

שיח הזכויות, פופוליזם 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 הפופוליזם הפוליטי; 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 – היעדרו של עקרון בהירות החוק הפלילי; היעדר התייחסות לזכות לייצוג במימון המדינה; התייחסות חלקית ביותר לשלב הענישה, שאינה כוללת איסור על ענישה לא פרופורציונלית, התייחסות לשלב נשיאת העונש ואיסור מפורש על עונש המוות. מדובר בחסרים מהותיים, שמתבקשת השלמתם, גם אם בסופו של דבר ייבחר מודל חקיקתי המעדיף מינימליזם ועמימות על פני בהירות ופירוט, במיוחד על רקע המגמות והתהליכים המפורטים בחלקה הראשון של הרשימה. אומנם יהיה אפשר להשלים את החסרים האמורים גם בדרך של פרשנות חוקתית, אך דרך המלך היא פירוט הזכויות האמורות במפורש בחוק היסוד. אל מול החסרים המהותיים, הצעת החוק כוללת סעיף שמירת דינים שקשה להצדיקו. סעיף כזה הוא מרחיק לכת, לא נחוץ להשגת מטרותיו ומזיק. סעיף שמירת דינים זמני יכול לתת מענה טוב לחששות השונים ולאפשר תקופה ראויה של הערכה מחודשת של הדינים שמבקשים לשמר או לשנות בלי לזוותר 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 הפופוליזם הפוליטי העכשווי; 3. התגובה לפשיעה בחברה הערבית. **ב. חסרים עיקריים בהצעת חוק היסוד;** 1. עקרון הבהירות; 2. זכות לסנגור 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. גרסה מוקדמת של הדברים המופיעים ברשימה זו הוצגה בפורום אקדמיה-משרד המשפטים בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן. הח"מ השתתף 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 עימם עזרה לי בפיתוח הרעיונות. תודה רבה לבני ניומן, גיא רובינשטיין וליאת 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

יותר מ־30 שנים חלפו מאז שהכנסת השתמשה בכובעה כרשות מכוננת וחוקקה חוקי יסוד שהם חלק ממגילת הזכויות של האזרח. כל מי שזכויות האזרח יקרות לליבם מבינים כי ההצעה לחוקק פרק נוסף במגילת הזכויות, אחרי הפוגה כה ארוכה, היא רגע היסטורי חשוב.

יש חשיבות מיוחדת לעיגון חוקתי של הזכויות הקשורות למשפט הפלילי. המשפט הפלילי הוא האתר שבו 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. מלבד הפגיעה בזכויות הנגרמת מחקירת עבירות, מהעמדה לדין ומענישת המורשעים, גם האיסורים הפליליים כשלעצמם מגבילים את חירויות הפרט באוסרם התנהגויות מסוימות, ולעיתים אף בהגבלת חירויות בסיסיות כמו חופש הביטוי, חופש העיסוק וחופש התנועה. לצד הפגיעה בזכויות הקשורה למהותו של המשפט הפלילי, הצדקה מקובלת להגנה החוקתית על הזכויות הקשורות למשפט הפלילי מצויה בפערי הכוחות האדירים שבין הפרט לבין המדינה ומנגנוני אכיפת החוק שהיא מפעילה.¹

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 למציאות 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 לכמה חסרים מהותיים בהצעה. אטען שגם אם בוחרים במודל "רזה" יחסית של חוקי יסוד, יש זכויות שראוי להכלילן במפורש בחוק היסוד. ארחיב על כמה זכויות ועקרונות בסיסיים שהיעדרם מן ההצעה מטריד במיוחד על רקע המגמות והתהליכים המתוארים בחלק הראשון: עקרון בהירות החוק הפלילי, הזכות לייצוג ולהיוועצות במימון המדינה וזכויות הקשורות לענישה. בחלק השלישי אתיחס לסעיף שמירת הדינים שבהצעת החוק ואטען כי הוא אינו מוצדק.

1 הצעת חוק היסוד אינה מרחיבה באשר להצדקות הכלליות להגנה חוקתית על הזכויות הקשורות למשפט הפלילי. בדברי הסבר, 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 694.

א. הצדקות אקטואליות להגנה חוקתית על זכויות בפלילים

ברשימה קודמת עמדתי על שלוש סיבות להיותן של זכויותיהם של חשודים ונאשמים חשובות מעצם טבען, ובשל האקלים החברתי והפוליטי שבו הן פועלות, לפגיעה מתמדת.² 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 ולאכזריות, מהגרים, חסרי דיור ועוד. קובעי המדיניות ומקבלי ההחלטות ייטו לפגוע בזכויותיהם של חשודים ונאשמים בשל תפיסתם של החשודים והנאשמים כ"אחרים" ובשל הקושי של קובעי המדיניות ומקבלי ההחלטות להעמיד עצמם מאחורי מסך הבערות ולנתק את עצמם ממאפייניהם האישיים וממצבם החברתי בטרם יגבשו עמדה בקשר לזכויות אלה. שלישי, קיים פער בין הדימוי של ההליך הפלילי לבין הדרך שבה הוא מתנהל במציאות. התפיסה הרווחת היא שהמשפט הפלילי שוויוני, הגון ומוטה לטובת חשודים ונאשמים יותר 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 שלפיה קיימת חשיבות לעיגון בהיר, מפורט ומפורש של הזכויות החוקתיות גם אם איננו מאמצים גישה זו בהכרח ככל הקשר של הוויכוח הכללי באשר לניסוח חוקות – מינימליזם ועמימות לעומת פירוט ובהירות. טענתי שההקשר הפלילי הוא מיוחד, ובעניינו 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 הכוח של רשויות האכיפה. עיגון כזה יכול להקטין את החשש ממצב שבו הכללים ייקבעו בעקבות מקרה פלילי קונקרטי שעלול לזעזע את הציבור.

למרבה הצער, יוזמת כינון החוקה שאליה הגבתי במאמר הקודם לא הבשילה.³ והינה אנו ניצבים בפני יוזמה נוספת, ואליה אני מתייחס כאן. בחלק זה אמנה שלוש הצדקות נוספות על אלה שמנתי בעבר לאימוץ גישה מרחיבה באשר לזכויות שיש לכלול במפורש בחוק היסוד. הצדקה אחת קשורה להתפתחות ספציפית בפסיקת בית המשפט העליון בישראל המבקרת את שיח הזכויות בהליך הפלילי ומסתייגת ממנו. ההצדקה השנייה קשורה למגמה עולמית שיש לה הדים גם אצלנו – עליית הפופוליזם הפוליטי. ההצדקה השלישית היא שוב מקומית והיא קשורה לפשיעה בחברה הערבית ובדרכים הננקטות כדי להיאבק בה.

2 יואב ספיר "הגנה ראויה של אנשים לא-נחמדים": הערות על מגילת זכויות הרזה שבהצעת החוקה משפט וממשל י 571 (התשס"ז).

3 לטייטת הצעת חוקה בהסכמה רחבה, ראו "חוקה בהסכמה רחבה" הכנסת <https://bit.ly/3jCPbXr>.

שלוש המגמות שאתאר להלן מצטרפות להצדקות שהבאתי בעבר לעיגון חוקתי מפורט של זכויות הקשורות למשפט הפלילי ומשתלבות בהן. אם היה נכון עוד לפני המגמות המתוארות במאמר זה לעגן את זכויות החשודים והנאשמים ברובד החוקתי, הרי שלנוכח הסכנות העכשוויות, שהן קונקרטיזציה והעצמה של הסכנות הכלליות, הרי שהצורך בעיגון חוקתי כזה מקבל משנה תוקף.

מדובר במגמות שהן אומנם עכשוויות ואקטואליות מאוד, אבל הן חשובות 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 חשובות באשר לעצם ההצדקה של זכויות בהליך הפלילי ובאשר לאיזון הנכון בין הערכים השונים שבבסיס 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 – לא צפויות. נטייתו של הפופוליזם לחלק את החברה ל"אנחנו" ול"הם", ובכלל זה ראייה בקבוצות אוכלוסייה, ובהן חשודים ונאשמים, מסוכנות, מצדיקה הקדמת תרופה למכה במישור החוקתי. הפופוליזם עצמו פועל אף הוא גם במישור החוקתי.⁴ כך גם באשר לתגובות 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, כשם כן הם, הם גלים שהולכים ובאים. לצערנו, סביר מאוד להניח שגל הפשיעה בחברה הערבית אינו גל הפשיעה האחרון שעיימו 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 האלה:

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

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

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 והסתרביל ישיל מעליו משקולות שנוספו לו בשנים האחרונות, ויחזור ויעמיד במרכז הבמה את החתירה לביורר האמת העובדתית.⁵

דברים אלה, שנכתבו בעקבות טענות הסנגוריה ש"חיפוש משפחתי" שעשתה בפעם הראשונה משטרת ישראל במאגר ה-DNA המשטרה אינו חוקי,⁶ אינם בבחינת אמירה חד-פעמית שנאמרה בנסיבות המיוחדות של אותו מקרה. הדברים משקפים גישה עקיבה שאותה נוקט השופט עמית – גישה שבאה לידי ביטוי בכמה וכמה פסקי דין, בהרצאות ובכתביה אקדמית. השופט עמית הביע מורת רוח מריבוי הטענות להפרת זכויות חשודים ונאשמים בהליך הפלילי, ובכלל 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 – ביורר 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 שמעיין בפסיקה דהיום ובדברי מלומדים, עשוי להתרשם כי כל תג ותג בתחום הדיוני והראייתי, הועלו עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לזכות יסוד מקודשת בעוד המטרה הנעלה של ביורר האמת הולכת ונדחקת לשוליים".⁷

כשופט של בית המשפט העליון פיתח השופט עמית רעיונות אלה. בכמה מקרים ביקר את עצם העלאת הטענות לפגיעה בזכויות נאשמים וראה בכך בזבוז זמן שיפוטי ואף "עלבון לשכל הישר".⁸ לשיטתו של השופט עמית, פעמים רבות מדי "הנאשם קם מכיסאו והופך

5 ע"פ 4039/19 נחמני נ' מדינת ישראל, פס' 102 לפסק דינו של השופט עמית (נבו 17.3.2021). לדברים הצטרף גם השופט גרוסקופף (שם, בעמ' 98). השופטת ברק ארזו הסתייגה מהם (שם, פס' 9).

6 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 לערעורים בניו-יורק על חיפוש משפחתי בדנ"א, כיוון שלא נעשה מכוח הסמכה מפורשת בחוק. ראו *Stevens v. New York State Div. of Criminal Justice Servs., No. 151522/18 (N.Y. App. Div. May 5, 2022)*. כן ראו ERIN E. MURPHY, *INSIDE THE CELL: THE DARK SIDE OF FORENSIC DNA* 208–212 (2015).

7 יצחק עמית "על הצורך בשינוי בהליך הפלילי" הסניגור 5, 83 (2004).

8 ע"פ 3768/08 סלאמה נ' מדינת ישראל, פס' 3 לפסק דינו של השופט עמית (נבו 7.11.2010). כן ראו ע"פ 8328/05 מיכני נ' מדינת ישראל, פס' 4, 10 לפסק דינו של השופט עמית (נבו 2.1.2012).

לקטיגור" והמאשימה הופכת לנאשמת.⁹ בפרט קיים שימוש יתר בטענות של "הגנה מן הצדק" שראוי להחזיר את השימוש בה "למידותיו הראויות",¹⁰ ובטענות לפסלות ראיות לפי הלכת יששכרוב, אשר לשיטתו של השופט עמית, נטענות "מעשה יום ביומו".¹¹ כמו כן מלין השופט עמית על סרבולו של ההליך הפלילי בשל ריבוי ההליכים לקבלת חומר חקירה ולהסרה של תעודות חיסיון. הליכים אלה הם לשיטתו משקלות על רגלי ההליך.¹² דומה כי בבסיס גישתו של השופט עמית עומדת הסברה שאין קשר חזק בין זכויות בהליך הפלילי לבין חקר האמת.¹³ 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.¹⁴

- 9 ראו בש"פ 6662/19 **מדינת ישראל נ' בן עוז**, פס' 11 לפסק דינו של השופט עמית (נבו 24.11.2019), וכן דבריו של השופט עמית בדנ"פ 5387/20 **רוחם נ' מדינת ישראל**, פס' 4-5 (נבו 15.12.2021).
- 10 עז"מ 7485/19 **קשקוש נ' מדינת ישראל**, פס' 21 לפסק דינו של השופט עמית (נבו 6.7.2020).
- 11 ע"פ 9808/06 **סנקר נ' מדינת ישראל**, פס' 3-4 לפסק דינו של השופט עמית (נבו 29.7.2010).
- 12 בש"פ 7014/12 **מדינת ישראל נ' שאהין**, פס' 7 לפסק דינו של השופט עמית (נבו 11.10.2012). פסק הדין עסק בבקשה להארכת מעצר לפי ס' 62 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 (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, אף שבשל התנהלות 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**, פס' י לפסק דינו (נבו 10.7.2012).
- 13 כך למשל בע"פ 6144/10 **גטצאו נ' מדינת ישראל** (נבו 10.4.2013). חלק השופט עמית על הקשר שבין זכות ההיוועצות (בדומה לזכות נגד הפללה עצמית וזכות השתיקה) לבין המטרה של חקר האמת, בשונה מהשופט גובראן, אשר עמד על הקשר בין השתיים (שם, בעמ' 32-35, 47).
- 14 ע"פ 5417/07 **בונר נ' מדינת ישראל**, פס' 17 לפסק דינו של השופט עמית (נבו 30.5.2013).

לדבריו של השופט עמית בעניין נחמני הצטרף לאחרונה גם השופט גרוסקופף.¹⁵ אך ראוי לציין כי גישה זו אינה נחלת כלל השופטים בבית המשפט העליון. כך למשל הסתייגו מדבריו בהקשרים שונים או ביטאו גישה שונה השופטת ברק-ארז,¹⁶ השופט ג'ובראן,¹⁷ השופט אלרון,¹⁸ השופט דנציגר¹⁹ והשופט הנדל.²⁰ 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 כבר נודעת השפעה בכלל הערכאות.²¹

- 15 עניין נחמני, לעיל ה"ש 5.
16 שם.
17 ראו לעיל ה"ש 13.
18 עניין רוחם, לעיל ה"ש 9, פס' 13-14 לפסק דינו של השופט אלרון. כן ראו דבריו של השופט אלרון גם בכנס חיפה למשפט "מושב 5 – חידושים במשפט הפלילי" יוטיוב (18.11.2021) <https://bit.ly/3WFFGVn>.
19 דנ"פ 5852/10 מדינת ישראל נ' שמש, פ"ד סה(2) 377, פס' 10 לפסק דינו של השופט דנציגר (2012).
20 ע"פ 4109/15 מירו נ' מדינת ישראל, פס' 4 לפסק דינו של השופט הנדל (נבו 9.7.2017).
21 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, ובכך יש משום חידוש, פסק כבוד השופט עמית כי ניתן וראוי במקרים של עבירות רגילות ושגרתיות לדרות טענת ההגנה מן הצדק על הסף"); ת"פ (שלום כ"ס) 1417-05-20 מדינת ישראל נ' פרטוש, פס' 62 (נבו 6.5.2021) ("סבורני כי המקרה דנן הוא דוגמה לשיח זכויות שאימוצו יהווה הפרת האיזון הרגיש שבינו לבין שיח הראיות – באופן בלתי סביר... ואם נעשה אחרת עלולים אנו לשפוך את התינוק עם המים"); תפ"ח (מחוזי ב"ש) 15488-07-11 מדינת ישראל נ' חמיאסה, פס' 54 (נבו 5.7.2013) ("השימוש בהלכת יששכרוב נעשית פעמים רבות גם מקום שאין כל הצדקה לכך... ונדמה, כי זה אף המצב בענייננו"); ת"ב (שלום קר) 49091-02-13 ועדה מקומית לתכנון ובניה חבל אשר נ' אפטרמן, פס' 25-24 (נבו 1.3.2015) ("על מנת לקבוע כי ניתן לפסול ראיה 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 שאיפה 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"). כן ראו ת"פ (שלום ת"א) 35612-06-20 מדינת ישראל נ' עמאר, פס' 49 (נבו 26.1.2021) ("במקרה של עמאר, אי-החוקיות שהיתה 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, פס' 127-129 (נבו 10.6.2021) ("...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 (שלום קר) 79660-01-19 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 27 (נבו 5.4.2021) ("כפי שצוין לעיל, הנאשם לא ניהל את הגנתו ההוכחת חפותו, אלא במטרה להוכיח שעומדת לו טענה להגנה מן הצדק בשל אכיפה בירנית"); ת"פ (שלום ב"ש) 19111-09-21 מדינת ישראל נ' אטרש, פס' 9 (נבו 29.5.2022) ("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' אברהם, פס' 6 (נבו 2.8.2021) ("בשנים

אל מול גישה זו יכול חוק יסוד המעלה את זכויות הנאשמים למעלה חוקתית ומפרט אותן במפורש ובבהירות לשמש תזכורת חשובה לחשיבותן ומשקל שכנגד לביקורת עליהן ולחשש מכרסום בהן.²² במסגרת יריעה קצרה זו אין באפשרותי להתמודד בהרחבה עם גישתו של השופט עמית באשר לזכויות בהליך הפלילי, אולם פטור בלא כלום אי אפשר, ולהלן אציג את עיקרי הביקורת.

האחרונות עדים אנו לאחידה החזקה שקנתה לה טענת האכיפה הבררנית בתוככי ההליך הפלילי. לעיתים נדמה, שאין הליך פלילי ללא טענה של הגנה מן הצדק בכלל, ומן הטעם של אכיפה בררנית 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); הע"מ (שלום אש"י) 860-09 ועדה מקומית לתכנון ובניה שקמים נ' גואטה, פס' 5 (נבו) (9.7.2013); ת"פ (שלום י-ם) 50031-02-11 מדינת ישראל נ' בנימינוב, פס' 43 (נבו) (16.9.2013); ת"פ (מחוזי ת"א) 24518-06-19 שמואלי נ' מדינת ישראל, פס' 32-35 (נבו) (13.5.2022); ת"פ (שלום ת"א) 62497-06-18 מדינת ישראל נ' דיקי (נבו) (10.12.2020); ת"פ (מחוזי י-ם) 71059-03-19 מדינת ישראל נ' בן שטריה, פס' 10 (נבו) (9.12.2021); ת"פ (שלום ת"א) 15297-06-21 מדינת ישראל נ' בוטיאר 5 (נבו) (13.3.2022); ת"פ (שלום ת"א) 40920-01-21 מדינת ישראל נ' אדהמי 3 (נבו) (30.3.2021); ת"פ (שלום ח"י) 48919-12-20 מדינת ישראל נ' שרנדוב 3 (14.4.2021); ע"ח (שלום נצ"י) 8286-01-15 פינטו נ' מדינת ישראל 6-7 (נבו) (4.3.2015); עפ"א (ארצי) 36217-11-15 אביר – 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); ת"ב (שלום פ"ת) 66854-06-18 סעדה נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה גני תקוה, פס' 6 (נבו) (14.7.2020); ת"ב (שלום פ"ת) 12225-11-21 לוינ' מדינת ישראל (נבו) (9.5.2022); ת"פ (שלום אש"י) 33480-03-20 מדינת ישראל נ' יבדאייב, פס' 20-22 (נבו) (23.9.2020); ת"פ (שלום אש"י) 65526-05-17 מדינת ישראל נ' סדאן, פס' 26 (נבו) (28.2.2021); ת"פ (שלום ת"א) 55567-12-19 מדינת ישראל נ' רונן 4-5 (נבו) (15.11.2021); ת"פ (שלום ראש"ל"צ) 39187-01-19 החברה האמריקאית ישראלית לגו בע"מ נ' מדינת ישראל, פס' 9-10 (נבו) (17.8.2020); ת"פ (שלום י-ם) 46276-12-20 מדינת ישראל נ' אשר, פס' 6 (נבו) (8.11.2021); ת"פ (שלום ב"ש) 27402-03-20 מדינת ישראל נ' קהירי, פס' 6-9 (נבו) (14.2.2022); ת"פ (שלום ב"ש) 31842-04-21 מדינת ישראל נ' חדר, פס' 9 (נבו) (7.3.2022).

22 חיווק ממשי לזכויות החשודים והנאשמים ניתן ביום 30.6.22 על ידי המחוקק בדמותו של עיגון חקיקתי לדוקטרינת פסלות הראיות שהושגו שלא כדין. ראו חוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 19), התשפ"ב-2022, ס"ח 984. העיגון החקיקתי דוחה הלכה למעשה את הגישה שביקרה את הלכת יששכרוב (ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, פ"ד סא"ד (1) 461 (2006)) ואת השימוש בה. אומנם המחוקק ביקש לאפשר לפסיקה להמשיך ולהתפתח בהקשרים של כלל הפסלות ויישומן, אך הוא מבהיר בבירור 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 באשר לעוצמת הפגיעה בזכויותיו של העד שתצדיק את אי-קבלת הודעתו. ראו גיא רובינשטיין ומשה סרוגוביץ "דוקטרינת הפסילה הפסיקתית ותחולתה על עדים" פורום עיוני משפט מב 5 (2019). כן ראו לאחרונה ע"פ 5268/17 שוויש נ' מדינת ישראל (נבו) (16.2.2022), שבמסגרתו אומצה הגישה שלפיה כדי לפסול ראיה שנתקבלה מחקירתו של עד נדרשת פגיעה בעלת עוצמה מיוחדת ורבה מזו של פגיעה בזכויותיו של הנאשם עצמו. ספק אם קביעה זו עדיין נכונה לאחר שתיקון החקיקה המאוחר שאליה התייחס בנשימה אחת להודעת נאשם ולהודעת עד.

(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 הראיות.²³ לא ניתן לחלוק על היותו של גילוי האמת מטרה חשובה מאוד של סדרי הדין, אבל למעשה מטרה זו שלובה בזכויות החשודים והנאשמים ואינה 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 את סדרי הדין ואת דיני הראיות וכן את זכויות החשודים והנאשמים. אחת מן המטרות המובהקות של חלק מן הכללים הללו היא לשרת את האמת: איננו 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 [ביחסי הכוחות בין החשוד לחוקר] מגדיל את הסיכוי להודאות שווא, ואת האפשרות שהחוקר יחרוג מסמכותו. היוועצות נאשם עם עורך דין מסייעת להקטין את פערי הכוחות, ולו בקצת, ובכך עוזרת לקדם הן את זכויות הנאשם, והן את חקר האמת".²⁴

שנית, אם אנחנו מכירים בכך שלכללי סדר הדין, בחקירה ובמשפט, ובייחוד לכללים בדבר ניהול חקירה משטרתית, יש ערך גם מבחינת גילוי האמת וקביעת סיכוני המשגה כך שיהיה בהם לצמצם הרשעות של חפים מפשע, אזי צריך להכיר בערך של הקפדה על כללים אלה גם בטווח הארוך. למשל, אומנם פסילת ראייה מהימנה שהושגה בדרך לא חוקית עלולה לפגוע ביכולת להגיע לתוצאה מדויקת מבחינה עובדתית במקרה קונקרטי, אך בטווח הארוך, דווקא עידוד המשטרה לציית לכללים והרתעתה מלנהוג בדרכים שעלולות להביא

23 דומני שגם השופט עמית אינו מחזיק בדיכוטומיה זו בחוזקה ומכיר בכך שהדברים שלובים. ראו יצחק עמית **חסיונות ואינטרסים מוגנים – הליכי גילוי ועיון במשפט האזרחי והפלילי** 183–186 (2021). הוא אמר דברים ברוח זו גם בכינוס של לשכת עורכי הדין. ראו איתמר לויין "השופט עמית: נחוצה רפורמה במשפט הפלילי" **News1** (2.9.2021) <https://bit.ly/3C0PiSH> ("ברור שאנחנו לא מדברים על מצב דיכוטומי של או זכויות או ראיות").

24 עניין **גטצאו**, לעיל ה"ש 13, פס' 6 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

לתוצאות שגויות משרתים את הערכים של גילוי האמת ומניעת הרשעתם של חפים
 מפשע.²⁵

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 לביורור האמת. כדברי אלכס שטיין: "לא כל זכות דיונית צריך שתשאב את הצידוק לקיומה מתרומתה לביורור האמת. דבר זה נכון במיוחד, לעניין זכויות דיוניות בפלילים שנהוג לקיימן במשטרים ליבראליים המכבדים את האדם כפרט".²⁶ אין ספק שניתן בקלות לקדם את הערך של גילוי האמת אגב מחיקתן של זכויות חשובות אחרות. למשל, התרה של חדירה לחומרי מחשב ללא מגבלה ושתילת רוגלות בטלפונים סלולריים של כלל האזרחים הייתה מאפשרת למשטרה לפענח פשעים רבים בנקל, אך בשל החשיבות שאנחנו מייחסים לזכות לפרטיות נקבעים כללים המגדירים את סמכויות המשטרה ומגבילים אותה בהקשר זה.

בהקשר זה ראוי לייחד כמה מילים לערך שבשמירה על יושרתו של ההליך הפלילי. אנטוני דף פיתח את התיאוריה של ההליך הפלילי כהליך קומוניקטיבי במהלכו הקהילה באמצעות מערכת המשפט מביאה את הנאשם לדין ומחייבת אותו לתת דין וחשבון על מעשיו ("calling into account"). על מנת שיהיה תוקף מוסרי להליך זה חייבת המערכת לנהוג בצדק כלפי הנאשם.²⁷ דף ואחרים הרחיבו על ההכרח ביושרה של ההליך הפלילי, המשתרעת לא רק על המשפט עצמו אלא גם על השלבים המוקדמים של חקירת החשודים. התוקף המוסרי של המשפט נשען למעשה על התנהגות המדינה שקדמה לו, והתנהגות פסולה של הרשויות השלב שלפני המשפט יכולה לערער את הליגיטימיות שלו. לכן ניתן גם לפסול ראיות שהושגו תוך הפרת החובות של הרשויות, אפילו כאשר יש להן ערך הוכחתי, אם קבלתן תפגע בלגיטימיות של ההליך.²⁸ אכן לשיח הזכויות ולהקפדה על זכויות החשודים והנאשמים ערך רב גם ביכולת של המערכת לנקוט עמדה מוסרית כלפי הנאשם, לגנותו ולהענישו אם יורשע. רביעית, שיח הזכויות בהליך הפלילי, ובעיקר דוקטרינת פסלות הראיות, מסייעים רבות בפיתוח המשפט ובהגדרת גבולות האסור והמותר לרשויות אכיפת החוק גם כשהראיה אינה נפסלת בסופו של דבר. הכוונה כאן היא לעצם יצירת הכללים מקום שבו קודם לכן גבולות הכוח של הרשויות לא היו ברורים. כללים חשובים ביותר

25 ראו לאחרונה את ע"פ 4946/20 אינעלם נ' מדינת ישראל, פס' 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".

26 אלכס שטיין "הצעת החוק בדבר החלפת סעיף 10א לפקודת הראיות" מחקרי משפט י' 157, 161 (התשנ"ג).

27 לפיתוח כללי של התיאוריה ראו ספרו, (2001) PUNISHMENT, COMMUNICATION AND COMMUNITY.

28 ראו A. DUFF ET AL, THE TRIAL ON TRIAL. VOLUME 3, TOWARDS A NORMATIVE THEORY OF THE CRIMINAL TRIAL (2007), בעיקר הפרק העוסק ב Principle of Integrity בעמ' 225-257.

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 סרטוט כללי התנהגות אלה נודעת חשיבות רבה במדינה דמוקרטית ליברלית. חלק מהכללים שקובעים בתי המשפט אף מאומצים מאוחר יותר כנהלים משטרתיים מחייבים.²⁹

יש להיזהר מרומנטיזציה ומאידיאליזציה של העידן שבו לדרך שבה הושגו הראיות לא הייתה כל משמעות מבחינת קבילותן. זכורים לי, ולא לטובה, דיונים מהתקופה שלפני הלכת יששכרוב שבהם טענו סנגורים נגד פרקטיקות חקירתיות פוגעניות ביותר שבתיה המשפט בחרו להתעלם מהן. בהיעדרו של כלל פסלות אפקטיבי הייתה הראיה ככלל קבילה, וההכרעה בשאלות מהותיות לזכויות הפרט במדינה ולגבולות הפעלת כוח של רשויות האכיפה לא נדרשה.³⁰ 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 הפרפריה. 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 שאליהן מפנה עמית את חיציו מביאות לסרבול. כך למשל בעניין חומר חקירה, ראיתי מקרים רבים שבהם 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.³¹ מבדיקות נפרדות שנערכו בפרקליטות המדינה ובסניגוריה הציבורית עולה כי

29 להרחבה, ראו יואב ספיר וגיא רובינשטיין "הסיפור של יששכרוב: יששכרוב בפעולה – על יתרונותיה של דוקטרינת הפסלות היחסית ועל תרומתה להגנה על זכויות הפרט" **מעשי משפט** 333, 353–355 (2019).

30 שם, בעמ' 356–357. 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 עלידי 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 369/78 **אבו מדיג'ם נ' מדינת ישראל**, פ"ד לג(3) 376, 381 (1979)).

31 במקרים רבים לא ניתן למצוא ביטוי מפורש לכך בהחלטות בית המשפט. לדוגמאות לצורך המחשה, ראו תפ"ח (מחוזי ב"ש) 38289-08-10 **מדינת ישראל נ' דרבון** (נבו 8.1.2013) (שם בעקבות בקשות ההגנה שחשפו חומר חדש הגיעו הצדדים להסדר טיעון שבמסגרתו תוקן כתב האישום החומר שכלל אישומים חמורים ביותר של אונס ומעשה סדום. אחד האישומים נמחק, והנאשם הודה במעשה מגונה ובהדחה בחקירה); ת"פ (מחוזי ב"ש) 49210-05-12 **מדינת ישראל נ' פלוני** (נבו 31.12.2012) (שם דובר בכתב אישום נגד 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) (שם בעקבות קבלת פלטי השיחות נמחק כתב האישום ברובו); בע"ח 2081-03-16 **מדינת ישראל נ' שריקי** (20.4.2016) (שם טענה התביעה כי אין בידיה חומרי חקירה נוספים לבר מאלו שכבר נמסרו להגנה. אלא שבמהלך דיוני ההוכחות התברר שהיו קיימים חומרי חקירה קריטיים נוספים – ובהם שחזור שערך המתלונן וצולם בטלפון של שוטר שליווה אותו. השחזור,

בכשליש מהתיקים העוסקים בעבירות מין מוגשות בקשות לקבלת חומר חקירה לפי סעיף 74 או סעיף 108 לחסד"פ. על פי שתי הבדיקות הנפרדות, כשני שלישים מהבקשות המוגשות לבתי המשפט מתקבלות במלואן או בחלקן. נתון זה, שכאמור אינו שנוי במחלוקת בין הפרקליטות לסניגוריה, מלמד כי ככלל הסנגורים דווקא נוהגים איפוק בהגשת בקשות, וכי היעדר הקפדה על זכויות הנאשם מצד הרשות שלא העבירה את החומר המבוקש להגנה, הוא שהביא ברוב גדול של המקרים לנקיטת הליך.³² על כל פנים, אינו מכיר מחקר המלמד כי אכן טענות סרק על הפרה של זכויות הנאשם הן סיבה מרכזית לסרבול ההליך. ייתכן מאוד, ואף סביר להניח, כי כמו בכלים משפטיים אחרים, למשל טענות חוקתיות כאלה ואחרות, גם בטענות על הפרת זכויות בהליך הפלילי נעשה שימוש יתר. אך דבר טבעי זה כשלעצמו אינו מעורר קושי. שלושה משופטי בית המשפט העליון השיבו בהזדמנויות שונות לחשש מסרבול ההליך הפלילי בשל שיח הזכויות. בדבריהם אסיים חלק זה.

בעניין **בונר** כתב השופט ג'ובראן בהקשר של טענות לפסלות הראיות, שאם אין בהן ממש, בית המשפט דוחה אותן, ואין בהן כדי לסרבול את ההליך במידה רבה. לעומת זאת אם מדובר בטענות שיש בהן ממש, "העלאתן לסדר היום והטיפול בהן היא הכרחית על מנת לקדם את תכליות המשפט הפלילי, והן אינן 'פריפריאליות' לו".³³ על כך יש להוסיף את

שבו שולל 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 19504-12-15 **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). כן ראו ת"פ 31484-08-15 **מדינת ישראל נ' אבו שיך** (16.12.2016) (שם 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); תפח"ע 50459-03-20 **מדינת ישראל נ' פלוני** 16 (2.12.2020) (שם זוכה הנאשם בהסכמה מחלק מהעבירות של מעשי סדום ומעשים מגונים בקטניות, והשופטים המליצו לתביעה לחזור בה גם משאר כתבי האישומים. הרקע לכך היה קבלת ערר לקבלת חומרים לפי ס' 108 שנגעו למצבה הנפשי הקשה ולנסיבותיה המשפחתיות של אחת משתי המתלוננות בתיק – נסיבות שנטען כי היו הרקע לתלונה (שם, עמ' 14). בהחלטה בבקשה מיום 17.11.2020, נפסק כי החומרים הנוגעים למתלוננת "נוגעים באופן ישיר לאירוע מושא כתב האישום..." (שם, בעמ' 2); ת"פ 8724-11-18 **מדינת ישראל נ' אבו בדויה** (8.11.2018) (שם 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 עם הנאשם לישראל); ת"פ 62612-02-16 **מדינת ישראל נ' בורובסקי** (29.3.2018) (שם נמחק אישום בתקיפה שהוגש נגד אדם בן 91 בעקבות תלונה של שכנה שעימה הוא מסוכסך. הבסיס לביטול כתב האישום היה חומרים שהתגלו לפי בקשה לפי ס' 74 שנגעו לאירוע קודם שבו התלונן הנאשם על אלימות מצידה של המתלוננת בתיק הנוכחי).

32 ראו הוועדה הבינ-משרדית לבחינת הטיפול בנפגעי עבירות מין בהליך הפלילי **דין וחשבון** 174–175 (2019) <https://bit.ly/3PQGp3P>, וכן שם בנספחים 1, 2 לדוח. הסניגוריה הציבורית ופרקליטות המדינה מעריכות כל אחת אחרת את שיעור המקרים שבהם לקבלת הבקשה בבית המשפט הייתה השפעה על התוצאה בתיק, אך אין מחלוקת על שיעור הבקשות המוגשות ועל שיעור הבקשות המתקבלות.

33 עניין **בונר**, לעיל ה"ש 14, פס' 5 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

דבריו של השופט אלרון בפרשת **אוריך**, ולפיהם הדרך למנוע סרבול בהקשר זה היא להקפיד על זכויות הנאשמים והנחקרים.³⁴ 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 להפריזו. 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 לירכתייה.³⁵

הוויכוח על שיח הזכויות בהליך הפלילי במתכונתו הנוכחית חדש יחסית בבית המשפט העליון, אך דומה שהוא תופס תאוצה ומעמיק. העמדה שמוביל השופט עמית, שהוא ללא ספק אחד מן השופטים הדומיננטיים כיום בבית המשפט העליון,³⁶ ואף צפוי בקרוב להיות נשיאו,³⁷ היא טעם המצטרף לטעמים שמנתי בעבר באשר לצורך בעיגון חוקתי מפורט של זכויות בהליך הפלילי. על טעם עכשווי נוסף הקשור למגמות 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 בענייניו של **הפופוליזם הפוליטי העכשווי**, שבו אני מבקש להתמקד כאן, ראוי להבחינו מן **הפופוליזם העונשי**, שאף הוא קשור לענייניו 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

34 דנ"פ 1062/21 **אוריך נ' מדינת ישראל**, פס' 42–43 לפסק דינו של השופט אלרון (נבו 11.1.2022).

35 עניין **נחמני**, לעיל ה"ש 5, פס' 9 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

36 נתונים שפורסמו לאחרונה בגלובס מלמדים שהשופט עמית הוא השופט שיושב במספר הרב ביותר של תיקים וכותב את המספר הרב ביותר של פסקי הדין. ראו אבישי גרינצייג "אי שוויון בנטל בעליון: הנתונים שמגלים אילו שופטים ישבו בהכי הרבה דיונים" **גלובס** (9.3.2022) <https://bit.ly/3vaeiTR>.

37 בפרק הזמן שבין כתיבתה של רשימה ועד לפרסומה התמנה השופט עמית לממלא מקום נשיא בית המשפט העליון. בחירתו לתפקיד הנשיא באופן פורמלי מתעכבת בשל התנגדותו של שר המשפטים יריב לוין למינויו על פי שיטת הסניורטי.

מטרותיה המוצדקות. כבר בשנת 1995 טבע אנטוני בוטומס את המונח Populist Punitivism בהתייחסו לנטייה של פוליטיקאים להשתמש במדיניות ענישה לצורכיהם בהסתמך על מה שלדעתם יתאם את הסנטימנט הענישתי (המחמיר) של הציבור הרחב.³⁸ ג'ון פראט ואחרים שהשתמשו בביטוי Penal Populism ציינו שמדובר בתופעה סוציו-פוליטית רחבה ומורכבת שמאפיינת את רוב החברות המערביות.³⁹ גם על ישראל תופעה זו לא פסחה. הסניגוריה הציבורית הצביעה על היבטים מסוימים שלה ברוח מיוחדת שפרסמה בשנת 2006.⁴⁰ על סכנותיו של הפופוליזם העונשי בכלל ועל השפעתו ההרסנית על החברה האמריקנית נכתב רבות, ואף אני התייחסתי אליו בעבר כשמניתי את הסיבות לצורך בעיגון מפורש ומפורט של זכויות חוקתיות בהליך הפלילי.⁴¹

סכנותיו של הפופוליזם העונשי מתעצמות על רקע צמיחתו של הפופוליזם הפוליטי העכשווי ברחבי העולם. "פופוליזם" אינו מונח חדש וכמובן גם אינו תופעה חדשה בהיסטוריה הפוליטית האנושית, ודומה כי גם אין לו הגדרה אחת. עם זאת נראה שבעשור האחרון יש גל של צמיחה והתפשטות של פופוליזם מסוג מסוים שקונה לו אחיזה בקרב ציבורים נרחבים בדמוקרטיות רבות, ובחלקן אף הגיע בבחירות לשלטון.⁴² אף כי קשה להסכים על כל מאפייניו של גל פופוליסטי זה, קשה גם להתעלם מכמה מאפיינים משותפים בולטים. מדובר במשטרים סמכותניים השואפים להגדיל את כוחם השלטוני על חשבון רשויות השלטון האחרות ומתוך 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 הפופוליזם היא הטענה שרק קבוצה פוליטית מסוימת היא הנציגה האותנטית של העם.

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

39 JOHN PRATT, PENAL POPULISM 3, 7 (2007); JULIAN V. ROBERTS ET AL., PENAL POPULISM AND PUBLIC OPINION: LESSONS FROM FIVE COUNTRIES 8–20 (2003)

40 הסניגוריה הארצית דו"ח שנתי לשנת 2006 94–81 <https://bit.ly/3hJogbN> (2007) כן ראו הסניגוריה

הציבורית דוח פעילות 2008–2009 81 <https://bit.ly/3vbbPbB> (2010) ; הסניגוריה הציבורית דו"ח

פעילות 2010–2011: 15 שנים לסניגוריה הציבורית 79 <https://bit.ly/3VetNVi> (2012) ראו גם

הסניגוריה הציבורית דוח שנתי 2016 130–121 <https://bit.ly/3VopecQm> (2017) (הפרק "מערכת

האכיפה הפלילית בישראל – האם ניתן לחוש ברוחות של שינוי?"). בפרק זה הצביעה הסניגוריה

הציבורית על האפשרות של שינוי כיוון, בין היתר בעקבות דוח ועדת דורנר, שהוקמה כתגובה לפופוליזם

עונשי, ומסקנותיה הן משקל רב כנגדו.

41 ספיר, לעיל ה"ש 2.

42 הדוגמאות המקובלות הן הונגריה, פולין, ברזיל, הודו, ארצות הברית (בתקופת הנשיא דונלד טראמפ)

ולאחרונה גם איטליה. הפוליטיקה של דמוקרטיות אירופיות נוספות הושפעה מצבירת כוח של מפלגות

או תנועות פופוליסטיות, אף אם הן לא הגיעו לשלטון. כך למשל כיוון, בהולנד, בדנמרק, בבריטניה,

באוסטריה ובצרפת. 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 Taggart et al. eds., 2017); JAN-WERNER MÜLLER, WHAT IS POPULISM 1, 19–25

(2016).

במילותיו של יאן ורנר מולר: "Only some people are really *the people*".⁴³ מה שעושים המנהיג או הקבוצה השלטת שזכו לרוב הקולות של העם נעשה בשמה של הדמוקרטיה ונגד "האליטות המושחתות".⁴⁴ מרדכי קרמניצר מתאר כיצד טענות אלה מתורגמות לכדי הוצאתן של קבוצות אחרות (כגון מיעוטים דתיים ולאומיים ומהגרים) אל מחוץ למחנה. מאפיינים נוספים של הפופוליזם שמונה קרמניצר כוללים מתקפה על הגורמים המדינתיים שאינם נבחרים ישירות בידי 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 תפיסות אוניברסליות ועל מחויבות לזכויות האדם; רידוד השיח הציבורי והתנכרות לאמת; ראייה במתנגדים הפוליטיים אויב העם והמדינה.⁴⁵ על רקע מאפיינים אלה של הפופוליזם הפוליטי העכשווי קל לראות את הסכנות שאורבות לזכויות הפרט בהקשרים של המשפט הפלילי. ראשית, מעצם הנטייה של הפופוליזם לסמן קבוצות אוכלוסייה – מיעוטים, מתנגדים פוליטיים ומהגרים למשל – כאויבים, מתגברת הסכנה כי גם יהיה רצון להפעיל את המשפט הפלילי באופן פוגעני במיוחד נגד חברי קבוצות אלה. שנית, ה"עבריינים", בין שהם חשודים, נאשמים או מורשעים, יכולים אף הם בנקל להיות מסומנים כקבוצה כזו של "אחרים" או אויבים הניצבת אל מול הקבוצה הדומיננטית. כשמוסיפים לשתי סכנות אלה את היעדר המחויבות להגנה על זכויות הפרט, ולעיתים את ההתנגדות האקטיבית לזכויות אלה, מתוך 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. כמה וכמה מלומדים התריעו מפני סכנות הפופוליזם בהקשר של פגיעה בזכויות ובעקרונות יסוד במשפט הפלילי. דיוויד סקלנסקי הצביע על החשש ממדיניות שעושה דה-הומניזציה לחשודים, לנאשמים ולאסירים. במילותיו:

[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'.⁴⁶

43 שם, בעמ' 46.

44 Nicola Lacey, *Populism and the Rule of Law*, 15 ANN. REV. L. & SOC. SCI. 79, 84 (2019)

45 "דמוקרטיה ופופוליזם עם הפרופ' מרדכי קרמניצר" האוניברסיטה המשודרת (19.1.2021) <https://bit.ly/3PRAMTe>

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

מדיניות כזו, שאינה מתייחסת לבני אדם ככאלה, היא רעה כשלעצמה, והיא שלובה בראייה מבחינה היסטורית יחס לא אנושי לנאשמים היה שלב בהדרה של קבוצות אוכלוסייה נוספות.⁴⁷ גם פראט ומאיו מצביעים על סכנות הפופוליזם בהקשרים של המשפט הפלילי: הצורך של הפופוליזם להבטיח ביטחון והגנה לתושבים ולשם כך למצוא אויבים; ההתנערות מזכויות אדם, מעקרונות יסוד ומרעיונות 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 מונחים ביסודם. לייסי קושרת באופן מובהק יותר לפופוליזם את ההתפתחויות הקשורות לשימוש במשפט הפלילי במאבק בטרור ואת השימוש במשפט הפלילי בהקשרים של הגירה (crimmigration).⁴⁸ מלומדים אלה ואחרים מביאים דוגמאות להשפעת הפופוליזם על המשפט הפלילי ברחבי העולם. במאמרם של קרמניצר ושני, העוסק בהשוואה בין הונגריה לפולין ולישראל, ניתן למצוא דוגמאות לשימוש שנעשה בדמוקרטיה פופליסטית במשפט הפלילי למטרות כמו החלשת כוחם של ארגוני חברה אזרחית⁴⁹ ופגיעה בחופש הביטוי הפוליטי.⁵⁰

קרמניצר ושני גם שואלים את השאלה החשובה: האם השיח העולמי הער על פופוליזם ועל פגיעתו בדמוקרטיה ליברליות במערב רלוונטי גם לישראל? מסקנתם בשנת 2018 התה שאף שבישראל המוסדות הדמוקרטיים עדיין שומרים על כוחם ועל עצמאותם, והשחיקה במאפיינים הדמוקרטיים (democratic backsliding) בשלוש המדינות נמצאת בשלב שונה, יש קווי דמיון בין תהליכים א-ליברליים שהתרחשו או שהיו ניסיונות לקדםם בהונגריה, בפולין ובישראל.⁵¹ מאז עוברים הדמוקרטיה הישראלית ומוסדותיה טלטלה של ממש,

47 ש.ם.

48 גם בהקשרים אלה מדגישה לייסי שאין מדובר בתוצאות ישירות או בלעדיות של פופוליזם, וכי קיימים כמה וכמה גורמים קונטינגנטיים במדינות השונות בהקשר זה (Lacey, לעיל ה"ש 44, בעמ' 88-90).

49 כך, לדוגמה, בהונגריה, שם הורחבו העבירות הנוגעות לסיוע להגירה לא חוקית כדי להיאבק בארגוני החברה האזרחית שמממן ג'ורג' סורוס. ראו Mordechai Kremnitzer & Yuval Shany, *Illiberal Measures in Backsliding Democracies: Differences and Similarities between Recent Developments in Israel, Hungary, and Poland*, 14 LAW & ETHICS HUM. RTS. 125, 133 n. 40 (2020).

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

51 ש.ם. ראו גם Nadiv Mordechai & Yaniv Roznai, *A 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).

שהחלה עם הצגת התכנית ל"רפורמה משפטית" על ידי שר המשפטים יריב לוין בינואר 2023, וממשיכה בימים אלה.⁵²

בהקשר שלנו חשוב לזכור שמטרתה של חוקה היא להגן עלינו מפני העתיד. ההתפתחויות של השנים האחרונות בישראל מלמדות שאיננו רחוקים מתהליכים אנטי-דמוקרטיים ומפגיעה בזכויות האדם שהתרחשה במדינות אחרות, ועל כל פנים העתיד אינו ידוע. גם אם כיום החקיקה הרגילה של הכנסת קובעת זכויות שלכאורה מייתרות 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 אינה 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 שתיבחנה תכלולנה פגיעה קשה בזכויות הפרט. הרצון לטפל בכוח הזרוע העונשית בבעיה ששורשיה 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.⁵³ בדיון חשוב שנערך בוועדה למיגור הפשיעה בחברה הערבית באוגוסט 2020 נדונו נושאים כגון המחסור במסגרות טיפוליות מותאמות לחברה הערבית וייצוג היתר של האוכלוסייה הערבית בהליכים פליליים, במעצרים ובכליאה.⁵⁴ החלטת הממשלה שהתקבלה במאוס

52 ככל שמתרבות ומעמיקות המתקפות על הדמוקרטיה הישראלית, מתווספת גם כתיבה אקדמית המתייחסת לתופעה. ראו למשל עמיחי כהן ויניב רוזנאי "פופוליזם והדמוקרטיה הישראלית" **עיוני משפט** מד 87 (2021); גילה שטופלר "חוקתיות סמיליברלית ואיזונים ובלמים בדמוקרטיה הישראלית" **עיוני משפט** מד 171 (2021); וראו הגיליון המיוחד של כתב העת ISRAEL LAW REVIEW 56 (נובמבר 2023) שהוקדש כולו לנושא של המשבר החוקתי בישראל.

53 ראו הסניגוריה הציבורית **דוח פעילות 2020** 101–99 (2021) <https://bit.ly/3VA9zpn>. כן ראו דיון בוועדה המיוחדת למיגור הפשיעה בחברה הערבית – "שיקום אסירים בכלא ולאחר השחרור": נייר עמדה מטעם הסניגוריה הציבורית **שיקום אסירים בכלא ולאחר השחרור** (6.12.2020) <https://bit.ly/3HY1p6R> (להלן: שיקום אסירים בכלא).

54 פרוטוקול ישיבה 11 של הוועדה המיוחדת למיגור הפשיעה בחברה הערבית, הכנסת ה-23, 5, 40 (18.8.2020).

2021 התייחסה לצד פתרונות אכיפתיים מסורתיים גם לנושאים כגון תעסוקה, חינוך וחיזוק כלים רווחתיים-קהילתיים לטיפול באלימות ולמניעתה.⁵⁵ ואולם מבחינת היישום בפועל נראה שהצעדים העיקריים שאכן קודמו עד כה מתמקדים במתן סמכויות מיוחדות וחריגות לרשויות האכיפה ובענישה. צעדים אלה כוללים מתן סמכויות חיפוש חדשות למשטרה ללא צו שיפוטי,⁵⁶ הכנסה של כוחות שיטור מיוחדים ליישובים הערביים, לרבות כוחות חצי-צבאיים (משמר הגבול)⁵⁷ וכוחות חשאיים (שירות הבטחון הכללי),⁵⁸ החמרה בענישה⁵⁹ וקביעת עונשי מינימום.⁶⁰ בפרק הזמן שבין כתיבת מאמר זה בין פרסום הנוסח הסופי שלו אישרה הכנסת בקריאה שנייה ושלישית את חוק הגנה על הציבור מפני ארגוני פשיעה המקנה סמכויות חריגות להוצאת צווי הגבלה שיפוטיים על בסיס הערכת מסוכנות מודיעינית.⁶¹ כל אחד מאפיקי פעולה אלה מעורר חשש ממשי לפגיעה קשה בזכויותיהם של חשודים, של נאשמים ושל אסירים. התמקדות בפעולות אכיפה נוקשות ללא מתן פתרונות עומק לבעיות של החברה הערבית המהוות כר פורה לצמיחתה של הפשיעה בה וללא חיזוק המערכים הטיפוליים והשיקומיים, יכולה גם להביא לתוצאות לא צודקות במקרים קונקרטיים וגם להחטיא את המטרה של הפחתת הפשיעה.⁶² נוסף על זה, פתרונות מסוג זה עלולים להחריף בעיות קיימות של חוסר אמון במערכות

- 55 החלטה 549 של הממשלה ה-36 "תכנית לטיפול בתופעות הפשיעה והאלימות בחברה הערבית 2022–2026" (24.10.2020).
- 56 ראו דברי הסבר להצעת חוק לתיקון פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) (עילות חיפוש בלא צו בית משפט) (הוראת שעה), התשפ"ב–2021, ה"ח הממשלה 100, שם מתייחסים במפורש ל"תופעת הפשיעה החמורה בחברה הערבית" ול"קשיים מיוחדים באכיפה בתחום זה". ההצעה טרם אושרה סופית ונותרה, בעת פיזור הכנסת העשרים וארבע, בהליכי דיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט.
- 57 החלטה 549, לעיל ה"ש 55, ס' 1–2 המתייחסים ל"צמצום תופעות מרכזיות של פשיעה ועבריינות".
- 58 ראו יהושע (ג'וש) בריינר "בנט תומך בשילוב שב"כ במאבק בפשע בציבור הערבי, ארגמן מתנגד" **הארץ** (23.8.2021) <https://bit.ly/3HYVChw>; משרד ראש הממשלה "תמה ישיבת צוות השרים למאבק בפשיעה ובאלימות בחברה הערבית" (הודעת דוברות 3.10.2021) <https://bit.ly/3hUqN2C>.
- 59 ראו חגית לרנאו "התמודדות מערכת המשפט הישראלית עם הפשיעה בחברה הערבית: משילות או יצירת המשבר החברתי הבא" (טרם פורסם) (טיוטת המאמר נמצאת בידי הכותב).
- 60 חוק העונשין (תיקון מס' 140 – הוראת שעה), התשפ"ב–2021, ס"ח 472. ראוי לציין כי תיקון חקיקה זה וכן התיקון באשר לסמכויות חיפוש לא חלו, כמובן, רק על החברה הערבית. 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, הכנסת ה-24, 4 (28.7.2021), בפרוטוקול ישיבה 40 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-24, 6 (2.8.2021) ובמליאת הכנסת (ד"כ 11.10.2021, 213–214).
- 61 בדברי הסבר להצעת החוק נכתב במפורש שיא מוצעת על רקע העלייה בפשיעה בחברה הערבית. ראו הצעת חוק הגנה על הציבור מפני ארגוני פשיעה, התשפ"ה–2024, ה"ח 1034.
- 62 לניתוח מעמיק של סכנות ההתמקדות בכליאה כדרך להתמודד עם הפשיעה בחברה הערבית ראו לרנאו, לעיל ה"ש 59.

אכיפת החוק בקרב החברה הערבית⁶³ ואת ייצוג היתר הניכר של בני החברה הערבית בכליאה.⁶⁴ מוקדם מדי לאמוד את תוצאות הצעדים שנוקטים כחלק מהמאבק בפשיעה בחברה הערבית, אך כבר עתה ניתן לראות, לצד פעולות שיטור חריגות, עלייה מדאיגה במספר הכלואים בשירות בתי הסוהר ובשיעור הכלואים הערבים.⁶⁵ בהודעת עדכון שהגישה המדינה לבג"ץ שבה היא מודיעה ששוב לא תעמוד במועד (הנדחה) שנקבע לקיום פסק הדין בעניין שטח המחיה 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".⁶⁶ על רקע המגמות העכשוויות בארץ ובעולם יש צורך בחיזוק של זכויות הקשורות בהליך הפלילי בדמותו של עיגון חוקתי. בפרק הבא של המאמר אציין את החסרים העיקריים בהצעת החוק, שהוספתם נדרשת במיוחד בשל המגמות האמורות.

ב. חסרים עיקריים 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

63 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".

64 ראו שיקום אסירים בכלא, לעיל ה"ש 53, בעמ' 2-4; נורית יכימוביץ-כהן **נתונים על פשיעה בחברה הערבית – עדכון** 7 (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2020). לפי הדוח חלה עלייה בשנים האחרונות בשיעור התיקים שבהם החשוד אינו יהודי, והוא כיום 41% מכלל התיקים (לעומת 38% מהתיקים בשנת 2015). הנתונים בנוגע לשלבים הבאים בהליך הפלילי מובהקים אף יותר: 61% מהעצורים הפליליים בשנת 2019 היו לא-יהודים, ו-43% מכתבי האישום בשנה זו הוגשו נגדם. חלקם של הלא-יהודים באוכלוסייה הכללית מעל גיל 15 הוא 24% בלבד. ראו שם, 5-7. נוסף על זה, כמחצית מהאסירים הפליליים בישראל – 47% – בשנת 2020 היו ערבים. ראו נורית יכימוביץ-כהן **שיקום אסירים ערבים בכלא ולאחר השחרור** 3 (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2020).

65 ראו חן מענית "מספר הכלואים בעלייה, הצפיפות בבתי הסוהר גוברת – והמדינה מתרחקת מהיעד שקבע בג"ץ **הארץ** (19.5.2022) <https://bit.ly/3VmS1N0>. כן ראו שירות בתי הסוהר **דוח שירות בתי הסוהר לשנת 2020** 17 (2021) <https://bit.ly/3hHZtEZ> ממנו עולה כי שיעורם של הכלואים הפליליים שאינם יהודים מתוך כלל הכלואים הפליליים עולה בהדרגה. בשנת 2010 היה שיעורם 49%, ואילו בשנת 2020 הוא הגיע ל-55%. ראו נתונים נוספים על אי-השוויון הגובר אצל לרנאו, לעיל ה"ש 59.

66 ראו הודעת עדכון עתית מטעם המשיבים בבג"ץ 1892/14 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים** (27.3.2022). להודעה מצורפים גם נתונים על הגידול במספר העצורים. בחודש ינואר 2020 היה מספרם של העצורים עד תום ההליכים 2710. מספר זה גדל בהדרגה והגיע ל-3435 בחודש מארס 2022. באותה תקופה גדל גם מספר העצורים לצורך חקירה מ-460 ל-538. המשך המגמה של גידול במספר העצורים והכלואים נלמד גם מהודעת העדכון האחרונה שהוגשה בהליך זה בחודש נובמבר 2022. גם כאן מיוחסת מגמה זו בין היתר ל"פעילות מאומצת להגברת האכיפה בחברה הערבית". ראו הודעת עדכון מטעם הממשלה ובקשה נוספת לשינוי מועד קיום פסק הדין (3.11.2022).

בהצעת החוק הוא רזה. קשה למצוא במסמכים הרלוונטיים דיון בשאלה של רמת ההפשטה הרצויה בחוקה וודאי שאין בהם הצדקה משכנעת לבחירה בנוסח הלא מפורט והעמום. המסמכים שהוגשו בתגובה לתזכיר ולקראת הדיונים בכנסת מאת גופים שונים, כגון המכון הישראלי לדמוקרטיה, לשכת עורכי הדין בישראל והסניגוריה הציבורית, עומדים על החסרים העיקריים בהצעת החוק.⁶⁷ מסמכים אלה מונים זכויות רבות המקובלות בחוקות אחרות ואינן מופיעות בהצעת החוק, כמו גם זכויות שהופיעו בנוסחים קודמים של הניסיון לחוקק חוק יסוד כזה אצלנו, ואינן מופיעות בנוסח האחרון. בזכויות שאינן מפורטות בולט היעדר הפירוט של הזכויות במשפט הפלילי עצמו – הזכות לעיין בחומר חקירה, הזכות להתעמת עם עדים ולחוקרם בחקירה נגדית, הזכות להתגונן ולהביא עדים, הזכות לנכוח בדיון ועוד. לפירוט זכויות אלה חשיבות מיוחדת בשל המחלוקת המתפתחת בבית המשפט העליון על מקומן של זכויות אלה, שאותה תיארתי לעיל.

מלבד ההיעדר הבולט של זכויות דיוניות במשפט הפלילי עצמו, חסרה בהצעת החוק התייחסות לכמה עקרונות וזכויות יסודיות ביותר. אתעכב כאן על כמה חסרים בולטים, של זכויות ועקרונות שהם תנאים יסודיים לשימוש ראוי במשפט הפלילי בחברה דמוקרטית ליברלית. אלה חסרים שראוי להשלימם גם אם הבחירה היא במודל חוקתי רזה יחסית. שלושת הנושאים שבהם אתמקד – עקרון החקיקה הפלילית הבהירה, הזכות לייצוג במימון המדינה והזכויות הנוגעות לשלב הענישה – חשובים במיוחד בשל המגמות שתיארתי בפרק הראשון.

1. עקרון הבהירות

יש לשבח את מנסחי הצעת החוק על שכללו את עקרון החוקיות בהצעה. עיקרון זה, שהוא מהחשובים שבעקרונות היסוד של המשפט הפלילי, לא תמיד מופיע בחוקות אחרות כזכות חוקתית מפורשת. דברים אלה נכונים גם להכללתו בהצעה של עקרון האשמה – גם הוא מעקרונות היסוד של המשפט הפלילי, גם הוא אינו מופיע כעיקרון חוקתי בחוקות רבות. ואולם, אף שבדברי ההסבר להצעה מוסברת חשיבותו של עיקרון 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 שלפיהם 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, ולהערכת דווקא הדגשתו של חלק זה חשובה ביותר, מכיוון שבתרבות המשפטית שלנו הסיכון שהמחוקק יקבע הוראות פליליות עמומות גדול לאין שיעור מהסיכון שאנשים

67 כל המסמכים זמינים ברשת, ראו "ועדת החוקה, חוק ומשפט: חומרי רקע לישיבות הוועדה" הכנסת <https://bit.ly/3Ggl7cW> (11.5.2022).

יועמדו לדין בגין עבירות שאינן קבועות בחוק כלל או שיענשו על עבירות שלא היו קיימות בעת עשיית המעשה.

הרציונלים הכלליים של עקרון החוקיות חלים כולם במובהק גם על הדרישה שהחוק הפלילי יהיה בהיר ומפורש. כך באשר לרציונל המרכזי המובא בהצעת החוק, מתן אזהרה הוגנת, וכך גם באשר לכמה רציונלים נוספים. הרעיון שלפיו "אין עונשין אלא אם כן מזהירין" מחייב שהאזהרה תהיה ברורה. קביעה של עבירות עמומות אינה מקיימת את דרישת ההגיונות שבבסיס רציונל זה של עקרון החוקיות.

ואולם מתן אזהרה הוגנת אינו הרציונל היחיד של עקרון החוקיות.⁶⁸ ניתן לחשוב על ארבע הצדקות נוספות לעיקרון זה, שמכולן נובעים 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 ראויה, שעל פיה הרשות המחוקקת קובעת את האיסורים הפליליים, והרשות 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 למונען.

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 להשתמש בנקל לרעה במשפט הפלילי. שימוש כזה יכול להיות שרירותי או מפלה נגד קבוצות אוכלוסייה מסוימות או נגד פעולות שבנקודת זמן מסוימת המשטר מבקש לדכא, והוא פוגע בלגיטימיות של השימוש במשפט הפלילי. קביעה מראש של האיסורים הפליליים במפורש ובהירות יש בה אפוא כדי לקדם שוויון בפני החוק וכדי לרסן שימוש לרעה במשפט הפלילי. לא מפתיע שחוק פלילי רחב, עמום ולא ברור הוא מאפיין מובהק של משטרים טוטליטריים.⁶⁹

68 בדיון בכנסת זיהו אנשי מחלקת ייעוץ וחקיקה את רציונל האזהרה ההוגנת לחלוטין עם עקרון החוקיות (ראו פרוטוקול ישיבה 274 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-24, 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 מזהר 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, שעליה מבוסס גם הכלל שאי-ידיעת החוק אינה פוטרת מעונש. במציאות פרטיהם של איסורים פליליים רבים אינם ידועים לציבור הרחב, אפילו אם הם עומדים בדרישת הפרסום. עם זאת לעקרון החוקיות חשיבות אדירה, מהטעמים המפורטים להלן בטקסט.

69 כך ברוסיה הסובייטית נקבע כי "אם איזו פעולה מסוכנת לציבור לא נזכרה במישרין בספר חוקים זה, יש לקבוע את יסודות האחריות וגבולותיה לפי אות הסעיפים מספר החוקים, בהם מוגדרות עבירות הקרובות ביותר לפעולה הנדונה לפי סוגן וטיבן". ס' 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). ראו גם פסק הדין היפה של השופט זילברג בע"פ 53/54 אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי

הסכנה שאצלנו ייעשה שימוש באיסורים רחבים ועמומים אינה רחוקה ושולית. למעשה, פרק העבירות הארכאי בחוק הפלילי הישראלי כלל, ועודנו כולל, שורה של עבירות כאלה. העבירה של "תקלה ציבורית", שבית המשפט העליון ביקר אותה בחריפות בפרשת אש"ד בשנות החמישים, שרדה בספר החוקים שלנו יותר מחמישים שנים עד שבוטלה בשנת 2008.⁷⁰ העבירה העמומה של "מרמה והפרת אמונים" זכתה לביקורות רבות, ועל אף הצעות רבות שהיו לתקנה ולהבהירה, הדבר טרם קרה.⁷¹ חלק מהעבירות העמומות שבחוק העונשין שלנו הן גם עבירות על גבול עבירות מיצב (סטטוס), המפלילות את הימצאותן של אדם במצב מסוים ולא את התנהגותו. סביר שפגיעתן של עבירות מסוג זה, אשר שיטות משפט ליברליות מתייחסות אליהן בחשדנות, תהיה דווקא בחלשים שבקרבנו. כך למשל העבירות "התנהגות פסולה במקום ציבורי", "מטרד לציבור" ו"שכרות", שחלק מחלופותיהן מנוסחות בעמימות ובהרחבה רבה, עלולות להיות מוחלות ביתר שאת על מחוסרי דיור, על נשים בזנות ועל אנשים עם התמכרויות או מוגבלויות אחרות.⁷²

לממשלת ישראל, פ"ד ח 785 (1954), שם מובא סיפורו של דבר החקיקה עמום בעיר דנציג החופשית, שנפסל בשנת 1935 בבית הדין הבינ-לאומי בהאג (שם, פס' 17 לפסק דינו).

70 חוק העונשין (תיקון מס' 100), התשס"ח-2008, ס"ח 217.

71 ראו מרים גור-אריה "פניקה מוסרית והשחיתות השלטונית: השתלטות העברה הפלילית של הפרת אמונים על התחום האתי והמשמעותי" **משפט ועסקים** יז 447, 458-462 (2014); מרדכי קרמניצר ודורון נבות "לשאלת פליליותה של פעולה של עובד הציבור במצב של ניגוד עניינים" **ניגוד עניינים במרחב הציבורי: משפט, תרבות, אתיקה, פוליטיקה** 501, 537 (דפנה ברק-ארז ואח' עורכים, 2009); דבורה חן "עבירת מרמה והפרת אמונים – מתי תפוגג העמימות?" **ספר אליהו מצא** 597, 603-605 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2015). כן ראו מרדכי קרמניצר ואח' **מרמה והפרת אמונים בחינה ביקורתית והמלצות לשיפור החקיקה** 357-366 (2008). ועוד הצעות חוק שעסקו בנושא, החל מהצעת חוק העונשין (תיקון – מרמה והפרת אמונים), התשס"ז-2007, פ/2479/17 ועד הצעת חוק העונשין (תיקון – מרמה והפרת אמונים), התשפ"א-2021, פ/941/24, ותזכיר החוק הממשלתי שעסק בכך (תזכיר חוק העונשין (תיקון – מרמה והפרת אמונים), התשס"ט-2009).

72 ראו ס' 215, 216, 193 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. 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 להיות ההתנהגות העמומה האסורה. כך למשל ס' 193(א) לחוק 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) לחוק אף הוא עמום מאוד ועוסק בגרימת פגיעה, סכנה או הטרדה או יצירת אי-נוחות בשימוש בזכות הרבים. אכן, אין מדובר בעבירת סטטוס מובהקת, אבל היא בהחלט על גבול הסטטוס. קל לראות כיצד עבירה כזו תיאכף למשל על חסרי דיור הנמצאים במקום מסוים באופן שיש מי שיראה בכך הפרעה. החלופה של ס' 215(ג) לחוק עוסקת בהימצאות במקום לשם עיסוק בזנות "בנסיבות שיש בהן משום מטרד לדרי הסביבה או הפרעה לתנועה בדרכים". העיסוק בזנות הוא על גבול הסטטוס, ודאי כאשר מדובר באישה הנמצאת במעגל הזנות ואינה מצליחה לצאת ממנו. מטרד או הפרעה הם הרכיבים ההתנהגותיים העמומים. כך גם כאשר לחלק מהחלופות שבס' 216 חוק: התנהגות במקום ציבורי באופן העלול להביא להפרת השלום, למשל, אינה מוגדרת בבידור, והיא עלולה להיאכף ביתר שאת על כאלה שנמצאים בסטטוס מסוים (שיכורים, מחוסרי דיור, אנשים עם מוגבלויות). החלופות של

על העובדה שהתרבות המשפטית שלנו אפשרה עד כה האשמה והרשעה בעבירות עמומות יש להוסיף את הסכנות שצופן העתיד, שעליהן עמדתי בפרק הקודם, ובייחוד את סכנת הפופוליזם ואת נטייתם של משטרים סמכותניים להשתמש בעבירות סל רחבות ועמומות. גם במשטרים כאלה ההפרה של עקרון החוקיות אינה 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 שידריכו את המחוקק העתידי נעשית ברובד העל-חוקי, ועל כן מדובר בתפקיד מובהק של החוקה. זו גם הסיבה שגם במדינות שבהן לא נקבעה הוראה חוקתית מפורשת בהקשר זה התפתחה דוקטרינה חוקתית ענפה המאפשרת ביטולה של חקיקה פלילית עמומה.⁷³

2. זכות לסגור 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".⁷⁴ 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 ולחקירה יזכה לחקירה הוגנת, יבין במה הוא חשוד ואת זכויותיו, ויהיה מודע לזכות השתיקה ולמשמעותה. כן מפנה הצעת החוק לפסיקה שכבר הכירה בזכות זו כזכות יסוד מרכזית, וכן את ההוראות החוקתיות הרלוונטיות בארצות הברית, בקנדה ובניו זילנד.⁷⁵ גם באשר לזכות הייצוג מודגש בהצעת החוק שמדובר 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 אדוורסרית, ומצוטטים דבריו הידועים של השופט ח' כהן:

שיטוט בחצרים ופשיטת יד בהטרדה מעוררות קשיים דומים. בפרק הזמן שחלף בין כתיבת המאמר לבין פרסומו ביטלה הכנסת את אחת העבירות העמומות בחוק העונשין – "שוטטות" לפי ס' 216(א)(5) לחוק. ראו חוק העונשין (תיקון מס' 150), התשפ"א–2024, ס"ח 3317.

73 ראו *Lanzetta v. New Jersey*, 306 U.S. 451 (1939); *Papachristou v. City of Jacksonville*, 405 U.S. 41 (1999); *City of Chicago v. Morales*, 527 U.S. 41 (1999); *Johnson v. United States*, 576 U.S. 591 (2015); *Session* ראו *Andrew E. Goldsmith, v. Dimaya*, 138 S. Ct. 1204 (2018). לסקירה כללית של הדוקטרינה, ראו *The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court, Revisited*, 30 AM. J. CRIM. L. 279, 283–294 (2003).

74 ס' 9 להצעת חוק-יסוד: זכויות בהליך הפלילי.

75 ראו את דברי ההסבר להצעה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 704.

בעולם משפטי כשלנו, שכל ההליכים מתנהלים בו לפי סדרי דין נוקשים ובשפת המסתרין 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 מטעם המדינה. במובן זה הצעת החוק קובעת לכאורה רק את החירות להיות מיוצג (במובן ההופלדיאני), זו הקבועה כיום בסעיף 22 לחוק לשכת עורכי הדין, כזכות חוקתית ולא את הזכות המטילה חובה קורלטיבית על המדינה לממן את הוצאות הייצוג (זכות במובן ההופלדיאני).⁷⁶ בהתחשב בעובדה שהרוב הגדול של הנאשמים ושל החשודים בפלילים הם חסרי אמצעים, וידם אינה משגת לממן את הייעוץ או את הייצוג המשפטי, קביעתה של חירות להיות מיוצג בלבד אינה מספקת, והיא יכולה להביא לידי התוצאה הקשה של משפטים פליליים שיתנהלו כאשר הנאשמים אינם מיוצגים. כך היה הדבר במשך שנים במדינת ישראל, עד להקמתה של הסניגוריה הציבורית ולהרחבת הזכות להיות מיוצג על ידיה במידה ניכרת.⁷⁷

הכרה בזכות הייצוג ככוללת גם את הזכות למימון המדינה את הייצוג, היא מהלך פרשני מתבקש. מהלך כזה עשה בית המשפט העליון האמריקני בפסק הדין המונומנטלי בעניין Gideon, שבו נקבע כי התיקון השישי לחוקה האמריקנית, שבו 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.⁷⁸ 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 machinery to

76 להרחבה בעניין מיון הזכויות השונות לייצוג, ראו יואב ספיר "אשליות של קדמה: הזכות לייצוג בישראל מתקופת המנדט ועד לשנות השמונים" **ספר הרנון** 397, 438-442 (ענת הורוויץ ומרדכי קרמניצר עורכים, 2009).

77 ראו שם, בעמ' 422, ה"ש 64. כן ראו ספיר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 584.

78 *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963). זכות זו הורחבה מאוחר יותר. ראו את הסקירה אצל Charles J. Ogletree, Jr. & 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, (2004) 208, ובפרט את פסקי הדין *Argersinger v. Hamlin*, 407 U.S. 25 (1972) (החובה למנות סגור 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).

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.⁷⁹

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. בבואנו לעגן את הזכות לייצוג בחקיקת יסוד, ראוי להבהיר נקודה חשובה זו במפורש.

עיגון מפורש של זכות זו הוא תפקיד מובהק של הכנסת בכובעה כרשות המכוננת, והוא יכול לחסוך התדיינויות עתידיות מיותרות והבאת השאלה להכרעתו של בית המשפט דווקא.⁸⁰ אומנם המחוקק הישראלי הרחיב מאוד בעשורים האחרונים את הזכות לייצוג באמצעות הסניגוריה הציבורית, אולם מדובר בתהליכים שגם עלולים להיות הפיכים. בעת כהונתי כסגור הציבורי הארצי עלו מעת לעת הצעות לצמצום הזכות לייצוג במימון המדינה – לעיתים מצד משרד האוצר, לעיתים מצד גורמים בלשכת עורכי הדין ולעיתים מצד פוליטיקאים. למשל: פעמים מספר הועלו הצעות לשלול את זכות הייצוג ממי שמואשמים בעבירות ביטחון, ממי שאינם אזרחי המדינה ומקבוצות אחרות. הצעות מסוג זה עלולות להשתלב עם מגמות פופוליסטיות שעליהן עמדתי בפרק הקודם ולקרום חלילה עור וגידים. כפי שכתב דייוויד 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 הסגור הוא להזכיר למערכת שמדובר בבני אדם, ושחובה להתייחס אליהם כאל כאלה.⁸¹

בהקשר זה נכון שחוק היסוד יקבע כי הזכאים להיוועצות ולייצוג במימון המדינה הם מי שידם אינה משגת לממן את הגנתם, בשונה 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 לשירות בידיים ריקות. ייתכן שגם מי שאינם עניים מרודים, ועל כן אינם נחשבים "חסרי אמצעים" על פי קריטריונים מקובלים, לא יהיה בידם די מימון 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

79 עניין *Gideon*, לעיל ה"ש 7878, בעמ' 345.

80 ראו למשל הדיון בע"פ 7335/05 הסניגוריה הציבורית נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(2) 346 (2005), והמחלוקת שם בשאלה אם הזכות לייצוג על ידי עורכי דין היא זכות חוקתית הנובעת מכבוד האדם.

81 Sklansky, לעיל ה"ש 46, בעמ' 2012.

שלוש נפשות שבה 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-2.6,900⁸² משפחה שזו הכנסתה ואין לה הון או רכוש עלולה שלא להיות מסוגלת לשכור ייצוג משפטי שעלותו עלולה להגיע לעשרות אלפי שקלים, למאות אלפי שקלים, ולעיתים אף יותר. באשר לייצוג בפלילים נפתר קושי זה, כמו גם הקושי הקבוע בסעיף 5 לצו הסניגוריה 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.⁸³

תיקוני החקיקה שנעשו עם השנים בחוק הסניגוריה הציבורית ובחוק סדר הדין הפלילי משקפים נקודה חשובה נוספת: הכללים החוקתיים הם רצפה. זהו מינימום הזכויות שהמחוקק אינו יכול לרדת אל מתחת לו. מובן שהמחוקק הרובני רשאי לקבוע כללים מיטיבים יותר. כך למשל יכול המחוקק לקבוע עילות ייצוג נוספות שאינן מבוססות כלל על זכאות כלכלית. יש 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 נגד נאשמים לא מיוצגים או לחקור חשודים שלא זכו להיוועצות.⁸⁴ 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

82 ראו ס' 2(א)1 לצו הסניגוריה הציבורית (ייצוג נאשמים מחוסרי אמצעים), התשנ"ו-1996; ס' 2(ב)1 לתקנות הסיוע המשפטי, התשל"ג-1973. לשכר הממוצע הערכני במשק, ראו "שכר ממוצע לפי סעיפים 1 ו-2 לחוק הביטוח הלאומי" הביטוח הלאומי <https://bit.ly/3hJrT1p>.

83 ראו חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 48), התשס"ו-2006; חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 49), התשס"ו-2006 שקבעו חובה למנות סנגור כאשר מדובר במי שהוזמן לדין מקדמי לפי ס' 143 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשל"ב-1982, וכן כאשר מדובר במי שהתביעה הודיעה שהיא תבקש להטיל עליו עונש מאסר בפועל אם יורשע לפי ס' 15 לחוק. ראו ספיר, לעיל ה"ש 76, בעמ' 423-424; ספיר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 584.

84 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 ס' 23 להצעת 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). ראו ס' 9 להצעת חוק-יסוד: זכויות בהליך הפלילי.

מידה זהה למיומנות 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.⁸⁵

אם אנו מבינים את הייצוג כהכרח ולא כמותרות (במונחי של השופט בלק), אז הטיעון של סדרי עדיפויות כלכליים אינו תקף. אם אין כסף לייצוג, אי אפשר לנהל את ההליך. כמו שאיננו מעלים על הדעת שלא תהיה שופטת או תובעת או מאבטח או מי שירשום את הפרוטוקול, כך איננו יכולים להשלים עם הליך ללא ייצוג. ואם אין די תקציב, יש להפחית את מספר ההליכים שנוקטת המדינה. אומנם זו פרשנות מתבקשת של הזכות הכללית לייצוג גם בהיעדר 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. אף זכויות האדם נתונות בסכנה בכל שלבי ההליך, ברור ששלב הענישה הוא הפוגעני ביותר. הפגיעה בזכויות בשלב הענישה מתקבלת כעניין טבעי יותר ומעוררת פחות התנגדות. בשונה מהשלבים שלפני ההרשעה שבהם עומדת לחשוד או לנאשם חזקת החפות, בשלב הענישה כבר מדובר ב"עבריינין" מורשע, אשר פעמים רבות קשה לגייס אמפתיה ציבורית כלפיו.⁸⁶ התייחסות ראויה לעונש ברובד החוקתי יכולה לצמצם את הסכנה שהעיסוק הנרחב בזכויות דינויות בהליך הפומבי שעד להרשעה יהיה לגיטימציה לפרקטיקות הפוגעניות שלאחריה, שתקבלנה כמובנות מאליהן.⁸⁷ הצורך בהגנה חוקתית על זכויות הנוגעות לענישה מתחזק מאוד בשל המגמות המתוארות בפרק הקודם. נטייתו של הפופוליזם להגדיר קבוצות אוכלוסייה מסוימות "אחר" ואף "אויב" יכולה בנקל למצוא ביטוי בענישה אכזרית ולא פרופורציונלית. דה-הומניזציה של המורשעים, שהדרך אליה מהירה וקלה מהדרך אל דה-הומניזציה של חשודים ונאשמים, היא הצדקה רעיונית וכו' 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 עשה אי פעם. כפי שצוין לעיל,

85 יורם שחר "סדר דין פלילי" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ב–תשנ"ג 399 (אריאל רוזן-צבי עורך, 1994).

86 הביטוי "עבריינין" (delinquent אצל פוק) בחברה המודרנית אומר שאין מדובר עוד באדם רגיל שעבר על החוק אלא באדם בעל תכונות אופי ומאפיינים שהם חלק מהגדרתו של האדם כסובייקט. העבריינין הוא איום תמידי שיש להוציאו מן החברה, לשלוט בו ולפקח עליו. ראו מישל פוק **לפקח ולהעניש: הולדת בית הסוהר** 316–364 (דניאלה יואל מתרגמת, 2015).

87 על סדרי הדין ואפקט הלגיטימציה ראו ספיר, לעיל ה"ש 76, בעמ' 405–410, 442–445.

המאבק בפשיעה בחברה הערבית הוא סכנה נוספת מוחשית לפגיעה בזכויות דווקא בענישה, אשר פעמים רבות החמרתה נתפסת כצעד קל, מהיר ומקובל בקרב הציבור יותר מהטיפול בבעיות העומק המולידות את הפשיעה. לבסוף, הערעור על שיח הזכויות והפיתוח בהגנה על זכויות שאינן משרתות את ההבחנה בין חפות לאשם יכולים אף הם להביא לנכונות מוגברת לפגוע בזכויותיהם הבסיסיות של אלה שכבר הוכחה אשמתם.

האיסור על הטלת עונש אכזרי, גופני או לא אנושי חשוב ביותר, אך הוא אינו מספק. שאלת ההומניות של העונש צריכה להימדד ביחס למעשה שבגינו הוא מוטל, ובמושגים החוקתיים המקובלים של ימינו בהתייחס למידתיות. בעוד הביטויים "אכזרי", "גופני" או "לא אנושי" עלולים להתפרש כעומדים בפני עצמם ובמנותק מהעבירה ומהמעשה שבגנים 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 בהיעדר אשמה. אך שאלת האשמה אינה בינארית אלא היא עניין של דרגה ומידה. לכן תחולתו של עקרון האשמה אינה נעצרת בשלב האחריות הפלילית, והוא חייב להשתרע גם על הענישה. כשם שאיננו 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 פרופורציונלית למידת אשמתו.⁸⁸ על כן מוצע כי לסעיף 12 יתווספו המילים "או בלתי מידתי". לחלופין ניתן להבהיר בסעיף 5 להצעה כי עקרון האשמה חל גם על הענישה שמידתה אינה יכולה לחרוג מהאשמה. עקרון הפרופורציונליות בענישה כעיקרון חוקתי מקובל גם במדינות אחרות.⁸⁹

חוסר בולט נוסף בסעיף העוסק בענישה הוא היעדרו של איסור מפורש על הטלת עונש המוות. אין באפשרותי לפרוס ברשימה זו את שלל ההתנגדויות לעונש המוות. אך אומר כי בראש ובראשונה זהו טיעון מוסרי על זכותה (ליתר דיוק, היעדר זכותה) של המדינה לקחת חייו של אדם, אפילו ביצע את הפשע הנורא מכול. הטיעון מבוסס על גבולות האלימות שמדינה רשאית להפעיל כלפי אזרחיה ועל המסר בדבר ערך החיים שהריגה משפטית-סטריילית כזאת משדרת. מלבד הטיעון המוסרי עקרוני נגד עונש המוות קיימים

88 לעקרון האשמה, ראו מרדכי קרמניצר "עקרון האשמה" **מחקרי משפט** יג 109, 110–111 (1996) ("אין להטיל אחריות פלילית על מי שאינו אשם, גם כאשר יש בכך כדי לקדם מטרות 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 447.

89 Richard S. Farse et al., *Proportionality of Punishment in Common Law Jurisdictions and in Germany*, in 1 CORE CONCEPTS IN CRIMINAL LAW AND CRIMINAL JUSTICE 213, 233 (Kai Ambos at el. 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 עיקרון זה בפועל, ראו Youngjae Lee, *Why Proportionality Matters*, 160 U. PENN. L. REV. 1834 (2012).

טעמים חזקים נגדו, הנתמכים בניסיון המצטבר במדינות שבהן עונש המוות עדיין מופעל, 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 גופי הביטחון מתנגדים בעקיבות לעונש המוות ומעריכים שנוקדיו עולים על תועלתו בהיבט של שמירה על הביטחון.⁹⁰ בחברות בעלות הרכב אוכלוסייה הטרוגני קיים סיכון שעונש המוות יופעל באופן מפלה כלפי קבוצות מיעוט גזעי או אתני.⁹¹ 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.⁹² הצעות קונקרטריות לשינויי חקיקה שיאפשרו הטלת עונש מוות עלו בהקשר של המחבלים שהשתתפו במעשי הטבח של השבעה באוקטובר.⁹³ קביעת איסור חוקתי על הטלת עונש המוות תקשה את הפיכתו של עונש המוות מאות מתה לאות ממיטה. איסור כזה יקרב את מדינת ישראל למשפחת המדינות שאנו שואפים להידמות אליהן. מאז שנות השמונים של המאה הקודמת בוטל עונש המוות בהדרגה בכל הדמוקרטיות המערביות, למעט בארצות הברית, שגם בה הוא נמצא בנסיגה. 72 חוקות אוסרות על עונש מוות.⁹⁴

90 לעמדת שב"כ בעניין עונש מוות, ראו פרוטוקול ישיבה 708 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, 71 (14.11.2018). כן ראו איתמר אייכנר "השב"כ והיועמ"ש התנגדו, החוק אושר: 'עונש מוות – מענה הולם'" Ynet (3.1.2018) <https://bit.ly/3VjFz0H>.

91 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 שלה זוכים הנאשמים, ומכאן שעונש המוות מיושם באופן מפלה כשמדובר בעניים. ראו 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).

92 כיום מצוי עונש המוות בכמה עבירות בסימן ב' (בגידה) לחוק העונשין ובחוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, התש"י-1950. עונש המוות על עבירת רצח "רגילה" בוטל כבר בשנת 1954, אולם בית משפט צבאי ביהודה ושומרון מוסמך להטיל עונש מוות על מורשע בעבירה של גרימת מוות בכוונה, המקבילה לנסיבות העיקריות של עבירת רצח בנסיבות מחמירות, כפוף לכמה מגבלות: פסיקת העונש פה אחד, נוכחותם של שני שופטים בעלי השכלה משפטית במושב הפוסק ואיסור על הטלת עונש מוות על קטין. ראו ס' 209, 165 לצו בדבר הוראת ביטחון [נוסח משולב] (יהודה והשומרון) (מס' 1651), התש"ע-2009, קמצ"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 אצל בירון אונגר **עונש המוות – רקע תיאורטי וסקירה משווה** 31–34 (הכנסת, הלשכה המשפטית 2013).

93 לסקירה ראו יואב ספיר "שלושה מישורי דיון על עונש המוות בעקבות אירועי השבעה באוקטובר" **ICON-S-IL Blog** (3.3.2024).

94 לדוגמאות ראו ספיר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 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-Comparative Constitutions Project באוניברסיטת טקסס ראו CONSTITUTE, www.constituteproject.org (last visited Dec. 20, 2022). כן ראו את סקירת הפרויקט אצל ZACHARY ELKINS ET AL., *THE ENDURANCE OF NATIONAL CONSTITUTIONS* 8–10 (2009). מספר רב יותר של

עונש המוות אסור גם על פי האמנה האירופית לזכויות אדם. יש לנו הזדמנות להצטרף למדינות אלה ולהבדיל עצמנו מהמדינות שבהן עדיין ניתן להטיל עונש מוות, שברובן הגדול אינן דמוקרטיות ואינן שוחרות זכויות אדם.⁹⁵ 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 הנדונים תקופת חיים ארוכה מתחילה אחרי גזר הדין, ותקופה זו מועדת לפגיעה קשה בזכויותיהם. עונש המאסר שבמסגרתו נשללת חירותו של אדם והוא מצוי במסגרת כוללנית השולטת על כל ההיבטים של חייו, הוא כר נרחב להפרת זכויות ואף לשלילת צלם האנוש של האסיר. חשוב שיובהר שהמגבלות החוקתיות חלות גם על דרך ריצוי המאסר ועל תנאיו. בגזרנו 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 שבו הוא משולל זכויות. כדברי השופט ברק: "חומות הכלא אינן מפרידות בין העציר לבין כבוד האדם".⁹⁶ ניתן להבהיר נקודה זו באמצעות קביעה שהמגבלות החוקתיות חלות לא רק על ענישה אלא על כל יחס אכזרי, לא אנושי וכד'. השימוש במילה treatment מקובל בהקשר זה בחוקות רבות בעולם.⁹⁷

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.⁹⁸ את עקרון הבהירות ניתן לבסס גם על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ועל הזכות להליך הוגן שהוכרה כזכות חוקתית מכוחו.⁹⁹ הזכות הבסיסית לייצוג מתרונקת מעיקר תוכנה אם אין מפרשים אותה כזכות המטילה חובת

מדינות – 108 – אוסרות בחוק (ולא בהכרח בחוקה) את עונש המוות. ראו AMNESTY INTERNATIONAL, DEATH PENALTY 2021: FACTS AND FIGURES 62 (2022).

95 לפי דוח אמנסטי, עשר המדינות שבהן הופעל עונש המוות מספר הפעמים הרב ביותר בשנת 2021 הן סין, אירן, מצרים, ערב הסעודית, סוריה, סומליה, עיראק, תימן, ארצות הברית ודרום סודן (שם, בעמ' 4).

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

97 123 חוקות עוסקות ב"יחס או ענישה" או ב"יחס" אכזרי, לא אנושי וכו', לפי נתוני Constitute Project, לעיל ה"ש 94.

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

99 ראו יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין 108 (מהדורה שלישית, 2014); אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיני)" מחקרי משפטי יג 5, 18 (1996).

מימון על המדינה במקרים של חוסר יכולת למימון עצמי, ועל כן ראוי לפרשה כפי שפירשה בית המשפט העליון האמריקני ככוללת גם את הזכות לייצוג במימון המדינה. כך גם באשר למגבלות על הענישה. את האיסור על ענישה לא מידתית ניתן לבסס על הזכות שלא להיענש בעונש "אכזרי" שבהצעת החוק. האכזריות לפי גישה זו תמיד נמדדת בהקשר יחסי. לא ניתן לקבוע אם עונש של שנת מאסר אחת למשל הוא עונש אכזרי אלא אם כן ידוע לנו בגין איזו עבירה הוא מוטל – בגין עבירות ומעשים מסוימים עונש של שנת מאסר לא ייחשב אכזרי, ולעומת זאת אם הוא מוטל בגין מעשים קלי ערך ובהיעדר אשמה כבדה מצד המבצע, ייחשב העונש לזוה. 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 – נגד עונש המוות הופכים אותו לעונש אכזרי ולא אנושי,¹⁰⁰ שהוא גם פגיעה לא מידתית בחייו של אדם לפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. נוסף על זה, 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 איבריו הפנימיים ולשרפת עורו, להעמידו מול כיתת יורים והקליעים יפלו את גופו, או להזריק לגופו חומרים שיגרמו לאובדן הכרתו, לשיתוק שריריו ולהפסקת פעולת ליבו. 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 שבו נגזר הדין מהתקופה שבה נושא הנידון את העונש הוא מלאכותי ולא משכנע. אם נגזרים על אדם שנות מאסר, והתנאים בבית הסוהר הם לא אנושיים, ניתן לומר בנקל כי הוטל עליו עונש לא 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.¹⁰¹

אם כן, את החסרים העיקריים שעליהם עמדתי בהצעת החוק יהיה אפשר למלא באמצעות פרשנות ובהסתמכות על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אך מפאת חשיבותן של

100 ידוע כמובן שהרוב בבית המשפט העליון האמריקני אינו סבור כך. אך כאמור גם שם עונש המוות נמצא בנסיגה, ולדעת מומחים הוא בנקודת השפל שלו מאז שנות ה-70 של המאה הקודמת, וביטולו בכל ארצות הברית, על דרך של הכרזה עליו כבלתי חוקתי, נראה בר השגה. ראו CAROL S. STEIKER & JORDAN M. STEIKER, COURTING DEATH: THE SUPREME COURT AND CAPITAL PUNISHMENT (2016) 255–289. יש הבדלים תהומיים בין התרבות וההיסטוריה האמריקניות לבין אלה הישראליות בהקשר של עונש המוות. די 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 השפעה על הפרשנות החוקתית. ראו אונגר, לעיל ה"ש 92, בעמ' 31.

101 בג"ץ 1892/14 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים (נבו) (13.6.2017).

זכויות אלה ומכל הטעמים שמניתי לעיל קיימים יתרונות ברורים לדרך המלך של תיקון הצעת החוק שבו הזכויות שבחוק היסוד שיתקבל תהיינה מפורשות וברורות.

ג. נגד סעיף שמירת הדינים

אל מול החסרים המשמעותיים שמניתי בהצעת חוק היסוד בולטת הבחירה לכלול בו 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 תוקפו של דין קיים לתקופה מוגבלת של שנים ספורות.

סעיף שמירת הדינים חותר תחת תכליתו של החוק באפשרו פגיעה לא מידתית בזכויות. לכאורה שמירת הדינים מבחינה בין עבר לעתיד. אשר לחקיקה עתידית קובעים שלא ניתן לפגוע בזכויות המנויות בחוק אלא אם כן הפגיעה נעשתה בתנאי פסקת ההגבלה, ואילו אשר לדינים שנקבעו בעבר מסכימים לפגיעה כזו. אך החלוקה הזו בין עתיד לעבר מטעה, שכן פגיעתם 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 אפוא ניתן להצדיק את סעיף שמירת הדינים? בספרות ניתן למצוא שתי משפחות עיקריות של טעמים להכללתה של פסקת שימור דינים: הראשונה קשורה לרצון ליצור יציבות. הרעיון כאן הוא ששימור הדינים אינו קשור להערכה מהותית חיובית של תוכן הדינים הישנים וברצון לשומרם בשל הערכה זו, אלא לרצון להימנע מעצם השינוי, שעלול ליצור חוסר ודאות וריבוי ליטיגציה סביב שאלת תוקפם של חוקים ישנים. המשפחה השנייה קשורה לרצון לשימור איים של הסדרים חקיקתיים ספציפיים בשל תוכנם. רצון להימנע מביקורת שיפוטית על הסדרים ספציפיים קיימים יכול לנבוע מהערכה חיובית של תוכן הסדרים הקיימים והימנעות ממה שנתפס כסיכון שבית המשפט יפגע בתוקפם של הסדרים חיוביים אלה. לעיתים 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.¹⁰²

102 הטיפולוגיה בספרות מעט שונה. עודד יהוד מונה שלושה רציונלים אפשריים לפסקאות שמירת דינים: יציבות, הגבלת כוחו של בית המשפט באמצעות צמצום כוחו לבטל חוקים ובחירה בסטנדרט חוקתי כפול. ראו עודד יהוד "שמירת דינים או שמורות של דינים?" **משפט מפתח** 6, 103, 104–103 (2021). לטעמי, הגבלת כוחו של בית המשפט לבטל חוקים אינה רציונל אלא אמצעי להשגת אחד הרציונלים 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 ולשומר, מנגנון ייצוב ופשרה פוליטית. ראו 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 (Geoffrey Sigalet et

דומה שהרציונל 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"¹⁰³. טעמים לא מעטים מקשים לקבל נימוק זה. ראשית, לא ברור על מה נסמכת הקביעה 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.¹⁰⁴ ונזכיר כי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מגן על זכויות חשובות רבות בהליך הפלילי, לרבות הזכויות לכבוד, לחירות, לפרטיות ולקניין, המוגנות במפורש בחוק היסוד, וכן על הזכות להליך הוגן, אשר נפסק במפורש שהיא נגזרת ממנו.¹⁰⁵ על סמך הניסיון בעשורים שחלפו מאז חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נראה שקיום ביקורת שיפוטית על ההסדרים החוקיים הוא מציאותי בהחלט. קשה מאוד להצביע על קשיים מיוחדים שיצרה הביקורת השיפוטית שהתקיימה בעשורים אלה בתחומי המשפט הפלילי. השורה התחתונה היא שבשלושה מקרים בלבד נפסלו דברי חקיקה הנוגעים להליך הפלילי.¹⁰⁶ אם החשש הוא מריבוי התדיינות בבתי המשפט, יש לזכור שהתדיינות כזו ממילא צפויה, שהרי גם חוק יסוד שיכלול סעיף של שמירת דינים יאפשר מתן פרשנות

al. eds., 2019). כאמור בטקסט, לטעמי, הפשרה הפוליטית היא אחד ההסברים האפשריים לרצון לשמר הסדרים ישנים קונקרטיים.

103 ראו דברי ההסבר להצעה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 714. כן ראו פרוטוקול ישיבה 261 מוועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-24, 10-11 (11.5.2022) (המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט פלילי) עמית מררי הגדירה את מטרתו של סעיף שמירת הדינים כך: "מטרת סעיף שמירת הדינים הוא ליצור יציבות אך לא קיפאון").

104 כך לדוגמה, ראו חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התשס"ב-2002 (להלן: חוק חקירת חשודים); חוק הסניגוריה הציבורית, התשנ"ו-1995; חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו-1996; חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994, ס"ח 348; חוק המעצרים.

105 ראו את רשימת הזכויות שהוכרו, לפי אהרן ברק, כזכויות-בת של הזכות להליך הוגן בפסיקה (אהרן ברק **הזכות לכבוד האדם ובנותיה** 863-879 (2014), ובייחוד שם בעמ' 864-865, 872-875).

106 בג"ץ 6055/95 **צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד נג' (5) 241 (1999) (תקופת המעצר בטרם הבאה לפני שופט בצבא); בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר**, פ"ד סג' (2) 545 (2009) (הפרטת בתי הסוהר); בש"פ 8823/07 **פלוגי נ' מדינת ישראל** (נבו 11.2.2010) (הארכת מעצר לא נוכחות החשוד בעבירות בטחוניות). ניתן לטעון שאם רוב החקיקה הרלוונטית ממילא הייתה כפופה לביקורת שיפוטית על פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, והיא צלחה את הביקורת הזו, הרי שנוקו של סעיף שמירת הדינים אינו רב. איני מסכים לטענה זו. השנים שבהן החקיקה הפלילית הייתה 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 בזמן קצר ויערערו את היציבות. מנגד, גם דברי חקיקה ספורים, ואפילו דבר חקיקה יחיד, עלולים לפגוע אנושות בזכויותיהם של רבים, ועל כן ראוי שלא לחסנם מפני ביקורת שיפוטית בשל המועד שבו נחקקו ובכך ליצור סטנדרט חוקתי כפול.

מחודשת לדינים הקיימים.¹⁰⁷ הפער שבין חוסר הוודאות ועומס ההתדיינות שייווצרו בשל הצורך במתן פרשנות מחודשת לחוקים קיימים לבין אלו שעלולים להיווצר במקרים שבהם תתבקש פסילתו של חוק, נראה זניח. על זה יש להוסיף שדווקא בתחום הזכויות בהליך הפלילי לבית המשפט יש יתרון מוסדי רב. 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 אינו משכנע. ודאי שהוא אינו תומך בסעיף שמירת דינים נצחי 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 להחלטה מודעת ליצור סטנדרט חוקתי כפול בגלל הרצון לשמר "איים" מסוימים של חקיקה שיהיו חסינים בפני ביקורת שיפוטית. במקרה של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו סוגיות של דת ומדינה הן שהביאו לפשרה הפוליטית בדמותו של סעיף שמירת הדינים.¹⁰⁸ 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 כוח פוליטי שהוא לשון מאזניים המבקש לשמר את הסטטוס קוו בדמותו של הדין הנוהג, אף אם יש בו פגיעה לא מידתית בזכויות, כתנאי לכינונו של חוק היסוד.

קיימת גם האפשרות שהרצון לחסן איים של חקיקה מפני ביקורת שיפוטית אינו 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 אינה רומזת על כך, ולמעשה נתלית בנימוק היציבות הלא משכנע. במפגש אקדמי – משרד-המשפטים שנערך באוניברסיטת בר-אילן העליתי את האפשרות שהדבר נובע מהרצון לחסן חקיקה הנוגעת לעבירות ביטחון מפני התערבות. השערה זו, שהוכחה על ידי הגורמים המקצועיים במשרד המשפטים באותו דיון, זכתה לאישוש דווקא בדיון החגיגי הראשון שקיימה ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת בהצעת החוק. בתגובה לכמה הערות שנשמעו אמר שר המשפטים גדעון סער: "יש שורה של חוקים ביטחוניים ששמירת הדינים חלה בהם. לא אוותר בעניין הזה. מי שירצה להשיג הכול, לא נזוז".¹⁰⁹

אכן, החקיקה הישראלית מאפשרת במסגרת המשפט הפלילי-ביטחוני כמה וכמה פגיעות בזכויות שאינן מתאפשרות במשפטים פליליים רגילים, למשל באשר למניעת מפגש

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

108 ראו יהודית קרפ "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כוח" 323, 335–336 משפט וממשל א (1993); אוריאל לין ושלומי לוי "כיצד הצליחה ועדת החוקה בכנסת השתים-עשרה במקום שבו נכשלו אחרים: דגשים והרהורים לגבי העתיד" משפט ועסקים יד 261, 268–269 (2012).

109 ראו פרוטוקול ישיבה 261, לעיל ה"ש 103, בעמ' 15.

עם עורך דין, לתיעוד חלקי של חקירות, לתקופות מעצר ארוכות ועוד.¹¹⁰ אם אכן המוטיבציה להכללת סעיף שמירת הדינים היא החשש שחקיקה זו תתבטל בעקבות ביקורת שיפוטית, הרי שמדובר בצעד מרחיק לכת ולא נחוץ. ראשית, סעיף שמירת הדינים מחסן את כלל החקיקה מפני התערבות וביקורת, ואילו החקיקה הנוגעת למשפטים פליליים-ביטחוניים מוגבלת ביותר. לא 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 מתוך מודעות לצרכים הביטחוניים ותוך כדי מתן משקל רב להם והשאת 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. אכן, המחוקק ניצל פתח זה וחוקק מחדש את האפשרות להאריך מעצרו של עצור בעבירות ביטחון ללא נוכחותו אם כי קבע מבחנים מחמירים יותר.¹¹¹ שלישית, הגיעה העת לבחון אילו מההוראות המיוחדות החלות על חקירות ומשפטים פליליים-ביטחוניים אכן נחוצות, ואם ניתן להחליפן בהוראות פוגעניות פחות. המילה "ביטחון" אינה מילת קסם שמצדיקה את כל הפגיעות בזכויות, ויש לבחון כל מקרה לגופו.¹¹² דרך אחת לקיים דיון כזה היא בבית המשפט. דרך אפשרית אחרת היא בחינה שיעשה משרד המשפטים שבעקבותיה יוצעו הסדרים חדשים פוגעניים פחות במקום שהדבר מתאים. כדי לאפשר דרך זו ניתן לחוקק סעיף שמירת דינים בעל תוקף מוגבל. אם בסיומה של בחינה יסודית כזו יתברר שיש הוראות נקודתיות שחובה לשומרן ולחסנן מפני ביקורת שיפוטית, יהיה אפשר עקרונית לחוקק סעיף השומר אך ורק על דינים אלה.¹¹³ 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 ולא נחוץ.

נוסף על זה סעיף שמירת הדינים מאפשר סטנדרט חוקתי כפול באמצעות מתן חסינות מפני ביקורת שיפוטית לדינים הפוגעים פגיעה לא מידתית בזכויות האדם, יש לסעיף זה עוד חיסרון בולט בדמות האפשרות להרתעת המחוקק מפני חקיקה מיטיבה בשל החשש שחקיקה כזו תפתח 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.¹¹⁴ אכן, כפי שנאמר

110 סיגל שהב **משפט פלילי-ביטחוני** 16 (2019). כן ראו ס' 6 (א) לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002; ס' 17 לחוק חקירת חשודים; ס' 45-48 לחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016.

111 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), וכן השוו אלקנה לייסט "חוק 'עוקף בג"ץ'" **עורך הדין** 10, 27 (2011).

112 בג"ץ 4541/94 **מילר נ' שר הביטחון**, פ"ד 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".

113 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.

114 עניין **צמח**, לעיל ה"ש 106.

בהצעת החוק, תחומים רחבים מאוד כמו זכויות במעצר ובחקירה, זכות הייצוג ועקרונות קביעת האחריות הפלילית הוסדרו במפורט בחקיקה. במצב זה, שבו כבר קיימים הסדרים חקיקתיים שכל שינוי בהם יכפיפם לביקורת שיפוטית, עלול סעיף שמירת הדינים להיות מחסום ממשי בפני חקיקה חדשה מיטיבה.

ד. סיכום

בחודש מארס 2022 הונחה הצעת חוק-יסוד: זכויות בהליך הפלילי 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. בשל התמיכה בהצעה מצד חברי וחברות כנסת מכל גוני הקשת הפוליטית, ליד חוסר הוודאות יש בסיס גם לאופטימיות. על כל פנים, יש לקוות שכשתוגש בעתיד הצעה כזו, היא תהיה משופרת ושיישקלו בכובד ראש ההערות וההצעות הרבות שנשמעו במהלך הדיונים, גם מצידם של חברי כנסת וגם מצידם של אנשי אקדמיה, בעת שנדונה ההצעה הנוכחית.

ברשימה זו ביססתי כמה הצעות כאלה, אך לפני שעברתי להצעות הקונקרטיות עמדתי על חשיבותה של הגנה חוקתית על זכויות חשודים ונאשמים בדמותו של חוק היסוד דווקא בעת הזו, ועל כמה תהליכים ומגמות עכשוויות בארץ ובעולם המגבירים את החשש מפני פגיעה בזכויות אלה.

המגמה הראשונה שעליה עמדתי היא הביקורת הנשמעת בעשור האחרון על שיח הזכויות בהליך הפלילי. הצגתי את עמדתו של השופט עמית שלפיה ריבוי הטענות על הפרת זכויותיהם של הנאשמים והחשודים מסיט את ההליך הפלילי ממסלולו הנכון, והצגתי כמה ביקורות על גישה זו. המגמה השנייה שעליה עמדתי היא עלייתו של הפופולזים הפוליטי העכשווי, המצטרף לפופולזים 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: היעדרו של עקרון בהירות החוק הפלילי מההצעה אף שעקרון החוקיות דווקא מופיע בה; ההתייחסות החלקית לזכות ההיוועצות והייצוג, שאינה כוללת התייחסות לזכות לייצוג במימון המדינה; התייחסות חלקית ביותר לשלב הענישה, שאינה כוללת איסור על ענישה לא פרופורציונלית, אינה כוללת התייחסות לשלב נשיאת העונש ולאופן נשיאתו, ואינה כוללת איסור מפורש על עונש המוות.

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

במיוחד על רקע המגמות שעליהן עמדתי בחלק הראשון. ציינתי עוד כי את כל החסרים האמורים יהיה אפשר 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 רשמית כטיעון התומך בסעיף שמירת הדינים אינו מבוסס במקרה זה. אם המוטיבציה האמיתית להכללתו של סעיף שמירת הדינים בהצעה היא הרצון לחסן איים של חקיקה בתחומים מסוימים, ובייחוד החקיקה העוסקת בעבירות ביטחון, מפני ביקורת שיפוטית, הרי שרצון זה אינו מצדיק חקיקה של סעיף שמירת דינים כללי. סעיף כזה הוא מרחיק לכת, בלתי נחוץ לשם השגת מטרתו 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, ומהדיונים 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 חמצה 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.¹¹⁵ 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 השהיתן. 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.¹¹⁶

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

115 .HERMANN KULKE & DIETMAR ROTHERMUND, A HISTORY OF INDIA 268 (6th ed. 2016)
116 שם. 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.

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 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.