



לשכת עורכי הדין בישראל  
ISRAEL BAR ASSOCIATION  
نقابة المحامين في إسرائيل

## ועדת חקיקה (פלילי)

סגן :  
עו"ד חיה ציון זכאי  
עו"ד זאב לקט

מ"מ :  
עו"ד שאדי דבאח

יו"ר הועדה :  
ד"ר נחשון שוחט, עו"ד  
עו"ד טליה טוני גרידיש  
עו"ד גד זילברשלג  
עו"ד גלית רוטנברג

ח' באייר, תשפ"ב  
9.5.2022

לכבוד  
**ח"כ גלעד קריב**  
יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט  
כנסת ישראל  
ירושלים

מכובדנו,

### הנדון: הצעת חוק יסוד: זכויות בהליך הפלילי

אנו מתכבדים להגיש לוועדה הנכבדה נייר עמדה מטעם ועדת חקיקה (פלילי) של לשכת עורכי הדין בהתייחס להצעת חוק היסוד שבנדון.

#### א. עמדת המוצא

1. לשכת עורכי הדין רואה חשיבות עצומה בקידומה של הצעת חוק היסוד ותומכת בה בכל פה. ראוי ומתבקש שחוקתה של מדינה דמוקרטית תעגן במפורש את התנאים להפעלתו של המשפט הפלילי כלפי אזרחיה וערובות המוקנות לאזרחים למניעת פגיעה בלתי-מוצדקת בזכויותיהם החוקתיות. לשכת עורכי הדין מברכת על היוזמה ומודה לגורמים ששקדו על גיבושה של הצעת החוק. אנו מודים על האפשרות שניתנה לנציגי ועדת חקיקה (פלילי) בלשכת עורכי הדין להיות שותפים לדיונים שנערכו במשרד המשפטים בקשר לגיבוש תכניה של ההצעה וכן על ההזדמנות להגיש נייר עמדה נוסף זה. נשמח לעמוד לרשותה של הוועדה הנכבדה במהלך הדיונים בהצעת חוק היסוד.
2. חשיבותו של חוק היסוד נובעת מכך שבתחום המשפט הפלילי המדינה מפעילה סמכויותיה, וכוח כופה, כלפי האזרח תוך פגיעה או הגבלה של חירויות יסוד. מדובר במצבים שבהם ניכר פער הכוחות העצום שבין המדינה לבין הפרט. לכן ישנה חשיבות רבה לעיגונם של התנאים להפעלת הסמכות מצד המדינה, של חזקת החפות וכן של הזכות להליך הוגן ורכיביה (בשלב החקירה, בשלב ניהול המשפט ובשלב ההכרעה) ולביטוי מעמדם החוקתי.
3. להסדרה בחוק היסוד החדש צפויה להיות השפעה משמעותית, לדורות, על רמת המחויבות של מערכת המשפט בישראל להגנה על חפים מפשע מפני הרשעת שווא, לשמירה על כבוד האדם, למימוש



לשכת עורכי הדין בישראל  
ISRAEL BAR ASSOCIATION  
نقابة المحامين في إسرائيل

של עקרונות הגינות ההליך והשוויון בפני החוק ולמניעת פגיעה שרירותית או בלתי-מידתית בזכויות הפרט. בד בבד, לחוק היסוד משמעות דקלרטיבית, והוא מהווה חלק מתבקש מ"תעודת הזהות" המבטאת את ערכי הליבה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

4. מעבר לעצם קידומה של ההצעה, אנו סבורים כי חקיקת חוק יסוד כה משמעותי מהווה גם הזדמנות חשובה לעיגון פוזיטיבי של אותן זכויות שמעמדן החוקתי מוכר, הן בפסיקת בית המשפט העליון של ישראל והן בחוקות של מדינות דמוקרטיות נוספות. כמו כן, יש לתת את הדעת על היחס הראוי בין ההסדרה במסגרת חוק היסוד לבין ההסדרה המפורטת בחקיקה רגילה.

5. בנייר עמדה זה, כנייר ראשוני, נבקש לעמוד על מספר תכנים שלדעתנו ראויים להיכלל בחוק היסוד החדש, ושאינם מקבלים ביטוי מספק במסגרת ההצעה, לדעתנו. בהמשך לנייר עמדה זה, אנו מעמידים עצמנו לרשות ועדת חוקה, חוק ומשפט ונשמח להרחיב ההתייחסות בקשר לסוגיות ספציפיות שיידונו במסגרת הדיונים בוועדה.

### **ב. המלצות כלליות**

6. מטבעו של חוק יסוד שהוא מסדיר הזכויות והעקרונות המנחים, כאשר הסדרה פרטנית מתבצעת בדרך כלל באמצעות חוקים ותקנות נלווים. אחד האתגרים בגיבושו של חוק היסוד החדש הוא לקבוע את היקף ההסדרה והפירוט במסגרת חוק היסוד החדש, לעומת ההסדרה בחוקים קיימים, בהלכה הפסוקה או בהצעות חוק שעומדות על הפרק, כגון חוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), תשמ"ב-1982 ("החסד"פ"); פקודת הראיות (נוסח חדש), תשל"א-1971 ("פקודת הראיות"); החקיקה העוסקת במעצרים, ובתפיסה וחיפוש, לרבות הצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – המצאה, חיפוש ותפיסה), התשע"ד-2014; דוקטרינת ההגנה מן הצדק המעוגנת בפסיקה ובסעיף 149 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 ("חוק העונשין"); וכן הצעת חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים) (תיקון מס' 9), התשע"ח-2018 ("הצעת חוק חקירת חשודים").
7. ההצעה, בנוסחה הנוכחי, מבוססת על מודל הסדרה כללי, המתרכז במספר מצומצם של זכויות ועקרונות יסוד. אנו סבורים כי מעבר להסדרה המוצעת, ישנם מספר נושאים נוספים המצויים "בליבה הקשה" של חזקת החפות ושל הזכות להליך פלילי הוגן שראוי כי יקבלו ביטוי מפורש במסגרת חוק היסוד.
8. בנייר זה נכלול הצעתנו להסדרת הנושאים הבאים במסגרת חוק היסוד:
- הגדרות מוסדיות המהוות חלק מתנאי הבסיס למימוש הזכות להליך הוגן.
  - הגדרת התחולה על הליכים פליליים ומעין-פליליים באשר הם.
  - עיגונו של עיקרון "ההגנה השיוויונית" כנדבך הכרחי בהגשמת הזכות להליך הוגן (השוו): התיקון ה-14 לחוק של ארצות הברית, ה-Equal Protection Clause).
  - הגדרת זכויות מינימליות העומדות לכל מי שנאשם בעבירה פלילית – זכויות הכרחיות הנגזרות מהזכות להליך הוגן (השוו): סעיף 3(6) לאמנה האירופית לזכויות אדם, וסעיפי החוק של ארצות



לשכת עורכי הדין בישראל  
ISRAEL BAR ASSOCIATION  
نقابة المحامين في إسرائيل

- הברית). נתייחס לדרישות אינהרנטיות הטבועות בזכות להליך הוגן המיועדות לצמצם את פער הכוחות העצום שבין רשויות האכיפה לבין הנאשמים. בכלל זה נתייחס לעיקרון ה- Equality of Arms המעוגן באמנה האירופית לזכויות אדם; ל"זכות השתתפות אפקטיבית בהליך המשפטי"; לזכות לקבלת מידע ולעיון בחומר החקירה; לזכות להיערך לניהול ההגנה באופן אפקטיבי (בהיבטי הזמן הסביר והגישה למידע הנדרש); לחובת ההנמקה של פסקי דין והחלטות שיפוטיות המגבילות זכויות אדם או משפיעות על מימושה של הזכות להליך הוגן; לזכות החקירה הנגדית; לזכות הנאשם לזמן עדים והצגת ראיות.
- נתייחס לזכות ההיוועצות בעורך-דין ולחשיבות של עיגונה בהתאמה להסדרה המוצעת במסגרת הצעת חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים) (תיקון מס' 9) התשע"ח-2018 (להלן: "**הצעת חוק חקירת חשודים**"). בנוסף, יש לעגן בחוק היסוד הזיקה בין הזכות להליך הוגן לבין שמירה על חיסיון עו"ד-לקוח.
  - עיגונה החוקתי המפורש של דרישת ההוכחה מעבר לספק סביר **המהווה** "ספינת הדגל" של מחויבות המשפט להגנה על חפים מפשע, והמוכרת כזכות חוקתית בפסיקת בתי המשפט בישראל ובמדינות נוספות.
  - עיגונה המפורש של זכות השתיקה (מעבר לחיסיון מפני הפללה עצמית).
  - עיגון העיקרון הפרשני לפיו היכן שניתן דין לשני פירושים סבירים, תחול הפרשנות המקלה עם הנאשם (כביטוי חשוב לעיקרון החוקיות המהווה תנאי יסודי להגינות ההליך הפלילי).
9. בנוסף, נביע להלן הסתייגות כלפי סעיף "שמירת הדינים" שנכלל בהצעת החוק.
10. מעבר להערות כלפי הצעת חוק היסוד עצמה, אנו סבורים כי ישנה חשיבות רבה לקידומה, בהקדם, של הצעת חוק חקירת חשודים, הכוללת הסדרה מפורטת יותר של חלק מהתכנים הנ"ל, ושל תכנים נוספים בעלי חשיבות מעשית רבה להגנה על זכויותיהם של חשודים ושל נאשמים. הדיון בתכניה של הצעת חוק היסוד ובנקודת האיזון החוקתית, הלכה למעשה, גולש באופן בלתי-נמנע להסדרה המפורטת יותר של התנאים להגשמת זכות ההיוועצות, זכות השתיקה ולהבטחת הגינותה של החקירה, המוסדרים בהצעת חוק חקירת חשודים. לדעתנו מתבקש כי ליבונם של הנושאים יתייחס לא רק להצעת חוק היסוד, אלא בחשיבות לא פחותה, גם להסדרה המפורטת הדרושה בחוק חקירת חשודים.
11. להלן הערות והמלצות ראשוניות.

### ג. מהותו של הליך הוגן והגדרות מוסדיות

12. בדברי ההסבר לסעיף 3 להצעה מצויה ההתייחסות לכך ש"הליך הוגן משמעותו, בין השאר, שההליך מתנהל בשוויון, ללא משוא פנים או עינוי דין, באופן ברור ובדרך שמאפשרת לאדם לממש, הלכה למעשה, את זכויותיו המהותיות והדינוניות לפי הדין". אנו סבורים כי רכיביה המרכזיים של הגדרה זו צריכים לקבל ביטוי במסגרת חוק היסוד עצמו.



לשכת עורכי הדין בישראל  
ISRAEL BAR ASSOCIATION  
نقابة المحامين في إسرائيل

13. הזכות להליך הוגן מחייבת בראש וראשונה הגדרות יסוד מוסדיות, שיש לדעתנו מקום לעיגון המפורש. כך למשל, סעיף 6(1) לאמנה האירופית לזכויות אדם מעגן הזכות למשפט הוגן ופומבי, תוך זמן סביר, בפני מותב עצמאי ונטול פניות שמונה על-פי החוק.<sup>1</sup>
14. נוסח מוקדם יותר לסעיף 3 להצעת חוק היסוד קבע כי "אדם זכאי לכך שהליך פלילי שהוא צד לו, יהיה הוגן, ובכלל זה יתנהל ללא משוא פנים". לשיטתנו, ראוי לאמץ הגדרה המעגנת, בין השאר, את "הזכות להישפט תוך זמן סביר, בפני מותב מוסמך כדון, עצמאי ונטול פניות", בדומה להסדרה הנכללת באמנה האירופית לזכויות אדם. כמו כן, יש לבטא את הדרישה לניהול הליך שוויוני בחוק היסוד עצמו, ולא בדברי ההסבר בלבד (ראו הרחבה נוספת בפרק ה' להלן).

#### ד. הגדרת התחולה על הליכים פליליים ומעין פליליים באשר הם

15. אנו ממליצים להגדיר תחולתן של הזכויות שתעוגנה בחוק היסוד החדש בהליכים פליליים באשר הם, ולשלביהם השונים (שלב החקירה, שלב ניהול המשפט ושלב הכרעת הדיון, לפי ההקשר) וכן בהליכים "מעין פליליים" במהותם. על חוק היסוד לבטא בעניין זה תפיסה מהותית-תכליתית שמרכז העיקרון של הכפפת שיקול-הדעת הנוגע לשלילת זכויות הפרט מצד רשויות המדינה לאיזונים החוקתיים. יש להימנע מניסוח המקדם בעניין זה הבחנות נוקשות.
16. ביטויין של חזקת החפות והזכות להליך הוגן ניכר גם ובמיוחד בשלבים שקודמים להגשת כתב האישום – הליכי מעצר, הליכי חקירה, הליכי מעצר וחיפוש, הליכים של חילוט זמני, ועוד. הגם שמתחייבים הבדלים בפרשנות היקף התחולה של הזכות וביישום של עיקרון המידתיות, הנובעים מן השלב וההקשר. ככלל יש לקבוע תחולה של הזכויות במסגרת ההליך הפלילי לכל שלביו, תוך הותרת מרחב של גמישות לפסיקה לקבוע את ההשלכה של השלב בהליך על יישומם של מבחן האיזון החוקתי.
17. במסגרת חוק היסוד החדש, יש לקבוע באופן מפורש כי הזכויות יחולו בכל הליך שבו עומדת על הפרק אפשרות השלילה של זכויות חוקתיות מוגנות בהקשר של אכיפה פלילית. כך למשל, יש לעגן תחולתה של הזכות להליך הוגן גם בהליכי הסגרה (הזכות שלא להיות מוסגר נזכרת מפורשות בסעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, והפסיקה קבעה כי הליך הסגרה מהווה הליך אכיפה של דינייה של מדינת ישראל).

<sup>1</sup> "1. In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice."



לשכת עורכי הדין בישראל  
ISRAEL BAR ASSOCIATION  
نقابة المحامين في إسرائيل

18. נציין שגם המדריך ל-ECHR המבוסס על פסיקת בית המשפט האירופי לזכויות אדם<sup>2</sup> מפרש התנאי של "existence of a criminal charge" כשאלה סובסטנטיבית. המבחן הוא הצגתו של חשד פלילי כלפי אדם לפיו הוא עבר עבירה פלילית. פרשנות מרחיבה זו מתיישבת עם החלת חוק-היסוד על כל שלבי ההליך הפלילי. זו גם הגישה העקבית הברורה של פסיקת בתי המשפט בישראל.

19. לדעתנו, יש להבהיר תחולתה של הזכות להליך הוגן בהליכים מעין פליליים, לרבות סוגים רלוונטיים של הליכים משמעותיים והליכים אחרים שבהם עומדת על הפרק פגיעה משמעותית בזכויותיו של אדם, והנושקים להליך הפלילי מבחינת מהותם. הליכים אלו כוללים, בין השאר, הליכים מבוססי חשד לביצוע של עבירות המתנהלים בפני רשויות המס, רשות ניירות ערך, רשות לאיסור הלבנת הון, רשות התחרות, רשות הפרטיות, המשרד לאיכות הסביבה, ורשויות רבות נוספות המפעילות סמכויות של חקירה והטלת סנקציות (באופן זמני או באופן אולטימטיבי). הרשויות הללו מפעילות סמכות ומרות כלפי אזרחים, באופן שעשוי להוביל לנקיטת הליכים פליליים או לשלילת זכויות בהליכים מעין-פליליים. ככלל, אנו סבורים שיש לקבוע תחולתה של הזכות להליך הוגן גם במסגרת ההליכים הללו.

### **ה. עיגונו של עיקרון ההגנה השייוונית (ניהול ההליך באופן שוויוני)**

20. אנו סבורים כי חוק היסוד החדש, לנוכח תכליתו ההצהרתית ולנוכח תכליתו המעשית, חייב לתת ביטוי מפורש לעיקרון השוויון בפני החוק. כלומר, שכל נאשם יזכה להגנה השוויונית של החוקים והערובות החוקתיות המוכרות על-ידי המדינה. נציג מספר טעמים לכך. כאמור, בנוסח הנוכחי של הצעת החוק העיקרון לפיו על הליך הוגן להתנהל בשוויון נזכר בדברי ההסבר להצעה בלבד.

21. לדעתנו, על חוק היסוד לבטא במפורש את האיסור ליישם את ההליך הפלילי באופן מפלה או שרירותי. ההליך הפלילי חושף חשודים ונאשמים לסיכוני משגה. שיטת המשפט אינה יכולה לספק הגנה מוחלטת מפני האפשרות לטעויות, ואף לא את מיטב המשאבים וההגנות שניתן היה להקצות באופן תיאורטי (או אידיאלי) לצורך התגוננות בפני ההאשמות וצמצום של סיכוני המשגה. לכן, המחויבות החוקתית מוגדרת במונחים של הגינות ושוויון. כלומר, שיטת המשפט מחויבת לאפשר לכל חשוד ולכל נאשם את ההזדמנות השוויונית וההוגנת להתגונן בפני ההאשמות - את אותן ההגנות המהותיות, הערובות הדיוניות והאפשרות לקבלת סעד שיפוטי, שהדין מקנה לכל אדם אחר. הסבר זה הינו חיוני, והוא ניצב בבסיס המחויבות הפרוצדוראלית להגנה על חפים מפשע, במסגרת שיטת משפט דמוקרטית. לפירוט נוסף בעניין זה ראו בין השאר הסבריהם של פרופ' רונלד דבורקין ושל שופט בית המשפט העליון, פרופ' אלכס שטיין.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> המדריך הרשמי המפורסם מטעם בית המשפט האירופי לזכויות אדם: European Court of Human Rights, GUIDE ON ARTICLE 6 OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS – RIGHT TO A FAIR TRIAL (CRIMINAL LIMB) (Updated on 30 April 2021) (להלן: "המדריך ל-ECHR"):

[https://www.echr.coe.int/documents/guide\\_art\\_6\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_eng.pdf)

<sup>3</sup> דבורקין מסביר כי חובתה של המדינה להקצות משאבים הליכיים לצורך הקטנת הסיכון להרשעות שווה היא בהכרח חובה יחסית, שכנגדה הצורך להשקיע באינטרסים ציבוריים נוספים (ביטחון, בריאות, חינוך, תחבורה, וכו'). לכן



לשכת עורכי הדין בישראל  
ISRAEL BAR ASSOCIATION  
نقابة المحامين في إسرائيل

22. בהתאמה, התיקון ה-14 לחוקה של ארצות הברית ("Equal Protection Clause") קובע את הזכות להליך הוגן ("Due Process", המעוגן גם בתיקון השישי) ובצמידות לו את העיקרון לפיו גוף ממשלתי אינו רשאי לשלול מאזרח את ההגנה השוויונית של חוקי המדינה. הוא מחויב להפגין כלפי הפרט את אותו היחס שהיה מופגן בנסיבות ובתנאים דומים כלפי כל אדם אחר:

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

23. מכיוון שחוק יסוד: זכויות בהליך הפלילי מיועד להצהיר על העקרונות שביסוד פעולתה של מערכת המשפט הפלילי וכלפיהם היא מחויבת, אנו סבורים כי המחויבות ליחס שוויוני, ללא הפליה, במסגרת הליכי חקירה ומשפט, מהווה עיקרון מרכזי וראשון במעלה, וראוי שהוא יקבל ביטוי מפורש בחוק היסוד גופו ולא רק בדברי ההסבר להצעה.

### 1. זכויות מינימליות הכרחיות הנגזרות מן הזכות להליך הוגן

24. אנו סבורים כי מעבר לעיגונה של הזכות להליך הוגן באופן כללי בלבד, יש מקום לכלול בחוק היסוד זכויות נגזרות אשר מעמדן החוקתי מוכר במשפט הישראלי ובמשפט הבינלאומי.

25. בהקבלה לסעיף 36(3) לאמנה האירופית לזכויות אדם ומדריך ה-ECHR,<sup>4</sup> אנו סבורים כי הערך המוסף העיקרי בחקיקת חוק היסוד החדש יהיה במתן ביטוי מפורש להכרה ברשימה של זכויות הכרחיות ומינימליות העומדות להגנה בניהול המשפט הפלילי. זכויות אלו הן הערובות המקובלות המיועדות לצמצם הסיכון להרשעת חפים מפשע. הזכויות המינימליות הללו הן שיוצקות תוכן בהכרה ב"זכות להליך הוגן", בדרך של הגדרת תנאים הכרחיים לקיומו, ושוויתור עליהם, במקרים חריגים, מחייב ביקורת שיפוטית הדוקה, בהתחשב במעמדם הנורמטיבי החוקתי.

המחויבות של המדינה בכל הנוגע לתוכן "זכות להליך הוגן" אינה מתבטאת במיטב האפשרי (התיאורטי) אלא היא כפופה לעקרונות של הגינות (fair play) ושיוויון בנשיא בסיכון. משמע, כל אזרח זכאי לכך שתוצמד החשיבות הנכונה לסיכון הנזק המוסרי המיוחד הנובע מהרשעה שגויה, ולכך שלא יוטל עליו באופן מודע סיכון גדול יותר מזה המוטל על אחרים בנשיאה בסיכון שכזה. דרישת ההגנה השוויונית על הזכויות היא נדבך היסוד של הזכות להליך הוגן.

RONALD DWORGIN, A MATTER OF PRINCIPLE 81-87 (1985); אלכס שטיין הציע להגדיר המחויבות להגנה על חפים במונחים של "equal best protection". מחויבות זו מתבטאת באיסור להטיל במודע סיכון משגה גבוה יותר על נאשם מסוים, תוך מניעת זכויות וערובות דיוניות בהן מכיר הדין. Alex Stein, Foundations of Evidence Law 173-175 (2005); נחשון שוחט, החובה המוסרית והמשפטית להגן על חפים מפשע מפני הרשעת-שווא: עיון ביקורת-אנליטי במחויבויותיה הנורמטיביות והפרוצדוראליות הנגזרות של מערכת המשפט (עבודה לתואר דוקטור, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה, 2015), עמ' 123, 178.

<sup>4</sup> סעיף 36(3) לאמנה האירופית לזכויות אדם קובע זכויות מינימליות העומדות לכל מי שנאשם בעבירה פלילית: "3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights: (a) to be informed promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him; (b) to have adequate time and facilities for the preparation of his defence; (c) to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require; (d) to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him; (e) to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court."



לשכת עורכי הדין בישראל  
ISRAEL BAR ASSOCIATION  
نقابة المحامين في إسرائيل

26. רשימת הזכויות ההכרחיות המינימלית היא הביטוי של הדרישה להגינותם של ההליכים.  
27. בין הזכויות הללו יש למנות העקרונית הבאים, הנחשבים לכללי היסוד במסגרת שיטת המשפט האדברסרית (בהליכים פליליים):

27.1 **לנאשם הזכות להשתתפות אפקטיבית בהליך הפלילי המתנהל נגדו.** זכות

ההשתתפות האפקטיבית בהליך כוללת, בין השאר, את הזכות של חשוד או נאשם להיות נוכח בהליכים המתנהלים נגדו; את היכולת המעשית לעקוב אחר ההליך ולהבין אותו; את הזכות לתיעוד של הליכים רלוונטיים ו/או קבלת פרוטוקול באופן הדרוש לניהול ההגנה, וכמובן את זכות הטיעון וזכות החקירה הנגדית.

27.2 **לנאשם הזכות לקבלת מידע מפורט וברור, מראש, לגבי תוכן ההאשמות העומדות**

**לביורו במשפט.** לנאשם הזכות לקבלת התראה מיידית כל אימת שחל שינוי בהיקף האישומים, והזכות להעלות טענות הנוגעות לפגיעה אפשרית בזכות להליך הוגן בשל כך.<sup>5</sup>

27.3 **הזכות להיערך לניהול ההגנה באופן סביר,** בהיבט של הזמן הדרוש בהתחשב בטיב

האשמה ומורכבותה, בהיקף חומר החקירה ובכלל נסיבות העניין.<sup>6</sup> באמנה האירופית לזכויות אדם נכנס עיקרון זה, בין השאר, תחת המונח "adequate facilities for preparing his defence".

27.4 **זכות העיון בחומר חקירה.** גם זכות זו נכללת בגדרה של הזכות להיערך למשפט באופן

סביר ואפקטיבי. המשפט הישראלי אכן מכיר במעמדה החוקתי של זכות העיון בחומר חקירה, המהווה האמצעי החשוב ביותר לצמצום פערי הכוח והמידע בין המדינה לבין הנאשם, ותנאי הכרחי לקיומו של הליך הוגן:<sup>7</sup>

"תכליתה של זכות העיון של הנאשם לפי סעיף 74 לחסד"פ היא לאפשר לו לממש את הזכות למשפט הוגן וליתן לו הזדמנות מלאה להתגונן מפני האישומים המיוחסים לו ... ויש הסבורים כי זכות העיון באה, כמו כן, לאזן במידת מה את פער הכוחות המובנה בין המדינה כמאשימה לבין הנאשם... אכן, בית משפט זה עמד לא אחת על מעמדה הרם של זכות העיון ועל החשיבות היתרה הנובעת לה למימוש הזכות למשפט הוגן; ואף נקבע כי מעמדה הנעלה מביא אותה להימנות 'עם זכויות המסד של הנאשם במקומנו'... נוכח תכלית זו, ולאור החשיבות הרבה הנובעת לזכות היסוד של הנאשם למשפט הוגן, אימץ בית משפט זה גישה מרחיבה להגדרת 'חומר החקירה' שעל התביעה להעמיד לעיון הנאשם".

<sup>5</sup> השוו: "to be informed promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him". סעיף 6(3)(a) ל-ECHR

<sup>6</sup> השוו: "to have adequate time and facilities for the preparation of his defence". סעיף 6(3)(b) ל-ECHR

<sup>7</sup> בג"צ 9264/04 מדינת ישראל נ' בית משפט השלום בירושלים, פ"ד ס(1) 360.



לשכת עורכי הדין בישראל  
ISRAEL BAR ASSOCIATION  
نقابة المحامين في إسرائيل

27.5 **הזכות להתגונן באופן עצמאי, והזכות של חשוד או נאשם להיות מיוצג על-ידי עורך דין לפי בחירתו**; והזכות לייצוג משפטי מטעם המדינה (בהתאם לכללים המעוגנים בחוק הסניגוריה הציבורית).

27.6 **הזכות להיוועצות בעורך דין**, הן בהקשר של החקירה (בפרט בהתייחס לשלביה הראשונים) והן במסגרת הליכי המעצר והמשפט לכל שלביהם. בעניין זה נציין כי הצעת חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים) (תיקון מס' 9), התשע"ח - 2018, המונחת על שולחנה של הכנסת, לא קודמה בשנים האחרונות מסיבות שונות. בעיתוי הנוכחי, יש לשקול, לדעתנו, עיגון הישיר של חלק מהזכויות הנכללות בהצעת החוק הנ"ל במסגרת חוק היסוד, ובכלל זה את הזכות להיוועצות בעורך דין; הזכות של חשוד להודעה על זכויותיו ולאזהרתו; הזכות לכך שהליכי חקירה יתועדו כנדרש.

27.7 **זכות השתיקה** – הצעת חוק היסוד מעגנת את הזכות להמנע מהפללה עצמית בעת גביית הודעה בחקירה פלילית, אולם זהו ניסוח המצמצם את הזכות להמנע מהפללה עצמית ואף מרע את המצב המשפטי לעומת זה הקיים כיום. פסיקתו של בית המשפט העליון הרחיבה את הזכות להמנע מהפללה עצמית באופן שלחשוד בחקירתו זכות שלא לדבר כלל, דהיינו זכות שתיקה גורפת ומלאה. בנוסף, הפסיקה החילה את הזכות להמנע מהפללה עצמית גם ביחס למסירת מסמכים ולשיתוף בהליכי חקירה כמו מסדר זיהוי או עימות. הניסוח המוצע, לפיו הזכות להמנע מהפללה עצמית חלה רק בגביית הודעה בחקירה פלילית עלולה להתפרש כהסדר שלילי, עניין שיש לו השלכות רגרסיביות לא רצויות כלל.

**עמדתנו היא כי יש לעגן את זכות השתיקה באופן מפורש במסגרת חוק היסוד. בנוסף, יש חשיבות לליבון ביטויה המעשי של זכות השתיקה ועצמת ההגנה עליה, וכן בהיבטים המעשיים הנוגעים להבטחת זכויות חשודים בקשר אליה, במסגרת דיון ממצה בהצעת חוק חקירת חשודים, התלויה ועומדת.**

27.8 יש לבטא הזיקה ההדוקה בין הזכות להליך הוגן (הזכות להתגונן באופן אפקטיבי) לבין ההגנה על חיסיון התקשורת בין עורך דין ללקוח כפי שהוא מעוגן בסעיף 48 לפקודת הראיות ובסעיף 90 לחוק לשכת עורכי הדין.<sup>8</sup>

28. בנוסף לזכויות הנ"ל המוכרות כערובות לקיומו של הליך הוגן, אנו מוצאים טעם להעלות גם את העיקרון הכללי המנחה בפסיקה של בית המשפט האירופי לזכויות אדם בהתייחס לזכות להליך הוגן והתקינות הפרוצדוראלית, הוא עיקרון "שוויון הכוחות" - "Equality of Arms". על-פי המדריך ל-ECHR:

<sup>8</sup> השוו: עמוד 88 למדריך ה-ECHR.





לשכת עורכי הדין בישראל  
ISRAEL BAR ASSOCIATION  
نقابة المحامين في إسرائيل

**"Equality of arms is an inherent feature of a fair trial. It requires that each party be given a reasonable opportunity to present his case under conditions that do not place him at a disadvantage vis-à-vis his opponent. Equality of arms required that a fair balance be struck between the parties, and applies to criminal and civil cases"**

29. הזכות למשפט במתכונת אדברסרית ועיקרון "שוויון הכוחות" הנגזר ממנה מתקשרים לזכויות רבות שבהן הכירו גם בתי המשפט בישראל לאורך השנים, בהתייחס לשלב ניהול החקירה ולשלב של ניהול המשפט. העיקרון הכללי מחייב מתן הזדמנות אפקטיבית לקבלת מידע, להשתתפות, להצגת שאלות וטיעונים בכל השלבים הרלוונטיים. תכליתו של העיקרון היא למנוע הרחבתו של הפער במידע הנובע מכך שהכוח, הסמכות והיוזמה בכל הנוגע לאיסוף המידע, תיעודו ושמירתו מצוי בידי המדינה. לעיקרון ה-Equality of Arms ישנה חשיבות גם בשלב של ניהול החקירה, בין השאר ובפרט בהתייחס לאיסוף של ראיות פורנזיות ולגיבושן של חוות דעת מומחים. עיקרון זה עשוי להתבטא, למשל, בחובות תיעוד של פעולות חקירה או שיח מול עדים, בזכות העיון הרחבה בחומר החקירה, בסיטואציות בהן בתי המשפט הכירו בזכות הנוכחות של החשוד, עורך-דינו ואף מומחים מטעמו.

#### **ז. הזכות לחקירה נגדית והזכות לזמן עדים**

30. הזכות לחקירה נגדית מעוגנת באופן מפורש בסעיף 6(3)(d) לאמנה האירופית לזכויות אדם<sup>9</sup> כביטוי לעמדת מוצא הדוחה קבלתן של עדויות שלא עומדות למבחן החקירה הנגדית, על בסיס ההבנה כי יש לאפשר לנאשם הזדמנות ראוייה ומספקת להעמיד העדויות מטעם התביעה למבחן.

31. גם התיקון השישי לחוקה של ארצות הברית מעגן את זכותו של הנאשם ל"יעימות" מול עדי התביעה:  
**"In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right... to be confronted**  
**with the witnesses against him"**  
**("The confrontation clause")**

32. פסיקת בית המשפט האירופי לזכויות אדם פירשה את סעיף 6(1) ל-ECHR באופן הכולל את ה-Principle of Immediacy, כביטוי לזכות העימות, בתור רכיב חשוב של הזכות להליך הוגן<sup>10</sup>:  
**"Such a principle of immediacy is an important guarantee in criminal proceedings in which the observations made by the court about the demeanour and credibility of a witness may have important consequences for the accused"**

33. בדין הישראלי, אין חולק על מעמדה של הזכות לחקירה נגדית, ככלל, ועל היותה הערובה הבסיסית ביותר לחקר האמת ותנאי בסיסי לקיומה של הזדמנות סבירה לנאשם להתגונן. לכן, אנו סבורים כי על חוק היסוד החדש לעגן את העיקרון הכללי לפיו על עדויות וראיות להישמע בפני בית המשפט ולעמוד במבחן החקירה הנגדית. חריגים לכלל רחב זה אמנם אפשריים במצבים יוצאי דופן ובקשר

<sup>9</sup> "to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him"  
<sup>10</sup> ראו המדריך ל-ECHR, עמ' 50, פסקה 251.



לשכת עורכי הדין בישראל  
ISRAEL BAR ASSOCIATION  
نقابة المحامين في إسرائيل

לראיות מסוימות, אולם כל החרגה מן הכלל הגדול של הזכות להעמיד הראיות למבחן החקירה הנגדית חייב לעמוד במבחני האיזון החוקתי ובמונחי פסקת ההגבלה.  
34. לדעתנו, יש לעגן בחוק היסוד גם את הזכות לזמן עדי הגנה באמצעות סמכותו של בית המשפט. בלשונו של התיקון השישי לחוקה של ארצות הברית: **"The right of the accused to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor"**

### **ח. דרישת ההוכחה מעבר לספק סביר ועיקרון הפרשנות המצמצמת בפלילים**

35. אנו סבורים כי על חוק היסוד לכלול, באופן מפורש, את דרישת ההוכחה מעבר לספק סביר, וכי אין די, לעניין זה, בעיגונה של חזקת החפות בלבד. סטנדרט ההוכחה מעבר לספק סביר נחשב לספינת הדגל הנורמטיבית של מערכת המשפט הפלילית. בית המשפט העליון הדגיש בעניין דמיאניוק כי **"חירותו של הפרט [הינה] ערך בעל משקל דומיננטי החובק הכול"** וכי כלל הספק הסביר נובע **"מתפיסות היסוד החוקתיות והחברתיות החולשות על שיטתנו"**.<sup>11</sup> מעמדו החוקתי של הסטנדרנט, כנגזרת מן הזכות להליך הוגן, מוכר גם בשיטות משפט נוספות.<sup>12</sup>

36. סעיף 34 לחוק העונשין קובע כי **"לא יישא אדם באחריות פלילית לעבירה אלא אם כן היא הוכחה מעבר לספק סביר"**, וכי **"אם התעורר ספק סביר שמא קיים סייג לאחריות פלילית, והספק לא הוסר, יחול הסייג"**. סעיף 34 לחוק העונשין קובע כי **"ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע הענין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין"**.

37. דרישת ההוכחה מעבר לספק סביר הינה דרישה בעלת אופי חוקתי מובהק, על-פי הפסיקה. לפיכך, אנו רואים ההחלטה שלא לכלול אותה בחוק היסוד ממש כאנומליה.

38. בנוסף, אנו מצטרפים להערותיה של הסניגוריה הציבורית בעניין הצורך לשוב ולעגן את עיקרון הפרשנות המצמצמת במשפט הפלילי, כעיקרון חוקתי הנגזר מעיקרון החוקיות ומחובת ההגינות כלפי האזרחים בקשר ליישומו של המשפט הפלילי. עיגון זה נדרש לנוכח אי-הבהירות השוררת בפסיקה בנוגע לביטוייה של **"הפרשנות התכליתית"** במשפט הפלילי ולנוכח מובנו הכפול של סעיף 34 לחוק העונשין, תשל"ז-1977. עקרון הפרשנות המצמצמת מבטא בצורה הטהורה ביותר את מטרת העל של חוק היסוד והיא לקבוע מגבלות ואיזונים ליכולתה של המדינה לפגוע בזכויות החוקתיות של אזרחיה, מקום בו הדבר איננו חיוני ואיננו מוצדק.

<sup>11</sup> ע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(4) 221, 645 (1993).

<sup>12</sup> בארצות הברית נקבע כי הסטנדרט נגזר מן הזכות להליך הוגן כפי שהיא מעוגנת בתיקון הארבעה-עשר לחוקה.

ראו: In re: Winship, 397 U.S. 358 (1970)



לשכת עורכי הדין בישראל  
ISRAEL BAR ASSOCIATION  
نقابة المحامين في إسرائيل

39. בנוסף, אנו ממליצים להוסיף לסעיף עקרון החוקיות את דרישת הבהירות באופן שיכתב שהחוק המגדיר את העבירה ואת העונש חייב להיות ברור – עקרון המבטיח הוגנות ואכיפה שוויונית, ומוכר במשטר החוקתי האמריקאי כדוקטרינת "Void for Vagueness". עקרון הבהירות נועד לאפשר מימוש מלא של עקרון החוקיות, שכן אם עבירה והעונש המירבי בגינה יוגדרו בחוק, אולם ניסוחם יהיה סתום ולא מובן – הרציונל של הכוונת ההתנהגות שוב אינו מתקיים.

### **ח. הזכות לסיום ההליכים בזמן סביר, ומניעת עינוי דין**

40. הפסיקה של בתי המשפט בישראל הדגישה לא אחת את עינוי הדין הנגרם לנאשמים בשל הימשכות ההליכים. עינוי הדין מהוה "עונש שאינו כתוב על ספר". ניהול משפט פלילי משך שנים כרוך במתח ובקושי נפשי, וכן בהשלכות מעשיות רבות, שאינן מבוטלות. ככל שההליך מתמשך, הפגיעה בנאשמים, גם בזמן שעומדת להם חזקת החפות, היא פגיעה משמעותית, לעתים הרסנית. לשיטתנו, הזכות להליך הוגן כוללת בחובה, בהכרח, גם את הזכות לניהולו של ההליך בפרק זמן סביר. בעניין זה נזכיר כי התיקון השישי לחוקה של ארצות הברית מעגן את הזכות ל"הליך מהיר" (speedy trial) בעוד שסעיף 16(1) לאמנה האירופית לזכויות אדם קובעת זכותו של הנאשם לניהול ההליך "within a reasonable time".

### **יא. הסתייגות מסעיף שמירת הדינים**

41. סעיף 21 להצעת החוק המוצעת קובע כי "אין בחוק זה כדי לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד". אנו סבורים כי מוטב להשמט סעיף זה שכן הכללתו בחוק היסוד למעשה מעניקה חסינות לכלל החקיקה הקיימת ובכך מגבילה את תחולתו לחקיקה עתידית בלבד. לא ברור מדוע נכלל סעיף זה ולא מצאנו לו כל הצדקה עקרונית. כל מטרתו של חוק היסוד היא להוות נורמת על אשר תקרין על חקיקה ראשית וחקיקת משנה, לאורו הם יפורשו ויישמו. אם קיים היום חוק שאינו מתיישב עם הצעת חוק היסוד הרי נהיה מעוניינים שהוא יבוטל או לכל הפחות יפורש בחוק עקרוניתו של חוק היסוד. סעיף שמירת הדינים מחסן לכאורה חקיקה קודמת מפני מעשה של ביטול ואולי אף מפני פרשנות מחודשת בחוק היסוד.

### **סיכום**

42. אנו שבים ומברכים על קידומה של הצעת חוק היסוד, החשובה כל כך, ואנו מקווים כי תשקלו קבלתן של לפחות חלק מן ההמלצות שהועלו בנייר עמדה זה.

43. נשמח להרחיב ביחס להערות ולעמוד לרשותכם בקשר לכל שאלה.



לשכת עורכי הדין בישראל  
ISRAEL BAR ASSOCIATION  
نقابة المحامين في إسرائيل

בכבוד רב ובברכה,

גד זילברשלג, עו"ד

יו"ר (משותף) ועדת חקיקה (פלילי)  
לשכת עורכי הדין

ד"ר נחשון שוחט, עו"ד

יו"ר (משותף) ועדת חקיקה (פלילי)  
לשכת עורכי הדין

ד"ר איתן קדרון, עו"ד

חבר ועדת חקיקה (פלילי)  
לשכת עורכי הדין

דן באומן, עו"ד

חבר ועדת חקיקה (פלילי)  
לשכת עורכי הדין

**העתקים:**

עו"ד אבי חימי – ראש לשכת עורכי הדין.  
מר אורי אלפרסי – מנכ"ל לשכת עורכי הדין.  
יו"ר הפורום הפלילי – לשכת עורכי הדין.  
יו"ר ועדת חקיקה (פלילי) – לשכת עורכי הדין.  
עו"ד פנחס מיכאלי – מנהל רגולציה וחקיקה, לשכת עורכי הדין.  
עו"ד דניאל למברסקי – ממונה על הפורום הפלילי, לשכת עורכי הדין.