

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

מאת

מרים גור-אריה*

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

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

מבוא

הצעת חוק-יסוד: זכויות בהליך הפלילי¹ מעגנת "בחוק יסוד, את זכויות היסוד בהליך הפלילי ובכלל זה בחקירה הפלילית, במעצר ובמשפט הפלילי"². התפיסה שביסוד הצעת החוק היא כי ההצעה –

* פרופסור אמריטה, הקתדרה למשפט פלילי ע"ש השופט בזיל וונש, הפקולטה למשפטים האוניברסיטה העברית בירושלים. תודה לחברי ולחברות מערכת משפטים על ההערות המועילות.
1 הצעת חוק-יסוד: זכויות בהליך הפלילי, ה"ח הממשלה התשפ"ב 692 (להלן: הצעת חוק היסוד).

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

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

חלק א של הרשימה יתמקד בהנחה שביסוד הצעת חוק היסוד בדבר קיומו של מתח הכרחי בין הגשמת התכליות של הדין הפלילי לבין הזכויות בהליך הפלילי. חלק זה יחשוף את נטייתה של הפסיקה להעדיף את הגשמת התכליות של הדין הפלילי על פני זכויות בהליך הפלילי, יסביר את הבעייתיות הטמונה בנטייה זו ויטען כי ההגנה על הזכויות בהליך הפלילי אינה בהכרח מכשול בדרך להגשמת התכליות של ההליך הפלילי; ההגנה על הזכויות הבסיסיות בהליך הפלילי, כדוגמת אלו המאוגדות בעקרונות היסוד שבהצעת החוק, נדרשת להגשמתן של תכליות אלה. בחלקים ב-ד של הרשימה אתיחס לעקרונות היסוד

2 דברי ההסבר להצעת חוק היסוד, שם, בעמ' 693 (להלן : דברי ההסבר).

3 שם, בעמ' 694.

4 ס' 8 לחוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו.

שבהצעת החוק ואתען כי כדי להבטיח כי הזכויות המאוגדות בעקרונות אלה לא תיתפסנה כמכשול בדרך להגשמת התכליות של ההליך הפלילי ראוי להעניק להן הגנה חוקתית מוחלטת. העקרונות שאליהם אתייחס הם עקרון החוקיות (סעיף 4 להצעת החוק), המכפיף את המשפט הפלילי לשלטון החוק והמעגן את הדרישה להזרה הוגנת; ההליך ההוגן (סעיף 3 להצעה), שליבתו מגינה על התנאים המינימליים הנדרשים להבטחת הלגיטימיות של ההליך הפלילי שבמסגרתו המדינה, באמצעות רשויות אוכפות החוק, מייחסת אשמה, מגנה ומענישה; חזקת החפות (סעיף 6 להצעת החוק), המבטיחה כי כבוד החשודה יישמר במסגרת כל ההליכים המתנהלים נגדה עד למתן פסק דין סופי של הרשעה.⁵ בכל אחד מחלקים אלה אפרט את השיקולים הייחודיים המצדיקים הגנה חוקתית מוחלטת לעקרון היסוד שבו מתמקד החלק ואצביע על היקף ההגנה הנדרש ועל השלכותיה. חלק ה של הרשימה יתמקד בהצדקה הכללית להענקת הגנה חוקתית מוחלטת לזכויות דינויות בהליך הפלילי. בחלק זה אסביר מדוע הענקת הגנה חוקתית כאמור אינה חשופה לרתיעה מלהעניק הגנה חוקתית מוחלטת לזכויות יסוד "מהותיות", כדוגמת ההגנה המוחלטת המוענקת במשפט הגרמני לכבוד האדם. מסקנות הרשימה יודגשו בחלק המסכם.

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

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

5 על אף חשיבותו של עקרון האשמה, המנוסח גם הוא, בס' 5 להצעת חוק היסוד, לעיל ה"ש 1, כסטדנרט, לא אתייחס ברשימה זו לעיקרון זה, משום שמאפייני האשמה הם מגוונים ושונים, ותיתכן הגנה חוקתית שונה לכל אחד ממאפיינים אלה.

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

7 Herbert L. Packer, *Two Models of the Criminal Process*, in THE LIMITS OF THE CRIMINAL SANCTION 149 (1968). לדוגמא ליחס הדינמי בין המודלים במשפט האנגלי, ראו John Lea, *Hitting Criminals Where It Hurts: Organised Crime and the Erosion of Due Process*, 35 CAMBRIAN L. REV. 81 (2004).

זכויות חשודים ונאשמים להליך הוגן, וניתן אף לאתר בפסיקה התבטאויות הרואות בזכויות להליך הוגן מכשול בדרך להגשמת התכליות של הדין הפלילי.

כך למשל בדיון הנוסף הפלילי בפרשת גנימאת (1995), הדגיש הנשיא שמגר כי –

מרביתם לדבר על איזון בין זכויות החשוד או הנאשם לבין זכויות הציבור. מבחינת אופן התייחסותו של השומע, נושא עמו ניסוח זה דימוי של פרט נדרף (החשוד או הנאשם) מול עוצמת "גולית" החברתי, אח גדול קולקטיבי אדיר, המניף, כביכול, את אגרופו. אולם תיאור כאמור אינו נותן בהכרח את דעתו למציאות לאשורה: העברייני האלים, האנס, השודד, האדם הפזיז המסכן חיי אדם, הם האיום המיידני, התדיר והאפקטיבי על הקורבן חסר הישע, שהחברה אינה יכולה או אינה מסוגלת להגן עליו בעת צרה; על-פי רוב היא נחלצת לפעולה רק לאחר מעשה, ולעתים קרובות גם מאוחר מדי.⁸

בפרשת סילגדו (2002) הבהירה השופטת שטרסברג-כהן, שהסתמכה על דברים אלה, כי –

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

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

הערעור דנן הוא אך דוגמה אחת מני רבות לתהליך שעובר המשפט הפלילי בשני העשורים האחרונים – משיח של ראיות לשיח של זכויות. בימים עברו, המשפט הפלילי התמקד בעבודה המייגעת והאפורה של בחינת כל ראיה לגופה, קבילותה, משקלה והצטברותה למכלול של ראיות, והכל על מנת לממש את תכלית כל התכליות של המשפט – חקר האמת. אך בעשורים האחרונים דומה כי המקום של ה"יש הראייתי" הולך ונזנח לטובת טענות לפגמים כאלה ואחרים בחקירה ובהליכי התביעה, טענות לאי חוקיות של מעשה זה או אחר במהלך החיפוש-חפיסה-חקירה, טענות להגנה מן הצדק

8 דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 620 (1995) (ההדגשה הוספה).

9 ע"פ 4424/98 סילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529, פס' 9 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן (2002) (ההדגשה הוספה).

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 לביורור האמת העובדתית.¹⁰

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

10 ע"פ 4039/19 נחמני נ' מדינת ישראל, פס' 102 לפסק דינו של השופט עמית (נבו 17.3.2021) (ההדגשות הוספו). עמדה דומה, אם כי מתונה יותר, הביע השופט שטיין בע"פ 6359/21 מדינת ישראל נ' אל עמראני (נבו 8.9.2022), ולדבריו, "לא כל הפרת זכות אשר נתונה לחשוד או לנאשם, לא כל סטייה מהשורה, ולא כל טעות מצדם של חוקרי משטרה ובעלי תפקידים אחרים האמונים על אכיפת הדין הפלילי תביא לפסילתה של ראייה אשר הושגה בעקבות אותה הפרה, סטייה או טעות. אם נאמר אחרת, נמצא את עצמנו הופכים את הנאשם למאשים ואת רשויות האכיפה לנאשמות, ועל ידי כך יוצרים הרתעת-יתר בעבור כל אותן הרשויות ואנשיהן, משתקים את פועלם של כל אלה, ומחלישים את הלחימה שחברתנו מנהלת נגד הפשיעה הגואה" (שם, פס' 45).

11 פרשת נחמני, שם, והטקסט הסמוך.

בפרשת נחמני התמקד השופט עמית במתח שבין שיח הזכויות לבין חקר האמת. ההנחה בדבר קיומו של מתח כאמור מתעלמת מהעובדה כי לא מעט מזכויות ההליך ההוגן מיועדות דווקא להגיע לחקר האמת ולהבטיח כי רק מי שאשמה תורשע בביצוע עבירה. בעקבות פרויקט החפות, שהעלה למודעות את המספר הלא זניח של מקרים שבהם הורשעו חפים מפשע בשיטות משפט שונות,¹² היה אפשר לצפות כי בניגוד לתפיסה העולה מדבריו של השופט עמית בפרשת נחמני, בתי המשפט יקפידו על הזכויות בהליך הפלילי, ואף יידרשו לטענות הנוגעות לפגמים או לאי־חוקיות בניהול ההליכים בשלבים השונים, כדי להגיע לחקר האמת. חשוב מזאת, כשמדובר במשפט הפלילי, הנחתו של השופט עמית כי חקר האמת הוא בבחינת "תכלית כל התכליות של המשפט", הופכת את היוצרות ומתייחסת לאמצעי להשגת התכליות של המשפט הפלילי כאל מטרה בפני עצמה. תכליתו של המשפט הפלילי היא להגן על ערכים חיוניים ועל תחושת הביטחון של הציבור באמצעות העמדה לדין של החשודים בביצוע עבירה, ייחוס אשמה והטלת גינוי פלילי על מי שהורשעו וגזירת עונש פלילי. הגשמת תכליות אלה אכן מחייבת להגיע לחקר האמת, אבל זאת כדי להבטיח שייחוס האשמה, הגינוי והעונש ייעשו רק למי שביצעו עבירה. המשפט הפלילי עצמו כולל הסדרים מפורשים המבוססים על הנכונות להכפיף את חקר האמת ללגיטימיות של ההליך הפלילי. ההסדר הבולט ביותר בהקשר זה נובע מחזקת החפות וממידת ההוכחה הנדרשת כדי לסתור אותה – מעבר לכל ספק סביר.¹³ מידת הוכחה זו משקפת שיפוט ערכי הנגזר מאופיו המאשים והמגנה של המשפט הפלילי שלפיו עדיף שעשרה אנשים אשמים יצאו זכאים מאשר חף מפשע אחד יורשע.¹⁴

פגיעה בלגיטימיות של ההליכים הפליליים תגרור בעקבותיה בהכרח פגיעה במעמדה של המדינה כמאשימה, שתאבד את זכותה המוסרית להאשים, לגנות ולהטיל עונש, באמצעות רשויות אוכפות החוק. פגיעה בלגיטימיות של ההליכים הפליליים עלולה לפגוע גם באמון הציבור, המושפע, כפי שמראה הספרות הקרימינולוגית, מ"צדק הליכי procedural justice".¹⁵ ביסוד התפיסה של הצדק ההליכי ההנחה כי השגת הציות לחוק

12 JIM DWYER, PETER NEUFELD & BARRY SCHECK, ACTUAL INNOCENCE: FIVE DAYS TO EXECUTION AND OTHER DISPATCHES FROM THE WRONGLY CONVICTED (2000); BRANDON L. GARRETT, CONVICTING THE INNOCENT: WHERE CRIMINAL PROSECUTIONS GO WRONG (2011). כן ראו קנת מן "סדר דין פלילי מנהלי: הסדרי טיעון, הרשעות שווא של אשמים ופיקוח שיפוט" **משפט, חברה ותרבות** 217 (2017); דוד וינר וורד דותן "הרשעת חפים מפשע: בעקבות פרסומו של הספר 'חפות ממשית' **הסניגור** 41, 3 (2000).

13 בחזקת החפות אדון בחלק ד להלן.
14 WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND 420 (1769) (1962).
15 TOM R. TYLER, WHY PEOPLE OBEY THE LAW (2006) (1990); Jason Sunshine & Tom R. Tyler, *The Role of Procedural Justice and Legitimacy in Shaping Public Support for Policing*, 37 LAW & SOC'Y REV. 513 (2003); Mike Hough et al., *Procedural Justice, Trust, and Institutional Legitimacy*, 4 POLICING: J. POL'Y & PRAC. 203 (2010); Antony Bottoms & Justice Tankebe, *Beyond Procedural Justice: A Dialogic Approach to Legitimacy in Criminal Justice*, 102 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 119 (2012).

וההצלחה בהעברת מסרים של גינוי פלילי – תכליות מרכזיות של המשפט הפלילי – מותנות באמון הציבור במערכת הצדק הפלילי. אמון זה נרכש כאשר הציבור תופס את ההליכים בשלב החקירה, המעצר, המשפט והענישה כהוגנים.

אף שהעדפת האינטרס הציבורי על פני זכויות של חשודים ונאשמים בכל שלבי ההליך הפלילי היא בעייתית ומטרידה, אין היא מפתיעה. חשודים ונאשמים אינם מעוררים אמפתיה. קל להזדהות עם הקורבן יותר מאשר עם התוקפן. החשודים והנאשמים נתפסים כאחרים.¹⁶ אם להשתמש בביטוי המקובל בסוציולוגיה, לעיתים נתפסים החשודים והנאשמים כ"שטן עממי",¹⁷ מה שמאפשר למי שתופסים עצמם כנאשמים נורמטיביים להרחיק את עצמם מהעבריינים: אנחנו הטובים והם הרעים. עמדה זו, ליד ההכרה הגוברת בחשיבותן של הזכויות הדיוניות של קורבנות העבירה,¹⁸ מחזקת את הנטייה להעדיף את האינטרס הציבורי באכיפה יעילה שתחזק את ההגנה על הערכים המוגנים באמצעות איסור העבירה, תיתן מענה לקורבנות העבירה ותגביר את תחושת הביטחון של הציבור, על פני ההקפדה על זכויות נאשמים וחשודים בהליך הפלילי. לנטייה זו תורמת גם העובדה שהצלחתן של רשויות אוכפות החוק נמדדת במספר ההצלחות ב"פיענוח" עבירות ובמספר ההרשעות. הלחץ הציבורי לשלוח מי שנתפסים בעיני הציבור כעבריינים לכלא גובר בתקופות של חרדה ציבורית, שעשויה להיות מושפעת ממתח ביטחוני, מהיווצרותה של פאניקה מוסרית¹⁹ ואף מעצם החשיפה לעובדת ביצוען של עבירות חמורות. הלחץ הזה מייצר צורך בפתרון מיידי. בתי המשפט התופסים את תפקידם במסגרת אכיפת החוק הפלילי, בין השאר כמי שפועלים לחיזוק תחושת הביטחון של הציבור, עלולים לראות בזכויות להליך הוגן כמציבות מכשול בפני הגשמה יעילה ומהירה של תכליות המשפט הפלילי.

לפיכך ספק אם ניתן לצפות שרשויות אוכפות החוק, המעוניינות להבטיח את האפקטיביות של מניעת עבירות, הן שידאגו כי לא יחול כרסום בזכויות הדיוניות של חשודים ונאשמים. ההתבטאויות בפסיקה שהובאו לעיל אף מלמדות כי לא ניתן לצפות שבמסגרת האיזון בין ההגנה החוקתית על זכויות חשודים ונאשמים לבין האינטרס הציבורי במניעת עבירות כמתחייב ממבחי פסקת ההגבלה, כפי שמוצע בהצעת חוק-יסוד: זכויות

16 Mordechai Kremnitzer & Lina Saba-Habesch, *Human Dignity and the Right to Due Process*, in HUMAN DIGNITY AND CRIMINAL LAW 117, 120 (Eric Hilgendorf & Mordechai Kremnitzer eds., 2018); יואב ספיר "הגנה ראויה על 'אנשים לא-נחמדים': הערות על מגילת הזכויות הרוח שבהצעת החוקה" **משפט וממשל** י' 571, 580–579 (2007). ספיר מסביר את תפיסת העבריינים כאחרים במונחים רולסיאניים לפיהם "קובעי הכללים מתקשים לשים את עצמם מאחורי 'מסך הבערות' ולדמיין שהם עצמם עלולים להיות זקוקים להגנת זכויותיהם של חשודים או נאשמים" (שם, בעמ' 579).

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

18 ראו למשל הזכויות הדיוניות המוענקות לנפגעי עבירה מכוח חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א–2001.

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

בהליך הפלילי, יעניקו בתי המשפט עדיפות להגנה על הזכויות ההכרחיות להענקת לגיטימציה להליך הפלילי.

החשש מפני הנטייה לפגוע בזכויות חשודים ונאשמים בהליך הפלילי בשם האינטרס הציבורי בהגשמת התכליות של הדין הפלילי הביא כמה כותבים למסקנה כי יש להעניק הגנה חוקתית מיוחדת לזכויות חשודים ונאשמים בהליך הפלילי, אם כי ייחודה של ההגנה הנדרשת משתנה מכותב לכותב: יואב ספיר סבור כי בשל פגיעותן של זכויות חשודים ונאשמים יש לעגן את ההגנה עליהן במסמך חוקתי בהיר ומפורט שלא יותיר לבתי המשפט שיקול דעת רחב;²⁰ מרדכי קרמניצר ולינא סאבא-חבש סבורים כי יש להעניק הגנה חוקתית מוחלטת לזכותה של חשודה ושל נאשמת להגן על עצמה במסגרת ההליכים המתנהלים נגדה, זכות שהיא ליבתו של "הליך הוגן".²¹ ליבתה של הזכות להליך הוגן, לגישתם, כוללת את הזכות לדעת את פרטי האשמה ואת זכות ההתייצבות בהליכים המתנהלים נגד החשודה, העצורה והנאשמת.

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

ב. עקרון החוקיות

סעיף 4 להצעת חוק-יסוד: זכויות בהליך הפלילי מעניק הגנה חוקתית לעקרון החוקיות. הסעיף מחייב כי הגדרת התנהגות כעבירה וקביעת העונש ייעשו בחוק – סעיף 4(א) להצעה; כי החוק שמגדיר את ההתנהגות כעבירה לא יחול על מעשים שנעשו קודם היכנסו

20 ספיר, לעיל ה"ש 16, בעמ' 590.

21 Kremenitzer & Saba-Habesch, לעיל ה"ש 16, בעמ' 118–123.

לתוקף (איסור תחולה רטרואקטיבית) – סעיף 4(ב); כי לא יוטל עונש החמור מזה שהיה קבוע לעבירה בעת ביצועה – סעיף 4(ג) להצעת החוק.²²
דברי ההסבר להצעת חוק-יסוד: זכויות בהליך הפלילי מייחסים חשיבות מיוחדת לעקרון החוקיות, המהווה "עיקרון ראשון במעלה במסגרת עקרונות המשפט הפלילי המהותי".²³ חשיבותו של העיקרון, לפי דברי ההסבר, נעוצה בכך שהוא –

מבטא מעין אמנה חברתית בין החברה ובין הפרט ותורם לציביות ולוודאות. הוא מבטיח לפרט כי התנהגותו המותרת היום לא תהווה עילה להטלת אחריות פלילית בעתיד. כמו כן הוא מבטא את התפקיד המניעתית של דיני העונשין, תפקיד הניתן למימוש רק אם תחולת האיסור היא כלפי העתיד לבוא ולא כלפי העבר.²⁴

מדברים אלה עולה כי בניגוד לתפיסה הכללית המונחת ביסוד הצעת חוק היסוד בדבר המתח ההכרחי בין הזכויות בהליך הפלילי המנויות בהצעת החוק לבין תכליות המשפט הפלילי, עקרון החוקיות הוא תנאי הכרחי להגשמתן של תכליות המשפט הפלילי. תפיסה זו מתיישבת עם האופן שבו מוסדר עקרון החוקיות בחוק העונשין, התשל"ז-1977. תיקון 39 לחוק העונשין²⁵ הגדיר את עקרון החוקיות, על ממדיו השונים, במסגרת החלק המקדמי של חוק העונשין²⁶ השולט הן על החלק הכללי²⁷ והן על חלק העבירות²⁸ שבחוק העונשין. המשמעות היא כי ההליך הפלילי כולו – הטלת אחריות פלילית לעבירות על מי שהורשעו בביצוען וגזירת עונשם לפי עקרונות האחריות הפלילית ולפי הכללים הנוגעים לענישה והמבנים את שיקול הדעת השיפוטי – כפוף לעקרון החוקיות.
ראייה בעקרון החוקיות עקרון יסודי מקדמי, שהוא תנאי הכרחי להגשמת תכליותיו של המשפט הפלילי, מתיישבת עם הטענה המרכזית של רשימה זו, שנדונה בפרק הקודם, ולפיה

22 ס' 4 להצעת החוק קובע:

"עיקרון החוקיות

(א) אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או לפיו.

(ב) לא יישא אדם באחריות פלילית בשל מעשה או מחדל אם בשעה שביצע אותם לא היו המעשה או המחדל אסורים בחוק או לפיו.

(ג) לא יוטל על אדם עונש בשל עבירה שביצע, החמור מזה שהיה קבוע לעבירה, בחוק או לפיו, בשעת ביצועה".

הצעת החוק אינה מסדירה את הממד הנוסף של עקרון החוקיות, הנוגע בתחולת החוק הפלילי במקום ביצוע העבירה, והמחייב להבחין בין תחולה טריטוריאלית לבין תחולה אקסטראטריטוריאלית, ראו פרק ג לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

23 דברי ההסבר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 695.

24 שם, בעמ' 696.

25 חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי) (תיקון מס' 39), התשנ"ד-1994, ס"ח 348 (להלן: תיקון 39 לחוק העונשין).

26 ס' 1-17 לחוק העונשין.

27 שם, ס' 18-90.

28 שם, ס' 91 ואילך.

אין לתפוס את זכויות היסוד בהליך הפלילי כמציבות מכשול להגשמת התכליות של הדין הפלילי. ראייה זו של עקרון החוקיות היא שיקול אחד, אומנם חשוב, מתוך מכלול השיקולים התומכים במסקנה כי יש להעניק לעקרון החוקיות בתחום הפלילי הגנה חוקתית מוחלטת, שאינה מכפיפה אותו למבחני המידתיות. עקרון החוקיות בתחום הפלילי מכפיף את המשפט הפלילי לשלטון החוק ומיועד להגן על זכויות בסיסיות של חירות ושוויון ולמנוע שרירות.²⁹ הדרישה כי איסור העבירה והעונש יוגדרו בחוק מבטיחה כי הגבלת חירותו של הפרט לנהוג כרצונו והכפפתו לכוחו הכופה של המשפט הפלילי ייעשו בידי הריבון – המחוקק. האיסור על החלה רטרואקטיבית של העבירה ושל העונש מיועד לספק "הזהרה הוגנת" המבטיחה אוטונומיה כרכיב של כבוד האדם: על כל אדם לדעת מראש מהם האיסורים המוטלים עליו ומהם העונשים הצפויים בגין הפרת האיסור כדי שתהיה לו האפשרות לבחור שלא להפר את האיסור ולכלכל את צעדיו באופן שימנע את הכפפתו למשפט הפלילי. הגדרת גבולותיו של האיסור מראש בחוק, ולא בדיעבד במקרה קונקרטי זה או אחר, תרסן את כוחן של רשויות אוכפות החוק, תמנע שרירות, תאפשר שוויון לפני החוק, שתחולתו תושפע מהמעשה ולא מהאישיות של העושה, ותעניק ביטחון וודאות. אין אינטרס ציבורי, חשוב ככל שיהיה, שיכול להצדיק פגיעה בעקרון שלטון החוק ובזכויות הבסיסיות הכרוכות בהזרה הוגנת באמצעות הטלת אחריות פלילית בגין מעשים שלא היו אסורים בחוק בעת ביצועו, או באמצעות גזירת עונש החמור מזה שהיה מוגדר בחוק בעת ביצוע המעשה. במקרים שבהם ההגנה על אינטרסים חברתיים חיוניים מחייבת הגדרתה של עבירה פלילית חדשה, או החמרת העונש, המחוקק, והוא בלבד, מוסמך לחוקק עבירה מתאימה שתחול על מעשים שיתרחשו לאחר שהחקיקה תיכנס לתוקף.

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

הטענה כי החלתם של החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם ושל החוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, התש"ו-1950 על הפשעים שביצעו הנאצים במהלך השואה מנוגדת לעקרון החוקיות, משום שחוקים אלה חלים רטרואקטיבית על מעשים שנעשו קודם

29 על חשיבותו של עקרון החוקיות בפלילים, ראו Mordechai Kremnitzer, *Interpretation in Criminal Law*, 21 ISR. L. REV. 358 (1986); בועז סנג'רו "פרשנות מרחיבה בפלילים!?" **עלי משפט** ג 165 (2003); מרים גור-אריה "זכויות אדם והמשפט הפלילי המהותי" **משפטים** נ 759, 767 (2021).

30 דברי ההסבר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 696.

להקמתה של מדינת ישראל, נדונה בפסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת **אייכמן**.³¹ בית המשפט דחה את הטענה בהתבססו על תחולתו האוניברסלית של החוק הפלילי:

הפשעים שיוחסו למערער, לא רק שהם נושאים כולם אופי בין-לאומי, אלא תוצאותיהם המזיקות והקטלניות היו כה מקיפות ונפוצות עד שהיה בהן כדי לפגוע עמוקות ביסודות – ואף ביציבות – של הקהילה הבין-לאומית. על-כן, מדינת ישראל היתה זכאית, על-פי העקרון של סמכות אוניברסלית ובשמה בענין זה בתפקיד של "שומר המשפט הבין-לאומי" ומבצעו, לשפוט את המערער בפלילים. מכיון שכך, אין חשיבות לעובדה, כי מדינת ישראל לא הייתה קיימת בעת שנעברו העבירות הנדונות.³²

פסק הדין בפרשת **אייכמן** הפך לפסק דין משפיע במשפט הבין-לאומי, שבעיני רבים הוא מהווה את הבסיס המודרני לתחולה האוניברסלית; תחולה החלה על עבירות שבעת ביצוען היו עבירות נגד משפט העמים – כדוגמת העבירות של השמדת עם ועבירות נגד האנושות.³³ כל מדינה המצטרפת לקהילה הבין-לאומית נקראת לפעול בשם הקהילה ולהעמיד לדין מי שביצעו מעשים שבעת הביצוע היו עבירות נגד משפט העמים, יהיה רגע הצטרפות המדינה לקהילה הבין-לאומית אשר יהיה. מאחר שבתי המשפט של המדינה אינם מוסמכים להחיל במישרין את "משפט העמים", הציפייה היא שכל מדינה החברה בקהילה הבין-לאומית תכלול בגדר דיני העונשין שלה גם איסורים על עבירות נגד משפט העמים שיחולו על מעשים שבעת ביצועם היו עבירות לפי משפט זה. דברי ההסבר להצעת החוק הרואים בחוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם ובחוק למניעת הפשע השמדת עם חריגים לעקרון החוקיות האוסר על תחולה רטרואקטיבית של החוק הפלילי, שאותו ניתן להצדיק באמצעות מבחני המידתיות, מכרסמים בהבנה הבין-לאומית שהושגה בעקבות פרשת **אייכמן** בדבר חשיבותה של התחולה האוניברסלית ואופן פעולתה, ויש להצטרף על כך.³⁴ הצעת חוק-יסוד: זכויות בהליך הפלילי מסתפקת בהגדרת עקרון החוקיות בלא להסדיר את התנאים הנדרשים להגשמתו. אחד התנאים העיקריים להבטחת שלטון החוק והזכויות המאוגדות בעקרון החוקיות מחייב כי הגדרת העבירה בחוק תהיה ברורה ותאפשר הזהרה

31 ע"פ 336/61 **אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד טז 2033 (1962).

32 שם, פס' 12.

33 ראו למשל Christopher C. Joyner, *Arresting Impunity: The Case for Universal Jurisdiction in Bringing War Criminals to Accountability*, 59 LAW & CONTEMP. PROBS. 153, 165 (1996); Anthony Sammons, *The "Under-Theorization" of Universal Jurisdiction: Implications for Legitimacy on Trials of War Criminals by National Courts*, 21 BERKELEY J. INT'L L. 111, 137 (2003).

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

הוגנת. על החשיבות בהגדרה ברורה של עבירה כתנאי להגשמתו של עקרון החוקיות עמד בית המשפט העליון במשפטנו עוד בשנות החמישים בפרשת **אש"ד** (1954).³⁵ בהתייחסו לעבירה האוסרת על כל מעשה הגורם לתקלה ציבורית³⁶ שאותה ראה כעבירת סל, הדגיש בית המשפט כי –

דומה הדבר כאילו הופקד בית-המשפט על-ידי המחוקק לקבוע ולהחליט בכל מקרה ומקרה אם מעשים מסויימים מהווים – או אינם מהווים – עבירה בתחומי הבלתי מוגבלים של הסעיף... נמצא, לכאורה, בני אדם נענשים על מעשים שהוגדרו כעבירות לאחר עשייתם, בחינת "עונשים ואין מזהירים". נוהג זה – כך אפשר לטעון ולקבול – **עשוי לקעקע את עצם היסודות אשר עליהם מושתתים העקרונות של שלטון החוק וחופש פעולותיו של הפרט במדינה, והוא היפוכו הגמור של הכלל המקודש במשפט הפלילי "אין עונשין אלא אם כן מזהירין"**.³⁷

בית המשפט שלא ראה עצמו מוסמך לבטל את העבירה, העניק לה פירוש מצמצם אגב קריאתו למחוקק לבטלה.³⁸ כחמישים שנה לאחר מכן הוחלט על קיום דיון נוסף בפרשת **שבס** (2004) כדי לעצב את גבולותיה של העבירה של הפרת אמונים,³⁹ שהיא –

עבירה ייחודית ומיוחדת, עבירה בת "ריקמה פתוחה", עבירה שגבולותיה אינם ברורים כלל ועיקר. העבירה "עבירת מסגרת" היא. ושלא כדרכן של עבירות פליליות אין היא בנויה על יסודות מוגדרים באורח מדוייק וברור.⁴⁰

בשונה מגישתו של בית המשפט בפרשת **אש"ד**, במסגרת הדיון הנוסף בפרשת **שבס** סבר הנשיא ברק כי אין להעניק לעבירה של הפרת אמונים פירוש שיצמצם את היקף העבירה ויתחום את גבולותיה. לדבריו,

במתן פירוש לאיסור הפלילי של הפרת אמונים עלינו להבטיח כי יסודות העבירה ישקפו התנהגות פסולה בעלת היבט פלילי. אל לנו לתת לעבירה פירוש רחב מדי שישתרע על התנהגות שההיבט הדומיננטי בה הוא בעל אופי משמעתי... אך באותה מידה יש להיזהר מפני סכנה אחרת הרובצת

35 ע"פ 53/54 אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ח 785 (1954).
36 העבירה הייתה מוגדרת בזמנה בס' 105 לפקודת החוק הפלילי, 1936, אשר נהפך לס' 198 לחוק העונשין.
37 פרשת **אש"ד**, לעיל ה"ש 35, פס' 4 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) חשין (ההדגשה הוספה).
38 רק בחלוף יותר מחמישים שנה, בשנת 2008, בוטלה העבירה בהסתמך על פסק הדין בפרשת **אש"ד**, שם. ראו חוק העונשין (תיקון מס' 100), התשס"ח-2008, ס"ח 812.
39 המוגדרת בס' 284 לחוק העונשין.
40 ציטוט מדבריו של השופט (כתוארו אז) מ' חשין בהחלטתו על קיום דיון נוסף המובאים בדנ"פ 1397/03 **מדינת ישראל נ' שבס**, פ"ד נט(4) 385, פס' 29 לפסק דינו של הנשיא ברק (2004).

**לפתחו של בית-המשפט. יש להימנע מלתת לעבירה פירוש מצמצם, אשר
ישלול מהחברה הישראלית מכשיר חשוב בשמירה על הערכים המונחים
ביסוד השירות הציבורי.⁴¹**

נטייתה של הפסיקה להעדיף פרשנות תכליתית על פני פרשנות המצמצמת את היקף האיסור אינה חדשה.⁴² עם זאת כאשר יסודותיה של העבירה מוגדרים בכירור, הפרשנות התכליתית מוגבלת לזיהוי הערך המוגן באמצעות איסור העבירה, ואילו יסודות העבירה (הן היסוד העובדתי והן היסוד הנפשי) הם שתוחמים את היקף ההגנה שמעניקה העבירה לערך מוגן זה. כאשר מדובר בעבירת סל כדוגמת העבירה של הפרת אמונים, בהיעדר יסודות ברורים בהגדרת העבירה, תיחומו של היקף ההגנה על הערכים המוגנים באמצעות העבירה מסור לבתי המשפט, בסתירה לעקרון החוקיות.

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

פרשנותם התכליתית של עבירות ועונשים, הינה, לאמיתו של דבר, פרשנות דו-תכליתית אשר מגשימה את עיקרון החוקיות בכל היבטיו, ולא רק בהיבט אחד של מיצוי הדין עם העבריין, המקודם על ידי הגוף המאשים. היבטים אלו כוללים, לצדו של מיצוי הדין עם העבריינים אשר הפרו את הוראות החוק הפלילי, הקפדה הדוקה על כך שכוחות השררה שבידי רשויות האכיפה יישמרו בתוך הגבולות שהחוק קבע להם. במסגרת זאת, עבירות ועונשים חייבים להיקבע בתוך כללים משפטיים מוגדרים וברורים, המנוסחים ברמת רזולוציה גבוהה ככל שניתן, ולא בתוך סטנדרטים מופשטים ועמומים אשר מאפשרים לרשויות האכיפה להעצים את כוחן באמצעות פרשנות יצירתית כזאת או אחרת, אשר מרחיבה את היקף האיסורים הפליליים בהתאמה לרצונן ולמטרותיהן.⁴³

לעומת זאת בפרשת שבס ראה הנשיא ברק יתרון בהגדרה רחבה ומכלילה של עבירה משום

העיקרון הטמון בהכללה עשוי לחול על מצבים שקשה לצפותם או להגדרים מראש בעת החקיקה, אך הם נגזרים מנסיבות הזמן והמקום. תהא זו תוצאה

41 שם, פס' 31 (ההדגשה הוספה).

42 לפסק הדין המוביל בהקשר זה, ראו ע"פ 787/79 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (4) 421, פס' 2-5 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק (1980). לביקורת על עמדה פרשנית זו, ראו סנג'ור, לעיל ה"ש 29; מרדכי קרמניצר וליאת לבנון "בית המשפט כמסייע לדבר חקיקה: על הסיוע לדבר עברה ועל הפרשנות בפלילים" מחקרי משפט יז 403, 413 (2002). הפרשנות התכליתית אומצה חלקית בס' 34-33 כא לחוק העונשין (שהוסף בתיקון 39 לחוק העונשין, לעיל ה"ש 25). לפי סעיף זה, במקרים שבהם הפרשנות התכליתית מניבה שני פירושים סבירים, על הפרשן לבחור בפרשנות המצמצמת את האיסור.

43 ע"פ 3583/20 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 36 לפסק הדין של השופט שטיין (נבו 9.11.2020) (ההדגשה הוספה).

בלתי ראויה אם השימוש בהכללות אלה, עד כמה שהוא פוגע בזכויות אדם
חוקתיות, יהא בלתי חוקתי.⁴⁴

החלת העבירה של הפרת אמונים על מצבים שלא הוגדרו מראש, משום שהיה קשה לצפותם, סותרת את עקרון החוקיות: היא אינה מאפשרת הזרה הוגנת ומעבירה את הסמכות להגדיר את גבולות האיסור מהמחוקק לרשויות אוכפות החוק בכלל ולבתי המשפט בפרט, ובכך היא עלולה להעצים את כוחן של רשויות אוכפות החוק על חשבון זכויותיו של הפרט.⁴⁵ זאת ועוד, בדנ"פ שבס ייחס בית המשפט חשיבות להגנה על אמון הציבור בעובדי הציבור ובנבחרייו.⁴⁶ הותרת שיקול דעת רחב לרשויות אוכפות החוק להחליט אם התנהגותו של נבחר או עובד ציבור היא הפרת אמונים בעלת פסול פלילי, עלולה להעורר ספקות בענייניות ההחלטה להעמיד לדין נבחר ציבור או עובד ציבור ואף בהצדקתה של ההרשעה; ספקות העלולים לפגוע באמון הציבור ברשויות אוכפות החוק. הגדרה ברורה של גבולות העבירה הפלילית בכלל ושל העבירה של הפרת אמונים בפרט, על ידי המחוקק, היא שעשויה להגביר את אמון הציבור במערכת אכיפת החוק, המיישמת קריטריונים ברורים להפללה.

עקרון החוקיות מחייב כי הכלים למלחמה בשחיתות הציבורית יוגדרו על ידי המחוקק באופן ברור שיאפשר להבחין בין מקרי שחיתות המתאימים לטיפול באמצעות הדין המשמעתי לבין אלה שהפסול שבהם מצדיק לראות בהם עבירה פלילית. גם אם יש חשש שבהקשרים מסוימים הנוגעים לשחיתות ציבורית יירתע המחוקק מלאסור על עבירות מפורטות שיגבילו את פעולותיהם של נבחרי הציבור, הדרך להתמודד עם רתיעה כזו היא באמצעות דעת הקהל ואמצעי לחץ נוספים על המחוקק, ולא בהעברת הסמכות לבתי המשפט להחליט איזו התנהגות פסולה ראוי שתוכתם בכתם של עבירה פלילית.

קיומן של עבירות סל, כדוגמת העבירה של הפרת אמונים, מלמד כי כדי להגשים את עקרון החוקיות, כמתחייב מהשיקולים שביסודו, ראוי להוסיף להצעת חוק-יסוד: זכויות בהליך הפלילי הסדר מפורש שלפיו "לא תוטל אחריות פלילית או עונש על עבירה שיסודותיה לא הוגדרו במפורש בחוק, באופן המאפשר הזרה הוגנת". הסדר כזה מתיישב עם התפיסה המקובלת בשיטות משפט שונות שלפיה עבירה פלילית שיסודותיה אינם מוגדרים בכירור פוגעת בזכויות חוקתיות ולכן איננה חוקתית. בארצות הברית הפסילה

44 פרשת שבס, לעיל ה"ש 40, פס' 30 לפסק דינו של הנשיא ברק (ההדגשה הוספה).

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

46 פרשת שבס, לעיל ה"ש 40, פס' 30, 48 לפסק דינו של הנשיא ברק. כן ראו פס' 2 לפסק דינה של השופטת ביניש.

החוקתית של העבירה מתבססת על הזכות החוקתית להליך הוגן.⁴⁷ לפי דוקטרינת ה-Void-for-Vagueness,⁴⁸ עבירה פלילית תוכרז כלא חוקתית באחד משני מקרים: או כשהגדרת העבירה אינה ברורה דייה כדי לספק הזהרה הוגנת,⁴⁹ או כשהגדרת העבירה אינה מספקת הנחיה ברורה לרשויות אכיפת החוק ההכרחית למניעת הפליה.⁵⁰ במשפט הגרמני עבירה שהגדרתה איננה ברורה באופן שאינו מאפשר הזהרה הוגנת נתפסת כעבירה הפוגעת בכבוד האדם, וככזו – איננה חוקתית.⁵¹

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

ג. הליך הוגן

סעיף 3 להצעת חוק-יסוד: זכויות בהליך הפלילי קובע כי –

3 הליך הוגן.

אדם זכאי לכך שהליך פלילי שהוא צד לו יהיה הוגן.

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

47 .U.S. CONST. Amend. VI & XIV

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

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

50 שם.

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

היא לעגן את הזכות להליך הוגן, על תוכנה הרחב, כזכות חוקתית, וזאת כדי לשמור על זכויות האדם של מי שהוא צד להליך הפלילי. זאת, ברוח הדין הבין-לאומי, ברוח הרציונלים שבבסיס הדין הישראלי בתחומי סדר הדין והראיות, וברוח הפסיקה הישראלית שפיתחה ופירשה את הזכות להליך הוגן מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁵²

ההנחה היא כי נוסף על ההסדרים הספציפיים שבהצעת חוק היסוד, על המחוקק ועל הפסיקה ליצוק תוכן קונקרטי לזכות החוקתית להליך הוגן, הן באמצעות הסדרים הקיימים כבר היום בדיון הפלילי ובדיני הראיות והן באמצעות פיתוח היבטים נוספים של הליך הוגן. אם אכן זוהי התפיסה, כי אז ספק אם יהיה בהגנה חוקתית על זכות כללית להליך הוגן שאינה מפורטת כדי להתגבר על הנטייה להעדיף את האינטרס הציבורי על פני זכויות של הליך הוגן. בהקשר זה אני שותפה לעמדתו של ספיר, שהובאה לעיל, ולפיה כדי להבטיח כי בתי המשפט יקפידו על ההגנה החוקתית הנדרשת לזכויות ההליך ההוגן, ובהיקף הראוי, יש לפרט את מכלול הזכויות להליך הוגן במסמך חוקתי.⁵³

הענקת הגנה חוקתית כללית לזכות להליך הוגן, ליד הסדרים של זכויות ספציפיות המשתייכות להליך הוגן, עשויה להיות מוצדקת כאשר ההגנה הכללית מגינה על ליבת הזכות להליך ההוגן על דרך העיקרון, ואילו ההסדרים הספציפיים נותנים ביטוי לזכויות קונקרטיות הנגזרות מעיקרון זה. אולם טכניקה חקיקתית כזו מחייבת לפרט את הזכויות הנכללות בליבת הזכות להליך הוגן. בליבת הזכות להליך הוגן ראוי לכלול את התנאים המינימליים הנדרשים להבטחת הלגיטימיות של ההליך הפלילי. תנאים אלה כוללים את הזכות של כל מי שנחשדת בביצוע עבירה שאשמתה תתברר בהליך שיתנהל לפני גוף עצמאי בלתי תלוי, לפי החוק. כן כוללים תנאים אלה הענקת זכות אפקטיבית להתגונן המחייבת ליידע את החשודה והנאשמת בפרטי האישום נגדה, לחשוף את חומר הראיות לפנייה ולאפשר לה להיות נוכחת בכל ההליכים המתנהלים נגדה.⁵⁴ מפתיע הדבר שלא כל ההיבטים האלה, המעוגנים הן במסמכים בין-לאומיים⁵⁵ והן בחוקות שבשיטות משפט שונות,⁵⁶ נכללים בזכויות הספציפיות המפורטות בחוק היסוד. למשל: אין הצעת החוק מעגנת את זכותה של חשודה ושל נאשמת לנכוח בכל ההליכים המתנהלים נגדה; הזכות למידע מוגבלת לזכותה של עצורה לדעת את סיבת מעצרה ולזכותה של נחקרת לדעת את

52 דברי ההסבר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 695.

53 ספיר, לעיל ה"ש 16, והטקסט הצמוד לה.

54 ראו ברוח דומה Krennitzer & Saba-Habesch, לעיל ה"ש 16. עם זאת חשוב להזכיר כי הדגש אצלם הוא על הזכות להתגונן, שאיננה כוללת את כל התנאים שאותם אני מציעה לכלול בליבת הזכות להליך הוגן.

55 ראו למשל G.A. Res. 217 (III) A, Universal Declaration of Human Rights, §10 (Dec. 10, 1948).
כן ראו ס' 14.1 לאמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966).

56 ראו למשל Canadian Charter of Rights and Freedoms, §11(d), Part I of the Constitution Act, 1982, c 11 (U.K.); U.S. CONST. amend. VI; S. AFR. 1982, being Schedule B to the Canada Act, 1982, c 11 (U.K.); U.S. CONST. amend. VI; S. AFR. CONST. §34, 1996.

החשד המיוחס לה לפני גביית עדותה; אין הצעת החוק מתייחסת לזכותה של נאשמת לדעת את פרטי האישום ומהו חומר הראיות נגדה.

ההגנה החוקתית על ליבת הזכות להליך הוגן מגשימה את עקרון החוקיות בהבטיחה כי ההליך של ייחוס האשמה וגזירת העונש ייעשה על פי החוק ובמגבלותיו. ההגנה על ליבת ההליך ההוגן מבטיחה כי תהיה לחשודה ולנאשמת זכות להשתתפות אפקטיבית בהליכים המשפטיים, שתאפשר לה לממש את המתחייב משיטת המשפט האדוורסרית ולצמצם את פערי המידע בין המידע שאספה המדינה/המאשימה במהלך החקירה לבין המידע שבידי החשודה והנאשמת. הזכות להשתתפות כאמור מחייבת לאפשר לחשודה ולנאשמת לנכוח בכל ההליכים המתנהלים נגדה ולקבל את המידע הדרוש, הן על פרטי האישום והן על חומר הראיות. נוסף על זה, ההגנה החוקתית על ליבת ההליך ההוגן מקדמת את האופי האקספרסיבי של המשפט הפלילי⁵⁷ באמצעות הליכים שקופים הטומנים בחובם גינוי – סטיגמה פלילית – של מי שנמצא אשם בבצוע עבירה. העברת מסרים של גינוי פלילי את מי שהורשעו בעבירה פלילית חיונית להגשמת התכלית של מניעת עבירות.

כדי להבטיח שההגנה על ליבת ההליך ההוגן אכן תעניק לחשודה ולנאשמת את הזכויות המתחייבות מהתנאים המינימליים להבטחת הלגיטימיות של ההליכים הפליליים, ראוי להעניק הגנה מוחלטת לליבת ההליך ההוגן. המעמד של חשודה או של נאשמת טומן בחובו, בהכרח, פגיעה בזכויות הנגרמת ממעצר, מעיכוב לחקירה, מחיפוש ועוד. פגיעה זו היא לעיתים מוצדקת. החשש הוא כי מהעובדה שהפגיעה בזכויות המתחייבת מהמעמד של חשודה או של נאשמת היא לעיתים מוצדקת, עלול להיווצר הרושם המוטעה כי מכלול הזכויות הדיוניות של החשודה העצורה ושל הנאשמת אינו מספיק חשוב, ולכן במקרים המתאימים ניתן לפגוע בהן כדי לקדם את האינטרס הציבורי במניעת עבירות. רושם זה עלול להתחזק בשל התפיסה המייחסת לזכויות דיוניות חשיבות פחותה מאלה של זכויות מהותיות ושל האינטרס הציבורי.⁵⁸ תפיסה אחרונה זו מתעלמת מהקשר ההדוק בין פגיעה בזכויות הדיוניות לבין הפגיעה הקשה בכבוד החשודה והנאשמת הנגרמת מייחוס אשמה, מסטיגמה ומעונש בלא שהייתה למי שהיא, הורשעו ונענשו זכות אפקטיבית להתגונן. על עומק הפגיעה בכבוד העלולה להיגרם מאי-הקפדה על התנאים המינימליים הנדרשים להבטחת הלגיטימיות של ההליך הפלילי ניתן ללמוד מההשפלה שחוו "נאשמים" שנחשדו בעיני משטרים טוטליטריים והואשמו, הורשעו והוענשו בלא הליכים הוגנים.⁵⁹

התנאים הנכללים בליבת הזכות להליך הוגן, כפי שפורטו לעיל, עלולים להתנגש עם אינטרסים ציבוריים. לא פעם נטען כי שיקולים ביטחוניים, למשל, אינם מאפשרים חשיפת ראיות שיש בהן להפליל את הנאשמת החשודה בביצוע עבירות ביטחוניות, או אף מונעים

57 על האופי האקספרסיבי של המשפט הפלילי, ראו Joel Feinberg, *The Expressive Function of Punishment*, 49 PHIL. OF L. 397 (1965); Jean Hampton, *An Expressive Theory of Retribution*, in *RETRIBUTIVISM AND ITS CRITICS* 1 (Wesley Cragg ed. 1992).

58 Kremenitzer & Saba-Habesch, לעיל ה"ש 16, בעמ' 119.

59 שם, בעמ' 121.

התייצבותה של חשודה או של נאשמת בהליכים המתנהלים נגדה.⁶⁰ המתח שבין ליבת הזכות להליך הוגן לבין שיקולים ציבוריים/ביטחוניים אינו שונה במהותו מהמתח שבין אשמה למסוכנות, הקיים בתורות הענישה, בין תורות גמוליות השמות את הדגש על ענישה ההולמת את אשמתו של הנענש לבין תורות תועלתניות השמות את הדגש על הצורך להגן על החברה באמצעות הרעתם של "עבריינים מסוכנים". בשני ההקשרים – הוויתור על התנאים הנכללים בליבת הזכות להליך הוגן בשל שיקולים ביטחוניים והעדפת שיקולים תועלתניים על פני דרישת האשמה במסגרת הענישה – פוגעים בכבוד האדם כמובן הקנטיאני, משום שהם מאפשרים להתייחס אל הפרט רק כאל אמצעי להשגת מטרות חברתיות.

יש שיטות משפט הפותרות את המתח הקיים בתחום הענישה במתן עדיפות חוקתית לדרישת האשמה. למשל: במשפט הגרמני, לדרישת האשמה מעמד חוקתי הנגזר מכבוד האדם, והיא נתפסת כאילוץ דאונטולוגי על שיקולי הרתעה, המונע הטלת אחריות ועונש החמורים מאשמת העבריין גם במקרים שבהם החמרה כזו נדרשת לצורכי הרתעה.⁶¹ במשפט הישראלי הצעת חוק-היסוד: זכויות בהליך הפלילי מעניקה לדרישת האשמה מעמד חוקתי במסגרת הטלתה של האחריות הפלילית.⁶² בהקשר של ענישה, העמדה כי יש להעניק עדיפות לאשמת העבריין על פני השגת מטרות תועלתניות באה לידי ביטוי במסגרת הבניית שיקול הדעת בענישה, שהוספה למשפטנו בשנת 2012⁶³ והמעניקה בכורה ל"קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו..."⁶⁴ כמתחייב מתורת הגמול. עיקרון זה על בית המשפט לכבד גם במקרים שבהם הוא סבור "כי יש צורך בהרתעת הרבים מפני ביצוע עבירה מסוג העבירה שביצע הנאשם, וכי יש סיכוי של ממש שהחמרה בעונשו של הנאשם תביא להרתעת הרבים", שאז אומנם בית המשפט רשאי להביא בחשבון את הנדרש לצורך הרתעת הרבים "ובלבד שהעונש לא יחרוג ממתחם העונש ההולם".⁶⁵

אילוץ הדומה לזה שקיים במשפט הגרמני בהקשר של דרישת האשמה ראוי לאמץ גם במסגרת ליבת הזכות להליך הוגן ולהעניק לתנאי המינימום הנכללים בה הגנה חוקתית מוחלטת, שתמנע פגיעה, אפילו מידתית, בליבת הזכות להליך הוגן. ניתן להיעזר בהקשר זה

60 על המתח בין הזכות להליך הוגן לבין שיקולים ביטחוניים בהרחבה, ראו Kremenitzer & Saba-Habesch, שם, בעמ' 128–138.

61 ראו Gur-Arye & Weigend, לעיל ה"ש 51, בעמ' 85–86; Miriam Gur-Arye, *Human Dignity of "Offenders": A Limitation on Substantive Criminal Law*, 6 CRIM. L. & PHIL. 187, 190–192 (2012); Mordechai Kremenitzer & Tatjana Hörnle, *Human Dignity and the Principle of Culpability*, 44 ISR. L. REV. 115 (2011).

62 הצעת חוק היסוד, לעיל ה"ש 1, ס' 5 קובע: עיקרון האשמה

(א) לא תוטל אחריות פלילית באין אשמה.

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

63 חוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב–2012, ס"ח 102.

64 חוק העונשין, ס' 40ב.

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

בהשראה מהמשפט הגרמני שלפיו ההגנה החוקתית המוחלטת שמעניק חוק היסוד הגרמני לכבוד האדם⁶⁶ משתרעת לא רק על הערך הכללי של כבוד האדם אלא גם על הגרעין של כבוד האדם המצוי בליבת זכויות אחרות.⁶⁷ אומנם במשפט הישראלי ההגנה החוקתית על כבוד האדם במסגרת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו איננה מוחלטת.⁶⁸ עם זאת כשמדובר באספקטים של כבוד האדם המצויים בליבת הזכות להליך הוגן, המיועדת להבטיח את תנאי המינימום הנדרשים להבטחת הלגיטימיות של ההליך הפלילי, השיקולים שהובחרו במהלך פרק זה מחייבים להעניק לליבה זו הגנה מוחלטת.⁶⁹ המשמעות המעשית של מסקנה זו תהיה כי במקרים שבהם מסיבות שונות לא ניתן לחשוף לפני הנאשמת את הראיות נגדה, או שלא ניתן לאפשר לה לנכוח בכל ההליכים המתנהלים נגדה, גם לא יהיה אפשר לנהל הליך פלילי נגדה, וממילא לא יהיה אפשר להרשיעה בביצוע עבירה פלילית ולגזור את עונשה. אני ערה לעובדה כי השלכה זו עלולה לתמרץ פנייה לאמצעים אחרים כדי לעקוף את המגבלות על ההליך הפלילי המתחייבות מהענקת הגנה חוקתית מוחלטת לליבת ההליך ההוגן, כדוגמת הפנייה למעצרים מנהליים שפגיעתם בזכויות הפרט היא גדולה.⁷⁰ עם זאת חשוב להדגיש כי אף שהצעת חוק היסוד מוגבלת לזכויות בהליך הפלילי דווקא, יהיה ראוי להשלים את הליך החקיקה בהענקת הגנה חוקתית גם על זכויות בהליך המנהלי בכלל, וודאי בהליכים המסתיימים במעצרים מנהליים. הדיון בהיקף ההגנה הנדרשת במסגרת ההליכים המנהליים חורג מרשימה זו.⁷¹

ד. חזקת החפות

סעיף 6 להצעת חוק-יסוד: זכויות בהליך הפלילי מעניק הגנה חוקתית לחזקת החפות:

כל אדם הוא בחזקת חף מפשע כל עוד לא נקבעה אשמתו בידי רשות שיפוטית.

66 “(1) Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority” Grundgesetz [GG] [Basic Law], §1, translation at <https://bit.ly/3VRITku>, קובע: (1)

67 Gur-Arye & Weigend, לעיל ה"ש 51, בעמ' 69–70; Kremnitzer & Saba-Habesch, לעיל ה"ש 16, בעמ' 118–119.

68 על ההבדלים בין היקף ההגנה על כבוד האדם במסגרת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לבין ההגנה על כבוד האדם במשפט הגרמני, ראו Gur-Arye & Weigend, שם, בעמ' 84–89; Ariel L. Bendor & Michael Sachs, *The Constitutional Status of Human Dignity in Germany and Israel*, 44 ISRE. L. REV. 25 (2012); מרדכי קרמיניצר ומיכל קרמר **כבוד האדם כערך חוקתי עליון ומוחלט במשפט הגרמני – האם גם בישראל?** (2011).

69 ראו גם ההצדקה הכללית להענקת הגנה חוקתית מוחלטת לזכויות דינויות בפרק ה להלן.
70 על הביקורת על הפנייה למעצרים מנהליים בהקשר זה ראו Kremnitzer & Saba-Habesch, לעיל ה"ש 16, בעמ' 130–131.

71 על חשיבות ההגנה על זכויות הליך הוגן ביחס לעבירות מנהליות ראו פסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם: Öztürk v. Germany, 73 Eur. Ct. H.R. (ser. A) (1984); Schmutz v. Austria, 328-A Eur. Ct. H.R. (ser. A) (1995).

הצעת החוק מאמצת תפיסה רחבה של חזקת החפות הכוללת פן ראייתי ופן מהותי. הפן הראייתי, המוכר יותר של חזקת החפות, מטיל את הנטל להוכיח את אשמתה של הנאשמת על התביעה, שחייבת להוכיח את האשמה מעבר לכל ספק סביר. הפן המהותי של חזקת החפות מייחד את הסמכות להרשיע ולהטיל גינוי פלילי לרשות השופטת ומחיל את חזקת החפות גם על הליכים הקודמים למשפט עצמו. כל עוד לא הורשעה הנאשמת בפסק דין סופי על ידי רשות שיפוטית, על רשויות אוכפות החוק להתייחס אליה, בכל שלבי ההליך הפלילי – חקירה, מעצר והעמדה לדין – כאל מי שהיא חפה מפשע.⁷²

חזקת החפות במובנה המהותי "מכתיבה את היחס שעל רשויות האכיפה להעניק לאדם שטרם הורשע בדינו, בלא תלות בהסתברות אשמתו".⁷³ עד למתן פסק דין סופי על ידי בית המשפט לא ניתן להטיל עליה כל סנקצייה עונשית.⁷⁴ אף שההיבט המהותי של חזקת החפות, בשונה מזה הקושר בינה לבין נטלי ההוכחה, מוכר פחות, הוא הוכר בפסיקה עוד בשנות השישים:

אין לייחס לאדם מעשה פלילי כל עוד לא הוכחה ונקבעה אשמתו בהליכים שיפוטיים כדין... האישום הוא אישום, החקירה היא חקירה, וההעמדה לדין העמדה לדין, וכבודם ומשקלם וחומרתם במקומם מונחים. אבל תהא אשר תהא מידת האמון שמותר ואפשר לייחסו להם, ויהיו אשר יהיו המסקנות שמותר ואפשר להסיק מהם – דבר אחד אין בהם, ואינו יכול מטבע ברייתם לעולם להיות בהם, והוא הוכחה או קביעה של עשיית מעשה פלילי מידי מאן-דהו... זכות היסוד שבחזקת-זכאי ניתנת לאדם לא רק כדי שלא ייענש כל עוד לא נשפט, אלא גם כדי שכבודו ושמו הטוב וכל יתר זכויותיו האישיות והחמריות לא ייפגעו, בשל מעשהו הפלילי, במאומה, כל עוד לא נשפט.⁷⁵

חזקת החפות במובנה המהותי משלימה את העקרונות האחרים שבהצעת חוק היסוד שבהם דנתי לעיל, ומשתלבת בהם. קביעת האשמה על ידי רשות שיפוטית, לשם סתירתה של חזקת החפות, חייבת להיעשות לפי החוק המגדיר את ההתנהגות כעבירה ושהיה בתוקף בעת הביצוע (עקרון החוקיות). על הליך קביעת האשמה לשם סתירתה של חזקת החפות לפני

72 על חזקת החפות במובנה זה, ראו רינת קיטאי "חשיבותה של חזקת חפות פוזיטיבית, תפקידה וטיבה בהליכים הקודמים להכרעת הדין בפלילים" **עלי משפט** ג 405 (2003). כן ראו Pamela R. Ferguson, *The Presumption of Innocence and its Role in the Criminal Process*, 27 CRIM. L. F. 131 (2016); Kimberly Kessler-Ferzan, *Preventive Justice and the Presumption of Innocence*, 8 CRIM. L. & PHIL. 505 (2014); Victor Tadros, *The Ideal of the Prsumptiom of Innocence*, 8 CRIM. L. & PHIL. 449 (2014); Thomas Weigend, *Assuming that the Defendnat Is Not Guilty: The Presumption of Innocence in the German System of Criminal Justice*, 8 CRIM. L. & PHIL. 285 (2014).

73 דברי ההסבר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 699.

74 קיטאי, לעיל ה"ש 72, בעמ' 439-443.

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

בית המשפט להיות הוגן. אשר לעקרונות האחרים טענתי כי ראוי להעניק להם הגנה חוקתית מוחלטת. האם ראוי להעניק הגנה מוחלטת גם לחזקת החפות?

בדומה לעמדתי בדבר הליך הוגן, גם בהקשר של חזקת החפות אני סבורה כי ראוי להעניק הגנה מוחלטת לליבת חזקת החפות המחייבת להתייחס אל החשודה ואל הנאשמת כאל חפות מפשע כל עוד לא הוכחה אשמתן בבית המשפט בהליך הוגן, בשל השיקולים כבדי המשקל שביסוד חזקת החפות מצד אחד והחשש מפני נטייה מוגברת שלא לכבד את כל המתחייב משיקולים אלה, מהצד האחר. ליבתה של חזקת החפות מגבילה את כוחן של הרשויות אוכפות החוק לפגוע בכבודן של החשודה ושל הנאשמת בכך שהיא מחייבת להתייחס אליהן כמי שהן חפות מפשע בכל שלבי ההליך הפלילי. החובה להתייחס אל החשודה ואל הנאשמת כמי שהיא חפה מפשע, והדרישה להימנע מפגיעה בכבודה, חיוניות להבטחת היחסים שבין המדינה המאשימה לבין נחקרת, חשודה או נאשמת בביצוע עבירה.⁷⁶ אף שהמדינה, באמצעות רשויות אוכפות החוק, היא המאשימה, כל עוד הנאשמת לא הורשעה בפסק דין סופי, על המדינה לדאוג כי כבודן של החשודה ושל הנאשמת וזכויותיהן האחרות לא ייפגעו בשל החשדות או האישומים נגדן. יש גם הטוענים כי אף שביצוע העבירה מבטא קונפליקט בין העבריין לבין החברה, חזקת החפות מאפשרת לרכז את הניכור בין הפרט לבין החברה במהלך ההליך הפלילי.⁷⁷ נוסף על זה, חזקת החפות מאפשרת לאזן בין פערי הכוחות שבין רשויות אוכפות החוק לבין הפרט החשודה בביצוע עבירה באמצעות הטלת נטל ההוכחה על התביעה ודרישה לרמת הוכחה של מעבר לכל ספק סביר. ביסוד חזקת החפות בהקשר זה מונח שיפוט ערכי, שכבר הוזכר,⁷⁸ ולפיו בשל אופיו המגנה והמעניש של המשפט הפלילי עדיף שעשרה אנשים שביצעו עבירה יצאו זכאים מאשר אדם אחד שלא ביצע כל עבירה יימצא אשם.

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

בשל כל אלה אני סבורה כי ראוי להעניק לליבה של חזקת החפות הגנה חוקתית מוחלטת. לצורך תיחום ההיקף הראוי של ההגנה החוקתית המוחלטת על ליבת חזקת

76 Kremenitzer & Saba-Habesch, לעיל ה"ש 16, בעמ' 121–122.

77 קיטאי, לעיל ה"ש 72, בעמ' 443.

78 BLACKSTONE, לעיל ה"ש 14, והטקסט הצמוד אליה.

החפות יש לתת את הדעת להשלכות המתחייבות מהחלטה של חזקת החפות בכל ההליכים. למשל, מתי ובאילו תנאים מעצר לפני משפט יתיישב עם חזקת החפות. דיון בהשלכות אלה חורג ממגבלותיה של רשימה זו. את ההיקף המתחייב מהענקת הגנה מוחלטת לליבת חזקת החפות אדגים להלן באמצעות הפן הראייתי, והמוכר יותר, של חזקת החפות, המטיל על התביעה את הנטל להוכיח את האשמה מעבר לכל ספק סביר.

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

נפקותו של ספק

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

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

אומנם חוק העונשין מעביר את נטל הבאת הראיות לנאשם הרוצה להתגונן בהתבסס על אחד מהסייגים השוללים את פלילות המעשה, בקובעו בסעיף 34ה. "מלבד אם נאמר בחיקוק אחרת, חזקה על מעשה שנעשה כתנאים שאין בהם סייג לאחריות פלילית". עם זאת העברת נטל זה אינה סותרת את חזקת החפות משום שבסופו של ההליך ספק סביר גם בקיומו של סייג לאחריות הפלילית מחייב לזכות את הנאשם (כאמור בסעיף 34כב(ב) לחוק). למרות זאת יש הקשרים שבהם דיני העונשין מעבירים את נטל השכנוע, ולא רק את נטל הבאת הראיות, לנאשם, שאז מידת ההוכחה הנדרשת ממנו זהה לזו הנדרשת מתובע במשפט אזרחי – מאזן הסתברויות.⁷⁹ למשל, במסגרת עבירות של אחריות קפידה די כי התביעה תוכיח את היסוד העובדתי של העבירה, ואילו על הנאשם מוטל להוכיח כי "נהג ללא מחשבה פלילית וללא רשלנות ועשה כל שניתן למנוע את העבירה".⁸⁰ במקרים שבהם התביעה הוכיחה את יסודות הניסיון לבצע עבירה, יוענק פטור מניסיון למי שהוכיח כי "מחפץ נפשו בלבד ומתוך חרטה, חדל מהשלמת המעשה או תרם תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה".⁸¹ האם העברת נטל ההוכחה, כולל נטל השכנוע, כאמור פוגעת בחזקת החפות?

חזקת החפות נפגעת בכל מקרה שבו הנטל המועבר לנאשם הוא נטל השכנוע לנאשם, ולא רק נטל הראייה. השאלה אם פגיעה כזו מוצדקת תהיה מותנית בשאלה אם העברת נטל השכנוע מכרסמת בליבה של חזקת החפות, שאז, לגיטימי, לא יהיה אפשר להצדיק אותה, או שמא הפגיעה היא בפריפריה של החזקה, שאז הצדקתה תהיה כפופה למבחני המידתיות. ליבתה של חזקת החפות מחייבת כי הוכחת האלמנטים החיוניים להענקת אופי פסול

79 ראו למשל ע"פ 4675/97 רוזוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 337, פס' 35 לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) חשין (1999).

80 ס' 22(ב) לחוק העונשין.

81 שם, ס' 28.

מבחינה פלילית להתנהגותו של הנאשם תהיה מסורה לתביעה. כל עוד לא הוכח הפסול לא ראוי להתייחס אליו כאל אשם, בין שמדובר באלמנטים פוזיטיביים הנדרשים להענקת אופי פסול להתנהגות והבאים לידי ביטוי ביסודות העבירה, ובין שמדובר באלמנטים השוללים את הפסול מכוח הסייגים לאחריות פלילית. לפיכך אני סבורה כי העברת נטל ההוכחה לנאשמת בעבירות של אחריות קפידה, להוכיח שלא הייתה רשלנית, ושעשתה כל שניתן כדי למנוע את התקלה, פוגעת בליבת חזקת החפות, וככזו אין היא מוצדקת. בלא שהתביעה הוכיחה לפחות רשלנות, התנהגות הנאשמת איננה בעלת אופי פלילי, ולא ראוי להתייחס אליה כאל "אשמה", ולפיכך אף לא ראוי להעביר אליה את הנטל לשכנע שאיננה אשמה.⁸² לעומת זאת הענקת פטור בגין ניסיון איננה שוללת את האופי הפסול של התנהגותה של מי שניסתה לבצע עבירה. הפטור מבוסס על הנכונות לתת תוקף למפנה הנפשי שחל אצל המנסה (חזרה בתשובה) לאחר שניגשה לביצוע העבירה⁸³ או על הרצון לתמרץ את המנסה לחדול מיוזמתה מהשלמת הביצוע.⁸⁴ לפיכך העברת הנטל להוכחת הפטור בשל חרטה לנאשמת איננה פוגעת בליבת חזקת החפות, ויהיה אפשר להצדיקה לפי מבחני המידתיות. השאלה באילו מקרים הענקת פטור, או סייג אחר לאחריות הפלילית, איננה שוללת את האופי הפסול של ההתנהגות, וככזו העברת הנטל להוכחת הפטור אל הנאשמת אינה פוגעת בליבתה של חזקת החפות, תלויה בין השאר בסיווג הסייגים השונים בדיני העונשין, והיא חורגת ממגבלותיה של רשימה זו.⁸⁵

82 מסקנה זו מתיישבת עם המגמה להוציא את העבירות של אחריות קפידה מתחום המשפט הפלילי ולהופכן לעבירות מנהליות. על השיקולים שביסוד מגמה זו עמדתי בהרחבה במקום אחר, ראו מרים גור-אריה "אחריות מוחלטת לעבירות של 'תקנת הציבור' – קריאה להוצאתה מהמשפט הפלילי ולהעברתה אל המשפט המנהלי" **גבורות לשמעון אגרנט** 241 (אהרון ברק ואח' עורכים, התשמ"ז). מגמה זו באה לידי ביטוי (אומנם חלקי) בחוק העבירות המנהליות, התשמ"ו-1985, ס' 1, 13-15. על מגמה דומה בשיטות משפט זרות, ראו: Regulatory Enforcement and Sanction Act 2008, c. 13 (UK); Gesetz über Ordnungswidrigkeiten [OWiG] [Act on Regulatory Offences], Feb. 19, 1987, BUNDESGESETZBLATT [BGBl I] at 602 (Ger.).

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

84 ע"פ 5767/14 **פלוגי נ' מדינת ישראל** (נבו) 16.6.2015.

85 היו שהציעו להסתמך בהקשר זה על ההבחנה בין הגנות המצדיקות את המעשה, שאז הנטל לשכנע כי ההגנה לא התקיימה צריך להיות מוטל על התביעה, לבין הגנות הפוטרות את העושה בגין מעשיו הפסולים, שאז ניתן להעביר את נטל השכנוע להתקיימות הפטור לנאשם, ראו למשל Alex Stein (1991) *Criminal Defences and the Burden of Proof*, 28 COEXISTENCE 133. עמדה זו מתיישבת עם עמדה ספציפית יותר המקובלת במשפט האנגלי בעניין הפטור מחמת אי-שפיות, שהנטל לשכנע בקיומו מוטל שם על הנאשם, ראו R v. Lambert [2002] QB 1112 (AC) (Eng. & Wales). לביקורת על העברת נטל השכנוע לנאשם במקרים כדוגמת אי-שפיות ראו Tadros, לעיל ה"ש 72, בעמ' 450-451. בהשראת המשפט המקובל האנגלי, גם אצלנו נטל השכנוע בדבר אי-שפיות הוטל בעבר על הנאשם מכוח חזקת השפיות שהייתה קבועה בס' 18 לחוק העונשין (ס' 13 לפקודת החוק הפלילי 1936). תיקון 39 לחוק העונשין, ביטל את חזקת השפיות והכפיף את הגנת אי-שפיות, בדומה להסדרים הנוגעים לסייגים האחרים, לחזקת החפות (ראו לעיל הטקסט הקודם לה"ש 79). בפרשת **רוזוב**, לעיל ה"ש 79, הבחין בית המשפט (בדעת רוב) בהקשר זה בין סייגים לאחריות פלילית בעלי תחולה כללית (כדוגמת אלה המנויים בס' 134-334 לחוק העונשין), שבעניינם נטל השכנוע בדבר אי-התקיימות הסייג צריך להיות מוטל על

ה. הגנה חוקתית מוחלטת על זכויות דינויות בהליך הפלילי – הצדקה

ההגנה החוקתית על זכויות יסוד במשפט הישראלי כפופה למבחני המידתיות. במקרים של התנגשויות בין זכויות ואינטרסים ציבוריים המשפט הישראלי מאזן בין הזכויות לבין עצמן ובין הזכויות לבין האינטרסים הציבוריים באמצעות מבחני המידתיות שבפסקאות ההגבלה שבחוקי היסוד השונים, כפי שפותחו בהרחבה בפסיקה.⁸⁶ בהשראת המשפט החוקתי הגרמני מעניק חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הגנה חוקתית לכבוד האדם (הגנה שאינה מצויה בחוקה של ארצות הברית ואף לא בחוקה הקנדית).⁸⁷ עם זאת בניגוד להגנה המוחלטת לכבוד האדם שמוענקת בחוק היסוד הגרמני, חוק היסוד הישראלי מכפיף גם את ההגנה על כבוד האדם למבחני המידתיות המפורטים בפסקת ההגבלה של חוק היסוד.⁸⁸ הכפפת ההגנה על כבוד האדם למבחני המידתיות מתחייבת, זוהי ההנחה, מהקשיים הטמונים בהענקת הגנה מוחלטת לזכויות יסוד. הגנה מוחלטת לכבוד האדם תחייב, מצד אחד, להעניק לכבוד האדם פירוש מצומצם שיאפשר במקרים המתאימים להעניק עדיפות לזכויות או לאינטרסים ציבוריים מתנגשים. פירוש מצומצם עלול לחתור תחת עצם החשיבות החוקתית המיוחסת לכבוד האדם. מהצד האחר, דבקות בהגנה המוחלטת על כבוד האדם עלולה להכשיר הקרבתן של זכויות יסוד חשובות או של אינטרסים ציבוריים בעלי משקל רב.

בלא להמעיט מהקשיים הטמונים בהגנה חוקתית מוחלטת, אני סבורה כי כשמדובר בהגנה על זכויות דינויות בסיסיות, כדוגמת אלו שדנתי בהן בחלקים הקודמים של רשימה זו, קשיים אלה הם פחות משמעותיים.

תוכנו של כבוד האדם, הנתפס הן כערך והן כזכות יסוד, בדומה לזכויות ולערכים מהותיים אחרים, אינו מאופיין במסמך החוקתי עצמו, ולפיכך הוא כפוף לפרשנויות הניתנות ליישום במגוון רחב של מצבים. הזכויות בהליך הפלילי שעליהן יש לטענתי להגן בהגנה מוחלטת מוגבלות למצבים מוגדרים. אומנם זכויות אלה נגזרות מעקרונות כלליים, שכללם ושללם מפורטים, היקף התחולה שלהם נתון לפרשנות. עם זאת היקף התחולה של שניים מהעקרונות שבהם דנה רשימה זו נקבע, או היה ראוי שייקבע, בהצעת החוק במפורש. הצעת החוק מאפיינת את עקרון החוקיות באמצעות תנאים מוגדרים שאינם מותירים פתח רחב לפרשנות. עקרון החוקיות לפי ההצעה חל על מצבים הנגזרים במישרין מהדרישה שהגדרת העבירה והעונש ייקבעו בחוק, כי החוק שמגדיר את העבירה יהיה תקף

התביעה, לבין סייגים ייחודיים לעבירות ספציפיות, המשקפים מדיניות ספציפית בתחום מסוים, כדוגמת הסייגים שבס' 152 לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968, שאז ניתן להצדיק העברת נטל השכנוע לנאשם.
86 לדיון במבחני המידתיות שהתפתחו במשפטנו, ראו אהרן ברק **מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** 258-261 (2010); מרדכי קרמניצר "המידתיות החוקתית: קווים (ראויים) לדמותה" **מידתיות במבט ביקורתי ומשווה** 10 (מרדכי קרמניצר עורך, 2016).

87 ס' 2א1, לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

88 שם, ס' 8. על ההבדלים בין ההגנה על כבוד האדם במשפט הגרמני לבין ההגנה על כבוד האדם במשפט הישראלי, ראו לעיל ה"ש 68.

בזמן הביצוע ומהדרישה שלא יוטל עונש חמור מזה שהיה אפשר להטיל לפי החוק שהיה בתוקף בזמן הביצוע. לפי טענתי, את ליבת הזכות להליך הוגן ראוי להגדיר מפורשות כך שתכלול זכויות מוגדרות, הן כאלו הנוגעות לניהול ההליך לפי החוק לפני גוף בלתי תלוי, והן כאלו המבטיחות השתתפות אפקטיבית בהליך ביידוע בפרטי האישום וחומר הראיות ומתן אפשרות לנכוח בכל ההליכים. לעומת זאת היקף ליבתה של חזקת החפות אכן נתון לפרשנויות. עם זאת אפילו באשר לחזקת החפות, מגוון המקרים הקונקרטיים המעוררים את השאלה אם מדובר בליבת החזקה או בפריפריה שלה הוא מוגבל. לכן החשש כי הגנה מוחלטת על הזכויות הדיוניות הנגזרות מעקרונות היסוד האמורים יגרום לפרשנות מצומצמת מדי של הזכויות, מה שיכרסם בעצם ההגנה עליהן, או לפרשנות מרחיבה מדי שתפגע בזכויות ובאינטרסים מנוגדים, הוא אינו כה גדול.

יתרה מזאת. הזכויות הדיוניות מסדירות את ההליך שיביא להגשמתה של "תכלית ראויה" כנדרש במבחני המידתיות החוקתיים. ככלל, אין מניעה להפריד בין היקף ההגנה החוקתית על הזכויות הדיוניות לבין היקף ההגנה המתחייב להגשמת התכלית הראויה. במקרים המתאימים יהיה אפשר להכפיף את הגשמת התכלית למבחני המידתיות החוקתיים ובה בעת להעניק הגנה חוקתית מוחלטת לזכויות הדיוניות. משמעות ההפרדה תהיה כי גם במקרים שבהם התכלית היא ראויה ומצדיקה פגיעה מידתית בזכויות יסוד, הצדקתה של הפגיעה איננה משתרעת על ההליכים להגשמתה של התכלית, לעיתים אף להפך; הצדקתה של הפגיעה בזכויות הנדרשת להגשמתה של תכלית ראויה תהיה מותנית בהשגתה של תכלית זו בהליכים הוגנים שאינם פוגעים בזכויות יסוד. דוגמה בולטת בהקשר הקרוב לענייננו היא הזכות שלא להיות נתון לעינויים בחקירה. עינויים בחקירה נחשבים למקרה קיצוני של פגיעה בכבוד: הוצאת אינפורמציה מנחקר שלא מרצונו באמצעות עינויים הופכת את הנחקר ללא יותר מכלי בידי רשויות החקירה.⁸⁹ למרות הרתיעה מפני הענקת הגנה חוקתית מוחלטת לכבוד האדם, קיימת הסכמה רחבה, שבאה לידי ביטוי גם באמנות בין-לאומיות,⁹⁰ כי יש להעניק הגנה חוקתית מוחלטת לזכות שלא להיות נתון לעינויים.⁹¹ ההנחה היא כי אין אינטרס ציבורי, כולל ביטחון המדינה, שיכול להצדיק הוצאת אינפורמציה מנחקרים באמצעות עינויים. גם אם הגשמת התכלית של הגנה על ביטחון המדינה עשויה להצדיק פגיעה מידתית בזכויות יסוד של הפרט, הצדקה זו איננה משתרעת

89 Miriam Gur-Arye & Florian Jessberger, *The Protection of Human Dignity in Interrogations: May Interrogative Torture Ever Be Tolerated? Reflections in Light of Recent German and Israeli Experiences*, 44 *ISR. L. REV.* 229, 234, 241 (2011). כן ראו פסיקתו של בית הדין האירופי לזכויות אזרח בעניין Gäfgen v. Germany, 2010-IV Eur. Ct. H.R. 247.

90 ראו אמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים, כ"א 31, 249 (נפתחה לחתימה ב-1984); אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, לעיל ה"ש 55, ס' 7 *European Convention on Human Rights*, §3, Nov. 4, 1950, 213 U.N.T.S. 221.

91 Henry Shue, *Torture*, in *TORTURE: A COLLECTION* 47 (Sanford Levinson ed. 2004). ראו גם עמיהוד גלעד "ציווי מוסרי מוחלט: אסור לענות" *משפט וממשל* ד 425 (1998); דניאל סטטמן "שאלת המוחלטות המוסרית של האיסור לענות" *משפט וממשל* ד 161 (1997).

על עינויים בחקירה המיועדים להשיג את האינפורמציה החיונית להגנה על הביטחון; אינפורמציה זו יש להשיג בדרכים אחרות שאינן פוגעות בכבוד הנחקרים.⁹² הטענה של רשימה זו כי יש להעניק לזכויות הדיוניות המאוגדות בעקרונות היסוד דומה. האופי הדואלי של המשפט הפלילי מחייב להכפיף את עצם ההפלה (קביעתה של התנהגות כעבירה פלילית), את הטלתה של האחריות הפלילית בצד הגינאי הפלילי הכרוך בה ואת גזירת העונש למבחני המידתיות החוקתיים. מבחנים אלה מחייבים לאזן בין זכויות היסוד של הקורבן – כדוגמת הזכות לחיים, לשלמות הגוף, לבעלות על הרכוש – והאינטרס הציבורי, הפעילות התקינה של הרשויות למשל, המוגנות באמצעות המשפט הפלילי, מצד אחד, לבין זכויות היסוד של העברייני הנפגעות מן המשפט הפלילי: חירות הפעולה הכללית הנפגעת בשל ההפלה, הכבוד הנפגע בשל ההרשעה וחירות התנועה וזכויות נוספות הנפגעות בשל הענישה, מהצד האחר. ההגנה המוחלטת על הזכויות הדיוניות שטענתי לה ברשימה זו תבטיח כי האיזון בין האינטרסים של הקורבן והאינטרס הציבורי מצד אחד ושל העברייני מהצד האחר יוגבל למקרים שבהם העבירה הוגדרה בחוק שהיה בתוקף בזמן ביצוע המעשה (עקרון החוקיות), יחול רק על מי שאשמתם הוכחה מעבר לכל ספק (חזקת החפות), וייעשה בהליך הוגן. הגנה חוקתית מוחלטת לעקרונות שביסוד הזכויות בהליך הפלילי, שטענתי לה ברשימה זו, תחזק את הלגיטימיות של הפגיעה בזכויות המהותיות של העברייני במסגרת האיזון בין זכויות אלו לבין זכויות הקורבן והאינטרס הציבורי.

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

1. סיכום

שלא כהנחה שביסוד הצעת חוק־יסוד: זכויות בהליך הפלילי, שלפיה קיים מתח הכרחי בין התכליות של הדין הפלילי לבין הזכויות בהליך הפלילי, הטענה המרכזית של רשימה זו היא כי האינטרס הציבורי בהגשמת התכליות של הדין הפלילי מחייב הקפדה על זכויות בהליך הפלילי בכל שלביו – מעצר, חקירה וניהול המשפט. ייחודו של המשפט הפלילי כמוסד משפטי מאשים, מגנה ומעניש מחייב כי הפגיעה בזכויות הנכפית על העבריינים באמצעות המערכת העוצמתית של אכיפת החוק תיעשה בהליכים הוגנים. ההקפדה על זכויות ההליך ההוגן חיונית להבטחת הלגיטימיות של ההליכים הפליליים, שבמסגרתם המדינה, באמצעות רשויות אכיפת החוק, מייחסת לפרט אשמה שמביאה להטלת סטיגמה על התנהגותו ולגזירת עונשו. שמירה על הלגיטימיות של ההליכים הפליליים מחייבת הענקת הגנה חוקתית מוחלטת לכמה עקרונות יסוד המנויים בהצעת חוק היסוד והמשתלבים זה בזה.

ההגנה המוחלטת על עקרון החוקיות, המחייב כי הגדרת העבירה והעונש ייקבעו בחוק שיחול על מעשים שנעשו לאחר היכנסו לתוקף (איסור רטרואקטיבית), מיועדת להכפיף את ההליכים הפליליים לשלטון החוק ולהבטיח את הזכויות הכרוכות בהזרה הוגנת. את ההגנה המוחלטת על עקרון החוקיות ראוי להחיל גם על התנאים הנדרשים להגשמת עקרון החוקיות, כשהעיקרי שבהם מחייב כי הגדרת העבירה תהיה ברורה באופן שיאפשר הזהרה הוגנת וימנע שרירות. ההגנה המוחלטת על ליבת ההליך ההוגן נדרשת כדי להבטיח את תנאי המינימום הנדרשים מהליך משפטי המיועד לברר אשמה, להטיל סטיגמה פלילית ולגזור עונש – תנאים המחייבים כי בירור האשמה של חשודה בביצוע עבירה וגזירת עונשה של מי שהורשעה ייעשו בהליך המתנהל לפי החוק, לפני גוף עצמאי בלתי תלוי, שבמסגרתו יידעו את החשודה והנאשמת בפרטי החשדות והאישום נגדן ויאפשרו להן להתגונן. חזקת החפות במובנה המהותי נדרשת כדי להבטיח כי כבוד העצורה, החשודה והנאשמת יישמר במסגרת כל ההליכים המתנהלים נגדה. עד למתן פסק דין סופי של הרשעה יש להתייחס לחשודה, לעצורה ולנאשמת כאל מי שהיא חפה מפשע ולהימנע מהטלת סנקציה עליה. שמירה על כבודה של החשודה, של העצורה ושל הנאשמת מחייבת כי המדינה היא שתוכיח את כל האלמנטים הנדרשים להקנות אופי פסול מבחינה פלילית להתנהגות.

המסקנה כי ראוי להעניק הגנה חוקתית מוחלטת לעקרונות היסוד שבהצעת חוק־יסוד: זכויות בהליך הפלילי מאתגרת את התפיסה הרווחת במשפטנו שלפיה פגיעה בזכויות יסוד המוגנות חוקתית עשויה להיות מוצדקת באמצעות מבחני המידתיות, המוגדרים בפסקות ההגבלה של חוקי היסוד. גם אם הרתיעה מלהעניק הגנה חוקתית מוחלטת לזכויות יסוד מהותיות היא מובנית, ביסוד ההגנה המוחלטת על זכויות בהליך הפלילי ההנחה כי הגנה זו הכרחית להענקת לגיטימציה להליך הפלילי, וממילא גם להגשמת התכליות של הדין הפלילי.