמני, לעיל ה"ש 5, עמ' 98.

<sup>16</sup> ראו לעיל ה"ש 5.

<sup>17</sup> ראו לעיל ה"ש 13.

<sup>18</sup> רותם, לעיל ה"ש 9, פס' 13-14 לפסק-דינו של השופט אלרון; וראו דבריו של השופט אלרון גם בכנס חיפה למשפט <https://www.youtube.com/watch?v=pARNJwYJoOo&t=1508s>.

<sup>19</sup> דנ"פ 5852/10 מדינת ישראל נ' שמש, פ"ד סה(2) 377, פס' 10 לפסק דינו (2012).

<sup>20</sup> ע"פ 4109/15 מירז נ' מדינת ישראל, פס' 4 (נבו 9.7.2017).

<sup>21</sup> ת"פ (שלום ת"א) 52806-01-20 מדינת ישראל נ' פז, פס' 16 (נבו 20.12.2021) ("כבוד השופט י' עמית הצביע בעניין קשקוש, ובמספר החלטות מהשנים האחרונות, על קיומה של תופעה של זילות בטענת ההגנה מן הצדק,

שנעשה בה שימוש מוגבר, שלא לצורך, במקרים רבים מדי... לכן, וכך יש משום חידוש, פסק כבוד השופט עמית כי ניתן וראוי במקרים של עבירות רגילות ושגרתיות לדחות טענת ההגנה מן הצדק על הסף"; ת"פ (שלום כ"ס) 1417-05-20 **מדינת ישראל נ' פרטוש** (נבו) 6.5.2021 (6). "סבורני כי המקרה דנן הוא דוגמה ל"שיח זכויות" שאימוצו יהווה הפרת האיזון הרגיש שבינו לבין "שיח הראיות" – באופן בלתי סביר... ואם נעשה עלולים אנו 'לשפוך את התינוק עם המים'"; תפ"ח 15488-07-11 (מחוזי ב"ש) **מדינת ישראל נ' חמיאסה** (נבו) 5.7.2013 (5). "השימוש בהלכת יששכרוב נעשית פעמים רבות גם מקום שאין כל הצדקה לכך... ונדמה, כי זה אף המצב בענייננו"; תו"ב (שלום קריות) 49091-02-13 **ועדה מקומית לתכנון ובניה חבל אשר נ' אפרמון** (נבו) 1.3.2015 (1). "על מנת לקבוע כי ניתן לפסול ראייה כלשהי, יש להוכיח שניים - כי הראיה הושגה שלא כדין, וכי קבלת הראיה תפגע משמעותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן... התפיסה הייתה ונותרה, אם כן, כי יש לבחון את מכלול הראיות הקיים בתיק, מתוך השאיפה להגיע לחקר האמת. כאשר עולה מהעובדות בתיק כי העבירה בוצעה, פוחת משקל הטענות הנוגעות לעניין פסלות ההודאה. יש לבחון האם פסילת ההודאה משרתת את חקר האמת, אחרת, טובת הציבור מחייבת כי זו לא תיפסל (אולם ייתכן ומשקלה יפחת)"; ת"פ (שלום ת"א) 35612-06-20 **מדינת ישראל נ' עמאר**, פס' 48-54 (נבו) 26.1.2021 (26). "במקרה של עמאר, אי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיות לא השפיעה כלל על מהימנותה או על ערכה ההוכחתי, ועל כן פסילת הראיות אינה עולה בקנה אחד עם המטרה הבסיסית של התחקות אחר האמת"; ע"מ (שלום ת"א) 62797-05-18 **ברגיג נ' רשות המיסים בישראל – היחידה הארצית לשומה**, פס' 127-29 (נבו) 10.6.2021 (10). "...למרות ששיח של זכויות הוא חשוב ביותר בכל הנוגע להתנהלות רשות המיסים אל מול הנישומים, בה בעת יש להימנע מלעשות שימוש בשיח הזכויות במקרים שאינם מתאימים לכך, תוך שימוש בו ככסות להעדר טענות 'אמיתיות' רלוונטיות אחרות"; ת"פ (קריות) 79660-01-19 **מדינת ישראל נ' פלוני**, פס' 27 (נבו) 5.4.2021 (5). "כפי שצוין לעיל, הנאשם לא ניהל את הגנתו להוכחת חפותו, אלא במטרה להוכיח שעומדת לו טענה להגנה מן הצדק בשל אכיפה ברונית"; ת"פ (שלום ב"ש) 19111-09-21 **מדינת ישראל נ' אטרש** (נבו) 29.5.2022 (29). "בית המשפט העליון הכריע, כי אין מקום במסגרת ההליך הפלילי להפעיל על המאשימה ביקורת מנהלית 'רגילה' ואין זה מתפקידו של המותב הפלילי בערכאה הדיונית להעמיד ל"משפט" את המאשימה ולבחון את התנהלותה בכלים המנהליים"; ת"פ (שלום י-ם) 62263-10-20 **מדינת ישראל נ' אברה**, פס' 6 (נבו) 2.8.2021 (28). "בשנים האחרונות עדים אנו לאחידה החוקה שקנתה לה טענת האכיפה הבררנית בתוככי ההליך הפלילי. לעיתים נדמה, שאין הליך פלילי ללא טענה של הגנה מן הצדק בכלל, ומן הטעם של אכיפה ברונית בפרט. הדברים אף הובאו בפסיקה רלבנטית, אשר הדגישה עד כמה מוסד 'ההגנה מן הצדק' חרג ממידותיו הראויות". כן ראו ת"פ (שלום ת"א) 24735-02-16 **פרקליטות מחוז תל אביב פלילי נ' בודניק**, פס' 17 (נבו) 25.2.2019 (25). "וכן ע"מ (שלום אש) 860-09 **ועדה מקומית לתכנון ובניה שקמים נ' גואטה**, פס' 5 (נבו) 9.7.2013 (9); ת"פ (שלום י-ם) 50031-02-11 **מדינת ישראל נ' בנימינוב**, פס' 43 (נבו) 16.9.2013 (16); ת"פ (ת"א) 24518-06-19 **שמואלי נ' מדינת ישראל**, פס' 32-35 (נבו) 13.5.2022 (13); ת"פ (שלום ת"א) 62497-06-18 **מדינת ישראל נ' דיקוי** (נבו) 10.12.2020 (10); ת"פ (מחוזי י-ם) 71059-03-19 **מדינת ישראל נ' בן שטרית**, פס' 10 (נבו) 9.12.2021 (9); ת"פ (שלום ת"א) 40920-01-21 **מדינת ישראל נ' אדהמי**, פס' 3 (נבו) 30.3.2021 (30); ת"פ (שלום ח"י) 48919-12-20 **מדינת ישראל נ' שרנדוב**, עמ' 3 (14.4.2021); ע"ח (שלום נצ"י) 8286-01-15 **פינטו נ' מדינת ישראל**, עמ' 6 (נבו) 4.3.2015 (4); עפ"א (עבודה ארצי) 36217-11-15 **אביר נ' משרד הכלכלה**, פס' 9 (9.2.2016); ת"פ (שלום ת"א) 50380-11-17 **קידר נ' מדינת ישראל**, פס' 22 (נבו) 28.2.2019 (28); תו"ב (שלום פ"ת) 66854-06-18 **סעדה נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה גני תקוה**, פס' 6 (נבו) 14.7.2020 (14); תו"ב (שלום פ"ת) 12225-11-21 **לוינ נ' מדינת ישראל** (נבו) 9.5.2022 (9); ת"פ (אש) 33480-03-20 **מדינת ישראל נ' יבדאייב**, פס' 20-22 (נבו) 23.9.2020 (23); ת"פ (שלום אש) 65526-05-17 **מדינת ישראל נ' סדאן**, פס' 26 (נבו) 28.2.2021 (28); ת"פ (שלום ת"א) 55567-12-19 **מדינת ישראל נ' רונן**, עמ' 4-5 (נבו) 15.11.2021 (15); ת"פ (שלום ראש"צ) 39187-01-19 **החברה האמריקאית ישראלית לגז בע"מ נ' מדינת ישראל**, פס' 10-9 (נבו) 17.8.2020 (17); ת"פ (שלום י-ם) 46276-12-20 **מדינת ישראל נ' אשר**, פס' 6 (נבו) 8.11.2021 (8); ת"פ (שלום ב"ש) 27402-03-20 **מדינת ישראל נ' קהירי**, פס' 6-9 (נבו) 14.2.2022 (14); ת"פ (שלום ב"ש) 31842-04-21 **מדינת ישראל נ' חדר**, פס' 9 (נבו) 7.3.2022 (7).

אל מול גישה זו, יכול חוק יסוד המעלה את זכויות הנאשמים למעלה חוקתית ומפרט אותן באופן מפורש ובהיר להוות תזכורת חשובה לחשיבותן ומשקל נגד לביקורת ולחשש מכרסום בהן.<sup>22</sup> אין באפשרותי במסגרת יריעה קצרה זו להתמודד בהרחבה עם גישתו של השופט עמית באשר לזכויות בהליך הפלילי, אולם פטור בלא כלום אי אפשר, ולהלן אציג את עיקרי הביקורת.

### (ב) תמצית הביקורת על גישתו של השופט עמית

דומה שגישתו של השופט עמית לשיח הזכויות בהליך הפלילי מתייחסת גם למישור הדיוני וגם למישור המהותי. במישור הדיוני סבור השופט עמית ששיח הזכויות גרם לסרבול יתר של ההליך. במישור המהותי הוא סבור ששיח הזכויות יצר איזון לא נכון בין זכויות הנאשם לבין היכולת להגיע לחקר האמת ולהיאבק בפשיעה. אתייחס בקצרה לשני מישורים אלה.

ראשית, במישור המהותי, מתעורר קושי בעצם יצירת הדיכוטומיה שבין שיח הזכויות לשיח החפות.<sup>23</sup> לא ניתן לחלוק על כך שגילוי האמת הוא מטרה חשובה מאוד של סדרי הדין, אבל למעשה מטרה זו שלובה בזכויות החשודים והנאשמים ולא נפרדת מהם. ההנחה של ההליך כולו, הנובעת גם מחזקת החפות, היא שאיננו יודעים מראש מהי האמת, אלא מגיעים אליה באמצעות מערך של כללים משפטיים, המגדירים סדרי הדין ודיני הראיות וכן את זכויות החשודים והנאשמים. אחת מן המטרות המובהקות של חלק מן הכללים הללו היא לשרת את האמת: אנחנו לא חוקרים אדם בתנאים מסוימים בין היתר בשל החשש מהודאות שווא; אנחנו מאפשרים לנאשם לעיין בחומר החקירה כי זו דרכו להגן על עצמו; החקירה הנגדית נועדה לאפשר לצדדים לחשוף שקרים ועלילות שווא של עדים וכן הלאה.

לדוגמה, בפרשת **גטצאו**, בניגוד לעמדתו של השופט עמית בהקשר זה, הסביר השופט ג'ובראן כי לזכות ההיוועצות שני רבדים, האחד נובע מהזכות להליך הוגן ואילו השני "נובע מתכלית המשפט הפלילי של גילוי האמת, הרשעת אשמים וזיכוי חפים מפשע, והוא נוגע לאינטרס הציבורי המגולם בזכות ההיוועצות." וכן, "לעניין חקר האמת, הפער [ביחסים

<sup>22</sup> חזוק משמעויות לזכויות החשודים והנאשמים ניתן ביום 30.6.22 על ידי המחוקק בדמותו של עיגון חקיקתי לדוקטרינת פסלות הראיות שהושגו שלא כדין. ר' פקודת הראיות (תיקון מספר 19), התשפ"ב-2022. העיגון החקיקתי דוחה הלכה למעשה את הגישה שביקרה את הלכת **יששכרוב** ואת השימוש בה. המחוקק ביקש אמנם לאפשר לפסיקה להמשיך ולהתפתח בהקשרים של כלל הפסלות ויישומו, אך הוא מבהיר באופן ברור שכלל הפסלות תקף ושלא ניתן לבטלו בפסיקה. כמו כן המחוקק הבהיר שבית המשפט רשאי שלא לפסול **כל** ראיה (הודעות, ראיות חפציות או כל ראיה אחרת) ושניתן לפסול גם הודעות של עדים, ולא דווקא של נאשמים. בנושא האחרון נשמעו בבית המשפט העליון דעות שונות כאשר לעצמת הפגיעה בזכויותיו של העד שתצדיק את אי קבלת הודעתו. ר' גיא רובינשטיין ומשה סרוגוביץ', דוקטרינת הפסילה החוקתית ותחולתה על עדים, **פורום עיוני משפט** מב 5 (1019) ולאחרונה ע"פ 5268/17 שוויש נ' מדינת ישראל במסגרתו אומצה הגישה לפיה כדי לפסול ראיה שנתקבלה כתוצאה מחקירתו של עד נדרשת פגיעה בעלת עוצמה מיוחדת ורבה בהשוואה לפגיעה בזכותיו של הנאשם עצמו. ספק אם קביעה זו עדיין נכונה לאחר שתיקון החקיקה המאוחר לה התייחס בנשימה אחת להודעת נאשם ולהודעת עד.

<sup>23</sup> דומני שגם השופט עמית לא מחזיק בדיכוטומיה זו באופן חזק ומכיר בכך שהדברים שלובים. ראו יצחק עמית **חסינות ואינטרסים מוגנים – הליכי גילוי ועיון במשפט האזרחי והפלילי** 86-183 (2021). הוא אמר דברים ברוח זו גם בכנס של לשכת עורכי הדין. ראו איתמר לויין "השופט עמית: נחוצה רפורמה במשפט הפלילי" **News1** (2.9.2021) ("ברור שאנחנו לא מדברים על מצב דיכוטומי של או זכויות או ראיות"), זמין בכתובת: <https://www.news1.co.il/Archive/001-D-444755-00.html>



הכוחות בין החשוד לחוקר] מגדיל את הסיכוי להודאות שווא, ואת האפשרות שהחוקר יחרוג מסמכותו. היווצרות נאשם עם עורך דין מסייעת להקטין את פערי הכוחות, ולו בקצת, ובכך עוזרת לקדם הן את זכויות הנאשם, והן את חקר האמת.<sup>24</sup>

שנית, אם אנחנו מכירים בכך שלכללי סדר הדין, בחקירה ובמשפט, ובפרט לכללים בדבר ניהול חקירה משטרתית, יש ערך גם מבחינת גילוי האמת וקביעת סיכוני המשגה כך שתצומצמנה הרשעות של חפים מפשע, אזי צריך להכיר בערך של הקפדה על כללים אלה גם בטווח הארוך. כך למשל, פסילת ראיה מהימנה שהושגה בדרך בלתי חוקית, עלולה אמנם לפגוע ביכולת להגיע לתוצאה מדויקת מבחינה עובדתית במקרה קונקרטי, אך בטווח הארוך, דווקא עידוד המשטרה לציית לכללים והרתעה מלנהוג בדרכים שעלולות להביא לתוצאות שגויות, משרתים את הערכים של גילוי האמת ומניעת הרשעתם של חפים מפשע.<sup>25</sup>

שלישית, לכללי סדר הדין הפלילי יש מטרות חשובות נוספות ובראש ובראשונה להבטיח שהמאבק בפשיעה ייעשה בדרכים ששומרות על כבוד האדם, על חירויותיו, על הגינות בסיסית, ועל האופי הדמוקרטי של המשטר שלנו, כמו גם על זכויות יסוד כגון הזכות לפרטיות ולשוויון. אכן לכללי סדר הדין הפלילי יש פעמים רבות ערך עצמאי המנותק מתרומתם לבריור האמת. כדברי אלכס שטיין: "לא כל זכות דיונית צריך שתשאב את הצידוק לקיומה מתרומתה לבריור האמת. דבר זה נכון במיוחד, לעניין זכויות דיוניות בפלילים שנהוג לקיימן במשטרים ליבראליים המכבדים את האדם כפרט".<sup>26</sup> אין ספק שניתן בקלות לקדם את הערך של גילוי האמת תוך מחיקתן של זכויות חשובות אחרות. כך למשל, התרה של חזירה לחומרי מחשב ללא מגבלה ושחילת רוגלות בטלפונים סלולריים של כלל האזרחים, היתה מאפשרת למשטרה לפענח פשעים רבים בנקל, אך בשל החשיבות שאנחנו מייחסים לזכות לפרטיות נקבעים כללים המגדירים את סמכויות המשטרה ומגבילים אותה בהקשר זה.

רביעית, שיח הזכויות בהליך הפלילי, ובעיקר דוקטרינת פסלות הראיות, מסייעים רבות בפיתוח המשפט ובהגדרת גבולות האסור והמותר לרשויות אכיפת החוק, זאת גם כשהראיה לא נפסלת בסופו של דבר. הכוונה כאן היא לעצם יצירת הכללים מקום בו קודם לכן גבולות הכח של הרשויות לא היו ברורים. כללים חשובים ביותר נקבעים בשל הצורך של בית המשפט להחליט אם התנהלות מסוימת של רשויות האכיפה היא חוקית אם לאו, כשלב ראשון לפני ההכרעה אם לפסול את הראיה. לעצם שרטוט כללי התנהגות אלה, נודעת חשיבות רבה במדינה דמוקרטית ליברלית. חלק מהכללים שנקבעים על ידי בתי המשפט אף מאומצים מאוחר יותר כנהלים משטרתיים מחייבים.<sup>27</sup>

יש להיזהר מרומנטיזציה ואידיאליזציה של העידן שבו לדרך בה הושגו הראיות לא היתה כל משמעות מבחינת קבילותן. זכורים לי, ולא לטובה, דיונים מהתקופה שלפני הלכת יששכרוב בהם סניגורים טענו כנגד פרקטיקות חקירתיות פוגעניות ביותר שבתי המשפט בחרו להתעלם מהן. בהעדרו של כלל פסלות אפקטיבי, הראיה היתה ככלל קבילה, וההכרעה

<sup>24</sup> ע"פ 6144/10 גטצאו נ' מדינת ישראל, פ"ס 6 (נבו 10.4.2013).

<sup>25</sup> ראו לאחרונה את ע"פ 4946/20 אינעלם נ' מדינת ישראל, פ"ס 4 (נבו 6.6.2022), שם ציין המשנה לנשיאה הנדל כי חלק "מהתועלת בהבעת עמדה של בית משפט בשאלה האם הראיה קבילה, היא לכוון את התנהגות המשטרה כדי לפעול לקיומם של משפט הוגן וחקירה הוגנת".

<sup>26</sup> אלכס שטיין, "הצעת החוק בדבר החלפת סעיף 10 לפקודת הראיות" מחקרי משפט י 157, 161 (תשנ"ג).

<sup>27</sup> להרחבה ראו יואב ספיר, גיא רובינשטיין, "הסיפור של יששכרוב: יששכרוב בפעולה — על יתרונותיה של דוקטרינת הפסלות היחסית ועל תרומתה להגנה על זכויות הפרט" מעשי משפט י 333, 353-55 (2019).

בשאלות מהותיות לזכויות הפרט במדינה ולגבולות הפעלת כח של רשויות האכיפה לא נדרשה.<sup>28</sup> על כן קשה לקבל את העמדה שטענות לפסלות ראיות בשל פגמים בחקירה או טענות של הגנה מן הצדק מסיטות את ההליך מן המרכז אל עבר הפריפריה. הקפדה על זכויות החשודים והנאשמים כמו גם על הגינות ההליך אינה סרח עודף להליך הפלילי אלא היא מעיקריו.

עניין זה מביא אותי לנקודה החמישית והיא החשש הדיוני שמביע השופט עמית מפני העלאת טענות סרק, סרבול ההליך המשפטי ובזבוז זמן שיפוטי. ספק גדול בעיניי אם אכן הטענות אליהן מפנה עמית את חיציו מביאות לסרבול. כך למשל בעניין חומר חקירה, נתקלתי במקרים רבים בהם בקשה לעיון בחומר חקירה הפכה את קצרת המשפט על פיה והביאה את התביעה לחזור בה מכתב האישום או להציע הסדר טיעון שייתר את המשך ההליך.<sup>29</sup> מבדיקות

<sup>28</sup> ספיר ורובינשטיין, שם, בעמ' 357-356. זכורים בהקשר זה דבריו הנוקבים של השופט חיים כהן: "אודה כי למקרא ולמשמע הערעור הנוכחי התחלתי לראשונה לפקפק במקצת, שמא הגיע הזמן והמלחמה בפשעי הפושעים צריכה להידחות מפני המלחמה בפשעי שוטרים. שאלתי את עצמי אם עליידי השימוש השיפוטי אשר אנו השופטים עושים בראיות — ולו גם כשרות מבחינת דיני הראיות — שהושגו על ידי חוקרים-פושעים, אין אנו עושים עצמנו שותפים לאחר המעשה לפשעיהם." ע"פ 78/369 אבו מדיג'ם נ' מדינת ישראל, פ"ד (ג) 3381, 376(1979).

<sup>29</sup> במקרים רבים לא ניתן למצוא ביטוי מפורש לכך בהחלטות בית המשפט. להלן מספר דוגמאות לצורך המחשה: בתפ"ח (מחוזי ב"ש) 38289-08-10 **מדינת ישראל נ' דרבון** (נבו 1.8.2013) בעקבות בקשות ההגנה שחשפו חומר חדש הגיעו הצדדים להסדר טיעון, במסגרתו תוקן כתב האישום החמור שכלל אישומים חמורים ביותר של אונס ומעשה סדום. אחד האישומים נמחק, והנאשם הודה במעשה מגונה והדחה בחקירה; בת"פ (מחוזי ב"ש) 49210-05-12 **מדינת ישראל נ' פלוני** דובר בכתב אישום כנגד אדם בגין ביצוע עבירות מין חמורות ועבירות איומים. ההגנה ביקשה לקבל פלטי שיחות של המתלוננת ובקשתה נדחתה. ערר לבית המשפט העליון התקבל ונקבע כי מדובר ב"חומר חקירה משמעותי ביותר שעשוי להיות בו פוטנציאל משמעותי להגנתו של העורר". בש"פ 3945/13 **פלוני נ' מדינת ישראל** (12.6.2013). בעקבות קבלת פלטי השיחות כתב האישום נמחק ברובו; בת"פ 2081-03-16 **מדינת ישראל נ' שריקי** (20.4.2016), טענה התביעה כי אין בידיה חומרי חקירה נוספים, מעבר לאלו שנמסרו כבר להגנה. אלא שבמהלך דיוני ההוכחות התברר שהיו קיימים חומרי חקירה המתלונן במפורש את אשמתו של אחד הנאשמים, הוביל לשינוי בעמדתה של התביעה, שהציעה הסדר לנאשם והסכימה לשחררו ממעצר. ראו "בקשה בהולה להסכמה להורות לאלתר על שחרורו של המבקש" במ"ת 15-12-19504 **מדינת ישראל נ' שריקי** (31.5.2016) וכן אלמוג בן זכרי "אדם ישב במעצר חצי שנה כי המשטרה לא העבירה לפרקליטות מידע" **הארץ** (1.6.2016); בת"פ 31484-08-15 **מדינת ישראל נ' אבו שיך** (16.12.2016) אושרה בקשת התביעה לבטל את כתב האישום בהחזקת סכין למטרה לא כשרה, איומים והפרעה לשוטר במילוי תפקידו. זאת לאחר שהסנגורית הגישה בקשה לקבל את הרישום הפלילי ופרטים נוספים של העד המרכזי בתיק — שוטר מתנדב שהורשע זמן קצר לפני כן בעבירות של שוד בנסיבות מחמירות; בתפח"ע 50459-03-20 **מדינת ישראל נ' פלוני**, עמ' 16 (2.12.2020) זוכה הנאשם בהסכמה מחלק מהעבירות של מעשי סדום ומעשים מגונים בקטינות, תוך שהשופטים ממליצים לתביעה לחזור בה גם משאר כתב האישומים. הרקע לכך היה קבלת ערר לקבלת חומרים לפי ס' 108 שנגעו למצבה הנפשי הקשה ולנסיבות המשפחתיות של אחת משתי המתלוננות בתיק — נסיבות שנטען כי היו הרקע לתלונה (ראו שם, עמ' 14). בהחלטה בבקשה, תפח"ע 50459-03-20 **מדינת ישראל נ' פלוני**, עמ' 2 (17.11.2020), נפסק כי החומרים הנוגעים למתלוננת "נוגעים באופן ישיר לאירוע מושא כתב האישום..."; בת"פ 8724-11-18 **מדינת ישראל נ' אבו בדויה** (8.11.2018) נחתם הסדר טיעון מקל עם פלסטיני שהואשם בכניסה שלא כחוק לישראל, לאחר שהסנגורית תבעה לקבל תרשומות וחומרי חקירה אחרים המסבירים מדוע לא הוגש כתב אישום נגד שב"ח נוסף שנכנס יחד עם הנאשם לישראל; ת"פ 62612-02-16

נפרדות שנערכו בפרקליטות המדינה ובסניגוריה הציבורית עולה כי בתיקים העוסקים בעבירות מין, בכשליש מהתיקים מוגשות בקשות לקבלת חומר חקירה לפי ס' 74 או 108 וחסד"פ. על פי שתי הבריקות הנפרדות, כשני שלישים מהבקשות המוגשות לבתי המשפט מתקבלות במלואן או בחלקן. נתון זה, שכאמור אינו שנוי במחלוקת בין הפרקליטות לסניגוריה, מלמד כי ככלל הסניגורים דווקא נוהגים איפוק בהגשת בקשות וכי העדר הקפדה על זכויות הנאשם על ידי הרשות שלא העבירה את החומר המבוקש להגנה, היא שהביאה ברוב גדול של המקרים לנקיטת הליך.<sup>30</sup> על כל פנים, איני מכיר מחקר המלמד כי אכן טענות סרק על הפרה של זכויות הנאשם הן סיבה מרכזית לסרבול ההליך. בהחלט ייתכן, ואף סביר להניח, כי כמו בכלים משפטיים אחרים, למשל טענות חוקתיות כאלה ואחרות, גם בטענות על הפרת זכויות בהליך הפלילי נעשה גם שימוש יתר. אך דבר טבעי זה כשלעצמו לא מעורר קושי. שלשה משופטי בית המשפט העליון השיבו בהזדמנויות שונות לחשש מסרבול ההליך הפלילי בשל שיח הזכויות. עם דבריהם אסיים חלק זה.

בעניין **בונר** כתב השופט ג'ובראן בהקשר של טענות לפסלות הראיות, שככל שאין בהן ממש, הרי שבית המשפט דוחה אותן, ואין בהן כדי לסרבול באופן משמעותי את ההליך. לעומת זאת ככל שמדובר בטענות שיש בהן ממש, "העלאתן לסדר היום והטיפול בהן היא הכרחית על מנת לקדם את תכליות המשפט הפלילי, והן אינן 'פריפריאליות' לו".<sup>31</sup> על כך יש להוסיף את דבריו של השופט אלרון בפרשת **אוריך**, לפיהם הדרך למנוע סרבול בהקשר זה היא להקפיד על זכויות הנאשמים והנחקרים.<sup>32</sup> ולסיום פרק זה אביא כלשונם את דבריה של השופטת ברק ארז בתגובה לדברי השופט עמית בפרשת **נחמני**:

העובדה שלפעמים נעשה שימוש יתר בטענות של שיח זכויות בהליך הפלילי, או אף בהליכים אחרים, אינה גורעת מחשיבותו. בסופו של דבר, תרומתו של שיח זה להליך הפלילי היא חיונית – הן מבחינת עשיית הצדק עצמה והן מבחינת מראית פני הצדק, שאף בערכה לא ניתן להפריז. העיסוק במשפט פלילי כרוך בדיני נפשות של ממש, כאשר על הפרק מצויות הפגיעה בזכויותיהם של קורבנות העבירה, מחד גיסא, והאפשרות לשלול את חירותו של הנאשם, מאידך גיסא. שיח הזכויות הוא אפוא חלק בלתי נפרד מההליך הפלילי. כשלעצמי, אינני מקבלת אפוא את ההבחנה בין מרכז הבמה לירכתיה.<sup>33</sup>

הויכוח על שיח הזכויות בהליך הפלילי במתכונתו הנוכחית חדש יחסית בבית המשפט העליון, אך דומה שהוא תופס תאוצה ומעמיק. העמדה שמוביל השופט עמית, שהוא ללא

**מדינת ישראל נ' בורובסק**, (29.3.2018) נמחק, אישום בתקיפה שהוגש נגד אדם בן 91 בעקבות תלונה של שכנה עמה הוא מצוי בסכסוך. הבסיס לביטול כתב האישום היה חומרים שהתגלו לפי בקשה לפי ס' 74 שנגעו לאירוע קודם, בו התלונן הנאשם על אלימות מצידה של המתלוננת בתיק הנוכחי.

<sup>30</sup> ר' הוועדה הבין משרדית לבחינת הטיפול בנפגעי עבירות מין בהליך הפלילי – דין וחשבון (2019), בעמ' 174-175 וכן בנספחים 1 ו-2 לדוח. הסניגוריה הציבורית ופרקליטות המדינה מעריכות באופן שונה את שיעור המקרים בהם לקבלת הבקשה על ידי בית המשפט היתה השפעה על התוצאה בתיק, אך אין מחלוקת על שיעור הבקשות המוגשות ועל שיעור הבקשות המתקבלות.

<sup>31</sup> בונר, לעיל ה"ש 14, פס' 5 לפסק-דינו.

<sup>32</sup> **אוריך**, לעיל ה"ש 23, פס' 42.

<sup>33</sup> נחמני, לעיל ה"ש 5, פס' 9.

ספק אחד מן השופטים הדומיננטיים כיום בבית המשפט העליון,<sup>34</sup> ואף צפוי בקרוב להיות נשיאו, מהווה טעם המצטרף לטעמים שמנתי בעבר באשר לצורך בעיגון חוקתי מפורט של זכויות בהליך הפלילי. על טעם עכשווי נוסף הקשור במגמות פוליטיות גלובליות אעמוד בחלק הבא.

## 2. עלייתו של הפופוליזם הפוליטי העכשווי

רבות נאמר ונכתב בעשור האחרון על צמיחתו של הפופוליזם הפוליטי ברחבי העולם ועל סכנותיו. סכנות אלה מחזקות עד מאוד את הצורך בהגנות חוקתיות ראויות בהקשרים שונים, ובפרט בהקשר של זכויות בהליך הפלילי. אך, לפני שאפנה להרחיב בעניינו של הפופוליזם הפוליטי העכשווי, בו אני מבקש להתמקד כאן, ראוי לאבחן מן הפופוליזם העונשי, שאף הוא קשור לעניינו ולצורך לעגן זכויות בהליך הפלילי כזכויות חוקתיות.

המונח Penal Populism המוכר מן הספרות הקרימינולוגית מתייחס בעיקרו לקביעת עונשים ומדיניות אכיפה על פי דעת הקהל הרווחת, שפעמים רבות מבוססת על תגובה רגשית לפשיעה ולפחד ממנה, במנותק מהיעילות של מדיניות זו ומיכולתה להשיג את מטרותיה המוצדקות. כבר בשנת 1995 טבע אנטוני בוטום את המונח Populist Punitivism בהתייחסו לנטייה של פוליטיקאים להשתמש במדיניות ענישה לצרכיהם, תוך הסתמכות על מה שלדעתם יקלע לסנטימנט הענישתי (המחמיר) של הציבור הרחב.<sup>35</sup> ג'ון פראט ואחרים שהשתמשו בביטוי Penal Populism והצביעו על כך שמדובר בתופעה סוציו-פוליטית רחבה ומורכבת שמאפיינת את רוב החברות המערביות.<sup>36</sup> גם על ישראל תופעה זו לא פסחה. הסניגוריה הציבורית הצביעה על היבטים מסוימים שלה ברוח מיוחדת שפרסמה בשנת 2006.<sup>37</sup> על סכנותיו של הפופוליזם העונשי בכלל ועל השפעתו ההרסנית על החברה האמריקנית נכתב רבות, ואף אני התייחסתי אליו בעבר כשמנתי את הסיבות לצורך בעיגון מפורט ומפורט של זכויות חוקתיות בהליך הפלילי.<sup>38</sup>

סכנותיו של הפופוליזם העונשי מתעצמות על רקע צמיחתו של הפופוליזם הפוליטי העכשווי ברחבי העולם. פופוליזם אינו מונח חדש וכמובן שגם אינו תופעה חדשה בהיסטוריה הפוליטית האנושית, ודומה כי גם אין לו הגדרה אחת. יחד עם זאת, נראה שבעשור האחרון יש גל של צמיחה והתפשטות של פופוליזם מסוג מסוים שקונה לו אחיזה

<sup>34</sup> נתונים שפורסמו לאחרונה בגלובס מלמדים שהוא השופט שיושב במספר הרב ביותר של תיקים וכותב את המספר הרב ביותר של פסקי הדין. אבישי גרינצייג "אי שוויון בנטל בעליון: הנתונים שמגלים אילו שופטים ישבו בהכי הרבה דיונים" גלובס (9.3.2022).

<sup>35</sup> Anthony Bottoms, *The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing, in THE POLITICS OF SENTENCING REFORM* 40 (Chris Clarkson & Rod Morgan eds., 1995)

<sup>36</sup> JOHN PRATT, PENAL POPULISM 3, 7 (2007); JULIAN V. ROBERTS ET AL., PENAL POPULISM AND PUBLIC OPINION: LESSONS FROM FIVE COUNTRIES 8-20 (2003)

<sup>37</sup> הסניגוריה הארצית דו"ח שנתי לשנת 2006 81-94 (2007). כן ראו הסניגוריה הציבורית דוח פעילות 2008-2009 81 (2010) והסניגוריה הציבורית דוח פעילות 2010-2011 79 (2012). וראו גם את הפרק "מערכת האכיפה הפלילית בישראל - האם ניתן לחוש ברוחות של שינוי?" בסניגוריה הציבורית דוח שנתי 2016 121-30 (2017). בפרק זה הצביעה הסניגוריה הציבורית על האפשרות של שינוי כיוון, בין היתר, בעקבות דו"ח ועדת דורנו, שהוקמה כתגובה לפופוליזם עונשי, ומסקנותיה מהוות לו משקל נגד משמעותי.

<sup>38</sup> ספיר, לעיל ה"ש 2.

בקרב ציבורים נרחבים בדמוקרטיה רבות, ובחלקן אף הגיע בבחירות לשלטון.<sup>39</sup> אף כי קשה להסכים על כל מאפייניו של גל פופוליסטי זה, קשה גם להתעלם מכמה מאפיינים משותפים בולטים. המדובר במשטרים סמכותניים השואפים להגדיל את כוחם השלטוני על חשבון רשויות השלטון האחרות, תוך רצון לשינוי האיזונים והבלמים שהיו מקובלים אל מול אותן רשויות. משטרים אלה בדרך כלל אינם ניחנים בסובלנות ובפלורליזם והם נכונים להפעיל אמצעי דיכוי חריגים וחדשים כלפי מתנגדי המשטר. מאפיין חשוב נוסף של הפופוליסט היא הטענה שרק קבוצה פוליטית מסוימת היא הנציגה האותנטית של העם. במילותיו של יאן ורנר מולר: "Only some people are really *the people*".<sup>40</sup> מה שנעשה על ידי המנהיג או הקבוצה השלטת שזכתה לרוב הקולות של העם נעשה בשמה של הדמוקרטיה, וכנגד "האליטות המושחתות".<sup>41</sup> מרדכי קרמניצר מתאר כיצד מתורגמות טענות אלה לכדי הוצאתן של קבוצות אחרות (כגון מיעוטים דתיים ולאומיים ומהגרים) אל מחוץ למחנה. מאפיינים נוספים של הפופוליסט שמונה קרמניצר כוללים מתקפה על הגורמים המדינתיים שאינם נבחרים באופן ישיר על ידי הציבור כגון הפקידות והרשות השופטת כמו גם על ארגוני החברה האזרחית והתקשורת; פנייה לרגשות לאומיים ודתיים; טיפוח רגשות של פחד מ"האחר" ואיבה כלפיו; קריאת תיגר על תפישות אוניברסליות ועל מחויבות לזכויות האדם; רידוד השיח הציבורי והתנכרות לאמת; וראיית המתנגדים הפוליטיים כאויב העם והמדינה.<sup>42</sup>

על רקע מאפיינים אלה של הפופוליסט הפוליטי העכשווי קל לראות את הסכנות שאורבות לזכויות הפרט בהקשרים של המשפט הפלילי. ראשית, מעצם הנטייה של הפופוליסט לסמן קבוצות אוכלוסיה – מיעוטים, מתנגדים פוליטיים ומהגרים למשל – כאויבים, מתגברת הסכנה כי יהיה גם רצון להפעיל את המשפט הפלילי באופן פוגעני במיוחד כנגד חברי קבוצות אלה. שנית, ה"עבריינים", בין אם הם חשודים, נאשמים או מורשעים, יכולים אף הם בנקל להיות מסומנים כקבוצה כזו של "אחרים" או אויבים הניצבת אל מול הקבוצה הדומיננטית. כשמסוימים לשתי סכנות אלה את העדר המחויבות להגנה על זכויות הפרט, ולעיתים את ההתנגדות האקטיבית לזכויות אלה, תוך תפיסה שזכויות האדם מפריעות לנציגי הרוב למשול על פי רצון העם, אנו ניצבים בפני סכנה ממשית של פגיעה חמורה בזכויות ובעקרונות יסוד של המשפט הפלילי.

שורה של מלומדים התריעו מפני סכנות הפופוליסט בהקשר של פגיעה בזכויות ובעקרונות יסוד במשפט הפלילי. דיויד סקלנסקי הצביע על החשש ממדיניות שעושה דה-הומניזציה לחשודים, נאשמים ואסירים. במילותיו:

<sup>39</sup> הדוגמאות המקובלות הן הונגריה, פולין, ברזיל, הודו, ארצות הברית (בתקופת הנשיא דונלד טראמפ) ולאחרונה גם איטליה. הפוליטיקה של דמוקרטיה אירופאיות נוספות הושפעה מצבירת כח של מפלגות או תנועות פופוליסטיות, אף אם הן לא הגיעו לשלטון. כך למשל ביוון, הולנד, דנמרק, בריטניה, אוסטריה וצרפת. לסקירה כללית של התופעה ראו Cristóbal Rovira Kaltwasser et al., *Populism an Overview of the Concept And The State of the Art, in THE OXFORD HANDBOOK OF POPULISM* 1, 8-9 (Paul JAN-WERNER MÜLLER, WHAT IS POPULISM 1, 19-25 (2016) וכן Taggart et al. eds., 2017).

<sup>40</sup> שם, 46.

<sup>41</sup> ..Nicola Lacey, *Populism and the Rule of Law*, 15 ANN. REV. L. & SOC. SCI. 79, 84 (2019)

<sup>42</sup> ראו "דמוקרטיה ופופוליסט עם הפרופ' מרדכי קרמניצר" האוניברסיטה המשודרת (19.1.2021) <https://omny.fm/shows/univ/48699b89-a493-4156-b923-ae4a0108b253>

[I]f you think that the greatest threat to democracy today... is a divisive form of populism that starts with the premise that only some people count – that only some people are part of “the People” – then you will be particularly worried about criminal justice policies that dehumanize criminal suspects, criminal defendants and incarcerated people. You will be worried about policies that write all of these people out of ‘the People who are supposed to rule.’<sup>43</sup>

מדיניות כזו, שאינה מתייחסת לבני אדם ככאלה היא רעה כשלעצמה, והיא שלובה בראייתם של בני ובנות קבוצות אוכלוסייה נוספות כ"אחרים". אכן, כפי שסקלנסקי מסביר, מבחינה היסטורית יחס בלתי אנושי לנאשמים היה שלב בהדרה של קבוצות אוכלוסייה נוספות.<sup>44</sup> גם פראט ומאיו מצביעים על סכנות הפופוליזם בהקשרים של המשפט הפלילי: הצורך של הפופוליזם להבטיח בטחון והגנה לתושבים ולשם כך למצוא אויבים; וההתנערות מזכויות אדם, עקרונות יסוד, ורעיונות של הליך הוגן, אשר מוצגים כחשיבה אלטיסטית. ניקולה לייסי מסבירה שמגמות של החמרת הענישה, הגברת השימוש בכליאה וקרימינליזציה היו קיימות עוד לפני הפופוליזם הפוליטי העכשווי, אך נראה שרעיונות דומים לאלה של הפופוליזם עומדים ביסודם. לייסי קושרת באופן מובהק יותר לפופוליזם את ההתפתחויות הקשורות לשימוש במשפט הפלילי במאבק בטרור ואת השימוש במשפט הפלילי בהקשרים של הגירה (crimmigration).<sup>45</sup>

מלומדים אלה ואחרים מביאים שורה של דוגמאות להשפעת הפופוליזם על המשפט הפלילי ברחבי העולם. במאמרם של קרמיניצר ושני, העוסק בהשוואה בין הונגריה, פולין וישראל, ניתן למצוא דוגמאות לשימוש שנעשה בדמוקרטיה פופליסטית במשפט הפלילי למטרות כמו החלשת כוחם של ארגוני חברה אזרחית,<sup>46</sup> ופגיעה בחופש הביטוי הפוליטי.<sup>47</sup> קרמיניצר ושני גם שואלים את השאלה החשובה לגבי ישראל: האם השיח העולמי הער על פופוליזם ועל פגיעתו בדמוקרטיה ליברליות במערב רלוונטי גם לישראל? מסקנתם היא שלמרות שבישראל המוסדות הדמוקרטיים עדיין שומרים על כוחם ועצמאותם, והשחיקה במאפיינים הדמוקרטיים (democratic backsliding) בשלוש המדינות נמצאת בשלב

David Alan Sklansky, *Populism, Pluralism, and Criminal Justice*, 107 CALIF. L. REV. 43  
2009, 2012 (2019).

44 שם.

45 גם בהקשרים אלה מדיגישה לייסי שאין המדובר בתוצאות ישירות או בלעדיות של פופוליזם, וכי קיימים שורה של גורמים קונטינגנטיים במדינות השונות בהקשר זה. Lacey, לעיל ה"ש 41, 88-90.

46 כך, לדוגמה, בהונגריה, שם הורחבו העבירות הנוגעות לסיוע להגירה בלתי-חוקית כדי להיאבק בארגוני החברה האזרחית שמממן ג'ורג' סרוס. ראו Mordechai Kremnitzer and Yuval Shany, *Illiberal Measures in Backsliding Democracies: Differences and Similarities between Recent Developments in Israel, Hungary, and Poland* 14 LAW & ETHICS OF HUMAN RIGHTS 125, ..133 at f.n. 40 (2020).

47 בפולין, כחלק ממגמה פופוליסטית רחבה יותר של פגיעה בחופש הביטוי, נקבע בחוק איסור על התבטאות לפיה פולין אחראית לפשעי הנאצים. בתחילה כלל החוק גם איסורים פליליים, שנמחקו רק מאוחר יותר (בעקבות לחץ בינלאומי). שם, 136, ה"ש 51.

שונה, ישנם גם קווי דימיון בין תהליכים א-ליברליים שהתרחשו או שהיו ניסיונות לקדםם בהונגריה, בפולין ובישראל.<sup>48</sup>

בהקשר שלנו חשוב לזכור שמטרתה של חוקה היא להגן עלינו מפני העתיד. גם אם כעת נראה שאנחנו רחוקים מתהליכים אנטי דמוקרטיים ומפגיעה בזכויות האדם שהתרחשה במדינות אחרות, העתיד אינו ידוע. גם אם כיום החקיקה הרגילה של הכנסת קובעת זכויות שלכאורה מייטרות את הצורך בקביעתן פעם נוספת ברמה החוקתית, הרי שחקיקה כזו יכולה להתבטל או להשתנות בנסיבות פוליטיות מתאימות. קביעתן של זכויות אלה כנורמות חוקתיות אף היא לא מבטיחה הגנה ראויה עליהן, אך היא בוודאי מקשה על הפגיעה בהן.

### 3. התגובה לפשיעה בחברה הערבית

נקודה אחרונה המעוררת דאגה מיוחדת בהקשר הישראלי היא הפשיעה בחברה הערבית והתגובות לה. אין ספק שהעלייה בפשיעה החמורה בחברה הערבית ושיעור הפשיעה בחברה הערבית לעומת שיעור הפשיעה הכללי הם תופעות מדאיגות שעל המדינה להידרש להן. ואולם, מתעורר החשש שמתוך שלל דרכי הפעולה האפשריות, אלה שתבחרנה תהיינה דרכים הכוללות פגיעה קשה בזכויות הפרט. הרצון לטפל בכח הזרוע העונשית בבעיה שהשורשים לה נעוצים בשלל בעיות חברתיות עמוקות, עלול להשתלב במקרה זה גם עם נטיות פופוליסטיות של סימון הערבים בישראל כאחרים וכאויבים, ועם הפחתה בערכן של זכויות חשודים ונאשמים, דבר שיביא להתרת הרסן של רשויות האכיפה ולפגיעה קשה באזרחי המדינה הערבים ובזכויותיהם.

חשוב לציין כי בשיח על דרכי ההתמודדות עם הפשיעה בחברה הערבית נשמע גם הקול המצביע על הצורך במציאת פתרונות שיקומיים משולבים ועל הסכנות הרבות של החמרת הענישה. קולה של הסניגוריה הציבורית היה מטבע הדברים דומיננטי בהקשר זה.<sup>49</sup> בדיון חשוב שנערך בוועדה למיגור הפשיעה בחברה הערבית באוגוסט 2020 נדונו נושאים כגון המחסור במסגרות טיפוליות מותאמת לחברה הערבית וייצוג היתר של האוכלוסייה הערבית בהליכים פליליים, במעצרים ובכליאה.<sup>50</sup> החלטת הממשלה שהתקבלה במאוס 2021 התייחסה לצד פתרונות אכיפתיים מסורתיים גם לנושאים כגון תעסוקה, חינוך וחיזוק כלים רווחתיים-קהילתיים לטיפול ומניעת אלימות.<sup>51</sup>

ואולם מבחינת היישום בפועל, נראה שהצעדים העיקריים שקודמו באופן ממשי עד כה מתמקדים במתן סמכויות מיוחדות וחריגות לרשויות האכיפה ובענישה. צעדים אלה כוללים

<sup>48</sup> שם. וראו גם Roznai Yaniv & Mordechai Nadiv Jewish and (Declining) Democratic State? Constitutional Retrogression in Israel, 77 MD. L. REV. 244 (2017); Yaniv Roznai, *Israel – A Crisis of Liberal Democracy?*, in CONSTITUTIONAL DEMOCRACY IN CRISIS? 355 (Mark A. Graber et al. eds., 2018).

<sup>49</sup> ראו: הסניגוריה הציבורית **דוח פעילות 2020** 99-101 (2021) וכן נייר העמדה שהוגש לכנסת הסניגוריה הציבורית **שיקום אסירים בכלא ולאחר השחרור** (2020). זמין בכתובת:

[https://www.gov.il/he/departments/news/position\\_paper\\_arab\\_society\\_crime](https://www.gov.il/he/departments/news/position_paper_arab_society_crime)

<sup>50</sup> פרוטוקול ישיבה 11 של הוועדה המיוחדת למיגור הפשיעה בחברה הערבית, הכנסת ה-23, 5, 40 (18.8.2020)

<sup>51</sup> החלטה 549 של הממשלה ה-36 "תכנית לטיפול בתופעות הפשיעה והאלימות בחברה הערבית 2022-2026" (להלן: החלטה 549). (24.10.2020).

מתן סמכויות חיפוש חדשות למשטרה ללא צו שיפוטי,<sup>52</sup> הכנסה של כוחות שיטור מיוחדים לישובים הערביים לרבות כוחות חצי צבאיים (משמר הגבול)<sup>53</sup> וכוחות חשאיים (שירות הבטחון הכללי),<sup>54</sup> החמרה בענישה<sup>55</sup> וקביעת עונשי מינימום.<sup>56</sup> כל אחד מאפיקי פעולה אלה מעורר חשש ממשי לפגיעה משמעותית בזכויותיהם של חשודים, נאשמים ואסירים. התמקדות בפעולות אכיפה נוקשות, ללא מתן פתרונות עומק לבעיות של החברה הערבית המהוות כר פורה לצמיחתה של הפשיעה בה, וללא חיזוק המערכים הטיפוליים והשיקומיים, יכולים להביא גם לתוצאות לא צודקות במקרים קונקרטיים וגם להחטיא את המטרה של הפחתת הפשיעה.<sup>57</sup> בנוסף, פתרונות מסוג זה עלולים להחריף בעיות קיימות של חוסר אמון במערכות אכיפת החוק בקרב החברה הערבית<sup>58</sup> ואת ייצוג היתר המשמעותי של בני החברה הערבית בכליאה.<sup>59</sup> מוקדם מדי לאמוד את תוצאות הצעדים שננקטים כחלק מהמאבק בפשיעה בחברה הערבית, אך כבר עתה ניתן לראות, לצד פעולות שיטור חריגות, עלייה מדאגה במספר הכלואים בשירות בתי הסוהר, ובשיעור הכלואים הערבים.<sup>60</sup> בהודעת עדכון

<sup>52</sup> הצעת חוק לתיקון פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) (עילות חיפוש בלא צו בית משפט) (הוראת שעה), התשפ"ב-2021, ה"ח הממשלה 1456. דברי ההסבר להצעה, שם, 100, מתייחסים במפורש ל-"תופעת הפשיעה החמורה בחברה הערבית" ול-"קשיים מיוחדים באכיפה בתחום זה". ההצעה טרם אושרה סופית ונוותרה, בעת פיזור הכנסת העשרים וארבע, בהליכי דיון בוועדת חוקה, חוק ומשפט.

<sup>53</sup> החלטה 549, "צמצום תופעות מרכזיות של פשיעה ועבריינות", סעיפים 1 ו-2.

<sup>54</sup> ראו ג'וש בריינר "כנס תומך בשילוב שב"כ במאבק בפשע בציבור הערבי, ארגמן מתנגד" **הארץ** 23.8.2021, וכן ממשלת ישראל "תמה ישיבת צוות השרים למאבק בפשיעה ובאלימות בחברה הערבית" (הודעת דוברות 3.10.2021).

<sup>55</sup> ר' חגית לרנאו, התמודדות מערכת המשפט הישראלית עם הפשיעה בחברה הערבית: משילות או יצירת המשבר החברתי הבא (טרם פורסם – טיוטת המאמר נמצאת בידי הכותב).

<sup>56</sup> חוק העונשין (תיקון מס' 140 – הוראת שעה), התשפ"ב-2021, ס"ח 472. ראוי לציין כי תיקון חקיקה זה, כמו התיקון באשר לסמכויות חיפוש לא חל, כמובן, רק על החברה הערבית. יחד עם זאת המוטיבציה הברורה שלו היא המאבק בפשיעה בחברה הערבית, וניתן לצפות שתהיה לו השפעה מוגברת עליה. ראו את דבריה של יוזמת החוק, ח"כ שרון השכל בפרוטוקול ישיבה 36 של ועדת החוקה, חוק ומשפט 4 (28.7.2021), בפרוטוקול ישיבה 40 של ועדת החוקה, חוק ומשפט 6 (2.8.2021) ובמליאת הכנסת, ד"כ 11.10.2021, 14-213.

<sup>57</sup> לניתוח מעמיק של הסכנות של התמקדות בכליאה כדרך להתמודד עם הפשיעה בחברה הערבית ר' לרנאו, לעיל הערה 55.

<sup>58</sup> תמר הרמן **מדד הדמוקרטיה הישראלית** 73 (2021) ("במדגם הערבי אנו רואים התרסקות של ממש באמון [במשטרה] (מ-33% ב-2020 ל-13% השנה). במילים אחרות, לציבור הערבי כמעט אין אמון במשטרת ישראל בעת הזו").

<sup>59</sup> ראו לעיל ה"ש 49, 2-4 וכן נורית יכימוביץ כהן **נתונים על פשיעה בחברה הערבית – עדכון** 7 (הכנסת, מרכז המחקר והמידע 2020). לפי הדו"ח חלה עלייה בשנים האחרונות בשיעור התיקים בהם החשוד אינו יהודי, והוא עומד כיום על 41% מכלל התיקים (לעומת 38% מהתיקים בשנת 2015). הנתונים בנוגע לשלבים הבאים של ההליך הפלילי מובהקים אף יותר: 61% מהעצורים הפליליים בשנת 2019 היו לא-יהודים, ו-43% מכתבי האישום בשנה זו הוגשו כנגדם. חלקם של הלא-יהודים באוכלוסייה הכללית מעל גיל 15 הוא 24% בלבד. ראו שם, 5-7. בנוסף, כמחצית מהאסירים הפליליים בישראל – 47% - בשנת 2020 היו ערבים. ראו נורית יכימוביץ כהן **שיקום אסירים ערבים בכלא ולאחר השחרור** 3 (הכנסת, מרכז המחקר והמידע 2020).

<sup>60</sup> ראו חן מענית "מספר הכלואים בעלייה, הצפיפות בבתי הסוהר גוברת - והמדינה מתרחקת מהיעד שקבע בג"ץ" **הארץ** (19.5.2022). מדוח שירות בתי הסוהר לשנת 2020 17 (2021) עולה כי שיעורם של הכלואים הפליליים שאינם יהודים מתוך כלל הכלואים הפליליים עולה בהדרגה. בשנת 2010 היה שיעורם 49% ואילו



שהגישה המדינה לבג"צ במסגרתה היא מודיעה ששוב לא תעמוד במועד (הנדחה) שנקבע לקיום פסק הדין בעניין שטח המחייה המינימלי לאסיר, נאמר במפורש שאחד הגורמים לגידול במצבת הכלואים הוא "המאמץ הממשלתי חסר התקדים לטיפול בתופעות הפשיעה והאלימות בחברה הערבית", וכי "פעילות משטרתית מאומצת וממוקדת במסגרת מבצע 'מסלול בטוח' הובילו לעלייה משמעותית בהיקף המעצרים על ידי משטרת ישראל".<sup>61</sup>

על רקע המגמות העכשוויות בארץ ובעולם, יש צורך בחיזוק של זכויות הקשורות בהליך הפלילי בדמותו של עיגון חוקתי. בפרק הבא של המאמר, אציין את החוסרים המרכזיים בהצעת החוק, שהוספתם נדרשת במיוחד לאורן של המגמות האמורות.

## ב. חסרים מרכזיים בהצעת חוק היסוד

על אף ההצדקות הרבות - הן אלה שמניתי במאמר קודם והן העכשוויות שמניתי בפרק הקודם של מאמר זה - לפירוט הזכויות בהליך הפלילי ברמה החוקתית, הנוסח שנבחר בהצעת החוק הוא רזה. קשה למצוא במסמכים הרלוונטיים דיון בשאלה של רמת ההפשטה הרצויה בחוקה ובוודאי שאין בהם הצדקה משכנעת לבחירה בנוסח הלא מפורט והעמום. המסמכים שהוגשו בתגובה לתזכיר ולקראת הדיונים בכנסת על ידי גופים שונים כגון המכון הישראלי לדמוקרטיה, לשכת עורכי הדין בישראל והסניגוריה הציבורית, עומדים על החסרים המרכזיים בהצעת החוק.<sup>62</sup> מסמכים אלה מונים שורה ארוכה של זכויות המקובלות בחוקות אחרות שלא מופיעות בהצעת החוק, כמו גם זכויות שהופיעו בנוסחים קודמים של הניסיון לחוקק חוק יסוד כזה אצלנו, ולא מופיעות בנוסח האחרון. בין הזכויות שאינן מפורטות בולט העדר הפירוט של הזכויות במשפט הפלילי עצמו – הזכות לעיין בחומר חקירה, הזכות להתעמת עם עדים ולחקרם בחקירה נגדית, הזכות להתגונן ולהביא עדים, הזכות לנוכחות בדיון ועוד. לפירוט זכויות אלה חשיבות מיוחדת לאור המחלוקת המתפתחת בבית המשפט העליון על מקומן של זכויות אלה, אותה תיארתי לעיל.

בנוסף להעדר הבולט של זכויות דיוניות במשפט הפלילי עצמו, חסרה בהצעת החוק התייחסות לכמה עקרונות וזכויות יסודיות ביותר. אתעכב כאן על מספר חסרים בולטים, של זכויות ועקרונות המהווים תנאים יסודיים לשימוש ראוי במשפט הפלילי בחברה דמוקרטית ליברלית. אלה חסרים שמן הראוי להשלימם, גם אם הבחירה היא במודל חוקתי רזה יחסית. שלושת הנושאים בהם אתמקד - עקרון החקיקה הפלילית הבהירה, הזכות לייצוג במימון המדינה, והזכויות הנוגעות לשלב הענישה – חשובים במיוחד לאור המגמות שתיארתי בפרק הראשון.

בשנת 2020 הוא הגיע ל 55%. ראו:

[https://www.gov.il/BlobFolder/reports/doch\\_shnati2020/he/7%D7%93%D7%95%D7%99%D7%A9%D7%A0%D7%AA%D7%99%202020.pdf](https://www.gov.il/BlobFolder/reports/doch_shnati2020/he/7%D7%93%D7%95%D7%99%D7%A9%D7%A0%D7%AA%D7%99%202020.pdf)  
הגובר אצל לרנאו לעיל.

<sup>61</sup> בג"צ 1892/14, הודעת ערכון עתית מטעם המשיבים (27 במרץ 2022). להודעה מצורפים גם נתונים על הגידול במספר העצורים. בחודש ינואר 2020 עמד מספרם של העצורים עד תום ההליכים על 2710. מספר זה גדל באופן הדרגתי והגיע ל-3435 בחודש מרץ 2022. באותה תקופה גדל גם מספר העצורים לצורך חקירה מ-460 ל-538.

<sup>62</sup> כל המסמכים נמצאים באתר של ועדת החוקה חוק ומשפט: <https://main.knesset.gov.il/Activity/committees/huka/Pages/CommitteeMaterial.aspx?ItemID=2191538>

## 1. עקרון הבהירות

יש לשבח את מנסחי הצעת החוק על כך שעקרון החוקיות כלול בהצעה. עקרון זה, שהוא מהחשובים שבעקרונות היסוד של המשפט הפלילי, לא תמיד מופיע בחוקות אחרות כזכות חוקתית מפורשת. דברים אלה נכונים גם באשר להכללתו בהצעה של עקרון האשמה – גם הוא מעקרונות היסוד של המשפט הפלילי, גם הוא לא מופיע כעקרון חוקתי בחוקות רבות. ואולם, על אף שבדברי ההסבר להצעה מוסברת חשיבותו של עקרון זה, ומוזכרים עקרונות המשנה הנובעים ממנו (לרבות עקרון הבהירות) *ניסוחו* של עקרון החוקיות בהצעת החוק הוא מינימליסטי והוא בעיקרו חזרה על העקרונות המצומצמים המופיעים בסעיפיו הראשונים של חוק העונשין לפיהם אין ענישה אלא בחוק או לפי חוק ואין ענישה למפרע. חסרה בנוסח הצעת החוק הדרישה המפורשת שהחוק הקובע עבירות ועונשים יהיה בהיר ולא עמום. אכן, כמובהר בדברי ההסבר, עקרון הבהירות הוא חלק אינטגרלי מעקרון החוקיות, ולהערכתי דווקא הדגשתו של חלק זה חשובה ביותר. זאת מכיוון שבתרבות המשפטית שלנו הסיכון שהמחוקק ייקבע הוראות פליליות עמומות גדול לאין שיעור מהסיכון שאנשים יועמדו לדין בגין עבירות שכלל אינן קבועות בחוק או שיענשו על עבירות שלא היו קיימות בעת עשיית המעשה.

הרציונאליים הכלליים של עקרון החוקיות חלים כולם באופן מובהק גם על הדרישה שהחוק הפלילי יהיה בהיר ומפורש. כך באשר לרציונאל המרכזי המובא בהצעת החוק, מתן אזהרה הוגנת, וכך גם באשר לשורה של רציונאלים נוספים. הרעיון לפיו "אין עונשין אלא אם כן מזהירים" מחייב שהאזהרה תהיה ברורה. קביעה של עבירות עמומות לא מקיימת את דרישת ההגנות העומדת בבסיס רציונאל זה של עקרון החוקיות.

ואולם מתן אזהרה הוגנת אינו הרציונאל היחיד של עקרון החוקיות.<sup>63</sup> ניתן לחשוב על ארבע הצדקות נוספות לעקרון זה, שמכולן נובעת לא רק החשיבות של קביעת האיסור הפלילי בחוק, אלא גם ההכרח בבהירות החוק. ראשית, קביעתם של איסורים פליליים בחקיקה מפורשת היא תנאי לקיום התכלית החינוכית של דיני העונשין. אם החוק הפלילי מבקש להעביר מסר חינוכי, מתבקש שהמסר יהיה ברור ולא עמום. שנית, עקרון החוקיות הוא חלק מהפרדת רשויות ראוי, על פיה הרשות המחוקקת קובעת את האיסורים הפליליים ואילו הרשות השופטת קובעת אם במקרה הספציפי אכן בוצעה העבירה ומה העונש הראוי לה. בנסיבות המקרה, בגבולות שקבע המחוקק. איסור פלילי עמום חוטא למטרה זו, ולמעשה מטיל על הרשות השופטת את המלאכה של קביעת האיסור הפלילי בדרך של פרשנות. שלישית, חקיקה פלילית עמומה מגבילה את החירות יתר על המידה והיא עלולה לצנן התנהגויות שאין לנו כחברה עניין למנען.

<sup>63</sup> בדיון בכנסת, אנשי מחלקת ייעוץ וחקיקה זיהו את רציונאל האזהרה ההוגנת באופן מוחלט עם עקרון החוקיות (ראו פרוטוקול מס' 274 של ועדת החוקה, חוק, ומשפט 32 (24.5.2022) ("יש כאלה שקוראים לעיקרון הזה אין עונשין אלא אם כן מזהירין, כלומר לא ניתן לצפות מאדם לעמוד בכללי ההתנהגות שהחברה כופה עליו, אם הוא לא מזהיר מראש כי אם יתנהג בניגוד לאותם כללים הוא צפוי לסנקציה עונשית") וכן עמ' 42). לטעמי, לא אלה פני הדברים. למעשה האזהרה ההוגנת מבוססת על הפיקציה של ידיעת החוק, עליה גם מבוסס הכלל שאי ידיעת החוק אינה פוטרת מעונש. במציאות פרטיהם של איסורים פליליים רבים אינם ידועים לציבור הרחב, אפילו אם הם עומדים בדרישת הפרסום. יחד עם זאת לעקרון החוקיות חשיבות אדירה מהטעמים המפורטים להלן בטקסט.

הצידוק הרביעי והחשוב ביותר לדעתי לעקרון החוקיות הוא מניעת שרירות בהפעלת החוק הפלילי על ידי הרשויות. אלמלא הכלל שאישום פלילי חייב להיות מבוסס על חקיקה מפורשת, יכול השלטון לעשות בנקל שימוש לרעה במשפט הפלילי. שימוש כזה יכול להיות שרירותי או מפלה כנגד קבוצות אוכלוסיה מסוימות או כנגד פעולות שבנקודת זמן מסוימת המשטר מבקש לדכא, והוא פוגע בלגיטימיות של השימוש במשפט הפלילי. קביעה מראש של האיסורים הפליליים באופן מפורש ובהיר, יש בה אם כן כדי לקדם שוויון בפני החוק, וכדי לרסן שימוש לרעה במשפט הפלילי. אין זה מפתיע שחוק פלילי רחב, עמום ולא ברור הוא מאפיין מובהק של משטרים טוטליטריים.<sup>64</sup>

הסכנה שאצלנו ייעשה שימוש באיסורים רחבים ועמומים אינה רחוקה ושלילית. למעשה, פרק העבירות הארכאי בחוק הפלילי הישראלי כלל ועודנו כולל שורה של עבירות כאלה. העבירה של "תקלה ציבורית" שבית המשפט העליון ביקר בחריפות בפרשת אש"ד בשנות החמישים, שרדה בספר החוקים שלנו למעלה מ-50 שנים עד שבוטלה רק בשנת 2008.<sup>65</sup> העבירה העמומה של "מרמה והפרת אמונים", זכתה לביקורות רבות, ועל אף הצעות רבות שהיו לתקנה ולהבהירה, הדבר טרם קרה.<sup>66</sup> חלק מהעבירות העמומות שבחוק העונשין שלנו הן גם עבירות על גבול עבירות מיצב (סטטוס), המפלילות את הימצאותו של אדם במצב מסוים ולא את התנהגותו. עבירות מסוג זה, אשר שיטות משפט ליברליות מתייחסות אליהן כחדשנות, סביר שפגיעתן תהיה דווקא בחלשים שבקרבנו. כך למשל העבירה "התנהגות פסולה במקום ציבורי", "מטרד לציבור" ו"שכרות" שחלק מחלופותיהן מנוסחות באופן עמום ורחב מאוד, עלולות להיות מוחלות ביתר שאת על מחוסרי דיור, נשים בזנות ועל אנשים עם התמכרויות או מוגבלויות אחרות.<sup>67</sup>

<sup>64</sup> כך ברוסיה הסובייטית נקבע כי "אם איזו פעולה מסוכנת לציבור לא נזכרה במישורין בספר חוקים זה, יש לקבוע את יסודות האחריות וגבולותיה לפי אות הסעיפים מספר החוקים, בהם מוגדרות עבירות הקרובות ביותר לפעולה הנדונה לפי סוגן וטיבן". סעיף 16 לקוד הפלילי הסובייטי משנת 1927. ראו ב- George V. Starosolsky, *Basic Principles of Soviet Criminal Law*, 28 N.C. L. REV. 359, 369 (1950). וראו גם פסק הדין היפה של השופט זילברג בעניין אשד, שם מובא סיפורו של דבר החקיקה עמום בעיר דנציג החופשית, שנפסל בשנת 1935 על ידי בית-הדין בינלאומי בהאג. ראו ע"פ 53/54 אש"ד, **מרכז זמני לתחבורה נ"ה היועץ המשפטי לממשלת ישראל**, פ"ד ח 785, פס' 17 לפסק דינו (1954).

<sup>65</sup> חוק העונשין (תיקון מס' 100), התשס"ח-2008, ס"ח 217.

<sup>66</sup> ראו מרים גור-אריה "פניקה מוסרית והשחיתות השלטונית: השתלטות העברה הפלילית של הפרת אמונים על התחום האתי והמשמעתי" **משפט ועסקים** יז 447, 458-62 (2014), מרדכי קרמניצר ודורון נבות "לשאלת פליליותה של פעולה של עובד הציבור במצב של ניגוד עניינים" **ניגוד עניינים במרחב הציבורי** 501, 537 (דפנה ברק-ארו ואח' עורכים 2008) ודבורה חן "עבירת מרמה והפרת אמונים – מתי תתפוגג העמימות?" **ספר אליהו מצא** 597, 603-5 (אהרן ברק ואח' עורכים 2015). כן ראו מרדכי קרמניצר ואח' **מרמה והפרת אמונים בחינה ביקורתית והמלצות לשיפור החקיקה** 66-357 (2008) ואת שורת הצעות החוק שעסקו בנושא, החל מהצעת חוק העונשין (תיקון - מרמה והפרת אמונים), התשפ"א-2021, פ/941/24, ואת תזכיר החוק הממשלתי שעסק בכך: תזכיר חוק העונשין (תיקון-מרמה והפרת אמונים), התשס"ט-2009.

<sup>67</sup> ראו סעיפים 215, 216 ו-193 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226. איני טוען שעבירות שאינן בהירות הן בהכרח עבירות מיצב, ואף לא שעבירות מיצב בהכרח אינן בהירות. מבחינה אנליטית עמימותה של עבירה והיותה עבירת מיצב הם פגמים שונים ונפרדים. בפועל, פעמים רבות הם שלובים זה בזה, באופן שהעבירה מגדירה באופן עמום התנהגות האסורה על מי שמצוי בסטטוס מסוים, או שעצם הסטטוס עלול להוות את

לעובדה שהתרבות המשפטית שלנו עד כה אפשרה האשמה והרשעה בעבירות עמומות יש להוסיף את הסכנות שצופן העתיד, עליהן עמדתי בפרק הקודם, ובפרט את סכנת הפופוליזם ואת נטייתם של משטרים סמכותניים לשימוש בעבירות סל רחבות ועמומות. גם במשטרים כאלה ההפרה של עקרון החוקיות לא נעשית על דרך של העמדה לדין בגין עבירה שאינה קיימת כלל בספר החוקים, אלא באמצעות שימוש בעבירות הסל. על כן, כשאנו באים לחוקק את חוק היסוד, כחלק מן החוקה, עלינו לשוות לנגד עינינו דווקא אפשרות זו, ולקבוע במפורש כי חוק פלילי חייב להיות בהיר. קביעת עקרונות היסוד הדמוקרטיים על מנת שידריכו את המחוקק העתידי, נעשית ברובד העל חוקי, ועל כן מדובר בתפקיד מובהק של החוקה. זו גם הסיבה לכך שגם במדינות בהן לא נקבעה הוראה חוקתית מפורשת בהקשר זה, התפתחה דוקטרינה חוקתית ענפה המאפשרת ביטולה של חקיקה פלילית עמומה.<sup>68</sup>

## 2. זכות לסניגור במימון המדינה

בהצעת החוק נקבע כי "כל אדם זכאי להיוועץ בעורך דין בנוגע לחקירה פלילית שבה הוא נחקר כחשוד" וכן נקבע ש"כל חשוד נאשם או נידון זכאי להיות מיוצג בידי עורך דין, ולהיוועץ בעורך דין בכל הליך פלילי בעניינו בפני רשות שופטת".<sup>69</sup> הכרה בזכות לייעוץ ובזכות לייצוג כזכויות חוקתיות מתבקשת מהיות הייצוג תנאי בסיסי בלעדיו אין לקיומו של הליך הוגן. זכויות אלה הן גם המפתח ליתר הזכויות של החשודים והנאשמים, שכן בהיעדר ייצוג לא ניתן לממש זכויות אחרות, ופעמים רבות בעלי הזכויות אינם מודעים להן. באשר לזכות ההיוועצות מצוין בהצעת החוק כי מטרתה היא להבטיח שאדם הנחשד בביצוע עבירה ומובא למעצר וחקירה יזכה לחקירה הוגנת, יבין במה הוא חשוד ואת זכויותיו, ויהיה מודע לזכות השתיקה ולמשמעותה. כן מפנה הצעת החוק לפסיקה שכבר הכירה בזכות זו זכות יסוד מרכזית, וכן את ההוראות החוקתיות הרלוונטיות בארצות הברית, קנדה וניו זילנד.<sup>70</sup> גם

ההתנהגות העמומה האסורה. כך למשל ס' 193 (א) עוסק במי ש"מתפרע או מפר את הסדר הציבורי בהיותו שיכור" – השכרות היא מעין סטטוס. הפרת הסדר הציבורי או התפרעות הן ההתנהגויות העמומות. ס' 215 (א) אף הוא עמום מאוד ועוסק בגרימת פגיעה, סכנה או הטרדה או יצירת אי נוחות בשימוש בזכות הרבים. אכן לא מדובר בעבירת סטטוס מובהקת אבל היא בהחלט על גבול הסטטוס. קל לראות כיצד עבירה כזו תיאכף למשל כלפי חסרי דיור הנמצאים במקום מסוים באופן שיש מי שיראה בכך הפרעה. החלופה של ס' 215 (ג) עוסקת בהמצאות במקום לשם עיסוק בזנות "בנסיבות שיש בהן משום מטרד לדרי הסביבה או הפרעה לתנועה בדרכים". העיסוק בזנות הוא על גבול הסטטוס, בוודאי כאשר מדובר באישה הנמצאת במעגל הזנות ואינה מצליחה לצאת ממנו. מטרד או הפרעה הם הרכיבים ההתנהגותיים העמומים. כך גם לגבי חלק מהחלופות שבסעיף 216: התנהגות במקום ציבורי באופן העלול להביא להפרת השלום, למשל, אינה מוגדרת באופן ברור, והיא עלולה להיאכף ביתר שאת על כאלה שנמצאים בסטטוס מסוים (שיכורים, מחוסרי דיור, אנשים עם מוגבלויות). החלופות של שיטוט בחצרים ופשיטת יד בהטרדה מעוררות קשיים דומים.

ראו *Lanzetta v. New Jersey*, 306 U.S. 451 (1939); *Papachristou v. City of Jacksonville*, 405 U.S. 156 (1972); *City of Chicago v. Morales*, 527 U.S. 41 (1999) העליון להשתמש בדוקטרינה בשני פסקי דין; *Johnson v. United States*, 135 S. Ct. 2551 (2015); *Session v. Dimaya*, 138 S. Ct. 1204 (2018). לסקירה כללית של הדוקטרינה ראו Andrew E. Goldsmith, *The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court, Revisited*, 30 AM. J. CRIM. L. 279, 283-94 (2003).

<sup>68</sup> סעיף 9 להצעת חוק היסוד, לעיל ה"ש 1.

<sup>70</sup> ראו את דברי ההסבר להצעה, לעיל ה"ש 1, עמ' 704.

באשר לזכות הייצוג מודגש בהצעת החוק שהמדובר בזכות יסוד בעלת מעמד חוקתי. מובהר כי לצד חשיבותה לשמירה על זכויות חוקתיות מהותיות אחרות לזכות לייצוג גם ביסוס חוקתי עצמאי. עוד מודגש חשיבותה של הזכות לייצוג לשמירה על שוויון בין בעלי הדין בשיטה אדברסרית ומצוטטים דבריו הידועים של השופט ח' כהן:

בעולם משפטי כשלנו, שכל ההליכים מתנהלים בו לפי סדרי דין נוקשים ובשפת המסורין של החוק והפרוצדורה, זכותו הראשונית והיסודית של כל נאשם היא, או היא חייבת להיות, שהוא מיוצג על ידי מי שיודע רזי התורה ומדבר לשון הסתר.

ניסוחן של הזכויות להיוועצות ולייצוג בהצעת החוק שותק באשר לזכותו של אדם שהייצוג יהיה ממומן בידי המדינה. במובן זה הצעת החוק קובעת לכאורה רק את החירות להיות מיוצג (במובן ההופלדיאני), זו הקבועה כיום בסעיף 22 לחוק לשכת עורכי הדין, זכות חוקתית, ולא את הזכות המטילה חובה קורלטיבית על המדינה לממן את הוצאות הייצוג (זכות במובן ההופלדיאני).<sup>71</sup> בהינתן העובדה שהרוב הגדול של הנאשמים והחשודים בפלילים הם חסרי אמצעים, וידם אינה משגת לממן את הייעוץ או הייצוג המשפטי, קביעתה של חירות להיות מיוצג בלבד אינה מספקת, ויכולה להביא לתוצאה הקשה בה משפטים פליליים יתנהלו כאשר הנאשמים בלתי מיוצגים. כך היה הדבר במשך שנים במדינת ישראל, עד להקמתה של הסניגוריה הציבורית, ולהרחבת הזכות להיות מיוצג על ידה בצורה ניכרת.<sup>72</sup>

הכרה בזכות הייצוג ככוללת גם את הזכות למימון הייצוג בידי המדינה, היא מהלך פרשני מתבקש. מהלך כזה עשה בית המשפט העליון האמריקני בפסק הדין המונומנטלי בעניין Gideon במסגרתו נקבע כי התיקון השישי לחוקה האמריקנית, בו נקבעה הזכות לייצוג בהליכים פליליים, חל גם על המדינות דרך הזכות להליך הוגן שבתיקון ה-14 לחוקה. בית המשפט פסק באותו עניין פה אחד כי כל מי שנאשם בעבירה מסוג felony בבתי משפט מדינתיים או פדרליים זכאי לייצוג משפטי חינם אם אינו יכול לממן את הייצוג.<sup>73</sup> ידועים בהקשר זה דבריו של השופט הוגו בלאק:

Reason and reflection, require us to recognize that, in our adversary system of criminal justice, any person haled into court, who is too poor to hire a lawyer, cannot be assured a fair trial unless counsel is provided for him. This seems to us to be an obvious truth. Governments, both state and federal, quite properly spend vast sums of money to establish

<sup>71</sup> להרחבה בעניין מיון הזכויות השונות לייצוג ראו יואב ספיר, "אשליות של קדמה: הזכות לייצוג בישראל מתקופת המנדט ועד לשנות השמונים" מגמות בדיני ראיות ובסדר הדין הפלילי – ספר הרנון 397, 42-438 (ענת הורוויץ ומרדכי קרמיניצר עורכים 2009).

<sup>72</sup> ראו שם, 422, ליד ה"ש 61 וכן ספיר, לעיל ה"ש 2, 584, ה"ש 31.

<sup>73</sup> Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335 (1963). זכות זו הורחבה מאוחר יותר. ראו את הסקירה במאמר Charles J. Ogletree, Jr. and Yoav Sapir, *Keeping Gideon's Promise: A Comparison of the American and Israeli Public Defender Experiences*, 29 N. Y. U. L. & SOC. CHANGE REV., 203, 208 (2004), ובפרט את פסקי הדין (1972) 25 (1972) Argersinger v. Hamlin, 407 U.S. 25 (1972) (החובה למנות סניגור חלה בכל מקרה של מאסר בפועל), ו-Alabama v. Shelton, 535 U.S. 654 (2002) (הרחבת החובה למקרים של הטלת מאסר על תנאי או הפעלתו של מאסר על תנאי).

machinery to try defendants accused of crime. Lawyers to prosecute are everywhere deemed essential to protect the public's interest in an orderly society. Similarly, there are few defendants charged with crime, few indeed, who fail to hire the best lawyers they can get to prepare and present their defenses. That government hires lawyers to prosecute and defendants who have the money hire lawyers to defend are the strongest indications of the widespread belief that lawyers in criminal courts are necessities, not luxuries.<sup>74</sup>

מכיוון שהייצוג בהליך הפלילי הוא הכרח ולא מותרות, מתבקש כי הזכות החוקתית לייצוג תכלול גם את החובה של המדינה לממן את ייצוגו של מי שידו אינה משגת לממן זאת בעצמו. כבואנו לעגן את הזכות לייצוג בחקיקת יסוד, מן הראוי להבהיר נקודה חשובה זו במפורש. עיגון מפורש של זכות זו הוא תפקיד מובהק של הכנסת בכובעה כרשות המכוננת, והוא יכול לחסוך התדיינות עתידיות מיותרות והבאת השאלה להכרעתו בית המשפט דווקא.<sup>75</sup> אמנם, המחוקק הישראלי הרחיב מאוד בעשורים האחרונים את הזכות לייצוג באמצעות הסניגוריה הציבורית, אולם מדובר בתהליכים שעלולים גם להיות הפיכים. בעת כהונתי כסניגור הציבורי הארצי עלו מעת לעת הצעות לצמצום הזכות לייצוג במימון המדינה – לעתים על ידי משרד האוצר, לעתים על ידי גורמים בלשכת עורכי הדין ולעתים על ידי פוליטיקאים. כך למשל, מספר פעמים הועלו הצעות לשלול את זכות הייצוג ממי שמואשמים בעבירות בטחון, ממי שאינם אזרחי המדינה ומקבוצות אחרות. הצעות מסוג זה עלולות להשתלב עם מגמות פופוליסטיות עליהן עמדתי בפרק הקודם, ולקרום חלילה עור וגידים. כפי שכתב דיויד סקלנסקי, דווקא אל מול חששות מפני דה-הומניזציה של חשודים, נאשמים ומורשעים, חשוב לחזק את הזכות לייצוג, ואת הייצוג של חסרי האמצעים, שכן אחד מתפקידיו החשובים של הסניגור הוא להזכיר למערכת שהמדובר בבני אדם, ושחובה להתייחס אליהם כאל כאלה.<sup>76</sup>

בהקשר זה נכון שחוק היסוד יקבע כי הזכאים להיוועצות ולייצוג במימון המדינה הם מי שידם אינה משגת לממן את הגנתם. זאת להבדיל מהקטגוריה של "חסר אמצעים". הניסיון מלמד שקביעה בדבר חוסר אמצעים נעשית לא אחת על פי קריטריונים נוקשים הלקוחים מעולמות הסעד, אשר מותירים רבים מאלה הנזקקים לשירותי ביניים ריקות. גם מי שאינם עניים מרודים ועל כן לא נחשבים "חסרי אמצעים" על פי קריטריונים מקובלים, ייתכן שלא יהיה בידם די ממון לשכור לעצמם ייצוג משפטי, במיוחד כאשר מדובר בתיק מורכב או עב כרס אשר עלות הייצוג בו עלולה להיות גבוהה במיוחד. כך למשל אמות המידה לחוסר אמצעים על פי תקנות הסניגוריה הציבורית ותקנות הסיוע המשפטי קובעות כי בן למשפחה בת 3 נפשות בה המשכורת היחידה היא שני שלישים מהשכר הממוצע במשק או יותר אינו זכאי לייצוג על פי עילת ייצוג זו. שני שלישים מהשכר הממוצע במשק הם כיום כ-6,900

<sup>74</sup> שם, 345.

<sup>75</sup> ראו למשל הדין בע"פ 7335/05, הסניגוריה הציבורית, מחוז נצרת והצפון נ' מדינת ישראל, פ"ד ס (2) 346 (2005), והמחלוקת שם בשאלה אם הזכות לייצוג בידי עורכי דין היא זכות חוקתית הנובעת מכבוד האדם.

<sup>76</sup> Skalnsky, לעיל ה"ש 43, 2012.

נח.<sup>77</sup> משפחה שזו הכנסתה ואין לה הון או רכוש עלולה שלא להיות מסוגלת לשכור ייצוג משפטי, שעלותו עלולה להגיע לעשרות אלפי שקלים, למאות אלפי שקלים, ולעתים אף יותר. באשר לייצוג בפלילים נפתר קושי זה, כמו גם הקושי הקבוע בסעיף 5 לצו הסנגוריה הציבורית, המגביל את הייצוג בעילה של חוסר אמצעים למי שמואשם בעבירה של חמש שנות מאסר ומעלה, באמצעות חקיקת עילות ייצוג אחרות, המקנות זכאות שאינה מבוססת על אמות מידה כלכליות כלל, אלא על חומרת התוצאה הצפויה או על ייחודו של ההליך.<sup>78</sup> תיקוני החקיקה שנעשו עם השנים בחוק הסניגוריה הציבורית ובחוק סדר הדין הפלילי משקפים נקודה חשובה נוספת: הכללים החוקתיים הם רצפה. זהו מינימום הזכויות שהמחוקק לא יכול לרדת מתחתיו. כמובן שהמחוקק הרובני רשאי לקבוע כללים מיטיבים יותר. כך למשל יכול המחוקק לקבוע עילות ייצוג נוספות שאינן מבוססות כלל על זכאות כלכלית. ישנם נימוקים טובים, נימוקי יעילות ונימוקי צדק כאחד, לעשות כן בהקשרים מסוימים. זוהי בחירתו של המחוקק באילו הקשרים ראוי לעשות כן. מה שלא ראוי לאפשר למחוקק הרובני לעשות הוא ביטול הזכאות לייצוג במימון המדינה של מי שאין לו דרך אחרת לשכור לעצמו ייצוג, שכן ביטול זכות זו תאפשר למדינה לנהל הליכים פליליים כנגד נאשמים בלתי מיוצגים, או לחקור חשודים שלא זכו להיוועצות.<sup>79</sup> ואם תאמרו כי גם זה עניין למחוקק לענות בו על פי שיקולים כלכליים של סדרי עדיפויות, אשיב במילותיו של יורם שחר:

מקום שמדינה שלמה מתייצבת מול אדם וזורקת בו אשמה פומבית, והיא משלמת שכרו של פרקליט מיומן שיעשה בלהטוטי מקצועו כדי לגלות קלונו וכדי להביא עליו עונש, דורשת ההגינות שתעמוד לרשותו של אותו אדם מידה זהה למימנות מקצועית כדי להתגונן. האפשרות שפשוטי עם יורשעו במקום ששועי ארץ נחלצים בזכות ממונם מן הדין שתדיר שינה מעיניהם של פרנסי הציבור. אם יאמרו שאין תקציב למדינה לממן את צורכי הייצוג של נאשמים עניים, יש לומר להם שיקחו בינתיים אותו תקציב עצמו שהם נותנים היום לתביעה הציבורית, יחלקוהו לשניים ויתנו חציו להגנה ציבורית.<sup>80</sup>

<sup>77</sup> ראו סעיף 2(א)1) לצו הסניגוריה הציבורית (ייצוג נאשמים מחוסרי אמצעים), תשנ"ו-1996, ק"ת 980 וכן סעיף 2(ב)1) לתקנות הסיוע המשפטי תשל"ג-1973 ק"ת 2048. לשכר הממוצע העדכני במשק ראו באתר הביטוח הלאומי, בכתובת:

<https://www.btl.gov.il/MEDINIYUT/GENERALDATA/Pages/%D7%A9%D7%9B%D7%A8%20%D7%9E%D7%9E%D7%95%D7%A6%D7%A2.aspx>

<sup>78</sup> תיקון 48 ותיקון 49 לחוק סדר הדין הפלילי קבעו חובה למנות סניגור כאשר מדובר במי שהוזמן לדין מקדמי לפי סעיף 143א לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשל"ב-1982, וכן כאשר מדובר במי שהתביעה הודיעה לגביו כי היא תבקש להטיל עליו עונש מאסר בפועל אם יורשע. ראו ספיר, לעיל ה"ש 71, עמ' 24-423, ה"ש 65 וכן ספיר, לעיל ה"ש 2, עמ' 584, ה"ש 31.

<sup>79</sup> יצוין כי במצב המשפטי נכון להיום חשודים שאינם עצורים אינם זכאים לייצוג בידי סניגור ציבורי, ועל כן חשודים רבים אינם מממשים את זכות ההיוועצות. קיימת הסכמה רחבה שיש לתקן מצב זה. ראו הצעת חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים) (תיקון מס' 9), התשע"ח-2018, ה"ח הממשלה 1058, שהיא תוצר של המלצות הוועדה לסדר דין פלילי בראשות השופטת מרים נאור (הח"מ היה חבר הוועדה). הצעת חוק היסוד מבקשת לקבוע את זכות ההיוועצות לחשודים כזכות חוקתית (אם כי, כאמור, מבלי לפרט את הזכות לייצוג במימון המדינה).

<sup>80</sup> יורם שחר "סדר דין פלילי" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ב-תשנ"ג 399 (אריאל רוזן-צבי עורך 1994).

אם אנו מבינים את הייצוג כהכרח ולא כמותרות (במונחיו של השופט בלק) אז הטיעון של סדרי עדיפות כלכליים אינו תקף. אם אין כסף לייצוג, אי אפשר לנהל את ההליך. כמו שאנחנו לא מעלים על הדעת שלא תהיה שופטת או תובעת או מאבטח או מי שירשום את הפרוטוקול, כך אנחנו לא יכולים להשלים עם הליך ללא ייצוג. ואם אין די תקציב, יש להפחית את מספר ההליכים בהם נוקטת המדינה. אמנם, זו פרשנות מתבקשת של הזכות הכללית לייצוג גם בהעדר קביעה מפורשת כזו, אך קביעה שמי שידו אינה משגת יהיה זכאי לייצוג על חשבון המדינה, תקשה על הגעה לתוצאה שונה.

### 3. הזכויות הנוגעות לשלב הענישה

סעיף 12 להצעת החוק קובע כי: "אדם זכאי שלא יוטל עליו עונש גופני, אכזרי או לא אנושי". התייחסותו של חוק היסוד לשלב הענישה מבורכת וחשובה ביותר. על אף הזכויות האדם נתונות בסכנה בכל שלבי ההליך, ברור ששלב הענישה הוא הפוגעני ביותר. הפגיעה בזכויות בשלב הענישה מתקבלת באופן טבעי יותר ומעוררת פחות התנגדות. להבדיל מהשלבים שלפני ההרשעה בהן עומדת לחשוד או לנאשם חזקת החפות, בשלב הענישה המדובר כבר ב"עבריינין" מורשע, אשר פעמים רבות קשה לגייס אמפתיה ציבורית כלפיו.<sup>81</sup> התייחסות ראויה לעונש ברובד החוקתי יכולה לצמצם את הסכנה שהעיסוק הנרחב בזכויות דינויות בהליך הפומבי שעד להרשעה יהווה לגיטימציה לפרקטיקות הפוגעניות שלאחריה, שתתקבלנה כמובנות מאליהן.<sup>82</sup> הצורך בהגנה חוקתית על זכויות הנוגעות לענישה מתחזק מאוד לאור המגמות המתוארות בפרק הקודם. נטייתו של הפופוליזם להגדיר קבוצות אוכלוסייה מסוימות כ"אחר" ואף כ"אויב" יכולה בנקל למצוא ביטוי בענישה אכזרית ובלתי פרופורציונאלית. דה הומניזציה של המורשעים, שהדרך אליה מהירה וקלה יותר מאל דה הומניזציה של חשודים ונאשמים, היא הצדקה רעיונית וקר פורה להחמרות קיצוניות בענישה, לשימוש מוגבר בכליאה ובעונשי מינימום ואף באמצעים קיצוניים כמו עונש המוות. דווקא בשל כך, חשוב שחקיקת היסוד תתייחס גם למורשעים, ותשמש לנו תזכורת חשובה שכל בן אדם הוא יותר מהמעשה הגרוע ביותר שהוא אי פעם עשה. כפי שצוין לעיל, המאבק בפשיעה בחברה הערבית מהווה סכנה נוספת מוחשית לפגיעה בזכויות דווקא בענישה, אשר פעמים רבות החמרתה נתפסת כצעד קל, מהיר ואהוד יותר בקרב הציבור מאשר הטיפול בבעיות העומק המולידות את הפשיעה. לבסוף, הערעור על שיח הזכויות, והפיחות בהגנה על זכויות שאינן משרתות את האבחנה בין חפות לאשם, יכולים אף הם להביא לנכונות מוגברת לפגוע בזכויותיהם הבסיסיות של אלה שכבר הוכחה אשמתם.

האיסור על הטלת עונש אכזרי, גופני או בלתי אנושי חשוב ביותר, אך הוא אינו מספק. שאלת ההומניות של העונש צריכה להימדד ביחס למעשה בגינו הוא מוטל, ובמושגים החוקתיים המקובלים של ימינו בהתייחס למידתיות. בעוד הביטויים "אכזרי", "גופני" או "בלתי אנושי" עלולים להתפרש כעומדים בפני עצמם, ובמנותק מהעבירה ומהמעשה עליהם

<sup>81</sup> הביטוי "עבריינין" (delinquent אצל פוקו) בחברה המודרנית מתייחס לכך שלא מדובר עוד באדם רגיל שעבר על החוק אלא באדם בעל תכונות אופייניות ומאפיינים שהם חלק מהגדרתו של האדם כסובייקט. העבריינין מהווה איום תמידי שיש להוציאו מן החברה, לשלוט בו ולפקח עליו. ראו מישל פוקו **לפקח ולהעניש: הולדת בית הסוהר** 316-364 (דניאלה יואל מתרגמת 2015). פוקו, לפקח ולהעניש.

<sup>82</sup> על סדרי הדין ואפקט הלגיטימציה ראו ספיר, לעיל ה"ש 71, 10-405 וכן 442-45.



הם מוטלים, דרישה מפורשת של מידתיות בענישה מחייבת יחס הולם בין האשמה שבמעשה הפלילי לבין העונש. סעיף 5 להצעת החוק מעגן את עקרון האשמה בקובעו כי לא תוטל אחריות פלילית בהעדר אשמה. אך שאלת האשמה אינה בינארית, אלא היא עניין של דרגה ומידה. לכן, תחולתו של עקרון האשמה לא נעצרת בשלב האחריות הפלילית, והוא חייב להשתרע גם על הענישה. כשם שאנחנו לא מטילים אחריות פלילית על מי שאין כל אשמה במעשיו, ושלא יכולנו לצפות ממנו שיימנע מן המעשה, כך ברור שמי שמידת אשמתו מוגבלת גם עונשו יהא מוגבל. במילים אחרות, לא ניתן להטיל על אדם סנקציה פלילית שאינה פרופורציונאלית למידת אשמתו.<sup>83</sup> על כן מוצע כי לסעיף 12 יתווספו המילים "או בלתי מידתית". לחילופין ניתן להבהיר בסעיף 5 להצעה כי עקרון האשמה חל גם על הענישה שמידתה אינה יכולה לחרוג מהאשמה. עקרון הפרופורציונאליות בענישה כעקרון חוקתי מקובל גם במדינות אחרות.<sup>84</sup>

חוסר בולט נוסף בסעיף העוסק בענישה הוא העדרו של איסור מפורש על הטלת עונש המוות. אין באפשרותי במסגרת רשימה זו לפרוש את שלל ההתנגדויות לעונש המוות. אך אומר כי בראש ובראשונה זהו טיעון מוסרי על זכותה (ליתר דיוק, העדר זכותה) של המדינה לקחת חייו של אדם, אפילו ביצע את הפשע הנורא מכל. הטיעון מבוסס על גבולות האלימות שמדינה רשאית להפעיל כלפי אזרחיה ועל המסר בדבר ערך החיים שהריגה משפטית-סטריילית כזאת משדרת. מעבר לטיעון המוסרי עקרוני נגד עונש המוות קיימים טעמים חזקים נגדו, הנתמכים בניסיון המצטבר במדינות שבהן עונש המוות מופעל עדיין, ובראש ובראשונה בארצות הברית. כיום ברור, כי אין מערכת משפט החסינה מטעויות בדבר אשמתו של אדם או חפותו. מכיוון שעונש המוות הוא בלתי הפיך הפעלתו בטעות היא מצמררת במיוחד. הוכח, כי עונש המוות אינו יעיל משום שאינו תורם להרתעה יותר מעונשים אחרים. בישראל, באופן עקבי גופי הבטחון מתנגדים לעונש המוות ומעריכים שנזקיו עולים על תועלתו בהיבט

<sup>83</sup> לעקרון האשמה ראו מרדכי קרמניצר, "עקרון האשמה" **מחקרי משפט** יג 109, 110-11 (1996) ("אין להטיל אחריות פלילית על מי שאינו אשם, גם כאשר יש בכך כדי לקדם מטרת של הרתעה או תועלת; ואין להטיל אחריות פלילית מעבר למידת אשמתו של העושה"). החלתו המתבקשת של עקרון האשמה גם על שלב הענישה אומצה גם בחוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב-2012, ס"ח 102. ראו גם הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 92) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשס"ו-2006, ה"ח הממשלה 446, 447.

<sup>84</sup> ראו Richard S. Farse et al., *Proportionality of Punishment in Common Law Jurisdictions and in Germany*, in CORE CONCEPTS IN CRIMINAL LAW AND CRIMINAL JUSTICE 213, 233 (Kai Ambos et al. eds., 2020). עם זאת, בשונה מההכרה העקרונית הנרחבת בדבר המגבלות החוקתיות על עונשים שאינם מידתיים, היקף הביקורת השיפוטית המוחל בפועל משתנה בין מדינות. לביקורת על המגבלות שהטיל בית המשפט העליון האמריקני על יישום עקרון זה בפועל ראו Youngjae Lee, *Why Proportionality Matters*, 160 U. PENN. L. REV. 1834 (2012).

של שמירה על הבטחון.<sup>85</sup> בחברות בעלות הרכב אוכלוסייה הטרוגני קיים סיכון, שעונש המוות יופעל באופן מפלה כלפי קבוצות מיעוט גזעי או אתני.<sup>86</sup> על אף שעונש המוות בישראל הוא אות מתה, הוא עדיין נמצא בספר החוקים, ומעת ולעת עולות קריאות לחזור להפעילו בהקשרים שונים, ואף להרחיב בחקיקה את האפשרויות להטלתו.<sup>87</sup> קביעת איסור חוקתי על הטלת עונש המוות תקשה על הפיכתו של עונש המוות מאות מתה לאות ממיתה. איסור כזה יקרב את מדינת ישראל למשפחת המדינות שאנו שואפים להידמות אליהן. מאז שנות השמונים של המאה הקודמת בוטל עונש המוות בהדרגה בכל הדמוקרטיה המערביות, למעט בארצות הברית, שגם בה הוא נמצא בנסיגה. 72 חוקות אוסרות על עונש מוות.<sup>88</sup> עונש המוות אסור גם על פי האמנה האירופית לזכויות אדם. יש לנו הזדמנות להצטרף למדינות אלה ולהבדיל עצמנו מהמדינות בהן עדיין ניתן להטיל עונש מוות, שברובן הגדול אינן דמוקרטיות ואינן שוחרות זכויות אדם.<sup>89</sup> החוסר השלישי הבולט בהצעת החוק בהקשר של הענישה, הוא שלא נאמר בה במפורש שהמגבלות חלות גם על שלב נשיאת העונש, ולא רק על קביעת העונש בחוק ועל הטלתו. חשוב לזכור שמבחינת הנידונים, תקופת חיים ארוכה מתחילה אחרי גזר הדין, ותקופה זו מועדת לפגיעה קשה בזכויותיהם. בפרט, עונש המאסר במסגרת נשללת חירותו של אדם והוא מצוי במסגרת כוללנית השולטת על כל ההיבטים של חייו, הוא כר נרחב להפרת זכויות

<sup>85</sup> לעמדת שב"כ בעניין עונש מוות ראו פרוטוקול מס' 708 של ועדת החוקה, חוק, ומשפט 71 (14.11.2018). כן ראו איתמר אייכנר "השב"כ והיועמ"ש התנגדו, החוק אושר: 'עונש מוות - מענה הולם'" YNET (3.1.2018), זמין בכתובת:

<https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5065969,00.html>

<sup>86</sup> מחקרים רבים מלמדים כי אלה פני הדברים בארצות הברית. סטיב ברייט טוען כי הרכיב המשמעותי ביותר בשאלה אם יוטל עונש המוות אם לאו בארצות הברית הוא איכות הייצוג לה זוכים הנאשמים, ומכאן שעונש המוות מיושם באופן מפלה כנגד עניים. Stephen Bright, *Counsel for the Poor: The Death Sentence Not for the Worst Crime but for the Worst Lawyer*, 103 YALE L.J. 1835 (1994). כיום מצוי עונש המוות במספר עבירות בסימן ב' (בגידה) בחוק העונשין ובחוק לעשיית דין בנאצים ועוזריהם.<sup>87</sup> עונש המוות על עבירת רצח "רגילה" בוטל כבר בשנת 1954, אולם בית משפט צבאי ביהודה ושומרון להטיל עונש מוות למורשע בעבירת גרימת מוות בכוונה, המקבילה לנסיבות המרכזיות של עבירת רצח בנסיבות מחמירות, וזאת בכפוף למספר מגבלות: פסיקת העונש פה אחד, נוכחותם של שני שופטים בעלי השכלה משפטית במותב הפוסק, ואיסור על הטלת עונש מוות על קטין. ראו סעיפים 209 ו-165 ל צו בדבר הוראת ביטחון [נוסח משולב] (יהודה והשומרון) (מס' 1651), תש"ע-2009, קמ"צ"ם 5902. הלכה למעשה, עונש מוות נגזר במספר לא מבוטל של מקרים – אך לא בוצע או בוטל בערכאת הערעור (כך אירע בכל המקרים שבהם נפסק עונש בבתי משפט צבאיים לאחר 1967). ראו את הסקירה בירון אונגר **עונש המוות – רקע תיאורטי וסקירה משווה** 31-34 (הכנסת, הלשכה המשפטית 2013).

<sup>88</sup> ראו דוגמאות בספיר, ה"ש 2, עמ' 587, ה"ש 36. מספר החוקות האוסרות על עונש מוות חושב לפי נתוני Constitute Project, האוסף ומסווג את כלל החוקות החלות כיום. המיזם מנוהל בידי ה- שמנהל ה- Comparative Constitutions Project באוניברסיטת טקסט ראו בכתובת [www.constituteproject.org](http://www.constituteproject.org) וסקירת הפרויקט ב-ZACHARY ELKINS ET AL., THE ENDURANCE OF NATIONAL CONSTITUTIONS 8-10 (2009). מספר רב יותר של מדינות – 108 – אוסרות בחוק (ולא בהכרח בחוקה) את עונש המוות. ראו: AMNESTY INTERNATIONAL, DEATH PENALTY 2021: FACTS AND FIGURES 62 (2022).

<sup>89</sup> לפי דוח אמנסטי עשר המדינות בהן הופעל עונש המוות מספר הפעמים הרב ביותר בשנת 2021 הן: סין, אירן, מצריים, ערב הסעודית, סוריה, סומליה, עירק, תימן, ארצות הברית, ודרום סודן. שם, עמ' 4.

ואף לשלילת צלם האנוש של האסיר. חשוב שיובהר שהמגבלות החוקתיות חלות גם על דרך ריצוי המאסר ועל תנאיו. בגזרוננו על אדם עונש מאסר, אנחנו אכן שוללים ממנו את חירותו ושולחים אותו אל מאחורי סורג ובריח, אך איננו שולחים אותו אל מעבר להרי החושך, אל מקום בו הוא משולל זכויות. כדברי השופט ברק: "חומות הכלא אינן מפרידות בין העצור לבין כבוד האדם".<sup>90</sup> ניתן להבהיר נקודה זו באמצעות קביעה שהמגבלות החוקתיות חלות לא רק על ענישה אלא על כליהם אכזרי, לא אנושי וכד'. השימוש במילה treatment מקובל בהקשר זה בחוקות רבות בעולם.<sup>91</sup>

#### 4. השלמת החסרים בדרך של פרשנות

לסיום פרק זה אציין כי ניתן להגיע להגנה חוקתית ראויה על הזכויות שמניתי בו גם על דרך פרשנית של הוראות הצעת החוק ובהסתמך על חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. כאמור, עקרון הבהירות הוא מרכזי ביותר לעקרון החוקיות ועל כן ענישה בחוק או לפי חוק, משמעותה צריכה להיות שהחוק יהיה בהיר.<sup>92</sup> את עקרון הבהירות ניתן לבסס גם על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ועל הזכות להליך הוגן שהוכרה כזכות חוקתית מכוחו.<sup>93</sup> הזכות הבסיסית לייצוג מתורקנת מעיקר תוכנה אם לא מפרשים אותה כזכות המטילה חובת מימון על המדינה במקרים של חוסר יכולת למימון עצמי, ועל כן ראוי לפרשה כפי שעשה בית המשפט העליון האמריקני ככוללת גם את הזכות לייצוג במימון המדינה.

כך גם באשר למגבלות על הענישה. את האיסור על ענישה בלתי מידתית, ניתן לבסס על הזכות שלא להיענש בעונש "אכזרי" שבהצעת החוק. האכזריות לפי גישה זו נמדדת תמיד בהקשר יחסי. לא ניתן לקבוע אם עונש של שנת מאסר אחת למשל הוא עונש אכזרי אלא אם כן ידוע לנו על איזו עבירה הוא מוטל – על עבירות ומעשים מסוימים עונש של שנת מאסר לא ייחשב אכזרי, לעומת זאת אם הוא מוטל בגין מעשים קלי ערך ובהעדר אשמה כבדה מצד המבצע, ייחשב העונש לכזה. עקרון המידתיות בענישה נובע גם מחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. דרכי הענישה המקובלות הן פגיעה בזכויות לחירות, לקניין ולכבוד, ועל כן על פי חוק היסוד הן חייבות לעמוד במבחני המידתיות. שלל הטיעונים – הדאונטולוגיים והתועלתניים – כנגד עונש המוות הופכים אותו לעונש אכזרי ובלתי אנושי,<sup>94</sup> המהווה גם

<sup>90</sup> בג"ץ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294, פס" 5 (10.4.1980).

<sup>91</sup> 123 חוקות עוסקות ב-"יחס או ענישה" או ב-"יחס" אכזרי, בלתי-אנושי וכו', לפי נתוני Constitute Project, ראו לעיל ה"ש 88.

<sup>92</sup> תמיכה לפרשנות זו ניתן למצוא גם בדברי ההסבר להצעת החוק המונים את הצורך בקביעת איסורים פלייליים "בהירים וברורים דיים" כנגזרת של עקרון החוקיות. על מעמדם המורכב של דברי ההסבר בפרשנות בכלל ובפרשנות חוקתית בפרט ר' לאחרונה בל יוסף ונועה קרבטץ אברהם "פרשנות תכליתית החותרת תחת התכלית: על מעמדת של דברי ההסבר בחוק ובפסיקה" **עיוני משפט** 5 (2022).

<sup>93</sup> יורם רבין וגיב ואקי דיני עונשי 108 (מהדורה שלישית, 2014). אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" 5, 18 **מחקרי משפטי** יג (1996).

<sup>94</sup> ידוע כמובן שהרוב בבית המשפט העליון האמריקני אינו סבור כך. אך כאמור, גם שם עונש המוות נמצא בנסיגה, ומומחים מעריכים כי הוא יבוטל כליל ויוכרז כבלתי חוקתי. CAROL S. STEIKER AND JORDAN M. STEIKER, *COURTING DEATH: THE SUPREME COURT AND CAPITAL PUNISHMENT* (2016). ישנם הבדלים תהומיים בין התרבות וההיסטוריה האמריקנית לבין זו הישראלית בהקשר של עונש המוות. די

פגיעה בלתי מידתית בחייו של אדם לפי חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. בנוסף, לטעמי גם האיסור על ענישה גופנית צריך להתפרש כאיסור על עונש מוות. אם חל איסור לפגוע בגופו של אדם כאמצעי ענישה, קשה להבין כיצד ניתן להעלותו לגרדום שישבור את מפרקתו, לחברו לכיסא החשמלי שיביא להתחממות אבריו הפנימיים ושריפת עורו, להעמידו מול כיתת יורים כך שהקליעים יפלו את גופו, או להזריק לגופו חומרים שיגרמו לאבדן הכרתו, שיתוק שריריו והפסקת פעולת לבו. פעולות אלה המופעלות על הגוף עד שהאדם נופח את נשמתו הן ענישה גופנית וככאלה יהיו אסורות חוקתית גם אם תעבור הצעת החוק במתכונתה הנוכחית.

לבסוף גם החלת האיסורים החוקתיים על שלב הנשיאה בעונש, יכולה להיעשות על דרך של פרשנות חוקתית. ניתוק של הרגע בו נגזר הדין מהתקופה בה נושא הנידון את העונש הוא מלאכותי ולא משכנע. אם נגזרים על אדם שנות מאסר, והתנאים בבית הסוהר הם בלתי אנושיים, ניתן לומר בנקל כי הוטל עליו עונש בלתי אנושי. גם כאן ניתן להגיע לתוצאה דומה בהסתמך על חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. ואכן, בית המשפט קבע כי הצפיפות בבתי הסוהר פוגעת בליבת כבוד האדם.<sup>95</sup>

את החסרים המרכזיים עליהם עמדתי בהצעת החוק ניתן יהיה, אם כן, למלא באמצעות פרשנות ותוך הסתמכות על חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. אך מפאת מרכזיותן של זכויות אלה ומכל הטעמים שמניתי קיימים יתרונות ברורים לדרך המלך של תיקון הצעת החוק באופן שהזכויות שבחוק היסוד שיתקבל תהיינה מפורשות וברורות.

### ג. נגד סעיף שמירת הדינים

אל מול החסרים המשמעותיים בהצעת חוק היסוד, בולטת הבחירה לכלול בו בה את סעיף שמירת הדינים השומר על תוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד. בחלק זה אטען שסעיף זה אינו מוצדק בנסיבותיו של חוק זה, וכי מענה טוב לחששות שהביאו להכללתו של הסעיף בהצעת החוק יכול להימצא בסעיף שמירת דינים זמני, שישמור את תקפו של דין קיים לתקופה מוגבלת של שנים ספורות.

סעיף שמירת הדינים חותר תחת תכליתו של החוק בכך שהוא מאפשר פגיעה בלתי מידתית בזכויות. לכאורה שמירת הדינים מבחינה בין עבר לעתיד. בעוד שלגבי חקיקה עתידית קובעים שלא ניתן לפגוע בזכויות המנויות בחוק אלא אם כן הפגיעה נעשתה בתנאי פסקת ההגבלה, הרי שלגבי דינים שנקבעו בעבר מסכימים לפגיעה כזו. אך החלוקה הזו בין עתיד לעבר מטעה, שכן הפגיעה של דינים שנקבעו בעבר תימשך בחסות סעיף שמירת הדינים גם בעתיד, ותאפשר סטנדרט חוקתי כפול, שילווה אותנו כל עוד סעיף שמירת הדינים יהיה בתוקף, ועל פי ההצעה לנצח.

כיצד אם כן ניתן להצדיק את סעיף שמירת הדינים? בספרות ניתן למצוא שתי משפחות עיקריות של טעמים להכללתה של פסקת שימור דינים. הראשונה קשורה ברצון ליצור

95 אם נזכיר שבישראל הופעל עונש המוות פעמיים בלבד – בפעם הראשונה במקרה של מאיר טוביאנסקי, אשר הוצאתו להורג התבררה כטעות טרגית בשל היותו של טוביאנסקי חף מפשע. בפעם השנייה במקרה הקיצוני של אדולף אייכמן, מהאחראים הראשיים להשמדה ההמונית של מיליוני בני ובנות העם היהודי בשואה. הבדלים אלה מן הסתם ראוי שתהיה להם גם השפעה על הפרשנות החוקתית. ראו אונגר, לעיל ה"ש 87, 31. בג"ץ 1892/14 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים (נבו 13.6.2017).

**יציבות.** הרעיון כאן הוא ששימור הדינים לא קשור בהערכה מהותית חיובית של תכנם של הדינים הישנים וברצון לשמרם בשל הערכה זו, אלא ברצון להימנע מעצם השינוי, שעלול ליצור חוסר ודאות וריבוי ליטיגציה סביב שאלת תקפם של חוקים ישנים. המשפחה השנייה קשורה ברצון לשימור איים של הסדרים חקיקתיים ספציפיים בשל תכנם. רצון להימנע מביקורת שיפוטית על הסדרים ספציפיים קיימים, יכול לנבוע מהערכה חיובית של תכנם של ההסדרים הקיימים והימנעות ממה שנתפס כסיכון שבית המשפט יפגע בתקפם של הסדרים חיוביים אלה. לעתים תהיה זו קבוצה פוליטית מסוימת שמבקשת שלא לפגוע בהסדרים קיימים מסוימים, ועל כן שימור אותם הסדרים בדרך של סעיף שמירת דינים יהיה חלק מפשרה פוליטית, שמאפשרת את כינונו של חוק היסוד.<sup>96</sup>

דומה שהרציונאל הרשמי לסעיף שמירת הדינים שבהצעת החוק הוא היציבות. דברי ההסבר קובעים שדיון מחודש בכלל ההסדרים הקבועים בחקיקה "אינו מציאותי, בהתחשב בהיקפם של ההסדרים החוקיים בתחום זה ובריבוי הסוגיות והפרטים שבהם הם עוסקים".<sup>97</sup> שורה של טעמים מקשה לקבל נימוק זה.

ראשית, לא ברור על מה נסמכת העובדה שקיום דיון כזה לא יהיה מציאותי. דברי ההסבר להצעת החוק מזכירים את ריבוי ההסדרים הקיימים בחקיקה הראשית, ואולם חלק גדול מהסדרים אלה נחקקו לאחר חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, ועל כן היו כפופים לביקורת שיפוטית מכוחו.<sup>98</sup> ונזכיר כי חוק יסוד כבוד האדם וחירותו מגן על שורה ארוכה של זכויות חשובות בהליך הפלילי לרבות הזכויות לכבוד, לחירות, לפרטיות ולקניין המוגנות במפורש בחוק היסוד, וכן על הזכות להליך הוגן אשר נפסק במפורש שהיא נגזרת ממנו.<sup>99</sup> על סמך הניסיון בעשורים שחלפו מאז חקיקת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, נראה שקיום ביקורת שיפוטית על ההסדרים החוקיים הוא בהחלט מציאותי. קשה מאוד להצביע על קשיים מיוחדים שיצרה הביקורת השיפוטית שהתקיימה בעשורים אלה בתחומי המשפט הפלילי.

<sup>96</sup> הטיפולוגיה בספרות מעט שונה. עודד יהוד מונה שלושה רציונאליים אפשריים לפסקאות שמירת דינים: יציבות, הגבלת כוחו של בית המשפט על ידי צמצום כוחו לבטל חוקים ובחירה בסטנדרט חוקתי כפול. עודד יהוד "שמירת דינים או שמורות של דינים?" **משפט מפתח** 6, 103, 4-103 (2021). לטעמי, הגבלת כוחו של בית המשפט לבטל חוקים אינה רציונאל אלא אמצעי להשגת אחד הרציונאליים האחרים: יציבות או בחירה בסטנדרט כפול (שאני כיניתי רצון לשמר הסדרים ספציפיים). רבקה וייל אף היא מונה שלושה טעמים לסעיף שמירת דינים. רצון להאדיר את העבר ולשמרו, מנגנון ייצוב, ופשרה פוליטית. Rivka Weill, *Bills of Rights with Strings Attached: Protecting Death Penalty, Slavery, Discriminatory Religious Practices and the Past from Judicial Review*, in CONSTITUTIONAL DIALOGUE: RIGHTS, DEMOCRACY, INSTITUTIONS 308 (Rosalind Dixon et al. eds, 2019). כאמור בטקסט, לטעמי, הפשרה הפוליטית היא אחד ההסברים האפשריים לרצון לשמר הסדרים ישנים קונקרטיים.

<sup>97</sup> ראו את דברי ההסבר להצעה, לעיל ה"ש 1, עמ' 714. כן ראו פרוטוקול מס' 261 מועדת החוקה, חוק ומשפט 10-11 (11.5.2022) (המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט פלילי), עמית מררי, הגדירה את מטרת סעיף שמירת הדינים כך: "מטרת סעיף שמירת הדינים הוא ליצור יציבות אך לא קיפאון").

<sup>98</sup> כך לדוגמה, חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים) (להלן: חוק חקירת חשודים), התשס"ב-2002, ס"ח 468, חוק הסניגוריה הציבורית, התשנ"ו-1995, ס"ח 8, חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו-1996, ס"ח 136, חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994, ס"ח 348 וכן חוק המעצרים, לעיל ה"ש 12.

<sup>99</sup> וכן ראו את רשימת הזכויות שהוכרו, לפי אהרן ברק, כזכויות-בת של הזכות להליך הוגן בפסיקה, באהרן ברק **הזכות לכבוד האדם ובנותיה** 79-863, ובפרט 65-864, 75-872 (2014).

בשורה התחתונה, בשלושה מקרים בלבד נפסלו דברי חקיקה הנוגעים להליך הפלילי.<sup>100</sup> ככל שהחשש הוא מריבוי התדיינות בבתי המשפט, יש לזכור שהתדיינות כזו ממילא צפויה, שהיא גם חוק יסוד שיכלול סעיף של שמירת דינים, יאפשר מתן פרשנות מחודשת לדינים הקיימים.<sup>101</sup> הפער שבין חוסר הוודאות ועומס ההתדיינות שייווצרו בשל הצורך במתן פרשנות מחודשת לחוקים קיימים לבין אלו שעלולים להיווצר במקרים בהם תתבקש פסילתו של חוק, נראה זניח. על כך יש להוסיף שדווקא בתחום הזכויות בהליך הפלילי לבית המשפט יש יתרון מוסדי משמעותי. לשופטי בית המשפט ידע, ניסיון ומומחיות בתחום זה וביקורת שיפוטית תהיה פשוטה וקלה יחסית, וצפוי שתיתפס כמתבקשת גם בעיני הציבור. מכל הטעמים האלה, נימוק היציבות לא משכנע. בוודאי שהוא אינו תומך בסעיף שמירת דינים נזחי, כפי שמוצע בהצעת החוק. לכל היותר ניתן להסתפק בסעיף זמני, כפי שנחקק בשעתו בחוק יסוד חופש העיסוק, שיאפשר זמן היערכות לתיקוני חקיקה נדרשים.

אם נימוק היציבות אינו משכנע, קיימת אפשרות שהנימוק האמיתי לסעיף שמירת הדינים קשור בהחלטה מודעת ליצור סטנדרט חוקתי כפול, בגלל הרצון לשמר "איים" מסוימים של חקיקה שיהיו חסינים בפני ביקורת שיפוטית. במקרה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, היו אלה סוגיות של דת ומדינה שהביאו לפשרה הפוליטית בדמותו של סעיף שמירת הדינים.<sup>102</sup> ואולם, בהקשר של חוק יסוד: זכויות בהליך הפלילי נדמה שאין צורך בפשרה פוליטית שכזו. בניגוד לנושאים של דת ומדינה, בהקשר של זכויות בהליך הפלילי אין כח פוליטי המהווה לשון מאזניים, המבקש לשמר את הסטטוס קוו בדמותו של הדין הנוהג, אף אם יש בו פגיעה בלתי מידתית בזכויות, כתנאי לכינונו של חוק היסוד.

קיימת גם האפשרות שהרצון לחסן איים של חקיקה מפני ביקורת שיפוטית לא נובע מפשרה פוליטית אלא מהערכה של מציעי חוק היסוד (הממשלה ורשויותיה במקרה זה), שכך ראוי, ומחוסר נכונות להסתכן בביקורת שיפוטית בתחומים אלה. כאמור, הצעת החוק לא רומזת על כך, ולמעשה נתלית בנימוק היציבות הבלתי משכנע. במפגש אקדמיה-משרד המשפטים שנערך באוניברסיטת בר אילן העליתי את האפשרות שהדבר נובע מהרצון לחסן חקיקה הנוגעת בעבירות בטחון מפני התערבות. השערה זו, שהוכחה על ידי הגורמים המקצועיים במשרד המשפטים באותו דיון, זכתה לאישוש דווקא בדיון החגיגי הראשון

<sup>100</sup> בג"ץ פ' 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999) (תקופת המעצר בטרם הבאה לפני שופט בצבא), בג"ץ פ' 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009) (הפרטת בתי הסוהר) ובש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו 11.2.2010) (הארכת מעצר לא נוכחות החשוד בעבירות בטחוניות). ניתן לטעון שאם רוב החקיקה הרלוונטית ממילא היתה כפופה לביקורת שיפוטית על פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, והיא צלחה את הביקורת הזו, הרי שזקוקו של סעיף שמירת הדינים אינו רב. איני מסכים לטענה זו. השנים בהן החקיקה הפלילית היתה כפופה לביקורת שיפוטית מוכיחות כי בניגוד לאמור בדברי ההסבר ביקורת כזו אינה "בלתי מציאותית" מבחינת העומס שהדבר יטיל על המערכות השונות ומבחינת החשש לשינויים רבים שיתרחשו תוך זמן קצר ויערערו את היציבות. מנגד, גם דברי חקיקה ספורים, ואפילו דבר חקיקה בודד, עלולים לפגוע אנושות בזכויותיהם של רבים, ועל כן ראוי שלא לחסנם מפני ביקורת שיפוטית בשל המועד בו נחקקו וליצור בכך סטנדרט חוקתי כפול.

<sup>101</sup> ראו ד"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, מט(4) 589 (1995). דברי ההסבר להצעת החוק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 714, מכירים בכך שגם חקיקה קודמת תפורש לאור חוק היסוד החדש.

<sup>102</sup> יהודית קרפ, "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו - ביוגרפיה של מאבקי כוח" 323, 335-36 משפט וממשל א (1993) וכן אוריאל לין, שלומי לוי, "כיצד הצליחה ועדת החוקה בכנסת השתיים-עשרה במקום שבו נכשלו אחרים: דגשים והרהורים לגבי העתיד" 261, 268-69 משפט ועסקים יד (2012).

שקיימה ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת בהצעת החוק. בתגובה למספר הערות שנשמעו, אמר שר המשפטים גדעון סער: "יש שורה של חוקים ביטחוניים שמירת הדינים חלה בהם. לא אותר בעניין הזה. מי שירצה להשיג הכול, לא נזוד".<sup>103</sup>

אכן, החקיקה הישראלית מאפשרת במסגרת המשפט הפלילי-ביטחוני שורה של פגיעות בזכויות שאינן מתאפשרות במשפטים פליליים רגילים. כך למשל באשר למניעת מפגש עם עורך דין, תיעוד חלקי של חקירות, תקופות מעצר ארוכות ועוד.<sup>104</sup> אם אכן המוטיבציה להכללת סעיף שמירת הדינים היא החשש שחקיקה זו תתבטל בעקבות ביקורת שיפוטית הרי שמדובר בצעד מרחיק לכת ובלתי נחוץ. ראשית, סעיף שמירת הדינים מחסן את כלל החקיקה מפני התערבות וביקורת, בעוד החקיקה הנוגעת למשפטים פליליים-ביטחוניים מוגבלת ביותר. אין זה רצוי לאפשר סטנדרט חוקתי כפול לאורך כל החזית, בשל חשש מצומצם יחסית. שנית, סביר להניח שגם אם בית המשפט יתערב בהוראת חוק מסוימת בעתיד, הוא יעשה זאת, תוך מודעות לצרכים הביטחוניים ותוך מתן משקל רב להם והשארת מרחב פעולה למחוקק בהקשר זה. כך למשל כאשר בוטלה הוראת החוק הנוגעת להארכת מעצר שלא בנוכחות העצור, הותיר בית המשפט פתח לחקיקת הסדר מידתי יותר. המחוקק אכן ניצל פתח זה וחוקק מחדש את האפשרות להאריך מעצרו של עצור בעבירות בטחון ללא נוכחותו, אם כי קבע מבחנים מחמירים יותר.<sup>105</sup> שלישית, הגיעה העת לבחון אלו מבין ההוראות המיוחדות החלות על חקירות ומשפטים פליליים-ביטחוניים אכן נחוצות, והאם ניתן להחליפן בהוראות פוגעניות פחות. המילה "בטחון" אינה מילת קסם שמצדיקה את כל הפגיעות בזכויות, ויש לבחון כל מקרה לגופו.<sup>106</sup> דרך אחת לקיים דיון כזה היא בבית המשפט. דרך אפשרית אחרת היא בחינה שתעשה על ידי משרד המשפטים שבעקבותיה יוצעו הסדרים חדשים פוגעניים פחות במקום שהדבר מתאים. על מנת לאפשר דרך זו, ניתן לחוקק סעיף שמירת דינים בעל תוקף מוגבל. אם בסיומה של בחינה יסודית כזו יתברר שישנן הוראות נקודתיות שחובה לשמרן ולחסן מפני ביקורת שיפוטית, ניתן יהיה בעקרון לחוקק סעיף השומר אך ורק על דינים אלה.<sup>107</sup> על כל פנים, מניעת ביקורת שיפוטית לנצח על כל החקיקה הפלילית הקיימת בשל החשש מביטולן של הוראות ספורות בהקשר הפלילי ביטחוני היא, כאמור, צעד מרחיק לכת ובלתי נחוץ.

בנוסף לכך שסעיף שמירת הדינים מאפשר סטנדרט חוקתי כפול באמצעות מתן חסינות מפני ביקורת שיפוטית לדינים הפוגעים באופן בלתי מידתי בזכויות האדם, לסעיף זה חסרון

<sup>103</sup> ראו פרוטוקול מס' 261 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת., 15.  
<sup>104</sup> ראו סיגל שהב **משפט פלילי-ביטחוני** 16 (2019) וכן סעיף 6(א) לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002, ס"ח 192, סעיף 17 לחוק חקירת חשודים, לעיל ה"ש 98, וכן סעיפים 45-48 לחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016.

<sup>105</sup> חוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה) (תיקון מס' 2), התשע"א-2010, ס"ח 118. לתיאור ההסדר, שנפסל וההסדר שנחקק במקומו ראו שי ניצן "חוק 'אוכף בג"ץ'" **עורך הדין** 10, 21, 25-6 (2011) והשוו אלקנה לייסט "חוק 'עוקף בג"ץ'" **עורך הדין** 10, 27 (2011).

<sup>106</sup> בג"ץ 4541/94 **אליס מילר נ' שר הביטחון**, מט(4) 94, פס' 12 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן (1995): "אלא שביטחון המדינה איננו מילת קסם, ועדיפותו אינה קמה בכל מקרה ובכל נסיבות שהן ואינה שווה בכל רמה של ביטחון ושל פגיעה בו".

<sup>107</sup> הסיכוי שכך יתברר לא נראה לי גבוה במיוחד. יש לזכור שפסקת ההגבלה מאפשרת פגיעה בזכויות, וככל שהתכלית לשמה מתבקשת הפגיעה ראויה והפגיעה אינה עולה על הנדרש, בית המשפט יאשרה.

בולט נוסף בדמות האפשרות להרתעת המחוקק מפני חקיקה מיטיבה בשל החשש שחקיקה כזו תיפתח את הפתח לביקורת שיפוטית. כידוע, על פי פסיקת בית המשפט העליון, כל תיקון חקיקתי מאוחר לחוק היסוד, אפילו אם הוא תיקון מיטיב מבחינת הזכויות המוגנות בחוק היסוד, פותח את ההסדר החקיקתי לביקורת שיפוטית.<sup>108</sup> אכן, כפי שנאמר בהצעת החוק, תחומים רחבים מאוד כמו זכויות במעצר ובחקירה, זכות הייצוג, ועקרונות קביעת האחריות הפלילית הוסדרו באופן מפורט בחקיקה. במצב זה, בו כבר קיימים הסדרים חקיקתיים, שכל שינוי בהם יכפיפם לביקורת שיפוטית, עלול סעיף שמירת הדינים להוות מחסום משמעותי בפני חקיקה חדשה מיטיבה.

#### ד. סיכום

בחודש מארס 2022 הונחה הצעת חוק יסוד: זכויות במשפט על שולחן הכנסת. באותו חודש התקיים דיון אחד במליאה והצעת החוק עברה בקריאה ראשונה. ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת הספיקה לקיים שישה דיונים בהכנת החוק לקריאה שנייה ושלישית עד שבחודש יוני 2022 נתקבלה ההחלטה על פיזור הכנסת והליכה לבחירות חדשות. בנסיבות הפוליטיות הישראליות קשה לדעת מתי תעלה הצעה זו או הצעה דומה לה לדיון מחודש. לאור התמיכה בהצעה על ידי חברי וחברות כנסת מכל גווי הקשת הפוליטית, יש גם, לצד חוסר הוודאות, בסיס לאופטימיות. על כל פנים, כשתוגש בעתיד הצעה כזו, ניתן לקוות שהיא תהיה משופרת ושיישקלו בכובד ראש ההערות וההצעות הרבות שנשמעו במהלך הדיונים, גם מצדם של חברי כנסת וגם מצדם של אנשי אקדמיה, בעת שנדונה ההצעה הנוכחית. ברשימה זו ביססתי מספר הצעות כאלה, אך לפני שעברתי להצעות הקונקרטריות עמדתי על חשיבותה של הגנה חוקתית על זכויות חשודים ונאשמים בדמותו של חוק היסוד דווקא בעת הזו, ועל מספר תהליכים ומגמות עכשוויות בארץ ובעולם המגבירים את החשש מפני פגיעה בזכויות אלה.

המגמה הראשונה עליה עמדתי היא הביקורת הנשמעת בעשור האחרון על שיח הזכויות בהליך הפלילי. הצגתי את עמדתו של השופט עמית לפיה ריבוי הטענות על הפרת זכויותיהם של הנאשמים והחשודים מסיט את ההליך הפלילי ממסלולו הנכון, והצגתי מספר ביקורות על גישה זו. המגמה השנייה עליה עמדתי היא עלייתו של הפופוליזם הפוליטי העכשווי, המצטרף לפופוליזם העונשי ומעצים את הסכנות הגלומות בו מבחינת פגיעה בזכויות בהליך הפלילי. בחזרה למישור המקומי, התייחסתי לפשיעה בחברה הערבית ולתגובות לה, שבשלב זה מתמקדות בהחמרת הענישה ובמתן סמכויות חדשות למשטרה.

כמגיבים אחרים על הצעת החוק, אף אני סבור שהיא לוקה בחסרים רבים. בחרתי להתמקד ברשימה זו בשלושה עיקריים: העדרו של עקרון בהירות החוק הפלילי מההצעה, על אף שעקרון החוקיות דווקא מופיע בה; ההתייחסות החלקית לזכות ההיוועצות והייצוג, שאינה כוללת התייחסות לזכות לייצוג במימון המדינה; והתייחסות חלקית ביותר לשלב הענישה, שאינה כוללת איסור על ענישה לא פרופורציונאלית, אינה כוללת התייחסות לשלב נשיאת העונש ולאופן נשיאתו, ואינה כוללת איסור מפורש על עונש המוות.

החסרים הספציפיים אליהם התייחסתי הם מהותיים ביותר, ומתבקשת השלמתם, גם אם בסופו של דבר ייבחר מודל חקיקתי המעדיף מינימליזם ועמימות על פני בהירות ופירוט. זאת



במיוחד על רקע המגמות עליהן עמדתי בחלק הראשון. ציינתי עוד כי את כל החסרים האמורים, ניתן יהיה להשלים גם בדרך של פרשנות חוקתית, והצעתי פרשנות שכזו, אך טענתי שדרך המלך העדיפה היא השלמת החסר על דרך פירוט הזכויות האמורות במפורש בחוק היסוד.

בחלק השלישי של הרשימה ביקרתי את הכללתו של סעיף שמירת הדינים בהצעת החוק וטענתי כי קשה להצדיקו במקרה זה. החשש מחוסר יציבות שהוצג באופן רשמי כטיעון התומך בסעיף שמירת הדינים אינו מבוסס במקרה זה. ככל שהמוטיבציה האמיתית להכללתו של סעיף שמירת הדינים בהצעה היא הרצון לחסן איים של חקיקה בתחומים מסוימים, ובפרט החקיקה העוסקת בעבירות בטחון, מפני ביקורת שיפוטית, הרי שרצון זה אינו מצדיק חקיקה של סעיף שמירת דינים כללי. סעיף כזה הוא מרחיק לכת, בלתי נחוץ לשם השגת מטרותיו ואף מזיק. על כל פנים, סעיף של שמירת דינים זמני, יכול לתת מענה טוב לחששות השונים ולאפשר תקופה ראויה של הערכה מחודשת של הדינים שמבקשים לשמר או לשנות, מבלי לוותר על האידיאל של אמת מידה חוקתית אחידה.

מנוסח הצעת החוק והתזכיר שקדם לה, מדברי ההסבר, ומהדימונים שנערכו בפורומים שונים בהצעת החוק השתקפה גישה זהירה מאד באשר לנוסח החוקה. ניתן כמובן להבין את רצונם של המנסחים לנקוט במידות האופק והזהירות. יחד עם זאת, בחששות מופרזות יש משום החמצה של הרגע ההיסטורי של כינון החוקה, ושל ההזדמנות להכריז באופן ברור ומפורש על האידיאלים של ההגנה על זכויות הפרט.

הזהירות המופלגת של מנסחי ההצעה ונציגי הממשלה הזכירו לי את הסיפור הבא על ניסוח החוקה ההודית, המובא בספרם של קולקה ורות'רמונד על ההיסטוריה של הודו.<sup>109</sup> עם קבלת העצמאות ההודית וכינונה של החוקה היה חשש גדול שהממשלה לא תוכל לספק לאזרחים את הזכויות שבחוקה ותתבע על ידיהם בבית המשפט. למרות המחויבות של תנועת השחרור ההודית למניפה רחבה של זכויות האדם, הניסוחים שנכללו בחוקה היו זהירים ביותר. כך למשל נוצרה באסיפה המכוננת ההפרדה בין זכויות שפיטות לכאלה שאינן שפיטות ("Directive Principles of State Policy"). הזכויות השפיטות נוסחו באופן זהיר במיוחד, והוראות הנוגעות במצבי חירום האפילו עליהן והתירו את הגבלתן או השחיתן. על פי תיאורם של המחברים, במהלך הדיונים, אחד מחברי האסיפה המכוננת שהיה מתוסכל מהניסוחים הרפים והזהירים של החוקה אמר שהחוקה נראית כאילו נוסחה על ידי שוטר.<sup>110</sup>

אינני טוען שהצעת חוק יסוד זכויות בהליך הפלילי נראית כאילו נוסחה בידי שוטר, אך בהחלט ניכרת בה זהירות מופלגת והשפעה משמעותית של רשויות האכיפה השונות על הנוסח. החסרים שפירטתי ברשימה זו הם דוגמה לכך. חוקה לא צריכה להיות מנוסחת מתוך חשש שלא ניתן יהיה לספק את הזכויות. חוקה צריכה להיות מנוסחת כאידיאל שיש לשאוף להגשמתו. בסופו של דבר, ברור לכל שהזכויות אינן מוחלטות, שהן נתונות לפרשנות עתידית

<sup>109</sup> HERMANN KULKE AND DIETMAR ROTHERMUND, A HISTORY OF INDIA 268 (6<sup>th</sup> ed. 2016).  
<sup>110</sup> על פי הכותבים, הערתו הצינית של חבר האסיפה לא היתה רחוקה מהמציאות, שכן הארכיטקט הראשי של החוקה היה Vallabh Patel, שר הפנים שהיה גם המפקד העליון של המשטרה. בהשאלה אלינו מעניין לבחון את השפעת מעמדו הכפול של היועץ המשפטי לממשלה כאחראי על החקיקה (לרבות חוקי היסוד) בכובע אחד, וכראש התביעה הכללית בכובע אחר, על החקיקה בתחום הפלילי. זה כמובן נושא לרשימה נפרדת.

ולהגבלה. בהקשר של המשפט החוקתי הישראלי הדבר בולט במיוחד ומצוין במפורש בפסקת ההגבלה, הקובעת כי ניתן לפגוע בזכויות שבחוק היסוד בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל או לפיו ובמידה שאינה עולה על הנדרש. יש לקוות שבפעם הבאה שתעלה הצעת חוק דומה היא תנקוט בגישה מרחיבה באשר לפירוט הזכויות עצמן, ותציין במפורש את אלה שהיו חסרות בהצעה הנוכחית. לאור המגמות העכשוויות בארץ ובעולם ומהטעמים שצינתי, יש לקוות שהצעה כזו אכן תוגש ותעבור במהרה.